

判例研究

民事判例研究

中央大学民法研究会

住宅新築工事が中途終了した場合において、注文者の責めに帰すべき事由によって請負人が
工事完成債務を履行できなくなったものとして、民法第五三六条第二項を適用した事例

原 田 剛

〔東京地方裁判所民事第二部平成二六年(ワ)第二〇五二七号(損害賠償請求事件(本訴))、
平成二七年(ワ)第一〇一二号(損害賠償請求事件(反訴))、平成三〇年六月一九日、本訴一
部認容、反訴一部認容、確定、判例タイムズ一四五七号一九四頁〕

【事実の概要】

1 原告(以下、Xという。)は、東京都豊島区(以下略)(地番表示)の土地(以下「本件土地」という。)の所有者である。⁽¹⁾

民事判例研究(原田)

被告（以下、Yという。）は、不動産の売買、仲介および管理ならびに建物の設計、施工および監理等を業とする株式会社である（一級建築士である乙山一郎（以下「乙山」という。）をYの代表取締役とする）。

2 X（地主）とY（施工者）は、平成二五年八月八日に、請負代金額一億五、九九〇万円（五％の消費税込み）とし、住宅新築工事（本件工事）請負契約（本件契約）を締結した。本件契約は、平成二三年五月改正に係る民間（旧四会）連合協定工事請負契約約款（以下、本件約款という。）に基づくものであった。代金は、（1）契約成立時に三、一九八万円を、（2）上棟時に六、三九六万円を、（3）中間時に三、一九八万円を、（4）建物完成時に三、一九八万円を支払うこととした。そして、工事着手日を平成二五年八月二九日、完成日を平成二六年三月三十一日、引渡日を同年六月二〇日とした。

3 本件契約締結後、Yは本件工事を開始した。ところが、電気工事を行なう業者の関与をめぐって争いが生じたことを受け、本件工事は平成二五年一月一日に一旦中止された。しかし、本件建物の完成を望むXの意向を受け、XとYは、同月一五日頃、本件工事を再開することを合意し、Yは、同月二〇日頃に工事を再開した。

その後、XとYは、平成二五年一二月一三日、上記の工事の中止および再開後の本件工事の契約条件について、工事請負契約変更合意書（「本件変更合意」という。）を作成した。その内容は、以下のとおりである。（1）上記工事の中止が本件約款第三二条第一項に基づくXの申入れおよびこれに対するYの承諾によるものであったことを確認する。（2）本件工事の工期のうち、外構工事の工期を除き、完成日を平成二六年三月三十一日から同年五月二九日に変更する。（3）請負代金の支払日と支払金額は、着工時に三、一九八万円、中間時に三、〇〇〇万円、中間時に三、三九六万円、中間時に三、一九八万円、中間時に一、五九九万円、完成時に一、五九九万円、である。

Xは、Yに対し、本件契約または本件変更合意に基づき、合計一億二、七九二万円の請負代金を支払った。

4 Yは本件変更合意の後、本件工事を継続していた。ところが、太郎とYとの間で本件工事の施工をめぐって争いが高じ、平成二六年三月二八日、Yが本件工事の現場（以下「本件現場」という。）から撤収するに至った。

Yは、同年四月二日、当時のXの代理人であったL1弁護士に対し、Xが本件約款第三条第一項により本件契約を解除したことを前提とする契約解除の合意書案等の引継資料を提出した。XおよびYは、同月、双方の代理人弁護士も本件現場で立ち会う形での打合せを複数回行なうなど、引継ぎに向けた協議を進めた。

Xは、同年五月三日、L1弁護士からその後交代したL2弁護士を通じて、Yに対し、以下の内容の書面をFAX送信した。(1)「通知人が、本年三月二日、被通知人会社による工事が、正当な理由なく、工程表より著しく遅れ、工期内に工事を完成させる見込がないと認められたため、民法第六四一条に基づき、被通知人に対し、工事の引継ぎをすることを条件に、本件建物の請負工事契約を解除し」たこと、(2) Yによる引継ぎは完了していないこと、(3) 契約解除後であっても、XとYとの間で地下ピット防水工事および外壁工事を施工する旨の合意がされており、Yは同工事を施工する義務があること、などであった。

Yは、上記書面を受けた後、X側とのやり取りを重ねた。その中で、(1) 引継ぎは同年五月八日までに完了したこと、(2) Yが地下ピット防水工事等を施工する義務を負っていないこと、(3) YがXに引き継ぐべき資材があることなど、を回答していた。

5 Xは、L2弁護士からその後更に交代した本件X代理人を通じて、Yに対し、平成二六年七月一二日に到達した書面により、以下のような内容の、解除の意思表示と催告を行なった。解除の意思表示は、同年三月末までに工事が正当な理由なく工程表より著しく遅れ、完成予定日までの工期内に工事を完成する見込みがないと認められるに至ったとして、本件約款第三条第二項に基づくものである。催告の内容は、Yが行なった本件工事の出来高は三五%であって、出来高分代金額は五、〇三六万八、五〇〇円であるとして、既払金一億二、七九二万円との差額七、七五五万一、五〇〇円を、同書面到達後一四日以内に返還を求めたものであった。

6 Yは、平成二六年七月三〇日付けの内容証明郵便により、以下のような内容の、催告(1)と反論(2)を行なった。(1) Xが民法第六四一条に基づき本件契約を解除する旨の意思表示をしたことを前提に、Xに対し、逸失利益等として八七二万一、八五〇円、資材保管に伴う増加費用として二二万円および足場解体に伴う駐車場代として三、二〇〇円の合計八八三万五、〇五〇円を、同書面到達後二週間以内に支払うよう求める。(2) X主張の工期遅延および出来高割合のいずれも根拠がないこと、民法第

