

2012年9月18日  
委員 安永 貴夫

【提出資料】

民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（18）（19）

役務提供契約の審議について

資料：『労務サービスの法律関係―業務委託契約書を素材として―』

早稲田大学 21世紀CEO叢書『企業社会の変容と法創造』（2008）

東洋大学 鎌田耕一 教授

趣旨： 役務提供契約に関する規定を新設する場合は、国民生活において役務提供契約がいかなる問題が生じているか、実態を十分に把握して規定すべきであると考えます。

本提案の全体において、実務上なにが問題なのか明確にされず、抽象的に議論することは、その規定の適用において社会的に大きな摩擦を引き起こすおそれがあると考えます。

このような観点から、実態調査を通じて収集した業務委託契約書を素材に労務サービス契約法のルールを研究した『労務サービス契約の法律関係』（東洋大学 鎌田耕一教授 著）を、役務提供契約の実態把握に資するものと考え、資料として提出いたします。

労務サービスの法律関係  
——業務委託契約書を素材として——

東洋大学 鎌田耕一

## I 本稿の目的と方法

### 1. 目的

本稿は、労務サービス契約の法律関係を業務委託契約書を素材に検討するものである。労務サービスとは、労働契約以外の契約形式の下で、個人がある企業のために自分で一定程度の裁量をもって労務サービスを提供しこれに対して報酬を受け取ることをいう。これを目的とする契約を労務サービス契約といい、労務サービスを提供する者を受託者、サービスを受領する者を発注者という<sup>1</sup>。

労務サービス契約の法的性質をめぐって私は二転している。2006年公刊の「雇傭・請負・委任と労働契約」<sup>2</sup>において私は以下の主張を行った。

雇用は、民法制定時および戦前の学説において使用者の指揮命令権を本質的要素としておらず、指揮命令権を本質的要素としたのは、戦後、労働基準法がすべての労務提供を目的とした契約を労働契約と規定し、これに附合するように、労働契約と雇用を同一と解する学説が支配的となったからである。他方で、支配的学説は、指揮命令が希薄な労務供給契約を有償準委任と位置づけ、その結果、従属労働の給付を目的とする契約は労働契約（雇用）、独立的労務の提供を目的とする契約は委任または請負と分ける二分法が確立する。

しかし、こうした理解は幾つかの点で疑問がある。まず、労働基準法等の労働法がその趣旨・目的に従っていかなる就業者をその保護の対象に含めるかということと、当事者間の契約がいかなる契約類型に属するかということは密接に関連しているが理論的には別の事柄である。雇用を委任、請負などの他の契約類型と対比した場合、その本質的要素は労務と報酬の交換において生ずる危険（リスク）の配分であり、これに対し、労働契約は労働法の適用をうける労働者が一方当事者となる契約を指す。指揮命令関係または使用従属関係というメルクマールは労働法の適用対象を画定する法技術的概念でしかない。

こう考えた場合、雇用を労働契約から峻別すべきであり、雇用契約法は指揮命令関係を伴わない労務供給にも適用されるべきであり、最近増加しつつある業務委託契約などの労務サービス契約はたとえ労働法の適用がなくても雇用ルールが適用されるべきではないか、と主張したのであった。そして、労働契約ルールと異なる雇用ルールとは何かが今後の研究課題となるとした。

<sup>1</sup> 労務サービス契約の意義と問題については、向田正巳「労務サービス契約法について」日本私法学会『私法』69号(2007)191頁以下。

<sup>2</sup> 横井芳弘・篠原敏雄・辻村昌昭編『市民社会の変容と労働法』151頁以下。

その後、労働契約法の制定が立法的課題となり、私も、労働契約法の適用範囲に関して提案を行った<sup>3</sup>。それは、労働契約法は、労基法の適用を受ける労働者が結ぶ労働契約にその適用範囲を限定すべきではなく、より広く労務と報酬のリスク配分を本質的要素とした契約にも適用されるべきだというものであった。これは、先の論文の立場を変え、「労働契約法」全体を再度雇用の枠組みに統一化し、労務サービス契約をもその対象に含めようとする試みであった。私は、労働契約法の立法化を労基法の適用範囲と労働契約を峻別するチャンスととらえたのであった。しかし、最近成立した労働契約法（2007年12月公布）は基本的に労基法上の労働者を一方当事者とする契約であり、私のもくろみは挫折することになる。

さて、労基法と法的に関連づけられた労働契約法の成立に伴い、再度、当初の立場に立ち返り、実態調査を通じて収集した業務委託契約書を素材に労務サービス契約法のルールを研究しようというのが本稿の目的である。

## 2. 本稿で取り扱う契約書

私は平成14年度から16年度にかけて科学研究費を受けて、労務サービス契約について実態調査を行っている。この調査を通じて収集した業務委託契約書は、損害保険代理店の業務委託契約書（損害保険代理店契約書）、NHK受信料集金等に関わる「業務委託契約書」（以下NHK委託契約書）、編集記事制作業務の「業務委託契約書」、運送分野の中堅会社が使用する「運送委託契約書」、情報サービス分野のA社が使用する「業務委託契約書」および「覚書」、「機密保持契約書」、B社が使用する「システムエンジニアリング作業請負基本契約書」（SE契約書）、「ソフトウェア請負基本契約書」、出版分野における編集業務委託契約書である。

聞き取り調査を通じて、これら契約書が実際にどのように機能しているかを調査して、その実態、問題点を研究している。この研究成果は科学研究費研究成果報告書（研究代表者 鎌田耕一）『労務サービス契約の研究——業務委託契約・業務請負契約の研究』（未公刊）（2005年）にまとめている。

