

建築請負目的物の瑕疵と同時履行の抗弁権

松 本 克 美*

目 次

- 一 はじめに
- 二 民法533条の同時履行の抗弁権
- 三 民法633条の趣旨
- 四 民法634条2項における民法533条の「準用」の趣旨
- 五 請負契約上の目的物に瑕疵ある場合の引渡請求権と報酬支払請求権との関係
- 六 おわりに

一 はじめに

注文建築をめぐる法的紛争において、請負代金を請求された注文者が建物の瑕疵を理由に請負代金の支払を拒絶する紛争が多い¹⁾。この場合の請負代金支払拒絶の法的根拠は、請負目的物の瑕疵に対して注文者が有する瑕疵修補請求権ないし瑕疵修補に代わる損害賠償請求権との同時履行の抗弁権（民法634条2項）に求められる。

ところで、近時、横浜地裁に係属中のある建築瑕疵訴訟（以下、本件訴訟と略す）において、これまでの公判裁判例では見られなかった、また、学説も論じてこなかった新たな法的争点が生現するに至っている。すなわち、請負契約の目的物である建物が一応完成したが瑕疵がある場合に、注文者が請負人に対し建物の引渡しと瑕疵の修補に代わる損害賠償を請求し

* まつもと・かつみ 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 建築紛争の紛争類型については、松本克美・斎藤隆・小久保孝雄編『専門訴訟講座2 建築訴訟』（民事法研究会、2009）3頁以下（松本執筆）、180頁以下（斎藤隆執筆）、316頁以下（田中昭人執筆）等参照。

たのに対して、請負人は請負代金の支払いがなければ引渡しをしないとすると同時履行の抗弁権を主張できるのかという問題である。

本稿は、この争点について検討を加えるものである²⁾。本稿の結論を先に要約しよう。第一に、請負人は注文者に対して先履行義務としての仕事完成義務を負っているのであって、請負人は注文者が報酬を払わなければ仕事完成義務を履行しないというような仕事完成義務の履行拒絶権を有しない。他方で、注文者は、請負人が仕事を完成し引渡しをしなければ報酬を支払わないという報酬支払拒絶権を有する。

第二に、請負目的物に瑕疵がある場合には、請負人は仕事完成義務を負っているのだから、注文者が報酬を支払わなければ瑕疵を修補しないという同時履行の抗弁権を有しない。他方で注文者は請負人が瑕疵修補をしなければ報酬を支払わないという報酬支払拒絶権を有する。

第三に、注文者が請負目的物の瑕疵修補に代わる損害賠償を請求する場合に、民法634条2項は民法533条の「準用」を規定する。この「準用」の意味は注文者の報酬支払拒絶権を認める趣旨と解すべきであって、533条が規定する双方向的な同時履行の抗弁権をそのまま認めたのではないと解すべきである。従って、注文者は請負人が瑕疵修補に代わる損害賠償をしなければ報酬を支払わないという報酬支払拒絶権を有するが、逆に、請負人は報酬を支払われなければ損害賠償をしないという同時履行の抗弁権は有しないと解すべきである。

第四に、瑕疵ある目的物の引渡しが未了の場合は、注文者は請負人に対して契約で定められた履行期に目的物を引渡すことと、瑕疵修補に代わる損害賠償をするよう請求でき、この場合、請負人は報酬が支払われていないことを理由に、目的物の引渡しと損害賠償の支払を拒絶する同時履行の

2) 筆者は、本件訴訟の原告側代理人である谷合周三弁護士(欠陥住宅関東ネット事務局長、欠陥住宅全国ネット幹事)から本文で述べた法的争点についての原告側意見書の作成を依頼され、本年3月に、意見書「建築請負目的物の瑕疵と同時履行の抗弁権」を作成し、横浜地裁に提出した。本稿は、この意見書をもとにした論文である。このような新たな重要な法的争点につき研究する契機を与えていただいた谷合弁護士に謝意を表したい。

抗弁権を有しないと解すべきである。

以下、その理由を述べる。

二 民法533条の同時履行の抗弁権

民法533条は、「双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、相手方の債務が弁済期にないときは、この限りでない。」と規定する。同時履行の抗弁権の趣旨について、民法典起草者の一人である富井政章は、この規定（原案では531条）について、「当事者ノ意思デアル且ツ斯クナクテハ甚ダ不公平デアラウト思フ」³⁾（傍点 引用者。以下同様）と説明している。現在の学説も、これを「双務契約から生じる対立する債務の対価的依存関係から、履行上の同時履行を認めようとする制度であって、公平の原則に基づくもの」であり、また、「当事者の意思の合理的推測の帰結」として起草者と同様な説明をし、さらに、「取引の簡易迅速な処理にも奉仕し、さらに、訴訟経済の要請にもこたえる」ものであるとする⁴⁾。このように同時履行の抗弁権が双務契約両当事者にとっての「公平」「合理的な意思」に基づくものであるとともに、社会的な意義としても、「取引の簡易迅速な処理」「訴訟経済の要請」にこたえるものであるのだから、当事者の一方が主張できる抗弁ではなく、両当事者が主張できる抗弁と解されているのも当然と言えよう。

3) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3・法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会，1984）761頁

4) 幾代通・広中俊雄編『新版・注釈民法（13）補訂版』（有斐閣，2006）551頁（澤井裕・清水元執筆部分）

三 民法633条の趣旨

請負契約上の報酬の支払時期に関する民法633条本文は「報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければならない。」と規定する。

立法過程における法典調査会においては、この規定の要否をめぐる議論が交わされている。この規定は不要ではないかとする委員の疑問が次の2点から出された。ひとつは、双務契約上の債務は同時履行の関係にあり、請負契約も双務契約なのだから、本条がなくても双務契約の原則である同時履行の抗弁の原則(原案531条 現行533条)が適用されるということで足りるのではないかという意見である⁵⁾。しかし、これに対しては、起草委員の一人である梅謙次郎が反論をしている。「総則ノ五百三十一条ニ依ツテ見ルト却テ是ハ明文ガナイト報酬ヲ呉レルマデハ仕事ヲセヌト云フコトニ為リハシマスマイカ⁶⁾。すなわち、本条がないと、請負人は報酬を支払わなければ仕事完成義務を履行しないという同時履行の抗弁を主張できることになるが、それでは請負人の仕事完成義務が先履行義務であることに反する結果になるというのである。

今一つの疑問は、請負人が仕事完成義務を負っているということを捉えて、どのみち請負人は仕事を完成させなければ報酬を請求できないのであるから、このような規定(原案640条 現行633条)は不要ではないかという疑問が出された⁷⁾。これに対して、起草者の一人である穂積陳重は、この規定がないと「仕事が出来上ツタト云ヘバ報酬ヲ払ハナケレバナラヌト云フコトニ為ツテ引渡ノ時ニ始メテ払フト云フコトハ此文章(原案639条 現行632条)カラハ出テ来マセヌ」と説明している⁸⁾。

5) 法典調査会における重岡薫五郎委員からの質問(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書4・法典調査会民法議事速記録四』(商事法務研究会, 1984) 540頁。

6) 梅謙次郎の発言・前掲注(5)民法議事速記録四・541頁。

7) 法典調査会における岸本辰雄委員からの質問(前掲注(5)「民法議事速記録四」541頁)。

8) 前掲注(5)民法議事速記録四・542頁。

現在の学説は、民法633条の趣旨を、「仕事の目的物の引渡を要する請負において報酬支払と同時履行の抗弁の関係に立つのは仕事の目的物の引渡」であることを示した規定として説明している⁹⁾。単純な同時履行の抗弁の関係であるのならば、注文者は請負人が目的物を引き渡さなければ報酬を支払わないと言う抗弁を主張でき、他方で、請負人も注文者が報酬を支払わなければ目的物を引き渡さないという抗弁を主張できることになる。しかし、法典調査会の議論で注目に値するのは、そこで考慮されていたのは、請負人の仕事完成義務が先履行義務であることから、請負人は報酬を支払われなければ仕事をしないというような抗弁は主張できないこと、また、仕事を完成したとしても目的物の引渡をしないかぎり、報酬支払を請求できないことに重点が置かれていたということである。法典調査会では、要するに、請負人が仕事を完成しない場合、また、仕事が完成しても目的物を引き渡さない場合の注文者の報酬支払拒絶権という側面に焦点をあてた議論がなされていたことが注目される。従って、民法633条の規定をもって、民法が、通常の大務契約上の同時履行の抗弁権を認めたと単純に言えるのかどうか疑問である（この点は後述する）。

四 民法634条2項における民法533条の「準用」の趣旨

1 法典調査会での議論

民法634条は、請負契約における仕事の目的物に瑕疵がある場合に、注文者は請負人に瑕疵修補請求権を有すること（同条1項）、また、注文者は瑕疵修補に代えて、或いはそれとともに、損害賠償請求権を有することを規定する（同条2項）。そして、「この場合においては、第五百三十三条の規定を準用する。」と規定する（同条2項但書き）。

この規定の原案（民法641条）をめぐっては、法典調査会において、第

9) 幾代通・広中俊雄編『新版・注釈民法(16)』(有斐閣, 1989) 132頁(広中執筆部分)。

1に、同時履行の抗弁権を定めた原案531条(現行533条)の規定の準用は、なぜ第2項の損害賠償の場合にだけ限定され、1項の瑕疵修補請求に適用されないのか、第二に、2項における原案531条(現行533条)の準用規定の必要性、すなわち、原案531条(現行533条)の直接適用ではなぜ足りないのかが議論された。

