

# ドイツ請負契約法における瑕疵責任 —引取りの意義を中心に (1)

永 岩 慧 子

- I はじめに
- II 引取りの意義
- III 瑕疵責任の効果 (以上、本号)
- IV 瑕疵責任規定の適用をめぐる議論
- V ドイツ法のまとめ
- VI おわりに

## I はじめに

### 1. わが国における問題状況

2017年5月26日、民法(債権関係)改正法(法律第44号)が可決・成立し、同年6月2日に公布された。民法改正法は、請負の担保責任(改正法においては、一般に、契約不適合責任と表現される。)に関する規定について、改正前民法における瑕疵担保責任に関する規定である634条、635条、638条から640条までを削除した。これにより、売買における規定が包括準用されることとなった。したがって、改正法によれば、「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つては、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、①追完の請求、②報酬の減額の請求、③損害賠償の請求、④契約の解除をすることができる。このような改正により、契約不適合に対する責任について、請負に独自の性質の考慮は、大部分において解釈に委ねられることになる。とりわけ重要な問題として、従来の裁判例及び学説上議論となっていた、債務不履行の一般規定と瑕疵担保責任規定との適用関係をめぐる解釈論が、改正によっていか

なる影響を受けるのかという疑問が示される<sup>(1)</sup>。

改正前民法における議論を簡単にみると、売買における法定責任説と契約責任説との激しい議論に比して、請負については、瑕疵担保責任が、債務不履行責任の特則であるという点ではおおむね一致した理解がなされてきたといえる。一方で、債務不履行責任規定と瑕疵担保責任規定の適用関係をめぐる状況は必ずしも明瞭ではない。通説及び多数の裁判例は、瑕疵担保責任の適用時点として、「仕事の完成」を基準とする。この「仕事の完成」は、請負の履行の完了としての仕事完成とは区別される、「一応の完成」であり、裁判例の多くは、その時点を、「予定の工程の終了」と解釈するが<sup>(2)</sup>、このような予定工程終了説は、裁判例において必ずしも統一の見解とはいえない状況にある。これとは異なる「仕事の完成」基準の解釈として、予定工程を終了したという請負人の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<sup>(3)</sup>など、「仕事の一応の完成」の判断は、相対的・流動的であるといえる。一方、学説では、「仕事の完成」ではなく、注文者による受領を重要なものとして位置づける見解がみられる。主な見解として、注文者が、仕事を「完成として承認」したうえで引き取った時から瑕疵担保責任の適用が生じるとするものがある<sup>(4)</sup>。これらの見解は、注文者による「仕事の完成の承認」や「履行としての認容」

---

(1) 詳しくは、山本豊編『新注釈民法（14）債権（7）』（有斐閣、2018年）158頁以下〔笠井修〕を参照。

(2) 幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（16）債権（7）』（有斐閣、1989年）119頁〔内山尚三〕、笠井・前掲注（1）141頁以下。リーディング・ケースであるとされる東京高判昭和36年12月20日高民集14巻10号730頁のほか、東京高判昭和47年5月29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。

という主観的な要素が介在することを時的区分として、債務不履行責任を遮断し、それ以後に認められる責任として瑕疵担保責任を位置付ける点で、上述した、「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は異なるものである。しかし、いずれの時点を基準とする見解も、改正前民法における瑕疵担保責任規定が、債務不履行責任の一般規定よりも注文者の権利を制限するものであることを前提として、そのような制限がいつから適用されるべきかを問題としてきたといえる<sup>(5)</sup>。この点、改正によって、従来の議論の前提となる規定内容が変更されたことにより、これまでの解釈にいかなる影響が生ずるかを明らかにする必要がある<sup>(6)</sup>。

この問題について、笠井修教授は、これまでの「仕事の完成」による債務

- 
- (3) 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）など。
- (4) 請負に関する議論については、潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣、1991 年）247 頁以下を参照。また、売買における瑕疵担保責任の時的区分説を請負について転用して論じるものがみられる。藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社、1994 年）130 頁、大村敦志『基本民法Ⅱ 債権各論 [第 2 版]』（有斐閣、2005 年）47 頁等。
- (5) 従来の通説が、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と理解してきたことを前提として、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）が考慮されてきた。
- (6) この問題について、法制審議会では、山本敬三教授が、「これまでの通説の前提が崩れている」ことを指摘している。民法（債権関係）部会第 96 回会議議事録・50 頁以下。

不履行責任と瑕疵担保責任の適用区分と、「仕事の完成」を予定の工程終了と解する見解について、改正法においても、少なくとも報酬請求の可否に関する判断基準としては、なお意義を持ちうると指摘する<sup>(7)</sup>。一方で、報酬請求の可否に関する判断基準と、契約不適合責任の適用時点とに接合が認められるかについては、なお検討すべき課題が残されているものと思われる<sup>(8)</sup>。より具体的には、改正法において、債務不履行の一般規定に対し、契約不適合責任規定が有している特則性を明らかにしたうえで、その特則が適用されるべき場面はいかなるときかを検討することが必要となる。その際、請負において特に考慮すべき点があるとするれば、売買との対比において、解釈上、それを明らかにしなければならない<sup>(9)</sup>。

本稿では、改正法において、請負契約の性質をどのように考慮すべきかという問題意識のもと、とりわけ、従来から裁判例及び学説上議論となっていた、債務不履行の一般規定と瑕疵に対する責任規定との適用関係をめぐる問題について、すでに詳細な議論がみられるドイツ法を参照し、わが国の改正法における問題に対する示唆を得ることを目的とする。

## 2. 検討の対象—ドイツにおける議論

---

(7) 笠井修「契約不適合責任のシステム」ジュリ 1511号（2017年）42頁、同・前掲注（1）142頁。

(8) 笠井教授は、予定工程終了説が今日の確立された実務であることから、それが改正後においても維持され連続性が確保される利益が大きいことを考慮要素として、改正後においても、予定工程終了を契約不適合責任規定の適用（準用）範囲の画定基準として妥当するものと述べる。笠井・前掲注（1）161頁。また、青野博之教授は、ドイツにおける「引取り」の議論を検討したうえで、「先履行義務を負う請負人の報酬請求を可能にし、注文者の権利も十分確保されることから、また、不適合の判断時期が明確になることから」、改正法 562条 1項における引渡しを、「一応の完成」と読み替えることが考えられると指摘する。青野博之「仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合における注文者の権利—ドイツ民法における先履行義務者の保護—」駒澤法曹第 14号（2018年）66頁。

ドイツでは、2002 年の債務法現代化において、従来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と位置付けた。一方で、瑕疵責任<sup>(10)</sup>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という問題もまた残された。瑕疵責任が義務違反の一類型であることから、瑕疵に基づく注文者の請求権に関する、ドイツ民法（以下、BGB とする。なお、とくに断らない限り、以下に挙げる条文は、BGB のものとする。）634 条以下の規定が適用される限りで、一般規定の適

