

## 民法541条以下の解除と「やむを得ない事由」による解除

|       |                                                                                                                          |
|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| メタデータ | 言語: Japanese<br>出版者: 大阪市立大学法学会<br>公開日: 2021-04-14<br>キーワード (Ja):<br>キーワード (En):<br>作成者: 杉本, 好央<br>メールアドレス:<br>所属: 大阪市立大学 |
| URL   | <a href="https://doi.org/10.24544/ocu.20210413-005">https://doi.org/10.24544/ocu.20210413-005</a>                        |

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

|                    |                                    |
|--------------------|------------------------------------|
| <b>Title</b>       | 民法 541 条以下の解除と「やむを得ない事由」による解除      |
| <b>Author</b>      | 杉本, 好央                             |
| <b>Citation</b>    | 大阪市立大学法学雑誌. 66 巻 1-2 号, p.322-285. |
| <b>Issue Date</b>  | 2020-03                            |
| <b>ISSN</b>        | 0441-0351                          |
| <b>Type</b>        | Departmental Bulletin Paper        |
| <b>Textversion</b> | Publisher                          |
| <b>Publisher</b>   | 大阪市立大学法学会                          |
| <b>Description</b> | 高橋眞教授・吉井敦子教授退任惜別記念号                |
| <b>DOI</b>         | 10.24544/ocu.20210413-005          |

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

# 民法541条以下の解除と 「やむを得ない事由」による解除

杉 本 好 央

## 目 次

### 序 論

#### 第1章 民法改正過程における「やむを得ない事由」による解除

##### 第1節 契約類型のあり方と役務提供型契約の解除

##### 第2節 基本方針における提案

##### 第3節 法制審議会における議論

##### 第4節 小 括

#### 第2章 民法起草過程における「やむを得ない事由」による解除

##### 第1節 ボアソナード草案

##### 第2節 旧 民 法

##### 第3節 現 行 民 法

### 結 語

## 序 論

(1) 民法540条以下に定められた「契約の解除」は、2017（平成29）年の民法改正により、その条文上の姿を大きく変えるに至った。契約の解除に関する改正事項のうち、解除の要件については、第一に、債務者に帰責事由がない場合にも、債権者を契約の拘束力から解放するために契約の解除をすることができるとし（541条および542条）、債権者に帰責事由がある場合にのみ契約の解除をすることができないとされた（543条<sup>1)</sup>。第二に、催告解除について、判

三三二

1) 筒井健夫／村松秀樹編『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）／

例の基本的な考え方を踏まえて、債務不履行が「契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」には契約の解除をすることができない旨の規定が設けられた（541条但書）<sup>2)</sup>。第三に、無催告解除について、債権者の契約目的不達成という観点を基礎において要件が整理された（542条）<sup>3)</sup>。これらの新規定の明晰な解釈と安定した適用を実現するには、様々な観点からその基本的な性格および具体的な姿を明らかにする作業が求められる。

(2) 本稿では、この作業の一部として、民法628条の定める「やむを得ない事由」による解除との関係という観点からの検討を試みる。民法628条第1文は、雇用期間の定めのある場合でも、やむを得ない事由があるときは、各当事者が直ちに契約の解除をすることができると定める。同条は期間の定めのない雇用契約にも適用され、また同条のやむを得ない事由とは、雇用契約を締結した目的を達するにつき重大な支障を惹起する事項、あるいは雇用契約を継続させることが著しく不当又は不公平と認められるべき事実を指すとされる<sup>4)</sup>。

民法541条以下による解除と民法628条による解除との関係という問題は、民法改正前には、契約解除の一般規定である旧541条が雇用にも適用されるかとの問いのもとで論じられていた。我妻栄は旧541条の適用を肯定し、使用者の賃金支払の遅滞の場合や労務者の不誠実の程度が即時告知の要件である「已ムコトヲ得ザル事由」の程度に達しない場合などには、催告を要件として解除しうると説いた<sup>5)</sup>。星野英一は、民法628条の「已ムコトヲ得ザル事由」には至

↘234-235頁。

2) 筒井／村松編・前掲注(1)236-237頁。判例として、大判昭和14年12月13日（大審院判決全集7輯4号10頁）および最判昭和36年11月21日（民集15巻10号2507頁）が挙げられる。

3) 筒井／村松編・前掲注(1)238-239頁、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017年）242頁、渡辺達徳「契約の解除」潮見佳男ほか編『詳解改正民法』（商事法務、2018年）168-169頁、吉政知広「解除」大村敦志／道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017年）146-147頁。

4) 幾代通／広中俊雄編『新版注釈民法（16）債権（7）』（有斐閣、1989年）107-108頁〔三宅正男〕、山本豊編『新注釈民法（14）債権（7）』（有斐閣、2018年）101頁および103頁〔山川隆一〕。

5) 我妻栄『債権各論中巻二』（岩波書店、1962年）588-589頁。

らないため即時解除は認められないが、催告をしてもなお債務不履行ないし不  
信行為をやめないならば認められる旧541条の解除を残しておくのが適当かと  
いう問題であるとして、旧541条の適用を肯定した<sup>6)</sup>。石田稜は、労働者に債  
務不履行がありそれが民法628条に該当しない程度のものである場合に旧541条  
により解除できるかと問い、旧541条の適用は、民法628条とのバランスから勞  
務者において催告に応じないのが同条のやむことを得ない事由に匹敵する場合  
に限られるとした<sup>7)</sup>。

以上のように、解除の一般規定である旧541条を雇用に適用できるか否かと  
いう問題は一般に肯定されて現在に至るが<sup>8)9)</sup>、本稿の関心は旧541条と628条  
との関係の捉え方にある。両者の関係を詳しく述べる見解のいずれもが、債務  
不履行を理由とする旧541条の解除の延長線上にやむを得ない事由を理由とす  
る628条の解除を捉え、前者よりも後者がより厳しい判断の下にあると理解し  
ている。民法改正前の学説の中には、雇用への旧541条の適用について否定的  
な態度を示す見解もあるが、その態度は単なる債務不履行のみを理由とする不  
動産賃貸借の解除を認めず、その条文上の根拠を628条の準用に求める信託関  
係破壊の法理の一環であり<sup>10)</sup>、旧541条の解除を628条の解除よりも容易な手段

6) 星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、1986年）244頁。

7) 石田稜『民法Ⅴ（契約法）』（青林書院、1982年）315頁。

8) 幾代／広中編・前掲注(4)109頁〔三宅〕、山本編・前掲注(4)102頁〔山川〕のほか、末川博『契約法下（各論）』（岩波書店、1975年）168-170頁、品川考次『契約法下巻』（青林書院、1998年）157-158頁、半田吉信『契約法講義』（信山社、第2版、2005年）399頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣、2005年）640頁、加藤雅信『契約法』（有斐閣、2007年）382頁、中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）498頁。

9) 根本到／石田信平「民法628条」土田道夫編『債権法改正と労働法』（商事法務、2012年）100頁は、労働法学では、雇用に旧541条が適用されるという理解は一般的ではないとする。

10) 広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第6版、1994年）260-261頁は、旧541条を雇用に適用することは不当または不要なものとして否定されるべきであるとした上で、この解釈が賃貸借または継続的契約への旧541条の適用を否定する学説の一環であるとする。賃貸借に関しては『同書』169-177頁、継続的契約一般に関しては『同書』345-348頁を参照。他にも、旧541条以下の雇用への適用に否定的あるいは

であると捉える点に限って言えば同様の理解のもとにある。

しかるに、旧規定と異なり、新規定では、単なる債務不履行のみを理由とする解除は認められず、契約の解除には債務不履行が軽微なものではないこと（541条但書）、あるいは契約目的を達成できないものであること（542条1項）を要する。新規定における解除の要件を重大な契約違反という概念で捉えられる<sup>11)</sup>か否かという理論的問題は別として、文言上は改正前の旧規定よりも解除の客観的要件が絞り込まれていると言える。かくして、解除の一般規定である541条以下と628条とはいかなる関係にあるのか、より詳しく言えば、541条の解除原因である「軽微ではない債務不履行」あるいは542条の根底にある解除原因である「契約目的を達成できない債務不履行」と628条の解除原因である「やむを得ざる事由」とはどのような関係にあるのかが、あらためて問題となる。

(3) 以上は主に民法541条以下の側から、628条との関係を問うものである。しかし、両者の関係は別の観点からも問題となる。民法541条以下は契約総則の節に置かれるのに対し、628条は雇用の節に置かれる。この規定の位置からすれば、541条以下と628条との関係は、前者が広く契約一般を対象とするのに対して、後者の対象は雇用であると整理されることになる。

もっとも、雇用の規定であるからといって、必ずしも雇用にのみ適用されるわけではない<sup>12)</sup>。たとえば、大判昭和14年4月12日（民集18巻397頁）は、学校経営者と校長との関係を雇用とした原審と異なりそれを準委任と認めた上で、已むことを得ざる事由による解除を認めた原審の判断を肯定した。近時でも、芸能プロダクションと芸能タレントとの関係につき、東京地判平成13年7月18日（判時1788号64頁）はこれを委任、雇用又は請負としての性質が混同した無

↘は懐疑的な見解として、来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974年）442-443頁、鈴木裕弥『債権法講義』（創文社、4訂版、2001年）639-640頁を参照。また、債務不履行を理由とする解約が628条のやむを得ざる事由による解約に含まれるとする北川善太郎『債権各論』（有斐閣、第3版、2003年）78頁も参照。

11) 渡辺・前掲注(3)171頁、潮見佳男『債権各論Ⅰ』（新世社、第3版、2017年）51-52頁、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）558-560頁。

