HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究（２）
Author(s)	今野, 正規
Citation	北大法学論集, 52(5), 355-368
Issue Date	2002-01-11
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15120
Type	bulletin (article)
File Information	52(5)_p355-368.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究（二）

今野正規

請負人からの相殺の主張が認められなかった場合に、請負契約の注文者が瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額の支払との同時履行を主張することを認めた事例

最高裁平成九年二月一四日第三小法廷判決

（平成五年（オ）第一九二四号工事代金請求事件）

（民集五一巻二号三三七頁、判例時報一五九八号六五頁）

〈事実〉

建築業者X（原告、控訴人、上告人）は、昭和六一年一二月

二四日に、Y（被告、被控訴人、被上告人）との間に自宅建築工事について、請負契約を締結した。工事代金は一六五〇万円で支払方法は契約締結時に一〇〇万円、期間の中間に四〇〇万円、完成引渡時に一一五〇万円というものであり、その不払いについての違約金は工事残代金について一日あたり一〇〇〇分の一である。そして、昭和六一年一二月の契約時に一〇〇万円、その後に四〇〇万円の支払いがなされた（中間金の支払期日については原審で争われているが支払われている以上、本件の中心的争点の判断とは関係がないとされて認定されていない）。

Xは昭和六二年一一月三〇日までに、建築検査後に行う予定であった北側の差し掛け小屋の設置工事と、追加工事である母屋の台所改修工事の一部を除き、ほぼ仕事を終了し、Yに本件建物の検査の立会いをもとめた。Yはこれに応じて検査に立会ったが、その際に本件建物の瑕疵として二階和室の床の盛り下がり、納屋のコンクリート床の亀裂、差掛け小屋の未設置等の約一〇箇所の瑕疵を発見し、Xに対して修補をもとめた。Xはこの請求に対して一部の修補を行ったものの、残りの瑕疵の修補と差し掛け小屋の施工はYに他の業者に依頼してもらい、それを工事代金の減額ということで話をしたい旨、昭和六三年一月二五日頃に書面をもって申し入れたうえで工事を中止した。

これに対しYは弁護士を通じて請負残代金から修補費用を差し引いた額として一〇〇〇万円を提示して、これをもって本件紛争の解決をはかることを提案した。

この提案に対して、Xは解決についての代替案を提示することなくYの提案を拒否し、こうして、工事代金から差し引くべき額をいくらにするかについて、XY間の交渉は決裂した。

以上の経緯のもとに、XはYに対して、既払い分を控除した工事残代金（一一八四万四一四七円）と建物引渡の日以降の約定利率による違約金の支払いを求め、本件訴訟を提起した。他方、Yは瑕疵の修補に代わる損害賠償債権（一三二万一三〇〇円）と工事報酬残債権全額との同時履行を主張した。

第一審判決は、「本件工事及び追加工事の一部」については未完成であるが、その部分は「全体の工事高に比して僅かであり」、Yは既に施工された部分の引渡を受けている以上、工事が未完成であるとしても、XはYに対し工事高に相応する報酬を請求できるものとしたうえで、Xの工事は未完成であり、瑕疵の内容、修補金額などに照らして、Yの支払い拒絶が信義則違背又は権利濫用にはあたらないとして、報酬残債権全額と損害賠償債権との同時履行を肯定し、工事報酬残債権と損害賠償債権の引換給付を命じた。

第一審判決後、Xは仮執行宣言に基づく仮執行を行い、Yはこれに応じて工事残代金を支払った。なお、Xの提供した損害賠償をYが受け取ったかについては明らかでない。

原審判決では、請負工事の完成と引渡については、完成したうえで、Yに引渡されたとしつつ、本件においては「修補に代わる損害賠償義務との対応関係は明確にはできないから、全体として牽連関係があり、全面的に同時履行の関係」がある、とされた。また、原審審理過程において、Xは相殺の意思表示をしたが、すでになされた仮執行で相殺権は放棄されているとして認められなかった（したがって、前記のように同時履行関係を認める帰結として遅延損害金の支払請求については、第一審・原審のいずれにおいても棄却されている）。

