

請負契約における

完成前の建物の所有権について

— 建物建築請負の解除における非遡及効 —

一 問題の提起

石 神 兼 文

1 請負契約において、完成した目的物の所有権の帰属ないし移転の問題は、古くから判例、学説において論及せられてきた。それは、材料の供給者が注文者であるか請負人であるかによってその態容は異なるが、その結論において判例・通説は次のように大体一致している。すなわち、(1)注文者が材料の全部を供給した場合は、目的物の完成と同時にその所有権は注文者に帰属する。(2)請負人が材料の全部を調達した場合は、一旦請負人が目的物の所有権を取得し、引渡によって注文者の所有に移転する。(3)注文者も請負人もともに材料を供給した場合は、目的物の所有権は、附合に関する規定(民二四二条—二四四条)によって主たる材料の供給者のものとなり、あるいは、加工に関する規定(民二四六条)により所有権は請負人に帰属する。(4)請負人が材料を供給した場合でも、特約によって、完成した目的物の所有権を原始的に注文者に帰属させることも有効であるのみならず、特約が明示されていなくても、完成前に約定請負代金全部の支払を完了したときは、所有権は原始的に注文者にあるとする暗黙の合意が推定される。^(二)

以上のような見解に対して、材料の全部または主要部分を請負人が供給した場合でも、明示または黙示の特定なき限りは、所有権は目的物の完成と共に原始的に注文者に帰属すると説く少数説がある。この見解は、契約当事者の意思に合致すること、取引の実情に適合すること、また物権変動の理論からみても論理が一貫していること、等の根拠からして近時

有力に主張されてきた。

2 判例および通説の見解は、請負契約一般について、完成した目的物の所有権の帰属を抽象論的に問題としているのに対し、少数説は、主として、建物建造の請負契約について、取引の実情に即応する現実的理論として合理性を有するものと考えられる。

わが民法は、請負を、仕事の完成を目的とする典型契約の一として規定しているが、請負の内容たる「仕事の完成」という概念の中には、売買の要素と、労務供給の要素すなわち雇傭もしくは委任の要素とを含んでいる。^(三)ところが、従来の判例・通説は、請負契約一般について売買的要素に重点を置いて請負の問題を解決しようと試みてきた。これに対して、土木および建物建築の請負は、注文者の所有地もしくは借地の上に施される工事の性質上、むしろ雇傭または委任の要素を多く含むことに重点を置いて合理的説明を試みたものが、少数説の見解であるといえよう。

3 しかし、いずれの説においても、完成した目的物について、すなわち、建物建築請負の場合、完成した独立不動産としての建物について、その原始的所有権の所在を問題としているのであって、完成前の建物（独立した不動産とみなされない出来上り部分）の所有権の帰属についてはほとんど論及されていない。その理由は、材料の供給者が注文者であっても、あるいは請負人の場合でも、完成前の出来上り部分は、単なる材料の組立てにすぎないのであるから、その所有権は材料の供給者が有することは当然のこととされることからくるようである。^(四)

ところが、土木、建物建築の請負において、工事の完成前に工事が中止せられ、または解除された場合、工事の既済部分の所有権の帰属については、当然材料の供給者のものであると単純に結論することは、理論的にも、また実際の処理の上においても問題があると思われる。そこで本稿は、一般市民生活における請負契約において最も重要な分野を占める建物建築請負について、工事完成前に契約が解除せられた場合、その未完成の建物部分の所有権はいずれに属するかという従来ほとんど論及せられていない問題の解明を試みることによって、建物建築請負の特殊性を明かにするとともに、完成建

物の所有権の帰属についての理論にも一の論拠を提供したいと思うのである。

4 完成前の建物の所有権の帰属が問題となるのは、その工事が完成前に契約解除された場合、その解除の効果、すなわち解除後における請負当事者間の後始末として、工事の出来高部分の処置が、工事費の清算、損害賠償の支払と共に解決しなければならぬ場合である。

ところで、請負契約の解除は、契約当事者一方の債務不履行を原因とする解除の他に、民法は、請負に特有な解除原因として、注文者の損失補償を要件とする任意の解除（民六四一条）、および注文者の破産の場合の請負人または破産管財人の解除（民六四二条）について規定を設けている。次に債務不履行による解除の場合と、民法に特有の解除原因による解除の場合とを章に分けて考察する。

（一）判例について、浅井清信・請負契約における所有権の移転、総合判例研究叢書民法⁽²⁾

学説・判例の整理紹介、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一二一頁以下 柚木馨・請負と所有権移転の時期、判例演習（債権法2）八〇頁 我妻栄・債権各論中巻〔六一六頁 内山尚三・建築請負と建物所有権の帰属、ジュリスト続判例百選（三）八〇頁

