

# 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—

青 野 博 之

- 1 はじめに
- 2 引取りによって発生する効果
- 3 VOB/Bによる規律
- 4 仕事の瑕疵が重大でない場合
- 5 売買と請負の違い
- 6 下級審の裁判例
- 7 ファサード事件 (BGH2017年1月19日判決)
- 8 増築事件 (BGH2017年1月19日判決)
- 9 テラス事件 (BGH2017年1月19日判決)
- 10 おわりに

### 1 はじめに

債務法現代化法<sup>(1)</sup>の前の<sup>(2)</sup>BGB第634条第1項<sup>(3)</sup>は、「注文者は、請負人に対し、第633条に掲げる種類の瑕疵の除去のために相当の期間を定めて、その期間経過後は瑕疵の除去を拒絶する旨の意思表示をすることができる。瑕

---

(1) 債務法現代化法については、渡辺達徳「債務法現代化法制定の経緯」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）15頁参照。

(2) 債務法現代化法の前においては、瑕疵を理由とする注文者の権利は、引取りを要件としていなかった（BGH2016年1月14日判決（NJW 2016,1089=NZBau 2016,304=ZfBR 2016,257=MDR 2016,325=GWR 2016,232））。しかし、瑕疵除去請求権の消滅時効の起算点は、注文者が請負人から仕事の引取りをした時又は請負人に対して仕事の引取りを終局的に拒絶した時である（債務法現代化法の前的事案について、BGH2010年7月8日判決（NJW 2010,3573=NZBau 2010,768=ZfBR 2010,773=MDR 2010,1316））。

(3) 訳は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）を参照した。以下、契

疵がすでに仕事の引渡前に現れるときは、注文者は、直ちに期間を定めることができる；その期間は、引渡しについて定めた期間前に満了しないように、定めなければならない。適時に瑕疵の除去がないときは、注文者は、期間経過後、契約の解消（解除）又は報酬の引下げ（減額）を請求することができる；この場合においては、瑕疵の除去を請求することができない。」と定めていた。仕事の引取りの前における、仕事の瑕疵を理由とする注文者の権利についての規定は、債務法現代化法によって改正された現行法にはない<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>。そこで、引渡しと注文者の了承を要件とする引取り<sup>(6)</sup>の前に、請負人に対して注文者が請求することができる根拠は何かが問題となる。つまり、履行請求か、追完請求かが問題となる<sup>(7)</sup>。言い換えれば、引取りの前に、追完請求権（瑕疵に基づく権利）が発生しているのか、が問題となる<sup>(8)</sup>。BGB第637条<sup>(9)</sup>第3項に基づき注文者が自分で追完（瑕疵修補）を行うために必要な費用の前払いを求

---

約法の部分についての、債務法現代化法による改正前の条文訳は、同じ。

- (4) Frank Peters, Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht—Überblick, kritische Anmerkungen, Ausblick, NZBau 2002, 118.
- (5) 仕事の引取りの前における仕事の瑕疵を理由とする注文者の権利についての規定が現行法にないということは、債務法現代化法の後の現行法においては、仕事の引取りの前は履行請求の問題として考え、追完請求の問題としては捉えないとも考えられる（Hans Christian Schwenker, Anm. zu BGH Urteil v. 8.7.2010, NJW 2010, 3575）。
- (6) 藤田寿夫「請負における瑕疵担保と債務不履行」香川法学 35巻4号（2016年）3頁。
- (7) 一般債務不履行責任と担保責任を分ける基準は何か、が問題である（Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby, § 640 Rn 2(2013)）。

改正民法における履行請求権と追完請求権の関係については、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）328頁参照。また、追完請求権を本来的履行請求権の貫徹（具体化）として捉える、原田剛『売買・請負における履行・追完義務』（成文堂、2017年）参照。

- (8) 2012年には、引取りの前に追完請求権が発生しているとする説が多数である、との指摘があった（Paul Popescu, Zehn Jahre Schuldrechtsreform—Ein Überblick über die Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre zum Werkvertragsrecht als Zwischenbilanz, NZBau 2012, 140）。しかし、本稿で検討するBGH 2017年1月19日判決の判例批評では、引取りの後に追完請求権が発生するのが通説である、との指摘がある（Dirk Looschelders, Anm. zu BGH Urteil v. 19.1.2017, JA 2017, 709）。
- (9) BGB第637条は、次のとおり定める（訳は、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）を参照した。以下、債務法現代化法による改正後の条文訳

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  
めることや BGB 第 638 条に基づく報酬減額<sup>(10)</sup>が瑕疵に基づく権利として位  
置づけられ、これらの権利が履行請求権としては認められないからである<sup>(11)</sup>。

---

は、同じ。)

第 1 項 注文者は、請負人の追完拒絶が適法でないときは、仕事の瑕疵を理由として、追完のために定めた相当の期間が経過した後に、その瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求することができる。

第 2 項 この場合においては、第 323 条第 2 項の規定を準用する。追完が達成されなかったとき、又は注文者に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。

第 3 項 注文者は、請負人に、瑕疵の除去のために必要な費用の前払いを請求することができる。

(10) BGB 第 638 条は、次のとおり定める。

第 1 項 注文者は、解除に代えて、請負人に対する意思表示によって、報酬を減額することができる。この場合においては、第 323 条第 5 項第 2 文に規定する排除原因を適用しない。

第 2 項 注文者又は請負人が数人いるときは、報酬減額の意思表示は、その全員から又はその全員に対してのみすることができる。

第 3 項 減額の場合には、報酬は、契約締結時における瑕疵がない状態の仕事の価値と実際の価値を比較して引き下げられる。減額は、必要なときに限り、査定によって算定される。

第 4 項 注文者が減額された報酬より多く支払っていたときは、請負人は、超過額を返還しなければならない。この場合においては、第 346 条第 1 項及び第 347 条第 1 項の規定を準用する。