Xは請負契約の報酬債権と瑕疵の修補に代わる損害賠償債権との相殺を肯定した最判昭和五一年三月四日（民集三〇巻二号四八頁）・最判昭和五三年九月二一日（判タ三七一号六八頁）を根拠に、工事残代金と損害賠償債権との間には、対当額においてのみ同時履行関係があるとして、工事報酬残債権とそこから相殺によって損害賠償債権分を差し引いた残りの部分に発生する遅延損害金の支払を求めて上告した。

〈判旨〉 上告棄却

「請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があり、注文者が請負人に対して瑕疵の修補に代わる損害の賠償を求めたが、契約当事者のいずれからも右損害賠償債権と報酬債権とを相殺する旨の意思表示が行われなかった場合又はその意思表示の効果が生じないとされた場合には、民法六三四条二項により右両債権は同時履行の関係に立ち、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができ、履行遅滞による責任も負わないものと解するのが相当である。しかしながら、瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等に鑑み、右修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額の支払を拒むことが信義則に反すると認められるときは、この限りではない。そして、同条一項但書は『瑕疵カ重要ナラサル場合ニ於テ其修補カ過分ノ費用ヲ要スルトキ』は瑕疵の修補請求はできず損害賠償請求のみをなし得ると規定しているところ、右のように瑕疵の内容が契約の目的や仕事の目的物の性質等に照らして重要でなく、かつ、その修補に要する費用が修補によって生ずる利益と比較して過分であると認められる場合においても、必ずしも前記同時履行の抗弁が肯定されるとは限らず、他の事情をも併せ考慮して、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権を

もって報酬残債権全額との同時履行を主張することが信義則に反するとして否定されることもあり得るというべきである。けだし、右のように解さなければ、注文者が同条一項に基づいて瑕疵の修補請求を行った場合と均衡を失し、瑕疵ある目的物しか得られなかった注文者の保護に欠ける一方、瑕疵が軽微な場合においても報酬残債権全額について支払が受けられないとすると請負人に不公平な結果となるからである（なお、契約が幾つかの目的の異なる仕事を含み、瑕疵がそのうちの一部の仕事の目的物についてのみ存在する場合には、信義則上、同時履行関係は、瑕疵の存在する仕事部分に相当する報酬額についてのみ認められ、その瑕疵の内容の重要性等につき、当該仕事部分に関して、同様の検討が必要となる）。」以上のように述べた上で、本件の場合にYが瑕疵修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権との同時履行を主張することが信義則に反するとは言いがたいと結論されている。

〈評釈〉

一．従来の議論の状況と本判決の意義

（1）住宅瑕疵を巡る紛争は、近年業者による欠陥工事の問題としてクローズアップされているところである。本判決は、下級審でしばしば問題とされてきた請負契約上の瑕疵の修補に代わる損害賠償債権が報酬債権全額と同時履行の関係に立つことを最高裁として初めて認めたものとして大きな意義をもつ。また、本判決は例外的に信義則による制限の可能性も示した。

本判決以前に民法六三四条二項後段のもつ意義及びその範囲について直接論じる学説は見当たらない。可分債務における不完全履行の場合の同時履行関係については、本件上告理由のように対当額について認めるもの（我妻栄『債権各論（上巻）』（岩波書店・一九五四年）九二頁他）と本判決のように全額について認めるもの（柚木馨「同時履行の抗弁権」谷口知平＝有泉亨編『総合判例研究叢書・民法（2）』（有斐閣・一九五七年）一四二頁他）との二つに分かれているが、不可分債務については債務全体に対する同時履行を認めることで一致している。下級審裁判例においては、直接的ではないものの本判決の争点と関連するものがいくつか見られる。まず、本判決と同様に全額について肯定するものとしては①東京地八王子支判昭和三八年四月一八日（判タ一四七号一一四頁）（請負人の請負報酬残債権一四〇万円の請求に対し、注文者が瑕疵修補ならびに損害賠償債権三〇〇万二五五〇円を請求した事案について、瑕疵の修補を「請負契約上の義務の履行の範囲に属する」として、瑕疵の