前者について起草者の一人である梅謙次郎は、瑕疵修補は、目的物が引き渡されても瑕疵があり不完全な履行なのであるから、注文者は請負人が瑕疵を修補しなければ報酬を支払わないという双務契約上の同時履行の抗弁権を直接適用できる(「丸デ適用ガアル」)ので、原案531条(現行533条)条の準用規定はそもそも不要であると説明している¹⁰⁾。

また後者について、梅謙次郎は、損害賠償は契約より生ずる債務でないので、原案531条(現行533条)の同時履行の関係にある双務契約上の債務に直接にはあたらないこと、また、損害賠償額は裁判所で最終的に額が決まるが、その前に報酬の支払時期が来たときに、原案531条(現行533条)の準用規定がなければ、注文者は先に報酬を支払って、後から、損害賠償を請求することになるが、それだと請負人が報酬を使ってしまつて無資力になる危険性もあり、注文者は「迷惑ヲシナケレバナラヌ」、それで原案531条(現行533条)を準用して「其場合ニハ損害賠償ヲ払ウマデハこちらデモ報酬ヲ払ワヌデ宜シ又之ヲ倒サニ言ヘバ向フデ報酬ヲ出サナケレバこちらデモ損害賠償ヲ払ハヌデ宜シト云フコトデ詰リ其場合ニハ相殺シテ代ヲ減ズルコトガ出来ルト云フ為ニ此規定ガアリマス」¹¹⁾と説明している。

2 その後の判例・学説

(1) 瑕疵修補請求と報酬支払の同時履行の抗弁権

請負契約の目的物に瑕疵がある場合に、注文者は請負人に瑕疵修補請求権を有し、請負人が瑕疵修補をしない限り注文者は報酬支払を拒絶できる

10) 前掲注(5)民法議事速記録四・547頁。

11) 前掲注(5)民法議事速記録四・547頁。

という梅の見解は、判例上も肯定されてきた。

大判大正元・12・20民録18・1066は、この点につき、「仮令瑕疵アルモ注文者カ請負人ヨリ其目的物ノ引渡ヲ受ケタル以上八注文者八請負契約ヲ解除スルコトヲ得サルハ勿論無条件ニ（瑕疵修補又ハ損害賠償ノ請求ヲ為スコトナク）其報酬ノ支払ヲ拒ムコトヲ得ス」と判示し、すなわち、注文者は請負目的物の瑕疵につき瑕疵修補請求をすることによって、報酬支払拒絶権を有することを指摘している。そして、この判決を引用するかたちで、大判大正8・10・1民録25・1726は、「請負人カ既ニ為シタル工事ニ瑕疵アリタルトキ八注文者八其瑕疵ニ付キ損害賠償ヲ請求シ又同時履行ノ抗弁ヲ為スコトヲ得ル」ことを認めている。結局、判例は、注文者が請負人に瑕疵修補を請求した場合には、請負人からの報酬請求は同時履行の抗弁権を用いてその支払いを拒絶できることを肯定する立場といえよう。

学説も判例を支持している。例えば我妻栄は、次のように説明する。「注文者は、引渡を受ける際に瑕疵の修補を請求して、修補されるまで報酬（請負代金）の支払を拒むことができる。けだし、請負人の債務はまだ完全に履行されていないのだから、注文者は、双務契約の通則に従って、同時履行の抗弁権を有するからである。」¹²⁾

ただ、このように目的物に瑕疵がある場合の注文者の報酬支払拒絶権の根拠を、瑕疵修補と報酬支払の同時履行の関係に求める見解に対しては、「この説明は、仕事完成義務が報酬の支払いに対して先履行の関係に立つとされていることと相容れないだろう。」¹³⁾とする批判説がある。この点、広中俊雄は、「注文者が修補を請求する場合に修補の完了まで報酬の全部または一部の支払を拒絶しうることも認められるべきであり（逆に報酬支払がないことを理由として修補を拒絶する権利を請負人に認めることはできないから、五三三条の関係とは異なる）」¹⁴⁾とする。この見解は瑕疵修

12) 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義 2）』（岩波書店、1962）636頁。

13) 山本敬三『民法講義 - 1 契約』（有斐閣、2005）687頁注101。

14) 広中俊雄『債権各論講義・第六版』（有斐閣、1994）270頁。

補と報酬支払との同時履行の関係に基づく533条の規定の適用によってではなく、請負人の仕事完成義務が注文者の報酬支払義務に対する先履行義務であること（民法632条）に、注文者の報酬支払拒絶権の根拠を求めている。

