

ドイツ建築契約法改正と 請負の瑕疵概念をめぐる議論の展開

永 岩 慧 子

- I はじめに
- II 瑕疵の意義と請負人の給付義務
- III 建築契約法改正に向けた議論
- IV 新たな議論の端緒—650b 条における給付の変更
- V おわりに—ドイツ法からの視点

I はじめに

2018年1月1日、ドイツでは、2017年3月に成立した建築契約を中心とするドイツ民法典（以下、BGB とする）の改正法が施行された（以下では、この改正を指して、2017年建築契約法改正とする）。BGB の起草以来長きにわたって議論されてきた建築契約に関する規定の BGB への取り入れが実現し、多数の新設条文を含む大規模な変更が行われた。その影響は、実務及び理論のいずれにおいても大きいとされる。一方、改正に至る過程では、請負の瑕疵責任に関する規定の見直しも議論されていたが、最終的に今回の改正では実現しなかった。そこで挙げられていた論点は、請負の領域において学説上活発に議論されてきた問題であり、とりわけ理論的な面から高い関心が寄せられていた。

請負契約は、わが国とドイツのいずれにおいても、一般に、結果の達成を約す

(1) Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, Bundesgesetzblatt Teil I 2017, S.969ff. 改正法の概要については、拙稿「建築契約に関するドイツ民法典改正について」名経法学39号（2017年）92頁以下で紹介した。

る役務提供契約であるという点で特徴づけられる。一定の結果達成を必要とする点で役務提供契約の中でも売買に近接する性格が把握される一方で、請負の仕事は契約締結後に現実化し、履行過程に不確定な要素が存在する契約も少なくない。請負領域において紛争の多くを占める建築契約でも、請負人と注文者の契約内容は、契約締結時に常に確定しているものばかりではなく、履行過程で判明する状況に従い、変更が行われることも通常予定されているといえる。とりわけ大規模な建築契約のような場合には、契約締結時にすべての事情を把握することは困難であり、請負契約において存在する不確定な要素は、当事者がそれを想定していない場合に、しばしば紛争を惹起する。請負の性質から生じるこのような問題について、ドイツでは、瑕疵概念の領域を中心に特徴的な判例法理と学説の議論がみられ、2017年建築契約法改正を契機としてさらなる展開が生じている。瑕疵の意義をめぐる議論は、請負契約の内容をどのように確定するかという問題に言い換えることができ、さらに、注文者の結果達成に向けた期待を契約内容にどのように取り入れ、位置づけることが可能かという問題にも接続する。これらの問題は、わが国の請負契約の内容確定においても共通の課題であると思われる。そこで、以下では、瑕疵概念をめぐる問題を中心に、ドイツ法の最近の議論動向の整理を試みる。

II 瑕疵の意義と請負人の給付義務

1. 問題の所在

請負の瑕疵判断をめぐるのは、建築契約の場面を中心に、請負人が引き受けた仕事の個々の性状の合意と契約目的の達成との間に食い違いが生じているような場合、請負人が行うべき仕事の内容はどのように把握されるのかという問題が議論されている。例えば、ある住宅に間仕切り壁を製作する契約について、当事者が合意した仕様書に従い、そこに記載された内容と相違なく施工されたが、完成した間仕切り壁がその住宅に十分な遮音性を備えておらず、注文者が契約をした目的を達成しているとはいえないといった場面が想定されている。ここで問題と

(2) 例えば、民間（旧四会）連合協定工事請負契約約款委員会から名称変更された民間（七会）連合協定工事請負契約約款委員会が作成した、民間（七会）連合協定工事請負契約約款には、工事の変更についての条項があり、建設工事が発注者の必要に基づいて行われるものであることから、契約成立後でも、必要があれば発注者は受注者に対し、工事の追加・変更と工期の変更を求めることができると規定されている（同28条）。民間（七会）連合協定工事請負契約約款委員会編著『民間（七会）連合協定 工事請負契約約款の解説』（大成出版社、2020年）174頁以下。

なっているのは、請負人が自ら給付に関する計画や設計を行ったという場合ではなく、請負人の労務に外在的な事情により、契約で目的とした結果が実現しなかったとき、請負人の責任をどのように把握するかである。このような場面を瑕疵責任の範囲で捉えることができるのか、それとも、契約締結上ないし履行プロセスで生じた義務違反として、一般給付障害法における責任として捉えられるのかといった点を中心に議論となっている。この問題に対し、ドイツの判例は、瑕疵責任の領域で取り扱うという方向を示しているが、学説の見解は一致しておらず、請負の性質から生じる特徴的な論点の一つとして、2002年の債務法現代化前から検討の対象とされてきた。

2. BGBにおける瑕疵判断規定

請負における当事者の義務を定める BGB 631条は、1項において、請負人は、約束された仕事の製作を義務付けられ、これに対して、注文者は、約定された報酬を支払う義務を負うとする（以下、別段の表記がない条文は、BGBを指す）。請負契約の対象は、物の製作若しくは変更又は労働（Arbeit）若しくは役務の給付（Dienstleistung）によりもたらされるその他の結果（Erfolg）とすることができる（同条2項）。

請負人は、物及び権利の瑕疵なく仕事を調達する義務を負い（633条1項）、同条2項は、いかなる場合に仕事に瑕疵がないとされるのかについて定める。この規定は、請負人の給付義務を具体化するものとして捉えられる。本規定は、債務法現代化の際、EU消費動産売買指令（1999/44/EC）の規定と、旧法下で展開された解釈論の状況に適合させる形で、主観的な瑕疵概念を採用することを明らかにしたものである⁽⁴⁾。また、可能な限り売買の規定との調和を図るという目的のもと、売買における物及び権利の瑕疵を定める434条、435条とパラレルな規定となっている⁽⁵⁾。633条2項は、瑕疵のない仕事について、3つの基準を示す。まず、当事者間において①合意した性状（633条2項1文）、性状が合意されない場合

(3) 本稿のドイツ法の条文訳については主に、旧法については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）、現行法については、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、2002年）181頁以下〔資料〕ドイツ債務法現代化法（民法改正部分）試訳、国立国会図書館調査及び立法考査局「基本情報シリーズ20ドイツ民法II（債務関係法）」（国立国会図書館、2015年）を参照した。

(4) BT-Drucks. 14/6040, S.211ff.

(5) 旧法の規定内容及び債務法現代化法での変更の概要と、現行法の解釈に関する学説上の議論について、拙稿「ドイツ請負契約法における瑕疵概念」広島法学40巻1号（2016年）107頁以下参照。

に、②契約で前提とした使用に対する適合性（633条2項2文1号）、③通常の使用に対する適合性、同種の仕事において普通で注文者がその仕事の種類から期待できる性状（633条2項2文2号）を満たしている場合には、瑕疵がないとされる。なお、③で示される通常の使用に対する適合性や普通の性状については、これを逸脱する合意がない限り確保される。ここで、633条2項2文が、「性状が合意されない限り」という文言を用いたことをめぐって、債務法現代化直後から学説上議論が生じている。②契約で前提とした使用に対する適合性や、③通常の使用に対する適合性、同種の仕事において普通で注文者がその仕事の種類から期待できる性状という基準は、性状に関する特別な合意がない場合に限り持ち出せるかのように読めるが、このような解釈は消費動産売買指令の規定と明らかに異なるとして、規定の文言ないし構造の問題点を批判する見解が多い。性状についての合意がすべて欠けている契約は想定し得ず、②や③の基準は、性状についての合意が不完全な場合に重疊的・補的に適用されるという見方が学説上多数である。また、消費動産売買指令が、売主が給付すべき消費財について、「契約適合性」という概念を置き、契約適合性が推定される場合を定めたのに対し、ドイツ法は、「性状」についての合意を中心概念とし、指令とは異なる基準を採用している。さらに、指令2条2項が「目的」に言及しているのに対し、ドイツ法における性状合意は、単なる性質についての合意を意味するのか、一定の使用目的に対する合意も含むのか、用語上曖昧であると指摘されている。633条2項

(6) Thode, NZBau 2002, 297 (304); Vorwerk, BauR 2003, 1 (4); Glöckner, BauR 2009, 309f.

(7) 消費動産売買指令 (Directive 1999/44/EC) 2条2項

以下の場合には契約適合性の存在が推定される、

- (a) 売主の説明に合致し、かつ、売主が提示した見本品と同等の品質を有する場合
- (b) 契約締結時に売主に知らしめ、売主が了解した消費者の目的に合致している場合
- (c) 同種の消費財に通常求められる目的に合致している場合

- (d) 同種の消費財に関して通常であり、かつ売主・製造者・その代理人によってとりわけ広告やラベルにおいてなされた当該消費財の特性に関する公の表示を考慮して消費者が合理的に期待することができる品質と機能を有している場合

指令の条文訳について、田中幹夫「EU消費財売買指令とドイツにおける国内法化の概要」JETRO ユーロトレンド52巻（2002年）76頁以下、ルス・M. マルティネス・ヴェレンコス（カライスコス アントニオス訳）「平準化されたヨーロッパ私法およびアキ・コミュニテールの EU 加盟国法へのインパクト」ノモス40号（2017年）43頁等を参照。

をどのように解釈するかは、以下でみる判例法理や学説の議論の中でも問題とされ、2017年建築契約法改正に向けた議論では、この規定の改正が中心的論点の一つとして挙げられることとなった。

3. 判例法理の展開

(1) 債務法現代化前の判例の状況

債務法現代化前の旧633条1項は、請負の瑕疵について、「欠点 (Fehler)」と「保証された性質 (zugesicherte Eigenschaft)」という2つのカテゴリーに分けて規定していた。「欠点」とは、仕事の価値又は契約で予定された使用若しくは通常の使用に対する適合性を消滅又は減少させる相違であり、「保証された性質」には、仕事の価値や使用適合性に影響を有しない性質の特徴も含まれる。

上述のように、請負の瑕疵めぐっては、請負人が取り決め通りの仕事を行ったが、注文者の提示した設計や材料、その他の請負人による仕事等に起因して、契約で目的とした使用への適合性が得られなかったという事案について、瑕疵が肯定されるか否かが問題となった。

この問題に対し、債務法現代化前のドイツ連邦通常裁判所（以下、BGHとする）は、契約で予定された使用目的や仕事の機能に照らして仕事の瑕疵を広く解し、瑕疵の原因が注文者の指示や注文者から提供された材料等にあった場合についても、瑕疵担保責任の適用を肯定した。仕事の目的物の機能⁽⁹⁾を重視する見解を初めて示したとされるものとして、BGH1984年5月17日判決が挙げられる。本判決の事案は、請負人の仕事の前に別の者によってなされた施工箇所⁽⁹⁾に不具合があり、さらに注文者の指示の不適切性に起因して、請負人の仕事に契約の目的に適合しない瑕疵が生じたというものであった。本判決は、旧633条における「欠点」は、仕事が契約で前提とした使用について有すべき性状から相違する場合に存在するとし、給付の瑕疵は、到達すべき結果が存在しないことにより決定づけられると述べた。

その後のリーディング・ケースとなったBGH 1999年11月11日判決⁽¹⁰⁾は、注文者が提供した材料を用いて、設計通りに施工された工場と倉庫の屋根に隙間があり、雨水の侵入を防ぐことができなかったという事案である。本判決は、請負人

(8) Thode, NZBau 2002, 297 (303f.).

