HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	建築下請負人の注文主に対する請求 ： 下請負人の債権担保の視角から
Author(s)	藤原, 正則
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 221-253
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16608
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p221-253.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

建築下請負人の注文主に対する請求

——下請負人の債権担保の視角から——

藤原正則

目次

一　はじめに
二　わが国の（裁）判例・学説
(1)　わが国の（裁）判例
(2)　わが国の学説
三　西ドイツ及びアメリカ合衆国の法状況
(1)　西ドイツの法状況

(2)　アメリカ合衆国の法状況
四　おわりに

一　はじめに

わが国で、これまでくりかえし論じられながらも必ずしも決着のついていない、請負契約における建物所有権の帰属――所有者は材料を供給した請負人か或いは注文主か――という問題の焦点は、たとえ当初は請負人に帰属するにせよ最終的には注文主に移転することが予定されている過渡的な所有権の帰属そのものではなく請負人の報酬請求権の確保の手段であることが言われている。しかし、建物の所有権は債権担保の為に（だけ）意味を持つというまさにそのことを理由として、注文主取得説は他の担保手段（同時履行の抗弁権、留置権、不動産工事の先取特権、抵当権等の約定担保物権、及び請負代金分割払いの慣行）で充分であるとし、請負人取特説は所有権取得以外の担保手段の不充分さを指摘して結論は分れたままである。(1)ところで注文主・請負人という二当事者関係では、注文主取得説ではもちろんのこと請負人取得説によっても――請負人の債権者による強制執行、或いは請負人の第三者への処分等の問題は別として――注文主の保護に欠けたるところはないと言えよう。注文主は所有権取得の為であろうと或いは他の担保権を排除する為であろうと、いずれにせよ支払うべきものを支払えばよいからである。他方で請負人の側では（所有権取得が認められれば格別）注文主が原始的に所有権取得するとしても、工事進捗と共に請負代金が不割払いされる慣行もあり更には――実際には困難とはいえ――不動産工事の先取特権を行使する可能性も一応は存在する。(2)

しかし、建築請負工事は、しばしばというよりは多くの場合に、元請負人から更に一括して或いは部分的に下請負に

供される。このように注文主・元請負人・下請負人の三当事者が関与する際には、建物所有権の帰属は二当事者間よりも一層重要な意味を持つ。というのも請負人取得説を前提とすれば、下請負契約は元請負契約とは全く別個の契約である故に注文主は元請負人に対して請負代金を完済しても――無資力に陥った元請負人が下請負代金を支払わない限り――(公信的な保護を介さなくては)建物所有権を取得できないはずである。他方で注文主取得説をとれば下請負人は、履行を果たしたときにも、不動産工事の先取特権取得の可能性(これは注文主取得説の根拠の一つとなっているが)が当初より欠如していることはもちろん(3)、留置権以外の見るべき担保手段を持たないこととなるからである。以上のような状況は――たとえば工事進捗に従った分割払いがなされず下請負人が工事を中止して――建物が未完成の場合にも生じ得るし、更にその際に――請負人取得説に依っても――注文主が従来の元請負人・下請負人以外の第三者に工事を続行させて完成建物の所有権を取得したときにもそこでの問題性に変りはない。さて、近時の学説では注文主取得説が優勢であり、更には特に三当事者関係においては注文主を保護する為にも注文主取得説をとる必要があると説かれたりもする。確かに下請負人とは直接の契約関係に立たない注文主に対して、元請負人・下請負人間の対価支払いに関して一般的な注意義務を要求することは酷であるとは言えよう。しかし他方で注文主取得説をとった場合には、請負人の債権担保という課題は三当事者関係における下請負人に即して一層きわ立った形で問題となろう。ところで土地と建物とが別個の不動産として取扱われるわが法の下では、以上の請負人の債権担保という問題は、とりあえずは建物所有権の帰属という形であらわれる。他方で土地・建物が一個の不動産となる法制では、確かに請負契約において建物所有権の帰属が独自に問題とされることはない。しかしいずれの国においても建物建築において分業制が一般的であることには変りはない。そこでは同様の問題状況は、注文主から建物建築を請負った後に更に下請負人と契約したり又建築資材を材料供給者から購入した元請負人が無資力に陥ったときに、下請負人・材料供給者は注文主に対して報酬請求・売買

代金の支払いを求められるのか或いは何等かの担保手段を持っているのかという形であらわれてくる。[4] このような下請負人・材料供給者の債権担保という視角は――主に建物所有権をめぐって議論されてはいるが、問題の焦点は（下）請負人の債権担保であり、又近時注文主取得説が優勢でありかつ三当事者関係ではもっぱら注文主保護という側面から注文主取得説が支持される――わが国の問題状況にも示唆を与えると思われる。

そこで本稿は、まず三当事者関係において――所有権の帰属に限らず――下請負人の債権担保に関するわが国の（裁）判例・学説を検討する（二）。その後に下請負人・材料供給者の債権担保に対して立法的解決の欠如している西ドイツ法及び立法的手当のあるアメリカ合衆国の問題状況を紹介する（三）。その上で以上の問題に対して若干の視点を提供したいと考える（四）。なお、本稿で二当事者関係での請負人の債権確保でなく三当事者のそれに焦点を絞るのは、後者は前者の問題解決をも前提として包摂しておりかつより広い視角からの検討が可能だからであり、わが法においては下請負人の債権担保だけを問題とし材料供給者をとりあげないのはわが国においては通常（下）請負人が独自に材料をも供給するのが普通であって（下）請負人に材料を販売した者の債権担保は建物建築に関与した材料供給者としてではなく動産売主の債権担保という一般的な問題の中でも検討され得ると考えるからである。[5]

（1）この問題に関する学説については、坂本武憲「請負契約における所有権の帰属」民法講座5契約法四三九頁（有斐閣・昭六〇）に挙げてある文献を参照。但し、近時は注文主取得説が圧倒的に優勢で、請負人取得説をとるのは、米倉明「完成建物の所有権の帰属」金商六〇四号一八頁（昭55）位である。

（2）不動産工事の先取特権の実効性のなさ及びその問題点については、特に荒井八太郎、建築請負約款論、九〇六頁（勁草書房・昭42）、山崎寛「所有権の移転・帰属」法時四二巻九号一三頁（昭45）。坂本武憲「建築工事代金債権の確保――物権理論の変遷の中での展望」金融担保法講座IV（筑摩書房・昭61）三五一頁は、不動産工事の先取特権についてフランス法・わ

が法の立法の経緯を背景に立法論をも展望している。

(3) 仮に請負人取得説を前提とすれば、下請負人は元請負人が取得した建物に対して不動産工事の先取特権を持つと構成する余地もあるが（例えば、石田文次郎、担保物権法論(下)（有斐閣・昭17）七三四頁）、それも実効性はない。

(4) このような問題状況に対する比較法的展望に際しては、Ungerechtfertigte Bereicherung —— Symposium der Juristische Fakultät der Universität Heiderberg zum Gedanken an Professor Dr. iur. Detlef König (1984) 中の Hager の報告 "Entwicklungsstadien der bereicherungsrechtlichen Durchgriffshaftung" S.152 ff、特に S.166 ff 及び Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung —— Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht (1985) S.179 ff を参照した。

(5) 例えば動産売買の先取特権（民法三二二条）の問題の一環として考えることが可能であろう。その際には、請負人の債権者との競合、第三取得者たる注文主との関係で問題が生じよう。

二 わが国の（裁）判例・学説

(一) 三当事者間の紛争は、請負人の建築した（未）完成建物の所有権の帰属(a)、（元請負人の支払いのない為に）下請負人の中止した未完成の工事を注文主が第三者に続行せしめたときの完成建物の所有権帰属(b)及びその際に完成建物が注文主に帰属するとされた場合の下請負人の注文主に対する求償(c)という三つの形であらわれる。[1]

そこでまず(a)の場合であるが、三当事者間の裁判例を検討する出発点として二当事者間における（裁）判例の傾向を一瞥しておく。周知のように（裁）判例は一部の例外はあるものの主要な材料の供給者が誰かによって建物所有権の所在を決定し、請負人が材料を供給したときは建物は請負人に帰属し引渡によって注文主に移転する、但し明示でなくとも黙示の特約があれば引渡をまたずに原始的に注文主が所有権を取得する、としている。そこで特約の内容であるが、（明示的に注文主に帰属するという合意があれば格別）多くは注文主の請負代金の完済 —— 未完成の場合は出来高に応

