

建築請負契約における所有権の帰属

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法科大学院 公開日: 2017-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 平田, 厚 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/18372

建築請負契約における 所有権の帰属

The ownership of the buildings in the
construction contract

平 田 厚

はじめに

建築請負契約における完成建物の所有権が誰に帰属するのかについては、従来から大きな争いとなってきた。請負人帰属説は材料の提供者を基準とするため、注文者が材料を提供した場合、注文者帰属説と結論に差異は生じない。しかし、請負人が材料を提供した場合には、請負人帰属説では請負人が所有者となり、建物の引渡によって注文者に所有権が移転することとなるが、注文者帰属説では注文者が原始的に所有者であって、建物の完成によって注文者に所有権が帰属することとなる。

従来の通説は請負人帰属説であるとされていたが、近年は注文者帰属説がむしろ多数説となっているのが現状であろう⁽¹⁾。判例も注文者帰属説に近づいていると評されている。本稿では、主として実務的な視点から、請負人帰属説と注文者帰属説を再検討し、判例の判断基準をトレースしてみることにする。

請負人帰属説に対する批判には、「建設会社に直接間接に関与してこられた実務法律家は、もっぱら請負代金回収の確実な方法（請負代金の支払があ

るまで請負人が新築建物の所有権を留保できる) という発想から、なお請負人取得説に固執されている。しかし、請負人の原始取得を認めた場合に生ずる注文者や第三者との不都合な法律関係については、何ら目を向けられていない。」⁽²⁾などというものがあるが、以下では、それらにも目を向けたうえで検討することとしたい。

第1 建築請負契約における所有権の帰属

1 従来の通説による請負人帰属説

建築請負契約における完成建物の所有権帰属に関しては、従来の通説は、特約がない限り、材料の提供者を基準として決すべきだとする。建築請負契約の場合には、通常は請負人が材料提供者に該当するため、材料提供者を基準にすると、通常の場合は請負人帰属説となる。注文者が材料を提供するという比較的稀な場合には、注文者に建物の所有権が帰属することについて争いはない。問題は、請負人が材料を提供する通常の場合である。したがって以下では、請負人が材料を提供した場合について検討することとする。なお、建築請負契約の場合、下請負人が材料提供者に該当するときには、従来の通説によれば下請負人帰属説を採るべきことになるのかどうかの問題があるが、それについては次節で検討することとする。

(a) 請負人帰属説の論拠

我妻博士は、「請負の目的たる仕事が有形的なものである場合には、完成した物の所有権の帰属は、材料を供給する者が注文者であるか請負人であるかによって異なる」とし、次の(イ)(ロ)に分けて論じる。

- (イ) 注文者が材料の全部または主要部分を供給する場合（請負人が調達する場合でも注文者がその代金を交付するときは、注文者が供給したと同視すべきである）には、加工の規定の適用なく、完成された物の所有権は常に（246条1項但書・2項の場合にもその適用なし）、原始的に注文

者に帰属する（当事者の意思に適するからである）。

- (ロ) 請負人が材料の全部または主要部分を調達する場合には、完成された物は、原則として、請負人の所有に帰属し（注文者の土地に建物を建築した場合にも建物は土地から独立した所有物として請負人に帰属する）、引渡によって注文者の所有に移る（大判大正3年12月26日民録20輯1208頁，大判大正4年5月24日民録21輯803頁等多数）。

ただし、我妻博士は、(ロ)の場合においても、特約によって完成した建物の所有権を原始的に注文者に帰属させることは否定されず、請負代金の全額を完成前に支払った場合などには、そのような特約があるものと推定されるとしている⁽³⁾。

この請負人帰属説の論拠は、①民法の物権理論に矛盾することがないこと、②当事者の意思にも適していること、③請負人のために報酬請求権を確保し、不動産の工事・保存の先取特権の欠陥を補充すること、等の理由に基づいている⁽⁴⁾。

(b) 注文者帰属説の論拠

注文者帰属説は、請負契約においては、材料の提供の態様にかかわらず、注文者が原始的に所有権を取得するとするものである⁽⁵⁾。

注文者帰属説の論拠は、①当事者双方の意思にかなっている、②建築確認を受けている注文者が、初めから保存登記をするという実情に妥当している、③物権変動に関して論理の一貫性を保つことができる、④請負代金は、留置権や先取特権を行使することで確保することが可能であるから、注文者に比べて必ずしも不公平にならない、等の理由に基づいている⁽⁶⁾。また、請負人には何らの土地利用権も存しないことが多く、請負人は契約を解除して建物を第三者に処分することはできず、建物留置権等を主張して反射的に土地占有が合法化されうるだけであるから、請負人に所有権を認める意義は非常に乏しいことも考慮されている⁽⁷⁾。

(c) 検討

(1) 契約条件の差異

建築請負契約における完成建物の所有権の帰属については、請負人帰属説と注文者帰属説とが主張されているが、両説において念頭に置かれている請負契約が異なっているのではないかと感じられることも多い。請負人帰属説では、個人の戸建住宅に関する建築請負契約を念頭に置いた議論をしていることが多いのに対し、注文者帰属説では、企業のテナントビルに関する建築請負契約を念頭に置いた議論をしていることが多いように思われるからである。

戸建住宅の建築とテナントビルの建築とは、契約条件や契約環境が相当異なっているのであって、それぞれの視点から考えてみる必要があるのではないだろうか。もちろんその2つの建築契約類型の中間形態もさまざまに存在しているのではあるが、典型的な2つの契約類型で区別して考えることも有意義であるに違いない。戸建住宅の建築方式は、①土地取得資金及び建築請負代金について、注文者が住宅ローンを申請する、②注文者が土地を取得する、③注文者と建築業者とが請負契約を締結する、④建物完成引渡と同時にローン決済が行なわれて、請負人に建築代金が支払われる、というおおまかな流れとなる。他方、テナントビルの建築方式は、②注文者が土地を取得する、③注文者と建築業者とが請負契約を締結する、という点は上記と変わらないが、①土地取得資金及び建築請負代金について、注文者が銀行融資を受ける、④一括決済ではなく、建築段階に応じて分割金の支払いが行なわれることが多い、という点が異なっている。

戸建住宅の建築方式では、請負業者等が土地売買契約の仲介を行って建築請負契約を締結する場合と、請負業者が保有している物件について建築条件付で土地売買契約を行って建築請負契約を締結する場合とがある。いずれの場合にも、土地売買契約及び建築請負契約には、いわゆるローン条項が付されており、比較的少額の手付金を前提として、請負残代金はローン決済によって行なうことが一般的である。他方、テナントビルの建築方式では、大規模

な場合にはシンジケート団を組むなどして銀行融資を受け、段階的な中間金支払いを行なうことが多い。比較的小規模なビルであれば、戸建住宅と同様に完成引渡時に一括決済という場合もあるが、請負業者が建築中の材料費等をすべて負担するのはコスト及びリスクが大きすぎるため、一般的には段階的な支払条件を設定することとなる。

したがって以下では、戸建住宅の建築とテナントビルの建築という典型的な2つの建築契約類型を区別して論じることとする。

(2) 当事者の意思について

当事者の意思に関しては、両説ともに論拠としている。注文者帰属説では、建築請負契約において、「注文者も請負人も、最終的には、建物の所有権を注文者に帰属させることを目的としてその建築工事をしているのであって、請負人がその所有権を最終的に取得することは全く考えていないのが通例である」⁽⁸⁾としている。確かに「請負人が建物の所有権を最終的に取得することは全く考えていない」ことに間違いはないが、だからといって、「請負人も注文者も、お金も支払わないうちから注文者に建物の所有権が帰属すると考えている」ということにはならない。

むしろ「材料ならびに労務を提供させておきながら、報酬も完済せず、しかも請負人に十分な担保手段も保障しないままに、建ててもらうとの契約があるからとはいえ、注文者が所有権を原始取得するのは非常識だ、これでは請負人がたまるまいという感じがする」⁽⁹⁾であろう。特に、建築業者所有の土地を建築条件付で取得し、建築請負契約を締結する場合にはなおさらである。そうだとすると、請負人帰属説に立って、「当事者の意思によれば請負人が材料の全部または主要部分を提供する場合はたとい注文者のために建築するとしても建築物の所有権は引渡まで請負人のもとにとどめておこう、完成前に請負代金を完済するときは完成とともに注文者の所有に帰属せしめようと思っているとみられる」⁽¹⁰⁾と解するのは不当ではない。

戸建住宅の建築の場合、一般的には引渡時にローン決済が行なわれて、請

負代金の大部分が支払われるのであるから、当事者の意思は、「引渡が完了して請負残代金を完済するまでは、注文者は当該建物の所有権を保有していない」というのが実感であろう。では、「注文者がお金を支払っていないから建物の所有権は請負人が保有している」と主張するかというとそうでもない。この点に関する所有権は、「独立した建物が存在する以上、請負人が注文者のいずれかに所有権が帰属していると考えなければならない」という要請に基づいているだけであって、双方とも完全な所有権を主張する意思は存しないのが通常である。

