

# 改正前民法第 634 条「修補に代わる損害賠償」の 立法学的考察

——「成る法」としての法の権威の視点から——

山 田 八千子\*

- I 序 論
- II 改正前民法第 634 条 2 項の法理と立法の法哲学
- III 改正前民法第 634 条 2 項の判例・裁判例についての若干の考察
- IV 結びに代えて

## I 序 論

### 1. 背 景

2017 年改正民法（債権関係）（以下「改正民法」という。）では、民法（債権関係）の条文について、条文の位置は基本的に維持しつつも、その内容は修正、削除、追加等の大がかりな変更をおこなうことにより、債権関係の規定群が整序された。請負契約に関する修正としては、売買契約の規定が整序され、これらの規定が第 559 条を媒介として有償契約である請負契約へ準用されることとなり、改正前民法では独立して規定されていた請負契約の複数の条文は削除されたことが重要である。本稿で扱う改正前民法第 634 条 1 項 2 項の規定も削除された条文の 1 つである。

改正前民法第 634 条 1 項 2 項は、1 項において、「仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、

\* 中央大学法科大学院教授，弁護士

この限りでない。」と定められ、2項において、「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、第五百三十三条の規定を準用する。」と定められていた。この第634条2項前段で定められていた「修補に代わる損害賠償」は、同条に関する判例・学説により、注文者が修補請求を先行させることなく、注文者の負担する修補費用等を損害として請負人に対し請求できる権利として理解されてきた<sup>1),2)</sup>。

この「修補に代わる損害賠償」の内容は、第634条削除により、どのように取り扱われることになるのであろうか。改正民法においては、売買契約に基づき引き渡された目的物が「種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しない」場合における買主から売主に対する一連の請求権につき、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を求める「追完請求権」(第562条)、履行の追完がないときの「代金減額請求権」(第563条)、追完請求権と代金減額請求権との併存が認められる損害賠償請求権(第564条、第415条)という一連の契約不適合責任の規定が新設された。請負契約においては、請負の目的物が契約不適合である場合、これらの規定が、請負契約の性質に反しない限り、注文者の権利について、準用される(第559条、第632条)。法制審議会民法(債権関係)部会幹事として法務省民事局民事法制管理官という立場で改正民法の立案事務に関与した立案担当者の筒井健夫(以下「政府内立案担当者」という。)は、改正法成立後公布前に出版された書籍で、改正法では、仕事の目的物が契約内容に適合しない場合には請負人の債務は未履行となると整理して、修補に代えて、又は修補とともにする損害賠償請求については債務不履行の一般的な規定を適用している。政府内立案担当者による解釈に従えば、改正前民法第634条等の「請負人の担保責任」は、売買契約の契約不適合責任が準用され、改正前民法第634条2項前段に規定されていた修補に代わる損害賠償は415条(基本規定である415条第1項)により保障されることになるとする<sup>3)</sup>。

改正前民法第634条削除の問題を正面から取り扱う原田剛は、改正前民法第634条2項前段の修補に代わる損害賠償をめぐる、第415条1項によって処理するという政府内立案担当者の見解に対し、第415条1項ではなく2項が適用されるという立場等、学界から異なる見解が唱えられていることを指摘する。そして、当該問題について、「修補に代わる損害賠償」は、“何処に行ったのか”という原理的な問いを定立している<sup>4)</sup>。原田によれば、従来の担保責任の規定は、2017年の民法改正により、パンデクテン体系の総則定立方式に基づく「“省略的”性格が巧みに活用され体裁が整えられているように見受けられる」が、請負契約の「修補に代わる損害賠償」については改正民法の公

布段階において政府内立案担当者と学界との間の見解は相違し、学界内部においても見解の一致をみないと指摘される<sup>5)</sup>。

## 2. 目的と方法

このように、改正前第 634 条 2 項の「修補に代わる損害賠償」の削除をめぐり、請負契約目的物が契約不適合の場合の注文者の請負に対する損害賠償請求権の法的根拠や要件については、政府内立案担当者や学界との間で見解が分かれ、盛んに議論がなされている<sup>6)</sup>。しかし、これらの改正前民法第 634 条 2 項に関する議論においては、最高裁判所の判決（以下「判例」と言う）、高等裁判所、地方裁判所のような下級審裁判所の判決（以下「裁判例」と言う）の事案に基底的な視点に基づいたアプローチは十分になされていないと考える。本稿では、立法の正統性をめぐる立法の法哲学の知見を用い、改正前法における判例法理の成立過程を踏まえ、判例法理の生成という視点が、改正法の制定過程自体の正統性と関連すること、ならびに改正法の解釈においても原則的に当該視点が反映されるべきであるということを示したい。この目的のために、改正前民法第 634 条 2 項に関して集積されてきた判例、大審院判決、あるいは裁判例につき、これらの判決の基礎となった事実関係において、注文者が請負人に対し修補請求を先行させることなく注文者の負担する修補費用等を損害として請求できる権利が仮に認められていないと想定した場合、これらの裁判例にどのような影響が生じるのかについて分析を試みる<sup>7)</sup>。この分析の対象として、改正前民法第 634 条に関する判決の中から、まず 2 項前段に関する裁判例を抽出した上、瑕疵修補費用に関連して扱うべきと考えた 53 件の判例・大審院判決・裁判例をさらに抽出をし、先行した修補請求がない事案とある事案ごとに扱った（一覧については末尾の資料 1、資料 2 参照<sup>8)</sup>）。

## II 改正前民法第 634 条 2 項の法理と立法の法哲学

### 1. 法の権威と立法の権威

法律の改正がおこなわれる場合において、立法者は、集積されている判例・裁判例などの法実務から何らかの制約を受けるべきと考えるべきか、それとも、そのような法実務とまったく切断され何らの制限なく新しい法律を創ることができるかと考えるべきか。

この問いは、立法の正しさという意味での正当性を問う問題ではなく、異なる立場が対立している場合であってさえも或る立場が自分と異なる立場に対し納得することを求める際の正統性の問題である<sup>9)</sup>。たとえば、所定の手続きに沿って改正手続を経ていない法律の効力は、内容の正当性ではなく、資格の正統性の問題であり、立法の正統性をめぐっては、立法学の領域で議論が積み重ねられてきた<sup>10)</sup>。

立法の正統性の問題については、民主的基盤を根拠として、後者の立場すなわち立法者は集積されている判例・裁判例などの法実務に何らかの制約を受けるべきではなく、そのような法実務とまったく切断され何らの制限なく新しい法律を創ることができるという立場も存在する<sup>11)</sup>。他方、このような立場は、法の權威を立法の權威に不当に解消するとして批判をする立場も存在する<sup>12)</sup>。

本稿は、法の權威は立法の權威に解消されないという立場に賛同する<sup>13)</sup>。立法がどのようなルートを通して制定されるかについては、以下のような3つのモデルが考えられ、立法の状況や内容により適用されるべき基本モデルは異なりうるが、法の權威は立法の權威には解消されないと考える立場からのデフォルトの基本モデルは、以下の通り、「成る法」モデルであると考えられる。議会民主制を軸として、集合的な意思決定による秩序形成に基づき新たな法を無制約に創ることができるという立法モデルは、「創る法」モデルと呼ぶことができる。他方、「創る法」モデルを原則的な基本モデルとするべきでなく、とりわけ社会を形成する基本的な法であるという意味で法の基本モデルである私法の定立領域では「創る法」は適切なモデルとは言えず、法とは自由に活動する個人によって構成される市場を中心に自生的に発生し裁判を通じて確立されるものと考えられるべきであろう。この立場では、議会が制定する立法であっても、先例と関係が切り離された立法が權威を有するとは限らず、法は社会の中から、たとえば裁判を通して、「成る (emerge)」のであって、議会はそうして生成してきた判例準則を確認して制定法の形式とするのだと主張する。これは、立法モデルないし立法像からすれば、いわば「成る法」モデルと呼ぶことができる。さらに、第1の「創る法」モデルと第2の「成る法」モデルでは評価しつくされない第3のモデルとして、自然権やこの理念が実体化された憲法秩序によって議会による法律の制定は制約を受けるべきだ、あるいは、外国法を継受することで法を形成するという立法モデルも考えられる。ある特定の社会ないし国家の統治の外に存在しているものから受けるという意味で、いわば「(外在的な「法」を)受ける法」モデルとも言える。実定法外に在る法を淵源とする、あるいは、継受というルートに基づくという意味で、「受ける法」も「成る法」とは別の視点からではあるが、「創る法」モデルへの批判的契機を含んでいる。ただし、この三者はあくまでモデルで

あると同時に、択一的な適用を求めて他を排除するものではなく、「立法」あるいは「法」の性質よっての比重の重みづけが異なるものであることに留意が必要である。

第 1 章 2 の「目的と方法」で提示した本稿の分析手法は、このような対立する複数の立法モデルないし立法像のうち、「成る法」モデルに基づいている。判例を重視する点については、たしかに日本は制定法系の国ではあるけれども、判例が事実上の拘束力を有しており、実務上も影響力を有していること、比較法的にも、制定法系の国の中では、判例の判決文の分量は相対的に多く内容的にも充実していることから、制定法系たる日本においても「成る法」モデルが排除されないことは明らかである<sup>14)</sup>。加えて、今般の民法（債権関係）改正における法制審議会の審議は、2009 年 10 月 28 日の法制審議会の総会への法務大臣の諮問八八号により開始されたわけだが、この諮問の内容に照らしても、改正民法条文の正統化にあたっては、「成る法」モデルを基礎とするのが望ましいと考える。当該諮問は「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、国民一般にわかりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活の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」という内容であるが、国民にわかりやすくする最も有用な方法は、条文の文言の文理解釈だけでは一義的には導かれず裁判の中で解釈によって確立された判例法理の集積を条文化するというところにあるからである。