---

(9) 改正法において、売買の規定が準用される結果、562 条・566 条において、「引渡し」の概念が用いられることになるが、このときも、請負における「引渡し」がいかなる意味によって解釈されるべきかが問題となる。この点について、道垣内弘人・岡正晶「債権法改正と実務上の課題 (number 10) 請負契約の契約不適合責任」ジュリ 1524 号 (2018 年) 83 頁において、道垣内教授は、①改正法 566 条にいう「引渡し」とは、請負について適用されるときに、どういう概念なのか、②改正法 634 条 2 号の「仕事の完成」というのはどういう概念か、③その 2 つの概念はどのような関係にあるのかという 3 つの問題があると指摘する。さらに、道垣内教授は、改正法が、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化する方向性を採ったことから、「単純未履行から担保責任へ移転するという段階を観念しなくなった、ともいえ」と述べる。同・84 頁。一方、売買における「引渡し」概念についての重要な指摘として、山野目章夫「新しい民法の債権関係規定のもとにおける種類物売買の法律関係」法の支配 190 号 (2018 年) 72 頁以下がある。山野目教授は、履行請求から契約不適合責任の追及に移行する時点を画するものは、引渡しの有無であるとしたうえで、履行請求と契約不適合責任との懸隔は小さいと述べる。そして、引渡しがあったかどうかについては、「契約の各当事者の認識という主観的要素に加え、客観的に契約に基づく給付であるとみることができるかどうか、を勘案し、これらの要素を総合して判断することが相当であると考えられる。」と指摘する (同・80 頁)。

(10) ドイツでは、2002 年の債務法現代化において、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と位置付けたことにより、「瑕疵担保責任 (Gewährleistungshaftung)」という概念はもはや法律上用いられず、「瑕疵責任 (Mangelhaftung)」と称される。なお、わが国の改正法では、「瑕疵」の用語が削除されたが、本稿は、ドイツ法の検討を中心とすることから、瑕疵の用語を用いることとする。

用の余地は、これらの規定による参照以外には排除されることになるという点は、学説上争われていない<sup>(11)</sup>。しかし、634条以下に規定される権利を、注文者がいつから行使しうるかについては、明文の規定を欠いており、この点をめぐって解釈論上の問題が生じている。とりわけ、債務法現代化後、瑕疵責任の適用時点と、この問題に密接に関わりあう、請負の瑕疵責任法と一般給付障害法との相違について、学説上見解が分かれており、激しく争われている。

なお、ドイツにおける問題は、主に、次の二つの観点から論じられている。①請負人による仕事の製作段階において、すでに契約で合意した内容からの相違が認められる場合、注文者はどのような手段を取ることができるか、②契約当事者が合意した履行期日に達し、又は請負人が完成させた仕事を注文者に提供した際に、契約どおりの履行がないことを認識した注文者はいかなる手段を取ることができるか、という問題である。ここに共通する理論上の問題として、注文者は、瑕疵責任に基づく請求権をいつから行使できるか、という疑問が提示される<sup>(12)</sup>。この問題に対して、ドイツ連邦通常裁判所(以下、BGHとする。)は、これまで長くその立場を明らかにしてこなかったが、2017年1月19日の三つの判決<sup>(13)</sup>において、初めて見解を示した<sup>(14)</sup>。後に詳

---

(11) Raab, in : Dauner-Lieb/Heidel/Ring(Hrsg.), *Anwaltkommentar*

*DeutscherAnwaltVerein BGB*, Bd. 2, 2005, § 634 Rn.27. (以下、AnwK-BGB で引用する); Busche, in : *Münchener Kommentar zum BGB* 7. Aufl., 2018, § 634, Rn.3. (以下、MünchKommBGB で引用する) .

(12) なお、本稿は、債務不履行責任の一般規定と瑕疵責任規定との適用関係をめぐる理論上の問題を検討対象とするものであるが、履行期到来前における義務違反の問題は、しばしば長期の履行期間を伴う請負において問題となりうる。この点について、原田剛教授は、「仕事完成後において、とりわけ仕事の目的物に瑕疵が存在する場合の問題処理に関して、請負契約と売買契約とを同様に処理しようとする傾向にあるとしても、仕事完成前における請負人の仕事完成義務に関する、注文者と請負人との関係は、売買契約には典型的に予定されていない、請負契約に独自の問題領域である。」と指摘している。原田剛『売買・請負における履行・追完義務』(成文堂、2017年) 341頁を参照。

述するように、BGH は、瑕疵責任規定は、原則として、仕事の「引取り (Abnahme)」後に初めて適用されるとした。この「引取り」は、ドイツの請負法において重要な役割を有しており、売買における引取りとも異なる性質を有していると解される。この点、わが国の改正法における契約不適合責任の適用時点をめぐる問題を前提とすると、ドイツにおける議論の展開から有益な視点を得ることができると考える。その際、ドイツでは、一般給付障害法と瑕疵責任法の規定上の相違をどのように解しているのか、また、それらの相違は、いかなる趣旨に基づいて置かれているのか、さらに、ドイツにおいて、一般給付障害法が問題となる場面と瑕疵責任法が問題となる場面とを画するものとして機能している「引取り」とはどのような概念なのかを検討することが必要となる。

以下では、まず、ドイツにおける「引取り」概念の基本的な位置付けについて考察し、次に、一般給付障害法における責任規範との対比において、請負における瑕疵責任の効果を確認する。それらを前提として、瑕疵責任の適用をめぐる BGH 判決を中心に、理論上の問題を検討する。

## II 引取りの意義

### 1. 引取りとは

#### (1) 引取りの本質<sup>(15)</sup>

---

(13) BGH, Urt.v. 19.1.2017, VII ZR 301/13, NJW 2017, 1604; VII ZR 235/15, NZBau 2017, 211 Rn. 32; VII ZR 193/15, BeckRS 2017, 102864.

(14) ドイツにおける問題状況と、2017 年 1 月 19 日の 3 つの BGH 判決についてすでに検討するものとして、青野・前掲注 (8) 47 頁以下も参照。

(15) なお、引取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) 379 頁以下に詳しい。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 卷 4 号 (2016 年) 3 頁以下、同『表示責任と債権法改正』(成文堂、2018 年) 241 頁以下も、ドイツにおける引取りについて検討する。

注文者は、仕事が「契約に適合し」て製作されたとき、BGB 640 条 1 項 1 文により、仕事の性質によって引取りが排除されない限りにおいて、その仕事の引取りを義務付けられる。引取りは、報酬支払義務と並び、請負契約において注文者が負うべき主たる義務 (Hauptpflicht) であるとされている<sup>(16)</sup>。

この規定は、BGB 起草時において、請負人の仕事が、通常、請負人の仕事場でなされ、その後に注文者に引き渡されるという形を本来的に想定したものである。ここで、請負人が、先履行義務を負うという性質から、640 条は、請負人を保護するため、注文者に対する請負人の引取請求権を認めている。さらに、2000 年 3 月 30 日の改正<sup>(17)</sup> (以下、2000 年改正とする) で採用された規定により、注文者は、本質的でない瑕疵を理由に、引取りを拒絶することはできない (640 条 1 項 2 文)。この意味において、いわゆる「完全な完成 (vollständige Fertigstellung)」と、引取義務が生じる仕事の状態は区別される<sup>(18)</sup>。

引取りは、①仕事の物理的な受取り (Hinnahme/Entgegennahme) と、それとともにする、②給付が主要部分において契約に適合したものであることとしての承認 (Billigung) の二つの要素で構成されるとするのが、学説及び判例の支配的な見解である<sup>(19)</sup>。この点、請負においては、實際上、引取り前に仕事の目的物が注文者に移転することもしばしば行われることから、引取りの本質を、現

---

(16) Busche, MünchKommBGB, § 640 BGB, Rn.2 ; BGH, Urt.v.26.02.1981, VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448. この点で、引取りを従たる義務と解する売買と異なる。また、請負人は、注文者の引取りを求める訴えを提起することができる。Vgl. Kniffka, in : Kniffka/Koeble , Kompendium des Baurechts 4.Aufl., 2014, S.157.

