

松 山 大 学 論 集  
第 24 卷 第 3 号 抜 刷  
2 0 1 2 年 8 月 発 行

## 民法（債権法）改正と 635 条但書

銭 偉 栄

# 民法（債権法）改正と 635 条但書

錢 偉 榮

## 一 はじめに

### 1 民法 635 条但書の趣旨に関する従来通説の立場

民法 635 条は、「仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる」（本文）と定める一方、その但書においては、建物その他の土地の工作物については、たとえ仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときであっても、注文者は契約の解除をすることができないとしている。

民法 635 条但書の規定の趣旨については、長い間、「いかに重大な瑕疵があっても解除することはできない」、すなわち瑕疵による契約解除の全面的禁止を定めるもので<sup>1)</sup>、しかも公益上強行規定だと解されてきた（従来通説）<sup>2)</sup>。その理由として、建物その他土地の工作物について、解除を認めては、請負人の損失が過大となること、および瑕疵ある工作物について原状回復をすることは、社会経済的な損失も大きいことがあげられていた<sup>3)</sup>。まったく利用価値のないものを取去しても社会経済的に大きな損失を生ずことはないであろうから、「社会経済的な損失も大きいこと」を解除権制限の理由の 1 つとしてあげているということは、すなわち、瑕疵があってもまだ何らかの利用価値があることが、通説の見解の根底に置かれていることを意味するものといえよう<sup>4)</sup>。

## 2 近年の学説・判例の展開

しかし、1970年ごろに入ると、請負人の建築した建物の基礎や主要構造部分に建物の構造上の安全性や耐久性などを欠く重大な瑕疵があり、しかもそれを除去するためには当該建物をいったん取り壊して建て替えるほかはないという事例が現れるようになった<sup>5)</sup>。このような場合にまで、従来の通説のように民法635条但書の明文規定を理由に請負人の瑕疵担保責任に基づく解除を認めないのは、かえって注文者にとって不公平にならないか。民法635条但書の規定の趣旨に関する従来の通説の理解に疑問を呈する学説が現れ、重大な瑕疵により建替えが必要とされる場合には契約の解除を認めてもよいとの見解が有力に主張されるようになった<sup>6)</sup>。他方、裁判実務においては、主として建替え費用相当額の損害賠償を認めることが民法635条但書の趣旨に反するかどうかという点をめぐって争われてきており、後掲最高裁平成14年判決によって一応の決着がついた。同判決は、建物の構造上の安全性を欠く重大な瑕疵があり、その瑕疵を除去するためには建て替えるほかはないという場合に限って、建替え費用相当額の損害賠償を認めることが民法635条但書の趣旨に反しないとし、当事者間の衡平を図ったのである。

## 3 民法（債権法）改正の動き

以上のような経緯を踏まえ、2006（平成18）年10月7日に発足した民法（債権法）改正検討委員会（委員長・早稲田大学教授鎌田薫）は、2009（平成21）年3月末にまとめた「債権法改正の基本方針」（検討委員会試案）および提案要旨<sup>7)</sup>において、民法635条但書の規定の削除を提案した（試案第3.2.9.04条第ウ項参照）。その理由として、「現民法ただし書に定める土地の工作物における解除制限については、学説の批判も強く、その合理性を実質的に否定する判例も現れている」ことが挙げられている<sup>8)</sup>。

2011（平成23）年6月1日から8月1日までの間に「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見募集が行われた。民法635条但

書に関する検討委員会試案の削除提案に関して集まった意見は計 27 件あったが、削除提案の支持論と慎重論・反対論が拮抗している状態にある<sup>9)</sup>。

#### 4 本稿の目的

果たして検討委員会試案のいうように、いままでの学説および判例の展開の帰結として、民法 635 条但書を削除するという結論が導き出されうるのだろうか。本稿は、まず、判例・学説の展開を考察し、その帰結として民法 635 条但書の削除論を導き出せるかどうかという点を検証する。つぎに、検討委員会試案のように民法 635 条但書を削除するとすれば、「契約目的達成不能」が解除の一元的要件となるが、仕事の目的物が建物その他の土地の工作物であるか否かを問わず、瑕疵による契約解除の要件を「契約目的達成不能」に一元化することが果たして妥当かどうかを検討することとする。さらに、近年、日本民法 635 条但書をモデルにして作られたといわれている中華民国（台湾）民法典が改正され、同法 495 条の第 2 項として、請負人の帰責事由と、仕事の目的物の瑕疵が重大であって、それにより使用の目的を達することができないことを要件に、注文者による契約の解除を認める規定が追加された。その改正に至るまでの経緯を考察し、示唆を得たい。最後に、日本民法（債権法）改正において、民法 635 条の条文設計をどのようにすればより妥当かを検討したうえ、改正提案を試みたい。

## 二 建替え費用相当額の損害賠償と民法 635 条但書

### 1 問題の所在

民法 634 条 2 項によれば、注文者は、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ができる。したがって、仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があり、それを除去するためには建物を建て替えるほかない場合に、注文者が建替え費用相当額の損害を受けたとして同規定に基づく損害賠償の請求をすることは、本来ならば、理論上何らの問題もないはずである。

たしかに瑕疵の修補を許さない旨を定める同条1項但書の規定があり、しかも判例（最判昭58・1・20判時1076号56頁）は、同規定の法意に照らし、瑕疵の修補を許さない場合には修補に要する費用等の損害賠償請求もできないとしている。しかしそれは、瑕疵が重要でなく、その修補に過大な費用を要する場合に限るものである。その反対解釈をすれば、瑕疵が重大である場合には、たとえその修補に過大な費用を要するときであっても、その賠償請求をすることができるということがいえるのではなからうか<sup>10)</sup> 穂積陳重起草委員が法典調査会において、民法641条（現634条）に関する趣旨説明の中でその旨を明らかにした。すなわち、「乍併之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変ナ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が大変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ヘバ家ヲ建テルコトヲ注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ヘ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ノデアリマス」<sup>11)</sup> また、下級審裁判例にも、瑕疵の修補に代る損害賠償とは、瑕疵がなければ存しうる利益を損害としてその賠償を求めうるものであり、瑕疵のある建物が建て替えるほかないような場合には、その建替え費用が瑕疵のない目的物の価格相当額に当るものとして、その賠償を求めうる損害にあたるものと解するものがある<sup>12)</sup>

ところが、1978年に、建替え費用の賠償請求を認めることは、契約解除を認めたことと同様ないしはそれ以上のことを認める結果になり、民法635条但書に反するとする説<sup>13)</sup> が現れたのをきっかけに、建替え費用相当額の損害賠償を認めることは強行規定とされる民法635条但書の趣旨に反しないかが問題として俎上に載せられたのである。この問題に対して最高裁判所の態度を表明したのが、最高裁平成14年判決である。

## 2 最高裁平成 14 年 9 月 24 日判決（裁判集民 207 号 289 頁・判時 1801 号 77 頁・判タ 1106 号 85 頁）

(ア) 事実の概要 注文者は、請負人の建築した本件建物（木造ステンレス鋼板葺 2 階建て住宅）の引渡しを受けた。ところが、当該建物には、全体にわたってきわめて多数の欠陥箇所がある上、主要な構造部分には本件建物の安全性及び耐久性に影響を及ぼす重大な欠陥が存在し、しかもその欠陥を完全に除去するためには、土台を取り除いて基礎を解体し、木構造についても全体をやり直す必要があり、結局、技術的、経済的にみても、建て替えるほかはなかった。注文者は、本件建物の欠陥により、建替え費用などの損害を被ったとして、請負人に対し、瑕疵担保責任または債務不履行責任などに基づき、その賠償を請求した。1 審および原審はともに瑕疵担保責任に基づく建替え費用相当額の損害賠償請求を認容した。請負人は、建替え費用を損害として認めることは、実質的には契約解除以上の効果を認める結果となり、民法 634 条および同 635 条の各但書の規定に明らかに抵触する結果となるから許されないと主張して上告した。

(イ) 判旨（上告棄却）「請負契約の目的物が建物その他土地の工作物である場合に、目的物の瑕疵により契約の目的を達成することができないからといって契約の解除を認めるときは、何らかの利用価値があっても請負人は土地からその工作物を除去しなければならず、請負人にとって過酷で、かつ、社会経済的な損失も大きいことから、民法 635 条は、その但書において、建物その他土地の工作物を目的とする請負契約については目的物の瑕疵によって契約を解除することができないとした。しかし、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建て替えるほかはない場合に、当該建物を取去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、

同条但書の規定の趣旨に反するものとはいえない。したがって、建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができるというべきである」。

(ウ) 本判決は、建替え費用相当額を損害としてその賠償を認めたりーディング・ケースとして、おおむね学説から好意的に受けとめられている<sup>14)</sup>

建替え費用相当額の損害賠償請求を認めるとすれば、建物を収去しなければならなくなるから、実質的には契約解除と同様の効果を認めることになる。そうすると、民法635条但書の規定に抵触するのではないかという疑問を生ずる。上告理由はまさにその点を取り上げたのである。これに対して、本判決は、民法635条但書の強行規定性を維持し<sup>15)</sup> つつも、その適用範囲を、建物等に瑕疵があり、それによって契約の目的を達成することができないときであつてもまだ何らかの利用価値がある場合に限定することによって、この疑問に答えた。すなわち、重大な瑕疵があつて建て替えるほかはないような建物を収去しても別に社会経済的に大きな損失をもたらすものでもなければ（既存建物収去の正当化）、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、「契約の履行責任に応じた損害賠償責任」を負担させるに過ぎず、請負人にとって過酷であるともいえない（建替え費用相当額賠償責任の正当化）から<sup>16)</sup> 建替えに要する費用相当額の損害賠償を認めても、同条但書の規定の趣旨に反するものとはいえない、というのである。

