

# 税法違反の請負における注文者の 瑕疵修補請求及び請負人の不当利得返還請求 —ドイツ民法における闇労働（Schwarzarbeit）—

青 野 博 之

- 1 はじめに
  - (1) 闇労働
  - (2) 税法違反の請負の効力
- 2 請負人の不当利得返還請求を肯定した旧判例
  - (1) 事実の概要
  - (2) OLG Köln 1989年10月11日判決
  - (3) BGH 1990年 5月31日判決
  - (4) 学説
- 3 注文者の瑕疵修補請求を肯定した旧判例
  - (1) 事実の概要
  - (2) OLG Brandenburg 2007年 2月 8日判決
  - (3) BGH 2008年 4月24日判決
  - (4) 学説
- 4 注文者の瑕疵修補請求を否定した新判例
  - (1) 事実の概要
  - (2) LG Kiel 2011年 9月16日判決
  - (3) OLG Schleswig 2012年12月21日判決
  - (4) BGH 2013年 8月 1日判決
  - (5) 学説
- 5 請負人の不当利得返還請求を否定した新判例
  - (1) 事実の概要
  - (2) LG Kiel 2013年 2月 5日判決
  - (3) OLG Schleswig 2013年 8月16日判決
  - (4) BGH 2014年 4月10日判決
  - (5) 学説
- 6 日本法
  - (1) 建築基準法違反の請負の効力
  - (2) 不法原因給付との関係
- 7 おわりに

## 1 はじめに

### (1) 闇労働

ドイツでは、税法違反の請負、たとえば、請求書（注文請書）を発行しないで税務当局に課税対象となり仕事をすることが判明しないように行う請負は、一般的には、闇労働<sup>(1)</sup>と呼ばれている<sup>(2)</sup>。これによって、売上税<sup>(3)</sup>（付加価値税）<sup>(4)</sup>を回避し、請負人も注文者も利益を受けることができる。つまり、請負人は、売上税を払わないですむという利益を受け、注文者は、その分安い報酬で同じ仕事を依頼することができ、契約当事者双方が利益を受けることができる。しかし、その請負人は、法律に従い売上税を払っている他の業者に対して、価格で優位に立ち、競争秩序が歪められる。また、請求書（注文請書）を

---

### (1) Schwarzarbeit.

本稿において検討する闇労働とは税を支払う義務を負う者がその義務を履行することなく、労務を提供し、又は提供させることをいう（Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz（闇労働防止法）1条2項2号）。本法は、2004年に改正された。改正前は、この規定はなかった。本文において述べるように、改正によって、闇労働の概念が明らかにされ、一義的になったことが判例に影響を与えている。なお、改正前から、手工業登録簿に登録することなく、事業として労務を提供した場合が、闇労働に当たると規定されており、これは、現行法でも同様である（闇労働防止法1条2項5号）。義務に反して租税上重要な事実を財務官庁に対し知らせないことにより、租税を免れ、又は自己若しくは他人のために不正な租税上の利益を受けた者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する（Abgabenordnung370条1項2号。訳は、ローター・クーレン著、内海朋子訳「租税遁脱と刑法」横浜国際社会科学研究所18巻4・5号（2014年）172頁を参照した）。

1957年3月30日の闇労働防止法は、3回の改正があり、2004年8月1日から施行されている。これまで、1974年5月31日、1982年1月1日に改正された。一貫して、闇労働の防止に向けて規制が強化されてきた（Holger Pauly, Schwarzarbeit—Aktuelle Entwicklungen zu den Folgen bei mangelhaften Werkleistungen, MDR 2013, 1377）。

### (2) 市場経済への影響については、Matthias Schönfelder, Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft im Baugewerbe (1999) 参照。

<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/253682/umfrage/schattenwirtschaft-in-deutschland-in-prozent-des-bip/>によると（2014年11月8日アクセス）、2014年の推計では12.2%が捕捉することができない経済（Schattenwirtschaft、家事・近所の助け合いなど適法なものと闇労働などの不適法なものが含まれる）である、という。もっとも、2003年には、その割合は、17.2%に達していた。

### (3) Umsatzsteuer

### (4) 現在は、19%である。

発行しないで請負契約を締結したときは、請負人の注文者に対する請負報酬請求が認められる可能性が低くなってしまふ<sup>(5)</sup>。

その請負が税法違反を理由として無効であるとすれば、その給付をした請負人は、一方では注文者に対して不当利得返還請求をすることができるようにも思われるが、他方ではその給付はドイツ民法（以下「BGB」という。）817条2文の不法原因給付<sup>(6)</sup>に該当し、不当利得返還請求をすることができないようにも思われるが、それでよいか問題となる。また、その請負が税法違反を理由として無効であるとすれば、その給付に瑕疵があっても、注文者は、請負人に対して瑕疵修補請求をすることができないようにも思われるが、それでよいか問題となる。その意味で、契約当事者双方にとって、税法違反の請負は、危険な契約である<sup>(7)</sup>。

この問題は、以前から、論じられていた<sup>(8)</sup>。4及び5において検討するように、2013年及び2014年のBGHの判決がこれまでの判例を変更することによって、この問題が一躍大きな注目を浴びることとなった。本稿は、この判例変更

---

(5) Frank Peters, Die Leistung ohne Rechnung, NJW 2008, 2479.

