

博士論文

請負契約における瑕疵の救済法理

平成 29 年 3 月

広島大学大学院社会科学研究科

永岩慧子

博士論文

請負契約における瑕疵の救済法理

指導教員 鳥谷部茂教授
堀田親臣教授
宮永文雄教授

平成 29 年 3 月
広島大学大学院社会科学研究所
法政システム専攻
永岩慧子

目 次

序章	1
一 問題の所在	1
二 検討の対象	6
三 検討の順序	6
第一章 日本における請負の目的物の瑕疵に対する責任	8
第一節 請負における瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係	8
第二節 瑕疵の意義	30
第三節 瑕疵担保責任の効果－瑕疵に対する注文者の救済手段	41
第四節 瑕疵担保責任の特則性と意義	68
第五節 請負の目的物の瑕疵に対する不法行為責任	72
第六節 民法(債権法)改正法案の検討	91
第七節 小括	108
第二章 ドイツにおける請負契約の仕事の瑕疵に対する責任	110
第一節 緒論	110
第二節 瑕疵の意義	114
第三節 瑕疵担保責任の効果－瑕疵に対する注文者の救済手段	176
第四節 第 634 条以下の瑕疵担保責任規定の適用時点－「引取り」の意義	204
第五節 請負の仕事の瑕疵に対する不法行為責任	248
第六節 小括	252
第三章 日本とドイツにおける瑕疵に対する責任の比較検討	256
第一節 はじめに	256
第三節 瑕疵に対する責任をめぐるわが国とドイツにおける議論の動向	265
第四節 民法(債権法)改正法案とドイツ法の対比－解釈の方向性と問題点	275
第五節 まとめと今後の課題	280
資料	
参考文献目録	

序章

一 問題の所在

1. 請負における仕事の目的物の瑕疵に対する瑕疵担保責任と債務不履行責任

請負契約において、引き渡された仕事の目的物に瑕疵があった場合、注文者の責任追及手段として、民法はとくに第 634 条以下に瑕疵担保責任¹を置いている。売買における瑕疵

¹ 本稿における「瑕疵担保責任」の用語について、以下の点をあらかじめ断っておく。「担保責任」という用語を使用することについては、近時、債権法改正議論との関係において、異なる見解が示されている。わが国において「担保責任」概念が法定責任説との深いつながりを持つ期間が長く続いた経緯を考えれば、避けるほうが望ましいと述べる見解(潮見佳男「売買・請負の担保責任-契約不適合構成を介した債務不履行責任への統合・一元化」NBL1045号(2015年)12頁)がある一方で、従来の「担保責任」が、債務不履行責任とは異なるものという意味で用いられてきた状況があるものの、現行法の起草者は、売買や請負で引き渡したものの品質について一定の内容を担保し、それについて義務違反があれば責任を負うという意味で使われていたとして、「担保責任」の用語は、改正案における契約不適合の場合の責任を指すものとして違和感はないと指摘するものもある(法務省法制審議会民法(債権関係)部会第 97 回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001143144.pdf>)38 頁[内田委員発言]以下、第〇回会議議事録とする)。現在示されている改正法案では、「担保責任」という用語が残された一方で、「瑕疵」という用語が難解であることなどを理由に条文上姿を消すことになった。この点、大村敦志『新基本民法 5 契約編』(有斐閣、2016年)66 頁では、改正法案において「瑕疵」の語が廃されたことによって、なお瑕疵担保責任という用語を用い続けることの当否について検討を要するとしたうえで、そのことによって「瑕疵担保責任」という用語の使用が禁じられるわけではなく、目的物に関する契約不適合について瑕疵担保責任という用語が、講学上使い続けられることはありうると述べている。以上のように、「担保責任」の用語に関しては異なる認識があることを前提としたうえで、本稿では、改正法案がまだ現実化していないことも踏まえ、従来の用法に従い基本的に「瑕疵担保責任」の語を用いることにする。なお、本稿が検討の対象とするドイツでも同様の事情があるが、ドイツの現行法は、瑕疵(Mängel)の用語を残している。この点、円谷教授は、ドイツの債務法現代化について、「瑕疵担保責任から瑕疵責任へ」と表現されている。円谷峻「瑕疵担保責任－担保責任と債務不履行責任の接合－」同編『社会の変容と民法典』(成文堂、2010年)388 頁、同「債務法の現代化と瑕疵責任」川井健先生傘寿記念論文集刊行委員会編『取引法の変容と新たな展開』(日本評論社、2007年)67 頁以下。渡辺達徳教授も、円谷教授の指摘を引用して、「現行 BGB が定めるのは、特別な「瑕疵担保責任」(Gewährleistungshaftung)ではなく、売買における「瑕疵責任」(Mangelhaftung)である」とする。渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、2009年)67 頁〔初出・同「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」法時 80 卷 8 号 30 頁(2008年)〕。なお、ドイツに

担保責任の議論と異なり、請負人は瑕疵のない仕事の完成義務を負うという点について、従来から学説上異論はみられない。したがって、請負における瑕疵とは仕事が不完全な状態であるといえ、それゆえに債務不履行の一般規定と瑕疵担保責任の関係をいかに解するかという点が問題となる。この点、瑕疵担保責任は不完全履行責任の特則であると同時に、売買における民法第 559 条の特則であるとの見解が従来から支配的であった²。しかし、この伝統的通説において、瑕疵担保責任の「特則」の意義は必ずしも明らかではない。また、従来の通説は、瑕疵担保責任が適用される場面では、債務不履行責任が排除されると解するが、わが国の民法上、瑕疵担保責任の適用時点は規定されていない。そこで、これらの二つの責任規範を前に、いかなる場合に債務不履行の一般規定が適用され、また、いかなる場合に瑕疵担保責任規定が適用されるのかという点について解釈の必要が生じることになる。このような理論上の問題について、とりわけ、請負の瑕疵担保責任が債務不履行責任といくつかの点で異なる効果を規定していることから、実際の裁判例においても債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれが適用されるのかが争われる場合が多数生じている。請負の仕事に瑕疵があった場合に、いかなる責任を追及しうるかという問題は、請負人と注文者のいずれにとっても重要であるが、これらの責任規範の適用関係の不分明により、債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれの規定も、請負の仕事の瑕疵に対する救済手段として十分に機能しているとは言い難い。

この問題をめぐる従来の議論において、伝統的通説は、瑕疵担保責任の適用時点として、「仕事の完成」という基準を示した³。この「仕事の完成」という基準は、現在においても通説・裁判例によって支持されているといわれているが、実際の裁判例では、この「仕事の完成」の判断において、「予定の工程の終了」と解するものがあるほか、実際的な効用を有していることといった仕事の実質的な完成度により、相対的・流動的に解されている状況がある。また、瑕疵担保責任の適用時点については、「仕事の完成」以外の基準を主張す

においても講学上、「瑕疵担保(Gewährleistung)」の用語を用いるものが見受けられる。以上の状況から、ドイツ法を指すうえでは、「瑕疵責任」の用語を用いることが正確であると思われるが、日本における瑕疵担保責任を指す場合との困難な使い分けを避けるため、講学上、ドイツ法についても「瑕疵担保責任」の用語を用いることとする。

² 我妻栄『債権各論 中巻二』(岩波書店、1962年)633頁、幾代通=広中俊雄編『注釈民法(16)[新版]』(有斐閣、1989年)139頁[内山尚三]。

³ 我妻・前掲注(2)633頁。

る見解も示されている。主な見解として、注文者が、仕事を「完成として承認」したうえで引取った時点から瑕疵担保責任が生じるとするものがある。この見解は、注文者の主観的な要素を瑕疵担保責任が適用される重要な契機とする点で、「仕事の完成」基準説と異なる根拠のもとで、債務不履行責任の瑕疵担保責任への移行を把握する。なお、この問題に関する議論は、瑕疵担保責任の適用時点がいつかという点で活発なのに対して、瑕疵担保責任のもとで認められる効果が債務不履行責任に対してどのような点で異なっているのかという問題については十分に考慮されてこなかったように思われる。

そこで、本稿では、債務不履行責任と瑕疵担保責任という責任規範が、それらの適用関係をめぐる議論を背景に、救済法理としての機能を十分に果たしていないという問題意識から、瑕疵担保責任の特則性がどのような点にあり、瑕疵担保責任の存在する意義がどこにあるのかという点について考察する。

さらに、近時の瑕疵担保責任をめぐる議論の発展はめざましく、売買契約におけるかつての法定責任説と契約責任説の対立について、従来の枠組みでは捉えきれない状況に至っているとの指摘がある⁴。一方、請負の瑕疵担保責任についてみると、そこでは売買における法定責任説の基礎を欠くにもかかわらず、従来から売買における瑕疵担保責任の議論の影響を受けてきた。つまり、請負の瑕疵担保責任をめぐるのは、裁判例による「仕事の完成」基準にみられるように、売買とは必ずしも同じ展開を辿ってきたものではない状況が指摘できる一方で、理論上、売買からの影響をしばしば受けている。したがって、売買契約と請負契約を対比しながら、近時の売買契約を中心とする学説の展開を前提として請負の瑕疵担保責任を再検討することが必要である。

⁴ 近時の瑕疵担保責任をめぐる学説の状況も含めた分析として、潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社、2010年）287頁以下を参照。なお、大村敦志教授は、「法定責任」と「契約責任」の意味について、「債務不履行責任と併存する責任ではなく、債務不履行責任の変化したものであるという点では、担保責任は契約責任であると言える。しかし、当初の債務不履行責任そのものではなく法律によって規制を受けた特殊な責任であるという点では、これを法定責任と呼ぶこともあながち誤りではなかろう」とし、「現在の議論は、このような担保責任を含む契約責任の構造理解へと向かっている」と指摘する。大村敦志『基本民法Ⅱ 債権各論[第2版]』48頁。

2. 請負における仕事の目的物の瑕疵に対する不法行為責任

以上の課題は、請負における仕事の目的物の瑕疵に対する契約責任上の追及手段における不分明という問題状況に対して、理論的な枠組みを明らかにしようとするものであるが、一方で、わが国の請負の仕事の瑕疵に関する紛争においては、債務不履行、瑕疵担保に基づく責任の追及に加え、損害賠償請求に関しては、さらに不法行為責任を追及するものが多く、その数は増加傾向にあるとの指摘がある⁵。請負の仕事の瑕疵は、契約の不実現段階の問題であって、契約責任たる債務不履行ないし瑕疵担保責任が追及されるのが通常である。そこで、わが国の請負の仕事の瑕疵に対する救済手段として、不法行為責任が見逃せない程度に大きな割合を占めているとの認識のもとで、請負の仕事の瑕疵に対する不法行為責任がいかなる場合に問題となるのか、また、その要件及び効果は明確となっているのかについて検討を行う。欠陥住宅と称されるような、建築請負を中心とするわが国の特殊な問題状況がある中、そこでの不法行為責任理論が、請負一般の瑕疵に対する責任の中でどのように位置付けられるのかという問題は重要であり、例外的な事案に対する解釈論の安易な一般化は避けられるべきである。そこで、わが国の現状として、不法行為責任構成がいかなる機能を有しているのかを明らかにすると同時に、契約上の責任との関係について検討を加える。

3. わが国における民法(債権法)改正の動向

わが国の民法は、現在、大幅な改正を予定している。現在国会に提出されている民法の一部を改正する法律案⁶(以下、改正法案とする)では、これまで学説上激しく議論されてき

⁵ この点はすでに、花立文子「近時の裁判例における建築関係者の瑕疵責任」『流通経済大学法学部開校記念論文集』(2002年)233頁以下、原田剛『請負における瑕疵担保責任[補訂版]』(成文堂、2009年)227頁において指摘がある。なお、「資料・判例分析表」として示しているように、筆者が欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例集』第1集～第6集(民事法研究会、2000年-2012年)に掲載されている裁判例を対象に、請負契約関係にある注文者から請負人を相手方とする裁判例(対象：64裁判例)のうち法律構成が不明なものを除いた60裁判例を分析したところ、債務不履行責任及び瑕疵担保責任と共に主張するものを含めると不法行為責任を追及する裁判例は49例であった。

⁶ 「民法の一部を改正する法律案」及び「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」(内閣提出法律案第63号・第64号)。

た売買における瑕疵担保責任の性質について、契約責任説(債務不履行責任説)を採用するものと指摘されている⁷。そして、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化することにより、瑕疵担保責任に関する規定について大きな変更が加えられている。請負の瑕疵担保責任について改正法案をみると、大幅に条文が削除され、請負における独自の瑕疵担保責任は民法の条文上ほぼ残されないとする変更が提案されている。なお、請負の瑕疵担保責任規定に関する改正の経緯をみると、要綱仮案までは現行第 634 条の規定が維持される形で請負の箇所に残されていた⁸のに対し、要綱案の原案では、第 634 条の規定そのものを削除するとの提案がされた⁹。このような転換については、法制審議会民法(債権関係)部会(以下、法制審議会とする)の第 97 回会議¹⁰、さらに要綱案の決定が行われた最後の部会審議である第 99 回会議¹¹においても相当の懸念が示されていたが、請負の性質によって生じる問題は、改正法案によれば今後の解釈論に委ねるとの方向性が採られたものといえる。また、瑕疵担保責任と債務不履行責任をめぐる議論状況について上述したが、現在の改正法案が実現した場合、従来からの通説や裁判例の多数が採る考え方は、解釈論上大きく転換することが示唆されている。そこで、改正法案の内容を確認し、現在示されている改正法案が現実化した場合、従来の学説及び裁判例に対していかなる影響を与えるのかを検討する。それによって、改正法案における問題点について指摘を行う。

⁷ 法制審議会における改正議論から、この点は当初からほぼ共通の認識に立って改正が進められていた。法制審議会後における起草者の説明においても、契約責任説(債務不履行責任説)を採用したことが明らかにされている。潮見・前掲注(1)7頁以下。一方、瑕疵担保責任に関する法定責任説の否定と債務不履行責任説の採用という理解に対して異なる見方を示すものとして、野澤正充「売買-瑕疵担保責任から契約不適合責任へ(特集 民法(債権法)の新たな地平(horizon))」法セ 61 卷 8 号(2016 年)36 頁以下。

⁸ 要綱仮案(<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>)56 頁。

2 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任

(1)仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の修補請求権(民法第 634 条第 1 項関係)
民法第 634 条第 1 項の規律を次のように改めるものとする。

仕事の目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないものであるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、目的物の修補を請求することができる。

⁹ 要綱案の原案(部会資料 84-3) (<http://www.moj.go.jp/content/001130017.pdf>)。

¹⁰ 第 97 回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001143144.pdf>)参照。

¹¹ 第 99 回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001146440.pdf>)参照。

二 検討の対象

本稿では、以上の問題について取り組むにあたり、ドイツにおける瑕疵担保責任についての議論を検討する。周知のように、わが国の瑕疵担保責任に関する議論は、従来からドイツ法の影響を受けてきた経緯があり、とりわけ、瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係をめぐる学説においては、従来から近時まで、ドイツの議論を参照した理論展開がみられる¹²。また、ドイツでは2002年1月1日に施行された債務法現代化法により、大規模な債務法の見直しが行われ、請負の瑕疵担保責任は、それによって債務不履行の一般規定に位置付けられる一般給付障害法に一元化されている。そこで、そのような大幅な転換を経験したドイツの議論状況を検討することは、わが国の議論が従来からドイツの影響を受けてきたことを前提とすると、わが国の議論においても有益な視点を与えるものと思われる。

さらに、わが国の改正議論との関係においても、ドイツにおける債務法現代化の影響は少なくないといえ、現在示されている改正法案の方向性からは、ドイツの現行法との共通性が見出せる。したがって、債務法現代化からおおよそ10年以上が経過したドイツにおける議論を参照することは、わが国の改正法案を分析するうえでも有益な示唆をもたらさうと考えられる。

三 検討の順序

以上の問題意識のもと、まず、第一章では、わが国の請負における瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係をめぐる問題を中心に、これまでの議論状況を確認する。このとき、この問題を検討するうえで、瑕疵担保責任と債務不履行責任の要件及び効果としていかなる内容を予定し、その段階ではどのような点が議論されているのかという点について確認する。それによって、わが国の従来の議論における対立点と、問題の所在を明らかにする。さらに、わが国の現状として、仕事の瑕疵に対する請負人の不法行為責任が問題となる場合が多いとされることについて、そこでの問題状況がいかなるものかについて、裁判例を

¹² なお、わが国とドイツにおける議論を対比するうえでは、本稿における問題意識のもと、請負人の仕事の完成という結果に対して、注文者が報酬を支払うという請負契約の原則的な典型を前提とする。実際の請負契約が多様な内容を有することから、わが国とドイツにおける実際の請負契約が共通の問題状況や、基礎を有しているかについては、なお個別的検討が必要である。したがって、この点について留意したうえでドイツ法を検討する。

中心に検討する。以上の検討に加え、現在わが国において示されている改正法案がどのような内容の変更を予定しているのかについて、改正に向けた議論状況も含め、確認する。

第二章では、第一章で整理したわが国の問題状況に対して示唆を得ることを目的として、これまでわが国の理論上、常に影響を受けてきたドイツ法を対象に、請負における瑕疵担保責任の議論状況を確認する。この点、ドイツ法においても、わが国と同様に、瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係についての議論がみられることから、ドイツにおける瑕疵担保責任がいかなる要件及び効果を規定しているのかという点について確認したうえで、ドイツにおける議論状況を考察する。

第三章では、わが国における瑕疵担保責任と債務不履行責任との適用関係をめぐる問題に対して、ドイツ法からいかなる示唆を得ることが出来るかという点について検討を行う。そのために、まず、問題の検討の前提として、わが国とドイツ法における瑕疵担保責任が、いかなる点で共通し、また、いかなる点で異なっているのかということを確認する必要がある。そこで、瑕疵担保責任の要件及び効果について、両国の責任規範を対比する。そのうえで、わが国における議論と、ドイツにおける議論から共通の問題を見出すことができるか、また、わが国においては議論されていないような視点がドイツにおいて示されているかという点について対比を行う。さらに、第一章で確認したわが国の改正法案について、現行ドイツ法と対比を行うことにより、改正法案の問題点を指摘する。

以上の検討を通して、請負の瑕疵に対する責任追及手段として不法行為責任が問題となる事案が増加しているというわが国の現状を捉え、契約責任上の基本的なルールを見直し、再構築を図る。より具体的には、わが国における瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係をめぐる問題について、瑕疵担保責任の特則性と意義がいかなる点に認められるか、現時点における解釈の方向性を示す。

第一章 日本における請負の目的物の瑕疵に対する責任

第一節 請負における瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係

一 はじめに

請負における瑕疵担保責任をめぐる問題は、売買の瑕疵担保責任規定に関する議論に比べると、活発な検討の対象であったとはいえないが、従来から、売買における議論の影響を受けると同時に、請負の特殊な事情による議論も展開されてきた。請負人は、瑕疵のない仕事を完成する義務を負うという点で、従来から学説の見解は一致しており、これに対する有力な反論はみられない¹³。この点で、特定物売買における、特定物ドグマの当否をめぐる法定責任説と契約責任説の対立とは基礎を異にするものである。一方で、売買と同様に、民法上、債務不履行の一般規定とは別の規定として、瑕疵担保責任が置かれていることから、請負についても債務不履行責任の一般規定との関係が問題となり、学説上瑕疵担保責任の特則性をどのように解し、債務不履行責任との適用関係をどのように限界づけるかが議論されてきた。以下では、瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係をめぐる学説の展開と裁判例の立場を整理し、現在における議論状況と、そこでの問題点を明らかにする。

二 瑕疵担保責任の法的性質

1. 起草者の見解

民法典起草段階における議論の中では、請負の瑕疵担保責任についての法的性質についての言及はみられない。しかし、起草者の一人である梅博士は、請負の仕事の目的物に瑕疵があるとは、完成した仕事に不完全な点を有することであると解していたといえる¹⁴。

¹³ 下森定『下森定著作集Ⅱ 履行障害法再構築の研究』（信山社、2015年）332頁（初出・「請負の瑕疵担保責任の法的責任」法学セミナー346号（1983年）132頁）、高木多喜男・久保宏之『不完全履行と瑕疵担保』（一粒社、1980年）97頁、潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣、1991年）235頁、同『基本講義 債権各論Ⅰ [第2版]』（新世社、2009年）233頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1』（有斐閣、2005年）674頁以下、加藤・前掲注(77)395頁等参照。

¹⁴ 梅博士は、「請負ノ目的ハ一定ノ仕事ヲ完成スルニ在ルヲ以テ若シ其仕事ニ瑕疵アルトキハ是レ未タ其履行ヲ了ヘサルモノナリ」として、それゆえに注文者は修補請求をすることができるとする。梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編 訂正増補』（有斐閣、1984年）707頁。

2. 学説の見解

(1) 伝統的通説

いわゆる伝統的通説は、鳩山博士によって基礎付けられ、我妻博士がそれを引き継ぐ形で確立されたものである。我妻博士は、請負は有償契約であることから本来ならば売買の規定が準用されるはずであるが、請負における仕事の瑕疵は、材料の瑕疵によるだけでなく、請負人の仕事のやり方の不完全なことから生じうるため、民法は、請負人の仕事の目的物に瑕疵があった場合の責任について、特別の規定を設けたとする¹⁵。そして、売買における瑕疵担保責任が無過失責任である以上、請負も同様に解するべきとした¹⁶。なお、請負人の責めに帰すべき事由によって瑕疵が生じた場合には、第 634 条以下の規定が、瑕疵が生じた理由を問わず、瑕疵の種類や程度に応じて適当な要件と効果を定めたものと解すべきであることから、不完全履行の一般理論は排斥されるとする¹⁷。このように、請負における瑕疵担保責任規定は、売買の担保責任に関する第 559 条の特則であるとともに、債務不履行(不完全履行)責任の特則であるとするのが通説的見解とされた¹⁸。したがって、伝統的通説によれば、瑕疵担保責任の特則性は、債務不履行責任における帰責事由の意義を「故意過失又は信義則上これと同視すべき事由」と解する¹⁹ことを前提とした無過失責任性と、効果の面の違い、とりわけ一般規定と異なる解除権について見出された。これに加

¹⁵ 我妻・前掲注(2)631 頁。

¹⁶ このような見方は、鳩山教授により「担保責任ノ法律上ノ性質ハ売主ノ担保責任ニ異ナラザルモノトス」と指摘されたのち(鳩山秀夫『増補 日本債権法各論(下巻)』(岩波書店、1924 年)584 頁)、我妻博士によって賛同を得た。なお、我妻博士は、この無過失責任について、「瑕疵が請負人の責に帰すべき事由によって生じたものであることを必要としない」ことであるとしている。我妻・前掲注(2)632 頁。その後、このような見解が支配的となり、内山尚三『現代建設請負契約法(再増補)』(一粒社、1999 年)43 頁〔初出・契約法大系刊行委員会編『契約法大系IV』(有斐閣、1963 年)〕も、「有償契約の典型である売買契約において、売主の担保責任が無過失責任であるから、前述したとおり請負人の瑕疵担保責任も無過失責任である。」とする。

¹⁷ 我妻・前掲注(2)633 頁。

¹⁸ 鳩山・前掲注(16)584 頁、我妻・前掲注(2)633 頁、内山・前掲注(2)『注釈民法(16)』136 頁、近江幸治『契約法[第 3 版]』(成文堂、2006 年)254 頁等。民法第 559 条の特則とのみ指摘する見解として、末弘巖太郎『債権各論』(有斐閣、1918 年)710 頁。

¹⁹ 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、1964 年)105 頁、於保不二雄『債権総論[新版]』(有斐閣、1972 年)等。

えて、除斥期間とされる短期の期間制限が瑕疵担保責任に特別な性格を与える。

(2) 伝統的通説に対する指摘

請負における瑕疵が仕事の不完全な状態であるという点では学説上異論はみられない。そして、債務不履行の特則であるという点でもほぼ見解の一致をみる²⁰。なお、ここで、通説における「特別の規定」は、請負の瑕疵担保責任の性質との関係においてよりむしろ、主に、債務不履行の一般原則(第415条等)との適用関係で意味をもつ。我妻説に代表される伝統的通説については、法定責任説に立つかのような整理²¹がある一方、契約責任に分類する見解²²があるという状況が表しているように²³、請負における瑕疵担保責任の法的性

²⁰ これまでの学説の見解について、請負の瑕疵担保責任が債務不履行責任の特則であるという点に関しては、本文において後述するように、請負の瑕疵担保責任を法が特に認めた責任として債務不履行責任から区別される担保責任であるとする三宅正男教授の見解を除いて一致をみていると指摘するものとして、潮見・前掲注(13) 246頁。

²¹ 内山・前掲注(2)『注釈民法(16)』139頁。

²² 加藤雅信教授は、我妻説を契約責任説に分類する。そして、我妻説が売買の瑕疵担保については法定責任説をとり、請負の瑕疵担保については契約責任説をとる理由として、「売買についての法定責任説の基礎には、特定物売買においては、瑕疵なき物の給付については合意が成立していないと考えるか、あるいは合意が成立するが原始的不能であるとするか、いずれかの観点があった。ところが、請負契約においては“仕事の完成”が合意されており、かつ原始的不能でもないので、法定責任説の基礎を欠くことになる。これが、学説のねじれの基本的な構造である。」と指摘する。そのうえで、加藤教授は、「ただ、要件・効果の枠組みとして、過失責任か否か、履行利益の賠償か信頼利益の賠償かという観点から考えるのであれば、論理的に請負の瑕疵担保についても法定責任説はじゅうぶん成立しうる」とする。加藤雅信『新民法体系IV』(有斐閣、2007年)395頁。

²³ なお、請負の瑕疵担保責任について法定責任説・債務不履行責任説の対立は意識的に論じられているとはいえ、我妻説自体を法定責任説と債務不履行責任説のいずれに分類するかも論者によって見方が異なっている。また、この点には「法定責任説」の用語自体が有する意味の多義性という問題も関係しているように思われる。近時の瑕疵担保責任をめぐる議論の展開において、従来の「法定責任説」とは異なる意味で、契約責任説の考え方もまた「法定責任」と呼ぶことが可能であるとの指摘がされている。大村敦志教授は、「債務不履行責任と併存する責任ではなく、債務不履行責任の変化したものであるという点では、担保責任は契約責任であると言える。しかし、当初の債務不履行責任そのものではなく法律によって規制を受けた特殊な責任であるという点では、これを法定責任と呼ぶこともあながち誤りではなかろう。」とし、「現在の議論は、このような担保責任を含む契約責任の構造理解へと向かっている」と指摘する。大村・前掲注(4) 48頁。潮見教授もまた、「瑕疵担保責任をめぐる今日の議論は、瑕疵担保責任を法定責任か契約責任かという二項対立の図式で捉える従前の手法に対して、いまや議論の手法そのものに関してパラダイムの転換が期待されているのでは

質と債務不履行責任との関係について十分に明らかにしているとはいえ、理論上の整合性に問題があると指摘されている²⁴。我妻博士は、請負の瑕疵担保責任を債務不履行責任と解しているような記述をしており、それは、売買には規定のない瑕疵修補請求権を、請負の本来の給付を求めるものであるとして困難なく受け入れた点にも現れているといえる。それと同時に、通説は、請負における瑕疵担保責任による損害賠償の範囲を、瑕疵によって生じるすべての損害、つまり履行利益に及ぶことを肯定する²⁵。なお、この点で、損害賠償の範囲について売買の瑕疵担保責任と異なる見解を示しているにもかかわらず、その性質については売買と同様に請負の瑕疵担保責任もまた無過失責任であるとする。はじめに述べたように、請負については、売買における特定物ドグマを中心とする法定責任説とは共通の基礎を欠いている。売買における法定責任説が、瑕疵担保責任の無過失責任という性質を原始的不能の場合における買主の期待の保護と対価的調整機能によって理由づけ、信頼利益の賠償に限定するのに対し、履行利益賠償に及ぶ請負の瑕疵担保責任もまた無過失責任と性質決定することについて、明確な理由を伝統的通説は述べていない。

以上の通説の問題に表れているように、請負においては瑕疵のない仕事の完成が合意されているという点でほぼ見解の一致をみるにも関わらず、伝統的通説の立場をどう解するかということも含め、とくに、債務不履行責任に対して瑕疵担保責任をどう位置付けるかについて問題が生じている。以上のように、請負の瑕疵担保責任に関する議論では、売買とは異なり、法的性質論における対立というよりむしろ、債務不履行責任規定との適用関係をどのように構成するかという点が問題の中心となっている。

ないかとも感じさせる状況にある」として、「法定責任」・「契約責任」という言葉の持つ意味の多様化について指摘する。潮見・前掲注(1)287頁、296頁参照。

²³ 内山・前掲注(2)『注釈民法(16)』139頁。

²⁴ 我妻博士は、我妻・前掲注(2)632、633頁において、請負における瑕疵を仕事の不完全なものと述べているが、売買と請負における瑕疵担保責任の法的性質との違いとして、この点を明確に意識していない。山本敬三・前掲注(13)674頁以下は、我妻説は首尾一貫していないと指摘している。なお、請負についての伝統的通説を、「法定責任」と評する見解と、「契約責任」と評する見解のいずれもが存在していることは、「法定責任」の用語の意味をどのように捉えるかということにも関係する。この点、近時の「法定責任」・「契約責任」の異なる解釈方法について前述の大村教授の指摘がある。

²⁵ 我妻・前掲注(2)633頁。

3. 裁判例の立場

請負における瑕疵担保責任の法的性質について、裁判例上その点が争われた事案はみられないが、伝統的通説の見解に従う形で、請負における瑕疵担保責任規定は売買についての第 559 条の特則であるとともに、債務不履行の特則であると述べるものがある²⁶。そして、裁判例は瑕疵担保責任の適用によって債務不履行責任は排除されるとし、これらの責任規定は併存しないものと解することから、それらの責任規範の適用場面をどのように境界づけるかについて判断を必要とする。この点、後述するように、裁判例は、「仕事の一応の完成」²⁷の前後によっていずれの規定が適用されるかが決せられるとする。

二 瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係

以上のように、瑕疵担保責任をめぐる問題の中心は、不完全な履行としての性質を有する瑕疵について、民法が債務不履行責任と異なる規定を請負の箇所に置いていることの意味をどのように解するかという点にある。それは、瑕疵担保責任がどのような要件のもとで、いかなる時点から生じうるのかという問題として現れる。上述したように、請負にお

²⁶ 大阪地判昭和 42 年 4 月 4 日判時 495 号 72 頁は、「請負人の担保責任は不完全履行の一般理論を排斥し、専ら民法 634 条の規定により定められる」とする。同様に、東京高判昭和 47 年 5 月 29 日判時 668 号 49 頁は、「民法は、第 634 条以下に請負契約についての瑕疵担保責任について規定する。右規定は、単に売主の担保責任に関する同法第 561 条以下の特則であるのみならず、不完全履行の一般理論の適用を排除するものと解すべきである」として通説の立場を示す。東京地判平成 4 年 12 月 21 日判時 1485 号 41 頁も、「請負人の瑕疵担保責任に関する民法第 634 条以下の規定は、単に売主の担保責任に関する同法第 561 条以下の特則であるのみならず、不完全履行の一般理論の適用を排除するものと解すべきであり、瑕疵担保責任を問うのはともかく、不完全履行の責任は問い得ないというべきである。何故ならば、請負は請負人による仕事の完成を目的としており、完成された仕事の瑕疵は、単に材料の瑕疵からだけではなく、請負人の仕事のやり方の不完全なことによっても発生するものであるところ、請負契約についての瑕疵担保責任の規定は瑕疵を生じた理由について何ら限定を加えておらず、右規定は、右のような請負における瑕疵の特殊性に着眼して特別な内容を定めたものと解すべきであるからである」としている。

²⁷ ここで、仕事の完成という用語の意味について補足しておく。本文で述べるように、請負の仕事に瑕疵がある以上、請負人の債務は履行されたことにならない。この点について学説及び裁判例においてほぼ異論はない。一方で、伝統的通説及び裁判例は、この瑕疵のない仕事の完成とは区別される意味での、「仕事の一応の完成」を観念づける。したがって、本文では、瑕疵のない状態での仕事の完成との誤解を避けるため、仕事の一応の完成を指す場合には括弧を付し、「仕事の完成」ないし「仕事の一応の完成」と表すことにする。

ける瑕疵担保責任を債務不履行の一類型であるとしたうえで、第 634 条以下の特則規定と債務不履行の一般規定との適用関係をどのように解するかについて、瑕疵担保責任の規定が適用される場合には、債務不履行の規定が排除されるという見解が支配的である²⁸。裁判例もこの立場を採る。一方、瑕疵担保規定と債務不履行規定との適用関係について通説とは異なる指摘をするものとして、本来的には不完全履行の規定である請負の担保責任の規定がまず適用されるとするが、規定のない問題、あるいは今日の時点からみて規定が不十分な問題については不完全履行の一般理論によって解決するのが妥当であるとして、瑕疵担保責任の規定と債務不履行の規定の選択的な適用を認めるとする見解も示されている²⁹。また、債務不履行責任との併用について、個々の場面において肯定すべきとする指摘もある³⁰。これらの学説の対立においては、それぞれの見解が瑕疵担保責任の効果をどのように解しているかということが重要となるが、以下では、まず、瑕疵担保責任と債務不履行責任との適用関係をめぐる議論を整理する。

1. 「仕事の完成」による適用区分

(1) 伝統的通説

通説が主張するように、瑕疵担保責任規定の適用場面において、債務不履行規定を排除するとした場合に、いつの時点からそのような取り扱いが可能となるのかが問題となる。この点、我妻博士は、債務不履行規定と瑕疵担保責任規定の適用を区分し、瑕疵担保責任を負う時期について次のように述べる。「目的物の引渡を必要としない請負においては、仕事が一応完成したと認められる時からであることは疑いないが、目的物の引渡しを必要とする請負においては、目的物の作成または目的物についての工作を完成した時からか、それとも、引渡をした時からか、やや疑問である。然し、前に述べたように、請負人が目的物を完成したときは、請負人の債務はその完成された物を引渡すことに集中されるとみるべきであるから、その時以降は瑕疵担保責任の規定が適用されると解するのが正当であろう³¹」。このように我妻博士は、請負人が目的物を完成したときを基準として、その時点以後は瑕疵担保責任の規定を適用し、債務不履行責任の適用を排除すると構成した³²。この

²⁸ 我妻・前掲注(2)633頁。

²⁹ 下森・前掲注(13)333頁。

³⁰ 高木・前掲注(13)160頁。

³¹ 我妻・前掲注(2)633頁。

³² 我妻・前掲注(2)633頁。

見解以降、「仕事の完成」までに責任が追及される場合には、債務不履行の一般規定が適用され、「仕事の完成」ののちに、請負の瑕疵担保責任規定が適用可能となると解するのが支配的な見解であるとされている³³。なお、我妻博士がこの説明で用いている「仕事の完成」の意味は明確ではないが³⁴、目的物の引渡を要しない請負については、「仕事が一応完成したと認められる時」としていること、また、目的物の引渡しを必要とする請負においては「引渡」時とすることも考えうるとの指摘を示していることから、我妻博士が、仕事が約束したとおりの状態(つまり瑕疵がない状態)であるという実質的意味での「完成」ではなく、請負人によって仕事が終了されたという「一応の完成」を意味するものであることは疑いがないように思われる³⁵。しかし、通説は、「仕事の一応の完成」という時点以降において債務不履行規定の適用を排除することの意味ないし効果について十分な説明をしていない。そこで、裁判例及び学説においては、瑕疵担保責任と債務不履行責任の内容をどのように捉えるか、それによって「仕事の完成」の意味をどう解釈するかという点において

³³ 潮見佳男『基本講義 債権各論 I [第2版]』(新世社、2009年)233頁参照。なお、潮見教授は、この「仕事の完成」の意味について、「対象が特定される「工事の完成」以後にはじめて」と表現する。

³⁴ 本文において引用したように、我妻博士は、「目的物の作成または目的物についての工作を完了した時」からか、「引渡をした時」からかはやや疑問であるとしながら、「請負人が目的物を完成したときは、請負人の債務はその完成された物を引渡すことに集中されるとみるべきである」ことを理由に、「請負人が目的物を完成したとき」を瑕疵担保責任が生じるときとする。一方、別の文脈において、「請負では、仕事を完成すること、すなわち瑕疵のない完全な仕事をするのが請負人の債務の内容」であるとする記述があり、瑕疵担保責任の適用時点における「仕事の完成」が、「瑕疵のない完全な仕事をした」という意味で用いられていないのは明らかではあるが、「瑕疵のある仕事の完成」について用語上の考慮には触れられていない。この点、笠井教授は、「そこでは2通りの「完成」概念が用いられていることになる」と指摘している。笠井修『建設請負契約のリスクと帰責』(日本評論社、2009年)108頁。

³⁵ この点、青野博之「注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求」小林一俊・岡孝・高須順一編『債権法の近未来像 下森定先生傘寿記念論文集』(酒井書店、2010年)425頁は、我妻博士の見解について、「引渡時」から瑕疵担保責任が生じるとしているともみている。なお、引渡しは工事が一応完成したことのメルクマールにすぎないとの指摘として、定塚孝司「建築工事に伴う訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 10』(日本評論社、1970年)269頁。我妻博士の意図として、請負人が仕事を終了したという意味で用いるのであれば、「仕事の一応の完成」と「引渡」のいずれを基準と解しても間違いではないと思われる。しかし、後述するように、「引渡」時における注文者の行為に着目する見解があることから、それらの見解との関係については注意を要する。

一致していない状況がある。

(2)裁判例による解釈

裁判例は、まず、伝統的通説の見解と同様に、請負における瑕疵担保責任規定は、売買についての第 559 条の特則であるとともに、債務不履行の特則であるとの立場をとる³⁶。そして、瑕疵担保責任の適用によって債務不履行責任は排除されるとし、「仕事の完成」の前後によっていずれの規範が適用されるかが決せられるとする。ここで、「仕事の完成」を實際上どのように決するかという点が問題となる。

a) 予定の工程の終了

裁判例では、「仕事の完成」について、「予定の工程を終了したとき」とする東京高裁昭和 36 年 12 月 20 日判決(判時 295 号 28 頁)が、リーディング・ケースであるとされている³⁷。本判決は以下のように述べる。「一般に仕事の目的物にかし特に顕われたかしがある場合には仕事の結果が完全であるとはいわないので、かようなかしがあるままで仕事を完成するということがあり得るかという疑問を生ずるけれども、民法が、一方第 632 条第 633 条において、仕事が完成し目的物を引渡したときは報酬の支払をなすことを要するものと

³⁶ 大阪地判昭和 42 年 4 月 4 日判時 495 号 72 頁は、「請負人の担保責任は不完全履行の一般理論を排斥し、専ら民法 634 条の規定により定められる」とする。同様に、東京高判昭和 47 年 5 月 29 日判時 668 号 49 頁は、「民法は、第 634 条以下に請負契約についての疵担保責任について規定する。右規定は、単に売主の担保責任に関する同法第 561 条以下の特則であるのみならず、不完全履行の一般理論の適用を排除するものと解すべきである」として通説の立場を示す。東京地判平成 4 年 12 月 21 日判時 1485 号 41 頁も、「請負人の瑕疵担保責任に関する民法第 634 条以下の規定は、単に売主の担保責任に関する同法第 561 条以下の特則であるのみならず、不完全履行の一般理論の適用を排除するものと解すべきであり、瑕疵担保責任を問うのはともかく、不完全履行の責任は問い得ないというべきである。何故ならば、請負は請負人による仕事の完成を目的としており、完成された仕事の瑕疵は、単に材料の瑕疵からだけではなく、請負人の仕事のやり方の不完全なことによっても発生するものであるところ、請負契約についての瑕疵担保責任の規定は瑕疵を生じた理由について何ら限定を加えておらず、右規定は、右のような請負における瑕疵の特殊性に着眼して特別な内容を定めたものと解すべきであるからである」としている。

³⁷ 予定の工程終了説を採る判例として、東京高判昭和 47 年 5 月 29 日判時 668 号 49 頁、大阪地判昭和 49 年 6 月 6 日判時 779 号 91 頁、横浜地判昭和 50 年 5 月 23 日判タ 327 号 236 頁、大阪地判昭和 51 年 6 月 29 日金判 513 号 40 頁、東京地判昭和 57 年 4 月 28 日判タ 478 号 77 頁、山形地裁新庄支判昭和 60 年 2 月 28 日判時 1169 号 133 頁、大阪高判昭和 61 年 12 月 9 日判タ 640 号 176 頁、東京地判平成 3 年 6 月 14 日判時 1413 号 78 頁、東京地判平成 14 年 4 月 22 日判タ 1127 号 161 頁等。

し、他方第 634 条第 2 項において、請負人が仕事の目的物のかしにつきその担保責任を果たすまでは注文者は報酬の支払につき同時履行の抗弁権を有するものとして、仕事の目的物にかしがあっても一応報酬が請求できることを前提としているところから見れば、民法は、同じく仕事の結果が不完全な場合のうち、仕事の目的物にかしがある場合と、仕事が完成しない場合とを区別し、たとえ仕事の目的物にかしがあっても、それが隠れたものであると顕われたものであるとを問わず、そのために仕事が完成しないものとはしない趣旨であると解すべきである。すなわち請負人は、仕事が完成して目的物を引渡し又は引渡を要しない仕事の場合において仕事が終了したときは、別段の特約がない限り、直ちに報酬の支払を請求することができ、仕事の目的物にかしがあると否とを問わないと同時に、仕事の目的物にかしがあるときは、注文者には、かしの修補を請求し又はこれと併わせて損害賠償の請求をなし、請負人がその義務を履行するまでは報酬金の支払を拒否する同時履行の抗弁をなす権利が与えられている。従って注文者は仕事が完成して目的物の引渡があったとき又は目的物の引渡を要しない場合において仕事が終了したときは、この請負人の担保責任を追及する方法によらないで、単に仕事の目的物にかしがあるというだけの理由で直ちに報酬金の支払を拒むことはできないものというべきである。」「請負工事が途中で廃せられ、予定された最後の工程を終えない場合は、工事の未完成に該当し、請負工事が予定された最後の工程まで一応終了し、ただそれが不完全で修補を要するときは、仕事の目的物に瑕疵あるときに該当する。」以上のように、裁判例は、瑕疵担保責任が生じる基準としての「仕事の完成」を、瑕疵のない仕事の完成とは区別された意味で、「予定された最後の工程が一応終了したこと」と解する。ここで、このリーディング・ケースとなった裁判例においては、「一応の完成」を観念づける意味として、仕事に瑕疵がある場合でも一応報酬を請求できることを指摘している点が重要である。

b) 「予定の工程の終了」以外の「仕事の完成」

しかし、このような予定の工程終了説は裁判例において必ずしも統一的理解ともいえず、これとは異なる「仕事の完成」基準の解釈として、予定の工程を終了したという請負人の客観的な行為の完了ではなく、瑕疵の程度、つまり、仕事の目的物が契約どおりであるかという観点から実質的に判断するものがある。例えば、外形上の完成に加えて建築基準法上適法であるかによって判断するもの(東京地判昭和 48 年 7 月 27 日判時 731 号 47 頁)、建物が注文者に引き渡され、注文者がこれを使用している場合には、瑕疵が比較的軽微か

どうかで仕事の完成を区別すべきとするもの(東京高判昭和 51 年 6 月 29 日金判 513 号 40 頁)、瑕疵が重大で本来の効用を有しない場合を未完成であるとしたもの(大阪高判昭和 59 年 12 月 14 日判タ 549 号 187 頁)、同様に、新築住宅として重要な部分が完全に施工されている場合を仕事の完成とすべきとするもの(横浜地判昭和 50 年 5 月 23 日判タ 327 号 236 頁)、工事が予定された最後の工程まで一応終了したことに加えて、社会通念上建物として完成し、建物としての本来の効用を果たす状態に達しているかどうかによって判断されるべきであるとしたもの(和歌山地判平成 12 年 12 月 18 日欠陥判第 2 集 484 頁³⁸)などがある³⁹。

c)報酬請求権と仕事の完成基準

予定の工程終了説のリーディング・ケースにおいてみられたように、裁判例上、仕事の完成という基準は、瑕疵担保責任の適用時点としての意味以外に、報酬支払い義務(報酬請求権)との関係が重要な意味を有している。請負は、請負人による瑕疵のない仕事の完成に対して注文者が報酬を支払う契約である。しかし、判例は、瑕疵があることだけを理由に報酬の支払いを拒絶することはできず、瑕疵の修補を請求するか、または瑕疵につき損害賠償を請求し、同時履行の抗弁をなすべきであるとする⁴⁰。とりわけ、請負においては、仕事の一部に瑕疵があったとしても、それが仕事全体の無価値を必ずしも意味しないということから、裁判例上報酬請求を基礎づけるものとして、「仕事の一応の完成」概念が用いられていることに注意が必要である⁴¹。

(2)学説による「仕事の完成」の解釈

³⁸ 本稿中、欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例集』第 1 集～第 7 集(民事法研究会、2000 年-2016 年)掲載の裁判例を指して、「欠陥判」とする。

³⁹ 仕事の完成・未完成について詳細に裁判例を整理するものとして、稲田龍樹「建築請負契約における瑕疵担保責任」遠藤浩・小川英明編『注解不動産法 2 建築・請負』(青林書院、1988 年)1037 頁以下も参照。裁判例における仕事完成基準は、相対的・流動的であるとの指摘として、塩崎勤「判批」判タ 1184 号〔平成 16 年度主要民事判例解説〕(2005 年)50 頁。また、このような仕事の完成・未完成による区別の妥当性について疑問を示すものとして、石外克喜「判批」判評 404 号(1992 年)169 頁。

⁴⁰ 大判大正 8 年 10 月 1 日民録 25 卷 1726 頁。なお、最判平成 9 年 2 月 14 日判時 1598 号 65 頁は、瑕疵修補に代わる損害賠償と報酬残代金との同時履行を肯定している。

⁴¹ つまり、ここでは、「未完成」とする以上、請負人は全額の報酬請求をすることができず、「仕事の一応の完成」を観念づけることによってはじめて報酬請求が可能となるという構成が前提となっている。

a) 予定の工程終了説に対する指摘

裁判例による「仕事の完成」を「予定の工程の終了」とする解釈については、学説上もこれに同意する見解がみられ、とりわけ実務上の観点から支持を得ているといえる⁴²。

なお、請負人の債務が、「瑕疵のない仕事の完成」であることから、仕事に瑕疵がある場合には一種の不履行状態を意味するにもかかわらず、瑕疵担保責任を適用する時点として「(一応の)仕事の完成」を観念づけることに理論的な困難性も存在する。この点、通説の示す「仕事の完成」以降は瑕疵担保責任を適用するとの見解に対して、「仕事の完成」は法的な意味で理解される必要があるとの指摘が、北川教授によってなされている⁴³。北川教授は、上記の予定の工程終了説を、「工事完了時説」と称し、工事の完了と区別された仕事完成時を観念づけるべきであるとする。その理由について、請負の瑕疵担保責任を、債務不履行責任と解すべきことにより、工事完了時説は、工事の瑕疵を完成された仕事の瑕疵ととらえることになることと指摘する⁴⁴。これに対して、仕事完成時説では、工事の目的物の瑕疵は未完成の一場合ととらえることになることとする。なお、裁判例にみられる、報酬支払いとの同時履行問題については、建設請負では、工事完了時に残代金の支払時期が到来するという特約があると解すれば實際上問題はないとする⁴⁵。

b) 仕事の完成を「履行水準」によって実質的に解する見解

裁判例による予定の工程終了説に対して、最後の工程まで終了すれば「仕事の完成」になるとするのは形式的にすぎるとして、「仕事の完成」とは、建築請負契約の場合、建築工事の全工程のうち重要な部分が瑕疵なく施工されており、かつ、他の部分について一応最後の工程まで終了しているときが該当すると解すべきであるとの指摘がある⁴⁶。

⁴² 内山・前掲注(2)『注釈民法(16)』119頁、後藤勇「最近の裁判例からみた請負に関する諸問題」判タ365号50頁(1978年)〔同『請負に関する実務上の諸問題』(判例タイムズ社、1994年)所収〕、定塚・前掲注(35)269頁等。

⁴³ 北川善太郎『債権各論(民法講要IV)[第3版]』(有斐閣、2003年)81頁。

⁴⁴ なお、請負の瑕疵担保責任は、仕事の完成後に生じる責任であり、その完成前には債務不履行が問題であるという説明が学説上多くみられることについて、「そのように解すると、請負人の瑕疵担保責任は仕事完成つまり債務の履行後の問題となり債務不履行の特則とする自らの前提(瑕疵があれば仕事は完成しない)と合わなくなる」と指摘する。北川・前掲注(43)84頁。

⁴⁵ 北川・前掲注(43)82頁。

⁴⁶ 山本重三・五十嵐健之・坂田隆史「建築請負契約における瑕疵担保責任」中川善之助・兼子一監修『建築・鑑定・管理[改訂版]不動産法大系第5巻』(青林書院、1975年)204頁。な

また、同様に、「仕事の完成」に客観的・実質的な意味を与えるべきとする見解として、笠井教授は、「仕事の完成」を規範的要件と理解することが妥当であると指摘する⁴⁷。なお、笠井教授は、①注文者からの瑕疵担保請求の請求原因事実としての仕事完成と、②請負人からの報酬請求の請求原因事実としての仕事完成について、①②のそれぞれの場合に區別して考えるべきであるとする。①の場面では、瑕疵担保責任規定の修補や解除制限規定に、不完全ではあるが提供された仕事の存続をはかる意味があるとみて⁴⁸、「仕事の目的物を維持することが、社会的観点からみて利益となるという価値判断を基礎付ける、より客観的な事実」とし、一方、②の請負人の報酬請求権の原因事実としては、予定の工程を終えたことだけではなく、実質的に建物の躯体部が完成していること、社会通念上建物の完成とみることができることなど、報酬請求を妥当とする要素を実質的に考慮すべきであるとする⁴⁹。笠井教授の見解と同様の視点に立つものとして、平田厚教授は、「仕事の完成」を、「請負工事が当該建物に関する最後の工程まで一応終了しており、かつ、当該建物が一般

お、瑕疵担保責任の適用時点として仕事の完成を置いているかは明確ではないが、注文者の権利及び請負人の義務の内容が仕事の完成前後で異なるとし、「仕事の完成」が、瑕疵を理由とする契約解除権の行使時期を決すること、請負人が債務を履行したといえること、反対に注文者に受領義務が生じること、また、641条の解除権の行使ができなくなるという効果と結び付けられることを前提としている。

⁴⁷ 笠井教授は、「予定工程の終了」を仕事完成の内容とすると、「完成」も事実であるかのように見えるが、完成概念の機能やそれが採用される事情から、「一定の(瑕疵のない完成に準じた)履行水準の高まりに対し、報酬請求を認めることが妥当か、あるいは、以後の仕事の不具合を瑕疵として瑕疵担保責任規範の適用に服せしめることが妥当かなどの、一種の規範的判断による部分が大きいことがわかる。」と指摘されている。笠井・前掲注(34)121頁。なお、後述のように、笠井教授は、笠井修「請負人の瑕疵担保責任規定の特則性について(2・完)」成城法学 56号(1998年)67頁においては、ドイツにおける引取りのように、「完成」概念に、注文者の主観的な要素としての「履行としての承認」を取り込むことが検討されるべきであると指摘している。

⁴⁸ なお、笠井教授は、瑕疵担保責任に基づく請求においても、建替費用賠償を認める判例や、瑕疵修補に代わる損害賠償と報酬残代金との同時履行を肯定する判例(最判平成9年2月14日判時1598号65頁)が示されていることから、あえて未完成を主張する利益は小さくなっていると述べている。また、債務不履行に基づく場合の一部解除への限定や、既施工部分に応じた部分報酬を認める判例の立場から、請負契約において不履行責任と瑕疵担保責任との差は「それほど大きくなるわけではない」と指摘する。笠井・前掲注(34)116頁。

⁴⁹ 笠井・前掲注(34)122頁。なお、笠井教授は、注文者が、自己の瑕疵担保請求権を行使するために、請負人の仕事完成を主張立証することになる点については疑問を付している。同121、122頁。

的効用を保有していると評価できること」と解すべきであるとする⁵⁰。これらの見解は、不完全ではあるが提供された仕事の価値を認めることの必要性から、「仕事の一応の完成」に結びつけられるべき法的効果(とりわけ報酬支払義務の発生、解除権行使の制限)を考慮して、これを実質的に解することにより、妥当な結論を導こうとするものであるといえる⁵¹。

2. 仕事の完成以外の時点

以上のような学説及び裁判例の状況に対し、瑕疵担保責任の発生時点として、「仕事の一応の完成」以外の基準を検討する見解も示されている。

(1)仕事の完成を承認した時点としての引渡し基準説

a)三宅教授の見解

三宅教授は、請負の仕事に瑕疵があるとは、契約に適合しないことであり、仕事完成の不完全履行にほかならないとする⁵²。そして、請負における瑕疵担保責任は、特定物売買における原始的瑕疵に関する沿革的瑕疵担保とは全く異なり、債務不履行の特殊型である不完全履行に起因する責任であるとしたうえで、「不履行責任とは区別されそれを補完する責任として」、担保責任と解すべきであるとする⁵³。三宅教授は、第 634 条以下を不完全履行の特則であるとする鳩山説について、注文者が仕事の中で不完全な履行を知ったときに、第 634 条による修補請求のみを認めることになり、これは「民法が同条等の責任を担保責任と規定することと調和しない」とし⁵⁴、また、「仕事の完成」以降に瑕疵担保責任が適用されるとする我妻説に対して、瑕疵ある仕事を「完成」した場合に限定しても、「や

⁵⁰ 平田厚『建築請負契約の法理』(成文堂、2013年)129頁。

⁵¹ 笠井教授は、裁判例及び多数説が「予定の工程の終了」による瑕疵担保責任の適用という考え方を採ることについて、理論上未整理な問題を残していると指摘する一方で、とりわけ建築請負契約については、予定の工程を終えて一定程度以上の履行水準に達した場合には、一応の「仕事の完成」を認めることにより、報酬請求を可能とすることに加え、以後の関係の処理を瑕疵担保責任規範に委ねることにより、請負人のリスクを限定する要請があると指摘する。したがって、「履行水準」による「仕事完成」の解釈は、結論的には妥当な処理であるとしながらも、それを導く理論構成及び判断基準に関してはなお問題が残されているとする。笠井・前掲注(34)115頁、116頁。

⁵² 三宅正男『契約法(各論)下巻』(青林書院、1988年)904頁。

⁵³ 三宅・前掲注(52)902頁、903頁。

⁵⁴ 三宅・前掲注(52)899頁。

り直しの請求を排除する理由はない」とする⁵⁵。この指摘から明らかなように、三宅教授は、第 634 条以下の修補請求は仕事のやり直しを排除することを前提として⁵⁶、「注文者の、やり直し請求を含む履行請求権を排除するには、不完全履行に加えて、排除の根拠となる注文者の行為が加わらなければならない」との解釈を展開し、目的物の引渡しを必要とする請負において、注文者が目的物の引渡しを受けたときは、注文者が瑕疵を知らなかったとしても、「やり直しはもちろん補修の請求、それらの不履行による解除や損害賠償の請求など、債務不履行の責任をすべて消滅させ」とする⁵⁷。したがって、引取り後に現れる瑕疵については、債務不履行責任とは異なる制限的内容の責任として瑕疵担保責任が発生すると構成する。なお、ここでの「引取り」の意義について、注文者による「完成(完全履行)の承認」を当然に含むと説明する⁵⁸。

b) 潮見教授の見解

以上の三宅教授の見解に対しては、潮見教授による指摘がある。まず、三宅教授が「担保責任」であることによって「債務不履行責任」とは区別されなければならないとする前提は成り立たないとする⁵⁹。次に、三宅教授が、「仕事の完成の承認」を「仕事に瑕疵がないことに対する承認」と同視する点には無理があると指摘する⁶⁰。潮見教授は、「仕事の完成の承認」は、「客体性の承認」を意味しても「性状承認」までを含まないとの解釈を示したうえで、「仕事の完成の承認」があったとしても、請負人の履行が不完全であることには変わりがないとし、「民法第 634 条以下の規定は、債務不履行の効果であることには相違なく、むしろ仕事の完成を承認しての引渡があったという事情を考慮して、民法第 415 条、第 540 条以下の債務不履行の一般的効果に対する特則を定めたものと位置付けるのが適切

⁵⁵ 三宅・前掲注(52)900 頁。

⁵⁶ この点で、不完全履行による修補請求(これを「本来の仕事完成債務を、瑕疵修補の形で履行させる」という)と、「担保責任」としての修補請求を区別する。三宅・前掲注(52)886 頁参照。

⁵⁷ 三宅・前掲注(52)900 頁。

⁵⁸ 三宅・前掲注(52)900 頁。

⁵⁹ 潮見・前掲注(13) 246 頁は、請負の場合には瑕疵担保責任が請負契約から帰結される請負債務の違反に対するものであり、その債務内容を抜きにして「担保責任」の性質を論ずることはできないとする。

⁶⁰ 潮見・前掲注(13)247 頁。

である。」と述べる⁶¹。

c)笠井教授の見解

以上の潮見教授による「仕事の完成を承認しての引渡し」は、ドイツにおける引取り(Abnahme)に対応するものであると思われるが⁶²、同様にドイツにおける引取りの持つ、主観的な履行承認の効果として、瑕疵担保責任を生じさせるという考え方は笠井修教授によっても指摘されていた⁶³。笠井教授は、請負の瑕疵担保責任の適用時点として、通説・裁判例が仕事の「完成」によっているとし、この「完成」を「予定工程の終了」を意味すると解していることについて、この「完成」は種類物売買における判例⁶⁴が示す「履行としての認容」の基準と機能的に対応し、請負の瑕疵担保責任と種類物売買の瑕疵担保責任との同質性から、請負の「完成」概念に主観的な承認の要素を取り込むことが検討されるべきであるとする⁶⁵。

⁶¹ 潮見・前掲注(13)247頁。潮見教授は、「仕事の完成の承認」によっても請負人は債務不履行責任から解放されないという点で三宅教授の見解と異なる見解を示すが、そのように解した場合でも、「特別法は一般法に優先するという原則から、引渡後の一般規定の適用が排除されることの説明はつく」としていることから、引渡しによって債務不履行責任の一般規定が排除されると解する限りでは三宅教授と同様の結論となる。なお、瑕疵担保責任の効果の面では、修補義務について、本来の給付義務の一発現形態とみるか、三宅教授のように法により特別に認められるものとするかによって扱いが違ってくる点について指摘している。この点に関して潮見教授は、近時の研究の中で、「客体としての承認」によって債務不履行責任に結び付けられる救済手段に何らかの制限を加えることは肯定するが、債務不履行責任が排除されるという効果については疑問を示している。潮見・前掲注(4)282頁、283頁参照。そこで、「仕事完成を承認しての引渡し」以降にも債務不履行責任の追及を可能とする場合には、三宅教授の見解とその点で明確に異なることになるとと思われる。

⁶² 潮見教授は、同・前掲注(13)247頁において、下村正明教授のドイツにおける引取り概念の検討(下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪大法学 145・146号(1988年)500頁以下)を引用している。

⁶³ 笠井・前掲注(47)67頁、同『保証責任と契約法理論』(弘文堂、1999年)303頁以下。なお、笠井教授が、その後の論考(同・前掲注(34))において、履行水準によって瑕疵担保責任の適用時点を画すべきとの見解を示していることについては上述のとおりである。

⁶⁴ 最判昭和36年12月15日民集15巻11号2852頁。

⁶⁵ 笠井・前掲注(47)67頁、同・前掲注(63)303頁以下。笠井教授の見解について、北居教授は、北居功「笠井修著『保証責任と契約法理論』」法学研究73巻6号(2000年)138頁において、「必ずしもわが国で従来定着を見なかった請負契約における時的区分論が本書によって提唱されている」と述べている。なお、笠井教授は、同・前掲注(34)119頁においては、売買契

以上の見解は、「仕事の完成としての承認」という注文者の主観的要素に着目し、それ以降の責任を定めたものとして瑕疵担保責任を位置付ける点で、裁判例の採る「仕事の完成」構成とは異なっている。また、後述するように、このような考え方は、近時、種類物売買における「履行としての認容」に、債務不履行責任と瑕疵担保責任の境界として積極的な意味を見出す有力説と共通する点を有する。

(2) 瑕疵担保責任の責任期間の起算時(引渡し又は完成の承認時)を基準とする見解

第 637 条、第 638 条による瑕疵担保責任の責任存続期間の起算時を理由に、瑕疵担保責任が発生する時点を仕事の完成時ではなく、目的物が引渡しを必要とする場合には引渡し
のとき、引渡しを必要としない場合は完成のときに生じるとする見解がある⁶⁶。なお、この見解を示す石田助教授は、引渡しを必要としない場合の完成の意味について、注文者が目的物の引渡しを受ける場合に、それを検査し完成を承認したうえで受領することとのバランスから、注文者が目的物を検査しその完成を承認したことを意味すると解するのが妥当であるとし、それによって、瑕疵担保責任は目的物の引渡し
のときか完成の承認のときに発生するとする⁶⁷。このように、理由付けは異なるが、「完成の承認」を観念づける点では上述した三宅教授らの見解と共通の要素をみることができる⁶⁸。同様に、瑕疵担保責任の

約とのパラレルな構成の可能性もないではないとしながら、両者の違いを指摘するに至っている。具体的には、「請負契約の場合には、瑕疵を帯びてはいるもののひとまず仕事が完成に達するまでに、請負人はすでに労力(と材料)を投下しており、注文者からの請負代金受領以外の方法でこれを回収することは困難であって、売買契約の目的物を回収する場合とは前提を異にする。両者における瑕疵担保責任規範を適用する契機は大きく異なるものといえることができる。」としている。

⁶⁶ 石田穰『民法V 契約法』(青林書院、1982年)333頁。また、判例(最判昭和54年3月20日判時927号186頁)が修補にかわる損害賠償請求権が引渡し
のときに生じるとしていることも、請負人の瑕疵担保責任が引渡し
のときに生じることを示唆していると指摘している。なお、石田助教授は、引渡しや完成の承認前の目的物の瑕疵は、目的物の滅失・毀損の問題として処理されるとし、請負の危険負担の問題の中に位置付ける。

⁶⁷ 石田・前掲注(66)333頁。

⁶⁸ なお、三宅教授は、この石田助教授の見解に対して、目的物の引渡しを要しない請負について異なる見解を示す。三宅教授によれば、目的物の引渡しを要しない場合には、仕事完成の承認となる注文者の引取りがないことから、「不完全履行に基づく不履行責任を消滅させ代りに担保責任を生じさせる根拠がない。」とし、その解釈には困難を伴うとしながら、注文者は仕事終了のときから1年内に限り634条以下によって瑕疵修補請求などを行うことができ、規定上、これは担保責任であるが、「実は不完全履行による不履行責任の特則であり、従って瑕疵が何時現れたかを問わず、修補が不可能でもやり直しが可能ならやり直しの請求も

存続期間の発生時を理由として、目的物の引渡し以前では不完全履行の責任の問題となり、引渡し以後では請負人は瑕疵担保責任を負うことになるとする見解がある⁶⁹。

(3) 売買における瑕疵担保責任の時的区分説の転用

種類物売買における判例の「履行としての認容」の基準を請負についても検討することの可能性を指摘する笠井教授の見解⁷⁰について上述したが、近時、売買における瑕疵担保責任をめぐる議論において、「履行認容」としての受領時における買主の主観的な態様に着目し、受領後に発見された隠れた瑕疵について、とくに責任の追及を認めたものが瑕疵担保責任であると解し、その点で債務不履行責任の特則であると構成する森田宏樹教授の見解が有力となっている⁷¹。同様の試みとして、藤田寿夫教授もドイツにおける履行認容をめぐる議論から瑕疵担保責任の再構成を行う⁷²。さらに、瑕疵担保責任を「特定合意」後の責任として構成する北居教授の理論展開も、「履行としての認容」に積極的な意味を認める

妨げない」との考えを示している。この点で、引渡しを要しない仕事についても、「完成としての承認」によって瑕疵担保責任が適用されると解する石田助教授の見解とは異なる見解に立ち、支持できないと述べている。以上の点について、三宅・前掲注(52)903頁、904頁。

⁶⁹ 山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)201頁。このような取り扱いは、不特定物売買の瑕疵に関する判例が受領の前後において不完全履行責任と瑕疵担保責任の適用を区分するのと同様であると解する。そして、伝統的通説が、仕事の完成以降に瑕疵担保責任の規定が適用されると解することは、瑕疵担保責任の責任期間について定めた第638条に矛盾すると指摘している。しかし、一方で、山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)202頁では、注文者の権利と請負人の義務は、「工事の完成前と完成後」で異なっており、「工事の完成前には注文者は完全な履行を請求し、損害賠償を請求し、契約を解除することができるが、工事の完成した後は、前二者はできるが、契約を解除することはできないと解すべきである」と指摘しており、責任内容は仕事の完成前後で差異を生じていると解するのが適当であるとの見解を示す。つまり、責任期間の始期と、責任内容の差異が生じる基準について異なる時点を観念していることになると思われる。

⁷⁰ 笠井・前掲注(47)67頁。

⁷¹ 森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法51号129頁以下(1989年)、未完の同タイトルの論文として「瑕疵担保責任に関する基礎的考察(一)-(三)」法協107巻2号、6号(1990年)、108巻5号(1991年)、同「債務不履行と瑕疵担保」法学教室193号36頁以下(1996年)〔同『契約責任の帰責構造』(有斐閣、2002年)所収〕。また、「受領」ないし「履行としての認容」基準構成をめぐる判例と学説の展開について全体を概観するものとして、円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一ほか編『民法講座(5)』(有斐閣、1985年)185頁以下、近時の議論動向も含め整理・分析するものとして、潮見・前掲注(4)261頁以下参照。

⁷² 藤田寿夫「瑕疵担保責任の再構成－不特定物売買との関係を中心に」神戸学院法学21巻4号57頁以下(1992年)〔同『表示責任と契約法理』(日本評論社、1994年)所収〕参照。

という点で共通の方向性を示すものである⁷³。これらの理論構成は、売買の瑕疵担保責任をめぐる契約責任説の中でも新たな見解として、「時的区分説」と表現される⁷⁴。

なお、従来から種類物売買における判例が示していた「履行としての認容」基準に関して、請負の瑕疵担保責任について転用可能かどうかを意識的に論じる試みは活発であったとはいえないが、このような売買における新たな理論展開のもとで、請負についてもパラレルに説明可能であると指摘するものがある⁷⁵。また、北居教授も、請負における時的区分説について言及しており、請負においても売買と同様に、「履行としての受領」による瑕疵担保責任の債務不履行責任に対する制限的な責任への限定という効果を観念しうることを示唆している⁷⁶。なお、売買における瑕疵担保責任の新たな理論展開を踏まえ、請負の瑕疵

⁷³ 北居功『「受領」概念の機能的考察－商法 526 条の機能分析を契機に』法学研究 69 卷 1 号 279 頁以下(1996 年)、同「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係(一)-(四・完)」法学研究 69 卷 5 号、6 号、8 号、9 号(1996 年)、同「担保責任の将来展望－履行としての受領の意義」法時 80 卷 8 号 24 頁(2008 年)による整理も参照。

⁷⁴ 森田宏樹教授、藤田教授、北居教授による見解を分析するものとして、下森定「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」山畠正男先生五十嵐清先生藪重夫先生古稀記念論文集刊行発起人編『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』(信山社、1997 年)187 頁以下〔同『下森定著作集Ⅱ 履行障害法再構築の研究』(信山社、2015 年)所収〕。また、森田宏樹教授、北居教授の理論構造についての分析として、潮見・前掲注(4)281 頁以下を参照。また、潮見教授は、森田説と北居説と対比しながら自身の見解を示している。潮見教授は、「客体としての承認を意味する意思的行為」としての「受領」に着目する点で「性質面での適合性」までの承認を含まず、北居説と異なるとし、また、森田説との違いとして、一般債務不履行規定を排除するという効果を生じさせる点について疑問を示す。なお、後者の点については、「交付された目的物を種類売買の客体として承認するという行為をみずからの意思に基づいてした以上、なんらかの意味で給付目的物の品質に関する「給付危険」(完全な給付がなされなかったことによる不利益)を負担しなければならないという民事法政策的な判断を下すことは、ありうる選択肢である」と述べている。また、森田修教授は、請負のような行為債務の給付危険の移転の問題において、瑕疵担保責任と債務不履行責任の規定の関係について述べる。森田修『契約責任の法学的構造』(有斐閣、2006 年)509 頁は、森田宏樹説の「受領」による債務の消滅という構成に対し、給付危険の移転として履行請求権の消滅を捉えることもできるとする。

⁷⁵ 藤田寿夫『表示責任と契約法理』(日本評論社、1994 年)130 頁〔初出・「瑕疵担保責任の再構成－不特定物売買との関係を中心に」神戸学院法学 21 卷 4 号(1992 年)〕。

⁷⁶ 北居功「笠井修著『保証責任と契約法理論』」法学研究 73 卷 6 号(2000 年)139 頁は、「注文者が仕事を検査し一応完成した給付として承認する場合、つまり「履行として受領」する場合には、これにより仕事完成に向けられた履行請求権は注文者側から見れば修補請求権に限定されることになる」とし、「これは請負人からすれば仕事の全面的なやり直しをすることを原則として免れることを意味するわけであり、その限りで全面的な仕事完成義務は修補義務

担保責任についても同様に解するとするものがある⁷⁷。

(4)主観的な要素を基準とする見解に対する批判

「仕事の一応の完成」以外の時点を主張する見解は、瑕疵担保責任の位置付けや、その責任発生時点に関する理由づけは異なるものの、「承認」という主観的な要素を債務不履行責任と瑕疵担保責任の境界として位置付ける点で共通する部分があるといえる。このような買主ないし注文者の主観的な要素に着目する見解に対しては、注文者が仕事に不完全な点を発見したのちに、自らが承認したとして瑕疵担保責任を主張することも、承認していないとして債務不履行責任を追及することも、ほぼ自由に選択可能となるとして、このような取り扱いに対する疑問を示すものがある⁷⁸。このような指摘をする見解からは、請負の瑕疵担保責任が、民法第 634 条第 1 項、第 635 条ただし書により、債務不履行責任による請負人の責任を制限しており、その趣旨は注文者と請負人との利益衡量、また、社会経済的な要請であると解した場合に、「完成としての承認」という意味での引渡しの前後によ

へと縮減される。すなわち、請負人の「給付危険」は縮減されたこととなる。しかし、これはあくまで全面的に請負人が負っていた「給付危険」が一部免責されることを意味するにすぎないのであるから、その利益を享受する請負人がその利益を放棄することは自由であろう。」とするなお、この指摘は笠井修教授の『保証責任と契約法理論』についての書評において、笠井教授に対する問いかけとして述べられている点に留意しておく必要がある。

⁷⁷ 大村・前掲注(4) 47 頁は、売買の瑕疵担保責任について、本来の債務不履行責任が転化した特殊な責任であり、いったん目的物の引渡しがなされ、それによって売主の債務の履行は完了した後の責任であるため、期間などについて一定の制約が課されると説明し、森田宏樹教授の見解を支持する。そのうえで、請負の瑕疵担保責任について、同・136 頁は、売買の場合と同様に、受領後の隠れた瑕疵に対する責任であると解すべきではないかとしている。なお、同・前掲注(1)155 頁では、改正法案について、売買の瑕疵担保責任の「隠れた」瑕疵という要件が除かれたことにより、売買と請負の差異はこの点について解消された旨を指摘している。また、売買の瑕疵担保責任について時的区分説に立つ見解からではないが、加藤雅信教授は、請負の瑕疵担保責任について、瑕疵ある物の給付によっては請負契約債務の履行とならないが、注文者が瑕疵ある物の給付を履行として認容したうえで、それに対応する代金の減額を請求する途を選択するのであれば、無過失の場合にも代金ないし報酬の減額だけは認められるとして、「種類売買契約についての修正選択説の請負契約版」とであると述べている。加藤・前掲注(22)394 頁。

⁷⁸ 笠井・前掲注(34)119 頁。笠井教授は、この指摘の意図として、請負人の仕事が一定以上の履行水準に達している場合でも、債務不履行責任が追及されることや、民法第 541 条、第 641 条の解除のリスクにさらされることに対する危惧を示す。

ってこれらの要請が変わるものではないとの見方が示される⁷⁹。

3. 受領拒絶の場合の取り扱い

時的区分説に対する批判として、瑕疵を理由に注文者が仕事の受領を拒絶した場面において、そこでの責任規範として債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれが適用されるかを、注文者が「完成として承認」し、受領するか否かによって自由に選択しうるという帰結を導くことに対し、その妥当性についての疑問が示されている点について述べたように、瑕疵担保責任の適用時点をめぐる見解の違いは、請負人による仕事の物理的な意味での引渡しの際に、すでに注文者が瑕疵を発見した場合、注文者は、債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれの規定に基づいて請負人の責任を追及しうるかという点において異なる取り扱いを生じさせる。伝統的通説及び裁判例によれば、仕事の一応の完成という客観的な基準によって瑕疵担保責任の適用が生じるため、注文者が瑕疵を理由に仕事の受領を拒絶した場合でも、仕事が「一応完成」している以上、瑕疵担保責任が適用されることになる⁸⁰。

受領拒絶の場合の取り扱いをどのように解するのかについては、瑕疵担保責任の適用時点に関する議論の中で明確に言及していないものもみられるが、この点、高木教授は、仕事の瑕疵を理由に注文者が受領を拒絶した場合でも瑕疵担保責任の適用を肯定すべきという考えを示している⁸¹。なお、この点における高木教授の意図は、受領拒絶の際に債務不履行責任が適用された場合、注文者は請負人に対して新たな仕事の製作を求めることができ、また、不完全履行の法理に基づいて契約を解除しうることになるという帰結を回避することにあるといえる⁸²。つまり、瑕疵担保責任における修補請求権は新たな仕事をなすこと

⁷⁹ 平田・前掲注(50)110頁、111頁参照。

⁸⁰ それは、瑕疵を理由に受領を拒絶する場合、注文者は、それだけでは報酬の支払いを拒むことはできず、瑕疵の修補請求ないし瑕疵を理由とする損害賠償を請求し同時履行を主張しなければならないとの判例(大判大正8年10月1日民録172巻6頁等)の立場にも現れている。

⁸¹ 高木・前掲注(13)157頁。

⁸² 高木・前掲注(13)157頁は、瑕疵を理由に注文者が仕事の受領を拒絶した場合に新たな仕事の請求をすることができるかという問題設定に対し、理論的に考えればなしうるとしたうえで、「しかし、新しい仕事をなすことは、請負人が、これまでに投じてきた材料、労力を無にすることであるから、かかる請求を認めることは、通常、請負人にとって酷である。瑕疵の除却、すなわち、修補請求権にとどめるべきである」「このように一般的不完全履行責任の適用は認めるべきではなく、634条以下の瑕疵担保責任の法理で解決すべきである」と述べる。

を含まない瑕疵の除去であり、また、瑕疵担保責任のもとでは解除が制限されることを前提として、注文者によって受領が拒絶された場合でも、請負人がそれまでに供した材料や労力を尊重する必要性(それを無に帰することの請負人に対する過酷性)が考慮されていることが重要である⁸³。この点で、上述した時的区分説を批判する見解と共通の考えを見出しうる。

一方で、仕事完成時以外の時点として「仕事の完成の承認」を瑕疵担保責任の発生時とすべきとする見解を採る三宅教授は、注文者が「仕事の完成を承認」する前に瑕疵を発見した場合には、注文者は仕事の引取りを拒絶し、修補またはやり直しの形での履行を請求することができるとしている⁸⁴。また、上述したように、種類物売買における時的区分説は、受領による債務不履行責任の遮断と、受領の際に発見しえなかった瑕疵について、瑕疵担保責任としての責任の復活という構造を採る⁸⁵。したがって、種類物売買における考え方をそのまま請負に転用するとすれば、物の給付の際に認識しえた瑕疵について受領を拒絶する場合には、債務不履行責任の主張をなすことになる。

以上の見解の対立について、「仕事の一応の完成」を瑕疵担保責任の適用基準とする見解が、これまでに請負人がなした仕事を無にするような取り扱いをするべきではないことを理由として債務不履行責任ではなく瑕疵担保責任を適用すべきとしているのに対し、時的区分説が、「仕事の完成の承認」や「履行としての認容」という注文者の主観的な要素が介在することを理由に、「請負人がなした仕事を無にする取り扱い」を排除すべきとしているのか、反対にいえば、注文者が「仕事の完成を承認」しない限りは、請負人がなした不完

⁸³ しかし、高木教授は「不完全履行の法理を活用せざるを得ない場合もあり得る」と述べており、原則としては受領拒絶の場合(受領後においても)に瑕疵担保責任の適用場面とするが、一般の債務不履行責任を完全に排除することについては留保しているといえる。この点について、請負人の投じてきた材料や労力を無に帰することが過酷ではない場合が想定されているものと考えられる。高木・前掲注(13)157頁、158頁参照。

⁸⁴ 三宅・前掲注(52)908頁。

⁸⁵ なお、時的区分説に対して、「債務不履行責任の遮断」という点について異なる考え方を示す潮見教授の見解については上述したとおりである。潮見・前掲注(4)281頁以下参照。このような責任の復活はいかなる理由で肯定されるかについて、対価的均衡を保つことにあるとされる。したがって、この点では従来から法定責任説の主張する瑕疵担保責任の機能や、無過失責任による報酬減額的な損害賠償という点に瑕疵担保責任の特則性をみる来栖博士及び高木教授の見解とも共通するといえる。

全な仕事の価値を考慮する必要がないと解しているのかといった点が疑問として生じる⁸⁶。なお、受領拒絶による債務不履行責任の適用という構成を否定する見解が主張する、請負人がそれまでに供した材料や労力に対する考慮という要請は、請負において特に問題となる点であるといえ、とりわけ、種類物売買における時的区分説が、瑕疵担保責任の効果との関係で、このような問題をどのように解しているのかについては明確ではない。また、ここでも、瑕疵担保責任の効果として、債務不履行責任の効果との違いをどのように把握しているのか、その部分において共通の前提に立っているのかという点が重要となる。

三 瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用基準をめぐる議論の整理

上述したように、瑕疵担保責任の適用をめぐる裁判例及び学説の議論において、裁判実務によっても採られている、「仕事の完成」を基準とし、「予定の工程の終了」や、客観的な「履行水準の高まり」によって瑕疵担保責任を適用するという立場と、近時の売買の瑕疵担保責任における有力説(いわゆる時的区分説)との共通性を有する、注文者の「完成としての承認」という主観的な要素により、債務不履行責任を遮断し、それ以降に認められる責任として瑕疵担保責任を位置付けるという立場は、瑕疵担保責任の適用を肯定する契機として全く異なる要素をみているものといえる。

そして、瑕疵担保責任の適用時点をどのように解するかにかかわらず、「仕事の一応の完成」や「完成としての承認」の効果として、瑕疵担保責任を適用することにより、債務不履行責任の効果完全に排除していると解されうるのかもまた問題となる⁸⁷。裁判例及び学説の多数は、瑕疵担保責任の適用場面において、債務不履行責任の適用を排除するとの見解を示す。これに対して、場合によっては債務不履行責任の併用を認める見解も示されている。この問題においては、瑕疵担保責任の効果として、債務不履行責任との違

⁸⁶ このように解するのであれば、注文者の「仕事完成の承認」が、請負人に対し重大な利益状況の違いを生じさせることの積極的な理由が求められることになる。

⁸⁷ この点に関連して、潮見教授は、森田宏樹教授による売買における「履行として認容した」受領による債務不履行責任の排除という効果について、「履行としての認容」が、「客体としての承認」であり、「性質」の承認を含まないことから、債務不履行責任に結び付けられる救済手段として、とりわけ完全履行請求権を排除することの疑問を示している。潮見・前掲注(4) 282頁以下参照。時的区分説における「履行としての認容」や「完成としての承認」という概念自体の捉え方(とりわけ性状についての承認を含むかどうか)や、この要素にどのような意味を与えるかについては、なお検討を要する問題である。

いをどのように解するのが重要であるが、それについて必ずしも明確にされておらず、また、学説において共通の前提に立って議論されているとはいえないように思われる。とりわけ、瑕疵担保責任の適用場面において債務不履行責任による効果を認めないとすれば、瑕疵担保責任と債務不履行責任の内容の違いと、そのような取り扱いを肯定する理由を必要とする。また、債務不履行責任との併存を認める見解を採った場合でも、法が債務不履行責任とは別に瑕疵担保責任を置いた理由について検討する必要がある。以上の学説の議論では、瑕疵担保責任が債務不履行責任に対して請負人の責任内容を制限しているという見方を前提として展開するものがみられるが、その「制限」が具体的にどのような内容であり、それに従って、そのような制限がどのような意図に基づくものであると解しているのかは必ずしもすべての見解において明確に示されているとはいえない。

以上のように、瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係と、瑕疵担保責任の特性及びその意義について検討するためには、瑕疵担保責任の効果としてどのような内容が予定されているのかという点を明らかにする必要がある。そこで、以下では、瑕疵担保責任の要件たる瑕疵の意義と、効果である救済手段における議論の状況を検討する。

第二節 瑕疵の意義

一 はじめに

民法の条文上、瑕疵担保責任が生じる要件として明らかなのは、「仕事の目的物に瑕疵がある」ことである(第634条本文)。瑕疵担保責任の適用基準をめぐる議論について述べたように、伝統的通説及び裁判例は、請負契約において、「仕事の未完成」と、「完成した仕事に瑕疵がある」という状態を区別して捉えている。そこから、これまでの学説及び裁判例では、これら二つの概念をどのように限界づけるか、という点が問題とされてきた。なお、「仕事の一応の完成」について、予定の工程の終了によって「未完成」と「瑕疵ある完成」を区別する場合には、「瑕疵」という同じ状態が、客観的・形式的な請負人による行為の終了によって「瑕疵ある完成」に変化することになる。一方で、「仕事の一応の完成」について、履行水準の高まりという実質的な観点から捉える見解に立てば、未完成とは区別される意味での「瑕疵」は、仕事の目的物を維持することが社会的観点からみて利益とな

るような状態(例えば、実質的な建物の躯体部の完成、社会通念上の建物の完成⁸⁸)や当該目的物が一般的効用を保有していると評価できる状態⁸⁹においてなお存在する、契約で合意した内容との違いという意味で捉えられることになる⁹⁰。このように、請負の瑕疵は、仕事に契約で取り決めた内容どおりでないこととされながら、「仕事が一応完成した状態」を觀念づける必要性があるとの解釈のもとで、売買とは異なる議論が展開されてきた事情がある。ここでは、未完成と区別される意味での「瑕疵ある仕事の完成」の位置付けではなく、そもそも「瑕疵」という「仕事に契約どおりでないこと」の意味がどのように解されているのかという点について、学説及び判例の議論を確認する。

売買における瑕疵の意義が、しばしば瑕疵担保責任の法的性質論との関係において論じられているのに対し⁹¹、請負における瑕疵は仕事に契約どおりでないことである点にほぼ異論はないことから、瑕疵担保責任の法的性質との関係も生じない。しかし、実際の裁判例では、瑕疵を当事者が合意した契約内容どおりではないこととする解釈に立ちながら、どのような判断枠組みを採っているのか、必ずしも明確ではない状況がみられる。また、請負における瑕疵が不完全な履行であるとの考えに立つ以上、当事者が契約において合意した内容からの相違が瑕疵であることになるが、平成15年の最高裁(最判平成15年10月10日裁判集民211号13頁⁹²)が約定違反を瑕疵であるとして、主観的瑕疵判断を採ること

⁸⁸ 笠井・前掲注(34)122頁。

⁸⁹ 平田・前掲注(50)129頁。

⁹⁰ この点について、建物が一般的効用を有していることにより仕事の完成を決ずるとする平田教授は、そのような仕事の完成を「客観的完成」とし、このような一応の完成に対して、契約に合致した瑕疵のない意味での完成を「主観的完成」と称する。平田・前掲注(50)112頁以下。

⁹¹ 熊田裕之「民法570条の「瑕疵」概念に関する一考察」法学新法105巻2・3号(1998年)145頁以下、田畑嘉洋「売主瑕疵担保責任における瑕疵概念と法的性質の関係—ドイツにおける瑕疵概念論の展開を中心として—」九大法学103号(2011年)184頁以下。また、債権法改正議論において、山本敬三教授により、瑕疵担保責任を契約責任と解する以上、主観的瑕疵概念の考え方を採る以外なく、客観的瑕疵のような考え方は採りえないことがしばしば強調されている。例えば、第14回会議議事録13頁、第23回会議議事録・45、46頁参照。

⁹² 本判決については、原田剛「判批」法教283号(2004年)100頁、山地修「請負人の瑕疵担保責任における『瑕疵』の概念について(最二小判平成15.10.10)」判タ1148号(2004年)4頁、花立文子「判批」私法判例リマークス30号42頁、塩崎勤「判批」判タ1184号〔平成16年度主要民事判例解説〕(2005年)50頁、平野裕之「判批」別冊法学教室294号〔判例セレクト2004〕294号(2005年)19頁、笠井修「判批」別冊ジュリスト192号〔不動産取引判

を明らかにするまでの状況として、とりわけ、建築物の瑕疵についていえば、その物として通常の品質や性能を有している場合には瑕疵ではないとの判断が、一定程度形式的になされている状況があった。ここで、当事者の合意した契約内容を基準とするのではない、特別な「瑕疵概念」が存在しているのであるとすれば、それは、請負人が瑕疵のない仕事の完成義務を負っているということとの整合性を欠くことになる。一方で、請負における瑕疵が不完全な履行であるとされたとしても、建築請負契約の場合など、すべての物の性質や性能について詳細に取り決められるわけではなく、合意内容が明確ではない場合もある。そこでは、「瑕疵」の意義をどのように解するのか、また、それによってどのような判断のもとで瑕疵が認められるのかという点で問題が存在する⁹³。

二 学説の状況

1. 売買における瑕疵概念をめぐる議論

上述したように、これまで請負の瑕疵については意識的な議論がされておらず、議論の中心は売買の領域においてなされている。そして、しばしば請負についても売買における瑕疵と同様に解されていることから、ここでは売買における瑕疵の意義についての議論を参照する。

瑕疵概念については、とりわけ、売買における物の瑕疵について、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念について見解の対立があったとされるが⁹⁴、そこでの議論の対立点についての理解には、学説上やや混乱がみられる⁹⁵。以下、売買における議論を整理すると、まず、

例百選〔第3判〕(2008年)156頁、山田到史子「判批」民商130巻3号(2004年)194頁、同・別冊ジュリスト200号〔消費者法判例百選〕(2010年)156頁、松本克美「建物の安全と民事責任—判例動向と立法課題—」立命館法学350号(2013年)189頁等を参照。

⁹³ さらに、当事者の合意しうる物の性質についての範囲はどこまで及ぶのか、例えば、物理的な性質、環境上の性質、その物自体に付着していない使用説明にまで及ぶかも問題となりうる。この点、鳩山博士は、売買の瑕疵について、物の使用方法について誤って伝えた場合は、物の瑕疵と解することはできないとしている。鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、1955年)311頁参照。

⁹⁴ 柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)』(有斐閣、1993年)354頁[柚木=高木]、また、瑕疵概念についての学説及び裁判例を詳細に検討するものとして、小田倉正季「瑕疵担保責任における「瑕疵」概念についての基礎的考察—不動産売買の事例を中心に—(1)(2・完)」専修法研論集42号(2008年)45頁以下、同43号137頁以下を参照。

⁹⁵ 潮見佳男『契約責任の体系』(有斐閣、2002年)376頁以下、また、同・前掲注(1)10頁も

主観的瑕疵概念とは、瑕疵を具体的な契約内容との関係において、当該契約において当事者が対象に与えた意味によって捉えるものであるのに対し、客観的瑕疵概念とは、具体的な契約内容から離れ、取引においてその物が通常有すべきものとして一般に期待される性質を基準として瑕疵を捉えるものである。このように解した場合、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念は二律背反的な、対立する概念としておかれる⁹⁶。一方で、現在の学説の中では、以上のような意味での主観的瑕疵と客観的瑕疵ではなく、契約当事者が特別の合意をした性質によって瑕疵を判断するという意味で主観的瑕疵を捉え、そのような特別な合意がない場合の判断要素として、目的物の通常の性質を考慮することを取り上げて、この意味で客観的瑕疵を捉えているものがある⁹⁷。主観的瑕疵と客観的瑕疵の両方が瑕疵概念に含まれるとの見解や、当該契約において予定された性質を欠いていることと、通常有すべき品質・性能を欠いていることが対立するかのような見方が示される場合、そこでは、要素としての主観的瑕疵・客観的瑕疵(自律・他律という意味での主観的瑕疵・客観的瑕疵)が捉えられているとされる⁹⁸。このような見方のもとでは、前者の意味での主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念の対立に存在する問題は隠れ、実際に、具体的な契約内容から離れた客観的瑕疵概念は多くの場合、意識されていないといえる⁹⁹。潮見教授は、裁判例に現れて

改正議論との関係でこの点について説明されている。

⁹⁶ なお、潮見教授は、この二律背反的な議論を批判的にみるが、一方、瀬川教授は、これまでに潮見教授の述べるような「客観的瑕疵か主観的瑕疵か」という議論の立て方はみられないと指摘する。瀬川教授によれば、そこでの対立は、「客観的瑕疵のみか主観的瑕疵もか」という議論(三宅説)であり、柚木を含め多数説は「客観的瑕疵も主観的瑕疵も」という主張であるとする。瀬川信久「『瑕疵』の判断基準について」高翔龍ほか編『星野英一先生追悼 日本民法学の新たな時代』(2015年)665頁。

⁹⁷ 潮見教授によると、「現民法のもとでは、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念の対立が、(中略)瑕疵の意味をめぐる自律と他律の対立に置き換えられて語られることが少なくな」く、債権法改正に関する法制審議会の部会においても、この点について若干の混乱がみられたと指摘されている。潮見・前掲注(1)10頁。

⁹⁸ なお、このような見解に対しては、当事者が契約で定めた内容が明確ではなく、その種の契約で目的物が有すべき性質を解釈によって補充するとしても、それはあくまで「その契約において予定された性質」であるのだから、契約を離れて客観的に判断されるのではないとの指摘が、法制審議会の部会の中で、山本敬三教授から繰り返し述べられている。第14回会議議事録12頁以下、第23回会議議事録45頁以下の議論を参照。

⁹⁹ この意味で、法定責任説・契約責任説の立場にかかわらず、学説は主観的瑕疵概念を採る点でまず一致している。瀬川教授も、今日では、契約から離れた客観的瑕疵を認め、通常取引観念による客観的瑕疵に瑕疵を限定する学説はないとする。瀬川・前掲注(96)653頁参

いる瑕疵概念には二段階の判断構造が採られているとして、当該契約において何を売買「対象」として把握したかを確定するのが第一段階であり、次に、売買の「対象」として把握された「物」について、それが契約に適合し、あるべき性質を備えているかを吟味するのが第二段階であるとする。この段階では、「通常の使用目的や性質」、場合によっては、「特別の使用目的や性質」が基準となる(この段階において、前者を客観的瑕疵、後者を主観的瑕疵とするのが、自律・他律の意味でこれらの瑕疵概念を把握する見解である)。潮見教授は、学説上支持を得ているとされる我妻博士に代表される見解は、この第二段階に位置付けられるものとして、「議論の混線」を指摘する¹⁰⁰。そこから、現在支配説とされる瑕疵概念は、我妻説によるものではなく、柚木教授による瑕疵概念の考え方を受け継ぐものであるとの見方が有力である¹⁰¹。

以上のように、売買の瑕疵概念についての議論状況として、そこでの問題の捉え方については論者によって違いがあるが、主観的な瑕疵判断を行うという点で学説上ほぼ一致している。なお、瑕疵概念に関する主観的瑕疵と客観的瑕疵の対立は、売買における瑕疵担保責任の法的性質に関する法的責任説と債務不履行責任説との対立と必ずしも相関するものではなく、より正確に言えば、債務不履行責任説に立てば、客観的瑕疵を採る余地はないが、その逆はありうることになる¹⁰²。このような瑕疵概念についての議論は請負についても同様に解することができる。

2. 請負における瑕疵概念

請負の仕事の目的物に瑕疵があるとは、完成された仕事が契約で定められた内容通りで

照。

¹⁰⁰ 潮見・前掲注(95)377頁。

¹⁰¹ 潮見教授は、第二段階での主観的瑕疵・客観的瑕疵を対立構造としてみた場合、学説・判例上支持を得ているとされる我妻説は、客観的瑕疵概念を原則として、例外的に、特に定められた性質がある場合には、その特別な基準によって、その欠如による瑕疵を理由づけるとするものであり、その原則には、客観的瑕疵概念が置かれていると指摘する。潮見・前掲注(95)377頁。また、瀬川教授も、「柚木の法定責任説は支持を得なかったが、主観的瑕疵を中心に置く柚木の瑕疵概念は、その後支配的になる契約責任説に受け継がれる」と指摘されている。瀬川・前掲注(96)652頁。

¹⁰² 潮見教授は、改正議論において、法定責任説を採っている柚木博士も契約解釈による主観的な瑕疵概念のような考えに立って議論を展開しているとする(第14回会議議事録12頁)。瀬川・前掲注(96)652頁も同様。

なく、使用価値もしくは交換価値を減少させる欠点があるか、または、当事者が予め定めた性質を欠くなど不完全な点を有することとする我妻博士の見解が今日まで通説であるとされている¹⁰³。

なお、「瑕疵」の定義について、民法上詳細な規定はなく抽象的な概念であるとされるが、これはドイツにおける旧法と同様に解釈しうるとの指摘がされている¹⁰⁴。そこから、より具体的な説明として、①材料の欠点から生じたものであると、仕事を完成するために支出した精神的もしくは肉体的労務の不完全から生じた仕事の疎漏であると拘らず、②通常もしくは当事者が契約によって期待していた一定の性状を欠いている、③仕事の結果が請負人の保証した性質を有していない、④それが経済的価値を減ずるような不完全な点がある、⑤法律上の制限がある場合などをいうとされる¹⁰⁵。なお、上述したように、瑕疵を不完全な履行とする以上、主観的に解するかどうかとは別に、特別な瑕疵概念があるのではなく、契約内容として当事者が何を合意したのかが問題となる。したがって、④や⑤といった点もまた当事者の合意から離れては存在しないことになる。

なお、売買における議論との関係では、従来から、請負においては性質の合意が請負契約の内容を形成しているのであるから、当事者が予定した性質を有していない場合には瑕疵があることになる。したがって、請負における瑕疵概念について、上述した売買におけるような主観的瑕疵と客観的瑕疵の関係を意識的に議論するものはないが、請負においても、通説・判例の立場として、主観的に瑕疵が判断されることに争いはないといえる。

なお、立法時の議論において、穂積博士は、請負の瑕疵について通常備えるべき性質を備えていないことを挙げるが¹⁰⁶、「瑕疵」の文言上、物にキズがあるという意味になるとの指摘¹⁰⁷に対する発言として、「瑕疵」というのは必ずしも物質的に毀損があることだけに使

¹⁰³ 我妻・前掲注(2)631頁、星野英一『民法概論IV』(良書普及会、1976年)264頁等。

¹⁰⁴ 内山・前掲注(2)『新版注釈民法(16)』137頁。

¹⁰⁵ 津曲蔵之丞「請負人の担保責任(一)」曹時4巻3号(1962年)33頁、内山・前掲注(2)『新版注釈民法(16)』137頁を参照。

¹⁰⁶ 穂積博士は、通常備えるべき性質を備えていない例として、着物の仕立ての注文において、出来上がった着物が「着るには多に具合が悪い」場合や、道具が「使用するのに非常に不便である」ことを挙げている。法典調査会編『法典調査会民法議事速記録第参拾四巻』(日本學術振興會版)180丁裏。

¹⁰⁷ 法典調査会民法議事速記録・前掲注(106)181丁表。土方委員の発言であるが、物に疵がない場合、例えば、立派な着物が仕立てられたが寸法が合わない場合も瑕疵があることになる

うのではなく、その契約において当事者が欲する性質を充てなければ瑕疵という字を用いても不適當ではないと述べている¹⁰⁸。したがって、この点から、立法者は瑕疵概念を主観的に把握していたといえることができる。

近時の有力な見解は、具体的な瑕疵判断の段階について、当事者の合意を基準として主観的に「瑕疵」の有無が判断されるとした上で、契約内容が明確でないような場合には、契約の目的に照らし、どのような品質・性能を期待していたかという観点で合理的に判断すると解する¹⁰⁹。このような瑕疵判断は、最終的に当事者の意思、つまり契約の解釈に求められる。請負契約においては、契約で取り決めた仕事の実現に対して不確定な要素が関係するケースが多いといえる。そこから、仕事の性質についての合意は、契約当事者によるリスクの引き受けとしての意義が見出される¹¹⁰。ドイツにおける主観的瑕疵概念の参照により日本における瑕疵を定義した柚木博士は¹¹¹、民法第570条の瑕疵の意義について、「瑕疵概念を広く解すべきか狭く解すべきかは、ひとえに本条の立法趣旨をいかに解するか、したがってまた当事者の利益考量をどう見るかによって決せらる」とし、「本条が買主の正当な期待を保護することにその存在意義を有する以上、その瑕疵概念はできうる限り広く解すべき」と指摘する¹¹²。柚木博士は、瑕疵担保責任の法的性質について法定責任説を採るが、それにかかわらず、当事者の合意をどのように解するかによる当事者間の利益の考慮は、瑕疵をどのように解するか、つまり、合理的な契約解釈のあり方に対する指摘として重要であるといえる。

三 判例の状況

判例は、学説における通説とされる我妻博士による瑕疵の定義と同様の立場を採用する。例えば、京都地判平成12年11月22日欠陥判第2集316頁は、「民法634条にいう「瑕

と述べる。

¹⁰⁸ 法典調査会民法議事速記録・前掲注(106)181丁表裏。

¹⁰⁹ 潮見・前掲注(33)72頁。

¹¹⁰ 笠井・前掲注(34)164頁参照。笠井教授は、「負担されるべきリスクの範囲を、瑕疵の評価要素として重視すべきではなかろうか」と指摘する。

¹¹¹ 柚木博士の瑕疵の定義について、「ドイツ民法学の模倣」との指摘もある。熊田・前掲注(91)157頁。

¹¹² 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(有斐閣、1963年)313頁。

疵」とは、完成された仕事が契約で定められた内容どおりでなく、使用価値若しくは交換価値を減少させる欠点があるか、当事者が予め定めた性質を欠くなど不完全な点を有することをいうと解せられる」とする¹¹³。しかし、瑕疵を以上のように定義したとしても、実際の裁判例に照らしたとき、具体的な瑕疵判断としての意味を有しているとはいえない。とりわけ、請負の中心である建築請負契約においては、契約において取り決める内容が複雑多岐にわたり、仕事の具体的内容が明示的に定められない場合もある¹¹⁴。さらに、工事中途における変更や修正が行われることが通常であり、当事者が合意した契約内容を措定すること自体が困難な場合もある。請負の瑕疵についての裁判例の分析はこれまでも研究がされているが¹¹⁵、ここでは問題となる場面ごとにいくつかの裁判例を取り上げることにする。

1. 契約上の合意がある場合

一般に、建築工事請負契約を締結する際には、工事請負契約書が作成され、これに工事請負契約約款と設計図・仕様書が添付され、仕様書等には作業の順序や使用材料の品質、数量や施工方法が記載される。そこで、建築された建物に瑕疵があるかどうかは、設計図・仕様書等を中心として判断されることとなる¹¹⁶。例えば、設計図より基礎敷コンクリートの厚さや幅が小さく、外壁ガラス張りモルタル塗が施されなかったことについて「請負人たる原告が保証し注文者たる被告が期待していた設計図のとおり基礎工事ではなかったものであるから」として仕事の瑕疵を認めたものとして、東京地判昭和44年3月8日判時564号56頁がある¹¹⁷。また、具体的な設計図等における合意がない場合でも、当事者間において「公庫基準に適合することを内容とする本件請負契約を締結した」ことが明示的で

¹¹³ 同様に、熊本地判平成10年3月25日欠陥判第1集206頁、神戸地裁尼崎支判平成11年7月7日欠陥第1集396頁なども我妻説の瑕疵の定義を採用する。

¹¹⁴ 稲田・前掲注(39)1039頁。

¹¹⁵ 中山実千代「建築請負における瑕疵概念について」同志社法学60巻7号(2009年)457頁、横浜弁護士会編『建築請負・建築瑕疵の法律実務－建築紛争解決の手引』(ぎょうせい、2004年)182頁以下、山口康夫『判例にみる請負契約の法律実務』(新日本法規、2006年)、平田・前掲注(50)129頁以下。

¹¹⁶ 岩崎脩『建築工事請負契約の研究』(清文堂、1993年)150頁、後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』(判例タイムズ社、1994年)61頁。

¹¹⁷ 同様に設計図からの相違を瑕疵とするものとして、大阪高判昭和58年10月27日判時1112号67頁、岡山地裁倉敷支判平成13年5月2日欠陥判第2集284頁、東京地判平成13年6月27日判時1779号44頁等。

