

〈判例研究〉

建築請負契約と建物所有権の帰属

石 神 兼 文

- 一 はしがき
- 二 判例の推移
- 三 判例および学説の検討
- 四 まとめ

は し が き

建物の建築請負において、請負人が建物を完成した場合、その建物の所有権は注文者・請負人のいずれに帰属するかという問題について、判例は早くから、請負材料の供給者を基準として（請負人か注文者か）判断するという見解をとってきており（請負人取得説）、従来の多数学説もこの判例の結論を支持してきた。しかしながら、右の結論の理論的根拠ないし理論構成においては、判例・学説は必ずしも一致していないし、その説明も十分とはいえない。また実際の請負取引においてこの法理を画一的に適用することは実情に適合しないものがある。そこで、右の判例・多数説に対し、建物請負契約においては、材料の供給者のなびとたるを問わず注文者が原始的に建物所有権を取得すると主張する新しい見解（注文者取得説）が提示されており、近時この立場をとる学説が増えつつある（以下「請負契約における所有権移転時期」判例要旨集法大系Ⅱ二〇頁、加藤・民成改定債権編二〇〇頁、内山「請負—民法附習Ⅳ一五四頁、広中・中根民法論一〇七頁、山本・五十嵐「完成した建物の所有権の帰属—検査・引渡し—不動産法大系Ⅴ三三六頁」）

判例においても、徐々にではあるがこの見解に接近する傾向を示してきているが、最高裁判所が、昭和四四年九月一二

日判決（後掲〔9〕）に引続き最近の昭和四六年三月五日判決（後掲〔10〕）において、実質的には近時の注文者原始取得説に沿ったと評しうる見解を示したことは、まことに注目すべきことである。昭和四四年最高裁判決について、また昭和四六年最高裁判決の原審である東京高判昭和四五・八・二七（後掲〔11〕）については、すでに吉原教授の適切な評がなされているが（東京高判昭和四五・八・二七について判例評論一三五号一三五頁）、その後また本年三月の最高裁の判決をみたので、これらの最近の判例の態度を含めて判例の動きを辿り、その推移を發展的に把握するとともに、従来の学説の理論構成への批判検討を加えながら、私の考え方を展開してみたい。

二 判例の推移

最近の二つの最高裁の判決は、大審院以来のこれまでの判例の請負人取得説の考え方を全面的に変更したものとはいえないとしても、従来少数説とされていた注文者原始取得説の考え方をとりいれた、あるいは、実質的にはこの説に傾斜してきたと評価することができであろう。判例が、古くからとっていた請負人取得説の画一的立場から、最近のこのような態度をとるに至った推移の論理を、「所有権の帰属は当事者意思によってきめるのが合理的である」とする筆者の基本的立場から把握するとき、判例の動きをつぎの三期の過程に分けてみる事が、この問題を理解するもつとも効果的な方法であろう。

1 第一期——大判明治三七・六・二二から大判昭和一八・七・二〇以前。大審院は、はやくから、請負における完成目的物の所有権の帰属は、材料供給者が誰であるかによって区別する考え方をとり、この見解がなかくわが国の判例を支配し、また学説もこの理論に疑問を呈せずほとんど無批判的に同調してきた。すなわち、（イ）請負人が材料の全部または主要部分を提供した場合には、原則として完成と同時に請負人が建物の所有権を取得し、引渡によって注文者にその所有権を移転する、（ロ）注文者が材料の全部または主要部分を提供した場合には完成建物の所有権は注文者に帰属する、（ハ）

特約によって（イ）の場合でも注文者に帰属せしめることができる、とする。この理論の特色は（イ）の場合の判断であるので、学者はこの第一期の判例の見解を請負人取得説とよぶのである。

（イ）請負人が材料を提供している場合についてのリーディングケースがつぎの判決である。

〔1〕大判明三七・六・二二（民録一〇・八六一）「請負人が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其材料ヲ土地ニ附着セシムルヤ否ヤ当然其所有権ガ土地ノ上ニ權利ヲ有スル者ニ移転スルモノニ非ズシテ建物又ハ工作物ノ所有権ハ之ガ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六百三十七条第一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ニシテ……………」

〔2〕大判大三・一一・二六（民録二〇・一一〇八）「請負人ガ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帰スルモノニ非ズシテ、請負人ガ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（明治三十七年（オ）第二八六号同年六月二十二日判決）ノ示ス所ナリ。蓋此場合ニ於テハ建物ハ全然請負人ノ供給シタル材料及ビ労力ニ因リテ成リタルモノニ係リ、且ツ請負契約ノ性質上特約ナキ限りハ請負人ハ其建物ヲ注文者ニ引渡スニ非ザレバ債務完了セズ、之ヲ引渡スニ因リテ始メテ債務完了シ注文者ニ対スル報酬支払ノ請求権発生スベク、尚ホ建物ヲ引渡スマデハ之ニ關スル危険ハ請負人ノ負担ニ屬シ引渡ニ因リテ始メテ注文者ノ負担ニ歸スベキ關係等ニ鑑ミ、又建物ハ土地ニ附着スルモ獨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考フレバ、本院判例ノ趣旨ハ之ヲ是認スルヲ相当トシ未ダ之ヲ変更スベキ理由アルヲ見ズ」

同趣旨の判例として大判大正四・五・二四（民録二一・八〇三）、大判昭和八・八・九（法学三・三・八七）、また下級審判例として大阪地判明治三八・一一・二六（新聞二三六・九）、東京地判大正五・五・三（新聞一一五一・二三）東京地判昭和七・一一・七（評論二一民法一〇二六）がある。これらの判例は、請負人が材料の全部または主要部分を供給する場合には、特約のない限り完成建築物の所有権は請負人が一旦取得し、引渡しによって注文者に移転するとしているが、その法典上の根拠としては、民法六三三条および六三七条一項にいうところの「目的物ノ引渡」という文言であり、引渡しによる危険移転、引渡しによる債務完了を根拠として所有権の移転を理由づけようとしている。

(ロ) 注文者が材料の全部または主要部分を供給する場合には、完成建物の所有権は特約のない限り原始的に注文者に帰属する。したがって、たとえば、請負人が完成した建物について保存登記しても、その登記は何等の効力を生じない。この主旨を判示したのが次の判決である。