(9) BGHZ 91,206=NJW1984,2457. なお、機能適合性 (“Funktionstauglichkeit”) という表現を判決中で用いたものとして、BGH 1998年7月16日 (BGHZ 139,244=NJW 1998,3707) が挙げられる。

(10) NJW-RR 2000,465=NZBau 2000,74=BauR 2000, 411=ZfBR 2000,121.

の給付は、契約上前提とした又は通常の使用に必要な性状を示す場合に契約に適合するとして、請負人は、合意の範囲内で機能に適し目的に一致した仕事を義務付けられるという判断枠組みを示し、本事案について、雨水の侵入を防ぐことは、注文者からの具体的な指示がなくとも、工場及び倉庫としての使用目的が示されていれば、この使用目的に適して備えていなければならない性状であるとした。また、本事案の事情として、通常よりも低い報酬額で仕事が引き受けられていたとしても、契約で取り決めた実行方法では契約上予定した機能適合性を達することができないことについてのリスクを注文者が認識し、是認していたのでない限り、結論に変わりはないとした。

以上のように、BGH は、たとえ契約において特定の設計や実行方法について合意されていた場合でも、請負人は、それを実行に移すだけでは自己の債務を履行したということではできず、契約の目的に適合した仕事の達成を担保しなければならないとする。その根拠は、請負の結果責任という性質に求められる。なお、契約の目的や予定された機能は、当事者において合意されていることが前提であり、どのような機能が予定されていたかについて、契約解釈によって検討される必要があるという。また、BGH は、請負の仕事に瑕疵があると判断される結果、注文者は、請負人に対して修補を求めることも可能であるとしているが、この場合に、当初取り決めた以外の給付を必要とする場合、注文者はその費用を負担しなければならないとして、調整を認めている（いずれにしても必要な費用（Sowieso-Kosten）⁽¹¹⁾の範囲に限られる）。このような BGH の立場は、判例法理として定着し、これらの判例が、請負人の仕事は「機能適合性（Funktionstauglichkeit）」を有していなければならないという表現を用いたことから、「機能適合性理論」や、「機能性瑕疵概念」などと称される⁽¹²⁾（以下では、BGH の判例法

(11) このような費用の調整についての概念を最初に明示したとされる BGH 判決として、1970年10月29日判決（VersR 1971, 157）。なお、費用の算定は困難が伴うが、請負人がすでに費やした、失敗に終わった仕事の範囲での価値の損失は、請負人の調査・指摘義務違反により請負人自身が負うことになるという。Vgl. Glöckner, BauR 2009, 302ff.

(12) この問題に関する判例や学説において、請負の仕事の機能に関する表現は統一されておらず、様々な用語で説明される。債務法現代化後のリーディングケースとなった BGH2007年11月8日判決では、「機能適合性（funktionstauglich）」と表現がされていたが、同様の意味で、「目的との合致（zweckentsprechend）」、「使用適合性（gebrauchstauglich）」、「使用目的（Verwendungszweck）」、「使用適合性（Verwendungseignung）」といった表現がなされている。その他の表現も含め、Peter Hammacher, Prüf- und Hinweispflichten, 2.Aufl.,2016,S.164で列挙されてい

理を指して「機能適合性理論」の表現を用いる）。

このような判例の考え方に対し、債務法現代化後の633条2項は、その文言上「合意した性状（633条2項1文）」を優先的に位置づけていることから、詳細な仕事の性質や実行方法が合意されている場合に、契約で前提とした使用や通常の使用に対する適合性が劣後し、それらを備えないとしても瑕疵がないと判断されるのか、債務法現代化後のBGHの立場が注目されることとなった。

（2）BGH 2007年11月8日判決（BGHZ 174, 110=NJW 2008, 511）

本判決は、旧法下における機能適合性理論を債務法現代化後も維持することを明確にしたものである。これにより、633条2項をめぐり学説上議論されていた、個々の性状合意と契約で予定された仕事の機能とが同時に満たされない場合の取り扱いについて、一定の帰結が示された（以下、本判決を指してBGH2007年判決とする）。

i) 事案の概要

本事案は、注文者が、公的な電力網が接続されていない住宅（Forsthaus）に、熱電併給装置（Blockheizkraftwerk）を設置し、請負人には暖房設備の築造と熱電併給装置との接続を依頼したというものであった。しかし、この暖房設備は、十分に住宅を暖めることができなかった。その原因は、熱電併給装置が、この住宅の暖房と温水の必要を満たすために十分な電力の供給を欠いていることにあり、熱電併給装置の設置は、請負人とは別の有限会社が、請負人の給付の前に行ったものであった。

ii) 本判決の概要

これに対し、BGHは、請負人の仕事である暖房設備がその機能を有しないことを、合意した性状からの相違として捉え、結論において請負人の仕事の瑕疵を肯定した。BGHは次のように述べる。「当事者が、仕事のどのような性状を合意したかは、請負契約の解釈によって明らかとなる。BGB633条2項1文における合意した性状について、当事者の合意により契約上義務付けられた結果をもたらすべき、すべての仕事の性質が含まれる。この契約上義務付けられた結果は、その達成のために合意された給付または実行方法によるだけではなく、当事者の意思により、どのような仕事の機能（Funktion）が履行されるべきなのかにもよって決せられる。BGHは、契約で追求される仕事の製作の目的が達成されず、仕事その合意または契約によって前提とされた機能を満たさない場合、その理由で、合意した性状と、旧BGB633条1項の意味における欠点（Fehler）についての相違を採用しない……これは、当事者が、一定の実行方法を合意してい

たかどうかに依存しない。契約で前提としたまたは通常の使用について機能適合性 (Funktionstauglichkeit) が合意され、この結果が、契約で合意した給付または実行方法では達成されないとき、請負人が、合意した機能適合性を義務付けられる。」そして、本事案では、注文者の住宅を十分に暖める暖房設備の設置が、注文者と請負人との間で契約上合意された目的であり、これを満たさない場合には、合意した機能を履行したことにはならないとする。他の請負人によって設置された熱電併給装置の不十分な性能によるものであっても、請負人の仕事の瑕疵とされる。請負人は、他の請負人の給付について、自らの調査義務及び指摘義務 (Prüf- und Hinweispflichten)⁽¹³⁾ を果たした場合、瑕疵責任から解放される。請負人が責任を免れない場合、請負人は、合意した機能適合性を満たすよう修補しなければならないとされ、そのために契約上予定されていなかった給付が必要となった際には、注文者は、利益調整の観点から、追加の費用を負担すべきか否かが検討される。

以上のように、BGH は、旧法下における判例法理が債務法現代化後も維持されることを明らかにした。本判決は、多数の裁判例において引用され、この判断枠組みが定着しているといえる。⁽¹⁴⁾

4. 学説の展開

機能適合性理論は、請負人による予定された仕事内容の実行自体には問題がないが、それ以外の原因により、仕事の機能を満たすことができない場面を問題としている。このような場合について、契約締結時に合意した実行方法の指示や材料の適切性に関する請負人の義務違反として、請負人の仕事の瑕疵の問題とは切り離して捉えることも考えられる。この点、BGH は、この問題を仕事の瑕疵と接続し、瑕疵責任の範囲で処理することを示しているが、その理論上の問題点について、学説上激しい議論となっている。

a) Vorwerk

Vorwerk は、BGH2007年判決より前に、債務法現代化後の BGB においては、機能性瑕疵理論は維持されないという見解を示していた。より具体的には、債務法現代化により、性状合意が瑕疵の基準として明文とされたことから、請負人の指摘義務は、請負の結果責任から直接に生じるのではなく、BGB241条 2 項⁽¹⁵⁾に基

(13) これらの義務について、ドイツにおける用語法は一致していない。

(14) BGH NJW 2011, 3780=NZBau 2011, 746 ; BGH NJW 2011, 1441=NZBau 2011, 360 ; NJW 2011, 378 ; BGHZ 201, 148=NZBau 2014,492=NJW2014,3365など多数。

づく義務違反として把握されるとする⁽¹⁶⁾。これに対し、BGH2007年判決は、Vorwerk の見解を判決理由中で否定している。

b) Kniffka

判例に肯定的な見解の代表的論者である Kniffka は、機能適合性理論を次のように支持する⁽¹⁷⁾。請負人の製作義務は、合意した給付または実行方法に従うことに限定されるのではなく、常に「契約の状況により目的に合致した、機能に適した仕事を提供することに向けられる」とする⁽¹⁸⁾。Kniffka は、その説明において、「契約上義務付けられた結果 (vertraglich geschuldete Erfolg)」と「契約上合意した給付予定 (vertraglich vereinbarten Leistungssoll)」は区別されなければならないとする。契約上義務付けられた結果は、原則として、機能に適し、かつ目的に合致する仕事を製作することであるのに対し、契約上合意した給付の予定は、合意した価格で支払われる給付を意味するという⁽¹⁹⁾。「給付の予定 (Leistungssoll)」が、「仕事の結果 (Werkerfolg)」を生じさせるために適切でない場合、これらは離れたところに位置することになる。そのような場合、請負人は、仕事の結果を導くために、追加の、または変更された給付を提供する義務を負う可能性があるとする。この対抗策として、給付予定に包含されていない給付に対する特別な報酬についての請求権が、請負人は認められなければならないとして判例法理と同様の立場を示す⁽²⁰⁾。

また、Kniffka は、判例の理論を支持する理由として、請負人の調査・指摘義務を瑕疵責任の枠組みから外に出した場合、請負人は241条2項、282条に従い、責めに帰すべき事由による義務違反により、追完の可能性もなく、常に金銭賠償

(15) BGB241条2項（債務関係と給付義務）は、「債務関係は、その内容及び性質の顧慮のもとに、各当事者に相手方の権利及び法益を顧慮する義務を負わせる。」と規定する。本規定は、債務法現代化により新設されたものである。

(16) Vorwerk, BauR 2003, 1 ff.

(17) Kniffka は、建築法の注釈書において、「機能性製作概念 (funktionalen Herstellungs begriff)」という用語を用いて説明する。Kniffka, in : Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 2020, 6. Teil, Rn. 18 ff.

(18) Kniffka, in : Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Rn. 18. Kniffka は、「合意または契約により前提とした機能は、その契約の目的 (Ziel) であり、合意した実行方法は、そこに至る (単なる) 手段である。この手段が誤っていたとき、別の方法を取らなければならない。しかし、目的は見失ってはならない。」と述べる。

(19) Kniffka, in : Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Teil Rn. 105.

