

建物建築請負における未完成

建物の所有権について再論

石 神 兼 文

一 はじめに

従来、請負契約における所有権の帰属および移転の問題は、請負において請負人が仕事を完成した場合、その完成した目的物の所有権を対象として論ぜられており、その結論は判例学説上大体一致した法理が固定しているものと理解されている。しかるに、筆者はさきに、従来ほとんど問題とされていなかった完成前の目的物（未完成建物）の所有権帰属を取りあげて考察を加えてきた。^(一) その際、別の機会において論及することとして残された問題点、その他立論の十分でなかった点もあり、また拙稿に対する木村常信教授その他から教示もうけたので、更に本問題について前稿とは異なる視点から考察するとともに、所有権帰属についての理論構成を試みたいと思う。なお本稿における研究の対象は前稿におけると同じ民間の、建物建築請負に限定して考察をなすこととする。

注 (一) 独立の建物といえる程度について、広瀬武文・借地借家法コメンタール五頁

二

1 前稿において、工事完成後の建物でなく、完成前の出来上り部分としての建物の所有権を取りあげたのは、次の理

由によるものである。請負における仕事の中途において、当事者の責に帰すべき事由、もしくは当事者の責に帰すべからざる事由によって工事が中止になった場合、工事の既済部分の所有権が請負当事者のいずれに帰属するかという問題は、実際の処理の上において、また理論的にみても幾多の重要な問題を含んでいるにもかかわらず従来ほとんど論ぜられていないからである。従来の判例学説の見解からすると、完成前の建物の出来上り部分は、まだ独立の不動産としての建物とみなされない単なる材料の組立てにすぎないから、その所有権はその材料の供給者に属することは当然のこととして特に問題とされていないようである。この考え方は、請負契約一般についての抽象的理論としては理解されるが、建物建築の請負については必ずしも当事者の意識に妥当すると思われなし、また建物建築の請負における実際の処理の理論として適当でないように思われる。

完成前の建物の所有権が問題となるのは、工事の途中において、請負契約当事者相互の間において、また、工事途中当事者の一方と第三者との間において、出来上り部分の建物をめぐって紛争が生じた場合である。

(1) まず請負当事者相互間で問題となる重要なものは、工事の完成前に当事者の意思による契約解除によって工事が中止になった場合と、^(二)当事者の責に帰すべからざる事由で工事完成前に目的物が滅失毀損したときである。

① 前者の場合、契約解除後の後仕末として、すなわち中止せられた工事の出来高部分についての所有権の帰属が問題となる。前稿においてはこのことを取りあげて、解除後における未完成建物部分の所有権は、請負人にあらずして注文中に属すると解釈することが、建物請負の性質よりして、もつとも当事者の意思に則した理論構成であることの論証を試みた。

② 後者の場合は、当事者の責に帰すべからざる事由によって建物の出来上り部分が滅失毀損した場合の危険負担の問題である。わが国の民法においては、危険負担は原則として債務者主義を定めており、所有者主義をとっていないが、危険の負担者をきめるについては所有権の所在が重要な要素となることは学者によって指摘されているところである。^(三)請負における危険負担についても、目的物の所有権が請負当事者のいずれにあるかということが重要な関連をもっている。本

稿における四章において、この請負における危険負担という問題を通じて、完成前の建物の所有権が注文者・請負人のいずれに帰属するかというテーマについての探求をすすめることとする。

(2) 請負当事者の一方と第三者との関係において、未完成建物の所有権の所在が問題となるのは次の場合である。

① 請負人の債権者が請負工事途中の未完成建物を差押えた場合、^(四)また請負人が破産した場合である。請負人の債権者がその債権実現のためには、換価の困難な工事目的物を差押えることよりも、換価の容易な請負人の報酬請求権を差押えることが通常行われるので、ここでは請負人が破産した場合を考える。破産法によれば、破産管財人は請負関係を破産財団に取込むことによって工事を継続し、仕事の報酬請求権を破産財団帰属させることとなるが(破六四条)、工事の続行が不能となった場合には、出来上り部分たる未完成建物の所有権が破産財団に組入れられるか、または注文者の所有として破産財団から除外されるか問題となる。未完成建物が請負人の所有に帰属すると従来の考え方に立てば当然破産財団に組入れられることになるが、破産者の効率的財産清算という破産法の趣旨よりすれば、差押の場合と同じく換価の困難な未完成建物を取入れるよりは、請負人が注文者に対する報酬および費用の請求権を財団に帰属させるべきこととなる。すなわち未完成建物の所有権は注文者に帰属させることが妥当な解釈といえよう。