請負人は請負残代金の支払いがないからといって、自由に完成建物を使用収益できるわけではない。請負人が完成建物の引渡前に当該建物を使用収益し、請負人の使用態様が建物の一般的効用を害すると認められるときには、引渡が履行不能となり、請負契約を解除することができる場合もあると考えるべきである⁽¹¹⁾。一般的には、建築請負契約の場合、請負人は注文者の承諾なくして目的物たる建物の使用収益を行なわないという黙示の合意が存すると解すれば足りるのであろう。そうだとすると、請負人は使用収益権を一切有しないものの、請負人の報酬請求権を確保し、不動産の工事・保存の先取特権の欠陥を補充するために、暫定的な所有権が留保されていると解することができる⁽¹²⁾、そのような意思が当事者の合理的意思であると考えべきであらう。

もっとも、テナントビルの建築の場合は、若干事情が異なるように思われる。なぜなら、テナントビル建築の場合には、長期に亘る工事を要するのであって、工程に応じた中間金支払いが義務づけられていることが多く、金融機関の融資も分割決済を許容する方式となっているからである。後述するように、このような場合には、判例も建物の所有権は注文者に帰属すると解している。これは、請負人のコストとリスクを縮減するために工事の出来形に応じた中間金の支払が設定されているからこそであって、出来形部分の支払いは行われていることが多いからである。この場合には、契約全体を観察して、問題となる時点での両当事者の合理的意思を推認するしかないではない

だろうか。

(3) 物権法の理論について

物権法上の理論については、請負人帰属説が付合法理との整合性を問題にしているのに対し、注文者帰属説は物権変動の一般理論との整合性を問題にしている。確かに請負人帰属説でも、加工法理の適用は排除されている。しかし民法の物権理論では、加工・附合の諸規定において、労力よりも材料を重視し、したがって主たる有体物の所有権を重視しており、「材料の所有権を出発点とする限り、製作者の所有する材料が（しかも製作者の労力によって）変形した製作物は製作者の所有物であり、それが注文者の所有に帰するためには、所有者たる製作者の意思が必要とされる」⁽¹³⁾と評価できるだろう。そうだとすると、請負人帰属説は付合法理との整合性はあるといえる。

もっとも、加工・付合法理において所有権帰属に関する部分は任意規定であると解されており⁽¹⁴⁾、建築請負契約の場合には、同法理によらずとも当事者の合理的意思表示に基づいて所有権の帰属を考えることができよう。請負人帰属説では、加工法理の適用を排除する理由が任意規定であることに基づいており、建築請負契約における当事者の意思は加工法理の適用を排除するものであると説明されることも多いが、途中で請負契約が解除されて別の請負人によって建物が完成された場合については格別、その他の場合にも、付合法理によるのではなく、当事者の合理的な意思を斟酌すればいいはずであって、必ずしも加工・付合法理と整合性がなければならないことにはならないだろう。

他方、注文者帰属説のいうように、請負契約自体に建物の所有権を完成時に注文者に帰属させるという意思表示も含まれていると考えるならば、そのまま完成と同時に注文者に所有権が移転すると考えるべきであり、引渡によって所有権が移転とするのは、物権変動の理論と矛盾する可能性もないとはいえない⁽¹⁵⁾。しかし、このような考え方は、請負契約自体に建物の所有権を完成時に注文者に帰属させるという意思表示が含まれているという

前提に問題があるのではないだろうか⁽¹⁶⁾。終局的には請負人が注文者に建物の所有権を帰属させるとしても、所有権移転の時期について当然に完成時であると考えているわけではないのであって、当事者間の合意で引渡時に移転すると定めることに問題はなく、やはりこの点も当事者の合理的意思によって定まるといふべきであろう⁽¹⁷⁾。

(4) 取引等の実情（登記実務）について

建築請負契約の場合、注文者帰属説の主張するとおり、確かに建物完成後に請負人が保存登記を行なったうえで注文者に移転登記を行なうことはほとんどない⁽¹⁸⁾。しかし、請負人自身が自己の名義で表示登記・保存登記を経由することを否定すべきであろうか。請負人帰属説では、「法律論理としてはそうした保存登記も許されなくてはならない」⁽¹⁹⁾と主張され、他方、注文者帰属説では、「所有権証書を添付して表示登記を申請できるのは、現行手続法規の解釈からいっても、注文者であって請負人ではない」⁽²⁰⁾と主張されている。

まず、現行の不動産登記法令は一義的な解釈しかできないわけではないのであって、登記できるかどうかについては実体法の解釈によるべきである。現行の不動産登記法74条1項は、所有権保存登記の申請権者について定めているが、同項は旧100条1項と同一趣旨を定めたものにすぎず⁽²¹⁾、依然として実体法上の解釈によることとなっている。次に、注文者の債権者が債権者代位権等に基づいて介入するのを予防するために、請負人がとりあえず自己名義で表示登記・保存登記を経由しておくことを否定すべきものとも思われない。これらの事情は、戸建住宅の場合もテナントビルの場合も同様であろう。後述する過去の判例の事案には、請負人が保全のために自己名義で保存登記を経由しているものが多い。また、最判昭和53年6月23日金法124号141頁の事案は、建物がほぼ完成した段階で注文者が破産したために、請負人が破産宣告前に建物の所有権保存登記をなしたというものであり、破産管財人から否認権行使によって抹消登記手続請求を受けることになるかどうかはと

もかくとして、請負人が保全のために保存登記を経由する事案は相当数存在しているのが実情である。

注文者がローン審査を受けていたものの、建築完成後引渡前（ローン決済前）に、注文者が隠していた債務あるいは失念していた連帯保証債務などが発覚し、ローン審査が取り消されることも多い。そのような場合、請負人が請負代金を受けることが困難になるだけでなく、注文者の債権者が当該完成建物に仮差押等をかけてくる危険がある。そのような危険を排除するため、請負人が保全のために自己名義で当該建物の保存登記を経由することを否定すべきではないだろう。また、建築条件付きで土地が売り渡され、当該土地において戸建住宅の建築請負契約が締結された場合、注文者が軽微な瑕疵を原因として建物の引渡を受けようとしなない場合、請負人はローン決済を受けることもできないため（したがって、勝訴判決を得ても請負人は執行困難である。）、いたずらに時間が経過して設備機器の劣化を招いてしまうよりは、土地売買契約を解除して新築建売住宅として販売することにより、請負人がリスクを回避するという方法も実務上採られている。そのような方法にも一定の合理性が認められるならば、解除の有効性にかかわらず（上記のようなケースでは、注文者の連絡拒否によって連絡不能となることも多いことに注意を要する。）、請負人が自己名義で表示登記・保存登記を経由する手段を否定すべきではない。

この点について、注文者帰属説からは、請負人帰属説では、注文者が請負代金を支払ったにもかかわらず、移転登記がなされないまま、建物が請負人から第三者に譲渡された場合、注文者を害することとなるとの批判がある。しかし、敷地利用権のない建物を譲り受ける可能性があるのは、譲受人が背信性を備えている場合以外には考えられない。そうすると、任意の譲渡は現実的にはあまり問題とならない。それでは、請負人の債権者によって建物が差し押さえられた場合はどうであろうか。この場合、わが国では相対的に建物の価値は低いのであるし、執行における現況調査報告書（民事執行規則29条五号二）等に敷地利用権がないことが明記されているのであるから、敷地

利用権のない建物が差し押さえられて競落される可能性もほとんどないと思われる。

したがって、不動産登記実務の実情をもってどちらの説が優れているとは必ずしもいえないだろう。むしろ、注文者帰属説に立って、請負人が建物の表示登記・保存登記を経由することは許されないと解するほうがより多くの問題が残ると思われる。なお、内田貴教授は、東京地裁昭和61年5月27日判決を参考に、請負人帰属説は「当事者に紛争解決のための交渉の余地がある限り、それを促進する機能を果たしうる」⁽²²⁾と評価している。当該裁判の紛争解決にとって妥当であったかどうかはともかくとして、請負人帰属説には、後述するように注文者破産の場合なども含め、確かにそのような機能があると考えられるであろう。

(5) 取引等の実情（税務）について

次に、取引等の実情として、請負人が材料を提供して完成したものの引渡されていない建物について税負担がどうなるか、税務面での取扱いを検討しておく。まず、注文者帰属説では、「通常、請負人が固定資産税を払うことは考えられない」⁽²³⁾とするが、果してそうであろうか。固定資産税は、賦課期日現在において家屋と認められるべきものには賦課される理論的可能性はあるが、実務上は、完成・引渡をもって評価・課税しているようである⁽²⁴⁾。そして、固定資産税については、所有者課税主義がとられ、家屋については登記簿または家屋補充課税台帳に所有者として登記または登録されている者を納税義務者としているのであって（台帳課税の原則）⁽²⁵⁾、前記のように請負人も所有権保存登記を経由しうる以上、請負人も固定資産税の納税義務者たりうることとなる。

それでは、請負人が固定資産税を負担する可能性がないといえるかどうかについて検討すると、テナントビルの場合には一般的にはないであろうが、戸建住宅の場合には請負人のリスク回避手段として大いにありうるというべきであろう。前述したとおり、建築条件付の戸建住宅の場合、注文者が軽微

