

## 役務提供給付（行為債務）の総合的検討・序論

メタデータ	言語: 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2024-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 長坂,純 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/0002000315">http://hdl.handle.net/10291/0002000315</a>

【論 説】

# 役務提供給付（行為債務）の総合的検討・序論

長 坂 純

## 目 次

- I 問題の所在
- II 役務提供型契約の生成と展開
  - 一 民法典における役務提供型契約の導入
  - 二 役務提供型契約の展開
  - 三 小 括
- III 「行為債務（給付）」概念の展開
  - 一 債務（給付）の分類
  - 二 行為債務の特質
  - 三 小 括
- IV 役務提供契約に関する議論動向—契約の性質と役務提供者責任
  - 一 役務提供契約の性質
  - 二 役務提供者責任の構造
  - 三 小 括
- V 結 び—理論的到達点と解決方向性—

## I 問題の所在

周知のように、今日の社会では、保険・金融サービス、教育サービス、医療サービス、レジャーサービス、情報サービスなど、多くの分野で多種多様なサービス取引が行われ、新種のサービスも次々と開発され、提供されている。そして、サービス取引の進展<sup>(1)</sup>に伴って生じるトラブルに対処するために、法的にも各種のサー

---

(1) もっとも、サービス経済化をめぐっては、「サービス」概念の理解や新たな産業区分の構

ビスを規制対象とすることが増えている（割賦販売法・特定商取引に関する法律〔指定権利・指定役務、特定権利〕、商標法〔サービスマーク登録制度〕、不正競争防止法〔品質等誤認惹起行為〕など）。

このようなサービス取引の進展という事態は、有体的財貨の供給という「与える債務（給付）」から各種役務の提供という「なす債務（給付）」へと、債務態様の重要性が移ってきたことに対応するものに他ならない。すなわち、契約法規範における「引渡債務」から「行為債務」への比重の拡大である<sup>(2)</sup>。しかし、役務（サービス）を伴う契約といっても、役務のみを目的とするものから、「物」の供給と混合する場合もあり、役務および役務提供契約は極めて多種多様である。

民法学説は、一般に、役務（サービス）とは、提供者により与えられる労務や便益をいい、役務提供契約とは、このような役務の提供が債務内容の全部または一部をなす契約と解してきた<sup>(3)</sup>。そして、後述するように、役務提供契約を「物」取引との関係から類型化し、また、債務の履行結果の態様から整理する傾向もみられるが、共通の理解には至っていない。また、取引客体としての「商品」が有形財（物財）か無形財（サービス）かの認定は一義的には定まらず、取引主体者間の取引関係の中で決定され、当事者間での取引における合意形成が探究課題となること

築、サービス社会論の展開など、経済学上の課題も多い（熊田喜三郎「サービス社会の発展とサービス産業の進展」経済情報学論集 10 号〔2004〕77 頁以下、加藤孝治『サービス産業化時代の地域構造』〔日本経済評論社、2011〕9 頁以下、長岡浩『サービス社会の透視』〔西田書店、2011〕9 頁以下など参照）。

- (2) 後述するように、「与える債務」と「なす債務」に大別し、「なす債務」を「作為債務」と「不作為債務」に細分する見解と、「作為債務」と「不作為債務」に大別したうえで、「作為債務」を「与える債務」（物の引渡し）と「なす債務」（役務の提供）に細分する見解がみられる。また、「与える債務」と「なす債務」の分類に代えて、「引渡債務」と「行為債務」という分類も主張される。さらに、フランス法に由来する「結果債務」・「手段債務」概念は、債務不履行が存する場合の帰責事由や立証責任に関連した区別である。

また、一般には、「なす債務」と「行為債務」は同義に解されるが、「なす債務」は引渡債務も包含させて捉えられる場合があり、また、債務内容の実現のための強制手段に関連した概念（執行法上の概念）とされる。そこで、本稿では、契約当事者の行為態様（行為義務）の面を強調する意味からも、役務提供給付を「行為債務」と総称しておく。

- (3) 長尾治助「サービス契約と真実開示の原則」立命館法学 221 号（1992）1 頁、中田裕康「現代における役務提供契約の特徴（中）」NBL579 号（1995）34 頁（同『継続的取引の研究』〔有斐閣、2000〕所収）、浦川道太郎「サービス契約における消費者被害の救済—不完全なサービス提供と役務提供者責任—」鎌田=来生他編『岩波講座 現代の法 13 消費生活と法』（岩波書店、1997）220 頁、河上正二「サービスと消費者」ジュリスト 1139 号（1998）71 頁など。

は、経済学者からも指摘されている<sup>(4)</sup>。

このような、役務および役務提供契約の多様性からは、民法典の諸規定だけでは十分に対応しきれない問題が浮上する。債権総則規定は、「債権の目的」(399条以下)につき、専ら「与える債務」(「物」給付)を中心に構成されており、「なす債務」との債務(給付)の概念分類には一切言及しておらず、主体としての役務提供者の視点や対象としての役務の視点から定められた規定もない。また、民法は、役務提供型の典型契約として、雇用契約、請負契約、委任契約(および準委任契約)、寄託契約を置く(商法は、仲立、問屋、運送、倉庫などの営業に関する役務提供契約を扱う)が、これらは多様な役務の一部を抽象的概念でもって対象とするに留まっている。

しかし、はじめに述べたように、今日の社会では、役務の提供を目的とする契約はこれらに尽きず、在学契約、語学学校や学習塾の受講契約、医療契約、福祉サービス契約、旅行契約、スポーツ施設利用契約、情報提供契約など多種多様なものが見られる。また、役務提供契約の特徴および有用性は、当事者の個別的・多様な契約利益の獲得にあるが、規格化・標準化された典型契約はこのようなニーズに対応し得ないのではないか、逆に、それを非典型契約として処理することも、財産取引の規律基準が不明確とならないか、という懸念もでてくる<sup>(5)</sup>。したがって、行為債務の特質と役務提供契約の性質を検討する必要がある。

また、役務提供契約においても、役務提供者の債務不履行責任や契約不適合責任を追及することは可能である。しかし、「物」給付とは異なり、役務の提供にあつては、給付結果(契約目的)が約束されているのかどうか、瑕疵のない役務とは何かがそもそも定まっていないうえに、実際になされた役務の質を客観的に評価することも困難である。裁判例においても、典型・非典型を含む多くの役務提供契約に

---

(4) 村上恭一「サービス取引の概念枠組」流通研究8巻2号(2005)25頁以下(例えば、「鉄の塊」を栄養食品として取引することもあり、取引客体の認定は、財の物理的特性からではなく、取引当事者の認識が重要となる)、小宮路雅博「サービスの諸特性とサービス取引の諸課題」経済研究(成城大学)187号(2010)149頁以下(物財に対するサービス[役務]の特性は、無形性[融和不可能]、変動性[生産者側・消費者側の人的要因により同一のものとはならない]、消滅性[物理的な意味での在庫が不可能]、同時性[サービスの生産とデリバリー[流通]、消費が同時になされる]にある)。

(5) 坂本武憲「役務提供契約」法律時報81巻10号(2009)62-63頁参照。

関する事例が集積されてきたが<sup>(6)</sup>、そこでは、同種の事案において帰責根拠（被違反義務）の理解は一致せず、また、債務内容の特定や債務者のなした行為の事実認定と本旨不履行の評価に関する判断過程が明確でない場合も少なくない。

導かれる効果についても、単に損害賠償や契約解除によって不完全な役務からの役務受領者の救済を図るだけでは不十分である。改正民法に導入された契約不適合責任（562条以下）の適用に関しても、それは物給付を伴う契約（物の製作・修繕、運送、寄託など）のみが対象となるのか、さらに、物給付を伴わない役務提供（純粋役務＝教育サービス、医療・介護サービス、情報提供サービスなど）にも適用されるのかは判然としない。不完全な役務に対する責任としては、その結果の是正ないし原状回復としての瑕疵修補請求や新たな役務提供請求、場合によっては役務提供者の変更請求（「物」取引における代物請求権に相応する）なども予想され、契約不適合責任の効果とも親和的である<sup>(7)</sup>。契約不適合責任論を契機に、今後、役務提供者責任の帰責構造が模索されるべきである。

以上のような状況において、まず、役務提供契約とはどのような契約として特徴づけられるのか、その性質決定が問題となる。そのうえで、役務の欠陥・瑕疵の判断基準、責任要件、被害者の救済手段について検討する必要がある。これまででも、特に消費者保護の見地から、役務提供契約を検討すべき必要性が認識され、「物」の供給（引渡債務）に関する契約類型と並立させた役務提供型契約類型の定立や欠陥・瑕疵のある役務の認定判断などに関して議論されてきた。また、契約締結に際しての役務提供事業者の説明・表示義務の内容や約款規制、役務の安全性確保の具体的方策、継続的契約関係における中途解約権の保障や代金前払契約の規制など、実務上の対応を要する課題も明らかにされてきた。さらに、今回（2017年）の改正民法の立法過程においては、役務提供契約および継続的契約に関する規律も検討され、いずれも明文化には至らなかったものの、典型契約制度の再構築へ向けた留意点が明らかにされた<sup>(8)</sup>。役務提供契約の体系化に関する議論は、外国法におい

(6) 拙著『契約責任の構造と射程—完全性利益侵害の帰責構造を中心に—』（勁草書房、2010）257頁以下参照。

(7) 拙著『契約法規範の変容と責任法理』（成文堂、2022）328-329頁。なお、大村敦志「売買—瑕疵担保責任の位置づけ」法学教室 295号（2005）98頁、丸山絵美子「民法 634条における『仕事の目的物』と無形仕事・役務型仕事」新井＝山本編『ゲルハルド・リース教授退官記念・ドイツ法の継受と現代日本法』（日本評論社、2009）505頁以下参照。

(8) 典型契約制度の意義・機能および混合・非典型的の契約類型の本性に関しては、拙著・前掲

でもみられる<sup>(9)</sup>。

しかし、役務提供型の契約法は未だ生成途上にあり、役務提供者責任の体系化もその緒に就いたばかりである<sup>(10)</sup>。同様に、外国法、とりわけヨーロッパ法および国内法（ドイツ法、フランス法など）においても、役務提供給付（*Dienstleistung*）概念の理解は未だ一致しておらず、また、役務提供契約の規律構成に関しても議論がある<sup>(11)</sup>。

本稿は、以上のような役務提供給付（行為債務）および役務提供契約をめぐる諸問題の解決へ向けた序論的考察を目的とする。以下では、わが国の契約法における役務提供型契約の生成と展開、行為債務概念および役務提供契約（契約の性質決定、役務提供者責任）に関する理論的到達点を明らかにすることから解決方向性を

注(7)39頁以下参照。

- (9) 周知のように、役務提供契約をめぐるのは、ドイツ、フランスなど国内法における議論の他に、ヨーロッパの役務提供契約の統一化へ向けた動向（ヨーロッパサービス契約法原則〔PELSC〕、共通参照枠草案〔DCFR〕など）も顕著である（*Christiane Wendehorst, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 [2006], S. 281ff.* ; *Hannes Unberath, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008, S. 745ff.* ; *Chris Jansen, Principles of European Law on Service Contracts : Background, Genesis, and Drafting Method ; Thomas Kadner Graziano, Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference, in : Reinhard Zimmermann [Hrsg.], Service Contracts, 2010, pp. 43 et seq., S. 59ff.* ; *Marco B. M. Loos, Service Contracts, in : Arthur S. Hartkamp / Martijn W. Hesselink / Ewoud H. Hondius / Chantal Mak / C. Edgar du Perron [Hrsg.], Towards a European Civil Code, Fourth Revised and Expanded Edition 2011, pp. 757 et seq.* 邦語文献として、マリー＝ローズ・マクガイアー〈訳 大中 有信〉「ヨーロッパ契約法原則から共通参照枠へ〔1〕〔2・完〕—現行ヨーロッパ契約法の立案グループとその基盤—」民商法雑誌 140 卷 2 号 1 頁以下、同 3 号 42 頁以下〔いずれも 2009〕、寺川永「役務提供契約の法理についての覚書」小野＝滝沢他編『松本還暦・民事法の現代的課題』〔商事法務、2012〕834 頁以下、北居功「役務の顧客適合性—履行プロセスで確定される給付内容」法政論集 254 号〔2014〕466 頁以下など参照）。
- (10) 役務提供契約の特質と提供者責任に関する筆者なりの検討として、拙著・前掲注(6)三八四頁以下、拙稿「役務（サービス）の提供と非典型契約」椿＝伊藤編『非典型契約の総合的検討（冊 NBL142 号）』〔商事法務、2013〕38 頁以下、同「役務提供契約の特質と提供者責任の構造」明治大学社会科学研究所紀要 52 卷 2 号（2015）1 頁以下、同「役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任—ドイツ給付障害法を素材にして—」日本法学 88 卷 4 号（2023）3 頁以下。
- (11) *Wendehorst, a. a. O, (Fn. 9), S. 205ff.*

探りたい。

## II 役務提供型契約の生成と展開

### 一 民法典における役務提供型契約の導入

#### 1 ヨーロッパ法（大陸法）における変遷

ローマ法では、適切な訴権を基礎づけるために、役務提供契約の契約類型への当てはめが行われたが、そこでは統一的な賃貸借契約（*locatio conductio*〔賃約〕）が、役務提供の受皿となっていた<sup>(12)</sup>。すなわち、賃貸人は、あるものを一定の代価と引換えに自由に処分させ、賃借人は、合意された利用または労務およびその成果を得ることができる（物・労務の利用、人・物の運送、目的物の加工・修繕など）とする契約であった。

このようなローマ法における多様な内容を有する賃貸借契約は、中世以降（16、17世紀）徐々に分化され、物賃貸借（*locatio conductio rei*）、労務賃貸借（*locatio conductio operarum*）、仕事賃貸借（*locatio conductio operis*）に三分され、さらに、物賃貸借から後二者が区別され各々雇用契約と請負契約として確立した。

そして、各国の国内法の中で創成・展開されていった。例えば、ドイツのパンデクテン法学は、このような雇用契約と請負契約の峻別を受け継ぎ、労務の完成が義務づけられている契約と、労務の完成へ向けた手段を講じることだけを義務づけられる契約に細分されていった<sup>(13)</sup>。こうしてドイツ民法典（BGB）は、以上の三分類の伝統を承継し、役務提供契約は、仕事（労務）の完成の有無に応じて雇用契約と請負契約のいずれかに分類されると解するのが一般的な理解となっている<sup>(14)</sup>。委任契約は、無償契約とされているために<sup>(15)</sup>、役務提供契約の類型と

(12) 北居・前掲注(9)461頁、Wendehorst, a. a. O, (Fn. 9), S. 214ff. ; Susanne Hähnchen, Die Abgrenzung der aus *locatio conductio* resultierenden Klagen von anderen Aktionen, in : Francisco Javier Andrés Santos / Christian Baldus / Helger Dedek (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, 2011, S. 77ff. ; Filippo Ranieri, Dienstleistungsverträge : Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung, in : Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Service Contracts, 2020, S. 2ff.