（二）東地判大正八・一一・二五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ソノ建物ノ所有権ヲ取得スル目的ヲ以テ請負ヲ為スニ非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ツテ注文者ノ所有権ニ帰属スヘキモノト解スルヲ相当トス」岡村玄治・債権法要論（各論）一五二頁、加藤一郎・民法教室債権編一二〇頁、吉原節夫・前掲書一三〇頁以下、および請負建築家屋の売買と所有権、ジュリス不動産取引判例百選48 内山尚三・前掲書および民法演習Ⅳ（債権各論）一一請負 柚木馨・前掲書 なお大審判明治三七・六・二二（民録一〇輯八六一頁）の上告理由中に同旨を主張するものあり「上告人ハ請負人ナル被上告人カ注文者ナル上告人ノ為メニスル意思ヲ以テ上告人ノ地上権ヲ有スル土地ヲ敷地トシ之ニ請負ノ目的

物ナル家屋ヲ完成スル為メニ材料ヲ定着セシムル時ハ之ト同時ニ諸物件ノ所有權上告人ニ移転スルモノト思料ス何者請負人ナル被上告人カ其材料ヲ使用地上ニ定着セシメタル行為ハ之ヲ以テ上告人ノ所有トナスノ意思表示シタルモノニシテ……」

(三) 津曲藏之丞・請負契約の研究・法学一四卷三号一八頁 我妻前掲書六一〇頁

(四) 大審判明治三七・六・二二民録一〇輯八六一頁「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クル請負ヲ為

シタル場合ニ於テ仕事ノ結果土地ニ附着セシムルヤ否ヤ当然其所有權カ土地ノ上ニ權利ヲ有スル者ニ移転スルモノニ非シシテ建物又ハ工作物ノ所有權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……」

浅井・請負契約における所有權の移転(一) 民商法雜誌七卷五八頁、注文者が建築の基底たる土地を提供し、請負人が材料のすべてを供与して建物の建築を請負う場合に、その土地と材料又は完成された建物自体との間に附合の原則が適用されるかという問題の設定において、これを否認して判例の見解を支持する。

二 債務不履行による解除の効果

1 請負契約における債務不履行は、請負人の不履行と注文者の不履行があるが、まず請負人の側における債務不履行の場合についてみる。請負人が、契約によって定められた竣工期限内に完成の見込がない場合、あるいは設計通りの仕事
がなされていない場合等、請負人が契約の本旨に従った仕事を誠実に実行しないとき、または、請負人の企業倒産により
工事継続が不能になったときは(請負人が破産の場合については破産法六四条参照)債務不履行の一般原則に従って注文
者に契約の解除權が認められることはいうまでもない(民五四一条)。

2 一般に契約解除の効果は、契約自体から生じた法律効果が解除によって遡及的に消滅することである(直接効果説)。
したがって、解除をした当事者が、その契約によって、相手方に負担していた債務をまだ履行していないときは、履行す

る義務を免れる。また、右の当事者が、解除前にすでに履行しているときは、その返還を請求することができるし、あるいは、債務者から解除前にすでに一部の履行または不完全な履行をうけているときはこれを返還しなければならない（解除の原状回復義務―民五四五条）。ところが、この契約解除の遡及的效果は、雇傭または委任の解除についてはその適用が拒否されるが（雇傭については六三〇条、委任については六五三条において解除の非遡及効を規定する民法第六二〇条がそれぞれ準用される）、請負については解除の遡及效果は否定されていない（請負にあっては民六二〇条の準用規定はない）。従って、請負契約が解除されると、解除の原則的效果によって、契約から生じた效果は遡及的に失効し、請負当事者は相互に原状回復の義務を負うことになる。すなわち、仕事の完成前に請負契約が解除せられると、注文者は請負の目的物に對してその報酬を支払う債務が消滅し、請負人も目的物を完成して注文者に引渡すべき債務が消滅する。すでに注文者が報酬の一部を支払済みであったとき、また請負人が目的物の一部を引渡していたときは、当事者はその受けた給付を相手方に返還しなければならない。かくの如き契約解除の遡及的效果は、民法第六二〇条の準用規定をもたない請負の解除については、まさに文理的に正当な解釈である。しかも、売買の要素の強い製作物供給契約の解除においては、実際上も明かに妥当する。⁽¹⁾

