

ドイツ請負契約法における瑕疵概念

永 岩 慧 子

目次

- 一 はじめに
- 二 債務法現代化法と瑕疵責任の概要
 - 1. 請負契約法における債務法現代化
 - 2. 請負人の義務と瑕疵責任
- 三 請負における瑕疵概念
 - 1. 旧法からの変更点
 - 2. 物の瑕疵概念の構造
 - 3. 性状の合意—第 633 条 2 項 1 文
 - 4. 性状の合意がない場合—第 633 条 2 項 2 文
 - 5. 一般的に承認された技術規定との関係
 - 6. ドイツにおける瑕疵概念のまとめ
- 四 おわりに

一 はじめに

ドイツにおいて 2001 年 11 月 26 日に公布され、2002 年 1 月 1 日に施行された債務法現代化法 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) は、瑕疵担保制度について体系的に大きな変更を行い、わが国における議論に対しても強い影響を与えている。瑕疵担保責任に関する債務法現代化法における議論については、売買契約法を中心に多くの研究がなされているが、ドイツ民法 (以下、BGB とする) の請負契約法における検討はいまだ少ない状況にある⁽¹⁾。請負契約の領域に関しては、売買契約法の重要な変更に対し、本質的な変更がなされたわけではないとの見方もあるが、請負における変更もまた広範囲に及ぶものであり、売買と請負をできうる限り近接化するという債務法改正の目的があっただけではなく、請負契約法が従来 of 法の下で抱えていた問題を解

消する意義も有していた。債務法現代化法による変更の趣旨や、その内容については、売買法と請負法において共通する点が多いが、売買と請負の本質的な違いから、それぞれの領域における問題状況は異なっている。本稿では、請負契約法における瑕疵概念を中心に、改正による変更と、それが請負の領域における従来の議論に与える影響を検討し、これによって現行法の構造について明らかにする⁽²⁾。なお、ここでは主に請負における瑕疵について重要な位置を占めている物の瑕疵を検討対象とし、異種物給付及び過少給付と権利の瑕疵については簡単に触れるにとどめる。

二 債務法現代化法と瑕疵責任の概要

-
- (1) ドイツ法の債務法現代化法についての研究はこれまでに数多くなされているが、請負に関するものとして、今西康人「ドイツ新債権法における仕事の瑕疵に関する請負人の責任」関西大学法学論集第52巻4・5号(2003年)1093頁、芦野訓和「ドイツ新債務法における請負法の改正 我が国への示唆を含めて」駿河台法学第17巻1号3頁(2003年)、岡孝「ドイツ債務法現代化法における請負契約法上の若干の問題」下森定編集代表『現代民事法学の構想 内山尚三先生追悼』(信山社、2004年)423頁等。また、ドイツにおける改正議論について、ゲッツ・フォン・ラオスハール(花立文子訳)「請負契約法にとっての債務法改正委員会による民法典草案の意義」法学志林第91巻1号(1993年)213頁、デートフ・レーネン(永田誠訳)「ドイツにおける債務法の現代化=売買契約ならびに請負契約の新規制および新消滅時効法」日本法学第69巻1号(2003年)239頁等も参照。
- (2) ドイツの瑕疵概念についての従来の研究は売買に関するものが中心であるが、岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」同編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版社、2002年)105頁以下、田中志津子「ドイツ民法売買契約法における瑕疵担保責任—物の瑕疵概念を中心に—」法学研究論集18号(2003年)39頁以下、田畑嘉洋「売主瑕疵担保責任における瑕疵概念と法的性質の関係—ドイツにおける瑕疵概念論の展開を中心として—」九大法学103号(2011年)184頁以下、古谷貴之「ドイツ売買法における売主の瑕疵担保責任に関する一考察—債務法改正から10年を経て—」産大法学第47巻2号(2013年)312頁以下等を参照。

1. 請負契約法における債務法現代化

ドイツにおける債務法の現代化は、1999 年の消費動産売買及び関連保証に関する指令⁽³⁾（以下、消費動産売買指令とする）の国内法化を理由の一つとして、給付障害法及び瑕疵担保責任について体系的に大規模な改正を行った。債務法現代化法により、瑕疵ある仕事の給付は、一般給付障害法における義務違反（Pflichtverletzung）の一類型であると位置づけられる。債務法改正委員会では、請負における根本的な改正の必要性はないとされており⁽⁴⁾、請負における改正は、請負と売買をできるだけ同一化するという目的のもと、債務法全体と売買契約法における新规定に適合させるためになされたものであると説明される⁽⁵⁾。しかし、実際には、請負領域においても改正が有する意味は少なくない。旧法では、売買契約法において瑕疵担保責任が特別な規定として債務不履行規定の外に置かれていたのと同様に、請負契約法においても個別の瑕疵担保責任規定が置かれていた。債務法現代化法が、従来の瑕疵担保責任を一般給付障害法に一元化したことにより、売買契約法と同様に、請負契約法もまたいくつかの個別規定を残し、瑕疵に対する責任は給付障害法の一般規定に従うことになった。請負の瑕疵責任に関する変更の概要として、①瑕疵の概念の定義について売買契約法に適応させる形で新たな規定としたこと、②旧第 633 条、第 634 条における修補請求権（Nachbesserungsanspruch）を、言語上、追完請求権（Nacherfüllungsanspruch）としたこと、③注文者による自力修補（Selbstvornahme）を、第 637 条によって追完期間の徒過のみで可能としたこと、④解除権及び損害賠償請求権について給付障害法による一般規定を適用するとしたこと、⑤通常の時効規定である第 195 条の特則を第 634a 条に置いたことなどが挙げられる⁽⁶⁾。

(3) Directive 1999/44/EC.

