

注文者の瑕疵修補請求権の構成

——建物の新規製作(建替え)請求権を契機として——

原 田 剛

目 次

- 一 はじめに——本稿の課題と構成
- 二 ドイツの判例・学説
 - 1 瑕疵除去の方法に関する判例の展開
 - 2 諸学説
 - (1) 請負人による修補方法の制限の可否
 - ① ブレーゼ (Bläse) の見解
 - ② インゲンシュタウ／コールピオン (Ingenstau/Korbion) の見解
 - ③ フィッシャー (Fischer) の見解
 - ④ カイザー (Kaiser) の見解
 - (2) 瑕疵除去(修補)請求権の構造問題
 - ① ブレーゼ (Bläse) の構想

② タイヒマン (Teichmann) の構想

三 ドイツ小結、日本における示唆

四 結語

一 はじめに——本稿の課題と構成——

1 現行日本民法上、請負人により完成された仕事に瑕疵があった場合、注文者には、瑕疵修補請求権が認められている（民法六三四条一項本文^①）。しかしながら、このことから、注文者には、請負人に特定の方法を指示して瑕疵修補を請求する権利までもが認められることを直ちには意味しない。そもそも請負人は、仕事の結果を請負うことから、仕事の結果についての危険を負担する代わりに仕事の創造（履行）過程はもっぱら彼の裁量にゆだねられており、それゆえに、注文者には原則として、請負人の履行過程に干渉する権限は与えられない、という基本的枠組が存するかである。^②そして、この理は、瑕疵ある仕事は不完全履行ないし未履行であり、したがって、瑕疵ある仕事を修補することはなお請負人の仕事債務の内容である、との理解を媒介にすれば、^③仕事に瑕疵が存する場合においてその瑕疵をいかなる方法で除去するかについても、一応原則として妥当するといえる。

そうすると、例えば、仕事の瑕疵の修補方法につき注文者としてはXという方法による修補を希望しているとしても、彼は、請負人に対して単に「仕事にはこれこれの瑕疵があるので、この瑕疵を除去せよ」とのみ指示できる、ということにならう。その結果、請負人としては、Yという方法で充分可能でありXによる修補の必要はない、と考えた場合、客観的・合理的には注文者の内面的な希望であったXの方法が妥当であるとしても、請負人はYで対応することになる、との帰結が導かれる。

しかし、かかる基本的枠組が常に妥当するか、は、瑕疵の程度や除去後の効果等を顧慮した場合、一個の問題である。とりわけ、修補の方法につき、注文者の希望と請負人の考えとが齟齬を来し、しかも、住宅建築のようにならば長期に仕事結果を使用・利用せねばならない場合、後者の考えによる修補方法では瑕疵から生じる損害を完全に排除しえないが、前者の主張による修補方法によればそれが可能である、ということが、鑑定等により専門技術的に証明されうるときにおいても、果たして注文者は請負人の修補方法を甘受すべきなのか、は、その妥当性において問題が生じる。⁽⁴⁾この問題は、さらに、瑕疵除去の方法につき、注文者の希望はいわゆる新規製作（広義の修補、やり直し）であるのに対して、請負人の考えでは、そのような必要はなく通常の修補（狭義の修補）でよいと考える場合に、理論的にも実務的にも問題が先鋭化する。⁽⁵⁾

そこで、瑕疵修補の分野においても、そもそも請負人の修補方法が制限されうる場合が存するのか、存するとしてそれはいかなる場合なのか、が、問題となる。しかも、その場合に、注文者の指定する修補方法に合理性があるとしてこれを肯定しうるとすれば、そのような瑕疵修補方法の指定を伴う、注文者の請負人に対する修補要求もまた瑕疵修補請求権⁽⁶⁾といいうるに至るのか、という問題が生じよう。

2 筆者は、かつて別稿において、仕事に瑕疵がある場合、注文者には、通常の意味での瑕疵修補請求権の他に、一定の要件を充足したときに新規製作請求権が生じうることを探究した⁽⁶⁾。もともと、かかる探究に対しては、仕事に瑕疵がある場合でも、これまでの日本のように、殆どが、一方では請負人に対して瑕疵修補を請求する例がなく、他方では修補に代わる損害賠償の請求がなされる現状に対して、新規製作（より広くは修補の内容）の検討にいかなる解釈論上の意味があるのか、の疑念が予想されうる。これに対しては、さしあたり、次のような反論が可能である。まず、後者に関しては、前記拙稿における問題意識の一として、特に住宅建築に関連した裁判実務において、次のよう

な点が解釈論上提起されていた⁽⁷⁾、と筆者自身認識していたことと無関係ではない。すなわち、瑕疵ある住宅が建築された場合、注文者（建築主）は請負人（建築業者）に対して瑕疵修補に代えて損害賠償を請求する（民法六三四条二項前段⁽⁸⁾）が、この場合の損害賠償の内容は、瑕疵を除去するための修補に要する費用（修補費用）であると解され⁽⁹⁾る。この基準を前提にすると、仮に基礎構造部分等に瑕疵があり、この瑕疵を除去するには建て替えるしか方法がないとすると、修補費用は建替え費用相当額、ということになり、これが損害賠償額となる。他方、六三四条二項が規定する損害賠償の範囲は履行利益⁽¹⁰⁾の賠償を含む、と解されているもの⁽¹¹⁾の、建替えは修補の観念を超えるものであるから、建替え費用を履行利益に含めることはできない、との見解がある⁽¹²⁾。しかし、修補義務を債務内容と捉え、修補費用を内実とする損害賠償の請求は代替執行の意味を有するものであるとすれば、一定の場合には修補義務の内容として新規製作を要求しうるのでないか、そうすると、建替え費用相当額を損害賠償額として許容しうることになる。以上のように考えれば、新規製作請求の可能性の探究は、損害賠償額算定において一定の意義を有する、と。前者については、第一に、注文者の瑕疵修補請求は確かに裁判実務でこそ浮上していないが、裁判外ではまず、注文者は請負人に対して修補請求をなす現状があること⁽¹⁴⁾、第二に、建築技術や建築材料の飛躍的な進歩・向上に伴い、種々の工法による修補が可能となり、当事者の利益を考慮しつつ最良の修補方法を選択する可能性が技術的にも可能になっていること、第三に、国家の住宅政策のレベルにおいても漸く住宅の量のみならず質の確保に向けて本格的な取り組みが開始されつつある現状⁽¹⁵⁾を踏まえるならば、瑕疵修補自体の請求も漸次増加することが予想され、そこから、注文者・請負人間において、今後、修補方法についての見解の相違が法律問題化する可能性が生じる⁽¹⁶⁾。以上の諸点を顧慮するなら、あらかじめ注文者が指定する修補方法の可否を決定するルールを設定しておく必要性がある。しかも、その場合、瑕疵修補請求権を有する注文者は瑕疵修補としての新規製作請求をなしうる場合が存するのではないかと。

いずれにしろ、拙稿で探究した結論の可否を確定するためには、前記1において指摘した問題点が、より前提的、一般的、原理的な問題として探究されていなければならない。筆者が同稿において、冒頭の問題を更なる課題として設定しておいた理由⁽¹⁷⁾の主要な点もここに存する。

しかしながら、請負における瑕疵修補の分野において、かかる問題意識の下に瑕疵修補の問題に論究したものは、筆者の観るところ日本においては皆無といつてよい。⁽¹⁸⁾それゆえ、少なくとも請負契約法の分野においては先学の諸成果に直接依拠しつつ理論を展開ないし発展させる端緒が見出せない。もともと、民法の他の分野、すなわち、請求権の構成問題の分野、および、個別的にはとりわけ物権的請求権の分野に目を転じると、そこにおける、先学の学問的営為が有効な示唆を提供している。⁽¹⁹⁾ただ、この点を掲げば、ここでも、現行日本民法における請負契約法の母法たるドイツ民法、および、ドイツの建設請負工事規程 (Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)) における判例・学説に本稿がさしあたり直接参考とすべき理論的展開を看取しうる。

周知のように、一九八五年のドイツ連邦通常裁判所 (BGH) が、従来の判例を変更し、仕事に瑕疵がある場合、BGH が妥当する分野であるかVOBが妥当する分野であるかにかかわらず、仕事の引取後においても、新規製作によってのみ瑕疵除去が可能である場合には、新規製作請求権 (der Neuherstellung gerichteten Nachbesserungsanspruch, der Mangelbeseitigungsanspruch auf Neuherstellung) が是認されうることを肯定するに至ったが、この判例の前後においてもすでに、①特に、請負人と注文者との間で瑕疵除去の方法に争いがある場合に判決手続で瑕疵除去の方法を指定することが可能か、②新規製作請求権の肯定を前提とすれば、引取後の瑕疵除去請求権の構造をどのように把握するのか、の理論的展開が判例および学説において存在していた。そこで、本稿でも、別稿と同じく、ドイツの判例・学説の展開を手掛かりとして、冒頭に指摘した問題を探究したいと考える。⁽²²⁾

4 以下では、ドイツの判例・学説を紹介したのち(二)、その成果を抽出し、さらに、その諸成果を、日本法における請求権の構成問題および物権的請求権に関する理論、および、参考となる下級審判決と対比して整理し、その示唆を得る(三)。最後に、別稿の成果をも踏まえ、日本法における、注文者の瑕疵修補請求権の内容および修補方法に関する試論を提示し、更なる課題を確認して結語とする(四)予定である。

(一) 【民法第六三四条】第二項 仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ注文者ハ請負人ニ対シ相当ノ期限ヲ定メテ其瑕疵ノ修補ヲ請求ス

ルコトヲ得但瑕疵力重要ナラサル場合ニ於テ其修補力過分ノ費用ヲ要スルトキハ此限ニ在ラス

第二項 注文者ハ瑕疵ノ修補ニ代ヘ又ハ其修補ト共ニ損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ第五百三十三条ノ規定ヲ準用ス

なお、ここで、本条第一項の趣旨を、起草者の起草趣旨と民法修正案理由により確認しておく。まず、起草委員の穂積陳重は以下のように述べる(法典調査会民法議事速記録「日本學術振興会版」三四卷一七四丁裏一七五丁裏。なお、句読点および改行は引用者、以下同じ)。

材料ノ上ニ仕事ヲ加ヘマシタ場合ニ於テ其仕事ニ瑕疵アル其場合ハ、今日通常ノ取引ニ於テ、是ハ具合ガ悪ルイカラ直オシテ呉レトカ、是ハ少シ註文通リニ往ツテ居ラヌカラ修復シテ呉レトカ、云フヤウナコトハ、ドウモ註文者ノ権利トシテ是ヲ求メルコトノ出来ルノガ至当ト思ヒマス。

既成法典ニ於テハ、固ヨリ此權利ハ有ル積リデゴザイマセウ。乍併、明ニ明文ヲ以テ是ヲ認メテハナイ。取得編ノ第二百七十八條ニ『註文者カ異議ヲ留メスシテ工作物ヲ受取リタルモ後日其物ノ使用ニ不適當ナル隠レタル瑕疵ヲ発見スルトキハ註文者ハ其受取ヲ取消シテ代価ノ減殺又ハ其一部ノ返還ヲ請求スル權利ヲ失ハス』ト云フコトガ第一項ニアリマスノデ、一旦受取リマシタ以上ハ、免ニ角修補ヲ請求スルコト杯ハ出来マセヌ。受取ルマデニ、是ハマダ註文ニ適ハヌカラ修復ヲシテ呉レ、トカ、又、少シ斯ウシテ呉レナケレバ受取ラヌトカ、云フコトガ言ヘルノデゴザイマセウ、(読点ママ)。サウ解釈スルノガ穩当デアラウト思ヒマス。免ニ角、修補ノ請求權ト云フモノヲ明ニ認メテ居リマセヌ。

本案ニ於テハ、是ガ註文者ノ瑕疵担保ノ第一デアツテ最モ必要テ最モ通常ニ行ハレルコト、思ヒマスカラ、是ガ第一ノ點テ

アラウト思ヒマシテ、此處ニ是ヲ明ニシマシタ。

乍併、是ヲ修補致スト云フコトニ付テ、其目的ヲ達スルコトガ出来ヌ大變ナ大工事デアツテ、随分修補スルニ付テモ費用ヲ要スルト云フ場合デアリマシテモ、其瑕疵ガ大變ニ大キクアリマシテ丸デ目的ヲ達スルコトガ出来ナイ。例へバ家ヲ建テルコトヲ註文スル。建ツテ見ルト其家ノ建テ方ガ非常ニ疎末デアツテ、其中へ住居スルノガ危険デアルト云フ、サウ云フ場合ニ於テハ、多分ノ費用ヲ要シマセウケレドモ、夫レヲ充分ニ直オスト云フコトガ出来ナケレバ往カヌデアリマスガ、乍併、其瑕疵ト云フモノガ或ル場合ニハ夫レ程重大ナモノデナクテモ、其修補ト云フモノガ或ハ其瑕疵ガ家ノ或ル部分ニ限ツテ僅カナモノデアルガ、夫レヲ直オサウト思フト、足場ヲ掛ケルトカ種々ノ手數ガ要ツテ、其修補ノ必要ナル割合ニ對シテ過分ノ費用ヲ要スルト云フトキニハ、損害賠償ニ止メル。是ハ諸國ノ規定ニ、過分ノ費用ヲ要スルトキニハ損害賠償ノ方ニ止メルト云フコトガ多クアリマス。是ハ強チ理屈上カラ出タコトデハナイ、(ママ)。サウスル方ガ便利デアルト云フ方カラ出来テ居ルノデアラウ、ト思フノデアリマス。……

次に、民法修正案理由(廣中俊雄編著『民法修正案(前三編(旧字))の理由書』一九八七(昭和六二)年六一一頁)。

本條以下數條ハ請負人ノ瑕疵担保ノ責任ニ關スル規定ニシテ、殊ニ本條ハ、請負契約ニ於テ普通ニ行ハルル瑕疵修補ノ義務ヲ規定セリ。

既成法典財産取得編第二百七十八條第一項ノ規定ニ依レハ、工作物ヲ受取リタル後ハ、注文者ハ瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ得サルモ、受取前ニ於テハ既成法典モ亦瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ許スモノナルヘシト雖モ、法文ニ依リテ之ヲ明示セス。本案ハ、目的物ノ受取前ハ勿論、受取リタル後ト雖モ、目的物ニ瑕疵アルトキハ、請負人ヲシテ修補セシムルコト最モ普通ニシテ、且、實際ノ便利ニ適スルモノト認メ、本條ニ於テ注文者ニ瑕疵修補ノ請求權ヲ與ヘ、相当ノ期間ヲ指定シテ修補ヲ請求スルコトヲ得セシメタリ。

然レトモ、目的物ノ瑕疵カ些少ナルニ拘ハラズ之ヲ修補スルニ過分ノ費用ヲ要スルトキハ、修補ノ請求ニ代ヘ單ニ損害賠償ノ請求ヲ爲サシムルコト一般經濟上必要ニシテ且實際上便利ナルヲ以テ、多数ノ立法例ニ倣フテ但書ノ規定ヲ設ケ、修補請求權ノ行使ヲ制限セリ。……

(2) 請負契約においては、請負人の履行過程に注文者が介入できないという基本的枠組については、仕事の結果を請け負う、ということから出てくるあまりにも自明の理であることからか、我が国における民法のテキスト等でこの点に明確に触れている

ものは殆ど見当たらない。さしあたり、ここでは、前提論点であり、しかも、当然の前提とされている事柄ではあるが、起草委員が請負契約類型をどのようなものとして理解していたか、について、補足しておく（法典調査会民法議事速記録「日本学術振興会版」三四卷）。請負の説明は雇傭の箇所にも見られ、起草委員（穂積陳重）の起草趣旨の説明には重複部分があるが、ここでは双方引用しておく。

【雇傭の箇所】（九丁表—一〇丁表）。本節ハ取得編ノ第十二章第一節ニ當リマス。即チ、本節ヨリ以下ハ、人ノ行為ニ關シマスル債務ヲ規定スルヤウニ爲ツテ居リマス。

既成法典ニハ、第十二章ニ於キマシテ、雇傭契約ト習業契約ト請負契約ノ三種ヲ同ジ章ノ中ニ規定シテアリマス。本案ニ於キマシテハ、是ヲ同種類ノ中ノ小別ケトシナイテ、節ヲ並ベテ、「第八節雇傭」次ニ「習業契約、請負契約」ト云フ具合ニ並ベルコトニ致シマシタ、（ママ）。

テ、此事ニ付キマシテハ、如斯規定ノ致シ方ニ付テハ、外国ノ立法例ニモ三ツ程ニ大ク別カレテ居ルヤウニ見ヘマス。

或ル國ニ於テハ、全ク、雇傭ト請負ト云フモノハ同ジ處ニ規定致シマシテ、別ニ、節モ章モ別チマセヌ。同一ノモノトシテ居リマス。又、規則モ同ジ處ガ嵌マルヨウニ爲ツテ居リマス。例ヘバ、澳大利トカ伊太利モ畧ボ然ウ云フ具合ニシテアリマシテ、同ジ勞力ノ賃貸ト云フ中ニ両方ガ這入ツテ居リマス。

第二種ノ法典ニ於キマシテハ、是ハ性質上同ジモノテアルガ、唯タ、規則ガ別ノ規則ガ當ルカラ、夫レテ、同ジ契約ノ中テ節ガ小別ケガ致シテアリマス。例ヘバ、佛蘭西、和蘭、葡萄牙、西班牙、白耳義、民法草案採は、矢張り、勞力ノ賃貸借デアツテ、而シテ、其規定丈ケガ違イマス。斯ウ云フ風ニシテアリマス。