本判決は、建替え費用の賠償の可否のみについて判断を示したものであつて、解除の可否に直接に言及したわけではない。しかし、建替え費用の賠償を認めることは実質的に解除を認める結果になることを考えると、建替え費用の賠償を認めても635条但書の規定の趣旨に反しないという判断を示した同判決の結論からは、理論上、同様の場合、すなわち、①建物等にその安全性を害するような重大な瑕疵があることと、②その瑕疵を除去するためには建て替えるほかはないことの2つの要件が充足されるときは、解除も許されると解するこ

とができよう<sup>17)</sup>

### 3 下級審裁判例

#### (1) 建替え費用相当額の損害賠償を肯定する裁判例

建物の構造上の安全性を欠く重大な瑕疵があり、その瑕疵を除去するためには建て替えるほかないと認められる場合について、建替え費用相当額の損害賠償をはじめて認めたのは、大阪高判昭和 58・10・27 である（判時 1112 号 67 頁のコメント参照）。それ以降も肯定裁判例が続き、裁判例の主流をなしている<sup>18)</sup>

#### 【1】大阪高判昭和 58・10・27（判時 1112 号 67 頁・判タ 524 号 231 頁）

(ア) 事実の概要 請負人は、注文者との間で本件建物（鉄骨造 4 階建店舗付住宅）の新築および追加変更工事につき建築工事請負契約を締結し、それに基づき施工し、完成した本件建物を注文者に引き渡した。請負人は、注文者に対し、請負残代金の支払いを求める訴えを提起した。これに対し、注文者は、本件建物の主要構造部に重大な瑕疵があり、その瑕疵により建物の撤去費用を含む建替え費用相当額および営業不能による逸失利益等の損害を被ったとして、その損害賠償債権による相殺の抗弁を主張するとともに、請負人の瑕疵担保責任（民法 634 条）および不法行為責任（民法 709 条）に基づき、前記損害の賠償を求めて反訴を提起した。

(イ) 判旨 「右認定のような本件建物の瑕疵、特に（中略）基礎礎版、アンカーボルト、柱とそのカバープレート、柱と梁の接合、床等の各瑕疵によれば、本件建物はその主要構造部に重大な欠陥を有し、構造上その安全の保持を期しえない危険なものであって、（中略）本件建物の右瑕疵の補修は、建て替える以外には不可能もしくは著しく困難であり、結局、建て替え工事をするよりほかないことが認められる。ところで、請負の目的物の瑕疵の修補に代る損害賠償においては、右瑕疵がなければ存しうる利益についてこれを損害として賠償



を求めうるものであるが、前記のように目的物たる建物が建て替えるほかないような場合には、その建て替え費用が瑕疵のない目的物の価格相当額に当るものとして、その賠償を求めうる損害にあたるものと解するのが相当である。」

(ウ) 本判決は、建替え費用相当額のほかに、営業不能による逸失利益、居住不能によるアパート賃借料などを損害として、請負人の瑕疵担保責任に基づく賠償を認めた<sup>19)</sup> ただし、解体工事費については、「これを認めるに足りる的確な証拠がない」としてこれを認めなかった<sup>20)</sup> この判決は、民法635条但書が「強行規定であるという通説の理解を前提としつつ、現実は無価値な建物を注文者の負担で撤去させるという不合理な解決を避けるために妥当な解決をはかろうとするもの」であると、評価されている<sup>21)</sup>

## 【2】大阪地判昭和59・12・26(判タ548号181頁)

(ア) 事実の概要 注文者は、請負人との間で、木造2階建ての本件建物の設計監理および施工を内容とする建築工事請負契約を締結した。請負人は本件建物を完成し、注文者に引き渡したが、本件建物の設計・施工には次のような重大な瑕疵があった。すなわち、①本件建物の土工事および基礎底盤には、いずれも基礎の構造耐力に影響を及ぼす欠陥がある。②通し柱に、新築建物に不相当な腐朽部分及び入り皮のある材が使用されたことにより、本件建物の構造耐力に影響を及ぼす欠陥がある。そこで、注文者は、①瑕疵の修補に代わる損害賠償請求権(民法634条2項)、②請負人の故意の不法行為に基づく損害賠償請求権(民法709条)、③請負人の債務不履行に基づく損害賠償請求権などの各請求権の選択的併合を主張し、請負人に対し、建替え費用相当額の損害賠償を請求した。

(イ) 判旨 「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り、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、軸組みに組み込まれた木材は、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、かえっ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(ママ)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る。

(ウ) 本判決は、請負人が瑕疵担保責任および不法行為責任（使用者責任）を負うべきものとして、解体工事費などを含む建替え費用相当額の賠償を認めた。本判決で注目すべきことは次の2点である。1つは、建築基準法令に定められている構造耐力を維持することができるかどうかを瑕疵の重大さの判断基準とすることである。もう1つは、瑕疵を除去するために建て替えるほかはないかどうかを判断する際に、単に技術的に可能かどうかあるいは困難かどうかという物理的基準によるだけでなく、個々の部分的な修補と全面的な建替えとを比較していずれが経済的かという経済的視点をも導入している点である<sup>22)</sup>

### 【3】大阪地判昭和62・2・18（判時1323号68頁・判タ646号165頁）

(ア) 事実の概要 注文者は、請負人との間で本件建物（2棟）の設計・施工を内容とする建築工事請負契約を締結した。ところが、請負人から引渡しを受けた完成建物には、①建築基準法令に定められる建物の構造耐力に関する具体的な技術基準に適合しない構造上の欠陥（鉄骨軸組架構体の歪み、鉄骨構造体の部材溶接の不良、基礎構造の不良と不等沈下）、②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基準を充たさない耐火・防火上の欠陥があったため、注文者は、請負人に対し、不完全履行責任（民法415条）ないし担保責任（民法634条）に基づき、補修費用（建物解体費や再築費など）および補修工事期間中の代替建物賃料や引越費用などを損害としてその賠償を求めた。

(イ) 判旨 「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」。これを本件についてみれば、「A、B各建物の基礎構造の瑕疵に限って考えた場合には、甲意見の部分修復法には乙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、反面乙意見の再築法の工費が甲意見の部分修復法よりもA建物につき約1,000万円も高額となる点に鑑みると、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体の部材溶接の瑕疵、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うべきであるから、補修方法としては再築法を採用するのが相当である。」

(ウ) 本判決は、請負人の瑕疵担保責任に関する規定（民法634条以下）は瑕疵を生じた理由のいかんを問わず、瑕疵の種類や程度に応じて適当な要件と効果を定めたものであるから、これらの規定により不完全履行の一般理論は排斥されるとしたうえで、請負人の瑕疵担保責任に基づき、建物解体費・再築費・補修工事期間中の代替建物の賃料・引越費用などの損害賠償請求を認容した。

本判決の注目すべき点は2つある。第1は、瑕疵修補の概念を拡張し、それに再築法と部分修復法を含ませることによって、建替え費用等を瑕疵の修補に代わる損害としてその賠償を認めた点である。「再築法」という表現を使う意図は不明であるが、瑕疵が重大である場合には、たとえその修補に過大な費用を要するときであっても、その賠償請求をすることができるというのが通説の立場なので、「再築法」を瑕疵の修補方法の1つであると位置づけることによって建替え費用相当額の損害賠償を認めることが民法635条但書の規定の趣旨に

反しないかという批判を回避することができるのは確かである。ただし、この考えに対しては、既存の建物をいったん取り壊して再建築するという建替えの方法は瑕疵修補の観念とは相いれないのではないかとの批判がある<sup>23)</sup>

第2は、瑕疵の修補方法として再築法と部分修復法のいずれを採用すべきかは、「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」とした点である。これにより、前掲大阪地判昭和59・12・26よりもいっそう詳しい判断基準が示されたといえよう。

#### 【4】東京地判平成3・12・25（判時1434号90頁）

(ア) 事案の概要 注文者は、請負人および監理技師との間でそれぞれ本件建物（住居兼ペンション）の設計・設計監理および施工に関する建築工事請負契約を締結し、請負人から完成した本件建物の引渡しを受けた。ところが、本件建物の外壁下端に水切り処理がなされていないなどの重大な瑕疵があったため、風雨の強い時には、1階床および壁面に雨水が浸入するという事態が発生し、そのため、1階居間の和室の畳、各部屋の押入れ、洋室のカーペットなどにカビが繁殖し、畳が腐蝕し、異臭が鼻をつくなど、住人に健康被害を生じたばかりでなく、ペンションの営業上も放置することのできない重大な被害が発生した。そこで、注文者は、請負人および監理技師に対し、請負契約上の瑕疵担保責任および不法行為責任に基づき、補修工事等に要する費用等の損害賠償を求める訴えを提起した。

(イ) 判旨 「土台廻りの部材を取り替えるためには、一旦上部躯体を基礎から浮かせる必要があるが、100ミリ角程度以上の土台の上に100ミリ角以上の柱を組み、梁・小屋を掛けて、火打ちや筋交いで補強する木造在来工法の建物の場合は、いわゆる『曳き家』（建造物を解体しないで、機械又は人力によって水平移動させ、あらかじめ造られた基礎の上に移す工事）の手法で、土台下や柱の脇に支持材を渡し上部躯体を持ち上げることが可能であるが、断面積の小さい部材を接合した壁で支える枠組み壁工法（いわゆるツーバイフォー工法）