12) 典型契約規定の適用のあり方について、来栖・前掲注(10)738-739頁、鈴木・前掲注(10)718頁、広中・前掲注(10)328-329頁を参照。

名契約であると解した上で、民法651条および628条等の規定の趣旨からやむを得ない事由による解除を認めているし、東京地判平成28年1月18日（判時2316号63頁，判タ1438号231頁）<sup>13)</sup>は雇用類似の契約と評価した上で628条のやむを得ざる事由による解除を認めている。また、先に言及したように、信頼関係破壊の法理について有力説はその条文中の根拠を628条の準用に求めたが、「やむを得ざる事由」という628条所定の解除原因は、信頼関係破壊の概念と近い関係を保ちながらより広く継続的契約に浸透して裁判例に取り入れられる<sup>14)</sup>。裁判例は枚挙に暇がないが、たとえば東京高判昭和57年8月25日（判時1054号92頁）は期間の定めのある継続的商品供給契約を準委任契約の側面を有するものとしたうえで解除の意思表示をやむをえない事由に基づくものであったとし、東京地判昭和49年9月12日（判時772号71頁）は期間の定めのない継続的売買契約の解除についてそれが不利な時期であってもやむを得ない事由がある場合には有効であるとし、また近時でも大阪高判平成8年10月25日（判時1595号70頁）が継続的商品供給契約における義務違反行為につき、当事者間の信頼関係を破壊するものであって本件契約を解消させるに足る相当な理由に当たるとして更新拒絶による契約終了を認めるなど、多様な姿を見せつつ現在に至っている<sup>15)</sup>。

もちろん、やむを得ざる事由の判断において考慮される事柄は契約の種類や性質に応じて様々であり、上記の裁判例を単純に同列に置いて論じることはいかなる。しかし、これらの裁判例は少なくとも628条の定める規範が雇用にと

13) 関連する裁判例も含めて、本判決の評釈である芦野訓和「判批」リマークス56号（2018年）50頁，また芦野訓和「裁判例における役務提供型契約と《雇用類似概念》」東洋法学61巻3号（2018年）125頁以下を参照。

14) 森孝三「一時的債権契約と継続的債権契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系I』（有斐閣，1962年）100頁，中田裕康「やむを得ない事由に基づく継続的取引契約の解除」ジュリ858号（1986年）129頁。

15) 継続的契約の解消に関する裁判例については、中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣，1994年）57頁以下を，また近時の展開も含めて，升田純『現代取引社会における継続的契約の法理と判例』（日本加除出版，2013年），加藤新太郎編『判例Check 継続的契約の解除・解約〔改訂版〕』（新日本法規出版，2014年）を参照。

どまらないことを示しており、信頼関係破壊の法理の条文上の根拠を628条に求めた見解はその証左とも言える。契約総則の規定である541条以下と雇用の規定である628条との関係を論じるとき、後者の射程が雇用に留まるものではないことを視野に入れねばならない。

(4) 以上のような問題意識に基づいて、本稿では、民法628条の起草過程に関する検討を行う（第2章）。この検討では、民法541条以下の基本的性格の把握という観点から、628条に潜在する諸規範を確認することが課題となる。もっとも、これに先立ち、2017（平成29）年の民法改正に向けて展開された議論を概観する（第1章）。考察の中心対象である民法628条は法制審議会の当初から改正対象とはされなかったものの、「やむを得ざる事由」による解除それ自体は役務提供型契約の総則規定として議論されており、その概要を知ることとは本稿の検討課題の含意を示すにあたって有用であると思われるからである。

## 第1章 民法改正過程における「やむを得ない事由」による解除

法制審議会における議論（第3節）の出発点において、民法（債権法）改正検討委員会による改正案の提案（第2節）は大きな意味を持った。検討の出発点では、この提案において前提とされた幾つかの法状況を確認する（第1節）。

### 第1節 契約類型のあり方と役務提供型契約の解除<sup>16)</sup>

#### 1. 明治の起草者の理解

(1) 1896（明治29）年公布の民法において、役務提供型契約の基本類型として念頭におかれたのは雇用であった。雇用の冒頭規定である民法623条において、雇用は「当事者ノ一方カ相手方ニ対シテ勞務ニ服スル」<sup>17)</sup>ことを約する契

16) 本節の記述については、鎌田耕一「雇用・請負・委任と労働契約」横井芳弘ほか編『市民社会の変容と労働法』（信山社、2005年）157頁以下によるところが大きい。

17) 以下の引用において、旧字体は適宜改めている。

約と定義された。法典調査会において起草趣旨を説明した穂積陳重は、「労務ニ服スル」と定めたのは雇用では労務自身が契約の目的であるということを示すものであり、その「労務」には「各種ノ労務」が含まれ、教師・弁護士・医師の労務のような「高等ノ労務トカ劣等ノ労務トカ云フヤウナ區別ヲシナイコトニ為リマシタ」と説明する<sup>18)</sup>。雇用において「労務ニ服スル」と定められるものの、労務の態様とくに使用者の指揮命令に服することを本質的要素とするわけではなかった<sup>19)</sup>。

(2) 雇用は労務自身を契約の目的とするのに対し、請負は労務の結果に重点を置く契約とされた。請負規定の起草趣旨を説明した穂積陳重は、雇用と請負の関係について「性質上カ論ジテ見テモ雇傭ハ其仕事自身ヲ目的」とするが、「請負ハ其仕事ノ結果ヲ目的ト致シマス其労力ト云フモノ夫レ自身デナイ労力ニ依テ出来タ其結果ト云フモノガ目的デアル」ので性質を異にし、これを示すために冒頭規定に「『或仕事ヲ完成スル』ト云フコトヲ申シテオキマシタ」と説明し、さらに報酬についても「雇傭ノ如ク労力自身ニ対シテ払フノデナクシテ仕事ノ結果ニ対シテ之ヲ払フ」と述べた<sup>20)</sup>。

(3) 委任の冒頭規定である民法643条では、委任は「当事者ノ一方カ法律行為ヲ為スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スル」ことで成立する契約である。起草趣旨を説明した富井政章は、雇用が労務自身を契約の対象とすることとの関係から、委任の対象を「法律行為」とした旨を述べる。すなわち「雇傭ト云フモノハ一定ノ労務ニ服スルコトヲ約スル契約トナリマシタ随分広イモノニナル夫レニ委任ノ所デ委任契約ト云フモノハ人ノ委任ヲ受ケテ事務ヲ処理スルト云フ風ニ言フテハ」、「矢張り労力ヲ供スル一種トシカ読メナイ即チ雇傭トノ分界ガはつきり立タナイト思ヒマス」ので、「思ヒ切ツテ『法律行為』ト

18) 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、1984年）458-459頁（以下、『民法議事速記録（4）』で引用する）。

19) 鎌田・前掲注(16)159頁、水町勇一郎「民法623条」土田道夫編『債権法改正と労働法』（商事法務、2012年）6頁以下。

20) 前掲注(18)『民法議事速記録（4）』526-527頁。

書キマシタ」とである<sup>21)</sup>。

法典調査会の議論では委任の対象は「法律行為」に限定されたものの、議事終了後に開催された民法整理会において、委任の対象を「法律行為ニ非サル事務」に拡大する準委任の規定が提案されることになる。富井政章は、起草者間に長い議論があったことを紹介した後、自分はもともと委任契約は法律行為に限らず、広く事務を処理することを目的とするものだと考えていたと釈明し、「法律行為デナイコトニモ委任ノ規定ガ一般ニ当嵌マラナケレバナラヌ」と述べた<sup>22)</sup>。

## 2. 大正から昭和初期の学説

起草者の理解に見られる以上のような雇用・請負・委任の相互関係は、基本的には、大正期から昭和初期の学説においても維持された。鳩山は、雇用とは労務に服すること、すなわち労務を供すること自体を目的とするものであり、請負とはそれが仕事の完成を目的とする点で、委任及び準委任とはそれが事務の処理を目的とする点で異なるとした<sup>23)</sup>。末弘もまた、雇用とは労務に服することを目的とする契約であるが、「労務に服する」とは使用者のために労力を供給することをいい、契約の目的が仕事の完成にあれば請負であって雇用ではなく、また契約の目的が法律行為その他の事務の処理を委託することにあれば委任又は準委任であって雇用ではないとした<sup>24)</sup>。

21) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』584頁。

22) 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14 民法整理会議事速記録』(商事法務, 1988年) 306頁, 廣中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣, 1987) 735-736頁。

23) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(下)』(岩波書店, 第7刷, 1928年) 524-525頁(請負からみた雇用との関係については558頁, 委任からみた雇用との関係については608頁を参照)。

24) 末弘厳太郎『債権各論』(有斐閣, 第6版, 1921年) 657頁および659-660頁(請負からみた雇用との関係については689頁, 委任からみた雇用との関係については745頁を参照)。また, 戒能通孝『債権各論』(厳松堂, 第4版, 1950年) 290-291頁も参照。

### 3. 第二次大戦後の学説

(1) 雇用・請負・委任の相互関係に関する理解は、第二次大戦後しばらくして大きく変化する。1947年制定の労働基準法が「労働契約」の用語を——定義規定のないままに——用いたことを背景として、我妻栄は、雇用は「労務ないし労働それ自体を利用することを目的とする」ものであり、「特定の仕事を完成することが契約の内容とされるのではなく（請負との差）、またその仕事が統一した事務として契約の内容とされるのでもない（委任との差）。その結果、労務者の労働を適宜に配置・按排し一定の目的を達成させることは、その労働を利用する者（使用者）の権限とされ、そこに使用者の指揮命令の権限を生ずる。そしてこの点が雇傭の重要な特色となる」<sup>25)</sup>と述べ、民法623条の「労務ニ服スル」は「労務自体の給付を目的とする結果として使用者に労務についての指揮命令権を生じ、その意味において従属関係を生ずること」を示す趣旨であるとした<sup>26)</sup>。かくして労務者の従属性が民法の定める「雇用」の要素と理解された。

雇用の特徴を従属性とする理解は学説の受け入れるところとなり<sup>27)</sup>、2004（平成16）年の民法口語化において623条の「労務ニ服スル」が「労働に従事する」との文言にされてもなお、従属性が雇用の要素とされた<sup>28)</sup>。

(2) 雇用の要素に従属性が読み込まれることにより、労務を対象とする契約の基本類型として雇用を位置づけることができず、代わって委任がこの地位に入ることになる。我妻は「委任の本質は、委託の目的たる事項が法律行為である点に存するのではなく、一定の事務を処理することである点に存する」ゆえ