あったことから、基礎、使用木材、木構造、床下地盤高等につき公庫仕様に沿っていないことを瑕疵としたものとして、大阪地判昭和 59 年 12 月 26 日判タ 548 号 181 頁がある。

なお、請負における瑕疵を主観的に判断することを明確にしたとされるのが、最高裁平成 15 年 10 月 10 日判決(裁判集民 211 号 13 頁)である。本事案の原審は、マンションの建築請負契約における約定として、300mm×300mm の鉄骨を使用することとされていたのに対し、実際は 250mm×250mm の鉄骨が使用されたという点について、約定と異なるものが使用されたという「契約の違反はある」が、「使用された鉄骨であっても、構造計算上、居住用建物としての本件建物の安全性に問題はない」ことを理由に、本件工事に瑕疵があるということとはできない、とした。これに対し、最高裁は、「本件請負契約においては、上告人及び被上告人間で、本件建物の耐震性を高め、耐震性の面でより安全性の高い建物にするため、南棟の支柱につき断面の寸法 300mm×300mm の鉄骨を使用することが、特に約定され、これが契約の重要な内容になっていたものというべきである。そうすると、この約定に違反して、同 250mm×250mm の鉄骨を使用して施工された南棟の支柱の工事には、瑕疵があるものというべきである」として、建築基準法の基準を満たし、一般的な安全性を備えている場合でも、当事者間で合意された約定に反する施工について瑕疵を認めた。本判決の原審は、契約における取り決めからの逸脱を認めながら(「契約違反」とも称している)、「居住用建物としての安全性に問題はない」ことを理由として瑕疵を否定した。このような判断は、売買における議論でいえば、物の一般的な品質や性能という客観的瑕疵概念によるものであり、主観的瑕疵概念を排除したものといえる¹¹⁸。一方、最高裁は、そのような建物としての一般的性能や、建築基準法の基準を備えていた場合でも、当事者の約定に反する仕事を瑕疵としたものであり、主観的瑕疵を採用したものといえるが、判旨において、「特に約定され、これが契約の重要な内容になっていた」とする点について、そこから、一定の性状についての特別な合意を必要とするとしたものであると解される余地を残しているともいえる。

2. 契約上の合意が明確ではない場合

契約書や設計図書が使用されなかった場合や、その内容が不明確である場合には、注文

¹¹⁸ 原審が契約違反であるとしながら、瑕疵担保責任を認めないとする点も、その意図は必ずしも明らかではないが、疑問である。

者が期待し、請負人が引き受けた仕事の内容を確定する必要がある、この場合には、建築関係法令、日本建築学会基準や公庫基準等の客観的基準、代金額、社会通念等が判断基準とされている¹¹⁹。例えば、大阪地判昭和44年9月24日判時587号60頁は、詳細な仕様書等が作成されなかった左官請負契約において、全般的に工事が粗雑であったという場合に、たとえ工事代金が格安であったとしても、請負人は、社会通念上予定された性状を最低限保証すべきであるとして瑕疵を肯定した¹²⁰。建築請負では、具体的性質について細部まで明確に取り決められる場合がほとんどないことから、瑕疵判断において、建物としての性能や安全性の有無の判断に重点が置かれている場合が多い¹²¹。例えば、東京地判昭和47年2月29日判タ286号261頁は、「契約の目的、内容等諸般の情況に照らし、契約当事者がとくに建築基準法の定める最低基準と異なるような設計、工事を契約したと認められるような特段の要請のない限り、解約当事者は同法所定の最低基準による意思を有したと推認するのを相当とする」と述べて、建築基準法における最低基準に違反する建物について瑕疵を認めている。また、京都地判平成14年9月24日欠陥判第3集470頁は、「建物の建築請負工事においては、一般に安全な建物を建築することが契約内容となっているというべきである」とする。なお、本事案は建物の増改築についての請負であり、判決中において、新築建物と同様の安全性の確保までもが契約内容となっているとまでは認められない場合があることも指摘されている。

3. 裁判例の分析

請負の裁判例における瑕疵判断においても、当該契約における「対象」の確定と(第一段階)、その「対象」として把握された「物」についての契約との適合性ないしあるべき性質を備えているかの吟味(第二段階)という二段階の瑕疵判断がなされているものが見出され

¹¹⁹ 中山・前掲注(115)457頁参照。

¹²⁰ 本判決の評釈として、高橋弘「判批」法時43巻3号(1971年)108頁参照。

¹²¹ 契約の内容が不明確な場合に、建築基準法令違反を基準として瑕疵判断を行った裁判例として、神戸地判昭和63年5月30日判時1297号109頁、福岡地判昭和61年7月16日判タ637号155頁等がある。また、日本建築学会の基準に照らし、これに違反するものを瑕疵と認めたもの(大阪地判昭和57年5月27日判タ477号154頁、大阪地判昭和62年2月18日判時1323号68頁等)や、公庫基準に違反するものを瑕疵としたもの(大阪地判昭和59年12月26日判タ548号181頁、長崎地大村支判平成12年12月22日判タ1109号166頁等)がある。

る。一方で、とくに建築請負の場合には、建築瑕疵の判断は客観的な法令等の基準が拠り所とされている状況がある。裁判例の中には、当事者の契約内容に照らすという作業をすることなく、建築基準法などの法令違反があることから瑕疵を認めているものが多いことが指摘しうる。また、このような客観的基準による瑕疵判断は、当事者の合意が明確ではないような場合だけではなく、上記の平成 15 年の最高裁判決によって否定された原審判決のように、当事者間における取り決めや設計からの逸脱があったとしても、それが安全性に関わるような重大なものでないことを理由に瑕疵を否定するものがあった¹²²。この点、安全性に関わらない相違を瑕疵としないとするのではなく、建築請負契約の性質上、些細な逸脱をすべて瑕疵とし、請負人の責任を肯定することが妥当ではない場合もあるとの指摘もある¹²³。なお、反対に、注文者の指図の拘束力にも関係する事案であるが、設計図どおりの工事が行われたが、安全性の基準を満たさないような場合に瑕疵があるとする裁判例もある¹²⁴。このように、建築瑕疵に関しては、厳密に主観的な瑕疵判断がなされているというよりむしろ、建物の「安全性」や法令基準を満たしているかどうかという基準で、実質的な判断が多く見受けられる¹²⁵。

以上のように、瑕疵の判断においては、当事者が予定した性質に照らし、契約の内容から確定するという原則が確認されるが、その実際の判断においては、請負人が専門家であることを考慮した契約解釈をするものがある一方で、建築請負などにおいて、取り決めた

¹²² 最高裁平成 15 年 10 月 10 日判決(裁判集民 211 号 13 頁)の原審(大阪高判平成 14 年 10 月 15 日平 13(ネ)3506 号・判例集未搭載)は、約定違反の太さの鉄骨を使用したことについて、「契約の違反があるが、使用された鉄骨であっても、構造計算上、居住用建物としての本件建物の安全性に問題はないから、南棟の支柱に係る本件工事に瑕疵があるということとはできない」とした。

¹²³ 建築請負契約では、事前に作成された図面や仕様書がそのまま修正されることなく施工に移されることは稀であることから、取引慣行上、些細な瑕疵は許されているといえる。定塚・前掲注(41)256 頁参照。

¹²⁴ 神戸地裁尼崎支判平成 11 年 7 月 7 日欠陥判第 1 集 394 頁、東京地判平成 13 年 1 月 29 日欠陥判第 2 集 124 頁、東京地判平成 3 年 6 月 14 日判タ 775 号 178 頁など。

¹²⁵ この点に関して、裁判例の分析から、瑕疵判断について二段階の判断枠組みが採用されていると指摘する潮見教授も、売買における不動産の物的瑕疵に関する裁判例についての分析では、「実際になされた判断では、この二段階の判断枠組を機能させて物的瑕疵の存否を確定したというよりも、端的に「法令上の制限」があることをもって「瑕疵」を帰結したと目しうるものがほとんどである」とし、「不適合につき契約内容に即してなされる実質的判断ではなくて、形式的処理が前面に出てきている」と指摘している。潮見・前掲注(95)372 頁。

内容からの些細な相違が瑕疵ではないとされるなど、請負に特殊な事情も見受けられる。この問題については、請負が通常、将来の仕事について合意するものであるということも影響しうる。また、あらかじめ予定した設計と、実際になされた建物の状態との差について、この適合性の度合いを瑕疵と評価するか否かの判断に当たっては、適合の程度と併せて請負人の過失の有無についての評価も入り込んでくるとの指摘があり¹²⁶、以上の請負における瑕疵判断の特殊性について、契約解釈の範囲における問題なのか、それとも、請負人の何らかの行為態様が関係するののかといった点でなお検討すべき問題がある。

第三節 瑕疵担保責任の効果－瑕疵に対する注文者の救済手段

一 瑕疵修補請求権

1. 修補請求権の法的性質

売買の瑕疵担保責任規定と異なり、請負の瑕疵担保責任規定では、注文者の瑕疵修補請求権が条文上認められている(第 634 条第 1 項本文)。なお、瑕疵修補請求が制限される場合として、第 634 条第 1 項ただし書は、「瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するとき」について規定する。瑕疵修補請求権の性質について、請負の仕事に瑕疵があるとは、仕事が不完全であることから、本来の給付義務を追及することを認めるものであると指摘するものがあるが¹²⁷、売買における瑕疵担保責任について、瑕疵のないものの給付義務が売主にあるかどうか、それによって、瑕疵担保責任の内容として瑕疵修補請求権が認められるか否かが重要な問題であったのに対し、民法の条文上これを明確に認める請負について、修補請求権の法的性質や体系的な位置付けについて論じるものは多くない¹²⁸。

しかし、瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用をめぐる議論から指摘しうる点として、

¹²⁶ 藪重夫「工事請負契約における瑕疵担保責任の法律的性質」判例評論 263 号(1981 年) 13 頁。

¹²⁷ 潮見・前掲注(33)235 頁。また、同・前掲注(13) 248 頁においては、請負人の瑕疵修補義務は本来の給付義務の一発現形態であるとしている。

¹²⁸ なお、旧民法第 278 条には修補請求権は置かれていなかったが(受取の取消と代金減額のみ)、起草者の穂積博士は、修補請求が、「注文者ノ瑕疵担保ノ第一テアツテ最モ必要テ最モ通常ニ行ハレルコト」であると述べている。法典調査会民法議事速記録・前掲注(106)175 丁表。

従来の学説は、修補請求権の内容について統一的な見解を有していたとはいえない。具体的には、修補請求権に、改めて完全な給付を求めることが含まれるかという点にその違いが現れる。瑕疵修補請求権についての起草時の議論において穂積陳重委員は、「其家ノ建テ方ガ非常ニ疎末デアツテ其中へ住居スルノガ危険デアルト云フサウ云ウ場合ニ於テハ多分ノ費用ヲヨウシマセウケレドモ夫レヲ充分ニ直スト云フコトガ出来ナケレバ往カヌノデアリマス」¹²⁹と述べており、修補の方法として建替えが妥当である場合には、その賠償を否定するものではないとの指摘がある¹³⁰。しかし、従来の学説では、これについて肯定する見解¹³¹がある一方で、瑕疵修補は新たな仕事のやり直しを含まない瑕疵の除去に限られるとの見解を示すものがあつた¹³²。なお、仕事のやり直しを修補請求権に含まないとする事により、修補請求権を債務不履行責任のもとで認められる履行請求権よりも制限的なものと解し、この点を債務不履行責任と瑕疵担保責任との違いをして捉えている見解がみられる¹³³。つまり、瑕疵担保責任と債務不履行責任との関係をめぐる議論から、従来の学説

¹²⁹ 法典調査会民法議事速記録・前掲注(106)175丁表。

¹³⁰ 岡孝「判批」判タ698号(1989年)22頁参照。

¹³¹ 山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)202頁は、「あらためて完全な給付をすることと瑕疵の修補義務とは大体同じであるといつてよい」とする。なお、瑕疵担保責任を無過失責任とし、請負人の責めに帰すべからざる事由によって生じた瑕疵についても修補しなければならないとした場合には、その分だけ瑕疵修補義務のほうが広いといえるとの留保を付している。

¹³² 三宅教授は、第634条の修補請求は仕事のやり直しを排除するとの解釈を前提として、そのような効果を生じさせる理由として注文者の行為の介在としての「引取り」を必要とするとの解釈を展開する。三宅・前掲注(52)900頁参照。なお、三宅教授の見解によれば、請負人が仕事を一応完成し、目的物を提供した場合でも、注文者が引取るまでは、瑕疵担保責任による修補請求ではなく、請負人の「本来の仕事完成義務を、瑕疵修補の形で履行させる」ことができるとする。なお、この場合、仕事のやり直しは排除されないが、瑕疵修補がより少ない費用でできるときには、瑕疵修補のみを請求することができ、反対に、瑕疵修補はできないがやり直しはできるという場合には、やり直しの形での履行を請求することができる。三宅・前掲注(52)886頁参照。

¹³³ これについて明確に述べている三宅教授の見解(三宅・前掲注(52)900頁参照)のほか、高木教授も、新たな仕事のやり直しを求めるべきときは債務不履行責任の規範を適用し、注文者による受領前でも、仕事のやり直しを求めるべきではないときには瑕疵担保責任を適用すべきとしていることから、仕事のやり直しが瑕疵担保責任のもとでは認められないことを前提としているものと解することができる。高木・前掲注(13)157頁、158頁参照。また、瑕疵担保責任の適用時点について、履行水準の高まりによって「仕事の一応の完成」を解する見解によつた場合、瑕疵担保責任が適用される場面において、仕事のやり直しが問題となることは想定されていないことになる。

の多くは、修補請求権を「仕事のやり直しを含まない瑕疵の除去」として、本来的な履行請求権を制限するものとみていたものといえる。そして、この点は必ずしも意識的に論じられていたとはいえないが、債務不履行責任と瑕疵担保責任の相違点として、瑕疵担保責任の特則性を把握するうえで重要な意味を持っていたといえる。

一方、従来の修補請求権の理解に対して、近時、仕事のやり直しを修補の範囲内における一方法として捉える見解があり¹³⁴、後述するように、瑕疵担保責任に基づき建築物の建替費用に相当する損害賠償請求を認める最高裁判例(最判平成14年9月24日裁判集民207号289頁)が示されたことから、このような見方が有力となっている。

また、近時の議論動向として、修補請求権の法的性質及び体系的位置づけに関する議論は、主に売買の瑕疵担保責任をめぐる議論の中で展開されており、請負における修補請求権も、その議論の中で参照され、また、売買における修補請求権と同一のものとして検討が加えられている。そこには、瑕疵修補請求権の性質めぐり、履行請求権との関係をどのように解するのかという問題があり、この点は、そもそも履行請求権自体の性質をどう解するかという点から問題となるが¹³⁵、これを契約の効力として生じるものとした場合に、修補請求権もまた履行請求権の一態様と捉えるか、債務不履行によって生じる救済手段として、損害賠償請求権と同列に捉えるかについて議論が行なわれている¹³⁶。関連して、近時、瑕疵修補請求権と損害賠償請求権の関係について、瑕疵修補請求権を損害賠償の一方方法として、一定の要件のもとで金銭賠償に代えて瑕疵修補義務という行為債務を債務者に

¹³⁴ ドイツにおける瑕疵除去と新規製作に関する議論からこの点を指摘するものとして、原田・前掲注(5)。

¹³⁵ この議論について、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、2004年)362頁以下参照。また、改正法改正作業との関係でこの点を検討するものとして、森田修「履行請求権か remedy approach か—債権法改正作業の文脈化のために」ジュリスト1329号(2007年)83頁以下。

¹³⁶ 学説の状況について、潮見・前掲注(4)301頁参照。なお、潮見教授自身は、前掲注(33)86頁、87頁において、「履行請求権は契約に基づいて—契約の効力として—生じるものですが、瑕疵修補請求権は、不完全な履行があった場合の救済手段として—不完全履行の効果として—契約が本旨にかなって実現されたのと同等の価値的狀態に買主を置くために認められるものであって、たとえ買主のもとに達成される状態は履行請求権が行使された場合と同じであっても、履行請求権とは異質のものであると見ることもできるからです。後者のように捉えるならば、瑕疵修補請求権は、履行請求権と同レベルに位置付けられるべきではなく、むしろ、修補に代わる損害賠償請求権と同レベルに置かれるのが適切であるとも言える」と述べている。

課すという「現実賠償」と構成する考え方も示されている¹³⁷。これらの点は、改正に向けた検討の中でも重要な問題として議論されている。

2. 修補請求権の制限－第 634 条第 1 項ただし書

瑕疵担保責任における修補請求権の法的性質に関しては、修補請求権の限界をどのように解するかという点が重要な問題として議論されており、請負の第 634 条第 1 項ただし書が「瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するとき」に修補請求権を排除していることは、修補請求権について履行請求権とは異なる限界づけを明文で認めるものであると指摘するものがある¹³⁸。

第 634 条第 1 項ただし書における瑕疵の重要性の意義については、その契約をした目的、目的物の性質その他客観的事情によって判断されるという¹³⁹。また、費用の過分性について、修補に要する費用と、修補によって生じる利益を比較して判断されると解されている¹⁴⁰。第 634 条第 1 項ただし書における、「瑕疵の重要性」と「費用の過分性」については、瑕疵が重要であればどれだけ費用がかかっても修補義務が認められると解すべきではなく、いかに瑕疵が重要でも、瑕疵による不利益に比較して過分の費用を要する場合には、修補や修補相当額の損害賠償は請求できないとする見解がある¹⁴¹。このような、瑕疵が重要であっても費用の過分性により修補が排除される場合を認める考え方に対しては、瑕疵が重要である以上、例えば、建物の場合に建て替えるしか方法がない場合には、これを認める必要性があると指摘する見解がある¹⁴²。また、仕事のやり直しに関して、第 634

¹³⁷ 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣、2002年)244頁以下。また、修補請求権の法的性質に関して意識的に述べたものではないが、原田・前掲注(5)58頁は、ドイツ法における修補請求権に関する議論について、わが国における瑕疵修補に代わる損害賠償に理論上転用可能と指摘する。

¹³⁸ 森田・前掲注(137)248、249頁。

¹³⁹ 我妻・前掲注(2)634頁。山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)206頁は、瑕疵によって契約の目的が達することができなくなるか否かという面から判断すべきであるとし、建築物の場合、具体的には構造や用途に影響を与えるような瑕疵などが重要な瑕疵に該当するという。

¹⁴⁰ 我妻・前掲注(2)634頁、山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)206頁。

¹⁴¹ 三宅・前掲注(52)908頁、平野裕之「瑕疵担保責任における解除及び修補に代わる損害賠償請求」森征一・池田真朗編『私権の創設とその展開 内池慶四郎先生追悼論文集』(慶應義塾大学出版会、2013年)462頁。

¹⁴² 青野・前掲注(35)430頁。なお、瑕疵の重要性と費用の過分性をどう評価するかについ

条第1項ただし書の「過大な費用」を要するとして否定する見解がある¹⁴³。以上の見解をみると、第634条第1項ただし書の解釈は一致しているとは言い難い¹⁴⁴。そして、ここでも瑕疵修補請求権による仕事のやり直しの可否という問題が再び現れてくる。上述したように、瑕疵担保責任のもとでは仕事のやり直しを請求することができないとする見解が従来多数であり、それらの見解が、第634条第1項ただし書の規定を意識したうえでやり直しが排除されると解していたのかについては明らかではないが、一方で、仕事のやり直しが瑕疵担保責任のもとでも認められると解することが、修補請求権を履行請求権との同質性や、債務不履行責任の効果と瑕疵担保責任の効果を同じものと解することに必ずしも結び付けられるわけではなく、第634条第1項ただし書の規定について、修補請求権の限界をどのように解するかという点が重要となる。

3. 瑕疵修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権

(1) 修補請求と損害賠償請求の先後関係

修補請求権の限界と仕事のやり直しの関係については、修補請求権が裁判例上追及されることがほとんどないことから、修補請求権について直接ではなく、修補に代わる損害賠償の範囲との関係において議論されている。したがって、ここでは、修補請求権に係る範囲で損害賠償請求権との関係についてみる。

て、修補に要する費用と、修補によって生じる利益を比較した場合に、瑕疵が重要である以上、費用が過分であるとされないと、瑕疵の重要性は過分性の判断のもとで考慮されうるとの理解も可能であるように思われる。

¹⁴³ 平野裕之「瑕疵担保責任における解除及び修補に代わる損害賠償請求」森征一・池田真朗編『私権の創設とその展開 内池慶四郎先生追悼論文集』（慶應義塾大学出版会、2013年）462頁。

¹⁴⁴ 今西康人「買主の追完請求権に対する制限について（土倉莞爾教授還暦記念論文集）」関西大学法学論集 53 卷 4・5 号（2004 年）1037 頁以下は、634 条 1 項ただし書は一般的抽象的基準を提示するにとどまると指摘する。また、そのような曖昧性から、この基準が機能する場面が極めて限定されているとして、「新たな仕事の製作の請求を追完法として認めないわが国の請負規定では、費用の過分性は、追完の具体的方法一般に関わる制約基準ではなく、瑕疵の修補請求のみに関わる制約基準にすぎない。」と述べる。ここでも新たな仕事の製作が重要な意味を有しているといえる。さらに、今西教授は、634 条 1 項ただし書の反対解釈により、仕事の瑕疵が重要である場合には過大な費用を要するときでも瑕疵の修補請求できるとして、費用の過分性は、瑕疵の修補請求に関わる絶対的な制約基準になっていないと指摘する。

第 634 条第 2 項は、瑕疵修補請求に代わる損害賠償請求の請求を認めており、我妻博士に代表される通説的見解は、瑕疵修補が可能な場合であっても、直ちに瑕疵修補に代わる損害賠償ができると解する¹⁴⁵。判例も、この通説と同様に、瑕疵修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権の注文者による自由な選択を認めている¹⁴⁶。一方、我妻博士は、信義則によって即時の損害賠償を制限することが妥当な場合があるとの指摘も行っている¹⁴⁷。この点について、修補請求の優先を認めることが妥当な場合について肯定する見解がある¹⁴⁸。なお、下森教授は、以上の見解が原則として瑕疵修補と損害賠償の選択を認めるとするのに対して、債務不履行の一般原則からみて、瑕疵修補と損害賠償の選択を認めていることは問題であるとして、損害賠償請求を原則として二次的手段として位置付けるべきであると指摘している¹⁴⁹。また、同様に、瑕疵修補を請求することなく直ちに瑕疵修補に代わる損害賠償を請求できるとする判例の立場について、批判的な意見がある¹⁵⁰。さらに、注文

¹⁴⁵ 我妻・前掲注(2)638 頁。

¹⁴⁶ 最判昭和 52 年 2 月 28 日(金商 520 号 19 頁)は、「民法 634 条 1 項所定の瑕疵修補請求権と同条 2 項所定の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権とのいずれを行使するかは、注文者において自由に選択することができるものであって、注文者は、瑕疵修補の請求をすることなく直ちに瑕疵修補に代わる損害賠償を請求することもできるものと解するのが相当である」とし、続いて、最判昭和 54 年 3 月 20 日(判時 927 号 184 頁)も、「仕事の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の修補が可能なときであっても、修補を請求することなく直ちに修補に代わる損害賠償を請求することができるものと解す」とした。

¹⁴⁷ 我妻・前掲注(2)638 頁。

¹⁴⁸ 潮見・前掲注(33)236 頁。

¹⁴⁹ 下森・前掲注(13)332、333 頁。

¹⁵⁰ 青野博之「買主の追完請求権についての立法論」法律時報 82 卷 4 号(2010 年)107 頁は、買主の追完請求権についての検討に際し、「請負において、判例は催告なく填補賠償を認めるが、これは立法化すべきではない」と指摘する。同・前掲注(35)435 頁も参照。また、和泉久「請負契約と瑕疵担保責任をめぐる実務上の諸問題」NBL190 号(1979 年)9 頁も、最判昭和 52 年 2 月 28 日(金商 520 号 19 頁)の判断について、「請負は仕事の完成が目的である点からみれば疑問がないわけではない」と指摘している。平野裕之「瑕疵担保責任における解除及び修補に代わる損害賠償請求」森征一・池田真朗編『私権の創設とその展開 内池慶四郎先生追悼論文集』(慶應義塾大学出版会、2013 年)466 頁は、明確に判例とは異なる立場を採る。平野教授は、注文者が請負人に瑕疵の修補を請求しても相当期間内に適切な対応をしない場合に初めて、修補に代わる損害賠償を選択する「意思表示」をすることができ、これによって請負人の修補義務が消滅し、損害賠償義務が成立するとする。また、注文者が請負人に相当期間を与えずに他の業者に修補をさせたような場合には、修補に代わる損害賠償義務が発生することはないとする。

者が瑕疵修補を請求することなく修補に代わる損害賠償を請求した場合、相当期間内に修補をして、修補に代わる損害賠償を免れることができると解してよいと指摘するものがある¹⁵¹。これに対して、森田宏樹教授は、請負の目的物に重大な瑕疵があり、当事者の信頼関係が壊れている場面であっても、請負人に対して相当な期間を定めて瑕疵修補請求を求めたうえでなければ瑕疵修補に代わる填補賠償ができないということは妥当ではないとする¹⁵²。

(2)修補に代わる損害賠償の範囲

修補が可能な場合の損害賠償については、瑕疵修補に要する費用がその範囲となるとの見方が有力である¹⁵³。そこで、損害賠償の範囲と修補請求権の限界がしばしば関係づけて論じられる。これについて、建築物の瑕疵が重大で建て替えるしか方法がない場合に、この建替費用を瑕疵担保責任に基づく損害賠償として認めることができるかという問題が、学説及び裁判例上議論されてきた。この問題は、とりわけ第635条ただし書による土地工作物についての解除制限の趣旨との関係で議論されてきたが、同時に、瑕疵担保責任における修補の範疇に建て替えという仕事のやり直しが含まれるかという問題としても捉えられうる。

ここで、瑕疵担保責任に基づく損害賠償として建替費用が含まれないとする見解には、上述したように、第634条第1項ただし書の規定により、仕事のやり直しが排除されるとし、それによって損害賠償もまた否定されるとする見解がある一方で、完成したものを取り壊し、改めて工事をし直す必要がある場合を「修補」には当たらないとみる見解がある¹⁵⁴。建て替え費用賠償を否定する見解の代表的論者とされた後藤勇元判事は、「瑕疵

¹⁵¹ 石田・前掲注(66)334頁。

¹⁵² 森田・前掲注(137)255頁、加藤雅信・加藤新太郎編『現代民法学と実務(下)－気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く－』(判例タイムズ社、2008年)67頁〔初出・判タ1212号(2006年)4頁〕。なお、森田教授は、売主が遅滞なく瑕疵修補の申出をなし、かつ、それが買主にとって何らの不利益をもたらさないと認められる場合に限り、買主は修補を拒絶しえないとして、この場合に限り買主の填補賠償請求を斥ければ売主の保護としては十分ではないかと述べている。森田・前掲注(137)255、256頁。

¹⁵³ 後藤・前掲注(42)53頁。

¹⁵⁴ 後藤・前掲注(42)53頁は、もともと瑕疵の修補は完成した仕事の目的物の全部又は一部をそのままにして瑕疵の部分の完全なものにすることをいうものと解せられるとして、完成した建物を取り壊さなければ瑕疵を完全なものにすることができないものについて、修補の請求を認めることは、瑕疵あるものにかえ完全なものの再建築の請求を認めることにほかなら

担保責任における損害賠償の範囲」として、建て替え費用のような賠償を含めることは正当ではないとし、そのような重大な瑕疵がある場合には、仕事は未完成であり、瑕疵担保責任の範疇から外し、債務不履行の規定に従うべきであるとの見解を示している¹⁵⁵。つまり、この見解は、やり直しを要する場合の「修補不能」と、第634条第1項ただし書による修補の排除を別のものとして捉えているといえる¹⁵⁶。しかし、従来の裁判例では、重大な瑕疵があり、これらを瑕疵のない完全なものとするためには、新しく建て替えるか、それに匹敵する大修繕を必要とするものばかりであることを認めたとうえで、「瑕疵修補の請求ができない場合の損害賠償の額は、目的物に瑕疵があるためにその物の客観的な交換価値が減少したことによる損害を基準にして、これを定めるのが相当である。」との判断を示すものがあり¹⁵⁷、上述の後藤元判事の意図と同じ考えに立っているといえるかについては疑問がある¹⁵⁸。

そして、この問題について、最判平成14年9月24日裁判集民207号289頁(以下、平成14年最判とする)は、建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができるとの判断を示した¹⁵⁹。この判例

ず、これは瑕疵修補の概念とは相容れないとする。

¹⁵⁵ 後藤・前掲注(116)90頁以下。

¹⁵⁶ 後藤・前掲注(42)55頁は、建て替えを要する場合を「修補は不能」とする一方で、「瑕疵によって生ずる損害」について、瑕疵修補が可能な場合と不可能な場合に区別して考える必要があるとし、瑕疵修補が不可能な場合に賠償されるべき損害については、目的物に瑕疵があることによってその物の客観的な価値(交換価値)が減少したことによる損害、すなわち、完全な物の価値と瑕疵ある物の価値との差額であるとする。後藤元判事は、建て替えを要するような「修補不能」を瑕疵担保責任の射程から外すべきとしていることから、ここでは二つの異なる「修補不能」の場面を想定しているように思われる。

¹⁵⁷ 神戸地判昭63年5月30日判時1297号109頁。

¹⁵⁸ 建替費用賠償否定説を展開した後藤元判事が、仕事のやり直しを要する場合を、そもそも瑕疵担保責任の射程ではないとしたうえで、634条1項ただし書による修補排除の場合の損害賠償の範囲について以上のような枠組を示した意図が考慮されているかは明らかではない。しかし、一方で、後藤元判事が、引渡し後実際に居住ないし使用しているのならば、その物に全く価値がないような場合はあり得ないとの前提のもとで理論を展開している点には留意する必要がある。

¹⁵⁹ 本判決の評釈として、古積健三郎「判批」法セ580号(2003年)112頁、花立文子「判批」法教272号(2003年)106頁、松本克美「判批」法時75巻10号(2003年)101頁、笠井修「判批」NBL764号(2003年)68頁、半田吉信「判批」判評533号11頁(判時1818号189頁)

について、仕事のやり直しが瑕疵担保責任に基づく修補請求権の範囲としても認められるとの見解を示すものがある¹⁶⁰。平成14年最判は、判決理由中、第635条ただし書の趣旨との関係について、「請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建て替えるほかはない場合に、当該建物を収去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない。」と述べている。このような指摘は、従来から、建替費用賠償を肯定する見解によって主張されていた内容と同様であるが¹⁶¹、上述したように、瑕疵担保責任における建替費用賠償を否定する後藤元判事は、当該建物にまったく価値が認められないような場合は、瑕疵担保責任の射程外と解していたことから、これらの見解は、平成14年最判が示したような、「当該建物を収去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではない場合に、債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれの規範が適用されるべきかという点で異なる立場に立っていたといえる¹⁶²。

なお、仕事のやり直し費用に相当する損害賠償については、鳩山・我妻説に代表される伝統的通説が瑕疵担保責任を無過失責任と解したことにも関係して論じられる。この点、損害賠償請求権に関して後述するように、伝統的通説が請負の瑕疵担保責任に基づく損害

(2003年)、加藤新太郎「判批」判タ臨増1154号66頁(平15主判解)(2004年)、岡孝「判批」私法判例リマークス28号54頁(2004年)、錢偉栄「建物に重大な瑕疵がある場合における注文者の権利—建替え費用等の賠償請求権の検討を中心として—」小林一俊博士古希記念論集編集委員会編『財産法諸問題の考察』(酒井書店、2004年)391頁、鹿野菜穂子「判批」民商法雑誌131巻2号(2004年)315頁、原田剛「判批」ジュリ別冊192号〔不動産取引判例百選 第3版〕(2008年)158頁、円谷峻「判批」ジュリ別冊200号〔消費者法判例百選〕(2010年)150頁等。

¹⁶⁰ 古積健三郎「判批」法セ580号(2003年)112頁は、「最終的には建替え請求自体も認められる可能性が十分ある」と述べている。

¹⁶¹ 青野博之「判批」法時61巻9号(1988年)106頁、岡孝「判批」判タ698号(1989年)22頁、潮見・前掲注(13)251頁、252頁、高橋弘「建物建築請負契約における「仕事の完成」および「瑕疵」の判断基準ほか」私法判例リマークス6号(1993年)54頁。

¹⁶² 最判平成14年9月24日裁判集民207号289頁は、瑕疵担保責任の適用事例であるが、これもまた、仕事を未完成であるとして、債務不履行の規定を適用したものと解することができるとの指摘もある。平田・前掲注(50)125、126、275頁。

賠償の範囲を履行利益に及ぶとしたのに対し、無過失責任によって理由づけられるのは代金減額的な損害賠償に限られるとする指摘が有力に示された。ここで、無過失責任のもとで認められる損害賠償として、建替費用がその範囲に含まれるかという問いが生じる¹⁶³。また、仕事のやり直しが常に修補よりも請負人にとって負担が大きいかどうかという問題もある¹⁶⁴。

(3)修補が排除される場合の損害賠償

修補が不可能な場合でも、修補に代えて損害賠償請求が可能であることには問題がない。一方、修補が物理的に可能であるが、第 634 条第 1 項ただし書の規定により、過大な費用を要するとして制限される場合には、修補費用を損害賠償として請求することもまた排除される¹⁶⁵。したがって、修補が排除される場合に、これに代わる損害賠償と、修補が可能な場合の修補費用相当の損害賠償は区別して考える必要がある。

二 解除権

1. 瑕疵担保責任における解除権

¹⁶³ この点について、潮見教授は、於保博士による「双務有償契約における等価値交換義務については、過失責任を問題とすべきではあるまい」との見解を正当とするとしたうえで、「こと請負の瑕疵担保責任に限れば、右の命題はそのままの形では貫徹しないと考える。」と指摘する。その理由として、「請負の瑕疵担保責任にあつては、引渡後も本来的給付請求権の一発現形態としての修補請求権が原則的に認められている結果、修補を通して履行が完全になされた状態を作出することができるため、賠償されるべき損害として、修補費用をもって是となすべきか、それとも目的物の交換価値の差額をもって是となすべきかという観点から、右命題を補充しなければならないからである。」と述べる。そして、潮見教授は、修補可能な場合には修補費用の賠償によって填補目的が達せられ、修補不能の場合には、瑕疵がなかった場合に有するであろう交換価値と、瑕疵があるゆえに現有する交換価値との差額を、於保博士の命題に従い、請負人に過失なくとも請求できると考えられるとする。以上について、潮見・前掲注(13)250、251、252 頁参照。さらに、交換価値の差額を実現するために建て替え費用相当額の損害賠償が認められる場合についても肯定する。

¹⁶⁴ 潮見教授は、建物が目的物である場合について、「修補費用が多額にのぼり建て替えた方が費用の点で優る場合には、より安価でありかつ注文者にも完全な履行があったのと同じの状態を(ときには修補後の状態よりもよい状態で)実現できることから、「修補費用としての建て替え費用」を認めることが適当と考える」と述べている。潮見・前掲注(13) 251 頁。

¹⁶⁵ 最判昭和 58 年 1 月 20 日判時 1076 号 56 頁は、瑕疵が比較的軽微である場合に、その修補に過大な費用を要するとされた事案において、民法第 634 条第 1 項ただし書の法意に照らし、修補費用を損害賠償として請求することはできないとした。

仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約の目的を達することができないときは、注文者は契約の解除をすることができる(第 635 条本文)。請負の瑕疵担保責任における解除は、催告が必要とされない一方で、契約目的の達成不能という要件のもとで、解除が制限されている。また、第 635 条ただし書は土地工作物の解除を制限しており、従来通説は、第 635 条ただし書を強行法規と解し、瑕疵担保責任の適用場面においていかなる場合も土地工作物の解除は認められないとした¹⁶⁶。したがって、債務不履行責任との適用関係をめぐる議論から明らかのように、これらの債務不履行における解除と異なる取り扱い、瑕疵担保責任の特則性として、とりわけ請負の瑕疵担保責任の位置付けに重要な影響を与えることとなった。通常の債務不履行解除と対比した場合に、瑕疵担保責任が適用される場面においては、第 635 条により、契約目的を達することのできない場合に限り解除が可能となり、土地工作物についてはいかなる場合も解除ができないことになる¹⁶⁷。

一方、学説は、契約の目的が達せられないとは、修補が不可能であるために、契約の目的が達せられない場合を意味するとし、修補が可能な場合には、注文者は催告をしたうえで契約を解除すべきであると解する見解が有力であり¹⁶⁸、この点で瑕疵担保責任における特則性としての解除の意義はそれほど重要ではないともいえる。しかし、第 635 条ただし書の土地工作物に関する全面的な解除の禁止規定については、その趣旨が問題となった。

¹⁶⁶ 末広嚴太郎『債権各論』(有斐閣、1918 年)714 頁、鳩山・前掲注(16)582 頁、我妻・前掲注(2)640 頁。

¹⁶⁷ 我妻説が請負人に帰責事由がある場合には、解除が可能であるとの考えに立つ(我妻・前掲注(2)635 頁より)との見方を示すのが、加藤・前掲注(22)395 頁であるが、仕事完成以降の場合は、瑕疵担保責任のみが問題となり、債務不履行の一般規定は排除されるとするのが我妻説であるから、この原則を貫徹するのならば、請負人に帰責事由がある場合でも瑕疵担保責任の適用場面においては解除が排除されることにならなければ首尾一貫していないように思われる。

¹⁶⁸ 石田・前掲注(66)335 頁、下森・前掲注(13)332 頁、333 頁。三宅・前掲注(52)908 頁も、瑕疵そのものは重大でも過分の費用をかけずに修補できる場合には、契約の目的を達することができない場合に当たらず、注文者は相当の期間を定めて修補を請求するか修補に代わる損害賠償を請求すべきであるとする。同様に、瑕疵担保責任における解除も原則として催告解除とすべきとする見解として、平野裕之「瑕疵担保責任における解除及び修補に代わる損害賠償請求」森征一・池田真朗編『私権の創設とその展開 内池慶四郎先生追悼論文集』(慶應義塾大学出版会、2013 年)462、463 頁。

2. 第 635 条ただし書の趣旨

起草者が解除を制限するとしたことの意図は、土地工作物について解除を認めても実際上原状回復が困難であるとの理解を前提としているのであり(「実際ニ為ルト跡ニ戻スコトノ出来ナイヤウナ場合が多イ又出来テモ夫レヲ為サセルコトハ経済上公益上利益ノナイヤウナ場合が多イノデアリマスカラ何ウモ土地丈ケハ解除ノ方デナク損害賠償丈ケニ止メテ置イタ方が宜カラウト思ツタノデアリマス」¹⁶⁹⁾、瑕疵が重大で役に立たないような場合は想定していないといえる¹⁷⁰。そこで、第 635 条ただし書による解除制限規定は、請負人に対する過酷性と、社会経済上の損失に対する配慮がその趣旨であるとされている¹⁷¹。従来の見解では、第 635 条ただし書を強行法規と解するものが有力に捉えられてきたが、これを社会経済上価値のないような建物についてまで解除を制限する趣旨ではないとし、そのような場合には、第 635 条ただし書は適用除外ないし限定されるとするものがある¹⁷²。上

¹⁶⁹ 法典調査会民法議事速記録・前掲注(106)84 丁表裏[穂積]。さらにそのような場合には損害賠償により柔軟な救済が可能であるとされていることから、建て替え費用のような損害賠償を否定しているわけではない。また、梅博士も、「今ノ場合ニ勿論初メニ請負ヲ致シマシタ人其人カマダ約束ノ仕事ヲシナイノダカラ約束通りニ履行セヨト言ツテ責ムルコトハ普通ノ契約ノ一般ノ規則債権ノ一般ノ規則テ出来マス即チ向フカ債権ノ本旨ニ従フテ履行ヲシテ居ラヌ向フカラ言ヘハ債務者テス其債務ノ本旨ニ従ツテ履行ヲシテ居ラヌノテスカラヤリ直オサセルコトハ無論出来マス」としており、仕事のやり直しを認めているといえる点が重要である。法典調査会民法議事速記録・前掲注(106)196 丁表裏。

¹⁷⁰ 瑕疵担保責任を仕事の引取り後に生じる責任であると解する三宅教授は、「注文者が完成を承認して引取った工作物が、その後に現れた瑕疵により全く無価値となることはほとんどない」としている。三宅・前掲注(52)909 頁。

¹⁷¹ 立法議論に関する検討として、岡孝「判批」判タ 698 号(1989 年)24 頁以下、高橋弘「建物建築請負契約における「仕事の完成」および「瑕疵」の判断基準ほか」私法判例リマークス 6 号(1993 年)53 頁以下参照。

¹⁷² 高橋弘「瑕疵担保一建築家の責任をも加味して」法時 42 巻 9 号(1970)38 頁以下は、「最近の住宅産業の急成長とともに頻発している請負人による手抜き工事の中には、『すっかり建て直す以外に手はない』事例が発生している。かような場合を単に不幸な偶発例であるとして片づけるのは、むしろ実情に添わないのではあるまいか。したがって 635 条但書を強行規定ではないと解した上で、当事者間にたとえ『解除』を排除する特約がある場合にも一それが裁判上争われるときに一その特約が絶対的な効力を生ずるものではなく、『裁判官による契約内容の改訂』として、合理的な判断にもとづき『すっかり建て直す以外に手がない』ような場合には、解除を認めるべきである」とする。同様に一律に土地工作物の解除を認めないことの妥当性に疑問を示すものとして、椿寿夫「建設請負約款の研究・序論」法時 42 巻 9 号(1970 年)12 頁。また、池田恒男「判批」判タ 794 号(1992 年)35 頁、花立文子「建築請負契

述したように、最判平成 14 年 9 月 24 日裁判集民 207 号 289 頁により、瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任として建築物の建て替え費用に相当する損害賠償を肯定する判断が示されたことから、第 635 条ただし書の趣旨である請負人に対する過酷性と、社会経済上の損失に対する配慮は、その要請がない場面においては解除が認められないと解する必要はないとの見方が有力となっている¹⁷³。一方で、そのような価値のない仕事の問題となる場合には瑕疵担保責任の適用場面ではないとの見解があることについては、修補に代わる損害賠償について建替費用を認めるか否かという問題と同様となる。

3. 裁判例の状況

裁判例上、瑕疵担保責任における解除の可否が直接問題となったものはほとんどみられない。実際には、瑕疵担保責任の規定上解除が認められないことを前提として、建物の瑕疵が重大な場合にはその仕事を未完成であると解し、債務不履行の一般規定による解除を導く裁判例¹⁷⁴がみられる¹⁷⁵。このような裁判例は、瑕疵担保責任の適用時点として、リーディング・ケースとされる「予定の工程の終了」という時点ではなく、仕事が注文者にとって、また、社会経済上の価値を備えているかという実質的な判断を行っているといえる。

約における瑕疵担保責任」森泉章『続現代民法学の基本問題』（第一法規、1993 年）273 頁、遠藤浩編『基本法コンメンタル債権各論 I [第 4 版]』（日本評論社、1995 年）186 頁 [中井美雄] も同様の見解を示す。

¹⁷³ 岡孝「ドイツ債務法現代化法における請負契約法上の若干の問題」下森定編集代表『現代民法学の構想 内山尚三先生追悼』（信山社、2004 年）443 頁もこの点を指摘する。

¹⁷⁴ 東京高判平成 3 年 10 月 21 日判時 1412 号 109 頁は、上棟式も経て外壁も備わり建物としての外観が一応整った状態であったが、「民法 635 条によれば、建物その他土地の工作物に関する請負契約においては、仕事の目的物に契約の目的を達成することができないような重大な瑕疵がある場合であっても、注文者は、その請負契約を解除することができない旨規定している。しかし、右の規定は、仕事の目的物が建物等である場合に、目的物が完成した後に請負契約を解除することを認めると、請負人にとって過酷な結果が生じるばかりか、社会的経済的にも損失が大きいことから、注文者は、修理が不能であっても損害の賠償によって満足すべきであるとの趣旨によるものであって、仕事の目的物である建物等が社会的経済的な見地から判断して契約の目的に従った建物等として未完成である場合にまで、注文者が債務不履行の一般原則によって契約を解除することを禁じたものではない」とし、民法第 415 条により契約の解除を認めた。

¹⁷⁵ 潮見教授も、このような裁判例について、「工事が未完成であると認定することによって瑕疵担保責任の対象からはずし、一般不履行責任の規律により解除を肯定する操作をしている」と指摘する。潮見・前掲注(33)237 頁。

ここで、土地工作物の解除については、債務不履行の一般原則によっても特殊な取り扱いがなされている点が重要である。裁判例上、従来から、土地工作物を仕事の目的物とする請負契約の場合には、契約の一部解除を認めるべきであるとする見解を示すものがあり¹⁷⁶、これについて、最判昭和56年2月17日判時996号61頁が、「建物その他土地の工作物の工事請負契約につき、工事全体が未完成の間に注文者が請負人の債務不履行を理由に右契約を解除する場合において、工事内容が可分であり、しかも当事者が既施工部分の給付に関し利益を有するときは、特段の事情のない限り、既施工部分については契約を解除することができず、ただ未施工部分について契約の一部解除をすることができるに過ぎないものと解するのが相当である」としたことから、既になされた工事が考慮に入れられるべきことが示されている¹⁷⁷。これは、請負人の仕事の既履行部分について注文者が利益を有する場合に、建築請負契約では、未完成工事についても一定の報酬を支払うことが合理的とされることと同様の趣旨に基づくものであるといえる¹⁷⁸。したがって、建築物につい

¹⁷⁶ 東京地判昭和48年7月27日判時731号47頁は、「工事が完成していなくても、完了割合に応じて代金請求権は発生する代りに、未完了部分については代金債権は不発生と確定され、この段階で請負契約は終了して債権債務の関係が清算されるものと解すべきである…(中略)以上のように解することは、請負契約が継続的な契約関係ではないのに、継続的契約関係における解約と同様の効果を認めることになって、請負契約の性質に反するのではないかという疑問があるかもしれないが、ことに建築工事請負のように、一回限りの給付というには必ずしも妥当でないものがある場合には、ある程度段階的な給付を考慮し、この限度では継続的契約関係と同様の解釈を採り入れることは許されるというべきである。このような請負契約においても、常に売買契約と同様の意味での契約解除しかないとするれば、工事がある程度進行した段階で中止された場合、注文主において、残工事を他に請け負わせて工事を完成するのがむしろ両当事者にとっても、また社会経済的にも妥当であるのに、このような方法を選ぶことすらできないことになり、不合理である」とする。

¹⁷⁷ 本判決の評釈として、栗田哲男「判批」ジュリ760号(1982年)130頁、北村実「判批」ジュリ別冊112号〔不動産取引判例百選〔第2版〕〕216頁、内山尚三「判批」民商85巻5号125頁等を参照。なお、本判決が示した「可分性」要件について、栗田教授は、給付の可分性という概念は請負の本質に矛盾する性質を有するものであり、本件工事が可分であるとするならば、建設工事は常に可分であるといわざるをえないと指摘されている。栗田哲男「判批」ジュリ760号133頁。また、内山教授も、建設請負契約において、契約の目的である施工は段階的な進行状態を指すものであり、その意味で給付は常に可分であると指摘する。内山・前掲注(16)156頁。

¹⁷⁸ 川島武宜・渡辺洋三『土建請負契約論』(日本評論社、1950年)91、92頁参照。

て全部解除が肯定されることは限定的であり¹⁷⁹、この点で、第 635 条ただし書の趣旨は債務不履行規定のもとでも實際上考慮されているといえる¹⁸⁰。

4. 学説による解除権に対する見解

裁判例が、解除制限による結果の不都合性を回避するため、「仕事の完成」を実質的に解することによって瑕疵担保責任の適用場面を後退させ、債務不履行責任の適用場面として解除を認めるのに対して、瑕疵担保責任の適用時点を後退させるのではなく、一定の範囲で債務不履行責任と瑕疵担保責任の併存を認める見解が学説上示されている。この点について高木教授は、瑕疵ある仕事の受領後における解除は理論的には認められないとしながら、受領後における解除が妥当な場合について、民法起草者が予想し得なかったゆえに瑕疵担保責任において全面的に解除を禁じたと解し、その点で「請負人の担保責任の規定は、不完全履行責任を完全に吸収し終えたわけではな」とし、その範囲内で一般の債務不履行規定が併存すると考えればよいとする¹⁸¹。このような見解は、第 635 条ただし書の強行

¹⁷⁹ 全部解除肯定例として、東京地判平成 16 年 5 月 27 日欠陥判第 4 集 378 頁は、既履行部分についての解除の制限について、「補修しても契約目的を達成することが不可能なもの、換言すれば、欠陥のため建て直しを必要とする建物まで引き受けなければならないとする趣旨のものは解されない」とし、「本件建物の全部を取り壊すか、多額の費用を負担して、致命的な地盤の欠陥の補強、修補を含めて大修繕を余儀なくされることになり、建築業者に希望の建物を注文しただけの責任のない原告らに対して、このような負担を負わせなければならない理由は全くない」とした。また、大阪地判平成 17 年 10 月 25 日欠陥判第 4 集 500 頁は、「本件のような建物の改築についての請負契約において工事が未完成である間に注文者が請負人の債務不履行を理由に請負契約を解除する場合において、工事内容が可分で当事者が既施工部分の給付に関し利益を有するときは、特段の事情のない限り、未施工部分について契約を一部解除ができるにすぎないと解すべきである(最三小判昭和 56 年 2 月 17 日裁判集民事 132 号 129 頁参照)が、本件建物に加えられた補強や本件工事が行われた後の本件建物の構造上の安全性等については上記 1(2)イで認定のとおりであり、本件工事が行われた後の本件建物は構造上の安全性に欠け、建築基準法所定の構造強度を大きく下回る危険な建物となっており、全体としても杜撰な工事となっているのであって、本件建物に加えられた補強も含めて、既施工部分の給付に関して原告に利益があるということとはできない」とした。

¹⁸⁰ 第 635 条ただし書の趣旨に従い、原状回復が重大な社会的損失を与える場合には、債務不履行解除を制限すべきであるとの見解として、我妻・前掲注(2)641 頁、内山・前掲注(2)『新版注釈民法(16)』152 頁。

¹⁸¹ 高木・前掲注(13)160 頁。同様の見解として、下森・前掲注(13)332 頁以下、潮見・前掲注(13)246 頁以下。

法規性を疑問視し、瑕疵担保責任においても、土地工作物について解除が認められる場合があるとする見解と結論において同様となる。

このように、裁判例と学説は、瑕疵担保責任の枠内において解除を認めるか、債務不履行責任の適用範囲とするか、瑕疵担保責任と債務不履行責任が併存すると考えるかどうかという点では異なる見解に立つが、いずれの見解も、予定の工程の終了や引渡しといった形式的な時点以降においても解除を肯定する必要性を認め、同様の結論を導くものであると思われる。一方で、工事が未完成であり、場合によっては予定の工程を終了する以前においても、債務不履行責任規定のもとで、既に履行された部分について無価値であるような場合に限って全部解除が認められることが示されている。そこから、瑕疵担保責任における第 635 条ただし書の趣旨における前提は、仕事が未完成であっても、具体化した段階ですでに生じているとの見方も可能となる¹⁸²。したがって、債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれを適用するかによる救済手段における効果をみる際に、請負においては債務不履行に基づく解除もまた特殊な取り扱いがなされていることに注意が必要である。それを前提とすれば、解除権について債務不履行責任規定によるか、瑕疵担保責任規定によるかについて、実際上の差はないといえることができる。

なお、請負契約の解除について、とくに債務不履行解除における解約告知に類似する判例による取り扱いをどのように解するかという点については、これまでに理論上の検討が十分になされておらず、議論の余地が残されている¹⁸³。

¹⁸² 山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)202 頁。また、瑕疵担保責任の適用を引渡し前後によって決ずるとした場合、引渡し前においていつでも瑕疵を理由に契約を解除することができる点については、635 条ただし書の趣旨から衡平を欠くとしている。さらに、工事完成前でも、解除による原状回復は社会的損失が大きいといえる場合があるとするが、いつからそう言えるかは別に検討しなければならない問題であることを留保している。

¹⁸³ この点、請負契約における解除を検討するものとして、平野裕之「請負契約における債務の一部不履行と契約解除」慶應法学 25 号(2013 年)121 頁以下。また、請負契約における工事完成前の解除については、裁判例上、信頼関係破壊の法理を採用するものがみられる(名古屋地判平成 18 年 9 月 15 日判タ 1243 号 145 頁、東京地判平成 26 年 12 月 24 日判時 2260 号 57 頁)。この問題について検討するものとして、原田剛「仕事完成前の注文者の解除—信頼関係破壊法理と任意解除権の流用—」法と政治 62 卷 1 号 I (2011 年)275 頁、前出の東京地裁平成 26 年 12 月 24 日判決の評釈である笠井修「建物建築請負契約における履行に基づく解除の範囲[東京地裁平成 26.12.24 判決]」判時 2283 号(2016 年)157 頁以下を参照。「仕事の完成」を債務の本質とする請負契約において、建築請負のように継続性を有する契約をどのように位

三 報酬減額権

現行法上、代金ないし報酬減額についての条文上の規定はないが、実際の取引において、代金減額的な解決がしばしばなされているということから、解釈論上もこれを認めるべきであるとの有力な指摘がある¹⁸⁴。北川教授も、注文者は瑕疵に応じて請負代金の減額を損害賠償としてすることになるだろうと指摘する¹⁸⁵。

また、裁判例上は、修補に代わる損害賠償請求として報酬減額が実質的になされているといえ、最判昭和51年3月4日判時849号77頁は、「目的物に瑕疵がある場合における注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権は、実質的、経済的には、請負代金を減額し、請負契約の当事者が相互に負う義務につき、その間に等価関係をもたらす機能を有するものである」と述べている¹⁸⁶。

なお、瑕疵担保責任における損害賠償請求権について、これを伝統的通説に従って無過失責任と解するかによって前提が異なるが、報酬減額請求権は、請負人に帰責事由がない場合にも認められると解するものがある¹⁸⁷。また、第634条第1項ただし書により、瑕疵が重要ではなく、修補に過分の費用を要するとして修補請求が認められない場合でも、報酬減額は認められるとの指摘がある¹⁸⁸。後述するように、現在示されている民法改正法案では、報酬減額権について明文化することが提案されている¹⁸⁹。

置付けるかといったことも含め、なお明らかにすべき点が多く残されているといえる。

¹⁸⁴ 来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974年)469頁。内山・前掲注(2)『新版注釈民法(16)』137頁、石田・前掲注(66)335頁も参照。

¹⁸⁵ 北川・前掲注(43)85頁。

¹⁸⁶ この点、和泉・前掲注(150)9頁は、裁判例上、修補に代わる損害賠償の請求と請負残代金債権との相殺という形で実質的に減額がなされていることから、立法論として端的に請負代金の減額請求権を認めるべきと指摘している。また、高木教授は、建築請負における工事未完成部分の一部解除という取り扱いを、通常は代金減額と異ならないと指摘しており、瑕疵担保責任に基づく損害賠償という取り扱いでも同様であるとする。高木・前掲注(13)163頁。

¹⁸⁷ 石田・前掲注(66)332頁。

¹⁸⁸ 石田・前掲注(66)335頁。

¹⁸⁹ 改正に向けた視点を含め、代金減額権について総合的に検討するものとして、森田修「契約総則上の制度としての代金減額－債権法改正作業の文脈化のために」東京大学法科大学院ローレビュー3号(2008年)247頁以下も参照。

四 損害賠償請求権

第 634 条第 2 項は、瑕疵を理由とする損害賠償請求を規定している。伝統的通説は、瑕疵担保責任の法的性質論に関して述べたように、瑕疵担保責任に基づく請負人の損害賠償責任の範囲を履行利益に及ぶと解する。我妻博士は、「瑕疵担保責任の内容としての損害賠償の範囲は、一信頼利益に限るのではなく、常に一履行利益の賠償と解するのが正当とされるであろう。売主の担保責任としては、売主の責に帰すべき事由がない以上信頼利益の賠償に限るとしたのだが、請負人について別異の解釈をする理由は、売買においては売買の目的たる特定の物を引渡すことによって売主の債務は完了するに反し、請負では、仕事を完成すること、すなわち瑕疵のない完全な仕事をするのが請負人の債務の内容なのだから、その責任は瑕疵によって生ずるすべての損害の賠償に及ぶと解するのが妥当」とする¹⁹⁰。このように、我妻博士は、請負人が瑕疵のない仕事を行う義務を負っている点に売買との相違をみて、履行利益の賠償を理由づける一方で、この損害賠償請求権の性質について、売買と同様に、債務不履行責任とは異なる無過失責任であるとする。なお、起草者の一人である梅博士は、瑕疵担保責任による損害賠償請求権に過失を必要とするかのような記述をしているが、必ずしも明確ではなかった¹⁹¹。そこで、伝統的通説によって従来から瑕疵担保責任の特則性として指摘されてきた無過失責任という性質と、瑕疵担保責任に基づく損害賠償の範囲との関係が議論となっている。

1. 瑕疵担保責任の無過失責任性をめぐる問題

(1) 瑕疵担保責任の無過失責任性と損害賠償の範囲

請負の瑕疵担保責任を売買と同様に無過失責任であると解し、この点を、債務不履行による損害賠償に対する瑕疵担保責任の特則性の要素の一つとする伝統的通説に対しては、潮見教授により、その理論上の問題が分析・指摘されている¹⁹²。潮見教授が、鳩山・我妻博士による伝統的通説について、「不完全履行を根拠として発生する責任を特別債務不履行責任と捉えて責任効果(修補請求、解除、損害賠償請求)を説明しつつも、それが「担保責任」であることに固執した結果、売買の瑕疵担保責任に関する要件論(無過失責任)を接

¹⁹⁰ 我妻・前掲注(2)632頁。

¹⁹¹ 梅・前掲注(14)712頁以下は、「前二条ノ規定ハ請負人ニ完全ナル仕事ヲ為ササルノ過失アルヲ以テ其責任ヲ負ハシムルモノナリ故ニ請負人ニ過失ナキトキハ敢テ之ヲ責ムルコトヲ得ス」とする。

¹⁹² 潮見・前掲注(13)235頁以下。

ぎ木するに及んだ」¹⁹³と指摘したことから、「接ぎ木説」と表現されるこの批判は、これまで十分な検討対象とされてこなかった請負の瑕疵担保責任の性質論の問題を指摘し、伝統的通説についての再考を促すものであった。

潮見教授が整理しているように、伝統的通説の有する要件・効果の論理的な不整合は、来栖三郎博士によってすでに指摘されていた。来栖博士は、「一般には売主の瑕疵担保責任が無過失責任であるのと同様に、請負人の瑕疵担保責任も無過失責任だと解しているようである。これに対し前述の如く、売主の瑕疵担保責任につき代金減額と契約の解除は売主の過失の有無を問わないが、損害賠償請求は売主の過失を要するとする立場に立てば、請負人の瑕疵担保責任についても、修補請求、代金減額および契約の解除は請負人の過失の有無を問わないが、代金減額と区別された意味での本来の損害賠償は請負人の過失を要すると解すべきことになるのであろうか」¹⁹⁴として、瑕疵担保責任の無過失責任性の意義を探求する。また、高木教授は、瑕疵担保の法的性質については、請負契約においては瑕疵のない仕事が約束されているのであり、瑕疵ある仕事は、理論上不完全履行そのものであるとして、特定物売買の場合に生じる法定責任説は請負においては生じず、不完全履行の特則規定であると解さざるを得ないとしたうえで、請負の瑕疵担保責任における損害賠償の範囲との関係で、完全に不完全履行の一般理論を排除しているかという点に疑問を示す¹⁹⁵。そして、損害賠償の範囲について、有償性を根拠とする賠償は、仕事の客観的価値と報酬代金との差額(代金減額)ないし、注文者が修補に要した費用ということになるはずであり、それ以上の履行利益・拡大損害については、請負人の責めに帰すべき事由を要するのではないかとする点で来栖博士の見解と類似する。また、売買の瑕疵担保責任の法的性質について法定責任説に立つ下森教授は、請負の瑕疵担保責任については不完全履行の特則であるとして、瑕疵担保責任における損害賠償を無過失責任とし、履行利益を超えて拡

¹⁹³ 潮見・前掲注(13)239頁以下。潮見教授は、民法第570条が定める売買目的物の質的瑕疵に対する担保責任と請負の瑕疵担保責任は性質を異にするにもかかわらず、通説が請負の瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則であると同時に、売買の瑕疵担保責任の特則であるとしたことに対し、「後段部分は無用であるどころか、次に述べるように請負の瑕疵担保責任の要件・効果についての理解に混乱をもたらす点で有害でさえある」と指摘している。同・前掲注(13)247頁。

¹⁹⁴ 来栖・前掲注(184)470頁。

¹⁹⁵ 高木・前掲注(13)97頁。

大損害にまで及ぶとする我妻説に対して疑問を示し、修補に代わる損害賠償とは区別される拡大損害について帰責事由を必要とすべきとする¹⁹⁶。これらの見解は、瑕疵担保責任の無過失責任という性質に過失責任とされる債務不履行責任からの特則性を見出し、瑕疵担保制度を危険負担制度と同様に、瑕疵によって生じた対価的不均衡を是正するための制度であると位置付けて、損害賠償を代金減額の範囲に限定することによって債務不履行責任との体系的バランスを図ろうとする加藤雅信教授の考え方(いわゆる危険負担的代金減額請求権説)と視点において共通する部分があるといえる¹⁹⁷。

これらの見解が、瑕疵担保責任の適用時点とは関係なく、この問題を論じているのに対して、引取り時以降に発生する責任として瑕疵担保責任を位置付ける三宅教授は、請負人の担保責任としての損害賠償は、瑕疵による直接の不利益に限られる、報酬減額に近い損害賠償であると解することにより、過失を要求する必要がないとする¹⁹⁸。

(2)過失を要する損害賠償の位置付け

以上の見解は、いずれも、通説の主張する履行利益の賠償と、それについての無過失責任という性質に対する疑問を示し、瑕疵担保責任の無過失責任という性質が請負契約の有償性によって理由づけられるとすれば、その範囲は対価性利益を調整する部分、つまり、代金(報酬)減額的な損害賠償に限られると解することが理論上妥当であるとみる点で共通の考え方に立っていると見える。なお、そのような無過失責任として認められる代金減額的な損害賠償を超える部分についての責任追及については、瑕疵担保責任の枠内で認められるとする見解と、そこには債務不履行の一般規定が適用されるとする見解に分かれる。これは、代金減額的な損害賠償を超える履行利益・拡大損害といった、過失を要するとされる損害賠償について、瑕疵担保責任の除斥期間に服するかという点に関わる。なお、三宅教授の見解は、瑕疵担保責任における損害賠償は報酬減額に近い損害賠償であるとする

¹⁹⁶ 下森定『債権法論点ノート』(日本評論社、1991年)39頁。

¹⁹⁷ 売買の瑕疵担保責任についての加藤雅信教授の見解は、加藤雅信『現代民法学の展開』(有斐閣、1993年)390頁以下〔初出・「売主の瑕疵担保責任－危険負担的代金減額請求権説提唱のために」森島昭夫編『判例と学説3 民法2』(日本評論社、1977年)175頁以下〕を参照。なお、請負の瑕疵担保責任についても、種類物売買と同様に解することができるとしている。加藤・前掲注(22)394頁参照。

¹⁹⁸ 三宅・前掲注(52)909頁、910頁。なお、「瑕疵による直接の不利益」の内容は明確ではない。

点では以上の見解と共通する考え方がみられるが、瑕疵担保責任の適用段階において債務不履行責任が完全に遮断されるという点で、報酬減額的な損害賠償を超える範囲について請負人に帰責事由があったとしても、もはや責任を追及しえないという点で異なっているといえる¹⁹⁹。ここで、過失を要する損害賠償を瑕疵担保責任の枠外に位置付ける見解によると、瑕疵担保責任の意義として、無過失責任として肯定される対価的均衡の維持という機能と、その射程が強調されることとなる²⁰⁰。なお、無過失責任として認められる損害の範囲については、修補に代わる損害賠償に関して述べたように、潮見教授による注目すべき指摘がされていた²⁰¹。

2. 瑕疵担保責任の帰責構造に対する見直し

(1) 瑕疵担保責任の無過失責任性を否定する見解

以上の見解が、瑕疵担保責任が無過失責任であることを前提に、損害賠償の範囲に関する議論を展開したのに対し、この無過失責任という性質自体について疑問を示す見解もある。それらの見解は、請負人の瑕疵担保責任を無過失責任とする通説の見解について、その理由や必要性が明白ではないとして、債務不履行責任と同様に過失を要するとする²⁰²。また、請負における無過失責任性についても、瑕疵担保責任の効果すべてに対してそのような性質決定をする見解がある一方で、損害賠償の範囲について議論がある点については上述したとおりである。また、瑕疵修補請求権、報酬減額請求権、契約解除権については請負人の過失を必要としないが、瑕疵担保責任による損害賠償請求権については、過失を要するとするものもある²⁰³。さらに、建築請負契約における約款では、実質的に瑕疵担保

¹⁹⁹ この点、第 634 条・第 635 条の枠外の損害は、「不法行為に近い詐欺的悪意の責任としてのみ、賠償を請求することができる」としている。三宅・前掲注(52)910 頁。

²⁰⁰ 長坂純『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 年）381 頁参照。

²⁰¹ 潮見・前掲注(13) 250 頁以下。

²⁰² 荒井八太郎『建設請負契約論』（勁草書房、1967 年）727 頁以下、来栖・前掲注(184) 470 頁、山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)204 頁、205 頁、藪重夫「工事請負契約における瑕疵担保責任の法律的性質」判評 263 号(1981 年)17 頁。

²⁰³ 石田・前掲注(66)332 頁。その理由として、売買の場合に売主の過失を必要とすると解した以上、請負の場合にも同様に解するのが妥当であるとする。そして、請負人の損害賠償の範囲は、民法第 416 条によって決定されるとしている。

責任が過失責任に近くなっているとの指摘もある²⁰⁴。そして、瑕疵担保責任を無過失責任とする根拠についても、売買と同様に有償契約である点に見出す見解や、請負人の専門性を理由とする見解²⁰⁵があるなど、瑕疵担保責任の無過失責任という性質に対する考え方は、対象とする瑕疵担保責任の効果とその根拠のいずれにおいても一致しているとはいえない。

なお、損害賠償の範囲に関して、信頼利益を超える部分については過失を要するとの見解と考え方として共通するといえるが、それらの見解が瑕疵担保責任の把握する損害の対象として、過失を要しない報酬減額的な損害賠償をみるのに対し、瑕疵担保責任の無過失責任という性質決定自体を見直す点で異なっているといえる。また、上述した点ではあるが、過失を要する損害賠償を瑕疵担保責任の枠外に位置付ける見解は、瑕疵担保責任の意義として、対価的均衡の維持を強調している点に注目すべきである。

(2)近時の債務不履行の帰責構造に対する理論展開－債務不履行責任の過失主義の再考

上述の見解が、瑕疵担保責任の無過失責任という性質について、債務不履行責任と同様に過失責任と解すべきであるとするのに対し、債務不履行責任の帰責構造について、伝統的な考え方とは異なる理論の展開が有力に示されている。つまり、現在の学説の展開は、そのような損害賠償の範囲を代金減額的な等価交換部分について限定することによって瑕疵担保責任の無過失責任という性質を根拠づけるという解釈を越え、債務不履行責任の過失責任性という前提に対する再考がなされるに至っている。これは、とりわけ債権総論ないし売買を念頭にした検討の中で論じられたものであるが、請負についても同様に当てはまる。ここで、債務不履行責任の過失責任性を否定した場合には、瑕疵担保責任の特則性として挙げられる無過失責任という性質は失われることになり、この点で債務不履行責任との違いはないことになる。なお、債務不履行責任を過失責任とする従来から支持されてきた考え方の転換は、いくつかのアプローチによって、異なる論理展開のもとでなされているが、代表的な見解として、森田宏樹教授の結果債務・手段債務二分論と称される理論がある²⁰⁶。一方で、潮見教授の展開される理論は、過失責任が機能する責任と、過失を要

²⁰⁴ 山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)201頁。

²⁰⁵ 平田・前掲注(50)107頁は、瑕疵担保責任に基づく修補請求に関して、「瑕疵担保責任としての瑕疵修補請求は、請負人が一種の専門家であることに鑑みて、無過失責任とされたいと考えられる」とする。

²⁰⁶ 森田宏樹・前掲注(137)参照。

しない保証責任という、帰責原理の異なる二つの契約責任が併存することを認めるべきであるとしたうえで、後者については、給付結果の実現その他一定の自体の発生についての保証(結果保証)の存在を前提として、保証された事態が発生しない場合に、債務者の具体的行為の当否を問題とすることなく、結果保証を帰責事由として債務者に責任を負わせるものであるという²⁰⁷。これらの見解についてはいまなお議論があるところであるが²⁰⁸、いずれの見解も従来における過失主義に動揺を与えるものであり、伝統的な「過失」による責任構成ではなく、「契約の拘束力」を根拠に責任を生じさせるという点で有力な見解とされている²⁰⁹。

以上をまとめると、瑕疵を理由とする損害賠償請求権について、近時の有力説は、正しくは「不可抗力または注文者の責めに帰すべき事由を理由とする免責の余地しか残されていない債務不履行責任」として捉えるべきであるとする²¹⁰。これは通説による無過失責任主義を否定し、過失責任主義を採用するものではなく、債務不履行における従来からの過失責任主義を改めることから由来する。後述するように改正法案はこのような考え方を採用するものと説明されている。

3. 瑕疵を理由とする損害賠償の内容

第 634 条第 2 項は、瑕疵修補に代わる損害賠償と、瑕疵修補とともにする損害賠償を規定している。修補に代わる損害としては、上述したように、修補が可能な場合にも即時の損害賠償が認められることから、修補に要する費用の賠償が通常行われる。なお、梅博士は、この修補に代わる損害賠償について、第 634 条第 1 項ただし書が、過大な費用を要す

²⁰⁷ 潮見・前掲注(4)50頁を参照。

²⁰⁸ この問題は瑕疵担保責任、また、契約責任全体の検討において重要な意味をもつものであるが、本稿では立ち入ることができなかった。

²⁰⁹ なお、これらの見解もまた離れた位置にあるものではないように思われる。この点、北居功教授は、笠井教授の著書(『保証責任と契約法理論』)の書評において、「結果債務の典型と指摘される売主の引渡債務や請負人の仕事完成債務に給付の契約適合性も包含されると解した場合、本書が示したドイツ法の性質保証論がこの契約適合性の領域においてフランス法の成果と符合する結論を示すことに注目すべきであろう。売買や請負契約における瑕疵担保責任の無過失責任原理は、結果債務論からも性質保証論からも基礎づけられることとなる。」と指摘している。北居・前掲注(76)136頁。

²¹⁰ 潮見・前掲注(33)236頁。

る場合の修補請求の制限を置いていることから、この規定によって修補請求ができない場合に、注文者に残された手段として修補に代わる損害賠償が可能であるとしている²¹¹。したがって、上述したように、修補に代わる損害賠償としては、①修補が可能な場合の修補費用に相当する損害賠償と、②修補が不可能な場合(物理的不能、第 634 条第 1 項ただし書による排除)の損害賠償に分けられる。後者については、梅博士によれば、瑕疵のない仕事と瑕疵のある仕事との価値の差が損害と解される。また、注文者が修補を望まない場合も、②と同様に解されうる²¹²。なお、修補費用に建て替えに要する費用が含まれうるものが平成 14 年最判により肯定されていることについては修補請求権の箇所でも検討した²¹³。

一方、修補とともにする損害賠償について、我妻博士は、「瑕疵の修補とともにする損害賠償を請求することのできるのは、修補をしても一仕事の完成が遅延したことや修補によっても完全なものとならないことなどにより一なお填補されない損害があるときである」と説明している²¹⁴。

4. 裁判例における損害賠償の射程

修補にあたる損害賠償が、請負人の瑕疵のない仕事の履行義務によって過失を要することなく認められるのに対し、瑕疵によって仕事の目的物以外に生じたような損害については、債務不履行の一般原則に従い、請負人の過失を要するとの見解が学説上有力であった。さらに、債務不履行の過失主義について議論があり、瑕疵担保責任におけるいわゆる無過失責任と実際に異なるものではないという点については既に述べたとおりである。一方で、裁判例においては、瑕疵を理由とする損害賠償について、学説の主張するような過失責任、

²¹¹ 梅・前掲注(14)708 頁以下において、第 634 条第 2 項の損害賠償の例として、節のない板で天井を張ることを請け負わせたが、請負人が節のある板で天井を張った場合、注文者は節のない板で天井を張り替えることも物理的には請求することができるが、張り替えを要求せず、節のない板で張られた天井と節のある板で張られた天井の差額を損害賠償として請求することができるとする。

²¹² ただし、修補が可能な場合の修補に要する費用の賠償と、瑕疵があることによる減額的な損害賠償の算定方法ないし実際上の違いについてはなお検討を要する。

²¹³ なお、平成 14 年最判は、その判旨において、「契約の履行責任に応じた損害賠償責任」として建替費用賠償が肯定されうるとしているが、この部分の意味については明確ではないとの指摘がされている。岡・前掲注(173)443 頁。

²¹⁴ 我妻・前掲注(2)637 頁。

無過失責任による損害賠償の射程の区別といった考え方は採られていない。その範囲は、瑕疵との相当因果関係があるか否かによって判断されており、したがって、いわゆる履行利益に及ぶといえる。建築請負契約に関していえば、修補費用相当額や、交換価値の差額といったものだけではなく、瑕疵を明らかにするために要した調査鑑定費用²¹⁵や、修補中に当該建築物を使用できないことによる代替建物の賃料及び引越費用²¹⁶、営業用建物の場合の逸失利益²¹⁷などが認められている²¹⁸。

五 注文者の請求権の期間制限

1. 瑕疵担保責任における責任期間

民法第 637 条は、請負人の瑕疵担保責任の存続期間として、仕事の目的物の引き渡し又は仕事の終了から原則として 1 年という短期の期間制限を定め、この期間は除斥期間であるとされている²¹⁹。このような短期の期間制限を置く意図は、目的物の引き渡し又は仕事の終了後においては、履行が終了したとの請負人の期待が生じることから、これを保護する必要があるという点、また、引き渡し又は仕事の終了後、長期間が経過することによって瑕疵の判定が困難となることにある²²⁰。このような趣旨は、売買における売主の瑕疵担保責任の期間制限について定める、第 570 条、第 566 条第 3 項と共通するものである。

なお、上述したように、瑕疵担保責任と債務不履行責任との適用関係において、仕事完成以降は債務不履行の一般規定の適用が排除されるとの解釈によれば、履行利益を含む瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権はすべてこの除斥期間に服することになる²²¹。これに対して、修補とともにする損害賠償については、請負人に過失がある場合、債務不履行規

²¹⁵ 大阪高判昭和 58 年 10 月 27 日判時 1112 号 67 頁、大阪地判平成 13 年 2 月 15 日等。

²¹⁶ 大阪地判昭和 59 年 12 月 26 日判タ 548 号 181 頁、大阪地判昭和 62 年 2 月 18 日判時 1323 号 68 頁等。

²¹⁷ 東京地判昭和 47 年 2 月 29 日判時 676 号 44 頁、大阪地判平成 23 年 3 月 15 日欠陥判第 6 集 544 頁等。

²¹⁸ 潮見・前掲注(13) 252 頁は、請負人に過失がなくても認められる損害は、目的物の価値自体の填補のための損害項目に限られるとすることから、建替が認められる場合でも、現有建物の取り壊し費用や、建て替え中の代替家屋調達費用などについては、債務不履行の一般原則に従い、請負人の過失を要するとの考えを示している。

²¹⁹ 我妻・前掲注(2)642 頁。

²²⁰ 内山・前掲注(2)『注釈民法(16)』155 頁。

²²¹ 高木・前掲注(13) 158 頁、潮見・前掲注(13)252 頁はこの原則を示す。

定の10年の消滅時効が適用されるとする見解がある²²²。

以上のような民法上の責任期間に対して、建築請負契約では、建設工事請負約款による異なる期間の設定が通常行われる。民間(旧四会)連合協定請負契約約款など、民間工事において広く利用されている約款では、民法の除斥期間より短期の期間を置いているが²²³、住宅品質確保法の強行規定により、新築建物の構造耐力上主要な部分又は雨水の侵入を防止する部分については10年の責任期間に服する。

2. 瑕疵担保責任の発生時点との関係

第637条、第638条の規定が瑕疵担保責任の適用時点といかなる関係にあるかについては、学説により見方が異なっている。上述したように、これらの瑕疵担保責任の責任存続期間が、引渡し時から起算されることを理由に、瑕疵担保責任の適用時期も引渡し時からであるとする見解²²⁴がある一方で、この規定は必ずしも瑕疵担保責任の発生時点を意味しないとの指摘もある²²⁵。

六 請負人の瑕疵担保責任の限界

1. 民法第636条による瑕疵担保責任の排除

第636条は、請負人の瑕疵担保責任の例外として、注文者の供した材料の性質又は注文者が与えた指図を原因として生じた場合について規定している。原則として、請負の法的性質から、請負人は完全な仕事をする義務を負っており、これは請負人の責めに帰すべき事由に依存しないが、第636条は、その例外として注文者に瑕疵の原因がある場合の請負人の責任の制限を規定する。なお、第636条ただし書は、請負人がその材料又は指図の不適當なことを知っていながら告げなかった場合には、免責は認められないとする。このよ

²²² 来栖・前掲注(185)469頁、内山・前掲注(2)『注釈民法(16)』155頁。

²²³ 木造の建物については1年、石造、金属造、コンクリート造等については2年とするものが多い。

²²⁴ 山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)201頁。

²²⁵ 三宅・前掲注(52)903頁。なお、三宅教授はその点について指摘したうえで、「しかし634条等は、「仕事ノ目的物」と規定しながら引渡を要しない無形の仕事の請負にも適用されることから、引渡を要件として明示することを避けたのかもしれない。そうだとすれば637条1項、638条1項は、暗に担保責任が引渡の時から生ずることを併せて規定したと解釈できるであろう。」との見解を示している。

うな注文者側、つまり、債権者の関与による瑕疵担保責任の免責についての規定は売買には存在せず、現行法上、第 636 条は請負に特有の規定である²²⁶。この規定の趣旨については、原因主義により請負人が瑕疵担保責任を免れると解することが公平の見地から妥当であると説明されている²²⁷。なお、我妻博士は、第 636 条の規定について、注文者の指図が不適當なものであるときには、請負人には注意を唱える義務があり、この義務を怠った時には、注文者の指図どおりに仕事をしたとしても、それに起因する仕事の瑕疵については、自己の責めに帰すべきものとして責任を免れないと解すべきであり、その根拠を、請負人がその仕事についての専門的知識をもつことにあると指摘している²²⁸。したがって、民法第 636 条ただし書の趣旨から、専門的知識・技能を有した請負人は、合理的な注意をもってする調査や検査を怠ったときは、これらの注意を尽くせば発見できた材料・指図の不適當なことのリスクについて、請負人が負担すると解すべきであることが学説上、肯定されている²²⁹。なお、元請負人と下請負人の請負契約にも本条の適用がある。

2. 裁判例による解釈

裁判例では、第 636 条により、請負人が責任を免れるような注文者の指図については、これを制限的に解すべきであるとし、単に注文者の希望の表明だけではこれに当たらず、拘束力のある指図でなければならないとの見方を示している(大判昭和 10 年 5 月 31 日法学 5 卷 111 頁、東京地判平成 3 年 6 月 14 日判時 1413 号 78 頁)。その根拠としては、学説と同様に、請負人の専門的知識に対する注文者の期待が考慮されている。なお、第 636 条は、「請負人がその材料又は指図が不適當であることを知りながら告げなかったとき」として、請負人の告知義務の違反についてのみ規定しているが、請負人が材料又は指図の不適當を知らなかった場合であっても、その妥当性を吟味することなく工事を行うことは認められないとするものがある(東京高判昭和 53 年 7 月 19 日東高民報 29 卷 7 号 149 頁、京都地判平成 4 年 12 月 4 日判時 1476 号 142 頁²³⁰)。また、設計の不適當性による仕事の

²²⁶ 内田貴『民法Ⅱ 第 2 版 債権各論』(東京大学出版、2007 年)258 頁。

²²⁷ 内山・前掲注(2)『新版注釈民法(16)』153 頁。

²²⁸ 我妻・前掲注(2)615 頁。

²²⁹ 潮見・前掲注(33)234 頁。

²³⁰ 京都地判平成 4 年 12 月 4 日(判時 1476 号 142 頁)は、「建築工事請負人は、有償契約の一方当事者であり、かつ専門知識・経験を有するものとして専門的技能を十分に駆使して仕事

瑕疵について、請負人は、第三者である監理技師の設計図に疑義を抱き、これによる工事が適当ではないことを設計技師にも通知すべきであったとして、瑕疵担保責任を免れないとしたものがある(東京高判昭和 52 年 9 月 20 日判タ 366 号 239 頁²³¹)。注文者の拘束力のある指図を認めた裁判例として、名古屋高判昭和 49 年 11 月 27 日判時 774 号 80 頁、大阪地判昭和 63 年 12 月 23 日判タ 700 号 207 頁等があるが、原則として、注文者の指図による請負人の責任の免責については制限的に解されており、上記の裁判例から、請負人には、材料又は指図の不適當についての告知義務だけではなく、注文者の指図や提供された材料が適當であるか否かを吟味する義務があることが認められているといえる。なお、請負人の瑕疵担保責任が免除されない場合でも、責任の軽減として、第 418 条の過失相殺による損害額の減額という方法が採られている。

第四節 瑕疵担保責任の特則性と意義をめぐる議論の整理

これまで述べてきたように、請負における瑕疵は履行が不完全な状態であり、その点で、請負に関しては不完全な履行に対する規定が、債務不履行の一般規定のほかに請負契約の箇所には瑕疵担保責任規定として存在することになる。瑕疵担保責任の要件たる「瑕疵」がいかなる意味を有しているかについて、当事者が合意した契約内容どおりでないことと解されていることに学説・裁判例上ほぼ異論はない。そこから、請負においては、「不完全な履行」という状態に対する、これらの異なる内容を有する二つの規範をどう関係づけるかという困難な問題に直面する。そして、伝統的通説が、一方が適用される場合には他方が排除されると解したことは、法が瑕疵担保責任という規定を置いていることからすれば、妥当な考え方であるといえる。しかし、ここで、法が瑕疵担保責任という特別な規定を置いたことの意図がどこにあるかという点が問いとして生じることになる。従来の学説では、

を遂行することが期待されている。したがって、工事請負人が、工事に関する注文者の指図に従って工事をすれば、その指図の不当を吟味しなくても、常に担保責任を免れると容易に理解することはできない。そうであるとすれば、工事請負人の担保責任を免除するような注文者の「指図」とは、注文者の十分な知識や調査結果に基づいて行われた指示、あるいはその当時の工事の状況から判断して事実上の強い拘束力を有する指示などであると制限的に理解しなければならない。」とした。

²³¹ 本事案では、注文者に対しては通知があったが、それでもなお請負人の責任を認めている。

請負の瑕疵担保責任の特則性について、①修補義務の限定、②解除の制限、③除斥期間、④無過失責任性が挙げられていた²³²。これらの点について、学説及び裁判例の議論を踏まえ、若干の整理を行う。

これらの特則性のうち、条文上明らかなのは、①②③である。まず、③の除斥期間については、履行が終了したとの請負人の期待が生じることから、これを保護する必要があるという点、また、引き渡し又は仕事の終了後、長期間が経過することによって瑕疵の判定が困難となることにあるという趣旨に基づくものであることに異論はない。次に、条文上は明らかではない、④の無過失責任という性質については、債務不履行責任が過失を必要とすることを前提とした場合に、無過失責任で履行利益賠償を肯定するという通説の見解は、その積極的な理由を述べておらず、債務不履行責任との関係で整合性がないと指摘された。そこから、無過失責任で認められるのは、対価的均衡調整の範囲に限られるとされる。このような考えを前提とした場合に、請負人に過失がある場合には、債務不履行責任の効果が妨げられないとの指摘がされる。なお、そのような効果が瑕疵担保責任の枠内で肯定されるとする見解と、枠外で債務不履行責任と併存を肯定する見解があり、それらの違いは瑕疵担保責任の除斥期間が及ぶかどうかという点に現れる。このような損害賠償の範囲から、瑕疵担保責任の特則性を捉える考え方については、近時、売買における瑕疵担保責任の理論の展開から、債務不履行責任の過失主義を否定する見解が有力となっており、このとき、瑕疵担保責任の損害賠償について独自の射程は失われ、債務不履行責任との境界として何らかの契機を要することになる²³³。

次に、①修補義務の限定については、修補請求権の射程をどのように解するかについて議論があった。この点、瑕疵担保責任を法が特別に認めた責任と解する三宅教授は、瑕疵担保責任における修補請求権は、やり直し請求を含む履行請求権とは異なると解していた²³⁴。また、債務不履行責任の特則と解する見解も、修補請求権には新たな仕事をやり直すことは含まれないとみているものがあつた²³⁵。これらの見解は、反対に、債務不履行責任の適用のもとでは、新たな仕事をなすことを請負人に請求することができると解する。こ

²³² 潮見・前掲注(13)248頁を参照。

²³³ また、このとき、原則として、債務不履行責任と瑕疵担保責任は併存しえないことになる。

²³⁴ 三宅・前掲注(52)886頁参照。

²³⁵ 高木・前掲注(13)157頁。

のような学説の見解の根底には、やり直す以外に瑕疵の除去方法がない場合は修補不可能であるという考えがあったが、現在ではやり直しが修補の一方法として位置付けられうるとする見解が有力となっている。なお、そのように解した場合でも、修補請求権についての制限を規定する第 634 条第 1 項ただし書の規定が瑕疵担保責任に独自のものとして残される。また、近時の種類物売買における時的区分説も、修補請求権を本来の履行請求権が縮減したものとみるものがあり、仕事のやり直し請求の可否とは別の問題として、本来の履行請求権と修補請求権は異なるものであるとの考えが有力である。

瑕疵担保責任において本来の履行請求権が制限される契機としては、主に異なる二つの方向性が見解が示されている。三宅教授は、瑕疵担保責任を注文者による「完成の承認」によって、そのような制限を理由づける。近時の時的区分説もまた、注文者の主観的な意思の介入を重要視するという点では三宅教授の見解と共通の要素を有している。一方で、裁判例によって支持されている「仕事の一応の完成」基準説は、本来の履行請求権が制限されることの意味として、不完全ながらも請負人が製作した仕事の価値を考慮することを重視しているといえる。このような趣旨は、②第 635 条ただし書における土地工作物の解除制限にも共通するといえる。近時の種類物売買に関する時的区分説が、瑕疵担保責任の債務不履行責任に対する「制限」の効果をどう捉えるかは必ずしも明らかにはならないが、「仕事の一応の完成」を瑕疵担保責任の適用時点と解する裁判例及び学説は、それ以降において、不完全ながらも請負人のすでになした仕事の価値を認めているといえる。このような趣旨を前提とした場合に、注文者の「完成の承認」という主観的要素によって、不完全な仕事の価値を考慮すべき事情が生じると解することは困難であるように思われる。また、一方で、「仕事の一応の完成」基準説は、「仕事の一応の完成」前においては仕事のやり直しや全面的な解除を肯定し、それ以降においては、仕事のやり直し及び全面的な解除はできないとする。しかし、すでに指摘されているように、「予定の工程の終了」によってこのような取り扱いをすることは妥当ではない場合があり、「仕事の一応の完成」による基準は、請負人の仕事の実質的な完成度により、相対的・流動的に解されている状況がある。このような解釈は、現行法の第 635 条ただし書を前提とした場合の不都合性を回避するための取り扱いであると思われるが、責任規範のあり方として、そこに定められる救済手段が、債務不履行の状況に対して妥当か否かによって適用規範を振り分けるという方法が望ましいかという疑問も生じる。現在の裁判例上では、個々の事案について、妥当と思われ

る責任規範を当てはめ、言い換えれば、不都合な責任規定を回避するという取り扱いを行っているものがみられる。そのような取扱いは、妥当な結果を導いているともいえるが、瑕疵担保責任と債務不履行責任の相互の関係を曖昧なものとしているようにも思われる。

以上のように、瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係については、それぞれの概念自体についてさらに見解は分かれているものの、「仕事の一応の完成」を基準とする見解と、注文者による「完成としての承認」を基準とする見解が示されている。しかし、これらは必ずしも対立点において一致しないように思われる。「仕事の一応の完成」基準説からの「完成としての承認」基準説に対する批判について上述したが、一方の「完成としての承認」基準説からの応接はみられない。また、「仕事の一応の完成」基準説が意図する既履行部分の価値は、債務不履行責任規定のもとでも考慮されているといえ、裁判実務上すでに、債務不履行責任に基づく全面的解除の制限、さらに、平成 14 年最判による瑕疵担保責任に基づく建替費用賠償が肯定されている状況がある。その点で、「仕事の一応の完成」を観念することによって、それらの責任規範を振り分ける必要性が実際上もすでに乗り越えられているともいえる。つまり、そのように解した場合、「仕事の一応の完成」という時点を置くことの意味は縮小することになる。

また、これまでに修補請求権の制限及び解除制限をめぐる議論において確認したように、瑕疵担保責任が問題となるような、引渡以後に発見された瑕疵について、全部の仕事のやり直しや全部解除が必要となる場面は想定されていなかったといえる。しかし、この規定の意図自体が否定されるものではない。つまり、請負においては、すでに請負人が製作した仕事について、注文者にとってなんらかの価値が認められる場合があることがあり、その考慮の必要性は売買よりも大きいものである。また、そのような考慮の必要性は、「予定の工程の終了」や引渡しの前においても生じる場合がある。以上の点で、わが国における「仕事の一応の完成」という瑕疵担保責任の適用基準については、売買とは異なる規定と、請負に特徴的な事情が関係していたといえる。なお、わが国における議論を以上のように解したとしても、瑕疵担保責任の特則性として、修補請求権が本来の履行請求権を制限するものであることの実際的な意味や、時的区分説における注文者の主観的要素の介入による効果については、なお検討が必要となる。

第五節 請負の目的物の瑕疵に対する不法行為責任

一 問題の所在

これまで検討してきたように、請負の仕事に瑕疵があった場合の注文者から請負人に対する責任追及としては、債務不履行責任ないし瑕疵担保責任が問題となる。しかし、近時のわが国の状況として、これらの責任追及に加えて、とくに建築瑕疵の場合において、請負人の不法行為責任に基づく損害賠償を請求する事案が増加している(資料・判例分析表参照)²³⁶。そして、請負人の不法行為責任については、建物の設計者、施工者及び工事監理者の不法行為責任を肯定する最高裁判決(最判平成 19 年 7 月 6 日民集 61 卷 5 号 1769 頁及び差戻し上告審である最判平成 23 年 7 月 21 日判時 2129 号 36 頁。以下、平成 19 年最判、平成 23 年最判とする)が出されたことによって、建築瑕疵に関する請負人の責任について新たな問題が投げかけられている。

なお、上記の最高裁判決は、契約関係にない建築物の買主から建築施工者等に対して責任追及がされた事案であるが、その後の裁判例では、同様の理論構成のもとで契約関係にある注文者から請負人に対する不法行為責任の追及が肯定されている²³⁷。わが国においては、契約責任と同時に不法行為規範についても要件を満たす場合、いずれの請求権も競合すると解するのが判例・通説の立場である²³⁸。ここで、不法行為責任と契約責任のいずれもが生じうる場合としては、請負人の履行過程における付随義務違反や、製作された目的

²³⁶ この点はすでに、花立・前掲注(5)233 頁以下、原田・前掲注(5)227 頁において指摘がある。本稿の「資料・判例分析表」も参照。

²³⁷ なお、本稿の射程を超えるが、契約関係にない買主から建築物の製作者に対する責任追及手段として不法行為責任構成の有する意味は大きいものであり、この点もまた検討すべき問題である。これについて、「契約の連鎖」によって、買主からの契約責任の追及可能性を検討する見解などが展開されている点が注目される。この問題について検討するものとして、平野裕之「判批」民商 137 卷 4・5 号(2008 年)72 頁以下、武川幸嗣「複合契約関係における契約責任と『当事者』『第三者』」池田真朗=平野裕之ほか編『民法(債権法)改正の論理』(新青出版、2010 年)701 頁以下等。また、そのような考え方に対する批判として、岡本裕樹「複合契約取引論の現状と可能性」松浦好治=松川正毅=千葉恵美子編『加賀山茂先生還暦 市民法の新たな挑戦』(信山社、2013 年)541 頁。

²³⁸ 請求権競合論について、四宮和夫『請求権競合論』(一粒社、1978 年)、奥田昌道「債務不履行と不法行為」星野英一編集代表『民法講座 4』(有斐閣、1985 年)参照。一方、非競合説(法条競合説)の代表的なものとしては、川島武宜「契約不履行と不法行為との関係について—請求権競合論に関する一考察—」法協 52 卷 1 号 37 頁、2 号 28 頁、3 号 43 頁(1934 年)など。

物の瑕疵を原因として、注文者の身体や財産に損害が生じたようなケースが典型的なものとして挙げられる。このような場合の被侵害利益は、一般に不法行為法上の保護法益であり、むしろ契約責任法の適用範囲の拡大として捉えられる²³⁹。一方で、仕事の目的物に瑕疵があるにとどまり、そのような拡大損害が生じていない場合は、契約不実現の問題として捉えられ、原則として契約責任に固有の領域である。以下で検討するように、実際の裁判例の多くで問題となっているのは、請負の仕事の目的物自体に存する瑕疵についての不法行為責任の追及であり、そこで肯定されているのは瑕疵の修補費用に相当する損害の賠償である。したがって、そのような場面に不法行為責任が及ぶのかどうか、さらに、契約責任との適用領域は明確になっているのかという疑問が生じる。そこで、請負契約における仕事の目的物に瑕疵があった場合、どのような要件のもと、不法行為責任を追及することができるのか、また、不法行為責任を追及できるとする場合に、それによって賠償される損害賠償の範囲について、わが国の現状を明らかにする。

二 近時の最高裁判決までの状況

建築請負人の不法行為責任については、平成 19 年に上記の最高裁判例が下されるまで学説上活発な議論はみられなかったが、原則としてこれを否定すべきとする見解が後藤元判事によって示されていた。この見解は、請負人が瑕疵ある建物を建築した場合でも、その瑕疵によって拡大損害のような完全性利益の侵害が生じていない場合には、原則として不法行為責任を否定し、注文者の権利を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築した場合等、特段の事情があるときに限って、不法行為責任が生じるとする(いわゆる強度の違法性必要説²⁴⁰)。一方、裁判例上請負人の不法行為責任を肯定するものとして、例えば、民法第 709 条の一般不法行為要件に照らしてこれを肯定するもの(神戸地判昭和 63 年 5 月 30 日判時 1297 号 109 頁)、建物建築業者としての安全性を確保する注意義務違反があったとするもの(福岡地判平成 11 年 10 月 20 日判時 1709 号 77 頁、仙台地判平成 15 年 12

²³⁹ 奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」磯村哲編集代表『民法学の基礎的課題 中』(有斐閣、1974 年)210、211 頁。

²⁴⁰ 後藤・前掲注(116)108 頁。拡大損害が生じていないことから不法行為責任を否定した裁判例として、大阪地判平 12 年 9 月 27 日判タ 1053 号 138 頁。また、強度の違法性必要説を採ったとされるものとして、神戸地判平成 9 年 9 月 8 日判時 1652 号 114 頁、福岡高判平成 11 年 10 月 28 日判タ 1079 号 235 頁等。

月 19 日欠陥判第 3 集 368 頁)、建築基準法違反の建物を建築したことについて不法行為責任を肯定するもの(大阪高判平成 13 年 11 月 7 日判タ 1104 号 216 頁)などがあるが、その要件は必ずしも一致していない。

三 最高裁判決の検討

1. 二つの最高裁判決の概要—別府マンション事件²⁴¹

(1) 本事案の内容

請負人の不法行為責任について、以降の学説及び裁判例に重要な影響を与えているのが、いわゆる別府マンション事件といわれる事案において示された二つの最高裁判決(最判平成 19 年 7 月 6 日民集 61 卷 5 号 1769 頁、最判平成 23 年 7 月 21 日判時 2129 号 36 頁)である。本事案は、9 階建ての共同住宅・店舗として建築された建物を、その建築主から、A と共同で購入し、その後 A の権利義務を相続により承継した X が、本件建物にはひび割れや鉄筋の耐力低下等の瑕疵があるとして、その設計及び工事監理をした Y₁ 並びに建築工事を施した Y₂ に対し、不法行為に基づく損害賠償として、上記瑕疵の修補相当額等を請求したものである。本事案における責任追及の主体は注文者ではなく、注文者から本件建物を購入した買主であり、したがって、契約関係にある注文者から請負人に対する不法行為責任について直接に論じたものではない。しかし、上述したように、本判決の法律構成は契約関係にかかる注文者から請負人に対する責任追及においても同様に用いられているため、ここではその点を前提として検討を行う。

(2) 最判平成 19 年 7 月 6 日民集 61 卷 5 号 1769 頁

平成 19 年最判は、「建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等(以下、併せて「居住者等」という。)の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならない、このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、

²⁴¹ 本事案は、一つの事案で 6 つの判決が出され、3 度の上告がなされるという経過を辿り、いわゆる「別府マンション事件」として社会的にも大きな注目を集めた。なお、本事案の第三次控訴審(福岡高判平 24・1・10 判時 2158 号 62 頁)の判例研究として、拙稿「建築瑕疵に関する設計者・施工者等の不法行為責任(福岡高判平 24・1・10)」広島法学 38 卷 2 号(2014 年)1 頁以下で検討を行った。

建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者(以下、併せて「設計・施工者等」という。)は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である」として、違法性が強度である場合に限って不法行為責任が認められると解すべき理由はないとした。

(3) 最判平成 23 年 7 月 21 日判時 2129 号 36 頁

平成 23 年最判は、平成 19 年最判が示した「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義について、本事件の第二次控訴審判決である福岡高判平成 21 年 2 月 6 日判時 2051 号 74 頁が、「居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険性を生じさせる瑕疵」とであると解釈したのに対し、「『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』とは、居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵をいい、建物の瑕疵が、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険をもたらしている場合に限らず、当該瑕疵の性質に鑑み、これを放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化することになる場合には、当該瑕疵は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当すると解するのが相当である」とした。そして、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がある場合には、特段の事情のない限り、「設計・施工者等に対し、当該瑕疵の修補費用相当額の損害賠償を請求することができる」とした。

以上のように、これらの最高裁判決は、①施工者等には、「建物としての基本的な安全性が欠けることがないような注意義務」が課されていること、②従来の不法行為否定例が採っていた「強度の違法性」論という不法行為責任の成立要件の加重は必要ないこと、③基本的な安全性を損なう瑕疵について、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険性は必要ないこと、④瑕疵の修補費用相当額が不法行為責任における損害として賠償され得ることを明らかとしたものと解することができる。

(4) 最高裁判決に対する学説の議論

以上の二つの最高裁判決の重要性は、これに関する論考及び判例評釈の多さからも伺うことができる²⁴²。また、学説による議論は同時に、平成 19 年最判及び平成 23 年最判が内

²⁴² 平成 19 年最判の評釈として、荻野奈緒「建物の設計者、施工者及び工事監理社が当該建物の瑕疵により生命、身体または財産を侵害された者に対して不法行為責任を負う場合」同志社法学 60 巻 5 号(2006 年)451 頁、松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行為責任—

包する問題の多さを表しているともいえる。そこで、最高裁判決に対する議論状況について、a)「基本的安全性を損なう瑕疵」の不法行為責任要件上の位置づけ及び解釈の問題、b)本事案において賠償されるべき損害の内容と被侵害利益の問題、c)立証責任の問題に分けて整理する。

a)建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵

平成 19 年最判が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という概念を示したことについて、この不法行為責任要件上の位置づけが問題とされた。これについて、注意義務違反の結果として違法性の根拠となるとする見解²⁴³、「建物としての基本的な安全性が