もちろん、民法改正にあたり、従来に確立された判例法理があっても、これの修正は実現可能であることはもちろん、望ましい場合もある。たとえば、具体的な妥当な結果をもたらす必要があるにもかかわらず、裁判所は条文の解釈を超えた帰結をもたらすことの射程につき学説よりも謙抑的なため、具体的妥当な結果を実現するためには、条文を削除かつ実質的に変更し、条文に関する判例法理の適用を意図的に排除するような場合である。しかし、改正法の個別の条文の文言や改正法全体の規定の仕方等を眺めたときに、判例法理の適用を意図的に排除したことが明らかでない場合には特別な注意が必要である。たしかに、このような場合であってさえも、立案過程を含む立法過程において、当該条文の削除により判例法理が影響を受けるという実質的な変更に関して生じる問題が立案担当者や議会において共有され承認されているのであれば、反対の考え方が解釈論として提起されうることは排除されないにしても、制定された立法は、一定の正統性を充たしていると考えられる<sup>15)</sup>。しかし、この条件つまり立法過程において当該条文の実質的な変更について意識した十分な議論がなされていない場合には、改正法の（立法学的意味での）正統性に瑕疵が生じるのではないかという懸念が生じる。この場合

には、もし集積された判例法理が適用されないとしたならば、当該判例法理に基づき機能してきた法実務がどのような影響を受けるかを確認した上で、自生してきた実務と可能な限り整合的に改正法の条文を解釈することにより、その瑕疵を治癒するなどの方法が志向されるべきである。なお、この点は、過去の判例法理が不合理なものであったり実質的に機能していないものであったりしないことも、必要条件となっているだろう。

以上のような「成る法」モデルをベースとして法の権威を考える立場からは、改正前民法第 634 条 1 項 2 項の削除という立法の行為は、どのように評価されるのか。本稿が焦点をあてるのは、改正前民法第 634 条 2 項に基づく「瑕疵修補に代わる損害賠償」により注文者は請負人に対し修補請求を先行させず修補費用を請求できるという判例法理である。この判例法理は、少なくとも改正民法第 562 条、第 563 条、第 564 条、415 条 1 項 2 項等の条文から当然のように導き出されるものではなく、むしろ導き出すのは自然ではない<sup>16)</sup>。

以下、改正前民法第 634 条 2 項の立法過程および当該条文についての判例・学説を確認することにより、改正前民法第 634 条 2 項「瑕疵修補に代わる損害賠償」としての修補費用に関する法理を確定した上で、改正民法の立法過程において、判例法理の変更をめぐり、どのような審議がおこなわれたかを確認する。そして、立法のあり方として本節で採用する「成る法」モデルを重視するという立場からは、審議過程の分析の結果として、判例法理の変更が審議会の議論において十分に審理されたものであれば別段、そうでないときには、当該判例法理に基づき機能してきた法実務についてどのような影響を受けるかを確認した上で、その影響を合理的なものとなるよう、こうした配慮を解釈論へと連結する解釈・法律構成の方向に進むこととなるだろう<sup>17)</sup>。

## 2. 改正前民法第 634 条 2 項における修補費用の位置づけ

### (1) 改正前民法第 634 条の立法過程

原田剛は、『民法議事速記録』および『民法修正案（第三編）の理由書』を用い、立案過程では、起草者により以下の 4 点が述べられているとする<sup>18)</sup>。①修補請求が第一である、②債務者が修補に応じなければ債務履行の総則によりみずから補修して修補費用を請求できる、③修補を欲しない場合は「修補に代えて損害賠償請求できる」、④修補してもなお損害があれば賠償請求できる、である。以下、この原田の記載につき、『民法議事速記録』及び『民法理由書』に基づき、確認する。

改正前民法第 634 条については、明治 28（1895）年 7 月 5 日開催の第 100 回法典調

査会議事速記録（以下「法典調査会議事速記録」と言う。）に記載がある<sup>19)</sup>。

以下の通り、穂積委員は第六四一条（改正民法第 634 条）の立案理由を説明する。「此材料ノ上ニ仕事ヲ加ヘ」た請負契約において、「其仕事ニ瑕疵アル基場合ハ今日通常ノ取引ニ於テ是ハ具合ガ悪イカラ直オシテ呉レトカ是ハ少シ注文通りニ往ッテ居ラスカラ修復シテ呉レトカ云ウヤウナコトハドウモ注文者ノ権利トシテ是ヲ求メルコトノ出来ルノガ至当ト思ヒマス」とし、他国の既存法典においてもこのような権利があるとする。第六四一条は、取得編の第二七八条の修正であるが、当該第二七八条は、「注文者カ異議ヲ留メスシテ工作物ヲ受取りタルモ後日其物ノ使用ニ不適當ナル隠レタル瑕疵ヲ発見スルトキハ注文者ハ基受取ヲ取消シテ代価ノ減殺又ハ基一部ノ返還ヲ請求スル権利ヲ失ハス」とする文言を紹介した上、続けて「一旦受取りマシタ以上ハ兎ニ角修補ヲ請求スルコト杯ハ出来マセヌ受取ルマデニ是ハマダ注文ニ適ハヌカラ修復ヲシテ呉レトカ又少シ斯ウシテ呉レナケレバ受取ラヌトカ云フコトガ言ヘルノデゴザイマセウ、サウ解釈スルノガ穩当デアラウト思ヒマス兎ニ角修補ノ請求権ト云フモノヲ明ニ認メテ居リマセヌ本案ニ於テハ是（修補請求権）ガ注文者ノ瑕疵担保ノ第一デアツテ最モ必要デ最モ通常ニ行ハレルコト、思ヒマスカラ是ガ第一ノ点デアラウト思ヒマシテ此處ニ是ヲ明カニシマシタ」とし、瑕疵修補請求権が第 1 であるとする。（ ）内は筆者が追記している。

その後、重大でない瑕疵の修補に過分の費用がかかる場合において修補ではなく損害賠償の方とすることが、理屈からではなく便利であると述べた後、以下のように修補に代わる損害賠償についての説明をおこなう。「必ズシモ其修補ヲ請求スルト云フコトガ第一デ修補ヲシナケレバドウアルト云ウコトヲ、、、スルニ及ビマセヌ」と脱字を含む記述の後、「又向フガ修補スルコトヲ拒ミマスレバ債務履行ノ総則ニ依ツテ自カラ修補シテ基費用ヲ請求スルコトガ出来マス又修補ヲ欲シナイ場合ニ於テハ修補ニ代ヘテ損害賠償ノ請求ヲ為スコトガ出来ル又修補ヲ為シテモ尚ホ損害ガアレバ基賠償ヲサセルコトガ出来ルト云フコトハ至当ナコト」とし、諸国の法典にも採用されているから是を採用するとしている<sup>20)</sup>。

穂積委員の「必ズシモ其修補ヲ請求スルト云フコトガ第一デ修補ヲシナケレバドウアルト云フコトヲ、、、スルニ及ビマセヌ」については、当該資料だけでは脱字があり内容が特定できない。また、民法理由を述べた別資料の『民法修正案（第三編）の理由書』では、改正前民法第 634 条 2 項前段に関連し、「本条第二項ハ注文者カ修補ニ代ヘテ損害賠償ヲ請求シ或ハ修補ヲ為サシムルト同時ニ尚ホ損害アルトキハ其賠償ヲ請求シ得ルコトヲ認メルモノニシテ主トシテ實際ノ便宜ニ本ツキ多数ノ立法例ニ倣フテ之ヲ設ケタリ而シテ請負人カ瑕疵ノ修補ヲ拒ムトキハ注文者ハ他ニテ之ヲ修補セシメ基費用ヲ請求

スルコトヲ得ルハ債務履行ノ通則ニヨリ自ラ明白ナリトス」と記載されている<sup>21)</sup>。これらの記述を総合すれば、上述したような原田が提示する①②③④の4点が論点として扱われていることが確認できる。問題は、①修補請求が第1であるという記載を前提にした上で、②債務者が修補に応じなければ債務履行の総則によりみずから補修して修補費用を請求できると、③修補を欲しない場合は修補に代えて損害賠償請求できるという②と③にそれぞれ記載される瑕疵修補請求と瑕疵修補に代わる損害賠償請求との関係、具体的には、立案過程においてすでに両者は選択債権として、取り扱われていたか否かである。

この問題について、原田は、「②債務者が修補に応じなければ債務履行の総則によりみずから補修して修補費用を請求できる。」では、修補請求が先行するべきであるという表現を用いるが、同時に、「③修補を欲しない場合は「修補に代えて損害賠償請求できる」という選択肢も存在する。」とし、立案過程においても修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権という二つの選択肢が存在していたと解釈しているように見える<sup>22)</sup>。