(2) 瑕疵修補に代わる損害賠償請求権の場合の民法533条「準用」の趣旨
533条が直接適用されない理由

瑕疵修補に代わる損害賠償請求の場合には、瑕疵修補の場合と異なって、報酬支払請求との間に民法533条が直接適用されず、「準用」されるのはなぜかという点での起草者の梅謙次郎の説明は、請負人の瑕疵担保責任に基づく損害賠償債務は、報酬支払債務と同時履行の関係に立つ双務契約上の債務ではないからというものであった。この点について、学説は、「請負人の担保責任としての損害賠償債務は、請負人の債務不履行のない場合にも生じるものだから、とくに規定を設けて第五三三条を準用した¹⁵⁾」、「修補に代わるあるいは修補と共にする損害賠償請求権は、目的物の瑕疵に基づく経済的価値の減少に対する損害賠償の請求であり、債務不履行に基づく損害賠償の請求のように、本来の債務と同一性をもつものではない。したがって理論的には異なるものであるが、公平の原則から533条を適用すべく、本条2項後段においてとくに準用する旨を規定したのである。」¹⁶⁾などとして、瑕疵担保責任に基づく損害賠償債務が本来の債務（仕事完成義務）と異なる性質を持つことに根拠を求めている。

瑕疵修補請求権と報酬請求権との間の相殺の可否

ところで、上述のように、梅謙次郎は、民法634条2項における533条の「準用」の実質的意義を、両債権間に同時履行の抗弁権が適用される関係とすることで、両債権間の相殺を認め、実質的に請負代金の減額を実現させる点に求めている。

15) 我妻・前掲注(12)638頁。

16) 幾代・広中編・前掲注(9)150頁(内山尚三執筆部分)。

他方で、判例・学説は、一般に、同時履行の抗弁権が付着する債権を受働債権とする相殺は、相手方の同時履行の抗弁権を失わせるものであって許されないとしてきた。この問題のリーディング・ケースである大判昭和13・3・1民集17巻318頁は、賃借人が造作買取請求権を自働債権とし、賃貸人の有する未払賃料債権を受働債権とする相殺を主張した事案で、賃貸人は造作の引渡しあるまで代金の支払いを拒絶できる同時履行の抗弁権を有しているから、相手方たる賃借人の一方的な相殺の意思表示によりこの抗弁権が消滅させられる「理ナキ」として、この場合の賃借人からの相殺は許されない旨判示した。この判例は妥当なものとして学説からも支持を受けている¹⁷⁾。

しかし、その後判例は、注文者が自己の有する請負人に対する損害賠償債権を自働債権とし、請負代金債権を受働債権として相殺を主張した事例では、相殺を認めている（傍論として最判昭和51・3・4民集30巻2号48頁¹⁸⁾、争点に対する判断として最判昭和53・9・21裁判集民事125号85頁¹⁹⁾）。その理由は、注文者が請負人に対し取得する瑕疵修補に代る損害賠償請求権は、「実質的・経済的には、請負代金を減額し、請負契約の当事者が相互に負う義務につきその間に等価関係をもたらず機能を有する」ものであって、「相互に現実の履行をさせなければならない特別の利益があるものとは認められず、両債権のあいだで相殺を認めても、相手方に対し抗弁権の喪失による不利益を与えることにはならない」、「むしろ、この

17) 幾代・広中編・前掲注(4)529頁(澤井裕・清水元補訂)、近江幸治『民法講義 債権法総論・[第3版]』(成文堂、2005)339頁。

18) 本判決は、注文者からの相殺が認められることを前提に、民法508条(時効により消滅した債権を自働債権とする相殺)の類推適用が問題となった、印刷の請負に関する事案である。なお、本文で紹介する他の裁判例は全て建築請負事例である。本判決の判例評釈として、坂本武憲・法協94巻12号112頁(1977)、柴田保彦・曹時・30巻9号163頁(1978)、高木多喜男・判評231号132頁(1977)、中井美雄・民商75巻6号112頁(1977)、山崎敏彦・法学42巻2号112頁(1978)。

19) 本判決の判例評釈として、石外克喜・判夕390号106頁(1979)、内山尚三・判夕378号47頁(1979)。

ような場合には、相殺により清算的調整を図ることが当事者双方の便宜と公平にかない、法律関係を簡明ならしめる」というものであった。そして、相殺の結果、残債務が履行遅滞となる時期はいつかという問題について、判例は、相殺によって相殺前の法律状態が覆されるわけではなく、また、相殺敵状時に遡るとすると、同時履行の抗弁権により履行遅滞を免れていたことの意味がなくなるとして、請負人の損害賠償債務が履行遅滞に陥るのは、注文者による相殺の意思表示があった日の翌日であることを明らかにした(最判平9・7・15民集51巻6号2581頁)²⁰⁾。

3 請負人からの相殺の可否

民法634条2項における民法533条の「準用」の趣旨理解をめぐる判例・学説動向は、起草者の見解である梅謙次郎の見解と同様、瑕疵担保責任に基づく損害賠償債務は、報酬債務と同時履行の関係にある瑕疵修補義務と異なり、民法533条が直接適用される双務契約上の債務ではないこと、

