

ドイツ建築請負契約約款における発注者の協力

——履行プロセス全体において問題となりうる債権者の協力の二類型として

小林 友 則

- 一 はじめに
- 二 発注者の協力について規律したVOB/Bの個別条項
- 三 おわりに——発注者が協力を行わなかった場合における受注者の保護

一 はじめに

多くの場合、債務者が債務の履行を完了させるためには、債権者の協力を必要とする。このため、債権者が必要な協力を行わなかった場合には、債務者は債務の履行を完了させることができず、様々な不利益を被る。

債権者側の事情で債務の履行が障害された場合については、民法四一三条が「債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、その債権者は、履行の提供があつたときから遅滞の責任を負う」と規定している。しかしながら、四一三条は債権者が負うべき責任の具体的な内容を明らかにしていない。この

ため、債権者側の事情で債務の履行が障害された場合に債権者がどのような責任を負うかという問題は、現行民法の施行以来、学説において長年議論が展開されてきた⁽¹⁾。

この学説の議論において主たる争点として位置づけられていたのが、債権者は受領義務(協力義務)を負うか、という点であった。なぜなら、債権者の受領義務が認められないのであれば、債権者が債務の履行に必要な協力を行わない場合に、債務者を損害賠償請求権や解除権で保護することができないからである。

もっとも、現在では、信義則を根拠として、あるいは契約の解釈を通じて、債権者に受領義務が認められる場合があることに争いはなくなっている。しかしながら、債権者の責任をめぐる従来の議論において主に想定されてきたのは、売買契約における買主の目的物の引取のような、履行プロセスの最終段階において問題となる債権者の協力であった。しかし、履行プロセスにおいて債権者の協力が問題となるのは、履行の最終段階にとどまらない⁽²⁾。このため、債権者の協力の全体像を前にしてもなお、信義則ないし契約の解釈での解決という議論段階で問題に対処できるのか検討の余地がある。

しかしながら、日本には債権者の協力の問題に焦点があてられた判例がほとんど存在していないこともあり、履行の最終段階に至るまで、すなわち履行の中途段階において問題となる債権者の協力を具体的に把握する機会⁽³⁾は少ない。そこで本稿は、履行の中途段階における債権者の協力についても具体的な形で規律しているドイツの建築請負契約約款(VOB)⁽⁴⁾のB部を取り上げ、そこでどのような発注者の協力が問題とされているのかを考察する⁽⁵⁾。そして、この考察を通じて、履行プロセスにおいて問題となりうる債権者の協力の多様性を明らかにし、履行プロセスにおける債権者の責任を考えるための一助としたい。

二 発注者の協力について規律したVOB／Bの個別条項

VOBは法律や法令ではなく、建築請負契約委員会（DVA⁽⁷⁾）により広められた建築請負契約用の標準約款である。このため、契約当事者がVOBを採用することを明示しなければ、当該契約当事者はVOBに拘束されることはなご。

VOBはA、B、Cの三部で構成されている。VOB／A（Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen）は、建築請負契約の締結に至るまでを規律対象としており、主として官公庁等による公共工事の発注を想定した条項が置かれている。次に、VOB／B（Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen）は、建築請負契約上の給付を実施するにあたっての契約条件を規律している。そして、VOB／C（Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen）は、建物の建築に関する技術的な側面を規律している。

以下では、発注者の協力について規律したVOB／Bの個々の条項につき、そこで問題とされている発注者の協力がどのような内容であり、契約との関係でどのような意義を有するののか考察していく。⁽⁸⁾

1 価格交渉への協力

(1) 工事価格の基礎の変更

● VOB／B二条五項⁽⁹⁾

建設計画の変更または発注者のその他の指示により、契約に定めた工事の価格の基礎が変更される場合は、費用の増加もしくは減少を考慮して新しい価格を合意しなければならない。この合意は、施工前に行うものとする。

V O B / B は、一条三項⁽¹⁰⁾により、契約の締結後も発注者に建設計画の変更を一方的に指示する権利を与えている。このため、発注者が建設計画の変更を指示した場合、受注者は変更された給付の実行に義務付けられる。もつとも、発注者に変更権が与えられる代わりに、受注者にはその変更に応じた報酬を求める権利が与えられると考えられている。この点を基礎において定められたのが二条五項一文である。この条項により、発注者側の事情で工事にかかる費用が増加した場合には、発注者は、変更に見合った報酬を支払わなければならないだけでなく、変更を考慮した新たな報酬額を施工前に定めることにも協力しなければならない。

新たな価格を合意するにあたっては、まず、受注者が建設計画の変更を考慮した新たな価格を算出することになる。発注者は受注者によって提示された価格を検討し、受注者と談判しなければならない、新たな価格に同意しない場合には、発注者はその根拠を説明しなければならない。

もつとも、建設計画の変更に対応して修正された報酬を請求する権利は、施工前に新たな価格について当事者の合意が成立しているか否かに関わりなく発生する。そして、当事者の合意が成立しない場合には、価格の確定は後日に裁判によって行われることになる。⁽¹¹⁾

したがって、二条五項において発注者に要求されている協力は、報酬の額に関する後の争いを回避すること、および、受注者が報酬額を事前に確知した上で工事を実施しうることに資する行為である。

(2) 工事の追加

● VOB/B 二条六項

(i) 契約に定めていない工事の施工を求められた場合は、受注者は特別報酬を請求しうる。ただし、受注者は当該工事の施工を開始する前に、発注者に請求を告知しなければならない。

(ii) 報酬は契約上の工事に関する価格算定の基礎と要求された工事の特別費用によって決まる。報酬はできる限り工事の施工を開始する前に合意しなければならない。

VOB/B は一条四項⁽¹¹⁾において、事前に合意されていなかった工事でも、それが契約上の給付の実行に必要とされるかぎり、発注者が受注者に施工を要求する権利を認めている。つまり、発注者は契約において受注者が義務づけられた給付の範囲を一方的に拡大しうるのである。他方、この発注者の要求権に対応する形で受注者が認められているのが、VOB/B 二条六項一号の追加工事に関する特別な報酬の請求権である。そして、同項二号により、発注者はこの特別な報酬の額を定めることに協力しなければならない。具体的な協力内容はVOB/B 二条五項の場合と同様である。