本稿は、その他、必要に応じて業務請負契約書（請負会社はその労働者を発注者に派遣するための契約書）、インデペンデント・コントラクター協会のモデル契約書（以下ICモデル契約書）も参照している。

## II 労務サービス契約の基本的特徴と種類

### 1. 労務サービスの基本的特徴

民法は労務供給を目的とした契約類型として雇用、請負、委任をあげている。労務供給を目的とした契約はこれらに限定されない。近年、新たな労務供給契約として、英会話授

---

<sup>3</sup> 鎌田「労働契約法の適用範囲とその基本的性格」日本労働法学会誌107号（2006）17頁。

業契約等個人向けサービスを目的とした契約が拡大し、これらに対する法的規整もなされている<sup>4</sup>。しかし、事業者向けサービス契約は、労働契約との異別性がたびたび問題とされているが、報酬支払、解約などの紛争をめぐって事案毎の解決がなされるにとどまり、労務サービス契約としての統一的処理はなされていない状況にある。

労務サービスは、労働契約以外の契約形式の下で、受託者が発注者の業務の一部を引き受け自ら一定程度の裁量をもって業務に従事し、これに対して報酬をえるサービスである。ここから、その基本的特徴としては、①発注者の就業規則、福利厚生制度の適用を受けず、②発注者の業務の一部を引き受けまたはその事業組織に組み入れられ、③一定程度の裁量を以て、④受託者が個人で業務に従事し、⑤これに対して報酬を得ることがあげられる。この基本的特徴から、労務サービスを提供する受託者は、使用者の指揮命令を受けて労働する労働者とも自己の危険負担と計算の下に独立して活動する個人事業主とも異なる性格をもつことになる。

## 2. 労務サービスの種類

契約書には主に、①委託業務内容、②就業のルール、③報酬額、報酬の算定方法および支払時期、④発注者が提供する資料および情報の取り扱い、⑤機密保持、⑥成果物に対する権利、知的財産権の帰属、⑦発注者および第三者（顧客を含む）に対する権利侵害と損害賠償、⑧報告義務、⑨再委託禁止または事前届出、⑩権利義務の譲渡の可否、⑪契約期間、⑫解除などが定められている。

もっとも、個々の契約では契約条項はその業務の性質に従って異なっている。労務サービスを業務の性質に従って分類すると以下のようなになる。

### (1) 委託就業型

商品またはサービスの販売・提供を目的とし、企業から受け持ち地域を指定されて就業時間がある程度自分で決めて働くタイプ。商品、サービスの価格は発注者が決定し、これに拘束される。報酬は契約取次数や売上の一定割合で算定される。具体的には、NHKの受信料委託集金人、電気・ガスの検針員、パンなどの商品の委託販売がある。契約の取次、集金などの業務を行う場合、契約の締結手続きや集金した料金の適正な管理が詳しく規定される。また、商品の瑕疵に対する責任が重要である。報酬は出来高で算定されるが、目標管理も行っている。解約をめぐる紛争がめだつ（NHK 千葉放送局事件・東京高裁平18・6・27 労判926号64頁）。

### (2) 自営業者型

業務に必要な器具機材を自分で所有し、修理代・燃料代など業務遂行に要する費用を自分で負担するタイプ。トラック・ダンプを自ら持ち込んで砂利等の運送を行う備車運転手

---

<sup>4</sup>例えば、個人向けサービス契約のいくつかは「消費者契約法」などの法律で規整され、基本的に消費者保護の理念の下に置かれている。

(横浜労基署長(旭紙業)事件・最一小判平8・11・28労判714号16頁)や軽貨物運送の運転手(オーナードライバー)、大工などの手間請就業者(藤沢労基署長事件・最一小判平19・6・28労判940号11頁)などがこれにあたる(大工は後の専門職型とも重複するが)。契約では、業務に用いる器材の賃貸借関係、業務遂行に要する費用(修理代、燃料代)の負担が定められる。労災保険制度の適用をめぐる紛争が多い。このタイプの就業者の報酬は、売上から燃料代などの諸経費を控除した残りとする場合があり、その際は、報酬が最低賃金や請負の最低保障を下回ることが生じる(山昌事件・名古屋地判平14・5・29労判539号6頁)。

### (3) 専門家・専門技術者型

専門的な技術・技能を有して相当程度の裁量をもって業務を遂行するタイプ。例えば、音楽家(新国立劇場運営財団事件・東京高判平19・5・16労判944号52頁)、芸能実演家(新宿労基署長(映画映像技師)事件東京高判平14・7・11労判832号12頁)、コンピュータ技術者、出版産業におけるフリーランスなどがこれに該当する。このタイプは、プロジェクト毎に様々な雇用形態にある就業者が参加し相互に共同して作業することが多いことから、業務遂行の方法については、その専門領域においては相当程度の裁量を有するとしても全体として管理され、就業時間の統一化がはかられている。報酬も就業時間に応じて支払われることが多い。紛争事例としては、技能、職務遂行能力の不備を理由とする解約または更新拒否(雇止め)やソフト、原稿などの成果物の欠陥が問題となる。

