

契約不適合責任と危険移転・同時履行

藤 田 寿 夫

はじめに

一 ドイツ法における契約不適合責任と危険移転・同時履行

I 瑕疵ある目的物の給付と集中

II 危険移転

1 対価危険

2 対価危険の移転

3 売買における危険移転

4 請負における危険移転

5 危険移転の法的構成

(1) 浮動的危険移転説

(2) 擬制された危険移転説

(3) 一応の履行認容説

6 ドアに傷ある新車引渡事件

III 追完請求権との同時履行

二 契約不適合責任と危険移転

I 売買における危険移転

II 請負における危険移転

三 契約不適合責任と同時履行

むすび

はじめに

改正民法 562 条以下や 567 条は、引渡された売買目的物が契約に適合しないものであった場合に関する規律を定め、559 条により有償契約である請負や賃貸借などに準用される。ドイツ民法における契約不適合責任に関する条文においても準用類推 (Verweisungsanalogie) がみられるが、それぞれの契約類型において瑕疵ある目的物が引渡されたという不完全履行の場合への単なる準用ではなく当該不完全履行への類推適用であると言われている。⁽¹⁾ わが国においても、売買における契約不適合責任に関する規定や一般債務不履行規定が準用されていても、売買や請負・賃貸借等の各契約不適合責任の特殊性を顧慮しなければならず、売買と請負・賃貸借等とで異なる解釈となることがあろう。

改正民法 562 条以下によれば、売買において、目的物の「引渡」から契約不適合責任の問題となるとされ、その「引渡」は、引渡受領と解されている。⁽²⁾

これに対し、民 632 条によれば請負人が仕事完成義務を負う請負においては、仕事の結果が契約に適合するか否かを注文者が初めて確認することができる機会が受領の際であることから、完成した仕事が「引渡」=引渡受領されることによって、請負人は報酬を請求することができる (633 条) し、注文者は仕事に瑕疵があることを理由に受領を拒絶することもできる、また、注文者が仕事を一応履行として認容して引渡を受けたことを翻して瑕疵があったとして請負人の瑕疵担保責任を追及することができる

(1) Looschelders, Festschrift für Canaris I, 2007, 746 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 82; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 24. 一般債務不履行規定の準用類推につき、拙稿「契約不適合による損害賠償」香川法学 40 卷 3・4 号 1 頁以下も参照。

(2) 潮見佳男『新債権各論 I』信山社 2021 年 190 頁以下、森田宏樹「売買における契約責任 - 契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任論のフロンティア』有斐閣 2019 年 274 頁以下。

⁽³⁾
する。

請負における仕事の目的物の滅失・毀損に関する危険移転については、559条の定める有償契約への準用により、売買における危険移転に関する567条が請負に準用される。請負に特有の担保責任に関する規定として、注文者の供した材料の性質又は注文者の指図によって不適合が生じた場合に注文者の瑕疵担保権が認められないことを定める改正民法636条と、担保責任の期間制限に関する改正民法637条がある。改正前民法634条2項が定めていた損害賠償債務と報酬債務の同時履行については、533条本文に括弧書（債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む）が加えられ、同様の規律が維持される⁽⁴⁾として改正前民法634条2項は削除された。

ドイツの連邦通常裁判所判決BGH NJW 2017 1100は、新車の売買において、売主が買主の自宅で、ドアに傷がある新車を単に引渡しても、買主は代金支払いを拒絶することができるだけでなく、その新車の受取を拒絶できると判示した。そのため、売買においても、瑕疵ある売買目的物が引渡された場合の危険移転時期、一般債務不履行責任と瑕疵担保責任との関係、代金支払義務との同時履行関係について議論されている。また、売主の追完義務が不能となっても買主は同時履行の抗弁（瑕疵抗弁）により代金支払を拒絶し契約解除することができるとするBGHZ 225 1が出てきている。これらのドイツにおける新判例に関する議論を「一」において紹介・検討するとともに、同様の議論がわが国においては請負での仕事に瑕疵がある場合に関する危険移転および同時履行において見られることから、

(3) 平野裕之『債権各論Ⅰ』日本評論社2018年348頁349頁、阪口甲「請負契約における請負人の報酬請求権の履行期（2・完）」法雑65巻3・4号2019年670頁674頁、同「請負契約における注文者の材料または指図による契約不適合（2・完）」法雑66巻3・4号2020年731頁注82、潮見佳男『新債権各論Ⅱ』信山社2021年262頁、263頁。すでに、拙稿「請負における瑕疵担保責任と債務不履行」香川法学35巻4号（2016年）＝拙著『表示責任と債権法改正－表示責任論研究序説』成文堂2018年6章3節239頁以下、『詳解・債権法改正の基本方針Ⅴ』商事法務2010年50頁～54頁。

(4) 筒井健夫・村松秀樹編『一問一答・民法（債権関係）改正』商事法務2018年341頁。

「二」「三」においてはわが国の危険移転および同時履行に関する議論および判決例を検討する。

一 ドイツ法における契約不適合責任と危険移転・同時履行

I 瑕疵ある目的物の給付と集中

種類物売買の場合、売主が買主に瑕疵ある売買目的物を履行として提供しても、債務の本旨に従った履行の提供をしていないので買主は受領遅滞とならない。債権者は独民 433 条、320 条に基づき瑕疵ある物を拒絶し、瑕疵のない目的物による履行を求めることができる。つまり、たとえば、瓶ワインの売買契約においてそのワインが腐っていたとすると、独民 243 条 2 項（日民 401 条 2 項）の定める「物の給付に必要なことを完了」していないので、原則として特定は生じず、給付危険は移転しない（売主はなお目的物調達義務を負う⁽⁵⁾）。しかし、買主が瑕疵のある物であっても一応履行として認容すると、買主は独民 437 条の定める瑕疵担保権を主張することができる。そのとき、買主は追完請求をして瑕疵の除去を求めることができる。買主が修補請求に拘束され、代物請求をすることができないような場合には、売主によって引渡された目的物に集中したままとなる。ただし、買主は代物請求も選択することができることから、このような拘束は、売主による修補の履行前には信義則によって生じるだけである。これに対し、買主が瑕疵なき代物を請求すると、引渡された瑕疵ある目的物に集中していなかったこととなるという⁽⁶⁾。

(5) Brox/Walker Allgemeines Schuldrecht, 45. Aufl. 2021 § 26, Rn. 5; MüKo BGB 8. Aufl. 2019 Emmerich, § 243 Rn. 20; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017 Rn. 89; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018 § 2 Rn. 147; Bachmann, AcP 211, 398 f.; Heinemeyer, NJW 2019, 1026; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021 Rn. 258 ff.; BGH NJW 1999, 2884. Leser 教授門下の Krämer の見解について、拙著『表示責任と契約法理』日本評論社 1994 年 82 頁 83 頁参照。また国連売買条約について Schlechtriem/Komm. CISG 7. Aufl. 2019 Hachem, § 66 Rn. 9 参照。

II 危険移転

1 対価危険

対価危険は、双務契約の場合に独民 326 条 1 項第 1 文の例外として生じる。対価危険とは、反対給付を得られないにもかかわらず、自己の給付（対価）はなさねばならない当事者のリスクをいう。独民 326 条 1 項第 1 文は、「債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項に基づき給付を要しないときは、反対給付請求権は消滅する。（第 441 条第 3 項は一部給付の場合に準用する。この第 1 文は、給付が契約に適合しない場合において、債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項に基づき追完を要しないときは適用しない。）⁽⁷⁾」と定めている。したがって、その給付自体も給付の代償（Surrogat）も請求することができない（それゆえ、給付に代わる損害賠償ではない。）ことが確定して初めて対価危険の問題となるとされる。

たとえば、売主は買主に商品を売り、買主への送付を引受ける。商品の包装に瑕疵があったため、買主には壊れた商品が届く。そこで、売主は代金の支払いを求めたとする。

このとき、まずは、商品の滅失と履行不能について、売主に帰責事由があるかどうかを検討されるべきであり、商品の包装の瑕疵について売主に帰責事由があれば、独民 280 条、281 条、283 条に基づき、給付に代わる損害賠償を買主は請求することができるのであって、送付売買の場合の危険移転に関する独民 447 条の問題ではないという。⁽⁸⁾

(6) Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021 Rn. 258 ff.; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. § 2 Rn. 146 ff.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 89 ff.

(7) ドイツ民法典は、この独民 326 条第 1 項のように、解除などでも一貫して、量的部分不能と、契約不適合責任のような不完全履行（質的部分不能）の法的扱いを明確に区別している。わが国の改正民法の契約不適合責任に関する解釈においても、量的部分不能に関する諸規定を安易に契約不適合責任に準用するべきではないのではなからうか。

(8) Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. Rn. 271 ff.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 485 ff.; BeckOK BGB 01. 05. 2021 Faust § 437 Rn. 203.

2 対価危険の移転

ドイツ民法の債権総論においては、対価危険の移転は、独民 326 条 1 項の例外である独民 326 条 2 項第 2 ケース、独民 323 条 6 項第 2 ケースの場合に生ずる。つまり、債権者が債務者の給付につき受領遅滞に陥っている時にその給付が履行不能となったとき、不能となった給付の債権者が対価危険を負う。独民 326 条 2 項第 2 ケース、323 条 6 項第 2 ケースは、次のように規定している。

独民 326 条 2 項第 2 ケース「(債権者にのみもしくは主として債権者に帰責事由がある事情により債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項により給付することを要しないとき、または) 債権者が受領遅滞に陥った時に債務者の責に帰することができない事情により債務者 (が第 275 条第 1 項から第 3 項により給付することを要しない) の給付が不能となったときは、債務者は反対給付請求権を失わない。」

独民 323 条 6 項第 2 ケース「債務者の責に帰すべからざる事情が、債権者が受領遅滞に陥った時に発生したときは、解除は排除される。」

たとえば、B は、社員旅行のためにレストラン U に 40 人分の食事を注文した。従業員の乗ったバスは別の事故に巻き込まれて長時間動けず、レストラン U へ行くことができず、注文した食事は腐ってしまった。それでもレストラン U は B に支払いを求めることができるか？ B は別の日にレストラン U にもう一度 40 人分の食事を用意させることができるか？

取立債務において債権者 B は定められた日時に取り立てる、食事をしにレストラン U へ行くという B の協力的行為をしなかったので、(債務者であるレストラン U の口頭の提供を要せず) 債権者 B の受領遅滞となる。レストラン U の負っている給付は特定し不能となった。というのは、レストラン U は U にとって必要なことをすでになした (独民 243 条 2 項。日民 401 条 2 項に相当。) から。独民 300 条 2 項「種類だけによって定まる物を債務の目的とするときは、債権者が提供された物を受領しないことによって遅滞に陥った時期をもって、危険は債権者に移転する。」によっても、同

じ結果となる。この独民 300 条 2 項に基づき、受領遅滞となった B は給付危険を負い、さらに独民 326 条 2 項に基づき対価危険も負うこととなる。すなわち、B は新たに 40 人分の食事を請求することができずに代金を支払わなければならない。もし、この B-U 間の混合契約に請負契約法を適用すると、独民 644 条 1 項第 2 文「注文者が受領遅滞に陥ったときは、危険は注文者に移転する。」に基づき、受領遅滞に陥った注文者に給付危険も対価危険も移転し、より簡単に同じ結果に至るとい⁽⁹⁾う。

3 売買における危険移転

売買に関する独民 434 条 1 項は、「物は、それが危険移転に際して合意された性質を有するときは瑕疵がない。…」と規定し、瑕疵の判断基準時を「危険移転に際し」としている。対価危険の移転について、独民 446 条第 1 文は物の引渡時とし、独民 446 条第 3 文は、買主の受領遅滞時とする。また、独民 447 条は送付売買では運送人等への交付時とする。独民 446 条、447 条 1 項は、次のように定めている。

独民 446 条「売買目的物の引渡とともに、偶然の滅失・毀損の危険は、買主に移転する。引渡のときから、収益は、買主に属し、物の負担は、買主が引受ける。買主が受領遅滞に陥るときは、引渡があったのと同様とする。」

独民 447 条 1 項「売主が買主の求めに応じて売却した物を履行地と異なる場所に送付する場合は、売主がその物を運送取扱人、運送人またはその他送付の実行のために指定された人もしくは施設に引渡したときに、危険は買主に移転する。」

したがって、たとえば、買主が購入した中古車を受領する前に、倒れてきた木がその中古車を毀損すると、売主は、その生じた瑕疵を除去しなけ

(9) Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. Rn. 271 ff.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 485 ff., Rn. 1164 ff.; Gerlach/Manzke, JuS 2019, S. 329 ff.