な瑕疵を原因として建物の引渡を受けようとしなない場合、ローン決済を受けることもできないため、いたずらに時間が経過して設備機器の劣化を招いてしまうよりは、新築建売住宅として販売することにより、請負人がリスクを回避するという方法が採られている。この場合、請負人としては、固定資産税、登録免許税、不動産取得税等の税負担がリスクとなるが、新築住宅価額が中古住宅価額へ下落してしまうリスクに比すれば、税負担リスクのほうが相対的に小さいとの判断に基づいているのであろう。したがって、固定資産税の負担が決め手となるわけではない。

次に、所得税または法人税を負担する可能性について検討する。請負人が会社である場合（現在では、圧倒的多数の場合がこれに該当する。）、建築請負報酬は収益となり、この収益の帰属時期については、民法に準じて建物引渡時に発生するものとされている（法人税基本通達2-1-5）。他方、固定資産の譲渡等による収益の帰属時期も、建物引渡時に発生するものとされている（同2-1-14）。これらの規定は、所有権の帰属には中立的であるともいえるが、請負人帰属説になじみやすい規定であるといえよう。なぜなら、発生主義による限り、注文者帰属説では建物引渡時ではなく建物完成時に収益が帰属すると考えるほうが素直であるからである。

テナントビルのような中高層建物の場合には、基本的に注文建築しかありえないが、そもそも建売住宅と注文建築の戸建住宅には相対的な差異しかない。注文建築であっても、在来工法であれば格別、ツーバイフォーやプレハブなどの工法の場合には、一定の規格に従っているからである。それにもかかわらず、売買なのか請負なのかという形式的な差異だけで結論が変わるのは好ましくない。そこで建売住宅と注文建築住宅とを比較してみると、建売住宅では、売主たる建築業者が売買契約に基づいて買主に所有権を移転することとなるが、税法上、建物引渡時に売買代金相当の収益が帰属することとされている。これは、請負の場合に建物引渡時を収益帰属時期としているのと同様である。建売住宅売買のときも、契約時に当然に所有権が移転するのではなく、代金を支払ったときに所有権が移転すると考えるほうが当事者の

意思に合致するであろう。そうだとすると、税務の実情には、最高裁判例が請負人帰属説を採用してきた以上当然ではあるが⁵、注文者帰属説より請負人帰属説のほうがより親和的であると考えることができよう。

(6) 先取特権と留置権～当事者が破産した場合

建築請負契約における所有権の帰属が問題となるのは、請負人の報酬請求権を確保するために不動産の工事・保存の先取特権の欠陥を補充することが必要であるか（請負人帰属説）、それとも、報酬請求権は留置権や先取特権を行使することで確保することが可能であるから請負人に所有権を認める意義は非常に乏しいか（注文者帰属説）、という価値判断の差異も大きいといえよう。この問題がクローズアップされるのは、破産手続においてであり、以下で破産手続における利益衡量をどのように考えるべきかについても検討する。

まず、請負人帰属説では欠陥があるとされ、注文者帰属説では請負人が行使しようと主張されている不動産の工事・保存の先取特権が有効な手段かどうかを検討しておくこととする。不動産の工事・保存の先取特権は、破産手続において別除権とされている（破産法65条2項）。したがって、この先取特権が有効に行使可能ならば注文者帰属説の指摘するとおりであるが、実際上は全く利用されていない。その理由としては、①工事開始前のあらかじめの登記が必要であり、建設工事契約の実情に合わないこと、②注文者が途中で経営危機に陥ったときに対処できないこと、③予算額の登記を要するため設計変更に対応できないこと、などが挙げられる⁽²⁶⁾。

そうすると、留置権が有効な手段といえるかどうかであるが、注文者が破産に至らない場合、土地に関して留置権が認められるならば、一定の有効性が認められよう。しかし、破産法においては、商事留置権は特別の先取特権とみなされるものの（破産法66条1項）、民事留置権は破産財団に対して失効するものとされている（同条3項）。テナントビル建築の場合には、商事留置権が成立する可能性があるが、留置的効力に関しては否定説が有力であ

る⁽²⁷⁾。戸建住宅建築の場合には、基本的に民事留置権しかない。注文者帰属説では請負人が報酬を確保するためには建物留置権の主張で足りるのであるが、注文者が破産してしまった場合、請負人は建物留置権はもちろんのこと土地留置権も主張しえない。

注文者が破産した場合、請負人または破産管財人が契約を解除すると、すでになした仕事の報酬分およびそれに含まれていない費用について、破産債権として配当加入できるだけとなる（民642条1項。なお、破産管財人が解除した場合には、損害賠償も請求しうる。同条2項）。この場合、請負人が建物の所有権を主張できないことは当然である。請負契約が解除されなければ、請負人帰属説では、留置権でなく建物の所有権を主張して取戻権を行使することができる。ただし、ここでも敷地所有権がないことが問題となろう。民法388条の法意の援用による法定賃借権と構成する試みもあるが⁽²⁸⁾、解釈論としては難しいといわざるをえない。したがって、注文者が破産した場合、いずれの説によっても現実的にはさしたる差異は生じないが、請負人帰属説では取戻権があることを前提として、破産管財人と交渉を行なう余地が残されているとはいえるだろう。そういう意味で、請負人帰属説のほうがやや妥当であるように思われる。

それでは、請負人が破産した場合にはどうなるのであろうか。この場合には、民法に特則は置かれていない。したがって、請負人が破産した場合には、双方未履行の双務契約に関する破産法の一般原則が適用される。破産管財人は、破産者たる請負人の債務を履行して注文者に請負残代金を請求するか、または、請負契約を解除するかを選択権を行使しうることとなる（破産法53条1項）。そうだとすると、建物が完成したものの引渡が未了である場合には、破産管財人は履行を選択するのが通常であろうが、破産管財人が解除権を行使したとすると、請負人帰属説に立った場合、テナントビル建築のように分割金を注文者がすでに相当分支払っているときであっても、注文者は取戻権を行使しえなくなるのであろうか。そのように解するのは不当である。しかし、分割金を相当程度支払った場合には、所有権を移転する旨の合意があっ

たと解することもできよう。したがって、請負人帰属説を採ったとしても、必ずしも不当な結果にはならない。戸建住宅の場合には、引渡とローン決済が同時に行なわれることとなるため、そのような問題はほとんど生じないだろう。

(7) 注文者帰属説への批判

以上のように見てくると、理論的にはともかく、実際上は、注文者帰属説では不都合な場合が多い。特に、不動産会社所有の土地を建築条件付きで販売し、そこに当該不動産会社が請負契約を締結して建物を建築する場合に不都合が著しいといえよう。なぜなら、そのような場合は、住宅の建売販売と相対的な差異しかなく、注文者は土地および建物の代金を決済するまでは自己に所有権が帰属していると主張する意思がないからである。それにもかかわらず、注文者帰属説に固執して説明しようとするれば、多くの齟齬を生じるといわざるをえない。

まず、注文者が土地および建物の代金を決済しないにもかかわらず、建物の所有権を主張する場合、あるいは、注文者の債権者が建物を差し押さえる場合（この場合、民事執行法81条の法定地上権が成立する場合もあろう。）、注文者帰属説ではいずれの法的主張も認められる可能性があり、しかも請負人はこれらに対して何らの保全措置も採れないことになりかねない。したがって、取引の実情としても、そのような保全措置が採られていることが多いのは前述したとおりである。次に理論的には、注文者帰属説ではどのように説明することになるのだろうか。

1つの解決方法は、注文者帰属説に立って、所有権移転時期をずらすという説明が考えられる。つまり、土地売買の所有権移転時期も建物の所有権移転時期も、いずれも引渡時であると考えれば、引渡前には上記のような不都合は生じない。しかし、注文者帰属説は、売買契約では契約時に所有権が移転するがゆえに、請負契約でも建物完成時に所有権が移転すると説明するのであって、所有権移転時期をずらすのであれば、注文者帰属説の理論的

な論拠が失われることとなろう。

もう1つの解決方法は、建築条件付売買を前提とする場合には、土地決済時を基準として建物の所有権が移転するという合意があると説明する方法が考えられる。確かに建築条件付取引では、注文者が当初から土地を所有している場合と異なる理解も可能であると思われる。しかし、建築条件付取引もかなり多いのが現状であって、請負契約自体に完成建物の所有権を注文者に当然に帰属させる意思表示が含まれていると解する限り、建築条件付取引の場合にだけ、通常と異なる合意によって説明するのは妥当でないと思われる。

なお、建物が一般的効用を満たしていないような場合、注文者帰属説では建物の除去請求ができなくなって不都合ではないかとの批判もある。確かに土地所有権に基づく妨害排除請求をなすのであれば、自己所有物に対する妨害排除請求となってしまうため、これを認めるのには難点がある。しかし、私見によれば、そのような場合には請負契約を解除しうると解するため⁽²⁹⁾、解除に基づく原状回復請求を認めれば足りるのであって、注文者帰属説であっても特に不都合はないと考えられる。