[3] 大判昭七・五・九(民集一一・八二四) Y₁(注文者)はA(請負人)と家屋建築の請負契約を締結した。AはY₁の供給した材料で七分通り竣成した建物をY₁に引渡したが、その後Aはその建物を自己名義に保存登記をしてXのため抵当権を設定した。他方Y₁はその家屋をY₂に譲渡し、Y₂はこれを取りこわして第三者に売却したので、Xは抵当権侵害を理由に損害賠償を請求。

「請負契約ニ基キ請負人ガ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ドモ、注文者ガ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スルモノトス」¹⁾「Aが本件家屋ニ付自己ノ所有ナリトシテ村役場ニ之ガ届出ヲ為シ且ツ其ノ保存登記ヲ為シタルニヨリXガ該家屋ヲAノ所有ナリト信シ善意無過失ニテ之ニ抵当権ヲ設定セシメタリトスルモ該家屋カ同人ノ所有ニ非ルコト原審認定ノ如クナル以上ハXハ所有権ヲ取得スル由ナキモノトス。何トナレバ不動産ニ付キテハ民法一九二条ノ如キ規定ナケレバナリ。」

なお、請負人が材料を提供した場合でも、それを注文者の資金によって準備したときは、注文者が材料を供給した場合と同様に解される。また注文者が請負人に材料調達のために代金を交付した場合も学説では同じように解している。²⁾

¹⁾民法講習一五二頁、茂井。
²⁾総合判例研究民四八頁。

[4] 大判昭一〇・一一・六(法学五・四・一五)「原審認定ノ趣旨ハ被告大杉弥之助ノ勧誘ニ從ヒ予テ同人ニ預ケタル金員ヲ以テ土地ヲ買取り及其ノ地上ニ家屋ヲ建築スルコトナリ其ノ一切ヲ弥之助ニ委嘱シ、弥之助ハ該金員ニ依リ被告上告人ノ為メニ先ツ土地ヲ買取り次デ其ノ地上ニ木材等ヲ提供ノ上訴外山本博三ヲシテ本件建物ヲ築造セシメタリト云フニ在リテ、畢竟右弥之助ハ被告上告人ノ資金ニ依リ建築材料ヲ準備シ之ヲ以テ右博三ヲシテ本件建物ヲ築造セシメタルモノナルガ故ニ、此ノ建築ハ被告上告人ニ於テ其材料ヲ供シタルニ異ナラザルモノト云フベク、從テ被告上告人ト弥之助トノ契約關係ガ請負ナル以上該建物ノ所有権ハ其竣工ト同時ニ被告上告人ニ帰属スベキ筋合ナリトス。」

(ハ) 例外として、特約ある場合。判例の基本原則は、請負人が建築材料を提供して完成した建物は、一旦請負人がその所有権を取得し、引渡しによって注文者に移転するということになるが、その場合、判例は「別段ノ意思表示ナキ限り」と云つており（2）、引渡以外の時期に所有権を移転させようとの特約があればそれによることになる。次の判決は、請負代金の支払にあてる金融をはかるため建物の所有権をその完成前に注文者に帰属させるという特約がある場合に、基本原則と異なる特約を有効とみとめて、建物の所有権はその引渡し前に注文者に移転すると判示している。

[5] 大判大正五・一二・一三（民録二二・二四一七）「請負契約ニ於テ請負人ガ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ヲ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ザルヲ通則トスルモ、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ベ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ガ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ベク請負人ガ之ヲ承諾スルニ於テハ斯ノ如キ特約ヲ為スモ毫末ノ妨ゲナク、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」。

同趣旨の判決として、東京地判大正一一・一二・五（評論一一民法一三四五）は、注文者が請負代金の支払を完済したときは、建物完成と同時に注文者がその所有権を原始的に取得するという特約を有効と認めている。

以上みてきたように、一期における判例は、請負において完成建物の所有権の帰属については、材料の提供者を基準とする請負人取得説をとってきたが、この一期において判例の傾向と反対の立場をとり、建物建築の請負においては、請負人が材料を供給する場合であっても、特別の事情がない限り建物はできるにしたがつて注文者の所有に帰属すると解する特異な一地裁判決がある。

[6] 東京地判大正八・一一・二五（評論九民法六七四）「凡ソ建物ノ建築請負ノ場合ニ於テハ請負人ハ其敷地ニ付キ建物所有ノ為メノ使用権ヲ有セザルヲ通常トシ、其使用権ヲ有セザル者ハ該地上ニ適法ニ建物ヲ所有スルコトヲ得ザルハ言フヲ俟ザル所ナルノミナラズ、請負人ガ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為スニ非ズシテ、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を為スヲ普通トスベキカ故ニ、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スベキモノト解スヲ相当トス」。

右の判決は岡村裁判長の判決であつて、岡村博士はその著書においても同様の主張をされており（岡村、借権法要論（各論）一五二頁）第一期においては、まことに特異な見解であり、後の注文者原始取得説の先驅をなすものであるが、当時においてはこれに続く判決もみず、またこの主張を支持する学説もあらわれなかつた。

学説は、早くから多くの学者が第一期の判例の理論に同調してきた。ただその理論的根柢ないし理論構成においては後述べるように必ずしも一致しない。ところで、建物の建築請負においては、請負の目的たる完成建物は終局的には注文者の所有となるのであるから、注文者が材料を提供することにより注文者が原始的に所有権を取得する（ロ）の場合は問題はないとしても、請負人が材料の全部または主要部分を提供する（イ）の場合には、請負人に一旦帰属した建物の所有権を注文者へ引渡すことによる移転行為がなされなければならないことになり、学説は、この引渡による所有権移転の時期を物權變動理論と関連して議論しているが、判例はそのことについては特別に問題としていない。また請負人が材料を提供した場合においても、注文者との間の特約によつて、建物の完成前あるいは完成と同時に注文者に所有権を帰属せしめることもできるのであるが（ハ）の場合、当事者間にそのような特約がなければ、請負人が注文者に引渡さない限り、注文者は完成した建物の所有権を取得することができないことになる。