によっている本件建物の場合、『曳き家』の手法は建物の崩壊を招くか少なくとも著しい損傷を生じる危険があるためにとれず、結局上部躯体を一旦取り壊して造り直すほかはない。」

(ウ) 本件は、ほかの事例とは異なり、建物の上部躯体自体に重大な瑕疵があるわけではなく、建物の外壁下端に水切り処理がなされていないなどの重大な瑕疵があったため、土台まわりの部材を取り替える必要があるとされたものである。本判決は、請負人の瑕疵担保責任および不法行為責任を免れないとしたうえ、上部躯体の建替え費用相当額を含む補修費用の損害賠償を認めた。この事例では、上部躯体の建替えの必要性について、主として技術的に困難であるという視点から判断されている。

#### **【5】神戸地姫路支判平成7・1・30（判時1531号92頁・判タ883号218頁）**

(ア) 事実の概要 請負人は、注文者との間で本件建物（鉄骨3階建ての共同住宅）の設計施工につき、建築工事請負契約を締結し、5か月後にその工事を完了して本件建物を注文者に引き渡した。しかし、本件建物には次の瑕疵があった。すなわち、①構造上の欠陥。本件建物は、その存在応力を十分に伝達しうる構造になっていないものと推認することができ、建築基準法令の定める建物の構造耐力に関する具体的な技術基準に適合せず、梁と梁の継手（接合部）の高力ボルトの施工間隔（ピッチ）の不良により、当該部分は本件建物の構造計算書上必要とされる接合耐力を欠くものと推認できる。②消防（防火）上の欠陥。本件建物は、耐火上の安全性に関する建築基準法令の定める具体的な技術水準が充たされておらず、所定の耐火性能を欠くものと推認できる。③対候性能及び設備仕上げ等の欠陥である。請負人は、注文者に対し、残代金等の支払いを求めて訴えを提起した。これに対し、注文者は、本件建物には上記のような欠陥があると主張し、反訴として、請負人の使用者責任（民法715条）に基づくほか、債務不履行責任（民法415条）または瑕疵担保責任（民法634条）に基づき、建替え費用相当額の損害賠償を請求した。

(イ) 判旨 「本件建物には構造上及び耐火上の瑕疵が認められ、特に右構造上の瑕疵により、本件建物は建築基準法令が予定する構造耐力に欠けるものと推認されるのであるから、本件建物の安全な存続を将来にわたって図ることは困難であると考えられる。そして、右構造上及び耐火上の瑕疵が本件建物内に組み込まれた鉄骨部分に生じていること（中略）によると、右瑕疵を補修するためには、内外装を撤去し一旦鉄骨架構を解体したうえ、工場において所定の剛接合のための溶接をし直した後、再度現場での軸組組立て、必要な耐火被覆、内外装屋根等の再施工を行うことが相当な方法であり、結局のところ、本件建物を建て替えるのと同程度の工事が必要となることが認められる。」

(ウ) 本判決は、請負人の従業員に工事監理者としての義務を怠る不法行為があるとして、請負人の不法行為責任（使用者責任）を認め、建替え費用相当額の損害賠償を認めた<sup>24)</sup>

## 【6】長崎地大村支判平成12・12・22（判タ1109号166頁）

(ア) 事実の概要 請負人は、注文者との間で本件建物（木造セメント瓦葺2階建て居宅兼診療所）の設計施工につき、建築工事請負契約を締結した。その後、請負人は、完成した本件建物を注文者に引き渡し、注文者から代金全額の支払いを受けた。しかし、本件建物には、①基礎はその安全性を有しないこと、②バルコニー下部の構造は、建築基準法令の要求する建築物に作用する荷重や外力を安全に地盤に伝える基礎構造であるとはいえないこと、③本件建物の杭基礎の構造耐力上の安全性には、疑問があること、④本件建物の外壁材は構造用面材としての耐力を有せず、その結果、壁構造が構造上の安全性を欠くことなどの欠陥があった。そこで、注文者は、請負人に対し、民法634条により、建替え費用相当額の損害賠償を請求した。

(イ) 判旨 「本件建物の欠陥は、多岐にわたっており、しかも、部分的な補修工事に対応できるのは、金物を追加施工することが考えられる軸組や2階の床組やバルコニーの防水工事などに限られ、設計から再検討すべきであること

からすると、基礎、耐力壁、小屋組、1階の床組、バルコニーの床組、屋外階段などいずれも解体、再施工が必要である（なお、基礎については、不等沈下が生じた形跡自体はないが、はつりがあることや設計の見直し、結露の発生など種々の欠陥があることから、解体、再施工もやむを得ない。）。そして、右のように大半の部分で解体再施工を要することから、結局、取り壊して建て替える方法によらざるを得ない。」

#### 【7】前橋地判平成16・1・23（公刊物未登載・TKC法律情報データベース）

（ア）事実の概要 注文者は、本件建物（2階建ての木造建築物）を建築した請負人に対し、建築された本件建物には重大な瑕疵があるとして、請負人の瑕疵担保責任（民法634条）または債務不履行責任（民法415条）に基づき、主位的には、建物の解体、再建築に要する費用相当額、予備的には、建物の瑕疵の修補に要する費用相当額の支払いを請求した。

（イ）判旨 「原告から注文を受けて被告が建築した本件建物は、その全体にわたって極めて多数の欠陥箇所がある上、主要な構造部分について本件建物の安全性及び耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存するものであった。すなわち、排水溝及び排水桁の構造に重大な欠陥があるため雨水による漏水を防止することができず、そのため本件建物の全体にわたって雨漏りが生じ、これによって本件建物全体の強度を弱めている（中略）ばかりか、本件建物の外壁工事の施工不良により、本件建物のすべての方面の外壁にタイルの浮き等の不正常な部分が広範囲に生じており、さらに、床を支える梁及び根太の断面が不足していることなどの欠陥から、本件建物の1階部分・2階部分共に床にたわみが生じており、その影響で床全体に共振状態が起きている」。その上、最判平成14年9月24日を引用しつつ、「本件建物については、個々の継ぎはぎ的な補修によっては根本的な欠陥を除去することはできず、これを除去するためには、本件建物を全面的に改修する必要がある、結局、技術的、経済的にみても、本件建物を建て替えるほかない。（中略）前記のとおり、本件建物には重大な

瑕疵があるためこれを建て替えざるを得ないから、原告は、被告に対し、本件建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができる。」

## 【8】徳島地判平成 18・10・27（公刊物未登載・TKC 法律情報データベース）

（ア）事実の概要 注文者は、請負人との間で、本件建物（居宅）の新築工事につき請負契約（設計および施工の一括契約）を締結した。しかし、請負人の建築した本件建物には建築基準法令所定の安全性を欠く欠陥があった。そこで、注文者は、請負人に対し、選択的に、瑕疵担保責任（民法 634 条）、不法行為責任（民法 709 条）または工事監理担当者の使用者としての使用者責任（民法 715 条）に基づき、建替え費用相当額の損害賠償を請求した。

（イ）判旨 「本件土地の地盤については、法（建築基準法—引用者注。以下同じ。）19 条 2 項の技術基準に適合しない瑕疵があり、本件建物の基礎については、令（建築基準法施行令—引用者注。以下同じ。）38 条 1 項の技術基準に適合しない瑕疵があり、本件擁壁については、法 88 条、令 20 条 1 項の技術基準に適合しない瑕疵があり、（中略）これらの瑕疵は、本件土地の地盤、本件建物の基礎及び本件擁壁の安全性を欠くというものであり、これにより本件建物等には沈下するなどのおそれがあるといえることができるから、居住者にとって最も重要な建物の安全性に直結する重要な部分の瑕疵であるというべきである。既に説示したとおり、建築基準法令は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めたものであるから、これに適合しないことを理由とする上記の瑕疵は、軽微な瑕疵であるとはいえず、本件建物は、その安全性において重大な欠陥があるといえることができる。このように、上記の各瑕疵は、本件建物の安全性に直結する重要な部分の重大な瑕疵と評価するのが相当である。」

「上記のような各瑕疵に対する補修については、建築基準法令が定める安全性を確保されるように、本件土地の地盤の改良、本件擁壁の造り替え等をする



ことが不可欠であり、このような補修をするためには、本件建物、本件擁壁、本件土地の盛土をすべて解体して撤去した上で、建築基準法令を遵守して、地盤を改良し、擁壁を設置した上で、本件建物を建て替えることを要するものと認められ、このような補修方法に代替する方法があると認めるに足る証拠はない。(中略)建物請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額の損害賠償を請求することができる。」

### 【9】神戸地判平成23・1・18(判タ1367号152頁)

(ア) 事実の概要 注文者は、請負人から完成した本件建物の引渡しを受けたところ、本件建物には、基礎が軟弱地盤に対応できていないことによって不同沈下・傾斜が生じ、建物の構造上の安全性を欠く重大な瑕疵があったため、建替えが必要であるとして、請負人に対し、瑕疵担保責任または不法行為による損害賠償請求権(選択的併合)を行使して建替え費用相当額の支払いを求めた。