民法634条2項における民法533条の「準用」の実質的意義は、このような同時履行の抗弁権を認めることによって、目的物に瑕疵があった場合の報酬債務の減額を実現することにあることを前提にして展開してきたと言える。

ところで、近時、以上のような判例・学説の展開をふまえつつ、注文者からの瑕疵修補に代わる損害賠償請求権を自働債権とし、請負人からの報酬請求権を受働債権とする相殺の援用は認められても、反対に、請負人の報酬債権を自働債権とし、注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権を受働債権とする相殺は認めるべきではないのではないかとする見解が有力に主張され、私見もこれを支持している²¹⁾。

20) 本判決の判例評釈として、笠井修・リマークス17号30頁(1998)、西川知一郎・曹時50巻10号196頁(1998)、平野裕之・民商118巻4・5号214頁(1998)、松井和彦・金判1036号51頁(1998)など。

21) 私見の詳細は、「請負人の瑕疵担保責任に基づく注文者の損害賠償請求権と相殺 請負人からの相殺否定説をめぐって」円谷峻・松尾弘編『損害賠償法の軌跡と展望 山田

潮見佳男は請負人からの相殺を否定する見解（以下、単に否定説と呼ぶ）を端的に次のように定式化している。

「請負代金請求権を自働債権とし、修補に代わる損害賠償請求権を受働債権とする請負人からの相殺は、同時履行の抗弁権行使の機会を注文者から奪うこととなるため、許されない。」²²⁾

その論拠を、潮見は、そもそも634条2項による533条「準用」による同時履行の抗弁権は、請負契約の両当事者に与えられるものではなく、「修補に代わる損害賠償請求権につき、これを上回る額の請負代金請求権の差額相当分についての履行遅滞を阻止する手段として」「注文者の同時履行の抗弁権」として捉えるべきことに求めている。否定説に立つ、松井和彦、平野裕之もほぼ同旨を展開している²³⁾。

請負人が負う仕事完成義務は、本来、「瑕疵のない仕事」を完成する義務のはずである。従って、瑕疵ある目的物であった場合には、本来、瑕疵のないものを引き渡さなければ報酬を請求できないはずである。従って、瑕疵修補請求をする場合は、前述のように、注文者は報酬残債権額全額の支払を拒絶できると解されているのである。ところが、瑕疵修補に代えて損害賠償を請求した場合に、請負人からの相殺も当然に認められるとすると、その一方的な意思表示により、注文者が報酬残債権額につき履行遅滞に陥る危険を負担することになる。何ゆえに注文者は、このような不利益を負担しなければならないのであろうか。

この場合、瑕疵修補を請求すれば、履行遅滞に陥る危険がなかったのだから、わざわざ損害賠償を選択した注文者の自己責任だとして、この結論を合理化できるであろうか。しかし、筆者はこのような見方には反対であ

卓生先生古稀記念論文集』（日本評論社、2008）489頁以下参照。

22) 潮見佳男『債権総論〔第2版〕』（信山社、2001）311頁。

23) 潮見佳男・リマークス16号52頁（1998）、同・前掲注(22)311頁、平野裕之『民法総論5・契約法・第3版』（信山社、2007）588頁、同・前掲注(20)214頁、松井・前掲注(20)51頁など。

る。なぜなら、瑕疵ある仕事をするような請負人に対しては注文者が信頼を失うのが通常であり、実際の訴訟でも、瑕疵修補ではなく、瑕疵修補に代わる損害賠償が請求されることの方が多いためである²⁴⁾。

また注文者の損害賠償債権額の方が報酬残債権額よりも大きい場合に、注文者が早期に相殺の意思表示をすると、それだけ請負人の遅延損害金がかかることになるが、しかし、そもそも請負人は仕事完成の先履行義務を負っているのだから、ことさら不利益を受けているわけではなく、いわば契約の履行責任として当然の負担を負っているだけである。

更に、瑕疵が軽微なときに注文者が瑕疵修補に代わる少額の損害賠償を争って、報酬全額の支払を拒絶していることが信義則違反にあたるような場合には、請負人からの相殺を認めなくても、そもそも同時履行の抗弁権が否定されて、注文者は履行期から履行遅滞に陥るのであるから²⁵⁾、それによって当事者の公平は達成できる。

結局、請負人からの相殺を認めることは、いたずらに注文者に不当な負担を押し付けることになり、他方で、万が一請負人が蒙るかもしれない不公平は、注文者の同時履行の抗弁権を信義則による制限することによって回避できるのである。

従来、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権と報酬請求権との相殺が問題となった事案も、実際には、注文者からの相殺援用例がほとんどであり、このような請負人からの相殺を認めた場合の問題点は明確に意識はされてこなかった²⁶⁾。ところが、近時、最高裁は請負人からの相殺が援用された事例

