

# 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 (3・完)

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. BGH2017 年 1 月 19 日判決 (以上、43 卷 3 号)
  - 5. BGH2017 年判決後の学説
  - 6. 小括
- V ドイツ法のまとめ
- VI おわりに (以上、本号)

## IV 瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論

### 5. BGH 2017 年判決後の学説 - BGH が示した理論の分析と評価

BGH 2017 年判決後の学説は、BGH 2017 年判決の理論に対して検討を加える形で、瑕疵責任規定の適用時点をめぐる問題を論ずるものが中心となっている。BGH 2017 年判決は、瑕疵責任規定の適用時点に関して、2002 年の債務法現代化後に BGH が初めて見解を示したものであり、そのような態度表明がなされたこと自体を肯定的に評価するものが多数みられる<sup>(165)</sup>。一方で、BGH 2017 年判決の理論上の問題点を指摘する見解も少なくなく、学説の受け止め方は一様ではない。そこで、以下では、ドイツの学説による BGH 2017 年判決の分析・評価を整理し、その作業を通じて、これまでの議論の流れにおける BGH 2017 年判決の位置付けを確認するとともに、BGH 2017 年判決後の議論の展開をみることにしたい。

(1) 瑕疵責任規定の原則的な適用時点としての引取り

債務法現代化後の学説では、一般給付障害法の規定と瑕疵責任規定を画する時的区分を不要とする見解があったほか、何らかの時的区分を必要とする見解においても、瑕疵責任規定の原則的な適用時点について、引取りとする見解、請負人の仕事の履行期の到来を基準とすべきとする見解、請負人による仕事の完成と引取りのための提供があり注文者の引取りが可能となった時点とする見解など複数の考え方が示されていたところ、BGH 2017 年判決は、原則的な基準となる時点として引取りを位置付け、この点では、学説における多数説であった引取り時基準説の考え方をとったものとされる<sup>(165)</sup>。

本稿Ⅳ 2 (1) b) で示したように、BGH 2017 年判決前の引取り時基準説は、その根拠として、条文上、引取りがその他の重要な効果を生じさせる時点として規定されていることに加え、請負では引取りの時点において瑕疵判断が可能となる仕事の具体化が生じること、さらに、履行請求権と追完請求権は区別する必要がある、追完請求権は履行段階が終了したことを前提とし、引取りによってその状況に至ることを挙げていた。

引取り時基準説の代表的な論者である Voit は、BGH 2017 年判決も、その判断理由において、履行請求権が、概念上、追完請求権と区別されるという

---

(165) BGH 2017 年判決が示した理論の問題点を指摘する見解も、BGH が態度を明らかにしたことについては積極的な評価を示している。例えば、Schwenker, Keine Mängelrechte vor Abnahme, NJW 2017, 1579 (1579) ; Vowinkel, Die Geltendmachung des Vorschussanspruchs nach dem Verlangen des kleinen Schadensersatzes, NZBau 2019,87 (90) など。また、Keine Mängelrechte vor Abnahme im BGB-Bauvertrag, NJW-Spezial 2017, 140 は、BGH 2017 年判決（ファサード事例、BGH Urt. v. 19.1.2017 VII ZR 301/13）の匿名のコメントであるが、BGH 2017 判決は、建築契約の最も重要な問題の 1 つを明らかにするものであり、長く期待されていた判決であるとしている。

(166) Vgl. Looschelders, Geltendmachung von Mängelrechten ohne Abnahme des Werks, JA 2017, 708(710).

学説の議論を参照していると指摘する<sup>(167)</sup>。すなわち、275 条 1 項・3 項による履行拒絶についての基準は、635 条 3 項による追完拒絶についての基準と相違し、その異なる限界事由を根拠に履行請求権と追完請求権は相並んで存在しえないという考え方である。

また、BGH 2017 年判決は、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しているが、この点に関して、Voit は、建築契約では製作段階がしばしば長期に継続するにもかかわらず、BGH は請負人の給付を瞬間的なものとして評価したと指摘したうえで、それに続けて次のように述べる<sup>(168)</sup>。請負人は、引取り時に瑕疵のない仕事の給付を義務付けられるのであり、製作段階における誤りを給付の瑕疵と理解することはできない。この理論的な出発点は、瑕疵を理由とする権利の消滅時効が給付の個々の要素の完成ではなく引取りによって進行することや、すべての仕事についての報酬請求権の履行期が引取りによって到来することを説明付けるものでもある<sup>(169)</sup>。また、環境規制の強化など、備えるべき法律上の要求が請負人の建築後、引取り前に変更されたような場合に、請負人は、引取り時における規制基準をみたすことを義務付けられる理由も同様に説明される<sup>(170)</sup>。Voit は、原則的な考え方として、引取りまでの請負人の労務は引取り時に提供されるべき給付のための準備であり、その理由で瑕疵ある給付ではないと述べる<sup>(171)</sup>。それに

---

(167) Voit, Mängelrechte vor der Abnahme nach den Grundsatzentscheidungen des BGH, NZBau 2017, 521 (521). Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.35 も、BGH は、「追完」の概念から瑕疵責任の適用について引取りを基準とする結論を導いたと指摘している。

(168) Voit, NZBau 2017, 521 (521).

(169) Voit, NZBau 2017, 521 (521).

(170) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

(171) Voit, NZBau 2017, 521 (522). この点、Kober も同様に、仕事に瑕疵があるかどうかは原則として引取りの時点で判断可能であり、請負人は、その時点まで、631 条 1 項に基づく瑕疵のない仕事の製作義務をどのように履行するかという状況にとどまると説明する。Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.35.

よって、注文者は、通常の場合、瑕疵を理由とする権利を引取り後に初めて持ち出すことができ、引取り前は、一般給付障害法の規定に基づく権利のみが存在することになるという<sup>(172)</sup>。

## (2) 引取りを不要とする例外場面をめぐる議論

BGH 2017 年判決前の学説では、引取りなしに瑕疵責任規定を適用しうる場面について複数の見解が対立していたところであるが、BGH 2017 年判決が示した理論に対する議論も、この例外場面を中心に展開されている。なお、引取りのない瑕疵責任規定の適用に関する理論は、瑕疵責任規定が原則として引取り後に適用されるものであるのに対して、あくまで「例外」として位置付けられるが、実際にはこの例外の場面が多くを占めるだろうとの指摘がある<sup>(173)</sup>。また、BGH2017 年判決が認める例外の理論によると引取りという時的区分の制約によって瑕疵責任規定に基づく主張ができないということはほとんどないとの想定を示すものもある<sup>(174)</sup>。

以下では、BGH 2017 年判決が引取りのない瑕疵責任規定の適用を認める場面として示した、清算関係への移行という基準について、学説の分析をもとに若干の確認をしたうえで、BGH の見解に対する学説の指摘をみることにしたい。

### i) BGH 2017 年判決が示した内容の学説による分析

#### a) 清算関係への移行

BGH 2017 年判決は、すでにみたように、契約関係が清算関係に移行したときは、例外的に引取りなしに瑕疵責任規定の適用が認められるとした。BGH 2017 年判決によると、清算関係への移行は、請負人による履行がもは

---

(172) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

(173) Looschelders, JA 2017, 708 (710).

(174) Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

や問題とならず、注文者による追完請求も排除され、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に生じる。具体的には、請負人が自己の仕事在完成したものとして引取りに供したが、注文者が瑕疵を理由にその仕事を引き取ることなく報酬減額を主張したとき、又は 281 条に基づく小さな損害賠償を請求したときに生じるとされる。

BGH 2017 年判決が瑕疵責任規定の適用に関して示した「清算関係」という概念は、報酬請求権の行使をめぐる問題において、債務法現代化前の BGH 判決で用いられていたものである<sup>(175)</sup>。BGH 2017 年判決は、請負人の報酬請求に対して注文者が小さな損害賠償での給付に代わる損害賠償又は報酬減額を主張したときに、両当事者の請求には清算が生じるとした債務法現代化前の BGH 判決<sup>(176)</sup>を引き合いに出し、この判決は、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には、債務法現代化後も維持されるとした<sup>(177)</sup>。債務法現代化前の BGH において、清算関係は、もっぱら請負人の報酬請求権の行使の可否をめぐる紛争で使われてきた概念であり、報酬請求権の履行期到来に注文者の引取りを要するとする 641 条 1 項 1 文の例外として、注文者と請負人の関係が清算関係にある場合には、引取りなく報酬請求を認めるという取り扱いがなされていた<sup>(178)</sup>。それらの判決では、清算関係にあるかどうかを、請負人の報酬請求の後に、実際上の理由又は注文者の権利行使を原

(175) BGH, Urt. v. 19.1.2017 VII ZR 301/13, Rn.44 ; VII ZR 193/15,Rn.38 ; VII ZR 235/15,Rn.45.

Vgl. Thode, Mängelansprüche vor Abnahme der Werkleistung, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1 ; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581) ; Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.37.

(176) BGH, Urt. v. 11.5.2006 VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345 Rn. 26 ; Urt. v. 10. 10. 2002 VII ZR 315/01, BauR 2003, 88= NZBau 2003, 35; Urt. v. 16.5. 2002 VII ZR 479/00, BauR 2002, 1399.

(177) BGH, Urt. v. 19.1.2017 VII ZR 301/13, Rn.44 ; VII ZR 193/15,Rn.38 ; VII ZR 235/15,Rn.45.

(178) 清算関係について詳しく論じるものとして、Schmid/Senders, Das Abrechnungsverhältnis im Werkvertragsrecht, NZBau 2016, 474. なお、Schmid/Senders は、清算関係の考え方は一般に支持されているが、清算関係によって引取りが不要とされる理由は明らかではなく、未解決の問題があるとして批判的検討を加え、債務法現代化後の規定のもとではこの概念による解決は不要であることを示唆している。

因として、請負人がもはや契約を履行することができない状況に至っているかどうかという点に求めていた<sup>(179)</sup>。BGH 2017年判決は、注文者は、281条1項、280条1項による給付に代わる損害賠償を請求したとき、281条4項により給付についての請求権は除外されることを挙げ、注文者が報酬減額的手段において報酬の引き下げのみを達成しようとする場合にも異ならず、この場合にも、もはや給付についての請求ないし契約の履行は問題とならないと指摘している<sup>(180)</sup>。

このように、BGH 2017年判決は、仕事の引取りなく報酬請求権の履行期が到来する場合として示されていた清算関係という概念を瑕疵責任の適用をめぐる問題に接続するものと評されるが、この点については、後述するように学説から批判が向けられている。

#### b) 自力修補のための費用前払請求と清算関係

さらに、BGH 2017年判決は、学説上、とくに議論となっていた引取り前の自力修補のための費用前払請求については、634条2号、637条1項・3項に基づく瑕疵除去に必要な費用の前払いの主張は、それだけでは清算関係を導かないとして、報酬減額と小さな損害賠償での給付に代わる損害賠償とは異なり、さらなる要件を設定した。この点について、BGH2017年判決は、注文者は、費用前払請求後も自己による修補を挫折した場合に履行（追完）請求権の主張に戻ることが可能であり、費用前払請求だけでは注文者の履行請求権は失われえないとする<sup>(181)</sup>。そこで、費用前払請求に加えて、明示又は黙示で真摯かつ終局的に履行（追完）を拒絶することを表明する必要がある、これによって履行請求権が失われるとの理論を示している<sup>(182)</sup>。

---

(179) Schmid/Senders, NZBau 2016, 474 (475).

(180) BGH, Urt. v. 19.1.2017 VII ZR 301/13, Rn.44 ; VII ZR 193/15,Rn.38 ; VII ZR 235/15,Rn.45.

