

論文式試験問題集  
〔民法Ⅱ〕

## 〔民法Ⅱ〕

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

Yは、注文住宅の施工等を業務内容とするA社との間で、Y所有の甲地上で木造2階建ての住宅建築を内容とする建築請負契約を5000万円で締結した。Yは、契約時に請負代金の一部として1000万円をAに支払っている。

Aは、この施工をYには無断でXに一括して下請けに出した。Xは、この契約に基づく建物建築工事を自ら材料を提供して進めていた。そのうち、Aの経営状態の悪化が囁かれ出した。Xは、まだAから請負代金の支払いを受けていなかったため、その代金回収に不安を感じ、工事を中止することにした。この段階で、工事は全体の35%程度の進捗状況であり、建築物は建前の状態にあったとする。

Yは、Aに事態の打開を求めたが、埒が開かないので、契約における「Yは工事中でも契約を解除することができる」との特約に基づいてAとの間の請負契約を解除し、Xが施工した建前を利用した残りの工事をBに実施させた（Bの工事についての請負代金は、建前価格を控除し、3250万円と定められた）。Bは自ら材料を提供し、その工事によって甲地上に甲建物が完成し、Yは、代金を支払って、その引渡しを受けている。

### 〔設問1〕

Xは、Aに対して有する請負代金債権を事実上回収する意味で、自分が施工した建前を利用して甲建物を完成させたYに対して、いかなる請求ができるか。なお、回答にあたっては、Yは以下の様に主張しているとして、Yの主張の根拠を指摘しつつ、これへの反論を念頭に置くものとする。

- ①一般に請負契約では建築物の所有権は最初から注文者に帰属していると考えられる。
- ②仮に①が認められないとして、現状の建築物は、建前の状態にある。このような場合、建前の所有権は、甲土地を所有する自己に帰属していると考えられる。

### 〔設問2〕

設問記載に事実に加えて、YA間の契約には、「Yは工事中契約を解除することができ、その場合工事の出来形部分（建前）はYの所有とする」との条項があったとする。他方で、AX間の契約には、完成建物や建前の所有権帰属についての約定はなかった。Xは、Aに対して有する請負代金債権を事実上回収するため、Yに対して、法定債権の請求をすることができるであろうか。

2019年3月3日

担当：弁護士 林 寛之

参考答案  
〔民法Ⅱ〕

<p><b>設問 1</b></p> <p>1 Y Aは請負契約（民法（以下略）632条）を結んでおり，A Xも請負契約を結んでいる。しかし，XとYは契約関係にはないため，XはYに対して，契約に基づく請求をすることはできない。</p> <p>2</p> <p>(1) XはYに対して，248条に基づく償金請求を行うことが考えられる。その要件は①利得，②損失，③①と②の因果関係，④法律上の原因がないことである（703条）。</p> <p>(2)</p> <p>ア ここで，Yの①の主張は，請負人は報酬の取得が目的である一方で注文者は建築物の所有権を取得することが目的であるから当事者の合理的意図からすれば，注文者に帰属するというものである。</p> <p>しかし，請負人が報酬の取得を目的とするということは，請負人は報酬請求を担保するものとして建築物の所有権を欲すると考えられることでもある。そのため，個別の意思解釈を離れて一般論として当事者の合理的意図を設定することは不適切である。そもそも，建前を構築する材料の所有権は，通常，材料提供者にあることからすれば，建前の所有権も材料提供者に帰属するものと解するのが素直である。</p> <p>イ Yの②の主張は，建前は動産であり，甲土地と密接不可分に「付合」（242条本文）していることから，その所有権は甲土</p>	<p>地所有権を有するYにあるというものである。しかし，建物と土地は別個の所有権に属することからすると，建物になる前の建前の状態で土地に符合すると考えるのは不自然である。</p> <p>ウ したがって，Yの主張はいづれも認められず，建前の所有権は材料提供者であるXに帰属する。その後，建前はBが材料を提供して建物として完成させられている。一般に，建前よりも建物の方が価値は高く，進捗状況もXは35%までしか完成させていなかったことからすれば，加工（246条2項）の規定に従い，その所有権はBに帰属する。これにより，Xは所有権を失う。そして，YはBに代金を支払いその所有権を取得している。</p> <p>3 以上からすれば，Xが所有権を失う（②）ことよって，YはXによる建前まで建築された建築物を利用して，完成された建築物を取得していることから利得（①）を得ることになる（③）。そしてこの点について法律上の原因はない（④）。</p> <p>よって，XはYに対して248条に基づく償金請求をすることができ。なお，Yは悪意であるから，利息を付する必要がある（704条）。</p> <p><b>設問 2</b></p> <p>1</p> <p>(1) 元請であるY A間の契約には，「Yは工事中契約を解除することとができ，その場合工事の出来形部分（建前）はYの所有とす</p>
--	--