ところが、取引の実際においては、請負人が材料を調達する場合でも、普通、注文者は請負代金を前払い（又は分割払い）するという慣行が一般的であり、しかも、その場合においても完成建物の所有権について、当事者間に（ハ）の如き特約がなされることは極めて少ない。そのように請負代金の支払いがなされており、請負人にはその利益を保護する必要のない場合にも、建物の所有権は請負人に帰属することになるのでは、両者の間に均衡がとれない結果となる。そこで判例は、第一期の基本的基準を保ちつつ、つぎの第二期の理論構成に発展していくのである。それは当事者の意思に重きを置こうとする注文者原始取得説に一步通ずる構成でもある。

2 第二期——大判昭和一八・七・二〇から最高判昭和四四・九・一二をみるまで。注文者が、建物完成前に請負代金の全額または大部分を支払ったときには、特別の事情がない限り、工事完成と同時に建築建物を注文者の所有に帰属せしむべき暗黙の合意があったものと推認する。したがって注文者は建物完成と同時に原始的建物所有権を取得する。その先駆をなしたのが次の判決である。

〔7〕 大判昭一八・七・二〇（民集三二・一五・六六〇）XはYに次のような条件でAの土地に家屋の建築を請負わせた。すなわち、XがBから譲受けた家屋を取り毀しこれを材料の一部としてYに提供してこれを二百円に見積り、その他の材料と労務一切はYの負担とし、請負代金はXの提供した材料を合わせて千四百円と定め、千二百円をXから支払うことになっていた。そこでXはYに、取毀し材料と数回に分けて計千二百一十四円を支払った。Yは家屋を完成してXに引渡した。そこでXはX名義の建築届の提出をYに委託したがYはこれを履行しないで、自分の子C名義の建築届を提出してC名義で所有権の保存登記をした。その後Cは死亡してYがその遺産を相続した。そこでXは本件家屋の所有権を主張し、登記原因の無効を理由に抹消登記手続を請求した。

判旨「然レドモ前点ニ対シ説明シタル如ク、原判決ニハ本件建物引渡ノ点ニ付虚無ノ証拠ニヨリ之ヲ認メタル違法アリト云フヲ得ザルノミナラズ、原審認定ノ如ク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千四百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工事完成ト同時ニ注文者タル被告人ノ所有トスベキ暗黙ノ合意アリタルモノト推認スルヲ相当トスルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナク論旨理由ナシ」

本件は、請負人が建築材料を提供したが、注文者が工事完成前に請負代金を完済している場合である。上告理由では、請負代金を完済したのは単に請負者の金融の便益を得させるためであって、これによって所有権が移転すると考えるのは間違っており、あくまで建築材料の提供の態容によって決るべきであると主張しているのに対し、判決は、「特別ノ事情ナキ限り」工事完成前に請負代金が完済されておれば工事の完成と同時に家屋の所有権は注文者に帰属するという「暗黙ノ合意アリタルモノト推認スル」といつている。本件の事案におけるように、注文者が請負代金の支払を完了しているのに、請負人が、注文者を害する意図をもって建物の所有権は自分にありと主張している場合でも、これまでの第二期の判例法

理では、注文者を保護するために注文者に建物の所有権を確保する方法がない。そこで判決は、当事者間に建物所有権の帰属について明示の特約がなくとも、一般の経験法則から、請負代金の支払の事実を建物所有権移転の意思の徴表とみて、注文者に所有権を帰属すべき暗黙の合意¹¹の特約があったものと推認するとの法律構成をとったのである。このような判例の理論構成に対してはほとんどの学説がこれを支持し、注文者が材料全部を供給した場合と同視することにより¹²（昭和二八年¹³四七六頁）、あるいは一般経験法則に照らして妥当であるとして¹⁴（卷四号六七二頁）、または当事者の意思に適合するという見地から¹⁵（松友・債権各論二二二頁）、賛成論が圧倒的である。この理論構成は、次のように戦後の下級審判例に引継がれている。

〔8〕 東京地判昭和三四、二、一七（下級民集一〇、二、二九五）請負会社Xは自己の材料を提供して注文者Aの建物工事を請負い、代金は三回に分割して受取るようになっていた。Aが代金の一部しか支払わないのでXは工事を未完成のまま中止した。その後その未完成建物はYがAから買受け工事を完成しY名義に保存登記しBに譲渡した。そこでXはYとBに対し本件建物の所有権確認と、Yに対し登記抹消を、Bに対して建物の明渡を請求した。

「一般に建物建築の請負契約において、請負人が建築材料を供給した場合でも、注文者が工事成前請負代金を完済したときは、特別の事情のない限り、右建物の所有権は工事成と同時に注文者に帰属すべき暗黙の合意があったものと推認されるが、この理は請負人が工事を未完成のまま中止した場合でも、同様のものと解すべく、すなわち、注文者が未完成建物の工事代金を完済したときは、建築材料は注文者が供給したものとみて、右未完成建物の所有権は工事中止と同時に注文者に帰属すべき暗黙の合意があったものと推認すべきである。……（ところが）AがXに対し、未完成建物の工事費を完済したものであるというだけではできないから、Aは未完成建物の所有権を取得するに由ない。」

同趣旨の判決として大阪地判昭四二・六・二六（¹⁶リスト判例カ）は、注文者が請負代金全額またはその大部分を支払ったときは、当事者間において建物完成と同時に注文者に原始的に所有権を取得する旨の暗黙の合意が成立していたものと推認すべきものというべきであると判示する。

もつともこの間において、東京地判昭和四〇・九・一八（¹⁷判例タイムス一八三号）は、一部未完成の部分がありそのための請負

代金の一部未済があっても、家屋と認められる程度になって注文者に引渡しをした場合は、その引渡と同時にその所有権は注文者に移転すると説示し、なお一期の旧来の判例の法理によるものもあるが、注目すべき見解を示したものとして、東京地判昭和三九・一〇・二九（番建所有権保存登記抹消請求事件）は、二期の判例の態度を更に発展させて、建物建築が完成前に工事を中止した場合、契約当事者に特約がないときは、その建物の所有権は、その当時までの工事に要した材料費その他の建築費の全部又は大部分を負担した者に帰属するとして注文者への所有権を認めている。後者の判決は、当事者間における「特約の推認」という形をとらないで、材料費、建築費等の費用を負担した注文者に建物の所有権を帰属させるものであって、むしろつぎの第三期の判例理論につながるものといえよう。

