

# 故人の生前意思実現法理としての死後事務委任

谷 口 聡

## Mandate of Affairs after Death as the Principle of Law to Realize the Living Will of the Deceased

Taniguchi Satoshi

### Summary

Minpoten (the legal code provided for basic stipulation related to Civil Code) in Japan prescribes the legal system of the “Wills” to realize a testamentary intention of the deceased. The Will is not a contract but a unilateral action by the dying, and it is legally effective by unilateral manifestation of his/her intention. Against the legal system of the Wills, the legitimacy of “mandate of affairs after death” has recently become controversial. It is a contract of mandate for the purpose of realizing the intention of the mandator after his/her death. The common accepted theory and judicial precedents have admitted the mandate of affairs after death, and to what extent his/her mandatary can execute the right is currently the main issue to discuss. On the other hand, some theories valuing the Inheritance Principle of Law criticize mandate of affairs after death as “Circumvention” of the legal system of the Wills which demands strict legal forms.

This paper regards a contract for mandate of affairs as one of the legal systems including agreements to realize the living will of the deceased and attempts to argue against the criticisms for circumvention of the law.

### I はじめに

わが国の民法典には、故人の生前の意思を実現する法理として、第五編相続において、遺言制度が規定されている。これに対して、委任契約によって受任者が故人の意思の実現を図ることを認めた最高裁判所の判例（最判平成4年9月22日金法1358号55頁）と学説が存在している。

民法653条は、委任契約の終了原因を規定し、同条1号において委任者または受任者の死亡により、契約は終了するとしている。しかし、本条は任意規定であるとの見方が学説の一般的見解である。

このような法的状況から、近年は、わが国が超高齢社会となることを目前として、故人の生前の意思を委任契約により実現できるのか否か、また、可能である場合にはどの程度の範囲でその実現を認めるのかという問題が顕在化してきた。特に、成年被後見人の職務を執る者は、成年被後見人が死亡してしまうと、職務権限が消滅することから、成年被後見人に死後の事務の処理を依頼されていた場合などにおいて、職務の現場からこの問題の解決を急ぐ必要性が訴えられてきた。いわゆる「死後事務委任契約」の問題である。

この死後事務委任契約の問題に関しては、上記最高裁平成4年判決を基点として、活発な議論が展開されてきた。中田裕康教授は、民法653条の規定の趣旨を立法過程に遡り、主だった文献を網羅して、成果を発表された<sup>1</sup>。また、岡孝教授は、民法653条制定過程において参考にしたドイツ民法の立法過程や学説の状況を網羅的に研究されて報告されている<sup>2</sup>。このような優れた先行研究がすでに存在している中において、筆者は、改正された信託法との関わりについても指摘しつつ、死後事務委任契約の議論の課題提起を拙稿において行った（以下これを「拙稿①」という<sup>3</sup>）。また、成年後見人職務の問題を解決する目的で、別の拙稿も出させていただいた（以下これを「拙稿②」という<sup>4</sup>）。

本稿では、成年後見人の職務の問題<sup>5</sup>から視座を故人の意思の実現へと完全に移行させて拙稿①および拙稿②で扱った文献よりもさらに検討対象を広げて死後事務委任の問題の再検討を行う。

## II 問題の所在

現時点における「死後事務委任契約」に関して概観する。

近時のテキストをいくつか見てみると以下のようである。伊藤進教授が編集されたテキスト（小野秀誠教授分担執筆）<sup>6</sup>および北川善太郎教授が執筆されたテキスト<sup>7</sup>においては、死後事務委任の問題を含め民法653条が任意法規であることにも言及していない。近江幸治教授のテキスト<sup>8</sup>と山本敬三教授のテキスト<sup>9</sup>においては、最判平成4年が引用されており、民法653条に反する特約、すなわち、受任者が死亡しても契約が終了しない特約も有効であるという趣旨が述べられている。内田貴教授のテキスト<sup>10</sup>では、①653条は任意規定であるから反対の特約は可能であること、②平成4年判決を引用してこのような趣旨の委任契約の場合には相続人からの解除権も制限しないと意味がないことおよびそのような合意の有効性については慎重な検討が必要であること、③死者の最終意思を確認するための厳格な要式が定められている遺言の制度が民法には用意されており、委任契約との関係は今後の検討課題であることが述べられている。この見解のように、死後事務委任契約の問題点は、大きく3つの点に集約されると見ることができる。すなわち、①653条は任意規定であるのか、②委任者の無理由解除権（民法651条）の放棄特約は相続人にも効力をもつのか、③遺言制度を規定する相続法理との調整をどうするのかという視点である。

現在の多くの学説は、一言で言えば、制限的に死後事務委任契約を認めるということになるように思われる。これは、すなわち、厳格な方式を要求して故人の生前の意思を実現するという遺言制度が民法には規定されている以上、その脱法となるような「契約による」生前意思の実現は制限的であるべきであるという価値判断の下に、民法651条も民法653条も任意規定であるから、理論的には、無理由解除放棄特約を相続人が継受して受任者が死後事務委任の契約内容を実現するという可能性も無視はできないという中間的な立場を採る見解が多いということである。そこにおいては、どの程度まで受任者に死後事務委任契約内容の実現を認めるのかという受任者の権限の制限の境界づくりに力点が置かれている。

一方で、委任契約のような「口頭で成立する」契約の効力として、故人の生前の意思を実現することを認めてしまうと、厳格な方式の要求の上に故人の意思を実現する遺言制度の「脱法行為」となるから、こ

1 中田裕康「委任者の死亡による委任契約の終了—最三小平4・9・22をめぐって—」金融法務事情1384号6頁。

2 岡孝「民法判例レビュー43 契約」判タ831号40頁。

3 拙稿「委任者死亡後の委任契約の効力」高崎経済大学論集52巻2号15頁。

4 拙稿「委任者死亡後の委任契約の効力と法益の保護」高崎経済大学論集56巻4号45頁。

5 この問題に関しては、既に、「成年後見の実務の円滑化を図るための民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」が平成28年（2016年）4月6日に成立し、同月13日に公布され、同年10月13日から施行されている。

6 伊藤進編「ホーンブック民法Ⅳ債権各論」〔小野秀誠分担執筆〕（1996年 北樹出版）159頁。

7 北川善太郎「債権各論（民法講要Ⅳ）」（1993年 有斐閣）88頁。

8 近江幸治「民法講義Ⅴ 契約法」2003年 成文堂 249～250頁

9 山本敬三「民法講義Ⅳ-1 契約」2005年 有斐閣 738頁

10 内田貴「民法Ⅱ 債権各論」1997年 東京大学出版会 278～279頁。

れを認めるとはできないという痛烈な理論的批判も存在している<sup>11</sup>。このような「脱法行為」という批判は、単に理論のレベルにとどまるものではなく、前述した死後事務委任制限的認容論にも強く影響している。例えば、最近発表された松川正毅教授の見解は、一応は、上記制限的な認容論ではあるが、遺言制度の脱法となつてはならないという価値判断の下に、死後事務委任における受任者の権限の範囲を非常に限定的に捉えているようにも思われる（この見解の詳細は後述する）<sup>12</sup>。このように脱法批判は実質論に強く影響しているのである。

本稿においては、以上のような概観を踏まえつつ、上記3つの視点から、これまでの判例と学説を再検討する。そして、さらにその検討を踏まえつつ、死後事務委任契約から一步踏み込んで、契約一般において、果たして故人の生前の意思を実現することは不可能であるのか、という観点から考察を加えて、本稿の結論を得たいと考える。

### Ⅲ 現行民法653条の制定過程と立法者意思の検討

#### 1 概観

本章では、現行民法653条の規定について、旧民法制定過程にまで遡り、立法の経緯を検討するものである。なお、前述のとおり、民法653条の制定過程に関しては、すでに優れた先行研究が存在している<sup>13</sup>。本稿では、これらの先行研究を踏まえて、未だに検討されていないと思われる文献なども含めて、前章において示した3つの視点から再度立法の経緯と立法者意思を検討する。