### (4) その他

その他、一つの企業に専属し企業組織に組み込まれながら案件毎に委託されるタイプ(注文建築コンサルタント、保険代理店など)や、複数の顧客と取引関係をもつフリーエージェント型(研修トレーナー、在宅ワーカーなど)、店の管理運営に相当程度の裁量をもっているフランチャイズ店の店長(ブレックス・ブレッディ事件・大阪地判平18・3・31労判925号66頁)などがある。紛争事例としては、退職金の支給、業務に付随する必要経費の発注者への請求、報酬未払に対する請求などである。

## II 労務サービスの法律関係

### 1. 受託者の義務

#### (1) 労務サービス提供義務の一身専属性

受託者は「自ら」労務サービスを提供する義務を負う。業務を第三者に再委託したり、労働者を雇って業務を行うことは原則として許されない<sup>5</sup>。契約書では、端的に第三者への

---

<sup>5</sup> インデペンデント・コントラクター協会のビジネスガイドラインには「クライアントに禁止された場合は、請け負った仕事を第三者に委託することはしません。」と規定している。

再委託を禁止するものと再委託につき発注者の事前の承諾・同意を求めるものがある<sup>6</sup>。受託者に再委託を広く認める契約書も存在するが<sup>7</sup>、実際に再委託がなされることはわずかのようである。

契約書に再委託禁止を明示していないとしても、受託者が発注者の承諾なくして再委託した場合発注者は契約の解除をすることができるように定める例が多い。このような実態からみると、受託者の義務には、民法625条2項に定めるように、一身専属性があるとみることができる。

## (2)業務の内容

労務サービスの提供とは契約で義務づけられた特定の業務に従事することをいう。業務の従事といっても、受託者は作業方法や詳細な内容について一定程度の裁量をもつため使用者の指揮監督に服してなされる労働とはいえない。

業務の特定の程度は業務の種類によって様々である。例えば、情報サービスの業務委託契約書のように「甲社内受注業務支援」というように抽象的に特定されている場合と契約書で委託業務をかなり詳細に定めるものがある（例えばNHK委託契約）。基本契約と個別契約（覚書などともいう）の二段階で契約している場合には、基本契約において「この契約に基づく委託業務の範囲および内容は個別の契約（以下 個別契約という）に定める。」そして「委託業務の対価およびその支払い方法等については、個別契約に定める。」というように定め、個別契約において業務の範囲と報酬を定める。

さらに、契約書には業務の記述に加え「これに付随する業務」というように業務の外延を拡大する規定を含む場合が多く、どこまでが「付随する」業務なのか明らかではなく、業務の範囲はあいまいである。

もともと、こうした業務内容・範囲のあいまいさを当事者は大きな問題と意識していないようにみえる。実際には、どの仕事をどのような範囲で行うか、必要に応じて当事者が協議し発注者が指示するからである。実態としては、業務内容は、①当事者双方が契約成立後に協議し特定する意思を有する場合（いわゆる協議条項を定めている場合など）には、その協議によって特定され、または②発注者が業務内容を一方的に特定する権限（指図権）を与えられている場合、指図権を行使して特定される。

上記①において協議条項がいかなる法的効果を有するか不明である。協議が整わなかった場合の対処について業務委託契約書でとくに定めたものは見あたらなかった。

---

<sup>6</sup>損害保険代理店契約の受託者は、委託業務を再委託することが禁止され、使用人を用いるときは事前に発注者の承諾を必要としている。システムエンジニアリング作業請負契約第10条は再委託を禁止している。

<sup>7</sup>NHK受信料集金等委託契約4条1項は、受託者はその「責任と計算において、委託業務の全部または一部を第三者に再委託することができる。」と規定し、その2項において、その旨をNHKに通知するものと規定している。これに従えば、受託者は通知をすれば広く再委託を用いることができるようにみえる。

上記②について、債務内容の特定をなすための指図権が発注者にあることを契約書で明示する例は見あたらない。黙示的に委ねている場合がほとんどであろう。しかし、業務範囲の拡大は報酬の見直しなしにはありえない。請負事業者（派遣事業者）が発注者との契約書をみると、「委託業務の内容の変更、追加、削除、もしくは処理手順の変更の必要が生じた場合は、甲乙協議の上、その都度覚書を取り交わすものとする。」と定め、業務内容の追加、変更を当事者間で協議すると定めている。

さらに、発注者自身も作業開始後に業務の特定ができない場合がある。ソフトウェア開発委託では、作業開始時に業務内容を特定していない場合も少なくないのでこうした事態も生ずる。実務上、作業開始後作業内容が具体的に特定された時点で契約を締結するものが少なくない。最終的に契約締結に至らなかったとしても、それまでの労務に対して報酬を支払うことが通常だということである（そういう規範意識を両当事者がもっている）。

### (3)就業ルール、業務遂行方法の管理

労務サービス契約では、発注者の業務の一部を引き受け、その事業組織に組み入れられて業務を遂行するので、発注者は作業の詳細や時間管理を受託者に委ねるとしても、業務の進捗状況や業務遂行上のトラブルに無関心ではいられない。そのため、契約書で、業務遂行を管理する発注者の権限や就業ルールを定め、受託者の報告義務を定めている。

発注者が業務遂行を管理する例としては、業績の目標管理や集金手続きの管理、成果物の品質管理、発注者の信用毀損の防止、さらには法令違反の防止（税務署、労働基準監督署対策）のためのコンプライアンス上の管理などがあげられる。

具体例としては、システムエンジニア（SE）作業請負契約は、発注者の作業遂行責任者が受託者の作業を管理できると規定し、発注者（作業遂行責任者）は受託者に対し、①指揮監督、勤怠管理、安全衛生管理等を行うこと、②本件 SE 作業に関する要望、依頼等を行うこと、③本件 SE 作業に関して顧客と進捗状況、仕様書等の打ち合わせ、会議等を行うことができる。