る」との条項がある。かかる合意は、下請契約にも及ぶか問題となる。

(2) 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ない。

したがって、上述の合意は下請契約にも及ぶと解する。

(3) 本件では、解除によってYに所有権が帰属している。

2 そこで、XはYに対して、不当利得に基づく請求をすることが考えられる。その要件は、①利得、②損失、③利得と損失の間の因果関係、④法律上の原因がないことである。

Yは、特約に基づいて35%の工事進捗に対応する建前を取得している。建前は、請負代金の35%に相当する価値(1750万円)を有している。Yは、これに対して、請負代金の20%しかAに支払っていない(1000万円)ため、Yは、請負代金15%分の利得を得ている(750万円)①③)。他方でXは、請負代金をAから受け取ることなく請負代金の35%に相当する建前所有権を失っている②)。では、Aの利得に「法律上の原因」があるといえるか。法律上の原因の有無は、YA間の契約の全体を見て、Yが対価性なく利得を得ていると評価できるかで決せられる。本件では、契約の解除がなされている。建築途中であったとしても、それを全て原状回復させるのは社会的損失が大きいため、

解除される範囲は残工事分に限られる。そのため、Yは未だAに対して750万円の請負代金債務を負っており、単にそれが未回収の状態にあるに過ぎない。

したがって、「法律上の原因」はある。

3 よって、XはYに対して不当利得の請求をすることはできない。

以上

2019年3月3日

担当：弁護士 林 寛之

# 予備試験答案練習会(民法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>〔設問1〕</b>	(25)		
償金請求(民法248条1項)についての指摘		3	
Yの主張①について根拠(当事者の合理的意思)の指摘ができています		4	
①について自分なりの反論及び自説の展開ができています		6	
Yの主張②について根拠(付合)の指摘ができています		4	
②について自分なりの反論及び自説の展開ができています。		6	
民法704条の指摘		2	
<b>〔設問2〕</b>	(15)		
下請契約と元請契約の関係(特約解除の効力)		3	
民法703条の指摘		1	
転用物訴権の問題であることに気付いている(法律上の原因)		3	
解除の効果が及ぶ範囲について検討している		2	
解除の効果が全部でなく一部であると理由を説明できている		3	
あてはめ		3	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 民法Ⅱ 解説レジュメ

## 1. 設問の趣旨

下請人が下請負代金債権の回収のために注文者にどのような場合にどのような法理で一定の請求ができるかを問う問題である。請負における典型論点のひとつである。

想定される法的手段としては、①民法248条の償金請求、②転用物訴権、③債権者代位権の3つがあるが本問では、①②の手段について検討を求めている。

①は、Xが施工した建前所有権がXに帰属していれば、Xにとって最も実効的な法的手段となる。②③は、①が使えない場合の代替的手段と位置づけられる。

## 2. 設問1について

### (1) 問題の枠組み

問うているのは、民法248条の償金請求である。この償金請求が認められるためには、建前所有権がXに帰属していたことが必要である。Xに帰属していた建前を、現在の建物所有者Yが付合法理や加工法理によって取得することが、民法248条の償金請求権が発生する前提にあたる。

### (2) 建前所有権の帰属

#### (i) 材料提供者帰属説VS注文者帰属説

##### ア 材料提供者帰属説 (判例)

建物建築請負人が材料の全部または主要部分を提供して建物を完成させた場合には、特約がなければ、完成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(最判昭和46年3月5日判時628号48頁参照。「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」と説示する。なお、事案においては、特約の存在が認定されて、建物完成時の注文者帰属が認められた)。この材料提供者帰属説が、完成建物に関する判例の準則である。

##### イ 注文者帰属説 (有力説)

請負の目的物の所有権は注文者に帰属するとするのが当事者の合理的意思にかなう。

批判：当事者の合理的意思を注文者帰属説のいうように設定することが妥当か。例えば、注文者が完成建物を引渡し時に検査して、基礎工事部分に重大な契約違反を発見したような場合に、工事をやり直すのが合理的といえるようなケースを想定する。この場合、建物の所有権が注文者に帰属しているとすると、建て直しの際の廃材等も注文者に帰属していると考えられることになる。

Yの主張①については上述のイに論拠をおくものである。反論については、自分なりの反論ができていればよいが、論拠である当事者の合理的意思の中身を掘り下げていく方向が一つの解答方向と思われる。