② 注文者の債権者が工事途中の未完成建物を差押えた場合、また注文者が破産した場合はどうか。注文者の債権者が未完成建物を差押えることは①の場合と同じく問題とならないが、注文者が破産した場合について、民法は、請負人又は管財人に契約解除権を与え、請負人が既にした仕事の報酬および費用の請求について破産財団の配当に加入することを認めている(民六四二条)。このことは前稿において述べたように未完成建物の所有権は注文者に帰属すると解すべきことの根拠となる。^(五)

③ 次に工事途中の未完成建物に対する違法侵害者に対する物権的請求権、または不法行為に基く損害賠償請求権の所在が問題となる。違法侵害者に対し妨害排除請求等の権利を行使しうるのは被侵害目的物の所有権を有する者である。し

かし請負人が所有権を有するとしても注文者は特定物債権者として債権者代位権の行使が認められる一方、注文者が所有権を有する場合でも請負人は占有権に基く占有訴権が認められるから、いづれの側に所有権があるとしても請負人・注文者双方に物権的請求権があることとなる。

未完成建物を第三者が滅失毀損したとき、その不法行為者に対する損害賠償請求については、物権侵害のみでなく債権侵害も不法行為となるから、^(六)所有権が請負人・注文者のいずれにあるかを問わず、双方に対する不法行為とし損害賠償請求権を取得する。ただその場合、未完成建物の滅失毀損によって現実に損害をうけるのは、当事者の間で不可抗力による損害すなわち危険を負担する方であるから、後述の危険負担の問題と関連することになる。

2 請負工事の完成前に、未完成建物について、契約の当事者と第三者との関係が生じた場合、請負人にとっての利益は、出来上り部分たる未完成建物の所有権についてよりも既になされた工事の報酬または費用の請求権であるのに対して、注文者にとっての利益は、工事を続行して未完成建物を完成させるか、もしくは、自らの所有として他に転用するか撤去することである。注文者にとってはその未完成部分の所有権が注文者自身に帰属していることが利益保護となるが、請負人にとってはその所有権の帰属は利益とまらない。

注(二) 東京地判昭和三四・二・一七(下級民集一〇卷二号二九六頁)末弘・債権各論六九七頁

(三) 甲斐道太郎、注釈民法(13)債権(4)五三四条―五三六条前注、二八五頁

(四) 荒井八太郎、建設請負契約論九〇六頁

(五) 拙稿、鹿大法学論集第二号六九頁

(六) 加藤一郎、不法行為(法律学全集)その他

1 請負における目的物の所有権の帰属は、既存の物(動産、不動産)についての所有権の所在を問題とすると異なり、新たに造出された物について所有権が原始的に発生するものである。特に建物請負にあつては、工事によって造出された完成物が建物という不動産の成立であるだけに、その所有権の帰属が理論的にも、実際的にも重要な問題となる。ところが前稿において述べたように、従来の判例学説では、完成された目的物についてその所有権の帰属が論議されてきている。しかし、建物請負においては、工事完成前、注文者、請負人当事者間において、また当事者と第三者の間において、完成前の出来上り部分の所有権をいずれに帰属せしめるべきか問題となる場合の多いことは前章において指摘した通りである。

2 未完成建物の所有権帰属をきめるには、完成した建物の所有権の帰属について従来の判例学説の説く論理を手がかりとして考察を進めてみよう。

判例通説は、完成した請負目的物の所有権は材料の提供者に帰属することを原則とするから、通常請負人が材料を供給する一般の請負においてはまず請負人に所有権は帰属することになる。ただし、特約ある場合または請負代金を完済したときは、注文者が材料を提供したとみて目的物の所有権は注文者に属することを認める。この理論よりすれば、未完成建物の所有権について、請負人が材料を供給する普通の建物請負の場合は当然請負人の所有に帰属することとなる。ただし、注文者が完成前に請負代金を完済したとき、または未完成建物の工事代金を完済したときは、材料を注文者が供給したものととして、注文者に帰属すると認められることになる。^(七)