(181) Vgl.Voit, NZBau 2017, 521 (522).

ii) 清算関係への移行による瑕疵責任規定の適用をめぐる学説の議論

a) Voit

Voit は、まず、引取りなしに瑕疵責任規定が適用される例外的な場面として従来の学説で議論されてきた考え方として、①仕事完成の履行期日の到来後に瑕疵責任規定の適用を認めるとする見解と、Voit 自身が妥当と考えていた、②請負人による仕事の完成 (Fertigstellung) 後、注文者が正当に引取りを拒絶した場合に、引取り前であっても瑕疵責任規定の適用が認められるとする見解の二つを挙げ、BGH はこれらの見解とは異なる方向性を選択し、履行請求権の喪失を決定的な基準としたと指摘する<sup>(183)</sup>。そのうえで、このような BGH の解決は、履行請求権がもはや存在しない場合に追完請求権への道が開かれるとすることから、一見して理論上明確な印象を与えると述べる<sup>(184)</sup>。BGH の考え方によれば、境界づけを要する履行請求権と追完請求権との並存は避けられ、また、注文者は、引取りに値しない仕事を引き取ることを強制されることもないという<sup>(185)</sup>。なお、Voit は、履行請求権が失われる場合に関して、給付に代わる損害賠償の請求、減額請求、真摯かつ終局的な履行拒絶とともにする費用前払請求という BGH が示した場合に加え、解除も履行請求権の喪失を導くと位置付けている<sup>(186)</sup>。

そして、Voit は、BGH が示した考え方と、学説の一部が主張する仕事の「完成 (Fertigstellung)」に瑕疵責任規定の適用を結び付けようとする見解とを対

(182) BGH Urt. v. 19.1.2017-VII ZR 301/13, Rn.46. なお、Kober は、BGH は費用前払いについて述べたが、そこで示された清算関係の考え方は、634 条 2 号、637 条 1 項による自力修補に要した費用償還についても同様に解されるであろうとしている。もっとも、前払請求をしない場合には、自力修補の時点で清算関係が生じていなければならないという。Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.40.

(183) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

(184) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

(185) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

(186) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

比し、次のように述べる<sup>(187)</sup>。BGHによると、履行請求権が失われるとき、注文者は確かに引取りを表明する必要はないが、瑕疵責任として規定される権利を行使しうるためには、注文者は自らの履行請求権を完全に放棄しなければならない。注文者に引取り前の段階で瑕疵除去のための費用前払請求が認められるとすれば、注文者は、その他の点で請負給付に関する自力修補があったとしても、自己の履行請求権を行使することができる。しかし、BGHは、費用前払請求を契約の清算段階への移行に左右される瑕疵責任に基づく権利行使とし、瑕疵がある範囲だけでなく、すべてについての履行請求権を喪失させることで、その道を遮断している。ここで、Voitは、BGH 2017年判決は、この点、注文者は瑕疵を留保して引き取った後に費用前払請求が可能であるとしているが、これによっても注文者に生じる問題は完全に解決できないと指摘する<sup>(188)</sup>。その理由として、留保されていない瑕疵については、引取りの効果が生じることを挙げる。注文者が仕事の引取りを望まず、なお自己の履行請求権を放棄したくない場合は、注文者は引取りを拒絶し、請負人に引取り可能な仕事の製作を要求するしかないという。これに対して、BGHとは異なり、請負人によって仕事が完成され、引取りに供された後の段階では、注文者は、履行を維持しつつも、個々の瑕疵について請負人に追完を求め、その期間の徒過後には、請負人の費用で瑕疵を自ら除去することを可能とする考え方が望ましい解釈であるとしている<sup>(189)</sup>。

#### b) Thode

Thodeは、BGH 2017年判決が示した、清算関係への移行による瑕疵責任規定の適用について批判的な見解を示す。BGH 2017年判決が持ち出した清算関係という概念は、債務法現代化前の判例において、引取りなしに請負人の

---

(187) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

(188) Voit, NZBau 2017, 521 (523).

(189) Voit, NZBau 2017, 521 (523).

報酬請求権の履行期が到来することを認める場面で用いられたものであり、注文者が引取り前に瑕疵に基づく権利を行使することができるかどうかを問題としたものではないという理由で、そのような権利が引取り前又は引き取りなしに存在するかどうかという問題については、そこから導き出される内容を有しないという<sup>(190)</sup>。また、BGH による、かつての清算関係に関する判決への言及も不十分であり、誤解を招くものであると指摘する。

さらに、BGH 2017 年判決は、どのような法的な事象を基礎として、契約関係が清算関係に移行するのか、一貫した理由づけを欠いているとする。Thode によれば、契約関係を変容させるそれぞれの事情について判決が示す内容は、次のように循環論法 (Zirkelschluss) によっているという<sup>(191)</sup>。Thode は、BGH2017 年判決は、注文者が引取り前に正当ではない費用前払請求を主張し、同時に追完を受け入れないことを表明する結果として履行請求権が消滅し、費用前払請求権が追完請求権として生じることで、契約関係の変容が生じると述べているとする。すなわち、引取りのない費用前払請求権は、引取りがないことを理由に、その時点では製作請求権と並んで存在しないにもかかわらず、注文者がこの請求権を主張することを前提に発生することになっているという。同様のことは引取りのない報酬減額にも当てはまり、正当でない報酬減額の主張は、契約関係の変容と引取りのない報酬減額権を基礎づける要件になっているという。

Thode は、BGH 2017 年判決によっても、注文者が 634 条以下の瑕疵責任に基づく権利をいかなる要件のもとで主張できるかという問題は、網羅的には明らかになっていないと評価する。他方で、注文者がもはや契約の履行を請求することができず、契約関係が清算関係に変容した場合にのみ引取り前の瑕疵責任規定の適用を認めるという BGH の理論は、厳格な構成を方向づけ

---

(190) Thode, Mängelansprüche vor Abnahme der Werkleistung, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm. 1.

(191) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1.

ているとも指摘する<sup>(192)</sup>。とくに、引取りのない費用前払請求の要件として、将来における契約のさらなる履行についての共働を注文者が終局的に拒絶することを必要としている点に関して、法律上調整されている契約当事者相互の請求やリスク状況を、引取り前において注文者にとって有利に、請負人にとって不利に変更する結果をもたらすものであるとする<sup>(193)</sup>。すなわち、Thodeの見方によれば、注文者の拒絶が契約上の義務に反するものであるかどうかという考慮なく、注文者に利益を与えるという。そこから、このような不当な結果は、請負人の契約に反する行為を理由に、契約の継続を注文者が期待できなくなった場合にのみ、引取りなしに瑕疵に基づく権利を行使しうることによって回避可能であると述べる<sup>(194)</sup>。

### c) Schwenker

Schwenkerは、Thodeと同様に、BGH 2017年判決の理論上の不明確さを指摘し、清算関係は、引取りのない報酬請求権の履行期の到来を理由づけるためにかつて引き合いに出されたものであり、今日問題となっている、引取り前の瑕疵責任規定の適用に関して直接作用するものではないと述べる<sup>(195)</sup>。そして、損害賠償請求権の主張ないし報酬減額の主張のために引取りが不要とされる結果を生じさせるために、なぜ清算関係に移行する必要があるのかという点の判断をBGH 2017年判決から読み取ることはできないとする<sup>(196)</sup>。

---

(192) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1.

(193) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1. この点、Reichelt/Isholaも、注文者が自己の履行（追完）請求権を明白に放棄して瑕疵を理由とする権利への移行を可能とすることについて、請負人の権利への介入となりうる危険を指摘する。Vgl. Reichelt/Ishola, Zur Geltendmachung von Mängelrechten erst nach Abnahme des Werks, insbesondere zum Vorschuss zur Mängelbeseitigung, ZfIR 2017, 276.

(194) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1.

(195) Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

(196) Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

また、Thode が指摘していたように、引取り前には与えられない不当な費用前払請求の主張と、それと同時に追完を受け入れないという表明をすることで、履行請求権が失われ、追完請求権が生じることに十分に根拠のある理由づけがないと述べる<sup>(197)</sup>。これは報酬減額の主張の結果、清算関係が生じるという点についても同様であり、報酬減額はそれ自体引取りを前提としているとする。

#### d) Kober

Kober は、BGH 判決への批判のうち、Thode や Schwenker が指摘していた、注文者が請負人の履行を終局的に拒絶することで引取りなしに瑕疵責任が認められることが請負人の不利に働くとの懸念については、BGH が、清算関係を請負人が仕事を完成し、引取りに供した後に生じるものとしていることから反論可能であるとする<sup>(198)</sup>。

引取りなしに請負人の報酬請求権を行使可能とする清算関係についての BGH のかつての判例法理は、請負人が仕事を完成したのとして引取りに供した場合に妥当するとしているが、この点、Kober は、引取りのない瑕疵責任規定の適用についても、注文者の履行請求権が行使可能となっていることを前提としていると説明する<sup>(199)</sup>。したがって、清算関係は、履行請求権が行使可能となり、さらに注文者の追完請求権が失われたときに生じるのであり、報酬減額や給付に代わる損害賠償を請求するためには、請負人による真摯かつ終局的な追完拒絶のようにそれが例外的に不要とされる場合を除き、原則として追完のための期間の設定を必要としているという<sup>(200)</sup>。

---

(197) Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581). Schwenker は、Thode と同様に、修補費用の前払請求権が認められる場合について述べる BGH の判断部分を指して、ここで「追完請求権」と表現している。

(198) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.41.2.

(199) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.38.

この点は、費用前払いの場合も同様であり、注文者は、履行請求権が行使可能となった後に、瑕疵除去のための期間を設定し、その期間が効果なく徒過したことが必要であると解される<sup>(201)</sup>。注文者による真摯かつ終局的な履行（追完）請求権の放棄は正当なものでなければならず、そうでなければ請負人が追完を行う機会を害することになる<sup>(202)</sup>。したがって、清算関係は、請負人が仕事を完成したものとして提供したが、注文者が本質的な瑕疵を理由に引き取らず、追完も不成功に終わり、もはや修補されることはないという状況で、注文者が請負人との共働を正当に拒絶しうる場合に生じるという<sup>(203)</sup>。このような含意により、請負人が自由な裁量のもとで仕事を製作する権利にも、追完の権利にも介入しないとす<sup>(204)</sup>。また、当事者間で仕事が引取りに値するかどうかについて争いがあり、実際に仕事が引取りに値する場合には、請負人は、640条1項3文により、引取擬制を持ち出すこともできると指摘する<sup>(205)</sup>。

#### e) Vowinckel

Vowinckel は、BGH 2017 年判決が示した引取りを不要とする清算関係に関する考え方は、まさに理論的なものであり、実務的な観点からはあまり現実的ではないとする<sup>(206)</sup>。BGH が、費用前払請求は、それだけでは履行請求権を失わず、その後になお履行請求に戻ることができるという理由で、清算関係への移行に真摯かつ終局的な履行（追完）拒絶の表明を必要とした点について、実際の注文者は、前払請求の際に、請負人による追完をもはや望まず、

(200) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.38.

(201) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.40.

(202) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.40.

(203) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.40.

(204) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.41.2.

(205) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.41.2.

(206) Vowinckel, NZBau 2019,87 (89).