追加工事に関する特別報酬を請求するために、受注者は工事の施工前に発注者に特別報酬について告知しなければならぬ。しかし、VOB/B 二条五項の場合と同様、報酬額の合意をすることは、特別報酬を請求するための要件ではない。したがって、VOB/B 二条六項二号において発注者に要求されている協力も、二条五項の場合と同様、報酬の額に関する後の争いを回避すること、および、受注者が報酬額を事前に確知した上で工事を実施しうることに資するにとどまる。

2 必要書類の引渡し

● VOB/B 三条一項

施工に必要な書類は、受注者に適時に無償で供与しなければならない。

受注者が契約により引受けた建設工事を実施するためには、様々な書類が必要となる。

まず、そもそものような建築物を完成させればよいのかがわからなければ、建設計画を立てることすらできず、建設工事の準備も一切できないことになる。たとえば、契約目的となる建築物の設計図の作成を発注者側が行う場合などは、当該設計図の引渡しが必要ならば、受注者は建設工事に着手できない。また、契約目的となる建築物の概要は定まっていたとしても、設置予定の設備などの情報が提供されなければ、建設工事を実施できないという場合もありうる。

他方、建設工事の実施計画が立案済みである場合でも、建設予定場所の状況によっては建設計画の実行が不可能ないし困難である場合も存在する。たとえば、敷地面積が建設計画の実施に不十分である場合や、地盤が工事の種類に不適合である場合、建設工事にあたって周囲の防音・耐火性が要求される場合などである。このため、建設工事を実施する場所の図面や、土地鑑定・建築基盤鑑定書、官公庁の安定性証明書、防音・耐熱・耐火証明書なども建設工事の実施に必要なものとなる。

VOB/B 三条一項によれば、必要書類は受注者に適時に引渡されることになっている。引渡時期は、書類引渡の期限・期日に関する契約上の合意に従う。そのような合意がなされなかった場合には、引渡しをなすべき時

期は建設工事の進行との関係で定められ、受注者が円滑で支障のない施工をなしうる時期がVOB／B三条一項の意味で適時になされたことになる。

VOB／B三条一項は、受注者が建設工事を実施できるようにするという目的のもと、契約において建築すべきものについての発注者の意思、および建築が可能であるという発注者の意思を受注者に伝えることが企図されている。このため、VOB／B三条一項にいう「施工に必要な書類」は、発注者による口頭での計画注文や指示も内包する非常に広い概念と解されている。⁽¹³⁾そして、必要書類の引渡がなされなければ受注者は建設計画を実行できないのであるから、VOB／B三条一項に基づく発注者の協力は受注者の広範囲かつ重大な利益に影響を及ぼしうる。

3 測量

● VOB／B三条二項

発注者は、建物および構築物の主要軸線および受注者の使用に供される敷地の境界を標示するとともに、建物および構築物の近傍に必要なベンチマークを設置しなければならない。

VOB／B三条二項は、発注者に三つの協力を要請している。第一に主要軸線の標示、第二に受注者が使用可能な敷地の境界の標示、そして第三に必要なベンチマーク⁽¹⁴⁾の設置である。

まず、主要軸線の標示は、建物を建設すべき土地の詳細な箇所を確定するために行われるものである。主要

軸線の標示は、発注者が基準通りの測量を行った上で、留め杭の設置や遣形⁽¹⁵⁾の設置、あるいはボルトの取り付けなどにより行う。

次に、建設工事の施工のために受注者が利用できる敷地の境界を標示することは、第三者、とりわけ近隣の土地所有者による工事の妨害を防止するとともに、受注者が建設工事の実施にあたって建設場所の外側にある第三者の土地を利用することにより損害賠償義務を負うことを予防する。

そして、必要なベンチマークの設置は、建築物を建てる高度水準を確定するために行われるものであり、受注者が建設工事を実施するにあたって、下水網への建築物の接続、公共道路への接続、そして合法的な土地の排水につき重要となる。

VOB／B三条二項に定められた発注者の協力は、受注者が円滑に建設工事を実施するために必要な行為である。もつとも、主要軸線の標示とベンチマークの設置は、受注者が計画通りに建設工事を実施すること、および契約適的な建築物を完成させることにつき不可欠な協力行為であるが、受注者が使用可能な敷地の境界を標示することは、建設工事の実施につき必ずしも不可欠というわけではない。ただ、起こりうる障害を事前に予防することに資するにとどまる。

4 建設現場の状況確認

●VOB／B三条四項

道路および敷地表面、排水路および下水道管、さら工事範囲内の建物および構築物の状態を、必要な限り、

工事着手前に書面に記録し、発注者および受注者の双方が確認しなければならない。

V O B / B 三条四項では、工事開始前における「状態」を書面化した上で、発注者と受注者の双方がその「状態」を確認することが要求されている。また、発注者および受注者は、当該書面に署名しなければならないと考えられている。

V O B / B 三条四項が最初の状態の確認を求めているのは、両契約当事者に証拠保全の手段を与えるためである。たとえば、受注者は、V O B / B 三条四項の確認を行っておくことにより、工事完了後に進入路の損傷が存在した場合でも、当該損傷は施工前に既に存在しており施工の間に生じたものではないという事実を証明することが容易になる。

もっとも、発注者が建設現場の状況確認に協力しなかった場合でも、受注者はそれほど不利益を被ることはない。なぜなら、受注者は単独で状況確認を行っておけば、後に法的紛争が生じた場合でも、発注者が状態確認への協力を拒絶したという点から受注者の事実申告の正当性が一定程度確保されることになるからである。