(11) 本文に述べた以外に、追完請求権が履行請求権と異なる点は、次の 2 点である。

第 1 に、消滅時効の期間及び起算点について BGB 第 634 a 条は、第 195 条及び第 199 条と異なる。第 2 に、BGB 第 635 条第 3 項は、請負人のため、第 275 条第 2 項及び第 3 項よりも緩やかな追完拒絶権を認めている。

日本民法における債務不履行に基づく権利と不適合（瑕疵）に基づく権利では、第 1 の点に関しては、改正前は起算点も時効期間も異なり、改正後は起算点は同一であるが、その処理が異なる。第 2 の点に関しては、改正前は債務不履行に基づく権利について規定がなく、不適合（瑕疵）に基づく権利については現行民法第 634 条第 1 項ただし書があったが、改正後は請負について特別な規定がなく、条文の解釈を工夫すべきである。第 2 の点については、田畑嘉洋「ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について」九州法学 109 号（2014 年）130 頁、青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求—ドイツ請負法及び売買法—」駒澤法曹 12 号（2016 年）77 頁参照。

また、条文上、瑕疵に基づく権利を規定する BGB 第 634 条<sup>(12)</sup> は、瑕疵に基づく権利と仕事の引取りとの関係について定めていない。

この問題は、債務法現代化法がもたらしたところ、2017 年 1 月 19 日の BGH の 3 つの判決が、この問題についての決着をようやくつけた<sup>(13)</sup>。本稿は、2017 年 1 月 19 日の BGH の 3 つの判決を中心に検討する<sup>(14)</sup>。また、おわりに、ドイツ民法についての本稿における検討から、日本の改正民法の解釈にも示唆を得たい。

---

追完請求権の規律において請負人を保護しているため、注文者の了承を引取りの要件の一つとして注文者の保護を図っていると考えられる (Felipe Temming, Die Abnahme im Werkvertrag, AcP 215(2015), 52)。また、注文者のために仕事を完成させるという請負の特殊性に関係すると考えられる。

(12) BGB 第 634 条は、次のとおり定める。

仕事に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、注文者は、次に掲げる権利を有する。

第 1 号 第 635 条の規定による追完請求権

第 2 号 第 637 条の規定による瑕疵除去権及び必要費償還請求権

第 3 号 第 636 条、第 323 条及び第 326 条第 5 項の規定による解除権又は第 638 条の規定による報酬減額権

第 4 号 第 636 条、第 280 条、第 281 条、第 283 条及び第 311a 条の規定による損害賠償請求権又は第 284 条の規定による無駄になった費用の賠償請求権

(13) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18. Juni 2013, S. 41 は、BGB に、引取りの後に BGB 第 634 条以下に規定する瑕疵に基づく権利が注文者に帰属することを定めるべきであり、建築物の注文者は、厳格な要件の下で、仕事の遂行中においても、BGB 第 280 条、第 281 条及び第 323 条を上回る請求権が注文者に帰属することを定めるべきである、と提案していた。

(14) この問題について BGH がこれまで態度表明をしていなかったことは、永岩慧子「請負契約における瑕疵の救済法理」(博士論文、2017 年) 206 頁、239 頁、271 頁、また、学説については 212 頁以下、下級審の裁判例については 239 頁以下参照。

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

## 2 引取りによって発生する効果

- (1) 引取時に、瑕疵に基づく請求権について消滅時効がその進行を始める (BGB 第 634a 条<sup>(15)</sup> 第 2 項)。
- (2) 「報酬は、仕事の引取りと同時に支払わなければならない」 (BGB 第 641 条第 1 項第 1 文)。
- (3) 引取りの前は、瑕疵があることを注文者が立証しなければならず、引取りの後には、瑕疵がないことを請負人が立証しなければならない<sup>(16) (17)</sup>。

- 
- (15) BGB 第 634a 条第 1 項及び第 2 項は、次のとおり定める。

第 1 項 前条第 1 号、第 2 号及び第 4 号に規定する請求権は、次に掲げる消滅時効にかかる。

第 1 号 第 2 号の適用を妨げることなく、物の製作、整備若しくは変更の仕事又はこれを計画し、若しくはこれを監督する仕事については 2 年

第 2 号 土地工作物及びこれを計画し、監督する仕事については 5 年

第 3 号 その他の仕事については通常の消滅時効期間

第 2 項 消滅時効は、前項第 1 号及び第 2 号に規定する場合には、引取りの時から進行する。

なお、BGB 第 195 条は、次のとおり定める。

通常の消滅時効期間は、3 年とする。

また、BGB 第 199 条第 1 項は、次のとおり定める。

通常の消滅時効期間は、次に規定する要件をいずれも満たした年の終了時からその進行を始める。

第 1 号 請求権が発生したこと。

第 2 号 債権者が請求権を基礎づける事情及び債務者を知り、又は重大な過失なく知るべきであったこと

- (16) 引取りは、受領を前提とするところ、BGB 第 363 条の規定により、弁済として給付を受領することによって瑕疵の立証責任が転換されるからである。

BGB 第 363 条は、次のとおり定める (訳は、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、1988 年)を参照した。)

債権者が弁済として提供された給付を弁済として受領した場合において、給付が債務の目的と異なるものであること又は不完全であることに基づき給付を弁済として認めないことを主張するときは、その立証責任は、債権者にある。

- (17) 2017 年 4 月 28 日の改正法 (2018 年 1 月 1 日施行、BGBl. I S.969) による BGB 第 632 a 条は、部分払いを定めるところ、同条第 1 項第 3 文は、「給付が契約の内容に適合していることの立証責任は、引取りまで、請負人が負う。」と定める。同規定は、給付が契約の内容に適合しているとの立証責任の変更がないことを明らかにするた