(17) Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000, Bundesgesetzblatt Teil I 2000 Nummer 14 vom 7. April 2000 S. 330-332.

(18) Kögl, in : beck-online GROSSKOMMENTAR BGB Warkvertrag § 631-651, 2018, § 640, Rn.38. (以下、GROSSKOMMENTAR で引用する。)

(19) Busche, MünchKommBGB, § 640, Rn. 2 ; Pause/Vogel, in ; Kniffka, Bauvertragsrecht 3.Aufl., 2018, § 640, Rn.3. (以下、Kniffka, Bauvertragsrecht で引用する。); BGH, Urt. v. 18. 9. 1967, VII ZR 88/65, BGHZ 48, 257 ; Urt. v. 25. 3. 1993 , X ZR 17/92 , NJW 1993, 1972 ; Vgl.Peters/Jacoby, in : Staudinger Sonderedition Privates Baurecht 2014, § 640, Rn.7.



実の仕事の受取りではなく、注文者による承認という意思の関与に求める見解が、近時有力となっている<sup>(20)</sup>。

## (2) 売買における引取りとの相違

売買においても、同様に引取りが定められているが、売買における引取りが、単に物理的な物の受取りであるとされるのに対し、請負における引取りは、売買における引取概念とは異なると解される<sup>(21)</sup>。640 条の規定における引取りの本質的な要素が、注文者による仕事の承認であることは、広く一致した見解であり、その限りで、請負法は、売買法と相違するという<sup>(22)</sup>。その理由について、Busche は、請負における仕事は、売買目的物とは異なり、そのつど個々に製作されるものであり、それが契約に一致したものであることについて、特別な吟味を要するためであると述べる<sup>(23)</sup>。

---

(20) Voit, in : Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB, 2.Aufl.,Bd.2, 2008, § 640, Rn.18. これに対し、Busche は、注文者は、通常、物理的な受領なしには、契約に即しているかについて吟味しえないと指摘する。Vgl. Busche, MünchKommBGB, § 640, Rn. 2.

なお、引取りの法的性質については争いがあり、法律行為としての意思表示であるとする見解と、法律行為類似の意思の表明にとどまるとする見解がある。この理論上の争いはなお不明瞭なままであるが、いずれにしても、意思表示についての規定が適用されている。Vgl. Peters/Jacoby, in : Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 631-651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung, 2014, § 640, Rn.14 (以下、Stauginger で引用する。) ; Thode, Werkleistung und Erfüllung im Bau- und Architektenvertrag, ZfBR 1999, 116.

(21) Busche, MünchKommBGB, § 640, Rn. 2.

(22) Busche, MünchKommBGB, § 640, Rn. 2.

(23) Busche, MünchKommBGB, § 640, Rn.2. なお、一般に契約締結前に目的物を吟味する売買とは異なり、請負では、実際に使用して初めて、仕事が完成しているかどうかの判断が可能となる場合が多い。例えば、自動車の修理における試運転、ソフトウェア開発におけるテスト運用など。建築給付においても、請負人と共同での検査が行われるのが通常である。Vgl. Peters/Jacoby, Staudinger Sonderedition Privates Baurecht 2014, § 640, Rn.23.

### (3) 注文者の引取義務と引取りの権利

注文者の引取義務は、請負人による引取請求が前提となっており、さらに、注文者には、請負人の給付が契約どおりのものであるかを調べるための機会が与えられなければならないとされる<sup>(24)</sup>。一方、このとき、注文者は、仕事を検査することを義務付けられるわけではない<sup>(25)</sup>。また、注文者が素人である場合、仕事が契約どおりであるかについて判断することは困難であり、専門家であったとしても、引取りに供された時点よりも後に瑕疵が発見されることもありうることから、ここでの承認について、事実在即した意思の表明が期待されるわけではない<sup>(26)</sup>。

なお、請負人の引取請求があったか否か、また、そのとき仕事に瑕疵があったかどうかに関わらず、注文者による引取りの表明がなされた場合には、それによって引取りに結び付けられる法的効果が生じる<sup>(27)</sup>。その仕事が、引取義務が生じる状態であること（*Abnahmereife*<sup>(28)</sup>）は、引取りの表明に対する要件ではなく、その意味において、請負人の引取請求が正当であることと、注文者による引取りが可能であることは区別される。640条1項2文の規定により、請負人の引取請求に対し、注文者は、本質的な瑕疵がないときには、引取りを拒絶することはできないが、本質的な瑕疵があるか否かに関わらず、注文者は引き取ることができる（その意味で、引取りは、注文者の権利でもあるといわれる<sup>(29)</sup>）。

---

(24) Pause/Vogel は、これらを書かれざる要件であるとしている。Pause/Vogel, Kniffka, Bauvertragsrecht, § 640, Rn.24.

(25) Peters/Jacoby, Staudinger Sonderedition Privates Baurecht 2014, § 640, Rn.11.

(26) Peters/Jacoby, Staudinger Sonderedition Privates Baurecht 2014, § 640, Rn.11.

(27) Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.10.

(28) 別の表現として、“*abnahmefähige Bereitstellung*”ともされる。Vgl. Kohler, in : Ganten/Jansen/Voit(Hrsg.), Beck'scher VOB-Kommentar, VOB TeilB 3.Aufl., 2013, § 4 Abs.7, Rn.6. (以下、VOB-Komm で引用する。)

(29) Vgl. Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.67.

## 2. 引取りの効果

### (1) 引取りによって生じる法的効果

引取りは、請負において重要な効果と結び付けられている。条文上明らかなものとして、①報酬支払の弁済期到来（641 条）と、それによる先履行義務の終了<sup>(30)</sup>、②給付危険及び対価危険の移転（644 条 1 項 1 文、645 条）、③瑕疵についての証明責任の移転（363 条）、④瑕疵責任に基づく請求権の時効の進行（634a 条 2 項）が挙げられる。

そのほか、引取りによって契約上の履行段階は終了すると指摘される<sup>(31)</sup>。なお、引取り前の瑕疵責任規定の適用が議論されるのに対して、引取りの後には、瑕疵責任によって処理され、一般給付障害法はもはや適用されないことについて、学説上争いはみられない。引取りの後に瑕疵が発見された場合には、注文者は、請負契約上の瑕疵責任に基づく請求権を行使することになる。

以上の引取りの効果について、仕事の性質により、引取りが観念されない場合には、仕事の終了（*Vollendung*）が、これに代わる（646 条）。

### (2) 瑕疵の認容と留保のない引取りの効果

注文者が、引取りの際に瑕疵の存在を認識していた場合、瑕疵を理由とする自身の権利を留保した場合にのみ、634 条 1 号から 3 号に規定される瑕疵に基づく請求権が注文者に帰属する（640 条 3 項）。なお、ここでの瑕疵の認容については、注文者の積極的な認識が必要であるとされる。

## 3. 注文者による引取拒絶の制限と引取擬制

### (1) 注文者による引取拒絶の制限

---

(30) Vgl. Schlier, a.a.O., S.21.