2 判例の分析

(1) 大審院の判例

① 大判明治37年6月22日民録10輯861頁

ア 上告理由

本件の上告理由は5点であるが、重要なのは次の2点である。

- a 原院が「本件工事ハ被控訴人カ自己ノ材料ヲ以テ請負工事ヲ為シタルモノナレハ工事完成ノ上之カ引渡ヲ為スニ非サレハ控訴人ニ所有権移転スル筈ナキノミナラス」と判断したことに対し、上告人が、請負人は注文者のためにする意思をもって注文者が地上権を有する土地に請負の目的物である家屋を完成するために材料を使用して定着させているのであるから、土地に材料を定着させたと同時に物件の所有権は注文者に移転すると思料する。

b 原院が「契約条項第8ニ工事成功スルモ注文者ニ於テ請負金額ノ支払ヲ為ササル時ハ請負人ニ於テ建家ヲ適宜処分スルコトヲ得ヘキ旨ノ記載アルニヨリテ之ヲ見ルモ亦当事者ノ意思ハ建家引渡前ニ於テハ其所有権ハ依然請負人ニアルモノトナシタルコトヲ認メ得ヘキニヨリ」と判断したことに対し、当該条項は、注文者がゆえなく報酬を支払わない場合の救済方法を定めているにすぎず、所有権が請負人に帰属しているならばこのような明文規定を置く必要はない。

イ 判決の内容

これらの上告理由に対して、大審院は、次のように判示した。

a に対しては、「請負人カ自己ノ材料ヲ以テ他人ノ土地ニ建物其他工作物ヲ設ケル請負ヲ為シタル場合ニ於テ仕事ノ結果其材料ヲ土地ニ附着セシムルヤ否ヤ当然其所有権カ土地ノ上ニ権利ヲ有スル者ニ移転スルモノニ非スシテ建物又ハ工作物ノ所有権ハ之カ引渡ヲ要シ請負人ヨリ注文者ニ之ヲ引渡スニ因リテ始メテ移転ス可キコトハ民法第637条第1項ニ目的物ヲ引渡シタル時ヨリ云々トアルニ依ルモ明瞭」と判断した。

b に対しては、家屋引渡前は建物の所有権が注文者に移転しないことをもって当事者の意思と認定した点を非難するものであって、上告理由とならないとしている。

以上のように、本判例は、民法637条1項を傍証としている点には賛成しえないものの、明確に上告人の主張する注文者帰属説を否定している。この事件は、判決を読む限りでは、注文者が請負代金を完済していないにもかかわらず、請負人（個人）に対して建物の所有権確認及び登記抹消手続請求をなしたものである。請負人が請負代金保全のために建物の保存登記を経由したことに対して注文者が訴えを提起したものであろう。

② 大判大正3年12月26日民録20輯1208頁

ア 上告理由

本件の上告理由は2点であるが、請負契約における所有権帰属の問題に関しては次の点のみである。

原審判決理由では、「請負契約ハ請負人ニ於テ或ル仕事ヲ完成スルコトヲ約シ注文者ハ其仕事ノ結果ニ対シテ報酬ヲ与フルコトヲ約スルニヨリテ成立スルモノニシテ請負人ハ注文者ニ対シテ仕事ノ結果ヲ享有スルコトヲ得セシムル義務アルモノナレハ建築工事ノ請負契約ニ在テハ請負人ハ単ニ建物ヲ築造スルヲ以テ足レリトセス之レヲ注文者ニ引渡スニヨリ始メテ其義務ヲ完了シタルモノト謂ハサル可カラス何者注文者ハ其建物ノ引渡ヲ受クルニ非サレハ完全ニ之レカ管理及ヒ処分ヲ為スコト能ハサル可ク即チ其引渡ニヨリテ始メテ所期ノ満足ヲ達スルコトヲ得ヘケレハナリ故ニ請負人ハ建物ノ引渡ト同時ニ報酬ノ支払ヲ求ムルコトヲ得ヘク又其引渡ニヨリテ不可抗力ニヨル危険負担ヲ免カルルコトヲ得ヘク更ニ又注文者ノ請負人ニ対スル瑕疵修補損害賠償等の権利行使ノ期間ハ其引渡ノ時ヨリ起算セラルスノ如ク建物ノ引渡ハ注文者請負人間ノ法律関係ニ極メテ重要ナル影響ヲ及ホスモノニシテ亦実ニ請負人ノ注文者ニ対スル義務ヲ完了スル所以ノモノナルヲ請負人カ自己ノ材料ヲ以テ建物ヲ築造スル場合ニ於テハ其引渡ノ時ヲ以テ建物ノ所有権注文者ニ移転スルモノトスルヲ相当トス」とされた。

これに対して上告人は、このような請負人帰属説は、請負契約の本質及び取引上の観念に反していると主張している。その理由は、請負契約は注文者のために仕事を完成することを目的としており、請負人の完成する仕事の結果は注文者の利益のために存するのであって、注文者が所有あるいは占有している土地に材料を定着させて建築をなす場合には、当該材料は土地に附合して独立の存在とならないのであり、請負人の材料と労務は注文者のために提供されているのであるから、請負人の仕事の結果は直接に注文者に帰属するというべきである、ということに基づいている。ただし、上告人は、動産の場合には、請負人が自己の材料に自己の労務を加えて自ら工作物の所有権を取得して

注文者に移転することとなるが、不動産の工作については附合することによって承継取得ではなく原始取得することとなるということも主張している。

イ 判決の内容

このような上告理由に対して大審院は、「請負人カ自己ノ材料ヲ以テ注文者ノ土地ニ建物ヲ築造シタル場合ニ於テハ当事者間ニ別段ノ意思表示ナキ限りハ其建物ノ所有権ハ材料ヲ土地ニ附着セシムルニ從ヒ当然注文者ノ取得ニ歸スルモノニ非スシテ請負人カ建物ヲ注文者ニ引渡シタル時ニ於テ始メテ注文者ニ移転スルモノトス是レ本院判例（明治37年(オ)第286号同年6月22日判決）ノ示ス所ナリ」として、①の判例をそのまま踏襲している。

この事件も、注文者が請負代金を完済していないにもかかわらず、請負人（個人）に対して建物の所有権確認及び登記抹消手続請求をなしたものであろう。請負人が請負代金保全のために建物の保存登記を経由したことに対して注文者が訴えを提起したものである。

③ 大判大正4年5月24日民録21輯803頁

ア 上告理由

本件の上告理由は、請負契約においては、所有権の帰属に関する特約がない限り、請負人には建物を所有する権利も所有する意思もないのであるから、建物の材料を提供したからといって、請負人が建物の所有権を取得するものではない、というにあった。

イ 判決の内容

ここでも大審院は、①の判決を踏襲し、「請負人カ自己ノ材料ヲ以テ注文者ノ為メニ建物ヲ建築スヘキ請負契約ヲ為シタル場合ニ於テハ仕事ノ結果其材料ヲ土地ニ附着セシムルヤ否ヤ民法242条ニ所謂附合ノ原則ニ依リ当然其所有権カ注文者ニ移転スルニ非スシテ請負人ヨリ注文者ニ対シ建物ヲ引渡スニ因リテ始メテ移転スルモノナルコトハ民法第637条第1項ノ規定ニ依リ推知スルコトヲ得ヘシ是レ本院従来ノ

判例ノ認ムル所ナリ（明治37年(オ)第286号同年6月22日言渡ノ判決参照）」と判示した。

この事件も、注文者が請負人（個人）に対して建物の所有権登記抹消手続請求をなしたものである。これも請負人が請負代金保全のために建物の保存登記を経由したことに対して注文者が訴えを提起したものであろう。

④ 大判大正5年12月13日民録22輯2417頁

ア 上告理由

本件の上告理由は4点ある。①原判決は、請負代金の支払に当てるために金融を図って完成前に注文者に所有権を移転したと判示したが、所有権の移転を承諾したのか物上保証を承諾したのか明確でない。②原判決は、注文者が本件建物内に居住して写真業を開業するのを承諾して請負代金の内金2100円を支払ったのであるから所有権を移転したと判示したが、前者は貸借関係であって所有権を移転したものとはいえない。③以上の事実から請負人の承諾は、物上保証の承諾とみるべきであって、所有権移転の意思表示とみるべきではない。④従来の判例では、請負人が注文者に建物を引渡さない限り所有権は移転するというべきではない。

イ 判決の内容

以上の上告理由に対して、本件判決は次のように判示している。

上告理由①に対しては、請負人は、注文者に対して、建物の所有権を完成前に移転し、これを担保に供して金融を図ることを承諾したものであって、物上保証とは認められないとした。上告理由②に対しては、原判決は注文者が本件建物に居住して写真業を開業することを承諾した事実をもって所有権移転の意思表示を認定したものであって、上告理由とならないとした。上告理由③に対しては、論理的には物上保証の承諾と所有権移転の承諾の可能性があるが、どのような意思表示であったのかは原審の専権をもって判断すべきであり、事実認定に

