

Title	請負契約における債務の一部不履行と契約解除
Sub Title	L'inexecution partielle du contrat d'entreprise et la résolution de contratt
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2013
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.25 (2013. 3) ,p.121- 180
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20130321-0121

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

請負契約における 債務の一部不履行と契約解除

平 野 裕 之

はじめに

第1章 民法641条による解除

1 民法641条の趣旨

- (1) 「完成なければ報酬なしの原則」
- (2) 民法641条の解除の場合

2 裁判例の状況

- (1) 解除を制限せず既施工工事費用等を損害として賠償を認めた判決
- (2) 解除を制限した判決
- (3) 参考としての合意解除の事例
- (4) 裁判例の検討

第2章 請負契約の債務不履行解除をめぐる裁判例

1 請負人の債務不履行による解除の事例

- (1) 全部解除肯定判例——既履行部分に利益がない場合
- (2) 全部解除否定判例

2 関連する判例について

- (1) 解除がされていない事例——注文者による請負人を排してなされた工事の完成（履行不能）
- (2) 注文者の不履行による債務不履行解除

3 判例の検討——とりわけ「昭和56年判決」について

第3章 新たな観点からの考察

1 請負契約の解除は告知か

2 「数量的一部解除論」があてはまる場合の債務不履行解除

- (1) 請負人の債務不履行（注文者による解除）
- (2) 注文者の債務不履行（請負人による解除）

3 「数量的一部解除論」があてはまらない場合の債務不履行解除

- (1) 請負人の債務不履行
- (2) 注文者の債務不履行

おわりに——総括

- 1 請負人の債務不履行を理由とした注文者による解除以外
- 2 請負人の債務不履行を理由とした注文者による解除の場合

はじめに

数量的な給付を目的とした契約上の債務に一部不履行がある場合には、原則として債権者は不履行部分のみの契約解除しか認められない（「数量的一部解除論」と呼んでおく）¹⁾。「数量的一部解除論」は請負契約にもあてはまり、1つの契約で複「数」の仕事を引き受け（例えば、2つの機械の製作）1つの仕事を完成したが残りの仕事は着手しない場合のみならず、「量」的に可分な仕事（例えば、100kgの小麦の製粉）を請け負ったが途中で仕事をしなくなった場合も、注文者は原則として不履行になっている残部の契約解除ができるに過ぎない。そうではない限り、途中で請負人の債務不履行を理由として注文者が請負契約を解除する場合には、全部解除ができるはずである。請負契約では「完成」して初めて「契約をした目的」を達することができるからである。仕事が完成しない限り、請負人は報酬を得られないのが原則（「完成なければ報酬なしの原則」と呼んでおく）であることから正当化できる。

こうして、売買契約では一部不履行が考えられるのは数量的な一部不履行である（「数量的一部解除論」があてはまるが）、請負では仕事「完成」までに段階があるために途中まで履行した事例が問題になるものの、その場合には全部解除が原則になるのである。ところが、判例は、数量的に可分な給付が目的とされているといえるのか疑問であるにもかかわらず²⁾、建物の建築請負等において、民法641条（以下、民法は条文数のみで引用する）に基づく任意解除や、請負人が途中で仕事を履行しなくなった場合の債務不履行解除（541条）についても、「数量的一部解除論」をあてはめている（後述「昭和7年判決」「昭和56年判決」）³⁾。確かに先の小麦の製粉のように数量的な「完成」を認めることができ

1) 拙稿「契約の数量的一部解除論」『野村豊弘先生古希記念論文集』（商事法務、近刊）所収においてこの問題は検討した。

る事例であれば、請負でも「数量的一部解除論」が適用できる。しかし、建物の建築は船の造船等と同様に、数量的に可分な給付ではなく全部が完成し引渡しされないと「契約をした目的」が達成できず（635条参照）、船が途中まで作られていても全部の解除ができ、請負人は途中まで製作した船を提供してその分の代金の支払いを求めることはできないはずである。建物も本来これと同様のはずであるが、船の事例と異なるのは、注文者の所有地ないし利用権ある土地で建築をしているという点であり、「附合」「建物」といったキーワードが当てはまるのである。可分ではなくても、既施工部分により注文者が利益を受けることがありうるのである。

後述「昭和56年判決」において事例での結論が不当でなかったのは、注文者が既施工部分を利用し他の業者に残りの工事を行わせて「仕事」の完成という目的を実際に達成したからである。すべて当初の請負人によったわけではないが、仕事が「完成」し契約の目的が達成されているのである。全部解除を認めて、既施工部分を利用した点を不当利得で清算させるのも、解除を制限して既施工部分の代金債務を存続させるのも結果に変わりがなかったのである。「数量的一部解除論」がいわば「転用」されたに過ぎない⁴⁾。しかし、「附合」「建物」ということがキーワードだとすると、果たして実際に既施工部分が利用されたことが必要なのであろうか。建物建築請負の場合には、注文者が全部解除でき、既施工部分を利用するかどうか自由というのは不都合であり、か

2) 確かに複数の作業に分けることが不可能ではなく、またそれぞれの作業、例えば屋根葺きについて量的な作業に還元できないではない。そのため可分ではないとまでも完全には言い切れない内容である。完成した建物の引渡し（これは不可分）とはやはり異なる点があることは否定できない。そのためこれまで「可分」という判例がなんとなく是認されてきたという傾向にある。

3) 通説もこれを支持するが、批判説ないし反対説もある。これは各所に述べるが、①建物建築請負を継続的契約関係として遡及効のない告知を問題にする学説、②全部解除を認め、既施工部分について価格償還を問題にする学説、③それ以外にも判例の「給付の可分性」を問題にする点を批判する学説等がある。

4) 但し、他の業者による残工事の費用が特別にかかったことについては、余計にかかった費用は別個に債務不履行による損害として賠償請求が認められる。

いって、必ずしも注文者が既施工部分につき「利益」を受けるとはいえないのに、当然に既施工部分に対応する代金全額の支払いを認めるのは疑問である。確かに利益を受けない場合には損害賠償によりそれを調整するという方法も考えられるが、判例とは別の解決を考えることもできる。①そのヒントは先の建物と船との差である。「建物」は土地に「附合」するものである。④「附合」の制度趣旨や⑤「建物」を特別扱いする法（法定地上権、借地権、635条但書）の趣旨からして、土地に附合する建物については途中でであっても特別の保護がなされるべきである。②また、請負人の瑕疵担保責任について（一種の不完全履行）、民法が瑕疵のために「契約をした目的」を達することができないものでない限り解除を認めていないこと（635条本文）も、考慮に入れることは許されるであろう。瑕疵が重大であろうと、修補が可能な限りは、解除をしてなされた仕事をすべて反故にすることは許されないのである。但し、②は完成後の瑕疵担保についての規定であり、かなり完成に近い段階まで工事が進行している場合にしか妥当しないので、あくまでも考慮事由の1つに過ぎない。

こうして、①の④また⑤（④がより広い）を考慮して、建物建築等のように注文者の所有物への附合・加工を「仕事」内容とする請負契約の事例（「附合・加工型事例」と呼んでおく）においては、社会経済的に利益のある仕事が途中までなされているのに原状回復させるのは適切ではない。③なお、注文者が既施工工事を利用するつもりで、その部分について履行認容して残部のみの一部解除に止める意思表示を一方的に行うことは認められてよい（先の船の事例でも、特段の事情がない限り、途中までの製作分を履行として認容し、それに担当する代金を支払いその引渡しを求めることができてよい）。

本稿は、このような問題意識から、債務不履行による請負契約の中途解除について判例を分析検討をしてみたい⁵⁾（⇒第2章）。541条による解除には、641条の解除についての判例が大きく影響を及ぼしており、考察の前提として641条についても分析をしてみる必要がある（⇒第1章）この問題は、これまで必ずしも十分な検討がされているとはいえない状況にあり、本稿では新たな提言を試みたい（⇒第3章）。

第1章 民法641条による解除

1 民法641条の趣旨

(1) 「完成なければ報酬なしの原則」

請負契約は、「当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約する」契約である（632条）。そのため請負契約では、請負人が約束した仕事を完成させて初めて報酬を受けられるものであり、請負人が途中まで勝手に仕事を止めてしまつてここまでの報酬を支払うよう請求できないという「完成なければ報酬なしの原則」が導かれる（そうでないと請負人による任意の一部解除を認めるに等しくなる）⁶⁾。請負人が途中で仕事完成を止めて、注文者が解除してもそれまでの仕事分の報酬を支払わなければならないのであれば、結局は、上記の請負人の我儘な主張を認めるのに等しいことになる⁷⁾（この原則から、途中まで建築した建物が不可抗力で滅失しても、そのリスクは請負人が負担することも導かれる）⁸⁾。

(2) 民法641条の解除の場合

(a) 原則通り全部解除でよい

民法は、641条において「完成」までという要件の下に損害賠償を条件とし

5) なお、注文者の破産手続開始による請負人または破産管財人による解除については、「注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人又は破産管財人は、契約の解除をすることができる。この場合において、請負人は、既にした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用について、破産財団の配当に加入することができる」と規定されており（642条1項）、既にした仕事の報酬は請求できることが明記され暗に一部解除であることが示されている。

6) このことは、請負契約と同時に報酬代金債権が成立していることを否定するものではない。学説は、報酬代金債権は契約成立と同時に成立していることを認め（我妻栄『債権各論中(二)』（昭37）647頁、来栖三郎『契約法』（昭46）475頁）、判例も同様であり完成前の請負代金債権の差押え・転付命令を有効としている（大判明44.2.21民録17輯62頁等）。但し、学説には、抽象的な意味では契約と同時に発生するが、具体的な請求権は仕事の完成によって生ずるという異説もある（石田穰『民法V（契約法）』（昭和57）338頁）。

て、注文者による自由な解除を認めており、着手までではなく完成までの解除を認めているので、注文者は着手後でも全部解除ができることは当然視されているようにみえる。

641条の解除では、注文者の都合で解除を認めるので請負人の保護が必要であるが、「完成なければ報酬なしの原則」を適用しても、とりたてて請負人には不都合はない。というのは、①それまでの仕事分の報酬債権と同額を損害賠償名目で得られるし、また、②原状回復を義務づけられても更にその費用も損

7) この原則は学説の認めるところであるといつてよい（三宅教授は、後述のようにこのことから一部解除に止めて報酬請求権を認めることを批判し、解除後の価格償還による）。例えば、昭和56年判決の評釈として、山本芳裕・多田利隆「未完成の間における建築請負契約の一部解除」法セミ325号（昭62）122頁は、請負は継続的契約関係ではないため、仕事が未完成に終わればその原因如何にかかわらず、報酬の一部を請求することも、出費の償還を請求することもできないことを原則と認める。また、雇用と比較した説明として来栖・前掲書476頁参照。雇用では労務に服すること自体を目的とし、労務の成果如何を問わずに報酬が支払われるべきであるのに対して、請負では仕事の完成を目的とし、仕事が完成したときにのみ報酬が支払われるべきであり、換言すれば請負では請負人が労務の成果についての危険を負担することになるという。そのため、請負では、一部給付に対して報酬が支払われるのは、一部給付でも成果が得られたことが必要であり、成果が得られたか否かは、その一部だけでも有用か、またはそれが完成され得るときであるというドイツ学説を引用する。

8) より正確に言えば、報酬債権は契約と同時に成立しているが、完成するまで請求しえない即ち支払時期が到来しないということである。但し、この点は、未完成部分が僅少な場合には例外を認める余地があり、次のように宣言する判決がある（東京地判昭34.9.23判時203号19頁）。

「本件請負工事残代金の支払時期は原被告の約定によれば工事完成のときであるから、一部分でも工事が完成していない以上換言すれば一部分でも工事の工程の終らぬ以上残代金の支払時期は到来しない反面、工事の全工程が終了したときは一部分に不完全な作業があつたとしても残代金の支払期は到来し単に作業の不完全を指摘するだけでは残代金の支払を拒むことはできない。と謂うべきである。（大正八年十月一日大審院判決参照）然し勿論その間信義則に従わねばならないから、残代金に比し極めて些少の未完成部分があるに過ぎない場合は残代金の支払期日の未到来を主張することは許されないと解すべきであるが、左様な場合でも残代金を支払うことが信義則上期待できないような特段の事情のある場合は注文者は残代金の支払を拒否しうるものと謂わねばならない」（僅少だが杜撰な工事であるため請求できないとする）。

害賠償として請求することができるからである⁹⁾。②については、請負人が原状回復義務を負わされるとしてもその費用を損害として賠償請求できるのであれば、始めから641条の解除では請負人の原状回復義務を否定すべきである。そうすると、原状回復義務を回避するために全部解除を制限する必要性もなくなる。

641条は、このような原理を貫き、注文者は「完成」までは契約を解除（全部解除）でき¹⁰⁾、請負人の不利益は損害賠償により解決しようとしたものといえる。決して未完成部分についての解除という制限はされていないのである。従って、例えば機械の製作請負で、請負人が途中まで製作したところで注文者

9) 原状回復を問題にしなければ、次のようにいう京都地判昭58.10.6 判時1108号119頁は正当なものである。

「民法641条所定の解除権は、請負契約の特殊性を考慮して注文者の利益のために定められた特別の法定解除権であり、注文者がこの解除権を行使すれば請負金支払義務を免れることとなるが、同条は約定の債権を失う請負人の利益を保護するために、請負人が既に支出した請負費用やその得べかりし利益等の損害につき、注文者に賠償する義務を負わせたものである。従って、本条の場合に注文者が賠償すべき損害の範囲は、契約の解除と相当因果関係に立つ損害を全て含むことを原則とするが、その上限は約定にかかる請負金額をもって画されると解すべきである。残した仕事を完成させる義務を免れながら、請負金額以上の債権を取得させるのは、必要以上の保護を付与することとなるからである」。

10) 641条の解除も一般の解除と変わらない、即ち告知ではなく遡及的解除であると考えられている（幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)』（平1）115頁〔打田俊一・生熊長幸〕参照）。これに対して、建築請負については次のように述べる有力説もある（同書166頁〔打田・生熊〕。解約告知説として、内山尚三『現代建設請負契約法』（昭55）5頁以下等）。

「建設工事の請負契約のごとき場合においては、本条による解除は将来に向かってのみ効力を有する解約告知で、遡及的効力を有しないと解すべきであるから、既工事部分の原状回復を注文者は求めることができず、既工事部分は注文者に帰属し、既工事部分に相應する報酬額および未工事部分の解除により請負人に生ずる損害額を、注文者は請負人に支払わなければならない」。

この解約告知説では、可分可否かを問題にすることなく、将来に向かってのみ契約を終了させることができるだけである。前掲『新版注釈民法(16)』170頁〔打田・生熊〕も、「少なくとも建築工事請負契約の場合には、既履行部分が可分であるか否かにこだわる意味もないし、その判断も微妙であるから、未履行部分についてのみ解除を認めるとする最近の有力説の方が適切である」と評している（同書175頁〔打田・生熊〕も同様）。

が641条により契約解除する場合、注文者は全部解除ができ既履行分は解除できず途中まで製作した機械を引き取らなければならないということにはならない。

（b）判例の採用する請負人の保護の2つの方法

以上のように、641条の解除の場合、請負人の保護は損害賠償によって図るのが民法の立場である。しかし、判例を見ると以下の2つの解決を採用する判決も散見されている。

① 履行認容の意思表示+残部解除 先ず、注文者がそこまでの履行は認め、以後の履行についてのみ641条により解除をしたいと考えることもあり、そのような解除をすることを否定する必要はない¹¹⁾。注文者の解除の意思表示解釈により解決される問題であり、全部解除の意思表示か残部のみの解除の意思表示なのか、事実認定が問題になるだけである。

② 641条の解除の一部解除への制限 数量的に可分な給付が請負の目的である場合に、完成した部分については解除ができないのは、641条の解決として当然である。一般論としては、後述の「昭和7年判決」が未履行部分のみ的一部解除という解決を宣言しているが、事案は「数量的一部解除論」が妥当する事例であった。

学説には、641条の解除を解約告知と構成して、遡及効を否定する提案があるが¹²⁾、学説の支持は受けていない¹³⁾。641条についての判例をみると、②を一般論として宣言する「昭和7年判決」があるにもかかわらず、解除の制限など眼中になく損害賠償一本で調整する判決が多いことは（後述）、「数量的一部解除論」を641条に適用することの問題性を窺わせるものである。建物の建築

11) 判例は、売買契約の目的物の瑕疵について、買主である「債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容」する余地を傍論ではあるが認めている（最判昭36.12.15民集15巻11号2852頁〔塩釜放送機械事件〕）。

12) 津曲藏之丞「請負契約と解除」法学18巻3号（昭27）284頁、また、内山・前掲書5～6頁は、641条はフランス民法1794条を継受したものであり、同条のrésiliationという概念は解約告知と理解されており、また、641条に対応するドイツ民法の649条はzurückzutretenではなくkündigen（告知する）と規定されていることから、日本民法641条の解除も解約告知と考える方が妥当であるという。