修補と損害賠償を報酬残債権全額について同時履行とする）、②東京地判昭和四五年一〇月三〇日（判時六二〇号五八頁）（請負人の報酬残債権八〇万円の請求に対し、注文者が瑕疵の修補を請求していた事案について報酬残債権全額について同時履行を肯定する）、③東京地判昭和四九年二月七日（判時七四九号七八頁）（請負人が報酬残債権一三六万五〇〇〇円と報酬残債権の代物弁済として所有権移転登記を請求したのに対し、注文者は損害賠償債権五一四万九三八三円との相殺後、残りの三七八万四三八三円の損害賠償を請求した事案について、全額について同時履行とし、登記と引き換えに損害賠償の支払いを命じた）、④東京高判昭和五二年九月五日（判時八六九号四六頁）（請負人の報酬残債権七〇万六一四〇円の請求に対し、注文者が七八万三〇〇円の損害賠償債権によって対当額で相殺を請求した事案につき、相殺を認めるにあたって、「同時履行の抗弁権の実質的な存在理由」は「相互の債権の対当額」にあるとしながら、括弧書で民法六四三条二項は全額について同時履行を認めるものだとする）がある。

以上に対して対当額に限られるとするものとしては、⑤大阪地判昭和四九年二月一五日（金判四二六号一三頁）（請負人の債権者が請負人が注文者に対して有する報酬債権のうち一〇〇万を差押さえ、転付命令を取得して、注文者に請求したところ、注文者は請負人に対して有する損害賠償債権四二五万円をもって同時履行を主張した事案。損害が全額に対し重要でなく、可分であれば、対応部分についてのみ同時履行が認められるとする）がある。

（2）以上の下級審裁判例と対比すると、それぞれの事案が本件との関係では特殊性を持つ（①④は報酬残債権が損害賠償債権額より少ない事案、②は損害賠償と瑕疵修補請求の同時履行が問題となった事案、③は土地所有権移転登記と不法行為に基づく損害賠償債権の同時履行が問題となった事案、⑤は差押・転付命令による債権と損害賠償債権との同時履行が問題となった事案であり、いずれも本件とは異なる）ものの、本件は報酬残債権額が一一八四万円余りであり、これに対する損害賠償債権が一三二万円余りと両債権間に大きな差がある事案であり、このような場合にも報酬残債権全額について民法六三四条二項後段の準用する同時履行の抗弁権を認めたことは注目すべき新たな事例判断ということができる。

ところで、学説上は、可分債務における同時履行の扱いとしては全額について認めることを原則とするか対当額について認めるのを原則とするかは信義則による例外をどう解するかに

よってほとんど差がないと解されている（沢井裕＝清水元「§533」谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法(13)』（有斐閣・一九九六年）五一二頁）。それでは、何故本判決は可分債務であるにもかかわらず全額について同時履行を認めたのか、そして、そのことの意義が問われなければならない。以下では、本判決の前提となる判例・裁判例と本判決の論旨について検討することにしたい。

二．前提問題の検討―とくに「仕事の完成」と「瑕疵」との関係（民法六三四条の射程）

（1）本件が争われることとなった経緯としては、いくつかの前提が必要となる。判旨で示された法律論を制約する意味での前提法理としては以下のものがある。第一に請負報酬債権と損害賠償債権の相殺との関係である。民法六三四条二項後段は請負契約の目的物に瑕疵があった場合に請負人の報酬債権と注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権につき民法五三三条を準用する旨規定する。この規定の文理からは報酬債権と損害賠償債権がそれぞれ全額につき同時履行の関係が認められることになりそうである。しかし、判例は請負契約における報酬債権と損害賠償債権は現実の履行をさせなければならない利益がないとして両債権間の相殺を認めている（最判昭和五三年九月二一日判タ三七一号六八頁。なお、傍論として最判昭和五一年三月四日民集三〇巻二号四八頁）。したがって、本件上告理由のように対当額でのみ同時履行の関係にあるとする主張も十分ありうる構成である。また、本件ではここで問題となる相殺権の放棄が認定されているところにも特殊性がある。