(20) Kniffka, in : Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Teil Rn. 106.

としての責任を負うことになること、また、瑕疵責任に基づく権利と、一般給付障害法に基づく損害賠償請求権との異なる時効期間の適用という複雑な状況が生じることを指摘している⁽²¹⁾。

c) Ganten

Ganten は、仕事の機能適合性が性状合意の一部であることは正当であり、不適切な実行方法の合意が優先すべきではないとする。この点では、判例の立場と一致するが、BGH 2007年判決について、事実の評価によっては異なる結果にもなりえたと指摘し、機能適合性理論の拡張に懸念を示す⁽²²⁾。BGH2007年判決の事案は、別の請負人が製作した熱電併給装置の性能という、請負人の給付自体に関連しない要素により、注文者の契約目的が達せられなかったというものであったことから、請負人の結果責任を「過度に拡張した」とする。とりわけ、Ganten は、請負人の給付の対価である報酬に言及し、報酬の範囲を超えた給付義務を請負人に課すことになる瑕疵判断は考慮が必要であるとしている。

d) Glöckner

Glöckner は、請負人の調査・指摘義務について、その指摘義務が仕事の契約適合性と直接の関係にある限りで、241条 2 項に基づく義務違反に関わる問題としなかったことは妥当であるとする。その理由として、Kniffka と同様に、調査・指摘義務の違反の結果が瑕疵に現れた場合に、瑕疵責任法と一般給付障害法の時効についての分裂を生じさせるべきではないという点を指摘する。また、判例の理論構造は、請負人に対して、自らの指摘義務を果たしたことについて立証責任を負わせるという点が実務上重要であるとしている。他方、判例の考え方自体を批判するものではないが、Ganten と同様に、その理論の拡張には懸念を示している⁽²³⁾。さらに、Glöckner は、今後の展開として、313条による行為基礎の障害に当たるかどうかを検討すべきとの見解を示す⁽²⁴⁾。

e) Sass

Sass は、請負契約で製作されるべき仕事の品質と機能について、具体的にどのような要求がなされ、どのような給付が提供されるべきかは、厳密な解釈により、技術的な専門知識を考慮したうえで、すべての事情を評価し、すべての契約上の合意の構成要素が確かめられると述べる。そして、請負人が行うべき給付義

(21) Kniffka, in : Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Aufl., 2018, §633 Rn. 48.

(22) Ganten, jurisPR-PrivBauR 2 / 2008 Anm. 1.

(23) Glöckner, BauR 2009, 302 (313).

(24) Glöckner, BauR 2009, 302 (317f).

(25) Sass, NZBau 2013, 132ff.

務は、別の請負人の仕事から境界づけられなければならない、請負人の結果責任は、自己の給付義務の取り決め通りの履行にのみ基礎づけられるとする。この範囲において、請負人は、機能の不足について責任を負う可能性がある。給付の種類や方法に関する誤った合意については、請負人が、そのような誤りのある原因を回避すべき義務を自ら負っている場合には、請負人は責任から解放されることはない。他方、分業が行われる場合に、個々のケースで、請負人が確認すべきとされないときは、請負人に瑕疵責任があるのではなく、合意した条件の内容を信用することができるという。このとき、機能適合性が一般的に合意されているとしても、さらなる責任は生じないとする。

f) Peter Hammacher

Peter Hammacher は、BGH2007年判決の評釈において、判例の見解は、請負人に過度な責任を課す可能性があると指摘する。⁽²⁶⁾ 2007年判決が、「暖房設備が十分に住宅を暖めない」ことをもって、請負人の仕事に瑕疵があると判断し、請負人が自己の調査・指摘義務を果たしたことについて請負人に証明責任を負わせるとしたのに対し、その前段階において、注文者は、請負人とどのような性状を合意したのか、また、その合意が、請負人の仕事の一定の機能を含むかどうかについて証明する必要があるとする。それにより機能適合性についての瑕疵が証明されて初めて、⁽²⁷⁾ 請負人の調査・指摘義務に関する免責の証明が導かれるとする。

g) Frank Peters

Peters は、調査義務や指摘義務違反の本質的な帰結は、請負債務に基づく取引において、防止されるべきであった瑕疵を理由に責任を追及されることであるとする。⁽²⁸⁾ Peters は、この点に関して、BGB645条1項の規定を引き合いに出す。645条1項は、注文者により供給された材料の瑕疵ないし注文者による実行に関する指図の結果、引取り前に仕事の質の低下が生じたり、実行できなくなった場合に、請負人の責めに帰すべき事由が作用していないときは、請負人は、給付さ

(26) Peter Hammacher, NZBau 2010, 91.

(27) なお、瑕疵の有無についての証明責任は、引取り前には請負人に、引取り後には注文者に課される。2007年のBGH判決の事案は、注文者が引取りを拒絶しており、瑕疵の証明責任はなお請負人とされた。しかし、その場合でも、注文者は引取りを拒絶する理由について説明しなければならないことになる。BGB640条1項2文は、仕事に本質的な瑕疵がない場合には、引取りを拒絶することができないと規定しており、注文者は、引取りを拒絶する際に、瑕疵の存在について主張する必要があるとされている。

(28) Frank Peters, NZBau 2008, 609 ; ders, NZBau 2013, 129 ; ders, in : J.von Staudingers Kommentar zum BGB §§631-650v, 2019, §633 BGB Rn.64.

れた労務に応じた報酬の一部及び報酬に含まれない費用の償還を請求することができる。ここで表現されているように、調査・指摘義務の違反は、注文者が供給した材料や注文者による指図を原因とする「質の低下」を生じさせるものであり、633条における瑕疵ではないとする。

また、633条以下の請負契約における瑕疵責任が生じるのは、請負人の実行について瑕疵があった場合のみであり、これが売買契約法における物の瑕疵と一致する⁽³⁰⁾。その他の設計や材料の瑕疵については、それが請負人の手に委ねられている場合は実行の瑕疵と区別されないが、そうではない場合には、請負人の仕事に瑕疵があるのではなく、請負人が自らの調査や指摘を行わなかった場合に、280条1項、241条2項により、過失に基づいて損害賠償義務を負うとする。Petersは、BGHの機能適合性理論のように、調査・指摘義務の違反から請負人の仕事の瑕疵を導いた場合、売買や賃貸借における瑕疵概念と馴染みのない、過失のある義務違反と結びついた瑕疵概念を示すことになり、請負人の義務違反を一般的な文脈からも引き離すことになると批判する。

h) Markus

Markusは、後述するように、改正をめぐる議論であるドイツ建築法会議の勧告の検討の中で、BGHの判例理論に対して批判的見解を示す⁽³¹⁾。ドイツ建築法会議の提案は、判例理論をBGBに明文化しようとするものであるが、提案された規定は明瞭ではないのに対し現行法は明確であると評価する。Markusは、請負人が、合意した性状を満たす仕事をなしたのであれば、自らの給付義務を履行したことになり、性状合意の優先を理由に、機能を満たしていない場合にも同様であるとする。このとき、請負人は、約束した仕事の製作義務に並んで、241条2項により、注文者への指摘義務を負うとする。一方、Markusは、Kniffkaが言及した、指摘義務違反の法的効果については、瑕疵責任との接続を図ることに意義が認められるとし、法的効果の点で別の方法を検討すべきとしている⁽³²⁾。

5. 請負人の調査義務・指摘義務

BGHは、仕事の機能適合性を含む契約目的の達成を請負人の結果責任として課した上で、調査義務及び指摘義務の履行による免責という判断枠組みを示す。判例法理に批判的な見解は、結果の達成に向けた請負人の義務を全面的に否定す

(29) Peters, NZBau 2013, 129 (132).

(30) Peters in ; Staudingers Kommentar, §633 BGB Rn.163.

(31) Markus, NZBau 2010, 604ff.

(32) Markus, NZBau 2010, 604 (606).

るものではなく、その体系的位置づけにおいて判例の考え方と相違する。この点で、議論の対象として請負人の調査義務及び指摘義務が重要な意味を持っている。

BGBは、請負人の調査・指摘義務に関する規定を有していないが、ドイツの建築請負契約で一般に使用されている建設工事請負規則（Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen；VOB）の一般契約条件規定であるB部（以下、VOB/Bとする）は、明文の規定を置いている。

（1）VOB/B

VOB/Bは、4条3項において、請負人の⁽³³⁾調査・報告義務（Prüfung- und Anzeigepflichten）を規定する。VOB/B4条3項は、請負人は、予定された実行方法、注文者により提供された材料若しくは部材又はその他の請負人の給付の性質についての懸念を遅滞なく注文者に報告しなければならないとする。そして、VOB/B13条3項は、瑕疵が、給付仕様書、注文者の指示、注文者により供給若しくは指示された材料若しくは部材、又は他の請負人の事前の給付の性質に起因するものであるとき、請負人は、VOB/B4条3項の規定に基づきその者に義務付けられた通知をしない限り、その責任を負うものとする。

以上のように規定される請負人の調査・報告義務は、信義誠実の原則から導かれる。そして、請負人がこれらの義務に違反した場合の本質的な法的効果は、請負人が、義務に従っていれば回避できたであろう瑕疵を理由にその責任を追及されるということである。請負人が、設計に対して懸念を示す必要がなかった場合や、正当な懸念を示したにもかかわらず、注文者が、それに耳を貸そうとしない場合に、請負人が責任を負わないということには異論はみられない。

（2）BGBにおける請負人の調査義務・指摘義務

VOB/Bの合意がない契約においても、請負人が調査義務ないし指摘義務を負う可能性があること自体は一般に異論がない⁽³⁴⁾。このような義務は、請負人が結果の発生を義務付けられ、また、通常の場合、結果達成に必要な基準に関して注文者に対し優越した専門知識を有していることから基礎づけられる。

BGH2007年判決は、請負人の調査・指摘義務について、VOB/Bの規定を挙げたうえで、VOB/Bの規定が信義誠実の原則に基づく義務の具体化であり、VOB/Bが適用されない建築契約にも当てはまるとする。すでに述べたように、

(33) VOB/Bにおいては、「受注者（Auftragnehmer）」、「発注者（Auftraggeber）」と表現されるが、本稿では「請負人」、「注文者」と表記する。

(34) Voitは、これらの義務について、BGB上にも明確に取り入れられるべきであると指摘している。Voit, jM 2015, 402 (406).