(13) Ranieri, a. a. O. (Fn. 12), S. 13ff.

(14) Wendehorst, a. a. O, (Fn. 9), S. 233ff.

(15) 一木孝之『委任契約の研究』（成文堂、2021）7頁以下参照。

しての重要な意味を有しない。また、有償事務処理契約（BGB675条）は、事務処理を内容とする雇用契約または請負契約に委任のルールが補充適用されるにすぎず、独立した契約類型としては扱われない<sup>(16)</sup>。なお、高度な役務提供給付（医師・弁護士などのいわゆる高級労務）を目的とする契約は、雇用契約に分類される（「自由な雇用契約〔freier Dienstvertrag〕」と称される<sup>(17)</sup>）。

このような中、近時、ヨーロッパでは、サービス取引の拡大を背景として、役務提供に関する共通規定を設けて契約法の再構築を図ろうとの動きも活発化している<sup>(18)</sup>。このように、ヨーロッパにおいては、私法の統一化を模索する中で役務提供契約の問題性が顕在化している。

## 2 民法典における役務提供型契約

わが国において、旧民法典（明治23〔1890〕年公布）は、財産取得編第12章に雇傭（現行法では雇用）、請負に関する規定を置き（雇傭〔同260条以下〕、仕事請負契約〔同275条以下〕）、医師、弁護士および学芸教師の労務（世話）に関しては特別規定が置かれ、雇傭の対象から除外されていた（同266条1項「医師、弁護士及ヒ学芸教師ハ雇傭人ト為ラス此等ノ者ハ其患者、訴訟人又ハ生徒ニ諾約シタル世話ヲ与ヘ又ハ与ヘ始メタル世話ヲ継続スルコトニ付キ法定ノ義務ナシ又患者、訴訟人又ハ生徒ハ此等ノ者ノ世話ヲ求メテ諾約ヲ得タル後其世話ヲ受クル責ニ任セス」）。また、請負は、注文者が主たる材料を供して仕事をする場合であり（仕事請負契約）、請負人が主たる材料を供した場合は条件付売買とされていた（同275条）。なお、委任は、代理（財産取得編第11章）の中で規定され（「代理ハ当事者ノ一方カ其名ヲ以テ其利益ノ為メ成ル事ヲ行フコトヲ他ノ一方ニ委任スル契約ナリ」〔229条1項〕）、代理人の義務（同237条以下）、委任者の義務（同245条以下）が定められていた。

その後の明治民法典（明治31〔1898〕年施行。改正前民法）の起草者は、労務の提供を内容とする契約について、雇傭・請負・委任（および準委任）を区別する方針を採った。起草委員（穂積陳重）の説明によると、雇傭は労力自体を目的とす

(16) *Wendehorst, a. a. O.* (Fn. 9), S. 235 - 237. なお、BGBは、他に役務提供型契約として、雇用に準ずる治療契約（BGB630a条以下）、請負に準ずる旅行契約（同651a条以下）、仲介（同652条以下）、寄託（同688条以下）などを規定する。

(17) *Wendehorst, a. a. O.* (Fn. 9), S. 246f.

(18) 前掲注(9)参照。詳細については、別稿で論じる。



るのに対し、請負はその労力の結果を目的とする点で区別される<sup>(19)</sup>。条文上、賃貸借の次に雇傭を置くのは、物の賃貸借と労力の賃貸借とを同列に扱うローマ法に由来する。また、それまで教師、弁護士、医者等の労務は雇傭から除外されていた(礼金のないのが荣誉とされ、自分の労務に対して報酬を受けることは恥ずかしいものであるとされてきた)が、明治民法典では、高等の労務と劣等の労務を区別せずに雇傭に集約されたとする。

さらに、委任契約に関する審議では、起草委員(富井政章)は、旧民法典では委任は代理を目的とするものとしていたが、これでは狭いという理由で 649 条(現行法 643 条)を提案した<sup>(20)</sup>。そして、委任は、事務を処理するという点では雇傭との区別が不明確であるため、「法律行為」を目的とするものに限定したが、法律行為を目的としない場合の処理について審議が難航した。委任と雇傭の分界が必ずしも明確とならない場合もあり(例えば、弁護士は雇傭と委任の二つの性質を有している)、報酬の有無により雇傭か委任、あるいは無名契約とするかなど議論が続けられた。そこで、委任は雇傭と区別するために原則として法律行為を目的とするものとして、法律行為に限らない広い事務処理(例えば、自分に代わって病人を見舞いに行く、自分に代わって葬式に行く)にも妥当する 654 条(現行法 656 条[準委任])を置いた<sup>(21)</sup>。

こうして、民法典は、雇傭・請負・委任さらに寄託がそれぞれ独立の節におさまる形式を採った<sup>(22)</sup>。その後、労働契約の概念が形成され、雇傭は、使用者の指揮命令に従って労務を提供するという理解が一般化した。そして、役務提供契約に関する典型契約の区別基準の一応の到達点<sup>(23)</sup>としては、このような雇傭に対し、

(19) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 4 法典調査会民法議事速記録 四』(商事法務研究会、1984) 455 頁以下。

(20) 前掲注(19) 584 頁以下。

(21) 廣中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣、1987) 735-736 頁。

(22) なお、明治民法典起草過程の議論に関しては、坂本・前掲注(5)63-64 頁、一木・前掲注(15)50 頁以下、小島彩「役務提供者の責任に関する一考察」本郷法政紀要 12 号(2003) 48-49 頁、鎌田耕一「雇傭・請負・委任と労働契約」横井=篠原他編『市民社会の変容と労働法』(信山社出版、2005) 159 頁以下、戦東昇「役務提供型契約に関する比較法的考察—中国の立法化作業への提言—」九大法学 104 号(2012) 14 頁以下、水町勇一郎「民法 623 条」土田編『債権法改正と労働法』(商事法務、2012) 3 頁以下、山本豊編『新注釈民法(14)』(有斐閣、2018) 8 頁以下(山本執筆)、芦野訓和「『雇傭』『請負』『委任』の境界と雇用契約規定の有用性」日本労働研究雑誌 700 号(2018) 66 頁以下参照。

(23) 我妻栄『債権各論 中巻二』(岩波書店、1962) 531-533 頁、600-602 頁、来栖三郎『契

（有償）委任にあつては受任者の事務処理は自己の裁量によって処理すべく独立的である点で相違するとされる。請負人の役務提供についても、独立性がある点で雇傭と異なる。また、委任は仕事の完成ではなく事務処理自体を目的とするのに対し、請負では仕事の完成が義務づけられている点で相違する。同じく、雇傭も労務自体を目的とし、その成果がどうであれ報酬が与えられるのが原則であるのに対し、請負は労務提供の成果としての仕事の完成に対して報酬が付与される点で差違がある。なお、寄託は他人（受寄者）の労務を利用する契約であり、他人の事務処理を目的とする点で委任の一亜種ともいえるが、物の保管という特殊な労務提供を目的とすることから他と区別される。

## 二 役務提供型契約の展開

### 1 典型契約の再構築へ向けた動向

上述したように、一般的理解では、役務提供に関する典型契約は、役務提供自体を目的とするのか一定の結果の達成が義務づけられるのかという「給付目的」の差違、あるいは役務（労務）提供者の役務受領者からの独立性・従属性といった「当事者の関与」の度合が区別基準とされる。しかし、実際には、当事者の意思（合意）により結果達成の期待は異なるであろうし、当事者間の独立・従属という点も段階的ないし類型的に種々考えられる。また、役務提供契約に関する議論においては、請負か委任、結果債務か手段債務という契約類型論ないし債務分類論から出発する傾向にあるが、これらの契約規定は特定の状況下での契約にのみ当てはまる枠組でしかないと考え、典型契約類型を再構築する方向も考えられる<sup>(24)</sup>。

議論の詳細は後述するが、典型契約の再構築に関しては、なお請負（結果債務）と委任（手段債務）を役務提供契約に関する典型契約として位置づけ、両契約の規定がその通則としての性質を有するとして、従来の典型契約の枠内での処理を志向する見解がある一方で、雇用、請負、委任（準委任）、寄託のいずれにも該当しないサービス契約（労務提供型の契約）に関する任意規定群の創設へ向けた立法提案もみられた<sup>(25)</sup>。また、現行の典型契約制度を維持しつつ、すべての契約を役務提

約法』(有斐閣、1974) 452-460頁、505-517頁。

(24) 典型契約の意義と契約類型に関しては、拙著・前掲注(7)39頁以下参照。

(25) 松本恒雄「サービス契約」山本=大村他『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—(別冊NBL51号)』(商事法務研究会、1998) 235頁以下、執行秀幸「民法に取り入れるべき契約類型はあるか」椿=新美他編『民法改正を考える(法律時報増刊)』

供契約を基準にして段階的に位置づける見解<sup>(26)</sup>や、請負契約を特化させ、役務中心請負を委任に統合させて捉え、それを役務提供契約として特徴づける見解<sup>(27)</sup>も主張された。しかし、いずれの見解にあっても、役務提供契約に関する諸問題をどの程度解決できるのか、そもそも役務提供型契約を典型契約として位置づける意義はどこにあるのかなど、検討する必要がある。

## 2 民法（債権法）改正における審議状況

今回（2017年）の改正民法の立法過程の審議においては、役務提供契約に関する規律を考えるうえでの留意点が認められる。民法（債権法）改正検討委員会の改正試案および法制審において、役務提供契約に関する総則的規律が検討された<sup>(28)</sup>。そこでは、雇用・請負・委任・寄託を包括する上位カテゴリーとして「役務提供契約」を位置づけ、無名の役務提供契約に対しても適用される総則規定として、①役務提供者の基本的義務、②具体的報酬請求権の発生に関する一般原則、③役務受領者の任意解除権とそれに伴う役務提供者の損害賠償請求権が予定された。しかし、中間試案の段階で総則規定を置くことが断念され、準委任の規定によることとしたが<sup>(29)</sup>、要綱仮案の段階でそれも見送られた。

法制審では、様々な役務提供を内容とする契約のうちで、委任に関する規定が妥当する類型もあれば、そうでない類型もあり、当事者間の信頼関係を前提にするというよりも、受任者の知識や技能といった専門性を重視して契約が締結されることも多くあり（例えば、医療やコンサルティング）、準委任を類型化するにしても、

（日本評論社、2008）321-322頁（雇用、請負、委任、寄託や役務提供契約に共通する規定を設けても十分に把握できない契約については、民法に規定を置くべきであるとして、診療契約、福祉サービス契約、情報・助言提供契約をあげる）。

(26) 沖野真己「典型契約としての『役務提供契約』概念（上）」NBL583号（1995）7-9頁、同「（下）」同585号（1996）43-44頁。なお、山口幹雄「役務提供契約の法的規律に関する一考察」松浦＝松川他編『加賀山還暦・市民法の新たな挑戦』（信山社出版、2013）473-474頁参照。

(27) 山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本＝大村他・前掲注(25)12頁以下。

(28) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針V』（商事法務、2010）3頁以下、民事法研究会編集部編『民法（債権関係法）の改正に関する検討事項』（民事法研究会、2011）633頁以下、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務、2011）420頁以下参照。

(29) 商事法務『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（別冊 NBL143号）（商事法務、2013）181頁、同『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013）499頁。

その基準の合理性や明確性の点で疑問があるとされた<sup>(30)</sup>。そして、結局、委任の規定が準用されない場合に適用される規律が不明確であり、他方で、適用される規律を具体的に定めることも困難であるとされ、取り上げないこととなった<sup>(31)</sup>。多種多様な役務（サービス）を内容とする契約の共通項を抽出して、これを役務提供契約の総則規定として一律に規定することは、極めて困難な作業であったことが窺われる<sup>(32)</sup>。なお、「継続的契約」に関しても、中間試案の段階では共通する規律（期間の定めのある契約の終了、期間の定めのない契約の終了、解除の効力）<sup>(33)</sup>が設けられていたが、要綱仮案に至る過程で見送られた<sup>(34)</sup>。

その後成立した改正民法は、まず、法令に特別の定めのない場合を除き、契約

(30) 法制審議会民法（債権関係）部会第82回会議（平成26年1月14日）部会資料73B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(9)」PDF版4-7頁。

(31) 法制審議会民法（債権関係）部会第93回会議（平成26年7月8日）部会資料81-3「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その3）補充説明」PDF版22頁。

なお、改正へ向けた審議動向に関しては、鎌田耕一「雇用、労働契約と役務提供契約」法律時報82巻11号（2010）12頁以下、木庭顕「『債権法改正の基本方針』に対するロマンスト・リヴュー、速報版」東京大学法科大学院ローレビュー5号（2010）195頁以下、円谷峻編著『民法改正案の検討第3巻』（成文堂、2013）252頁以下（長谷川貞之執筆）、坂本武憲「役務提供型契約の規定方法—日本の民法（債権法）改正における動向—」専修大学法学研究所所報48号（2014）19-20頁、森田修「請負関連規定に関する民法改正経緯」法学協会雑誌136巻10号（2019）134頁以下など参照。

