

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 (2)

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、42 卷 4 号)
- IV 瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論
 - 1. 債務法現代化前の議論状況
 - 2. 債務法現代化後の学説
 - 3. 建築契約法改正作業グループの提案
 - 4. BGH 2017 年 1 月 19 日判決 (以上、本号)
 - 5. BGH 2017 年判決後の学説
 - 6. 小括
- V ドイツ法のまとめ
- VI おわりに

IV 瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論

請負の瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論は、2017 年 1 月 19 日の三つの判決（以下、これらをまとめて BGH 2017 年判決とする。）において BGH がその見解を示すまで、まさに混迷といえる状態にあった。BGH 2017 年判決が示した理論には、学説上なお明確ではない点が指摘されているところではあるが、この問題に一定の指標を与え、長きにわたる議論の転換点となるものとして重要な意味をもつ。以下では、債務法現代化前の状況について簡単に確認したのちに、債務法現代化後の学説と、BGH 2017 年判決を中心に整理する。

1. 債務法現代化前の議論状況

瑕疵責任規定の適用をめぐる議論は、債務法現代化による規定の変更の前

後において、異なる展開をみせる。債務法現代化前の議論状況については、すでに詳細な研究が行われているため⁽⁹⁴⁾、ここでは必要な範囲で確認するにとどめたい。

(1) 一般給付障害法と瑕疵担保法の関係

請負における仕事の瑕疵は、契約の不履行であり、瑕疵担保責任規定は、一般給付障害法の特則と解されてきた。そして、瑕疵担保責任がいかなる特則性を有するかについて、債務法現代化前における議論は、瑕疵担保責任に基づき仕事のやり直しが認められるかという点を中心に展開された。1920年以降の通説を築いた 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、旧 633 条以下が瑕疵除去請求権のみを規定するという点を、「引取り」の概念によって理由付けた。Korintenberg は、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し、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、引き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、再度の履行にあたる仕事のやり直しを求めることはできないとの結果を生じさせると説明した。また、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。すなわち、この考えは、瑕疵除去請求権の範囲として、仕事のやり直しを認めないという解釈に支えられていた。このような有力説に対し、BGH1985年10月10日判決⁽⁹⁵⁾は、それまでの判例

(94) 下村・前掲注(15)480頁参照。

を変更し、瑕疵修補とやり直しが限界付けられず、瑕疵の性質、程度及び範囲によっては、仕事のやり直しは、引取りによっても排除されないことを示した。なお、1985年のBGH判決は、瑕疵除去に仕事のやり直しを含めるとしても、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りの性質を変えるものではない。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境界付け自体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付けられる。

なお、すでに確認したように、債務法現代化では、追完の概念のもとに、修補と仕事のやり直しが包含されることが条文上明らかにされた。

(2) 旧法における引取り前の瑕疵をめぐる問題

後述するように、瑕疵責任規定の適用時点をめぐっては、仕事の引取りや、引渡しより前に明らかとなった瑕疵の問題が重要な意味をもつ。債務法現代化前の旧634条1項2文は、瑕疵がすでに仕事の引渡し前に現れるときは、注文者は、直ちに瑕疵除去のための相当な期間を設定することができると規定していた。これによると、注文者は、仕事の引渡し前にすでに明らかとなった瑕疵について、その除去のために相当な期間を設定することができ、この期間の設定は、相当期間徒過後の瑕疵除去を拒絶する予告の意思表示とともになされる(旧634条1項1文)。この期間は、引渡しのために定めた期日前に満了することのないように設定しなければならないが、引渡期日が経過し、瑕疵除去のために定めた期間もまた効果なく徒過した場合は、注文者は直ち

(95) BGH, Urt. v. 10.10.1985 VII ZR 303/84, BGHZ 96, 111. 本判決について詳しくは、原田剛『請負における瑕疵担保責任 補訂版』(成文堂、2009年)16頁以下参照。

に、瑕疵担保責任に基づいて、報酬減額、契約の解除、さらに不履行を理由とする損害賠償を求めることができる⁽⁹⁶⁾。他方、注文者による瑕疵除去とそれに要した費用の償還請求を、引取り前に行うことができるかどうかについては、瑕疵担保責任規定に置かれるその他の手段とは異なり、旧 633 条 3 項が、請負人の瑕疵除去が遅滞に陥った場合に、注文者による瑕疵除去が認められると規定していたことから、別の議論を必要とした⁽⁹⁷⁾。これについて、旧 634 条 1 項 2 文の法意から、請負人の瑕疵除去は、原則として合意した履行期日の到来前に遅滞に陥らないとされ、やはり履行期前には、自力修補権も行使することができないとされる⁽⁹⁸⁾。以上から、注文者は、瑕疵除去請求については、引取り前かつ履行期前にすでに可能であるが、二次的な権利である自力修補、報酬減額、解除及び損害賠償請求については、履行期日より後に、瑕疵除去のための相当期間が効果なく徒過することによって行使可能になる。旧法がこのような構造をとる趣旨として、本来予定した履行期前に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、履行期までの仕事の製作について自由に決定することができるという請負人の権限が損なわれることが指摘される⁽⁹⁹⁾。

一方、この原則的な枠組みに対して、例外的に履行期前の権利行使が可能な場面が議論される。旧法下の判例は、合意した履行期日が守られないことが明らかである場合、具体的には、請負人が、引取り前にすでに瑕疵除去を真摯かつ終局的に拒絶したときは、履行期日の徒過を待つことなく、注文者による瑕疵除去を認めている⁽¹⁰⁰⁾。また、履行期前の契約解除、報酬減額及び

(96) Vgl. Joussem, *Mängelansprüche vor der Abnahme*, BauR 2009, 319.

(97) なお、自力修補権についてのみ置かれていた瑕疵除去の遅滞要件は、債務法現代化により、追完のために定めた期間の徒過に改められた。

(98) Vgl. Joussem, BauR 2009, 319.

(99) Vgl. Fölnovic, BauR 2008, 1360 (1365).

(100) BGH, *Urt. v. 16.11.1998 X ZR 7/92*, NJW 1994, 942=BauR 1994, 242.