3 第三期——最高判昭和四四・九・一二以後の判例。これまでの第三期の判例の考え方を更に発展させて、当事者間に、請負代金の支払がなされた場合、または請負代金の支払いはなされていないがそのための手形の交付、建築確認書の引渡などの具体的事実関係がある場合には、「特約の推認」という技巧的理論構成をとることなく、建物完成と同時に建物所有権は注文者に帰属するとの当事者意思を直接に認定するのである。

〔9〕 最高判二小廷昭和四四・九・一二（判例時報五七二号二七頁）X（注文者）はY₁（請負人）との間に本件建物を含む四戸の建物につき建物建築請負契約を結び、工事は完成予定より遅れたが内部のごく細い工事を残して新築家屋といえる程度に完成して玄関の合鍵もXに交付された。この間XはY₁に対し全工事代金の半額以上を棟上げの時までに支払い、その後は工事の進行に応じ数回に分割して支払ってきたり、残工事に相応する代金だけ未払いであるけれども、完成した工事に相応する代金はすでに支払われていた。ところが、Xが建物完成後未登記のままにしているうち、Y₁に対する債権者Y₂（上告人）が本件建物は請負人Y₁の所有であるとして仮差押命令を得てY₁名義の保存登記のうえY₂の仮差押登記をした。そこで、Xが右建物所有権の確認と所有権移転登記および仮差押の執行排除を求めて本訴を提起した。二審判決（大阪高判四四・二・二五）において控訴を棄却されたY₁Y₂が上告。

「原審の適法に確定したところによれば、本件建物を含む四戸の建物の建築を注文した被上告人Xは、これを請負った上告人Y₁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、残代金の支払いをしてき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が相当であるから、これと同旨の見地に立ち、本件建物の所有権は、昭和三十九年三月末以前の、それが建物として完成したと目される時点においてXに帰したものとした趣旨と解される原審の判断は正当であつて、この点につき、原判決に所論の違法は認められない。」

本件の請負契約は、請負代金の支払いは分割払いの方法をとっているが、建築材料は請負人が供給している場合であるから、第一期の判例の見解からすれば、特約がないかぎり完成建物の所有権はまず材料供給者である請負人に発生し、引渡しによって注文者に移転すべきものであるが、本判决では、材料の提供者が何びとであるかまわつた問題としないで、全工事代金の半額以上がすでに支払われている客観的事実関係のもとにおいて、それだけで建物所有権は原始的に注文者に帰属すると判示したもので、第一期判例の判断基準から離脱すると共に、第二期判例の「特約の推認」という理論構成もとっていない。このような意味において、本判决は、従来の判例通説の立場とされていた請負人取得説から、注文者原始取得説の立場に実質的に接近し、請負人取得説を改める方向への契機をなしたものと評価することができる。ただ本判决は、判断の決定的ポイントを工事分に相当する代金の支払済という事実においてとみられることにおいて、従来の請負人取得説を否定して注文者原始取得説に移行したものであるといふにはなお問題が残る(三原判例評論一三五号一三六頁)。この最高裁の態度は、つぎの昭和四十六年三月五日の判決〔10〕においても同様な足踏みがみられる。この最高裁の判決は、東京高判昭和四五・八・二七〔11〕を原審とする上告審であつて、引渡未了の建物について、代金支払や引渡の事実がなくても注文者に所有権取得を認めるとの原審の結論を是認しているのであるが、判示にみられるごとく、請負人取得説の原則を否定していないことは、最高裁がその態度を注文者原始取得説に変更したものとはいきれないゆえんである。

〔10〕 最高判二小廷昭四六・三・五(判例時報六二八号四八頁) X(請負人)は土地分譲住宅の販売を業とするA会社から建物の建築請負の注文を受け材料全部を負担して建築工事にかかったが、Aから請負代金総額相当の約束手形の振出交付をうけたので右六棟全部の建物の建築確認通し書を一括してAに交付した。他方Aは、右建築注文と同時に広告により購入希望者をつのり、右

六棟のうち四棟をそれぞれ完成前完成後の各段階で他に分譲し入居させた。ところが、その後Aは請負代金の支払いができず、前記手形が不渡になったうえ、財産隠匿の気配がみえたので、Xは請負代金支払確保の必要から、残りの本件建物二棟の引渡を拒否すべく、この建物に監視員を置き、周囲に有刺鉄線を張りめぐらし占有強化の挙に出た。しかし、本件建物を買受けたYらは、夜間有刺鉄線を越え実力をもって建物に入り、監視員を追い出して入居してしまった。そこでXはYらを相手どり、本位的請求として建物所有権にもつき所有権にもつき所有権確認、登記抹消、建物明渡及び賃料相当額の損害金の支払を求め、予備的請求として建物所有権にもつき建物明渡を求めた。一審判決（横浜地判昭和三四・六・一五）は、本件建物二棟の所有権はXからAに移転することはなく依然としてXにあるという理由で本位的請求を認容したが二審判決〔11〕は見解を異にし、建物完成と同時に所有権はAに帰属したものと解し、本件二棟に存しないとして本位的請求を棄却し、予備的請求である占有回収の訴を認容した。Yは従来判例に反する違法があるとして上告した。——事実関係については、二審判決（判例時報六〇九号四六頁）および二審判決評釈の吉原教授の紹介を参照した。

〔判旨〕建物建築の請負契約において、注文者の所有又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。 (イ) 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、そのうち三棟については、Yは訴外A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き渡さなかったのも、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、 (ロ) Y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Aの支払能力に疑いを抱いていなかったこと、 (ハ) Yは右手形全部の交付を受けた機会に、さきにA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A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A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A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るものではない。—— (イ)、(ロ)、(ハ)は筆者附記。

本判決は、建物所有権帰属の法的構成において、従来の判例の請負人取得説を原則としながら、これを異なる合意がなされたものと認めた上で注文者に所有権を帰属せしめていることは、原審判決〔10〕の注文者取得説への積極的姿勢からすれば後退したものと評価されようが、しかし、次の点において、さきの昭和四四年の最高裁判決〔9〕と同じく、実質的には近時の注文者取得説への接近を示すものといえよう。

