

論  
説

ドイツにおける建築請負債権担保に関する動向と一考察

——連鎖的契約を前提として——

田村 耕 一

はじめに

一 ドイツ法の現状

二 (建築請負) 債権担保法の提案—BGB改正案

三 分析・検討

おわりに

## はじめに

建築請負債権の確保については、周知のように所有権の帰属との関連で古くから論じられており、土地への付合、請負人帰属説・注文者帰属説・材料供給者帰属説、代金支払や所有権に関する特約などが、問題点として挙げられてきた。また、最判平五年一〇月九日判決を受け、注文者・元請間の契約と、元請・下請間の契約の連鎖関係につき、どの様に解釈するかが問題となり、元請・下請間の契約は注文者・元請間の契約内容に拘束されるとの見解が多数を占めている。<sup>1)</sup>

これらは一見すると、物権としての付合の問題、債権としての契約解釈の問題として捉えられよう。しかし、これらの問題は、請負報酬債権の確保という点が中心であることも明確に意識されてきた。したがって、請負人の先取特権と留置権についても問題視され、二〇〇三年の担保・執行法改正においては中間試案の段階で意見が聴取されていた。しかしながら、先取特権は登記という点で現実性がなく、留置権は特に占有につき理論的な問題点があることから、いずれにせよ利用しにくいと考えられている。

これまで物権の側面が集中的に論じられてきたのは、債権の側面では請負の「弁済期」が大きく立ちほだかるからである。したがって、そこでは端的には「所有権留保的」な機能が求められていた。<sup>2)</sup>確かに材料を提供した請負人が償金も得られず報酬債権の回収もできないのは、バランスを欠く様に思われる。しかし、今日の学説状況からすると、所有権の帰属を論じることが必ずしも報酬債権確保に直結するとは言えない。<sup>3)</sup> そうすると、学説の到達点

としては、請負報酬債権の確保、特に下請については、「手詰り」とでも言い得る状態である。<sup>1)</sup>

そして、契約の解釈を近時の傾向で推し進めるならば、むしろ請負契約における材料所有権は「労働力の対価」と並列に「報酬債権算定の要素としての材料費」として位置づけられることが予想される。この予想に基づくと、売買における売買代金は所有権移転対価と利潤を含むものであるから、下請契約の関係は、買主（ユーザー）に売却するために販売者（サブディーラー）が製造者（ディーラー）より商品を購入する関係に類似する。<sup>2)</sup> 何れにおいても、第三者のための製造請負あるいは商品購入という認識は、当事者間では明確である。

さらに、所有権を捨象するならば、労務供給型契約として、（買主への）販売のために商品を作る売主に雇用された従業員の関係をも比較対象となる。何れも「決められたどおりの物を造る」というのが債務の内容であり、単に「やり方（手順）」を債務者自らの裁量で決められるか否かでしか違いがない。さらに後述するように実態上とだけ違うのかは非常に曖昧であり、<sup>3)</sup> それ故、労働者の偽装派遣が問題となっている。<sup>4)</sup> そうすると、例えば、下請人の債権回収のために注文者に対して何らかの請求を承認することは、従業員の給料債権回収のために商品の買主に対して何らかの請求が承認されるか、ということまで視野に入れて検討しなければならぬ。

この様に考えると、改めて、「何故、何に基づいて、どの程度、請負人は、どうやって保護されるべきか」という確認が求められる。その上で、請負独自の問題として、①経済的観点からは、固定の資産を持たない中小企業が困ることのない様、早期に資金を確保させる必要性、②一回きりの契約関係でなく継続的な関係である場合、貸借人同様に事実上の力関係から請負人が、一定の不利益を被る場合がある、という点から政策的保護の要否を実態に即して検討する必要がある。

では、ドイツでは建築請負債権の確保の問題に如何に対応しているのだろうか。<sup>5)</sup> 既に明らかにされているよう

にドイツ民法典（以下BGB）立法前から、特に建築請負に対して様々な対策が講じられている。また、後述するようにこの問題はドイツでは社会問題化し具体的な対応が迫られており、「債権担保法（Forderungssicherungsgesetz・FoSIG）」によるBGB改正作業が進行している。この過程において興味深いのは、かつて提案され実現しなかった請負人の所有権留保が再度提案されていたことである（現段階では提案は削除）。本稿執筆中には最終的などの様な条文として改正されるのかは、結論が出ているわけではないが、ドイツでの対応の方向性と所有権留保の提案削除については、影響がない。

以上の様な視角から、本稿ではドイツ法の動向を踏まえた上で、建築請負債権の確保につき、わが国への示唆を得ることを目的とする。

## 一 ドイツ法の現状

### 1 BGB立法当時の規定—保全抵当権設定請求権（BGB §648）<sup>(1)</sup>

建築請負債権の確保についてドイツで様々な対策が講じられている理由は、かつての建築詐欺であった。一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、産業の発展に伴う都市への人口の集中により土地・住宅の不足（土地価格高騰）が起こった。その際、無資力の土地所有者が建物建築のために更地価格をはるかに上回る抵当権を設定し融資を受け、資金を他に流用あるいは逃亡する。そうすると抵当権者は融資の回収ができるが、請負人は支払を受けられな