のような場合も同様に考えてしまってよいのであろうか。

(c) 一部解除による実益

(b)①は認めてよいが、②は、全部解除を認めつつも損害賠償名目で同額の請求は認められるので、同額の債権を契約上の債権として認めることの意義が問われる。一部解除と構成すると、その部分について契約関係は失われず、①契約上の報酬債権が残るため、これには3年の短期消滅時効が適用され(170条2号)、また、②途中まで有効にされた工事に後日瑕疵が発見されると瑕疵担保により規律され、瑕疵担保の除斥期間に服するなど、損害賠償によるのとは法的規律が異なってくる(確認のためにいうが、①はこれでよい)。しかし、果たしてこのような解決が必要なのであろうか。数量的に可分な給付を目的とする請負においては、一部「完成」を認めて解除を制限してよいが、建物の建築請負まで同様に考える必要はないのではなかろうか。私としては、損害賠償で処理するのが民法の立場であり、注文者が一部解除を選択していない限り、全部解除+損害賠償請求権の付与+原状回復義務の免責で十分ではないかと考える(瑕疵があった場合は問題になるが、注文者が利用するつもりである場合には一部解除を選択しているものと認定すべきである)。

2 裁判例の状況

(1) 解除を制限せず既施工事費用等を損害として賠償を認めた判決

後述の「昭和7年判決」がありながら、以下のように、解除を制限せず損害賠償によって解決する数多くの判決があることは注目される。

① 東京高判昭43.1.30下民集21巻1・2号17頁(建物) 「両当事者合意

13) 津曲・前掲論文302頁は、相当因果関係による損害の賠償だけでは請負人の保護にはならないといい(出来高分の請負代金よりも少なくなるということか?)、同305頁は、641条を制限して、注文者に「止むを得ざる事由」があって、信義則上、注文者の解除が社会通念に照らして妥当とされる場合にだけ許されるという提案をしている。しかし、出来高分の報酬債権を失ったことを損害として賠償請求を認めれば、金額に差は出てこないものと思われる。

のうえ既成工事部分がX〔請負人〕よりA建設株式会社に引渡され、この既成工事部分のうえに右会社により爾後の工事が続行されて本件建物が完成しY〔注文者〕に引渡されるに至ったこと既述のとおりであるから、Xが右既成工事に費した材料費、労賃その他の諸経費のみならず、Xにおいて本件建物全部を建設する仕事を完成したとすれば自から取得したであろう利益のうち右既成工事部分に相当する部分もまたうべかりし利益として損害賠償の範囲内に含まれる」と、全部解除を前提として、費用や履行利益等を損害賠償として処理する。

② 広島地判昭44.7.11判時576号75頁（広島平和祈念像） 「X〔請負人〕は工事中止後既成工事部分（立像を除く）をY〔注文者〕に引渡したことは前記認定のとおりであるから、Xが右既成工事に費した設計費、材料費、労賃、運搬費、その他の諸経費のみならず、Xにおいて本件工事を完成したとすれば自ら取得したであろう利益のうち右既成工事部分に相当する部分もまたうべかりし利益として損害賠償の範囲内に含まれる」と、損害賠償による処理をしており解除を制限することはない。

③ 東京地判昭47.5.23判時681号50頁（船舶） ①船体工事費用、船体機装費用、機関室機装費用、設計費用、機械消耗費、電力料、モデル・マシーン・ウエス・ドリルなどの燃料費一式の合計を「既に支出した費用」に由来する損害と算定し、②「得べかりし利益の喪失」につき、船舶の建造の際の請負人の利益は、普通の契約で請負代金の一割を例とすること、本件では船主支給分が相当にあるのでそれより少ないこと、そこで、代金の1割より下回る金額を請負人の逸失利益として、やはり損害賠償で処理している。

④ 東京地判昭50.4.24判時796号63頁（教会堂） 「X〔請負人〕は、本件請負契約を履行したならば、Y〔注文者〕に対しその報酬を請求することができるが、Yが本件請負契約を解除したことにより右報酬請求権を失い同額の損害を蒙ったことになるから、本来ならば右を損害として請求できる筋合いであるが、右解除によりXは、解除後の残工事を履行すべき義務を免れたことになるから、公平の原則上右残工事相当分の報酬を控除すべきである。そうすると結局、Xは被告に対し、本件請負契約の解除に至るまでにした工事に相当する報酬分を損害として請求できる」とした（出来高を75%相当とした）。未履行分の収益分を損害と認めなかった点は問題がある。

⑤ 東京地判昭58.3.18判タ500号184頁（建物） 641条の「趣旨は、注文

者に不必要となった仕事の完成を強制することは無意味であるから、請負人に損失を被らせないことを条件にいつでも自由に解約することを認めたものにほかならない。従って、注文者において賠償すべき請負人の損害の範囲は、請負人がその仕事のために購入した材料や雇入れた労務者の労賃など既に支出した費用及びその仕事の完成による得べかりし利益の両者を包含するものと解される」と一般論を述べて、損害賠償により処理する。

⑥ 福岡地判昭58.11.25判タ525号181頁（建物） Y（注文者）の契約解除の意思表示は、本件請負契約の民間建設工事標準請負約款17条1項所定の注文者の必要による契約解除の意思表示とみた上で、「Yは、右約款17条1項によって、本件請負契約解除のためXが被った損害を賠償すべき義務があるというべきであり、右損害賠償の範囲も契約の解除と相当因果関係がある全損害に及ぶと解すべき」ものとする。

⑦ 東京高判昭60.5.28判時1158号200頁（建物） 641条が「注文者に対しかかる自由を認めた趣旨は、注文者に対して不要な仕事の完成を強制することは酷であり、かつ、社会経済的見地から見ても不相当である反面、請負人に損害を賠償すれば請負人にとってもなんら不利益はないから中途解約を否定する必要がないことにある。そうだとすれば、請負人は、注文者の側の一方的事情により請負契約を工事中途で解除されるのであるから、これによる積極損害の賠償を請求しうることはもとより、工事完成により得べかりし利益をも損害として請求することができるものと解すべきである（但し、公平の見地上、請負人が中途解約により節約できた労力を他の仕事に転用しこれによって利益をあげたような場合には、請負人は右未完成部分の工事完成によって得べかりし利益から他の仕事によってあげた利益を控除した残額についてのみ損害賠償の請求をすることができるものと解すべきである。）」として、工事関係費用の賠償を認める。

⑧ 名古屋高判昭63.9.29金判811号15頁（建物の設計・管理〔評釈として、野口恵三・NBL423号（平元）38頁〕） 設計・管理契約について、641条により賠償されるべき「損害はX〔請負人〕とY〔注文者〕との間に契約が成立した後右の解除までの間にXにおいて右契約履行のため支出した費用とその得べかりし利益の合計額になるべきものであるが、さらに損益相殺の法理の適用を考慮し、右合計額は結局、右解除の時までにXがなした仕事に照応する請負代

金（報酬）相当額をもってこれを算定することが衡平に合致する」とする（70%に相当する仕事の履行を終えていたと認め、300万円の報酬の70%である210万円の支払いを命じる）。未履行分の収益を損害とは認めないのは④と同様であるが、原告自身が70%分の210万円しか請求していない事例である。

（2）解除を制限した判決¹⁴⁾

損害賠償によっても同額の金額を請求できるが、敢えて一部解除に制限した判例がある。しかし、「昭和7年判決」は2つの建物の1つが完成していた事例であり、「完成」した部分については641条の要件を充たしていなかったのである。その一般論は総量的に可分な給付が目的とされる事例には妥当するが、その事例を越えて1つの船の製作や1つの建物の建築を目的とする場合にまで一般化してよいものなのか、疑問である。

❶ 大判昭7.4.30民集11巻780頁（本稿では、本判決を「昭和7年判決」という） 641条による解除を一般論として次のように制限した。「請負人が仕事を完成せざる間は、注文者に於て何時にても損害を賠償して契約を解除し得べきことは民法第641条の規定する所なりと雖、ここに仕事の完成とは必ずしも全部工事完成に限らず、凡そ其の給付が可分にして当事者が其の給付に付き利益

14) 合意解除が問題となった事例において、福岡地判昭45.9.9判時624号70頁は、学校の浄化槽等の設置工事につき、「原被告間の本件請負契約は……工事完成前に原告の合意により解除されたものというべきであり、また、その請負の内容、解除時点における履行状況及び解除についての合意の趣旨に鑑み、右契約合意解除においては原状回復をしないことをもって合意の二内容とする当事者の意思であったものと解するのが相当である。かような場合、当事者の契約上の義務の一部履行済部分に関する清算処理については、第一次的には当事者の合意の内容により定まるものであり、第二次的には不当利得の返還により解決さるべきものである」という。合意解除の意思表示解釈によって処理したものである。それ以前に、大判昭16.12.20法学2巻719頁は、「請負工事ノ報酬金ニ付仕事完成後支払ヲ為スヘキ旨ノ約定アリタルトキト雖モ報酬債権ハ契約ノ同時ニ発生シ唯工事完成ニ先チ契約当事者間ニ於テ該請負契約ヲ合意解除シタルトキハ請負人ノ報酬金債権ハ其ノ未完成ノ仕事ヲ注文主ニ引渡し或ハ後継続請負人ニ引継キタル時ニ其ノ仕事ノ出来高ニ応シタル金額ニ付弁済期到来スルモノト解スルヲ相当トス」と判示しており、意思表示解釈によるのかは不明である。

を有するときは、既に完成したる部分に付ては解除し得べからず、只未完成の部分に付き所謂契約の一部解除を為し得るに止まるものと解すべきなり」。そして、事例においては、「本件請負工事は女学校校舎の建築」であり、「既に校舎の一部竣工し」、「右竣工せる建物に関する限り、注文者は民法第641条に基き契約の解除を為し得べからず、只残存工事に付き契約の解除を為し得るものと認むべきなり」と判示した。

〔コメント〕 2棟の建物のうち1棟が「完成」した以上は、この完成した建物についてはもはや解除ができないのは当然であり、途中まで建築した建物につき既施工部分について解除を否定したという事例ではない¹⁵⁾。しかし、①可分、及び、②既施工部分が両当事者の利益になることといった要件を掲げた一般論が後に独り歩きすることになる。既施工部分が利益になろうとなるまいと、注文者の一方的都合で解除する以上は、その部分に対応する報酬全額を損害賠償として支払うべきであり、またそれで足りるはずである。既施工部分は解除ができないとして報酬債権として構成する必要はなく、そのための要件を絞ることを議論することは疑問である。結局、この事例では、①既に1つの建物が「完成」しているのであり、また、②それにつき当事者が注文者の所有とする合意がありいわば履行するとして認める合意がされているので、その部分を解除できないということを認めたという価値しかない。

② 東京高判昭30.3.8判タ49号62頁（建物） 641条の解除の時に、「本件建物が未完成であったことは当事者間に争なく、かつ本件建築工事はその給付が可分であって、既に竣工した部分だけでも給付することは当事者双方に利益であることは、本件建築工事の性質上自明のことであるから、このような場合は、既に竣工した部分を除き残余の未完成部分についてのみ請負契約が解除されたものというべきである」とする。

〔コメント〕 この判決は、未完成の事例についての初めての判決であり、一部解除という制限をしている。その要件として、①可分ということ、及び、②既施工部分が当事者双方に利益であるという「昭和7年判決」の示した要件を承継しているが、「昭和7年判決」の一般論が独り歩きした判決である。但し、これが意思表示

15) 本判決の評釈である末弘厳太郎「判批」法協52巻6号（昭9）140頁は、数量的一部解除が問題とされた大判大14.2.19民集4巻64頁を引用して、この趣旨（数量的一部解除論）は641条の解除にも当てはまるとして、本判決に賛成している。「昭和7年判決」を引用して、給付が可分であれば、既に竣工した部分を除いて解除ができるに過ぎないことを認めるのは通説であるといえる（林信雄『判例を中心としたる債権法各論』（昭10）281頁等）。

解釈として導かれたのか、それとも641条の解除権の法定の制限を認めたのかは必ずしも明らかではない。

③ 東京地判昭45.2.2下民集21巻1・2号226頁（カタログの制作物供給契約） 641条が製作物供給契約にも適用されるとした上で、「請負供給契約によって目的物の製作後その引渡しを必要とする場合においては、目的物の製作が終了すれば、まだ注文者に対する引渡しを終了していないときも、本条の関係においては仕事を完成したものとして解除することができなくなる。ただ、給付の目的物が可分であって、既に完成した部分のほか未完成部分があるときは、その未完成部分についてはいわゆる契約の一部解除をなしうる」という（単に量的に可分な事例である）。

④ 東京高判昭52.6.7判時861号66頁（建築用鉄骨の製作請負契約〔評釈として、石田満・ジュリスト735号（昭和56）124頁〕） 建築用鉄骨の製作請負契約における契約上の約定解除権の行使の事例であるが、次のように判示する。

「右契約のごとく建物の躯幹をなす鉄骨の製作所などの建設工事を目的とする請負契約が注文者により当該工事の中途の段階で解除される場合には、解除によって当初に遡って請負契約の効力が消滅したものとして扱わず、既工事分の限度でその効力を残存させ、注文者において工事を未完成のまま引きとり、他方請負人は右既工事分に相当する請負代金債権を保有することとして両者間の関係を処理し、未完成部分についてのみ請負契約の効力を消滅せしめることが、当事者双方の利益に合致し、かつ、その意思に適合する場合が少なくないと考えられるので、この種の請負契約において特に工事中途における契約解除権が定められている場合には、別段の意思表示がない限り、右のような効果を生ずる契約の一部（未完成部分）の解除権を定める趣旨のものと解するのが相当であ」る（③同様に数量的な製作物供給契約にすぎない）。

⑤ 東京高判昭59.11.28判時1138号85頁（建物） 641条の解除は、「建物建築工事のように請負人のなすべき給付の内容が可分であり、完成前の給付について当事者双方が利益を有する場合においては、解除の効力は給付済みの部分には及ばないと解すべきであるから、当事者双方は給付未了部分に関してのみ原状回復義務を負うというべきである」と、②同様に未完成の事例に①の要件をあてはめている。そして、事案について、次のように判示する。

「Y〔請負人〕は、昭和48年5月7日ころ工事を中止するに当たり、建築中の建物の風雨を防ぐための応急措置として、窓の開口部分などにシートをはり、

廊下の丸太などにはビニール等をかけるなどしたが、X〔注文者〕Yの紛争が長びくにつれてこれらの防護措置は次第に効用を失い、昭和50年3月の時点では建物の色はかなり黒ずんでおり、梁や壁はそのまま使えても、貫とか鴨居は取替えなくてはならず、天井、床などの仕上材も取替えた方が良い状態になり、解除後1年余り経過した昭和55年4月30日現在における右建物の現況は、平家建部分については、土台は長年月風雨にさらされた為に数か所に腐朽部分があり、柱は日焼が進み表面色調の変化があり、下屋軒桁化粧丸太は長年月雨ざらしにしたために腐朽が進み白蟻による腐朽が見受けられ、屋根瓦にも凍結による表面剝離その他の破損が多数存在し、二階建部分も腐朽の度合は少いが同様の状況であったことが認められ、以上によれば、前記施工済工事部分の価値は、前記解除時においてかなり減少していた」が、「右施工済工事部分の価値の減少は、主として、Xが二階建部分の台所南側出入口部分及び平家部分の天井工事の工法等につき、当初の請負工事契約に基づかない困難な工事変更の申出をなし、この変更工事についての具体的な説明更にはその工事代金の増額等につきYと協議せず、一方的に内容証明郵便によってその実行を迫り、かつ、Yの当初の請負工事契約に基づいて工事を続行する旨の申出に対してはこれが仕事の受領を拒絶する態度であったため、Yとしてはそれ以上工事を進めることが出来なくなったことに因るものであると認められるが、一方、Yは、Xの右要求に対して、請負契約の解消を申入れて施工済工事部分の受領を催告するでもなく、もっぱら、工事の再開、続行を前提として、Xとの折衝を続けていたのであるから、Yにおいて右のような態度をとる以上、工事の再開に備えて、施工済工事部分の保存措置を講じ、これを継続すべきであった。しかるに、Yは当初シート、ビニールなどによる防護措置を講じたのみで、右防護措置の維持・継続について善良な管理者としての意を用いず、その効用が失われるまま放置したため、前記のような価値の減少を招いたものと認められる。したがって、施工済工事部分の価値の減少については、主としてXにおいて責を負うべきものであるが、Yにもその責任があるというべきである」とする。そして、結論としては、「前記施工済工事部分の価値の減少については、時の経過による減価を免れない分が存在することを考慮しても、なお出来高の二割の限度でYにおいてその責を負うのが相当である」。

〔コメント〕これは非常に興味深い判決であり、641条により注文者の一方的都合で既施工部分の解除をする以上は、既施工部分が注文者に利益になろうとなるまい

と、注文者は既施工部分に対応する報酬額を損害賠償として支払うべきであるものとする。ところが、本件では、請負人は既施工部分の適切な管理も契約解除まで義務付けられるのであり、実質的には請負人の保管義務違反による損害賠償請求権に注文者の過失相殺をした上で両債権の相殺を行った結論である。