損害賠償についても、これらを認める場合があるが⁽¹⁰¹⁾、上述した請負人の製作に関する自由な決定の利益を考慮して、そのような例外は、限定的に解される。

以上の状況に対し、債務法現代化後の BGB は、旧 634 条 1 項に比較しうる規定を欠いており、学説上激しい議論が生じている。

2. 債務法現代化後の学説

瑕疵責任規定の適用時点について、債務法現代化後の学説上、いくつかの異なる考え方が示される。これらの見解はさらに、原則的な適用時点に対して、複数の例外場面を肯定する。原則的な適用時点について同一の見解に立つ学説であっても、例外を認める場面について必ずしも一致しているわけではない。したがって、原則と例外の組み合わせは、論者ごとに多様なバリエーションをもって展開されている。また、例外をめぐる議論では、建築契約を中心に論じられる特殊な問題として、履行期前の瑕疵をめぐる議論が交錯し、さらに複雑な状況が示される。そこで、まず、瑕疵責任規定の適用についての原則をどのように捉えるかについて学説の議論をみた後に、例外とされる場合を整理することとしたい。

(1) 原則としての適用時点

a) 時的区分を不要とする見解

一般給付障害法と瑕疵責任法の適用をめぐるっては、学説の多くは、債務法現代化前と同様に、両規定の境界付けが必要であるとする。これに対して、一部の見解は、一般給付障害法と瑕疵責任法の境界として、何らかの時的区

(101) 履行期前の義務違反については、とくにその要件論において重要な問題があるが、本稿ではこの点に立ち入ることはできない。この問題について詳細に論じるものとして、松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』（有斐閣、2013年）がある。旧 634 条 1 項 2 文と履行期前解除の問題について、同・310 頁以下を参照。

分は必要ではないとする⁽¹⁰²⁾。後者の見解の代表的な論者である Vorwerk は、旧法が一般給付障害法に対する瑕疵担保法の優先を認めていたことにより、どのような場合に一般給付障害法が適用され、また、いつから瑕疵担保法が効力を生じるのかが境界付けられなければならなかったという⁽¹⁰³⁾。そして、債務法現代化法における立法者の目的は、瑕疵担保法の特殊な地位を取り除き、義務違反に一元化することであったと強調する。この目的によって、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の振り分けを導くかどうかについて、問題の基礎が失われているとする⁽¹⁰⁴⁾。

Vorwerk は、引取りが瑕疵責任法を適用可能とする時的区分としての意義を有さないことの理由として、追完請求権と履行請求権との本質的な同一性を指摘する。仕事のやり直しである新たな製作が、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、さらに、どのような方法で瑕疵除去を行うかについては、追完の場面においてもなお請負人に委ねられていることから、追完の際にも、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⁽¹⁰⁵⁾。

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日の到来は、文言上根拠がなく、時間上の境界として、もはや必要ではないとの見解を示す⁽¹⁰⁶⁾。

b) 引取り時を基準とする見解

学説の有力な見解は、従来通説と同様に、引取りを瑕疵責任規定の適用基準とする⁽¹⁰⁷⁾。その前提として、一般給付障害法と瑕疵責任法には違いがあり、

(102) Vorwerk, BauR 2003, 1 (9f) ; Weise, Mängelrechte vor der Abnahme, NJW-Spezial 2008, 76.

(103) Vorwerk, BauR 2003, 1 (9).

(104) Vorwerk, BauR 2003, 1 (10).

(105) Vorwerk, BauR 2003, 1 (9).

(106) Weise, NJW-Spezial 2008, 76.

瑕疵責任規定は、特別なルールを示しているとする。具体的には、条文上明らかかな点として、注文者には、634条以下の適用のもとでのみ、報酬減額及び自力修補の権利が与えられる。また、時効期間についても特別な規定が置かれていることから、両規定の適用を画する時点が必要であるとされる。さらに、引取りによって瑕疵に基づく権利の消滅時効の進行が開始すること、危険の移転及び瑕疵の立証責任の移転が引取りと結び付けられることから、瑕疵責任規定が引取りの後に適用されることが予定されていると指摘される⁽¹⁰⁷⁾。

引取り時基準説は、条文上、引取りが重要な効果を生じさせる時点であること以外にも、いくつかの理由を挙げる。まず、Voitは、仕事の引取りないし危険の移転時にはじめて、合意した契約内容と対比しうる、すなわち、瑕疵判断を可能とする仕事の具体化が生じるとする⁽¹⁰⁸⁾。Joussenも、請負人は、瑕疵のない仕事の調達義務(Verschaffungspflicht)を負い、その給付の結果は、引取りの時点で判断されるべきであるとする⁽¹⁰⁹⁾。

次に、VorwerkやWeiseが、履行請求権と追完請求権との同質性から、両者を区別する必要はないとしたのとは対照的に、引取り前における履行請求

(107) Voit, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB, 2.Aufl., Bd.2, 2008, § 634 Rn.2ff (以下、Bamberger/Rothで引用する。) ; ders, Die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor der Abnahme, BauR 2011, 1063 ; Joussen, Mängelansprüche vor der Abnahme, BauR 2009, 319 ; Palandt/Sprau, Bürgerlichen Gesetzbuch, 74. Aufl., 2015, S.1034 (§ 633 Rn.7) ; Peters/Jacoby, Staudinger, § 634 Rn.11 ; Raab, AnwK-BGB, § 634 Rn.28 ; Schwenker, in: Erman, Handkomm., BGB, 12. neu Aufl., 2008., § 633 Rn.21 ; Sven Hartung, Die Abnahme im Baurecht, NJW 2007, 1099 ; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts 4. Aufl. 2014, 6.Teil Rn.2 (以下、Kompendium des Baurechtsで引用する。) など。引取りがない場合の例外を広く認める見解として、Folnovic, BauR 2008,1360.

(108) Voit, BauR 2010,1063 (1070f).

(109) Voit, Bamberger/Roth, § 634 Rn.3.

(110) Joussen, BauR 2009, 319 (323). Joussenは、追完は、「瑕疵ある仕事」を前提とし、瑕疵があるかどうかの判断について、引取りが唯一の結合時点(Anknüpfungspunkt)であると述べる。Joussen, BauR 2009, 319 (324).

権と、引取り後の段階における追完請求権は区別されていると指摘する⁽¹¹¹⁾。瑕疵責任の効果の箇所、追完請求権の限界についてすでに触れたが、ここで再度確認しておきたい。VoitとJoussenは、概ね一致した見解のもと、次のように述べる。追完請求権は、概念上、履行段階が終了したことを前提とし、引取りの際に初めて、請負の給付は、その状況に至る⁽¹¹²⁾。請負人は、製作段階の間に瑕疵のない労務を義務付けられるのではなく、合意した時点において、注文者に瑕疵のない仕事を調達する義務を負う。この時点は、上述したように、引取りに結び付けられる⁽¹¹³⁾。さらに、履行請求権と追完請求権は、635条3項の適用の結果、追完請求権においては、追完費用の過分性判断の点で履行請求権よりも低い限界が置かれる。そこから、注文者が、引取りによって、仕事に本質的な瑕疵がないという承認をすることなしに、635条3項の適用を受けることは適当ではないとする⁽¹¹⁴⁾。以上の理由から、履行請求権と追完請求権は、相並んで存在せず、時間上区別されなければならないと指摘する。

また、Peters/Jacobyも、634条以下の瑕疵責任規定の適用の起点は、履行段階が終了し、追完請求権が生じる時、すなわち、引取り時であると述べる⁽¹¹⁵⁾。

なお、「引取り」ではなく、「危険の移転」時とする見解もあるが⁽¹¹⁶⁾、引取りと危険の移転の効果が明文上結び付けられていることから、ここでは、引取り時基準説とともに扱うこととする。

(111) Kniffka, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Rn.2.