24) 笠井は、「請負債務はその役務性により請負人の技量が強く反映される特質があり、瑕疵のある仕事をした請負人は（特に帰責事由がある場合には）注文者の信頼を失うことも多い。」ことを指摘する（前掲注(20)33頁）。

25) この点につき最判平9・2・14民集51・2・237参照。

26) 森田宏樹は、瑕疵修補に代わる損害賠償債権と請負代金債権の相殺を認めた本文前掲の最判昭和51年と同53年判決につき、「もっとも、右の二判決はいずれも、注文者による相殺の可否が争われた事案であって、請負人による相殺を認めたものではないが、右にみた判旨の一般論からすれば、後者の場合をとくに排斥する趣旨とは解されない。」とする（森田宏樹・判批・ジュリ1135号（ジュリ増刊平成9年度重判）79頁）。他方で、森田は、

で、結果的にそれを認める判決を下した（最判平成18・4・14民集60巻4号1497頁）。ただこの判決の事案も、請負人からの相殺を認めることを前提に結論を出した事案であるが、損害賠償債権額（2474万円余）の方が報酬残債権額（1820万円余）を上回り、相殺の意思表示の結果、請負人の方が損害賠償残債務について履行遅滞に陥った事案であり、注文者にとくに不利益な点はなかったことが注意されるべきである。

結局、634条2項における533条の「準用」は、既に述べてきたように注文者にとっての履行拒絶権を認めたものであり、請負人からの同時履行の抗弁や相殺の抗弁を許すことは、当事者の公平にかなった解決とは思われない²⁷⁾。当事者の公平は、この注文者に与えられた履行拒絶権を信義則に則して制限することで達成すべきである。

五 請負契約上の目的物に瑕疵ある場合の引渡請求権と報酬支払請求権との関係

この問題を検討する際にも、基本的に据えられるべき視点は、請負契約においては請負人の仕事完成義務が注文者の報酬支払義務に対する先履行義務の関係にあるという点である。

「注文者の履行拒絶権」によって「請負人が、損害額算定のための客観的なデータを注文者に提示するなどして、損害額確定のための交渉又は協議に向けて行動をとる」ことになり、その結果、請負人の側から相殺を主張することによって、「報酬残債権について注文者を履行遅滞に付することが可能となる」ことを指摘する（同81頁）。注目すべき見解ではあるが、筆者は、本文で述べた理由により、瑕疵ある目的物を作成した請負人が、注文者を履行遅滞に陥らせる手段として相殺を援用することを認めることに反対である。

- 27) 花立文字は、「請負人に帰責性のある瑕疵に基づく債権を、請負人側から代金と相殺することは公平でないといえよう。」とする（花立文字「建築における近時の最高裁判所判例動向」欠陥住宅判例・第3集・496頁）。また、学説の中には、交換的履行を実現する同時履行の抗弁権と区別して「債務者が債務の本旨に従った履行をしない場合に、履行を拒絶する権利」である「不完全履行の抗弁権」の類型を指摘する見解があるが（幾代通・広中俊雄編・前掲注（4）551頁（澤井裕・清水元執筆部分）、注文者の有する報酬支払拒絶権も後者に属するのではないか。

請負人の仕事が完成しない限り、注文者は報酬支払を拒絶できる。そして、仕事が完成しても目的物の注文者への引渡が必要なときは、引渡がない限り注文者は報酬支払を拒絶できる(民法633条)。この規定は、このように注文者の報酬支払拒絶権を規定したものと解すべきであって、注文者が報酬を支払わないと請負人は目的物の引渡をしなくてよいというような双方向的な同時履行の抗弁権を認めたものと解すべきではない。すなわち、請負人は請負契約で定められた時期に仕事を完成し、目的物を引き渡すべき義務を負うのであって、履行期に仕事を完成しなければ履行遅滞になるし、また、引渡債務の履行期に引渡をしなければ履行遅滞となる。請負人が履行遅滞の責を免れるためには、履行期までに仕事を完成し、引渡時に目的物の引渡をすること、請負人が受領を拒絶するときには、口頭の提供を行う必要があると解すべきである。

更に、目的物に瑕疵があった場合には、引渡後であっても、請負人は注文者が瑕疵修補ないし瑕疵修補に代わる損害賠償をしない限り、報酬支払を拒絶できるのであるから(民法634条2項)、従って、注文者は瑕疵ある目的物の引渡が未了の場合は、履行期に引渡をすべきことを請求でき、これに対して、請負人が報酬支払との同時履行を主張したとしても、注文者は、目的物の瑕疵修補ないし瑕疵修補に代わる損害賠償請求権を行使して、瑕疵修補ないし損害賠償がなされない限り、報酬を支払わないという履行拒絶権を行使できると解すべきである。