又、他ノ國、即チ、第三種ノ立法ノ仕方デハ、全ク別種ノ契約トシテ、本案ノ如ク、別シテ同ジ章ナラバ章、節ナラバ節トシテ、雇傭ト並ベテアリマス。例ヘバ、瑞西、モンテネグロ、独逸索遜、巴威爾民法草案採ハ、皆然ウ云フ主義ニ依テ居リマス。

既成法典ハ、先刻モ申シマシタ通り、此第二ノ主義ヲ採ツテ居リマス。本案ハ、之ヲ第三ノ主義ニ依ツテ規定致シテアリマス。

其譯ハ、固ヨリ、雇傭、請負採ト云フモノハ、甚ダ似テ居ルヤウデハゴザイマスガ、第一ニ、此二ツノ間ニハ法理上ノ區別ガアリマシテ、雇傭ハ勞力自身ヲ目的トシテ居リマスシ、請負ノ方ハ其勞力ノ結果ヲ始終目的トシテ居リマス。一ツハ、

人ノ關係ヲ重モニ見テ居リマス。一ツハ、重モニ其努力ノ出來榮ヘノ方ヲ見テ居リマス。謂ハ、努力ヨリ出來マシタ物ヲ目的トシテ居ルモノデアリマスカラ、夫故ニ、之ヲ同ジ處ニ規定シナイノデアリマス。如斯法理上ノ違ヒガアリマスカラ、從テ實際上同ジ規定ガ當ラヌヤウナコトガ多イヤウデアリマス。澳大利ノ如ク、同ジ規定ヲ當テルト云フト、非常ニ不便ヲ生ジテ、種々ノ取除ケヲ要スルシ、又、實際ノ便利カラ是ヲ別ノ處ニ置クヤウニシマシタ。

【請負の箇所】(一三八丁表—一三九丁裏)。本案ハ、取得編第十二章第三節ニ當リマス。『雇傭』ノ方ヲ説明致シマスルトキニ略ボ申述ベテ置キマシタ如ク、此『雇傭(請負?)』ニ關シマスル規定ハ、國ニ依リマシテ種々ノ處ニ之ヲ置イテアリマス。或ハ、全ク雇傭ト同ジ章ニ之ヲ置キマシテ、且、其規定ノ如キモ雇傭ト同ジモノト致シテ、章モ節モ別チマセヌデ一ツノ名稱ノ下ニ之ヲ置イテアル國モアリマス。例ヘバ、澳大利、伊太利ノ如キハ、或ハ報酬契約、或ハ努力賃貸ト云フ名稱ノ中ノ一ツノ處ニ置テ、同ジ規定ヲ雇傭ニモ請負ニモ適用スルヤウニ爲ツテ居リマス。

又、第二ノハ、一般ニ、賃賃借ト云フ場所ヲ設ケテ其中テ物ノ賃賃借ト努力ノ賃賃借ト別ケテ其努力ノ賃賃借ノ一種トシテ、詰マリ兩方トモ賃賃借ノ一部テ、而シテ其目的物ハ無形ノモノデアルト云フ主義ヲ規定シテ居リマス。和蘭、佛蘭西、西班牙ノ如キハ皆此主義ニ依テ居リマス。

又、第三ノハ、全ク此努力ノ賃賃借ト云フモノ丈ケヲ別ノモノト致シマシテ、其中ヲ別ケマシテ雇傭ト請負ト致シテアルノモアリマス。葡萄牙ノ如キ其一ツデアリマス。

既成法典ハ、御承知ノ通り、物ノ賃賃借ト努力ノ賃賃借ト稱スルモノヲ別ノモノトシテ、此點ニ於テハ佛蘭西杯ノ書キ方ニ倣ハヌデ、外ニハ葡萄牙ヨリ外ニ例ハナイヤウデアリマスカ、物ノ賃賃借ノ如キハ、是ハ財産編ノ物權ノ部ニ置キ、是トハ全ク別ツテ努力ノ賃賃借ト稱スルモノヲ置キマシタ。

本案ハ、是等ノ今舉ゲマシタ三種ノ例ニ倣ハヌデ、第四種ノ編纂法ニ倣ヒマシテ、夫レハ、全ク雇傭モ請負モ獨立ノ一ツノ契約ト致シマシタ。(ママ)。テ各々別ノ規則ガ當ルト思ヒマス。既成法典ノ如ク同ジ種類ノ小別ケトシナイテ、他ノ賣買贈與、賃賃借ト並ベテ節ヲ設ケテ是ヲ置イタノデアリマス。瑞西債務法、「モンテネグロ」、獨逸、巴威爾、索遜採、近頃出來マシタ法典ハ、多クハ皆此編纂法ニ依ツテ居リマス。

此第四種ノ編纂法ヲ採リマシタ所以ハ、學理上カラ申シテ見マシテモ、雇傭ト請負ト云フモノハ區別モアリマスルシ、又、實際上カラ之ヲ考ヘテ見テモ、別ノ規則ガ當リマス。學理上カラハ、雇傭ノ方ノ初メノ條ト此請負ノ方ノ初メノ條トヲ比較

致シマスルト、略ボ我々ノ採リマシタ主義ガ分カリマスルノデアツテ、既成法典ノ如キハ、雇傭ハ時ニ依テ給料ヲ定メル、時ノ定マルト云フノガ一ノ要素ニ爲ツテ居リマス。請負ハ、豫定代價ヲ仕事ヲスル、(ママ)。時ニ依ツテ定メル給料ト、豫定代價ニ依ツテ爲ス仕事ト云フコトガ、一ツノ目安ニナツテ居リマス。是ハ、近頃ハ、ドウモ髓カナ標準デナイト云フ方ニ重モニ爲ツテ居ルヤウニ思ヒマス。其性質上カラ論ジテ見テモ、雇傭ハ其仕事自身ヲ目的トシテ居リマス。請負ハ其仕事ノ結果ヲ目的ト致シマス。其努力ト云フモノガ目的デアルカラシテ、二者各其性質ヲ異ニ致シテ居リマス。夫レカラ又、實際上カラ見テモ、雇傭ノ方ハ、人ノ方ニ關係ガ多イ(ママ)。請負ノ方ハ、人ト云フ方ノ關係ハ重モニ持つテ居ラヌデ、其仕事ノ出来榮へ、仕事、ト云フ方ニ重モナ點ガ存シテ居ルノデアリマス。夫故ニ、其規則ノ如モ、雇傭ニハ大概貸借ニ似寄ツタ規則ガ嵌マリマス。又、請負ノ方ニハ、却テ賣買ノ規則ガ嵌マルモノガ多イ。一ツハ努力ヲ貸借シタヤウナ形デゴザイマス。一ツハ努力ノ結果ヲ賣リマスルヤウナ形デゴザイマス。夫故ニ、丸デ別ノ規定ガ當リマスルノラ本則ト致シマスルノガ實際ニモ能ク適スルコトデアラウト思ヒマス。夫故ニ、別ニ「請負」ト云フ節ヲ此處ニ置イタノデアリマス。

なお、ドイツにおいては、たとえば、次のように注釈されるのが通常である。請負人が瑕疵をどのようにして除去するか、は、原則として彼の事柄 (die Angelegenheit) である。注文者が瑕疵除去の種類と方法を決定することは正当とみなされえない。Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 3. Aufl., 1997, §633 Rdn. 102 (Soergel). ; 40, 41, 42, Staudinger-Peters, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13 Aufl., 1994, §633, Rdn. 168.

(3) 奥田昌道『増補版・債権総論』一六〇頁(一九九二年)。拙稿「注文者の新規製作請求権に関する一考察(一)——ドイツの判例・学説を手掛かりとして——」法学論叢一四一卷五号五五頁(五六頁)(一九九七年)。ここでは、債務内容は当事者の契約内容により確定されることを前提とし、仕事の結果についての合意があった場合、瑕疵のない仕事が発意内容であり、それゆえ、瑕疵ある仕事は仕事の結果ではない、として、なお、(瑕疵のない)仕事の結果を求め、ということが、とりもなおさず、瑕疵の修補を求めることを意味している、と考えているのである。最近でも、奥田教授は、日本私法学会第六二回大会(一九九八年)におけるシンポジウム「民法一〇〇年と債権法改正の課題と方向」における質問のなかで、「本来的履行請求権と補充的履行請求権との関係」に関連して、以下のように述べる(私法第六一号八九頁以下(一九九九年))。「……実体的に考えた場合、本来的履行請求権とはそもそも何かという問題です。それは、例えば、種類物給付、不特定物給付の場合でしたら、義務者が全く何もしない場合には、本来的履行請求権というのはどういう形で裁判にあらわれてくるか。約束したものを引き渡

せという為す債務、そして間接強制というようになるのかと思います。ところが、不完全なものを任意履行で交付された場合には、今度は修補ないし代物請求という問題になります。しかしながら、これも補完的じゃなくて、そもそも本来的履行請求権が実現されていないから、その貫徹という問題ではないのだろうかと思ひます。

今度は、一二〇ページのところで「瑕疵なき物を給付する義務」、これは特定物、不特定物を通じて包括的に指定しています。そうしますと、その場合、本来的履行請求権の内容は何かということが問題になります。その場合には、瑕疵なき給付をせよ、別の言い方をしますと、債務の本旨になつた履行をせよという請求権が觀念的に、抽象的に考えられると思ひます。そこで、たとえば、合意した目的物を相手方が給付した場合に、それに瑕疵があつた場合、これは本来的履行請求権を満足させていない。だから、第二次的というか、現象的には、さらに修補とか代物請求ということが出てきますけれども、それはどちらにも、初めの物の引渡しも後の修補も全部本来的履行請求権の内容のいわば具体化にすぎないのではないかと。もつとも、合意内容（債務内容）が仕事の結果であることからいって、ここから瑕疵修補までが合意内容として論理必然的に導かれるとは限らない、とも考えられうる。この点に関しては、たとえば、医療事故に基づく損害賠償請求訴訟における法的構成の問題に関し、「医療契約の面から、債務不履行責任構成における①（契約当事者は誰か）②（契約内容は何か）の問題をいささかでも明し、一般法たる不法行為責任構成よりも特別法たる債務不履行構成の方が、被害者たる債務者すなわち患者側に有利となる解釈論を展開しようとするものである」との視点を補充するものとして述べられている。「そもそも、両当事者の『合意』が存在するところでは、その債務はその『合意』内容であり、それが履行されることに一定の保証（Garantie, warranty）があるわけで、『合意』のない不法行為責任よりも、債務者に、より厳格な責任が負わされるべきであろう」（前田達明「医療契約について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部百周年記念論文集第三巻民法』所収七五頁—七八頁注（三）（一九九九年）とする立場を前提とすれば、「一定の保証」中に瑕疵修補を含ましめることが可能であらう。

なお、ドイツにおいては、請負契約の場合は特に、保証（die Garantie, 以下G）概念は異なつた意義をもちうると思ひます。まず、BGB六三三条一項一文、VOB/B二三条一項一文の意味での通常の性質保証（die Zusicherung, 以下Z）、一般に単純な保証と呼ばれる保証が問題となりうる。つぎに、Garantieは、建築請負人に帰責がなくても（BGB六三五条、VOB/B一三条七項一号参照）保証した性質の欠陥に対して責に帰すべき帰結を伴い、彼は保証した性質に対して「無条件に」保証する（einstehen）¹、という意味をもちうる。この場合は一般に非独立的保証（unselbständigen Garantie）の意味での特別

の(真の)保証(7)と呼ばれる。非独立的保証表示が保証期間 (Garantiefrist) を含む限り、その表示は、事情により、BGB 一三三条、一五七条に従い、保証(G)期間中に生じたあらゆる建築物の瑕疵に対して瑕疵担保請求権が発生しえ、これらの請求権の時効期間は建築物の瑕疵の発見によりはじめて進行を始める、と解釈されうる。最後に、保証(G)引受は、建築請負人が契約適合性を越えさらにその他の要素に依存した経済的結果に対する独立的保証(G)を引き受けること、を意味しうる。これは一般に独立的保証契約(保証約束)と呼ばれる。独立的保証契約に基づく請求権はBGB六三八条に属するのではなく、BGB一九五条に従い三〇年の時効にかかる。Sieburg, *Verjährung im Baurecht*, 1993, Rdn. 240-242.

(4) この場合、理論的には、注文者は、請負人は債務の内容たる修補義務を未だ完全に履行していないとして、不完全履行を理由に、再度修補請求が可能であることから、その時点で注文者の要求を全面的に排除しうる、と考えるは、現実的ではなく、説得力を欠くといえる。

(5) 周知のように、ドイツ民法は、六三四条一項において、「第六三三条に挙げた種類の瑕疵の除去のために、注文者は請負人に対して、期間経過後には瑕疵の除去を拒絶する旨の表示付の、相当の期間を定めうる」と規定するが、これ以外に、日本民法六三四条二項のような規定がないことから、請負人には修補義務のみならず、いわゆる修補権があると理解されている。この考えは、瑕疵除去の方法につき、請負人に裁量権があることと親近性をもつものである。この点につき、花立文子「建築家の法的責任」一一二頁(一九九八年)は、「修補とやりなおしの選択権」という論点を提示し、本稿でも三において紹介するブレーゼの見解、および、ドイツ債務法改正委員会による最終報告書(一九九二年)における委員会草案(KE)第六三五条(現行BGB第六三三条に相当)第一項が採用する、修補方法の選択権が請負人にあるとする立場、を紹介し、これらを前提にすると、注文者が新規製作請求をした場合でも、請負人側は注文者の請求に拘束されないこと、を指摘する。もつとも、氏自身は、「選択権が請負人側にあるとなると、単なる修補では不十分な場合には、請負人が修補を選択すると、注文者にとってやりなおし請求権が無意味になるおそれもある」ことを付言する。

(6) 前掲注(3)の拙稿(なお、「同(二完)」は、法学論叢一四三巻三号七八頁(一九九八年)。笠井修「請負人の瑕疵担保責任規定の特則性について(二完)」成城法学五六号三九頁(一九九八年)、同「保証責任と契約法理論」二七七―三〇二頁(一九九九年)もドイツの議論を紹介する。

(7) 前注の拙稿後においても、例えば、「シンポジウム 建築法の日仏比較——契約・責任を中心に——」北大法学論集第四八巻

第五号一六二頁（一九九八年）における、吉田克己報告「日本における建築契約」（二二三頁以下）では、建築契約における消費者保護の課題の一として「これまでどころ、注文住宅の請負契約における最大の問題は、欠陥住宅に対する不動産消費者の救済です。これは、基本的には判例が活躍しうる問題領域でしょう」との指摘、および、建築契約における消費者の地位に關し、戸建住宅建築を目的とする請負契約の領域においては、「結局、この領域における不動産消費者の救済は、民法とそれに関する判例によることとなります。この領域で最近多くの問題を提起しているのは、建物に欠陥があった場合の救済です。とりわけ、欠陥の修理が不可能で建て替えるしかない、という場合に、建替費用を損害賠償として請求しうるかが問題です」との指摘がなされている。

(8) 六三四条二項が、「注文者ハ瑕疵ノ修補ニ代ヘテ損害賠償ノ請求ができる旨規定し、判例も、この規定を根拠として、瑕疵修補請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権とのいずれを行使するかは、注文者が自由に選択しうるものであり、注文者は、瑕疵修補の請求をすることなく、直ちにこれに代わる損害賠償を請求することもできる、と理解している（最判昭和三六年七月七日民集一五卷七号一八〇〇頁、最判昭和五二年二月二八日裁判集民（最高裁判所裁判集 民事）二二〇卷二〇二頁、最判昭和五四年三月二〇日裁判集民一二六卷二七一頁）。

なお、本条二項の立法趣旨のうち、ここで取り上げた点に關し、前掲注(1)の引用に続いて、起草委員の穂積陳重は「乍併必ズシモ、其修補ヲ請求スルト云フコトガ第一テ、修補シナケレバドウアルト云フコトラ……スルニ及ビマセヌ。又、向フガ修補スルトコトラ拒ミマスレバ、債務履行ノ総則ニ依ツテ自カラ修補シテ其費用ヲ請求スルコトガ出來マス。又、修補ヲ欲シナイ場合ニ於テハ、修補ニ代ヘテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトガ出來ル。又、修補ヲ爲シテモ尚ホ損害ガアレバ其賠償ヲサセルコトガ出來ル、ト云フコトハ至当ナコトデアツテ、是モ等シク諸國ノ法典ニモ存シテ居リマスカラ、是ヲ採用致シマシタ」（二七五丁裏一七六丁表）と説明する。また、廣中前掲注(1)編著も「本條第二項ハ、注文者カ修補ニ代ヘテ損害賠償ヲ請求シ、或ハ、修補ヲ爲サシムルト同時ニ尚ホ損害アルトキハ其賠償ヲ請求シ得ルコトヲ認ムルモノニシテ、主トシテ、實際ノ便宜ニ本ツキ、多数ノ立法例ニ倣フテ之ヲ設ケタリ。而シテ、請負人カ瑕疵ノ修補ヲ拒ムトキハ、注文者ハ他ニテ之ヲ修補セシメ其費用ヲ請求スルコトヲ得ルハ、債務履行ノ通則ニ依リ自ラ明白ナリトス」と述べる。

(9) 栗田哲男「請負 民法コンメンタール（ぎょうせい）第一四卷」五八三頁（一九八九年）、同「現代民法研究(1)請負契約」二二五頁（一九九七年）。なお、住田英穂「請負契約における瑕疵修補に代わる損害賠償請求権と報酬請求権の同時履行の關係