くなり、これが社会問題化したのである。無価値の有価証券や手形による支払、期間の長期化などモラルが低いことも問題であった。また、一九世紀末には銀行が資金過剰で、審査や資金使用の確認が甘かったともいわれている。そこで BGB では、請負の弁済期について仕事の完成時 (BGB § 641: 1900 年に改正 (後述)) と定められると共に、請負人に債権確保のために保全抵当権設定請求権が承認された (BGB § 638)。この保全抵当権設定請求権は、「建物の土地への付合」と「請負人の先履行義務」から、請負人の債権を担保すべく土地に対する法定抵当の設定を承認するものである。しかしながら、順位確定の原則を堅持するため、先取特権的な法定抵当そのものの承認ではなく、設定請求権と規定された。

本条の問題点として、次の点が指摘されている。①任意規定であり当事者の力関係により工事完了前に請求権が放棄されてしまう、②請求権者は元請人のみであり下請人は請求権を有しない、③登記請求時に注文者が土地所有者であること、④仕事開始前には登記できないため先行抵当により担保価値が利用し尽される (更地に建物価値の増加を見込んで抵当権が先に設定された場合)。即ち、本条の効果としては十分ではなく、BGB 立法時においても引続き債権確保の手当を講じていくとされていた。また、実際に利用されても仮登記が大部分であり、本登記されていても目的物の処分を防止する意図であるとされている。

## 2 建築債権担保法 (Gesetz zur Sicherung der Bauforderungen (GSB) : 一九〇九年)

先の建築詐欺の問題もあり、建築請負債権確保の問題は、そもそも公法で対応すべきか私法で対応すべきかが論じられ結局は両方の内容で対応することとなり、本法は、第一編 (公法規定)、第二編 (私法規定) として両方の内容を有している。

具体的には、公法規定では建築金の保全義務、建築帳簿の作成義務を注文者に課し、私法規定では警察署の建築許可の前提として建築予定地の登記簿に建築記入され、その記入は仮登記と同様の効力を有するとされた（GSB 82）。したがって、その段階で順位の保全ができる。また、先行抵当権の被担保債権額が土地価格の四分の三を超えないか、又はその差額を建築主が担保供与した場合（差額保証金の供託）だけ、建築許可が与えられるとされた（GSB § 13）。

この法律に対しては、①規定が複雑で役所事務的でコストがかかりすぎる、②新築のみを対象、③資金提供者が請負人より優先されるべき、と指摘されている。さらに、私法部分の規定は各地の市町村条例に施行が委ねられたため、事実上施行されていない。

### 3 建築工事請負規定 (Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B) 一九二七年)

これは法律ではなく、わが国の公共工事標準約款・工事請負契約約款に該当するものであり、A部分が手続規定、B部分が私法規定、C部分が技術規定となっている。なお、本規定は公共工事のみではなく広範囲で利用されている。

まず、工事進捗に従った部分支払請求権が承認されている（VOB/B § 16a b. i. N. 1）<sup>112</sup>。また、注文者が部分支払に応じない場合に給付の履行拒絶権があり（VOB/B § 16 a b. 5. N. 3）、元請人が下請人への支払を遅延した場合、注文者は下請人に支払うことができ、この支払は自己の債務の弁済効を持つとされている（VOB/B § 16 a b. 6）。この支払により注文者は下請人の履行拒絶権を防止することができる。

本規定に対する問題として、特に下請人の観点からは、①VOB/B 一六条六項は注文者の権利であり下請人へ

の支払義務ではない、②下請人の債権の審査について実務上は慎重な対応、③元請人破産において、注文者の下請人に対する支払は元請人の破産財団に対抗できない、が挙げられている。

4 一九九三年BGB改正—担保提供請求権 (BGB § 638a)<sup>14)</sup>

これまでの対策の問題点は、保全抵当権設定請求権では登記制度との整合性、建築債権担保法では手続の煩雑さ、であった。

倒産法改正作業においてもこの点が問題となり、請負人のための保全抵当権を利用し易くすることも考えられたものの、最終的には、請負人の先履行義務と付合により失った所有権の代償としての物的担保の供与（保全抵当権の改善）を断念し、土地への法定抵当、登記制度、行政手続から切離された担保を請求できることが規定された。即ち、請負人によって価値が増加した目的物と関係しない独自の手当を整備する方法が導入された。

問題点としては、現実に担保請求できる請負人が存在するのか、ということであり、この点が今回の改正提案につながっている。

5 二〇〇〇年BGB改正

(1) 部分支払請求権 (BGR § 632a)<sup>15)</sup>

本条は、VOB/B一六条一項で既に可能とされている様に、請負人に部分支払請求権を与えるものである。報酬の有無や額の問題ではないので、BGBの六三二条ではなく六四一条の問題である。<sup>16)</sup>

BGBの規定では、請負人の先履行義務により請負人が提供した材料は不動産に添附され請負人は所有権を失う

ことになる。この添附規定は強行規定であるから、請負人に所有権が留保されると特約しても、所有権留保とそれに基づく物的保護の可能性はない。本条は、V O B / B 六六条一項で既に可能とされている様に、物が支配されかつそれが正当な場合に限り、請負人には部分支払請求権が与えられるべきであるとする。なお、本条は総ての種類請負契約に適用される。本条は任意規定であるものの、約款を利用する場合（約款規制法九条二項一号）、注文者は請負人を不当に不利にすることはできない。