また、委託就業型のNHK委託契約書は、受託者の業績の確保について以下のように規定している。

- 「1. 乙（受託者を指す一鎌田）は、自己の目標を達成するよう業績確保に努める。
2. 前項による業績確保の見通しが立たない場合は、甲（NHKを指す一鎌田）は、乙と業績確保のため必要な措置について協議を行う。」

上記の業績確保のあてに必要な措置に従わない場合は、契約の更新または解除をもたらすことになる。

また、契約取次および訪問集金にあたっては、受託者は、「複写放送受信料領収証、お客様リスト、対策カード等により契約取次の徹底および契約取次に伴う集金を行い、訪問放送受信料の当期中完全集金のための反復訪問を行う。」こと、さらに、「前項に基づく委託

業務を計画的に遂行するため、每期、甲の要請する目標達成をふまえて、当期の業務計画表を作成し、当期の委託業務の開始日までに甲に提出する。」としている。

契約の募集、取次および契約金の集金の業務の遂行にあたっては、その適正な進行状況を発注者が把握するため、受託者は業務の進行状況について明確にし、発注者に報告する義務を負う。インデペンデント・コントラクター協会の業務委託モデル契約書は、「受託者は発注者の請求があるときは、口頭または書面にて、遅滞なく本件業務の実行状況を報告しなければならない。」と規定している。

発注者は業務遂行方法について指示を行い、その指示の一つに違反した場合に、受託者にどのような責任が生ずるのか。後述するように解除事由とするものが多く、問題が生ずる。

労務サービス契約では、発注者企業内部の業務を切り出して委託することから、発注者側の重要な機密や業務遂行に要する情報を発注者側から提供を受ける。そこで、契約書は受託者の機密保持義務を定める。なにが機密情報にあたるか、その保管方法などトラブルになることが予想されるので、受託者としては、発注者による機密情報の提供方法、機密情報の範囲、保管の方法等を詳しく決める場合もある。

また、労務サービス契約においては、発注者の業務を遂行するために、発注者の所有するコンピュータ、設備等の貸与を受ける。そこで、受託者は発注者から貸与・支給された設備、機材などを管理し、目的外に使用しないなどの適正利用義務、契約終了時・解約時に速やかに返還する義務を負う。

#### (4)契約違反と瑕疵担保

受託者が契約の本旨に従って義務を履行しなかった場合（契約違反）、発注者はいかなる救済手段を行使することができるか。契約書には、損害賠償、解除、瑕疵修補が定められている。

##### (a)契約違反

契約違反の態様としては、概ね①受託者の責めに帰すべき事由によって業務に従事できない場合、②受託者が業務に従事しようとしめない場合、③業務はなされたが瑕疵がある場合、④その他契約で定めた義務に違反した場合に分けることができる。

受託者の責めに帰すべき事由によって業務遂行ができない場合とは、例えば、損害保険の代理店主のように当該業務を行うにつき一定の資格を必要とするにもかかわらずこれを有していない場合やシステムエンジニアのように受託者に業務遂行に必要な技術、経験がないために業務遂行ができない場合（発注者が就業を拒否した場合）をいう。この場合は受託者本人が業務をなすことはできないことになるので解除し、必要な場合損害賠償を請求することになる。

受託者が業務を遂行しようとしめない場合とは、例えば、受託者が複数の顧客と取引があり、繁忙のため業務に取りかからないことをいう。受託業務が一日〇時間と定めていない



場合には受託者が現在かかえている仕事にどのような優先順位を設けるかは受託者の自由である。しかし、通常始業・終業時刻を定めていなくても、発注者はその進捗状況を監視し、必要な場合指図を行う。問題はこの指図に従わない場合の対応である。これは上記④の問題に集約される。

業務に瑕疵がある場合とは、成果物に瑕疵がある場合や業務遂行方法に瑕疵がある場合をいう。例えば、委託販売により集金した金銭の引渡が所定の時期に遅れることや、業績が発注者の指示する目標に達しないこと、編集記事制作業務については発注者の意図に適合していないこと、運送業務において運送物の紛失・破損があることなどがあげられる。

業務に瑕疵があるかいか判断することは容易ではない。ソフトウェア開発委託など成果物が予定されている業務では、発注者による受入検査の手続きが設けられ、ここで瑕疵が判定される。受入検査などの特別の手続きがないときには、発注者の裁量的判断となることが多いようである。しかし、瑕疵の有無を契約の一方当事者が判断することは公平ではない。一般に、瑕疵とは、仕事が「契約で定められた内容通りではなく、使用価値若しくは交換価値を減少させる欠点があるか、あるいは、当事者があらかじめ定めた性質を欠くなど不完全な点の有することである。」（東京地裁平成6年9月8日・判時1540号54頁）。瑕疵・欠陥の有無は「契約の趣旨に合致した合理的な注意と技術をもって、適時に遂行されたかどうかによって判定される」ことになる<sup>8</sup>。

契約違反で最も問題となるのは上記④に定める契約上の義務違反である。すでにみたように発注者は履行方法を管理するため就業ルールを定め、様々な義務を受託者に課している。例えば、履行方法について発注者がなした指示に従うこと、会社の信用を失墜させないこと、業務を通じて得た情報を他に漏らさないことなどがそれである。機密を漏洩させない義務など労務サービス契約の趣旨からみて重要な義務もあるが、他方で、領収証管理の仕方といった些末なものまでである。特定された業務を瑕疵なく遂行するためにはこれら多様で複合的な義務を果たす必要がある。