5 建設現場における秩序の保持

● V O B / B 四条一項一号一文

発注者は、建設現場における一般的秩序の維持に努め、多様な事業者の共同作業を統括しなければならない。
い。

VOB/B四条一項一文は、円滑な建設工事の実施が可能な環境を発注者に提供するという考え方を基礎に置いた条項である。

受注者による円滑な建設工事の実施を阻害する要因には様々なものがある。このため、まずは一般的秩序の維持という非常に抽象的な形で、発注者の協力を要求している。ここでは、第三者によって工事の進行が阻害されることを回避するために通用路の防護を行うことなどが想定されている。

他方、建築物の建設に関わる者が複数いる場合には、他の建設関係者の存在も円滑な建設工事の実施を阻害する要因となりうる。とりわけ、近年では、建築物の建設にあたって、専門家として個々の工事を行う多様な事業者の共同作業が必要となる場合が多い。この場合、多様な事業者が同時に建築に携わる場合には空間的に、また、個々の事業者の工事が一定の順序で実施されなければならない場合には時間的に、相互に妨害されないよう調整しなければ、円滑な建設工事の実施は阻害される。しかも、共同作業を行う他者の存在は、実際に作業を行う労働者に危険をもたらすこともある。たとえば、共同作業を行う事業者が危険物の取り扱いを伴う工事を行う場合などである。

複数の事業者が関わる場合に共同作業の相互調整を行うことができるのは、発注者のみである。なぜなら、発注者は全体的な建築の推移を見通し、かつ個々の受注者に指示を行うことができる一方で、個々の事業者は他の事業者の活動について情報を得ることが非常に困難であり、互いの関係も明確ではないからである。そこで、VOB/B四条一項一文は、発注者に多様な事業者の共同作業を統括することを求めた。

発注者がVOB/B三条四項に定められた協力を行うことによって、受注者は、建設工事を予定通りに進行させることが保障されるとともに、第三者や他の受注者により惹起される危険から保護されることになる。

6 公法上の許認可の取得

●VOB／B四条一項一号二文

発注者は、建築法、道路交通法、水に関する法律、営業法など、必要な公法上の許認可を取らなければならない。

建築物を建設するにあたっては、様々な公法上の許認可を取得する必要がある。まず、少なくとも、建築基準法（Bauplanungsrecht）⁽¹⁶⁾ や建設法（Bauordnungsgesetz）⁽¹⁷⁾ で定められた建築認可を取得する必要がある。また、VOB／B四条一項一号二文が列挙する道路交通法、水に関する法律、営業法に関しては、たとえば営業法（Gewerberecht）に分類される営業令（Gewerbeordnung）⁽¹⁸⁾ には、ボイラーの建設に認可を必要とする旨を定めた二四条などがある。⁽¹⁸⁾ さらに、本条項の列挙も排他的なものではなく、たとえば連邦環境保護法（Bundes-Immissionsschutzgesetz）四条以下で定められている廃棄物施設を建設するための認可なども、本条項のいう必要な公法上の許認可に含まれる。

もっとも、このような許認可は、発注者のみが土地所有者あるいは業主として取得しうるからこそ、その取得が発注者に求められている。このため、受注者が取得できる認可は、発注者によって取得されるべき公法上の許認可には含まれない。

公法上の許認可の取得という協力行為は、建築計画を実行するための法的条件を施工開始前に創出するために、発注者に求められている。確かに、許認可がない場合でも事実上施工は可能であるが、受注者が必要な許認可の

ないまま建築物を完成させた場合、建築物は違法となり、受注者に罰金が科されることもある。⁽²⁰⁾ このため、発注者が当該協力を行わない場合、受注者にとって建設工事の実施は法律上不能であるといえ、受注者は建設工事を計画通りに実施することを阻害されることになる。

7 建設現場における設備の供与

● VOB／B四条四項

発注者は、別途合意のない限り、受注者に対し、次に掲げる事物を無償で使用または共同使用に供しなればならない。

- (i) 建設現場における必要な保管場および作業場
- (ii) 既存の進入路および鉄道の引き込み線
- (iii) 既存の水道およびエネルギー系統。使用および計量器の費用は受注者の負担とする。複数の受注者がいる場合は、使用割合に応じて分担する。

VOB／B四条一項一号一文は、円滑な建設工事の実施が可能な環境を発注者が受注者に提供するという考え方を基礎に置いた上で、建設現場における秩序という観点で発注者の協力を求めている。VOB／B四条四項は、これと同様の考え方を基礎として、建設現場における物理的な設備面で発注者に協力を求めた条項である。

VOB／B四条四項は、まず、資材や機材を置いておくことのできる保管場や様々な作業を行うための作業場

が建設工事の実施にあたって必要な場合に、建設現場の敷地の一面を保管場や作業場として確保し、受注者に提供することを発注者に求める。十分な作業領域や保管領域があつてはじめて、受注者は円滑な建設工事を実施することができるからである。作業場としては、建物の一部を事前に組み立てる場所などが想定されており、場合によっては、宿泊施設や食事施設、保健・衛生施設も必要な作業場とされる。

また、VOB／B四条四項は、受注者が建設現場にアクセスできるように、受注者に既存の進入路や鉄道線を使用させることを発注者に求めている。もつとも、既存の進入路では工事の実施に不十分である場合でも、発注者が新たな進入路を創出する必要はないとされる。このような場合には、必要となる進入路の建設も受注者の建設工事の一部とされるからである。したがつて、当該条項で発注者に求められているのは、受注者が事前に見積りを取り、建設計画を立案した段階で想定した範囲内において、進入路や鉄道線を受注者に使用させるということになる。この点は、水道やエネルギー系統の設備の提供に関しても同様である。

このように、VOB／B四条四項における発注者の協力も、VOB／B四条一項一号一文における発注者の協力と同様、受注者が建設工事を予定通りに進行させることに資するものである。