六四一条に基づく解除後に本件約款第三二条第二項に基づく解除をする余地はないこと、などである。

7 Xは、平成二六年七月二九日、東京地方裁判所に対し、Yを債務者とし、七、七五万一、五〇〇円の債権を被保全債権として、Yが株式会社りそな銀行（以下「りそな銀行」という。）青戸支店に対して有する預金債権の仮差押えを求める本件仮差押申立てをした。同裁判所は、同年八月六日、上記の本件仮差押申立てを相当と認め、本件仮差押命令の決定をした。本件仮差押命令は、同月七日、第三債務者であるりそな銀行に送達されて執行された。

これに対し、Yは、東京地方裁判所に本件仮差押命令に対する異議を申し立てた。同裁判所は、同年十一月四日、本件仮差押申立てでは被保全権利の疎明を欠くとして同命令に係る決定を取り消し、本件仮差押申立てを却下する旨の決定をし、同決定は確定した。

8 (1) Xの本訴請求

Xは、平成二六年八月七日、以下の主位的請求と予備的請求により本訴を提起した。

(a) 主位的請求は、Yの工事が遅延したことや設計図に沿っていない施工があること等を理由として、本件約款第三二条第二項により本件契約を解除した、したがって、本件約款第三二条第二項および第三三條第二項⁽³⁾に基づく損害賠償として、既払金額からX主張の出来高を控除した残額である七、七五万一、五〇〇円およびこれに対する催告から相当期間が経過した日の翌日である平成二六年七月二七日から支払済みまで商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払を求めるものである（本訴請求①という。）。

(b) 予備的請求（請求相互の関係としては、選択的併合と解される。）は、Yによる施工のうち設計図に沿っていない点につき本件建物の瑕疵に該当する、したがって、瑕疵担保責任に基づき、瑕疵修補に代わる損害賠償として上記と同一金額の賠償およびこれに対する同日から支払済みまで商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払を求めるものである（以下「本訴請求②」という。）。

(2) Yの反訴請求

これに対し、Yは、以下の主位的請求と予備的請求により反訴を提起した。

(a) 主位的請求は、本件契約は民法第六四一条に基づきXによって解除された、したがって、同条に基づく損害賠償として、X主張の出来高(一億二、九七一、二、四九五円)⁽⁴⁾から既払金額(一億二、七九二、二、四九五円)および未施工部分に係る逸失利益等として合計八八三万五、〇五〇円ならびにこれに対する催告から相当期間が経過した日の翌日である平成二六年八月一五日から支払済みまで商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払を求めるものである(以下「反訴請求①」という)。

(b) 予備的請求は、本件契約上のYの債務は、Xの責めに帰すべき事由により履行不能となったため民法第五三六条第二項が適用される、したがって、本件契約に基づく請負残代金(未施工部分に係る代金を含む)から原価相当額を控除した金額として八七二万一、八五〇円およびこれに対する同日から支払済みまで商事法定利率年六分の割合による遅延損害金を求めるものである(以下「反訴請求②」という)。

(c) さらに、Xの不法行為による損害賠償を請求する。Xが、虚偽の事実を主張し、またはX自身に不都合な事実を隠蔽して、Yを債務者とする預金債権の仮差押申立て(以下「本件仮差押申立て」という)をした。このため、本件仮差押申立てに係る仮差押命令によって事業計画が頓挫したことなどによる損害金合計四、五六三万一、九六〇円の賠償およびこれに対する本件仮差押申立ての日である同年七月二九日から支払済みまで民法所定の年五分の割合による遅延損害金の支払を求めた(以下「反訴請求③」という)。

【判旨】

一 本判決は、Xの本訴請求①およびYの反訴請求①を棄却し、Xの本訴請求②につき七二万九三二円の限度で認め、Yの反訴

請求につき、反訴請求②につき四九七万九、九二五円の限度で認め、反訴請求③につき、一二〇万円（およびこれに対する平成二六年七月二九日から支払済みまで年五分の割合による金員）の限度で認めた。以下、これらに関し、争点ごとに判旨の要点を抽出しておく。

二 「争点（一）（本件契約の終了原因）」

1 本件約款による解除の判断

本判決は、まず、本件約款第三二条第二項b号に基づく解除⁽⁵⁾、および、同条項c号に基づく解除⁽⁶⁾の双方を否定する。

2 「民法第六四一条に基づく解除の意思表示の有無」「反訴請求①関係」⁽⁷⁾

つぎに、本判決は、Xの解除の意思表示はYの債務不履行を理由とするものであるが、その解除の意思表示は、民法第六四一条に基づく解除（以下、任意解除という。）の意思表示を含むかを問題とするも、この点を否定し、Xの任意解除を否定する。

（一）判旨はまず、債務不履行解除と任意解除の効果の違いを指摘する。

「原告は、本件訴訟において、被告に工事の遅延や契約違反等の債務不履行があることを前提に、本件約款三二条二項⁽⁸⁾に基づく解除を主張しているところ、同解除は、民法六四一条に基づく解除と異なり、注文者が解除に当たり損害賠償債務を負担することが必要とされていない点で効果が異なる（民法六四一条と同列の定めをしていると解される本件約款三二条一項との対比から明らかである。）」すなわち、「民法六四一条に基づく解除は、請負人の債務不履行がない場合に、注文者が自ら損害賠償債務を負担してでも請負契約を終了させることを認めるものであることからすると、注文者が請負人の債務不履行を理由に解除の意思表示をしたが、債務不履行事由がなく、債務不履行に基づく解除が認められない場合に、同意表示に当然に民法六四一条に基づく解除の意思表示が含まれていると認めることはできないと解するべきである」。

（二）そのうえで、判旨は、いかなる場合に、債務不履行に基づく解除が任意解除であると解釈できるか、について判断を示す。債務不履行に基づく解除が認められない場合に、同意表示に任意解除の意思表示が含まれていると「解することができるのは、