(4) Crellwitz, in : Kohte/ Micklitz/ Rott/ Tonner/ Willingmann, Das neue Schuldrecht, 2002, § 631 Rn.2.

(5) Crellwitz, Das neue Schuldrecht, (Fn.4) § 631 Rn.1.

以上のように、請負における改正は広範囲に及んでいる。また、改正の意義として、旧法下で議論されてきた積極的債権侵害との競合問題、特に、瑕疵担保責任における旧第 638 条の短期責任期間と、旧第 195 条による 30 年の消滅時効期間との差異を理由とした、より近い瑕疵結果損害 (nächste Mangelfolgeschäden) とより遠い瑕疵結果損害 (entferntere Mangelfolgeschäden) の限界づけといった困難な問題は解消されている。瑕疵担保責任は一般給付障害法に組み込まれたことにより、旧法における従来の位置づけを失ったといえるが⁽⁷⁾、報酬減額権、自力修補権、通常の時効期間とは異なる責任期間設定という点で特則性を維持している。

2. 請負人の義務と瑕疵責任

請負人は、瑕疵のない仕事の履行を主たる義務とする (631 条 1 項)。これに対して注文者は、報酬支払義務と仕事の引取り義務を負う。BGB は、請負人の主たる義務は、瑕疵のない仕事を遅滞なく取得させることであることを条文上規定している (631 条 1 項)。瑕疵に対する責任に関する規定は、第 633 条以下に主に規定されている。第 633 条は仕事の瑕疵について定義しており、これにより請負人の仕事に瑕疵があるとされた場合の注文者の権利が、第 634 条に規定されている。注文者は、まず、①追完請求権 (634 条 1 号、635 条) を行使し、修補又は仕事のやり直しである新規製作を求めることができる。なお、売買と異なり、追完方法の選択権は請負人に与えられている。次に、追完に過度な費用を要する場合や、追完のために定めた期間の徒過などにより例外的・補充的に認められる権利として、②注文者は請負人の費用で自ら瑕疵を除去することができ (634 条 2 号、637 条)、また、③報酬減額権 (634 条 3 号、638 条)、④解除権 (634 条 3 号、323 条、326 条 5 項、636 条)、

(6) Vgl. *Schudnagies*, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 396.

(7) この意味で、従来の瑕疵担保 (Gewährleistung) という概念は今や法律上存在しない。

⑤第 280 条、第 281 条、第 283 条及び第 311a 条により損害賠償を、また第 284 条により無駄になった費用の賠償を請求することができる (634 条 4 号)。以上の注文者の諸権利の責任期間は、上述したように、一般の消滅時効規定に対する瑕疵責任の特則として第 634a 条に服する。

三 請負における瑕疵概念

【第 633 条 物及び権利の瑕疵】⁽⁸⁾

- (1) 請負人は、注文者に物の瑕疵及び権利の瑕疵のない仕事を取得させなければならない。
- (2) 仕事が合意した性状を有するときは、その仕事に物の瑕疵がないものとする。性状につき合意のない限り、次の各号のいずれかに該当するときは、その仕事に物の瑕疵がないものとする。
 1. 仕事が契約において前提とした使用に適する場合
 2. 仕事が通常の使用に適し、かつ、同種の仕事において普通とされ、注文者がその仕事の種類から期待できる性状を有する場合請負人が注文とは異なる仕事を製作し、又は製作された仕事が過少であるときは、物の瑕疵と同様とする。
- (3) 第三者が仕事に関し注文者に権利を行使することができないとき、又は契約において引き受けた権利のみを行使することができるときは、その仕事に権利の瑕疵がないものとする。

1. 旧法からの変更点

第 633 条は、請負における瑕疵について規定する。上述したように、請負

(8) ドイツ民法の条文訳については主に、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) 試訳を参照した。

の仕事に瑕疵がないことは、請負人の主たる義務であり (631 条)、仕事の瑕疵は、第 634 条以降の請負人の瑕疵責任が生じるための前提条件 (Voraussetzungen) である。第 633 条は、瑕疵があるということについて明文上の定義を置くのではなく、その仕事に瑕疵がないというためには、どのような前提がなければならないかを具体的に記述している。この意味で、瑕疵について詳細に規定する第 633 条は、請負人に課された履行義務 (Leistungspflicht) を具体化するものである。これらの点は、債務法現代化以前の規定においても同様であるが (旧 633 条 1 項)、旧法では、請負人は仕事を製作する (herstellen) 義務を負うとされていたのに対し、現行第 633 条 1 項は条文上、物及び権利の瑕疵のないよう仕事を取得させる (verschaffen) 義務を負うと規定する。これは、売買契約において、第 433 条 1 項 1 文に物の移転 (Sachverschaffung) が規定されているのと同様である。請負人の移転義務は、旧法においても、第 640 条に注文者の引取り義務が規定されていることから自明のことであるにも関わらず、明文をもって規定されていなかった。現行第 633 条 1 項は、条文上引取りが危険の移転の構成要件として問題となることを明確にしたと解されている⁽⁹⁾。

債務法現代化法以前において、請負の瑕疵概念に関する規定は、旧第 633 条 1 項に置かれていた⁽¹⁰⁾。旧第 633 条 1 項は、瑕疵概念を、「欠点 (Fehlen)」と「保証された性質 (zugesicherten Eigenschaften)」という二つのカテゴリーに分けて規定していた。「欠点」とは、当事者が請負契約の締結の際に前提とした仕事と、実際の仕事の状況が異なることであり、それについて、仕事の価値又は契約で予定された使用もしくは通常の使用に対する適性を消滅又は減少させる相違であると規定されていた。このように、欠点という概念が価値及び使用の適格性に対する否定的な影響を及ぼす相違を意味するのに対して、「保証された性質」には、欠点のように、価値又は使用の適性を減ずるこ

(9) Busche, in : Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auf., 2012, § 633 Rn.6.