⑥ 東京地判平 4.11.30判タ825号170頁（建物） 債務不履行解除がなされたがこれを641条の解除と認めた上で、「X〔注文者〕は工事を他の業者に請け負わせて完成させることを前提として解除したことが明らかである……が、そのような場合には、解除の効果はすでに完成している部分には及ばず、未完成の工事部分についてのみ及ぶと解すべきである」と判示する。

[コメント] 他の業者に工事を続行させる意図であり、また実際に続行工事がされて工事が完成しているため、①の示した要件を問題せずに一部解除に制限したものである。641条の解除の意思表示が、残部についてのみ為されているものと解釈したものであることができる。

⑦ 東京地判平12.11.14判タ1069号190頁（映画製作者による脚本家への劇場映画用の脚本の作成依頼） 641条による解除において、「(一)請負契約が、注文者の解除権により解除された場合であっても、請負人の注文者に対する請負代金請求権が全く失われるわけではなく、請負契約が解除されるまでに出来上がっている仕事の完成度合い（出来高）に応じた代金請求権は存続するものである」として、脚本作成の仕事の完成度は、少なくとも全体の7割を下回ることはないと認定しその分の報酬支払義務を認める。

(3) 参考としての合意解除の事例

形の上では合意解除であるが、注文者の都合による解除であり実質的に641条の解除に等しい事例もあり、以下参考までに紹介しておこう。

① 東京高判昭46.2.25判時624号42頁（県道改良工事〔評釈として、石外克喜・法時43巻10号（昭46）137頁、内山尚三・判評154号（昭46）20頁〕） 「有償である請負契約を締結し仕事の完成を託した以上、たとえ工事の途中で請負契約を合意解除してもすでになされた仕事を基礎としその上に継続してさらに自ら施工し、もしくは他人をして施工せしめ、当初の仕事を完成したような場合は、すでに施工した出来高に対していささかも報酬を支払わないでもよいとすることは、当事者の意思にかなうゆえんではなく、むしろ反対の意思表示をし

ないかぎり、注文者（元請負人）は請負人（下請人）の仕事の成果を取得利用することによって利益を得るものというべきであるから、請負人（下請負人）の施工した出来高に応じて、相当の報酬を支払うべきものと解するのが少くとも請負契約を合意解除した当事者の趣旨に適合するものというべきである。

② 東京地判昭51.4.9判時833号93頁（建物） 「工事の途中で、請負契約が合意解除されてもすでになされた仕事を基礎としその上に継続してさらに注文者が第三者をして残工事を施工せしめ、当初の仕事を完成したような場合は反対の意思表示がないかぎり、注文者は請負人の仕事の成果を取得、利用することによって利益を得たものというべきであるから、請負人の施工した仕事の完了割合に応じて相当の報酬を支払うべきと解するのが相当である」という。

③ 東京地判平 3.5.30判時1408号94頁（建築設計） 注文者の都合により解約された事例で、「X〔請負人〕において、右趣旨の建築設計契約について、Y〔注文者〕の都合により中途解約され、それ以上の工事費見積及び建築工事手配をする余地はなくなったものの、その段階にいたるまでのその本旨に従った履行をなしたものである」。「そこで、右設計契約について、特定した報酬支払いの約定は存しないところ、契約締結当時Xにおいて設計を業とするものであったことは当事者間に争いはなく、XはYに対し右解約に至るまでになした設計業務の割合に応じた相当な報酬を請求できる」とした。

[コメント] 解除の効力の制限を明言せず、単に履行した分の報酬を請求できるというものであり、契約がなくても商人については商法512条により相当の報酬が請求できるが、商法512条により解決したのに等しい判決である。

④ 大阪地判平 7.12.20判タ914号182頁（階段昇降補助装置の製作） 注文者側の都合による合意解除につき、分譲住宅に設置する階段昇降補助装置の製作販売契約の事例で、「X〔請負人〕の製作にかかる未完成品はもとより完成品も他に転用ができないものである」として、「Xが前記製作の中止をするまでに本件装置製作のために費やした部品購入費、加工賃等」全額を損害として、注文者への賠償請求を認めている。

[コメント] ①～③は、原因は合意解除ではあるが、合意解除により報酬についての特約がありその効果と構成するものではなく、出来高を利用して利益を得たことを理由として（③は理由が明確ではない）、その利益分の報酬を支払わせようというものであるのに対し、④は注文者が既施工工事により利益を受ける事例ではなく、損害賠償で処理したものである。

（4）裁判例の検討

641条による解除の場合に、仕事の内容が複「数」または「量」的な「仕事」であれば、一部の「完成」を認めることができ「完成」した数量的部分は解除できないのは当然であり、「昭和7年判決」はそのような事例であった（「数」の事例）。そうでない限り、仕事が未完成の場合には既施工部分も含めて解除を認めても、既施工分については報酬額分全額を損害賠償として請求できるので不都合はない。ところが、「昭和7年判決」が一般論を展開したため、(2)②⑤⑥⑦がこの一般論を援用する判決を出しているが、これらの判決は額面どおりに受け入れられるものではない。

確かに、①「昭和7年判決」の事例のように数量的な給付の一部が「完成」している場合（(2)③④も同様）、また、②未履行部分を当事者が履行として認容する合意または注文者の意思表示（一部解除の意思表示だけでなく、解除後でもよい）があれば、一部解除というのは全く違和感はない¹⁶⁾。(2)②判決は②のような解決をしたものといえる。(2)⑤は既施工工事が老朽化していた事例で、既施工部分の価値の減少分を差し引いている。③また、既施工部分が、注文者によって実際にその後利用され工事が完成している場合には（(2)⑥がこの事例）、一部解除が認定されていないが、一部解除の意思表示が認定されるべき事例であったといってよいであろう（そうでなくても、不当利得が認められる）。④更に、(2)⑦や(3)③は設計や脚本製作といった比較的委任（準委任）に近い契約類型であったという事情がある。

以上のことを差し引いて考えれば、「数量的一部解除論」があてはまらない事例については、全部解除を認めて損害賠償請求権の付与により請負人を保護すれば十分ではないかという冒頭の仮説（→1(2)）は、判例を検討しても変更を要しないといわざるをえない（全部解除を原則とする三宅説に賛成したい）。

16) 末弘・前掲「判批」205頁は、「請負工事の一部が竣工し、当事者間においてもこれを残部と分離して独立的価値を認めている以上、その竣工部分については、たとえ損害賠償を条件とするも、もはやその解除を認むべきではない」という。判例に賛成する学説は多く、我妻・前掲書650頁、前掲『新版注釈民法¹⁶⁾』170頁〔打田・生熊〕等。

第2章 請負契約の債務不履行解除をめぐる裁判例

1 請負人の債務不履行による解除の事例

請負人が途中まで工事をしたがこれを続行しないため、注文者が債務不履行を理由に請負契約を解除をする場合には、全部解除か残工事部分の一部解除かは641条の解除とは異なり大きな差が生じてくる。というのは、全部解除では請負人は報酬代金債権を失うしもちろん損害賠償を請求できないが、一部解除に制限するならば既施工分の代金は存続するからである。全部解除であろうと損害賠償により既施工分の代金と同額の請求ができる641条の解除とは大きく異なるのである。

ところが、これまでの判例・学説の議論は、無意識のうちに債務不履行解除と641条による解除とをパラレルに扱おうとしているような印象を受ける。すぐ次にみるように、債務不履行解除の判決において641条についての「昭和7年判決」が頻繁に援用されているのはこの現れである。

請負契約の債務不履行解除には、①注文者からの請負人の仕事完成義務の不履行による解除、及び、②請負人からの注文者の報酬代金支払義務の不履行（完成前に支払う特約がある場合）による解除とが考えられ、それぞれの場合につき、全部解除ができるのかそれとも未施工部分についての一部解除に限定されるのかを検討してみたい。先ずここでは注文者による解除事例を取り上げる。

(1) 全部解除肯定判例——既履行部分に利益がない場合

(a) 「昭和56年判決」前の判決¹⁷⁾

❶ 最判昭52.12.23判時879号73頁（自動車学校の用地の整地、練習用コース周囲の明渠の設置及び排水の工事〔評釈として、内山尚三・判評236号（昭53）142頁〔内山・前掲書150頁〕、矢尾和子・『[判例から学ぶ]民事事実認定〔ジュリスト増刊〕』（平18）182頁〕） 次のように全部解除を認める。

「Y〔請負人〕は本件工事全工程の約10分の2程度の工事をしたにすぎず、また、本件工事はその性質上不可分であるとはいえないが、Yのした右既施工部

分によっては訴外会社が契約の目的を達することはできないことが明らかであるところ、訴外会社代表者は、本件工事残部の打切りを申入れるとともに本件土地全部の返還を要求しているのであるから、他に特別の事情がない以上、右本件工事残部の打切りの申入をすることにより、訴外会社は契約全部を解除する旨の意思表示をしたものと解するのを相当とすべく、単に、右残工事部分のみについての契約の解除の意思表示をしたものと断定することは妥当を欠くものといわなければならない。それにもかかわらず、原判決が、右特別の事情のあることを認定することなく、残工事部分のみについての契約の解除を認めたのは、経験則に照らして是認することができない」。

〔コメント〕この判決は、整地等の工事であり数量的一部解除が妥当するとも思われる事例であるが、641条についての「昭和7年判決」を援用し仕事の可分・両当事者の利益といった基準を債務不履行解除に適用するという説明はされていない。既施工部分で契約をした目的を達することができるかどうかを問題にして、契約解除の意思表示を問題とし、既施工工事を利用するつもりであり残工事部分についてのみ解除の意思表示か否かという、意思表示解釈が議論されている。対価が代金ではなく土地であり不可分であり、既施工工事分に対応する土地部分だけ取得する

17) 傍論であるが、大判昭6.10.21法学1巻上378頁は、次のように述べる。

「凡そ請負人は特約なき限り仕事を完成したる後に非ざれば報酬を請求しうべからずと雖も、民法第536条に依れば債権者の責に帰すべき事由に依りて履行をなすこと能はざるに至りたる時は、債務者は反対給付をうくる権利を失はざるものなるが故に、本件Xが其請負ひたる住宅建築工事を七分通り為したるに止まりて完成せざりしとするも、残余工事を注文者たるYの手に於て直接施したる為最早Xに於て工事完成不能となりたりとせば之即ち債権者の責に帰すべき事由に因りて履行不能となりしものに外ならざるを以て、Xは前記法条に基き請負代金全額の支払を求め得べきものなりと解せざるべからふ。然れども注文者は、請負人が工事を完成すべき義務を怠れる時は、義務不履行を理由として契約を解除しうべきは勿論仕事の完成せざる間は損害賠償さへ為せば何時にても契約を解除しうべきものなるを以て、原審の認定せるが如く、Yより屢々催告をなすもXに於て残余工事を進捗せしめざりし為已むなくY自身の手に於て該残余工事を施したるものとせば、Yは契約を解除したる事実あるが為なりとも解し得られざるに非ず。若し果して然りとせば、Xは請負代金の支払を求めうべき筋合にあらざるべし」。

注文者が解除をして残余工事を行った場合には、536条2項による全額の報酬の支払請求はできないというが、傍論に過ぎない。中途までの工事の報酬までも否定したのか否かは不明であるというほかない。

といった解決ができなかったという特殊性があることは注意を要する。内山・前掲書157頁は、判決に反対し、「当事者の意思表示の解釈の問題であるとしても、当然契約の一部解除を肯定すべきであると思われる」と述べる¹⁸⁾。

(b) 「昭和56年判決」後の判決

後述の「昭和56年判決」後にも、その基準を適用しつつも注文者による全部解除を認める判決が、以下のようにいくつか認められる。

② 東京高判昭61.5.28判時1194号82頁（特殊油圧成型機1台・冷却用油圧プレス1台の製作） 製作された特殊油圧成型機の試運転をしたが、固定盤と可動盤間の平行度及び支柱の傾き具合等の精度が不良のため、ノズルとスプルーがうまく接合せず、これらの先端部分が損傷する事態が再三発生し、ノズル、スプルーの再製作が二、三度繰り返され、その接合（金型合わせ）が試みられたが、損傷の問題は遂に解決しなかった。その後も再製作したノズル及び金型部品（スプルー）を持参し試運転を行ったが、前記不接合は解消せず、良好な製品の製造には程遠い状態であった。X（請負人）は、検取引渡しは完了しているとして、代金の支払いを求め、Y（注文者）はこれを拒否する。裁判所は、本件機械が未完成でその検取引渡しが完了していないと認め、この未完了が本件契約の解除原因たるべきXの債務不履行にあたることはいうまでもないとし、Yによる解除を有効と認めて、XのYに対し本件機械の代金の支払いを求めるXの請求は、失当として棄却する。

〔コメント〕 瑕疵担保が問題となる事例と紙一重の事例であり、検収が終了していないため瑕疵担保ではなく債務不履行の一般規定によっているが、瑕疵担保によっても解除可能な事例であった。

18) 小野秀誠『反対給付論の展開』（平8）287頁は、反対給付が土地の譲渡であったという特殊性に着目する。2割の履行がされていたからといって、2割分の土地を給付するというわけにはいかないからである。この事例では、土地を全部返還させるのが妥当であり、その前提として解除が持ち出されていたのである。全部解除が認められても、既施工部分が注文者の利益になるのであれば、原状回復を否定し、償金請求が認められることができるので、一部解除による制限のみが唯一の解決方法ではなく、このような特殊事例にも対応できることになる。

③ 千葉地判平3.3.22判時1412号113頁（建物 ④の第1審判決） 上棟式を経て外壁も備り建物としての外観が一応整った段階で建築途上の建物には全体にわたって手抜きや回復し難い施工ミスが見つかり、修復も不可能であるとして、注文者Xが請負契約を解除し、既払い代金の返済と建築途上の構築物一切の取去及び土地明渡し並びに慰謝料の支払いを求めた事件で、表記判決は次のように判示する。

a) 事案 「本件建物上棟式のころまでに、柱材が設計と異なり、壁の施工方法も設計と異なっていたことを始めとして、基礎工事の手抜きや設計図とは全く異なる施工や粗悪材料の使用、更には設計そのもののミスにより設計図どおりには施工できない箇所が出る等の不都合が相次いだ。そこで、Xら〔注文者〕はその都度設計図どおりの施工や設計の改善を求めたが、改善は不十分であり、工事が進めば進むほど事態は悪化するばかりであった。X1は、このままYに建築工事を任せても安全かつ快適な通常の住宅を完成することは不可能であると判断し……履行不能を理由に本件建物建築請負契約を解除した。Y〔請負人〕において本件土地上に存する未完成の本件建物の基礎・土台工事・木材の使用法・外装工事等の現況を維持し工事を続行しても安全かつ快適な通常の住宅を建築することは不可能であるものと認められる」。

β) 全部解除肯定 「民法635条……の規定の趣旨は建物完成後に解除を認めると、請負人にとって苛酷であるばかりか、社会経済的にも損害が大きいということにあり、未完成の場合には債務不履行の一般原則で解除できると解されるが、その場合でもすでに竣工した部分に付いては解除できないと解する余地もある。しかし、本件の場合には、前記認定のとおりすでに竣工した部分を利用して本件建物建築を続行することは不適切で現況の建物をいったん解体して基礎を打ち直し再度建築し直すほかないのであるから、本件建物の価値は再利用可能な建築資材のみであるというほかなく、このほかに基礎から建物を作り直し設計図どおりに現況の状態に建物を復元するためだけでも845万円が必要とされるほか、建物完成までには更に多額の費用が必要とされるのであるから、本件の場合には債務不履行の一般原則どおり建物建築請負契約を遡求的に解除することが許される」。

[コメント] 途中まで施工した工事が欠陥だらけで契約目的達成不能の事例であり、全部解除が認められて然るべき事例である。次の控訴審判決も同様である。

④ 東京高判平3.10.21判時1412号109頁（③の控訴審判決〔評釈として、石

外克喜・判評404号（平4）169頁、池田恒男・判タ794号（平4）38頁、山田到史子・阪大法学43巻1号（平5）305頁〕 635条但書は、「仕事の目的物が建物等である場合に、目的物が完成した後に請負契約を解除することを認めると、請負人にとって過酷な結果が生じるばかりか、社会的経済的にも損失が大きいため、注文者は、修補が不能であっても損害の賠償によって満足すべきであるとの趣旨によるものであって、仕事の目的物である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まで、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を禁じたものではない」とし、瑕疵の有無を問わず債務不履行解除への類推適用を否定し、事案へのあてはめとして、「本件構築物は、……建築工事そのものが未完成である上に、本件構築物を現状のまま利用して、本件建物の建築工事を続行することは不適切であって、本件建物を本件契約の目的に従って完成させるためには、上部躯体をいったん解体した上で、更に地盤を整地し、基礎を打ち直して再度建築するしかないのであるから、本件構築物の社会的経済的な価値は、再利用可能な建築資材としての価値を有するにすぎないものであって、これを超えるものではないというほかなく、しかも、基礎を打ち直して設計図どおりに本件構築物を補修するためには金845万円（平成2年4月当時）もの費用を要するだけでなく、本件建物を本件契約の目的に従って完成させるためには、その後更に多額の費用を必要とすると認められることなどを総合して考慮すると、注文者……は、債務不履行の一般原則に従い、民法415条後段により本件契約を解除することができる」。

