

# ドイツにおける製作物供給契約概念の生成-日本法への示唆を含めて-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2009-02-10 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 芦野, 訓和 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/1455">http://hdl.handle.net/10291/1455</a>

【論 説】

# ドイツにおける製作物供給契約概念の生成

——日本法への示唆を含めて——

芦 野 訓 和

## 目 次

はじめに

### 1 序

2 製作物供給契約を通じて現れる問題点

3 本稿での検討対象と構成

### I 売買契約と請負契約の異同概観

一 ドイツ民法における売買契約と請負契約の異同

二 日本民法における売買契約と請負契約の異同

### II 製作物供給契約概念

一 ドイツ民法

二 日本民法学説

### III ドイツにおける製作物供給契約概念制定史

一 BGB制定前史

## 二 BGB六五一条制定史

おわりに——我が国への示唆——

## 1 新たな流れ

## 2 むすびに代えて

## はじめに

## 1 序

「契約当事者の一方が、もっぱら、または主として自己の供する材料により、相手方の注文する物を製作し、供給する契約を製作物供給契約という<sup>(1)</sup>」が、この《製作物供給契約<sup>(1)</sup>》という契約観念は、我が国の民法典では何らの規定もなされていない。このような契約観念をどのようなものとしてとらえるか、また、立法に際しいかなる態度で臨むかについては各国で様々なものがあり<sup>(2)</sup>、我が国が立法の際に——その草案段階ではあるが——参照したドイツ民法典では《製作物供給契約》という契約観念が規定されている。また、我が国の立法の際にも（規定されなかったとはいえ）立法者もこの観念を意識はしていたようである<sup>(3)</sup>。

しかしながら、明文規定を欠いていることにより、この種の契約をどのようなものと捉えるのかにつき我が国の学説は対立している。その対立を大きく分類するならば、売買契約かあるいは請負契約のいずれかに組み込もうとするものと、売買契約と請負契約の両要素を持つ製作物供給契約という混合契約を認めるものの二つに分けることができ

る。<sup>(4)</sup> この対立は今日においても未だ決着を見ていないように思える。<sup>(5)</sup>

しかし、これらの見解は主に体系書・注釈書あるいは教科書などでの記述がほとんどであり、我が国において製作物供給契約そのものに正面から取り組んだものは決して多くはない。<sup>(6)</sup> しかしながら、次に述べるように、この製作物供給契約概念を通じては様々な問題が浮き彫りになる。

## 2 製作物供給契約を通じて現れる問題点

### (1) 製作物供給契約の問題点

まず、そもそも、製作物供給契約という契約観念は必要なものであるのか。必要であるとして、それはどのような性質の契約であり、また、その契約にはどのような内容の合意までが含まれることになるのか、ということが不明確であるという問題がある。これらを検討するに当たっては、類似する契約類型である売買契約・請負契約と製作物供給契約との異同を検討する必要がある。それにより、中間的な観念とされる製作物供給契約の必要性及びその性質・内容を浮き彫りにすることができよう。

次に、製作物供給契約の解釈においてはどのような基準が有益であるかという問題がある。後述するように、ドイツ民法典は動産の製作物供給契約について目的物が代替物であるのかそれとも不代替物であるのかでその法的効果を異にするが、そのような基準をそのまま解釈の指針として用いることができるのかということが問題ともなり得るからである。なぜなら、売買契約の場合には、売主の瑕疵担保責任の法的性質について従来は、特定物と不特定物との分類が（その当否を含めて）議論の中心となっており、とするならば、類似する製作物供給契約においてもその区別基準を

用いることができるか(用いる必要があるか)という検討も必要なのではないだろうか。また、そもそも、我が国では《特定物と不代替物との区別》が未だ明確であるとは必ずしもいえず、その点も見据えた上での検討が必要であろう。さらには、《混合契約》(ないしは《非典型契約》)の問題をどのように考えるかという点もあげられよう。「ある典型契約の構成分子を包含するが完全にその典型契約と一致せず、異なる構成分子をも包含している契約」という観点からは、製作物供給契約はまさしく混合契約であるからである。そこからは、例えば、《類推適用》などの法適用の問題という重要な問題も生じることとなる。すなわち、裏返すならば、典型契約論というものの再考が必要となつてくるだろう。<sup>(9)</sup>

## (2) 売買契約と請負契約との相違点

右よりさらに発展する問題として、混合契約と見るときには、遑つて売買契約と請負契約の相違点にも着眼しなければならぬ。

そもそも、製作物供給契約は、「注文者の要請に応じて物を製作する」という観点から見れば請負的な側面を有しているし、また、「(製作した物を)注文者に引き渡す」という観点から見れば売買的な側面を有している。しかしながら、請負契約と売買契約ではその要件及び法的効果において様々に異なる点があり、それにより、様々な疑問点が生ずることになる。

例えば、売買契約は賃貸借契約と並んで《与える債務》を発生させる契約の典型であるとされるが、請負契約は雇用や委任などと並んで《なす債務》を発生させる契約であるとされる。<sup>(10)</sup>このような位置づけからは製作物供給契約はどのような給付及び契約と位置づけることが可能になるか。

また、後に検討するように、売買契約と請負契約とはその法的効果を異にする点が多くあり、製作物供給契約をどのような内容の契約と捉えるかにより、製作物供給契約についての法的効果も大きく異なる場面が生じ得る。例えば、給付の目的物に瑕疵があつた場合の瑕疵修補請求権につき、請負契約では規定があるが、売買契約では規定は存在しない。そこからは、製作物供給契約の目的物に瑕疵があつた場合に瑕疵修補請求権を認めることができるかという問題なども生じてくる。また、製作物供給契約とされる契約の中には給付の目的物も様々なものが含まれ、そこからは、瑕疵担保責任の期間制限などの問題も生じてくることとなる。

さらには、従来議論されてきたように、そもそも売買契約そのものにおいて瑕疵修補請求権を認めることができるかという問題があり、このような観点からは、売買契約における危険負担や瑕疵担保の問題を考える上での示唆を得ることができ<sup>(11)</sup>、さらには、これまでの我が国の民法学説において大いに議論されてきている《不完全履行と瑕疵担保責任の関係》をどのように捉えるかという問題も関連するものとして生じてくる<sup>(12)</sup>。

### (3) 請負契約上の問題

製作物供給契約の一要素といふことができる請負契約そのものに目を転じてみても、研究対象としての請負契約の重要性が浮き彫りになる。

我が国の民法理論上、請負契約は売買契約と並んで典型契約の代表的なものとして取り上げられることが多いが、研究対象として後者が盛んに取り上げられ、あるテーマの素材となることができわめて多いのに比べ、前者が取り上げられることは決して多かつたとはいえないだろう<sup>(13)</sup>。しかしながら、このことが請負契約の研究対象としての重要性を損ねるものではないし、請負契約そのものにも残された課題は山積みされているはずである。例えば、《履行請求権》

としての瑕疵修補請求権を見ると、我が国においてもなるほど確かに明文規定はあるが、給付の目的物に瑕疵があった場合に注文者が有する他の権利（解除・損害賠償）との関係について、ドイツのような履行請求権優位の原則で行くのか、それとも並列的なものとして扱うのか、さらには、金銭賠償が優越するのか、などの問題があり、また、そもそも、債務不履行時の問題である瑕疵修補請求権と債務不履行以前から存在する第一次的履行請求権との関係をどのように考えるかという問題もある。他にも、目的物の所有権帰属、危険負担、継続的製作物供給契約なども問題となり得るし、さらには、下請負人やいわゆる建築家・建築士が加わる多角的法律関係の問題など未解決の課題が数多く考えられる。

### 3 本稿での検討対象と構成

以上のような様々な問題については、もちろん本稿だけではとうてい検討し尽くすことはできず、今後順次研究を進める予定である。それらに先立ち、本稿では、前述の諸問題を検討する前提として、ドイツにおいてなぜ製作物供給契約概念が規定されたのかについて考察することとする。後述するように、ドイツの立法過程において製作物供給契約として念頭に置かれていた契約の内容は当初から一貫したものではなく、議論の過程の中からその範疇が絞り込まれてきているのであり、その過程の検討を通じて、製作物供給契約概念の必要性及びその内容と性質、また、我が国の法解釈の際にはどのような内容の契約を対象として、いかなる方法で行うのが有益であるか、ということが明らかになるのではないだろうか。さらには、そこから、製作物供給契約概念というフィルターを通して、売買契約と請負契約の間の問題点及びその将来像も見通すことが可能になるのではないかと考えたからである。

その際の方法としては、まず、ドイツ及び我が国の両法体系における売買契約と請負契約の異同について検討する(次述I)。次に、両法体系における製作物供給契約概念を概観し(後述II)、その後、ドイツにおける製作物供給契約概念制定史について、資料の分析を元に検討する(後述III)。そして最後に、「おわりに」において、ドイツ及び我が国における近時の法制定の流れを検討し、以上の検討により我が国の解釈への示唆を得ることとする。

## 注

- (1) 広中俊雄『新版注釈民法(16)』一一五頁(幾代通―広中俊雄編)(有斐閣、一九九二)。
- (1-1) この用語はドイツ語の“Verklieferungsvertrag”の訳語であるが、この呼称に異論があることにつき、広中・前掲注(1)九九頁を参照。
- (2) 各国の立法例につき、簡単には、岡松参太郎『注釈民法理由債権編』次二五二頁(有斐閣、第七版、一八九九)、及び後述III 2(2)を参照。
- (3) 参照条文としてあげられてはいないが、審議の中でドイツ第一草案の内容が紹介されている(後掲注(46)五二八、五二九頁を参照)。
- (4) 我が国の学説の整理については、後述IIを参照のこと。
- (5) 広中・前掲注(1)によれば今日では混合契約を認めるとする後説が有力になっているとされ(広中・前掲注(1)一一六頁参照)、筆者の眺めた限りでも、通説といえるほど共通の見解とすることができるかともかく、かなり支配的な見解であることは間違いないと思われる。
- (6) 製作物供給契約そのものに取り組む主なものとして、谷川久「製作物供給契約の性質」商事法務二八五号五頁(一九六三)、打田駿一「製作物供給契約」『契約法大系IV』一八〇頁以下(有斐閣、一九六三)がある。さらには、目的物をマンション・建売住宅に限定して検討するものではあるが、淡路剛久「製作物供給契約」『現代契約法大系7』三七〇頁以下(有斐閣、一九八四)がある。
- (7) 周知のように、(特定物と不特定物)は当事者の主観により決まるものであるのに対し、(代替物と不代替物)は物の客観的な性状により定まるものであると説明される(例えば、我妻栄『民法総則(民法講義I)』二〇九、一一〇頁(岩波書店、一九六五))が、柚木博士は、売主の瑕疵担保責任を論ずる際に、特定物を「客観的・一般的に不代替性を有する物であって、



当事者が主観的・具体的にその個性に着目したもの」(柚木馨「売主瑕疵担保責任の研究」四三三頁(有斐閣、一九六三))としており、両基準を併用的に用いている。

(8) 来栖三郎「契約法」七四〇頁(有斐閣、一九七四)。

(9) 近時、典型契約の再考を促すものとして、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」加藤一郎古稀「現代社会と民法学の動向」下「二七頁以下(有斐閣、一九九二)、大村敦志「典型契約と性質決定」(有斐閣、一九九七)(初出は、法協一一〇巻九号、一一七巻七号、二二号、一一二巻七号、一〇号(一九九三—一九九五))などがある。とりわけ、製作物供給契約との関係については、大村・一六〇、一六一頁を参照。

(10) 例えば、鈴木祿弥「債権法講義」六四二頁(創文社、三訂版、一九九五)など。

(11) 広中俊雄「債権各論講義」二六三頁(有斐閣、第六版、一九九四)。

(12) 売主の瑕疵担保責任の性質については多くの文献が存在するが、さしあたり、近時のものとして、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」(一)「(三)」法協一〇七巻二号一七一頁以下、一〇七巻六号八九五頁以下(ともに一九九〇)、一〇八巻五号七三五頁以下(一九九二)、及びそこで引用されている諸文献をあげることとする。

(13) 代表的なものとしては、内山尚三教授の一連の論考及び栗田教授の一連の論考をあげることができよう。また、近時になって各論的な考察ではあるが、請負契約について検討をおこなう論考もでてきている。例えば、花立文字「建築家の法的責任」(法律文化社、一九九八)、笠井修「保証責任と契約法理論」二二九頁以下(弘文堂、一九九九)、原田剛「注文者の新規製作請求権に関する一考察」ドイツの判例・学説を手掛かりとして(一)(二)(三)「完」論叢一四二巻五号(一九九七)、一四三巻三号(一九九八)、同「注文者の瑕疵担保請求権の構成」奈良座一一巻四号一頁以下(一九九九)などがある。