BGH は、これらの義務を、請負人を瑕疵責任から解放するための免責要件として位置づけている⁽³⁵⁾。

6. 小括

債務法現代化前から維持される判例の考え方において、そこで言及される仕事の「機能性」や「機能適合性」は、それ自体請負契約で合意されるものであり、仕事の瑕疵の有無を判断する際に検討されるべきという点では、異論はみられない。仕事の機能性を、債務法現代化後の633条2項において、合意された性状(633条2項1文)に位置づけるか、契約で前提とされた、または通常の使用適合性(633条2項2文)に位置づけるかという点については、BGH判決とは異なる考えを示すものもあるが、633条2項の範囲での問題にとどまる限りではそれほど大きな対立ではないといえよう。上述したように、問題となるのは、契約において具体的な性状や実行方法を取り決めたが、それらの方法が、注文者が予定した仕事の機能を満たすためには適当ではないといったように、個々の具体的性状合意と機能適合性という結果の実現が矛盾する場面をどのように捉えるかである。

機能性をめぐる判例法理と、これを肯定する支配的見解によると、請負人は、給付仕様書等に記載された内容を相違なく実行に移した場合であっても、その給付の機能が達せられないときは、瑕疵があると判断される。すなわち、請負における仕事の内容は、達せられるべき機能を含む「結果」から導かれ、場合によっては、請負人は予定していなかった労務を負うことになる。一方で、そのような瑕疵判断のもとで、請負人を瑕疵責任から解放するための調査・指摘義務についての理論が展開される。請負人の調査・指摘義務は、機能性の瑕疵概念のもとで必要不可欠な調整方法として位置づけられる。

判例の判断枠組みでは、結果の達成に必要な請負人の義務について、反対債務である報酬の額との対価関係にかかわらず、当事者、とりわけ注文者の機能への期待から請負人のなすべき給付が導かれる。判例法理のもとでは、請負人は、予定していなかった追加の給付を義務付けられる可能性があり、注文者は、契約において予定していたよりも価値の高い仕事を対価の支払いなく保持することになる。この点、判例は、費用に関する利益調整の枠組みを接続する。以上のように、BGHは、仕事の機能適合性を、注文者が契約上期待する仕事の性状であるとして、契約内容の中に位置づけ、あくまで当事者の合意から導こうとするが、

(35) BGHZ 132,189 [192] = NJW 1996,2372 ; BGH,NZBau 2005,456=BauR 2005, 1314 [1316] = ZfBR 2005,667.

そこで展開される理論は、請負に特殊といえる問題に対して、法学的概念や義務違反の責任構造に関する本質的な問題を含むものであり、売買を典型とする BGB の規定は、このような問題に対応することを想定していないとの指摘もある。⁽³⁶⁾

支配的見解とされる学説は、判例の立場を肯定するが、そこでは、理論上の問題よりむしろ実際の観点からの必要性が強調されているように思われる。請負人の瑕疵責任の適用範囲を広く認めることについては、一般給付障害法との時効の混合を回避するという点のほかに、Kniffka が指摘するように、瑕疵責任とすることで、金銭賠償に限られない注文者の責任追及手段が考えられるという利点が挙げられる。

III 建築契約法改正に向けた議論

以上のように、請負における瑕疵判断をめぐることは、債務法現代化による規定の文言上の不明確性とどまらず、請負人が負うべき義務について、義務違反の構造的問題とも関連して、BGH2007年判決を中心に議論されてきた。そのような状況において、BGB の起草時以降しばしば検討されてきた建築契約法の改正が具体的に議論されることとなり、機能適合性理論をめぐる議論もまた、改正に向けた動きの中で展開されることになった。⁽³⁷⁾

建築契約法の改正議論は、主に2つの提案により主導されていた。ドイツの連邦司法省は、2010年にワーキンググループを設置し、そこで取りまとめた最終報告を2013年6月に公表した。それ以前に、ドイツの建築法団体は、2008年6月の連邦議会で独立した建築法の必要性が指摘され、2009年に調印された連立協定でも建築契約法の整備が政策課題として盛り込まれたことを受けて、具体的な議論を開始した。2010年5月に開催された第3回ドイツ建築法会議（Deutscher Baugerichtstag）⁽³⁸⁾では、改正提案を議論し、立法者への勧告が示された。このドイツ

(36) Glöckner は、BGB 起草以来の狭い仕事の瑕疵の規定は、請負契約については、そこでの「オール・オア・ナッシング」の解決策が有益でないという事実を曖昧にしていると指摘し、実務は、請負契約において生じるジレンマを解決するために、特別な原則を開発してきたと評価する。Glöckner, JZ 2/2020, S.67.

(37) 改正の経緯について、拙稿・前掲注（1）92頁以下参照。

(38) 現在の連邦司法・消費者保護省（Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz：BMJV）。

(39) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz 〈https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht.pdf〉。

建築法会議での議論は、連邦司法省のワーキンググループとは平行して行われたものである。⁽⁴¹⁾

1. ドイツ建築法会議 (Deutscher Baugerichtstag)⁽⁴²⁾ における議論

(1) 第 3 回ドイツ建築法会議で示された提案

ドイツ建築法会議は、瑕疵概念について以下の提案を示した。なお、この提案は、第 3 回ドイツ建築法会議では圧倒的な多数の賛成のもとで可決されている。

- a) 請負人は、機能に適した仕事を義務付けられる。その給付義務の基準は、注文者の正当な機能の期待である。これは、(詳細な) 注文者の給付仕様書が存在するが、注文者の正当な機能の期待に適しないような契約の場合にも同様となる。633 条は、これに対応すべきである。
- b) VOB/B 4 条 3 項、13 条 3 項においてすでに定着し、判例によって、BGB の建築契約についても適用される、請負人の調査・指摘義務 (Prüfungs- und Hinweissobliegenheit) は、法律において、規定されるべきである。

(2) 633 条 2 項における瑕疵の意義

以上の提案について詳細な理由が述べられているが、簡潔にまとめると以下のようになる。⁽⁴³⁾

(40) 第 3 回ドイツ建築法会議の Thesen と Empfehlungen について、いずれも www.baugerichtstag.de を参照。勧告について、https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3_ak-t_alle.pdf を参照。

(41) なお、改正議論の進展については、ドイツ建築法会議での議論の成果によるものが大きいと評価される。確かに連邦司法省のワーキンググループの最終報告は、ドイツ建築法会議の勧告に従うところが多いが、これはドイツ建築法会議とワーキンググループの両方において主導的役割を担った研究者が複数いることによるものと指摘される (Leupertz, Glöckner, Messerschmidt, Voit など)。そのような構成も背景として、これらの改正提案はいずれも支配的見解の影響が強いといえる。Vgl. Marbin Lederer, Der funktionale Werkerfolg, 2016, S.119.

(42) ドイツ建築法会議は 2006 年に開始したものであり、建築法分野の実務家及び学者によって構成されている (Rolf Kniffka が初代議長を務め、2012 年に Stefan Leupertz に引き継がれている)。テーマごとに複数のワーキンググループが設置されており、会議では、事前にワーキンググループでまとめられた提案について、弁護士、学者、建設業界など各団体からの意見が議論され、最終的な決議が行われる。ここでの結果について、立法者への勧告が作成され、通常の場合、連邦司法省に提示される。

(43) Thesepapier des Arbeitskreis I des 3. Deutschen Baugerichtstag, https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3_ak-t_alle.pdf, S.4ff. を参照。

BGH 判決により、仕事に瑕疵がないとされるための判断では、契約上の取り決めに考慮した、注文者の正当な機能への期待が基準とされている。請負人は、別段の合意がない限り、機能に適した仕事の製作に必要なすべての給付を提供しなければならない。これは、支配的見解からも導かれる。この請負契約法における製作義務の機能性の理解は、建築契約の物の瑕疵責任法について、維持されるべきである。機能性瑕疵概念に内在する注文者の機能性の期待は、注文者が、建築措置の設計を検討し、請負人に対して、それにより作成された給付仕様書を提示し、建築の結果の実現のために具体的にどのような給付をなすべきなのかを指定したことによって効力を失わない。このような契約構造でも、請負人が引き受けた注文者の考えは、契約上の給付の実行が、機能に適した建築結果を導くことを基礎としている。請負人は、この期待が正当かどうかを吟味し、懸念を注文者に指摘しなければならない。建築工事の遂行を計画しているのが請負人ではなく注文者であるという事情は、請負人が機能に適した仕事を製作しなければならないという義務を変更するものではない。

提案の理由中では、請負人の結果債務をこのように捉えることに反対するものとして Peters の見解を挙げ、そこで主張されるように請負人の結果債務を、契約上の付随義務に置き換えた場合、過失に依存しない瑕疵に基づく権利と、過失に基づく損害賠償請求権との分裂が生じ、体系的に好ましくなく、また不経済であると指摘している。⁽⁴⁴⁾ すなわち、注文者に対して懸念を指摘する義務に違反した請負人から、第二の提供の権利を取り上げ、その仕事に通じた者による、低いコストで機能に適した仕事の製作をする道を閉ざすことになるという。このほかの理由として、消費者保護に資すること、さらに、判例法理の連続性によってもたらされる法的安定性を終結させる理由はないといった点が挙げられている。

なお、判例法理による機能性の性状合意（633条2項1文）への割当は、633条2項の問題を完全に解消するものではないとして、瑕疵があるとされるための出発点は、性状に関する合意の不遵守ではなく、契約で前提とされている使用のための適合性を備えていないことになるとして、EU 消費費用動産売買指令2条2項のように、重疊的に満たされなければならないことが明らかとなるように、633条2項に編集上の修正を加えるべきであるとしている。

（3）請負人の調査義務・指摘義務

請負人の調査義務・指摘義務についての提案は、VOB/B 4条3項、13条3項と同様の規定をBGBにも取り入れるというものである。⁽⁴⁵⁾ すなわち、判例の理論

(44) Thesenpapier des Arbeitskreis I des 3.Deutschen Baugerichtstag, S.5.

(45) この提案では“Pflicht”ではなく、“Obliegenheit”の用語が使われているが、

と同様に、これらの義務を果たした請負人は、瑕疵責任から解放される。請負人による指摘の結果、注文者が仕様書等を調整した場合に発生しうる追加的な支出については、請負人はその請求をすることができるとして、この点に関する新たな規定（注文者の契約変更の指示と報酬の調整に関する規定）を置くことで法律上確認されるという。

なお、請負人が、必要な懸念の指摘をすることなしに注文者が提示した仕様書に従わず、機能に適した仕事を製作した場合の法的帰結や、注文者が請負人からの指摘に対応しない場合に問題が生じるとされているが、これらに関する何らかの提案は示されておらず、学説ないし判例に委ねられるべきとされている。

2. ドイツ連邦司法省建築契約法ワーキンググループ最終報告

2013年に公表された連邦司法省建築契約法ワーキンググループの最終報告は、そこでの重要な成果として、契約前の交渉状況から、契約締結、引取り、そして瑕疵の対応までを議論し、その中で、3つの主導的動機が明らかとなり、提案の焦点となったとする⁽⁴⁶⁾。その3つとは、①コストのかかる紛争や事業者の資本流動の妨げを可能な限り回避するために、契約当事者間のコミュニケーション及び協力関係をより良いものとし、明確な契約上の合意を目指すこと、②遅滞のない建築の進行が担保されるべきであり、紛争による工事の長期化を防止すべきであること、③最後に、消費者保護のために特別な規定を導入することである。このうち①の目的は、請負人の調査・指摘義務の法律上の規定を取り入れることで達成される⁽⁴⁷⁾とする。

(1) 633条 2 項における瑕疵の意義

ワーキンググループは、請負契約一般に関する規定として、633条が定める瑕疵の定義は改正を要するとし、考慮すべき点として次の内容を挙げる⁽⁴⁸⁾。

- ・義務付けられる結果に関して、性状（Beschaffenheit）と使用適合性（Verwendungseignung）を区別すべきこと

その意図するところについて明確に述べられていない。この点については、この義務の性質も含め他日を期したい。

(46) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht.pdf> S.9.