の範囲」ジュリスト一一二二号九五頁（一九九七年）は、修補に代わる損害賠償の算定方法の種類につき、潮見佳男「請負の瑕疵担保責任の法的性質と損害賠償」『契約規範の構造と展開』一三九頁（一九九〇年）に依拠しつつ、(f)瑕疵修補費用（これは建替費用を意味することがある）、(g)代金減額×(h)潮見佳男、(h)目的物の交換価値の差額×(i)瑕疵なき目的物の価値－瑕疵ある目的物の価値、の三種類がある、とする。

(10) 履行利益（積極的契約利益）は、信賴利益（消極的契約利益）との区別としてドイツにおいて使用されたものである（高橋眞「ドイツ瑕疵責任法における積極的契約利益・消極的契約利益・完全性利益の区別」『現代私法学の課題と展望・下』一六五頁（一九八二年）、同「履行利益と信賴利益」加藤一郎・米倉明編『民法の争点II』三〇頁（一九八五年））ことを前提に、「債権者が履行に関して有している利益、つまり、債務の本旨にかなうた履行がなされたとしたならば債権者がどのような状態にあるだろうかを基準として損害賠償を考へる場合である」とか（奥田昌道『債権総論』増補版』二二〇頁（一九九二年）、「契約が有効で債権が実現されたときに得る利益」（前田達明『口述債権総論』第三版』二七頁（一九九三年））、「あるいは、『契約が履行されたならば債権者が得られたであろう地位を回復するための賠償』（内田貴『民法III 債権総論・担保物権』一四三頁（一九九六年））、などと定義される。高橋・前掲「履行利益と信賴利益」論文は、さらに、ドイツ民法学における履行利益概念につき、ドイツ民法の損害賠償原則が原状回復主義に立つことと無縁でないこと、契約の有効無効、あるいは、賠償義務者の過失の有無と必然的に結びつくものでないことを強調しつつ、より詳細に次のように整理する。「まず賠償を義務づける事実が、債務を有効に成立させ、ないしは適切に履行しなかったことに存する場合には積極的利益の賠償が」問題となり、また、「賠償によって、債権者が給付を獲得したとすればあるべかりし財産状態に置かるべき場合には積極的利益が」問題となり、この場合は、「損害原因事実に着目し、賠償されるべき損害をそこから因果関係によって定めるといふ方法を示す」と評価する。これらのことを前提とし、「積極的利益にあたるものとして具体的には、例えば債権者が給付を適時に獲得したならば得たであろう利益、その給付に関する利益を他の方法で実現するために要した費用等」が挙げられる、とする。そして、ドイツにおける、積極利益・消極利益の区別は、損害原因事実を起点とする因果関係によって定められる原状回復の方向の違いを意味する、とする理解を前提として、日本における判例において、例えば、売買目的たる権利の全部または一部が他人に属する場合の売主の責任について、買主が、自ら目的たる権利を取得するために余分な出費をした場合に、その費用の賠償を認めていることに関連し、「これは正常な履行があったと同じ状態を実現するために要した費用であるから、履行利益に属する」と評

償する。

- (11) 我妻栄『債権各論中巻二』六三三頁、六三七頁（一九六二年）、幾代通・広中俊雄編集「内山尚三執筆」『新版注釈民法（16）』六三四』一三八頁、一四八頁以下（一九八九年）、潮見佳男『債権総論』二〇七頁（一九九四年）。もつとも、潮見・前掲書は、履行利益賠償を正当としつつも、無過失損害賠償責任の成立範囲は等価交換部分に限定されるべきである、とする。また、内山・前掲執筆部分は、「この損害賠償請求権は、無過失責任であり、また賠償額は履行利益である」としつつも、「修補に代わる損害賠償請求権は、修補請求権と併存して、始めから注文者に存在する権利であり、「損害賠償の範囲は、瑕疵があるために生じた目的物の経済的価値の減少にはかならない」とし、修補費用には触れていない。この見解は、前掲注（8）に分類する（ウ）の立場といえようか。

- (12) 神戸地判昭和六三年五月三〇日判例タイムズ六九二一頁（一九八九年）、後藤勇「最近の裁判例からみた請負に関する諸問題」判例タイムズ三六五号五三頁（一九七八年）、同「請負建築物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判例タイムズ七一五号八頁（一九九〇年）、同「請負に関する実務上の諸問題」七七頁以下（一九九三年）。山口康夫「住宅建設における消費者法の課題」私法第五五号一九七頁（一九九三年）も、損害賠償額算定において建替え費用相当額を認める裁判例に対し、「六三四条を根拠として解決することは、その実用法学的意義は別としても、『修補』の概念を超えており妥当ではないと考える」とする。もつとも、山口教授は、かかる裁判例に対しては、六三五条但書の強行法規性を否定することにより対処することを主張されるとともに、損害額算定で建替え費用相当額を認める理論構成の必要性も指摘する。この点に関しては、筆者も全面的に賛成である。本稿は、ある意味では、理論構成の必要性という、山口教授の問題提起に対する一つの試論的解答でもある。なお、内山尚三『現代建設請負契約法（再増補）』二九二頁（一九九九年）も参照。

- (13) 起草者もかかる考え方に立っていた点については、前掲注（8）の、「……向フガ修補スルコトヲ拒ミマズレバ、債務履行ノ総則ニ依ツテ自カラ修補シテ其費用ヲ請求スルコトガ出来マス」、民法修正案理由の「請負人カ瑕疵ノ修補ヲ拒ムトキハ、注文者ハ他ニテ之ヲ修補セシメ其費用ヲ請求スルコトヲ得ルハ、債務履行ノ通則ニ依リ自ラ明白ナリトス」、および、ドイツ民法の請負契約法においてかかる思想を表現した第六三三条第三項に相当する規定が日本民法にないことの理由については、拙稿・前掲論文（一・完）九九頁注①を参照されたい。また、住田・前掲注（9）論文は、請負人の報酬請求に対し、修補に代わる損害賠償請求権をもって全部拒絶を認める前提としてではあるが、修補費用の賠償を、交換価値の差額の賠償と区別される原状回復

的請求である、との認識の下に、注文者が瑕疵ある仕事をした請負人を信頼できないときや請負人が修補に応じないときは、第三者に修補を依頼し、その費用を請負人に負担させるという解決が実務において図られていることの顧慮の下に、修補費用の賠償は、実質的には代替執行に準ずる機能を果たしている、ことを指摘する。

参考までに、民事執行法上の正規の代替執行における、所要費用に関して捕捉しておく。代替執行実施の費用は、民法四一四条二項により、債務者の負担である。執行債権の満足を導くべき特定の行為（代替行為）を債務者の費用で債務者以外の者に実施させることを執行裁判所が債務者に授權する旨の決定たる授權決定（民事執行法一七一条一項、民法四一四条二項本文）と共に、ないし、授權決定後なされる債権者の申立てがあれば、執行裁判所は、債務者に対し所要費用を予め債権者に支払うべき旨を命ずる決定（費用前払決定）をする（民事執行法一七一条四項）。債権者は、これを債務名義（同二三条三号）として金銭執行による取立てができる。前払決定がない場合、または、前払費用に不足が生ずる場合には、執行費用一般の取立方法（同四二条四項）に従う。なお、前払額に剰余が生じた場合には、不当利得返還の問題となる。以上につき、中野貞一郎「民事執行法」〔新訂三版〕六四一―四二頁（一九九八年）。

(14) 松井和彦「請負契約の注文者が瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬全額の支払との同時履行を主張することの可否」金融・商事判例一〇三六号五一頁（五四頁）（一九九八年）は、「現実の紛争過程を考えると、いきなり損害賠償請求がなされることはあまりない。まず瑕疵修補請求がなされ、（場合によっては減額も含めた）瑕疵修補をめぐる交渉が行き詰まって初めて、注文者は瑕疵修補請求をあきらめて損害賠償に切り替えるという過程をたどるのが通常であろう。すなわち、瑕疵修補に代わる損害賠償が請求されるのは、請負人が瑕疵修補義務を任意に履行しなかつたためであることが多いのである」と述べる。

(15) 周知のように、建設省により、住宅の品質確保の促進、住宅購入者等の利益の保護、住宅に係る紛争の迅速かつ適正な解決を目的とし、住宅の性能に関する表示基準、および、これに基づく評価の制度を設け、住宅に係る紛争の処理体制を整備するとともに、新築住宅の請負契約または売買契約における瑕疵担保責任について特別の定めをする必要がある、との理由から、「住宅の品質確保の促進等に関する法律案」（いわゆる住宅品質確保促進法案）が作成され、一九九九年三月二日に閣議決定され、（一九九九年三月）現在、国会に提出されている。その概要は、大きく二つに分かれ、まず、住宅の性能に関する表示制度の創設および紛争処理体制の整備、つぎに、新築住宅の契約に係る瑕疵担保責任の充実、である。前者については、①住宅の

性能（構造耐力、遮音性、省エネルギー性等）の表示の適性化を図るための共通ルール（日本住宅性能表示基準・評価方法基準）を設け、消費者による性能の相互比較を可能にすること、②住宅性能評価のための体制整備により、評価結果の信頼性を向上させること、③住宅性能評価を受けた住宅に係る裁判外の紛争処理体制を整備し、紛争処理を円滑化・迅速化することが、後者に関しては、特に、請負・売買による、新築住宅の取得契約において、住宅のうち構造耐力上主要な部分または雨水の浸入を防止する一定の部分（基本構造部分）の瑕疵（構造耐力または雨水の浸入に影響のないものを除く）につき、修補請求権をはじめとした瑕疵担保責任を、引渡後一〇年間義務づけることとし（強行法規化、さらに、任意規定として、基本構造部分以外も含めて二〇年までの伸長も可能としている。なお、建設月報五九八号一四頁（一九九九年）「建設省、住宅品質確保新法制定へ「瑕疵保証」と「性能表示」に本柱」二日経アーキテクチャ六二〇（一九九八年九月七日）号三〇頁、「欠陥住宅法制定へ———新築対象の「瑕疵保証」と任意の「性能表示制度」———」同六二二（一九九八年九月二二日）号一四六頁、「瑕疵担保と性能表示の二本立て住宅品質確保促進法案を閣議決定」同六三六（一九九九年三月二二日）号一〇頁。

(16) 金山直樹「権利の時間的制限」ジュリスト一一二六号二二五（二三四）頁（一九九八年）は、現行の担保責任の期間制限に関する批判的叙述に関するものであるが、これ以外の論点についても、請負人・注文者間の利益調整がこれまで解釈論上どちらにシフトしつつなされてきたか、あるいは、本文で述べた、建築技術や材質の進歩・向上等の点を顧慮するならば、きわめて示唆に富む視点である。「請負人は民法典では、注文者からの解除権の制限（六三五条）や請負人の短期間での責任免除（六三七条・六三八条）などによって、特別の庇護の下におかれている。請負人は近代日本発展に資するということもあって無意識的にも特別の保護対象となっていたのであろう。しかし、現在ではそうした保護は必要でもないし、適当でもない。建築技術も素材の質も飛躍的に向上した現在では、耐久性の高い建築物を作ることが可能となり、かつそれが社会から求められるようになってきている」と。また、六三九条の「普通ノ時効期間内」の解釈につき、これを「六七条一項の一〇年ではなく、同条二項の二〇年、との解釈論の論拠の一として、「かつてはいざ知らず、建築請負に関して現在の技術水準に照らしてどのような社会資産の形成が望ましいかという観点からみると、当事者が望むならば少なくとも二〇年までならば担保特約を認めるメリットがそれに伴うデメリットをはるかに上回るであろう。ことに質のよい住宅を望む消費者にとつては、長期の担保特約付きの物件の魅力は大きいであろう」として今後の方向性を示しつつ、「ただ、現行の約款を見る限り、未だそうしたものはあまりなく、そうだとすると現状は寂しい限りである」として現状を厳しく批判する。

- (17) 前掲注(6)拙稿「同(二・完)」九八頁以下の「今後の課題」において以下のように指摘しておいた。「以上のように、注文者の新規製作請求権の基礎づけを試みたが、翻ってみれば、ドイツの展開過程の成果から得たように、仕事の結果の達成方法については請負人に裁量権があり、修補・新規製作は履行方法であり、注文者にはそれについての請求権はないのではないかと、かの原理的問題に逢着する。また、他方では、注文者を全く請負人の履行過程から排除することが妥当であるのか、一定の場合には特定の「履行方法」を指示し得るのではないかという反論を想起させる。ここでは、請負人の裁量権の制限問題、さらには、注文者の指図の問題(六三三六条参照)とも関連し、履行過程における、請負人と注文者の関係を解釈論上、いかに把握すべきかが改めて問われ得る」と。
- (18) もっとも、修補に代わる損害賠償請求に関する、下級審判決には本稿の問題意識から参考になるものが存する。これについては、三で紹介する。
- (19) この点に関しても、三で紹介する予定である。あらかじめ主要な文献を挙げておけば以下のとおりである。好美清光「物権的請求権」『注釈民法(6)』二二六頁(一九六七年)および『新版注釈民法(6)』一〇三頁(一九九七年)、奥田昌道「請求権概念の生成と展開」二六八頁(第六章第二節 権利と請求権)(一九七九年)、石田喜久男「物権的請求権について」『物権法拾遺「民法研究第六巻」一頁(一九八六年)』。
- (20) 前掲注(2)において紹介したように、起草者は、請負に関する規定につき、スイス債務法、モンテネグロ財産法、ドイツ民法草案、バイエルン民法草案、ザクセン民法草案などの編纂法を採用したと述べている。
- (21) BGHZ96, 111; Baur86, 93; NJW86, 71. なお、事例と判旨の簡単な紹介として、前掲注(6)の拙稿「二・完」八六頁を参照された。
- (22) この意味で、本稿もまた、前注(17)で引用した課題を受け、瑕疵修補請求権自体の内容を探究する点で前掲拙稿と密接な関連をもつものであり、その統編といえる。

二 ドイツの判例・学説

1 瑕疵除去の方法に関する判例の展開

(二) はじめに ドイツにおける、瑕疵除去の方法ない請求権問題は、一九八五年のBGH判決を境にして、新たな段階に入ったとも考えられる。しかし、ここでは、瑕疵除去の方法に関する争いに照準を合わせて、判例の展開を紹介することにする。また、今後の方向性をも展望する意味で、下級審の判決例も紹介することにする。なお、事案や判旨は、瑕疵除去の方法に関する箇所に限定していることをあらかじめお断りしておく。

(二) 諸判例

(1) まず、瑕疵除去の種類と方法に関する原則的な準則を提示した指導的判例である。

〔判例①〕BGH (民事第七部) 一九七三年六月四日判決 (Baurecht 1973, 313)⁽¹⁾

(事案) 原告(請負人)は、被告(注文者)との契約に基づき工場のホール(die Fabrikhalle)を建築した。建設請負工事規程(VOB)および原告の、一般の販売・交付条件の妥当が合意された。この条件には、原告はあらゆる欠陥部分につき彼の選択により無償で修繕する(aufessen)か、もしくは、新規に交付せねばならない、という瑕疵責任が規定されていた。しかしながら、注文者が負っている契約上の諸義務、とりわけ報酬の事前の支払が条件となっていた。また、留置権、相殺権およびその他瑕疵を理由とした、注文者の全ての請求権は排除されていた。

さて、原告は、契約上の合意に反し、当該ホールの天井を、合意内容とは異なった素材で製作した(張った)。ホールにはさらに、天井が切妻面の壁(die Giebelwand)ではなく側壁(die Seitenwand)に接続している瑕疵があり、充填には欠陥があった。このため水滴が発生した。床被覆材に亀裂が生じたが、その原因は、伸縮目地(die Dehnfuge)が薄層で非常に幅の狭いものであったこと、必要な伸縮目地がなされていないコンクリート床の水滴によるものであった。

被告は、原告の、二九九七万六四九五マルクの請求に対して二五万七千マルクのみを支払った。原告は残額およびこれに対する利息の支払を請求した。被告はこの支払を、原告に対する瑕疵修補請求権を理由として拒絶した。彼は、ホールの天井の断熱を、外壁と天井との間に空気が侵入しないようにそれらを接合することにより水滴が発生しえないまでに改良する (verbessern)、この敗訴判決を求めて反訴を提起した。

一審は、被告に対し四〇七万六四九五マルクの支払いを命じる判決を、原告の・天井と床の瑕疵の修補に依存してなした。一審はさらに、反訴を許容した。控訴審は、反訴につき原審とは異なつた判決を行った。原告上告。一部認容。

(判旨：反訴の部分のみ) 上告理由によれば、いずれにしても原告は被告が報酬を支払った後すぐに天井の修補をなすのであるから、被告敗訴の判決にとっては修補に対する法的保護の必要性はないとするが、この非難には理由がない。なぜなら、被告は先履行の必要はなく、しかも、原告が修補義務を負担しているからである。そこから、修補に向けられた反訴に対する法的保護の必要性が直ちに生じる。

原審は、反訴に該当する判決部分において天井の瑕疵の除去の技術の種類と方法を個別に確定した。一審判決にはこの点の詳細は存在しなかつた。控訴裁判所はそのなかに判決の内容的変更ではなく単に明確化を見ていた。……