(6) BGB817条は、「給付の目的によると受領者が給付の受領によって法律の禁止又は善良の風俗に違反する場合、受領者は、返還の義務を負う。同様な場合に、そのような違反が給付者にあるときは、返還請求権を行使することができない。ただし、給付が債務負担であるときは、この限りでない；その債務の履行のために給付されたものは、返還を請求することができない。」と規定する（訳は、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）による）。

BGB817条2文は、日本民法（以下「民法」という。）708条本文の不法原因給付の規定である。

(7) 「一方の債務のみが履行されている場合に、契約を無効とし既給付につき不法原因給付として返還請求を拒むことになれば、具体的当事者の公平に反する結果が生じうることは否定できない。両当事者の不法性の強弱に応じて708条但書を弾力的に適用することは可能であり、また必要でもあろうが、いずれかの当事者が違法行為に加担したにかかわらずたまたま不当に優遇されることがありうる。しかし、これはいわば同条に一般的に内在する不合理とでもいべきものであり、返還請求を許す不合理とのいずれをより不当と見るかという政策的決定に帰着するから、同条の規定の存在は個別的な不合理を容認する趣旨とみるほかはないであろう」（磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」民商93巻臨時増刊号（1）（1986年）18頁）。

(8) Ulrich Voß, Vertragliche und gesetzliche Ansprüche des Schwarzarbeiters (1994).

について論ずるものである。

（2）税法違反の請負の効力

行政法規（以下「法令」ということがある。）に違反した契約の民法上の効力については、法令違反行為を無効とすることが「当該法規の禁止目的を達成」<sup>(9)</sup>するために必要か否かの判断が重要である<sup>(10)(11)</sup>。

本稿では、当該法規が税法であり、税法<sup>(12)</sup>違反の請負が無効であるかが問題となる<sup>(13)</sup>。売上税を支払うのは、請負人であり、請負が請求書（注文請書）を発行しないで行われたときは、請負人が税法違反であるに過ぎず、ここでは当該法律は片面的禁止法である。相手方である注文者が請負人の税法違反を知っただけでは、請負は、無効とはならず、これを知ったうえで自己の利益に用いるときにはじめて、無効となる<sup>(14)</sup>。

なお、税法違反の請負が税務当局に知られて、当初合意しなかった税について後に合意したときに、その合意が有効かが問題となる。税についての合意のみ一部無効としたときは、問題とならないが、請負契約全体を無効としたときには、問題となる。本稿では、これについては、割愛する<sup>(15)</sup>。

---

(9) 末弘厳太郎「法令違反行為の法律的効力」法協47巻1号（1929年）79頁。

(10) 法令違反行為については、川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法（3）』（有斐閣、2003年）108頁（森田修執筆）参照。

(11) 当事者が契約の履行上いかなる段階で相手方に何を請求しているかを問題とし、履行が終わっている場合には原則として法令違反を理由に契約を無効としないとする立場（川井健『無効の研究』（一粒社、1979年）80頁）に立つと、本稿は、（不完全履行を含めて）履行が終わってからの問題を検討していることとなる。

(12) 本稿で検討する税法の位置づけが問題となる。これについては、羽田さゆり「ドイツにおける取締規定違反行為の私法上の効力—BGB134条に関する議論を手がかりにして—」法学61巻3号（1997年）180頁参照。

(13) 少数説として、Alexander Jooß, Mängelgewährleistungsansprüche bei einem Vertrag mit sog. Ohne-Rechnung-Abrede, JR 2009, 398は、税法違反であっても、請負契約は有効であるとする。

(14) BGH NJW 1985, 2403.

(15) Peter Bydlinski, Schwarze Werkverträge und allgemeines (deutsches) Zivilrecht, Holger Altmeyden/Hanns Fitz/Heinrich Honsell (Hrsg.), Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag (2011), 89は、当初合意しなかった税について後に合意したときは、後の合意は有効である、とする。6において紹介

## 2 請負人の不当利得返還請求を肯定した旧判例

### (1) 事実の概要

Xは、その夫であるS（本件における証人でもある）から、Yに対する請負報酬債権を譲り受けた。1985年及び1986年に、Sは、Yのために塗装及びタイヤ張りの仕事を完成させた。Sは、手工業登録簿に登録していなかった。また、Sは、仕事をすることを届けていなかった。Yは、Sが手工業登録簿に登録していなかったことも、仕事をすることを届けていなかったことも知っていた。Sの闇労働が費用の節約になることは、Yが明らかに望むところであった。闇労働による報酬ということで、税金及び社会保険料の負担を回避することができた。Yは、Sに対し、少なくとも4500マルクを支払った。Xは、1987年12月14日の、Sとの債権譲渡の合意に基づき、20505マルクの残りの報酬の支払を求めた。Yは、Sとの請負契約が闇労働防止法に反し、無効であり、Xは報酬請求権を有しない、と主張した。

第1審は、Xの請求を11880マルクについて認容した。そこで、Yが控訴した。

### (2) OLG Köln 1989年10月11日判決<sup>(16)</sup>

控訴審は、次のとおり判示し、Yの控訴を認容し、Xの請求を棄却した。

XがSから譲り受けた契約上の請求権は、存在しない。YとSの間に成立した契約は、闇労働防止法に違反しており、契約当事者双方が同法に違反しているので、BGB134条<sup>(17)</sup>により無効だからである。闇労働防止法の立法趣旨からして、労務提供者に契約上の報酬請求権を認めるべきでない。これを認めてしまえば、請負人は、法律に違反してでも闇労働に従事してしまうからである。

また、BGB817条2文に基づき、SのYに対する不当利得返還請求権もない。

---

する最判平成23年12月16日判時2139号3頁は、建築基準法違反の請負を無効としつつも、その是正のための請負を有効としている。同じ発想であり、興味深い。

(16) NJW-RR 1990, 251.