とのない相違が含まれると解されていた。これらの二つの概念の限界づけについては、旧法下において必ずしも明確ではないとの指摘がされていたが、売買契約法におけるこれらの区別が、異なる効果を生じさせる意味があったのに対し⁽¹¹⁾、請負契約法においてはそれらの区別自体について実際上の意義はなく、重要な問題とはされていなかった。具体的な瑕疵の判断については、主観的瑕疵概念を基礎とし、補完的に客観的瑕疵概念が位置するとの解釈が有力であるとされ⁽¹²⁾、より具体的には、契約に適合する性状を、保証 (Zusicherung) や、黙示の合意によって決定づけられた性質 (Eigenschaften)、契約上前提とした使用に基づく性質又は通常の使用について前提とした性質によって決するとしていた⁽¹³⁾。

債務法現代化法による瑕疵概念の変更は、消費動産売買指令 2 条 2 項を顧慮してなされた売買法の改正に従うものである。したがって、売買法の瑕疵概念について規定する第 434 条⁽¹⁴⁾ 及び第 435 条⁽¹⁵⁾ に原則として一致する形となっている⁽¹⁶⁾。異なる点としては、第 434 条 2 項の組立てにおける瑕疵と、第 435 条 2 文における存在しない権利の土地登記簿への登記についての規定

(10) 【旧第 633 条】

- (1) 請負人は、仕事が保証された性質を有し、かつ、その価値又は通常の使用若しくは契約によって予定された使用に対する適性を消滅又は減少させる欠点のないように、仕事を完成する義務を負う。
- (2) 仕事が前項に規定した性状を備えていないときは、注文者は、瑕疵の除去を請求することができる。この場合には、第 476 条 a を準用する。除去が過分の費用を要するときは、請負人は、除去を拒絶することができる。
- (3) 請負人が瑕疵の除去につき遅滞にあるときは、注文者は、瑕疵を自ら除去して、要した費用の償還を請求することができる。

以上、旧法の条文訳については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995 年)を参照した。

- (11) 旧法下の売買法における議論について、古谷・前掲注 (2) 282 頁以下。
- (12) *Genius in : jurisPK-BGB*, 7. Aufl., 2014, § 633 Rn.4.
- (13) *Crellwitz, Das neue Schuldrecht*, (Fn.4) § 633 Rn.1.

は、請負において意味を有しないという理由で、第 633 条には規定がない。債務法現代化法により、現行第 633 条 2 項は、旧第 633 条 1 項における欠点 (Fehlen) と保証された性質 (zugesicherten Eigenschaften) の区別を廃止し、一元的な瑕疵概念を採用した。現行第 633 条では、従来の二つの概念は、「性状 (Beschaffenheit)⁽¹⁷⁾」概念に含まれることになる。これに加えて、債務法現代化法では、異種物給付 (Aliud-Lieferung) 及び過少給付 (Zuwenig-Lieferung) も物の瑕疵と同視されることが第 633 条 2 項 3 文で明らかにされた。さらに、

(14) 【第 434 条 物の瑕疵】

(1) 物が危険移転時に合意した性状を有するときは、その物に物の瑕疵がないものとする。性状につき合意のない限り、次の各号のいずれかに該当するときは、その物に物の瑕疵がないものとする。

1. 物が契約において前提とした使用に適する場合

2. 物が通常の使用に適し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する場合

物の特定の性質に関する、売主、製造者 (製造物責任法第 4 条第 1 項及び第 2 項) 又はその補助者による公の表示に基づき、特に広告又はラベル表示により、買主が期待できる性質も、前文第 2 号の性状に含まれる、ただし、売主がその表示を知らず、かつ、知ることを要しなかった場合、その表示が契約締結時に同様の方法により訂正されていた場合、又はその表示が購入決定に影響を及ぼさなかった場合は、この限りでない。

(2) 物の瑕疵は、合意した組立が売主又はその履行補助者によって適切に行われなかったときも、存するものとする。物の瑕疵は、組立説明書に瑕疵があるときは、組立用の物に存するものとする、ただし、その物が誤りなく組み立てられたときは、この限りでない。

(3) 売主が異種物を引き渡すとき、又は引き渡した物の量が過少であるときは、物の瑕疵とする。

(15) 【第 435 条 権利の瑕疵】

第三者が物に関し買主に権利を行使することができないとき、又は売買契約において引き受けた権利のみを行使することができるときは、その物に権利の瑕疵がないものとする。土地登記簿に存在しない権利が登記されているときは、権利の瑕疵と同様とする。

(16) BT-Drucks,14/6040,S.261.

従来の請負契約法に規定のなかった権利の瑕疵について、第 633 条 3 項に規定を置き、第三者が仕事について権利を主張することができる場合に、その仕事に権利の瑕疵があるとした⁽¹⁸⁾。これらの点はいずれも売買法との近接化を図る目的でなされたものであり、売買法における意義とは異なり、請負法では本質的な変更ではないと説明するものがある⁽¹⁹⁾。

2. 物の瑕疵概念の構造

瑕疵概念についての具体的な規定である第 633 条 2 項は、その仕事に瑕疵がないとされるためには、まず第一に、契約において合意した性状 (*Beschaffenheit*) を有しており、第二に、契約において性状の合意がない限りで、契約において前提とした使用に適し、第三に、契約において特に定められた使用が明らかでない場合には、通常の使用に適合し、普通の性状を有することが必要であるとする。瑕疵の有無は、仕事の現にある性状 (*Ist-Beschaffenheit*) が、あるべき性状 (*Soll-Beschaffenheit*) と異なるかどうかによって決せられる⁽²⁰⁾。あるべき性状は、契約の締結時に決定づけられ、現にある性状は、危険の移転時 (*Zeitpunkt des Gefahrüberganges*) における仕事の実際の状態により判断される⁽²¹⁾。なお、瑕疵の判断時点については、売買法の第 434 条 1 項に規定 (「危険移転に際して」) があるのに対して、第 633 条では