---

25) 我妻・前掲注(5)532頁。

26) 我妻・前掲注(5)541頁。

27) 星野・前掲注(6)235-236頁、石田・前掲注(7)294-295頁。

28) 加藤・前掲注(8)375頁、中田・前掲注(8)487頁、田山輝明『契約法』（成文堂、2006年）258頁、川井健『民法概論4（債権各論）』（有斐閣、補訂版、2010年）278頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会、第3版、2011年）267頁および289頁、大村敦志『新基本民法5契約編』（有斐閣、2016年）149頁、平野裕之『債権各論Ⅰ』（日本評論社、2018年）323頁、山本豊編『新注釈民法（14）債権（7）』（有斐閣、2018年）9頁〔山本豊〕など。

に、委任の法的性質としては委任を準委任と区別することなく、事務の処理を委託する契約と考えるのが正しいとしたうえで<sup>29)</sup>、「民法の委任の規定は、他人の事務を処理する法律関係の通則ともいべきもの」であり、「他人に信頼されたその者の事務を処理する地位にある者の関係については、法律が特に準用する旨を定めない場合にも、委任の規定を適用すべき」である<sup>30)</sup>とした。

(3) 事務処理契約の通則という地位を与えられた委任（又は準委任）は、物ではなくサービスを対象とする契約が社会に普及することにより、前世紀末には契約法学においても大きな関心を引く存在となった<sup>31)</sup>。その歩みは、サービス供給契約あるいは役務提供契約に関する議論の隆盛と並行していた<sup>32)</sup>。

#### 4. 委任の任意解除権

委任の節に定められた民法651条は、各当事者がいつでも解除できると定める。委任を特別な理由なくいつでも、すなわち任意に終了させることのできるこの解除権の根拠は、一般に、委任が個人的な信頼関係にあることに求められる<sup>33)</sup>。

ところで、他人の事務を処理する通則に委任を据える先のような理解を押し進めるなら、民法651条の解除はそれが委任の節に定められるがゆえに広い適

29) 我妻・前掲注(5)655頁。

30) 我妻・前掲注(5)666頁。

31) 文献も含めて、大村敦志「現代における委任契約——『契約と制度』をめぐる断章——」中田裕康／道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（有斐閣，2000年）95-96頁を参照。

32) 笠井修「サービス供給契約」川井健／田尾桃二編『転換期の取引法』（商事法務，2004年）227頁は、サービス供給契約の特質を解明しようとする研究の本格的な開始を1990年代とする。

33) 我妻・前掲注(5)689頁，石田・前掲注(7)358頁，末川・前掲注(8)214-215頁，北川・前掲注(10)92頁，川井・前掲注(28)315頁，内田・前掲注(28)294頁，三宅正男『契約法（各論）下巻』（青林書院，1988年）1003頁，松坂佐一『民法提要債権各論』（有斐閣，第5版，1993年）209頁，近江幸治『民法講義Ⅴ契約法』（成文堂，第3版，2006年）264-265頁など。任意解除の根拠を信頼に求めることの問題点とその詳細な検討として，丸山絵美子『中途解除と契約の内容規制』（有斐閣，2015年）187頁以下，とくに254頁以下。

用範囲を与えられることになる。しかし実際には、民法651条による解除を制限する議論が展開された。それは三つに大別できる<sup>34)</sup>。

第一に、委任者のためのみならず受益者にも利益となる委任の場合には、民法651条による解除は認められないとするものがある<sup>35)36)</sup>。第二に、民法651条1項は法律行為の委託についてのみ適用され、事実行為の委託には適用されないとするものがある<sup>37)</sup>。第三に、委任であっても異なる契約類型の規定を適用することで、結果として651条の適用を制限するものがある。すなわち、委任には民法651条の適用されない類型のものがあり、これらの委任の解除は、請負型のものについては民法641条が、雇用型のものについては民法627条又は628条が用いられ、その結果として民法651条がそのまま適用されてよいのは無償委任のみになるとされる<sup>38)</sup>。

---

34) 判例および学説の展開の全体像について、岡孝「民法651条（委任の解除）」広中俊雄／星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）449頁以下、中田裕康「民法651条による委任の解除」同『継続的取引の研究』（有斐閣、2000年〔初出1991年〕）330頁以下を、また民法651条の立法的沿革もふくめて長谷川貞之「委任における任意解除権の規範的性質」日大法学80巻3号（2015年）55頁以下を参照。

35) 近時の分析として、一木孝之「委任の利他性——委任の解除、ならびに委任者の経済的不利益等の填補をめぐって——」道垣内弘人ほか編『社会の発展と民法学（下巻）——近江幸治先生古稀記念論文集——』（成文堂、2019年）368頁以下、石堂典秀「委任契約における『受任者の利益』概念について（1）——英米法からの示唆——」CHUKYO LAWYER, Vol. 18, 2013, pp. 17.

36) 受任者にも利益となる委任の解除については、解除を不可とする裁判例（大判大正9年4月24日民録26輯562頁）の他に、解除を可能とした上で損害賠償を認める裁判例（最判昭和56年1月19日民集35巻1号1頁）も存在するが、2017年の改正は後者の裁判例を踏まえたものである。一般的には、筒井／村松編・前掲注(1)354頁、潮見・前掲注(3)324頁、石川博康「役務提供契約」大村敦志／道垣内弘人編『解説民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017年）449頁を、より詳しくは平田健治「『委任と解除』雑感——判例と改正法の距離——」阪大法学69巻1号（2019年）33頁以下を参照。

37) 柳勝司『委任による代理』（成文堂、2012年）252頁以下（関連して113頁以下）。

38) 広中・前掲注(10)290頁、広中俊雄「委任契約の『解除』」同『広中俊雄著作集2 契約法の理論と解釈』（創文社、1992年〔初出1963年〕）240-241頁。

## 第2節 基本方針における提案

### 1. 役務提供

民法（債権法）改正検討委員会による「債権法改正の基本方針」（以下、「基本方針」とする）では、役務提供という新たな契約類型の創設が提案された。基本方針【3.2.8.01】において、「役務提供は、当事者の一方（役務提供者）が相手方（役務受領者）から報酬を受けて、または、報酬を受けないで、役務を提供する義務を負う契約である」とされ<sup>39)</sup>、この冒頭規定に続く第8章の規律は、請負、委任、寄託、雇用といった役務提供型の契約類型について、総則規定となると同時に受皿規定になると説明された<sup>40)</sup>。

### 2. 委任および準委任

役務提供型の契約類型にとって一般規定として作用してきた委任について、基本方針はその【3.2.10.01】において「法律行為をすること」の委託を内容とする契約類型として定め、民法643条を維持する<sup>41)</sup>。民法656条の定める準委任については、基本方針【3.2.10.02】が「第三者との間で法律行為でない事務を行うこと」の委託を内容とするものと再定義する<sup>42)</sup>。受任者が委任者に代わって他人との関係で事務処理を行う場合に限定して準委任を認めることで<sup>43)</sup>、事務処理契約一般に関する規律であると広くとらえる構成に代わる受皿として、新設類型である役務提供の規定を適用することが想定された<sup>44)</sup>。

39) 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——各種の契約（2）』（商事法務、2010年）3頁。

40) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)3頁。

41) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)89頁。

42) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)90頁。

43) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)91頁。

44) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)6頁。

### 3. 任意解除権

新設の契約類型である役務提供では、任意解除権の規律は行使主体の観点から区分して設けられる。

役務受領者からの任意解除権について定めるのが、基本方針【3.2.8.10】である。本提案〈1〉は、役務の提供を完了しない間は、役務受領者がいつでも契約を解除できるとする<sup>45)</sup>。このような任意解除権が認められるのは、「役務提供が完了する前において、当該契約によって実現する利益が消滅した場合には、役務受領者は、役務提供の受領を強制されるべきではない」からである<sup>46)</sup>。

役務提供者からの任意解除権については、基本方針【3.2.8.11】が定める。規律は役務提供が有償か無償かで区分して設けられる。本稿の関心から、有償の役務提供について規定を確認すると、基本方針【3.2.8.11】〈1〉では「役務提供者の任意解除権を定めない」とする甲案と、「役務提供者は、やむを得ない事由があるときは、直ちに契約を解除することができる」とする乙案とが併記される<sup>47)</sup>。提案の解説から分かるのは、第一に、契約をいつでも解除できるとする651条は委任に固有の領域を超えて役務提供契約一般に広く妥当すべきではないとの認識が両案の基礎にあること、第二に、その両案を分かつのが役務受領者の協力義務違反への対応であり、協力義務違反による解除を認めるので足りると考えるのが甲案であるのに対し、この義務違反の有無の評価が微妙である場合でも役務提供者に契約からの離脱を保障すべきであると考えるのが乙案であること、である<sup>48)</sup>。

45) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)37頁。

46) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)38頁。

47) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)40頁。

48) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(39)41頁を参照。

### 第3節 法制審議会における議論

#### 1. 準委任に代わる受皿規定の要否

(1) 法制審議会での議論の出発点におかれた検討事項には、「準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定」という項目が設けられた。そのうちの「総論（新たな受皿規定の要否等）」では、準委任がいわば受皿としての役割を果たしてきたが、妥当でないとの指摘もあるので、「既存の典型契約に該当しない役務提供型契約に適用されるべき規定として妥当な内容を有する規範群を設け」るかどうかが問われた<sup>49)</sup>。

(2) 第17回会議の議事では、役務提供という契約類型を設けるとしても、「それらの規定の中のいくつかのものは、労働者が役務提供者である場合に適用することは、極めて不適切であると感じている」、「役務提供者が使用従属関係に置かれている場合は、任意解除権の規律をはじめとする役務提供に係る規律の一部は、適用しないことを明示するような規律を置くことも考えられる」との発言があった（山野目委員：議事録37-38頁）。

この発言に見られるように、準委任に代わる受皿規定の要否に関する議論では、該当する契約における当事者の立場を考慮に入れた意見が述べられた。そのような規定は「役務の受領者が消費者のように弱い立場にある方々である場合については非常に適合する内容かと思いますが、役務の提供者が自ら有償で役務を提供する個人のように弱い立場にある場合については、様々な不合理な結果を招くのではないか」（新谷委員：議事録38頁）、「提供者の方の立場が弱い場合も考慮した」慎重な議論が必要である（青山関係官：議事録38頁）、雇用について配慮の仕方はいろいろあるが、「慎重に検討するというのは私も同意見」である（中田委員：議事録39-40頁）、とされた。