本条の部分支払は、B G B 六四一条一項にあるように引取の際に支払われる最終的な賃金や前払とは別のものである。もちろん、最終的な弁済期においては部分支払も含めて計算される。したがって、請負人の既履行に対して生じる部分支払は、引取の前なので暫定的な仮の性格のみを有するものの、何ら独立の価値を有するわけではないとされる。ちなみに、前払は請負人の該当する履行に対して生じるものではないから、B G B 六三二 a 条の規定の影響を受けずにももちろん合意し得るし、個別の契約ではそれが通常である。

部分支払の請求の要件としてB G B 六三二 a 条は、まず、「既に請負人の履行があること」を挙げている。これは、必ずしも仕事の一部製造である必要はない。B G B 六三二 a 条三文は、むしろ、注文者に所有権が帰属することと十分であるとする。また、B G B 六三二 a 条一文は、「仕事のそれだけで完結した部分」を要求する。注文者はそれに対する部分支払を、有用性を検査することができかつそれは注文者にとって信用できると証明された場合にのみ果せばよい。

何が仕事の一部に該当するかは、V O B / B 二二条二号に定められている「それだけで完結した部分」の概念を借用しており、それによると「予定前（早期）の部分引取り」が可能な部分ということになる。引取りの際、給付の使用適合性の最終判断の場合に関して、概念は限定して理解しなければならぬ。即ち、なお未だなされていない



い履行に依存して評価されなければならない様な物、例えば粗構造の一階では、それだけで完結した部分ではないことになる (BGHZ 50,160)。

部分支払の算定基準は、注文者の得た具体的な価値ではなく、また請負人の単なる支出でもなく、むしろ、まず合意される一定の額であるとされる。合意がなければ、総支払のパーセントを基準として用いる。

部分支払請求権は仕事に関する注文者の請求権と双務関係にあり、BGB 三二〇条以下の適用可能性がある。なされた履行の既に確定した瑕疵により、注文者は、BGB 三二〇条、六四一条三項の留置権を有する。反対に、部分支払請求が利用できない場合、請負人に履行拒絶権が生じる。場合によっては、BGB 三二六条 (反対給付義務の免責と給付義務の排除の場合の解除) の処置を採り得る。

相応する給付の獲得によって部分支払請求権は失効する。また、BGB 一九六条一項一号、場合によっては二項により消滅時効となる。債権の一部を最終計算において含むから、消滅時効の完成は請負人を妨げない。もちろん、仕事の履行を超えて総てが差引きされ得る場合は、消滅する。

本条の問題点としては、本条の文言からは請求権の要件が厳しいことが挙げられる。後述する立法過程でも指摘されているように、とりわけ完成の概念が問題であり、注文者が請求に応じないことが容易に予想できる。<sup>9)</sup>

(2) 報酬の支払時期・完成証明 (BGB § 641, 641a)

本条の改正は、これまで保護の対象となっていなかった下請人への対応と基準の明確化である。BGB 六四一条の二項を四項とし、二項に、「注文者より元請人が支払を受領すれば、下請人の弁済期が到来する」との内容が挿入された。<sup>10)</sup>

また、完成の証明が問題であったことから、これに関するBGB六四一a条が新設された<sup>21)</sup>。もつとも、実効性の観点から六四一a条は後述する過程では削除対象となっている。

なお、二〇〇〇年の改正では、その他にBGB六四八a条一項一、二文、第五項二、三文が変更されている<sup>22)</sup>。

## 二 (建築請負) 債権担保法の提案—BGB改正案

### 1 立法提案の動機と内容

二〇〇〇年改正は実務においてそれほど効果がなかったとされている。例えば、後に述べる改正提案において、ザクセン州大臣のKolbeは、「二〇〇一年秋のドイツ手工業中央連合会の統計によると、全企業の三九・二%が貸倒れの巻添えになり、さらに八・五%は存在自体が危ふまれた。．．．その多くは、建築・内装業であった。．．．二〇〇〇年の改正は意味があつたのか?。調査の内〇・五%のみが効果があつたと回答し、七九・八%の企業は効果がないと回答している。特に、建設業界では何の役割も果していない。何故か?。法を中心である完成の証明が、実務と無縁のもつともらしい例での立法であり、完全な全く瑕疵の無い仕事を予定しているからだ。一度でも家を建てたことのある者は、完全に瑕疵のない仕事などないことを知っている。したがって、ザクセンでは完成の証明がなされたのは一例もない。」と発言している<sup>23)</sup>。

具体的には、二〇〇一年の最初の四半期で、前年の最初の半年より四〇〇〇件多い二三、六〇〇件の支払不能が

存在した。とりわけ旧東ドイツ地方の建設業が良くないことが報告されている。倒産手続の数は、二〇〇〇年前期と比較して二七%増加し、二〇〇一年前半に債権者によって総額三五〇億ドイツマルクの債権が断念された。<sup>22)</sup> 債権が回収できなければ、回収不能部分は自己資本からの持出しとなり、請負人の倒産が増加することになる。これらの数字は、二〇〇〇年改正の際に分っていたことだが、さらなる手当の必要性を証明している。