3 この判例通説の見解に対しては、小數説の立場から次のように問題点が指摘されている。^(八)

(1) 一般に請負の概念で把握されている契約には、売買の要素と、労務供給の要素とを含んでいる。ところが従来の判例通説は売買的要素に重点をおいて解釈されてきたが、建物建築請負については、請負人が材料を提供するが売買の性質をもたない、すなわち目的物が代替物でないという特殊性にもとづいて解釈する必要がある。

(2) 建物建築請負における目的物は、注文者が所有権または借地権をもっている土地の上に建設せられるが、請負人が

工事のために敷地としてその土地を使用することは請負契約によって認められるとしても、建造物を所有するための土地利用の権限はもたない。当事者間に土地使用についての特約がなければ、請負人所有の建造物（完成建物にせよ、未完成建物にせよ）は不法占拠のものとならざるを得ない。

(3) 代金支払について従来の判例通説の理論では後払を原則としているが（民六三二条）、今日における請負取引の実際は、数回の分割支払の方法によって、着工から完成までの間に相当部分または全額が支払済になっているのが通常である。したがって従来の理論では例外とされていたことが、実際の請負においてはむしろ原則となっており、材料提供が注文者によってなされた場合と同じく、建造物の所有権は、はじめから注文者に帰属すると認められる。

(4) 従来の理論が目的物の所有権を請負人に帰属するとなした根拠の一つは、後払を原則とする請負代金債権の確保という作用をもつとされているが、代金支払が分割払または前払が原則である実情からするとその必要性も弱く、また、代金支払が延期あるいは未払の場合でも、同時履行の抗弁権や留置権とともに保証人を立てさせるとか、新築建物に抵当権を設定するなどの他の担保方法がとられるのが実情のようである。^(九)

(5) 一般に、請負契約書の記載事項は標準請負契約約款に基づいているが、通常建物の所有権の帰属について特に規定することはない。しかしその記載事項の重要部分は、前述のように所有権の帰属よりは代金支払の確保であって、建造物の所有権が引渡までは請負人にあるという意思は推認されない。むしろ当事者の意識は、従来の建物建築請負の取引慣行からして、注文者に所有権が帰属するという意識が一般的であると認められる。^(一〇)

4 従来の判例通説の見解は、上述の小数説が指摘するような難点があり、今日の建物建築請負の実情にあわない形式的な理論であるといえよう。しからは、未完成建物の所有権の帰属という本題について、取引の実情に密着し、かつ当事者の意思に適合する法理論はどのように構成したらよいであろうか。

未完成建物の所有権の帰属をきめるには、まず、未完成建物についての所有権の法的性質を明かにしなければならぬ。

従来の判例学説で問題とされている建物の所有権は、完成した独立の不動産としての建物についてであり、その所有権の所在および帰属・移転の時期を把握することが必ずしも困難ではない。しかるに本稿において問題とする未完成建物の所有権についてはその所在の把握が容易ではない。^(二二) けだし、その所有権の客体たる未完成建物の存在が、工事開始間もない基礎工事の段階から、独立の建物としてみなされる建造物以前の段階までの工事過程における出来高部分であつて、一定しないからである(ただし、この時には、敷地と離れて別個にその独立性を識別することができるものでなければならぬ)。したがつて、特定した存在をもつ物についての所有権とちがつて、工事の進行とともに新しく形成されていく出来上り部分(未完成建物)に対する所有権は、次のような特殊な性格をもつものである。

未完成建物の所有権が問題となるのは、工事が未完成のまま中止された場合である。請負契約による工事が順調に進捗して建物が完成してしまえば、完成前の出来上り部分についての所有権が問題となる余地はない。ところが、工事の完成前に、建物が未完成のまま工事中止になり(当事者の責に帰すべき事由による場合と責に帰すべからざる場合とを問わず)、請負契約当事者間の関係を清算しなければならぬ場合、また第三者との関係が生じた場合、その段階までの出来上り部分についてその所有権がはじめて問題となるのである。