この点、立案過程において、修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権が選択債権であって、請負人が修補に応じる意欲があった場合ですらも注文者は請負人に対し先行した修補請求をせず第三者に修補をさせて請負人に対し（修補に代わる損害賠償請求権を行使して）修補費用相当分の損害賠償請求を行使することが想定していたかどうかは判然としないのではないか。むしろ、「又向フガ修補スルコトヲ拒ミマスレバ債務履行ノ総則ニ依ツテ自カラ修補シテ基費用ヲ請求スルコトガ出来マス」<sup>23)</sup>という穂積委員の発言からは、瑕疵修補請求を先行させない瑕疵修補に代わる損害賠償請求権の行使については限定的に捉えるという解釈の方が自然であるとも考えられる。

たしかに、③修補を欲しない場合は「修補に代えて損害賠償請求できる」という選択肢も存在する、という解釈も不可能ではないものの<sup>24)</sup>、この修補を欲しない場合は多義的であり、すべての場面において注文者に選択権を与えたものとまで考えられるかは疑問である。想定されている典型は、請負人であれ第三者であれ修補自体は欲せず経済的価値の低下による損害賠償請求を求める場面を許容した表現とも考えられるからである。さらに進んで、瑕疵修補請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権とが選択債権であるということが立案過程の段階で示されていたかという点、以下の通り、上述の二つの資料からは、そこまで断定することはできず、穏当であるのは、以下の解釈であろうと考える。

穂積委員による瑕疵修補請求権が第1であるとする「本案ニ於テハ是（修補請求権）ガ注文者ノ瑕疵担保ノ第一デアツテ最モ必要デ最モ通常ニ行ハレルコト、思ヒマスカラ

是ガ第一ノ点デアロウト思ヒマシテ此處ニ是ヲ明ラカニシマシタ」の発言<sup>25)</sup>、および「又向フガ修補スルコトヲ拒ミマスレバ債務履行ノ総則ニ依ツテ自カラ修補シテ基費用ヲ請求スルコトガ出来マス」の発言は<sup>26)</sup>、瑕疵修補請求権を行使することが請負契約の実体として最も正常な形であるものの、請負人が修補を拒んだことを必要条件にしてこの場合にだけ第三者に修補をさせ修補費用を瑕疵修補に代わる損害賠償請求権の行使を認めるとまでは限定せず、むしろ、請負人が修補を拒んだ場合には修補に代わる損害賠償請求権を行使できるが請負人が修補を拒んでない場合あるいは先行する注文者からの修補請求がない場合については、何も述べていないという解釈が自然ではないだろうか。

よって、修補請求と修補に代わる損害賠償が選択債権であるか、つまり修補請求が可能であっても修補に代わる損害賠償請求ができるのかは、立案過程の資料からは、立案に携わった者が意識しているか意識していないかまでは確定できず、その後の解釈に委ねられているとすべきであると考える。

## (2) 立法制定後・大審院判決前の学説

大審院明治 41 (1908) 年 4 月 27 日判決が下される前、いずれも明治 30 (1897) 年に、公刊された 2 名の学者の見解として、岡松参太郎と法典調査会の委員の一人である梅謙次郎の立場を簡単に紹介する。

まず、岡松参太郎は、契約解除、報酬減額、損害賠償、瑕疵修補の 4 つがあるが、瑕疵修補が最も当事者意思に適合し実際に便利であるとする。修補に代わる損害賠償の趣旨からすれば、請負人が瑕疵修補をしないときは、注文者は第三者をして修補させ費用を請求できるのは、「五一四二項」の規定により明瞭であり、修補に代え、又はそれと共に損害賠償を請求することをさせるのは實際上便利であって、かつ多数の立法例に従うとする<sup>27)</sup>。

岡松の立場は立法過程および民法理由書の記述とほぼ対応しており、瑕疵修補請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権が選択債権であるという考え方は、明確に排除されていないものの、明示的に許容されてもいない。

法典審査会の委員の一人である梅謙次郎も、瑕疵修補請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権についての性質や関係を記載する。瑕疵修補請求権については、仕事に瑕疵があるときには履行が未了であるが故に、請負人は注文者の請求に応じて瑕疵を修補すべきであるが、修補には日数が要するから注文者が相当の期限を定めて修補を請求すべきものとしており、その定めたる期限の相当性について争いがあるときには裁判所はこれを決するものとする。そして、請負人は修補義務を負うだけでは足りない理由として、

瑕疵を修補しても完全なものにならない場合、修補をするのに一定日数が必要でこの結果注文者に損害が生じることがあることとする。加えて、注文者が修補を欲せずむしろ損害賠償を請求しようと欲せば、請負人があえて修補を強いることはできないとする。たとえば、(質の良い)節なき板でつくるべき天井を節ある板でつくったとき、張り替えもできるが、節ある板による損害として、節のある板である場合と節のない板である場合の目的物価格差額を求めるときには、これを拒むことができないとする<sup>28)</sup>。

梅の記述において挙げられている損害賠償の例は、代金減額的な意味を有する経済的な価値であり、請負人でなく第三者にして修補させて修補費用を損害賠償として請求するという例は示されてはおらず、選択債権であるという性格についても、後述する末弘巖太郎の記述に比べると明らかにしてはいないといえる。

### (3) 改正前民法第 634 条に関する判例法理と学説

#### (ア) 判例法理

第 634 条 2 項の瑕疵修補に代わる損害賠償請求に関する大審院判決のうち、1 つの大審院判決と 2 つの最高裁判決を確認する。

##### (a) 明治 41 (1908) 年 4 月 27 日大審院判決 (①本件)

建築請負契約において原告注文者から被告請負人に対し 634 条 2 項に瑕疵修補に代わる損害賠償請求を求めて訴えが提起された事件である。事案については、請負人が劣悪な建築材料を使用して建物を完成させたため注文者が第一審では請負金額と瑕疵ある建築物の市場価格との差額を請求し第二審では差額の請求に代えて瑕疵修補費用を請求した事案であって、被告たる請負人は、瑕疵が注文者側の指図により生じた、注文者は相当期間を定めて修補をなすべきであるのに原告たる注文者は修補請求をしていない等の反論をした事案である。

大審院は、注文者側の指図により瑕疵が生じたという被告請負人の主張等を否定した上、改正前民法第 634 条の瑕疵修補請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権について、「仕事ニ瑕疵アリタルトキハ注文者ハ請負人ニ対シテ其瑕疵ノ修補ヲ為サシメ若クハ之ニ代エテ損害賠償ノ請求ヲ為スヲ得ルコトハ民法第六百三十四条ニ規定スル所ニシテ注文者カ前者ノ請求ヲ為ストキハ請負人ノ為メニ相当ノ期間ヲ与ウ可キモ後ノ請求ヲ為ストキハ相当ノ猶予ヲ与ウルコトナク直チニ之カ請求ヲ為スヲ得ルコトハ同条ノ規定ニ依リ明白ナリ」と判示した。

大審院判決は、瑕疵修補を請求するときは相当期間の猶予を請負人に与えなければならないが瑕疵修補に代えて損害賠償請求をするときは直ちに請求ができるとしているか

ら、選択債権であるということと整合的な判決である。もっとも、第一審では瑕疵修補費用ではなく瑕疵によって低下した経済的価値を求めていたものであるから、修補が可能であっても修補費用を請求することができるという選択債権であることについて法理を確立したとまではいえないという解釈も可能であろう。

(b) 最高裁判所第 2 小法廷昭和 52 (1977) 年 2 月 28 日判決等 (④事件)

大審院判決の後、瑕疵修補請求と瑕疵修補に代わる損害賠償について、選択債権であることを明示したのは、昭和 52 年の最高裁判決である。

控訴審裁判所の認定した事実によれば、原告である注文者は、被告請負人との間で、分譲予定の別荘地に連絡する私道の壁面の石垣工事の完成に関する請負契約を締結したところ、請負工事の手抜きから、完成した石垣が崩壊するに至った。これに対し、注文者は、請負人に対し、瑕疵の修補請求をせず石垣の上下を通っている道路を廃して別の場所に道路を開設することとし、危険防止のため残存する道路を撤去して土砂崩れを防ぐ石垣工事をおこない、工事代金相当の損害賠償を請求した事案である。被告請負人側が上告した争点は、修補に代わる損害賠償は修補請求しても請負人が応じない場合でなければ請求できないという点である。

最高裁判所は、民法 634 条 1 項所定の瑕疵修補請求権と同条 2 項所定の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権とのいずれを行使するかは、注文者において自由に選択することができるのであつて、「注文者は瑕疵修補の請求をすることなく直ちに瑕疵修補に代わる損害賠償を請求することもできるものと解するのが相当である。」とし、瑕疵修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権との関係について、修補費用を請求していた事案において、選択債権であることを明示的に認めた。なお、石垣の崩壊の原因については、本件石垣の崩壊は、注文者が本件石垣の上端部の上に大量の土砂を落下させた上、右上端部分付近にブルドーザーを乗り入れて、十数日その地ならしをしたこともその一因をなしていたと認められるとして、注文者の過失 3 割を認めた原審を維持した。