8 工事の一部の確認

● VOB／B四条一〇項

工事の一部分の試験および検査がそれ以降の施工により不可能となる場合は、発注者と受注者が合同で当該工事の一部分の状態を確認しなければならない。その結果は、書面に記録する。

VOB/B四条一〇項は、工事の一部が以降の工事により確認できなくなる場合に、発注者が受注者と共同でその部分の状態を確認し、結果を書面で残すことを求めている。たとえば、コンクリート打ちをする前の鉄筋や配管の確認などである。

もっとも、当該条項の定める確認は、VOB/B一二条二項に定められた給付の部分引取と異なり、瑕疵担保期間の起算時となるなどの引取に付随する効果を生じさせない。当該条項の目的は、VOB/B三条四項の定める建設現場の状態確認と同様、両契約当事者に証拠保全の手段を与えることである。このため、当該条項に基づく確認との関係でも、発注者の協力が得られない場合に受注者が被る不利益は大きくない。

他方、当該条項の定める確認は、瑕疵を早期に発見する機会となる点で、受注者にとってVOB/B三条四項の定める建設現場の状態確認と異なる重要性をもつ。しかし、受注者は発注者の協力がなくとも自由に状態を確認できるため、瑕疵の早期発見という点においても、発注者の協力がなされることに対する受注者の利益は大きくない。

9 施行開始に関する通知

●VOB/B五条二項

施工開始の期日を合意していない場合は、発注者は受注者の請求に基づき施工開始予定日を通知しなければならない。受注者は催告のあった日から一二労働日以内に工事を開始しなければならない。受注者は工事の開始を発注者に通知するものとする。

建築工事の種類によっては、契約締結段階において施工開始期日について合意していない場合が少なくない。たとえば、取得時期の不確定な許認可の取得や先工事の終了によってはじめて工事の開始が可能となる場合には、施工開始期日の合意はなされない。しかし、これでは受注者は工事をいつ実施できるかわからない不安定な状態に置かれることになる。また、VOB/B五条二項二文により、受注者は発注者から催告があった日から二日以内に工事を開始しなければならないとされているため、受注者は工事をすぐ開始できる状態を保持しなければならないことになる。そこで、VOB/B五条二項一文は、発注者に対し、受注者からの要請があった場合には、施工開始予定日を通知することを求めた。

もともと、通知する期日は予定日でよく、実際の施工開始期日は通知された期日より後に延ばすことができる。とされている。このため、この通知は当事者を拘束するものではなく、単なる情報提供としての性質を有するにすぎない。それでも、施工開始予定日の通知により、受注者は暫定的な建設工事計画を立てることが可能となり、たとえば、労働力や工事機材確保の準備に入ることや、その時期に他の受注を受けるか否かの検討をすることが可能となる。そこで、受注者からの通知要請があった段階でまだ工事開始を予定していない場合や、通知後に施工開始時期を延期する場合には、施工予定開始日が判明次第、遅滞なく受注者に通知することが、当該条項との関係で要求されると考えられている。

他方、VOB/B五条二項一文の通知が単なる情報提供でしかないため、建設工事の施工開始期日に関する合意がない場合には、建設工事は発注者による催告があつてはじめて開始される。このため、発注者がいつまでも催告しない場合には、受注者はいつまでも建設工事を開始できないことになる。そこで、VOB/B五条二項二文との関係で、工事開始の催告を行うことが発注者の協力行為として問題となる。

契約当事者が建設工事開始の時期や工事開始の催告時期について合意していない場合、発注者には工事開始時期に関して自由裁量が認められることになり、発注者はこの点につき重要な利益を有する。もつとも、この自由裁量は無制限に認められるものではなく、発注者がVOB/B八条一項により認められた任意解除権により建築契約を解除しない限り、発注者はいつかは催告をしなければならぬ。問題は、発注者がいつ催告しなければならぬかである。この点につき、学説は見解が一致していない。契約締結後三カ月以内に発注者は催告しなければならぬとする見解⁽²¹⁾のように一律の基準を定立しようとする見解がある一方で、催告すべき時期はBGB二七一条一号に基づき個別事案における事情に従い定められると主張する見解⁽²²⁾も存在する。

10 引取

●VOB/B一二条一項

工事の完了後、場合によっては合意した施工期間の満了以前でも、受注者が給付の引取を要求した場合は、発注者は一二労働日以内にこれを実施しなければならない。ただし、この日数以外の期間を合意すること
も可能である。

VOB/B一二条一項はBGB六四〇条⁽²⁴⁾に対応した条項であり、当該条項が規律する「引取 (Abnahme)」は、BGB六四〇条における引取と同様、完成した給付目的物を物理的に受取ることだけでなく、給付目的物が契約に適合していると承認することを意味する。もつとも、VOB/B一二条一項は、履行期前でも受注者が引取を

要求しうることを明確にしている点、および、仕事の完成だけでなく受注者の引取要求をも要件としている点で、BGB六四〇条と異なっている。

発注者が給付目的物の引取を実施した場合、次の法律効果が生じる。第一に、受注者の先履行義務が終了し、発注者の報酬支払債務の履行期が到来する。第二に、対価危険と給付危険が発注者に移転する。第三に、仕事の瑕疵の証明責任が発注者に移転する。第四に、瑕疵担保請求権の時効期間が進行する（VOB／B一三条四項三号）。第五に、引取時点で留保しないかぎり、発注者は引取時点で認識していた瑕疵に関する担保請求権および契約上の違約金請求権を失う（VOB／B一二条五項三号）。

発注者の引取がなされることを要件として生じる法律効果は広範囲にわたり、当該法律効果の発生に対する受注者の利益は大きい。BGB六四〇条で請負契約における仕事の引取が注文者の義務とされていることもあり、VOB／B一二条一項が規律する引取を発注者の義務と解することに争いはない。