判決は確かに執行可能な程度に精確に表現されねばならない。判決内容の決定は個別に強制執行にゆだねてはならない。他方、債務者の権利は判決により制限されてはならない。注文者は請負人が瑕疵を特定の方法で修補することに向けられた請求権は有しない。請負人は原則としていかなる方法で瑕疵を除去するかにつき自身で決定する権利を有しているのである。それゆえ、判決は、BGB六三三条二項一文もしくはVOB/B一

三条五項に従い、一般的に、請負人が除去せねばならない、仕事の瑕疵を精確に指示することのみが要求されるのである。いかにして除去が技術的になされるかの指示の付加は通常なされてはならないのである。

しかしながら、かかる指示の付加は、請負人が特定の方法での除去に同意している場合には無害で (un-schädlich) ある。この場合、かかる指示は請負人には負担とならない。例えば、本件の場合がそうである。原判決は前記技術的措置に関し裁判所の鑑定人の提案と相応している。原告は、控訴裁判所に対し、自身がそもそも瑕疵除去の義務を負っている限り前記鑑定人の提案に従って瑕疵除去を行う意思があることを表明していたのである。

(2) 次に、「判例①」の準則を承認しつつ、本件で問題となっている事実にはこの準則は適用されないことを指摘する判例を紹介する。ここでは、請負人・注文者間で、修繕か部分的やり直しか、が争点となっている場合である。

〔判例②〕ケルン地方上級裁判所一九七五年一月二五日判決 (Baurecht 1977, 275)

(事案) 原告(売主)と被告(買主)は、売買契約を締結し、この契約により、原告は、被告に土地を譲渡しその土地上に建物を建築する義務を負った。被告が家屋に入居した時、なお売買代金の未払い(六一四万八四六六マルク)があったが、彼は、修補請求権を援用して契約不履行の抗弁を主張し、残代金の支払を拒絶した。とりわけ、きちんと (ordnungsgemäß) 実施されておらず、内部に浸透して、壁を完全に湿らせる事態を惹起した、硬質レンガによる外装 (die Verblendschale) を非難した。原告は、残代金の支払請求権に対する留置権の主張は排除される、とする契約条項を援用した。

一番は、残代金と瑕疵除去との引換え給付判決を行った。控訴審は引換えによる留保 (Zug-um-Zug-Vorbehalt) をわずかな残額まで脱落させた。

(判旨) ……原審は、争いのない事実から、修補請求権が生じること、および、被告には判決中で述べられている瑕疵の除去との同時支払のみの判決がなされる、という効果を伴った抗弁を貫徹せしめることは正当化されること、を承認した。この判決は、原審が修補請求権に闕して有している法の見解に基づいても、首尾一貫していない。確かに瑕疵が存していることについては争いはない。争いが存するのは、しかし、瑕疵が存することからいかなる修補請求権が導出されるのか、である。原告は、現存する外装を修繕し(ausbessern)ようにするのに対し、被告は、部分的やり直し(die Erneuerung)を要求し、修繕を拒否するのである。原審は、BGH Baurecht 73, 313の判決(判例①)に依拠して、注文者は、請負人が特定の方法で瑕疵を修補することに向けられた請求権は有しない、と考えた。すなわち、請負人は原則としていかなる方法で瑕疵を除去するかについて自身で決定する権利を有している。この原則が本件での事実にも妥当するならば、原審は、被告が契約不履行の抗弁を援用しえないということから、被告に対して無条件に敗訴判決をせねばならなかつたであらう。

というのは、原告は自身で決定した修補方法による修補を被告に提供していたからである。被告は受領遅滞に陥っているのである。もつとも、受領遅滞のみではBGB 323条が予定する引換え給付判決は排除されない。本件の場合には更に、被告は——場合によっては彼の全行態から判断されるが——原告により提供された修補を最終的に拒絶している、という事情が付加される。かかる場合に於ては、契約不履行の抗弁を援用することは権利の濫用である。

それ以上に、原審は、問題となっている修補請求権を誤って評価しており、この評価を前提としてのみ、原審の見解に至る。すなわち、BGHにより立てられた、注文者は一定の方法での瑕疵除去請求権を有するか、という問題に対する準則は、ここで問題となっている事実には適用されえない。ここでは、請負人に一定の職

人仕事の方法および技術を指示することが問題なのではない。ここでは、むしろ、請負人は瑕疵を修繕労働により除去しようとする——それは容易であるが、不十分な可能性がある——のに対し、注文者は、建築物の一部をすべてやり直おすという根本的な(*gründliche*)労働を要求するという、頻繁に生じる争いが問題となっているのである。この争い——しばしば当事者間において唯一の争いであるが——は、判決手続において決定されねばならない。仮に、かかる場合に於ても、請負人はどのようにして瑕疵を除去するかを自身で決定する権利を有するとするならば、注文者は不十分な修補の試みを甘受せねばならない可能性があるが、この段階では訴えにより争いを解明する可能性は存しないことになる。機能不足により、請負人により選択された瑕疵除去の種類では不十分である(壁がますます湿る)ということが確実になった段階ではじめて、注文者は瑕疵除去の特定の種類の要求しうるようになる。……適切な見解に従えば、本件の場合、注文者には、最初から瑕疵除去の特定の種類の種類と方法を請求する……可能性が与えられるべきである。硬質レンガは、継ぎ目の純然たる修繕、および、防水液を浸透させること(*die Imprägnierung*)により、その裏にある壁をすっかり湿らせることが回避されないまで使用不能である。本件の場合がこれに該当するか否かは、判断されえない。

(3) ここでは、「判例①」の原則を確認しつつも、一度行われた修補にさらに瑕疵があり、それについて、原告の、V OB/Bにおける疑念の通知義務、および、新規製作義務(タイルの張り直し)の存否が問題となっている。

〔判例③〕BGH(民事第七部)一九七六年九月二三日判決(Baurecht 1976, 430)

(事案) 原告(請負人)は、被告(注文者)に対し駐車場とそれに隣接する道路を完成した。訴訟前に、原告は残りの報酬を請求したが、被告は瑕疵を援用した。一番は、被告の駐車場にある側溝上の緩んだタイルを新規に張ること、グスアスファルトで継ぎ目を埋めることとの引換えに、被告が報酬(二パーセント割り引いて)

を支払う敗訴判決を下し、確定した。

その後、原告は修補目的で新規にタイルを張り、継ぎ目を埋めた。被告は、しかし、その後も、修補が失敗していることを理由として判決で決定された報酬額の支払を拒絶した。原告は、被告にはもはやタイルを新規に張り直し継ぎ目を埋めることに向けられた請求権は帰属しないことを求めた。原告は、専門的に観て正しい修補を行ったこと、場合により生じうる霜害 (der Frostschaden) については責任を負う必要はないこと、給付一覧表 (das Leistungsverzeichnis) で予定されている三〇センチの厚みの砂利層を有しており (これについては争いはない)、すでになされていたことを主張。被告は、とりわけ、タイルおよびアスファルト接合は霜の影響により盛り上がり上がっている、すなわち、タイルの一部は後に割れている、と応酬した。

第一審、原告勝訴。第二審、控訴棄却。被告の上告により、破棄差戻し。

(判旨) 被告は法的争いにおいては、タイルが剝離していることのみ述べさえすればよかつた。それは、瑕疵の指摘で充分であつた。いずれにしても、彼は原告に対して、原告がいかなる方法で修補を実施せねばならなかつたかを指示することはできなかった。裁判所も——少なくとも原則として——そのような指示をする権限は付与されていない (BGH 1973, 313 [判例①])。請負人は彼の労働の危険を負担する。したがって、彼は通常、いかなる方法で瑕疵を除去するかについて独自に決断しえなければならぬのである。それゆえ、判決が修補の実施を詳細に規律せず、瑕疵のない結果のみを規定しているということは、被告を害しえないのである。

もつとも、仮に、基礎工事が耐霜的で (Froststärker) はないという理由から、その後になされた労働に瑕疵があつたとの指摘がなされる場合、原告は自身の費用で耐霜的な基礎工事をもたらさねばならないことは確定されてはいない。訴訟前に抗弁として主張された瑕疵除去請求権は確定力を持たず強制執行可能ではない。したが

って、本訴訟においては、判決に基づく強制執行前に、原告が瑕疵担保の方法で、砂の濾過層 (die Sandfilter-schicht) の強化についても配慮し、さらに、タイルを新規に張り直さねばならないか否かについて吟味せねばならない。

連邦通常裁判所はこれに関し、彼に指示された基礎工事を当初の労働の実施によるか、少なくとも修補によるかにつき、原告は疑念を述べねばならなかったか否かを解明せねばならない (VOB/B 四条三項)⁽³⁾。このことは、土地の深い掘り起こしは不経済でしかもその地方で慣習になっていないとみなされるか、もしくは、給付一覧表が建築家により作成されていた、という理由から、不必要とされよう。どの程度の費用が費やされるべきかの判断は、被告に属する事柄である。原告が通知義務を負っていた場合は、被告は原告が疑念を隠していたことを証明せねばならないであろうが、その結果、修補のためにかかる増加費用は原告に有利になるよう処理されねばならない。

したがって、仮に原告が通知義務に違反した結果 (VOB/B 四条三項)、タイルの耐霜的でない張りに対して保証せねばならなかった (VOB/B 第一三条三項)⁽⁴⁾ としても、原告は今となって基礎工事を補強し、耐霜的なものとするのに必要となった費用を独自に調達せねばならない、ということは導かれない。原告は、彼が契約上負担した仕事給付の範囲においてのみ修補義務を負うからである。……

(4) ここでは、本来の意味の修補が問題ではなく、改造措置が問題となる場合には、瑕疵除去の種類と方法の決定は請負人の完全な自由に属さないことが指摘されている。

〔判例④〕ベルリン高等裁判所一九七九年一月二二日判決 (Baurecht 1981, 380)

(事案) 詳細は不明であるが、瑕疵ある防護に由来する欠点、加圧水に対する、壁の欠損 (das Differenzmauer-

work)をどのような方法で修補しうるかが問題となった。

(判旨) ……きちんとした仕事の製作によれば存在したであろう状態を作り出すことに適しておらず、瑕疵ある給付に由来する欠点のみが別の方法で補償されうる諸措置の場合に於ては、給付に付着した瑕疵の修補が問題ではなく、損害を除去するための労働——すなわち、金銭支払において存在するのではない——損害賠償給付 (die Schadensersatzleistung) が問題となるのである。しかしながら、民事部は、「改造措置」が注文者に期待されえ、なされた仕事の基礎構造部分 (die Grundsubstanz) を保持する場合には、かかる措置は瑕疵除去とみなされるべきである、という見解に従う。⁽⁵⁾ 専門的に観て正しくなく、実施された加圧水に耐える防護に関する判例において、連邦通常裁判所は、事後に取り付けられ防護した内部の化粧塗り (der Innenputz) を、V O B / B 一三条五項二号に従い、補償可能 (erstattungsstähig) とみなし、ここから、内部の化粧塗りは、瑕疵除去の措置であるという見解が導かれる、とした。

原告 (発注者) が民事部の示唆に基づき請求の趣旨を適切に修正した後には、原告が特定の方法で瑕疵を除去するという内容の敗訴判決を請求しうるか否かの問題についてはもはや触れえない。しかしながら、瑕疵除去の種類と方法に関する決断は、被告の完全な自由には属さない。むしろ、被告は、地下室の排水を、それを取り囲んでいる壁も含め、外部から取り付ける措置によって達成する義務が存する。

連邦通常裁判所の判例によれば、請負人は原則として、いかなる方法で瑕疵を除去するかを決定する権利を有する。しかし、この権利の制限——この制限はここでの、「外から」取り付ける措置により瑕疵を除去するという指示を含むが——は、争いのある場合には、正当化される。なぜなら、問題となるすべての措置においては、最初から瑕疵のない労働によつたならば生じたであろう状態を事後的に作り出すという意味での「本来の」

修補が問題ではなく、瑕疵に由来する欠点を中性化する (neutralisieren) べきであるという、上に論究された意味で問題となる改良措置が問題となっているからである。かかる場合に於ては、請負人は、注文者にとつて期待可能である改良措置以外の措置を用いてはならないのである。このことは、かかる除去措置により、それ自身契約上課せられたことと異なつた、仕事の状態が作り出され、そのために、請負人は注文者の正当な利益を顧慮しないでは (BGB 二四二条) 正当化されえないという事情から導かれるのである。……

(5) BGH 一九八五年一〇月一〇日判決以降の裁判例であり、特定の方法でのみ瑕疵除去が可能である場合にはその方法によりうる、という判例の論理を前提とし、この方法を要求したと判断した裁判所が、原告の指定した瑕疵除去の方法による瑕疵除去を認めた判決である。

〔判例⑤〕アーヘン地方裁判所一九八七年一月四日判決 (NJW-RR 1988, 1176)

(事案) 被告 (売主) から、そこに被告自身が戸建住宅を建築せねばならないことになつていた土地を買つた原告 (買主) は、被告に対し地下室の湿気を理由に瑕疵除去請求権を主張し、「外部から密閉すること」という敗訴判決を要求した。これに対し、被告は、内部からの密閉で充分であると判断した。原告勝訴。

(判旨) (被告の瑕疵担保義務を前提として) 原告に帰属する、BGB 六三三条二項^⑦に基づく修補請求権の領域において、原告は被告に対し、湿気の精確な原因及び必要な瑕疵除去措置の確定のために、(住宅の) 外部から地下室の階段にある排水設備までの、必要な掘り起こし (die Freilegung) を請求し得る。さらに、原告は、被告に対し、密閉もしくは外部からの排水設備のやり直しによる必要な措置の遂行を請求しうる。なぜなら、この方法によつてのみ住宅の内部への湿気の浸入を永続的に阻止しうるからである。確かに、注文者は原則として請負人が瑕疵を特定の方法で除去することに向けられた請求権を有しない。むしろ、契約上の規律が欠けてい

る場合に於ては、請負人は、給付の契約目的適合性の目標に従いいかなる方法で瑕疵を除去するかにつき、自身で決定する権利を有する。すなわち、請負人は自身で労働の危険を負担するのである。したがって、彼は、原則として、もっぱら、いかなる方法で瑕疵を除去するかについて決断しえねばならないのである（前掲「判例③」参照）。それゆえ、裁判所の、瑕疵除去についての判決には、通常、瑕疵除去が技術的にいかなる方法でなされるべきであるかという、特定の指示は付加されるべきではなく、単に、請負人が除去せねばならない、特定の瑕疵の指示のみを必要とするのである。しかし、本件のように、瑕疵除去のためにいかなる措置が適切であるか、および、瑕疵の永続的除去が特定の方法においてのみ保証されているか否か、ということが、もっぱら当事者間で争われている場合には、別のことが妥当する（八五年BGH判決、および「判例②」参照）。この問題には、判決手続において裁判所の判断を必要とする。証拠調の結果によれば、裁判所が確信を得るための、鑑定人による説得力ある鑑定に基づき、原告の住宅の地下室への湿気の浸入の永続的除去は、原告が要求した方法でのみ達成され得ることが確定される。しかも、原告により要求された瑕疵除去の種類と方法は、被告にとって期待不可能ではない。

確かに、BGB六三三条二項三文に基づき、瑕疵除去に不当に高い費用を必要とする場合には、瑕疵除去を拒絶し得る。しかし、ここでは、かかる場合は存在しない。鑑定人の鑑定は、外部の掘り起こしのための労働は本件の場合にはそれほど大規模ではない、と説得力をもって述べている。この労働のための費用は、瑕疵の重要性（die Bedeutung）と比較して不当に高くはない。後者については、とりわけ、被告が提案した内部密閉の実施の場合には、未だ生じてはいないが今後長期間にわたって住宅の外部の一部がすっかり湿ってしまふこと（die Durchfeuchtung）が考慮されねばならず、趣味のための部屋（der Hobbyraum）としての、地下

室の使用を考慮すると、かかる事態は甘受できない、ということから、妥当するのである。

(6) 最後に、原告の瑕疵除去費用の請求が問題となっているが、その前提として、修補方法につき争われ、B G H 八五年判決を前提に、新規製作方法によりうる場合のあることを肯定している判決を紹介する。

〔判例⑥〕ケルン地方上級裁判所一九九二年一月四日判決 (NJW-RR 1993, 533)

(事案) 原告(買主)は、被告(売主)により建築された住宅の所有者共同体 (die Eigentümergemeinschaft) を形成している。その後住居および共同所有権は各々譲渡された。被告と原告との間の売買契約においては、被告は補充的にのみ瑕疵担保責任を負担することが規律されていた。原告は被告に対し、改良費用、とりわけ屋根の改良費用を請求したのに対し、被告は補充的責任を抗弁として主張した。一審原告勝訴。被告控訴。

(判旨) …… B G B 六三三三条三項に基づき原告は被告に対し屋根の瑕疵除去に必要と予測される額の費用を請求した。しかしながら、屋根の改良に用いられるべき方法に関して争いが存する。原告は、屋根の上張り (der Dachbelag) の完全な張替えを主張したのに対し、被告は、侵入した湿気の除去、および、補充的な断熱と密閉の達成により、はるかに安価で確実に結果が達成されうるとの見解を主張した。にもかかわらず、原告の、張替えによる改良という主張は否定されない。原告は B G B 六三三三条三項に基づき被告の費用できちんとした断熱の仕上げに必要な措置を貫徹する権限を有する。修補はその方法でのみ瑕疵が確実に除去されうる場合には新規製作としても存在する。……