- (4) 引取りの時から、請負人の仕事が給付と評価される<sup>(18) (19)</sup>。

### 3 VOB/Bによる規律

#### (1) VOB/B 第4条第7項

BGBは、引取り前において、請負特有の規律を定めていない。しかし、VOB/B<sup>(20)</sup> 第4条第7項は、引取り前について、次のとおり定める。

「仕事の中途において、仕事に瑕疵があり、又は契約違反であることが認識されたときは、受注者は、自己の負担において、瑕疵のないものにならなければならない。瑕疵又は契約違反について受注者に帰責事由があるときは、受注者は、これによって発生した損害を賠償しなければならない。受注者が瑕疵除去の義務を履行しないときは、発注者は、瑕疵の除去について相当の期間を定め、その期間経過後は第8条第3項に基づき契約を解約する旨を表示することができる。」<sup>(21)</sup>

VOB/B 第4条第7項が引取りの前の発注者の権利を定めているといっても、引取りの前に瑕疵のあることを立証しなければならないのは、発注者であることは変わりがない<sup>(22)</sup>。

---

めである (BT-Dr.18/8486,S.47.)。

- (18) Wolfgang Voit, Mängelrechte vor der Abnahme nach den Grundsatzentscheidungen des BGH, NZBau 2017, 522.
- (19) 債務法現代化法の前の事案であるが、BGH 2010年2月25日判決 (NJW-RR 2010, 748=NZBau 2010, 318=ZfBR 2010, 458=MDR 2010, 566) は、製作された仕事が引取りによって具体化する、と判示する。
- (20) VOB/B (建設請負工事規程B部) は、契約内容を定める。これは、1926年に公共工事に関して定められた。現在は、公共工事だけでなく、民間工事でも用いられる (栗田哲男「建設工事契約瑕疵担保責任の期間制限」下森定ほか編『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社、1988年) 306頁参照)。
- (21) なお、引取りの後については、VOB/B 第13条が定めている。
- (22) Frank Peters, Die Beweislast für Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit des Werks, NZBau 2009, 211.

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

(2) VOB/B 第 12 条第 3 項

VOB/B 第 12 条第 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。

BGH1981 年 2 月 26 日判決<sup>(23)</sup>、OLG Hamm1979 年 12 月 20 日判決<sup>(24)</sup>、OLG Düsseldorf1997 年 5 月 16 日判決<sup>(25)</sup> は、瑕疵の重大性について判示している。また、BGH1992 年 4 月 30 日判決<sup>(26)</sup> は、瑕疵の重大性の判断時期を引取時とする。

#### 4 仕事の瑕疵が重大でない場合

- (1) 債務法現代化法の前の BGB 第 640 条第 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て完成した仕事を引き取る義務を負う。」と定めていた。したがって、仕事が契約の内容に適合していないときは、注文者はその仕事を引き取らなくともよい、と解釈することができた。しかし、BGH1996 年 1 月 25 日判決<sup>(27)</sup> は、仕事の瑕疵が重大でない場合（仕事が契約の内容に適合しない場合であっても、重大でない場合）には、注文者は、信義則に基づき、その仕事の引取りを拒絶することができない、と判示した。つまり、債務法現代化法の前の BGB 第 640 条第 1 項には、ただし書がないにもかかわらず、「ただし、仕事の瑕疵が重大でないときは、この限りでない。」と解釈されていた。つまり、仕事の一応の完成という規定ではなかったにもかかわらず、判例は、債務法現代化法の前の BGB 第 640 条第 1 項を制限解釈した。
- (2) 「瑕疵が重大でない場合には、引取りを拒絶することができない。」との規定は、2000 年 3 月 30 日の改正法（2000 年 5 月 1 日施行）によって<sup>(28)</sup>、

---

(23) NJW 1981,1448.

(24) NJW 1981,131.

(25) NJW-RR 1997,1178.

(26) NJW 1992,2481.

(27) NJW 1996,1280.

(28) BGBl I S.330. 改正法政府草案では、「瑕疵が軽微な場合には、引取りを拒絶することができない。」とされていた (BT-Dr 14/1246,S.2)。しかし、法務委員会の提案により、「瑕疵が重大でない場合には、引取りを拒絶することができない。」と文言が修

BGB 第 640 条第 1 項第 2 文に追加されていた。BGB 第 640 条第 1 項第 2 文により、注文者は、仕事の「瑕疵が重大でない場合には、引取りを拒絶することができない」。これは、請負人が瑕疵なく、仕事を完成した後でなければ、注文者が仕事の引取りを拒絶することができ、請負人が報酬の支払いを請求することができないとしてしまうと、請負人の地位が注文者と比較して低くなりすぎることを考慮したためである<sup>(29)</sup>。請負人が仕事の先履行義務を負う点が重要である<sup>(30)</sup>。

2000 年 3 月 30 日の改正法 (2000 年 5 月 1 日施行) により BGB 第 640 条第 1 項第 2 文が追加されたことにより、BGB による規律と VOB/B 第 12 条第 3 項による規律との平仄を合わせることができる。また、VOB/B 第 12 条第 3 項に関して判示された「重大性の判断」を BGB の「重大性の判断」に使うことができる<sup>(31)</sup>。

- (3) 2017 年 4 月 28 日の改正法 (2018 年 1 月 1 日施行)<sup>(32)</sup> による BGB 第 640 条第 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

---

正され、これが法律になった。法務委員会の提案は、判例が「瑕疵が重大である場合」かどうかという判断をしており、これを尊重すべきであり、また「瑕疵が軽微な場合」という文言では、注文者が「瑕疵が軽微でないこと」を立証しなければならないとの誤解を招きかねず、誤解を避けるために「軽微な」ではなく、「重大でない」と言う文言を用いる必要がある (BT-Dr 14/2752,S.12)。この文言によって、瑕疵が重大でないことの立証責任は請負人が負うことを明らかにすることができる (Helmut Kiesel, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, NJW 2000,1676)。

(29) BT-Dr.14/1246,S.6.