対する非難は上告理由とならないとした。上告理由④に対しては、建物完成前に特約をもって所有権を移転することは可能であるとした。

上告理由④に関する判示は、次のようなものである。「請負契約ニ於テ請負人カ材料ノ全部ヲ供シテ建物ヲ築造シタル場合ニハ其建物ノ所有権ハ引渡ニ依リテ注文者ニ帰シ請負人ハ仕事ノ完成シ目的物ノ引渡ヲ為ス迄ハ請負代金ノ支払ヲ請求スルコトヲ得サルヲ通則トスルモ仕事ノ完成ニ先チ注文者ニ於テ請負代金ヲ支払フコトヲ得ヘク請負人モ亦仕事ノ進行ニ従ヒ之ヲ受領スルヲ便益トスルコトアリ随テ請負代金ノ支払ニ充ツル金融ヲ計ルカ為メ建物ノ所有権ヲ其完成前注文者ニ帰セシムル必要アルヘク請負人カ之ヲ承諾スルニ於テハ斯ノ如キ特約ヲ為スモ毫末ノ妨ケナク此場合ニ於テハ建物ノ所有権ハ其引渡以前注文者ニ移転スルモノトス」

⑤ 大判昭和7年5月9日民集11卷824頁

ア 事案の概要

注文者Aが請負人Bとの間で昭和4年3月5日に建築請負契約を締結したところ、その後同年5月に注文者Aが材料一切を供給することとなり、請負人Bがこの材料を使用して7部通建物を竣工した。しかし、この段階で請負人Bが工事を中止して注文者Aに引渡したが、請負人Bはその後同年7月5日に未完成建物に自己のために保存登記をなし、同月20日にCから金980円を借用して当該建物に抵当権を設定した。このような事実に基づき、Cは、ADに対して、Aらが本件建物にCのための抵当権が付されていることを知りながら、Cに損害を加えようとして、本件建物をDに仮装売買し、Dが本件建物を取り壊して材料を第三者に売却して抵当権を侵害したものであるから、損害賠償を請求したという事案である。

イ 判決の内容

本件判決は、「請負契約ニ基キ請負人カ建築材料ノ主要部分ヲ供シテ建物ヲ築造シタルトキハ特約ナキ限り其ノ建物ノ所有権ハ請負人ニ

在リテ引渡ニ依リテ始メテ注文者ニ帰スルモノナレトモ注文者カ其ノ主要部分ヲ供給シタルトキハ特約ナキ限り其ノ建物ノ所有権ハ当然原始的ニ注文者ニ帰属スルモノトス（大正5年(甲)第962号同年12月13日当院判決参照。）」と判示して、Cの上告を棄却した。

⑥ 大判昭和18年7月20日民集22巻660頁

ア 事案の概要

注文者Aは、昭和5年9月5日、借地上に本件建物を建築する目的で、請負人Bとの間で、訴外Cから譲り受けた材料（金200円相当）を提供し、その他の材料および労務をBが提供することとして、金1400円（上記金200円の材料の提供を含む）にて請負契約を締結した。注文者Aは、契約と同時に金400円、同年10月5日に金50円、同月17日に金100円、同年11月5日に金664円の合計金1214円を請負人Bに支払った。請負人Bは、同年11月7日に本件建物を完成し、これを注文者Aに引渡したが、請負人BはA名義での建築届書の提出を委託されていたながら、請負人Bの子D名義で建築届書を提出し、昭和6年4月21日には同人名義で所有権移転登記を了した。同月30日にDが死亡したため、その相続人であるEに対し、Aが所有権保存登記の抹消登記手続を請求した。

イ 判決の内容

本件判決は、Aの請求を認容した原判決を維持して、Eの「特約ナキ限り其建物ノ所有権ハ請負人ニ存シ引渡ニ依リテ始メテ注文者ニ帰スル」ところ、原判決は「建物ニ付引渡シアリタルヤ否ヤ及其時期ヲ明確ニスヘキモノ」とする上告を次の理由で棄却した。

「本件建物建築ノ請負契約ニ於テハ該建築ノ完成前既ニ約定請負代金1400円全部ノ支払ヲ完了シタルモノナル以上特別ノ事情ナキ限り当事者間ニ該建築家屋ハ完成ト同時ニ注文者タル被上告人ノ所有トスヘキ暗黙ノ合意アリタルモノト推認スルヲ相当トスル」

(2) 最高裁の判例

⑦ 最判昭和40年5月25日裁判集民79号175頁

本件判決は、「建築材料の一切を請負人である被上告人において支給し請負代金の前渡もなされていない本件の請負契約においては、特別の意思表示のないかぎり、建物の所有権は右建物が被上告人から注文者である訴外会社に引き渡されたときに移転するものと解すべき」と判示した。

⑧ 最判昭和44年9月12日裁判集民96号579頁

本件判決は、「本件建物を含む四戸の建物の建築を注文した被上告人は、これを請け負った上告人Bに対し、全工事代金の半額以上を棟上げのときまでに支払い、なお、工事の進行に応じ、残代金の支払をして来たというのであるが、右のような事実関係のもとにおいては、特段の事情のないかぎり、建築された建物の所有権は、引渡をまつまでもなく、完成と同時に原始的に注文者に帰属するものと解するのが相当である」と判示した。

⑨ 最判昭和46年3月5日裁判集民102号219頁

本件判決は、「建物建築の請負契約において、注文者の所有または使用する土地の上に請負人が材料全部を提供して建築した建物の所有権は、建物引渡の時に請負人から注文者に移転するのを原則とするが、これと異なる特約が許されないものではなく、明示または黙示の合意により、引渡および請負代金完済の前においても、建物の完成と同時に注文者が建物所有権を取得するものと認めることは、なんら妨げられるものではないと解される所、本件請負契約は分譲を目的とする建物六棟の建築につき一括してなされたものであって、その内三棟については、上告人は訴外会社ないしこれから分譲を受けた入居者らに異議なくその引渡を了しており、本件建物を完成後ただちに引渡さなかったのも、右三棟と別異に取り扱う趣旨ではなく、いまだ入居者がなかったためにすぎなかったこと、上告人は請負代金の全額につきその支払のための手形

を受領しており、それについての訴外会社の支払能力に疑いを抱いていなかったこと、上告人は、右手形全部の交付を受けた機会に、さきに訴外会社の代理人として受領していた右六棟の建物についての建築確認通知書を訴外会社に交付したことなど、原判決の確定した事実関係のもとにおいては、右確認通知書交付にあたり、本件各建物を含む六棟の建物につきその完成と同時に訴外会社にその所有権を帰属させる旨の合意がなされたものと認められ、したがって、本件建物はその完成と同時に訴外会社の所有に帰したものであるとする趣旨の原判決の認定・判断は、正当として是認することができないものではない。」とした。

⑩ 最判昭和54年1月25日民集33卷1号26頁

ア 事案の概要

注文者Aは、昭和40年6月2日、B会社との間で、自己の所有する土地上に建物の建築工事を金622万円にて行う旨の請負契約を締結した。B会社は、同月16日、Cの夫Dに対し、当該工事を金380万円で下請けさせた。Dへの請負報酬は、着工時に金25万円、同月末日に金20万円、上棟時に出来高相当額、残額は出来高に応じて随時支払うとの約束であった。Dは、直ちに着工し、同年7月15日ころには棟上げを終え、屋根下地板を張り終えたが、B会社が約定の請負報酬を支払わなかったため、その後は屋根瓦も葺かず、荒壁も塗らないまま工事を中止し、放置するに至った。そこで注文者Aは、B会社との請負契約を合意解除し、同年10月15日、E会社に対して建築中の建物の所有権はAの所有に帰する旨の特約を付して建築続行工事を金614万9000円で請け負わせた。E会社は、自らの材料を供して工事を行い、DのB会社に対する仮処分執行によって工事続行が差し止められた同年11月19日までに屋根瓦を葺き、内部荒壁を塗り上げ、外壁もモルタルセメント仕上げに必要な下地板をすべて張り終えたほか、床を張り、電機・ガス・水道の配線・配管工事全部および廊下の一部コンクリート打ちを済ませ、未完成ながら独立の不動産である建物とした。

このような事実に基づき、Dの相続人であるCは、Dが建築工事を中止した時点で工事出来高は全体の約2分の1弱であり、未完成ではあるが当時すでに独立した不動産である建物となっていたのであって、その所有権は、Dに原始的に帰属しており、その後のE会社による加工部分は不動産に従たるものとして民法242条によりその所有権はDに帰属するとして、Aに対し、建物明渡と賃料相当損害金の支払を請求した。

イ 判決の内容

本件判決は、次のように判示して、Cの請求（上告）を棄却した。

「建物の建築工事請負人が建築途上において未だ独立の不動産に至らない建前を築造したままの状態で放置していたのに、第三者がこれに材料を供して工事を施し、独立の不動産である建物に仕上げた場合においての右建物の所有権が何びとに帰属するかは、民法243条の規定によるのではなく、むしろ、同法246条2項の規定に基づいて決定すべきものと解する。けだし、このような場合には、動産に動産を単純に附合させるだけでそこに施される工作の価値を無視してもよい場合とは異なり、右建物の建築のように、材料に対して施される工作が特段の価値を有し、仕上げられた建物の価格が原材料のそれよりも相当程度増加するような場合には、むしろ民法の加工の規定に基づいて所有権の帰属を決定するのが相当である」から、「本件建物の所有権は、Dにではなく、加工者であるEに帰属するものというべきである」が、「EとAとの間には、前記のように所有権の帰属に関する特約が存するのであるから、右特約により、本件建物の所有権は、結局Aに帰属するものといわなければならない。」