#### (b)救済手段

救済手段としては、契約書では損害賠償、解除、瑕疵修補または追完請求が定められている。報酬の減額を定める契約書は、私が収集したものなかにはなかった。

損害賠償は、契約書の多くは簡単な記載であった。運送委託契約書がやや詳細で、発注者に生じた損害と荷主などの第三者に生じた損害の両方の賠償責任を定めている。第三者に対する損害賠償が問題となるのは、受託者の行為により生じた損害を受託者が直接に責任を負うことを定めた場合と、第三者（顧客）が発注者に請求し、発注者がこれに賠償した場合に発注者が受託者に求償できる旨を定めた場合がある。

労働契約の場合、労働者の損害賠償責任および民法715条に基づく使用者の求償について労働者の責任制限が裁判例において認められている。労務サービス契約の契約書にこ

---

<sup>8</sup> 河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵（上）」NBL593号（1996）10頁。

れに触れたものはない。むしろ、発注者が民法715条に定める求償をできると定める。

瑕疵担保責任の法的性質については議論の分かれるところであるが、労務サービス契約においては、なんらかの成果物の引渡しが予定されている場合瑕疵担保責任が規定されているようである。これと債務不履行責任との違いはあまり意識されていない。例えば、編集記事制作業務の委託契約書では、「委託業務の遂行に際して受託者から発注者へ納入した成果物に関し、受託者の責めに帰すべき事由による瑕疵があることが、成果物の引渡し完了後2年以内に判明した場合には、発注者は受託者に対し、当該成果物を修補することを請求し、又はかかる請求に代え若しくはかかる請求とともに損害の賠償を請求することができる」と規定している。同じく、システムエンジニア（SE）の委託契約書においても、「瑕疵担保責任」は「論理上の誤りその他受託者の責めに帰すべき事由に基づき瑕疵が発生した場合」に「乙（受託者をいう一鎌田）の自己の責任と負担においてすみやかに補正または追加を行う」と規定している。ここでは受託者の責めに帰すべき事由による瑕疵に対してのみ責任が生ずるので、普通の意味での瑕疵担保責任とは異なる。

## 2. 発注者の義務

### (1) 報酬支払義務

発注者は、労務サービスに対して約束した報酬を支払う義務を負う。報酬は定期に（毎月）に支払われる。支払時期については、業務がなされた月の翌月の〇〇日までに支払うと定めた契約書が多い。受入検査の後支払うと定める場合は、受入検査の実施時期を定めるものもある。これは、受入検査を遅らせることで支払時期を延ばすことを防止するためである。

報酬の算定方法は大きくは、①単価を定め出来高（仕事量）を乗じて算定するもの<sup>9</sup>、②1時間または1日あたりの単価に作業時間または日数を乗じて算定するもの<sup>10</sup>がある。上記①は代理店契約、NHK受信料集金、委託販売、運送委託などであり、契約取次および集金の処理件数、販売個数、運送品の個数などが出来高となる。上記②の方式はシステムエンジニア作業など情報サービス業務で多く用いられている。時間当たり単価は業務の内容、受託者の業務遂行能力などで上下する。この他、運送事業でみられる報酬支払方式として「償却制」がある。これは、個人の売上から車両のレンタル料、燃料代などの諸雑費を控除して残りを報酬とするものである（山昌事件・名古屋地判平14・5・29労判539号6頁）。

上記①は報酬額が業績に連動しているので、一見、仕事完成を目的とした請負のように見え、これに対して、上記②の算定方式は時間給であるから雇用のように見える。しかし、

---

<sup>9</sup> NHK委託契約書は「報酬は、委託業務について、格別に設定された単価に基づき、乙の処理した件数により算出する。」と規定する。

<sup>10</sup> SE請負契約書は「本件SE作業に対する作業請負料金は、打合せ合意書で設定した基準単価を起訴として前条による本件SE作業の実施結果の検査に基づきその実施量および実施内容に応じて算出するものとする。」と規定している。

上記①を請負とみることは正しくない。同一業務に従事していても、報酬算定方法として、出来高と時間給が併用されていることが少なくない<sup>11</sup>。出来高か時間給かの違いは、仕事完成までのリスクを就業者に負担させることにあるのではなく、仕事へのインセンティブを高めたり、業務の性質に応じて生じてくる。すなわち、出来高方式は本人の仕事量に応じて報酬額も増加するので仕事の能率を高めるための手段として導入されているのに対して、時間給は業務の性質からみて労働量の拡大がそのまま業績につながらない場合に導入される。例えば、ソフトウェア開発業務は一見請負契約に最も適合する業務のように見えるが、時間で報酬が算定されているのが普通である。そして最も重要なことは、出来高払い制にせよ、時間給にせよ、報酬の算定方法は発注者が決定しているのが通常だということである。

さらに、出来高制をとっていても、発注者が仕事の供給量に配慮して月額最低保障をしている場合が多い<sup>12</sup>。報酬算定方式のなかに最低保障部分を含んでいる場合もある。例えば、代理店手数料は固定部分と業績部分によって決定される<sup>13</sup>。すなわち、①基礎ないし固定という最低手数料率、②会社が求める項目がどれだけ実践できているかをポイント化し、それを合計したものを加算係数として乗じたものを手数料率とする仕組みとなっている。NHK受信料集金等受託者の報酬についても、最低限度額が定められた月額事務費の基本額、計算上最低限度額が存在する報奨金、定額の新規対策事務費等を給付し、報酬の最低保障がはかられている<sup>14</sup>。

