

役務の顧客適合性

——履行プロセスで確定される給付内容

北 居 功

- 一 はじめに
- 二 役務提供契約の民法上の受け皿
- 三 役務提供契約の特質
- 四 役務提供法理への展望
- 五 おわりに

一 はじめに

従来、物の給付と比較した役務提供給付の特徴として、とりわけ、役務の不可視性・無形性、品質の客観的評価の困難性、貯蔵不可能性、人的依存性・信用供与的性格、提供態様の多様性などが指摘されてきた。¹⁾これらの特質は、行われた給付が契約に適合しているのかという判断をさわめて困難とする特徴といえよう。しかし、そ

もそも給付の確定性自体が曖昧模糊なまま、給付の契約適合性を判断することは不可能である。それにもかかわらず、法律行為の内容ないし給付は確定していなければならないという法律行為の一般的な有効要件の例外が説かれる。たとえば、次のような説明である。^①

「給付内容は確定したものであることを要する。もつとも、給付の確定性とは、給付内容が細部に至るまで当初から固定的に定まっていることを要するものではない。たとえば、医療債務（診療契約）においては、いかなる医療行為（手段）を行うかは、債務者（病院・医師）の裁量に委ねられる点が多い。一般に、いわゆる結果債務（*obligation de résultat*）においては給付内容は確定しているが、手段債務（*obligation de moyens*）においては、債務者の裁量に委ねられるところが大きい」。

たとえば、売買や賃貸借では、売買目的物や賃貸借目的物が決定されなければ契約内容も確定されず、契約自体が無効となるのは当然であろう。これに対して、医療契約はもちろんのこと、エステや語学学校、学習塾など、個別の相手方に応じた給付を内容とする役務提供契約では、契約締結時点ですでに役務の具体的内容が特定されるのは困難である。役務の具体的な内容は、むしろ契約履行プロセスにおいて、当該相手方の具体的な要望・個性に応じて確定されることもまれではないであろう。

もちろん役務提供契約でも、役務提供者によって行われるべき役務が顧客の個別の適性・要望に適合するように確定されなければならない。本稿では、役務内容が顧客の個別的な適性・要望に合わせて確定されることを役務の顧客適合性と呼び、役務の顧客適合性が履行プロセスにおいて確定されるという役務提供契約の特性を明ら

かにしようとする。そのために、まず、役務提供契約に対する法的ルールがどのように形成されたのか、その歴史を辿りつつ、従来の法的ルールの限界からとりわけ近時ヨーロッパにおける役務提供契約ルールの整備に焦点を当てることで、役務の顧客適合性をめぐるルールのあり方を模索したい。

二 役務提供契約の民法上の受け皿

1 役務提供契約類型の形成

ローマ法は、賃貸借契約 (*locatio conductio*) を、売買、委任、組合から区別された独自の諾成契約類型に位置づけていた。すなわち、賃貸人は何かを賃借人に一定の期間内に一定の代価と引き換えに自由に処分させる義務を負う結果、賃借人はそれに基づいて契約上合意された利用または労務およびその成果を引き出すことができる。⁽⁴⁾ この賃貸借契約に基づいて、賃借人訴権 (*actio locati*) と賃借人訴権 (*actio conducti*) が発生するが、この賃貸借の契約類型と他の契約類型との区別が問題とされる。たとえば金の細工師との間の指輪の製作契約は原則として売買契約であるが、注文者が金を提供する場合には請負契約とされる（ガイウス学説彙纂第一九卷第二章第二法文第一節）。⁽⁵⁾ あるいは、用益賃借物の賃借人が確定された用益賃料ではなく果実の一部を用益賃貸人に支払うべき合意がある場合、賃貸借として処理される余地もあるが、組合として扱われる余地もある（ガイウス学説彙纂第一九卷第二章第二五法文第六節）。⁽⁶⁾ ローマ法では、もっぱらどのような訴権が付与されるのかという観

点に基づいて、契約類型への当てはめが行われたとされる。⁽⁷⁾

このローマ法の統一的な賃貸借契約が、中世以降、徐々に分化の兆しを見せ始める。たとえば、学説彙纂第一九卷第二章第一五法文第六節に関する標準注釈は、物賃貸借と労務賃貸借を区分する萌芽を見せるが、雇用契約 (*locatio operarum*) はなお請負契約 (*locatio operis*) の亜種として位置づけられるにすぎないという。⁽⁸⁾ その後、一六世紀以降の人文主義法学と普通法学は、賃貸借を二分して物賃貸借 (*locatio conductio rei*) と労務賃貸借 (*locatio conductio operae*) を認めるようになる。⁽⁹⁾ フランス法はこの伝統を受け継ぎ、雇用契約と請負契約との形式的區別を受け入れなかった。ドマは、「そのタイトル〔賃貸借〕は、一定の代価のために、ひとに物の利用、その生業およびその労働を提示させる取引を理解させる」と定義し、⁽¹⁰⁾ ポチエも、「労務賃貸借契約は、契約当事者の一方が他人になすべき一定の労務を与え、他人がそれに対して彼らの間で合意された代価のためにそれをする義務を負う契約である」とする。⁽¹¹⁾ この伝統に沿って、フランス民法典第一七〇八条は、「物の賃貸借および労務の賃貸借の二種類の賃貸借が存在する」として、雇用契約と請負契約の區別を設けていないのである。

他方で、とりわけ一七世紀のオランダ学派および一八世紀のドイツ普通法学、いわゆるパンデクテンの現代的慣用は、物の賃貸借 (*locatio conductio rei*) すなわち今日の賃貸借、ひとの労務の利用としての労務賃貸借 (*locatio conductio operarum*) すなわち雇用契約、そして仕事賃貸借 (*locatio conductio operis*) すなわち請負契約へとローマ法以来の賃貸借を三分した。⁽¹²⁾ ローマ法ではもっぱら適切な訴権を基礎づける意味での契約類型が問われたのに対して、近代法学は意思の合致としての債務契約の一般的な法カテゴリーを確立することで、ローマ法の賃貸借契約を細分する。当事者を拘束する合意内容が契約の法性決定を誘導し、もはや、雇用契約 (*locatio conductio operarum*) と請負契約 (*locatio conductio operis*) を同じ類型に纏めることはできなくなったという。⁽¹³⁾ この伝統を