この最高裁昭和 52 年判決と期間を空けない時期の最高裁判決としては、造塀工事等の瑕疵をめぐる、請負人が代金未払いを理由に解除し、出来高による代金相当額の損失を被ったとして訴えた事件についての判示をした最高裁判所第三小法廷昭和 54 (1979) 年 3 月 20 日判決 (⑦事件) がある。この昭和 54 年の最高裁判決でも、「仕事の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の修補が可能なときであっても、修補を請求することなく直ちに修補に代わる損害の賠償を請求することができるものと解する。」と判示された。

(c) 最高裁判例平成14(2002)年9月24日判決(⑩事件)

確認しておくべき重要な最高裁判所判決としては、最高裁判例平成14(2002)年9月24日判決がある。この判決は、改正前民法634条および635条の「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成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。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りではない。」とした但書に関連し、修補に代わる損害賠償の範囲に建替費用が含まれることにつき、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総費用相当額の損害賠償請求をすることができる」と判示した判決である。建て替えざるを得ない程度の重大な瑕疵があって注文者が請負人に対し建替総費用を求める場合においては、第三者が建て替えるということが前提になっており、注文者が請負人に対し修補請求を先行させることを必要とするのは意味がないからである。

(イ) 学説

昭和52年最高裁判決、昭和54年最高裁判決が出された時点では、学説は、瑕疵修補請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権が選択債権であり、瑕疵修補に代わる損害賠償請求の内容に瑕疵修補費用が含まれることについてはおおむね一致しているように見受けられる。

昭和52年判決以前においても、瑕疵修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権との2つの権利を与え、これを選択的に行使しようとする立場が通説である。ただし、修補に代わる損害賠償請求権として典型的な瑕疵修補費用が損害内容であるという点は、必ずしも意識されていないようである。たとえば、末弘巖太郎は、瑕疵の修補に代わる損害賠償は、債務不履行による損害賠償すなわち法律上修補の履行に代わる損害賠償ではないこと、はじめより選択的に修補または損害賠償を請求しようとする明記した上で、債権は債権者に選択権ある選択債権の一種で選択債権に関する406条以下の一般原則の適用を受けるとするが、損害の内容については瑕疵修補費用を明示していない<sup>29)</sup>。末川博は、瑕疵修補に代わる損害賠償の請求権と瑕疵修補の請求権とのいずれを行使するかは注文者の自由に選択しようとするところであるとしながらも、賠償される損害については、瑕疵があることに基づく目的物の経済的価値の減少を意味するとし、瑕疵修補と共に賠償を請求する損害は瑕疵が修補されてもなお注文者の被るべき損害であるから、結局修補のために仕事の完成が遅延したことによって生じる損害を意味するとする<sup>30)</sup>。

#### (4) ま と め

改正前民法第 634 条の 1 項の瑕疵修補請求と 2 項の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権とは、立法過程においては、選択債権であることが必ずしも明確ではなかったものの、明治 41 年の大審院判決を経て、学説において選択債権であるという扱いが徐々に確立し、昭和 52 年最高裁判決、昭和 54 年最高裁判決を経て、裁判所の先例としても確立したと言ってよいであろう。瑕疵修補に代わる損害賠償請求権の損害の内容としては、少なくとも当初は、現在の実務とは異なり、第三者による瑕疵修補の費用が修補に代わる損害賠償請求権の典型とは想定されていなかったようであるが、大審院明治 41 年判決で損害として控訴審の段階で経済的利益から修補費用へ請求内容が変更された事案において控訴審でも大審院でも修補費用が損害賠償として認容されたことに表れているように、裁判実務においては比較的早くから、修補費用が損害として認められていたと考えられる。よって、選択債権という扱い、および瑕疵修補費用が損害であるという 2 点は、通用している判例・裁判例において認められ、これに対する学説の大勢はこれを肯定していたと言えよう。

### 3. 改正民法の立法過程

#### (1) 立案過程での改正前民法第 634 条 2 項に関する議論

本章第 2 節でおこなった改正前民法第 634 条 2 項の立法過程および当該条文についての判例・学説の確認作業により、改正民法第 634 条 2 項「瑕疵修補に代わる損害賠償」については、それが瑕疵修補費用を含み、瑕疵修補請求が可能であっても第 634 条 1 項の相当期間を定めた瑕疵修補請求を選択せず、第三者による瑕疵修補費用を損害として請負人に対し請求するという解釈が確立されていたことが確認された。この選択債権とする解釈は、上述のように、改正民法において売買契約の契約不適合責任の規定の適用と債務不履行に基づく 415 条による損害賠償請求という法的構成からは当然には導出されず、むしろ自然に考えれば、改正民法は瑕疵修補に代わる損害賠償請求権については改正前民法と異なる扱いに変更されたと考えらるべきであろう。そこで、このような実質的変更すなわち当該条文の削除により判例法理が影響を受けるという実質的な変更について、改正民法の立法過程でその問題が共有されて承認されているかどうかについて検討する。もし問題が共有されて承認されたのであれば、「成る法」モデルからは、実質的変更の正統性に対する疑いが提起されることになる。

## (2) 法制審議会民法（債権関係）部会

法制審議会民法（債権関係）部会は、3つのステージに分けられるのが一般的である。すなわち、第1ステージは、平成21（2009）年11月から平成23（2011）年4月まで（部会第1回から部会第26回）および平成23（2011）年4月12日の「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」とパブリックコメント手続であり、第2ステージは、平成23（2011）年7月から平成25（2013）年2月まで（部会第30回から第71回）および平成25（2013）年2月26日、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」とそのパブリックコメント手続であり、第3ステージは、平成25（2013）年7月から平成26（2014）年8月まで（部会第74回から部会第96回）および改正要綱の原案となる平成25（2013）年8月26日「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」ならびに平成26（2014）年12月16日から平成27（2015）年2月10日まで（部会97回から部会99回）の民法（債権関係）の改正に関する要綱案に至る3段階である<sup>31)</sup>。

改正前民法634条は、3つのステージ全てで取り扱われている。

第1ステージでは、第16回会議において請負人の担保責任の見直しの方向性が議論されている<sup>32)</sup>。部会資料によれば、請負人の担保責任については、売主の瑕疵担保責任と同様に、債務不履行の一般原則との関係や責任の法的性質をめぐって見解が対立しているとされる。そして、売主の担保責任について、近時、これを債務不履行の特則と理解する立場を基本としながら、立法論として、可及的に債務不履行の一般原則に一元化する等の考え方が提唱されていることが指摘される。その上で、請負人の瑕疵担保責任についても、基本的にこれを債務不履行責任と理解しつつ、請負人に特則を設ける必要性を検討することが考えられるとした上で、請負人について設けるべき規定に関する複数の問題点が指摘されている<sup>33)</sup>。ただし、瑕疵修補請求と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権を選択債権とする第634条2項について削除するか否かをめぐる議論は直接にはなされていない。第1ステージの集約である中間的論点整理においても、瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項）に関連し、改正前民法第634条1項但書の瑕疵が重要でない場合に修補に過分の費用を要するときに関し、瑕疵が重要であるときで修補に過分の費用がかかることについての議論がおこなわれているが、第634条2項の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権については扱われていない<sup>34)</sup>。

第2ステージでは、第56回会議、第68回会議および第71回会議において、改正前民法第634条が扱われているものの、第56回会議の資料である民法（債権関係）部会資料46（14頁以下）、第68回会議の資料である民法（債権関係）部会資料57（22頁以下）、

第 71 回会議資料である部会資料（73 頁）において、いずれの会議・資料でも扱われているのは、中間的論点整理で問題となった 634 条 1 項但書（瑕疵が重大なときには過大な費用が発生しても瑕疵修補が請求できる）についてである。そして、中間試案では、634 条 1 項について仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の修補請求権の限界について民法 634 条の規律を改めるとしている<sup>35)</sup>。請負契約の瑕疵修補請求と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権が選択債権であるという規律に問題点があり変更する必要があるという会議上の意見・議論や資料は、売買契約の担保責任に関する議論を含めても、発見できなかった。この段階で請負契約における瑕疵修補請求権と修補費用との関係が選択債権であるという独自性が意識されていた証憑は確認できなかった。

第 3 ステージにおいては、第 81 回会議<sup>36)</sup>、第 95 回会議<sup>37)</sup>において請負契約が扱われているが、この両会議においては、第 634 条については第 2 ステージと同様に、「634 条 1 項但書の瑕疵修補請求権の限界」が扱われているに過ぎず、第 634 条 2 項の瑕疵修補に代わる損害賠償については論点として扱われていない。