(47) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, S.9.

(48) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, S.11.

- ・当事者間で向けられた合意は、性状と使用適合性の両方に関して優先すること
- ・使用適合性に関する合意がないとき、仕事は、契約で前提とされている使用、補充的に通常の使用に適合していなければならない。性状に関する合意がないとき、仕事は、同種の仕事について通常の、また、仕事の種類により期待される性状を備えている必要がある。
- ・性状に関する合意があったときも、その仕事は、契約で前提とされた使用、そうでなければその状況により通常の使用に適合していなければならない。性状についての当事者の合意が、契約で前提とした、または通常の使用の適合性につながらない場合、すなわち、建築の仕様（Baubeschreibung）と正当な機能適合性の期待との間に矛盾があるとき、請負人は、その矛盾を認識し、または認識しえたときは即時に指摘する義務を負う。

ドイツ建築法会議の提案と同様に、機能性を瑕疵概念の第一の段階、すなわち633条2項1文で考慮する判例の理論に対し、それは633条2項における規定の不足を完全に解消するものではないと指摘する⁽⁴⁹⁾。判例による解決は、誤りのある性状合意が異議なく正確に実施されたことが、契約で前提とした使用の適合性を備えない建築物の製作につながり、それを理由に機能に適した結果が達成されないという場合には、うまくいかないとする。そこで、633条2項を補足する必要があるとし、瑕疵が存在するかどうかの判断は、合意と並んで、契約から直接または間接に生じる正当な機能に対する期待が決定的となるべきであるとする⁽⁵⁰⁾。何が「正当な機能性の期待」となるかは、意思表示及び契約の解釈についての規定である133条、157条に従い解釈されるという。

（２）請負人の調査義務・指摘義務と注文者の協力義務

請負人の調査・指摘義務については、その指摘を受けた注文者の協力義務とともに、建築契約に関して明文化することが提案されている⁽⁵¹⁾。

a) 請負人の調査・指摘義務（Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers）

- ・以下の点を調査する請負人の義務
 - ＞実行について注文者から引き渡された書類
 - ＞注文者が予定している実行方法
 - ＞注文者から供給された材料または部材の品質

(49) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz,S.12.

(50) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz,S.13.

(51) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz,S.19.

- > その他の請負人のあらかじめなされた給付の性状
- ・ 以下の場合、請負人には指摘義務がある
 - > a) の調査の結果、懸念が生じた場合、または、
 - > 注文者の指示が、正当ではないもしくは目的に適しないと判断した場合
 - ・ この指摘は、懸念が生じた後に遅滞なく行わなければならない。それは、注文者に向けられ、内容が明確かつ完全でなければならない—必要がある場合は—それにより生じる認識可能なリスクに関しても—情報を提供しなければならない。この指摘については、テキスト形式 (Textform) で示されるべきである。消費者契約の場合には、このテキスト形式は合意によって変更できない。
 - ・ 請負人が、懸念の指摘を通知した場合、後に発生した瑕疵について、それが、その指摘の対象である限りでは、請負人は責任を負わない (VOB/B13条 3 項をモデルとする責任)。

以上の請負人の義務に対し、指摘について通知を受けた注文者には、協力義務が生じるとされる⁽⁵²⁾。それによると、注文者は、請負人からの指摘に対し、合理的な期間内に必要な対応を講じなければならない、それを怠った場合、請負人は、影響を受ける範囲で作業を中止し、適切な補償を求めることができる (注文者の協力義務について規定している 642 条が適用される)。また、注文者に対し、協力を行うための相当な期間を定め、その期間の満了後に契約を解約告知することができる⁽⁵³⁾とする。

なお、請負人の調査義務・指摘義務違反の法的効果について、280 条 1 項による損害賠償義務を伴う独立した責任要件を創設することには、ワーキンググループで明白な多数の反対が示されたという⁽⁵⁴⁾。この点、ワーキンググループの委員でもあった Glöckner は、直接に 634 条による注文者の瑕疵に基づく権利が生じるとすべきであり、そのような構造は、一方では専門家ではない注文者の保護を実現し、他方では、BGB195 条、199 条と比較して、634a 条の短縮された時効期間の適用により請負人に対しても明白な負担の軽減がなされることにより支持される

(52) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, S.19,20.

(53) 注文者の協力義務違反について定める 643 条は、注文者に対し、相当な期間の設定とともに行われる期間満了後の解約告知の意思表示を定めているが、ワーキンググループでは、債務法現代化法の考え方に適合させる必要があるとして、解約告知の意思表示なしに、相当な期間を設定できるよう改正すべきとしている。Vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, S.20,21.

(54) Vgl. Glöckner, VuR 2016, 123 (127).

と指摘する⁽⁵⁵⁾。

3. 学説の反応

ドイツ建築法会議、ドイツ連邦司法省ワーキンググループの提案はいずれも、判例による機能適合性理論を肯定的に捉える支配的見解の影響が強いものであり、判例の理論に反対の見解を示す立場から、これらの立法提案に対しても懸念が示された。

その中心的論者である Markus は、ドイツ建築法会議の提案に対する論説の中で、詳細にこの問題を検討する。まず、ドイツ建築法会議の提案が、633条2項を、判例法理に「編集上適合」⁽⁵⁶⁾するよう修正すべきとした点について、驚きを持って受け止められると述べる。そして、ドイツ建築法会議の提案が、機能に適した仕事を製作する義務は、「(詳細な) 注文者の給付仕様書が存在するが、注文者の正当な機能の期待に適しないような契約の場合にも同様」であるとしていることを批判する。機能適合性をめぐる議論では、機能に関わる仕様を合意する契約と、詳細な仕様について取り決める契約の区別がしばしば用いられており、Markus もこの区別に言及する。通常、仕様書には技術上の要件や施工方法などが記載されるが、いわゆる機能給付仕様書 (funktionaler Leistungsbeschreibung) とは、注文者が給付の機能についての条件を請負人に提示し、具体的な計画や設計など、それを達成するための手段についての詳細は請負人に委ねるとい形式の契約で用いられるものを指す⁽⁵⁷⁾。例えば、事務所の壁に適した遮音性を有した石膏ボード壁を製作するような場合が挙げられる。このとき、当事者は性状について詳細な合意をしておらず、その代わりに、請負人の施工により果たされるべき機能を合意しており、これによって「注文者の機能に対する期待」は正当化されるという⁽⁵⁸⁾。他方、契約における合意は、詳細に指定された一枚板の石膏ボード壁の製作に向けられたものであってもよく、この場合は、この壁が事務所に必要な遮音性を備えていることを注文者が期待することは、請負人が約束した仕事を給付したかどうかの判断基準にはなり難いとする。Markus は、機能性に対する期待が、契約上の合意を考慮してのみ正当化されるべきとしても、それは

(55) Glöckner, VuR 2016, 123 (127).

(56) Markus, NZBau 2010, 604 (605).

(57) 建築契約以外でも、日常生活では注文者に専門知識がないという理由でこのような契約がしばしば行われているとされる。例えば、ドレスや靴の修繕などにおいても、注文者は請負人に対して達成すべき結果のみを与え、手段は委ねられている。Vgl. Pioch, AcP 219, 703 (727).

(58) Markus, NZBau 2010, 604 (605).

現行法よりも不明確であるとし、機能に関する必要性が枠組みとして提示される建築契約だけでなく、ドイツ建築法会議が提案するように詳細な給付仕様書 (detaillierter Leistungsbeschreibung) が作成される契約についても機能に適した仕事の製作が求められるということは、結果として、機能適合性は、それが合意されないときにも義務付けられることになるだろうと指摘する。法律の中に請負人の機能に適した仕事に対する義務を定めた場合、これは、631条 1 項が定める「約束された仕事」の決定を、契約当事者間の私的自治に委ねず、法が介入することになるという⁽⁶⁰⁾。Markus は、提案は注文者の機能性に対する正当な期待が常にまたは少なくとも原則として存在すると仮定しているように思われるが、しばしば注文者は専門家からの助言を受けながら、場合によっては建築プロジェクトを再構築し、決定していくとして、この点に疑問を示す。また、分業制による建築プロセスでは、建築関与者間でタスクを分配し、誰がどのような責任を契約上負うかについては、常に関与者の契約上の私的な取り決めによるものであるとして、このような場面において、ドイツ建築法会議の提案による注文者の機能性への正当な期待を定める規定は関与者間の責任の分配に対して適当ではなく、責任の重複が不明確になるとする⁽⁶¹⁾。

さらに、詳細に記載された性状を備えているが、機能性を満たさない仕事が必要な場合、請負人がなすべき具体的な給付は明らかにならないとする。このとき請負人がすべきことは、注文者に尋ねることであり、請負人の義務違反は製作義務違反ではなく、指摘義務違反以外のものではありえないとする。ここでの問題に対して、Markus は、ドイツ建築法会議が提案するような仕事の結果概念の拡張は必要なく、指摘義務違反を規定することで足りるとしている。指摘義務違反を製作義務の違反の中での解釈に変えることは必要ではなく、誤解を招くおそれがあり、ドイツ建築法会議の提案は、そのような解釈につながると指摘する⁽⁶⁴⁾。

Pioch、Marvin Lederer といった論者も、主に Markus の見解を引用したうえで、改正提案の内容を批判している。Pioch は、ドイツ建築法会議の提案は、633条 2 項の変更について、単に編集上の変更であるとの説明をするが、機能的

(59) Markus, NZBau 2010, 604 (608).

(60) Markus, NZBau 2010, 604 (606).

(61) Markus, NZBau 2010, 604 (606).

(62) 例えば、一枚板の石膏ボード壁では事務所の遮音性能を満たさないというケースに付いて、請負人は、壁を二重三重にすべきだったのか、素材を変えるべきだったのかは明らかにならないとする。

(63) Markus, NZBau 2010, 604 (609).

(64) Markus, NZBau 2010, 604 (606).