また、第二に本判決は両債権間が全額同時履行の関係に立つことを原則としつつ、信義則によって制限される可能性を示している。同時履行の信義則による制限の可能性については、判例（最判昭和六三年一二月二二日金法一二一七号三四頁）・学説ともに従来から認めてきたところであって、その意味では本判決は確認としての意義しか持たないが、本判決はその際の基準として「瑕疵の程度」とともに「当事者の交渉経緯および交渉態度」を考慮して判断すべしとしている点が注目される。判旨は、民法六三四条一項の規定する「瑕疵が重要ならざる場合に於て其修補が過分の費用を要するとき」を「瑕疵の内容が契約の目的物の性質等に照らして重要ではなく、かつ、その修補に要する費用が修補によって生ずる利益と比較して過分であると認められる場合」とする。この点については今後の事案の集積によって明らかにされていくものと思われるが、本件では遅

延損害金の発生に請負人Xの交渉拒絶が大きく影響していること、注文者Yが事前に一〇〇〇万円の提供をなしていることなどの事実が本判決の判断に影響を与えているように思われる。

（2）本判決を考える際の別の意味での前提は、請負の瑕疵担保責任と不完全履行との関係の理解の仕方である。後に述べるように多くの裁判例では「仕事の完成」という要件を緩和することによって、「仕事」が未完成と考えられるような場合にも「完成」とし、債務不履行ではなく瑕疵担保責任として処理しており、このことは学説において本判決の理解が二つに分かれた原因となっているように思われる。相殺および同時履行の事案との関係については既に他の評釈で検討されているので、以下では主に最後の前提について検討することにしたい。

全額について同時履行を認めた本判決の論理をみると、原審の認定した「工事の完成」および「引渡」によって請負人は報酬債権を行使できることを前提に、相殺の意思表示ないしその効果のない場合には、民法六三四条二項によって報酬債権と損害賠償債権は同時履行の関係に立つとし、その根拠としては注文者が瑕疵修補を行った場合との均衡を挙げる。したがって、（一般的にそう言えるかどうかは別として）ここでは瑕疵修補を選択した場合には、注文者は報酬債権全額の支払を当然に拒否できるのに対し、瑕疵修補に代わる損害賠償もそれと同様の性質をもっているものとして理解されていると読むことができる。

もっとも、この点の本判決の理解の仕方として学説上二通りの見解がみられる。すなわち、第一の見解は、本判決が瑕疵の修補とそれに代わる損害賠償債権との均衡を挙げていることを根拠に、瑕疵修補に代わる損害賠償債権は、それ自体としては金銭債権であり、いわゆる可分債権であるが、この実質は「仕事の完成」という契約内容の金銭による実現としての性格をもつものであるから、Xの支払う報酬に対応する「仕事」の一部であり、両債権は全額同時履行に立つとするものである（滝沢・後掲二九頁、沖野・後掲一三三頁、潮見・後掲②五四頁他）。

第二の見解は、民法六三四条二項後段は、立法当初から、一方で同時履行関係を認めつつ他方で相殺を予定していた特殊な規定であるため、両債権は精算の段階までの間、全額について同時履行関係を認めることで注文者に相殺権を確保し、履行遅滞に陥ることを防止したものと解するものである（八木・後掲②一五八頁、松井・後掲五三頁、森田・後掲八一頁、平野・後掲二二一頁）。