#### 2 旧民法制定過程

委任が委任者または受任者の死亡などにより終了することを規定した現行民法653条は、法典調査会では「第六百六十条」として審議されているが、そこでは、旧民法財産取得編251条が参照されている<sup>14</sup>。そこで、旧民法に関しては、この財産取得編251条の制定過程を考察する。

旧民法典の編纂は、フランス民法典の翻訳から始まったが、フランス民法2003条は『仏蘭西法律書 民法』において以下のように翻訳されている。「第十三卷 名代ノ證書」「第四章 名代ノ任ノ終ル方法」「第二千三条」、「名代ノ任ハ左ノ諸件ニ因リ終ル可シ」「本人又ハ名代人ノ死去、准死、治産ノ禁、家資分散」としている<sup>15</sup>。現行民法653条のわが国における淵源はここにあると考えられる。

このフランス民法の翻訳は、『明治11年民法草案』にも、ほぼ同様の形で引き継がれた。すなわち、「第十三卷 名代ノ契約」「第四章 名代ノ任ノ終ル方法」「第一千五百八十五条」「名代ノ任ハ左ノ諸件ニ因リ終ル可シ」とし、「第三 本人又ハ名代人ノ死去、治産ノ禁、家資分散」としている<sup>16</sup>。

次いで、『旧民法草案』の条文は以下のように規定された。「第二十章 代理」「第四節 代理ノ了終」「第一千四百四十七条」「代理ハ（中略）左ノ諸件ニ因リテ了終ス」「第三 委任者又ハ代理人ノ死去、商事破産、身代限若ハ禁治産」としている<sup>17</sup>。

『ボアソナード氏起稿再閲修正民法草案註釈』によれば、再閲修正民法草案においても「第一千四百四十七条」において、代理の終了事由に関し、同様に委任者または代理人の死去が規定されている。この規定についてボアソナード博士は、以下のように説明している。「委任者代理人ヲ信用シテ代理ヲ託シタルモノナルカ故ニ此ノ信用ヲ代理人ノ相続人ニ及ホスキニアラス代理人ニ在リテモ亦委任者ノ為メ勞務ヲ為スヲ欲シタルモ其相続人ノ為メ勞務ヲ為スニ同一ノ理由ヲ有セサルコトアル可シ」としてい

11 河内宏「死後の事務処理を含む委任契約と委任者の死亡」私法判例リマックス1994<下> 58頁など参照。

12 石川美明「判批・最判平成4.9.22」大東ロージャーナル6号(2010) 81～93頁、および、☆松川正毅「死後の事務に関する委任契約と遺産の管理行為」実践成年後見58号(2015年) 41～48頁など参照。

13 前掲中田裕康および前掲岡孝など。

14 『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』昭59年(1984) 商事法務研究会 670頁。

15 前田達明『史料民法典』(2004 成文堂) <仏蘭西法律書 民法 2003条規定>188頁。

16 前田達明『史料民法典』(2004 成文堂) <明治11年民法草案1585条規定>586頁。

17 前田達明『史料民法典』(2004 成文堂) <旧民法草案1447条規定>869頁。

る<sup>18</sup>。このボアソナードの説明は、現行民法653条の規定に関する現在の学説やテキストの解説でも用いられるものであり、すでに、この時点で、委任が契約当事者の死亡により終了する理由の根源的な発想は存在していたことが窺える。

明治23年に公布された旧民法典においては、「財産取得編」「第十一章 代理」「第四節 代理の終了」の「第二百五十一条」が、「(前略)代理ハ左の諸件ニ因リテ終了ス」「第三 委任者又ハ代理人ノ死亡、破産、無資力若クハ禁治産」と規定した<sup>19</sup>。そして、岸本辰雄<sup>20</sup>、井上操<sup>21</sup>、磯部四郎<sup>22</sup>らが、旧民法の解説書を出版したが、いずれの著書においても、旧民法財産取得編251条が任意規定であるか否かなどのことについての言及はまったく見られない。

### 3 現行民法制定過程

#### (1) 現行民法653条の審議経過

現行民法653条は、法典調査会においては「第六百六十条」として審議されている。起草は富井政章が行ったものである。その規定案は、「委任ハ委任者又ハ受任者ノ死亡ニ因リテ終了ス受任者カ治産ノ禁ヲ受ケタルトキ亦同シ」というものである<sup>23</sup>。

この規定の起草について、富井政章が、委任者の死亡を終了原因と規定することについて「余程迷ヒマシタ」と法典調査会で発言していることはすでに多くの文献で紹介されている。その理由は、ドイツ民法草案が、商法の規定と異なる規則を置く理由がないとして、委任者の死亡を終了原因とは規定していなかったということであった<sup>24</sup>。結局、当事者が死亡した場合に委任契約が終了するとした本条の規定は起草案のまま承認された。

ところで、この規定の審議過程で目を引くのは梅謙次郎の以下の発言である。すなわち、「或ル死ンダ人ガ未ダ死ナナイ内ニ或人ヲ信用シテ其人ニ或ル事ヲ委任ヲシタ此場合ニ其ノ委任ヲシタ人ガ死ンダナラバ其財産ハ相続人ノ財産ニ為ル然ウスルト詰リ他人ガ自分ノ財産ノコトヲ頼ンダ事ガ自分ノ頭ノ上ニ落ちテ来ルト云フコトハ相続人ニ取ツテ随分迷惑ナ話デアリマス成程解除権ハ与ヘテアリマスケレドモ態々解除スルマデハ矢張り委任ガ解ケナイト云フコトハ余程不都合ナ結果ヲ起ス恐レガアリマス」と発言した点である<sup>25</sup>。

ここで、梅謙次郎の念頭には、相続人が委任者の地位を承継して財産を相続するということが死後事務委任との関係でどのような問題を引き起こすのかということが明確に描かれていたということである。前述岡孝教授もこの梅の発言から梅の「先見性」を高く評価している<sup>26</sup>。より具体的には、梅は、この時点で、現行民法でいう651条の無理由解除権が相続人に承継されることを示唆している。そして、その無理由解除権の行使は相続人によってなされることが可能であることも前提としている。ただし、その行使までの間には、相続人の不利益があるということをもって、本条の起草案を支持しているのである。敷衍するが、梅には、本稿で検討する第二の視点、「民法651条の無理由解除権が相続人に承継されるのか否か」という問題点について、すでに思考を行っていたことが明確に窺われるのである。

その後の、第九回帝国議会の審議においては、現行653条は、「六百五十二条」として審議されたようであるが、委任者または受任者死亡の場合の契約の終了に関しては、特に、議論はなされていなかったようである<sup>27</sup>。

18 星野英一編集顧問『ボアソナード氏起稿再閲修正民法草案註釈』（雄松堂出版 2000）

<財産取得編1447条規定及び註釈>三百五十二、三百五十三頁。

19 前田達明『史料民法典』（2004 成文堂）<旧民法財産取得編251条規定>1030頁。

20 岸本辰雄『財産取得編 卷之三』（新法註釈会出版 1894）286頁。引用は信山出版復刻版（1995）による。

21 井上操『民法詳解 財産取得編中巻』（1892）772頁。引用は信山出版復刻版（2002）による。

22 磯部四郎『民法釈義 財産取得編（中）』（長島書房1894）816頁。引用は信山出版復刻版（1997）による。

23 前掲『民法議事速記録』670頁。

24 前掲『民法議事速記録』671頁。

25 前掲『民法議事速記録』673頁。

26 前掲岡孝 40頁。

27 廣中俊雄編著『第九回帝国議会の民法審議』（有斐閣 1986）240～241頁参照。

(2) 立法審議以外で見られる立法者意思

『民法修正案理由書』で見られる現行民法653条（同書では「第六百五十二条」とされている）の理由の解説においては、「民法上ノ委任ハ人ノ関係ヲ基礎トスルノミナラス当事者ヲシテ尚ホ生存セシメハ或ハ解除ヲ為スヤ知ル可カラサルヲ以テ多数ノ立法例ニ従ヒ」当事者の一方の死亡を契約の終了原因としたものとしている<sup>28</sup>。ここにおいても委任者の無理由解除権の行使が解説者の念頭に置かれていることが分かる。ただし、梅謙次郎の法典調査会における発言のように詳細には検討されていないと思われる。