#### (ii) 建前と付合

建物になる以前の建前は、分離することが事実上不可能な程度に土地に付着していると考えられる。そうだとすると、建前は土地に付合し(民242条本文)、その所有権は、土地所有者であるYに帰属するという考え方もありえよう(なお、事案は異なるが、そのような考え方を

提示する裁判例も存在する。東京高判昭和61年12月24日判時1224号19頁)。このように考える場合には、XからYへの償金請求が認められることになり(民248条)、法律関係はむしろ簡明になる。

しかし、一般的には、建前は土地に付合しないと考えられている。したがって、Xが建前を施工した段階では、Xに所有権が帰属する独立の動産である建前が、Y所有の土地上に存在しているという法律関係になるわけである。

なお、付合を否定する解決の論理的正当化はなかなか難しい。事態を素直にみれば、建前は、事実上分離不可能な程度に土地に付着しているからである。結局は、建物は土地に付合しないという命題を根拠として、そうである以上、完成前の建前の土地への付合を認めるわけにはいかないという消極的根拠付けを持ち出す程度であろうか。

仮に、付合を認めてしまうと建物が独立した不動産となった時点で、その建物について材料供給者の所有権取得が認められることとのアンバランスが生じ、土地に吸収されていた動産所有権が突如として、独立した不動産所有権に転化することを認めることになる。

受験者においては、自分なりに事案を分析し、上述の不都合な帰結になることに気づき、それに対する反論を自分なりに説明がなされていけば十分評価に値する。

### (3) 建物所有権の帰属

次に、独立の動産であるX所有の建前を利用して完成した甲建物の所有権は誰に帰属するであろうか。付合法理による問題解決も考えられるが、判例は、請負人が建築途中で工事を中止し、後に他の請負人が材料を提供して工事を続行し建物を完成させた場合の建物所有権の帰属が争われた事案において、動産の加工の規定(民246条)を適用して問題を解決している(最判昭和54年1月25日民集33巻1号26頁・参照判例)。

#### 【最判昭和54年1月25日民集33巻1号26頁・参照判例】

「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に放置していたのに、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前に仕上げた場合における右建物の所有権が何びとに帰属するかは、民法二四三条の規定によるのではなく、むしろ、同法二四六条二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である。」

設問においては、X所有の建前の価格と、Bが施した工事・材料の価格との比較で甲建物の所有権の帰属を決めることになる(民246条2項)。設問においては、工事の進捗状況は35%程度であるから、甲建物の所有権は、加工者であるBが取得すると考えるべきである。その上で、Yの代金支払い、Yへの引渡しによって、甲建物所有権は、Yに移転することになる。

### (4) 結論

建前所有権を失って損失を受けたXは、Yに対して、民法248条(この中身は703・704条)に基づいて償金を請求することができる。Yは、悪意と認められるから、受けた利益に利息を付して返還しなければならない(民704条)。

(下請負人Xが所有している建前を「材料」として、Bが建築工事を行うことにより、Bは新しい材料を供給しつつ、建築工事という「加工」行為を行っており、Bが所有権を取得するとして

も、その取得する所有権の一部がもともとXに帰属していた材料部分を含んでおり、Xが所有権の損失という不利益を受け、他方、Bはその限度において、法律上の原因がない利益を得たといえる。）

### 3. 設問2について

#### (1) YA間の特約のXへの効力

設問2において設問1と異なる事情は、YA間で、解除の場合に建前所有権がYに帰属するという特約があったことである。他方、AX間では、完成建物や建前所有権の帰属に関する約定はなかった。

そこでまず問題となるのは、YA間の特約の効力がXにも及ぶかである。判例は、XをYとの関係で「履行補助者的立場」に立つものにすぎないとして、これを肯定する。

#### 【最判平成5年10月19日民集47巻8号5061頁・参照判例】

「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。けだし、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。」

YがAとの間において特約で調整した法律関係が、Yが関知することのないAのXへの下請けによって覆されてしまうのは不当であるから、この点に関する判例法理は妥当と言わなければならない。設問でもYA間の特約の効力はXに及ぶと考えてよい。とすると、本件建前所有権は、解除によってYに帰属することになり、その後Yがこれを利用して建物を完成しても、民法248条の償金請求に問題にはならない。