二〇〇一年一月二五日に連邦司法部により二〇〇〇年改正後に再び連邦・州作業グループ「支払モラルの向上」が設けられ、今立法期に法律を改正するという計画が合意された。途中、連邦司法部から報道発表の横やりがあったものの、ザクセンとチューリンゲンは提案した草案を法案としてまとめ、二〇〇二年二月一九日に法案は連邦参議院へ送付された。<sup>23)</sup>

この参議院への提案内容は、民法、執行法、会社法、刑法に跨り多岐に渡っていた。<sup>24)</sup> なお、本稿では、BGB上の問題にのみ言及する。具体的には、新規に提案されたものは、請負人の所有権留保 (§632a)、製造者の債権質権 (§617a)、建築金の保全 (§648a) であり、変更が提案された条文は、報酬の支払時期 (§641)、完成証明 (§641a)、今回最終的には削除の提案)、建築請負人の保全抵当権 (§648)、注文者の担保提供 (§648a) の、計七項目であった。

その後の過程で部分支払 (§632a) の改正が追加された上で、二〇〇四年六月の推薦草案までに新規提案は総て削除され、結論として最終的な法案に残ったのは、部分支払 (§632a)、報酬の支払時期 (§641)、注文者の担保提供 (§648a) の改正である。<sup>25)</sup>

当初は民法上の提案の中心として所有権留保が挙げられていた。そこで、以下では、2で所有権留保の提案理由を、3で削除理由を挙げた上で、4で最終的な法案につき言及する。

2 所有権留保の導入提案 (BGB § 632b e)<sup>(42)</sup>

売買同様に、請負人が造り付けた材料の所有権を留保し、注文者の支払遅滞の場合に契約を解約し、かつ材料を返還請求できる権利をBGBに明文化することが提案された。但し、行使の要件として、材料の取外しが建築物を本質的に毀損せずに可能なことが求められている。

提案理由の根拠は、次のとおりであった。<sup>(43)</sup>

「動産が不動産と付合・加工・混和し、構成部分となった場合の所有権帰属は、BGB九三乃至九五条、及び九四六乃至九五一条に規定される。ここでは幾つかの目的が追求されており、①所有権の帰属につき最大限の明確化、②個々の当事者の利益が同一となること、が中心である。BGB九四六条以下が適用されると原始取得であり、当事者の意思に関わりなく、付合・加工・混和において客観的に判断されるべきであるとされている。

では、BGB九四六条以下は、回避することができるのか（強行規定なのか）。立法者は強行的性格としていた。その後、どの程度任意であり得るかが論じられた。この議論の基礎は、利益同一に尽すべき②との考慮である。法的利益の同一が、契約当事者の一致する意思に該当しないなら、何故、一致する意思は法的価値に優先すべきではないのかは明らかではない。また、BGB九四六、九三乃至九五条の例の様に、法規定は簡単に見通すことができる所有関係には決していない①も保たれていない。そうすると、法規定は、何ら私的合意がない場合に限り適用される補助的機能がふさわしい。

不動産に関しては、所有関係の不可欠な明確性の観点から、特に九四六条につき多数説は強行規定と捉えている。付合による所有権取得は強制であり、特約は排除される。したがって、本質的構成部分となった物の所有権留保は

消失する。しかしながら、仮の目的で結合された物の場合、BGB九四六条の効力は生じない。この場合、付合・付加した者の内部の意思によつてのみ判定されるのか（主観的要素）、あるいは、その意思は外観において扱われる事実として合意されなければならないのか（客観的要素）。個々に下される現行法に基づいた裁判実務でなされる判断の見通しの悪い多様性は、限界づけの困難さを示している。付合者の意思測定と実際の理解を顧慮することは、現行の法規制が提示し所有権関係にそれほど多大な不確実性をもたらさない「空いている側面」である。」として、現行法の性質から、「所有権留保の規定が完全に否定されるわけではない」ということを前提に、所有権留保を許容したとしても「物権法には何ら体系的影響はない。」<sup>11)</sup>むしろ、これらは、判決と法学文献においてこれまでに既に優位的傾向に一貫した継続である。」としている。

もつとも、「職人による結合した物の除去は物権法的にも債権法的にも我々の法体系では異物である。しかし、事例的にならないわけではない。」として、「例えば造り付けた物に瑕疵があれば、請負人により分離・修補され瑕疵の治癒が行われる。これは請負人の義務であり、そのために分離する権原が請負人にはある」と説明されている。<sup>12)</sup>

結論として、以上から、「もちろん、所有権留保の代りに別の規範化もあり得る。しかしながら、物的担保による請負人の法的地位の向上という点で、受注者の利益のために所有権留保の導入が優先される。」<sup>13)</sup>としている。

なお、所有権留保の導入提案と同時に「下請人の元請人に対する法定質権 (BGB § 647a: ニューヨーク・モデル) も提案されていた。<sup>14)</sup> その理由は、「建設業に典型的な契約の連鎖においては、仕事の製造者（下請人）に前者（元請人）の注文者（施主）に対する債権に関して法定質権が付与されるべきである。提案の目的は、元請人の注文者に対する債権を差押えたのと同様の効果を招来させることである。」<sup>15)</sup>とされている。しかし、この提案は、二〇〇二年六月一日の委員会推薦草案では削除されている。