11 手続的引取

● VOB／B一二条四項一号

契約当事者の一方の要求があれば、手続的引取を行わなければならない。各々の契約当事者は、自己の費用で鑑定人を招くことができる。所見は相互に審議したうえ、書面に記録する。既知の瑕疵や違約罰を理由とした留保および受注者の抗弁がある場合は、必ず記載する。各々の契約当事者は正本を受取る。

VOB/B一二条四項一号の規律する手続的引取 (formliche Abnahme) とは、完成した給付目的物について、調査・検討を行ったうえで、その結果を書面に残すことであり、契約当事者の一方の要求により、VOB/B一二条一項の規律する引取と並んで実施される。この手続的引取により、実際の建築物の状態、引取日時、ならびに既知の瑕疵や違約罰についての発注者の留保が書面に記されることになる。

手続的引取との関係で発注者が行うべき協力行為は、受注者と引取期日について合意し、この期日に現れ、そして受注者と引取の調査結果の文書化について審議することである。

手続的引取を実施する目的は、引取に関する事項を書面化することで、後の証明困難を避けることである。もつとも、受注者にとって、手続的引取を実施するメリットは、引取が実施された点とその日時の証明を容易にすることに限定される。確かに、この点の証明は報酬請求権の履行期の到来、ならびに瑕疵担保請求権の消滅時効を証明することにつながる。しかし、この点に関しては、発注者の協力が得られずに手続的引取を実施できなかったとしても、発注者はVOB/B一二条五項⁽²⁵⁾の規律する引取擬制や、BGB六四一a条に基づく鑑定人の証明による引取擬制、六四〇条一号三文に基づく期間設定による引取擬制によって代替することができる。

12 清算に必要な共同での確認

● VOB/B一四条二項一文

清算に必要な現場での確認は、工事の進捗状況に応じてできる限り共同で行うものとする。

V O B / B 一四條一項は受注者に工事を検査可能な形で清算することを要求しており、同條二項一文で規律されているのは、その清算のために必要な現場確認である。当該條項は、實際に施工された工事につき当事者間に争いが生じないようにするため、この現場確認を発注者と受注者が共同で行うことを求めたのである。

もっとも、V O B / B 一四條二項の文言でも「可能な限り共同で」とあるように、受注者は確認を行うにあたり必ずしも発注者の協力を必要としない。確かに、確認を共同で行うことにより、受注者が清算された工事を実際にもたらしただけという点についての証明が容易になる。しかし、発注者が理由なく共同の確認に協力しない場合には、V O B / B 三條三項の規律する共同での状態確認と同様、当該事項に関する証明に関して発注者は不利な立場におかれるため、受注者は発注者の協力がなくとも不利益を被ることはほとんどない。

13 時間賃金カードの認証と返却

● V O B / B 一五條三項

時間賃金労働を施工することを、事前に発注者に通知しなければならない。仕事をした労働時間およびそれに伴い必要な、特に支払いを要する経費、設備・機器・機械・機械設備の維持、運送・輸送・積み荷作業、場合によって発生する特別費などに対する経費についてのリスト（時間賃金カード）を、別途合意のない限り、取引慣行により毎労働日または毎週リストを提出しなければならない。発注者は認証した時間賃金カードを、遅滞なく、ただし遅くとも到達後六労働日以内に返却しなければならない。この際に、発注者は抗弁を時間賃金カード上に記入するか、または別途書面で通知することができる。所定の期間内に

返却されない時間賃金カードは、承認されたものとみなす。

VOB/Bは例外的にはあるが、時間給労働も予定している。時間給労働の場合、受注者の報酬は建設工事自体ではなく人的・物的費用により定まる。このため、受注者は発注者に対し、VOB/B一五条三項一文および二文に従って、工事の施工開始前に時間賃金労働を通知した上で、工事に従事した労働時間およびその際に要した費用について記載した時間賃金カードを提出することになる。これに対し、発注者は時間賃金カードを認証した上で受注者に返却しなければならない。これがVOB/B一五条三項三文において規律された発注者の協力行為である。

発注者が時間賃金カードを承認することは、受注者の時間賃金労働に対して時間賃金カードに記載された事項を元に算出された報酬を支払う義務があることを承認することであり、後の法的紛争において受注者が人的・物的費用に関して主張・立証することを容易にする。もっとも、発注者がVOB/B一五条三項三文で定められた協力行為を行わなかった場合でも、同項五文により時間賃金カードは承認されたものとみなされるため、受注者にはなんら不利益はない。

14 最終支払請求書の検査および確認

●VOB/B一六条三項一号

最終支払の請求は、最終支払請求書の検査および確認後直ちに、ただし遅くともその到達後三〇日以内に

履行期が到来する。この期限は、合意の特性により正当化され、かつ明確な合意がある場合には、最大六〇日まで延長することができる。最終支払請求書の記述での検査可能性につき期限までに異議を申し立てない場合、発注者は検査可能性の欠如を主張することはできない。最終支払請求書の検査は、可能な限り迅速に行うものとする。検査に時間がかかる場合は、争いのない売掛金を直ちに部分払いの形で支払うものとする。

最終支払 (Schlusszahlung) とは、建設工事が最終的に完了した段階において、契約に基づき受注者が請求しうる金額の全体を支払うことである。この用語は建築請負契約において展開してきた概念である。建築請負契約においては、随時行われる部分払い (Abschlagszahlungen) (VOB/B一六条一項) や工事施工前の前払い (Vorauszahlungen) (VOB/B一六条二項) を行うことが珍しくない。そこで、他の支払いと区別するため、建設工事完了後に最終的に行われる全体の報酬ないし残りの報酬の支払いは最終支払と呼称されている。

VOB/B一六条三項一号一文に基づき、最終的な報酬は、発注者が受注者から提出された最終支払請求書⁽²⁶⁾を検査・確認することにより履行期が到来する。このため、最終支払請求書を検査・確認するという発注者の協力行為は、受注者の報酬請求権と密接に結びついており、この協力行為がなされることに對する受注者の利益は非常に重大である。同号四文においても、検査は可能な限り迅速に行うことが要請されている。