ればならない限りで、給付危険を負担する。その瑕疵の除去が不能であれば、買主は独民 275 条 1 項（履行不能）に基づき瑕疵の除去を請求することができず、買主が給付危険を負担することとなる。これに対し、中古車が買主に引渡された後に木が倒れてきて中古車が毀損された場合には、対価危険の移転に際し中古車には瑕疵がなかったため、買主は売主に対し追完請求することができず、買主が給付危険を負うこととなるとされる。⁽¹⁰⁾

4 請負における危険移転

独民 640 条 1 項は、「注文者は、仕事の性質に従って引取が排除されない限り、契約に適って製作された仕事を引取る義務を負う。重要でない瑕疵により引取は拒絶されえない。」と規定している。なお、独民 646 条によれば、劇上演、演奏、運送、新聞広告などのように仕事の性質上引取を必要としない場合には、引取に代えて仕事の完成でよい。

独民 640 条 1 項の引取は、注文者が仕事を物理的に受け取るだけでなく、一応契約に適合する履行として認容（Billigung）することを前提とする。⁽¹¹⁾ この引取は、明示的表明によってだけでなく、推断的（黙示的）表明によってもなすことができ、準法律行為としての意思の表明である。明示的引取がない場合には、仕事を受取る際の注文者の行為態様から、請負人が注文者は仕事を一応契約に適合する履行として認容すると推断してよいのか、引取拒絶が推断されるべきかが問題となる。⁽¹²⁾ たとえば、注文者が仕事を受取り何も留保せずに報酬を支払うと、推断的（黙示的）引取が認められうる。⁽¹³⁾ その理由は、仕事が一応契約に適合しているとまず考える注文

(10) Gerlach/Manzke, JuS 2019, S. 329 ff.; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. Rn. 271 ff.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 487 ff.

(11) Looschelders, Schuldrecht BT 16. Aufl. 2021 § 33 Rn. 19 ff.; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. § 8 Rn. 206 ff.; BGH NJW 1996, 1749; MünchKomm/Busche (2012), § 640, Rn. 3; Palandt/Sprau, § 640, Rn. 3.

(12) Staudinger/Peters/Jacoby, Neuarbeitung 2008, § 640, Rn. 10-13; MünchKomm/Busche, § 640, Rn. 4-6; BeckOK BGB Voit, § 640, Rn. 5-7.

(13) BGH NJW 1970, 421.

者だけが、何も留保せずに報酬を支払おうとするからである。仕事の性質・状態がすぐ分かるときに仕事を受領すると推断的（黙示的）引取が認められうる。⁽¹⁴⁾

引取（Abnahme）の法律効果を見てみると、報酬は引取と同時に支払わねばならない（独民 641 条 1 項 1 文）。注文者が引取らないことが正当である限り、注文者は独民 320 条 1 項の同時履行の抗弁権により報酬の支払いを拒絶することができる。また、請負人は仕事の引取まで目的物の滅失・毀損の危険を負担し（独民 644 条 1 項）、引取後は注文者が危険を負担する。

そして、引取（Abnahme）は、独民 363 条にいう履行として受領（Annahme als Erfüllung）と解され、注文者が仕事を物理的に受け取るだけでなく、一応契約に適合する履行として認容（Billigung）することを前提とし、本来の履行請求権が引取後は瑕疵担保権⁽¹⁵⁾に変容する。すなわち、瑕疵担保権の消滅時効は引取から開始し（独民 634 a 条 2 項）、引取時から瑕疵の立証責任転換が生ずる。引取までは、請負人は債務の本旨に従った履行をしたことの証明責任を負っていたが、注文者が「一応履行として認容」したので、引取後は、引渡された仕事に瑕疵があることを立証しなければなら⁽¹⁶⁾ないのである。また、注文者が瑕疵を知っているにもかかわらず瑕疵ある仕事を引き取ったときは、注文者は、引取に際して瑕疵担保権を留保していた場合のみ瑕疵担保権を有する（独民 640 条 2 項）こととなる。⁽¹⁷⁾

請負契約における仕事の瑕疵に関する独民 633 条 2 項は、「仕事は、それが合意された性質を有する場合に瑕疵がない。…」と規定して、対価危

(14) BeckOK BGB Voit, § 640, Rn. 7. なお、信義則による引渡受領の認定による当事者間の利害調整につき、拙稿「請負における瑕疵担保と債務不履行」『表示責任と債権法改正－表示責任論研究序説』成文堂、2018 年（初出 2016 年）239 頁以下参照。

(15) Hartung, NJW 2007, 1099, 1102; MünchKomm/Busche (2012), § 640, Rn. 45-47.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 1093 ff.

(16) Hartung, NJW 2007, 1099, 1102; MünchKomm/Busche (2012), § 640, Rn. 45-47.

(17) BGH NJW-RR 2010, 748.

險の移転に言及していないが、ドイツの通説は、対価危険の移転に関する独民 644 条を参照して、原則として「引取 (Abnahme)」の時 (独民 644 条 1 項第 1 文)、例外として注文者の受領遅滞の時 (独民 644 条 1 項第 2 文) または運送取扱人への交付時 (独民 644 条 2 項) に対価危険は移転するとしている。独民 644 条は対価危険の移転について、次のように定めている。

独民 644 条「(1) 請負人は、仕事の引取まで危険を負担する。注文者が受領遅滞に陥ったときは、危険は注文者に移転する。注文者の供した材料の偶然の滅失および毀損については、請負人は責を負わない。

(2) 請負人が注文者の請求に基づいて仕事を履行地以外の場所に送付するときは、売買に関する 447 条の規定が準用される。」

この独民 644 条は、次の 3 つの事例について定めている。

第 1 事例：独民 644 条 1 項第 1 文は売買の独民 446 条第 1 文に相当する規定であるが、「引渡」ではなく仕事の「引取」または「完成」から危険が移転すると規定している。

第 2 事例：独民 644 条 1 項第 2 文は、上記の独民 326 条 1 項第 2 ケースおよび独民 323 条 6 項第 2 ケースと同じことを定めているように思われる。

第 3 事例：独民 644 条 2 項は、売買の独民 477 条を準用している。

これらのうち、第 1 事例：独民 644 条 1 項第 1 文は、仕事が、その引取または完成まで請負人の領域からのリスクにさらされているという典型事例を念頭においている。したがって、引取または完成までに仕事が注文者の領域に置かれたような場合には独民 644 条 1 項第 1 文は適しないとされる。⁽¹⁸⁾

(18) Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. Rn. 277 f.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 1164 ff.; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. § 8 Rn. 201 ff.; Gerlach/Manzke, JuS 2019, S. 330 ff.

①ドイツ連邦通常裁判所 BGHZ 40, 71

Bは請負人Uに納屋の建築を注文し、請負人Uの屋内作業はなお完了していなかった段階において、注文者BはUの同意を得て、その完成および引取前にその納屋に干し草を入れて使用していた。ところが、注文者Bが入れていた干し草が自然発火し、納屋は焼失してしまった。請負人Uは支払い拒否するBに出来高部分の請負報酬の支払いを求めた。

原審は、独民 644 条 1 項 1 文に基づき請負人Uの訴えを棄却した。それに対し、BGHは、独民 645 条 1 項「仕事が引取前に、請負人の責に帰すべき事由が関与することなく、注文者の供した材料の瑕疵またはその実行につき注文者が与えた指図によって滅失、毀損し、または実行不能になった時は、請負人は、給付された労働に相当する報酬の部分および報酬に含まれない費用の償還を請求することができる。」を類推適用して、請負人Uがすでに給付した建築労働分の報酬を注文者Bは支払わねばならないという。というのは、本件のように、注文者の行為が、仕事を危殆化し、仕事の滅失の原因となる状況にしたことは、独民 645 条 1 項が掲げる事例、つまり、注文者自身が仕事の滅失のための危険を高め、かつ、もし危険をこのように高めなければ仕事は滅失しなかったであろうという状況と同等と考えられるからであると判示した。

独民 644 条の定める上記第 1、第 2、第 3 事例は、もう一度やり直すことができる仕事の場合には、対価危険だけでなく給付危険も規律しているとされる。

たとえば、請負人UはBが注文した橋を造ったが、注文者Bは合意していた引取期限を過ぎてしまい、受領遅滞している（上記独民 296 条）。このケースにおいて、独民 326 条 2 項第 1 文第 2 ケースだけでは、請負人Uの報酬請求権を認めることはできない。というのは、独民 326 条 2 項第 1 文第 2 ケースは履行不能を前提としているからである。したがって、独民 243 条 2 項による特定、もしくは、独民 300 条 2 項による分離された目的物の受領遅滞と、その後の独民 275 条による履行不能も必要とする。それ

に対し、給付危険も対価危険も移転する独民 644 条 1 項第 2 文によれば、これらの規定を必要とせず、簡単にそのケースを処理することができる。独民 644 条 1 項第 2 文に基づき、給付危険は注文者 B に移転しているので、請負人 U は、もう一度、橋を作り直す必要はなく、また対価危険も移転しているので、請負人 U はすでに注文者 B に報酬を請求することができる。それゆえ、引取を危険移転の基準とする独民 644 条 1 項第 1 文の規律と比べると、運送取扱人への引渡でよいとする独民 644 条 1 項第 2 文の規律⁽¹⁹⁾においては注文者の地位を不利にしているとされる。

5 危険移転の法的構成

(1) 浮動的危険移転説

ところで、解除の効果に関する独民 346 条 3 項 3 号が「法定解除権の場合に、解除権者が自己の事務に対して通常用いるのと同じの注意をしたにもかかわらず、毀損または滅失が解除権者のもとで生じたとき、価値賠償義務は消滅する。」と規定していることも、瑕疵ある目的物を給付したのでは、対価危険は移転しないことを示すとされる。

たとえば、売主 V から買主 K は馬を購入したが、その後、獣医がその馬を診断したところ先天性の不治の病にかかっていることが判明した。買主 K はその家畜を他の家畜と一緒に馬小屋に入れておいた。翌日の夜、何者かがその馬を盗んだ。

本件では、買主 K はささいではない瑕疵のある目的物の引渡を受け、目的物の滅失と同一の目的物喪失となった。それにもかかわらず、買主 K は、独民 437 条 2 号、326 条 5 項、323 条 5 項第 2 文に基づき売買契約を解除することができ、独民 346 条 1 項に基づき支払った代金の返還を求めることができる。さらに、本件では、買主 K は受領した馬を返還しなければならず、その馬の返還は独民 275 条 1 項（日民 412 条の 2 第 1 項に相当）に

(19) Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. Rn. 277 f.; Gerlach/Manzke, JuS 2019, S. 329 ff.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 1091 ff. Rn. 1164 ff.