一般に、建物建築請負工事においては着工した最初の基礎工事の段階では、その上に独立の所有権を認めることはできないから、その工事部分は附合によつて土地の構成部分となるが、工事が進行して後にその出来上り部分が土地とは別個な独立性を識別することができるようになると、独立の所有権の客体となりうる(農地の小作人がまいた微少な種子が最初は土地の構成部分となつて独立して所有権の客体となりえないが、後にこれが成長して独立性を識別し得るに至ると小作人の所有権が認められるようになると同じように理解することができよう)^(二三)。ただし、工事が順調に進行している間はその出来上り部分(動産)についての所有権は潜在したままで、建物が完成するとともに、不動産たる建物の所有権に転換移行していく。ところが、完成前に工事が中止となり、それまでの出来上り部分が独立の取引の客体となりうる建造物と

なっている場合には、それについてのこれまで潜在しつついた所有権が顕在化して、その所有権の帰属が問題となるのである。すなわち、工事が中止されるまでの出来上り部分についての所有権は、潜在的・所有権という概念で理解することができよう。

5 未完成建物の潜在的・所有権が顕在化して何人かに帰属を確定しなければならぬ時に、その帰属を判断する基準となるものは民法の規定に求めることはできない。従来の学説には、注文者と請負人がともに材料を提供した場合に、附合に関する規定（民二四二条—二四四条）によって、目的物は主たる材料の供給者の所有とするもの^(一四)、加工に関する規定（民二四六条）によって所有権の帰属を説く学説もあるが、^(一五)いずれも一般請負の目的物についての形式的理論であって、建物建築請負の特殊性に基づいたものとはいえない。本題の未完成建物の所有権については、建物建築請負の特殊性に基づく取引慣行、契約書の約定、当事者の意思に求められるべきである。

(1) 請負取引の慣行については、必ずしもはっきりした慣行はないようである。請負業者の立場からすれば、所有権が注文者に帰属することになると、工事代金回収上不利な立場におかれるので、材料支給の有無にかかわらず、所有権は請負業者にあるとする考えが一般的であるとする^(一六)。しかし今日の請負取引の実情では、請負代金は着工から完成までの間に全額または相当部分を支払済になっておるのが原則であるとされる^(一七)から、従来の判例通説の見解よりしても、材料を注文者が供給したものとみて、目的物の所有権は注文者に帰属するとみるのが一般的であろう。

(2) 契約書の約定については、今日一般に請負業者が建物建築を請負う場合には、中央建設業審議会作成の建設工事標準請負契約約款、または四会連合協定工事請負契約約款に準拠して契約内容を取決めているので、ここではこれらの標準約款の条項についてみてみることにしよう。約款では建造物の所有権の帰属についてとくに一般的の規定はないが、契約を解除した場合における工事の出来形部分に関する所有権について次の規定を設けている。

① 建設工事標準請負契約約款第三八条二項「前項の規定により契約を解除した場合において、工事の出来形部分で検査に合格したものは甲（注文者）の所有とし、甲はその出来形部分に対する請負代金相当額を支払わなければならない

い。」

② 四会連合協定工事請負契約約款第二八条一項「契約を解除したときは、工事の出来形部分と検査済の工事材料（有償支給材料を含む。）を甲に引渡すものとして、甲、乙、丙が協議のうえ清算する。」^(一八)

①の約款を、業界では所有権は請負業者にあることを規定したものと解するようであるが「検査の合格」を決定するということは注文者の行為であつて、請負人にある目的物の所有権を注文者に移転する意思と解すべきでなく、前述した潜在的所有権が顕在化する時の所有権の範囲を限定するものと解することが適當であろう。また一般民間の請負にあつては、出来形部分を検査して可否をきめるといふことはしない。②の約款の「工事の出来形部分を甲に引渡す」という文言は所有権移転行為でなく、引渡の通常の意味にしたがつて占有移転と解すべきであろう。すなわち①②の約款の条項を文字通りに解釈すれば、請負契約を解除したときは、それまで潜在していた工事の出来形部分についての注文者の所有権が顕在化して、その建造物を所有者たる注文者に引渡さなければならぬと解釈すべきものと考えられる。この解釈を明確に契約約款に規定する次のような例もある。^(一九)