## 3 討議過程と所有権留保の導入提案の取下(削除)

本提案は、二〇〇二年三月一日の参議院で審議され、先に述べたザクセン州大臣のKöhlerなどにより趣旨説明がなされた。その後、次回の審議のために、同年六月一日には委員会の推薦草案が、同年六月八日には所有権留保の提案は含まれていないものその他ではほぼ同じ内容の提案がメークレンブルク・フォォアボンメルン州からも提出された。この推薦草案を受けて、同年六月二一日に参議院で審議された。その際、Gernot Müller (Rheinland-Platz)から、「所有権留保の導入は、土地の存在における法的明確性を毀損するだけでなく、建築信用に利用される不動産担保権を弱体化しおそらく建築信用が加重される。それにより、建築活動の条件付解除は、総ての職人に不利を与えるだろう。」との発言があつた。同日参議院草案として決定し、衆議院に送られた。その後、会期の関係で継続審議となり二〇〇二年二月六日に改めて参議院に提案され、同年二月二〇日に審議された。

また、二〇〇三年一月に弁護士会の意見表明がなされ、所有権留保の導入に対しては、①所有権関係の混乱と不動産信用の上昇、②大抵は利用可能な形態を欠き職人により再利用され得ないため実効性も少ない、③注文者の担保提供 (§ 648a) による現行の担保可能性に対して、職人のための付加的な倒産担保は必要ない、ことを理由に否定的であつた。

その後、二〇〇四年六月一日に委員会の推薦提案が提出され、この推薦草案において、所有権留保提案は削除されている。趣旨は、「建築職人に有効に役立つことなく、物権法体系に影響しそれと共に建築信用の上昇が起るので、所有権留保の導入は削除されるべき、というものであつた。

「BGB九三、九四及び九四六条に直接反するとなると、BGB九四七条二項及び九四八条により造り付けられた部分の所有権留保が消失する他人の物への造作の場合（例えば動産の修理など）、評価矛盾が生じる。提案された所有権留保では、従来BGB九四六条以下に基づいていたような造り付けられた建築部分に対して、もはや建築物の所有権に、そして最終的には土地所有権に属することを前提とすることができない。これは、建築計画への融資に重要な意味を持つ。金銭消費貸借契約のために設定される担保の価値は、価値増加をもたらず造作に決定的に依存する。以上は、立法提案——見して分る例外としては明白でない——により、実状と全く異なる羽目になる。消費貸借に新しい査定と結果として信用の上昇が起る。

これに対し、規定は、支払遅滞と支払不能から建築請負人を本質的に改善する保護になお適していない。下請は規定の保護範囲に入っていないので、初めから該当する請負人の大部分が新规定で恩恵を受ける可能性も何も持たない。さらに（それどころか）、請負人又は注文者の物を本質的に毀損するか否かに所有権留保の有効性が依存するから、内装部分を主とする建築請負の所有権留保の適用範囲を制限する。また、個々の職人に同一扱をすることができない。瑕疵があるとのクレームを注文者がしたら、所有権留保の下で造り付けられた物の返還請求は、訴えの方法に依らなければならない。この訴えでは、決定のために報酬債権自体に関する争いと同じ問題が生じる。請負人は、結果として常に勝てない。自己の権限ある担保利益は、むしろ、草案にみられる六四八a条の本質的に効力のある精算（Rechnung）による建築職人担保の改革という作業グループにより推薦された新理解で達せられる。」

二〇〇四年六月一日に審議が終了し衆議院に送られた。<sup>1)</sup>

## 4 最終案

衆議院では二〇〇四年一〇月二日に審議<sup>49</sup>され、Dirk Manzweski (SPD) は「延長された所有権留保の考えが議論された当時を思い出すと、物権法体系に適合し、何らかの形式で実効性があることは、比較的早く分りやすいものであった<sup>50</sup>」。Alfred Hartenbach は、「連邦と州の作業グループは元の州提案を明らかに改善した。例えば、建築職人の建築された材料の体系に反する所有権留保を阻止したことである。」と発言した<sup>50</sup>。

法案自体は、委員会から司法省に宛てて専門家の意見を聴取するよう指示され「建築契約法の領域における審査必要性の確認調査」が実施されており、最終的な動向は近々明らかになると思われる<sup>51</sup>。

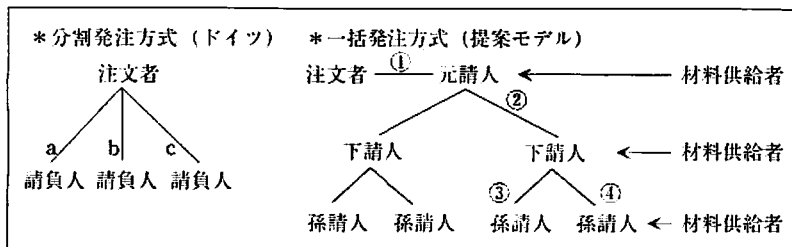
## 三 分析・検討

## 1 実態の確認―連鎖的請負関係における仕事の完成と弁済期

まずは、請負とその契約の実態を意識する必要がある。わが国と異なり、ドイツでは、仕事が分割され複数の請負人に発注されることが多い<sup>52</sup>。特に公共工事については、VOB/Aによって分割発注が義務づけられている。

ドイツが念頭に置いているモデルからは、個別の請負契約 (a・b・c) ごとに仕事が完成し (弁済期到来)、個別の請負の結果として、注文者が希望する製造物が完成する。したがって、総体としての製造物の完成<sup>53</sup>報酬債