(17) “*Beschaffenheit*” の訳出については、「性質」とされる場合も見受けられるが、本稿では、「性状」とする。なお、性質 (*Eigenschaften*) との違いについて、学説において明確な区別ないし厳密な使い分けがなされているかどうかは判然としていないが、本稿ではさしあたり性質 (*Eigenschaften*) と性状 (*Beschaffenheit*) を訳し分けることにした。

(18) なお、従来においても、旧第 434 条以下における権利瑕疵担保責任 (*Rechtsmängelgewährleistung*) の規定を請負においても同様に扱うとされていた。

(19) *Schudnagies*, NJW 2002, 397 ; *Crellwitz*, *Das neue Schuldrecht*, (Fn.4) § 633 Rn.3.

(20) *Palandt/Sprau*, BGB, 65. Aufl., 2006, § 633 Rn. 5 ; *Raab* in : *Dauner-Lieb/Heidel/Ring BGB-Schuldrecht Band 2*, 2005, § 633 Rn.8 ; *MünchKommBGB /Busche* , (Fn.9) § 633 Rn.7.

(21) *MünchKommBGB /Busche*, (Fn.9) § 633 Rn.7.

どの時点で瑕疵がないことが必要か明文化されていないが、危険の移転時であると解されている⁽²²⁾。危険の移転時とは、引取りの時点である。継続的な内容を約する契約の場合には、瑕疵のないことの判断は、個々の仕事に関する危険の移転の時点でなされることになる⁽²³⁾。

現行第 633 条 2 項の一元的瑕疵概念によれば、従来の「欠点」の意味における、仕事の価値又は適格性についての否定的な影響は必要ではなく、仕事の現にある性状と、あるべき性状の相違 (Abweichung) のすべてが、その仕事に対して本質的か否かとは関係なく瑕疵に当たる⁽²⁴⁾。したがって、実際になされた性状が本来義務づけられた性状に対して、経済的ないし技術的に有益な価値があるということによっても仕事の瑕疵は排除されない⁽²⁵⁾。

このようなドイツ法の構造に対し、消費動産売買指令 2 条 2 項は、瑕疵概念について「契約適合性 (Vertragsmäßigkeit)」という概念を、すべての瑕疵構成要件の上位概念として置いている。この契約適合性概念については、文言上、当事者間における契約上の合意のみが考慮にいれられるという解釈がなされることも考えられる。この点について、消費動産売買指令は、契約上の記述等に一致するだけでなく、契約上前提とした、もしくは通常の目的に適合しているという意味において、その物は「契約による (vertragsgemäß)」と解釈されると反論するが、ドイツの立法者は、消費動産売買指令のような推論を採用せず、第 633 条 2 項 1 号及び 2 号を置くことで、構造上、解釈の不都合性を克服しようとした⁽²⁶⁾。したがって、消費動産売買指令 2 条 2 項と異なる見解に立つものではなく、第 633 条 2 項におけ

(22) Dauner-Lieb /Raab, (Fn.20) § 633 Rn.7 ; MünchKommBGB/Busche, (Fn.9) § 633 Rn.7.

(23) MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.7.

(24) Voit in : Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB Band 2, 3. Aufl.,2012, § 633 Rn.8 ; MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.9.

(25) jurisPK/Genius, (Fn. 12) § 633 Rn.19.

(26) Glöckner, Der neue alte Sachmangelbegriff-Begründung und Folgen, BauR 2009,302 (309).

る三つの段階的基準は、排他的適用関係ではなく、補充的關係にあると解されている⁽²⁷⁾。このような理解のもとで、第 633 条 2 項 1 文の性状の合意と、第 633 条 2 項 2 文 1 号、2 号における使用への適性について、「性状につき合意がない限りで」という条文上の文言から、使用についての適性を性状合意に含まないと解釈することは誤りであると指摘されている⁽²⁸⁾。

3. 性状の合意—第 633 条 2 項 1 文

(1) 性状 (Beschaffenheit) の意義

立法者は、売買及び請負における物の瑕疵の中心的概念である「性状」について厳格な定義をしていないが⁽²⁹⁾、その解釈として、仕事に持続的に備わっている物的な特徴 (physischen Merkmale) 又は精神上の本質的な特徴 (geistige Wesenszüge) であると説明されている⁽³⁰⁾。また、その仕事自体ではなく、外在する事情としての環境上の関係 (Umweltbeziehungen) が性状に含まれるかという点について、取引上の見地から、仕事の価値及び有用性に対して影響する限りで、性状に含まれると解されている。したがって、例えば、建築物の立地環境なども性状に含まれる⁽³¹⁾。

(2) 性状の合意

性状についての合意は、明示的又は黙示的にもなされうる⁽³²⁾。したがって、ある性質についての契約上の記載や表示だけではなく、仕事の性状に対する当事者の明確な意思の表明が欠けている場合でも、契約締結の状況から黙示

(27) Bamberger/Roth/Voit, § 633 Rn.4.

(28) Glöckner, BauR 2009, 302 (309).

(29) BT-Drucks. 14/6040, S.213 ; Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.11.

(30) MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.10 ; jurisPK/Genius, (Fn. 12) § 633 Rn.17.

(31) Peters /Jacoby in : Staudingers Kommentar zum BGB § § 631-651, 2008, § 633 Rn.158.