以上の議論を受けて、中間論点整理では、準委任に代わる受皿規定の要否に

49) 部会資料17-2・56頁、商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第1集（第4巻）』（商事法務、2011年）654頁、民事法研究会編集部編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項』（民事法研究会、2011年）633頁。

ついて、「役務受領者の立場が弱い場合と役務提供者の立場が弱い場合とを一律に扱うことは適当ではないとの指摘などにも留意しながら、更に検討してはどうか」とされた<sup>50)</sup>。

(3) 準委任に代わる受皿規定を設けるか否かという論点は、第2ステージの当初には検討項目として維持される<sup>51)</sup>ものの、中間試案のたたき台では削除される。したがって、この論点に関する改正法の議論は、中間試案に至ることなく終了する。もっとも、本稿の関心の中心は任意解除権にある。そこで次に、準委任に代わる受皿規定中に置かれた任意解除権に関する議論を見る。

## 2. 準委任に代わる受皿規定の任意解除権

(1) 法制審議会での議論の出発点におかれた検討事項では、前節で確認した基本方針の提案と同じく、役務受領者からの任意解除と役務提供者からのそれとで分けて提案された<sup>52)</sup>。すなわち、役務受領者からの任意解除については、「既存の典型契約に該当しない役務提供型契約においても、契約の履行を受ける利益が消滅した場合、役務受領者が役務の受領を強制されるべきではないなどとして、役務受領者に任意の解除権を認める考え方や、役務提供型契約が継続的な場合についての役務受領者の解除権に関する規律を整備すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか」とされた。役務提供者からの任意解除については、「既存の典型契約に該当しない役務提供型契約については役務提供者の任意解除権を認めるべきでないとする考え方や、やむを得ない事由がある場合に限って役務提供者の任意解除権を認めるべきであるとする考え方が提示されているが、どのように考えるか」とされた。

第17回会議では、先にみた受皿規定の要否に関する議論と同様に、該当する

50) 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年）420頁〔392頁〕。

51) 部会資料46・92頁。商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第2集〈第8巻〉』（商事法務、2014年）453頁。

52) 以下につき、部会資料17-2・65頁、商事法務編・前掲注(49)『部会資料集第1集〈第4巻〉』663頁、民事法研究会編集部編・前掲注(49)638頁。

契約当事者の非対称性を考慮に入れた懸念が示された。すなわち、役務提供者が弱い立場にある場合に「優越的な地位を利用して役務の受領者側が任意解除権を行使するということになると、一方的に契約の解除がされるため、役務提供者の契約上の権利が非常に後退するという懸念があり」、また逆の事例である「役務提供者側からの任意解除権については、役務の提供者が生身の人間であるため、役務提供者を不当に長期間、労務に拘束するという事態についてどう考えるかということも、併せて検討しなければいけない」（新谷委員：議事録47頁）とされた。

（2）第2ステージでは、任意解除について具体的な規律が提案された<sup>53)</sup>。

役務受領者による解除については、甲案と乙案の二案が示された。甲案は、役務受領者はいつでも契約を解除できるとするものである。補足説明では、注文者からの任意解除を定める民法641条の趣旨として「注文者が不要となった仕事を完成させることは社会経済的に非効率であること、請負人の利益は損害賠償によって図ることができることなど」が指摘されており、この趣旨は役務提供契約にも妥当しうることから、甲案のような考え方を取り上げているとする<sup>54)</sup>。乙案は、ア) 役務受領者は、やむを得ない事由があるときは、契約を解除できる、イ) 期間の定めのない役務提供契約においては、役務受領者はいつでも契約を解除できる、という二つの準則を提案する。補足説明では、役務受領者の解除権は当然には認められないが、一定期間継続する契約類型においては、期間の定めがある場合には雇用に関する628条のように「やむを得ない事由」により解除を認める例が多いことを理由に、また期間の定めのない場合には永久に契約を継続する趣旨ではないことを理由に、上記の二つの準則を提案していると説明される<sup>55)</sup>。

53) 部会資料47・11頁，商事法務編・前掲注(51)『部会資料集第2集〈第8巻〉』494頁。

54) 部会資料47・13-14頁，商事法務編・前掲注(51)『部会資料集第2集〈第8巻〉』496-497頁。

55) 部会資料47・14頁，商事法務編・前掲注(51)『部会資料集第2集〈第8巻〉』497頁。

役務提供者による解除については、次のような三つの準則が提案された。すなわち、ア）役務提供者は、やむを得ない事由があるときは、契約を解除できる、イ）期間の定めのない役務提供契約では、役務提供者はいつでも契約を解除できる、ウ）無償の役務提供契約では、役務提供者はいつでも契約を解除できる、である。提案アおよびイについて、補足説明では、役務受領者による解除の乙案と同趣旨の説明がなされる<sup>56)</sup>。

(3) 第58回会議で展開された議論は、きわめて多様であった。役務受領者からの解除について乙案を支持する発言（大島委員および安永委員：議事録9頁）、役務提供者からの解除について事務局提案の三つの準則を支持する発言（安永委員：議事録10頁）があった。継続的契約の終了原因に関する規律との関係から、予告期間を定めた解除（解約申入れ）の規律を定めるのがよいという具体的な提案もあった（佐成委員：議事録2頁）。役務提供契約の任意解除をある程度自由に認める規律について、与える債務を生じさせる売買契約との関係をどのように考えるのかという問題提起もあれば（佐成委員：議事録3頁、松本委員：議事録9頁）、受皿規定の対象となる契約として、時には役務受領者が事業者で提供者が弱い労働者であるような契約が想定され、しかしまた時には役務受領者が消費者で提供者が強い事業者であるような契約が想定され、議論が混乱している（中井委員：議事録5-6頁）、対象がはっきりしないなかで共通ルールを作るのは相当難しい（松本委員：議事録9頁）とも言われた。

(4) 任意解除権の規律に関する議論は、以上の様々の意見を受けて、事務局でさらに検討を進めるということで結ばれた（鎌田部会長：議事録9頁）。もっとも、法制審議会における任意解除権の帰趨にとって重要であるのは、その後同日中に行われた、役務提供型契約に関する規定の編成方式に関する議論である。事務局からは、役務提供を雇用、請負、委任などに並ぶものとして規律する甲案と、総則的な規定として置く乙案とが提案されたが<sup>57)</sup>、提案に関す

56) 部会資料47・14-15頁、商事法務編・前掲注(51)『部会資料集第2集〈第8巻〉』497-498頁。

57) 部会資料47・18頁、商事法務編・前掲注(51)『部会資料集第2集〈第8巻〉』➤

る議論の中で、役務提供概念の導入を見送るという選択肢もあるとの発言があった。それは一方では、任意解除権に関するこれまでの議論では交渉力その他の社会経済的関係において役務提供者側が強い場合を念頭に置く発言と役務受領者側が強い場合を念頭に置く発言とがあり、このような「同じ概念によって異なる夢を見る状態」での規律の整備を危惧するものであり、しかし他方では、その規律内容は委任ないし準委任に関する議論と酷似しているので、従来の準委任に関する規律を何らかの仕方で整備・発展させていくという方向性を示唆するものでもあった（山野目幹事：議事録11-12頁）。この発言を受けて、「準委任は今、任意解除権が委任と同じように与えられることになりますが、同床異夢とはいえ、想定されている役務提供契約の中には、この任意解除権が適切でない場合がかなりあります。それについて、何らかの手当を準委任の規定を充実させていく中でしていくというのはもちろんありうる方策だと思います」とされた（内田委員：議事録14頁）。

(5) 準委任に代わる受皿規定は、「中間試案のたたき台」では、任意解除権に関する規律も含めてその全体が取り上げられていない<sup>58)</sup>。したがって、この論点に関する改正法の議論は、ここで終了する。もっとも、先の(4)でみたように、準委任に代わる受皿規定において任意解除権の規律をどのように定めるかという問題は、中間試案のたたき台を作成する段階では、準委任の規定に関する議論で受け止められることになる。そこで次に準委任に関する議論を見る。

### 3. 準委任の任意解除権

(1) 準委任に関する法制審議会の議論のうち、本稿にとって重要であるのは、第2ステージの「中間試案のたたき台」からの議論である。まず、そこに至るまでの議論を簡単に整理しておく。

第1ステージでは、「準委任の適用対象を、第三者との間で法律行為でない

↘501頁。

58) 部会資料57・33-34頁、商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第2集（第11巻）』（商事法務、2015年）261-262頁を参照。

事務を行うことを目的とするものに限定する」という基本方針と同様の考え方が議論の対象とされた<sup>59)</sup>。この考え方に対し、第17回会議において、準委任の定義が狭きに過ぎるとの指摘があった（大村委員：議事録33-34頁，能見委員：議事録36頁）。

第2ステージでは、準委任の適用範囲に関して甲案から丙案までの三つの案が示された<sup>60)</sup>。甲案は「法律行為でない事務の委託のうち、当事者間の信頼関係に基づいて一方の当事者が他方のために裁量をもって事務を処理するものに限定する旨の規定を設ける」とする。乙案は、「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを委託するものに限定する旨の規定を設ける」とする。債権法改正の基本方針で示され、法制審議会でも当初から議論されてきた考え方である。丙案は「限定する規定を設けない」というものである。

第57回会議の議論では、提案された三案のうち、内容上は現状を維持する丙案が多く支持を得た。甲案は当事者間の信頼関係を指標として準委任の概念を見直そうとするものであるが、当事者間の信頼関係という極めて実質性の高い概念を裁判実務上コントロールするのは大きな困難が予想され、また乙案にある限定は必ずしも本質的なものになっていない（山野目幹事：議事録44頁），あるいは、甲案については、法律行為以外の事務委託契約を信頼関係の有無と裁量の程度により区別することは困難であり、乙案については、法律行為でない事務が第三者に対するものか委任者に対するものかで区別する必要性と意義が明らかでない（安永委員：議事録44頁），と批判された。

(2) 第57回会議で支持を得たのは準委任の適用範囲を限定しない丙案であったが、事務局はそれでも適用範囲の限定を試みた。部会資料57の「中間試案のたたき台」では、準委任について、次の二つの提案がなされた<sup>61)</sup>。