(17) BGB134条は、「法律上の禁止に反する法律行為は、法律によって別の結果を生じるときを除き、無効とする。」と規定する（訳は、法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料』（商事法務、2014年）を参考にした）。

強行法規に違反することを知ってこれをした者は、保護されるべきでなく、禁止された契約を締結する方向に誘導されるべきでない。たとえ禁止された契約に基づき先履行をしていたとしても、同様である。労務を提供した者に報酬請求権にせよ、BGB818条2項<sup>(18)</sup>に基づく不当利得返還請求権にせよ、認めてしまえば、労務を提供しようとする請負人は、法律に違反してでも闇労働に従事してしまうからである。

(3) BGH 1990年5月31日判決<sup>(19)</sup>

BGHは、次のとおり判示して、Xの上告を認容し、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

不当利得返還請求権は、衡平の観念に基づくものであり、したがって、信義則に適合しなければならぬ。Yが違法に取得したものを無償で保持し続けることができるということは、信義則に反する。

先履行した闇労働提供者の費用による給付を注文者が無償で保持し続けることは、闇労働防止法の目的を実現するために不可避免的に命じているとまではいえない。闇労働が明るみに出た場合に刑事事追の危険と追徴課税をもって契約上の請求権を排除することで闇労働防止法の目的である一般的予防機能は、十分果たされている。不当利得返還請求権を認めたからといって、この機能を妨げるわけではない。

請負契約が無効であるから仕事に瑕疵があったとしても、請負人は責任を負わない。これを考慮して、不当利得返還義務の範囲を検討しなければならない。

(4) 学説

請負人の不当利得返還請求を否定した新判例について論ずる際に、紹介する。

---

(18) BGB818条2項は、「利得したものの性質により返還が不能であるとき、又は受領者がその他の事由により返還することができないときは、受領者は、その価値を賠償しなければならない。」と規定する（訳は、椿寿夫・右近健男編（注6）による）。

(19) BGHZ 111, 308=NJW 1990, 2542.

### 3 注文者の瑕疵修補請求を肯定した旧判例

#### (1) 事実の概要

2003年12月、Xは、Yに口頭でX所有の建物のテラスの水漏れ防止工事を頼んだ。2004年1月中旬、Yは、工事開始時に材料代として1000ユーロの支払を受け、工事終了後に、2250ユーロの支払を受けた。注文請書は、発行されなかった。工事終了後まもなく、テラスの下に水漏れが見つかった。Yは、瑕疵修補工事を行ったが、瑕疵は修補されなかった。そこで、Xは、瑕疵修補の賠償と瑕疵修補のための費用の前払い（7743.51ユーロ）をYに対し求めた。

第1審は、XのYに対する瑕疵修補の賠償及び瑕疵修補のための費用の前払いの請求は棄却したが、テラスの損傷についてBGB823条1項<sup>(20)</sup>に基づく損害賠償請求を認めた。

X Y双方が控訴した。

#### (2) OLG Brandenburg 2007年2月8日判決<sup>(21)</sup>

控訴審は、次のとおり判示して、X Y双方の控訴を棄却した。

当事者間で締結された請負契約は無効であるから、Xに瑕疵修補請求権はない。

XはYに合計3250ユーロを支払っているが、BGB817条2文によりその返還を求めることはできない。

Xは、Yに対し、テラスの損傷についてBGB823条1項に基づく損害賠償として、2178ユーロの支払を求めることができる。

#### (3) BGH 2008年4月24日判決<sup>(22)</sup>

---

(20) BGB823条1項は、「故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。」と規定する（訳は、椿寿夫・右近健男編（注6）による）。

(21) NJOZ 2007, 5270.

(22) BGHZ 176, 198=NJW-RR 2008, 1050=NZM 2008, 496=NZBau 2008, 434=JZ 2008, 1004=MDR 2008, 910. また、同日に、本判決と同じ法律構成により、注文者の新築予定地について測量士の計算ミスがあった事案につき、注文者の瑕疵修補請求を肯定した判決がある（BGH NJW-RR 2008, 1051=NZM 2008, 497=NZBau 2008, 436）。

BGH は、次のとおり判示して、Xの上告を認容し、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

注文請書を出さない旨の合意は、BGB134条及び138条<sup>(23)</sup>によって無効である。しかし、契約全体が無効かどうかは、BGB139条<sup>(24)</sup>によって決まるところ、これについては控訴審では確定的な判断がされていない。

とはいえ、当裁判所もまた、契約全体が無効かどうかについては、確定的な判断をしない。たとえ契約が無効であったとしても、建築工事をしたYが契約が無効であることを援用することは、信義則 (BGB242条)<sup>(25)</sup>に反し、認められないからである。信義則は、すべてにわたって適用されるので、無効な契約においても信義則が働く。

建築工事をした請負人が注文者の瑕疵修補請求に対して請負契約が注文請書を出さないことを理由として無効であり、その請求を拒むというのは、信義則に反する。

通常、建築工事は、注文者の不動産について行われる。給付の返還により契約を巻き戻すことは、普通、著しく困難である。契約の巻き戻しにより、経済的価値が損なわれる。請負人は、契約の巻き戻しの際に、注文者の所有権に関わるからである。行われた建築工事に瑕疵があるときは、たんに契約を巻き戻すだけでは除去することができない不利益を注文者の所有権に与えるからである。したがって、注文者は、瑕疵ある仕事をそのまま保持することになるであろう。

Yは、BGB242条により、Xの瑕疵修補請求に対して、注文請書がないことにより請負契約全体が無効であることを援用することができない。

---

(23) BGB138条1項は、「善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。」と規定する（訳は、法務省民事局参事官室（参与室）編（注17）による）。

(24) BGB139条は、「法律行為の一部が無効である場合において、無効な部分がなくともその行為を行っていたであろうと認められないときは、法律行為全体を無効とする。」と規定する。

(25) BGB242条は、「債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。」と規定する（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）による）。