基づき不能となったけれども買主Kは自己の財産におけると同一の注意をはらっていたので独民346条3項3号に基づき馬の価値賠償をしなくてもよい。もし、本件で対価危険が買主Kに移転していればKは目的物が偶然に滅失した場合でも代金全額を支払わねばならず、解除もできないはずであるが、独民346条3項3号の規定は、買主に瑕疵のある目的物が引渡されたとき、対価危険は買主に移転していないことに賛成する⁽²⁰⁾という。

そこで、Lorenzらは、上記馬の事例のように、買主が瑕疵のある目的物の引渡を受けたのち、物が偶然に滅失・毀損されても、買主は、独民346条3項3号に基づき価値賠償義務を負わずに解除などの瑕疵担保権を主張することができることを根拠として、売主が瑕疵ある目的物を引渡すと、買主が瑕疵なき代物の請求（独民437条1号、439条1項）、契約解除（独民437条2号、323条1項5項、326条、440条）、または全給付に代わる損害賠償を請求するときまで危険移転は浮動状態にあり、買主が解除や全給付に代わる損害賠償を正当に請求すると、対価危険を買主は確定的に負っていなかったことになるとの浮動的危険移転を認める⁽²¹⁾。

(2) 擬制された危険移転説

これに対し、WestermannやHeinemeyerらは、独民434条の条文通りに、目的物に瑕疵がなければ危険が移転したであろう時点における擬制された危険移転⁽²²⁾（仮定的危険移転）を認める。なぜなら独民434条が目的物に瑕疵があるか否かの判断基準を「危険移転時」と定めているからであるという。そして、それまでの履行段階は、その「擬制された危険移転時」から瑕疵担保責任の段階に入るという。

(20) Heinemeyer, NJW 2019 S. 1025 ff.

(21) Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002 Rn. 478; Medicus/Lorenz, Schuldrecht BT 18. Aufl. § 4 Rn. 10.

(22) MüKo Westermann, 8. Aufl. § 434 Rn. 50, § 437 Rn. 6; Erman/Grünwald, Vor § 437, Rn 3 f.; Heinemeyer, NJW 2019 S. 1025 ff.

(3) 一応の履行認容説

さらに、Oechsler⁽²³⁾らは、アメリカ法の acceptance を参照し、独民 363 条に基づき、一般債務不履行法が特別瑕疵担保法に修正されるためには、目的物の引渡とともに「買主が目的物を一応の履行として認容 (Billigung) したこと」が必要であると主張している。⁽²⁴⁾

そして、買主がその工場の生産工程に適合する機械を購入し、売主が買主の工場の生産工程に機械を適合させる作業も引き受けていたところ、先に工場に引き渡された機械本体には瑕疵はなかったが、機械を生産工程に適合させることができなかつた場合には、独民 434 条 2 項第 1 文に基づき、組立瑕疵があり、その瑕疵があるかどうかの判断基準時は、機械本体の工場への引渡時ではなく、瑕疵なき物の引渡と組立時とされ請負契約的要素があり、本件では、工場の生産工程へ適合していると買主が黙示的にも認容したときから買主には代金支払義務がある。それゆえ、買主の履行としての認容前に不可抗力によって機械の一部が損傷した場合には売主が給付危険を負う。さらに、極端な逸脱 (Extremabweichung) と追完への逃避 (Flucht in die Nacherfüllung) の場合を「擬制された危険移転説」によれば適切に処理することができないと批判している。⁽²⁷⁾

⁽²³⁾ 独民 363 条「債権者が履行として提供されたものを履行として認めた場合には、当該給付が債務の目的と異なるものであること、または当該給付が不完全であることを理由に当該給付を履行として認めないことを主張しようとするときは、その立証責任は債権者にある。」

⁽²⁴⁾ Oechsler, Vertragliche Verhältnisse, 2. Aufl. Rn. 90 ff.; Beck-OK BGB Faust, § 437 Rn. 5 f.; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Verhältnisse, 5. Aufl. 2018 § 2 Rn. 153 ff.; Günter Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf, 1982 S. 170-176. Leser 教授門下の Krämer の見解について、拙著『表示責任と契約法理』82-85 頁参照。なお、Oetker/Maultzsch, a. a. O., § 2 Rn. 150 は、種類物売買における瑕疵の存否の判断基準時を引渡時とする。このように、「一応の履行認容説」においても、瑕疵の存否の判断基準時を引渡時とすることは可能である。

⁽²⁵⁾ 独民 434 条 2 項第 1 文「合意された組立 (Montage) が売主またはその履行補助者によって適切になされなかつたときも物の瑕疵はある。」

⁽²⁶⁾ 同様に、キッチンの売買契約の目的は、スイスの買主の家にキッチンを設置し取り付けることであつたがうまく設置できなかったケースについて BGH NJW 2013 1431 Rn. 19 Rn. 21。

6 ドアに傷ある新車引渡事件

次の判決は、独民 323 条 5 項第 2 文によれば契約解除することができない軽微な（修補しうる）瑕疵ある目的物が提供され単に引渡された場合でも、買主は同時履行の抗弁権により代金支払いを拒絶できるだけでなく、その新車の受取を拒絶することができ、その場合には瑕疵担保責任の段階には入らないことを明らかにした新判例である。

②ドイツ連邦通常裁判所 2016 年 10 月 26 日判決 BGH NJW 2017 1100 (事実)

自動車販売店 X は、2013 年 1 月 15 日付けの注文に基づいて、買主 Y に 7 人乗りの新車「フィアットフリーモント」を 21,450 ユーロの価格で販売した。両当事者は、買主 Y の住所に無料配達すると合意した。

同年 7 月 16 日に車が買主 Y の住所に納車されたとき、運転席のドアの塗装が破損していた。この点に関して、運送会社の納品書には、「運転席のドアに小さなへこみがあり、修理費用は売主 X が負担します」と記載されていた。同日、買主 Y は X に電話で車両を「拒絶」として告げ、さらにファックスでも「残念ながら、納品書に記載されている小さなへこみはそれほど小さくはありません。下地塗装を越え約 2～3 mm の深さで板金にまで達します。状況が明らかになるまで代金の振込をすることができない。」と通知した。

同年 7 月 17 日付けの書簡で、売主 X は、「軽微な損傷」に過ぎないと主張し、購入価格の全額を振込むよう求めた。その後、買主 Y は同年 7 月

(27) Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 90 ff.; Oechsler, NJW 2004, S. 1827 f. また、Gerlach/Manzke, JuS 2019, S. 330 参照。

(28) 契約解除に関する独民 323 条 5 項は、同項第 1 文の量的部分解除と、瑕疵担保で問題となる第 2 文の質的部分解除とを区別している。独民 323 条 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のみ、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。」

17 日付けの自動車塗装店からの塗装費用 528.30 ユーロと記載された見積もり書を売主 X に送った。

同年 7 月 25 日付けの書簡の中で、売主 X は、「修理請求書原本が提示されれば、法的義務を認めずに最大 300 ユーロの修理費を負担するだろう」と述べた。買主 Y は、同年 7 月 26 日付けの弁護士の書簡により、同年 8 月 10 日までの期限を設定し、車の塗装損傷を無料で修理するよう売主 X に要求すると、同年 8 月 6 日売主 X は未使用のままの車を引き取った。

その後 1 ヶ月が経過してしまい同年 9 月 11 日の書簡で、買主 Y は車を直ちに配送するよう要求した。ようやく同年 10 月 16 日、売主 X は塗装損傷部分を修理した車を買主 Y に引き渡した。買主 Y はその車を履行として認容し（独民 363 条参照）、X からの催告を受けることなく 10 月 20 日に代金全額を売主 X に支払った。

売主 X は、塗装損傷の修理費は 249.90 ユーロに過ぎず、買主 Y には代金支払義務と付随義務としての目的物受取義務の履行遅滞（独民 280 条 1 項 2 項、286 条）、および、目的物受取拒絶によって受領遅滞に陥っている（独民 304 条増加費用の償還）と主張し、同年 7 月 25 日から 10 月 20 日までの期間についての購入代金の遅延利息 235.65 ユーロ、車引揚にかかる費用の清算 167.64 ユーロおよび車両の再配達費 350 ユーロ、および 2013 年 8 月 8 日から 10 月 15 日の期間の車保管費 621 ユーロの支払を買主 Y に訴求した。下級裁判所では訴訟は不成功に終わり、売主 X は上告した。

(判旨) 上告棄却

独民 320 条（同時履行の抗弁権）には、契約を維持したい債権者が債務者から履行を受ける権利があることを確保することと、債務者に債務の本旨に従った履行をするように促す圧力をかけることという 2 つの目的がある。売主 X は、独民 433 条 1 項第 2 文に基づき瑕疵のない新車を買主に取得させる義務を負い債務の本旨に従った履行をしなければならなかったにもかかわらず、ドアに塗装損害があるという軽微な瑕疵があるため、もは

や新車ではなく、⁽²⁹⁾ 独民 434 条第 1 文の合意された性状を有しない。独民 320 条の目的からは、買主 Y には本件車の最初の配達時に代金を支払う義務はなく、売主 X は、瑕疵の修理のため本件車を引取り、車が再配達されるまでに 2 か月以上経過し、その間、買主 Y はそれを使用できなかったという本件事情の下では、買主 Y は購入価格全部の支払を差し控えることによって債務者 X に圧力をかけることができるべきである。したがって、買主 Y は代金支払い義務について履行遅滞に陥っていなかったため、遅延利息の支払い義務はない。売主の義務違反が比較的に軽微である場合に買主が代金全額について同時履行の抗弁権に基づき支払拒絶することが信義則に反する可能性があるが、本件においては、そのような特別事情はない。

また、買主の負う付随的義務である目的物受取義務の違反があったかについても、売主が軽微であっても瑕疵ある目的物を提供したので、債務者が債務の本旨に従った履行をするよう圧力をかける目的を有する独民 273 ⁽³⁰⁾ 条の履行拒絶権を買主は瑕疵なき物の引渡まで有し、買主は履行遅滞にも受領遅滞にもならない。なぜなら、独民 433 条 1 項第 2 文は、売主は瑕疵のない物を取得させる義務を負うとし、債務の本旨に従った履行を提供し ⁽³¹⁾ なければならぬので、独民 281 条 1 項第 3 文や独民 323 条 5 項第 2 文と異なり、本件では売主の義務違反が重大か否かを問題としないからであ

(29) Riehm, JuS 2017, 464 は、本件において新車にはドアに塗装損傷があるので、独民 434 条 2 文第 2 号の「通常の性状」もないという。

(30) 独民 273 条 1 項「債務者が、自己に義務が生じたのと同じ法律関係により、債権者に対して履行期に達した請求権を有するときは、債権関係から異なる結果が生じない限り、債務者は、自己の受けるべき給付の実行があるまで、債務の目的である給付を拒絶することができる。」。本件における目的物受取義務は付随義務であったため、売主の負う瑕疵のない物を引渡す債務と双務関係になく、買主は同時履行の抗弁権を主張することができないと②判決はいう。

(31) 独民 281 条 1 項第 3 文「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。」

(32) 独民 323 条 5 項第 2 文「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はできない。」