59) 部会資料17-2・48頁，商事法務編・前掲注(49)『部会資料集第1集〈第4巻〉』647頁，民事法研究会編集部編・前掲注(49)629頁。

60) 部会資料46・83頁，商事法務編・前掲注(51)『部会資料集第2集〈第8巻〉』444頁。

61) 以下につき，部会資料57・32-33頁，商事法務編・前掲注(58)『部会資料集第2集〈第11巻〉』（商事法務，2015年）259-260頁。

第一に、「法律行為でない事務の委託であって、〔受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるもの以外のもの〕」については、民法651条を準用しないものとされた。提案に付された説明によれば、民法651条の任意解除権は「受任者の個性に着目し、当該受任者との信頼関係を基礎とするものであるからこそ妥当するものであり、このような特殊な関係にない、通常の事務処理契約には必ずしも妥当しないと考えられるからである」。

第二に、民法651条が準用されない場合の契約終了について、三つの準則が示された。ア) 期間の定めのない準委任では、各当事者はいつでも解約の申入れができる、イ) 期間の定めのない準委任であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は直ちに契約の解除をすることができる、ウ) 無償の準委任では、受任者はいつでも契約の解除をすることができる、である。本節2(4)でみたように、法制審議会第58回会議の議論において、役務提供型の契約類型を新たに設けるのは困難であるが、その実質である任意解除権の問題を準委任の規定において受け止めることが示されていた。三つの準則の提案はこの方針を受けてのものである。

(3) 以上の事務局提案を審議した第68回会議では、提案中のブラケット〔受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるもの以外のもの〕の意義、すなわち委任の規定が準用される準委任と同規定が準用されない準委任とを区別する基準が大きな論点となった。意見の多くは、準委任を二つに分ける基準を不安視あるいは問題視するものであった。たとえば、信頼関係を主たる指標として、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっている点はちょっと曖昧になる（山川幹事：議事録34頁）、準委任のうち信頼関係のないものについて任意解約権を制約するという提案であろうが、信頼関係を基礎としない委任あるいは準委任はどういうものかイメージできない（岡委員：議事録42頁）、ブラケットにおける例外と委任が信頼関係を基礎とするということとの関係がよく分からない（鹿野幹事：議事録45頁）、である。また、任意解

除に関して事務局が示した三つの準則に賛成した上で、すべての準委任に準用することを求める意見もあった（安永委員：議事録32頁）。

民法651条が準用されるか否かの区分が問題となる具体例として、消費者契約の扱いが議論された。まず、事務局提案では、消費者契約には651条が準用されず、従来と異なって任意解除が否定される場合が出てくるのではないかとの危惧が示された（鹿野幹事：議事録33頁）。この危惧に対しては、「消費者が事業者との間で役務提供契約をする場合というのは、基本的にその事業者の専門家としての知識、経験、技能その他に着目して」いるので、651条の任意解除権が準用される場合であるとの理解が示された（松本委員：議事録39頁）。しかしそうすると、651条による任意解除は当事者の双方がいつでも解除できるのであるから、消費者契約において受任者である事業者からは自由に解除できないと考えられている現状と異なることになるとの問題点が指摘された（鹿野幹事：議事録41頁）。また、「本来の委任で認められている651条の任意解除権の趣旨と消費者に関する任意解除権の趣旨がどういう関係にあるのか」（山川幹事：議事録35頁）という疑問も示された。

（4）準委任に関する以上の議論の後に示された中間試案は、具体的な内容としては、先の(2)で示した「中間試案のたたき台」の提案と同様である<sup>62)</sup>。中間

---

62) 次のようなものである（商事法務編『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年）499-500頁）。

（1）民法第656条の規律を維持した上で、次のように付け加えるものとする。

法律行為でない事務の委託であって、[受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるもの以外のもの]については、前記1（自己執行義務）、民法第651条、第653条（受任者が破産手続開始の決定を受けた場合に関する部分を除く。）を準用しないものとする。

（2）上記(1)の準委任の終了について、次の規定を設けるものとする。

ア 当事者が準委任の期間を定めなかったときは、各当事者はいつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、準委任契約は、解約の申入れの日から〔2週間〕を経過することによって終了する。

イ 当事者が準委任の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約の解除をすることができる。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであると

試案の補足説明では、両当事者がいつでも契約を解除できるとする民法651条は、当事者間の信頼関係を基礎とする契約あるいは受任者の個性を重視する契約には妥当してよいが、それ以外の契約類型では「契約の拘束力の一般的な原則を修正して、このような特則を設ける理由は乏しい。そこで、委任者の個性を重視する類型以外の準委任については、同条の準用を排除した」とされた<sup>63)</sup>。また、651条が準用されない場合に妥当する契約解除の準則については、雇用に関する627条1項あるいは628条にその範が求められた<sup>64)</sup>。

(5) 中間試案に続く第3ステージでは、事務局から、「準委任に関し、民法第656条の規律を維持した上で、従来は準委任と扱われていたもののうち委任に関する規律を全て準用するのが適当でないと考えられる類型を対象として、委任の規定の準用を否定する規律を置くことの是非及びその内容について、どのように考えるか」との問題提起がなされた<sup>65)</sup>。この提案に付された説明によれば<sup>66)</sup>、中間試案は「知識、経験、技能」といった受任者の属性を重視して準用の基準を設けようとしたが、パブリックコメントの手续に寄せられた意見の多くが基準の合理性や明確性の点に疑問があるとして否定的であった。もっとも、役務提供契約の中には委任の規定に従うことが不合理な類型もあるという認識は広く共有されているので、一方では「受任者が自らその事務の処理を履行しなければ契約をした目的を達成することができないもの」か否かという基準によって準委任を二つに区分する考え方が示され、他方ではこの考え方に対して基準が抽象的で不明確との批判があることを想定して「民法第656条に、

ㄨ きは、相手方に対して損害賠償の責任を負う。

ウ 無償の準委任においては、受任者は、いつでも契約の解除をすることができる。

(注) 上記(1)については、規定を設けるべきでないという考え方がある。

63) 商事法務編・前掲注(62)『中間試案の補足説明』504頁。

64) 商事法務編・前掲注(62)『中間試案の補足説明』505頁。

65) 部会資料73B・4頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料集第3集〈第4巻〉』(商事法務, 2017年)471頁。

66) 以下につき、部会資料73B・5-6頁、商事法務編・前掲注(65)『部会資料集第3集〈第4巻〉』472-473頁。

『ただし、その事務の委託の性質がこれを許さないときは、この限りでない。』等の文言を付加すれば足りるとの考え方」もあるとされた。

第82回会議では、委任の規定が準用されないことを明示する規定を置くことに賛同する意見が多く、具体的には民法656条に但し書きを付加する案に支持が集まった（安永委員：議事録5頁，大島委員：議事録5頁，深山幹事：議事録8頁）。しかし、民法656条に但し書きを付加して中身がブランクになるよりは「事務の委託の性質に応じて雇用なり請負なりの規定を準用するというような書き方のほうが規範の内容がはっきりする」（議事録7頁：中田委員）という意見もあった。

以上の議論をうけて提案された「要綱仮案の原案」では、準委任は取り上げられていない。その理由は、「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見定めることも困難であるという問題があり、成案を得られる見込みがない」からであると説明された<sup>67)</sup>。

#### 第4節 小 括

(1) 役務提供型の契約類型に関する規定は2017年改正の前後で大きく変わらず、改正当初の意欲的な改正提案や検討課題からすれば、かなり後退したものの<sup>68)</sup>であり、役務提供型契約の改正は挫折してしまった<sup>69)</sup>と言われる。そのような結果に至った理由として、役務提供契約に含まれる契約が多様であり、何を模範的あるいは典型的なものとするかが困難であったこと、社会における弱者と強者あるいは消費者又は労働者の保護といった視点が入らざるを得ず、規

67) 部会資料81-3・22頁，商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第3集〈第6巻〉』（商事法務，2017年）324頁。

68) 長谷川貞之「新民法と強行法・任意法——請負・委任における契約不適合責任，解除を中心に——」近江幸治／椿寿夫編『強行法・任意法の研究』（成文堂，2018年）318-319頁。

69) 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年）1-2頁，手嶋豊「役務提供契約」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅲ契約（2）』（商事法務，2018年）325頁。

定を設けるのが困難であったことなどが指摘されている<sup>70)</sup>。これらの指摘は任意解除権に関する議論によくあてはまる。

(2) 戦後に展開された役務提供型契約の議論において中核に据えられたのは委任であり、それゆえ法制審議会において任意解除権の一般的な規律が準委任という場で扱われるのは十分に理由のあるものである。しかし、準委任という場面設定では、契約法の一般原則からは例外と言わざるを得ない651条の解除を原則に据えることになる。ところがこれは、役務提供型契約に651条の解除を広く妥当させることを回避するという改正当初の目論見に反する。それゆえ法制審議会の中間試案では、民法651条が準用される契約を「受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっている」との基準によって絞り込んだ。それにもかかわらず、パブリックコメントの手続では、多くの否定的な意見が寄せられた。

もっとも、中間試案において示された、民法651条が準用されない場合に妥当する任意解除権の規律<sup>71)</sup>に限って言えば、パブリックコメントの手続において否定的な意見が寄せられたわけではない<sup>72)</sup>。この規律の一つが、「当事者が準委任の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約の解除をすることができる」という、民法628条に範を求める準則である。

(3) 民法628条が示す規律の有用性が役務提供型の契約一般を念頭において承認されているとするなら、その内容と射程について理論的な検討が求められる<sup>73)</sup>。

70) 吉永・前掲注(69)20-23頁、手嶋・前掲注(69)325頁。

71) 中間試案については、前注(62)を参照。

72) パブリックコメントによる意見の概要については、部会資料71-6・153頁以下および商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第3集〈第3巻〉』（商事法務、2017年）1101頁以下を参照。中間試案の提案に賛成する意見として整理されたものの中には、651条が準用されない場合の任意解除に関する三つの規律の各々について賛成するものがみられる。中間試案の提案に反対する意見として整理されたものは、その多くが準委任を二つに分けることの困難さ及びそれによる適用範囲の曖昧さを指摘するものである。