#### (4) 学説

##### ア 瑕疵修補請求肯定説

BGH 2008年4月24日判決を支持する学説<sup>(26)</sup>は、少数である。第1に、民事裁判官は、その役割を果たすことに限定されており、税法に立ち入らないのが首尾一貫するからである<sup>(27)</sup>。第2に、請負人が闇労働防止法に反しているという理由で、請負契約が無効とする場合において、請負人が瑕疵修補義務を負わないとすれば、請負人が利益を受けることとなってしまう、その結論は信義則上妥当ではないからである<sup>(28)</sup>。

##### イ 瑕疵修補請求否定説

通説は、BGH 2008年4月24日判決に反対する。第1に、注文者は、保護に値しないからである<sup>(29)</sup>。第2に、注文者は、請負人の租税回避の意図を知り、請負人と協力し、これによって利益を得ているからである<sup>(30)</sup>。第3に、請負人が無効な請負契約を履行した後、契約が無効であるという理由で瑕疵修補請求を拒絶することが矛盾した行動であり、許されないとすれば、結果として、無効なはずの請負契約が事実上効力を有することになってしまうからである<sup>(31)</sup>。第4に、給付の返還により契約を巻き戻すことは、著しく困難というが、建築請負ではつねにそうではないかという問題が存在するからである<sup>(32)</sup>。第5に、BGB134条によって請負契約が無効であるにもかかわらず、信義則(BGB242条)によってその無効を制限し部分的に注文者の履行請求を認めることは、内容として説得的でないだけでなく、そのために多くの未解明の問題が派生してしまうからである<sup>(33)</sup>。

---

(26) MünchKomm/Jan Busche, 5. Aufl (2009), § 631 Rn.53.

(27) Andreas Stammkötter, Anmerkung zu BGH Urteil v.24. 8. 24, ZfBR 2008, 532.

(28) Ekkehart Reinelt, Fördert der Richter die Schwarzgeldabrede? BauR 2008, 1231.

(29) Andreas Bosch, Verstöße gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n. F. und der Grundsatz von Treu und Glauben, NJOZ 2008, 3055.

(30) Holger Pauly, Die neue BGH-Rechtsprechung zur Schwarzarbeit, MDR 2008, 1197.

(31) Paul Popescu/Christian Friedrich Majer, Anmerkung zu BGH v.24. 4. 2008, NZBau 2008, 426.

(32) Christian Armbrüster, Anmerkung zu BGH v.24. 4. 2008, JZ 2008, 1008.

(33) Jürgen Stamm, Zur Rechtsvereinheitlichung der Schwarzarbeitsproblematik

## 4 注文者の瑕疵修補請求を否定した新判例

### (1) 事実の概要

2008年5月、X（又はその夫）は、Yとの間で、40トントラックの通路として、170平方メートルの土地の舗装について請負契約を1800ユーロで締結した。Yは、同年5月及び6月に、その工事を終えた。Xは、報酬を支払った。工事終了の後すぐに、その舗装が平らでなく、40トントラックの通路として適さず、また、雨が降ると、冠水し、雨水が流れないことが判明した。同年9月7日、Xは、Yに対し、同月30日までに、瑕疵修補をするように、求めた。Yは、舗装を平らにしようと追加工事をしたが、平らにすることができなかった。同年10月31日、Xは、独立証拠調べ（証拠保全）を始めるよう申し立て、2009年3月7日、その結果、舗装が平らでない原因は、舗装面の下に敷かれた砂の層が厚すぎることにありと分かった。この瑕疵を修補するためにかかる費用として少なくとも6069ユーロかかることとされた。

Xは、Yに対し、主的にBGB637条3項<sup>(34)</sup>に基づく瑕疵修補費用の前払いを求め、予備的にXの夫から2011年6月5日に譲り受けた瑕疵修補費用の前払請求権を行使した。また、Xは、Yに対し、これ以外の損害について賠償義務の確認を求めた。

### (2) LG Kiel 2011年9月16日判決<sup>(35)</sup>

第1審は、Xの請求を認めた。

### (3) OLG Schleswig 2012年12月21日判決<sup>(36)</sup>

控訴審においてはじめて、報酬は、現金で支払う、注文請書なしに、売上税なし、との合意がされた、との事実が認定された。

控訴審は、次のとおり判示して、Yの控訴を認容し、第1審判決を破棄し、

---

—Ein Lösungsmodell unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung zur so genannten Ohne-Rechnung-Abrede, NZBau 2009, 91.

(34) 637条3項は、「注文者は、請負人に、瑕疵の修補のために必要な費用の前払いを請求することができる。」と規定する（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）を参考にした）。

(35) BeckRS 2013. 05249.

(36) BeckRS 2013. 02701.

Xの請求を棄却した。

当事者間で締結された請負契約は、BGB134条によって無効である。闇労働防止法1条2項は、BGB134条にいう法律上の禁止を定める法律であり、当事者間で締結された請負契約は、この法律に反するからである。

X Y間の請負契約が無効であるから、Xは、Yに対して、この契約に基づく瑕疵修補請求をすることはできない。

たしかに、BGH 2008年4月24日判決は、注文者の瑕疵修補請求を肯定したが、この判決の事案では、2003年12月に締結された請負契約が問題となった。闇労働防止法は、改正され、改正法が施行されたのは、2004年8月1日である。つまり、BGH 2008年4月24日判決は、改正前の事案についてのものである。したがって、改正後の事案である本件では、BGH 2008年4月24日判決は該当しない。また、注文者は、租税回避により報酬額を小さくし、利益を受けており、請負契約が有効であることに対して正当な信頼がないので、信義則上も、瑕疵修補請求権を有しない。

#### (4) BGH 2013年8月1日判決<sup>(37)</sup>

BGHは、次のとおり判示して、Xの上告を棄却した。

当事者間で締結された請負契約は、闇労働防止法1条2項2号及びBGB134条によって無効である。闇労働防止法1条2項2号は、税を支払わなければならない者がその義務を履行することなく、労務を提供することを目的とする請負契約を締結するのを禁止している。この禁止は、請負人が故意に納税義務に違反し、注文者が請負人の義務違反を知り、自己の利益のためにこれを認識して利用した場合には、請負契約の無効をもたらす。

X Y間の請負契約が無効であるから、Xは、Yに対して、瑕疵修補請求権を有しない。BGB134条は、公益及び取引の安全を図り、法律上の禁止に反する法律行為を無効としており、これが信義則により制限されるのは非常に狭い範囲に限定される。請負契約が無効とされて、信義則に反するような結果がもたらされるときは、不当利得で処理されるのが、通常適している。

---

(37) BGHZ 198, 141=NJW 2013, 3167=NZM 2013, 689=NZBau 2013, 627=JZ 2014, 463=MDR 2013, 1216.