(112) Joussen, BauR 2009, 319 (324); Voit, Bamberger/Roth, § 634 Rn.2.

(113) Voit, Bamberger/Roth, § 634 Rn.3; Joussen, BauR 2009, 319 (323).

(114) Joussen, BauR 2009, 319 (326); Voit, Bamberger/Roth, § 634 Rn.3.

(115) Peters/Jacoby, Staudinger, § 634 Rn.11.

(116) Palandt/Sprau, Bürgerlichen Gesetzbuch, 74. Aufl., 2015, S.1034 (§ 633 Rn.7); Raab, AnwK-BGB, § 634 Rn.28; Joussen, BauR 2009, 319; Kniffka, Kompendium des Baurechts, 6. Teil, Rn.3. など。Folnovic, BauR 2008, 1360 (1364) は、引取りなしに危険の移転が生じる注文者の受領遅滞の場合を、引取り前の瑕疵責任規定適用の例外場面として整理する。

c) 引取り義務が生じる状態 (Abnahmereife) を基準とする見解⁽¹¹⁷⁾

Busche は、634 条に示される規定が、条文上、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、請負人による仕事が、引取り義務が生じる状態 (Abnahmereife) に達した時を、634 条以下の規定が適用可能となる時点とする。その理由として、仕事に瑕疵があることは、請負人による仕事の完成があった時から判断可能となり、また、その時まで、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られていることを挙げる⁽¹¹⁸⁾。なお、引取り時基準説が、瑕疵に基づく権利の時効の開始を、引取り時を基準とする根拠として挙げていたのに対し、Busche は、この点や、報酬債権の履行期到来を生じさせる引取りの効果と、634 条以下の適用に関する要件とは結び付けられないとしている。つまり、Busche によれば、634 条以下は、製作された仕事に瑕疵があることを要件に生じる権利を規定しているのであるから、「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完成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いう。

d) 履行請求権の履行期 (Fälligkeit) を基準とする見解⁽¹¹⁹⁾

さらに、634 条以下の規定の適用時点を、原則として、履行請求権の履行期、すなわち、契約で合意した完成期日とする見解がある⁽¹²⁰⁾。

この見解は、引取り時基準説に対する批判として、注文者が、本質的な瑕

(117) Busche, MünchKommBGB, § 634 Rn.3.

(118) Busche, MünchKommBGB, § 634 Rn.3.

(119) Sienz, Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, 181 (184) Vgl.Jansen, Die Mangelrechte des Bestellers im BGB-Werkvertrag vor Abnahme, 2010, S.37. 例外として認める見解として、Folnovic, BauR 2008,1360 など。

(120) Sienz, BauR 2002, 181 (184); 例外の場合として、Folnovic, BauR 2008,1360 (1363) など。

疵を理由に正当に引取りを拒絶した場合に、634条以下の適用が排除されることは、結果として瑕疵責任に独自の自力修補及び報酬減額の手段を注文者に与えず、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」と指摘する⁽¹²¹⁾。すなわち、仕事の本質的な瑕疵を認識した注文者は、引取り時基準説によると、重大な瑕疵があるにもかかわらず、634条以下にのみ規定される権利を行使するために、引取りを強制されることになるとして適切ではないとする。なお、後述するように、引取り時基準説の多くは、正当な引取拒絶を例外場面として、瑕疵責任規定の適用を肯定している。

(2) 履行期前に生じた瑕疵をめぐる問題

冒頭で述べたように、瑕疵責任規定の適用時点をめぐる問題は、体系上の観点とはやや異なる文脈のもとでも議論されている。とりわけ、適用時点の例外をめぐる、建築請負のように長期の履行期間を伴う契約に特殊な問題として、仕事の完成期日より前に契約内容に反する状態が生じていることが明らかとなった場合に、瑕疵責任規定を持ち出すことが可能かという点が論じられる⁽¹²²⁾。本稿は、履行期前に生じた瑕疵の問題について直接検討するものではないが、瑕疵責任規定の適用時点の例外をめぐる議論において重要な意味をもつことから、学説の問題意識を確認しておきたい。この点、BGBは、履行期前の注文者の権利として、一定の要件のもとで契約を解消する手段を置く。また、VOB/Bは、このような場面について、BGBとは異なる詳細な定めを置いている。

(121) Folnovic, BauR 2008,1360 (1363). なお、引取拒絶については、2017年改正で変更が加えられている点については上述したとおりである。

(122) Folnovic, BauR 2008, 1360 ; Jousen, BauR 2009, 319 ; Schlier, a.a.O. など。なお、これらの学説において問題の中心となっている履行期前の瑕疵に対する責任は、建築契約を念頭に論じられていることから、そこでの議論の射程には注意を要する。

i) 323 条 4 項による解除規定

323 条 4 項は、履行期に解除の要件が生じることがすでに明らかな場合に、その履行期前に解除を可能とする。例えば、すでに生じた瑕疵の除去が不可能であるか著しく困難である場合、さらに、請負人が、瑕疵除去を真摯かつ終局的に拒絶していることにより履行期日までに瑕疵の除去が行われないことが明らかな場合が想定される。323 条 4 項は、2002 年の債務法現代化において、旧法下の BGH 判決によって肯定されていた、義務違反の差し迫った危険に対する債権者の解除権が明文化されたものである。

ii) 重大な事由による解約告知

重大な事由による解約告知は、2017 年の改正によって現行 648a 条に明文化されたものであるが、債務法現代化より前から、判例上、注文者の請負人に対する信頼が失われた場合に肯定されていた⁽¹²³⁾。しかし、履行期前の瑕疵の発生は、それのみによって当事者の信頼関係の喪失を導くものではない。その他の事由により、請負人の専門的能力に対する注文者の信頼が破壊されたといえる場合に限られ⁽¹²⁴⁾、その要件において、323 条 4 項の場合と類似する。

iii) VOB/B の規定

VOB/B 4 条 7 項は、受注者の仕事の製作中にすでに契約内容に反する状態が明らかになった場合について定める。まず、受注者は、この瑕疵を、自己の費用で取り除かなければならず (VOB/B 4 条 7 項 1 文)、受注者に過失がある場合は、瑕疵によって生じた損害を賠償しなければならない (同条同項 2 文)。さらに、受注者が、瑕疵除去を行わないとき、発注者は、瑕疵除去のための相当な期間を、その期間が効果なく徒過した場合には当該契約を解約

(123) BGH, Urt. v. 26.11.1959 VII ZR 120/58, BGHZ 31, 224=NJW 1960, 431. Vgl. Raab, AnwK-BGB, § 649 Rn.32; Busche, MünchKommBGB, § 649 Rn.32.