(32) 改正に至らなかった要因に関しては、様々な分析がされている（吉永一行「役務提供型契約法改正の挫折—法制審議会民法（債権関係）部会の議論の分析」産大法学48巻3・4号〔2015〕21-22頁〔具体的な契約類型を置くことの違和感、消費者・労働者という視点の不可避的混入〕、中田＝大村他『講義 債権法改正』〔商事法務、2017〕302-304頁〔中田裕康執筆〕、中田裕康『契約法〔新版〕』〔有斐閣、2021〕490頁〔役務内容の確定の困難、可変的な要素による影響を受けること、抽象度を高めた契約類型を設定することに対する懐疑・危惧〕、手嶋豊「役務提供契約」安永＝鎌田他『債権法改正と民法学Ⅲ 契約法(2)』〔商事法務、2018〕325頁〔役務提供契約の多様性、一般規定を置くことの積極的意義の不十分さ、一類型にまとめることの技術的困難〕など）。

(33) 商事法務・前掲注(29)『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』135頁以下、同『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』392頁以下。

(34) パブリック・コメントにおいて、①適用範囲が不明確であり取引実務が混乱するおそれがあること、②継続的契約の解消の可否について具体的な基準を示した最高裁判例もなく明文化は時期尚早であること、③継続的契約は多様であり一律に適用される規定を設けるべきではないこと、④期間の定めがある契約の場合は期間満了によって契約が終了すると考えるのが契約当事者の意思であることなどを理由として反対する意見が寄せられ、これらを踏まえ、継続的契約の論点については取り上げないこととされた（法制審議会民法〔債権関係〕部会第80回会議〔平成25年11月19日〕部会資料70A「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(5)」PDF版67頁）。

を自由に締結できるとして、契約自由の原則を明文化した（521条、522条2項）。そして、典型契約の諾成契約化が図られ、使用貸借（593条）、寄託（657条）は諾成契約となり、消費貸借には要物契約（587条）のほか諾成消費貸借（587条の2）が定められた。また、売買の契約不適合責任（562条以下）の有償契約への準用（559条。請負の担保責任規定の削除）や履行（または利益）割合に応じた報酬請求権規定の創設（624条の2〔雇用〕、634条〔請負〕、648条3項〔委任〕、665条〔648条の準用。寄託〕）など、役務提供契約に対応する規律も認められる。

以上のような改正民法の規律に関しては、様々な観点からの評価がみられる。例えば、典型契約制度の意義・機能を積極的に評価する立場からは、各典型契約の冒頭規定は、その類型の本質的要素（必要的合意事項・方式・要物性）について定め、合意により変更・排除できない強行的な規定であり、契約自由の原理を枠付け制約するための対抗的規定という意味での特別規定とみる見解<sup>(35)</sup>がある。また、契約責任に関する新規定（412条の2〔履行請求権の限界事由〕、415条〔帰責事由の有無〕、541条〔債務不履行の軽微性〕など）は、契約債権の内容の確定を明示的に要求し、契約の解釈という作業が増大しており、当該契約の事情に即した「個別的なもの」と契約類型・取引慣行に基づく「典型的なもの」とが混在しているとの見解<sup>(36)</sup>もみられる。さらに、改正民法では、抽象度の高い契約類型を設定するよりも、各典型契約のバランスによる平準化を図るとともに、各則における規律によって一般原則を浮かび上がらせるという発想があり、それだけに隠れた契約類型、一般的規範の解明は学説に残された課題であるとの評価<sup>(37)</sup>もある。

### 三小 括

役務提供契約および行為債務は、取引社会の進展に伴い情報や無形サービスの重要性が増大したという、現代契約法の特徴として浮上してきた問題である<sup>(38)</sup>。しかし、多様な役務提供契約を包括する視点や分類する枠組は未だ確立されていない。

(35) 石川博康「典型契約規定の意義—典型契約冒頭規定を中心として—」安永=鎌田他監『債権法改正と民法学Ⅱ 債権総論・契約(1)』（商事法務、2018）446-447頁（なお、混合契約や非典型契約に関しては、いかに規律するかが残された問題であるとする）。

(36) 森田修「第三講義 契約の解釈：一般準則を中心に（その1）」法学教室 430号（2016）50頁以下（同『債権法改正』の文脈—新旧両規定の架橋のために—〔有斐閣、2020〕所収）。

(37) 中田=大村他・前掲注(32)303-304頁（中田裕康執筆）。

(38) 拙著・前掲注(7)49頁以下参照。

改正前民法（明治民法典）の下では、役務提供に関する典型契約は、一般には、役務提供自体を目的とするのか（雇用・委任）、その一定の結果の達成が義務づけられるのか（請負）という「給付目的」の差違、あるいは役務（労務）提供者の役務受領者からの独立性（請負・委任）、従属性（雇用）といった「当事者の関与」の度合を基準に認定判断され、処理する傾向にあった。しかし、役務提供の態様は多様であり、種々の役務提供契約を差別化し、また、個別契約の性質を決定することは容易ではない。

このような中で、今回の民法改正においては、上述したように、役務提供契約に共通するルールを設ける方向が模索されたが、結局断念せざるを得なかった。新たな典型契約類型の創成もなく、当初からの雇用・請負・委任・寄託のいわば「基本類型保持型」（原型尊重型）の契約法体系を採用（維持）している<sup>(39)</sup>。そして、そのような体系の下で、典型契約の諾成契約化や契約不適合責任の有償契約への一般適用、役務提供型契約における新たな報酬請求権規定の創設など、各典型契約間での調整・平準化が図られたものと評価できる。

以上の状況からは、典型契約制度の意義・機能が改めて明らかにされる必要がある。基本類型を保持する体系においては、典型契約制度の積極的評価ないし類型的存在としての意義を強調すべきなのか否か、また、そこで混合契約・非典型契約はどのように解されるのかが問題となる。近時、わが国の学説は、典型契約制度を積極的に評価し、その機能を重視する傾向にある。しかし、現実生活から生じる新たな契約に対応するためには、典型契約規定を厳格に適用（類型強制）する必要はなく、相互に流動性・連続性を有する「段階的存在」として理解することも可能である<sup>(40)</sup>。このような理解は、契約法をめぐる近時の潮流である契約自由の強調（復権）や改正民法における合意重視の志向（合意原則）<sup>(41)</sup>にも相応する。また、上

(39) これに対し、例えば、ドイツ法では、学説において典型契約（法定類型）の規範性は必ずしも重視されず、新種の類型が典型契約として適宜法律に取り込まれるというように（消費用製品売買〔BGB474条以下〕、消費者金融消費貸借〔同491条以下〕、住居使用賃貸借〔同549条以下〕、医療契約〔同630a条以下〕、旅行契約〔同651a条以下〕など）、「追加補充型」ともいえる契約法体系を採用する（もっとも、EU指令や欧州裁判所によるその解釈の影響も受けて展開されてきたことにも注意を要する）（拙著・前掲注〔7〕59頁以下）。

(40) 拙著・前掲注〔7〕70頁以下。

(41) 中田教授は、契約自由の強調ないし合意重視の傾向については、1990年代からの自己決

述したような「基本類型保持型」の契約法体系の下で進められた規律の統一化・契約の標準化にも整合するであろう。この点は、後に改めて検討したい。

### Ⅲ 「行為債務（給付）」概念の展開

#### 一 債務（給付）の分類

##### 1 債権と債務（給付）

一般に、債権の本質は、特定人（債権者）が特定人（債務者）に対して一定の行為（作為のほか不作為を含む。これを「給付」ともいう）をすべきことを請求する権利であるとされる<sup>(42)</sup>。つまり、債権は、債権者が債務者の行為（給付）を介して、その行為（給付）のもつ価値ないし利益を自己に帰属させることができる権利である。このように、債権は、債務者による給付を受領し得る権利であるとともに、その前提として、債務者に対して給付を請求し得る請求権でもあることから、「債権」と「請求権」との関係につき議論されてきた<sup>(43)</sup>。

このような債権の一般的定義は、ドイツ民法（BGB241条<sup>(44)</sup>）に倣ったものであるが、そこで行為（給付）は債務者の義務として観念されてきた。しかし、「給

定による契約自由の強調や契約利益を中心とする債権法の構築へ向けた動き、契約の尊重（保護）思想といった諸場面であらわれているとする（中田・前掲〔32〕『契約法』55頁以下、同「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究8号〔2010〕2頁以下〔同『私法の現代化』（有斐閣、2022）所収〕）。

なお、改正民法における「契約の尊重（favor contractus）」思想の意義・機能に関しては、拙著・前掲注（7）1頁以下参照。

(42) 川島武宜『債権総則講義第一』（岩波書店、1949）1頁（なお、川島博士は、本質的労働力の売買契約、雇傭契約、労働契約においては、売り渡された客体〔労働〕の性質上、労働給付は契約の後になされねばならないから必然的に「債権」の形態をとらざるを得ないという、生産構造上の特質があるとする〔同8頁〕）、我妻榮『新訂 債権総論』（岩波書店、1964）1頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972）3頁。

(43) 実体法上の権利概念や訴権との関係などをめぐり議論されてきた（奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（創文社、1979）〔改正前民法414条に関する議論については、281頁以下〕、淡路剛久『債権総論』（有斐閣、2002）6頁以下、中田裕康『債権総論 第4版』（岩波書店、2020）18頁以下、奥田昌道＝佐々木茂美『新版 債権総論 上巻』（判例タイムズ社、2020）15頁以下参照）。また、債権の本質に関する史的展開（特にドイツ法に依拠した理論動向）に関しては、潮見佳男『新契約各論Ⅱ』（信山社出版、2021）3頁以下参照。

(44) ドイツ民法（BGB）241条1項は、「債務関係により、債権者は、債務者から給付を請求する権利を有する。給付は、不作為においても存する。」と規定する。

付」ないし「給付義務」の捉え方自体共通の理解が得られてはいない。従来の説明によると、債権者が債務者に対して請求し得るものが「給付」であり、それについて債務者が債権者に対して行うべき義務が「給付義務」とされる<sup>(45)</sup>。すなわち、請求力（権）との関係から、給付義務を行為義務として捉える。このような理解にあっては、給付結果（債権者が債務者の給付を通して獲得する利益）は給付の目的ではあるが、給付義務（行為）の内容とはならない。

これに対し、近時、給付結果は行為の目的であると同時に給付義務の対象でもありとみる見解が有力である。すなわち、給付とは債権者に給付結果を実現させることであり、給付義務は債務者の解放と同時に債権者の満足（給付結果の取得）という両面があることから、給付義務を「給付結果実現義務」<sup>(46)</sup>、あるいは給付結果の実現を包含させた「給付行為義務」<sup>(47)</sup>と称されている。

ここでは深く立ち入ることはできないが、「給付義務は、債務者の給付行為を通して債権者に給付結果を生じさせる義務である」と解する限りでは異論はなく、問題は、行為義務という面を債務履行過程においてどのように位置づけるのか、給付結果との関連づけである。さらに、現在では、給付義務に対比させた付随義務・保護義務という形での理解も有力であり<sup>(48)</sup>、契約債務関係の構造把握に関して議論されている<sup>(49)</sup>。もっとも、これらは債権・債務をどう捉えるべきかという債権法

(45) 我妻・前掲注(42)5頁、於保・前掲注(42)3頁、岡松参太郎『註釋民法理由 下巻 第9版』（有斐閣書房、1899）2-6頁など。

(46) 中田・前掲注(43)19-20頁、奥田=佐々木・前掲注(43)9-10頁、13頁（例えば、売主は、買主に目的物の所有権を確定的に取得させるために、登記を移転し、目的物を引渡し、あるいは目的物を現に占有する第三者がいればその占有を排除するなどのことが必要となるが、これは、給付の中味をなす個別・具体的行為〔手段〕にすぎず、給付として評価される「行為」それ自体〔全体としての行為〕と、そのような「行為」〔「作為」あるいは「不作為」〕を成り立たせる個々の行為〔手段としての行為〕とは区別されるとする）、奥田編『注釈民法(10)』（有斐閣、1987）399-400頁（北川善太郎執筆）、潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣、1991）12頁以下など。

(47) 林良平「契約責任の構造—その素描—」林=甲斐編『谷口追悼・第2巻 契約法』（信山社、1993）10-13頁。

(48) わが国の契約義務（付随義務）論は、ドイツ民法理論、とりわけ積極的債権侵害論の受容を通して展開された。ドイツ法における議論状況と民法典（BGB）の規定構造に関しては、拙著・前掲注(6)13頁以下、同・前掲注(7)106頁以下参照。

(49) 平井博士は、契約義務（付随義務）論の展開からは、従来の債権の一般的定義は、現在では必ずしも維持できなくなってきたとした（平井宜雄『債権総論〔第2版〕』（弘文堂、1994）1-2頁）。



の根幹に関わる問題でもある<sup>(50)</sup>。

## 2 債務（給付）概念の展開

### (1) 「積極（的）給付」と「消極（的）給付」

ローマ法では、債務（給付）は、**dare, facere, praestare**に分けられ、**dare**は所有権の移転（調達）を内容とし、**facere**はあらゆる種類の作為および不作為、**praestare**は一定の結果の保障（担保）の引き受けを内容とした<sup>(51)</sup>。そして、この流れを汲む2016年改正前のフランス民法1126条は、債務は、与える債務、なす債務、なさざる債務からなることを定めていた。もっともフランスにおいて「与える債務」の典型は、所有権その他の物権を移転する債務という限定的な概念であり（引渡債務は「なす債務」。現行フランス民法は、所有権の移転は契約の効力として規定する〔同1196条〕）、物の引渡債務を含むより広い概念として用いるわが国での理解とは異なっている<sup>(52)</sup>。

わが国の改正前民法（明治民法典）の立法当時は、債務（給付）の分類には着目されなかったが<sup>(53)</sup>、その後、積極（的）給付（作為給付）と消極（的）給付（不