(30) 請負とは異なり、売買では、売主は先履行義務を負わないので、売買目的物に瑕疵がある場合には、その瑕疵が軽微であっても、買主は売買目的物の引取りを拒絶して、代金の支払いを拒むことができる。BGH2016 年 10 月 26 日判決は、売買については、BGB 第 640 条第 1 項第 2 文に相当する規定もなく、請負と同様の利益状況にもないことから、請負に関する同規定を売買に類推適用することを否定し、売買目的物に瑕疵がある場合には、信義則に反する特別の事情があるときを除き、その瑕疵が軽微であっても、買主は売買目的物の引取りを拒絶して、代金の支払いを拒むことができる、と判示した (NJW 2017,1100=GWR 2017,30=MDR 2017,83)。

(31) Stefan Hadaschik, Die Probleme zu den Gesetzesänderungen für die Verbesserung der Zahlungsmoral im Baugewerbe, ZRP 2000,66.

(32) BGBl. I S.969.



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

限り、契約の内容に適合して完成した仕事を引き取る義務を負う。瑕疵が重大でない場合には、引取りを拒絶することができない。」と定める。

- (4) 瑕疵が重大でないかどうかは、瑕疵の種類、範囲、物の利用への影響、物の価値、瑕疵除去費用の大きさ等、当該事案の個別の事情によって決まる<sup>(33)</sup>。
- (5) 瑕疵が重大でないことの立証責任は、請負人が負う。

## 5 売買と請負の違い

売買について、BGB 第 434 条第 1 項第 1 文は、「物が危険移転時に合意した性状を有するときは、その物に物の瑕疵がないものとする」と定める。ところが、請負では、瑕疵の基準時について、規定がない。すなわち、BGB 第 633 条第 2 項第 1 文は、「仕事が合意した性状を有するときは、その仕事に物の瑕疵がないものとする。」と定める。

## 6 下級審の裁判例

- (1) 引取りの前に瑕疵に基づく権利 (BGB 第 634 条) を肯定するもの  
OLG Brandenburg 2011 年 2 月 24 日判決は、引取りは瑕疵の立証責任では意義を有するが、瑕疵に基づく権利については意義を有せず、仕事の中途であっても瑕疵に基づく権利 (注文者が瑕疵を自分で修補するための費用の前払い請求) を肯定する<sup>(34)</sup>。
- (2) 原則として引取りの後に瑕疵に基づく権利行使を認め、例外的に引取りがなくともその権利行使を認めるもの<sup>(35)</sup>  
請負人が仕事を完成させ、引渡しを提供したが、注文者がその仕事に瑕疵があるとして、その引取りを拒絶した場合が例外的な場合に該当する。  
例外的な場合に、引取りがないことを理由として、客観的には存在する瑕疵に基づく権利を注文者に認めないと、瑕疵ある仕事の引取りを注文者に強制することになるからである。

---

(33) Helmut Kiesel, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, NJW 2000, 1676.

(34) NJW-RR 2011, 603.

(35) 注文者が瑕疵を修補するために必要な費用の前払いを請負人に請求した事案について

## 7 ファサード事件 (BGH2017年1月19日判決)

### (1) 事実の概要

2008年、Bは、記念物として保護されている、B所有の建物の正面（ファサード）の修復を125000ユーロでUに依頼し、Uは、これを引き受けた。Bは、Uの仕事の途中において（2009年9月4日）、ファサードの色が合意したものと異なり、仕事に瑕疵があると、Uに対し苦情を言い、2009年9月30日までに履行するように求めた。2009年10月29日の書面で、Uは、Bに対し、予定していた材料名は例示に過ぎず、間違った色は使っていない、と伝えた。2009年11月、Bは、独立証拠手続を申し立て、裁判所が指定した鑑定人は、合意した材料より品質の劣るものが塗られているとした。鑑定人は、瑕疵を修補するための費用は28917ユーロとした。Bは、Uに対し、Bが瑕疵を修補するために必要な費用の前払いを請求した。

### (2) LG Landshut 2013年4月11日判決<sup>(36)</sup>

Bの請求を認めた。Uが控訴した。

### (3) OLG München 2013年10月1日決定<sup>(37)</sup>

ZPO 第522条第2項<sup>(38)</sup>により、Uの控訴を棄却した。Uが上告した。

### (4) 本判決<sup>(39)</sup>

次のとおり判示して、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

---

て、OLG Köln 2012年11月12日決定 (NJW 2013,1104=NZBau 2013,306)。

(36) BeckRS 2013,196633.

(37) BeckRS 2013,196632.

(38) ZPO 第522条第2項第1文は、次のとおり定める（訳は、勅使河原和彦「ドイツ上訴法改革の現状と課題」比較法学42巻1号（2008年）194頁を参照した。）。

控訴裁判所は、次に掲げる要件のいずれについても確信を得たときは、全員一致の決定により控訴を遅滞なく棄却する。

第1号 控訴が勝訴する見込みのないものであること。

第2号 法律問題が基本的重要性を有しないこと。

第3号 法の継続的形成又は判例の統一性の確保のために控訴裁判所の裁判が必要でないこと。

第4号 口頭弁論を要しないこと。

(39) NJW 2017,1604=MDR 2017,328=NZBau 2017,216=DNotZ 2017,281.