2 諸学説

ここでは、以上に紹介した判例と同じく、瑕疵修補の方法をめぐる、請負人と注文者との関ぎ合いに関する問題を、

学説はどのように考えているのか、という点と、仕事の引取後においても一定の範囲で注文者に新規製作請求権を肯定する場合、この請求権と本来の請求権とはいかなる関係に立つのか、という点を中心に、主要な学説を紹介することにする。その際、前者の問題を、請負人が考える修補方法の制限の可否とし(1)、後者の問題を、瑕疵除去(修補)請求権の構造として(2)各々独立に行う。

(1) 請負人が考える修補方法の制限の可否

① プレーゼ (Blase) の見解⁽⁸⁾

彼は、修補と新規製作との関係、という見出しの下に、まず、次のような問題提起を行う。

注文者は六三三条二項に基づき修補労働のみならず新規製作をも請求しうるかが確定された後、今や、注文者は瑕疵ある仕事を前にしてあらゆる場合に新規製作を請求しうるか、すなわち、決して修繕しない仕事を請求してよいか、あるいは、何時、いかなる事情の下で、修補された仕事を甘受せねばならないか、ということが問われねばならない、と。

この問いについて、彼は次のように答える。

答えは、請負契約の結果関連性 (die Erfolgsbezogenheit) に基づいて生じる。製作が出来事 (der Vorgang) として課せられているのではなく、約束した仕事の製作が結果 (der Erfolg) として課せられているのである。労働 (die Tätigkeit) が課せられている場合は雇傭契約であって請負契約ではない。労働目標が期待通りに達成されない場合には、瑕疵責任法に代えて、危険を負担する使用者の指揮監督権が介入する。製作過程に対する、請負人の単独支配と対応しているのは、請負人は製作過程を排他的かつ自己責任的に決定することからのみ引き受けうるという製作危険である。それゆえ、請負契約は約束した仕事の製作、すなわち、一定の労働の成果

をもたらすことに向けられる。請負契約のこの結果関連性のなかに、注文者は製作過程に影響を及ぼさないことの根拠、すなわち、注文者は原則としていかなる方法で請負人が課せられた結果をもたらすべきかについて決定しえないことの根拠、が存するのである、と。

ブレーゼは、さらに、課せられた結果は無瑕疵を包含することを理由に、以上のことは、請負人が無瑕疵をどのようにしてもたらす予定であるのかの問題、すなわち、仕事に瑕疵がある場合に、その瑕疵をいかなる方法で除去せねばならないかという問題、に關しても妥当する、とし、以下のような結論を導く。

それゆえ、注文者は、約束した仕事の結果のみを請求しえ、その反面、製作過程を顧慮して、すなわち、瑕疵を修補労働Xによるか、修補労働Yによるか、さらには完全に新規製作により除去すべきであるか否かについては請求しえない。注文者は、単に六三三条二項に依拠して瑕疵の除去を請求しうるのみであり、瑕疵除去をいかなる方法で行うのか、修補によるのか新規製作によるのかについては請負人にゆだねねばならない、と。

② インゲンシュタウ／コールピオン (Ingenstau/Korbion) の見解⁽⁹⁾
彼は、まず、前提として、瑕疵除去概念を次のように定義する。

その都度の契約に基づき彼に課せられた給付を、細目全体において、建設請負契約に従い彼に期待されるべき程度までに提供するためにあらゆる措置を講ずる義務が存する。そして、請負人は、給付を、VOB/B第一三条第一項、第三項までに従い、当該契約に基づいて自身に要求される程度において調達せねばならないのである、と付け加える。

このことを前提に、瑕疵除去の指定問題につき次のように述べる。

注文者は、原則として、請負人が瑕疵を特定の方法で修補することに向けられた請求権を有しない。むしろ、

請負人は、他に契約上の規律が欠けている場合には、一般に、いかなる方法で瑕疵を契約に相応した最終目標に合致しつつ持続的かつ永続的に除去するかを自身で決定する権利を有する。但し、当事者が、もっぱら修補の事態適合的な種類と方法に関して争っている場合、もしくは、個々の場合に於て注文者の正当な見地、さらに、信義則の観点から、請負人の決定と対立するときは別である、と。

その理由として、「請負人は彼の労働の危険を負担する。したがって、彼は通常瑕疵をどのようにして除去するかを決定できねばならないのである」ことを挙げる。

以上の理解を前提として訴訟手続での帰結を次のように結論付ける。

瑕疵除去に関する判決では、一般に、もっぱら請負人が除去せねばならない、給付の瑕疵の指摘のみが要求される。いかなる方法で瑕疵を技術的に除去すべきかの指示を付加することは、通常なされてはならない。但し、請負人が特定の方法での除去に同意している場合、もしくは、当事者が修補の種類と方法に関して争っている場合は、別である、と。

さらに、「当事者間で、瑕疵ある建設部分を修繕する (ausbessern) か、交換する (auswechseln) かにして争われている場合には、この問題は判決手続において裁判所の決断を必要とする。これまでに課せられていた給付の繰り返しによるという、本来の意味での修補ではなく、注文者に期待でき、同価値を有する改良措置 (die Sanierungsmaßnahme) が問題となる場合、とりわけ、予想される更なる損害を回避することが問題となる場合、も、同じことが妥当する」と述べる。

③ フィッシャー (Fischer) の見解⁽¹⁰⁾

フィッシャーは、瑕疵除去の種類と方法を指定しうる、注文者の権限の根拠、という観点から、注文者の指図に関

して次のように述べる。

きちんとした瑕疵除去のために必要な限り、注文者は必要な指図をなす権限を有する。給付の実施に関する V O B / B 四条一項二号(11)に規律されている指図権限は一般原則として V O B 以外の契約に対しても妥当し、瑕疵除去請求権にも当てはまる。注文者は、請負人の、達成不可能な多くの修補の試みを甘受すべき義務を負わない。修補の種類と方法は請負人が自由に決定でき、注文者は更なる修補が期待不可能である場合には減額請求権が指示されるとするならば、瑕疵除去請求権は広範囲に無価値となるであろう。注文者は、むしろ、かかる場合に於ては、瑕疵除去をきちんと貫徹するために必要な指図を与える権限を有する。その都度の指図がきちんとした瑕疵除去にとって必要であらねばならないことから、瑕疵除去の種類と方法を決定する、請負人の原則的な選択自由は侵害されないということが確保される。すなわち、きちんとしていない瑕疵除去に代えて専門的見地から妥当な (sachgerecht) 瑕疵除去が担保されているような指図のみが必要である。請負人が注文者の指図を妥当でないと考える場合には、訴訟において決定されねばならない。その場合、裁判所は鑑定人を用いねばならない、と。

そして、フィッシャーは、瑕疵除去の種類と方法を決定する、請負人の権限を制限する理由につき、さらに、次の点を付加する。

かかる制限は、最終的には、注文者の領域に存在する特別の根拠からも生じうる。例えば、注文者が新築した建物で営業を開始する場合には、営業行為を可能な限り侵害しないような技術によって修補が貫徹されるべきである。このことは、信義則に基づいて帰結される、請負人の、契約上の配慮義務から導かれる。注文者の正当な利益 (der Belang) により修補の実施方法を確定するという、請負人の権利は制限されるのか、制限されるとし

ていかなる範囲においてか、については、個々の事情に従って判断される、と。

④ カイザー (Kaiser) の見解⁽¹²⁾

彼は、まず、特定の方法による瑕疵除去の指示問題につき、連邦通常裁判所は原則としてこれを否定する、と評価した上で、裁判所があまりにも一般化しすぎている点、とりわけ、考慮すべき観点を脱落させている点を批判する。

その上でまず、次のように原則論を展開する。

出発点として、請負人は、仕事(結果)がなお製作されうる程度の期間と頻度で給付せねばならない。同じく、彼は失敗の危険を負担せねばならない。それにゆえ、契約上負担している結果をはずした (vertreten) 瑕疵除去はきちんとした修補ではない。その結果、給付の実施に対する請負人の自己責任を強調することが首尾一貫してもいるのである (VOB/B 四条二項一号)⁽¹³⁾。そこから、一定の範囲において請負人の自由裁量の余地が、まさに瑕疵除去の種類と方法に関しても導かれるのである、と。

次に、請負人の裁量権の制限とその根拠を次のように提示する。

個々の場合、この裁量は注文者の事態適合的な指示 (VOB/B 四条一項三号) により制限されうる。とりわけ、かかる指示は、建設請負契約上合法的な観点、すなわち、注文者は瑕疵の種類に従い、彼に期待不可能な修補、例えば、危険を伴う修補を強要されてはならない (VOB/B 一三条六項二文)⁽¹⁴⁾ という観点から正当化される。さらに、請負人の裁量は、個々の場合において、永続的な瑕疵除去が特定の方法でのみ達成されうることを確認されるときは「ゼロにまで」縮減されうる。その場合、判決文も必要な瑕疵除去措置を指定しうる。それゆえ、結論として、個々の場合における考慮に従い、請負人に対し瑕疵除去の特定の種類と方法を指図する、注文者の権利が基礎づけられるのである。他方、信義則 (BGB 第二四二条) から、建設契約に基づく、請負人の付

随義務として、瑕疵除去を貫徹する場合には注文者の保護に値すべき利益（例えば、取引活動の支障なき展開、注文者自身もしくは彼の家族構成員の病気もしくはは病弱性）が考慮されねばならず、しかも、その都度の事態に従い最も侵害の少ない措置を選択せねばならぬ、ということが生じる。請負人がこの義務に違反した場合には、注文者に対して積極的契約侵害の基礎に従い責任を負う、と。

(2) 瑕疵除去（修補）請求権の構造問題

以下では、ブレーゼとタイヒマンの二人の見解を取り上げる。両者とも、瑕疵除去の方法として一定の場合に注文者の新規製作請求権が肯定されることを前提に、この請求権が、ドイツ民法六三一条の仕事製作請求権、同六三三条二項一文の瑕疵除去請求権という明文上の請求権といかなる関係にあるかを模索する。彼らは、この問題を履行請求権の構造問題として把握し、最終的には、請負における瑕疵責任の構造を展望している。しかし、ここでは、本稿の課題に必要な範囲に限定して紹介しておく。

① ブレーゼ (Bläse) の見解⁽¹⁶⁾

すでに紹介したように、ブレーゼは、注文者が瑕疵除去の方法を指定する可能性を否定する。しかしながら、他方において、仕事の引取後における新規製作請求権を肯定することから、修補による瑕疵除去と、新規製作による瑕疵除去の双方の請求権を肯定する。そして、新規製作請求権をドイツ民法六三三条二項の瑕疵除去請求権に含める。しかも、同条項の瑕疵除去請求権は履行請求権たる性格を有する。その結果、かかる二種類の請求権を含んだところの瑕疵除去請求権と、ドイツ民法六三一条一項⁽¹⁶⁾の製作請求権との関係が新たに問題となる。彼はこの問題を、履行請求権の構造問題との位置づけの下に、まず、両条に基づく請求権の統一性という視点から、以下のような見解を主張する。

彼は次のような問題設定を行う。

ドイツ民法六三三二項の請求権が履行段階に組み込まれるなら、瑕疵除去請求権は六三二条に基づく製作請求権と並んで独自の性質を有するのか、すなわち、請負契約法には二つの民法上の履行請求権があるのか、六三三二条二項および六三二条一項は、未確定な二つの履行請求権の民法上の表現(die Ausprägung)もしくは局面(der Aspekt)として解釈されねばならないか、という問題に解答しよう、と。

かかる問題設定に対して、彼は、おおよそ以下のような解答を与える。

確かに、注釈書においては、請負契約法は他の債務関係とは対照的に二つの異なった履行請求権を有するとはされていない。にもかかわらず、瑕疵除去請求権においては「特別の種類¹の履行請求権」「真正の履行請求権」「修正された履行請求権」が問題である、と言われる場合には、不確実性が明らかとなる。注目されるのは、瑕疵除去請求権が「特定の(Gew.)」履行請求権そのものとして記述されていないことである。印象として喚起されるのは、複数の履行請求権が存在するであろうことの定式化を介しての「一つの(ein)」履行請求権である。このことは文言に関する争いではない。というのは、予想されるように、この背後には、これまで通説が基礎づけねばならなかった問題、すなわち、瑕疵除去請求権と履行請求権とを引取時点で相互に区別し、ここからすでに引取前には両者を完全に同一視してはならない、ということを基礎づけねばならなかった問題、が隠されているからである。事実また引取によって履行請求権は消滅するとするのである。

各々の債務関係は、各々の債務内容によって特徴づけられる。請負契約は約定の瑕疵なき仕事によって特徴づけられる。当事者の合致した意思はこの仕事の製作に向けられている。この給付内容の実現を目標とするあらゆることが履行請求権であり、一つの課せられた仕事が存在するのと同じく一つの(einzige)履行請求権のみが存

在するのである。

このことは、「修補」概念を知っているまったく他の法分野である、ドイツ民法第一六〇五条の、家族法上の情報請求権との対比を手掛かりとしても判明する。所得関係に関する情報が提供されたが、その情報が、誤って民法が予定しているほどには詳細に提供されなかった場合、情報権者は、情報の「修補」を請求しうる。この修補請求について、それが情報請求権者そのものに対して存在するのとは異なった、請求権の基礎 (die Anspruchsgrundlage) を探究するという思想には思い至らない。こゝでも「修補請求権」は本来の (eigentliche) 情報請求権そのものである。

このことに対応して、請負契約法も法典編纂上の表現に依存しないで一つの履行請求権のみを有しているのである。その場合、注文者がそれによって契約目標を達成しうる請求権、すなわち、約定の瑕疵なき仕事の製作に向けられた請求権が問題となる。しかし、この請求権は、六三一条一項の規定と同一視されてはならない。この請求権は、六三一条からも六三三条一項および二項からも生じ、言わばこれら両規定の後ろ盾となっている。両規範は統一的な履行請求権の異なった局面においてのみ存在する。六三三条二項は完全な履行請求権に含まれている。履行請求権はもっぱら六三一条一項の基礎のみに由来しえない。なぜなら、請負契約上の履行請求権の本質的要素たる、課せられた無瑕疵は、六三一条からではなく六三三条から生じるからである。瑕疵なき仕事の製作に向けられた履行請求権にとつての確かな、請求権の基礎を獲得するためには、請求権全体の基礎 (die Gesamtspruchsgrundlage) として常に六三一条のみならず六三三条一項および二項も考慮することが必要である。それゆえ、六三三条二項に従った瑕疵除去請求権は、根本において、制定法によって特別に強調する必要はなく、いずれにしろ無瑕疵の義務の帰結として生じるのである。この義務は、しかし、正しく理解するなら、

もつばら六三一条一項から生じるのではなく、六三一条一項および六三三条に依拠する完全な履行請求権から生ずるのである。

それゆえ、履行請求権は六三一条一項の製作請求権と六三三条二項の瑕疵除去請求権の後ろ盾となっている、と把握されることから、履行請求権についての正しい理論の要請は充たされうる。それは、履行請求権は瑕疵ある仕事の場合には依然として存在するが、他方六三一条一項はこの場合には適用されない、ということである。

六三一条が履行請求権なのではない。この請求権は、むしろ、六三一条一項および六三三条二項の後ろ盾となっている。この請求権は、瑕疵ある仕事の製作によつては影響されず、依然として存続し、その仕事に対し六三三条二項の現象形態において現れる。それゆえ、指導原理的に要約すると以下ようになる。請負契約における履行請求権はもつばら六三一条一項から生じるのではない。それは、統一的に六三一条一項および六三三条一項、二項の二つの表現の後ろ盾となっているのである、と。

以上のような詳述により、ブレーゼは、請負契約における統一的な履行請求権概念を提唱した後、統一的請求権の二つの局面である、六三一条一項および六三三条二項の関係をいかに理解するか、という問題へと及び、両者は、引取の前後という時間的な区別においてではなく、以下のように機能的に区別されるべきことを主張する。

六三一条一項が統一的履行請求権の一局面としてのみ把握されるなら、六三一条一項と六三三条二項は機能的に区別されるという思想が容易に思いつく。その結果、六三三条二項は、実際に存在するが瑕疵を伴った仕事にのみかわりをもち、それに対して六三一条は未だ存在しない仕事、すわち、「ゼロ」の仕事、および、その製作が大目に見ても契約履行の点で試み (der Versuch) とも評価されない異種物にかかわりをもつ。その場合、確かに、通常は、両規定の時間的關係は、六三一条一項が先行し、しかる後にはじめて六三三条二項が適用され

るがごとき外觀を呈する。というのも、六三一条一項は、請負契約が締結された場合、請負人に対してともかく一度は活動する義務を課しているからである。それに対し六三二条一項は、「仕事がこの性質を有しない場合……」という明確な文言に従い、すでに存在している仕事に結びついていて、すなわち、仕事の瑕疵は、仕事が当事者の観念中においてのみ存在する場合ではなく、仕事がすでに場所的時間的に実際に客体として存在する場合にのみ現れうる。したがって、六三二条二項は、仕事が少なくとも瑕疵を発見しうる程度に進捗していることを前提としているのである。しかし、この時間的順序は教義学的には必要ない、ということ、異種物の交付という、より理論的な場合を考えれば明らかになる。実際に異種物が製作されたことが後になつてはじめて判明した場合には、仮に六三二条二項に従つた瑕疵除去労働がすでに遂行されていたとしても、六三一条に基づく請求権が主張されうるのである。それゆえ、時間的区別は標準とはならない。決定的なのは、未だ存在しない仕事および異種物には六三一条一項が、瑕疵ある仕事にはもっぱら六三二条二項が、各々対置されるという、二つの局面の機能的区別である。……