(13-1) 請負契約の研究が盛んにならなかつた理由としては以下のようなことが指摘されている。① 請負人は特殊な技術・技能の専門家であることが多く、注文者が法的に争つてまでクレームをつけることが少なかつたこと。② 請負の中心を占める建築請負において、建築業界の体質が古く、紛争を裁判で決着をつけようというところまでいかないことが多かつたこと。

③ 約款または書式により契約内容が民法と異つて約定されることが多く、民法解釈が問題にされることが多くなかつたこと。④ 建築請負と並ぶ請負の二大分野たる運送については、商法が運送営業についての特別規定を置いた(また更に特別法がある)ため、問題の処理は専らそちらに任されることになった。(水本・後掲注(50)三〇五頁、平野・後掲注(26)四三八頁を参照)。

(14) 「多角的法律関係」という觀念については椿寿夫「民法学における幾つかの課題」(七)「(九)」法教三三一号三二頁以下

(一九九九)、一三三三号五五頁以下、一三三三号六五頁以下(ともに二〇〇〇)を参照。

## I 売買契約と請負契約の異同概観

具体的考察に先立ち、まず、ドイツ及び我が国の売買契約と請負契約の異同を明らかにし、製作物供給契約概念を探る手だてとしたい。

### 一 ドイツ民法における売買契約と請負契約の異同

従来ドイツにおいては、請負契約はもっぱら雇用契約との境界事例が問題とされてきたようであり、売買との境界についてはその規定の存在ゆえか、BGB制定直後にそれを論ずるものがいくつも見られた後は、それほど多くの議論がなされてこなかったようである。しかしながら、近時になり請負契約と売買契約との境界においても多くの問題が明らかとなり、議論がなされるようになってきている。<sup>(15)</sup> 以下、具体的に異なる点をあげることとする。<sup>(16)</sup>

#### 1 権利供与義務

まずあげられるのは権利供与義務についてであろう。

売買契約の場合には、ある物の売主はそれを買主に引き渡し、その所有権を移転しなければならない(BGB四三

三条一項一文)。同様に、権利の売主はその移転を義務づけられている (BGB 四三三条一項二文)。

これに対して、純粹な請負契約については、BGB 六三一条一項は請負人の権利供与義務について何ら定めていない。したがって、このような義務については何らの需要も通常は存在しない。このことは、請負契約の目的 (Gegenstand) が「労働もしくは労務供給により生ずるその他の結果」である場合、すなわち、無形の結果 (いわゆる遂行の請負 (Leistung) (BGB 六三一条二項二号)) の場合に顕著である。この場合の例として、Medicus は運送契約をあげる。すなわち、運送契約においては請負人は注文者に何らの権利の移転をすることもなく、例えば切符の「売買」を通じて運送給付が開始する場合であっても、運送給付の請求は切符の譲渡に左右されることなくそれ自身存在するのである。<sup>(17)</sup>

また、物の製作または変更の請負契約 (いわゆる物の請負 (Sachwerk) (BGB 六二一条二項二文)) にも、その目的物は有形ではあるが、何らの権利供与も必要としない場合がある。具体例としては、靴の修理の場合があげられる。靴屋は修繕した靴を注文者に引き渡すことのみが必要なのであり、譲渡することは必要でない。また、建築請負の場合であっても、請負人により取り付けられた材料はBGB 八四六条、九三条、九四条により、いずれにせよ土地の所有者の所有に帰することになり、やはり権利供与義務は生じないこととなる。

## 2 瑕疵担保責任

次には、瑕疵担保の際の責任、とりわけ瑕疵修補請求権をあげることができる。

売買契約においては、目的物に瑕疵のないこと及び保証された性質の現存の義務が売主には課されているが (BGB 四四九条)、しかしながら、このことは瑕疵があった場合に修補 (瑕疵除去) が売主に義務づけられていることを意味しない。瑕疵があった場合の売主の責任の内容は、通常は解除 (BGB 四六二条) あるいは代金減額 (BGB 四六

三条)に限定され、目的物が種類物の場合には、売主は瑕疵のない品物を代物給付することが義務づけられる(BGB四八〇条)。すなわち、法律は売主をもつぱら単なる販売者として想定し、製造者として想定していないがゆえに売主には追完義務を要求しようとはしていない。

これに対して、請負契約の場合には、請負人には仕事の完成義務が課され(BGB六三三条一項)、仕事に瑕疵があつた場合には、その仕事完成前であっても注文者は請負人に瑕疵修補を請求することができる(BGB六三三条一項)。そして、適時に瑕疵の除去がない場合には、注文者は瑕疵修補に代えて解除又は損害賠償を請求することができる(BGB六三三四条一項)。したがって、請負人はまず第一に瑕疵修補が義務づけられることになる。<sup>(18)</sup>

### 3 瑕疵担保責任の期間制限

さらには、瑕疵担保責任の期間制限も問題である。なお、この責任の期間制限について我が国では、売買契約・請負契約ともに、その期間の性質が消滅時効であるのかそれとも除斥期間であるのかという争いがあるが、ドイツ民法においては、両期間とも「時効により消滅する(Verjähren)」と定められており(BGB四七七条一項、六三八条)、その点についての争いはない。

売買契約の場合には、売主が故意に黙っていたのではない物の瑕疵に対する請求権は、動産の場合には引き渡し後六ヶ月<sup>(19)</sup>、不動産の場合には明け渡し後一年で時効にかかる(BGB四七七条一項)。これらの期間の起算点は、瑕疵に気づいた時でもなく、また、消滅時効一般について規定するBGB一九八条のように請求権の発生時(この場合には損害の発生時)でもないので、買主にとつては重くのしかかることになる。確かに判例はBGB四六八条、四八〇条二項の損害賠償請求権と並んで積極的債権侵害及び契約締結上の過失による損害賠償請求権も認めるが<sup>(20)</sup>、しかし、こ

これらの請求権は、それが物の瑕疵と関連していない場合には、BGB一九八条により請求権の発生時に消滅時効が開  
 始し、一九五条により三〇年の期間制限にかかるといわれている。しかしながら、このことは奇妙な結果を導き出す  
 ことになる。<sup>(21)</sup> すなわち、売り渡した機械それ自身に瑕疵がある場合には、BGB四七七条一項により請求権は引き渡  
 し後六ヶ月で時効にかかる。それに対して、売主が瑕疵のない機械の操作について買主に誤った情報を与えた場合に  
 は、BGB一九五条により買主はそれにより発生した損害を三〇年間請求することができる。<sup>(22)</sup>

請負契約の場合には、請負人が故意に黙っていた場合を除き、原則として六ヶ月、不動産に関する作業については一  
 年、土地工作物については五年の時効が定められている。請負契約のこれらの時効は通常は仕事の引き取り (Abnahme)  
 のときから進行する(ただし、引き取りを必要としない契約については仕事の完了時 (BGB六四六条) である)。な  
 お、この引き取りとは、単なる物理的な引き渡しではなく、契約に従って完成された仕事 (BGB六四〇条一項) の  
 引き取りであり、したがって、注文者はまず第一に仕事に瑕疵がないかを検査することができる。この点、判例では、  
 特殊な仕事の場合にはより長期の期間が認められることになる。<sup>(23)</sup> また、請負人が注文者の同意を得て瑕疵の検査など  
 を行う場合には、請負契約特有の時効停止事由が定められている (BGB六三九条二項)。さらには、売買契約で生じ  
 た積極的債権侵害及び契約締結上の過失による損害賠償請求権の普通時効の問題は請負契約の場合にも生ずること  
 なる。この場合、これらの請求権は、売買におけるBGB四六三条及び四八〇条とは異なって、過失責任を想定した  
 BGB六三五条の請求権と競合するものとされる。その場合に、いわゆる欠陥結果損害による請求権がいずれの期間  
 制限に服するのかによりその結果は大きく異なることになり、売買契約の場合と同じような奇妙な結果を生じること  
 になる。<sup>(24)</sup>

なお、これらの時効は、後述する日本民法とは異なり、その両者ともに契約により伸長が可能である (BGB四七

七条一項、BGB六三八条二項<sup>(25)</sup>。

#### 4 危険負担

また、危険負担についても差異が見られる。

売買契約では、通常は目的物の引き渡し (Übergabe) と同時に買主に危険が移転する (BGB四四七条)。ここでの引き渡しとは、占有の移転、すなわち物に対する事実上の支配力の移転をいう。つまり、不動産にあっては、売主が明け渡し、買主が受領するという現実の引き渡しであり、動産にあっては、買主による目的物の受領である。

これに対して、請負契約では仕事の引き取り (Abnahme) まで請負人が危険を負担することになる (BGB六四四条)。瑕疵担保責任の起算点の場合と同様に、ここでの引き取りとは、売買契約の場合 (BGB四三三條二項) のような物理的な占有の移転だけでは不十分であり、注文者がこれを検査し、了承することが必要である。

#### 5 小括

ドイツ民法における売買契約と請負契約の異同については以上のようなものをあげることができるが、以下簡単に比較してみよう。

まず、瑕疵修補請求権の有無については、他の比較しうる諸契約 (賃貸借契約・請負契約・リース契約) が瑕疵修補請求権を認めているのに対し、売買契約では瑕疵修補請求権が認められていない。

次に、損害賠償請求権であるが、売買契約が「保証された性質の欠如及び悪意の不告知の場合」に初めて損害賠償を認めているのに対し、請負契約では単に「請負人の責めに帰すべき事由」があった場合に損害賠償が認められる。

また、担保責任の期間制限については、目的物が土地工作物ならば、売買法では一年の期間制限に服するのに対し、請負法では五年の期間が認められることになる。この期間制限は起算点も異なる。

最後に、危険負担であるが、ある契約が売買契約であるとされた場合には、売主は目的物を引き渡せば（買主には受領義務がある（BGB四三三二条二項））危険の負担から解放されるのに対し、請負契約である場合には、注文者がその物を検査し、了承するまで危険を負担することになる。

## 二 日本法における売買契約と請負契約の異同

次に、我が国の民法上の異同を眺めることとする。その際には、ドイツとの区別が明らかになるように、ドイツ法において行つたのと同じような項目で考察することとする。

### 1 権利供与義務

我が民法においても、売買契約の売主に権利供与義務があることは明記されている（五五五条）。

これに対して、請負契約に関しては何らの明文規定もなく、請負人は、仕事の完成が義務づけられているに過ぎない（六三二条）。

### 2 瑕疵担保責任

売買契約においては、目的物に「隠れたる瑕疵」があつた場合に買主は解除又は損害賠償請求ができることのみが

明記されており（五七〇条、五六六条）、瑕疵修補については明文の規定がない。その結果、売主に瑕疵修補請求権を認めることができるかどうかにつき解釈上の争いを生じていることは周知の通りである。

一方、請負契約に関しては、目的物に瑕疵があつた場合には、注文者に瑕疵修補請求権があることが明記されており（六三四条一項）、それと並んで損害賠償請求権があることもまた記されている（六三四条二項）。しかしながら、解除については、建物その他土地の工作物については条文中否定されており（六三五条）、解釈上争いが生じている。<sup>(26)</sup>

### 3 瑕疵担保責任の期間制限

この期間制限については、売買契約・請負契約ともに、その期間については性質が条文中明らかにされていないため学説上の対立があるが、通説によれば除斥期間であるといわれている。<sup>(27)</sup>

その期間であるが、売買契約の場合には、瑕疵を知ったときから一年以内であれば請求することができる（五七〇条、五六六条三項）。

それに対して、請負契約の場合には、原則として引き渡し後から一年の期間制限がなされ（六三七条一項）、例外的に土地工作物などの場合には五年、さらには石造りなどの堅固な工作物については一〇年の期間制限がなされている（六三三条一項）。

この両者の期間については、我が国においてもドイツの場合と同様に普通時効の期間制限との競合の問題が生ずることとなる。<sup>(28)</sup>

なお、この期間については、請負契約ではドイツ民法と同様に契約により伸長が可能であることが明記されているのに対し、売買契約では何ら規定されていない。



また、ドイツ民法請負法のような停止事由は売買契約及び請負契約の両者とも規定されていない。

#### 4 危険負担

さらには、ドイツと同様に我が国でも危険負担の問題をあげることができよう。

売買契約においては、特定物売買の場合には売主と買主の両者が無過失であれば買主が危険を負担することになる(五三四条一項)<sup>(29)</sup>。また、不特定物売買の場合でも目的物の特定後は買主が危険を負担することになる(五三四条二項)。これに対して、請負契約では、両者無過失の場合には債務者たる請負人が危険を負担することになる(五三六条一項)。