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

ア 原則として、引取り以後において、瑕疵に基づく権利行使が肯定される。

- (ア) 仕事に瑕疵がないかどうかは、原則として、引取りの時ににおいて判断される。BGB 第 631 条<sup>(40)</sup> 第 1 項に基づく瑕疵なき仕事の完成を求める注文者の請求に対して、請負人がどのように対処するかは、原則として、請負人の判断に委ねられる。仕事の中途であっても注文者が BGB 第 634 条に基づく権利を行使することができるのであれば、仕事をどのように完成させるかは請負人の判断に委ねられているという請負人の権利が侵害されかねない。ただし、BGB 第 323 条<sup>(41)</sup> 第 4 項が示すように、場合によっては、

---

(40) BGB 第 631 条は、次のとおり定める。

- 第 1 項 請負契約により、請負人は、約束した仕事を完成する義務を負い、注文者は、合意した報酬を支払う義務を負う。
- 第 2 項 物の製作若しくは変更、又は労働若しくは労務給付により生ずるその他の結果を請負契約の目的とすることができる。

(41) BGB 第 323 条は、次のとおり定める。

- 第 1 項 双務契約において債務者が履行期到来の給付を履行せず、又はその履行が契約に適合しない場合において、債権者は、債務者に対して履行又は追完のために相当期間を定め、その期間が経過したときは、契約を解除することができる。
- 第 2 項 次に掲げる場合には、期間の定めを要しない。
- 第 1 号 債務者が給付をすることを断固として、かつ、終局的に拒絶するとき。
- 第 2 号 契約締結前に債権者に対して行った通知により又は契約締結に付随するその他の事情に基づき債務者が契約において定めた期日又は期間内に給付をすることが債権者にとって重大であるにもかかわらず、債務者がその期日までに又はその期間内に給付を行わないとき。
- 第 3 号 給付が契約に適合しない場合において、当事者双方の利益を衡量して即時の解除を正当とする特別の事情があるとき。
- 第 3 項 義務違反の性質から、期間の定めが考慮されないときは、これに代えて、警告を基準とする。
- 第 4 項 解除の要件が満たされるであろうことが明らかなきときは、債権者は、給付の履行期到来前においても契約を解除することができる。
- 第 5 項 債務者が給付の一部しか履行しない場合において、債権者は、給付の一部では利益がないときに限り、契約の全部を解除することができる。債務者の給付が契約に適合しない場合において、その義務違反が重大でないときは、債権者は、契約を解除することができない。
- 第 6 項 債権者にのみ若しくは主として債権者に帰責事由がある事情により解除権を

履行期前に、つまり、仕事の中途であっても、注文者は、一般債務不履行法に基づく権利を行使することができる。

- (イ) BGB 第 634 条第 1 項及び第 635 条<sup>(42)</sup> に用いられている「追完」という概念自身が、BGB 第 634 条に基づく権利が仕事が完成した後初めて問題となることを代弁している。BGB 第 631 条第 1 項の仕事完成を求める履行請求権は、通常、BGB 第 640 条第 1 項の引取りによって、追完請求権と呼ばれることになる。
- (ウ) BGB 第 635 条第 3 項は追完請求権についてのみ適用され、それは、BGB 第 631 条第 1 項に基づく履行請求権と瑕疵に基づく追完請求権とは異なることを示している。請負人が負担する追完義務についての BGB 第 634 条第 1 号は、BGB 第 275 条第 2 項及び第 3 項より広い抗弁を請負人に認めているからである。したがって、履行請求権と追完請求権は併存しない。
- (エ) 引取りが履行請求権と BGB 第 634 条に基づく追完請求権の区切りとなっているからこそ、瑕疵に基づく請求権について消滅時効の起算点が多数の場合引取りの時と定められている (BGB 第 634a 条第 2 項、第 1 項第 1 号及び第 2 号)。

また、引取りが請負報酬の履行期を到来させ、引取りがあれば仕事が偶然に滅失しても注文者は報酬を支払わなければならないし、引取りによって

---

根拠づけるとき、又は債権者が受領遅滞に陥った時に債務者の責めに帰することのできない事由が発生したときは、解除権は、行使することができない。

- (42) BGB 第 635 条は、次のとおり定める。

- 第 1 項 注文者が履行の追完を請求するときは、請負人は、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は新たな仕事を製作することができる。
- 第 2 項 請負人は、追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。
- 第 3 項 請負人は、追完に過分の費用を要するときは、第 275 条第 2 項及び第 3 項の規定の適用を妨げることなく、追完を拒絶することができる。

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

BGB 第 640 条第 2 項<sup>(43)</sup>に基づき注文者が留保しない限り瑕疵があるとの立証責任を注文者が負う。

(オ) さらに、瑕疵に基づく権利 (BGB 第 634 条) が原則として引取りの後に初めて注文者に帰属するとの請負契約の規定の解釈は、当事者の利益を適切に配慮する結果をもたらす。

注文者は、引取りの前に、BGB 第 634 条第 1 号に基づく追完請求権と同様の目的を有する、BGB 第 631 条第 1 項に基づく仕事完成請求権を有する。注文者は、この権利を訴求することができ、必要な場合には、強制執行することもできる (ZPO 第 887 条<sup>(44)</sup>)。注文者が BGB 第 631 条第 1 項の仕事完成請求権を行使するときは、仕事の対価危険は請負人が負い、請負人の報酬請求の履行期は到来せず、仕事に瑕疵があることの立証責任を注文者は負わない。

また、引取りの前には、注文者の利益は、一般債務不履行法によって、適切に保護されている。たとえば、BGB 第 280 条<sup>(45)</sup> 第 1 項に基づく損害賠償請求権、BGB 第 281 条<sup>(46)</sup> 及び第 280 条に基づく填補賠償請求権、

---

第 4 項 請負人が新たな仕事を製作するときは、請負人は、第 346 条から第 348 条までの規定により、瑕疵のある仕事の返還を注文者に対して請求することができる。

(43) BGB 第 640 条第 2 項は、次のとおり定める。

注文者が瑕疵を知りながら前項第 1 文の規定により瑕疵ある仕事を引き取った場合には、注文者が引取りの際に瑕疵に基づく権利を留保したときに限り、注文者は、第 634 条第 1 号から第 3 号まで掲げる権利を有する。

(44) 民事執行法第 171 条に相当する条文である。

(45) BGB 第 280 条は、次のとおり定める。

第 1 項 債務者が債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。義務違反について債務者に責めを帰すべき事由がないときは、この限りでない。

第 2 項 債権者は、第 286 条の規定により付加される要件を満たす場合に限り、給付の遅延に基づく損害賠償を請求することができる。

第 3 項 債権者は、第 281 条、第 282 条又は第 283 条の規定により付加される要件を満たす場合に限り、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