注文者において、仮に請負人に債務不履行がなかったとしても、自ら損害を賠償してでも請負人による工事の続行を望まず、請負契約を終了させる意図があるなど、債務不履行に基づく解除の意思表示に民法六四一条に基づく解除の意思表示が含まれていると合理的に解釈できる場合に限られると解するのが相当である。」

(3) 以上の判断基準を本件に当てはめる。

そして、本件事実を詳細に検討したうえで、債務不履行解除に任意解除の意思表示が含まれていることを否定する。「これらの事情からすると、原告は、平成二六年三月二八日、被告に債務不履行があったことを理由に本件契約を解除する旨の意思表示をしたものであり、当該意思表示において、仮に被告に債務不履行がなかったとしても、自ら損害を賠償してでも契約を終了させる意図があったとは認め難く、原告の上記解除の意思表示に民法六四一条に基づく解除の意思表示が含まれていたとはいえないというべきである。」

3 「民法第五三六条第二項適用の有無〔反訴請求②関係〕」

(1) まず、本件工事は履行不能となったと認定する。

「本件においては、平成二六年三月二八日に、太郎が、今後被告に本件工事を行わせないことを決意し、本件工事の現場監督をしていた丁田に対し、本件工事を止めるように告げるとともに、その後乙山に対しても本件現場から撤退するように求めるなどしたため、被告は、本件現場から撤収することを余儀なくされ、それ以上工事を継続することができなくなったこと、同年四月以降、原告及び被告は、本件引継業者も交え、本件工事の引継ぎに向けた協議を進めるに至っており、引継ぎに必要な作業は別として、被告が本件工事を完成させる余地はもはやなくなっていたとの事情も存する。そうすると、同年三月二八日時点で被告は本件工事を予定工程どおりに完了させることはできたものの、原告が、同日に被告をして本件現場から撤収することを余儀なくさせることで、本件契約に基づく仕事完成債務の今後の履行を受領することを拒絶したものと見え、これにより当該債務の履行が社会通念上客観的に不能になったものというべきである。」

(2) つぎに、本件工事の履行不能は、債権者(X)の帰責事由に基づくものであるとする。

「本件においては、原告が、工程表と本件工事の進捗状況の対比を踏まえて、被告の施工の瑕疵の有無等や解除事由の該当性について慎重な判断を怠った結果、被告の本件工事に係る仕事完成債務の履行が社会通念上客観的に不能になったものと評するほかになく、このことについて、原告の責めに帰すべき事由があったものと認めるのが相当である。」

(3) 以上を前提として、民法第五三六条第二項の適用を肯定する。

以上から、「本件契約に基づく被告の仕事完成債務の履行は、平成二六年三月二八日に、原告の責めに帰すべき事由により社会通念上客観的に履行不能になったことで終了した」とし、「原告及び被告の法律関係は、民法五三六条二項により規律されることに帰する」と結論づける。

三 「争点(2) (瑕疵修補に代わる損害賠償請求権の存否及び損害額 [本訴請求②関係])」

この点につき、本判決は、「(1) 外壁ACLPパネル割付け」、「(2) 各階床スラブ」、「(3) 基礎鉄筋工事」、「(4) 基礎コンクリート」、「(5) 玄関ドア防火仕様」、「(6) トップライト漏水」、「(7) 天井高さ」、「(8) 窓枠MDF材」、「(9) 外壁タイル」、「(10) 養生不十分による浸水」、「(11) 三階サービスマーム等の防水」、「(12) 階段、建物の配置」、「(13) 外部擁壁のクラック」、「(14) 浴室のバリアフリーの希望」、「(15) 一階台所部分外壁」、「(16) その他未施工の瑕疵の主張」の一六の項目に細分化し、詳細に検討しかつ認定したのち、つぎのように結論づける。

「以上のとおり、原告の主張のうち被告の施工に瑕疵があったと認められるのは外壁タイル(前記(9))のみであり、その修補に代わる損害額は七一九二二円と認められる。そして、当該損害賠償請求権は、民法六三四条二項により、被告の反訴請求②に係る本件契約に基づく報酬請求権と同時履行の関係に立つものと解されることからすると、遅延損害金の請求は認められない。したがって、原告の請求は、本訴請求②について、七一九二二円の支払を求める限度で理由がある。」

四 「争点(3) (本件工事の出来高、損害額、免れた額等)」

1 「民法第五三六条第二項に基づく被告の報酬請求権の額（反訴請求②関係）」

報酬額を定めるための項目ごとに検討し、「(ア) 埋戻し土新規入替え」につき報酬請求権を否定、「(イ) 屋上・ベランダ防水費用」につき、「屋上・ベランダの防水工事」に関し、五八九万二、九六〇円の報酬請求権」を肯定し、「(ウ) ALC壁面発泡断熱吹付」につき、「税抜合計五五万四六〇円を控除した五二万二、三四〇円の範囲で認めるのが相当である」とし、「(エ) トップライト電動スクリーン」の施工費用二四万円につき、「被告はその主張のとおり報酬請求権を有する」とし、「(オ) 大工工事・現場搬入費」は否定し、「(カ) 左官工事：立上り巾木、伸縮目地入れ」につき、「(1) 屋上の立上り巾木の施工費用一五万七、六二〇円、(2) 三階・二階ルーフの立上り巾木の施工費用三四万八、五〇〇円及び(3) 伸縮目地入れ工事（屋上及びルーフトラス）の施工費用二三方四、〇〇〇円につき、報酬請求権を有する」とし、「(キ) 左官工事・開口部モルタル詰め」につき、被告の主張のとおり「施工費用八万五、一四〇円につき、報酬請求権を有する」とし、「(ク) 下端アルミ金物取付」に係る施工費用一八万四、〇〇〇円を否定し、「(ケ) オーダーユニットバス」の仕様変更に伴う増額費用八二万七、〇〇〇円（＝五七三万七、〇〇〇円－四九一万円）につき、報酬請求権を有するとし、「(コ) 洗面化粧台」の仕様変更に伴う増額費用二〇三万六、四〇〇円（＝八七万八、〇〇〇円＋一四七万二、〇〇〇円－三二万三、六〇〇円）につき、被告の主張のとおり報酬請求権を有するとし、「(サ) 床下隠蔽掃除機用配管工事」の施工費用六八万六、〇〇〇円につき、被告の主張のとおり報酬請求権を有するとし、「(シ) 電気設備工事」に関し、追加工事分としての電気設計図作製（三〇万円）を含む上記一項目の工事費用（合計五五六万九、九〇〇円）につき、上記電気設備工事のうち電気設計図作製の部分を除いた金額（五二六万九、九〇〇円）の範囲で、被告は報酬請求権を有するとし、「(ス) 床暖房工事」につき、代金減額を伴う仕様変更の合意をしたとして、減額後の施工費用八六万二、四〇〇円につき、報酬請求権を有するとし、「(セ) 値引、出精値引」を、別紙1のとおりに肯定する。