もつとも、VOB/B一六条三項一号一文では、発注者が検査・確認を行わない場合でも、最終支払請求書の到達後三〇日⁽²⁷⁾で最終支払請求の履行期が到来するとしている。このため、少なくとも一定の期間経過後には、受注者は、発注者が検査・確認という協力行為を行うか否かに関わりなく、報酬の支払を請求しうることになる。

15 担保として留保した金額の通知および特定口座への払込

● VOB/B一七条六項一号

発注者が合意に従い、複数の支払いの一部である各金額に担保を留保する場合は、合意した担保金額に達するまで、各支払いを最大一〇パーセントずつ減らすことができる。消費税法一三条に基づく消費税を計算に入れない場合は、担保の控除に際して消費税は顧慮しない。発注者は、毎回留保した額を受注者に通知し、通知後一八労働日以内に取り決めた金融機関の封鎖預金口座に払い込まなければならない。同時に発注者は、当該金融機関が受注者に担保額の払い込みについて知らせよう努めるものとする。第五項の規定を準用する。

建設工事に瑕疵があった場合に供えて、受注者が担保を提供することを当事者で合意することは、建築実務において珍しくない⁽²⁸⁾とされる。この担保提供により、発注者は受注者が破産した場合でも履行請求権および瑕疵担保請求権を保護することができる。VOB/B一七条六項一号は、報酬を建設工事の施工段階にあわせて複数回に分けて支払う場合に、各回の支払の一部を担保として留保することを認めた条項である。

ただし、発注者は支払の一部を担保として留保する場合には、留保した金額を受注者に通知した上で、封鎖預金口座に振込まなければならないとされる。通知は受注者への情報提供の役割を果たすとともに、留保額の振込み期限を設定する。また、留保金額を封鎖預金口座へ振込むことで、受注者は発注者の破産リスクから保護される。このため、通知が迅速になされるほど、振込み期限が早期に到来することになり、その分、留保金額が発注

者の破産リスクにさらされる期間が短くなる。

三 おわりに——発注者が協力を行わなかった場合における受注者の保護

VOB/Bでは、建設工事の着手段階から建設工事完了後に至るまでの履行プロセス全体において、発注者の様々な協力が問題とされていた。建設工事の着手の段階から問題となる発注者の協力としては、必要書類の引渡し（1）や測量（3）、許認可の取得（6）などがあり、建設工事の施工過程においては、建設現場の秩序保持（5）や工事の一部の確認（8）、建設現場における設備の供与（7）などが問題となっていた。また、建設工事完了後である履行の最終段階においても、目的物の引取だけでなく、手続的引取（11）や最終支払請求書の検査・確認（14）などが発注者の協力として問題とされていた。

また、VOB/Bで規律された発注者の協力が建築請負契約との関係で有する意義も多様であった。まず、必要書類の引渡し（2）や測量（3）、施工開始の催告（9）などは、受注者が建設工事を実施するために不可欠な協力行為である。次に、建設現場の秩序保持（5）や建設現場における設備の供与（7）は、受注者が建設工事を実施するために不可欠とまではいえないが、これを円滑に進めるために必要な協力行為である。そして、建設現場の状況確認（4）や工事の一部の確認（8）、時間賃金カードの認証・返却などは、証拠保全を目的とした協力行為であった。さらに、受注者が報酬請求権を行使するために不可欠な協力行為として、引取（10）や最終支払請求書の検査・確認（14）が問題とされていた。

それでは、発注者がこれらの協力を行わなかった場合、受注者はどのような保護を受けることができるのか。とりわけ、受注者は発注者が協力を行わなかったことによって被った損害の賠償を請求しうるのか、また、建築請負契約自体を解除できるのかということが重要となる。

この点、VOB/Bは六条六項一文で、建設工事が発注者の故意・過失により妨害された場合に受注者が損害賠償を請求しうることを認めている。また、VOB/Bは次の場合に受注者が解約告知を行うことを認めている。第一に、建設工事が三ヶ月以上中断された場合（六条七項一文）、第二に、発注者が課された行為（*obligende Handlung*）を怠り、かつそれによって受注者が工事を施工できなくなった場合（九条一項一号）、第三に、発注者が報酬支払義務の不履行ないしその他の債務者遅滞に陥った場合（九条一項二号）である。

もっとも、BGHは、発注者が協力を行わなかったために受注者が損害を被った事案の判決において、VOB/B六条六項に基づく発注者に対する受注者の損害賠償請求権が認められるためには、発注者の義務違反が必要であるとしている⁽⁴²⁾。事案は次のようなものであった。大規模な建築プロジェクトを遂行していた被告たる発注者は、原告たる受注者にある中の電気配線などの電気工事を依頼した。ところが、一時的になされていた洪水対策が予定より早く撤去されたため、建設現場へ洪水による浸水が起こり、搬入されていた受注者の機材が損害を受けた。そこで受注者は、発注者が洪水対策につき監督することを怠ったために損害を被ったとして、機材の損害と工事が停滞したことによる損害の賠償を発注者に求めた。このような事案において、BGHは、発注者には工事を監督する契約上の義務の違反が存在しないため、VOB/B六条六項に基づく受注者の損害賠償請求権は認められないとした。

発注者が洪水対策につき監督することは、VOB/B四条一項一号一文が定める建設現場における一般的秩序

の維持に該当する可能性が高い。したがって、BGHが発注者の工事を監督する契約上の義務を否定し、VOB／B六条六項に基づく損害賠償請求権を認めないとしたことから、次の点を指摘することができる。すなわち、BGHは、VOB／Bの規律する発注者の協力すべてを発注者の義務と解しているわけではなく、また、発注者がVOB／Bの規律する協力を行わなかった場合に、受注者に常に六条六項に基づく損害賠償請求権が認められると解しているわけではない。