岡松参太郎（富井政章校閲）の『註釈民法理由』においても、同趣旨の説明がなされている。653条の解説として、「民法上ノ委任ハ相互間ノ信用ヲ以テ基礎ト為スノミナラス若シ委任者ニシテ生存セシナラハ委任ヲ解除スルコトアルヤ未タ知ルヘカラス」としている<sup>29</sup>。この解説についても前記『民法修正案理由書』と同様の評価ができよう。

松波仁一郎ら3名の合著（穂積陳重、富井政章、梅謙次郎校閲）の解説書『帝国民法正解』における653条の注釈も前記二つの著書におけるものとはほぼ同じ内容になっている。特に、無理由解除権に関する記述としては、「委任者又ハ受任者ニシテ生存スルキハ委任ヲ解除スルモ亦未タ知ル可カラス」としている<sup>30</sup>。

そして、立法者意思を考察する上で、最も重要と思われるのが、梅謙次郎の『民法要義卷之三』における著述である。梅は653条の注釈において、以下のように述べている。「民法ノ一般規定トシテハ委任者又ハ受任者ノ死亡ニ因リテ委任終了スルヲ本則トス唯当事者ニ於テ之ニ反スル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ従フヘキコト固ヨリナリ」としている<sup>31</sup>。つまり、653条と異なって、委任契約の当事者が、委任者または受任者が死亡しても委任を終了しないとする意思表示がなされて契約された場合には、その委任契約は、当事者の一方が死亡しても終了しないという趣旨である。653条が任意規定に過ぎないとするこの梅謙次郎の著述は、現在に至るまでの学説に大きく影響していくこととなるのである。

(3) 小括

旧民法編纂過程において、ボアソナードの行った説明は、現行民法653条の規定の根拠として大きな意味を有していたことが窺える。また、現行民法制定過程である法典調査会においては、旧民法の代理の終了原因に関する財産取得編251条などが参照されて、これを引き継ぐ形で、起草がなされた。この法典調査会における梅謙次郎の発言は注目されるべきものであった。すなわち、後に議論となる相続人による無理由解除権承継云々の問題について、既にこの時点で梅の考えが明確に示されていたからである。法典調査会の後における諸見解においても、一応は、無理由解除権の帰趨が念頭には置かれていたようであるが、これらは詳細な説明をなしているものではなかった。そして、特筆しなくてはならないことは、梅謙次郎が、大正元年（1912）の著書において、民法653条は任意規定であるという考えの趣旨を明確にしたことである。

## IV 民法653条に関する初期の学説・判例から最判平成4年直前までの学説の整理

### 1 概観

後掲のように代理における本人死亡の場合の代理権の消滅に関する民法111条1項の規定の関係を含めた判例は少なくはないと言える。しかし、本稿V章において検討する最判平成4年判決のように、学説で大きく採り上げられ、また、影響を強く与えた判例は、直接的な意味においてはあまり見受けられないようにも思われる。したがって、判例の検討そのものに関しては、筆者に別の機会を賜りたい。

28 廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣 1987）624頁。

29 岡松参太郎著・富井政章校閲『民法理由債権編』（有斐閣 1875）次297頁

30 ☆穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著

『帝国民法正解 第六卷』（日本法律学校 1897）、引用は信山出版復刻版（1997）による。

31 梅謙次郎『民法要義 卷之三』大正元年 引用は復刻版 昭和60年 有斐閣 七五七頁。

本章では、筆者の拙い先行論文で欠落していた「委任契約の無理由解除権（民法651条）を故人が生前に放棄してしまうことが可能か否か」「可能である場合には相続人には無理由解除権行使は認められないのか」という、本稿Ⅱ章でかかげた2つ目の視点を加えて、確認しつつ、諸見解の検討をすることとする。

## 2 判例の概観

前述の通り、代理人死亡の場合の代理権の存続に関係する事例を含めると、判例は少なくはないように思われる。

次のような判例が存在しているが、詳細な検討は後掲③大判昭和5年5月15日判決を除いて本章では検討しない。①大判明治42年4月13日（民録15輯342頁）、②大判大正6年7月14日（民録23輯1423頁）、③大判昭和5年5月15日（法律新聞3127号13頁）、④東京高判昭和24年11月9日（高民2巻2号274頁、裁判所ウェブサイト掲載判例）、⑤横浜地判昭和31年12月5日（下民7巻12号3553頁）、⑥最判昭和28年4月23日（民集7巻4号396頁）、⑦最判昭和29年12月17日（民集8巻12号2182頁）、⑧最判昭和31年6月1日（民集10巻6号612頁）⑨最判昭和31年7月27日（民集10巻8号1122頁）、⑩東京高判昭和32年5月30日（東京高等裁判所（民事）判決時報8巻5号80頁）、⑪最判昭和36年11月9日（民集15巻10号2451頁）などが挙げられる。

## 3 学説の検討

### (1) 初期の学説

前掲③大審院判決が出される以前の、初期の民法653条に関する学説の検討から行いたい。

村上恭一・磯谷幸次郎の共著<sup>32</sup>や横田秀雄の著書<sup>33</sup>においては、民法653条を任意規定と解するか否かに関しての言及はまったく見られない。

末弘巖太郎博士の見解<sup>34</sup>においては、死後事務委任契約の一般論としての主張は見当たらない。「例えば、」として、子孫に至るまで永久に委任を約するが如きは本条（653条）に反する無効の契約なり、とのみ、端的に指摘している。

鳩山秀夫博士は、民法653条に反する特約は有効か無効かについて、もしこの特約と告知権放棄の特約とが結合する場合には、委任の性質に反するものとして無効と解すべきであるが、そうでない場合には有効と解すべきものと信じるとしている<sup>35</sup>。さらに、判例を検討して、告知権放棄特約がない死後事務委任であれば有効と解することを正当であるとしている<sup>36</sup>。

三瀧信三博士は、死後事務委任の特約は原則として無効であるとしているが、例えば、受任者も相続人も同様の技量を有する場合は契約が継続するとして差し支えないとする。立法論としては、ドイツ法のように、委任者死亡を当然の契約終了事由としないほうがよいとも述べられている<sup>37</sup>。

この三瀧博士の見解が示される一年程前に前掲③大判昭和5年5月15日（法律新聞3127号13頁）判決が出された。ここでは、非嫡出子の幼児を第三者に養育費を払って養育してもらうという委任契約について、「幼児ヲ養育スル限り委託者ノ死亡ニ因リ其ノ委託関係を終了セシメサル特約アリタルモノト認ムル」と認定した上で、民法653条の規定は「強行法規ニアラスシテ意思解釈ノ規定ナルコトハ学説上明ナリ」と判示して、委任者が死亡しても終了しない委任契約を認めたものである。判決文掲載の文献からは、このような死後事務委任契約について、相続人の無理由解除権をどのように解するのか、および、死後事務委任契約と相続法理との調整の必要の問題などに関しては言及されていない。

32 村上恭一・磯谷幸次郎『債権各論 完』（中央大学 1914）619頁。

33 横田秀雄『債権各論』（訂正第八版）（清水書店 1916）642頁

34 末弘巖太郎『債権各論』771頁（有斐閣 1918）

35 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下）』（1924年）627頁

36 前掲鳩山 627頁

37 三瀧信三「契約各論講義要領」（有斐閣 1931）137頁

(2) 大判大正5年判決から最判平成4年判決直前までの学説

石田文次郎博士の見解<sup>38</sup>から検討する。博士は、委任者が死亡しても、受任者その人を信任する場合または特定の地位に在る者に特定のある事務の処理を委託する場合には、契約は終了しないとする。この場合の相続人の無理由解除権の承継および相続法理との衝突に関する言及はなされていない。