このような二つの見解は両債権が全額について同時履行の関

係に立つという点では一致するものの、両債権を同時履行とすることによって担保される対象が注文者の履行請求権とするか相殺権とするかに差異がある。また、両債権間の相殺に関しての考え方が若干異なり、第一の見解によれば、両債権間の相殺を認めることに消極的にならざるを得ない。もっとも、本判決の評釈をみる限りでは、第一の見解が多数を占めているが、これに対しては第二の見解からもっともな批判がなされている。

第二の見解は民法六三四条二項後段の準用する同時履行の抗弁権が注文者に反対債権全額の範囲で認められることで、注文者は反対債権との相殺権を確保でき、裁判によって注文者の損害額が確定されるまでに請負人が無資力になる危険を防止する機能があるとする。この見解は起草者意思を根拠に挙げる。

ところで、民法六三四条二項後段の起草者の理解は次のようなものであった。まず、民法六三四条二項が民法五三三条を準用した趣旨は、本条で問題とされる損害賠償債権は契約により生じる債務ではなく、本来は五三三条の関係に立たない。しかし、それでは賠償額が裁判で確定される前に注文者の報酬支払期日が到来した場合には、注文者は先に報酬を支払わなければならず、報酬支払の後に請負人が無資力となる危険を注文者が負わなければならない。そのため、このような不都合を是正する目的で民法五三三条を準用したというものである。そして両債権を同時履行関係に立たせることによって、相殺による実質的な代金減額を考えていた。しかし、瑕疵修補については、引渡後に瑕疵が発見されたならば、報酬は十中八九支払われているとし、逆に引渡前に瑕疵が発見されていたならば、それは「不完全なる引渡」であって「履行をしたのではない」から、同時履行の抗弁権を主張できるのは当然だとする（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録四』日本近代立法資料叢書4（商事法務研究会・一九八四年）五四七頁［梅謙次郎］）。

（3）ここでこの見解に対するわたくしなりの若干の分析を示そう。確かに、第二の見解は一見起草者の意思に忠実であるように思える。しかし、注文者の相殺権の確保という理由は、報酬債権の全額について認められる必要はないし、全額について履行遅滞を防止するという結論につながるものではない。その点を措くとしても、第二の見解では、瑕疵修補請求権の位置づけが、瑕疵修補請求権を履行請求権と位置づける第一の見解と異なり、「当該仕事の目的物が瑕疵のないものとすべき義務」とするが、判旨は明らかに修補請求権と損害賠償債権の性質を区別していないし、この見解が仮に瑕疵修補請求権の位置づけ

を附随義務的なものと捉えているとするならば、その場合に同時履行の関係が対当額に制限されるとする判例の立場に抵触することになる（大判大正五年五月二二日民録二二輯一〇一一頁他）。

他方、第一の見解は読み方としては判旨に忠実なようにも思える。第一の見解によると、本判決は次の3つの命題を前提としてなされたものである。すなわち、「①注文者は、仕事が未完成であれば、報酬支払につき、全額を拒絶できる。②瑕疵修補請求権は、仕事完成義務の内容であり、本来の履行請求権の一つの発現形態である。③瑕疵修補に代わる損害賠償は、瑕疵修補の代替として機能している」（住田・後掲九六頁）。そして、本判決は①から③の命題を順番に結合させて、全部拒絶を認めたものと理解される。ところが、このような理解は第二の見解から「仕事が未完成であれば、そもそも原則として請負人に報酬請求権が発生しない」ので「①及び②の各命題に関しては、その整理に若干問題がある」（八木・後掲②一六六頁）と批判されている。

以上のように、仮に起草者の見解を相殺権の担保とし、本判決の立場を履行請求権の担保とみるならば、この二つの見解の間にはどちらの立場に立つにせよ、いくつかの問題が生じることになる。では、このような問題の原因はどこで生じたのであろうか。