まず第一は、第二期の判例が、第一期の請負人取得説の延長路線において、注文者に所有権を取得させる特約の推認の前提として請負代金の完済を要件としているのに対して、〔10〕の判決は、代金支払の事実がないにもかかわらず、建築確認書の交付など判文中の(イ)・(ロ)・(ハ)の具体的事実関係から注文者への所有権帰属の合意を認定していること、第二に請負人取得を原則とし、それと異なる合意を認定するという形式をとっているが、判示の主旨とすることは、当事者間の具体的事実関係からみて、注文者に所有権を帰属させることが、一般経験法則に照らして当事者の合理的意思に合致することを認められたものといふべきであらう。すなわち、実質的には、注文者原始取得説の主張に接近したとみることができよう。

つぎに〔10〕判決の原審である東京高等裁判所の判決は、さきに触れたように、近時の注文者原始取得説へより積極的な姿勢を示したもので(吉原・判例評論二四八号二五頁)、第三期の判例理論を更に進めて一層明白に注文者取得説の主張を打ち出したものといえよう。本件の一審判決（横浜地判昭和四三・六・一五）が従来の請負人取得説を採用して請負人に所有権の取得を認容した判断を取消して、積極的に注文者取得説の考え方に立って判示した注目すべきものである。

〔11〕 東京高判昭和四五・八・二七（判例時報六〇九号四五頁）——事実関係については前掲〔10〕参照

「一」ところで、X請負人は右建築工事完成後もA（注文者）が請負代金を支払わないので、本件建物一、二は工事完成によりXの所有に帰したままの状態であると主張する。注文者の所有又は使用する土地上に請負人がその材料全部を提供して建築した建物の所有権帰属先については見解の岐れるところであるが、本件の場合には……(イ)本件建物一、二は、その他の四棟の建物と同時にAが土地付き分譲住宅としてその敷地とともに他に売却する目的で、その建築をXに請負させたものであり、同年八月頃からパンフレット等によりその購入希望者を募っていたのであって、Xもこれを了知していたこと、(ロ)Aは本件建物とともに一括してXに請負わせ

たその他の建物四棟について……Bをして同年一月一日頃、Cをして同年一月二八日頃右建物に入居させたほか、Bの右入居に引続いてAの代表者の娘婿であるDをして別の棟に入居させたのであるが、Xは、当時前記請負代金の現実の支払が全くなされていなかったにも拘らず、右建物が自己の所有に属するものとして右入居に異議を述べるといふようなことは何らなさずに、Aひいては右入居者に対し当該建物を引渡したものであること、(イ)Xの代表者は同年七月頃、本件建物一、二を含む前記六棟の建物について建築基準法に基づく建築確認申請をAの代理人として行い……同年一〇月一四日中旬頃、Aとの間の前記請負契約につき請負代金支払のためAに対しなすべきものと約されていた手形の振出交付がすべて終わったのを機会に、本件建物一、二を含む建築確認通知書全部を一括してAに交付していることが認められ、(ロ)右の事実と建築確認通知書が建物の表示登記申請において申請人がその建物の所有者であることを証する書面として必要な書類であること、および〈証拠略〉によつてみればXは……右建物六棟が建物として完成すると同時にAにその所有権を帰属させる趣旨のもとに、右建築確認通知書をAに交付し、Aもその趣旨のもとにこれが交付を受けたものであると認めるのが相当であつて、……してみれば本件建物一、二はその昭和三十九年一月初め頃の完成と同時にAの所有に帰したものと認むべきであり、これに反するXの第一次請求はすべて理由がない。

二、次にXの予備的請求としての占有回収の建物明渡請求について考えるに〈証拠略〉によれば、Xは本件建物一、二についても同時にAから請負い、同じ頃完成した他の四棟の建物と別異に取扱つたわけではなく、ただ買受人らが入居することのないまま昭和三十九年一月初め頃の建築完成後もこれをAに引渡さずにいたものであるところ、既にAから請負代金支払のため受取つていた手形が同年一月末頃から不渡りになり、その間Aに財産隠匿の気配がみえたので、遽かに請負人代金支払確保の必要を感じ、A及びAからの買受人らに対し本件各建物の引渡を拒否すべく、同年一月初め頃から現地に監視人を置き、更には本件各建物の周囲に鉄線を張りめぐらし、同建物に監視員を泊り込ませ、もつて右建物に対するXの占有を強化するに至つたこと、しかるに訴外Fは、Y₁ Y₂らの代理人として本件建物をAから買受けたの主張のもとに、同年二月一七日頃の夜、Y₁ Y₂らのために、一〇名位の者を引連れて現地に到り、右有刺鉄線を越え、実力をもつて本件建物に入り、X側の前記監視員を追い出して荷物を屋内に搬入し、もつて各建物に対するXの占有を奪つてY₁ Y₂らのために占有を始め、本件建物一にY₁が本件建物二にY₂が夫と入居して自らこれを占有するに至つたことが認められる。……いづれもXの占有を侵奪したものと見て、Xに対し、右建物を明渡す義務があるものというべく、Xの占有回収の請求は理由がある。」

本判決は、「注文者の所有又は使用する土地に請負人がその材料全部を提供して建築した建物の所有権帰属先については見解の岐れるところであるが……」と述べており、従来の判例通説の見解である請負人取得説に対して、それに否定的な方向をとる注文者原始取得説が近時有力になってきた動きをとりあげて、この学説の見解を肯定する本判決の基本姿勢をはじめに示した上で、先の最高判昭和四四・九・一二(九)の見解を更に積極的に、且つ明確に展開したものである。とくに本判決が、(9)以前の二期の判例の見解を離脱していることは、吉原教授が指摘されている次の点に求めることができる。

第一、これまでの判例で注文者に所有権取得を認めたものは、注文者請負代金の全額もしくは大部分を支払った場合であったが、本判決では、代金支払の事実がないにもかかわらず、注文者の原始取得を認めている点である。第二に、建物の完成前に、注文者がこれを自己の所有として第三者に売却することを、請負人が是認していることである。第三に、本件契約の事実を具体的詳細に認定し、その事実関係から注文者への原始的所有権取得が当事者間の合理的意旨に合するものと認めて、注文者の所有権取得を判断している点である。二期の判例のとなっていた、請負人取得の原則に対する特約の推認という技巧的構成をとることなく、請負契約の具体的内容から直接に注文者への所有権帰属の当事者意思を認めていることは、第三期の判例として注文者取得説をとる理論的根拠をはじめて明示したものと見えよう。