(46) BGB 第 281 条は、次のとおり定める。

第 1 項 債務者が履行期到来の給付をせず、又は給付が契約に適合しない限り、債権

BGB 第 280 条第 2 項及び第 286 条<sup>(47)</sup> に基づく遅延賠償請求権、BGB 第

---

者は、債務者に対して履行又は追完のために相当の期間を定め、その期間が経過した場合には、前条第 1 項の規定の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付の一部しか履行しない場合には、債権者は、給付の一部について利益を有しないときのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者の給付が契約に適合しない場合において、その義務違反が重大でないときは、債権者は、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

- 第 2 項 債務者が給付をすることを断固としてかつ終局的に拒絶するとき、又は当事者双方の利益を衡量して損害賠償請求権を即時に行使することを正当とする特別の事情があるときは、期間の定めを要しない。
- 第 3 項 義務違反の性質から期間の定めが考慮されないときは、期間の定めに変えて、警告を基準とする。
- 第 4 項 債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、ただちに消滅する。
- 第 5 項 債権者が全部の給付に代えて損害賠償を請求する場合には、第 346 条から第 348 条までの規定に基づきすでに給付したものの返還をただちに請求することができる。

(47) BGB 第 286 条は、次のとおり定める。

- 第 1 項 債権者が履行期到来後に催告をしたにもかかわらず債務者が給付をしないときは、債務者は、催告によって遅滞に陥る。給付の訴えの提起及び督促手続きに基づく支払督促の送達は、催告と同等とする。
- 第 2 項 次に掲げる場合には、催告を要しない。
  - 第 1 号 給付のためにある時期が暦に従って定められているとき。
  - 第 2 号 ある事実が給付に先行すべき場合において、給付に必要な相当期間がその事実から暦に従って計算するものと定められているとき。
  - 第 3 号 債務者が給付を断固として、かつ、終局的に拒絶するとき。
  - 第 4 号 当事者双方の利益を衡量して直ちに遅滞に陥ることを正当とする特別の事情があるとき。
- 第 3 項 有償債権の債務者は、履行期の到来及び請求書又はこれと同等の支払明細書の到達後遅くとも 30 日以内に履行しないときは、遅滞に陥る；消費者である債務者に対しては、この結果が請求書又は支払明細書において特に指摘されているときに限り、効力を有する。請求書又は支払明細書の到達が確実にないときは、消費者でない債務者は、遅くとも履行期及び反対給付を受領して 30 日後に遅滞となる。
- 第 4 項 債務者は、自己の責めに帰することができない事由により給付をしない場合は、遅滞に陥らない。

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

323条に基づく解除権、重大な事由がある場合における BGB 第 314 条<sup>(48)</sup>  
<sup>(49)</sup>の類推適用に基づく解約告知権である。注文者は、履行請求権を行使するか、BGB 第 634 条に基づく、原則として引取りを要件とする権利を行使するかを選択することができる。客観的には引取りに適した状態になっていない仕事を注文者が事実上引き取らなければならない状況に追い込まれることはない。さらに、瑕疵を留保して、仕事を引き取った注文者は、BGB 第 640 条第 2 項及び第 641 条第 3 項<sup>(50)</sup>により保護される。

イ 原審が認定した事実だけでは、引取りが不要であるということができない。

(ア) たしかに、注文者は、特定の場合には、BGB 第 634 条第 2 号から第 4 号までに定められている権利を、引取りがないときであっても、行使するこ

---

第 5 項 遅滞の発生に関する第 1 項から第 3 項までの規定と異なる合意については、第 271a 条第 1 項から第 5 項までの規定を準用する。

(48) BGB 第 314 条は、次のとおり定める。

第 1 項 契約当事者双方は、重大な事由があるときは、解約告知期間を遵守せずに継続的債務関係を解約告知することができる。個々の場合における諸般の事情を考慮し、かつ、当事者双方の利益を衡量して、定められた終了時まで又は解約告知期間を経過するまで契約関係を存続させることを解約告知当事者に期待することができないときは、重大な事由がある。

第 2 項 重大な事由が契約上の義務違反である場合には、是正のために定められた期間を経過した後又は催告したが効果がなかったときに限り、解約告知をすることができる。是正のための期間の定めを要しない場合及び催告を要しない場合については、第 323 条第 2 項第 1 号及び第 2 号の規定を準用する。双方の利益を衡量して、直ちに解約告知をすることを正当とする特別の事情があるときも、是正のための期間の定め及び催告を要しない。

第 3 項 権利者は、解約告知の事由を知った時から相当の期間内に限り、解約告知をすることができる。

第 4 項 解約告知権の行使は、損害賠償の請求を妨げない。

(49) BGB 第 314 条は、継続的債務関係について適用される規定であるところ、建築請負契約は、継続的債務関係ではない。したがって、建築請負契約に BGB 第 314 条を直接適用することができない。ところが、判例は、同規定を建築請負契約に類推適用する。判例を明文化したのが、2017 年 4 月 28 日の改正法(2018 年 1 月 1 日施行)による BGB 第 648 a 条である (BT-Dr.18/8486,S.49.)。

(50) BGB 第 641 条第 3 項は、次のとおり定める。

注文者は、瑕疵の除去を請求することができるときは、弁済期到来後、報酬の相当部分の支払を拒絶することができる；相当部分とは、原則として、瑕疵の除去に必

とができる。それは、注文者がもはや請負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移行している場合である。債務法現代化法が施行される前において、注文者が仕事を保持したまま履行に代わる損害賠償（小さな損害賠償）を請負人に対し請求するとき、又は請負人に対し報酬減額の意思表示をするときは、判例は、注文者の損害賠償債権と請負人の報酬債権の相殺を肯定していた<sup>(51)</sup> <sup>(52)</sup>。この判例は、債務法現代化法施行後も、請負人が仕事を完成させ、引取りのために提供するときは、維持される。注文者がBGB第281条第1項及び第280条第1項に基づき履行に代わる損害賠償を請求するときは、BGB第281条第4項に基づき履行請求権は消滅する。注文者が報酬減額の意思表示をする場合も、これと異なることはない。この場合には、もはや履行請求ということはない。