ここで、一審と原審の判断について若干触れておきたい。第一審においては、工事は未完成とされているにもかかわらず、信義則上請負人には報酬債権があるとしている。下級審裁判例では、仕事が未完成の場合であっても、出来高部分に応じて請負人に報酬請求権があるとされ（札幌地判昭和五一年二月二六日判時八二五号八四頁、大阪地判昭和五九年一一月三〇日判タ五四六号一五一頁、福岡高判昭和五五年六月二四日判時九八三号八四頁他）、第一審はこのような下級審の実務の立場を踏襲し不完全履行として本判決を位置づけつつも、信義則上の報酬債権の発生を認めることで請負契約の結果債務としての性質を回避し、請負代金債権と損害賠償債権との全額同時履行の関係を肯定した。

ところが、原審では仕事の「未完成」と「瑕疵」との区別につき「工事が途中で廃せられ予定された最後の工程を終えない場合は工事の未完成に当るものでそれ自体は仕事の目的物の瑕疵には該当せず、工事が予定された最後の工程まで一応終了し、ただそれが不完全なため修補を加えなければ完全なものとはならないという場合には仕事は完成したが仕事の目的物に瑕疵が

あるときに該当するもの」（大阪地判昭和四九年六月六日判時七七九号九一頁等）という基準を用いることで、「仕事の完成」を認定している（この点については笠井修「請負人の瑕疵責任と性質保証責任」『保証責任と契約法理論』（弘文堂・一九九九年）二三九頁以下参照）。そして、このような基準は、引渡前でも瑕疵修補請求又はそれに代わる損害賠償請求をしなければ瑕疵のみを理由として目的物の引渡を拒絶することはできないとする判例（大判大正八年一〇月一日民録二五輯一七二六頁。なお、この判決が引用する大判大正元年一二月二〇日民録一八輯一〇六六頁は引渡後についての事案）の立場と絡み合って、引渡前に判明した明らかな瑕疵の事案（すなわち、仕事が客観的には未完成と考えられる場合）であっても、請負人は報酬を請求することができ、注文者は支払を拒むことができないという妙な事態を生じさせている。このような原審の判断を前提としてなされたのが本判決である。

原審から本判決に至るまでの構成を整理すると、先述したように第一審では未完成とされる程の瑕疵がある本件建物は、引渡（履行）の前後を問わず瑕疵担保責任によって一元的に処理しようとする判例の傾向と下級審裁判例によって昭和三〇年代半ば確立された基準によって半ば強引に「仕事の完成」とされている。したがって、客観的合理的に考えられる「仕事の完成」と本件（ないし下級審実務）の「仕事の完成」には若干差が生じ、本件は正確には瑕疵担保責任における債務不履行部分の瑕疵修補請求権に代わる損害賠償の処理について報酬残債権全額が同時履行の関係にあることを認めたものとみることもできる。そのため、その意味では履行請求権が担保されているとみることもできないことはないのである。もっとも、履行請求権の担保という構成を採用したにしても、先に述べたように判例は両債権間の相殺を認めているのであり、こちらとの整合性を保つことができない。

ところで、これまでみてきたような本判決の構成に鑑みれば、そもそも本件は債務不履行の問題として処理することが無難な選択であったのではなかろうか。つまり、従来の下級審裁判例により形成された前述の「仕事の完成」の認定基準は統計上の住宅戸数が、まだ世帯数にも満たない住宅事情（すなわち、住宅の質よりも住宅の量の供給が必要とされた状況）の中で形成されてきた基準であり、今日の好転した住宅事情に鑑みれば不相当に緩和されすぎた基準である。したがって、今日においては少なくとも建築請負契約に関する「仕事の完成」の判断基準は工事の最終工程を終了したというだけではなく、客観的合理

的に「完成」と言えるようなより高い認定基準を採用して、（債務不履行と請負における瑕疵担保責任との関係をどのように考えるかは別としても）民法六三四条の射程を絞って考えてもよいように思われる（もっとも、この客観的合理的「仕事の完成」基準をどのように立てるかについては、注文者が代金減額を目的として些細な欠陥にまでクレームをつけることも想定して検討する必要があるだろう）。