自ら又は第三者に必要な修補を行わせることを表明しているという。通常の場合、請負人の信頼の喪失や紛争の結果として、その動機が存在し、注文者が自力修補の失敗の後に請負人との契約上の関係が続けることに戻るとは予想されないと述べる。同じく、別の者に瑕疵除去を依頼するという前提のもとで費用前払いを求める際に、請負人による給付をもはや望んでいないとの注文者の表明が認められないとすれば、どのような手段でその表明ができるのかも不明確なままであるとする<sup>(207)</sup>。また、自力修補が奏功しなかった場合に、その後の注文者の履行請求は、自力修補の範囲でなされた結果と、元の請負人の仕事との境界づけを必要とし、これは非常に困難であり、紛争を生じさせる可能性がある<sup>(208)</sup>と指摘する<sup>(208)</sup>。

さらに、Thode や Schwenker の見解と同様に、清算関係は、もともと両当事者がもっぱら金銭の給付に向けられた請求権を互いに主張する際に、報酬請求権が履行期にあることの要件として引取りを不要とすることを明らかにしたものであるという<sup>(209)</sup>。そこから、この清算関係が、瑕疵責任規定の適用に関する要件としての引取りの必要性についての考え方に転用されるのか、また、どの範囲で転用されるのかは、法律によって直接には生じず、実務上の考慮に基づいて明らかにされるものであるという。そのうえで、実務上の考えでは、追完ないし履行請求権の代わりに金銭による要求がなされる時、常に清算関係が認められるとして、これは、費用前払請求の場合も同様であると述べている<sup>(210)</sup>。すなわち、費用前払請求もそれだけで清算関係を基礎づけるものとして足りるとみるべきであるとする<sup>(211)</sup>。

なお、Vowinckel は、BGH 2017 年判決に対する以上の内容を含む問題点に

---

(207) Vowinckel, NZBau 2019,87 (90).

(208) Vowinckel, NZBau 2019,87 (89).

(209) Vowinckel, NZBau 2019,87 (90).

(210) Vowinckel, NZBau 2019,87 (90).

(211) Vowinckel, NZBau 2019,87 (90).

ついて、BGH 2017 年判決後に出された BGH 2018 年 2 月 22 日判決<sup>(212)</sup> と対比して論じている。BGH 2018 年 2 月 22 日判決は、請負の仕事に瑕疵があり、注文者が給付に代わる損害賠償を小さな損害賠償の形式で請求した場合の損害賠償額について、実際に瑕疵を取り除かない限りは、瑕疵除去費用による賠償額の算定はできないとして、これまでの判例の立場を変更する判断を示し、注目を集めた判決である<sup>(213)</sup>。そこで BGH が示した見解は、損害賠償の算定をめぐる解釈論を中心とするものであったが、同判決において、BGH は、注文者が給付に代わる損害賠償を小さな損害賠償の形式で請求したとき、281 条 4 項は履行請求権を消滅させるが、注文者自身による瑕疵修補及びその費用前払請求権を排除しないとした<sup>(214)</sup>。すなわち、BGH 2018 年 2 月 22 日判決によれば、注文者が給付に代わる損害賠償を小さな損害賠償として請求した場合であっても、その後になお注文者が瑕疵を除去しようとするときは、634 条 2 号、637 条により、費用前払いを請求することができる<sup>(215)</sup>。

このような BGH が示した権利相互の関係について、Vowinckel は、BGH 2018 年 2 月 22 日判決と、先に示された BGH 2017 年判決とを対比して検討する。BGH 2017 年判決が明らかにしたように、費用前払請求後も注文者は履行（追完）請求権を行使することができ、費用前払請求だけでは清算関係に移行しないが、Vowinckel は、このような点が実際に意味を持つのは、費用前払請求の時点で注文者に履行請求権が残されている場合に限られるという<sup>(216)</sup>。BGH 2018 年 2 月 22 日判決が言及した構造によれば、小さな損害賠償

---

(212) BGH, Urt. v. 22.2.2018 VII ZR 46/17, BGHZ 218,1 = NJW 2018, 1463.

(213) この判決については、拙稿「請負の瑕疵責任における給付に代わる損害賠償額の算定—ドイツ連邦通常裁判所 2018 年 2 月 22 日判決の検討を中心に」名経法学 44 号 (2020 年) 69 頁以下で紹介した。

(214) BGH, Urt. v. 22.2.2018 VII ZR 46/17, Rn.49.

(215) Voit, Die neue Berechnung des Schadensersatzanspruchs bei Werkmängeln, NJW 2018, 2166 (2168); Langen in; NomosKommeter Werk- und Bauvertragsrecht Spezialkommentar zu den § § 631-650v BGB, 1.Aufl., 2020, § 634, Rn.15.

請求から費用前払請求に戻る場合には、281 条 4 項により、履行請求権はもはやないことが確定している。そして、Vowinckel は、BGH 2017 年判決が示した、小さな損害賠償と報酬減額の主張は、履行請求権ないし追完請求権を排除し、最終的な清算関係を生じさせるという帰結に関し、小さな損害賠償請求権と報酬減額権を同様に扱うという前提のもとでは、BGH 2018 年 2 月 22 日判決が示したような給付に代わる損害賠償請求後の自力修補権への変更は疑わしいと指摘する<sup>(217)</sup>。その理由について、次のように述べる。報酬減額権は形成権であり、給付と反対給付の等価性について契約関係を再構築する効果を持つのであるから、これを行使した者は、もはや一方的に契約関係を行使前の状態に戻すことはできない。給付に代わる損害賠償の請求も、履行請求権のない清算関係を生じさせ、瑕疵を理由に失われた等価関係に対する金銭的な対応が行われることになるため、債務関係に対するその形成的な作用を理由に、損害賠償の請求は、形成権の行使と対比可能であるという<sup>(218)</sup>。

#### f) Busche

Busche は、BGH が 2017 年判決において示した見解を確認したうえで、BGH 判決前から自らが主張していたように、634 条以下の瑕疵責任規定は、正しくは、640 条の趣旨における引取り可能な (Abnahmereife)<sup>(219)</sup> 仕事の製作の時点から適用されるとする<sup>(220)</sup>。Busche によれば、注文者の履行請求権が向けられる仕事の製作は、請負人の側で、契約上の義務に基づき必要なことを行なったといえるものであり、この仕事は、当事者の契約上の合意により、客観的に「完成した」と判断される場合に、製作されたことになる<sup>(221)</sup>。この時点で仕事に瑕疵があるかどうかは確定しており、瑕疵に基づく権利の主張

(216) Vowinckel, NZBau 2019,87 (88).

(217) Vowinckel, NZBau 2019,87 (88).

(218) Vowinckel, NZBau 2019,87 (89). 反対説として、Popescu, Das Ende der fiktiven Schadensabrechnung im Werkvertragsrecht, BauR 2018, 1599 (1607) がある。

について、さらに引取りによる必要はないという。Busche は、確かに仕事の製作と引取りは同時に生じうるが、製作が先行しているのであって、すなわち、引取りは、引取り可能な状態にあることを前提としているとする。

Busche は、これまでの自己の主張を変更することなく、引取りは、報酬請求権の履行期の到来や、瑕疵に基づく権利の消滅時効の進行について意味を持つが、634 条に挙げられている権利行使について、条文の文言は、引取りを要件としていないと指摘する<sup>(222)</sup>。そのうえで、次のように説明する<sup>(223)</sup>。本来の履行請求権と瑕疵に基づく権利との併存は認められず、その前提のもとで、634 条以下は、製作の時点からの特別な規定である。仕事の引取りは、634 条以下の規定の適用について必要不可欠なものではない。したがって、あくまで適用時点は引取り可能な (Abnahmereife) 仕事の製作とするのが正確であり、引取りの時点はその際に原則として主な考慮対象となる。

---

(219) Abnahmereife という用語を本稿では「引取義務が生じる状態」と表現してきたが、ドイツの学説上、この概念はしばしば誤って使われるとの指摘 (Vgl. Kögl, GROSSKOMMENTAR, § 640, Rn.30) があるなど、やや不明確な部分があるため、直訳的表現に改めることにしたい。この概念について別途検討が必要であるが、ドイツの注釈書では次のように説明される。例えば、Genius/jurisPK-BGB Kommentar, 9. Aufl., 2020, § 640 Rn.24f. は、注文者は、仕事が abnahmereife である場合に引取りを義務付けられるとし、仕事は、一方では完成ないし終了していること、また、他方では本質的な瑕疵がないときに、abnahmereife であるという。Retzlaff in ; Grüneberg, BGB Kommentar 81. Aufl., 2022, § 640 Rn.3 も、本質的な瑕疵がないことを Abnahmereife と表現している。Busche は、MünchKommBGB, Aufl.8, 2020, § 640 Rn.10f. において、請負人が約束した仕事を製作した場合に、abnahmereife であり、注文者が仕事を引き取る義務があることと同義ではないとする。Abnahmereife は、単に請負人が仕事を製作し、注文者がその仕事を保持し、本質的に契約どおりであるものとして認めるかどうかを判断できる時点を指すにすぎないという。

(220) Busche, MünchKommBGB, 8. Aufl., 2020, § 634 Rn.5

(221) Busche, MünchKommBGB, 8. Aufl., 2020, § 634 Rn.4.

(222) Busche, MünchKommBGB, 8. Aufl., 2020, § 634 Rn.4.

(223) Busche, MünchKommBGB, 8. Aufl., 2020, § 634 Rn.4.

このように瑕疵責任規定の原則的な適用時点を捉えたうえで、請負人が仕事を行わないことが明らかであるとき、すなわち、仕事が引取り可能な状態に達しないときには、複数の場面について例外が生じるとする<sup>(224)</sup>。まず、製作段階ですでに仕事に重大な瑕疵があり、引取り可能な仕事が行われないことが明らかである場合が該当するという<sup>(225)</sup>。次に、請負人が瑕疵を除去できない、又は除去しようとしなかったことが確かな場合も同様とする。もっとも、瑕疵のある仕事の製作と単なる給付提供の遅滞は区別しなければならず、後者の場合には、一般給付障害法の適用にとどまるとする。他方、634 条以下の規定は、解約告知や解除により、履行請求権が消滅した場合にも、例外的に適用される<sup>(226)</sup>。この場合も、契約の終了の時点において引取り可能な仕事の製作がなされないためであるという。さらに、注文者に受領遅滞（644 条 1 項 2 文）が生じた場合も、それによって注文者の履行請求権が具体的な仕事に向けられることになるとして例外場面に挙げる。そして、注文者は、履行請求権を放棄し、直ちに 634 条以下の手段をとることもできるという。その理由として、一般給付障害法と比較して、634 条以下の注文者の権利行使の要件は厳格であり、これによって債務者である請負人の地位が不利に扱われることはないとしている<sup>(227)</sup>。

Busche は、その他の論者が主に BGH 判決が示した例外場面に関する検討において、理論上の問題点や異論を示していたのに対し、瑕疵責任規定の原則的な適用時点を引取りではなく、請負人による引取り可能な仕事の製作によって画すべきとする。また、その例外についても BGH とは異なる場면을挙げている。なお、上述した Voit の見解において、BGH が示した清算関係への移行ではなく、請負人による仕事完成と引取りの提供があり、注文者

---

(224) Busche, MünchKommBGB, 8.Aufl.,2020, § 634 Rn.5.

(225) Busche, MünchKommBGB, 8.Aufl.,2020, § 634 Rn.5.

(226) Busche, MünchKommBGB, 8.Aufl.,2020, § 634 Rn.5.

(227) Busche, MünchKommBGB, 8.Aufl.,2020, § 634 Rn.5.

の引取り拒絶が正当である場合には、履行拒絶権の放棄いかににかかわらず費用前払請求を含む瑕疵に基づく権利行使を認めることが望ましいとの指摘がされていたが、その点に関しては Busche が主張している原則的な時点をめぐる考え方と共通する。

### (3) BGH 2017 年判決前の学説における議論と BGH 判決による帰結

ドイツの瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論においては、①請負人の仕事完成にかかる履行期日前の製作段階ですでに契約内容からの相違が明らかな場合に、瑕疵責任として規定される権利を主張しうるか、②履行期日が到来し、請負人が完成させた仕事を注文者に提供した際に、注文者が瑕疵の存在を理由に仕事を引き取ることなく瑕疵に基づく権利を主張しうるか、という二つの問題意識がみられた。

BGH 2017 年判決は、引取りなく瑕疵に基づく権利行使が可能となる例外場面を認めたが、その例外は、②のように請負人が仕事を引取りに供した場面に関するものであり、①の問題として議論されていた製作段階での瑕疵責任規定の適用については否定した<sup>(228)</sup>。BGH 2017 年判決が例外場面として認める清算関係への移行が生じるのは、請負人が仕事を一応完成し、引取りに供した後の段階であり、また、学説が指摘するように、請負人による履行がもはやなされない場合に限られることになる。この例外場面に該当しない場合、注文者が請負人に対していかなる主張ができるかは、瑕疵責任規定ではなく、一般給付障害法の規定に従うことになる。

BGH 2017 年判決のこの判断に対しては、建築契約のような長期の履行期間を伴う契約において製作段階で瑕疵責任規定の適用を認める必要があるとする見解から批判的な評価が示されている。

以下では、引取りなしに瑕疵責任規定の適用を認める場面を限定した点に

---

(228) Vgl. Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.46 ; Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634, Rn.16.