(3) 判例の論理

以上のように、大審院時代から最高裁時代までの判決例を事案とともにトレースしてみると、判例はほぼ一貫しているように思われる。特約がない限

り、建築材料を注文者が提供した場合には、建物完成と同時に建物所有権は注文者に帰属し、請負人が提供した場合には、建物の引渡または代金支払によって注文者に建物所有権が移転する、としているのである。つまり、第1に考慮すべきは「当事者の特約の有無」であって、附合の論理ではない。第2に考慮すべきは「引渡あるいは代金支払の有無」であるが、引渡を受けあるいは請負代金を支払ってもいないのに、注文者は請負人が保全のためになした所有権保存登記の抹消登記手続を請求することはできないとしているのである。第1の当事者間の特約がなくとも、第2の事実が認められれば、直ちに注文者に建物所有権が帰属すると判断しているのであるが、第2の事実が認められれば特約がなくとも所有権移転の意思が明確であるからであると解することができる。

ただし、昭和54年1月25日の最高裁判決は、当事者の意思を問うことなく、加工の論理を持ち出している。この判決は、一貫性を欠いているといわざるをえない⁽³⁰⁾。従来までの判例の論理が附合の論理（民法243条）を重視していたのであれば、同判決の事案のもとでは、主要材料の提供者をもって所有権の帰属を決することにもなったはずであろう。しかし同判決は、附合の論理ではなく、契約の法理でもなく、加工の論理を用いている。これは、当事者間において何らの合意もないような場合には、民法の添付の規定に基づいて決定するほかになく、労働の価値が十分に尊重せられるべきであるから、附合ではなく加工の規定に基づいて建物の所有権の帰属を決定することとしたのだとされている⁽³¹⁾。もっとも同判決は、そこで終わっているのではなく、CとEとの関係では加工の論理でEに所有権が帰属するとしうえて、EとAとの関係では特約によってAに所有権が帰属するとしている。

確かにこの点については、注文者帰属説に立つならば、何ら説明に困難を生じないだろう。しかし、第1の請負人が建築工事を中止し、それを引き継いだ第2の請負人が建物を完成させるというケースでは、第1の請負人が建築工事を続行することを自ら中止した場合がほとんどだろう。そうだとすると、第1の請負人は目的物が独立の建物となる前に工事を中止したのである

から、自己に建物所有権が帰属する可能性を放棄したと評価してよい。稀に、注文者などから工事を妨害されて、かなり工事が進捗しているにもかかわらず、第2の請負人に引き継がざるをえなかったようなケースもあるかもしれないが、そのような場合には、第1の請負人の所有権主張を注文者が否定すること自体を権利濫用や信義則違反として抑制すれば足りると思われる。

そうすると、上記最高裁判決は、極めて中途半端な論理になっているように思われる。Cは目的物が独立した建物となる前に自ら途中で建築工事を中止したのであるから、Cは所有権主張の可能性を放棄したとみるべきだろう。もとよりここでの所有権は、完全な所有権ではなく、自己の報酬債権を保全するための暫定的な所有権にすぎない。建物所有権の帰属を考えるに当たっては、当事者の有責性と寄与度も斟酌されてしかるべきであろう⁽³²⁾。この事案は、わが国が高度経済成長期に入り、人件費の原価構成比が上昇した段階での事案であって、材料提供の有無だけでなく、労務提供の程度も考慮して、当事者の意思を推認したとも評しうる。そのように解するならば、当事者の意思に基づく結論を、最高裁が加工の法理に仮託したにすぎないともいえるだろう⁽³³⁾。そうだとすると、ここでも当事者の合理的意思を推認すれば足りるのではないかと思われる⁽³⁴⁾。

第2 下請工事と履行補助者論

1 下請人が材料を提供した場合

以上のように従来判例によれば、特約がない限り、建築材料を注文者が提供した場合には、建物完成と同時に建物所有権は注文者に帰属し、請負人が提供した場合には、建物の引渡あるいは代金支払によって注文者に建物所有権が移転することとなる。しかしそうすると、建築業者が下請業者を使用し、下請業者が材料を提供した場合には、下請業者に完成建物の所有権が帰属することになるのだろうか。そのように考えるのは不自然な場合が多いであろう。以下では、まず、大審院と最高裁の判例について分析し、その後

説の検討をトレースすることとする。

2 判例の分析

(1) 大審院判決と最高裁判決

⑪ 大判大正4年10月22日民録21輯1746頁

ア 事案の概要と上告理由

大正3年12月1日に長崎地方裁判所が言い渡し、下請負人Cの注文者Aへの占有回収の訴えを棄却した原判決（第1審は島原区裁判所）に対して、下請負人Cが上告した事案である。事案としては、上告理由を読む限り、訴外元請負人Bが注文者Aと建築請負契約を締結し、下請負人Cが訴外Bと下請契約を締結して建物を竣工させたところ、Cが引渡を行っていないにもかかわらず、注文者Aが占有を侵奪したもののようである。原判決は、Cの占有回収の請求に対し、BC間の下請契約は注文者Aを拘束しないとの理由でCの訴えを棄却した。したがって、上告理由は、下請負人が自己の材料をもって建物を築造した場合、下請負人が元請負人に建物を引渡すまでは、当該建物の所有権は下請負人に帰属するはずであるというものである。

イ 判決の内容

本件判決は、「Aカ係争建物ノ建築工事ヲBニ請負ハシメタリトスルモCカ其主張スル如クBヨリ其下請負ヲ為シ自ラ其材料ヲ供給シテ之ヲ完成シタリトスレハ係争建物ハ之ヲBニ引渡シタルノ反証ナキ限りCノ所有ニ属シ従テAカ之ヲ所持スルニ至ル迄ハ其占有Cニ在リシモノト異父可クAハCヨリ適法ニ其引渡ヲ受ケテ之ヲ所持スルコトヲ証明スルニアラサレハ其所持ハCノ占有ヲ侵奪シタルモノト謂ハサル可カラス」と判示した。

⑫ 最判平成5年10月19日民集47巻8号5061頁

ア 事案の概要

注文者Aは、昭和60年3月20日、建設業者Bとの間で、A所有地上

に本件建物の建築請負契約（代金3500万円）を締結した。Bは、同年4月15日、下請負人Cに当該工事を一括して請け負わせる契約（代金2900万円）を締結し、材料はCが提供して工事が行なわれた。しかし、工事途中の同年6月13日、Bが自己破産を申し立てて倒産したため、AはBとの請負契約を解除し、Cも工事を中止した。この時点で工事は26.4%が施工されていたが、陸屋根や外壁は完成しておらず、建物といえる段階に達していなかった。その後Aは、他の建設業者Dとの間で請負契約（代金2500万円）を締結し、Dは工事を続行して建物を完成させてAに引き渡し、Aが自己名義で所有権保存登記を経出した。

AB間の請負契約には、Aが工事中に契約を解除した場合の工事の出来形部分はAの所有とするとの特約があったが、BC間の下請契約にはそのような特約はなかった。両契約とも代金は分割払となっており、Aは契約に従って、契約締結時に100万円、昭和60年4月10日に900万円、同年5月13日に950万円、合計1950万円（全代金の約56%）をBに支払っていたが、BからCに対しては全く支払われていない。なお、本件一括下請負については、建設業法22条3項に定める注文者Aの承諾はなく、Aも下請負について不知であった。

以上のような事実関係のもと、CがAに対し、本件建前の所有権はCにあり、完成建物の所有権もCに帰属しているとして、本件建物の明渡及び明渡までの賃料相当損害金の支払（控訴審で建物の所有権確認も追加）を求めたというものである。なお、Cは、以上に加えて、民法248条、246条に基づく償金請求もなしている。

イ 判決の内容

本件判決は、次のように判示して、Cの請求をすべて棄却した。

「建物建築工事請負契約において、注文者と元請負人との間に、契約が途中で解除された際の出来形部分の所有権は注文者に帰属する旨の約定がある場合に、当該契約が途中で解除されたときは、元請負人から一括して当該工事を請け負った下請負人が自ら材料を提供して出

建築請負契約における所有権の帰属

来形部分を築造したとしても、注文者と下請負人との間に格別の合意があるなど特段の事情のない限り、当該出来形部分の所有権は注文者に帰属すると解するのが相当である。ただし、建物建築工事を元請負人から一括下請負の形で請け負う下請契約は、その性質上元請契約の存在及び内容を前提とし、元請負人の債務を履行することを目的とするものであるから、下請負人は、注文者との関係では、元請負人のいわば履行補助者的立場に立つものにすぎず、注文者のためにする建物建築工事に関して、元請負人と異なる権利関係を主張し得る立場にはないからである。」

(可部裁判官の補足意見)

「工事途中の出来形部分の所有権は、材料の提供者が請負人である場合は、原則として請負人に帰属する、というのが古くからの実務の取扱いであり、この態度は施工者が下請負人であるときも異なるところはない。

しかし、此処で特段の指摘を要するのは、工事途中の出来形部分に対する請負人（下請負人を含む）の所有権が肯定されるのは、請負人乙の注文者甲に対する請負代金債権、下請についていえば丙の元請負人乙に対する下請負代金債権確保のための手段としてであるという基本的な構成についての理解が、従前の実務上とかく看過されがちであったことである。