⑤ 大阪地判平17.10.25消費者法ニュース66号131頁（建物の改築） Xら（注文者）がY（請負人）との間で本件建物の改築に関して本件請負契約を締結したが、Yが再三に及ぶXらの要求にもかかわらず期限内に本件改築工事を完成させることができなかったために、XらはYに対し、本件請負契約を解除する旨の意思表示をしたと主張して、Yに対し、原状回復請求権に基づく既払金の返還等、債務不履行に基づく損害賠償の支払いを請求した。

「本件のように建物の改築についての請負契約において工事が未完成である間に注文者が請負人の債務不履行を理由に請負契約を解除する場合において、工事内容が可分で当事者が既施工部分の給付に関し利益を有するときは、特段の事情のない限り、未施工部分について契約を一部解除できるにすぎないと解す

べきである（最三小判昭和56年2月17日・裁判集民事132号129頁参照）が、……本件工事が行われた後の本件建物は構造上の安全性に欠け、建築基準法所定の構造強度を大きく下回る危険な建物となっており、全体としても杜撰な工事となっているのであって、本件建物に加えられた補強も含めて、既施工部分の給付に関してXに利益があるということとはできない」（全部解除肯定）。

⑥ 名古屋地判平18.9.15判タ1243号145頁（建物〔評釈として、多々良周作・別冊判タ22号（平20）64頁〕） 「Y〔請負人〕には、〔1〕調査不足から本件土地に対する法令上の制限に関する事実を誤認し、施主であるX〔注文者〕の意向に必ずしも沿わない設計をしたばかりか、法令上の制限を知った後もその制限内容の説明や設計変更の打診もしていない、〔2〕契約締結後においても、設計図書、見積書（内訳書、工程表）を速やかに交付しない、〔3〕Xに工事の進捗状況を把握されていなかったことを奇貨とし、自らの見通しの悪さが露見するのを免れ又はその利益を確保するため、施主に無断で設計内容を変更し、施工に及んだなどの付随的債務の不履行がある」。「このようなYの付随的債務の不履行は、施主であるXに対する著しい背信行為で、これによりXY間の信頼関係は破壊され、施主であるXの意向に沿った建物を建築するという契約の目的の達成自体にも重大な影響を与えている」。「そうとすれば、Xは、かかる付随的債務の不履行による信頼関係の破壊を原因として本件請負契約を解除することができる」。

「解除の範囲について検討するに、建物の建築工事請負契約につき、工事全体が未完成の間に注文者が請負人の債務不履行を理由に同契約を解除する場合において、工事内容が可分であり、しかも当事者が既施工部分の給付に関し利益を有するときは、特段の事情のない限り、既施工部分については契約を解除することができず、ただ未施工部分について契約の一部を解除することができるに過ぎないと解される（最判昭和56年2月17日・裁判集民132号129頁参照）」。「しかし、本件建物の工事は、杭工事が終了し、コンクリート工事に着手された程度であり、解除後も右既工事部分が利用されることはなく、本件土地も第三者に売却された。また、同工事は、法令上の制限について事実を誤認したまま設計がされ、原告の同意なく基礎の工法も変更されたものである」。「これらの事情からすると、本件請負契約の施主であるXが、本件建物の既工事部分の給付に関し利益を有するということとはできず、かかる解除は本件請負契約の全部

に及ぶものと解するのが相当である」。

[コメント] 基礎工工程度までしかされておらず、請負人側の帰責事由により法令上の誤認があり無断で設計変更されるなど信頼関係を失わせる事情が請負人には認められる事例であり、実際に既施工部分も実際に利用されなかった事例であり、全部解除について異論はないと思われる。

⑦ 名古屋地判平19.3.30裁判所ウェブサイト（建物）

a) 解除の可否 「本件コンクリートは、基礎工事に使用されるコンクリートが通常有すべき性能を欠くものであるところ、このような欠陥は、Y〔請負人〕の作業員が、速やかにコンクリート表面の雨水を排水するとともに、コンクリート表層部にできたのろ状の物質を除去し、必要に応じて生コンクリートを補充して打設し、ブリージングが終了するまでコテ入れ作業を行ってから、養生を施して作業を終了すべきところ、これを怠ったために生じたものである」。「このような工事に対し、工事の中止を指示するとともに基礎工事のやり直しを求めたX〔注文者〕の対応は、施主として何ら不適切なものではない。上記のような工事を行った上、かかるXの要求にも応じようとしなかったYの対応は、請負人として適切を欠くというほかになく、結局、そのようなYの対応が、X、Y間の信頼関係を破壊する要因となったということが出来る」。「したがって、上記履行不能についてXに帰責性がなかったということはできない」。

「Yは、鉄筋コンクリートを打ち増しする補強案を示したことなどを指摘する。しかし、建物の基礎は、建物の最下部に造られ、建物を支え、上部建物加重を地盤へと安全に伝える構造安全上最も重要な部分であって、これに対する信頼性がすなわち、建物それ自体に対する信頼性の拠り所となる。当時、本件建築工事は、いまだ基礎工事の途中の段階にあり、基礎工事のやり直しに要する費用は社会通念上不当に高額なものではないこと……に照らせば、このような建物の基礎について、欠陥があるコンクリートを残し、契約の内容にはない補強工事を行うことは承服できないとして、基礎工事をやり直すよう求めたXの選択は、施主の選択として何ら不当なものではない。請負人であるYとしてはこの要求に応じるのが本則というべきであって、Yが指摘する事情は帰責性に関する上記判断を覆すものではない」。「そうすると、Xは、本件請負契約の仕事完成義務の履行不能に基づき同契約を解除することができる」。

β) 解除の範囲 「建物の建築工事請負契約につき、工事全体が未完成の間に注文者が請負人の債務不履行を理由に同契約を解除する場合において、工事

内容が可分であり、しかも当事者が既施工部分の給付に関し利益を有するとき
は、特段の事情のない限り、既施工部分については契約を解除することができ
ず、ただ未施工部分について契約の一部を解除することができるに過ぎないと
解される（最判昭和56年2月17日・裁判集民132号129頁参照）。この点、本件建
築工事は、いまだ基礎工事の一部である本件打設工事がされたにすぎず、しか
も、打設された本件コンクリートには欠陥があるというのであるから、本件請
負契約の施主であるXが既工事部分の給付に関し利益を有するということはで
きず、かかる解除は本件請負契約の全部に及ぶ」。

[コメント] ⑤⑦判決は、「昭和56年判決」の基準を適用しつつ、既施工部分に瑕疵
があり注文者に利益がないとして、注文者による全部解除を認めている（原状回復
費用も当然に請負人の負担）。⑥判決は、注文者が利益なしと判断して既施工部分
を利用しなかった事例であり、これに準ずる。

(2) 全部解除否定判例

他方で、以下のように、全部解除を否定する判決がある¹⁹⁾。この他にも、解
除の意思表示解釈により未履行部分のみ解除したという処理をした判決や²⁰⁾、
契約の条項により未履行部分の解除のみとした判決²¹⁾もある。

(a) 「昭和56年判決」前の判決

① 東京地判昭48.7.27判時731号47頁（建物） 「注文主たるYにおいて工
事の完了の割合に応じて代金債務がすでに生じていることを自認しつつ、同時
に未完成部分についてはその不発生の確定を主張している趣旨と受け取るのが
妥当であり、……このような場合、工事が完成していなくても、完了割合に
応じて代金請求権は発生する代りに、未完了部分については代金債権は不発生と
確定され、この段階で請負契約は終了して債権債務の関係が精算されるものと
解すべきである」。「この完成割合は、結局未完成部分を完成させるに要する費
用から逆算する（全代金額から完成に要する費用——瑕疵の修補にあたるもの
は含まない——を差し引く）方法によるほかない。

「以上のように解することは、請負契約が継続的な契約関係ではないのに、継
続的契約関係における解約と同様の効果を認めることになって、請負契約の性
質に反するのではないかという疑問があるかもしれないが、ことに建築工事請

負のように、一回限りの給付というには必ずしも妥当でないものがある場合には、ある程度段階的な給付を考慮し、この限度では継続的契約関係と同様の解釈を採り入れることは許されるというべきである。このような請負契約においても、常に売買契約と同様の意味での契約解除しかないとすれば、工事がある程度進行した段階で中止された場合、注文主において、残工事を他に請け負わせて工事を完成するのがむしろ両契約当事者にとっても、また社会経済的にも妥当であるのに、このような方法を選ぶことすらできないことになり、不合理である」。「注文主は請負人の不履行を理由に請負契約を解除することは可能であるとしても、これによって代金債務を免れるかわりに、それまでになされた工事の結果を利用することはできない理であり（原状回復により、すでになさ

19) 注文者が残工事（請負人が擁壁工時の85%施工）を完成させその費用を請負人に損害賠償請求した事例であるが（従って、解除は主張されていない）、最判昭60.5.17判時1168号58頁、金判729号13頁は次のように判示している。請負人に遅滞があっても、注文者が残工事を行い仕事を完成させれば、請負人には既施工工事分の代金請求が可能であることが前提になっている。

「請負において、仕事が完成に至らないまま契約関係が終了した場合に、請負人が施工済みの部分に相当する報酬に限りてその支払を請求することができるときには、注文者は、右契約関係の終了が請負人の責に帰すべき事由によるものであり、請負人において債務不履行責任を負う場合であっても、注文者が残工事の施工に要した費用については、請負代金中未施工部分の報酬に相当する金額を超えるときに限り、その超過額の賠償を請求することができるにすぎないものというべきである」。「これを本件についてみると、本件請負契約は、上告人が工事の約85パーセントを施工したがこれを完成しないまま契約関係が終了し、上告人は約定の請負代金の85パーセントに相当する金額を請求することができるにとどまるのであるから、被上告人は、未施工部分の完成に要した費用131万4900円全額を債務不履行に基づく損害賠償として請求することができず、その損害賠償としては右金額から当初の請負代金である811万2200円と工事出来高に相当する689万5370円との差額121万6830円を差し引いた9万8070円を請求しうるにとどま」る。

この判決に対しては、今中利昭『還暦記念今中利昭著作集〔下巻〕法理論と実務の交錯』（平7）385頁は、536条2項とは異なり、請負人の責めに帰すべき場合については、「これに利益を得させる必要はなく、かえって注文者に損害を被らせてはならない場合であるから、請負総代金額から出来高部分を完成させるために要して請負契約と客観的に同等の仕事を完成させるために要した全費用と工事遅延による損害賠償額の合計額を控除した残額のみを請負人は受領しうるものと解し、必ずしも最高裁判決のように、出来高構成によらなければならないものではない」という。

れた工事の結果を除去するということになるから)、これは、①請負人にとって大きな打撃であるとともに、②注文主にとっても決して利益ではなく、③また社会経済的にも、無用な損失といわなければならない。以上要するに、建物建

- 20) 解除権の範囲を制限するのではなく、注文者が残部工事部分についての解除をしたに過ぎないという解除の意思表示解釈により解決した判決もある。例えば、東京地判昭45.11.4判時621号49頁は、「建物その他土地の工作物についての工事請負契約において、注文者が請負人の工事着手後にその債務不履行によって契約を解除する場合、工事は未完成であるがすでに施工した部分だけでも給付することが当事者にとって利益であるときは、未完成部分についてのみ請負契約を失効させる趣旨の解除をなすことも許されたと解するのが相当であり、この場合は、請負人は解除時の状態のままで建物等の工作物を注文者に引渡し、注文者は当初の契約金額、解除時の完成度等をしんしゃくして引渡を受けた工作物に対する相当な報酬を請負人に支払い、すでに支払われた前払金があれば相互に清算する義務を負うものというべきである」。「これを本件について見ると、《証拠略》によれば、原告は、被告が工事を中止した昭和44年10月24日頃の状況のままで本件建物の引渡を受け、契約解除後他の建築請負業者に残りの建築工事を請負わせて増改築工事を完成させたことが認められ、このような事実からみて、原告のなした本件請負契約解除は、すでに施工した部分を除く将来の施工部分についてのみ契約を失効させる趣旨のものとするべきである」、という。
- 21) 仙台高裁秋田支判昭41.7.13判タ196号121頁は、「Y〔注文者〕は、本件請負工事はついに完成しなかったから、請負代金債権も発生しなかったものであり、出来高部分の代金は、契約解除による原状回復の方法として、新たに発生した当該部分の売買代金であり、請負代金とは別異のものであると主張するけれども……、本件請負契約においては当初から、請負人たるAの責に帰すべき事由により、工事の中途において契約が解除されたときは、その時期における出来高部分は注文者たるYの所有とし、Yは当該部分に対する相当代金を支払うべき旨を定めていたことが認められるので、右契約解除は既往に遡って契約関係を消滅させ、相互に原状回復義務を生じさせるものではなく、工事の未了部分につき将来に向って解約の効果を生じさせる趣旨のものとするのが相当であるのみならず、民法第635条但書の法意に照らし、本件のような地上建築物の工事請負においては、請負人の債務不履行を原因とする法定解除の場合も、工事が相当程度進行した中途においては、原則として既往に遡っての契約解除は許されないと解するを相当とする。……本件の出来高は、体育館はコンクリート基礎工事が殆んど終った程度、教室校舎は基礎工事から二階建の柱立てを終り、屋根板を打付けた程度にまで進んでいたことが認められるので、これに徴するも本件契約解除は将来に向っての解約であったと認めざるを得ない」と判示する（その後完成したことを認定されていないが、完成していないと争われてはいないので完成しているようである）。

築請負契約のような類型では、契約の一部解除（工事未完了部分——瑕疵とは
いえない本質的な未完成を生来させるものという意味で——に対応して）を認
めるべきである」（①②③の番号は筆者が追加）。

[コメント] 641条についての「昭和7年判決」を援用して可分・当事者の利益と
いった要件を設定せず、「ある程度段階的な給付」ということを建物建築請負の特
性として認め、解除権の制限の根拠を、①請負人にとって酷、②注文者に不利益で
はない、また、③社会経済上の損失といった3つの根拠を明らかにした意味は大き
い。条文的には635条但書を債務不履行解除に類推適用するに近いものといえる。

② 札幌地裁小樽支判昭和52.3.23判時874号79頁（宅地造成工事） 宅地造
成工事の請負事例で、請負人Yからの反訴請求についての判示²²⁾。Yのした造
成工事が不完全で石垣が崩壊したため、注文者XとYとが協議したが合意に至
らず、Xが他の業者に修復工事をさせたため、Xの損害賠償請求に対して、Y
が反訴請求として、Xの行為によってYの請け負った宅地造成工事が履行不能
となったために生じた損害として、残工事見積額で予定した得べかりし利益の
賠償を求めたのに対して、次のような判示がなされている。

「被告らの請負った宅地造成工事の目的物は民法635条但書という土地の工作
物に当たるといえるところ、この規定は強行規定と解されている。しかし、請
負工事の一部が既に竣成し、当事者間においてもこれを残部と分離して独立的
価値を認めている場合には、その竣成部分についてはこれを解除することがで
きないとしても、残余の未完成部分についてはこれを解除することができるも
のと解するのが相当である（前記大審院判決 [=大審院大正15年11月25日判決
民集5巻11号763頁²³⁾、大審院昭和7年4月30日判決民集11巻8号780頁参照）。
本件においてはY〔請負人〕らの施工した工事の出来高に対してX〔注文者〕
が請負代金として既に4089万2562円を支払っているうえ、Xが崩壊した石垣の
復元工事と残工事について改めて見積額の提示を要請し、Yがこれを提示して
いるのであるから、XとYらとの間においてはYらの施工した竣成部分と残余

22) Xの本訴請求については、「Xの本訴請求は民法634条2項により石垣の崩壊という瑕疵
の修補に代えて損害の賠償を請求する趣旨であると解するのが相当である。そして、本件
のような事例においても同条同項が適用されると解するのが相当である（大審院大正15年
11月25日判決民集5巻11号763頁参照）。この損害賠償責任は無過失責任である。また、そ
の責任は瑕疵によって生ずるすべての損害の賠償に及ぶ」と判示しており、瑕疵担保が問
題とされ、Xの請求が認容されている。

の未完成部分とを分離してその取引の清算をしようとしたものとみるのが相当である」。「そして、Yらの施工した工事の出来高が石垣崩壊時において約3割であったこと……、Yらが約定の工期を徒過しても崩壊した石垣の復元工事すらできなかったこと、崩壊した石垣部分の状態をそのまま放置しておくことができなかったことなどを考慮すると、Yらの債務不履行を理由としてなしたXの解除権の行使は有効であったとみるのが相当であり、したがって、残余の未