最高裁 2007(平 19)・7・6 判決の意義と課題一」立命館法学 313 号(2007 年)100 頁、高橋寿一「判批」金商 1291 号(2008 年)2 頁、大西邦弘「判批」広島法学 32 巻 1 号(2008 年)90 頁、円谷峻「判批」ジュリ臨増 1354 号〔平成 19 年度重要判例解説〕(2008 年)89 頁、新堂明子「判批」NBL890 号(2008 年)53 頁、鎌野邦樹「判批」NBL875 号(2008 年)4 頁、山口成樹「判批」判評 593 号(2008 年)23 頁、花立文子「判批」リマークス 37 号(2008 年)48 頁、畑中久彌「判批」福岡大学法学論叢 53 巻 4 号(2009 年)463 頁、秋山靖浩「判批」法セ 637 号(2008 年)42 頁、原田剛「建物の瑕疵に関する最近の最高裁判決が提起する新たな課題：追完の場合の利用利益返還問題および瑕疵のある建物の「権利侵害」性」法と政治 59 巻 3 号(2008 年)1 頁、平野裕之「判批」民商 137 巻 4・5 号(2008 年)72 頁以下、石橋秀起「建築士および建築施工者の不法行為責任—判例の到達点と新たな法益の生成—」立命館法学 324 号(2009 年)38 頁、橋本佳幸「判批」ジュリ別冊 196 号〔民法判例百選Ⅱ債権〔第 6 版〕〕(2009 年)160 頁、高橋讓「判批」ジュリ 1379 号(2009 年)102 頁、同・ジュリ増刊〔最高裁時の判例(平成 18 年～平成 20 年)6〕(2010 年)153 頁、大門宏一郎「判批」判タ別冊 29 号〔平成 21 年度主要民事判例解説〕118 頁(2010 年)、吉岡和弘「判批」ジュリ別冊 200 号〔消費者法判例百選〕(2010 年)154 頁等。平成 23 年最判の評釈として、笠井修「判批」NBL 963 号(2011 年)42 頁、大澤逸平「建物の基本的安全性の瑕疵に関する不法行為について—最判平成 19 年 7 月 6 日及び同平成 23 年 7 月 21 日を契機として—」専修ロージャーナル 7 号(2012 年)110 頁、米村滋人「判批」民商 146 巻 1 号(2012 年)115 頁、野澤正充「判批」ジュリ臨増 1440 号〔平成 23 年度重要判例解説〕(2012 年)84 頁、松本克美「建物の安全性確保義務と不法行為—別府マンション事件・再上告審判決(最判 2011(平 23)・7・2—)の意義と課題—」立命館法学 337 号(2011 年)173 頁、新井弘明「判批」白鷗法学 19 巻 1 号(2012 年)89 頁等。また、この問題について総合的な検討を行うものとして、藤田寿夫「建物の瑕疵についての請負人等の不法行為責任」岡山大学法学会編『法学と政治学の新たなる展開—岡山大学創立 60 周年記念論文集』(有斐閣、2010 年)109 頁、近藤昌昭「建物建築における設計者、施工者及び工事監理者の不法行為責任について」金融財政事情研究会『田原睦夫先生 古稀・最高裁判事退官記念論文集 現代民事法の実務と理論』(きんざい、2013 年)527 頁等。

²⁴³ 高橋讓「判批」ジュリ増刊〔最高裁時の判例(平成 18 年～平成 20 年)6〕(2010 年)155 頁、笠井修「判批」NBL 963 号(2011 年)45、46 頁、米村滋人「判批」民商 146 巻 1 号(2012

欠けることがないような注意義務」が過失の前提となるとして、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が存在する場合には、過失が推定されるとする見解²⁴⁴がある。いずれの見解によっても、次に、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」を具体的にどのように解すべきかという問題が生じる。これについて、別府マンション事件の第三次控訴審（福岡高判平成 24 年 1 月 10 日判時 2158 号 62 頁）は、具体的に建物としての基本的安全性を検討するに際し、建築基準法の法令違反があったとしても、ただちに不法行為責任を肯定するのではなく、「基本的な安全性の有無を実質的に検討すべき」とした²⁴⁵。この判断については、建築基準法及び施行令等の建築基準関係規定に設けられている基準は、安全性の最低限の内容として「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に含まれてよいとして批判的な見解が多く示される²⁴⁶。以上のように、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」概念については、平成 23 年最判によって一定の具体化がなされたとはいえ、なおその解釈は明確ではない。

また、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という概念に関して、施工者等の不

年)119 頁等。

²⁴⁴ 鎌野邦樹「判批」NBL875 号(2008 年)17 頁、原田剛「建物の瑕疵に関する最近の最高裁判決が提起する新たな課題:追完の場合の利用利益返還問題および瑕疵のある建物の「権利侵害」性」法と政治 59 卷 3 号(2008 年)766 頁、花立文子「請負人の不法行為責任」國學院法学 46 卷 2 号(2008 年)25 頁、橋本佳幸「判批」別冊ジュリ 196 号〔民法判例百選Ⅱ債権〔第 6 版〕〕(2009 年)160 頁、松本・前掲注(242)218 頁等。

²⁴⁵ 建築基準法施行令第 126 条第 1 項では、「屋上広場又は 2 階以上の階にあるバルコニーその他これに類するものの周囲には、安全上必要な高さが 1.1 メートル以上の手すり壁、さく又は金網を設けなければならない。」と規定されているのに対し、不特定多数の者の往来が予定されている外階段の手すりの高さが 1m 未満となったことは施工の瑕疵には当たるとしたが、「手すりの高さが 1.1m 未満であるから直ちに落下の危険性があるとするのは早計であり、高さ 0.71m 以上は確保されており、そこを通行する居住者等の通常使用による落下の危険性があるものとは認め難い上、現実に事故も起きていないのであるから、これが建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当するものとは認められない。」として、施工者の不法行為責任を否定した。

²⁴⁶ 鎌野邦樹「判批」NBL875 号(2008 年)16 頁、松本克美「建築施工者等の建物の品質確保義務と不法行為責任」鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編『消費者法と民法』(法律文化社、2013)240 頁。同様に、高橋寿一教授は、建築基準関係規定のうち、構造耐力や防火・耐火性だけでなく、耐久性・耐候性、良好な環境衛生条件の確保、使用上・避難上の安全性に関する規定も、「安全性」の概念に含められるとして、最高裁判決のいう「基本的安全性」に関する瑕疵とは相当広範囲に及ぶと指摘する。高橋寿一「判批」金商 1291 号(2008 年)7 頁。

法行為の責任範囲を限定したと解するべきか、つまり、これ以外の瑕疵については不法行為責任が生じないのかという問題が生じる。学説上このような見方²⁴⁷が示される一方、不法行為責任要件の限定とみるべきではなく、「建物としての基本的な安全性を損なわない瑕疵」について不法行為責任の発生を否定するものではないとする見解がある²⁴⁸。

b)賠償されるべき損害と被侵害利益

これらの最高裁判決以降、多くの学説において議論されているのは、本事案における損害の内容と、施工者等の不法行為によって侵害される法益をどう捉えるかという点である。不法行為責任によって賠償される損害について本事案をみると、いわゆる拡大損害は生じておらず、それゆえ、建物に生じた瑕疵の修補費用相当額を請求するものである。これについて、平成23年最判は、施工者等の不法行為責任は、瑕疵の修補費用相当の損害賠償にも及ぶことを明確に肯定した。一方、このような帰結は、同時に被侵害利益について複雑な議論を生じさせている。最高裁で示された施工者等の注意義務が、居住者等に対する安全性の確保に向けられているのに対し、実際に損害賠償によって救済されるのが買主等の経済的利益であることの不一致ないし乖離ともいえる状態について²⁴⁹、これらの関係をど

²⁴⁷ 大西邦弘「判批」広島法学32巻1号(2008年)97、98頁は、最高裁の判示したところについて、「ある種の責任限定と捉えることも可能かもしれない」と指摘する。鎌野邦樹「判批」NBL875号(2008年)14頁も、不法行為責任においては特段の事情のない限り、「建物の基本的な安全性を損なわないような瑕疵」のみが問題とされるとする。荻野奈緒「建物の設計者、施工者及び工事監理社が当該建物の瑕疵により生命、身体または財産を侵害された者に対して不法行為責任を負う場合」同志社法学60巻5号2210頁は、建物の基本的な安全性を損なわないような瑕疵による損害については、最高裁判決が措定する注意義務の保護の対象外であるとする。

²⁴⁸ 松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行為責任—最高裁2007(平19)・7・6判決の意義と課題—」立命館法学313号(2007年)798頁、同・前掲注(242)178頁、同「建築施工者等の建物の品質確保義務と不法行為責任」鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編『消費者法と民法』(法律文化社、2013年)240頁。松本教授は、第三次控訴審が示したような、安全性に関わる瑕疵でない限り、建築基準法令に違反する瑕疵があったとしても不法行為責任を肯定しないという判断に対し、建物が通常有すべき品質・性能を欠く瑕疵があるために、修補を余儀なくされる場合には不法行為責任を肯定すべきという考えを主張し、基本的な安全性を損なう瑕疵(安全性瑕疵)と、建物としての通常の品質を欠き、修補を余儀なくされる瑕疵(品質性瑕疵)を区別してはいるが、両者は一致するものと捉えることができる余地についても指摘する。

²⁴⁹ 大澤逸平「建物の基本的安全性の瑕疵に関する不法行為について—最判平成19年7月6日及び同平成23年7月21日を契機として—」専修ロージャーナル7号(2012年)103頁以下

のように理論構成できるかという問題である。本事案における被侵害利益について、学説は、居住者等が建物の瑕疵によって生命、身体、財産が危険にさらされないという新しい法益を認めたとする見解²⁵⁰、建物の瑕疵修補を余儀なくされることが所有権侵害であるとする見解²⁵¹、当初瑕疵のなかった建物部分の所有権侵害とする見解²⁵²、総体財産の侵害(瑕疵による建物価値の減少)とする見解²⁵³、拡大損害を回避するための瑕疵修補を余儀なくされない利益ないし拡大損害の危険ある瑕疵ゆえに価格の下落を被らない利益とする見解²⁵⁴、居住者等の生命、身体又は財産に対する危険を引き受けさせられないという利益であるとする見解²⁵⁵、安全性信頼利益であるとする見解²⁵⁶のほか、直截に「建物の安全性」を保護法益とする見解²⁵⁷などが示されている。

また、本事案のように瑕疵修補費用相当額を損害として不法行為責任を肯定することには、契約責任との抵触という問題が指摘される。上述したように、瑕疵担保責任等の契約責任と不法行為責任は、請求権競合関係となるとするのが通説・判例の立場であり、拡大損害のように、買主や注文者がいわゆる完全性利益を侵害された場合に、契約責任だけではなく、不法行為責任が適用され得ることにはほぼ異論がない。一方、修補費用相当額ないし建物価値の低下は、契約上の利益であると解されるため、これについて安易に不法行

は、「建物の「基本的安全性」をめぐる次元の異なる2つの利害関係を混同している」と指摘し、ここでの修補費用を「居住者等」の利益のための請求として理解することができるかという方向性から検討を行う。

²⁵⁰ 円谷峻「判批」ジュリ臨増1354号89頁(平19重判解)90頁。

²⁵¹ 鎌野邦樹「判批」NBL875号(2008年)14頁、松本克美「建築瑕疵に対する設計・施工者等の不法行為責任と損害論—最判2007(平成19)・7・6判決の差戻審判決・福岡高判2009(平成21)・2・6を契機に—」立命館法学324号(2009年)29頁。

²⁵² 藤田寿夫「取引法研究会レポート 建物の瑕疵と建築業者等の責任」判時81巻6号(2009年)124頁。藤田教授は、平成19年判決の判断について、「拡張的瑕疵によって建物自体の損害に止まった場合でも、その拡張的瑕疵がその建物自体を危殆化するだけでなく、その物以外の財貨の侵害をも惹起しうるような性質を有し、社会生活上の義務(Verkehrspflicht)の違反と評価できる場合には、建築業者等の不法行為責任の成立を認めるもの」との解釈を示す。

²⁵³ 橋本佳幸「判批」ジュリ別冊196号160頁(民法判例百選II債権第6版、2009年)161頁。

²⁵⁴ 山口成樹「判批」判評593号23頁(判時2002号185頁、2008年)25頁。

²⁵⁵ 荻野奈緒「判批」同志社法学61巻4号(2009年)1337頁。

²⁵⁶ 石橋秀起「建築士および建築施工者の不法行為責任—判例の到達点と新たな法益の生成—」立命館法学324号(2009年)378頁以下。

²⁵⁷ 笠井修「判批」NBL963号(2011年)47頁。

為の成立を認めた場合、契約によるリスク配分の趣旨を没却するおそれが生じる²⁵⁸。このように点について、不法行為責任を消極的に解すべきとする見解も示される²⁵⁹。

c)立証責任の問題

本事案の第三次控訴審(福岡高判平成24年1月10日判時2158号62頁)は、不法行為責任を追及するためには、瑕疵の存在だけではなく、瑕疵が生じた原因を特定し、これが施工者等のどのような注意義務違反によるものか、故意過失の内容を主張立証しなければならないとしている²⁶⁰。したがって、この点で「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が存在する場合には過失が推定されるとの学説とは異なる見解に立つ。

四 最高裁判決以降の下級審の状況

以上の最高裁判決に対する学説上の議論を前提として、最高裁判決以降の下級審裁判例の状況を概観する。

1. 下級審裁判例の状況

①東京地判平成20年1月25日判タ1268号220頁

建物の建築主が、設計監理者に対して不法行為責任を追及した事案。本判決は、「設計監

²⁵⁸ 通常、施工業者と注文者などの契約当事者間においてアフターサービス期間や、約款によって責任存続期間の定めを置くことが通常であるが、建築物の安全に関わる瑕疵について不法行為責任を肯定することは、それらの契約によって定められた期間の意義を失わせる場合も考えられる。これについて大澤逸平「建物の基本的安全性の瑕疵に関する不法行為について—最判平成19年7月6日及び同平成23年7月21日を契機として—」専修ロージャーナル7号(2012年)110頁は、仮に、一定期間を経過していることにより施工者等が責任を免れることが不当であるというのであれば、「それは、各種の期間制限に関する規定を無視するに等しい」と指摘する。同様に、契約によるリスク配分に対する考慮が必要であるとの指摘として、松本克美「建築瑕疵に対する設計・施工者等の不法行為責任と損害論」立命館法学324号(2009年)323頁がある。

²⁵⁹ 新堂明子「判批」NBL890号(2008年)53頁、同「契約と過失不法行為責任の衝突—建物の瑕疵により経済的損失(補修費用額)が生じる例をめぐって」NBL936号(2010年)17頁以下、同「契約と過失不法行為責任の衝突—建物の瑕疵により経済的損失(補修費用額)が生じる例をめぐって—」北大法学論集61巻6号(2011年)2249頁以下。平野裕之「判批」民商137巻4・5号(2008年)449頁以下、橋本佳幸「判批」ジュリ別冊196号(民法判例百選II債権第6版)(2009年)、160頁等。

²⁶⁰ 瑕疵の原因及び故意過失の内容が明らかでないものについては、その瑕疵が建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵である可能性を指摘しながら、不法行為責任の成立を否定している。

理者は、設計及び監理の委託を受けた建物建築工事に当たり、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当であり、設計監理者がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計監理者は、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。そして、およそ住宅の性能として欠くべからざる事項は、構造的欠陥がないことと漏水のないことであり、こうした事項に関する瑕疵は、構造的欠陥による倒壊の可能性や漏水による水損を生じさせることになるから、原則として、建物としての基本的な安全性を損なうものと解するべきである。また、防蟻処理に関する瑕疵も、蟻被害により構造部分の朽廃を進行させ建物の倒壊の可能性を生じさせるものであるから、原則として、同様に建物としての基本的な安全性を損なうものと解するべきである」とした。また、建築基準法上は必要とされていない小屋裏換気の設置について、「構造体に対する悪影響が認められる以上、建築基準法違反が認められないとしても通常有すべき性能を欠くものとして瑕疵といわざるを得ない」として不法行為責任を肯定した。その他、窓の開閉不良等の瑕疵については、これが建物の基本的な安全性を損なうものとはいえないとして設計監理者の不法行為責任を否定した。なお、本判決では、基本的安全性を損なう瑕疵の判断を行うのみで、過失や違法性については検討されていない。

② 東京地判平成 21 年 11 月 10 日欠陥判第 6 集 280 頁

新築建物の注文者が、建物外壁の壁面化粧材のはく離について、外壁施工業者及び同代表者に対して不法行為責任を求めた事案。本判決は、平成 19 年最判を引用し、外壁材の剥落は、居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすおそれがあるとして、建物の基本的安全性に関わるとした。そして、経年によって剥離や落下の危険性をゼロにすることはできないことから、施工者に課される注意義務は、「外壁材が剥離・落下することのないように施工すべき義務」ではなく、「施工方法が原因で外壁材が剥離・落下することのないように施工すべき義務」であるとした。なお、本事案で問題となった工事は、標準的な施工手順が確立されていないことなどを勘案し、メーカー指定工法を採らなかったことによって補修工事をすべき時期が早く到来したとして、補修工事費用の 40%を施工者の不法行為によって生じた損害として認めた。

③ 山口地裁下関支部判平成 22 年 2 月 15 日欠陥判第 6 集 482 頁

新築建物の注文者と、本件建物で診療所を経営する医師が、本件建物の施工者に対して責任を追及した事案。本事案では、造成工事の瑕疵、杭・基礎工事の瑕疵、レントゲン吊り架構工事の瑕疵について、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵であるとして、注文者に対する瑕疵担保責任に加えて、医師個人に対する不法行為に基づく損害賠償責任を肯定した。なお、医師の損害として、休業損害、慰謝料、弁護士費用を肯定した。

④ 名古屋地判平成 22 年 5 月 18 日欠陥判第 6 集 302 頁

新築建物の注文者が、施工業者及び建築士に対して責任を追及した事案。構造上の安全性を確保するための要ともいふべき柱梁接合部について、本来必要とされる作業が行われず、専門業者をして偽装鉄骨といわしめるほどのものであったことから、施工者の故意又は過失を認め、不法行為責任を肯定した。そして、設計及び監理責任者の責任については、平成 19 年最判を引用したうえで、設計及び工事監理に関する建築士の具体的関与状況は明らかではないとしながら、本件建物には建替えを余儀なくされるほどの重大な瑕疵があり、建物の基本的な安全性を損なう重大な瑕疵が存在し、本件建物の構造上の瑕疵に照らせば、設計段階において誤った設計をしたか、又は施工に関する適切な工事監理を怠ったことにより、本件建物に構造上の重大な欠陥を生ぜしめたといふべきであるとして、そこに上記注意義務に違反した過失が存することは否定できないとして、不法行為責任を認めた。

⑤ 仙台地判平成 23 年 1 月 13 日判時 2112 号 75 頁

建築主が、施工者及び建築士の責任追及をした事案。請負人の不法行為責任について、「建物の具体的な瑕疵が、明らかに建物の構造的安全性に関わるような基礎ないし構造躯体に関するものでない場合であっても、当該瑕疵により建築主や居住者の財産に損害が生じる場合には」注意義務違反を構成するとし、この注意義務は、これらの者と契約関係にある建築主に対する関係でも同様に妥当するとしている。そして、本件建物についてその交換価値又は使用価値が損なわれ、或は補修工事を要することとなる結果、建築主に、瑕疵の補修のための費用という「財産的損害が生じる」とした。本事案では、設計図書と合致しない工事について、建築基準法の規定を充たしていても瑕疵があると認定しているが、瑕疵担保責任も同時に追及された事案であることから、不法行為責任として肯定された具体的瑕疵の内容は明らかではない。

⑥ 東京地判平成 23 年 3 月 30 日判時 2126 号 73 頁

いわゆる耐震偽装事件において、構造計算書が偽装された分譲マンションの買主が、構造計算を行った建築士と、設計業務を委託された建築士事務所の代表者の責任を追及した事案²⁶¹。建築士については、平成 19 年最判を引用したうえで、本件構造計算書を偽装したことについて、「これによって、安全性に関する最低限の基準である建築基準法の定める耐震強度を有しない本件建物を設計し完成させるに至ったものである」として、義務違反と、故意責任を肯定した。一方、設計業務を委託された者については、本件建物の設計図書中に本件構造計算書の偽装を疑わせる明らかな徴表があるなど、「通常の技能及び知識を有する建築士であれば当該偽装を発見することができたといえる場合には、本件構造計算書の偽装を発見するべき注意義務を負っていたといえることができる」とし、本件については予見可能性がないとして否定した。

⑦ 福岡高判平成 23 年 4 月 15 日欠陥判第 6 集 332 頁

新築建物の注文者が、請負業者及びその代表者の責任を求めた事案。建設業者の主任技術者、監理技術者について、本件工事において、施工計画の作成、工程管理、品質管理等の指揮監督を誠実に行わなければならない義務を負担していたとし、本件工事について当該義務を果たさなかった過失があり、その結果として、建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体または財産が侵害されるおそれがあるとして、不法行為責任を肯定した。本事案では、本件建物の鉄骨の大部分の仕口において、建築基準法で要求されている溶接方法が行われておらず、構造耐力上の安全性を欠くとされたほか、給水ないし給湯配管の施工の瑕疵について、給湯管の漏水は、床下ないし壁の内部の配管から漏水することによって構造部分の朽廃を進行させ、あるいは水損を生じさせるおそれがあるとして、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に相当するとした。

⑧ 名古屋高判平成 23 年 8 月 12 日欠陥判第 6 集 226 頁

建築物の注文者が、請負人からの工事残代金の本訴請求に対し、請負人及び設計・監理者を行った建築士事務所に対して工事の瑕疵を主張した(反訴)事案。筋交い緊結の欠如について、建築基準法令に違反し、建物の構造の安全性能の欠陥に当たるとした。なお、本事案では、瑕疵担保責任も同時に追及されており、平成 19 年最判を引用したうえで、「本

²⁶¹ また、マンションについて建築確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体に対しても、国家賠償法第 1 条第 1 項に基づく請求がされている。

件建物には前記のとおり構造の安全性能に関する瑕疵があり、被控訴人は、本件建物の施工者として、本件建物の基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を怠ったと認められるから、被控訴人は、控訴人に対し、本件建物に生じた構造の安全性能に関する瑕疵について、瑕疵担保責任のほかに不法行為責任に基づく損害賠償義務を負うものというべきである。」とした。また、損害額について、瑕疵担保責任及び不法行為責任に基づき、構造の安全性能の瑕疵によって生じた損害額と、瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補に代わる損害賠償(構造の安全性能の瑕疵以外の瑕疵によって生じた損害。本事案では、サッシの隙間、雨漏り、雨戸の戸袋の鏡板の割れをその他の瑕疵としている)を区別し、瑕疵担保責任に基づく損害賠償は民法第634条第2項によって請負代金支払と同時履行の関係にあるが、構造の安全性能の瑕疵による損害は同時履行の関係に服しないとした。

⑨ 仙台高判平成23年9月16日欠陥判第6集264頁

新築建物の注文者が、請負人である施工業者の責任を追及した事案。平成19年・23年最判を引用したうえで、本件建物に、基礎の鉄筋下部のかぶり厚さ不足や鉄筋の露出等の瑕疵が生じていることについて、これらの瑕疵が建物の基本的な安全性を損ない、居住者の生命、身体、財産を侵害する瑕疵といえるかについて、「かぶり厚さや基礎の厚さの不足の程度が大きく、法令違反の程度が大きいことに照らすと」、現時点で危険が差し迫ったものとまではいえないことを考慮しても、建物の基本的な安全性を損ない、これを放置すると居住者の生命、身体、財産に対する危険が現実化するおそれがある瑕疵といえとし、修補費用相当額の損害賠償を認めた。

⑩ 京都地判平成23年12月6日欠陥判第6集20頁

建売住宅を購入した買主が、宅建業者である売主、設計監理を行った建築士及び施工者の責任を追及した事案。売主の不法行為責任について、「建物の持つ社会的性格を踏まえれば、建物を建築し、これを建売住宅として他人に売却しようとする建築主は、当該建物を建築主から取得する者及びその者から順次転売を受ける者に対し、その建築主としての地位にあって可能な範囲において、当該建物が建物としての基本的な安全性を欠くことがないように注意を払う義務を負っているというべき」とし、一旦建築士が設計し、建築確認を取得した建築物について自ら変更を加え、この変更についての安全性確認や、工事監理を行わせることなく施工をさせたことにつき、建築主としての地位にあって可能な範囲における注意義務に違反したとして不法行為責任を肯定した。そして、本件建物の基礎の形

状や鉄筋量が設計図書の記載と異なることについて、「本件建物は、法及び令が規定する構造耐力上の要件を充足しておらず、この意味において建物の構造耐力に関する瑕疵が存在し、これを放置した場合においては、本件建物の少なくとも一部の倒壊等に至る危険性が存在する」とした。建築士及び施工者についても、注意義務違反を認めた。また、本件建物の防火性能に関する瑕疵について、「本件建物は、法、令及び本件告示が規定する防火性能上の要件を充足しておらず、この意味において建物の防火性能に関する瑕疵が存在し、これを放置した場合においては、本件建物の利用者の人身被害につながる危険が存在する」として、これらの瑕疵は、いずれも建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵であるとした。本事案における損害としては、取壊建替工事費用が肯定されている。

⑪ 札幌高判平成 24 年 2 月 3 日欠陥判第 6 集 198 頁

新築建物の注文者が、請負人である施工会社の責任を求めた事案。本事案の原審(札幌地判平成 23 年 2 月 8 日欠陥判第 6 集 198 頁)は、平成 19 年最判を引用したうえで、建築基準法第 20 条に基づいて定められた建築基準法施行令の木造建物の構造に関する使用規定に違反する施工について、「建築基準法第 20 条に基づいて定められた令の構造に関する規定は、建物が保有すべき最低限の構造安全性に関する基準を定めた規定である」として、この基本構造規定に違反した施工について、構造上の安全性を損なう施工であると認められ、このような施工がされた建築物は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるとした。これに対して被告は、居住者等の生命、身体又は財産に対して、現に危険が差し迫っていることが必要であるとしたが、本判決はこの主張を排斥し、補強工事費用、調査費用及び弁護士費用相当の財産的損害の発生を認めた。

⑫ 東京地判平成 24 年 11 月 30 日ウエストロー・ジャパン、文献番号 2012WLJPCA11308004

注文者が、請負人である施工会社及び同代表者の責任を迫及した事案。建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵か否かについて、「その瑕疵の具体的内容から判断すべきであり、建築基準法に違反したからといって、直ちに上記の瑕疵があると認めることはできない」とし、「仮に当該建物に何らかの者との関係で建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があったとしても、損害賠償請求権を有すると主張する者との関係においては、同人の生命、身体又は財産に対する危険が現実化すると認められるか否かを検討する必要がある」と述べる。そして、建築基準法の日影規制(建築基準法第 5 6 条の 2 第 1 項)違反及び建築基準

法第58条の高度制限違反について、周辺の住民が日照を損なわれることや、住環境や景観が損なわれることにより一定の不快感等を感じるおそれは窺えるが、「これを超えて、周辺の住民の生命、身体又は財産に対する危険が現実化するとは認められず、いわんや、当該建物の建築主又は利用者の生命、身体又は財産に対する危険が現実化するとは認められない」として、これらの建築基準法違反の瑕疵について、不法行為責任を否定した。一方、防火・耐火処置に関する建築基準法令違反、屋外避難通路が確保されておらず、東京都建築安全条例に違反する瑕疵については、「居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化する」として、建物の基本的安全性を損なう瑕疵であるとした。

⑬ 福岡高判平成25年2月27日判時2254号44頁

いわゆる耐震強度偽装事件に関して、マンションの管理人が、区分所有者らのために原告となり、構造計算書の誤りについて本件マンションの販売会社、建設会社、設計事務所及び建築士に対し、不法行為による損害賠償請求を行った事案。原審(福岡地判平成23年3月24日欠陥判第6集426頁)は、建築士が誤った構造計算を行ったことにつき、注意義務違反を認めたが、構造計算に誤りがあつたとしても、本件マンションに建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるとまではいえないと考えられるとして、本件マンションの現状が本件構造計算書の誤りに起因するものかを検討した結果、これによって大規模地震等により崩壊や重大な変形が生じる危険性があるとした。本判決は、建築士が行った構造計算は適切なものとはいえず、本件マンションは、その地盤が第一種地盤であることを前提に考えても、大規模な地震等により崩壊、破壊等を生じる危険性をはらんでいるものと認められ、建物としての基本的な安全性を欠くというべきであり、また、そのような安全性を欠く構造計算を行った控訴人には過失があるというべきとした。

2. 下級審判決の検討

(1) 最高裁判決の射程

平成19年最判及び平成23年最判の事案は、施工者等と契約関係のない建物の買主から、施工者等に対する責任追及がなされたケースであったが、最高裁判決の射程は、施工者等と契約関係にある建物の注文者にも及ぶとされている(この点を指摘するものとして、判例②⑤⑫)。このほか、施工者等の不法行為責任が生じる相手方の範囲に関して、判例③は、建物利用者に生じた休業損害等の賠償を認めている。この点、その他の裁判例が、買

主ないし注文者を相手方としている点と異なる性格を有しているといえる。一方、最高裁の示した注意義務が課せられる責任主体については、施工者等だけではなく、宅建業者である売主に同様の注意義務を当てはめるものがある(判例⑩)。

(2)建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵

不法行為責任の成立においては、瑕疵が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」であるか否かが判断の中心的基準となっている。したがって、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」は、下級審裁判例において施工者等の不法行為責任の適用場面を限界づけるものと解されているように思われる²⁶²。また、安全性能の瑕疵によって生じた損害と、それ以外の瑕疵によって生じた損害を区別し、瑕疵担保責任と不法行為責任の適用範囲を画する裁判例もある(判例⑧)。

次に、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の具体的内容について下級審判決をみると、杭・基礎工事や鉄骨の瑕疵、耐震強度の不足といった構造的欠陥(判例①③④⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑬)、外壁材の剥離(判例②)、建物の防火性能が十分でないこと(判例⑩⑫)、屋外避難通路が確保されていないこと(判例⑫)などが、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とされている。反対に、「建物としての基本的な安全性を損なわない瑕疵」については、窓の開閉不良(判例①)、サッシの隙間や雨漏り(判例⑧)、建築基準法の日影規制違反や高度制限違反(判例⑫)などがある。

上述のように、平成 23 年最判が現実的危険性説を否定したことから、将来に対する危険発生が予測される場合には、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が肯定されている²⁶³。また、平成 23 年最判は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の具体例として、「バルコニーの手すりの瑕疵」を挙げ、「居住者等の生命又は身体を危険にさらすもの」としたことから、建物の基本的な性能に関するか否かではなく、人身被害につながる危険性があるかという点によって判断することが可能であると思われる。以上のことから、下級審裁判例の一般的傾向として、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の解釈については、瑕疵の程度²⁶⁴ではなく、当該瑕疵の性質によって「建物としての基本的な

²⁶² 判断の妥当性は別の問題として、建築基準法令に違反する場合でも、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」ではないとして不法行為責任を否定する裁判例は、この点について顕著である(別府マンション事件第三次控訴審判決、判例⑫)。

²⁶³ 松本教授はこれを「潜在的危険性論」と称する。松本・前掲注(242)185頁参照。

²⁶⁴ 建物の瑕疵は、その性質から、将来発生のおそれのある危険もまた瑕疵にあたるものとするも

安全性を損なう瑕疵」が判断されているように思われる。また、これを構造的な安全性に関わるような瑕疵とする理解がある一方、建物の構造的な安全性に関わるような基礎ないし構造躯体に関するものでない場合でも、建築主や居住者の生命、身体、財産に損害が生じるような瑕疵について、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」であるとする見解が示されている。後者の理解によれば、その判断は、場合によってはかなり広範な解釈が可能であるように思われる。もっとも、前者についても、現に構造的部分に存する瑕疵だけではなく、将来的に構造的欠陥を生じさせ、建物としての性能を失わせる可能性のある瑕疵として観念づけられるものを含むことから、瑕疵と危険性との因果関係をどの程度推察するかによってその範囲はかなり広く捉えられ得る。このように、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の解釈は必ずしも一義的ではなく、その判断基準もまた明確とはいえない。

(3) 損害の範囲と被侵害利益

不法行為責任によって施工者等が賠償すべき損害について、上述したように学説上議論がされていたが、上に挙げた下級審裁判例においても、損害賠償として修補費用相当額を求めるものがほとんどである。したがって、結論として修補費用相当額(場合によっては建物価値の減価分)が不法行為責任によって賠償されるべき損害として認められている状況といえる²⁶⁵。しかし、損害の算定期間など明確なルールは示されていない。

(4) 立証責任

立証責任について下級審裁判例の状況をみると、「基本的な安全性を損なう瑕疵」の存在に加えて、故意過失要件を検討するものは少なく、「基本的な安全性を損なう瑕疵」があることから、過失の有無を特段判断しないか、そのような瑕疵の存在から過失を推定したと思われる裁判例が多いといえる(基本的な安全性を損なう瑕疵があることから、建築士の過失との

のとして、花立・前掲注(244)88頁、荻野奈緒「判批」同志社法学61巻4号(2009年)1340頁も、建築当時には小さい瑕疵であったとしても、耐用年数の終期までに、危険の現実化が予想され得るようなものについて、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」となり得るとする。

²⁶⁵ なお、学説においては、「修補費用」と「建物の価値の減少」を区別して捉えるものが見られる。高橋寿一「判批」金商1291号(2008年)7頁(「建物の商品価値の減少に留まる場合」)、鎌野邦樹「判批」NBL875号(2008年)17頁、笠井修「判批」NBL963号(2011年)47頁(「建物自体の価値の低下」)等。しかし、「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」に関するものに限定することにより、多くの場合にこれらは重なり得るようになると思われる。

相当因果関係を肯定した判例⑩等)。なお、これらの裁判例においても、雨漏りや漏水などの不具合現象の発生を証明するだけでは足りず、これが何を原因として生じているのか、施工者等の注意義務違反によって生じた建築物の瑕疵を特定する必要があるとされている。ただし、不具合現象と設計ないし施工時に生じた瑕疵との区別は裁判例上常に明確に捉えられているとはいえ、不具合現象から直截に瑕疵の存在が認められる場合もある。

五 不法行為責任による救済の機能と問題点

施工者等の不法行為責任について、二つの最高裁判決及びその後の下級審裁判例の検討から、現時点のわが国における不法行為責任理論の状況を示すと、以下のようなになる。

まず、最高裁は、従来の施工者等の不法行為責任制限説が採っていた、①強度な違法性といった不法行為責任要件の加重と、②被侵害利益における限定について、①②いずれの点についても否定した。しかし、不法行為責任要件の加重をしないと解することができるかについては、最高裁が不法行為責任の一般的要件に当てはめるという構成を採らず²⁶⁶、不法行為責任の要件にはない「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に関する見解を示したことにより、「建物としての安全性を損なう瑕疵」があるか否かという点が、不法行為責任の要件ともいえる程度に重要な判断基準となっているといえる。したがって、施工者等の不法行為責任が生じる場面を、建物の安全性に関わる瑕疵に限定したと解することも可能である。ただし、「建物としての安全性を損なう瑕疵」概念を解釈にするにあたって、居住者等の生命、身体、財産に危険が及ぶものを「基本的な安全性を損なう瑕疵」とするのか、それとも、「安全性に関する瑕疵」によって生命、身体、財産に損害が生じた場合に不法行為責任の問題とするのか、最高裁で示された施工者等の注意義務と、修補費用として現れる注文者等の被侵害利益との関係については判然とせず²⁶⁷、捉え方によっては、相当

²⁶⁶ 松本・前掲注(242)194頁は、請求権競合の立場から、建物の瑕疵の場合にそれを修正すべき理由はないとして、不法行為責任の成立要件を充たす場合には当然不法行為責任が成立するとする。

²⁶⁷ 施工者等の注意義務における「生命、身体、財産」について、修補費用の捻出をここでの財産侵害とする見解があったが、そのような理解をしてもなお不法行為責任の生じる外延をどう捉えるかという点において困難を伴うように思われる。また、これについて、原田剛「建物の瑕疵に関する最近の最高裁判決が提起する新たな課題:追完の場合の利用利益返還問題および瑕疵のある建物の「権利侵害」性」法と政治 59 卷 3 号(2008)763 頁は、「財産」のみが、当該瑕疵ある建物自体を含むという論理を読み込むことは苦しいとする。

広範囲な解釈の余地がある。このことから、「建物の安全性に関わる瑕疵」による施工者等の不法行為責任についての限界づけがどの程度機能するかどうかは裁判所の判断に委ねられる部分が大いといえる。このことから、拡大損害が生じていない場面において、契約責任との抵触という問題をなお残しているといえる。以上のように、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意味するところが必ずしも明確ではなく、これに従って建築関係人に課されるべき責任ないし注意義務の内容もまた明確とはいえないことから、契約責任との抵触という理論上複雑な問題が生じているとともに、施工者等が不法行為責任を負う相手方の範囲について、最高裁の見解の捉え方次第では、施工者等に過大な責任を負わせる可能性が生じる。

以上のように、理論的な課題は多く残されているが、建築瑕疵に対する不法行為責任理論は、欠陥住宅のような特殊な社会的問題を前に発展したものであるといえ、その役割は大いものである。しかし、その対象はあくまで建築物をめぐる事案の中でも例外的・限定的なものであることに注意すべきである。この点、わが国の不法行為責任による責任追及の増加という現象に関し、契約責任による救済が機能していないとの指摘をするものもある²⁶⁸。そこから、請負の仕事の瑕疵についての不法行為責任が問題となる場面において、本来であれば請負の契約責任によって解決されるべき問題なのか、それとも、上述したような、安全性に関わる建築瑕疵といった特殊な事情への対応という手当が必要な問題なのか、いずれの面からも検討していくことが必要であると思われる。

²⁶⁸ この点について、花立・前掲注(5)233頁以下は、「建築物の瑕疵損害の賠償範囲が限定的すぎることから、実務上請負契約に基づく責任の他、主位的または予備的に不法行為責任を追及する例が多い」、また、「交換価値ないし差額説による損害回復の困難性、解除制限及び実態上の修補等、建築の実態にあわない」ため、「契約の解除、瑕疵担保責任、債務不履行責任、及び不法行為責任等すべてを主張し、いずれを根拠として損害を認めるかの結論を裁判所に任せている状況にある」と指摘する。さらに、原田・前掲注(5)227頁は、「民法典があらかじめ買主もしくは注文者の法的救済方法を規定しているにもかかわらず、それらに加えて不法行為責任構成を援用しようとする実践的意図は、…売買法や請負法という契約法の分野において展開されてきた種々の解釈論が、とりわけ住宅建築(産業)の実態を前にして、買主や注文者側が援用し得る程度に十分な成熟と定着をみていないこと、「欠陥住宅」「手抜き工事」という言葉に象徴される如く、その社会的非難性をより直裁に問題とすべきであるとの価値判断が存在したこと、瑕疵担保責任を追及するためにはすでに除斥期間が経過していること、といった諸点にあったものと推測され得る」と述べる。

第六節 民法(債権法)改正法案の検討

一 はじめに

以上では、わが国における仕事の瑕疵に対する責任追及手段について、債務不履行責任と瑕疵担保責任の関係をめぐる従来の議論状況、さらに不法行為責任に基づく損害賠償をめぐり問題について考察した。一方、現在国会に提出されている改正法案では、瑕疵担保責任についての大幅な変更が加えられている。改正法案の説明として、瑕疵担保責任が債務不履行に一元化されるとの体系的転換を図ったとされているが、この点だけでは従来の解釈論に対していかなる影響を与えるのかは明らかにならない。改正作業の中では、従来の見解についての検討が加えられ、一定の議論の進展がみられるが、瑕疵担保責任に関する議論の中心は売買契約を念頭に置いたものであり、請負についての個別的検討は十分に行われたとはいえない状況にある。これまで確認してきたように、請負の瑕疵担保責任をめぐり議論は、売買から影響を受けてきた過程や理論的な共通点が認められる一方で、全く同じ展開を辿ってきたものではなく、そこには請負契約固有の事情もみられる。

なお、改正法案に対しては、現状として、研究者及び実務家から様々な評価ないし受け止め方がされており²⁶⁹、改正法案に対する姿勢は論者によってかなり異なっているといえる。そこで、改正法案の内容及び改正に向けた議論の状況を確認し、わが国の瑕疵担保責任をめぐり規定ないし考え方が改正法案においてどのような方向に進もうとしているのか、また、現在の解釈論にいかなる影響を与えるものかについて明らかにする必要がある。

二 瑕疵担保責任についての基本的方向性

1. 瑕疵担保責任の法的性質

改正法案は、瑕疵担保責任を債務不履行責任と並列しうる特別な規定ではなく、債務不履行の一つの類型として、つまり、債務不履行責任の中に位置付ける。請負の瑕疵担保責任については、売買における議論と異なり、債務不履行責任から導かれるという点で従来から学説上ほぼ一致していた。その解釈に立てば、請負の瑕疵担保責任の法的性質につい

²⁶⁹ 改正法案が現実化することを前提として解釈論を進めるものと、改正法案の方向性に懸念を示すものがある。個別論点だけではなく民法改正に対する総合的な検討から評価を行うものとしては、加藤雅信『民法(債権法)改正－民法典はどこにいくのか』(日本評論社、2011年)、同『迫りつつある債権法改正』(信山社、2015年)、加賀山茂『民法改正案の評価 債権関係法案の問題点と解決策』(信山社、2015年)がある。

て変更はないといえるが、すでに検討してきたように、請負においても瑕疵担保責任の特則性をどう解するかという点が重要であった。改正法案では、瑕疵担保責任が債務不履行の一態様として位置付けられる一方で、不完全な仕事がされた場合の規定が債務不履行の一般規定とは別に残されている。したがって、改正法案においても債務不履行の一般規定との関係をどのように解するかという問題は残されるといえるが、改正法案では、債務不履行責任における転換と、瑕疵担保責任における規定の変更により、従来の議論が大きく変わることが予想される。

2. 請負における条文上の変更

請負の瑕疵担保責任については、まず、条文上瑕疵という用語は消え、「種類又は品質に関して契約の内容に適合しない」という表現に置き換えられている。そして、現行法上、瑕疵担保責任について規定する第 634 条及び第 635 条は削除され、請負の仕事に契約不適合があった場合には、第 559 条を介し、売買の規定が準用されることになった。したがって、契約不適合の場合に注文者に生じる、追完請求権、報酬減額請求権²⁷⁰、損害賠償請求権、解除権は、売買の規定が準用され、さらに、売買の規定を介して、追完請求権の限界である追完不能、損害賠償請求権、解除権については債務不履行の一般規定が準用されることになる。契約不適合の意義及び個々の救済手段の規定について、以下では個別に検討する。

三 「瑕疵」から「契約不適合」へ

改正議論における瑕疵の意義についての議論は、主に売買の箇所で見られるが、請負においても瑕疵概念の定義につき同様に解されるという前提のもと、改正法案における変更と、そこでの議論を整理する。

1. 改正法案における変更

請負の箇所において、改正法案第 636 条は「請負人が種類又は品質に関して契約の内

²⁷⁰ 「報酬減額請求権」という用語については、それがどのような意味で請求権とされるのか判然としないという点から、その法的性質を意識して、「代金減額権」とする体系書(潮見佳男『契約各論 I』(信山社、2002 年)124 頁)や、論考(森田修「契約総則上の制度としての代金減額－債権法改正作業の文脈化のために」東京大学法科大学院ローレビュー 3 号(2008 年)247 頁)があるが、改正法案第 563 条の見出しでは「代金減額請求権」とされている。

容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡したとき(その引渡しを要しない場合にあっては、仕事が終了した時に仕事の目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないとき)は、注文者は、注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた不適合を理由として、履行の追完の請求、報酬の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。ただし、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない」と規定する。したがって、改正法案では、売買と請負における目的物の「瑕疵」は、「契約不適合」という表現に変わり、「瑕疵」という用語は、条文上用いられないこととされている。

2. 契約適合性の解釈基準

この契約適合性の意味するところとして、当該契約において予定された性質を欠いていることをもって瑕疵を判断するという、主観的瑕疵を採ることを明確にしたものとされる²⁷¹。この契約不適合の意味及び実際の判断構造については、法制審議会において、活発な議論が交わされた部分である²⁷²。この点、潮見教授は、従来から学説上用いられている主観的瑕疵・客観的瑕疵の捉え方にニュアンスがあることを指摘したうえで、「売買契約の対象に両当事者がいかなる意味を与えたのかという観点から瑕疵を判断していくべき」と述べている²⁷³。また、このような用語の変更に対して、契約書に記載されていなければ瑕疵とされないという誤解を招くのではないかという指摘があったが²⁷⁴、「契約において予定されていた性質」は、明示的に合意した内容だけではなく、従来の通説が示すような、その種類のものとして通常有すべき品質、性能を欠いているというような客観的な要素が一つの判断材料になることが審議の中で確認されている²⁷⁵。このようにその物の通常の性質という客観的要素を契約の適合性判断においてどのように位置付けるのかについては、か

²⁷¹ 潮見・前掲注(1)10頁。

²⁷² 第14回会議議事録12頁以下、第23回会議議事録45頁以下、第26回会議議事録9頁以下、第52回会議議事録6頁以下、12頁以下、第67回会議議事録62頁以下など。

²⁷³ 第14回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/000054976.pdf>)12頁[潮見幹事発言]。

²⁷⁴ 第14回会議議事録18頁[木村委員発言]。

²⁷⁵ 第26回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/000074008.pdf>)9頁以下参照。また、同会議において、道垣内教授の発言として、「「予定された性質」とは、必ずしも当事者が明示に合意をしたもののみを指しているわけではないということが明らかになるという形での修整のほうが妥当なのでないか」との指摘もあった。議事録11、12頁参照。

なりの議論が交わされている。とりわけ、従来の伝統的理論における瑕疵概念のように、通常有すべき性質を備えた物を製作ないし引き渡す義務というものが原則としてあり、これと異なる合意がある場合には、それによらずとするのか、それとも、当事者の意思として、異なる事情がない限りにおいて、その物が通常有すべき性質を備えていることを期待しているとするのか、という二つの場合が挙げられ、解釈として、後者の考えが山本敬三教授、潮見教授によって支持されていた²⁷⁶。最終的にはそのような解釈を採ったものとみてよいと思われるが、消費者契約の場合など、原則として、通常の性質を有することが出発点となる場合もあるとの指摘が鎌田教授からされている²⁷⁷。改正法案では、性質をめぐる客観的な要素について条文上は規定されなかったことから、「当事者が契約において予定した性質」の中でどのような判断がなされるのかについて、今後、契約解釈の問題として議論が生じる可能性がある。また、不適切な合意があったような場合について、契約の適合性のみ、つまり、裸の合意の内容にこだわるのではなく、現在の実務上行なわれているように規範的な考え方が持ち込まれるべきだという見解もあったが²⁷⁸、これらの点についても、条文からは明らかではないため、今後の解釈によって判断されることになる。ここで問題とされている補充的意思解釈については、それ自体議論があり²⁷⁹、後述するように、改正法案では「契約の拘束力」による責任の発生、契約で引き受けたか否かによるリスク分配という枠組みが強調されていることから、当事者の合意内容の探求がこれまで以上に問題となることが予想される。なお、瑕疵の範囲については外延が不明確であり、今後の解釈に委ねられる事例が残されているとの指摘もある²⁸⁰。

四 瑕疵担保責任の効果－注文者の救済手段の内容

改正法案では、仕事の契約不適合に対する注文者の権利を規定する条文は、請負契約の

²⁷⁶ 第52回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/000103760.pdf>)13頁。

²⁷⁷ 第52回会議議事録13頁。

²⁷⁸ 第52回会議議事録10頁[中井委員発言]。

²⁷⁹ 山本敬三「補充的契約解釈－契約解釈と法の適用との関係に関する一考察-(1)-(5・完)-」法學論叢119巻2号1頁、同4号1頁、120巻1号1頁、同2号1頁、同3号1頁(1986年)、同「契約の解釈と民法改正の課題」伊藤眞ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』(商事法務、2013年)701頁以下等を参照。

²⁸⁰ 中村瑞穂「『台湾民法における請負人の瑕疵担保責任とその発展』をめぐる議論の概要」民商150巻3号258頁に示されている潮見教授の発言参照。

箇所には残されていない。注文者にどのような権利を認めるかについての条文はなく、改正法案第 636 条にそれが制限される場合の規定、同第 637 条に、契約不適合に対する注文者の権利の期間制限規定があるのみである。したがって、改正法案によると、請負人の仕事の目的物に契約不適合があった場合の注文者の権利は、民法第 559 条を介して売買の規定が準用されることになる。

1. 追完請求権

(1)改正に向けた議論

法制審議会では、追完についての性質や体系的な位置付けに関して議論されたが、最終的には、いまだ統一的な見解が形成されていないとして、不完全な履行に対して債権者が債務者に追完を請求することができることについては異論がなかったにもかかわらず、追完請求権が、債権関係において認められる権利であるということについての債権総則における一般規定は定められなかった²⁸¹。追完請求権の法的性質については、債権の持つ請求力が具体化したものとしての追完請求権を捉える見解が示される一方で、履行請求権とは異質なものであるとし、不完全な履行がされた場合に債権者に与えられる救済手段の一つであるとの見解²⁸²が主張されており、この点で一致していない。このような見解の相違は、より具体的な問題として、追完請求権の限界をどのように解するべきかに関わってくる。この点、履行請求権と同様の限界事由によれば足りるとする見解に対して、追完請求権を履行請求権とは異なるものと捉える立場がある²⁸³。さらに、この問題は、そもそも履行請求権をどのように位置付けるのかという点とも関係する²⁸⁴。改正議論においては、以上の

²⁸¹ 潮見佳男「追完請求権に関する法制審議会民法(債権関係)部会審議の回顧」『星野英一先生追悼 日本民法学の新たな時代』(2015年)693頁以下、山本敬三「契約責任法の改正—民法改正法案の概要とその趣旨」法曹時報 68 卷 5 号(2016年)7頁参照。

²⁸² 潮見・前掲注(33)86、87頁。

²⁸³ 潮見教授は、第3回会議において、追完請求がされた場合に債務者がおこなう追完の内容としては、代物、新品の引渡しなども含めて考えた場合には、本来の履行とは違う内容がそこで求められ、債務者の義務内容となっていくことから、仮に追完請求権を履行請求権の延長線上にあると捉える場合でも、このような追完請求権について、その限界事由を履行請求権の限界事由と同じように考えてよいのかとの意見を示していた。さらに、追完請求権の限界については、債務者側からのみならず、債権者側の観点からも考えていく余地もあるのではないかと指摘する。第3回会議議事録・16、17頁。

²⁸⁴ 第3回会議における、中田裕康教授による「履行の請求の側から見るのか、それとも不履行に対する救済手段の側から見るのか」との指摘が目される。第3回会

ような理論上の問題を残し、現在示されている改正法案は、この理論面での未成熟がもたらす混乱を避けることを意図したものとされている。一方で、改正法案はその意図を達しているとはいえないとして、後述するように解釈論上困難な問題がすでに指摘されている。また、追完請求権についての規定を設けなかったことにより、追完が契約類型や瑕疵の状態によって様々な方法で生じる可能性があることが議論されていたのに対し、結局のところ、具体的内容としてどのような権利が認められるのかということは明確な形にはならなかった。

(2)改正法案の内容

上述のように、改正法案では、追完請求権に関して一般規定を設けず、売買の箇所に規律されている。請負は売買の規定を包括準用することにより同様の規定に服する。

追完請求権の限界事由については、独自の規定は設けられず、履行請求権一般の限界事由である履行不能の判断枠組みが妥当するものとされた。これは物理的不能だけでなく、いわゆる社会的不能を含むことを前提としている。それと同時に、追完に過大な費用を要するときには、追完請求権が制限されることになる。費用の過分性による履行請求権の限界は、現行民法の中では、請負における修補請求権の制限規定である第 634 条第 1 項ただし書が対応する規定であることに言及されているが²⁸⁵、請負におけるこの規定は、履行請求権の限界が不能概念に含まれるとの考えに基づき、改正法案では削除されている。

一方、追完請求権の排除という点に関して、売買における改正法案第 562 条により、追完請求権の阻却要件として、買主(債権者)の帰責事由が付加されている。この債権者の帰責事由による追完請求の排除は、契約不適合を理由とする代金減額権及び解除権について、買主(債権者)の帰責事由がこれらの権利の阻却要件とされていることに合わせる形で加えられたものである。これらの規定から、追完請求権は、①契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能である場合、②契約不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものである場合に排除されることになる。このような改正法案の規定については、以下に述べるように、追完請求権の性質をどのように解するかという点で問題が指摘されている。

議事録・15 頁。

²⁸⁵ 第 78 回会議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001186486.pdf>)2 頁以下、山本・前掲注(281)8 頁。

(3)改正法案における追完請求権の法的性質

追完請求権を履行請求権の一つの態様にすぎないとみるか、追完請求権は履行請求権とは別の救済手段として捉えるのかという二つの考え方が改正議論において示されていたが、改正法案が、追完請求権が履行請求権の限界事由と同一の規律に服するとする一方で、債権者の帰責事由を追完請求権の阻却要件としたことについて、潮見教授は、最後までその「二義性」が解消されないままに民法改正法案へと至ったと指摘している²⁸⁶。つまり、追完請求権が履行請求権の限界事由と同一の規律に服するとする点から、追完請求権を履行請求権の一態様として理解することが理論上正当化される。一方で、履行請求権を契約より生じる本来的履行請求権と解するのであれば、債権者に帰責事由があることは履行請求権を阻却する要件ではないことになるとされる²⁸⁷。そして、追完請求権にそのような阻却要件を置く場合、これらの関係をどのように理解すべきか困難な問題に行き当たるといえる。潮見教授は、以上のような指摘をしたうえで、改正法案の理解として、追完の限界事由について明文の規定が欠けていることを正面から認めたいうえで、「不文の準則が何か」を探求すべきであるとする²⁸⁸。潮見教授は、改正法案が、履行請求権を本来的履行請求権とは区別される、債権者に与えられる救済手段として捉えることが整合的であるとの見方を示し、その理由として、債権者の帰責事由による追完請求権の制限という枠組みが取られた点を指摘する。これを前提とする以上、当然には履行請求権の限界事由が適用可能ではないことになり、履行請求権の限界事由について、「不文の準則は何か」を探求する手がかりとして、「債務者の給付行為を通じての給付結果の実現それ自体を目的とする権利である点で共通する」履行請求権の限界事由(つまり、履行不能)に関する規定に求め、「かつ」、この限界事由の解釈に、現行法 634 条 1 項ただし書の基礎に据えられていた債権者の利益

²⁸⁶ 潮見・前掲注(281)710、711 頁。

²⁸⁷ 潮見・前掲注(281)711 頁。潮見教授は、この点に関して、第 84 回会議において、追完請求権が部会の作業の中で履行請求権の一種として捉えられているという前提を置いたうえで、「損害賠償請求は債務者の責めに帰することのできない事由がある場合はできないけれども、履行請求権については、債権者、すなわち買主に、責めに帰すべき事由があった場合でも、なお履行請求はすることができます。そうであるならば、同じように、追完請求権も債権者の帰責事由によっては妨げられないはずです」と発言している。また、それによる不都合は、増加費用を債権者が負担するという点で十分ではないかとしている。第 84 回会議事録(<http://www.moj.go.jp/content/000124769.pdf>)9 頁。

²⁸⁸ 潮見・前掲注(281)712 頁。

と債務者の費用との衡量の枠組みを持ち込む(この点は、そもそも履行請求権の限界事由自体の評価についてもいえる、とする)べきであるとする²⁸⁹。これによって、「本来的履行請求権とは区別される追完請求権の限界について、履行請求権一般の限界事由である、履行不能の判断が妥当すること」が説明づけられ、理論的・体系的な一貫性が確保されるとする²⁹⁰。以上のように、履行請求権の限界事由を規定する、改正法案第 412 条の 2 の履行不能の規定の中で、追完請求権の限界事由が本来的履行請求権の限界とは違う事情のもとで解釈されるべきであると指摘される。

(4)追完方法の選択

追完請求権を行使する場合に、追完内容の選択権が請負人と注文者のいずれに与えられるかという点についても、請負の箇所には規定が置かれていないため、売買の規定を参照することになる。この点、売買における追完請求権では、追完方法の第一次的な選択権が買主に与えられており、売主は、買主に不相当な負担を課することがないときには、買主の求める方法とは別の追完方法が認められるとされている。この点、請負においては請負人が追完方法を選択しうるとの考えも示されていたが、条文上は明らかにされていない²⁹¹。

2. 解除権

請負の瑕疵担保責任において、改正法案による実質的に大きな変更とされるのが解除権についてである。解除について規定する、現行の第 635 条は削除され、売買の規定を介して、債務不履行の一般規定に従うことになる。そして、債務不履行による解除についての一般ルールの転換として債務者の帰責事由が不要とされたことから²⁹²、結果として契約不適合による解除にもまた、請負人の責めに帰すべき事由は必要ではないことになる。債務不履行の一般規定が適用されることにより、現行法の規定とは異なり、催告解除が可能とされる(改正法案第 541 条)。ただし、瑕疵の軽微性の抗弁による制限がある。また、注文者が追完請求をすることなく、ただちに追完に代わる損害賠償を請求することができるか

²⁸⁹ 潮見・前掲注(281)712、713 頁。

²⁹⁰ 潮見・前掲注(281)712 頁。

²⁹¹ 追完方法の選択権を誰かもつかということについての規律の必要性は第 3 回会議においても鹿野教授によって指摘されていた。第 3 回会議議事録・11 頁参照。

²⁹² 解除権の一般的な取り扱いに関する改正の概要について、山本・前掲注(281)18 頁以下参照。

どうかについては、無催告解除の要件を満たすかどうかによることになる(改正法案第 542 条)。現行第 635 条本文に規定される契約目的の達成不能の場合については、無催告解除が認められる要件の一つとされることから、この点で変更はない。なお、債権者の帰責事由がある場合、解除権の発生障害となる。

また、請負の解除について重要な変更として、現行民法第 635 条ただし書による土地工作物の解除制限も排除されることになる。上述したように、請負の瑕疵担保責任の債務不履行規定に対する特則性として、瑕疵担保責任における解除制限規定が、両責任の適用関係について重要な意味を有していたが、そのような制限は土地工作物が社会経済上の損失をもたらすものではない場合に正当化されず、また、瑕疵担保責任に基づく建築物の建て替え費用賠償を肯定した最高裁判例が示されたことから、実質的に空文化しているとの指摘があり、現行法における第 635 条ただし書の規定を置く意義はないとされた。したがって、従来からの債務不履行責任規定と瑕疵担保責任規定との適用関係において生じる解除権についての差異は、改正法案によれば設けられないことになる²⁹³。

3. 報酬減額請求権

債権法改正議論において、代金減額請求権を条文上に置くかどうかについては議論があったが、最終的に売買について代金減額請求権の規定が新設された(改正法案第 563 条)。したがって、注文者の報酬減額権も、その他の手段と同様に、売買の規定の準用により認められる。報酬減額権は、契約不適合の発生が自らの責に帰すべき事由によらないという請負人の抗弁によっても対抗することができず、損害賠償請求が認められない場合でも報酬減額は認められるという点で意義があるとされる。改正議論では、請負において損害賠償の免責が認められることはほとんどなく、実際上報酬減額についての独自の意義は乏しいということ、また、売買と異なる点として、請負契約における報酬額は、仕事の目的物の交換価値に応じて決まるものではなく、売買におけるような等価的均衡の調整という理

²⁹³ なお、現行第 635 条を削除するという改正法案の提案に対しては、改正法建物等の土地の工作物の解除についての例外を一律に否定してよいかということについて懸念を示す見解もある。加藤雅信教授はその理由について、「居住不能のような極端な事例ばかりでなく、一般的な使用は可能であるが、契約をした特殊な目的を達することはできないような場合に、常にその建物の取壊しをきたしかねないような結果を導くことが必ずしも妥当とは思われないからである。」と述べている。以上の点について、加藤雅信・前掲注(269)239 頁。

論が必ずしも妥当しないということから、請負における報酬減額を認める必要はないとの指摘もあった²⁹⁴。しかし、免責事由が認められる場合がまったくないわけではないこと²⁹⁵、実際の取引上、報酬減額的な損害賠償の算定が行なわれていることからすれば、請負についてあえて売買と異なる規定とする必然性もないものと思われる。なお、報酬減額の算定基準時については、後述するように、この規定を以前から置いているドイツ法でも議論されており、わが国においても問題となりうる。

4. 損害賠償請求権

損害賠償請求権についても、その他の請求権と同様に、民法第 559 条を介して売買の規定が準用され、解除権と同様に、そこでの指示により債務不履行の一般的規律が準用される(改正法案第 564 条)。したがって、現行法における修補に代わる損害賠償と、修補とともにする損害賠償という区別は条文上なされない。また、現行法における瑕疵担保責任の性質論について触れたように、従来通説では、請負の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権は無過失責任であるとされる。これに対し、債権法改正は、債務不履行による損害賠償請求権について過失責任主義を離れ、損害賠償の免責事由を「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由」(改正法案第 415 条)とし、損害賠償責任からの免責を当該契約内容に即して判断するとの立場を採ることを明らかにした²⁹⁶。このような転換に対しては議論があるが、これまでの瑕疵を理由とする損害賠償について過失責任主義を採るとの見方(反対に言えば、債務不履行責任が無過失責任化したとする見方)は誤解であるとされ、従来の債務不履行責任と瑕疵担保責任の損害賠償における過失責任主義と無過失責任主義という形式的相違は、債務不履行による損害賠償の免責事由に関する改正によって根本的に解消されることになる²⁹⁷。改正法

²⁹⁴ 部会資料 17-2(<http://www.moj.go.jp/content/000056016.pdf>)17 頁参照。

²⁹⁵ 第 56 回会議議事録 41 頁参照 [潮見幹事発言]。

²⁹⁶ 中間試案(法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(2013 年 2 月 26 日))までの議論状況を前提に、この問題について検討するものとして、森田宏樹『債権法改正を深める』(有斐閣、2013 年)1 頁以下参照。「民法(債権関係)の改正に関する要綱」以降のものとして、潮見・前掲注(1)15 頁以下、同「債権法改正と「債務不履行の帰責事由」」法曹時報 68 卷 3 号(2016 年)633 頁以下、山本敬三・前掲注(281))11 頁以下参照。

²⁹⁷ もっとも、債務不履行責任の過失責任主義に対する見方は、従来から議論のあるところであり、改正法案の方向性について学界及び実務の受け止め方も必ずしも一致していないよう

案によれば、条文上、瑕疵担保責任に独自の損害賠償請求権の規定はなく、これまでの両規定の適用関係についての問題は生じないことになる。

5. 注文者の救済手段の期間制限

改正法案では、現行民法第 637 条における請負人の担保責任の存続期間について、実質的変更を加える。改正法案第 637 条によれば、注文者が仕事の目的物が契約に適合しないことを知った時から 1 年以内にその旨を請負人に通知しなければ、注文者は、その不適合を理由とする追完請求、報酬減額、損害賠償請求及び解除権を失うとされている(通知懈怠による失権)。なお、請負人が、引き渡し時又は仕事の終了時に不適合の事実について悪意又は重過失である場合には、この規定は適用されない。このような期間制限が設けられることの意図は現行法と同様であるが、売買における期間の起算点について、現行民法第 566 条第 3 項が、買主が瑕疵を知った時としているのに対して、請負について、引き渡し時又は仕事の終了時という異なる起算点を置く積極的な理由はないとして、売買と同様に主観的起算点が採用されることとなった²⁹⁸。この期間制限規定は、消滅時効の一般原則の適用を排除するものではない。契約に適合しない物の引き渡し又は仕事の終了という客観的起算点から 10 年の消滅時効は、契約不適合について注文者が知っていたか否かにかかわらず進行を開始するものとされる²⁹⁹。このような期間制限規定の変更により、請負における現行第 638 条の土地工作物についての特別な責任存続期間もまた削除される。

改正法案によれば、従来学説で見解の分かれていた、損害賠償の内容による異なる責任期間という問題は生じず、契約不適合を理由とする損害賠償請求権はすべて、主観的起算点から 1 年、客観的起算点(引き渡し又は仕事の終了)から 10 年の消滅時効にかかる。

6. 請負人の瑕疵担保責任の限界

改正法案の考え方により、売買及び請負の仕事の契約不適合による追完請求権、解除権、報酬減額の行使について、売主ないし請負人の帰責事由は不要とされる。一方、債権者に

に思われる。また、改正法案の問題点に対する指摘について、加藤・前掲注(269)136 頁以下参照。

²⁹⁸ 部会資料 75A(<http://www.moj.go.jp/content/000121259.pdf>)37 頁。

²⁹⁹ 潮見・前掲注(1)14 頁。

帰責事由がある場合に解除権の発生を排除するとの規定に平仄を合わせる形で、追完請求権、報酬減額権についても、債権者の帰責事由による責任の不存在が規定されている。売買については、改正法案第 562 条第 2 項、第 3 項に、請負については、現行第 636 条の規定の形が基本的には同じ形で、改正法案第 636 条に引き継がれており、改正法案第 636 条本文において、「注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた不適合を理由として、履行の追完の請求、報酬の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。」とされ、ただし書についても維持され、「請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったとき」には、請負人の責任は免れないことになる。このように、現行民法第 636 条にのみ明文とされていた債権者側の事由による債務者の責任の免除の規定が、契約一般の規定に置かれたものとみることができる。

なお、一般規定及び売買の規定では、「買主(債権者)の帰責事由」とされているのに対し、請負では、現行第 636 条を維持し、「注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図」とされていることに対して、改正に向けた議論の中でも幾度か指摘がされていたが³⁰⁰、最終的に、注文者に帰責事由がある典型的な例として第 636 条の注文者の供した材料や、注文者の与えた指図があるという構造が採られたものと解される。

一方、これまで、学説及び裁判例では、現行第 636 条は、請負人が「材料又は指図の不相当を知っていたのに告げなかった」という、請負人の悪意を問題とするのに対して、請負人が過失によって、材料又は指図の不相当を知らなかった場合にも、「知るべきであった」としてそのような請負人の免責を認めないとするのが解釈上妥当であるとの指摘があった。改正法案では、「注文者の帰責事由」ないし、現行第 636 条と同様、悪意の請負人について

³⁰⁰ とりわけ、売買との関係で、請負の規定をどのように置くかという点、同時に、その解釈について議論があった。第 95 回会議では、中井委員から売買については買主の帰責事由が書いてあるのに対し、請負の箇所に書いていないことについて質問があったほか、道垣内教授により、第 636 条との関係について、第 636 条による解釈で対応できるという考えが一つあるとの指摘がされている(第 95 回会議議事録 49 頁)。第 97 回会議では、要綱仮案ののちに請負についての規定が大幅に廃止され、売買の規定を包括準用するという事になったことについて懸念する意見が出されており、改正法案第 636 条について、契約不適合による注文者の請求の例外だけが請負の規定に残されることから、潮見教授は、包括準用ということになり、契約不適合で注文者の責めに帰すべき事由による場合については修補請求はできない、他方で、改正法案第 636 条では指図によって生じた不適合については追完請求をすることはできないと書かれており、この二つの関係をどう理解したらよいか分からない、と述べている。以上の点について、第 97 回会議議事録 44 頁以下を参照。

規定するにとどまっております、このような、請負人の知るべき義務を導くことができるかはなお解釈(実際には信義則によって判断される)に委ねられることになる³⁰¹。

債権者の帰責事由による追完請求を含めた瑕疵担保責任の阻却要件に関しては、履行請求権と追完請求権をどのように解するかという問題について潮見教授の指摘があることを上述した。それによれば、債権者に帰責事由がある場合に追完請求権が免責されるとした以上、履行請求権は、契約の締結によって生じる請負人の本来的給付義務を求める注文者の請求権とは異なる救済手段として位置付けられることになるとされる。

五 瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係

1. 改正法案における瑕疵担保責任の特則性

瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化するとの方向性のもとで、改正に向けた審議では、瑕疵について特別の規定を置くことの必要性について、債務不履行の一般法理と異なる扱いをすべきかどうかといった点が検討された。最終的に、瑕疵に対する特別な規定は改正法案に残されたことから、その趣旨と規定の特則性についての議論を確認する。なお、審議では、この点は主に売買の箇所において議論されたものであるが、改正審議中、請負においても大部分において共通するとの理解がされていることを前提にしている。

瑕疵についての「特別な規定」の意味として、瑕疵に関する特別な規定の必要性につき改正議論では、主に二つの視点から指摘がされている。まず、①契約の目的物である仕事の性質をどのように解するのかという基準を明確にすること³⁰²、次に、②債務不履行の一般法理とは違う処理をすべきものがある場合には、特別な救済ルールを各契約の箇所に置くということである³⁰³。また、法制審議会の幹事である潮見教授も、契約不適合を理由と

³⁰¹ 危険負担による報酬の取り扱いに関する議論の中ではあるが、山野日教授が注文者の責めに帰すべき事由について述べたものとして、「實際裡においては裁判実務上、軽々には注文者の責めに帰すべき事由があるとはされないと判断されることによって、適切な解決が得られていくものではないかと感じます。」との指摘がある。第 81 回会議議事録 36 頁。

³⁰² 第 14 回会議議事録 15 頁において、中田教授は、今回の立法提案として、特則というよりも具体的な基準を明らかにするということにウェイトがあるのではないかと理解していると発言している。この中田教授の発言に続き、潮見教授も同様の見解であることを述べている。

³⁰³ 第 14 回会議議事録 15 頁以下、潮見教授の発言。また、事務当局の説明として、第 97 回会議において、村松幹事は、「債務不履行責任の中に担保責任は全て含まれている、そういう

する買主(請負の場合は注文者)の救済に関する規律を設ける意味について、「売買契約の特質に鑑み、債務不履行の一般的規律に対する特則を設けることが望ましい問題に対処するという点に尽きる。」とする³⁰⁴。以上の二点について改正法案をみると、①については、瑕疵とは、取り決め通りの契約内容に適合しないことであるから、それは結局、契約解釈による。そして、契約内容には、目的物の性質も含まれること、つまり瑕疵のない仕事の履行が債務者の義務であることを明確にするものであるといえる。②の点については、まず、責任追及についての期間制限が指摘できる。これは、現行法においても同様に、債務者及び債権者において、履行が終了したと認識している場面においては、後から発覚した契約の不完全について、債務者の履行終了への期待を勘案し、比較的短期間で紛争を処理することが妥当であるとされる点である³⁰⁵。次に、救済手段の面をみると、契約不適合の際には、代金減額請求権が置かれている点に特則性がある³⁰⁶。なお、追完請求権の性質及び位置付けについては、法制審議会における議論過程から明らかなように、統一的見解に至っているとはいえない状況がある。

2. 瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係

上述したように、これまでの裁判例の多くや学説の有力な考え方によると、「仕事の完成」による債務不履行責任と瑕疵担保責任の適用区分がなされてきた。このような債務不履行

意味で、その一部であると捉えていく」と整理していると述べている。第 97 回会議議事録 38 頁参照。

³⁰⁴ 潮見・前掲注(1)12 頁。潮見教授はこのような意味づけは、「担保責任」が語られてきた売買以外の類型でも同様であり、請負についても等しく妥当するとしている。

³⁰⁵ 潮見・前掲注(1)14 頁は、瑕疵担保責任の特則性について、とくに責任期間の点で、債務不履行の一般規定が適用される場合と比較して、注文者の救済を狭めることになる点が重要であると指摘する。

³⁰⁶ 代金減額請求権について、内田委員は、第 14 回会議において、「売買の場合には物と価格とはつり合っているので、欠陥があって品質が悪ければ、その分、安くしろということが比較的言いやすいタイプの契約です。そこで、過失があろうとなかろうと、とにかく代金を減額して、均衡を取るという救済を与えやすい紛争類型であると理解されているのではないかと思います。そういう意味で、契約責任であるとした場合でも、売買における特則というのはあり得ると思うのです。」と述べている。第 14 回会議議事録 17 頁を参照。また、潮見教授も債務不履行の一般的規律に対する特則として、代金減額請求権という特別な救済手段が設けられている点を指摘する。潮見・前掲注(1)14 頁。

責任と瑕疵担保責任の適用関係をめぐる問題が改正法案のもとではどのように扱われるのか確認する。

この点、法制審議会では、請負の瑕疵担保責任規定の適用時期についての言及はほとんどみられない。要綱仮案の取りまとめの中で、山本敬三教授の発言がほぼ唯一のものとして注目される³⁰⁷。山本教授は、通説の前提とした瑕疵担保責任の性質及び規定の内容が改正法案ではいずれも形を変えて、その前提としての意義を失っていることから³⁰⁸、仕事の完成後に瑕疵担保責任の適用を限定する必要はなく、仕事完成前であっても、瑕疵担保責任のもとで規定されている修補請求や損害賠償、解除、代金減額といった請求は可能であるのではないかと指摘している³⁰⁹。さらに、山本教授は、請負の瑕疵担保責任について置かれた期間制限について、「これは目的物を引き渡した場合、あるいは仕事が終了した場合を想定してそこからの期間制限ですので、これは、いずれにしてもここに定められているとき以降に適用される期間制限だと理解し、それ以外の責任を基礎付ける規定については、特に仕事の完成の前後を問わず、契約あるいは取引の内容に即してそれらの請求が認められることは否定されないと理解することになるのではないかと思います」と述べている³¹⁰。

また、法制審議会における指摘ではないが、潮見教授も、現在の支配的な見解であり、裁判実務上通用している、「仕事の完成」による債務不履行規定と瑕疵担保規定の適用区分は改正法案では採用されていないと説明している³¹¹。

このような指摘は、現在の「仕事の一応の完成」による適用区分が、特に解除に関するルールを念頭に置いた解釈論であるとの前提のもとで、改正法案が瑕疵担保責任について解除の特則を置かないことから理由づけられている³¹²。なお、この点については、従来か

³⁰⁷ 第 96 回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001137511.pdf>)50 頁以下。

³⁰⁸ 山本敬三教授は、第 96 回会議議事録・50 頁以下において、「これまでの通説の前提が崩れている」ことを指摘する。

³⁰⁹ 第 96 回会議議事録・50 頁以下[山本敬三幹事発言]。

³¹⁰ 第 96 回会議議事録・50 頁以下[山本敬三幹事発言]。

³¹¹ 潮見・前掲注(1) 17 頁。

³¹² 山本敬三教授は、「現行法の解釈では、従来の通説は、現行法の請負の担保責任に関する規定は仕事が一応完成した後にのみ適用されるのであって、仕事が完成するまでは債務不履行の一般原則が適用されるというように考えてきました。これは、特に解除に関するルールを念頭に置いた解釈論だと思いますが、それが今回の改正法を全体としてみたときに変更されるのではないかということの確認です。」と述べている。第 96 回会議議事録・50 頁以下。

ら解釈論上の問題として展開されてきたものであり、改正法案においても条文上は明らかではない。山本教授も、このような問題については、解釈に委ねられる部分が多いと指摘したうえで、以上の見解を述べていることに注意が必要である³¹³。

六 改正法案の方向性に対する検討

以上のように、瑕疵担保責任に関する規定は、改正法案において大幅な変更が予定されている。現行法のもとで生じている瑕疵担保責任をめぐる複雑な問題を、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化することによって解消するという方向性は一つの手段として考えられる。しかし、そのような意図があるとしても、請負の瑕疵担保責任については、要件・効果のいずれについても、現行法以上に解釈に委ねられた部分が多い。なお、要件と効果のそれぞれについてみると、これまで「瑕疵」とされていたものが、「契約不適合」とされることにより、解釈の変更を意図するものではない。また、個々の救済手段についても、それが債務不履行責任の一般規定によるか、瑕疵担保責任の規定によるかという体系上の変更がされた一方で、瑕疵があった場合に注文者に認められる請求権の内容については結果として変更はないとされる。しかし、そのような体系上の転換により、瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係については、現在裁判例の多くにおいて採られている解釈論は大きく変わることになる。そして、これまでの議論から明らかなように、この見解の根拠は、「仕事の一応の完成」によって結び付けられる、瑕疵担保責任の適用によって生じる効果との妥当性についてであり、この「仕事の一応の完成」の意義を実質的に解釈することで、瑕疵担保責任の適用を後退させるという状況が裁判例上みられ、学説でもこれを肯定する見解があった³¹⁴。そして、そのような解釈は、瑕疵担保責任が債務不履行規定に対して請負人の制限的な責任を規定していたとの解釈を理由とする³¹⁵。一方で、「仕事の一応の完成」時点をめぐる解釈論とは別の問題として、瑕疵担保責任を無過失責任と解した場合

³¹³ なお、山本敬三教授は、この点について「このようなことも、実はこれまでの間に議論しておくべきことだったのではないかと思います。」と指摘している。第96回会議議事録・50頁以下。

³¹⁴ 笠井・前掲注(34)122頁、平田・前掲注(50)129頁など。

³¹⁵ 無過失責任である点については債務不履行に対する瑕疵担保責任の特則性として伝統的通説により主張されていたが、すでに述べたように実質的相違ではなかったといえる。なお、理論上はこの点が問題の中心となっていたことについて本文で確認した。

に、それによって理由づけられる範囲の責任を射程とするものであるとの見解が学説上展開されていた。改正法案は、これらの議論の前提である、現行法における債務不履行規定と瑕疵担保規定の相違を解消することを意図したことから、短期の責任期間を除き、条文上は制限的な規定はないといえる。また、仕事の完成が瑕疵担保責任の適用時点のほかに、報酬の発生という点からもその意義を有していたとされるが、一定の要件のもとで、請負人が既にした仕事の結果のうち可分な部分の給付によって注文者が利益を受けるときは、その部分は仕事の完成とみなされ、割合的な報酬の請求が認められることが改正法案第634条により明文とされたことにより、この点でも現在の裁判例において仕事完成に結び付けられる効果に変更が生じることが予想される。

しかし、このような変更について、改正議論ではほとんど議論されていない。請負については、売買の瑕疵担保責任に対して、法的性質論における問題がそれほど議論とならなかったことなどから、改正法案における瑕疵担保責任の債務不履行責任への一元化についても、これまでの解釈を転換するものではないと説明される。しかし、これまでに述べてきたように、請負の瑕疵担保責任における問題は、性質論よりむしろ債務不履行責任に対して瑕疵担保責任が有する特則性をどのように解するかという点であり、現行法上、請負に独自の規定があることなどから、裁判例上、独自の解釈論が展開されていた。このような点について、改正議論の過程では十分に配慮されたとは言い難い。現在の実務における取り扱いがそれ自体批判的に吟味されたわけでもなく、規定を体系的に変更した結果として、そのような変化をもたらすことになる。現在の実務において有力な解釈が、それ自体妥当であるかについてはすでに検討したように、実際上の意義が薄れているとの指摘が可能であるが、裁判例上はそのような取り扱いがなお有力であることをみれば、現状に大きな影響を与えうる転換が意識的に論じられなかったということは問題である。また、このとき、現行法上、請負の特徴として置かれている解除制限規定や、従来の議論から明らかな、請負人がこれまでになした仕事の価値を考慮するという必要性について、解除についての制限規定が削除されることによって、この規定自体が有している趣旨自体が失われるべきではないことを確認する必要がある。修補請求についても、その限界を解する際に同様の考慮が必要である。以上のように、現行法上、請負の瑕疵担保責任をめぐる起草時において想定されていた趣旨について、改正法案のもとでは債務不履行責任の一般規定ないし売買における規定のもとで考慮される必要があるといった点は、今後の解釈論に委ねら

れることになる。

なお、以上の債務不履行責任との適用関係に限らず、請負の契約不適合に対する責任に関する改正法案の全体的な問題として、請負の瑕疵担保責任規定は、要綱仮案以降、大幅に条文が削除され、売買の包括準用という形が採られたことから、十分な議論が尽くされず、そのままに今後の解釈や理論的な発展に委ねられた部分が多いといえる。このような規定ぶりに対しては、法制審議会においても懸念が示されていた³¹⁶。このような経緯以外にも、請負の売買に対する特殊性は今回の改正議論においては明確なコンセンサスが得られなかったとされ、今後の解釈に委ねられた部分が多い。この点、包括準用という方向が選択された背景には、当然に売買と請負における共通性が存在するものと思われるが、一方で、売買と請負の相違もまた同程度に強く指摘されていることに注意を要する。従来、瑕疵担保責任の法的性質に関する議論にみられるように、請負に関しては、売買との違いを明確にしないまま、しばしば売買と同様のものとして扱われ、論じられてきた状況がある。

売買との規定上の問題は別としても、現在の改正法案は、上述した請負の瑕疵担保責任の適用関係について、現状の理論及び実務に重要な変更を与えるものである。しかし、売買に比べて請負契約におけるそれらは改正作業の中では必ずしも十分に議論されておらず、今後不明確な状況が生じることの懸念もある。したがって、改正法案によって現行法上存在する理論上の問題が解消され、明確な法の運用が実現するかどうかという点について、請負に関していえば疑問があるといわざるをえない。したがって、現在の改正法案が実現されるとすれば、解釈論による請負に即した救済手段の提示が急務となることが予想される。

第七節 小括

以上、ここまで、日本における請負の瑕疵担保責任について、とりわけ債務不履行責任の適用関係という点で理論的な問題を抱えてきた状況を、従来、議論及び裁判例上の取り扱いに着目して確認・分析を行った。そこから、すでに述べたように、これまでの議論では、債務不履行責任に対する瑕疵担保責任の特則がいかなる点にあるかということについて共通の見方に立っているのかという視点が必ずしも十分ではなく、適用時点をめぐる対立の前提として、瑕疵担保責任の効果をどのように解するかという点で見解が一致してい

³¹⁶ 第 97 回会議議事録・44 頁以下等。

ない状況について指摘した。さらに、わが国の裁判例上の実態から、請負の仕事の瑕疵については、とりわけ建物の瑕疵において特殊ともいえる、安全性にかかわるような瑕疵が問題となるケースが生じており、その救済手段として不法行為責任の役割が大きいものであったが、その反面、不法行為責任の安易な適用拡大は避けられるべきであり、そこで問題となっている場面を見極めることが必要であることについて指摘した。

さらに、現在示されている改正法案の内容について、改正に向けた議論の中で問題とされていた点も含め、確認を行った。それによって、現在の規定が大幅に変更されることが予定されているが、請負に関しては、解釈に委ねられた点が多く、現行法以上に不明確な問題が生じる可能性があるといえる。さらに、現在において裁判例上有力に採られている、瑕疵担保責任の「仕事の完成」による適用基準といった解釈が変わることが示唆されていた。しかし、その点についての検討はまだまだ十分ではなく、改正法案が実現した場合に不安定な状況が生じるおそれがある。

第二章 ドイツにおける請負契約の仕事の瑕疵に対する責任

第一節 緒論

一 債務法現代化法による転換

ドイツにおいて 2001 年 11 月 26 日に公布され、2002 年 1 月 1 日に施行された債務法現代化法(Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)は、瑕疵担保制度について体系的に大きな変更を行い、わが国の議論に対しても強い影響を与えている。瑕疵担保責任に関する債務法現代化法における議論については、売買契約法を中心に多くの研究がなされているが、ドイツ民法(以下、BGB とする)の請負契約法における検討はいまだ十分になされているとはいえない状況にある³¹⁷。以下、本章における条文は特に断らない限り BGB のものを指す。

ドイツにおける債務法現代化法では、売買と請負の出来る限りの近接化が明確な目的として掲げられていた。債務法改正委員会では、請負における根本的な改正の必要性はないとされており、請負における改正は、請負と売買をできるだけ同一化するという目的のもと、債務法全体と売買契約法における新规定に適合させるためになされたものであると説明される。そのことから、請負契約の領域に関する 2002 年の現代化は、売買契約法における重要な変更に対し、売買との平仄を合わせる形でなされたものが多く、本質的な変更がなされたわけではないとの見方もされている。しかし、請負における変更もまた広範囲に及んでおり、売買と請負をできうる限り近接化するという目的を達成するためのもの

³¹⁷ ドイツ法の債務法現代化法についての研究はこれまでに数多くなされているが、全体をとりあげるものとして、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、2002 年)、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、2002 年)等。とりわけ、請負に関するものとして、今西康人「ドイツ新債権法における仕事の瑕疵に関する請負人の責任」関西大学法学論集第 52 巻 4・5 号(2003 年)1093 頁、芦野訓和「ドイツ新債務法における請負法の改正わが国への示唆を含めて」駿河台法学第 17 巻 1 号(2003 年)3 頁、岡・前掲注(173)423 頁等。また、ドイツにおける改正議論について、ゲッツ・フォン・ラオスハール(花立文字子訳)「請負契約法にとっての債務法改正委員会による民法典草案の意義」法学志林第 91 巻 1 号(1993 年)213 頁、デートフ・レーネン(永田誠訳)「ドイツにおける債務法の現代化=売買契約ならびに請負契約の新規制および新消滅時効法」日本法学第 69 巻 1 号(2003 年)239 頁、マンフレッド・レービッシュ(出口雅久・本間学訳)「ドイツにおける新債務法」立命館法学 312 号(2007 年 2 号)441 頁以下等も参照。

だけではなく、請負契約法が従来の法の下で抱えていた問題を解消する意義も有していた。債務法現代化法による変更の趣旨や、その内容については、売買法と請負法において共通する点も多いが、売買と請負の本質的な違いから、それぞれの領域における問題状況は異なっている。

ドイツにおける債務法の現代化は、1999年の消費用動産売買及び関連保証に関する指令³¹⁸(以下、消費用動産売買指令とする)の国内法化を理由の一つとして、給付障害法及び瑕疵担保責任について体系的に大規模な改正を行った³¹⁹。債務法現代化法により、瑕疵ある仕事の給付は、一般給付障害法における義務違反(Pflichtverletzung)の一類型であると位置づけられる一方で、売買及び請負における特則規定を維持している。

なお、請負に関して重要な点として、建築請負契約に関する特別規定を民法典上に置くことが議論されていたが、2002年の債務法現代化においては実現しなかった³²⁰。以上の

³¹⁸ Directive 1999/44/EC.

³¹⁹ とりわけ、現代化に至る過程についてラインハルト・ツィンマーマン(鹿野菜穂子訳)「契約法の改正-ドイツの経験」民商法雑誌 140 巻 4・5号(2009年)547頁(川角・中田・潮見・松岡編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』(日本評論社、2011年)81頁以下所収)、潮見佳男「ヨーロッパ契約法とドイツ債務法」川角・中田・潮見・松岡編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』(日本評論社、2011年)114頁以下等を参照。また、現代化法に至るまでの経緯として、1981年、1983年に公表された鑑定意見書の内容を紹介するものとして、法政大学研究所『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(法政大学出版会、1996年)がある。さらに、1992年に公表された改正委員会草案に関する報告書について、小林一俊「原始不能・瑕疵担保の不履行法化、行為基礎障害法と錯誤-ドイツ債務法改正最終報告書を契機として-」亜細亜法学 30 巻 1号(1995年)53頁以下、下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』(法政大学出版局、1996年)参照。

³²⁰ なお、ドイツにおける建築請負契約の改正議論は、2009年の連立協定(Koalitionsvereinbarung)に基づいて本格的に政府によって取り組まれ、2010年には連邦司法省(BMJ、なお、2013年12月の改組により現在は連邦司法・消費者保護省(Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz : BMJV)とされている)に作業グループが設置された。この作業グループは、2013年に最終報告をとりまとめた。そして、2015年9月には調査報告者の草案(Referentenentwurf: BGB-RefE)が示され、2016年5月に政府草案(Regierungsentwurf: BGB-E)が公表されるに至っている。政府草案では、民法上の請負契約規定の中に特別な規定を置くこと(政府草案 650a 条から 650u 条)が提案されている。そして、現行の BGB 上に規定のない、「建築施工者契約(Bauträgervertrag)」、「建築家契約(Architektenvertrag)」、「技術者契約(Ingenieurvertrag)」といった契約類型が明文文化されるという点、また、建築請負契約の継続性を考慮して、報酬の賦払いや仕事の一部引取り、解約告知についての新たな規定を置くことが提案されている。また、重要な点として、ドイツの

経緯を踏まえても、實際上、請負領域において債務法現代化による変更が有する意味は少くない。旧法では、売買契約法において瑕疵担保責任が特別な規定として債務不履行規定の外に置かれていたのと同様に、請負契約法においても個別の瑕疵担保責任規定が置かれていた。債務法現代化法が、従来の瑕疵担保責任を一般給付障害法に一元化したことにより、売買契約法と同様に、請負契約法もまたいくつかの個別規定を残し、瑕疵に対する責任は給付障害法の一般規定に従うことになった。請負の瑕疵担保責任に関する変更の概要として、①瑕疵の概念の定義について売買契約法に適用させる形で新たな規定としたこと、②旧第 633 条、第 634 条における修補請求権(Nachbesserungsanspruch)を、言語上、追完請求権(Nacherfüllungsanspruch)としたこと、③注文者による自力修補(Selbstvornahme)³²¹について、旧法において必要とされた遅滞要件を取り除き、第 637 条によって追完期間の徒過のみで可能としたこと、④解除権及び損害賠償請求権について給付障害法による一般規定を適用するとしたこと、⑤通常の時効規定である第 195 条の特則を第 634a 条に置いたことなどが挙げられる³²²。

以上のように、請負における改正は広範囲に及んでいる³²³。また、改正の意義とし

建築請負契約の改正においては、消費者保護の要請に対応することが目的の一つに掲げられ、政府草案では「消費者建築請負契約(Verbraucherbauvertrag)」を条文上規定することが提案されている(政府草案 650h 条)。また、そのような動向は、EU 法における理論的發展状況とも関係している。一方、今回公表された政府草案では、2013 年の作業グループの最終報告で重要とされていた問題が後回しにされたとの指摘もある。Vgl. BT-Drucks. 18/8486 ; Jochen Glöckner, BGB-Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes – Teil 1, Teil 2, VuR 2016, S.123, VuR 2016, S.163. また、建築請負契約における消費者保護に関する問題について、Pfeiffer/Hess/Huber, Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts, 2008, S.21ff. を参照。

³²¹ “Selbstvornahme”の訳語としては「自力実行」や「注文者の瑕疵除去権」とするものもある。直訳としては「自力実行」ないし「自己実施」となるが、本稿では、法的な用語として定着しているとは言い難いという点を留保したうえで「自力修補」と訳出することにす

³²² Vgl. Schudnagies, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 396.

³²³ なお、BGB における請負契約法について検討する、芦野訓和「請負契約の過去、現在、そして未来」東洋法学 54 巻 3 号(2011 年)162 頁は、ドイツの請負契約法の特徴として、「①瑕疵のない仕事の給付義務(631 条)、②瑕疵除去義務(632 条)、③瑕疵修補請求権の優位性(634 条)、④帰責を根拠とする損害賠償義務(635 条)、⑤物の瑕疵及び権利の瑕疵(632 条、新 633 条)、⑥注文者の自力修補権(634 条、637 条)、⑦報酬減額(634 条、638 条)、⑧製作物供給契約(651 条)を挙げることができる」とし、この特徴は 2002 年のドイツ債務法改正後も保たれ

て、旧法下で議論されてきた積極的債権侵害との競合問題、特に、瑕疵担保責任における旧第 638 条の短期責任期間と、旧第 195 条による 30 年の消滅時効期間との差異を理由とした、より近い瑕疵結果損害(nächste Mangelfolgeschäden)とより遠い瑕疵結果損害(entferntere Mangelfolgeschäden)の限界づけといった困難な問題は解消されている³²⁴。瑕疵担保責任は一般給付障害法に組み込まれたことにより、旧法における従来の位置づけを失ったといえるが³²⁵、報酬減額権、自力修補権、通常の時効期間とは異なる責任期間設定という点で特則性を維持している。

二 請負人の義務

請負人は、瑕疵のない仕事の履行を主たる義務とする(第 631 条第 1 項)。これに対して注文者は、報酬支払義務と仕事の引取り義務を負う。BGB は、請負人の主たる義務は、瑕疵のない仕事を遅滞なく取得させることであると条文上規定している(第 631 条第 1 項)。瑕疵に対する責任に関する規定は、第 633 条以下に主に規定されている。これらの点について、債務法現代化以前の規定においても同様であるが(旧法第 633 条第 1 項)、旧法では、請負人は仕事を製作する(herstellen)義務を負うとされていたのに対し、現行第 633 条第 1 項は条文上、物及び権利の瑕疵のないよう仕事を取得させる(verschaffen)義務を負うと規定する。これは、売買契約において、第 433 条第 1 項 1 文に物の移転(Sachverschaffung)が規定されているのと同様である。請負人の移転義務は、旧法においても、第 640 条に注文者の引取り義務が規定されていることから自明のことであるにも関わらず、明文をもって規定されていなかった。現行第 633 条第 1 項は、条文上引取りが危険の移転の構成要件として問題となることを明確にしたと解するものがある³²⁶。

ているとする。

³²⁴ 旧法下における瑕疵担保責任と積極的債権侵害との関係をめぐる議論については、潮見・前掲注(95)60 頁を参照。

³²⁵ この意味で、従来の瑕疵担保(Gewährleistung)という概念は今や法律上存在しない。ただし、講学上、瑕疵担保(Gewährleistung)の用語が用いられる点については、前掲注(1)で述べたとおりである。

³²⁶ Busche, in : Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auf., 2012, § 633 Rn.6.(以下、MünchKommBGB で引用する)

三 瑕疵担保責任の構造

第 633 条以下の瑕疵担保責任の構造として、まず、第 633 条は仕事の瑕疵について定義しており、これにより請負人の仕事に瑕疵があるとされた場合の注文者の権利が、第 634 条に規定されている。注文者は、原則として、第一に、①追完請求権(第 634 条第 1 号、第 635 条)を行使し、修補又は仕事のやり直しである新規製作を求めることができる。なお、売買と異なり、追完方法の選択権は請負人に与えられている。次に、追完に過度な費用を要する場合や、追完のために定めた期間の徒過などにより例外的・補充的に認められる権利として、②注文者は請負人の費用で自ら瑕疵を除去することができ(第 634 条第 2 号、第 637 条)、また、③報酬減額権(第 634 条第 3 号、第 638 条)、④解除権(第 634 条第 3 号、第 323 条、第 326 条第 5 項、第 636 条)、⑤第 280 条、第 281 条、第 283 条及び第 311a 条により損害賠償を、また第 284 条により無駄になった費用の賠償を請求することができる(第 634 条第 4 号)。以上の注文者の諸権利の責任期間は、上述したように、一般の消滅時効規定に対する瑕疵担保責任の特則として第 634a 条に服する。

第二節 瑕疵の意義

一 はじめに

BGB 第 633 条は、請負における瑕疵についての規定である。上述したように、請負の仕事に瑕疵がないことは、請負人の主たる義務であり(第 631 条)、仕事の瑕疵は、第 634 条以下の請負人の瑕疵担保責任が生じるための要件である。この意味で、瑕疵について詳細に規定する第 633 条は、請負人に課された履行義務(Leistungspflicht)を具体化するうえでの判断基準を示すものである。したがって、請負人の仕事に瑕疵がある場合には、請負人に義務違反があるとされ、瑕疵の発生について請負人の過失の有無を問題とすることなく、注文者は相当の期間を定めて追完請求権を行使することができ、その期間が効果なく徒過した場合ないし請負人が追完を拒絶する場合には、自力修補権、報酬減額権、解除権を行使することができる。一方で、損害賠償請求権については、一般給付障害法を参照し、その他の救済手段と異なる点として、義務違反について請負人の過失が必要となる。なお、解除権もまた一般給付障害法の規定が適用される。このように、仕事の瑕疵は、義務違反、つまり債務不履行の一類型であるが、本来的な履行がなされていないということから、追

完請求権、自力修補、報酬減額という救済手段が置かれている点で、その他の義務違反(行為義務、保護義務違反など)とは異なる考慮がなされているといえる。

緒論において述べたように、債務法現代化法では、売買における瑕疵担保責任の法的性質について、いわゆる契約責任説を採用する形で体系上大きな転換を行ったのに対し、請負においては瑕疵担保責任の考え方自体に基本的な変更はない。一方で、仕事の瑕疵に関する規定をみると、文言及びその構造は、旧法から大きく変更されている。これは、旧法における請負の瑕疵概念が、条文上、売買の規定に合わせる形で規定されていたこと由来する。売買における瑕疵担保責任と異なり、請負の瑕疵担保責任は、旧法下においても、それを法定責任として解釈する見解は学説上有力なものとして現れておらず、従来から瑕疵のない仕事の完成を請負人は義務付けられているという点で一致をみていた。したがって、旧法において、売買と請負は、同じ“瑕疵担保責任法(Gewährleistungsrecht)”を掲げながらも、その規定の法的性質に対する捉え方は異なっていたといえる。そして、債務法現代化において、売買における瑕疵担保責任を一般給付障害法に一元化したことに伴い、旧法からすでに契約責任として把握されていた請負の瑕疵担保責任の規定もまた売買と平仄を合わせる形で変更された。つまり、旧法における瑕疵担保責任規定が、売買における規定に対応する形でありながら、実質的に効果の面で大きな違いがあったのに対し、新法においては、売買と請負の瑕疵担保責任規定は、形式的な面だけではなく、効果も含めその本質的な点でも共通することになった。また、上述のように、売買における瑕疵担保責任の規定は、消費動産売買指令をドイツ国内法に取り入れる形で改正されたものである³²⁷。したがって、売買だけではなく、請負についても、契約不適合について規定している消費動産売買指令 2 条 2 項と関連付けて理解する必要がある³²⁸。

以上のように、請負の瑕疵担保責任規定に関していえば、債務法現代化法によって、旧法下における解釈と条文上の規定のねじれが解消されたとみることにもできる。しかし、旧

³²⁷ ドイツにおける債務法現代化の経緯について詳しいものとして、ペーター・シュレヒトリーム(岡孝訳)「西ドイツ債務法改正の現況」法政大学現代法研究所叢書『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(1988年)673頁以下、潮見・前掲注(135)342頁以下等。

³²⁸ Volkert Vorwerk, Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht, BauR 2003,1. 売買法と消費動産売買指令との関係については、古谷貴之「ドイツ売買法における売主の瑕疵担保責任に関する一考察-債務法改正から10年を経て-」産大法学 47 卷 2 号(2013年)284頁を参照。

法及び現行法のいずれの状態も売買の規定の影響を受けたものであることに違いはない。両規定の均一性を維持するという債務法現代化法の理念に対しては、請負契約の特徴から、瑕疵概念を売買と同様に解釈することができるのかという疑問も学説上指摘されている。とりわけ、請負は、売買と異なり、通常、契約締結時に存在しない仕事の製作を目的とする。さらに、請負には売買のような一回的な給付を観念できるものだけではなく、建築請負契約のように継続性を有する仕事もある。そこで、契約の履行過程での不確定事情が、様々な形で、契約内容の実現に影響を及ぼす場合もある。つまり、請負人に帰責性のない事情による瑕疵発生の可能性は、売買契約に比べて高いといえ、請負人は、通常、そのような自己のコントロールできない事情も含め、契約において結果の実現を約束し、瑕疵発生リスクを負っているといえる。この点については、請負人が、通常注文者に対して専門的な知識や能力を有し、それを前提として注文者は仕事を依頼しているということも関係してくる。このような契約類型の違いが、瑕疵判断においてどのように関係するかという点も考慮が必要である。

一方で、瑕疵概念を契約解釈の問題とする考え方は、契約責任説によれば、売買と共通する。請負における仕事に関する契約上の合意は結果実現の保証であるといえ、瑕疵の存否の問題は、請負人が契約で何を引き受けたかによって判断され、それ自体リスク分配の問題として捉えられる。従来から瑕疵概念をそのように捉えてきた請負の議論は、売買についてもまた示唆を与えうるものと思われる。

上述したように、仕事に瑕疵があることは義務違反の一類型であり、その点では一般給付障害法によれば足るにもかかわらず、義務違反の一断面として売買、請負、賃貸借の各契約の箇所に規定されている。債務法現代化法は、旧法における一般給付障害法と瑕疵担保責任法との関係における困難な解釈問題を、瑕疵担保責任を一般給付障害法の一類型とすることによって解消しようとした。しかし、なおその特則性を維持したがゆえに、両規定の適用関係について問題が生じている。そこで、一般給付障害法の特別な規定である瑕疵担保責任の範囲はどこまで及ぶのかを明らかにすることが必要であり、そのためには、瑕疵担保責任の要件たる仕事の「瑕疵」の解釈がまず問題となる。したがって、瑕疵概念の意義を検討することは、契約解釈の方法を具体化するだけではなく、義務違反の一類型たる瑕疵担保責任が、債務不履行のどのような場面を規定するものなのかを検討するうえで重要な手掛かりとなる。

二 旧法における瑕疵の意義

1. 請負における瑕疵概念

債務法現代化法以前において、請負の瑕疵概念に関する規定は、旧第 633 条第 1 項に置かれていた。瑕疵とは、当事者が請負契約の締結の際に予定していた仕事の状況と、実際の仕事の状況が異なることであるとされ、それについて、旧第 633 条第 1 項は、瑕疵概念を、「欠点(Fehler)³²⁹」と「保証された性質(zugesicherte Eigenschaft)」という二つのカテゴリーに分けて規定していた。

(1)欠点(Fehler)

「欠点」とは、仕事の価値又は契約で予定された使用もしくは通常の使用に対する適性を消滅又は減少させる相違であると規定されていた。この欠点の解釈について、支配的な見解は、仕事のあるべき性状の決定について、主観的要素と客観的要素を明らかにし、いわゆる具体的欠点概念(konkreten Fehlerbegriff)を採用³³⁰。したがって、それぞれの契約において予定された、特別な目的、使用、状態などが判断において有力となる。これらについて、個々の契約上明確でない場合には、その種類の仕事において、通常あるべきとされる状態が要求されることになる。

(2)保証された性質(zugesicherte Eigenschaft)

旧第 633 条第 1 項は、欠点に並んで、保証された性質というカテゴリーを置く。欠点概念が、それがあることによって瑕疵を理由づけるのに対して、保証された性質は、それがあることによって瑕疵を理由づける。なお、ここでの「性質」は、請負給付の物質的な特徴のほか、給付の価値に影響を及ぼす持続的な環境(Umwelt)に対する、事実上(tatsächlichen)、経済上(wirtschaftlichen)、法律上(rechtlichen)の関係も把握するとされる。

³²⁹ “Fehler”の訳語としては、「欠陥」とすることも考えられるが、ここで用いられている“Fehler”が、客観的な「きず」だけを指すものではなく、「欠陥」の有する通常用語上の意味とも必ずしも一致しないため、わが国の文献(右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995年)等)に従い、「欠点」と訳出する。

³³⁰ Seiler, in : Erman, Handkomm., BGB, Bd. I, 9. Aufl., 1993, § 633 Rn.7f. ; Schlechtriem, in : Jauernig, BGB mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Aufl., 1999, § 633 Rn.3. なお、「具体的欠点概念(konkreten Fehlerbegriff)」の用語は統一的ではなく、同じ意味で、主観的欠点概念(subjektiven Fehlerbegriff)」とも言い表される。

なお、保証された性質とされるためには、注文者が、それに対して請負人に認識可能な、特別な価値を置いていることが必要であるとされ、例えば、単に建築請負において仕様目録に記載された内容は、そのような事情がない限りでは、保証された性質とは解されない³³¹。

保証された性質の本来の意味として、欠点概念が価値及び使用の適格性に対する否定的な影響を及ぼす相違を意味するのに対して、保証された性質の欠如では、仕事の価値又は使用の適性を減ずるかどうかに関わらず、瑕疵が肯定される点にあると解されており、その点に欠点概念との違いがあった。そこから、仕事の価値や使用に対する適性に影響を有しない性質の特徴(例えば、屋根の色の違いや、使用に影響しない材質の違いなど)は、それが保証された性質である場合に限り、請負人の責任を理由づけるとされた³³²。一方で、欠点概念に含まれる性質もまた、保証される場合が当然にありうることから、これらの概念は明確に区別されるものではなく、また、後述する点であるが、そのような区別は請負に関してはその意味自体乏しいものである。

(3)承認された技術規定(Die anerkannten Regeln der Technik)

a)一般的に承認された技術規定の意義

請負契約においては、一般的に承認された技術規定の遵守が、瑕疵の判断基準として重要な意味を有している³³³。承認された技術規定とは、学界において理論上正当とされ、また、実務において実証されている技術上の規定であり³³⁴、それぞれの専門家において一般に引き受けられている品質(Qualität)、快適性(Komfort)、安全性(Sicherheits)の水準であ

³³¹ Mundt, Baumängel und der Mängelbegriff des BGB-Werkvertragsrechts nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZBau 2003, S.74 ; Lucenti, Der funktionale Sachmangelbegriff des § 633 II BGB und die Aussichten auf eine Haftungsentschärfung der Beschaffenheitsvereinbarung , NJW 2008, S.962. ; Glöckner, Der neue alte Sachmangelbegriff - Begründung und Folgen, BauR 2009, S.310.判例として、BGHZ 48, 310=NJW 1971, 92.