VOB／Bの規律する発注者の協力を発注者の契約上の義務と解するかについては、学説においても争いが存在する。この点は、発注者が協力を行わなかった場合に、受注者がBGB二八〇条に基づく損害賠償請求権やBGB三二三条に基づく解除権、さらには履行請求権によって保護されるかという問題にもつながってくる。このため、VOB／Bの規律する発注者の協力の法的性質の問題は古くから議論されてきたが、従来は発注者の協力の法的性質を一律に解する形で問題とされていたところ、近年では、個々の協力ごとに法的性質を検討すべきとする立場が有力に主張されるようになって⁽⁶³⁾いる。

本稿の考察において明らかにしたように、建築請負契約において問題となりうる発注者の協力は、履行プロセス全体にわたって様々なものが存在し、かつ、それぞれが契約との関係で有する意義も一樣ではない。このような多様性を踏まえるならば、発注者の協力を契約上の義務と解するか否かという問題は、一律に考えることができるものではなく、また、契約の解釈ないし信義則という観点のみで妥当な結論を導くことも困難であるように思われる。

近時公表された法制審議会民法（債権関係）部会の「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」では、債権者の協力義務について、売買の箇所に買主の目的物受取義務および對抗要件具備への協力義務を認める規定のみ

を置くこととされている。⁽³⁴⁾ このため、債権者の協力義務の問題については、売買における引取義務を有償契約に準用するというスタイルで処理されることになると考えられる。

しかしながら、建築請負契約という一契約類型においてさえ債権者の協力には広い多様性が存在するという点を踏まえるならば、中間試案では債権者の協力義務の問題の全体をカバーするには至っていないのであり、契約との関係で問題となる債権者の協力がどのような場合に契約上の義務となるかという点について、どのような点を考慮に入れ、どのような基準で判断すべきかをさらに検討する必要があると考える。この点については今後の課題とし、本稿での考察を出発点としたVOB／Bをめぐる議論の検討、さらにはVOB／Bの議論と密接に関連し、かつこれを包含する形で展開されるドイツ法における債権者の協力義務をめぐる議論を検討することによって明らかにしていきたい。

注

(1) 学説の議論の展開については、奥富晃『受領遅滞責任論の再考と整理』（有斐閣、二〇〇九年）九頁以下が詳しい。また、拙稿「契約の履行過程における債権者の責任（二）（三）」名古屋大学法政論集二四七号（二〇一二年）一一一頁以下、二四九号（二〇一三年）一一九頁以下参照。

(2) 債権者の協力が履行プロセス全体において問題となりうること自体は、これまでも言及されてきた。たとえば、奥田昌道編『注釈民法（二〇）』（有斐閣、一九八七年）二二九頁以下では、履行の着手段階や実行過程においても債権者の協力が必要となりうる事が適示されるとともに、具体例も列挙されている。また、潮見佳男『債権総論（第二版）』I（信山社、二〇〇三年）四八三頁では、「履行過程上では、債務者の具体的な提供行為と債権者の具体的な協力行為が相互に絡み合っているのであって、

現象的に捉えた場合には、こうした相互交渉の積み重ねの結果として、債権者利益（契約利益）が実現されている」として、履行の最終段階に至るまでの債権者の協力の意義が明確に意識されている。

(3) 周知のとおり、四一三条をめぐる事案について判示した最高裁判決は最高裁昭和四六年二月一六日判決民集二五卷九号一四七二頁の一件のみである。

(4) *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*。なお、二〇〇二年以前の正式名称は *Verdingungsordnung für Bauleistungen* であった。二〇〇二年の債務法現代化にあわせて大きな改訂を行う際に、現在の名称に改めた。

VOBは細かな改訂は頻繁になされているが、二〇一二年の改訂を経て、本稿の関心部分に関する改訂はわずかしかない。

(5) 建築請負契約において主に問題となりうる受注者の建設工事を完成させる債務との関係では、発注者は債権者の地位に立つため、受注者の建設工事に対する発注者の協力は債権者の協力として位置づけられる。

(6) なお、日本にも、民間（旧四会）連合協定工事請負契約約款など、建築請負契約において広く用いられている約款は存在する。しかし、ドイツ法のVOB／Bは、そこで問題とされている発注者の協力に関する学説上の研究が盛んに行われており、また、BGBにおける債権者の協力に関する規律との関係についても、すでに一定の議論の蓄積が存在する。このため、本稿ではこの点の検討に立ち入らないが、VOB／Bを取り上げることが、債権者の責任に関する今後の研究の展開につき意義を有すると思われる。

(7) *Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen*。

(8) 本節の記述については、特に言及した場合を除き、主に以下のコメントールの記述を参照した。Hans Ganten / Walter Jagenburg / Gerd Motzke, *Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*, 2. Aufl., 2008; Heinz Ingenstau / Hermann Korbion, *VOB-Teile A und B Kommentar*, 17. Aufl., 2010; Burkhard Messerschmidt / Wolfgang Voit, *Privates Baurecht Kommentar zu § 8 631 ff.*

BGB Kurzkomentierung zur VOB/B, zur HOAI und zum Bauförderungsicherungsgesetz, 2. Aufl., 2012; Klaus D. Kapellmann / Burkhard Messerschmidt, VOB A und B, 4. Aufl., 2013.

- (9) VOB/Bの和訳については、とりわけ建築工事に関する用語の専門性に鑑みて、國島正彦教授（高知工科大学システム工学群）の「(財)日本建設情報総合センター研究助成事業 〈出来高部分払方式による公共工事マネジメントシステムの開発〉 調査研究報告書」を参考にした。

- (10) VOB/B一条三項・発注者は建設計画を変更する権利を留保する。

- (11) この点が争われた判決としてBGH NJW 1968, 1234がある。

- (12) VOB/B一条四項・受注者は、事前に合意していない工事でも、契約上の工事の施工に必要な設備であれば、発注者の請求により施工しなければならぬ。ただし、受注者の事業所が当該工事の施工に必要な設備を欠く場合は、この限りでない。その他の工事は、受注者の同意を得た場合のみ、受注者に委託できる。

- (13) Fritz Nickisch / Günter Weick, VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen, 3. Aufl., 2001, § 3 Rn. 8.