じた請負代金の支払い――である。かつ旧い（裁）判例では請負契約当事者間ではなく両当事者の特定承継人或いは差押債権者との間の紛争であっても、所有権の帰属はもっぱら両当事者間の対価支払いによって決定され――対抗問題等への指示もなく、従って――建物の登記の所在は視野に入っていないと言われる。[2] このような（裁）判例からは確かに請負人からの承継人については敷地利用権の欠如が、[3] 注文主の承継人に対しては取引の安全が問題となろう。[4] しかしそこでは請負人の代金債権は常に所有権という形で担保されていることとなる。ところが近時の（裁）判例では若干趣きが異なっているように思われる。例えば、請負代金が完済されていなくても未登記の完成建物を差押えた請負人の債権者に対する注文主の執行排除を認めた判例（最判昭和四四年九月一二日、判時五七二号二五頁）――工事進捗と共に代金を約定通り支払ってきたという事実関係の下では「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」とした――、注文主からの譲受人に対する請負人の所有権確認・登記抹消を退けた判例（最判昭和四六年三月五日、判時六二八号四八頁）――代金未払いであるが注文主から手形を受領して、預っていた建築確認書を交付した（その結果、注文主の保存登記は可能となっている）ことが、所有権を注文主が取得することの「黙示の合意」とみなされた――がある。確かに以上の判例は、（少なくとも建築請負がノーマルなプロセスで進行しているときは）請負人の一般債権者は建物所有権に容喙できないとしたとか、注文主からの譲受人を注文主・請負人間の所有権帰属から離れて――九四条二項の類推適用や対抗問題によって――保護したという訳ではない。依然として請負人・注文主との間での注文主への所有権帰属という判断を出発点としている。しかし、少なくとも対第三者関係では請負契約における建物所有権は請負人から注文主へと移転する経過的な所有権であるという視点はあらわれていると言えよう。

それでは三当事者間の（裁）判例はどうであろうか。旧い判例㋐大判大正四年一〇月二二日（民録二一輯一七四六頁）

で注文主に対して下請負人の所有権を認め占有回収の訴を認容しているものがある。しかし近時の裁判例は結果としては元請負人に対して請負代金を完済した注文主の所有権取得を認める傾向にある。但し、その理由づけについては先に見た二当事者間の判例の延長線上で理解できるものとそうでないものが有るように思われる。前者は㈠大阪地判昭和五三年一〇月三〇日（判タ三七五号一〇九頁）、㈢東京地判昭五七年七月九日（判時一〇六三号、一八九頁）、㈤東京高判昭和五九年一〇月三〇日（判時一一三九号四二頁）、㈦東京地判昭和六一年五月二七日（金商七六七号三二頁）であるが、確かに㈦を除いては注文主の所有権取得を認めている。しかし、㈤は下請負人の債権者による執行の排除を注文主が求めたものであり、かつ（黙示ではあるが）下請負人・注文主間の特約をも認定している。㈠は孫請負人・注文主間の紛争であるが孫請負人は下請負人に建物を引渡している。㈦は（未完成建物の出来高部分に相当する支払いが注文主から元請負人になされているが）下請負人の注文主に対する所有権確認を認め、建物の保存登記及び抵当権の抹消請求を退けている――但し、注文主は一括下請負の事実を熟知していたことが認定されている。㈢は下請負人は建物の引渡を留保しているが、裁判所は、一応下請負人・元請負人及び元請負人・注文主間の特約の存在を認定している。即ち、以上㈤㈦は対第三者関係の問題として、㈠は建物の引渡から注文主の所有権取得を認められ、㈢は特約から、二当事者関係の判例との連続性が看取されよう。更に㈦では注文主に対する下請負人の所有権確認は認容されている。

ところが一方で対第三者関係ではなく下請負人・注文主間の紛争で近時の幾つかの裁判例は、下請負契約の性格の評価から注文主の所有権取得を基礎づけている。例えば㈨仙台高決昭和五九年九月四日（判タ五四二号二二〇頁）は、下請負人は元請負人の「一種の履行代用者（履行代行者）」であるから注文主は元請負人に弁済することによって下請負人にも弁済したことになる、とする。次に、建物は引渡されたが所有権留保されていたという事情の下で㈱東京高判昭和五四年四月一九日（判時九三四号五六頁）は建物所有権の注文主取得説を出発点とした上で所有権留保は担保権である

としても公示がないから第三者（注文主）には対抗できないとし、㈦大阪高判昭和五六年五月二九日（判時一〇一六号七二頁）も（具体的事情の下では）元請負人は下請負人の「仲介的関係ないし……代理人的立場」であったのに、所有権留保につき不知である注文主に債権回収の危険を負担させるのは「権利の濫用」であるとしている。さらに㈧東京高判昭和五八年七月二八日（判時一〇八七号六七頁）は一括下請について不知である注文主に対する下請負人の建物の引渡及び所有権確認の訴えを権利濫用であるとしたが、その理由の一つとして「下請人は元来建物所有権を最終的には注文者に取得させるべき地位にあり……一般の不動産所有者と下請人とを、一般の不動産所有権と下請人の不動産所有権とを、また一般の不動産譲受人と注文者とを各同一視して注文者は保護されないと解することは、注文者、元請人、下請人の関係、下請人の建物所有権の特殊性に鑑み相当でない」としている。以上の裁判例は先に見た㈠乃至㈤の裁判例とは異なって注文主・下請負人間の紛争であるにもかかわらず下請負人・元請負人間での建物所有権の移転を出発点とせず、注文主の元請負人への代金支払いによって注文主の所有権取得或いは下請負人からの妨害排除乃至引渡の請求を退けている。更に以上㈥では注文主は元請負人に対する支払いにより下請負人にも弁済したこととなるとされ、㈣㈦では下請負人は所有権留保はしているが建物は引渡しており、㈧でも注文主が元請負人の占有侵奪について善意である故に、いずれの場合にも下請負人は留置権も失っている。それ故にここでは三当事者関係内においても、終局的に所有権は注文主に移転したこととなろう。以上を先に見た二当事者関係及び㈠乃至㈤の裁判例の連続性の下に位置づけるとすれば、裁判例は下請負人は元請負人・注文主間での所有権移転の対第三者関係或いは注文主は下請負人・元請負人間の所有権移転の対第三者関係であると評価していることとなる。即ち、前者では下請負人は元請負人の一般債権者と同列の地位に立つことになろうし――それ故に建物「所有権」を介しての注文主に対する追求は観念できない――、後者では注文主は元請負人（下請負人に対しては注文主）からの転得者ということとなろう――ここでは、本来は注文主は公

信的保護（或いは対抗法理の流用）を通じて取引の安全を保障さるべきこととなろう。以上のような視点は先に見た㈨乃至㈫の裁判例にも表現されているように思われる。即ち、建物が所有権留保された㈱㈫では後者――下請負人の建物所有権の公示の欠如、注文主の善意――が、建物が下請負人から元請負人へと引渡されていなかった㈨㈫では前者――下請負人が独自に建物所有権による第三者の追求をすることの不可能なこと――が示されている。更にこのような立場を補強する為か㈭では下請負人は元請負人の「履行代用（行）者」であるとの説示もある。しかし、先に挙げた㈦は「請負契約ハ仕事ノ結果ヲ目的トスルモノニシテ單ニ他人ニ使用セラルル所ノ雇傭ト異ナルモノナリ左レハ其工事ハ自己ノ工事ニシテ他人ノ工事ニアラサルカ明カナリ然ルニ原判決ハ一方ニ請負契約ヲ認メナカラ他方ニ於テ……未タ被控訴人カ自己ノ工事トシテ本件建物ヲ建築シタルコトハ認メ難ク云云ト判示シテ上告人カ訴外西村貞馬（元請負人――筆者注）ノ使用人タルカ如ク判斷セルハ是亦請負契約ノ性質ヲ誤解シタルニ由来スルモノナリ」「加之原判決ハ一面ニ於テ上告人カ西村貞馬ヨリ下請負ヲ為シタルノ事實ヲ認メナカラ他面ニ於テハ上告人ヲ以テ西村貞馬ノ代理人トシテ工事ニ従事シタルモノト為シ以チ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ理由ニ齟齬アルモノナリ」と説示している。即ち、自己の仕事の完成によってはじめて報酬請求権を取得する下請負人が（所有権の取得に関しては）単なる履行代行者であると考えることにはそもそも疑問があるとしている。仮にそうであるとすれば、㈭の言わんとすることは要するに下請負人は所有権によって注文主を追求することができないということに帰することとなろう。