しかし、注目すべきは、第 97 回会議である。第 97 回会議は要綱仮案成立の後の会議であるが第 97 回会議の資料として提出された部会資料 84-1 には、仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任として、(1) 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の修補請求権等及び契約の解除（民法 634 条・635 条関係）について、民法第 634 条及び第 635 条を削除するものとするという記載がある<sup>38)</sup>。これまでの会議を議論や資料の追跡結果を踏まえると、この第 634 条第 635 条の削除は、いささか唐突に映る。この点について、第 97 回の会議においても、複数の法制審議会の委員や幹事から、「異議申立」や、要綱仮案では 634 条を維持するとしていたところ要綱案に向けて 634 条が削除され売買の規定が包括準用されることについての法的処理の問題、あるいは請負契約における損害賠償の特殊性がなくなることについての疑問等が提起されている。これに対し、法務省委員民事局参事官の幹事からの説明によると、売買契約の追完請求権、代金減額請求権、損害賠償、解除などの担保責任の規定が包括的に請負契約に準用されることを前提とした上で、検討の末、包括準用せずに各典型契約の規定をすべて書くことの困難性や、売買契約の場合と請負契約の場合とで損害賠償について基本的な差がないということが理由として示されている。本来ならば、634 条削除が提起された会議における各委員や幹事の興味深いやりとりを詳細に紹介・分析したいところである。しかし、紙幅の関係もあり、本稿の目的である 634 条 2 項の削除とこれに伴う上述の判例法理の変更について、審議過程の分析の結果としては、審議会の議論において十分に審理されたものであるのかという問いは、少なくとも審議過程においては、否と答えざるを

得ないことのみを述べるにとどめる。

### (3) 議会における審議過程

本来、立法の正統性を民主的正統化基盤に求めるならば、国民の代表で構成される国会における議論こそが民主的正統化を支えるはずである。しかし、民法の専門性や技術的性格などから、改正民法では、国会において活発な議論が展開される具体的な個別イシューには限りがあったのが現実である。中でも、建替をめぐる判例法理については、建物の基本構造にかかわるような重大な瑕疵があった場合には建替費用相当の損害賠償を認めるとした上述の平成14年判決を尊重するという発言が、第192回国会の衆議院法務委員会における「現行法第635条ただし書きの削除」の説明において、小川秀樹法務省民事局長発言として確認される（法務委員会会議録14号22ページ）。これをもって、(1)平成14年9月24日の最高裁判決法理は生きている、(2)建替費用相当額の支払を受けて、みずから欠陥ある建物を撤去することができることが前提になっている、と読むことも可能であろう<sup>39)</sup>。

### (4) ま と め

以上の検討により、立法過程では、法制審議会の議論においても国会の議論においても、第634条2項の削除に際し、選択債権であるというルールが存在し、それがどのような影響を受けるかについて、審議が尽くされた上で承認されたという十分な証拠を発見することはできなかった。そこで、改正前民法第634条2項において導き出されていた瑕疵修補が可能であるかを問わず瑕疵修補請求を先行させず瑕疵修補に代わる損害賠償として修補費用を請求するという法理の変更が正統化できるか否か等が、改正前民法第634条2項の削除により法実務がどのような影響を被るかを勘案して検討されるべきである。すなわち、当該判例法理に基づき機能してきた法実務についてどのような影響を受けるか、瑕疵修補を先行させることなく修補費用を請求していたのはどのような場面かを確認する作業へと進むべきこととなる。

もし、修補費用請求権が選択債権という性質を失った場合、修補費用請求が認められるべき合理的な場面であるにもかかわらず、認められなくなるような場面は発生するのであろうか<sup>40)</sup>。仮に、修補請求を先行させず修補に代わる損害賠償としての修補費用が認められるべき状況が極めて限られているとすれば、例外として、ルールの解釈や法律構成での対応ではなく、原理としての一般条項たとえば信義則などの適用により処理する方途も想定される。

### Ⅲ 改正前民法第 634 条 2 項の判例・裁判例についての若干の考察

#### 1. はじめに

第Ⅱ章を受け、改正前民法第 634 条 2 項の削除が法実務に与える影響に照らし検討する作業、すなわち当該判例法理に基づき機能してきた法実務がどのような影響を受けるのかを確認する作業に進むこととなる。仮に、改正前民法第 634 条 2 項に関わる判例や裁判例と類似の事案に関わる法的紛争が改正民法下で発生したとしよう。改正前民法第 634 条の下では修補請求が可能であっても修補請求を先行させることなく修補費用を損害賠償として求めることができたはずなのに、この規律がなくなった場合である。修補費用としての損害賠償請求権を選択債権として行使することを認めていた法実務において、不都合な結果は生じないのか。選択債権として行使できないとすれば、注文者は、まず請負人に対し瑕疵修補請求をおこない、請負人が一定期間内に瑕疵修補に応じない場合に限り、請負人に対し損害賠償として修補費用を請求することになる。この帰結は、場合によっては、注文者に酷な結果を生じさせるのではないのか。この問いへの回答は、改正前民法第 634 条 2 項がどのような場面で機能していたかということに関わる。

本稿は、この点を検討するため、改正前民法第 634 条 2 項に関わる判例・大審院判決・裁判例につき、瑕疵修補請求が先行しない事案についての 25 個の裁判例等、瑕疵修補請求が先行する事案についての 28 個の裁判例等を抽出し、これらの裁判例を素材として、紙幅の関係もあるため限定的ではあるが、若干の考察を試みる<sup>41)</sup>。

#### 2. 先行する瑕疵修補請求がない場合

請負契約は、注文者が請負人に仕事の完成を求め請負人が注文者の要求に対し報酬と引き換えに仕事を完成させる契約であるから、瑕疵のある目的物が引渡される等が生じたときには請負人自身が瑕疵を修補することで応えるのが本来の形であると考えれば、先行する瑕疵修補請求がない場合は、例外的なようにも思える。しかし、裁判として紛争が顕在化するような事案にあっては、先行する瑕疵修補請求がないことは必ずしも珍しいことではない。したがって、注文者の立場では、瑕疵修補請求あるいは修補費用の請求を選択的に行使できるのか、それとも、瑕疵修補請求権を先に行使した後でなけれ

ば修補費用を請求することができないのかという論点は、訴訟遂行の仕方を設計するのに大きな影響力を有する。

先行する修補請求がなされていない合理的な理由を基礎づける要因のうち代表的なものは、請負契約締結から瑕疵の発見に至るまでの注文者請負人間の主観的な関係に基づくものであって、かつ主として請負人側に原因があると考えられる場合である。たとえば、注文者と請負人間で複数の工事契約が締結されておりそのうちの1つについて請負人の不履行があって注文者側に請負人が瑕疵修補をおこなう合理的期待が失われているような場合(⑦事件)である。請負人側の仕事完成に向けた態度があまりずさんである等の職業倫理的に問題がある場合もある。これは、左官工事目的で仕事において第1下請負人が仕事放棄した後第2下請負人が作業をおこなったが元請である請負人が第2下請負人に対し請負代金の安価ゆえ適切な仕事を指示しなかったため瑕疵が生じた③事件や、ずさんな基礎工事により雨漏り等が発生した⑥事件、建築の偽装がおこなわれたことが判明した⑩事件等が該当するであろう。

当事者間の主観的な関係とは独立する請負目的物の性質や瑕疵の客観的な性質から、先行する修補請求を求めるのが不合理な場合もある。たとえば、地盤工事などの土木工事の事案では、瑕疵が顕在化するのには引渡から一定期間が経過した後であることがあり、そのような場合には、請負人の仕事に瑕疵があったのか、他の原因あるいは不可抗力なのかをめぐって争いが生じるが、同時に、直ぐに対応せざるを得ないので、瑕疵を特定して修補請求をすることを求めるのが酷なときもある(⑪事件)。土木工事以外でも瑕疵を特定して修補請求することが難しい場合で、雨漏りの修理など瑕疵の修補を急ぐ場合には、自分でおこなうこと、あるいは第三者に任せることに合理性が認められることもありうる(⑫事件)。また、特殊の例であるが、瑕疵が明らかになったとき請負人が破産しているため修補請求ができなかったと推測できるような場合もある(⑬事件)。

事件の種類が、注文者が原告として瑕疵修補に基づく損害賠償請求訴訟を提起したのか、請負人が原告として未払いの請負代金請求訴訟を提起したのかによっても、瑕疵修補請求が先行するかどうかに影響が生じる。前者においては、すでに支出した修補費用を求めることが一般的であるが、後者においては、注文者の修補費用請求権は、すでに支出した修補費用の支払を求めるのではなく、今後必要な修補費用を請求し裁判所がこれを認定するという場合が少なからずある。代金の支払をめぐって訴訟が提起され請負人側は瑕疵であることを否定している場合において請負人に対し一定期間を定めて修補請求をすることを注文者に求めることは適切でないとも考えられる。

前掲の最高裁判所平成14年判決(⑭事件)により注文者が請負人に対し建替費用を損

害賠償として求めることが認められたが、建替費用請求の事案にあっては、当事者間の関係自体が注文者が請負人自身に建替を求められない位壊れていることもめずらしくなく、そもそも先行する修補請求自体は無意味であると考えられる（⑭⑯⑰⑱各事件）。