23) 大判大15.11.25民集5巻11号763頁は、請負人Xが大正3年3月25日に橋の建設を請け負い、兩岸の石垣積立工事をYに下請負をさせ竣工期を同年9月15日と定めたところ、Yは同年3月より8月11日まで工事に従事したのみでその後の工事を行わず、更には既に行われた工事も設計に符合せず検査に合格しない不完全なものであり積直しが必要なのにもかかわらず、Yはこれを行わず約定の竣工期限到来までに到底工事を完成させる見込みがなくなったため、Xは竣工期限の到来前に自己の出捐でその工事を継続して完成させ、Yに対して債務不履行を理由として損害賠償を求めた事例である。大審院は次のように判示する。

「①Yの既に為したる工事には瑕疵ありXは之が修補を請求したるも応ざるにより已むを得ずXに於て修補し之が損害の賠償を請求すると同時に、②尚Yに於て今後為すべき工事の部分に付ては同人の責に帰すべき事由に因り履行不能となりたりとし、約定の竣工期限到来前に此の部分の下請負契約を解除したりとして之が為に生じたる損害の賠償を求むるものに外ならず。工事請負契約に於て請負人の既に為したる工事に付設計に符合せざる等瑕疵あるときは、注文者は瑕疵の修補に代へ又は其の修補と共に損害の賠償を請求し得ることは民法第634条第2項に規定する所にして、又今後尚請負人に於て為すべき工事あるに拘らず漫然放擲して顧みず而かも之が為取引の通念に照して約定の竣工期限到来迄に到底其の工事を請負人に於て完成せしむること能はざる事実が明確となりたる場合の如きは、同法第543条に所謂履行の全部又は一部が債務者の責に帰すべき事由に因りて不能となりたる時とあるに該当するを以て、債権者たる注文者は縦令竣工期限の到来以前と雖同条により契約を解除することを得るものと謂はざるべからず」。

また、原審判決は「其の判決理由の後段に於て仮定の理由としてXは約定の竣工期限到来前に工事を取上げたるは即Xに於て缺點ある工事を受領したるものと見るの外なく、Xの立証によりてはYは約定期限を遵守せず之を徒過して履行を遅滞したりとは到底認むることを得ざるにより民法第415条に則り損害賠償を求め又は同法第541条以下に規定せる一般契約解除の原則に基き救済を求め得べきものにあらざる旨を説述すれども、Xが竣工期限の到来前に既にYが為したる工事に瑕疵あることを理由として自ら之が修補を為したればとて何故にXは缺點ある工事を受領したるものと認むべきや、又XはYに於て約定の竣工期限を徒過したりとして本訴請求を為すものにあらざれば右原審の仮定的理由は其の趣旨の那邊に存するやを知るに由なきを以て到底其の主文を維持するに足らず」ともいう。

完成部分についての請負契約はこの解除によって消滅したといえる」。「そうすると、残余の未完成部分の請負工事を継続することによって得たであろうという利益を失ったことによる損害の賠償を求めるYの反訴請求は理由がない」。

[コメント] Xの本訴では瑕疵担保を問題とし、反訴の冒頭でも635条但書を問題にしながら、解除による未完成部分の契約の消滅をいうなど一貫した説明がされているとはいえない。しかし、「Yらの施工した工事の出来高が石垣崩壊時において約3割であった」という説明からは未完成の事例であるといえる。そして、造成という数量的に過大な作業であり、完成した造成部分については瑕疵担保責任を適用するのであれば辻褃が合うことになる。そしてこの部分については報酬が支払われておりXも問題にしていない。いずれにせよ、Xが全部解除を主張してこれが制限された事例ではない。従って、一部解除に限定をした判決ではなく、641条についての「昭和7年判決」を援用することは適切ではない。この判決は、後述の最高裁判決においても参照された可能性が高く、後述「昭和56年判決」が641条の「昭和7年判決」を援用する伏線をなしているともいえる。しかし、可分ならば一部（残部）だけの解除ができるという程度の趣旨で「昭和7年判決」が援用されたにすぎず、「昭和56年判決」は「昭和7年判決」を不必要に拡大してしまうことになる。

㊦ 札幌高判昭54.4.26判タ384号134頁（雄別炭鉱鉄道全線及び側線計犬釘抜き、ページ外し、これに付帯する部品の撤収並びに枕木の撤収、集積工事）

途中まで工事がされたが、その後の工事をしないため注文者が契約を解除した事例である。請負人Xは、注文者Yが解除をしたと主張して、残工事を他の業者に行わせXによる履行を不能ならしめたとして、XがYに対して履行を免れた利益を控除して請負代金の支払いを請求した事例であり、Yの解除が有効かまたその範囲が争われた。解除の有効性の点は措きその範囲について紹介しよう。次のように判示する。

「本件の如き請負工事契約において、請負人が工事に着工した後、請負人の一部の工事履行債務の不履行によって契約を解除する場合、工事が全体としては未完成であっても、その工事の内容が可分であり、かつ当事者にとって既に完成された工事部分だけでも、その給付を授受することが利益であるときは、他に特段の事情のない限り、未完成の部分についてのみのいわゆる契約の一部解除をすることが許されるものと解するのが相当である」。「これを本件についてみるに、Xがその請負工事を中止した……ころには、本件請負工事のうち、50.86キロメートルにわたる犬釘抜き、ページ外し工事が完成しており、残工事

は後日他の業者に施行させることによって完成させることも可能であり、現に、後日他の業者によって完成させられていることは前認定のとおりであり、また本件請負工事のうち、15.74キロメートルにわたる犬釘抜き、ページ外し工事は、他の工事部分と可分なものであることは明らかであるから、Xのなした本件請負契約のうち未だ完了していない15.74キロメートルにわたる犬釘抜き、ページ外し工事部分についての契約解除は有効なものと解するのが相当である」（Xが「完成した右犬釘抜き、ページ外し工事部分に相当する金額」を算定してYに支払を命じる）。

〔コメント〕 本事例も②の造成工事同様に数量的な仕事の内容になり、本判決も述べているように、数量的に一部「履行」済みということがいえる事例であり、売買における数量の一部不履行同様に、全部の履行がなければ契約目的の不達成となるような特別事情がない限り、全部の契約解除はできず未履行部分の解除に限られるという結論は不合理ではない。

（b）「昭和56年判決」及びその後の判決

641条について「昭和7年判決」の一部解除に制限をする先例があり、債務不履行解除についてはこれに従わない(2)(a)①のような独自路線で解除を制限する判決があり、また、同②③のように数量的に履行を考慮することができる事例について、売買等と同様の一部解除の法理によるが641条の「昭和7年判決」に依拠する判決があった。注文者の不履行を理由とした請負人からの解除事例であるが、後述2(2)①のように建物建築ではなく井戸の掘削・設備の取付の請負で「昭和7年判決」を援用しないもののその基準に依拠する判決が出されていた。その中で、数量的に分けられない仕事完成義務の事例において、建物建築請負の債務不履行解除について、「昭和7年判決」と同じ解決を認める初めての最高裁判決が「昭和56年判決」により出されることになる。

① 最判昭56.2.17判時996号61頁²⁴⁾（建物〔本稿では、本判決を「昭和56年判決」という〕）

a) 一般論 「建物その他土地の工作物の工事請負契約につき、工事全体が未完成の間に注文者が請負人の債務不履行を理由に右契約を解除する場合にお

いて、工事内容が可分であり、しかも当事者が既施工部分の給付に関し利益を有するときは、特段の事情のない限り、既施工部分については契約を解除することができず、ただ未施工部分について契約の一部解除をすることができるにすぎないものと解するのが相当である」（「昭和7年判決」を参照として援用する。しかし、これは先にみた641条についての判決である²⁵⁾）。

β) 事案へのあてはめ 「Y〔注文者〕は、本件建築請負契約の解除時である昭和46年9月10日現在のA〔請負人〕による工事出来高が工事全体の49.4パーセント、金額にして691万590円と主張しているばかりでなく、右既施工部分を引取って工事を続行し、これを完成させたとの事情も窺えるのであるから、かりにそのとおりであるとすれば、①本件建築工事は、その内容について可分であり、②Yは既施工部分の給付について利益を有していたというべきである。原判決が、これらの点について何ら審理判断することなく、Yがした前記解除の意思表示によって本件建築請負契約の全部が解除されたとの前提のもとに、既存の48万7000円の工事代金債権もこれに伴って消滅したと判示したのは、契約解除に関する法令の解釈適用を誤ったものである」（①②の番号は筆者追加）。〔コメント〕注文者が「既施工部分を引取って工事を続行し、これを完成させた」の事情も窺え、「既施工部分の給付について利益を有していた」事例であり、全部解除を認めてもその利益を清算すべきであり、結論としては不都合ではない事例であることに注意すべきである。しかし、注文者が既施工部分を利用して工事を完成させたことは要件とはしておらず（あくまでも①②が要件で、その判断事由として説明されているだけ）、また、解除後に利用するか同課を解除時を基準時として判断する解除の範囲の問題に考慮することは適切ではないためそのように解釈するのが妥当であろう。

② 大阪地判昭59.11.30判タ546号151頁（注文者の工場へのエラストイト製

24) 評釈として、内山尚三・民商85巻5号（昭56）125頁、山本芳裕・多田利隆・法セミ325号（昭57）122頁、栗田哲男・ジュリ760号（昭57）130頁、北村實・『不動産取引判例百選〔第2版〕』（平3）213頁。事案は請負人からの請求ではなく、請負代金債権の差押債権者Xからの請求である。原審判決は、「本件建築請負契約がD工務店の債務不履行を理由に解除されたことにより、A〔請負人〕のY〔注文者〕に対する工事代金債権も消滅したとして、Xの差押にかかる前記48万7000円の工事代金債権についての本件取立請求を排斥した」。

25)むしろ債務不履行があっても履行分の報酬を受けられるという先例としては、大判大元. 1220（→第2章2(1)(a)①判例）が援用されるべきであったであろう。

造機械設備新設）「X〔請負人〕が、第三次試運転終了後Y〔注文者〕が最終的に履行期日とした昭和54年2月末日ころまでの間においても、本件機械設備を完成させることができなかった……が、本件機械設備はミキサー及びその加熱施設を取替えることも全く不可能ではないことがうかがわれこの点で可分であるともいえるし、……Yが本件機械設備の一部を一時的にせよ使用したことにも示されるとおり、Xの設置した機械設備は有用であったことを考慮すれば、Yの本件請負契約に対する解除は、Xが既に施工した部分についてまでは遡らず、未施工部分についてのみ効果を有すると解するのが相当である。そうすると、右解除は、前記XのYに対する700万円の報酬請求権になんらの消長を来たすものではない」（「Xは信義則上、第一、二次改造契約の代金を被告に請求することはできないが、当初の請負代金のうち相当額についてはYに請求することができる」と解すべきであり、右に述べたX・Y双方の責任の割合等を勘案すれば右相当額は700万円であると認められる」と判断されている）。

〔コメント〕機械の製作請負であるが、工場に据え付ける機械であり、附合型工事の一種といえ、既施工工事が無益ではなく「その加熱施設を取替えることも全く不可能ではない」とされており、必ずしも結論も不合理なものではない。

2 関連する判例について

(1) 解除がされていない事例——注文者による請負人を排してなされた工事の完成（履行不能）

以上の判例以外に、注文者が解除をせずに、請負人が中止した工事の続行工事を他の業者に行わせた事例において、請負人の注文者に対する既施工工事についての代金支払請求を認める判決もある²⁶⁾。注文者が勝手に他の業者に残工事を行わせたことを注文者の責めに帰すべき事由による履行不能であると考えれば、危険負担が問題になり、全額の請負代金の請求が認められるはずである（536条2項）。また、工事中止が請負人の帰責事由によるにしても、請負人のなした仕事を利用して工事を完成させ「利益」を受けているので、注文者はその仕事相当額の不当利得をしていることになり、その償還義務を認めても不都合はない。

(a) 工事中断が請負人の帰責事由による場合

❶ 大判大元.12.20民録18輯1066頁（エレベーターの修理） エレベーターの修理を請け負った請負人が、一部を履行後残りの工事を続行しないので、注文者が他の業者に残工事をさせて工事を完成させた事例で、「履行不能が〔請負

26) 後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』（平6）39頁は、注文者により請負契約が解除された場合でも、既施工部分が双方にとって利益である場合、殊に注文者が既施工部分を利用して残工事を完成させた場合には、出来高に応じた報酬請求権があるので、解除がされない場合もこれに準じた、出来高に応じた請負代金請求権があると解すべきであるという。なお、注文者の帰責事由により残工事が不能になったとして、536条2項により問題を処理した判決もある。最判昭52.2.22民集31巻1号79頁は、次のように判示する（全額の請求を認めることには議論があるが、この点については、小野・前掲書292頁参照）。

「請負契約において、仕事が完成しない間に、注文者の責に帰すべき事由によりその完成が不能となつた場合には、請負人は、自己の残債務を免れるが、民法536条2項によつて、注文者に請負代金全額を請求することができ、ただ、自己の債務を免れたことによる利益を注文者に償還すべき義務を負うにすぎないものというべきである。これを本件についてみると、本件冷暖房設備工事は、工事未完成の間に、注文者であるAの責に帰すべき事由によりX〔請負人〕においてこれを完成させることが不能となったというべきことは既述のとおりであり、しかも、X〔請負人〕が債務を免れたことによる利益の償還につきなんらの主張立証がないのであるから、X〔請負人〕はAに対して請負代金全額を請求するものである」。

この判決については、今中・前掲書391頁も賛成し、注文者の責めに帰すべき事由による場合であるから、注文者に利益を得させる必要はなく、むしろ請負人に損害を被らせてはならない場合なのであるから、最高裁の立場が正当であり、恐らく今後も、注文者の責めに帰すべき請負契約の中途終了の場合には、民法536条2項によって処理されるものと考えていう。

東京地判平5.10.5判時1497号74頁も、636条2項を適用しつつも、「以下の理由により、被告が原告に対し請求できるのは、被告の業務の出来高に応じた額に限られ、その出来高は金額にして金3000万円を超えることはないとするのが相当である」という。「……以上の事情を勘案すると、被告が完了した業務の量は、多くとも基本設計完了に至るまでの業務の約半分、予定総業務量の約4分の1に過ぎない」、「このように、完了した業務量が予定されていた全業務量の多くとも約4分の1に過ぎず、業務遂行も遅れ気味であつた本件の場合、危険負担の規定により債務者である原告が報酬全額を取得できるとするのは、信義則上相当でなく、原告が請求できるのは出来高に応じたものに限定されると解するのが相当である」。

人]の責めに帰すべき事由に原因したりとせば、[注文者]は損害の賠償を請求することを得るも「請負人]の既に為したる工事の部分に対し報酬の幾分に相当する金額の支払を免るることを得ざる」ものと判示する²⁷⁾。

② 大阪地判昭41.1.19判タ189号175頁（建物） Y（注文者）はAに対し建築を請負わせ、Bがその完成保証人となったところ、Aは全工程の約半分弱に当る屋根葺荒壁付床下地までの工程を終った段階で倒産し以後工事を中止するに至った。そこでYはA等と交渉し、Yが出来高に相当する80万円をAに支払って建築途上の建物を引き取り、Bを通じYとXとの間で残工事を請負代金90万円と定めて請負契約が成立し、Xは直ちに工事に着手し、外壁の仕上げや建具や硝子を入れるなど内部仕上の工事を実施し9月までに請負工事の約8割の工程（出来高）を終ったところで倒産し工事の続行が不能となった。その後、YはCに注文して残工事を完成させた。

「請負人が請負工事を途中で放棄した場合には、請負人は請負金額の全額は勿論特約のない限りその出来高に相応する請負代金をも請求することが出来ないわけであるが、注文者において請負契約を解除することなく請負人が中途まで実施した工事をそのまま引取り、工事を続行してこれを完成した場合には、請負人は自己の実施した工事の出来高に应ずる請負代金を注文者に請求し得るものと解すべきところ、Xは前記認定の通り請負代金90万円の工事のうち出来高80パーセントの工事を終っているのであるから、XはYに対し請負代金90万円の8割に当る金72万円の請負代金を請求し得る」。

③ 岡山地判昭46.1.18判時625号90頁（店舗内装改造工事） 「本来、請負契約による報酬請求は、約旨による仕事を完成のうえ、引渡しと同時にしうるものであることは、わが民法の明定するところであって、この点が委任契約や雇傭契約と異なる重要な指標の一つであることも疑がない。されば約旨の工事を完成していないXは、報酬を請求しえないということになる。しかしながら、本件についてみるに、Y[注文者]は、X[請負人]に対して、その予定している資材より良質高価な資材を使用させ、約旨の報酬額を上廻る出費をXにか

27) 本判決は、この場合にもし請負人が施工した工事部分に瑕疵があれば、注文者は損害賠償を請求した634条2項により同時履行の抗弁権を主張できるという。本件のように完成させた事例ではなく、未完成で解除されたが瑕疵があった場合も、注文者は一部解除だけで瑕疵につき損害賠償を請求するというだけであらうか。