関して、BGH 2017 年判決の見解を確認したのちに、①②の各場面について、BGH 2017 年判決による帰結を整理し、それに対する学説の議論をみることにしたい<sup>(229)</sup>。

i) BGH 2017 年判決による引取りなしに瑕疵責任規定の適用を認める場面の限定

BGH 2017 年判決は、製作段階で瑕疵責任規定が適用されない理由として、631 条 1 項に基づく瑕疵のない製作をどのように履行するのかについて、引取りまでは請負人の裁量に委ねられており、請負人は原則として自由な履行が可能であることを挙げる。すなわち、注文者が、製作段階の間にすでに 634 条による瑕疵に基づく権利を主張することができるとした場合、請負人の権利に対する介入 (Eingriff) と結び付きうることへの考慮が必要であると

する。  
BGH 2017 年判決は、このような請負法上の規定の解釈は、注文者の利益に適合した結果を導くものであるとしている<sup>(230)</sup>。すなわち、瑕疵に基づく権利を主張できないとしても、注文者の利益は、引取り前に存在する権利によって確保されるという<sup>(231)</sup>。注文者は、履行請求権を行使ことができ、一般給付障害法の規定に基づき、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 条による給付の遅滞に対する損害賠償を請求することも考えられる。これらの主張は、引取りの効果 (危険の移転、瑕疵の立証責任の注文者への転換、報酬請求権の

---

(229) それぞれの段階の区別について、Voit による整理を参考にした。Voit, NZBau 2017, 521 (523).

(230) BGH, Urt. v. 19.1.2017 VII ZR 301/13, Rn.37. Vgl. Jurgeleit, in : Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 2020, S.439 ; Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.36.

(231) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.36.

履行期の到来)を生じさせることなく可能である<sup>(232)</sup>。製作途中で明らかになった契約内容からの相違については、重大な事由による解約告知（648a条）、323条4項による解除という手段が示される。

以上のBGHの判断に関して、一般給付障害法に基づく損害賠償請求権は、634条1号から3号に規定される瑕疵に基づく各権利と異なり請負人の過失を必要とすることになるが、注文者が履行を請求し、その際に設定された期間内に請負人が何らの対策も講じなかったときは、281条1項1文の義務違反が肯定されるとの理解が一般的に示されている<sup>(233)</sup>。

他方、瑕疵責任規定が適用されない場合に注文者が置かれる状況について、その妥当性に異論を示すものもみられる。例えば、Schwenkerは、瑕疵責任規定の適用について引取りを前提とすることは理論的に説得的であるとしたうえで、主に建築契約における施工段階の瑕疵の問題を想定して、引取りがない場合に、一般給付障害法のもとで過失に依存する請求権への参照が必要となることは、建築契約の実務上の要請に一致するかどうかは疑わしいと述べている<sup>(234)</sup>。この点について、問題場面を限定して後述する。

## ii) 問題とされる場面

### a) 仕事の完成の履行期日到来前—請負人の製作段階

仕事の完成の履行期日が到来する前の製作の段階では、通常の場合は注文者の権利行使は問題とならないが、契約の維持が注文者にとって期待しえないような一定の状況のもとでは、履行期到来前に注文者に何らかの救済が与

---

(232) Vgl. Moufang/Koos in ; Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., 2018, § 634, Rn.10.

(233) Krause-Allenstein in ; Kniffka, Bauvertragsrecht 3. Aufl., 2018, § 634, Rn.16 ; Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.36.

(234) もっとも、Schwenkerは、BGHが認める引取りを不要とする例外場面により、瑕疵責任の適用が制限されることはほとんどないとも指摘する。Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

えられる必要がある。この場面についての手当としては、BGH 2017 年判決前から、323 条 4 項に規定される解除の要件をみたす場合には、それによって契約関係から離脱することができる<sup>(235)</sup>とされていた。もっとも、建築契約のように解除による契約関係の巻き戻しが困難なケースについては、重大な事由による解約告知によることが実際的手段として妥当であるとされ、そのような議論を前提に重大な事由による解約告知に関する規定が 648a 条に新設されている。

解約告知が正当になされた場合、従来の BGH 判決により、請負人は、それまでに行った給付の引取りを注文者に請求することができる<sup>(235)</sup>とされている。この点、Voit は、解約告知は未履行の給付についての履行請求権を排除するが、すでに履行された給付に対する請求権が追完請求権に移行することを導くものではないとする<sup>(236)</sup>。したがって、注文者は、解約告知のみによって瑕疵責任規定に基づく権利を主張することはできず、注文者が履行された給付を引き取るか、その給付について請負人のさらなる履行を終局的に拒絶した場合に契約が清算関係に移行し、瑕疵責任として規定されるすべての権利を行使しうるとされる<sup>(237)</sup>。Busche は、解約告知や解除によって履行請求権が予定より早い時点で消滅した場合に、634 条以下の規定は例外的に適用されると述べる<sup>(238)</sup>。

製作段階の問題については、しばしば VOB/B 4 条 7 項の規定が引き合いに出される<sup>(239)</sup>。すでに確認したように、VOB/B 4 条 7 項は、BGB に比べて製作段階で注文者がとりうる手段を広げている。VOB/B が合意される契約では、

---

(235) BGHZ 153, 244 = NZBau 2003, 265 = NJW 2003, 1450 (1452) = ZfBR 2003, 352. Vgl. Voit, NZBau 2017, 521 (523).

(236) Voit, NZBau 2017, 521 (523).

(237) Voit, NZBau 2017, 521 (523); Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.49.

(238) Busche, MünchKommBGB, 8.Aufl., 2020, § 634, Rn.5.

(239) Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

履行期日の時点で瑕疵があるであろうことが確実にない場合でも、製作段階での瑕疵が修補されないとき、注文者は、契約を解約告知することができる。Schwenkerは、このようなVOB/Bの規定について、施工途中にすでに瑕疵がある、ないし契約どおりでないことが認められる給付について、瑕疵のない給付に置き換えるよう請負人に求めることができるとしてBGBと対比した際の意義を指摘する<sup>(240)</sup>。他方、Voitは、VOB/Bは、確かに注文者に有利にBGBと相違するが、VOB/B 4条7項が定めるのは解約告知及び損害賠償請求権であり、瑕疵に基づく請求権ではないと述べている<sup>(241)</sup>。

履行期前の製作段階におけるより早い瑕疵の除去は、主に建築契約の場面について、その必要性が指摘されてきたところであり、323条4項の解除や重大な事由による解約告知という手段は、仕事の製作に関する注文者の利益保護のために十分ではないとされ、とくに、自力修補権の行使についてはなおその必要性が指摘される<sup>(242)</sup>。すでにみたように、2017年の建築契約を中心とする改正議論の中でも、注文者に製作段階への介入を認める提案が示されていたところである（本稿IV 3）。そのような提案は、最終的に立法に至らず、BGH 2017年判決が示した判断によって上書きされたと指摘されている<sup>(243)</sup>。

#### b) 仕事の完成の履行期日到来後

仕事の完成の履行期日の到来にもかかわらず、請負人が、その時点で、引取り可能な仕事を引取りに供さなかった場合は、請負人の契約上の義務の不履行があることが確かとなる。このとき、注文者は履行請求権を行使することができ、又は、一般給付障害法の規定に従い、履行のための期間を設定し、

---

(240) Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

(241) Voit, NZBau 2017, 521 (523).

(242) Busche, MünchKommBGB, 8.Aufl., 2020, § 634, Rn.5.

(243) Vgl. Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.50. Koberは、部分的に時代遅れの提案となったと表現する。

損害賠償請求を主張することもできる<sup>(244)</sup>。BGH 2017 年判決前の学説では、仕事の完成の履行期日の徒過後においては、瑕疵責任規定に基づく権利の主張が可能であるとの見解もみられたが、BGH 2017 年判決の理論によれば、履行期日を徒過したということだけでは、瑕疵責任規定の適用は認められない。この点、学説においても、単なる給付の遅滞と瑕疵ある給付は区別される必要があると指摘するものがあつたところである<sup>(245)</sup>。

BGH の考え方によれば、請負人が仕事を完成し、引取りに供した後の段階でも、注文者が置かれる状況は変わらない。これに対して、Voit は、この段階においては、BGH とは異なる解釈が望ましいと指摘していた。上述の Voit の見解でみたように、清算関係への移行は、履行請求権の喪失を要するが、履行を維持したうえで、請負人に対して追完を求め、その期間の徒過によって注文者は自力修補を行う可能性があるべきという。

#### (4) BGH 2017 年判決が明らかにしなかった問題の指摘

BGH 2017 年判決に対しては、BGH 2017 年判決の事案では問題となっておらず、明らかにされなかった点に関する指摘も少なくない。とくに、清算関係への移行によって、引取りなしに瑕疵責任規定が適用される場合、条文上、引取りと結びつけられる法的効果がいつ生じるのかは明らかではないとされる<sup>(246)</sup>。

##### i) 清算関係への移行と引取りのその他の法的効果との関係

##### a) 瑕疵に基づく権利の消滅時効

Thode や Schwenker は、引取り前の瑕疵に基づく権利について、これらの

(244) この場面では、281 条の要件を通常みたとされる。Voit, NZBau 2017, 521 (523).

(245) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

(246) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm. 1 ; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581) ; Moufang/Koos in ; Messerschmidt/Voit, PrivatesBaurecht, 3. Aufl., 2018, § 634, Rn.15.

権利がどの時点で発生し、いつ行使可能となるのか、また、いずれの消滅時効期間が基準となるのかという問題が残されていると指摘する<sup>(247)</sup>。この点、Thodeは、BGHが634a条1項2号の消滅時効規定が適用可能であると判断するかどうかは疑わしいとするが<sup>(248)</sup>、多くの見解は、清算関係への移行によって消滅時効が進行し、その際は、瑕疵責任に関する消滅時効（634a条）が適用されるとする<sup>(249)</sup>。

なお、Voitは、清算関係への移行によって消滅時効が進行するとしても、しばしばその移行が生じた時点が明確に判断できないとして、実務上紛争が生じることへの懸念を指摘し、具体的には、請負人との共働を明確に拒み、引取りを拒絶した注文者が予期せず消滅時効の進行を導くことが考えられるとする<sup>(250)</sup>。もっとも、この点については、今日では終局的な引取り拒絶の場合に関しての解決がなされており<sup>(251)</sup>、あまり重大な問題にはならないはずで

---

(247) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm. 1; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

(248) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm. 1. Thodeは、その理由として、建築業者契約（Bauträgervertrag）に関するBGH判決が、共有所有の物（Gemeinschaftseigentums）について、注文者の引取りを欠く場合には、消滅時効が進行せず、634条2号、637条3項の前払請求権は634a条1項2号の消滅時効にかからないとしたことを挙げる。

(249) Voit, NZBau 2017, 521 (524); Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634 Rn.45, § 634a Rn.153.

(250) Voit, NZBau 2017, 521 (524).