3 しかし、本稿における検討の対象として限定した建物の建築請負契約が解除された場合、このような解除の遡及的效果が同じように全面的に適用されるだろうか。いま、請負人の債務不履行に基いて建物完成前に注文者が解除した場合、契約解除の原則的效果の遡及効によって処理するならば、注文者の所有地（もしくは借地）の上に建造された未完成の建物を、請負人はその原状回復義務により取去しなければならぬ。この場合、解除の時までに施行された出来上り部分が、基礎工事等まだ少部分であって取去することが容易のことであろうが、工事が相当程度進捗し、あるいは完成に近い場合には、既済工事部分を取去することが甚だ困難か、もしくは取去することが、その工事に投下した材料、労力によって造成された有形的価値を破壊して無に帰せしめるといふ社会経済的損失をまぬかれないことになる。それでも、請負人の債

務不履行によって請負契約を解除した効果として、止むを得ないことであるとすべきであろうか。

4 このことの検討を進めるに当って、請負人の瑕疵担保責任の内容の一つとして民法が規定する注文者の契約解除権と対照して考えてみよう。請負人の瑕疵担保責任は、請負人が仕事を完成（契約内容を履行）した後、その仕事の目的物に瑕疵があった場合に、請負人の責に帰すべき事由によると否とにかかわらず請負人が負うべき責任であるが、民法は瑕疵修補請求権・損害賠償請求権（民六三四条）と並んで、民法第六三五条に注文者の解除権を規定する。ところが同条は但書において、「建物其他土地ノ工作物」についてはいかに重大な瑕疵があっても解除することはできないとする。その理由は、土地の工作物の完成後解除を認めることは、請負人の損失が過大となるだけでなく、瑕疵ある工作物について原状回復をさせることが、社会経済的な損失も大きいからであると説明されている。^(三)しかして、土地の工作物について契約解除を認めないのは、工事完成後における瑕疵担保責任としてである。したがって、工事が完成される以前には、債務不履行の一般原則にしたがって解除することができることは既に述べてきた通りである。^(四)判例も、工事が相当部分進行している場合においても、未完成の部分解除することは差支えないとしている。^(五)

ところが、工事完成前の場合でも、請負人の債務不履行に基く契約解除による原状回復が、過大な社会的損失を与える場合には、民法六三五条但書の趣旨に従って解除は制限されるべきであると説かれているが、このような解釈は、^(六)請負契約の解除は、請負人の原状回復義務、すなわち契約締結前の状態に戻すために既済工事部分を収去しなければならぬという、契約解除の一般的遡及効果の論理に基くものである。しかし、判例が、相当程度進行した工事について中途で解除を認めている次のケースにおいては、工事の当初からの部分を解除するものではなくして、未完成の部分についてのみ解除を認めているのであるが、この解除の効果はどのように考えるべきであろうか。

大審判大正一五・一一・二五民集五卷七六三頁、（本事案は橋梁工事の請負人から両岸の石垣工事を下請負したケースであるが建物建築請負についてもこの理論は準用される。）

(判旨) 「被告(人) (下請負人) ハ其ノ後工事ヲ進捗セシメズ且既ニ為シタル工事も設計ニ符合セズ検査ニ合格セザル不完全ノモノナリシヲ以テ積直シヲ必要トセシニ拘ラズ被告(人) ハ捨テテ顧ミズ從ツテ約定ノ竣工期限到来迄ニ到底工事ヲ完成セシムルノ見込ナカリシヲ以テ原告(人) (元請負人) ハ其期限ノ到来前自己ノ出捐ニヨリ更ニ其工事ヲ繼續シテ完成スルノ已ムヲ得ザルニ至リ……被告(人) ニ於テ今後為スベキ工事ノ部分ニ付テ……此ノ部分ノ下請負ヲ解除シタリトシテ之が為ニ生ジタル損害ノ賠償ヲ求ムルモノニ外ナラズ 以下略」

この判決は、下請負人の債務不履行により、元請負人が、仕事の未完成部分の解除をなすことを認めたものであって、契約の当初に遡って既済工事部分の徹去を命じたものではない。すなわち、契約解除の効果は、契約締結以前の原状に遡って回復するのではなく、工事の残部分について将来に向けて債務関係を消滅させたものと解すべきであろう。解除の効果をこのように解してこそ、注文者は、工事完成前ならば、契約の本旨に従わない不誠実なる請負人による工事続行を解約し、自分の手によるか、または他の方法によって工事の完成をはかることができるのである。したがって、工事が完成間近かであり、請負人の不履行の程度が些少であって、注文者の解除による利益が特に認められない場合の他は、この注文者の解除権の行使は制限をうけるべきではあるまい(民六四一条による解除と、解除権行使の要件が異なることは後述する)。

建物その他土地の工作物について、工事の完成後は、瑕疵があっても、請負人の担保責任としての注文者による契約解除は認められないが、工事が完成前であれば、債務不履行の一般原則によって解除ができること、ただし担保責任としての解除の場合に、社会経済的に大きな損失を生ぜしめてはならないとの考慮は、債務不履行による解除の場合においても生かされねばならないこと、すなわち、工事の未完成部分について解除し得るにすぎないことをみてきた。