以上の認定を踏まえ、「本件で認められる本件契約終了時の報酬請求権の金額を合計すると、別紙1民法五三六条二項整理表の『当裁判所の判断』欄記載のとおり、被告には、一億六、七九六万七、八四三円の報酬請求権がある」とする。

2 「民法第五三六条第二項の免れた費用の額（反訴請求②関係）」

(1) 「ア 民法第五三六条二項により、債務者は、自己の債務を免れたことよって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならぬところ、未施工部分に係る債務者の利益相当額は、債務者が債務を免れたことよって得た利益には当たらず、償還の対象にならない（他方で、未施工部分に係る経費等「免れた費用」は、債務を免れたことよって得た利益に当たり、償還の対象となる。）ものと解される」。これをもとに、「被告が値引きを考慮した場合の粗利率として主張する一八・七%をもって未施工部分に係る被告の利益相当額と認めるのが相当である」とする。

(2) そのうえで、「(ア) 現場養生費用、整理清掃費用、発生残材処理費用及び現場経費」、「(イ) 基礎鉄筋工事」等個別に争いのある二項目につき詳細に検討し、「本件で認められる被告の免れた費用の金額を合計すると、別紙1民法第五三六条二項整理表の『当裁判所の判断』中の『免れた費用金額』欄記載のとおり、原告は、被告に対して、三、五〇六万七、九一八円の費用償還請求ができることに帰する」と結論づける。

五 結論

争点(2) および争点(3) を踏まえ、「被告は、本件契約の終了時点において、一億六、七九六万七、八四三円の報酬請求権を有して」おり、「原告は、三、五〇六万七、九一八円の費用償還請求権を有している」とし、「報酬請求額から当該金額が控除されることになる」とする。そのうえで、「被告が自認する原告の既払金合計一億二、七九二万円を控除すると、被告は、原告に対し、四九七万九、九二五円の報酬残代金請求権を有している」とし、「他方、被告の上記報酬残代金請求権は、民法六三四条二項により、原告の本訴請求②に係る損害賠償請求権と同時履行関係に立つと解されることからすると、遅延損害金の請求は認められない」と結論づける。

六 「争点(4)（本件仮差押申立ての不法行為の成否（反訴請求③関係）」

この点については、本研究には直接関係しないので詳細は省略する。裁判所は、原告の不法行為を肯定し、損害二二〇万円（お

よびこれに対する遅延損害金)の賠償を認めた(損害項目の内容は、逸失利益を否定し、信用毀損として一〇〇万円、弁護士費用として二〇万円である)。

【分析と検討】

はじめに

近時の下級審裁判所においては、とりわけ建築(工事)請負契約の場合における仕事完成前の当事者の紛争について、本判決と同様に、民法第五三六条第二項により処理されている事案が少なからず存在する。⁽⁹⁾この傾向は下級審裁判所における判例法理の形成の重要な側面である。しかも一個の有益な研究対象でもある。もつとも、この点の分析と検討には、類似の他の裁判例の観察や別の考慮をも必要とし、より一般的な論説を必要とする。そこで、本稿では、これらの点をも念頭におき、以下において本判決に限定し、分析と検討を行なうこととする。

一 判旨の整理と検討の限定

1 判旨の整理——責任追及の法的構成

既に判旨から明らかであるが、改めて請負契約当事者における双方の責任追及の法的構成を中心として判旨を整理しておく。

(1) 契約解除構成の否定

まず、原告X(施主≡注文者)の被告Y(施工者≡請負人)に対する主張は、債務不履行による責任追及(解除、損害賠償)である。本件では約款を根拠としているが、その実体法上の根拠は債務不履行責任(民法第四一五条)である。

その目的は、言うまでもなく請負人に対する注文者の責任追及（契約解除および損害賠償）である。判旨は、しかしこの責任追及を否定する。

つぎに、XのYに対する債務不履行を理由とする契約解除に、注文者の任意解除権（民法第六四一条）行使の意思表示が含まれるかが問題とされる。注文者の任意解除権は、注文者の都合によって一方的に契約の拘束力を否定する点において注文者の利益保護が優勢的（優先的）となっている。もつとも、この解除が肯定されると、注文者は請負人に損害を賠償しなければならない。それゆえ、注文者の任意解除権の行使は、実質的には、注文者に損害賠償義務を課す機能を果たしている。本件でこの主張がYにより主張されているのはその証左である。判旨は、しかしこの責任追及も否定する。

以上から、本件では、Xからの契約解除はいずれの理由からも否定される。このことは、XのみならずYにとっても、契約の解消が正当化されず、かつ解除による損害賠償も請求できないことを意味する。

（2）危険負担構成

そこで、判旨は、民法第五三六条第二項の法的構成により、前記の契約解除および損害賠償問題を債権者（注文者）の帰責事由による履行不能問題に移し変える。すなわち、給付危険（仕事（住宅新築工事）給付の不能）および対価危険の問題として処理するのである。