やや特殊なケースであるが、発注者の直用から業務委託に転換したケースでは、報酬算定方式は出来高払い制をとっているが、実際には、報酬は年収ベースで総額で決められ、本人が発注者の契約社員であったときと比較して若干高めの額に設定しているとのことである<sup>15</sup>。

## (2)報酬と費用負担

業務の遂行には印紙、交通費、通信費、燃料、修理費その他様々な費用がかさむ。契約

---

<sup>11</sup> 例えば、軽貨物運送ドライバーに対する調査では、運送料支払いの基準は、個数・重さで算定するもの 36.4%、時間で算定するもの 36.4%、作業形態で算定するもの 45.5%であり、運送料支払いについて共通するような特定の基準があるわけではないようである（ただしサンプル数が少ない）。日本労務研究会「傭車運転手に関する実態調査」（2005）18頁。大工の労働者性が争われた藤沢労基署長事件・最一小判平19・6・28労判940号11頁は大工の「報酬の取決めは、完全な出来高払の方式が中心とされ、日当を支払う方式は、出来高払の方式による仕事がないときに数日単位の仕事をするような場合に用いられていた。」とされており、ここでも出来高払いと日当方式がミックスされている。

<sup>12</sup> 例えば、軽貨物運送便の大手企業は、オーナードライバーの生活を保障する意味で一定の仕事量を提供している。日本労務研究会・前掲注（10）43頁。

<sup>13</sup> 日本代協保険大学『代理店委託契約書』44頁。

<sup>14</sup> ただし、実績がまったくゼロの場合は支給されない。もっとも、実績がまったくゼロという事態は実際にはない。

<sup>15</sup> 鎌田耕一・向田正巳『労務サービス契約の研究』（2005）75頁。

書には、業務遂行に要する費用は受託者負担とするものが多い。例えば、編集記事制作業務委託では、「委託業務に必要な費用は原則として受託者の負担とします。ただし、発注者の負担とすることが事前に発注者が承諾した費用は、発注者の負担とします。」と定める。報酬の中に、業務遂行に要する諸経費が含まれていると観念されているからである。しかし、上記の契約書にみるように、発注者の承諾の下に発注者が負担する場合を想定した規定も存在する。また、民法650条を意識して、契約書で、受任者は業務に要した必要費を委任者に求償できると定めているものもある。

業務遂行に要する費用を契約書で誰の負担とするかは当事者間で問題となることが多い。そこで、インデペンデント・コントラクター協会のモデル契約書は、「本件業務にかかる交通費等の経費は、原則として乙が負担するものとする。ただし、甲の依頼により遠隔地出張など多額の経費を必要とする場合には、別途協議のうえ取り決める。」と規定し、交通費について負担の所在を明確にしている。

こうした規定からみると、業務遂行に要する諸経費は受託者が負担するとされており、発注者は同意したときのみ負担するとされている。このことは、受託者にとってかなり不利な規定ということができる<sup>16</sup>。

### (3)危険負担

業務委託契約で危険負担について定めるものはあまり多くない。編集記事制作業務委託契約書では「委託業務の遂行に際して受託者から発注者へ納入すべき成果物がある場合、引渡の完了前に生じた成果物の滅失・毀損・変質等一切の危険については、発注者の責めに帰すべき事由に起因する場合を除き、全て受託者が負担する」と定める。これは危険負担の受託者主義を定めたものである。

一方、危険負担について発注者主義を定めた契約書もある。ソフトウェア開発委託契約書は「天災地変の外、戦争、内乱、暴動及び法令の改廃・制定等公権力による命令処分、ストライキ、その他の争議行為、輸送機関の事故、その他不可抗力により契約の全部、又は一部履行遅延あるいは引渡不能の事態が生じた場合、受託者はその責めを負わないものとする。」と定めている。

## 3. 契約の終了

### (1)契約の期間

労務サービスでは、通常、契約期間が定められている。損害保険代理店、NHK受信料集金等受託者、編集記事制作業務、フリーランス、システムエンジニアのいずれの契約書も契約期間が定められている。契約期間は、1年とするものが比較的が多い。しかし、N

---

<sup>16</sup> 損害保険の代理店業務に関して、受託者の費用負担が大きな問題となっていることを指摘するものとして、大塚英明「代理店の業務と『費用』、『報酬』の関係」東京損害保険代理業協会『損害保険代理店 委託契約書コンメンタール (中)』(2002)66頁。

HK受信料集金等受託者（本契約者）は3年間とするなど区々である。

注意を要するのは、契約の期間は基本契約と個別契約でそれぞれ定めている点である。基本契約の有効期間と個別契約のそれとが異なっていることもある。そこで、契約書で、両者の調整（基本契約は解約により終了したが、個別契約は残存するというように）を明記している。原稿執筆契約または編集制作契約のように依頼毎に個別契約が結ばれる場合もある。

期間を定める意味も区々である。出版物の編集業務や原稿執筆の委託契約は、業務の性質から委託業務の完成時を期間満了としている。しかし、業務の継続を予定しているにもかかわらず期間を定める場合がある。損害保険代理店業務、NHK受信料集金等業務などがそれである。