けているし、工事そのものも93%ないし95%は仕遂げており、しかもYは開店を急ぐためとは言え、自らXより引渡しを受けて、その成果を利用して営業をし、Xが残工事の継続施工をしなくなったのも、Yの前述態度に起因していることに照らせば、Xが未完成ながらその施工したところに見合うだけの報酬をも請求しえないとなすことは、信義則上相当でない」。

④ 東京地判昭46.12.23判時655号58頁（住宅） 「請負人が工事の一部を施工したのみで中止した場合でも、注文者（元請人）側において、すでになされた工事を基礎とし、その上に継続して第三者をして残工事を施工させた場合、注文者（元請人）は請負人（下請人）の仕事の成果を取得利用することによって利益をうるものというべきであるから、請負人（下請人）の施工した工事の出来高に応ずる報酬支払請求権を有するものと解すべきであり、なお第三者が残工事の施工に際し、請負人が施工した工事の一部を手直したした場合、当初の出来高から手直し分を控除して、請負人の出来高を判断すべきものと解せられる」（「Y〔注文者〕において取得利用しえたX〔請負人〕による前記二棟の大工工事の出来高」は、甲宅につき6割、乙宅につき2割を認める）。

(b) 工事中断が注文者の帰責事由による場合²⁸⁾

請負人の帰責事由により途中で中断している工事を、注文者が契約解除をせ

28) 未完成のままの事例として、東京高判昭59.7.25判時1126号36頁（ホブ盤1台の加工・組立て）があり、次のように判示している。

「本件契約は請負契約であり、加工費は完成後に支払うこととされていたことは前判示のとおりであるが、《証拠略》によれば、被控訴人は、昭和47年9月末ころの時点において約8割程度まで本件ホブ盤の加工・組立てを終えており、本件ホブ盤は、右時点においては、さらに必要な材料、部品を加えて作業を続行すれば本来の機能を有するものとして完成させることができた状態にあり、控訴人にとっても未完成ながらそれ相応の価値を有するものであったことが認められ（《証拠判断略》）、加えて、前認定のとおり控訴人は、その後被控訴人の責に帰すべき事由がないにもかかわらずこれがあるとして、一方的に本件契約を解除したと称し、甲事件の訴えを提起して現在に至っているものであり、このような本件の事実関係の下においては、被控訴人は、本件ホブ盤の未完成にもかかわらず、右認定の加工賃〔注 既工事分の加工賃〕を控訴人に対して請求することができるものと解するのが相当である」。

ずに続行工事をして完成させた場合に、請負人が既施工部分の報酬代金債権を取得しうるのであれば、工事中断につき請負人に帰責事由がなければなおさらである。

① 札幌地判昭51.2.26判時825号84頁（さく井並びにポンプ取付工事）

「請負人は約定の仕事を完成のうえこれを注文者に引渡すと引換に（引渡しを要しないときは仕事の終了後）報酬を請求しうるものであるところ（民法第633条、第624条）、前記認定のとおり原告において水中モーターポンプの取付を完了していない以上本件請負契約にかかる仕事を完成していないというほかはなく、そうであれば被告に対しその報酬を請求しえない筈である」。「しかしながら、X〔請負人〕が水中モーターポンプの取付を完了しないのは前記認定のY〔注文者〕の態度に基因し、しかも前記認定事実^にに照らしYが右の態度をとることは何ら合理的理由がないのであるから（すなわち、前記認定のとおりXY間に飲料水湧出の合意が成立していないのであるから、本件さく井工事が工程的に完了した以上Xがこれに水中モーターポンプを取付けることについてYは拒みえない筈であり、また右の合意があるのにその履行が不能であるとしてなした前記契約解除の意思表示はその前提を欠き無効である。）、本件請負契約にかかる仕事が完成しない責をXに負わせるべきものではない。翻ってYの前記認定の態度に照らし、今後Xをして水中モーターポンプの取付を完了させてもって請負にかかる仕事を完成させることは、同ポンプの取付を欲しないYに徒らに経済的苦痛を加えるだけであって無意味である。かかる事情下^ににあっては、Xがその請負にかかる仕事を完成しなくても、現に施行した工事に相応する報酬請求権を認め、かつそれで足りるとするのが信義則にかなう衡平である」。

② 福岡高判昭55.6.24判時983号84頁（建物） 「建物の建築工事請負契約において、建築工事の途中で注文者の責に帰すべき事由により請負人が工事の一時中止を余儀なくされ、注文者が残工事を第三者をして施工完成せしめた場合、右請負契約は目的の達成により終了することになるが、この場合、請負人がその請負にかかる工事をみずから完成しなくても、現に施工した工事に相応する報酬請求権を認め、かつ、それで足りるとするのが信義則にかなう衡平であると解する。そして、その出来高に応じて支払いを命じることができる場合の支払われるべき金額は、それまでに当該工事に支出された金員であるということが出来るが、請負人の既支出分と出来高の占める割合とが一致しないよう

な特段の事情がある場合には別の考慮をすることも必要と解するのが相当である。これを本件についてみるのに……、本件請負契約における建物新築工事は、主として注文者である控訴人の責に帰すべき事由に基因して中止され、控訴人がその後に他の業者を入れて残工事を完成させたことにより終了しているから、請負人である被控訴人は、控訴人に対しその出来高に応じて報酬請求権を有すると認められるところ、……本件工事中止時の出来高の割合は80ないし85パーセントと認められるので、……本件請負金額789万円（追加工事額をも含む。）に右割合額を乗ずると、631万円ないし670万円（万未満切り捨て）となる。そして、この種の供述が極めて大雑把であることを考慮しながら、前述のとおり本件工事が中止されるまでに被控訴人の支出した金額が767万8658円であることも併せ考えると被控訴人が本件請負契約に基づく工事の中止を止むなくされた時点での出来高は、原審認定の663万円をもって相当と認める」。

③ 東京高判昭58.7.19判時1086号101頁（工場の自動旋盤機の動力電気工事〔評釈として、橋本恭宏・法時56巻12号（昭59）125頁、栗屋剛・西南学院大学法学論集20巻2号（昭62）121頁〕） 被控訴人による自動旋盤機25台の据え付けを待つばかりの完成直前の工程まで施工したにも拘らず、専ら被控訴人が自動旋盤機25台を据え付けなかったために、別表番号9、10の残工事を続行して本件工事を完成することができなかったものであり、しかも被控訴人は控訴人の再三の要請にも拘らず、その後も誠意ある態度を示すことなく右自動旋盤機を据え付けないまま日時を徒過した。「報酬後払いの請負契約においては、仕事の完成が先履行の関係にあるものであり、請負人が仕事を完成しない以上、注文者は報酬支払義務の履行を拒絶することができ、その履行拒絶を許容することができない特段の事情がない限り、注文者は該報酬支払いのため振出した約束手形金の支払義務をも負わないものと解するのが相当である。しかし、請負人の仕事が現実には完成していないが、それが主として注文書の責に帰すべき事由によるものであり、それに基因して、契約上の信頼関係が崩壊し、請負人において契約関係の清算を望み、注文者もまた請負人による仕事の続行に期待をかけず、あたかも両者間において請負契約の合意解除があったと同視しうるような事態に立ち至った場合には、仕事の出来高が約束手形金額に達している限り、注文者が報酬支払義務の履行を拒絶することを許容することができない特段の事情がある場合に該当し、注文者は報酬支払義務の履行のため振出した

約束手形金の支払義務を免れない」。

（2）注文者の不履行による債務不履行解除

注文者の代金債務の不履行を理由として、工事途中で請負人が契約を解除した場合については、次の判例がある。

❶ 札幌高判昭52.3.30判タ355号297頁（井戸の掘削・関連設備の取付工事）
注文者Yの代金債務の不履行を理由とする請負人X側からの解除の事例につき（請負代金の請求事件）、次のように請負人側からの一部解除が可能なことが認められている（一部解除しかできないという）。

「建物その他土地の工作物についての工事請負契約において、請負人が工事着工後、契約所定の方法による注文者の代金支払債務の不履行によって契約を解除する場合、工事が全体としては未完成であっても、その工事の内容が可分であり、且つ当事者にとって既に完成した部分だけでも給付を授受することについて利益を有するときは、既に完成した部分については解除をなし得ず、ただ未完成部分についてのみいわゆる契約の一部解除をなすことのみが許されるものと解するのが相当であり、右法理は、本件契約のような混合契約にも準用されるべきものである」。

「Xがその請負工事を中止した……頃には、本件さく井工事は既に完成しており、湧出する地下水には鉄分が含まれていたためそのままでは飲料用として使用することができなかったものの、水量は豊富であるし、除鉄装置を設置して除鉄すれば飲料用として使用できるものであることが認められ、また、……本件ポンプ納入・取付工事や本件圧力タンク納入は、後日他の業者によってなすことも可能であることが認められ、本件さく井工事と本件ポンプ納入・取付工事と本件タンク納入はそれぞれ可分なものであることが明らかであるから、Xとしては前示契約解除の意思表示をした当時、若し解除原因が存したとすれば、本件契約のうちXがこれに基づく給付を未だ完了しない部分即ち本件契約の一部である本件ポンプ納入・取付工事と本件タンク納入を約した部分について契約を解除することができたものと解するのが相当である」とする。

〔コメント〕「昭和56年判決」前の判例であるが、請負人からの解除について一部解除しかできないということを宣言するものである。請負人が未だなしていない工事

についての債務だけ解除により免れることができるに過ぎないという判決である。他人の財産に対して加工を加える類型の請負工事における特殊性に由来するものといえようか。債権者（請負人）が解除をして商品を取り戻すということが考えられず、その報酬が保護されればよく、また、契約からの解放としては残部の工事についての債務を問題にすればよいこと、原状回復をさせるのは社会経済上無駄また不合理であり、また、原状回復費用を注文者に負担させるのは酷なことなどが、このような処理の根拠と考えられるであろう。

3 判例の検討——とりわけ「昭和56年判決」について

「昭和56年判決」がよりどころとした「昭和7年判決」は、①641条についての判決であり、全部解除を認めても既施工部分の報酬と同額を損害賠償として請求できるのであり、法的構成を除けば結論に不都合はない。②また、既施工部分を履行として注文者が認容した上で641条の解除もできるのであり、事例はそのような事例である。③更には、2つの建物の1つが「完成」しているので641条の解除はその部分について許されなかった事例であり、また、「数量的一部解除論」をあてはめることが許される事例でもあった。少なくとも③の事情があるため、一般論の論述は不要かつ誤解を招きかねないものであり、適切ではなかったというべきである。

「昭和56年判決」が「数量的一部解除論」を建物の建築請負契約の債務不履行解除に適用してしまったのは、将来への誤った道標を残したものといえる。「昭和56年判決」は、「完成なければ報酬なしの原則」²⁹⁾を無視して「数量的一部解除論」を請負契約の債務不履行解除（541条）一般に適用して、建物建築請負契約においても一部解除が原則かのような誤解を与えてしまったのである³⁰⁾（幸いにも「昭和56年判決」は公式判例集には掲載されていない）。

確かに「昭和56年判決」においても、注文者に請負人に対する既施工部分に対応する報酬支払義務を認めたのは、事案の解決の結論としては不合理ではない。というのは、①注文者が既施工部分を履行として認容し、また、②実際に、既施工部分を利用し他の業者に残りの工事を続行させ当初の工事を完成させているからである。しかし、果たしてこの結論を「数量的一部解除論」によ

るのが適切であったのであろうか。

数量的な仕事以外の事例についての裁判例は、①既施工部分に瑕疵があって利用することができず全部解除が妥当な事例（全部解除肯定）、または、②既施工部分を注文者が利用して工事を完成させた事例（全部解除否定）に分かれている。③請負人の債務不履行を理由とした注文者による解除の事例で、既施工部分に物理的瑕疵は確認されていないが、注文者がそれを利用して工事を完成

29) 民事再生法49条の解除権が行使された事例であるが、次のように判示した裁判例がある（大阪地判17.1.26判時1913号106頁）。昭和56年判決の不明な点をその事例で明らかにした貴重な先例である。

「請負契約は、仕事が完成し引き渡されることで報酬が支払われる双務契約であるので（民法632条、633条）、請負人が請負工事を途中まで行い、その後請負人の責めに帰すべき事由によって工事を中止した場合、仕事を完成していない以上、原則として既施行部分の出来高報酬を注文者に請求することはできないものと認められる。

しかしながら、注文者が既施行部分の引渡を受けて、それを利用し、別の第三者と続行工事の請負契約を締結し、既施行部分の利益を受けて残工事を完成させたような場合は、解除が許されるのは未施行部分のみで、既施行部分の解除は許されないと構成し、あるいは、既施行部分の出来高に対する報酬を支払うのが当事者の合理的意思と考え、あるいは信義則を適用して、請負人に既施行部分の出来高相当の報酬請求権を認めるのが相当である。

但し、上記既施行部分の出来高相当の報酬請求権を認めるべき前提が、注文者が既施行部分の引渡を受けて、それを利用し、あくまでその利益を受けて続行工事を行っている場合であり、そのような場合に、一部解除の構成、当事者の合理的意思ないし信義則を用いて当事者間の利益調整を行うものといえ、既施行部分がその後の続行工事に全く利益にならなかったり、続行工事に利益になったとしても、注文者の続行工事費用が増大し、既施行部分を考慮しても、なお損害が生じているような場合は、上記出来高相当の報酬請求権を認めるべき前提をそもそも欠いているものと認められ、請負人に出来高の報酬請求権を認めるべきではない」。

30) 学説も、541条による債務不履行解除と641条の解除とを平行に扱うべきことを認めている。例えば、後藤・前掲書34頁は、「ある当事者がその給付につき利益を有している場合に、その後になされる仕事に対する部分についてのみ解除を認めるかどうかという点に関する限りは、同様に解するのが相当である」と断言する。内山尚三・山口康夫『叢書民法総合判例研究請負（新版）』（平11）257頁も、工事内容が可分であり、当事者が既施工部分に利益を有するときには、原則として未施工部分しか解除できないという立場が確立していると評する。全部解除を認める判決は利益を否定しているので、矛盾はしないことになる。

させなかった事例は、これまで下級審判決もない。641条解除の事例では、③と同じ事例につき第1章2(2)㉔判決（解除制限）があり、㉔注文者・請負人間で争いが生じて工事が中断され価値が大きく減退した事例で請負人の過失も認め、既施工分の報酬を減額している。㉔債務不履行解除ではどうなるか、また、続行工事を引き受ける業者が見つからず、続行工事を断念した場合にはどうかは判例上未解決のままである。

注文者による既施工部分の履行認容もないのに、債務不履行解除を一部解除に制限する根拠として、「昭和56年判決」は、①請負人に酷、②社会経済的観点、③注文者も利益を受けうるので苛酷ではないといったことを指摘した。しかし、必ずしも注文者はその既施工部分に対応する報酬に対応する利益を受けるとは限らないので、請負人の債務不履行を理由とした解除の事例にまで、当然に既施工部分の代金債務を認めるのが適切なのかは疑問である³¹⁾。641条と541条とでは誰を保護すべきか視点が全く異なるはずである。次に新たな観点から検討していこう。

第3章 新たな観点からの考察

1 請負契約の解除は告知か

請負契約は継続的契約関係であり、債務不履行による解除は「告知」であり、将来効しか有しないものなのであろうか。もしそうだとすれば、債務不履行解除であっても、既に為された履行が履行として意味が認められない特別の事情がない限りは、注文者は既履行分の対価の支払いは免れないことになる。

31) この点の解決策はいくつかが考えられよう。①まず、既施工部分の解除を認めず、受ける利益がそれに対応しないことは、請負人の債務不履行と相当因果関係にある損害であるとして、それは別個に損害賠償により清算するという方法が考えられる。②次に、当然に既施工部分についての解除を制限するのではなく、既施工部分により注文者が受ける利益の限度で報酬債権を存続させるよう解除の効力を制限することも考えられる。③更には、全部解除を認めつつも、原状回復義務の否定・附合の法理により、利益の限度で請負人に償金請求権を認めることで実現するということも考えられる。

建築請負契約に限定して、純粋な請負とは異なり雇用や委任の要素を含んだ継続的債権関係と考える学説もある³²⁾（解約告知説）。

しかし、通説は請負契約を継続的契約関係とは理解しない³³⁾。例えば、641条につき一部解除に制限する「昭和7年判決」に対して反対する三宅教授は、次のように明言をしている³⁴⁾。

「仕事の完成・引渡を目的とする請負においては、基本的には売買におけると同様に、報酬債権は契約締結と同時に成立するが、原因のいかんを問わず契約が解除されたときには、既履行の債務につき原状回復義務が生じ、この意味において請負の解除は、契約の全部につきまたいわゆる遡及的に効力を生ずる（進行程度の検査は関係ない……）」。

賃貸借の賃貸人の給付が「時」という形で量を測れる給付であり、その行われた量に応じた対価が支払われるのに対して、請負では「仕事の完成」に対して対価が支払われるものである。問題は継続的契約か否かとは別の観点から解決が図られるべきである。