(251) この点について、確立した判例法理により、瑕疵責任に基づく権利の消滅時効は、注文者が引取りを真摯かつ終局的に拒絶した場合（ernsthafte und endgültige Abnahmeverweigerung）は、この拒絶が正当に行われるかどうかにかかわらず、瑕疵責任に基づく権利の消滅時効が進行するとされる。そのような終局的な引取り拒絶は、一時的な引取り拒絶（vorläufige Abnahmeverweigerung）とは区別され、請負人による瑕疵の除去がもはやなされえない場合、または、注文者自身が、すべての瑕疵が除去されたときでも、その仕事を、どのような理由によっても常に受け入れようとしないうちに問題になるという。このような場合は、契約がもはや履行されないことが確かであり、消滅時効の進行を引取りによって決することは妥当ではないとされる。Vgl. Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634a Rn.45f; Langen/Raab in; NomosKommetar Werk- und Bauvertragsrecht Spezialkommentar zu den §§ 631-650v BGB, 1.Aufl., 2020, § 634a, Rn.35.

あるとも述べる<sup>(252)</sup>。

消滅時効の問題については、債務法現代化による規定の変更も考慮すべきであるとの指摘がある<sup>(253)</sup>。この指摘は建築契約を念頭に置くものであるが、債務法現代化前の規定では、瑕疵担保責任における消滅時効期間が5年であるのに対し、原則的な消滅時効期間が30年であり、請負人に長い消滅時効期間を課すべきではない場合について議論されていた。これに対し、現在の原則的な消滅時効期間は3年であり(195条、199条1項)、建築物に関する瑕疵責任規定の5年(634a条1項2号)よりも短い期間となっている。したがって、現行法上は、瑕疵責任規定の消滅時効規定の適用は、注文者に利益を与えることになるという。請負人が自らの給付を引取りに供した場合には、5年の消滅時効に従うことを予定しているのであるから、そこにおいて請負人のさらなる保護は必要ではないとの見方が示される<sup>(254)</sup>。

#### b) 瑕疵についての立証責任の転換

注文者が仕事を引き取った後は、瑕疵の存在について注文者が証明しなければならない。このような瑕疵の立証責任の注文者への転換は、注文者が一度は仕事を承認したことによって理由づけられる。これに対し、清算関係への移行の場面では、注文者の承認を欠いているため、このような立証責任の転換は正当化されないとの指摘が Voit からなされている<sup>(255)</sup>。そこで、Voit は、立証責任の分配に関する一般的な扱いから、請負人からの報酬請求と注文者からの瑕疵に基づく権利の主張を区別し、請負人が報酬を請求する場合には、仕事が瑕疵なく行われたことを請負人が立証しなければならず、一方で、注文者が瑕疵に基づく請求をする場合には、注文者が瑕疵を立証しなければな

(252) Voit, NZBau 2017, 521 (524).

(253) Moufang/Koos in ; Messerschmidt/Voit, PrivatesBaurecht, 3. Aufl., 2018, § 634, Rn. 16.

(254) Moufang/Koos in ; Messerschmidt/Voit, PrivatesBaurecht, 3. Aufl., 2018, § 634, Rn. 16.

(255) Voit, NZBau 2017, 521 (524).

らないことが導かれるとする<sup>(256)</sup>。なお、Voitは、清算関係への移行により、引取りによって明文上生じるとされる法的効果は、ほとんどの点で同様に生じるとするが、請負人が報酬請求をした場合の立証責任に関しては違いがあると指摘している。

c) 危険の移転

644条により、引取りによって危険は注文者に移転することになる。この点について、Voitは、引取りなく清算関係に移行した場合には、644条の要件が満たされないと指摘するが、ここで、注文者の請負人に対する履行請求権が喪失していることを考慮しなければならないとする。すなわち、清算関係において、請負人はもはや結果達成の責任を負わないため、引取りがなくても危険が注文者に移転すると考えることが一貫しているという<sup>(257)</sup>。

d) 報酬請求権

報酬請求権については、BGHが債務法現代化後も維持されたとした判例法理により、清算関係への移行によって履行期が到来すると解されている<sup>(258)</sup>。

ii) 清算関係に移行した後に明らかになった瑕疵の責任追及

また、Thodeは、BGHの理論に対する批判として、契約関係が清算関係に変化した後に、新たな瑕疵が発生した場合に問題が生じるとする。例えば、引取り前に注文者が費用前払いを請求し、請負人の瑕疵除去を受け入れないことを表明した後、新たに重大な瑕疵が明らかになったとき、契約関係から清算関係への変化は、この状況にどのような影響を与えるのかが明らかではないとする<sup>(259)</sup>。この場合に、注文者は、追完の期間を置くことができるのか、

---

(256) Voit, NZBau 2017, 521 (524).

(257) Voit, NZBau 2017, 521 (524).

(258) Moufang/Koos in ; Messerschmidt/Voit, PrivatesBaurecht, 3. Aufl., 2018, § 634, Rn. 19.

また、置かなければならないのか、それとも金銭的請求ができるのかといった点が問題として指摘される。Thode は、清算関係への移行は、ただ最初の瑕疵に関してのみ効果をもち、その新たな瑕疵に関してはなお契約関係が存在するのだろうかという疑問を提起している。

## 6. 小括

### (1) 瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論における問題

請負の瑕疵責任規定がいつから適用可能かという問題は、債務法現代化前から議論の対象となっていたが、そこでの主な論点は、瑕疵担保責任のもとで仕事のやり直しが認められるかどうかという点であり、この問題については判例上乗り越えられ、債務法現代化によって明文化されるに至った。また、仕事完成の履行期日前に明らかな瑕疵について、改正前 634 条 1 項は規律を置いており、この規定を前提に検討が行われていた。そのような状況において、債務法現代化では、瑕疵に対する責任が義務違反の一類型であることを明確にし、一般給付障害法への近接化が図られたが、他方で、契約各則の箇所一般給付障害法とは一部において異なる定めを有する瑕疵責任規定が残された。さらに、債務法現代化では、一般給付障害法と瑕疵責任法のいずれの規定においても変更された点が少なくなく、債務法現代化後のもとの新たな解釈の必要性が生じ、請負の瑕疵責任規定の適用をめぐる複雑な議論が展開されることになった。

学説は、一般給付障害法と瑕疵責任法の境界づけが必要かどうかという点ですで見解の相違を示した。境界づけを不要とする見解は、債務法現代化後において両責任規範に相違はないとして、とりわけ、履行請求権と追完請求権の区別は不要であることを指摘していた。そのような見解に対して、学説の多数は、瑕疵責任法は、一般給付障害法と異なる規定を有しており、現

---

(259) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1.

行法上もなんらかの境界を必要とした。それらの見解は、履行請求権と追完請求権の関係についても、これらの請求は限界事由において違いがあり、区別されるものと捉えている。また、履行請求権と追完請求権との関係をどう解するかという点とは別に、瑕疵責任規定にのみ定めがある注文者の権利として、自力修補権と報酬減額権がいつから行使可能となるかという問題に関心が寄せられていた。とりわけ、注文者による修補とその費用償還請求や費用前払請求については、注文者にとって有益な手段として、この問題において実質的な意味を持っていたといえる。

他方、請負における引取りは、仕事の物質的な受け取りと、給付を主たる部分において契約に適合したもとして承認すること（Billigung）という2つの要素によって構成される概念であり、債務法現代化後も請負において重要な転換点として位置付けられている。もっとも、瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論では、この引取りという時点がいかなる意味を持つかについては、学説の見解は一致していなかった。

これまで確認してきたように、瑕疵責任の適用時点をめぐる議論における学説の多くは、引取りのない瑕疵責任規定に基づく権利行使がいかなる場合に認められるかに焦点を当てている。より具体的に関心が向けられているのが、次の二つの場面であった。一つは、請負人によって仕事が完成され、引取りに供された際に、瑕疵を発見した注文者が仕事を引き取ることなく瑕疵責任として規定される権利行使が可能であるかという問題である。注文者は、仕事に本質的な瑕疵がなければ、引取義務を負うが、そうではない場合には、正当に引取拒絶が可能である。このとき、注文者は一般給付障害法の規定に基づく権利行使によるのか、それとも、瑕疵責任規定によるのかが議論となっていた。瑕疵責任規定の適用を例外なく引取りという時点で画するとすれば、注文者は、瑕疵責任規定にのみ挙げられる自力修補権や報酬減額権という手段をとることができず、それらの権利行使のためには、事実上、引取りを強制されることになる。引取りが明文上、報酬請求権の履行期の到来など注文

者にとって不利に働く複数の法的効果を生じさせるものであることから、この場面で注文者が置かれる状況について、原則的な瑕疵責任の適用時点を引取り以外の基準で把握する見解のほか、引取り時点を原則的な基準としながらも、例外的に引取りを不要とする場合について、さまざまな解釈論が展開されていた。もう一つの問題場面は、請負人の仕事完成の履行期日が到来する前にすでに明らかな契約内容からの相違に対して、注文者はいかなる権利行使ができるかという点である。この点については、建築請負のように請負人による製作の段階がしばしば長期にわたる契約に関して、一般給付障害法の規定によるのでは十分ではないとの指摘がされてきたところである。すでにみたように、2017 年の建築契約法の改正の際には、この問題に対応する新たな規定を設けることが提案されていたが、最終的には実現せず、判例による解釈に委ねられることになった。

## (2) BGH 2017 年判決が示した理論と学説による評価

BGH は、債務法現代化から 15 年を経て初めて態度を明らかにし、学説上長く議論されてきた問題に一定の判断を示した。

### i) 一般給付障害法と瑕疵責任法の境界づけの必要性

債務法現代化後においては、一般給付障害法と瑕疵責任法との境界づけは必要ないとする見解が Vorwerk や Weise を中心に示されていたのに対し、BGH はそれらの考え方とは異なり、債務法現代化後の規定においても両責任規定を画する必要があるとした。BGH は、そのような区別が必要であることの理由として、履行請求権と追完請求権が異なるものであり、併存しえないことを指摘した。履行請求権と追完請求権との関係については、学説上も BGH が示した捉え方と同様の見方が多数である<sup>(260)</sup>。

### ii) 瑕疵責任規定の原則的な適用時点としての引取り

一般給付障害法と瑕疵責任法の境界づけが必要であるとして、それらをど

のような基準で画するかについては、学説上複数の考え方が示されてきたところである。BGHは、請負において明文上重要な転換点として位置付けられている引取りが、瑕疵責任規定の適用においても基準となることを明らかにした。なお、BGH 2017年判決前から、請負人が注文者による引取りに向けて仕事を製作し、引取りによって請負人の製作ないし履行の段階が終了することは、学説でも概ね共通の理解が示されていたところであり、引取り後は一般給付障害法の適用は排除され、瑕疵責任規定のみが適用されることには異論はみられない。

BGH 2017年判決は、引取りが瑕疵責任規定の適用に関する基準であるとする根拠として、いくつかの点を挙げる。まず、条文上、各種の効果（瑕疵に基づく権利の消滅時効の進行開始、請負人の報酬請求権の履行期の到来、注文者への危険の移転、瑕疵の立証責任の注文者への転換）が引取りに結び付けられていることから、引取りが履行の段階と瑕疵責任が問題となる段階との境界としての意味を持つとする。引取りによるその他の効果と瑕疵責任規定の適用時点を結び付けることについては、Buscheのように必然性を見出さない見解があり、BGH 2017年判決後も Busche はその主張を維持している。

次に、BGH 2017年判決は、引取り前に瑕疵責任規定による注文者の権利行使を認めることは、製作段階において自由な裁量で仕事を行う請負人の権利の介入につながるおそれを指摘する。引取り前ないし引取りなしに瑕疵責任規定の適用を認める場面をめぐる学説の議論に対して、そこで考慮すべき要素を示すものであるといえるが、このような観点に対して、学説では、BGH が認めた例外場面とは異なる解釈の可能性も示されているところである。