(50) 中松教授は、債権・債務の内容は決して契約内容の言い換えではなく、それは「我国の債権法のあり方から理解される債権・債務概念の検討を経て明らかにされる」とした（中松纒子「契約法の再構成についての覚書」判例タイムズ341号〔1977〕26頁）。

(51) *Max Kaser / Rolf Knütel / Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 259.* 沼義雄『債権法要論』（日本大学、1925）22頁、磯村編『新注釈民法(8)』（有斐閣、2022）48頁（北居功執筆）。なお、森田修「ローマ法における『賃約』（*locatio conductio*）とその現代的意義—『役務提供契約』の基礎理論のために」岡本＝沖野他編『中田古稀・民法学の継承と展開』（有斐閣、2021）591頁以下参照。

(52) 中田・前掲注(43)34-35頁、平井・前掲注(49)15-16頁、金山直樹「与える給付と担保する給付—それから一〇〇年、もう一つの歴史—」西村＝児玉編『日本民法典と西欧法伝統—日本民法典百年記念国際シンポジウム—』（九州大学出版会、2000）337頁以下（同『現代における契約と給付』〔有斐閣、2013〕所収）、フィリップ・シムレール＝（訳）小柳春一郎「債務『給付』の分類に関する省察—与える、為す、為さざる（*dare, facere, nonfacere*）・・・そして付け加える（*alteri*）—」西村＝児玉編・同371頁以下、ムスタファ・メキ＝（訳）山城一真『『債務関係』、あるいは債務という観念（契約法研究）(1)（2・完）』慶應法学20号229頁以下、同21号117頁以下（いずれも2011）、山城一真「フランス契約法における『与える給付』概念」慶應法学44号（2020）175頁以下など参照。わが国においても、「なす債務」を売主の引渡債務を含む包括的概念として理解する見解がある（森田修『強制履行の法学的構造』〔有斐閣、1995〕340頁以下）。

(53) 梅博士は、債権は、一定の人をして一定の財産上の行為を為さしめることであると定義するだけで十分であるとしたうえで、債権の目的を「与える」「為す」「為さざる」の3つに分ける考え方に対しては、「与える給付」は「為す給付」に含まれ、また、「為す」と「為さざる」に分けることも不当ではない、と述べるに留まる（梅謙次郎『民法要義 巻之

作為給付)に分類する理解が一般的となった<sup>(54)</sup>。積極(的)給付は、強制履行の方法の違いから、さらに物の引渡しその他物権の設定移転を目的とする作為(広義の作為)と、労務その他の作為(狭義の作為)に分けられる。同様に、消極(的)給付は、「忍容(黙過の給付)」「他人がある行為をなすことを禁止する権利を有するにもかかわらずこれを禁止しないこと〔例、賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為をしようとする場合、賃借人はこれを拒むことはできない〕とそれ以外の不作為(単純不作為)に分類された。また、作為と不作為が混合して一個の給付をなす場合(混合給付〔混合不作為債務〕。例、俳優甲が乙劇場にて一定期間演技する債務を負うと同時に、この間は他の劇場に出演しない債務を負う場合、賃借人が賃借家屋においてある種の営業をしないことを約する場合)<sup>(55)</sup>や、二次的不作為債務(例、賃借人、使用借人、受寄者等は、物の返還をなすべき作為債務を負担することの当然の結果として、この積極給付を不能とするような行為をしないことの二次的債務を負担する)<sup>(56)</sup>に言及する見解もみられた。

## (2) 債務(給付)の分類の仕方

わが国においては、以上のような作為と不作為に類別する傾向から、強制履行の方法の差異をより明確に強調するために、「与える債務(引渡債務)」と「なす債務(行為債務)」の分類が導入されて以降、両債務を対峙させた理解が定着し今日に至る。

そして、債務(給付)の分類の仕方としては、「与える債務」と「なす債務」に分類し、さらに「なす債務」を「作為債務」と「不作為債務」に分ける方法<sup>(57)</sup>と、

三 債権編〕〔有斐閣書房、1912年版・復刻版〕1-2頁)。

(54) 沼・前掲注(51)21-23頁、石坂音四郎『債権法大綱』(有斐閣、1921)13-14頁、三瀧信三『債権法要論 総論上冊』(有斐閣、1923)33頁、嘉山幹一『改版 債権総論』(啓文堂書店、1926)26-28頁、富井政章『民法原論 第3巻 債権総論上(復刻版)』(有斐閣、1929)56-57頁、池田寅二郎『債権総論上巻』(清水書店、1934)26-28頁、石田文治郎『債権総論講義』(弘文堂書房、1936)20-21頁。

(55) 沼・前掲注(51)23頁、石坂・前掲注(54)14頁、三瀧・前掲注(54)33頁、嘉山・前掲注(54)28頁。

(56) 嘉山・前掲注(54)28頁。

(57) 川島・前掲注(42)30頁、我妻・前掲注(42)24-25頁、87頁、92-94頁(なお、同「作為又は不作為を目的とする債権の強制執行一民法第四一四條、民訴第七三三・四條の沿革一」同『民法研究V』〔有斐閣、1968(初出1932)〕81頁以下参照)、淡路・前掲注(43)82-84頁、平井・前掲注(49)19-20頁(平井博士は、「与える債務」・「なす(なさない)債務」の分類に示唆を得た「引渡債務」・「行為債務」という分類を、債権法全般に通じる基本的

「作為債務」と「不作為債務」に分類したうえで、「作為債務」の中に「与える債務」と「なす債務」を配置する方法<sup>(58)</sup>がみられる。強制履行の方法について、「与える債務」は直接強制（民執 43 条以下、168 条・169 条）によることが可能であるが、「なす債務」（または「なさない債務」）は代替執行（同 171 条）による（いずれも間接強制〔同 172 条・173 条〕との選択は可能）との理解が一般的である<sup>(59)</sup>。

「与える債務」と「なす債務」は、作為債務の内容により、作為が物の引渡しか、それ以外の作為（狭義の作為）であるかによって区別される。物の引渡しも一定の行為ではあるが、ここでは物が引き渡されるという結果が重要であり、債務者の引渡行為はその結果を達成するための手段にすぎず、従属的な意義しか有しない。これに対し、物の引渡し以外の作為においては、債務者自身の行為自体に重点が置かれ、当事者間に緊密な関係を生じ、人格的結合関係の色彩を帯びる（雇用関係、委任関係、賃貸借関係）<sup>(60)</sup>。もっとも、物の引渡し以外の作為債務においても、請負契約上の債務のように、やはり結果（仕事の完成）に重点が置かれる場合

---

な分類として援用する。それは、「与える債務」は贈与契約上の債務を意味すると誤解されるうえ、フランス民法上は主として物権を移転する債務を意味すること、また、強制履行の要件のみならず、債権総則上の問題（損害賠償・第三者の債権侵害・債権譲渡・弁済等）に関しても引渡債務・行為債務の分類が意味をもつとする。同旨の見解として、内田貴『民法Ⅲ 第4版 債権総論・担保物権』〔東京大学出版会、2020〕15頁。

- (58) 奥田＝佐々木・前掲注〔43〕41頁、奥田昌道『債権総論（上）』（筑摩書房、1982）32-33頁、同『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992）32-33頁。同旨、松坂佐一『民法提要 債権総論（第4版）』（有斐閣、1982）32頁、北川善太郎『債権総論（民法講要Ⅲ）〔第3版〕』（有斐閣、2004）8-9頁、石田穰『債権総論』（信山社、2022）45-47頁。

なお、於保博士は、作為債務を「与える給付」と「為す給付」、「担保する給付」（信用保証・連帯債務・損害担保契約・保険契約制度は終局的には担保実現のための与える給付がなされることもあるが、担保給付の本体は担保状態〔状態給付〕にある。）を区別する（於保・前掲注〔42〕24-27頁。同旨、奥田編『新版注釈民法（10）I』〔有斐閣、2003〕98頁〔金山正信・金山直樹執筆〕。また、金山（直）教授は、有体給付としての「与える給付」と「為す給付」・「為さない給付」、無体給付としての「権利供与給付」と「担保する給付」という分類を提案する（金山・前掲注〔52〕362頁）。

- (59) なお、「引渡債務」であっても、種類売買に基づく種類債務は、債務者（売主）が目的物を未だ調達していなければ代替執行ないし間接強制をするほかない。また、不代替的作為債務は間接強制が許されるが、その要件（債務者の自由意思の尊重、給付の実現可能性など）の考慮を要する（淡路・前掲注〔43〕84頁、奥田＝佐々木・前掲注〔43〕141-142頁、北居功「役務提供契約の構造—契約類型に応じた給付の顧客適合性の確立プロセス—」民法研究第2集第3号〔東アジア編〕〔2017〕55-56頁）。

- (60) 我妻・前掲注〔42〕24-25頁、於保・前掲注〔42〕25頁。

もある<sup>(61)</sup>。

## 二 行為債務の特質

### 1 「行為債務（なす債務）」概念に関する議論

役務提供契約は、主に債務者の行為に価値を認める契約であり、「行為債務（給付）」（「なす債務（給付）」）を内容とする契約である。しかし、債権総則規定には「行為債務」概念に関する一般規定はない。そこで、まず、「行為債務」という債務（給付）類型がこれまでどのように理解され、議論されてきたのかを整理しておく必要がある。

上述したように、債務（給付＝給付義務）は債務者の行為（給付行為）に関連づけて把握される中で、改正前民法（明治民法典）の立法当時は債務（給付）の分類には着目されなかったが、その後、積極（的）給付（作為給付）と消極（的）給付（不作為給付）に分け、積極（的）給付の中で、物の引渡しとその他の作為を類別する理解が一般的となった。そして、強制履行の方法の差異を説明するために「与える債務（引渡債務）」と「なす債務（行為債務）」に着目する分類が導入されて以降、両債務を対峙させた理解が定着した。

以上の債務（給付）類型論にあっては、「なす債務」の「与える債務」に対する給付形態の相違が強調されたに留まり、それ以上の展開はみられない。また、「なす債務」の意義は現実的履行方法、執行方法の差異にある（執行法上の概念）にすぎないから、「なす債務」を内容とする契約が役務提供契約であるとみることが有用ではないとの指摘<sup>(62)</sup>や、債務不履行の認定や損害賠償の内容などの点で如何なる債務であるかに注意すれば十分である<sup>(63)</sup>、といった消極的評価もみられた。

しかし、今日、サービス取引の増大を背景に、財貨の利用や他人の労力の利用を可能にする手段としての「行為債務」の重要性については共通の認識となっており、「行為債務」概念の理解を出発点とした債務不履行責任の再構築へ向けた課題も浮き彫りとなる<sup>(64)</sup>。

(61) 奥田・前掲注(58)『債権総論（上）』33頁、同『債権総論〔増補版〕』33頁。

(62) 沖野・前掲注(26)「(下)」44頁。

(63) 平野裕之『プラクティスシリーズ 債権総論』（信山社、2005）4頁。

(64) 平井博士は、行為債務については、債務者の行為が損害を惹起したか否かが重要な争点となり、行為の不履行と損害との間の事実的因果関係は、不法行為におけるものと性格を共有することを指摘する（平井・前掲注〔49〕63頁、73頁）。

## 2 結果債務・手段債務概念

このような状況において、フランス法の結果債務・手段債務概念に関する議論も行為債務概念との関係から展開されてきた。行為債務（なす債務）は、債務の遂行方法に関連づけた概念であるが、結果債務・手段債務は、契約責任に関する帰責事由の内容判断や立証責任の局面で論じられるものであり、次元を異にする。しかし、役務提供型契約の類別や行為債務の不履行（履行不完全）の認定判断が結果債務・手段債務概念に即して論じられるなど、両概念は重要な視点を提供してきたことも否定できない。

結果債務（*obligation de resultat*）と手段債務（*obligation de moyens*）の区別は、当事者が明確に定められた結果の実現が確実であると約束したのか（結果債務）、それとも、それを実現すべく努力することしか合意していないのか（手段債務）、という債務の強度により区別される<sup>(65)</sup>。そして、結果債務（例えば、物の引渡し、仕事の完成）では、結果が実現されなければ、不可抗力や債権者の行為など外来の原因による場合を除き、債務者は契約責任を負う。手段債務（例えば、医師の診療債務）とされる場合は、債務者が達成すべき任務に適した手段をとり、最善を尽くすことを約束するが、結果の如何は必ずしも問題にはならない。したがって、手段債務では、結果の不実現のみならず債務者の行為義務違反が評価対象となることから、「債務の不履行」と「帰責事由」の認定判断はほぼ同様のものとなる<sup>(66)</sup>。また、實際上不法行為法における被害者の証明責任（加害者の過失の証明）との違いもなくなる。手段債務は、このような債務類型として特徴づけられ、その意義や具体的な事案への当てはめについて議論されてきた<sup>(67)</sup>。

しかし、結果債務・手段債務概念に対しては、種々の債務をどこまで両概念に分断して捉えることが可能であるのかについて疑問視する見解も多い。すなわち、結

(65) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について—債務不履行における『帰責事由』」同『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002〔初出1993〕）16頁。

(66) 淡路・前掲注(43)17頁、加藤雅信『新民法体系Ⅲ 債権総論』（有斐閣、2005）51-52頁、同「新民法体系Ⅲ 債権総論 結果債務・手段債務論—債務性格論への純化を求めて—」法学教室 274号（2003）104-105頁など参照。

(67) 結果債務・手段債務概念を支持する見解として、淡路・前掲注(43)96-97頁、森田・前掲注(65)1頁以下、吉田邦彦「債権の各種—『帰責事由』論の再検討—」星野編代『民法講座 別巻2』（有斐閣、1990）1頁以下、潮見佳男『債権総論』（信山社出版、1994）189頁以下など。