³³² J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § § 631-651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung, 2000, § 633 BGB Rn.30ff.(以下、Stauginger(2000)で引用する)

³³³ Raab, in : Dauner-Lieb/Heidel/Ring(Hrsg.), Anwaltkommentar DeutscherAnwaltVerein BGB, Bd. 2, 2005, § 633 Rn.32.(以下、AnwK-BGB で引用する)

³³⁴ Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S. 74. “anerkannten Regeln der Technik”の概念は、ライヒ裁判所における刑事事件(例えば、RGSt 44, 76)の裁判と関連して認識されたものとされている。

る³³⁵。例えば、ドイツ工業品標準規格(DIN-Normen)、ドイツの技術者協会の VDI 規格(VDI-Richtlinien)、ドイツの電気技術者協会の VDE 規定(VDE-Bestimmungen)、欧州規格(Europäische Norm)などは、承認された技術基準を確定するための有効な手段であるとされている³³⁶。また、例えば、機械および製品の安全性に関する法律(Geräte- und Produktsicherheitsgesetz)など一定の法規範によっても明らかになりうる。この一般的に承認された技術規定は文書化されている必要はないとされる。なお、一般的に承認された技術規定は、仕事の引取りの時点における水準である³³⁷。例えば、DIN 規格に基準がある場合でも、これがそのほかの基準に対して排他的に利用されるわけではなく、DIN 規格が引取り時の一般的水準にもはや合致しない場合には、承認された技術規定とはされない³³⁸。

b) 瑕疵概念における位置づけ

請負人が承認された技術規定の遵守について義務を負うかどうかは、BGB の条文上は明らかにされていない。この点、ドイツの建築請負契約で一般に使用されている建設工事請負規則³³⁹の一般契約条件規定である B 部(以下、VOB/B とする)は、承認された技術規定について、請負人が遵守すべき最低基準であると条文上規定している(VOB/B 第 13 条第 1 項)。このような相違に対して、旧法下の支配的見解は、承認された技術規定の違反は、BGB の条文上も、欠点または保証された性質という瑕疵のカテゴリーのもとで包含されるべきであるとした³⁴⁰。その結果、承認された技術規定は、保証された性質として請負人に課されるか、または、明らかに契約上の基礎にあると解される。したがって、承認された技術規定を遵守していないとき、それに違反することについての明確な合意がない限り、仕事の瑕疵と解される。

³³⁵ AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.32.

³³⁶ Leupertz, in : Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 4.neu Aufl., 2009, § 633 Rn.23.

³³⁷ AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.34.

³³⁸ AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.34.

³³⁹ 建設工事請負規則 (VOB : Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen)。これは、法律でも政令でもなく、建築請負契約委員会(DVA)により、本来は公共工事を目的として作成された建築規定であり、A 部が建設工事の発注に関する一般規定、B 部が施工に関する一般契約条件規定、C 部が一般技術規定である。VOB の B 部は、建築請負契約の当事者間においてその適用が合意される限りで、契約条件として効力が認められ、日本でいう建設工事請負契約約款と同様の機能を果たしている。

³⁴⁰ Vgl. Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.74.

2. 売買における瑕疵概念に関する議論

上述したように、旧法において、売買と請負の瑕疵概念については形式上類似の規定となっている。売買における物の瑕疵は、旧第 459 条に規定されていた。売買と請負に共通する、欠点と保証された性質の欠如という二つの瑕疵概念の法律上の区別は、売買においては重要な意味を有していた。この点、旧法制定当時すでに、互いの関係について議論があり³⁴¹、実際に、これらの二つの概念は必ずしも限界づけられるものではないことから、理論上困難な状況を生じさせていた。売買法と請負法では、欠点と、保証された性質の欠如の二つのカテゴリーの区別が意味するところは異なっている³⁴²。請負においては、仕事の性状の合意内容の実現が契約の本質をなし、性質の保証は、本来的に請負内容の確定と別個独立のものとしては位置付けられていなかった³⁴³。そのことは、売買契約における保証された性質の欠如が、売主の過失に依存しない買主の損害賠償請求権に結び付けられたのに対し、請負契約における保証された性質は、無過失責任としての損害賠償責任を請負人に生じさせるものではなかったという点からも明らかである³⁴⁴。つまり、売買とは異なり、請負における性質の保証は、仕事の給付義務の外に責任を生じさせるものではなく、

³⁴¹ 今西康人・前掲注(317)39頁。

³⁴² 今西康人・前掲注(317)37頁以下。旧売買法では、価値又は適性を減少させる欠点について、解除及び代金減額請求のみが規定され(旧 462 条)、この欠点について売主が知りながら告げなかったときのみ、損害賠償請求権が注文者に生じるとされた(旧 463 条 2 文)。一方で、保証された性質の欠如の場合には、解除及び代金減額に代えて、損害賠償を請求することができることとされていた(旧 463 条 1 文)。一方で、請負は、損害賠償請求権について、請負人の帰責事由を必要とし、売買のような要件を置いていない。ドイツ売買法の瑕疵担保責任に関して、とりわけ瑕疵の意義について、岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」同編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、2002 年)105 頁以下、田中志津子「ドイツ民法売買契約法における瑕疵担保責任—物の瑕疵概念を中心に—」法学研究論集 18 号(2003 年)39 頁以下、小西飛鳥「ドイツ債務法改正がドイツの不動産取引に与えた影響—不動産の瑕疵を中心に—」平成法政研究 12 巻 2 号(2008 年)55 頁以下、廣瀬克巨「ドイツ性状瑕疵概念についての一考察」新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法—ゲルハルト・リース教授退官記念論文集』(日本評論社、2009 年)229 頁以下、田畑・前掲注(91) 184 頁以下、古谷・前掲注(328) 312 頁以下等を参照。

³⁴³ 旧法における瑕疵概念と損害担保(Garantie)との関係について、笠井・前掲注(63)259 頁以下、同・前掲注(34)168 頁以下に詳細な検討がある。

³⁴⁴ なお、債務法現代化法による損害担保責任に関する変化について、渡邊拓「損害担保責任(Garantiehftung)の法的性質について—2002 年ドイツ債権法改正後の法状況—」横浜国際経済法学 16 巻 1 号(2007 年)87 頁以下、笠井・前掲注(34)182 頁以下を参照。

給付義務内容の合意の中で把握される。このような状況のもとで、請負における「保証 (Zusicherung)」の意義については、売買ほど厳格に解されておらず³⁴⁵、また、欠点と保証された性質の欠如という二つの概念の区別は、それ自体意義が乏しいとして重要とはされなかった。

なお、ローマ法の按察官訴権に由来して、欠点概念を具体的な契約内容から離れた物質的な交換価値や使用価値の低下と捉える考え方が伝統的な通説であったが、この見解に対しては、そのような欠点がなく、かつ、売主による物の性質の言明が、「保証された」と認められるほどの強度を有しない場合に、保護されない欠落部分が問題とされ、そこから、旧第 459 条第 1 項の欠点は、当事者が、契約において合意した、または共通の予定した適性からの相違をも含むという、いわゆる主観的・具体的な欠点概念であるとの見解が有力となった³⁴⁶。このような欠点概念の解釈について、売買と請負で相違はないとされる。

3. 瑕疵判断に関する判例理論

(1) 予定した性状(Soll-Beschaffenheit)と合意した実行方法(Ausführungsart)の緊張関係

旧法においては、売買の瑕疵概念について、欠点と保証された性質の欠如との関係が議論されていたのに対し、請負における瑕疵についてしばしば問題となったのが、当事者が、一定の実行方法について合意していた場合に、その方法によっては、通常の又は契約で予定した使用を可能にすることができなかったという場合である。売買の目的物の瑕疵においては、通常すでに存在する物の性質について、合意との相違が問題となるのに対し、請負は、将来の仕事の完成を約束するものである。つまり、通常、これからなされるべき仕事の性状について合意されるものであることから、当事者が合意した方法や材料が、通常の使用または契約上前提とした使用に対して適切ではない場合も生じうる。例えば、契約において合意した設計図どおりに製作された屋根に、その設計の不適切性を原因とする隙間が残ったというような場合である。このとき、請負人のなした仕事の結果は、建物の屋

³⁴⁵ 売買における保証は、給付についての約束とは別に存在する、「売買物の性状に関する売主の真剣な一定の申告」ないし「観念の通知」であるとされる。田畑・前掲注(91)168頁も参照。

³⁴⁶ このような瑕疵概念の解釈について、売主の性質に関する言明(dicta)は、欠点概念と並んでではなく、欠点概念自体に取り込まれたと指摘されている。Vgl. Glöckner, a.a.O.,(Fn.331), S.304.

根としての通常の使用には適さないことになるが、請負人は取り決めどおりの仕事を行ったとして、履行義務から解放されるのか問題となる。また、瑕疵の原因が請負人による仕事の実行によるのではなく、注文者の指図や、加工される材料などにある場合、そこでの結果不実現のリスクをどのように分担するのか、このような場合に瑕疵担保責任の問題となるのか、それとも、契約締結上ないし履行プロセスで生じた義務違反として瑕疵の問題ではないとされるのか、瑕疵担保責任の射程が問題とされる。

この点、旧法下において、連邦通常裁判所は、仕事の瑕疵を広く解すことによって瑕疵担保責任の範囲における解決を図る。より具体的には、請負の結果責任を根拠として、請負人は、目的に適合した仕事の発生を担保しなければならないと判断する(上記の例でいえば、屋根としての使用の目的を達せられない以上、瑕疵を肯定する)。そこから、一定の設計や実行方法が合意されていた場合でも、請負人はそれを実行に移すだけでは、自己の債務を履行したとはされない。旧法における判例は、「機能適格性(Funktionstauglichkeit)」という概念のもとで、予定した給付や実行方法どおり行われた仕事についても瑕疵を肯定した。後述するように、この判例の立場は、債務法改正後も変更なく引き継がれている。この問題は、請負契約において特殊な、瑕疵判断についての中心的な論点であるとされている。以下では、旧法における判例理論を確認する。

(2) 旧法下における判例の「機能性瑕疵概念理論」

なお、以下の判例について、事案及び判旨は、瑕疵概念に関わる部分に限定し、また、便宜上、記述の順序を変更した点を予め断っておく。

a)判例

【1】BGH 1984年5月17日(BGHZ 91,206=NJW1984,2457)

最初に仕事の目的物の機能を重視する見解を示したのが、BGH 1984年5月17日判決である。

《事案の概要》

被告(発注者)は、1972年及び1973年に、W、A/東、A/西における被告の三つの大きな長屋状住宅-建設計画について、断熱ファサードを、訴訟参加人(Streithelferin)の結合機構システム(Verbundsystem)の建設ののちに作成した。この発注に関しては、VOB/Bが適用された。原告(請負人)は、被告に対し、残りの仕事の残りの報酬として、9.200DMとその利息を請求した。被告は、欠点のある加工(Verarbeitung)並びに用いた絶縁システムの不

十分な適性(Eignung)を引き合いに出し、そのためにすでに被告に帰属した又は、なお予想される修復のための費用について、相殺し、反訴の手段において、全部で 191.938,26DM とその利息を要求した。さらに、被告は、このほかに、原告が、すべてのなお存在する瑕疵除去費用についての前払いの支払いを義務付けられる期間の設定を求めた。

原告は、現れた瑕疵についての自己の責任の否定と、消滅時効の抗弁を主張した。この瑕疵はすべて、被告によって要求された、当時確かに専門家の中で承認されていたが、のちに有用ではないことが判明した断熱システムに原因が帰せられる。そこで、すべてのファサードの面(Fassadenflächen)は損害を示さず、また、安価な(preiswertere)改築のやり方(Sanierungsmethode)が、その指示についてあったとする反対請求(Gegenansprüche)は大きな意味を与えるとした。原告は、被告は主張した瑕疵除去費用からいくつかの差し引き(Abzüge)分を減少させなければならないとした。すなわち、被告は、修補の計画された方法によって、絶縁のモルタル塗り(Isolierputz)が、最初から異論の余地なく製作されていたであろう場合、被告が獲得できなかったはずの相当な財産利益(Vermögensvorteile)を獲得することになると主張した。

第一審の地方裁判所は、原告の請求を棄却し、被告の反訴を全面的に認めた。原告の控訴について、上級地方裁判所は、被告の請求のうち、6.060DM とその利息を認めた。その他の原告の訴え、被告の反訴及び原告の控訴は採用しなかった。被告は、原告の敗訴の判決を下すことと、引き続き 105.750DM と利息の支払いを求めて上告した。

《判旨》

被告の上告について、93.650DM とその利息の額における反訴請求が棄却された限りで、費用の点において破棄し、この事案は、新たな審理と判決について、上告手続きのすべての費用に関しても、控訴裁判所へ差戻す。

…BGB 第 633 条、VOB/B 第 13 条第 1 号の意味における欠点は、仕事が、契約上前提とした使用について有しなければならない性状から相違する場合に存在する。受注者は、瑕疵のない仕事の発生を担保しなければならない。この給付が要求に一致しない場合、承認された技術規定が遵守されているかどうかには依存せず、確かに欠点がある。給付の瑕疵が、到達しようとした結果を損なったことだけが決定的である。

それによって、原告は、不十分な加工(Verarbeitung)についてだけでなく、訴訟参加人(Streithelferin)の役に立たない結合システムについても責任を負う。被告が、瑕疵除去の

ための費用のみを要求するとき、原告の過失の欠如は問題にならない。

…請負契約法上の瑕疵担保責任法における利益の調整について、新たな技術上の水準による断熱ファサードの修補は、BGB 第 242 条で確定する信義誠実の原則による利益調整に従う。これは、具体化する正当性の要求(Gerechtigkeitsgebot)において、損害賠償法の範囲外でも、多数の他の規定において、明文として、-例えば、BGB 第 324 条第 1 項第 2 文、第 642 条第 2 項、第 649 条第 2 文ただし書-また、その理由で、BGB 第 633 条第 2 項、第 633 条第 3 項、VOB/B 第 13 条第 5 号に従い、修補請求権及び費用償還請求権について適用される。しかし、この利益調整は、通常、発注者が、すべて瑕疵担保によって、いずれにしても存在する請負人の契約上の義務の範囲の外で得られる利益についてだけ可能である。それに応じて、注文者の費用賠償請求権は常に、それが仕事を取り決め通りの実行のために初めから要したであろう、いわゆる、「いずれにしても必要な費用(Sowieso-Kosten)」(Festhaltung BGH,1970-10-29, VII ZR 14/69, BauR 1971, 60; Festhaltung BGH, 1976-09-23, VII ZR 14/75, BauR 1976, 430; Festhaltung BGH, 1984-03-22, VII ZR 50/82, BGHZ 90, 344) に関する、その(より多くの費用 Mehrkosten)費用に関して減額される。

【2】 BGH 1998 年 7 月 16 日(BGHZ 139,244=NJW 1998,3707)

次に、「機能適格性」(“Funktionstauglichkeit”)の概念を読み取れる最初の判決が、BGH1998 年 7 月 16 日判決である。

《事案の概要》

被告(注文者)は、二つ並んで建っている多世帯住宅を改築し、一つにまとめることを計画し、原告(請負人)に改築についての費用の算出を提示させた。そののちに、被告は、その改築について決定し、原告は、被告に提案を示し、基礎において、当事者は、VOB/B 契約を締結した。

天井及び床に関して、この契約は次のような取り決めをした：

- ・段の溝のある 20mm の厚さの Fermacell プレート(Fermacell というメーカーの商品名。括弧内筆者注)と同様に、パーライトにより 20mm の厚さまで補整した層の、紙性の耐水のもの(Papierrieselschutz : Fermacell の商品名。括弧内筆者注)からなる乾燥性床エレメント(Trockenestrichelement)による床の完全な製作。
- ・12.5mm の厚さの石こう繊維板からできた、平らな天井の製作。
- ・75mm の厚さの間柱の製作並びに 12.5mm の厚さの石こう繊維板との両側の板ばりも含

めた石こう繊維板からなる間仕切り壁の製作。

- ・すべての乾燥性建築壁(Trockenbauwand)における 50mm の遮断材(Dämmatten)のはめ込み

- ・天井の梁における 150mm の遮断材のはめ込み、特に 1 階に、それからまた 2 階及び屋階にも。

- ・部屋を床の水準(Fußbodenniveau : floor level)にすることは不可能である。

原告は、この労務を実行した。その壁、天井及び床についての労務は、標準的な防音及び防火規則の要求を満たしていなかった。被告は、1994 年 10 月にこの二つの建築物を引き取ったが、被告は、アパートに対して標準的な DIN 規格が、防音及び防火について満たされていないという理由で、壁、天井及び床の改築工事は瑕疵があるとし、残りの報酬の支払いを正当に拒絶した。これに対して、原告は、残りの仕事の報酬を要求し、訴えを提起した。

第一審の地方裁判所は原告が勝訴した。被告の控訴は、利息の言い渡しに関してだけ部分的成果があった。被告は、原告の訴えの棄却を求めて上告した。

《判旨》

上訴判決を破棄し、本事案を控訴裁判所に差戻す。

…請負人は、適切な合意の範囲において、契約上前提とした又は通常の使用のために必要な性状を示す仕事を義務付けられる。

当事者が、一定の実行方法を合意し、それと同時に、仕事の義務付けられた機能適格性(Funktionstauglichkeit)を達成することができない場合、原則としてその結果責任に変更はない。

一定の実行方法について合意した仕事の報酬は、仕事の報酬の計算が、すべて請負人の計画に基づかない範囲で、その実行方法だけを含み、したがって、発注者は、義務付けた結果のために必要である追加の労務について、別に報酬を支払わなければならない。

その仕事が、請負人が合意した実行方法を製作したという理由で瑕疵がある場合、請負人に当然与えられるべき追加の報酬が、担保(Gewährleistung)の範囲において、「いずれにしても必要な費用(Sowieso-Kosten)」として、考慮に入れられることができる。

【3】BGH 1999 年 11 月 11 日(NJW-RR 2000,465=NZBau 2000,74=BauR 2000, 411=ZfBR 2000,121)

【1】判決及び【2】判決の判断を踏まえ、以降のリーディング・ケースとして位置づけられているのが、BGH 1999年11月11日判決である。

《事案の概要》

原告(請負人)は、被告(注文者)のために、倉庫と工場を建築した。互いの解約告知の後、すでに行った給付を決算し、また、原告は被告に対し、60.705DMの支払いを利息とともに訴えをもって要求した。被告は、反訴として、倉庫及び工場の屋根に隙間があり、雨の際に水の侵入が生じたことを理由に、瑕疵担保責任及び損害賠償請求権を、369.814,55DMの額で主張した。

地方裁判所は、被告の反訴請求を棄却した。被告の控訴もまた成果なく、原告による85.461,37DMの付帯控訴について、被告には、69.407,33DMと利息の支払い義務があるとして、敗訴の判決が下された。被告は、28.728,00DMと利息の額の訴えの棄却並びに、反訴として、原告に147.840,69DMと利息の支払を求めて上告した。

《判旨》

28.728,00DMと利息の額の支払いに関し、原告の訴えを棄却し、その他の点では、控訴審判決を破棄し、本事案を控訴審裁判所に差戻す。

本判決は、本事案における倉庫と工場の屋根が、水を通さないような密度を有しておらず、役に立たないものであることを認めたとうえで、瑕疵の判断について述べる。

控訴裁判所は、契約解釈について重要な事情を顧慮しないままにし、どの程度に、原告の仕事が、契約上義務付けられた給付から相違しているか吟味していない。

請負人の給付は、契約上前提とした又は通常の使用に必要な性状を示す場合にだけ、契約に適合しうる。帰せられた合意の範囲で、請負人は、機能適格性(funktionstaugliches)及び目的に一致した(zweckentsprechendes)仕事を義務付けられる。当事者が、一定の実行方法を合意した場合に、それと同時に、義務付けられた仕事の機能適格性を満たさない場合にも、その結果責任に何の変更もない。「いずれにしても必要な費用(Sowieso-Kosten)」が、瑕疵担保の範囲において考慮される。屋根のどのような性状が契約上合意されたのかについて、控訴裁判所は、確かめなければならない。…それと同時に、控訴裁判所は、原告によって建てられた屋根が、どのような性質を、契約上の合意により有していなければならなかったのか十分に検討していない。控訴裁判所が、屋根に隙間があり、雨の際に使い物にならないホールを、契約上義務付けられた給付として十分であるとする限り、この

解釈は、従来の解釈に照らし支持されない。このホールは、工場及び倉庫として指示された。工場または倉庫としての使用は、通常、強い雨の際にも確かな遮断を要する。にわか雨の際に生じる水の侵入は、目的に一致する利用に反している。

不当にも、控訴裁判所は、なお、屋根が激しい雨の負荷に耐えるという望みについての被告の特別な指摘を、契約締結の際に要求する。これは、何の問題もなく、建てられるホールの機能から判明する。合意した実行が安価(preisgünstig)であったことによっても、これに何の変更も与えない。契約上前提とした又は通常の使用について機能適格性が期待され、また、この結果が、契約上合意した実行方法とともに達せられない場合、請負人は、合意した機能適格性を義務付けられる。被告が、低い価格を前にして、原告の相当した指摘(Hinweis)なしに、合意した設計のリスクを認識し、是認していたこと(vgl. dazu BGH, Urteil vom 17.Mai 1984 -)についての締結を認める事情を、控訴審は確認しなかった。

b)判例の検討

まず、判例【1】は、請負人の仕事の瑕疵が、注文者の指示した、他の訴訟関係人による方法の不適切に原因があったという事案であるが、請負における瑕疵概念に関して、BGHは、当事者が契約において前提とした性状に一致しないことだけが瑕疵を決定づけるとし、請負人の仕事が契約の目的に適合しない限りにおいて、請負人は、自己の実行の不適切だけではなく、他の関係人の仕事の不適切性についても責任を負うとした。判例【1】は、請負の瑕疵の判断においてはじめて、契約の対象の「機能」に対する特別な考慮を示したものであるとされる³⁴⁷。続いて、判例【2】は、壁、天井、床の施工について詳細な取り決めがされており、その計画どおりに請負人が製作を行ったが、技術水準である DIN 規格の防音性・防火性を満たしていなかった事案において、当事者が、一定の実行方法を合意し、それと同時に、「仕事の義務付けられた機能適格性(Funktionstauglichkeit)」を達成することができない場合であっても、原則として請負人の結果責任に変更はないとして、義務付けられた機能適格性を有する仕事の製作義務があるとした。判例【3】は、注文者によって提供された材料を用い、設計通りに建てられた工場及び倉庫の屋根に隙間があり、雨の侵入を防ぐことができなかったという事案において、BGHは、雨を防ぐことについて発注者の具体的な指示がなくても、倉庫及び工場としての使用が示されている場合には、この使

³⁴⁷ Vgl. Sass, Das Funktionstauglichkeitsdogma in der“Blockheizkraftwerk”-Entscheidung, NZBau 2013,132.

用の目的に適していなければならないとした。この判決は、瑕疵の判断について重要な解釈論を示し、以降の判例のリーディング・ケースとして位置付けられる。判決【3】は、判例【2】と同様に、「請負人は、帰せられた合意の範囲で、機能適格性(funktionstaugliches)及び目的に一致した(zweckentsprechendes)仕事を義務付けられる。」とし、これは、「当事者が、一定の実行方法を合意し、それと同時に、義務付けられた仕事の機能適格性を満たしえない場合にも、その結果責任について何の変更もない」とした。さらに、この機能適格性は、注文者による特別な指摘がない場合にも、仕事の目的物の機能として、契約上前提とした又は通常の使用に対して期待しうることから肯定されること、また、それが通常より低い報酬で仕事が引き受けられた場合にも変更されえないとする。このような機能の適格性が、契約上合意した実行方法と同時に達し得ない場合には、機能の適格性が義務付けられることも明確にする。このとき、請負人が責任を免れるには、合意した設計のリスクについての請負人による指摘がない場合、注文者が、このリスクを認識し、是認していたことが必要であるとした。

このような解釈は、請負人の結果債務という性質により、結果不実現のリスクを引き受けている点から導かれる。BGHは、以上のように瑕疵概念を広く解釈したうえで、他方、当事者の利益調整についても考慮する。具体的には、契約の目的に適合するような方法をはじめから採った場合や、他の請負人に依頼したならば生じたであろう費用の範囲において、注文者の負担を認める。このような費用は、いわゆる、「いずれにしても必要な費用(Sowieso-Kosten)」と称される³⁴⁸。この点で、契約目的との適合性から、請負人の責任を広く肯定したうえで、その結果拡張された請負人の具体的給付内容によって生じる不均衡の調整という理論構成をBGHは採用したといえる。

c)学説の評価

以上のように、判例は、請負契約によって義務付けられた結果は、当事者の意思により、仕事のどのような機能が履行されなければならないかによって判断されることを明らかに

³⁴⁸ このような費用の調整についての概念を最初に明白に示したとされるBGH判決は、1970年10月29日判決(VersR 1971, 157)である。この事案では、窓の扉の瑕疵の原因が、建築家による、36mmという薄さの窓枠の設計にあり、建築家の損害賠償責任が問われたものであり、BGHは、他の家具職人が、窓の扉の安定のために、本事案の被告である建築家の設計した36mmよりも厚い窓枠を要求したことが明白である場合に、そのために注文者が費やさなければならない額を考慮に入れなければならないとした。

した。このような判例理論について、学説は、判例【2】以降に用いられる、仕事の「機能適格性」(“Funktionstauglichkeit”)という表現から、BGH はいわゆる「機能性瑕疵概念」を形作り、これを承認したと説明する³⁴⁹。

このように、具体的な実行方法や製作内容の計画について取り決めがあった場合でも、その通りに仕事を実行するだけではなく、仕事の機能があること、つまり、使用の目的に合致していなければならないという瑕疵判断の枠組みに対して、学説上異論はみられない。BGH は、この点で、一定の方法や設計などの合意を、保証された性質や、独立の性状の合意として認識するのではなく、仕事が、契約で前提とした使用について有していなければならなかった性状から相違する場合を、契約適合性の判断に照らし、旧第 633 条の瑕疵概念に適合させて認識した。なお、ドイツでは、旧法から瑕疵担保規定の一般給付障害法に対する優先的な位置づけが肯定されていることから、請負の仕事の瑕疵に関する以上、契約締結上の過失や積極的債権侵害の適用の余地は排除される³⁵⁰。そこから、請負の仕事の瑕疵が、実行方法についての誤った取り決めや、注文者によって供された指図や材料に原因があった場合でも、判例は、瑕疵の範囲を広く解することにより、瑕疵担保責任の適用の射程を広く認める。また、判例【1】から明らかなように、承認された技術規定が遵守されていた場合でも、それに依存することなく、請負人の仕事が契約の目的に適合しない場合には、欠点があるとされた。この理論は、機能適格性論(Funktionstauglichkeitstheorie)とも称され³⁵¹、学説においてもほぼ一致をみている。このような瑕疵判断理論は請負に特

³⁴⁹ Vgl. Glöckner, a.a.O.,(Fn.331), S.305.なお、「機能性瑕疵概念」という用語は、主要なコンメンタール及び教科書類においても同様に示されており、学説上確立された概念とみることができる。

³⁵⁰ 契約締結時に前もって与えられた指示や材料の不適切に対する請負人の指摘義務の違反をどう解するかについては、学説上統一的な見解に至っているとはいえない。例えば、Peters は、請負人が怠った調査及び指摘(Peters は解明(Aufklärung)と称する)の結果として瑕疵が生じた場合、その指摘義務の事情が、請負人の領域にあるか、注文者の領域にあるか否かによって区別し、注文者に瑕疵に対する権利を与える。Staudinger/Peters, 2000, § 631 BGB Rn.54ff. 一方、Soergel は、請負人の指摘義務に対して、積極的債権侵害による請求権を与えるとするが、このとき、「仕事に瑕疵はないが、あるべき目的を満たさない」ことを前提とする。このような違いは、旧第 634 条、旧第 635 条が、一般給付障害法に対して優先するものとして位置付けられていたことに対する考慮から生じたとされる。以上の点について、Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.6 を参照。

³⁵¹ Vgl. Sass, a.a.O.,(Fn.347),S.132.

殊なものである。

4. 小括

売買と請負の瑕疵担保責任が、その由来において異なるものであり、請負人が瑕疵のない仕事の製作義務を負うという点で旧法においても学説上目立った異論は見られない。

一方、売買法に対応する瑕疵概念の定義規定は、欠点と保証された性質の欠如という区分について請負では大きな意味を持たなかったとはいえ、これらのいずれのカテゴリーにも当たらない合意からの相違は瑕疵担保責任を生じさせないとの帰結を導いている。この点で、請負における瑕疵を本来的給付義務の不履行であるとする以上、請負人の仕事のあべき性状は、当事者の合意によって決せられるにもかかわらず、瑕疵担保責任を生じさせる瑕疵にあたる仕事の性状の合意について法律上一定の制限を置いていたといえる。

次に、判例の生み出した機能性瑕疵概念は、予定した又は通常の使用を損なうような不適切な合意があった場合や、結果不実現のリスクが請負人の労務の外にあった場合でも、約束した結果の不達成という点が肯定される限りで原則として請負人の瑕疵担保責任を生じさせる。その結果、契約締結時に予定していた履行の拡大が生じた場合には注文者はその増加費用を負担する。このような瑕疵担保責任の適用は、売買における伝統的な瑕疵担保責任の趣旨が、買主の期待を保護し、対価的な不均衡を修正することであり、それゆえに過失に依存しない減額権及び解除権を導いたのとは明らかに方向性を異にする。このような広い瑕疵担保責任の適用については、請負人に過失がある場合であっても、契約締結上の過失や積極的債権侵害に対して瑕疵担保責任の適用が優先するとの原則が背景にあることが指摘される。

三 債務法現代化法における瑕疵の意義

1. 債務法現代化法の概観

(1)瑕疵に関する規定の変更

まず、瑕疵の有無は、旧法と同様に、仕事の現にある性状(Ist-Beschaffenheit)が、あるべき性状(Soll-Beschaffenheit)と異なるかどうかによって決せられる³⁵²。なお、あるべき性

³⁵² Sprau, in : Palandt, Bürgerlichen Gesetzbuch, 74. Aufl., 2015, § 633 Rn. 5(以下、Palandtで引用する); AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.8; MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.7.

状は、契約の締結時に決定づけられ、現にある性状は、危険の移転時(Zeitpunkt des Gefahrübergang)における仕事の実際の状態(tatsächlichen Zustand des Werkes)により判断される³⁵³。この瑕疵の判断時点については、売買法の第 434 条第 1 項に規定(「危険移転に際して」)があるのに対して、第 633 条ではどの時点で瑕疵がないことが必要か明文化されていないが、危険の移転時であるとの見解が支配的である³⁵⁴。この危険の移転時とは、一般に、引取りの時点であるとされる。継続的な内容を約する契約の場合には、瑕疵のないことの判断は、個々の仕事に関する危険の移転の時点でなされることになる³⁵⁵。

債務法現代化により、第 633 条は、瑕疵概念について旧法とは異なる形式を有する。瑕疵概念を具体的に規定する第 633 条第 2 項は、その仕事に瑕疵がないとされるためには、まず第一に、契約において合意した性状(Beschaffenheit)を有しており、第二に、契約において性状の合意がない限りで、契約において前提とした使用に適し、第三に、契約において特に定められた使用が明らかでない場合には、通常の使用に適合し、普通の性状を有することが必要であるとする。この他、債務法現代化により、異種物給付(Aliud-Lieferung)及び過少給付(Zuwenig-Lieferung)も物の瑕疵と同視されることが第 633 条第 2 項第 3 文で明らかにされた。さらに、従来の請負契約法に規定のなかった権利の瑕疵について、第 633 条第 3 項に規定を置き、第三者が仕事について権利を主張することができる場合に、その仕事に権利の瑕疵があったとした³⁵⁶。

債務法現代化法により、現行第 633 条第 2 項は、旧第 633 条第 1 項における欠点と保証された性質の欠如の区別を廃止し、一元的な瑕疵概念を採用した。その結果、現行第 633 条では、従来の二つの概念による瑕疵の定義付けは、「性状(Beschaffenheit)³⁵⁷」概念によ

³⁵³ MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.7.

³⁵⁴ Dauner-Lieb/AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.7 ; Voit in : Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB 2.Aufl.,Bd.2, 2008, § 633 Rn.3(以下、Bamberger/Roth で引用する) ; MünchKommBGB/Busche, § 633 Rn.7.

³⁵⁵ MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.7.なお、ここでの「継続的な内容を約する契約」の具体的な意味については検討を要する。

³⁵⁶ なお、従来においても、旧第 434 条以下における権利瑕疵担保責任(Rechtsmängelgewährleistung)の規定を請負においても同様に扱うとされていた。

³⁵⁷ “Beschaffenheit”の訳出については、「性質」とされる場合も見受けられるが、本稿では、「性状」とする。なお、性質(Eigenschaft)との違いについて、学説において明確な区別ないし厳密な使い分けがなされているかどうかは判然としていないが、本稿では性質(Eigenschaft)と性状(Beschaffenheit)を訳し分けることにした。

って表わされる。具体的・主観的な欠点があるとき、ないし、ある性質の欠如が仕事の価値及び有用性を減じない場合もそれが保証された性質である限りで瑕疵が認められるとす
る旧法の枠組みは、「性状の合意」からの相違を基準とすることによって置き換えられる。
その用語上、現行法は、主観的瑕疵概念をより明確にしているといえる。

(2)消費動産売買指令及び売買法における瑕疵との関係

a)売買法と請負法における瑕疵規定

なお、債務法現代化法では、立法理由で明らかにされているように、売買契約と請負契約の広範な部分における適合が図られた³⁵⁸。このような改正の方向性については、その前提にある、売買と請負の契約型の類似性自体に疑いが投げかけられているにもかかわらず、立法者は、これらの契約類型において、瑕疵担保責任をそれぞれ異なるものにするのを回避した³⁵⁹。この点、請負の特殊性や売買との違いが考慮されていないとの批判的な見解があるが、請負の瑕疵担保責任規定の解釈に関しても、消費動産売買指令との整合性を考慮する必要があるという点については学説上共通した認識であるといえる³⁶⁰。このような事情により、請負における変更は売買法の規定と平行に、売買法の瑕疵概念について規定する第434条及び第435条に原則として一致する形となっている³⁶¹。異なる点としては、第434条第2項の組立てにおける瑕疵と、第435条第2文における存在しない権利の土地登記簿への登記についての規定は、請負において意味を有しないという理由で、第633条には規定がない。

b)消費動産売買指令との関係

消費動産売買指令は、ローマ法に由来する古典的な瑕疵担保責任の構造から離れ、瑕疵のない物の給付は売主の履行義務の構成要素であるとの考えを明らかにした。消費動産売買指令は、かつてのドイツ法のような欠点概念を用いず、ドイツ法がこれまで苦労してきた、物の性状と欠点に当たるとされる物の使用可能性の区別は、契約適合性(Vertragsmäßigkeit)という概念により消費動産売買指令においては意味を持たない。し

³⁵⁸ BT-Drucks.14/6040, S.84.

³⁵⁹ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.2.

³⁶⁰ Thode, Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht - Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme - Teil 1, NZBau 2002,297(300); Vorwerk, 2).

³⁶¹ BT-Drucks,14/6040,S.261.

たがって、買主の保護すべき期待は、物の普通の性状に存在するのではなく、契約どおりであることに存在する。そこでは、売買契約から離れた特別な言明(dicta)は必要とされない。

債務法現代化法では、消費財動産売買指令の国内法化の要請に従い、また、ドイツ法における解釈論上の展開にも適合する形で、主観的な欠点概念を採用することを明らかにした³⁶²。ただし、規定の構成について、ドイツ法は消費財動産売買指令と異なる選択をした。

消費財動産売買指令は、契約内容に適合した消費財動産を給付する義務を2条1項に挙げ、瑕疵概念について「契約適合性(Vertragsmäßigkeit)」という概念を、すべての瑕疵構成要件の上位概念として置く³⁶³。この契約適合性概念については、文言上、当事者間における契約上の合意のみが考慮にいれられるという解釈がなされることも考えられるが、この点について消費財動産売買指令は、契約上の記述等に一致するだけではなく、契約上前提とした、もしくは通常の目的に適合しているという意味をもって、その物は「契約による(vertragsgemäß)」と解釈されるとし、契約適合性の存在が推定される場合について2条2項のa号からd号に列挙する。そして、これらの要素については、指令の前文(8)において、契約適合性について、当事者が合意した性状が明らかでない場合、並列するa号からd号の推定基準が累積的(重疊的)に適用されると説明している³⁶⁴。つまり、a号からd号のいずれかに当てはまる場合には契約不適合とされる。

³⁶² BT-Drucks. 14/6040, S.211ff.

³⁶³ 消費財動産売買指令2条

(1) 売主は消費者に対して契約内容に適合した消費財を給付する義務を負う。

(2) 以下の場合には契約適合性の存在が推定される、

a. 売主の説明に合致し、売主が提示した見本品と同等の品質を有する場合

b. 契約締結時に売主に知らしめ、売主が了解した消費者の目的に合致している場合

c. 同種の消費財に通常求められる目的に合致している場合

d. 同種の消費財に関して一般的であり、かつ売主・製造者・その代理人によってとりわけ広告やラベルにおいてなされた当該消費財の特性に関する不特定多数人に対する説明内容(public statements)、を勘案して消費者が合理的に予想し得る品質と性能を有している場合

以上の条文について、田中幹夫「EU消費財売買指令とドイツにおける国内法化の概要」JETROユーロトレンド52巻(2002年)76頁以下の条文訳を参照。

³⁶⁴ 消費財動産売買指令の前文(8)は、指令2条2項で挙げられる、契約適合性を導くa号からd号の要素につき、累積的(cumulative)であるとする。Vgl.Thode, a.a.O.,(Fn.360), S. 304; Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.4.

一方、ドイツ法をみると、消費動産売買指令 2 条 1 項の契約適合性に対応する概念として、売買について第 434 条第 1 項 1 文に、請負について第 633 条第 2 項第 1 文に、合意した性状を瑕疵概念の中心に置いた。また、BGB は、消費動産売買指令 2 条 2 項のような、契約適合性についての推定規定を採用していない。すでにみたように、ドイツにおける旧法は、契約上前提とした使用または通常の使用のために必要な性質は、欠点概念によって把握され、使用に対する適性に関わらない物の特徴については、性質の保証がある場合にのみ担保された。この単なる性状と、契約で前提としたまたは通常の使用に対する適性という瑕疵に関するカテゴリーは、新法においても残された。このような構成に対し、後述のように、その文言上の解釈にいくつかの問題が生じている。とりわけ、後述する点ではあるが、消費動産売買指令 2 条 2 項の契約適合性という上位概念のもとでは、ドイツ法において旧知の、性状と使用適性の区別は意味を有しないのに対し³⁶⁵、ドイツ法における「性状の合意」は、単なる性質についての合意を意味するのか、一定の使用目的に対する合意も含むのかが曖昧であると指摘される³⁶⁶。

2. 第 633 条第 2 項における瑕疵判断基準の内容

請負及び売買における新たな瑕疵概念規定の構造は、段階的な要件の吟味ないし要件の間の優先関係を印象づける。そこで、以下では、第 633 条第 2 項の 3 つの判断基準の内容と、これらの段階的といわれる基準相互の関係について検討する。

(1) 性状の合意がある場合(第 633 条第 2 項第 1 文)

a) 性状(Beschaffenheit)の意義

立法者は、売買及び請負における物の瑕疵の中心的概念である「性状」概念について定義をしなかった³⁶⁷。学説上、性状の解釈として、仕事に持続的に備わっている物的な特徴(physischen Merkmal) 又は精神上の本質的な特徴(geistige Wesenszug)であると説明されている³⁶⁸。また、その仕事自体ではなく、外在する事情としての環境上の関係

³⁶⁵ 消費動産売買指令 2 条 2 項に列挙される要素において、単なる性状(品質 quality)について消費動産売買指令 2 条 2 項 a 号、d 号が、目的(purpose)への合致に結び付けられる要求について、消費動産売買指令 2 条 2 項 b 号、c 号が言及する。Vgl. Glöckber, a.a.O.,(Fn.331), S.306.

³⁶⁶ Thode, a.a.O.,(Fn.360), S.303f.

³⁶⁷ BT-Drucks. 14/6040, S.213 ; AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.11.

³⁶⁸ MünchKomm /Busche, § 633 Rn.10 ; Genius, in : Junker/Beckmann/Rüßmann, juris

(Umweltbeziehung)が性状に含まれるかという点について、取引上の見地から、仕事の価値及び有用性に対して影響する限りで、性状に含まれると解されている。したがって、例えば、建築物の立地環境なども性状に含まれる³⁶⁹。請負に関していえば、旧法における「性質(Eigenschaft)」についても、仕事に直接、物的に備わっている特徴であると限定的に解されていなかったことから、旧法上、性質(Eigenschaft)として捉えられてきた内容と同様に理解することができる³⁷⁰。なお、性状の多義性から、仕事の一定の使用目的の合意も性状の合意に含まれるかどうかについて後述するように議論がある。

b)性状の合意の意義

性状についての合意は、明示的にだけでなく、黙示的にもなされうるとされる³⁷¹。したがって、ある性質についての契約上の記載や表示だけでなく、仕事の性状に対する当事者の明確な意思の表明が欠けている場合でも、契約締結の状況から黙示の性状合意を導くことができる場合もあるとされる³⁷²。

新法における性状合意について、旧法における瑕疵判断基準によるのと同様の結果を導くとの見解がある一方で、そのような見方とは異なる指摘もされている。それによると、旧法では、その仕事の状態が、物の価値ないし契約で前提とした又は通常の使用についての適性を損なうものではない場合には、瑕疵判断について、「保証された性質」があったか否かにより、一定程度制限的に解されていた(上述のように、建築仕様書の遵守については、認識可能な特別な利益を有していたときに認められた)のに対し、新法における「性状の合意」は、旧法における「保証された性質」よりも広範に解されるとして、請負人の責任範囲の拡大が指摘される。

ア)Mundt の見解

Praxiskommentar BGB, Bd. 2, 7. Aufl., 2014, § 633 Rn. 17. (以下、jurisPK で引用する)

³⁶⁹ Peters /Jacoby, in : J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § § 631-651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung, 2008., § 633 Rn. 158. (以下、Staudinger(2008)で引用する)

³⁷⁰ 旧法の「性質」概念との相違については確たる説明はされていないが、欠点に含まれていた仕事の状態と、保証された性質によって把握されていた仕事の状態のいずれもを含む概念であると解釈されている。

³⁷¹ Schwenker in : Erman, Handkomm., BGB, 12. neu Aufl., 2008., § 633 Rn. 12 (以下、Erman で引用する) ; MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn. 12 ; JurisPK /Genius, § 633 Rn. 20.

³⁷² MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn. 16.

そのような指摘をする一人として Mundt は、とりわけ建築契約について、工事の建築仕様書(Baubeschreibung)や仕様目録(Leistungsverzeichnis)からの相違がすべて物の瑕疵となるかどうか、同時に、その相違が物の価値または使用の適性を減少させない場合であっても物の瑕疵となりうるかどうかという点について、いずれも肯定されるとする。その理由として、新たな BGB 第 633 条は、旧第 633 条のような、価値または使用の適性の減少を前提とする欠点を置かず、また、そのような価値または使用適性の減少に関わらない場合に、かつて保証された性質について要求された特別な前提は、法律上の文言からも、新法の理由付けからも読み取ることはできないとする。そこから、建築仕様書ないし仕様目録からの相違を瑕疵ではないとすることは、性質について特別な保証も、かつての欠点をも前提としない新法の体系に一致しないとす³⁷³。なお、Mundt は、このような理解が実務上に与える影響はそれほど重大なものではないとする。その理由として、仕事の価値や使用適性を損なうものではない瑕疵については以下のような図式が与えられるとする。まず、①注文者の追完請求権は、第 635 条第 3 項、第 275 条第 2 項により、追完の過分性によって排せられる。同様の理由により、②費用の前払い(Kostenvorschuss)についての請求及び、自力修補費用の賠償についても、失敗に終わる。また、③解除は、請負人の義務違反が些細なものとしてされることにより、第 634 条第 3 号、第 323 条第 5 項第 2 文の理由により、通常排除される。さらに、④このとき注文者には損害が発生せず、報酬を減額すべき仕事になされたのではないことから損害賠償及び減額もまた効果がないとする。

イ) Lucenti の見解

Lucenti も、建築仕様書や仕様目録のすべての内容が、請負人の給付予定の内容として拘束力を有するとして、請負人の責任の拡大を指摘する。Lucenti は、旧法における欠点が、仕事の価値もしくは使用の適性を消滅ないし減じるものであるものとしたことは、注文者の請負人に対する請求の制限として重要な調整を意味していたとして³⁷⁴、Mundt と同様に、新法は、そのような価値または適性の減少を要求せず、また、保証された性質について、特別な事情を付加しないことにより、仕様書、設計理由、建築記載書等におけるあらゆる指示は、原則として性状についての指示であるとされることが導かれるとする。なお、Lucenti は、Mundt が示した、それが瑕疵であるとされた場合でも注文者の瑕疵請求

³⁷³ Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.75.

³⁷⁴ Lucenti, a.a.O.,(Fn.331), S.962.

権が實際上制限されるとの見方については異なる見解を示す。例えば、第 635 条第 3 項、第 275 条第 2 項による追完の過分性による制限について、請負人は、その過分性について証明しなければならず、また、そのような抗弁は、原則として請負人に存在する修補義務の例外的な場合に認められるものであることから、請負人の責任制限として確かな調整方法ではないとする³⁷⁵。そして、Lucenti は、かつての保証された性質のように、その性状の遵守について、客観的に認識しうる注文者の利益が結び付けられ、また、それについて請負人の介入意思が明白に確認しうる場合に性状合意が理由づけられるとして、制限的に解されるべきであるとする³⁷⁶。

ウ)Glöckner の見解

Glöckner は、Lucenti と同様に、Mundt の指摘する、追完の過分性などによる注文者の瑕疵請求権の制限も、請負人の保護すべき利益の考慮として適当ではないとする。そして、仕事の価値や使用の適性を損なわない、建築仕様書からの相違について、信義誠実により、注文者はそれを理由に瑕疵請求権を行使することはできないと解する³⁷⁷。なお、旧法における請負の保証された性質が、売買における性質保証よりもきわめて広く解されていたが、そうだとすると、すべての仕様目録等における指示が、合意された性状について強制的なものとはされないであろうとする。そして、まったく本質的でない合意した性状からの相違は、瑕疵を理由づけるものではないことが認められるとする³⁷⁸。

以上のように、契約上のすべての取り決めや指示が、第 633 条第 2 項第 1 文の性状合意にあたるとする解釈が条文上導かれるとの指摘がある一方で、そのような解釈は請負人に対して過酷であるとして、合意の範囲を信義則により制限的に解すべきであるとの見解が学説上の有力であるといえる。

(2)性状の合意がない場合

第 633 条第 2 項第 2 文により、性状の合意がない場合には、第 633 条第 2 項第 2 文第 1 号、2 号のいずれかに該当するときに、その仕事に物の瑕疵がないとされる。

a)契約で前提とした使用に対する適合性(第 633 条第 2 項第 2 文第 1 号)

³⁷⁵ Lucenti, a.a.O.,(Fn.331), S.964.

³⁷⁶ Lucenti, a.a.O.,(Fn.331), S.964.

³⁷⁷ Glöckner, a.a.O.,(Fn.331), S.310.

³⁷⁸ Glöckner, a.a.O.,(Fn.331), S.311.なお、MünchKommBGB/Busche, 2005, § 633 Rn.9 ; Bamberger/Roth/Voit, § 633 Rn.5 も同様である。

性状が合意されない場合、仕事は、契約によって取り決めた使用(Verwendung)に適していなければならない。ここでの使用とは、厳密に言えば、「使用目的(Verwendungszweck)」である³⁷⁹。

なお、契約で「前提とした」といえるためには、当事者が契約締結において、その仕事の将来の使用について共通の考え(gemeinsame Vorstellung)を有していることが必要であるとされる³⁸⁰。契約で前提とした使用について、例えば、自転車の修理について依頼した場合でも、その自転車を走行目的で使用するのか、又は室内で鑑賞するために使用するのかといったように、その仕事を使用する目的によって物の有すべき特徴は異なる。そのほか、ある倉庫が、何を貯蔵する目的であるかにより、床の有すべき耐荷性は異なってくる。

また、契約で前提とした使用には、注文者がその建築物に居住するといった意味での使用だけではなく、請負の目的物を売却することや、営業目的で使用するなども含まれる³⁸¹。具体的には、建築物の耐久性の低さにより修理が必要な場合や、住宅に使用された建材が有害物質を含むことにより、請負人やその他の第三者に対する健康上の危険性を有する場合、また、無形の仕事として建築家の行った建築物の設計が建築許可の下りないものであった場合、その物の使用によって、注文者が処罰の対象となる犯罪行為や秩序違反の危険にさらされる場合など、これらの仕事の機能性の欠如が、注文者が意図した使用の目的に対して適性を欠く場合、仕事の瑕疵とされる³⁸²。これに加えて、住宅が省エネ性能を有していないことなど、その仕事の本来的機能は損なわれていない場合でも、商業的価値の減少によって仕事の売却適合性(Verkäuflichkeit)に不利な影響をもたらすとき、このような使用について当事者が前提としていた場合には使用の適性を欠き、仕事に瑕疵があるとされる³⁸³。

b)通常の使用に対する適合性・同種の仕事において普通で、注文者がその仕事の種類から期待できる性状(第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号)

i)通常の使用

³⁷⁹ 消費動産売買指令 2 条 2 項 b 号では、“particular purpose”とされている。Vgl. Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.76 ; AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.14.

³⁸⁰ MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.28 ; jurisPK/Genius, § 633 Rn.22.

³⁸¹ MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.27.

³⁸² AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.22.

³⁸³ AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.22.

個々の性状合意も、契約当事者が前提とした一定の使用目的も示されない場合、第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号により、通常の使用に対して適しているかが、瑕疵判断の基準となる。第 633 条第 2 項第 2 文第 1 号が、当事者によって決せられた主観的な使用目的についての適性であるのに対し、第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号は、客観的・一般的に使用の目的を導き、これに対する適性を判断する³⁸⁴。したがって、何が「通常」であるかについては、取引慣習によって決せられ³⁸⁵、その取引の解釈により、地方的な状況や、平均的な環境の考慮のもとで、よくなされている使用であるとされる³⁸⁶。使用に対する適性については、第 633 条第 2 項第 2 文第 1 号の存在により、契約で前提とした使用に対する適性が優先し、そのような前提がない場合に、同項同文 2 号による通常の使用に対する適性が判断されることになる。

ii) 普通の性状と注文者が期待しうる性状

さらに、第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号は、同種の物において普通で、注文者がその物の種類から期待できる性状を有していることという基準を置く。「同様の種類の仕事」を確定するために、その仕事を一定の種類に対して分類することが必要となる³⁸⁷。そして、「普通の性状とは何かについては不確かであり、たとえば、周知の技術規定だけが考慮されるのではなく、そのときの技術水準や標準を考慮しなければならないという点が指摘される³⁸⁸。

また、第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号は、「普通の性状」という客観的な要素に並び、「注文者の期待しうる性状」という主観的な要素を含む基準を置いている。注文者の期待とは、平均的な「分別のある」(“vernünftiger”)注文者が、「同様の種類の仕事」をもとに、どのような性質を期待し得るかという意味である³⁸⁹。なお、同様の種類の仕事について普通であることと、注文者がその仕事の種類から期待しうる性状を有していることの二つの要求は重畳的かつ平行して存在するとされる³⁹⁰。

³⁸⁴ AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.26.

³⁸⁵ Bamberger/Roth/Voit, § 633 Rn.7 ; Erman/Schwenker, § 633 Rn.17.

³⁸⁶ Erman/Schwenker, § 633 Rn.17 ; MünchKommBGB /Busche , § 633 Rn.29

³⁸⁷ MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.30.

³⁸⁸ Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.76.

³⁸⁹ jurisPK/Genius, § 633 Rn.26.

³⁹⁰ AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.27 ; Erman/Schwenker, § 633 Rn.17 ; MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.30 ; Bamberger/Roth/Voit, § 633 Rn.7 ; jurisPK/Genius, § 633 Rn.26 ; Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., 2016, § 633 Rn.24.

iii) 第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号の解釈問題

ここで、第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号については、通常の使用に対する適合性と、「“und” かつ」以下の、同種の仕事において普通で、注文者がその仕事の種類から期待しうる性状という条件の關係の解釈として、学説上、①「und」以降の、同種の仕事において普通で、注文者がその仕事の種類から期待しうる性状とは、「通常の使用」の説明であるとする見解³⁹¹と、②これらを独立した要件であるとする見解³⁹²がみられる。

この解釈上の問題について、Thode は³⁹³、「そうでなければ(sonst)」で結ばれる第 633 条第 2 項第 2 文第 1 号と第 2 号における語法上の矛盾を指摘する。1 号と 2 号の選択肢の結びつきは、2 号の規定は 1 号に対して補足的に規定されるべきという推測を導くにもかかわらず、契約によって前提とした使用を有力であるとだけ明らかにする 1 号の第一の選択肢は、補足的な規定として、当事者が使用についての合意がない場合のみを把握し、2 号の第二の選択肢は、仕事に瑕疵がないとするために、通常の使用の適性と並んで、より広い性状の特徴がなければならないとする。そこから、性状の合意が欠けている場合に、1 号によれば、その欠けた合意が、仕事の使用又は、使用について意味のある性状の特徴に係しうる限りで、契約によって前提とした使用が有力とされる。したがって、仕事が、契約によって前提とした使用について適当である場合に、仕事に瑕疵がない。この解釈は、旧法による物の瑕疵の概念に一致する(性質についての保証がない限りで、使用に対する適性の減少という欠点が吟味される)。一方、2 号の規定は、仕事が、通常の使用についての適性(Eignung)に並んで、より広い性状の特徴を示すことを、瑕疵のないことについて必要とする。この追加の特徴(普通の性状と、注文者が期待しうる性状)が、独自の前提であり、単に通常の使用の解説ではないとの前提のもとでは、2 号は、1 号とは異なり、契約当事者が、通常の使用に対する適格性について意味を有しない性状の特徴について、合意のない事案にもまた考慮されることになる。つまり、後者の解釈に立った場合、従来の欠点概念が、取引価値を減じるか、当事者の合意又は注文者の正当な期待による使用適格性を侵害する場合にのみ、請負人の責任を基礎付けるとしていたのに対し、第 633 条第 2 項第 2 文

³⁹¹ AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.27. Busche も、Raab の見解を引用している。Vgl. MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.30.

³⁹² Thode, a.a.O.,(Fn.360), S.304 ; Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.4 ; Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 633 Rn.24.

³⁹³ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S. 4 も同様。

第2号における普通の性状及び注文者が期待しうる性状には、そのような取引価値や使用適性に関わらない特徴も含まれることになる。②の見解に立つ学説は、消費動産売買指令との整合性を根拠としてこれを肯定する。

このような新たな瑕疵概念規定について、Thode は、義務づけられた仕事の結果の不十分な記述は、請負人が、契約の成立によって考慮及び想定していなかった、性質及び仕事の使用適格性について責任があることについて導きうると指摘する。つまり、使用の適格性に並び、仕事について同種の仕事について普通であること、及び注文者が同種の仕事の種類によって期待しうる物の性質が義務づけられるという、瑕疵のないことの追加の要件が、請負人の高いリスクを理由づけるとする³⁹⁴。とりわけ、Thode は、使用の適性にかかわらず、注文者が期待しうる性状が、旧法の規定に対する追加の要件であると解釈することから、請負人の責任の拡大を指摘する。この点、Mundt も次のような例を挙げて指摘する。例えば、倉庫の床を建設する請負契約において、その建設手段について契約上詳細な記述がされ、また、使用の目的として、「倉庫のための床」であることが合意された。このとき、実行方法における性状の合意も、使用の目的に関する取り決めもなされているが、さらに、注文者は、第633条第2項第2文第2号により、一定の床の耐久年数を期待することが正当であり、その期待が裏切られた場合には、瑕疵請求権を主張することができる³⁹⁵。Vorwerk も同様に、債務法現代化法によれば、いまや請負人は、仕事を通常の性状に適合させるだけでなく、注文者の期待しうる性状に適合させなければならず、この注文者の期待が、仕事の瑕疵の定義における法律上の要件の特徴になっていると指摘する³⁹⁶。

同様に②の見解に立つ Kniffka は、具体的な例として以下を挙げる。例えば、医院の診察室と待合室の間のドアの建設の請負契約において、遮音性能を45デシベルにすることを合意していたが(なお、一般的な基準としても医院の診察室と待合室の間のドアとして必要な遮音性能は45デシベルであった)、ドアの材質について特段の取り決められておらず、請負人は、45デシベルの遮音性能を有するプラスチック材のドアを建設した。このようなケースにおいて、注文者が請負人に対して、オーク材のドアであることを要求しうるか

³⁹⁴ Thode, a.a.O.,(Fn.360), S.303ff.

³⁹⁵ Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.77 を参照。

³⁹⁶ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.4.

という問題について、ドアの性質は、契約の解釈によって決定されるとする。そして、この例の場合において、建設されたドアに瑕疵があるか否かの判断について、Kniffka は、「第一に、第 633 条第 2 項第 1 文によると、瑕疵はない。プラスチック製のドアは、合意した使用を満たしているので、第 633 条第 2 項第 1 文による限りで、瑕疵の問題ではない(機能上の瑕疵でもない)。したがって、プラスチック製のドアが、通常の性状を示すかどうかは、注文者が、仕事の種類により期待しうるかということによって判断される。次に、どのような種類のドアが、医院の比較しうる設備に備え付けられているかを調査する。そして、オーク材のドアを建設すべき義務が認められうる限りで、第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号により瑕疵がある。これによって、性状合意があった場合と同様の結果が生じる。」と述べる³⁹⁷。

(3)一般的に承認された技術規定

旧法下において、守られるべき最低基準とされていた、一般的に承認された技術規定については、債務法改正議論の際に、これを明文化することが提案されたが、結果的には取り入れられなかった。その理由について立法者は、「特に合意がない限りにおいて、承認された技術規定が含まれることは疑いの余地がない。明文で技術規定を有することの選択は、その理由で利益がない。請負人が、単に技術規定を満たすことにより、契約に適合する性質を有していない場合でも請負人の履行義務を満たしたとの誤解をさせることにもなる。承認された技術規定についての不十分な表明についてのリスクは、注文者ではなく、請負人が引き受ける」と説明する³⁹⁸。したがって、承認された技術規定の遵守について契約上の取り決めが欠けていたとしても、通常の場合、仕事についての最低限の基準として、一般に承認された水準に一致することを注文者は期待しうるとされる³⁹⁹。むしろ、請負人は、それと異なる取り決めがない限り、承認された技術規定の遵守を暗黙のうちに引き受けたものと解される。したがって、承認された技術規定は、当事者での合意や前提とした使用から明らかでない場合でも、第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号の基準に承認された技術規定が含まれることは疑いのない点であり⁴⁰⁰、最終的にその規定に基づいて遵守されることにな

³⁹⁷ Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 633 Rn.26.

³⁹⁸ BT-Drucks.14/6040,S.261.

³⁹⁹ AnwK-BGB/Raab, § 633 Rn.33 ; jurisPK/Genius, § 633 Rn.28.

⁴⁰⁰ BT-Drucks. 14/6040, S.261.

る。また、立法者の意図から明らかなように、承認された技術規定の遵守は、瑕疵がないことを担保するものではなく、承認された技術規定に一致する場合でも、その仕事について契約当事者が前提とした機能性を欠く場合にはなお仕事に瑕疵があるとされる⁴⁰¹。

3. 要件相互の関係

(1) 問題の所在

以上のように、第 633 条第 2 項は、仕事に瑕疵があるか否かの判断として、①合意した性状があるかどうか(第 633 条第 2 項第 1 文)、②契約で前提とした使用に適しているかどうか(第 633 条第 2 項第 2 文第 1 号)、③通常の使用に適し、同種の仕事について普通で、注文者がその仕事の種類から期待する性状を有しているかどうか(第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号)を吟味すると規定する。これらの 3 つの吟味すべき基準相互の関係をどう把握するかについて、解釈上の問題が指摘されている。この問題は、第 633 条第 2 項における瑕疵概念の規定が、その構造から、三つの瑕疵判断基準により、段階的に吟味されるとの理解を生じさせることに起因する。とりわけ、第 633 条第 2 項第 2 文の、「性状について合意のない限り(Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist)」という文言は、「性状の合意」という優先する基準により、その後続く判断基準を除外するという解釈を導きうる。そこで、「性状」の意義が問題となるが、「性状について合意のない限り」という文言は、第 633 条第 2 項第 2 文における、「使用に対する適性」がこれに含まれないとの解釈を導きうることから、単なる「性状」と「使用に対する適性」という二つの概念の困難な関係を生じさせている。それゆえに、新たな第 633 条第 2 項は用語上「失敗している」として、学説においてしばしば批判される⁴⁰²。

この点が実際に問題となるのは、旧法における機能性瑕疵理論が展開された場面のように、予定された又は通常の性質や使用の適性を下回る取り決めがあった場合である。第 633 条第 2 項の構造から、第 633 条第 2 項第 2 文にあるような、契約において前提とした使用の適性や、通常の使用に対する適性が劣後するのかどうか、この場合に瑕疵が認められるかどうか未解決であり、さらに、このような場合に瑕疵がないとされるのであれば、消費動産売買指令との摩擦が生じることが問題視された。

(2) 学説による指摘

⁴⁰¹ jurisPK/Genius, § 633 Rn.19.

⁴⁰² Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.77 ; Thode, a.a.O.,(Fn.360), S. 304.

この点について最初に指摘をした Thode は、まず、第 633 条第 2 項の構造について、第 633 条第 2 項第 2 文第 1 号が、「使用に対する適性」に言及することから、ここでは、合意した使用に関わる性状のみが把握されるとの解釈が可能であるとする。次に、第 633 条第 2 項第 2 文第 2 号は、使用に対する適性と、使用に関わらない特徴である性状が言及されると整理する。一方、そこから、第 633 条第 2 項第 1 文の「合意した性状」には、単なる特徴としての性質だけが含まれるのか、使用の目的についての合意をも含まれるのか明らかとはならず、「合意した性状」は多義的であるとする。この性状の多義性により、第 633 条第 2 項第 2 文の、「性状が合意されない限りで」という表現は、解釈上の修正がされない限り、請負において仕事の性状の合意がすべて欠けている場合、契約の対象物が十分に決められず、また、決定不可能となり、この規定は、そもそも規定される対象を欠くという不合理な結果を招くと指摘する⁴⁰³。したがって、このような用語上の問題の解決は、性状についての合意が「不完全な場合」に、2 文の 1 号及び 2 号の規定を補足的に適用するという修正によって可能であるとする。これによって同時に、第 633 条第 2 項第 1 号及び第 2 号の瑕疵構成要件として挙げられる、「使用に対する適性」もまた性状合意に含まれうると解すべきとされる⁴⁰⁴。Vorwerk も、Thode と同様に、性状の合意は広範囲に及び、「使用目的の合意」もまた把握されるとする。

以上の点について、Thode、Vorwerk はいずれも消費動産売買指令の前文(8)が、指令 2 条 2 項における a から d の契約不適合の推定要件は重疊的に適用されることとの整合性を根拠とする⁴⁰⁵。したがって、その仕事が、注文者がそれを手に入れようとする一定の目的に対して適合すべき場合、契約締結の際にこれを請負人に知らせ、かつ、請負人がこれに同意したような場合には、第 633 条第 2 項第 1 文により性状の合意があるとされる⁴⁰⁶。一定の使用目的に関して、2 項 2 文は、第 633 条第 2 項第 1 文における性状の合意が完全ではない場合に、補充的役割を有することになる。

なお、ここで議論の対象となっている、単なる性状と使用に対する適性について、Mundt は、性状が、一般に、物に備わっている物的ないし精神的な特徴を指すのに対し、使用に

⁴⁰³ Thode, a.a.O.,(Fn.360), S.304.

⁴⁰⁴ Glöckner, a.a.O.,(Fn.331), S.309.

⁴⁰⁵ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.4.

⁴⁰⁶ jurisPK/Genius, § 633 Rn.23.

対する適性は、仕事の機能(Funktion)に当たり、その具体的・物質的な性状からは引き離されると指摘する⁴⁰⁷。仕事の適性が契約上前提とした又は通常の使用に対して備わっているかどうかという吟味は、どのような機能が仕事に与えられるべきかに依存している⁴⁰⁸。そして、物の特徴には、使用に対する適性、つまり、その物の機能に関わるものと(例えば、車庫が注文者所有の自動車が入るものであること、屋根が雨を防ぐものであること)、機能に関わらない性質(例えば、車庫の基礎部分に大理石を使用する、屋根を特定の瓦で葺くなど)が存在する。特定の性質と、使用目的に関わる性質との関係について、Mundt は、これらの関係は、表裏一体であるとする⁴⁰⁹。建築仕様書においては、合意した性状に対する実行も、合意した使用目的に対する実行も記述されうる。個々の契約によって、もっぱら使用目的について明示される場合もあれば、入念に詳細まで決められた建築仕様書において、注文者は、性状の指図まで厳密に記述することになる⁴¹⁰。そこから、Mundt は、合意した性状及び契約上の仕事の使用目的は、同じ段階において平行して吟味されるとする。

以上のように、学説の第 633 条第 2 項の要件に対する考え方はニュアンスの違いがあるものの、第 633 条第 2 項第 1 文の性状が使用目的も含むという点、また、使用目的について、明確かつ具体的な合意がない場合でも、第 633 条第 2 文第 1 号及び第 2 号により補充的に解釈されることにより、その他の点で具体的な性状合意があった場合でも、それらと同時に吟味されうるという点で一致する。

一方で、第 633 条第 2 項の要件の関係を以上のように解した場合でも、旧法における機能性瑕疵理論のように、使用目的を達することのできない誤った実行方法や注文者の指図があった場合、結果不実現のリスクを注文者に指摘することなく履行した請負人の仕事に瑕疵があるか否かという問題については、学説上見解は一致していなかった。

4. 債務法現代化法における判例

以上のように、学説において解釈上の議論があった債務法現代化法における瑕疵について、はじめて解釈を示したのが、BGH 2007 年 11 月 8 日判決である(以下、本判決を指して 2007 年判決とする)。本判決は、学説上懸念されていた、契約において前提とした使用

⁴⁰⁷ Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.76.

⁴⁰⁸ MünchKommBGB /Busche, § 633 Rn.25.

⁴⁰⁹ Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.76.

⁴¹⁰ このような用語の使い分けについて、消費動産売買指令 2 条 2 項 d 号においても、品質(quality)と性能(performance)が区別されている。

の適性や通常の使用に対する適性を欠くような合意があった場合の機能性瑕疵理論を維持することを明らかにしたものであるが、本事案自体は、第三者の行った仕事の瑕疵を原因として請負人の仕事に瑕疵があるとされたものであり、いくつかの重要な論点を含んでいる。

(1) 【4】 BGH 2007 年 11 月 8 日判決(BGHZ 174, 110=NJW 2008,511)⁴¹¹

《事案の概要》

被告は、公的な電力網が接続されていない住宅(フォルストハウス)に居住していた。被告は、2002年1月に、すべての電力と、住宅の暖房及び温水の需要も同時に満たすべき、熱電併給装置(Blockheizkraftwerk : BHKW)の設置を計画した。被告は、30kWの熱の給付を備えた熱電併給装置の建設に関する提案を、被告に対して提示したG有限会社に依頼した。G有限会社の指示に基づいて、原告は、暖房設備(バッファ、配管、配電器、計器類、温水調整、放熱器、保温)及び熱電併給装置への接続の建築について提供することを求められた。請負人は、住宅の熱の需要を25kWで算出した。被告は、2002年の10月に、G有限会社に熱電併給装置の建設を依頼し、それが建設された。

被告は、2002年11月に、原告に、暖房設備の建設を依頼した。被告は、いくつかの確かな瑕疵があるために、また、住宅が十分に暖まらないという理由でも、その引取りを拒絶した。訴訟の経過において、より高い熱量の給付を供給するためのすべての熱電併給装置の出力によっても、被告の住宅の暖房は可能ではないことが分かった。このとき、被告の住宅では、それに対して必要不可欠な電力の消費量が満たされなかった。被告は、誤った説明(Aufklärung)、また、不十分な熱の給付にもとづき、契約の解除を表明した。原告は、引取りの拒絶及び解除を不当であるとして、この訴えで残りの仕事の報酬10152ユーロ68セントを主張した。被告は、反訴として、すでに支払った仕事の報酬19280ユーロの返済を求めた。

地方裁判所は、被告敗訴の判決を下し、反訴を棄却した。被告の控訴について、控訴裁

⁴¹¹ 本判決の評釈として、Ganten, Funktionaler Mangelbegriff nach der Schuldrechtsreform, jurisPR-PrivBauR 2/2008 Anm.1 ; Lucenti, a.a.O.,(Fn.331) ; Badelt, Funktioneller Mangelbegriff im Werkvertragsrecht, LMK 2008, 253793 ; Seibel, Die Bedeutung der Funktionstauglichkeit für die Beurteilung der Qualität einer Bauleistung, ZfBR 2009, 107 ; Peter Hammacher, Beweislastverteilung bei Mangel der Funktionstauglichkeit, NZBau 2010, 91 ; 匿名の解説、NJW-Spezial, 2008, 77.

判所は、訴えを根拠がないとして棄却し、その他の点では、控訴を棄却した。被告が上告し、原告は、被告の支払いを命じる目的で附帯上告を申し立てた。

《判旨》

本判決は、控訴審の判決を破棄し、この事案を控訴裁判所に差し戻した。まず、本判決が棄却した控訴審裁判所の判断を示し(I)、次に、本判決の判断を示す(II)。

I. 控訴裁判所の判断

原告は、熱電併給装置が十分な熱量を供給しないことの負担をする必要はない。被告は、熱電併給装置の大きさが下回ることについての指摘を怠ったことを理由にする解除権も有さない。第 323 条ではなく、第 324 条が適用され、すなわち、指摘義務の違反は、BGB 第 241 条第 2 項の意味で行為義務(Verhaltenspflicht)の違反として分類される。しかし、原告は、指摘義務を違反しなかった。原告は、熱電併給装置について、G 有限会社とともに、25kW の熱エネルギーの需要が満たされるように調整した。それに応じて、当然に原告は、必要な暖房機能(Heizleistung)を供給しえないような発電装置が与えられることのないことを信用していたといえる。原告は、熱電併給装置全体の計画及びその無瑕疵と適格性について責任を負わない。原告は、原告自身が引き受けた仕事の瑕疵についてだけ認識しなければならない。そこから、原告が指摘義務を違反しなかったとの結果になろう。…原告は、被告の居宅においてどれだけ多くの電気エネルギーの需要が存在していたのかを認識することはできなかった。被告は、原告が、設備計画を見通していたこと、また、考慮を告げなければならなかったことについて、被告に責任のある証明をしていない。そこで、原告が、計画の適格性について信用しえたかどうかは未解決のままであり、原告が、詳細な計画の解説も、専門の設計者との連携(Einschaltung)も要求せず、また、それに応じて、予定した設備が、被告の需要を満たされないことを指摘しないことは、原告に、非難を与えることはできない。

II. 本判決の判断

控訴裁判所が、被告の有効な解除を認めなかったことについての理由は説得力がない。控訴裁判所は、原告によって製作された暖房装置の物の瑕疵を不当に否定した(1)。また、請負人の調査及び指摘義務の違反についての証明責任について誤った判断を行った(2)。

1. 仕事に瑕疵がある場合、注文者は、注文者は、BGB 第 323 条、第 636 条の要件のもとで、契約を解除することができる(BGB 第 634 条第 3 項)。控訴裁判所は、仕事の瑕疵

を不当に否定した。請負人は、注文者に、自己の仕事が物及び権利の瑕疵がないよう調達しなければならない(BGB 第 633 条第 1 項)。

…どのような仕事の性状を契約当事者が合意したかは、請負契約の解釈から判明する。BGB 第 633 条第 2 項第 1 文の意味での合意した性状について、当事者の合意により、契約上義務付けられた結果をもたらすべき、すべての仕事の性質(Eigenschaft)が必要である。この契約上義務付けられた結果は、その達成のために合意された給付及び実行方法にだけよるのではなく、当事者の意思により、どのような仕事の機能(Funktion)が履行されるべきなのかにもよって決せられる。BGH は、契約で追及される仕事の製作の目的が達成されず、仕事はその合意又は契約によって前提とされた機能を満たさない場合、その理由で、合意した性状と、旧 BGB 第 633 条第 1 項の意味における欠点(Fehler)についての相違を採用しない(BGHZ 91,206[212]=NJW1984,2457 ; BGHZ 139,244[247]=NJW 1998,3707 ; BGH, NJW-RR 2000,465=NZBau 2000,74=BauR 2000, 411[412]=ZfBR 2000,121 ; NJW 2003,200=NZBau 2003,33=BauR 2003,236[238]=ZfBR 2003,34 ; NJW-RR 2007,597=NZBau 2007,243=ZfBR 2007,340)。これは、当事者が、一定の実行方法を合意した又は承認された技術規定を遵守していたかどうかということに左右されない。機能の適格性(Funktionstauglichkeit)が、契約で前提とした又は通常の使用について合意され、その結果が、契約上前提とした給付又は実行方法又は承認された技術規定を満たさない場合、請負人は、合意した機能の適格性を義務付けられる(BGHZ 139,244=NJW 1998,3797 ; BGH,NJW-RR 2000,465=NZBau 2000,74=BauR 2000,411=ZfBR 2000,121)。

この「合意した性状」の理解は、法律による債務法の現代化について、変更されない。むしろ、法律は、瑕疵担保責任を、旧 BGB 第 633 条第 1 項におけるような仕事の決定にもはや結び付けない。むしろ、新 BGB 第 633 条第 2 項において、まず第一に、仕事が合意した性状を有しているかどうかによって吟味されることにより(1 文)、物の瑕疵の判断に段階順が置かれた。性状が合意されない限りで、それが契約によって前提とされ(2 文 1 号)、そうでなければ、通常の使用に適し、また、同種の仕事について普通で、注文者が仕事の種類により期待しうる性状(2 文 2 号)を示す場合に、物の瑕疵がない。同時に、請負人の瑕疵担保責任は、売主の瑕疵担保責任に適合される(現行 BGB 第 434 条第 1 項)。売主の瑕疵担保責任の新たな形式は、1999 年 5 月 25 日からの消費動産売買指令 1999/44/EG をめぐる、有力な目的とともに生じた。

…立法者は、請負契約について、仕事の機能適格性についての合意を、BGB 第 633 条第 2 項第 1 文の適用範囲から引き離すことを意図せず、また、同時にその規定の解釈が、例えば、仕様目録又はその他の仕様説明書において文書化されたような、それぞれの給付並びに実行方法のすべての合意が、判断のための根拠なりうるのか、どの範囲まで、合意した性状が遵守されるのか、という手段を未解決とした。BGB 第 633 条第 2 項第 1 文のそのような解釈は、契約において意図した給付又は実行方法が、機能に適した仕事を達成するために適当ではない場合、請負人の給付が、瑕疵のないものとして整理されるべきことを導く。これは、合意した性状の判断により、合意した機能を消失させ(ausblenden)、それとともに、当事者の意思を、仕事の達成について重大な、すべての規定において有力な点において顧慮されないままにする。このような広範囲かつ深刻な当事者意思の意味(Bedeutung)の制限が、性状合意の問題に関して、立法者から意図されていないことは、立法手続きから、十分に明白であることが判明する。債務法の現代化に対する法律についての立案理由において、BGB 第 434 条第 1 項及び第 633 条第 2 項の表現はこれまで一般に認められている主観的な瑕疵概念を置き換えた(BT-Dr. 14/6040, S.212)ということから、指摘される。

…控訴裁判所の確認によると、被告は、原告の住宅を十分に暖房し、温水を供給することに関して、暖房設備の建設と、熱電併給装置の接続(Anschluss)を契約で与えられていた。この契約上合意した使用目的を、この設備は、満たすことができない。つまり、これは、合意した機能を履行したことを導かない。注文者から、指示(Verfügung)として示された、仕事の機能適格性を左右する他の請負人の給付が不十分であるという理由だけで、それが合意した機能を満たさない場合にも、仕事に瑕疵がある。むしろ、請負人は、この場合において、自身の仕事の瑕疵についての責任範囲について、調査及び指摘義務の履行により、免かれることができる(後述参照)。この前提条件が、それに加えて存在しない場合、機能適格性の瑕疵について、責任が認められる。彼は、その理由で、自身の給付を、合意した機能適格性を満たすまで修補しなければならない。そのために、合意した給付又は実行方法が把握されない給付が不可欠な場合、注文者は、利益調整(Vorteilsausgleichung)の範囲で、いずれにせよの費用(Sowiesokosten)の観点のもとで、負担しなければならないかどうか、吟味される。

BGH の判決により、瑕疵が、注文者の拘束力のあるあらかじめの基準(Vorgabe)又は提

供された材料もしくは部材又は他の請負人のあらかじめの給付に原因が帰せられ、請負人が、その調査及び指摘義務を履行した場合には、請負人は、仕事の瑕疵について、責任を負わない。…信義及び誠実により、請負人が、同様の、規定通りの契約履行に向けられた義務を履行し、供給された材料もしくは部材又は他の請負人のあらかじめの給付に生じた、拘束力のある基準の適当なことに對して与えられた調査について、又は規定通りの調査について、彼になされなければならなかった考慮を、注文者に指摘することの前提のもとで、請負人を瑕疵担保責任から解放することが示される。

学説における、ときおりあいまいな表現と、いくつかの判例とは反対に、調査及び指摘義務の違反は、瑕疵担保責任を基礎づける要件ではない。この過失に依存しない瑕疵担保責任は、請負人によって製作された仕事の、物及び権利の瑕疵によってのみ基礎づけられる。むしろ、調査及び指摘義務の履行は、請負人を、物及び権利の瑕疵担保責任から解放する事実構成要件である。これは、VOB/B 第 13 条第 3 項と、関連する第 4 条第 3 項の規定において、明文として明白に示されている。VOB/B 第 13 条第 3 項は、請負人の仕事に瑕疵があることを前提とし、また、請負人が、過失に依存しない瑕疵担保責任の原則について、下記の、瑕疵が、給付記載書又は発注者の指示、供給されたもしくは調達された材料もしくは部材又は他の請負人のあらかじめの給付に帰する場合にもさらに責任を負うことが、さしあたり明らかであることを前提としている。さらに、原則からの例外として、免除の事実構成要件が定式化される(BGHZ 132,189[192]=NJW 1996,2372 ; BGH,NZBau 2005,456=BauR 2005,1314[1316]=ZfBR 2005,667 ; Weyer, in : Kopellmann/Messerschmidt, § 13 Rdnr.59)。請負人は、それが、彼に、VOB/B 第 4 条第 3 項により義務付けられた通知をなした場合、責任を負わない。予定された実行の方法(事故の危険に対する保護のためにも)、発注者から供給された材料又は建築部分又は他の請負人の給付に対する考慮を、即座に一可能な限り労務の開始前にすでに一文書によって通知した場合、それによって、発注者は、自身の給付の瑕疵にもかかわらず、責任を負わない。この VOB/B 第 13 条第 3 項及び第 4 条第 3 項における規定は、信義誠実による具体化であり、VOB/B の適用範囲を超えて、原則において、建築契約についても有効である

これは、2002 年 1 月 1 日以降に締結され、債務法の現代化の法律で変更された請負契約法が適用される契約についても有効である。Vorwerk(BauR 2003,1[6f.])が主張した見解の限りでは、債務法現代化法により、誤りのある給付記載書についての指摘義務の違反の

結果は、もはや瑕疵として把握されるのではなく、BGB 第 241 条第 2 項による義務違反の結果として理解すべきだとされるが、指摘義務の違反が、物又は権利の瑕疵担保責任を基礎づけるという、誤りのある開始点から由来している。

(2) 本判決の意義

本判決は、第 633 条第 2 項の瑕疵判断の解釈を示すと同時に旧法における機能性瑕疵理論を維持した点で重要である。BGH が示した解釈は、以下のように整理できる。

- ① 当事者によって合意された仕事の機能性を満たさない場合は、取り決めた実行方法や、注文者による指示を満たす場合であっても、請負人の仕事に瑕疵がある。
- ② 注文者の指示や、提供された材料および部材、また、他の請負人の給付を理由として、請負人の仕事に瑕疵が生じた場合、信義誠実の原則により、請負人が、それらの不適切なことについて、調査及び指摘義務を果たしたときには、請負人の瑕疵担保責任は免責される。
- ③ 請負人は、自己の調査及び指摘義務を履行したことについて、説明・証明責任を負う。
- ④ 注文者の指示や、提供された材料、また、他の請負人の給付の不適切なことにより、請負人の仕事に瑕疵があるとされ、本来の契約の目的を達成するためには、請負人の追加の労務が必要である場合には、その労務が、当初から必要であるとされる限りにおいて、請負人は、追加の費用を注文者に請求することができる (Sowieso-Kosten)。

a) 第 633 条第 2 項第 1 文の性状合意の意義

BGB 第 633 条第 2 項第 1 文の意味での合意した性状について、「当事者の合意により契約上義務付けられた結果をもたらすべき、すべての仕事の品質」が必要であるとした。そして、この契約上義務付けられた結果は、その達成のために合意された給付及び実行方法にだけよるのではなく、当事者の意思により、どのような仕事の機能 (Funktion) が履行されるべきなのかにもよって決せられるとする。

使用の目的が、契約上合意した、または前提とした性状の構成要素を意味する場合には、選択的な瑕疵の吟味要素として性状の合意と使用目的は区分されず、その結果、合意した性状と使用目的のいずれを欠いても、仕事には瑕疵があることになる。

b) 第 633 条第 2 項の要件相互の関係

本判決は、仕事の機能性についての合意を、第 633 条第 2 項第 1 文の性状合意として位置付けた。この点、BGH 以前に示された論文の中で Mundt は、債務法現代化法において、

立法者は、第 633 条第 2 項における「使用目的」の要件の採用によって、判例による機能性の瑕疵の解釈を条文上拾い上げたと指摘していた⁴¹²。そして、合意した使用目的は、その合意が明示または黙示であっても、達成されなければならないとする⁴¹³。Mundt の解釈によれば、請負人は、注文者から提示された履行の計画を正確に自己の給付に移すだけでは十分ではなく、第 633 条第 2 項の要件を重疊的に解すことより、その仕事で使用可能でなければならないとする。この使用可能が、注文者によってなされた指図等によっては達することができない場合、請負人が、のちに注文者からの瑕疵修補請求権にさらされないためには、そのことについての考慮を告げなければならないとする。このように、債務法現代化法のもとで、かつての仕事の機能性の確保は、第 633 条第 2 項第 2 文の補充的規定によって可能であるとの指摘があった。この点、2007 年の BGH は、改正後の瑕疵概念規定について、仕事の機能性を、使用の目的に対する適性(第 633 条第 2 項第 2 文)に向けるのではなく、第 633 条第 2 項第 1 文の「性状合意」の中に位置付ける。このように広範な性状合意を認めることにより、この機能性が達せられない場合、つまり、合意した性状を示さないことにより、第 633 条第 2 項第 1 文により瑕疵があるとされ、第 633 条第 2 項第 2 文に照らす必要はないことになる⁴¹⁴。

したがって、確かに性状の合意の優先があるが、性状合意を広範に解することにより、第 633 条第 2 項第 2 文第 1 号、2 号は、第 633 条第 2 項第 1 文によって解決されない場合についての受け皿要件とされる⁴¹⁵。

c)仕事の機能性を欠く取り決めや注文者の指図があった場合

現行法の構造上、給付記載書などで予定された不適切な取り決めが性状合意とされ、第 633 条第 2 項第 2 文にあるような、契約において前提とした使用の適性や、通常の使用に対する適性が劣後するのかどうか、またそうであるとすれば消費動産売買指令との摩擦が生じることが学説上問題とされていたが、本判決は、第 633 条第 2 項第 1 文の性状合意について、実行方法などの具体的な性状だけではなく、「仕事の機能性の合意」も含むとすることにより、不適切な取り決めによって第 633 条第 2 項第 2 文に挙げられる、契約で前

⁴¹² Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.76.

⁴¹³ Mundt, a.a.O.,(Fn.331), S.76.

⁴¹⁴ Faust, Die rechtliche Bedeutung von Herstellervorgaben, BauR 2013, 363(364).

⁴¹⁵ Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 633 Rn.14.

提とした又は通常の使用に対する適性が劣後するとの解釈を否定した。そして、このとき、請負人の免責要件と注文者の費用負担による調整という機能性瑕疵理論を維持することを明らかにした。

なお、本判決の事案は、第三者の行った仕事に瑕疵の原因があったというケースであり、これが不適切な合意に対する契約解釈の問題として把握しうる事情かどうかについては、後述するように学説上異論がある。この点は瑕疵担保責任の射程の問題としても捉えられる。

5. 機能性瑕疵に関する近時の判例

以上の BGH 2007 年判決は、現行法の瑕疵についての解釈を示したものであると同時に、従来からの機能性瑕疵理論を維持することを明らかにした。これまで、1999 年 11 月 11 日の、いわゆる屋根(Dach)事例が、機能性瑕疵理論についてのリーディング・ケースとされていたが、2007 年判決は、現行法におけるリーディング・ケースとして、その後の判決においても、本判決が示した解釈と同様の判断枠組みが取られている⁴¹⁶。

(1)承認された技術規定との関係

仕事が契約で目的とした機能性を有しているかという点が瑕疵判断の基準として重要であることは、承認された技術規定との関係でも同様である。これに関して、仕事が有すべき機能に対して不十分な遮音性能が争われた二つの重要な BGH 判例を挙げる。一つ目の判例は 2007 年判決以前の判例であるが、仕事の「機能性瑕疵」についての解釈を含んでいるため、ここで挙げる。【5】BGH 2007 年 6 月 14 日判決(BGHZ 172, 346)は、二戸建住宅の一戸の建築請負契約において、当該住宅の遮音性能について「最低限の基準を満たす」という合意しかなされていなかった。遮音性能についての一般的な最低水準は、DIN 4109 であるとされていたが、BGH 判決は、二戸建住宅の一戸の遮音性能について一般に承認されている技術規定とは、ビルなどの遮音を想定し、外部の音や隣の部屋の音を遮断するための水準ではない DIN 4109 ではなく、より高い遮音のための推奨規定である DIN 4109

⁴¹⁶ はじめに示されたものとして、ハム上級地方裁判所(OLG Hamm, BauR 2010, 2123:木材ベレット事例)、デュッセルドルフ上級裁判所(NJW-RR 2011, 170:床建築事例)、同じくデュッセルドルフ上級裁判所(BauR 2011, 1980:排水事例)がある。その後も多数の判決が BGH2007 年判決を引用している(BGH NJW 2011, 3780=NZBau 2011, 746; BGH NJW 2011, 1441=NZBau 2011, 360 など)。

の補足票(Beiblatt)の2とVDI 4100における基準であるとした。

また、【6】BGH 2009年6月4日判決(BGHZ 181, 225=NJW2009, 2439)は、マンションの新築工事についての請負契約において、遮音基準について「DIN 4109による」と記載されていた事案である。これについて判例は、「DIN 4109による」という記載について契約上取り決められた、遮音性能に関する性状合意とはせず、注文者は、マンションとして備えるべき通常の品質と快適性について合意したものとして、ここでの遮音性能は、VDI 4100とDIN 4109の補足票2によるべきであるとした。このとき、請負人は、契約において記載された方法が、マンションの遮音のために十分でなく、通常の品質と快適性から逸脱することを注文者に通知する必要があるとした。

以上の判決はいずれも、二戸建住宅やマンションが、隣の部屋からの音に対して高い遮音性が必要であるという機能性を要するものであることから、遵守すべき承認された技術規定を決定づける。このことから、何が承認された技術規定とされるかは、仕事の目的となる物の種類により、それがどのような機能を有すべきかによって判断されているといえる。また、【6】BGH 2009年6月4日判決では、遮音基準について、「DIN 4109による」と記載されていたのに対し、これは、承認された技術規定に逸脱することの合意ではないとした。このことから、承認された技術規定に反する性状の合意があるとされるには、承認された技術規定に反していることについて、その結果として契約で目的とした仕事の機能性に対して生じる影響も含め、注文者が承知している必要がある⁴¹⁷。なお、上述した【4】2007年11月8日判決と同様に、注文者は請負人に追加の報酬を支払う必要が生じる場合があり、実行方法の適切性に関する請負人の責任範囲について請負人が調査義務や指摘義務を果たしたか否かが問題とされる。

以上の二つの判例について、【5】判決は、具体的な性状についての合意がなかった場合であるが、【6】判決については、具体的な遮音基準の合意があり、それが仕事の機能性を達するために不適切であったという事案である。【6】判決は、債務法現代化法後に機能性瑕疵概念理論について改めて示した【4】判決と同様の判断枠組みによるものであり、請負人が調査義務や指摘義務を果たしたか否かが問題とされ、増加費用についての調整(Sowieso-Kosten)が考慮されている。

⁴¹⁷ jurisPK/Genius, § 633 Rn.32.

(2)標準の方法から逸脱する合意があった場合

【7】BGH 2011年9月29日判決(NJW 2011, 3780)も、【4】BGH 2007年判決による機能瑕疵理論を用いる。この事案の概要は、ケーブル媒路(Kabelkanals)の敷設について、結果達成のために適さない誤った方法が文書上合意され、原告(注文者)が、この間違っただけの結果について被告(請負人)に損害賠償を求めたのに対し、被告は、注文者から不向きな履行方法の拘束力のある指示があったと主張したものである。これに対してBGHは、その契約について追及された仕事の製作(Herstellung)の目的が達成されず、また、その仕事が合意又は契約によって前提とした機能を満たさない場合は、合意した性状からの相違(Abweichung)があるとし、請負人が、注文者からの拘束力のある指示を理由に合意した又は契約によって前提とした機能を満たさないとして自身の免責を主張する場合、そのような主張についての説明及び立証責任は請負人が負うとした。なお、この事案についての解説として、Voitは、本判決は、請負人の負うべき債務について、合意した履行措置の通りに実行することか、または、場合によってはそれを越えた履行の結果も達成しなければならないのかという問題について、機能性の瑕疵概念による解決を示すものであるとする⁴¹⁸。また、注文者の拘束力ある指図についてBGHは、標準とは異なる方法を合意したということの承知だけでなく、その方法による結果についての承知が必要であり、したがって、請負人は、注文者に、方法についての標準からの相違を通知するだけでなく、この相違による失敗のリスクがあることを通知しなければならず、その理由で注文者は請負人をそのリスクから解放することを示している必要があるとしているという⁴¹⁹。また、Voitは、このようなBGHの判断について、性状合意の概念のうちで、標準からの逸脱と、結果の危険を区別するという構造的にやっかいな区分を必要とする旨を指摘している⁴²⁰。

(3)排除することができない「危険」が生じないことの合意

原始的不能がもはや契約の無効を導かないことはドイツ法において条文上明らかにされている(第311a条)⁴²¹。近時のBGH判決において、注文者が合意した仕事の機能性が技術

⁴¹⁸ Wolfgang Voit, Die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor der Abnahme, BauR 2011, S. 3780.

⁴¹⁹ Voit, a.a.O., (Fn.418), S.3780.