それでは以上の裁判例のように、下請負人を元請負人の一般債権者と同様に考えること、或いは注文主を元請負人からの譲受人即ち、下請負契約の第三者として扱うことは可能であろうか。少なくとも物権変動において採られている第三者保護の理論（対抗要件法理の流用、九四条二項・一一〇条の類推等）によって所有権取得を一般的に基礎づけることは注文主からの転得者は別としても注文主に関しては、登記の所在、下請負人の登記への関与の可能性等からも無理

があろう。それ故に指向さるべきは前者であろうが、これは近時の有力説即ち注文主取得説の方向性とも軌を一にするものであり三当事者関係に言及する学説も同様の立場を示している。

次に(b)であるが、二当事者関係では（裁）判例は請負人の工事が独立の不動産となっていた場合には不動産の附合（二四二条）を、未だ独立の不動産に至らない建前に残工事が施されて独立の不動産となった場合には加工の規定（二四六条二項）を適用して所有権の帰属を決定する。㈠最判昭和五四年一月二五日（民集三三巻二六頁）は三当事者関係についても後者の立場を判示し、かつ注文主が第三者に続行させた工事が独立の不動産に至った時ではなく工事完了時の価格を比較して（下請負人の工事よりも残工事の価額が大であった為）注文主の所有権取得を認めた。以上からは、下請負人は元請負人の代金支払いがなされなくとも工事を続行すれば（かつ独立の不動産に仕上げれば確実に）建物所有権を取得する可能性が高くなることになる。最後に(c)の紛争類型について三当事者関係において㈠の様な事案の延長として――即ち、下請負人が未完成で放置した後の残工事の続行による所有権移動――の事件ではないが、下請負人の完成させた工事の一部を残工事の続行を経て附合（二四二条、二四三条）により注文主が所有権取得した際に下請負人の注文主に対する不当利得返還請求権が認められた裁判例として㈡東京簡判昭和三三年六月三〇日（判時一六一号二二頁）㈢東京地判昭和四五年六月一五日（判時六一〇号六二頁）がある。但し、以上二つの裁判例では、注文主は下請負人が建築物を引渡さずにおりその所有権について悪意であったにもかかわらず元請負人と決済していること、[5]及びこの下請負は建築業法二二条の禁ずる一括下請負ではなく部分下請負であったことには注目しておく必要があろう。

以上の裁判例を見ると、(a)の事案では近時の（裁）判例では下請負人が建築材料・労務を供給しかつ元請負人からの支払いが欠如しているにもかかわらず注文主の所有権取得を認める傾向にある。これは、下請負人を元請負人の一般債権者と同様に考え下請負人に建物の所有権帰属を認めない、いわば契約関係の優先した解決となっている。但し、先に

㋔にも見たように注文主が（たとえ建築業法に禁止される一括下請負であっても）下請負人の存在について悪意である場合には下請負人の所有権確認を認めた判決がある。他方で(b)の事案では(a)における近時の裁判例とは対照的に建物に対する材料・労務の支出が附合・加工の規定の適用を通じて正面から顧慮されている。即ち、かつて(a)の事案で全く支配的であった主なる材料供給者が誰であるかによって建物所有権の帰属を決定するという添附法の思考様式が行われているように思われる。更にその延長として(c)においても下請負人の注文主に対する償金請求（不当利得返還請求）は容易に認められる傾向にある、と言えよう。但し、ここでも、注文主は下請負人の所有権について悪意でありながら、注文主と決済して残工事を続行したという事例であることは注意を要しよう。

(二) (a)については主に二当事者関係における建物所有権を念頭に置いた議論の華々しさとは異なって、三当事者関係に焦点をあわせて論ずる学説は必ずしも多くはない。もっとも近時の有力説である注文主取得説に依れば下請負人はそもそも建物所有権を取得する余地はない（或いは下請負人・元請負人関係でも元請負人が所有権を取得するから更にその所有権は注文主に帰属する）故に議論の実益はないということになろう。却って、下請負人の介在により注文主が元請負人に対して代金完済しても所有権取得が不可能であるという事態が、請負人取得説の欠陥であり注文主取得説の根拠の一つとして挙げられもする(6)（これに対して、近時は提唱者も少ない為か、請負人取得説の側からの注文主保護の議論は積極的に主張されてはいない）。しかし、二当事者関係における注文主取得説の論拠がそのまま三当事者関係にも妥当するであろうか。しばしば挙げられる、請負人の敷地利用権の欠如、請負人の建物の処分或いは債権者による差押え等の請負人取得説に対する批判は別としても不動産工事の先取特権の存在、請負代金分割払いの慣行はそのままには下請負契約についてはあてはまらない。下請負人には当初より先取特権取得の可能性は欠如しており、かつ元請負人からの工事進捗に応じた支払いがなされない為に代金完済した注文主との間に紛争が生じるからである。

更に注文主取得説は請負人の債権担保の手段として（先取特権は実効性のないものであっても）同時履行の抗弁権、留置権を考える。しかし（契約相手方ではない注文主に対する下請負人の同時履行の抗弁権は成立しないが）二当事者関係とは異なり注文主は元請負人に対して代金を弁済しても、下請負人は注文主に対して留置権を主張しうることとなる。それ故に三当事者関係に即しては、一方では注文主取得説の根拠は下請負人に対しては少なくとも二当事者関係よりも薄弱であろうし、他方では下請負人の留置権の成立を認めるならば注文主の保護を充分にはかることはできない。そこでこの二点に留意して学説を見ると、前者については下請負人を二当事者関係における請負人とは異なった性格づけをすること――但し、そこで共通なのは注文主保護の視角である――で共通であり、後者は留置権の成立を否定する傾向にあるが若干のニュアンスの差がある。例えば鎌田教授は注文主・元請負人・下請負人間で特別な合意をした場合以外は注文主が下請負人の存在を知っていても注文主が保護されるべきであるという評価を出発点とする。(7) その上で「下請負人は、一括下請であれ、部分下請であれ、元請負人の債務の履行補助者ないし履行代行者にすぎず、本来、注文主・元請人・下請人の関係は、それぞれの契約に基づいて債権的に処理されれば足り、所有権の帰属は第三者が関与しない限り問題としなくてもよいようにも思われる」(8)とし、下請負人の供給した建築資材は観念的に措定された注文主の建物所有権に附合するとされる。(9) 更に留置権についても下請負契約の特性を考慮してこれが成立しないと考えるべきであるとする。その根拠は、下請負人は履行補助者故に占有補助者であって占有者ではないこと及び下請負人に占有があるとしてもその引渡義務は下請代金の支払義務に対して先履行関係にあること――下請代金の弁済期は元請代金の弁済期の後にくるが、元請代金と建物の注文主への引渡は同時履行であるから――である。それ故に下請負人は元請負人から中間金の支払いがなされないときに工事を中止するという抗弁が許されるにすぎないこととなる。(10) 他方で滝沢助教授は代金支払と対価関係に立つのは所有権移転ではなく目的物の引渡であることを前提として(11)建物所有権は当初より

注文主に帰属するが、下請負人は留置権の対抗を許されるとする。[12] しかし元請負人より注文主に引渡がなされた際に注文主が善意であれば下請負人は占有回収の訴（民法二〇〇条）を行使できず、結果的に元請負人の一般債権者となるにすぎないとされる。[13] 但し逆に注文主悪意の場合には下請負人は留置権を保持し、注文主は二重払いを余儀なくされよう。

更に、下請負人が建物の所有権を留保したときも、所有権留保の有効性を注文主に対して遮断したり、[14] せいぜい譲渡担保権の設定であると評価して[15]——このように考えれば公示のない担保権は注文主には対抗できないであろう——所有権という形での下請負人の担保手段を制限する傾向にある。[16] 以上からは、近時の学説は下請負人に建物の所有権帰属を認めない態度では共通しており、注文主が目的物の引渡を受けた際の善意・悪意にかからしめて下請負人の留置権を認めるか否かで評価が分かれていると言えよう。