果債務・手段債務概念の分類の実益は、帰責事由の立証責任にあると解されてきたが、日本民法では契約から生じたものであると不法行為から生じたものであるとを問わず、債務ごとに分断して帰責事由の立証責任を考えるとという思考方法は一般に受け入れておらず、直ちにこの分類を導入することは困難であるとされた<sup>(68)</sup>。また、結果債務と手段債務の分別基準も明確ではなく、手段債務とされる債務であっても、給付行為により実現されるべき状態として一定の給付結果が債務内容となっている場合のあることを指摘する見解<sup>(69)</sup>も多い。例えば、医療債務においても一定の医療水準を充たす治療が期待され、軽い疾患や治療薬の提供などの場面では、結果債務としての性質が顕著となる。同様に、立証責任の分配に関しても、医師の治療行為については、医師がその情報をほぼ独占しているから、医師の側で自己の無過失を立証すると解するのが妥当であるとされる<sup>(70)</sup>。

以上のような批判はあるが、結果債務・手段債務概念が、契約責任の構造を見直すための重要な視点を提供したことも否定できない。結果債務・手段債務論においては、契約当事者の合意を基礎とする債務類型に対応させて帰責構造を論じる中で、「過失」が債務者の責任を基礎づける唯一の原理ではないとの方向が示され、伝統的通説である過失責任主義に対する批判論として展開されてきたと位置づけることもできる<sup>(71)</sup>。そして、このような動向が、今回の改正民法（特に415条）の理論的基礎ないし出発点となったといえる。

### 三 小 括

以上より、役務提供契約が問題とされる中で、その目的（内容）である行為債務（なす債務）の特殊性が認識されるとともに、それを結果債務・手段債務概念を介在させて検討する傾向が窺える。

第1に、役務提供契約の性格づけに関しては、契約時点では未だ役務提供債務の内容は確定できないことから、契約実現＝債務履行段階に至るプロセスにおいて給付が確定されるメカニズムの必要性が指摘されている<sup>(72)</sup>。また、役務提供債務の

(68) 平井・前掲注(49)17頁。

(69) 北川・前掲注(58)19頁、石田・前掲注(58)48-49頁、加藤・前掲注(66)『債権総論』52頁。

(70) 石田・前掲注(58)50頁。

(71) 拙著・前掲注(7)174頁以下参照。

(72) 北居・前掲注(9)469頁以下、同・前掲注(51)62頁、同・前掲注(59)53頁以下。

多様性（結果債務型と手段債務型）への配慮とともに、物の引渡し（引渡債務〔与える債務〕）と混合する場合の性格づけなども問題となる。

第2に、役務提供債務の特徴を踏まえた不履行責任構造の解明へ向けた議論も顕著である。すなわち、「なす債務」の不履行においては履行過程における債務者の行為態様の認定判断が問題となるから、「与える債務」を前提とする議論は重要性を失い<sup>(73)</sup>、そこで債務者の具体的な行為が損害を惹起させたかどうかが重要な争点となるとされた<sup>(74)</sup>。また、「なす債務」の履行不完全を「与える債務」と「なす債務」の場合に分け、後者をさらに結果債務と手段債務に類別して論じたり<sup>(75)</sup>、手段債務の特殊性を強調する見解<sup>(76)</sup>もみられた。このように、行為債務（なす債務）概念に関する議論は、役務提供者の責任構造の理解にも密接に関わっており、責任論の動向も踏まえ改めて検討する必要がある。

## IV 役務提供契約に関する議論動向—契約の性質と役務提供者責任

### 一 役務提供契約の性質

#### 1 役務提供契約（役務提供給付）の特徴

行為債務（なす債務〔給付〕）を目的とする役務提供契約に関しては、これまで、典型契約制度や契約類型の観点からその特徴と概念の意義が説かれ、また、役務（サービス）の欠陥・瑕疵に対する役務提供者責任に関して議論されてきた。特に、消費者被害の救済という見地から検討を加える傾向が顕著であった<sup>(77)</sup>。しかし、

(73) 潮見博士は、「なす債務」では、契約に適合した作為・不作為がなされたか否かを捉えること、行為のなされた結果が不法評価の対象となるのかどうか重要になるとする（潮見佳男『契約責任の体系』〔有斐閣、2000〕211-212頁）。

(74) 前掲注(49)参照。

(75) 奥田・前掲注(58)『債権総論〔増補版〕』164-166頁。

(76) 鈴木博士は、手段債務（例、医師の診療契約上の債務）については、履行不能とも履行遅滞ともいえないあいまいな形の債務不履行（履行不完全）が存在することを認めざるを得ないとする（鈴木祿弥『債権法講義4訂版』〔創文社、2001〕678頁）。

(77) 浦川・前掲注(3)217頁、河上・前掲注(3)71頁、内田英夫「サービスと消費者保護」『ジュリスト増刊・消費者問題』〔有斐閣、1979〕165頁以下、伊藤進「サービス取引と消費者保護のための法的施策についての提言」NBL468号（1991）6頁以下、長尾治助「サービス法と消費者問題」立命館大学人文科学研究所紀要60号（1994）105頁以下、同「サー

役務提供契約の特徴や役務提供者責任の構造に関して、共通の理解が得られているわけではない。

このような中で、役務提供契約（役務提供給付）の特徴も浮き彫りにされてきた。その特徴として、①役務の不可視性・無形性（内容の特定困難、品質表示の困難、事前評価の困難）、②品質の客観的評価の困難性、③還元返還の困難性、④貯蔵不可能性（生産と消費が同時に行われる）、⑤人的依存性・信用供与的性格（提供者により給付内容が異なる、受給者の協力を要することが多い、役務提供と代金支払いを同時履行の関係にすることが困難であり、どちらかが先履行せざるを得ず、その分相手方に信用を供与している）、⑥当事者の完全性利益（生命・身体・財産など）の保護の重視（債権者の完全性利益が保護対象とされる場合が多い、役務の提供が債権者の権利・利益領域に介入する）、⑦役務提供態様の多様性（契約の継続性、複合化・多角化など）等が指摘されている<sup>(78)</sup>。

これらは、契約の成立段階、契約内容、債務履行過程の諸場面での特殊事情から析出される特徴である。例えば、①役務の不可視性・無形性は、④貯蔵不可能性や⑤人的依存性・信用供与的性格を前提にして浮上する特徴であり、それは、②品質の客観的評価の困難性にも密接に関わってくる<sup>(79)</sup>。また、⑥当事者の完全性利益の保護の重視は、③還元返還の困難性へ接合し、さらに、これらの諸事情から⑦役

---

ビスの欠陥とサービス提供業者の契約責任—消費者契約を中心として— 中川他編『星野古稀・日本民法学の形成と課題 下』（有斐閣、1996）767頁以下、川端敏朗「サービス契約の多様化と消費者保護」早稲田法学 74 巻 3 号（1999）261頁以下など。

- (78) 中田・前掲注(3)34-35頁、浦川・前掲注(3)221-222頁、河上前掲注(3)72-73頁、同「債権法講義 [各論]—35 役務提供契約・雇用(1)」法学セミナー 776 号（2019）80頁、小宮路・前掲注(4)151頁以下、松本・前掲注(25)210-211頁、同「サービス契約の法理と課題」法学教室 181 号（1995）66頁、川端・前掲注(77)265頁、後藤巻則『消費者契約の法理論』（弘文堂、2002〔初出1996〕）300頁以下、北川善太郎『債権各論（民法講要Ⅳ）[第3版]』（有斐閣、2003）31頁、平野裕之「教育サービスの債務不履行とその救済—『自由裁量論』及び『客観的評価の困難性』—」慶應法学 3 号（2005）162-164頁など。
- (79) なお、丸山教授は、サービス産業における公的規制（参入規制）を論じる中でサービスの特徴に触れ、これまでサービスの「質」の事実認定の困難性があげられてきたが、それはサービス固有の問題ではなく、むしろ「もの」はストック概念であり、買主にとって品質不確実性があるといっても取引の時点での品質はある水準に定まっているのに対し、サービスはフロー概念であり、買主にとって品質不確実性があるとともに、サービスが実際に提供されていく過程で品質が可変的である点が特徴であるとする。そして、サービスの品質不確実性は、さらに返品の可能性につながると解する（丸山雅祥「市場・競争・規制」書齋の窓 452 号〔1996〕53-54頁）。



務提供態様の多様性<sup>(80)</sup>という観点も導き出される。このように、種々指摘されてきた役務の特徴は相互に密接に関連して表面化するものだといえ、役務提供契約においては、これらの特徴が重層的・複合的に混在しているとみることができであろう。

このような「物」給付（引渡債務）とは異なる役務提供給付（行為債務）の特徴からは、役務提供契約の債務内容は特定しにくいこと（提供者の行為態様や受領者の協力など可変的な要素による影響を受ける）<sup>(81)</sup>、したがって契約内容に適合した債務履行の有無の認定判断が困難であるという問題が顕著となる<sup>(82)</sup>。これは、役務提供契約の性質、当事者間の利益調整、役務提供者責任の構造を考えるうえでの留意点となるであろう。これまでも、役務提供給付の特徴を前提として債務内容の適性化と役務の欠陥・瑕疵に対する被害者救済を図るべく解決方向性に関して議論され、役務内容の規格化・標準化や契約締結段階での役務提供者による契約内容の表示・説明、情報提供制度の確立などが要請されてきた<sup>(83)</sup>。

## 2 役務提供契約の類別

### (1) 役務提供給付の態様

以上のような役務の特徴から、役務提供契約はどのように性質決定されるのか。

- (80) 「複合（多角的）役務」（二当事者間で複数の給付が存在する場合や法律関係に複数の関与者がいる場合、複数の契約が連鎖・結合する場合の当事者の関与態様や法律関係の評価が問題とされた。拙著・前掲注〔7〕335頁以下、松本・前掲注〔25〕231頁以下、河上正二「複合的給付・複合的契約および多数当事者の契約関係」法学教室172号〔1995〕48頁以下〔磯村＝鎌田他『民法トライアル教室』（有斐閣、1999）所収〕など）、「継続的役務取引」（特に、中途解約が問題とされ、〔改正前〕民法651条を根拠とする見解や消費者としての観点に着目する見解、役務の特質から解約権を認める見解などが表明された。松本恒雄「継続的取引と中途解約」法学セミナー462号〔1993〕88頁以下、中田裕康「継続的役務提供契約の問題点（上）（下）」NBL599号8頁以下、同602号39頁以下〔いずれも1996〕〔同「継続的取引の研究」（有斐閣、2000）所収〕など）、「専門家責任」（専門家をどのように定義づけるか、また、専門家概念を定立することの意義も問題となるが、専門家は「高度の注意義務」を負うとしてその責任が論じられた。川井編『専門家の責任』（日本評論社、1993）、山川＝根田編『専門家責任の理論と実務』（新日本法規出版、1994）など）等について議論されてきた。
- (81) 前述したように、北居教授は、役務の具体的内容は、契約履行プロセスにおいて、当該相手方の個性に応じて確定されることも希ではないことを強調する（北居・前掲注〔9〕459頁以下、同・前掲注〔59〕60頁）。
- (82) 中田・前掲注〔32〕『契約法』489-490頁参照。
- (83) 松本・前掲注〔25〕220頁、長尾・前掲注〔77〕「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任」777-782頁など参照。

そこで、まず、役務提供給付の態様としては、役務提供のみを内容とする場合と物の引渡しを伴う役務に分けられるとともに、特定の「結果」の実現が約束されているのか否かという観点から類型化されてきた。すなわち、「物」取引との関係から、役務提供を「物の供給と役務提供が混合している場合」（物の製作・修繕、運送、寄託、教材付受講契約、宿泊サービス、有料老人ホームなど）と「物に関わらない役務提供」（いわゆる純粋役務＝情報提供サービス、家庭教師、司会サービス、マッサージサービスなど）に類型化され<sup>(84)</sup>、また、その履行結果の態様から、「結果の達成が約束されている有形物に具現化するもの」（有体的成果型＝建物の建築、理容・美容サービスなど）、「一定の結果の達成が当事者間で約束されている無形のもの」（無体的成果の有形化型＝運送、他人の物の保管など）、「結果の達成が約束されていない無形のもの」（結果無体型＝医師・弁護士の業務、スポーツ選手のプレーなど）やこれらの「混合型」（例えば、主催旅行契約〔現募集型企画旅行契約〕において、目的地への移動は無体的成果の有形化型であるが、旅行計画の遂行やガイド等は結果無体型）といった整理<sup>(85)</sup>も試みられてきた。

そして、役務提供給付を主たる目的とする契約（純粋役務）では、前述した結果債務・手段債務概念に依拠して分類するのが一般的理解であり<sup>(86)</sup>、この点は役務提供者の債務不履行の認定に際して問題とされる。また、役務内容の判定基準の客観化へ向けた類型化<sup>(87)</sup>や、複数の役務が複合して給付される場合も認められる<sup>(88)</sup>。

(84) 伊藤・前掲注(77)7頁、長尾・前掲注(77)「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任」771-773頁、河上・前掲注(78)80-83頁、同「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵(上)」NBL593号(1996)8-12頁など。

(85) 浦川・前掲注(3)221頁、長尾・前掲注(77)「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任」773-774頁。

(86) 平野教授は、さらに特定の「結果」の実現が約束されている場合（物の運送契約）、特定された範囲で「結果」が約束されている場合（修理、クリーニング）、結果の約束はないがサービスが数量的に特定されている場合（英会話の受講契約）、結果は約束されておらず広範囲な裁量が認められる場合（芸術家による花のアレンジ、公演）に細分する（平野・前掲注〔78〕166-170頁）。

(87) 河上教授は、個性的・非代替的役務（著名な芸術家が依頼に応じて絵を描く、小説家が小説を書く、学者が論文を執筆する）のほか、水準を観念できる役務（例、医療サービスにおける「医療水準論」）、定型化・標準化・規格化の進んだ役務（情報提供サービス、冠婚葬祭サービス、クリーニングサービス、旅行サービス）をあげる（河上・前掲注〔78〕81-83頁）。

(88) 伊藤・前掲注(77)7頁。

## (2) 役務提供契約の類別

以上によれば、役務提供契約は、専ら役務の提供のみを内容とする契約に限定されるものではなく、より実質的な見地から「物」の供給との関連も踏まえた類型化がなされ、履行結果についてもそのような実態に即した分析が加えられてきた。そこで、次に、役務提供契約の性格づけに関する議論を整理しておく。