戒能通孝博士は『債権各論』という著書<sup>39</sup>においては、死後事務委任に関して言及していない。

谷口知平博士の論稿は、民法653条に直接関係するものではなく、民法111条1項の代理における本人の死亡に関するものであるが、以下のような見解を示されている<sup>40</sup>。ドイツ民法典168条は本人が死亡しても代理権が消滅しないとしていることに言及し、死後の代理存続を特約した場合でもその効力を無制限には認められないとしている。死後処分規定の回避とならぬよう、その権限は相続人の財産保全の限度とするべきとする。また、相続人は委任法理に従い何時でも代理権の撤回をなすうとして、相続人には委任者本人としての無理由解除権をいつでも行使できる旨述べている。

松坂佐一博士は、『民法提要債権各論』<sup>41</sup>においては死後事務委任に関して言及していない。

浜上則雄博士の見解<sup>42</sup>は代理における本人死亡の場合に関するものであるが、以下のように述べておられる。死因処分の規定の脱法手段として、本人の死亡後も存続する代理権が認められないのは言うまでもないと断り書きをしているものの、民法111条は任意規定であってこれと異なった合意も有効であると解するとする。その上で、本人の死亡後の代理権の範囲については、遺産に限られ、それ以上に相続人の負担のために代理権を授与することはできないとして、比較的広範な代理権行使の可能性を認めている。

我妻栄博士は、『債権各論中二巻』で以下のように述べておられる<sup>43</sup>。委任の終了を論じている一節においては、死後事務委任における相続人と第三者の利益の衝突の問題は検討されていない。民法653条は強行規定ではないから、反対の特約を許すことはいうまでもないとする。会社における委任などのように、委任事務の性質によっては、当事者の死亡によっては終了しない委任も少なくないとしている。

明石三郎博士は幾代通博士編集の『注釈民法（16）債権（7）』<sup>44</sup>において、以下のように述べられている。民法653条の規定は強行規定ではないから、反対の特約によって、委任者が死亡しても委任を消滅せしめないことができる。当事者の特約または委任事務の性質によっては、死亡によって消滅せしめない方が妥当な場合も多かろうとされる。また、死亡によって委任が当然に消滅するか否かということと、自由な解約権も制限されるか否かということとは区別しなければならないとし、委任者が死亡しても委任が終了しないで継続する場合にも、原則として自由な解約権は存続すべきであるとする原則論を主張された上で、例外的な場合の存在することも指摘されている。

末川博の見解<sup>45</sup>は次のようなものである。信託会社の取締役などのような特定の地位にある者に委任したときは、個人たる取締役の死亡によって委任が終了することはない。また、子孫に至るまで永久に委任するというような契約は無効であるとし、具体的事例を挙げて説明しているが、死後事務委任について、無理由解除権相続の問題や、相続法理との衝突に関して、一般論としての言及はない。

来栖三郎博士は、民法653条はいうまでもなく任意規定であるから、別段の特約をすれば、勿論有効であるとのみ端的な指摘をしている<sup>46</sup>。

能見義久教授は、一般的に委任者死亡を終了事由としないという扱いは適当でないとし、むしろ、原則

38 石田文次郎『債権各論』（早稲田大学出版 1947）181頁。

39 戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店 1948）319頁。

40 谷口知平「戸籍法第八九条による戦死報告に基づく戸籍簿の戸籍簿の記載の証拠力〇民法第一一一一条第一項第一号の趣旨〇民訴第五七条および同第八五条の趣旨」民商法雑誌 第29巻第3号（1954年）194頁以下。

41 松坂佐一『民法提要債権各論』（1956 有斐閣）141頁。

42 浜上則雄「本人死亡後における代理権の存続」阪大法学 第27号（1958）3頁以下。

43 我妻栄『債権各論中二巻』（1962年）岩波書店 694～695頁。

44 明石三郎『注釈民法（16）債権（7）』幾代通編 昭和48年（1973年）有斐閣 219頁。

45 末川博『契約法（下）（各論）』（1975年）岩波書店 213頁。

46 来栖三郎『契約法』法律学全集21 昭和52年（1977年）有斐閣 556頁。

として委任者死亡も終了事由とし、個々の場合に修正するのが適当であろうとされる。この見解においては、「個々の場合の修正」という表現を残しつつも、死後事務委任契約には一切言及していないことから、右契約には否定的な立場とも受け取れると思われる<sup>47</sup>。

広中俊雄博士は、立法者意思以外の検討は特にないが、以下のような端的な主張をする。民法653条の反対特約は許されている。そもそも委任者の死亡は原則として委任の終了をもたらしなないと解するのがむしろ妥当であるとして、653条規定内容自体に批判的な立場を示されている<sup>48</sup>。

星野英一博士は、委任の趣旨によっては委任者死亡によっても終了しない場合があるとする説も有力であるとのみ記している<sup>49</sup>。

森脇昭夫教授は、遠藤浩教授らが編集された著書において、当事者の特約によって653条規定の終了事由を回避することも可能であるとされる。相続人による無理由解除権の承継および相続法理との衝突に関しては言及していない<sup>50</sup>。

三宅正男教授は、一般の民事の委任も、委任事項の性質内容や委任の事情により、委任者死亡後も存続する趣旨と認められる場合があるとす。しかし、当事者の死後委任が存続する場合に、相続人が被相続人と同様に任意解除権を有するのは当然であるとされる。だが、死後事務委任と相続法理との衝突に関して格別の言及はない<sup>51</sup>。

鈴木祿弥教授は、当事者が死亡しても委任はなお継続する場合もあるとの説が多いとしている。相続人による無理由解除権の承継および相続法理との衝突に関する言及はない<sup>52</sup>。

### (3) 小括

ここまでの学説を検討してみると、後掲最判平成4年以前の段階で、すでに概ねの議論は出ているように思われる。民法653条に反する特約の有効性の問題や、委任者の無理由解除権が相続人に承継されるのかという問題、さらには、代理に関する見解の中には、代理人が本人死亡の場合にどこまで委任契約内容の実施を図ることが認められるのかといった具体的範囲に関する提言なども存在している。このような様々な議論の中においても、立法者意思を引き継いでいると考えられる我妻見解などに代表されるように、民法653条の任意法規性は、ほぼ通説化したと考えられる。このような状況の中、後記判決が登場することとなったのである。

## V 最判平成4年判決とその判例評釈の整理

### 1 概観

これまで学説をほぼ時系列に沿う形で検証してきたが、死後事務委任契約の問題については、様々な議論が時間をかけつつではあったものの、徐々に問題点を浮き彫りとしてきた。そのような中、死後事務委任契約にして重大な最高裁判所の判決が登場する。最判平成4年9月22日(金法1358号55頁)である。これまでの判例に対する学説による評釈とは異なり、研究者はこの判例を様々な角度から検証して、判例研究ないしは判例評釈をおこなった。本章ではその判例の概要と判例を対象とした学説上の諸見解を検討する。

なお、前章(第四章)第1節で述べたように、本稿第二章で示した2つ目の視点である無理由解除権の相続人による承継の問題について、新たに検討課題に加えて再検討することとする。

また、本判決については、以下に諸見解が示しているように、具体的事例という角度から理解すべきな

47 能見義久『民法講義5 契約』稲本洋之助、伊藤進ほか共著(有斐閣 1978) 278頁

48 広中俊雄『債権各論講義』昭和58年(1983年)有斐閣 264～265頁。

49 星野英一『民法概論IV(契約)』昭和61年(1986年)良書普及会 284頁。

50 遠藤浩ほか編『民法(6)』[森島昭夫分担執筆](1993年 有斐閣) 238、239頁。

51 三宅正男『契約法(各論)(下)』(1988年 青林書院) 1020頁。

52 鈴木祿弥『債権法講義 第二訂版』(1992 創文社) 604頁。



のか、それとも一般化できる判例として理解すべきなのか評価が分かれるところであるが、この点に関しては、それまでの判例・裁判例の経緯を検討した上でなければ結論が出せないと考えることから、その筆者自身の評価は別稿に提示の機会を得たいと考える。