5 請負契約によって建物を建築するということは、注文者と請負人との契約によって、建物という社会経済上の有価値財産を創造することである。そのような社会的作用を有するものである以上、たとい請負人の債務不履行によって契約解除せられた場合といえども、その契約終了後の関係については、当事者の一方に偏せず、社会経済の立場から合理的に

処理されることが必要である。例えば、賃貸借契約関係の存続中に、賃借人によって附加された建物や造作があるときは、賃貸借終了のとき、これを賃貸人に買取らせてその存続をはかる考慮がなされているが（借地法四条二項・一〇条、借家法五条^(七)）、建物の建築請負の終了においても、賃貸借の場合と同様な合理的考慮がなされるべきである。

そこで、請負人の債務不履行によって注文者が契約を解除しても、既工事の未完成建物は収去することなく存置して、これを注文者の所有とし、注文者はこの未完成建物を、自己の手により、または他の請負人と契約して工事を続行し、建物を完成することが、建物の社会経済的作用よりして最も適当な解決法であり、また実際取引の実情もそのようである^(八)。この場合、請負人は注文者に対する報酬請求権がないこと、また注文者が請負人の債務不履行によって蒙った損害については民五四五条三項の損害賠償請求権を有するとはいうまでもないが、注文者の所有に帰属する未完成建物の相当価額（請負人が解除の時点でに投下した工事費）は、公平の原則に従って注文者から請負人に清算して支払わなければならない。請負人の債務不履行による解除について、わが民法には規定はないが、スイス債務法は、請負人の費用見積りの超過を理由とする契約解除を認めて次のように規定を設けている。

スイス債務法第三七五条「請負人ト合意シタル概算見積ヲ注文者ノ関与ナクシテ不相当ニ超過シタルトキハ、注文者ハ仕事ノ実施中ノミナラズソノ後ニオイテモ契約ヲ解除スル権利ヲ有ス。注文者の土地ノ上ニ建設スル工作物ノ場合ニオイテハ注文者ハ報酬ノ相当ナル減額ヲ請求シ又ハ工作物が未ダ完成セザルトキハ既ニ実施シタル勞力ノ相当ナル賠償ヲ為シテ請負人ノ仕事ノ継続ヲ差止め契約ヲ解除スルコトヲ得。

このスイス債務法の規定は、請負人に対する工費の清算賠償をなすことによつて、注文者の契約解除権を認めたものであるが、このことは注文者が工費の賠償をなすことによつて、その工事の出来高部分についての権利が当然に賠償者たる注文者に移転したものと解せられている^(九)。（ドイツ民法も第六五〇条において同趣旨の規定を定めている）。

（一）竣工期限内に竣工の見込が立たない場合に債務不履行による解除を認めた判例 大阪控判大正六・八・三（新聞一三〇五

号)大審判大正一五・一一・二五(民集五卷七六三頁)

我妻・前掲書六四一頁 請負人の瑕疵担保責任に関する民法六四一条但書において、建物其他土地の工作物について解除を認めていないが、工事が完成される以前には債務不履行の一般原則にしたがつて解除ができるとする。

(二) 打田峻一・製作物供給契約、契約法大系Ⅳ一八〇頁、もつとも、最近の住宅分譲にみられるように、たとえば住宅をA型・B型・C型というような規格で統一し、それぞれ一定の価格を附して注文をうけ、右の規格にしたがつたもののみを建設して販売するような特殊の場合には、売買とみるのを妥当とするとされる。

(三) 我妻・前掲書六四〇頁、鳩山・増訂日本債権法各論(下)五六三頁 末弘・債権各論六九二頁 内山・請負人の担保責任、契約大系Ⅳ一六七頁 津曲・請負人の担保責任(四)法曹時報四卷九号二〇頁

(四) 東京高判昭和三六・一二・二〇(判時二九五号二八頁)は、工事の未完成か瑕疵かを如何に区別するかについての見解を次のように明かにする。「工事が途中で廃せられ、予定された最後の工程まで一応終了し、ただそれが不完全なため補修を加れれば完全なものとはならない。いう場合には、完成した仕事の目的物に瑕疵があるときに該当すべきである」

(五) 大審判大正一五・一一・二五(民集五卷七六三頁)大審判昭和七・四・三〇(民集一一卷七八〇頁)

(六) 我妻・前掲書六四一頁、もつとも、解除は制限されると解するにしても、それは、工事の進行程度と債務不履行の態様とを相関的に考えての上でそのように解釈されているわけである。