#### 5 小括

日本法における売買契約と請負契約の異同については以上の通りである。

まず、権利供与義務については、条文上はドイツと同様に売買契約についてのみ認められている。

次に、我が民法でも瑕疵修補請求権の有無は重要な相違点である。売買契約では明文の規定が欠けているために、学説により売買契約の場合にも瑕疵修補請求権を認めようとする努力がなされていることは周知の通りである。<sup>(30)</sup>

さらには、我が国特有の問題であるが、目的物が不動産の場合の解除権の有無も問題である。売買契約では、不動産であっても一定の場合には解除権が買主に認められるのに対し、請負法では建物その他土地の工作物の場合には解除権は否定されている。

責任の期間制限についての相違点もやはり重要であろう。売買契約の場合には、一律一年であるのに対し、請負契

約では、目的物により、一年、五年、一〇年の三種類が規定されている。これらの期間は起算点についても違いが見られる。

最後に、危険負担についても重要な差異があるといえよう。例えば、建物の契約の場面において、それが売買契約であれば債権者である買主が危険を負担するのに対し、それが請負契約であれば債務者たる請負人が負担することとなる。正反対となる点において、この差異は大きい。

ドイツと我が国では、それぞれ、売買契約と請負契約との間には以上のような相違点がある。両法体系を比較法的に検討した場合に、例えば、権利消滅期間の性質や長さが異なるなどの問題もあるが、大きな違いとしてあげられることは、その境界領域に属する契約として、いわゆる《製作物供給契約概念》を法律上認めているか否かということだろう。ドイツ民法ではBGB六五一条において規定がなされているが、我が民法では存在しない。

しかしながら、我が国においても、明文で規定されていないからといって解釈上も否定されているというわけではなく、ただし、その定義・範囲・内容などその解釈が論者により様々なものとなっている。

そこで、次においては、ドイツ法における規定を眺めた上で、我が民法学説における《製作物供給契約概念》について概観することにした。

#### 注

(15) Vgl. Medicus, Kaufvertrag und Werkvertrag, JuS, 1992, S.273ff.

(16) 以下検討する、相違点の1から3については、前掲注(15)のMedicusにもつぱら依拠している。

(17) Medicus, aaO. (n.15), S.273. なお、以下において、(n)は本稿における引用注の数字を表す。

(18) Medicus, aaO. (n.15), S.273.

- (19) この点につき、判例は、「引き渡し」以前から開始する場合があるとす。その場合には、売主が目的物を自己の処分権限内から解放し買主の権限内に運ぶことが必要であり、その場所を買主が調べる「ことができる」ことが必要であるとす。Vgl. BGHZ 93, 338(345).
- (20) Vgl. Plandt/Putzko, BGB 51. Aufl., 1992, Vorb. §459 Rn. 6f.
- (21) z. B. vgl. BGHZ 47, 312.
- (22) Medicus, aO. (n.15), S274.
- (23) Vgl. BGHZ, NJW 1985, 731f.; OLG Düsseldorf, DB1989, 520; OLG Hamm, NJW 1989, 1041f.
- (24) この点については、判例・学説上も大きく争われてゐるところであるが、詳細をここで検討するだけの余裕がない。詳しくは、例えば、Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht II/1, 13. Aufl., 1986, §52. を参照。
- (25) なお、それぞれの契約とも、上記の各規定による瑕疵担保責任の期間制限と、普通時効の規定(BGB一九五条、一九八条)による積極的債権侵害や契約締結上の過失による損害賠償請求権の期間制限の並存の問題が生じるが、その検討については別稿に譲ることとする。
- (26) この点につき整理したものとす。平野裕之『契約法』四六九頁以下(信山社、第二版、一九九九)を参照。
- (27) この見解に全面的に賛成するわけではないが、この点についても後の検討課題とし、別稿に譲ることとする。
- (28) 例えば、権利の一部に瑕疵があった場合の五六三条の代金減額請求権と一六七条の一〇年の消滅時効との関係について争われた近時のものとして、東京地判平九・八・二六、判タ九八一号一三〇頁がある。また、この判例の評釈として、岡孝「判批」判タ九九五号三八頁以下がある。
- (29) ただし、その政策的当否に関しては学説上異論がきわめて強いことは周知の通りであり、危険移転の時期などを操作することにより公平を図ろうとする解釈が試みられている。近時の文献として、例えば、多治川卓朗「買主危険負担主義(民法五三四条一項)の制限解釈」関法四六卷一三九頁以下(一九九六)、及びそこで引用されている諸文献がある。
- (30) この点につき、売買契約の場合にも買主に履行請求権を認める立場の学説からは、両者の差異はないということができてもかもしれないが、条文中は差異があることは明らかであり、慎重な検討が必要であると思われる。なお、この問題を検討するものとしては、森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権に関する一考察(一)」(三・完)「法学五三卷六号八一七頁以下、五四卷二号三〇三頁以下(ともに一九九〇)、五五卷二号三〇七頁以下(一九九一)、及びそこで引用されている諸文献などがある。

## II 製作物供給契約概念

### 一 ドイツ民法

すでに述べたとおり、ドイツにおいては、売買契約と請負契約の境界ともいえる製作物供給契約についてはBGB六五一条に規定されている。以下それについて概略してみたい。

#### 1 条文

##### BGB六五一条

〔1〕請負人が自ら調達すべき材料により仕事を製作する義務を負うときは、請負人は注文者に製作物を引き渡しかつその物の所有権を移転しなければならない。この契約には売買の規定を適用する。不代替物の製作の場合には、第四三三条、第四四六条一項一文、第四四七条、第四五九条、第四六〇条、第四六二条から第四六四条まで、第四七七条から第四七九条までの規定に代えて、第六四七条から第六四八条aまでを除く請負契約の規定を適用する。

〔2〕請負人が付属物その他従たる物を調達すべき義務のみを負うときは、請負契約の規定のみを適用する。〕

この条文は二つの契約類型を念頭に置いている。すなわち、請負人が自ら材料を調達し目的物を製作する契約（以下、広義の製作物供給契約）と呼ぶ<sup>(31)</sup>（六五一条一項）とその材料提供が付属物その他の従たる物に限られる契約（六五一条二項）である。さらには前者の契約については、製作される物が不代替物である場合（以下、狭義の製作物供給契約）と呼ぶこととする<sup>(32)</sup>にはBGB六五一条二文後段が適用されることとなる。したがって、製作される物が代

替物である場合には六五一条二文前段が適用されることとなり、代替可能（BGB九一条参照）であるか否かにより法的効果を異にしている。

## 2 代替物の製作

まず、前述したように、BGB六五一条二文前段は、結局は「請負人が自己の材料により代替物を製作し、引き渡す」場合を規定しているといえる。これに該当するのは、例えば、車の売買契約の際に、様々なオプションを取り付ける契約を行った場合である。この場合、確かに、製作物製作者は契約の際にはそれぞれの部品をすでに蓄えていることであろう。しかしながら、個々の部品は契約の締結により初めて注文された車に取り付けられることになるのである。このような事例では、製作物製作者は、確かに、BGB六三一条と同じように部品を取り付ける義務を負うこととなるが、一方では、BGB四三三条一項に相当する完成した物を買主に引き渡す義務を負っている。この契約類型は、いわゆる「供給売買（Lieferungskauf）」と呼ばれることがある<sup>(33)</sup>。しかしながら、この呼称に対しては、供給前に履行されるべき製作義務に重きを置くべきであるとして、「売買法による製作物供給契約」と呼ぶ学説もある<sup>(34)</sup>。いずれの呼び方にせよ、代替物の製作の場合には、売買法の規定が適用されることになる。なお、ここでいう代替物とは、判例によれば見本やカタログにより規格化されたもので十分であるといわれている<sup>(35)</sup>。また、代替物の場合にはほとんどは種類物が問題となるので、通常この供給売買は種類物売買である。すなわち、この契約類型は次のように表現することにより、容易に理解することができるかもしれない<sup>(36)</sup>。「製作者により製作される物の引き渡しに関する契約で、その物が量・数・重さが決められている（代替可能である）あるいはその他規格化されているものであり、かつ、その材料が製作者により調達されるべきであるものは、売買法の規定に服する契約である。」

## 3 不代替物の製作

次に、BGB六五一条二文後段によれば、製作者の材料により不代替物の製作が義務づけられている場合には、売買契約と請負契約の両方の要素を持つ混合契約が存在することになる。例えば、判例は、このような契約には教会のステンドグラスや壁画の製作があたるとする。<sup>(37)</sup> BGB六五一条一項二文後段はこのような契約に一部は売買法を一部は請負法を適用する。すなわち、この契約では、権利供与義務(BGB四三三条)、危険負担(BGB四四六条一項一文、四四七条)、物の瑕疵担保責任(BGB四五九条、四六〇条、四六二条から四六四条)瑕疵担保責任の期間制限(BGB四七七条から四七九条)については売買契約の規定に代えて請負契約の規定が適用され、ただし、請負人の質権(BGB六四七条)、請負人の保全抵当権(BGB六四八条)、注文者の担保提供(BGB六四八条a)に関しては請負の規定が排除される。具体的に述べるならば、製作物製作者は、通常は目的物の所有者であるので、注文者に対して売主と同様に譲渡及び占有移転の義務を負う(BGB六五一条一項一文)。また、権利に瑕疵があった場合にも、結果として売主と同様の義務を負うことになる。しかし、それ以外の場合には、一般的には請負法の規定が適用される。ただし、この契約の場合には、製作物製作者は売買契約の売主と同様に、自己の報酬請求権の担保として契約目的物の所有権を留保することができるので、BGB六四七条六四八条に規定されている請負人に関する担保を必要としない。

## 4 六五一条二項

なお、製作者が「付属物その他従たる物のみを」調達する場合には、六五一条二項によりその契約は請負契約とされるが、その物が「付属物その他従たる物」であるかということは、主物により確定されるものではない。<sup>(38)</sup>

また、建築物の製作については、それは確かに通常は不代替物の製作であるが、土地が主たる物とみなされ、製作

者が供給する建築材料は「その他従たる物」に属するものである。したがって、その場合には、六五一条二項が適用される。<sup>(39)</sup>この場合の所有権の取得については、土地所有者は物権法の原則（B G B 九四六条、九三条以下）により建築材料の所有権を取得することとなる。

## 5 小括

以上に見てきた通り、B G B 六五一条は「請負人が自ら調達すべき材料により仕事を製作する義務を負う」契約を対象としているが、その際の法的効果を分ける基準としては、「I・請負人により提供される材料が主たる物をも含むのかそれとも従たる物のみであるのか」（以下、「基準I」と呼ぶ）、「II・製作される物が代替物であるのか不代替物であるのか」（以下、「基準II」と呼ぶ）、の二つがある。基準IによりB G B 六五一条一項が適用されるのか二項が適用されるのが定まり、基準IIによりB G B 六五一条一文及び二文前段が適用されるのか二文後段が適用されるのが定まる。

基準Iによれば、従たる物の材料のみが提供される場合にはその契約は請負契約であるとされるが、主たる物の材料も含む場合には、売買契約であるか、あるいは、売買契約と請負契約の両要素を持つ混合契約であると判断される。

基準IIによれば、製作される物が代替可能であるか否かによりその法的効果を異にする（B G B 六五一条二文）。その際、重大な相違点としてあげられるのは瑕疵修補についてであろう。代替可能である場合には、瑕疵修補に關しては何らの権利義務も発生しないのに対し、代替不可能（すなわち、狭義の製作物供給契約）である場合には、製作者は一定の場合に瑕疵修補権を有し、また、注文者も瑕疵修補請求権を有する。その理由として、*Medicus*は、代替物は通常は市場に出回っているものであり、それゆえ、第一の注文者が解除の結果としてそれを返却した場合に、修

復後販売され得るものであるが、これに対して、不代替物の場合には通常は再販売の可能性が無く、それゆえ、その場合には、製作者にはまず第一に瑕疵修補の可能性が与えられ、その可能性を失った場合に、彼は物を喪失するかあるいは代替できないままであるという危険を冒すことになる<sup>(40)</sup>と述べている。

このような見解は六五一条における代替物と不代替物の境界線についても有益である。例えば、判例は、解除後にその商品を再流通することができるとのこと（いわゆる市場可能性）を一つの指針として、船会社のパンフレットによる契約や肖像画などのように変更が困難な場合にのみ代替不可能であると、カタログにより扱われる家具は代替可能であるとする<sup>(41)</sup><sup>(42)</sup><sup>(43)</sup>。Medicusによれば、前述した車の売買契約の場合が一つの境界事例となり、買主が多くの選択をしたことにより、その要望と同じものはすぐには期待できない場合や、あるいはその車が適当な代金で市場に流通し得ない場合には代替不可能性が想起される<sup>(44)</sup>得る。