なお、以上のように考えることと瑕疵担保責任の法的性質の議論とは別の問題であることには注意を要する。瑕疵担保責任の法的性質については民法五七〇条を中心として周知の議論があるが、請負の瑕疵担保責任についても若干議論がある。通説は請負の瑕疵担保責任の性質を請負の仕事の瑕疵が材料の瑕疵のみならず請負人の仕事のやり方の不完全なことからも生じる点で民法五五九条の特則とし、さらに、民法六三四条以下の規定が瑕疵を生じた理由の如何を問わず（すなわち無過失責任として）瑕疵の種類や程度に応じて適当な要件と効果を定めている点で不完全履行（民法四一五条）の特則と解している。近時では債務不履行責任に引き寄せて処理し、請負の仕事の目的物が「建物其他土地ノ工作物」にあたるような場合であっても、解除の可能性を認めるべきだという見解も現われている（下森定『建売住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修補義務について』（財）日本住宅総合センター・一九八四年）、潮見佳男「請負の瑕疵担保責任の法的性質と損害賠償」『阪大法学』三九巻三・四号（一九九〇年）四八七頁、花立文子「建築請負契約における瑕疵担保責任」内山＝黒木＝石川古稀『続現代民法学の基本問題』（第一法規・一九九三年）一一七三頁他）。しかし、ここでは、このような瑕疵担保責任の法的性質論ではなく、民法六三四条の射程を問題としている。これは、売主の瑕疵担保責任（民法五七〇条）に関する多くの性質論をめぐる議論とは別に同条適用の射程として判例が示している「瑕疵を認識した上でこれを履行として認容して」同条の責任を問うているかどうかというメルクマール（最判昭和三六年三月一五日民集一五巻一一号二八五二頁。故障した有線放送のスピーカーの売買の事例。この判決では前記のメルクマールを充たさない限り受領後も取替・追完などの完全給付請求権があり、不完全給付について債務不履行として契約解除できるとした）の検討が問題となる（これについてはさしあたり、森田宏樹「不特定物と瑕疵担保」星野英一編『判例に学ぶ民法』（有斐閣・一九九四年）一六七頁以下参照）のと類似するところである。

そしてここでは、請負に関して（i）民法六三二条との関係

では不完全履行（民法四一五条、五四一条）の成否のメルクマールとなる「仕事の完成」の有無、（ii）民法六三四条の「瑕疵修補」ないし「それに代わる損害賠償」の問題の射程、そしてそれらと（iii）「引渡」との関係が問われることとなろう。なお、判例（最判昭和三八年二月一二日裁判集民六四号四二五頁）は「工事に一部分でも未完成部分があるときは、工事代金の支払時期が到来しない」とし、「未完成部分が未払代金に比し極めて僅少であるときは信義則上代金支払期日の未到来を主張することが許されない」としている（その際に留意すべき効果の相違としては（a）（本判決及び問題にされた）同時履行関係の範囲、ひいては遅延損害金の額、さらには（b）期間制限（民法六三七条で引渡時から一年以内とあるが、住宅の品質確保の促進等に関する法律八七条一項では「住宅のうち構造耐力上主要な部分又は雨水の侵入を防止する部分」の瑕疵については引渡から一〇年とする）、（c）解除（民法六三五条）の可否とその場合における要件の絞り込みなどが検討されることとなろう）。