(124) Schlier, a.a.O., S. 46.

告知する予告とともに設定することができる（同条同項3文、VOB/B 8条3項）。ここで、BGB旧634条のように、除去のための期間が履行期前に経過することを妨げる規定は置かれていない。したがって、発注者は、引取り前かつ履行期前に、瑕疵のない給付についての補償を求めることができるとされ、この点でBGBとは異なる取り扱いがされている⁽¹²⁵⁾。なお、この場合に瑕疵の重大性は問題とならない。

iv) 履行期前の瑕疵をめぐる学説上の議論

原則として、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、請負人に瑕疵を除去するよう指摘したとしても、請負人は約束した期日までに契約どおり製作すると応じれば済む。しかし、履行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、履行の遅れや、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。そこで、請負契約の性質上、しばしば長期にわたる仕事の製作段階において注文者に何らかの手段が与えられるべきであるとされる。この問題を解決すべきという点で学説の認識は一致しているが、その手段として、323条4項による解除ないし重大な事由による解約告知で足りるとする見解⁽¹²⁶⁾と、瑕疵責任に規定されるその他の権利行使を認めるべきとする見解に分かれている。例えば、履行期前の瑕疵責任規定の適用を認めるべきとするFolnovicは、323条4項による解除ないし重大な事由による解約告知の手段では、注文者の利益保護のために十分ではなく、とりわけ実質的な意味をもつのは、注文者による自力修補権の行使の可否であるとする⁽¹²⁷⁾。また、Schlierは、解除ないし解約告知が認められる場合でも、瑕疵修補請求

(125) Voit, in : Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3.Aufl. 2018, § VOB/B 4 Rn.28.

(126) Voit, BauR 2011, 1063 (1073).

(127) Folnovic, BauR 2008,1360.

と注文者による修補のための費用前払請求が認められない点で不都合であるとして、契約の解消を強制されるのではなく、請負人が、製作段階への注文者の介入を許容し、当事者双方が契約を継続しうる手段が利益適合的であるとする。

さらに、323 条 4 項による解除ないし重大な事由による解約告知が可能な場合に、瑕疵に基づく権利行使を認めようとする見解のほかに、323 条 4 項による解除ないし重大な事由による解約告知の要件とは別に、履行期前に明らかとなった「瑕疵の重大性」に基づいて、責任追及の余地を検討するものがみられる。例えば、Schlier は、請負契約の性質上、履行期日に瑕疵が存在することが明白かどうかは、瑕疵の種類及び程度、さらに履行のために残された時間に依存し、その判断は困難を伴うと指摘し、323 条 4 項による解除と重大な事由による解約告知は、その厳格な要件を前に、注文者保護のために十分な解決方法ではないとする⁽¹²⁸⁾。

以上の履行期前の瑕疵の問題は、次の (3) 瑕疵責任規定適用の例外とされる場面において、ii) 請負人による履行拒絶ないし履行が不可能な場合、iv) 履行期前の重大な瑕疵、v) 予定より早い仕事の終了 (解約告知) として議論される。

(3) 瑕疵責任規定適用の例外場面

例外とされる場面は、論者により、また、何を原則とするかによって当然に異なるが、ここでは、網羅的に整理することとしたい。

i) 注文者による正当な引取拒絶

引取り時基準説の多くは、注文者が、本質的な瑕疵を理由に正当に引取りを拒絶したときは、例外的に瑕疵に基づく権利を行使しうるとする⁽¹²⁹⁾。これ

(128) Schlier, a.a.O., S. 50f.

によって、注文者は、瑕疵に基づく権利の行使のために引取りを強制されることはないとして、上述したような履行期基準説からの批判に対応する。なお、引取り時基準説の代表的な論者である Voit は、正当な引取拒絶の場合には、請負人はすでに仕事を引取り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として、これを肯定する⁽¹²⁹⁾。

一方、注文者の正当な引取拒絶の場合にも、瑕疵責任規定の適用を認めない見解として、Peters/Jacoby は、注文者が引取りをしないとき、それが正当な拒絶か不当な拒絶かにかかわらず、いずれの場合についても、契約は履行段階にとどまるとして、634 条 2 号、637 条に基づく自力修補についての権利は生じないと主張する⁽¹³¹⁾。

ii) 請負人による履行拒絶及び履行が不可能な場合

履行期前の瑕疵の問題として、323 条 4 項による解除ないし重大な事由による解約告知が肯定されうる場面として示される。請負人が仕事を引取りに供せず、引き続きの履行を拒絶する場合、又は、履行が不可能である場合について、瑕疵責任規定の適用を認めるべきとされる⁽¹³²⁾。なお、瑕疵責任規定の適用のために、契約の解除ないし解約告知によって契約関係を終了させる

(129) Folnovic, BauR 2008,1360 (1363) ; Raab, AnwK-BGB, § 634 Rn32 ; Voit, Bamberger/Roth, § 634 Rn.23.

(130) Voit, BauR 2011, 1063 (1072f).