このように注文者からの先行する修補請求がなくても合理的である場合もあるが、そのような合理的な理由が判決に表れた事実関係だけでは明確ではない場合もある。とりわけ、選択債権であると判示した昭和 52 年の最高裁判決自体の事実関係は、控訴審の認定した事実によれば、原告注文者は分譲予定の別荘地に連絡する私道の壁面の石垣工事を被告請負人に請け負わせ完成したが、工事の手抜きから石垣が崩壊した。原告は、請負人に瑕疵の修補請求をしないで、石垣の上下を通っている道路を廃して別の場所に道路を開設することとし、危険防止のため残存する道路を撤去し、土砂崩れを防ぐ石垣工事をおこない、これに代わる損害賠償を請求した事案であって、被告請負人は、修補に代わる損害賠償は、修補請求しても請負人が応じない場合でなければ請求できないとして上告している（④事件）。選択債権であるとされたため被告請負人の請求は退けられたが、崩壊の原因の一つは注文者の地ならしであって 3 割の過失相殺が認められているから、選択債権とされなければ、修補費用の請求が認められなかった可能性もある。この事件ほど明確ではないが、注文者が請求すれば請負人が修補可能であり、しかも注文者に損害を発生させないような場面もありうる。

また、注意すべき判例としては、先行する修補請求はないが、同時履行の抗弁権との関係で、瑕疵修補請求として認められるためには、修補義務の内容がある程度特定されるべきであって、たとえば車の乗り入れを前提とした道路工事請負で、勾配や曲線区間の幅等に関する設計図の瑕疵により車の乗り入れができなかった事案において、車の乗り入れが可能のように修補すべきであるという程度では瑕疵の特定として不十分としたものがある（⑤事件）。土木工事や建物であっても大がかりな建築物については瑕疵の特定を注文者に求めることが難しい場合も、先行する修補請求をしないで修補に代わる損害賠償請求を認める合理性があると言えよう。

### 3. 先行する瑕疵修補請求がある場合

先行する瑕疵修補請求がある場合（明示されている場合のみならず推測される場合も含む）については、一見すると、損害賠償請求に先行する瑕疵修補請求を求めた場合でも、影響を被らないように見え、28 件の半数強が何らかの修補請求をしているのは、裁判で争われる場合においても、先行する修補請求の請求が特別の場合というわけではないと

も言えそうである。しかし、対象となっている裁判例等は、改正前民法第 634 条 2 項の損害賠償（瑕疵修補費用）が認められた裁判例だけであるから、本稿で示した先行する修補請求があるという分類は、同 634 条 1 項の相当期間を定め瑕疵を特定した形で修補請求をしているかどうかは連動していない。口頭ではなく書面による修補請求を必要とするのか（㉟事件）、改正前民法第 634 条 1 項の修補請求として認められるのかが疑問（㊱事件）な事例もある。

#### 4. 小 括

裁判例等の分析結果については限定した形でしか紹介できなかったが、請負契約の特徴の一つである、請負契約の目的物の瑕疵が発生する場面の多様性が選択債権を認める必要性と連動することについては、一応確認できたと考える。

瑕疵修補請求をしない場合であっても合理的であると考えられる理由は様々でありうる。当事者間の人的な関係に基づくものだけでなく、建物建築工事のみであるかあるいは土木建築工事も伴うものであるか、目的物の欠陥がいつ顕在化するのか、追加工事が伴っているのか、注文者が原告として瑕疵修補費用を損害賠償として請求したのか、あるいは請負人からの代金請求に対する反論として出されたものなのか目的物の瑕疵に注文者が関与しているかなど、分析の視点は複数ありうる。また、修補請求が先行した事例であっても、そこでなされた修補請求が、改正前第 634 条にいう修補請求と評価されるとは限らない。請負契約において、仕事の内容や瑕疵が複雑になればなるほど、注文者が請負人に対し単に契約目的を遂げないから修補してくれということを超えて、瑕疵を特定して請求することまでが求められた場合、注文者にとって相当な負担が生じることとなる。選択債権が許容されていた場合にあっては、注文者は他の信頼できる業者を選択し直し任せるということができたために顕在化しなかった瑕疵特定のコストとリスクも発生するのである。

#### IV 結びに代えて

たしかに、請負契約の目的からすれば、可能であれば請負人が修補をおこなうのは本則といえ、注文者が第三者に修補させ修補費用を請負人に負担させるのは一見不適切のように見える。しかし、本稿では限定的検証しかできなかったが、改正前民法第 634 条

2 項に関して展開されてきた裁判例等を踏まえると、先行する瑕疵修補請求なくして修補費用を求めることが十分に合理的である場面も存在し、選択債権でないことによって発生する不利益が無視できない場面がありうる。他方で、立法過程とりわけ立案過程において、売買契約の規定の整序に伴う請負契約の担保責任の整序という観点から 634 条が削除されるに至ったという要請も尊重するべきであろう。しかし、立法過程において、634 条削除によって生じる不利益と不利益を回避する法律構成について必ずしも十分な議論が尽くされていなかったということをお案すれば、修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権としての修補費用の請求権との関係については、更なる議論が必要であると考えられる。本稿では、抽出した裁判例等について、アドホックな例の紹介に留まっており、裁判例等のより一層緻密な分類と分析が必要である。また、改正前第 634 条 2 項が削除されたことにより顕在化した修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権としての修補費用の請求権との関係に関する法解釈論を含む理論上の問題についても、扱うことが必須である。しかし、本稿では、注(2)～5)) 等で、法解釈論上の問題点を指摘し、改正法に関わる学説等についてその存在を言及するにとどまり、分析・検討をすることができなかった。この 2 点は今後の課題としたい。

〈追記〉本稿は、2021 年 3 月末をもって中央大学を定年退職される野澤紀雅教授の退職記念号(法学新報)に寄稿を予定していたが筆者の能力不足のため間に合わず寄稿がかなわなかったものである。ここに野澤紀雅先生の中央大学法科大学院在職中のご指導に感謝し、先生のますますのご活躍を心より祈念申し上げます。

#### 注

- 1) 大審院判決や最高裁判所判決としては、大審判明 41・4・27 大民録 14 輯 498 頁(①事件)、最二小判昭 52・2・28 金融・商事判例 520 号 19 頁(④事件)、最二小判昭 54・2・2 判時 924 号 54 頁(⑥事件)を参照。とりわけ修補請求と修補に代わる損害賠償請求権が選択債権であって修補が可能な場合であっても修補請求をせず修補費用につき修補に代わる損害賠償請求権をおこなえることを明確に判示したのは、最二小判昭 52・2・28 である。なお、判例法理を批判する立場として、青野博之「買主の追完請求権についての立法論—請負及びドイツ売買法を参考にして」法時 82 巻 104 頁以下(2010 年)、同「注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求」小林一俊・岡孝・高須順一編『債権法の近未来像』(酒井書店、2010 年)、平野裕之「瑕疵担保責任における解除及び修補に代わる損害賠償請求」森征一・池田真朗編『私権の創設とその展開』453 頁以下(慶應義塾出版会、2013 年)がある。
- 2) 改正を受けての学説としては、磯村保「売買契約法の改正—『担保責任』規定を中心として」LAW AND PRACTICE 10 号 61 頁以下、72 頁(2016 年)、潮見佳男『新債権総論』483 頁以下(信山社、2017 年)、田中洋「履行・追完に代わる損害賠償」潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山

野目章夫『注解改正民法』所収 130 頁以下、138 頁（商事法務、2018 年）、原田剛「「修補に代わる損害賠償」論説統一民法旧第六三四条削除の意義を温めて」法学新報第 126 巻第 1・2 号（2019 年）がある。