(七) 我妻・債権各論上巻三六頁、契約関係が終了した後においても、当事者は、直ちに無縁の人となるのではなく、契約関係の存続中に生じたことについての善後措置を講ずる疑務を負うこともまた信義則の要求するところであるとせられる。

(八) 吉原・前掲契約法大系Ⅳ一三三頁、T社請負規程「契約を解除したときは、工事の出来高部分は甲(注文者)の所有とし、明細書記載の単価により甲乙協議して工費を清算する」

コンクリート構造の建物については、既済工事部分を撤去してはじめてから工事をやり直すことは事実上困難であり、また

その経済的損失も甚大であるので、本文のように処置される。

(九) スイス債務法には、賠償代位制度の規定はないが、学説によって理論上認められている。(於保不二雄・債権法総論一四二頁)

三 請負に特有の解除権行使による場合

1 注文者の損失補償を要件とする解除 民法は、請負契約に特則を設けて特有の解除権を定めている。その一として「請負人カ仕事ヲ完成セサル間ハ注文者ハ何時ニテモ損害ヲ賠償シテ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」(六四一条)と規定する。注文者が必要としなくなった仕事を強いて完成させることは、注文者にとつても、社会的にも無意味なことだから、請負人に損失を蒙らせないことを条件として自由に解除することができるものとした。^(一)ドイツ民法(同法六四九条)、スイス債務法(同法三七七条)も同一趣旨の規定を設けている。^(二)おもうに、本条による解除は、全く注文者の利益を考慮した特殊のものであるから、注文者は解除に際してその旨を明かにする義務があるとともに、請負人に対しては損失を蒙らせないようにする義務がある。すなわち、解除の効果として、注文者は、請負人がすでに支出した費用と、仕事を完成したとすれば得たであろう利益(履行利益)を加えたものを、損害として請負人に賠償しなければならぬ。^(三)

この民法六四一条は、請負一般について、しかも請負人の債務不履行によると否にかかわらず、請負人が仕事を完成しない以前であれば、注文者は自由に解除ができることを認めたものであり、従つて、請負人が契約で定めた建物の竣工日まで完成する見込がないときは、注文者は債務不履行を要件としなくとも、本条によつて何時でも解除することができる。^(四)ただし、本条による解除は、債務不履行による解除と異なり、解除権を行使した注文者の側が、請負人に対して損害を賠償しなければならぬ義務を要件とするものであつて、このことに請負契約における特殊の解除権を認めた所があるのである。ところで、このような本条による解除は、請負契約における通常の解除の効果と同じく、はじめに遡

つて遡及的に失効すると解すべきであろうか。

ここでわが民法六四一条と同趣旨のドイツ民法六四九条をみるに、同条は「注文者ハ仕事ノ完成迄ハ何時ニテモ契約ヲ告知スルコトヲ得」とあり、告知 (Kündigung) の語を用いている。しかして、告知の効果は、将来に対して契約を解消せしめるのであって、通常の解除 (Rescission) の如く遡及的がないと判例・学説は解する。⁽¹⁵⁾ このドイツ民法における告知の効果は、それと同一趣旨の制度を認めたとわが民法六四一条の解除の効果についても同じように解釈することができよう。次に、注文者は、本条による解除をするときは、請負人に対して損害賠償をしなければならぬが、請負人が、損害すなわち完成前の目的物に対してすでに支出した費用を注文者から受取ったときは、債務不履行による損害賠償ではないが、民法四二二条の賠償者の代位の規定が準用されると解される。けだし、その未完成の目的物をなお請負人に帰属させておくことは、請負人が不当利得することになるので、損害賠償者の代位制度の目的よりして、民法六四一条の解除の場合においても、賠償者たる注文者が請負人に代位して、未完成目的物の権利は注文者に当然移転すると解すべきであろう。⁽¹⁶⁾ かくして、その所有権を取得した注文者は、自己にとって不要になった未完成の目的物を、他人に譲渡処分することも、あるいは、廃棄処分することも自由にできることになる。

2 注文者の破産の場合における解除 請負の特殊な解除原因の二として、「注文者が破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ、請負人又ハ破産管財人ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ請負人ハ其既ニ為シタル仕事ノ報酬及ビ其報酬中ニ包含セラレザル費用ニ付キ財団ノ配当ニ加入スルコト」ができる(民法四二条)。請負契約一般においては、原則として、請負人は仕事が完成してはじめて報酬を請求することができるものであるから、仕事が完成する前に注文者が破産するときは、全然報酬を請求し得ないが如くであり、また注文者が破産しているのに、請負人になお仕事を完成すべき義務を負わせ、その完成をまって報酬請求権を取得させることも妥当でないとして、請負人に契約の解除権を与えてその報酬確保の保護をはかったものである。⁽¹⁷⁾ すなわち、注文者が破産した場合、請負人は仕事の完成前といえども、解除の時まで