## 2 最判平成4年9月22日（金法1358号55頁）の概要

Aは入院加療中に、Yに対して、預金通帳と印章および金員を交付して、病院への支払、死後の葬儀を含む法要の施行とその費用の支払、入院中世話になった家政婦Bと友人Cへの謝礼金の支払を依頼する契約を締結した。Aの死亡後、A依頼内容を行ったYは、相続人であるXから、金員の交付などが不法行為であるとして損害賠償の請求をされた事案である。

判決では、「自己の死後の事務を含めた法律行為等の委任契約がAとYとの間に成立したとの原審の認定は、当然に、委任者Aの死亡によっても右契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨のものというべく、民法653条の法意がかかる合意の効力を否定するものでない」として、右委任契約を民法653条によりAの死亡と同時に終了するとした原審は同条の解釈適用を誤ったものであるなどとして、上告を破棄差戻しとした。

## 3 最判平成4年判決に対する学説上の諸見解

上記2で掲げた平成4年判決に関する諸見解を検討する。

伊藤進教授は、鼎談において、以下のように述べられた<sup>53</sup>。死亡による委任契約終了は当事者意思の推定であるとし、推定ならば、当事者が終了しない意思表示をしていたなら終了させる必要はないとされ、強行規定ではなく任意規定であるとされる。無理由解除権放棄の契約内容まで相続人は継受するかにつき、また、相続法理との衝突に関しての言及は見られない。

前掲中田裕康教授の見解は以下のようなものである<sup>54</sup>。現在653条については任意規定と解することで異論はないとする。相続人による告知（無理由解除権行使）について、原則として告知できるとする。委任者の死後の委任の存続と告知権放棄の特約が結合した結果、相続人を不当に拘束する場合には、特約の有効性が問題となりうるとしている。そして、委任者自身が告知できなかった場合にはその相続人も告知できないことがあるとしている。また、遺言制度との関係についても触れている。

岡孝教授は、ドイツ法を詳細に分析され、死後事務委任と遺言制度との調整が必要とする。ドイツ法が、受任者による第三者への財産の無償譲渡を許さないのは、その場合には遺言制度を利用すべきであるとの価値判断があるからであるとする。そして、本件のような事案類型については、受任者は、相続人に意向を打診し、相続人は場合によっては告知によって委任関係を終了させることができるという方法によって両制度の調整が達成できるとする<sup>55</sup>。この見解は、無理由解除権放棄特約の相続を制限的に解することが遺言法理との調整となるとする趣旨であると思われる。

西尾信一教授は、民法653条は任意規定とする見解が多いとされる。無理由解除権放棄の契約内容まで相続人は継受するかにつき、また、相続法理との衝突に関して言及は見られない<sup>56</sup>。

円谷峻教授は、前掲IV章の広中見解に言及し、これを支持しながら平成4年判決の結論を支持しておられる。無理由解除権放棄の契約内容まで相続人は継受するかにつき、また、相続法理との衝突に関しての言及はない<sup>57</sup>。

金山直樹教授は、相続人による無理由解除について明確に言及し、相続人により告知されれば、委任者の遺志が踏みにじられるが、相続人の告知権を制限すると、相続法理に矛盾するとされる。「相続された委任は、相続人からは正当事由ないし受任者の債務不履行がなければ解除できなくなると解すべきではな

53 石井眞司=伊藤進=上野隆司「鼎談 金融法務を語る 第二九回」手形研究No.485 34頁以下。

54 前掲中田裕康 6頁以下。

55 前掲岡孝 40頁以下。

56 西尾信一「実務のための金融判決紹介」手形研究No.482 74～75頁。

57 円谷峻「委任者の死亡と委任契約の終了」NBL No.539 53頁以下。

いだろうか。」として相続人には原則として無理由解除を認めないとする立場をとられている<sup>58</sup>。

丸九祥子教授は、死後事務委任は相続法秩序との関係が問題となるとした上で、委任事務の内容が被相続人の財産の処分行為である場合に、委任契約によって相続人の遺留分を侵害することはできない。遺留分侵害を可能とすると相続法秩序の破壊となるとされる。さらに、無理由解除権放棄特約について、相続人の利益を考慮しなければならない場合もあり、その特約が具体的事案とのかかわりにおいて相続人を拘束すると考えられる場合には、解除権行使は認められないと解すべきであるとする<sup>59</sup>。

秦光昭氏は、相続法理との衝突に関して言及していないものの、相続人による無理由解除について明確に言及されて、本判決について考える場合、一種の無名契約と見るか、その性質上解除できない委任と解するのが妥当であるなどとしている<sup>60</sup>。

松本崇氏は、民法653条は特約により委任を消滅させないことができるとしている。また、無理由解除権放棄の契約内容まで相続人は継受するかにつき触れていないものの、相続制度との競合ないし調整は回避できないとする。個人が自由意思に基づいて死後事務処理を第三者に委託する手段を多様化することは、望ましい方向であるともしている<sup>61</sup>。

後藤巻則教授は、相続人による無理由解除について明確に言及しているものの、相続法理との衝突に関しては言及しておられない。相続人が無理由解除できないとすることが相続人の意思を制限し、相続人を不当に拘束する場合には、解除権制限は効力を有しないと考えるべきであるとし、本判決では、解除権制限は有効であり、相続人を拘束すると解することができるとしている<sup>62</sup>。

浅生重機判事は、英米の信託のような法理が社会に浸透していないわが国では、死後事務委任を厳格に排除すべきではないという見方を示された上で、無理由解除権放棄特約の相続人への拘束性について、相続人が解除することは基本的には妨げられないとしているが、例外として、受任者の利益のための委任、相続人の利益のための財産管理などを挙げる。また、遺言制度にも言及している<sup>63</sup>。

石川美明教授は、委任契約による相続人の解除権制限は厳格な要式行為たる相続法秩序と衝突するとされる。委任者死亡により契約を終了させない合意が相続人の解除権を制限する趣旨を含んでいたとしても、原則として、この解除権の制限は効力を有しないと解すべきであるとされている。さらに、石川先生のご専門とされる研究の見地から、現代では葬式の実施は最小限度保証されるべきものとは言えない社会的状況にあるとされる<sup>64</sup>。

藤原正則教授は、「本判決は、委任者の利益のための委任とは異なり、死因処分で行うべきことを生前行為で行ったケースで、委任者の死後の委任の存続を認めた事例だということになる。したがって、本判決は、具体的な事案に即して理解されるべきで、その一般化は危険であろう」とされて本判決の一般化に批判的な態度を示されている<sup>65</sup>。

河内宏教授は、最も痛烈な判例批判をされておられる。すなわち、第三者が相続人の意向を考慮せずに被相続人の意向を実現する制度としては遺言執行者の制度があるのであるから、本件のような口頭の契約からそのような趣旨をひきだすことは、遺言執行者制度の脱法となり許されないという見解である<sup>66</sup>。

#### 4 東京高判平成11年12月21日(判タ1037号175頁)の概要

しばらくした平成11年に東京高等裁判所の死後事務委任契約に関する判決が下された。この事案は次の

58 金山直樹「委任者が受任者との間でした自己の死後の事務を含めた法律行為等の委任契約と委任者の死亡による契約の終了」判タ852号 平成5年度主要民事判例解説 66頁以下。

59 丸九祥子「自己の死後の事務を含めた法律行為等の委任契約と委任者死亡による契約の終了」法学新報第101巻第11・12号(1995) 189頁以下。

60 秦光昭「銀行取引における委任と取引の終了」手形研究No.485 6頁。

61 松本崇「自己の死後事務の委任契約が委任者の死亡によって終了しないとされた事例」金法1366号 5頁。

62 後藤巻則「死後の事務処理の委託と委任契約の終了」別冊ジュリストNo.160 民法判例百選第五版 2001年 有斐閣 147頁。

63 浅生重機「自己の死後の事務を含めた法律行為等の委任契約と委任者の死亡による委任契約の終了の有無」金法1394号 63頁。

64 前掲石川美明 81頁以下。

65 藤原正則「死後委任事務の判例と成年後見への応用の可能性」実践成年後見10号(2004年) 18頁。

66 前掲河内宏 58頁以下。

ようなものである。

Aは、母親B、姉Y1、妹Y2に預金通帳と印鑑を預けて生活をしていたところ、Aが死亡し、次いでBも死亡した。YらはA名義の預金からAの葬儀費用、法事の費用、入院時の付添費用、B生前の入通院治療費と葬儀費用などを支出したが、Aの唯一の相続人Xは、これが不法行為に当たるとして、Yらに対して損害賠償を請求した。