受け継ぐのが、ドイツのパンデクテン法学であり、たとえばヴィントシャイトは、労務賃貸借を、「賃貸人が、約束された役務を給付ないし調達するか、あるいは、約束された労務成果を完成する義務を負う」と定義する。⁽¹⁴⁾ここに明らかなとおり、同じ労務提供契約であっても、雇用契約と請負契約は、労務の完成の有無によって区別されるのである。

なお、ローマ法の委任契約（*mandatum*）は、元来が無償契約として理解される（「無償でなければ委任は存在しない（*mandatum nisi gratitum nullum est*）」）。⁽¹⁵⁾売買と贈与が物の譲渡契約の中で有償と無償で対比されるのと同じく、賃貸借と委任とは役務提供契約の中で有償と無償で対比される。報酬と引き替えの役務提供は、ローマの社会体制では善良な風俗に反するとみなされたため、雇用契約（*locatio operarum*）としての賃貸借は奴隷および解放奴隷の手工業、営業など肉体労働に制限されていた。そのため、裁判の助力といった高次の労働（*operae liberales*）は賃貸借ではなく、むしろ委任と理解された。したがって、そのような役務提供者は報酬を受け取ることが認められず、榮譽（*honorarium*、*salarium*）を贈る道徳的義務（*moralis obligatio*）をもたらずにすぎなかった。⁽¹⁶⁾中世以降の法学もこのローマ法の伝統に固執し、とりわけ弁護士、医師、教師の知的な労務提供を委任として把握した。しかしながら、少数説ではあっても、これらの役務提供を雇用契約として理解し、報酬に対する権利を認める見解も存在し、その間の論争が後年まで引き継がれることとなったという。⁽¹⁷⁾

とりわけ、賃貸借が分化するのと歩調を合わせて、委任の無償性は形式へと後退し、対価と引き替えの役務提供という実質が前面に立つようになり、有償委任が認められるようになる。⁽¹⁸⁾他方で、ローマ法の「何人も他人のために契約を締結できない（*alteri stipulari nemo potest*）」の原則を破って直接代理の制度が発展すると、委任をもっぱら法律行為を委託する代理制度の基礎として狭く理解する解釈が成立し、フランス民法典に受け継がれた。⁽²¹⁾

ころが、ドイツ法は、委任をこのように狭隘化せずに広く役務提供を内容とする契約としつつ、ドイツ民法典第一草案は有償委任も認めていたが、帝国司法庁の準備委員会以降、⁽²⁾委任をもつばら無償の役務提供契約とする立場へと回帰した。⁽²³⁾

2 役務提供契約の受け皿

以上のような簡単なローマ法以来の賃貸借契約 (*locatio conductio*) の歴史的な俯瞰から明らかとなるとおり、役務提供契約は、もともと広く賃貸借に包摂されていたところ、そこから物賃貸借が独立した後、労務賃貸借を雇用契約と請負契約とに分類するのかどうかという点で、ヨーロッパ法上に一つの分岐をもたらしただ。ところが、他方で、役務提供契約の一種である委任契約もまた、もつばら無償の役務提供契約一般を意味するのか、それとも有償無償を問わず法律行為を他人に委託する契約を意味するのかという点でも、ヨーロッパ法上に相違がある。ここから、とりわけ伝統的な高次の知的役務提供契約の位置づけや新たなタイプの役務提供契約の法性決定をめぐるヨーロッパ法上の相違と混乱が生じることとなる。

フランス法では、労務提供契約は労務賃貸借と委任の二類型となるが、委任は有償無償は問わないものの、もつばら法律行為の委託を内容とする契約に制限されるため、知的役務提供契約や新種の役務提供契約の受け皿は請負契約に求められる。雇用契約は従属的な労務提供契約類型とされるため、当事者の対等な役務提供契約に宛がわれ得る契約は請負契約 (*louage d'ouvrage, contrat d'entreprise*) しかないのである。したがって、フランス法における請負契約は、「一方当事者が他方当事者のために何らかの仕事を遂行することを引き受けて、代価と引き

換えに、その独立性を失うことがないあらゆる契約を含むもの」と定義されている。⁽²⁴⁾しかし、フランス法における役務提供契約が広く請負契約に包摂されるとはいっても、フランス民法の請負契約規定は主として建築請負契約を扱っているため、役務提供契約とされるたいの場合、請負固有の規定の適用ではなく、契約一般に関する規定の適用を受けるということを意味するにすぎない。そうであっても、判例は、事業者が顧客に対して負うべき安全義務や助言義務を認めることもあったのであるから、およそ請負契約に通用するというのではないにせよ、一定の役務提供契約に特有の規律が形成されている。⁽²⁵⁾

これに対して、ドイツ法は、パンデクテンの現代的慣用以来の賃貸借の三分類を承継しており、役務提供契約は仕事の完成を内容とするか否かに応じて雇用契約と請負契約のいずれかに分類される。委任契約は無償の役務提供契約とされるため、現代取引の中で役務提供契約の類型として重要な意味を持たない。ドイツ民法典には独自の契約として有償事務処理契約（Geschäftsbesorgung）が規定されているが（ドイツ民法典第六七五条）、これはいわゆる典型契約の一つとして他の契約類型と并列に扱われるものではなく、事務処理を内容とする雇用契約か請負契約かいずれかの契約に委任のルールが補完的に適用されるにすぎない。⁽²⁶⁾したがって、高度な知的役務提供契約は、フランス法とは対照的に、むしろ雇用契約に分類され、いわゆる「自由な雇用契約（freier Dienstvertrag）」と呼ばれる。