の仕事に相当する報酬およびこれに含まれない費用を請求する権利を有し、この請求権を以つて破産財団への配当加入が認められる（破産法六二条、五九条二項参照）。

ところで、本条は、第一項においては解除といい、第二項においては解約の文字を使用しており、解除の効果について明かではないが、判例は、本条の解除は、将来に向つて債務関係を消滅させる効力を生ずるものであると解しており、学説も同様な解釈をとっている。^(八)したがつて、未完成の仕事の結果は、注文者の財産すなわち破産財団に帰属すると解すべきであり、かくの如き解釈が、破産者の財産整理を目的とする破産制度の趣旨にも合致するであろう。

3 以上述べた請負に特有の二つの解除権行使の場合は、前者は注文者の側から、後者は、請負人の側からの契約解除を認めたものであるが、その解除の効果は、いずれの場合においても、将来に向つて効力を生ずるとの解釈をとってきた。すなわち、この二つの解除の場合においては、前章に述べた債務不履行による解除と同じように、請負契約解除の原則的効果としての遡及効は適用されないと解する。けだし、本来は、解除されれば、始めに遡つて消滅すべき請負人の報酬請求権を、この場合、全面的に消滅せしめないで、出来上り部分に相当する報酬分を請負人に取得させることによつて、請負人の保護をはかっていると、他方、請負人の仕事完成義務の消滅についても、それは残り部分を完成する義務が消滅するのであつて、すでになされた仕事の結果が有形物として存在する以上、その未完成の目的物の所有権を注文者に帰属させることが、当事者の公平の原則よりして最も適當であると解せられるのである。

(一) 我妻・債権各論中巻(一)六五〇頁

(二) ドイツ民法六四九条「注文者ハ仕事ノ完成迄ハ何時ニテモ契約ヲ告知スルコトヲ得。注文者ノ告知アリタルトキハ、請負人ハ約定ノ報酬ヲ請求スルコトヲ得、但シ請負人ハ契約ノ消滅ニ因リテ費用ヲ節約シ又ハ自己ノ労働力ヲ他ニ用ヒタルコトニ因リテ取得シ、若ハ故意ニ取得ヲ怠リタルモノヲ差引クコトヲ要ス」

スイス債務法三七七条「仕事ガ未ダ完成セザル間ハ、注文者ハ何時ニテモ既ニ給付セラレタル労力、補修並ニ請負人ノ損

害ノ完全ナル補填ヲ為シテ契約ヲ解除スルコトヲ得」

(三) 我妻・前掲書六五一頁、ドイツ民法、スイス債務法の規定も同趣旨

(四) 大審判大正七・二・二〇(民録二四輯三四九頁)

(五) 我妻・民法大意上巻二五一頁 田中実・継続的債権契約の解約ジュリスト学説展望、森孝三・一時的債権契約と継続的債権契約 契約法大系 I

(六) 我妻・新訂債権総論一四九頁

(七) 梅謙次郎・民法要義巻三 債権編七二三頁 我妻・債権各論中巻六五二頁

(八) 大審判昭和八・一一・二八(新聞三三四七号九頁)

中田淳一・破産法和議法(法律学全集)一〇七頁 兼子一・破産法三四頁

四 建物建築請負の解除の非遡及的効果

1 今までに述べてきたことを整理すると次のようである。請負一般における契約解除の効果は、契約によって生じた効果が遡及的に消滅するのが原則であるが、次の二つの解除の場合は、解除の遡及効は適用されないと解する。その一は、請負契約に特有の民法六四一条および六四二条の特則による解除の場合であり、その二は請負のうち、建物建築請負において、請負人の債務不履行に基いて注文者が解除する場合である。両者の場合を通じて、建物の建築請負においては、建物の完成前に契約が解除されたときは、いずれの場合においても、遡及効をもたないと解することの妥当であることを見てきた。しかるに、建物の建築請負における解除の非遡及効の理論的根拠については、必ずしも明かにされていなかった。そこで、これまでにそれぞれの箇所において述べられてきたことも含めて、この問題の根拠を総合して考えてみよう。

2 建物建築請負における解除の非遡及効についての根拠として、次の三点が考えられる。第一に、未完成建物につい

て、解除による社会経済的損失を生じないこと、第二に、請負契約当事者間の公平の観念に適合すること、第三に、建物建築請負が、労務の供給を主とする雇傭または委任に類似する継続的契約の性質を有すること。第一点と第二点については、すでに二および三の各所で述べてきたので再説を省略して第三点について考えてみる。