この判決では、Yらは、A名義の預金管理、AおよびBの生活費や療養費支払、家産や祭祀の維持のための使用を内容とする委任事務を死後についても委任したと認めるのが相当であるとした。その上で、「そうすると、YらがA名義の預金を払い戻したとしても、そのこと自体は何ら不法行為を構成するものではない」と判示した。

相続人による委任者の無理由解除権の承継や相続法理との調整の問題について特筆すべき判決内容はないものの、死後事務委任契約というものを認めることを前提に下された判決であると受け止めることができるであろう。

## VI 東京高判平成21年判決と最近の民法653条をめぐる学説

### 1 概観

前掲平成11年東京高等裁判所判決からしばらくして平成21年に同じく東京高等裁判所の判決として死後事務委任に関する判決が下された。この判決の評釈に加え、ごく最近に至るまでの死後事務委任契約に関する見解を検討する。また、この判決の後、判決自体とは直接関係はないと思われる民法（債権法）改正検討委員会の見解も示されている。これも検討対象に加えることとする。

### 2 東京高判平成21年判決の概要

東京高判平成21年12月21日（判時2073号32頁、判タ1328号134頁）

AとYとの間の葬儀および永代供養などに関する死後事務委任契約について、Aの死亡後、Aの遺言により葬儀および祭祀の主宰者に指定されたXに、右死後事務委任契約の解除権が認められるかが争点となった事案である。

この事案においては、「委任者死亡後における事務処理を依頼する旨の委任契約においては、委任者は、自己の死亡後に契約に従って事務が履行されることを想定して契約を締結しているのであるから、その契約内容が不明確又は実現困難であったり、委任者の地位を承継した者にとって履行負担が加重であるなど契約を履行させることが不合理と認められる特段の事情がない限り、委任者の地位の承継者が委任契約を解除して終了させることを許さない合意を包含する趣旨と解することが相当である」などとして、Xの主張を退けた。

### 3 民法（債権法）改正検討委員会の見解

上記委員会は2010年に全5巻からなる『詳細債権法改正の基本指針』を出版した。『同V各種契約（2）』においては、死後事務委任契約に係る条文改正提案がなされているので、以下に参照する<sup>67</sup>。

#### 【3.2.10.16】（委任の終了事由）

委任は、次に掲げる事由によって終了する。

<ア>〔甲案〕委任者または受任者の死亡。ただし、特定の事務を目的とする委任であって、委任者の死亡によっても終了しない旨の合意があったときは、この限りでない。

〔乙案〕委任者または受任者の死亡

<イ>（以下は本稿において引用は省略する）

67 民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本指針V—各種の契約（2）』（2010年 商事法務）128頁以下。

この甲案と乙案について、「提案要旨」として解説がなされている。すなわち、乙案は、現行民法規定の趣旨を維持しようとするものであり、相続人はいつでも任意解除権を行使できることを前提としているという。これに対して、甲案では、共同相続において相続人個人が任意解除権を行使できない場合なども考慮して、無制限な死後事務委任を認めず、死後事務委任の内容が予め特定していることを必要とする趣旨であるとしている。

#### 4 平成21年東京高等裁判所判決に関する判例評釈

平成21年判決は、裁判実務においては、概ね肯定的な評価を得ているようにも見受けられる。本判決の引用文献の一つである判例タイムズの匿名記事においては、本判決は、「委任者の意思と受任者保護の必要性と考えると、本件事実関係の下においては、落ち着いたよい結論である」と評している<sup>68</sup>。同じく、判例時報の匿名囲込記事においては、本判決は、「事例的な意義があることはもとより、一定の規範的な意義もあるケースということが出来る」としている<sup>69</sup>。

吉政知広教授は、本判決を以下のように評釈されている。すなわち、本件判決が、委任者が死亡した後も委任者の地位の承継者が解除することが許さないとしている点に着目し、死後委任事務に関する過去の判例と学説を詳細に検討している。そして、自説を展開されて、委任者の生前に履行がなされる予定であった委任契約については、相続人は任意解除権放棄の合意に拘束されるが、委任者死後に履行される予定の委任契約については、相続人を拘束することは認められないとされる<sup>70</sup>。

冷水登紀代教授は、東京高判平成21年判決を評釈されて<sup>71</sup>、同判決は、民法（債権法）改正検討委員会の甲案に沿った内容であるとしている。また、筆者としては冷水教授が以下のように述べていることに着目した。すなわち、「委任契約上の地位は、一身専属的な権利であり、民法896条ただし書により、相続人には承継されないところ、委任契約が委任者の死亡により委任契約が終了しない場合には、その地位は相続人に承継される」とされている点である。

#### 5 最近の死後事務委任契約に関する見解

ごく最近における死後事務委任契約に関する学説にはどのようなものがあるであろうか。以下において、黒田美亜紀教授の見解、松川正毅教授の見解と蓮田哲也准教授の見解を考察する。

黒田美亜紀教授は、いわゆる死後事務委任契約に対する脱法行為批判について、以下のように述べておられる。「財産処分は、民法上、遺言事項であるが、そのうちの遺言でしかできないとされている事項には該当せず、遺言によっても遺言でなくてもすることができる」とされている（この場合の財産処分は遺贈となる。964条参照）。したがって、死後事務委任による財産処分に対し、厳格な方式を要求している遺言制度を潜脱するものであって許されないと批判は当たらず、遺言によつてのみなし得ることを他の形で行っているという問題も生じない」とされる<sup>72</sup>。そして、相続人による無理由解除権の承継に関しては次のように述べられる。「死後事務委任を絶対に解除できないとすると相続人・受任者が有する解除権の意味が没却され、場合によっては相続法秩序と真つ向から対立する事態が生じかねないというわけである。そこで、死後事務委任は解除権不行使の特約を盛り込んだ契約であり、当事者は原則として解除することができないと解した上で、どのような場合に、例外的に解除できるのかを考える必要がある」とされる<sup>73</sup>。その上で、受任者に認められる権限行使の範囲について、具体的な基準の設定を試みておられる。すなわち、「検討素材として、わが国において死後事務委任と類似の機能ないし帰結をもたらす生前の贈与（529条以下）および負担付贈与（553条）を採り上げ、その類比を試みることにする。」「そこで民法

68 判タ1328号134頁以下。

69 判時2073号32頁以下。

70 吉政知広「判評—東京高判平成21年12月21日」私法判例リマックス42号（2011）22頁以下。

71 冷水登紀代「判批」月報司法書士465号（2010年11月）60頁以下。

72 黒田美亜紀「死後事務委任の可能性—その有効性と委任の承継、解除権行使の基準について—」明治学院大学法科大学院ローレビュー18号（2013年）32頁。

73 前掲黒田美亜紀 34頁。

は、被相続人の財産処分自由（＝贈与者の意思の尊重）と相続人の保護（相続法秩序・遺言制度）との調和を図るため、相続人の遺留分を侵害しない範囲での財産処分を認めるとする遺留分制度（1028条以下）を置いている。」「そうだとすれば、被相続人の生前の贈与と類似の結果をもたらす、委任者死亡後の財産処分を委託する死後事務委任においても、委任者＝被相続人の意思の尊重と相続法秩序・遺言制度との調和点、遺留分侵害の有無に求めても、あながち不当とはいえないように思われる。」「また、負担付贈与についても、被相続人が生存中に、死後事務を負担として受任者に財産を贈与するケースが想定されるが、負担付贈与も贈与の一類型であり、その限界については贈与と同様に考えることができよう」とされる<sup>74</sup>。