- 3) 筒井健夫（法務省大臣官房審議官（当時））＝村松秀樹（法務省民事局参事官（当時））『一問一答民法（債権関係）』（商事法務、2018 年）340 頁-341 頁。
- 4) 前掲注 2) 原田の論文は、改正前民法、立法過程やその後判例法理・学説の成立史を丹念に扱い、2017 年の改正民法第 634 条削除により生じる法的な問題についての問題点を詳細に指摘している。本稿の課題の発見と民法学上論点の構図について、当該原田論文に多くを負っており、直接的にも原田剛教授から多大なご教示をいただいたことに感謝の意を表したい。
- 5) 『民法（債権関係）改正法の概要』70 頁（金融財政事情研究会、2017 年）において、政府立案担当者と同じく法制審議会民法（債権関係）部会幹事であった潮見佳男は、415 条の箇所で、改正民法は、追完に変わる損害賠償請求権に関する規定を設けていないと指摘した上で、「改正前民法 634 条 2 項を判断すれば、追完請求権と同様、履行に代わる損害賠償請求権に関する 415 条 2 項によって処理することを企図したものと考えられる。」としたうえで、履行に代わる損害賠償請求権と追完に代わる損害賠償請求権の関係については改正前民法下の学説において議論があったこと、今回の改正でこの点について立法による決着が付けられなかったことから、議論が継続すると述べる。なお、同書 314 頁の仕事の目的物が契約内容に適合しない場合の請負人の責任について、改正前民法第 634 条削除の項目で、本文で述べたように、改正民法 562 条、563 条、564 条の規定が民法 559 条を介して請負契約に準用されるため、ここで規定を設ける必要がないとも説明している（部会資料 84-3・16 頁）。法制審議会の過程を踏まえ注文者が契約不適合箇所の修補に代えてただちに損害賠償の請求ができるか、債務不履行責任の一般原則に立ち返り改正民法第 415 条 2 項の「履行に代わる損害賠償」の問題として判断されるという点を指摘するものとして、笠井修「請負（1）一契約不適合責任」潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫編『注解改正民法』499 頁（商事法務、2018 年）があり、また、立案担当者は修補に代わる損害賠償請求の可否は 415 条 1 項の枠内で処理される問題と解しているとした上で、不完全とはいえ履行がなされた場合の契約不適合箇所の修補に代わる損害賠償を一種の填補賠償と見るか否かは、なお今後の議論を要するとする笠井修「第 9 節請負」『新版注釈民法〈14〉債権（7）』（有斐閣、2018 年）115 頁以下、175 頁も参照。174 頁においては、修補が可能である場合であっても注文者は修補を請求しないで直ちに修補に代わる損害賠償請求をおこなうことができるものと解するのが判例（最二小判昭 52・2・28、最三小判昭 54・3・20）とした上で、これらは、重大な手抜き工事や途中で工事を解除するなど、注文者からみて請負人自身による修補を期待することができない事例であったことは注意を要するとし、請負人が修補請求があればそれに応じると見込まれる場合にも直ちに修補に代わる損害賠償を請求することができるかは必ずしも明らかでなかったとも指摘される。
- 6) 瑕疵修補に代わる損害賠償請求の修補費用以外の費目としては、瑕疵のある目的物と瑕疵のない目的物との経済的価値の差額の他、瑕疵のある目的物が引き渡されたことによって失った利益、慰謝料、弁護士料等が挙げられるが、主たるものは修補費用である。
- 7) ここで試みるのは仮に選択債権でなかったらどのように評価されるのか、たとえば損害賠償を認められない帰結がもたらされたかどうかという問題設定は、瑕疵修補費用を瑕疵修補に代わる損害賠償請求権の行使よりも修補請求を先行するべきであるという規範が定立された場合においては、選択債権であるという規律を前提に行動していた当事者の行動は当然に影響を受けるから、その点でフィクションに過ぎない。しかし、修補請求を求めることが著しく困難であったり当事者の関係から期待できなかつたりする事実関係の下で先行する修補請求をせず修補に代わる損害賠償を認めていたような事案と同種の事実関係については影響を受ける可能性はある。
- 8) TKC の判例データベースにおいて、2020 年 11 月 30 日の時点で、634 条に関する裁判例等 128 件を抽出し、その中から瑕疵修補に代わる損害賠償 53 件をさらに抽出し、請負人に対する瑕疵修補請求が先行せず請求権を行使した 25 件（資料 1）、修補請求を先行させ修補に代わる損害賠償

- 請求権を行使した 28 件（資料 2）を分析対象とした。
- 9) 「立法」という用語には複数の意味がありうるが、本稿では議会が制定する法律（legislation）としての立法という意味でこの用語を用いている。
  - 10) 井上達夫「立法学の現代的課題—議会民主政の再編と法理論の再定位」ジュリスト 1356 号 128 頁以下（2008）、同「立法の哲学としての法哲学—総括コメント」『法哲学年報 2014』106 頁以下（有斐閣、2015 年）。
  - 11) 規範的法実証主義の立場から基礎づける立場について論じたものとして、横濱竜也「議会主権の再生—規範的法実証主義の立法理論」『法哲学年報 2014』8 頁以下（有斐閣、2015 年）。
  - 12) 嶋津格「法の権威を立法の権威に解消することの愚かさについて—横濱報告へのコメント」『法哲学年報 2014』8 頁以下（有斐閣、2015 年）23 頁。
  - 13) 山田八千子「第 7 章民法（債権法）改正過程と立法過程の在り方—立法の哲学の視点から」井田良、松原芳博編『立法学のフロンティア 3 立法実践の変革』173 頁以下（ナカニシヤ出版、2014 年）、同「集合的決定としての「立法」への懐疑—私法の視点から」68 頁-70 頁（立法学術フォーラム—立憲民主政の変動と立法学の再編〈小特集〉井上達夫・川崎政司・西原博史・齋藤純一・鈴木寛・高見勝利・山田八千子・井田良）法律時報 87 卷 8 月 52 頁以下（2015 年）、同「提題 立法の法哲学—立法学の再定位」『法哲学年報 2014』1 頁以下（有斐閣、2015 年）、*The Role of Judicial Precedents in Japanese Law-Making Process – on the Japanese Civil Code (Law of Obligation) Reform, in Judicial Precedent in Comparative Approach*, Studia Uuridica Lublinensia Vol 27, No 1 (2018) 83-93. <http://journals.umcs.pl/sil/issue/view/395>.
  - 14) 制定法系と判例法系との比較の視点から、創る法と成る法についての法思想史的なアプローチからの論文として、村林聖子「J・S・ミルと創る法／成る法—ベンサム、オースティン、メイン（特集 創る法と成る法）」23 頁以下、鈴木康文「19 世紀プロイセン裁判所における法形成—書面による方式主義を題材に（特集 創る法と成る法）」41 頁以下上掲書、石部雅亮「立法の思想史—18 世紀後半から 19 世紀末までのドイツ（特集 創る法と成る法）」69 頁以下『法の理論（34）—特集《創る法と成る法》』（成文堂、2016 年）。
  - 15) 国会での審議のみならず法制審議会の改正立法案の過程についても立法過程として含み正統性を検討する上での対象としうることについては、前掲注 3) 山田（2014）・100 頁参照。
  - 16) 前掲注 2) 原田・80 頁によれば、改正前の最高裁判所と多数説について、①瑕疵修補請求権の発生根拠について見解が分かれているが、②損害賠償請求権の性質は無過失責任である、③修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権との関係は選択債権である、④修補に代わる損害賠償請求のための要件は修補を要求する必要はなく期間設定も必要ない、⑤修補に代わる損害賠償の項目には修補費用ないし修補費用相当額が含まれる、⑥修補に代わる損害賠償債権との間にも同時履行が認められるという法命題を挙げる。本稿では、このうち、③を中心として、関連する④と⑤のみを扱う。
  - 17) 以下の拙稿では、制定法国における判例の役割について、債権法改正における請負契約担保責任を素材にして検討している。Yamada, *The Function of Judicial Practice Concerning the Reform of the Japanese Civil Code (Example of “Contract for Work”)*, Studia Uuridica Lublinensia Vol 29, No 13 (2020) 163-172.  
<https://journals.umcs.pl/sil/search/search?simpleQuery=yachiko&searchField=query>
  - 18) 前掲注 2) 原田・54 頁。
  - 19) 『日本近代立法資料蔵書 4 法典調査会民法議事速記録四』（以下『民法議事速記録第 4 巻』と言う。）525 頁以下、545 頁-547 頁（商事法務、1984 年）。また、該当ページ中、穂積陳重委員の発言の一部に脱字がある。
  - 20) 『民法議事速記録第 4 巻』545 頁-546 頁上段。
  - 21) 廣中俊雄編『民法修正案（第三編）の理由書』612 頁（有斐閣、1987 年）。
  - 22) 前掲注 2) 原田・54 頁。

- 23) 『民法議事速記録第4巻』546頁上段。
- 24) 前掲注2) 原田・54頁。
- 25) 『民法議事速記録第4巻』545頁下段。
- 26) 『民法議事速記録第4巻』546頁上段。
- 27) 岡松参太郎『註釈 民法理由 下巻債権編』次257-259, 次258 (信山社, 1991年)。
- 28) 梅謙次郎『民法要義之三』70頁-71頁 (明法堂, 1897)。
- 29) 末弘厳太郎『債権各論全』110頁-113頁 (有斐閣, 1920年)。
- 30) 末川博『債権各論下巻』281頁-282頁 (岩波書店, 1941年)。我妻も修補に代わる損害賠償請求権の内容を詳細には述べていない。なお, 我妻は, 瑕疵修補が可能である場合にも, 賠償を要求することができるかと解すべきであるとこれを原則としながらも, 修補が容易なもので, これによって注文者に全く損害が残らなくなるような場合には, まず修補を請求することが, 信義則の要求するところだとする (我妻栄『債権各論 中巻2 (民法)』 (岩波書店, 1962年) 635頁, 638頁)。
- 31) 法制審議会民法 (債権関係) 部会 審議事項・部会資料・議事録一覧は, <http://www.moj.go.jp/content/000108370.pdf>を参照。
- 32) 参照 民法 (債権関係) 部会第16回議事録, 部会資料17-2, 民法 (債権関係) の改正に関する検討事項 (12) 16頁-17頁。
- 33) 「部会資料17-2」16頁。
- 34) 中間的論点整理第48請負5瑕疵担保責任 (1) 瑕疵修補請求権の限界 (民法634条第1項)。また, 改正前民法634条1項但書の削除による判例の行方について, 最高裁昭和58年1月20日判決 (判時1076号56頁) を扱うものとしては, 田中洋「請負における修補に代わる損害賠償の内容と限界」法律時報92巻1号122頁以下 (2020年) も参照。
- 35) 中間試案第40請負2 (1)。本稿で直接扱っていない論点であるので内容は記載しないが, 注34) 田中参照。
- 36) 「部会資料72A」4頁-5頁の「第1請負」。
- 37) 「部会資料82-1」55頁-56頁の第35請負。
- 38) 「民法 (債権関係) 部会資料84-1」58頁。
- 39) 前掲注2) 原田・85-86頁。
- 40) この「合理的」とは, reasonable, 理に合ったという意味で用いている。法哲学を含む哲学の論文では, 「合理的」は, 利益等の最大化を意味する rational の訳語であり, 社会通念も考慮して道理に適ったことを意味する reasonable の方は適理性という訳語が通例である。しかし, 適理性は, 実定法学上では一般的な訳語ではないため, 便宜上, 本稿に限り, 合理的, 合理性は, reasonable に対応する訳語として利用する。
- 41) 瑕疵修補請求が先行しない裁判例等については資料1, 瑕疵修補請求が先行する裁判例等については資料2として, 「審級判決年月日」, 「事件名」, 「仕事内容」, 「掲載文献」の項目によって整理した一覧表を作成し, 資料1, 資料2として, 末尾に掲げている。なお, 瑕疵修補請求の先行の有無については, 第1審や原審等を含む当該裁判例等の事実関係に基づき判断したが, 先だつ修補請求があるか否かについて明示しているものばかりでなく, 明示はないが事実関係から推測されるものも含めて分類した (推測の場合には\*をつけている)。抽出された裁判例は, 法的な争点として選択債権の有無が問題になっている事件以外のものも多いから, 修補請求の有無は, 事実関係に明示されている場合に限らないし, とりわけ選択債権であるということを判示した昭和52年最高裁判決, 昭和54年最高裁判決以降は, 争点として顕在化していないことも多く, 偶然事実関係に修補請求の有無が表れたという側面も否定できず, 判決文で修補請求がないと事実認定された幾つかの例を除いては実際には修補請求がなされている可能性は否定できない。また, 修補が先行している場合については, 改正前民法634条1項という相当期間を定めた瑕疵修補請求として法的に評価されるものだけではなく, 何らかの形で修補請求をしていることが事実関係から示されるものについて, 修補請求があるものとして扱った。