⁴²⁰ Voit, a.a.O., (Fn.418), S.3780. さらに Voit は、このような困難は、結果を性状合意と並んで位置づけることによって回避することができるという。

⁴²¹ この点について、潮見・前掲注(4)57頁も参照。

的に契約当時から実現不可能であった場合でも、機能性瑕疵理論が妥当するとされている。

【8】BGH 2014年5月8日判決(BGHZ 201, 148 = NZBau 2014,492 = NJW2014,3365)

《事案》

原告(注文者)は、被告(請負人)に、元請負契約(Generalunternehmervertrag)により、オフィスビルの建設を依頼した。このビルのファサードは、3000のエナメルで覆い、熱でバリアスを加えた(つまり、特別な方法により強化した)ガラス板上張りをするものとした。原告は、仕様書には、ガラス板の使用について、自然破壊を招く不純物の混入(例えば硫化ニッケル)がないこととされていた。原告は、そのような混入に結び付けられる破壊の危険を完全に除外し、建物を利用する人及び歩行者に対する危険を回避するものとした。それに加えて、当事者は、被告が、「合意した性質において、新品の、瑕疵のない建築部材及び材料の使用」を保証することを合意した。

オフィスビルの引取り後、少なくとも6枚のファサードの上張りにヒビが入り、その割れた部分が外へ落ちた。原告は、ガラスファサードをすべて瑕疵があるものとして、瑕疵除去の費用賠償を被告に求めた。

《判旨》

本事案は、当事者が合意した硫化ニッケルの混入の除外という方法が、ファサードに使用するガラス板について有効であるか技術上確かめることが不可能であった。つまり、この仕事は、現代の技術上の可能性ゆえに、事実上の理由により、契約締結の際にすでに瑕疵のない仕事の製作は不可能であるという稀な事案であった。

本判決は、第633条第2項第1文により、合意した性状を有していない場合に、瑕疵があるとし、どのような機能が、契約において当事者が合意し、または予定していたかどうかによるとした。これは、一般に認められる解釈規定である、第133条、第157条により確かめられるとする。このとき、すべての事情が考慮され、とりわけ、注文者が、どのような目的で建築物を使用する予定か、また、その目的により、どのような要求が満たされなければならないのかという意思の表明が考慮されるとする。この解釈は、契約当事者が、ガラスファサードの使用を合意し、ガラスの破損のリスクを、硫化ニッケルの混入によるガラスの破損のリスクがないという結果を導く。

なお、本判決は、請負人の仕事について、追完及び自力修補は不可能であるとして、第634条第4号により、第311a条第2項の損害賠償請求権を認めた。

《検討》

本事案では、注文者の依頼したガラスファサードが、完全に硫化ニッケルの混入を除外し、かつ、このガラスファサードが破損し、ビルの使用者や歩行者の身体や生命に損害を生じさせないようにするという合意があったが、この硫化ニッケルの混入の完全な除外は、製造技術上、避けることが難しいとされており、取り付け後の不意の破損（自然爆裂）を減少させるため、再加熱を行なって変化を促進させ、硫化ニッケルが残留している強化ガラスを人工的に破壊させてしまう試験を行なっている。この試験をヒートソーク試験（熱処理試験）と称している。しかし、そのヒートソーク試験をしてもなお完全ではないため、採用する部位によっては落下防止や飛散防止の対策をしっかりと行なう必要があるとされている。したがって、ガラスファサードが確実に破損しないことは保証しえないものであった。BGH は、本事案で当事者が合意した契約内容は、第 275 条第 1 項第 2 文により、客観的・原始的に不能であったことを認めている。そのような事実のもと、BGH は、2007 年の BGH 判決と同様に、ガラスファサードが契約上合意した性状を示さないという理由で、請負人の仕事は、BGB 第 633 条第 2 項第 1 文により瑕疵があったとした。本判決は、硫化ニッケルの混入を完全に排除したガラス板の使用という指示には、割れたガラスによってビルの使用者や歩行者の身体及び生命に対する危険を完全に排除するという注文者の意思があり、また、その意思は請負人に認識可能であったとする。本事案のもとでは、そのような指示の適格性を確認すること自体が技術上不可能であったとされており、この方法が、注文者が負担するつもりのないことが明らかなリスクを秘めている場合、請負人は、注文者にこのリスクを指摘し、それを除外することを注文者と合意しなければならないとする。なお、本事案では、引渡時においてガラス板の破損は生じていなかったが、破損の危険が存在している状態が瑕疵として認められている。

(4)使用方法の通知と仕事の機能性の関係

【9】BGH 2016 年 2 月 25 日判決(NJW 2016,2183)

《事案》

原告(注文者)は、被告(請負人)に学生寮の浴室にタイルを敷く仕事について依頼した。2003 年の仕事の完成及び引取りの後に、原告はタイルの目地が、必要な密度を有しておらず、とりわけ、浴室の濡れた範囲において、その目地が部分的にはがれて浮き上がっていることを認識した。原告は、被告が、瑕疵のある目地を製作したことを主張し、瑕疵の除

去のために必要な費用の前払いを被告に求めた。これに対して、被告は、時効の抗弁を行うとともに、目地の状態について、原告の依頼した者による、タイルの不適切な洗浄に基づくものであることを主張した。

地方裁判所は、原告の主張を認め、瑕疵除去の前払い費用について、79 ユーロ 673 セントの額を支払うよう判決を下し、それ以上に瑕疵除去費用及び損害が生じた場合、その補償についても義務付けられるとした。控訴裁判所は、被告の控訴を却下した。

《判旨》

本判決は、控訴審判決を破棄し、控訴裁判所に差戻した。

控訴審判決が確認したところを以下に示すと、まず、目地の不十分な性状及び密度については、当事者間で争いがない。控訴裁判所は、被告が目地の状態が悪くなったことについて、自己の責任ではないと主張したことについて、確かに、その原因が注文者の責任範囲にあった場合、請負人の瑕疵担保責任は排除ないし減ぜられることを肯定するが、そのような事情は存在しないとする。目地の状態について問題となりうる原因について、被告による不十分な製作(地方裁判所がこれを是認した)、後からの不適切な洗浄による損傷、適切でない材料の使用の三つを挙げる。そこから、被告がこの目地を不十分に製作したかどうかは未解決のままとする。しかし、控訴審判決は、目地の状態が、酸性の製剤による洗浄によって生じたとしてもなお、瑕疵の原因は、原告の責任範囲にはないとした。なぜなら、被告は原告に、中性またはアルカリ性の製剤のみ洗浄に使用可能であることを指摘すべき義務を負っており、これに違反したとする。このような付随義務は、信義誠実の原則により、注文者が請負契約の締結の際に、一般に有する、請負人の専門知識への期待に基礎づけられるとする。

以上のような控訴審判決の立場について、本判決は、被告が、この目地について不十分な製作を行ったのかどうか未解決のまま、被告のタイルを敷く労務に瑕疵があったことについて、法の誤りがあり、支持できないとした。引取りの後に生じた状態について、仕事の瑕疵があることは、それだけでは基礎付けられないとする。

また、控訴審判決が、被告の指摘義務違反を認めた点について、第 635 条の追完請求権は、客観的な仕事の瑕疵に結び付けられ、この過失に依存しない瑕疵担保責任は、請負人により製作された仕事の物又は権利の瑕疵によって基礎づけられるのであり、これに対して、調査及び指摘義務の履行は、請負人を瑕疵担保責任から解放する構成要件であるとす

る。したがって、仕事の瑕疵がすでにないことから、請負人の調査義務の問題にならないとする。そこから、請負人による調査及び指摘義務の違反は、瑕疵担保責任を基礎づける要件ではないとする。

本判決は、被告のタイルを敷く労務に瑕疵があったか否かの確認が必要不可欠であるとし、目地が不十分に製作された場合には、瑕疵が肯定できるとする。また、契約によって義務付けられた機能(Funktionalität)が、このタイルが決まった方法又は洗剤で洗浄されることで損害を回避できることをも含んでおり、それが達成されなかったとすべき場合には、その事情のもとで、瑕疵の問題になるとする。

《検討》

本判決は、瑕疵の外延について、控訴審判決が、洗剤の指定について告げるべき義務違反があることから、仕事の瑕疵と判断したのに対し、BGH は、仕事の瑕疵は、目的物に物又は権利の瑕疵があることによって基礎づけられるとする。このとき、上記の【4】BGH 2007 年判決が示した、「請負人による調査及び指摘義務の違反は、瑕疵担保責任を基礎づける要件ではない」との指摘と同様の見解を示している。本事案では、引き渡し時にタイル自体に製作の瑕疵があったか否かを判断するべきであるとして控訴裁判所に差し戻したが、BGH によると、当該契約において、このタイルが一定の方法や洗剤で洗浄されることによる損害の回避までが契約内容に含まれている場合には瑕疵の問題となる余地を残している。したがって、本事案では、タイルの敷設のみを合意したのか、または、その手入れ方法を伝えることまでを契約内容として合意したのか、契約の内容に対する解釈が問題となる。

(5)判例の整理

以上の判例から、あるべき仕事の性状として、当事者が契約において合意した「使用の目的」を達成するために仕事が有すべき「機能」を有していなければならない、そこから、明示的な取り決めによって請負人の負うべき仕事の内容を決めるのではなく、結果の達成のために必要な仕事を請負人は負担するとされている(【5】【6】【7】【8】判決)。なお、ここでの使用の目的は、契約の事情から、請負人に認識可能な範囲で判断されている(【5】【6】判決の「マンションとしての遮音性能」など)。このような瑕疵の判断については、契約解釈の問題として、請負の結果責任性から、予定した労務ではなく、「結果のために必要な労務」が導かれるという点に特徴があると同時に、請負人の免責要件から明らかなよ

うに、結果不実現リスクの注文者による引き受けがあったか否かが問題となっているともいえる。そこから、【9】判決にみられるように、請負人による調査及び指摘義務の違反との関係がしばしば問題となっている。この点、【4】BGH 2007年判決と、【9】判決が示しているように、調査及び指摘義務の履行は、請負人を瑕疵担保責任から解放する要件であり、請負人の調査及び指摘義務の違反は、瑕疵担保責任を基礎づける要件ではないとされている。

6. 結果実現リスクと瑕疵担保責任の射程

(1) 請負人の責任の限界

上述したように、【4】BGH 2007年判決は、「注文者の指示や、提供された材料および部材、また、他の負人の給付を理由として、請負人の仕事に瑕疵が生じた場合、信義誠実の原則により、請負人が、それらの不適切なことについて、調査及び指摘義務を果たしたときには、請負人の瑕疵担保責任は免責され」、「請負人は、自己の調査及び指摘義務を履行したことについて、説明・証明責任を負う」とした。請負人の調査義務及び指摘義務の履行による免責構成は、従来から請負人の責任を画するものとして判例によって展開されていたが、BGH 2007年判決は、機能性の瑕疵が問題になる場合についてこの理論を明確に接続することを示した。以下では、請負人の責任範囲について、従来からの判例における議論を確認する。

a)判例

機能性瑕疵概念についての上記判例【3】は、請負人が、誤った合意や、注文者によって供された材料、他の請負人の給付に起因する瑕疵の責任を免れるには、請負人が、その誤った合意による瑕疵発生リスクを指摘したという事情が必要であると指摘している。請負人の免責要件について言及した判例として、以下のものがある。

【10】BGH 1986年10月23日(NJW 1987,643=BauR 1987,79=ZfBR 1987,32)

《事案の概要》

原告(注文者)は、被告(請負人)が生産し、取り付けた屋外プール施設に隙間があること、また、その他の損害を理由として、被告の損害賠償を求めた。このプールは、内側の壁が特殊鋼の既成部品でできたものであり、その床プレートが、硬さや基礎についての要求を満たしていなかったことから、隙間及びその他の損害が発生した。本事案において、訴外

Vが完成したこの床プレートが、被告の発注のもとで作成されたのか、原告自身の発注のもとで提供されたのかが争われた。地方裁判所は、原告の請求を棄却し、控訴裁判所も原告の控訴を却下した。

《判旨》

控訴裁判所は、床プレートにより起因した損害に関して、原告に根拠がないとした。しかし、控訴裁判所は、本事案の具体的な事情により、訴外 V のあらかじめの給付 (Vorleistung) に関して被告に帰すべき調査及び指摘義務 (Prüfungs- und Hinweispflichten) の範囲を誤認した。

VOB/B 第 4 条第 3 項に置かれている請負人の調査及び指摘義務は、信義及び誠実の一般原則の具体化であり、VOB/B の適用範囲を超えて、建築契約について有効である；その目的は、注文者を損害から保護することである。自己の労務を、他の準備作業との密接な関係において、または、全般的にその設計に基づいて製作すべき、すべての請負人は、その理由で、調査し、場合によっては、この準備作業、材料又は部材が、自身の仕事について適当な根拠を示し、また、自身の労務の結果を劣等なものにしうる性質を備えていないかどうか、適当な調査を入手しなければならない。この義務及び請負人の限界の範囲は、それが、個々の場合の特別な事情により現れるような、過大でないことの原則により、判明する。これによって要求されることは、とりわけ、前の請負人の情報状況の知識、また、一般に、請負人を、重要なものとして十分入念な調査があると認めうるすべての事情により、請負人に期待されうる専門知識により決せられる。請負人が、これに従い存在する義務を行わず、また、それによって目的物を侵害した場合には、その仕事の給付には瑕疵がある。その次に、注文者は、その瑕疵担保について請求権を行使する権利が与えられる。

【11】BGH 2005 年 5 月 12 日判決 (NZBau 2005,456=BauR 2005,1314=ZfBR 2005,667)

《事案の概要》

原告(注文者)は、被告(請負人)に、瑕疵あるホールの建設による瑕疵除去費用についての前払いと損害賠償を求めた。建てられたホールは、床の下に使われた焼却灰 (Müllverbrennungsasche) が安定していないことを理由に、重大な損害を生じていた。被告は、焼却灰の使用が、原告からの明白な指示があったとして、VOB/B 第 13 条第 3 項を引き合いに出し、反論した。地方裁判所は、原告の請求を棄却した。控訴も原告敗訴。

《判旨》

VOB/B 第 13 条第 3 項による瑕疵担保義務からの解放は、請負人に選択を与えず、無条件に従わされなければならない、発注者による明白な指示または相当の指図を要件とする。このような拘束をする指図は、発注者が、一定の建築材料をただ提案した場合、または、請負人によるその使用を、単に了承した場合には存在しない。

請負人は、瑕疵のある仕事の製作について、過失なく責任を負わなければならない。請負人が、VOB/B 第 13 条第 3 項の基礎にあるような、調査義務及び指摘義務を誠実に履行した場合にのみ、請負人は責任を免れる。請負人に、専門家として期待されうる調査について、使用される材料の性質に対する考慮が帰せられなければならなかったかどうかの有効となる。この場合において、請負人は、その考慮について指示すべき義務を負っていた。請負人が、自身の不足している経験及び知識について注意を示していたことにより、請負人は、原則としてその義務について逃れることはできない。そのような指摘は、法律行為上のリスクの引き受けの範囲でのみ意味を得ることができる。

b) 判例の検討

判例は、請負人の責任範囲について、VOB/B 第 4 条第 3 項及び第 13 条第 3 項の規定を引き合いに出す。VOB/B 第 4 条第 3 項は、「請負人が、予定された実行の方法に対して（自己の危険に対する保護のためにも）、発注者から供給された材料又は建築部材の良さ（Güte）に対して又は他の請負人の給付について考慮を有する場合、請負人は、それを、発注者に遅滞なく一可能な限り労務の瑕疵よりも前に一文書によって通知すべきである；しかし、発注者は、その指示、指図又は供給についての責任を保持する。」と規定し、瑕疵請求権についての規定である VOB/B 第 13 条第 3 項は、「瑕疵が、仕様書又は発注者の指示、供給された又は指示された材料又は建築部材又は他の請負人の予めの給付の性状に帰する場合、請負人は、第 4 条 3 項により義務づけられた通知を注文者に与えない限り、責任を負う」とする。判例は、この VOB/B 第 4 条第 3 項に規定される請負人の調査義務及び通知義務は、信義誠実の原則の具体化であるとして、VOB/B の合意のない BGB による建築契約においても適用すべきとした(上記【10】判例)。そして、請負人の責任の限界として、BGH は、請負人の実行に関わらない瑕疵の発生原因について、請負人が自己の調査義務及び指摘義務を果たしたことを要求する。また、請負人の指摘にもかかわらず、注文者が指図を変更しなかったといえるかどうか争われた事案である【11】判例は、具体的に注文者の指図が拘束力を有し、請負人が責任を免れるには、注文者の法律行為上の瑕疵リスク

の引き受けが必要であるとし、請負人の調査及び指摘義務による免責を制限的に解している。このような請負人の調査義務・指摘義務の履行は、注文者による指図や材料の供給に対してだけでなく、自己の仕事に密接な関係を有する、その他の請負人の給付や、下請負人の仕事に対しても認められており⁴²²、判例上、請負人の瑕疵担保責任の限界を画す、免責要件として定式化している⁴²³。

このように責任の限界を置くことは、損害賠償を除き請負人の過失に依存なく生じる瑕疵担保責任について、瑕疵に対する請負人の原因の寄与と、注文者や他の請負人の原因への寄与が限界づけられる必要性の承認のもとで認められる⁴²⁴。条文上、このような考慮は、第 645 条にのみ現れているが、その背景には、請負人はそのような瑕疵について責任を負うべきではないという法律上の評価があると指摘される⁴²⁵。なお、このとき、注文者に責任のある範囲において、追完の一部ならびに自力修補費用の一部を負担するべきとされる場合もあり、他の瑕疵に基づく請求権についても、解除権の排除、報酬減額の縮小、損害賠償の制限が生じうるとされる。

なお、この請負人の調査及び指摘義務は、請負人の瑕疵のない仕事の製作義務及び請負人の専門性により、信義則にその根拠が求められる⁴²⁶。実際に、請負人がどの範囲まで調査を行なうべきかは、個々の場合の事情に依存する⁴²⁷。そのときの考慮要素として、請負人の専門知識が有力となり、これは、請負人の所属する職業体にに基づき、客観的に期待し

⁴²² 最初に請負人の調査・指摘義務について述べたものとして、BGH 1956 年 2 月 28 日判決 (NJW 1956, 787)がある。

⁴²³ Vgl. Glöckner, a.a.O.,(Fn.331), S.302 ; Badelt, a.a.O.,(Fn.411), S.253793 ; なお、債務法現代化法前(KF 段階)に、前の請負人の欠陥のある給付の際の建築瑕疵に対する請負人の責任範囲について詳細に検討するものとして、Siegburg, Verantwortlichkeit des Auftraggebers für Baumängel bei fehlerhafter Vorunternehmerleistungde lege lata et de lege ferenda , ZfBR 2001, 291.

⁴²⁴ Münch KommBGB/Busche, § 634 Rn.79.

⁴²⁵ Münch KommBGB/Busche, § 634 Rn.79.

⁴²⁶ なお、調査及び指摘義務の性質については議論の余地があり、従たる義務として捉える見解と、主たる義務として捉える見解がある。Peters/Jacoby, in : J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § § 631-651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung, 2014, § 633 Rn.62f (以下、Staudinger(2014)で引用する); jurisPK/Genius, § 633 Rn.28f.

⁴²⁷ Münch KommBGB/Busche, § 634 Rn.82.

うる知識の標準が原則とされる⁴²⁸。瑕疵の原因が注文者に属する場合、調査義務の範囲は、注文者がどの程度専門知識を有しているかにも左右される。一方、注文者以外の第三者の給付等に対する調査及び指摘義務は、請負人の給付が、第三者の給付と密接な関係を有する限りで問題となる。

債権者の調査義務及び指摘義務は、請負以外の契約類型においても問題となる。例えば、弁護士の依頼についての委任契約において、弁護士が引き受けた案件がすでに時効にかかっていた場合、受任者である弁護士には調査義務違反がある⁴²⁹。このとき、第 280 条第 1 項に基づいて、弁護士の義務違反について責めに帰すべき事由がないときにのみ免責される。これは売買や賃貸借契約においても同様であるとされる⁴³⁰。

この点、請負契約においては、BGH の立場から明らかなように、請負人の調査義務・指摘義務は、瑕疵担保責任の免責要件として解釈されている。したがって、このときに請負人が負うのは、第 280 条第 1 項による損害賠償だけではなく、第 634 条に列挙される瑕疵担保責任である点で、他の契約類型における調査指摘義務違反と異なる結果となる。このような取り扱いについて、学説では、「調査義務違反における瑕疵担保責任の優先」と表現される⁴³¹。

(2) 機能性瑕疵理論に対する学説の状況

判例理論によれば、注文者の指図が不適切な場合や、【4】2007 年判決の事案のように他の請負人の不適切な給付を原因とする瑕疵の発生の場合でも、約束した仕事の結果が達成されないという点で原則として瑕疵を肯定し、請負人の瑕疵担保責任の適用範囲とする。このような請負の瑕疵概念の解釈は、一方で、損害賠償を除き請負人の過失に依存しない瑕疵担保責任の発生について、請負人の責任が報酬の範囲に制限されないことも関係して、BGB 第 645 条(本条は債務法現代化法による変更はない)において言及されるような、注文者から供された指図や材料の欠陥、さらに、他の請負人の仕事など、請負人の仕事の実行の外にある事情に対し、どのように請負人の責任の限界を見出すかという問題を生じさせる。

⁴²⁸ Münch KommBGB/Busche, § 634 Rn.83.

⁴²⁹ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 633 BGB Rn.64.

⁴³⁰ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 633 BGB Rn.64.

⁴³¹ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.5.

【4】2007年判決の第一審及び原審は、請負人の責任について瑕疵の問題とはせず、不適切な第三者の仕事について注意義務及び指摘義務の違反があったかどうかを吟味すべきとした。旧法においては、瑕疵担保責任の一般給付障害法に対する優先的適用と、それによる一般給付障害法の排除が原則とされていたことから機能性瑕疵理論について学説上異論はみられなかったが、債務法現代化法が一般給付障害法に瑕疵担保責任法を一元化したことにより、学説は機能性瑕疵理論の維持について異なる見解を示していた。

a) BGH 2007年判決前における Vorwerk の見解

Vorwerk は、債務法現代化法後、請負人の調査義務及び指摘義務における位置付けについて従来とは異なる見解を示していたが、2007年のBGH判決は、Vorwerkの見解を否定し、債務法改正によっても、機能性瑕疵のもとで、請負人の調査義務及び指摘義務を把握するという解釈の維持を示した。Vorwerkの見解を概観すると、以下のようになる。

Vorwerk は、旧法下において、機能性瑕疵のもとで処理された問題、つまり、請負人が、性状の合意に対する考慮について指摘することなしに、誤った給付に移した場合に、なお瑕疵があるとされるかどうかは現行法上明らかではないとする。結論からいうと、Vorwerk は、誤った給付の指示についての指摘義務の違反の結果は、もはや、瑕疵として理解されるのではなく、BGB 第 241 条第 2 項による義務の違反の結果として理解されるべきであるとする。Vorwerk は、従来の判例による請負人の指摘義務は、請負人の結果責任から導かれ、これは、旧第 633 条が、性状合意を瑕疵のないことの基準として直接に言及しなかったという理由のもとで旧第 633 条から自由に読み取ることができたと指摘する。それが、いまや性状合意が瑕疵のないことについての要件である以上、注文者の請負人に対する請求権を理由づけるためには、契約前、または契約上の義務違反が必要となるとする。請負人の指摘義務が、機能性瑕疵概念によって、いまなお直接に導き出されるか、その他に転じられるかどうかについて、以下のように述べる。「債務法現代化法の目的は、旧法において意図された独自の担保責任法の規定を除去し、その請求を一般の給付障害法に組み込むことである。これは、もはや独自の瑕疵担保法を与えるべきではないとし、請負契約法についても同様に妥当すべきである。請負人の義務の違反並びに注文者の権利及び請求権は、第 633 条から第 639 条によって修正された、一般給付障害法により与えられるべきである。この理由により、性状合意についての不適切な条件(Vorgabe)についての指摘義務が、今後も、機能性瑕疵概念から読み取られるという体系の継続に対して異議が述べられる。

瑕疵担保法の一般給付障害法への統合は、請負契約法における指摘義務の違反が、その他の債務関係にも適用される同一の規定(Regeln)を基礎にしていることを要求する。そこで、債務関係(Schuldverhältnisses)の基礎の前に、契約締結前の過失の場合を規定し、明文上契約当事者の給付及び保護利益における解明義務について理由づける第 241 条に関連する、第 311 条が適用される。債務関係の基礎づけにより、債務関係における第 241 条第 2 項が直接に適用される。そこから、誤りのある給付の指示についての指摘義務の違反の結果が、もはや瑕疵とされるのではなく、BGB 第 241 条第 2 項による義務の違反の結果として理解されることは、矛盾なく正当であると思われる。」

つまり、Vorwerk は、従来のように、瑕疵担保責任と一般給付障害法との遮断を考慮する必要はもはやなく、立法者の意図は、「瑕疵担保法の一般給付障害法に対する優先を取り除くこと」であるとする。さらに、性状合意が瑕疵の基準として明文とされたことから、請負人の指摘義務は、請負の結果責任から直接に生じるのではなく、第 241 条第 2 項による義務違反によって把握されたとする⁴³²。

なお、BGH 2007 年判決は、以上のような Vorwerk の見解について、請負人の調査及び指摘義務は、学説の「誤解を招きやすい表現(missverständlichen Formulierung)」に反し、「瑕疵の責任を理由づける要件ではなく、むしろ、その義務の履行が、瑕疵担保責任から請負人を解放する要件である」とするのが、かつての一致した判例の意図であり、債務法現代化法後もまた変更されないことを明らかにした。つまり、仕事の結果責任という性質から導き出される請負契約法の体系により、請負人は、原則として、瑕疵について過失がない場合にも責任を負う。BGH 2007 年判決の原審及び第一審は、当該事案を、瑕疵の問題ではなく、請負人の調査・指摘義務について BGB 第 241 条による義務違反の問題として検討したのに対し、BGH は、伝統的な判例と同様に、VOB/B 第 4 条第 3 項及び第 13

⁴³² さらに、Vorwerk は、指摘義務の違反によって生じる注文者の請求権は、瑕疵に関する請求権と異ならず、それが債務法現代化法の趣旨に対して導かれるとの見解を示している。「指摘義務の違反は、-ここで支持する解釈論上の体系によると-確かに、損害賠償義務だけを引き起こす。」「BGB 第 281 条は、第 323 条と同様に、請負人に、まず第一に、追完のための期間をおくことを要求する。これについて、請負人は、その指摘義務の違反の場合においても、修理の権利があるとされる。」「BGB 第 323 条第 4 項は、解除の前提要件が、満期の時点において存在することが明らかな場合に、給付の満期前にも解除を可能とする。BGB 第 325 条は、注文者に、解除の場合に、損害賠償請求権も与える。」

条第3項の法意に照らし、これらの義務を、第242条の信義則による責任免除の可能性としてのみ把握した⁴³³。

b)BGH 2007 年判決以降の学説の状況

i) 機能性瑕疵理論を肯定的に捉える見解

Kniffka は、仕事の瑕疵が注文者や第三者による指示等に原因がある場合にも原則として請負人の責任を肯定し、その原因についての考慮指摘義務を請負人に課するという構造は、請負人の通常注文者よりも多い専門知識に根拠があるとする⁴³⁴。瑕疵担保責任の優先性を肯定する理由として、請負人の考慮指摘義務を瑕疵担保責任の枠組みから外に出した場合、請負人は第241条第2項、第282条によって、帰責性のある(schuldhaft)考慮指摘義務違反を理由に、追完の可能性もなく、常に金銭賠償(Geldersatz)としての責任を負うことになること、さらに、このような手段によった場合、瑕疵請求権の時効と、第241条第2項による損害賠償請求権の異なる時効期間の適用という複雑な混合が生じることを理由とする。

ii)機能性瑕疵の拡張について批判的な見解

ア)Ganten は、BGH 2007 年判決について、事実上の評価によっては、異なる結果にもなりえたと指摘する⁴³⁵。BGH 2007 年判決では、請負人の行った給付(暖房装置の建設及び熱電併給装置への接続)は取り決めどおりのものであったが、この暖房装置が機能するために必要な熱電併給装置の性能に問題があった。BGH は、請負人によって建設された暖房設備は、「注文者の家を十分に暖め、温水を供給する」という、契約上合意した使用の目的を達することができないという理由で瑕疵を肯定した。このような判断について、Ganten は、本事案において、請負人の結果責任は、第三者の製作した熱電併給発電装置の性能という、請負人の給付自体に関連しない要素について、本質的な目的(暖房設備が必要な暖かさを供給すること)の達成のための前提であることを理由に、請負人の結果責任を「過度に拡張した」と指摘する。

また、Ganten は、仕事の機能性が性状合意の一部とされることについては適切であるとし、使用の適性を損なう不適切な実行方法の合意が優先すべきではないとするが、

⁴³³ Vgl. Ganten, a.a.O., (Fn.411), jurisPR-PrivBauR 2/2008 Anm.1.

⁴³⁴ Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 633 Rn.13.

⁴³⁵ Ganten, a.a.O., (Fn.411), jurisPR-PrivBauR 2/2008 Anm.1.

Motzke⁴³⁶、Voit⁴³⁷、Kapellmann⁴³⁸が指摘した、一方では、発注者の「機能利益(Funktionsinteresse)」を満たし、他方では、「報酬利益(Vergütungsinteresse)」を満たす給付義務があるとする「二重の給付概念(doppelten Leistungsbegriff)」を引き合いに出し、報酬の範囲を超えた給付義務を請負人に課するような瑕疵判断については考慮が必要であると
する。

機能性の瑕疵概念が引き合いに出される場面においては、結局、どのような表明が発注者側にあり、また、どのような反応が請負人側にあることによって瑕疵のリスクを移動させるのが問題となっているとし、Ganten は、瑕疵概念を狭く捉えることにより、その時点で法律上の危険分担を割り当てるといふ、異なる解決方法が望ましいと指摘する⁴³⁹。

イ)Ganten と同様に、Glöckner は、機能性の瑕疵概念自体を否定しないが、その拡張適用について疑問を呈する。具体的には、たとえば、屋根の製作を取り決めた場合に、当事者間で取り決められた実行方法によってそれが暮かれるだけではなく、光や水、空気などを通すことのない密封性を有することが請負人の仕事において義務付けられる。しかし、BGH 2007 年判決のように、十分な熱量の供給という前提を欠くことについて、請負人の仕事である暖房設備に瑕疵があるとして責任を課すとする判断は疑わしいとする。なお、Glöckner は、請負人の調査および指摘義務について、その指摘義務が、仕事の契約適合性と直接の関係にある限りで、第 241 条第 2 項に基づく給付に関係しない義務に関わる問題としないことには賛成する。その理由として、Kniffka と同様に、調査及び指摘義務の違反が、瑕疵において現れた場合に、瑕疵担保責任法と一般給付障害法の時効についての分裂を生じさせるべきではないという点を指摘する⁴⁴⁰。なお、Glöckner は、今後の展開として、BGB 第 313 条による行為基礎の障害に当たるかどうかを検討すべきとの見解も示している⁴⁴¹。

ウ)また、Peter Hammacher は、BGH 2007 年判決の評釈において、請負人に過度な責任

⁴³⁶ Motzke, Parameter für Zusatzvergütung bei zusätzlichen Leistungen, NZBau 2002, 641.

⁴³⁷ Voit, ZfIR2007,157.

⁴³⁸ Kapellmann, Der BGH und die Konsoltraggerüste - Bausollbestimmungen durch die VOB/C oder die konkreten Verhältnisse?, NJW 2005,182.

⁴³⁹ Ganten, jurisPR-PrivBauR 2/2008 Anm.1.

⁴⁴⁰ Glöckner, a.a.O.,(Fn.331), S.313.

⁴⁴¹ Glöckner, a.a.O.,(Fn.331), S.317f.

を課すおそれが生じることについて懸念を示す⁴⁴²。2007年判決が、「暖房設備が十分に暖まらない」ことをもって、請負人の仕事に瑕疵があると判断し、請負人が自己の調査及び指摘義務を履行したことについて証明責任を負わせるとしたのに対し、その前段階において、注文者は、請負人とどのような性状を合意したのか、また、その合意が、請負人の仕事の一定の機能を含むかどうかについて証明する必要があるとする。それによって、機能適合性瑕疵が証明されて初めて、請負人の調査及び指摘義務に関する免責の証明が導かれると確認する(なお、瑕疵の有無についての証明責任は、引取り前には請負人に、引取り後には注文者に課される。本事案は、注文者が引取りを拒絶しており、瑕疵の証明責任はなお請負人であるとされた。しかし、その場合でも、注文者は引取りを拒絶する理由について説明及び証明しなければならないとする。)

iii) 機能性瑕疵理論を明確に批判する見解

Frank Peters は、注文者の不適切な指図に起因する仕事の機能の不達成について、瑕疵の問題とするべきではないと主張する⁴⁴³。そして、請負人の調査及び指摘義務は、第 241 条第 1 項から生じ、その違反により、第 280 条第 1 項の損害賠償請求権が注文者に生じる。請負人が、その義務違反について帰責事由がないと証明した場合には、免責される(第 280 条第 1 項第 2 文)、と解すべきであるとする。

請負人の調査及び指摘義務の違反について、Peters は、請負人が注文者の正当な期待を裏切ったことから肯定されるとするが、その期待は、その仕事について正当に向けられているのではなく、請負人が適切な行動をとること、また、それと同時に、注文者の利益を考慮することに向けられているとする。そして、この「人に対する期待」は、BGB 第 241 条第 2 項によって保護され、第 280 条第 1 項により、有責の場合の損害賠償が、サンクションとして与えられるとする。この点で、物の瑕疵については異なる手段を採るべきであるとする。

Peters は次のように述べる。「理由ある注文者の期待を優先して考慮にいれようとする場合、その者が、請負人の義務違反により瑕疵を導き出し、売買及び賃貸借になじみのない瑕疵概念を主張し、また、請負人の調査及び指摘義務を一般の関係から引き離す場合、

⁴⁴² Peter Hammacher, a.a.O.,(Fn.411), S. 91.

⁴⁴³ Frank Peters, Die fehlerhafte Planung des Bestellers und ihre Folgen, NZBau 2008,609 ; ders, Der funktionale Mängelbegriff, NZBau 2013,129.

単に第 633 条第 2 項の 1 文と 2 文の関係を相対して判断を誤るのだけではなく、瑕疵概念に過失要素を蓄積することにもなる」と。

Peters は、調査義務及び指摘義務違反の本質的な帰結は、請負債務に基づく取引において、防止されるべきであった瑕疵を理由に、責任を追及されることであるとする。つまり、請負人の指摘に対して注文者が耳を貸さず、忠告を受け入れなかった場合に、請負人が責任を負わないことは明らかであるとする⁴⁴⁴。Peters は、第 645 条第 1 項前文の規定に照らし、請負人が自己の調査義務及び指摘義務を履行し、免責される場合にも、請負人の給付が瑕疵あるものとして判断されることは妥当ではないとする⁴⁴⁵。以上のような機能性瑕疵の理論的な問題点から、Peters は、第 633 条以下の請負契約の瑕疵担保責任が生じるのは、請負人の実行について瑕疵があった場合のみであるとし、これが売買契約法における物の瑕疵に一致するとする⁴⁴⁶。その他の計画の瑕疵や材料の瑕疵などについては、それが請負人の手に委ねられている場合には実行の瑕疵と区別されないが、そうではない場合には請負人の仕事に瑕疵があるのではないとし、それらの瑕疵については、請負人が自己の調査及び指摘を行わなかった場合に、第 280 条第 1 項、第 241 条第 2 項により損害賠償を義務付けられ、帰責性のある義務違反によって構成されるとする。

c)学説の整理

請負人が結果達成に対するリスクを引き受けていることについては学説によっても肯定されるが、一方で、請負人の仕事に対して外在的な事情について、どこまで請負人の注意義務・指摘義務を及ぼすのかという点は問題とされている。注文者の領域において生じた事情による結果不達成は、注文者がそのリスクを引き受けるべき場合もあり、請負人の責任の限界が画される必要がある。そのために判例は請負人に対し自己の免責要件の主張・立証責任を課す。このような BGH の見解は、瑕疵判断のもとで、請負人の行為態様を問題としているようにも捉えられる。機能性瑕疵理論のもとでは、当事者が本来予定していなかった請負人の労務についても、結果実現に必要である場合にはそれが必要であるとされるが、このような報酬との対価性を越えた請負人の債務の拡大について、損害賠償以外の救済手段について過失に依存しない瑕疵担保責任の問題とすることには、理論上疑問も

⁴⁴⁴ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 633 BGB Rn.64.

⁴⁴⁵ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 633 BGB Rn.64.

⁴⁴⁶ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 633 BGB Rn.163.

生じる。この点を Peters は批判し、瑕疵判断が、仕事の性質を問題としているのに対し、人(ここでは請負人)に対する期待をそれに読み込むべきではないとする。実際に機能性瑕疵理論において問題となるのは、請負人の調査義務・指摘義務の範囲及び内容である。そして、これは個別的な事案によって判断されることになる。

それでもなお判例が機能性瑕疵を広く肯定し、請負人の瑕疵担保責任適用範囲を広く認めることには、機能性瑕疵理論を肯定する見解が指摘するような一般給付障害法との時効の混合を回避するという点のほかに、立証責任の点における注文者の保護という意図が見出される。注文者が請負人の調査義務及び指摘義務を主張するためには、請負人がその義務を履行していれば瑕疵が生じなかったということを証明しなければならず(注文者の指図を原因とする場合、注文者がその指図を変更したであろうことを証明する必要がある)、それには困難を伴うとされる。また、Kniffka が指摘するように、瑕疵担保責任とすることにより、注文者の追完請求権が認められる。ドイツにおいては、契約関係を存続させることが注文者と請負人のいずれにとっても利益があるとの考えのもと、金銭賠償ではなく、追完による本来的履行の達成が望ましいものとされる。これらの点から、債務法現代化法においても、瑕疵担保責任の優先的適用が判例により肯定されているといえる。

(3)機能性瑕疵理論についての近時の動向

以上のように、機能性の瑕疵概念をめぐる判例理論について、請負に独自の法的な概念及び責任構造を生じさせている。請負における仕事の内容は、達せられるべき「結果」から導かれ、請負人は場合によっては予定していなかった労務について負うことが認められる。一方で、そのような瑕疵判断のもとで、当事者間の利益調整(Sowieso-Kosten)や、請負人を機能性の瑕疵担保責任から解放するための調査及び指摘義務の要件についての理論が展開されていた。とりわけ、請負人の調査及び指摘義務は、機能性の瑕疵概念のもとで必要不可欠な調整方法とされ、注文者にとっての権利の限界であり、同時に請負人にとっての責任からの解放要件であるとされている。このような義務は、VOB/B に規定があるものの BGB には明文ではなく、信義則から導かれているが、これらの義務について BGB 上も明確にされるべきであるとの指摘がある⁴⁴⁷。なお、すでにみたように、この請負人の調査義務及び指摘義務は、学説上異論も示されており必ずしも明確に捉えられていない。

⁴⁴⁷ Voit, Brauchen wie ein Bauvertragsrecht im BGB?, jM 2015, 402(406).

以上のような BGB の条文からは明らかではない解釈論の発展に対し、債務法現代化法に向けた議論においてすでに、実際にそのような問題が生じるとされる建築契約法を、請負契約法とは別に BGB の中に取り入れることが議題の一つとされていた。債務法現代化法では結果として採用されなかったが、現在、建築契約の改正についての政府草案が公表されるに至っている⁴⁴⁸。機能性瑕疵をめぐる規定の改正は、これまで立法に向けた議論の展開がみられたが、今回の政府草案には盛り込まれていない。

四 小括

1. 旧法からの変更点

旧法では、仕事の瑕疵について、当事者の合意に照らし、仕事の価値を減じるか、使用の適性を欠くという欠点がある場合とし、使用の適性に影響しない性状の特徴の欠如は、それが保証された性状である場合にのみ、請負人の責任を理由づける瑕疵であるとされていた。従来から、請負における瑕疵は、請負人の履行が不完全な状態であるとされていたことからすれば、瑕疵の判断において、「瑕疵」という特別なカテゴリーがあるのではなく、取り決めた契約内容が実現しているかどうかという契約解釈の問題である。一方、旧法では、売買における「瑕疵概念」と同様の規定を有していたことを原因として、請負においても瑕疵担保責任の発生する要件としての「瑕疵概念」が観念づけられることにより、瑕疵担保責任を発生させうる、当事者の合意からの相違は一定程度制限的に解されていた。これは、瑕疵担保責任を不完全な履行とみることの帰結として、論理的な整合性に問題があったといえる⁴⁴⁹。

一方、現行法では、かつてのカテゴリーを放棄し、瑕疵が当事者のすべての合意からの相違であることを明らかとした。第 633 条第 2 項は、どのような場合に契約からの相違がないのかということを規定している。つまり、第 633 条第 2 項に挙げられているのは、あるべき契約解釈を具体化したものといえる。ドイツの学説上、請負の瑕疵について改正に

⁴⁴⁸ Vgl. BT-Drucks. 18/8486 ; Jochen Glöckner, BGB-Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes – Teil 1, Teil 2, VuR 2016, S.123, VuR 2016, S.163 ; 機能性瑕疵をめぐる立法論については、Voit, a.a.O.,(Fn.447), S.402 を参照。建築契約の改正をめぐる動向については、前掲注(320)を参照。

⁴⁴⁹ 売買について同様の指摘をするものとして、田畑・前掲注(91)139 頁は、「論理的帰結とのズレが生じていた」とする。

よる変更はないとの見解もみられるが⁴⁵⁰、瑕疵判断が契約解釈の問題であることを明確にしたことにより、次のような変更点が指摘される。

まず、債務法現代化法では、仕事の価値や使用の適性に関わらず、仕事のあるべき性状は、当事者の合意によって決せられることにより、その合意が、①旧法における「保証」に比して厳格性を要求されず、②欠点のように仕事の価値や使用の適性に関わるかどうかという制限もなされないことにより、請負人の責任の拡大が指摘される。とりわけ、建築請負のように、建築仕様書等で詳細な合意がなされる場合には、従来の瑕疵概念は請負人の責任を限定し、反対に注文者の過大な要求を制限するという点で理論上の問題とは別に実際上の意義が見出されていたことから、現行法における変更を懸念する見解がみられる。この点については、上述したように、信義則ないし瑕疵に対する請求権の各要件において制限されるものと思われる。

また、現行法では、当事者の合意が明確ではない場合の補充的な契約解釈について、第633条第2項第2文第1号、2号に規定が置かれている。第633条第2項第2文第2号は、使用の適性に関わらない性状についても、請負人が注文者の期待を考慮しなければならないことを示す。なお、旧法下においても、注文者が前提とした使用に対して期待する適性が欠点概念のもとで考慮されていたが、消費動産売買指令の国内法化の要請により、売買だけではなく、請負も含め同化を図ったという趣旨からすると、使用に関わらない性状について具体的・明確な合意がない場合にも注文者の期待が考慮されるとするのが合理的な意思解釈の方法であり、これは、消費動産売買指令の目的とする消費者保護の考え方が、請負における瑕疵概念にも反映されたものとみることができる⁴⁵¹。ドイツの学説は、以上の二点について債務法現代化法による請負人の責任の拡大を指摘するが、一つ目のすべての性状の合意からの相違が瑕疵となるという点は、かつての「瑕疵概念」のように、責任を発生させる要件たる瑕疵が制限的に解されることの否定によって生じ、二つ目の第633条第2項第2文第2号の使用に適しない性状についても注文者の期待を考慮すべきという点は、瑕疵判断が契約解釈の問題であるとの前提のもとで、合理的意思解釈の

⁴⁵⁰ Schudnagies, a.a.O., (Fn.322) S.396f.

⁴⁵¹ このことは、ドイツ法が、自国の法律になじみがないとして、消費動産売買指令の「推定」規定を用いなかったものの、その役割を、客観的な瑕疵概念である第633条2項2文2号でカバーしたという点からも読み取ることが可能である。

あり方を明確にしたことによって生じたものであると整理することができる。

2. 請負の特徴としての機能性瑕疵理論

請負では、通常、将来の仕事の性状について合意するものであるため、実現すべき結果に対して、予定していた方法や計画が適切ではない場合が生じる。その方法や計画が請負人に委ねられている場合は、結果の不実現が生じた場合に、請負人の労務の瑕疵であることに問題はないが、その原因が、注文者の指図や、提供された材料、第三者の前の給付といった請負人の労務に外在的な事情にあった場合に請負人の瑕疵担保責任の範囲が問題となる。

瑕疵概念を契約解釈の問題とする考え方のもと、仮に、予定された又は通常の適性を欠く取り決めがあった場合でも、これのみを理由として予定された又は通常の適性を満たす仕事の完成義務から請負人が解放されるとすることは、当事者の合理的な意思解釈という点で妥当ではない。なお、この点は、第133条、第157条の解釈基準にも一致する。したがって、合理的契約解釈という意味では請負に特別の問題ではなく、売買についても同様に解される⁴⁵²。一方、上述したように、判例による機能性瑕疵概念は、学説上、請負に特殊な概念であるとされている。瑕疵判断について売買と請負に共通する点として、通常、その物や仕事に対して、買主や注文者が正当な期待によって支出した代金(報酬)と実際になされた給付との対価性の調整という点が重要となる。これに対して、機能性瑕疵理論は、仕事に対する報酬に関係なく、契約の目的が達せられたかどうかにより、結果不実現のリスクを原則として請負人に課すという意味を有している。つまり、機能性瑕疵概念理論は、結果達成のために、場合によっては契約締結時に予定していなかった請負人の労務を拡大する。この点に機能性瑕疵理論の特殊性が見出され、これは売買における契約解釈とは異なる事情のもとにあるといえる。

合理的意思解釈という点で、請負については結果の実現を注文者が期待していることは問題がない⁴⁵³。一方で、請負では、その結果の実現が可能であるか否かは、履行過程にお

⁴⁵² 売買について、合意内容が通常の性質や使用を下回る場合、通常の使用に相応しい物を供与するという義務から売主を解放するという当事者達の意味が買主に明確に示される必要があるとするものとして、田畑・前掲注(91)146頁。

⁴⁵³ 例えば、雨漏りのする屋根など、使い物にならない仕事を依頼する注文者はいない。それは一定の使用目的を前提としており、その目的に適しない仕事であった場合も同様である。

いて生じる様々な要素に左右される。そこで生じる事情をすべて注文者と請負人が契約締結時に考慮していない場合もある。したがって、請負では、「達成されるべき結果」と、「請負人が引き受けていた行為」が必ずしも一致しない場合がある。注文者は請負人が結果の実現に向けて引き受けた給付の範囲において報酬を支払う。したがって、達成されるべき結果を生じさせるための方法が不適切であった場合、請負人は、引き受けていない(例えば、仕様書では予定されていないなど)労務や給付を行う必要が生じうる。このような場合に、請負の結果の合意は、当事者が予定していなかった義務をも包含する。つまり、BGH 2007年判決が示したように、請負の仕事には、合意した結果を生じさせるべきすべての性質が必要であり、この点で、当事者が予定した給付ではなく、合意した結果が請負人の義務を具体的に生じさせる。そして、結果の実現のために必要な性質が請負人には義務付けられるのであるから、請負人は、ある労務や給付を想定していなかった場合にも、結果の合意のもとで、その実現に向けたリスクを原則として負担する。したがって、請負人の仕事を決するうえで、契約において合意された「結果」が何かという点の解釈が重要となる。

また、その結果の達成のために、請負人の仕事に外在する事情が関わる場合には、当事者がその外在する事情について請負人が考慮すべきことを予定しておらず、また、自己のコントロールできない事情(例えば、第三者の仕事の性質)であったとしても、請負人の調査及び指摘義務を履行しない限り瑕疵担保責任を免れないとして、請負人の契約締結上の過失といった責任ではなく、瑕疵担保責任の範囲での解決を図るとするのがドイツにおける判例の立場であるといえる。このような機能性瑕疵概念理論については、仕事の機能性の範囲や、注文者の指示、材料や第三者の給付の瑕疵に対する調査・指摘義務の違反が瑕疵担保責任の射程となるかという点について学説上見解の対立がある。上述したように、2007年のBGHもまた、債務法現代化法における瑕疵についての解釈を示した点で意義があるとされる一方で、当該事案における判断自体には学説上異論がみられる。とくに、仕事の達せられるべき結果としての「機能」がどこまで及ぶのか問題となっており、瑕疵を狭く解し、この判断のもとで当事者のリスクの引き受けを画すべきとの指摘も有力に示されていた。

このように、瑕疵担保責任の原則的な考え方として、債権者の合意ないし期待した性状からの相違がある場合を不完全な履行と解し、その欠けた部分(一部不履行)を回復させるものである(等価性の調整)。一方で、機能性瑕疵概念が持ち出される場面では、実質的に

は、契約解釈による等価性の調整を超えて、請負人の責任の範囲が問題となっている。

なお、留意すべき点として、ドイツ法における瑕疵判断について、瑕疵であるということをもって、ただちに請負人に対して実質的・具体的な責任を生じさせるものではない。つまり、当事者の合意内容がすべて果たされなければならないという原則に対して、合意内容からの些細な相違については信義則で制限されるべきとする見解や、瑕疵であるとされたとしても、瑕疵に対する各請求権上の要件によれば請負人の過大な責任を必ずしも導くものではないとされていた。この点は、機能性瑕疵理論においても同様であり、判例は、瑕疵があるとされる場合でも、信義則に基づく免責が請負人についてあるかどうか、また、免責されない場合でも、請負人が合意した結果を生じさせる給付について生じるすべてを負担するわけではないとする。また、注文者の損害賠償請求権については請負人の帰責事由が問題となる。したがって、瑕疵があることに加えて、その瑕疵に対して注文者にどのような手段による責任追及が可能なのかが、次の問題として生じてくる。

第三節 瑕疵担保責任の効果－瑕疵に対する注文者の救済手段

一 はじめに

第 634 条は、第 633 条により請負人の仕事に瑕疵があるとされた場合に注文者が行使しうる権利について列挙する。注文者は、原則として、第一に、①追完請求権(第 634 条第 1 号、第 635 条)を行使し、修補又は仕事のやり直しである新規製作を求めることができる。次に、追完のために定めた期間が効果なく徒過した場合、又は、追完に過度な費用を要する場合に例外的・補充的に認められる権利として、②注文者は請負人の費用で自ら瑕疵を除去することができ(第 634 条第 2 号、第 637 条)、③報酬減額権(第 634 条第 3 号、第 638 条)、④解除権(第 634 条第 3 号、第 323 条、第 326 条第 5 項、第 636 条)、⑤第 280 条、第 281 条、第 283 条及び第 311a 条により損害賠償を、また第 284 条により無駄になった費用の賠償を請求することができる(第 634 条第 4 号)。以上の注文者の諸権利の責任期間は、一般の消滅時効規定ではなく、請負契約法に規定される第 634 a 条の時効期間に従う。

これまで述べてきたように、ドイツにおける債務法現代化法は、瑕疵担保法の特別な規定を取り除き、瑕疵のある給付についての請求権を一般給付障害法にはめ込んだ⁴⁵⁴。これ

⁴⁵⁴ AnwK-BGB/Raab, § 634 Rn.2

によって、旧法における、特別な瑕疵担保規定と一般の給付障害法との並列による様々な問題を取り除こうとした⁴⁵⁵。また、債務法現代化法によって、出来る限り瑕疵担保責任規定について売買と請負を均一化するという立法者の意図により、瑕疵概念についての第633条と同様に、仕事の瑕疵に対する注文者の権利についてもまた、大部分が売買の規定とパラレルに対応する形とされている。

本節では、請負の仕事に瑕疵があった場合に注文者に与えられる各救済手段について、その内容を確認する。そこから、瑕疵担保責任の特則性及び体系的な位置付けについての示唆を得るため、一般給付障害法との相違を検討する。とりわけ、救済手段の中で、わが国とドイツのいずれにおいても議論の対象となっている追完請求権を中心的に検討する。

二 旧法との全体的な比較

旧法では、瑕疵がある場合の注文者の瑕疵除去請求が旧第633条第2項に、注文者の自力修補が旧第633条第3項に規定されていた。旧第633条第3項では、注文者の自力修補は、「請負人の瑕疵除去についての遅滞」が要件とされていたが、新法では、この遅滞要件は削除された。それによって、他の二次的な注文者の手段と同様に、追完のために定めた相当な期間の徒過により、自力修補を行うことができる。また、注文者の解除権及び報酬減額権については、旧第634条に規定されていた。また、旧法では、瑕疵の除去のための期間の設定に並び、拒絶の意思表示(Ablehnungsandrohung)が必要であると規定されていたが(旧第634条第1項第1文)、この拒絶の意思表示は、債務法現代化法によって消去された。さらに、旧法では、瑕疵除去のための期間が成果なく経過した場合に、注文者による契約の解消又は報酬の引き下げの請求が認められる一方で、その場合にはもはや瑕疵の除去を請求することができないとしていた(旧第634条第1項第3文)。この点について、新法は、期間経過後の瑕疵除去請求の否定を維持せず、旧第634条第1項第3文後段に比較しうる規定を置いていない。したがって、瑕疵除去のための期間経過後にも、注文者の瑕疵除去についての請求権は失われず、注文者は、なお請負人に対して瑕疵のない仕事の履行を求めることが可能である。この意味で、瑕疵除去のための期間の徒過は、請負人の自己による瑕疵除去の機会を失わせるが(請負人の「追完権」の消滅とも表現される)、こ

⁴⁵⁵ BT-Drucks 14/6040, S.83ff

れによって同時に注文者の追完請求権が失われるものではない。これらの変更は、債務法現代化法が、二次的な救済手段への移行を可能とする相当な期間の設定を、一貫して請負人の「第二の提供(zweiten Andienung)の機会」と捉えることを示している。なお、このような履行の優先ないし「第二の提供の機会」は、売買については債務法現代化法によってはじめて条文中規定されたものであるが、請負については旧法から追完が第一の手段として優先するという点で、すでに存在していたといえる⁴⁵⁶。この意味でも、債務法現代化法は、重要な基本理念の点で、請負契約における瑕疵を理由とする責任に売買契約におけるそれを近づけたものと評価されうる⁴⁵⁷。

三 救済手段の内容

1. 追完(BGB 第 634 条第 1 号、第 635 条)

(1)追完の法的性質

a)修正された履行請求権

注文者は、仕事の目的物に瑕疵があった場合、第一に、追完請求権の主張によって、請負人になお本来の契約目的を達することを要求することができる。旧第 633 条第 2 項、3 項、第 634 条第 1 項における「瑕疵の除去」は、新たな第 635 条においては、修補(Nachbesserung)と場合によっては仕事の新たな製作を包含する、「追完(Nacherfüllung)」に置き換えられた。

履行請求権と追完請求権との関係については、ドイツ法においても、従来から学説上極めて学理的な議論がみられるが、今日における追完の法的性質については、「追完“Nacherfüllung”」という文言が示しているように⁴⁵⁸、かつて Korintenberg が明らかにした、本来の履行請求権との原則的な同一性が見出されている⁴⁵⁹。つまり、いずれも瑕疵の

⁴⁵⁶ 石崎泰雄「瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論－ウィーン国連売買契約・ドイツ債務法改正最終草案における理論構成－」早稲田法学 70 巻 3 号(1995 年)294 頁は、CISG の認める「第二の提供権」は売買について現行ドイツ民法典に欠けているが、BGB 旧 634 条 1 項、635 条の請負規定には見られる、と指摘している。

⁴⁵⁷ 下森・岡編・前掲注(319)160 頁もこの点を明確に指摘する。

⁴⁵⁸ MünchKommBGB/Busche, § 634 Rn.13.

⁴⁵⁹ Staudinger/Peters/Jacoby,2014, § 634 Rn.27 ; AnwK-BGB /Raab, § 635 Rn.5, Rn.25 も、「追完請求権は、内容上、本来的な注文者の履行請求権と一致する」とする。

ない仕事の製作を請負人に義務付けるとするという点で、第 631 条第 1 項、第 633 条第 1 項による履行請求権と内容において同一であるとされている。そこから、「修正された履行請求権(modifizierten Erfüllungsanspruch)」と称される⁴⁶⁰。この点について、今日の学説においてはおおよその一致がみられる。一方で、「修正された」という言葉が表しているように、履行請求権に対する違いを追完請求権は有しているともされる⁴⁶¹。この「修正」が、具体的にどのような内容を意味しているのかについてはなお留意が必要である。具体的に追完請求権が履行請求権を「修正」していることが明らかな点として、第一に、外形的・形式的な相違として、給付障害法の一般規定と、請負の瑕疵担保責任規定との適用関係において述べたように、時効の問題がある。追完請求権は、一般の時効規定である第 195 条、第 199 条に代えて、第 634 a 条の時効期間に服する。次に、第 635 条第 3 項による請負人の追完拒絶権の限界に関する規定は、履行請求権の限界を規定する第 275 条第 2 項及び第 3 項の一般規定に対して結果的に優先し、以下で検討するように、そこでは履行請求権の限界が緩和されていると解される。さらに、一定の要件のもとで、追完は、履行とは異なり、第 634 条 2 号、第 637 条により、注文者の手に移行しうる。より実際的には、追完の措置は、「瑕疵の除去」であり、それは「現在の状況」から原因が明らかにされ、瑕疵が取り除かれるという、後からの措置であるという点で履行とは異なるものである。これらの点において、追完請求権は、履行請求権との違いを示している。なお、ドイツにおける学説においても、追完請求権と履行請求権との関係については、いまだ議論の余地があるとされており、その「修正」の意味については、論者によって異なる見方が示されている。

b) 追完の優先原則と請負人の追完権

また、追完について重要な点として、条文上は注文者の「追完請求権(Nacherfüllungsanspruch)」を規定しているが、ドイツ法では旧法からの原則として、仕事の瑕疵に対する注文者の権利において追完の優先が採られている。「追完の優先」自体が条

⁴⁶⁰ Teichmann, Kauf- und Werkvertrag in der Schuldrechtsreform, ZfBR 2002,13 ; Palandt/Sprau, a.a.O., S.1037 ; Münch KommBGB/Busche, § 634 Rn13.

⁴⁶¹ Lorenz は、履行請求権と追完請求権はまったく同一のものではなく、追完請求権を、新たな請求権(neuer Anspruch)であるとする。Lorenz, Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des Rechts zur zweiten Andienung, NJW,2006, 1175(1176). Lorenz の見解について、田中宏治「ドイツ新債務法における追完請求権と買主の義務」阪大法学第 56 巻 2 号(2006 年)106 頁を参照。

文上規定されているわけではないが、追完のための期間を置かなければならないという規定(BGB 第 634 条第 3、4 号、第 281 条第 1 項、第 323 条第 2 項、第 637 条)により間接的に導かれる。この原則に関しては学説上も異論がない⁴⁶²。その他の救済手段、つまり、注文者による自力修補、契約の解除及び減額、損害賠償は、追完に対して、第二次的な手段として規定されている。この原則は、仕事を瑕疵なく完全に製作することが常に成功するものではなく、請負人はそのときに仕事について知識をすでに有し、他の者よりも迅速に瑕疵の除去に取り掛かることができるという点で注文者に利益があると同時に、請負人にとって自身で追完を行うことは、通常、費用の点で利益があることから正当化されるという⁴⁶³。このことから、追完は、請負人の義務であるというだけでなく、「請負人は、第二の提供(zweiten Andienung)についての権利(Recht)を有する」と説明されるように、請負人の権利でもあると指摘される⁴⁶⁴。したがって、追完は、一方からは注文者の請求権として、他方からは、請負人の権利として二重の意味を有している。

(2)追完のための期間

旧法においては、旧第 634 条第 1 項第 1 文、3 文により、瑕疵除去のために定めた期間の徒過により、注文者は瑕疵除去請求権を失うと規定されていた。したがって、その後の手段としては、解除と減額、また、請負人の過失による損害賠償請求が残された。一方、債務法現代化法では、追完のための期間の徒過は、請負人の瑕疵除去のための機会を失わせる一方で、注文者の瑕疵除去請求権を排除するものではない。したがって、期間の徒過後もなお、注文者は追完を請求することができる⁴⁶⁵。注文者の追完を求める請求権は、追完のための効果のない期間の徒過後、他の救済手段である、自力修補、解除、減額及び給付に代わる損害賠償を請求するまでは存続する。

(3)追完方法の選択権

⁴⁶² Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.5 参照。

⁴⁶³ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.36.

⁴⁶⁴ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.5 ; Looschelders, Schuldrecht Schuldrecht Besonderer Teil,11., neu bearbeitete Aufl., 2016, S.262.このように「追完」には、注文者の追完請求権と、請負人の追完権という二つの意味が与えられる場合があることから、その用語の使用上留意が必要である。なお、学説上、これを「権利」とするものが大勢であるが、用語としての適切さに疑問を呈する見解もあることについて、古谷・前掲注(328)117 頁参照。

⁴⁶⁵ BT-Drucks. 14/6040, S.140 ; Krause-Allenstein/Kniffka,a.a.O.,(Fn.390), § 634 Rn.6.

追完請求権は、瑕疵除去と、仕事の新規製作に向けられ、追完のための二つの方法の選択権は、売買法におけるのとは異なり、請負人に独占的に与えられている(第 635 条第 1 項)。そのような取り扱いをすることについては、請負人が、売買における売主に比べて、仕事の製作段階に密接に従事し、その仕事に対する専門的知識を有していることから、通常の場合、注文者よりもより適当な方法で、仕事の瑕疵を取り除くことができると判断されることが理由とされている⁴⁶⁶。仕事の完成までの過程が通常請負人に託されている請負契約においては、上述したように、追完が本来の履行請求権から生じるものであり、追完段階においても履行段階と同様に、そのプロセスは請負人に委ねられる。したがって、注文者は、仕事を瑕疵なく製作することについて請求権を有するのみであり、一定の種類や方法を求める権利は有さない。一方で、追完方法の選択に付随するリスク、つまり、その追完が失敗に終わることのリスクは請負人が負うことになる⁴⁶⁷。

なお、新規製作請求権が瑕疵担保責任の範囲において認められるか否かという点は、旧法下において長く議論されてきた論点であり、円谷教授、原田教授により、立法時からの学説及び判例の状況について詳細な研究がなされている⁴⁶⁸。それらの先行研究により明らかにされているとおり、BGH の判例変更により(BGHZ 96, 111=NJW 1986,717 = JZ 1986,291)、それまでの引取りによって履行請求権が修補請求権に集中するという理論とは異なり、修補と新たな製作は互いに明確に分離することはできず、その点で、引取りは決定的な意味を有しないとされた⁴⁶⁹。つまり、同一の措置が、ある請負人においては修補であり、別の請負人にとっては新たな製作となりうるのであって⁴⁷⁰、新たな製作もまた修補と同様に瑕疵除去のための方法の一つである。新たな製作と修補は同じく瑕疵のない仕事の調達を目的とし、単に費用と効果の観点からいずれかが選択されるにすぎない。

この点が債務法現代化法によって明文化された。そして、追完方法の選択権が請負人にあることから、注文者は請負人に対して追完を求めることができるにとどまるが、ある一

⁴⁶⁶ MünchKommBGB/Busche, § 634 Rn.13.

⁴⁶⁷ AnwK-BGB /Raab, § 635 Rn.11.

⁴⁶⁸ 原田・前掲注(5)3 頁以下。

⁴⁶⁹ BGHZ 96, 111 ; Staudinger /Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.32 も参照。

⁴⁷⁰ 例えば、家の新たな屋根葺きは、家全体の建築を行う者にとっては修補であり、屋根葺きのみを義務付けられた者にとっては新たな製作である。Staudinger /Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.32 参照。

定の方法だけが瑕疵の除去のために有効である場合には、その方法に請負人は拘束される
といえ、反対に、注文者は効果のない追完方法を拒絶することが許される⁴⁷¹。したがって、
たとえば、瑕疵が新規製作によらなければ取り除くことができず、かつ、請負人が、瑕疵
除去の拒絶について権利を有しない場合には、注文者の追完請求権は、実質上、新規製作
請求としての意味が強められる⁴⁷²。

(4)追完の範囲

追完請求権は、仕事を契約どおりに製作するために必要なすべての労務を包括する。し
たがって、前及び後の労務(Vor- und Nacharbeiten)も追完の一部となる。前の労務として
は、例えば、瑕疵の原因を特定するための調査などがある。とりわけ、このような労務が
問題となるのは、別の請負人が、自己の給付に重ねて仕事をしているような場合など、当
該請負人の仕事が、全体的な仕事の対象の一部であった場合である。例えば、注文者の浴
室に水道管を敷設する請負契約において、請負人が水道管工事をしたのちに、浴室にタイル
が整備され、その後に水道管の瑕疵が明らかになった場合、請負人の追完は、タイルを
剥がし、水道管の修理をしたのちに、また元どおりにタイルを敷く作業をも含む⁴⁷³。この
ような瑕疵ある者の取り外し及び取り付け費用については売買において活発に議論されて
いるが⁴⁷⁴、請負に関しては、消費動産売買指令により瑕疵ある物の供給をした売主がこの
費用についての賠償義務を負うとされていることと一致する⁴⁷⁵。なお、このとき請負人
の追完ための費用とされるのは、あくまで追完に係りて発生したものに制限され、瑕疵
の除去に必要な労務の実行の前にすでに発生した、注文者の法益に生じた損害(例えば、水
道管からの漏れによる浴室タイルの破損など)は、損害賠償の範囲において、第 634 条第 4

⁴⁷¹ BGH NJW 2011 1872=NZBau 2011,413 ; Staudinger /Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.29 参
照。

⁴⁷² MünchKommBGB/Busche, § 634 Rn.13.

⁴⁷³ AnwK-BGB /Raab, § 635 Rn.13.

⁴⁷⁴ わが国におけるドイツ売買法の研究として、青野・前掲注(150)104、105 頁、古谷貴之
「ドイツ売買法における追完の範囲をめぐる問題」同志社法学 61 卷 7 号 2323 頁(2010 年)、
田中洋「売買における追完請求権の基礎づけと内容確定—ドイツにおける売買法の現代化を
手がかりとして—(一)(二)(三・完)」神戸法学雑誌 60 卷 1 号 1 頁、2 号 1 頁(2010 年)、3・4
号 1 頁(2011 年)を参照。

⁴⁷⁵ EuGH NJW 2011, 2269 ; BGHZ 192,148 = NJW 2012,1073 ; BGHZ 195, 135 = NJW
2013,220. vgl. Staudinger /Peters/Jacoby,2014, § 634 Rn.34.

号、第 280 条が適用される。

(5) 注文者の協力義務

請負人による追完の場面においても、第 642 条、第 643 条による注文者の協力義務 (Mitwirkungsobliegenheiten) が生じる⁴⁷⁶。したがって、追完について、注文者の協力行為 (Mitwirkungshandlung) が必要な場合は、注文者がこれを行わない限り、追完請求権の行使は効力を有しない。請負においては、しばしば、他の請負人による給付について瑕疵があり、これを取り除かない限りは、契約の目的を達し得ない場合があることから、この点が考慮される必要がある。前節で紹介した BGH 判決(【4】BGH 2007 年判決)がこの場合にあたり、請負人が契約で取り決めたとおりの給付をなすためには、十分な熱量を供給する、熱電併給装置に代わるものが必要である。この点で、注文者は、請負人の給付に先行して、適切な熱電併給装置を提供しなければならない。これは、注文者の協力義務 (Mitwirkungsobliegenheit) として存在する。注文者がこの義務を怠った場合、第 275 条により、請負人の給付は不可能になる。このとき、給付の不可能なことは債権者の責任によるため、請負人は報酬請求権を失わない帰結となる。

(6) 追完請求権の限界

a) 追完の客観的不能(objektiv unmöglichkeit)

請負法の瑕疵担保責任規定において、追完の不能についての特別の規定は置かれていない。これは、売買法における瑕疵担保責任規定についても同様である。確かに、請負契約においては、多くの場合、新たな製作(Neuerstellung)によって追完が可能であるといえるが、例えば、注文者の自動車の修理の依頼をした請負契約において、その自動車が瑕疵を原因として滅失した場合などのように、瑕疵の除去が、もはや不可能(Unmöglichkeit)である場合が生じうるのであり、このとき、追完は排除される。そこで、この場合には、一般規定である第 275 条第 1 項が適用されることについて、学説上異論はない。債務法現代化法以前においても、旧第 633 条第 2 項による瑕疵の除去についての請求権が、不能の場合に排除されるというのが、一般的な理解であり、新法によってもこの法的状況に変わりはない。

b) 請負人による追完拒絶

⁴⁷⁶ Staudinger /Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.30.

一方で、追完の排除は、第 275 条第 1 項におけるような純粹に物理的な不能の場合に限られない。BGB 第 635 条第 3 項は、「請負人は、追完に過分の費用(Kosten)を要するとき、第 275 条第 2 項及び第 3 項の規定の適用を妨げることなく、これを拒絶することができる。」として、追完の限界について規定している⁴⁷⁷。この規定により、第 275 条第 2 項及び第 3 項が参照される。したがって、①給付が過大な費用(Aufwand)を必要とする場合(第 275 条第 2 項)、②一身的な給付の調達を要求できない場合(第 275 条第 3 項)に、請負人の正当な給付拒絶が認められる。このような場合について、いわゆる「事實的又は實際的な不能(faktischen oder praktischen Unmöglichkeit)」と表現される⁴⁷⁸。なお、給付障害が、ただ単に、債務者に過大な経済上の負担を要求することを原因とするような、いわゆる経済上の不能(wirtschaftlichen Unmöglichkeit)の場合は、第 275 条第 2 項及び第 3 項によって把握されるのではなく、むしろ、行為基礎についての原則(BGB 第 313 条)により解決される⁴⁷⁹。

また、第 635 条第 3 項は、請負契約法上の追完拒絶理由として、過大な費用(Kosten)の場合を別に規定している。そこで、第 635 条第 3 項の過度な費用の判断と、一般規定である第 275 条第 2 項との関係が問題になる。なお、第 635 条第 3 項による追完の排除は、「追完拒絶権」と表現されることから明らかなように、請負人の抗弁(Einrede)として存在する⁴⁸⁰。したがって、追完の排除について正当な理由があった場合でも、当然に請負人の

⁴⁷⁷ 債務法現代化後のドイツ民法の条文訳については、岡編・前掲注(317)資料を参照。

⁴⁷⁸ AnwK-BGB/Raab, § 635 Rn.28.

なお、この点についての日本語文献における説明として、「政府草案は、「現実的な不能」と「事實的不能」とを区別し、前者については政府草案第 275 条 1 項が妥当するのに対して、「事實的不能」は同項の問題ではなく、同条 2 項 1 文の問題とする。さらに、「経済的な不能」ないし「債務者にとっての単なる給付困難(Unerschwinglichkeit)」については、同項 1 文の問題ですらなく、これらは政府草案第 313 条(委員会草案 306 条)の「行為基礎の障害」の法理に委ねられるとする(BT-Drucks, 14/6040, S.129f.)。そこでは、契約改訂権・解除権は効果として認められているが、債務者に履行拒絶権は与えられない」とするものがあり参考になる(森田修・前掲注(74)88 頁)。

⁴⁷⁹ AnwK-BGB/Raab § 635 Rn.28.

⁴⁸⁰ この点について、森田修教授による指摘を参照。それによると、「委員会草案 275 条は、給付請求権の法律上の当然消滅をもたらすものではなく、債権者が援用して初めて効力を発生するタイプの抗弁である Einrede としての履行拒絶権を発生させるものとして構想されていたのに対して、政府草案 275 条 1 項は、不能による給付請求権の当然消滅をもたらし、これは債務者が援用しなくても考慮できるタイプの抗弁である Einwendung を生じさせることに

追完権及び注文者の追完請求権が消滅するわけではない。以下では、ア)第 275 条第 2 項による給付拒絶と、イ)第 635 条第 3 項による追完拒絶について検討する。

ア)第 275 条第 2 項

i)規定の趣旨

債務法現代化法前においては、旧第 633 条第 2 項第 3 文が、追完についての過大な費用 (unverhältnismäßigen Aufwand) について規定していた。債務法現代化法のドイツ連邦議会 (Deutscher Bundestag) の立法理由書によると、債務法現代化法によって新設された第 275 条は、内容において、この旧法第 633 条第 2 項第 3 文とパラレルに位置付けられる⁴⁸¹。したがって、現行法第 275 条第 2 項第 1 文による、「債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らして、給付をすることが債権者の給付利益と比較して著しく均衡を失するような出費を要する」ことは、旧法第 633 条第 2 項第 3 文の「過大な費用を必要とする」ことの具体化であると解される⁴⁸²。第 275 条第 2 項第 1 文の規定の趣旨及び目的は、債務者が、自己の債務を提供することについて、分別のある人が行うべきでない費用を必要とするような場合に、そのような給付を義務づけられないということにある。したがって、第 275 条第

なった (BT-Drucks, 14/6040, S.128f.)。政府草案 275 条 2 項の方は、委員会草案 275 条と同じ Einrede としての履行拒絶権を発生させるにとどまるが、この変更によって、「履行義務の限界」の制度には、異質な効力と構成とをもつ解放事由が認められたことになる。」(森田修・前掲注(74)87、88 頁)。つまり、この説明によると、第 635 条第 3 項と第 275 条第 2 項については同様の Einrede が生じる点では共通する。

⁴⁸¹ BT-Drucks.14/6040 S.265 ; MünchKommBGB/Busche, § 635 Rn.30.

つまり、この説明によれば、従来の請負法における旧第 633 条第 2 項第 3 文の規定は、一般給付障害法である 275 条 2 項として債務法現代化法に取り込まれたという。このことは、旧第 633 条第 2 項 3 文の「過大な費用(unverhältnismäßigem Aufwand)」が、同じ請負法の規定である第 635 条第 3 項では、「過大な費用(unverhältnismäßigem Kosten)」とされ、275 条が、"Aufwand"としている点からも読み取れる。しかし、"Kosten"と"Aufwand"の使い分け及びその含意については明らかではない。わが国の文献では、いずれも「費用」と訳出されていることから、括弧書きで原語を示すことにした。

⁴⁸² MünchKommBGB/Busche, § 635 Rn.30. この点、旧法において散在していた、債権者に法的救済を与えることが債務者にとって過大な負担となるときにこれを拒絶することを認める思想は、旧法において第 251 条 2 項、第 633 条 2 項 3 文、第 651c 条 2 項 2 文などに散在しており、これを第 275 条第 2 項 1 文が受容したとの説明として、渡辺達徳「ドイツ債務法現代化法における一般給付障害法 債務者の給付義務からのアプローチ」下森・岡編・前掲注(319)59 頁も参照。

2項は、そのような限度として存在する例外を定めたものであると理解される⁴⁸³。

ii) 過大な費用の決定

追完に要する費用が、瑕疵除去によって実現される結果に対して正当化できる関係にならない場合に限り、過大な費用が判断される⁴⁸⁴。瑕疵除去の費用については、金額上の費用だけでなく、金銭的価値を把握することのできる労務や、その他の人的な努力も解釈によって含まれうる⁴⁸⁵。なお、ここでの費用は、瑕疵損害を除去するための費用であり、瑕疵結果損害の除去に要する費用は含まれない⁴⁸⁶。

この瑕疵除去費用の過分性について、契約によって合意した仕事の報酬は意味を有さない。瑕疵除去のための費用が、取り決めた仕事の報酬に対して不経済であるか否かは考慮すべきものではなく、あくまで、給付のための費用と、債権者の利益との関係における経済性が考慮される。

iii) 重大な不均衡(Missverhältnis)

瑕疵除去に要する費用と、それによって実現しうる結果が著しい不均衡にあるかどうかは、注文者の給付利益が決定的な基準であり、このとき、精神的な(immateriell)利益も意味を有する⁴⁸⁷。注文者の客観的な給付利益についての基準は、契約上合意した仕事の性状及び契約によって前提とした使用である⁴⁸⁸。瑕疵を原因として、その仕事の機能や使用の適性が損なわれた場合には、瑕疵の除去によって達成される結果は重要かつ重大であることから、そのために必要不可欠な費用の過分性は原則として認められないことになる。費用の過分性が問題となる場合として、一般に、仕事の機能や使用適性に関わらない、美的な欠陥(Schönheitsfehlern)がしばしば問題になる。しかし、その点でも、その仕事の美的な要素が、契約によって特別な意味を与えられている場合には、注文者の給付利益として重要であるといえる。つまり、この不均衡についての判断については、一定の価値判断と

⁴⁸³ MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.30.

⁴⁸⁴ Vgl. MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.31.

⁴⁸⁵ BT-Drucks.14/6040, S.130.

⁴⁸⁶ したがって、例えば、建築家契約の場合には、設計の瑕疵の修補のための費用であって、設計の瑕疵によって引き起こされた建築物に生じた瑕疵を取り除くための費用は、ここでの費用の算出には含まれない。旧法第 633 条第 2 項 3 文の適用事例であるが、BGH NJW 2002, 3543.

⁴⁸⁷ MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.33.

⁴⁸⁸ 旧法の適用裁判例ではあるが、BGH NJW-RR 2002,661.

しての境界は存在せず、個別の事例ごとに判断されることになる⁴⁸⁹。

iv)請負人の帰責性(Vertretenmüssens)⁴⁹⁰の評価

第 275 条第 2 項第 2 文は、「債務者に期待されるべき努力を確定するに際しては、給付が妨げられていることにつき債務者に帰責事由が存するかどうかも考慮する。」と規定している。この債務者の帰責性が、給付義務の排除においてどのような意味を有するかについて、第 275 条 2 項 1 文による費用の過分性の境界が、同 2 項 2 文により、さらに高められるか、もしくは低下させるかのいずれかであると理解されている⁴⁹¹。これについては、第 275 条 2 項 1 文が、上述したように、限界的な例外事例を定めたものと理解されていることから、第 275 条 2 項 2 文の趣旨は、債務者に帰責性がない場合に、第 275 条 2 項 1 文の限界を引き下げることでありと解される⁴⁹²。つまり、給付障害が債務者の責めに帰すべきでない場合においては、債権者の給付利益に対する、給付費用のわずかな不均衡であっても、過分性による抗弁が認められる可能性がある。しかし、これに関して注意すべき点として、追完請求権は、それ自体、請負人の帰責性に依存することなく存在するのであり、ここでの請負人の有責性は、追完費用の過分性の考慮において生じるにすぎず、請負人の本来の給付義務自体を排除する機能を有するものではない。

⁴⁸⁹ MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.33. 第 251 条第 2 項についての判断から生じる裁判例は、第 275 条第 2 項による請負人の給付拒絶権について転用されない。

⁴⁹⁰ ドイツにおける債務法現代化法では、旧第 276 条第 1 項の故意・過失概念に代えて、債務不履行に加え、債務者の責任を基礎づけるものとして、Vertreten-Müssen という新たな要件が置かれている。この概念について、Huber の鑑定意見に関する検討においては、森田修・前掲注(74)74 頁以下は、「債務者が契約にしたがって、考慮にいれ、回避し、克服すべきことを義務づけられていないような事情については、そのような事情に基づいて生じた不履行について責任を負わない」という免責要件であるとし、「確かに故意・過失という債務者の主観的悪性に限定されたものではなく、契約の内容によって客観的に決まるものではあるが、なお不履行と区別されたもの」と説明している。なお、ドイツにおける帰責事由の意義については別個検討を要する問題である。さしあたりこの点についての論考として、カール・リーゼンフーバー(渡辺達徳訳)「債務不履行による損害賠償と過失原理」民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』(信山社、2009 年)241 頁以下、渡辺達徳「帰責事由」比較法研究 71 号(2010 年)154 頁以下、田中教雄「債務不履行における過失責任の原則について」法政研究 78 卷 1 号 168 頁(2011 年)、長坂純「ドイツ給付障害法における「義務違反」と「帰責事由」—損害賠償の成立要件に関する一視座—」滝沢昌彦ほか編『民事責任の法理 円谷峻先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015 年)35 頁を参照。

⁴⁹¹ MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.34 ; BT-Drucks.14/6040 S.130.

⁴⁹² MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.34.

イ)第 635 条第 3 項

第 635 条 3 項は、第 275 条 2 項及び 3 項の場合に並んで、追完が過大な費用(Kosten)によってのみ可能である場合にも、請負人は正当に追完を拒絶することができるとしており、売買法における第 439 条 3 項と類似している⁴⁹³。なお、売買法との違いとして、売買法においては、追完の方法について買主が選択権を有していることが顧慮されていることから、第 439 条 3 項の基準をその点の考慮なしに請負契約法に転用することはできない。

ここで、上述したように、第 275 条 2 項が、給付義務の排除についての限界を定めているのに対して、第 635 条 3 項の位置付け及び第 275 条 2 項との関係が問題になる。この点について、第 635 条 3 項の規定の趣旨は必ずしも、法律上直接ないし法律上の要素から明らかではないとされており、学説による解釈がなされている。まず、債務法現代化法の立法理由書によると、第 635 条 3 項は、旧第 633 条第 2 項第 3 文を引き継ぐ規定として位置付けられるのではない。上述したように、旧第 633 条第 2 項第 3 文は、旧第 251 条 2 項の規定と並んで、むしろ、現行第 275 条 2 項の規定のモデルとされている⁴⁹⁴。そこから、第 635 条 3 項は、旧第 633 条第 2 項第 3 文からは区別すべきであるとされ⁴⁹⁵、モデルとなる旧法の規定のない、債務法現代化法によって編入された規定とされている⁴⁹⁶。

第 635 条 3 項は、給付の過分性について、追完の観点から直接に規定しているという点で特別な機能があるとの指摘がある⁴⁹⁷。Raab によれば、追完の過分性の判断は、危険の移転の後で、すなわち、請負人が仕事を完成しているか、少なくとも、請負人自身の認識によれば(引取りの際には、さらに注文者の認識によっても)、瑕疵なく仕事が製作された時点における注文者と請負人の利益状況の考量によってなされるという点で、第 275 条 2 項が把握する時期において存在する利益状況とは異なるという。追完の過分性は、製作段階が終了したのちに発見された瑕疵について、すでになされた労務を前提として判断される

⁴⁹³ 売買契約における追完拒絶に関しては、今西・前掲注(144)1046 頁以下、青野博之「売買目的物の瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去—ドイツ民法における追完請求」駒澤法曹第 1 号(2005 年)27 頁、田中宏治・前掲注(461)106 頁等を参照。また、ドイツ売買法の追完請求権について詳細な検討を行うものとして、田中洋・前掲注(474)も参照。

⁴⁹⁴ BT-Drucks S.265.

⁴⁹⁵ AnwK-BGB/Raab § 635 Rn.33.

⁴⁹⁶ MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.37.

⁴⁹⁷ AnwK-BGB/Raab § 635 Rn.35.

ことになり、通常、追完のための費用は、本来の製作費用よりも上回ることが予想される。そこで、一度仕事が完成され、引取がなされたような場合に、契約によって合意した性状からのすべての相違を理由に、請負人がすでになした製作の大部分を新たに実行しなければならぬとするのは妥当ではなく、第 635 条 3 項は、請負人に要求することのできる負担の限界を定めたものと解するべきであるとされる⁴⁹⁸。以上のことから、学説における多数は、第 635 条 3 項は、請負人の給付拒絶権を拡大するものであると解している⁴⁹⁹。したがって、第 275 条 2 項及び 3 項の原則によればなお給付が要求されうる場合について、第 635 条 3 項は介入すべきであるとされている⁵⁰⁰。

第 635 条 3 項の過分性においては、瑕疵のある状況における仕事の価値と、瑕疵のない状況における仕事の価値が、有力な基準となる⁵⁰¹。これは、単に客観的な費用-/価値-関係 (objective Kosten-/Wert-Relation) 次第であることを意味する⁵⁰²。第 275 条 2 項とは異なり、重大な不均衡は必要ではない。第 275 条 2 項との判断の違いとして、第 635 条の費用 (Kosten) が、瑕疵に関連するのに対して、費用 (Aufwand) は、請負人に関係すると表現される⁵⁰³。つまり、過大な費用 (Kosten) は、わずかな瑕疵を取り除くために高すぎ、行う価値がない場合に生じるのに対して、過大な費用 (Aufwand) は、確かに、その費用はなされる価値があるが、請負人が、費やさなければならない費用として高すぎる場合に生じると説明される⁵⁰⁴。

ウ) 相対的過分と絶対的過分

売買においては、追完費用の過分性について、「相対的過分」と「絶対的過分」という観念がされており、相対的過分とは、修補と代物給付の二つの追完方法を比較して、一方にかかる費用がもう一方に対して過分となる場合を指し、絶対的過分とは、ある一定の追完方法が、買主の利益に比べて不均衡となる場合を意味している⁵⁰⁵。このような相対的過分

⁴⁹⁸ AnwK-BGB/Raab § 635 Rn.36.

⁴⁹⁹ MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.38.

⁵⁰⁰ BT-Drucks 14/6040, S.265.

⁵⁰¹ Looschelders, a.a.O., (Fn.464), S.263.

⁵⁰² MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.38.

⁵⁰³ Staudinger /Peters/Jacoby, 2014, § 635 Rn.8.

⁵⁰⁴ Staudinger /Peters/Jacoby, 2014, § 635 Rn.8.

⁵⁰⁵ 売買における議論について、古谷・前掲注(328)97 頁以下を参照。また、請負と売買との

と絶対的過分の問題は、第 439 条 3 項におけるのとは異なり、請負法においては問題にならない⁵⁰⁶。請負人は、いずれにしても、より少ない費用での瑕疵除去を選択するのであるから、相対的過分の問題は請負契約の際には発生しない。

c) 追完の限界についてのまとめ

追完の排除については、第 275 条 2 項及び 3 項の規定を排除せず、第 635 条 3 項により、追完費用の過分性が認められる場合にのみ、請負人は正当に追完を拒絶しうる。このとき、上述したように、第 635 条 3 項と第 275 条 2 項との関係は、第 635 条 3 項が、一般規定である第 275 条 2 項に対して、「より低い限界(niedrigeren Schwelle)」を定めたものと解されていることから、給付義務の排除に比べて、追完の排除がより容易に認められるという関係にある⁵⁰⁷。これは、売買における第 439 条 3 項と同様であるが⁵⁰⁸、費用の過分性による追完の排除については、売買が、追完方法の選択権を買主に認めているのに対して、請負においては請負人に追完の方法が委ねられており、注文者は、追完のある一定の方法を請求することができるのではなく、ただ「追完」を求めることができるにすぎないという点から生じる違いに注意する必要がある。

以上のことから、追完拒絶について、まず、より低い境界である第 635 条 3 項が問題になる。したがって、實際上、第 275 条 2 項及び第 275 条 3 項は、補充的な役割を有するにすぎないとされる。このような請負人の給付拒絶権の追完段階における拡大は、債務法現代化による旧法からの変更点といえる。同時に、追完請求権の履行請求権の修正点として、

対比について、青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求—ドイツ請負法及び売買法—」駒澤法曹第 12 号(2016 年)77 頁以下も参照。

⁵⁰⁶ つまり、ここでの「過分性」は、個々の追完の方法を指すのではなく、単に、「追完」自体を指している。BT-Drucks 14/6040, S.265, Looschelders, a.a.O.,(Fn.464), S.264.

⁵⁰⁷ 売買法の第 439 条第 3 項について、古谷・前掲注(328)97 頁は、「売主としては一般に、BGB 439 条 3 項に基づいて、買主の選択した追完に過大な費用がかかるか否かを検討するが、補充的に BGB 275 条 2 項を考慮することは妨げられない。」と説明する。

⁵⁰⁸ この点について、渡辺・前掲注(1)36 頁は、「給付(Leistung)」に代わる「追完(Nacherfüllung)」の特殊性を反映した規定を瑕疵担保責任が内包しているとして、「何ら目的物が引き渡されていない履行遅滞の状態と異なり、瑕疵ある物が買主に引き渡されているゆえに、439 条 2 項から 4 号までにみられる特則を定める必要が生じることになる。たとえ瑕疵担保責任法を一般給付障害法の中に組み入れたとしても、いったん瑕疵ある物が買主に引き渡されているという瑕疵担保責任法の規律領域に照らして、こうした特則を置くことは必要である。」と指摘している。

追完の限界が本来的履行の限界とは異なる基準を置いていることを指摘することができる。

2. 自力修補(第 634 条第 2 号、第 637 条)

(1) 権利の内容

一般給付障害法に対する瑕疵担保責任の特殊性の一つとして、注文者の救済手段に自力修補権が置かれている。なお、これは売買法には規定がないことから、一般給付障害法に対する特殊性であるとともに、多くの点で共通している売買法に対する請負法の特徴的な規定であるといえる⁵⁰⁹。

注文者は、彼が、請負人に、あらかじめ追完のための効果のない期間を置き、かつ、請負人が追完の拒絶についての権利も有さない場合には、仕事の瑕疵を、自分自身で取り除き、また請負人に、それに要した費用の賠償を要求することができる(第 637 条 1 項)。期間の設定は、第 323 条 2 項(第 637 条 2 項 1 文)ならびに、追完の失敗又は注文者に対して要求できない場合(第 637 条 2 項 2 文)には不必要である。この自力修補についての権限は、その実施について、前払いも要求することができる(第 637 条 3 項)。以上から明らかのように、自力修補は、「自分自身による追完」であり、請負人の追完と並んでは存在しえない。したがって、注文者が自力修補を行うことは、請負人の追完権を排除することを意味する⁵¹⁰。反対に、瑕疵が追完によって取り除けない場合(第 275 条 1 項)、又は、請負人に正当な追完拒絶権が認められる場合は(第 275 条 2 項、3 項、第 635 条 3 項)、自力修補権も注文者に与えられない。

自力修補の方法で仕事の瑕疵を取り除くことが不首尾に終わった場合でも、注文者は、自分自身が瑕疵除去の失敗について責任を負うべきではない範囲に限り、請負人に、引き続き損害賠償、場合によっては解除又は減額の権利を主張することができる(第 280 条 1

⁵⁰⁹ 自己による瑕疵の除去とそれに要した費用の賠償については、請負のほか賃貸借の箇所に規定がある(BGB 第 536a 条第 2 項)。売買についても自力修補を認めても良いとする見解もあるが、ドイツの立法者は、請負契約及び賃貸借契約とは異なり、意識的に自力修補の導入を行わなかったとされている。これについて、インゴ・ゼンガー(古積健三郎訳)「判例における「新しい」売買法—2002 年から 2006 年」インゴ・ゼンガー(古積健三郎/山内惟介編訳)『ゼンガー教授講演集 ドイツ・ヨーロッパ民事法の今日的諸問題』(中央大学出版部、2007 年)44 頁参照。

⁵¹⁰ MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.16.

項2文、第323条6項)。追完の際と同様に、注文者が、自力修補に並んで、第280条1項により、自力修補によって補償されない損害の賠償も要求することができる。例えば、自力修補に対しても存在する、利得損失(Verdienstausfall)が可能である。原則として、遅滞損害の賠償についての請求権も、問題になる(第280条1項、2項)。これらは、注文者が、請負人に、追完のための期間を置かなかつたが、請負人が、その立場において損害を追完によって取り除いた場合には、むしろ存在しない。

なお、自力修補による費用の償還は、あらかじめ用途が決められて使用され、償還される点で、給付に代わる損害賠償と異なる⁵¹¹。したがって、自力修補費用について前払い請求権を行使した注文者が瑕疵の除去を行わなかつた場合には、請負人からの返還請求が認められる場合がある⁵¹²。

(2) 追完期間を置かない自力修補の可否

以上の自力修補権について、追完期間を置くことなく、注文者が自ら瑕疵を除去した場合に、請負人と注文者の権利義務関係はどうなるかという点について、請負人の追完の権利が存在するにもかかわらず、注文者が自己において瑕疵除去を行った場合、請負人に対して、瑕疵除去に費やした費用を償還請求することはできないという⁵¹³。なお、請負人がこれによって免れた費用について、不当利得によって請求できるかどうかは別に問題となる⁵¹⁴。この点、売買に関しても同様の議論があり、追完のための期間を定めず又は期間の徒過前に買主が自ら瑕疵を除去した場合⁵¹⁵、買主は解除権、損害賠償請求権及び代金減額権を行使することができなくなるとしている⁵¹⁶。また、田中宏治教授は、買主は、自身の

⁵¹¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl, 2014, S.272.

⁵¹² Münchener KommBGB/Busche, § 634 Rn.16 ; BGHZ105,103 ; BGHZ110,205.

⁵¹³ Staudinger /Peters/Jacoby,2014, § 634 Rn.40.

⁵¹⁴ Staudinger /Peters/Jacoby,2014, § 634 Rn.40.

⁵¹⁵ 古谷貴之准教授は、これを「追完の自己実施」と述べている。古谷・前掲注(332)80頁を参照。

⁵¹⁶ BGHZ 162, 219=NJW 2005, 1348 は、追完請求をしなければ填補賠償請求を認めないとした。この点について、田中宏治「ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補」阪大法学 55巻3=4号 857頁、同・前掲注(461)93頁以下、青野・前掲注(493)27頁、同「買主の不当な瑕疵修補請求に対する売主の損害賠償請求」駒澤法曹第5号(2009年)39頁、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『二一世紀判例契約法の最前線』(判例タイムズ社、2006年)521頁、同「ドイツ法—シンポジウム『債務不履行—売買の目的物に瑕疵がある場合の買主の救済』」比較法研究 68号(2007年)6頁、渡辺・前掲注(1)30頁も参照。

修補による修補費用に関して、売主が負わなければならなかった修補を免れたことによる利益の償還(第 326 条 2 項後段)を請求できるかという問題が判例によって否定されることを示し、判例及び学説の検討により、買主に第二次の権利が認められないという不利益は、修補についての売主に対する催告の不存在という事実によってではなく、「売主に追完の機会を与えるという買主の義務(Obliegenheit)の違反によって」正当化されるべきであると指摘されている⁵¹⁷。

3. 解除権

(1)権利の内容

第 634 条 3 号により、注文者は、仕事に瑕疵がある場合に契約を解除する権利が与えられている。それにより、一般の給付障害法の解除規定である、第 323 条及び第 326 条 5 項が適用され、第 346 条以下の解除の法的効果に従う。この解除権は、形成権であり、旧法における注文者の解除(Wandelung)から変更されている⁵¹⁸。仕事の瑕疵が取り除ける場合、注文者は、請負人に対する追完のための期間の設定と、その効果のない徒過により、解除権を行使することができる(第 634 条 3 号、第 323 条 1 項)。なお、第 323 条 2 項の要件のもとでは、期間の設定は要しない。これ以外に、第 636 条により、請負人が、追完を拒絶した場合、追完が達成されなかった場合、又は、注文者に期待することができない場合には、期間の設定は不要である。

(2)解除権の排除

解除権は、義務違反が重大でない場合(Unerheblichkeit) (第 323 条第 5 項第 2 文)には排除される。なお、義務違反が重大でないとして解除が排除される場合でも、その他の第 634 条以下の注文者の権利は行使しうる。また、第 323 条第 6 項により、注文者に、自己が解除権を有したであろう事情について、すべて又は主たる責任を負うべき場合、解除は排除される。このときの請負人と注文者との原因に対する責任関係は、第 254 条に従い、慎重に考量される必要がある⁵¹⁹。

(3)建築契約における特殊性

⁵¹⁷ 田中宏治・前掲注(461)93 頁以下参照。

⁵¹⁸ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.18.

⁵¹⁹ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.22.

解除権は、建築請負の分野において、実際上の意義を有しないとされる⁵²⁰。建築請負約款として機能している VOB/B は、仕事の瑕疵に対する注文者の請求権に関する規定で、解除について全く言及していない。旧法における議論では、かつての解除(Wandelung)の請求権は、VOB/B が適用される契約においては原則として排除されるとの見解が多数であった。BGB の債務法改正に伴う VOB/B の 2002 年の改正において、DVA(ドイツ請負契約委員会)は、解約告知(Kündigung)と解除(Rücktritt)の規定における目的の共通性を考慮して、建築契約における解除規定の創設の意義はわずかであるという理由から、やはり解除権の規定を見合わせた⁵²¹。

(4)請負における解約告知(Kündigung)との関係

瑕疵担保責任の救済手段ではないが、請負契約の解消については、特別な解約告知権が認められていることが重要であるため、ここで述べておく。請負は一般に継続的債務関係(Dauerschuldverhältnis)ではないとされており、それゆえに重大な事由に基づく継続的債務関係の解約告知について規定する第 314 条は直接には適用されない。しかし、請負契約における仕事の製作がしばしば長期間を必要とすることから、法律は、両当事者に契約の予定より早い終結を可能とする。第 649 条 1 文は、注文者に自由な解約告知権を与える。このとき契約は将来に向けて解消されるが、一方で、注文者は、請負人に、第 649 条 2 文により、すべての報酬を支払う義務を負う。このとき、第 326 条 2 項 2 文、第 615 条後段、第 642 条 2 項及び第 648a 条 5 項 2 文と同様に、請負人が契約の解消によって免れた費用及びそれ以外の利益が考慮に入れられる必要がある。この注文者による自由な解約告知権に並び、注文者には重大な理由による解約告知権が置かれている⁵²²。このとき、請負人の報酬請求権は第 649 条 2 文によらず、すでになした給付の報酬だけを要求することができる⁵²³。このような権利が注文者に認められる根拠については、学説上見解が一致しているわけではないが、第 314 条の法意から、一定の期間継続性を有する請負契約についても類似の規定の適用が正当化されるとされている⁵²⁴。なお、請負人による解約告知は注文者に対して自由には認められず、第 643 条により、注文者が、第 642 条によるその協力義

⁵²⁰ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.33.

⁵²¹ Vgl. MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.33.

⁵²² AnwK-BGB/Raab, § 649 Rn.32 ; MünchKommBGB /Busche , § 649 Rn.32.

⁵²³ Vgl.BGH NJW, 1972 ; NZBau 2002, 621.

⁵²⁴ MünchKommBGB /Busche , § 649 Rn.31 ; Looschelders, a.a.O.,(Fn.464), S.273.

務(Mitwirkungsobliegenheit)に違反した場合に特別に認められている。

建築請負契約のように継続性を有する仕事に瑕疵があった場合においては、解除よりもむしろ、この重大な事由による解約告知権が重要なものとして位置付けられるといえる⁵²⁵。

4. 減額(第 634 条第 3 号、第 638 条)

(1) 解除との関係

減額は、債務法現代化法により、解除と同様に形成権として規定された。この点で旧法と区別される。取り除くことのできる瑕疵の場合には、他の救済手段と同様に、原則として、効果のない追完期間の徒過を前提とする(第 323 条)。瑕疵の除去が不可能な場合には、当然に必要なではない(第 323 条第 5 項)。

また、請負契約の仕事が無価値な場合には、判例は、請負報酬額をゼロにすることができるとする⁵²⁶。この場合には、報酬減額権を行使した結果、解除の場合と同様の効果が発生することになる。このように、減額と解除は効果の面で類似するが、解除との要件上の違いとして、重大な義務違反は必要ではなく、したがって、ささいな瑕疵について解除が排除される場合でも、減額は可能である点が重要である。

一方、減額については、解除に関する第 325 条の規定に比較しうる規定を欠いており、しばしば、損害賠償との適用関係について議論になる。Busche は、解除と異なり、注文者は、減額に並んで給付に代わる損害賠償を主張することができないとする⁵²⁷。これは、減額権の行使により注文者の履行請求権が消滅することを理由とするとされる。なお、減額権と給付に代わる損害賠償の並存については学説上見解が分かれている⁵²⁸。Busche は、解除と異なり、減額は、損害賠償に比較しうる補償機能を有しているとする⁵²⁹。そこから、減額によって補償される範囲で損害賠償請求権は排除され、反対に減額によって補償され

⁵²⁵ この点について、ペーター・シュレヒトリーム(岡孝訳)・前掲注(327) 684 頁以下においても、「重大な理由にもとづく継続的關係の告知も、解消に向けられている給付障害を理由とする一つの法的救済として、この関係ではとり出すことができるだろう」とされている。

⁵²⁶ BGHZ 42, 232(234).

⁵²⁷ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.34.

⁵²⁸ これらの請求権が並存するとの見解として、Derleder, Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln, NJW 2003,998(1002).

⁵²⁹ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.34.

ない瑕疵や注文者のその他の法益に対して生じた損害賠償は残るとされる。

(2)減額の算定

旧法では、報酬減額を算定する際の価値の基準時について、売買は旧第 472 条に契約締結時とする規定があったのに対し、請負には規定がされておらず、売買と同様に契約締結時とする見解と、引取り時とする見解が対立していた。この点、現行法第 638 条第 3 項は、請負契約においても売買と同様に、契約締結時を基準とすることを明らかにした⁵³⁰。それでもなお、請負における減額の正確な算定はなお困難な問題であるとされている。売買における報酬減額の算定は、減額される代価を X とした場合に、「締結時における瑕疵のない状態の物の価値(a)」(取引価格)と、実際の瑕疵ある状態の物の価値(b)を比較し、売買代金(p)を引き下げるとしている(441 条 3 項)⁵³¹。これを方程式で表すと、 $X = p \times b / a$ となり、代金をいまだ支払っていない場合には、減額後の価格である X を支払う義務を負い、代金を既に全額支払っている場合では、売買代金(p)から X の額を差し引いた額(p-X)の返還請求権が生じることとなる。

請負における報酬減額の算定方法については、次のような方程式が示される。報酬から減額される価値を X とする。

$$\frac{X}{\text{合意した報酬(vereinbarter Werklohn)}} = \frac{\text{実際の(瑕疵ある状態の)価値(realer Wert)}}{\text{あるべき価値(Sollwert)}}$$

$$X = \frac{\text{合意した報酬(vereinbarter Werklohn)} \times \text{実際の価値(realer Wert)}}{\text{あるべき価値(Sollwert)}}$$

売買の場合と異なり、請負では契約締結時において物が存在していないのであって、算

⁵³⁰ なお、債務法改正委員会の最終報告書における草案第 638 条第 3 項では、旧法と同様に基準時についての規定はなく、請負契約は仕事の完成を目的とする契約であり、その仕事は契約締結時には存在せず、完成してはじめて瑕疵の有無が分かるため、仕事の価値についての基準時を契約締結時とすることはできないことがその理由であるとの指摘があった。下森定・岡孝編・前掲注(319) [青野博之]174 頁、花立文子『建築家の法的責任』(法律文化社、1998 年)137 頁参照。

⁵³¹ 報酬減額の算定方法については、議論のあったところであり、政府草案では売買代金と瑕疵ある物の価格との比較によるとされていたが(政府草案 441 条 3 項)、新法では、旧第 472 条第 1 項の規定に戻し、取引価格と実際の瑕疵ある物の価格を比較し、売買代金から差し引くこととした過程がある。これについては、市場価格よりも安く購入をしたような場合に、買主の才覚を代金減額に反映でき、当事者意思にかなうとして支持されていると説明される。岡孝編・前掲注(317) 114 頁。

定の際にはより困難な問題が生じる。実際には、瑕疵ある状態の価値(realear Wert)と、仕事のあるべき価値(Sollwert des Werk)は鑑定によって算定される⁵³²。仕事のあるべき価値(Sollwert)は、瑕疵のない状態であって、それは主観的ではなく、客観的に把握される。また、反対の状況証拠のない限り、あるべき価値を合意した報酬額と同一視することも可能である⁵³³。また、契約で定めた塗装と色が異なるなど、目的物の価値自体に影響を及ぼさないような瑕疵の場合には、その瑕疵を取り除くために費やした額が、報酬減額の算定において信用できる根拠となりうるとする。この点、VOB/B が適用された建築請負契約における減額の算定方法について⁵³⁴、連邦通常裁判所 1972 年 2 月 24 日判決(BGHZ 58, 181)は、売買と請負の相違として、売買が契約時にすでに存在している、確定した物の給付を求めるのに対し、請負においては、物を作り出すことが仕事の内容であり、将来において物が発生する点を挙げ、売買における旧第 472 条が、瑕疵のない状態での物の価格と瑕疵のある物の価格に応じて契約で定めた代金を減額するとしていることは、建築請負契約には適用できないとする。その理由として、建築物が建築請負契約締結時において未だ存在しておらず、契約締結時に提示した価格には後から追加して見積もられることもあるのであって、その時点において完成した建築物の代価として信用できる根拠はないとする。したがって、旧第 472 条が規定するところの、瑕疵のない状態を、「現実の価格(wirklich Wert)」における仕事の価値の比較とすることは、建築請負契約においては一般的に不可能であるとする。そして、建築請負契約では、契約終了時に仕事の目的物である建築物の価値が決定し、VOB/B 第 13 条によっても、引取り後に報酬減額権の行使が認められていることを理由として、仕事の完成、つまり、引渡し又は引取りにおける建築物の価値が問題となるとする。そして、報酬減額とは、引取りの時点において存在する瑕疵を取り除くために必要な額を報酬から差し引くことであり、必要不可欠な瑕疵除去かどうかという問題と関わることになるとした。この判例の見解は、BGB 契約においても参考となるとされている⁵³⁵。

なお、上述した給付に代わる損害賠償との並存の可否の問題は報酬減額の算定に関わる

⁵³² Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.113.

⁵³³ Staudingers /Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.113.

⁵³⁴ VOB/B では、VOB/B 第 13 条第 6 項に報酬減額の規定が置かれている。この規定は、BGB 第 638 条の規定に対して特殊性を有するものではなく、減額の算定についても同一の方法による。

⁵³⁵ Staudingers/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.115.

ことから、学説上議論の余地があり、いずれにしても実際上の報酬減額の算定には困難が伴う。

5. 損害賠償

(1)旧法からの変更

請負人は、第 631 条第 1 項、第 633 条第 1 項により、瑕疵のない仕事の製作及び調達を義務付けられる。請負人が、この義務を(一部)履行せず、瑕疵のある仕事をした場合には、義務違反(Pflichtverletzung)があり、請負人がこの義務違反について責任を負うべき場合(請負人に帰責事由がある場合。第 280 条第 1 項第 2 文)、注文者は請負人に対して損害賠償を請求することができる(第 280 条第 1 項第 1 文)。請負法における瑕疵担保責任規定である第 634 条第 4 号は、すべての債務法上の義務違反に関する規定として債務法現代化法により起草された第 280 条を参照するよう指示する。さらに、第 280 条は、他の規定への参照を規定している(第 280 条 2 項、3 項)。損害賠償請求権については、売買法における規定(第 437 条 3 号)と一致する。

第 634 条に規定されている他の救済手段と異なり、損害賠償請求権は、請負人の帰責事由(Vertretenmüssen)に依存する。Peters/Jacoby によれば、このとき、①請負人の義務に反した行動(pflichtwidrigen Verhalten)、②仕事の瑕疵、③請負人の義務違反(Pflichtwidrigkeit)と瑕疵の因果関係、④請負人の帰責事由(Vertretenmüssen)は区別されるという⁵³⁶。

旧法における一般給付障害法と、瑕疵担保責任法の関係における困難性は、とりわけ、請負の損害賠償に関して露呈していた。旧法における解釈論上、瑕疵損害と瑕疵結果損害を区別し、瑕疵損害と、いわゆる「密接かつ直接の(eng und unmittelbar)瑕疵結果損害」を旧第 635 条の体系のもとに置き、一方で、「遠い(entfernt)瑕疵結果損害」を積極的債権侵害の法制度に組み込むという、複雑で分かりづらい取り扱い⁵³⁷は、債務法現代化法により、第 281 条、第 283 条の一般規定にそれらすべての損害賠償請求権がまとめられたことにより解消された。しかし、ここで、第 280 条をみると再び瑕疵損害と瑕疵結果損害の区

⁵³⁶ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn124.