(イ) 判旨 「瑕疵の補修を行うのに複数の工事方法が考えられる場合には、最も安価な工事方法に要する費用相当額をもって相当因果関係ある損害と認めるのが相当であるから、結局、本件建物に存する瑕疵の補修費用として原告に生じた損害額としては、建替費用と同額の」金銭と認めるのが相当である。

(ウ) 本判決は、まず、上記のような重大な瑕疵を含む本件建物を建築した請負人には、建物建築を請け負った業者として負う瑕疵のない建物を建築する注意義務に違反した過失が存するから、不法行為による損害賠償責任があるとして、本件建物に瑕疵が存することによって注文者に生じた損害を賠償する義務を負うものとした。つぎに、瑕疵の修補に要する費用を詳細に検討した上、本件建物の瑕疵を除去するためには部分的に修復することが技術的に可能であり、しかもそれで足りるとしながらも、部分的補修に要する費用が建替え費用を上回るから、建替え費用相当額を損害としてその賠償請求を認めた。

## (2) 建替え費用相当額の損害賠償を否定する裁判例

他方、建替え費用相当額の損害賠償を否定する裁判例も若干みられる。そのうち、神戸地判昭和 63・5・30（判時 1297 号 109 頁）<sup>25)</sup> は、建物の「基礎及び軸組構造は、本件建物に作用する荷重や外力に対して法定の構造耐力上の安全性に欠けているから、本件建物は、地震や台風等の振動・衝撃を契機にして倒壊しかねない危険性を内蔵する建築物であるといわざるをえない」と認定しながらも、建替え費用相当額の賠償請求を否定した。なぜなら、「民法 635 条但書により、建物やその他の土地の工作物については、契約の目的を達することのできない瑕疵があっても、請負契約を解除することはできず、右規定は強行規定と解されているのに、建替え費用相当額を損害と認めることは、実質的に契約解除以上のことを認める結果になる」からである。そして、この場合の損害賠償額について、次のように述べた。①本件建物の瑕疵は、社会通念上修補不能であるから、そもそも瑕疵修補の請求はできない。②瑕疵修補の請求ができない場合には、注文者が請負人に対して請求しうる損害賠償の額は、一般的に言って、瑕疵を修補するために要する費用ということとはできず、目的物に瑕疵があるためにその物の客観的な交換価値が減少したことによる損害を基準にして、これを定めるべきである。

前掲神戸地判昭和 63・5・30 のほかの否定裁判例として、建物の瑕疵は、請負契約の契約内容に適合しないものであるが、建築基準法令の定める技術的基準に適合しないものと断定することができないと判断されたもの（札幌地判昭和 63・8・11（公刊物未登載）<sup>26)</sup>）や、建物の瑕疵は、建物全体の耐力に影響を及ぼす程度のものであるとたやすく断定し難いものであり、建物の建替えを要するほどのものではないとされたもの（岡山地判平成 5・4・10（公刊物未登載）<sup>27)</sup>）、および建物本体に重大な瑕疵があるのではなく、建物付属の車庫に注文者所有の車の入出庫が不可能であるという瑕疵があり、その欠陥を除去し、当該乗用車が入出庫可能な車庫を造るためには、一旦本件建物を取壊し、建て替えるほかに相当な修補方法はないとされたもの（東京地判平成 3・6・

14判時1413号78頁)<sup>28)</sup>である。

## 4 学 説

### (1) 建替え費用賠償否定説

後藤勇判事(当時)によって主張された説である<sup>29)</sup>建替え費用賠償を否定する理由として、次のことが挙げられている。第1, 建替え費用の賠償請求を認めることは、契約解除を認めたことと同様ないしはそれ以上のことを認める結果になり、民法635条但書に反する。第2, 瑕疵の修補は、完成した仕事の目的物の全部又は一部をそのままにして、瑕疵の部分を瑕疵のない完全なものにすることをいうものと解されるべきであるから、建替え費用の賠償を認めることは、そもそも瑕疵修補の観念とは相いれないものである<sup>30)</sup>第3, 実際の事例においては、重要な瑕疵があるとされる建物が長期間にわたり注文者の居住またはその他の使用に供されてきたという事情があり、このような建物が、はたして、「使用に耐えがたい」ような、まったく交換価値のないものといえるか。第4, 「注文者が、請負人から瑕疵ある建物の建替え費用の賠償を受けておきながら、現実には、建物の建て替えをせずに、瑕疵ある建物をそのまま使用することはないとはいえない」から、そうなると、注文者の請負建築建物の二重取りとなり、極めて不当な結果を招くことになる<sup>31)</sup>

### (2) 建替え費用賠償肯定説

これに対して、建替え費用賠償肯定説からは、次のように反論される。第1について、そもそも起草者が民法635条但書の適用対象として想定していたのは、瑕疵があっても建物その他土地工作物が注文者にとってまだ(客観的な)価値がある場合であるから、同規定はこの場合に限って適用されると解すべきであり、したがって、同規定は、瑕疵のために建物が無価値になった場合に請負契約の解除を認めることの妨げにはならない。そして、解体費用および再築費用等を含む建替え費用相当額の損害賠償を認めることは解除を認めた場合

と同じ結果になるに過ぎず、それ以上のことを認めているのではない<sup>32)</sup>から、民法 635 条但書には反しない。第 3 について、建物の瑕疵はしばしば容易に発見できないことがあり、さらに、危険を承知でも使用を継続しなければならない事情もありうるから、「それを使用し続けるということをもってただちに建物の価値があったということは導けない」<sup>33)</sup> また、第 2 についても、前掲大阪地判昭和 62・2・18 のように、瑕疵修補の概念を拡張することが可能であるから、これをもって建替え費用等の賠償を否定するに足りない。さらに、第 4 については、上述のように、「二重取り」論の前提となっている、長期間使用を継続している瑕疵ある建物にまだ交換価値があるという考え自体が成り立たないわけであるから、「二重取り」論もまた成立しないであろう。

建替え費用の賠償を認めなかった前掲神戸地判昭和 63・5・30 を契機に、学説では、建物の基礎や主要構造部分などに建物の安全性や耐久性に影響を及ぼす重大な欠陥があり、それを除去するためには、建て替えるほかはない場合に、瑕疵の修補に代わる損害賠償として解体費用を含む建替え費用などの賠償を認めるべきであるという主張が、アプローチの仕方こそ異なるものの、次第に有力になり<sup>34)</sup> その多くは、その正当化根拠を「建物の無価値」に求めている<sup>35)</sup>

## 5 若干の検討

### (1) 瑕疵の重大さ

さて、判例において、建替え費用相当額の損害賠償請求権を正当化させる「重大な瑕疵」とは何か。瑕疵が重大であるかどうかは、何を基準にして判断されているのであろうか。

前掲最高裁平成 14 年判決の原審（東京高判平成 14 年 1 月 23 日平 13（ネ）4584 号）では、「本件建物には、その全体にわたって極めて多数の欠陥箇所がある上、基礎、軸組、小屋組といった建物の主要な構造部分について、本件建物の安全性及び耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存するもの」と認められ

た。したがって、建替え費用相当額賠償請求権を発生させるに足る「重大な瑕疵」とは、まず、建物の構造上の安全性および耐久性に重大な影響を及ぼす瑕疵であると定義することができよう。上記肯定裁判例のうち、【4】を除けば、建物の構造上の安全性の保持を期しえないほどの欠陥が存在するケースばかりである。たとえば、「本件建物はその主要構造部に重大な欠陥を有し、構造上その安全の保持を期しえない危険なもの」であるとされた事例（【1】）、および「本件建物には構造上及び耐火上の瑕疵が認められ、特に右構造上の瑕疵により、本件建物は建築基準法令が予定する構造耐力に欠けるものと推認されるのであるから、本件建物の安全な存続を将来にわたって図ることは困難である」とされた事例（【5】）などである。また、前掲札幌地判昭和63・8・11、岡山地判平成5・4・10および東京地判平成3・6・14は、いずれも建物全体の耐力に影響を及ぼす程度の瑕疵ではないとされた事例であるから、建替え費用相当額の損害賠償を否定する結論は妥当といえよう<sup>36)</sup>

人々の生活・居住・仕事の空間としての建物は、さまざまな機能や性能を具備すべきであるが、その中で一番重要なのは建物の構造上の安全性であることについて異論はなからう（【8】参照）。それゆえ、既存建物を取去しても社会的に大きな損失をもたらすものではないといえるような重大な瑕疵とは、まず、建物の構造上の安全性を欠く瑕疵であるといえよう。しかし、それに限らず、【4】のように、居住者等に健康被害を与える要素を含むような建物もまた、安全性を欠く重大な瑕疵を有するものと言うべきではなからうか。

## （2）建築基準法令違反と重大な瑕疵

（ア）実務上、建物の構造上の安全性の有無を判断する際、建築基準法令に定められる建物の構造耐力に関する具体的な技術基準に適合するかどうか重要な基準とされており、それに適合しない瑕疵は建物の構造上の安全性を欠く重大な瑕疵とみられている<sup>37)</sup>

（イ）建築基準法は建築物の構造設備等に関する最低の基準を定めて、国民の

生命、健康及び財産の保護を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的とし（同法 1 条）、建築主に一定の建築物につき着工前にいわゆる確認を義務付け（同法 6 条）、建築主に対し完工後建築主事から検査済証の交付を受けて後その使用を許容し（同法 7 条）、特定行政庁は法定の基準に違反した建築物にその建築主、請負人に対し工事の施行の停止又は違反の是正のため必要な措置——「当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期間を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限」——をとることを命じることができ（同法 9 条）<sup>38)</sup> 法定の基準に違反した建築につき関係者に刑罰が科される（同法 98 条ないし 102 条）のである（東京地判昭和 47・2・29 判時 676 号 44 頁参照）。