本判決のこのような態度は、さきにもあげた上告審の最高裁判決(10)においても、是認され、請負人が材料を提供して建築した建物も、その所有権は原始的に注文者に帰属することを原則とする注文者原始取得説へ判例の進展方向が明確になつてきているといえよう。

つぎに、本判決の注目すべき点は、判旨一においては請負代金未済の請負人に建物所有権の帰属を否定しているが、判旨二において、請負人の予備的請求としての建物占有回収の訴についてはこれを認容していることである。この判決の態度は、請負人の報酬請求権の確保のためには、請負人に建物所有権を保有せしめる要なく、建物に対する留置権をもつ

てその作用を果しうるとする注文者原始取得説の考え方の根拠を明快に示しているものであるといえよう。

以上、請負契約により建築された建物所有権の取得について、判例の考え方は、請負人取得説から注文者原始取得説の方向へ動いてきていることをみた。このような判例の態度に、これまでの学説の理論の動きを加えて検討してみたい。

三 判例および学説の検討

判例の推移は大体以上のようなものである。請負における完成目的物の所有権は、材料の供給者がなにとであっても、窮極的には注文者の所有に帰属すべきものであるから、注文者が材料を提供し、したがって、建物完成と同時に建物の所有権を注文者に帰属させることについては、理論的にも実際上においても異論はない。問題となるのは、請負人が材料を提供して建築する場合であって（これが普通の建物請負の態容である）、この場合、完成建物の所有権をどのような法的構成によって注文者に取得させるかということが、判例理論の課題であって、判例は、この課題をめぐり一期から三期へと合理的法理を求めて推移発展してきたといえよう。

（注文者、請負人、かとも材料を提供する場合であって、材料の一部部分を請負者に提供せしめるのに、組合加工のどつらの原理によるべきか、理論階級上については学説の争があるが、こゝてはふれ）また、学説も、請負人が材料を供給する場合について、完成建物の原始的所有権を請負人・注文者いずれに帰属せしめるかをめぐって、請負人取得説と注文者原始取得説と二つに見解が対立しているのである。

1 一期から三期にわたる判例の推移は、請負人取得説の立場から、注文者原始取得説へと接近してきているが、またその特徴を次のように表現することができよう。すなわち、請負の態容を平面的・抽象的にみて、材料の供給者を基準として完成建物の所有権者を決定するという形式論的立場から、建物建築請負の特質と当事者の意思に基づいて所有権の帰属を決定するという合理的法理構成の方向へ進展してきているといえよう。

第一期の判例の見解は、請負契約にもとづき建築された建物の所有権の取得については、材料の供給者を基準にして区

別するという理論構成であつて、ながく学説によつても支持されてきた。しかしこの結論を導く法的根拠については必ずしも説得的でない（吉原・契約法大系V二二〇頁）判例は、その法典上の根拠を民法六三七条一項の「引渡」の文言に求め（前掲（1））、建物所有権が材料供給者たる請負人に帰属するのは法律上当然のこととして積極的にその理論的根拠を示していない。また民法六三三条の引渡債務の完了を所有権移転に関連して考へているものもあるが（前掲（2））、これらの条項は建物所有権の帰属とは当然には結びつかない（成井・総合判例）。他方、学説においても、「請負人ハ自己ノ材料ヲ以テ且自己ノ労務ヲ以テ築造シタル建物ニ付キ、法律上当然ニ所有ヲ取得スルコトハ疑ヲ挿ム余地ナキナリ」（明道「請負建物の所有権移転の明」）と單純に請負人取得説を説くもの、また、物権変動理論との関連で、物権行為としての引渡によつてはじめて請負人から注文者に所有権が移転すると説くもの（末川・債権各論三二七頁）、あるいは請負取得説が当事者の意思に適合するであろうと解するもの（我妻・債権各論）もあるが、いずれも、請負人に原始的に所有権が帰属することの理論的根拠を明示していない。また、この立場においては、工事完成により建物所有権は一旦請負人が取得するのであるから、その後、請負人から注文者へ引渡すという所有権移転行為がなされて、はじめて注文者は建物の所有権を取得するという構成をとらなければならない。このように判例を支持する多数説は、請負において、完成目的物の所有権移転行為を構成することのために、また、その所有権の移転時期についても、請負と売買を同一平面において多彩な論議を展開している（吉原・契約法大系V二二五頁、成井・総合判例七七八頁）。ところが、売買における物権変動の時期についての通説の見解と、請負における所有権移転時期に関する通説の見解の間には矛盾の露呈が指摘されているが（成井・総合判例四六〇頁、津田・請負契約の成立）、このことは、判例・通説が、請負の売買と異なる特殊性を認識することなく、請負の態容を平面的に解し、單純に請負人取得説を採用していることに起因するものであるといえよう。

ところで、一期の判例は、請負人が材料を供給した場合には、請負人が一旦その所有権を取得し、引渡によつて注文者に移転するという基本原則を確立したのであるが、他方、「別段ノ意思表示ナキ限り」引渡によつて所有権が移転するこ

とを判示している（〔2〕）。ことから推知しうるように、引渡がなくとも別段の意思表示すなわち、引渡以外の時期に所有権を移転させようとの特約があれば、これによって所有権が移転されることになる。〔5〕は請負代金の支払にあてる金融をはかるために、建物の所有権を完成前に注文者に帰属させるという基本原則と異なる特約を有効と認めて、引渡前に所有権の移転を判示しており、また〔6〕は注文者が請負代金の支払を完済したときは、建物の完成と同時に注文者がその所有権を原始的に取得するという特約を有効と認めている。おもうに、意思表示のみにより物権が変動するというわが民法のたて前から、特約という別段の意思表示ではあるが、意思表示による注文者への所有権移転をも認めざるを得なかったわけである。