請負は、通常、他人の労務の利用を目的とする広義の労務供給契約の一種類としてあげられるが、労務によって完成される一定の仕事を目的にすることにおいて、労務自体を契約の目的とする「雇傭」と、また、一定の事務処理という統一した労務を目的とする「委任」とも区別される^(一)。したがって、契約の解除において、雇傭と委任の場合には、解除の効果として非遡及効を規定する民法六二〇条が準用されるが、請負の解除には同条の準用をみないので、その効果は文理上遡及効を有すると解釈されており、その実質的理由としては、雇傭および委任は、労務を提供するという継続的契約関係の性質を有するのに対して、請負は、仕事の完成という一定の結果を契約の目的とし、しかも完成した目的物の引渡義務を伴う一時的契約関係であると説かれて^(二)いる。このように、請負の一般概念においては、労務供給の要素と売買の要素とを有しているけれども、民法における取扱いは、売買の要素に重点をおいているようである^(三)。しかしながら、建物の建築請負にあつては、その契約内容からして事情が異なる^(四)といふべきである。すなわち、注文者が建築の基底たる土地を提供し、請負人がその土地の上に建物建築を請負う場合（その材料を請負人が供給すると、注文者が供給する場合とをわず）、建物完成を目的とする請負人の労務供給は、完成した建物の所有権を注文者に帰属させるという意思によって行われるのであつて、しかも、注文者の示した設計書に基いて、ある程度の注文者の指図権によって工事が施行せられるのである^(五)。

このように、建物完成に至るまでの請負人の債務履行行為は、完成期限までの一定期間継続して、注文者のために労務を提供するという要素が主要な部分をなすものであるから、契約が成立してから工事が完成するまでの当事者間の法律関係は、むしろ、雇傭もしくは委任と同じく継続的契約の性質を有するものと解釈することができる。したがって、工事が完成前に、請負が解除せられたときは、雇傭もしくは委任の解除の効果を類推適用して、その効果は将来に向つて効力を生ず

るものと解することが妥当であると考える。

(一) 我妻・債権各論中巻五三三頁、六〇一頁

(二) 判例・通説は、民六三三条が、報酬の支払時期を仕事の目的物の引渡と同時にしていること、および民六三七条が、請負人の瑕疵担保責任の存続期間を仕事の目的物を引渡したる時より一年内に限定していることを、目的物の所有権移転について売買に準じて取扱う。

(三) 内山・民法演習一五五頁、教授は、注文者が始めから建物の所有権を取得する少数説を支持されるが、その理論的根拠として、建築請負においては、注文者の指図権が強く、雇傭に近い性質を有すると説かれる。

五 解除せられた完成前の建物についての所有権

1 建物の建築請負が、工事完成前に解除せられたときは、これまで述べてきた如く、将来に向って解除の効力を生ずると解するならば、契約当時は、請負終了後の後始末(原状回復)を将来に向ってしなければならぬ。すなわち、建物の出来上り部分(未完成建物)についての今後の処置、および、その出来上り部分に相当する請負人の報酬(解除のときまでに請負人が供給してきた労力その他材料等の工事費)の清算の問題を処理しなければならない。請負人の報酬の清算については、出来上り部分に相当する額を請負人の手に与えるべきことが、解除の非遡及的効果として、すでに説明してきたとおりである。ところが、注文者の土地の上に建築された未完成の建物を如何に処置するかについては、それを収去するにしても、あるいはそれを完成させるにしても、その未完成建物についての所有権の帰属をきめなければならぬことになる。従来の判例・通説はこの点について直接触れていない。また、小教説にあつても、このことについての見解は必ずしも明かでない。そこで、この問題について、これまでの章において述べてきた見解を集約しながら、次に私見を展開することにする。

2 注文者が、その所有地（または借地）上に建物建築のため、請負契約するとき、その材料を請負人が供給する場合と、注文者が供給する場合とがあるが、後者の場合については問題はないので、前者すなわち、請負人が材料を供給して建築が請負われる場合について検討する。

まずこのことについては、注文者の土地の上に請負人が自己の材料をもつて建物を建築する場合には、附合の原則（民二四二条）の適用があるのではないかという問題がある。判例は、完成された建物の所有権が請負人に取得されることを説く判旨の中で「建物ハ土地ニ附着スルモ独立シタル別箇ノ不動産ヲ成シ其土地ノ從トシテ附合スルコトヲ認メザル我法制ニ照シテ」^(一)、「当事者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ズシテ、請負人が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」、^(二)として附合の原則の適用を否認しており、学説も多数説がこの判例の態度を支持している。しかし、学説の中には、建物の材料が土地に定着するに従い、土地所有者その他不動産についての権利者が、漸次その所有権を取得し、最後に完成した建物の所有権を取得するとの見解がある。^(三)この説は、請負建築の実情に即した注目すべき解釈であると考えられるが、しかし、附合により定着物の所有権を取得すると解することは、理論上適當でない。筆者も、附合原則については、判例・学説と同じくこの場合には適用されないと解する。