これらとは異なつて、役務提供契約一般の受け皿としてむしろ委任契約を宛がう法体系もある。たとえば、スイス法は、「この法律の何ら特有の契約類型に従わない役務給付に関する契約は、委任に関する諸規定に従う」（スイス債務法第三九四条第二項）と定め、委任を成果の達成を内容としない役務提供契約類型としており、知的役務提供にかかわる契約を委任法でカバーしている。⁽²⁷⁾オランダ法は一九九〇年代の民法改正に際して、第七卷第

七章に「委任 (Opdracht)」と題する役務提供契約に関する章を設けており、第一節を役務提供契約に適用可能なルールを纏めて総説とし、委任に関する従来のルールが一般化されている。⁽²⁸⁾ こうして、オランダ法も本質的には、委任の拡張によってサーヴィス契約一般をカヴァーするタイプの立法に位置づけられる。⁽²⁹⁾

このように、拡張された委任は、自由な雇用契約よりも、一般役務提供契約の特質を担う上位に位置づけられるカテゴリーの性格を持っているため、自由な雇用契約の形で役務提供を拾い上げる法システムと比較して、進歩を示すとも評される。⁽³⁰⁾

3 ユーロッパサーヴィス契約法原則および共通参照枠草案

以上に見たとおり、ローマ法の賃貸借 (locatio conductio) を承継する大陸ヨーロッパの各法体系は、役務提供契約の契約分類について統一的な像を提示していない。一般的な役務提供契約の受け皿がどの契約類型となるのかという観点から大きく三分すれば、フランス法流の請負契約型、ドイツ法流の雇用契約型、オランダ・スイス法流の委任契約型に分けられよう。さらに、イングランド法は、契約に関する一般ルールをコモン・ローに依存しており、個別立法の適用が争われる局面で個別的に契約を類型化するにすぎないため、大陸ヨーロッパの契約類型的思考とは大きな隔たりを示している。

このような状況を前にして、ヨーロッパ民法典研究グループ (Study Group on a European Civil Code) の中でサーヴィス契約を担当するグループ (ティルブルク・チーム) は、ヨーロッパの役務提供契約の統一モデルとなるべき「ヨーロッパサーヴィス契約法原則 (Principles of European Law Service Contracts; PELSC)」の作成に当たって

大きな困難に直面した。⁽³²⁾ つまり、上述の通り、各国の法状況を比較する枠組み自体が大きく異なるため、売買などその他の契約モデルの作成の場合とは異なり、サービス契約の受け皿となるべき契約の枠組み、すなわちサービス契約の通則的ルールのセットをあらかじめ措定することができなかったのである。⁽³³⁾

そこで、ティルブルク・チームが選択したのは機能的アプローチであり、実務に頻繁に現れる種類のサービスについて現実の流れを分析し、それらに共通のプロセスを抽出することによって、サービス契約の通則的なルールへの展望を開いた。⁽³⁴⁾ こうして、ティルブルク・チームは、サービスの典型的な供給を、「それによってある者、つまりサービス提供者が、他方の者である顧客の特別な必要性と教示に沿って引き受けられた仕事を履行するプロセス」として定義した。そこでの問題は、サービス提供が場合によっては顧客にとって不満足な成果しかもたらさないことであり、あるいは、サービスの提供に顧客が期待したよりも出費が嵩むことである。これらの問題の原因は、サービス提供プロセスでの当事者の行為に由来するため、サービス提供において当事者の相互関係的な特質に注意を払う必要がある。すなわち、サービス提供が成功裏に推移するには顧客の協力が不可欠であり、提供者と顧客の行為をうまく組み合わせる措置が、契約の締結前から契約の履行プロセスを通じて必要となる。契約締結前には、顧客の期待と提供者のあり得るサービスの可能性に関する情報交換が必要であり、契約が締結されたときには、提供者はサービスの履行に向けて必要な情報を収集し、顧客からの情報提供や支援を必要とするであらうし、顧客があるいは抱く失望を回避すべくあり得るリスクに顧客の注意を向けなければならない。⁽³⁵⁾ このように、顧客の期待のマネジメントとリスク回避・制御のためのルールが必要となるのである。

こうして、ヨーロッパサービス契約法原則は、サービス契約総則に続いて、製造、加工、寄託、デザイン、

助言・情報提供、治療という六つのサーヴィス契約カテゴリに関する各則ルールを立案した。しかし、これはサーヴィス契約を網羅するのではなく、時間と財政的な制約の下でここまでのルール立案が精一杯であったというだけのことであり、運送、融資、代理店および仲介といったサーヴィス契約のカテゴリは断念されたにすぎない。⁽³⁶⁾なお、このヨーロッパサーヴィス契約法原則は、修正を受けつつも、共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference) 第四巻第C部の各章に基本的に受け入れられているため、現在のヨーロッパのサーヴィス契約ルールの基本的なアイデアは、ヨーロッパサーヴィス契約法原則に由来すると評して良いであろう。

他方で、委任についても、ヨーロッパ民法典研究グループは、ヨーロッパの基本モデルとなるべきルールの策定を試みている。もともとヨーロッパサーヴィス契約法原則はサーヴィス契約をすべて網羅することができず、委任契約についての規律も設けることができなかったため、ヨーロッパ民法典研究グループは委任のための小委員会を設置して、委任ルールの起草を委託した。しかし、委任契約の起草担当者たちはサーヴィス契約の起草にも携わっていたにもかかわらず、サーヴィス契約原則との調整を図れなかった。その理由は、委任に関するルールが共通参照枠草案に組み込まれることを前提にした場合に、契約各則に位置づけられるべきかそれとも代理に位置づけられるべきかについてなお疑念が持たれていて、その間の調整が必ずしも図られなかったことや、二〇〇七年末までに委任ルールの完成が求められたにもかかわらず、その作業はようやく二〇〇五年に開始されたという時間的な制約にあった。二〇〇七年に「ヨーロッパ委任契約法原則」が策定され、⁽³⁸⁾共通参照枠草案第四巻第D部に承継されることになったが、結局、委任ルールとサーヴィス契約ルールとの調整は図られることはなく、共通参照枠草案では、委任に固有のルールがない限り、サーヴィス契約に関する一般規定が準用される。⁽⁴⁰⁾