前述したように、明治民法典は、役務提供に関する典型契約を雇用・請負・委任・寄託に独立して規定したが、その後、労働契約の概念が形成され、雇用は、使用者の指揮命令下で労務に服する契約であるとの理解が一般化した。その結果、今日では、これらの典型契約は、給付目的の差違（役務提供自体を目的とするか〔雇用・委任〕、一定の結果の達成が義務づけられるか〔請負〕）、あるいは当事者間の関与の度合（役務提供者は受領者から独立しているか〔請負・委任〕、従属しているか〔雇用〕）という観点から特徴づけられる傾向にある。

そして、役務提供契約に関する議論においては、取引実態を踏まえた考察やサービス契約に関する一般法理の析出など、役務提供契約概念の積極的意義が強調されるが<sup>(89)</sup>、その多くは、役務提供契約は請負または委任であることから出発している。また、役務を結果債務と手段債務、それに類するものに分類する学説も、ここでは請負と委任に即した説明がされてきた。

しかし、実際には、役務提供に関する典型契約（特に雇用、請負、委任）のいずれであるかの法性決定は容易ではない。学説では、請負を細分化したり<sup>(90)</sup>、請負

(89) 中田教授は、その意義として、①サービス経済化など社会的変化を法的に受け止め、共通する法的特徴を検討するための手掛かりとなること、②契約に関する問題（消費者契約、約款による契約、複合的契約など）が役務提供の場合には増幅して生じることがあり、問題を横断的に分析するために意義があること、③物の引渡しを中心に考えられてきた債権法・契約法を役務提供という面から見直す契機となること、をあげる（中田裕康「現代における役務提供契約の特徴（下）」NBL581号〔1995〕41頁）。

(90) 例えば、(1)仕事の目的物の引渡しを要するものと、(2)物の引渡しを要しないものに分け、さらに、(1)は、①請負人が物を製造するもの（建物建築、洋服の仕立てなど）、②注文者の物に請負人が製造以外の行為をするもの（自動車の修理、衣服のクリーニングなど）に細分し、(2)は、①物以外の仕事の成果を引き渡すもの（設計図面の作成、ソフトウェアの作成など）と②仕事の成果が無形のもの（講演、指定された場所での一定期間のピアノの演奏など）に細分する見解がある（中田・前掲注〔32〕『契約法』503-504頁）。

と（準）委任との関係<sup>(91)</sup>や雇用と労働契約との峻別<sup>(92)</sup>などをめぐり議論されるが、役務提供契約の実態は多様かつ連続的・複合的であり、雇用・請負・委任概念の境界線は明確ではない<sup>(93)</sup>。

例えば、情報提供サービス（就職情報、住宅情報、興信所による信用調査や弁護士・会計士による専門的助言など）は、役務受領者の要請によっては役務提供給付の目的の範囲は多様であり、委任と請負の性質が問題となり得る。教育サービスについても、教育指導役務の結果達成の度合は様々であり（知識・情報の提供だけであったり、役務受領者の個別的な目標の達成が要求される場合もある）、さらに、幼児・児童などの安全確保が役務提供者に義務づけられる場合もある。

契約当事者間の独立性・従属性に関しては、雇用においても被用者が労務の結果について使用者に対して責任を負う独立的な形態（例えば、専門家〔弁護士や産業医など〕を従業員として雇用する場合）もみられ、また、一般的な弁護士の訴訟遂行や継続的な助言活動、医師による治療に関しても雇用的側面を肯定できる場合もある。さらに、混合契約としての性質が認められる場合もあり、例えば、運送・警備契約などにおいては委任と寄託が、募集型企画旅行契約や介護サービスでは請負・委任・寄託などの性質が混合する。弁護士・医師などのいわゆる高級労務について、雇用・請負・委任の性質が混在することは既に指摘されていた<sup>(94)</sup>。

このように、役務提供の態様は多様であり、種々の役務提供契約を差別化し、また、現実の個別契約の性質を確定することは必ずしも容易ではない。

### 3 役務提供契約法の展開可能性

役務提供契約を明確に概念規定することが困難であるとする、広く役務提供契約を取り込んだ典型契約制度を再構築する方向、あるいは新たな典型契約としての

(91) 「もの」の引渡し受領を履行プロセスにおいて観念できない無形の仕事（音楽の演奏、翻訳、コンピューターのシステム開発など）は一定の結果の発生を対象とするか否かにより請負と準委任に区別されるとの指摘がある（河上正二「債権法講義〔各論〕—37」法学セミナー 780号〔2020〕63頁）。

(92) 雇用は、労働契約と同視されるべきではなく、非従属的労務を含む契約として再確認したうえで、請負との関係については、労働が成果に結実するか否かのリスクを役務受領者が負担するのが雇用であり、役務提供者が負担するのが請負であるとして区別する見解もある（鎌田・前掲注〔22〕196-205頁、同・前掲注〔31〕16-17頁。なお、水町・前掲注〔22〕22-24頁参照）。

(93) 中田・前掲注〔32〕『契約法』559-560頁、河上・前掲注〔91〕63頁参照。

(94) 我妻・前掲注〔23〕533頁。

役務提供契約を創成する方向も考えられる。また、必ずしも法性決定する必要はないとの立場も考えられるであろう<sup>(95)</sup>。諸説が林立するが、新たな典型契約の創成を主張する見解<sup>(96)</sup>がある一方で、典型契約類型の再構築を志向する見解や、雇用、請負、(準)委任、寄託のいずれにも直接該当しない役務提供契約に関する任意規定群(受け皿規定・共通規定)の設定へ向けた提案もみられる。

### (1) 典型契約類型の再構築

典型契約制度に関しては、かつては、契約自由の原則の下では様々な契約が形成され、民法典はそのすべてを包括し得ないとして消極的評価がされてきたが、近時、典型契約は契約内容の確定に際しての基準となるだけではなく、既存の契約類型の修正や新たな類型の創成にも資するとして、積極的に評価される傾向にある<sup>(97)</sup>。

そこで、役務提供契約に関しては、およそ以下のような見解・動向に注目できる。

① **沖野説** 沖野教授は、契約は常にその本質上、一方当事者による一定の行為を目的とするものであり、すべての契約は「役務提供契約」ということになるという。したがって、契約群は並立するのではなく、役務提供契約を基礎として段階的に位置づけられ、「何らかの仕事をすること」がそれぞれにより特化して他の契約類型になるとする。そして、サービスと物との結びつきという点でも、①サービスが物の引渡しそのものである場合、②物を対象とするサービス(物を利用させる役務、物への役務付加〔クリーニングや時計の修理〕、物そのものの作成)、③物と結びつかないサービス(医療や在宅ケアのように、人の身体に向けられたものとコンサルティングのように対象のないもの)、というように役務の側面から説明する<sup>(98)</sup>。

(95) 松本教授は、役務提供契約法規範の方向性として、①債権総論レベルの問題として、すべての役務を役務提供型を基礎として段階的に位置づける考え方(超サービス主義)、②契約総則に共通規則を定めるか、契約各則の一つの類型にサービス法全体を代表させる考え方(大サービス主義)、③新たな典型契約としてのサービス契約類型をたてるに際して、典型契約の分類を見直し、線引きを変える立場(中サービス主義)、④従来はいずれの契約にもあたらないとされたり、準委任に無理にとり込んで処理されていたタイプのサービス契約について、適切な任意規定群を定めるというやり方(小サービス主義)、⑤特にとりあげるべき個別サービス契約(旅行契約や医療契約、教育契約等)についての任意規定のみを定めるというやり方(個別サービス契約主義)を示す(松本・前掲注〔25〕235-236頁)。

(96) 執行・前掲注(25)321-322頁。

(97) 詳細については、拙著・前掲注(7)39頁以下参照。

(98) 沖野・前掲注(26)「上」7-9頁、同「下」43-44頁。なお、このような理解に対しては、①少なくとも起草当初は、委任契約は代理権授与契約との関係で理解されており、②現

前述したように、学説においては、役務提供契約の多くは請負・委任の言い換えであり、とりわけ委任契約に基づく理解が顕著である。沖野説は、あくまで現行の典型契約制度を前提としてではあるが、このような傾向をより純化させて「委任」を中心に契約群の整理を試みる。しかし、このような理解に対しては、サービス（役務）契約特有の問題を希薄化して問題の所在を曖昧にする危険があるとの批判<sup>(99)</sup>もあり、委任契約概念を拡大解釈することにより、役務提供契約に関する問題をどの程度解決できるのかを検証する必要がある。

② 山本説 山本教授は、物、金銭、労力といった価値の交換ないし移転という枠組みから、民法典の中に最低限定めるべき典型契約類型（基本的典型契約類型〔基本契約類型〕）を考える（交換・売買、賃貸借・消費貸借、雇用・委任、贈与・使用貸借など<sup>(100)</sup>）。そして、請負については、「物中心型請負」（建築請負や製造・加工業のように新しい物を製作する）と「役務中心型請負」（設計、開発契約、情報提供や情報の加工・処理に関する契約）に分け<sup>(101)</sup>、請負契約を「物中心型請負」に特化させる。「役務中心型請負」は、委任・準委任と統合して「役務提供契約」として位置づけ、寄託もこの下位概念に置く<sup>(102)</sup>。なお、その他の基本契約類型としては、団体契約（物・金銭・労力という価値の交換ないし移転に還元しきれな

---

在も委任は広く仕事（事務）一般を扱うのではなく、ある程度専門的知識を要する相対的に高度な仕事（事務）の遂行を内容とする、③委任を一般類型と考えるのはその規律の点から問題があり、特に、その解除は契約の拘束力の一般原則からすれば例外的である、との批判も予想されるとしたうえで、①に対しては、現在ではそのように考えないのが一般的である、②に対しては、明文上の規定はなく、そうだとでも程度の問題であり、仕事（事務）は広汎に考えられるとする。また、③については、651条は当事者間の信頼関係により基礎づけられるが、それは事務内容が高度であり専門知識をもつ受託者の裁量に委ねざるを得ないというような状況がその要素といえるが、この他にも例えば、委任の場合は事務内容が明確でなく、内容に幅があるため、人的要素に依存せざるを得ないというような状況も考えられる、と説明する。

(99) 松本・前掲注(25)205頁。また、例えば、売買も「引渡し」という行為が介在するが、対価（代金）はその行為ではなく、あくまで「目的物」の財産的価値に対して決せられ、同様のことは、財産権利用型・役務提供型契約においても妥当する場合がある。

(100) 山本・前掲(27)12頁以下。

(101) ただし、請負人が新しい物を制作するのではなく、注文者の所有物に対して仕事をする場合（注文者が提供したものに仕事をする場合〔クリーニング、靴の修理、洗車〕）、請負人が注文者の設備・施設に向いて仕事をする場合（設備の組立、機械の設置）は、役務の要素が強くなり、役務提供契約に重なるとする（山本・前掲注〔27〕14-15頁）。

(102) ただし、役務提供契約を独立の典型契約として認める意義をどこに求めるかは問題であるとする（山本・前掲注〔27〕15-16頁）。

い人と人との共同関係〔現行の組合契約〕、紛争処理契約（現行の和解）、リスク処理契約（保証契約その他の担保権設定契約）を置き<sup>(103)</sup>、また、基本契約類型とは別に任意的典型契約類型（任意的契約類型）として非典型契約の典型契約化も予定する<sup>(104)</sup>。

山本説は、請負契約をより純化させ、役務中心型請負を委任に統合させて捉え、これを「役務提供契約」として特徴づける。したがって、役務提供契約は物とは関わらない純粹役務に限定されることになる。しかし、このように役務提供契約を純化させて捉えることは適当なのか、また、委任ルールによる対処が可能か否かが問題となるであろうし、論者自身も指摘するように、そもそも役務提供契約を典型契約として規律する意味をどのように考えるかも問題となる。

③ 請負（および雇用）と（準）委任の対置 石川教授<sup>(105)</sup>は、雇用・請負を原型とする一般の役務提供契約と「本来的な委任・準委任」との本質的な差違を識別し、それを類型として切り出して形成することが当面の課題であるとする。その際、雇用・請負に類似する準委任は本来的委任から排除し、雇用の対象は労働関係に限定し、本来的委任では無償性原則が貫徹される。このような理解からは、有償の役務提供契約は、雇用（しかも労働契約関係〔使用者への従属性〕）または請負により処理する方向へ向かうことになるであろう。

坂本教授<sup>(106)</sup>は、雇用・請負・委任の規定を典型とする立法主義が望ましく、これらに還元できない場合は、例えば、雇用と請負の間に生じ得る役務提供者の受領者からの独立性・従属性に関する多様性や、請負と委任の間に存し得る結果達成への要求度の多様性に配慮する必要があるとする。そして、民法典は、従属的な役務提供の極点を雇用で定め、他方で独立性のある役務提供の極点を請負で規定しており、この両者の間に位置する委任の規定を多様化させることにより対処するのが適当であるとする。この立場では、役務提供契約の多様性は、（準）委任の規定により処理されることになる。

(103) 山本・前掲注(27)16-17頁。

(104) その前提条件として、当該契約類型の一般性、内容の確定性、重要性をあげる（山本・前掲注〔27〕19-20頁）。

(105) 大村＝道垣内編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017）436頁（石川博康執筆）、同「債権法改正法をめぐる理論的諸問題」司法研修所論集2017（第127号）（2018）148-151頁。

(106) 坂本・前掲注(5)63-65頁、同・前掲注(31)19-20頁。

## ② 新たな受け皿規定（共通規定）の設定

① 民法（債権法）改正検討委員会試案 前述したように（Ⅱ二二）、今回の民法（債権法）改正の過程においては、当初、改正検討委員会試案が公にされ、役務提供契約の関連規定が提案された<sup>(107)</sup>。そこでは、無名の役務提供契約に対しても適用される総則規定（受け皿規定）として、(1) 役務提供者の基本的義務、(2) 具体的報酬請求権の発生に関する一般原則、(3) 役務受領者の任意解除権（すべての役務提供契約に共通する提供完了前の任意解除権）とそれに伴う役務提供者の損害賠償請求が提案された。