(ウ) もっとも、建築基準法の定める基準にはさまざまなものがある。近隣居住者の利益を法律上保護するためのもの（たとえば、北側斜線制限（法 56 条 1 項 3 号）や日影規制（法 56 条の 2）など）もあれば、居住者の生命身体の安全の確保に必要なものとしての基準もある。建築基準法令の定める基準に適合しないことが仕事の目的物の瑕疵となりうるが（前掲東京地判昭和 47・2・29 参照）、そのすべてが建替え費用相当額の損害賠償を正当化することができる重大な瑕疵となるわけではない。重大な瑕疵となりうるのは、国民の生命および財産を保護するために必要な最低基準を定めるものとされる建物の構造耐力に関する具体的な技術基準である。その意義について、前掲【5】裁判例は、次のように説く。すなわち、「鉄骨造建物が安全に存続しうるためには、まずもって構造耐力に関する具体的技術基準（法 20 条 1 項、36 条、施行令 36 条、67 条 2 項）を満たし、鉄骨構造上建物の存在応力を十分に伝達しうる構造性能を有することが不可欠の条件であり、建築基準法令等が詳細な規定を設けているのも、建物居住者のみならず周辺住民等の生命及び財産等を保護するための最低限の担保とするためであると解される」。この意味においては、建物の構造耐力に関する具体的な基準は、私法上、強行法規性を有するものというべきであり、それに違反して居住者や近隣住民の生命、身体等の安全に関わる違法

を有する危険な建物を建築することは著しく反社会性の強い行為と評価されるべく、これを目的とする請負契約が公序良俗に反し無効となるばかりでなく、すでに建築された場合には速やかにそれを除去しなければならないであろう<sup>39)</sup>

(エ) 建物が構造上の安全性を有するかどうかは、まず計算上安全値に達したかどうかを見ることになろう。しかし、計算上安全値に達したことだけをもって、建物が構造上の安全性を有すると断定することはできない。建物の構造上の安全性とは、「単に計算上の安全値をいうものではなく、経験則上これを認めることのできる資材の不均質や作業工程上の瑕疵等諸々の要因によって惹起される危険性をも充分考慮に入れたうえで、建築物が本来備えているべき機能に支障を来すことがないと考えられる程度の安全域をいうものでなければならない」<sup>40)</sup>

### (3) 瑕疵を除去するために建て替えるほかないこと

(ア) しかし、建物の構造上の安全性を欠く重大な瑕疵があるときは、そののみをもって直ちに建替え費用相当額賠償請求権が発生するということはできない。その上、当該瑕疵を除去するために建て替えるほかないことが必要とされる。すなわち、建物の安全性を欠くような重大な瑕疵がある場合であっても、個別的な修補によりその瑕疵を除去することができるときは、社会経済的に大きな損失を発生させない観点からも、また請負人に過重な負担をさせない観点からも、個別的な修補によるべきであり、建替え費用相当額の損害賠償を認めないのが相当である。反対に、建て替えるほかないような場合であっても、その瑕疵が建物の安全性を欠く重大な瑕疵に該当しないときも同様に、建替え費用相当額の賠償請求はできないと解すべきである<sup>41)</sup>

(イ) 「建て替えるほかない」といえるかどうかは、諸事情を総合して決すべきであるが(【3】参照)、もっとも重要なのは、個別的な修補が技術的に可能かどうかという視点と、個別的な修補と建て替えのいずれが経済的かという視点の2つの視点である<sup>42)</sup>。前掲最高裁平成14年判決は「技術的、経済的にみても、

本件建物を建て替えるほかはない」としているが、この意味においてとらえることができよう。

下級審裁判例には、総合的に判断すべきだとする【3】のほかに、個別的な修補が技術的に不可能あるいは技術的に可能であっても著しく困難であるという視点で肯定するもの（【1】【4】【5】【6】【7】【8】）と、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という視点で肯定するもの（【2】【7】【9】）とがある。

#### （4）契約目的達成不能

（ア）民法635条但書を削除するとする検討委員会試案に従えば、請負の目的物が建物その他の土地の工作物であろうとそうでなかりとを問わず、瑕疵により契約をした目的を達することができないときは、すべて契約を解除することができることになる。一般論として、契約目的達成不能を法定解除の要件とすることには賛成である。しかし、民法635条は売買（570条・566条）の場合と同じ趣意で立案したものである<sup>43)</sup>にもかかわらず、起草者は、何故、売買の場合と異なり、請負の目的物が建物その他の土地工作物に瑕疵がある場合だけに、瑕疵により契約をした目的を達成することができないときであっても、契約を解除することができないとしたのであろうか。

（イ）民法典の起草過程において、635条但書をめぐり激論が交わされ、同但書の削除論まで提出された経緯がある<sup>44)</sup>

法典調査会での穂積起草委員の説明によれば、民法642条（現635条）但書を設けて、建物その他土地の工作物に関する請負契約において瑕疵による解除を禁ずることとした理由は、次のとおりである。すなわち、土地またはその工作物に関する請負の場合には、契約を解除した上で仕事の結果を取り除いて原状に復させることが不可能か、かりに可能であっても、それをさせることは「経済上公益上利益」のないことが多いからである<sup>45)</sup>。しかし、起草者が想定していた瑕疵による契約目的達成不能の場合とは、近時よく問題とされる重大な瑕疵が



あって建て替えるほかはないような場合ではなく、医者のために建てられた家が、玄関の側には井戸を掘って薬取りの出入りができないようになり、車の出入りのじゃまになり、したがって医者にしては不適當な場合であった。「私共ノ考ヘデハ医者デアリマス此医者ノ住ウヤウニ造ルノデアリマスカラ夫レデ病人ノ来ル所モ薬取りノ来ル所ノ玄関モ立派ニ建テ、呉レ向フモ請合ツテ医者ノ家ヲ建テルト云フコトヲ承知シテ建テタ然ルニ今ノ長谷川君ノ言ハレタヤウニ建テタ夫レヲ住家トシテハ宜シイカモ知レヌ併シ医者ガ然ウ云フコトデ注文ヲシテ建テタナラバ矢張り目的ヲ達スルコトガ出来ヌト云フコトニ為ラウト思ヒマス其目的如何ハ注文ノ性質如何ニ依テ定マルコトデアラウト思ヒマス」<sup>46)</sup> これに対して、重岡薫五郎調査委員は、家の建て方が悪くて今にも倒れそうになり、そこに住むことがとうていできないという例をあげ、このような場合にまで解除権を制限するのは不当だとして635条但書の削除を提案したが、否決された<sup>47)</sup>

注文者（医者）にしては契約目的達成不能になるようなものであっても、建物自体にまだ何らかの利用価値がある場合<sup>48)</sup>もある。つまり、岡教授の指摘したとおり、「起草者は、瑕疵のために契約の目的が達成できないということと、瑕疵のために目的物の利用価値がほとんどないということは常に一致するとは限らない」と考えていたのである<sup>49)</sup> 前掲東京地判平成3・6・14がまさにこの場合に該当する事例である。売買であれば、契約を解除して、医者にしては適當でないがまだ何らかの利用価値がある建物を医者でない人に売却することも可能であろう。しかし、請負契約を解除したときは、たとえ建物にまだ利用価値があるとしてもそれを取去しなければならない。それでは、社会経済的に大きな損失を生じ、請負人にも過大な負担を生じるから、注文者の法定解除権を制限するために民法635条但書を設けたのだ、という。

本来ならば、重岡調査委員の問題提起を考慮に入れて条文設計を見直すべきところ、その作業をしなかったため、重岡調査委員の民法635条但書削除提案が否決された結果、同規定の文言上、瑕疵による解除の全面的禁止を定めるものと解されるようになったのである。

### 三 重大な瑕疵による解除と民法 635 条但書

#### 1 学説

冒頭で述べたように、学説は、1970年代から民法 635 条但書の規定についての通説の立場に疑問を呈し、同規定にかかわらず、重大な瑕疵による請負契約の解除の可能性を模索してきた。解除を認める理論的根拠の違いに応じて、次の説に分かれる。

(ア) 高橋弘教授は、通説に反対し、民法第 635 条但書の強行規定性を否定する<sup>50)</sup>。その上、「裁判官による契約内容の改訂」という装置を用いて、当事者間に「解除」を排除する旨の特約がある場合においてその効力が裁判上争われるときに、裁判所は、その合理的な判断に基づき、「すっかり建て直す以外に手が無い」ような場合には、解除を認めるべきだとする<sup>51)</sup>

(イ) 岡孝教授によれば、「635 条但書について穂積や梅ら起草者が想定していたのは、瑕疵があっても土地工作物がなお注文者にとって（客観的な）価値がある場合であった。（中略）そうすると、本条但書は穂積らが想定していた場合に限定して適用すべき」である<sup>52)</sup>。そして、起草者が想定していなかった瑕疵のために目的物がまったく役に立たない（無価値の）場合は、民法 635 条但書の適用範囲外であるから、注文者は、同条本文により請負契約を解除することができる<sup>53)</sup>