次に(b)では、建物所有権の帰属について注文主取得説を採ればそもそも添附の問題は生ぜず、せいぜい下請負人の償金請求の問題となる。しかし（裁）判例及び通説の前提とする請負人取得説を出発点とすればという条件の下で、学説は（裁）判例に賛同している。[17] 但し、建築物が未完成とはいえ独立の不動産になった後に注文主が工事を続行したときにも、附合ではなく加工の規定を適用すべきであるとする提案もある——附合ではなく加工の規定によれば、材料だけでなく労務をもトータルに比較して所有権の帰属を決定できる為。[18] しかし、ここでは、少なくとも先に(a)にみられたような実質的な考慮が行われている訳ではない。

最後に、(c)については、学説は下請負人の注文主に対する求償請求に焦点をあてて議論してはいない。下請負人と注文主の間には契約関係は存在しないから、下請負人から注文主に対して直接の請求が成立するとすれば物権的請求権、事務管理、不当利得のいずれかであろう。物権的請求権は注文主取得説に依れば勿論のこと、請負人取得説をとっても添附による所有権移動があった後には考えられない。事務管理も下請負人の仕事は元請負人との契約に基づく給付であ

るから、事務の他人性或いは他人の為のいずれかの要件によって挫折するであろう。[19] そこで、問題となるのは下請負人の注文主に対する直接の不当利得返還請求権の成否である。

このような不当利得返還請求権について具体的な裁判例に即して直接言及した学説は――加藤教授を除いて（後述）――ないが、下請負人に未だ不動産には至らない建築物の所有権が帰属していることを出発点とすれば添附による所有権取得の際の不当利得返還請求権の問題となろう。わが国の学説は――請負人が第三者の動産を注文主の不動産に添附させた場合を念頭においているが――、添附による注文主の所有権取得によって（添附された動産が占有離脱物である場合は例外として）原則的に第三者の不当利得返還請求は排除されると考える者と、[20] 逆に注文主は第三者の不当利得返還請求にさらされると考える者がある。[21] 同様の思考図式を前提とすれば前者は、注文主・元請負人及び元請負人・下請負人間の契約関係に即して問題を処理していくことになり、下請負人に認められるのは元請負人に対する履行請求或いは（契約が無効・取消となったときにも）あくまでも直接の契約相手方である元請負人に対する給付不当利得返還請求である。即ち、この見解に依れば下請負人に与えられた所有権という排他的帰属割当も、少なくとも元請負人との契約関係が存在するときには切断されることとなる。後者では下請負人の排他的帰属割当（建築物所有権）が存在している限りで、添附によって変形した侵害不当利得は注文主の善意取得を介してだけ遮断されると考えることとなろう。

更に加藤教授は、この問題を転用物訴権論の一環として（先に挙げた裁判例㈠㈡に即して）とりあげている。本事例に即して言えば加藤教授によれば下請負人の注文主に対する直接の不当利得返還請求が成立するのは、注文主・元請負人間で無償の利得移動が有った場合に限られる。[22] 更に（元請負人の無資力が前提ではあるが）同時に元請負人の一般債権者がこの決済を詐害行為取消権の対象とすることも考えられようが、その際には詐害行為取消権が優先する、[23] とされる。他方で三宅教授は転用物訴権を相手方（下請負人）による受任者（元請負人）の委任者（注文主）に対する代弁済

請求権（民法六五〇条一項、七〇二条一項）の直接行使であると構成する。[24] 下請負人の直接請求をこのように考えれば、少なくとも元請負代金が未決済の間は元請負人の一般債権者に対する下請負人の優先弁済権は確保できよう——一般債権者が差押えても注文主に請求できるのは、下請負人に対する支払いだけであるから。しかしこのように考えても、注文主・元請負人間で決済がなされてしまえば下請負人の請求は挫折することとなる。

以上をまとめれば、不当利得返還請求の成否に即しても、完成建物の所有権帰属に関する思考様式の違いが同様に表現されていると言えよう。即ち、ここでも下請負人の排他的帰属割当（建築物所有権）が元請負人との契約関係によっても切断されないと考える者は、注文主に対する直接請求を認める傾向にあると言えるからである。なお附言すれば、(a)の事例で注文主取得説に依って注文主の建物所有権取得を認めても、同様に下請負人の注文主に対する不当利得返還請求が問題とされる余地はある。しかし、明言されている訳ではないが、注文主取得説では注文主の所有権取得は終局的なものとされていると考えられるから、不当利得返還請求も所有権の帰属と軌を一にするものとなろう。

これまでのわが国の（裁）判例・学説から、次のように言えよう。三当事者関係において建物所有権の帰属をめぐる(a)（裁）判例・学説共に、近年は（下請負人・元請負人及び元請負人・注文主間の）契約関係に従った処理がなされる傾向にある。但し、そこにおいても、注文主の下請負人の存在に対する善意・悪意にかからしめて所有権の帰属、更には注文主の所有権取得を認めても下請負人の留置権の成否では評価が微妙に異なっていた。次に(b)及び(b)の延長としての(c)では、（裁）判例では添附法理により材料・労務を供給した下請負人の権利は、却って(a)の場合よりも顧慮される余地が大きいように思われる。更にここでも(c)においては注文主の善意・悪意が下請負人の直接の不当利得返還請求の成否に大きく影響している。但し、学説では(c)においても契約関係を優先させるか否かで解決が分れる可能性が有った。即ち、基本的には下請負人のした仕事に対する排他的帰属割当の評価如何に以上の裁判例・学説のとる問題解決の指向

性は依拠していると言えよう。それでは、土地・建物が一体の不動産として扱われ、請負人に少なくとも建物所有権という形での排他的帰属割当を認めない外国法（西ドイツ、アメリカ合州国）の法状況はどうであろうか。

（1）以上の（裁）判例及び学説のうち(a)の類型について整理し批判的に検討を加えた近時のものとして、手塚宣夫「元請人の倒産と完成建物の帰属――建物建築請負契約について――」法経論叢第七号一二五頁（昭61）及び二当事者関係も併せて(a)(b)の類型については、山口和男・太田剛彦「建物請負契約における完成建物の所有権の帰属」判タNo. 610七頁（昭61）がある。

（2）石外克喜「請負建築家屋の売買と所有権の移転」不動産法大系II二八二頁（昭45）二八四頁。

（3）但し、（裁）判例が全く敷地利用権を視野に入れないで建物所有権の所在を考えていたかどうかは疑問である。例えば大阪地判明治三八年一二月二六日（新聞三八三号九頁）は、請負人（から不動産工事先取特権と共に債権譲渡を受けた者）による建物の競売がなされたが、競落人は代金未払の（賃借人であった）注文主にかわって土地所有者から賃借権の設定を受けていることも認定されている。

（4）特に、米倉、前掲一（1）は請負人取得説の立場からこの問題に解答を与えている。

（5）同様の指摘は、瀬川信久、不動産附合法の研究（有斐閣・昭56）二九九頁にある。

（6）例えば、山崎、前掲一（2）二八頁。

（7）鎌田薫「建築工事一括下請と建物所有権の帰属」判タNo. 522九五頁（昭59）――前掲(ケ)の判例評釈――九九頁。

（8）同一〇一頁。

（9）同一〇一頁。

（10）同一〇二頁。

（11）滝沢聿代、判評三〇一号三二頁（昭59）――前掲(ケ)の判例評釈――三四頁。

（12）同三五頁。

（13）同三五頁。

(14) 滝沢聿代「建築請負契約における所有権留保」ジュリストNo. 770一〇七頁（昭57）——前掲㈦の判例評釈——。

(15) 生熊長幸「プレハブ住宅建築請負契約における所有権留保条項と注文主の所有権取得」判タNo. 411五三頁（昭56）——前掲㈭の判例評釈——。

(16) その他に北村実「建築下請負と完成建物の所有権帰属」法時五六巻一号一二四頁——前掲㈣の判例評釈——も、注文主取得説をとるべきことを主張する。

(17) いずれも前掲㈢の判例評釈であるが、瀬川信久、判評二四九号一五九頁、内山尚三、民商八一巻六号八一八頁、新田敏、昭和五四年度重判七二頁等。

(18) 瀬川、同一六三頁以下。

(19) 但し、事務管理の枠を通しても実際にそこで考慮されるべき実質的な問題は、契約外の第三者に対する直接請求（転用物訴権）の是非である。

(20) 代表的なものとして、好美清光「不当利得法の新しい動向について㈠㈡」判タNo. 386一五頁、No. 387一二頁（昭56）㈡二七頁以下、山田幸二「利得の正当化に関する一考察——不当利得における三角関係を中心に——㈠㈡」民商九三巻五号六七〇頁、六号八二一頁（昭61）㈡八二六頁以下、川村泰啓「不当利得における因果関係」判例演習債権法2一二八頁（有斐閣・昭39）、一三七頁等。