権の弁済期、ではない。さらに、部分支払が認められているので、個別の請負契約（a・b・c）のそれぞれにおいて部分支払が認められるのであり、総体としての部分の支払ではない点に注意する必要がある。

この様なドイツのモデルを参考にすると、わが国でも（提案モデル）の様に階層構造を意識して検討しなければならない。そうすると、個別の請負契約（③・④）ごとに仕事が完成し弁済期が到来する。その後、②の下請契約が完成し元請人に引渡される。さらに、元請人は注文者に対して総体として仕事を完成させ引渡・代金の弁済期到来（①）となる。以上から、仕事の完成・履行期の到来は、③・④、②、①の順、つまり、下位の請負契約から到来する。問題は、この時間差のリスクを誰が負担するのが公平なのか、その基準は何かである。

既に行われている幾つかの公共工事を中心とする調査<sup>35</sup>によると、ドイツ等では、元請業者が工事進捗に従い一定期間ごとに下請業者等に支払うべき予定額を含めて注文者に請求し、入金後に下請業者等に支払うのが一般的とされている。即ち、元請は注文者より受けた支払で下請に支払うことになり、元請の資金バランスは原理的には変化がなく、元請がリスクを負うことはない。

一方、わが国の場合、合意による部分支払が行われており、国土交通省でも二〇〇一年三月より「出来高部分払方式」の試行工事が開始されているものの、部分支払される場合、支払対象は下請業者が行った工事の内、完成部分を構成する一部分として性能を発揮する

に至つたもの（出来形）に限られている。つまり、工事当初に発生する仮設工事等の費用は部分支払から除外され、仮に注文者から部分支払がなされても、元請業者は下請業者への支払が事実上先行する。國島教授は、「日本の公共工事で行われている前金払と竣工払の二回の支払システムは、発注者から元請企業に対する支払方法であり、元請企業から下請企業に対しては基本的に毎月ごとと支払がなされている。元請企業から下請企業に対し出来高部分支払がなされれば元請企業は大きな立替え負担を負うことになる。そのため下請企業に対する支払には手形やファクタリング等が多く利用され、下請は最終的な現金の受取りまで数ヶ月待たなければならぬか、割引料を払つて手形やファクタリングを割引いて現金を受取らなければならぬ。この様な状況下では、企業の財務にも負担を与え、逆にその分の金融費用が公共工事のコストに跳ね返ってくる可能性がある。」と指摘する。<sup>51</sup>したがって、元請業者にとつては、工事の初期段階において資金的空白が生じるため、これを埋めるのが前払の機能とされている。なお、何れの調査においても、ドイツ等では前払がほとんどなされていないと指摘されている。

今日のわが国の傾向である下請人を履行補助者の立場と解する立場からは、元請人が差当たりのリスクを負うのは、首肯し得る。しかし、元請は如何なる法的地位にあり、誰にどの様な責任を負っているのだろうか。

これまで問題として論じられていたのは、「注文者は支払つたが元請人が倒産し下請人が債権を回収できない場合の下請人と注文者の関係」である。<sup>52</sup>従来は、下請など連鎖的請負関係について検討する際には「下請人」について重点的に検討されてきたが、元請人の法的立場を明らかにする必要がある。なぜならば、目的物に対する関わり合いが、所有権、技術・労働力の投下など直接的ではなく、注文者の獲得（営業活動）、工期の策定、人や材料の手配、全体の調整など、ブランニング・マネージメント的であり、「この様な立場の者は、何を基準に、どの程度保護されるのか」を独自に検討する必要があるからである。<sup>53</sup>

元請人は、注文者との関係では最終責任を負い総体としての仕事完成義務を負う。だからこそ、総体としての履行不能がない。その意味では、最終責任負担者である。一方、下請人は独自に顧客確保のための費用を負担する必要がなく、仕事の遂行に専念できる。したがって、全体としては役割を分担し相互に利益を得ており、いわば緩やかな組織体とでも言い得る状態にある。所有権や製造に対する直接的な労働を提供した者と、プランニング・マネージメントを担う者の何れが、より重視・優先されるべきかは問題であるが、本稿では、債務の本旨により近いのは、材料負担を伴う製造に対する直接的な仕事である、との視点にたちたい。

以上から、まず下請の弁済期が先に到来し、元請は自らの資金を用いても弁済する必要があり、それは元請の立場から不当なものではないといえる。また、現実的な元請の資金調達の問題に対処するためにも、注文者への部分支払請求を認め、かつ、注文者から請負人に支払がなされた場合には、いわば預り金であるから、確実に下位の報酬債権の弁済に充てられる様に法的に対処する必要がある。

なお、ドイツで提案された所有権留保と関連して下請について *Federik Karsten* は、「請負人の仕事によりもたらされた不動産価値の増加に対する唯一の保証は土地所有者と契約を締結していた場合にのみ生じる賃金に関する請求である。BGBが適用されない下請人は、元請人への自己の義務として材料を不動産に結合したとしても不動産所有者に対して何ら請求権を持たない。草案の目標を実行するために、起草者は、施工主と何ら契約関係がない下請人は施工主と契約的に結合する元請人と同様に保護されるべきとするが、(不動産所有者である限り)施工主と所有権留保は締結されねばならないので、下請人は当然には意図された新法での利益を得る何らの可能性を持たない。」と指摘する。<sup>19)</sup>