(イ) これに対して、BGB第634条第2号、第637条第1項及び第3項に基づいて、注文者が請負人に対して瑕疵の修補のために必要な費用の前払いを請求したからといって、注文者の履行請求権は消滅しない。瑕疵を注文者自身が修補する権利及び瑕疵の修補のために必要な費用の前払請求権は、BGB第631条の履行請求権や第634条第1号の追完請求権と矛盾しないからである。

しかし、注文者が請負人に対して瑕疵の修補のために必要な費用の前払いを請求する場合においても、もはや注文者が請負人に対して例外的に履行（追完）請求をすることができないときは、請負について、清算関係に入ったことになる。たとえば、請負人が仕事を完成させ、その仕事を注文者に提供したにもかかわらず、注文者が請負人に対して明示又は黙示に共働する意思がないことを示したとき、すなわち、たとえ注文者が自分で仕事を瑕疵のない状態にすることができなくとも、請負人の履行（追完）を断固として、終局的に拒絶する場合は、その例である。この場合には、注

---

要な費用の2倍をいう。

(51) BGH2002年5月16日判決 (NJW 2002,3019=ZfBR 2002,676)、BGH2002年10月10日判決 (NJW 2003,288=NZBau 2003,35=ZfBR 2003,140)。

(52) 本文に挙げる例外的な場合に、請負人の報酬債権の弁済期が仕事の引取りの前に到来することを認めるからこそ、注文者の損害賠償債権と請負人の報酬債権の相殺が可能となる。



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

文者は、もはや請負人に対する履行（追完）請求に後戻りをすることはできない。この場合に注文者に残された権利は金銭債権であるから、清算関係が成立し、引取りがなくとも BGB 第 634 条第 2 号から第 4 号までの規定が定める権利を行使することができる。

## 8 増築事件（BGH2017 年 1 月 19 日判決）

### (1) 事実の概要

2003 年、B は、B の二世帯住宅の増築を、報酬を 86838.52 ユーロとして、U に依頼し、U は、これを引き受けた。2004 年 2 月、仕事が終了した。2004 年 4 月 7 日、U は、B に対して、最終計算書を提出した。B は、U に対し、報酬の一部である 50000 ユーロはすでに支払っていたが、仕事に瑕疵があり、使うことができないとして、仕事を引き取らなかった。U は、B に対し、報酬残額の支払いを請求した。B は、U に対し、同時履行の抗弁を行使し、報酬減額の意思表示をした。U は、B に対し、瑕疵の存在を否定し、瑕疵除去（追完）を拒絶した。B は、U に対する反訴として、減額した後に払い過ぎとなった分の、支払い済みの報酬の返還と損害賠償を請求した。

### (2) LG Duisburg 2013 年 11 月 12 日判決<sup>(53)</sup>

B がした報酬減額の意思表示を理由に、U の報酬残額の請求を棄却し、B の反訴請求については一部認容した。U B ともに、控訴した。

### (3) OLG Düsseldorf 2015 年 2 月 18 日判決<sup>(54)</sup>

U の控訴を棄却し、B の控訴については一部認容した。B が上告した。

### (4) 本判決<sup>(55)</sup>

次のとおり判示して、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

ア ファサード事件（BGH2017 年 1 月 19 日判決）と同様の判示をする。すなわち、本判決の、原則として引取りが必要であるが、例外的に不要な場合がある、との判示箇所は、ファサード事件判決ア及びイ（ア）の判示箇

---

(53) BeckRS 2015,17805.

(54) BeckRS 2015,10247.

(55) NJW 2017,1607=MDR 2017,513=NZBau 2017,211=ZfBR 2017,340.

所と同じである。

本件では、ファサード事件判決イ（ア）の判示箇所の要件が充足しており、引取りが不要である。引取りが不要であるという点については、原審の判断は是認することができる。

Bは、Uに対し、契約の履行を請求することができない。Bは、Uに対して、報酬減額的意思表示をして、Uの報酬請求権を消滅させ、Bが主張する瑕疵を理由として履行に代わる損害賠償を請求した。これによって、契約関係は、清算関係に入った。BGB第281条第1項第1文に基づく場合には、原則として、期間設定が必要なところ、本件では、同条第2項により、期間設定は不要である。Uは、履行を断固として、終局的に拒絶しているからである。Uの給付を引き取ったかどうかは、問題とはならない。

イ Bが減額的意思表示をしたからといって、減額的意思表示と瑕疵ある給付を保持したままでする損害賠償請求は矛盾しない。

(ア) 減額的意思表示をした場合に、瑕疵ある給付を保持したままでする損害賠償請求をすることができないと定めた規定はない。BGB第634条は、減額権と瑕疵ある給付を保持したままでする損害賠償請求権の関係を定めていない。

(イ) 瑕疵ある給付を保持したままでする損害賠償請求の対象となるのは、仕事の瑕疵によってその価値が減少したという損害、及び場合によっては仕事の瑕疵が注文者の財産に与えた損害である。

(ウ) 瑕疵を理由とする減額的意思表示をしたときは、原則として、請負契約を解除することができない。注文者は、原則として、自らがした報酬減額的意思表示に拘束される。注文者が瑕疵ある給付を保持したままでする損害賠償請求をしても、請負契約の原状回復を求めているわけではない。むしろ注文者は、その仕事を保持したまま、請負人が瑕疵なく仕事を完成させたであろう状態になるように、減額を考慮して損害賠償を請求している。

ウ BGB第634条第4号、第281条第1項第1文及び第280条第1項に基

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  
についてBが請求している損害賠償請求の要件について更に審理を尽くさ  
せるため、本件を原審に差し戻す。