本件において、下請負人丙の出来形部分に対する所有権の帰属の主張が、丙の元請負人乙に対する下請負代金債権確保のための、いわば技巧的手段であり、かつ、それにすぎないものであることは、丙が出来形部分の収去を土地所有者甲から求められた局面を想定すれば、容易に理解され得るであろう。

すなわち、元請負人乙に対する丙の代金債権確保のために、下請負人丙の出来形部分に対する所有権を肯定するとしても、敷地の所有者（又は地上権、賃借権等を有する者）は注文者甲であって、丙はその

敷地上に出来形部分を存続させるための如何なる権原をも有せず、甲の請求があればその意のままに、自己の費用をもって出来形部分を除去して敷地を甲に明け渡すほかはない。丙が甲の所有（借）地上に有形物を築造し、甲がこれを咎めなかったのは、一に甲乙間の元請契約の存するが故であり、丙による出来形部分の築造は、注文者から工事を請け負った乙の元請契約上の債務の履行として、またその限りにおいて、甲によって承認され得たものにほかならない。

本件の法律関係に登場する当事者は、まず注文者たる甲及び元請負人乙であり、次いで乙から一括下請負をした丙であるが、この甲、乙、丙の三者は平等並立の関係にあるものではない。基本となるのは甲乙間の元請契約であり、元請契約の存在及び内容を前提として、乙丙間に下請契約が成立する。比喩的にいえば、元請契約は親亀であり、下請契約は親亀の背に乗る子亀である。丙は乙との間で契約を締結した者で、乙に対する関係での丙の権利義務は下請契約によって定まるが、その締結が甲の関与しないものである限り、丙は右契約上の権利をもって甲に直接対抗することはできず（カッコ内略）、丙のする下請工事の施工も、甲乙間の元請契約の存在と内容を前提とし、元請契約上の乙の債務の履行としてのみ許容され得るのである。

このように、注文者甲に対する関係において、下請負人丙はいわば元請負人乙の履行補助者的立場にあるものにすぎず、下請契約が元請契約の存在と内容を前提として初めて成立し得るものである以上、特段の事情のない限り、丙は、契約が中途解除された場合の出来形部分の所有権帰属に関する甲乙間の約定の効力をそのまま承認するほかはない。甲に対する関係において丙は独立平等の第三者ではなく、基本となる甲乙間の約定の効力は、原則として下請負人丙にも及ぶものとされなければならない。子亀は親亀の行先を知ってその背に乗ったものであるからである。ただし、甲が乙丙間の下請契約を知り、甲にとって不利益な契約内容を承認したような場合（法廷意見にいう特段の事

情－甲と丙との間の格別の合意－の存する場合）は別であるが、このような例外的事情は通常は認められ難いであろう（カッコ内略）。」

(2) 判例の分析

大審院判決は、下請負人が材料を提供して建物を完成させた場合、元請負人に引き渡すまでは下請負人が当該建物の所有権を保有していると判断している。これに対して、最高裁判決は、注文者と元請負人との間に、契約が途中で解除された際の出来形部分の所有権が注文者に帰属する旨の約定がある場合、当該契約が途中で解除されたときは、元請負人から一括して当該工事を請け負った下請負人が自ら材料を提供して出来形部分を築造したとしても、注文者と下請負人との間に格別の合意があるなど特段の事情のない限り、当該出来形部分の所有権は注文者に帰属すると解するのが相当であると判断している。

可部裁判官の補足意見にもあるように、大審院判例と最高裁判例とは、論理的に両立しえないものではない。下請契約は、注文者と請負人との元請契約から派生する契約にすぎないのであって、注文者と下請負人との間には直接の法律関係が生じない。したがって、注文者と下請負人との間に、建物所有権の帰属に関する特約は存しようがない。しかし、引渡あるいは請負代金の支払がなされていない以上、注文者が建物の所有権を主張しえない点では元請契約と同一に考えるべきである。下請人が主張しうる所有権とは、元請人と同様、完全な支配権としての所有権ではなく、自己の債権を保全するための暫定的な所有権にすぎないからである。

最高裁判決の事案に関しても、注文者帰属説に立つならば、特約の有無等を考慮せずに直ちに注文者に所有権が帰属していると述べれば足りる。しかし、注文者が一切代金を支払っていない場合、注文者が下請人に対して所有権を主張し、建物の引渡や所有権保存登記手続を求めうとするのは妥当ではないだろう。それでは、この場合にまで合理的意思の推認をもって結論を導けるものであろうか。この場合には無理だろう。なぜなら、最高裁判決の

事案では、下請人が自発的に工事を中止したのではなく、元請人の破産によって中止を余儀なくされたものであって、下請人が所有権主張を放棄したという推認は働く余地がないからである。

最高裁判決の事案には、いくつかの重要なファクターが存している。①一括下請につき注文者の書面による承諾（建設業法22条3項）がなかった、②注文者と請負人の契約には、契約が解除された場合の出来形部分の所有権は注文者に帰属する旨の特約があった、③工事途中で元請負人が自己破産を申し立てて倒産した、④注文者は元請負人との請負契約を解除した、⑤元請負人の倒産時点で工事は約26%が施工されていたが、完成といえる段階には達していなかった、⑥注文者は元請負人の倒産時点で約56%の代金を支払済みであった、⑦元請負人が注文者から受領した代金については下請負人には一切支払われていない、⑧元請負人が破産するまで注文者は一括下請の事実を知らなかった、⑨注文者は別の建設業者と契約して建物を完成させた、などである。

以上のファクターのうち、最も重要なのは③のファクターであろう⁽³⁵⁾。元請負人が破産した場合には、下請負人が留置権を行使しえないのはもちろん、注文者が工事に相当する代金を支払っている以上、下請負人は元請負人に対する報酬債権を破産債権として行使しうるだけであり、もはや建物所有権を主張して自己の債権を保全する必要性が完全に消滅していると評価できる。また、下請負人の所有権主張を認めて注文者に二重払の危険を負わせるべきではない⁽³⁶⁾。注文者が工事に相当する代金を支払っており、元請負人が破産した場合には、注文者と元請負人との間の特約の有無にかかわらず、下請負人は建物所有権を主張しえないと解してよい。

①と⑧のファクターについては、仮に注文者が一括下請を書面で承諾しており、下請契約を知っていたとしても、結論を左右するものではないだろう⁽³⁷⁾。建築請負契約で下請負人を使用することは公知の事実であり、一括下請を承諾したからといって注文者がリスクを負わなければならない理由はないからである。ただし、注文者が代金を支払う時点で、下請負人を害する事

実（たとえば、元請負人が下請負人に代金の一部を支払う意思がなく、そのまま代金を受領して夜逃げする予定であるなどの事情）を知っていたような場合には、注文者の下請負人に対する請求が権利濫用や信義則違反に該当する余地はあるだろう。

それでは、④のファクターである、注文者と元請負人との間の請負契約の解除はどうであろうか。契約が解除された場合も下請負人がそれ以後の工事を続行することは事実上不可能であるが、下請負人が当該建前の所有権を主張して自己の債権を保全することは認められないであろうか。ここで重要なのが⑥のファクターであろう。注文者が元請負人に代金を支払っている限り、下請負人は所有権を主張しえないと考えるべきである。また完全に代金を支払っていないとしても、②の特約がある以上、下請負人は所有権を主張しえないと考えるべきである。これらは、請負人帰属説からも認めるべき結論となろう。その理論構成としては、下請契約の派生性あるいは従属性から、下請負人が履行補助者的な立場にあるため、注文者に対しては元請負人と異なる権利関係を主張しえないとの説明が妥当である⁽³⁸⁾。したがって、その場合には、留置権の主張も成立しえないことになる⁽³⁹⁾。しかし、注文者が元請負人にも代金を支払っておらず、注文者と元請負人との間で所有権帰属に関する特約がない場合には、下請負人の所有権主張を認めるべきである。

3 私見

以上見てみたように、判例の流れは、確かに請負人帰属説を大幅に修正してきてはいるものの、注文者帰属説に直結するようなものではない。それを支えているのは、「正面から学説上の多数説である注文者原始帰属説を採用ことにすれば、後藤勇判事の指摘されるように（「請負建物の所有権の帰属」判タ417号27頁）、材料の提供者とか請負代金支払いの程度とかを問題にする必要がないから、この点の審理を省くことができ訴訟促進にも役立つのであるが、反面、代金がまったく不払いの場合にも当然注文者に所有権が帰属するというのも（代金が不払いの場合、途中で工事を中止すればいいとの反論

もあろうが、その場合でも建前の所有権も注文者に帰属するとするのが近時の有力説である)、当事者間の公平を重視せざるを得ない実務家の感覚として、いかにもおさまりが悪いというのが実感である」⁽⁴⁰⁾という実務感覚であらう。