---

(260) もっとも、本文中で述べたように、請負の瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論では、履行と追完のいずれかという点は、まさに理論上の問題としては意味があるが、実際に問題となっている場面では、請負人による履行ないし追完ではなく、そのほかの手段による責任追及（より具体的には、金銭的な請求）が可能かという点に重点が置かれており、この文脈においてはそれ以上議論となっていないことも考えられる。

なお、BGH は、瑕疵の判断時点が引取りであることも指摘しており、通常の場合に瑕疵が引取りの時点で判断されることに批判はみられないが、請負人によって仕事が引取りに供された場面で瑕疵責任に基づく権利行使を望む注文者にどのような選択肢が与えられるかという問題においては、BGH が示した解釈に対する学説の評価は一致していない。それによって、瑕疵の判断時点も引取りがされた時なのか、Busche の見解にみられるように引取りに供された時なのかという点で解釈上の相違が生じている。

### iii) 引取りなしに瑕疵に基づく権利行使が可能となる例外場面

BGH が引取りなしに瑕疵責任規定が適用される例外として示した清算関係への移行は、請負人が仕事を一応完成し、引取りに供した後の段階で、注文者による小さな損害賠償の形式での給付に代わる損害賠償の請求、報酬減額権の行使、履行請求権を真摯かつ終局的に拒絶したうえでの費用前払請求によって生じる。なお、学説や 2017 年の建築契約法の改正作業グループが提案したような、製作段階における瑕疵責任規定に基づく権利行使は認めず、BGH は、一般給付障害法に置かれている規定によって注文者の利益は確保されるとみるが、学説では、製作段階において自力修補権の行使を認めることの意義を指摘するものがあつた<sup>(261)</sup>。

また、上述したように、BGH 2017 年判決が示した清算関係の移行によって瑕疵に基づく権利行使を認めるという理論に対しては、学説から多くの指摘が加えられていた。BGH が清算関係への移行を例外の基準とすることについては、一般給付障害法と瑕疵責任法との境界づけの中心的な理由である履行請求権と追完請求権を画する必要がないという点で理論上の明確さが指摘されるが<sup>(262)</sup>、報酬請求権の履行期の到来に関して判例上用いられていた清算

(261) Voit, NZBau 2017, 521 (523); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Busche, MünchKommBGB, 8. Aufl., 2020, § 634, Rn.5.

関係の概念が瑕疵責任規定の適用をめぐる問題に接続されることへの十分な根拠が見出されないことや<sup>(263)</sup>、その後のBGH 2018年2月22日判決において述べられた注文者の権利相互の関係と対比した場合の問題<sup>(264)</sup>など、理論として不明確な部分があるとの見方が少なくない。

さらに、ThodeやSchwenkerは、BGHの理論は循環論法（Zirkelschluss）によっていると批判していたが、BGHは、結局のところ、注文者がとりうる手段として、引取りがなくても、小さな損害賠償の形式での給付に代わる損害賠償の請求、報酬減額権の行使、一定の要件のもとでの自力修補のための費用前払請求を認めるものであり、瑕疵責任規範全体の適用を画する基準として清算関係への移行を位置付けているわけではないといえる。注文者は、引取りに供された仕事を本質的な瑕疵を理由に正当に拒絶する場合、BGHの理論によれば、履行請求権と追完請求権の境界が問題とならない限りで、引取りなしに小さな損害賠償や報酬減額、自力修補のための費用前払請求を主張することができる。注文者が請負人による履行を終局的に排除することについて、不当に請負人の追完の機会が害されることを懸念する見解もあるが<sup>(265)</sup>、この点については、すでに追完が不成功に終わっていることを前提としており、不当な引取り拒絶も、640条1項3文により除かれるとの反論が示されている<sup>(266)</sup>。

他方、とりわけ費用前払請求に関して、瑕疵がある範囲だけではなく、すべての履行請求権を放棄しなければならないことへの疑問も示される<sup>(267)</sup>。そこから、BGHとは異なる基準として、請負人が仕事を一応完成させ、引取りに供した段階においては、清算関係への移行がなくとも瑕疵責任の適用を認

---

(262) Voit, NZBau 2017, 521 (522).

(263) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1 ; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

(264) Vowinckel, NZBau 2019, 87 (88).

(265) Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1.

(266) Kober, GROSSKOMMENTAR, § 634, Rn.41.2.

めるべきとの指摘が Voit や Busche からなされている。この見解は、BGH が指摘していた、請負人の製作段階への介入も問題とならないことから理由づけられるとする。BGH は、自力修補権を行使した後も、自力修補が成功しなかった場合に、注文者がなお請負人に履行を求めることができることを理由として、引取り前の自力修補権の行使には請負人の履行の真摯かつ終局的な拒絶が必要であるとするが、そのような場面で注文者が請負人に対する履行請求に戻ることは通常想定されないとの学説の指摘があったように、理論的な問題は別として、履行請求権の放棄が注文者に与える影響はそれほど重大ではなく、実務上ほとんどのケースで引取り前の自力修補権の主張が行われることも予想される。

#### iv) 残された問題

上述したように、BGH 2017 年判決が明らかにしなかった問題も少なくない。中でも、条文上、引取りと結び付けられている効果が、引取りがない場合にどのように扱われるのかについては、学説による検討が行われているところである。もっとも、多くの見解は、清算関係への移行によって、仕事が引き取られた場合とほとんど同様の効果が生じると解している。BGH 2017 年判決前の学説では、瑕疵に基づく権利行使のために引取りが強制されると、注文者にとって不利な効果が生じることを問題として捉えていた状況が見受けられるが、BGH の理論によって引取りなしに清算関係に移行する場合と、瑕疵を留保して仕事を引取り、瑕疵責任規定の適用を受ける場合とで、実際上どの程度の違いがあるのかという疑問も生じる<sup>(267)</sup>。

以上のように、BGH は、債務法現代化以降の議論に対して、一定の方向性

---

(267) Voit, NZBau 2017, 521 (523). 清算関係への移行後に明らかになった瑕疵に関する責任追及について、どのように取り扱われるのかが不明であるとする Thode の指摘も、問題意識において共通するものであると思われる。Vgl. Thode, jurisPR-PrivBauR 5/2017 Anm.1.

を示し、その意義は重要であるが、BGH 2017 年判決後の学説の議論状況にみられるように、そこで述べられる理論構成は、なお複数の問題を包含している。さらに、実務上問題となっている場面に対して、どこまで影響があるかという点是不透明であるようにも思われる。

## V ドイツ法のまとめ

### 1. 引取り概念の意義と機能

これまでみてきたように、請負においては、注文者による意思の関与（履行としての承認）を必要な要素とする引取りが、履行段階と責任段階を区別する転換点として置かれている。ドイツにおける引取り概念は、その一般的な理解において、売買と対比した場合に、請負に特徴的な性質を示しているように思われる。売買においては付随義務とされる引取義務は、請負において報酬支払義務と並んで注文者が負うべき主たる義務であり、条文上、各種の法的効果とも結び付けられている。また、売買における引取りが、一般に物理的な物の受取りを意味するのに対し<sup>(268)</sup>、請負の引取りにおいては、注文者の承認が本質であるとされる。

請負は、契約締結時に将来の仕事完成を約するものであり、請負人によって仕事が具体化される。そして、その仕事はそのつど注文者のために個々の特性をもって製作されるものである。そこから、ドイツにおいては、原則として注文者がその仕事の状態を吟味しうる引取りの時点に向けて、請負人は仕事を製作するものとされ、引取りがなければ請負人の先履行義務は終了せず、報酬支払請求権の履行期も原則として到来しない。そして、注文者は、

---

(268) この点、Voit は、注文者は確かに引取りを強制されないが、清算関係に移行しなければならず、ほとんど同様の手続きを取らなければならないとしている。Voit, NZBau 2017, 521 (524).

(269) もっとも、売買においても請負と同様に承認の要素が含まれるとの議論がある。この点について、藤田・前掲注 (15) 233 頁以下参照。

請負人が完成させた仕事が本質的に契約内容に従ったものであれば、その仕事を引き取る義務を負うが、その反面、契約内容からの相違があり、それが本質的であったとしても、引き取ることができる権利を有しているとされる。すなわち、不完全な仕事であっても、それを引き受けるかどうかについて、注文者による選択を認めている。このように、ドイツの引取りという概念は、請負の仕事が注文者のために完成されるという性質に照らし、実際に厳密な吟味が行われるかどうかや、瑕疵が発見されるかは別として、仕事が契約どおりに完成されているかについて確認の機会を確保したうえで、注文者の意思的な関与によって、請負人の履行の一応の終了を観念づけるものである。ここでの承認は、明白な瑕疵を認識したうえでの承認を除いて、仕事に瑕疵がないことの承認を含まない。

引取り概念の請負における意義とその位置付けは合理的であるようにみえるが、他方で、引取りをめぐる請負人と注文者の攻防が、現実には困難な問題として生じていることも明らかとなる。上述したように、仕事の引取りは性質に関する承認を含むものではないが、実際の場面では、注文者は、瑕疵を理由に引取りを拒み、請負人は報酬の支払を求めて引取義務があることを主張するという対立構造がしばしば問題となっている。このような状況では、結局のところ、仕事に本質的な瑕疵があるかどうかという点が客観的に判断されることになる。注文者による引取りの拒絶は、請負人への影響が大きく、2000 年と 2017 年の二度の改正によって、引取義務や引取擬制に関する請負人保護の強化が図られたところである<sup>(270)</sup>。このように、制度上、請負人の履行の終了と、それを前提とする法的効果を注文者の意思的関与にかからせる場合には、同時に、引取義務ないし引取擬制の規定のように、先履行義務を負う請負人に過度な負担を与えないための手当を必要とする。

---

(270) この点についての詳細な検討として、北居功「請負契約における仕事の引渡し—注文者の報酬支払債務の弁済期をめぐって—」片山直也ほか編『池田眞朗先生古稀記念論文集 民法と金融法の新時代』（慶應義塾大学出版会、2020 年）365 頁以下。

## 2. 瑕疵責任規定の適用時点と引取り

### (1) 一般給付障害法に対する瑕疵責任規定の特則性

ドイツの債務法現代化では、それまでの瑕疵担保責任を一般給付障害法に一元化するという方向性がとられたが、なおいくつかの特則を残した。BGH 2017年判決も、両責任規定の相違について、とくに履行請求権と追完請求権の境界づけが必要であることを前提に、原則として引取りによってそれらが画されるとした。理論的にはこのような理解が学説上も概ね支持されるが、その違いが実際にどの程度の影響があると受け止められているかについては、瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論の文脈においてはその点の指摘は乏しく、明確ではない。瑕疵責任の特則性として実質的な意義を持っているのはむしろ、請負人の責任を追及する個々の手段として、請負人の過失に依存することのない金銭的な解決として、自力修補や報酬減額によることができるという点である。このように、瑕疵責任規定は、一般給付障害法規定に対して、ある点では請負人の利益に、ある点では注文者の利益となる相違を有しているものといえる<sup>(271)</sup>。なお、消滅時効に関しても、瑕疵に基づく権利については、特別の定めがある。しかし、この点については、学説の議論が主に想定している建築請負では、瑕疵責任規定の消滅時効の適用が注文者の不利にならないことなどを背景に、それらの権利の消滅時効がいつ進行を開始するかという点を除いては、それほど大きな問題となっていない。

### (2) 瑕疵責任規定の適用を画する基準としての引取り

BGHは、瑕疵責任規定の適用は、原則として引取り後に認められるとするが、例外として請負人による履行（追完）がもはや行われな場合について、

---

(271) この点、Buscheは、本文で述べたように、瑕疵に基づく各権利は、一般給付障害法に基づく責任追及よりも厳しい要件を設けるものと指摘している。Vgl. Busche, MünchKommBGB, 8. Aufl., 2020, § 634 Rn.5.