## 9 テラス事件（BGH2017年1月19日判決）

### (1) 事実の概要

2008年、Bは、Bの建物のテラスの修復を30485.28ユーロでUに依頼し、  
Uは、これを引き受けた。

Bは、Uに対し、報酬の一部はすでに支払っていたものの、仕事に瑕疵が  
あるとして、仕事を引き取らなかった。Uは、Bに対し、報酬残額の支払  
いを請求した。Bは、Uに対し、反訴として、瑕疵修補（追完）費用の前  
払いを請求した。

LG Kiel 2014年8月8日判決は、Uの請求を棄却し、Bの反訴を認容した。  
Uが控訴した。

### (2) OLG Schleswig 2015年7月16日判決<sup>(56)</sup>

Uの控訴を棄却した。Uが上告した。

### (3) 本判決<sup>(57)</sup>

ファサード事件（BGH2017年1月19日判決）と同様の判示をし、原判決  
を破棄し、本件を原審に差し戻した。

## 10 おわりに

BGHは、ファサード事件及びテラス事件において、原則として引取りの後  
に瑕疵に基づく権利が注文者に帰属するが、例外的に注文者の履行請求権が消  
滅し、請負契約が清算関係<sup>(58)</sup>に変わったときは、引取りがなくとも瑕疵に基  
づく権利が注文者に帰属する、と判示し、履行請求権と追完請求権の關係につ

---

(56) BeckRS 2015,17864.

(57) MDR 2017,390.

(58) BGH1978年11月23日判決（NJW 1979,549）が言及した概念である（Pirmin  
Schmid/Julian Senders, Das Abrechnungsverhältnis im Werkvertragsrecht—  
Grundlagen, Einzelfragen und kritische Würdigung, NZBau 2016,474.）。

いて判示した<sup>(59)</sup>。また、BGHは、増築事件において、ファサード事件及びテラス事件と同様に、履行請求権と追完請求権の関係について判示するとともに、減額と瑕疵ある仕事を保持したままの損害賠償請求（小さな損害賠償請求）の関係について判示した。

日本民法にはBGB第640条第1項第2文の「重大でない瑕疵」については仕事の引取りを拒絶することができないという規定がなく、また、日本民法では「引渡し」が債務者の行為として捉えられ<sup>(60)</sup>、BGB第640条の「引取り」<sup>(61)</sup>が債権者の行為として捉えられているとは異なるものの、現行日本民法の解釈として、履行請求の問題が「一応の完成」によって瑕疵修補請求の問題となるとされている<sup>(62)</sup>。つまり、仕事に瑕疵があっても、「一応の完成」があり、瑕疵修補請求の問題となる。

改正民法において、債権総論としての債務不履行法により解決すべき場合と債務不履行法の特則としての改正民法第562条・第563条・第559条の規定により解決すべき場合をどのように区別すべきか<sup>(63)</sup>。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、改正民法第562条第1項の引渡しは、同項を請負に準用する際には（改正民法第559条）、「一応の完成」と読み替えることが考えられる<sup>(64)</sup>。つまり、改正民法第636条の「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」は、

---

(59) 2017年4月28日の改正法（2018年1月1日施行）には、引取り前に注文者に瑕疵に基づく権利が帰属するとの条文はなく、理由書には引取り前には注文者に瑕疵に基づく権利が帰属しない、とされている（BT-Drs.18/8486,S.47,Wolfgang Voit,Mängelrechte vor der Abnahme nach den Grundsatzentscheidungen des BGH,NZBau 2017,524.）。

(60) 日本法は弁済の合意構成というフランス法的伝統を共有せず、「もっぱら債務者の一方的行為による債務の消滅として弁済を捉えるドイツ法的な発想に立っている」（森田修『契約規範の法学的構造』（商事法務、2016年）216頁）。

(61) 藤田寿夫「請負における瑕疵担保と債務不履行」香川法学35巻4号（2016年）3頁。

(62) 笠井修「契約不適合責任のシステム」ジュリ1511号（2017年）41頁、笠井修『建設請負契約のリスクと帰責』（日本評論社、2009年）107頁以下。

(63) 永岩慧子「請負契約における瑕疵の救済法理」（博士論文、2017年）104頁以下参照。

(64) 笠井修「契約不適合責任のシステム」ジュリ1511号（2017年）42頁参照。

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

「一応の完成」に過ぎないと考えられる。また、仕事の引渡時から請負人の仕事が給付と評価されるとすれば<sup>(65)</sup>、仕事を引き渡してはじめて、給付に瑕疵があるかが問題となるはずである。本稿で紹介したBGH判決と同様に、原則として引渡し後に不適合に基づく権利が注文者に帰属するが、例外的に注文者の履行請求権が消滅し、請負契約が清算関係<sup>(66)</sup>に変わったときは、引渡しがなくとも瑕疵に基づく権利が注文者に帰属する、という考え方に賛成である。

民法改正後において、「準用規定の解釈を通して、再度個別の契約の多様性に回帰するという可能性も潜んで」<sup>(67)</sup>おり、「解釈論による請負に即した救済手段の提示が急務」<sup>(68)</sup>である。

〔追記〕脱稿後、永岩慧子「建築契約に関するドイツ民法典改正について」名経法学 39号（2017年）92頁に接した。

---

(65) 請負への第401条第2項の類推適用については、森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、2006年）530頁参照。

(66) BGH1978年11月23日判決（NJW 1979,549）が言及した概念である（Pirmin Schmid/Julian Senders, Das Abrechnungsverhältnis im Werkvertragsrecht—Grundlagen, Einzelfragen und kritische Würdigung, NZBau 2016,474.）。

(67) 笠井修「契約不適合責任のシステム」ジュリ 1511号（2017年）45頁。

(68) 永岩慧子「請負契約における瑕疵の救済法理」（博士論文、2017年）108頁。