従って、冒頭で紹介した本件訴訟において、請負人たる被告は本件請負契約上の目的物の引渡しをしなければ引渡債務の履行遅滞に陥り、報酬残債務の支払いがないことを理由に引渡しを拒絶することはできないと解すべきである。他方で、注文者たる原告が、本件請負契約の目的物の瑕疵についての瑕疵修補ないし瑕疵修補に代わる損害賠償請求をする場合には報酬支払履行拒絶権を有するのだから、原告は報酬支払債務の履行遅滞に陥ってはいないと解すべきである。

結局、本件被告は請負契約の目的物を速やかに原告に引渡し、すみやか

に瑕疵修補ないし瑕疵修補に代わる損害賠償を履行すべきである。このことは、そもそも仕事完成義務が先履行義務である請負契約の当然の帰結であって、とくに加重な責任を請負人に課すものではない。むしろ、契約上定められた時期に瑕疵のない目的物を引き渡されるべきはずの注文者の不利益を速やかに解消すべきである。

六 おわりに

近時、民法典中の債権法部分を中心とした改正論議が行われ、法制審議会においては、2009年10月に法務大臣から債権法改正についての諮問²⁸⁾がなされ、この諮問にもとづき法制審議会内に設置された民法（債権関係）部会（以下、単に部会と略す）において改正の要否や内容をめぐる議論が進行中である。

また、この諮問に先立って、民法改正にかかわり3つの学者グループによる改正提案が検討、発表されてきた²⁹⁾。そのうち、その委員のメンバーの多くが部会の委員、幹事と重なり、また法務省民事局から事務局に加わり、部会の議論の行く末にも大きな影響を実質的に与えていると予想されている民法（債権法）改正検討委員会の提案「債権法改正の基本方針」³⁰⁾では、

28) 法務大臣による諮問第88号（2009.10.28、法制審議会第160回会議）は、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」とする。

29) 時効研究会（代表・金山直樹）編『消滅時効法の現状と提言』（別冊 NBL 122号、2008）、民法（債権法）改正検討委員会（委員長・鎌田薫・早稲田大学教授）編『債権法改正の基本方針』（別冊 NBL 128号、2009 以下「基本方針」で略す）、民法改正研究会（代表・加藤雅信・上智大学教授）『民法改正・国民・法曹・学界有志案』法律時報増刊（2009 以下「有志案」と略す）。

30) 法制審議会の民法（債権関係）改正部会の委員、幹事の多くが民法（債権法）改正検討委員会のメンバーであることにつき、痛烈な手続違背の問題を提起する加藤雅信は、後者の委員会は、その中での改革提案に反対する学者を後にできるであろう法制審議会の部

現行民法634条2項における民法533条の準用規定に関連して、請負契約における「瑕疵担保責任の救済内容」として、次のような提案をしていることが注目される。

【3.2.9.04】(瑕疵担保責任の救済内容)

「1 注文者は、仕事の目的物に瑕疵があるときは、……請負人に対し、次の各号に定めることをすることができる。……

イ 瑕疵の修補に代えて、またはその修補とともに、損害賠償の請求をすること。この場合においては、請負人が損害賠償債務の履行の提供をするまでは、注文者は、報酬の支払いを拒むことができる。」³¹⁾

この規定の解説では、この規定は「現民法634条の規律を基本的に維持するもの」³²⁾「現民法634条2項後段を維持するもの」³³⁾とされており、また、この点につき「瑕疵修補に代わる損害賠償請求について、同時履行の抗弁権を準用することは、請負報酬債権全額との同時履行関係を導くことにある」³⁴⁾と説明しているので、現行民法634条2項における民法533条の

会のメンバーから排除するための「リトマス試験紙」であったと指摘している(加藤雅信「民法典はどこに行くのか その4 歴史は繰り返す 連続するデュー・プロセス違反」法律時報82巻12号67頁。後者の委員会が当初から「リトマス試験紙」を意図していたかどうかはともかく、本年4月に予定されている部会の「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理のたたき台について」のもととなる整理をみると(法制審議会のHP参照)、後者の学者グループの「私的」委員会で提案されていたような方向性が「こういう考え方もある」として法制審議会部会の議論の俎上にのせられ、部会での実務家委員や幹事などから反対や疑問が出されたそれらの方向性についても、「更に検討をしたらどうか」というような中間まとめがされており 1年間の長期にわたる部会での真摯な議論には敬意を払いつつも 結果的に後者の委員会の方向性に、部会とパブリックコメントがお墨付きを与える場、機会に矮小化されてしまはないかという懸念を筆者も拭い去ることができない。債権法改正のパブリックコメントのかけ方を問題とするものとして、座談会(江頭憲治郎・角紀代恵・児玉隆晴・鹿島秀樹・加藤雅信)「債権法改正と民法の将来 4月のパブコ目実施を前にして」法律時報83巻4号68頁以下参照(2011)。

31) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(29)「基本方針」365頁、同委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 各種の契約(2)』(商事法務, 2010 以下「詳解」で略す)58頁。

32) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(29)「基本方針」366頁。

33) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(31)「詳解」60頁。

34) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(31)「詳解」60頁。

準用と同旨を規定する提案のように見えるが、しかし、具体的には、この規定では、民法533条の準用というかたちではなく、注文者における報酬支払拒絶権として規定しており、また、「これにより、注文者が請負人から瑕疵修補に代わる損害賠償債務の履行またはその提供を受けるまで、報酬債務の全額について、注文者は履行遅滞による責任を負わないことになる。」³⁵⁾として、注文者が報酬債務の履行遅滞を免れることを実現しようとしている点が注目される³⁶⁾。

部会では、このような規定をめぐる検討はされていないが³⁷⁾、このことは、部会では、請負契約における報酬支払時期について、目的物の受領と同時に支払わなければならないという考え方の是非をめぐる議論が提起されていることとの関係で、現行法のような瑕疵修補に代わる損害賠償請求権と報酬債権の同時履行の抗弁権の規定の準用というかたちではなく、報酬支払時期一般の問題にひきつけて議論がされていることの反映であろう。すなわち、この議論においては、注文者が目的物を引き渡された時点で報酬支払義務の履行期が来るのではなく、目的物を引き渡され、かつ、その契約適合性を確認した時点で報酬支払義務の履行期が到来するものという趣旨の規定をおくことの是非が検討されているので³⁸⁾、もし、このような規定がおかれる場合には、瑕疵ある目的物の損害賠償請求権につき報酬債権との同時履行の抗弁権の規定がこの規定の中に吸収され、独自の抗弁権を認める必要が不要となり得るとも考えられるからである。

また、もう一つの学者グループである民法改正研究会の民法改正提案は、

35) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)「詳解」60頁。

36) ただ、解説では「瑕疵修補に代わる損害賠償請求について、同時履行の抗弁権を準用すること」という説明もなされている（前掲注(31)「詳解」60頁）。

37) 法制審議会民法（債権関係）部会における請負契約に関する検討事項の詳細は、民法法研究会編集部編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項 法制審議会民法（債権関係）部会資料 詳細版』（民法法研究会、2011）619頁以下参照（以下「検討事項」で略す）。

38) 前掲注(37)「検討事項」607頁、部会・第16回議事録（2010年10月19日）42頁以下（<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900044.html>）。

請負契約上の瑕疵担保責任の内容として、瑕疵修補又は追完にかわって損害賠償がなされた場合には、「その損害額が確定できないものの相当の額に達することが見込まれるときは、注文者は、弁済期が到来した報酬の支払いを拒絶することができる。」³⁹⁾(「有志案」563条4項)として、ここでも同時履行の抗弁権の準用というかたちではなく、注文者の報酬支払拒絶権というかたちの規定を新設することが提案されている点が注目される。

このような立法論としての民法改正の要否の問題はさておき、本稿は現行日本民法典の解釈論として、634条2項における533条「準用」の趣旨は、注文者による報酬支払拒絶権を認めたものであり、単純な双方向的な同時履行の抗弁権を認めたものと解すべきではないこと、また、目的物に瑕疵があり、かつ、引渡が未了の場合には、請負人から報酬を支払わなければ目的物を引き渡さないという同時履行の抗弁権は主張することはできず、逆に、注文者は瑕疵修補に代わる損害賠償請求権と目的物の引渡請求権を主張することができるかと解すものである。このような法解釈の究極的な根拠は、請負契約上の請負人の仕事完成義務が注文者の報酬支払債務に対して先履行義務であることに求められる。仕事の目的物を請負人が注文者に引き渡した後で、報酬を請求した場合に、注文者は目的物に瑕疵がある場合には、請負人に対して瑕疵修補に代わる損害賠償請求をなすことができ、この場合、請負人に対する報酬支払債務の履行を拒絶できるのであるから、そのこととの均衡も考慮する必要がある。更に、目的物の引渡しを受けなければ、注文者は目的物の瑕疵の詳細を吟味できない点も考慮されるべきである。以上、理論的にも実際にも私見のような解釈は妥当と考える。

この場合、請負人が目的物を注文者に引き渡さないことにより報酬債権を確保する利益にも考慮すべきという意見があるかもしれない。しかし注文者が請負人に報酬を支払ってしまったら、あとで請負人の資力に問題があるときに瑕疵修補に代わる損害賠償請求権を実現できなくなるという注

39) 民法改正研究会編・前掲注(29)214頁。

建築請負目的物の瑕疵と同時履行の抗弁権（松本）

文者にとってのリスク，また，目的物の引渡しを受けなければ瑕疵の詳細がわからず損害賠償額の算定に窮するという注文者のリスクを考慮するならば，仕事完成義務を負いながらも目的物の瑕疵をつくりだした請負人と，そのことにつき無責の注文者のどちらを保護すべきかに思いを致すべきであろう。