(131) Peters/Jacoby, Staudinger, § 634 Rn.11. なお、Peters/Jacoby は、自力修補権を含めた引取り前の瑕疵責任規定の適用を、解約告知の場合にのみ認める。ここで、Peters/Jacoby は、瑕疵責任規定にのみ置かれているもう一つの権利である減額については、その他の場面においても認めている点に注意が必要である。

(132) Folnovic, BauR 2008,1360 (1363, 1366) ; Busche, MünchKommBGB, § 634 Rn.4 Jansen, a.a.O., S.78f. ; Raab, AnwK-BGB, § 634 Rn31;Kniffka, Kompendium des Baurechts, 6.Teil, Rn.5.;Peters/Jacoby, Staudinger, § 634 Rn.13 は、解除と減額のみ肯定する。

必要があるかどうかについては、必ずしも明確ではない。

他方、履行期前の瑕疵の問題について、瑕疵責任規定を持ち出す必要はないとする Voit は、請負人による履行拒絶については、323 条 4 項による解除権又は重大な事由による解約告知により、正当な手段が与えられるとして、瑕疵責任規定の適用を認めない⁽¹³³⁾。

iii) 注文者による履行請求権の放棄 (Verzicht)

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瑕疵除去のための期間の設定と、その経過により、瑕疵に基づく権利が生じるとしていたことから、現行法においても、注文者が、仕事を引き取らず、履行請求権を放棄した場合について、瑕疵に基づく権利の行使を肯定すべきとする⁽¹³⁴⁾。この例外を主張する Busche は、この場合に、債務者である請負人の立場は害されないとするが⁽¹³⁵⁾、厳格な引取り時基準説に立つ Voit は、一方的な請求権の放棄という観念自体がなじみのないものであると指摘するほか、追完請求権が履行請求権の延長として理解されるのに対し、追完請求権を失うことなく履行請求権を放棄しうることは根拠付けられないとする⁽¹³⁶⁾。

iv) 履行期前の重大な瑕疵

履行期前の瑕疵問題について、上記 ii) 請負人による履行拒絶及び履行が不可能な場合には、瑕疵に基づく権利行使を認める見解が多いが、それとは別に、履行期前にすでに重大な瑕疵が生じ、引取りの時点においてもそれが取り除かれないことが明白な場合についても、瑕疵に基づく権利を行使しう

(133) Voit, BauR 2011, 1063 (1073).

(134) Folnovic, BauR2008,1360 (1364); Busche, MünchKommBGB, § 634 Rn4 ; Genius, juris § 634 Rn97.

(135) Busche, MünchKommBGB, § 634 Rn4.

(136) Voit, BauR 2011, 1063 (1074).

るかが議論される。すでに述べたように、Schlier は、これを肯定する⁽¹³⁷⁾。他方、Voit は、このような場合についても、履行期前の解除又は重大な事由による解約告知の要件のもとで対応しうるとする⁽¹³⁸⁾。

v) 予定より早い仕事の終了・瑕疵を理由とする解約告知

建築契約の場合にしばしば生じるものとして、解約告知がある。このとき、既履行部分の瑕疵について、瑕疵責任規定の適用が肯定される。BGH は、一部の仕事についての引取義務を認めており⁽¹³⁹⁾、これにより、瑕疵に基づく権利は、引取りによって初めて主張できるのか、又は、予定より早く契約関係が終了したことによってすでに瑕疵に基づく権利が生じるのかが問題とされる。学説の多くは、予定より早い仕事の終了を、例外の場合として、634 条以下の瑕疵責任規定の適用を肯定する⁽¹⁴⁰⁾。Raab は、請負における解約告知は、将来に向けて請負人の仕事の製作義務を排除するものであり、既履行部分の仕事に瑕疵がある限りで、注文者は、瑕疵除去を求めることができるとする⁽¹⁴¹⁾。

なお、すでに述べたように、解約告知には、注文者からの自由な解約告知権（648 条）と、重大な事由による解約告知権（648a 条）があり、後者については、履行期前に生じた瑕疵に対する手段としても問題となる。

vi) 履行期日の徒過

(137) Schlier, a.a.O., S. 50f.

(138) Voit, BauR 2011, 1063 (1074).

(139) BGH, Urt. v. 19.12.2002 VII ZR 103/00, BGHZ 153, 244, 250f.= NJW 2003, 1450.

(140) Joussem, BauR 2009, 319 (330) ; Voit, BauR 2011, 1063 (1074); Peters/Jacoby, Staudinger, § 634 Rn.11; Busche, MünchKommBGB, § 634 Rn.4 ; Kniffka, Kompendium des Baurechts, 6.Teil, Rn.3. ; Krause-Allenstein, in : Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rn.12 ; Raab, AnwK-BGB, § 635 Rn8.

(141) Raab, AnwK-BGB, § 635 Rn8 ; Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363) も、解約告知による予定より早い契約関係の終了の場合に、瑕疵責任規定の適用を肯定する。

瑕疵責任規定の原則上の適用時点を履行期の到来とする見解が示されるのに対して、原則として引取り時基準説に立つ Folnovic は、履行期日に瑕疵があることがすでに注文者に認識可能な場合は、例外として、引取りなしに瑕疵に基づく権利の行使を肯定すべきとする⁽¹⁴²⁾。他方、厳格な引取り時基準説に立つ Voit は、当事者が合意した履行期日に契約どおりの仕事がなされていない場合、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して、履行期日の徒過による瑕疵責任規定の適用を否定する。Kniffka もまた、履行期到来後から引取りまでの間の関係について、履行期日に仕事が瑕疵あるものとして提供されただけでは履行段階は終了せず、したがって、瑕疵に基づく権利は存在しないとする⁽¹⁴³⁾。

以上に挙げた例外のほか、引取擬制が生じたときを例外とする見解もあるが、引取りが「擬制」されるのであるから、このときには瑕疵責任規定の適用を認めるとする見解が多数である⁽¹⁴⁴⁾。

vii) 清算関係の発生

学説の中には、いくつかの例外とされる場面について、包括的にこれらを説明付けようとする見解がある。Joussen は、予定された時点より前の危険の移転と、予定より前の契約の終了（解約告知）を挙げ、このような、引取りに比較しうる契約の清算（Abwicklung）の場面にも、例外的に瑕疵責任規定の適用を認めるべきとする⁽¹⁴⁵⁾。また、Kniffka は、何によって瑕疵に基づく権利が生じるかという理論は、契約の履行がそれ以上問題とならない場合、

(142) Folnovic, BauR 2008,1360.

(143) Kniffka, Compendium des Baurechts, 6.Teil, Rn.3.

(144) Voit, BauR 2011, 1063 (1075); Peters/Jacoby, Staudinger, § 634 Rn.12.

(145) Joussen, BauR 2009, 319 (332).