## 二 日本民法学説

### 1 立法過程

すでに述べているように、我が国ではドイツとは異なり製作物供給契約概念は何ら規定されていない。このような契約は旧民法では財産取得編二七五条<sup>(45)</sup>において条件付売買（将来の売買）とされていたのであるが、現行民法の起草過程では、現行民法五五九条の存在により契約の性質が許す限りは有償契約には売買契約の規定を準用することが可能であり、当事者の意思により売買契約かあるいは請負契約の規定が適用されるとすればよいという理由から立法が見送られている（穂積陳重発言<sup>(46)</sup>）。



しかしながら、立法者の思惑とは裏腹に、条文の不存在により解釈上は諸説が対立することとなる。

## 2 学説

この概念について、学説は大きく分けて、① 売買契約・請負契約のいずれかに分け、それぞれの規定を適用するとするもの、② 売買契約と請負契約の混合契約であることを認め、それに適した規定をそれぞれ適用するもの、の二つに分類することができる。

これらは、さらに細かく分けるならば、① i 立法者と同様に、当事者の意思解釈によりいずれかの契約に分けるもの<sup>(47)</sup>、① ii 契約の目的物により分けるもの<sup>(48)</sup>、① iii このような契約は常に請負契約であるとするもの<sup>(49)</sup>、② i 混合契約概念を認めた上で、各個別の条文の適用については当事者の意思解釈により決定するもの<sup>(50)</sup>、② ii 各個別の条文の適用については契約の内容により決定するもの<sup>(51)</sup>、② iii 各個別の条文の適用については契約の目的物により決定するもの<sup>(52)</sup>、② iv 物の製作段階では請負契約の規定が、供給段階では売買契約の規定が適用されるところのもの<sup>(53)</sup>、② v 混合契約概念は認め、条文の適用については六四一条の適用を認めるとするもの<sup>(55)</sup>、などに分類することができる。

それぞれの学説についての検討は後の課題とし本稿では行わないこととするが、近時の学説は製作物供給契約という混合契約を認めた上で、条文の適用について検討するという<sup>(54)</sup>説が多数を占めているようである。

## 3 判例

判例は、初期においては、立法者と同様に当事者の意思により売買か請負かのいずれかに決していたが<sup>(56)</sup>、その後、混

合契約としての製作物供給契約概念を認めた上で、具体的事案によりそれぞれの規定が適用されるとするものが現れてきた。<sup>(57)</sup> その後は、目的物の性質（代替物か不代替物か）に着目して売買契約か請負契約かのいずれかに分類するもの<sup>(58)</sup>や、各場合に応じて適用条文を決定するもの<sup>(59)</sup>などが現れている。しかしながら、具体的事例に則した各条文の適用を個別的に検討しているにすぎず、製作物供給契約をいかなる契約と捉えることができるかについて本質的に取り組んだものはほとんど見受けられないようである。

このように、規定がなされなかったことにより、我が国では学説・判例上争いが決着していない状態である。では、ドイツにおいていかなる理由からこのような契約観念が規定されたのであろうか。以下、ドイツの起草過程を探求することとし、そこから我が国への示唆を得ることとしたい。

## 注

- (31) Staudinger/Peters は「代替物の製作の場合を広義の（im weiteren Sinne）製作物供給契約と呼ぶ」。Vgl. Staudinger/Peters, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schulverhältnisse II, 13. Aufl., 1994, §651 Rn. 2.
- (32) Vgl. Medicus, aO. (n.15), S.275.
- (33) Vgl. Esser/Weyers, Schuldrecht II, 7. Aufl., 1991, §31; Staudinger/Peters, aO. (n.31), S.796; Schlechtriem, Schuldrecht BT, 5. Aufl., 1998, S.198.
- (34) Larenz, aO. (n.24), §53 IV; Medicus, aO. (n.15), S.274.
- (35) Vgl. BGHZ 67, 359.
- (36) Schlechtriem, aO. (n.33), S.199.
- (37) Vgl. BGHZ 19, 382.
- (38) Vgl. Jaurnig/Slechtriem, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 1998, §651 Rn.13f.
- (39) Medicus, aO. (n.15), S.275.

- (40) Medicus, aao. (n.15), S.274.
- (41) BGH, NJW 1966, 2307.
- (42) BGH, NJW 1971, 1793 (1794).
- (43) 〃れに対して Esser/Weyers は、代替物の概念を広くとらえることにより種類物の概念に近づけている。vgl. Esser/Weyers, aao. (n.33), §31, 3.
- (44) Medicus, aao. (n.15), S.275.
- (45) 旧民法財産取得編二七五条「工技又ハ勞力ヲ以テスル或ル仕事ヲ其全部又ハ一分ニ付キ子定代価ニテ為スノ合意ハ注文者ヨリ主タル材料ヲ供スルトキハ仕事ノ請負ナリ若シ請負人ヨリ主タル材料ト仕事トヲ供スルトキハ仕事ヲ為ス可キ条件附ノ売買ナリ」。
- (46) 『日本近代立法叢書 4 法典調査会 民法議事速記録四』五二八、五二九頁(商事法務研究会、一九八四)。
- (47) 梅謙次郎『民法要義 卷之三 債權編』六九三、六九四頁(明法堂、一八九七)、岡松・前掲注(2)次二五一頁、横田秀雄『債權各論』五七二頁(清水書店、訂正第八版、大五)、末弘巖太郎『債權各論』六九二頁(有斐閣、大八)、村上恭一『債權各論』三九一頁(巖松堂、大一〇)、石田文次郎『債權各論』一六〇、一六一頁(早稲田大学出版部、一九四八)、戒能通孝『債權各論』三〇四頁(巖松堂、一九五〇)など。
- (48) 富井政章『債權各論 完』二六一、二六二頁(信山社、一九九四)、我妻榮『債權各論中卷二(民法講義V<sub>3</sub>)』六〇四頁(岩波書店、一九六二)、打田・前掲注(6)一九三、一九四頁など。なお、谷川説は、動産の場合には原則として売買契約となり、不動産の場合には原則として請負契約となるが、それぞれに例外を許すと述べる(谷川・前掲注(6)五頁以下)。
- (49) 石田穰『民法V(契約法)』三三三、三三四頁(青林書院新社、一九八二)。
- (50) 鳩山秀夫『増訂日本債權法各論(下卷)』五六六頁(岩波書店、大二三)、末川博『債權各論第二部』二七〇頁(岩波書店、一九四一)、同『契約法 下(各論)』一七六頁(岩波書店、一九七五)、宗宮信次『債權各論』二六四頁(有斐閣、再版、一九五八)、松坂佐一『民法提要 債權各論』一八三、一八四頁(有斐閣、第四版、一九八一)、水本浩『契約法』三〇四、三〇五頁(有斐閣、一九九五)など。
- (51) 岡村玄治『債權法各論』四〇六頁(巖松堂、一九二九)、同『債權法要論(各論)』一五〇頁(中央大学出版部、一九五一)。
- (52) 浅井清信『請負契約における所有権の移転』『判例不動産法の研究』一五三頁以下(立命館出版部、一九三八)、広中・前掲注(1)九七頁以下、星野英一『民法概論IV』二五六、二五七頁(良書普及会、一九七〇)、近江幸治『民法講義V』二六五

- (53) 頁(成文堂、一九八八)、広中・前掲注(11)二六二、二六三頁など。  
 なお、三宅説は、製作物供給契約を「請負人が注文により専らまたは主として自己の材料で物を製造して引き渡し、代金を受け取る契約」と定義し、「注文により」という文言を付け加えることにより、製造物の種類売買を排除することができるので、製作物供給契約は請負契約と売買契約との混合契約であるという(三宅正男『契約法(各論)下巻』八六七頁以下(青林書院、一九八八))。
- (54) 近江幸治『契約法』(伊藤進編)一一五頁以下(学陽書房、再版、一九九一)、内田貴『民法II債権各論』二五七頁以下(東大出版会、一九九七)など。
- (55) 鈴木・前掲注(10)六三九、六四〇頁、平野・前掲注(26)四四〇頁以下など。
- (56) 例えば、古くは、当事者の権利供与意思を推定し売買契約としたもの(東京地判明四一・七・八新聞五一八号(三頁))や、目的物の製作という当事者の意思を推定し請負契約としたもの(東京地判、明四一・二二・二六新聞五四八号(二五頁))がある。
- (57) 東京地判昭三五・六・九判時二二二号五四頁。
- (58) 目的物が代替物の場合にはその種の契約は売買契約であるものとして、東京地判昭五六・一〇・二七下民集三三卷九一一二号一四九頁、東京地判平二・二・二三判時一三六四号四五頁などがある。
- (59) 混合契約概念を認めた上で目的物が代替物の場合には規定の混合的適用を認め、履行の各段階で各規定のその適用を検討すべきであるとしたもの(前橋地判高崎支部昭四七・五・二判時六八七号八八頁)、代替物の製作という面を重視して瑕疵担保については請負契約の規定が適用されとしたもの(東京地判昭四八・七・九判時七二七号六一頁、東京地判昭五七・一・二九判時一〇四八号一三三頁)などがある。また、動産売買の先取特権に基づく物上代位に関連して、代替物の製作の場合には認めないとしたもの(大阪高決昭六三・四・七判時一二七四号九一頁)、代替物の製作の場合には認めるとしたものの(東京高決平二二・三・一七判時一七一五号三二頁)などがある。

### III ドイツにおける製作物供給契約概念制定史

#### 一 BGB生成前史

いかなる法典編纂も、その成立前に行われていた法に基づいているのであり、それゆえ、BGB成立前に製作物供給契約についての法秩序を有していた見解に目を向けることは有益であろう。その際、総論的にも各論的にもBGBにもっとも影響力を及ぼした法秩序であるローマ法とプロイセン一般ラント法が、製作物供給契約についても相対立する二つの見解の代表としてあげることができよう。<sup>(60)</sup>以下、その二つを概略することとする。

#### 1 ローマ法

ローマ法において請負契約は、物の賃借と労務の賃借とが一緒になった賃約 (*locatio conductio*) の一形態として扱われていた。すなわち、一定の方法で他の者が加工すべき対象をその者に委ねる契約であるとされていた。<sup>(61)</sup>例えば、委ねられた素材からあるものを作り上げることや、物の清掃、奴隷の指導、人あるいは物品の運送などのように、労務の成果を生み出すことが目的とされる契約がそれである。<sup>(62)</sup>

次に、物の製作に関する契約がいかなる契約とされていたのかを具体的に見るならば、製作者が自己の材料である物を製作し注文者に引き渡すような契約、例えば、金細工商が自己所有の金をもって指輪を製作し注文者に引き渡すような契約は売買契約であるとするのが通説であった。<sup>(63)(64)</sup>あるいは、注文者が材料を提供せずに単に報酬を支払うこと

を約束して他の者に彫刻又は壺をつくらせる場合も売買契約であるとされていた。すなわち、有償の供与義務がある場合には売買契約であるとされていた。<sup>(66)</sup>

つまり、ローマ法においては、B G B 六五一条のように目的物の代替性に着目して分類するのではなく（したがって、〈狭義の製作物供給契約〉という概念は存在せず）、注文者と製作者のいずれが主たる材料の提供を行っているのかにより請負契約あるいは売買契約のいずれかに区別されていた。<sup>(66)</sup>

また、ローマ法によれば、土地に附合した物の所有権は常に土地所有権に吸収されるので、注文者の土地に請負人が材料を提供する場合であってももちろん供与は起こらず、したがって、建築契約は請負契約であるとされていた。<sup>(67)</sup>

## 2 プロイセン一般ラント法

ドイツ普通法時代における多数説も、ローマ法と同様に材料の調達がいずれによりなされたのかにより売買契約か請負契約かのいずれかに分類し、ザクセン民法一四四條<sup>(68)</sup>においてもローマ法に従った規定がなされた。しかしながら、プロイセン一般ラント法においては、材料の調達がいずれによりなされたのかということ自体は問題とされず、誰が労務を提供するのか、すなわち、請負人自らが製作又は加工するのか、それとも第三者により加工された仕事を供給すべきなのかということが重要であるとされていた。前者の場合には請負契約であるとされ、後者の場合には売買（供給契約）であるとされていた（プロイセン一般ラント法 I. 11. 九二八、九二九條<sup>(70)</sup><sup>(71)</sup>）。

## 二 BGB 六五一条制定史<sup>(72)</sup>

### 1 第一委員会審議案

一九世紀後半より起草が始まったドイツ民法典では、現行の六五一条に相当する草案は当初の第一委員会審議においては以下のような内容とされていた（草案の元になったのはドレスデン草案六三五条である<sup>(73)</sup>）。