(21) 四宮和夫、事務管理・不当利得・不法行為㈠（青林書院新社・昭56）二三八頁以下。

(22) 加藤雅信、財産法の体系と不当利得法の構造（有斐閣・昭61）七〇三頁以下、特に七二七頁以下。

(23) 加藤、同七二六頁。

(24) 三宅正男「事務管理者の行為の本人に対する効力」不当利得・事務管理の研究(1)三三八頁（有斐閣・昭45）。なお、加藤、前掲八〇五頁以下は、三宅教授と同様の指向性がとり得るならそれは代弁済請求権の代位行使（民法四二三条）によるべきであるとしている。

三　西ドイツ及びアメリカ合衆国の法状況

(一)　建物の建築に関与した元請負人（Generalunternehmer）及び更に元請負人と契約して労務を提供した手工業者（Bauhandwerker）、材料供給者（Lieferant）の内で、現行の西ドイツ民法典上特別な債権担保の途が認められているのは、注文主（Besteller）と直接契約を結んだ元請負人だけである。即ち、元請負人は注文主に対して報酬請求権を持つことは当然として、更にその先履行義務と対になって――即ち仕事の引渡と報酬請求は同時履行であるが、引渡の前提である仕事の完成には先履行義務を負っている― BGB§648 の保全抵当権（Sicherungshypothek）によってその請求権（約定された報酬請求だけでなくその他の損害賠償をも含んで）が担保される。これに対して、下請負人たる手工業者及び材料供給者の債権担保は、一方で――元請負人が無資力の際に――注文主に対して直接の求償請求が可能なのか、他方で自らの請求に何等かの担保が用意されているのか、という形であらわれる。前者即ち注文主に対する直接請求は伝統的に転用物訴権（Verwendungsklage, actio de in rem verso）の問題であり、これは民法典の立法段階で拒絶されかつ現在に至るまで判例もその立場を踏襲している。[1] 後者は、かつて建築債権担保法（Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, 1909 ――以下 GSB）が BGB§648 の保全抵当権を利用できない手工業者、材料供給者に物的担保を与えんとしたが、現在まで施行されることなくおわっている。但し、材料供給者は元請負人に給付した動産に延長された所有権留保（verlängerter Eigentumsvorbehalt）――転売代金債権譲渡或いは対価支払に買主の処分権をかからしめる特約――によって債権を担保しようと企てている。そこで問題は一つはGSBはどのようにして手工業者、材料供給者を保護しようとしたのか、[2] 又何故に施行されるに至らなかったのか、二つには、材料供給者のした延長された所有権留保の第三者（注文主）に対する効力である。

まずGSBであるが同法が立法される経緯は、民法典の起草過程にまで遡る。即ち、民法典は民法典の土地登記制度と矛盾するという理由で、土地に対する他の物権的権利に優先する法定抵当権を退け、BGB§648の保全抵当権の登記請求権を請負人に認めるにとどまった。[3][4] しかし、保全抵当権の立法過程でも、注文主と直接契約した（元）請負人だけではなく建設に従事した手工業者及び材料供給者にも物的担保を与える必要性及び彼等に先行する抵当権者（多くは、注文主に対する建築資金の供与者）によって土地・建物の担保価値が利用され尽してしまうこと――保全抵当権の登記は仕事の全部又は一部が完成してはじめて請求できる――の欠陥は意識されていた。[5] しかし、それ等の是正は特別法に委ねるのが適当であると考えられ、GSBの立法に至った。GSBは公法上の規定（§§1-8）及び私法上の規定（§§9-67）に分れるが、ここで重要なのは後者である。まずこの法律によって建築抵当（Bauhypothek）を取得する建築債権者（Baugläubiger）は建築主と直接に建築契約した(元)請負人だけでなく、建築家（Bauarchthekt）、建築労働者（Bauarbeiter）、材料供給者も含まれる。更に、以上の建築債権者が建築抵当を与えられるには、建築主が土地所有者である必要はない（§§18，19）。次に建物新築に際しては、建築資金を受領した建築主は土地登記に建築記入（Bauvermerk）してはじめて建築許可を建築警察（Baupolizeibehörde）から受けられるが、この建築記入が建築債権者の建築抵当の仮登記となる――即ち、一定期間内に届出を出せば建築抵当が成立する。建築警察は§12所定の例外[6]等を除いて、建築記入がなされかつ建築記入に優先するか或いは同順位の負担が土地価格の四分の三を超えないときにだけ建築許可を止えることができる。このようにして成立した建築抵当の順位は、建築記入と他の権利との順位によって決定されるが、建築債権者は互いに同順位とされる。

以上のようにGSBは、現行の保全抵当権と異なり、建物新築の場合だけで改築、修繕は規律しないのであるが、公法的措置と併せて担保権者（建築債権者）の範囲を拡大しかつ建築債権者の為に土地の担保価値を保全している。しかし、

同法の公法的規定は立法と共に施行されたが、私法上の規定は各自治体の特別の命令にその発効を委ねた為、現在に至るまで施行されていない。[7]（何故ある法律が立法されたかではなく、施行されないかを考えるのは困難であり――かつ不充分な調査に基づくものだが）その理由の一つは、同法の立法の契機にも存する。即ち同法は普仏戦争後の泡沫会社時代（Gründerzeit）の経験――充分な資金力の欠如する建築企業家による投企的建築――によってその必要性が感じられた[8]（それ故に、保全抵当とは異なり「新築」にだけ適用される）。だから元来同法の施行は、全国ではなく大都市及びその周辺地域が予定されていた。しかし以後は再建、修繕は別として当時のような建築ブームはおこらなかったのである。[9]次に同法を十全に機能させる為には建築警察等の官庁の約割が大きい。しかし、現在そのための前提は官庁の側には欠如している。[10]更に同法は（これも保全抵当とは異なり）仕事開始前に建築債権者に抵当権を与える。その際に請負人が仕事を完成しないとき或いは瑕疵ある仕事をした場合の法技術的処理が問題とされる。[11]最後にそもそも民法典の定める保全抵当権自体が機能しない事情として挙げられるように、建築主は融資者から建築資金の融資を受けてはじめて建築費用を請負人に対して支払うことができるのが実情であり、請負人等の利益を融資者に優先させる環境にはないのである。[12]

他方で材料供給者の延長された所有権留保の効力はどうか。代表的な判例は、BGHZ 56, 228である。事案は、被告（注文主）と建物の建築契約を結んだ請負人が原告（材料供給者）から建築材料を延長された所有権留保の下で買いうけて建物を建設したが、破産した。（その後請負人の破産債権者が各自被告に請求することに合意し）原告は被告に対して自己の売買代金の限りで請負人の報酬請求権を行使した。しかし、BHGは被告・請負人間の債権譲渡を被告の承諾にかからしめる建築契約上の特約の有効性を認め、更に（不法行為及び）附合によって被告が取得した材料所有権の代償としての原告の侵害不当利得の請求をも退けた。即ち後者については、原告が契約に基づいて請負人に給付した限りで、