しかし、一期の判例が請負人から注文者への所有権移転の方法として、引渡しのほかに意思表示による移転を認めているとはいえ、それは、特約、すなわち、別段の意思表示がなされた例外の場合であるとともに、なお原則としての引渡による場合と同じく、完成した建物の所有権はまず請負人に帰属するという請負人取得説を前提としての理論構成である（もつとも〔6〕の下級審判例は、注文者が請負代金の完済した時に限って、）。かように、一期の判例では、完成した建物の所有権は、一旦請負人が取得した後、引渡、もしくは特約によるのでなければ注文者に所有権を取得させることはできないことになる。すなわち、請負当事者間に、建物の引渡もなく、所有権移転の特約もなされていない場合には、すでに注文者の請負代金の支払もすみ、請負人にはなんらの保護すべき利益が存在しなくても、なお建物の所有権は材料供給者たる請負人に帰属するという不合理な結論を認めざるをえないことになる。

2 二期の判例は、一期の判例のこのような不合理な結論を修正して、注文者が請負代金の支払を完了している場合には、特別の事情のない限り、建築家屋を工事完成と同時に注文者の所有に帰属せしむべき暗黙の合意があるものと推認されると法理構成した（〔7〕）。したがって、このような場合には、注文者は工事完成と同時に原始的に建物の所有権を取得し、所有権移転のための引渡はなんら必要としないということになる。すなわち、注文者に所有権を移転せしめる明示

の特約がなくとも、注文者の請負代金の完済という事情から、当事者に「暗黙の合意があるものと推認」することによって、注文者の所有権取得を認めるのであるから、当事者意思によって所有権の帰属を決定しようとする考え方が前面に出てきている。この二期の判例理論を支持する学説が、そのような理論構成は当事者の意思に適合するといひ、または一般経験法則に照らして妥当であるといっているのも、請負契約における当事者意思の尊重の態度に賛意を表しているからである。

しかし、「合意を推認」するのは注文者が建築完成前に請負代金の全額か、もしくはその大部分の額を支払っている場合に限られており、しかも、そのような特別の場合において暗黙の合意があったものと擬制することは、なおまだ、請負における完成建物の所有権は請負人に帰属するのが原則であるという一期の判例の基本的立場から脱却したものでないといえよう。

3 三期の判例は、請負契約成立の後、請負人と注文者の当事者間に生じた事実、たとえば、工事分に相当する代金の支払済みの事実、または、請負代金支払いのための手形の交付、手形の交付と同時に請負人から注文者に建築確認書の引渡などの事実がある場合においては、その事実関係から、直接に（特段の事情のない限り）、建物完成と同時にその所有権は注文者に帰属するとの当事者意思を認定し、すなわち、引渡しまたは特約の推認という擬制を用いることなく、原始的に注文者への所有権帰属を判断している。この判例の態度を二期の判例と比較してみると、二期の判例が注文者への所有権帰属についての当事者意思を推認するといっても、それは、材料供給者を基準とする請負人取得説の原則に対する例外的の場合として構成するのに対し、三期の判例は、材料供給者と関係なく、当該請負契約における当事者間の具体的事実関係に即応して、当事者意思を認定し、注文者の原始的な所有権取得を判示しているのである。すなわち、請負についての平面的な把え方から、請負の具体的特殊性を認識して当事者意思を尊重するという立場への進展がみられる。

ただ〔9〕の判決が、注文者への所有権帰属の判断の根拠を、代金支払いの事実関係においているが、そのことが、注文者

の材料供給の事実に従って、建物の所有権帰属をきめる決定的判断基準としてみているのか、あるいは、一般の請負契約における当事者の通常意思とみているのか、判旨からは必ずしも明確でないが、同じ最高裁第二小法廷のその後の判決〔10〕が、「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、……」として、本件の場合には「原判決の確定した事実関係のもとにおいて、……その完成と同時に訴外会社（注文者）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」ていることは、最高裁の態度が、実質的に注文者取得説へ接近しているとはいえず、それは、注文者への所有権帰属の合意を、一般の請負契約における当事者の通常の意味とみているのではなく、当該事実関係における特別の意思とみるのであって、このことが最高裁が注文者原始取得説へその態度を変更したものと評し得ないゆえんである。

四 ま と め

1 建築請負において、完成した建物の所有権の取得については、私は、従来の判例通説のとる請負人取得説に反対であり、小數説の注文者原始取得説の立場をとる。それはすでに別の論文において〔（請負契約における完成前の建物所有権について）、従来ほとんど論ぜられていない未完成建物の所有権の帰属についての角度からこの問題にアプローチしたものであるが、本稿においては、完成した請負建物の所有権の取得について判例の見解の推移をたどりながら、自説を整理展開して述べようとするものである。さて、注文者原始取得説は、かつては、判例通説に対して小數説であったが、近時はこの説を支持する学説が増してきており、この説の論拠と法理構成が学者によって明確にされてきつつある〔（吉原：「請負における所有権移転時期」、契約論・所有権移転の時期」判例演習集権法2、広中、註釈民法（四一）七頁、山本・五十嵐「完成した建物の所有権の帰属」、契約論・所有権移転の時期」不動法大系V二二九頁、内山「建築請負と建物所有権の帰属」、『フェリス学院法學論集第二号および第三号』）〕。本稿もそれと同じ見地にたち、それらの論述に教示をうけながらなお注文者取得説の論拠づけを試みるものである。

2 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（『律曲藏之丞』請負契約の研究「法字」14卷3号一八頁）。ところが、従来の判例・通説は、建物の建築請負についても、請負一般と同じように売買的要素に重点をおいて、請負人から注文者への所有権の移転を中心において完成建物の所有権の問題を議論してきた。すなわち、建築材料の供給者（所有権者）を基準にする形式論的論理であって、またその論拠についても十分の説示がなされていない。これに対して、注文者取得説の立場からすれば、つぎに述べるように建物建築請負の実情に即応する理論を構成するものである。

(1) わが民法は、「物権ノ設定及ビ移転ハ当事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ズ」とするが（民一七六）、建築請負における完成建物の所有権の帰属についてもこの意思主義の原則に則って解釈されるべきである。すなわち、契約において、当事者に完成建物の所有権帰属についての意思表示が存在せずまたは不明な場合には（特約のない原則的な場合である）、社会通念にしたがって合理的に構成される当事者意思を認定してこれによるべきである。