三 役務提供契約の特質

以上見てきたヨーロッパにおける役務提供契約の類型化の歩みから、次に、役務提供契約の特質について概観してみよう。

1 役務の完成要素

ローマ法の賃貸借（*locatio conductio*）が三分化した時点ですでに、労務賃貸借に含まれる雇用契約と請負契約との相違は、仕事の完成を内容とするか否かに求められた。ドイツ法が区別する雇用契約と請負契約の基準は、まさにこの仕事の完成にある。その観点から、知的役務提供契約が雇用契約に分類されることも理解されよう。他方で、物賃貸借と労務賃貸借の二分類の伝統を受け継いだフランス法には、雇用契約と請負契約とのこうした分類方法は存在しないため、仕事の完成の有無を問わず、役務提供契約は請負契約へと纏められている。

しかし、周知の通り、フランス法では、ルネ・ドゥモアグの提唱以来、結果債務と手段債務との区分論が確立されている。すなわち、結果債務は結果の実現を内容とする債務であり、結果が実現されないときには直ちに不履行に基づいて責任が課されるのに対して、手段債務とは結果に向けた最良の努力を内容とする債務であり、結果が実現されなくとも債務者の過失の証明が求められることになる。⁽⁴¹⁾ この債務区分論は、今日広くヨーロッパで受け入れられており、役務提供債務に限らず、物の引渡債務も含むより一般的な債務区分論であるが、反面で、もちろん役務提供債務の区分にも用いられ得る。⁽⁴²⁾ そのため、ドイツ法における雇用契約と請負契約の区別基準に

も対応することになる。⁽⁴³⁾さらに、役務提供契約の受け皿を委任に求める法体系も、委任と請負との区別を仕事の完成に求める傾向にあることは、スイス法やオランダ法で見たとおりである。

2 役務の顧客適合性

ヴェンデホルストは、上記のような錯綜し秩序だったルールの目安すら見いだせないヨーロッパの役務提供契約をめぐる法状況の中で、分野専門的な分析成果を纏める中から分野横断的なルールを抽出しようとするヨーロッパサービス契約法原則の辿る方法を、「正しい道」と評価している。⁽⁴⁴⁾先に見たとおり、ヨーロッパサービス契約法原則は、分野専門的分析アプローチを通じて、分野横断的な成果となるべきルールを、その第一章に「総則」として設けることを試みている。そこで注目されるべきなのが、役務の顧客適合性である。

すでにヨーロッパサービス契約法原則が指定するサービス契約の構造について、起草者の一人であるヤンセンの先の説明に見られるとおり、サービスに対する顧客の期待とそれをめぐるサービス提供者のマネジメントとリスク制御にその特質が見いだされる。このことを、やはり起草者の一人であるロースも、共通参照草案のサービス契約ルールを分析する中で、次のように説明する。すなわち、「サービス契約は、一方の当事者であるサービス提供者が、ときとして他方当事者の利益で行うという事実によって一般的に特徴づけられる。明らかに、当事者が標準化されたサービスに合意していなければ、サービスは、契約が締結された時点で特殊化されたものとしての顧客の要望と必要に合わせて仕立てられる必要がある」。⁽⁴⁵⁾

したがって、個別の顧客に合わせたサービスが提供されるべき契約では、契約締結時点でなお顧客は、一般

的な基準や用語でしか自身の要望・期待を伝達できず、サービスの詳細について具体的な指示を与えることもできない。その場合、契約締結時点で抽象的・一般的な形で契約内容が決定されとしても、その給付内容は、契約の履行プロセスを経る中で、さらに具体化・詳細化されなければならない。⁽⁴⁶⁾つまり、サービス契約ルールの規律の特質は、この履行プロセスにおける給付内容の具体化・詳細化のためのルールに見いだされることになろう。

以下では、ロースの説明にしたがって、ヨーロッパサービス契約法原則および共通参照枠草案の顧客適合性をめぐるルールを概観してみよう。⁽⁴⁷⁾

3 役務の顧客適合性のためのルール

（１）顧客の指図

顧客は、当事者が未定としていた選択に関してサービス内容に関する指図を行うことができ、適宜の指図が与えられた場合に、サービス提供者はその指図に従わなければならない（PELSC 第一：一〇九条、DCFR IV C：第二：一〇七条）。反面で、契約の履行を開始しあるいは継続するために必要な場合には、サービス提供者は、顧客に必要な指図をするように求めることができる。それにもかかわらず、顧客が必要な指図を与えない場合、サービス提供者は、履行を留保するかあるいは通常の顧客が当該状況で持つはずの期待、嗜好または優位に合わせて行うことも許される（PELSC 一：一〇四条二項、DCFR IV C：第二：一〇三条二項）。顧客が必要な指図を与えないことで、サービスが合意されたよりも費用を要するかあるいは時間を要するようになる場合、

サービス提供者は、損害の賠償はもちろん、履行に必要な期間の調整を求めることが出来る (PELSC 第 1 : 10 四条第三項、DCFR IV C 第 11 : 10 二条第三項)。