⁵³⁷ 旧法における判例理論について、ディーター・メディクス(河内宏＝河野俊行監訳)『ドイツ民法(上)』(信山社、1997年)344頁以下参照。

別が要求される。第 280 条第 3 項により、「給付に代わる損害賠償」、つまり、履行の位置に踏み込む損害賠償請求権は、第 281 条及び第 283 条の前提条件がある場合にのみ主張することができるかとされているからである。

(2) 瑕疵損害と瑕疵結果損害

仕事の瑕疵によって生じた損害賠償の範囲は、履行利益であるとされる⁵³⁸。そして、履行利益には、仕事の瑕疵がないことに限定されず、瑕疵結果損害が含まれるとされている。瑕疵損害と瑕疵結果損害は、修補又は新たな製作という追完によって回復されうるかによって振り分けられている。第 281 条第 1 項は、損害賠償請求権の主張について、追完のための期間の設定と、その徒過を前提としている。一方で、瑕疵結果損害は、追完によっては原則として取り除くことのできない損害とされている。例えば、瑕疵の存在を明らかにするために費やした鑑定費用や、使用損失(Nutzungsausfall)、瑕疵ある請負人の仕事によってその他の法益に生じた損害、さらに、追完のための期間によって本来予定していた完成期日を越えたことによって生じる遅延損害も、追完によっては補償されないため、瑕疵結果損害として追完請求権と並んで追及されうる⁵³⁹。

(3) 給付に代わる損害賠償

給付に代わる損害賠償請求権の主張は、成果のない追完のための相当期間の設定を前提とする(第 281 条 1 項 1 文)。「給付に代わる」損害賠償である以上、注文者がこれを請求した場合、追完請求権とは併存しえず、これは自動的に消滅する(第 281 条 4 項)。一方で、損害賠償請求権は、ドイツ法における伝統的な考え方の転換として、解除とともに主張することができる(第 325 条)。また、自力修補の権利は追完と同様の理由で排除されるが、減額については上述したように学説上見解は一致していない⁵⁴⁰。

なお、給付に代わる損害賠償の問題について、仕事の瑕疵が取り除けない場合、それが、契約の締結前にすでに生じていたのか、又は、契約締結後に生じたのかという点に関わってくる。というのも、前者の場合、損害賠償請求権は、第 634 条 4 号、第 311a 条 2 項に基づいて生じ、後者の場合には、第 634 条 1 号、第 280 条 1 項、3 項、第 283 条に基づい

⁵³⁸ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.37.

⁵³⁹ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.14.

⁵⁴⁰ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.39.

て生じる⁵⁴¹。

(4)大きな損害賠償と小さな損害賠償

損害賠償は、二つの場合に分けて計算される。その二つとは、瑕疵ある仕事を拒絶し、全部の契約不履行に対する損害賠償を要求する(「全部の給付に代わる損害賠償」)、いわゆる大きな損害賠償(第 281 条 1 項 2 文、3 文)と、仕事を維持したまま、瑕疵ある履行に対する損害賠償を要求する、いわゆる小さな損害賠償(第 281 条 1 項 1 文)である。

大きな損害賠償は、解除と同様の効果を有する。つまり、注文者は、瑕疵ある仕事の受け取りを拒絶する結果、すでに支払った報酬の返還を要求することができ、報酬支払義務を免れる。反対に、請負人は、すでに給付した仕事の返還を要求することができる(第 281 条 5 項)。また、要件として、解除と同様に、義務違反が重大でない場合には大きな損害賠償をすることはできない(第 281 条 1 項 3 文)。また、請負人の一部給付について、注文者がその一部について利益を有しない場合にのみ可能である(第 281 条 1 項 2 文)。

小さな損害賠償は、注文者が仕事を保持し、瑕疵ある履行によって生じた不利益の賠償を請負人に要求する。この不利益は、通常、瑕疵除去の費用や、仕事に残された価値の低下として生じる。

(5)費用賠償(Aufwendungsersatz)(第 634 条 4 号、第 284 条)

注文者は、売買法におけるのと同様に、第 634 条 4 号、第 284 条により、給付に代わる損害賠償に代えて、瑕疵のない仕事を入手することについての信頼に基づいて支出した費用の賠償を要求することができる。例えば、無駄になった注文者の準備費用が問題になる。

(6)自力修補による費用償還請求権との関係

自力修補の範囲における費用償還請求権に対する相違として、注文者の損害賠償請求権は、瑕疵が、実際に注文者によって取り除かれたかどうかには依存せず存在する⁵⁴²。つまり、注文者は、瑕疵除去のために必要な費用を損害賠償によって補償された場合、その金額を任意に使用することができる⁵⁴³。また、第 637 条第 1 項による瑕疵除去のために要した費用の補償に関する請求権は、請負人に、過大な費用を理由とする追完拒絶権が認められる場合、注文者に与えられない。このような制限は、第 634 条第 4 号による損害賠償請求権

⁵⁴¹ Medicus/Lorenz, a.a.O.,(Fn.511), S.275.

⁵⁴² MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.51.

⁵⁴³ Medicus/Lorenz, a.a.O.,(Fn.511),S.276.

には存在しない。この責任の厳格化については、自力修補における費用償還請求権に対して、損害賠償請求権が請負人の過失を要件としていることを理由に正当化されるといふ⁵⁴⁴。

6. 瑕疵担保責任における時効

瑕疵担保責任の特則性として、通常の時効規定とは異なる独自の時効規定が置かれている。2002年の債務法現代化法では時効法の大幅な改正がなされているが、請負の瑕疵担保責任における時効規定も変更を加えられ、第634a条を新設する形で、瑕疵担保責任に特別の規定が残された。第634a条は、注文者の認識に依存しない客観的な時効の開始と、通常の時効より短期の期間を規定している。第634a条の時効規定についても、売買における瑕疵担保の時効とパラレルな規定となっている。

なお、請負における債務法現代化の意義として、かつての瑕疵結果損害についての困難な時効期間の適用状況が解消されたことが挙げられる。現行法のもとでは、損害の種類に関係なく、仕事の瑕疵に起因するすべての損害が第634a条の時効期間に服する。

第634a条に直接に服する注文者の請求権は、追完請求権、自力修補による費用償還請求権及び損害賠償請求権である。一方、解除及び減額は、形成権であるとされることから時効に服しないとされるが、その構造上の問題から、それらの請求権もまた、追完請求権の時効を(場合によっては擬制して)援用することによって無効とされるとの解釈が示されている⁵⁴⁵。

四 小括

第634条以下に規定される注文者の救済手段は、請負契約に瑕疵があることに加えて、それぞれの請求権ごとに要件が異なる(以下の表を参照)。全体的な点として、上述したように、自力修補、解除、減額、損害賠償について注文者が請求するためには、追完のための期間を置かなければならないことから、追完が第一の救済手段として優先する。そこで、請負の仕事に瑕疵があった場合の救済手段について、まず追完による瑕疵修補が可能かどうかという点が問題とされる⁵⁴⁶。取り除けない瑕疵の場合には、追完のための期間を置く

⁵⁴⁴ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.51.

⁵⁴⁵ Medicus/Lorenz, a.a.O.,(Fn.511),S.278.

⁵⁴⁶ ドイツにおける主要な教科書は、請負の仕事に瑕疵があった場合の注文者の救済手段を検

必要はなく、追完は排除され、これに伴って、注文者による追完である自力修補の手段もまた排除される。この追完の排除は、物理的な不能の場合(第 275 条 1 項)だけではなく、事実上の不能による正当な追完拒絶の場合(第 275 条 2 項、第 635 条 3 項)も含まれる。

一般給付障害法による責任追及との相違について、請求権の特別な時効期間以外にもいくつかの点で瑕疵担保責任における特則性が存在する。瑕疵担保責任の内容をみると、まず、注文者による自力修補は請負の瑕疵担保責任についてのみ存在する救済手段である。また、報酬減額権も、一般給付障害法には規定がない。一般給付障害法との関係で重要な点は、追完請求権と履行請求権の関係である。従来から瑕疵担保責任における追完請求権の履行請求権との関係について学説上議論がされてきた。上述したように、追完請求権は、「修正された履行請求権」である点でおおよそ学説の見解は一致し、追完請求権が瑕疵のない仕事の完成を追及するという点では履行請求権と目的を同じくする。これらの違いは、その限界づけの判断において見出される。第 275 条 1 項の物理的不能以外にも、履行請求権及び追完請求権の正当な拒絶権が請負人に認められる場合がある。上述したように、追完請求権の限界として、請負人の正当な追完拒絶は、履行請求権の限界である第 275 条 2 項に比べて広く認められる。これに伴って、仕事の瑕疵に基づく解除及び損害賠償に関して第 636 条に追完のための期間の設定を要しない特則が置かれている。したがって、追完請求権は履行請求権に対して確かに異なる性質を有しており、その他の点も含め瑕疵請求権は一般給付障害法に対する特則性が認められる。なお、追完請求権と履行請求権の関係はドイツの学説上統一の見解に至っているわけではない。それは、瑕疵担保責任法と一般給付障害法の適用の境界をどのように画し、いつから瑕疵請求権を適用可能とするかという議論にも表れている。かつての議論では、再履行たる新たな製作が瑕疵担保責任法では認められないことを瑕疵担保責任の特則性と解し、その根拠を「引取り」というモメントによる請負人の責任の制限に見出すという Korintenberg の見解が通説とし位置付けられていた。瑕疵担保責任の特則性があるとした場合に、その特則性がどのような点を理由と

討するうえで、まず、取り除ける瑕疵(Behebbarer Mangel)か取り除けない(Nicht behebbarer Mangel)瑕疵かが区別されなければならないとする。Looschelders, a.a.O.,(Fn.464), S.261; Medicus/Lorenz, a.a.O., (Fn.511), S.281. また、Medicus/Lorenz,a.a.O., (Fn.511), S.267, S.281 は、取り除ける瑕疵の場合を、「性質上の遅れ qualitativer Verspätung」、瑕疵が取り除くことができない場合を、「性質上の不能 qualitativer Unmöglichkeit」が存在すると表現する。

して置かれているのかが次に問題となる。次節では、いくつかの点で一般給付障害法に対して特則性を有する瑕疵担保責任法がどの時点から適用することができ、また、そこではどのような要素によって一般給付障害法と異なる規定の適用が境界付けられるのかという点について検討する。

表・請負契約法における瑕疵担保規定の見取り図⁵⁴⁷

請負契約上の瑕疵担保(Die werkvertragliche Gewährleistung)		
I. 634 条の要件(Tatbestand)		
1. 請負契約		
2. 瑕疵(633 条)		
3. 有力な時点：引取り/仕事の完成(Vollendung) (640 条 1 項、646 条)		
II. 個々の瑕疵担保権の要件(Voraussetzungen)		
1. 追完 634 条 1 号、635 条 →634 条の前提要件の存在の際に請求権がある →場合によっては、275 条 1 項による排除(Ausschluss)又は 275 条 2 項、3 項、635 条 3 項による抗弁(Einrede)		
2. 自力修補/費用の補償 634 条 2 号、637 条 a)請負契約 b)633 条 1 項への違反 c)追完のための期間の成果のない徒過(637 条 1 項)もしくは 323 条 2 項の意味における 637 条 2 項に従った期間の設定の不必要	3. 解除/減額 634 条 3 号、323 条、326 条 5 項、636 条(減額については 638 条) a)請負契約 (= 相 関 的 な 契 約 gegenseitiger Vertrag) b)633 条 1 項への違反 (=契約通りでない給付もしくは質的な不能 qualitative Unmöglichkeit)	4. 損害賠償 634 条 4 号、280 条以下、636 条 a)請負契約 (=債務関係) b)633 条 1 項への違反 (= 義 務 違 反 Pflichtverletzung) c)場合によっては、これ以上の要件 (とりわけ、期間の設定、281

⁵⁴⁷ Looschelders, a.a.O.,(Fn.464), S.274f.の表を参考に作成した。

	c)場合によっては、これ以上の要件(とりわけ、期間の設定、323条1項)	条 1 項 又 は 催 告 (Mahnung)、286条1項 d) 帰 責 事 由 (Vertretenmüssen) (276条以下) e)損害 -原始的な不能について： 634条4号、311a条2項
III. 除外の要件		
1. 639条 契約上の責任除外 2. 640条2項 瑕疵の承知における留保のない引取り(634条4号に関わらない)		
IV. 時効 634a条 場合によっては218条		

第四節 第634条以下の瑕疵担保責任規定の適用時点－「引取り」の意義

一 はじめに

1. 問題の所在

これまで述べてきたように、債務法現代化法は、売買及び請負の瑕疵担保責任を、一般給付障害法における「義務違反」の一類型であると位置付けたが、なお瑕疵担保責任としての規定がそれぞれの契約の箇所に残されたことにより、旧法と同様に、一般給付障害法との関係をどう捉えるか、また、それらの適用範囲についての境界を置く必要があるかどうかという問題もまた残された。瑕疵担保責任が義務違反の一類型であることから、第634条以下の瑕疵担保責任規定が適用される限りで、一般規定の適用の余地は、瑕疵担保責任規定による参照以外には排除され、それ以降は第634条以下の規定のみが適用されることになるという点は学説上争われていない⁵⁴⁸(一般給付障害法の適用は遮断される)。また、仕事の引取りがあった場合には、それ以降瑕疵担保責任規定が適用される点についても異

⁵⁴⁸ AnwK-BGB /Raab, § 634 Rn.27 ; MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.3.

論はみられない。上述したように、旧法のもとで複雑な議論を生じさせていた瑕疵結果損害についての瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権と一般給付障害法に基づく損害賠償請求権の混在も債務法現代化法により解消されている。一方、第 634 条以下に規定される権利を、注文者がいつから行使することができるかという点は条文上明らかにされておらず、引取り前でも瑕疵担保責任規定が適用されるかどうか、それに伴って、「引取り」の時点にどのような意義を与えるかについて学説における激しい議論がある。

前節でみたように、第 634 条以下の瑕疵請求権は、いくつかの点で一般給付障害法と異なっている。条文上明らかなように、損害賠償及び解除について、第 634 条 3 号及び 4 号は、一般給付障害法の規定を参照する。一方で、そのような参照のない追完請求権、自力修補権、報酬減額権が一般給付障害法とどのような関係に置かれるのか、具体的には、瑕疵請求権に固有の責任追求手段が、引取り前にも注文者に与えられるのかという問題が現れる。

他方、条文上明らかな点として、引取りには多くの法的効果が結び付けられており、それゆえにこの時点は複数の面から重要な意義を有している。これらは主に注文者にとってネガティブな効果(報酬支払いの履行期の到来、危険の移転、瑕疵の証明責任の移転、瑕疵請求権の消滅時効の開始)であるといえ、これらの法的効果と、第 634 条の適用時期の問題がどのように関連づけられるのかという点も議論となっている。

ここで、仮に、引取り後にのみ瑕疵担保責任が適用されると解した場合には、「引取り」という時点がどのような意味を有し、そのような取り扱いが可能となるのかということが明らかにされる必要がある。この議論において、旧法下における通説とされる見解は、引取りという時点が瑕疵担保責任の適用開始時点としていたが、債務法現代化法も、引取りを両規定の適用を区分する時点として把握する見解が支配的であるとされている。なお、この見解も時的区分としての「引取り」に対して、いくつかの例外場面を認める⁵⁴⁹。一方、それらの適用範囲について引取りのような境界は必要ないとする見解も示されている⁵⁵⁰。また、引取りによる時的区分を原則とする見解も、引取りという時点にどのような意味を

⁵⁴⁹ Vgl. MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.3.

⁵⁵⁰ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.10 ; Weise, Mängelrechte vor der Abnahme, NJW-Spezial 2008,76 ; Maximilian Jordan, Der zeitliche Anwendungsbereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und der besonderen Gewährleistungsrechte beim Kauf-, Werk- und Mietvertrag, 2015.

与えているかは必ずしも一致しているとはいえない状況がある。連邦通常裁判所は、いまだこの問題について判断しておらず⁵⁵¹、学説上複雑な議論が生じている。

また、この理論上の問題は、引き渡し前に現れた給付義務違反の危険に対し注文者がとることができる法的手段という実際的な問題にも関係する⁵⁵²。引取り前、より具体的にいえば、履行段階においてすでに第 634 条以下に規定される注文者の権利を主張することができるかという問題が、旧法から議論の対象とされており、債務法改正委員会の最終報告により、この問題が認識されていたことが示されているにもかかわらず、いまだ学説・判例上未解決のままである。

以上の問題は旧法から続く論点であるが、債務法現代化法以降、この議論において新たな展開がみられる。なお、この問題については、①瑕疵担保責任規定と一般給付障害法に対する規定内容の違いをどのように捉えるか、それに伴って、②瑕疵担保責任規定が一般給付障害法とは別に置かれている趣旨をどのように解し、両責任の関係を限界づけるか(そこにはどのような要素が考慮されるべきか)という点に議論の核心があるといえる。互いに関係し合うこれらの点について、以下でみるように、ドイツにおける学説は一致していない。なお、厳密に言えば、このような状況は債務法現代化法をきっかけとしてはじめて生じたというわけではなく、改正に至るまでの判例理論における転換もまた影響している(後述するように、具体的には追完における新規製作を認めた 1985 年の BGH 判決(BGHZ 96, 111)である)。そこから、この議論において、とくに、瑕疵担保責任法と一般給付障害法との関係について、どのような点が問題となっているのかを確認する。

2. 検討の前提—引取りと危険の移転

BGB は、旧法から、仕事の引取りの機能を条文上規定し、それらは債務法改正によっても変更されていない。つまり、引取りは注文者の義務であり(第 640 条 1 項)、引取りの効果として、危険が移転し(第 644 条)、引取りの際に知っていた瑕疵について留保のない権利は喪失し(第 640 条 2 項)、報酬請求権は満期となり(第 641 条)、瑕疵担保責任の時効が

⁵⁵¹ この問題がなお未解決であることを指摘する判例として、BGH 2010 年 7 月 8 日判決(NJW 2010,3573=BauR 2010,1778); BGH 2011 年 2 月 24 日判決(NJW 2011,1224=BauR 2011, 1032); BGH 2013 年 6 月 6 日判決(NJW 2013, 3022)がある。

⁵⁵² そのような場面における債権者の手段、とりわけ解除について、ドイツ法を検討するものとして、松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』(有斐閣、2013 年)。

開始する(第 634a 条 2 項、旧法では第 638 条)。これらの引取りの効果と、瑕疵担保責任の適用開始時点とが関係するのか、それとも別の問題としてそれぞれに捉えられうるのか、学説は異なる見解を示している。

また、引取りについての第 640 条 2 項は、注文者が、仕事の瑕疵についての認識のもとで、これを留保することなく引き取った場合、第 634 条 1 号から 3 号までに規定される権利、すなわち、追完請求権、自力修補権、解除及び減額、また、同時に第 641 条 3 項による瑕疵の抗弁を行使することができないとする。しかし、法は、ここでの「瑕疵の認識」について、積極的な認識(positive Kenntnis)を要求する⁵⁵³。すなわち、注文者に重大な不注意(grobe Fahrlässigkeit)がある場合でも、瑕疵の認識について注文者の不利益としない。

第二節で確認したように、第 634 条に列挙される注文者の請求権は、第 633 条により、瑕疵があることを要件として生じる。この瑕疵の判断時点について、請負においては条文上明記されていない。これを、売買と同様に危険の移転時と解するのが支配的な見解であるが⁵⁵⁴、この点についても異論がある。

なお、「危険の移転」の意義は、誰が、仕事の偶然の滅失(すなわち、請負人にも注文者にも責任を負うべき事情のない滅失)の危険を負担するのか、という問題に関わる。この点、引取りまで請負人は、給付危険と対価危険を負うとされている。つまり、引取りまで請負人は、原則として新たな製作について義務を負い、滅失までに履行した仕事の部分について、報酬を要求することはできない。仕事の引取りにより、偶然の滅失の危険は、注文者に移転する(第 644 条 1 項 1 文)。その結果、引取り以降の仕事の偶然の滅失の場合、注文者は仕事の給付を失うが、報酬を支払わなければならない。なお、受領遅滞の場合には引取り前に危険が移転する(第 644 条 1 項 2 文)。一方、給付危険は、第 275 条による判断にかかる。第 275 条 1 項により、仕事が不能であるとされるか、第 275 条 2 項により、物理的には可能であるとしても、実際上の不可能を理由とする、給付拒絶権を有する場合、注文者の給付義務は排除されるが、結局、請負人は、第 326 条 1 項 1 文により、仕事の報酬支払請求権を失うことになる。

ここで、危険の移転と引取りとの関係について、「危険の移転時」をいつにするかということ自体が債務法現代化法に向けた改正委員会において議論されていたことに触れておく

⁵⁵³ Medicus/Lorenz, a.a.O., (Fn.511), S.277.

⁵⁵⁴ Medicus/Lorenz, a.a.O., (Fn.511), S.270,271.

必要がある⁵⁵⁵。1992年の債務法改正委員会草案の第640条、第641条により、引取りにかえて、「仕事の完成(die Fertigstellung des Werkes)」を危険の移転時とすることが提案されていたが、1994年の法曹大会でこの提案が否定され、危険移転の時期を現行法どおり引取りにすべきとの意見が可決された経緯がある⁵⁵⁶。

条文上明らかな引取りの効果

- ①瑕疵担保請求権の消滅時効は、引取りとともに開始する(第634a条2項)。
 - ②注文者は、仕事の目的物の性状により引取りが排除されない限りで、契約通り製作された仕事(vertragsmäßig hergestellte Werk)を引き取らなければならない(第640条1項1文)。本質的でない瑕疵を理由に、引取りは拒絶されえない(第640条1項2文)。注文者が、引取りの義務を負うにもかかわらず、請負人により定められた正当な期間内に引取りをしない場合は、引取りがなされたものと同様とする(第640条1項3文)。注文者が、瑕疵のある仕事を引取った場合、注文者が瑕疵の存在を知っていたときは、引取りの際に瑕疵を理由とする自己の権利を留保した場合に限り、第634条1号から3号に規定された権利が注文者に帰属する(第640条2項)。
 - ③報酬は、仕事の引取りの際に弁済期になる(第641条)。
 - ④引取りによって危険が移転する(第644条1項1文、第645条)。
(危険の移転は、受領遅滞によっても生じる。第644条1項2文)
- 以上の点について、引取りが観念されない場合は、仕事の完成(Vollendung)がこれに代わる(第646条)。
- 以上に加え、

⁵⁵⁵ この点について、ゲッツ・フォン・ラオスハール(花立文字子訳)・前掲注(317)217頁を参照。ここでは、瑕疵担保責任の適用時点の問題ではないが、引取りに結び付けられる法的効果との関係で旧法において問題となっていた点として、正当な理由なく注文者が目的物を受け取らない場合にどのような法的効果が生ずるのかについて規定されておらず、そのような場合にも消滅時効が進行し始めるのか、また、報酬の支払期限が到来するのかが明らかではないこと、また、請負人が引取りを明らかに主張することなく、また、引取りがなされていないにもかかわらず、請負報酬の支払いを訴えた場合にも困難な問題が生ずることが挙げられている。

⁵⁵⁶ 下森・岡編・前掲注(319)161頁を参照。また、高橋弘「西ドイツ法務省による債権法請負契約の改正提案規定－ハンス＝レオ・バイヤース教授担当部分」広島法学6巻1号(1982年)97頁も参照。

⑤引取りまでは、瑕疵がないことについて請負人が証明責任を負い、引取り以降は、注文者が仕事の瑕疵について証明責任を負う(第 363 条)。

【参照】BGB 第 363 条(弁済としての受領の際の証明の負担)

債権者が、弁済として提供された給付を弁済として受領した場合において、給付が債務の対象となっているものとは異なるため又は給付が不完全であったため、債権者がその給付に弁済としての効力を発生させることを望まないときは、証明の負担は、債権者が負う。

二 引取り前の第 634 条以下の適用に関する議論

以下では、一般給付障害法と瑕疵担保責任法との関係について、①時的区分に関する議論と、実際上の論点として議論の対象となっている、②引取り前の履行段階における注文者の権利に関する問題について、旧法における状況と、債務法現代化法以降の議論の状況を確認する。そこから、ドイツにおいてこれら規定の関係においてどのような点が問題となっているのかを明らかにする。

1. 旧法における議論状況

(1)旧法における一般給付障害法と瑕疵担保責任法の関係

旧法における一般給付障害法と、請負における瑕疵担保責任法との関係については、すでにいくつかの研究が存在するため⁵⁵⁷、ここでは関係する重要な点を確認する。まず、BGB の制定過程(ドレスデン草案)から、請負における仕事の瑕疵は、契約の不履行であるとの理解に立ち、請負契約の箇所に規定される瑕疵担保責任規定は、一般給付障害法の特則とされていた⁵⁵⁸。そして、その特則性の中心は、一度製作された仕事に対して、本来の履行請求権よりも範囲の狭い瑕疵除去請求権を認めるという点に見出され、これは、瑕疵除去請求権として新規製作請求権を認めないという解釈によって支えられていた。履行請求権と瑕疵除去請求の性質については、立法初期から解釈上の変遷がみられるが、1920 年以降、近時までの通説を築いた Korintenberg の見解は、請負人の義務は、特定物売買の場合の売主の義務とは異なり、仕事の無瑕疵性を含んでいるため、履行請求権は瑕疵ある仕事の完成によっては消滅しないにもかかわらず、本来的な履行請求権が消滅し、第 633 条以下が

⁵⁵⁷ 木村常信「請負・売買と瑕疵担保」産大法学 9 巻 1 号(1975 年)1 頁以下、下村・前掲注(62)477 頁以下、笠井・前掲注(63)253 頁以下、原田・前掲注(5) 16 頁以下。

⁵⁵⁸ 下村・前掲注(62)480 頁参照。

瑕疵除去請求権のみを規定するという点を、「引取り」という概念によって理由づけた。なお、この「引取り」概念の定義は法律上明らかではない⁵⁵⁹。Korintenbergによると、「引取り」は、仕事を物理的に受け取るだけでなく、その給付を主要部分において契約に適合したものとして承認(Billigung)したことを意味するとされ⁵⁶⁰、そのような注文者の意思的な関与の効果として、注文者の瑕疵のない仕事に対する請求権は引取られた具体的な仕事につき瑕疵を除去することに限定され、再履行を求めることはできないとの結果を生じさせるとする。また、請負人の側からみても、注文者の引取りにより、その仕事が契約に適合するものとして承認されたとの期待を請負人に生じさせることになるため、そのような請負人の仕事終了に対する期待を損なう以上、注文者の請求は制限されなければならないとの帰結が導かれる。

以上のような伝統的通説に対しては、1980年代に入り、1981年のHans-Leo Weyersの鑑定意見⁵⁶¹をはじめとする批判的な見解が有力となり、その見解にもまたヴァリエーションがあるものの、とりわけ批判の中心となったのは、Korintenbergの引取り時区分説の重要な要素であった、瑕疵除去と再履行との区別は、いずれも瑕疵のない仕事を実現するという同一の目的のもとで明確には限界付けられないという点である。このような有力説に対し、前節で述べたように、BGH 1985年10月10日判決(BGHZ 96, 111)は判例変更を行い、瑕疵修補と再履行が限界づけられず、瑕疵の性質、程度および範囲によっては、仕事をやり直すしかないということは、引取によっても排除されないことを示した。なお、この1985年のBGH判決は、瑕疵除去に新たな再履行を含めても、注文者がその仕事を主要な部分について履行として認めたという引取の性質を変えるものではないこと、したがって、瑕疵除去に再履行を含めることによって引取りの機能が問題となるわけではなく、通常の場合には注文者の権利は引取りがなされた仕事に限定されるが、瑕疵除去の範囲で、

⁵⁵⁹ 引取り概念の定義に関するBGB制定過程からの議論については、下村・前掲注(62)379頁以下に詳細な紹介がある。また、売買契約を前提としたものであるが、「受領(Annahme)」と「引取り(Abnahme)」の関係について述べるものとして、北居功「民法413条と買主の引取遅滞制度との関係－買主の引取遅滞に関する二〇世紀のフランス法およびドイツ法の比較から－(一)(二・完)」法学研究70巻7号(1997年)31頁以下、同70巻8号(1997年)61頁以下も参照。

⁵⁶⁰ 木村・前掲注(557)6、7頁、下村・前掲注(62)486頁参照。

⁵⁶¹ Weyers, Werkvertrag, in: Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd II, 1981, S.1115ff.

瑕疵の性質、程度および範囲によっては必要となるやり直しを排除しないとした。したがって、Korintenberg によって基礎付けられた、引取りに読み込まれる注文者の意思的な関与というモメントによる一般給付障害法と瑕疵担保責任法との限界づけを否定するものではなく、引取りによる仕事の対象の限定という効果がなお維持され、具体的には、引き取られた仕事に存在する瑕疵を修補する費用が過分かどうかという判断によって、請負人の負うべき瑕疵除去の範囲は限界づけられる。

以上のように、引取りに結び付けられる効果は、いずれも請負人にとって利点のあることであり、旧法における一般給付障害法と瑕疵担保責任法の関係については、一般給付障害法に対して、瑕疵担保責任規定は請負人の瑕疵のない仕事の給付義務を制限するものであるとの理解がある。そのような理解のもとで、給付を主要部分において契約に適合したものとして承認した注文者は、その自己の意思的な関与によって、以降、請負人に対して瑕疵担保責任における請求権のみを行使しうることを甘受すべきことが理由づけられる。

(2)引取り前の瑕疵除去請求権について

一般給付障害法と瑕疵担保責任法の関係について、とりわけ新規製作の可否が問題とされた一方で、引取り前の瑕疵担保責任規定の適用についても議論があった。この点、現行法と異なり、旧法では、引取り前の瑕疵に対する注文者の権利について条文上規定があった。旧第 634 条 1 項 2 文は、瑕疵がすでに仕事の引渡前に現れるときは、注文者は、直ちに瑕疵除去のための相当の期間を指定することができる」と規定していた。これにより、注文者は、仕事の引渡前に現れた瑕疵の除去について相当の期間を置くことができ、旧第 634 条 1 項 1 文により明らかなように、その期間の設定は、期間経過後の瑕疵の除去を拒絶する意思表示とともになされる。この期間が効果なく徒過したのちに、注文者は、契約の解除、報酬の減額、または不履行に対する損害賠償を要求することができるとされていた。なお、引取前の期間の設定について、この期間は、引き渡しについて定めた期間前に満了することのないように指定しなければならないと規定されていた(旧第 634 条 1 項 2 文)。これによって、注文者は、相当の期間が経過していれば、引取りがない場合でも、履行期の到来により契約の解除、報酬の減額、または不履行に対する損害賠償という手段を採ることが可能とされた。

他方、旧第 633 条 3 項は、請負人が瑕疵の除去について遅滞にあるときは、注文者は自ら除去し、それに要した費用の償還を請求することができるとする。これについて、引取

り前で、なおかつ履行期到来前であっても、瑕疵による自力修補権があるとされるかどうかは議論があった⁵⁶²。かつて通用していた BGH 1993 年 11 月 16 日判決(NJW 1994, 942=BauR 1994, 242)は、請負人が引取前にすでに瑕疵除去を真摯かつ最終的に拒絶した場合を除き、これを否定する。注文者の自力修補権は、給付の遅滞を前提とし、第 633 条 3 項と、第 634 条 1 項 2 文の総合的な解釈により、請負人は、請負人は、合意した完成期日が徒過する前に、原則として遅滞にないとされる。そこから、特別の場合は別として注文者の自力修補権もまた、請負人の給付が履行期にある場合にのみ生じうるとされた。つまり、引取前に生じた瑕疵により、取り決めた完成期日が遵守されえない、または、請負人にそれが期待できないことが確かである場合にのみ、例外的に、完成期日の徒過を待つ必要はないとされた。

なお、以上の旧法における議論の前提として存在した、注文者の自力修補における遅滞要件は、債務法現代化法により破棄され、他の手段である解除、報酬減額、給付に代わる損害賠償と同様に、追完期間の徒過要件に代えられている。

2. 現行法における学説の対立

現行法のもとでも、支配的見解が、「引取り (Abnahme)」の意味について、「本質的な部分において契約どおりの履行がされている」ことの承認 (Billigung) を中心部分とみることに変更はないとされる⁵⁶³。以下では、第一に、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の境界について、時的区分を不要とする見解と時的区分を必要とする見解があり、また、その中でもどのような時点を基準とするか議論されている状況について、学説の主張を整理する。それらの学説を前提として、第二に、具体的に問題とされている論点として、履行段階における注文者の権利についても学説の議論を示す。

第一の議論と、第二の議論は、前者は仕事の引取り前における瑕疵担保責任規定の適用を問題とするのに対し、後者は、請負人による一応の仕事の完成前、つまり、製作段階に

⁵⁶² Vgl. Joussen, Mängelansprüche vor der Abnahme, BauR 2009, 319.

⁵⁶³ Schwenker, in: Handkomm., BGB, 12. neu Aufl., 2008, S.2679; Mansel, in: Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Aufl., 2014, S.975; jurisPK /Genius, § 640 Rn.8. また、藤田寿夫「請負における瑕疵担保と債務不履行」香川法学 35 巻 4 号(2016 年)3 頁以下にドイツにおける引取りについて詳細な紹介がある。これによると、引取りは、「明示的表明によってだけでなく、推断的(黙示的)表明によってもなされることができ、法律行為類似の行為である」と説明されている。

において請負契約上の瑕疵担保責任規定を追求しうるかという問題であり、これらが問題とする次元は異なっている。しかし、これらの問題は論拠において重なる点があり、ドイツにおける学説でもこれらの問題はしばしば同時に論じられている⁵⁶⁴。なお、本稿の視点から、第一の問題の検討を中心とし、第二の問題に関して、引取り前の瑕疵についての責任追及方法(とくに、契約の危殆⁵⁶⁵に対する救済手段)自体の検討には立ち入らず、ここでは、一般給付障害法と瑕疵担保責任法との関係、とりわけ境界としての引取りの意義について示唆を得ることを目的として検討の対象とする。

(1)一般給付障害法と瑕疵担保責任法の境界

上述したように、旧法における通説は、引取りを一般給付障害法と瑕疵担保責任法との境界とし、引取りという注文者の意思的関与を要素とする対象の具体化の結果、瑕疵担保責任法における請負人の制限的な責任を肯定した。後述するように、債務法現代化法以降も、原則として瑕疵担保責任の適用時点を引取りと解するのが通説であるとされている。一方で、債務法現代化法以降、学説の一部は、引取りの時的区分としての意味に対して異なる見解を示している。学説における見解の対立を概観すると、そこには二つの異なる方向性が見出せる。一つは、通説のように、債務法現代化法においても、従来と同様に時的区分をなお必要とする見解である。そして、この時的区分を必要とする見解の中でも、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の境界として引取り以外の時点を基準とする説が提示されている。主な見解としては、請負人の認識において仕事が完成されたときとする見解⁵⁶⁶、契約上合意した完成期日、つまり履行期(Fälligkeit)を境界とする見解⁵⁶⁷が挙げられる。また、引取りではなく、危険の移転時とすべきとする見解もあるが、後述のように引取り時

⁵⁶⁴ 例えば、Folnovic, Sind werkvertragliche Mängelansprüche in der Herstellungsphase des Werks ausgeschlossen?, BauR 2008,1360.

⁵⁶⁵ 「契約の危殆」状態についての研究として、松井・前掲注(552)を参照。

⁵⁶⁶ MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.3.

⁵⁶⁷ Sienz, Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, 181(184); 例外として認める見解として、Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1360 など。また、Krause-Allenstein もこの見解に分類するもの(Maximilian Jordan)もあるが、Krause-Allenstein,Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 634 Rn.9 では、原則として引取り前には瑕疵請求権は生じず、履行期に瑕疵がある場合も例外ではなく、請負人による仕事の終了の場合には例外として認められるとしている。

基準説もまた危険の移転時は引取りと同視しうる例外的なケースとして認めており⁵⁶⁸、いずれを基準として置くかという点で異なるものではあるが、ここでは同じカテゴリーに属する見解として同時に取り扱う⁵⁶⁹。なお、後述するように、引取り、危険の移転、請負人による仕事の完成、履行期を基準とするいずれの見解においても、その時点に対する例外を肯定しており、この境界もまた絶対ではない。なお、原則的な時的区分に対する考え方により分類される各説の論者の中でも、どのような例外を認めるかという点では統一的な見解を有しているわけではない⁵⁷⁰。一方で、これらの見解とは異なる考え方として、債務法現代化法においては、引取りのような、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の境界としての時的区分は必要ないとする見解がある⁵⁷¹。このような学説の状況は、旧法における通説として、請負人の行った給付を主要部分において契約に適合したものとして承認したという注文者の意思的関与により瑕疵担保責任の適用を正当化するという引取りの機能の動揺を示しているといえる。

a) 引取りないし危険移転時を時的区分とする見解

学説における支配的な見解は、従来通説と同様に、引取りを瑕疵担保責任規定の適用時点とする⁵⁷²。なお、引取りによって危険は移転するとされているが(第 633 条 1 項 1 文)、注文者が受領遅滞に陥った場合にも危険は移転する(第 644 条 1 項 2 文)。このとき、結果的に引取り前であっても、第 634 条以下の規定が適用される点に異論はみられない⁵⁷³。こ

⁵⁶⁸ 一部の見解(Peters/Jacoby)は、本文にて後述するように、この例外を否定する。

⁵⁶⁹ Maximilian Jordan, a.a.O.,(Fn.550), S.129 ff.においても、これらの見解は、“Der Gefährübergang bzw. die Abnahme als entscheidender Zeitpunkt”として同時に扱われている。

⁵⁷⁰ なお、論者の中には、それぞれの場面ごとに検討し、多くの例外を認めることから、すでに原則-例外関係として分類するのが困難な見解もある。例えば、Folnovic もその一人であるといえる。Vgl. Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1360.

⁵⁷¹ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.9f ; Weise, a.a.O., (Fn.550), S.76 ; Maximilian Jordan, a.a.O., (Fn.550), S.178.

⁵⁷² Bamberger/Roth/Voit, 2008, § 634 Rn.2ff ; ders(Voit), a.a.O.,(Fn.418), S.1063 ; Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S.31 ; Palandt/Sprau, a.a.O., S.1034 (§ 633 Rn.7) ; Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.11 ; AnwK-BGB /Raab, § 634 Rn28 ; Schwenker/Erman ; Sven Hartung, Die Abnahme im Baurecht, NJW 2007, 1099 など。引取りがない場合に広く例外を認める見解として、Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1360.

⁵⁷³ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1364 ; Krause-Allenstein,Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 634 Rn.11.

のような点から、時的区分としての基準を、引取りではなく「危険の移転」と表現する学説がある⁵⁷⁴。これらの見解は、結論において異なるものの、「危険の移転」に瑕疵担保責任の適用時点の要素を見出すか、従来通説と同様に引取りの注文者の意思的関与を重要な要素として見出すかという点で重要な相違があるように思われる。しかし、引取りにどのような意味を与えているか、とくに、注文者の主観的な意思の関与についてどのように捉えているかという点は、これらの見解を主張する論者において必ずしも明確に示されない。これらの引取りないし危険の移転時を瑕疵担保責任発生時点とする見解はむしろ、仕事の引取りによってはじめて、請負人が約束した契約内容と対比しうる、つまり、瑕疵判断が可能となる仕事の具体化が生じるという点で共通の要素を引取りに見出す⁵⁷⁵。また、第 634 条の瑕疵請求権が、引取りによって消滅時効に服する(第 634a 条)ことも根拠として挙げる。これらの見解がどのような認識のもとで引取りを基準とすべきとしているのかについて、引取り時説に立つ論者の一人である Voit の見解をのちに詳しくみることにする。引取りの例外としてどのような場面を肯定するかという点をみたのちに再度検討することにする。

b) 請負人の認識において仕事を完成とした時点境界とする見解

Busche は、第 634 条に示される規定が、文言上、引取りの時点によって区別されていないことから、引取りに代わる有力な基準として、請負人による仕事の製作が引取りに値する(Abnahmereife)状態⁵⁷⁶を第 634 条以下の規定が適用可能となる時点とする⁵⁷⁷。その理由として、仕事に瑕疵があることは、仕事の製作があったときから判断可能となり、また、そのときまで、どのように契約上合意した結果を生じさせるか、請負人にその決定が委ね

⁵⁷⁴ Palandt/Sprau, S.1034 (§ 633 Rn.7) ; AnwK-BGB /Raab, § 634 Rn.28 ; Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S.31 ; Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1360 など。

⁵⁷⁵ Voit, in: Bamberger/Roth, § 634 Rn.3.

⁵⁷⁶ 別の表現として、“引取りに値する準備作業(abnahmefähige Bereitstellung)”ともされる。Vgl. Kohler, in : Ganten/Jansen/Voit(Hrsg.), Beck’scher VOB-Kommentar Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 3.Aufl., 2013, § 4 Abs.7 Rn.6.(以下、VOB-Kommで引用する)

⁵⁷⁷ MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.3 ; おそらく Ott も同様の見解に立つものと思われる。Vgl. Ott, Die Auswirkung der Schuldrechtsreform auf Bauträgerverträge und andere aktuelle Fragen des Bauträgerrechts, NZBau 2003, 233.

られていることを挙げる⁵⁷⁸。なお、引取りは、報酬の満期(第 641 条 1 項 1 文)、及び第 634a 条の、第 634 条 1、2、4 号において規定される請求権の時効の開始についても意義を有している(第 634 a 条 2 項)が、BGB 第 634 条以下の規定が適用される要件であるわけではないとする。つまり、Busche によれば、第 634 条以下の規定は、製作された仕事に瑕疵があることを要件に生じる権利であるから、「瑕疵ある仕事」が存在している時点から適用され、請負人の視点のもとで仕事が製作されたことによって、注文者は通常、瑕疵があるかどうかを確かめることができるとされる。

c) 契約上合意した完成期日を境界とする見解

原則的な境界を、契約で合意した完成期日とする見解がある⁵⁷⁹。この見解は、上記 a 説の引取り時を境界とすることへの反論から出発する。具体的には、第 634 条以下には条文上、引取りを要件とする記述はないという点、さらに、本質的な瑕疵を理由とする正当な引取り拒絶の場合に、第 634 条以下の適用が排除されることは、結果として、瑕疵担保責任に独自の規定である自力修補及び減額についての権利を注文者に与えず、些細な瑕疵によって引取りを義務付けられる注文者よりも不利に扱うことになるとして、引取り時説を批判する⁵⁸⁰。また、履行請求権の追完請求権への移行について、それらの請求権は内容上一致し、その同一性を理由に、引取りという時点を有力な基準とすることは適当ではないとする。

d) 時的区分を必要ではないとし、製作開始の時点から瑕疵請求権を認める見解

この見解は、主に、Vorwerk から主張されている⁵⁸¹。Vorwerk は、債務法現代化法が、瑕疵担保法の一般給付障害法に対する特別な地位を失わせ、旧法における優先性を取り除いたとの見方から、引取りは、もはや一般給付障害法と瑕疵担保法との境界ではないとする。Weise もまた、Vorwerk と同様の見解に立ち、債務法現代化法においては、決定的な境界の時点としての引取りや履行期は、文言上根拠がなく、時間上の区切りとしてもはや必要ではないとの見解を示す⁵⁸²。この見解によれば、引取りの前後に関わらず、請負人の

⁵⁷⁸ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.3.

⁵⁷⁹ Sienz, a.a.O.,(Fn.567), S.184 ; 例外の場合として、Folnovic , a.a.O.,(Fn.564), S.1363 など。

⁵⁸⁰ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1363.

⁵⁸¹ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.9f.

⁵⁸² Weise, a.a.O., (Fn.550), S.76.

給付について瑕疵があるとされ、瑕疵担保責任規定における注文者の各請求権の要件を満たす場合には、それを追求しうる⁵⁸³。なお、Vorwerkの瑕疵担保責任の体系的な位置づけに関しては後にやや詳しくみることにする。

なお、この時的区分を不要とする見解と履行期基準説(上記 c)は、一般給付障害法と瑕疵担保責任法との内容上の同一性を肯定するという点で共通し、そのうえで、引取りに代わる時的区分として、第 631 条に基づく請負人の履行請求権が行使可能となる時点を示す。したがって、引取り時や危険移転時、また、請負人の認識による仕事の完成という時点を基準とする見解とは一線を引く考え方に立つといえる。また、これら二つの見解は、結論において違いがないように思われるが、時的区分を不要とする見解が、一定の「時点」による一般給付障害法と瑕疵担保責任法との適用の振り分けを意図しないのに対し、「仕事の完成期日」以降に瑕疵担保責任法の適用が生じ、それ以前の瑕疵担保責任法の適用は例外と解する点で異なる考え方に立つといえる。

(2)引取り時基準説の例外

通説とされている引取り時基準説のうち、多くの論者が、引取りが生じていない場合に瑕疵担保責任規定が適用可能となる例外を肯定する。なお、その例外を認めるか否かは、例外の種類によって見解が異なり、また、上記の原則的な時的区分に関する学説の立場とは必ずしも対応関係にない。以下では、第 634 条以下の瑕疵担保責任規定が、一定の時的区分以前においても肯定されるべきとされる例外について、その場面ごとに学説の見解を整理する。

a)注文者による引取り拒絶

まず、引取り時基準説に立つ見解は、注文者が引取りを正当に拒絶した場合⁵⁸⁴にも、例外として、瑕疵請求権を行使することができるという点でほぼ一致している。第 640 条 1 項 1 文、2 文により、注文者には引取り義務が課され、本質的でない瑕疵についての引取り拒絶は認められない。この不当な引取り拒絶の場合には、第 640 条 1 項 3 文により、引

⁵⁸³ なお、一般給付障害法と瑕疵担保責任の適用範囲について詳細な研究を行っている Maximilian Jordan も、これらの規範の境界を必要としないとの立場を示し、一般給付障害法と、特別な請負契約上の瑕疵請求権は、「体系的な競合(Systemkonkurrenz)」にあるのではなく、「請求権の競合(Anspruchskonkurrenz)」があるのだと述べる。Maximilian Jordan, a.a.O., (Fn.550), S.178.

⁵⁸⁴ 正当な引取り拒絶の意義について、藤田・前掲注(563)5 頁以下も参照。

取りが擬制され、引取り時基準説は、不当な引取り拒絶の場合の引取り擬制によっても、瑕疵担保責任法の適用が認められるとする⁵⁸⁵。

一方、些細ではない瑕疵により、正当に引取りを拒絶した注文者が、第 634 条以下の権利を主張しうるかが問題となる。この点は、上述した c 説(履行期基準説)の論者からの引取り時基準説に対する批判の一つとして指摘されていたところであるが、結論として、引取り時基準説の多くはこれを例外として認める⁵⁸⁶。なお、引取り前の瑕疵請求権適用を原則とし、その例外を制限的に解する Voit も、引取り拒絶の場合には、請負人はすでに仕事を引取りのために供しているのであるから、請負人の視点によると、仕事は完成しており、その意味で仕事は具体化されていることから、これを肯定する⁵⁸⁷。また、Krause-Alleinstein は、このとき、引取りが注文者によって拒絶されたとしても、第 634 条以下の瑕疵請求権を注文者が行使しうる、清算関係(Abrechnungsverhältnis)が生じると指摘する。なお、この場合には、引取りによって生じる効果である報酬の満期は到来せず、危険は注文者に移転せず、瑕疵の存在についての立証責任も請負人に残される。したがって、正当な引取り拒絶の場合は、引取り時説の例外であるとともに、危険移転時説の例外でもある。

一方、少数説ではあるが、この例外を否定するものとして、Peters/Jacoby は、注文者が正当に引取りを拒絶した場合、また、不当な拒絶の場合も、それは契約を履行段階のままにするとして、両方の場合において第 634 条以下の適用場面ではなく、一般給付障害法が適用されるとする⁵⁸⁸。より具体的に、瑕疵担保責任規定に固有の手段である、第 634 条 2 号、第 637 条の自力修補の権利は生じないとする⁵⁸⁹。Peters/Jacoby の見解によれば、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の適用を、注文者自身が請負人によって提供された仕事を引取るかどうかによって決しうるということになる。

b) 予定された時点より早い契約の終了(解約告知の場合)

⁵⁸⁵ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S. 1075.

⁵⁸⁶ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1363 ; AnwK-BGB /Raab, § 634 Rn.32 ;
Bamberger/Roth/Voit, 2008, § 634 Rn.23 ; Genius/jurisPK, § 634 Rn.97.

⁵⁸⁷ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1072f.

⁵⁸⁸ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.11.

⁵⁸⁹ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.11.不当な引取り拒絶の場合には引取りが擬制されるため、この点で、Peters/Jacoby は厳密に言えば擬制を含まない現実の引取り時基準説ということになる。

学説の多くは、予定より前の契約の終了(Beendigung)について、とりわけ、請負契約の有効な解約告知の場合に、第 634 条による瑕疵についての権利が生じるとする⁵⁹⁰。したがって、第 643 条による請負人による解約告知、第 649 条による注文者の解約告知、また、重大な理由による解約告知がされる場合、そこまでに提供された一部の仕事が、瑕疵を有する限りで第 634 条以下の権利が注文者に生じるとされる⁵⁹¹。Raab は、解約告知の場合でも、すでに完成した仕事の部分については、引取りが可能であり、請負における解約告知は、将来に対する効力の発生について、請負人の仕事製作義務が排除されるのであるから、既履行部分の仕事に瑕疵がある限りで、注文者は、解約告知の場合でも、瑕疵の除去を請求することができるとする⁵⁹²。例外を原則として認めない Voit も、解約告知の場合の瑕疵担保責任法の適用については肯定している⁵⁹³。

なお、かつて判例(BGH 1986 年 10 月 9 日 NJW 1987, 382)は、建築契約の解約告知により、仕事が未完成のまま、予定より早く契約が終了した場合に、引取りがなくても報酬の履行期の到来を肯定したが、BGH 2006 年 5 月 11 日判決(BGHZ 167, 345)はこれを変更し、解約告知の場合にも、既履行部分の仕事について引取りがあって初めて請負の報酬が履行期となることを示した。BGH 2006 年 5 月 11 日判決は、請負人にすでにされた一部給付が、引き取られ、「又はそのような引取りが、完全に既にされた給付の際にも、例外手段が不必要かどうか、また、それ以上の契約の履行ではなく、減額又は損害賠償が要求され、又は仕事の引取りが真摯かつ最終的に拒絶された理由によ」るかどうかを吟味すべきとして控訴審裁判所に差し戻した。したがって、予定より前に契約が終了した場合を引取り時説の例外として扱ってはいるが、實際上、一部の仕事について引取りないし危険の移転が観念しうる場合であるといえる⁵⁹⁴。

c)請負人による履行拒絶、履行の不能

請負人が、瑕疵の除去を最終的に拒絶した場合や、請負人が瑕疵を取り除けないことが確実な場合には、時的区分の例外として、引取り時ないし履行期到来前でも第 634 条以下

⁵⁹⁰ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.14 ; MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.4 ; Krause-Allenstein,Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 634 Rn.12 ; AnwK-BGB /Raab, § 635 Rn.8.

⁵⁹¹ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.11, Rn.14.

⁵⁹² AnwK-BGB /Raab, § 635 Rn.8.

⁵⁹³ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S. 1074.

⁵⁹⁴ Vgl. Sven Hartung,a.a.O.,(Fn.572), S.1099 ; Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S.330.

の瑕疵請求権が適用されるとの見解が多数である⁵⁹⁵。このような場合については、上述したように、旧法においても、引取り及び履行期前における自力修補権の例外的な適用が肯定されていた。

Krause-Alleinstein は、請負人が、瑕疵の除去を決定的に拒絶した場合、つまり、請負人による契約の履行がもはや問題にならない場合に、引取り前であっても、第 637 条による自力修補のための前払いもしくは費用補償、または、報酬の減額を請求することができるとする⁵⁹⁶。また、このような事情がある場合に、第 323 条 4 項の履行期前における解除の法意に引きつけて解し、瑕疵担保責任法を否定して一般給付障害法を参照する理由はないとの見解が Folnovic から示される⁵⁹⁷。

一方、全く反対の立場として、これを否定する見解もある⁵⁹⁸。否定説は、このような例外は認める必要がないとして、請負人による履行拒絶の場合には、第 323 条 4 項により履行期前の解除が可能であり、または重大な理由による解約告知について正当な手段が与えられるとする⁵⁹⁹。また、第 281 条、第 283 条により、第 323 条 4 項に対応して損害賠償請求権が生じるとする。さらに、履行不能に対しては、第 326 条による法的効果が生じ、解除権については第 326 条 5 項によって付与される。また、請負人に有責な不能の場合には、第 311a 条、第 283 条による損害賠償が可能であるとする。以上の点で、瑕疵請求権のこの場面への前倒しは必要ではないとする⁶⁰⁰。なお、この例外は上述した a、b の場合と異なる事情を有している。これは、製作段階における履行障害に対する注文者の権利に関する問題であり、第二の具体的論点として後述する(以下、(3))。

d) その他の例外

以上が、引取りがない場合の瑕疵担保責任法の適用場面として、学説上主に肯定されている例外であるが、このほかに、注文者による履行請求権の放棄(Verzicht)を例外として肯

⁵⁹⁵ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1363,1366 ; Genius jurisPK ; Leupertz in Halfmeier ; MünchKomm Busche § 634 Rn.4 ; Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.13 ; AnwK-BGB/Raab , § 635 Rn.7.

⁵⁹⁶ Krause-Alleinstein,Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 634 Rn.11.

⁵⁹⁷ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S. 1363.

⁵⁹⁸ Voit in Bamberger/Roth 634 Rn.9 13, 24 , § 636 Rn.4 ; Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S.319,331f も参照。

⁵⁹⁹ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S. 1073.

⁶⁰⁰ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1074.

定する見解もある。この見解は、旧法が、瑕疵の除去を拒絶する意思表示とともにした期間の経過により、瑕疵請求権が生じるとしていたことから、新法においても、注文者が自己の履行請求権を放棄した場合、瑕疵請求権を肯定すべきとする⁶⁰¹。Busche は、第 634 条以下の要件は、一般給付障害法のそれよりも厳しいものであることから、債務者である請負人の立場は害されないとする⁶⁰²。一方、この見解に対して Voit は、このような扱いについて BGB に根拠はないとし、反対に、追完請求権が履行請求権の延長(Fortsetzung)として理解される以上、追完請求権を失うことなしに履行請求権について放棄しうることは理由付けられないと批判する⁶⁰³。

また、上述したように、請負人の債務の履行期到来を瑕疵担保責任法適用の基準とする完成期日基準説が主張されていたが、履行期に瑕疵があることがすでに注文者に認識可能な場合を例外として、瑕疵請求権の行使を肯定すべきとするものもある⁶⁰⁴。そして、上述したように、履行期基準説を批判する Voit や Jousen らは、この例外を否定する。

e)例外場面の整理

一般給付障害法と瑕疵担保責任法の関係についての学説の状況から、時的区分を必要とする見解が認める例外として、二つの場面が見出せる。一つは、引取りがないという点で例外とはされているが、その他の要素について、引取りないし危険の移転があった場合と同様の状況が生じているケース(受領遅滞、引取り拒絶、予定された時点より早い契約の終了)である。具体的には、請負人と注文者の間にはすでに清算関係が生じており、したがって、仕事は(一部)具体化し、それに対して瑕疵の判断が可能であるといえる。一方で、「請負人による履行拒絶」、「履行の不能」は、仕事が請負人により引取りに供されていないことはもちろん、ときには履行期到来前に債務不履行が確実になったような場合である。つまり、前者に含まれる例外は、現実の「引取り」が瑕疵担保責任適用のために必要であるか否かを直接問題としているのに対して、後者の例外は、履行期前の早期の責任追求手段として瑕疵担保責任規定を適用しうるかということが問題となっている。そして、この例外を肯定する見解は、第 634 条以下の瑕疵請求権をその時点でもすでに注文者に与えるべ

⁶⁰¹ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1364; Busche/MünchKomm § 634 Rn.4 ; Genius juris 634 Rn.97 など。Folnovic は、旧法における法的状況が変更されたと解する根拠はないとする。

⁶⁰² Busche/MünchKomm § 634 Rn.4.

⁶⁰³ Voit a.a.O.,(Fn.418), S.1074.

⁶⁰⁴ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1360.

きであるとし、否定する見解は、一般給付障害法の適用範囲であるとする。なお、ここでも一般給付障害法と瑕疵担保責任法の体系的な位置付けが問題となっている⁶⁰⁵。

(3)製作段階における瑕疵担保責任の適用

請負人による履行拒絶、履行の不能は、請負人の履行段階の問題であり、原則的な時的区分のいずれに依ったとしても例外的な場合として、学説上激しく見解が対立している。なお、この議論は、瑕疵担保責任の適用時点を直接の議論の対象とするわけではないが、瑕疵担保責任規定と一般給付障害法との関係をどのように解し、瑕疵担保責任の役割をどのように位置付けるかという点で共通の視点を有している⁶⁰⁶。したがって、そこに着目して議論の状況を確認する。

a)学説における対立点

注文者が製作段階の間に、仕事が契約どおりに実行されていないことを認識した場合に、請負人に対し瑕疵を除去するよう指摘したとしても、請負人は完成期日までに契約どおり製作するだけで応じれば済むことになる。しかし、完成期日までに契約どおりの履行がなされないことが明らかであるにもかかわらず、注文者が請負人に何らの法的手段も採ることができないとすれば、注文者は、予定した期日に契約の目的が達せられないことや、場合によっては拡大した瑕疵に伴う金銭上のリスクを負担することになる(請負人に対する損害賠償請求権もまた、債務者の支払い能力に依存するという点でリスクを伴う)。そこで、請負契約の継続的な性質から、仕事の製作段階における注文者の利益保護の手段が与えられるべきであるという問題が生じる。

したがって、ここで問題となっているのは、引取り時の例外であるだけでなく、仕事の完成期日(Fertigstellungstermin)前においても例外的に適用可能かどうかという点である。この点は、建築請負のように継続性を有する契約の場合にとくに重要な問題として生じてくる⁶⁰⁷。上述したように、旧法においては、取り決めた引き渡し期日前には瑕疵除去

⁶⁰⁵ 履行期前の責任追求について、どのような場合に認められるかという点が重要であるが本稿では深く取り上げない。この問題について、松井和彦教授は、「契約の危殆化」という「既存の不履行類型とは別個の新たな債務不履行の態様と位置づけられる」と述べている。松井・前掲注(552)377頁。

⁶⁰⁶ ドイツにおける学説もこの問題を同時に論じるものがある。例えば、Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1063.

⁶⁰⁷ それゆえに、売買契約法と請負契約法を調和させることを目的の一つとしていた債務法現

のための期間は満了せず、二次的な手段に移行することができるのは、いずれにしても履行期後であった。旧法におけるそのような規定の趣旨については、本来予定した履行期前において、瑕疵除去請求以外の手段を注文者に認めた場合、請負契約に本質的に内在する、請負人の任意の措置に対する権限が損なわれることが指摘される⁶⁰⁸。新法においては、旧法のような引き渡し前の瑕疵除去の請求権について規定がなく、この問題を考慮するうえで、条文上の規定及び立法者の意思は検討対象となりうる要素を欠いている。それゆえに全く異なる方向での解釈が学説上なされている状況にある。

一方、建築請負契約規定(VOB/B)は、引取り前の注文者の権利について、VOB/B 第4条7項1文⁶⁰⁹において、引取り前に存在する瑕疵に対する請負人の除去義務を規定している。VOB/B は、仕事の完成または仕事の引取りが生じたかに左右されることなく注文者の瑕疵除去請求を認め、また、BGBの旧法のように、除去のための期間が履行期前に到来することを妨げる規定は置かれていない。このような規定は、建築請負契約の特殊性によるものであるとされているが⁶¹⁰、BGBには、これに比較しうる規定はなく、このような問

代化法の改正作業において、立法者が売買契約の特徴に固着したことから、請負に特殊なこの問題に無考慮であったと批判する見解もみられる。Joussen, a.a.O.,(Fn.562), S.320. なお、売買においても履行期前の契約危殆は生じうるが、請負においてはすでに請負人の仕事は何らかの形で一部具体化している場合には、解除と損害賠償以外の手段(請負人による修補、自力修補)が有効な場合もあるという点に違いがあるといえる。

⁶⁰⁸ Vgl. Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1365.

⁶⁰⁹ VOB/B § 4(7) Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde (§ 8 Absatz 3).

VOB/B 第4条7項

実施(Ausfügung)の間にすでに瑕疵がある、または、契約通りでない認識された給付を、請負人は、自己の費用で、瑕疵なく補償しなければならない。請負人が、瑕疵または契約通りでないことの責任を負うべき場合、それによって生じた損害も、補償しなければならない。請負人が、瑕疵の除去についての義務を履行しない場合、発注者は、請負人に、瑕疵の除去のための相当な期間を置き、効果のない期間の徒過ののちに、契約を解約することを表明することができる(第8条3項)。

⁶¹⁰ Kohler/ VOB-Komm, a.a.O., § 4 Abs.7 Rn.7.

題に対する考慮の必要性が学説上認識されている。条文上、履行期前の債権者の権利としては、第 323 条 4 項が例外的に、履行期前の解除を規定しているのみである。上述した瑕疵担保責任法適用の例外について、第 323 条 4 項の法意からそれを肯定する見解に現れるように、そこでの問題に対する手段及びアプローチは論者により異なっている。

このような問題の背景として、引取り前に瑕疵請求権を肯定する必要があるか否かという点に学説上見解の相違が存在する。そして、そこでの学説の議論は、問題の検討の中で根拠づけやニュアンスに違いはあるものの、引取り前の瑕疵に対する責任追求手段として、瑕疵担保責任がどのように位置付けられているのかを表している。結論からいうと、瑕疵担保責任請求権の、一般給付障害法に基づく注文者の権利に対する請負人の責任制限が指摘される反面で、瑕疵請求権に固有の責任追求手段が、注文者に利益を与えとの考えが存在する。具体的に、それは第 637 条の自力修補権について指摘される。したがって、この議論は、端的には、引取り前にすでに明らかになった、契約どおりでない仕事の製作に対し、引取りの時点を待つことなく、第 634 条以下の規定を適用し、具体的には、一般給付障害法には規定のない第 637 条による自力修補権を行使できるかという点を中心としている。これに対して体系的な妥当性からも検討がされる。

まず、引取り前に第 634 条以下の規定の適用を認める見解は、引取り前の瑕疵の危険に対する注文者の利益保護のため、そのような手段を肯定することが必要であると主張する。その理由として、仕事の製作段階で現れた瑕疵について、完成期日の前に追完請求権を行使し、瑕疵を取り除くことを求めること、さらに、そのための期間を設定することにより、注文者自身で請負人の費用をもって取り除くことに移行しうるとして、注文者にとって大きな利点があるとされる⁶¹¹。上述したように、この問題は、とりわけ建築請負契約について論じられる。建築請負では、時として製作段階が長期間にわたり、仕事が完成するまでの間に、請負人のなした給付が、すでに瑕疵がある、ないし、契約に反するものであるとの認識がなされる場合があり、そのようなケースにおいて、注文者が、仕事の完成ないし引取りまで、第 634 条以下の請求権を行使できないとすることは、不必要な瑕疵除去の遅れや拡大した損害を招く場合があるとして、より早い注文者の介入を肯定するべきである

⁶¹¹ Busche は、確かに、履行期前の解除が第 323 条第 4 項により認められているが、注文者の自力修補権が与えられないという点で、注文者の利益が十分に保護されないとする。
MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.4.

と指摘される⁶¹²。

これに対し、Voit に代表される、引取り前における瑕疵請求権の行使を原則として認めず、例外についても限定的に解する見解は、履行段階における例外も否定する⁶¹³。製作段階における瑕疵に対する手段として第 634 条以下を適用することは体系上妥当ではなく、問題の出発点として確認されたような引取り前の瑕疵に対しては、第 323 条 1 項及び 4 項による契約の解除、第 280 条、第 281 条 1 項、第 283 条、第 325 条による損害賠償の請求、また、重大な理由による契約の解約告知を求めることによって対応可能であるとする⁶¹⁴。これらの学説が、どのような理由に基づいて主張しているのかをみることにする。

b) 学説の状況

i) 製作段階における瑕疵請求権否定説

Voit は、仕事の引取り前における請負契約上の瑕疵担保責任規定の適用を原則として認めるべきでないとの立場から、解約告知の場合を除き、製作段階について例外なく第 634 条以下の権利の適用を否定する⁶¹⁵。また、請負人は、注文者との間で取り決めた結果の達成に対して責任を負うのであるから、請負人は、引取り前において、瑕疵ある仕事をやり直すことも自由なのであり、製作段階における注文者の瑕疵請求権の行使は、請負の本質に反し、履行期まで危険を負担し、結果の達成について責任を負う請負人の権利を不当に介入するという⁶¹⁶。この点について、第 281 条 1 項、第 323 条 1 項が規定する、給付に代

⁶¹² Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1360.

⁶¹³ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1063.

⁶¹⁴ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1070. Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S.319.

なお、Voit は、製作段階における瑕疵について、連続した供給契約 (Sukzessivlieferungsvertrag) や、雇用契約との類似性から、すでにその時点で義務違反があるとする。Voit は、Staudinger のコンメンタールにおいても、Peters/Jacoby により、建築請負契約は確かに連続した給付であるが、それでもなお継続債務関係ではないと述べられている (その理由として、建築段階の間の給付内容は区別されることが指摘されている) ことを挙げる。VOB/B 4 条 7 項の規定についても、實際上請負人に対する圧迫手段でしかないと指摘している。Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1063 を参照。

⁶¹⁵ Bamberger/Roth/Voit, 2008, § 634 Rn.2ff ; ders(Voit), Die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor der Abnahme, BauR 2011, 1063. (Fn.418) なお、Voit は、法律の体系上、支配説 (ここでは製作段階における瑕疵担保責任の適用を認める見解を指している) のような解釈を採用すること自体は可能であるとしている。

⁶¹⁶ Bamberger/Roth/ Voit, § 634 Rn.3.

わる損害賠償ないし契約の解除を可能にする効果のない給付または履行のための適切な期間は、履行期が到達したときに初めて設定されうることを引き合いに出す⁶¹⁷。

また、Joussen は、引取前の瑕疵担保責任規定の適用に関する議論において意味があるのは、主に注文者の自力修補権であり、これ以外には、請負人の追完拒絶についての第 635 条 3 項、これに伴って第 636 条が関係するが、その他の権利は實際上この議論において意味を有しないとの理解をまず示す。そして、立法者が、この問題について言及しないことは、旧法の解釈を変更しないということであり、また、第 634 条による瑕疵の請求権が、引取前にすでに適用可能であることを承認する法律上の理由は与えられないとする⁶¹⁸。この原則により、引取り前にすでに瑕疵が生じている場合は、Voit と同様に一般給付障害法から注文者の権利が生じるとする。

ii) 製作段階における瑕疵請求権肯定説

製作段階における瑕疵担保責任の適用を肯定すべきとする Folnovic は、製作段階における瑕疵請求権を否定する見解が指摘する請負人の製作段階への介入に対する侵害性について、確かに、請負人の労務と、注文者の自力修補が同時に存在することは避けなければならないとするが、その例外的場合はあり得るとする。契約どおりでない仕事が、それに続く労務の上乗せや継続により、瑕疵の除去が不可能になる場合や、相当に困難な場合が生じうるとする⁶¹⁹。このような場合に、完成期日の到来を待つことは無意味であり、242 条による信義誠実の原則の考慮により、例外的に、瑕疵除去するまたは除去させることで、期日どおりの瑕疵のない仕事の製作に寄与し、生じうる損害を防止する、または減じることができるとする⁶²⁰。また、請負人が瑕疵除去を真摯に最終的に拒絶した場合にも、例外として認められるべきであるとする。上述したように、Folnovic は、完成期日前の解除を認める第 323 条 4 項について、これは、請負人が瑕疵除去を真摯かつ最終的に拒絶した場合に類するものであるとし、それが肯定される意図は、請負契約法上の瑕疵請求権についても共通するという⁶²¹。以上のような事情がある限りでは、引取り前でも、また、仕事の完成(Fertigstellung)前でも、第 634 条以下の規定を適用することができるとする。このよ

⁶¹⁷ Bamberger/Roth/Voit, § 633 Rn.2.

⁶¹⁸ Joussen, a.a.O.,(Fn.562), S.319.

⁶¹⁹ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1366.

⁶²⁰ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1366.

⁶²¹ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1366.

うに、限定的な場合のみを例外とすることによって、請負人の結果責任を空洞化する危険は存在せず、共に考慮に入れられるとする。

また、Peters/Jacoby は、請負人は瑕疵のない仕事について義務を負っているとして、これは引取り後にはじめて存在する瑕疵についてではなく、それより前の瑕疵についても回避し、すでに生じた瑕疵については取り除かなければならないとする⁶²²。そして、履行期前の瑕疵除去について規定する VOB/B 第 4 条 7 項について、VOB/B の合意がない場合でも同様に解すべきであるとする。これは、引取り前に現れた瑕疵の除去について、第 323 条 4 項が、契約の履行期の到来前の解除を認めていることの趣旨に関係すると指摘する⁶²³。そして、第 323 条 4 項は、請負人の将来の義務違反だけではなく、そこで言及される関係は、現在の義務違反であるとし、そこから、製作段階ですでに生じた瑕疵について、その除去のための相当な期間を置き、この期間が効果なく過ぎた場合、瑕疵がある仕事が引き渡されることが明らかになるとする。したがって、履行期に仕事が瑕疵なく調達されないことが明らかである場合に第 634 条以下の適用を肯定すべきとする。この点について、さらに、旧第 634 条 1 項 2 文における、履行期前の相当期間の満了の禁止規定が、新法では採用されなかったことから、いまや期間の相当性についてだけが問題となることを意味しているとする⁶²⁴。

Busche も、請負人の仕事が、引取りに価する状態に達しないことが予想される場合には、例外的に、仕事の製作前に追完請求権を主張することができるとし、追完のための効果のない期間の徒過により、第 634 条に挙げられている他の瑕疵に対する権利の主張に移行することが可能であるとする⁶²⁵。これらの見解はいずれも、効果のない瑕疵除去の期間の徒過により、仕事の完成期日前であっても、第 634 条以下の二次的な手段を採ることができると解するものである⁶²⁶。

さらに、Peters/Jacoby の見解と共通する点を有するものであるが、Vorwerk は、請負人

⁶²² Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 633 Rn.89.

⁶²³ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 633 Rn.89.

⁶²⁴ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 633 Rn.89.

⁶²⁵ MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.4.

⁶²⁶ なお、旧法から肯定されている例外事情と関係して、効果のない期間の徒過により、請負人の真摯かつ最終的な履行拒絶があった場合と解しているかどうかは明確ではない。

は、履行段階においても瑕疵のない仕事の製作を義務付けられているとする⁶²⁷。そこから、請負人の仕事がおお製段階にあったとしても第 634 条以下の適用を肯定する⁶²⁸。この考えを支える根拠として、注文者による解約告知と、報酬の分割払いとの関係を示す。第 649 条により、注文者はいつでも解約告知をすることができ、そのとき、請負人は、解約告知の時点を予期することができないにもかかわらず、引取りのない解約告知の場合にも、瑕疵のない仕事の調達が義務づけられることを指摘する。さらに、請負契約で報酬の分割支払いが約された場合、分割された報酬が対価として支払われるべき既履行部分は、瑕疵のないものでなければならず、この既履行部分に瑕疵があった場合、注文者は、瑕疵担保責任を追求できると考えられることについても、請負人が契約締結時から瑕疵のない仕事の履行義務を負っていることの根拠として指摘している⁶²⁹。

(4)学説における対照的な見解

以上のように、従来の引取りの意義について、①一般給付障害法と瑕疵担保責任法を境界づける時点として妥当かどうか、また、そのような境界づけが必要かどうかという点、さらに、②製作段階(論者によっては「完成期日前」という)における瑕疵担保責任法の適用が可能かどうかという点が学説上議論となっている。ここで、以上のような複雑な議論の中で、多くの点で異なる見解に立つ Vorwerk と、Voit という二人の論者を対象にし、彼らが瑕疵担保責任に対してどのような捉え方をしているのかという点について確認する。

a) Vorwerk の見解

i) 引取りの意義

Vorwerk は、引取り前の瑕疵担保責任の適用の問題について、従来の解釈上の前提がいまや全く変更されたことを思い起こさなければならないという⁶³⁰。そして、いまや引取りが瑕疵担保責任法を適用可能とする境界としての意義を有さないことの理由として、まず、追完請求権と履行請求権との本質的な同一性を挙げる。

Vorwerk は、債務法現代化法の準備作業の中で、Huber が、仕事に瑕疵があった場合に

⁶²⁷ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.11.

⁶²⁸ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S. 11.

⁶²⁹ なお、瑕疵担保責任法の適用時点との関係で論じられているわけではないが、原則引取り時説に立つ Peters/Jacoby も、分割支払いの場合の修補請求権を肯定している。

Staudinger/Peters/Jacoby,2014, § 633 Rn.94.

⁶³⁰ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.10.

注文者が請負人に要求しうる権利として、①可能である限り瑕疵のない状態におくことと、②新たな仕事が製作されることの二つを挙げ、②の新たな仕事の製作についての権利は、物の危険(Sachgefahr)が、注文者に移行した場合には排除されるべきという提案をしたのに対し⁶³¹、委員会草案においてこれが採用されなかったことを挙げる。そして、新規製作が瑕疵除去の請求権に包含されることが条文上明らかにされたこと、また、どのような方法で瑕疵のない仕事を製作するかは決定は、履行段階から引き続き、追完段階においても請負人に与えられていることから、追完の範囲においてもなお最初に提供された仕事に請負人の給付は具体化していないとする⁶³²。また、追完の限界に関しても、「BGB 第 635 条 3 項が示す費用を、請負人は履行段階においても全く同様に負担しなければならない」とし、これに関して追完の要求は異ならないとする⁶³³。債務法現代化法の立法者は、第 635 条 3 項の過大な費用による給付拒絶について、第 275 条 2 項の下位規定(Unterfall)であるとしているとして、それによって、結局のところ、文言上の違いはあるものの、追完請求権と履行請求権は区別されえないとする。

これらの点は、Weyers による債務法現代化法の準備作業及び債務法委員会の最終報告を通して確認されるとする。Weyers は、「引取りは、もはや、中心的な境界(Zäsur)について法律上の中心的な形(Zentralfigur)として機能を果たすべきではなく、履行から瑕疵担保への移行について、同等の時点(gleichwertiger Zeitpunkt)が選択されなければならない。これは危険の移転とされうる、なぜなら、それは明白で、それについて単一の方法において関連づけられることができるからである」とする⁶³⁴。Vorwerk は、引取りは単に「任意の機会(fakultative Möglichkeit)」であり、履行と追完が同一とされる以上、引取りの時点が、第 634 条以下の適用を可能とする境界面(Schnittstelle)とはならないという⁶³⁵。Vorwerk よれば、引取りの意味は、引取りの際に知っていた瑕疵について留保のない権利の喪失(第

⁶³¹ Huber, Leistungsstörungen, in : Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd I , 1981, S.688. Vgl. Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.9.

⁶³² Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.9.

⁶³³ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.9.

⁶³⁴ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.10.

⁶³⁵ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.10.つまり、Vorwerk は、学説の支配説が主張する、引取りによって「履行請求権から追完請求権へと「変容」する」という見解はとっていないものと思われる。

640 条 2 項)にのみ残される⁶³⁶。

ii) 瑕疵担保責任の位置付け

Vorwerk は、かつての法が一般給付障害法に対する瑕疵担保責任法の優先を認めていたことにより、いつ一般給付障害法が適用され、また、いつから瑕疵担保責任法が効力を生じるのか境界付けられなければならなかったという⁶³⁷。そして、債務法現代化法における立法者の目的は、瑕疵担保責任法の特殊な地位を取り除き、義務違反へ一元化することであったことを強調する。そして、この目的によってもまた、引取りが一般の給付障害法か特別な瑕疵の規定かという適用関係を導くかどうかという問題の原因を失わせるという⁶³⁸。

Vorwerk は、債務法現代化法の目的は、Huber が示したように⁶³⁹、一貫して債務者に第二の提供の権利を与えることであるとする。これは、一般給付障害法における第 281 条、第 323 条、売買及び請負における瑕疵担保責任規定の二次的な請求権の規定によって生じ、これらの請求権を、第二の提供のための期間の徒過によってはじめて生じうるとする基本原則(Grundregel)が置かれているという⁶⁴⁰。そこから、上述したように、履行請求権と追完請求権はいずれも、債務者に第二の提供の権利を与えるものとして同一であり、また、旧法からの変更として、追完のための期間の徒過は、それ自体請負人の瑕疵除去の拒絶とは結び付けられず、注文者が他の二次的な請求権を行使するまで、注文者の追完請求権は存続する。Huber の鑑定意見⁶⁴¹によれば、追完のための期間の徒過を必要とする目的は、履行のための最後の機会を与えることであり、その効果のない徒過は、債務者が義務付けられた給付を提供しないことを確かなものとし、そのとき、債権者は契約の拘束(Bindung)から自由になると解することが妥当であるとする⁶⁴²。したがって、請負契約においても、

⁶³⁶ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.10.

⁶³⁷ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S. 9.

⁶³⁸ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.10.

⁶³⁹ Huber, a.a.O.,(Fn.631), S.703f. Vgl. Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.9.

⁶⁴⁰ Vorwerk, , a.a.O.,(Fn.328), S. 9.

⁶⁴¹ Huber, a.a.O.,(Fn.631), S.763. Huber の鑑定意見については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築－ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見－」法学志林 80 卷 3・4 号(1983 年)97 頁以下も参照。

⁶⁴² Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.11.

注文者に二次的な請求権(自力修補、解除、減額、給付に代わる損害賠償⁶⁴³)を行使しうる要件を満たす場合、請負人が第二の提供の権利を失うことにより、有効にこれを請求することができるという⁶⁴⁴。この場合には、それは追完のための期間の徒過であり、また、法が定めた特別な要件により、追完のための期間をもちや置く必要がない場合(第 636 条、第 637 条 2 項)、これが満たされる限りで、注文者は、二次的な請求権⁶⁴⁵を、同様に行使することができるという⁶⁴⁶。

つまり、Vorwerk の見解を整理すると、かつて引取りによって形を変えるとされた履行請求権は追完請求権と同一であり、つまり、引取りによっても変容しない。そして、給付障害が生じた場合、一般給付障害法と瑕疵担保責任法のいずれからも導かれる、請負人に与えられる第二の提供のための期間が徒過することにより、請負人が自身で履行することの権利は失われる。一方、注文者の履行請求権はなお存続し、二次的に与えられる請求権を行使したときに初めてこれが消滅する。このような債務法現代化法における構造は、引取りがもはや第 634 条の適用についての時点ではないことを理由づけるという。

b) Voit の見解

i) 引取りの効果と瑕疵担保責任規定の適用範囲

時的区分を必要とする見解の中でも、厳格に引取り時基準説を展開するのが Voit である。Voit は、請負契約上の瑕疵担保責任規定が引取りの後に適用されうことは明らかであるとして、その理由として、まず、第 634a 条が瑕疵担保責任に基づく請求権の時効が引取りの後に進行することを明らかに言及していることのほかに、報酬支払いの履行期の到来、危険の移転、瑕疵の証明責任の移転も引取りと結び付けられることを挙げている⁶⁴⁷。Voit は、これらの条文上明らかな引取りの効果と瑕疵担保責任規定の適用開始時点を結び

⁶⁴³ Vorwerk は、第二の提供のための期間の徒過が、追完請求権を失効させないのに対して、第 281 条第 4 項が、債権者が給付に代わる損害賠償を要求すると同時に、履行請求権を失うことから、この要求を「形成権(Gestaltungsrecht)の行使(Ausübung)」と理解する。そして、債務法現代化法は、解除権と減額権を形成権として扱い、請負契約法においても同様に解されるが、自力修補についての請求権が形成権として扱われるべきかどうかは明白ではないとする。Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.9.

⁶⁴⁴ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.12.

⁶⁴⁵ Vorwerk によれば「形成権(Andienungsrecht)」。Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.12.

⁶⁴⁶ Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.12.

⁶⁴⁷ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1070f.

付けて捉えている。

ii) 瑕疵の判断時点

Voit は、引取り前においては、請負人の仕事がおお具体化しておらず、その理由で瑕疵があるか否かの判断をしえないことを主張の中心とする⁶⁴⁸。請負人は、注文者に仕事を瑕疵のないように「調達(verschaffen)」しなければならず、注文者の土地に建物を建築する場合にも、この概念が使用される。そこから、引取りによって、おおよその仕事の到達がされることによって始めて、給付が確かになされたが瑕疵があるということができ⁶⁴⁹、注文者の瑕疵請求権が介入するという⁶⁵⁰。

上述したように、Voit は製作段階における瑕疵担保責任規定の適用を認めない。その理由として、請負契約の性質から、合意した完成期日より前には、仕事の瑕疵は観念できないとする⁶⁵¹。これは、建築給付の場合に、義務付けられた中間の行為(Zwischenschritt)についての合意がない場合は、たとえ請負人の仕事の進行が予定の期日より遅れていたとしても履行期までは遅滞は生じないことから、瑕疵についても同様に解されるべきであるという⁶⁵²。

そして、仕事の完成期日の到来によっても、遅滞は生じても瑕疵を確認することはできないという。そこから、Voit は、履行期を基準とする見解に対して次のように批判する。当事者が合意した履行期において、債務者の仕事に瑕疵がある場合、それが義務違反に当たることは確かであるが、このとき、請負人は瑕疵がないように仕事を完成させるために必要なことを終えておらず、履行段階が終了しているとはいえないとする。したがって、なお、仕事の具体化が欠けており、請負人は引き続き仕事についての危険を負担する。法は、このような時点における瑕疵担保責任法の適用を予定していないとする⁶⁵³。上述したように、Voit は、このときに、注文者は、一般給付障害法により、遅滞に対する損害賠償

⁶⁴⁸ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1071.

⁶⁴⁹ Voit は、この状態を、「給付は確かに既履行であるが瑕疵を示す(die Leistung zwar erbracht wird, jedoch Mängel aufweist)」とする。Voit, a.a.O.,(Fn.418), S. 1071.

⁶⁵⁰ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1071.

⁶⁵¹ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1066.

⁶⁵² Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1066.

⁶⁵³ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1072 ; 同様の見解に立つものとして、Joussen, a.a.O.,(Fn.562), S.330.

を要求でき、場合によっては、義務違反を理由に、第 281 条、第 283 条を用いることが可能であると指摘する⁶⁵⁴。

iii) 引取りの例外が認められる場合

Voit が引取りの例外として認めるのは、引取り拒絶の場合と、建築契約の予定より前の終了、とくに、解約告知の場合である。引取り拒絶の場合には、請負人は、仕事を、その視点からすでに完成させており、仕事は具体化されているとする。また、解約告知の場合には、すでに履行された一部給付に関して、BGH が一部の仕事の引き取りに対する義務も認めているということから⁶⁵⁵、予定より早い契約の終了の際に瑕疵請求権が生じるのかという問題に答えているという。請負契約の解約告知において、すでになされた部分に契約内容の制限をみる BGH の見解は、引き取りが、ただ仕事の報酬の満期の前提としてではなく、瑕疵の権利の前提としてもみなすことは当然であるとの結果になり、また、解約告知の後、請負人の仕事の履行に関する自由な処理の権限は失われることから理由づけられるとする⁶⁵⁶。

以上のような Voit の見解からは、引取り時説ではなく、請負人による仕事の完成によっても同様の帰結が得られるように思われるが、これに対して Voit は、仕事の完成後に、引取りまたは引取り拒絶という注文者の意思の表明なしに瑕疵請求権の有無が争われるのは稀な場合にとどまると述べている⁶⁵⁷。

iv) 履行請求権と追完請求権の関係

Voit は、履行請求権は引取り時まで存続し、この履行請求権が存続している限り、追完と、それに続く第 634 条、第 637 条の自力修補権の主張は概念的に排除されるべきであり、

⁶⁵⁴ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1075. Joussem も、給付の提供の遅滞は、瑕疵のある製作と境界づけられるとして、合意した仕事完成期日における不履行は、一般給付障害法が適用されるとする。Joussem, a.a.O.,(Fn.562), S.330f; なお、MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.4.も Joussem の見解を引用する。

また、Voit は、建築契約においては、しばしば履行期の取り決めは明確ではないため、そのような時点は、実際的に結び付けられないとの批判も加えている。

⁶⁵⁵ BGH Urt.19.12.2002 BGHZ 153,244,250f; BGH URt.v.11.05.2006 BGHZ 167,345,349f=BauR 2006,1294,1296.

⁶⁵⁶ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1072.

⁶⁵⁷ Voit, a.a.O.,(Fn.418), S.1075.

これらの併存は望ましくないとする⁶⁵⁸。この意味として、Voit は、注文者が、仕事を引取り、それによって請負人の仕事が本質的に契約通りであると承認した(billigen)とされることにより、第 635 条第 3 項に照らして、瑕疵が過大な費用によってのみ取り除かれうるとされた場合に注文者がそれを引き受け、報酬を減額するか、第 323 条第 5 項第 2 文を前提に契約の解除の手段を採るという帰結を要求しようという⁶⁵⁹。これに対して、引取りがない場合も、第 635 条第 3 項を適用した場合に、請負人が本来的に追っている瑕疵のない仕事の製作義務を免れうる結果となることは理解することができないとする。以上のように、Voit は、請負人が、引取り前には、第 635 条第 3 項により制限されることなく、瑕疵のない給付を義務付けられ、そこから、第 635 条に規定される追完請求権と、履行請求権を引き離すことが正当であるとする⁶⁶⁰。

(5)学説における対立点の整理

以上の Vorwerk と Voit の見解について、Vorwerk が、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の内容上の同一性を強調しているのに対し、Voit は、履行請求権と追完請求権の異質性を指摘している点については対立関係にあるといえるが、必ずしも共通の問題意識のもとで、対応しうる論点について述べられているわけではない。むしろ、これらの見解の有する指向性はそれぞれ異なるものであるように思われる。Voit の見解の核心はむしろ、瑕疵担保責任の要件たる瑕疵が観念しうる時点がいつかということにあり、そこから瑕疵担保責任に基づく請求権が生じる時点について考察している。

ここで、再度上述した、一般給付障害法と瑕疵担保責任法との境界に関する見解をみると、まず、時的区分を不要とする見解と、履行期から瑕疵担保責任法を適用可能とする見解はいずれも、一般給付障害法と瑕疵担保責任法との内容上の同一性から、履行請求権の追及可能な場合には瑕疵請求権が生じると解する。一方、仕事の完成時を基準とする見解は、仕事具体化し、瑕疵の有無の判断が可能となる時点として、引取りに代わり、請負人による仕事の完成時を提示する。仕事の完成時基準説は、引取りという時点の不適切性の指摘から生じたものであり、引取り時説とは根本的な考え方において共通する部分を有している。これらの見解はいずれも、瑕疵担保責任法が、あくまで「仕事の給付があった

⁶⁵⁸ Bamberger/Roth/Voit, § 633 Rn.2.

⁶⁵⁹ Bamberger/Roth/Voit, § 633 Rn.2.

⁶⁶⁰ Bamberger/Roth/Voit, § 633 Rn.2.

が、瑕疵がある」場合を想定した規範であることを前提としている。このように、これらの見解は瑕疵担保責任法の適用関係について、重要とする点をそれぞれ異なるところに置いて論じているようにも思われる(救済手段における内容か、要件としての瑕疵判断かなど)。したがって、学説上、履行請求権と追完請求権の関係といった個別の論点については、それぞれに異なる見解が示されている。これは、例外に対する考え方において、時的区分に関する立場とは別に、異なる見方が示されていたことにも表れているといえる。そこで、学説が問題としている点について若干の整理を行うと、以下のようになる。

a) 瑕疵判断の時点

仕事に瑕疵がある場合の注文者の権利について列挙する第 634 条は、その適用要件について、①瑕疵があることと、②第 635 条以下の各条に掲げる要件を満たすこと、かつ、③別段の定めがないことにのみ言及する。上述したように、瑕疵の判断時点についても、売買が第 434 条において危険の移転時であることを規定する一方で、請負にはその規定がない。したがって、ここからは何らかの時点について読み取ることができない。

そこで、Voit の見解でみたように、仕事が具体化の時点が議論される。引取りを原則とする見解は、引取り時において仕事が具体化し、瑕疵の有無を確定的に判断しようとするが、Voit の見解について形式的にすぎるとの批判や⁶⁶¹、瑕疵の存在について引取りを前提としないとの指摘がされており⁶⁶²、仕事の完成や引取りの前でも、既履行部分について瑕疵があるか否かの判断を可能とする仕事の具体化が生じる場合があるとの見解があった。

なお、請負契約に関しては、瑕疵が「結果」から判断されるのか、製作段階でも判断可能かについて、「調達(verschaffen)」と「製作(hergestellt)」の意義や、製作段階における請負人の労務は、結果のための「準備」か、「債務の本体」かという点で困難な問題が指摘されている⁶⁶³。

b) 一般給付障害法と瑕疵担保責任法の内容

⁶⁶¹ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S. 1366.

⁶⁶² Maximilian Jordan,a.a.O., (Fn.550), S.140. Jordan は、その理由として、瑕疵がある場合の正当な引取り拒絶自体がすでに引取りの前における瑕疵の判断を認めているとする。また、売買における第 434 条の危険移転時について、請負がこのような時間上の要素を有しておらず、債務法現代化法において、請負契約法が売買契約法と意識的に同化されたことは明らかであるが、瑕疵の存在についても、この時間上の要素が一致されるべき根拠はないという。

⁶⁶³ Vgl. Voit, a.a.O.,(Fn.418), S. 1065.

一般給付障害法と瑕疵担保責任法の救済手段に関する理解について、Vorwerk と Voit では履行請求権と追完請求権について見解の違いがあった。また、製作段階における瑕疵担保責任の適用に関する議論で、瑕疵担保責任が適用可能な場合の利点として、自力修補や減額というより多くの手段が可能となるとの議論があった⁶⁶⁴。この前提から、引取り時基準説に対する批判として、とりわけ、実際に、知識のある注文者がより容易に瑕疵を発見することができるのに対し、そのような知識や瑕疵発見能力の乏しい、保護の必要な注文者が、引取りによって不利に扱われることの正当性は見出せないとの指摘がされており⁶⁶⁵、瑕疵担保責任法が一般給付障害法に対して内容上注文者に有利なものとして捉えられている⁶⁶⁶。

i) 履行請求権と追完請求権の関係

追完請求権は、「修正された履行請求権(modifizierter Erfüllungsanspruch)」と称されるが、その意味について、履行請求権と追完請求権の関係を実質的な区別はないとする見解⁶⁶⁷がある一方、それらの性質上の違いを見出す見解がある。引取り前の瑕疵担保責任の適用を原則として否定する Jousen は、追完請求権と履行請求権との関係について、請負においては、追完の方法が請負人に残されていることから、履行請求との権利の内容上の違いがないという見解に対して、売買法では債務者にそのような自己決定権が与えられないことの対比から(第 439 条 1 項)、請負において売買とは異なる特別な方向が採られたとはいえず、追完請求権は、明白に第 635 条にその根拠があり、その点にだけ結び付けられる

⁶⁶⁴ Weise はこの点について明確に、BGB 第 634 条は、注文者のために、「より多くの (Mehr)」権利を意図していると述べる。NJW-Spezial, 2008, 76. また、Genius も、一般給付障害法にはない自力修補と、減額の請求権が置かれている点で、引取り前の瑕疵担保責任規定の適用に利益があるとする。Genius, in : Herberger/Martinek/Rußmann/Weth, juris Praxiskommentar BGB, Bd.2, 8. Aufl., 2017, § 640 Rn.7.

⁶⁶⁵ Maximilian Jordan, a.a.O., (Fn.550), S.135.

⁶⁶⁶ しかし、引取り前における減額権の行使が、注文者に利益を与えるかどうかといった点については、学説上見解が一致しているわけではない。例えば、Kniffka は引取り前における減額権の行使が認められるとする。一方、Jousen は、仕事に瑕疵がある場合には注文者は報酬を支払う必要はなく、これは引取りがされない場合も同様であるとする。そして、引取り前における報酬減額は注文者に追加の利益を与えないとして、実際上の必要性はないと述べる。Vgl. Jousen, a.a.O., (Fn.562), S. 322.

⁶⁶⁷ Vorwerk, a.a.O., (Fn.328), S.9f.

のであって、履行と追完が異ならないとすることは適切ではないとする⁶⁶⁸。

なお、この点、Voit の見解について上述したが、履行請求権が存在している限り、注文者の追完請求権は排除されるとの見解に対しては、Folnovic が、履行請求権と追完請求権は、瑕疵のない仕事の製作を目的とする点で実質的な区別はなく、概念上切り離せるものではないと批判している⁶⁶⁹。

また、Voit の主張する、注文者が、引取りにより仕事を履行として承認したことが、第 635 条第 3 項による請負人の履行義務の制限という効果を生じさせるという点について、Raab も指摘しているが、そのような一般給付障害法に対する請負人の責任の緩和は、「引取り(及び同様の効果を生じさせる時点)の時点で、注文者が、仕事を契約上の対象として承認したことによって生じる、「危険の移転」と「請負給付の具体化」を理由に基礎づけられる」としていることから⁶⁷⁰、注文者の「承認」という意思的関与に重点を置いているかどうかは明確ではない。

ii) 救済手段の内容

一般給付障害法との違いとして、とくに自力修補が瑕疵請求権を特徴づける。自力修補は、瑕疵担保責任法が適用される範囲でのみ認められるとする点で学説は一致している⁶⁷¹。なお、解除権は、一定の時的区分に関わらず存在する。第 634 条 3 号は、一般給付障害法を参照しているからである。しかし、この場合にも、第 635 条 3 項との関係で、第 636 条の点で一般給付障害法にはない規定が置かれている点に違いがある⁶⁷²。減額が瑕疵担保責任法においてのみ認められるかについては論者によって異なる見方がされている⁶⁷³。原則として引取り時基準説に立つ Peters/Jacoby は、瑕疵が取り除かれえない、または請負人

⁶⁶⁸ Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S.324.

⁶⁶⁹ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S. 1362.なお、この点について、Vorwerk, a.a.O.,(Fn.328), S.9ff も参照。

⁶⁷⁰ AnwK-BGB /Raab, § 634 Rn.30.

⁶⁷¹ Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S. 322 ; Staudinger/Peters/Jacoby,2014, § 634 Rn.13 は、「634 条 2 号、637 条による自身での瑕疵除去の権利は、引取りにより初めて生じる」とする。

⁶⁷² Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S.322. なお、Jousen 自身は、第 635 条第 3 項の過大な費用による追完拒絶、その場合の第 636 条による追完期間の設定のない解除及び損害賠償について、引取り前後における利益状況の違いはわずかであるとしている。

⁶⁷³ Vgl. Jousen, a.a.O.,(Fn.562), S.322.

によってされようとしないうる限りで、例外的に引取り前に可能であるとしている⁶⁷⁴。最後に、一般給付障害法との関係が問題となりうる履行に代わる損害賠償については、解除と同様の指摘が当てはまる⁶⁷⁵。

iii) 第 634a 条における瑕疵請求権の消滅時効

Voit は、634a 条による瑕疵の権利の時効の開始が引取りに結び付けられることとの整合性を、引取りを時的区分とする主張の根拠として挙げるが、これに対して、Folnovic は、引取り前の請負契約法上の瑕疵の権利の適用が、概念的にも排除されることの論拠として説得的でない⁶⁷⁶と指摘する。

(6) 従来における通説の変容－「引取り」の機能

かつての通説とされる Korintenberg の見解は、請負人によって完成された仕事に瑕疵がある限り、注文者の履行請求権は消滅せず、請負の瑕疵担保責任における瑕疵修補請求権と本来的履行請求権が併存するが、注文者によって引取られたことにより、瑕疵ある仕事が債務の目的物として特定(集中)し、それによって注文者の原始的履行請求権は消滅し、これ以降は注文者の請求権は請負契約における特別な瑕疵修補請求権に制限されるというものであった⁶⁷⁷。そして、この理論においては、①瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補請求権は、注文者の本来的履行請求権よりも制限的であるということ(「修正された履行請求権」)、②引取りの集中効は、引取りの意味する主観的な履行承認の効果として正当化される⁶⁷⁸という点が重要であった。これに対し、BGH の 1985 年判決を契機に、瑕疵修補請求権が再履行をも排除せず、履行請求権と同一性を有することから、履行請求権と瑕疵修補請求権は併存するものではないという転換がなされ、この点で引取りの地位は低下していると指摘されていた⁶⁷⁹。

注文者の承認(Billigung)について従来通説と同様の視点に立つものとして、Voit が、

⁶⁷⁴ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.13.

⁶⁷⁵ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.13

⁶⁷⁶ Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1361.