#### (1) 草案

草案六三五条

「請負人は仕事の遂行に必要な材料を提供する義務を負わない。しかしながら、請負人が材料を提供する義務を負うときは、この契約は売買の規定により判断される。請負人によって従たる物（付属物）のみが提供されるときは、このことが仕事請負（*Wertverdingung*）の性質を変えることはない。請負人が材料（*Stoff*）（資材（*Material*））を、これに対して注文者がその建物が建てられる土地（*Grund und Boden*）を提供するときも仕事請負である。注文者が提供した材料に代えて、同種、同量で同質の他の材料を使用することが請負人に許されている場合にも同様である。後者の場合において、請負人が仕事の遂行に他の材料を使用するときは、注文者が提供した材料の毀滅及び劣化の危険は、その引き渡しにより、第一には所有権が移転するが、直ちに請負人に移転する。」

#### (2) 審議

この草案については、以下のような審議がなされた<sup>(74)</sup>。

まず、一文前段については、個々の事例に特有の事情により事実により即した解答が生み出されるべきであり一般的な

判断をすべきではないという理由から削除が決議された。

次に、一文後段については以下のような議論がなされた。引受人により提供された材料によって仕事がなされるといふ契約は実際社会では珍しくなく、その場合にその契約が売買契約・請負契約のいずれの契約であるかの判断の際には、以下のような二つの見解がありうる。すなわち、引受人は注文者に所有権を取得させる義務を負っているとして売買契約であるとする見解と、仕事の製作が契約の主たる目的であるとして請負契約であるとする見解である。この解釈は個々の事例における当事者の意思により左右されるが、その諸事例を法律に完全に規定することは不可能である。また、当事者の意思を確認することは困難でもある。したがって、原則的に売買契約の条文が適用されることに問題はない。ゆえに一文後段は採用するが、例えば著名な芸術家による仕事のような場合に、その契約を請負契約に関する法規範に服しようとすることは当事者の自治に基づき許されるべきであり、したがって、この規定は任意規定とすべきである。ただし、任意規定であることは認識可能となるようにすべきである。以上がその議論である。

また、三文に関連して、Kurlbaum から、請負人が材料を提供する場合には請負の規定が適用され、動産の場合には売買契約の規定も適用されるとするといふ提案<sup>(75)</sup>がなされたが、同意を得られなかった。

四文以下については、この規定は限定事例についてのみふさわしいものであり、そのような事例に基づき一般的な法規範を設けることは許されず、また、法典においてその事例について特別に準備する必要はない、という理由から削除が決定された。

### (3) 小括

ここで特徴的なこととしてあげられるのは以下の二点であろう。すなわち、① ローマ法と同様に、請負人による



材料提供のみを区別の基準として置いていること（すなわち、「広義の製作物供給契約概念」のみが対象とされていること）、② 従たる物や不動産について規定がなされていること、の二点である。

したがって、前者の点では現行法と異なり、後者の点では、不動産に関する規定を置いているという点では現行法と異なるが、「従たる物の提供」の場合を規定しているという点で現行法と共通しているといえる。

## 2 第二編纂委員会宛て編纂暫定原案 (RedVorl.) 及び

### 編纂委員会決議暫定集成債務法編 (ZustOR.) における決議案

次に、編纂委員会宛て編纂暫定原案及び編纂委員会決議暫定集成において第二編四二三条（六三五条）として決議された規定は以下のようなものであった。<sup>(76)</sup>

#### (1) 草案

##### 決議案四二三条

「引受人 (Übernehmer) が自ら調達すべき材料により仕事を製作しかつ注文者に引き渡す [RedVorl.] 及びその所有権を注文者に移転する (及び注文者に引き渡す) 義務を負うときは、別段の合意がない限り、この契約には売買契約に適用される規定を適用する。請負人が、付属物あるいは従たる物を調達する義務のみを負うときは、請負契約の規定が適用可能なままである [RedVorl.: dabei(sind)].」<sup>(77)</sup>とは、「RedVorl.: とりわけ」建築仕事が引受人の調達すべき材料により注文者が調達すべき土地 (Grund und Boden) に製作されるべきものにも適用される。」

## (2) 審議

この案については、第三文は第一文ではなく第二文に関連しているのであり、第二文は第三文とともに第二項とすべきである、という提案が Weber からなされ、この提案は受け入れられた。<sup>(77)</sup>

## (3) 小括

この法案における製作物供給契約の概念は前述した1の案と同じであるが、細かな点では、第一委員会での審議を受けて、「請負人は材料を提供する義務を負わない」という一文と、注文者の提供した材料に代えて請負人が材料を提供した場合に関する末文とが書かれていないという点が変更されている。

また、第一委員会審議案で「請負人 (Unternehmer)」とされていた用語が、「引受人 (Uebernehmer)」とされた。この点については、売主であるにもかかわらずここで「引受人」という用語を用いてよいかについての注釈はあるが、なぜ、「請負人」ではなく「引受人」なのかの説明は見られない。<sup>(78)</sup>

## 3 第一草案

この流れを受けて第一草案では以下のように定められた。<sup>(79)</sup>

## (1) 草案

## 草案五六八条

「引受人が自ら調達すべき材料により仕事を製作しかつ注文者に引き渡す義務を負うときは、別段の合意がない限り、この契約には売買契約の規定を適用する。」

引受人が付属物あるいは従たる物を調達する義務のみを負うときは、請負契約の規定が適用される。このことは、引受人により調達されるべき材料により注文者の調達すべき土地 (Grund und Boden) に建物が製作されるべきときにも当てはまる。

## (2) 起草理由

第一草案は、現行 BGB と同様に、請負契約に関して人的な仕事あるいは活動という要件を置いていなかった。<sup>(80)</sup> それゆえプロイセン一般ラント法のような製作物供給契約についての原則的な規定は最初から排除されていた。また、ローマ法とも多少異なつた、独自の見解が置かれている。<sup>(81)</sup>

その理由を、以下、Motiveにより見ることとする。

i まず、第一項についてであるが、引受人が材料を提供する契約をどのように評価するかについての各法典及び各草案を以下のように紹介している。<sup>(82)</sup>

① 権利の移転が含まれていることを重視して売買契約に適用される規定を適用するという考え方 (ドイツ普通法、ザクセン民法一二四四条、ヘッセン草案三三一条、ドレスデン草案六三五条)。② 仕事の製作が契約の主たる目的であるとして請負契約とする考え方。さらには、フランスにおける二つの考え方として、③ 引受人が材料を提供した場合に、当事者の意思が完成した物あるいは製作者の行為のいずれが契約の主たる目的としているかにより売買契約あるいは請負契約と見る考え方と、④ 請負契約の概念には注文者による材料の提供が必要であり、引受人が材料を提供する義務を負う場合には売買契約とする考え方。また、これらに対して、⑤ 契約の目的物が引受人の製作にある場合には請負契約とし、「引受人が自ら製作した物あるいは他から得た物」に関係なく物の供給のみが引受人に義務づけられている場合には売買契約とする考え方 (プロイセン一般ラント法) (なお、HGB 三三八条は、<sup>(82)</sup> 商取引に基づ

き代替物を供給する場合には、供給者自らが製作した場合でも売買契約とみなすべきであるとする。⑥ プロセイン(⑤)の考え方に基づいて、仕事の製作を目的とする契約の法律上の性質に関しては注文者が材料を供給したかそれとも引受人が材料を供給したかを区別しないとする考え方(バイエルン草案五一一条、五二一条、五二六条から五二八条、五三三条、スイス債務法三五〇条、三五二条)。<sup>⑦</sup> 中間的な考え方として、注文者が材料を提供した場合であっても疑わしい場合(im Zweifel)は請負契約と推定し、引受人が材料を提供した場合であっても疑わしい場合は売買契約と推定すべきであるとする考え方(オーストリア民法一一五八条)。

そして、このような考え方を紹介した上で、引受人が自ら提供すべき材料により製作物を製作する場合の契約をどのようなものとして決定するかには、I. 引受人は注文者に属していない物を注文者に引き渡しかつ所有権を付与する義務を負っているという契約の内容から、法的評価に関しては売買契約あるいは交換契約たるべき譲渡契約(Veräußerungsvertrag)と認める以外にはない、という考え方と、II. どのような契約かの決定は各場合において探求すべき当事者の意思による、という考え方があるが、当事者の意思を探求することは困難であるので、本草案ではI説を採った。ただし、任意法規たる性質のみが付与され、当事者意思を排除しないとした。また、「注文者に供給すべき」という文言を入れることにより、そのような契約にのみ適用すべきであるとした。

ii 次に、請負人が付属物あるいは従たる物の材料提供のみを義務づけられている場合に関する二項一文については以下のように述べる。<sup>(83)</sup>

契約の法律上の本質はその主たる目的物により定まるといふ原則から、請負契約という契約の本質は請負人が付属物または従たる物を供給することによって変更されない。また、多くの場合においては、注文者は、そのような付属物あるいは従たる物の所有権を譲渡契約の場合のように所有権移転契約によって取得するのではなく、注文者の主

物とそれらが附合することにより製作物の引き渡し前に取得している。引受人が付属物または従たる物の供給のみを義務づけられている場合には請負契約に関する規定が依然として適用可能であるというドイツ普通法、ザクセン法及びヘッセン草案二二二条にも相応する規定をドレスデン草案六三五条二項という模範に従って採用することがふさわしい。

iii また、注文者が調達すべき土地の上に請負人による材料により建物が建てられる場合に関する二項二文については次のように述べる。<sup>(84)</sup>

引受人が提供すべき材料により注文者が提供すべき土地に建物が建築される場合にも請負契約の規定が依然として適用可能であるということ、ドイツ普通法、ザクセン民法一二四四条、ヘッセン草案二二二条及びドレスデン草案六三五条二項に就いて明文をもって表現したことは妥当である。しかしながら、このことは、土地は建物との関係では主物であり、引受人により調達された建築材料についての所有権は—所有権移転契約によるのではなく—附合によりすでに土地の所有者に移転しているという物権法上の命題から導き出され得る。注文者により提供される土地が注文者自身に属していたのかあるいは第三者に属していたのかは重要ではない。引受人に属していないことが重要なのである。他の場合には一項の規定が適用可能とされる。

iv その他に、第一委員会における草案六三五条に見られるような、提供された材料を他の物で代えることができるかという問題については次のように述べる。<sup>(85)</sup>

ザクセン民法一二四四条及びドレスデン草案六三五条二項は、ローマ法に依拠して、注文者により材料が提供される場合であっても、それを他の物と取り替えることが許される場合に関して特別な規定を置いているが、本草案ではそのような場合については考慮しないことにした。これらの規定は限られた契約にのみ適合するものであり、このよ

うな事例に基づいて一般規定を置くことはできず、また、特に規定する必要はない。

v 最後に、材料提供の義務については次のように述べる。<sup>(86)</sup>

仕事の製作を目的とする契約に関して、別段の合意がない場合に、仕事の遂行に必要な原料を注文者あるいは引受人のいずれが供給する義務を負うかということについても、ザクセン民法一二四四条、ヘッセン草案二三〇条、ドレスデン草案六三五条一項には規定があるが、本草案では考慮しないこととした。この問題の適切な解答は各事例の固有の状況に基づいて生み出されるのであり、各事例の相違を考慮しての一般的な判断は認められない。

Motiveでは各既成法典及び草案（とりわけ、第一委員会審議における原案となったドレスデン草案六三五条）との異同を以上のように述べる。しかしながら、製作物供給契約の本質に関しては、これまでの各委員会での案と大きく異なるところはない。

### (3) 小括

結局、ここまでの段階では、この種の契約は常に物の譲渡（権利供与義務）を伴うという点を重視し製作物供給契約を売買契約と評価しており、「製作する」という側面と給付の目的物の特性については何らの考慮もなされておらず、したがって、狭義の製作物供給契約概念は何ら考慮されていない。すなわち、価値の低いものに重要な仕事が含まれた場合であっても、完成した物の「所有権移転の義務が売主には常にある」ということが重視されている。言い換えるならば、「仕事の完成」という請負契約の本質的な特徴はこの段階では無視されていることになる。確かに、草案は、本条項を任意規定とすることにより、請負契約の規定をそのような契約に適用する妨げにはなっていないが、その適用については何らの要件も示しておらず、<sup>(87)</sup>製作物供給契約が持つ「仕事の完成」という請負的な特性は当事者