東京電力株式会社工事契約書第一七条「工事的物の所有権は、乙（請負業者）がすべての工事材料を提供した場合であつても、工事の進捗に従いその程度において当然甲（注文者）に帰属するものとする……」

(3) 以上のように請負取引の慣行から、また請負契約約款の規約例から、未完成建築物の所有権は注文者に帰属するといふ当事者の意思を推認することができるが、その旨の当事者の意思は、より本質的には、建物建築請負契約の契約自体のうちにある合理的な根拠を求めることができる。下級審であるが、この法理を明確に説示している次の判決がある。

東京地判大正八年一月二五日（^{評論九卷}民六七四頁）「請負人カ自ラ総テノ建築材料ヲ支出スル場合ト雖モ請負人ハ自ラ其建物ノ所有権ヲ取得スル目的ヲ以テ請負ヲナスニ非スシテ専ラ注文者ニ其所有権ヲ取得セシムル目的ヲ以テ其請負契約ヲ為スヲ普通トスヘキカ故ニ特別ノ事情ナキ限り其建物ハ出来スルニ随テ注文者ノ所有ニ帰属スヘキモノト解スヲ相当ト

ス」

また岡村教授は「物ノ製作請負ノ場合ニ注文者ハ製作物ノ所有權ヲ取得スル為メ、請負人ハ之ヲ取得セル為メ契約スルモノナレバ、特別ノ事情若クハ特約ナキ限り請負人ハ製作物ノ所有權ヲ取得スルコトナク、注文者カ原始的ニ其所有權ヲ取得スヘキモノト解スルヲ妥当トス。而モ尚ホ暗黙ノ間ニ其合意アルモノト認ムルヲ相当トス」とされるが、この製作物の所有權についての法理は、未完成建築物の所有權の帰属についてもそれは注文者にあるとする根拠となるであらう。また判例通説は、請負代金の全額あるいは出来形部分相当の代金を支払ったときは、注文者の所有に帰属すべき暗黙の合意があるものと推測するが、当事者の意思は、「注文者が代金を払ったから所有權が注文者に移転する」と解するよりも「注文者に所有權があるから相当代金を払う」と解することがより現実的であると考える。

このように、建築物の建築請負にあつては、請負人は注文者の土地の上に、注文者のために建築工事をなすのであるから、最初からその出来形部分についても、これを所有する意思はないと解することが請負契約の性質からみてもっとも合理的な解釈であると考えられる。したがつて通説の立場に立つ学者も、立法論としては、工事目的物の所有權は材料供給のいかにかわからず、すべて注文者の所有とすることを提称されるのである。^(一一)

注(七) 東京地判昭和三四・二・七(下級民集一〇卷二号二九六頁)

(八) 吉原節夫・請負契約における所有權移轉時期、(契約法大系IV)一三〇頁

(九) 我妻栄・債權各論中卷二六一七頁

(一〇) 岡村・債權法各論四一六頁 加藤・民法教室債權編一二〇頁

(一一) 荒井・前掲書九〇五頁は「現在では特約なき限り、材料支給の有無にかかわらず、所有權は請負業者にあるとする考
えが一般的である」とされる。

(一二) 有地亨・建築中の建築物の讓渡と對抗要件(不動産判例百選)四二二頁

- (二三) 舟橋諄一・物権法(法律学全集) 三六八頁
- (二四) 鳩山・債権各論五七七頁 末川・債権各論二七六頁 戒能・債権各論三〇七頁
- (二五) 末弘・債権各論六九七頁 浅井清信・請負契約における所有権の移転(民商雜誌七卷一号) 五三頁
- (二六) 荒井・前掲書九〇五頁
- (二七) 吉原・前掲書一三二頁
- (二八) 荒井・前掲書九〇五頁
- (二九) 荒井・前掲書九〇六頁
- (三〇) 岡村・債権法各論四一三頁
- (三一) 荒井・前掲書九〇七頁