(32) Schwenker in : Erman, BGB, 12. neu Aufl., 2008, § 633 Rn.12 ; MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.12 ; JurisPK /Genius, (Fn. 12) § 633 Rn.20.

の性状合意を導くことができる場合もあるとされる⁽³³⁾。

性状の概念についての広範な解釈から、合意される性状として、大きさ、量、外観、使用する材料のほか、給付 (Leistung) や実行の方法 (Ausführungsart) について取り決められる場合もある⁽³⁴⁾。請負契約は、その本質的な性格において、通常これから行われる仕事の将来の性状を問題とし、その将来の性状に一致する結果の実現を約するものである。したがって、性状に関する契約当事者間の取り決めとしては多様な内容が考えられるが、ここで、当事者が合意した一定の性質や実行方法と、契約の目的たる仕事の機能 (Funktionsfähigkeit) との関係について考慮すべき問題が生じる。仕事の機能とは、例えば、建物におけるドアや壁の遮音性能や、屋根が雨水の浸入を妨げること、工場の床の一定の負荷に対する耐久性など、その物の使用や作用について有している性能であるとされる。仕事の性質や実行方法の合意との関係について具体的な例を挙げると、ある病院の新築工事の請負契約において、診察室と待合室の間に「オーク材」の、「遮音性能として45デシベルを満たす」ドアを建設することが合意されたとする。①請負人がオーク材のドアを建設したが、遮音性能が38デシベルであった場合、当事者が合意した遮音性能を有せず、仕事に瑕疵がある。次に、②請負人が45デシベルの遮音性能を満たすドアを建設したが、そのドアが合成樹脂製であったとき、当事者が合意したドアの材質を満たさないため、仕事に瑕疵がある。このように、仕事の機能性もまた、その物の性質とともに当事者の合意によって限定されるが、当事者が合意した一定の性質や実行方法が、この仕事の機能に対して適当でない場合もある。特に、物の性質や実行方法等について具体的合意があるのに対して、仕事の機能についての合意が具体的でない場合、当事者間で合意した性状に相違しないとして仕事に瑕疵がないといえるのかという

(33) MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.16.

(34) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.14.

問題が生じる。

このような問題について、債務法改正前の判例⁽³⁵⁾は、当事者が合意した実行方法によると通常の使用又は契約で前提とした使用に対する機能を有しない事案において、請負人によってなされた仕事は、合意した又は契約によって前提とした機能を有せず、契約で追及された仕事の履行目的が達せられないとして、当事者間で合意した性状との相違と旧第 633 条の欠点を同時に肯定した。また、債務法現代化法以降の判例として、連邦通常裁判所 2007 年 11 月 8 日判決 (BGHZ 117,110 = NJW 2008,511 = NZBau 2008,109) は、「合意した機能適合性 (Funktionstauglichkeit) が示されない場合、債務法現代化法による BGB 第 633 条の変更によっても、仕事は合意した性状に適合しない」として、従来の判例における理論を維持することを明確にした。この BGH 判決は、どのような性状を当事者が合意したかは契約の解釈によるとし、第 633 条 2 項 1 文により、合意した性状とは、当事者の合意によって契約上義務づけられた結果を導くすべての仕事の性質であるとする。そして、契約上義務づけられた結果は、合意した実行方法を満たすために決まるのではなく、どのような仕事の機能が、当事者の意思によって実現されるべきであったかによって決るのであり、仕事の機能性が、契約上合意した実行方法又は一般に承認された技術規定では達することができない場合でも、請負人は合意した機能への適合を義務づけられるとした。

したがって、注文者の指示した実行方法に一致する給付がなされた場合でも、仕事が有すべき機能を欠くときには、仕事に瑕疵があるとされる⁽³⁶⁾。つまり、性状の合意における一定の性質や実行方法と、仕事の機能との関係において、当事者が契約の目的として、どのような機能の実現を取り決めたのが重要となる。仕事の機能性は、具体的に示される必要はなく、契約の解

(35) BGHZ 139,244=NJW 1998,3707 ; BGH NJW-RR 2000,465=BauR 2000,411=ZfBR 2000,121.

(36) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.20 ; MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.14.

積によって黙示的にも導かれるとされる。このとき、仕事の機能を達成するために追加の給付が必要であり、当初の報酬との対価性に不均衡が生じる場合には、その費用がいずれにしても必要であったとされる限りで、請負人は、注文者に対して追加の報酬を請求することができる⁽³⁷⁾。なお、注文者の指定した実行方法等が、仕事の機能の実現に対して不適切であることについて、上記のBGH判決は、請負人の責任範囲について調査義務（Prüfungspflicht）、指摘義務（Hinweispflicht）を果たしたかによって決定づけられるとした。以上のことから、請負人は、合意した実行方法や材料の性質等だけではなく、仕事の機能性を満たすこともまた義務づけられる。このような判例の立場は、学説上、「機能性瑕疵概念（funktionale Mangelbegriff）」と表現され、議論の対象となっている⁽³⁸⁾。

性状の合意について、立法者は、性状の定義や旧法における保証された性質との関係を明らかにしておらず、仕事の価値や使用の適性を損なわないすべての取り決めとの相違が瑕疵と解されうるとして請負人の責任の厳格化を指摘する見解もある⁽³⁹⁾。

4. 性状の合意がない場合—第633条2項2文

契約当事者間において、第633条2項1文における性状の合意がない場合、第633条2項2文により、使用に対する適性と、同種の物において普通で、注文者がその物の種類から期待できる性状が瑕疵の有無についての基準となる。使用に対する適性について、契約で前提とした使用に対する適性が優先

(37) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.20.