- (14) ベンチマークは測量に用いられる基準物であり、建築物などの位置や高さの水準点・基準点として用いられる。

- (15) 基礎工事に先立って柱心・壁心・水平高さ・方向などを標示するために設ける仮設物。

- (16) Bauplanungsrechtは連邦単位で土地の利用を管理する法律であり、建設計画が周囲に適合するかの基準を設定している。

- (17) Baudnungsrechtは各種政府の管轄下であり、建物のデザインや構造が建築基準法に準じているかの基準を設定している。

- (18) 消防上の問題や健康上の問題などを考慮しての規制であり、認可にあたっては消防官庁 (Feuerpolizei) や衛生警察 (Gesundheitspolizei) が定める規則を考慮すべきことが言及されている。

- (19) たとえば、受注者が建設工事に用いる機械や設備の運転に関する営業監察庁 (Gewerbeaufsichtsamt) の認可は、受注者のみが

取得しうる。

- (20) 発注者が必要な公法上の許認可を取ることなく受注者に工事の実施を指示する場合には、受注者はVOB/B四条一項四号に基づき工事の実施を拒絶しうる。

●VOB/B四条一項四号

受注者が発注者の指図を不当または不合理と見なす場合は、それに対する懸念を主張しなければならない。ただし、法律または官庁の規定に反しない限り、要求があればその指図を実施しなければならない。それに伴い不当な障害が引き起こされた場合は、発注者が増加費用を負担するものとする。

- (21) VOB/B八条一項一号：発注者は工事が完了するまでに、いつでも契約を解約告知できる。

- (22) Klaus D. Kapellmann : Karl-Heinz Schifflers, *vergnung*, Bd. I, 2000, Rn. 1320. この見解は、VOB/B六条七項で工事の中断が三ヶ月続く場合に両契約当事者に契約の解約告知権が認められていることを根拠とする。

- (23) Hermann Korbion/Reiner Hochstein, *VOB-Vertrag-Handbuch zum System der VOB-Vertragsbedingungen*, 1991, Rn. 265.; Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby, *Kommentar zum BGB*, § 8 631-651, *Neubearb. 2008*, 2008, § 636 Rn. 44.

Morgen はこの見解を支持した上で、契約締結段階で発注者に時間的自由裁量が認められるにあたって考慮された事情、たとえば先工事が終了しなければ工事を開始できないといった事情がなくなった場合に、発注者は催告しなければならなくなると主張する (Christoph Morgen, *Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im VOB/B-Bauvertrag*, 2005, S. 158)。

- (24) BGB 640 条は請負契約における注文者の目的物引取義務について規定している。

- (25) VOB/B 二二条五項

(i) 引取が要求されない場合、工事の完了を書面で通知した後一二労働日経過したとき、引取が行われたものとする。

(ii) 引取が要求されず、発注者が工事または工事の一部分を使用した場合において、使用を開始した後六労働日経過したとき、別途合意のない限り、引取が行われたものとする。作業を続行するために建物および構築物の一部を使用することは、引取とはみなさない。

(26) 最終支払請求書 (Schlussrechnung) とは、受注者が完成した工事を検査可能な形で清算した上で作成すべき請求書である。

VOB/B 一四条一項は一文で受注者が工事を検査可能な形で清算しなければならないことを、二文で見やすく詳細な請求書を作成しなければならないことを明記した上で、用いるべき名称や添付すべき書類などについても規律している。同項の定める請求書は工事が最終的に完了した際のみ作成されるものではないため、工事が最終的に完了した際に作成される請求書は最終支払請求書と呼称される。なお、同条三項は、工期に応じた最終支払請求書の提出期限を定めており、工期が三ヶ月未満の工事においては工事完了後一二労働日以内であり、工期が三ヶ月増す毎に六労働日延長できる。

(27) 二〇一二年に現在の形に改訂されるまで、VOB/B 一六条三項一号一文では、検査・確認の期間を最終支払請求書到達後二ヶ月と定めていた。

(28) Thomas Thierau in: Kapellmann / Messerschmidt, a.O. (Fn.8), § 17 Rn. 6f.

(29) VOB/B 六条六項一文…妨害となる事情が契約当事者の一方の側にある場合は、それが故意または重大な過失によるなら、相手方は発生が証明された損害、および逸失利益の賠償を請求できる。

(30) VOB/B 六条七項一文…中断が三ヶ月以上続く場合は、いずれの契約当事者も三ヶ月を経過した時点で契約の解約を書面により告知することができる。

(31) VOB/B 九条一項…受注者は次の場合に解約告知できる。

(i) 発注者が課された行為を怠り、それによって受注者が工事を施工できなくなった場合 (BGB 二九三条以下の受領遅滞)。

- (ii) 発注者が弁済期の支払いを行わないか、またはその他の債務者遅滞に陥った場合。
- (32) BGH一九九八年一〇月一六日判決 (BGHZ 137, 35)。
- (33) VOB/Bの規律する発注者の協力が契約上の義務か否かという問題を個々の協力ごとに検討すべきとの主張を、近年、詳細な分析とともに主張するのが、Jan Scheube (Jan Scheube, Die Auftragnehmerwirkung im VOB/B-Bauvertrag - Obliegenheit oder Pflicht?, 2003, S. 75ff.) と Christoph Morgen (Christoph Morgen, Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im VOB/B-Bauvertrag, 2005, S. 90ff.) である。
- (34) 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」一五八頁。
- (35) 対抗要件具備への協力義務は対抗要件を「引取る」義務として理解されている（「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」一四七頁）。