(ウ) 他方、不完全履行責任構成を採る説もある。そのうち、高木＝久保説は、仕事は完成したが、完成した仕事に瑕疵があるという前提の下で、請負人の過失を要件に、不完全履行責任に基づく解除を認める。すなわち、「建物その他の工作物が、請負人の手抜き工事により倒壊の危険性をもはらんでいるような場合には、むしろ、注文主にとってだけでなく、社会的にみても、原状回復が望ましく、解除を認めてもよいと思われる。かような場合には、工作物の経済的価値は零に等しく、（中略）実質的には解除を認めたと異なるところはない」<sup>54)</sup>

ところで、仕事完成後または目的物の引渡後は、不完全履行の一般理論は請負人の瑕疵担保責任に関する634条以下の規定によって排除されると解するのが通説であり<sup>55)</sup>、下級審裁判例の多くもこの立場をとっている<sup>56)</sup>。したがって、この説をとるためには、請負人の担保責任に関する規定と不完全履行の一般理論との関係についての説明が求められよう。これについては、この説は次のように敷衍している。すなわち、「請負人の担保責任の規定は、不完全履行責任の特則であるが、右のような事態は、民法起草者の予想し得なかった故に、全面的に解除を禁じたものと考えられ、したがって、請負人の担保責任の規定は、不完全履行責任を完全に吸収し終えたわけではなく、右の範囲内で、一般的に不完全履行責任が併存しているのであると考えればよいと思われる」<sup>57)</sup>

(エ) 高木=久保説に対して、重大な瑕疵がある建物を「未完成」のものと解した上、不完全履行による解除を認める説がある。この説は、建物の瑕疵がきわめて重大で、そのままでは建物として、居住や営業等に使用できず、建物の建築請負契約を締結した目的を達しえないという場合には、工事はいまだ未完成であると解すべきで、注文者は、期限までに建物を完成させなかったことなどの債務不履行（履行遅滞）を理由に契約解除ができると解する<sup>58)</sup>。もっとも、この説は、注文者が瑕疵ある建物の引渡しを受けてから5年ないし10年以上も使用を継続している場合に、当該建物をまったく使用できないものと評価できるかどうかで分かれている。後藤説によれば、「現実には、建築の専門家である請負人が建築完成したとして注文者に引渡した建物に瑕疵があるにしても、その瑕疵が重大なために建物として使用できないようなものはないであろう」というのである<sup>59)</sup>。したがって、後藤説によれば、建物が未完成として債務不履行による解除が認められるのは、引渡しを受けた後使用する前に瑕疵を発見した場合に限ることになる。他方、円谷説は、引渡しを受けた後居住していた場合でも解除の可能性を認めていると思われる<sup>60)</sup>

(オ) 品川孝次教授は、建物が構造上の重大な結果のゆえに客観的に無価値な建物であり、しかもときには倒壊のおそれのあるものであった場合には、解除

を認める（また、建替え費用相当額の損害賠償請求を認める）のが、民法 635 条但書の趣旨に照らしても、はたまた当事者間の利益考量的見地からも妥当であると主張する<sup>61)</sup>。ただ、理論構成に関する態度を保留にしたままである<sup>62)</sup>。

## 2 下級審裁判例

前述のように、下級審裁判例の多くは、建替え費用相当額の損害賠償を認めることによって、問題の公平な解決を図ってきた。これに対して、東京高判平成 3・10・21（判時 1412 号 109 頁）は、上棟式を経て外壁も備わり建物としての外観も一応整った建築途中の建物に契約の目的を達成することができないような重大な瑕疵——構築物の基礎および土台等の基本的かつ構造耐力上の重要な部分に存在する瑕疵——があるという事案で、契約の解除を禁止する民法 635 条の適用範囲を仕事の目的物である建物等の完成後に限定し、建物等が社会的経済的な見地から判断して契約の目的に従った建物等として未完成である場合には、注文者が債務不履行の一般原則によって契約を解除することができる<sup>63)</sup>とした。

他方、民法 635 条但書の規定の適用範囲を限定解釈した前掲最高裁平成 14 年判決の結論からは、理論上、建物等にその安全性を害するような重大な瑕疵があり、かつ、その瑕疵を除去するためには建て替えるほかはないという場合には、同規定にかかわらず、注文者は契約を解除することができる<sup>64)</sup>と解することが許されよう。

## 四 中華民国（台湾）民法典（債権法）の改正<sup>64)</sup>

### 1 台湾民法 494 条但書

中華国民民法典（以下、「台湾民法」または「台民」と略する。）<sup>65)</sup> 494 条は、その本文において、「請負人が前条第 1 項に定める期間内に瑕疵の修補をしないとき、又は前条第 3 項によりその修補を拒絶したとき、又はその瑕疵を修補することができないときは、注文者は、契約の解除をし、又は報酬の減額を請

求することができる」と定めるのに続いて、その但書において、次のように定めていた。「ただし、その瑕疵が重大でないか、又は請負の仕事が建物若しくはその他の土地の工作物であるときは、注文者は、契約の解除をすることができない」。同規定は、日本民法 635 条但書の規定を参考にして作られたものといわれており、<sup>66)</sup> 日本民法 635 条但書と同様、「公益を重んずるゆえん」という理由で、仕事の目的物である建物その他の土地の工作物に重大な瑕疵がある場合において注文者は請負契約を解除することができないと定めたのである。<sup>67)</sup>

## 2 判例<sup>68)</sup>による修正

ところが、経済の高度成長期を迎えた台湾では、建物その他の土地の工作物の安全性が大きな社会問題となった。詳しく言えば、20 世紀 70 年代には建設請負人が手抜き工事をすることや、高濃度の塩素イオンを含有する未処理の海砂を使用したためコンクリート中の鉄筋がさびやすくなることにより建物等の構造上の安全性が著しく害された問題と、80 年代には放射能に汚染された鉄筋を使用して建物を築造したため住民に健康被害をもたらした問題があった。

こうした事態に直面した台湾の法曹界は、まず司法の場で被害者救済を図った。それが 1994 年台上字第 3265 号判例である。同判例は、台民 494 条但書の適用範囲を「請負人が請け負った建物の瑕疵がまだ建物の構造上の安全を害する程度に至っておらず、それを取去して建て直すに及ばない場合」に限定した上で、瑕疵が重大であり、その瑕疵により建物の倒壊をきたすおそれがあるという程度にまで達した場合を台民 494 条但書の適用範囲から除外し、請負人の帰責事由を要しない契約解除権を注文者に認めたのである。判例の立場はおおむね学説の支持を得ている。<sup>69)</sup>

## 3 台湾民法（債権法）改正と残された問題点

それからまもなく、1999 年に民法債権編が改正され、台民 495 条の第 2 項として、請負人の帰責事由と、仕事の目的物の瑕疵が重大であって、それによ

り使用の目的を達することができないことを要件に、注文者による契約の解除を認める規定が追加された<sup>70)</sup>

台民 495 条 2 項の追加により、注文者には請負人の帰責事由を要件とする契約解除の道が開かれたが、それと同時に、台民 494 条但書の規定ないし同規定に関する 1994 年台上字第 3265 号判例と台民 495 条 2 項との関係が問題として残されている。台湾民法債権編改正の際に、立法者は、請負人の帰責事由を要しない解除権を認めることに慎重な姿勢を見せたためである<sup>71)</sup>。このことから、改正後は、仕事の目的物である建物等に重大な瑕疵があり、その瑕疵により建物等の使用目的を達することができない場合には、台民 495 条 2 項によれば、注文者は、瑕疵の存在につき請負人に帰責事由があるときに限って、請負契約を解除することができる。そのように解すると、請負人の帰責事由を要しない解除権を認めた 1994 年台上字第 3265 号判例は、台民 495 条 2 項施行後その効力を失うということになりそうである。しかし、仕事の目的物である建物等に重大な瑕疵があり、その瑕疵により建物等の使用目的を達することができない場合であるにもかかわらず、請負人に帰責事由がないからといって注文者による契約の解除を認めなければ、著しく注文者の保護に欠け、公平に失する。そこで、立法論としては、現行台民 495 条 2 項の規定を台民 494 条に移し、帰責事由なしの解除権を注文者に認めるべきだとする見解が有力に主張されている<sup>72)</sup>。また、解釈論としては、1994 年台上字第 3265 号の趣旨を生かし、この場合、両者の競合的適用を認め、そのいずれを行使するかは注文者の選択に委ねるものと解する見解がある<sup>73)</sup>

## 五 むすび～民法 635 条改正提案の試み～

### 1 まとめ

(ア) 民法 635 条は、売買の場合 (570 条) と同じ趣旨で作られたものである。しかし、売買の場合と違って、民法 635 条に但書を設け、重大な瑕疵による契約の解除を禁止することとした。瑕疵により契約をした目的を達成することが

できないときであっても、建物等にまだ何らかの利用価値がある場合があるはずであり、このような場合に契約の解除を認めるのでは、社会経済上大きな損失を生じ、また請負人にも過酷になるからだとされる。前掲東京地判平成3・6・14を見る限り、民法635条但書に関するこのような立法理由は、なお今日的意義を有するといふべきであろう<sup>74)</sup>。前掲最高裁平成14年判決が、民法635条但書の強行規定性を維持した<sup>75)</sup>上で、その趣旨に反しないという前提の下で建替え費用相当額の賠償請求を認めたのも、そのような考慮があったためではなかろうか。