の合意に委ねられたままである<sup>(88)</sup>。

この草案公表後の学説の反応としては、Bernhoftは賛成の表明をしたが<sup>(89)</sup>、Ehrenbergは次のように批判した<sup>(90)</sup>。すなわち、請負人が自ら調達すべき材料により製作した仕事を供給する場合のほとんどにおいては、材料は仕事よりも後ろに置かれており、経済的には品物ではなくて創作活動に関して契約が結ばれているのであるから、このような場合には請負契約の原則を適用することがふさわしい。また、製作物供給契約について、売買契約の原則あるいは請負契約の原則のいずれが適用されるべきかという問題の解決のために草案により採られた「第一には当事者の意思によるべきである」という方法は、確かに論理的には異議を唱えられるべきではないが、しかしながら、当事者の意思を確かめるための積極的な根拠が欠けているのであり、実際上は役に立たない。したがって、ほとんどの事例においてはやはり何らの明示的な合意がないという事態になり、本規定によりその契約の承認が行われこととなるが、推断される行為から当事者の意図を見抜くことはきわめて困難であり、また、しばしば不可能でもあり、したがって、一般的に売買の規定が推定的に適用されることになる。しかしながら、売買の規定は、経済上満足を与え得る製作物供給契約の規定として十分ではない<sup>(91)</sup>。

また、いくつかのラントからも批判が出された<sup>(92)</sup>。プロイセンは、「代替物の製作供給が問題となる場合に売買の規定が適用される」と規定すべきであると主張した。また、バイエルンは、不代替物の場合には契約締結時の意思を推定して売買契約の規定とともに請負契約の規定が準用され得べきであると主張した。また、ザクセンも、代替物の場合にはHGB三三八条と合致するように売買契約の規定を適用し、不代替物の場合には請負契約の規定が適用されるべきであると主張した。

第一草案がこのような批判を受けたためか、次の帝国司法省準備委員会ではそれまでとは異なった規定がなされる

ことになる。

#### 4 帝国司法省準備委員会案

帝国司法省準備委員会では、Struckmanにより以下の提案がなされた。<sup>(93)</sup>

##### (1) 提案

五六八条に代えて以下のように定めるべきである。

「a、五六八条として

引受人 (Uebernehmer) が自ら調達すべき材料により仕事を製作しかつ注文者に引き渡す義務を負うときは、五七八条cの規定を前提として、売買に適用される規定を適用する。

b、五七八条cとして請負人が自ら調達すべき材料により不代替物を製作しかつ注文者に引き渡す義務を負うときは、五六九条から五七八条bまでの規定を適用する。」

##### (2) 審議

第七七回帝国司法省準備委員会においては、第一草案について以下のような議論がなされている。<sup>(94)</sup>

五六八条一項に関しては、「別段の合意がない限り」という文言を削除し、その他の点では本質的に採用された。しかし、不代替物の製作の場合に、請負契約に関するいずれの規定が準用されるべきかということは請負契約に関する諸規定の審議のあとに留保された。

そして、以下のことが承認された。



まず、第一項の規定それ自体としては本質的には正当である。次に、草案の要件を満たす契約の場合には、製作された物の所有権の供与が引受人の義務本来の対象であり、それゆえその契約は売買の概念に含まれる。また、引受人が材料を提供する場合と注文者が材料を提供する場合とは以下のような本質的な相違がある。すなわち、前者の場合には引受人はまず第一に自らのために働き、そして、材料及びその材料から仕事により作られた生産物は引き渡しまでは引受人の所有物であるが、後者の場合には引受人は初めから注文者のために働き、注文者は加工を通じて生産物の所有権を取得する。そのことは、商売人が完成した在庫のある物を買うのかそれとも同じ性質の物の製作を注文するのかわによって本質的に異なつた法的評価が生ずるならば、実社会の見地にも法的安定性の要求にも合致しない。

もつとも、一方では、一項で想定された契約の場合にも引受人の労働給付を通じた製作という要素を考慮すべきであるという点では草案は修正を必要とする。この修正が、請負契約のある特定の規定を準用することができる」と明記することにより行われるならば、それにより、第一項に対する批判において唱えられた、請負契約と製作物供給契約との間の近しい類似性に起因する異議も是正される。以上の諸点である。

五六八条二項については、削除提案に対して第二項を維持することが決議された。その理由としては、一文において引受人が調達すべき「材料」として理解すべきものの明確化がみられ、そして、二文もまた法律の明白さに寄与すると思われる、ということがあげられている。

次に、第七九回審議においては次のことが決定された。<sup>(95)</sup>

製作物供給契約は請負に関する章の最後で扱われるべきであり、五六八条として決定された規定は五七九条aとしてここに移される。また、引受人が調達すべき材料による不代替物の製作が問題である場合には、五六九条から五七三条まで、五七五条から五七八条までの規定が準用されるといふことを五七九条aに付加する。すなわち、労働の産

物の製作が問題であるということに立法的な根拠を有するこれら請負の規定は、直接の給付の目的物が製作物の所有権の移転であるという点に関してのみ請負と異なった性質を有する製作物供給契約にも適合する。

### (3) 小括

ここにおいて決議された草案で特徴的なのは、それまでの草案と異なり、不代替物の製作を目的とした契約に関して規定を置いたことであり、その際、請負契約と製作物供給契約との近似性から一定の請負契約の規定の準用が明記されたことであろう。すなわち、〈狭義の製作物供給概念〉の導入が図られたのである。また、第一草案において入れられた、「別段の合意のない限り」という文言が削除された。これらの決定は、以下の案においても受け継がれることとなる。

## 5 第二委員会

第二委員会の審議に際しては以下のような六個の提案があつた。<sup>(96)</sup>

### (1) 提案

1. 五六八条を補充することなしで削除する。
2. 五六八条を五七八条の後に五七八条 a として挿入されるべき以下の規定で補う。<sup>(97)</sup>

「引受人が自ら調達すべき材料により仕事を製作しかつ注文者に引き渡す義務を負うときは、この契約には売買契約に適用される規定を適用する。しかしながら、不代替物を供給すべきであるときは、五六九条から五七三条の規定、五七五条から五七八条の規定に服するという変更を伴つてのみ適用する。」

引受人が付属物あるいは従たる物を調達する義務のみを負うときは、その契約は請負契約の規定のみにより判断される。このことは、引受人が自ら調達すべき材料で注文者あるいは第三者の土地に対して建築仕事を製作する義務を負う場合にも当てはまる。」

これについては、最後の「第三者の」という文言を削除すべきであるという提案があった。

3. 五六八条に代えて五七八条の後に五七八条aとして以下のような内容の規定を加えるべきである。

「引受人が自ら調達すべき材料により仕事を製作しかつそれを引き渡す義務を負うときは、代替物が問題である場合には売買契約に適用される規定を適用する。」

引受人が調達すべき材料により製作されかつ引き渡されるべきものが不代替物である場合には、その所有権は、それがすでに供与されていない限りは、受領とともに注文者に移転する。」

4. 五六八条に代えて

a) 提案3の一項を採用する。

b) 五六七条一項に以下の文を加える。

「請負人が自らが調達すべき材料により仕事を完成させるべきときには、請負人は請負契約により引き受けた仕事を製作しかつその仕事の所有権を移転する義務を負い、注文者はそれについて合意された報酬を支払う義務を負う。」

5. 五六八条に代えて五七八条一項の後に以下のような項を加える。

「物の製作または改良が引き受けられただけでは仕事の引き受けではない。しかし、物の製作の場合であっても、引受人が仕事の全部または一部を自ら調達すべき材料により製作すべきであるならばまた同様である。」

場合によつては、以下のような別項を付加する。

「代替物の供給が引き受けられたときは、契約締結時に合意された種類の物がなければ、疑わしい場合は仕事の引き受けではない。」

6. 提案2の二項二文を削除する。

## (2) 審議 1——第一項について——

これらの提案に対し、まず一項について以下のような審議がなされた。<sup>(98)</sup>

まず、提案3及び提案5は提案4に有利となるように撤回され、そして、審議はさしあたり五六八条一項に限られた。削除提案の説明に際しては、売買契約と請負契約のいずれが問題となるのかは法律に定めるべきではなく裁判官により判断されるべきであるという主張がなされた。その理由としては、①このような契約では、引受人の権利である事後的な瑕疵修補権への要求があり、売買の原則のみを適用することは不当な結果へと導きやすい。②不代替物の製作の際には注文者の個人的な要望がしばしば決定的であり、あるいは除去することができる瑕疵があるために注文者が物を受け取らない場合に再売買することは引受人にとって酷である。③また、代替物の場合であっても一定の見本に倣って一定の目的で製作される場合のように注文者の個性が考慮されることがある。以上の諸点があげられ、それゆえ個別的に判断すべきであると主張された。

これに対しては、法律に定めるべきであるという意見が大多数であった。そして、法律に規定するに当たっては、引受人に事後的な瑕疵修補を許すべきである場合にもかかわらず規定がないという理由から判例が売買の原則のみを適用する恐れを防ぐために、売買に関する規定とともに請負に関する規定がどの程度適用されるかということをはかりに法律に表現するかが問題であるとされた。この点につき草案は、引受人が自ら調達すべき材料により製作すべき契約を売買契約と解し、請負契約の規定に任意の範囲で服すべきことを契約の締結に委ねるといふ、ドイツ普通法の原則に依拠している。しかしながら、上述の各提案は多かれ少なかれこの見解からは離れている。提案5は、引受人が自ら材料を調達すべき場合と材料が注文者により調達されるべき場合とを同じものとし、その契約を請負契約として取り扱う。提案2、3、4は代替物の製作が合意された場合には草案の見解に立つが、提案3及び4は、不代替物が契

約の目的物となる場合には請負契約を承認し、しかしながら、同時に所有権の移転あるいは権利供与義務についても定めている。提案2は不代替物の製作の場合にも売買法の原理が適用されるべきであるとするが、一定の請負法の規定による修正を伴うとする。

では、一項をどのように定めるかについてであるが、その際、請負契約の規定の適用に関しては、供給すべき物を自己の材料により製作すべき義務を誰が負っているのか、そして、彼は注文者により供給された材料で物を製作すべき人と同じように注文者のために働くのか、という考慮が効果的であり、このことは、不代替物の製作の場合と同様に代替物の製作の場合にも有効であると主張された。というのは、確かに、多くの引受人がすでに在庫を有しているかあるいは容易に調達することができる代替物の場合には労働関係という観点は弱まるが、すでに手元にある代替物を供給すべきである場合と初めから製作しなければならない代替物を供給すべきである場合とは異なるところはなほという理由からである。この点については、代替物については、それがすでにある物なのかそれとも製作すべきな物なのかの違いを認めていないHGB三三八条との整合性から、代替物間では差異を設けないこととされた。ところで、個々の事例において代替物が問題であるのかそれとも不代替物が問題であるのかは曖昧であるが、それらの取り扱いについて法定することにより、「通常の取引では代替物とみなされるべき物を、その契約関係上は不代替物として扱うべきであり、それゆえ請負契約の規定に服するべきである」という判断を判例が見誤らない以上はこの困難は実際上は克服される、と主張された。

次に、不代替物に関しては次のような検討がなされた。<sup>(99)</sup>まず、不代替物の製作の場合には、いずれの場合であっても引受人は注文者のために働くにもかかわらず、引受人が材料を提供する場合と注文者により材料が提供される場合とは法的には重大な相違点があることが指摘された。というのは、注文者により材料が提供された場合には、注文者の

財産に仕事がなされるのに対し、引受人自らが材料を提供した場合には、引受人は自己所有の物に仕事をし、製作物は合意された価格で交換されるまでは引受人にとどまっており、結局、契約締結の意図はこの交換に向けられており、売買においてみられるのと何ら変わりはないからである。また、その契約の本質は売買契約であり、売買契約とともに請負契約の内容を含んではないという指摘があり、請負契約との内在的な親近性は、売買契約に関する規定の適用を請負契約に関する規定による修正を伴って行うことにより正当化されるとされた。では、請負契約に関する規定をどのように適用するかについてであるが、この点について、提案2は、引受人の瑕疵担保責任について瑕疵除去義務を含ませることとし、解除・代金減額または損害賠償の請求権の行使については、瑕疵の除去が適時になされない場合に限定している。それにより、提案2は法的内容とともに供給契約の経済上の特徴も考慮している、と主張された。

提案4については、確かに提案4は、實際上提案2と同じ結果へと導くが、本条一項に規定される契約の本質を請負契約と捉えており、その採用には異議を免れないと主張された。なぜなら、その契約の目的は供給されるべき物の所有権の移転にまず第一に向けられており、その法的性質は売買契約であることが明らかになるのである、それを一方的な経済的特徴の強調により請負契約と解することは適当ではないからである。

以上のような検討により、結局、一項については提案2が採用された。

### (3) 審議2——第二項について——

次に、二項についてであるが、一文については何らの異議も唱えられなかった。二文については、永続的に土地に付着する建造物が問題となっている限りでは、このことは自明のことであり、必要がないものとされた。というのは、建物は物権法の原則により土地への附合により注文者の所有物になるのである、所有権の移転は問題にならないから