かかる法的構成において債権者の帰責事由を肯定することにより、履行不能問題を、給付危険問題の「出来形（高）⁽¹⁰⁾問題として構成する。それゆえ、実質的には「未履行部分」のみの履行不能となり、（注文者にとって利益となることを前提とした）既履行部分については対価的処理がなされる。そして、（ここでも実質的には残りの報酬についての）対価危

險を債権者である注文者（施主）に負担させる（同第五三六条第二項前段）一方、債務者である請負人（施工者）が免れたことよって得た利益を債権者に償還すること（同条項後段）により、請負契約当事者の利益調整が図られる。

2 検討課題の限定——注文者の責めに帰すべき事由

以上の整理から明らかな如く、本判決は、とりわけ建築（工事）請負契約における完成前の注文者と請負人との法的責任の攻防の場面での可能な法的構成のうち、民法第六四一条と同第四一八条を適用して処理する法的構成に新たに一類型を加えた。すなわち、周知のように、この場面では、後述のように、以前から、両者間の微妙な利益調整問題が伏在していた。かかる観点からすれば、本判決が採用した法的構成は、工事請負契約における工事（仕事）完成前の契約解消の場面において、以前から指摘されていた諸類型のうち、契約当事者の利益調整を債権者の帰責事由に基づく履行不能の場合の危険負担問題として解決した類型である、と要約し得る¹²。

もともと、かかる法的構成が可能であるためには、二つの前提を必要とする。一方では、請負人の債務不履行を理由とした注文者の解除の意思表示が否定された場合、当該意思表示は注文者の任意解除権（民法第六四一条）の意思表示を含み得るか、であり、他方では、請負人の履行不能につき注文者に帰責事由が存在するとされる場合、注文者（施主）の解除に至るまでのいかなる行為態様が、民法第五三六条第二項の「債権者の責めに帰すべき事由」に該当するか、である。これらの点に、両者の法的構成の有効性およびそれらに基づく利益調整の鍵が存在する。そこには、利益調整のための法的構成自体のみならず、法的構成とその論理的前提をなしている事実認定と密接な関連性を有するが故に、事実審としての下級審裁判所が判例法理を形成する場合の有意な実体が示されている。ここに、事実審裁判所の面目躍如たるものがある。

以下では、こうした観点から、この分野におけるこれまでの下級審裁判所の裁判例の傾向をも顧慮し、法的構成について若干の分析と検討を行なうこととする。

二 仕事完成前の請負契約の解消

1 法的構成の諸類型

さて、これまで、仕事完成前の契約解消問題のうち、本件のような建築請負（工事請負）の分野においては、その法的構成による観点から、以下のような類型化がなされてきた。⁽¹³⁾

(1) 債務不履行解除型

これは、債務不履行に基づき民法第五四一条により解除された場合である。これには、(a) 請負人の債務不履行による場合と、(b) 注文者の債務不履行による場合とが存在する。

(2) 合意解除型

これは、請負契約が合意解除された場合である。

(3) 民法第六四一条解除型

これは、注文者がみずから損害を賠償して解除（任意解除権により解除）する場合である。

(4) 履行不能型

これは、「請負契約が何らかの事由によって履行不能となったものの、解除の意思表示がいずれの当事者からもなされない場合、あるいは、解除の意思表示がされたものの、訴訟において解除原因がないことが明らかとなり、かつ

請負工事の続行は不能である場合、反対給付である報酬請求権をいかにして取り扱うかの問題となる」場合である。この場合の履行不能には、(a) 注文者の責めに帰すべき事由による場合、(b) 当事者双方の責めに帰することができない事由による場合、(c) 請負人の責めに帰すべき事由による場合、に細分化される。⁽¹⁴⁾

2 本件の特徴と実務上の問題

(1) 本件の特徴

以上の諸類型を前提とした場合、本件は、(1)(a)の請負人(債務者)の債務不履行による注文者の解除と、(3)の注文者の任意解除権とが共に否定され、最終的に、(4)の履行不能型のうち(a)注文者の責めに帰すべき事由による履行不能として処理された場合である、と整理できる。

(2) 実務上の問題——債務不履行解除と任意解除の両立性

ところで、1において類型化された法的構成を念頭におく場合、これまで問題とされてきたのは、前記のように、(1)(a)が否定され、(3)も否定された場合であるが、さりとて、本件のように(4)の処理がなされなかった場合の最終的な法的処理である。この場合、契約解除が否定され、かつそれ以外の契約解消事由(履行不能)が存在しないということになれば、契約関係は存続することにならざるを得ない。

しかし、このような当事者間には既に、「契約関係の存続を強いるのが契約上の信義則に照らし酷である」あるいは「正義に反することになる」と評価され得る状況が存在している場合がある。そこで、実務上も、この状況をいかなる法的構成により処理するか、すなわちどのようなようにして「契約の解消」を認め得るか、が問題とされてきた。

この問題は、1で整理した諸類型に即して言えば、(1)(a)の請負人の債務不履行を理由とした注文者による解除の主張が否定された場合、注文者のこの解除の意思表示に、(3)の注文者の任意解除の意思表示(主張)が含まれるか、という意思表示(契約)の解釈問題として問いが立てられた。

この問い(債務不履行解除と任意解除との関係)については、周知の如く、これまで判例・学説において争いがあり、筆者もこの問題について別に簡単な整理を試みたことがある⁽¹⁵⁾。ここでは、民法第六四一条による解除を肯定し、これに民法第四一八条(過失相殺)を類推して公平・妥当な解決を図る、という下級審裁判所のもう一つの法的構成の類型である。詳細は、前掲の拙稿に譲るが、本判決も、前記のように、この問いに取り組み、大審院(無効に帰した解除の意思表示をもって民法第六四一条による解除の効力が生じたものとすることはできない)⁽¹⁶⁾および通説(民法第六四一条による注文者の解除権は、注文者の利益を考慮した特殊なものであるので、解除に際してその旨を明らかにする義務があること、債務不履行なしとして解除の意思表示としては無効であることを信じて仕事を継続する請負人の不利益になることを考慮する)⁽¹⁷⁾と同じく、債務不履行解除の意思表示を任意解除の意思表示と解釈する(転用する)ことを否定する。