⁶⁷⁷ 木村・前掲注(557)8 頁以下参照。

⁶⁷⁸ 笠井・前掲注(63)255 頁。また、同・前掲注(34)186 頁でも、ドイツにおける注文者の「引取り」が、不履行規範から瑕疵担保規範へと切り分ける法制度であり、これは「引取りに現れた、注文者の「承認」のモメントに着目したものである」と説明する。

⁶⁷⁹ 笠井・前掲注(63)296 頁。

その効果として請負人の履行請求権が第 635 条 3 項の限界に服することにより制限的な追完請求権になるとの見解を示していたが、一方で、引取りが、提供された仕事を主に契約通りであるとする注文者の承認(Billigung)と結び付けられる、主観的な性質を有する境界であるにもかかわらず、なぜ多くの例外を認めるのか説明の困難な点が指摘されている。とりわけ、瑕疵担保責任規定に基づく注文者の権利が、自力修補という手段を可能とする点で注文者にとって利益があるという視点から、引取り時に注文者が瑕疵をすでに発見し、また些細ではない瑕疵については引取りが義務付けられないにもかかわらず、その利益を得るために引取を表明しなければならないという適切ではない状況は、もはや引取りがそれ自体本質的な意味を有していないとの批判を生じさせている。

なお、注文者が、引取りにより、請負人のなした仕事を「履行として承認した」ことは、条文上明らかな、報酬支払いの履行期の到来、危険の移転、瑕疵の証明責任の移転、瑕疵請求権の消滅時効の開始という注文者にとってネガティブな効果を生じさせ、これを正当化するものではあるが、Voit による言及がある一方で、学説の多くは、それらの効果を直ちに瑕疵担保責任の適用時点とは結び付けない。以上のように、引取りの意義について、とりわけ、瑕疵担保責任規定の適用を生じさせる意味での注文者の「承認」という意思的関与については、かつての通説における積極的な前提を失っているといえる。

3. 裁判例の状況

以上のような学説の状況に対し、BGH は債務法現代化法のもとで、いまだ見解を示していない。第 634 条以下の瑕疵担保責任の適用時点については、請負人によって仕事が一応完成されている場合には、引取りの例外を認めるものが学説の多数であったが、裁判例においても同様であり、實際上問題となっているのは、上述したような、製作段階にすでに生じた瑕疵に対する瑕疵担保責任法の適用の可否についてである。以下では、第 634 条の適用時点に関係する裁判例を紹介する。

(1) 請負人による仕事の完成以降

引取り時基準説を採る見解の多数が、注文者による引取り拒絶の場合に、第 634 条以下の適用を肯定していたが、裁判例もまた、そのように解するものが多数である。例えば、

OLG ハム 2014 年 8 月 19 日判決(NJW 2015, 1861)⁶⁸⁰は、請負人が、仕事を完成したとして注文者に供給したが、注文者が、瑕疵を理由に引取りを拒絶し、これに対して、請負人が、瑕疵の除去を最終的に拒絶した場合である。したがって、この事案は注文者により引取り拒絶と請負人により瑕疵除去の最終的な拒絶があった場合であるが、自力修補について認めるために引取りを強制することは注文者にとって不合理であるとした⁶⁸¹。また、OLG ケルン 2012 年 11 月 12 日判決(NJW 2013, 1104)は、第 634 条以下について、完成された仕事に瑕疵がある場合の注文者の権利を規定したものであるとして、仕事の製作段階の権利や、時機を失した供給に対する請求権は把握されないとする。そして、原則として、仕事の引取りを決定的な時点として、注文者の瑕疵の権利が生じるが、例外的に注文者による引取り拒絶の場合の適用が認められるとする。

(2)仕事完成前の瑕疵について

瑕疵担保責任法と一般給付障害法との関係について直接述べた裁判例として挙げられるのが、以下の OLG コーブレンツの 2007 年判決である。これは、上述した学説のうち、引取り時基準説を厳格に解する Voit に近接した立場を採ったものと評されている。

a)引取り前の瑕疵担保責任の適用否定例

OLG コーブレンツ 2007 年 10 月 18 日判決(BeckRS 2008, 10397)

《事案》

原告(注文者)は、二重の車庫(Doppelgarage)を有した居住用建物の建設を、被告建築会社(請負人)に依頼し、2004 年 3 月 23 日に建築契約を締結した(なお、VOB/B の合意はされなかった)。このとき、完成期日については取り決められなかった。被告の建設の開始後すぐに、原告は、地下室の壁に生じた瑕疵について、被告に問いただした。原告は、瑕疵を一覧にした個人的な鑑定を行い、それをもとに、被告に対して、それらの瑕疵の修補の計画についての説明と、2004 年 6 月 9 日までの仕事の再開を依頼した。2004 年 6 月 17 日までの間に、被告は、個々の修補をなしたが、原告が依頼した鑑定人が薦める地下室の完全な撤去は行わないと回答した。原告は、2005 年の地方裁判所における裁判の開始におい

⁶⁸⁰ なお、本事案は VOB/B の適用があった事例である。本判決は、判旨において、「例外的に」仕事の給付の引取り前に瑕疵担保責任法に基づく請求権を行使することができるとしている。

⁶⁸¹ OLG ブランデンブルク 2011 年 2 月 24 日判決(NJW-RR 2011, 603)も同様。

て、建築契約の解除を表明した。

第一審は、原告の損害賠償請求について、BGB 第 636 条、第 634 条 4 項、第 633 条、第 281 条により、44.197,16 ユーロの一部の額並びにその利息が適合するとし、それに加えて、原告を、契約の解除の清算による、引き続きの損害を補償する被告の義務を認めた。これに対して、被告は、給付の時点について合意されておらず、2004 年 3 月及び 6 月における原告による期間の設定は、履行請求権の満期の前に生じていることから、解除の前に与えられる有効な猶予期間ではないとして、なお自己には瑕疵修理について理由があると主張する。また、被告の瑕疵除去は、原告が、被告が建設現場に足を踏み入れることを禁じたことにより挫折したとして、請求の棄却を求めた。

《判旨》

- 1.請負契約上の瑕疵担保請求権は、建築主に、すべての仕事の完成後にはじめて与えられるべきものである。
- 2.建築労務の開始のときにすでに重大な瑕疵が現れた場合、その瑕疵について、修補によりもはや除去されることができない、または、注文者が、自身の修補の権限(Nachbesserungsbefugnis)を、その他の理由により失った場合、それによって、注文者の損害賠償請求権が、第 280 条により生じうる。
- 3.契約に反する態度(Einstellung)又は建築労務の遅れ(Verzögerung)は、このような理由になりうる。明文上の当事者の合意がなくても、春に開始した一戸建て住宅の建設について、その労務が、その屋根の覆いまで、冬の始まりの前に完成されていなければならないことになる。

《判決理由》

(第 634 条以下の適用に関する部分について)

新債務法は、旧第 634 条 1 項 2 文に一致する規定を有さない。…引取り前にすでに現れた瑕疵について、注文者に、新法により、どのような権利が存在するのか、学説において統一的な答えは示されていない。

ある見解によると、第 634 条以下は、確かに原則として、すべての仕事の製作の時点以降に初めて適用される。しかし、この原則の例外はありうる。…当事者の契約が予定より早く終了し(BGB 第 323 条 4 項)、そこで製作された一部の仕事に瑕疵があった場合は例外である。被告は、建築技術上必要な労務を提供しなかった。原告は、被告の継続的な不

実行の状況に面し、追完を期待できないという理由により(BGB 第 636 条)、その製作請求権(Herstellungsanspruch)について諦め、即時に BGB 第 634 条による措置をとることができる(参照、Busche)。地方裁判所は、BGB 第 634 条による法により明らかな請求権を支持した。

その他の見解により、完成期日段階(Fertigstellungsphase)においてすでに現れた瑕疵について、注文者の請求権は、修補により損害がもはや回避されない、または、請負人が、修補の権限を、第 281 条 2 項、第 323 条 2 項、第 636 条により失った限りで、もっぱら、第 280 条 1 項、第 241 条 2 項に従うことに向ける。

この部(Senat)は、この解釈に従う。請負契約について、請負人の主たる給付義務は、請負人が、(最終的に)仕事を、注文者に、物及び権利の瑕疵なく調達しなければならないことに言い換えられる。これは、危険の移転の時点を目標とし、重要でなく、取るに足らない、しだいに発生する仕事の瑕疵が、なお取り除かれることができ、また、通常は、請負人がその仕事を注文者に完成したものとして提供する前に、請負人によって取り除かれるという理由で適切であると思われる。それと同時に、最終的な完成期日及び危険の移転前に発生する瑕疵を理由に、すでに請負契約上の瑕疵担保権(Gewährleistungsrecht)を行使する権利を注文者に認める場合、それは合致しない。…

被告は、原告に対して、第 280 条 1 項 1 文により、損害賠償義務を負う。被告は、地盤の平坦(Bodenplatte)及び、地階(Kellergeschoss)を相当な期間内に、あとに続く労務が建築技術上の考慮なしに、この上に建築され、すべての建築計画の完成までに遅滞なく継続されうるように製作すべき義務を、債務関係から違反した。…

それに加えて、給付がなお完成していない(第 323 条 4 項)ことについて推論した場合、…独自の証明手続きにおける鑑定は、契約の維持が要求できないであろう多数の重大な瑕疵を示す。

b)上記 OLG コーブレンツ 2007 年 10 月 18 日判決の上告審

BGH 2008 年 5 月 8 日決定(NJW-RR 2008, 1052)

2007 年の OLG コーブレンツ判決の上告審決定は、直接には、期間の設定のない解除についての判断を示し、第 634 条以下の適用時期については述べなかった。

《主文》

被告の抗告を却下する。被告は、抗告手続き(ZPO97 条 1 項)の費用を負担する。

《決定理由》

注文者は、契約の継続(Fortsetzung)が、請負人の利益の考慮のもとでも、契約の履行について、彼に要求しない場合、期間の設定なしに、建築契約を即座に解除することができる。この給付が満期(fällig)にある場合、これは、第 323 条 2 項 3 文から生じる。すなわち、それ加えて、特別な事情が、その規定の趣旨において(im Sinne dieser Regelung)存在する。給付が満期にない場合、この解除権は、BGB 第 323 条 4 項により生じる。これに対して、注文者が、(この点で：多重の瑕疵及び承認された技術規定の違反のゆえに)、建築請負人の給付能力における信頼(Vertrauen)を正当に有したことが、決定的である。

c) OLG コー布伦ツ判決に対する学説の評価

このような判断に対する学説上の指摘として、Folnovic は、まず、OLG コー布伦ツ 2007 年 10 月 18 日判決は、異なる時点として区別されるべき仕事の引取と、仕事の完成の関係について、その点でははっきりと区分したわけではないが、第 634 条以下の適用を、最終的な完成(endgültig Fertigstellung)及び危険の移転の時点(Zeitpunkt des Gefahrübergang)に結びつけ、仕事の完成を含意的に前提として、危険の移転の時点、つまり引取りより前における瑕疵担保責任規定の適用を排除していると解釈する⁶⁸²。そして、OLG コー布伦ツの判例が、引取り前と完成期日前を、明らかに区別することを欠いているという点で、根本的な問題を提示していることを指摘し、それゆえに価値が乏しいとしているが、OLG コー布伦ツが例外なく、これらの時点より前の瑕疵担保責任規定を排除することは、学説が原則からの例外を認めようとするのに反しているという。また、Weise は、OLG コー布伦ツが、瑕疵が、完成の際に初めて除去されるのではなく、給付の履行のそれぞれの段階において取り除かれることを肯定しているのに対して、そのような解釈に立った場合、第 634 条以下を引取り前にも適用することが矛盾のない解釈であると指摘する⁶⁸³。

d) 裁判例の検討

まず、控訴審判決である OLG コー布伦ツ判決は、地方裁判所が、被告の賠償義務が、第 636 条、第 634 条 4 項、第 633 条、第 281 条により生じるとしたのに対して、結果について変更はないとしながら、引取り前において第 634 条以下の規定は適用されないとし

⁶⁸² Folnovic, a.a.O.,(Fn.564), S.1361.

⁶⁸³ Weise, a.a.O., (Fn.550), S.77.

て、もっぱら第 280 条 1 項、第 241 条 2 項によって損害賠償義務が生じるとした。なお、解除については、第 323 条 4 項により、完成期日前(なお、本事案では完成期日に取り決められていなかった)の解除が認められるとした。これに対して、上告審である 2008 年 5 月 8 日の BGH 決定は、原告(注文者)が、瑕疵修補のための相当な期間を置かなかつたことにより、第 280 条以下の損害賠償及び第 323 条の解除が除外されるかどうか、つまり、完成期日前において、瑕疵除去のための期間を置き、それが徒過したことによって、契約を解除しうるのかという問題は未解決であるとするが、本事案では、その点が問題となるのではないとして、この問題について判断を示さなかつた。BGH は、本事案は、第 323 条 2 項 3 号に従い、即時の解除が認められるとして、これは、給付が満期にない場合、第 323 条 4 項から生じるとした。具体的には、請負人が、重大な瑕疵(承認された技術規定を多数違反し、建築物の安定性をも問題にした)を生じさせたことについて、注文者は、請負人の給付能力(Leistungsfähigkeit)に対する信頼(Vertrauen)を決定的に失っていることから、第 323 条第 2 項第 3 号の「即時解除を正当化する特別な事情」が存在すると判断した。なお、控訴審判決である OLG コーブレンツの判断理由については、確かに乏しい(knapp)、と付言しながらも、これまでの議論との関係及び地方裁判所の判決の確認にとどまるもので、それ自体独立の判断ではないとの見方をする限りで、そこでの解釈、つまり、引取り前の第 634 条以下の適用の問題について、BGH は自身の見解を示していない。

以上のように、OLG コーブレンツ 2007 年 10 月 18 日判決は、請負契約上の瑕疵の権利は、例外なく、すべての仕事の完成ののちに初めて存在するとの判断を示したものと解される。より詳細にいうと、第 634 条以下の適用を、最終的な完成(endgültige Fertigstellung)及び危険の移転の時点(Zeitpunkt des Gefahrübergangs)に結びつけた。なお、OLG コーブレンツは、「引取り」と「仕事の完成」の関係について、その区別を明確に意識していないが、「危険の移転」時としたことにより、第 644 条の規定から、引取りが導き出される。

(3)製作段階における例外について

請負人の真摯かつ最終的な履行拒絶は、判例上、厳格に解されているようである。この点、BGH2012 年 6 月 14 日判決(NJW 2012, 3714)は、「債権者は、債権者が、給付のための期間を、満期前に設定した場合、BGB 第 323 条第 1 項により契約を解除することができない。これは、満期前にすでに、給付の完成について、又は、債務者の給付をする気があること(Leistungswilligkeit)について、重大な疑いがある場合にも通用する」として、履

行期前の瑕疵除去のための期間の満了を否定する。また、期間の設定が不要な場合について、「債務者が、満期時点で給付しえないことの債務者のすべての表明は、BGB 第 323 条第 2 項第 1 号の意味における、真摯かつ最終的な給付拒絶を理由付けない」として厳格に解釈する。

(4)その他引取りの意義について述べるもの

OLG ブランデンブルク 2011 年 2 月 24 日判決(NJW-RR 2011, 603)は、引取りがある場合もない場合も第 634 条以下の請求権が当然与えられ、引取りの問題は、原則として第 634 条 2 号、第 637 条による請求権に影響を与えないとする。単に、引取りがあるか否かは、証明責任の問題について意味があるとする。

4. 裁判例の整理

以上の裁判例は、主に、①請負人による仕事の完成以降と、②請負人による仕事がいまだ製作段階にある場合の二つの場面に分類することができる。①のように、請負人が仕事を終了し、引き渡しに供した場合には、注文者が引取りを拒絶した場合でも、第 634 条以下の適用が可能となると解することが合理的であるとの見解が裁判例上指摘されており、この点、学説の多数と一致する。また、学説の箇所挙げた判例(BGH 2006 年 5 月 11 日判決 BGHZ 167, 345)において、解約告知のように予定より前に終了した契約についても、一部の引取りが観念できることが認められることから、①の場面と同様であるとみることができる。このように、裁判例は、第 634 条以下の規定を、請負人により完成された仕事に瑕疵がある場合の注文者の権利を定めたものであるとし、引取りにより、その仕事が具体化するとの原則に立つ(例えば、OLG ケルン 2012 年 11 月 12 日判決 NJW 2013, 1104)。したがって、履行期に遅れた仕事など、いまだ製作段階にある仕事に対する責任についての規定とは介していない。そこで問題となっているのが、製作段階において例外的に、注文者が第 634 条以下の権利を行使しうるかという点である。OLG コーブレutz 2007 年 10 月 18 日判決は、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の境界となる時点について、最終的な完成(endgültige Fertigstellung)及び危険の移転の時点(Zeitpunkt des Gefahrübergangs)を挙げ、学説におけるいずれの説に属するかは明確ではないが、考え方として引取り時基準説に立ち、製作段階における例外を一切認めないとした。

これらの裁判例及び学説による裁判例の検討から、ここで問題となっているのは、原則

的な時的区分に関する点が第一にあり、引取り時とするか、請負人の仕事の完成とするか、または、危険の移転時とするか、さらに、履行期を基準とするかについて議論がある。二つ目の点として、これらの例外として、製作段階における瑕疵担保責任法の適用を認めるかどうか、また、認める場合には、どのような場合に認められるのかという問題がある。いずれの点についても判例は立場を明確にしていないが、瑕疵担保責任法の適用に関して重要とされているのは、請負人が自己の視点において仕事を終了していることであり、そうでない場合の例外は慎重に判断されるべきとの見方がされている点が指摘できる。

三 小括

以上の議論から明らかなように、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の関係については、いまなお判例・学説上見解が一致していない。従来からの引取りの時点をおよ一般給付障害法と瑕疵担保責任法との原則的な境界とする見解が支配的とされているが、その引取りの時点は絶対的ではなく、学説の多くが、例外として、注文者による理由のある引取り拒絶の場合など、引取りを瑕疵担保責任法の起点とすることが正当ではない場合を認める。とくに、一般給付障害法と瑕疵担保責任との関係を、注文者の主観的意思の関与によって請負人の責任内容の制限が生じるとするかつての解釈に対し、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の内容に対する捉え方として、一般給付障害法から瑕疵担保責任法への移行は、一方で請負人に有利な効果を生じさせる反面、自力修補という手段が瑕疵担保責任法にのみある点に、注文者に対する利点が指摘されており、このときにも引取りを義務付けられることの不適切性から、引取りという時点自体の意義に疑問を示す見解があった。

反対に、瑕疵担保責任規定を仕事の製作段階で前倒して適用することには、請負人の自由な仕事の製作に対する不当な介入も懸念されていた。学説の多数は、そのようなおそれがない場合には例外的に瑕疵担保責任の製作段階における適用を認めるべきとし、その理由は、上述したような、自力修補や報酬減額の手段が採れるという点について述べられていた。

瑕疵担保責任の適用について引取りや仕事完成期日、請負人による仕事の完成を時的区分とする見解は、これらの時点以前に瑕疵担保責任法の適用の余地を肯定し、これらの例外にみられる要素は、①請負人の仕事はそれ以上なされないことが確定的であり、したがって、②請負人の履行段階への不当な介入とならず、③仕事の完成前であっても、既履行

部分について瑕疵があるか否かの判断を可能とする仕事の具体化が生じていることであり、そこから、引取りに匹敵しうる、請負契約の清算の場面にあることが見出せる。このような状況から、かつての引取りの本質たる意思的関与の意義は後退していることが指摘できる。

さらに、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の適用を区分する境界は必要ないとの見解も示されており、それによれば、請負人の履行段階が、責任段階に移行した場合に瑕疵担保責任の適用を認められる。

なお、以上の議論から明らかになった点として、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の内容については、とくに履行請求権と追完請求権の関係について、これを同一のものと解する見解がある一方、第 635 条 3 項の限界事由の適用を受けることを理由に異なる性質を有するとする見解があるなど、学説上は一致していない。また、履行請求権と追完請求権との違いを認める見解であっても、それが「引取り」によって変容することに対して疑問を示すものがあつた。このような議論は、履行請求権と追完請求権のいずれについても捉え方に違いがあることを示しているといえる。より具体的にいえば、履行請求権を債務不履行によって生じる責任追求の手段とみるか、契約の締結によって生じる請負人の給付義務に対応する意味で、その本来的な履行を求める注文者の権利とみるかに食い違いが生じている状況が読み取れる。

また、請負においては、売買と異なり、瑕疵の判断時期について明文上の規定がなく、請負の性質からもどの時点において性質上の不履行である仕事の瑕疵が観念づけられるのか議論が生じている。

以上のように、一般給付障害法と瑕疵担保責任法との境界たる時的区分、また、そのような例外として認められるべき時点のいずれについても学説及び裁判例は、統一の見解に至っておらず、不明確で複雑な状況が生じている。このような学説の状況からは、一般給付障害法と瑕疵担保責任法の内容上の関係について見解の相違があるという点、また、学説上一致している引取りの効果が、複数のもの(報酬の満期、時効、証明責任の転換、危険の移転)に結び付けられることも、それぞれの効果について認めるべきかという異なる観点のもとでの判断が、統一的な境界を見出すことを困難にしている。とりわけ、製作段階における瑕疵担保責任規定の適用に関しては、「引取り」という時点をめぐる適用時点の問題に加えて、救済手段として、引取り前に瑕疵担保責任規定に基づく請求権が認められるこ

とにより、注文者にどのような利益が与えられるかという点についてもまた見解が一致していないことにより、学説の対立点が複数存在し、この問題に関する議論自体が見通しにくい状況となっている。

第五節 請負の仕事の瑕疵に対する不法行為責任

第一章では、日本における請負の瑕疵に対する責任追及として、不法行為責任構成によるものが裁判例上増加している現状について検討し、そこでの理論上の問題点を指摘した。一方、ドイツ法ではわが国の不法行為責任の運用状況とは異なり、その適用範囲は厳格に解されている。しかし、ドイツにおいても、請負の仕事に瑕疵が生じた場面で、不法行為責任との競合関係が問題となる場合もあり、学説上議論がある。ここで、わが国における現状及び本稿の問題関心との関係から、ドイツにおける不法行為責任についての議論をみることにする。

一 瑕疵ある仕事の給付による請負人に対する不法行為上の責任追及の可否

請負人の仕事の給付に瑕疵があった場合、注文者に不法行為上の損害賠償請求権が生じるかどうか、また、生じるとすればどのような範囲において生じるのかという問題は、ドイツにおいても従来から議論されてきたところであり、なお困難な問題として捉えられている⁶⁸⁴。支配的見解は、仕事に瑕疵がある結果、第 823 条 1 項によって保護される権利または注文者の法益が侵害される場合には、請負人に過失がある限りで、ここで生じた損害の賠償について、注文者に請求権が生じるとする。したがって、第 823 条 1 項による請求権は、原則として瑕疵担保責任に基づく第 634 条以下の損害賠償請求権と並んで存在し、排除されない⁶⁸⁵。このほかに、請負人が、契約の発生・存続・消滅の過程で、社会生活上の義務(Verkehrssicherungspflicht)を侵害した場合にも、契約責任との競合が生じる⁶⁸⁶。以上の点については、学説及び判例上、ほぼ異論はない。しかし、学説及び判例上、不法行為責任が生じる要件としての法益侵害があるかどうか、とりわけ、生命、身体に対する損

⁶⁸⁴ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.164.

⁶⁸⁵ AnwK-BGB/Raab, § 634 Rn.38 ; MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.9.

⁶⁸⁶ この場合によく用いられる例として、百貨店の床に置いていたバナナの皮で顧客が滑って怪我をしたような場合が挙げられる。このとき問題となっているのは、不法行為上の義務の侵害であり、契約責任の拡張場面である。

害が生じたのではなく、所有権侵害の場合に、その範囲が問題となっている⁶⁸⁷。

二 不法行為責任規定によって保護される法益(所有権侵害)の範囲

BGB 第 823 条第 1 項に基づく注文者の請求権は、注文者に法益侵害が生じた場合にのみ与えられる。それを前提として、次に違法性が吟味されることになる⁶⁸⁸。この法益侵害は、請負人の仕事の瑕疵による場合、所有権侵害の形で生じることがほとんどである。例えば、請負人の労務自体が法益侵害を引き起こした場合として、改築工事において隣接した部屋を汚したような場合⁶⁸⁹、屋根の上っ張り(Dachhaut)を取り除く仕事において湿気の流入によって生じた損害⁶⁹⁰、採掘措置による隣の土地に生じた危険⁶⁹¹について、注文者は、第三者(例えば、賃借人、隣人、歩行者)と同様に、これらの損害について正当に権利を行使しうるとされる⁶⁹²。不法行為責任が問題となるのは、瑕疵が請負人の仕事の範囲を超えて、注文者の法益(生命、身体、その他の物の所有権など)に損害を生じさせた場合、つまり、瑕疵ある請負人の仕事が、等価性利益(Äquivalenzinteresse)にとどまらず、第 823 条以下の不法行為責任規範によって保護される注文者の完全性利益(Integritätsinteresse)を損なった場合とされている⁶⁹³。なお、このような完全性の侵害は、請負の給付が直接にその保護に貢献すべき法益、例えば、冷凍室に入れられた肉が冷凍室の瑕疵によって腐った場合や、生花が瑕疵ある植物用ハウスの中で枯れてしまったような場合にも生じているといえるが、後者の事案である BGH 1972 年 11 月 29 日判決(BGHZ 60,9)⁶⁹⁴では、所有権侵害の問題は議論されていない。このような場合について、Peters/Jacoby は、所有権侵害が否定される理由はないとしている⁶⁹⁵。以上のように、こ

⁶⁸⁷ この問題について詳細に検討するものとして、下村正明「商品の瑕疵をめぐる責任規範の交錯関係について—西ドイツの理論状況に基づく—考察—(1)(2・完)」阪大法学 139 号 89 頁、140 号 81 頁(1986 年)も参照。

⁶⁸⁸ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014., § 634 Rn.164.

⁶⁸⁹ OLG ブラウンシュヴァイク 1990 年 7 月 6 日判決(BauR 1991, 486)。

⁶⁹⁰ OLG フランクフルト 1989 年 1 月 4 日判決(NJW 1989,233)。

⁶⁹¹ BGH 1980 年 7 月 4 日判決(NJW1981,50)、OLG コーブレンツ 1988 年 6 月 24 日判決(BauR 1989,637)を参照。

⁶⁹² Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.165.

⁶⁹³ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.9.

⁶⁹⁴ なお、本判決自体は売買契約の事案である。

⁶⁹⁵ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.166.なお、場合によっては反対の見解として

こでの損害が第三者の所有権に生じたか、注文者の所有権に生じたかは区別される必要はない。また、それらの損害をもたらした瑕疵ある物が、売買契約に基づいて供給されたものか、それとも、請負契約に基づいて製作されたものかどうかにも関わらない。また、瑕疵のある物が、もともと瑕疵のないものに取り付けられたような場合に、それがもはや経済的な意味で分離不可能であることによっても不法行為上の責任が生じるとされる⁶⁹⁶。

次に、とりわけ議論されているのが、瑕疵ある仕事の実行の場合に、この仕事自体に所有権侵害が生じうるかどうかという問題であり、裁判例は明確ではない⁶⁹⁷。BGH 1963年5月30日判決(BGHZ 39,366)は、瑕疵のある建物の建築について、建築された不動産は、瑕疵のない状態で注文者の所有権において存在したことは一度もないという理由により、不法行為上の請求権を否定した。現在の有力な見解及び判例は、いわゆる侵食的な瑕疵(weiterfressenden Mangel)⁶⁹⁸について、瑕疵のない部分が、のちに瑕疵を理由に侵害されたといえることから、その所有権侵害を肯定する。つまり、請負人の給付当初から瑕疵のある実行がされた仕事の部分と、その当初においては損傷のない部分に生じた損害を限界づけ、前者については請負契約上の瑕疵担保責任のみが対象とする領域であり、後者のこれまで損傷のなかった部分への広がりについてだけを不法行為法上保護される完全性利益であるとする⁶⁹⁹。その理由として、本来瑕疵のなかった部分について、あとから仕事をした請負人が侵害した場合には、その所有権侵害が肯定されることに疑いはないのに対し、請負人自身が、自己の先行する給付を侵害した場合とで法状況を区別することに意味はないとされる⁷⁰⁰。そして、判例は、このような当初において損傷のない仕事の一部が損なわ

Schwenzer, Sachgüterschutz im Spannungsfeld deliktischer Verkehrspflichten und vertraglicher Leistungspflichten, JZ 1988,525(528).

⁶⁹⁶ BGHZ 117,183.このとき、最終的な製品(Endprodukt)が損なわれたのではなく、取り返しのつかない状態になった無傷の構成要素が損なわれたとされる。Vgl.

Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.166.

⁶⁹⁷ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.168.

⁶⁹⁸ この概念について、古谷・前掲注(328)136頁も参照。

⁶⁹⁹ Vgl. MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.9

⁷⁰⁰ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.168.この点について、ヨハネス・ハーガー(藤原正則訳)「ドイツの不法行為法」新世代法政策学研究9号(2010年)267頁も参照。ハーガー教授の例によると、欠陥のあるタイヤのケースについて、「仮に、自動車は製造物だとすれば、現実には自動車は保護されないことになる。反対に、タイヤを製造物と考えれば、タイヤを除いた自動車は製造物以外の物である」と解されるという。

れたことを説明する概念として、「素材同一性(Stoffgleichheit)」の基準による理論を展開する⁷⁰¹。判例によれば、請負の仕事の給付当時の瑕疵が原因で、目的物の全てを使用できない場合には、「素材同一」であり、この場合には不法行為は認められない。これに対して、のちに生じた(拡大した)損害については、給付当初の瑕疵とは「素材を同一にしない」という⁷⁰²。このような損害が生じた場合には、不法行為責任が問題となりうる。そして、以上の限界づけが意味しているように、仕事の瑕疵が及ぶ範囲それ自体については、つまり、素材が同一である場合には、その点について注文者は一度も瑕疵のない所有権を取得していないという理由で、所有権侵害は生じないとされる⁷⁰³。一方で、このような判例の判断枠組みに対して、等価性利益と完全性利益の境界は解釈上の不安定な結果の危険を引き起こすとの指摘もあり⁷⁰⁴、なお議論の余地がある問題とされている。また、等価性利益を不法行為責任の保護範囲とした場合、契約法上のリスク配分を変える可能性を有していることを否定できないとの指摘がある⁷⁰⁵。一方で、一部の学説は、瑕疵ある仕事の給付につき、拡大した所有権侵害がない場合でも、請負契約法における請求権と並んで不法行為上の請求権が存在するとの見解を示している⁷⁰⁶。

また、以上の法益侵害がある場合、それに加えて、違法性の要件を満たすことが必要となる⁷⁰⁷。

三 契約責任との競合

⁷⁰¹ ドイツにおける素材同一性の議論について、ドイツにおける議論について、藤田・前掲注(242)110頁以下、古谷・前掲注(328)133頁以下も参照。

⁷⁰² Vgl. BGHZ 96, 221, 228 = NJW 1986, 922.

⁷⁰³ したがって、BGH 1963年5月30日判決(BGHZ 39, 366)の考え方と異なるわけではなく、請負人の給付について注文者がそれを取得したときから瑕疵のあった部分と、その後に広がった損害とで区別しうるとみるかどうかという問題である。また、BGHZ 67, 359(364)、BGH NJW 2005, 1423も参照。そして、欠陥のあるタイヤの例でいえば、タイヤ以外の自動車の部分に生じた損害は所有権侵害となり、不法行為上の保護が肯定されるが、タイヤそれ自体については不法行為に基づく責任の問題とはならないとされる。

⁷⁰⁴ MünchKommBGB / Busche, § 634 Rn. 10.

⁷⁰⁵ ハイン・ケッツ、ゲルハルト・ヴァーグナー(吉村良一、中田邦博監訳)『ドイツ不法行為法』(法律文化社、2011年)80、81頁。

⁷⁰⁶ Vgl. MünchKommBGB / Busche, § 634 Rn. 9; AnwK-BGB / Raab, § 634 Rn. 38.

⁷⁰⁷ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn. 169.

上述したように、請負人の不法行為に基づく責任は、その要件を満たす限りで契約上の責任と併存すると解するのが支配的な見解である。原則として、不法行為責任は、注文者の契約上の請求権に対して後退するのではなく、異なる補償観点(Kompensationsrichtung)のもとで、契約上の履行利益について向けられるのではなく、追加に生じた法益侵害の補償に限定されている⁷⁰⁸。つまり、素材を同一にしない給付部分について生じた損害のみ請求することができるが、そのような部分についての再度の製作や、それに必要な費用は、第 634 条による契約上の請求権の対象でもある。そして、第 634 条 4 号に基づく損害賠償と同様に、第 637 条 3 号による費用補償とは異なりあらかじめ用途が決められておらず、後に減じられることもない。しかし、不法行為責任が対象とする所有権侵害と、契約責任のみが妥当する純粋な財産上の損害との限界づけは困難な問題であり、なお議論されている。

契約責任と不法行為責任の競合を認める意義として、ドイツでは人的損害についてのみ慰謝料請求権が認められている点が挙げられる。しかし、上述のように、人的損害が生じていない場面では、契約上の請求権との違いは時効期間に残される。不法行為に基づく責任は、一般の時効期間である第 195 条以下に従うことになり、それは、部分的に第 634a 条よりも長い期間を置いている。この点、債務法現代化法以前による大きな時効期間の違いは解消されているが、反対に、侵食的瑕疵に対して不法行為上の請求権が一般の時効期間に服することの積極的な理由は明白ではないとの指摘がある⁷⁰⁹。

第六節 小括

一 瑕疵担保責任の意義

本章では、わが国における議論に対する示唆を得るため、ドイツにおける瑕疵担保責任について、要件としての瑕疵の意義と、効果である救済手段の内容を確認し、さらに、それを前提として、瑕疵担保責任規定の適用時点をめぐる議論状況を明らかにした。ここでは、ドイツにおける瑕疵担保責任が、債務不履行の一般規定に対し、いかなる点で特則としての意味を有しているのかという視点のもとで議論をみた。

まず、①瑕疵の意義については、機能性瑕疵概念という判例理論が請負において重要な

⁷⁰⁸ MünchKommBGB /Busche , § 634 Rn.10.

⁷⁰⁹ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.172.

意義を有しており、そこからは、瑕疵概念を拡張することにより、注文者に一般給付障害法にはない追完、自力修補、報酬減額という手段が与えられることの利点が見出された。

次に、②救済手段に関しては、履行請求権と追完請求権の関係が従来から問題とされており、現行法では、追完が場合によっては再履行も含むが、その限界は履行請求権とは異なる基準に照らし、請負人はそれによって追完が過大な費用を要する場合には正当に拒絶しうるとされている点で、不完全ながらも具体化した仕事を基準とする追完請求権の内容が示されていたといえる。

最後に③瑕疵担保責任規定の適用時点に関する議論から明らかなように、ドイツにおける瑕疵担保責任規定と一般給付障害法との適用関係は、債務法現代化法のもとで、従来以上に議論の混迷がみられる。その原因として、②で検討した履行請求権と追完請求権の関係について、学説上見解が一致していないこと、また、瑕疵担保責任の特則性として、請負人の責任を制限する一方で、注文者に一般給付障害法にない手段として、自力修補と報酬減額が与えられるという点で、両当事者双方にとって利益と不利益の生じる修正が置かれていることから、瑕疵担保責任の適用範囲を広げることが注文者にとって利益があるとする見解と、体系上、そのような瑕疵担保責任規定の適用の前倒しは認められないとする見解の対立があった。また、請負においては、その継続的な性質により、製作段階において瑕疵担保責任規定を適用することが可能かという点でも激しく見解が対立しており、上述したような理由から現在もなお不明確な状況となっている。

ドイツの議論から見出されたのは、瑕疵担保責任の特則性に関して、とりわけ効果の面における債務不履行責任の一般規定との違いが明確にされておらず、それゆえに、瑕疵担保責任の規定の趣旨もまた異なる見解が示されていた。具体的な問題として、追完請求権と履行請求権との関係が重要な問題であった。この点について、追完請求権の位置付けが、不完全な仕事があった場合の救済手段であるという点ではドイツ法は第 635 条 3 項を有しているのであるから、履行請求権の限界とは異なる配慮が置かれている点が明らかである。しかし、追完請求権の法的性質については、履行請求権自体の位置付けについても議論があり、ドイツにおいてもこれらの性質の関係について見解は一致していないといえる⁷¹⁰。

⁷¹⁰ この点について、潮見教授は、ドイツにおける「履行請求権」概念の変質について、潮見・前掲注(135)362頁以下で述べている。潮見教授によれば、伝統的な債権・債務概念の転換により、「このような理解によれば、「履行請求権」(Erfüllungsanspruch)という述語が用い

また、瑕疵担保責任の適用時点をめぐり、短期の責任期間など、請負人の責任を制限するものであるとの見方と、自力修補という手段が置かれていることに利点を見出す見解があり、そこでは、危険の移転(引取り)によって生じる条文上の注文者に対してネガティブな効果と、瑕疵担保責任の適用時点との関係をどう捉えるかという点で学説上異なる見方が存在した。

二 請負の特徴との関係

瑕疵担保責任法の適用時点については、売買についても同様に議論があるが⁷¹¹、請負の特徴として、建築請負のように仕事が継続性をもつ場合に、あらかじめ取り決めた履行期日や、引き渡し期日の前にすでに一定の仕事の具体化が観念しうること、また、その段階で契約どおりでない仕事の判断が可能な場合があるという点が指摘できる。一方で、請負は、仕事の製作過程が請負人に委ねられていることから、請負人からの提供がない場合に、どの時点で瑕疵の判断が可能であるのかも問題となる。これは、請負人による仕事の履行は、引き渡しの時に終了(一応の終了であり、仕事に瑕疵がある以上未完成である)するのか、それとも、引き渡しに至る前でも、請負人が仕事を終えた時点で終了するのか、という点にも関係する。請負における仕事の瑕疵は、請負が労務を提供するものである以上、未完成とは明確に区別しえず、請負人が仕事を完成せず、引き渡しに供しなかった場合で

られるときでも、伝統的な債権観が想定したような、債権の「第一次的内容」ないし「本来的内容」として債権に内在している潜在的・観念的請求権の意味で用いられるのではない点に注意が必要である。「履行請求権」は、債務の本質を言いあてているものではない。むしろ、「履行請求権」とは、債務不履行(給付障害)が生じた状況下において債権者が債務者に対していかなる措置を求めることができるかというコンテキストで、損害賠償請求権、解除権、代金請求権、代金減額といった他の救済手段と並べて捉えられる救済手段のひとつ、しかも、具体的・実在的行為請求権(特定履行請求権)の意味で用いられている点である。そして、この意味での「履行請求権」は債務者の「行為可能性」と結びつけられた限界を有することとなる」という。

⁷¹¹ ドイツ現行売買法における時的区分の議論については、藤田寿夫「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時 87 巻 8 号 96 頁に記述がある。また、田畑・前掲注(91)107 頁以下は、売主が買主に物を引き渡し、買主が売主の行為を義務の(一部)履行として承認することが要求されるとする。そこから、買主が売主によって提供された瑕疵ある物の給付を拒絶することで、第 437 条の適用を阻止し、買主は第 434 条第 1 項 2 文の履行請求権に基づいて瑕疵の除去を求めることができ、一般規定が直接に適用され続けることになるとする。

も、不完全な履行、つまり、一部履行・一部不履行が観念される場合がある。例えば、売買であれば、履行期に物の引き渡しがない場合には、目的物が具体化しない以上、瑕疵担保責任は通常生じ得ない。また請負の中でも、物や旅客の輸送のように、物が届かない、予定の時刻に飛行機が到着しないというような場合には瑕疵担保責任の問題にならない⁷¹²。しかし、建築請負契約において、履行期に請負人が仕事を完成していない場合に、目的物が一部について具体化し、注文者による仕事の吟味がその一部については可能な場合もある。実際に、請負では、売買と異なり、履行期や引き渡し前に一部の仕事が生じ、また、その既履行部分に対する注文者の利益が考慮される場合がある(既履行部分に対する報酬支払い、将来に向けた契約の解消)。したがって、契約当事者であらかじめ取り決めた履行期日に請負人が仕事を終わっていない場合に、一般給付障害法を適用するのか、それとも、契約どおりでない仕事として瑕疵担保責任法を適用するのか、また、それらを区別する必要があるのか、という点も請負の性質から問題となる。ドイツの通説によると、請負は継続的契約ではないとされているが⁷¹³、その契約の継続的な性質を表すものとして、特殊な解約告知の規定が置かれている。このような請負に特徴的な性質は、瑕疵担保責任の適用時点についてもまた、売買とは異なる議論を生じさせているといえる。

⁷¹² 例えば、飛行機でファーストクラスを予約したにもかかわらず、エコノミーの席しか空いていなかった場合には、予定どおり目的地に到着したとしても瑕疵担保責任の問題になる。Medicus/Lorenz, a.a.O., (Fn.511), S.268.における例を参照。

⁷¹³ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 649 Rn.2 ; MünchKommBGB /Busche , § 649 Rn.31 によると、継続的債務関係ではなく、「一回の時間上の広がりのある履行行為(einmalige, zeitlich gestreckte Erfüllungshandlung)」であるとされる。

第三章 日本とドイツにおける瑕疵に対する責任の比較検討

第一節 はじめに

これまで、第一章では、日本における瑕疵担保責任に関する現在までの学説及び裁判例の状況を確認し、さらに、改正法案の内容とその方向性について考察を行った。第二章では、ドイツにおける瑕疵担保責任の問題状況を整理した。本章では、これらを踏まえ、わが国の議論に対して示唆を得るため、ドイツ法との比較・検討を行うこととする。そのために、まず、検討の前提として、わが国とドイツ法における請負契約の性質と、瑕疵担保責任の要件及び効果を中心に対比し、相違点を確認する(第二節)。両国における規定の違いを前提としたうえで、わが国の議論と、ドイツにおける議論を比較する(第三節)。さらに、日本における改正法案の内容についても、ドイツ法を参考に検討を加え、解釈の可能性と問題点について指摘する(第四節)。最後に、以上の検討から得られた日本法の議論への示唆と今後の課題を示し、本稿のまとめとする(第五節)。

第二節 日本とドイツにおける瑕疵に対する責任の対比

一 日本とドイツにおける請負契約

請負契約は、請負人が仕事を完成する義務を負い、仕事の完成という結果に対して注文者が報酬を支払う契約である。この定義に関する限りでは、わが国の民法とドイツの BGB は、共通の契約類型たる請負契約を典型契約の一つとして位置付ける。一方で、わが国における請負契約の対象は広く多様な範囲に及ぶ。このような事情はドイツにおいても同様といえ、請負契約は多様な内容のものを含むとされている。しかし、請負を含む役務提供型契約の多様性に関する議論について、ドイツにおいては実際的な展開がなされている状況にあるといえる。そのような動向にはドイツ国内の状況によるものだけではなく、EU 法による外からの影響が大きく関わっている点が特徴であるが、旅行契約の BGB への組み入れなど、重要かつ特徴的な契約類型が特別な規定の中で考慮されている。なお、わが国とドイツにおける裁判例上の紛争状況から明らかなように、請負契約の問題の中心は建築請負契約に関するものであるといえる。そして、建築請負契約の特性をどのように把握し、さらに、請負契約一般の中でどう位置付けるかという問題は、わが国においても従来

から議論されている点であるが、いまだ解決に至っていない課題であるといえる⁷¹⁴。これに対して、ドイツにおいてもまたこの問題は従来から議論されており、債務法現代化法の際には見送られた建築請負契約の BGB の中への組み入れに向けて、政府草案が公表されるに至っている状況がある。なお、第二章における検討から明らかなように、ドイツの建築請負契約では、建築工事請負規定である VOB/B が、實際上、法に類似した機能を有しており、そこでは BGB とは異なる取り扱いがなされていることが重要である。ドイツ法では、VOB/B の合意がない、BGB による建築請負契約(BGB-Bauvertrag)においても、VOB/B の規定の影響が及んでいる状況があり、解釈論上もそれが有する意味は大きいものであった。以上のように、請負契約は、わが国とドイツのいずれにおいても多様な目的を対象とし、それゆえにそこで想定される当事者関係もまた一律には捉えられない状況がある。したがって、裁判例上の問題として建築請負契約がその多くを占めているが、そこでの問題状況が請負一般について同様に当てはめうるかどうかという点についての留意は、理論上の問題を検討するうえでも必要となる⁷¹⁵。

⁷¹⁴ 我妻・前掲注(2)599頁、来栖・前掲注(184)447頁、内山・前掲注(2)『注釈民法(16)』631頁では建築請負契約を典型的な請負契約とする一方で、川島・渡辺・前掲注(179)176頁、川島武宜「土建請負契約のいわゆる『片務契約的性質』について」建設時報1巻1号(1949年)9頁は、建築請負契約の前近代性を理由として、請負への該当性を否定するものであった。しかし、現在では個人住宅建設における当事者関係などにおいて、その「前近代性」は形を変えていることは周知のところといえる。この問題について考察するものとして、原田・前掲注(5)337頁以下参照。また、内山・前掲注(16)11頁は、「建設請負は民法の規定する純粋な請負とは異なり雇傭や委任の色彩を含んだ継続的債権関係と考えるべきであろう。」とし、さらに、建築請負契約は民法の請負の典型性を示すものではなく、「むしろ建設請負の実態からすると特殊の契約といえる」と述べる。同271頁。栗田哲男『現代民法研究(1)請負契約』(信山社、1997年)179頁以下〔初出・「建設請負契約の展望」ジュリ1000号(1992年)〕は、建築請負契約において約款が圧倒的に支配しているとして、民法の規定は現実にはほとんど意義を喪失していると指摘する。

⁷¹⁵ 以上のような請負契約の事情から、そこで議論されている問題を、請負契約すべてに一般化することについては、わが国とドイツのいずれにおいても注意を要するといえる。そして、ドイツにおける議論をわが国の参考に供する場合には、そこでも当然に問題状況の対比を要することになる。したがって、ドイツ法の議論からの示唆を検討するうえでは、ドイツにおける問題が請負契約の内部において一般化できる問題かどうか、そして、それがさらにわが国の問題状況と共通の点を有しているかどうかという点で二段階の留保が必要となると思われる。とりわけ建築請負契約に関していえば、わが国とドイツにおける建築産業の実態や契約方式の対比が必要となると思われるが、そのような点について法学的観点から比較を行

二 瑕疵担保責任の体系的位置付け

請負人は瑕疵のない仕事の完成を義務付けられ、瑕疵のある仕事を請負人が行ったとしても、これは不完全な履行であり、請負人の債務は消滅しないという点で、わが国とドイツにおける見解は一致しているといえる。したがって、請負における瑕疵担保責任が、歴史上、ローマ法における按察官訴権に由来する不代替的な特定物売買における瑕疵担保責任とは異なる前提のもとにあり、それゆえに売買における法定責任説の可否をめぐる問題とは離れたところに位置付けられていたという点で、わが国とドイツにおいて共通の状況をみることができる。また、請負の仕事に瑕疵があることが不完全な履行とされるのに対して、売買における瑕疵担保責任と同様に、請負契約の箇所に特別な規定として瑕疵担保責任が置かれたことから、債務不履行の一般規定との関係をどのように解するべきかがいずれの国においても問題となっていた。さらに、そこでの問題がしばしば売買における議論に影響を受けていたという点でも類似の状況にあったといえる。

なお、以上のように、請負の瑕疵担保責任をめぐるこれまでの議論状況にはわが国とドイツにおいて共通性がある一方、現在の規定のあり方は日本民法と BGB において大きく異なっている。ドイツ法では、2002 年の債務法現代化によって、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化されたことから、請負の仕事の瑕疵に対する注文者の請求権については、担保責任に特殊な規定のみを残し、そのほかは一般給付障害法の規定によることとなっている。これによってドイツ法では、契約の解除及び損害賠償は給付障害法の一般規定に従うことになり、請負に固有の瑕疵担保責任規定としては、そこで認められる固有の救済手段と、通常の時効期間とは異なる消滅時効規定についての特則が残されている。

うものとしては、栗田哲男教授による研究として、栗田哲男「建設工事契約におけるスライド条項(1)-(4)―ドイツ法との比較を中心に―」判タ 473 号、474 号、475 号(1982 年)、496 号(1983 年)、同「西ドイツの建設工事契約におけるスライド条項」私法 45 号 219 頁(1983 年)、同「建設工事契約における瑕疵担保責任―西ドイツにおける実態調査を中心として―」立教法学 24 号 27 頁(1985 年)、同「建設工事契約瑕疵担保責任の期間制限」法学志林 83 巻 1 号(1985 年)、同「建設請負契約の比較法的検討の基礎―わが国における一括発注方式とドイツにおける分割発注方式との相違点を中心として―」立教法学 35 号 39 頁(1991 年)〔以上について、同・前掲注(718)所収〕、同「ドイツにおける土地・建物の製造物責任立法」同『現代民法研究(2)不動産法・消費者法』(信山社、1998 年)424 頁などがあるが、このような取り組みはこれ以降乏しい状況にある。

三 瑕疵担保責任の要件及び効果の対比

以下では、瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係をめぐる議論において前提となる点として、わが国の民法と BGB における瑕疵担保責任の要件及び効果を対比し、それらの相違について確認する。

1. 瑕疵担保責任の要件

請負契約が有効に成立していることを前提とした場合、条文上明らかな瑕疵担保責任の要件は、わが国とドイツのいずれにおいても、請負の仕事の目的物に瑕疵があることである。特定物売買における瑕疵担保責任との前提の違いから、ドイツでは、契約で義務付けられた内容からの相違とは異なる意味での「瑕疵」概念は観念されず、旧法からの解釈として、仕事の現にある性状(Ist-Beschaffenheit)が、あるべき性状(Soll-Beschaffenheit)と異なるかどうかによって瑕疵の有無が決せられるとしてきた。一方、わが国における請負の仕事の瑕疵の意味に関しては、起草者において、請負の瑕疵が、物に「きず」があるという意味ではなく、その契約において当事者が欲する性質を充していなければ瑕疵であるとされていた⁷¹⁶。したがって、瑕疵の意味をどのように捉えるかについてはわが国とドイツにおいて基本的に共通の解釈に立つといえる。

なお、瑕疵に関するわが国とドイツにおける条文の規定ぶりは異なっている。日本民法では、瑕疵の具体的な意味に関しては条文からはそれ以上明らかにならないが、ドイツでは、旧法のもとでは、「欠点」と「保証された性質」という概念が条文上置かれていた。瑕疵の意義に関しては、とくに売買の領域を中心に展開されたわが国における主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念の対立は、ドイツ法における議論に由来するものであり、それは我妻博士による瑕疵の解釈においても同様の見方が可能である⁷¹⁷。この点、わが国の「瑕疵」の意義を、旧法におけるドイツ法と同様に解釈してよいとの指摘がすでにされている⁷¹⁸。

また、現行 BGB では、第二章で検討したように、瑕疵という用語は残しながらも、消費動産売買指令からの影響もあり、その条文は旧法とはかなり異なるものになっている。

⁷¹⁶ 法典調査会民法議事速記録・前掲注(106)181 丁表裏。

⁷¹⁷ 我妻・前掲注(2)631 頁は、瑕疵の意味について、「完成された仕事が契約で定められた内容通りでなく、使用価値もしくは交換価値を減少させる欠点があるか、または、当事者が予め定めた性質を欠くなど不完全な点を有することである」と説明している。

⁷¹⁸ 内山・前掲注(2)『注釈民法(16)』137 頁。

BGB 633 条 2 項は、瑕疵がないといえる場合について三つの判断基準を置いている。なお、ドイツでは、そのような判断基準自体の解釈について学説の議論が活発に行われていた状況があるが、とりわけ請負の瑕疵判断については、旧法から、契約上合意した仕事の実行方法が、注文者が期待した仕事の達成について適切でなかったような場合や、注文者の不適切な指図があった場合に、瑕疵判断においていかなる取り扱いがなされるかということが議論されていた。また、当事者の詳細な取り決めがない場合の契約解釈のあり方、さらに、建築請負のような契約における設計図や仕様書からの些細な瑕疵の取り扱いについて学説の展開がみられた。一方で、わが国においては、ドイツにおける活発な議論に対して、瑕疵判断の構造の面から取り上げるものは従来において多くなかった。近時、契約解釈の規範化・構造化についての研究の展開がみられるが、個別的な契約類型の事情に対する考慮もまた重要である。とりわけ請負に関しては、将来の仕事の性質について合意するという性格を有していることに加え、仕事に対する専門的知識や能力について当事者間において差があることが通常であり、これらの点が契約解釈において考慮される必要がある。ドイツにおける議論では、このような事情について判例理論の展開がみられた。一方、わが国の現状としては、とくに建築請負契約の場合のように当事者の合意が明らかではない場合には、建築基準法などの客観的な価値判断基準に照らすものが裁判例上多くみられ、反対に、そのような客観的な技術水準や、価値基準を満たしているものを瑕疵なしとするなど、当事者が合意した契約内容からの相違という視点は、理論上の解釈に反して必ずしも実務上意識されていない事案も見受けられる。

2. 瑕疵担保責任の効果

(1) 仕事の瑕疵に対する救済手段の対比

請負の仕事に瑕疵があった場合の注文者の救済手段として、日本法は、修補請求権、解除権、損害賠償請求権について規定している。一方のドイツ法では、追完請求権、自力修補権、解除権、報酬減額権、損害賠償請求権が置かれている。また、上述したように、ドイツの旧法では請負の箇所にこれらのすべての請求権が規定されていたが、現行法上、解除権と損害賠償請求権は、請負の瑕疵担保責任に独自の規定はなく、給付障害の一般規定による。この点で日本法とは位置付けが異なる。それ以外の追完請求権、自力修補権、報酬減額権が BGB では請負の瑕疵担保責任の箇所に規定されている。以上の救済手段を比

較した場合に、報酬減額権と自力修補権についてはドイツ法にのみ規定がある。

(2) 日本民法に規定のない救済手段－報酬減額権、自力修補権

報酬減額権については、日本においても裁判実務上、報酬減額的な取り扱いがなされている状況があるとの指摘があるが、ドイツにおいては損害賠償請求権が請負人の帰責事由を必要とすることから、報酬減額と報酬減額的な損害賠償は区別されている。一方、自力修補権についてはわが国において対応しうるものは見出せない。この点、ドイツにおける自力修補権は、「注文者による追完」として捉えられ、それゆえに解除や報酬減額という契約関係の解消をもたらす救済手段とは区別しうる意義を有しているものと思われる。また、自力修補権は売買には置かれていない手段であり、請負の特性に理由づけられるものといえる。自力修補権は、注文者自身が行った修補に要した費用を請負人に負担させるものであるが、この費用償還請求は、請負人に対する追完請求の場合と同様に、請負人の過失に依存しないという点で、損害賠償請求権とは異なっている。そして、自力修補のための費用は、前払いの場合でも、その用途が当該瑕疵の修補に限定され、実際に修補をなさなかった場合には請負人への返還義務が生じる可能性があるという点でも損害賠償とは区別される。

(3) ドイツにおける追完の優先原則

以上の救済手段について、わが国との違いとして重要な点は、まず、ドイツ法では追完の優先原則が採られていることである。請負の仕事に瑕疵があった場合の一次的救済手段は、追完であり、その他の注文者の権利については、追完がなされない場合の二次的な救済手段であるとされている。このような追完の原則は、条文上、その他の請求権の行使について、追完のために設定した相当な期間の徒過が必要とされることによって図られている。そのため、請負人には第二の提供の権利が与えられるとされている点にドイツ法の特徴がある。第一章で検討したように、わが国の裁判例上、修補が可能な場合でも、修補に代わる損害賠償を即時に請求することができるとされていた。そして上述したように、ドイツと同様に修補を第一の手段とすべきかについて、わが国の学説上の意見は分かれている。このドイツにおける追完の優先原則については、請負人と注文者のいずれにとっても利益があるとの前提のもとで採用されている点が重要である⁷¹⁹。したがって、追完の優先

⁷¹⁹ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, /Peters/Jacoby, § 634 Rn.36 は、請負人が仕事について知識をすでに有し、他の者よりも迅速に瑕疵の除去に取り掛かることができるという点で注

原則は当事者のいずれかに不利益を与えるものではなく、瑕疵の迅速かつ効率的な除去が意図されている。ドイツにおける規定を確認したように、ドイツにおける追完の優先原則が排除される場合が条文上、解除と損害賠償について規定されており⁷²⁰、追完不能の場合(BGB 第 275 条 1 項)だけではなく、請負人によって真摯かつ終局的に追完が拒絶された場合(BGB 第 281 条 2 項、BGB 第 323 条 2 項 1 号)、当事者の利益衡量により即時の権利行使を正当化する特別な事情がある場合(BGB 第 281 条 2 項、第 323 条 2 項 3 号)、予定していた期日に履行がないことにより、それを徒過した履行が注文者によって意味がない場合(BGB 第 323 条 2 項 2 号)、注文者に追完期間を置くことを期待することができないとき(BGB 第 636 条)には、追完のための期間を置く必要はないとされている。例えば、注文者が請負人の給付能力に対する信頼を決定的に失っているような場合には、即時の権利行使を正当化する特別な事情がある場合(BGB 第 281 条 2 項、第 323 条 2 項 3 号)とする判例⁷²¹もあり、具体的なケースについてはなお検討が必要であるが、注文者に対して不当な受忍を強いるような場合などには、常に追完の優先原則が貫徹されるわけではないものと思われる。反対に、注文者による追完が請負人に対して過大な負担を課すような場合など、請負人による正当な追完拒絶が認められる場合(BGB 第 275 条 2 項、第 635 条 3 項)にも、追完は排除されることになる。

なお、この請負人による正当な追完拒絶は、費用の過分性によって肯定されるという点で、日本民法第 634 条 1 項ただし書に対応する規定であると考えられるが、BGB 第 275

文者に利益があると同時に、通常の場合、請負人にとって費用の点で利益があることを挙げる。

なお、これに関して、ユルゲン・プレルス名誉教授は、ドイツ法における契約義務違反責任の複雑な規定は、英米法のように損害賠償請求を重視するのではなく、履行請求に高い地位を認めているということを理由の一つとするとし、このようなドイツ法の特徴は、期間設定要件のように、債権者にとって必ずしも有利でない場合もあるとしている点については注意が必要である。ユルゲン・プレルス(金岡京子訳・阿部満監)「ドイツ法における契約義務違反責任の基本特性」明治学院大学法律科学研究所年報 27 号(2011 年)81 頁参照。

⁷²⁰ なお、追完の客観的・事実的不能の場合(BGB 第 275 条、BGB 第 635 条 3 項)には自力修補権もまた排除されるが、その他の場合については、自力修補権及び報酬減額権についても同様に解されている。

⁷²¹ BGH 2008 年 5 月 8 日決定(NJW-RR 2008, 1052)は、請負人が重大な瑕疵(承認された技術規定を多数違反し、建築物の安定性をも問題にした)を生じさせたことについて、即時解除を肯定している。

条2項、BGB第635条3項による追完の排除は、請負人の抗弁(Einrede)として置かれている⁷²²。また、日本民法における「瑕疵の重要性」要件は置かれていない。ドイツにおいて、履行請求権と追完請求権の関係をめぐり、これらの請求権の限界が重要な問題であったが、この点についてはわが国の議論と対比して検討を行う。

(4)ドイツにおける損害賠償請求権の位置付け

以上の追完の優先原則に加えて、ドイツにおける損害賠償請求権が、仕事の瑕疵に対して注文者に認められるその他の救済手段とは異なり、請負人の帰責事由(Vertretenmüssen)を必要とするという点に特徴がある。したがって、わが国の伝統的通説が、瑕疵担保責任を無過失責任であるとし、その点が債務不履行に対する特則性として学説上重要な位置を占めていたのに対し、ドイツでは旧法から債務不履行の一般規定と同様に、瑕疵担保責任においても請負人の帰責事由を要する損害賠償が規定されていたことから、わが国の議論状況とは前提において異なっている。

(5)解除権に関する規定

また、わが国の瑕疵担保責任をめぐり議論においては、建築請負契約における解除権の取り扱いが重要な意味を有していた。わが国の民法は、土地工作物について瑕疵担保責任における解除の排除を規定しているが、ドイツではBGB上にこのような特別な規定はない。しかし、第二章で確認したように、ドイツにおいても解除権は、建築請負契約の分野においては実際上の意義を有しないとされている。この点、VOB/Bでは、債務法現代化法に伴う改正前から、解除権について言及されていない。建築請負契約においては、遡及効を生じさせる解除ではなく、解約告知(Kündigung)が実際上機能している。ドイツにおいても請負契約は継続的契約ではないとされている一方で、BGBは、旧法から請負に独自の解約告知の規定を有する。日本法においても、請負の仕事完成までの注文者による任意解除が規定されているが(日民第641条)、BGB第649条1文は、注文者に自由な解約告知権を与えている⁷²³。これらの規定は、請負契約における仕事の製作がしばしば長期間を必要とすることから、予定より早い契約の終了を可能とするという点で同様の意図に基づい

⁷²² この点、わが国における法的な位置付けは明らかではないが、笠井・前掲注(47)68頁は、「修補の拒否権」としている。

⁷²³ BGB第649条2文により、注文者はすべての報酬を支払う義務を負う。一方で、請負人が契約の解消によって免れた費用等が考慮される。このような取り扱いもわが国における注文者の任意解除と共通する点があるといえる。

ているといえる。さらに、BGB では、任意の解約告知権に加えて、注文者には重大な理由による解約告知権も与えられている。第二章で確認したように、この権利が認められる根拠については学説上の議論があるが、建築請負契約の仕事に瑕疵があったような場合においては、瑕疵担保責任によって適用される一般給付障害法における解除権(BGB 第 323 条、BGB 第 326 条 5 項、第 346 条以下)ではなく、この重大な理由による解約告知権が実際上機能している状況がある。このように、日本民法と規定は異なるが、建築請負契約のように継続性を有する仕事の瑕疵については、通常の解除ではなく、将来に向けた契約の解消という手段がとられている状況は類似する⁷²⁴。

(6)仕事の瑕疵に対する責任期間

以上の瑕疵に対する救済手段について、瑕疵担保責任に短期の責任期間規定が置かれているという点でわが国とドイツの状況は同様である。ドイツでは、瑕疵担保責任が一般給付障害法に一元化されたことから、瑕疵担保責任の特則性は縮小したが、残された特則性の一つが、一般の消滅時効規定(BGB 第 195 条、BGB 第 199 条)に対する BGB 第 634a 条の短期時効期間である。わが国の瑕疵担保責任に関する責任期間が一般に除斥期間と解されているのに対し、ドイツ法における第 634a 条は消滅時効であるという点で違いがある。また、それぞれ請負給付の目的によって異なる責任期間が置かれているが、有形の仕事については、日本民法においては引渡時、BGB においては引取時という客観的起算点から責任期間が進行する。ドイツの通常の時効期間は、請求権が発生し、かつ、債権者が請求権を基礎付ける事情及び債務者を知り、または重大な過失なく知るべきであった時(BGB 第 199 条)から起算するため、瑕疵担保責任の独自性の一つとして指摘される。

(7)瑕疵担保責任の除外

当事者間に責任を負わない特約がある時を除き、瑕疵担保責任を請負人が免れうる場合としては、日本民法では第 636 条において、仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた場合が規定されている。ドイツ法にはこのような取り扱いに対応する規定は置かれていない。ドイツ法において瑕疵担保責任が除外されるのは、注文者が瑕疵の存在を知っていた場合の留保のない引取りがあった場合である(BGB 第 640 条 2 項)。

⁷²⁴ この点で、ドイツにおける請負の解約告知権はわが国の建築請負契約の解除をめぐる議論についても参考に供しうる要素を有しているように思われる。

第三節 瑕疵に対する責任をめぐるわが国とドイツにおける議論の動向

以上の日本法とドイツ法の対比を前提として、わが国の議論にいかなる示唆を与えうるか検討を行う。なお、瑕疵担保責任の要件及び効果の対比においても明らかなように、ドイツとわが国では、いくつかの点で異なる規定を有している。そこで、第一章において整理・分析したわが国における従来の議論とドイツにおける議論について、それぞれの議論状況の特徴及び問題点を対比しながら、検討を加えることにしたい。

一 瑕疵担保責任の特則性をめぐる問題

1. 瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係

第一章では、わが国における請負の仕事の目的物の瑕疵に対する責任追及において、第一に、瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係の不分明という問題状況から、これらの規定の関係をめぐる議論を検討した。そこでは、現在の議論状況として、両責任規範が要件上、仕事の不完全な状態という同質のものを予定しながら、異なる効果を規定していることについて、関係づけの困難な状況が生じていた。要点について確認すると、わが国における伝統的通説は、瑕疵担保責任が適用される場面では債務不履行責任が排除されると解し、「仕事の一応の完成」によって瑕疵担保責任の適用が生じるものとする。裁判例上もこのような見解が採られている。そこでは、「仕事の一応の完成」をどのように決するかという点で見解は一致していないという問題もあるが、この見解においては、請負人による仕事の完成という結果に対して、注文者が報酬を支払うという請負契約の原則について、不完全ながらも請負人がなした仕事の価値を認めるための概念として、「仕事の一応の完成」が用いられていたといえる。なお、「仕事の一応の完成」基準説を採ることによる実際的な意味は、注文者に対する請負人の報酬支払請求を認めることと、日本民法第 635 条ただし書による土地工作物による解除の排除規定を適用することによって遡及効を有する全面的な解除を避けることにあった。しかし、裁判例上は、債務不履行責任に基づく解除においても、建築物に関して全部解除が認められるのは例外的であり、その点での瑕疵担保責任の特則性は実際には意味を失っているといえる。さらに、瑕疵担保責任の適用時点をめぐる議論として、「仕事の一応の完成」ではなく、注文者の主観的要素として「完成(ないし履行)としての承認」がなされた場合に、債務不履行責任の適用は遮断され、それ以降

瑕疵担保責任のみが適用されるとの見解が近時有力に示されている。この見解についても、とりわけ解除に関する現行法上の趣旨との接合により、「完成としての承認」が注文者にとって不利な救済手段のみへの限定を生じさせることについての批判がなされている。これらの見解は債務不履行責任と瑕疵担保責任の併存を否定するものであるが、このような適用時点をめぐる議論とは別に、瑕疵担保責任の無過失責任という性質から、とりわけ損害賠償について、過失がある場合の債務不履行責任の適用を妨げないとする見解、瑕疵担保責任に規定のない効果については債務不履行責任の規定を適用しうるとする見解、さらに、上述した解除制限規定など、現在の社会において妥当ではない場面については例外的に債務不履行解除と同様の取り扱いを認めるとする見解など、債務不履行責任との併存を認める見解もある⁷²⁵。以上のように、わが国の議論では、起草時からの社会的な変化に伴い修正的な解釈がなされている点があると同時に、瑕疵担保責任の有する理論的な問題の多さにも起因して、複数の観点から議論が展開され、結果として複雑な理論状況を生じさせているともいえる。また、売買における議論からの影響がみられる一方で、請負との規定の相違や、請負契約の特性について十分考慮されていない状況も指摘しうる。それゆえに、瑕疵担保責任がいかなる点で特則性を有しているのかという点についても見解は一致しているとはいえない。

この点についてドイツにおける議論をみると、従来から瑕疵担保責任と一般給付障害法の適用関係が問題となっていたという点ではわが国と共通の状況がある。そして、通説は、旧法下において特則規定である瑕疵担保責任の優先を認め、これが適用される場面では一般給付障害法の適用を排除する。なお、第二節で確認したように、ドイツ法は従来から、わが国の瑕疵担保責任における土地工作物の解除の排除のように、救済手段の面で債務不履行の一般規定を限定するような規定は置いていない。したがって、この点に関しては、わが国における議論の前提を欠く。さらに、旧法においても、ドイツにおける瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権は、債務不履行の一般原則と同様に請負人の過失を必要としたため、わが国のような請負人の過失の有無と損害賠償の範囲をめぐる責任規範の境界は問題とならず、ドイツにおける瑕疵担保責任法と一般給付障害法の適用関係において議論さ

⁷²⁵ さらにこのような効果の併存を、瑕疵担保責任の枠内で認める見解と、瑕疵担保責任の枠外で債務不履行責任の適用を認める見解に分かれる。これらの見解の違いは責任期間において生じる。

れてきた点は、瑕疵担保責任に基づく損害賠償(とりわけ瑕疵結果損害)と、積極的債権侵害に基づき認められる損害賠償の大幅に異なる時効期間であり、それらの妥当な取り扱いの模索であった。しかし、わが国とドイツにおける議論には一定の共通性が見出せる。わが国では修補に代わる損害賠償の範囲に関して、仕事のやり直しに相当する建築物の建替費用が含まれるかどうか問題となり、そこでは第 635 条ただし書の趣旨が、一度製作した仕事を無に帰すことを制限するものであるとの前提のもとで議論された。一方、ドイツの理論的な関心は、瑕疵担保責任のもとで、債務不履行責任の効果にいかなる特則性が与えられているかという点にあったといえる。それが、瑕疵修補請求権を履行請求権に対していかなる内容のものとして把握するかという問題であり、より具体的には、修補請求権のもとで仕事の新たなやり直しが認められるかどうかであった。わが国とドイツにおける議論は異なる状況のもとで生じ、とりわけ、わが国ではドイツにおいて意識的に論じられた履行請求権との関係という理論的な視点が、近時まで請負の修補請求権にあっては必ずしも議論の念頭に置かれていたとは言い難い状況であったが⁷²⁶、「瑕疵担保責任に基づいて認められる瑕疵修補に仕事のやり直しが含まれるか」という段階において、共通の問題意識を抽出しうる。

2. 瑕疵修補請求権(追完請求権)⁷²⁷と本来的履行請求権

(1) 瑕疵修補と仕事のやり直し

瑕疵修補請求権と新たな仕事のやり直しを求めること(新規製作請求権ともされる)の関係については、わが国とドイツのいずれにおいても、従来の見解では、請負の瑕疵担保責任における修補請求権には仕事のやり直しは含まれないとの理解が有力であったといえ、瑕疵修補と、請負人によってなされた仕事を維持しない仕事のやり直しは概念的に対立す

⁷²⁶ 第一章で指摘したように、履行請求権と修補請求権の関係をめぐる議論は、むしろ明文の規定をもたない売買において活発であった。

⁷²⁷ わが国の現行法上は「修補請求権」であるが、内容をどのように解釈するかについての議論はあるものの、学説上、この請求権の性質をドイツにおける追完請求権に対応するものとみる段階では異論のないものと思われる。また、「追完」という用語が適切か否かという問題もあるが、ここでは、ドイツにおける規定との関係から、瑕疵修補請求権の意味で追完請求権の用語を使用する。

るものとして捉えられてきた状況がある⁷²⁸。しかし、ドイツ法における学説の展開及びBGHによる判例変更について、すでにわが国における先行研究において明らかにされているように⁷²⁹、ドイツでは修補と仕事のやり直しは概念的に対立するものではなく、修補の一方法として仕事のやり直しが含まれることが肯定されている⁷³⁰。これに基づいて、現行法では、瑕疵修補の方法として、瑕疵の除去と新たな仕事の製作が条文上規定され、これらを含むものとして、追完請求権(Nacherfüllungsanspruch)が瑕疵担保責任において規定されている。一方、わが国の状況としても、ドイツにおける議論から、同様に解することが可能であるとの指摘⁷³¹があることに加え、建替費用相当の損害賠償を肯定する判例が現れたことから、修補の一方法として仕事のやり直しが含まれるとの見解が現在では有力である⁷³²。このことを前提とすれば、わが国とドイツのいずれにおいても、修補と仕事のやり直しについての概念的な対立構造は、乗り越えられた状況にあるとあってよい。

(2)追完請求権の限界

追完請求権と本来的履行請求権の関係をめぐる議論では、わが国において、追完請求権の限界をどのように規定するかという点が、改正に向けた検討の中で問題とされていた。これに対して、ドイツでは、一般給付障害法における履行請求権の限界とは別に、追完の限界についての規定が請負の瑕疵担保責任の箇所には置かれている。BGB 第 635 条 3 項は、「請負人は、追完に過分の費用(Kosten)を要するときは、第 275 条 2 項及び 3 項の規定の適用を妨げることなく、これを拒絶することができる」とする。第二章で確認したように、瑕疵担保責任における特別な規定の意味は、一度請負人によって仕事が完成され、引取がなされたような場合に、第 275 条 2 項が把握する時期とは異なる利益状況が考慮されると解されている。つまり、BGB 第 635 条 3 項における費用(Kosten)の過分性は、瑕疵

⁷²⁸ なお、従来からすでに修補とやり直しの同質性について指摘する見解として、山本・五十嵐・坂田・前掲注(46)202頁があった。

⁷²⁹ 下村・前掲注(62)477頁以下、笠井・前掲注(47)39頁以下、原田・前掲注(5)16頁以下。

⁷³⁰ Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn.32 は、家の屋根を取り替えるという仕事のやり直しについて、家全体の建築を行う者にとっては修補であり、屋根葺きのみを義務付けられた者にとっては新たな製作であるとの例を挙げる。

⁷³¹ 原田・前掲注(5)95頁以下。

⁷³² なお、潮見教授は、潮見・前掲注(13)251頁において、修補よりも建て替えた方が費用の点でより安価であり、注文者にとっても、よりよい状態で完全な履行が実現できうと指摘していた。

ある仕事を基準に決せられる。そこから、瑕疵担保責任における追完の限界は、一般給付障害法における限界よりも低く位置付けられ、BGB 第 635 条 3 項は、請負人の給付拒絶権を拡大するものであると解されている⁷³³。以上のように、ドイツ法では、瑕疵を前提とした追完の限界が、債務不履行の一般規定における給付義務(Leistungspflicht)の限界とは別に規定されている点が重要である。なお、わが国において対応しうる規定として、民法第 634 条 1 項ただし書がある。この規定については、とりわけ瑕疵の重要性の意味をめぐり、その解釈は一致していない状況にあるが、瑕疵の存在を前提とした費用の過分性判断を規定する点で、ドイツ法における BGB 635 条 3 項との同質性をみることができる。

(3)修正された履行請求権(modifizierter Erfüllungsanspruch)の意味

以上のような点を前提としても、わが国とドイツのいずれにおいても、なお追完請求権と履行請求権の関係は議論されている。わが国では、履行請求権を契約締結によって生じる効力と解するのが通説であるとされているが、これを債務不履行の効力として位置付ける見解も有力である⁷³⁴。したがって、この点でまず見解の対立があることが重要である。

また、ドイツにおいても履行請求権と追完請求権の関係をめぐり、これらの性質について実質的な区別はないとの見解がある一方で、性質上の違いを主張する見解があった。具体的には、上述した BGB 第 635 条 3 項の限界事由の適用を受けることから、これらの違いを主張する見解がある一方で、追完においても仕事のやり直しが認められること、さらに、現行法上、売買とは異なり、追完方法の選択権が請負人に残されていることから、履行請求との権利の内容上の違いがないとする見解がある。なお、この選択権の所在についても、売買法では債務者にそのような自己決定権が与えられないことから、請負において売買とは異なる特別な方向が採られたとはいえないとし、履行と追完が異ならないとすることは適切ではないとする反論が示されるなど、この点においても見解は一致していない。

以上のように、わが国とドイツに共通する議論として、履行請求権を契約締結時に生じる契約の効力としてみるか、債務不履行による救済手段としてみるかという問題がまずあり、さらに、不完全な履行を前提とした追完請求権を履行請求権に対してどのように位置付けるかという問題が存在する。

⁷³³ MünchKomm BGB/Busche, § 635 Rn.38.

⁷³⁴ この点について、椿寿夫「履行請求権(下の 1)」法時 69 卷 3 号(1997 年)71 頁、潮見・前掲注(4)301 頁等参照。

3. 瑕疵担保責任が生じる時点

瑕疵担保責任の要件について、わが国とドイツのいずれにおいても、瑕疵があるということのみが条文上明らかであり、その瑕疵がどの時点で判断されるのかについては規定がない。それによって、瑕疵担保責任の適用時点について、複雑な議論が生じているという状況は共通するといえる。

わが国における瑕疵担保責任の適用時点について、「仕事の一応の完成」を基準とする見解と、「完成としての承認」を基準とする見解が示されていることについて上述したが、ドイツにおける通説は、瑕疵担保責任の適用時点として、注文者の「引取り」を基準とする。ドイツにおける「引取り」は、従来から、物理的な物の引き渡しだけではなく、仕事を本質的な部分で契約どおりであるとする注文者の主観的関与が重要な要素であると解され、わが国における「完成としての承認」を基準とする見解と比較しうるものである。ドイツの支配的な見解は、この引取りによって、本来の履行請求権が追完請求権に変わるとし、BGB 第 634 条以下の注文者の救済手段が適用可能となるとする。しかし、一方で、引取りがない場合でも、瑕疵担保責任の適用を認める例外を多数肯定している。そこから、ドイツにおける引取りをめぐる近時の議論では、引取りの有する注文者の主観的な要素について、疑問を示す見解がみられる。また、従来の「引取り」の意義としては、履行請求権が追完請求権に変化するという点において、請負人が負うべき責任内容が、給付障害法における責任から、瑕疵担保責任に「制限」されるとの見方が支配的であった。しかし、上述したように、修補概念のもとでの新規製作の肯定によって、この点での違いは縮小し、瑕疵担保責任規定が一般の債務不履行規定に対する制限的な規定であるとの見方は学説における共通の認識とはいえない状況となっている。むしろ、ドイツにおける議論からは、引取りがないことを理由に、瑕疵担保責任に規定される救済手段が注文者に認められないことの不利益が、この問題の前提に置かれていることが見出せる。具体的には、瑕疵担保責任が、債務不履行の一般規定にはない、報酬減額権及び自力修補権を置いている点で、より多くの救済手段を注文者に与えるものであり、それゆえ瑕疵担保責任の適用が注文者にとって利益があるとされている⁷³⁵。そして、ドイツにおける学説においては、引取り以外の瑕疵

⁷³⁵ 引取前における報酬減額を認めることに注文者の利益があるかについては異なる見解が示されている。しかし、引取り前の瑕疵担保責任を積極的に認めるとする Weise だけではない

担保責任の適用が生じる時点を主張するものがあり、請負人の認識において仕事が完成されたとき(引取りに値する状態とされる)とする見解⁷³⁶、契約上合意した完成期日とする見解⁷³⁷がある。さらに、一部の学説は、そのような適用時点は必要なく、以上のいずれの時点の前でも、瑕疵担保責任の適用可能性を肯定する見解⁷³⁸が示されている。BGHはこの問題についてまだ見解を示さず、学説及び裁判例の複雑な議論状況から、ドイツにおける議論をいかに分析・評価するかについては、なお検討すべき点が多いが、引取以外の時点を主張する見解や、引取の例外をめぐる議論において重要な点として、「請負人の仕事の具体化」と「履行段階から責任段階への移行」という要素が見出せる。つまり、瑕疵担保責任は、請負人が製作した仕事が不完全であった場合の注文者の請求権を規定しているが、請負においては、どの時点から「不完全な履行」が観念しうるかについて困難な問題が生じている状況を指摘しうる。さらに、請負が「仕事の完成」という結果をその債務の本質とし、履行過程が請負人に委ねられていることが原則であることから、取り決めた仕事完成期日までは請負人の履行過程に介入するべきではないという命題を、どこまで考慮すべきかという問題も生じていた。さらに、ドイツにおける議論では、引取りの効果として生じる危険の移転、報酬支払義務の発生等といった注文者にとってネガティブな効果と、瑕疵担保責任の発生時点がいかなる関係にあるかという点でも見解は一致していない。

以上のようなドイツにおける議論は、瑕疵担保責任の規定する効果が、債務不履行責任の効果よりも条文上明らかに制限的であるわが国の規定のもとでは生じず、裁判例上は注文者に対する不利益を回避するため、瑕疵担保責任の適用範囲を狭めているものもみられる。なお、ドイツの引取りに対応しうる時的区分説においても、瑕疵担保責任が債務不履

く、原則として制限すべきだとする Jousen においても、瑕疵担保責任がより多くの手段を注文者に与えるものであることは議論の前提とされており、引取前の瑕疵担保責任の適用について、いずれの立場をとるにかかわらず、その点ではほぼ共通の認識に立っているといえる。Vgl. Jousen, a.a.O., (Fn.562), S.320.

⁷³⁶ MünchKommBGB /Busche, § 634 Rn.3.

⁷³⁷ Sienz, a.a.O., (Fn.567), S.184; 例外として認める見解として、Folnovic, a.a.O., (Fn.564), S.1360 など。また、Krause-Allenstein もこの見解に分類するもの(Maximilian Jordan)もあるが、Krause-Allenstein in : Kniffka, a.a.O., (Fn.390), § 634 Rn.9 では、原則として引取り前には瑕疵請求権は生じず、履行期に瑕疵がある場合も例外ではなく、請負人による仕事の終了の場合には例外として認められるとしている。

⁷³⁸ Vorwerk, a.a.O., (Fn.328), S.9f; Weise, a.a.O., (Fn.550), S. 76; Maximilian Jordan, a.a.O., (Fn.550), S.178.

行責任に対して制限的であるとの見方のもとで、注文者の意思が関与することにより、そのような制限を生じさせる。この点で、ドイツにおける従来からの通説と共通する。しかし、第一章ですでに指摘したように、時的区分説の意味する瑕疵担保責任への「制限」の内容は明らかとはいえず⁷³⁹、裁判例における適用時点をめぐる問題意識と共通しているとはいえない。また、わが国における時的区分説は、ドイツにおける議論からの影響も受けており、そのことを前提とすると、ドイツにおける現在の議論の展開は、わが国の学説についても再考すべき問題の存在を示しているといえる。

二 ドイツの瑕疵担保責任をめぐる議論における特徴的視点

以上のように、わが国とドイツでは、規定の違いにも起因して、議論の展開には異なる状況がある一方で、共通する問題も存在していた。ここで、瑕疵担保責任の意義に関し、わが国においてこれまで十分に意識されていない問題について、ドイツにおける議論に存在する特徴的な視点を示しておく。まず、ドイツには、瑕疵担保責任の債務不履行責任に対する優先的な適用が、当事者にとって望ましいものとみる裁判例及び学説の状況が存在する。この点は、瑕疵担保責任の適用時点に関する議論においても指摘したが、そこでの問題は、より早い時点における瑕疵担保責任の適用であった。このような時的な拡張のほかに、瑕疵の意義に関する機能性瑕疵概念理論をめぐる議論において、判例は仕事の瑕疵の意義を広く解し、実質的に瑕疵担保責任の適用範囲を拡大しているとの指摘が学説によって示されていた。このような取り扱いの意図としては、例えば、給付に関わらない付随義務違反の場合には損害賠償のみが問題となるのに対し、瑕疵担保責任のもとでは修補という責任追及手段が可能となることが挙げられている。

さらに、ドイツでは、請負人の「瑕疵のない仕事の履行義務」を、注文者の報酬との対価的な均衡に関わらず認める一方で、注文者に増加費用の負担や、追完費用の一部負担を課すという取り扱いがみられる。わが国の瑕疵担保責任をめぐる議論では、法定責任説と債務不履行責任説のいずれにおいても、「有償契約における対価的均衡保護」という機能が、瑕疵担保責任の意義として重要とされてきた。この点、売買においては、通常の場合、こ

⁷³⁹ 三宅教授においては、注文者の「完成としての承認」の効果として、わが国の現行法上規定されている債務不履行責任からの責任限定のすべてが理由づけられることを明確に示している。三宅・前掲注(52)910頁。

のような意義をもって瑕疵担保責任を根拠づけることが可能であると思われる。一方で、請負についていえば、瑕疵担保責任の機能は対価的な均衡を回復することと定義づけるのでは不十分であり、注文者が期待した仕事の実現を追及するものであることがドイツの議論において確認できる。以上のように、請負における修補という手段の意義が、本来の仕事の実現という点でドイツにおいては重要とされている。この点は、ドイツにおける売買との対比において、請負にのみ規定される救済手段として、注文者による追完として位置付けられる自力修補権が置かれていることから、請負においては、不完全な履行があった場合でも、本来の契約内容の実現が、性質上可能な場合が多いと解されているといえる。このような点について、ドイツにおいては、追完という救済手段には、解除や損害賠償とは異なる意義が与えられていることが見出せる。

さらに、ドイツにおける瑕疵担保責任では、損害賠償請求権以外の救済手段は、請負人の帰責性に依存せず追及可能であるとされているが、瑕疵が肯定された場合でも、注文者が追完の一部や自力修補費用の一部を負担するといった割合的な解決が瑕疵担保責任の適用のもとでなされている点も重要である。そこでは、不完全な履行によって生じた、契約締結時とは異なる当事者の利益状況が考慮されているといえる。

三 仕事の瑕疵に対する不法行為責任

第一章では、わが国において、請負の仕事の瑕疵に対する責任追及の方法として、とりわけ建築瑕疵の場面において、不法行為責任の役割が大きくなっている状況を検討した。そこでは、わが国の建築瑕疵において、安全性に関わる危険の発生という特殊な問題が生じていた。しかし、一方で、請負の仕事の瑕疵について不法行為責任を認めることについては、場合によっては契約によるリスク分配の趣旨を没却する可能性があるとして、わが国の学説上、不法行為責任を消極的に解すべきとする見解が示されていた⁷⁴⁰。

一方、ドイツ法では、契約責任と不法行為責任の限界づけはわが国に比べて厳格に解さ

⁷⁴⁰ 新堂明子「判批」NBL890号(2008)53頁、同「契約と過失不法行為責任の衝突—建物の瑕疵により経済的損失(補修費用額)が生じる例をめぐって」NBL936号(2010)17頁以下、同「契約と過失不法行為責任の衝突—建物の瑕疵により経済的損失(補修費用額)が生じる例をめぐって—」北大法学論集61巻6号(2011)2249頁以下。平野裕之「判批」民商137巻4・5号(2008年)449頁以下、橋本佳幸「判批」ジュリ別冊196号161頁(民法判例百選II債権第6版、2009年)等。

れている。ドイツ法において、請負契約上の瑕疵担保責任と不法行為責任との競合が肯定されるのは、原則として完全性利益の侵害の場合に限られる。この点、わが国の理解においても、注文者の身体や財産に損害が生じたとき、その原因が建物建築における付随義務違反による場合であっても、建物瑕疵という給付義務違反による場合であっても不法行為が成立し得ることについて異論はなく、このような場合の被侵害利益は、一般に不法行為法上の保護法益であり、むしろ契約責任法の適用範囲の拡大として捉えられてきた⁷⁴¹。この範囲において請負契約上の瑕疵担保責任と不法行為責任が競合しうる点でわが国とドイツに違いはない。しかし、ドイツにおいても、契約責任との競合において重要な点として、瑕疵ある仕事の実行の場合に、この仕事自体に所有権侵害が生じるかどうかという問題が議論となっている。第二章で確認したように、ドイツ法においては、当初から瑕疵があった物自体について所有権侵害は生じず、その瑕疵によって、それまで損傷のなかった部分に損害が広がった場合のみを不法行為法によって保護される完全性利益であるとする。なお、このようなドイツにおける理論もまた、不法行為責任の問題となる所有権侵害と、契約責任のみが及ぶ純粋な財産上の損害との限界づけの困難性が指摘されている。また、ドイツにおいては、契約責任と不法行為責任の交差する範囲について、実務上生じる偶然性を避けるため、責任要件及び効果の同一化が必要であるとの指摘もある。具体的には、身体侵害を理由として契約上の請求権が行使された場合にも、慰謝料請求を肯定することや、それらの時効期間を同一のものとするなどが挙げられている⁷⁴²。

以上のような、瑕疵ある目的物についての契約責任と不法行為責任との競合問題は、わが国とドイツのいずれにおいても、請負に限られない民法上の困難な課題の一つである⁷⁴³。一方で、わが国の建築瑕疵の問題においては、契約責任との競合よりむしろ、契約責任が及ばない場合において、不法行為責任の有する役割が大きいものであった。このような点での不法行為責任の意義は重要である。しかし、わが国の学説においても指摘されるように、不法行為責任の安易な適用の拡大が避けられなければならないことも確認されるべきである。ドイツ法の議論からは、契約責任と不法行為責任の適用範囲を厳格に解し、それ

⁷⁴¹ 奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」磯村哲編集代表『民法学の基礎的課題 中』（有斐閣、1974年）210、211頁。

⁷⁴² この点について、ペーター・シュレヒトリーム（宮本健蔵訳）「西ドイツ債権法の改正計画について」法学志林 80 卷 3・4 号（1983年）156頁の指摘を参照。

⁷⁴³ この問題については、別個に立ち入った検討が必要である。

ぞれの責任規範が果たすべき機能を明確に画するという基本的な姿勢が見出せる。わが国の建築瑕疵をめぐる特殊な事情を前にしても、例外的な取り扱いがなされるべき場合かどうかの限界づけについて検討する必要があると同時に、請負瑕疵に対する責任の契約上の基礎的理論を再構築することが求められる。

第四節 民法(債権法)改正法案とドイツ法の対比—解釈の方向性と問題点

第一章では、わが国の改正法案の動向について検討した。そこでは、わが国における改正法案の方向性として、瑕疵担保責任は可能な限りで債務不履行規定に一元化され、債務不履行の一態様として位置付けられるとされていた。この点で、瑕疵担保責任をめぐるわが国の改正法案とドイツにおける請負契約の瑕疵担保責任は、基本的な姿勢を同じくするものと思われる⁷⁴⁴。そこで、わが国における改正法案とドイツにおける現行法を対比したうえで、ドイツにおける議論状況から、わが国の債権法改正法案について検討を加える。

一 日本における債権法改正法案とドイツ法の対比

1. 瑕疵担保責任の要件

瑕疵担保責任の要件について、わが国の改正法案とドイツにおける債務法現代化法を比較すると、わが国の改正法案においては、瑕疵の用語が消え、契約不適合という用語に置き換わったことから、瑕疵(Mängel)の用語を残すドイツ法とは条文における用語上違いが生じる。この点、第一章で確認したように、瑕疵という用語の変更は、従来からの瑕疵に対する解釈を変更するものではないとされる。しかし、そのような置き換えによっても、わが国における具体的な判断要素は条文上明らかにはされていない。

なお、ドイツにおける瑕疵判断において規定されている「性状」概念と関係して、わが国でも、「性状」という用語を用いることが改正に向けた議論の中でも提案されていたが、結局のところ、中間試案で用いられていた「種類・品質」の用語に戻された。ここで、わが国の契約不適合の定義について、改正法案第 636 条「請負人が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物」の「種類・品質概念」は、両者を合わせてドイツ法

⁷⁴⁴ ドイツ法と日本民法改正について全体を概観し、検討するものとして、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社、2009年）。

における性状(Beschaffenheit)に対応しているとの見解が、潮見教授により示されている⁷⁴⁵。そして、請負の仕事の「効用」も種類又は品質に含まれるという⁷⁴⁶。この点については、改正議論においても、「品質」の中に「性能」も含めて理解するとの考えが示されていた⁷⁴⁷。さらに、潮見教授の見解として、第一に探求しなければならないのは当事者の意思の合致であり、当事者の合意した内容が明らかではないときには、通常の意味に従い、契約適合性の内容が定められると述べ、この方向性はドイツにおける瑕疵判断のあり方と一致し、さらに、契約解釈の一般的な方法にも合致するとしている⁷⁴⁸。

なお、第二章で確認したように、ドイツにおける瑕疵判断の構造は、当事者の合意についての合理的な契約解釈によるものであり、その点で、BGB 第 133 条、BGB 第 157 条の一般的な意思解釈及び契約解釈基準に合致する。これに対して、わが国においても、一般的な契約解釈のルールを条文化することが議論されていたが⁷⁴⁹、最終的には改正法案に取り入れられなかった⁷⁵⁰。

⁷⁴⁵ 中村・前掲注(280)258 頁参照。

⁷⁴⁶ 中村・前掲注(280)258 頁参照。

⁷⁴⁷ 第 93 回会議議事録・51 頁。

⁷⁴⁸ 中村・前掲注(280)258 頁参照。

⁷⁴⁹ 2013 年 3 月に公表された「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」までの議論状況の詳細について、山本敬三「契約の解釈と民法改正の課題」伊藤真ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』(商事法務、2013 年)701 頁以下参照。

⁷⁵⁰ しかし、契約解釈の一般的なルールを置くことが改正において取り上げられないことに対しては、第 92 回会議において、高須幹事と山本敬三幹事から、残念であるといった意見が示されている(第 92 回会議議事録 56 頁)。また、沖野幹事からも、契約解釈についての三つの準則のうち、第 1 準則だけでも入れることはできないのかという指摘があり、これに対して、永野委員から、今回の立法の過程に乗せることは、全体のコンセンサスを得ることは時間的に難しいとし、「今後しかるべき運用ができるように共通の基盤を作っていないといけないなど、私どもの方も対話の努力不足について反省をしているところであります」との考えを述べている。以上の点について、第 92 回会議議事録 58、59 頁。また、第 93 回会議においても、この点についての蒸し返さないし復活に関する議論がみられる。例えば、第 93 回会議において、契約の内容について合意がない場合の一般的ルールが見えにくいといった中井委員からの懸念に対して、山野目教授は、「中井委員の後半の、もう少し契約の内容のところを外国立法例やモデル例等も勘案して詳しく書き込んだら、というお話ですが、私はそれは気持ちとしては賛成であり、あるいは、といいますか、もっと言うと、だから契約の解釈に関するルールを入れるべきだったのではないですか」と述べ、「あれは入れないということを決めたのですが、それをもう 1 回蒸し返してここでしようとおっしゃるのであれば、それは個人としてはしてもいいのではないかという気持ちは持ちますけれども、審議の手順の問題

2. 瑕疵担保責任の効果

瑕疵担保責任の効果として、日本の改正法案は、現行法上規定されている瑕疵修補請求権、解除権、損害賠償請求権に加えて、代金減額請求権が規定されている。すでに確認したように、改正法案では売買の規定が包括準用され、さらに解除と損害賠償については債務不履行の一般規定の適用を受ける。したがって、請負の瑕疵担保責任について固有の規定を有するドイツ法とは、この点で異なるものになる。一方で、売買規定の包括準用を介して、契約の解除及び損害賠償は債務不履行の一般規定に従うことになることから、瑕疵担保責任規定において特別に規定されている救済手段としては、追完と報酬減額のみが残されている。これに加えて、瑕疵担保責任について特別な責任期間が置かれている。以上の点について、改正法案はドイツにおける規定と構造的に共通する。

なお、ドイツ法との相違点として、追完請求権の限界事由についての規定が挙げられる。わが国の改正法案では、追完請求権については、改正法案第 562 条として、売買の箇所にこれを認める規定が置かれている。一方で、追完の限界事由については、債権総則に履行請求権の限界事由に関する一般規定が設けられたことから、売買・請負などの個別契約類型における契約不適合についての追完請求権の限界事由に関する規定は別に設けられなかった。現行法において、修補の過分性について規定している第 634 条第 1 項ただし書は、条文全体が削除され、現行法におけるただし書の内容は、「不能」概念に包摂されると理解されている。したがって、この点で、売買法及び請負法の規定に追完の限界(請負人による追完拒絶の抗弁)について定めるドイツ法と相違する。

また、現行法上、ドイツでは追完の優先原則が採られているという点が、わが国との違いとして特徴的であったが、この点、改正法案では、請負の損害賠償請求権について適用されることになる改正法案第 415 条 2 項が、填補賠償ができる場合を限定的に規定している。この規定を理由に、現在の判例上認められている即時の修補に代わる損害賠償について、異なる解釈がなされるのかという点が法制審議会においても言及されていた⁷⁵¹。これに対しては、現行法上の解釈を参考として、改正法案第 415 条 2 項の解釈を緩やかに

として契約の解釈のルールを実質的にもう 1 回持ち出すという決断をしない限り」難しいであろうとしている。以上の点について、第 93 回会議議事録 47 頁以下参照。

⁷⁵¹ 第 99 回会議議事録・1 頁[岡委員発言]。

するという方向性は否定されないとの見解が示されていた⁷⁵²。したがって、この点は改正法案のもとでも解釈に委ねられることが予想される。なお、追完請求の位置付けについては、審議会における議論の中で、注目すべき指摘がある。内田委員は、法制審議会の第95回会議において、請負で仕事に何らかの不適合があった場合の救済手段は、原則としてまず修補であるとしている。さらに続けて、「これは売買と大きく異なる点で、売買の場合は修補というのは幾つかある救済手段の一つであり、しかも、そうメインではないだろうと思います。それに対して請負の場合は原則として修補で、相当期間を定めて修補請求するという救済がまずある」と述べている⁷⁵³。わが国においては、裁判例上に現れるような紛争事案において、瑕疵ある仕事をした請負人に対して、注文者が信頼を失っているような場合にも修補請求を強制される可能性についての不都合性が強調されることにより、内田委員が指摘されるような修補という救済の有効性については、必ずしも目が向けられてこなかったように思われる。

二 債権法改正法案における契約不適合に対する責任規定の検討

以上の対比を前提として、わが国における改正法案にドイツにおける議論からいかなる問題が指摘できるか、とりわけ、改正法案において解釈に委ねられた点について検討する。

1. 瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係

瑕疵担保責任の債務不履行責任への一元化を図ったドイツにおいては、第二章でみたドイツにおける「引取り」をめぐる議論から、これらの責任規範の関係が現在も問題となっていることが明らかである。ドイツにおいては、瑕疵担保責任の適用時点について複雑な議論状況が生じていた。この点、わが国の改正法案第636条は、条文上、「請負人が種類又は品質に関して契約の内容に合致しない仕事の目的物を注文者に引き渡したとき」とのみ規定しており、引き渡された仕事に契約不適合があった場合、追完、報酬減額、損害賠償及び契約の解除ができることは明らかである。一方で、引き渡し以前の時点や、仕事の完成の前後を問わず、瑕疵担保責任の適用が認められうることについての指摘が示されてい

⁷⁵² 第99回会議議事録・1頁において、村松幹事は、請負の瑕疵担保責任が包括準用規定によって処理されるということについて、「その契約の特質に応じた解釈の余地というのはもちろん否定されない」と述べている。

⁷⁵³ 第95回会議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001137485.pdf>)41頁以下。

るが、いつから請負人の契約不適合についての責任が生じるのかという点は、わが国においても解釈に委ねられている。

また、追完請求権と履行請求権との関係においても、改正議論において、仕事が完成する前であれば履行請求権あり、仕事が一応完成した後には追完請求権と区別しても、中身的には非常に似通ったものがあるのではないかとの指摘⁷⁵⁴から、ドイツと同様に、瑕疵担保責任のもとで規定される救済手段と、そこで考慮されるべき当事者の利益状況がいかなる時点で生じるのか、その時点の規律において同様の問題が生じることが予想される。この点についてわが国の改正議論では十分に検討されておらず、また、現在の裁判例上の適用時点に関する取り扱いが変わることのみが示されているため、改正法案が実現した場合に、解釈論上、困難かつ不安定な状況が生じる可能性が指摘しうる。

2. 売買と請負の規定上の統一化

わが国の改正法案は、売買の規定を包括準用することを提案しており、売買と請負の規定を引き寄せて統一化するという方向性は、わが国の民法第 559 条のように、売買規定をそれ以外の有償契約について準用するという規定を置かないドイツ法においても共通の状況を見ることができるといえる。なお、売買と請負は、規定上多くの点で類似しているが、いくつかの点で異なる規定もあり、それらの相違についての評価として、学説上共通の認識に立っているとはいえない状況がある。したがって、いずれにしても、売買と請負の相違点はなお理論上の課題として残されており、これを考慮することなく同一に論じることは妥当ではない場合が生じると思われる⁷⁵⁵。

瑕疵担保責任の要件及び効果をめぐるとドイツの議論から、瑕疵担保責任の要件たる瑕疵の意義をめぐるとの問題や、瑕疵担保責任の適用時点をめぐるとの問題においては、いずれも請負

⁷⁵⁴ 第 37 回会議議事録・23、24 頁参照[佐成委員発言]。

⁷⁵⁵ この点に関連する示唆的な指摘として、国立台湾大学教授(ドイツ・ミュンヘン大学法学博士)の陳自強教授は、売買と請負との規定の関係について、「同じ有償契約であっても、当事者の利益状態は極めて異なっている。つまり、特定物売買を対象とする売買と、一定の仕事の完成を想定する請負とでは、その法的構造と権利義務関係が相当に異なっており、このように権利状態の異なる類型を強いてかき集めることは、かえって混乱を引き起こす。」とする。陳自強(夏静宜・陳韻希訳)「台湾民法における請負人の瑕疵責任とその発展」民商 150 卷 3 号(2014 年)220 頁。

の有する特性に対し、売買法を前提とした規定の不備などが指摘されていた。ドイツでは債務法改正において、売買と請負の規定のできる限りの近接化・統一化が図られたが、その結果、とりわけ請負の特性の考慮に対する要請は後退することになった⁷⁵⁶。このような、売買と請負の近接化によって生じる問題について、わが国における改正法案が実現した場合には、同様の状況となることも予想される。一方、ドイツ法では、請負と売買の規定の統一化を望ましいものとする大前提のもとで改正が行われているが、請負と売買の瑕疵担保責任において異なる規定も残されている。条文上明らかなものとして、請負にのみ規定されている自力修補権や、請負人に与えられる追完方法の選択権といった点に売買との違いがある。このように、ドイツ法における瑕疵担保責任には、一般給付障害法に組み入れることのできない、各契約類型に即した救済手段の特則を置くという点でも存在意義が与えられているといえる。これに対して、わが国の改正法案では、売買の規定の包括準用という形を採っていることから、売買に対する違いとして、請負の契約類型の特徴が考慮されるのか、ドイツ法以上に、多くの検討すべき課題が解釈論に委ねられているといえる。

第五節 まとめと今後の課題

以上、本稿では、請負における瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係をめぐる理論的な問題が、請負の仕事の目的物に瑕疵があった場合の責任追及場面において、注文者と請負人のいずれにとっても不明瞭な状況を生じさせているとの問題意識に基づき、ドイツにおける議論を参照し、瑕疵担保責任の要件及び効果から、債務不履行責任に対する特則性とその意義について検討を行った。さらに、わが国における改正法案が、瑕疵担保責任の規定を大幅に変更するものであることから、その内容と、従来の議論に与える変化について指摘した。以上の検討に加えて、請負の仕事の目的物の瑕疵に対する救済という点で、わ

⁷⁵⁶ 売買と請負の近接化を望ましいものとする考え方は、ドイツにおいて現在も一貫しているといえる。建築請負契約の BGB への組み入れに関する議論において、2013 年の作業グループが、ドイツにおける請負の機能性瑕疵概念理論についての条文化が優先されるべき課題であるとしていたのに対し、2016 年に公表された政府草案では実現しなかった。その理由として、売買の瑕疵についての規定である 434 条との調和を図るため(「100 年を超えて保ちつづける売買法と請負法の瑕疵の規定が望ましい」とされる)、なお検討が必要であると説明されている。Vgl. Glöckner, a.a.O.,(Fn.320), S.123ff.