瑕疵概念の理論は議論の余地がないわけではなく、この点を議論の対象とする必要があると指摘する⁽⁶⁵⁾。Marvin Lederer も、これまでに着手された改正の検討事項は、注文者の正当な機能性⁽⁶⁶⁾への期待を確保するための方法として望ましい解決を示すものではないとする。

4. 政府草案に取り入れられなかった提案

はじめに述べたように、ドイツ建築法会議、ドイツ連邦司法省建築契約法ワーキンググループ最終報告で詳細な検討がなされていた、633条2項の改正と請負人の調査義務・指摘義務⁽⁶⁷⁾の規定の新設について、政府草案では、いずれの提案も取り入れられなかった。その理由について、Glöckner は、ワーキンググループの提案が否定されたとは捉えておらず、「第二のバスケット」に入れられ、今後において議論されるとしている⁽⁶⁸⁾。先送りとなった理由としては、債務法現代化の際に掲げられた売買契約と請負契約との可能な限りの規定の調和が尊重されたということであろうと述べる。Glöckner は、ワーキンググループの提案のように633条2項は補われるべきとし、この提案は、基本的には、すでにBGHの実務に一致する内容を法律上に示そうとするものであり、規定を置かないことが現在の時点において不利な状況をもたらすことはないであろうと指摘する⁽⁷⁰⁾。さらに、633条2項の改正の不実現が、これまでの学説及び実務上で認められてきた理論を変更するものと受け取られるべきではないとする理由において、反対に、今回の改正で新設された規定の一つである、注文者の指示権に関する650b条1項2号は、合意された結果を達成するために不可欠な給付について契約の変更と追加の報酬請求権を認めており、これまでの議論の文脈を前提としているという⁽⁷¹⁾。

また、Kniffka は、今回の改正では、建築契約法の喫緊の問題の多くが解決されておらず、それには、機能性製作概念に対する、法の構造的な適合がまず挙げ

(65) Pioch, AcP 219, 703 (713).

(66) Marvin Lederer, Der funktionale Werkerfolg, 2016, S.126,127. 機能適合性理論によって求められる合意した性状に対する機能適合性の優先は、これらが両立しない場合に、法文上に規定することは困難であるように思われるとする。

(67) なお、2015年に公表された参事官草案 (Referentenentwurf) の時点から、633条2項と請負人の調査・指摘義務に関する提案は落ちており、その直接の理由を伺い知ることでできる資料が乏しい。

(68) Glöckner, VuR 2016, 123 (127).

(69) Glöckner, VuR 2016, 123 (127,128) ; ders, JZ 2/2020,S.68.

(70) Glöckner, VuR 2016, 123 (127,128) ; ders, JZ 2/2020,S.68.

(71) Glöckner, JZ 2/2020,S.68.

られるとする。⁽⁷²⁾ Kniffka は、仕様書等に従った給付では合意または予定された機能を満たすことができない場合、判例の考えによれば、契約の矛盾は、請負人が、合意または予定された機能を満たす義務を負い、また、建築仕様書は、適応ないし修正されなければならないということにより解決されるとする。633条2項の規定は、その点で誤解を招くものであり、判例法理を明確にする調整が急務であるという。これにより、請負人は、契約上の給付仕様書の労務のみを負うという解釈による絶え間ない議論を終わらせることができるとする。このような批判に加えて、Kniffka は、Glöckner と同様に、立法者が、判例法理を今後も妥当とすることは、650b 条に設けられた指示権の規定により間接的に明らかであると指摘している。⁽⁷³⁾

5. 小括

ドイツ建築法会議とドイツ連邦司法省のワーキンググループで示された提案は、633条2項の改正の必要性について、直接には文言上の問題として、誤解を招く表現を修正すべきことを挙げていた。すでに見たように、提案の内容は、BGH の判例法理及び学説における支配的見解を明文化するものであり、⁽⁷⁴⁾ その変更は、単に編集上の修正とはいえ、主に機能適合性理論に反対する見解から批判されている。結果として今回の建築契約法を中心とする改正では、633条2項の変更と請負人の調査・指摘義務の規定新設の提案は取り入れられなかったが、そのような帰結となったことに対し、学説の受け止め方は一様ではない。さらに、機能適合性をめぐる議論は、改正により新設された注文者の指示権に関する規定の評価に及んでいる。上述したように、Kniffka や Glöckner からは、判例法理を支えるものであるとの評価がされているのに対し、これとは反対に、判例法理からの転換を示唆するものであると指摘する見解もある。⁽⁷⁵⁾ そこで、以下では、2017年建築契約法改正で新たに設けられた650b 条の規定を中心に、議論の展開をみることにする。

(72) Kniffka/Retzlaff, BauR 2017,1747 (1750).

(73) Kniffka/Retzlaff, BauR 2017,1747 (1750) ; ders, Bauvertrag, 2018, §633 Rn.49.

(74) ただし、ドイツ建築法会議及びドイツ連邦司法省ワーキンググループは、判例法理と異なり、633条2項1文の「合意した性状」と機能性とを区別すべきとしている。

(75) Marcus Hödl, Das neue Bauvertragsrecht,2018,Rn.145.

IV 新たな議論の端緒—650b 条における給付の変更

建築契約においては、注文者の条件変更や希望を考慮するため、契約内容の変更は通常起こりうることとされており、VOB/B は、給付の変更についての規定を置いている。一方、BGB には同様の規定はなく、2017年建築契約法改正によって、建築契約の箇所に新たな規定が取り入れられた。なお、瑕疵概念と請負人の調査・指摘義務をめぐる規定の改正は、請負一般の規定として議論されていたが、契約の変更に関する諸規定は、650a 条が定義する建築契約について適用される。⁽⁷⁶⁾

ドイツ建築法会議の勧告及び連邦司法省のワーキンググループの最終報告では、請負人に機能に適合した仕事の製作義務を課す結果として、契約当事者が当初予定していた給付が変更され、追加の給付が必要になった場合、追加の報酬請求権の規定のもとで当事者の利益は適切に調整されるとしていた。

契約の変更と報酬の調整に関する規定は、建築契約法の改正の中でも重要な位置を占めるとして、政府草案以降も集中的に議論されたところでもある。改正の趣旨として、政府草案の理由書では、建築給付の実態に即した規定を置くことの必要性に加え、当初の建築計画の変更において、しばしば当事者間で争いが生じ、それが建築工事の停滞を招いているという問題を回避するという目的が強調されている。⁽⁷⁷⁾ 契約の変更に関する規定は、注文者の指示による契約の変更を直接に定める650b 条、契約の変更によって生じる報酬の増額または減額について規定する650c 条、これに関する仮処分について定める650d 条が一体となって機能するものであるが、ここでは、機能適合性理論をめぐる議論と関わる範囲で、650b 条の規定を中心に取り上げる。

1. VOB/B の規定

VOB/B は、注文者に対して、請負人の給付義務を変更する権利を認めている。⁽⁷⁸⁾ VOB/B 1 条 3 項、4 項が、注文者の指示権を規定する。

(76) 650a 条 1 項は、建築契約を、建築物、それに関する屋外設備又は一部の製作、再製作、除去又は改築についての契約と定義している。さらに、同条 2 項により、建築物の維持補修に関する契約も、その仕事が、構造、存立又は建築物の用途に従った使用のために本質的な意味をもつ場合に限り、建築契約に含まれる。

(77) Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S.53ff.

(78) BGB は、指示権に類似するものとして、委任に関する BGB665 条、有償の事務処理に関する 675 条が、それぞれ取引の依頼者の指示を考慮すべき義務を定めて

(1) VOB/B 1 条 3 項**i) 規定**

VOB/B 1 条 3 項は、注文者は、建築計画 (Bauplan) の変更を指示することができる⁽⁷⁹⁾と定める。本規定は、注文者に権利がある旨を示すとどまり、それ以上の要件を規定するものではないが、この指示は、一方的かつ請負人との合意なしにできるものと解される。このような注文者による建築計画の変更がなされた場合、請負工事の報酬は、新たに合意されることになる (VOB/B 2 条 5 項 1 文)。この合意は、可能な限り、変更された内容の実行前になされるべきとされている (同 2 文)。このような規定は、「契約は守られるべき (pacta sunt servanda)」という原則に矛盾するものといえる一方で、建築における特別な必要性から認められるものであると解される⁽⁸⁰⁾。大規模な建築工事においては、入念な計画をした後も、実行の間に、契約締結時の給付の変更が必要となる、予測されていなかった観点が発見されることも通常であるという。

ii) 建築計画 (Bauplan) の変更

本規定における指示権については、建築計画 (Bauplan) の意義が議論されており、本規定が定める指示権の範囲についても明確ではないという問題が指摘される⁽⁸¹⁾。

「建築計画 (Bauplan)」とは、技術的な建築内容 (Bauinhalt) におけるものと、建築状況 (Baumstände) に区別される。建築内容は、技術上契約上の根拠に基づいて記述される、設計、給付仕様書、技術規定のような給付の内容を表す。これに対し、建築状況は、建築の大枠の条件と建築実行の種類や方法を表し、建築期間も含む。変更要求のもとでは建築内容のみが該当し、建築状況は含まれないとする解釈が主張されるのに対し、別の見解として、広い解釈が望ましいとし、建築内容も建築状況も、注文者は変更しようと主張するものがある。

(2) VOB/B 1 条 4 項

VOB/B 1 条 3 項に続く 4 項は、第 1 文と第 2 文で異なる 2 つの追加的給付について定める。まず、第 1 文は、契約において予定された結果の達成のために必

いた。また、雇用契約に関する規定においても、雇用主の指揮権 (Direktionsrecht) が置かれている。

(79) Rintelen, in: Kapellman/Messerschmidt, VOB Kommentar Teil A und B, Aufl.6., 2018, VOB/B§ 1 Rn.49ff.

(80) ここでの指示権の性質については、契約上合意された給付決定権であるとする見方が有力であるが、学説は一致していない。Vgl. Rintelen, in: Kapellman/Messerschmidt, VOB Kommentar, VOB/B§ 1 Rn.49b.

(81) Rintelen, in: Kapellman/Messerschmidt, VOB Kommentar, VOB/B§ 1 Rn.51ff.