本判決もこの立場を基本的に前提としている。もともと、判旨二二(2)で紹介しているように、債務不履行に基づく解除が認められない場合に、当該意思表示に任意解除の意思表示が含まれていると合理的に解釈できる場合に限り、任意解除が可能となるとの前提の下に、そのような場合の規範(要件)として、「注文者において、仮に請負人に債務不履行がなかったとしても、自ら損害を賠償してでも請負人による工事の続行を望まず、請負契約を終了させる意図がある」点を指摘する。この基準における本判決の特徴的な点は、「自ら損害を賠償してでも……請負契約を終了させる意図がある」という要件を付加している点にある。

これは、先に指摘したように、とりわけ注文者の任意解除権の機能が、注文者の利益保護の規定であるといっても、損害賠償義務が課せられる点で実質的には注文者は財産的不利益を被る点にある。そこで、この点を考慮した、合理的意思解釈の帰結であるといえる。本判決は、後述のように、この規範から評価して、任意解除の意思表示が含まれることを否定したわけである⁽¹⁸⁾。

もつとも、これまでの判例・通説および本判決の法的構成とは異なり、下級審裁判所の判例においては、早くから、より広く、債務不履行解除の意思表示に任意「解除の意思表示をも含む趣旨であると解することができる場合」があることを認めて契約解除を肯定するものも存在している⁽¹⁹⁾。その究極の根拠を敢えて推測するならば、「注文者ハ結局契約ノ解除ヲ欲スルモノナレバナリ」ということになる。加えて、これらの下級審裁判例では、先に述べた如く、過失相殺規定（民法第四一八条）を類推して損害額の公平な分担を追求してきた。

これらの点に、法の欠缺（空白）を埋め、実務に即した公平・妥当な解決に向けた下級審裁判所の有意な法的構成による規範創造の一端を看取し得るのである。

本判決を含め以上のような下級審裁判所の規範創造の営為を前提とする場合、本判決においては、一方で、注文者の任意解除権の要件を基礎づける事実、他方で、民法第五三六条第二項における債権者の帰責事由を基礎づける事実、および、それらの評価を分析し検討しておくことが有意義である。

3 本判決の処理——任意解除権の否定と債権者の帰責事由による履行不能

(1) 注文者の任意解除権を基礎づける事実とその評価

既述のように、本判決は、請負人の債務不履行を理由とした注文者の解除の意思表示が任意解除の意思表示を含み

得ると解釈し得る基準として、「自ら損害を賠償してでも……請負契約を終了させる意図がある」という規範を創造している。この点の評価は別稿に譲り、ここではこの点を踏まえ本判決の事実への適用（意思表示の解釈）部分を整理しておくこととする。

はじめに、この点に関する判旨の該当部分を挙げておこう（便宜上記号を付す）。

（a）まず解除の意思表示と解釈した事実を述べる。なお、この点は、（c）に挙げる書面によっても裏づけられるであろう。

「太郎は、平成二六年三月二八日、本件現場において、今後被告に本件工事を行わせないことを決意し、本件工事の現場監督をしていた丁田に対し、本件工事を止めるように告げるとともに、その後乙山に対しても本件現場から撤退するように求めるなどしたため、被告は、本件現場から撤収することを余儀なくされ、それ以上工事を継続することができなくなったというのであるから、その経過に照らし、同日において、原告側から本件契約を解除する旨の意思表示がされたものとみることができる。」

（b） つぎに、解除の意思表示が、請負人の債務不履行を理由とするものである点が述べられる。ここでの理由の基本は、「専ら被告の施工上の不備を問題とする」点にある。

（a）で引用した「経過からすると、太郎側が本件契約を解除するに当たり、窓枠にMDF材を使うか否かといっ

た点や同年（平成二六年。以下、同様である。）二月の降雪時の対応等、専ら被告の施工上の不備を問題とするものであったことがわかる。」

（c）さらに、「書面による解除」の意思表示の内容を分析する。ここでは、条文の引用について慎重な考慮がなされ（①）、いずれが損害賠償を請求したか（②）について、慎重な「意思解釈」がなされている。①では、三月二十八日の解除につき、書面では、「民法第六四、一条」（圏点は筆者。以下、同様）となっている点を、「民法第五四、一条」との誤記ではないか、という解釈が重要な前提となっている。慎重かつ適切な解釈がなされている。この点は、そもそも民法第六四一条による解除を主張する意思が存在するののかの前提をなすが、②は、本判決が提示する「自ら損害を賠償してでも……」基準（規範）からの分析であり、この点も妥当な当嵌めである。

①（b）の引用に続けて、「この点、……同年五月一三日に当時の原告代理人であったL2弁護士が被告に送付した書面には、原告が同年三月二十八日に本件契約を民法六四一条により解除した旨が記載されていたものの、他方で、同書面には、本件工事が正当な理由なく工程表より著しく遅れ、完成予定日までの工期内に工事を完成する見込みがないと認められた旨が明記されていたのであり、民法六四、一条の解除の意思表示のみをしたのか、民法五四、一条に基づく解除の意思表示の誤記なのか、債務不履行と併せて予備的に民法六四一条に基づく解除の意思表示もしたのか、必ずしも判然としない。」

②「また、被告が本件現場から撤収した後被告から原告に送付された同年四月一日付けの引継資料（甲三）

及び同年五月三〇日付けの『ご連絡』と題する書面(乙二七)においては、被告が原告に対して損害賠償請求権を有している旨が記載されていたが、上記の同月一三日の書面を含め、原告側において被告の主張する損害賠償請求権を予備的にでも負担する意思があったことをうかがわせる証拠は見当たらない。」