## 2 建築請負債権の保護の根拠と程度

まず検討の基準として、「何故、どの程度、建築請負債権は保護されなければならないのか」を明らかにする必要がある。この問いに対する解答として差当たり以下の三つが考えられる。なお、マネジメント的な地位の元請については請負以外の場合も含めて検討する必要があるので、本稿では除外する。

第一に、「提供した材料の所有権が吸収されるから」、である。請負人は、先履行として仕事完成義務があるからこそ材料を自らの負担で仕入れてでも仕事を完成させなければならぬことになる。<sup>(6)</sup>この意味では、材料供給者も併せて考察する必要がある。しかし、添附理論や近時の連鎖的契約の解釈からは、所有権の問題を独自の要素として採り上げることには積極性は見出されず、むしろ報酬債権算定の一要素として考慮すべきということになる。ただこれ故に、先取特権が沿革的に承認されている点は注意を要する。<sup>(7)</sup>

第二に、「技術・労力を提供し目的物の価値を上昇させたから」、である。請負の仕事完成義務が指揮命令に服さないものであるという点を重視しても、「求められたとおりの物を造る」というのが債務の内容であり、売主に雇われて（買主への）販売のために商品を造る従業員と比しても「作業のやり方（手順）」を自ら決められるか否かでしか違いがない。<sup>(8)</sup>しかも、従業員は、労働に当っては自ら作業を創意工夫することが求められるのが常である。そうすると、端的には、労働力の提供であるから、請負人と受託者・労働者の地位にどれだけ異同があるかということになる。

とりわけ、大手住宅メーカーなど、規格され画一化された材料が提供されて建築が施工される場合、現場監督の査定により、個別の下請に対して月極で支払がされている実態があるのは、労務供給型契約の一端を現していると解

することができる。また、別の実態として、いわゆる「手間請」・「一人親方」など、指揮命令は受けずに仕事の完成が求められるものの、その実態は明らかに「労働力の補充」である形式的な請負がある。さらに、外部への業務委託・アウトソーシングという点からみると、ある仕事につき、機会が少ない場合、あるいは技術の導入・維持コストが高い場合には、委託・請負など、雇用以外が用いられる傾向があることは容易に想像できる。<sup>65)</sup>

第三に、「継続的な関係であり、事実上の力関係が存在するから」、である。わが国では、これまで明確な形で意識されていない点である。自前で用意するには費用がかかる特殊な技能を利用したいが故に請負や委託という契約形態が利用されることを考慮すると、その業をなす者とは取引関係が継続的に持続することが考えられる。そうすると、仕事をする者は、「今回の仕事」に関する問題への対応に当って、常に「次回の仕事」を念頭に置かざるを得ない。また、日常必須的な業ではないから外注し請負や委託という契約形態が利用されることからは、特に直接仕事をする下請は、大規模かつ組織的な体制を採ることは効率的ではなく、中小企業的な形態を採ることが多いため、交渉力や資金の面で必ずしも注文者と対等というわけではない。

この点につき、Frederik Karstenは、「建築契約における所有権留保の前提と限界に関する議論において、草案において一貫して意図されている建築請負人の法的状況を持続的に向上するという点について、必ずしも見通されているわけではなく、特に、建築保全抵当権の適用範囲の拡大、担保の引取に関する請求による建築請負人の可能性、等の提案は、一方で判決の許容であり、他方で法政策的な議論の堅持に役立つものであり、どの程度実現するかは、建設業界において、対等の契約当事者ではなく中規模の建築請負人に消費者、質借人、労働者の様に利益を守る法律と同様の方法で保護する必要があるとの説得に係っている。」と指摘していた。<sup>66)</sup>

以上から、所有権の位置づけを経費的に捉えた場合、委任においては費用の前払請求すら可能であること、雇用

であれば労働に関して必要な物品・経費は雇用者が負担するのが当然であることと、また雇用においては政策的に先取特権が設けられていること、が請負との顕著な差である。しかし、特殊な場合を除き、建築においては請負といても代替性のある労務であり、実際に行われている前払も委任の前払と性質が異なるわけではない。実態として雇用・委託とどれだけ違うのかは非常に曖昧である以上、何れかに割振って条文を適用するのではなく、実態に即して柔軟な対応をすることが求められる。<sup>68)</sup>

### 3 わが国への部分支払の導入

これまで時間を追ってドイツにおける建築請負債権担保の展開をみてきた。まず、請負人が価値を増加させた目的物による方法として抵当権の設定請求・法定質権が、目的物によらない方法として履行拒絶権・担保提供請求権・部分支払請求権が、講じられている。また、これまでのドイツ法の傾向として、目的物への追及ではなく、物との関連性を断つて債権確保方法を探っているといえる。今回、提案された材料の所有権留保が否定的に扱われたことから、この方向性はかなり強固であると予想される。では、この様な目的物への追及の切断は、どう評価すればよいのだろうか。