要な給付の合意が欠けていた場合である。このとき、請負人は、自らの業においてこのような給付に対応できない場合を除き、注文者の要求に応じなければならないとする。第2文は、その他の給付の変更であり、これらについては、請負人の同意を得た場合に限り可能とされる。VOB/B 1条3項と異なり、同条4項は、注文者に対して合意されていない給付の実行を求める無条件の権利を認めるものではない。VOB/B 1条4項1文は、注文者による給付内容の変更ではなく、予定された結果達成のために追加的な給付が必要となったという場面である。この場合にも、請負人は、VOB/B 2条6項1号1文により、追加の報酬を求めることができる。この報酬もまた、可能な限り施工前に合意されなければならないと、請負人から、給付に着手する前に、注文者に対し、追加の報酬請求について通知しなければならないとされている。

（3）VOB/Bにおける契約変更をめぐる規定のまとめ

以上のように、VOB/Bは、①建築計画（Bauplan）の一方的かつ請負人との合意のない変更、②予定した結果達成に必要な給付の変更、③その他の給付変更という3つを規定し、さらに、第2条において報酬の算定に対する影響を定める。これらの規定をめぐっては、それぞれの解釈の問題に加え、VOB/B 1条3項と4項の境界が問題となっており、見通しの良い状況とはいえないようである。

VOB/Bが注文者の指示権を定め、契約の変更を注文者に認めることは、注文者にとって建築契約でVOB/Bを合意する際の明らかな利点であるとされる。一方で、VOB/Bは、法的確実性と明確性の要件を満たしておらず、平和的な建築工事の進展を促すのにも適していないことが、近年明らかとなっているとの指摘もある⁽⁸²⁾。ドイツの建築契約において、契約内容の追加・変更は、それ自体独立した管理業務として捉えられているほど複雑な問題であり、注文者は、VOB/Bの規定により指示をした場合の増加報酬の請求を回避するため、指示をしないままにしたり、請負人からの追加報酬の支払いに応じないことが問題視されるなど、とりわけ契約変更の指示に付随して生じる追加の報酬をめぐり、VOB/Bの規定は十分ではないとの見方もある⁽⁸³⁾。

2. BGB 650b 条

（1）改正前の状況

VOB/Bを合意せず、BGBが適用される請負契約においては、特別な合意がな

(82) Glöckner, VuR 2016, 123 (129).

(83) Vgl. Glöckner, VuR 2016, 123 (128).

い限りは、原則として、注文者には契約の変更を指示する権利は与えられない⁽⁸⁴⁾。BGH は、指示された変更なしには機能に適し目的に一致した給付を達成できない場合に、信義誠実の原則により、注文者の指示権を認めるものがある。これは、VOB/B 1 条 4 項が規定する指示権に一致するものであるが、VOB/B 1 条 3 項のような、不可欠ではない変更を一方的に指示する権利は、BGB 契約においては注文者に認められないとする見解が支配的であった⁽⁸⁶⁾。

(2) BGB650b 条における指示権

i) 規定の概要

VOB/B の規定と異なり、BGB650b 条⁽⁸⁷⁾は、注文者に対し、直接に契約の変更を指示する権利を付与するものではない。BGB は、契約当事者が、契約の変更

(84) Busche, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 122.

(85) BGHZ 131, 392=NJW 1996, 1346=ZfBR 1996, 196=BB 1996, 763 (765). Schramke/Keilmann, NZBau 2016, 333を参照。

(86) Vgl. Schramke/Keilmann, NZBau 2016,333. 反対意見として、Peters, NZBau 2012, 615 (619).

(87) BGB 650b 条 契約の変更；注文者の指示権

(1) 注文者が、次の各号のいずれかを求めるときは、当事者はその変更及び変更の結果生じる報酬の増加若しくは減少について、協議 (Einvernehmen) に努めるものとする。

1. 合意した仕事の結果 (631条 2 項) の変更を求める場合
2. 合意した仕事の結果の達成のために必要不可欠な変更を求める場合

請負人は、報酬の増加又は減少についての申し出を提供 (作成) する義務を負うが、第 1 項 1 文第 1 号による変更の場合においては、その変更を行うことが請負人に過大でない場合に限る。請負人が、第 1 項 1 文第 1 号による指示が過大なことについて、企業内の事象 (betriebsinterne Vorgänge) を主張することときは、請負人が、これについて立証責任を負う。注文者が建築物又は屋外設備の設計について責任を負う場合には、注文者が変更のために必要な設計を行い、かつ、請負人にこれが提供されたときに限り、請負人は、報酬の増加又は減少についての申し出を提供する義務を負う。増加した費用についての報酬に対する請求権が、650c 条第 1 項第 2 文により請負人に与えられない変更を注文者が求めたときは、当事者は、この変更について、協議に努めるにすぎないものとする；第 2 文は、この場合には、適用しない。

(2) 変更の要求が請負人に到達した後 30 日以内に、当事者が第 1 項による合意に至らないときは、注文者は、この変更をテキスト形式 (Textform) で指示することができる。請負人は、前項第 1 文第 1 号による変更を行うことが請負人に過大でない場合のみ、注文者の指示に従う義務を負う。前項第 3 文を準用する。

と、それに伴う報酬の増減について協議により合意すべきことを第一とする。注文者の指示権は、この協調的解決が失敗に終わった場合に初めて生じるものであるとされる。650b 条 2 項は、注文者の変更要求が請負人に到達した後、30日以内に、当事者が、変更内容と報酬の変更について合意に至らなかった場合に、注文者は、変更を指示できると規定する。

さらに、VOB/B が、1 条 3 項、4 項のそれぞれで給付変更を規定し、それらの不明確な境界が問題とされていたのに対し、BGB は、2 つの場合を規定する。それらは、本来の結果達成のために必要な変更であるか否かという点で区別されている。

ii) 2 つの変更

650b 条 1 項は、契約の変更について、①合意した仕事の結果 (vereinbarte Werkerfolg) (631条 2 項) の変更を求める場合 (1号) と、②合意した仕事の結果 (vereinbarte Werkerfolg) の達成のために必要不可欠な変更を求める場合 (2号) の 2 つを区別する。①のように合意した仕事の結果が変更される場合には、その変更内容が請負人にとって過大であるか否かの判断にかかる。②については、このような規定は該当しない。これらは、具体例に当てはめると次の具体例 a)・b) にそれぞれ対応する。⁽⁸⁸⁾

具体例 a) 注文者は、屋根葺き職人である請負人に、自己の新築の建物の屋根を、赤色の瓦で葺くよう依頼した。契約締結後、注文者は、緑色の瓦の方がよかったと考え、その決断を後悔した。注文者は、請負人に緑色の瓦で葺くよう求めることができるか。

具体例 b) 注文者が依頼した建築士の設計では、7 度の傾斜の屋根が予定されていた。施工業者である請負人は、注文者と、設計条件に一致するよう小屋組みの施工について合意した。三週間後、請負人は、注文者に、屋根の傾斜が小さいことにより雨水が即座に十分流れていかず、また、その結果として屋根に雨漏りが生じうると指摘した。注文者は、この屋根を設計とは異なり、12度の傾斜で施工するよう求めた。請負人は、この要求を実行しなければならないか。

上記具体例 a) のような変更は、赤い屋根に代えて、緑の屋根を製作するというものであるため、650b 条 1 項 1 文 1 号の趣旨における変更要求に該当する。一方、具体例 b) は、雨漏りのしない屋根を完成させるという目的の達成のために

(88) Marcus Hödl, Das neue Bauvertragsrecht, 2018, Rn.134の例を参考にした。

必要な変更であり、650b 条 1 項 1 文 2 号に該当する。

2 つの変更の場面について、政府草案の理由書では、本条 1 項 1 文 1 号による変更は、特定の目的に向けられたものではなく、注文者の考えが変わった場合や、設計の際の事情、例えば、建築物内に置く家具のことを想定していなかったといった場合が例として挙げられている。これに対して、2 号による指示は、合意した仕事の結果達成のために必要な変更に関するものである。注文者のそのような指示は、いくつかの理由により生じうるとされ、法的状況の変更 (Änderung der Rechtslage)、または公的機関による条件規定 (behördliche Vorgaben) の変更が挙げられている。このような外部的状況の変化に加え、注文者の元の給付仕様書が十分ではない、または誤りがあり、その理由で機能に適した建築物の製作を導くことができないという場合にも関係するとされる。なお、最後の場合については、請負人からの考慮の指摘が前提になっていることが多いという。

iii) 「変更」(Anderung) の対象

ここでの変更は、請負人の建築技術上の給付に関わるものでなければならないとされている⁽⁹¹⁾。直接に建築の状況 (Baumstände)、とりわけ、建築期間に関するものは含まれない⁽⁹²⁾。650b 条 1 項 1 文 1 号・2 号が把握するのは、仕事の結果並びに義務付けられた建築給付の変更のみである。例えば、決算や分割支払いの方法、担保や保証、違約金などに関する規定の変更は、もっぱら 311 条が適用される⁽⁹³⁾。

iv) 追加の報酬

650c 条は、650b 条 1 項が規定する契約変更による報酬に関する協議がまとまらなかった場合の報酬の調整について定めている。なお、650c 条においては、合意した結果自体の変更と、結果達成のために必要となる変更は区別されていない⁽⁹⁴⁾。

(89) Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S.53.

(90) BT-Drucks. 18/8486, S.53.

(91) Rintelen in : Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., 2018, BGB§650b Rn.18.

(92) この点、参事官草案では期間の変更の指示が条文上明示されていたが、政府草案では言及されていない。

(93) Rintelen in : Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, BGB§650b Rn.29.

(94) この点、それらの区別が困難であることの現れであるとする指摘として、Schramke/Keilmann, NZBau 2016, 338.

3. 学説における議論—請負における合意された給付の意義

(1) 650b 条が投げかける問題

i) Kniffka、Glöckner の見解

上述したように、Kniffka や Glöckner は、建築契約法の改正は、機能性瑕疵概念について影響を生じさせるものではないとし、むしろ、この改正により、これまでの判例法理は、その存在を確認されたとする。「650b 条に関して、間接的に法律において確認された」という評価の意味について、Kniffka は、650b 条 1 項 1 文 2 号が、同 1 号と異なり、変更が過大であることによる請負人の給付拒絶権を与えなかったことを挙げ、これは、「請負人は、選択された実行方法に依存せず、合意した機能を保証することを義務付けられる」ことから導かれるという⁽⁹⁵⁾。すなわち、650b 条の規定は、判例によって展開された瑕疵概念を基礎にしているとみる。

ii) Markus、Oberhauser、Pioch の見解

以上の見解に対し、異なる見方を示す学説は、次のように指摘する。BGH は、瑕疵の判断において、633条 2 項の趣旨における合意された性状は、当事者の合意により、契約上義務付けられる結果を導くために必要とされる、仕事のすべての性質を含むとした。そして、契約上義務付けられた結果は、合意された給付や実行方法の達成によってのみ決まるのではなく、当事者の意思により、いかなる仕事の機能が満たされるべきであったかによっても決まるとする。この場合において、合意した仕事の結果と機能に適した仕事は同一であり、合意した仕事の結果の達成のために必要不可欠な「変更」は生じ得ないことになる。このような判例法理に対し、650b 条 1 項 1 文 2 号は、合意した仕事の結果を達成するために必要な給付の変更を規定したことで、機能性瑕疵概念についての BGH の判例法理から方向転換したと評価する見解がみられる⁽⁹⁶⁾。具体的には、上述した具体例 b) のようなケースについて、BGH による機能性瑕疵の理論では、7 度の傾斜の屋根葺きの施工は、それが請負人の給付として契約上合意され、注文者もその仕事について報酬を支払うとしていたとしても、原則として瑕疵ある給付と判断されることになる。すなわち、BGH の判例の理論においては、いずれにしてもこの請負人は、12 度の傾斜で屋根葺きをしなければならず、注文者の変更の要求は不要ということになる⁽⁹⁷⁾。ここで、650b 条における契約内容の変更が有する意味

(95) Kniffka, in : Kniffka, Bauvertragsrecht, §633 BGB Rn.49.