る。また、本件買主のように、売買契約を維持し、瑕疵なき目的物の引渡を求める場合の当事者の利益状況は、上記条文のように解除や全部の給付に代わる損害賠償などにより契約を清算しようとする場合の状況とは異なるからである。買主 Y は 2013 年 7 月 16 日に、ドアの瑕疵を無料で修復するよう要求し、現在の瑕疵ある状態での車の受取を「拒否」として表明することにより、この履行拒絶権を黙示的に主張した。売主 X は、10 月 16 日によろやく塗装損傷を修補した車を買主 Y に引き渡した。

売主 X は、独民 294 条（日民 493 条本文に相当）⁽³³⁾に基づき、7 月 16 日に瑕疵のない新車を現実に提供しなけりばならなかつたので、買主 Y は塗装損傷を指摘して車の受取を拒絶しても、受領遅滞に陥らない。したがって、売主 X は買主 Y の受領遅滞を理由に債務者の増加費用として本件車の持ち帰り費用・再配達費用および本件車のその間の保管費用の償還を要求することはできない。

（評価）ドイツ連邦通常裁判所は、目的物に軽微な瑕疵がある場合であっても、売主は債務の本旨に従った履行を現実に提供しなかつたので（独民 294 条、日民 493 条本文に相当）、買主は同時履行の抗弁権により代金支払いを拒絶することができるほか、独民 273 条 1 項に基づき目的物の受取も拒絶することができ、それによって受領遅滞にも陥らないとの見解を明らかにした。なぜなら、独民 294 条と独民 320 条 1 項第 1 文、273 条 1 項には不履行の重大性を要するとの文言がなく、また、これらの条文の意義と目的は、債務の本旨に従った履行を債務者に求める圧力手段を債権者に付与することにあるからである。⁽³⁴⁾また、独民 320 条（同時履行の抗弁権）には、契約を維持したい債権者が債務者から履行を受ける権利があること

(33) 独民 294 条「給付はその債務の本旨に従い債権者に対し現実に提供しなけりばならない。」

(34) Ostendorf, NJW 2017 1103; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018 § 2 Rn. 154; MüKo Emmerich, 8. Aufl, 2019 § 320 Rn. 3 ff.

を確保することと、債務者に対し債務の本旨に従った履行をするように促す圧力をかけることという2つの目的があるとして、目的物に軽微な瑕疵がある場合であっても、原則として買主は代金全額の履行を拒絶することができる⁽³⁵⁾ことを明らかにした。

Ⅲ 追完請求権との同時履行

瑕疵担保権としての追完請求権は、本来の履行請求権の変容したものである⁽³⁶⁾ので、代金請求権と牽連関係にある。それゆえ、瑕疵ある目的物の引渡後は、売主が追完として瑕疵のない代物を提供するか、瑕疵を修補するなど必要な追完をなすまで、買主は同時履行の抗弁権（独民 320 条、日民 533 条）に基づき、代金の支払いを拒絶することができる。次のドイツの連邦通常裁判所の判決は、買主が、追完請求権と対価支払債務との同時履行を主張した事件である。

③ドイツ連邦通常裁判所 2020 年 2 月 14 日判決 BGH NJW 2020 2104 = BGHZ 225, 1.

（事実） X は、当時の妻と一緒に銀行からローンを得て建物の賃貸目的で本件土地建物を購入していた。2008 年に夫婦は離婚し、本件住居は半分ずつの共有持分となった。元妻は、資産の単独管理を引き受けた。2009 年 12 月中旬に X は X の有する共有持分（Miteigentumsanteil）を Y に 58 万ユーロで売却し移転登記をした。購入代金のうち、8 万ユーロは現金で支払われ、残りの 50 万ユーロは、買主 Y が売主 X を X のローン返済義務から解放することによってなされることになっていた。買主 Y が X を同債務から解放させる義務を履行しなかった場合には、売主 X は売買契約を解除することができることが契約に定められていた。

⁽³⁵⁾ Ostendorf, NJW 2017, 1103; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Rn. 227 f.; Gerlach/Manzke, JuS 2019, 430.

⁽³⁶⁾ Looschelders, Schuldrecht BT 16. Aufl. § 4 Rn. 78 ff.

2011 年 12 月 10 日付けの書簡により、売主 X の元妻は、2011 年 2 月から 11 月までの期間にローン返済のため支払った分 29,000 ユーロの求償を売主 X に求めてきたので、X は買主 Y にこの義務から解放するよう Y に期限を定めて要求したが、買主 Y は何もしなかった。そこで売主 X は 2012 年 7 月 21 日付けの書簡で売買契約を解除した。この解除後に買主 Y は、本件建物には、カビ (乾腐病) の侵入、防火の瑕疵、建物の給排水の瑕疵、さまざまな部分の不十分な断熱、地下壁の瑕疵などの瑕疵がある (総額 56 万ユーロ) ことに基づいて同時履行の抗弁権を主張することにより、売主 X の解除に反対した。原審は、買主 Y が主張する重大な瑕疵を認定していなかった。

(判決) 破棄差戻

1 ドイツの通説によれば、独民 320 条に基づく同時履行の抗弁権の場合、その抗弁権の行使ではなく抗弁権の存在がすでに、履行されない反対債権 (追完請求権) と牽連関係にある債権 (代金債権) の貫徹可能性 (Durchsetzbarkeit) を妨げる。したがって、そのとき代金債務を履行しなくても履行遅滞とならないだけでなく、独民 323 条 1 項に基づく解除もすることができない。つまり、独民 323 条 1 項に基づく解除 (催告解除) には、代金債権が履行期にあるだけでなく、代金債権の貫徹可能性も必要であるからである (BGH Rn. 38 ff.)。

2 買主の瑕疵担保権に関連して、不動産の共有持分の売買が権利の売買であるか物の購入であるかについて、BGH は、共有持分の売買を物の売買として瑕疵担保規定を適用する。そして、建物を含む不動産の共有持分を譲り受けた買主は、建物を含む不動産の所有権と占有権を共有しており、その買主の有する追完請求権は、取得した土地建物に関するものである (BGH Rn. 45 ff.)。それゆえ、不動産の共有持分の買主も、独民 433 条 1 項 2 文に基づき瑕疵のない目的物を請求することができ、そのための追完請求権を有するという (BGH Rn. 50 f.)。

3 買主が瑕疵担保権として追完請求することができる場合、追完請求権は本来の履行請求権が変形したものであるので、売主の代金請求権と牽連関係にあり、買主は独民 320 条に基づいて同時履行の抗弁権を有する。もし、買主が追完請求権や瑕疵担保権を有する場合には、買主が同時履行の抗弁権を行使したときに初めてではなく、買主に追完請求権・瑕疵担保権との同時履行の抗弁権があれば、追完請求権・瑕疵担保権と牽連関係にある代金債権の貫徹力を排除する。それゆえ、相当期間経過後も買主が代金を支払わないので売主が売買契約を解除した場合でも、解除後に買主が目的物の瑕疵を主張し追完請求をすると、売主の有する対価支払請求権の貫徹力の欠缺のため売主の解除は無効となる可能性がある。ただし、このとき、買主の間接義務（オプリーゲンハイト）として、買主は、代金を支払わない理由、または、代金支払いのような反対給付を履行しない理由、すなわち本件では売主のための免除義務を履行しない理由を売主に通知しなければならない場合があるという（BGH Rn. 51 ff.）。

4 BGH の見解によれば、「買主の瑕疵抗弁は、売主に過度の負担をかけるような浮動状態に陥ることはない。なぜなら、独民 320 条に基づく抗弁も信義則の枠内で認められるにすぎないからである。たとえば、家主の知らない（アパートの）瑕疵を理由として借家人が履行期にある家賃支払いを拒絶する場合、借家人が家主に瑕疵を通知した後にしか家賃支払いを拒絶する権利を主張することができない。」という。売買においても、買主が売主によって設定された相当な期間内に自己の主張する瑕疵を告げず、また自己の有するどの瑕疵担保権を行使するかを決定しない場合には、買主に同時履行の抗弁権はないことがある。これは、矛盾行為禁止によるものであるという（BGH Rn. 60.）。

5 売主は、原則として買主が追完に協力した場合にのみ、追完義務を履行することができる。それゆえ、買主は、売主に追完する機会を与える間接義務（オプリーゲンハイト）を負う。たとえば、この間接義務は、買主が口頭または書面で追完を要求することに限定されず、買主が瑕疵を告げ

たのであれば、売主が当該商品を調査できるように当該商品を売主に渡すことなども含む。不動産の共有持分を購入した場合には、共有持分の買主は売主に自分で追完をする機会を与えるだけでなく、独民 744 条 2 項および独民 745 条 2 項に基づき、他の共有者に対し瑕疵を除去するために必要な措置に同意し、瑕疵除去のために発生した費用を持分に応じて負担するように説得する間接義務を負う。共有持分の買主がそれに成功しなかった場合、または、訴訟によってのみ成功する場合、独民 275 条 1 項第 1 ケース⁽³⁷⁾ (履行不能) に基づき、共有持分の売主は主観的不能として追完義務から解放される。というのは、その法的紛争がどうなるかの決定を待つことは、追完を提供する準備ができていない売主のせいにはできないからである (BGH Rn. 62.)。このように他の共有者が追完に協力する意思がない場合、売主は独民 275 条 1 項に基づき主観的不能として追完義務から解放されるため、追完できない瑕疵がある。

6 このように、売主が追完をすることができない場合、独民 326 条 5 項⁽⁴⁰⁾ (無催告解除) に基づき買主には契約解除権がある。この買主の解除権があることは、買主が瑕疵を指摘しどの瑕疵担保権を行使するか具体化して間接義務 (オプリーゲンハイト) 違反がなければ追完が不能となっても瑕疵抗弁が存続することを確認する (Rn. 60)。独民 326 条 1 項第 2 文も、⁽⁴¹⁾

(37) 独民 744 条 2 項「各持分権者は、他の持分権者の同意がなくても物の保存に必要な行為を行うことができる。各持分権者は、他の持分権者がその保存行為にあらかじめ同意することを請求することができる。」わが国の共有物の管理に関する民 252 条に相当する規定である。

(38) 独民 745 条 2 項「各持分権者は、管理および利用が合意又は多数決によって定まっていなない場合には、公平な裁量に従いすべての持分権者の利益に適した管理及び利用を請求することができる。」わが国の共有物の変更・管理に関する民 251 条 252 条に相当する規定である。

(39) 独民 275 条 1 項第 1 ケース「給付が債務者にとって…不能である場合、給付請求権を行使することができない。」

(40) 独民 326 条 5 項「債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項までにより給付する義務を負わないときは、債権者は解除することができる。解除については、期間の定めを要することなく第 323 条を準用する。」

買主が様々な瑕疵担保権から救済手段を選択する機会を与えることを目的としているという。したがって、買主のその選択権を保護するため、買主が瑕疵を指摘しどの瑕疵担保権を行使するか具体化して間接義務（オプリーゲンハイト）⁽⁴²⁾違反なければ「買主が解除または給付に代わる損害賠償を求めるまで瑕疵抗弁がある」必要があるという（BGH Rn. 79）。

（評価）

BGHの見解によれば、瑕疵担保権としての追完請求権は、本来の履行請求権の変容したものであるので、代金請求権と牽連関係にある。瑕疵ある目的物の引渡後は、買主が追完請求することができる場合、買主は独民320条に基づいて代金債務につき同時履行の抗弁権を有する。買主が同時履行の抗弁権を行使したときに初めてではなく、買主に同時履行の抗弁権があることが、履行されない追完請求権と牽連関係にある代金請求権の貫徹力を排除する。それゆえ、催告して相当期間経過後も買主Yが代金を支払わないので売主Xが売買契約を解除した場合でも、解除後に買主Yが目的物の瑕疵を主張し追完請求をすると、代金債権の貫徹力が欠缺するため売主Xの解除は無効となる可能性があるという。

しかし、牽連関係にある債務の引換給付を認める同時履行の抗弁権のためには、まず履行期にある反対請求権（追完請求権）があることが前提とされる。しかし、追完請求権は、「抑制された請求権（*verhaltener Anspruch*）」⁽⁴³⁾とされるように、買主が瑕疵を主張したり、または、追完を求めて初めて履行期となるか追完することができるかとする、追完の履行期到来までは独民320条の同時履行の抗弁権は、追完請求権と牽連関係にある代金債権

(41) 独民326条1項第2文「給付が契約に適合しない場合において、債務者が第275条第1項から第3項（履行不能等による給付義務の排除）までに基づき追完をなす必要がないときは326条1項第1文（日民536条1項に相当）を適用しない。」

(42) 独民281条4項「債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は直ちに消滅する。」参照。

(43) 抑制された請求権とは、債権者が請求権を主張して初めて履行期となる請求権とされる。MüKo Westermann, 8. Aufl. § 439 Rn. 8; Beck-OK BGB Faust, § 439 Rn. 29.