第三者たる被告に対する侵害不当利得は排除されるとした――いわゆる「侵害不当利得の補充性（Subsidiarität der Eingriffskondiktion）」。しかし、この侵害不当利得の補充性に関しては、学説の批判が多い。[13] というのは、このように考えれば被告（注文主）の善意・悪意にかかわらず常に材料供給者の請求は切断されるからである。そこで学説は、侵害不当利得の請求を排除するには、善意取得の規定（BGB§§932ff――処分者の所有権に対する善意、或いはHGB§366――処分者の処分権に対する善意、のいずれか）を類推する他はないとしている。[14] 更に以上の判例と共通する思考様式で注文主を保護する判例は、この判例の先例ともなっているBGHZ 40, 272である。事案は、土地所有者たる注文主が請負人と家屋への電気器具の工事を契約したが、請負人は注文主の名前で原告と契約して電気器具は搬入され家屋に取り付けられて附合した。そこで原告は注文主に対して売買代金或いは（契約有効でない場合は、附合により原物返還は不可能であるから）不当利得返還請求を求めた。（表見代理は成立せず）争点となったのは不当利得であるが、連邦通常裁判所は給付関係が注文主・請負人及び請負人・原告間に認められるだけだから原告の給付不当利得は請負人に対してしか成立しないとした（更にその際に問題となる給付関係の第三者たる原告の注文主に対する侵害不当利得も前述の侵害不当利得の補充性により退けた）。ここでも給付関係は、原告の視角から原告・注文主間に認めるのか、それとも判例と同じく注文主の視角から決定するのかという理論的争いがあり、多くの学説は判例に批判的である。[15] というのは判例によれば、注文主は悪意で請負人に弁済したり先払いしたときでも原告の請求を受けることはないからである。判例を批判する学説は原告の注文主に対する直接請求を認めた上で注文主に利得消滅の抗弁（BGB §818III）――これは、注文主が善意で請負人に対価支払したときにだけ認められる――の主張を許すことで充分であるとする。[16]

以上の西ドイツ法の状況を見ると、先履行義務を負っている下請負人（手工業者）と本来は同時履行が可能である材料供給者とでは却って後者の方が自己の請求権を担保する余地が大きいというアンバランスが目立っている[17]（もちろ

ん、判例は先にも見たように材料供給者の請求をも封じる傾向にあるが)。というのは後者は、物の所有権(或いはその代償である侵害不当利得)を通して第三者たる注文主に直接請求できる可能性が多いからである。早急な結論を引き出すことはできないが、次のような評価をすることは許されよう。請負契約による労務の給付は、仕事が完成してはじめて有形の財貨となるという性質を持っている。更に請負人は報酬請求に対して(仕事の引渡ではなく)仕事の完成に先履行義務を負ってるから、それと対になってBGB §647の保全抵当権も示すように一定の担保権を請負人に対して認める必要は認められよう。しかし、逆にあくまで労務は現在の有形の財貨として存在していない為に、仕事の未完成の段階でこれに物的担保を与えるのは公示の原則と相いれない可能性がある(保全抵当権は仕事完成後はじめて「登記請求権」という形で成立する。GSBに対する法技術的批判は、仕事完成前の担保手段を与える点にもあった)。それ故に(元)請負人一般、更には下請負人にまで物的担保を供与するという可能性は西ドイツ法の視角からはあまり期待できないであろう。但し、注目しておきたいのは材料供給者の担保である。ここでは注文主の主観的態様にかからしめて、直接の不当利得返還請求を認めていく余地があった。これは建物所有権を添附によって取得した注文主に対する請求を認めるわが国の裁判例と、指向性が酷似していると言えるのではなかろうか。

(二)　アメリカ合衆国においても、下請負人(Subcontracter)及び材料供給者(Materialman)からする、注文主に対する直接の契約上の請求は認められていない。これは、両者に直接の契約関係(Privity of Contract)が存在しないからであると説明される。[18] 更に下請負人等は自己の契約上の義務に基づいて元請負人(Contracter)に給付したのであり、その財貨が結果的に第三者たる注文主に帰属したとしてもそれは注文主にとっては"Volunteer"或いは"Intermedier"による給付である。即ち、このような者の第三者への回復請求に対しては原則としてアメリカ法は厳格な態度をとっている。[19]

しかし、他方で建築契約に関しては多くの州は立法によってMechanics' Lien(建物工事の先取特権、以下ML)を用意している。[20] 即ち(細部は異なっているが共通しているのは)この立法によって、元請負人のみならず、下請負人、材料供給者、設計家(Architecht)、技術者(Engineer)、労務者(Labourer)等は注文主の土地(建物)に物的担保を取得する途が認められている。その起源は旧く一七九一年にメリーランド州(Meryland)で成立したのが嚆矢でありその後速やかに各州に普及した。[21] 当時アメリカは建国途上の国であり建築を促進させる為にもMLにより建築に関与する者を保護する必要が有ったが、今日でもこの目的は変らないとされる。[22] その根拠は注文主の不当利得(Unjust Enrichment)の防止であるとも説明されるが——注文主は元請負人に対して弁済しても、下請負人等からの請求にさらされることを認める立法システムも有るから(後述)——、やはり力点は請負人の保護にある。[23] その具体的な内容について記せば、次のようになる。まずMLは、建物の新築(Erection)だけでなく改築(Alteration)及び修繕(Repair)の場合にも成立する。更に、注文主が土地所有者でなくても(例えばTenant)所有者の同意が有れば、土地に対してMLを行使できる。次に先取特権者(以下、Holder)がMLを取得する為には、注文主に対して所定の期間内に通知(Notice)しかつMLを登記(Filing)しなくてはならない。通知の内容は労務を給付する或いは材料を供給する予定であること及びMLを行使する意思があることであり、その際に価額を記す必要はない。通知の期間は各州の立法により様々であるが、仕事の着手以前、或いは着手と共に更には着手後一定期間内にする必要がある。仕事の完成後には、これも期間は立法によるがやはり一定期間内に自治体の登記所(County clerk's office)に登記しなければならない——これを怠るとMLは消滅することとなる。以上のようにして成立したMLと他の土地に対する負担——抵当権(Mortgage)、その他の先取特権(Lien)、地役権(Easement)等——との順位、及びHolder間での順位は各々の立法に定められている。前者は基本的には登記の順序によるが——多くの州では、MLの登記ではなく仕事開始の時を優劣の基準としている

――、後者は特別の定めがなければ平等である。このようにしてMLを取得すれば、Holderは抵当権者と同様の手続によっても自己の権利を実現できる。

以上のようにMLは、注文主と直接契約関係にない下請負人・材料供給者にも物的担保手段を拡大しており、かつ仕事完成後の登記、及び他の土地に対する負担に対する優先を工事開始時まで遡らせている。即ち、特に後者については一方で注文主に対して仕事の完成の保障を与え他方で請負人には（仕事の着手前ではなく）完成前の他の担保権への優越をも認めている点で注目できる。しかし、ここでは先に西ドイツ法で見た公示の原則が後退させられていることも確かである――例えば新築間もない土地・建物を購入する者は、少なくともMLの登記期間内であれば登記だけでなく建築契約についても調査する必要がある。[25] 更に、仕事開始と共に通告されかつ仕事完了後登記されることを考えるなら、注文主が元請負人に対して契約上の報酬を支払ったときには下請負人・材料供給者はMLを取得するのかが問題となろう。この点に関しては、アメリカの立法は大別すれば二つのシステムに分かれている。即ち、New York System（一九州）及びPensylvania System（二九州）である。前者では注文主は元請負人との間の建築契約に従った弁済をすれば、免責される。下請負人・材料供給者は注文主・元請負人間が未決済でありかつMLの通知が可能な場合にだけ、注文主に対して請求が可能である。つまり、具体的には元請負人の債権に代位することとなる。それ故に、このMLは派生的なもの（derivative）であるとされる。他方で後者は直接の（direct）MLと言われる。[26] ここでは、注文主は元請負人に対する支払いを下請負人・材料供給者に抗弁することができない（場合によっては、元請負人との約定価格以上に下請負代金等が及ぶこともある）。それ故に、下請負人等がMLを登記可能な時以前に――仕事完了後一定期間経過すればML自体が消滅するが――元請負人に弁済すれば、注文主は二重払いを強いられることとなる（その根拠は、法が元請負人に対して注文主の代理権を与えている或いは黙示の代理権が有ると言われることもあるが、土地・建物自体はMLに拘束