期間を定める意味の一つは雇用関係と異なることを明確にしたり、受託者の業務に対する適性を評価する期間を意味する場合もある（NHK委託契約）。期間の定めが形骸化している場合もある。定められた期間満了をもって契約を終了しない場合が少なくないからである。

## （2）期間満了後の更新

労務サービス契約書には、①単に契約期間を定めたもの、②契約期間を定めながら、期間満了後、特別の申し出がなければ自動的に更新とするもの、③契約期間を定めながら、一定の期間内に申し出た場合（または合意した場合）更新とするものがある。

上記②の例としては、SE作業請負契約書は「本契約の有効期間は、本契約の規定に従い解除又は解約される場合を除いて、本契約の締結日から1年間とする。但し、本契約の期間満了1ヵ月前までに、甲乙いずれかから本契約を更新しない旨の文書による申し出がなされない場合、本契約は自動的に満了日から1年間更新されるものとし、以後についても同様とする。」と規定している。

上記③の例として、運送契約は「本契約の有効期間は平成〇年〇月〇日より平成〇年〇月〇日迄とする、但し本契約満了壹箇月迄に双方合意の上、更に壹箇年間延長するものとし、以後も同様とする。」と定めている。

問題は、契約を反復更新した後に、発注者が更新を拒否したときの取り扱いである。労働契約の雇止めについては、裁判例は、短期契約を反復更新し、期間の定めのない労働契約と現実的に同視しうる状態となったとき、または、労働者が更新について合理的期待権を有するとき解雇権濫用の法理が類推適用されるとしている。この法理が労務サービス契約にも適用しうるだろうか。これを裁判で争った事例がある。

江崎グリコ事件・仙台地裁平成6年9月30日決定（判例時報1553号126頁）は、自動更新条項を備えた運送委託契約について、「本件契約は、期間満了ごとに当然更新を重ねて、あたかも期間の定めのない継続的契約と実質的に異ならない状態で存続していたものというべきであり、Y社がX社に対し平成5年12月20日にした前記広域運送に関する

る契約を終了させる意思表示（広域運送契約終了の意思表示）は、右のような契約の一部を終了させる趣旨のもとにされたのであるから、その実質において解約の意思表示に当たり、その効力を判断するに当たっては、期間の定めのない継続的契約の解約の法理を類推するのが相当である。」としたうえで、発注者は解約にあたって相当の予告期間において解約を告知することが必要であるとし、この予告期間を6ヶ月として、解約の意思表示から6ヶ月を経過した時点をもって契約期間が満了したものとして扱った。

自動更新条項が存在する事例において更新拒否の制限がなされる場合があるとしても、これがどの程度一般化できるかは未だ明確ではない。

### (3) 契約違反の解除

労務サービス契約書は、通常、契約違反を理由に解除できるとする制度（契約違反の解除）と、一定期間前の通告があればいかなる理由であっても解約できるとする制度（中途解約）の両方をもっている。前者は即時に解除できることから、即時解除ともいう。

契約違反の解除は、ほとんどの契約書に明記されている。きわめて簡単に規定しているものから、かなり詳細に規定しているものまで様々である。労務サービス契約における解除事由をあげると、①集金した金銭の流用など著しく不当な行為を行ったこと、②業務を遂行しようとしないうこと、③許可なく業務を第三者に行わせたこと、④破産・会社整理・和議・会社更正・精算等の申立がなされたこと、⑤発注者の信用を傷つけたこと、⑥その他契約上定められた義務に違反したことなどがあげられる。

問題となるのは上記⑥の解除事由である。すでに述べたように、契約書には就業ルールを定めているので、これに定める義務を怠ると解除事由となる。裁判で幾度となく争われているNHK受信料集金委託を例に挙げる。NHK委託契約書3条は遵守事項として、「乙（受託者——鎌田）が、甲（NHK——鎌田）が放送法に基づいて設立された法人であることを認識し、甲の名誉および信用を毀損すること、ならびに委託業務上知り得た放送受信契約者および放送受信契約未契約者に関する情報を第三者に漏らすことをしてはならない。」「乙は、この契約書で定めるところにより、誠実に委託業務を遂行し、受持区域内における放送受信締結の徹底および放送受信料の放送受信規約第6条第1項に定める各期中完全集金に向け最大の努力を払う。」と定め、この遵守事項を受けて、同契約書15条は、「甲乙のいずれかが、この契約上の義務を履行しなかったときは、他の一方は——ただちにこの契約を解約することができる。」と規定している。

このような就業上の義務に違反すれば常に解除をなしうると規定しているが、裁判例は解除できる場合を制限する傾向にある。例えば、上記3条に反する行為を理由とした解約に対して、前掲NHK千葉放送局事件・東京高裁判決は、上記3条違反の債務不履行のなかで「本件業務の本質に反する程度の著しいもの」が正当な解約事由になると判示している。

### (4) 中途解約

期間の定めのある契約の中途解約は認められるか。この点については、委任に関する民法651条1項の規定または雇用に関する627条、628条のいずれかの適用が問題となる。

民法651条1項は、当事者はいつでも解約することができる」と規定し、判例は期間の定めの有無にかかわらずいつでも解約しうると解している。これに対して、628条は期間を定めた雇用はやむことを得ない事由がある場合に限り解約できると規定している。628条が期間の定めのある場合の解除を「やむを得ない事由」がある場合に限定していることの反対解釈として、期間の定めのある契約は期間内は原則解約できないとする趣旨と解することができる。すなわち、契約期間の意義は、契約の存続期間（期間満了により契約は自動的に終了する）と契約期間中の継続保障にあると解せられる<sup>17</sup>。