#### (2) 248条以外の法的手段（法定債権）

その場合には、Xには、次のように転用物訴権による回収を検討することが考えられる。

##### (i) 問題の所在

Yは、特約に基づいて35%の工事進捗に対応する建前を取得している。この建前は、設問の趣旨からして、請負代金の35%に相当する価値（1750万円）を有している。Yは、これに対して、請負代金の20%しかAに支払っていない（1000万円）。したがって、Yは、請負代金15%分の利得を得ている（750万円）。他方でXは、請負代金をAから受け取ることなく請負代金の35%に相当する建前所有権を失っている。したがって、不当利得返還請求権の要件のうち、Xの「損失」とYの「利得」および両者間の社会通念上の「因果関係」という要件は充足されているものとみられる。そこで、XからYに対する不当利得返還請求権が成立するか否かは、Aの利得に「法律上の原因」があるか否かで決まることになる。

##### (ii) 「法律上の原因」の有無

これについては、最判平成7年9月19日民集49巻8号2805頁（参照判例。貸しビル改修事件）が基本判例であり、この判例の準則に基づいて問題を考えればよい。

【最判平成7年9月19日民集49巻8号2805頁】

「甲が建物賃借人乙との間の請負契約に基づき右建物の修繕工事をしたところ、その後乙が無資力になったため、甲の乙に対する請負代金債権の全部又は一部が無価値である場合において、右建物の所有者丙が法律上の原因なくして右修繕工事に要した財産及び労務の提供に相当する利益を受けたということが出来るのは、丙と乙との間の賃貸借契約を全体としてみて、丙が対価関係なしに右利益を受けたときに限られるものと解するのが相当である。ただし、丙が乙との間の賃貸借契約において何らかの形で右利益に相応する出捐ないし負担をしたときは、丙の受けた右利益は法律上の原因に基づくものというべきであり、甲が丙に対して右利益につき不当利得としてその返還を請求することができるとするのは、丙に二重の負担を強いる結果となるからである。」

ポイントは、YA間の契約関係を全体としてみて、Yが対価関係なしに利益を得たと評価しうるか否かである。設問では、YがAに対して、請負代金債務を負っているかがこの判断に当たって重要な意味を持つ。

本問ではYが特約に基づき解除をしているため、解除後の請負代金債務の存否は、解除の範囲をどう考えるかがひとつのポイントになる。特約に基づく解除の範囲は、契約解釈によって定められるべきであるが、仮に設問において契約全部の解除を認め、契約全部の溯及的消滅という効果が発生すると考えると、Aは、施工済みの工事を原状に復して土地をYに返還し、かつ、受け取った20%の代金もYに返還すべきことになる。これは、Aにとって苛酷な結果である。それだけでなく、それは、YA間の契約において建前をYが利用することが想定されていることと矛盾する不合理な結果でもある。

したがって、当事者の意思を合理的に解釈すれば、特約に基づく解除については、工事未施工分についての契約の一部解除のみが認められ、工事既施工分については解除が認められないと考えるべきである。そうすると、15%分の請負報酬債権については有効に発生しているものの、未だ回収がなされていない状況にある。

この場合、この債権が存在する以上は対価性があるものといえ、法律上の原因はあると結論付けられる。

以上

2019年3月3日

担当：弁護士 林 寛之

## 最優秀答案

回答者 Y I 29点

### 第1 設問1

1 Xは、Yに対して自己の施行した建前の所有権を根拠に246条本文、248条に基づいてその所有権を失ったことの償金請求をできないか。

2 Yの主張①について

(1) この主張は、不動産工事の請負人は、その土台である土地の所有権を有しないことから当事者双方の合理的意思解釈として建築物の所有権は最初から注文者に帰属するというものである。

(2) しかしながら、不動産工事の先取特権（325条2号）はその登記が共同申請であることもあり請負代金債権の回収には必ずしも有効でない。

また、請負人が材量を提供する契約の場合、当事者双方の合理的意思として建築物の所有権が必ずしも注文者に帰属するとまではいえない。

(3) よって、この主張は認められない。

3 Yの主張②について

(1) この主張は、建前が甲土地に付合する（242条本文）ことから甲土地の所有者であるYに建前の所有権も帰属する。とするものである。

(2) しかしながら、請負契約の目的物の場合には、加工を加えることにより材量の価値に付加価値が加わる。そのため土地からの独立性を認める必要がある。

また、建前の段階に至れば不動産として独立しているといえる。

(3) よって、この主張も認められない。

4 以上により、XのYに対する前記請求は認められる。

### 第2 設問2

1 本設問のような条項約定がされていた場合、XのYに対する請求は認められるか。下請契約の当事者であるXが元請契約の内容に拘束されるかが問題となる。

2 たしかに、私的自治の原則の下、契約当事者は自らの意思にのみ拘束されるのが原則である。

しかしながら、下請契約は元請契約を前提に締結されるものである。とすれば、元請契約の内容が下請契約に及ぶことを認めるべきである。

また、その要請は下請契約が注文者に無断で締結されたことによって変わるものではない。

3 以上により、下請契約の当事者であるXは元請契約の内容に拘束され、建前の所有権はYにあることから、XのYに対する請求は認められない。

以 上

# 採点講評

(2019年3月3日 民法Ⅱ)