したがって、請負人帰属説は、代金の支払を受けていない請負人に対し、報酬債権を保全するための暫定的な所有権を認めているのであり、その限りで合理性を有するものと考えられる。そうだとすると、今後の展開としては、「建築請負契約が注文者に建物(又は建前)所有権を原始取得させる契約であることを前提とした上で、材料提供者たる請負人の所有権取得は担保のための所有権留保として位置付けられてゆくのではないかと予想もなしうる」⁽⁴¹⁾との指摘は正しいと思われる。このように解する理論的根拠は当事者の合理的意思の推認であり、占有の継続が対抗要件として考えられ、また、注文者が代金を完済している場合には担保としての所有権留保が消滅するとされている⁽⁴²⁾。

私見としては、必ずしも所有権留保と構成する必要はないのではないかと考える。請負人が報酬債権を保存するための暫定的な所有権を認めるという機能を重視するのであれば、代金を完済していない場合であっても、請負人が所有権を主張する被保全権利が認められない場合と保全の必要性を欠く場合を認めてよい。下請負人が所有権を主張できるかについては、坂本教授は、「通常元請契約と下請契約から推認される意思に基づいて—特に注文者が一括下請について承諾しているという場合には—下請人が元請負人からの支払確保のため所有権留保を有するが、しかし注文者が元請負人に代金を完済すれば元請契約での担保としての所有権留保は消滅すると共に、その効果は原則として下請契約をも拘束してもはや注文者に対して前記の趣旨での所有権留保を主張しえなくなる」⁽⁴³⁾と説明されるが、当事者の合理的意思の推認だけでは無理があるのではないか。この場合には、下請契約の派生性あるいは従属性から、被保全権利が認められないという説明で足りるように思われる。

〈注〉

- (1) ただし、請負人帰属説に賛成する文献、注文者帰属説に賛成する文献を比較してみれば、注文者帰属説が多数であるとはいえ、拮抗している状況にある。
- (2) 吉原節夫「新築建物の登記と所有権」民事研修234号（1976年）17頁注（11）
- (3) 我妻・前掲616頁以下。末川・前掲180頁，松阪・前掲196頁，近江・前掲233頁，内田・前掲262頁，半田・前掲417頁，川井・前掲288頁，米倉明「完成建物の所有権帰属」「建設請負における完成建物の所有権の帰属について」『担保法の研究』（1997年，新青出版）所収229頁～254頁も同旨。
- (4) 我妻・前掲617頁
- (5) 内山・『契約法』16頁，山崎寛「所有権の移転・帰属」法律時報1970年7月号23頁，吉原・前掲19頁，坂本武憲「請負契約における所有権の帰属」『民法講座（5）』（1985年，有斐閣）470頁，後藤・前掲182頁，来栖・前掲467頁，鈴木・前掲659頁，星野・前掲261頁，水本・前掲312頁，石田『契約法』328頁，品川・前掲182頁，田山・前掲71頁，平野・前掲566頁など。
- (6) 内山・『契約法』16頁，後藤・前掲168頁，坂本・前掲466頁など。
- (7) 高橋眞「建築物の所有権の帰属」『マルチラテラル民法』（2002年，有斐閣）135頁など。
- (8) 後藤・前掲173頁
- (9) 米倉・前掲229頁
- (10) 浅井清信「請負契約における所有権の移転」浅井清信＝大阪谷公雄『総合判例研究叢書民法（22）』（1963年，有斐閣）66頁
- (11) 拙稿「建築請負契約における『完成』概念と『瑕疵』概念」明治大学法科大学院論集第7号183頁を参照。
- (12) 浅井・前掲66頁。米倉・前掲230頁も同旨。この点について，平野・前掲566頁は、「これは，担保目的の所有権を認めるのに等しく，所有権の名を借りた特殊な担保権を創造するもの」と評しているが，そのような担保方法も，合理性がある限り許容されるというべきである。
- (13) 高橋・前掲133頁
- (14) 石田穰『物権法』（2008年，信山社）350頁など。
- (15) 平野・前掲565頁以下，吉原節夫「請負契約における所有権移転時期」『契約法大系IV』（1963年，有斐閣）127頁以下，柚木馨『判例演習 債権法（2）（増補版）』（1973年，有斐閣）87頁以下など。
- (16) 内田・前掲261頁は、「定型的にそのような意思があると考えるのが妥当

だろうか。」と指摘している。なお、平野・前掲567頁は、「これは利用権もない者が他人の土地に定着させるという建物の特殊性故に当てはまるものであり、動産である商品については製作段階では請負人に帰属し、完成と同時に意思主義を貫いて引渡しを要せず、一旦請負人に帰属した完成物の所有権が注文者に移転するというべきであろう。」との説明を加えているが、意思主義とは異なる「特殊性」に説明を求めるのであれば、この論理は一貫しているといえるのであろうか。

- (17) 米倉・前掲237頁
- (18) この点について、広中俊雄『新版注釈民法(16)』(1989年、有斐閣)127頁は、「思うに、建物建築の請負においては、請負人が材料を供する場合にも、完成した建物の所有権がいったん請負人に帰属することを前提として請負人が所有権保存登記をなしうるとするのは必ずしも妥当とは考えられないが、さりとて請負代金の支払をせず(通常はその結果)引渡も受けていない注文者が建物の完成と同時にその所有権保存登記をなしうるとするのは妥当かどうかは疑わしいように思われる」としている。
- (19) 浅井・前掲67頁
- (20) 吉原・前掲12頁
- (21) 清水響編者『一問一答 新不動産登記法』(2005年、商事法務)200頁
- (22) 内田・前掲264頁
- (23) 吉原・前掲12頁
- (24) 固定資産税務研究会編『平成20年度版 要説固定資産税』(2008年、ぎょうせい)18頁
- (25) 固定資産税務研究会・前掲36頁
- (26) 栗田・前掲10頁など。
- (27) 米倉・前掲240頁など。なお、東京高判平成10年11月27日は、債務者が破産宣告を受けた場合には留置権能が失われ、商事留置権が転化した特別の先取特権と抵当権との優劣は商事留置権の成立時期と抵当権設定登記時期との先後によって決せられるとしている(『平成11年度主要民事判例解説』判タ1036号56頁以下[西口元執筆]を参照)。この問題に関する全体的な考察については、工藤祐巖「建築請負人の留置権についての若干の考察」(立命館法学271号・272号347頁以下)を参照。
- (28) 米倉・前掲246頁以下
- (29) 拙稿・前掲注(11)207頁
- (30) しかし、多くの評釈は、おおむねこの判決の結論に賛成している。新田敏『昭和54年度重要判例解説』74頁、安永正昭『民法判例百選I 総則・

- 物権（第3版）』161頁，石外克喜「評釈」判タ411号32頁，高木多喜男「附合と加工」金融・商事判例586号2頁など。
- (31) 榎本恭博『昭和54年度最高裁判例解説』37頁
- (32) 瀬川信久『不動産附合法の研究』（1981年，有斐閣）310頁。なお，瀬川教授は，判決例について「完成建物の帰属について合意のないときは，建築における両当事者の有責性と寄与の大小とを，相関的に斟酌して決めているようである。」と分析している。
- (33) 瀬川・前掲311頁は，裁判所の議論につき，「便宜的な方便に墮している」とまで評している。
- (34) 坂本武憲『民法判例百選Ⅰ 総則・物権（第4版）』155頁は，「下請人と注文者との間で所有権帰属が問題となる時には，注文者が元請負人との元請負契約で建物や建前（出来形）の所有権を自己に帰属させる特約をしている場合に下請負人はそれに拘束されるかが問題となりえた。（中略）この判決はかかる拘束性の根拠を元請負契約と下請契約の性質・関係に求めているが，この理由付けからは今後この領域で暗黙の合意の推認などの方法により246条2項にかかわらない解決が増えることも予想しうる。」と指摘している。
- (35) 鎌田薫「建築工事の一括下請と建物所有権の帰属」（判タ522号96頁）は，「このような事案においては，実質的には，YとXのいずれがより厚く保護されるべきか，あるいは，元請人の倒産による不利益を注文者と下請人のいずれが負担すべきか，が問われているのであって，Y（筆者注：注文者）の権利取得の有無を，XA間での所有権帰属をめぐる議論から演繹して事足りりとするのは，実質的価値判断を形式論理の背後に押しやることにもなり，適切とはいいがたい」と指摘している。
- (36) 鎌田・前掲101頁
- (37) 鎌田・前掲99頁。大橋弘『平成5年度最高裁判例解説』908頁なども同旨。
- (38) 鎌田・前掲101頁，加藤雅信「評釈」判タ707号70頁，湯浅道男『平成5年度重要判例解説』89頁など。なお，ここでの「履行補助者的立場」とは，下請契約の派生性あるいは従属性を表現するレトリックにすぎず，厳密な意味での履行補助者概念を援用したものではない（吉川慎一『民法法Ⅲ』（2005年，日本評論社）198頁などを参照）。
- (39) 鎌田・前掲101頁，武川幸嗣「請負契約における所有権の帰属」『民法法Ⅲ』（2005年，日本評論社）190頁など。
- (40) 山口和男＝太田剛彦「建築請負契約における完成建物の所有権の帰属」判タ610号20頁

- (41) 坂本武憲「建物建設請負契約における出来形部分の所有権帰属」『民法の
基本判例（第二版）』158頁
- (42) 坂本・前掲158頁
- (43) 坂本・前掲158頁