73) 丸山絵美子「役務提供契約における類型の意義と規定の射程」ジュリ1441ノ

民法改正に向けた議論から浮かび上がる以上のような課題もまた視野に入れて、次章では、民法628条に潜在する諸規範の確認のため、同条の起草過程に立ち返る。

## 第2章 民法起草過程における「やむを得ない事由」による解除

本章では、1896（明治29）年公布の現行民法に至るまでの過程を検討する。検討は、時系列に従い、ボアソナード草案（第1節）、旧民法（第2節）、現行民法（第3節）の順で行う。

### 第1節 ボアソナード草案

#### 1. 類型の定義

(1) 現行民法628条に相当する規定が置かれるのは、ボアソナード草案財産取得編（以下、適宜「ボ草案」とする）第21章「労務および仕事または勤労の賃貸借」、第1節「労務の賃貸借（Du louage de services）」である<sup>74)</sup>。第1節の冒頭規定である956条1項は、「使用人、番頭又は手代、主人又はその家に仕える僕婢、苦役又は日雇労働者、農業又は工業労働者は、年月日をもって定めた給料又は賃金を受けて自らの労務を賃貸する（louer leurs services）ことができる」とする<sup>75)</sup>。

(2) ボ草案第21章は、第1節に加えて、第2節「習業契約」<sup>76)</sup>、第3節「陸

---

ㄨ号（2012年）86頁は、やむを得ない事由による解除権を設定する中間試案に肯定的な態度を示しつつ、「相手方の重大な不履行以外のやむを得ない事由としてどのようなものを想定するのか、それはいかなる契約類型において、何故に解除原因となるのか、詰める必要がある」とする。

74) 江戸時代の「奉公」から近代法下の「雇用」への展開について牧英正『雇用の歴史』（弘文堂、1977年）266頁以下を、また明治前期における裁判所を利用した個別労働紛争の解決の具体像について林真貴子「個別労働紛争と裁判所——明治前期の『雇人』を中心に——」中京法学49巻3・4号（2015年）103頁以下を参照。

75) Gustave Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon*, tome 3, 1888, p. 956.

76) 習業契約とは、工場主・職人・商人が習業者に職業上の知識および経験を伝授

上および水上運送の賃貸借」, 第4節「仕事または勤労の賃貸借」を置く。今日の視点から見れば, 第1節の定める類型が「雇用」に相当し, 第4節の定める類型が「請負」に相当する。第4節の冒頭規定である981条は「ある者が技工又は肉体にかかる特定の仕事をを行うことを, その仕事の全部について若しくは各部分又は各尺度について事前に一括して定められた価格と引き換えに引き受けるとき, その合意は, 仕事の注文者によって主な材料が提供される場合には仕事の賃貸借 (louage d'ouvrage ou d'industrie) であり, 製造者又は作業者によって主な材料と仕事が提供される場合には仕事を行うとの条件の付いた売買である」とする<sup>77)</sup>。ボアソナードの説明によれば, ①当事者の一方が特定の労働 (un travail déterminé) を行うこと, ②報酬が事前に一括で (à forfait) 定められていることの2点において, 労務の賃貸借と異なるものとなる<sup>78)</sup>。

(3) 今日の委任に相当する規定はボ草案第20章に代理と併せて定められる。労務賃貸借と委任との違いについて, ボアソナードは, 無償性は委任の本質ではないので労務の賃貸借と区別するための指標とはならず, 委任が存在するのは, 契約の対象がどちらかと言えば物的であるよりも法的な性格を有する事柄であり, かつ受任者の誠実さについて程度の差こそあれ無条件の信頼が求められる場合であるとする<sup>79)</sup>。

## 2. 解除又は終了原因

(1) 現行民法628条に相当する規律を定めるのは, ボ草案958条1項である。同条同項は「労務の賃貸が定められた期間で行われるとき, 賃貸は, 当事者の一方の債務の不履行に基づく解除によって, 又は当事者のいずれかに由来する

---

↘し, 習業者は彼らの労務に助力する契約である。ボアソナードの「習業契約」について詳しくは, 野原香織「ボワソナードの雇傭契約論——労働者保護に注目して——(下)」法学研究論集(明治大学)40号(2014年)249頁以下を参照。

77) Boissonade, *supra* note 75, p. 1010.

78) Boissonade, *supra* note 75, n° 834, p. 1015. 本文に示したボ草案981条の末尾にあるように, 仕事を行う者が主な材料を提供する場合には売買となる(詳しくは, Cf. Boissonade, *supra* note 75, n° 835, p. 1016-1017)。

79) Boissonade, *supra* note 75, n° 745, p. 897, et n° 748, p. 900.

正当にして且やむを得ない事由に基づいて、期限前でも終了する」と定める<sup>80)</sup>。文言から明らかなように、契約終了の原因として、「正当にして且やむを得ない事由（une cause reconnue légitime et impérieuse）」と同時に、これと区別して債務不履行に基づく解除（la résolution pour inexécution des obligations）が定められている。

(2) ボアソナードによる注釈を見れば、「正当にして且やむを得ない事由」による労務賃貸借の期限前の解約（résiliation）は、抽象的には、当事者の一方にあまりに重い負担となる場合あるいは予見し難い苦境を強いる場合に認められるものと考えられており、また、裁判所は条文にある「正当」と「やむを得ない」という二つの性質の存否を判断せねばならないと考えられていることが分かる<sup>81)</sup>。また、正当にして且やむを得ない事由の具体例として、注釈では、兵役招集、病気又は身体障害が挙げられる<sup>82)</sup>。なお、使用者の破産や支払不能により労務者は自らの労務を提供できなくなるが、それは解約にとってはやむを得ないものであるとしても正当な事由（une cause légitime）ではなく、期間満了までの賃金が支払われねばならない、とする<sup>83)</sup>。

(3) もう一つの終了原因である、債務不履行に基づく解除について、注釈では、一般的でありよく知られた原則を規定しないこともあり得るが、最も確実な終了原因を見ることなく他の終了原因を挙げるのは適切ではないのでここで規定している旨を述べる<sup>84)85)</sup>。

80) Boissonade, supra note 75, p. 957.

81) Boissonade, supra note 75, n° 796, p. 963.

82) Boissonade, supra note 75, n° 796, p. 964.

83) Boissonade, supra note 75, n° 796, p. 964-965.

84) Boissonade, supra note 75, n° 796, p. 963.

85) 現行民法では削除される契約類型である習業契約（前注76を参照）においても、類似の規定が置かれる。ボアソナード草案970条1項（Boissonade, supra note 75, p. 981-982）であり、①債務不履行（不可抗力を原因とする不履行を含む）のほか、四つの事由（②習業者に対する工場主らの苛酷な取扱い、③習業者の平素の不品行、④使用者又は習業者の犯罪、⑤契約を履行すべき府又は県の外への使用者の転居）を理由として、当事者の一方が裁判上の解除を請求できる旨を定める。なお、本規定に相当するのは旧民法財産取得編274条1項である。

### 3. 損害賠償

現行民法628条と異なり、ボ草案958条には、やむを得ない事由について過失のある当事者の一方が他方に対して損害賠償の責任を負う旨の規定は存在しない<sup>86)</sup>。もっとも、ボ草案958条の注釈では、自らが拒絶する行為を強制されることは法的にも物理的にもあり得ないのであるから、労務者が自らの意思により労務の提供を止めることはいつでもできるが、その拒絶が「正当にして且やむを得ない」事由を含むものでない場合には賠償金 (indemnité) の負担を伴うものとされる<sup>87)</sup>。

この論理の裏を返せば、正当にして且やむを得ない事由による解除であれば、賠償金の問題は生じないことになる。実際、ボアソナードは、ボ草案958条に続く959条の注釈において、賃貸借契約を終了させる原因が「正当にして且やむを得ない」とき、それは不可抗力 (force majeure) のように理解されねばならず、いずれの当事者も賠償金を請求できない、とする<sup>88)</sup>。ボアソナードは、この普通法 (droit commun) に抵触するものとして959条を設け、労務の賃貸借を終了させる正当な理由が使用者にある場合であっても、労務者が新たな雇用を得るのが困難な季節であれば、使用者は裁判所の定める賠償金を労務者に支払わねばならない旨を定める<sup>89)</sup>。

### 4. 高等労務の位置

ボ草案962条1項の第1文は「医師、弁護士、学術・文学・美術および学芸の教師は、その労務を賃貸する者ではない」と定める<sup>89a)</sup>。したがって、いわゆる高等労務は労務賃貸借の対象ではない。しかしそれは、高等労務がたとえ

86) 習業契約 (前注76を参照) については、ボアソナード草案970条2項 (Boissonade, *supra* note 75, p. 982) が、契約の解除又は終了の場合に過失又は義務違反 (faute) のある当事者が損害賠償の義務を負う旨を定める。なお、本規定に相当するのは旧民法財産取得編274条2項である。

87) Boissonade, *supra* note 75, n° 796, p. 964.

88) Boissonade, *supra* note 75, n° 798, p. 966.

89) Boissonade, *supra* note 75, p. 957.

89a) Boissonade, *supra* note 75, p. 958.

ば委任などの他の契約類型に割り振られることを意味しない。同条同項の第2文では、医師・弁護士・学術教師が患者・依頼人・学生に対して役務（les soins）を提供する義務を負わず、また患者・依頼人・学生が医師・弁護士・学術教師による役務を受け取る義務を負わない旨が定められる<sup>89b)</sup>。すなわち、いわゆる高等労務を対象とする法的関係について、契約としての拘束力を認めない<sup>90)</sup>のがボアソナードの立場である<sup>91)</sup>。医師と患者との関係、弁護士と依頼人との関係、学術教師と学生との関係が契約と構成されないのであるから、ボ草案958条1項の「正当にして且やむを得ない事由」による解除の対象とはならない。

## 第2節 旧民法

(1) 労務賃貸借の冒頭規定であるボ草案956条1項に相当するのは旧民法財産取得編260条1項であり、そこでは「使用人、番頭、手代、職工其他ノ雇用人ハ年、月又ハ日ヲ以テ定メタル給料又ハ賃銀ヲ受ケテ労務ニ服スルコトヲ得」と定められる。ボ草案では節の名称は「労務の賃貸借（Du louage de services）」であり、契約の内容を「労務を賃貸する（louer leurs services）」と定めていたが、旧民法では節の名称は「雇傭契約」となり、契約の内容は「労務ニ服スル」とされている<sup>92)</sup>。1888（明治21）年6月19日の法律取調委員

---

89b) Boissonade, supra note 75, p.958.