が国における裁判例上、不法行為責任の追及事案が増加している現状に着目し、契約責任と対比し、不法行為責任の役割について検討を行った。以下では、これらの検討を通じて得られた日本における議論への示唆と今後に残された課題を示す。

一 日本における議論への示唆

1. 瑕疵担保責任の意義

以下では、わが国における瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係をどのように位置付け、それによって瑕疵担保責任の意義をどのように解釈するかという問題について、これまでの考察をもとに、現時点において得られた視点を示す。

まず、瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係について、瑕疵担保責任は債務不履行責任を排除するものではなく、債務不履行の一類型として、不完全な履行という状態についての特別な責任規範を規定するものであると考える。従来の議論において問題を生じさせていたのは、請負人によって一応完成され、引渡された仕事の目的物に価値がないという状況が、とりわけ土地工作物を目的とする請負において想定されなかったことから、瑕疵担保責任が債務不履行責任の内容を吸収しきれなかったことにあるとの高木教授の指摘⁷⁵⁷が妥当する。それによって、瑕疵担保責任は、「不完全な仕事」という、全く履行がない場合とは異なる利益状況が生じていることを前提とした責任規範であると解することが可能であると考えられる。したがって、瑕疵担保責任の効果の点で、債務不履行責任に比して、注文者にとって不利益を与えることを意図したものとはいえず、とりわけ、請負においては仕事の一部の完成についても、注文者にとっての価値が認められる場合があることから、その仕事を維持したうえでの救済が有効な手段となりうる。なお、これはその不完全な仕事の価値を常に認めるものではなく、瑕疵の程度や仕事の種類によって、妥当な範囲で注文者の救済が図られるべきである。なお、瑕疵修補と本来の履行の関係についても、瑕疵修補請求権においては、第 634 条 1 項ただし書きにより、「不完全な仕事」を前提とした追完の限界が画されるという点で、契約締結の効果としての本来的履行請求権とは異なる性質が与えられているといえる。

以上のような考えについて、判例においても、債務不履行責任における全面的解除の制限や、瑕疵担保責任に基づく建替費用賠償の肯定のように、債務不履行責任と瑕疵担保責

⁷⁵⁷ 高木・前掲注(13)160 頁。同様に、下森・前掲注(13) 332 頁以下。

任のいずれの責任規範を適用するかによって注文者の救済内容が異なるとは必ずしもされておらず、不完全な仕事に対し、当事者の利益状況を前提とした責任追及がされているといえる。なお、瑕疵担保責任の特則性の一つとされる短期の責任期間については、これが、履行が終了したとの請負人の期待の保護と、引き渡し又は仕事の終了後、長期間が経過することによって瑕疵の判定が困難となる点をその趣旨としていることから、以上で述べた瑕疵担保責任が把握する状況が生じる時点とは別の観点にあるといえ、この特別な責任期間の始期と、瑕疵担保責任の適用時点は必ずしも関わらないように思われる。

以上をまとめると、瑕疵担保責任の意義は、債務不履行の中でも、不完全な履行という態様について適当な要件と効果を定めたものであるといえる。つまり、要件において、注文者が仕事の引渡しを受け、一見請負人の履行が完了しているような場合でも、それが契約で合意した内容どおりでない場合に、なお履行が不完全であり、その責任追及が可能であることを確認し、効果において、不完全な仕事を前提とした当事者の利益状況に配慮した救済手段を置くものである。このような見方は、現時点において、ドイツにおける瑕疵担保責任と、わが国の改正法案の方向性とも一致すると思われる。なお、ドイツにおいては、わが国の現行法よりも明確な形で、仕事の具体化を前提とする報酬減額や、注文者自身による修補を規定するという点で、瑕疵担保責任に固有の意味が与えられ、そのような救済手段を置くことは、請負人だけではなく、注文者に対して利益を与えるものであるとされていた。

一方、このように解した場合に、瑕疵担保責任における責任規範が適用されるべき時点がいつかという点はなお問題として残される。ドイツにおける議論にみられるように、請負がしばしば継続性を有する契約であることから、いずれの時点において瑕疵担保責任が適用されるべき利益状況が生じるかについて問題となる。また、このとき、請負が原則として、仕事の完成を目的とするものであり、その履行過程について請負人に委ねられていることに配慮する必要がある。さらに、この点については、請負契約自体の多様性から、仕事の目的や履行形態によっても事情が異なり、一般化が困難な問題であるともいえる。

2. 瑕疵に対する救済としての不法行為責任構成

本稿では、契約上の責任として、債務不履行責任と瑕疵担保責任の関係について中心に検討したが、請負の仕事の瑕疵に対する救済手段として、わが国の裁判例上、不法行為責

任の追及と、その肯定事例が見逃さない程度に大きな割合を占めていることから、仕事の瑕疵に対する不法行為責任の問題について検討した。上述したように、近時の不法行為責任の問題は、わが国における建築紛争の特殊な事情に対応するための発展という点で重要であった一方で、債務不履行責任と瑕疵担保責任をめぐる理論的な課題を前に、契約関係にある当事者間における仕事の瑕疵に対する救済手段の不明確性による影響も指摘されていた。したがって、特殊な事情のもとでの不法行為責任の機能に配慮し、問題状況の前提を確認したうえで、これらの責任規範の関係について、不法行為責任が制限されるべき場合があるのかどうかという点も含め、検討する必要がある。また、このとき、瑕疵担保責任と不法行為責任の救済手段としての違いも考慮に入れられるべきである。不法行為責任においては、金銭賠償のみが可能であるのに対し、瑕疵担保責任においては、修補による本来の契約内容の追及という手段が置かれている。瑕疵担保責任の意義に関するドイツにおける特徴として示したように、修補請求権が当事者のいずれにとっても有益な手段となりうることについて、わが国においても意識されてよいと思われる⁷⁵⁸。

二 今後の課題

1. 瑕疵担保責任における課題

本稿では、請負の仕事の瑕疵に対する妥当な救済法理を構築するための一段階として、わが国において従来から問題とされてきた瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用関係につ

⁷⁵⁸ この点、椿寿夫教授は、債務不履行の効果としての履行請求権の論考において、「近時の傾向の一つとして契約の拘束力を金銭賠償へ結び付けすぎているかと感じている」とし、さらに「そもそも“バクタ・スント・セルヴァンダ”は、約束した本来の給付を実現させようとするルールだとみてよければ、それを裁判外でも要求できて当然ではないか。力が強いかわ弱いかはそのつぎの段階における問題である。法的な強要力が弱いから法の世界では意義がとぼしいと切り捨てるのは、裁判万能・裁判絶対視の考え方だと評したい。」と述べている(椿寿夫「履行請求権(中)」法時 69 卷 2 号(1997 年)40 頁)。さらに、履行請求権が債務不履行の効果として肯定されるという見解を示したうえで、「この権利を問題にしなければ、債務不履行と不法行為は、責任ないし請求権の内容としては、損害賠償の枠内で通例言われている程度の差異しかない。そうすると、二つの内容には大差がないので云々という議論の仕方も成り立ちうるが、債務不履行の内部において、履行請求権を強さでこそ違いがあれ積極的内容の権利として認めるときには、競合問題につきどの見解を採用してもあまり変わらない、と簡単に片付けることが許されなくなりはないか。」との指摘を示している点が注目される。以上の点について、椿寿夫「履行請求権(下の 2・完)」法時 70 卷 1 号(1998 年)79 頁。

いて、理論的な枠組みに対する考察を加えたにすぎない。したがって、瑕疵担保責任が規定する救済手段についても、債務不履行責任との対比という視点での検討にとどまった。これまでに検討したように、仕事の瑕疵の責任追及においては、債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれが適用されるかという段階ではなく、各救済手段の段階で当事者の責任分配ないし利益調整を図るという方向性が見出せる。したがって、より実際的な問題として、瑕疵担保責任の効果として置かれている救済手段についての個別的な検討が必要である。

さらに、本稿においては十分に取り上げることができなかった問題として、債務不履行責任における請負人の帰責性をどう考えるかという点がある。この問題は、近時の理論的な展開がめざましく、ドイツとわが国の議論を対比するうえでも重要な意味を有するため、今後の検討が必要である。

2. 請負契約の性質に関する課題

また、本稿における検討は、民法上の典型的な請負を想定して、ドイツ法との比較を行った。わが国とドイツのいずれにおいても、請負契約が多様な目的のもとで広範な内容及ぶことからすれば、本稿における検討内容が、個別的な請負契約の場面において常に適合するかという点については留意が必要である。とくに、請負という契約類型においては、そこでのデフォルト・ルールを定めること自体に困難な議論状況がある⁷⁵⁹。したがって、

⁷⁵⁹ わが国の改正議論において、役務提供契約に関する規定の新設が重要な課題の一つとして挙げられていたことにも表れている。論点整理第 47 参照

(<http://www.moj.go.jp/content/000074989.pdf>)。これに関連して、松本恒雄「サービス契約」山本敬三ほか『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 年)202 頁以下、芦野訓和「請負契約－役務提供契約の一類型としての請負契約－」円谷峻編『社会の変容と民法典』(成文堂、2010 年)409 頁以下、伊藤進「非典型契約の総合的検討(16・完)非典型契約論について－中間のまとめに代えて」NBL949 号(2011 年)92 頁以下、長坂純「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 53 巻 2 号(2015 年)1 頁以下等参照。また、請負契約の具体的な類型ごとに個別的な規定を置くことについて、ドイツの Hans-Leo Weyers の論考を参考とした分析を行うものとして、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」『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 年) 23 頁以下。ここで、山本敬三教授は、請負契約のなかでもとくに独立した性格を持つ契約類型について個別的に規律することも当然考えられてよいとして、建設請負などがその有力候補であるといえると述べている。

ドイツにおける議論を参照する場合にも、社会において実際に行われている請負契約が、具体的にどのような場面を対象としているのかを確認し、ドイツにおける議論の基礎が、わが国においても共通するのかどうかについて検討する必要がある。

また、請負契約の有する問題として、目的の多様性という点と同時に、請負契約の本質である「仕事の完成」という点自体の曖昧性も指摘しうる。請負は「結果」と「労務」の両方を負っているとみることもでき⁷⁶⁰、とくに、建築請負契約のように継続性を有する契約においては、労務の開始と結果の発生は、しばしば時間軸の上で離れて存在する。以上のような契約類型における問題は、瑕疵担保責任についても重要な意味をもつ⁷⁶¹。なお、このような問題は、請負や役務提供契約内部での問題に限られず、契約類型自体をどう捉えるかという課題にも接続する⁷⁶²。以上のように、仕事の瑕疵に対する責任論を考察するうえで、契約類型論における議論との関連にも考慮する必要がある。

以上のように、とりわけ、瑕疵担保責任をめぐる問題においては、法的救済手段としての面からの検討とともに、典型契約・契約類型としての請負契約の規律のあり方からの検討も要する。したがって、ここでの問題には、責任段階における問題だけではなく、契約の解釈や、契約類型論といった契約法全般に及ぶ重要な問題が交錯することになる。それ

⁷⁶⁰ この点に関して、椿寿夫教授は、“与える”と“なす”という従来の二分論で割り切れるか自体が問題であるとの指摘の中で、「私見ではとりわけ請負の位置いかんが気になる」と述べている。椿・前掲注(758)76頁。また、石崎泰雄教授は、多くの債務は、その特定の内部に、いくつかの「結果債務」と「手段債務」とを内包しているとし、建築債務について、「ハードの面では、特定の結果を出す債務といえるが、サービス面では最善の努力をなす債務である」と指摘する。石崎泰雄『契約不履行の基本構造 民法典の制定とその改正への道』（成文堂、2009年）14頁。

⁷⁶¹ 北川教授は、「いわゆる結果債務においても、結果の実現・不実現だけが決め手になるものではなく、そこにいたる債務者の行為態様が重視されうる」とし、結果の不実現は通常、その債務不履行について有責性を肯定してよいといえるが、「しかし、問題になれば、そこにいたる債務者の行為態様を問題にし、どの具体的な行為が懈怠されたために債務不履行が生じたかを明らかにすることなしには、その有責性を最終的には確定しえない」とする。奥田昌道編『注釈民法(10)』（1986年）399頁以下[北川善太郎]。関連する指摘として、潮見・前掲注(13)45頁。

⁷⁶² この点、すべての契約の原型は、少なくとも理論上は役務型であるとの指摘を示すものとして、沖野眞已「契約類型としての『役務提供契約』概念(上)(下)」NBL583号(1995年)6頁以下、585号(1996年)41頁以下。また、山口幹雄「役務提供契約の法的規律に関する一考察」松浦好治=松川正毅=千葉恵美子編『加賀山茂先生還暦 市民法の新たな挑戦』（信山社、2013年）461頁。また、大村・前掲注(4)134頁もこの点について言及する。

ゆえに取り組むべき課題も多岐にわたるが、今後、ドイツにおける議論を参考に、本稿で示した視点についてのより立ち入った検討を行うとともに、それらの問題についても考慮しながら、検討を進めることにしたい。

旧 BGB

§ 195 a.F.

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre.

【第 195 条 通常の消滅時効期間】

通常消滅時効期間は 30 年である。

§ 284 a.F.

(1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.

(2) Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.

(3) Abweichend von den Absätzen 1 und 2 kommt der Schuldner einer Geldforderung 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung in Verzug. Bei Schuldverhältnissen, die wiederkehrende Geldleistungen zum Gegenstand haben, bleibt Absatz

【第 284 条 履行遅滞】

(1) 履行期の到来後において債権者のする催告に対して債務者が給付を行わないときは、債務者は、催告によって遅滞に陥る。給付の訴えの定期及び督促手続における支払命令の送達は、催告と同様とする。

⁷⁶³ ドイツ法の条文訳については主に、旧法については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）、現行法については、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、2002年）181頁以下[資料]ドイツ債務法現代化法(民法改正部分)試訳、国立国会図書館調査及び立法考査局「基本情報シリーズ②⑩ドイツ民法Ⅱ(債務関係法)」(国立国会図書館、2015年)を参照した。

(2)給付の時期を暦に従って定める場合において、債務者がその時期に給付を行わないときは、債務者は、催告がなくとも遅滞に陥る。告知の後に給付を行わなければならない場合において、給付の時期が告知の時から暦に従った計算法により定まるときも、同様である。

§ 285 a.F.

Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

【第 285 条 過失なければ遅滞なし】

債務者は、その責めに帰すべからざる事由により給付を行わない限り、遅滞に陥らない。

§ 462 a.F.

Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

【第 462 条 解除、減額】

買主は、第 459 条及び第 460 条の規定により売主が責任を負うべき瑕疵に基づき、売主の解消又は売買代金の引き下げ(減額)を請求することができる。

§ 463 a.F.

Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.

【第 463 条 不履行に基づく損害賠償】

売買の目的物が売買の当時において保証された性質を欠くときは、買主は、解除又は減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が欠点を知りながら告げなかったときも、同様である。

§ 467 a.F.

Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden

Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung; im Falle des § 352 ist jedoch die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen.

【第 467 条 解除の実行】

約定解除権に関する第 346 条から第 348 条まで、第 350 条から第 354 条まで、及び第 356 条の規定は解除に準用する；ただし、第 352 条の場合には物の変形に際し始めて瑕疵が現れたときは、解除することを妨げない。売主は、買主に対し、契約費用も賠償しなければならない。

§ 472 a.F.

(1) Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde.

(2) Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zugrunde zu legen.

【第 472 条 減額の計算】

(1)減額に際しては、売買代金は、売買当時瑕疵のない状態における物の価格が真の価格に対し有する割合に応じて、引き下げる。

(2)数個の物を一括代価を定めて売却した場合において、個々の物についてのみ減額するときは、すべての物の一括代価を基礎として、代金を引き下げる。

§ 476a a.F.

Ist an Stelle des Rechts des Käufers auf Wandelung oder Minderung ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, so hat der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer auch die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen. Dies gilt nicht, soweit die Aufwendungen sich erhöhen, weil die gekaufte Sache nach der Lieferung an einen anderen Ort als den

Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Empfängers verbracht worden ist, es sei denn, das Verbringen entspricht dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache.

【第 476a 条 修補請求権】

買主の解除又は減額請求権に代えて、修補請求権を合意した場合には、修補義務を負う売主は、修補のために必要な費用、特に、運送費、通行費、労務費用、材料費をも負担しなければならない。買い受けた物を引渡し後に受領者の住所又は営業所以外の場所へ移送したことにより費用が増加する場合には、第 1 文は適用しない。ただし、移送が、物の目的に従った使用に合致するときは、この限りでない。

§ 477 a.F.

(1) Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

(2) Beantragt der Käufer das selbständige Beweisverfahren nach der Zivilprozeßordnung, so wird die Verjährung unterbrochen. Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort. Die Vorschriften des § 211 Abs. 2 und des § 212 finden entsprechende Anwendung.

(3) Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der im Absatz 1 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche.

【第 477 条 瑕疵担保請求権の消滅時効】

(1) 解除又は減額の請求並びに保証された性質の欠如に基づく損害賠償請求権は、売主が瑕疵を知りながら告げなかった場合を除き、動産については引渡しの時から 6 月で、不動産については明渡しの時から 1 年で、消滅時効にかかる。時効期間は、契約により延長することができる。

(2) 買主が民事訴訟法に基づく独立の立証手続を申請したときは、時効は中断する。時効の中断は、この手続の終了まで継続する。第 211 条第 2 項及び第 212 条の規定は、この場合

に準用する。

(3)第 1 項に掲げる請求権のいずれかの消滅時効が停止又は中断したときは、他の請求権の時効も停止又は中断する。

§ 633 a.F.

(1) Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

(2) Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. § 476 a gilt entsprechend. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

(3) Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

【第 633 条 修補；瑕疵除去】

(1)請負人は、仕事が保証された性質を有し、かつ、その価値又は通常の使用若しくは契約によって予定された使用に対する適正を消滅又は減少させる欠点のないように、仕事を完成する義務を負う。

(2)仕事が前項に規定した性状を備えていないときは、注文者は、瑕疵の除去を請求することができる。この場合には、第 476 条 a を準用する。除去が過分の費用を要するときは、請負人は、除去を拒絶することができる。

(3)請負人が瑕疵の除去につき遅滞にあるときは、注文者は、瑕疵を自ら除去して、要した費用の償還を請求することができる。

§ 634 a.F.

(1) Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muß so

bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung des Vertrags (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen, wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen.

(2) Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

(3) Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert.

(4) Auf die Wandelung und die Minderung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465 bis 467, 469 bis 475 entsprechende Anwendung.

【第 634 条 担保責任；解除、減額】

(1) 注文者は、請負人に対し、第 633 条に掲げる種類の瑕疵の除去のために相当の期間を指定して、その期間経過後は瑕疵の除去を拒絶する旨の意思表示をすることができる。瑕疵がすでに仕事の引渡前に現われるときは、注文者は、直ちに期間を指定することができる；その期間は、引渡しについて定めた期間前に満了しないように、指定しなければならない。適時に瑕疵の除去がないときは、注文者は、期間経過後、契約の解消(解除)又は報酬の引下げ(減額)を請求することができる；この場合においては、瑕疵の除去を請求することができない。

(2) 瑕疵の除去が不能であるとき、請負人が除去を拒絶するとき、又は注文者の特別な利益により解除若しくは減額の請求権を直ちに行使することが正当であるときは、期間を指定することを要しない。

(3) 瑕疵による仕事の価値又は適性の減少が重大でないときは、解除することができない。

(4) 解除及び減額については、売買に関する第 465 条から第 467 条まで、第 469 条から第 475 条までの規定を準用する。

§ 635 a.F.

Beruhet der Mangel des Werkes auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

【第 635 条 不履行に基づく損害賠償】

仕事の瑕疵が請負人の責めに帰すべき事由に基づくときは、注文者は、解除又は減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

§ 638 a.F.

(1) Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verjähren, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes.

(2) Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

【第 638 条 短期消滅時効】

(1) 請負人が瑕疵を知りながら告げなかったときを除き、注文者の仕事の瑕疵除去請求権及び瑕疵に基づく解除、減額又は損害賠償の請求権は、6 月で、不動産に関する作業については、1 年で、土地の工作物については、5 年で、消滅時効にかかる。消滅時効は、仕事の引取りの時から進行する。

(2) 時効期間は、契約により伸張することができる。

現行 BGB

§ 133 Auslegung einer Willenserklärung

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

【第 133 条 意思表示の解釈】

意思表示の解釈においては、現実の意思が探求されなければならない、表現の字義にとらわれてはならない。

§ 157 Auslegung von Verträgen

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

【第 157 条 契約の解釈】

契約は、信義誠実が取引慣習を考慮したうえで要請するように、解釈されなければならない。

§ 195 Regelmäßige Verjährungsfrist

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

【第 195 条 通常消滅時効期間】

通常消滅時効期間は、3年間である。

§ 199 Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Verjährungshöchstfristen

(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem

1. der Anspruch entstanden ist und

2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

(2) Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

(3) Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren

1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und

2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

Maßgeblich ist die früher endende Frist.

(3a) Ansprüche, die auf einem Erbfall beruhen oder deren Geltendmachung die Kenntnis einer Verfügung von Todes wegen voraussetzt, verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Entstehung des Anspruchs an.

(4) Andere Ansprüche als die nach den Absätzen 2 bis 3a verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an.

(5) Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so tritt an die Stelle der Entstehung die Zuwiderhandlung.

【第 199 条 通常の消滅時効期間の開始及び最長期間】

(1)通常の消滅時効期間は、次の年の末日で開始する。1.請求権が発生し、かつ、2.債権者が請求権を根拠づける諸事情及び債務者が誰であるかを知りまたは重大な過失がなければそれらを当然知るべかりし年の終了とともに、開始する。

(2)生命、身体、健康または自由の侵害に基づく損害賠償請求権は、その発生及びその認識または重過失による不知を考慮することなく、行為、義務違反またはその他の損害を惹起する出来事から 30 年で時効にかかる。

(3)その他の損害賠償請求権は、1.認識または重過失による不知を考慮することなく、その発生時から 10 年、ないし、2.その発生及びその認識または重過失による不知を考慮することなく、行為、義務違反またはその他の、損害を惹起する出来事から 30 年で時効にかかる。このうちより早く終了した期間が、適用される。

(4)損害賠償請求権以外の請求権は、認識または重過失による不知を考慮することなく、発生時から 10 年で時効にかかる。

(5)請求権が不作為を目的とするときは、発生代わりに違反と読み替えられる。

§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

【第 241 条 債務関係から生じる義務】

(1)債務関係の効力により、債権者は、債務者の給付を請求する権利を有する。給付は、不作為の形態でも成立することができる。

(2)債務関係は、その内容により、他方の当事者の権利、法益及び利益を顧慮することを、いずれの当事者にも義務づけることができる。

§ 275 Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

【第 275 条 給付義務の排除】

(1)給付が債務者又はすべての人にとって不能である限り、給付請求権を行使することができない。

(2)債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らして、給付をすることが債権者の給付利益と比較して著しく均衡を失するような出費を要する限り、債務者は、給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき努力を確定するに際しては、給付が妨げられていることにつき債務者に帰責事由が存するかどうかも考慮する。

(3)債務者が自ら給付をしなければならない場合において、債務者の給付が妨げられていることと債権者の給付利益とを衡量して給付を債務者に期待することができないときは、債務者は、給付を拒絶することができる。

§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners

- (1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.
- (2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.
- (3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

【第 276 条 債務者の責任】

- (1)責任の加重又は軽減につき、定めがなく、債務関係その他の内容、特に損害担保又は調達リスクの引受けから推知することができない場合には、債務者は、故意及び過失につき責任を負う。第 827 条及び第 828 条の規定は、この場合に準用される。
- (2)社会生活上必要な注意を怠った者は、過失があるものとする。
- (3)債務者の故意に基づく責任は、あらかじめ免除することができない。

§ 280 Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

- (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
- (2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.
- (3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.

【第 280 条 義務違反に基づく損害賠償】

- (1)債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合には適用しない。
- (2)債権者は、第 286 条により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付の遅延に基づく損害賠償を請求することができる。
- (3)債権者は、第 281 条、第 282 条又は第 283 条により付加される要件を満たす場合にお

いてのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

§ 281 Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung

(1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.

(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.

(4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.

(5) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt.

【第281条 給付がないこと又は給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償】

(1)債務者が履行期到来の給付をせず、又は給付が契約に適合しない限り、債権者は、債務者に対して履行又は追完のために相当な期間を定め、その期間が徒過した場合には、前条第1項の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付の一部しか履行しない場合には、債権者は、給付の一部について利益を有しないときのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者の給付が契約に適合しない

場合において、その義務違反が重大でないときは、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

(2)債務者が給付をすることを断固としてかつ終局的に拒絶するとき、又は当事者双方の利益を衡量して損害賠償請求権を即時に行使することを正当化するような特別な事情が存在するときは、期間の定めを要しない。

(3)義務違反の性質から期間の定めが考慮されないときは、これに代えて、警告を基準とする。

(4)債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、ただちに消滅する。

(5)債権者が全部の給付に代えて損害賠償を請求する場合には、債務者は、第 346 条から第 348 条までに基づきすでに給付したものの返還をただちに請求することができる。

§ 282 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2

Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

【第 282 条 241 条 2 項の義務違反による給付に代わる損害賠償】

債務者が 241 条 2 項による義務に違反したときは、債権者は、彼にとって債務者による給付がもはや期待されえない場合、280 条 1 項の要件のもとに給付に代わる損害賠償を請求しうる。

§ 283 Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht

Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

【第 283 条 給付義務の排除の場合の給付に代わる損害賠償】

債務者が 275 条 1 項—3 項に従って給付をなす義務を負わない場合には、債権者は、280 条 1 項の要件のもとに給付に代わる損害賠償を請求しうる。281 条 1 項 2、3 文及び 5 項が準用される。

§ 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.

【第 284 条 無駄になった費用の賠償】

給付に代わる損害賠償に代えて、債権者は、彼が給付がなされることを信頼して出捐しまたは衡平に考えて出捐すべかりし費用の賠償を請求しうる。ただし、その目的が、債務者の義務違反がなくとも到達されないであろう場合は、その例外である。

§ 286 Verzug des Schuldners

(1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.

(2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn

1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,

2. der Leistung ein Ereignis voranzugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt,

3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,

4. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist.

(3) Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung

unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug.

(4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

(5) Für eine von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Vereinbarung über den Eintritt des Verzugs gilt § 271a Absatz 1 bis 5 entsprechend.

【第 286 条 債務者の遅滞】

(1)債務者が、弁済期の到来後になされる債権者の催告に基づいて給付をしないときは、彼は、催告により遅滞に陥る。給付を求める訴訟の提起または催告手続における支払命令の送達は、催告と同様である。

(2)催告は、1.給付のための時期が暦日に従って定められ、2.給付になる出来事が先行すべきバ場合において、給付のための相当期間が、それがその出来事から暦日に従って計算されるという方法で定められ、3.債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶し、または、4.特別の理由に基づき両当事者の利益の考慮のもとに、遅滞の即座の発生が正当化されるときは、必要とはされない。

(3)報酬請求権の債務者は、遅くとも、彼が、弁済期の到来及び計算書の到来またはそれと同視できる請求権の主張後 30 日以内に給付しない場合に、遅滞に陥る。これは、消費者である債務者に対しては、この効果が計算書または請求書に特別に指示された場合にのみ、当てはまる。計算書または請求書の到達時期が不確かであるときは、消費者ではない債務者は、弁済期及び反対給付の受領後遅くとも 30 日で遅滞に陥る。

(4)債務者は、給付が彼の責に帰しえない事情によりなされない限り、遅滞には陥らない。

§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,

2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige

rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

【第 311 条 法律行為上及び法律行為類似の債務関係】

(1) 法律行為による債務関係の発生及び債務関係の内容の変更は、この法律に別段の定めがない限り、当事者間の契約を要する。

(2) 第 241 条第 2 項の義務を伴う債務関係は、次の各号のいずれかによっても発生する。

1 契約交渉の開始

2 当事者の一方が、不時の法律行為上の関係の発生を考慮して、相手方に、自己の権利、法益及び利益に影響を及ぼす可能性を与え又はそれを委ねる契約交渉の準備

3 これと類似する取引上の接触

(3) 第 241 条第 2 項の義務を伴う債務関係は、契約当事者以外の第三者に発生することもある。この債務関係は、特に当該第三者が自らへの特別の信頼を引き起こし、これによって契約の交渉又は契約の締結に重大な影響を及ぼしたときに発生する。

§ 311a Leistungshindernis bei Vertragsschluss

(1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

【第 311a 条 契約締結の際に給付が妨げられていること】

(1)債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項までに基づき給付をすることを要せず、契約締結の際にすでにその給付が妨げられていることによって、契約の効力を妨げない。

(2)債権者は、その選択に従い、給付に代わる損害賠償又は第 284 条が定める範囲の費用の賠償を請求することができる。これは、債務者が契約締結の際に給付を妨げる事情を知らず、かつ、知らないことにつき帰責事由もないときは、適用しない。第 281 条第 1 項第 2 文及び第 3 文並びに第 5 項は、[この場合に]準用する。

§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

Fußnote

(§ 313: Zur Nichtanwendung vgl. § 10 Abs. 5 KredWG)

【第 313 条 行為基礎の障害】

(1)契約の基礎となっていた事情が契約締結後に著しく変更し、かつ、当事者双方が当該変更を予見することができた場合において、契約を締結せず、又は内容の異なる契約を締結したであろうときは、個々の場合における諸般の事情、特に契約上又は法律上のリスク分配を考慮して、契約を改訂しないで当事者の一方を拘束することが期待できない限り、契約の改訂を請求することができる。

(2)契約の基礎となっていた本質的な観念が誤りであると判明したときも、事情変更と同様とする。

(3)契約の改訂が可能でなく、又はそれを当事者の一方に期待できないときは、不利益を被る当事者は、契約を解除することができる。継続的債務関係については、解除権に代わり、解約告知権が発生する。

脚注

(第 313 条：不適用につき信用供与法(KredWG)第 10 条第 5 項参照)

§ 314 Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund

(1) Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

(2) Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Für die Entbehrlichkeit der Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und für die Entbehrlichkeit einer Abmahnung findet § 323 Absatz 2 Nummer 1 und 2 entsprechende Anwendung. Die Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und eine Abmahnung sind auch entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen.

(3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

(4) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

Fußnote

(§ 314: Zur Nichtanwendung vgl. § 10 Abs. 5 KredWG)

【第 314 条 重大な理由による継続的債務関係の解約告知】

(1)継続的債務関係は、いずれの当事者も、重大な理由に基づき、解約告知期間を遵守することなく解約告知を行うことができる。個別的事例の全ての事情を斟酌し、双方の利益を衡量した上で、約定された終期まで又は解約告知期間の満了まで契約を継続することが、

解約告知を行う当事者に対して期待することができないときは、重大な理由が存在するものとする。

(2)契約から生じる義務の違反において重大な理由があるときは、弊害除去[Abhilfe]のために定めた期間が満了しても効果がなかったとき又は催告を行っても効果がなかったときに限り、解約告知が許される。弊害除去のための期間の定めを省略できること及び催告を省略できることについては、第 323 条第 2 項第 1 号及び第 2 号の規定を準用する。弊害除去のための期間の定め及び催告は、双方の利益を衡量した上で、直ちに解約告知をすることを正当化する特別の事情が存在するときにも省略することができる。

(3)権利者は、自己が解約告知の理由を知った後、適切な期間内に限り、解約告知を行うことができる。

(4)損害賠償を請求する権利は、解約告知によって排除されない。

脚注

(第 314 条：不適用につき信用供与法(KredWG)第 10 条第 5 項参照)

§ 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung

(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1.der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,

2.der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder

3.im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.

(4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

(5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

(6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

【第 323 条 給付が行われないこと又は給付が契約に従って行われないことによる解除】

(1) 双務契約において、債務者が履行期にある給付を行わないか、又は契約に従って行わない場合において、債権者が相当の期間を定めて給付又は履行の追完を催告しても効果がなかったときは、債権者は、契約を解除することができる。

(2) 次に掲げるいずれかの場合には、期間を定めることは不要とする。

1. 債務者が、給付を真意として、かつ、最終的に拒絶しているとき。

2. 契約で定めた期日まで又は契約で定めた期間内の給付が、契約締結前に債権者に対して行った通知により又は契約締結に付随するその他の事情に基づき、債権者にとって本質的であるにもかかわらず、債務者がその期日までに又はその期間内に給付を行わないとき。

3. 給付が契約に従って履行されない場合において、契約当事者双方の利益を衡量した結果、契約の即時解除を正当化する特別の事情が存在するとき。

(3) 義務違反の種類により、期間を設定することが考慮の外に置かれるときは、これに代えて警告を行うことができる。

(4) 債権者は、解除の要件が発生するであろうことが明白であるときは、給付の履行期の到来前であっても契約を解除することができる。

(5) 債務者が部分給付を行った場合において、債権者は、部分給付が行われることに利益を有しないときに限り、契約全部を解除することができる。債務者が契約に従って給付を行わない場合において、債権者は、義務違反が重大でないときは、契約を解除することができない。

(6)債権者が、自己が解除権を有したであろう事情について、単独で若しくははるかに大きな比重で責任を有するとき、又は債権者が受領遅滞に陥っているときに債務者に責めを負わせることができない事情が生じたときは、解除を行うことはできない。

§ 324 Rücktritt wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2

Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.

【第 324 条 241 条 2 項に基づく義務の違反による解除】

債務者が、双務契約において 241 条 2 項に基づく義務に違反したときは、債権者は、彼に契約への固執がもはや期待されえない場合には、解除しうる。

§ 325 Schadensersatz und Rücktritt

Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.

【第 325 条 損害賠償と解除】

双務契約において損害賠償を請求する権利は、解除により排除されない。

§ 326 Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht.

(2) Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben

böswillig unterlässt.

(3) Verlangt der Gläubiger nach § 285 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Diese mindert sich jedoch nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

(4) Soweit die nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den §§ 346 bis 348 zurückgefordert werden.

(5) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist.

【第 326 条 反対給付義務の免責と給付義務の排除の場合の解除】

(1)債務者が、275 条 1 項—3 項に従って給付をする義務を負わない場合は、反対給付請求権は、消滅する。一部給付の場合は、441 条 3 項が準用される。1 文は、債務者が、債務の本旨に適わない給付の場合に、275 条 1 項—3 項に従って追完履行をする必要のないときは、適用されない。

(2)債権者が、それに基づいて債務者が 275 条 1 項—3 項に従って給付をする義務を負わない事情について、もっぱらまたは主として責任を負い、またはこの、債務者の責に帰すべからざる事情が、債権者が受領遅滞に陥ったときに、生じたときは、債務者は、反対給付請求権を保持する。しかし、彼は、彼が給付を免れたことにより節約し、または彼の労働力を他の方法で用いることにより取得し、または悪意で取得することを懈怠した利益を控除しなければならない。

(3)債権者が、285 条に従って給付されるべき客体のために取得した賠償の引渡または賠償請求権の移転を請求するときは、彼は、反対給付義務を負う。しかし、これは、賠償または賠償請求権の価値が、なされるべき給付の価値を下回ることになる限りにおいて、441 条 3 項の標準に従い、減額される。

(4)この規定に従ってなされるべきでない反対給付が履行された限り、給付されたものは、346 条—348 条に従い返還請求されうる。

(5)債務者が、275 条 1 項—3 項に従って給付する義務を負わないときは、債権者は、解除

しうる。解除には、323条が、期間の指定が不要であるという標準とともに、準用される。

§ 346 Wirkungen des Rücktritts

(1) Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.

(2) Statt der Rückgewähr oder Herausgabe hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, soweit

1. die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist,
2. er den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat,

3. der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht.

Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen; ist Wertersatz für den Gebrauchsvorteil eines Darlehens zu leisten, kann nachgewiesen werden, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war.

(3) Die Pflicht zum Wertersatz entfällt,

1. wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat,

2. soweit der Gläubiger die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre,

3. wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben.

(4) Der Gläubiger kann wegen Verletzung einer Pflicht aus Absatz 1 nach Maßgabe der §§ 280 bis 283 Schadensersatz verlangen.

【第 346 条 解除の効果】

(1) 契約当事者が、契約上解除権を留保し、または彼に法定解除権が帰属する場合は、解除

の場合に、受け取った給付は返還され、かつ收取された果実は、引渡されるべきである。

(2)1.返還または引渡し、取得された物の性質に従って排除され、2.彼が、受け取った客体を消費し、譲渡し、またはそれに負担を課し、加工し、または変容し、3.受け取った客体が、毀損または滅失した限り(ただし、指定に適った使用により生じた毀損は、この限りでない)、債務者は、返還に代えて、価値賠償を給付すべきである。契約上反対給付が定められているときは、それは、価値賠償の計算に際して、基礎とされるべきである。

(3)価値賠償義務は、1.解除の理由となった瑕疵が、客体の加工または変容に際して初めて生じた場合、2.債権者が、毀損または滅失について責を負い、または損害が彼のもとにあった場合でも、同様に生じたであろう場合、3.法定解除権の場合に、権利者が、彼が自己の事務について用いるのが通常である注意を用いたにもかかわらず、毀損または滅失が権利者のもとで生じた場合は、消滅する。残っている利益は、返還されるべきである。

(4)債権者は、1項に基づく義務の違反により、280条—283条の標準に従って損害賠償を請求しうる。

§ 347 Nutzungen und Verwendungen nach Rücktritt

(1) Zieht der Schuldner Nutzungen entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht, obwohl ihm das möglich gewesen wäre, so ist er dem Gläubiger zum Wertersatz verpflichtet. Im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts hat der Berechtigte hinsichtlich der Nutzungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

(2) Gibt der Schuldner den Gegenstand zurück, leistet er Wertersatz oder ist seine Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 ausgeschlossen, so sind ihm notwendige Verwendungen zu ersetzen. Andere Aufwendungen sind zu ersetzen, soweit der Gläubiger durch diese bereichert wird.

【第 347 条 解除後の用益と使用】

(1)債務者が、彼にとってそれが可能であったであろうにもかかわらず、秩序に適った経済のルールに反して用益をなさなかったときは、彼は、債権者に価値賠償義務を負う。法定解除権の場合、権利者は、用益に関して、彼が自己の事務について用いるのが通常である注意についてのみ、責を負わなければならない。

(2)債務者が客体を返還し、彼が価値賠償を給付し、または彼の価値賠償義務が 346 条 3 項 1 号または 2 号に従って排除されるときは、彼には、必要な費用が賠償されるべきである。債権者がこれによって利益を受ける限り、他の費用も賠償されるべきである。

§ 348 Erfüllung Zug-um-Zug

Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung.

【第 348 条 同時履行】

解除から生じる当事者の義務は、同時に履行されるべきである。320、322 条の規定が準用される。

§ 363 Beweislast bei Annahme als Erfüllung

Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.

【第 363 条 弁済としての受領の際の証明の負担】

債権者が、弁済として提供された給付を弁済として受領した場合において、給付が債務の対象となっているものとは異なるため又は給付が不完全であったため、債権者がその給付に弁済としての効力を発生させることを望まないときは、証明の負担は、債権者が負う。

§ 434 Sachmangel

(1) Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

- 1.wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
- 2.wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.

(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.

【第 434 条 物の瑕疵】

(1)物が危険移転時に合意した性状を有するときは、その物に物の瑕疵がないものとする。性状につき合意のない限り、次の各号のいずれかに該当するときは、その物に物の瑕疵がないものとする。

1. 物が契約において前提とした使用に適する場合
2. 物が通常の使用に適し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する場合

物の特定の性質に関する、売主、製造者(製造物責任法第 4 条第 1 項及び第 2 項)又はその補助者による公の表示に基づき、特に広告又はラベル表示により、買主が期待できる性質も、前文第 2 号の性状に含まれる、ただし、売主がその表示を知らず、かつ、知ることを要しなかった場合、その表示が契約締結時に同様の方法により訂正されていた場合、又はその表示が購入決定に影響を及ぼさなかった場合は、この限りでない。

(2)物の瑕疵は、合意した組立が売主又はその履行補助者によって適切に行われなかったときも、存するものとする。物の瑕疵は、組立説明書に瑕疵があるときは、組立用の物に存するものとする、ただし、その物が誤りなく組み立てられたときは、この限りでない。

(3)売主が異種物を引き渡すとき、又は引き渡した物の量が過少であるときは、物の瑕疵と

する。

§ 435 Rechtsmangel

Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.

【第 435 条 権利の瑕疵】

第三者が物に関し買主に権利を行使することができないとき、又は売買契約において引き受けた権利のみを行使することができるときは、その物に権利の瑕疵がないものとする。土地登記簿に存在しない権利が登記されているときは、権利の瑕疵と同様とする。

§ 437 Rechte des Käufers bei Mängeln

Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1.nach § 439 Nacherfüllung verlangen,

2.nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und

3.nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

【第 437 条 瑕疵における買主の請求権及び権利】

物に瑕疵あるときは、買主は、以下の条項の要件が存在し、かつ異なった定めのない限り、1.439 条に従って追完履行を請求し、2.440、323 条及び 326 条 5 項に従って契約を解除し、または 441 条に従って売買代金を減額し、かつ、3.440、280、281、283 及び 311a 条に従い損害賠償を、または 284 条に従い無駄になった費用の賠償を請求しうる。

§ 438 Verjährung der Mängelansprüche

(1) Die in § 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren

1.in 30 Jahren, wenn der Mangel

a)in einem dinglichen Recht eines Dritten, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder

b)in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist, besteht,

2.in fünf Jahren

a)bei einem Bauwerk und

b)bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, und

3.im Übrigen in zwei Jahren.

(2) Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache.

(3) Abweichend von Absatz 1 Nr. 2 und 3 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.

(4) Für das in § 437 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. Der Käufer kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten.

(5) Auf das in § 437 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Absatz 4 Satz 2 entsprechende Anwendung.

【第 438 条 瑕疵修補請求権の時効】

(1)437 条に述べられた請求権は、1.(a)それに基づいて売買目的物の返還が請求されうる第三者の物権、または(b)土地登記簿に登録されたその他の権利にあるときは、30 年、2.(a)土地工作物、(b)その通常の方法に従って土地工作物のために用いられ、その瑕疵を惹起した物に関する場合は、5 年、3.それ以外の場合は 2 年で時効にかかる。

(2)時効は、不動産の場合は引渡、その他の場合は物の引取りとともに開始する。

(3)第 1 項 2 及び 3 号及び第 2 項とは異なり、売主が瑕疵を悪意で黙秘したときは、請求権は通常の消滅時効に服する。しかし、第 1 項 2 号の場合は、時効は、そこに定められた

期間の徒過の前は効力を生じない。

(4)437 条に述べられた解除権については、218 条が適用される。買主は、218 条 1 項による解除の無効にもかかわらず、彼が解除に基づいてその権利を有するであろう限り、売買代金の支払を拒絶しうる。彼がこの権利を行使したときは、売主は、契約を解除しうる。

(5)437 条に述べられた減額請求権には、218 条及び 4 項 2 文が準用される。

§ 439 Nacherfüllung

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(4) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

【第 439 条 追完履行】

(1)買主は、追完履行としてその選択に従い、瑕疵の除去または瑕疵のない物の引渡しを請求しうる。

(2)売主は、追完履行のために必要な費用、なかんずく、運送、秤量、労務及び材料の費用を負担しなければならない。

(3)売主は、買主によって選択された追完履行の種類を、275 条 2 及び 3 項にもかかわらず、それが不相当な費用を用いてのみ可能な場合にも、拒絶しうる。それに際して、なか

んづく、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の意味、及び買主にとって著しい不利益なしに、追完履行の他の種類がなされうるか否かという問題が、考慮されるべきである。買主の請求権は、この場合その他の追完履行の種類に制限される。これもまた1文の要件のもとに拒絶しうる売主の権利は、影響を受けない。

(4)売主が、追完履行のために瑕疵のない物を給付するときは、彼は、買主から 346 条—348 条の標準に従って瑕疵ある物の返還を請求しうる。

§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen des § 281 Abs. 2 und des § 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

【第 440 条 解除及び損害賠償のための特別規定】

281 条 2 項及び 323 条 2 項の場合以外に、売主が、追完履行の二つの種類を 439 条 3 項に従って拒絶し、または買主に帰属する追完履行の種類が不奏効に終わり、または彼にとって期待しえない場合にも、期間の指定は必要とはされない。追完履行は、なかんづく、物または瑕疵の種類、またはその他の事情に基づいて異なったことが生じない場合には、無駄に終わった第二の試みの後は、不奏効に終わったものとみなされる。

§ 441 Minderung

(1) Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern. Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 findet keine Anwendung.

(2) Sind auf der Seite des Käufers oder auf der Seite des Verkäufers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.

(3) Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu

ermitteln.

(4) Hat der Käufer mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Verkäufer zu erstatten. § 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

【第 441 条 減額】

- (1) 買主は、解除に代えて、売主に対する表示により売買代価を減額しうる。323 条 5 項 2 文の排除事由は適用されない。
- (2) 買主または売主が複数当事者であるときは、減額は、総ての者からまたは総ての者に対して表示されうる。
- (3) 減額に際して、売買代価は、契約締結時に瑕疵のない状態における物の価値が実際の価値との間で有したであろう割合に従って減額される。
- (4) 買主が、減額された売買代価以上の額を支払ったときは、差額が売主から返還されるべきである。346 条 1 項及び 347 条 1 項が準用される。

§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

- (1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.
- (2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

【第 631 条 請負契約における契約類型的義務】

- (1) 請負契約により、請負人は、約束された仕事の完成の義務を負い、注文者は、約定された報酬支払の義務を負う。
- (2) 請負契約の対象は、物の製作若しくは変更又は労働若しくは役務によりもたらされるその他の仕事とすることができる。

§ 632 Vergütung

- (1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.
- (2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart

anzusehen.

(3) Ein Kostenanschlag ist im Zweifel nicht zu vergüten.

【第 632 条 報酬】

- (1) 仕事の製作が事情に従って報酬と引き換えにのみ期待されうる場合は、報酬が黙示で合意されたものとみなされる。
- (2) 報酬の額が定められていない場合は、規定料金があるときは、規定料金に適った報酬が、規定料金のない場合は、通常の報酬が合意されたものとみなされる。

§ 633 Sach- und Rechtsmangel

(1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst

2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.

(3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.

【第 633 条 物及び権利の瑕疵】

(1) 請負人は、注文者に物の瑕疵及び権利の瑕疵のない仕事を取得させなければならない。

(2) 仕事が合意した性状を有するときは、その仕事に物の瑕疵がないものとする。性状につき合意のない限り、次の各号のいずれかに該当するときは、その仕事に物の瑕疵がないものとする。

1. 仕事が契約において前提とした使用に適する場合

2. 仕事が通常の使用に適し、かつ、同種の仕事において普通とされ、注文者がその仕事の種類から期待できる性状を有する場合

請負人が注文とは異なる仕事を製作し、又は製作された仕事が過少であるときは、物の瑕

疵と同様とする。

(3)第三者が仕事に関し注文者に権利を行使することができないとき、又は契約において引き受けた権利のみを行使することができるときは、その仕事に権利の瑕疵がないものとする。

§ 634 Rechte des Bestellers bei Mängeln

Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

- 1.nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
- 2.nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,
- 3.nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und
- 4.nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

【第 634 条 瑕疵がある場合における注文者の権利】

仕事に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、注文者は、次の各号に掲げる権利を有する。

- 1 第 635 条による追完請求権
- 2 第 637 条による瑕疵除去権及び必要費償還請求権
- 3 第 636 条、第 323 条及び第 326 条第 5 項による解除権又は第 638 条による報酬減額権
- 4 第 636 条、第 280 条、第 281 条、第 283 条及び第 311a 条による損害賠償請求権又は第 284 条に基づく無駄になった費用の賠償請求権

§ 634a Verjährung der Mängelansprüche

(1) Die in § 634 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Ansprüche verjähren

1.vorbehaltlich der Nummer 2 in zwei Jahren bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht,

2.in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, und

3.im Übrigen in der regelmäßigen Verjährungsfrist.

(2) Die Verjährung beginnt in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 mit der Abnahme.

(3) Abweichend von Absatz 1 Nr. 1 und 2 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.

(4) Für das in § 634 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. Der Besteller kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung der Vergütung insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Unternehmer vom Vertrag zurücktreten.

(5) Auf das in § 634 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Absatz 4 Satz 2 entsprechende Anwendung.

【第 634a 条 瑕疵に基づく請求権の消滅時効】

(1)前条第 1 号、第 2 号及び第 4 号に掲げる請求権は、次の各号に掲げる消滅時効にかか
る。

1 第 2 号の適用を妨げることなく、物の製作、整備若しくは変更の仕事又はこれを計画
し、若しくは監督する仕事については 2 年

2 土地工作物及びこれを計画し、又は監督する仕事については 5 年

3 その他の仕事については通常消滅時効期間

(2)消滅時効は、前項第 1 号及び第 2 号に掲げる場合には、引取りの時から進行する。

(3)請負人が瑕疵を知りながら告げなかったときは、第 1 項第 1 号及び第 2 号並びに前項
にかかわらず、請求権は、通常消滅時効期間により消滅時効にかかる。第 1 項第 2 号の
場合には、その号が定める期間が満了する前には、消滅時効は、完成しない。

(4)前条に定める解除権については、第 218 条を適用する。注文者は、第 218 条第 1 項に
より解除が無効であるときであっても、解除を根拠づける理由が存在する限り、報酬の支
払いを拒絶することができる。注文者がこの権利を行使するときは、請負人は、契約を解
除することができる。

(5)前条に定める減額権については、第 218 条を適用し、前項第 2 文を準用する。

§ 635 Nacherfüllung

(1) Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen.

(2) Der Unternehmer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

(4) Stellt der Unternehmer ein neues Werk her, so kann er vom Besteller Rückgewähr des mangelhaften Werkes nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

【第 635 条 追完】

(1)注文者が追完を請求するときは、請負人は、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は新たな仕事を製作することができる。

(2)請負人は、追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。

(3)請負人は、追完に過分の費用を要するときは、第 275 条第 2 項及び第 3 項の適用を妨げることなく、これを拒絶することができる。

(4)請負人が新たな仕事を製作するときは、請負人は、第 346 条から第 348 条までに従い、瑕疵のある仕事の返還を注文者に請求することができる。

§ 636 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen der §§ 281 Abs. 2 und 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist.

【第 636 条 解除及び損害賠償に関する特則】

第 281 条第 2 項及び第 323 条第 2 項のほかに、請負人が前条第 3 項により追完を拒絶するとき、追完が達成されなかったとき、又は注文者に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。

§ 637 Selbstvornahme

(1) Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert.

(2) § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. Der Bestimmung einer Frist bedarf es auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist.

(3) Der Besteller kann von dem Unternehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen.

【第 637 条 注文者による瑕疵の除去】

(1) 注文者は、請負人の追完拒絶が適法でないときは、仕事の瑕疵を理由として、追完のために定めた相当の期間が経過した後に、その瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求することができる。

(2) 第 323 条第 2 項は、[この場合に]準用する。追完が達成されなかったとき、又は注文者に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。

(3) 注文者は、請負人に、瑕疵の除去のために必要な費用の前払いを請求することができる。

§ 638 Minderung

(1) Statt zurückzutreten, kann der Besteller die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern. Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 findet keine Anwendung.

(2) Sind auf der Seite des Bestellers oder auf der Seite des Unternehmers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.

(3) Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

(4) Hat der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom

Unternehmer zu erstatten. § 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

【第 638 条 報酬減額】

- (1) 注文者は、解除に代えて、請負人に対する意思表示によって報酬を減額することができる。第 323 条第 5 項第 2 文の排除原因は、[この場合に]適用しない。
- (2) 注文者又は請負人が数人いるときは、報酬減額の意思表示は、その全員から又はその全員に対してのみすることができる。
- (3) 減額の場合には、報酬は、契約締結時における瑕疵がない状態の仕事の価値と実際の価値を比較して引き下げられる。減額は、必要なときに限って、査定によって算定される。
- (4) 注文者が減額された報酬より多く支払っていたときは、請負人は超過額を返還しなければならない。第 346 条第 1 項及び第 347 条第 1 項は、[この場合に]準用する。

§ 639 Haftungsausschluss

Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Unternehmer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Werkes übernommen hat.

【第 639 条 責任の排除】

瑕疵を理由とする注文者の権利を排除し又は制限する約定は、請負人が悪意で瑕疵を告げなかったとき又は成果の性状について保証を引き受けたときは、請負人はこれを主張することができない。

§ 640 Abnahme

- (1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.
- (2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den

Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

【第 640 条 引取】

(1)注文者は、仕事の性質上引取りを必要としないものでない限り、契約に従って製作された仕事を引き取る義務を負う。本質的でない瑕疵のため引取を拒絶することはできない。注文者が、引取の義務を負うにもかかわらず、請負人が注文者に対して定めた適切な期間内に目的物を引き取らないときは、引取が行われたものと同等とする。

(2)注文者が、前項第 1 文の規定により、瑕疵のある仕事の目的物を引き取った場合において、注文者が瑕疵の存在を知っていたときでも、注文者が引取の際に瑕疵による自己の権利を留保したときに限り、第 634 条第 1 号から第 3 号までに規定する権利が注文者に帰属する。

資料・判例分析表

*表中記号について…法律構成○:認容、△:判断せず、×:否定

(主):主位的請求、(予):予備的請求

なお、判決出典中「一集」は欠陥住宅判例集を指す。

No.	判決	契約形態	請求の相手方と法律構成		
			①施工業者	②建築士	③その他
[1]	長崎地判平 1.3.1 1集 250頁	請負	瑕疵○ 不履行× 不法×		
[2]	神戸地裁姫路支判 平 7.1.30 判時 1531号 92頁	請負	不法(715条)○		
[3]	熊本地判平 10.1.29 1集 228頁	請負	瑕疵○ 不法△		
[4]	熊本地判平 10.3.25 1集 204頁	請負	瑕疵○ 不法△		
[5]	神戸地判平 10.6.11 1集 318頁	請負	瑕疵×(除斥期間徒過) 不履行× 不法○		
[6]	京都地判平 10.6.16 1集 192頁	請負	瑕疵△ 不履行△ 不法○		
[7]	大阪高判平 10.12.1 1集 412頁	請負	瑕疵○		
[8]	福岡地裁小倉支判 平 11.3.30 1集 288頁	請負	(主)不法○ 使用者責任○ (予)不履行		
[9]	神戸地裁尼崎支判 平 11.7.7 1集 394頁	請負	瑕疵○		
[10]	大阪高判平 11.9.30 1集 192頁	請負	瑕疵△ 不履行△ 不法○		
[11]	福岡地判平 11.10.20 判時 1709号 77頁 1集 174頁	請負	(主)不法○ (予)瑕疵△		

[12]	福岡高判平 11.10.28 判タ 1079 号 235 頁	請負	瑕疵○ 不法×		
[13]	東京地判平 11.12.24 1 集 296 頁	請負	(主)不履行× (予)不完全履行× 瑕疵○ 不法○		
[14]	京都地判平 12.2.3 2 集 332 頁	請負	瑕疵△ 不法○		①の担当取締役： 不法○ ①の代表取締役： 不法○ 取締役責任○
[15]	京都地判平 12.11.22 2 集 314 頁	請負	瑕疵○ 不法△		①の代表取締役： 取締役責任○
[16]	和歌山地判 平 12.12.18 2 集 484 頁	請負	(主)建物収去土地明 渡× ①公序良俗違反無効 ②瑕疵・不履行解除 (予)損害賠償 瑕疵○ 不履行○ 不法△		
[17]	長崎地裁大村支判 平 12.12.22 2 集 294 頁	請負	瑕疵○ 不法△	(①の従業員) 不法○	①の代表者： 不法○
[18]	大阪地判平 13.2.15 2 集 364 頁	請負	瑕疵○ 不履行△ 不法△	不法×	①の代表取締役： 取締役責任○ ②の下請業者：不法×
[19]	岡山地裁倉敷支判 平 13.5.2 2 集 282 頁	請負	瑕疵○ 不法○	不法○	①の代表取締役： 民法 44 II ○ ②が代表取締役の法 人：民法 44 I ○
[20]	京都地判平 13.10.30 2 集 342 頁	請負	瑕疵○ 不履行○ 不当利得×		
[21]	神戸地判平 13.11.30 2 集 466 頁	請負	瑕疵○ 不履行△ 不法○	(主)不履行× (予)不法×	

[22]	横浜地裁川崎支判 平 13.12.20 2 集 426 頁	請負	瑕疵○ 不履行△ 不法○	不履行○ 不法○	
[23]	名古屋地裁岡崎支判平 14.2.26 3 集 398 頁	請負	不履行○ 不法○		
[24]	神戸地裁洲本支判 平 14.4.26 3 集 410 頁	請負	不履行（解除）× 瑕疵○ 不法△	不法○	
[25]	盛岡地裁一関支判 平 14.5.10 3 集 206 頁	請負	瑕疵○ 不法○		
[26]	大阪地判平 14.6.27 3 集 226 頁	請負	瑕疵△ 不履行△ 不法○		宅地造成業者： 不法○
[27]	京都地判平 14.7.15 3 集 252 頁	請負	瑕疵○		
[28]	仙台地裁古川支判 平 14.8.14 3 集 262 頁	請負	瑕疵△ 不法○	瑕疵△ 不法○	
[29]	最判平 14.9.24 判時 1801 号 77 頁	請負	瑕疵○ 不法△		
[30]	神戸地判平 14.11.29 3 集 296 頁		瑕疵○ 不履行○ 不法○		
[31]	長野地裁松本支判 平 15.9.29 3 集 326 頁	請負	瑕疵○		①の代表者： 監理解怠による不履行○
[32]	最判平 15.10.10 裁判集民 211 号 13 頁、判時 1840 号 18 頁	請負	瑕疵○		
[33]	仙台地判平 15.12.19 3 集 368 頁	請負	不履行× 不法○		①の代表者： 不法○
[34]	京都地判平 16.2.16 3 集 446 頁	請負	瑕疵○		①の代表者： 取締役責任×

[35]	京都地判平 16.3.31 4集 140 頁	請負	(主) 建売契約として × 不法 詐欺取消 瑕疵 (予) 土地建物個別契 約として 瑕疵○		①の代表者： 請負人と同じ 土地売主： (主) 同 (予) 売買瑕疵
[36]	東京地判平 16.5.27 4集 378 頁	請負	(主) 不履行(解除)○ (予) 瑕疵×		①の代表取締役： 不履行○ 取締役責任× ①の取締役： 取締役責任× 現場監督：不法×
[37]	京都地判平 17.2.24 4集 456 頁	請負	不法○		
[38]	京都地判平 17.3.29 4集 168 頁	請負	瑕疵○ 不法×	不履行○ 不法×	①の代表取締役： 不法× 取締役責任×
[39]	静岡地裁沼津支判 平 17.4.27 4集 258 頁	請負	瑕疵○ 不法△		
[40]	広島高判平 17.10.27 4集 416 頁	請負	瑕疵○ 不履行× 不法×		
[41]	名古屋地判 平 17.10.28 4集 286 頁	請負	瑕疵○ 不法△	(設計会社代表、名義 貸し) 不法○	①の取締役：不法× 設計会社：民 44 旧商 78 ○
[42]	大阪地判平 18.2.23 4集 206 頁	請負	瑕疵○ 不履行△ 不法○		
[43]	京都地裁園部支判 平 18.3.28 4集 354 頁	請負	瑕疵○ 不履行△ 不法△	不履行○ 不法△	
[44]	神戸地裁洲本支判 平 18.3.31 4集 314 頁	請負	瑕疵○ 不法×		代表取締役： 不法○

[45]	長野地裁諏訪支判 平 18.5.11 4 集 526 頁	請負	瑕疵○ 不法△		
[46]	大阪地裁堺支判 平 18.6.28 5 集 68 頁	請負	瑕疵○ 不法○	不法○	
[47]	仙台地判平 18.8.9 4 集 234 頁	請負	瑕疵○	不法○	基礎工事下請業者： 不法○
[48]	名古屋地裁豊橋支判平 18 年 9 月 22 日 5 集 106 頁	請負	瑕疵？ 不法？(明示なし)		
[49]	名古屋高判平 19.6.20 5 集 106 頁	請負	同上		
[50]	岐阜地判平 19.6.22 5 集 318 頁	請負	瑕疵△ 不法○	不法×	下請業者：不法○ 代表取締役：不法○ 部材供給業者：不法×
[51]	名古屋高判平 20.4.21 5 集 318 頁	請負		不法×	部材供給業者： 不法○
[52]	和歌山地判平 20.6.11 5 集 170 頁	請負	瑕疵○ 不法○	不法○	①の代表取締役： 不法○ 取締役責任○
[53]	京都地判平 20.12.19 6 集 84 頁	請負	瑕疵○ 不法○		①の代表者：不法○ 取締役責任○ 従業員：不法×
[54]	大阪高判平 21.2.10 5 集 200 頁	請負		(名義貸し) 不法○	
[55]	山口地裁下関支判 平 22.2.15 6 集 482 頁	請負	瑕疵○ 不履行△ 不法△		
[56]	名古屋地判 平 22.5.18 6 集 302 頁	請負	瑕疵○ 不法○	不法○	①の代表者： 不法○
[57]	福岡地判平 22.5.19 6 集 150 頁	請負	瑕疵○		
[58]	佐賀地判平 22.9.24 6 集 176 頁	請負	不法(主)○ 瑕疵(予)△傍論	不法(主)○ 不履行(予)×	①の代表取締役： 取締役責任○

[59]	仙台地判平 23.1.13 判時 2112 号 75 頁 6 集 382 頁	請負	瑕疵○ 不法○	(名義貸し) 不履行× 不法×	②の使用者： 使用者責任○
[60]	大阪地判平 23.3.15 6 集 544 頁	請負	瑕疵○ 不法△	不法×	
[61]	福岡高判平 23.4.15 6 集 332 頁	請負	瑕疵△ 不法○		①の代表者：不法○ 設計事務所代表者： 不法(和解成立)
[62]	名古屋高判 平 23.8.12 6 集 226 頁	請負	瑕疵○ 不履行× 不法○	不履行○ 不法○	
[63]	仙台高判平 23.9.16 6 集 264 頁	請負	不法○		
[64]	札幌高判平 24.2.23 6 集 198 頁	請負	不法○		

参考文献

日本語文献

(書籍)

- 荒井八太郎『建設請負契約論』(勁草書房、1967年)
- 新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法—ゲルハルド・リース教授退官記念論文集』(日本評論社、2009年)
- 幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』(有斐閣、1989年)
- 池田真朗=平野裕之ほか編『民法(債権法)改正の論理』(新青出版、2010年)
- 石崎泰雄『契約不履行の基本構造 民法典の制定とその改正への道』(成文堂、2009年)
- 石田穰『民法V 契約法』(青林書院、1982年)
- 磯村哲編集代表『民法学の基礎的課題 中』(有斐閣、1974年)
- 岩崎脩『建築工事請負契約の研究』(清文堂、1993年)
- インゴ・ゼンガー(古積健三郎/山内惟介編訳)『ゼンガー教授講演集 ドイツ・ヨーロッパ
民事法の今日的諸問題』(中央大学出版部、2007年)
- 右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995年)
- 内田貴『民法II 第2版 債権各論』(東京大学出版、2007年)
- 内山尚三『[新版]建設業法の要点』(清文社、1989年)
- 内山尚三・山口康夫『請負(叢書民法総合判例研究)』(一粒社、1999年)
- 内山尚三『現代建設請負契約法(再増補)』(一粒社、1999年)
- 梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編 訂正増補』(有斐閣、1984年)
- 遠藤浩・小川英明編『注解不動産法2 建築・請負』(青林書院、1988年)
- 遠藤浩編『基本法コンメンタール債権各論I [第4版]』(日本評論社、1995年)
- 大塚直=大村敦志=野澤正充編『社会の発展と権利の創造—民法・環境法学の最前線』(有斐閣、2012年)
- 近江幸治『民法講義V 契約法[第3版]』(成文堂、2006年)
- 大村敦志『基本民法II 債権各論[第2版]』(有斐閣、2005年)
- 大村敦志『新基本民法5 契約編』(有斐閣、2016年)
- 岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、2002年)

奥田昌道編『新版注釈民法(10) I 債権の目的・効力(1)[復刻版]』(有斐閣、2003年)
於保不二雄『債権総論[新版]』(有斐閣、1972年)
甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司『注釈 国際統一売買法 I -ウィーン売買条約-』(法律文化社、2000年)
加賀山茂『民法改正案の評価 債権関係法案の問題点と解決策』(信山社、2015年)
笠井修『保証責任と契約法理論』(弘文堂、1999年)
笠井修『債権各論 I』(弘文堂、2008年)
笠井修『建設請負契約のリスクと帰責』(日本評論社、2009年)
加藤雅信『現代民法学の展開』(有斐閣、1993年)
加藤雅信『新民法体系IV』(有斐閣、2007年)
加藤雅信・加藤新太郎編『現代民法学と実務(下)-気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く-』(判例タイムズ社、2008年)
加藤雅信『民法(債権法)改正-民法典はどこにいくのか』(日本評論社、2011年)
加藤雅信『迫りつつある債権法改正』(信山社、2015年)
鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編『消費者法と民法』(法律文化社、2013年)
川島武宜・渡辺洋三『土建請負契約論』(日本評論社、1950年)
川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和編『ヨーロッパ私法の動向と課題』(日本評論社、2003年)
川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和編『ヨーロッパ私法の展開と課題』(日本評論社、2008年)
川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』(日本評論社、2011年)
川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和編『ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化』(日本評論社、2016年)
北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、1963年)
北川善太郎『債権各論(民法講要IV)[第3版]』(有斐閣、2003年)
栗田哲男『現代民法研究(1)請負契約』(信山社、1997年)
栗田哲男『現代民法研究(2)不動産法・消費者法』(信山社、1998年)
来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974年)

契約法大系刊行委員会編『契約法大系IV』(有斐閣、1963年)

欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例集』第1集—第7集(民法研究会、2000年-2016年)

高翔龍ほか編『星野英一先生追悼 日本民法学の新たな時代』(有斐閣、2015年)

後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』(判例タイムズ社、1994年)

沢田和也『欠陥住宅紛争の上手な対処法 法律実務家・建築関係者のための 紛争の本質からみた法的対応策』(民法研究会、1996年)

潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣、1991年)

潮見佳男『契約責任の体系』(有斐閣、2002年)

潮見佳男『契約各論I』(信山社、2002年)

潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、2004年)

潮見佳男『基本講義 債権各論I [第2版]』(新世社、2009年)

潮見佳男『債務不履行の救済法理』(信山社、2010年)

潮見佳男『民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の概要』(きんざい、2014年)

下森定『債権法論点ノート』(日本評論社、1991年)

下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』(法政大学出版局、1996年)

下森定編集代表『現代民法学の構想 内山尚三先生追悼』(信山社、2004年)

下森定『下森定著作集II 履行障害法再構築の研究』(信山社、2015年)

下森定ほか編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社、1988年)

四宮和夫『請求権競合論』(一粒社、1978年)

商事法務編『民法(債権関係)改正法案新旧対照条文』(商事法務、2015年)

末弘厳太郎『債権各論』(有斐閣、1918年)

菅生浩三『建設工事判例提要上巻』(清文社、1983年)

鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座10』(日本評論社、1970年)

鈴木祿弥『債権法講義 四訂版』(創文社、2001年)

高木多喜男・久保宏之『不完全履行と瑕疵担保』(一粒社、1980年)

滝井繁男『建設業法律実務選書・2 建設請負契約判例解説』(清文社、1982年)

田淵石雄『建設工事請負契約の理論と実務』(みなと出版、1964年)

椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、1988年)

椿寿夫ほか編『民法改正を考える』（日本評論社、2008年）

ディーター・メディクス(河内宏＝河野俊行監訳)『ドイツ民法(上)』（信山社、1997年）

中川善之助・兼子一監修『建築・鑑定・管理[改訂版]不動産法大系第5巻』（青林書院、1975年）

長坂純『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年）

中野哲弘＝安藤一郎編『新・裁判実務大系 27 住宅紛争訴訟法』（青林書院、2005年）

中村絹次郎『建設工事判例集成 請負契約篇』（清文社、1972年）

中村絹次郎『建設工事判例集成 不法行為篇』（清文社、1973年）

日経アーキテクチュア 2015年4月25日号(日経BP社、2015年)

能見善久・加藤新太郎編『論点体系 判例民法6 契約II』（第一法規、2009年）

野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009年）

ハイン・ケッツ、ゲルハルト・ヴァーグナー(吉村良一、中田邦博監訳)『ドイツ不法行為法』（法律文化社、2011年）

鳩山秀夫『増補 日本債権法各論(下巻)』（岩波書店、1924年）

鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、1955年）

花立文子『建築家の法的責任』（法律文化社、1998年）

原田剛『請負における瑕疵担保責任 補訂版』（成文堂、2009年）

半田吉信『担保責任の再構成』（三嶺書房、1986年）

半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2002年）

半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社、2009年）

日向野弘毅『建築家の責任と建築訴訟』（成文堂、1993年）

平田厚『建築請負契約の法理』（成文堂、2013年）

藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社、1994年）

法典調査会編『法典調査会民法議事速記録第参拾四巻』（日本學術振興會版）

星野英一『民法論集第3巻』（有斐閣、1972年）

星野英一『民法概論IV』（良書普及会、1976年）

星野英一編集代表『民法講座4 債権総論』（有斐閣、1985年）

星野英一編集代表『民法講座5 契約』（有斐閣、1985年）

星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向 下 民法一般』(有斐閣、1992年)
松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』(有斐閣、2013年)
水本浩・平井一雄編『日本民法学史・各論』(信山社、1997年)
三宅正男『契約法(各論)下巻』(青林書院、1988年)
森泉章編『続現代民法学の基本問題』(第一法規、1993年)
森島昭夫編『判例と学説3 民法2』(日本評論社、1977年)
森田修『契約責任の法学的構造』(有斐閣、2006年)
森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣、2002年)
森田宏樹『債権法改正を深める』(有斐閣、2013年)
山口康夫『判例にみる請負契約の法律実務』(新日本法規、2006年)
山本敬三『民法講義IV-1』(有斐閣、2005年)
柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(有斐閣、1963年)
柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)』(有斐閣、1993年)
ユルゲン・バセドウ編(半田吉信、滝沢昌彦、松尾弘、石崎泰雄、益井公司、福田清明訳)
『ヨーロッパ統一契約法への道』(法律文化社、2004年)
横浜弁護士会編『建築請負・建築瑕疵の法律実務—建築紛争解決の手引』(ぎょうせい、2004年)
我妻栄『債権各論 中巻二(民法講義V3)』(岩波書店、1962年)
我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、1964年)

(論文・判例評論)

青野博之「判批」法時61巻9号106頁(1988年)

青野博之「売買目的物の瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去—ドイツ民法における追完請求」駒澤法曹1号27頁(2005年)

青野博之「買主の不当な瑕疵修補請求に対する売主の損害賠償請求」駒澤法曹5号39頁(2009年)

青野博之「注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求」小林一俊・岡孝・高須順一編『債権法の近未来像 下森定先生傘寿記念論文集』(酒井書店、2010年)423頁

青野博之「買主の追完請求権についての立法論—請負及びドイツ売買法を参考にして」法

- 時 82 卷 4 号 104 頁(2010 年)
- 青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求—ドイツ請負法及び売買法—」駒澤法曹 12 号 77 頁(2016 年)
- 秋山靖浩「判批」法学セミナー637 号 42 頁(2008 年)
- 芦野訓和「ドイツ新債務法における請負法の改正 —我が国への示唆を含めて—」駿河台法学第 17 卷 1 号 3 頁(2003 年)
- 芦野訓和「請負契約—役務提供契約の一類型としての請負契約—」円谷峻編『社会の変容と民法典』(成文堂、2010 年)409 頁
- 芦野訓和「請負契約の過去、現在、そして未来」東洋法学 54 卷 3 号 157 頁(2011 年)
- 新井弘明「判批」白鷗法学 19 卷 1 号 89 頁(2012 年)
- 池田恒男「判批」判タ 794 号 35 頁(1992 年)
- 石外克喜「判批」判評 404 号 169 頁(1992 年)
- 石崎泰雄「瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論—ウィーン国連売買契約・ドイツ債務法改正最終草案における理論構成—」早稲田法学 70 卷 3 号 273 頁(1995 年)
- 石崎泰雄「ドイツ新民法における瑕疵担保責任の統合理論」駿河台法学 17 卷 1 号 47 頁(2003 年)
- 石橋秀起「建築士および建築施工者の不法行為責任—判例の到達点と新たな法益の生成—」立命館法学 324 号 38 頁(2009 年)
- 和泉久「請負契約と瑕疵担保責任をめぐる実務上の諸問題」NBL190 号 6 頁(1979 年)
- 伊藤進「非典型契約の総合的検討(16・完)非典型契約論について—中間のまとめに代えて—」NBL949 号 92 頁(2011 年)
- 稲田龍樹「建築請負契約における瑕疵担保責任」遠藤浩・小川英明編『注解不動産法 2 建築・請負』(青林書院、1988 年)1037 頁
- 今西康人「ドイツ新債権法における仕事の瑕疵に関する請負人の責任」関西大学法学論集第 52 卷 4・5 号 1093 頁(2003 年)
- 今西康人「買主の追完請求権に対する制限について(土倉莞爾教授還暦記念論文集)」関西大学法学論集 53 卷 4・5 号 1034 頁(2004 年)
- 内山尚三「判批」民商 85 卷 5 号 125 頁(1981 年)
- ウルリッヒ・アイゼンハルト(大場浩之・藤巻梓訳)「債務法改正後のドイツ売買法」比較

- 法学 37 卷 2 号 275 頁(2004 年)
- 笠井修「判批」NBL 963 号 42 頁(2011 年)
- 大西邦弘「判批」広島法学 32 卷 1 号 97 頁(2008 年)
- 岡孝「ドイツ債務法改正委員会草案について－買主の追完請求権をめぐって－」西村重雄・
児玉寛編『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 年)475 頁
- 岡孝「ドイツ債務法現代化法における請負契約法上の若干の問題」下森定編集代表『現代
民事法学の構想 内山尚三先生追悼』(信山社、2004 年)423 頁
- 岡孝「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」林信夫・佐藤岩夫編『法
の生成と民法の体系』(創文社、2006 年)707 頁
- 岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『野村豊弘先生還暦記念論文集 21 世紀判
例契約法の最前線』(判例タイムズ社、2006 年)521 頁
- 岡孝「近時の民法(債権法)改正事業の問題点」小林一俊・岡孝・高須順一編『債権法の近
未来像 下森定先生傘寿記念論文集』(酒井書店、2010 年)259 頁
- 岡孝「判批」判タ 698 号 22 頁(1989 年)
- 岡孝「判批」私法判例リマックス 28 号 54 頁(2004 年)
- 岡孝「ドイツ法(シンポジウム 債務不履行－売買の目的物に瑕疵がある場合における買主
の救済)」比較法研究 68 卷(2006 年)6 頁
- 岡本裕樹「複合契約取引論の現状と可能性」松浦好治=松川正毅=千葉恵美子編『加賀山茂
先生還暦 市民法の新たな挑戦』(信山社、2013 年)541 頁
- 沖野眞己「契約類型としての『役務提供契約』概念(上)(下)」NBL583 号 6 頁(1995 年)、
同 585 号 41 頁(1996 年)
- 荻野奈緒「建物の設計者、施工者及び工事監理社が当該建物の瑕疵により生命、身体また
は財産を侵害された者に対して不法行為責任を負う場合」同志社法学 60 卷 5 号 2187 頁
(2006 年)
- 荻野奈緒「「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義」同志社法学 61 卷 4 号
1337 頁(2009 年)
- 奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」磯村哲編集代表『民法学の基礎的課題 中』(有斐
閣、1974 年)210 頁

奥田昌道「民法学のあゆみ」法時 67 卷 11 号 70 頁(1995 年)

奥田昌道(聞き手:松岡久和)「インタビュー 債権関係規定の見直し:要綱仮案を読んで(特集 債権法改正を論ずる:要綱仮案の決定を受けて)」法時 86 卷 12 号 4 頁(2014 年)

小田倉正季「瑕疵担保責任における「瑕疵」概念についての基礎的考察—不動産売買の事例を中心に—(1)(2・完)」専修法研論集 42 号 45 頁、43 号 137 頁(2008 年)

カール・リーゼンフーバー(渡辺達徳訳)「債務不履行による損害賠償と過失原理」民法改正研究会(代表 加藤雅信)『民法改正と世界の民法典』(信山社、2009 年)241 頁

笠井修「請負人の瑕疵担保責任規定の特則性について(1)(2・完)」成城法学 54 号 15 頁(1997 年)、56 号 39 頁(1998 年)

笠井修「請負契約と危険領域の確定」私法 60 号 179 頁(1998 年)

笠井修「判批」NBL 764 号 68 頁(2003 年)

笠井修「判批」別冊ジュリスト 192 号〔不動産取引判例百選[第 3 判]〕156 頁(2008 年)

笠井修「判批」NBL 963 号 42 頁(2011 年)

大澤逸平「建物の基本的安全性の瑕疵に関する不法行為について—最判平成 19 年 7 月 6 日及び同平成 23 年 7 月 21 日を契機として—」専修ロージャーナル 7 号 110 頁(2012 年)

笠井修「建物建築請負契約における履行に基づく解除の範囲[東京地裁平成 26.12.24 判決]」判時 2283 号 157 頁(2016 年)

加藤新太郎「判批」判タ臨増 1154 号〔平成 15 年度主要民事判例解説〕66 頁(2004 年)

加藤雅信「売主の瑕疵担保責任—危険負担的代金減額請求権説提唱のために」森島昭夫編『判例と学説 3 民法 2』(日本評論社、1977 年)175 頁

鹿野菜穂子「判批」民商 131 卷 2 号 315 頁(2004 年)

鎌野邦樹「判批」NBL875 号 4 頁(2008 年)

川島武宜「契約不履行と不法行為との関係について」法協 52 卷 1 号 37 頁、2 号 28 頁、3 号 43 頁(1934 年)

北居功「『受領』概念の機能的考察—商法 526 条の機能分析を契機に」法学研究 69 卷 1 号 279 頁(1996 年)

北居功「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係(一)~(四・完)」法学研究 69 卷 5 号、同巻 6 号、同巻 8 号、同巻 9 号(1996 年)

北居功「民法 413 条と買主の引取遅滞制度との関係—買主の引取遅滞に関する二〇世紀の

- フランス法およびドイツ法の比較から－(一)(二・完)』法学研究 70 卷 7 号 31 頁、同卷 8 号 61 頁(1997 年)
- 北居功「笠井修著『保証責任と契約法理論』」法学研究 73 卷 6 号 139 頁(2000 年)
- 北居功「担保責任の将来展望－履行としての受領の意義 (特集 瑕疵担保責任と債務不履行責任)」法時 80 卷 8 号 24 頁(2008 年)
- 北居功「瑕疵概念の変容と商法 528 条の命運：ドイツ商法典 378 条の制定・解釈・削除の経緯から」法学研究 82 卷 1 号 525 頁(2009 年)
- 北村実「判批」別冊ジュリスト 112 号〔不動産取引判例百選[第 2 版]〕 216 頁(1991 年)
- 木村常信「請負・売買と瑕疵担保」産大法学 9 卷 1 号 1 頁(1975 年)
- 熊田裕之「民法 570 条の「瑕疵」概念に関する一考察」法学新法 105 卷 2・3 号 145 頁(1998 年)
- 栗田哲男「判批」ジュリスト 760 号 130 頁(1982 年)
- ゲッツ・フォン・ラオスハール(花立文子訳)「請負契約法にとっての債務法改正委員会による民法典草案の意義」法学志林第 91 卷 1 号 213 頁(1993 年)
- 古積健三郎「判批」法セ 580 号 112 頁(2003 年)
- 後藤勇「最近の裁判例からみた請負に関する諸問題」判タ 365 号 50 頁(1978 年)
- 後藤勇「請負建築建物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲－建て替え費用・慰藉料・弁護士費用について－」判タ 725 号 8 頁(1990 年)
- 小西飛鳥「ドイツ債務法改正がドイツの不動産取引に与えた影響－不動産の瑕疵を中心に－」平成法政研究 12 卷 2 号 55 頁(2008 年)
- 小林一俊「原始不能・瑕疵担保の不履行法化、行為基礎障害法と錯誤－ドイツ債務法改正最終報告書を契機として－」亜細亜法学 30 卷 1 号 53 頁(1995 年)
- 近藤昌昭「建物建築における設計者、施工者及び工事監理者の不法行為責任について」金融財政事情研究会『田原睦夫先生 古稀・最高裁判事退官記念論文集 現代民事法の実務と理論』(きんざい、2013 年)527 頁
- 塩崎勤「判批」判タ 1184 号〔平成 16 年度主要民事判例解説〕 50 頁(2005 年)
- 潮見佳男「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開(一)(二・完)－改正オランダ民法典・ドイツ債務法改正委員会草案・ヨーロッパ契約法原則－」阪大法学 47 卷 2 号 41 頁、同卷 3 号 29 頁(1997 年)

- 潮見佳男「瑕疵担保責任の法的性質(2)契約責任説の立場から(特集 瑕疵担保責任と債務不履行責任)」法時 80 卷 8 号 16 頁(2008 年)
- 潮見佳男「売買・請負の担保責任-契約不適合構成を介した債務不履行責任への統合・一元化」NBL1045 号 7 頁(2015 年)
- 潮見佳男「追完請求権に関する法制審議会民法(債権関係)部会審議の回顧」高翔龍ほか編『星野英一先生追悼 日本民法学の新たな時代』(有斐閣、2015 年)671 頁
- 潮見佳男「債権法改正と「債務不履行の帰責事由」」法曹時報 68 卷 3 号 633 頁(2016 年)
- 下森定「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」山島正男先生五十嵐清先生藪重夫先生古稀記念論文集刊行発起人編『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』(信山社、1997 年)187 頁
- 下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪大法学 145・146 号 477 頁(1988 年)
- 定塚孝司「建築工事に伴う訴訟」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 10』(日本評論社、1970 年)269 頁
- 新堂明子「判批」NBL890 号 53 頁(2008 年)
- 新堂明子「契約と過失不法行為責任の衝突—建物の瑕疵により経済的損失(補修費用額)が生じる例をめぐって」NBL936 号 17 頁(2010 年)
- 瀬川信久「「瑕疵」の判断基準について」高翔龍ほか編『星野英一先生追悼 日本民法学の新たな時代』(有斐閣、2015 年)645 頁
- 銭偉栄「建物の重大な瑕疵がある場合における注文者の権利—建替え費用等の賠償請求権の検討を中心として—」小林一俊博士古希記念論集編集委員会編『財産法諸問題の考察』(酒井書店、2004 年)391 頁
- 曾野裕夫「ウィーン売買条約(CISG)における物品の不適合に関する規律—瑕疵担保責任の不存在とその理由(特集 瑕疵担保責任と債務不履行責任)」法時 80 卷 8 号 53 頁(2008 年)
- 曾野裕夫「国際的動向(シンポジウム 債務不履行—売買の目的物に瑕疵がある場合における買主の救済)」比較法研究 68 卷 67 頁(2006 年)
- 大門宏一郎「判批」判タ別冊 29 号〔平成 21 年度主要民事判例解説〕118 頁(2010 年)
- 高橋弘「瑕疵担保—建築家の責任をも加味して」法時 42 卷 9 号 40 頁(1970 年)
- 高橋弘「判批」法時 43 卷 3 号 108 頁(1971 年)
- 高橋弘「西ドイツ法務省による債権法請負契約の改正提案規定—ハンス=レオ・バイヤー

- ス教授担当部分」広島法学 6 卷 1 号 97 頁(1982 年)
- 高橋弘「建物建築請負契約における「仕事の完成」および「瑕疵」の判断基準ほか」私法判例リマックス 6 号 54 頁(1993 年)
- 高橋寿一「判批」金商 1291 号 2 頁(2008 年)
- 高橋讓「判批」ジュリスト 1379 号 102 頁(2009 年)
- 高橋讓「判批」ジュリスト増刊〔最高裁時の判例(平成 18 年～平成 20 年) 6〕153 頁(2010 年)
- 田中宏治「ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補」阪大法学 55 卷 3=4 号 857 頁(2005 年)
- 田中宏治「ドイツ新債務法における追完請求権と買主の義務」阪大法学第 56 卷 2 号 106 頁(2006 年)
- 田中志津子「ドイツ民法売買契約法における瑕疵担保責任—物の瑕疵概念を中心に—」法学研究論集 18 号 39 頁(2003 年)
- 田中教雄「債務不履行における過失責任の原則について」法政研究 78 卷 1 号 168 頁(2011 年)
- 田中洋「売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定(1)(2)(3・完)」神戸法学雑誌 60 卷 1 号 1 頁、同卷 2 号 1 頁(2010 年)、同卷 3・4 号 1 頁(2011 年)
- 田中幹夫「EU 消費財売買指令とドイツにおける国内法化の概要」JETRO ユーロトレンド 52 卷 76 頁(2002 年)
- 田畑嘉洋「売主瑕疵担保責任における瑕疵概念と法的性質の関係—ドイツにおける瑕疵概念論の展開を中心として—」九大法学 103 号 184 頁(2011 年)
- 陳自強(夏静宜・陳韻希訳)「台湾民法における請負人の瑕疵責任とその発展」民商 150 卷 3 号 209 頁(2014 年)
- 辻伸行「契約責任と不法行為責任との関係について—ペ-タ-・シュレヒトリ-ムの鑑定意見を中心にして—(1)(2・完)」法学志林 85 卷 1 号 27 頁(1987 年)、同卷 4 号 127 頁(1988 年)
- 椿寿夫「建設請負約款の研究・序論」法時 42 卷 9 号 12 頁(1970 年)
- 椿寿夫「履行請求権(上)(中)(下の 1)(下の 2・完)」法律時報 69 卷 1 号 100 頁、同卷 2 号 37 頁、同卷 3 号 68 頁(1997 年)、70 卷 1 号 73 頁(1998 年)

円谷峻「請負における瑕疵とその修補に代わる損害賠償」加藤雅信ほか編『野村豊弘先生
還暦記念論文集 21世紀判例契約法の最前線』(判例タイムズ社、2006年)195頁

円谷峻「債務法の現代化と瑕疵責任」川井健先生傘寿記念論文集刊行委員会編『取引法の
変容と新たな展開』(日本評論社、2007年)55頁

円谷峻「判批」ジュリスト臨増1354号〔平成19年度重要判例解説〕89頁(2008年)

円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学17巻3号23頁(2009年)

円谷峻「瑕疵担保責任－担保責任と債務不履行責任の接合－」同編『社会の変容と民法典』
(成文堂、2010年)381頁

円谷峻「判批」別冊ジュリスト200号〔消費者法判例百選〕150頁(2010年)

津曲蔵之丞「請負人の担保責任(一)-(四・完)」法曹時報4巻3号33頁、同巻4号1頁、
同巻7号1頁、同巻9号9頁(1952年)

デートフ・レーネン(永田誠訳)「ドイツにおける債務法の現代化＝売買契約ならびに請負
契約の新規制および新消滅時効法」日本法学69巻1号239頁(2003年)

長坂純「ドイツ給付障害法における「義務違反」と「帰責事由」－損害賠償の成立要件に
関する一視座－」滝沢昌彦ほか編『民事責任の法理 円谷峻先生古稀祝賀論文集』(成文
堂、2015年)35頁

中村瑞穂「『台湾民法における請負人の瑕疵責任とその発展』をめぐるとの議論の概要」民商
150巻3号258頁(2014年)

中山実千代「建築請負における瑕疵概念について」同志社法学60巻7号457頁(2009年)

能見善久「履行障害」山本敬三ほか『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年)140頁

野澤正充「瑕疵担保責任の課題と展望(特集 瑕疵担保責任と債務不履行責任)」法時80巻
8号4頁(2008年)

野澤正充「瑕疵担保責任の法的性質(1)法定責任説の三つの考え方(特集 瑕疵担保責任と
債務不履行責任)」法時80巻8号10頁(2008年)

野澤正充「売買－瑕疵担保責任と債務不履行責任の一元化に対する評価(特集「債権法改
正の基本方針」を読む)」法時81巻10号50頁(2009年)

野澤正充「瑕疵担保責任と債務不履行責任－フランス法の視点から－」立教法務研究3号
55頁(2010年)

- 野澤正充「瑕疵担保責任と債務不履行責任」私法 72 号 155 頁(2010 年)
- 野澤正充「判批」ジュリスト臨増 1440 号〔平成 23 年度重要判例解説〕 84 頁 (2012 年)
- 野澤正充「売買-瑕疵担保責任から契約不適合責任へ(特集 民法(債権法)の新たな地平 (horizon))」法学セミナー61 卷 8 号 36 頁(2016 年)
- 野村豊弘「総論 (シンポジウム 債務不履行-売買の目的物に瑕疵がある場合における買主の救済)」比較法研究 68 卷 2 頁(2006 年)
- 橋本佳幸「判批」別冊ジュリスト 196 号〔民法判例百選Ⅱ債権第 6 版〕 160 頁(2009 年)
- 畑中久彌「判批」福岡大学法学論叢 53 卷 4 号 463 頁(2009 年)
- 花立文子「建築請負契約における瑕疵担保責任」森泉章『続現代民法学の基本問題』(第一法規、1993 年)273 頁
- 花立文子「近時の裁判例における建築関係者の瑕疵責任」流通経済大学法学部開校記念論文集編集委員会編『流通経済大学法学部開校記念論文集』(流通経済大学出版会、2002 年)233 頁
- 花立文子「判批」法教 272 号 106 頁(2003 年)
- 花立文子「批判」私法判例リマークス 30 号 42 頁(2005 年)
- 花立文子「判批」私法判例リマークス 37 号 48 頁 (2008 年)
- 花立文子「請負人の不法行為責任」國學院法学 46 卷 2 号 25 頁(2008 年)
- 花立文子「建築請負契約と民法改正」小林一俊・岡孝・高須順一編『債権法の近未来像 下 森定先生傘寿記念論文集』(酒井書店、2010 年)443 頁
- 原田剛「判批」法教 283 号 100 頁(2004 年)
- 原田剛「建物の瑕疵に関する最近の最高裁判決が提起する新たな課題:追完の場合の利用利益返還問題および瑕疵のある建物の「権利侵害」性」法と政治 59 卷 3 号 1 頁(2008 年)
- 原田剛「判批」別冊ジュリスト 192 号〔不動産取引判例百選 [第 3 版]〕 158 頁(2008 年)
- 原田剛「仕事完成前の注文者の解除-信頼関係破壊法理と任意解除権の流用-」法と政治 62 卷 1 号 1 275 頁(2011 年)
- 半田吉信「ローマ法における瑕疵担保責任-要件を中心に-」千葉大法経研究 13 号 49 頁 (1983 年)
- 半田吉信「契約責任と不法行為責任の交錯」前田達明編『民事法理論の諸問題 上巻』(成文堂、1993 年)381 頁

半田吉信「判批」判評 533 号 11 頁〔判時 1818 号 189 頁〕(2003 年)

日野修男「建売住宅・中古住宅の瑕疵」中野哲弘＝安藤一郎編『新・裁判実務大系 27 住宅紛争訴訟法』(青林書院、2005 年)173 頁

平野裕之「判批」別冊法学教室 294 号〔判例セレクト 2004〕19 頁(2005 年)

平野裕之「判批」民商 137 卷 4・5 号 72 頁(2008 年)

平野裕之「請負契約における債務の一部不履行と契約解除」慶應法学 25 号 121 頁(2013 年)

平野裕之「瑕疵担保責任における解除及び修補に代わる損害賠償請求」森征一・池田真朗編『私権の創設とその展開 内池慶四郎先生追悼論文集』(慶應義塾大学出版会、2013 年)453 頁

藤田寿夫「瑕疵担保責任の再構成－不特定物売買との関係を中心に」神戸学院法学 21 卷 4 号 57 頁(1992 年)

藤田寿夫「取引法研究会レポート 建物の瑕疵と建築業者等の責任」法時 81 卷 6 号 119 頁(2009 年)

藤田寿夫「建物の瑕疵についての請負人等の不法行為責任」岡山大学法学会編『法学と政治学の新たなる展開－岡山大学創立 60 周年記念論文集』(有斐閣、2010 年)109 頁

藤田寿夫「取引法研究会レポート 債務法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時 87 卷 8 号 93 頁(2015 年)

藤田寿夫「請負における瑕疵担保と債務不履行」香川法学 35 卷 4 号 1 頁(2016 年)

古谷貴之「ドイツ売買法における追完の範囲をめぐる問題」同志社法学 61 卷 7 号 2323 頁(2010 年)

古谷貴之「ドイツ売買法における売主の瑕疵担保責任に関する一考察-債務法改正から 10 年を経て-」産大法学 47 卷 2 号 1 頁(2013 年)

ペーター・シュレヒトリーム(宮本健蔵訳)「西ドイツ債権法の改正計画について」法学志林 80 卷 3・4 号 139 頁(1983 年)

松本恒雄「サービス契約」山本敬三ほか『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 年)202 頁

松本克美「判批」法時 75 卷 10 号 101 頁(2003 年)

松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行為責任－最高裁 2007(平 19)・7・6 判決の

意義と課題一」立命館法学 313 号 100 頁(2007 年)

松本克美「建築瑕疵に対する設計・施工者等の不法行為責任と損害論—最判 2007(平成 19)・7・6 判決の差戻審判決・福岡高判 2009(平成 21)・2・6 を契機に一」立命館法学 324 号 1 頁(2009 年)

松本克美「建物の安全性確保義務と不法行為—別府マンション事件・再上告審判決(最判 2011(平 23)・7・2 一)の意義と課題一」立命館法学 337 号 173 頁(2011 年)

松本克美「建物の安全と民事責任—判例動向と立法課題—」立命館法学 350 号 189 頁(2013 年)

松本克美「建築施工者等の建物の品質確保義務と不法行為責任」鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編『消費者法と民法』(法律文化社、2013)240 頁

マンフレッド・レービッシュ(出口雅久・本間学訳)「ドイツにおける新債務法」立命館法学 312 号 441 頁(2007 年)

宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築—ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見—」法学志林 80 卷 3・4 号 97 頁(1983 年)

武川幸嗣「複合契約関係における契約責任と『当事者』『第三者』」池田真朗=平野裕之ほか編『民法(債権法)改正の論理』(新青出版、2010 年)701 頁

森田修「履行請求権か remedy approach か—債権法改正作業の文脈化のために」ジュリスト 1329 号 83 頁(2007 年)

森田修「契約総則上の制度としての代金減額—債権法改正作業の文脈化のために」東京大学法科大学院ローレビュー 3 号 247 頁(2008 年)

森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法 51 号 129 頁(1989 年)

森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察(一)-(三)」法協 107 卷 2 号、同卷 6 号(1990 年)、108 卷 5 号(1991 年)

森田宏樹「債務不履行と瑕疵担保」法教 193 号 36 頁(1996 年)

矢野領「民法(債権法)改正が与える裁判実務への影響」法時 87 卷 1 号 80 頁(2015 年)

藪重夫「工事請負契約における瑕疵担保責任の法律的性質」判評 263 号 13 頁(1981 年)

山口成樹「判批」判時 2002 号 185 頁(2008 年)

山口幹雄「役務提供契約の法的規律に関する一考察」松浦好治=松川正毅=千葉恵美子編『加賀山茂先生還暦 市民法の新たな挑戦』(信山社、2013 年)461 頁

山口康夫「建設請負契約の成立に関する若干の問題について」下森定編集代表『現代民事法学の構想 内山尚三先生追悼』(信山社、2004年)387頁

山田到史子「判批」民商 130 卷 3 号 194 頁(2004年)

山田到史子「判批」別冊ジュリスト 200 号〔消費者法判例百選〕156頁(2010年)

山地修「請負人の瑕疵担保責任における『瑕疵』の概念について(最二小判平成 15.10.10)」判タ 1148 号 4 頁(2004年)

山野目章夫「不動産に関する製造物責任の成立可能性」大塚直＝大村敦志＝野澤正充編『社会の発展と権利の創造－民法・環境法学の最前線』(有斐閣、2012年)536頁

山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」『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年)4頁

山本敬三「契約の解釈と民法改正の課題」伊藤眞ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』(商事法務、2013年)701頁

山本敬三「契約責任法の改正－民法改正法案の概要とその趣旨」法曹時報 68 卷 5 号 7 頁(2016年)

山本敬三「補充的契約解釈--契約解釈と法の適用との関係に関する一考察-(1)-(5・完)-」法學論叢 119 卷 2 号 1 頁、同 4 号 1 頁、120 卷 1 号 1 頁、同 2 号 1 頁、同 3 号 1 頁(1986年)

山本重三・五十嵐健之・坂田隆史「建築請負契約における瑕疵担保責任」中川善之助・兼子一監修『建築・鑑定・管理[改訂版]不動産法大系第 5 卷』(青林書院、1975年)200頁

ユルゲン・プレルス(金岡京子訳・阿部満監)「ドイツ法における契約義務違反責任の基本特性」明治学院大学法律科学研究所年報 27 号 65 頁(2011年)

吉岡和弘「判批」別冊ジュリスト 200 号〔消費者法判例百選〕154頁(2010年)

米村滋人「判批」民商 146 卷 1 号 115 頁(2012年)

渡辺達徳「ドイツ債務法現代化における帰責事由－その内容及び機能について－」判タ 1116 号 22 頁(2003年)

渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任(特集 瑕疵担保責任と債務不履行責任)」法時 80 卷 8 号 30 頁(2008年)

渡辺達徳「帰責事由(ミニ・シンポジウム ドイツ債務法改革の 7 年)」比較法研究 71 号 154 頁(2010年)

渡邊拓「損害担保責任(Garantiehftung)の法的性質について－2002年ドイツ債権法改正後の法状況－」横浜国際経済法学 16巻1号 87頁(2007年)

ドイツ語文献

(書籍)

Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 2.Aufl.,Bd.2, 2008.

Dauner-Lieb/Heidel/Ring(Hrsg.), Anwaltkommentar DeutscherAnwaltVerein BGB, Bd. 2, 2005.

Erman, Handkomm., BGB, Bd. I , 9. Aufl., 1993.

Erman, Handkomm., BGB, Bd. I , 12. neu Aufl., 2008.

Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981.

Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I , 1981.

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, juris Praxiskommentar BGB,Bd.2, 8. Aufl.,2017.(Stand 01.12.2016)

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § § 631-651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung, 2000.

J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § § 631-651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung, 2008.

J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § § 631-651 (Werkvertragsrecht),Neubearbeitung, 2014.

Jauernig, Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1999.

Jauernig, Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Aufl., 2014.

Junker/Beckmann/Rüßmann, juris Praxiskommentar BGB,Bd.2, 7. Aufl.,2014.

Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., 2016.

Ganten/Jansen/Voit(Hrsg.), Beck'scher VOB-Kommentar Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 3. Aufl., 2013.

Kohte/ Micklitz/ Rott/ Tonner/ Willingmann, Das neue Schuldrecht, 2002.

Looschelders, Schuldrecht Schuldrecht Besonderer Teil, 11., neu bearbeitete Aufl., 2016.

Maximilian Jordan, Der zeitliche Anwendungsbereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und der besonderen Gewährleistungsrechte beim Kauf-, Werk- und Mietvertrag, 2015.

Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., 2014.

Münchener Kommentar zum BGB, Bd.4., 4. Aufl., 2005.

Münchener Kommentar zum BGB, Bd.4., 6. Aufl., 2012.

Palandt, Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006.

Palandt, Bürgerlichen Gesetzbuch, 74. Aufl., 2015.

Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 4. neu Aufl., 2009.

Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger, Bürgerlichen Gesetzbuch Handkommentar, 8. Aufl., 2014.

Pfeiffer/Hess/Huber, Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts, 2008.

(論文・判例評釈)

Achim Mundt, Baumängel und der Mängelbegriff des BGB-Werkvertragsrechts nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZBau 2003, S.73

Alen Folnovic, Sind werkvertragliche Mängelansprüche in der Herstellungsphase des Werks ausgeschlossen?, BauR 2008, S.1360.

Andreas Ott, Die Auswirkung der Schuldrechtsreform auf Bauträgerverträge und andere aktuelle Fragen des Bauträgerrechts, NZBau 2003, S.233.

Arndt Teichmann, Kauf- und Werkvertrag in der Schuldrechtsreform, ZfBR 2002, S.13.

Christian Sienz, Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, S.181.

Edgar Joussen, Mängelansprüche vor der Abnahme, BauR 2009, S.319.

Florian Faust, Die rechtliche Bedeutung von Herstellervorgaben, BauR 2013, S.363.

Frank Peters, Die fehlerhafte Planung des Bestellers und ihre Folgen, NZBau2008, S.609.

Frank Peters, Der funktionale Mängelbegriff, NZBau 2013, S.129.

Gerd Motzke, Parameter für Zusatzvergütung bei zusätzlichen Leistungen , NZBau 2002, S.641.

Hans Ganten, Funktionaler Mangelbegriff nach der Schuldrechtsreform ,jurisPR-PrivBauR 2/2008 Anm.1.

Ingeborg Schwenzer, Sachgüterschutz im Spannungsfeld deliktischer Verkehrspflichten und vertraglicher Leistungspflichten, JZ 1988, S.525.

Jochen Glöckner, Der neue alte Sachmangelbegriff - Begründung und Folgen, BauR 2009, S.302.

Jochen Glöckner, BGB-Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes – Teil 1, Teil 2, VuR 2016, S.123, VuR 2016, S.163.

Jörg Schudnagies, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, S.396.

Klaus D Kapellmann, Der BGH und die Konsoltraggerüste - Bausollbestimmungen durch die VOB/C oder die konkreten Verhältnisse?, NJW 2005, S.182.

Mark Seibel, Die Bedeutung der Funktionstauglichkeit für die Beurteilung der Qualität einer Bauleistung,ZfBR 2009, S.107.

Mathias Preussner, Das neue Werkvertragsrecht im BGB 2002, BauR 2002, S.231.

Peter Derleder,Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln, NJW 2003, S.998.

Peter Hammacher, Beweislastverteilung bei Mangel der Funktionstauglichkeit,NZBau 2010, S.91.

Peter Siegburg, Verantwortlichkeit des Auftraggebers für Baumängel bei fehlerhafter Vorunternehmerleistungde lege lata et de lege ferenda , ZfBR 2001, S.291.

Reinhold Thode, Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht - Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme - Teil 1, NZBau 2002, S.297.

Sebastian Lucenti, Der funktionale Sachmangelbegriff des § 633 II BGB und die Aussichten auf eine Haftungsentschärfung der Beschaffenhheitsvereinbarung , NJW 2008, S.962.

Stefan Weise, Mängelrechte vor der Abnahme, NJW-Spezial 2008, S.76.

Stephan Lorenz, Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des Rechts zur zweiten Andienung, NJW 2006, S.1175.

Sven Hartung, Die Abnahme im Baurecht, NJW 2007, S.1099.

Thomas Badelt, Funktioneller Mangelbegriff im Werkvertragsrecht, LMK 2008, 253793.

Volkert Vorwerk, Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht, BauR 2003, S.1.

Wolfgang Sass, Das Funktionstauglichkeitsdogma in der“Blockheizkraftwerk”-Entscheidung, NZBau 2013, S.132.

Wolfgang Voit, BGH Urt. v. 16.07.1998, ZfIR2007, S.157.

Wolfgang Voit, BGH Urt. v. 29.09.2011, NJW 2011, S.3780.

Wolfgang Voit, Die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor der Abnahme, BauR 2011, S.1063.

Wolfgang Voit, Brauchen wir ein Bauvertragsrecht im BGB?, jM 2015, S.402.

(HP 等)

法務省 法制審議会民法(債権関係)部会 審議事項・部会資料・議事録

(http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html)

Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, 2001.

(<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>)

Deutscher Bundestag, Drucksache 18/8486, 2016.

(<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/084/1808486.pdf>)