(5) 学説

ア 瑕疵修補請求肯定説

闇労働防止法に違反し、税を免れようとするのは、動機に過ぎず、税を免れることとなるのは、請負契約が履行されてからであり、契約締結そのものに同法は及ばないとして、BGH 2013年8月1日判決に反対する説があるが<sup>(38)</sup>、少数説である。

イ 瑕疵修補請求否定説

注文者の瑕疵修補請求を否定した新判例である BGH 2013年8月1日判決に賛成する説がほとんどである<sup>(39)</sup>。第1に、注文者の瑕疵修補請求を肯定した旧判例のように、信義則を用いて、注文者の瑕疵修補請求を肯定すると、法的に不安定であり、また、たとえ注文者が請負契約を有効であると信頼していたとしても、その信頼は法的には保護に値しないからである<sup>(40)</sup>。第2に、闇労働防止法の立法趣旨<sup>(41)</sup>に適合するからである<sup>(42)</sup>。第3に、民法法が税法を支える役割を果たすことができるからである<sup>(43)</sup>。

---

(38) Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby (2014), Eckpfeiler des Zivilrechts, Q. Rn.77.

(39) Volkan Güngör, Anmerkung zu BGH Urteil v.l. 8. 2013, ZJS 2013, 617; Christoph Jerger, Von der Nichtigkeit zur Wirksamkeit zurück zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags bei Schwarzarbeit, NZBau 2013, 608; Astrid Stadler, Anmerkung zu BGH Urteil v.l. 8. 2013, JA 2014, 67; Jürgen Stamm, Die Rechtsvereinheitlichung der Schwarzarbeitproblematik im Lichte neuester Rechtsprechung des BGH zum reformierten Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, NZBau 2014, 131; Gerald Mäsch, Anmerkung zu BGH Urteil v.l. 8. 2013, JuS 2014, 355.

(40) Simona Liauw, Keine Mängelrechte bei Verträgen mit sog. Ohne-Rechnung-Abrede, JURA 2014, 216.

(41) BT-Drs. 15/2573, 18.

(42) Jürgen Stamm (Fn39), NZBau 2014, 133.

(43) Stephan Lorenz, Schwarzarbeit zwischen Bereicherungsrecht und Gewährleistungsrecht: Über die Beliebigkeit der Argumentation mit dem Schwächeren, Jobst-Hubertus Bauer/Michael Kort/Thomas M. J. Möllers/Bernd Sandmann (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner (2009), 581; Stephan Lorenz, Brauchen Sie eine Rechnung?: Ein Irrweg und sein gutes Ende, NJW 2013, 3135.

## 5 請負人の不当利得返還請求を否定した新判例

### (1) 事実の概要

2010年、Xは、Yから電気設備工事をすることを頼まれ、2011年4月、仕事を終えた。2010年11月1日にYはXに対して工事代金として13800ユーロのほかに現金で注文請書なしに5000ユーロの支払を約束したと、Xは主張した。Yは、Xに対し、報酬の一部を支払ったに過ぎなかったため、Xは、Yに対し、残額の支払を求めた。

Yは、その工事に瑕疵があるとして、瑕疵に基づく損害賠償請求権を自働債権として相殺するとの意思表示をし、受働債権を上回る分の自働債権についてその支払いを求める反訴を提起した。

### (2) LG Kiel 2013年2月5日判決<sup>(44)</sup>

Xの請求につき5342.26ユーロを認め、Yの反訴を棄却した。

### (3) OLG Schleswig 2013年8月16日判決<sup>(45)</sup>

Yは、その反訴についての判断には控訴せずに、Xの請求につき認めた点について控訴した。

第2審は、次のとおり判示して、Yの控訴を認容し、Xの請求を棄却した。

X Y間の請負契約は、BGB134条によって、無効である。闇労働防止法1条2項2号は、BGB134条という法律による禁止に該当するからである。

Xは、Yに対し、BGB812条1項1文<sup>(46)</sup>の不当利得返還請求権を有しない。Xは、報酬に課される売上税を意識的に回避しており、これはBGB817条2文に該当するからである。BGH 1990年5月31日判決は、闇労働防止法に違反する闇労働した者の不当利得返還請求権を肯定しているが、これは妥当ではない。意識的に法律上の禁止に違反する者は、その違反による結果に対して保護するに値せず、保護すればかえって不当に優遇することとなる。

---

(44) BeckRS 2014, 03696.

(45) MDR 2013, 1399=BeckRS 2013, 15290.