(31) Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.10.

引取りをめぐる規定は、2000年改正によって重要な変更が加えられている<sup>(32)</sup>。2000年改正前の引取りに関する旧640条1項は、「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、契約の内容に適合し完成した仕事を引き取る義務を負う」とのみ規定し、瑕疵のない完全な完成の場合に、注文者は引取りを義務付けられるとした。これに対して、BGHは、注文者による引取拒絶が、信義誠実の原則に反する場合について、この例外を認めるとした<sup>(33)</sup>。

2000年改正の背景として、とりわけ、注文者が些細な瑕疵を理由として引取りを拒絶した場合に、多くの点で請負人にとって利益のある引取りの効果が生じないことが問題とされていた。改正の理由書では、請負人は、仕事のすべてを製作しなければ報酬を得ることができないという点で、BGB上の請負契約法において、極めて弱い立場に置かれていると指摘される<sup>(34)</sup>。そこから、実務において、引取りに適する状態が、通常、瑕疵のないことと同視されることについて、適当ではないとされた<sup>(35)</sup>。2000年改正は、640条1項2文において、注文者は、仕事に本質的な瑕疵がない場合には、引取りを拒絶することができないと規定するに至った。これにより、仕事が軽微な瑕疵を示すときも、引き取るべき状態にあるとされ、この瑕疵は、追完の範囲において取り除かれなければならないが、注文者は、このとき、すべての仕事の報酬を支払わないとするのは正当ではなく、瑕疵の除去を要する部分に相当する報酬のみを引き留めうる<sup>(36)</sup>。この場合に、注文者は、引取時にすでに認識していた瑕疵については、それを留保したうえで、634条以下における瑕疵に

---

(32) 2000年改正に至る経緯と、その内容について、青野・前掲注(8)53頁以下も参照。

(33) BGH, Urt. v. 25.1.1996, VII ZR 26/95, NJW 1996, 1280 = BauR 1996, 390 (391).

(34) BT-Drucks. 14/1246, S.6. なお、2000年改正では、引取りに関する規定のほかに、632a条に部分払いの規定を置くなど、報酬に関する請負人の法的地位を高めることを目的として変更がなされている。

(35) BT-Drucks. 14/1246, S.6.

(36) BT-Drucks. 14/1246, S.6.

基づく請求権を行使しうることに加え、のちに発見された瑕疵についても、634 条以下の要件を充たす限りで、なお契約どおりの仕事の製作を求めることができる。また、引取拒絶において、注文者は、瑕疵の存在について主張することで足り、その瑕疵が本質的でないことについては、請負人が主張・立証しなければならない<sup>(37)</sup>。なお、本質的な瑕疵であるかどうかは、個別の事案において、瑕疵の種類や範囲等を総合的に考慮して判断される<sup>(38)</sup>。

## (2) 引取りの擬制

### i) 2000 年改正による規定の新設

2000 年改正では、さらに、注文者が引取りをしない場合に、いかなる法的状況が生じるのか、また、その際に請負人はいかなる態度をとるべきであるかが明瞭でないという問題を前に、一定の帰結を導くものとして、2017 年改正前の旧 640 条 1 項 3 文に、引取りの擬制を認める規定を新設した。これにより、請負人による引取請求に対し、注文者が引取義務を負うにも関わらず、請負人が引取りのために設定した相当期間内に仕事を引き取らない場合には、引取りが擬制され、引取りの法的効果が生じるとされた。

### ii) 2017 年の改正による変更

2017 年 4 月 28 日の建築契約を中心とする改正<sup>(39)</sup>(以下、2017 年改正という。)の際にも、引取擬制に関して、さらに請負人の保護を強化する方向での変更が加えられている<sup>(40)</sup>。2000 年改正で新設された引取擬制の規定は、必ずしも十分に機能していなかったとされ、この改正における変更の趣旨もまた、注

(37) Motzke, Abschlagszahlung, Abnahme und Gutachterverfahren nach dem Beschleunigungsgesetz, NZBau 2000, 489 (494).

(38) Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.53.

(39) Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, Bundesgesetzblatt Teil I 2017, S.969ff.

文者による不当な引取拒絶を排除し、速やかな引取りと報酬の支払を促すことにある<sup>(41)</sup>。

これまで引取擬制について定めていた旧 640 条 1 項 3 文の規定は、修正を加えられたうえで、新たに 2 項として取り出されることになった<sup>(42)</sup>。2018 年 1 月 1 日に施行された現行法では、請負人が、仕事の完成後に引取りのため

---

(40) 引取擬制（640 条 2 項）のほかに、請負人の先履行義務緩和の意味をもつ部分払（632a 条）、建築契約における引取拒絶の際の状況確認請求権（650g 条）、建築家契約における一部引取（650s 条）といった点で、引取り（と同時の報酬支払）を促すことを目的とした規定の整備を行っている。そこから、とくにドイツの建築契約の実態において、引取拒絶の問題が深刻であることが示される。ドイツにおける問題について、ヴォルフガング・フォイト（藤原正則訳）「建築物の引取（Die Abnahme des Bauwerks）」東洋法学第 61 巻第 3 号（2018 年）444 頁以下も参照。

(41) BT-Drucks. 18/8486, S.48. より具体的には、旧 640 条 1 項 3 文によれば、注文者が引取りを拒絶した場合、結局のところ、このとき「注文者が引取義務を負うか否か」が問題となり、請負人による引取りの要求の時点に本質的な瑕疵が存在したかについての判断を必要とすることになる。そこから、注文者が瑕疵を特定することなく、さしあたり引取りを拒絶して、報酬の支払を先に延ばすことが問題であるとされた。なお、2017 年改正については、拙稿「建築契約に関するドイツ民法典改正について—改正法の概要と試訳—」名経法学第 39 号（2017 年）83 頁以下。

(42) 現行 BGB 640 条 引取り

(1) 注文者は、仕事の性質によって引取りが排除されるものでない限り、契約に適合して製作された仕事を引き取る義務を負う。引取りは、本質的でない瑕疵のために、これを拒絶することはできない。

(2) 請負人が、注文者に、仕事の完成後に引取りのための相当の期間を設定し、注文者が、その期間内に少なくとも一つの瑕疵の表示（Angabe）をして引取りを拒絶したのではないときも、仕事は、引き取られたものと同様とする。注文者が消費者であるときは、第 1 文は、請負人が注文者に対して、引取りの請求とともに、引取りを表示しない場合又は瑕疵の表示を欠いた引取拒絶の場合の効果を指摘したときに限り、その効力を生じる；この指摘は、テキスト方式（Textform）で行わなければならない。

(3) 注文者が、第 1 項第 1 文により、瑕疵を知りながら瑕疵ある仕事を引き取った場合においては、注文者が、引取りの際に瑕疵に基づく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を有する。