(d) 以上から、①Xの解除の意思表示を平成二六年三月二八日に求め、②その意思表示を専らYの債務不履行を理由としたものであると解釈し、③それゆえ①の意思表示には任意解除の意思表示は含まれない、と結論づける。

「これらの事情からすると、原告は、平成二六年三月二八日、被告に債務不履行があったことを理由に本件契約を解除する旨の意思表示をしたものであり、当該意思表示において、仮に被告に債務不履行がなかったとしても、自ら損害を賠償してでも契約を終了させる意図があったとは認め難く、原告の上記解除の意思表示に民法六四一条に基づく解除の意思表示が含まれていたとはいえないというべきである。」

(2) 注文者(債権者)の帰責事由を基礎づける事実とその評価

ここでは、まず前提として、違法性レベルでの履行不能自体の認定が問題とされ、以下のように認定される。(a)、(b)の事実から、(c)で履行不能を認定している。

(a) 「本件においては、平成二六年三月二八日に、太郎が、今後被告に本件工事を行わせないことを決意し、

本件工事の現場監督をしていた丁田に対し、本件工事を止めるように告げるとともに、その後乙山に対しても本件現場から撤退するように求めるなどしたため、被告は、本件現場から撤収することを余儀なくされ、それ以上工事を継続することができなくなったこと、「(b)「同年四月以降、原告及び被告は、本件引継業者も交え、本件工事の引継ぎに向けた協議を進めるに至っており、引継ぎに必要な作業は別として、被告が本件工事を完成させる余地はもはやなくなっていたとの事情も存する。」(c)「そうすると、同年三月二十八日時点で被告は本件工事を予定工程どおりに完了させることはできたものの、原告が、同日に被告をして本件現場から撤収すること余儀なくさせることで、本件契約に基づく仕事完成債務の今後の履行を受領することを拒絶したものと見え、これにより当該債務の履行が社会通念上客観的に不能になったものというべきである。」(d)「これに対し、原告は、被告が任意に工事を再開しなかったにすぎず、被告の債務の履行が社会通念上客観的に不能になったものではないと主張するが、同主張は、上記に説示したところと整合せず、理由がないものといわざるを得ない。」

以上を前提とし、Yの「履行不能」が、責任レベルにおいて、Xの帰責事由によるものである点を、以下のように基礎づける。Xの帰責事由の要点は、「原告が、工程表と本件工事の進捗状況の対比を踏まえて、被告の施工の瑕疵の有無等や解除事由の該当性について慎重な判断を怠った」点にある⁽²¹⁾。

「これまでに説示したところを前提にすると、本件においては、原告が、工程表と本件工事の進捗状況の対比を踏まえて、被告の施工の瑕疵の有無等や解除事由の該当性について慎重な判断を怠った結果、被告の本件工事

に係る仕事完成債務の履行が社会通念上客観的に不能になったものと評するほかなく、このことについて、原告の責めに帰すべき事由があったものと認めるのが相当である。」

結びに代えて

本判決の法的構成と適用およびその結論につき、筆者も基本的に賛同するものである。もつとも、本判決の内容をより深く理解し一般化するためには、本判決以外にも少なくない同様の裁判例との比較対照を必要とする。また、これまでにも模索されてきた民法第六四一条による注文者の任意解除の場合との比較の必要もある。そのうえで、既に提示したこの分野における請負契約の解消類型のうち、これら両者の類型の事案上の特徴および法律効果の比較等により、この両者の棲分けの標準が明らかにされることが有意である。

しかしこれらの点は、既に本判例研究の枠を超え、別稿の論説を以てよくなし得るところである。この点を確認し、かつ筆者の喫緊の課題として本稿を閉じる。⁽²²⁾

(1) なお、甲野太郎（以下「太郎」という。）は、Xの夫である。本件契約の当事者（施主）はXであるものの、太郎が自らの相続を念頭に契約名義をXにしたものである。それゆえ、本件契約の内容の決定や本件工事の打合せに当たっては、太郎が、Xの意向も踏まえつつ、自ら主導して被告をはじめとする業者と折衝等を行っていた。

(2) 本件約款第三一条（発注者の中止権・解除権）

(1) 発注者は、必要によって、書面をもって受注者に通知して工事を中止しまたはこの契約を解除することができる。この場合、発注者は、これによって生じる受注者の損害を賠償する。

(2) 次の各号の一にあたるときは、発注者は、書面をもって受注者に通知して工事を中止しまたはこの契約を解除すること

ができる。この場合（中略）、発注者は、受注者に損害の賠償を請求することができる。

a 略

b 工事が正当な理由なく、工程表より著しく遅れ、工期内または期限後相当期間内に、受注者が工事を完成する見込みがないと認められるとき。《以下、略》

(3) 第三条（解除に伴う措置）

(1) この契約を解除したときは、発注者が工事の出来形部分ならびに検査済の工事材料および建築設備の機器（有償支給材料を含む。）を引きさうけるものとして、発注者、受注者および監理者が協議して清算する。

(2) 発注者が第三条（2）によってこの契約を解除し、清算の結果過払があるときは、受注者は、過払額について、その支払をうけた日から法定利率による利息をつけて発注者に返す。

(4) 前述5の事実参照。

(5) 本件約款第三条第二項b号は、発注者は、「工事が正当な理由なく、工程表より著しく遅れ、工期内または期限後相当期間内に、受注者が工事を完成する見込みがないと認められるとき」は、契約を解除できる旨を定めている。