## 第1 全体を通して

短い時間、問題文の誘導も難解であるにもかかわらずよく取り組めていたと思います（後から見直すと問題として不親切・不自然な部分も多々見られ、出題者自身反省しています。）。

出題者として求めていたことについては、別途解説にて述べているので、以下は、論文問題への取り組み方にポイント絞って述べたいと思います。

## 第2 設問1

(1) 注文者帰属説と材料提供者帰属説の対立は基本的な論点だと考えていましたが、十分に答案に理解を示せていると感じられるものは少なかったです。

個別論点の解説からは離れますが、出題者（少なくとも私）は、文章に点をふるわけではなく、「キーワード」に点をふっています。受講生には、問題ごとに何が加点要素になる「キーワード」なのかを意識してほしいです。例えば、本問であれば「当事者の合理的意思」や「付合」という言葉を使うだけで点数が跳ね上がります。普段の勉強から、「この論点のキーワードは何なのか。」という観点から勉強してください。核になるのは趣旨や条文です。特に民法は契約解釈の世界の話なので、当事者の合理的意思というキーワードはよく使います（もちろん、使えない場面もありますよ）。

(2) 建前が土地に付合するかという論点は、いわゆる現場思考問題として出題しました。解答できる受講生はいないのではないかと、思っていました。基本概念を整理して何かおかしいぞ、ということ自分なりに表現し、理屈を組み立てて検討できている答案が数通みられ、感動しました。

突き詰めていけば、きちんと理屈が通れば「間違い」ではないですし（筋が通っているのか、通っていないのかの見極めが難しいのが、この業界の怖いところでもあり奥深いところでもあります。）、この問題については自分なりの検討ができているかを重視して採点をしています。

再び個別論点から離れます。理由付けにも様々なものがあります。みなさんはある理由付けが、積極的な理由付け（許容性：条文の趣旨、他の制度との調和等）なのか、消極的な理由付け（必要性：かわいそうだから、不当だから、酷だから等）なのかを区別して意識的に使い分けられていますか？現場思考問題になると、消極的な理由付けのみを振り回している答案が多くなります。確かに、世の中のニュースを見ると行政側（国会議員や大臣）が行う説明にはそのようなものも多々みられます。しかし、我々は司法の世界に身を置くべき人間です。「必要だから必

要なのだ」という薄い理由付けではなく、骨太な積極的理由付けを展開すべきでしょう。法的にどういう状況なのかを条文に即して検討し、問題となる状況や条文を発見し、「そもそも」と趣旨から考え、切り開いていく姿勢が大切です。

### 第3 設問2

「法定債権」という言葉の意味を理解していないことを伺わせる答案が数多く見られました。世の中に出回っている全ての基本書に記載されている言葉ではありませんが、平成28年度新司法試験（民法）で既に一度用いられた言葉であり、受験生は当然に意味を知っていなければいけません。

「法定債権」とは、「約定債権」と対比的に用いられる言葉です。当事者の意思に関わりなく、法律に基づき成立する債権であり、事務管理、不当利得、および不法行為を原因として生じる債権を指します。

出題者は、受講生がどの程度過去問の検討を行っているかを見るためにあえてこの言葉を使いました。当初の予想では、この言葉を知らない受講生の対応として、①何を検討したらいいかわからないため何も書けない ②上記3つのうちどれかを特定することなく「法定債権」という言葉をそのまま答案に用いる ③正解か不正解かは別として何かしら特定し答案を書くといったものを想定していました。

問題にかじりつくという姿勢では、① $\leq$ ② $<$ ③の順で評価できます。実際には①や②の答案が多かったのが残念です。もっとも、次回以降、「法定債権」という言葉が出るのであれば、同じ失敗はしないと思います。

ところで、債権者代位権に言及する答案が一定数ありました。しかし、債権者代位権は債権の発生原因ではありません（債権者代位権の訴訟物は「債権者代位権に基づく・・・」ではありませんよね。）。ただ、「法定債権」が何かわからないというところから、何か民法に「法定」されているものを探そうとした姿勢は、既に述べたように評価できます。きっと今後実力が伸びていくと思います。

以上

# 司法試験予備試験答案練習会 2019年3月3日分 得点分布表

民法Ⅱ

出席者 23名 平均点 9.9点