いうまでもなく、これまでの学説においても、受任者の権限の範囲に関して具体的な基準を提唱してきた見解も存在しているが、黒田論文は、その最近のものとして評価できるであろう。

松川正毅教授は、同じく、受任者の権限の範囲について、具体的な範囲を明確に提唱するが、相続法理を重視して、かなり限定的に解している。

すなわち、死後事務委任を無制限に認めれば、「相続法の中で厳格な方式を規定している、被相続人亡き後の彼の法律行為の望みの実現、つまり死後処分を、遺言以外で、人と人との契約で実現してしまうことになるので、この相続法の基本原則を揺るがすことになってしまう」という基本的な立場から、「最高裁判決に従い、当事者の合意で、死後事務に関する委任契約を締結できるとしても、このことは例外的な位置づけであると考えるに至る」とされている<sup>75</sup>。そして、具体的な受任者の権限について提唱しておられる。「第一に、死後の事務委任に関して、相続法とも齟齬しない（齟齬が少ない）位置づけとしては、委任契約で対象としうる行為は「相続財産の管理行為」に限定されると位置づけて解釈するのが自然であるように思われる。つまり、死後の事務に関する委任契約の内容としうるのは、生前の財産管理の場合とは異なると考えられる。また相続人の承認などがあるまでは、不安定な状態であるので、「保存行為」ととどめることになろう<sup>76</sup>とされ、また、「第四に、無償処分はできない。誰かに与えてほしいという処分行為の望みは死後事務委任契約で実現することは、民法の理論上不可能であると思われる。それは、遺言制度を没却することになるからである」などと自説を展開されている<sup>77</sup>。

蓮田哲也准教授は、成年後見人が、成年被後見人の死亡後に諸々の事務処理をすることができる根拠となる制度には、「死後事務委任」「善処義務」「事務管理」「相続財産管理人による相続財産の管理」があるとしている。そして、これまでは、これらの制度について、各々の成年後見人が行使しうる権限の範囲についての詳細な検討がなされてこなかったとして、その範囲について、詳細に検討している。そのような論稿の中で、「死後事務委任契約の射程が不明確との指摘や、相続法の脱法行為に該当するおそれがあるとの指摘はあるが、私的自治の原則ないし意思自律の原則から、この契約は承認されるべきである」とされている<sup>78</sup>。また、相続人による任意解除権の行使に関しては、一定の範囲で制限的な行使を認める立場であると読み取れる<sup>79</sup>。

藤原正則教授は、委任が委任者の死亡より終了すると規定している653条1号について、本規定が強行法規なのか任意法規なのかという観点から論じられ、以下のように強行法規に分類されるとの見解を示される。すなわち、「平成4年最判や裁判例にもみるように、負担付贈与か死後委任かが判然としないなど、死亡した委任者の意思の確認は困難であり、多額の財産の死後委任による処分は危険であろう。だから、無償処分（〔死因〕贈与）の死後委任に関しては、遺言制度と遺言執行の制度目的と抵触し、民法

74 前掲黒田美亜紀 36頁。

75 松川正毅「死後の事務に関する委任契約と遺産の管理行為」実践成年後見58号（2015年）43頁。

76 前掲松川正毅 48頁。

77 前掲松川正毅 48頁。

78 蓮田哲也「成年被後見人の死後における財産管理事務」白鷗法学22巻2号（2016年）106～107頁。

79 前掲蓮田哲也 107頁およびほか参照。

653条1号の委任者の死亡による委任の終了は強行規定と解すべきだと考える」とされる<sup>80</sup>。

## Ⅶ 「故人の生前意思の実現」という視点

### 1 契約による故人の生前意思の実現

相続法を重視する論者においては、民法は故人の意思の実現は遺言によってのみ可能であるとする考え方を示されているものもある。そして、その遺言制度によらない故人の意思実現を図ろうとすることは「脱法行為」であるとの批判もある。

ここで、筆者の視点から述べたいことは、契約によっても故人の意思を実現することを私法は認めているのではないかということである。死後に債務の履行される売買契約（死後売買）や請負契約（死後請負）は、使用貸借に関する民法599条、雇用に関する625条、組合に関する679条、終身定期金に関する689条などのような規定がないことから、民法896条但書きの「一身専属権」に該当しないと解されるため、理論的には有効な契約となるはずである。死因贈与に関しては、有力な反対説が存在するものの、通説・判例は必ずしも遺贈に関する方式は必要としないと解している<sup>81</sup>。また、信託法には信託契約による信託も認められている（信託法3条1号、同4条1項）。さらに、生命保険契約などは、現代社会に最も普及している（遺言よりも利用者の多い）故人の生前の意思の実現の法理ではないであろうか。このような状況にある現在の社会において、もはや遺言のみが故人の意思の実現法理であるという考え方は支持しにくい面がある。そして、故人の意思を実現する法的な方法が「遺言だけではない」という前提に、仮に立つことが可能であるとするのであれば、遺言以外の故人の意思実現方法を採用することを「脱法」というのは的確な表現であるように思われる。

### 2 相続法理に関する若干の検討

いくつかの家族法のテキストを概観すると、遺言制度は、私的自治の原則の拡張であるとされている。二宮周平教授のテキスト<sup>82</sup>では、遺言制度は私的自治の原則を人の死後まで拡張するものとして説明がされていることが述べられているし、潮見佳男教授のテキスト<sup>83</sup>でも、遺言は私的自治の原則を権利主体の死後まで拡張する意味を持つものとして説明されている。伊藤昌司教授によれば、そのような遺言制度は意思自治の例外論であるとされている<sup>84</sup>。より具体的な説明となるものと考えられるが、穂積重遠博士は、遺言は死者の遺志の尊重が制度目的であるとの趣旨の著述をされておられる<sup>85</sup>。この考え方は、近時においても、泉久雄教授の見解によって踏襲されているようである<sup>86</sup>。

このような、私的自治の原則に基づいて、死者の遺志を尊重するという目的で遺言制度は現代まで承継されてきているものであるという原点に立ち返りたい。故人の遺志の尊重を何より重視する観点からは、穂積重遠博士の「元来遺言制度は性質上必ずしも要式行為でなくてはならぬのではない」との著述<sup>87</sup>も理解できるものとなる。この穂積博士の見解は、戦後においても、小山或男博士<sup>88</sup>や中川善之助博士によって踏襲されている。特に中川博士は民法施行前には方式が必要とされていなかったことを説明として例示している<sup>89</sup>。遺言が厳格な要式を必要としているのは、「遺言者の遺志の確保」が必要であるからである

80 藤原正則「本人の死後事務の委任と民法653条1号の強行法性」椿寿夫編著『民法における強行法・任意法』（日本評論社 2015年）265頁。

81 拙稿「死因贈与と遺贈の方式に関する規定の準用」産業研究（高崎経済大学産業研究所紀要）49巻2号15頁など参照。

82 二宮周平『家族法〔第3版〕』新法学ライブラリー9（新世社 2009）377頁。

83 潮見佳男『相続法〔第2版〕』（弘文堂 2005）165頁。

84 伊藤昌司『相続法』（有斐閣 2002）3頁、33頁。

85 穂積重遠『相続法』（岩波書店 1947）331頁以下。

86 泉久雄『家族法』（放送大学教育振興会 1998）133頁。

87 穂積重遠『相続法大意』（岩波書店 1926）146頁以下。

88 小山或男「第七章 遺言」中川善之助監修『註解相続法』（法文社 1953）267頁以下。

89 中川善之助編『注釈民法（26）』（加藤永一分担執筆）2頁以下（有斐閣 1973）

と、従来から説明されている<sup>90</sup>。

そこで、故人の「遺志の尊重」を十分に図ることと「遺志の確保」のために要式を必要とすることとのバランスを図ることが必要となる。この点につき、中川善之助博士は、以下のように述べておられる。「方式を嚴重にすることによって、遺言する者の真意は確保できても、嚴重に過ぎて、遺言すること自体が困難になっては困る」。「遺言する者の真意は十分確保されながら、遺言の自由が少しも侵されないようにしなければならぬ。（中略）遺言自由のために方式を緩めれば、真意確保が怪しくなるし、真意確保のために方式を厳にすれば、遺言自由が脅かされるという心配があるという二律背反の妥協点に立法はなされなければならない」とされている<sup>91</sup>。ここで、中川博士が「二律背反の妥協点」と表現された問題は、有地亨博士や山口純夫博士によっても共有されているものと考えられる<sup>92</sup>。