(6) 本件約款第三条第二項c号は、発注者は、「受注者が第五条または第一七条（1）の規定に違反したとき」は、契約を解除できる旨を定めている。ここにいう第一七条は、「図面・仕様書のとおりに実施されていない施工」についての規定であり、その（1）は、「施工について、図面・仕様書のとおりに実施されていない部分があると認められるときは、監理者の指示によって、受注者は、その費用を負担してすみやかにこれを修補または改造する。このために受注者は、工期の延長を求めることはできない」と規定している。

(7) 標題の引用文中、条項に「第」を付し、漢数字としていることをお断りしておく（以下、同様）。

(8) 以下、判旨における条文の引用を漢数字に直していることをお断りしておく。

(9) 管見の限りでも以下の裁判例が存在する。東京地判平成二二年二月二六日ウエストロー・ジャパン文献番号2010WTLJPCA02268011、東京地判平成二三年八月一七日ウエストロー・ジャパン文献番号2011WTLJPCA08178007、東京地判平成二五年一月二九日ウエストロー・ジャパン文献番号WTLJPCA01298012、東京地判平成二七年五月一五日ウエストロー・ジャパン文献番号2015WTLJPCA05158005、東京地判平成二九年七月二七日ウエストロー・ジャパン文献番号2017WTLJPCA07278009等。

なお、システム等の開発分野でも以下の裁判例が存在する。東京地判平成二六年九月一日ウエストロー・ジャパン文献番号 2014WTLJPCA09119008〔コンピュータプログラムの開発の事案〕、東京地判平成二七年三月二四日ウエストロー・ジャパン文献番号 WTLJPCA03248011〔総合通販用のシステム開発の委託事案〕、東京地判平成二八年一月八日ウエストロー・ジャパン WTLJPCA1088012〔ホームページの制作事案〕等。なお、注文者の責めに帰すべき事由による仕事の完成の履行不能の場合の民法第五三六条第二項の適用については、周知のように、最判昭和五二年二月二二日民集三二卷一七九頁がある。

(10) 改正民法第六三四条（注文者が受ける利益の割合に応じた報酬）参照。もつとも、この規定は、「注文者の責めに帰する事のできない事由による履行不能の場合である。」

(11) この点については、原田剛『売買・請負における履行・追完義務』（二〇一七年、成文堂）三七二頁（初出「仕事完成前の注文者の解除・信頼関係破壊法理と任意解除権の流用」法と政治六二卷一号（上）（二〇一一年）二七五頁）。

(12) この分野の総合的な分析と有意義な類型化がなされているものとして、村田一広『請負工事の中途終了と報酬請求の可否』判タ一一七六号九六頁（以下、前掲村田論文として引用）。

(13) 以下の諸類型は、前掲村田論文の構成に基づく。

(14) 前掲村田論文一〇五頁。

(15) この点の詳細は、前掲注(11)の拙書に譲る。

(16) 大判明治四四年一月二五日民録一七輯五頁、大阪高判昭和五五年八月八日判タ四二九号（一九八一年）一二二頁（大審院の判決を踏まえ、無効行為の転換の法理により解除をしたと認めることは、注文者に対し損害賠償義務を押し付けるものであって、注文者の意思に著しく反し許されない、とする）。

(17) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論下』（一九三四年、岩波書店）六〇三頁、末川博『債権各論第2部』（一九四一年、岩波書店）二九二頁、我妻栄『債権各論中巻二（民法講義V）』（一九六二年、岩波書店）六五〇―六五一頁、広中俊雄『債権各論講義第六版』（一九九四年、有斐閣）二七五頁、星野英一『民法概論IV（契約）』（一九八六年、良書普及会）二七〇頁等。

(18) この点は、法解釈方法論の立場からも興味ある点である。すなわち、既にこの点において民法第六四一条の解釈論にも影響を与え得るものであるが、この問題についてはここでは触れない。もつとも、このような態度には、事案の公平妥当な解釈を志向して営まれる、下級審裁判所の有意な法規範創造の一端が示されており、規範と現実との緊張関係を提示するもの

であり、法解釈論の分野に与える刺激は小さくない。

- (19) 東京高判平成一年六月一六日判タ一〇二九号二一九頁、名古屋地判平成一八年九月一五日判タ一二四三号一四五頁、東京高判平成一八年二月二六日判タ一二八五号一六五頁。なお、システム開発業務委託契約に関するものとして東京地判平成一六年三月一〇日判タ一二一一号二二九頁がある。

- (20) 末弘巖太郎『債権各論(全)』(一九一八年、有斐閣)七一八頁 注(61)。

- (21) なお、前掲(注9)に挙げた最判昭和五二年二月二二日は、上告人所有家屋の冷暖房工事につき、K(注文者)と被上告人(請負人)との間で請負契約がなされ、上告人がKの債務につき連帯保証した事案において、①「ボイラーとチラーの据付工事を残すだけとな」り、「右残余工事に必要な器材を用意してこれを完成させようとしたところ、上告人が、ボイラーとチラーを据え付けることになっていた地下室の水漏れに対する防水工事を行う必要上、その完了後に右据付工事をやるよう被上告人に要請し、その後、被上告人及びKの再三にわたる請求にもかかわらず、上告人は右防水工事を行わずボイラーとチラーの据付工事を拒んでいるため、被上告人において本件冷暖房工事を完成させることができず、もはや工事の完成は不能と目される」として工事の完成の「履行不能」を認定し、②「Kと被上告人との間の本件契約関係のもとにおいては、前記防水工事は、本来、Kがみずからこれを行うべきものであるところ、同人が上告人にこれを行わせることが容認されていたにすぎないものというべく、したがって、上告人の不履行によつて被上告人の残余工事が履行不能となつた以上、右履行不能はKの責に帰すべき事由によるもの」と認定した原審の判断を適法として是認している。

- (22) この点の探究を、「仕事完成前の請負契約終了」の動向(一)——近時の下級審裁判例の展開を手掛かりとして——」法学新報一二六卷十一・十二号(本巻次号)(二〇二〇年)において着手したことを記しておく。

(本学法学部教授)