(46) 812条1項1文は、「法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によってその他人の損失によりあるものを取得する者は、その他人に対して返還義務を負う。」と規定する（訳は、椿寿夫・右近健男編（注6）による）。

(4) BGH 2014年4月10日判決<sup>(47)</sup>

BGHは、次のとおり判示して、Xの上告を棄却した。

X Y間の請負契約は、BGB134条によって、無効である。闇労働防止法1条2項2号は、BGB134条にいう法律による禁止に該当するからである。租税回避の意図が報酬のうちの一部についてのみ存在する場合も、同様である。X Y間の請負契約は、単一の法律行為だからである。

たしかに、XのYに対するBGB812条1項1文及び818条2項の不当利得返還請求権の要件は充足されている。Xは、電気設備工事契約が無効であるにもかかわらず、電気設備工事をした。電気設備工事は、Yに対して、法律上の原因がない。Yは、Xの電気設備工事の返還をすることができない。したがって、原則として、Xは、不当利得返還請求権を有するはずである。

しかし、Xの不当利得返還請求は、BGB817条2文によって発生しない。電気設備工事そのものは、価値中立的である。しかし、闇労働防止法1条2項2号が適用されるときは、闇労働防止法1条2項2号は法律上の禁止に該当するので、Xの不当利得返還請求は、BGB817条2文によって発生しない。ただし、第1に、法律上の禁止の意義及び目的により、BGB817条2文が制限解釈される場合、第2に、BGB817条2文を適用すると、信義則に反する場合には、BGB817条2文は、適用されない。本件では、双方とも該当しない。なお、BGH 1990年5月31日判決は、当該事件が第2の点について該当するとして、BGB817条2文を適用しなかったが、本件では第2の点についても該当しないので、BGB817条2文が適用される。BGH 1990年5月31日判決が扱った事件について適用されていた闇労働防止法が改正され、闇労働防止に向けてより強化されたからである。

(5) 学説

ア 不当利得返還請求肯定説

請負人の不当利得返還請求を肯定した旧判例が出たときに、その結論に賛成する説は、次のとおりの理由を述べて、請負人の不当利得返還請求を肯定す

---

(47) NJW 2014, 1805=NZA 2014, 784=NZM 2014, 596=NZBau 2014, 425=MDR 2014,650.

る。すなわち、請負人の不当利得返還請求を否定することによって、闇労働を防止することができないときは、不当利得返還請求の否定は、闇労働防止法による刑事罰以上の不利益を請負人に与え、それは比例原則に反する、また、不当利得返還請求を否定した場合には、請負人は、注文者に対して先履行又は同時履行を求め、良心のない注文者は、闇労働を請負人に求め、闇労働を防止することができないからである<sup>(48)</sup>。

#### イ 不当利得返還請求否定説

通説は、請負人の不当利得返還請求を BGB817条 2文により否定した新判例に賛成する<sup>(49)</sup>。第1に、注文者の瑕疵修補請求を否定し、請負人の不当利得返還請求を否定することこそが、論理が一貫するからである<sup>(50)</sup>。第2に、注文者が有する契約上の請求権である瑕疵修補請求権及び請負人が有する不当利得返還請求権をとともに否定するのが、法的明確性に資するからである<sup>(51)</sup>。第3に、請負人の不当利得返還請求を BGB817条 2文により否定する解決方法は、透明だからである<sup>(52)</sup>。第4に、請負を無効としながら、闇労働をした請負人に不当利得返還請求権を認めてしまうと、請負を無効としたことを潜脱する結果をもたらすからである<sup>(53)</sup>。第5に、闇労働防止法には、闇労働によって税を徴収することができなくなることを防ぐという財政目的だけでなく、闇労働によって競争が歪められることを防ぐという競争秩序維持という目的があり、その目的を実現するためには、請負人の不当利得返還請求を否定することが必要だからである<sup>(54)</sup>。第6に、請負人の不当利得返還請求を否定することが闇労働防止法

---

(48) Helmut Köhler, Schwarzarbeitsverträge: Wirksamkeit, Vergütung, Schadensersatz, JZ 1990, 469.

(49) Christoph Jerger, Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche bei Schwarzarbeit, NZBau 2014, 415; Astrid Stadler, Anmerkung zu BGH Urteil v.10. 4. 2014, JA 2014, 623.

(50) Jan Kaiser, Anmerkung zu BGH Urteil v.10. 4. 2014, NZA 2014, 786.

(51) Andreas Spickhoff/Gesa Franke, Anmerkung zu BGH Urteil v.1. 8. 2013, JZ 2014, 468.

(52) Jürgen Stamm, Kehrtwende des BGH bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit, NJW 2014, 2149.

(53) Bernd-Rüdiger Kern, Der geprellte Schwarzarbeiter-BGHZ 111, 308, JuS 1993, 195.

(54) Alexander Raif/Anna Heinemann-Diehl, Anmerkung zu BGH Urteil v.10. 4. 2014, GWR 2014, 310.

の（予防）目的を強化することができるからである<sup>(55)</sup>。

## 6 日本法

### （1）建築基準法違反の請負の効力

#### ア 最近の事例

建築基準法に違反する建築請負契約の有効性が最高裁まで争われた事例が最近あった。事実の概要は、次のとおりである。

Bは、Yとの間で、平成15年2月14日、Bを注文者、Yを請負人として、請負代金合計1億1245万5000円の約定で、第1審判決別紙物件目録記載1の建物（以下「A棟」という。）及び同目録記載2の建物（以下「B棟」という。）の各建築を目的とする各請負契約を締結した。A棟及びB棟（以下、併せて「本件各建物」ということがある。）は、いずれも賃貸マンションである。

BとYとは、上記各請負契約の締結に当たり、建築基準法等の法令の規定を遵守して本件各建物を建築すると貸室数が少なくなり賃貸業の採算がとれなくなるなどから、違法建物を建築することを合意し、建築確認申請用の図面（以下「確認図面」という。）のほかに、違法建物の建築工事の施工用の図面（以下「実施図面」という。）を用意した上で、確認図面に基づき建築確認申請をして確認済証の交付を受け、一旦は建築基準法等の法令の規定に適合した建物を建築して検査済証の交付も受けた後に、実施図面に従って違法建物の建築工事を施工することを計画した。

Yは、建築工事請負等を業とするXとの間で、平成15年5月2日、Yを注文者、Xを請負人として、請負代金合計9200万円の約定で、本件各建物の建築を目的とする各請負契約を締結した（以下、この各請負契約を「本件各契約」といい、これに基づき施工されることとなる工事を「本件本工事」という。）。Xは、BとYとの間の上記合意の内容について、確認図面と実施図面の相違点を含め、詳細に説明を受け、上記の計画を全て了承した上で、本件各契約を締結した。

ただし、XとYの間では、A棟地下については、当初から実施図面に従い本件本工事を施工することが合意された。

---

(55) Christian Heinze, Anmerkung zu BGH Urteil v.10. 4. 2014, LMK 2014, 360329.