本判決は民法六三四条の損害賠償債権と報酬残債権との同時履行関係の有無及びその信義則による制限という形で法律構成しているが、わたくしとしては以上のべた如く、（i）（ii）との区分け基準こそが、その前提問題として議論されるべきであると考えたい。そして、（ii）の問題となる限りで、対当額での相殺を認める判例に拠るならば、前記第二の見解に傾かざるをえず、それを克服して、残債権金額との同時履行関係を導くためには、（ii）の射程を絞り込み、従来以上に（i）は「仕事未完成」と捉える方向が追及されるべきであろう（そしてそれが、起草者梅博士の本来の捉え方であったことは先に述べた）。そして、（i）か（ii）かの性質決定の際に留意すべき因子としては、（イ）（iii）の「引渡」の有無以外にも、（ロ）注文者の修補請求時期、（ハ）瑕疵の程度、（ニ）請負契約当事者の交渉態度、経緯などが考量されることとなる（判旨は（ハ）（ニ）を「同時履行関係」判断のレベルで問題としているが、むしろ適用法条の振り分けのメルクマールとすべきだというのが、わたくしの見方である）。

なお、本判決の後に最高裁は本判決をベースにして請負人の報酬残債権と同時履行関係にある注文者の損害賠償債権の相殺につき、相殺後の報酬残債権は相殺の意思表示の翌日から遅滞にかかるとした（最判平成九年七月一五日民集五一巻六号二五八一頁）。

三．結び―本判決の射程・将来的意味

以上の分析のまとめを兼ねて、本判決の先例的意義を再度振り返って考えておこう。すなわち、第一に、判旨の法律論は、相殺を認める判例（前述）と併せて読むと、それほど過大評価はできない。本件では相殺権の放棄が認定されたという特殊性があることは留意されるべきであろう。もっとも、瑕疵修補請求がなされている限りでは、「相殺」はなされず、報酬残債権との関係をどう考えるべきかという問題は残されている。

他方、第二に本件家屋は重大な瑕疵がいくつか存在しており、阪神淡路大震災であらわとなった手抜き工事や近年の「秋住」による欠陥住宅の問題、さらには今年になって従来裁判官の専門知識の欠如のために、ともすると注文者に不利な裁判となりがちであった建築紛争対策として最高裁を中心に「建築関係訴訟委員会」の設置が検討されていることに鑑みれば、本判決が損害賠償債権と報酬残債権全額との同時履行関係を認めたことの消費者（注文者）保護的な意義には共鳴しうる。ただし、もし多くの瑕疵を残しつつも、相殺権を持ち出して、「開き直り」的に報酬残債権（及びその遅延損害金）の請求を認めることが許されるとするのが判例の立場だとするならば、そのような結論には違和感も感ずる（前述した相殺をめぐる裁判例はいずれも注文者からの相殺事例である）。しかし、先にみた如く、民法六三四条二項によるという本判決の法律構成には内在的限界がある。そのような意義を実質的に活かす法律論としては、むしろ民法六三二条との関係で「仕事の未完成」と性質決定し、債務不履行（民法四一五条）と解して、報酬の請求そのものを否定するか、仮に本件第一審判決のように報酬の請求を認めるにしても、その際の同時履行関係は民法六三四条二項後段によらずに、民法五三三条そのものによるとすることが自然である。そのためにも、「仕事の完成」に関する下級審裁判例の批判的再検討が本判決によって促されているともみうるのである。

＊　本判決については、八木一洋・ジュリスト一一一八号一一〇頁（①）、同・法曹時報五〇巻四号一五〇頁（②）、滝沢聿代・判例評論四六五号二六頁、関智文・不動産研究四〇巻一号五三頁、沖野眞已・法学教室二〇四号一三二頁、潮見佳男・判例セレクト'97二二頁（①）、同・私法判例リマークス一六号五二頁（②）、住田英穂・ジュリスト一一二二号九五頁、松井和彦・金融商事判例一〇三六号五〇頁、森山浩江・法律時報七〇巻四号一一〇頁、森田宏樹・平成九年重要判例解説七九頁、塩崎勤・平成九年主要民事判例解説八二頁の評釈がある。

また、最判平成九年七月一五日（民集五一巻六号二五八一頁）の評釈ではあるが、本判決の意義について論じるものとして、平野裕之・民商法雑誌一一八巻四・五号二一四頁がある。