そして、雇用・請負・委任・寄託は、その特性により明確にし純化された規定が予定された。特に、請負に関しては、(a) 仕事の完成物とその対価の交換として捉えるモデル（売買とパラレルに位置づけられる）と、(b) 役務提供と対価との関係では、一定の仕事の完成に対して一定の報酬を支払う「成果完成型」と、段階に分けて順次履行しその割合に応じて報酬を支払う「履行割合型」の二つのモデルが対比され、請負契約は(a)に純化して規定し、(b)は役務提供契約の一般規定の中で対応すること<sup>(108)</sup>が予定された。

検討委員会試案は、立法化には至らなかったが<sup>(109)</sup>、請負を物に関わる場合と関わらない場合に分けて捉えており、この点で、上述した山本説との共通点も認められるが、後者を委任に包摂せず、また、役務提供契約を純粹役務に特化するものでもない。

② 共通規定（共通法）の検討 近時、契約の一般理論と各種の典型契約の規律との間に、特定の問題に関して共通の性質をもつ同系類の契約に妥当する理論（中間理論）をめぐるフランス法の議論が紹介されている<sup>(110)</sup>。例えば、売買と請負

(107) 前掲注(28)参照。

(108) 委任は、受任者が委任者から一定の権限を付与され対外的な行為をする契約であり、寄託は、物の保管を内容とする役務提供契約であるとした。雇用は、将来的には労働契約法と統合することが望ましいとして、その補充規定が整序された。

(109) 改正検討委員会試案を支持する見解もみられた（坂本・前掲注〔31〕19-20頁、板垣修司＝水野博章「役務提供契約の再構成について」ジュリスト1441号〔2012〕70頁以下。なお、拙著・前掲〔6〕397-398頁）。

(110) 森田宏樹「契約」北村編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、2006）317頁以下、都筑満雄「フランス契約法における各種契約の一般理論の形成と展開(1)(2) (3・完) —非典型契約の考察に向けた予備作業—」南山法学36巻1号（2012）77頁以下、同2号135頁以下、同3・4合併号293頁以下（いずれも2013）、同「混合契約論を見る視



の連鎖、売買契約における担保責任の請負への類推適用、委任や寄託に関する規律が他の契約に及ぶような場合である。わが国の改正民法においても、売買の契約不適合責任（562条以下）の請負契約への準用（559条。請負契約独自の担保責任規定の削除）や、雇用・請負・委任に共通する報酬の支払方式に関する規定（624条の2、634条、648条3項など）が認められる。

このような役務提供契約の共通規定（共通法）に関しても、今後の展開が期待される<sup>(111)</sup>。また、このような動向は、わが国においても、非典型契約（とりわけ混合契約論）に示唆を与え、新たな契約類型の規律の形成に向けた出発点となり得るとの指摘<sup>(112)</sup>もある。

## 二 役務提供者責任の構造

### 1 役務提供者責任に関する議論

#### (1) 不完全履行論の展開と役務提供者責任

不完全履行とは、外形的にみて債務の履行行為がなされたにもかかわらず、それが債務の本旨に従ったものではない場合をいう。不完全履行は、ドイツ民法理論よ

点—各種契約の一般理論からの視座—」民事研修682号（2014）2頁以下、同「各種契約の一般理論と日仏の契約法改正—役務提供契約について—」道垣内=片山他編『近江古稀・社会の発展と民法学 [下巻]』（成文堂、2019）431頁以下。

なお、契約の解釈から契約の性質を決定し、具体的事案に適用可能なカテゴリーを確定するという作業の一環である「契約の法性決定」に関するフランス法の議論の検討もされている（大村敦志『典型契約と性質決定』〔有斐閣、1997〕170頁以下、193頁以下、森田修「フランスにおける『契約の法性決定』(1)(2)(3)(4)(5)（6・完）」法学協会雑誌131巻12号〔2014〕1頁以下、同132巻1号79頁以下、同4号122頁以下、同9号52頁以下、同11号1頁以下、同12号84頁以下〔いずれも2015〕〔同『契約の法性決定』（商事法務、2020）所収）、山代忠邦「契約の性質決定と内容調整(1)(2)(3)(4)（5・完）—フランス法における典型契約とコーズの関係を手がかりとして—」法学論叢177巻3号49頁以下、同5号48頁以下、同178巻3号48頁以下〔いずれも2015〕、同4号59頁以下、同179巻5号43頁以下〔いずれも2016〕参照。

(111) 都筑教授は、フランス法における役務提供契約の共通法を参考に日本法における展開可能性を論じる（都筑満雄「役務提供契約共通法の序論的考察—フランスにおける役務提供契約の共通規定を参考に—」本誌93巻6号〔2021〕181-185頁）。

(112) 都筑・前掲注(110)「フランス契約法における各種契約の一般理論の形成と展開（3・完）」315頁以下。なお、森田教授は、このような動向からは、古典的な契約類型は、民法典に維持すべきものと、他方で、民法典の外で別の枠組みに位置づけられるものに分かれ、多様な契約を生み出す基礎となり得る「原型としての契約」のみが民法典の中に保持され、特定の債務や性質によって共通に妥当する「同系類の契約」ごとの規律とを重層的に組み合わせることによって再構築する方向がみえてくるとする（森田〔宏樹〕・前掲注〔110〕330頁）。

り定着した概念であるが<sup>(113)</sup>、履行遅滞・不能と並ぶ不履行の三類型の一つとして理解されてきた（三分体系）。BGBの旧規定とは異なり、わが民法の債務不履行規定（改正前民法415条）は、不履行を遅滞と不能に限定せず、むしろ不能を例示する形を採っていたが（現行415条1項も変わらない）、その一方で、遅滞と不能に重点を置いた規定（改正前民法412条・541条・543条など）もみられた。そのような中で、不完全履行は、一般的・包括的な構造を有する415条（「債務の本旨に従った履行をしないとき」）に含まれる、という解釈が定着した<sup>(114)</sup>。しかし、このような「はめ込み」を行っても、損害賠償を請求できるということ以外に何が不完全履行の内容であるかは一切規定がなく、また、追完請求ないし完全履行請求ができるとされてきたが、これらも債務不履行法のどの規定からも検出できなかった（ただし改正前民法634条参照）。その意味では、今回の民法改正で導入された「契約不適合責任」（562条以下）は、不完全履行に関する欠缺を補充したとも評価できる。

そして、不完全履行をめぐるのは、これまで、それを債務不履行の独立した一態様とみることの是非をはじめとして、債務不履行責任の要件・効果の見直し、瑕疵担保責任や不法行為責任との関係など、民法典における責任法の全体にまたがる問題を提起するとともに、役務提供者責任に関してもそこで議論されてきた<sup>(115)</sup>。

すなわち、かつての不完全履行論は、主に売買（財産権移転）型契約を前提にしたものであったといえる（そこでの侵害態様の理解が容易であることや、売主瑕疵担保責任との関係が古くから議論されてきたことにもよる）が、次第に多種多様な役務提供契約が登場してきたことにより、「行為債務（なす債務）」の重要性が増すに至り、この種の債務にあっては、「与える債務（引渡債務）」以上に不完全履行が

(113) 北川善太郎『契約責任の研究—構造論—』（有斐閣、1963）307頁以下、同『日本法学の歴史と理論—民法学を中心として』（日本評論社、1968）34頁以下参照。なお、ドイツでは、「積極的債権侵害（positive Forderungsverletzung）」と称される場合が多い。契約上の債権侵害に限らない点で「積極的契約侵害（positive Vertragsverletzung）」という名称は適当ではないとされ、また、必ずしも積極的な侵害態様に限らないとして「不完全給付（Schlechtleistung）」とも称される。

(114) 五十嵐清「不完全履行・積極的債権侵害」法学セミナー320号（1981）37頁以下、早川真一郎「不完全履行、積極的債権侵害」星野編『民法講座 第4巻』（有斐閣、1985）49頁以下など参照。

(115) 詳細については、拙著・前掲注(6)138頁以下、同・前掲注(7)319頁以下参照。

重要な意味を有することが明らかにされた。

特に、三分体系の修正を図る学説においては、行為債務の特質に応じた債務不履行責任を構成すべきであるとの志向がみられる。例えば、いわゆる契約義務論（債務構造論）からは、与える債務については細分化された義務に即した侵害態様を析出できるものの、行為債務については、給付義務と完全性利益保護義務とが不可分に結合している場合のあることが指摘された<sup>(116)</sup>。また、債務不履行を一元化して捉える見解においても、行為債務では履行遅滞・不能とは異なる形の債務不履行が存することが明らかにされ<sup>(117)</sup>、債務類型（結果債務・手段債務概念）からの分析も加えられてきた。

裁判例においても、典型・非典型契約を含む多くの役務提供契約に関する事例が集積されてきた<sup>(118)</sup>。そして、帰責根拠としての種々の義務（付随義務、説明義務、表示義務、機密保持義務、競業避止義務など）も析出された。しかし、同種の事案において帰責根拠たる被違反義務の理解は一致せず、また、役務内容の特定や債務者の行為態様の事実認定と本旨不履行の評価に関する判断過程は、必ずしも明確ではない。

このような状況において、役務提供者責任の構造を理解するうえで、役務提供という債務内容をどのように特定するのか、換言すれば、欠陥・瑕疵のある役務をどのように評価するのか、その判断基準が問われることになる。役務提供契約の内容的な適性化とその履行不完全に対する被害者救済に関しては、不完全履行論の展開過程で浮き彫りにされてきた問題である。

## (2) 役務の欠陥・瑕疵とその判断基準

前述したような役務提供契約の特徴からは、その債務不履行や契約不適合の判断は容易ではない。例えば、「品質の客観的評価の困難性」という特徴からは、「物」取引におけるような「中等の品質」（民法 401 条 1 項）の認定が難しく、特に専門的役務のように提供者の裁量の範囲が大きい役務や顧客（受領者）の一定の努力・

(116) 奥田・前掲注(58)『債権総論〔増補版〕』165-166頁、松本恒雄「契約責任と安全配慮義務」Law School 27号(1980)23頁参照。

(117) 前掲注(76)参照。

(118) 拙著・前掲注(6)257頁以下、平野・前掲注(78)170頁以下、笠井修「サービス供給契約」川井=田尾編代『転換期の取引法—取引法判例10年の軌跡—』（商事法務、2004）225頁以下、柳勝司『委任による代理』（成文堂、2012）99頁以下など参照。

協力も必要となる役務（例えば、教育サービス）においては、その客観的評価の困難性が強調されてきた<sup>(119)</sup>。したがって、本旨不履行や帰責事由の有無、その立証といった諸局面での判断が問題となる。

これらの点について共通の理解は得られていないが、その解決方向性については議論がある。そこでは、「物」給付との関係や履行結果の態様に配慮されるとともに、結果債務・手段債務概念に対応した動向がみられる。すなわち、物の供給と役務の提供が混合している場合には、役務の欠陥・瑕疵の判断は物の判断に取り込まれるか、あるいは物自体が通常備えるべき安全性や品質を有しているのかどうかという点と役務提供にとっての当該物の適合性が併せて問題となるのに対し、物に関わらない役務提供（純粋役務）では、約束された役務内容が契約の趣旨に合致した合理的な注意と技術をもって適時になされたかどうかによって判断される（受給者の協力が不十分であるときは、損害抑止義務違反を媒介項として過失相殺が考えられる）、との見解<sup>(120)</sup>がある。

また、一般的には、役務の欠陥とは、債務の本旨に従った時期になされなかったこと、または契約の解釈により確定された役務を一応履行したが不完全である場合をいうが、より具体的には、役務の成果が視認できる場合にはそれが契約目的に合致しているか否かが基準とされ、結果無体型についても、一定の結果の実現を重視するものについては、不実現の原因が外来的原因に基づくことを役務提供者において証明されないときは履行不完全と判断される、との見解<sup>(121)</sup>もある。ここでは、消費者保護の見地から、役務提供者の注意義務の水準を引き上げ（役務提供者の

(119) 松本・前掲注(78)68頁。

(120) 河上・前掲注(84)8-12頁、同「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵（下）」NBL595号（1996）16-18頁。河上教授は、手段債務型の場合は、目的とされた結果を遠ざけたり、これと矛盾するような行為態様が役務提供者によってとられている場合、あるいは、結果への接近を阻害するような事情がある場合には役務の欠陥があり、結果債務型の場合は、物に結晶する場合は目的物の瑕疵の存在により、そうでない場合は資格、規格水準、効率性、対価性等の指標を媒介とした評価の客観化への新たなノウハウの開発が必要であるとする。なお、そのほか結果債務・手段債務概念に対応させた見解として、長尾・前掲注(77)「サービス法と消費者問題」12-14頁、潮見佳男『「なす債務」の不履行と契約責任の体系』磯村＝潮見他『北川還暦・契約責任の現代的諸相（上巻）』（東京布井出版、1996）108-113頁参照。

(121) 長尾・前掲注(77)「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任」770頁、776頁、788-794頁。

注意と技能とは、サービスを妨げる外来的原因以外の事由であるならば克服することができる水準が要求される)、外来的原因のため役務の欠陥が生じたことを証明できなければ免責されない、という考え方が強調されている<sup>(122)</sup>。

### (3) 責任の性質・内容

今日、役務の欠陥・瑕疵に対する提供者責任の性質・内容に関して、その解明へ向けた一定の傾向を窺うことはできない。そのような中、例えば、改正前民法の下で、役務の瑕疵担保責任は不完全履行の問題であり、いわゆる契約責任説(債務不履行責任説)の妥当性が証明できる領域であるとか、債権者の完全性利益が侵害される場合が多い、といった指摘がされた<sup>(123)</sup>。