税法違反の請負における注文者の瑕疵修補請求及び請負人の不当利得返還請求

確認図面と実施図面とでは、A棟については、確認図面には存在しない貸室を地下に設けられるようにするとともに、確認図面では2階貸室のロフト上部に設けることとされていた天井を設けないものとされ、B棟については、確認図面では吹き抜けのパティオとされている部分等を利用して貸室数を増加させるものとされているなどの違いがあった。

本件各建物は、実施図面どおりに建築されれば、建築基準法、同法施行令及び東京都建築安全条例に定められた耐火構造に関する規制、北側斜線制限、日影規制、建ぺい率制限、容積率制限、避難通路の幅員制限等に違反する違法建物となるものであった。

Xは、本件各建物の建築確認がされ確認済証が交付された後、本件各契約に基づき、A棟地下について実施図面に従ったほかは、確認図面に従い、本件本工事の施工を開始した。

ところが、A棟地下において確認図面と異なる内容の工事が施工されていることがC区役所に発覚したため、同区役所の指示を受けて是正計画書が作成され、これに従い、Xは、本件本工事によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事を施工せざるを得なくなった。加えて、A棟及びB棟の近隣住民から、本件各建物の建築工事につき種々の苦情が述べられるなどしたため、Xはこれにも対応することを余儀なくされた。こうした様々な事情から、Xは、A棟及びB棟につき、上記の是正計画書に従った是正工事を含む追加変更工事（以下「本件追加変更工事」という。）を施工した。

Xは、遅くとも平成16年5月30日までに、Yに対し、本件各建物を引き渡した。

Yは、Xに対し、本件各建物の工事代金として合計7180万円を支払ったが、その余の支払をしていない。

そこで、Xは、Yに対し、請負契約による請負代金債権に基づき、残代金及び追加変更工事の代金並びに遅延損害金の支払を求めた。

イ 第1審判決（東京地判平成21年3月27日）

Xの請求を認めた。なお、建築基準法違反については、問題とされていない。なかった。

ウ 第2審判決（東京高判平成22年8月30日）<sup>(56)</sup>

「建築基準法が同法にいう建築物の建築につき規制をし、種々の制限規定を設けているのは、建築物の敷地、構造及び用途に関して最低の基準を定め、これによって国民の生命、健康及び財産の保護を図るという一般公益保護の目的に出たものであり、その違反に対しては、原則として、是正命令（法9条1項）等の行政上の措置や、同法の定める罰則（法98条1項以下）によって対応することが予定されており、特定の建物の建築についての請負契約に建築基準法違反の瑕疵があるからといって直ちに当該契約の効力が否定されるものではない。しかし、同法の規制には様々なものがあり、北側斜線制限（法56条1項3号）や、日影規制（法56条の2）など、近隣居住者の利益が法律上保護されているとすることができるものもあるし、一般公益の保護ではあっても、耐火構造（法27条1項）など、居住者の生命身体の安全の確保に必要なものとしての規制もある。そのため、特定の建築物についての請負契約が、悪質な方法で第三者の利益を故意に侵害する場合など、社会的妥当性の観点からみて到底是認できない場合には、私法上の効力も否定しなければならないと解すべきである。すなわち、当該請負契約が建築基準法に違反する程度（軽重）、内容、その契約締結に至る当事者の関与の形態（主体的か従属的か）、その契約に従った行為の悪質性、違法性の認識の有無（故意か過失か）などの事情を総合し、強い違法性を帯びると認められる場合には、当該請負契約は強行法規違反ないし公序良俗違反として私法上も無効とされるべきである。」と判示して、本件各契約を無効とし、Xの請求を棄却した。

さらに、「Xは、本件各契約を無効とするならば、Yが対価関係なく本件各建物を取得できることになって不公平で信義則に反すると主張するが、……Xは、本件各契約に決して従属的とはいえない形態で関与していて、Xの違法と比較してYの違法のほうが格段に大きいということもできないから、双方が本件各契約の有効性を主張できないとすることが、公平を害したり、信義則に反するなどということとはできない。」と判示した。