ところが、請負人取得説を支持する学説の側からも、その結論が「当事者の意思に合致する」として意思主義が採用されているものもあるが（我妻・奥村各論中(二)、六一七頁）、それを根拠づける積極的理由は明示されていない。これに対して、つぎに述べるところの建物建築請負契約の特質、および建築請負取引の実情の認識の上になつて、客観的合理的な当事者意思を構成するならば、請負人が材料を提供する場合であっても、建物完成と同時にその所有権は注文者に帰属するという意思が、もつとも当事者の意思を尊重し、しかも自然な解釈であるといえよう。

(2) 建物の建築請負は、請負契約のなかで売買の性質を強く有する製作物供給契約と区別されるべき性質をもっている。建物の請負は、請負人がその材料全部を供給する場合でも、注文者の提供する土地を基底としてその上に不代替物たる建物を建築することを契約の内容とする。さらに、注文者から示された設計図、仕様書にしたがって工事を完成しなければならぬのであって、このように注文者の指図権および契約変更権があることは、雇傭に近い労務の提供行為であ

るといふべきであらう（内山・民法判例一五頁・山本・六十頁・不動産法大系一六六頁）。

なお、注文者が労務の基底たる土地を提供し、請負人が材料を供給して建物の建築を請負う場合に、判例通説は、附合の原理（民二四三）の適用を否定し、わが法制上「建物ハ土地ニ附着スルモ独立シタル別箇ノ不動産」であつて土地の従たるものではないといふことを理由として、建物の所有権が土地の所有権者たる注文者に帰属することを否認する根拠の一つとしているが（前掲判例「1」）、（救妻・物権法二〇五頁、池橋・物権法三六六頁）、建物ハ土地とは独立した別箇の不動産であることは、建物が土地に附合せられることを否定する理由としては肯定するとしても、それをもつて直ちに注文者の所有権否定に結びつける根拠にはならない。注文者がその所有地あるいは借地上に、地盤所有権とは独立に不動産たる自己の建物を所有することこそ請負契約における当事者の本来の意思だからである。

また注文者の提供する土地の上に、注文者のための建物を建築することは、独立の不動産としての建物が完成する以前の出来高部分（動産として）についても、工事施行によつて出来上つていくにしたがつて、その所有権は注文者に帰属していく。建物が完成するとともに、一個の不動産たる建物の所有権に転換移行すると考えることが、請負当事者の意思にもつとも即応した解釈といふべきであらう（（堀橋・動産））。

（3）建物建築請負の取引慣行、契約書の約定など請負契約の実情よりみて、完成建物の所有権は注文者が原始取得することが当事者の意思に適合する。この取引の実情については、すでに学者によつて述べられているが（（吉原・契約法大系四二三頁、山本・五十頁、不動産法大系一五二頁））、それによると、請負代金の支払については、今日では、ほとんどの場合、代金は数回の分割払の方法により着工から完成までの間に全額または相当部分が支払済みになつており、代金を全然受領しないで着工しこれを竣工することとはまずありえない。また、一般に請負建築業者が契約の際に準拠する建設省の標準請負契約約款または四会連合協定による工事請負契約約款の条項においては、所有権の帰属について特に規定していないが、請負代金確保と回収の方法として、保証人を立てさせるか、新築建物について抵当権を設定させるが、それはむしろ、請負人に所有権がないことを前提

として規定されているといえよう。

また、〔10〕〔11〕判決の事案においてみると、請負による建物建築において建築確認書の申請手続を請負人がなす場合にも、それは建築主たる注文者の名において請負人が代って行うのが請負の実情であることからみても、建物の所有権は当初から注文者の所有に帰属することが当事者の意思に合致する。

(4) 第三者との関係においても、請負人取得説により、建物所有権が請負人に在る段階で注文者がその建物について保存登記をしてもその登記はなんらの効力を生じないことになれば、我妻教授が指摘されるごとく「注文者または請負人のなす保存登記が、代金の支払その他当事者間の内部関係によって、あるいは有効となりあるいは無効となることは、第三者に不測の損害を及ぼすおそれがある。」(我妻・債権各論 中〔六〕一七頁)。しかも、新築建物の表示登記および保存登記は、建築確認書の建築主である注文者の名においてなすべきことになっているのであるから、請負人がその所有として登記することは手続上もできないし、また第三者の利益を守るためにも、建物の所有権は原始的に注文者に帰属するとしておくほうが有効であることはいうまでもない。(山本・五十嵐・不動 確法大系V三三五頁)。

(5) 判例通説が、完成建物の所有権を請負人に帰属せしめ、引渡により注文者に移転するとの理論構成をとり、まず請負人に所有権を保有せしめようとする実質的理由は、請負人に報酬請求権に対する担保手段を得せしめようとするにある。(我妻・債権論中〔六〕一七頁、山田 判民昭一八年四〇事件一七八頁)。しかし、請負人に建物の所有権を認めたとしても、その敷地使用の法律関係よりして、実質的には留置権をもつのとほとんど変わらないと考えられる。むしろ、請負人の代金請求権確保の目的は、留置権・先取特権・抵当権・同時履行の抗弁権等によって達成されるので、あえて対抗力のない所有権を取得せずとも、このような担保手続によって十分な保護を受けることができる。(吉原・契約法大系V一三五頁、柚木・判例債権法二七八頁)。東京高裁の〔11〕の判決は請負人に建物の所有権の帰属を否認したが、占有権を認めることによって、請負代金未済の請負人の保護をはかる旨判示して、注文者取得説の立場を積極的に展開している。

3 要するに、建築請負契約における完成建物の所有権の帰属は、当事者意思によって決せられるべきであり、それは建物建築請負契約の特質と請負取引通念に照らして合理的に構成するとき、建物完成と同時に建物所有権は原始的に注文者に帰属すると解するが自然であると考ええる。

追記 本稿校正中に吉原教授の論稿「請負建築家屋の所有権取得」（法学セミナー一九七一・一二）が発表された。本文にもあげたように、吉原教授は本テーマについて注文者原始取得説の立場からこれまで数多くの先導的論文・判例批評を発表されている。吉原教授の新論稿をみたいま、本稿に手を加え書き改めたいと思ったが、それは他の機会に譲って、本稿はそのまま発表することにした。