に相当の期間を設定し、注文者に引取りを求めた場合、注文者が、その期間内に少なくとも一つの瑕疵の表示をして引取りを拒絶したのではないときは、引取りがなされたものとされる (640 条 2 項 1 文)。これまでの規定と異なる点として、条文上は、注文者が引取りを義務付けられるかに依存せず、実際に瑕疵があるか否か、また、それが本質的な瑕疵であるかに関わらず、瑕疵についての指摘のない引取拒絶は、引取擬制を妨げないことになる<sup>(43)</sup>。このような引取擬制の拡大については、その妥当性に疑問を示す見解もある<sup>(44)</sup>。なお、注文者が消費者である場合については、請負人が、引取りを相当期間の設定とともに求める際に、消費者がその期間内になんらの意思表示をしないか、又は瑕疵の主張なしに引取りを拒絶した場合に生じる法的効果を、テキスト方式 (Textform) によって指摘した場合にのみ引取擬制の効果が生じる (640 条 2 項 2 文)。

2017 年改正は、引取擬制を強化する一方で、注文者保護の観点から、引取擬制のための要件として、請負人による引取りのための相当期間の設定は、仕事の「完成 (Fertigstellung)」ののちになされなければならないとした (640 条 2 項 1 文)。仕事が完成しているかどうかの主張・立証責任は、請負人にあると解される<sup>(45)</sup>。したがって、実際に引取擬制が生じるかどうかは、仕事が完成したことが確かめられて初めて明らかになる。この規定の趣旨は、請負人による不当な引取擬制の主張を防ぐことにあるとされる<sup>(46)</sup>。2017 年改正前の旧 640 条 1 項 3 文では、引取擬制が生じるかどうかについて、本質的な瑕疵があるか否かが問題であったのに対し、2017 年改正後の引取擬制においては、仕事が「完成 (Fertigstellung)」していることが、請負人の引取請求の前提として置かれている。しかし、この「完成 (Fertigstellung)」概念の定義は

---

(43) Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.52.

(44) Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.120.

(45) Pause/Vogel, Kniffka, Bauvertragsrecht, § 640, Rn.72.

(46) Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.121.

なされておらず、政府草案の理由書等からも明らかではない<sup>(47)</sup>。以上の2017年改正については、注文者側の立場から懸念が示されるほか、立法者の意図に反して、これまでの不当な引取拒絶の回避においても十分ではないとして、請負人の立場からも批判的な見解が示されている。

### (3) VOB/B<sup>(48)</sup>における規定との関係

2000年の改正については、VOB/Bの規定との関係が引き合いに出される<sup>(49)</sup>。2000年改正前より、VOB/B 12条3項は、「瑕疵が重大であるときは、発注者は、瑕疵除去まで、引取りを拒絶することができる。」との定めを置いており、基本的な部分において、2000年改正による引取拒絶に関する規定は、VOB/B 12条3項<sup>(50)</sup>に依拠しているとされる。一方、VOB/B 12条5項は、引取擬制について規定しているが、引取擬制について、請負人の引取請求を必要とし

---

(47) この点、「完成 (Fertigstellung)」概念の不明確性から、引取擬制の濫用防止において有用ではないと批判するものとして、Kimpel, Der Entwurf des gesetzlichen Bauvertragsrechts aus Sicht des gewerblichen Unternehmers, NZBau 2016, 734.

Messerschmidt は、瑕疵のある給付と、未完成の給付との境界は明確ではなく、しばしば、義務付けられた給付の瑕疵は、仕事の完成に至る前の残された給付と同じように判断されると指摘する。そこから、注文者が、給付を瑕疵あるものとして、または、全ての給付の完成の欠けた (残りの) 給付として分類しうるときは、少なくとも、640条1項1文の法的効果をのちに生じさせる可能性があるという。Vgl. Messerschmidt in : Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3.Aufl., 2018, BGB, § 640, Rn.196.

また、Kögl は、ここでの「完成」は、瑕疵のない完全な完成とは異なるものであり、したがって、640条2項の趣旨における「完成」概念は、請負契約法のその他の部分で用いられる完成の意味とは異なるものとして用いられなければならないであろうと指摘する。Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.122.

(48) 建設工事請負規則 (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen ; VOB) の一般契約条件規定であるB部を指す。

(49) Vgl. Motzke, a.a.O., NZBau 2000, 489 (494).

(50) VOB/B12条3項は、「瑕疵が重大であるときは、発注者は、瑕疵除去まで、引取りを拒絶することができる。」と定める。



ないなど、BGB における引取擬制とは異なる規定を置いている<sup>(51)</sup>。

#### 4. 債務法現代化の際の引取りをめぐる議論

2000 年改正においては、主に報酬請求権との関係から、請負人の保護と、法的状況の明確化を目的とする変更がなされたところであるが、債務法現代化の際の過程では、注文者の義務たる引取りの位置付けに関する議論がみられる<sup>(52)</sup>。

まず、1981 年に鑑定意見を示した Weyers は、それまでの 640 条 1 項は変更せず、641 条 1 項 1 文において、報酬は、引渡し (Übergabe) の際に弁済期となり、性質上引渡しが排除される場合には、仕事の終了 (Vollendung) 後に支払われるべきであると規定することを提案している<sup>(53)</sup>。また、1984 年の第 55 回法曹大会にかかる鑑定意見を示した Teichmann は、引取りは、当事者の合意によってその位置付けを維持しうるという見解を示している<sup>(54)</sup>。そして、注文者の引取義務については、売買と同様に、仕事の物理的な受領の義務を負うとすることを提案する。また、これまで引取りによって生じるとされていた請負における危険の移転について、仕事の引渡し、ないし、仕事の完成 (Vollendung) の時点とすることを提案する。一方、連邦政府による

(51) Vgl. Messerschmidt, Privates Baurecht, § 640, Rn.186.

(52) なお、2000 年改正において、1999 年 6 月 23 日に公表された連邦議会の理由書では、債務法改正委員会の提案は、さらに報酬の弁済期についての要件としての引取りを廃止しようとするものであるが、改正法は、これに反するものではない旨を述べるにとどまる。BT-Drucks. 14/1246, S.7.

(53) Weyers, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band II, 1981 S.1189. なお、Weyers は、債務法改正委員会の最終報告において、「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もの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」と述べている。Vgl. Vorwerk, Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht, BauR 2003, 1(10).

(54) Teichmann, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages Hamburg 1984, Bd I, A 72.

改正議論に並行して行われた第55回法曹大会では、伝統的な解釈と実務における広まり、さらに、請負の特性を考慮して、引取りに関する規定の変更に反対する見解が示されている<sup>(55)</sup>。これらの議論の後に示された、1992年の債務法改正委員会草案640条では、報酬債権の弁済期や危険の移転を画するものとして、引取りに代えて、「仕事の完成（die Fertigstellung des Werkes）」を請負契約法の中心概念とすることが提案されている<sup>(56)</sup>。

委員会草案第640条（報酬の弁済期、引取り）<sup>(57)</sup>

- (1) 報酬請求権は、請負人が仕事を完成すると同時に弁済期に至る。
- (2) 引取りが合意され、又は仕事の性質上通常であるときは、注文者は、完成した仕事を引き取る義務を負う。報酬請求権は、その引取りによって弁済期に至る。注文者が、完成した仕事を請負人の定めた相当の期間内に引き取らないときは、引取りと同様とする。

委員会草案では、それまでの640条1項が、「仕事の性質により引取りが除外されない限り」、引取りを要するとしていたことに対して、現実の請負契約では、引取りを観念しうる仕事は多くなく、むしろ例外的に位置付けられると指摘する<sup>(58)</sup>。また、仕事の性質によって引取りが除外されるか否かが争われる場面では、引取りがその役割を果たさないとしている。さらに、引取り

---

(55) Soergel, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages Hamburg 1984, Bd II, Teil I 34, 35; Recken, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages Hamburg 1984, Bd II, Teil I 49f.