の貫徹力を妨げるものではなく、それゆえ売主 X が解除した後に買主 Y が瑕疵を主張しても、売主 X がすでにした解除は有効なままとなる。もしくは、買主が瑕疵担保権を選択しないとき、(追完請求権の履行期は問題でなく) 追完請求権の履行可能性のみを妨げる。そこで、売主は、買主が瑕疵担保権のどれを選択するか決定するための相当期間を設定することによって浮動状態を終わらせることができ、買主が相当期間を経過しても瑕疵担保権を選択しない場合には、買主が同時履行の抗弁権を主張することは信義則に反するとい⁽⁴⁴⁾う。

また、同時履行の抗弁権を認めると、買主は目的物の瑕疵を指摘して代金支払いを拒絶することができるが、独民 437 条の定めなどの瑕疵担保権を行使するかを決定しないままとなり、その浮動状態が続く結果、売主のほうは、かなりの不利益を被ると批判される⁽⁴⁵⁾。そこで、判旨 4 が述べるように、信義則上の矛盾行為禁止から、買主がどの瑕疵担保権を行使するか選択するための相当期間を売主が買主に対し設定していたにもかかわらず、目的物の瑕疵を知っている買主はその相当期間内に何もせず、相当期間経過後に瑕疵担保権の一つを行使して代金支払いを拒絶することは誠実違反となり許され⁽⁴⁶⁾ない。これに対し、相当期間を経過してしまっても、買主が売主による 323 条 1 項に基づく解除の後に初めて目的物の瑕疵を発見して瑕疵担保権との同時履行の抗弁権を行使したときには信義則違反とは⁽⁴⁷⁾ならないとい⁽⁴⁷⁾う。

さらに、買主が瑕疵を告げないことなどが信義則に反する場合には、買主は目的物を履行として認容しているので(独民 363 条)、売主は「完全に履行した」ことから出発することができる。したがって、買主が目的物を受領したのち、売主が代金支払いのための相当期間を設定しているにもか

(44) Looscherders, NJW 2020 2076.

(45) Grunewald, Festschrift für Westermann, S. 251.; Joost, Festschrift für Canaris, S. 513 ff.

(46) MüKo BGB, 8. Aufl. Emmerich, § 320 Rn. 4 f.; Looscherders, NJW 2020 2076.

(47) Looscherders, NJW 2020 2076.

かわらず、買主が信義則に反して目的物の瑕疵も指摘せず代金支払いを拒絶する場合には、売主は相当期間経過後に解除することができる⁽⁴⁸⁾と信賴することができるという。ただし、売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合などには、売主はそのような信賴をすることはできないという。

独民 275 条第 1 項から第 3 項（履行不能等による給付義務の排除）に基づき追完請求権が認められない場合についても、③判決の判旨 6 が述べるように、信義則から、買主に解除、減額、または給付に代わる損害賠償を選択する機会を与えるため、合理的期間について買主に瑕疵抗弁が認められるべきであろう⁽⁴⁹⁾。しかし、その瑕疵抗弁が買主に認められるためには、買主は原則として瑕疵を具体的に指摘するなどの間接義務（オプリーゲンハイト）を負っている。したがって、③判決のように、相当期間経過後の売主 X による解除までに買主 Y が瑕疵を具体的に指摘することを放棄して瑕疵通知を不要とするのではなく、買主が代金支払いを拒絶できるためには、その支払い拒否の理由とする目的物の瑕疵を売主に具体的に指摘することを要する⁽⁵⁰⁾と解すべきであろう。そうでない場合には、③判決のように、売主 X は 323 条 1 項（催告解除）に基づき相当期間経過後に売買契約を解除したにもかかわらず、買主 Y はその解除後に瑕疵抗弁を行使することによって解除を無効とすることができることとなろう。

二 契約不適合責任と危険移転

I 売買における危険移転

種類物売買において、売主が契約に適合しない目的物を履行として提供

(48) Joost, Festschrift für Canaris, S. 527.; Looschelders, NJW 2020 2076.

(49) Grunewald, Festschrift für Westermann, 245, 251 ff.; Looschelders, NJW 2020, S. 2077. また MüKo Westermann, 8. Aufl. § 437 Rn. 22 参照。これに対し、Medicus/Lorenz, Schuldrecht BT 18. Aufl. § 7 Rn. 93 f. は、修補しえない瑕疵の場合には、修補請求権がないことから、同時履行の抗弁権も瑕疵抗弁も認めない。

(50) Looschelders, NJW 2020, S. 2077.

した場合には、売主は 401 条 2 項の「給付をするのに必要な行為を完了」していないので、特定は生じず、買主は依然として、本来の履行請求権に基づき、売主に対し契約に適合した目的物の引渡を求めることができるし、「そもそも、単なる事実行為としての引渡しと受取りに対して、危険（給付危険・対価危険）の移転という強い効果を与えてよいか」疑問があり、瑕疵のある物の受領を拒絶することができ、買主が受領しなくても受領遅滞とはならないとされる⁽⁵¹⁾。しかし、買主が売主から提供された当初の目的物を「履行として認容し、契約不適合を理由とする救済を求める」ことができる⁽⁵²⁾としたり、請負においては、「注文者としてはその仕事の結果を請負債務の履行としては承認しな⁽⁵³⁾」いとして報酬の支払いを拒絶することができ、また、注文者が一応「その仕事の結果を請負債務の履行として承認し⁽⁵³⁾」たうえで、瑕疵担保権を行使することができるとする。

このように、瑕疵がある目的物を提供されても、買主は瑕疵があることに気づかずに目的物の引渡を受けることが多い。改正民法 567 条の改正理由も、「従前の提案は引き渡された目的物が契約の内容に適合している場合に危険が移転することを定めていたが、それを修正して、目的物が契約に適合していない場合にも（一応）危険が移転することにした。たとえ契約の内容に適合しない目的物が買主に引き渡されても、その支配は買主に移転するため、それ以降に買主の責めに帰されない事由によって目的物が

(51) 潮見佳男『新契約各論 1』信山社 2021 年 192 頁 193 頁 196 頁、磯村保『改正債権法』有斐閣 2021 年 157 頁、296 頁、石川博康「売買」潮見佳男ほか編『詳解・民法改正』商事法務 2018 年 437 頁以下、山本敬三「契約責任法の改正－民法改正法案の概要とその趣旨」法曹時報 68 巻 5 号 (2016 年) 39 頁、同「民法改正と要件事実－危険負担と解除を手がかりとして」自由と正義 2016 年 1 月号 45 頁、大阪弁護士会民法改正特別委員会編『逐条解説・新債権法』有斐閣 2021 年 525 頁。すでに、拙著『表示責任と契約法理』日本評論社 1994 年 82 頁以下。

(52) 潮見佳男『新契約各論 1』193 頁。

(53) 潮見佳男『新契約各論 II』信山社 2021 年 262 頁 263 頁参照。すでに、拙著『表示責任と契約法理』82 頁以下、拙稿「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) = 拙著『表示責任と債権法改正』成文堂 239 頁以下、222 頁以下参照。

滅失・毀損した場合には、それを理由とする買主の救済は認められないためである。」⁽⁵⁴⁾という。

それに対し、請負における「引渡」につきわが国の通説は、「原則としては、注文者が目的物を点検し、仕事が契約内容の通りに完成されたことを明示または黙示に諒承して、直接占有を受けることを意味し、…直接占有の移転ではならず、注文者が、少くとも黙示に、仕事の結果を契約に適合するものと肯認する（Billigung）ことを必要とする」と解していた。⁽⁵⁵⁾「債権法改正の基本方針」も、アメリカ法の acceptance のほか、フランス・ドイツ・スイス・ケベック・オランダなどの民法を参照して、「請負人が仕事を完成したときは、注文者は、仕事の目的物を受領しなければならない。この場合において、注文者は、仕事の目的物を受領する際に、仕事の目的物が契約で定めた内容に適合することを確認するための合理的な機会が与えられなければならない。」と提案していた。⁽⁵⁶⁾民法改正研究会の「改正試案」も、「（請負報酬の支払時期）557条 注文者は、仕事を一応履行として受領すると同時に、報酬を支払わなければならない。」と定めていた。この「受領」とは、仕事の目的物の占有の移転を受けるだけでなく、一応履行として認容するという注文者の意思的要素が加わったものである。仕事完成前には、不可抗力等によって既履行部分の滅失・毀損が生じても、仕事の完成が可能である限り、原則として請負人は仕事完成義務を負っているが、仕事の完成により、請負人の債務は成果物に集中する。その引渡に対しその対価が支払われるのであるが、仕事の結果が契約に適合するか否かを注文者が初めて確認することができる機会が受領の際であり、その際には、目的物が契約に適合するか否か検査をするための合理的な機会

⁽⁵⁴⁾ 法制審民法部会での議論につき、松岡久和・松本恒雄ほか『改正債権法コンメンタール』法律文化社 2020年 770頁（北居功）。

⁽⁵⁵⁾ 我妻栄『債権各論中巻二』627頁-629頁 635頁 636頁、内山尚三「請負人の担保責任」『契約法大系Ⅳ』有斐閣 1963年 172頁 174頁、同『注民（16）』118頁。

⁽⁵⁶⁾ 民法債権法改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊 NBL 126号 364頁以下。

が保障されねばならないという。⁵⁷⁾

阪口准教授も、請負における瑕疵担保責任は、注文者が仕事を一応履行として認容して引渡を受けたことを翻して請負人の責任追及を認める制度であるとする。このような引渡受領までは、請負人は債務の本旨に従った履行をしたことの証明責任を負っていたが、注文者が「一応履行として認容」したので、引渡受領後は、引渡された仕事に契約不適合があることを立証しなければならない。また、引渡受領があれば、一応暫定的に仕事につき債務の本旨に従った履行があったものとされ、報酬債権の履行期が到来し、対価危険が注文者に移転するというべきであろう。

売買においても、潮見教授は、改正民法 567 条により、売買目的物の滅失・毀損に関する給付危険・対価危険は、売買目的物の引渡受領によって売主から買主に移転するので、買主への引渡受領後に「当事者双方の責に帰することができない事由」により目的物が滅失・毀損した場合には、買主は瑕疵担保権を有さず、また、引渡受領によって対価危険は買主に移転しているので、代金の支払いを拒むことはできない、ただし、買主が瑕疵ある目的物の受領を拒絶した場合には、買主への危険移転はない、とされる。⁵⁸⁾