エ 最高裁判決（最判平成23年12月16日）<sup>(57)</sup>

---

(56) 判時2093号82頁、判タ1339号107頁。

(57) 判時2139号3頁、判タ1363号47頁、金法1959号102頁。

## 税法違反の請負における注文者の瑕疵修補請求及び請負人の不当利得返還請求

本件本工事の残代金については、次のとおり判示して、第2審判決の判断を是認した。

「本件各契約は、違法建物となる本件各建物を建築する目的の下、建築基準法所定の確認及び検査を潜脱するため、確認図面のほかに実施図面を用意し、確認図面を用いて建築確認申請をして確認済証の交付を受け、一旦は建築基準法等の法令の規定に適合した建物を建築して検査済証の交付も受けた後に、実施図面に基づき違法建物の建築工事を施工することを計画して締結されたものであるところ、上記の計画は、確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという、大胆で、極めて悪質なものとわがざるを得ない。加えて、本件各建物は、当初の計画どおり実施図面に従って建築されれば、北側斜線制限、日影規制、容積率・建ぺい率制限に違反するといった違法のみならず、耐火構造に関する規制違反や避難通路の幅員制限違反など、居住者や近隣住民の生命、身体等の安全に関わる違法を有する危険な建物となるものであって、これらの違法の中には、一たび本件各建物が完成してしまえば、事後的にこれを是正することが相当困難なものも含まれていることがうかがわれることからすると、その違法の程度は決して軽微なものとはいえない。Xは、本件各契約の締結に当たって、積極的に違法建物の建築を提案したものではないが、建築工事請負等を業とする者でありながら、上記の大胆で極めて悪質な計画を全て了承し、本件各契約の締結に及んだのであり、Xが違法建物の建築というYからの依頼を拒絶することが困難であったというような事情もうかがわれないから、本件各建物の建築に当たってXがYに比して明らかに従属的な立場にあったとはいえない。以上の事情に照らすと、本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為であるといわなければならない、これを目的とする本件各契約は、公序良俗に反し、無効であるというべきである。本件本工事の代金の請求を棄却した原審の判断は、この趣旨をいうものとして是認することができる。」

しかし、追加変更工事の代金については、次のとおり判示して、第2審判決の判断を是認せず、Xは、本訴請求に当たり、本件追加変更工事の施工の経緯、同工事の内容、本件本工事の代金と本件追加変更工事の代金との区分等を明確にしておらず、原判決中、本件本工事の代金の請求に関する部分と本件追加変更工事の代金の請求に関する部分とを区別することができないとして、Xの敗訴部分を全て破棄し、本件追加変更工事の具体的内容、金額等について更

に審理を尽くさせるため、同部分につき本件を原審に差し戻した。

「本件追加変更工事は、本件本工事の施工が開始された後、C区役所の是正指示や近隣住民からの苦情など様々な事情を受けて別途合意の上施工されたものとみられるのであり、その中には本件本工事の施工によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事も含まれていたというのであるから、基本的には本件本工事の一环とみることはできない。そうすると、本件追加変更工事は、その中に本件本工事で計画されていた違法建築部分につきその違法を是正することなくこれを一部変更する部分があるのであれば、その部分は別の評価を受けることになるが、そうでなければ、これを反社会性の強い行為という理由はないから、その施工の合意が公序良俗に反するものということとはできないといふべきである。」

## （2）不法原因給付との関係

前記最判平成23年12月16日に関連して、請負人がした仕事が民法708条本文の不法原因給付に該当し、注文者に対し、不当利得に基づく返還請求も認められないかが問題とされている<sup>(58)</sup>。当該事件において注文者がその報酬の大部分を請負人に支払っていたので、注文者及び請負人がそれぞれがした給付をその相手方がそのまま保持する結果となっても、妥当ではないとまではいうことができない、とする学説がある<sup>(59)</sup>。

## 7 おわりに

ドイツ法では、請負契約が労働防止法に反して無効であるときは、先履行する者（請負人）は、相手方（注文者）が履行しなくても、契約が無効であるので、履行を求めることができず、BGB817条2文により、履行したものの返還を求めることもできない。また、先履行を受けた者（注文者）は、その履行が契約に適合していなくとも、契約が無効であるので、追完（瑕疵修補）を求めることができない。

では、日本法では、どうか。たしかに、民法708条本文の不法をその字句と

---

(58) 松本恒雄「最判平成23年12月16日の判批」金判1402号（2012年）12頁。

(59) 作内良平「最判平成23年12月16日の判批」首都大学東京法学会雑誌54巻1号（2013年）648頁。

おり広く解し、民法90条の公序良俗という秩序の維持を重視する考え方<sup>(60)</sup>に対し、「不法原因給付制度が公序良俗規範よりも基本権の制限を加重するものであることを考慮していない点で、やはり不当だといわざるをえない」<sup>(61)</sup>との指摘がある。その指摘と同様に、BGH 2013年8月1日判決<sup>(62)</sup>は、税法違反の請負契約を無効としつつも、請負人の注文者に対する不当利得返還請求の可能性を傍論において言及したと考えられる。しかし、BGH 2014年4月10日判決<sup>(63)</sup>は、税法違反の請負契約を無効としたうえで、不法原因給付に当たるとして請負人の注文者に対する不当利得返還請求を否定した。税法による秩序維持を重視したといえよう。

とはいえ、日本法において税法違反の請負を無効とするのは難しいかもしれない。税法を民法で支えるべきであるとまでは考えられていない、と思われるからである。ましてや、無効であるとしても、請負による給付が不法原因給付であり、請負人は注文者に対して不当利得に基づく返還請求をすることができないとするのは、いっそう難しいであろう。その意味では、本稿は、ドイツ法において、行政法を民法で支え、法全体で目的を達成するのが望ましい一つの事例を検討したにとどまる<sup>(64)</sup>。

法令違反行為の民法における効力の有無は、その法令の意義及び目的によって決まり、その意義及び目的を実現するためには、法令違反行為に基づいて給付がなされた後において、その返還請求の否定まで必要な場合がある。

---

(60) 難波譲治「公序良俗と不法原因給付」椿寿夫・伊藤進編『公序良俗違反の研究』（日本評論社、1995年）351頁。

(61) 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）98頁。

(62) BGHZ 198, 141=NJW 2013, 3167=NZM 2013, 689=NZBau 2013, 627=JZ 2014, 463=MDR 2013, 1216.

(63) NJW 2014, 1805=NZA 2014, 784=NZM 2014, 596=NZBau 2014, 425=MDR 2014, 650.

(64) 本稿が取り扱った事例は、ドイツでは、法秩序の実現のために個人の権利を左右することが必要な場合に該当する、と考えられる（大村敦志『契約法から消費法へ』（有斐閣、1999年）202頁参照）。