(イ) 上記考察を通して、前掲最高裁平成14年判決をはじめとする諸判例は、単に「瑕疵による契約目的達成不能」だけを要件に建替え費用相当額の損害賠償請求を認めたわけではないことがわかる。そして、学説もまた、建替え費用相当額の損害賠償または契約の解除の正当化根拠を、「契約目的達成不能」ではなく、「建物の無価値性」に求めているのである<sup>76)</sup>。したがって、いままでの判例および学説の展開の当然の帰結として、民法635条但書の削除論を導き出すことはできない。むしろそれとは反対に、前掲最高裁平成14年判決は、民法635条但書の強行法規性を維持した上で、請負人が建築した建物にはその安全性および耐久性に著しく影響を及ぼす重大な瑕疵があり、かつ、それを除去するためには建て替えるほかはない場合に限って、建替え費用相当額の損害賠償請求を肯定したに過ぎない。

(ウ) 建物の安全性を欠くような重大な瑕疵があり、その瑕疵を除去するためには建て替えるほかはないような場合、すなわち利用価値を有しない場合が、注文者がその契約をした目的を達することができない場合に該当するのはいうまでもない。しかし、契約をした目的を達成することができるかどうかは、請負契約の性質または当事者の意思表示によって決まるものであるから<sup>77)</sup>、その範囲は、利用価値を有しない場合よりも広いはずである。かりに検討委員会試案のように民法635条但書を削除するとすれば、民法起草段階で議論になった、建物自体に瑕疵がないが、医者にしてはその契約をした目的を達成するこ

とができない場合や、同じく建物自体に瑕疵がないが、車庫の構造上注文者所有の乗用車の入出庫が不可能であるという瑕疵があり、その瑕疵を除去するためには、一旦建物を取壊し、建て替えるほかに相当な修補方法はないような場合（前掲東京地判平成 3・6・14）にまで契約解除権が認められそうになり、当事者間の利益考量の観点からみて、不当であろう。このような場合には、やはり起草者や従来の通説のいうように、契約解除権を制限するのが相当であると考えらる。

## 2 民法 635 条改正提案の試み

以上の理由から、単に民法 635 条但書を削除する旨の検討委員会試案には賛成し難い。民法 635 条但書の立法理由、最高裁平成 14 年判決の判旨および台湾民法（債権法）改正からの示唆を総合的に考慮し、民法 635 条を次のように改正することを提案したい。すなわち、民法 635 条但書を削除した上、同条本文を第 1 項とし、第 2 項として次の規定を追加する。

「仕事の目的物が建物その他の土地の工作物であるときは、前項の規定にかかわらず、注文者は、契約の解除をすることができない。ただし、その瑕疵により当該目的物を使用する目的を達することができないときは、この限りでない」。

### 注

- 1) 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義V3）』（岩波書店、1962年）640頁、末川博『契約法（下）』（岩波書店、1975年）185頁、内山尚三「請負人の担保責任」『契約法大系IV』（有斐閣、1963年）174頁、鈴木禄弥『債権法講義』（創文社、4訂版、2001年）658頁、石田穰『民法V（契約法）』（青林書院、1982年）336頁ほか。
- 2) 我妻・前掲注(1) 640頁、末川・前掲注(1) 185頁。ただし、民法 635 条但書の強行規定性は、民法起草段階においてすでに確立されたものではなく、民法成立後に解除制限の説明に際して付加されたものであると指摘されている（花立文子「建築請負契約における瑕疵担保責任——注文者の解除制限規定を中心にして——」『続・現代民法学の基本問題〔内山＝黒木＝石川先生古稀記念〕』（第一法規、1993年）282頁）。



- 3) 我妻・前掲注(1) 640頁, 末川・前掲注(1) 185頁, 石田・前掲注(1) 336頁。
- 4) たとえば, 三宅正男『契約法(各論)下巻』(青林書院, 1988年) 909頁, 鈴木・前掲注(1) 658頁, 後藤勇「請負建築建物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判タ725号(1990年) 10頁参照。
- 5) 高橋弘「瑕疵担保—建築家の責任をも加味して」法時42巻9号(1970年) 38頁以下参照。
- 6) 高橋・前掲注(5) 38頁, 岡孝「判批」判タ698号(1989年) 27頁, 青野博之「判批」法時61巻9号(1989年) 105-106頁, 花立・前掲注(2) 273頁以下, 高木多喜男=久保宏之『不完全履行と瑕疵担保責任(叢書民法総合判例研究)』(一粒社, 新版, 1998年) 160-161頁(ただし, 請負人の過失を要する), 潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣, 1991年) 253頁注6, 北川善太郎『債権各論・民法講要(4)』(有斐閣, 第3版, 2003年) 86頁, 品川孝次『契約法(下)』(青林書院, 1998年) 175-176頁, 池田恒男「判批」判タ794号(1992年) 43頁ほか。
- 7) 同検討委員会試案および提案要旨は同年5月8日に別冊NBL第126号で公表されている。
- 8) 別冊NBL126号366頁参照。
- 9) 金融財政事情研究会編『「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要』(金融財政事情研究会, 2012年) 2584頁以下参照。
- 10) 我妻・前掲注(1) 639頁ほか通説。反対, 三宅・前掲注(1) 908頁。
- 11) 『法典調査会民法議事速記録四』(商事法務研究会, 1984年。以下, 単に「速記録四」と略す。) 545頁参照。
- 12) 後掲【1】大阪高判昭和58・10・27参照。反対, 後掲神戸地判昭和63・5・30。
- 13) 後藤勇「最近の裁判例からみた請負に関する諸問題」判タ365号(1978年) 54-55頁。  
なお, 同『請負に関する実務上の諸問題』(判例タイムズ社, 1994年) 85頁以下も参照。
- 14) 花立文字「判批」法教272号(2003年) 106頁以下, 古積健三郎「判批」法セ580号(2003年) 112頁以下, 笠井修「判批」NBL764号(2003年) 68頁以下, 半田吉信「判批」判時1818号(2003年) 189頁以下, 松本克美「判批」法時75巻10号(2003年) 101頁以下, 杉本好央「判批」都法44巻1号(2003年) 451頁以下, 原田剛「判批」成城法学71号(2004年) 175頁以下, 鹿野菜穂子「判批」民商法雑誌131巻2号(2004年) 315頁以下, 岡孝「判批」私法判例リマークス28号(2004上) 54頁以下, 拙稿「建物に重大な瑕疵がある場合における注文者の権利——建替え費用等の賠償請求権の検討を中心として——」『財産法諸問題の考察〔小林一俊博士古稀記念論集〕(2004年, 酒井書店) 391頁以下。円谷峻「建物の重大な瑕疵と建替え費用相当額の損害賠償」消費者法判例百選(別冊ジュリスト200号) 150頁以下は, 本判決の結論には賛成するが, その理論構成に疑問を呈し, 本件のような重大な瑕疵のある建物を未完成のものとして, 注文者は, 請負人の債務不履行責任に基づき建替え費用相当額の損害賠償を請求することができるかと考えるのが簡明である

とする。

- 15) 本判決は民法 635 条但書の規定の趣旨に反しないことを前提に建替え費用相当額の損害賠償請求を認めたことから、同規定の強行規定性は維持されたものと思われる。
- 16) 拙稿・前掲注<sup>(4)</sup> 405-407 頁以下参照。
- 17) 同旨、花立・前掲注<sup>(4)</sup> 106 頁、松本・前掲注<sup>(4)</sup> 103 頁、原田・前掲注<sup>(4)</sup> 200-201 頁、鹿野・前掲注<sup>(4)</sup> 319 頁、半田・前掲注<sup>(4)</sup> 194 頁。
- 18) 結論的には建替え費用相当額の損害賠償を否定した後掲東京地判平成 3・6・14 は、カッコ書きして、「主幹部分に重大な欠陥があり、現状では建物としての使用に堪えないなど、ほんらいの効用を有せず、注文者が目的物を受領しても何らの利益を得ない場合」は、目的物の瑕疵が極めて重大であるとして、債務不履行（不完全履行）による建替え費用相当額の損害賠償の可能性を示唆した。
- 19) 不法行為に基づく損害賠償請求権は消滅時効にかかったため、認められなかった。
- 20) 解体工事費の賠償請求自体を否定する趣旨と解すべきではなからう。
- 21) 岡・前掲注<sup>(6)</sup> 28 頁。後藤・前掲注<sup>(4)</sup> 10 頁は判旨に反対。
- 22) 後藤・前掲注<sup>(4)</sup> 10 頁は判旨に反対。
- 23) 後藤・前掲注<sup>(3)</sup> 論文 54 頁、同・前掲注<sup>(4)</sup> 8 頁。
- 24) 本判決に関連して、建築家の監理責任を論じたものとして、日向野弘毅「建築家の監理責任——神戸地裁姫路支部平成 7 年 1 月 30 日判決に関連して」人間科学（常磐大学人間科学部紀要）14 卷 1 号（1996 年）31 頁以下がある。
- 25) 本件判批：岡・前掲注<sup>(6)</sup> 22 頁、青野・前掲注<sup>(6)</sup> 104 頁、織田晃子・私法学研究 14=15 号（1990 年）69 頁、笠井収・不動産研究 31 卷 4 号（1989 年）31 頁。後藤・前掲注<sup>(4)</sup> 10 頁は判旨に賛成。
- 26) 澤田和也『欠陥住宅紛争の上手な対処法（実務法律学全集第 12 巻）』（民事法研究会，2006 年）493 頁所収。
- 27) 澤田・前掲注<sup>(26)</sup> 572 頁所収。
- 28) 本件判批：高橋弘・私法判例リマックス 6 号（1993 上）51 頁以下、安藤一郎・判タ 821 号（1993 年）60 頁以下。
- 29) 後藤・前掲注<sup>(3)</sup> 論文 50 頁以下、同・前掲注<sup>(4)</sup> 4 頁以下。
- 30) 後藤・前掲注<sup>(3)</sup> 54 頁、同・前掲注<sup>(4)</sup> 8 頁。
- 31) 後藤・前掲注<sup>(4)</sup> 10 頁，8 頁。
- 32) 岡・前掲注<sup>(6)</sup> 27-28 頁。
- 33) 笠井・前掲注<sup>(4)</sup> 73 頁。
- 34) 岡・前掲注<sup>(6)</sup> 27 頁、青野・前掲注<sup>(6)</sup> 105-106 頁、池田・前掲注<sup>(6)</sup> 43 頁、潮見・前掲注<sup>(6)</sup> 235 頁以下、品川・前掲注<sup>(6)</sup> 176 頁ほか。これについて、原田・前掲注<sup>(4)</sup> 182-188 頁が詳しい。
- 35) 岡・前掲注<sup>(6)</sup> 27 頁、青野・前掲注<sup>(6)</sup> 107 頁、品川・前掲注<sup>(6)</sup> 175-176 頁、潮見・前掲