ただし、買主への危険移転により権利行使が否定されるのは「その滅失又は損傷を理由」としたものに限定されるため、引渡以前に生じていた契約不適合等を理由とした権利行使は妨げられないし、⁵⁹⁾「機械の売買で売主が操作方法について誤った説明をしていたためにその機械が爆発して毀損した場合」やボイラーの売買で売主の設置方法に瑕疵があり火災が発生し

57) 『詳解・債権法改正の基本方針 V』商事法務 2010 年 50 頁～54 頁。

58) 阪口甲「請負契約における請負人の報酬請求権の履行期 (2・完)」法雑 65 卷 3・4 号 2019 年 670 頁、同「請負契約における注文者の材料または指図による契約不適合 (2・完)」法雑 66 卷 3・4 号 2020 年 731 頁注 82 は、「一応履行として認容」を「性状承認」という。すでに拙稿「請負における瑕疵担保と債務不履行」香川法学 35 卷 4 号 (2016 年) = 拙著『表示責任と債権法改正』成文堂 239 頁以下参照。

59) 潮見『新契約各論 I』191 頁以下。

60) 石川博康「売買」潮見佳男ほか編『詳解・民法改正』商事法務 2018 年 437 頁。

た場合など、引渡し後の滅失・毀損が「売主の責に帰すべき事由」による場合は、567条2項の反対解釈から、買主は瑕疵担保権（や売主の債務不履行責任）を追及することができるし、代金の支払いを拒むことができるとする。また、「引渡し時に提供された物に既に契約不適合があった場合や、引渡しが遅延した場合には」滅失・毀損とは別個の瑕疵担保権や履行遅滞という観点から、買主は売主に対し法的救済を求めることができる⁽⁶¹⁾としている。さらに、目的物の滅失・毀損が目的物の契約不適合自体による⁽⁶¹⁾ときは、買主は瑕疵担保権に基づいて解除することができる。Lorenzらの浮動的危険移転説がいうように、この場合に買主が解除や瑕疵のない代物の請求をすれば、確定的に危険はそもそも買主に移転していないことになる。ドイツの擬制された危険移転説もその擬制された危険移転後に瑕疵を発見した買主に瑕疵担保権の行使を認め、買主が解除、代物請求、または給付に代わる損害賠償を請求するときに遡及的に対価危険は買主に移転していなかったことになるとする。引渡受領を一応の履行として認容と解する説によっても、引渡受領時には一応履行として認容しただけであるので、買主が解除、代物請求、または全部の給付に代わる損害賠償を請求するときに遡及的に対価危険は買主に移転していなかったことになる⁽⁶²⁾。そして、買主が瑕疵のない代物の引渡を請求するときには、代物の引渡と引き換えに買主は瑕疵ある目的物を売主に返還しなければならず、その返還との同時履行関係にある⁽⁶³⁾。また、買主は支払った代金の返還を求めることができる⁽⁶⁴⁾。さらに、売主の責めに帰すべき事由に基づき商品の包装に瑕疵があり、そのため商品の送付中に商品が壊れて買主に到着したときには、買

(61) 潮見『新契約各論Ⅰ』188頁以下、同『新契約各論Ⅱ』251頁。

(62) 拙著『表示責任と契約法理』85頁以下、96頁以下、拙著『表示責任と債権法改正』222頁以下、松岡・松本ほか前掲注(64)（北居功）774頁。

(63) 追完請求に関するドイツ民法439条5項は、解除に関する独民348条を準用している。代物請求の場合の同時履行関係について、拙著『表示責任と契約法理』日本評論社1994年98頁以下参照。潮見佳男『債権各論Ⅰ第3版』新生社2017年95頁参照。

(64) BGH NJW 2010, 148 参照。

主は契約責任として全履行に代わる損害賠償を請求することができる。⁽⁶⁵⁾
ウィーン売買条約 70 条も、売主による重大な契約違反と危険移転との関係について、危険移転があっても、売主が重大な契約違反をした場合には、買主の本来の法的救済を損なうものではないし、買主が解除または代物引渡を求めると危険も遡及的に売主に復帰するとしている。⁽⁶⁶⁾

次に、改正民法 567 条 2 項は、契約に適合する目的物を売主が提供したにもかかわらず、買主が履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合（受領遅滞）に「履行の提供があった時」から買主が給付危険・対価危険を負担すると規定しているが、取立債務の場合に、売主が買主に履行の準備ができたことを通知し、ある期間内に売主の住所で買主が目的物を受け取る約定であったとき、買主はその期間内ははまだ受領遅滞とはならないので、危険移転の時期は「履行の提供により受領遅滞に陥った時」と解すべきである。⁽⁶⁷⁾

II 請負における危険移転

売買の危険移転に関する改正民法 567 条は有償契約である請負契約に準用される（559 条）。仕事の目的物に関する危険は、目的物の引渡受領によって、請負人から注文者に移転する。それゆえ、注文者に引渡受領された後に目的物が「当事者双方の責めに帰することができない事由」により滅失・毀損した場合は、注文者は瑕疵担保権を行使することができないし、引渡受領によって対価危険が注文者に移転しているので、注文者は報酬を支払わなければならない。

しかし、次の④判決は、ドイツの①判決と同様に、仕事の引渡期限前に

(65) Stieper, Gefahrtragung und Haftung des Verkäufers, AcP 208, 818 ff.; BeckOK BGB 01. 05. 2021 Faust, § 437 Rn. 203.

(66) Schlechtriem/Komm. CISG, 7. Aufl. 2019, Hachen § 70, Rn. 1 f., Rn. 10 f.; 甲斐道太郎・石田喜久夫ほか『注釈国際統一売買法Ⅱ』102 頁以下（山田到史子）。

(67) 磯村保「売買契約法の改正」Law and Practice 10 号（2016 年 9 月）88 頁、曾野裕夫「売買」法時 86 卷 12 号 2014 年 94 頁。

仕事を注文者が引渡受領した場合に危険移転を認めている。

④東京地判昭和52年7月11日判時879号101頁では、A観光はAゴルフ場を持っており、A観光社長Bと造園工事をしているYが芝張り工事について交渉し、結局、Bが社長を務めるX建設を注文者とし、Yを請負人としてゴルフ場の芝張り工事の請負契約が締結されたが、芝張り工事が終了したホールごとに注文者X建設に仮引渡しした後、豪雨などにより芝が枯死した。④判決は、請負人「Yが芝張り工事を完成した各コースにつき順次注文者X建設に仮引渡をしたうえ、請負人Yは直ちに仮引渡し後の各コースにつき維持・管理請負作業に入ることなどに徴すれば、本件請負契約においては、芝の所有権は、右仮渡しの時点をもって請負人Yから注文者X建設に移転させる趣旨であったものと解すべきであり、したがって、両当事者の責に帰すべからざる事由により芝の滅失・毀損が生じたときは、仮引渡しまではこれに関する危険は請負人Yが負担し、仮引渡しにより以降注文者X建設が負担するものというべきである。」とし、本件枯死は、仮引渡し後に生じたものであるから、注文者が危険を負担すべきという。そして、芝の本件枯死の原因は、昭和40年6月末ごろに集中豪雨があり、注文者Y建設が設置した排水溝から水が流出して、フェアウェイは広範囲にわたって冠水したという不可抗力、および、注文者Y建設が芝張りの先行工事であったゴルフ場造形工事、給排水工事を遅滞したことにより、芝張り工事をすぐにできず、栽培農家から切り取って運んできた芝を直ちに張り付けることができず、長時間たい積したまま放置したため、芝が黄色に変色したのもあったことからであるとし、注文者X建設には責めに帰すべき事由もあったとして、注文者X建設が主張する芝張り工事未完成による契約解除と損害金請求を認めず、請負人Yの報酬請求を認めた。

また、請負では、改正民法636条は、引渡された仕事に不適合があった場合には、履行の追完の請求、報酬の減額請求、損害賠償の請求、契約の解除という瑕疵担保権を行使することができることを前提として、不適合の原因が注文者の供した材料または注文者の与えた指図にある場合には瑕

疵担保権の行使が排除される、(ただし、請負人が材料や指図が不適當であることを知りながら告げなかった場合には瑕疵担保権の行使が可能である) ことを規定している。瑕疵の原因が注文者の行為等にある場合には、原因主義から請負人には瑕疵担保責任がないとするのが公平であるからである。⁽⁶⁸⁾したがって、⑤名古屋高判昭和 49 年 11 月 27 日は、特殊な製造工場を建設する請負契約締結前に、注文者が製造工場の屋根材・壁材として A 社製の新建材を使用することを確定しており、特に屋根材に使用された A 社製の新建材に亀裂が多数発生し、A 社の指示に従って補修しても亀裂の進行を止められなかった場合に、請負人の瑕疵担保責任を否定している。⑥大阪地判昭和 63 年 12 月 23 日判タ 700 号 207 頁は、円筒研削機を改造する請負契約を締結し、請負人は本件円筒研削機を改造したが、約定通りの研削精度が達成されなかった場合に、その原因の一つは、注文者の指図に従ってその組立図のとおり主軸台を製作したことにあるとして請負人は契約所定の義務を履行したとする。

しかし、⑦京都地判平成 4 年 12 月 4 日判時 1476 号 142 頁では、請負人 Y は注文者 X と 5 階建賃貸マンションの新築請負契約を締結し、Y はこれを完成して引き渡した。注文者 X は本件建物全体の設計・監理を B 設計に委託しており、請負人 Y は、給排水管設備の施工を B 設計から紹介された A 設備に下請けさせた。本件建物の建築工事に関して、1, 2 週間ごとに B 設計と請負人 Y とで工事打合せ会議をしていたところ、本件給排水設備工事の打合せにおいて、A 設備から B 設計に対し、横引配管の点について、汚水・排水管の通る天井の厚みが設計上足りないために A 設備の当初施工図の通りに到底施工できないとの問題が提起され、三者協議の結果、管の通る天井の厚みを 2 センチ増やし、汚水・排水管勾配を当初予定の 100 分の 1 から 200 分の 1 と変更すること (したがって勾配がほとんどなくなった)、合流箇所当初施工図の Y 字型の接続ができないので汚水の横引管

(68) 我妻榮『債権各論中巻二』634 頁。

の接続に（汚水が詰まりやすい）T字型の継ぎ手を用いることとしたため、A設備が施工した污水管設備は構造上汚物が残留しやすく、建物の賃貸直後からトイレが詰まったり汚水が逆流するなどの賃借人からの苦情が殺到した。そこで、注文者Xは污水管設備にはT字型の継ぎ手付近に汚物が残留しやすい構造になっている瑕疵があるとしてYに対し瑕疵の修補に代わる損害賠償を請求した。これに対し、請負人Yは、本件施工は注文者Xのために新築工事を設計・監理していたB設計の指図に基づくものであるから、636条本文により担保責任を負わないと反論した。

⑦判決は、確かに、本件施工はB設計による天井の厚みが不足していることに起因し、さらにB設計が本件施工を承認していたが、Yは本件建物全体の新築を請け負った大手建設会社であり、給排水設備の施工に関してはB設計よりも請負人Y（および下請けのA設備）の専門知識・経験が勝っているから、そのような「工事請負人が、工事に関する注文者の指図に従って工事をすれば、その指図の当不当を吟味しなくとも、常に担保責任を免れると容易に理解することはできない。」として請負人Yの修補に代わる損害賠償責任を認めた。ただし、本件建物の天井の厚みに余裕がないなど注文者XやB設計による本件建物の設計の不備に汚水の逆流などの根本的原因があるとして、民法636条の法意にかんがみ、418条の過失相殺の規定を準用して、本件施工による損害の5割を減額した。