そして、責任の性質に関して、「物」に結晶しているような役務や、定型化・マニュアル化あるいは規格化・標準化を経て商品化されることの多い役務(「消費者向けサービス」に多い)、社会的に一定水準の維持が期待される役務などについては、製造物責任における「欠陥」に対する被害者救済システムの提供が求められるとの見解<sup>(124)</sup>がある。同じく、各種サービスの欠陥に対しても、消費者保護の理念から厳格な責任を認めようとする社会的な要請が高まっているとの指摘<sup>(125)</sup>もある。

将来的には、結果債務あるいは「物」取引に接近させた形での解決方向性(さらには特別法の制定)を模索することも考えられるであろう<sup>(126)</sup>。しかし、安全性に欠ける役務による被害に関する法的責任においては、役務提供者と被害者との間

(122) 長尾・前掲注(77)「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任」794-797頁、799-800頁(なお、このような処理のほか、注意義務の水準を引き上げる反面、その義務を尽くしたことを役務提供者が証明すれば足りるという処理、注意義務の水準〔予見可能性と結果回避可能性に依拠する〕を現状どおり維持して、その違反を推定することで顧客の証明負担を軽くする処理、あるいは、通常の防止手段措置を講じたことの証明で役務提供者は注意義務を尽くしたという扱いなど、いくつかの段階が考えられ、具体的な契約特性によっては、これらの処理を弾力的に扱い得るとする)。

(123) 松本・前掲注(25)218頁、同・前掲注(78)69頁。

(124) 河上・前掲注(3)75頁、同・前掲注(84)7頁、同・前掲注(120)19頁。

(125) 後藤・前掲注(78)298頁。後藤教授は、製造物責任法は、「サービス」には適用されないが、これは、サービスの欠陥から生ずる損害については、その対象があまりに多様で立法化が困難だったことや、契約責任等の法理によってもある程度被害の救済があることなどが考慮されたためであり、サービスの欠陥については厳格な責任が必要ではないという趣旨ではない、とする。

(126) 中田教授は、規格化・大量化・機械化、在庫不可能性の緩和、複合化・長期化、多様性・新規性、判定基準の発達といったサービス取引の現代的な特徴からは、「物の取引に引き寄せたシステム化」ともいべき現象がみられるとする(中田・前掲注〔3〕35-36頁)。

に契約関係が存在するのが一般的であり、債務者の安全性に関わる契約条件が存する場合には、それを責任内容に反映させるべきであると考え、現時点では、契約責任として規範構成せざるを得ず、また、完全性利益侵害については、不法行為責任との競合の問題が生じるといえる<sup>(127)</sup>。

責任内容についても、いくつかの見解が表明された。概して、民法の役務関連規定において考慮されるファクターを活かしつつ、役務提供契約の特徴に配慮するという傾向が窺える。すなわち、いわゆる専門家責任を解明する前提として請負人の瑕疵担保責任（改正前民法 634 条以下）と委任契約における不完全履行を論じる中で、不完全な役務に対する修補請求、代金（報酬）減額請求、損害賠償、契約解除の各々の整理が試みられた<sup>(128)</sup>。また、役務提供契約の特徴を前提とした見解もみられた。例えば、役務の提供においては、債務者の自由意思の尊重の原則から、直接強制は利用できず、代替性のある役務（修理義務）では代替執行が可能となるが、そうでない場合（肖像画を描く債務）は間接強制によるしかないとの見解<sup>(129)</sup>や、不完全な給付結果の是正ないし原状回復としての新たな役務提供の必要な場合（再手術、誤って教えた技術の矯正など）があるとの見解<sup>(130)</sup>、完全性利益侵害の特

(127) 浦川・前掲注(3)222-223頁参照。なお、平野教授は、教育サービスの裁判例において、不完全履行事例であるのに不法行為を問題とする事例が多いのは、広告の宣伝に詐欺的行為がなされることが多いこと、契約当事者になっていない親は不法行為を追及するしかなく、親が契約当事者の場合も、苦痛を受けた子は慰謝料請求を不法行為でいくしかなく、両者の請求を不法行為で統一的に構成し主張した方が戦略的であることによる（平野・前掲注〔78〕259-260頁）。

(128) 下森定「日本法における『専門家責任』」川井編・前掲注(80)33-36頁。

長尾博士は、履行の着手前、履行の中途段階、履行後の段階に分けて捉えるべきであるとして、消費者保護の観点から、対価前払後体験型の契約では、情報不開示を理由とする消費者の無答責解除を制度化すべきこと、履行中途段階においても提供者の変更を請求できることなどを指摘した（長尾・前掲注〔77〕「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任」801-804頁）。また、河上教授は、不要となった役務はあえて継続させないこと、瑕疵の存在についての提供者の認識の有無は免責の許容性に反映されること、瑕疵発生に対する受給者の寄与は提供者の責任軽減をもたらすことを指摘する（河上・前掲注〔120〕22頁）。

さらに、サービス契約の不履行に対し、契約を存続させながら代金減額という形で契約内容を修正する権限をサービス受給者（消費者）に付与することが有益であるとの見解もある（上井長十「フランス法におけるサービス契約の不履行と代金減額請求権—契約不履行救済論の再構築に向けて—」法學政治学論究 54号〔2002〕145頁以下）。

(129) 松本・前掲注(25)219頁、同・前掲注(78)69頁。

(130) 中田・前掲注(89)39頁。

殊性に言及する見解<sup>(131)</sup>などがある。さらに、免責特約・損害賠償額の予定については、少なくとも人身損害に関する限り免責を認めず、財産的損害その他については約款適性化の問題として対処すべきであるとの見解<sup>(132)</sup>も主張された。

## 2 今後の展開

以上から、まず、役務の欠陥・瑕疵の認定判断に関しては、「物」の供給との関連に依拠してそれぞれの場面での法的処理が問われており、特に、純粹役務（結果無体型）における不履行の判断基準が問題となる。物の供給との混合型では、役務の提供と一体となった「サービス商品」の供給として捉える必要性も指摘される<sup>(133)</sup>。また、物の供給に関わらない純粹役務にあっても、その規格化・標準化が進められれば、いわば「定型的サービス」として捉えていく方向も予想でき（例えば、自動車教習所や英会話学校、各種の講習会などの教育サービス）、そこでは無形の商品としての役務提供という商品交換的要素を有する契約の性質も一応鮮明になるであろう。もっとも、役務の具体的内容は、契約の履行過程において順次確定されるもののだといえ、特に役務提供者の裁量の範囲が大きい役務や顧客（受領者）の資質や努力によって結果が左右される役務では、役務の欠陥・瑕疵の判断は容易ではない。今後、債務内容の確定と役務の欠陥・瑕疵の評価の客観化へ向けた議論が必要となる。

責任の性質・内容に関しても、今後の展開に委ねられる問題が多い。製造物責任法をモデルとする見解にあらわれるように、役務提供者責任の厳格化も一つの方向ではあるが、役務提供と損害発生との間の因果関係や責任関係を解明するための方途を探る必要がある<sup>(134)</sup>。また、取引関係の構造把握を踏まえた責任構成にも留意されるべきである<sup>(135)</sup>。

(131) 中田教授は、受給者の下に損害が留まることが多く、特に、知識、情報、技能などを内容とする場合には、質の悪い内容が受給者に「刷り込まれて」抹消しにくい場合もある（おかしな発音の語学テープ、誤った情報を含む書物）とする（中田・前掲注〔89〕39頁）。

(132) 河上・前掲注(120)22頁。

(133) 伊藤・前掲注(77)7頁。

(134) 浦川・前掲注(3)238-239頁。

(135) 河上教授は、マニュアル化された組織的販売体制や役務提供においては、個々の事業者の責任のみに着目した議論だけでは不十分であり、「組織的過失」を論ずべき場面が増えているとする（くい打ち偽装・耐震偽装・ブレーキ安全基準測定など）（河上・前掲注〔91〕70頁）。

具体的な責任内容についても、今後検討されるべき課題である。目的物の瑕疵が役務の欠陥（瑕疵）に起因する場合（物の製作・修繕、運送・寄託型など）は、目的物に関連づけた責任構成が可能である。さらに、物に関わらない純粹役務（情報提供サービス、医療・介護サービス、教育サービスなど）の欠陥が問題となる場合には、契約不適合責任の規律の適用・準用は考えられないであろうか。前述したように、「物」給付とは異なり、役務提供にあっては、給付結果が約束されているかどうか、瑕疵のない役務とは何かが定まっていない場合も多く、実際になされた役務の質を客観的に評価することも困難であると一応いえる。そして、そこでの責任内容としては、不完全な結果の是正ないし原状回復としての瑕疵修補請求や新たな役務提供請求、役務提供者の変更請求（「物」取引における代物請求に相応する）、場合によっては役務の受領拒絶なども考えられる。また、結果の是正が不可能であれば、代金（報酬）減額請求、さらには契約目的が達成できないような場合には契約の解除・代金の返還、損害賠償請求も問題となり、契約不適合責任の効果とも親和的である。今後、契約不適合責任論を契機に、役務提供者責任の帰責構造が模索されなければならない。

### 三 小 括

ここまで、役務の特徴を前提とした役務提供契約の性質と役務提供型契約法の構築可能性、および役務提供者責任の構造の解明へ向けた議論状況の整理・検討を加えた。

役務提供契約を包括する視点や分類する枠組みが確立していない現状においては、まず問題となるのは、債務内容をどのように把握するかである。種々指摘される役務の特徴も、それらは役務提供契約においては債務内容の特定が困難であるという事態に起因するものだといえ、債務内容の特定の困難性は、債務の本旨に従った履行か否かの判断が困難であることと表裏の関係にある。役務提供給付（行為債務）の内容を明らかにし、当事者の保護法益を確定すべく判断基準が問題となろう。行為債務（なす債務）の特殊性や結果債務・手段債務概念に関する議論は債務不履行の認定判断に関わるが、そこでもまず前提とされるのは債務内容の特定であり、それが当該契約の性質決定や不履行の帰責構造の解明へ向け重要な留意点である。そのうえで、典型契約規定や契約関連規定で定型化されている諸要素と具体的に問題となる契約における事実との対応関係を検討することを通して、役務提供契



約の性質および役務提供者責任の構造が明らかにされるべきである。

## V 結 び—理論的到達点と解決方向性—

本稿は、役務提供契約の性質と役務提供者責任の構造の解明へ向け、その理論的到達点と今後の解決方向性を探ることを目的とした。そこで、役務提供型契約類型の民法典への導入とその後の理解を整理し、債務者の行為債務（なす債務）概念の特質に関する議論動向を踏まえ、問題解決へ向けた今後の展開可能性を検討した。

第1は、役務提供型契約の性質および役務提供契約法のあり方である。前述したように、論者の多くは、役務提供契約は請負または委任であると解することから出発し、役務を結果債務と手段債務概念から類別する学説も、請負と委任に依拠して検討を加える傾向にある。しかし、現実の役務提供の態様は極めて多様であり、種々の役務提供を差別化したり、また、実際の個別契約の性質を確定することは容易ではない。したがって、典型契約の雇用・請負・（準）委任の境界線は明確ではないという問題性が浮上する。

そこで、典型契約制度の意義・機能の評価と、その見直しに関する検討を要する。その方向性としては、まず、現行の典型契約類型を基本としたうえで、その再構成（再分類）が考えられる。その場合の類別の仕方としては、当事者の属性、客体（目的）、契約期間、給付形態に拠るなど種々考えられる。今回の改正に際しても議論された「継続的契約」、「役務提供契約」の受け皿規定（共通規定）の創設も予想され、また、規定の位置（債権総則、契約総則など）も論点となり得る。さらに、各典型契約内部での再編成（例えば、契約内部でのサブ〔下位〕類型〔委任の内部での仲介・媒介という類型など〕等）も考えられるであろう<sup>(136)</sup>。わが国現行法の「基本類型保持型」（原型尊重型）の体系においては、各契約内部または諸契約間での整序を要し、これらの留意点が妥当する。このような方向においては、典型契約制度は流動性・連続性を有する「段階的存在」として理解される。

他方で、新たな典型契約類型を創成する方向も考えられる。ここでは、いわゆる

---

(136) 中田＝大村他・前掲注(32)300-301頁（中田裕康執筆）参照。

「現実類型」（取引社会において重要性と定型性を有する契約類型<sup>(137)</sup>）の展開が考慮される。このような方向は、ドイツ法にみられるような「追加補充型」の契約法体系<sup>(138)</sup>を志向するものであり、典型契約制度の意義・機能を積極的に評価する立場にも整合するであろう。

第2は、役務提供者責任の構造である。その体系化へ向けた議論動向は鮮明ではないが、そこで役務提供給付・行為債務の特徴は債務者の行為態様に着目して析出されており、債務不履行・契約不適合責任の問題に関わる留意点となる。前述したように、行為債務の不履行に関しては、既に不完全履行論（積極的債権侵害論）の中で注目された論点であり、「債務の不履行」・「帰責事由」の認定判断やその立証責任、被害者の救済手段などが議論されてきた。そして、改正民法において明文化された契約不適合責任は、その侵害態様（給付実態）は不完全履行に対応するものであり、役務提供者責任を検討するうえでも理論的素材を提供する。また、役務提供者責任の構造の解明は、財産権移転型契約（与える債務）を主軸に展開されてきた従来の契約責任論に対して再検討の契機となることが予想され、将来的には新たな債務不履行法の構築も考えられてよい。

役務提供契約・行為債務をめぐる分析視角は極めて多角的であり、そこで留意されるべき論点も多様かつ複雑である。しかし、以上の問題を考えるうえで出発点となるのは、役務提供給付・行為債務の内容をどのように確定するかであろう<sup>(139)</sup>。債務内容の確定は、契約の性質決定のみならず、欠陥・瑕疵のある役務の認定と被害者救済に関する責任構造の解明へ向けて重要な視点となる。

（明治大学法学部教授）

(137) 北川・前掲注(78)109-121頁参照

(138) 前掲注(39)参照。

(139) まず、当該契約上の給付義務の内容が特定される必要があろう。結果債務とされる場合は、手段債務の場合よりも債務者の責任はより厳格に捉えられるが、それは「給付義務の不履行」の認定が容易であることにある。