(38) Vgl. Vorwerk, BauR 2003,1 ; Glöckner, BauR 2009, 302 ; Peters, NZBau 2013,129. なお、「機能性瑕疵（funktionale Mangelbegriff）」の訳出について、陳自強（夏静宜・陳韻希訳）「台湾民法における請負人の瑕疵責任とその発展」民商第150巻2号（2014年）245頁を参考にした。

(39) Thode, NZBau 2002,297 ; Lucenti, NJW 2008, 962.

し(2項2文1号)、そのような前提がない場合、通常の使用(2項2文2号)に対する適性が判断される。

(1) 契約で前提とした使用(633条2項2文1号)

契約で前提とした使用の合意については、契約上予定した使用が、通常の使用とは異なる場合に、契約当事者にとって重要な意味を持つ。その仕事が、注文者がそれを手に入れようとする一定の目的に対して適合すべき場合、契約締結の際にこれを請負人に知らせ、かつ、請負人がこれに同意したときは、第633条2項1文により性状の合意があるとされる⁽⁴⁰⁾。したがって、一定の使用目的について第633条2項1文における性状の合意が完全ではない場合に、2項2文が補充的役割を有する。契約で前提とした使用といえるためには、当事者が契約締結において、その仕事の将来の使用について共通の考え(*gemeinsame Vorstellungen*)を有していることが必要であるとされる⁽⁴¹⁾。

契約で前提とした使用について判断する理由は、例えば、自転車の修理について依頼した場合でも、その自転車を走行目的で使用するのか、又は室内で鑑賞するために使用するのかといったように、その仕事を使用する目的によって有すべき適性は異なるからである。

また、契約で前提とした使用には、注文者がその建築物に居住するといった意味での使用だけではなく、請負の目的物を売却することや、営業目的で使用することなども含まれる⁽⁴²⁾。具体的には、建築物の耐久性の低さにより修理が必要な場合や、住宅に使用された建材が有害物質を含むことにより、請負人やその他の第三者に対する健康上の危険性を有する場合、また、無形の仕事として建築家の行った建築物の設計が建築許可の下りないものであった場合、その物の使用によって、注文者が処罰の対象となる犯罪行為や秩序違反の危険にさらされる場合など、これらの仕事の機能性の欠如が、注文者

(40) *jurisPK/Genius*, (Fn. 12) § 633 Rn.23.

(41) *MünchKommBGB /Busche*, (Fn.9) § 633 Rn.28 ; *jurisPK/Genius*, (Fn. 12) § 633 Rn.22.

(42) *MünchKommBGB /Busche*, (Fn.9) § 633 Rn.27.

が意図した使用の目的に対して適性を欠く場合、仕事の瑕疵とされる⁽⁴³⁾。これに加えて、住宅が省エネ性能を有していないことや、安全性についての疑いがあるなどその仕事の本来の機能は損なわれていない場合でも、商業的価値の減少によって仕事の売却適合性 (Verkäuflichkeit) に不利な影響をもたらすとき、このような使用について当事者が前提としていた場合には使用の適性を欠き、仕事に瑕疵があるとされる⁽⁴⁴⁾。

(2) 通常の使用と普通の性状 (633 条 2 項 2 文 2 号)

個々の性状合意も、契約当事者が前提とした一定の使用目的も示されない場合、第 633 条 2 項 2 文 2 号により、通常の使用に対して適しているか、同種の物において普通で、注文者がその物の種類から期待できる性状を有しているかが問題となる。第 633 条 2 項 2 文 1 号が、当事者によって決められた主観的な使用目的についての適性であるのに対し、第 633 条 2 項 2 文 2 号は、客観的・一般的に使用の目的を導き、これに対する適性を判断する⁽⁴⁵⁾。したがって、取引慣習によって決められるとする⁽⁴⁶⁾。

ここで、第 633 条 2 項 2 文 2 号については、通常の使用に適することと、「und」かつ」以下の同種の物について普通で注文者がその物の種類から期待できる性状との関係について、「und」以降を、前者の説明であるとする見解⁽⁴⁷⁾と、独立の要件であるとする見解⁽⁴⁸⁾の対立がある。さらに、後者の見解では、使用に関しない追加の要件は請負人の高まった責任を理由付けると指摘するものもある⁽⁴⁹⁾。

(43) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.22.

(44) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.22.

(45) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.26.

(46) Bamberger/Roth/Voit, (Fn.24) § 633 Rn.7 ; Erman/Schwenker, (Fn.32) § 633 Rn.17.

(47) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.27 ; MünchKommBGB/Busche, (Fn.9) § 633 Rn.30.

(48) Thode, NZBau 2002, 297 (304) ; Vorwerk, BauR 2003, 1 (4) ; Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., 2016, § 633 Rn. 24.

(49) Thode, NZBau 2002, 297 (303ff.) ; Vorwerk, BauR 2003, 1 (4).

何が「通常」であるかについては、その取引の解釈により、地方的な状況や、平均的な環境の考慮のもとで、よくなされている使用であるとされる⁽⁵⁰⁾。そして、同様の種類の仕事について普通であることと、注文者がその仕事の種類から期待しうる性状を有していることの二つの要求は重疊的かつ平行して存在するとされている。ここでの注文者の期待とは、平均的な「分別のある」(“vernünftiger”) 注文者が、「同様の種類の仕事」をもとに、どのような性質を期待し得るかという意味である⁽⁵¹⁾。「同様の種類の仕事」を確定するためには、その仕事を一定の種類に分類することが必要となる⁽⁵²⁾。したがって、仕事の適性が契約上前提とした又は通常の使用に対して備わっているかどうか、どのような機能が仕事に与えられるべきかに依存しているといえる⁽⁵³⁾。

5. 一般的に承認された技術規定との関係

(1) 一般的に承認された技術規定 (allgemeine anerkannte Regeln der Technik) の意義

請負契約においては、一般的に承認された技術規定の遵守が、瑕疵の判断基準として重要な意味を有している⁽⁵⁴⁾。承認された技術規定とは、それぞれの専門家において一般に引き受けられている品質 (Qualität)、快適性 (Komfort)、安全性 (Sicherheits) の水準である⁽⁵⁵⁾。例えば、ドイツ工業規格 (DIN-Normen)、ドイツの技術者協会の VDI 法規 (VDI-Richtlinien)、ドイツの電気技術者協会の VDE 規定 (VDE-Bestimmungen)、欧州規格 (Europäische Norm) などは、承認された技術基準を確定するための有効な手段であるとさ

(50) Erman/Schwenker, (Fn.32) § 633 Rn.17 ; MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.29

(51) jurisPK/Genius, (Fn. 12) § 633 Rn.26.