## 資料 1 先行した修補請求が認められないもの

番号	事件名	原告	被告	仕事内容	審級判決年月日	掲載文献
①	損害賠償請求ノ件	注文者	請負人	建物建築	大審判明 41・4・27	大民録 14 輯 498 頁
②	請負代金請求事件 反訴請求事件	請負人	注文者	建物建築	東京地判昭 44・3・8	判時 564 号 56 頁
③	工事代金請求事件	請負人	注文者	左官工事	大阪地判昭 44・9・24	判時 587 号 60 頁
④	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	最二小判昭 52・2・28	金・商判 520 号 19 頁
⑤*	工事代金請求控訴事件	請負人	注文者	道路新設 工事	東京高判昭 52・9・20	判タ 366 号 239 頁
⑥	請負代金本訴 損害賠償反訴請求事件	請負人	注文者	建物建築	最二小判昭 54・2・2	判時 924 号 54 頁
⑦*	損害賠償請求事件	請負人	注文者	建物建築等	最三小判昭 54・3・20	判時 927 号 184 頁
⑧	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判昭 55・4・24	判時 981 号 84 頁
⑨	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	福岡地判昭 61・7・16	判タ 637 号 155 頁
⑩	損害賠償請求 監理報酬請求反訴事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判平 4・12・21	判時 1485 号 41 頁
⑪	損害賠償請求 工事代金等請求事件	注文者 から 買受者	請負人 注文者	宅地造成 工事	東京地判平 6・9・8	判時 1540 号 54 頁
⑫	建築工事請負残代金請 求控訴事件	請負人	注文者	建物建築	福岡高判平 9・11・28	判時 1638 号 95 頁
⑬	取立債権請求控訴事件	注文者	請負人	建物建築	東京高判平 12・3・14	判タ 1028 号 295 頁
⑭	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	長崎地大村支判平 12・12・22	判タ 1109 号 166 頁
⑮	損害賠償請求事件	注文者	管財人	建物建築	大阪地判平 13・6・29	判タ 1095 号 284 頁
⑯*	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	最三小判平 14・9・24	判時 1801 号 77 頁
⑰*	請負代金請求控訴事件	請負人	注文者	内装工事	東京高判平 16・6・3	金・商判 1195 号 22 頁
⑱	請負代金請求事件	請負人	注文者	建物建築等	大阪地判平 16・9・29	判タ 1191 号 277 頁
⑲	損害賠償請求事件 請負代金請求事件	注文者	請負人	建物建築	大阪地判平 19・1・16	判タ 1355 号 143 頁
⑳	損害賠償等請求事件	注文者	請負人	建物建築	奈良地判平 20・10・29	判時 2032 号 116 頁
㉑*	損害賠償請求控訴事件 同附帯控訴事件	注文者	請負人	建物建築	名古屋高判平 21・6・4	民集 64 卷 4 号 1225 頁
㉒	請負代金等請求事件	請負人	注文者	建物建築	東京地判平 22・2・19	判タ 1358 号 130 頁
㉓	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	神戸地判平 23・1・18	判時 2146 号 106 頁
㉔	請負代金請求事件 損害賠償請求事件	請負人	注文者	建物建築	大阪地判平 25・2・26	判タ 1389 号 193 頁
㉕	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	松江地判平 28・3・31	判時 2347 号 99 頁

資料2 先行した修補請求がある、あるいはあると推測されるもの

番号	事件名	原告	被告	仕事内容	審級判決年月日	掲載文献
②⑥	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判昭 30・10・28	下民集 6 巻 10 号 2275 頁
②⑦	請負代金請求上告事件	請負人	注文者	建物建築	最二小判昭 36・7・7	民集 15 巻 7 号 1800 頁
②⑧	請負代金請求 損害賠償請求反訴事件	請負人	注文者	建物建築	東京地八王子支判昭 38・4・18	判タ 147 号 114 頁
②⑨	建築請負代金等請求事件	請負人	注文者	建物建築	東京地判昭 47・2・29	判時 676 号 44 頁
③⑩	請負代金請求事件(本訴) 損害賠償請求事件(反訴)	請負人	注文者	建物建築	横浜地判昭 50・5・23	判タ 327 号 236 頁
③①	損害賠償請求控訴事件	注文者	請負人	建物建築	東京高判昭 52・11・30	判時 879 号 83 頁
③②	損害賠償等請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判昭 55・11・26	判時 999 号 78 頁
③③	工事代金等請求控訴事件	請負人	注文者	建物建築	東京高判昭 56・5・21	判時 1010 号 47 頁
③④	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	大阪地判昭 57・5・27	判タ 477 号 154 頁
③⑤	損害賠償請求控訴事件	注文者	請負人	建物建築	名古屋高判昭 57・6・9	判時 1051 号 99 頁
③⑥	工事代金請求事件	請負人	注文者	建物建築	山形地判新庄支昭 60・2・28	判時 1169 号 133 頁
③⑦	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	大阪地判昭 62・2・18	判タ 646 号 165 頁
③⑧	建物瑕疵損害賠償請求 事件	注文者	請負人	建物建築	長崎地判平 1・3・1	判例地方自治 65 号 78 頁
③⑨	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判平 2・2・6	判時 1367 号 38 頁
④⑩	損害賠償請求 請負代金反訴請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判平 3・9・17	判時 1430 号 100 頁
④①	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判平 3・12・25	判時 1434 号 90 頁
④②	建築請負代金残金請求 控訴事件	請負人	注文者	建物建築	仙台高判平 4・12・8	判時 1468 号 97 頁
④③*	工事代金請求事件	請負人	注文者	建物建築	最三小判平 9・2・14	民集 51 巻 2 号 337 頁
④④	損害賠償本訴 請負代金反訴請求控訴 附帯控訴事件	注文者	請負人	建物建築	福岡高判平 11・10・28	判タ 1079 号 235 頁
④⑤	請負代金等請求本訴事件 損害賠償請求反訴事件	請負人	注文者	建物建築	札幌地判小樽支平 12・2・8	判タ 1089 号 180 頁
④⑥*	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	大阪地判平 17・4・26	判タ 1197 号 185 頁
④⑦*	請負代金請求本訴 損害賠償請求反訴事件	請負人	注文者	建物建築	東京地判平 19・10・11	判時 1989 号 25 頁
④⑧	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判平 20・3・12	判タ 1295 号 242 頁
④⑨	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判平 20・12・24	判時 2037 号 55 頁
⑤⑩	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	福岡地判平 21・12・25	判時 2101 号 93 頁
⑤①	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	仙台地判平 23・1・13	判時 2112 号 75 頁
⑤②	損害賠償請求控訴事件 同附帯控訴事件	注文者	請負人	建物建築	東京高判平 25・5・8	判時 2196 号 12 頁
⑤③*	損害賠償請求事件	注文者	請負人	建物建築	東京地判平 29・3・24	判タ 1459 号 231 頁

● **Summary**

The 2017 Civil Code revisions came into effect on April 1, 2020. This article considers the function of judicial decisions (especially precedents of the Supreme Court) in “legisprudence” (jurisprudence of legislation). It looks specifically at the revision of article 634 of the Civil Code (Law of Obligations). Article 634 of the previous Civil Code has been deleted. The content of the new article 634 is completely different. Considering the relationship between new rules and case law precedents is extremely important. This article analyzes and explains the meaning of precedent in lawmaking, using revisions relating to “contract for work” in the Civil Code as an example. Careful consideration must be given to what happens to precedent when revisions are not consistent with court decisions under the previous content of the Code.