(2) サービス提供者の警告

サービス提供者は、顧客からの必要な指図がないため、通常の顧客に適合するサービス給付を行うためには、指図がないことで生じる結果を顧客に警告していなければならない。この警告によって、サービス提供者は、顧客が必要な指図を与える二度目の機会を保障しなければならない。また、サービス提供者は、履行の前あるいは履行途中で、顧客が与える指図に従っても、あるいはそもその合意内容に従っても、望まれた結果が達成されないかもしれない、あるいは、望まれた結果が達成されるとしても、合意されたよりも多くの費用または時間を必要とし、あるいは、顧客の他の利益を害することもあり得ることを警告しなければならない (PELSC 第 1 : 110 条第一項、DCFR IV C 第 11 : 10 八条第一項)⁽⁴⁸⁾。ただし、サービス提供者がすべき警告は、サービス提供者が履行のために収集していた情報に限定され、あり得るリスクを調査する義務を負うものではない (PELSC 第 1 : 110 条第五項、DCFR IV C 第 11 : 10 八条第五項)。なお、サービス提供者が与える警告は、顧客に理解されなければ意味がないため、サービス提供者は、顧客に警告が理解できるように合理的な措置を講じる義務を負う (PELSC 第 1 : 110 条第二項、DCFR IV C 第 11 : 10 八条第二項)。もちろん、顧客がすでに知っているかあるいは合理的に知ることが期待され得る事項について、警告の必要はなす (PELSC 第 1 : 110 条第三項、DCFR IV C 第 11 : 10 八条第三項)。

他方で、顧客に対して警告される場合、顧客はそれに対応しなければならない。顧客が警告に応じて自身の決

定を通知するなら、契約はそれに応じて修正される（PELSC 第一：一一一条第二項³⁹号、DCFR IV C—第二：一〇九条第二項 c 号）。顧客が警告を無視する場合、サービス提供者は、すでに契約または顧客の指図で示されている内容で契約を履行すれば足り、警告されたリスクが顕在化しても責任を負わな⁴⁰（PELSC 第一：一〇九条第二項、DCFR IV C—第二：一〇七条第二項）。もつとも、警告をしたサービス提供者は、すでにわかっているリスクの発生にもかかわらず履行を継続した場合、彼に期待される注意義務の違反に基づいて責任を負わねばならないこともあり得る（PELSC 第一：一〇七条、DCFR IV C—第二：一〇五条）⁴⁰。

警告を受けた顧客が指図を撤回する場合、サービス提供者はそれ以前の合意もしくは指図に沿った契約内容で履行しなければならないが、顧客が指図を撤回するとともに新たな指図を与える場合には、その指図に従わなければならない。ただし、この際にもまた、サービス提供者は必要な警告をする義務を負う。さらに、警告を受けた顧客がもはや契約に利益を見いださない場合には、サービス提供者側の債務不履行の有無を問うことなく、一方的に契約を解除することができる（PELSC 第一：一一五条、DCFR IV C—第二：一一一条）。この場合、もはや顧客に利益のない契約が解消され得るとしても、サービス提供者にはすでに行われたサービスの対価あるいは節約された費用を控除したうえでのサービスの⁴¹について損害賠償が認められることになる（PELSC 第一：一一五条第二項、DCFR IV C—第二：一一一条第二項、第四項）。

（3） 契約内容の一方的改訂

サービス契約の両当事者は、次の場合に、一方的に契約内容を改訂することができる。まず、契約の改訂は、契約の目的、両当事者の利益とサービスの改訂の時期における状況を考慮して、合理的でなければならない

(PELSC 第 1 : 111 条第 1 項、DCFR IV C 第 2 : 109 条第 1 項)。さらに、契約の改訂が認められる具体的状況が定められている (PELSC 第 1 : 111 条第 2 項、DCFR IV C 第 2 : 109 条第 2 項)。すなわち、(1) 改訂が、手続債務と結果債務に一致して行動することをサービス提供者に可能とさせるのに必要であるとき、(2) 改訂が、顧客によって与えられる指図の結果であり、顧客が警告を受けた後で不当な遅滞なく指図を撤回しなかったとき、(3) 改訂が、サービス提供者からの警告への合理的な対応であるとき、共通参照枠草案ではそのうえに、(4) 事情の変更が、DCFR III 第 1 : 110 条 (あらかじめの不適合を通知する顧客の義務) の許で契約の改訂を正当化するはずのとき (予見されない事情) である。

もちろん、契約の拘束力の原則から見て、このような契約履行プロセスでの契約内容の一方的な改訂は異例とも映る。しかし、サービス契約は、通常、給付行為が継続的に行われるため、契約当事者が、その間に变化する事情に柔軟に契約内容を適応させられるように手当てする。⁽⁵⁰⁾

(4) 協力義務

一般的に、サービス提供者は、顧客に固有の要望に合わせてサービスを提供するための情報提供を必要とするため、顧客はサービス提供者から求められる情報提供に合理的に回答しなければならず、必要な場合には、より具体的な指図を与えなければならない。顧客が許可またはライセンスを取得しなければならない場合には、顧客はサービス提供者の履行を妨げない時点で取得しなければならない。また、サービス提供者は、サービスの履行プロセスで、顧客にそのチェックをする合理的な機会を提供しなければならず、必要な場合には、両当事者の努力を調整しなければならない (PELSC 第 1 : 104 条第 1 項、DCFR IV C 第 2 : 103 条第 1 項)。

四 役務提供法理への展望

1 準委任契約の意義と限界

我が国の民法上の役務提供契約の受け皿もまた（準）委任であつて、ヨーロッパ各国の役務提供契約の類型化では、オランダ法やスイス法と同種の「進歩」的法体系の対応に分類され得る。現行民法の起草過程の最終段階である法典調査会の整理会で、起草者は「本節ノ規定ハ法律行為ニ非サル事項ヲ委任シタル場合ニ之ヲ準用ス」⁽⁵¹⁾との規定を提案し、富井政章の趣旨説明によれば、もともと委任を法律行為の委託に限るか否かをめぐつて起草委員の間でも議論があつたが、「自分ニ代ツテ病人ヲ見舞ニ往ツテ呉レ自分ニ代ツテ葬式ニ往ツテ呉レ」といったことも委任に入ると考えていたところ、雇用が広く規定されるにしても委任を法律行為に限る形で境界を画定すると、上述のような事実行為の委託が宙に浮くため、これを包摂すべく準委任が提案された。⁽⁵¹⁾