すなわち、清算関係（Abrechnungsverhältnis/Abwicklungsverhältnis）があるときに矛盾なく考えられると述べる⁽¹⁴⁶⁾。清算関係は、注文者が、引取りを拒絶して瑕疵除去を求めたが、請負人がこれを拒絶したときに生じ、その場合には、報酬の減額、注文者自身による修補費用前払い又は費用償還を求めることができるとする⁽¹⁴⁷⁾。

(4) 債務法現代化後の学説における対立点

以上のように、多くの見解は、瑕疵責任規定の適用について、原則的な適用の基準時に対する例外を認めるが、そこでは、責任規範の境界付けをめぐる理論的な問題と、特殊な問題といえる履行期前、すなわち仕事完成前の瑕疵の問題が必ずしも明確に区別されないままに論じられており、見通しにくい議論状況を生じさせている。そこで、瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論全体から導かれる学説の対立点について、若干の整理を試みる。

i) 履行請求権と追完請求権の関係

原則的な適用時点をめぐる議論において、一般給付障害法と瑕疵責任法の相違が問題となる。この点は、主に履行請求権と追完請求権の関係という問題として議論される。すでに述べたように、時的区分を必要としない a) 説は、履行請求権と追完請求権の本質的な同一性を主張し、何らかの区分を必要とする見解の有力説である引取り時基準説と対立する。

ii) 瑕疵の判断時点

瑕疵責任規定の原則的な適用時点について時的区分を必要とする見解は、請負の仕事に瑕疵があるか否かの判断がいつから可能であるかという点につ

(146) Kniffka, Kompendium des Baurechts, 6. Teil, Rn.3, Rn.4.

(147) Kniffka, Kompendium des Baurechts, 6. Teil, Rn.3.

いて、それぞれ異なる見方を示している。引取り時基準説の代表的論者である Voit は、引取り前においては、請負人の仕事がなお具体化しておらず、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。これに対して、引取り義務が生じる状態（Abnahmereife）に至った時に瑕疵判断が可能であるとする見解、さらに、履行期日の到来によって瑕疵判断ができるとする見解が示される。

iii) 引取りによるその他の効果との関係

引取り時基準説が、その根拠において、瑕疵に基づく権利の消滅時効の進行開始、危険の移転及び瑕疵の立証責任の移転が、条文上引取りと結び付けられていることから、瑕疵責任規定の適用についても転換点であるとするのに対して、その他の見解は、これらの法的効果と瑕疵責任規定の適用時点の問題を接続することは理由付けられないとする。

iv) 引取りの強制をめぐる問題

引取り時基準説に対する批判の中心は、瑕疵責任規定の適用のために、正当な引取拒絶権を有する注文者が、引取りを強制されるかという点である。引取り時基準説の多くは、正当な引取拒絶が認められる場合について、例外的に引取りを不要とする。これに対して、少数説ではあるが、634条2号、637条に基づく自力修補権を行使するためには、注文者は引取りを要するとする見解があった。

v) 履行期前における瑕疵責任規定の適用

この点については、すでに述べたように、原則として、約束した履行期日までに仕事を完成する義務を負う請負人に対して、注文者が、より早い時点で瑕疵に基づく権利を行使しうるかという問題について、その場面をどのような要件の下で整理するかも含め、異なる考え方が示されていた。

vi) 瑕疵に基づく個々の権利の位置付け

瑕疵に対する責任追及の手段として、第一に追完請求権が置かれる。注文者の権利のうち、学説上、何らかの時的区分によって限界付けられる相違として明確に議論されているのは、上述したように、履行請求権と追完請求権の関係である。他方、二次的な責任追及手段については、瑕疵責任規定にのみ規定される自力修補権の行使が議論の中心となっている。契約の解除や、その他の金銭による解決の手段とは異なり、注文者による修補は、その権利の性質上、「注文者による履行」であることから、請負人の履行段階への介入が問題になるとされる。契約の解除及び給付に代わる損害賠償は、一般給付障害法の規定を参照することから、瑕疵責任規定との適用関係を論じる意義はそれほど大きくないと指摘される⁽¹⁴⁸⁾。なお、報酬減額も瑕疵責任規定にのみ規定される注文者の責任追及手段であるが、これについては、学説の見方は一致していない。減額については、引取り前においても認められるとする見解もあるが、引取り前に瑕疵が問題となる場合、金銭上の調整は、終局的には報酬減額がなくとも可能であることを指摘するものがある⁽¹⁴⁹⁾。このように、瑕疵責任規定の中でも、個別の権利ごとに異なる位置付けをする見解がみられる。

3. 建築契約法改正作業グループの提案

2017年の建築契約を中心とする改正議論の中でも、引取り前の瑕疵責任規定の適用をめぐる問題は検討されていた。2010年に当時の連邦司法省(BMJ)⁽¹⁵⁰⁾に設置された改正作業グループは、2013年の最終報告において、以下の立法

(148) Joussem は、即時の解除及び損害賠償について規定する 636 条は、追完の限界について規定する 635 条 3 項と密接に関わりあうことから、この点では、636 条が引取り前に適用されるかどうかは問題となると指摘する。Joussem, BauR 2009, 319 (321).

(149) Joussem, BauR 2009, 319 (322).

提案を示した⁽¹⁵¹⁾。この立法提案を含む瑕疵責任規定の変更は、政府草案では取り入れられなかったが、一定の立法提案を示したものとして重要であるとともに、後述するBGH 2017年判決は、この改正作業グループの提案とも異なる解釈論を示したとされていることから、ここで、その内容を確認しておきたい。

- ・BGBにおいて、634条以下の瑕疵に基づく権利は、仕事の給付に関して、注文者に引取り後に初めて存在することを明確にすべきである。
- ・限定された要件の下で、建築物の注文者に、履行段階の間にすでに、280条、281条、323条の一般給付障害法を超える一定の権利が与えられるべきである。
- ・この権利は、履行に関し、契約どおりの給付からの危機的に相違する履行があるときにのみ存在すべきである。
- ・注文者は、そのとき、請負人に、契約どおりの状態からの危機的な相違の除去を求めることができ、また、323条2項、636条に言及される理由により不要とされない限りで、請負人に、そのために相当な期間を置かなければならず、
- ・効果のない期間の徒過後、注文者は、請負人に対して、契約をすべて、若しくは一部解約告知するか、又は、履行を危機的とする相違の除去を、請負人の費用により自身で行うことを表明することができる。
- ・注文者が、期間の徒過後に意思の表明をしないとき、仕事の結果の製作に対する請負人の義務は、存続すべきである。

改正作業グループの最終報告は、瑕疵責任規定が、引取り時から適用され

(150) 現在の連邦司法・消費者保護省 (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz : BMJV)。

(151) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, [〈https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht.pdf〉](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht.pdf), S.41.