(56) 下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法政大学現代法研究所、1996年）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。

(57) 草案訳については、下森・岡編・前掲注（56）161頁を参照。

(58) Bundesministerium der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.263.

が必要とされる場合においても、注文者が仕事を引き取らないとき、どのような法的状態が生じるのか、また、そのときに、請負人は、いかなる手段をとるべきなのかについて規定を欠くことを問題とする<sup>(59)</sup>。そこから、債務法改正委員会は、取引の実際に合わせるという理由のもと、引取りを原則とせず、むしろ、これまでの規定において、引取りが性質上除外される場合には、仕事の終了 (Vollendung) が引取りに代わるとする 646 条を、報酬の弁済期に関する規定として基本に置くことを提案する<sup>(60)</sup>。なお、草案において、終了 (Vollendung) ではなく、完成 (Fertigstellung) としたことについては、終了 (Vollendung) が、しばしば、瑕疵のない状態を指しうることから、草案 640 条が意図するところではないとして、これを使用しない理由を述べる<sup>(61)</sup>。なお、ここでの「完成 (Fertigstellung)」が何を意味するかについては、請負人が、主要な部分において、契約に適合した製作をしたときに、仕事が完成したといえるとする<sup>(62)</sup>。債務法改正委員会は、ここでの完成は、純粹に実際上の事象 (Vorgang) であり、注文者による仕事の承認といった、何らかの表明は含まれず、請負人の行為によってのみ生じうる点を強調する<sup>(63)</sup>。

なお、草案 640 条 2 項では、当事者が、引取りを、引渡しと承認の趣旨で合意し、また、それによって報酬請求権が弁済期に至ることについても取り

---

(59) Bundesministerium der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.263. この点について、ゲッツ・フォン・クラオスハール (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 91 卷 1 号 (1993 年) 217 頁も参照。

(60) Bundesministerium der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.264. 基本的に Weyers の鑑定意見と同様の立場にたつものといえる。

(61) Bundesministerium der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.264.

(62) Bundesministerium der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.264.

(63) Bundesministerium der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.264.

決めがあった場合には、従来と同様の取り扱いが可能であるとする規定が提案された。さらに、草案 640 条 2 項 3 文において、注文者による引取りがない場合の問題について、新たな規定を置くことを提案する。請負人が仕事を完成し、つまり、改正委員会の解釈によれば、主たる部分において瑕疵なく製作されたうえで、注文者に引取りを求めた場合に、引取りのために設定された相当な期間が経過したときは、引取りがなくとも、請負人は報酬を請求しようとした。

以上のように、委員会草案においては、仕事の完成を、客観的に主たる部分において瑕疵のない製作としたうえで、原則として、報酬は、仕事の完成によって弁済期となり、注文者の意思の関与を要する引取りは、当事者の合意によってのみ維持されている。このような提案については、債務法改正前の 640 条もまた、任意規定であるとされていたことから、重大な影響を与えないとする指摘もあったが<sup>(64)</sup>、それまでの 640 条 1 項が、「仕事の性質により引取りが除外されない限り」、注文者が引取りを義務付けられるとしていたのに対し、委員会草案が、注文者の承認を本質とする引取義務から離れる提案をしたことは、大きな変更であったといえる。しかし、1994 年の第 60 回法曹大会では、委員会草案における提案について、反対多数により否決され、討議草案では、このような変更は断念されている。最終的に、2002 年の債務法現代化は、従来の引取りの中心的位置付けと、二つの要素からなる引取概念を維持している<sup>(65)</sup>。債務法現代化において、立法者は、売買契約と請負契約の契約類型の近接化・適合化を図った<sup>(66)</sup>にも関わらず、請負に独自の引取りを保持することとした<sup>(67)</sup>。

---

(64) Vgl.Fischer, Die zweigeltahfte Abnahmefiktion des § 640 Abs. I S.3 BGB, 2009, S.92ff.

(65) Vgl.Fischer, a.a.O., S.121.

(66) Vgl.BT-Drucks. 14/6040, S.260.

(67) Vgl.Schlier, Mängelrechte vor der Abnahme im BGB-Bauvertrag, 2017, S.20.

## 5. 小括

売買との対比において、請負に特殊な引取概念は、注文者による承認 (Billigung) をその本質とし、単なる物理的な引渡しに加え、注文者による仕事の状態に対する吟味が重視される。このような引取概念は、売買とは異なり、請負における仕事が、通常、そのつど個々の特性をもって製作されることを考慮するものである。請負人は、引取りなしに報酬を請求することはできず、注文者が引取りを拒絶する場合であっても、引取請求によって引取擬制を生じさせることを必要とする。これによって、注文者は、引取り前に仕事を検査・吟味する機会を確保されている。原則として注文者の意思の関与を必要とする請負の引取りの意義は、まず、この点において認められるものと思われる。

また、引取りは、注文者の主たる義務とされるが、その一方で、権利としての位置づけを有している。注文者は、仕事に本質的な瑕疵がない場合には、引取りを拒絶することはできないとされるが、本質的な瑕疵がある場合にも、それを留保したうえでの引取りが可能である (640 条 3 項)。つまり、この点においては、理論上、請負人の先履行義務の終了と、瑕疵責任段階への移行、さらに引取りに結び付けられる法的効果の発生について、注文者による選択可能性を認めている<sup>(68)</sup>。

一方で、すでにみたように、引取りをめぐる議論は、請負人の負う先履行義務という特徴から、主に、請負人の報酬債権確保の目的において展開されてきた。2000 年改正で規定された本質的な瑕疵がない場合における注文者の引取拒絶の制限と、近時の改正によっても強化された引取擬制は、事実上の仕事の状態を考慮要素とする。これにより、注文者が仕事の状態を吟味する機会を確保したうえで、当事者の法律関係を、客観的要素により確定可能な

---

(68) なお、このとき、請負人による履行の終了が前提とされており、解約告知などの場合を除き、仕事の製作段階において、引取りをすることはできない。

ものとする。以上のように、請負における引取概念は、請負契約の特徴を考慮して、一方では、注文者の意思にかからせるという点で、他方では、仕事の客観的な状態に依拠して、注文者に引取義務を課すことで、当事者双方の利益の保護と、それらの調整を図り、注文者と請負人との関係を整序するものとして機能しているものといえる。

なお、最初に述べたように、一般給付障害法と瑕疵責任法の適用を画する時点として、引取りが結びつけられるかについては、条文上明らかではない。とりわけ、注文者による正当な引取拒絶の場合に、注文者は、請負人への責任追及において、いかなる法律関係に置かれるかが問題とされる。以下では、この議論の前提となる瑕疵責任の効果について、一般給付障害法との対比において必要な範囲で確認する。

### Ⅲ 瑕疵責任の効果

#### 1. 総論

634条は、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（634条1号、635条）を行使し、修補又は仕事のやり直しである新たな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、注文者は、②請負人の費用で自ら瑕疵を除去することができる（634条2号、637条）、③報酬減額権（634条3号、638条）、④解除権（634条3号、323条、326条5項、636条）の行使、⑤280条、281条、283条及び311a条による損害賠償、また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（634条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634a条の時効期間に従う。