この準委任規定によつて、我が国では仕事の完成を内容とする請負契約とは区別された善良な管理者の注意義務で委託業務を遂行する準委任が、一般的な役務提供契約の受け皿となつた。⁽⁵²⁾しかし、履行プロセスでの役務の顧客適合性の観点から見て、請負と準委任の受け皿によつて今日の広範にわたる役務提供契約は有効に規律されているであろうか。あるいは、準委任も委任と同じく、他人の事務処理を第三者との関係で遂行することが想定されているため、純粹に二当事者間での役務提供契約の受け皿としては相応しくないとはいえる。民法（債権法）改正検討委員会の『債権法改正の基本方針』が役務提供契約の総則規定を提案するのも、準委任の役務提供契約総則としての機能の限界を意識してのことである。⁽⁵³⁾

2 役務提供契約の類型化の視点

ところで、「比喩的にいえば、役務提供型では、中心的債務は、〈何かをすること〉であり、これが、貸借型、財産権移転型ではより特定された形の債務となっている。契約群は並立するのではなく、むしろ、役務提供型を基礎として段階的に位置づけられるとはいえないだろうか」と指摘される⁽⁵⁴⁾。この指摘によれば、役務提供契約を超えて契約全般の類型化へと話が進むことになるが、他方で、役務提供契約は為す債務を発生させる典型的な契約類型であることに着目することも可能であろう。

直接強制が可能なのは特定物の引渡債務と金銭債務であり、たとえば種類売買に基づく種類債務では、債務者である売主の債務は物を調達して債権者である買主に引き渡す債務であって、種類債務が特定されていない限り、種類債務を強制するにはやはり代替強制をするほかない。種類債務もまた為す債務の一種とすれば、為す債務には、役務を提供する債務の他に、種類債務のように物の調達・引渡しを内容とする債務も含まれることになる。では、種類債務を発生させる種類売買と役務提供債務を発生させる役務提供契約には、一体どのような特徴的相違が見いだされるのか。

3 定型的・個別的契約類型

たとえば、種類売買で買主となろうとする者は、見本やカタログを参照して、売主が給付できる商品の中から自身の要望に適合する商品を見いだして、当該商品の売買契約を締結する。このように、契約内容が契約締結時

点で確定できる契約類型の場合には、契約に基づいて債務者が行う給付が債権者の要望・適性に応えることのできる給付であるかどうかの判定は、もっぱら契約締結前の交渉に依存する。これに対して、医療契約の場合には、契約締結時点では、せいぜい一般的・標準的な医療措置を講じることを内容とする抽象的な医師の行為義務が設定できるに過ぎず、いわば契約の大枠を設定できるに過ぎない。⁽⁵⁵⁾ 実際に、医療契約で締結される契約を「枠契約」と呼ぶ見解は、まさにその点を簡潔・明瞭に指摘するといえよう。⁽⁵⁶⁾ このように締結された大枠の治療契約に基づいて、医師が患者の検査・治療を進めることで具体的な患者の症状と病状が明らかとなり、それに適合する医師の治療行為の具体的な内容が決定される。

とりわけ、役務提供者が事業者化・専門家化し、役務提供内容が標準化・規格化されることが指摘されるとき、⁽⁵⁷⁾ 役務提供契約の特質・構造をひとまとめに論じることが適切ではない。むしろ、種類売買での商品の顧客適合性と同じように、役務の顧客適合性が契約締結時点で決定される契約類型（定型的契約類型）と、医療契約を典型とするように、役務の顧客適合性が履行プロセスの中で決定される契約類型（非定型的ないし個別的契約類型）とが区別されなければならない。したがって、役務提供契約を分析する視点として、結果債務と手段債務を内容とする契約の軸と契約締結時点で契約内容が具体的に決定されているか否かの軸とのマトリックスを想定することができる。定型的契約類型では、商品・役務の顧客適合性が契約締結時点で確定されるため、契約前交渉ルールの整備が重要となるのに対して、個別的契約類型では、契約前交渉ルールの整備では一般的・標準的な役務の顧客適合性を確保することしかできない。むしろ、個別的契約類型では、それにもまして、履行プロセスで役務の顧客適合性を確保する契約後交渉ルールの整備が急務なのである。

すでに「継続的役務提供契約」について、その分析視角を、成果志向と状態志向の軸と契約締結時点で役務の

具体的内容が確定しているか否かの軸のマトリックスとして提示する見解がある。⁽⁵⁸⁾ とりわけ、契約締結時に給付内容が具体的に確定している契約では物の引渡しを内容とする契約と接近するが、契約締結時に給付内容が具体的に確定していない契約では役務給付契約に特徴的な問題が現れるという。⁽⁵⁹⁾ つまり、契約の存続中において、顧客の側の変化に対応した契約内容の変化の必要と、多くの場合に必要となる顧客の側の協力が行われなくなる場面への対処の方法が指摘されている。⁽⁶⁰⁾ この指摘にあるとおり、契約内容の改訂問題は単なる継続的な契約の枠組みを超えて、役務提供契約では役務の顧客適合性を確保する上で重要な視点であることは、ヨーロッパサービス契約法原則も注目する点である。そこで、さらに顧客の指図と提供者の警告による役務の顧客適合性の具体化プロセスの観点が、なお補完されなければならないであろう。

五 おわりに

以上に見たとおり、役務提供契約における固有の特性は、役務の顧客適合性が履行プロセスを通じて確定される点にある。履行プロセスにおいて、顧客の要望に基づく指図とサービス提供者の警告とを交差させることで、役務の顧客適合性をめぐる紛争への前提ルールを提示するヨーロッパサービス契約法原則は、まさに役務の顧客適合性に関する交渉の規範化の一つの試みと評することができるであろう。

冒頭の引用にあるとおり、履行プロセスにおける給付の確定が特質である役務提供契約を念頭に据えたと、給付の確定性という法律行為の有効要件は、あらゆる契約に一律に求められる要請とはいえない。給付の確定性は、