ここで、若干の検討を加えるならば、このような遺言制度内部における「二律背反」という問題に関する発想を、契約法を含めた「故人の意思実現の法理」にまで拡大することは飛躍しすぎであろうか。すなわち、本稿の主題である死後事務委任に関して言うならば、場合によっては書面のない口頭によって残された故人の意思を「真意の確保」という利益を犠牲にしつつ、「故人の遺志の尊重」という利益の方を最大限重視するという法理も用意されていてもよいのではないであろうかというのが筆者の臆見である。

なお、穂積重遠博士は、口頭による遺言が認められない理由を3つ挙げている。一つは、意思表示が即時には発効せず時にはそれが長い年月を経ること、二つには、意思表示が効力を生じる時期には表意者が生存しないこと、三つには、頗る重要な内容が多いこととされている<sup>93</sup>。この3つの理由が口頭遺言を認めない理由であるとするなら、逆に、この3つの問題が克服される、あるいは、問題とはならないケースの範囲では、それを認めてもよい場合があるということになるのではないだろうか。すなわち、意思表示が死亡の直前であり、故人の被相続財産全体からみた場合にはそれほど高額とはならない金銭に関する事象が問題となるようなケースでは、口頭による故人の意思の実現を図ってもよいということにはならないであろうか。

### 3 社会における実態としての死後事務委任

ここでは、「冠婚葬祭互助会」という組織について一言だけ触れることとする。「冠婚葬祭互助会」とは、前払いかつ分割払いの支払い方法により比較的安価な価格で葬式や結婚式を施行するサービスを提供する組織である。葬式サービスのケースでは、遺族による追加サービスの要求などがない場合には、委託者が死亡した時点ですでに委託者側の債務の負担は終了しているのが原則であると思われるが、本稿では、故人の意思実現法理という観点から検討を進めるために、互助会のことを採り上げることにした。

戦後間もない昭和23年（1948年）に西村熊彦氏は「横須賀市冠婚葬祭互助会」という組織を立ち上げた<sup>94</sup>。冠婚葬祭サービスを安価で提供するというこの組織は、瞬く間に全国へ拡大した。冠婚葬祭互助会は、全国にそれぞれ別個の組織を有していたが、昭和48年（1973年）に改正された割賦販売法の適用により、通産大臣の許可を受けた組織でなければ営業ができないこととなった<sup>95</sup>。1992年に発行された菅野章一教授の論稿によれば、その時点における互助会は、全国に403社、互助会加入者数は1731万人であったという。菅野教授は、「慣習と伝統を考慮し地域に根ざした事業」として互助会の事業を評価している<sup>96</sup>。

90 前掲小山或男 267頁、中川善之助『注釈民法(26)』39頁以下(有斐閣 1973)、松坂佐一『民法提要 親族法・相続法(第三版)』(有斐閣 1981) 279頁、山口純夫「遺言」篠塚昭次、高木多喜男編『講義親族法・相続法』(青林書院 1985) 260頁。

91 中川善之助『相続法』法律学全集24(有斐閣 1971) 324頁。

92 有地亨『新版 家族法概論』(法律文化社 2003) 313頁、前掲山口純夫260頁。

93 穂積重遠『相続法大意』(岩波書店 1926) 150頁。

94 社団法人全国日本冠婚葬祭互助会十五周年記念事業特別委員会編『冠婚葬祭互助会四十年の歩み』(1989年) 17頁以下。

95 前掲注92書籍 99頁以下。

96 菅野章一「地域における生活型企業として発展する冠婚葬祭互助会の情報システム」オフィス・オートメーション13巻2号(1992) 80頁以下。

一方で、消費者問題に関するトラブルが多いという難点も抱えている。消費者法律問題に造詣が深い村千鶴子教授は、互助会に関して発生している消費者問題について厳しい態度を示している<sup>97</sup>。近年では、「冠婚葬祭互助会の解約手数料のあり方等に係る研究会」（元名古屋高裁長官 荒井忠男座長）などでも消費者トラブルの改善方法などが検討されている<sup>98</sup>。

その意味では、本稿で互助会の事例を採り上げるのは筆者の主張の方向性にそぐわないのではないかとの考えもあったが、筆者としては、一時期、わが国の人口の約1割の者が会員となっている葬式などに関するサービスを提供する組織が何より実在しているという事実そのものを示したいと考えたのである。故人の意思実現は、遺言制度に依らない、「契約」という形においても、わが国において戦後から多くの人々に利用されてきているという実態を踏まえる必要はないであろうか。

## Ⅷ 結語

本稿Ⅱ章で提示した3つの視点に沿う形で整理して結語としたい。

第一に①の視点についてであるが、立法者の梅謙次郎の見解から今日までの学説をみると、藤原正則教授の見解を除けば、653条を強行規定と解する見解はほとんどないように思われる。当事者が死後も契約を存続させることに合意があるならば、その合意に従うべきであろう。

第二に、②の視点についてであるが、この点に関しては、民法（債権法）改正検討委員会乙案の提案者の考え方や東京高裁平成21年の評釈において見られるように、委任者を相続した者には651条の任意解除権（本稿では「無理由解除権」と称してきた）が当然に承継されるとする考え方も有力である。だが、筆者としては、無理由解除権放棄特約が委任者と受任者の間でなされてそれを内容とする委任契約が相続人に承継されるということは理論的には可能であると考えている。また、東京高判平成21年判決も、ただ単に一つの事例的な下級審判決あるというにとどまらず、規範としての意義を有するとも考えている。

第三に、相続法理との関係である。ここでは、「脱法」批判が大きな問題となるわけであるが、筆者の視点である、契約法理を含めた「故人の生前意思の実現法理」というものを、仮に、観念するところが可能であるという前提に立てるのであれば、死後事務委任といった契約による故人の意思実現が「脱法」であるというのは適切な表現であるのか疑問である。

最後に、遺言制度内部においても、「故人の遺志の尊重」と「故人の真意の確保」の二律背反の理念のバランスをとることが必要であるとされている。であるなら、この発想を契約法理にまで拡大して、前者の理念は大きく尊重されるが、後者に関しては実現困難なリスクが伴う、といった類型の「故人の意思実現法理」としての「死後事務委任契約」といったものを認めてもよいのではないであろうかと憶測する。そのような立場からは、死後事務委任契約における受任者の権限に関して、その具体的範囲設定の論議においては、あまり極端に制約する方向で考えるべきではないのではないかと、というのが筆者の本稿における結論である。

なお、本稿では、死後事務委任契約について、学説の検討を中心に行った。判例・裁判例も少ないとは言えないことから、この点に関する検討は別稿に機会を得たい考えである。さらには、本稿では、単に筆者の考え方の方向性を示したものに過ぎず、現時点では議論の中心課題とも言える受任者の権限の具体的範囲の設定に関して、何らアイデアを提供していないので、今後の課題とさせていただきたい。

（たにぐち さとし・本学経済学部教授）

97 村千鶴子ほか編著『葬儀・墓地のトラブル相談Q&A』（2014年 民事法研究会）76頁以下参照。

98 右研究会につき、経済産業省ウェブサイト（[www.miti.go.jp/committee/kenkyukai/shoryu/gojokai/pdf/report01\\_01\\_00.pdf](http://www.miti.go.jp/committee/kenkyukai/shoryu/gojokai/pdf/report01_01_00.pdf)）（最終アクセス2016年10月12日）参照。