#### 2. 追完請求権

## (1) 追完の法的性質

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、請負人に本来の契約目的を達することを要求することができる。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、履行請求権との本来的な同一性が指摘される<sup>(69)</sup>。つまり、いずれも瑕疵の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、631 条 1 項、633 条 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<sup>(70)</sup>。以上の点については、学説上、おおよその一致がみられる。一方で、その「修正」をどのように解するかについては、明確かつ統一的な見解は見出し難い。

## (2) 追完方法の選択権

追完請求権は、瑕疵の修補と、仕事の新たな製作に向けられるが、追完のための二つの方法の選択権は、請負人に独占的に与えられている (635 条 1 項)。この点で、買主に追完方法の選択権が認められている売買と異なる。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うることを理由として挙げられる<sup>(71)</sup>。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

---

(69) Peters/Jacoby, Staudinger, § 634, Rn.27 ; Raab, AnwK-BGB, § 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。

(70) Teichmann, Kauf- und Werkvertrag in der Schuldrechtsreform, ZfBR 2002,13 ; Busche, MünchKommBGB, § 634, Rn.13.

(71) Busche, MünchKommBGB, § 634, Rn.13.

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、引き続き請負人が負うことになる。

### (3) 追完請求権の限界

瑕疵に対する救済手段において、追完の優先原則が採られている一方で、追完の限界が次のように定められている。追完請求権の限界に関する規定及びその解釈は、履行請求権との関係においても重要となる。

#### i) 客観的（物理的）不能

売買及び請負の瑕疵責任規定には、物理的不能に関する特別な規定は置かれていない。この点、給付障害法の一般規定である 275 条 1 項が適用されることについて、学説上異論はみられない<sup>(72)</sup>。

#### ii) 事後的不能—請負人による正当な追完拒絶

追完の排除は、275 条 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。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、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。」として、追完の限界について規定している<sup>(73)</sup>。つまり、追完の限界については、635 条 3 項によって、注文者からの追完に過大な費用が必要であるかが検討されるが、補充的に、275 条 2 項及び 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（275 条 2 項）、

---

(72) 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、もはや不可能である場合には、追完は排除される。

(73) 債務法現代化後のドイツ民法の条文訳については、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）資料を参照。



②一身的な給付の調達を要求できない場合 (275 条 3 項) に、請負人の正当な給付拒絶が認められる。このような場合を、いわゆる「事實的又は實際的な不能 (faktischen oder praktischen Unmöglichkeit)」と称する<sup>(74)</sup>。なお、635 条 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) である。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。

ここで、635 条 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ことから、635 条 3 項の過大な費用の判断と、一般規定である 275 条 2 項との関係が問題になる。275 条 2 項に関しては、わが国においてすでに多くの研究がなされているところであり、ここでは、635 条 3 項との関係で必要な範囲で触れるにとどめる。債務法現代化前においては、旧 633 条 2 項 3 文が、追完についての過大な費用 (Aufwand) について規定していた。債務法現代化法の立法理由書によると、債務法現代化によって新設された 275 条は、内容において、この旧 633 条 2 項 3 文とパラレルに位置付けられるという<sup>(75)</sup>。したがって、275 条 2 項 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 633 条 2 項 3 文の「過大な費用を必要とする」ことの実体化であると解される<sup>(76)</sup>。一方、635 条 3 項は、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

---

(74) Raab, AnwK-BGB, § 635, Rn.28.

(75) BT-Drucks.14/6040 S.265 ; Busche, MünchKommBGB, § 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 633 条 2 項 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 633 条 2 項 3 文の「過大な費用 (Aufwand)」が、同じ請負法の規定である 635 条 3 項では、「過大な費用 (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。

ことができるとしており、売買法における 439 条 3 項と類似している<sup>(77)</sup>。635 条 3 項における給付の過分性については、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指摘される<sup>(78)</sup>。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、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衡量によってなされるという点で、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後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、注文者によって一度仕事が完成され、引取り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

---

(76) Busche, MünchKommBGB, § 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 251 条 2 項、633 条 2 項 3 文、651c 条 2 項 2 文などに散在しており、これを 275 条 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」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）59 頁も参照。

(77) 売買契約における追完に関する研究は多いが、今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」関西大学法学論集 53 巻 4・5 号（2004 年）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、同「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 巻 4 号（2010 年）104、105 頁、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、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 巻 1 号（2010 年）1 頁、2 号（2010 年）1 頁、3・4 号（2011 年）1 頁、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 42 巻 2 号（2013 年）1 頁、原田・前掲注（12）76 頁以下等。

(78) Raab, AnwK-BGB, § 635, Rn.35.

に実行しなければならないとすることは妥当ではなく、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<sup>(79)</sup>。以上のことから、学説における支配的な見解は、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<sup>(80)</sup>。したがって、275 条 2 項及び 3 項の規定によればなお給付が要求されうる場合について、635 条 3 項は介入すべきであるとされている<sup>(81)</sup>。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。

以上のように、追完の限界は、給付に関する限界に対して、より低いものとして位置付けられる。追完請求権と本来的履行請求権の限界が異なる基準を置いていることは、そのまま、追完請求権と履行請求権の相違として示されうる。

### 3. 注文者による瑕疵除去 (Selbstvornahme)

一般給付障害法に対する瑕疵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相違であるとともに、多くの点において共通している売買法に対して、請負法に特徴的な規定であるといえる<sup>(82)</sup>。瑕疵責任

(79) Raab, AnwK-BGB, § 635, Rn.36.

(80) Busche, MünchKommBGB, § 635, Rn.38.

(81) BT-Drucks. 14/6040, S.265.

(82) 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 (BGB536a 条 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、意識的に自力修補を採用し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。

の適用時点をめぐる議論では、とりわけ、この自力修補に関する規定がいつから適用されうるかが実質的な問題として重要となっている。

注文者は、あらかじめ設定した追完のための相当な期間が、効果なく徒過した場合、自分自身で、又は第三者によって仕事の瑕疵を除去し、それに要した費用の賠償を、請負人に求めることができる(637条1項)。期間の設定は、323条2項に挙げられる場合(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(637条2項2文)には不要である。この自力修補については、瑕疵除去費用の前払いも要求することができる(637条3項)。自力修補は、「注文者自身による追完」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、注文者が実際に修補を行なったときは、請負人の追完権は排除される<sup>(83)</sup>。反対に、瑕疵を追完によって取り除くことができない場合、又は請負人に正当な追完拒絶権が認められる場合には、自力修補権も注文者に与えられない。なお、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、引き続き損害賠償を、場合によっては解除又は報酬減額を主張することができる(280条1項2文、323条6項)。追完の際と同様に、注文者は、自力修補に並んで、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。

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<sup>(84)</sup>。したがって、自力修補費用について前払請求権を行使した注文者が瑕疵の除去を行わなかった場合には、請負人からの返還請求が認められる場合がある<sup>(85)</sup>。

---

(83) Busche, MünchKommBGB, § 634, Rn.16.

(84) Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., 2014, S.272.

(85) Busche, MünchKommBGB, § 634, Rn.16.