以上のように、請負において、一応履行としての認容を含む引渡受領によって報酬債権の履行期が到来しても、注文者は準法律行為としての意思の表明としての「一応履行として認容」しかしていなかったのであるから、その後、引渡受領した目的物に瑕疵を発見した場合には注文者はなお瑕疵担保責任を追及することができる⁽⁶⁹⁾とすべきではなからうか。また、注文者

(69) 潮見佳男『新契約各論Ⅱ』262頁263頁は、「一応履行としての認容」を「客体承認」という。しかし、機械製作などの請負契約において、注文者が、その後、仕事の重大な瑕疵を見つけて仕事の重大な当該瑕疵を理由として、解除や新規製作、全給付に代わる損害賠償を請求することもあろう。Leser教授門下のKrämerの説について、拙著『表示責任と契約法理』日本評論社1994年82頁以下参照。

が請負人とは別の者に仕事の一部をさせ、その部分に瑕疵があった場合や、仕事の不適合の原因が注文者の指図にあった場合などには、「注文者の責めに帰すべき事由」によって瑕疵が生じたとして瑕疵担保権を行使することができなかつたり (562 条 2 項, 563 条 3 項, 564 条, 543 条), もしくは, ⑦判決のように, 一応帰責事由のある請負人の損害賠償義務は認め, 過失相殺により損害賠償額が減額されることがあろう。

三 契約不適合責任と同時履行

瑕疵がある目的物が引渡された場合, 請負人の履行義務はなお果たされていないので, 請負人は追完義務を負い, また, 追完に代わる損害賠償義務を負う。それらの義務を請負人に履行させるため, 同時履行の抗弁権により注文者は報酬支払義務の履行を拒絶することができる。

しかし, ⑧大判大元年 12 月 20 日民録 18 卷 1066 頁は, 注文者は工事の最終部分を他人に完成させて目的物を占有し, 請負人が仕事を完成することができなくなったが, 注文者がただ「目的物に瑕疵がある。」と主張して報酬の支払いを拒絶した事例において, 瑕疵に基づく損害賠償請求をしていないとして, 報酬の支払いを拒絶することができない, と判示していた。また, ⑨大阪地判昭和 49 年 6 月 6 日判時 779 号 91 頁も, 「すでに完成した工事に瑕疵があるときは, 注文者である Y は, その請負人に対し瑕疵の修補を請求するか, またはその瑕疵につき損害賠償を請求し, 民法 634 条 2 項, 533 条に基づき請負人の右修補ないし損害賠償と引換給付の同時履行の抗弁ないし相殺をなすのは格別, この抗弁によらないで単に工事に瑕疵があることを理由に工事代金の支払を拒むことはできない」と判示している。

ところで, 改正前民法 634 条 2 項は「注文者は, 瑕疵の修補に代えて, 又はその修補とともに, 損害賠償の請求をすることができる。この場合においては, 第 533 条の規定を適用する」と規定し, その趣旨は改正民法

533条本文に括弧書「債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む」を挿入することによって改正民法においても維持されている⁽⁷⁰⁾。したがって、引渡または仕事完成後の請負人の報酬支払請求に対して、注文者は、修補請求や修補に代わる損害賠償請求が履行されるまで同時履行の抗弁権に基づき原則として報酬全額についてその支払いを拒絶することができる。請負人は、契約に適合した仕事を完成し引渡さなければならない（632条、633条）のであるから、瑕疵のある仕事を引渡しても、未だ債務の本旨に従った履行をしておらず、注文者としては、同時履行の抗弁権に基づき、報酬の支払いを拒絶することができるからである。

⑩最判平成9年2月14日民集51巻2号337頁は、自宅の注文者Yが仕事に瑕疵があるため減額した代金相当額を提供して解決しようとした事件である。請負人Xは、注文者Yと、Yの自宅の新築工事を代金1,650万円で請負っていた。請負人Xは、昭和62年11月末までに工事を完成しYに本件建物を引渡した。ところが、注文者Yは、本件建物には2階和室の床の中央部分が盛り上がり水平でなく障子やアルミサッシ戸の開閉が困難になっていたり、請負人Xは注文者Yに無断で、納屋の床について予定されていたコンクリートよりも強度の乏しいモルタルを用いて施工し、その塗りの厚さも不足しているため亀裂が生じていたり、設置予定とされていた差掛け小屋が設置されていないなど10箇所の瑕疵を指摘し、これらの瑕疵は重要でないとは言えないものであり、その修補に過分の費用を要するものではなかった。

注文者Yは瑕疵の処理についてXと協議を重ね、請負人Xから昭和63年1月25日ころ瑕疵については工事代金を減額することによって処理し

(70) また、売主が瑕疵を除去できる場合に関する旧独民440条1項を参照した改正前民法571条も、売買の担保責任に同時履行の533条を準用していたが、債権法改正に際し改正民法533条に「債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む」と明示されたとして改正前民法571条は削除された。しかし、代金債務と同時履行関係にあるのは、買主の瑕疵担保権のうち、追完請求権と「債務の履行に代わる損害賠償の債務」だけでよいのか、という問題はなお検討されるべきであろう。

たいとの申出を受けた後、注文者Yのほうは瑕疵の修補に要する費用を工事残代金の約1割とみて1,000万円を支払って解決することを提案し、1,000万円を代理人である弁護士に預けてXとの交渉に当たさせたが、請負人Xは、Yの提案を拒否すると回答しただけで、他に工事残代金から差し引くべき額について具体的な対案を提示せず、結局、交渉は決裂してしまった。注文者Yの側に非難すべき事情はないにもかかわらず、請負人Xは、工事を放棄し、昭和63年4月に報酬残債権とその年14.6%の約定遅延損害金の支払を求めて訴訟を提起した。

本件訴訟において、注文者Yは瑕疵の修補に代わる損害賠償との同時履行等を主張し、それに対し、請負人Xは、同時履行の抗弁により注文者が残代金支払いを拒否できるのは修補に代わる損害賠償の相当額の範囲に限られると反論した。

第1審は、同時履行関係にあるとして、残代金債権と瑕疵の修補に代わる損害賠償額82万円との引換給付を命じ、遅延損害金請求を棄却した。そして、請負人Xの側で修補を放棄しており、注文者Yが瑕疵を理由として残代金全額の支払いを拒絶することは信義則に反しないと判示した。

請負人Xは控訴し、その直後、注文者Yは第1審判決に付された仮執行宣言に基づくXの仮執行に応じて請負残代金1,159万円の支払をした。原審の審理において、請負人Xは、請負残報酬債権と修補に代わる損害賠償債務との相殺の主張を追加した。

原審判決は、上記のように注文者Yが仮執行に応じて請負残債務を支払った際に、請負人Xは相殺権を放棄したものと認めて、Xの相殺の主張を排斥し、工事の残代金として1,184万円を認め、信義則に反しない限り、注文者は「請負人が債務の履行を提供するまで自己の債務の全部の履行を拒むことが」できるとし、修補に代わる損害賠償との引換給付を命じ、年14.6%の遅延損害金の賠償を棄却した。

請負人Xは、本件では修補に代わる損害賠償額に相当する報酬額についてのみ同時履行関係は認められるなどとして上告した。

最高裁は、次のように注文者Yが代金減額後の代金相当額を提供しようとしたことを認めて、請負人Xの上告を棄却した。

「請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があり、注文者が請負人に対して瑕疵の修補に代わる損害の賠償を求めたが、契約当事者のいずれからも右損害賠償債権と報酬債権とを相殺する旨の意思表示が行われなかった場合又はその意思表示の効果が生じないとされた場合には、（改正前）民法634条2項により右両債権は同時履行の関係に立ち、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができ、履行遅滞による責任も負わないものと解するのが相当である。しかしながら、瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等に鑑み、右瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額の支払を拒むことが信義則に反すると認められるときはこの限りではない。…けだし、右のように解さなければ、注文者が同条1項に基づいて瑕疵の修補の請求を行った場合と均衡を失し、瑕疵ある目的物しか得られなかった注文者の保護に欠ける一方、瑕疵が軽微な場合においても報酬残債権全額について支払が受けられないとすると請負人に不公平な結果となるからである。」

そして、本件では請負契約の目的及び目的物の性質等に照らし、本件の瑕疵の内容は重要でないといえなく、また、その修補に過分の費用を要するともいえない上、当事者間の前記のような交渉経緯及び交渉態度をも勘案すれば、注文者Yが瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって工事残代金債権全額との同時履行を主張することが信義則に反するものとはいえないと判示した。

次に、①最判平成9年7月15日民集51巻6号2581頁は、瑕疵修補に代わる損害賠償債務1,899万円よりも報酬債務2,593万円の方が多い場合に注文者からの相殺の結果残る報酬残債務が履行遅滞となる時期について、相殺がなされた日の翌日からであるとする。

注文者YはXとホテル新築の請負契約を締結し、本件建物は昭和59年4月17日Yに遅れて引渡され、注文者Yは報酬1億593万円のうち8,000

万円は支払った。しかし、ホテルとしての本件建物には、(1)3号客室敷居の木材のねじれ、化粧土台のゆがみ及び化粧建具の調製不良等の瑕疵、(2)2階の浴室のゴムシート防水工事及び1階の浴室の床下土間コンクリート打設工事未施工の瑕疵があった。請負人Xは注文者Yに対し報酬残債権2,593万円とその遅延損害金の支払を求めて本訴を提起した。

注文者Yは、第1審第1回口頭弁論期日に引渡遅延による損害賠償及び(1)の瑕疵につき修補に代わる損害賠償債権との相殺の意思表示をし、平成3年3月4日の原審第6回口頭弁論期日に(2)の瑕疵につき修補に代わる損害賠償債権との相殺の意思表示をした。

原審判決は、相殺後の報酬残債務694万円を認容し、その遅延損害金については相殺適状になった日の翌日から遅滞に陥るとして、建物引渡の翌日である昭和59年4月18日から支払済みまで年14.6%の遅延損害金の支払を命じた。また、注文者Yは原判決の仮執行に応じて支払いをし、請負人Xは最終支払日平成6年3月4日までに3,200万円の支払を受けていた。

注文者Yは、請負人の報酬残債権に対し注文者がこれと同時履行の関係にある瑕疵修補に代わる損害賠償債権により相殺をした場合の相殺後の報酬残債務に対する年14.6%の遅延損害金の起算日について上告した。また、注文者Yは上告審において原判決の仮執行宣言に基づいて払いすぎた1,744万円及びその最終支払日の翌日から支払済みまで商事法定利率年6%による遅延損害金を求める民訴法260条2項の申立てをした。

最高裁は、以下のように、両債権全体について同時履行関係が認められるから、相殺の効果が相殺適状時に遡るとしても、相殺の意思表示をするまでは、注文者が報酬債務全額について履行遅滞の責任を負わなかったという効果に影響はないとして、平成3年3月4日の原審第6回口頭弁論期日のYの相殺の意思表示の翌日から年14.6%の遅延損害金を支払う義務を負うと判示した。また、民訴法260条2項により、仮執行宣言に基づいてYが給付した1,744万円の返還と遅延損害金も認められた。

「請負人の報酬債権に対し注文者がこれと同時履行の関係にある目的物の瑕疵修補に代わる損害賠償を自働債権とする相殺の意思表示をした場合、注文者は、請負人に対する相殺後の報酬残債務について、相殺の意思表示をした日の翌日から履行遅滞による責任を負うものと解するのが相当である。