である。また、一時的な目的でサーカスが空き地に建てられるような、建造物が土地の構成要素とならない場合には、一文が適用されるべきであり、結局、二文は必要がない。以上のような検討から、二項については提案2の二項一文を採用し、その二文は不採用となった。

#### (4) 小括

ここでの議論で特筆すべきことは、製作物供給契約の法的性質を売買契約であると明確に述べていることであろう。そのことを前提とした上で、条文の適用をどのようにするかについて、契約の目的物が代替物であるのかそれとも代替物であるのかで分けているのである。そして、代替物の製作の場合であっても、その契約は売買契約であり請負契約を含んではいないが、請負契約との内在的な親近性を考慮して、一定の範囲で請負契約の規定が適用されるとしているのである。そこで中心となっているのは、瑕疵除去についてであり、さらにその他にも請負契約の規定の適用が承認されている。

また、二項については、これまで含まれていた「注文者が土地を提供し、引受人が材料を提供し、製作される建物の場合についての規定を、物権法の原則から不要として削除したことであろう。

さらには、条文の位置についても、これまでは請負の章の二番目に規定されていたものを請負の章の最後に規定することとされた。

### 6 第二委員会決議暫定集成

第二草案の文案の確定に多大な影響を与えたとされる第二委員会に設置された編纂会議<sup>10)</sup>においては、まず、第一段

階の第二委員会決議である第二委員会決議暫定集成では、製作物供給契約に関する規定は請負契約の章の最後におかれていたが、以下のような二者択一的な形式となっていた。<sup>10)</sup>

(1) 草案

草案五七八条 a

「引受人が自ら調達すべき材料により仕事を製作しかつ注文者に引き渡す義務を負うときは、売買契約に適用される規定を適用する。しかしながら、不代替物を供給すべき場合には、五六九条から五七三条、五七五条から五七八条の規定に服するという修正を伴ってのみ適用する。」

引受人が付属物あるいは従たる物を調達する義務のみを負うときは、この契約は請負契約の規定のみにより判断される。あるいは

「引受人が自ら調達すべき材料により仕事を製作する義務を負うときは、引受人は契約通りの製作物を注文者に引き渡しかつその所有権を移転する義務を負う。このような契約には、売買に適用される四五九条から四六二条 a、四六五条 a (一文)、四六六条 (一文)、四六七条 a、四六七条 b の規定を適用する。しかしながらその他の点では、(請負契約に適用される) 五七九条から五七三条、五七五条から五七八条の規定を適用する。」

引受人により調達すべき材料により製作される仕事が代替物のときは、売買の規定のみを適用する。引受人が自ら製作すべき仕事について付属物あるいは従たる物の調達する義務のみを負うときは、請負契約の規定のみを適用する。」

(2) 小括

ここで書かれている選択肢の前者は、第二委員会の議事に基づいて製作されたものようであるが、後者については委員会では議論がなされていない。前者が代替物の製作を念頭に置きその種の契約は売買契約であるとしているのに対し、後者は不代替物の製作を念頭に置いて売買契約と請負契約の両契約に関する規定が混合して適用されると規



定している点が異なる。

なぜ、このような選択肢がでてきたのかは現時点では判明していないが、その後の規定から見る限り後者の選択肢は採用されていない。

## 7 編纂会議決議暫定集成

次に、第二委員会編纂会議の編纂作業第二段階である編纂会議決議暫定集成では五六八条bとして以下のようになっていた。<sup>109</sup>

### (1) 草案

五七八条b

「請負人が自ら調達すべき材料により仕事を製作する義務を負うときは、請負人は、契約通りの製作物を注文者に引き渡しかつその所有権を移転しなければならない。そのような契約には、売買の規定を適用する。不代替物が製作されるべきであるときは、四五九条、四六三条一項及び四六五条、四六九条aから四六九条e、四六九条r、四六九条sの規定に代えて、五七四条をのぞいた請負契約の規定を適用する。

請負人が付属物あるいは従たる物を調達する義務のみを負うときは、請負契約の規定のみを適用する。」

### (2) 小括

ここでの大きな特徴は、「引受人 (Übernehmer)」ではなく、「請負人 (Unternehmer)」という用語が使われていることであろう。しかしながら、なぜこの変更がなされたのか、本規定に定められる契約を請負契約であると解した

上で他の条文との整合性からこの用語が使われたのか、それとも、単に請負契約の章に置いてあるという理由からこの用語が使われたのかはここからは推測し得ない。

その後、この規定は第二草案において用語の位置や表現の修正が若干なされ、連邦参議院提出草案である修正第二草案では現行BGB六五一条となる規定が六四一条として規定されていた。<sup>(10)</sup>

## 8 帝国司法省覚書

前述7の段階で内容が確定した本条であるが、帝国議会での審議のために提出草案に添えて提出された帝国司法省覚書 (Denkschrift) では次のように説明されている。<sup>(10)</sup>

まず、この種の契約は製作されるべき代替物の給付を目的としており、日常取引においては、請負人が製作すべきであるという考えは後退している。そして、この性質の物は常に多くの購買層を有しており、それゆえ、沢山の在庫が用意されている。そしてまさにこのことが、注文者のために初めて製作された物を請負人が供給するのか、それとも、すでに手元にある物を供給するのかという違いを当事者の意思に応じて基礎づけるのである。草案は、HGB三三八条との整合性の上でその場合には売買に関する規定のみが適用されるとした。

また、請負人が自ら調達すべき材料により不代替物を製作すべき義務を負う契約もまた、注文者により供給された材料の加工を目的とする契約とは本質的に異なっている。後者の場合には、請負人の仕事の成果は直接注文者の財産となる。それに対して、前者の場合には、その所有権及び処分は製作物に従うこととなる。しかしながら、売買の場合と同様に、請負人は、契約通りに製作された物を注文者に引き渡し、所有権を移転する義務を負っている。また、別

の観点では、注文者のために物を製作するという義務を間接的に負っている点で、その契約は請負契約に類似している。以上のような点を考慮し、草案では、売買契約に関する規定が原則的に適用可能であることを明らかにした上で、請負契約に関する規定により修正するという方法を採用した。

結局、BGBでは、請負人が自ら調達すべき材料により仕事を製作する契約の目的物としては代替物を念頭に置いた上で、その契約には売買契約に関する規定が原則的に適用され（ここでは「売買契約である」とは明確には述べられていない）、目的物が代替物の場合には請負契約に関する規定も修正的に適用されるとしたのである。

### 三 制定後の製作物供給契約概念

現行BGB六五一条の成立過程は以上の通りである。BGB六五一条の制定は、ドイツにおいて〈製作物供給契約(Werklieferungsvertrag)〉という特別な契約類型が生み出されるきっかけとなった<sup>(106)</sup>。しかしながら、その契約類型の範囲については論者により様々である。例えば、立法当初においては、六五一条一項に含まれる全ての事例について〈製作物供給契約〉という特別な契約類型を製作すべきであると主張する学説もあれば、〈製作物供給契約〉という特別な契約類型を不代替物（すなわち、狭義の製作物供給契約）の場合にのみ認めるべきであるとする学説もあつた。さらには、〈製作物供給契約〉という特別な契約類型を作り出すことはせず、六五一条一項の事例を売買に含めるもの<sup>(107)</sup>、あるいは請負に含めるもの<sup>(108)</sup>、代替物の場合には売買、不代替物の場合には請負とするものなど、様々なものが主張されてきた。<sup>(109)</sup>

ところで、今までみてきたように、立法過程の議論においては“Werklieferungsvertrag”という用語は登場してこない。では、この用語がいつ登場したのかであるが、Bischelによれば、六五一条一項に規定された契約については“Werklieferungsvertrag”という用語を初めて用いたのはFischer-Henleの体系書であるとされる。しかしながら、すでにBGB制定以前にEhrenbergはその論文<sup>(14)</sup>において、物の製作に関する契約で請負人が材料の提供を義務づけられるものを簡潔に“Werklieferungsvertrag”と呼ぶとしている。いずれにせよ、この用語はその後多くの論者により使われるようになったが、この用語が全ての学者により支持されたというのではなく、例えば、Cosackは“Kauf-Werkverträge (売買—請負契約)”<sup>(15)</sup>という名称を用い、また、Kohlerは“Werkkauf (製作売買)”<sup>(16)</sup>という名称を用いていた。これらは、六五一条一項に含まれる契約の法的性質をどのようなものとして捉えるかという点に関係している。すなわち、前者は請負であるとし、後者は売買であるとしているのである。しかしながら、これらの用語法は支持を得られず、<sup>(17)</sup>広く六五一条一項に規定されている契約類型をあらわす語としては“Werklieferungsvertrag”という用語が一般的になった。

なお、先にも見たように(II-2)、今日において多くの論者は、六五一条一項二文前段の契約類型を“Lieferungskauf (供給売買)”と呼び、六五一条一項二文後段の契約類型(すなわち不代替物の場合)狭義の製作物供給契約)にのみ“Werklieferungsvertrag”<sup>(18)</sup>という用語を用いているようである。

## 注

- (60) Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1899, S.14.  
 (61) マックス・カーザー著、柴田光蔵「ローマ私法概説」三四六、三四七頁(創文社、一九七九)。  
 (62) マックス・カーザー・前掲注(61)三三三頁。  
 (63) 船田亨「羅馬法第三卷私法」II、一五七頁(岩波書店、一九四三)。

- (64) ただし、この見解に対しては、材料については売買、労務については賃約であるという異論があった。この点については船田・前掲注(63)一五七頁を参照。
- (65) Emerich, aO. (n.60), S.14.
- (66) Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Bd.1, 1876, S.43f.
- (67) Emerich, aO. (n.60), S.14.
- (68) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 6. Aufl., 1887, §401, Anm.13; u.a. Vgl. auch. Guisard, Die Ansprüche des Bestellers im Werklieferungsvertrag, 1903, S.11.
- (69) サクセン民法一二四四条「引受人は契約通りに製作を履行しなければならない。材料の加工が合意されるときは、引受人は自ら供給する義務を負わない。引受人が材料を供給する義務を負うときは、その契約は売買とみなされるべきである。しかしながら、建築請負の場合で引受人が材料をそして注文者が土地を提供するとき、あるいは、自らに供給された材料に代えて同種・同質の他の材料を使用することを引受人に許すときは、その契約は請負契約(Verdingungsvertrag)である。後者の場合において引受人が他の物を使用するときは、引受人は自らに供給された物を取得する。」
- (70) プロイセン一般ラント法I・II・九二八条「仕事(Werk)あるは労働(Arbeit)が仕事の親方(Werkmeister)あるは技術者(Künstler)に依頼されるあらゆる場合において、彼は行爲(Geschäft)を自ら遂行する義務を負ふ。注文者の意思に反して他人に依頼することはできなから。」
- 同九二九条「これに対して、その他のことが明示的に合意されていないときは、彼は他の協力者(fremder Gehülfen und Mitarbeiter)を使用する事ができる。」
- (71) Emerich, aO. (n.60), S.15. Vgl. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 6. Aufl., 1874, S.768.
- (72) 我が国において、ドイツ民法典の編纂過程を探求するものとして、石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、一九九九)がある。本稿において検討する立法審議の資料などの位置づけについては、その所収の論文、とりわけ、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」及び児玉寛二大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覽」を大いに参照した。
- (73) Jakobs=Schubert, Die Beratungen des BGB, Recht der Schuldverhältnisse II §§433 bis 651, 1980, 5915; Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse Teil 2, 1980, S.97ff.

- (74) Jakobs=Schubert, aO. (n.73), S.916ff.
- (75) Jakobs=Schubert, aO. (n.73), S.916. 『Gib und' Kibel, Planck, Windscheid からも提案がなされたが、特筆すべきものを見られなく (Jakobs=Schubert, aO. (n.73), S915f.)』
- (76) Jakobs=Schubert, aO. (n.73), S.919.
- (77) Jakobs=Schubert, aO. (n.73), S.919.
- (78) Jakobs=Schubert, aO. (n.73), S.919.
- (79) なお、第一草案に先立ち編纂委員会草案では文章の表現が変更された程度で特に大きな変更は見受けられない。Vgl. Jakobs=Schubert, aO. (n.73), S.919.
- (80) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts BGB, 1903, S.786, A.6.
- (81) Emerich, aO. (n.60), S.15.
- (82) Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1899, S264f. なお、本稿では、Motive及び Protocollen の 2 つは Denkschrift 2 つ (2 つは Mugdan を参照) であり、引用頁は 2 つは Mugdan のみををあげることにする。
- (82-1) 本条文の議論の過程で引用されている HGB は、年代からすると現行の HGB (一八九七年施行) ではなく、一八六一年にライオン同盟議会が加盟国に採用した統一商法典である ADHG (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch) であると考えられる。その中で、2 つは ADHG 113 条の条文を引用しておく。なお、本条文については以下の文献を参照した。Vgl. Koch, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, 1868, S.518.
- ADHG 113 条 「その目的が、ある価格と引き換えに一定の量の代替物を供給することにある商行為もまた、売買の規定により判断される。」
- (83) Mugdan, aO. (n.82), S.265.
- (84) Mugdan, aO. (n.82), S.265f.
- (85) Mugdan, aO. (n.82), S.266.
- (86) Mugdan, aO. (n.82), S.266.
- (87) Bischel, Der Werklieferungsvertrag, 1909, S.13.