されても注文主は支払いの義務を負う訳ではないからその限りでは比喩的な説明にすぎない[27]。そこでこのシステムの下では注文主は二重払いを避ける為には仕事完了後一定期間が経過してMLが消滅するまで元請負人に対する支払いを拒むか、元請負人にボンド（Bond）を発行させてその不履行に備える必要がある[28]。以上のような対照的なシステムの優劣を簡単に比較することはできないが、次のような指摘がなされている。ニューヨーク・システムの下では、注文主は仕事の進捗に応じて安心して元請負人に対して報酬の分割払いをすることができる。それ故にここでは元請負人は、請負契約自体から仕事を進める為の金融を得ることができる。これに対してペンシルバニア・システムの下では注文主は元請負人に対する支払いを仕事終了後（一定期間経過）までひきのばすから、元請負人は自己資金を利用するか（請負契約の）外部に金融を求めなくてはならない[29]。更に前者の下では――注文主は二重払いの危険から速やかに免がれるから――、立法は元請負人以外にもHolderを拡大する方向性を示す。これに対して後者では、立法が明示的にHolderを定義していない場合にも注文主の側での予測をも顧慮して、判例はHolderを狭く考える傾向にある[30]。更に後者のシステムの下ではやはり注文主を二重払いの危険から免がれしめることが最大の課題のようである。例えば注文主が建築するにあたっては建築契約の内容を登記することを義務づけ、登記がなされればそれによって元請負人以外の者のMLの成立を妨げたり又（元請負人以外のHolderからの）約定価格を超える請求を制限する立法もある[31]。

以上みたようにアメリカ合州国においては比較的完全な、下請負人・材料供給者の債権担保の途が構ぜられている。但し、以上のようなMLはあくまで立法によるものであり、わが国の不動産保存の先取特権（三二六条）及び不動産工事の先取特権（三二七条）を見直すにあたっては――例えば、後者の工事開始前の費用の予算額の登記の要求（三三八条）等を考え直すにあたっては――参考となろうが[32]、直ちにわが国の解釈論に大きなインパクトを与えるものではなかろう。しかし、次のことはわが国において――下請負人の所有権取得、或いは下請負人からの注文主に対する何等かの

請求を考えるにあたっては――参照とするに値すると思われる。即ち、ペンシルバニア・システムの下では、注文主は少なくとも（立法に定められた）一定の期間は下請負人等の存在に配慮して元請負人に弁済する（或いは弁済を手控える）注意義務が負わされている。このような注意義務が――アメリカとは異なり立法の欠如している――わが国の請負契約をめぐる環境の下でどの程度注文主に要求できるかは疑わしいが、全く観念できないという訳でもなかろう――例えば、下請負人の建物の留置を知った上で元請負人とは決済できないという形で――。次に以上と同様の注文主に対する直接請求を認めないニューヨーク・システムの下でも、立法の定める一定期間内に登記すれば（ML が成立して物的担保を得ること自体は別としても）少なくとも下請負人は元請負人の一般債権者に対する優先はその前提として当然認められている。このような下請負代金債権の性格は――確かに立法による公示手段は欠如しているが――わが国の解釈論においても顧慮される必要があるのではなかろうか。

（1）どのような文献にも共通に記述されていることであるが、とりあえず、Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 2Bd., 1981, S.1515ff, S.1577ff を参照のこと。ケーニッヒの鑑定意見及び法律案については、拙稿「西ドイツ不当利得法の諸問題――デトレフ・ケーニッヒの法律案と鑑定意見の紹介を通じて――」法学志林八三巻二号三三頁（昭60）。

（2）GSB についての比較的まとまった紹介及び検討としては、瀬川、前掲二（5）二〇四頁以下、及び、尾崎三芳「現代ドイツにおける法定担保権の動向――法技術的特徴の析出に向けて――」早大大学院法研論集二一号一〇九頁（昭55）。後者の論文では西ドイツの法定担保権制度の全体的見通しの下で GSB と共に請負人の保全抵当権についても検討が加えられている。

（3）以下の記述については、主に Plank, BGB, 4.Aufl., §648, Staudinger, BGB, 11.Aufl. §648 を参照した。

（4）Mugdan. Bd.2, S.927ff, S.927.

(5) Mugdan. aa O.S. 928f.

(6) 建築主が建築費用について担保供与するか、建築土地が公共団体の所有である場合である。

(7) Kurt Keilholz, Baurecht, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 3Bd., 1983, S.241ff., Leo Weyers, Werkvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 2Bd., 1981, S.1115ff も、GSB に対して消極的な評価を与えている。

(8) Karl E. Meyer, Die Bedeutung des gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen für Nachkriegsbauten, JZ 1954, S. 140ff, S. 140.

(9) Aao, S. 140

(10) Weyers, aaO, S. 1181.

(11) Keilholz, aaO, S. 295.

(12) Weyers, aaO, S. 1181.

(13) 同判例の紹介及びそれをめぐる西ドイツの学説の状況については、山田幸二「不当利得における『三角関係 (Dreieckverhältnis)』について」福島大学商学論集四二巻一号一〇四頁（昭48）、広瀬克臣「三角関係における不当利得法(一)(二)」比較法雑誌一五巻一号一頁、二号二頁（昭55）、特に(一)一四頁。

(14) 例えば、D. Medicus, Bürgerliches Recht, 10. Aufl. Rdnr. 729.

(15) 同判例及び西ドイツの学説の状況については、前掲（13）山田、広瀬、及び和田隆夫「ドイツにおける不当利得法上の給付概念」判タ五五一号一六〇頁を参照。特に和田論文は近時の判例及び学説の紹介・検討が詳細である。

(16) 例えば、Medicus, aaO, Rdnr, 687.

(17) Hager, aaO, S. 180f もこのことを指摘している。更に同様のことは GSB をめぐる議論でも認識されていた。Gutachten von Tinius und Eckels, 24.DJT1898, Bd.III, S.50ff, S.173ff. 但しここでは、材料供給者に対しても担保権が保障される必要性が説かれている。

(18) J. P. Dawson, Unjust Eurichment, 1951, 126, J. P. Dawson, Indirect Enrichment, Ius Privatum. Festschrift für Max Rheiustein, Bd.3, 1969, S. 789ff.

(19) J. P. Dawson, The Self—Serving Intermeddler, Harvard Law Review 87, 1409. もちろん Dawson は Mechanics'Lien にも言及しているが、あくまでも立法によって認められることを指摘する 1450.

(20) 以下の記述は、主に M. T. Brunner, Mechanics'Liens, American Jurisprudence 2d., 53, 499-954, G. Siedel, Real Estate Law, 1979, 286-288, P. Kratovil/R. Werner, Real Estate Law, 1979, 216-224. を参照した。

(21) Brunner, supra note 20, at 519.

(22) Id. at 520, Dawson (19) id. 1451.

(23) Id. at 522

(25) Siedel, supra note 20, at 288.

(26) W. G. Grange, Real Estate, 1937, 215.

(27) この点については、特に、O. O. Myhre, "Impried Consent" Provisions of certain Mechanics'Lien Statates, Minesota Law Review, 32, 559.

(28) Grange, supra note 20, at 215.

(29) Note, Mechanics 'Liens and Surety Bonds in the Building Trades, Yale Law Journal, 68, 138., 141.

(30) Id. at 147.

(31) 以上の問題については、特に J. H. Barnard, Limitation of Owner's Liability for Mechanic's Liens, Hastings Law Journal, 16, 179.

(32) ML をわが国の不動産工事の先取特権の欠陥に関連して参照しているのは、荒井、前掲一（2）九〇七頁以下。

四　おわりに

(一)　建物建築の請負契約は、現在の時点においては有形の物となっていない将来の建物の成立を目的としている。それ故に請負契約の進行過程において注文主又は請負人のいずれかが相手方の給付に対して先履行して——請負人の先

履行義務、或いは注文主の先払い――相手方の無資力の負担を負うのは避け難いこととなる。このような危険を、両当事者間だけで回避することは比較的容易であろう。即ち、それはわが法のように目的物（建物）自体に請負人の所有権を認めるか、或いは物的担保の成立を認めることで目的は達成できよう。但し、問題は対第三者である。しかもそれは注文主からの継承人と請負人間及び請負人の請負人としての下請負人と注文主間といった形で問題となる。前者については、なんといっても目的物を通して交錯する権利関係の公示が課題であろう。この点で、西ドイツ法とアメリカ法は対照的態度をとってきた――即ち、西ドイツ法は公示を優先して請負人の権利を後退せしめたのに対し、アメリカ法は公示の厳格な要求を貫いてはいない。後者では、注文主に対する下請負人の存在或いは財貨帰属の公示は一層の困難を伴う。下請負人の給付は、二重の意味で――元請負契約・下請負契約いずれにとっても――現在の有体の財貨とはなっていないからである。ここで想起されるのが、建物を土地と別個の不動産として扱うことを前提としたわが国の下請負人の建物所有権取得（或いは添附の際の注文主に対する直接請求）、西ドイツ法における材料供給者の所有権留保による担保である。以上は、文字通りのものではないが「有体物所有権」を介して公示の約割を担わせようというものであった。しかしいずれもその公示手段の不充分さ故に、第三者たる注文主には十全な効力を認められない傾向にあった。但しここでも、注文主の悪意にかからしめて下請負人・材料供給者の所有権或いは直接の不当利得返還請求が認められる契機も存在した。