ただし、瑕疵修補に代わる損害賠償債権と報酬債権とは、民法 634 条 2 項により同時履行の関係に立つから、注文者は、請負人から瑕疵修補に代わる損害賠償債務の履行又はその提供を受けるまで、自己の報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わないと解される（最高裁平成 9 年 2 月 14 日第 3 小法廷判決）、注文者が瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権として請負人に対する報酬債務と相殺する旨の意思表示をしたことにより、注文者の損害賠償債権が相殺適状時にさかのぼって消滅したとしても、相殺の意思表示をするまで注文者がこれと同時履行の関係にある報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わなかったという効果に影響はないと解すべきだからである。もっとも、瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等にかんがみ、右瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬債権全額との同時履行を主張することが信義則に反するとして否定されることもあり得ることは、前掲第 3 小法廷判決の説示するところである。

これを本件についてみるのに、Y は、X の報酬残債権請求に対して前記（引渡遅延）及び(1)(2)の損害賠償債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張するとともに、報酬残債務の全額が瑕疵修補に代わる損害賠償債権と同時履行の関係にあるから履行遅滞による責任を負わない旨を主張するものであるところ、右同時履行の主張が信義則に反すると認めるべき特段の事情のうかがわれない本件においては、Y が平成 3 年 3 月 4 日に相殺の意思表示をするまでは Y 主張の右同時履行の関係があったものというべきであり、Y は、右相殺後の報酬残債務について、右相殺の意思表示をした日の翌日である 3 月 5 日から履行遅滞による責任を負うものというべきである。」

なお、本件においては、注文者は 2 回、相殺の意思表示をしているが、原審口頭弁論期日での 2 回目には別の重要な瑕疵の修補に代わる損害賠償との相殺の意思表示をしており、本判決はその時点まで同時履行の抗弁権により注文者の報酬残債務は履行遅滞にならないと判示している。

これに対し、すでに⑫最判昭和 53 年 11 月 30 日判例時報 914 号 51 頁では、注文者と請負人間で和解契約が成立し、請負人が和解において定められた内容の修補義務を期日までに履行したことを弁護士が確認したときに注文者は残代金を支払うことになり、弁護士が修補を確認したにもかかわらず、注文者は、約定の修補の未完および他の瑕疵を主張し、修補に代わる損害賠償債権と残代金債務との相殺の抗弁を主張した場合に注文者の相殺の抗弁を排斥した。

⑬最判令和 2 年 9 月 11 日民集 74 卷 6 号 1693 頁も、注文者が代金の履行をしようとせずに瑕疵修補に代わる損害賠償を請求した事例である。請負人 X は報酬債権の支払を求めて本訴を提起し、それに対し、注文者 Y は多くの瑕疵を主張して瑕疵修補に代わる損害賠償請求の反訴を提起し、あえて相殺の抗弁を主張せず審理の引き延ばしを図ろうとした場合に請負人からの相殺を認めた。⁽⁷¹⁾

平成 25 年 9 月、美容師 Y は請負人 X と請負代金 750 万円で自宅建物に美容室を増築する請負契約を締結し、その後、追加変更工事を発注した。請負人 X は平成 25 年 12 月までに完成した増築部分を Y に引渡し、注文者 Y は増築部分で美容室を開業した。しかし、注文者 Y は追加変更工事分の報酬を争い全く報酬を支払おうとしないので、請負人 X は平成 26 年 3 月に本訴を提起し、注文者 Y は同年 6 月に本件瑕疵修補に代わる損害賠償を求める反訴を提起した。請負人 X は同年 8 月の第 1 審口頭弁論期日において請負代金債権を自働債権として、反訴の瑕疵修補に代わる損害賠償債権との相殺の意思表示をした。

(71) 本判決の調査官解説である家原尚秀・ジュリ 1561 号 95 頁は、本件をそのように紹介している。

第1審判決は、請負人Xに請負報酬債権828万円、注文者Yに瑕疵修補に代わる損害等賠償債権269万円を認め、両債権について仮執行を認めた。

原判決は、請負人Xに請負報酬債権829万円、注文者Yに瑕疵修補に代わる損害等賠償債権266万円を認め、請負報酬債権についてのみ仮執行を認めた⁽⁷²⁾が、請負人Xが相殺の抗弁を主張することは、重複起訴を禁じた民法142条の趣旨に反し許されないと判示した。

請負人Xが上告受理申立てをし、最高裁は、本件のように併合審理されている場合において、本訴及び反訴が係属中に、「本訴原告Xから、反訴において、上記本訴請求債権を自働債権とし、上記反訴債権を受働債権とする相殺の抗弁が主張されたときは、上記相殺による清算的調整を図るべき要請が強いものといえる。」として請負人Xからの相殺を認め、相殺後の請負残代金562万円及び相殺の意思表示をした日の翌日である平成26年8月9日から支払済みまで年6%の遅延損害金の支払を認めた。本件は、原判決によると、第1審判決が「引換給付判決としていないのは、同時履行の抗弁が主張されていなかったためである」と述べており、注文者Yが第1審から同時履行の抗弁を主張したり、注文者Yが抗弁を主張しつつ仮執行に応じてひとまず支払いをするなど、請負代金の提供をして同時履行の抗弁を行使していない事案に関する判決である。すでに①最判平成9年7月5日の調査官解説は、注文者が、報酬債務の履行の引き延ばしのため、多くの軽微な瑕疵を主張することがあり、請負人は、自らの報酬債権を自働債権として注文者の修補に代わる損害賠償債権と相殺して、注文者の報酬残債務を履行遅滞にすることができるとする⁽⁷³⁾。

請負において仕事に瑕疵があった場合の同時履行に関するこれらの判例は、改正民法533条のもとでは買主に追完請求権を認めている売買の場合にも同様となる⁽⁷⁴⁾。全額について同時履行が認められるか否かの判断にあたっては、契約の各当事者の履行の提供等の事情に基づき各当事者に信義

(72) 注文者Yは抗弁を主張しつつ第1審判決の仮執行に応じてひとまず支払いをしていなかったようである。

則違反・誠実義務違反がないかも考慮されるべきであろう。

む す び

「一 ドイツ法における契約不適合責任と危険移転・同時履行」において紹介・検討したように、特に対価危険の移転について、「擬制された危険移転説」や「一応履行として認容」時に危険移転があるとする説は、目的物の引渡受領後に買主が目的物に瑕疵があることに気づき、瑕疵担保権として解除、瑕疵なき代物の請求、全履行に代わる損害賠償を請求すると、遡及的に対価危険は移転していなかったことになるとする。また、瑕疵担保権として解除、瑕疵なき代物の請求、全履行に代わる損害賠償を請求すると危険は確定的に移転していなかったことになるとして「浮動的危険移転」を認める説もあった。そして、②「ドアに傷ある新車引渡事件」判決は、修補しうる軽微な瑕疵ある新車が提供され引渡された場合でも買主は同時履行の抗弁権により代金支払いを拒絶できるだけでなく、その新車の受取を拒絶することができ、その場合には瑕疵担保責任の段階には入らないことを明らかにした⁽⁷³⁾。わが国においても、引渡受領した目的物に瑕疵があれば、売主（請負人）は瑕疵のない目的物を引渡す義務を果たしていなかったこととなり、買主（注文者）は追完などを求めることができる。す

(73) 西川知一郎・最高裁判所判例解説民事編平成9年度（中）2000年899頁注8。なお、注文者が一審から同時履行の抗弁を主張し、控訴審口頭弁論期日において請負人が相殺を主張した東京高判平成16年6月3日金商判1195号22頁と、その判批・銀行法務21No.648（2005年7月号）33頁（阿保賢祐）参照。同時履行関係の主張の要否について中田裕康『契約法新版』有斐閣2021年155頁以下、坂田宏『民事訴訟における処分権主義』有斐閣2001年97頁以下、伊藤滋夫『要件事実講義』2008年93頁94頁参照。

(74) 潮見佳男『債権各論1』新世社2017年43頁、同『新契約各論II』239頁注65、北居功ほか『民法5契約』有斐閣2018年151頁、中田裕康『契約法・新版』有斐閣2021年311頁、511頁。すでに拙著『表示責任と契約法理』1994年96頁以下参照。

(75) すでに拙著『表示責任と契約法理』日本評論社1994年82頁以下、拙稿「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時87巻8号（2015年）=拙著『表示責任と債権法改正』成文堂222頁以下参照。

なわち、買主（注文者）は、引渡に際し「一応履行として認容」しただけであるので、その後、目的物に瑕疵があることを発見した場合には、瑕疵担保権を行使することができる。引渡受領後に買主（注文者）が解除したり、代物請求（瑕疵ある目的物の返還義務が発生し、解除に類似する点がある）したりすると、対価危険は買主（注文者）に移転していなかったこととなる。引渡受領後に買主（注文者）が修補を請求したり、代金減額を請求する場合は、対価危険は買主（注文者）に移転したままである。なお、引渡に際し、注文者が仕事の瑕疵を見つけ、仕事の受取を拒絶した場合には、請負人に瑕疵のない仕事の完成を求めることができる⁽⁷⁵⁾ことがあろう。

さらに、ドイツの学説・判例は、買主が瑕疵担保権として追完請求することができる場合、追完請求権は本来の履行請求権が変形したものである⁽⁷⁶⁾ので、売主の代金請求権と牽連関係にあり、買主は独民 320 条に基づいて同時履行の抗弁権を有するとするが、買主の同時履行の抗弁権の主張について、当事者双方の誠実義務・信義則違反を考慮するようになってきている。たとえば、信義則上の矛盾行為禁止から、買主がどの瑕疵権を行使するか選択するための相当期間を売主が買主に対し設定していたにもかかわらず、目的物の瑕疵を知っている買主はその相当期間内に何もせず、相当期間経過後に瑕疵権の一つを行使して代金支払いを拒絶することは誠実違反となり許されないとする。また、独民 275 条第 1 項から第 3 項（履行不能等による給付義務の排除）に基づき追完請求権が買主に認められない場合についても、③判決の判旨 6 が述べるように、信義則から、買主に解除、減額、または給付に代わる損害賠償を選択する機会を与えるため、合理的期間について買主に瑕疵抗弁（同時履行の抗弁権）が認められるべきであろう。

また、「二 契約不適合責任と危険移転」および「三 契約不適合責任と同時履行」においてわが国の判例・学説を検討したように、売買目的物の引渡受領による危険移転に関する改正民法 567 条について、および、売買目的物に瑕疵があった場合に買主が売主の代金請求に対し追完請求権・

損害賠償請求権などとの同時履行の抗弁権を主張することができるかに関する改正民法 533 条について、改正民法 567 条、533 条と同様の議論がすでにわが国の請負における 633 条の「引渡」や改正前民法 636 条、634 条 2 項に関する学説・判例においてみられるので、これらの請負における判例・学説が売買においても参照できないか検討されるべきであろう。たとえば、すでにわが国の請負に関する④判決は、ドイツの①判決と同様に、仕事の引渡期限前に仕事が注文者に引渡受領された場合に危険移転を認めている。また、わが国の請負に関する⑩、⑪、⑬の最判は、残報酬全額との同時履行の抗弁権が認められるかの判断において、ドイツの売買における同時履行に関する③判例と同様に、当事者双方の債務履行の提供の状況、請負人が瑕疵の内容を把握することが可能な程度に、瑕疵の種類・範囲を伝えたり、適切に瑕疵担保権を主張しているか等々の誠実義務・信義則違反を考慮しており、わが国の民法改正後の売買法においても参照されるべき点があろう。

(ふじた・ひさお 香川大学名誉教授)