2 「数量的一部解除論」があてはまる場合の債務不履行解除

(1) 請負人の債務不履行（注文者による解除）

複数の機械の製作、鉄道の敷設、土地の造成工事、製作物供給のように数量的に区切ることが許される場合には、「数量的一部解除論」があてはまる。注文者は残債務部分しか契約解除は許されない。これは既になされた仕事部分に瑕疵があっても同様であり、解除されなかった既履行部分について瑕疵担保の

32) 内山・前掲書10頁以下、155頁は、①建設請負契約は、雇用の要素が強く、また、②委任同様の相互の信頼関係が基礎になることから、「建設請負は民法の規定する純粋な請負とは異なり雇用や委任の色彩を含んだ継続的債権関係と考えるべきであろう」という。前掲『新版注釈民法⁽¹⁶⁾」167頁〔打田・生熊〕も同様。

33) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(F)』（大13）600頁、末弘厳太郎『債権各論』（大7）236頁注33、前掲『新版注釈民法⁽¹⁶⁾」134頁〔打田〕、我妻・前掲書661頁、前掲『新版注釈民法⁽¹⁶⁾」115頁〔広中〕等。但し、継続的債権関係を生じさせる請負契約もありうるといわれる。

34) 三宅正男『契約法（各論）下巻』（昭63）930頁。

規定により修補請求また損害賠償請求更には解除が認められるに過ぎない（634条以下）。但し、「数量的一部解除論」における例外も適用され、その請負人の仕事により全部仕事が行われなければ契約目的不達成となる場合には、注文者は全部解除ができる³⁵⁾。

(2) 注文者の債務不履行（請負人による解除）

鉄道の敷設、土地の造成工事、製作物供給のように数量的に区切ることが許される場合に、注文者が報酬を一部支払ったが残部を支払わない場合、解除はどう考えるべきであろうか。「数量的一部解除論」により、注文者が未払い部分に限って解除ができるのであろうか。例えば1kmの鉄道の1億円での敷設工事で、報酬の半額5000万円が支払われたが、①敷設工事は700m行われ既払い報酬以上の工事がされている場合、②敷設工事は300mしか行われておらず既払い報酬に対応する工事は未だされていない場合、注文者が先払特約の報酬残額を支払わない場合に請負人のなしうる解除の範囲はどうなるのであろうか。

①まず考えられるのは、報酬代金債務は半分履行されているので、その残額しか解除ができないという解決である。①の場合には、半分解除したら200m分は解除の対象になってしまうが、どの部分を原状回復するか決められないため、附合・加工の法理により、200m分は報酬ではなく償金請求が認められようか。②の場合には、請負人は解除をした上で、既に支払いを受けている半分に対応する残り200メートル分の工事を行わなければならないことになる。

②次に考えられるのは、解除をする請負人が自分の債務を履行している場合に、その部分を解除の対象から除外することである。①の場合には、70%の履行をしているので、7000万円の代金が残し支払われていない2000万円分を更に請求するしかない。2000万円分解除できないのは不合理のようであるが、工事により「附合」してしまっているため既施工事をそのままにすることは不合

35) 小野・前掲書284頁も、継続的性質を有する契約については、売買についての大判大14.2.19民集4巻64頁の原則として不履行部分のみの解除という原則があてはまり、請負も同様であるとする。

理ではない。②の場合には、30%の工事しかされていないので、5000万円の代金のうち2000万円を返還しなければならない。①の点の難点がクリアできることを考えれば、請負の場合にはどちらの不履行を理由に解除をするにしても、請負人の履行を基準に「数量的一部解除の法理」の適用を考えるという⑥の処理が適切であろう（③請負人に④か⑤かの選択を認めるという第三の選択肢もあるが、本稿で対象としている「附合・加工型事例」の特殊性からして、統一的に請負人の履行を基準とするのが適切であろう。複数量の製作物供給契約については売買と同様に考えてよい）。

3 「数量的一部解除論」があてはまらない場合の債務不履行解除

(1) 請負人の債務不履行

(a) 完成に準ずる場合

瑕疵担保責任では、瑕疵があっても「契約をした目的」を達しえないほど重大ではない限り、注文者は解除（全部解除）ができずに、実質的に一部解除である契約上の仕事完成義務の残滓である修補義務を代金減額ないし修補に代わる損害賠償により消滅させることができるにすぎない（635条本文）。この場合には、債務不履行があり完全に完成はしていないが、契約解除は制限され——修補を拒否して損害賠償を選択することは一部解除に等しい——注文者は報酬代金の支払いを免れることはできないのである。例えば、重大な瑕疵であっても、それを修補して目的物が契約をした目的のために使用可能であれば解除できないのであり、残り僅かの残工事をして契約をした目的を達し得る場合と、利益衡量的に大差はないはずである。

そうすると、未完成の事例も受領後は瑕疵担保によるべきであるが、それ以前は債務不履行解除が無制限に認められると考えるべきではなく、利益衡量はそれ以前にも妥当し（除斥期間の問題は瑕疵担保だけ）、受領前の未完成も瑕疵に匹敵する程度の状況であり、目的を達することが可能であれば、解除が制限されるべきである。やはり、契約尊重の法理また635条但書にも表れている価値がある限りなるべく残すという指針から考えると、受領前でも契約目的達成

の可否を基準として、契約解除を制限することが認められるべきである。仕事内容が殆ど終了し一部の作業を残すのみの場合であり、残りの仕事がほんの軽微なものかまたは残りの仕事を他の業者によって容易にまた特に費用がかかることもなく行わせることができるならば、注文者が債務不履行を理由になしうる解除を残部のみの一部解除に制限し、請負人は未完成の製作物を提供しその分の代金の支払いを求めることができると考えるべきである³⁶⁾。この結論は「附合・加工型事例」のみならず、製作物供給契約も含めて請負一般にあてはめることができる³⁷⁾。

(b) 一部の履行では意味がない場合（他の者による完成ができない場合）

では、(a)以外には既施工部分の保護は考えられないのであろうか。先ず、請負人自らが全部履行しなければ契約をした目的が達成できない場合、例えば、著名な彫刻家に彫刻を依頼した場合に、途中まで製作して放置した場合に、他の者に続きを行わせても、その彫刻家作の彫刻にはならず、その彫刻家の彫刻を取得するという目的は達し得ない³⁸⁾。この場合には、上述の完成に準ずる事例以外は注文者に全部解除が認められてしかるべきである。そのような一身専属的給付でなくても、例えばある塗装会社に建物の塗装を依頼し途中で塗

36) あくまでも瑕疵担保責任ではないので、除斥期間（637条）は適用にならず、また、既に解除がされているので修補請求権や解除は問題にならない。415条の債務不履行に基づく損害賠償のみが残されるのみである。

37) 但し、製作物供給契約でも、完成後引渡しの不履行を理由に解除できることを考えれば、原則はこのような制限を受けるが、注文者が残部解除をして準完成物の引渡しを求めたのに、請負人が引渡しを行わなければ、注文者は改めて有効に残されている既履行部分も解除ができるというべきであろう。

38) 「昭和56年判決」が、可分そして注文者に利益があるかを問題にしていることは既に述べた通りである。小野・前掲書286頁も、不可分ということを問題として、不可分の場合には注文者にとって意義がなく、これは建築請負にはあまりありえない類型であり、特に高度の技術を要するために、他の業者に完成させる余地がなく、しかも一部では使用しえない場合のみであろうと評する。オーダーメイド的性格の強いコンピュータソフトの開発契約においては、未完成のソフトはほとんど無価値であろうから判例の一部解除への制限法理が適用になるかは疑問といわれている（生田敏康「注文者の協力義務」福岡大学法学論叢52巻4号〔平20〕471頁）。

装をしたが、特殊な塗装であり他の業者が同じ塗装で残部の塗装を行うことはできず、他の業者により塗装工事を全てやり直す必要がある場合にも、注文者に全部解除が認められてよい。

（c）他の者による完成が可能な場合

1 棟の建物の建築が途中までされた事例についても、「昭和56年判決」のいう「可分」「利益を受ける」という基準を適用して残部の解除のみに限定しようというのが学説である³⁹⁾。しかし、本稿はこれに疑問を持ち異なる構成（結論も多少の差は生じる）を模索しようとしている。

（ア）「完成なければ報酬なしの原則」 「完成なければ報酬なしの原則」からは、数量的給付でなければ、請負人は完成しなければ契約を全部解除されるというリスクを覚悟すべきであり、上記の完成に準じる場合に例外を認められるに過ぎないのであろうか。既施工部分の引渡しを受けてこれを利用して工事を完成させるか（→(イ)）どうかは注文者の自由というべきであろうか⁴⁰⁾。確かに「附合・加工型事例」でなければ、例えば、特注の工作機械の生産を依頼し、請負人が途中まで生産したが納品の期日を過ぎても完成させずに放置している場合には、541条により催告した上で全部解除が認められてよい。仕事と共にそれに対応する債務は徐々に減っていくかのであるが⁴¹⁾、完成がない限り契約目的を達成しえないので、注文者は契約全部の解除が可能と考えられる。しかし、①先の瑕疵担保とのバランス論の他、②注文者の選択による一

39) 後藤・前掲書34頁は、既になされた仕事部分が当事者双方の利益になる場合、未施工部分についてのみの解除に制限するのが合理的であり、「社会経済的にも得策である」という。そして、これを建物の途中までの建築がなされた場合にもあてはめている。来栖・前掲書485頁も、雇用とは異なり遡及効があり、請負人の帰責事由により解除がされた場合、仕事の中途にあっても、仕事が完成しない限り、原則として報酬を請求できず、「ただ一部の仕事がある価値をもつときにのみ、それに対する報酬の支払を請求しうるにすぎない」という。北川善太郎『債権総論（第3版）』（平16）181頁は、請負契約では仕事が可分の場合に、出来高部分を除く残部について部分解除ができるに過ぎないという。

40) 後藤・前掲書27頁は、途中などの請負人の施工した工事が注文者になら利益にならない場合につき、「報酬金は仕事の完成に対して支払われるものであるという原則に立って処理するのが相当」という。

部解除は認められてよく、また、③「附合・加工型事例」は別の考慮が必要であると考えられる。後二者について以下に述べよう。

(イ) 既施工部分の「履行認容」があれば別　まず、契約解除に際してまたはその後に注文者が既になされた仕事を履行として認容する場合には、その部分についての履行としての効果を認めてよく、契約解除の効力は残部の工事に限定されてよい。残部のみを解除し、本来完成しなければ履行とは認められないのに既施工部分を履行として認容する意思表示である（既施工部分の「履行認容」といっておこう）。特に請負人に不利益をもたらすわけではなく、いったん解除の意思表示がなされた後でも、注文者によるこのような意思表示の選択を認めてよいであろう。

(ウ) 請負人に出来高分の報酬請求権ないし同額の償金請求権を認めるべき場合　更には、先の準完成の場合ではなくても⁴²⁾、「附合・加工型事例」についての特別の例外を認めるべきである。

建物建築等の「附合・加工型事例」においては、折角施した経済的価値を高めた行為を無にしてしまうのは社会経済的に不利益という附合・加工の趣旨をあてはめることができ⁴³⁾（敢えて635条但書の趣旨に限定すべきではない⁴⁴⁾）、全部解除を認めて「原状回復」をさせるのは適切ではない⁴⁵⁾。賃貸借のように、契約終了時の原状回復が契約内容になっている場合とは異なり、契約関係によ

41) 全部の履行があつて初めて請負人の仕事完成義務が履行により消滅し、それ以前は、数量的な履行とは異なり、受領がない限り履行分債務が消滅すると考えるべきではないということも考えられるが、「数量的一部解除論」で全部解除ができる場合の数量的な一部履行の場合同様に、履行分は債務が消滅するが全部解除ができると考えるべきである。

42) 中川善之助・打田峻一『契約』（昭37）236頁は、債務不履行の一般論において、不可分の場合にはそれだけでは価値がないから全部解除できるが、不履行の部分が給付全体からみて軽少なものである場合には、全部の解除を認めることが信義則に反するときは解除はできないと述べるが、これは請負にもあてはまらう。

43) 附合の有無で事例を分けることの是非は疑問がないわけではない。附合型以外でも途中で製作した仕事が廃棄されることになるからである。疑問は残るが、既に附合している場合またそのような形態の工事を注文者が覚悟している場合と、途中までの製作を受け取れることを義務づけられる場合とは、やはり区別されてしかるべきように思われる。

り附合・加工の法理が排除されると考えるべきではない。

途中までの工事が他の業者によって容易にまたその回収ができないうリスクを負担させるのが酷とされるほど高額な費用増加なしに続行工事を行うことが可能であれば、注文者にも特段不利益はなく酷とはいえない。この事例も既施工工事の程度等種々の事情を総合判断すべきであるが、請負人保護のための641条とは異なり、注文者による債務不履行解除の事例では注文者保護を中心に考えるべきである。附合・加工の原理により出来高部分についての「償金」による清算を認めるに止めるべきである。その際に考慮されるべき事情としては、①仕事進行の程度、②費やした費用の程度、③他の業者が残工事を引き受けることが期待できるか、④初めから工事をやり直すよりも残工事に費用がかかるか、⑤請負人・注文者の解除までの態度等がある。これらを総合判断して、場

44) 我妻・前掲書641頁は、いわば635条但書の類推適用により、「工事の進行程度と債務不履行の態様とを相関的に考えて、原状回復が過大な社会的損失を生ずると認められる場合には——第635条但書の趣旨により——解除は制限されると解するのを正当としよう」という（同「判批」『判例民事法大正15年昭和元年度』（昭3）541頁、末弘・前掲「判批」も同様）。建築請負に限らず、わずかな未履行であり、瑕疵担保であれば解除ができない程度の場合（契約をした目的を達し得ないほどではない場合）には、債務不履行解除を制限する一般理論における重大な債務不履行という観点から解除を制限することは可能であろう。

45) 来栖・前掲書は、「一部給付がそれだけで有用であるか、又は、それが完成され得るとき」には、一部給付が「一部の成果」があったというとし（476頁）、「請負の仕事の一部がなされたとき、それが一定の価値がある場合には、請負人に出来高に応じた請負代金請求権がある」という（485頁）。また、川島武宜・渡辺洋三『土建請負契約論』（昭25）も、「多くの場合には、未完成の建築は、注文者にとっては未完成のものとしてそれだけの価値をもっているのであるから、注文者は、その除去を要求するよりも、むしろ一定の報酬を支払って未完成工事を引き取る方が、利益だと考えることが多いであろう。要するに、土建請負契約においては、民法からくる一般原則によらないで、未完成工事に対しても、一定の報酬を支払うことが合理的である場合が多い」という（92頁）。ただ、後者の注文者が引き取ることができるようにすることが望ましいという理念は、注文者の「履行認容行為」を認めることにより解決ができる。但し、注文者が実際に残工事の続行ができるかどうか利益を受けられるかどうかは未確定であり、停止条件ないし解除条件がついていいると考えることができるが、単独行為に条件をつけても不合理でなければ、その効力を認めてよい。

合によっては既施工工事相当額の金銭の支払いを認めることが可能である。しかし、それを一部解除への制限により実現するのは正しい解決方法とは考えられず、本稿では次のように新たなより適切な法的構成・根拠づけを模索してみたい。

(d) 原状回復を制限する法的処理

準完成事例では瑕疵担保とのバランス論から仕事既履行部分の解除を制限してよいが、「附合・加工型事例」では解除の制限によらずに、解除の効果である原状回復を制限する方法によることが考えられる。

(ア) 解除の制限は適切ではない 既施工部分により当然に注文者が利益を受けるわけではないので、請負人保護と注文者保護とを調整しなければならないが、その方法としては、以下の3つの選択肢が考えられる⁴⁶⁾。

①既施工部分（出来高分）の解除を認めず、受ける利益がそれに対応しないことについては、その差額を損害として、注文者に損害賠償請求権を認めて相殺により清算する方法、

②利益の限度で報酬債権を消滅させるよう解除の効力を制限する方法、

③全部解除を認めつつ原状回復義務を制限し附合の法理により利益の限度で請負人に償金請求権を認める方法⁴⁷⁾。

請負人が最終的に受けられる金額は②と③とでは変わらないが、②を解除の法理で実現することは困難であろう。残される①と③とは結論に差が生じるが（但し、既施工部分に対応する報酬債権を認めつつ、注文者の利益がそれに対応しなくても損害賠償で調整すれば結局の金額は同じになりうる）、641条の解除であ

46) 判例によれば、建物建築請負では、完成後引渡しにより建物の所有権が請負人から注文者に移転することになるため、土地への附合は否定され建築途中の所謂判例にいう建前も請負人の所有になる。そのため、建築途中で解除されれば、請負人はこれを除去する原状回復義務を負うことになるはずである。この点、判例の立場に立ったとしても、解除があっても注文者による途中までの仕事に対する履行認容があれば注文者への所有権の移転を認めてもよく、これがなくても原状回復が請負人に酷であり社会経済的な損失と認められるならば、附合を請負人は援用することを許されると考えることができる。