(96) Kniffka, in : Kniffka, Bauvertragsrecht, §633 BGB Rn.49.

(97) Vgl. Marcus Hödl, Das neue Bauvertragsrecht, 2018, Rn.144 ; Markus, NZBau 2016, 601.

(98) Vgl. Marcus Hödl, Das neue Bauvertragsrecht, 2018, Rn.145.

が問題となってくる。

なお、同様の指摘は、VOB/B 1 条 4 項に対しても加えられている。650b 条は、VOB/B とは異なる規定のあり方を選択したものであるが、契約の変更が行われる場合の区別について、VOB/B 1 条 4 項と類似する。この点、Oberhauser は、仕事の結果の達成のために必要な給付は、VOB/B 1 条 4 項の趣旨における「合意されていない給付」を意味するのではなく、契約において記述されず、「価格」のない給付であろうと指摘し、次のように述べる⁽¹⁰⁰⁾。請負人の瑕疵責任の判断基準によれば、仕事の結果の達成のために必要な給付は請負人に義務付けられるものであり、それらの給付は、自己の義務の履行として提供しなければならない。したがって、それらの給付は、合意されていることになる。その限りでは、仕事の結果の達成のために必要な給付は、それが、VOB/B 1 条 4 項による指示権のもとで「変更」ないし「追加」の給付とされるか否かにかかわらず、なされなければならないものである、と。

以上の指摘は、判例法理が、機能適合性を達成するために必要な給付を請負人の製作義務として導いたのに対し、650b 条の新たな規定の取り入れにより、仕事の結果の達成のために必要不可欠な給付は、合意されていないことになるのかという点を指摘するものである。この議論は、650b 条の用語法に関して、さらに展開される。

(2) 合意した仕事の結果 (vereinbarte Werkerfolg) の意義

i) Markus

Markus は、650b 条が、631 条 1 項の「仕事 (Werk)」ではなく、「仕事の結果 (Werkerfolg)」という用語を用いたことについて、次のように分析する⁽¹⁰¹⁾。650b 条 1 項 1 文 2 号は、「合意した仕事の結果の達成のために必要な変更」を把握しており、「合意した仕事の結果」自体の変更は除かれるということは確かである。650b 条 1 項 1 文 2 号における変更は、631 条における「約束された仕事」の修正に向けられていることは明らかであり、ここでの「合意した仕事の結果」は、「約束された仕事」と同じ意味ではなく、むしろ、それと共に追求される、さらなる「合意した機能上の給付目的」を指すことになるという。この場合、仕事の結果を変更する場合について定める同 1 号は、明文上「合意した仕事の結果」の

(99) Vgl. Marcus Hödl, Das neue Bauvertragsrecht, 2018, Rn. 148.

(100) Oberhauser, NZBau 2019, 3 (8).

(101) Markus, NZBau 2016, 601.

(102) Markus, NZBau 2016, 601 (602).

直後の括弧内において、「(631条2項)」とし、この変更を求める場合としていることから、第1号と第2号の想定する「仕事の結果」の意味は異なるものとして把握されることになる。⁽¹⁰³⁾

Markusは、いずれにしても、契約締結時において合意した報酬と等価的関係のある「仕事」に加えて、「機能上の給付目的」としての「仕事の結果」が合意されているかどうか⁽¹⁰⁴⁾が問題となるとする。また、650b条が置かれたことにより、これまで法的な根拠なく請負人に要求された「注文者の正当な機能の期待」は、「両当事者により合意された機能の期待」となると述べる。⁽¹⁰⁵⁾このことが意味するところとして、BGHが採用する機能性瑕疵概念は不要となると指摘する。すなわち、注文者が変更を指示しない限りは、631条において合意された仕事は変更されず、「合意した機能の期待」は、請負人の製作義務を直接に拡張するものではない。約束された仕事は、合意した性状であり、「機能上の給付目的」は、物の瑕疵を基礎づけるのではなく、約束された仕事を変更する注文者の権利の基礎⁽¹⁰⁶⁾となるとの見解を示す。

ii) Pioch

Piochは、Markusと同様に、650b条の「合意した仕事の結果 (vereinbarte Werkerfolg)」の意義について、650b条1項1文1号の文言において、その直後に置かれる括弧「(631条2項)」により、その明確性は打ち砕かれていると指摘する。⁽¹⁰⁷⁾631条1項の「約束された仕事」と、同条2項の「もたらされる結果」は、いずれも契約において合意された報酬に対応するものとして置かれることを確認する。これらの概念と、650b条が規定する「合意した仕事の結果」は、切り離して捉えられる必要があるという。650b条における「合意した仕事の結果」は、給付とともに合意された目的たる結果であると理解されることになる。

また、機能適合性理論に対する批判として、請負人の製作義務に関し法律行為における意思から引き離し、他律的な給付義務を創設するものであるというMarkusの指摘と、相互に合意した給付と、その対価との関係も不当に害するものであるという点を確認したうえで、当事者の私的自治への介入となりうるというこれらの問題に対し、650b条1項1文2号は回答を示すものとみる。

(103) Vgl. Markus, NZBau 2016, 601 (602).

(104) Markus, NZBau 2016, 601 (602).

(105) Markus, NZBau 2016, 601 (602).

(106) Markus, NZBau 2016, 601 (602).

(107) Pioch, AcP 219, 703 (719).

4. 小括

新たに BGB 上に取り入れられた 650b 条は、契約の変更について、「合意した仕事の結果」を変更するものか否かを区別する。650b 条 1 項 1 文 2 号は、これまで機能適合性理論において議論されてきた、注文者が期待する機能を満たすために必要な手段と、個々の性状合意の不一致が問題となる場面を含むものであることが、政府草案の理由書及びその後の学説の理解において明らかになっている。Markus、Pioch によって指摘されているように、条文の文言は必ずしも明確ではないが、650b 条が想定する「合意した仕事の結果」は、契約目的として位置づけられ、機能適合性理論で請負人が達すべき「仕事の結果」であり、631 条における「約束された仕事」とは区別されているように思われる。判例の理論をめぐる学説の議論は、請負における「結果」をどのように捉えるかにおいて一致しておらず、見解の対立は、650b 条をめぐる展開されている。また、Kniffka らは、650b 条 1 項 1 文 2 号が、仕事の結果の達成に必要な給付を請負人は拒絶できないとする点について、判例理論を支えるものとして捉えるのに対し、Markus らは、650b 条が、結果の達成に必要な給付を契約の変更の場面として把握し、注文者の指示を必要とする点で、判例理論からの転換を指摘する。このように学説の見方が分かれる中、650b 条が、判例における機能適合性理論に対していかなる影響を有するのかが注目される。

V おわりに—ドイツ法からの視点

ドイツの機能適合性理論は、建築契約に代表されるように、長期の履行期間を伴う契約における不確実な要素の存在と、請負人と注文者の間の専門知識の差を前提に展開されてきたものといえる。請負に含まれる契約の多様性を鑑みると、ドイツ法における射程及びわが国の議論との対比の際には留意が必要である。その点を踏まえたうえで、ドイツ法の議論から導かれる視点についていくつか言及しておきたい。機能適合性をめぐる判例理論は、役務提供契約にしばしばみられるような、履行前において契約内容が具体的に決められていない契約だけではなく、明確な性状や実行内容の合意がある場合にも、報酬との対価的均衡を超えて、契約目的として位置づけられる注文者の期待する機能適合性という結果の達成を原則として請負人に課すという点で、請負の性質を踏まえた契約解釈のあり方として注目される。また、売買において把握される瑕疵責任とは異なる特徴を有するものといえよう。次に、ドイツの議論は、注文者が期待した機能性や使用目的への適合性を契約内容においてどのように把握するかをめぐり、契約解釈の場面での私的自治への介入の可能性が指摘されるほか、製作義務や行為義務と

いった概念をどう捉えるか、さらにそれらの義務違反を体系上どこに位置づけるべきかといった、請負にとどまらない論点を包含するものである。⁽¹⁰⁸⁾ とりわけ最後の問題について、BGH判例の判断枠組みでは、これまでわが国とドイツのいずれにおいても議論されてきた一般給付障害法と瑕疵責任法との境界の問題について、瑕疵責任の範囲における当事者の望ましい責任分配と利益調整への接続への志向を示すものであるようにも思われる。注文者が期待した機能性ないし使用目的への適合について、その達成に必要な個々の給付内容を請負人が負うべき製作義務の範囲として位置づけるか否かについては、ドイツの学説上議論されているところであるが、いずれにしても、そのような注文者の期待ないし契約目的の実現に向けて、請負人の契約上の義務が生じる場合があるという点では一致する。そのうえで、機能適合性理論に批判的な見解が、その理論上の問題点を有力に指摘するのに対し、判例理論を支持する見解は、紛争解決における実質的な利点を強調する。具体的には、専門家たる請負人と、通常専門知識を持たない注文者との関係を考慮した責任分配の方法としての妥当性が指摘される。さらに、責任追及の段階において、具体的給付の変更と対価の調整といった当事者間の交渉を予定し、契約関係を維持したうえで契約目的の達成に向かおうとする点は、請負の個別性・専門性という性質を踏まえた救済のあり方としても示唆的である。ここでの問題に関わる論点は多岐にわたるが、まずは、建築契約を中心とするドイツの議論について、日本法のもとでの問題の中で、いかなる範囲で対比しうるか、今後の検討を進めることとしたい。

*本稿は、JSPS 科研費 JP19K13573の助成による研究成果の一部である。

(108) ドイツにおいては、債務法現代化前の瑕疵担保責任をめぐる議論を前提に、一般給付障害法との境界づけを重視する見解と、義務違反という上位概念のもとでの一元化を理由に、これらの境界に意義を見出さない見解とのいずれもが示されている状況が伺える。この点について示唆的な論考として、マーティン・シュミット＝ケッセル（芦野訓和訳）「総則的あるいは各論的瑕疵担保法—瑕疵担保規定の位置に関する考察—」東洋法学63巻3号（2020年）237頁以下。

(109) 同様の問題状況を検討するうえで、わが国では、日本民法636条との関係が問題となるが、この点について、注文者の材料または指図と契約不適合責任について詳細に検討するものとして、坂口甲「請負契約における注文者の材料または指図による契約不適合（1）（2・完）」法学雑誌66巻1・2号261頁、3・4号762頁（2020年）がある。