- (88) Emerich, aAO. (n.60), S.15f.
- (89) Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich, 1889, 68ff.
- (90) Ehrengieg, Kauf und Werkvertrag in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd.27, 1889, S.253ff; s. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd.2., 1890, S.313f.
- (91) Bischel, aAO. (n.87), S.13.
- (92) Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd.1, 1891, S.75f.
- (93) Jakobs=Schubert, aAO. (n.73), S.919f.
- (94) Jakobs=Schubert, aAO. (n.73), S.920.
- (95) Jakobs=Schubert, aAO. (n.73), S.920f.
- (96) Mugdan, aAO. (n.82), S.917f.
- (97) Jakobs=Schubert 註釋書 Struckmann 註釋書 Vgl. Jakobs=Schubert, aAO. (n.73), S.921.
- (98) Mugdan, aAO. (n.82), S.918f.
- (99) Mugdan, aAO. (n.82), S.919f.
- (100) Mugdan, aAO. (n.82), S.920.
- (101) 見註書大中・前掲註(2)×頁。
- (102) Jakobs=Schubert, aAO. (n.73), S.922.
- (103) Jakobs=Schubert, aAO. (n.73), S.922.
- (104) Jakobs=Schubert, aAO. (n.73), S.922f.
- (105) Mugdan, aAO. (n.82), S.1258.
- (106) Bischel, aAO. (n.87) S.7.
- (107) Oertmann, Recht der Schutzverhältnisse. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899, S.375; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd.2, 1902, S.703; Bischel, aAO. (n.87), S.7.

- (108) Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900, S.67ff.; Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag nach allgemeinen Grundsätzen und nach gemeinen Rechte, 1902, S.46ff.
- (109) Emerich, aaO. (n.60), S.24ff.; Dernburg, Das bürgerliches Recht des Deutschen Reichs und Preißens. Bd.2, 1905, S.510f.; Planck, Das Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzen. Bd.2, 1900, S.390f.; Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd.2, 1906, S.377ff.
- (110) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd.1, 8. Aufl., 1927, S.689.
- (111) Endemann, aaO. (n.80), S.1108.
- (112) Bischel, aaO. (n.87), S.7.
- (113) Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 1898, §651. 544 NACSIS-Webcat の検索による初版の我が国での存在は確認できなかったため、本稿では一版（一九二〇）を参照した。
- (114) Ehrenberg, aaO. (n.90), S.273.
- (115) Cosack, aaO. (n.110), S.689f.
- (116) Kohler, aaO. (n.109), S.377ff.
- (117) Bischel, aaO. (n.87), S.7.
- (118) Larenz, aaO. (n.24), §53 IV; Esser-Weyers, aaO. (n.33), §31, 3; Staudinger/Perters, aaO. (n.31), S.796; Schlechtriem, aaO. (n.33), S198; uns.
- (119) Medicus, aaO. (n.15), S.275.



## おわりに——我が国への示唆——

### 1 新たな流れ

以上、ドイツにおける製作物供給契約に関する規定であるBGB六五一条の制定史をみてきたが、ここでもっとも問題となっていたのは、製作物供給契約は売買契約と請負契約の両側面を有しているが、その両者の法的効果が異なっており、その違いを製作物供給契約を把握する際にどのように考えるかということである。BGBは六五一条においてどちらかといえば売買法に傾斜しているのに対し、ドイツの契約実務及び近似の判例は請負法に傾斜しているようである<sup>(12)</sup>。

しかしながら、この点については解釈にも大きく影響を与えるだろう新たな流れが、ドイツにおいても我が国においても生じてきている。以下、それらを簡単に眺めておく。

#### (1) ドイツ債務法改正委員会草案

一九八四年二月以来、ドイツにおいては債務法改正のための委員会が法務大臣により招集され、その成果は、「債務法改正委員会の最終報告書」として一九九二年に刊行された<sup>(13)</sup>。その後、政権交代などによりこの改正案は未だ日の目を見えないが、法解釈には多大な影響を与えていると思われる。以下、簡単に本稿に関係する内容をみることにする<sup>(14)</sup>。

債務法改正委員会では、そもそも、一般給付障害法について改正が必要であるとされ検討がなされているが、個別

の契約関係においても売買契約と請負契約の改正が必要であるとされている。その際には、次の二つの重要な目標が掲げられている。すなわち、一つは瑕疵担保法を一般給付障害法に統合することであり、もう一つは売買契約と請負契約との間の差異を本質的に簡略化することである。それにより、現行BGBでは大きく異なる両者の瑕疵担保責任については、売買契約の売主に追完義務を負わせることにより、売買契約と請負契約との間のもつとも重大な相違点がなくされている。

次に、相当期間内に追完がなされなかった場合には解除権が発生するが、従来、請求権であった“Wandlung”から一方的形成権である“Rücktritt”へと変更がなされている。

また、瑕疵が債務者の責めに帰すべきものである場合には損害賠償請求権が債権者に発生するが、それについても、責めを負うべき義務違反から生ずる損害賠償請求権に関する一般規定を配置することにより各契約に関する個別規定は不要なものとなり、要件も統合されることになる。

以上のような接近により、製作物供給契約に関する規定は不要なものとなされ、現行BGB六五一条は削除されるものとされている。

## (2) 住宅の品質確保の促進等に関する法律

次に、我が国における新たな流れをみることにする。

それは、その対象を不動産である新築の住宅に限った法律であるが、「住宅の品質確保の促進等に関する法律」である。本法律は二〇〇〇年四月より施行されているが、その内容は次の通りである。

まず、最も重要な点としては、新築住宅の売買の場合にも買主に瑕疵修補請求権を認めていることであろう（同法

八八条一項、民法六三四条一項)。そのことにより、これまで売買契約と請負契約とのもつとも大きな差異とされていたものがドイツ債務法改正委員改案と同様になくなることとなる。ただし、瑕疵担保の責任の一つである解除権については、請負住宅の場合には現行民法と同様に認められていない。

次に、瑕疵担保責任の期間制限についても、売買契約・請負契約ともに「引き渡しるときより一〇年」とすることにより統合が図られている。しかしながら、住宅の構造耐力上主要な部分等については、従来と同様に、売買契約が「瑕疵を知ったときから一年」であるのに対し、請負契約は「滅失毀損があったときから一年」とされ、起算点の違いが残っている。

また、この期間の伸長については、従来売買においては可能であるかは条文上不明であったが、住宅の構造耐力上主要な部分等については、売買契約・請負契約ともに二〇年まで伸長が可能であるとされている。

## 2 むすびに代えて

以上みてきたように、結局は、ローマ法以来の伝統である、売買法と請負法との相違が立法及び解釈にも多大な影響を与えているのであり、その検討なしには解答を得ることは不可能であろう。したがって、ここでは、本稿の検討から得られる今後の検討のための示唆について述べることとして、むすびに代えることとしたい。その示唆は、① 我が国における製作物供給契約概念の必要性、② その内容と性質、③ 製作物供給契約さらには売買契約と請負契約の将来像、について得ることができようであろう。

まず、製作物供給契約概念の必要性についてであるが、我が国の判例でも認められているように、典型的な売買契

約にも典型的な請負契約にも含むことができないう契約が存在することは否定できないのであり、そのような契約をどういう性質のものとして捉えるのかということとはともかくとして、その概念を認めることは有益であろう。また、現代においては、ドイツ民法起草時<sup>12)</sup>もそして我が民法起草時<sup>13)</sup>も想定していなかったような契約現象が現れてきているのであり、これらを典型契約の枠内のみ収めようとすることはかえって不適切でもあろう。そのような契約としては、例えば、コンピュータプログラムの開発をあげることができよう。この場合には、製作した物を依頼者に引き渡すこととともに、そのプログラムが利用者の要求にかなうこと、そして、利用者がその扱い方を教わることも重要である。このような義務は、典型的な売買契約にも典型的な請負契約にも見ることができない。契約の内容としてそれらが明確に定められていなかった場合に、その違反についてどのように考えるかということは、実務上も必要であろう。

次に、製作物供給契約の性質及び内容についてである。本稿においてみてきたように、BGBの起草過程では、当初は、請負人により提供された材料により仕事が製作される場合のみを対象の基準(II-5でみた区別基準I)とし、動産と不動産とでその扱いを異にしていたが、その後は、動産の場合であっても物の代替性に着目して(区別基準II)法的効果を区別するようになった。このことは、産業の発展に伴って、法律の対象となる契約類型が変化していることを物語っていると思われ、とするならば、立法から一世紀が経った現代社会において行われている契約も立法当時念頭に置かれていた契約とは変化していることが容易に想像できるのであり、したがって、我が国の現代社会に応じた検討が必要であろう。その場合には、個別具体的に検討する必要があるが、その際には、ドイツ民法のような「動産と不動産との区別」<sup>14)</sup>及び「代替物と不代替物」という区別も有益であろう。さらには、実務取引上は物ないし給付の特定性と代替性が必ずしも明確に分けられているとはいえず、また、製作物供給契約には売買契約的な要素も含まれるのであるから、売買契約で問題となるような「特定物と不特定物(あるいは種類物)」といった区別による検討

も必要とならう。<sup>(125)</sup>

そして、最後に、製作物供給契約さらには売買契約と請負契約の将来像についてであるが、それについては、B G 六五一条の立法過程で議論されてきた諸問題を改めて再検討し、その上でドイツ債務法改正委員会での議論を参考にする必要があろう。すなわち、現行法上みられる売買契約と請負契約との間の差異はどのような理由から認められ、そしてどのようにして規定がなされたのか、さらには、それらを今後どのように考えるべきかということである。その際には、製作物供給契約概念の有用性についても再検討が要求されるだろう。確かに、前述した新たな流れからすると、製作物供給契約概念は不要なものとされるようにも思える。しかしながら、住宅品質確保の促進等に関する法律の成立と存在は、従来の売買契約にも請負契約にも当てはまらない《新たな契約類型》を生み出したものと見ることも可能であろう。また、ドイツ債務法改正委員会では、売買契約と請負契約との差異を修正することにより製作物供給契約についての規定を削除しているが、そうであっても、ある契約において一方当事者が権利供与義務を負っているかどうかということはなお解釈によって確かめなければならないのであり、<sup>(126)</sup>したがって、製作物供給契約概念が不要になったということはできないであろう。特に、まだそのような検討が全くなされていない我が国では、ドイツの立法論から無媒介に議論をたてるのは決して事物適合的ではない。

ここからさらに発展して、債務不履行法と瑕疵担保法との関係をどのように考えていくかという一般的な問題も生じてくる。ドイツ債務法改正委員会では一般的給付障害法を置くことにより両者を統合しているが、我が国とドイツとは、その法体系が必ずしも一致しているとはいえず、したがって、給付障害法についても我が国独自の将来像を構築する必要がある。<sup>(127)</sup>

本稿は、BGB六五一条の立法過程の検討を主な目的として行ってきたが、以上のような問題を検討する前提となる序論的な考察として位置づけることとし、さらには、これらの問題点は続く検討課題としたい。また、本稿は、筆者が今後において研究を予定している請負契約法のひとこまであることも付言しておく。

注

(120) Medicus, aaO. (n.15), S.277.

(121) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992.

なお、この報告書についての我が国での研究成果が、下森定二岡孝編「ドイツ債務法改正委員会委員会草案の研究」(法政大  
学出版局、一九九六)である。(122) Vgl. Medicus, aaO. (n.15), S.278. なお、クラウスハール||中島昇訳「委員会報告にみる債務法の再構成」亜細亜法学一  
八卷二号(一九九四)六五頁以下、とりわけ七二頁以下も参照。

(123) Medicus, aaO. (n.15), S.277.

(124) そもそも請負契約において、動産と不動産さらには仕事との関係が問題となり、それを検討することが必要である。

(125) 本稿、はじめに2(2)も参照。

(126) Medicus, aaO. (n.15), S.277.

(127) この点については、石崎泰雄「瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論——ウィーン国連売買条約・ドイツ債務法改  
正最終草案における理論的構成」早法七〇卷三号二七三頁以下(一九九五)も参照。