契約締結時点ですでに具体化されている契約もあれば、履行プロセスではじめて具体化される契約もある。したがって、冒頭の引用にある給付の確定性に関する言明のある種の曖昧さは、すでに役務提供契約の特質を暗示するメタファーであったと評することもできよう。

注

- (1) 長坂純「役務提供契約の性質決定と提供者責任」NBL九一七号（二〇〇九年）一二頁。詳細は、中田裕康「現代における役務提供契約の特徴（中）」NBL五七九号（一九九六年）三四頁以下、松本恒雄「サーヴィス契約の法理と課題」池田真朗他『マルチラテラル民法』（有斐閣・二〇〇二年）二九四頁。
- (2) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・一九九二年）三一頁。他にも、内田貴『民法Ⅲ（第3版）』（東京大学出版会・二〇〇五年）二四頁。
- (3) ローマ法から近時のヨーロッパ法に至る役務提供契約法を概観するのは、芦野訓和「ヨーロッパ私法における役務提供契約」法律叢八四卷二二三号（二〇一二年）一頁以下。
- (4) Filippo RANIERI, Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung, in Reinhard ZIMMERMANN (Hrsg.), Service Contracts, 2010, Tübingen, S.3.
- (5) Susanne HÄHNCHEN, Die Abgrenzung der aus locatio conductio resultierenden Klagen von anderen Aktionen, in Francisco Javier Andrés SANTOS/ Christian BALDUS/ Helge DECKE (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, München, 2011, S.85ff.
- (6) HÄHNCHEN, a.a.O., S.84f.

- (7) HÄHNCHEN, a.a.O., S.99ff. に「それ」が「つけた契約類型」への当てはめ問題は「主としてガイウスからの抜萃に基づいているため、当時の法律家の一般的な関心問題というよりも、教育的な観点での関心であった」とされる。
- (8) RANIERI, a.a.O., S.6f.
- (9) Christiane WENDEHORST, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, in AcP, Bd. 206, 2006, S.215ff.
- (10) Jean DOMAT, Les loix civiles dans leur ordre naturel suivies du droit public, t.1, nouvelle éd., Luxembourg, 1702, Première Partie, Livre Premier, Titre 4, Du louage, p.56.
- (11) Robert-Joseph POTHIER, Traité du contrat de louage, in Jean Joseph BUGNET, Œuvres de Pothier annotées et mise en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, t.4, Paris, 1847, n. 392, p.133.
- (12) HÄHNCHEN, a.a.O., S.78. 下の「ロヤ」の詳細は「RANIERI, a.a.O., S.5ff.
- (13) RANIERI, a.a.O., S.9f. など。オランダ学派の「Reinhard ZIMMERMANN, Das römisch=holländische Recht und seine Bedeutung für Europa, in IZ, 1990, S.825ff.; ders., Römisch-holländisches Recht --- ein Überblick, in (Hrsg.) Robert FEENSTRA/ Reinhard ZIMMERMANN, Das römisch-holländische Recht, Fortschritt des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Berlin, 1992, S.9f.
- (14) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 2. Abh., Dusseldorf, 1866, § 401, S.120.
- (15) 学説彙纂第一章第一法文第四節。ローマ法の委任については、広中俊雄「有償契約と無償契約」同『契約法の理論と解釈』（創文社・一九九二年）一五頁以下、林信夫「『学説彙纂』第五〇巻第一三章第一節について——ローマ委任法における無償制原理との関連で」『広中俊雄先生古稀祝賀論集・民事法秩序の生成と展開』（創文社・一九九六年）一〇二頁以下。
- (16) RANIERI, a.a.O., S.10.

- (17) RANIERI, aa.O., S.11f.
- (18) Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1996, pp.418 et seq.
- (19) 学説彙纂第四五巻第一章第三八法文第一七節。
- (20) ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, op.cit., pp.41 et seq.
- (21) WENDEHORST, aa.O., S.220ff. 近代法における委任契約立法の歴史を通観するのは、一木孝之「委任の無償性（一）（二）」——その史的系譜」早稲田大学大学院法研論集八九号（一九九九年）二九頁以下、九〇号五一頁以下。もともと、有償委任は、無償委任のローマ法上の建前と報酬訴権とを並立させたローマ法大全にすでに胚胎するという。広中「委任契約の解除に関する一般論および税理士顧問契約の場合に関する考察」同『契約法の理論と解釈』前出注(15)二五九頁。フランス法からの委任と代理の沿革を検討しつつ、委任を代理の基礎に限定すべきとするのは、柳勝司「委任による代理」（成文堂・二〇一二年）一二頁以下。
- (22) 一木・前出注(21)「委任の無償性（二）」七〇頁以下。
- (23) ドイツ民法の委任が第二章案で有償の雇用・請負と区別されるために無償性に回帰した経緯について、一木孝之「委任の無償性（二）」法研論集九一号（一九九九年）二九頁以下を参照。ローマ法から近代法制の委任を概観するのは、我孫子勝『委任契約論』（巖松堂書店・一九一七年）三頁註参照。
- (24) Jean-Sébastien BORGHETTI, *Service Contracts: The French Experience*, in ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, op.cit., pp.101 et seq.
- (25) BORGHETTI, op.cit., pp.104-105. フランスの役務提供契約については、後藤元伸「役務提供契約における典型契約としての請負契約・委任契約——フランス法における事務処理委託契約（*contrat d'entreprise*）を参照して」『國井和郎先生還暦記念論文集・民法学の軌跡と展望』（日本評論社・二〇〇二年）二二九頁以下を参照。