そして、彼は、最後に、以上のように機能的に区別される統一的な履行請求権は、注文者の本質的な決断である、BGB六三四条に基づく拒絶表示による特定の効果により、瑕疵担保たる、解除・減額（同六三四条）⁽¹⁸⁾および不履行による損害賠償（同六三五条）⁽¹⁹⁾へと移行する、としてその瑕疵責任の構造を明らかにする。何故に六三四条に基づく拒絶表示なのかにつき、以下のように基礎づける。

六三二条二項に基づく瑕疵除去請求権はまさに（瑕疵担保責任規定の）編纂の中核であった。このことは、民法の整序に基づいてのみ妥当するのではなく、依然として注文者は無瑕疵の契約内容（仕事）を要求して修補を請求すべきか、あるいは、瑕疵ある仕事で満足し瑕疵担保権を主張しうることにするか、につき、自由に決定し

うるところの権利形成的 (rechtsgestaltend) 拒絶表示の直接の帰結であるからである、と。

② タイヒマン (Teichmann) の (債務法改正鑑定意見における) 構想⁽²⁰⁾

タイヒマンも、ブレーゼと同じく、そもそも引取が給付の特定機能を果たすことに反対すると同時に、引取後においても、仕事に瑕疵が存する場合には新規製作請求権を肯定する。この点を前提として、瑕疵ある給付における履行請求権を次のように整序する。

まず、請負人が瑕疵ある給付をした場合でも、なお履行が可能であるときは、履行請求権としての瑕疵除去請求権にとつては二つの道が開かれている。すなわち、瑕疵は修補により除去される。しかし、これが可能でない場合は、仕事の完全な新規製作が期待された結果を導きうる。無瑕疵の製作請求権の整序としての、新規製作請求権と修補請求権とは、解釈論的には同種であり、しかも、原則として互いに等価である。

以上を前提として、彼は、瑕疵担保法を、履行段階と責任段階という二つの段階に分類しうるものとして以下のように構想する。まず、仕事の無瑕疵は履行義務を意味するという思想を民法典に記述することが重要である、と述べる。そうすることにより、一次的給付義務に代わって二次的給付義務としての責任に移行するという一般債務法上の原則が利用される、として、一般給付障害法との調和の重要性を前提とした構想を示す(二次的責任である「瑕疵責任」は請負人が自身の履行義務を履行しないことに対して保証せねばならないことを意味する、と考える)。そこから、第一に、瑕疵なき給付が請負人に可能な場合、第二に、瑕疵のない給付が可能であるがそれが相当期間内にもたらされず、かつ、注文者が給付を拒絶する場合には、一次的(履行)義務から二次的責任への移行が一般規律に基づき妥当する、との帰結を導く。そして、この、履行・責任という二つの段階は注文者の異なった救済として整序しうるとして次のように敷衍する。新規製作請求権および修補請求権(請負人の費用に基づく注文者自身の修補をも含めて)

は履行に属し、減額、解除および損害賠償は責任に属する。この体系は、何ら目新しいものではなく、その範例は、根本において、BGB六三三条と六三四条との間の切断のなかにすでに構想されている」と結ぶ。

(1) 本判決の出典には本文中以外に以下のものがある。BGHZ 61, 42; NJW 1973, 1792; MDR 1973, 842. しかしながら、瑕疵除去の方法に関する判旨(反訴に関する)部分は本文に挙げ文献のみに掲載されている。

(2) ドイツ民法第三三二条第一項 双務契約の当事者の一方が債務の目的たる給付を請求した場合において、相手方が反対給付の実行があるまで給付を拒絶する自己の権利を主張したときは、相手方が引換えに履行すべき敗訴判決を受ける効果を有する。第二項 原告が先履行の義務を負う場合において、相手方が受領遅滞にあるときは、原告は反対給付の受領後に給付すべき旨を訴求しうる。

第三項 第二七四条第二項の規定は、強制執行に適用する。

(3) VOB/B第四条第三項 受注者が、予定された実施方法(事故の危険に対する保証に関して)、発注者により交付された材料もしくは建設用部品、または、他の請負人の給付に対して疑念を抱いた場合、彼は、そのことを発注者に対して遅滞なく——可能な限り労働開始以前に——文書によって通知せねばならない。しかしながら、発注者には依然として、自己の言明、指図もしくは交付に対して責任が存する。

(4) (以下の叙述の便宜上、第一項、第三項までを挙げておく) VOB/B第一三条「瑕疵担保(Gewährleistung)」第一項 受注者は、工事(die Leistung)が、受取の時点で、契約上保証された性質を有し、一般に承認された技術準則に相応し、かつ、その価値または通常の使用もしくは契約により予定された使用に対する適性を廃棄または減少させる欠点のないごとくに保証を引き受ける。

第二項 見本に基づく工事においては、取引慣行に従い(見本との)相違が些細であると判断される限り、見本の性質が保証されているものとみなされる。このことは、契約締結後はじめに些細であると認識される見本に対しても妥当する。

第三項 瑕疵が、工程表(die Leistungsbeschreibung)、または、発注者の指図、発注者により交付されもしくは指定された材料または建設用部品、あるいは、他の請負人の事前工事(die Vorleistung)の性質に起因する場合は、受注者は、第四条第三

項に従い義務づけられている、懸念すべき瑕疵についての通知を懈怠したときを除き、当該瑕疵に対する瑕疵担保から解放される。

(5) *Granzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl. 1975, Rdn. 18 zu §633*: このことが注文者に期待可能であり、調達された仕事の基礎構造部分 (*die Grundsubstanz*) が維持されている限り、契約において予定されたとは異なった方法に基づいて契約に合致した状態が達成される措置もまた瑕疵除去として許容される。

(6) *VOB/B* 第一三条「瑕疵担保」第五項第一号 受注者は、時効期間中に生じた、契約違反の工事に起因するすべての瑕疵につき、発注者が当該期間経過前に書面によって請求した場合には、自身の費用により除去する義務を負う。問責される瑕疵の除去請求権は、書面による請求の到達から起算して第四項の通常の間 (後の※参照——引用者) の経過により時効にかかる。しかしながら、合意された期間の経過前の場合はこの限りではない。別段の合意がない場合には、瑕疵除去工事については、第四項の通常の間は瑕疵除去工事の引取後から開始する。

第二号 発注者は、受注者が発注者により設定された相当期間内に瑕疵除去の要求を実行しない場合、発注者は受注者の費用で瑕疵を除去させうる。

※ 本条第四項第一号 瑕疵担保につき時効期間が契約により合意されていない場合には、時効期間は、建物および木材の腐食 (*die Holzkrankung*) については二年、土地の作業 (*die Arbeit*)、および、燃焼設備中燃焼に関係する部分については一年、である。(第二号略)

(7) (以下の叙述の便宜上、六三三条全文を挙げておく) ドイツ民法六三三条第一項 請負人は、仕事が保証された性質を有し、かつ、その価値または通常の使用もしくは契約により予定された使用に対する適性を廃棄または減少させる欠点のないことに仕事を製作する義務を負う。

第二項 仕事がこの性質を備えない場合、注文者は、瑕疵の除去を請求しうる。この場合には第四七六 a 条 (後の※参照——引用者) が準用される。除去が不相当に高い費用を必要とする場合、請負人は除去を拒絶する権限を有する。

第三項 請負人が瑕疵の除去につき遅滞にある場合、注文者はみずから瑕疵を除去し、要した費用の賠償を請求しうる。

※ 第四七六 a 条 買主の解除権または減額権に代えて修補権が合意された場合、修補義務を負う売主は、修補のために必要な諸費用、特に、運送費、通行費、労働費用、材料費、をも負担せねばならない。このことは、売却された物が交付後に受領

者の住所または受領者の営業所以外の場所に運送されたことにより費用が増加した限り、妥当しない。但し、運送が物の目的どおりの使用に相應している場合は、この限りではない。

- (8) Bläse, Der Erfüllungsanspruch und seine Konkretisierung im Werkvertrag, 1988, S. 29f.
- (9) Ingenstrau/Korbion, VOB Teil A und B, 13. Auflage, 1996, S. 1923ff.
- (10) Fischer, Die Regeln der Technik im Bauvertragsrecht, 1985, S. 150f.
- (11) VOB/B 第四条第一項第三号 発注者は、受注者に属する指揮監督 (die Leitung) (前号) を確保しつつ、契約に合致した給付の実施に必要な指図をなす権限を有する。指図は、危険が迫っている場合を除き、原則として受注者または彼に代わって実施の指揮監督を行う代理人に対してのみ与えられねばならない。実施の指揮監督のためにそのつど誰を受注者の代理人に選任したかが発注者に通知されねばならない。
- (12) Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozess, 7. Aufl., 1992, Rdn. 76a.
- (13) VOB/B 第四条第二項 受注者は、自身の責任の下で契約に従い給付を実施せねばならない。その場合、彼は、一般に承認された技術水準ならびに法律および官庁の諸規定を顧慮せねばならない。契約上の給付の実施の指揮監督、および、作業現場の秩序への配慮は、受注者の問題 (das Sach) である。
- (14) VOB/B 第一三条第六項 瑕疵の除去が客観的に不能か、もしくは、瑕疵の除去に不相当に高い費用を必要とすることから、瑕疵の除去が受注者により拒絶された場合は、発注者は報酬の減額を請求しうる (ドイツ民法第六三四条第四項、第四七二条)。瑕疵の除去が発注者にとって期待不可能である場合にも、発注者は例外的に報酬の減額を請求しうる。
- (15) Bläse, a. a. O., 33ff.
- (16) ドイツ民法第六三一条第一項 請負契約により、請負人は約束した仕事を製作する義務を負い、注文者は合意した報酬を支払う義務を負う。
- (17) 第二項 物の製作もしくは変更も、労働もしくは労務給付によりもたらされる結果も請負契約の目的となしうる。
ドイツ民法第一六〇五条第一項 直系血族は、相互に、扶養請求権もしくは扶養義務の確定にとって必要な限りにおいて、請求により、自身の収入および財産に関する情報を提供する義務を負う。収入の額に関しては、請求により、証明となるもの、とりわけ、雇主の証明書を提出すべきである。第二六〇条、第二六一一条が準用されるものとする。

第二項 情報提供義務者が後になってはるかに高収入もしくは更なる財産を取得したことが疎明される場合にのみ、二年経過以前に新たに情報が、請求されうる。

(18) ドイツ民法第六三四条第一項 注文者は、請負人に対し、第六三三条で指定された種類の瑕疵の除去のためにその期間経過後には瑕疵除去を拒絶する旨の表示付で相当の期間を定めうる。瑕疵が仕事の引渡前に現れている場合、注文者はただちに期間を定めうる。この期間は、引渡について定められている期間以前に満了しないよう定められねばならない。瑕疵が適時に除去されない場合、注文者は、期間経過後、契約の解消(解除)または報酬の引き下げ(減額)を請求しうる。「この場合には」瑕疵除去請求権は排除される。

第二項 瑕疵の除去が客観的に不能な場合、請負人が除去を拒絶した場合、または、注文者の特別の利益により、解除請求権もしくは減額請求権の即時の主張が正当化される場合には、期間の定めは必要ない。

第三項 瑕疵が仕事の価値もしくは適性を僅かにのみ減少させる場合には、解除は排除される。

第四項 解除および減額については、売買に関する第四六五条から第四六七条まで、第四六九条から第四七五条までの規定を準用する。

(19) ドイツ民法第六三五条 仕事の瑕疵が請負人の責に帰すべき事情による場合、注文者は、解除または減額に代えて不履行による損害賠償を請求しうる。

(20) Teichmann, Gutachten A für den 55. DJT, 1984, S. 53ff.

三 ドイツ小結、日本における示唆

1 ドイツ小結

(一) まず、判例の流れを整理しておく。「判例①」で明かにされているように、判例は、請負人の製作危険を基礎に瑕疵除去の方法に関し原則として請負人の選択権を肯定し、請負人が同意している場合を例外とする準則を確立している、といえる。その上で、この準則が適用されない場合があるとして、準則の適用を回避する方法を採用する。第

一に、請負人に職人仕事の方法および技術を指示することではなく、請負人は修繕労働を主張するのに対し注文者は建物の一部の交換という根本労働を主張している場合（判例②）、第二に、本来の意味の修補ではなく瑕疵の欠点を中性化するべき改良措置が問題となっている場合（判例④）、第三に、当事者間で、適切な瑕疵除去方法および瑕疵除去の、特定の方法での保証の存否が争われている場合（判例⑤）、最後に第四として、新規製作によってのみ瑕疵除去が可能である場合（判例⑥）、がそれらである。これらは要するに、請負人と注文者との間で質的に異なった修補方法が争点となっている場合として整理できよう。新規製作はそれが最も顕著な場合といえる。いずれにしろ、これらの場合には、注文者としては特定の瑕疵除去方法を指定して瑕疵除去を請求しうることになる。

それでは、以上のような例外を、いかなる根拠・基礎づけにより肯定しているのか。第一は、注文者としては、最終的に不充分と判明するような修補方法に拘束されない、とする準則である。判例は、（注文者が）請負人の修補方法を甘受せねばならいとすれば、将来新たに生じた機能不足により当初の修補方法では不充分であったことが判明した段階ではじめて、修補当時に注文者が主張していた修補方法の主張が可能となりうるが、これは妥当でない、と考えるのである（判例②）。第二は、瑕疵担保の方法としての修補の際に当該修補方法では不充分であるとの疑念を抱いた場合の通知義務違反（VOB/B 四条三項）が挙げられる。請負人がこの通知義務に違反した場合には、たとえ自身の給付がきちんとした実施であったとしても、予定された（疑念のあった）実施方法により、建築物に生じた瑕疵に基づく損害をも保証せねばならなくなる。¹⁾とすれば、疑念がある場合に通知をしておけば適切な方法による修補が可能であったことになるのである。第三に、改良措置が問題となる場合は（判例④）のケース）注文者に期待不可能な措置を採用してはならない点が挙げられ、この点はさらに、約定とは異なった仕事の創造であることから請負人の正当な利益を顧慮せねばならない、という信義則（BGB 二四二条）からの基礎づけがなされている。

(二) 以上の点を学説はどのように考えているのか。判例との重複もあるが、改めて整理しておく。

請負契約の結果関連性という原則をあくまでも貫き、注文者の修補方法の指定を否定する立場を堅持するブレーゼの見解を除き、他の見解はすべて請負人が修補方法を決定する自由の制限を肯定する。

インゲンシュタウ／コルピオンは、①事態適合的な修補方法に関して当事者間に争いがある場合、②個々の場合に於て、注文者の正当な見地、さらには、信義則の観点から請負人の修補方法と対立する場合、③当事者間で修繕と交換が争われている場合、④本来の修補ではなく改良措置が問題となつている場合、とりわけ予想される更なる損害回避が問題となる場合、に例外を肯定する。⑤注文者に最も侵害の少ない修補方法の採用（注文者の保護利益）（取引活動への支障なきこと、本人または家族の健康等）からの修補方法の限定）も加えることができよう。以上の類型は、先に紹介した判例を整理したものであるともいえる。

つぎに、制限が肯定される場合の根拠としては、フィッシャーもカイザーも注文者の指図権を重視する。つまり、指図権限を媒介として注文者による、修補方法の指定の可能性を方向づけ、その実質的基礎づけとして、注文者は瑕疵の種類に従い自身に期待不可能な修補を強要されてはならないという、建設請負契約における合法的観点を提示するのである。⁽³⁾そして、このような枠組において請負人の裁量権およびその制限の合理性を担保するものとして、指図権限の、専門の見地からの妥当性を指摘する。これにより両者の調和が図られると考えるのである。また、建設契約に基づく、請負人の配慮義務（フィッシャー）ないし付随義務（カイザー）から、修補時点での、注文者の利益保護のために修補方法が限定される（損害の最も少ない方法）、という根拠ないし方向性が挙げられる。

(三) それでは、請求権の構造問題に関してはどうであろうか。

本稿に直接関連するのは、次の点である。すなわち、ブレーゼもタイヒマンも、引取後の瑕疵除去請求権のなかに、

狭義の（あるいは通常の意味での）修補請求権と新規製作請求権とを含めて理解する点である。すでに検討した修補の種類・方法問題の観点からすれば、これらは瑕疵除去の異なった方法であるともいえる。これが、注文者の請求権とされている点との関係は本稿の検討すべき別の重要な点であるが、さしあたりこの論点を考慮の外に置くと、彼らは、かかる両請求権を包含するところの瑕疵除去請求権は履行段階に位置づけられる、と理解する。

タイヒマンは、ここから、履行段階と責任段階という、請負契約の瑕疵責任構造へと進むのであるが、ブレーゼは、その前に、瑕疵除去請求権が履行段階に位置づけられることから、さらに、請負契約の履行請求権の個数問題、すなわち、六三一条の製作請求権と六三三条の瑕疵除去請求権との関係をいかに理解するのかの問題、を検討する。このレベルの問題は、本稿には直接関係しないようにも考えられうるが、瑕疵除去請求権の構成問題を考える上で、一定の示唆を与えていると考えられることから、彼の考えのポイントを整理しておくことにする。ブレーゼによれば、結局、請負契約における履行請求権は一つの統一的なものとして存在している。そして、この統一的履行請求権の二つの局面が六三一条一項および六三三条一項・二項である、換言すれば、この統一的履行請求権はこれら二つ規定の表の後ろ盾となっているのである。そして、両規定は、前者が、未だ存在しない仕事および異種物に対して機能するのに対して、後者は、瑕疵ある仕事に対して機能するとして、二つの局面を明確化する。