労務サービス契約の多くは、契約期間の定めを置きながら、一定の予告期間をもって通知した場合は期間満了前であっても解約できると定めている。例えば、NHK委託契約書15条第2項は「この契約は、——当事者の一方から他方に対する書面による1ヵ月以前の予告をもって、解約することができる。」と定めている。これは解約について一定の予告期間を置くものであり、民法651条第1項とも、民法628条のルールとも異なったものである。

さらに中途解約条項には、解約前の費用の負担を定めた規定をもつものがある。SE作業請負契約書は第1項で、何時にても書面による通知によって契約を解除できると定めた上で、「但し、この場合甲（発注者——鎌田）は、当該解除時点までに乙が既に実施した本件SE作業に現実に要した費用——を乙に支払うものと」と規定している。しかし、このような中途解約時の費用補償の条項をもたない契約書もすくなくない。

### (5)期間の定めのない契約の解約

私が収集した契約書のなかで、期間を定めない契約は損害保険の代理店契約だけであった<sup>18</sup>。無期の契約は労務サービス契約ではかなりまれなケースではないだろうか。

一般的には、労務サービス契約は委任契約またはこれに類似する契約と理解されているため、本来であれば民法651条の規定が適用されるはずであるが、いつでも即時に解約しうるとする契約書は見あたらない。保険代理店契約については、商法30条1項によれば商人および代理商は、契約の期間を定めなかったときは、2か月前までに予告して解除できると定めている。

## III むすび

本稿は、実務で使用されている業務委託契約書を素材に、労務サービス契約の法律関係の実態を解明したものである。利用できた業務委託契約書がわずかであり、また、契約書

<sup>17</sup> 『新版注釈民法』16巻69頁（三宅）以下参照。

<sup>18</sup> 東京損害保険代理業協会・前掲注（15）45頁。

を用いずに口頭で取引を行うことも少なくないのでその全容を明らかにしたとはいえないが、労務サービス契約の法的性質について若干のコメントを述べたいと思う。

いうまでもなく、労務サービス契約がいかなる契約類型に属するかは、当事者の意思をふまえて個別に判定されるべきものであるが、これまでの業務委託契約書の分析をふまえると、労務サービス契約の特徴は、①業務のあいまいさと発注者による特定および瑕疵の評価、②多様な就業管理の存在、③報酬における出来高払い制と時間制の併用、④発注者による解約の容易さにあると思われる。

労務サービス契約においてはなされるべき作業内容、業務が規定されるが、これは概括的であったり、詳しく規定しても「これに付随する業務」というように、債務の内容・範囲があいまいである。業務は当事者が協議して決める場合もあるが、発注者が一方的に特定する場合も少なくない。このあいまいさは報酬単価の見直しを伴わずになされる場合には受託者にとってかなりのコスト増をもたらすことになる。また、成果物について瑕疵担保責任を定める契約書も多いが、瑕疵の有無を発注者が決定する 경우가多く、受託者に不利となっている。

受託者は発注者の事業組織に組み入れられて業務に従事するので、業務の遂行方法、効率性は発注者にとって関心事である。そのため、発注者は、業務遂行の方法の詳細な指示、業務成果の目標設定、目標が達成されない場合の指導監督、業務遂行経過の報告と監督、発注者が提供した機密、情報を管理するための詳細なルールが契約書で規定されている。もちろん、業務遂行の詳細は相当程度受託者の裁量に委ねられているが、基本的な就業の方法については管理がなされている。そして、これに違反した場合は、受託者に対する損害賠償および契約の解除によって制裁される。

報酬の算定方法は主として業務の性質に応じて出来高払い制と時間制が使い分けられている。出来高払い制は受託者の業績に連動した報酬支払い方法であり、請負的側面を有するが、報酬は月ごとに支払われ、報酬の最低保障をしているケースもある、仕事完成に対して報酬を支払うという意味は希薄である。むしろ、受託者の労働の生産性を高めるという意味をもっている。出来高払い制か時間制かは発注者が決定することが多く、また、業務に要する費用は原則受託者が負担し、発注者が同意した費用のみ発注者負担している。

契約の終了に関しては、まず、ほとんどの契約が期間を定めている。しかし、期間満了前であっても、一定の予告がなされればいつでも解約できるとする条項を設けている。これにより、期間を定める意義は受託者にとってほとんど失われる。自動更新条項の存在が示すように契約が継続するケースが多いが、更新拒否は発注者の自由に委ねられている。

以上の特徴から、労務サービスの契約関係には不均衡が存在しているといえよう<sup>19</sup>。すなわち、債務内容の特定、履行方法、成果の評価、報酬算定方法の決定、業務に要する費用の負担の決定、契約の更新、中途解約、契約違反の解除等において、発注者は受託者に対

---

<sup>19</sup> 契約上の不均衡の背景には、発注者と受託者との間の競争上の不均衡があるが、この点についてはここでは触れない。



して契約上優位に立っている。

契約当事者間の不均衡は、下請契約についてかなり以前から指摘され、また研究もされてきた<sup>20</sup>。こうした実態に照らして、裁判例において受託者に有利な解釈を行う例もあるが、これが一般化しているとはいえない。そこで、今後は、当事者間の不均衡を是正する解釈を試みるものが課題となろう。

---

<sup>20</sup> 川島武宜・渡辺洋三『土建請負契約論』、来栖三郎『契約法』（1974）494頁以下、内田貴『契約の再生』（1990）239頁。