(52) MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.30.

(53) MünchKommBGB /Busche, (Fn.9) § 633 Rn.25.

(54) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.32.

(55) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.32.

れている⁽⁵⁶⁾。また、例えば、機械および製品の安全性に関する法律 (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz) など一定の法規範によっても明らかになりうる。なお、一般的に承認された技術規定は文書化されている必要はないとされる。

請負人が承認された技術規定の遵守について義務を負うかどうかは、BGBの条文上は明らかにされていない。この点、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⁽⁵⁷⁾の一般契約条件規定であるB部 (以下、VOB/Bとする) は、承認された技術規定について、請負人が遵守すべき最低基準であると条文上規定している (VOB/B 13条1項)。BGBでも、債務法改正議論の際、承認された技術規定について明文化することが提案されたが、結果的には取り入れられなかった。その理由について立法者は、「特に合意がない限りにおいて、承認された技術規定が含まれることは疑いの余地がない。明文で技術規定を有することの選択は、その理由で利益がない。請負人が、単に技術規定を満たすことにより、契約に適合する性質を有していない場合でも請負人の履行義務を満たしたとの誤解をさせることにもなる。承認された技術規定についての不十分な表明についてのリスクは、注文者ではなく、請負人が引き受ける」と説明する⁽⁵⁸⁾。したがって、承認された技術規定の遵守について契約上の取り決めが欠けていたとしても、通常の場合、仕事についての最低限の基準として、一般に承認された水準に一致することを注文者は期待しうるとされる⁽⁵⁹⁾。反対に、請負人は、それと異なる取り決めがない

(56) *Leupertz in : Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 4. neu Aufl., 2009, § 633 Rn.23.*

(57) 建設工事請負規則⁵³ (VOB : Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen)。これは、法律でも政令でもなく、建築請負契約委員会 (DVA) により、本来は公共工事を目的として作成された建築規定であり、A部が建設工事の発注に関する一般規定、B部が施工に関する一般契約条件規定、C部が一般技術規定である。VOBのB部は、建築請負契約の当事者間においてその適用が合意される限りで、契約条件として効力が認められ、日本でいう建設工事請負契約約款と同様の機能を果たしている。

(58) *BT-Drucks.14/6040,S.261.*

(59) *Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.33 ; jurisPK/Genius, (Fn. 12) § 633 Rn.28.*

限り、承認された技術規定の遵守を暗黙のうちに引き受けたものと解される。したがって、承認された技術規定は、当事者での合意や前提とした使用から明らかでない場合でも、最終的に第 633 条 2 項 2 文 2 号に基づいて遵守されることになる。

また、立法者の意図から明らかのように、承認された技術規定の遵守は、瑕疵がないことを担保するものではなく、承認された技術規定に一致する場合でも、その仕事について契約当事者が前提とした機能性を欠く場合には仕事に瑕疵があるとされる⁽⁶⁰⁾。

なお、一般的に承認された技術規定は、仕事の引取りの時点における水準である⁽⁶¹⁾。例えば、DIN 規格に基準がある場合でも、これがそのほかの基準に対して排他的に利用されるわけではなく、DIN 規格が引取り時の一般的水準にもはや合致しない場合には、承認された技術規定とはされない⁽⁶²⁾。

(2) 仕事の機能性との関係

請負においては、仕事が契約で目的とした機能性を有しているかという点が瑕疵判断の基準として重要である点について上述したが、これは、承認された技術規定との関係でも同様である。

これに関して、仕事が有すべき機能に対して不十分な遮音性能が争われた二つの重要な BGH 判決を挙げる。連邦通常裁判所 2007 年 6 月 14 日判決 (BGHZ 172, 346) は、二戸建住宅の一戸の建築請負契約において、当該住宅の遮音性能について「最低限の基準を満たす」という合意しかなされていなかった。遮音性能についての一般的な最低水準は、DIN 4109 であるとされていたが、BGH 判決は、二戸建住宅の一戸の遮音性能について一般に承認されている技術規定とは、ビルなどの遮音を想定し、外部の音や隣の部屋の音を遮断するための水準ではない DIN 4109 ではなく、より高い遮音のための推

(60) jurisPK/Genius, (Fn. 12) § 633 Rn.19.

(61) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.34.

(62) Dauner-Lieb/Raab, (Fn.20) § 633 Rn.34.