以上の前提に立った上で、ブレーゼもタイヒマンも、修補請求か、瑕疵ある仕事で満足して瑕疵担保権を主張するのかは、最終的には、注文者の自由な意思決定による権利形成的拒絶表示（六三四条）による、として、履行から責任へと移行する、との結論に到達する。

（四） 以上のことからいかなる示唆が得られるか。

第一に、判例も学説も、請負人の製作危険を前提とした製作過程の自由裁量の原則を出発点としつつも、請負人と

注文者の修補方法の主張が質的な相違をもたらずような一定の場合にその裁量権が制限されることを肯定する点にはプレーゼを除き争いはないことを確認することができる。その場合、制限の根拠として重要であると考えられるのは、いずれも専門技術的見地からの妥当性を前提とするが、実質的には、注文者の、永続的な無瑕疵状態の確保の必要性（裏からいえば結局不充分性が判明する修補方法に拘束されない、かかる修補方法を甘受する必要はない、ということ）、修補時点での、注文者の保護利益（取引利益、健康等）の確保の必要性、を挙げることができ、形式的には前者につき指図権限が、後者につき、信義則、より具体的に配慮義務、付随義務を挙げることができよう。

第二に、修補方法について制限がなされる場合には、裁判手続で修補方法を決定することが可能となり、判決により修補方法を指定しうる、としている点である。なお、この場合には、専門技術的見地からの判断が必要であることから、鑑定人が重要な役割を果たすことも示唆されている。

もつとも、第三に、新規製作による場合を契機として問題になったとも考えられるのであるが、この場合、一方では新規製作も瑕疵除去の一方法であると考えられているが、他方ではこれは新規製作請求権としても位置づけられている。新規製作方法による瑕疵除去は立法当初から最近まで仕事の引取後には否定されていた、という経緯を踏まえるならば、これを新規製作請求権として位置づけることにも一定の意義があるであろうが、これも修補（瑕疵除去）の一方法である、と位置づけるならば、これを注文者の請求権と位置づけることには理論的観点からは一定の躊躇を覚えないわけにはゆかない。とりわけ、プレーゼは、一方では、請負契約における結果関連性を強調して、注文者の修補方法の指定をまったく否定しつつ、他方では、瑕疵除去の一方法として新規製作請求権を肯定するのであるが、彼は、この場合この両者の関係をどのように考えるのかについてどこにも説明していない。この点では、タイヒマンも同様である。一定の場合に注文者に、修補請求権と等価値性を有するとする新規製作請求権を肯定するのであれば、

すでにこの時点で請負人の修補方法に関する裁量権は制限されると解さざるをえないであろう。そうであるとすれば、制限の根拠・基礎づけが必要となり、この意味で先に挙げた、フィッシャーやカイザーによる制限の見地が重要になってくるように思われる。

最後に第四に、しかし、そのような、留保を付したならば、プレーゼが構想する統一的履行請求権の発想は、瑕疵修補請求権レベルでの構成を考える場合に重要な示唆を与える。すでに紹介したように、彼は、一つの履行請求権の存在を主張しつつも、他方では、請負契約は約定の瑕疵なき仕事によって特徴づけられ、当事者の合致した意思はこの仕事の製作に向けられている、とし、この給付内容の実現を目標とするあらゆることが履行請求権である（圏点は筆者）、とも述べている。そして、すでに紹介した履行請求権の二つの局面、後ろ盾論はこの点の一つの具体化であると考えることができる。ここでは、後述する、かの債権と請求権問題へと接続する示唆が含まれていると考えられる。

2 日本における示唆

(一) ここでは、第一に、より一般的な「請求権の個別化」ないし「請求権の構成」問題からの示唆、その具体化ともいえる物権的請求権に関する議論、第二に、仕事に瑕疵ある場合の損害賠償請求に関する下級審判決の損害(額)の確定過程を、本稿に関連する限りでフォローし、そこでの議論の意義を確認することにする。

(二) (1) 周知のごとく、物権的請求権は、通常、物権に対する妨害の態様を異にしたがいが、物権的返還請求権、物権的妨害排除請求権、物権的予防請求権の三種類に分類されている。しかし、これら三種類の請求権は、物権侵害に對し在るべき物権の状態を確保しようとする、物権的請求権の目的からして、多種多様な侵害の態様のうち典型的・類型的なそれに対応する具体的回復方法の一応の分類にすぎず、請求権とはいつでもその実質は、包括的な一個の物権的請求権の多様かつ随時の現象形態にすぎない、と理解されている⁴。それゆえにまた、訴訟法上の取扱いにおいて

通常の請求権相互とは異なつた考慮が要請されねばならず、物権的請求権による保護の具体的内容については、特に訴えの変更を要せず、裁判所がその侵害に適切と思料する保護方法を付与できるなど、彈力的な処理がなされるべきとされ、さらに、執行段階においても彈力的執行への努力が指摘されている。⁽⁵⁾

(2) 物権的請求権から離れ、より一般的に請求権の構成問題については、奥田教授により以下のような指摘がなされてきた。請求権は、物権・債権という実質権に対する関係では手段的なものであり、財産権ないし実質権としてのレベルの権利と、その権利内容の実現・維持（保護）のための請求権とを概念上区別した上で、後者の請求権の個別化の基準は必ずしも自明ではないが、⁽⁶⁾ 個別・具体的行為を請求する権利（権能）であるこの請求権において、その「行為」をどのようなものとしてとらえるかは、給付訴訟およびそれに続く執行を考慮して合目的に決定されるべきである。⁽⁷⁾

また、請求内容の特定問題につき、一般的に「賃貸人は賃借人に対し目的物の使用をなさしめよ」といっただけでは、訴訟上の請求としては、請求内容を特定したことになるまい、とされ、⁽⁸⁾ その根拠をつぎのように述べられる。実体法の立場からすれば、上記のような請求が最も権利内容にふさわしいものであるのに、なぜ、このような請求ではいけないのか。おそらく、執行との関係を考慮してのことであろう。すなわち、目的物の引渡ないし明渡ならば直接強制（民訴七三〇条・七三一⁽⁹⁾条）によって目的を達しうるし、目的物の修繕ならば代替執行（民訴七三三⁽¹⁰⁾条）によりうるにもかかわらず、右のような包括的な請求では、間接強制（民訴七三四⁽¹¹⁾条）によらねばならないことになる点で、不適当であり、可能なかぎり、合目的な執行方法と結びつく形でこの請求の構成が要請されるものと考え、⁽¹²⁾ と。さらに、同じく請求内容の特定問題につき、物権的予防請求権を例に、抽象的に、「……に必要な予防行為をせよ」ということだけで足り、具体的にどのような工事を行うべきかは執行段階（請求権の実現）の問題であるとして、代替執

行における授權決定にさいし問題とすれば足りると解しうるか、の問題、を提起され、権利者の側からは請求権内容は広くかつ抽象的なものでよいとする方が弾力的に処理しえて有利であるといえよう⁽¹³⁾、と示唆される。

さらに、周知のごとく、義務論からの構成も示唆されていた⁽¹⁴⁾。

(3) さて、以上の議論は、ドイツにおける理論的展開に対して、いかなる固有の意義を有するか。

日本法における議論は、確かに、本稿の冒頭においても指摘しておいたように、請負契約法内部におけるそれではないことから、いわば、ドイツにおける議論と直接磨り合せえない。しかし、特に、物権的請求権の議論において具体的に明らかなごとく、個々の請求権を、より一般的な実質権（物権、債権等）を達成するための手段権ないし達成方法として位置づける視点は、ドイツの請負契約法内部においては必ずしも明確には意識化されていない。その意味で、日本法における議論は、修補請求権の構成問題への有益な視点を提供しているといえる。確かに、プレーゼの請求権構想にはそうした方向性が看取される。しかしながら、彼は、一方で注文者の新規製作請求権を肯定しつつ、他方で注文者による修補方法の指定をまったく否定する、すなわち、注文者には新規製作請求権がありながら、請負人はその請求（修補の指定）に拘束されないのであるから、修補レベルでの両者の関係をいかに解するかという問題意識については必ずしも明確ではないのである⁽¹⁵⁾。もっとも、筆者によれば、請負契約法における瑕疵責任法における、かかる理論的統合問題は、ドイツの議論において明らかなように、修補方法の指定問題を前提とし、修補の方法といえる新規製作が、B G Hにより引取後においても新規製作請求権として許容されるに至った時点において、解釈論としても現実性を帯びたともいえるのである。

(三) 最後に、本稿の問題意識から、参考となる下級審判決を紹介しておこう⁽¹⁶⁾。

日本においては、修補の方法が直接争われたケースはこれまで存在しないが、修補に代わる損害賠償の請求のケー

スにおいて、その額を算定するための前提として瑕疵の「補修」方法が問題とされ、いかなる方法を採用するかにつき、詳細な検討がなされている。ここでは、裁判所が、損害額算定の前提とはいへ、ドイツの場合と同様に、(原告側からの鑑定意見ではあるが)複数の専門家の意見から提案された複数の「補修方法」を摺り合せつつ、種々の要素を考慮しつつ、最終的な修補方法を決定している点が注目される。しかも、先に指摘した物権的請求権と同じく(もつとも訴えの変更の問題は生じないが)、結果として、裁判所が、瑕疵のない仕事(物権の円満な回復に相当)という目的達成の手段として、最も適切な瑕疵修補(物権的請求権に相当)の具体的内容を付与する、という手法が採用されているといえる。これらの意味において、本判決は非常に参考になる。⁽¹⁷⁾以下では、事案を簡単に紹介した後、修補方法に関する部分を中心に判決内容を紹介することにする。

【事案】原告X(パン、ケーキ類の製造、販売を業とする会社)は、被告会社Y(訴訟係属中破産会社となる)との間で二棟の建物(それぞれA建物、B建物という)の設計、施工につき、各々請負代金約二二九六万円、約二七六九万円で建築請負契約を締結し、その後建物を完成し引渡した(本件では、建物の工事監理上の瑕疵ないし建築士法上の注意義務違反も問題とされたが、ここでは省略する)。ところで、本件建物には、以下のように三 points にわたって瑕疵が確認された。第一に、B建物には鉄骨軸組架構体の組方に施工(及び工事監理)上の瑕疵が、本件A、B各建物の鉄骨構造体の部材溶接には施工(及び工事監理)上の瑕疵が、各々存在していた。第二に、建物完成後、A、B各建物の水平面及び垂直面に傾斜が生じたが、この各傾斜は基礎構造の不等沈下により生じたものであり、「その原因は、敷地の地耐力につき誤った設計がなされ、これが是正されることなくいわゆるベタ基礎構造が施工されたことに起因」したものであった。そして、「かかる基礎構造は建物の構造耐力に関する具体的な技術水準(建築基準法二〇条一項、三六条、同施行令三六条)に適合しない」ことから、A、B各建物の基

礎構造には（設計、工事監理及び）施工上の瑕疵がある、とされた。第三に、A、B各建物においては耐火ないし防火上の諸設備につき設計図書（耐火リスト）に記載されたとおりの施工がなされておらず、耐火、防火上の安全性に関する建築基準法令所定の具体的な技術水準が充たされていないことから、その耐火ないし防火構造には（工事監理および）施工上の瑕疵がある、とされた。

なお、以上のうち、第二の瑕疵に関する、不等沈下の是正につき、訴訟前に以下のような経緯があった。①原告は、完成後約一年半経過後、B建物完成後北隣に建設されたNハイツと比較して同建物が同ハイツ側に傾斜していることを認識し、被告（破産）会社に「補修」を申し入れた。その結果、一度は難色を示したものの、同会社の費用で「補修」を行う旨の解答を得、A、B各建物の一階土間部分の掘り下げ、鉄骨柱脚をジャッキで持ち上げて薬液を注入するなどして基礎構造を「補修」した結果、各建物の傾斜は一旦是正された。②しかし、「補修」からわずか二ヶ月後A、B各建物が再び傾斜していることが判明したので、原告は再度被告（破産）会社に「補修」を申し入れ交渉を重ねた。その結果、被告会社は、以下のような、補修方法と費用の見積もりを検討し、案を提示した。A、B各建物の北、南両側の地耐力ある地層まで基礎杭を必要本数打設し、傾斜の進行をほぼ確実に阻止するためには三千数百万円かかる。これに対し、傾斜側（北側）にのみ基礎杭を打設する場合には傾斜の進行を確実に阻止できる保証はないが、費用は約一四六〇万円ですむ。このことを前提とし、被告会社は最終的に、後者の補修方法を採用し、費用約一四六〇万円に先になした補修費用（約六〇〇万円）を加えた上これを折半することとし、原告は約一〇〇〇万円負担するよう、申し入れたのである。③これに対し、原告は、各建物の傾斜の進行を阻止することが保証できないことに不安を覚えるとともに、約一〇〇〇万円もの大金を負担することに納得できず、右交渉は決裂した。

以下は、【判旨】であるが、ここでは、関連する部分についてのみ紹介する。判決理由は、「四 原告らの損害 1 瑕疵の補修方法について」の表題の下に、修補費用相当損害金の確定の前提として、建物の「補修」方法を問題とし、そこにおいて「部分修復法」と「再築法」とを取り上げ、両者の当否を、鑑定人の意見をも参考として詳細に比較検討し、最終的に再築法を採用する過程を詳細かつ説得的に展開している。少し長いが、本稿の問題意識からも注目すべきものであるので、結論のみならず事実認定過程をも紹介しておく。

A、B各建物には前記のとおり、基礎構造につき設計、施工及び工事監理上の、鉄骨構造体の部材溶接、鉄骨軸組架構体の組方（B建物のみ）及び防火、耐火構造につき施工及び工事監理上の各瑕疵が存するところ、以下各建物の補修方法について検討する。

△証拠略△を総合すると次の事実が認められる。

(一) 建物の瑕疵の補修方法としては、建物を一旦解体、除去の上再築する方法と、建物の瑕疵ある部分のみを除去し修復する方法とが考えられるが、そのいずれを採用するかは、工費の多寡、工期の長短、実施可能性、近隣、道路事情、美匠上の問題等の諸事情を総合して決すべきである。

(二) 甲第一号証（以下「森田意見」という。）においては、A建物の基礎構造の補修方法として、在来の基礎下に、場所打コンクリート杭を打設して在来の基礎と接続した上、上部躯体を建起して修復する方法（以下「部分修復法」という。）が採用されている。しかし、その具体的な杭の打設方法であるB・H工法（高圧力の水により杭穴を掘削する方法）は、近隣、道路事情から生コン車の待機、ポンプ車の設置が困難であるし、場所打杭を施工するためにB建物敷地を使用する必要性や泥水を多量に使用するために生じる近隣への防火対策等を考慮すると、その施工上の難点が少なくない。

(三)また、森田意見では杭打設終了後右杭に建物荷重を負荷させる具体的方法が示されておらず、この点甲第一六号証(以下「鳥巢意見」という。)においては、その方法として右打設杭に荷重を伝える新しい梁に旧基礎を載せる架構方法が挙げられるが、その施工については、土工事に際し重機の使用が殆ど不可能であり工費がかさむこと、近隣の太田齒科ないし黒田マンションとの間隔が狭く室内からの作業しかできないため近隣に対する地盤沈下防止等の防災対策が困難であること、水平、垂直面の建起しに伴い筋違、ブレース等の取外しを要し、壁、床、天井等の一部を除去しなければならないこと、一斉作業が困難なため工期が比較的長期にわたること、入居のままの施工は不可能で仮移転の配慮が必要であること等の問題点が指摘されている。

(四)他方、鳥巢意見においては、A建物の基礎構造の補修方法として、建物を解体、除去して再利用できる鉄骨等の資材のうち経済的に有利なものを利用し、不利なものは廃棄して再築する方法(以下「再築法」という。)が採用されている。再築法は、森田意見の部分修復法に対して先に指摘された問題点に鑑みると施工上の難点が少ない反面、その工費はA建物につき部分修復法による場合が二一九二万円(鳥巢意見による修正後の額)であるのに対し、三〇四二万一四四八円とかなり高額となる難点がある。

(五)もつとも、鳥巢意見で新たに指摘された鉄骨構造体の部材溶接の瑕疵の補修には、不良溶接部分の除去に伴う高騒音の発生、高技能を有する職工の現場派遣の困難性、精度の確保や検査の方法等施工上の問題点が山積するところ、再築法によれば不良溶接部分を工場で保管する間に修復でき右の問題点は解消される。また、B建物についての鉄骨軸組架構体組方の瑕疵の補修も、建物を存続させたまま現場で施工することは極めて困難であるのに対し、再築法によれば容易に施工できる。

以上の事実が認められ(る。) ▲証拠判断略▼

右事実によれば、A、B各建物の基礎構造の瑕疵に限って考えた場合は、森田意見の部分修復法には鳥巢意見に指摘されるとおり現実に施工する際に少なからぬ困難が伴うものの、施工が不可能であるとまではいえず、反面鳥巢意見の再築法の工費が森田意見の部分修復法よりもA建物につき約一〇〇〇万円も高額になる点に鑑みると、再築法はにわかに採用し難く、部分修復法が相当である。しかしながら、基礎構造の瑕疵に加えて鉄骨構造物の部材溶接の瑕疵、B建物についての鉄骨軸組架構体組方の瑕疵さらには耐火、防火構造の瑕疵の各補修をも総合的に考慮すると、瑕疵ある部分のみの除去、修復は理論上は不可能ではないにせよ、現実に施工することは極めて困難となり、工費の低廉性をもってしても最早部分修復法の合理性を担保しえないといふべきであるから、補修方法としては再築法を採用するのが相当である⁽¹⁸⁾。