#### 4. 報酬減額権

報酬減額権は、解除と同様に形成権として規定され、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 (323 条)。瑕疵の除去が不可能な場合には、当然に、この期間は必要ではない (323 条 5 項)。

また、請負契約の仕事が無価値なものである場合には、請負報酬額をゼロにすることができる。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、軽微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。ここで、報酬減額権については、解除に関する 325 条の規定に比較しうる規定を欠いており、とくに給付に代わる損害賠償との関係について、学説上見解の対立がみられる<sup>(86)</sup>。

#### 5. 解除権及び損害賠償請求権

##### (1) BGB における解除

634 条 3 号により、注文者は、仕事に瑕疵がある場合に、一定の要件のもと、契約を解除することができる。それにより、一般の給付障害法の解除規定である、323 条及び 326 条 5 項が適用され、346 条以下の解除の法的効果に従う。

---

(86) 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見解として、Busche, MünchKommBGB, § 634, Rn.34. 反対に、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). なお、この問題について、BGH 2017 年 1 月 19 日判決 (VII ZR 235/15) は、注文者が、報酬請求権の減額を有効に主張したのちにも、小さな損害賠償として給付に代わる損害賠償請求権を主張しうるという位置関係を明らかにしている。Vgl. Thode, Mängelansprüche vor Abnahme der Werkleistung: Minderung des Vergütungsanspruchs und kleiner Schadensersatz statt Leistung, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm. 1; Rast, GROSSKOMMENTAR, § 638, Rn.97ff.

仕事の瑕疵を取り除くことができる場合は、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、解除権を行使できる（634条3号、323条1項）。なお、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、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。解除権は、義務違反が重大でない場合（323条5項2文）には排除される。

## (2) 解約告知（Kündigung）の位置づけ

契約関係の解消という点において、一定の継続性を有する請負契約では、解除よりむしろ、解約告知のもつ意義が重要である。とりわけ、履行期間が長期に渡り、継続する建築契約においては、解除による原状回復は妥当ではない場合が多い。解除の結果として生じる、既履行部分の返還義務は、建築請負において、すでになされた給付の価値が、通常、巻き戻しにより失われることから、価格賠償を要することになる。これは、しばしば重大な紛争を招く。BGBは、請負契約について、648条<sup>(87)</sup>において、注文者からの自由な解約告知権について規定するほか、2017年の改正の際に新設された648a条は、当事者双方に対して重大な事由による解約告知を認めている<sup>(88)</sup>。このような解約告知は、これまでも解釈上認められてきたものであり、とくに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、この重大

---

(87) 2017年改正前の649条。

(88) BT-Drucks.18/8486, S.26. 648a条1項は、個々の場合におけるすべての事情及び双方の利益を十分に比較衡量して、仕事の完成までの契約関係の継続が期待され得ない場合に、重大な事由が存在すると規定する。同条5項により、注文者による自由な解約告知の場合と異なって、重大な事由による解約告知の場合には、請負人は、それまでになした仕事についての報酬に対する請求権のみを有することになる。また、重大な事由による解約告知は、損害賠償を排除しない（同条6項）。本条について詳しくは、拙稿・前掲注（41）79頁参照。

な事由による解約告知が重要なものとして位置付けられる<sup>(89)</sup>。

### (3) 損害賠償請求権

瑕疵に基づく損害賠償請求権については、解除権と同様に、一般給付障害法の規定が適用される。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、履行利益には、瑕疵損害と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、追完によって回復されうるものか否かによって判断され、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。

給付に代わる損害賠償は、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、いわゆる大きな損害賠償 (281 条 1 項 2 文、3 文) と、仕事を保持したまま、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 (281 条 1 項 1 文) に分けられる。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、瑕疵ある仕事の受取りを拒絶する結果として、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 (281 条 5 項)。大きな損害賠償の要件として、請負人の一部の給付について、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り (281 条 1 項 2 文)、解除と同様に、義務違反が重大でない場合には、これを行うことはできない (281 条 1 項 3 文)。一方、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。ここで、給付を保持したままでの小さな損害賠償の場合、この不

---

(89) ペーター・シュレヒトリム (岡孝訳) 「西ドイツ債務法改正の現況」下森定ほか『法政大学現代法研究所叢書 9 西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(法政大学出版局、1988 年) 684 頁以下も、「重大な理由にもとづく継続的関係の告知も、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」と指摘する。

利益は、仕事に残された価値の低下のほか、通常、瑕疵除去の費用によって算定されると解されてきた。このとき、瑕疵除去が実際に行われるかには関わらず、擬制的な費用の算定が認められていたが、この点については、近時、2018年2月22日のBGH判決<sup>(90)</sup>による判例変更がなされている。BGHは、これまでの解釈を変更し、実際に瑕疵除去を行わない場合に賠償されうる損害の額は、瑕疵のある実際の仕事の価値と、瑕疵がなかった場合に注文者が手にしえた仕事の価値との差額にとどまるとしている<sup>(91)</sup>。

## 6. 瑕疵に基づく請求権相互の関係

上述したように、瑕疵責任において列挙される注文者の救済手段について、ドイツ法では、債務法現代化前から変わらず、追完の優先原則が採られている。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か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説明される<sup>(92)</sup>。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<sup>(93)</sup>。

追完の優先原則が排除される場合を整理すると、以下のようになる。①追完不能の場合（275条1項）、②請負人が、真摯かつ終局的に追完を拒絶した

---

(90) BGH, Urt. v. 22.2.2018 VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463.

(91) このようなBGHの判例変更の意図には、過剰な賠償請求の問題が指摘されているが、実務に与える影響は重大である。この判決については、別の機会に検討を予定している。

Vgl. Schmidt, Revolution der Mängelansprüche des Auftraggebers, NJW-Spezial 2018, 428.

(92) Peters/Jacoby, Staudinger, § 634, Rn.36.

(93) Peters/Jacoby, Staudinger, § 634, Rn.5.



場合 (281 条 2 項、323 条 2 項 1 号)、③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 (281 条 2 項、323 条 2 項 3 号)、④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 (323 条 2 項 2 号)、⑤注文者に追完期間を置くことを期待しえないとき (636 条)、⑥請負人による正当な追完拒絶が認められる場合 (275 条 2 項、635 条 3 項) である。

## 7. 小括

一般給付障害法と請負契約法上に特別な瑕疵に対する責任規定の関係について、その効果の点から両者を対比すると、まず、時効について、瑕疵責任に特別な規定が置かれている。さらに、報酬減額権と、注文者による修補とその費用償還ないし前払請求は、瑕疵に基づく請求権としてのみ規定される。とりわけ、注文者自身による修補のための費用前払請求は、一般給付障害法と比較して、瑕疵に基づく請求権を追及する利点として挙げられ、引取り前における瑕疵責任の適用をめぐる問題において、実際上の意義を有するとして議論されている。

また、履行請求権と追完請求権の関係については、債務法現代化後において、学説上の対立がみられるところであるが、635 条 3 項における追完請求権の限界と、275 条 2 項・3 項における一次的な履行請求権の限界の判断は異なるものであると解するのが、支配的な立場である。この点については、瑕疵責任の適用時点をめぐる議論の中で、学説及び判例の展開をみることにする。

\* 本稿は、JSPS 科研費 JP17H07230 の助成による研究成果の一部である。