ることの明文化を提案する。その理由において、引取りが、危険の移転、時効及び瑕疵の立証責任について、体系上中心的な意味を有していることを考慮し、原則として、瑕疵に基づく権利の主張を引取りに結び付けるべきであるとする⁽¹⁵²⁾。また、請負人の瑕疵のない仕事の移転が、引取り時に義務付けられていると述べる。一方で、建築契約において、製作の段階にすでに認識された瑕疵をより早く除去することについての注文者の利益を考慮する必要性も指摘する。改正作業グループは、一般給付障害法が定める解除及び損害賠償の手段は、建築契約について不十分であるとし、製作段階における瑕疵責任規定の適用可能性を認める。なお、注文者の製作段階への介入可能性は限定的であるべきとし、323条4項の履行期前の解除の要件によって方向付けられるとする⁽¹⁵³⁾。改正作業グループの表現によると、契約どおりの給付に対して履行を危機的とする相違がある場合に、注文者による自力修補が認められる。この場合にも、原則として、請負人に瑕疵除去のための相当期間が置かれる必要がある。また、瑕疵除去期間の設定において、解約告知の予告を要するかについて議論されたが、上述した提案では、解約告知の予告とは結び付けられず、瑕疵除去期間の徒過後、注文者は、解約告知をするかどうか選択可能な状態に置かれる。すなわち、この点で、改正作業グループは、VOB/Bの規定とも異なる提案を意識的に示している⁽¹⁵⁴⁾。

4. BGH 2017年1月19日判決

BGHは、債務法現代化法のもとで、自らの立場を明らかにしておらず、下

(152) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, a.a.O.,S.42.

(153) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, a.a.O.,S.42.

(154) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, a.a.O.,S.43.

級審判決では、見解が分かれていた。例えば、OLG ハム 2014 年 8 月 19 日判決⁽¹⁵⁵⁾ は、請負人が、仕事を完成したとして注文者に供したが、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、瑕疵の除去を終局的に拒絶した事案である。したがって、注文者による引取拒絶と請負人による瑕疵除去の終局的な拒絶があった場合であるが、自力修補を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て、引取りなしに自力修補権の行使を肯定した。また、OLG ケルン 2012 年 11 月 12 日決定⁽¹⁵⁶⁾ は、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に基づく権利が生じるが、例外的に注文者による引取拒絶の場合に、その適用が認められるとした。他方、引取り前の瑕疵責任規定の適用について厳格に解し、例外なくこれを認めないとするものとしては、OLG コーブレンツ 2007 年 10 月 18 日判決がある⁽¹⁵⁷⁾。これによると、請負人には、引取りの時点における瑕疵のない仕事の製作が義務付けられているのであり、それより前の責任追及は、請負契約の本質に内在する、請負人の製作に関する任意の処分権限を著しく損なうことになるという。また、完成期日より前に瑕疵責任規定の適用を認めた場合、避けるべき注文者と請負人の仕事の併存が懸念されると述べられる。

(1) BGH 2017 年判決の概要

BGH は、2017 年 1 月 19 日に示した三つの判決において、この問題に対して、共通する見解を示した⁽¹⁵⁸⁾。ここでは、まず、各判決における判断の概要を示し、判決理由の中で述べられた解釈については、まとめて整理することとしたい。

(155) OLG Hamm, Urt. v. 19.8.2014, NJW 2015, 960=BauR 2015, 1861.

(156) OLG Köln, Beschluss v.12.11. 2012, NJW 2013, 1104.

(157) OLG Koblenz, Urt.v.18.10.2007, OLGR 2008,175 = ZfBR 2008, 48.

(158) 2017 年 1 月 19 日の三つの BGH 判決についての詳細な検討として、青野・前掲注 (8) 47 頁以下参照。

①ファサード事例（Fassadenfall）⁽¹⁵⁹⁾

《事案の概要⁽¹⁶⁰⁾》

原告（注文者の相続人）は、被告（請負人）に対して、建築物のファサードを新しくするよう依頼し、湿気を拡散させるモルタル材及び塗装方法について合意した。請負人による仕事の完成後、注文者は瑕疵をとがめ、引取りを拒絶した。注文者は、瑕疵除去のための期間を設定したが、請負人は、瑕疵は確認できないと通知した。そこで、原告である注文者の相続人は、瑕疵除去のための費用の前払い請求と、予備的に損害賠償を請求した。

《判旨》

1. 注文者は、634条による瑕疵に基づく権利を、原則として、仕事の引取り後に初めて、主張することができる。
2. 注文者は、634条2号から4号による瑕疵に対する権利を、注文者が、もはや契約の履行（追完）を請求することができず、契約関係が清算関係（Abrechnungsverhältnis）に移行した場合に、引取りなしに正当に主張することができる。しかし、自力修補の方法における瑕疵の除去のための前払いの請求は、そのために十分ではない。これに対して、注文者に仕事を完成したのものとして引取りに供した請負人と、もはや、どんなことがあっても決して共働を望まないことを、注文者が、明示又は黙示に表明したときは、清算関係がある。

BGHは、以上の見解を示し、本事案については、清算関係に移行したとされる事情が認められないとして、注文者からの費用前払請求を肯定した控訴審判決を破棄・差し戻した。

(159) BGH Urt. v. 19.1.2017 VII ZR 301/13, BGHZ 213, 349= NJW 2017, 1604.

(160) 本判決の詳細な事案については、青野・前掲注（8）56頁を参照。

②テラス事例 (Terrassenfall)⁽¹⁶¹⁾

《事案の概要》

被告 (注文者) は、原告 (請負人) に対して、テラス設備の左官工事を依頼した。しかし、合意したプレート及び材料が取り付けられないなど複数箇所において契約からの相違が生じた。請負人は幾度かの修理を試みたが失敗し、注文者が、契約関係を終了する意思を表示した。請負人は、清算において残りの報酬支払いを求め、注文者は重大な瑕疵を理由に支払いを拒絶した。さらに、注文者は、反訴として、瑕疵除去のために要する費用前払いを求めた。

《判旨》

BGH は、ファサード事例の判旨 1、2 と同様の見解を示した上で、本事案については、注文者に対する費用前払いを認めた控訴審判決を破棄した。そして、本件におけるテラス設備には著しく重大な瑕疵があり、すべての設備を取り壊し、完全に新たに設置しなければならないことを確認する。また、すでに請負人が何度かの効果のない瑕疵除去の試みを行っていることから、新たな追完期間の設定は必要ないとした。しかし、注文者が、終局的に請負人による引き続きの履行をもはや許さないかどうかの表明は読み取れないとして、原審に差し戻した。

③増築事例 (Anbaufall)⁽¹⁶²⁾

《事案の概要》

被告 (注文者) が、原告 (請負人) に、二世帯住宅の増築を依頼した。請負人は、訴えとして、報酬支払いの残額についての清算を提起した。注文者は、瑕疵を理由に減額を求めた。請負人は、瑕疵の存在について反論し、瑕疵除

(161) BGH Urt. v. 19.1.2017 VII ZR 193/15, BGHZ 213, 338.