れば請負人に出来高分の費用を補償すべきであるのに対し、請負人の債務不履行による解除では、注文者保護を中心に考え、注文者が受ける「利益」を清算するに止めるべきである。社会経済的観点から「利益」として保持させ注文者に附合・加工の法理により償金支払義務（248条）を認めるという処理によるべきである。請負人を中心にその費用等を基準にするのではなく、注文者の受けた利益を中心に考えるべきであり、このことは注文者保護のための解除制度の延長線上で解決すべき問題であることから正当化されよう。また、利益の有無は解除後の事情も考慮されるべきであるが、解除の範囲の制限では解除時を基準に判断せざるをえないがこれも回避できるという利点もある。判例のように給付が可分か否かでなく、注文者が既施工部分により利益を受けているか否かという基準により、問題は解決されるべきである。

（イ）利益を受けるかどうかの判断について

❶ 注文者を基準とすべき 641条についての「昭和7年判決」は「当事者」の利益と可分という要件と共に掲げているが、注文者による履行としての認容がありまた複数の給付の1つの履行があった事例であり、その意味が疑問であることは既に述べた。「昭和56年判決」も、「昭和7年判決」と同じ可分と「当事者」の利益という要件をオウム返しのように述べるだけである。しか

47) 請負契約の遡及的解除を認める三宅教授は、既施工部分の解除の制限に対して、「解除による原状回復は、現物返還に限らず価格返還を含むのだから、この理論付けは速断に失する」と批判する（三宅・前掲書932頁）。そして、我妻・前掲書641頁が、土地の工作物については、原状回復の社会的損失を理由として解除の制限を主張し、可分ではなくても未完成部分の解除のみを認めることに対して、解除に依る原状回復は価格返還を含むと批判をする（同932頁注(2)）。

これならば、注文者が既施工部分を利用して工事を完成させた場合には、返還不能による価格返還ということを説明できるが、しかし、①利用しないで既施工部分を除去してしまった場合にも価格返還義務が生じてしまう。②更に、何よりも、原状回復義務としては、請負人が除去を義務付けられるのであり、注文者が返還を義務づけられるのではなく、引取りまた除去するのを妨害しないという消極的義務を負うに過ぎないはずである。その意味で、鑑定人としては価格返還義務ではなく、附合の償金請求の法理による解決によりたい。

し、債務不履行解除では、注文者の観点から考察されるべきであり、注文者の利益ではなく「当事者」の利益というのは疑問である。

② 注文者が既施工部分を利用して完成させたことが必要か？ では、注文者が現実には既施工部分を利用して工事を完成させなければ、「利益」を得たとはいえないと考えるべきであろうか。しかし、それは適切ではない。というのは、①注文者が既施工部分を利用できるのにこれを恣意に撤去して別の業者に初めから工事をやり直させたり、②注文者が直ちに工事の続行に努力せずまた既施工部分の管理を十分に行わず、そのために既施工部分が利用できなくなり撤去されるなど、注文者の恣意により途中までなされた工事を無価値なものとするかどうかが決められてしまい、不合理だからである。

注文者の恣意とはいえない場合（ないし帰責事由とはいえない場合）、即ち、注文者による既施工部分の撤去が、①工事部分に瑕疵があるための場合以外にも、②取引通念上やむを得ないと判断される事情による場合には、注文者に既施工部分についての費用負担から解放すべきである。ところが、既施工部分の撤去がやむを得なかったかどうかは解除後の事情を考慮する必要がある。解除の範囲の制限によると解除時にその効力を判断するので、解除後の事情により解除の効果が変わるというわけにはいかないが、注文者の利益を基準とした償金を問題として解除後の事情も考慮することを認めるべきである⁴⁸⁾。

48) 証明責任の点にも微妙に影響を及ぼす可能性がある。もし判例では注文者が自己に利益がないことを証明すべきものということになるのであれば、不当利得による解決では、請負人が注文者に利益があることを証明すべきなので、差が生じる。「物理的には」工事の続行が可能である限り、承継業者を探すのが困難であっても、いつまでも時間をかけて承継業者を全国津々浦々から探し、どれだけ赤字が出るおそれがあるとしても、事業計画が見通せなくても、基礎工事の途中まで出来上がっている以上、社会経済のために、それを使って建物を最後まで完成させよというのは、注文者に困難を強いるものである。続行工事をして、工事費用の増加などの損害を受けたならば損害賠償で調整できるというのは、請負人からの回収リスクを注文者が負担することになり、注文者の保護としては十分であるとは思われない。

また、社会経済上の不利益回避というのは、究極的には附合の論理であり、物理的観点からだけで考察がされるべきではない。

また、事例によっては、all or nothing的处理ではなく、公平の観点から過失相殺的な処理をして注文者に相当な限度で負担させるということも考えられる。例えば既施工部分が続行工事を引き受ける業者が見つかるまでに老朽化により傷んでしまい、その補修工事が必要になった場合、注文者に帰責事由がなければ当初の利益分のすべての償還を義務づけるのは適切ではない。

（2）注文者の債務不履行

注文者が仕事完成前に報酬を支払う特約がされているのに報酬を支払わず、請負人が541条により請負契約を解除するが、その時まで既に仕事は完成していたり、仕事に着手してある程度の履行がされている場合に、請負人による解除はどう考えるべきであろうか。

①仕事が「完成」している場合には、「附合・加工型事例」では、先に見たように請負人の履行を基準に考えるべきであり、特段の事情がなければ解除を認めるべきではない。それ以外の場合には、解除（全部解除）を認めて、製作物を他に売却するなどを可能とするべきである。②仕事が途中まで行われている場合には、④数量的給付かつ「附合・加工型事例」では（鉄道の数設等）、やはり請負人の履行を基準として、履行した以降の部分の解除に制限し、代金が足りなければ請求を、多ければ返還をすべきである⁴⁹⁾。⑤数量的給付でも「附合・加工型事例」でもなければ、全部解除をして注文者のために製作した物をすべて処分することを認めるべきである。⑥数量的給付ではない建物建築等の「附合・加工型事例」では、やはり請負人の履行を基準として、未履行部分の解除に制限し、既払い代金が足りなければ請求し逆に多ければ返還をすべきである。⑦数量的給付でなく「附合・加工型事例」でもなければ、例えば船

49) 議論されることが少ないが、一部解除の理論をここにも適用し、未施工部分についての一部解除とし、出来高に応じた請負人の報酬債権の存続を認める学説がある（後藤・前掲書31頁、栗田哲夫『現代民法研究(1)請負契約』（平9）68頁以下）。村田一広「請負工事の中途終了と報酬請求の可否」判タ1176号（平17）101頁は、一部解除による学説を紹介した後、この場合には損害賠償を請求することもできるという。請負人は全部解除をして損害賠償により出来高報酬相当額の支払請求が認められるという趣旨であろう。

船の建築請負のような事例では、請負人は全部解除をして、途中までの製作物を利用して完成させ完成した船舶を他に処分することができるというべきである。

但し、注文者の報酬代金債務の不履行による請負人による解除については、641条の注文者による解除と平行に、全部解除を②㉔の事例でも認めて、損害賠償による処理により行うことも考えられる。②㉔の事例でも、請負人に全部解除を認め、既に施工した工事費用分を損害賠償として注文者に請求することを認め、更に原状回復を義務づけた上でその費用を賠償請求するのは迂遠であるため、始めから原状回復義務を認めないという処理も考えられないではない⁵⁰⁾。しかし、結論に変わりがないのであれば（(1)とは異なり注文者が利益を受けるかどうかは考慮しない）、「附合・加工型事例」については、附合・加工の制度趣旨からして②㉔のように解除を制限すべきであろう。

おわりに——総括

1 請負人の債務不履行を理由とした注文者による解除以外

請負人の債務不履行を理由とした注文者による解除の事例をひとまず除き、請負人に既施工部分（出来高分）に対応する債権（報酬代金債権、損害賠償請求権または償金請求権）を認めてよい事例をまとめておこう。「数量的一部解除論」が当てはまる事例では、一部解除に制限されるのは当然であり、以下に述べるのはそれ以外の事例である（建物等〔附合・加工型事例〕と船舶等〔非附合・加工型事例〕とがある）。債権の性質は異なるが、金額はいずれにおいても等し

50) この点、判例が給付が可分可否か事例によって分けるのに対して、請負人が施工した部分は、「たとえ契約の目的に達してなくても、注文者にとってそれだけの価値がある」として、給付の可分性に対して疑問を提起する学説は傾聴に値する（内山・前掲書156頁）。但し、芸術家による作品の製作のように完成しなければ契約をした目的を達しない事例もあり、そのような事例可否かという区別は認められるべきである。村田・前掲論文100頁注8は、判例の「給付の可分性」の意味は、既施工部分が注文者の利益になる場合に、当該利益を出来高報酬の問題として算定・評価しうることを意味すると理解すれば足りると評する。

くなるべきである。

（1） 641条による解除（損害賠償債権）

①641条による解除では請負人の保護が極力図られるべきであり、既施工部分の代金相当額、未施工工事部分についての収益額相当の損害賠償請求権が認められてよい。「完成」まで解除を認めるのが民法の規定であり、あえて一部解除として、報酬代金を一部存続させる必要はない。②但し、「数量的一部解除論」が妥当する事例においては、「完成」した「数」ないし「量」の部分には641条による解除ができず、残部についての一部解除とならざるをえない。

（2） 注文者の履行認容による一部解除（641条の解除）

更には、注文者は641条により請負契約を全部解除できるが、既履行部分をそのまま「履行認容」して残部についての一部解除のみを行うことを認めてよい。この場合、例えば製作物供給契約で、既に製作された分を「履行認容」して残部解除をした後に、途中までの製作物の引渡しを求めたが引渡しが行われない場合には、注文者は存続している請負契約の部分について債務不履行解除をすることが許されるべきである。

（3） 注文者の債務不履行に対する請負人による解除

注文者が代金を支払わないことにより請負人から契約解除をする場合には、全部解除をしても、請負人の注文者に対する既施工工事の代金相当額、未施工工事部分についての収益額相当の損害賠償請求権を認めてもよい（641条と同様）。もし請負人が途中までの製作物を利用して完成品を作り、これを販売して利益を挙げた場合には、それを損益相殺すべきである。但し、「附合・加工型事例」については、請負人が既に行った仕事部分については解除を認めるべきではなく、その部分の代金を存続させ、残部についてのみ解除をすることが許されるべきである。

（4） 注文者の責めに帰すべき履行不能

更に、注文者が請負人による工事を排して、他の業者により途中からの工事をさせて仕事を完成させてしまった場合、債権者の責めに帰すべき履行不能であり（536条2項前段）、請負人は解除をしないで全額の報酬を請求できる。但

し、残工事分については自らの労力と費用を免れた分を差し引くべきである（同項後段）。

2 請負人の債務不履行を理由とした注文者による解除の場合

請負人が工事を途中までしたが倒産して工事を続行しないため注文者が解除をする場合や、途中までなされた工事（既施工部分）に瑕疵が発見されその改善がされないため注文者が解除をする場合等では（541条による債務不履行解除）、注文者の保護を中心に据えて考えるべきである。

（1）数量的一部不履行の場合

複数の仕事または可分な量的仕事を1つの請負契約の対象とした場合には、「数量的一部解除論」があてはまり、全部がそろわなければ契約をした目的が達し得ない特段の事情がない限り、既履行部分の解除はできず、不履行となっている未履行部分についての一部解除が可能であるにすぎない。

（2）数量的一部不履行ではない場合

（a）既施工部分（出来高分）に対応する債権が否定される事例

「数量的一部解除論」が当てはまらない事例では、「完成なければ報酬なしの原則」が適用され、注文者は全部解除できかつ既施工部分（出来高分）の報酬支払義務ないし同額の償金支払義務を免れ、かつ、請負人に対する原状回復請求や損害賠償請求が認められるのが原則である。

（ア）「附合・加工型事例」以外 「附合・加工型事例」以外については、次の（b）（ア）のほぼ完成に等しくそのまま引渡しを受けて契約をした目的達成に支障がない場合でなければ、注文者は原則通り全部解除ができる。

（イ）「附合・加工型事例」 「附合・加工型事例」でも以下の場合には、注文者は既施工部分に対する代金、償金等の支払義務を免れるものと考えてよい。

a) 既施工部分に瑕疵がある場合 先ず、既施工部分に瑕疵があり、残工事に利用できない場合には、注文者は既施工部分により何らの利益を受けず受けるのは損害だけである。この場合には、注文者は既施工部分の修補を要求でき、これに請負人が従わなければ契約全部の解除が認められる。

β) 請負人の管理が悪く利用しえなくなった場合 次に、既施工部分に瑕疵はなかったが、請負人が工事を中断してしまい、中断をしている間の既施工部分の管理が杜撰であったために、工事に傷みが生じて続行工事には使えず始めから工事をやり直さざるをえない状態になった場合も、α)の事例と同様である。

γ) 既施工工事を利用しないことを注文者に帰責しえない場合 α)やβ)のような事情がなくても、注文者が以下のような事情により既施工部分を撤去した場合には、その不利益を注文者に負担させるべきではない。641条の解除とは異なり、請負人の債務不履行を理由とした解除については注文者の保護を優先して考えるべきである。

①他の業者に始めから一貫して全部の工事を行ってもらったほうが安価になる場合、②その請負人でなければならない工事であり他の業者が残工事ができない場合のほか、③工事の過程などからして瑕疵は確認されていないが、瑕疵の存在が疑われるため他の業者が残工事を引き受けようとしない場合など、既施工部分に瑕疵が確認されていなくても、注文者がそれを利用しないことが許容される場合には、全部解除をして請負人に原状回復を求めることが認められてしかるべきであろう。

(b) 既施工部分（出来高分）に対応する債権が肯定される事例

(ア) 完成に準じる事例——解除の範囲の制限 請負の瑕疵担保責任は債務不履行の一種であるが、注文者は瑕疵があっても契約をした目的の達成ができなくなる場合でないと契約解除は認められず、債務不履行があっても契約解除を制限する趣旨がそこには窺われる。確かに受領を契機として瑕疵担保責任が適用になるが、除斥期間の点はともかく解除の制限については受領の有無で分ける絶対的必然性はない。そのため、解除に至った経緯等も考慮して完成に近い段階にある場合には、残りのわずかばかりの工事を行わないことを理由に全部解除を認めるべきではない。ただ、残工事部分の解除後、注文者により未完成の製作物の引渡しを求められたのに対して、請負人が引渡しをしない場合には、注文者は解除されず有効に残されている請負契約を解除できてよい（541条）。

仕事が途中まで行われた事例における解除の整理

給付の内容	541条の解除		641条の解除
数量的給付が 目的とされている場合	数量的一部解除論 (既履行の数量的部分は解除ができない)		同左
非数量的給付が 目的とされている場合	非附合・加工型事例	原則として全部解除可能 (償金支払義務なし)	原則として全部解除可能 (損害賠償義務あり)
		既履行分を認容して一部解除によることも可能	同左
		準完成の場合には残部解除のみ	同左
	附合・加工型事例	原則として全部解除可能 (償金支払義務あり)	原則として全部解除可能 (損害賠償義務あり)
		既履行分を認容して一部解除によることも可能	同左
		準完成の場合には残部解除のみ	同左

(イ) 完成に準じる事例以外

a) 「履行認容」がある場合 「附合・加工型事例」か否かを問うことなく、注文者が既になされた工事、製作を「履行認容」しその分の代金を支払いそれ取得するつもりで、請負人の債務不履行を理由に残工事部分についてのみ解除（一部解除）することを認めてよい。この場合には、既になされた工事・製作は有効のままなので、注文者はその引渡しを請求できる。製作物供給の場合には、もし請負人が未完成の製作物の引渡しをしない場合には、残った有効な請負契約部分も解除をして（541条）一切の代金の支払いを拒絶することができる。

β) 「附合・加工型事例」——「償金」支払義務 請負の仕事の内容が注文者の所有物に附合や加工を施すことである場合、契約関係があっても附合の法理を排除すべきではなく、完成に準じる事例ではなくても、なされた仕事を存続させることが望ましい。注文者は全部解除ができるが、既施工部分の原状回復を認めるべきではなく、注文者に受けた「利益」に対応する償金義務を認めるべきである。解除の制限でよいではないかと疑問に思われるかもしれない

いが、解除の範囲の制限では、注文者が既施工部分により利益を受けないまた請負代金相当の利益を受けない場合にも、全額の支払いを義務づけられてしまい適切ではない。この点、それは損害賠償請求権を認め代金と相殺すればよいではないかという疑問を持つかもしれない。その可能性も否定しえないが、必ずしもすべて損害賠償で清算できるのかは疑問が残されるので、やはり、始めから利益に対応する「償金」だけに限定するのが適切でよいのではなかろうか（(2)(a)(i)γ参照）。

以上で本稿を終える。瑕疵担保責任の場合に、瑕疵があっても修補可能ならば解除を認めないこと、また、注文者が修補義務を排除して損害賠償を選択できることは、本稿の問題に密接に関連した問題であり、この点は続稿により論じたい。