奨規定である DIN 4109 の補足票 (Beiblatt) の 2 と VDI 4100 における基準であるとした。

また、連邦通常裁判所 2009 年 6 月 4 日判決 (BGHZ 181,225=NJW2009,2439) は、マンションの新築工事についての請負契約において、遮音基準について「DIN 4109 による」と記載されていた事案である。これについて本判決は、「DIN 4109 による」という記載について契約上取り決められた、遮音性能に関する性状合意とはせず、注文者は、マンションとして備えるべき通常の品質と快適性について合意したものであるとして、ここでの遮音性能は、VDI 4100 と DIN 4109 の補足票 2 によるべきであるとした。このとき、請負人は、契約において記載された方法が、マンションの遮音のために十分でなく、通常の品質と快適性から逸脱することを注文者に通知する必要があるとした。

以上の判決はいずれも、二戸建住宅やマンションが、隣の部屋からの音に対する高い遮音性が必要であるという機能性を要するものであることから、遵守すべき承認された技術規定を決定づける。このことから、何が承認された技術規定とされるかは、仕事の目的となる物の種類により、それがどのような機能を有すべきかによって判断されているといえる。また、連邦通常裁判所 2009 年 6 月 4 日判決では、遮音基準について、「DIN 4109 による」と記載されていたのに対し、これは、承認された技術規定を逸脱する合意ではないとした。このことから、承認された技術規定に反する性状の合意があるとされるには、承認された技術規定に反していることについて、その結果として契約で目的とした仕事の機能性に対して生じる影響も含め、注文者が承知している必要がある⁽⁶³⁾。

なお、上記二つの判決でも、機能性瑕疵に関する BGH 2007 年 11 月 8 日判決と同様に、注文者は請負人に追加の報酬を支払う必要がある場合があるとして、実行方法の適切性に関する請負人の責任範囲について請負人が調査

(63) jurisPK/Genius, (Fn. 12) § 633 Rn.32.

義務や指摘義務を果たしたか否かが問題とされている。

6. ドイツにおける瑕疵概念のまとめ

ドイツにおける瑕疵概念は、債務法現代化法により、売買契約法に適合する形で、条文上新たな規定となった。条文上の変更により、その構造についての整理が必要とされる。第 633 条 2 項は、「合意された性状」、「契約で前提とした使用に対する適性」、「通常の使用に対する適性と普通の性状」という三つの段階的な判断基準を置く。これらの概念の構造については、不明瞭な点についての批判や、学説上、見解が分かれているところもあったが、第 633 条 2 項 1 文における「合意された性状」と、第 633 条 2 項 2 文の「使用の適性」は互いに排他的関係にあるのではなく、補充的關係として位置づけられる。また、これらの一致した法律効果から、三つの段階的基準について明確な境界は不要であるとされている。しかし、個々の瑕疵判断基準の解釈については、旧法下における解釈を変更するものではないとの見解がある一方で、請負人の責任の厳格化を指摘する見解もあった。

第 633 条 2 項における「性状」の概念は、条文上定義づけられていないが、実際には広範に解釈されている。仕事に関する一定の性質や実行方法についての合意は、性状の合意として一致すべきとされるが、請負においては、契約の目的である仕事の機能性が重要となる。契約で予定した仕事の機能性を達することができない場合は、当事者で取り決めた性質や実行方法と一致し、また、承認された技術規定を遵守していた場合でも、仕事の瑕疵が肯定される。したがって、結局のところ、契約の内容として当事者が何を目的とし、どのような結果の実現について取り決めたのかということが明らかにされる必要がある。また、当事者間で合意した仕事の実行方法等が、仕事の機能性に対して不適切である場合、その方法等の妥当性についての責任は、請負人に帰せられる。請負人が責任を負わないとされるためには、ある一定の実行方法等についての合意だけではなく、それによって生じる仕事の機能性に関

するリスクについても注文者が承知している必要がある。つまり、この点についても、契約当事者が、契約において結果としてどのような仕事の機能の実現を合意したかによって導かれる。したがって、この場合、性状の合意は、請負人と注文者の責任範囲を決する意味でも重要であるといえる。なお、仕事の機能性瑕疵については、請負人の調査義務等に関する問題などが議論されている。

四 おわりに

以上、ドイツ請負法における瑕疵概念について、条文の構造を中心に整理し、若干の検討を行った。瑕疵概念については、わが国の債権法改正においても変更が予定されており、改正案では、主観的瑕疵概念を採用するものとして、「瑕疵」という文言に代わり、「契約に適合する性質」という概念が示されている（契約不適合）⁽⁶⁴⁾。この概念については、消費動産売買指令の契約適合性（Vertragsmäßigkeit）を参考にしたものといえることから、その点でドイツ法と共通する。日本民法の改正案は、瑕疵概念についてドイツ法のような具体的、段階的な判断基準を採用していないが、上述したように、ドイツにおける瑕疵概念の構造は、段階的な瑕疵判断基準について厳密に限界づけるのではなく、互いに補充的關係にあるとする。したがって、この点からも、ドイツにおける瑕疵の判断基準は、日本における「契約不適合」の具体的な判断基準について参考となるものと思われる⁽⁶⁵⁾。

売買と異なる問題として、請負の仕事の瑕疵は、実行の瑕疵だけではなく、設計の瑕疵、加工される材料の瑕疵、多数の当事者が関係する特殊な混合形式の請負においてこれらを調整する瑕疵などが原因となりうる。本稿では、

(64) 契約不適合の概念について、潮見佳男「売買・請負の担保責任—契約不適合構成を介した債務不履行責任への統合・一元化」NBL1045号（2015年）7頁以下等。

(65) この点、古谷・前掲注（2）169頁は同様の指摘をする。

性状の合意に関する仕事の機能性との議論において、請負人の調査義務、指摘義務が問題となる場面について若干触れるにとどまったが、この点は、請負人が結果について義務を負っているということに加え、一般に請負人が専門的知識を有しているということから生じる、請負に特殊な、瑕疵責任における中心的問題である。中でも、建築請負契約について問題が多いといえる。なお、ドイツでは、建築請負契約において VOB/B の適用が重要な位置を占めている点について、考慮が必要である。また、本稿では瑕疵責任についての要件として瑕疵概念についてのみ取り上げたが、瑕疵が肯定される場合の効果として、瑕疵責任の内容について検討する必要がある。以上の点について、今後の課題としたい。