四

1 工事完成前の問題として、請負の目的たる未完成建物が、当事者の責に帰すべからざる事由によって滅失毀損した場合の危険負担の問題がある。民法第五三四条以下で規定している危険負担というのは、双務契約より生じた相対立する対価的債務の一方が不可抗力によって履行不能になった場合に、他の対価的債務が存続するか消滅するか、ということに關するのであるが、今日建設請負契約に關して「危険負担」ということばで問題とされているのは、そのような問題ではない。それは、請負工事の施工中にあるいは仕事を完成した後、目的物が天災など不可抗力による滅失毀損、または物価労働の変動など、当事者の責に帰すべからざる事由による工事の増加費用を、注文者、請負人のいずれが負担するかの問題を称するのである。すなわち請負にいわゆる危険負担は、履行不能の問題ではなく、履行可能な工事について工事費用の増額を請求し得るかどうかであり、工事自体は履行可能を前提とし、その限り請負人は仕事完成義務そのものを免除さ

れるものではない。故に、これに対して民法第五三四条以下の適用を論ずる余地はなく、むしろ請負契約の本質から論ずべき問題である。^(二二二)

2 民法上の請負は、請負人が仕事を完成することを目的とするものであるから、仕事の完成前に目的物が滅失毀損した場合には、請負人の責に帰すべき事由によるとその責に帰すべからざる事由によるとせず、請負人は仕事を完成しなければならぬ。すなわち、わが国の民法の請負の法的構成においては、請負人がすべての危険を負担するのを原則とする。このことは、近代私法体系における請負契約が、他の契約一般と同じく予め予測される経済的価値の上に成立することが要請されるのであるから、注文者は仕事に要する費用全額、また仕事に予測される危険とその損害額は常に予期されるべきことであり、したがって当初の契約金額に含めるべきものである、ということになる。^(二二三) いわゆる定額請負の原理がそれである。

ところが、わが国の慣行的建設請負は、このような厳密な意味の定額請負ではない。通常の建物建築請負は、その外形においては請負人は一定の金額で仕事の完成を約するという定額請負である。しかし、従来の請負慣行における実質的内容においては、必ずしも請負人は危険を負担してないのである。工事施工中において請負人の責に帰すべからざる事由によって、完成前の仕事の既済部分について損害が生じた場合、または物価労銀の変動などによって工事費用が増加した場合には、設計変更・追加工事などの名目によっていわゆる値増しが行われ、結局注文者が危険を負担するのが通例である。

わが国の請負慣行が、このように近代的な定額請負方式とは別種の精算方式をとっていることについて、川島教授はその社会的原因として次のように指摘して説明されている。^(二二四) わが国の慣行的請負は、とくにわが国請負の主要部分をしめる官庁請負においては、発注者たる官庁と請負業者との間が非近代的な主従関係であったので、契約締結の時に非近代的なあいまいなしかたで請負金額を決定しておき、あとになって工事の結果損害によって費用が増加したときは業者の嘆願と

発注官庁の恩情によって損害を負担してもらっていた。

ところが、このような官庁の恩恵的な実費精算方式が、民間の工事請負についても同じような慣行となって今日に至り、権力的関係の全くない一般民間の建物建築請負においても、契約できめた請負代金が、請負人の責に帰すべからざる事由によって工事費用の増加となったとき、すなわち危険は注文者が負担するのが慣行となっている。また危険負担に関する約款を含む請負契約もそのようである。四会連合協定工事請負契約約款第一七条は不可抗力による損害について次のごとく規定する。

(一) 天災その他甲、乙いずれにもその責に帰することのできない不可抗力によって、工事の既済部分、検査済の工事材料（有償支給材料を含む。）について損害を生じたときは、乙は、事実発生後すみやかにその状況を甲に通知しなければならぬ。