瑕疵責任規定に置かれているその他の権利行使を引取りなしに認めており、ここでの引取りの機能は、実際には、履行請求権と追完請求権とを境界づけるものにとどまっているように思われる。また、履行請求権と追完請求権を画する基準としての引取りについても、BGH は、限界事由に関する相違から、それらの境界づけが必要であることを指摘するが、引取りという基準が、いかなる理由でそれらの違いを境界づけるかについては、引取りが請負において各種の重要な効果と結び付けられる転換点であることのほかには、詳しく述べていない。なお、瑕疵に基づく権利の消滅時効は、引取り時から起算されると規定されており、引取り後の権利行使を予定してはいるが、小さな損害賠償や報酬減額、履行請求権を排除しての自力修補のための費用前払請求は、一定の場合に引取り前であっても認められていることから、常に妥当するわけではない。BGH 2017 年判決後の学説では、引取りではなく、請負人の仕事の一応の完成と引取りへの提供により、瑕疵責任規定の適用が可能となるという見解が、BGH が示した考慮要素についても整合性を有するとして主張されているところである。そのような解釈のもとでは、瑕疵責任規定の適用における基準としての引取りの位置付けは、規定構造上、引取り後における責任追及の問題を通常想定しているというにとどまり、BGH は、履行請求権と追完請求権の境界として引取り概念を位置づけるものの、引取りが、それ自体妥当する責任規範を振り分けるものとして、積極的な意味を有しているわけではないようにも思われる<sup>(272)</sup>。

また、BGH が瑕疵に基づく権利行使を引取りがなくとも認める場面は、請

---

(272) なお、ドイツの学説上、引取りに結び付けられる法的効果のすべてについて、引取りがそれらの効果を導くことについて明確な理由が積極的に示されているわけではないとの指摘もみられる。例えば、瑕疵が認識されていないにもかかわらず、なぜ引取りが 635 条 3 項による追完請求権の限界事由を導き、また、危険の移転が仕事の承認 (Billigung) に依存するのかは説明できないという。Vgl. Schwenker/Rodemann, Erman BGB Handkommentar, 16. Aufl., 2020, § 640 Rn. 2.

負人による仕事の一応の完成と引取りへの提供があり、注文者による瑕疵除去の求めに対し、請負人による追完の試みが成功しなかったという状況が前提となっている。したがって、請負人の仕事の提供に向けた履行と追完の機会が正当に確保されていれば、注文者は、一般給付障害法と瑕疵責任法に規定される権利のいずれを行使することも妨げられず、さらに、履行請求権と追完請求権の境界問題が生じなければ、引取りがなくとも瑕疵責任規定に基づく主張を認めたものと整理できよう。

### (3) 請負における議論の特徴

瑕疵責任規定の適用時点をめぐる議論では、注文者に一般給付障害法にはない手段を与えるものとして、引取り前ないし引取りなしに、それらの権利行使が可能となる場面に関心が寄せられていた。一般給付障害法に対するいくつかの特則性は維持しているが、両責任規定の相違において、履行と追完をめぐる理論的な問題はあるものの、ドイツの請負瑕疵の場面において実質的な意味を持つのは、置かれている責任追及手段の違いにとどまる。また、BGHが述べているように、請負人によって提供された仕事を引き取らず、また、清算関係にも移行しない場合には、一般給付障害法に基づく権利行使を選択できるとしている点からも、両責任規範のいずれが適用されるかによって、契約当事者のいずれかに与えるものとしては捉えられていないといえる。もっとも、そこから、瑕疵に基づく責任追及手段をとれるのはいつからか、という問題に至って、議論は紛糾する。その要因としては、請負に特徴的な性質が影響しているように思われる。

瑕疵責任規定は、仕事に瑕疵があるとされる場合、すなわち、不完全ながらも一応は履行がなされたことを前提とする責任を定める。上述したように、請負は、通常の場合において、引取りによって履行の終了を画する。しかし、実際には、請負人の仕事は製作過程の進行とともに徐々に具体化することから、引取り前であっても、なんらかの仕事の具体化はすでに生じているとい

える。したがって、請負では、契約の性質上、請負人の仕事がいまだ途上であったとしても、その仕事を「不完全な履行」として観念づけることも可能となる。ドイツの学説は、このような請負（とりわけ建築請負）の性質から、より早い時点で瑕疵責任に基づく権利行使を認める意義があり、それを理論上どのように構成するかについて様々な見解が示されていた。

これに対し、BGH は、製作段階における請負人の任意の製作への介入となりうることを強調する。この点を考慮要素にすること自体には、大きな異論はみられないが、Voit や Busche の指摘のように、そのようなおそれがない場面について（請負人による仕事完成後、引取りに供された段階）、瑕疵責任規定に基づく主張を認めることが望ましいとする。また、請負人による仕事の製作段階で明らかになった問題に対する瑕疵責任規定の適用についても、学説からは、請負においてその必要性があるとする指摘が BGH 2017 年判決後も加えられているところである。

## VI おわりに

以上のドイツの議論から、はじめに述べた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検討するうえで、いかなる視点が得られるか、若干の対比を試みたい。

### 1. 議論の前提としての規定の対比

#### (1) ドイツにおける引取りの明文上の位置付け

日本とドイツでは、議論の前提となる規定において相違があり、それによって当然に問題状況も異なる。ドイツの請負では、引取りは債務法現代化前から、請負人の主たる義務であり、BGB 起草時から条文上定められている概念である。また、瑕疵責任規定の問題とは別に、報酬請求権の履行期の到来、危険の移転といった重要な効果を導くものとしての位置付けを有する。このように、請負人の履行段階の終了を、請負人が仕事の過程を終えた時点や履行期日が到来した時点ではなく、注文者の意思的関与（履行としての承認）

を要素とする引取りにかからしめ、それをもって請負の転換点とする制度設計がドイツにおいては明確にとられている<sup>(273)</sup>。

さらに、主に請負人の報酬請求権をめぐる問題を前提にした引取義務と引取擬制に関するドイツ法の展開も重要である。日本とドイツいずれにおいても、請負人は仕事を契約で合意した内容どおりに完成させる結果債務を負い、注文者は、仕事の完成に対して報酬を支払う義務を負う。しかし、請負人が先履行義務を負うことを考慮して、ドイツでは、その仕事に瑕疵が存在したとしても、それが本質的な瑕疵でなければ、注文者に引取義務を課し、報酬支払請求権の行使を認めるという取り扱いが、解釈によってではなく、立法的解決として実現されている。2017年のBGB改正では、引取擬制の強化により、仕事に本質的な瑕疵があるか否かにかかわらず、瑕疵の主張のない引取拒絶は、引取りの効果を生じさせることになった。日本の請負においても、債権法改正前の状況として、「仕事の一応の完成」を観念づける解釈論のもとで、請負人の先履行義務の緩和について、同様の問題への対応が図られてきたといえるが、はじめに述べたように、わが国における一応の完成をどのように捉えるかについては、予定の工程終了説が実務上定着していると評価されるものの、その理解は裁判実務や学説において必ずしも一致していない状況がみられた。

なお、瑕疵責任規定の適用時点の問題とは別として、請負の履行の終了について、注文者の吟味機会を確保したうえで、その意思にかからせるというドイツ法の規定のあり方は、請負の性質に照らした際に合理的であるようにみえる。もっとも、引取りと重要な法的効果、とりわけ報酬請求権の履行期を結びつけたときは、同時に不当な引取拒絶や、注文者がなんらの態度表明

---

(273) 実際の建築請負などでは、請負人と注文者は、引取りに供された仕事の状態を共に確認し、その時点で明らかな瑕疵がある場合には、それを留保して引き取ることなどについて書面（Abnahmeprotokollと呼ばれる）を作成し、署名するという作業が行われることが通常である。

もしない場合に対して手当を必要とする難しい問題が生じていることもあわせてみる必要がある<sup>(274)</sup>。

## (2) 瑕疵責任規定の特則性

瑕疵責任規定の適用をめぐる議論では、ドイツでは一般給付障害法の規定に対する瑕疵責任規定の特則性が、日本では、債務不履行責任に対する契約不適合責任の特則性が問題となる。これらの規定に関わる日本とドイツの相違は単純に比較できないところであるが、両国における議論状況の対比において重要な点のみを挙げるとすれば、ドイツの議論において主要な検討の対象となっていた自力修補権は、日本の契約不適合責任には規定がない。この点、日本においても、契約不適合に対する責任追及においては、實際上、裁判で争われるに至った事案では、瑕疵除去に要する費用や瑕疵を理由とする仕事の価値減少分を金銭によって請求することがほとんどであり、実態としては大きく異ならないようにも思われるが、日本においてそれらは損害賠償請求のもとで主張されてきたものである。債権法改正によって報酬減額権が新たに規定されたが、修補にかかる費用の賠償については、やはり損害賠償の文脈において検討の対象となるものと思われる。ここで、損害賠償の要件をどのように捉えるかについては、日本とドイツそれぞれに検討したうえで対比を要する問題であるが、ドイツの議論では、請負人の過失にかかわらず瑕疵除去に必要な費用を請求しうる手段として、自力修補の費用前払請求を認めることが注文者にとって有益であるとされている。瑕疵除去費用の賠償

---

(274) この点、北居・前掲注 (270) 379、380 頁は、日本民法について、ドイツの規範構造に近づく解釈の可能性を示したうえで、その場合には、些細な契約不適合を理由とする認容の拒絶は信義則に反するとして請負人の報酬支払請求を認めるべきであり、注文者が履行認容を表明しない場合の対応を検討する必要も出てくるとする。さらに、このような解釈の前に、ドイツにおいても報酬支払債務の弁済期を引取りとすることについて批判が向けられていたことも十分に考慮しなければならないと指摘する。

を損害賠償として主張することが一般的となっているわが国の状況においては、本稿における問題意識に引きつけると、ドイツと比較した場合に、債務不履行責任規定と契約不適合責任規定のいずれによるかという点は、実質的には大きな問題にならないとも考えられる。もっとも、修補費用は具体化された仕事を前提として生じるものであるといえ、その算定についても、すでになされた仕事を考慮して行われるものといえる。ドイツにおいて、自力修補権は注文者による追完とも説明されることから、どのような場面で自力修補権の適用が認められるかという点に関しては、わが国の問題場面をみる際にも参考になりうる。

また、日本の契約不適合責任に規定される各権利については、債務不履行責任の一般的な消滅時効の定めとは別に期間制限規定が置かれている（日本民法 637 条）。このような期間制限は、履行を終えたことへの債務者の期待を保護することのほか、引渡し後の期間経過により、契約不適合の有無をめぐる判断が困難となることを考慮するものである。そこで、わが国では、履行終了についての期待が生じる時点はいつかということも問題となる。他方、ドイツ法でも、瑕疵に基づく権利の消滅時効について特則が置かれているが、議論の前提となる規定が日本法とは異なっており、日本と対比しうる問題意識も瑕疵責任規定の適用をめぐるドイツの議論の中では明確にはみられなかった。

## 2. わが国の議論状況との対比

本稿で検討の対象としたドイツの議論は、一般給付障害法と瑕疵責任法との理論上の境界づけの問題であると同時に、実質的には、引取りという時点よりも前に、瑕疵責任規定にのみ規定されている自力修補権や報酬減額権という金銭による責任追及手段をとることができるかという点を問題とするものであったといえる。

他方で、はじめに述べたように、改正前民法のもとでのわが国の議論は、

ある時点を基準として、債務不履行責任の適用が遮断され、以後に認められる責任が瑕疵担保責任に限定されるという構造のもと、債務不履行責任に比して注文者に限定的な手段を置く瑕疵担保責任の適用が妥当するのはどの時点かを問題とするものであった。