90) ここで契約の拘束力を認めないとは、作為債務の履行強制が認められないという意味ではなく、債務不履行に基づく損害賠償（ボ草案403条）さえ認められないという意味である（Cf. Boissonade, supra note 75, n° 806, p.975）。

91) Cf. Boissonade, supra note 75, n° 803, p.972-973 et n° 807, p.975. ボアソナードはこれを民事債務（obligation civile）と自然債務（obligation naturelle）の対概念で説明する。なお、すでに提供された役務に対する報酬の支払は民事債務となる（ボ草案962条2項）が、この債務の発生原因は契約ではなく、「不当な原因による損害および正当な理由のない利得」である（Cf. Boissonade, supra note 75, n° 807, p.977.）。

92) もっとも、旧民法の仏語公定訳では、「louer leurs services」とされている。日本立法資料全集別巻28『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書 第1巻条文』（信山社、復刻版、1993年〔1891年〕）337頁を参照。

会（第66回）で提案されたボアソナード草案の翻訳文では「其雇使ヲ賃貸スル」とされていたところ、松岡委員から賃貸借はおかしいとの意見が出され、これに対して箕作委員が「日本ニハ初メニ賃貸借ガアリマスガ此ノ賃貸借ハ何ント云フニ勞力ノ賃貸借デ、終始貫ヌカント何ウモ分ランノデスカラ物ノ賃貸借ニ関係ノ無イ様ニシテ置テ第三編ノ所ト照応シテ往カント、イヘ<sup>ママ</sup>マセン」と答えた<sup>93)</sup>。これを受けて、法律取調委員会の再調査案議事（第22回）では、「勞務ニ服スル」と提案され、そのまま承認された<sup>94)</sup>。

(2) 本稿で取り上げたその他の点では、旧民法は基本的にはボアソナード草案の規律を維持する。すなわち、二つの契約終了原因を定めるボ草案958条1項については、旧民法財産取得編262条1項が「当事者ノ一方ノ義務不履行ニ因ル解除」と「一方ヨリ出テタル正当ニシテ且已ムヲ得サル原因」により雇用が終了する旨を定める。契約を終了させる正当な理由がある場合でも使用者が労務者に賠償金を支払う場合があることを認めるボ草案959条は、旧民法財産取得編263条がこれを受け継ぐ。いわゆる高等労務を労務賃貸借の対象から除外するボ草案962条1項は、旧民法財産取得編266条1項がその構造を維持する<sup>95)</sup>。

### 第3節 現行民法

#### 1. 類型の定義

雇用の定義規定である民法623条について、旧民法からの変更点として確認すべき点は、いわゆる高等労務が雇用契約の対象である「労務」に含まれた点

93) 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9 法律取調委員民法草案財産編取得編議事筆記』（商事法務、1987年）379頁を参照。

94) 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11 法律取調委員民法草案財産取得編再調査案議事筆記』（商事法務、1988年）192-193頁を参照。

95) ボアソナード草案961条2項では、剣術などの教師や獣医による関係は、ボ草案962条1項により契約としての拘束関係を認めない医師や教師とは異なり、労務賃貸借の対象となるとされていた（ボ草案961条2項）。しかし、旧民法では両者を同視し、剣術などの教師や獣医にもボ草案962条1項が適用されると考えられた。以上につき、野原香織「ボワソナードの雇傭契約論——労働者保護に注目して——（上）」法学研究論集（明治大学）39号（2013年）274-275頁を参照。

である<sup>96)</sup>。雇用の冒頭規定である法典調査会原案629条の起草趣旨を説明した穂積は、ローマではこれらの職業は品位の高いものであり民法上の権利義務を発生させないことになっていたが、近世には報酬を受け取ることは恥ではないということになり、高等の労務とか劣等の労務とかいうような区別をしていないとの認識を示したうえで、原案629条の「労務ニ服スルコトヲ約シ」には医師や弁護士や学術教師の労務も含まれると説明する<sup>97)</sup>。

## 2. 解除又は終了原因

(1) 旧民法財産取得編262条1項に相当する規定として提案された法典調査会原案635条は「当事者が雇用ノ期間ヲ定メタルトキト雖モ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ各当事者ハ直ニ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得但其事由カ其者ノ過失ニ因リテ生シタルトキハ相手方ニ対シテ損害賠償ノ責ニ任ス」と定め、ほぼそのまま現行民法628条の正文となる<sup>98)</sup>。起草趣旨を説明した穂積は、旧民法財産取得編262条に「実質上ハ少シモ修正ヲ加ヘヌ積リ」であるとする。

(2) もっとも、本稿にとっては注目すべき修正が加えられている。第一に、ボ草案および旧民法の規定では雇用の終了原因の一つとして定められていた債務不履行に基づく解除が削除されている。これは債務不履行に基づく解除による契約終了を否定する趣旨ではなく、契約総則にある539-541条（旧541-543条に相当）に債務不履行による解除が定められており、これを繰り返して規定する必要はないからである<sup>99)</sup>。すなわち、現行民法の起草者においても、ボアソナードと同様に、已むことを得ない事由による解除は債務不履行を理由とする解除とは異なる別の終了原因として理解されていたと言える。

第二に、ボ草案および旧民法は「正当」と「やむを得ない」という二つの基

96) その他の変更点については、水町・前掲注(19) 4-5頁。

97) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』458-459頁。

98) 修正されたのは但書であり、「其者」が誰を指すのかが分かりづらいとの指摘を受け、解除権を行使した者を指す意味で「当事者ノ一方」と改められる。前掲注(18)『民法議事速記録(4)』489-491頁。

99) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』485頁。廣中編・前掲注(22)603頁も参照。

準を用意していたが、法典調査会原案635条では「正当」の文言が削られている。穂積は、正当でなくとも解除ができてよく、その場合には損害賠償の責任が生じるだけのことでありと説明する<sup>100)</sup>。

第三に、ボ草案および旧民法では、「正当にして且やむを得ない事由」の由来が当事者の一方とされていたところ、法典調査会原案635条ではこれが削除されている。穂積はその理由を、当事者の一方から出たのではない原因による場合でも（したがって、契約当事者以外の第三者に起因するものでも<sup>101)</sup>）、やむことを得ないのであれば解除ができるのが当然だからであると説明する<sup>102)</sup>。

修正点の第四は、ボ草案および旧民法の規定では、正当にして且やむを得ない事由のために雇用は「終了ス」とされていた。しかし法典調査会原案635条では、やむを得ない事由があれば「直ニ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」とされており、やむを得ない事由は契約の終了原因ではなく解除原因とされている。この点について、穂積は、不品行あるいは不法の挙動があるときに契約が法律上当然に終了してしまうことを避けるために、契約の解除をなすことができるという文言にしたと説明する<sup>103)</sup>。

### 3. 損害賠償

(1) 法典調査会原案635条但書には損害賠償に関する規定が設けられる。ボ草案および旧民法には見られないこの規定が設けられた理由の一つは、先に見たように、解除原因の性質の一つである「正当」の文言を削除し、「已ムコトヲ得サル」事由のみによる解除を認めることになった点にある。審議の過程でも、梅謙次郎から、提案された原案635条本文によれば、自分に過失がありながらもやむことを得ざる事由があれば権利として解除ができるのであるから損

100) 前掲注(18)『民法議事速記録 (4)』486頁。また、廣中編・前掲注(22)603-604頁。

101) 小嶋典明「労働法とその周辺 (4)」阪大法学61巻1号(2011年)36頁。

102) 前掲注(18)『民法議事速記録 (4)』485頁。また、廣中編・前掲注(22)603頁。

103) 前掲注(18)『民法議事速記録 (4)』486頁。また、廣中編・前掲注(22)604頁。

害賠償などはしなくともよいと見える嫌いがあるので但書を設けたと説明されている<sup>104)</sup>。

(2) ボアソナードは、ボ草案958条1項にある「正当にして且やむを得ない事由」を不可抗力のように理解し、それゆえに損害賠償請求はいずれの当事者からも認められないとされていた。契約終了原因（解除原因）である「正当にして且やむを得ない事由」は、損害賠償請求に対する免責事由としての機能も有していた。条文から「正当にして」の文言を削り、解除とは別に損害賠償が可能である旨を定めることで、「已ムコトヲ得サル」事由は解除原因としての位置付けを前面に押し出す。これと引き換えに、損害賠償の免責という位置付けは不明瞭なものとなる<sup>105)</sup>。

(3) なお、正当な理由に基づく解除であっても使用者に賠償金の支払いを課する旧民法財産取得編263条は削除される。このような賠償は徳義上の問題に属することであって、権利として法律に規定するのは甚だ不穏当だからである<sup>106)</sup>。

#### 4. 高等労務の位置

(1) ボ草案および旧民法では、医者と患者、弁護士と依頼人、学術教師と学生の関係に契約としての拘束力を認めておらず、したがって契約の解除が問題となる前提が存在しなかった。しかし現行民法の起草者たちは、先に確認した

---

104) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』490頁。

105) もっとも、損害賠償請求に対する免責事由としての機能がなくなってしまったのではない。現行民法施行直後、民法628条のやむことを得ざる事由による解除を理由として、使用者からの損害賠償請求を棄却する裁判例がある。中林真幸「近代製糸業における労働市場と司法制度」林屋礼二ほか編『明治前期の法と裁判』（信山社、2003年）274頁および288頁注27を参照。

106) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』486頁〔穂積陳重〕、また廣中編・前掲注(22)604-605頁。矢野達雄「日本民法典における雇用規定の成立(1)」愛媛法学会雑誌13巻1号(1986年)143-144頁は、法典調査会原案における旧民法財産取得編263条の削除の他に幾つかの例を挙げながら、旧民法に比べて法典調査会原案の雇用規定では労働者保護の色彩が薄められていることを指摘する。