- (26) WENDEHORST, a.a.O., S.235ff.
- (27) Thomas Kandner GRAZIANO, Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference, in ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, op.cit., S.61; WENDEHORST, a.a.O., S.222f.
- (28) T.F.E. Tjong Tjin TAL, *Service Contracts in the Dutch Civil Code*, in ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, op.cit., p.177.
- (29) WENDEHORST, a.a.O., S.222f.
- (30) WENDEHORST, a.a.O., S.223.
- (31) Simon WHITTAKER, *Contracts for Service in English Law and in the DCFR*, in ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, op.cit., pp.116 et seq.
- (32) ヨーロッパサービス契約法原則は、一九九九年から二〇〇六年にわたる作業で起草され、二〇〇七年に刊行されている。Prepared by Maurits BARENDRECHT/ Chris JANSEN/ Marco LOOS/ Andrea PINNA/ Rui CASCAO/ Stéphanie van GULIK, *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Service Contracts (PEL SC)*, Munich, 2007.
- (33) Chris JANSEN, *Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method*, in ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, op.cit., pp.47 et seq.
- (34) JANSEN, op.cit., pp.50 et seq. なお、ヨーロッパ共同体は、一九八五年の製造物責任法指令に対応した形で「サーヴィス提供者の責任に関する指令のための提案」(Proposal for a Council Directive on the Liability of Suppliers of Services, COM (90) 482final)を提示したが、役務の多様性から一律の責任規制ルールの定立に対する批判に晒されて、上記提案を撤回した(「サーヴィス提供者の責任に関する新たな指令に関するコミュニケーション」COM (94) 260 final)。もっとも、役務提供契約の統一的な規律の困難が

現れている。この点については、河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵（上）」NBL五九三号（一九九六年）七八頁。

(35) JANSEN, *op.cit.*, pp.52 et seq.

(36) JANSEN, *op.cit.*, p.52.

(37) Hannes UNBERATH, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, in ZEuP, 2008, S.745; 共通参照枠草案「ドイツ語版」, Edited by Christian von BAR/ Eric CLIVE, Prepared by Study group on a European Civil Code/ Research Group on EC Private Law (Aquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vol.2, Munich, 2009 を参照。共通参照枠草案のルールの翻訳は「クリスティアン・フォン・バル他編＝窪田充見他監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則：共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社・二〇一三年）を参照。

(38) Prepared by Marco B.M. LOOS/ Odavia Bueno DÍAS, Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Mandate Contracts, Munich, 2013.

(39) Edited by Christian von BAR/ Eric CLIVE, Prepared by Study group on a European Civil Code/ Research Group on EC Private Law (Aquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vol.3, Munich, 2009.

(40) Marco B.M. LOOS, Service Contracts, in Arthur HARTKAMP/ Martijn HESSELINK/ Ewoud HONDIUS/ Chantal MAK/ Edgar DU PERRON (eds.), Towards a European Civil Code, 4th. ed., Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 761 et seq.

(41) この点については、森田宏樹「契約責任の帰責構造」（有斐閣・二〇〇二年）一頁以下を参照。

(42) ヴェンデホルストは、結果債務と手段債務の他に、計画で定められた給付と時間で定められた給付との区画基準を用いて役務提供契約を全般的に分析する。WENDEHORST, a.a.O., S.248ff. しかし、本稿の関心よりもはるかに広い射程の分析となるため、その

検討は別の機会に譲ろう。

(43) RANIERI, a.a.O., S.30ff.

(44) WENDEHORST, a.a.O., S.293.

(45) LOOS, op.cit., p.770.

(46) LOOS, op.cit., p.770.

(47) LOOS, op.cit., pp.770 et seq. なお、ヨーロッパサービス契約法原則の内容について詳細な紹介を行うのは、半田吉信「新しい契約類型としてのサービス契約」『下森定先生傘寿記念論文集・債権法の近未来像』（酒井書店・二〇一〇年）三七五頁以下。

(48) サービス提供者が、契約締結前にすでにあり得るリスクについて警告する義務を負うことについては、DCFR IV C 第二：一〇二条が規定する。

(49) この場合、サービス提供者は、履行を継続するよりはむしろ契約を解除できるとするのは、LOOS, op.cit., pp.771-772.

(50) LOOS, op.cit., pp.774-775.

(51) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法整理会議事速記録』（商事法務研究会・一九八八年）三〇六頁。この点の詳細は、坂本武憲「役務提供契約」法律時報八一巻一〇号（二〇〇九年）六三頁、柳・前出注②九五頁以下を参照。

(52) 実務での請負と準委任の区別が困難であるため成果が物に化体する契約を請負とすべきとするのは、水野修司「役務提供契約の再編成について」ジュリスト一四四一号（二〇一二年）七〇頁以下。山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本敬三他「債権法改正の課題と方向」別冊NB151号（一九九八年）一五頁は、請負を物中心型請負とし、役務中心型請負は（準）委任と統合することを提案する。

(53) 民法（債権法）改正検討委員会の『債権法改正の基本方針』【3.2.8.01】以下が役務提供契約の総則規定であるのに対して、【3.2.10.02】

は準委任を第三者との間で法律行為でない事務を行う内容の契約と再定義する。

(54) 沖野真巳「契約類型としての〈役務提供契約〉概念（下）」NBL五八五号（一九九六年）四三頁。

(55) この役務提供契約の特質を受け止める契約法理論の多様な可能性を示唆するのは、中田裕康「現代における役務提供契約の特徴（下）」NBL五八一号（一九九五年）三七頁。

(56) 河上正二「診療債務について（覚書）」法学七四卷六号（二〇一〇年）七五〇頁。

(57) 笠井修「サービス供給契約」川井健・田尾桃二編集代表『転換期の取引法——取引法判例一〇年』（商事法務・二〇〇四年）二三〇頁。

(58) 中田裕康「継続的役務提供契約の問題点（上）」NBL五九九号（一九九六年）一一頁。成果志向と状態志向の区分が、計画と時間で定められた契約区分と対応するのかどうかはなお検討の必要があろう。前出注(42)参照。

(59) 中田・前出注(58)一二頁。

(60) 中田裕康「継続的役務提供契約の問題点（中）」NBL六〇一号（一九九六年）三〇頁以下。