これに対して、改正後民法では、これまでの議論の前提であった、債務不履行責任規定と瑕疵担保責任規定との差異は大幅に縮減しており、必ずしも注文者の責任追及に不利益な定めを置くものではなくなっている。それを踏まえて、わが国の現在の議論状況として、改正前民法において瑕疵担保責任の適用が生じる時点として用いられてきた「仕事の一応の完成」基準が維持されるかという点を中心に検討が加えられている。すでに述べたように、改正後民法のもとでは、仕事の完成の前後を問わず、契約不適合責任として規定されている請求が認められることは否定されないとの考え方が、法制審議会において示されていた<sup>(275)</sup>。同様に、債務不履行責任と瑕疵担保責任の時的区分を画する基準としての「仕事の一応の完成」概念の意義は乏しくなっているとの指摘が多くみられる<sup>(276)</sup>。

改正後民法では、債務不履行責任規定と契約不適合責任規定との適用を何らかの基準ないし時点で画する必要があるか、また、画するとすればどのような基準によるのかという点については、仕事の完成前後を問わないとする指摘のほかに、いくつかの見解がみられる。本稿では議論の概観に触れるにとどめるが、現行法上、請負の契約不適合責任規定は、売買の規定の多くを準用することになり、それによって適用される日本民法 562 条 1 項が、条文上「引き渡された目的物」が契約内容に適合しない場合の責任を規律していることから、仕事の目的物の引渡しを必要とする請負である場合には、引渡しの前後によって、債務不履行責任と契約不適合責任が適用される場面が画

(275) 前掲注 (6) 参照。

(276) 平野裕之『債権各論 I 契約法』(日本評論社、2018 年) 349 頁、中田裕康『契約法 [新版]』(有斐閣、2021 年) 507 頁、原田剛『債権各論講義』(成文堂、2021 年) 236 頁。

されるとの理解が多数示されている<sup>(277)</sup>。他方、改正後においても仕事の一応の完成基準が妥当するとの指摘もあることについては、はじめに述べたとおりである<sup>(278)</sup>。もっとも、この場合に「仕事の一応の完成」をどのような意味で捉えるかについては、なお複数の可能性がありうる<sup>(279)</sup>。「引渡し」の概念についても同様のことが指摘される<sup>(280)</sup>。

なお、ドイツの議論では、瑕疵責任規定の適用に関する原則的な基準と、例外として認められる場面について、学説の多様な整理がみられ、BGH 2017年判決は、瑕疵責任の原則的な適用時点を引取りとしながらも、例外を認めたものであるが、わが国においても、契約不適合責任が規律する場面を一定の時点で画した場合に、その時点より前の適用が排除されるかどうかは、別に検討する必要がある<sup>(281)</sup>。この点、潮見佳男教授は、契約不適合責任の規定

---

(277) 平野・前掲注 (276) 349 頁、三枝健治「請負における契約不適合責任」法教 469 号 (2019 年) 103 頁、千葉恵美子「請負契約について学ぶ (基礎編)」法セ 800 号 (2021 年) 86・87 頁、原田・前掲注 (276) 237 頁。

(278) 前掲注 (8) 参照。また、森田修「改正民法が民事裁判実務に及ぼす影響【第 9 回】請負・寄託」判時 2423 号 (2019 年) 131 頁は、給付危険の移転という点から、理論的には、修補請求権の内容決定及び限界事由に関して、「仕事の完成」がなお意味を持つと指摘している。同「請負関連規定に関する民法改正経緯」法協 136 巻 10 号 (2019 年) 2356 頁以下も参照。

(279) 笠井教授は、予定工程終了とする。笠井・前掲注 (1) 161 頁。

(280) 道垣内・岡・前掲注 (9) 83 頁の道垣内教授の発言。「引渡し」をどのようなものとして捉えるかについて、原田教授は、売買と請負を別異に解する必要はないとの考えを示している。原田・前掲注 (276) 237 頁。また、「引き渡された物を客体として承認して受領すること (引渡受領)」を意味するものと解すべきとの指摘として、潮見佳男『新契約各論Ⅱ』(信山社、2021 年) 218 頁。平野・前掲注 (276) 349 頁は、「正確には注文者が履行として承認 (検収) をした時」を基準時と考えるべきとする。さらに、前掲注 (9) で挙げたように、売買の引渡しに関する指摘であるが、山野目教授は、契約の各当事者の認識という主観的要素と、客観的に契約に基づく給付であるとみることができるとを総合して判断することが相当とする。北居・前掲注 (270) 381 頁も、契約不適合責任の適用契機となる「引渡し」を売買と異なる「履行としての認容」を含む引渡しと解する余地が残されていることを指摘している。

として置かれている日本民法 562 条や、解除権と損害賠償請求権に関する同 564 条は、引渡し前の不適合を直接の規律対象とするものではないが、いずれも引渡しの前後で妥当するルールを区別して考える理由がないと指摘している<sup>(282)</sup>。

また、学説において、仕事の一応の完成や引渡し前の不適合をどのような状況と想定するかについて、具体的には、請負人の仕事が終了するまでの不適合の問題なのか、それとも、請負人による仕事の終了から目的物の引渡しまでの間に明らかになった不適合の問題なのか、やや不明確なままに議論されている状況も見受けられる。これらについても、別の問題として区別したうえで論じる必要があるように思われる。

### 3. 今後の課題と検討の視点

最後に、ドイツにおける長く複雑な議論状況とわが国の改正後民法をめぐるこれまでの議論状況との対比を踏まえ、今後の課題となるが、日本における問題の検討を進める際の視点を示しておきたい。

わが国の改正後民法における契約不適合責任は、仕事の目的物の引渡し（引渡しを要しない場合には仕事の終了）後に明らかとなった契約不適合について、注文者がどのような権利を有するかを明らかにするとともに、不完全で

---

(281) 仕事の一応の完成基準が維持されるとする笠井教授は、前掲注 (1) 161 頁以下、松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、2020 年）872 頁〔笠井修〕において、引渡しや受領を基準とした場合について、いったんその目的物を引き取らなければ報酬請求に対して請負人の契約不適合責任を持ち出して抗弁とすることができないという困難な状態となると指摘されるが、契約不適合責任は、仕事の目的物の引渡し後に明らかになった契約不適合を想定している規定であると解したうえで、このような場面についても適用は妨げられないという整理も可能であるように思われる。

(282) 潮見・前掲注 (280) 218 頁。なお、報酬の減額は、完成した仕事の目的物の価値と対価との不均衡に注目して認められるものであるから、報酬減額請求権は、引き渡し時にはじめて認められるべきとしている。同・225 頁。

はあるが一度履行がされていることを前提に、債務不履行責任といくつかの点で相違する規定を置いているものと捉えられる<sup>(283)</sup>。上述のように、この場合の「引渡し」をどのような概念として解するかも問題であるが、注文者による吟味の機会を確保したうえで、履行として承認することを必要とするドイツにおける引取りの機能は、請負の性質に照らした場合に説得的な点を有するように思われ、わが国の「引渡し」の意義を検討する際にも参考になる。

次に、債務不履行責任と契約不適合責任の条文上明らかな相違について、注文者がとりうる手段として、追完と報酬減額は、契約不適合責任にのみ規定されている。また、契約不適合責任として規定される各権利については、短期の期間制限規定が置かれている。適用時点をめぐって、とくに問題となると考えられるのが、契約不適合責任にのみ規定される追完と報酬減額である<sup>(284)</sup>。ここでの問題を整理するためには、契約不適合責任に置かれる各権利について、個別の手段ごとに、不完全な履行を前提とする特則性があるか、あるとすればいかなる点に認められるかを明らかにしたうえで、それが妥当する場面はどのような場面なのかを検討していく作業が必要であろう。この点、追完請求権の内容や法的位置づけについては、複数の見方が示されているところである<sup>(285)</sup>。

上述のように、契約不適合責任は、引渡し後に発見された契約不適合の問題を想定している規定であると捉えるのが素直な解釈であるように思われる

---

(283) 売主の担保責任は、不完全履行の場合に生ずる責任であり、債務の履行が何らなされていない「無履行」の場合には債務不履行に関する一般的規定による規律が想定されており、目的物の引渡しの前後で適用される規範が区別されることになるという指摘として、森田宏樹「売買における契約責任—契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、2019年）275頁。森田宏樹教授は、契約不適合責任の債務不履行責任に対する特則性として、期間制限と追完請求権を論ずる。同・278-288頁参照。

(284) もっとも、修補費用賠償を損害賠償として請求する場合には、その算定において不完全な履行が前提とされるかどうかの問題となることも考えられる。

が、他方で、不完全な履行は引渡し前に生じることも考えられる<sup>(285)</sup>。とりわけ、しばしば長期の履行期間を通じて仕事が具体化される請負においては、履行期前においても、不完全な履行が観念づけられる場面が問題となることが少なくないと思われる。この点は、ドイツにおいて、瑕疵責任規定の適用が主張される例外場面として複数の見解が挙げられていたことから想定される。その際、引渡し前であっても不完全な履行が観念されるときは、それを前提とする規律が適用される可能性は排除されないとも考えられる。もっとも、上述したように、請負人による一応の仕事完成後から引渡しまでの間の責任規範の適用の問題と、請負人の仕事完成前の問題は区別して考える必要があり、とりわけ、請負人の仕事完成前の問題については、いかなる責任追及手段がとられるかという点の前に、どのような要件のもとで請負人の責任追及が可能であるかという検討を要する。このとき、BGH が指摘していたように、請負人の仕事完成に向けた製作に関する裁量への介入可能性を考慮する必要がある。

また、本稿では直接の検討対象とすることはできなかったが、冒頭で述べたように、わが国の請負における「一応の完成」基準は、請負人の報酬請求権の行使を可能とする時点としても機能してきた。実務においては、瑕疵責任規定の適用時点よりもむしろ、この点において改正前における予定工程終了説が維持されるかについて関心が寄せられているようにも思われる。請負人はいつから報酬請求権を行使できるかという問題と、契約不適合責任規定の適用時点の問題は、別の問題として論じられるべきであるが、それぞれが

---

(285) 前掲注 (77) に挙げた各文献のほか、山野目章夫「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」法曹時報 68 卷 1 号 (2016 年) 7 頁、森田修・前掲注 (278) 「請負関連規定に関する民法改正経緯」2312 頁、潮見佳男『新債権総論 I』(信山社、2021 年) 328 頁以下、同・前掲注 (280) 218 頁以下など。

(286) 本文で述べたように、潮見教授は、履行期前であっても不完全さの追完を請求できると指摘している。潮見・前掲注 (280) 218 頁、同・前掲注 (285) 331 頁。

独立した問題であることを前提としながらも、わが国において、これらの問題を結び付けることに実質的な意義を認める見解<sup>(287)</sup>があるほか、ドイツの学説や判例の議論からも、瑕疵が問題となる場면을論じるうえで、請負人の報酬請求権の問題を切り離すことはできないものと思われる。そこで、請負人の報酬請求権をめぐる実態的状况を踏まえた検討も課題である。

なお、本稿は、請負一般における問題を念頭に検討を行ったものであり、ドイツにおいても、そこで展開される議論は、請負全般に関わる問題として論じられている。もっとも、請負には多様な仕事が含まれ、ドイツにおける引取りをめぐる議論は、引取りが予定される請負に関わるものである。さらに、ドイツにおいて実際に問題となっている場面のほとんどは建築請負であり、学説の議論でも、建築請負における問題を想定した検討が多くを占める。ドイツでは、建築契約にのみ妥当する問題については、2017年の改正によって請負一般の規定に続く款を新設し、請負一般と建築請負との関係については意識的に論じられてきたといえるが、建築請負における問題が請負の理論において強い影響を与えていることはドイツと日本のいずれにおいても共通しており、建築請負に妥当する議論が、請負の理論としてどこまで一般化できるかという点については、常に留意して検討する必要がある。

\* 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。

---

(287) 笠井・前掲注(1) 159、160頁。