- 注(6) 252頁, 笠井・前掲注(4) 72頁, 古積・前掲注(4) 112頁(「利用価値が著しく低い」とする)。
- 36) 池田・前掲注(6) 42頁は, 消費者保護の観点から, 東京地判平成3・6・14の結論に反対。
- 37) 本文中【2】【3】【5】【6】【8】裁判例のほか, 大阪地堺支判平成18・6・28(欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例第5集』(民事法研究会, 2009年)70頁所収。以下, 欠陥住宅判例第5集という。)などがある。前掲札幌地判昭和63・8・11は, 建物の瑕疵は, 請負契約の契約内容に適合しないものであるが, 建築基準法令の定める技術的基準に適合しないものと断定することができないとして, 建替え費用相当額の賠償請求を否定した。
- 38) 2005年ごろに発覚したヒューザ・姉齒マンション耐震強度偽装問題に関連して, 川崎市がグラウンドステージ溝の口の住民に対し, 2005年12月20日には, 建築基準法に基づく使用禁止命令(<http://aym.pekori.to/huser/2006/01/stage.html> 参照。2012年7月20日閲覧)を, 翌年8月11日には, 建物の解体を求める除去命令(<http://sumai.nikkei.co.jp/special/gizo/> 参照。2008年4月1日閲覧)をそれぞれ出した。
- 39) 判例(最判平23・12・16集民238号297頁・判時2139号3頁・判タ1363号47頁)は, 建築基準法令の「耐火構造に関する規制違反や避難通路の幅員制限違反など, 居住者や近隣住民の生命, 身体等の安全に関わる違法を有する危険な建物」の建築は「著しく反社会性の強い行為である」とし, これを目的とする請負契約は, 公序良俗に反し, 無効であるとした。また, 施工方法に関して地元の風習があるとしても, 安全性に問題がある可能性がある場合には, 建築基準法旧施行令(2000年4月26日政令第211号による改正前の施工令)に違反する施工方法は許されないとする裁判例もある(和歌山地判平成20・6・11欠陥住宅判例第5集172頁)。
- 40) 大阪地判昭和57・5・27判タ477号154頁(ただし, 日本軽量鉄骨建築協会の作成にかかる「軽量鉄骨建築指導基準」および日本建築学会の作成にかかる「薄板鋼構造設計施工基準」に違反した事例)。同旨, 【2】裁判例。
- 41) 建替え費用相当額の損害賠償を否定した前掲札幌地判昭和63・8・11, 岡山地判平成5・4・10および東京地判平成3・6・14は結論的には妥当であろう。
- 42) 笠井教授は, 「建て替えるほかはない場合」とは, 物理的に修補が不可能な場合と, 部分的な修補の費用が全体を建て替える費用よりも高くつく場合を含むものという(同・前掲注(4) 71頁以下参照)。
- 43) 速記録四549頁〔穂積発言〕参照。
- 44) 立法過程における民法635条但書に関する議論を考察する先駆的業績として, 岡・前掲注(6) 22頁以下, 花立・前掲注(2) 276頁以下がある。
- 45) 速記録四550頁, 555頁〔穂積発言〕。梅謙次郎起草委員も同趣旨の発言をした(同551頁)。なお, 広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣, 1987年)634条(現

- 行 635 条) の理由参照。
- 46) 速記録四 553 頁〔穂積発言〕参照。この例は、長谷川喬調査委員が実際に扱った訴訟事件のようであった(速記録四 552 頁〔長谷川発言〕参照)。
- 47) 速記録四 551 頁, 558 頁参照。
- 48) このことは、建てた家が「何にも為らぬと云うことはない」という梅起草委員の発言から窺える(速記録四 551 頁参照)。
- 49) 岡・前掲注(6) 25 頁。
- 50) 同旨, 花立・前掲注(2) 293 頁。
- 51) 高橋・前掲注(5) 40 頁。
- 52) 岡・前掲注(6) 27 頁。同旨, 花立・前掲注(2) 291 頁および 295 頁, 青野・前掲注(6) 105 頁。
- 53) 岡・前掲注(6) 27 頁。同旨, 青野・前掲注(6) 105 頁。
- 54) 高木=久保・前掲注(6) 160 頁。
- 55) 我妻・前掲注(1) 633 頁, 内山・前掲注(1) 169 頁, 広中俊雄『債権各論講義』(有斐閣, 第 6 版, 1994 年) 271 頁(解除に関する 635 条の規定は, その限度において 541 条の規定の適用を排除するものと解すべきであるとす)のほか。三宅教授は, 仕事の完成の承認(目的物の引渡しを必要とする請負においてはその引渡し(引取り)が承認に当たるとされる)によって債務不履行責任は消滅するとする(同・前掲注(4) 900 頁)。
- 56) 大阪地判昭和 42・4・4 判時 495 号 72 頁, 東京高判昭和 47・5・29 判時 668 号 49 頁ほか多数。
- 57) 高木=久保・前掲注(6) 160-161 頁。
- 58) 後藤・前掲注(4) 10 頁。同旨, 円谷・前掲注(4) 151 頁。
- 59) 後藤・前掲注(4) 14 頁注(2)。
- 60) 円谷・前掲注(4) 151 頁参照。
- 61) 品川・前掲注(6) 175-176 頁。
- 62) 品川・前掲注(6) 176 頁。
- 63) 本件判批: 石外克喜・判時 1427 号(1992) 169 頁以下, 山田到史子・阪大法学 43 卷 1 号(1993 年) 305 頁以下。池田・前掲注(6) 35 頁も参照。
- 64) 詳しくは, 拙稿「土地工作物の瑕疵による注文者の契約解除権——日・台民法の比較法的考察——」岡孝ほか編『学習院大学東洋文化研究叢書〉東アジア私法の諸相——東アジア比較私法学の構築のために——』(勁草書房, 2009 年) 209 頁以下参照。
- 65) 中華民国民法は, 1929 年 10 月 10 日から第 1 編「総則」, 1930 年 5 月 5 日から第 2 編「債権」および第 3 編「物権」, 1931 年 5 月 5 日から第 4 編「親族」および第 5 編「相続」という順で中国(大陸)で施行されたが, 1945 年 10 月 25 日に台湾にその効力を及ぼした。1949 年 10 月 1 日に中国大陆でその効力を失い, 現在はその適用範囲は台湾に限られている。

- 66) 詹森林「建築物或其他土地上工作物承攬契約之解除」台湾本土法学 22 期 (2001 年 5 月) 96 頁参照。
- 67) 陳忠五主編『2011 年新学林分科六法・民法』494 条立法理由参照。
- 68) 台湾法における判例の意義については、孫森焱「建物請負契約における解除の一考察—台湾民法の改正と裁判実務を中心に—」岡孝ほか編『〈学習院大学東洋文化研究叢書〉東アジア私法の諸相——東アジア比較私法学の構築のために——』(勁草書房, 2009 年)183 頁注(3)参照。
- 69) 拙稿・前掲注(64) 218 頁以下参照。
- 70) 拙稿・前掲注(64) 220 頁以下参照。
- 71) 拙稿・前掲注(64) 220 頁以下参照。
- 72) 拙稿・前掲注(64) 223 頁以下参照。
- 73) 拙稿・前掲注(64) 224 頁以下参照。なお, 2011 年 1 月現在, 1994 年台上字第 3265 号判例はまだ有効である(陳忠五主編・前掲注(67) 5 頁参照)。
- 74) 同旨, 半田・前掲注(4) 194 頁。
- 75) 原田・前掲注(4) 199 頁。
- 76) 岡・前掲注(6) 27 頁, 青野・前掲注(6) 105 頁, 品川・前掲注(6) 175-176 頁, 高木=久保・前掲注(6) 160 頁, 潮見・前掲注(6) 252 頁, 笠井・前掲注(4) 72 頁, 古積・前掲注(4) 112 頁(「利用価値が著しく低い」とする), 近江幸治『民法講義 V 契約法〔第 3 版〕』(成文堂, 2006 年) 256 頁, 内田貴『民法 II 債権各論〔第 3 版〕』(東京大学出版会, 2011 年)も同旨か(「使用に耐えない」という表現が使われている)。
- 77) 民法 542 条参照。なお, 速記録四 553 頁〔穂積発言〕も参照。