3 次に、請負人が材料の全部を供給する場合、完成した建物の所有権は請負人に帰属し、引渡によって注文者に移転すると解する判例・通説の立場よりすれば、特に未完成建物の所有権については、請負人の所有に属すると解することは、その理論上当然のことであろう。しかし、従来の判例・通説の理論は、建物の建築請負に関して、解釈上の難点があるうえに、今日の取引の実情にも密着しない平面的な形式論であるとの批判は、小数説が指摘する通りであつて、^(三)筆者もこの立場はとらない。そこで、材料提供者が何人であるとに関係なく、完成した建物は原始的に注文者に帰属する、とする小数説の立場を立てば本問題はどのように解せられるだろうか。

未完成建物の所有権の帰属については、小数説も特にこれを正面から取上げてその見解を示したものはない。しかし、完成した建物の所有権については、請負当事者の意思に基いてきめるべきであるとする小数説の理論的立場は、完成前の建物の所有権の場合についてもその論拠とすることができよう。そこで、当事者の意思に基いて所有権の帰属を決定するとの理論を、本問題について更に押し進めて考察してみる。

注文者の土地の上に、請負人が材料を供給して工事がなされる場合、請負人により供給されて工事を施される材料は、通常、その原形のまま存在することなく、工事の進行にしたがって、土台、床、柱、壁、屋根として、すなわち建物の構成部分として変形されていく。この場合、注文者の土地の上に附着せしめていく材料について、またその出来上りの部分について、請負人が、なお自己に所有権があるとする意思は普通の場合考えられない。当事者は、請負人の供給した材料であっても建物の構成部分となるに従って、注文者の所有になると考えるのが自然であり、取引の通念にも適合するのではないだろうか。

このように、完成前の出来上り部分の所有権は注文者に属するが、それは、土地に附合せられたものではなく、土地とは独立の動産の結合体についての所有権である。ところが、建物が完成するとともに、原始的に一個の不動産が成立するものが、その建物の所有権は、それまでの建物構成部分についての所有権が、建物完成によって不動産の所有権に転換するものと考える。完成した建物（不動産）の所有権は原始的に注文者に帰属することは、小数説の説く如くであるが、その権利変動の態容については、完成前までは請負人に属し、完成すれば注文者の所有に帰属すると解するよりも、構成部分のときから注文者に属していた所有権が、建物完成により構成部分が不動産に転換すると同時に、不動産の所有権となつて注文者に帰属する、と理論構成することがもつとも、当事者の意思に適するものと考えられる。

4 建物の建築請負において、完成前の建物についての所有権の帰属をきめる論拠を、当事者の意思に求めて、その所有権は注文者に属するとの理論をたててきた。ところで、請負契約による工事が、順調に進捗して建物が完成した時は、

完成前の出来上り部分の所有権が問題となる余地もなく、また、当事者も特に権利を主張することもあるまい。しかし、工事途中において、契約解除等の理由により工事が中止せられたとき、その時までの出来上り部分の所有権の帰属が問題となるのである。

なお、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。判例・通説は、目的物の所有権移転とともに危険も移転すると解釈するので、完成前の建物の所有権は注文中者にあるとする筆者の立場に立てば、完成前においても注文中者が危険を負担すべきことになる。結論も考えられるが、しかし、請負は、仕事の完成を目的とする双務契約であって、特定物に関する物権の設定または移転を目的とするものではないので、危険負担については、第五三四条を適用するのではなく、第五三六条一項を適用すべきであることを、指摘するに止めておき、この問題は別の機会に論及したいと思う。

(一) 大審判大正三・一二・二六(民録二〇輯一二〇八頁) 同旨大審判大正四・五・二四(民録二二輯八〇三頁) 大正五・一二・一三(民録二二輯二四一七頁) 大審判昭和八・八・九(法学三卷三号八七頁)

学説については柚木・前掲書八四頁および浅井・綜合判例研究叢書二〇頁を参照

(二) 横田・法曹二四卷七一五頁

(三) 吉原・契約法大系一三五頁、柚木・前掲書八七頁、内山・民法演習一五四頁

(四) 前掲大審判大正三・一二・二六

判例と同旨の学説として石田・債権各論一四四頁、勝本・前掲書一五四頁、我妻・債権各論中卷二六二六頁