(162) BGH Urt. v. 19.1.2017 VII ZR 235/15, BGHZ 213, 319= NJW 2017, 1607

去を拒絶した。注文者は、反訴で、小さな損害賠償として、給付に代わる損害賠償を求めた。

《判旨》

本判決も、ファサード事例の判旨1、2と同様の見解を示した上で、本案については、引取りがないにも関わらず、注文者は有効に報酬減額しうることを肯定した。減額の表明の結果、被告の履行請求の余地は失われ、さらに、瑕疵を理由に給付に代わる損害賠償が要求されたことから、それと同時に契約関係は清算関係に移行するとした。本事案では、請負人が、引き続きの仕事を拒絶し、給付を真摯かつ終局的に拒絶していたことから、281条1項1文によって原則必要とされる期間の設定は、281条2項によって不要とした。なお、損害賠償の要件についてさらに審理すべきとして、原審に差し戻した。

(2) BGH 2017年判決の見解の整理

i) 原則としての引取り

BGHは、原則として、仕事の引取りは、634条による注文者の瑕疵に基づく権利を行使できるかどうかの決定的な時点としてのメルクマールであるとする。注文者は、瑕疵に基づく権利を、原則として仕事の引取り後に初めて主張することができる。仕事に瑕疵があるか否かは、原則として引取りの時点で判断されるという。

BGHは、この原則的な考え方の根拠において、第一に、製作段階において請負人が、仕事について自身で決定することができる権利を有することを持ち出す。引取りの時まで、請負人には瑕疵のない製作についての履行方法を自由に選択することができ、製作段階において注文者がすでに瑕疵に基づく権利を主張することができるのであれば、それは請負人の権利への介入に結び付くとする。このような介入が考えられない場合について、以下で述べるように原則に対する例外が肯定される。

ii) 履行と追完の関係

BGH は、学説における多数説と同様に、履行と追完の相違について指摘する。631 条 1 項による履行請求権は、通常、引取りによって仕事の給付について問題になり、引取りの後に初めて「追完」により効果を表しうる。追完請求権についてのみ問題となる 635 条 3 項により、631 条 1 項による履行請求権と、追完請求権との間には違いが存在する。635 条 3 項は、請負人に、634 条 1 号により義務付けられる追完について、275 条 2 項及び 3 項よりも広い権利を認める。それによって、履行請求権及び追完請求権は、相並んで存在しえないという。

iii) 引取りのその他の法的効果との関係

BGH は、634a 条 2 項が、瑕疵に基づく権利の消滅時効について、引取りを基準とすることにも、引取りが、履行段階と瑕疵を理由とする権利が主張されうる段階の境界を意味することが現れていると指摘する。また、引取りは、その他に、仕事の報酬の履行期の到来 (641 条 1 項)、注文者への危険の移転 (644 条 1 項 1 文)、瑕疵の存在についての立証責任の転換についての境界でもあることが強調される。

iv) 履行期前の製作段階における瑕疵

BGH によれば、引取り前に明らかな瑕疵に対して、注文者は、一般給付障害法に基づき、その利益を保護されるという。具体的には、280 条 1 項による給付とともにする損害賠償、281 条、280 条による給付に代わる損害賠償、280 条 2 項、286 条の給付の遅滞による損害賠償、314 条 (2017 年改正後の 648a 条) に一致する重大な事由による解約告知又は 323 条による解除が示される。

v) 引取りを不要とする例外場面

BGH は、契約関係が清算関係（Abrechnungsverhältnis）に移行した場合には、例外的に、引取りなしに瑕疵責任規定が適用されるとする。ここで、清算関係とはいかなる場合に生じるかという点が問題になる。清算関係は、注文者の請負人に対する請求が、「もっぱら金銭に向けられている」場合を意味するという。具体的には、BGH は、注文者が仕事の報酬減額を表明した場合、ないし小さな損害賠償を請求した場合であるとする。このときには、すでになされた仕事を維持することが前提とされている。したがって、注文者は、もはや給付を請求することはできない。そして、学説上議論の中心となっていた、注文者による修補に必要な費用の前払いについては、このとき、「注文者の履行請求権は失われぬ」と指摘する。自力修補権及び費用前払請求権の行使は、「履行請求権（631 条）及び追完請求権（634 条 1 号）をそのままにする」とし、つまり、注文者は費用前払請求の後にもなお履行（追完）を主張する権利がある。しかし、「例外的に、注文者が履行（追完）請求権を主張することができない場合に、瑕疵の除去のために必要な費用についての前払いについての注文者の請求は、清算関係を導く」として、例外を認める。したがって、原則として費用前払請求は清算関係を導かないが、以下の場合には例外を生ずる。①注文者に対して、仕事を完成したものとして請負人が供したが、②注文者にはもはや請負人と共働を望む事情がなく、③つまり、（追完）履行を注文者が真摯かつ終局的に拒絶し、④自力修補が請負人による瑕疵のない仕事の製作をもはや導かないことを「注文者が自身で」「明示又は黙示に表明した場合」には、このとき、注文者は請負人に対する履行（追完）請求権を行使することはできず、注文者の請求は金銭の支払いにのみ向けられることになる。

vi) BGH2017 年判決の帰結

BGH 判決が示した見解により、634 条 2 号から 4 号に規定される瑕疵に基づく権利は、原則として、引取りの後に行使することができ、例外的に、契

約関係が「清算関係」に移行した場合に、引取りがなくとも、それらの権利を主張しうる。

BGH によると、請負人が仕事を完成したものとして引取りに供した場合、瑕疵を理由に何らかの主張をしようとする注文者は、履行段階における権利として一般給付障害法に規定される主張をするか、原則として引取りを必要とする瑕疵に基づく権利を主張するかを選択可能な状況に置かれることになる⁽¹⁶³⁾。ここで、BGH は、客観的に引取りに適さない仕事については、引取りは強制されるわけではないとする。BGH が示した例外場面により、注文者が、正当に引取りを拒絶する場合、原則として、注文者は、一般給付障害法に基づく権利を主張することになるが、注文者が、請負人による履行（追完）を排除し、契約関係が清算関係に移行する場合には、引取りなしに瑕疵に基づく権利を主張することができるという帰結が導かれる⁽¹⁶⁴⁾。なお、瑕疵を留保した引取りにより、瑕疵に基づく権利を主張することも可能である。以上のような BGH の見解に対しては、学説から疑問や批判が示されている。

* 本稿は、JSPS 科研費 JP17H07230、JP19K13573 の助成による研究成果の一部である。

(163) Vgl. Barbara Genius, Gewährleistungsrechte ohne Abnahme?, jurisPR-BGHZivilR 7/2017.

(164) Vgl. Barbara Genius, jurisPR-BGHZivilR 7/2017.