(二) 前項の損害で重大なものについては、乙が善良な管理者の注意をしたと認められるときに限り、甲の負担としその損害額を甲、乙、丙が協議して定める。

(三) 火災保険その他の損害をうめるものがあるときは、それらの額を損害額から控除したものを前項の損害額とする。この約款は、一定の不可抗力的損害を注文者の負担とし、請負人にその権利を認めているのであって、このことは極めて重要な点であるといわなければならない。民法のとる近代的な定額請負方式が漸次強くなってきている建築請負において、このような注文者の危険負担が慣行としてとられ、また標準請負約款の規定として定められていゆことは、現実的かつ積極的な意味をもつものといわなければならない。

3 それでは、請負における危険を注文者が負担することの合理的根拠は何か。その法理論的根拠づけがなされなければならない。内山教授は、請負における雇備ないし委任の要素を重視して、無過失損害賠償責任における企業責任と似た理論が展開されるべきであること、そして無過失責任論の根拠である報償責任、危険責任、原因責任、具体的公平主義などの理論が、

この場合の理論的根拠づけを考える参考となるのであろうことを指摘される。(二五)

おもうに、請負において不可抗力によって生じた損害すなわち工事の増加費用は、当事者の何人かが負担しなければならぬ。ところが損害発生について過失のないものに損害を負担させるとなると、民法の請負契約の性質から請負人が負担すると形式論理的にきめることも適当でないし、また實際上それではあとの工事の施工もうまくいかないであろう。そこで両当事者の話し合いで半分ずつ負担するくらいが穏当なところである。(二六)

建設業法では、その点の争いを防ぐために、契約の中で、「天災その他不可抗力に因る損害の負担に関する定」をおくべきこととしている(建設業法一九条六号)。しかし、前述標準約款にみるように危険を請負人が負担する場合、その法的関係の理論的根拠づけはなされなければならない。

筆者は、内山教授があげられた責任根拠の他に、建物請負契約の特殊性より考慮して目的物に対する所有者負担主義が考えられるべきことを主張する。元来、危険負担は物の売買について発達したものであるが、当事者が契約関係にはいる以前にその物が不可抗力で滅失毀損したときは、その損失は物の所有者としての売主の負担に帰すること「事変による損害は所有者が負担する」ことはいうまでもない。逆に契約の履行が完全に終わった後に生じた物の危険は、今や所有者となった買主が負担することも当然である。ところが売買契約においては諾成契約であるために、買主が完全な所有権を取得するに至るまでにさまざまな段階を経る。このように、契約成立から履行の完了までの間のある時点において、対価危険の負担者が移転するのである、その時点をどこに求めるかによって学説が分れるのである。(二七)

危険負担についての本来的な所有者負担主義(売買における所有者危険負担主義でなく)の法理論が、請負における危険負担についての一つの根拠として考えられると思う。既にみてきたように、建物建築請負にあつては、売買的要素よりも労務提供的要素が主であるとして、本来目的物の所有権は当初から注文者に帰属する。すなわちその潜在的な所有権は、材料供給者がいずれであるとせず、注文者に帰属するという筆者の理論に立つて考えるならば、請負における危険は目的物たる建造物についての所有者たる注文者においても負担しなければならないことが、一つの根拠となるということができよう。

注(二二) 川島・建設請負契約における危険負担(契約法大系Ⅳ) 一三四頁

荒井・前掲書六〇五頁

内山・民法演集Ⅳ請負一四八頁

加藤・前掲書一二一頁

甲斐・前掲書五四三条解説三〇二頁

(二三) 川島・前掲書一五三頁

(二四) 川島・前掲書一三九頁

(二五) 内山・前掲書一五一頁

(二六) 加藤前掲書一二二頁

(二七) 甲斐・前掲書前注二八五頁

正 誤 表

頁 行 誤

正

献呈のことは八行

真理探究

真理探究

三頁七行

破産財団帰属させる

破産財団に帰属させる

五頁一行

問題とすると異なり

問題とすると異なり

三十二頁十二行

判例

判例

三十三頁後四行

考えるべきである。

をとる

三十八頁後二行

是認すべきものを考える

すべきものと考える

四十一頁二行

回答書によったので、

よったのでは、

四十七頁十行

判決①を採用した

を援用した