ように、これらの関係に雇用の規定を適用することにした。これを前提として、法典調査会原案636条は「特別ノ信用ニ基ク學術上ノ勞務ヲ以テ雇用ノ目的ト為シタルトキハ各当事者ハ何時ニテモ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得但相手方ニ不利ナル特別ノ事情アル場合ニ於テ解除ヲ為シタルニ因リ損害ヲ生シタルトキハ相手方ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得」とする。穂積は、雇用の冒頭規定に用いられる「勞務」が医者や弁護士や教師のそれを含む広い意味であることを説明した後に、しかしながらこれらの者の勞務は特別なものであるのをこれを勞務契約の一種とした以上は特別の規定が必要であるとして、両当事者から何時でも解除できることにしたと説明する<sup>107)</sup>。

(2) 法典調査会原案636条に関する議論は紛糾し、発言の多くが同条の削除を求めるものであったことから、結論として同条は削除されるに至る<sup>108)</sup>。本稿の関心から確認すべきは次の二点である。

一つは、削除論の主要な根拠の一つが雇用の範囲に関する理解、すなわち医者と患者あるいは弁護士と依頼人との関係は雇用ではないとの理解であったことである。磯部四郎は弁護士と顧客との関係は無名契約あるいは委任契約であり、雇傭契約の中には入らないことから同条の削除を求め<sup>109)</sup>、また起草者の一人である梅謙次郎もこの見解に理解を示した<sup>110)</sup>。明治の法律家たちにとっては高等勞務を雇用の対象とするか否かという契約類型のあり方に関わる問題であるが、視点を変えるなら、何時でも契約を解除できるとする原案636条の適用範囲に関わる問題であるとも言える。

本稿の関心から確認したい今一つの点は、何時でも契約を解除できるとする原案636条とやむことを得ざる事由がある限りで契約を解除できるとする原案635条との関係である。横田國臣は、何時でも契約を解除できるとするような

107) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』497頁。

108) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』496-512頁。

109) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』500頁および510-511頁。また、『同書』500頁の重岡薫五郎の意見も参照。

110) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』501頁。しかし、弁護士や医者やの勞務も雇用の対象であるとする。『同書』511頁の梅謙次郎の発言を参照。

規定があれば、ほとんど契約がないのも同じであるといい、原案635条がある以上は何時でも解除できるとする原案636条は不要であるとした<sup>111)</sup>。また、穂積八束は、法典調査会原案640条には別段の定めがあれば雇用の節の規定を適用しないとの規定がある<sup>112)</sup>が、期限を定めて雇傭契約を締結した場合にこの規定が適用されるのならば原案636条の適用を受けず、また別段の定めがなければ原案634条（現行民法627条に相当する規定）あるいは同635条により解除することができるのであり、原案636条は不要ではないかと述べた<sup>113)</sup>。このような原案636条削除論に応接するなかで、穂積は、原案635条によればやむを得ざる事情がなければ契約を解除することはできないが、原案636条ではやむを得ざる事情を証明するとかいうことなく信用がなくなったというだけで解除できる、特別の事情がなくても一方の意思のみで解除できるのであり、この点に原案636条を定める理由があると答えている<sup>114)</sup>。原案636条の事例でなければ635条が適用されるのであるから、穂積の思考においては、原案635条の「已ムコトヲ得サル事由」による解除と原案636条による解除とは原則と例外という関係で結ばれている<sup>115)</sup>。

(3) 特別の事情がなくても雇傭を何時でも解除できるとする法典調査会原案636条は、現行民法の正文には至らない。本稿第1章の冒頭で見たように、法典調査会の議事終了後に準委任の規定が設けられ、委任をいつでも解除できるとする民法651条を高等労務の契約関係に準用する余地が生じるのであるから、原案636条の規律は現行民法において実質的に維持されているとも言える。しかしその規律を示した条文は委任という別の契約類型にある。したがって、労

111) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』499頁。

112) 規定については、前掲注(18)『民法議事速記録(4)』522-523頁を参照。

113) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』506頁。

114) 前掲注(18)『民法議事速記録(4)』508頁。

115) 穂積八束の質問に対し、同じく起草委員である梅謙次郎は当事者の合意を優先させる原案640条について穂積陳重とは異なる立場であると答えているが、それでも、やむを得ざる事由による解除を定める原案635条の例外則として、いつでも契約を解除できるとする原案636条を理解している。前掲注(18)『民法議事速記録(4)』508-509頁を参照。

務一般を対象とする契約類型である雇用において、やむを得ざる事由による解除と原案636条が定めていた特別の事情を必要としない解除を原則と例外の関係で結ぶ思考は、現行民法規定からは——あるいは少なくともその表面からは——見えなくなってしまうている。

## 結 語

(1) 本稿では、民法541条以下の基本原理と具体像の解明に向けた作業の一つとして、民法628条の定める「やむを得ない事由」による解除を検討した。同条の起草過程を対象とする第2章の検討結果をまとめると、次のようになる。

第一に、民法628条の解除原因である「やむを得ない事由」は、ボアソナード草案および旧民法の定める「正当にして且やむを得ない事由」から「正当」という解除原因の判断基準を削除して現れた。少なくとも規範の形式という観点からは、ボアソナード草案から現行民法への展開において、契約の解除をより簡易なものとする方向に進んだといえる。

第二に、ボアソナードの理解によれば、「正当にして且やむを得ない事由」は、解除原因であると同時に、損害賠償請求に対する免責事由として機能するものでもあった。現行民法において「正当」という文言が削除され、それと同時に損害賠償の規定が挿入される。これにより、民法628条の「やむを得ざる事由」は一方では解除原因としての位置付けを明確にし、他方では損害賠償の免責事由という位置付けを後退させる。それゆえ、損害賠償を免れ得ない当事者であっても、民法628条に基づく解除を求めることができる。債務の不履行が自らの責めに帰すべき事由によるときには解除権の行使を認めない新543条を想起するとき、民法628条の解除と541条以下の解除とは区別されるべきものとなる。

第三に、両解除の区別は起草の経緯に従うものでもある。ボアソナード草案および旧民法では、雇用に相当する労務賃貸借の解除（又は終了）の原因である債務不履行と「正当にして且やむを得ない事由」とが区別して定められてい

た。現行民法では、債務不履行による解除を条文から削除し、「やむを得ない事由」による解除のみを残した。これは「やむを得ない事由」が「債務不履行」を含むからではなく、債務不履行を原因とする解除は契約総則に定められているからである。

(2) 第1章では、2017（平成29）年の民法改正に向けた議論を扱うことで、今日では、民法628条の定める「やむを得ない事由」による解除は雇用に限定されない射程を有すること、より詳しく言えば雇用を含めた役務提供型の契約にとって有用なものとして考えられていること、したがってその内容および射程に関する理論的な検討が求められることを確認した。

ここで求められる検討との関係において、第2章で示した起草過程の議論を顧みるとき、特別の事情を必要とすることなく何時でも認められる解除と「やむを得ない事由」を理由とする628条の解除との関係に目が留まる。法典調査会の原案では、いわゆる高等労務を対象とする雇用について特別の事情を必要としない解除が定められ、この解除との関係において628条の解除は原則の地位に置かれた。現行民法では前者の解除は雇用の規定からは消えてしまったが、同種の解除に対する「やむを得ざる事由」による解除の原則的地位は628条の背後に潜んでいると考えることができる。

(3) ところで、労務一般を対象とする雇用は役務提供型の契約類型の一つであるが、役務提供型契約の特徴の一つとして、役務の内容の特定が困難であり、したがって債務不履行という法的評価が困難である点を挙げることができる<sup>116)</sup>。この特徴を念頭に置いて、起草過程の検討からは明瞭に区別されるべき「債務不履行」による解除と「やむを得ざる事由」による解除とを見るなら、

116) 役務提供契約の特徴全般について、松本恒雄「サービス契約の法理と課題」池田真朗ほか編『マルチラテラル民法』（有斐閣、2002年）294-295頁、長坂純「役務提供契約の性質決定と提供者責任」同『契約責任の構造と射程』（勁草書房、2010年）391頁を、特に債務不履行の評価の困難について、寺川永「役務提供契約の法理についての覚書」小野秀誠ほか編『民事法の現代的課題（松本恒雄先生還暦記念）』（商事法務、2012年）838-840頁を、またそもそも給付内容の確定方法が異なることについて、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」名法254号（2014年）459頁以下を参照。

両者の間には大きな溝があるといえる。前者は理論上は債務内容の詳細な確定が必要であるのに対し、後者は少なくとも理論上は必ずしもこれとの直結を必要としないからである。役務提供型の契約類型における「やむを得ざる事由」による解除の有用性を認め、これに広い射程を与えようとするとき、まずはそれが契約総則に定められた債務不履行による解除の論理とは異なることを強く意識する必要がある。

(4) もっとも、「債務不履行」による解除と「やむを得ざる事由」による解除とが異なるものであることそれ自体は明らかである。本稿はそれをボアソナード草案から現行民法までの僅かな期間の展開を対象にして、やや詳しく確認したに過ぎない。考察の対象を広げることが求められる。

また本稿は、541条以下の解除との関係に重点を置いて、628条の解除に検討を加えた。しかし、役務提供型契約に関する今日の議論状況を考慮に入れるなら、民法541条以下の解除は民法651条による解除との関係においても検討を要し<sup>117)</sup>、さらに民法628条による解除も民法651条による解除との関係において検討されねばならない<sup>118)</sup>。

民法に定められた各解除の関係性すなわち「体系」を問うことは、民法541条以下の基本原理と具体像の解明に、したがってまた解除の「概念」の把握に近づく一つの手段である<sup>119)</sup>。今後の課題としたい。

※本研究は JSPS 科研費 19K01399 の助成を受けたものです。

117) 長谷川・前掲注(68)338頁以下は、651条が自由な解除を認めていることから生じる問題を、解除の通則規定である民法541条が強行的に作用するという解釈論で克服しようと試みる。

118) 中田裕康「契約解消としての解雇」新堂幸司／内田貴編『継続的契約と商事法務』（商事法務、2006年）232頁以下は、役務提供契約の解消の規律において、一方には契約解消の自由の尊重という要請があり、他方には契約関係の安定性の保護という要請があり、両者は反対方向にあるとする。民法651条による解除と628条による解除との関係は、この矛盾する要請の関係を検討するものとなる。

119) ここで言う「概念」と「体系」の意味につき、高橋眞『判例分析による民法解釈入門』（成文堂、2018年）225頁以下を参照。