それでは、有体物所有権という形で排他的帰属割当を観念できないとすれば下請負人は全く第三者たる注文主に対して直接請求が認められる契機はないであろうか。下請負契約による下請負人の給付はそれが履行されてはじめて元請負人の注文主に対する履行も完了するという形で、分ち難く元請負契約と結びついている。それ故に――一方でわが国の学説の強調するように、下請負契約は元請負契約の存在を前提としておりそれに従属するものであるとしても、他方で

――元請負契約の前提となる特定された財貨移動の追求という意味で注文主に対する下請負人の請求を認める余地があるのではなかろうか。アメリカ法の状況は立法を介するものとはいえ、このような思考図式を表現しているといえよう。しかしそこでも立法を介してすらも――一方では先履行と結びついた担保の保障の必要はあるが他方でその先履行義務を負わざるを得ない下請負契約においては二重の意味での将来の財貨への有形的結実という――下請負契約の性質ゆえに、注文主に対する（元請負人への弁済の際の）注意義務の要求には評価が分れていた（ニューヨーク・システム及びペンシルバニア・システムの差異）。但し、いずれにしても、特定された財介の追求は（MIの登記という公示を介してではあるが）元請負人の一般債権者に対して優先できることは前提とされている。

(二)　（不充分ではあるが）以上の考察に基づいて、次のように考える。即ち、建物所有権の帰属の決定とは無関係に、下請負人の注文主に対する直接請求を認める途が探究さるべきではなかろうか。このような直接請求を観念する根拠は先にも述べた、特定された財貨の追求（アメリカ法では立法によってほぼ完全に認められ、西ドイツ法でもその必要性は認識されながらも厳格な公示の要求故に実現しなかった）という思考図式と、元請負人の一般債権者に対する下請負人の優先という評価である。問題は注文主の一般債権者及び注文主からの建物譲受人との関係である。まず後者に対しては、――たとえ下請負人が目的物を留置しても元請負人を介しての注文主への引渡があり――注文主に建物所有権の登記が存在する限りで下請負人は所有権はもとより債権的請求も原則として不可能であると考える。というのは、ここでは特定された財貨移動の追求もその公示の手段が欠如したままでは、注文主の登記という公示に対しては後退すべきだからである。[1] 他方で前者は、注文主からの譲受人とは異なって建物所有権に対して特定の取引関係に参入したわけではない。それ故に下請負人は――注文主に対して建物所有権を主張できるか、或いは直接請求が可能であることを前提として――一般債権者に対する優先を確保する可能性が考えられないでもない。そのように考えれば、下請負人の財

貨帰属を（少なくとも）一般債権者との関係では所有権という形で認めるか、或いは直接請求を執行上優先させていくということになろう。(2)

それでは、以上の直接請求をどのような形で認めていくのか。このような請求は少なくとも、一方で注文主が下請負人の存在或いは元請負人・下請負人の未決済により下請負人が建物を留置していることについて善意で元請負人に対して支払ったときは、注文主に対して遮断されるものでなくてはならない。但し、具体的に注文主のどのような態様が妥当な弁済となるかは、具体的な裁判例の詳細な分析、請負契約の実態等についての認識――例えば、建築業法との関連で――が必要であろう。そこで、以上の請求を認めるに際しては善意で弁済した注文主に対しては、直接請求は成立しないか或いは元請負人への弁済を抗弁として主張できると構成する必要があろう。後者については、下請負人の注文主に対する直接の不当利得返還請求（転用物訴権）の成立を認めた上で注文主の利得消滅の抗弁――これは、善意の受領者にだけ認められる――の主張を許すことになろう。但し、わが国の（裁）判例――例えば、最判昭和四五年七月一六日（民集二四巻七号九〇九頁）――は転用物訴権を広範に容認するが、学説の多くはこの判例に対して批判的である。(3)更に、利得消滅の抗弁を直接の契約相手方（元請負人）ではなく第三者（下請負人）に対して受領者（注文主）が主張することに関しても理論的問題が残る。(4)以上の問題の検討は、近い将来の課題としたい。前者は、注文主・元請負人間を委任類似の契約関係と考えて、相手方（下請負人）に受任者（元請負人）の委任者（注文主）に対する代弁済請求権（民法六五〇条二項）を直接に又は代位行使することを認めるか、(5)民法六一三条――賃貸人の転借人に対する直接訴権――と同様の請求を下請負人に認めるという構成も考えられよう。但し、以上についても様々な問題がある。まず代弁済請求権は委任者が受任者に対して支払ってしまえば消滅する。それ故に、一定の場合に例外的に受任者に対する決済を封じていく必要があろう。その意味で代弁済請求権を受働債権として委任者の側から相殺はできないと考える学説

――代弁済請求権は通常の金銭債権とは異なり特別な目的の為の債権であると考える指向性を示すが故に――は参照となろう。[6] 次に六一三条の類推については、そもそも類推自体が許されるか、更にはそれが可能であっても代弁済請求権と同様に注文主の元請負人に対する支払いを封じることができるかという問題が残る。加賀山論文によれば、少なくとも賃貸借については賃貸人の転借人への直接請求により当然に転貸料債権は賃貸人に移転するとされる。[7] このような請求が下請負人にも認められるなら、一定の場合に注文主の元請負人との決済は例えば民法六一三条にいう「借貸の前払を以て賃貸人に対抗することを得す」という形で下請負代金債権を確保することも可能であろう。以上の問題を解決するには、代弁済請求権、直接訴権をめぐる様々の利益状況を詳細に検討する必要がある。これも、将来の課題としたい。

(1) ここで、注文主からの譲受人に対する所有権の主張、或いは何等かの請求が考えられるとすれば、それは一七七条における「背信的悪意者」と同様の考慮が必要とされよう。

(2) 有体物として存在しなくなった所有権、或いは排他的帰属割当の延長の侵害不当利得の執行法上の優先的取扱いについては、次の文献が既に論じている。四宮、前掲二(21)一八七頁以下、川村泰啓「所有関係の場で機能する不当利得制度(一三)」判評一四四号二頁(昭46)。

(3) 例えば、加藤、前掲二(22)七〇三頁以下。更に、拙稿「多当事者間における不当利得法の一考察――注文主が動産所有者でない場合の請負人の法的地位――」北法三六巻五・六合併号一四五頁(昭61)を参照。

(4) とりあえず、和田、前掲三(15)七二頁以下、及びReuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 451ff.

(5) 加藤、前掲八〇五頁以下、三宅、前掲二(24)。

(6) 三宅正男、注釈民法(18)(昭53)三六三頁。更にこの問題については、平田健治「代弁済請求権と相殺――最高裁第二小法廷昭四七・一二・二二判決」判タNo. 632, 二五頁(昭62)。

(7) 加賀山茂「民法六一三条の直接訴権《action directe》について(一)(二)」阪大法学一〇二号六五頁、一〇三号八七頁。そこでは、フランス法上、同様の直接訴権が下請負人から注文主に対しても認められていることも、言及されている、(一)九〇頁。但し、鈴木禄弥「いわゆる直接請求権の承認をめぐる利益衡量」法と権利I、民商七八巻臨時増刊、三二二頁は、賃貸人(のみならずその他の局面でも)に直接請求を認めて転貸人の一般債権者に対する優位を附与することに懐疑的である。フランス法上の直接訴権に関しては、とりあえず K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd.III, S.171f.

(一九八七年一一月)

Kann der Subunternehmer einen Anspruch gegen den Bauherrn haben?
—— Aus Rechtsvergleichender Sicht ——

Masanori FUJIWARA*

Inhaltverzeichnis :

I Einleitung
II Die Rechtsprechung und die Literatur in Japan
III Eine rechtsvergleichender Ausblick in Bundesrepublik Deutschland und Vereinigten Staaten von Amerika
IV Schluß bemerkung

*Associate Professor an der Handels-hochschule Otaru