3 以上の諸示唆および成果を踏まえ、最後に、結語において、日本法における、注文者の瑕疵修補請求権の構成問題の試論を展開することにする。

- (1) Korbion/Hochstein, VOB-VERTRAG, 7. Aufl., 1998, Rdn. 246.
- (2) この点については、Staudinger-Peters, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 1994, §633, Rdn. 168.
- (3) フィッシャーは、紹介したように、VOB/Bにおける、発注者 (der Bauherrn) の指図権は、民法上の建設請負契約法にも妥当する、と主張するが、その根拠として、建設は通常設計により完全に規定されないことから、発注者には実施 (施工) 中においても設計図 (der Entwurf) を具体化する権利が与えられねばならない、という建設請負の特別の性質により正当化されることを挙げる。Fischer, a. a. O., S. 112, Fn. 176.
- (4) 好美・前掲書 (一の注(19)) 一九二頁、奥田・前掲書 (一の注(19)) 二七六頁、石田(喜)・前掲書 (一の注(19)) 一一頁。
- (5) 好美・前掲書一八五頁、一九二頁。なお、奥田・前掲書二七七頁注(一)。

- (6) 奥田・前掲書二七五頁。なお、物権的請求権に関する見解もかかる一般的な位置づけのもとになされている。
- (7) 奥田・前掲書三〇五頁。
- (8) 奥田・前掲書三〇五頁。
- (9) 現行制度では、金銭債務の執行につき民事執行法四三条一六七条、物引渡債務の執行につき同一六八条一七〇条。
- (10) 現行では、民事執行法一七一条。
- (11) 現行では、民事執行法一七二条。
- (12) 奥田・前掲書三〇九頁注(3)。
- (13) 奥田・前掲書二七八頁注(3)。
- (14) 奥田・前掲書二七三頁以下。
- (15) もつとも、ブレーゼの関心事は、瑕疵除去請求権と製作請求権の統合という、より高次における請求権の統合であったのであり、この点では、彼の見解は充分傾聴に値するものである。
- (16) 大阪地判昭和六二年二月一八日判例時報一三三三三三六八頁(平成一(一九八九)年)が、それである。
- (17) その他に、参考になる判決として、大阪地判昭和五九年二月二六日判例タイムズ五四八号一八一頁(一九八五年)がある。ここでも、建物の瑕疵を理由とした損害賠償請求において、賠償額算定の前提として、「四 原告の損害/(一)修補の内容」という表題の下に、以下のような判断がなされている。「……前記認定事実、△証拠▽によれば、本件建物には、その基本的構造的部分に重大な瑕疵があること、特に基礎底盤、構造の仕口、通し柱の瑕疵等について、建築基準法、同施行令に定められている構造耐力を維持するための修補をするには、本件建物をその当該工事時点まで戻す必要がある、そのためには、本件建物の基礎部分、内外装等を一旦撤去する必要があること、新築建物を前提とすれば、住居としての美匠上も一部補修をなすことではまかなえないし、一旦、軸組みに組みこまれた木材は、それ自体欠陥のない木材でも一種の変形をきたしているから、当該内外装材をそのまま使用するためには、かえつて多額の費用を必要とし、その他経費上も、個々の部分的な補修より新規に建て替えた方が経済的であること、したがって、本件建築工事の瑕疵を修補するためには、結局、本送(件?)建物を建て替えるのと同程度の規模の工事を必要とすることが認められ」と。
- (18) 判決は、以上のことを踏まえ、A、B建物の修補費用相当損害金につき、以下のような判断を下している。まず、A建物に

ついて。基礎構造、鉄骨構造体の部材溶接及び防火、耐火構造の各瑕疵につき、再築法を前提として最終的に修補費用相当損害金として三三、四八万二〇五八円を認定し、このうち、原告の請求額である二五〇〇万円を許容している。次に、B建物について。基礎構造、鉄骨構造体の部材溶接及び防火、耐火構造の各瑕疵につき、再築法を前提とし最終的に三九、六一万八四〇七円を補修費用相当損害金として認定している。

四 結 語

1 修補請求権の構成試論 (1) 一つの瑕疵修補権と複数の修補方法 仕事に瑕疵があった場合、請負人には瑕疵を修補する義務があり、それに対応して注文者には瑕疵を修補してもらう権利、瑕疵修補権があるといえる。これが出発点である。しかし、請負人に課せられているのは瑕疵のない仕事であるから、複数の修補方法が存する場合、そのうちいずれを採用して無瑕疵を達成するかは原則として請負人の自由に属する。したがって、このレベルにおいては、修補方法の選択権は、もっぱら請負人に帰属することになる。このことを、注文者の側から言えば、注文者は一つの修補権しかもたないことを意味する。その結果、注文者は、瑕疵を指摘して修補することを要求できるのみ、ということになる。

(2) 修補方法の指定の可能性 しかし、以上の原則は、以下の要件を充足する場合には修正を受ける。第一に、請負人と注文者との間で修補行為（修補方法）について争いが存することを必要とする。もっとも、ここにいう、修補行為の争いとは、すでにドイツの場合において検討したように、些細な、いわば量的な意味でのそれではなく、質的な相違を前提とする争いを意味する。第二に、瑕疵の永続的除去の確実性、修補時点における、注文者の既存利益の保護の必要性、および、それに関連して注文者に与える損害が最も少ない方法の必要性等諸般の事情を考慮し、注文者

の要求する修補方法の方が請負人の修補方法よりも専門的見地から合理性を有することを必要とする。以上の要件を充足する場合には、請負人は、例外的に注文者が指定した修補方法に拘束されることになる。⁽¹⁾

もつとも、注文者の要求する修補方法のために不当に高い(過分の)費用を要する場合には、請負人は当該修補方法を拒絶しうることになる。⁽²⁾

(3) 新規製作請求権の位置づけ その場合、いわゆる新規製作請求権も修補の一方法であると位置づけることが可能である。この点は、物権的請求権の場合と類似して考えられる。このことを確認した上でなら、新規製作方法による修補を新規製作請求権と呼ぶか否かは用語の問題ということになるが、この修補方法を、その典型性および徹底性・補充性を意識し、修補方法の類型的な場合として特に抽出しておく意味で、新規製作請求権と呼ぶことには問題はないであろう。⁽³⁾ それゆえにまた、拙稿において挙げた、新規製作請求権の認められるための要件は、(2)で定式化した、注文者による、瑕疵修補の方法の指定要件に解消されうるともいえるが、特に新規製作という修補方法の認められる場合の要件として、依然として独自性を有する、と考える。

(4) 法的根拠および立証 以上のような、注文者による、修補方法を指定する可能性の法的根拠としては、究極的には信義則(一条二項)を挙げることができるが、特に、建築請負に関しては、注文者の適当な指図の可能性を含意する六三六条が手掛かりとなる。⁽⁵⁾ また、例外が認められる要件のうち、注文者の主張する修補方法とその合理性については注文者が、修補費用の不当性ないし過分性については請負人が、各々立証責任を負担する。⁽⁶⁾ なお、これらの立証においては、専門家の鑑定が不可欠となり、この制度が重要な役割を果たす点を強調しておきたい。

もつとも、修補方法の立証責任に関しては、訴訟において、裁判所は、注文者の主張する修補方法が否定されると考える場合も、訴えを棄却するのではなく、注文者の修補方法を参考としつつも、請負人側の主張、さらには、裁判

所独自の鑑定等を通じ、最終的に最も適切だと判断した修補方法を付与することも可能である、と考える。

2 拙稿を含めた一応の整理 本稿は、すでに指摘したように、拙稿(論叢論文)からの続編であった。そこで、この時点で、拙稿を含め、筆者の主張の要点を簡単に整理しておくことにする。

(1) まず、実務上の問題への対応として、① 筆者は、特に住宅建築を想定し、瑕疵ある住宅(いわゆる欠陥住宅を含む)の場合、特に、修補に代わる損害賠償請求の範囲として建替え費用相当額が肯定されるのか、の問題を中心に、⁷⁾
 ② 六三四条の「修補」義務(債務)は、瑕疵なき仕事の製作義務であることを前提に、場合によっては、「修補」には新規製作(建替え)も含まれることを、ドイツの判例学説を手掛かりとして、主張した。③ かかる主張は、六三四条二項が規定する「修補に代わる損害賠償」の範囲につき、修補費用(瑕疵を除去するための修補に要する費用)である、との立場を前提としている。④ かかる、修補自体の請求が実務上殆どなされない現状にもかかわらず、修補(ないし新規製作)を問題とする意義は、さしあたり、以上の点にあるが、住宅の質の確保の要請が強調されれば、今後は、いかなる修補をなすべきか、について、当事者間で争いが生ずる可能性が予想される。そうすると、実務においても、いかなる修補をなすべきか、の確定問題が浮上しうる。

(2) つぎに、以上の実務上の問題への対応から、理論上の基礎づけ問題として、① 修補に新規製作が踏まれる点、② 修補に代わる損害賠償の範囲は修補費用である点、③ 修補の方法の決定権者、が問題となるが、これらの点につき、筆者は、主に、拙稿において①を、本稿において③を探究した。②については、既存の特定の学説に依拠した。

3 本稿は、別稿で探究した、注文者の新規製作請求権、というテーマをさらに発展させ、この請求権を瑕疵修補の方法であると位置づけるとともに、より一般的に修補請求権と修補方法の問題について試論を提示したものである。換言すれば、不完全履行論の各論的問題の一の問題という理論問題を背景としつつも、実務上の問題を睨みつつ、そ

ここで提起されている解釈論上の問題についての基礎づけを模索し、そこからさらに提起される理論上の問題を踏まえ、現時点での実務上の問題関心が依然として看取されうる程度に理論的一般化を試みたものである。

もっとも、かかる試論が、より説得力をもつためには、他の分野との理論的整合性が問われねばならない。前述の、損害賠償の範囲として修補費用でよいことの論証については、そもそも履行利益とは請負契約においては何を意味するのか、特に、修補費用との関係を含め、改めて検討しておく必要がある。⁽⁸⁾

また、請負契約法内部においては、直ちに想起されるのが、六三五条但書との関係である。建替え費用相当額を損害賠償として認めるならば解除を認めることと同じになる、との論点がそれである。この点については、すでに先学の貴重な蓄積が存する。⁽¹⁰⁾しかし、現時点において、改めての問われねばならないことは、この規定が立法当初より響かせてきた持続低音としての強行規定論、すなわち、取壊すことの「国家経済上の不利益」論である。⁽¹¹⁾その結果として、注文者側に瑕疵ある工作物（建築物）の保持を強制（それがだめならみずからの負担で建て替えることになる）することになるのであった。しかし、かかる帰結は、民法施行百年が経過し、科学技術が飛躍的に進歩し、安全で快適な住居という正当な願望等により、良質な住宅をストックすることの必要性が増大し、かつ、そのことが現実的に可能となっている二一世紀を前にした現段階において、はたしてなお説得力をもって維持されうるものなのか。再検討されねばならぬ。⁽¹²⁾

さらに、本稿自身に関しても、訴訟法上の問題や、執行段階での問題等も展望した理論的構築が不充分であった。注文者の指図問題（六三六条）の立ち入った検討、これと関連させつつ、履行過程における、請負人と注文者との関係をいかに把握するか、という、拙稿からの課題についても依然として本稿では検討しえなかった。

以上の諸点を筆者の今後の課題とし、本稿を閉じる。

- (1) 修補方法の質的相争い、といったことの意義は、本文で述べたように、さしあたりドイツの例が念頭にあるが、このことの意味は、むしろ次の点にあるといえる。修補行為(個々の行為の意味での)の相違には無数の段階があるが、訴訟法上の請求(給付訴訟)をなすにつき、どのような内容の請求が適切か、どのような行為を請求することが合目的かという観点も加味されているところにある、といえる。ここでは、奥田・前掲書三〇五頁が、債権内容実現のために具体的に必要とされる個々の行為を請求しうる権利(権能)を狭義の請求権としてとらえることができる、とされ、ここにいう「個々の行為」とは、法的にみて意義あるレベルで把握したものをいう、と述べる場合の、「法的にみて意義あるレベル」が参考にされている(なお、同書三〇九頁注(2)参照)。なお、奥田教授は、前掲一の注(3)で挙げたシンポジウム発言にすぐ続けて、以下のように述べる。
- 「だから、そうしますと本来的履行請求権というものがまずあって、それが実現されていない場合に、次に補充的履行請求権が出てくるといったとらえ方でよいのかどうか。これは次元の違う、つまり抽象的レベルの請求権と、それから具体的に何をすべきかという、特定物の引渡しか修繕か、それとも代物給付かという、そういう具体的レベルの請求権、つまり具体的行為を求めるものとして訴訟物になるようなものを意味する請求権とが、同じレベルで取り扱われているのではないだろうか」ともつとも、筆者がここで(ないし本稿全体で)問題としているのは、奥田教授の構成を前提とすれば、本来的履行請求権の具体化ないし具体的レベルの請求権たる修補請求権、その修補請求権の内容をさらに具体化しようと試みるものである、といえる。
- (2) この点については、前掲拙稿(二・完)九七頁を参照されたい。
- (3) このような整理は、修補請求権に、多様な修補方法が存し、そのうちに新規製作も入る、とするわけであるから、論理的には修補請求権からいわゆる新規製作請求権が導かれる、と構成するものである。ところで、前掲拙稿(二・完)九六頁では、仕事の完成・仕事の結果を要求する、注文者の債権(地位)から、修補請求権ないし新規製作請求権が生じうる、としていた。しかし、新規製作を瑕疵修補の場合として位置づけるといふ本文の構成に従うならば、この表現は不正確であろう。この場を借りて訂正させていただく。
- (4) 拙稿(二・完)九六頁以下では、費用の不当(過分)性という許容性要件の他に、次のように必要性要件を定式化しておいた。新規製作が肯定されるためには、まず第一に、単なる修補ではもはや請負人の債務内容が履行され得ないことを必要とする(新規製作の必要性)。かかる意味での新規製作の必要性は、まず、単純な意味でやり直す以外に方法がない場合に肯定さ

れる。次に、仕事の基本的構造的部分に重大な瑕疵があり、かつ、以下のうちのいずれかの要件を満たす場合に肯定される。すなわち、(a)構造上その安全を期しえない危険性が存する場合、(b)その瑕疵を修補するには当該仕事を着手時点の状態に戻す必要がある場合、(c)瑕疵ある部分の修補も理論的には可能であり、しかも、その費用も新規製作よりかなり低廉であるとしても、基本的構造的部分の瑕疵以外に存する瑕疵の修補をも考慮すると、瑕疵ある部分の修補を現実に実施することが極めて困難な場合が挙げられる、と。

(5) 建築請負の特殊性に関しては、前掲三の注(3)におけるフィッシャーの指摘を参照されたい。もつとも、日本民法第六三六条の解釈に関しては、今後、立法史も含め改めて検討する必要がある。

(6) これについては前掲拙稿(二・完)九八頁も参照されたい。

(7) なお、前掲一の注(7)で挙げた吉田(克)報告も参照。

(8) 一の注(8)、(10)で指摘したように、履行利益賠償としつつ、修補に代わる損害賠償については、修補費用相当額とする見解と、交換価値減少額とする見解との対立があった。

(9) これ以外にも、周知のように、従来から、仕事の完成の前後で、債権総論の一般原則で処理するのか、「特則」としての「瑕疵担保」規定での処理かの問題点も存する。

(10) 前掲拙稿(一)一の注⑩で挙げた文献を参照されたい。拙稿後の指摘については、前掲一の注(7)の吉田報告は、そこで紹介した、建替費用と損害賠償問題の指摘後、六三五条但書が「建替費用を損害賠償として認めるといふ解釈に対して阻害的に機能」する点を指摘する。

(11) 梅謙次郎『民法要義・卷之三債権編』七二二頁(一九二二年)は、請負が建物その他土地工作物を目的とする場合に解除を認めると、「請負人ノ爲メニ莫大ノ損失ヲ醸スノミナラス国家ノ経済上ヨリ論スルモ甚タ不利益ナル所ナリ」と述べる。

(12) 注(10)で指摘した文献の多くが指摘するところであるが、例えば、山口・前掲一の注(12)は、そこでも示唆しておいたが、六三五条但書を強行規定と考える通説の見解を、立法史的、比較法的、実態的観点から、簡潔に批判し、次のように総括する。「……六三五条但書は強行法ではないと解し、利用価値を喪失する瑕疵がある場合は解除を認め、同条に反する特約があるときでも、このような瑕疵ある場合にまで契約を強行するのは、明らかに公序に反するからこれを否定すべきと考え」と。また、遠藤浩編『基本法コメンタール』[第四版]債権各論I(契約)一八六頁[第六三五条・中井美雄]は、高橋(弘)論文に

依拠しつつ、「最近における住宅産業の進展に伴って、全面的に建てなおす以外に手のない事例もあり、このような場合は、むしろ本条ただし書を強行規定でないと解したうえで、解除を認めるべきであるということにならないであろうか」として、限定的ではあるが、本条但書の強行規定性を否定する。従来まで強行法規と解されていたものが任意法規に変わらうる可能性に関する示唆については、さしあたり、大村敦志『契約法から消費者法へ』一六三頁以下（第二章第二節 取引と公序）（一九九九年）、山本敬三「公序良俗論の再構成」『奥田昌道先生還暦記念 民事法理論の諸問題 下巻』一頁（九三頁）（一九九五年）。