目的物への追及を切断する場合となるのは、「注文者（元請人）破産時」である。この場合、注文者に資力がなく、財源が「目的物のみ」であることが多い。したがって、目的物との関係を切断する方向では、「この段階」で上手く機能するとは考えられない。そうすると、逆説的ではあるが、むしろ破産に至る「前段階」で適切に報酬債権の回収を図ることが求められ、そのように制度設計されている、と解される。したがって、「建築請負債権はどの程度、保護されるべきか」という問いに対して、ドイツでは、積極的とはいえないものの、「目的物を物

的担保として他の債権者に優先して回収するまでの保護を与える必要はない」と選択されていると評価できそうである。

わが国でも、先取特権・留置権が実際的でなく、所有権の問題も独自に採り上げられないとなると、建築請負債権の担保については、別途、何らかの方策を講じなければならない。もちろん、事前に当事者間で支払方法などを合意しておくことが望まれる。しかし、約款・建築業法あるいは下請代金支払遅延防止法では、具体的な手段が与えられているわけではない。さらに、自治や交渉が機能しない場合への対処が問題であり、解釈で対応できないならば、ドイツ法のようにある程度手段については法定する必要があると考える。

まず、解釈としては、注文者不払に対する「不安の抗弁権」とそれを消滅させるための担保提供の請求の可能性がある。さらに、特に請負人が材料を提供する場合、建築請負は個別具体的な仕事の束であり、具体的には所有権と労働力が「雪だるま式」に注文者に取得されていき個別の仕事の総体によって建物が完成する、との考えに基づくと、「段階な仕事」ことの段階的な支払」が導き出される。BGB六四九条は、注文者の自己都合解除においては解約告知であり将来効のみを有するとしており、わが国でも、「不要であつても材料の所有権は取得しており、請負契約解除は解約告知であると解すべきで、履行済部分は注文者に帰属し相応する報酬を支払わなければならない。」と解されていることから、取得した価値の補償はその都度なされるべきと考える。

部分支払の導入による最大の効果は、企業のキャッシュフローの改善が期待されることである。もともと、預り金の性格であるから、実際の仕事をした下位の請負人に確実に渡るようにしなければならない。なお、仕事の進捗状況とは関連せずに代金を分割して支払う場合には、弁済期の先後関係が問題となるので、BGB六四一条二項のように、元請の代金受取りにより下請債権の弁済期の到来を定める必要がある。

また、担保以外の側面として、部分支払の導入により、設計・契約変更の自由度の増加、コスト管理意識の向上、総価契約から単価契約への移行、出来高検査の事務処理等の問題があるものの工程管理の向上から目的物に瑕疵が生じる可能性が低くなる、等が考えられている。<sup>10)</sup>

以上から、私見としては、従来からの担保方法の検討に加えて、請負の終局的な弁済期（最終的な計算）は仕事完成時としても、部分支払の導入を検討すべきであると考えられる。特に元請倒産のリスクを下請に負わせるのであれば、カウンターバランスとしての方策を用意すべきである。もつとも、継続的な取引関係、事実上の立場の不均衡から、消費者・賃借人・労働者と比較してどの程度の保護が妥当なのかは、多様な実態があるため、一概にはいえない。特に、注文者破産時の保護の程度については、先取特権の整備で検討されることになる。

## おわりに

本稿は、建築請負債権の担保について、下請を利用するような連鎖的・階層的契約において内部関係をどう解するか、どの程度保護されるべきか、という問題につき、目的物への追及を断念するというドイツの方向性の意味を踏まえて検討した。その結果、実際には行われているが、法的議論として意識して採り上げられてこなかった部分支払の導入を検討すべきであるとの示唆を得た。但し、請負人が社会的保護に値する者が否かの点は、先取特権の議論に解決を委ねたい。

もちろん、単に部分払の導入により、問題が解決するわけではないのはドイツの状況からも明らかである。仕事



をした者に確実に支払われるようにするためには、転用物訴権（ドイツではかつてより否定的である）、債権者代位権、直接訴権なども検討の対象となる。特に、本稿では対象としなかったが、フランスでは一九七五年の下請法により、①元請業者は発注者に対して下請業者を提示して承認を求める、②元請業者は下請業者の代金債権のために銀行保証を得る義務がある、③発注者に承認された下請業者は発注者が元請に対して負っている債務の限度内で発注者に下請代金を支払わせる権利を持つ、等が制定されている。

また、請負人と並び、材料供給者などの様に保護するのが問題となる。一例として、工事に用いられた動産の売主による建築請負債権に対する先取特権が論じられている。また、ドイツでは、売買において延長形式の所有権留保が付されることが多く、材料供給者による延長された所有権留保の場合は、留保品が買主によって本質的構成部分として第三者（注文者）の不動産に造り付けられた場合、買主は既に現時点で関連して生じた譲渡可能な報酬に関する債権を留保品の価値の範囲で残余に優先する順位の保全抵当の登記に関するようなものも含めて総ての従たる権利と共に譲渡することになる。<sup>10</sup> Frank Peters は、「材料供給者の所有権留保が付いている場合がほとんどであり、請負人の所有権留保を承認すると、先行する材料供給者の所有権留保を貫徹するだけになり、請負人の保護にならない。」と指摘し、<sup>11</sup> 請負人にとって「意味を持つのは、占有を継続する場合に BGB 九二六条二項、九三五条と組合わせて、注文者に支払を強いること。」と述べている。<sup>12</sup>

さらに、融資者との関係も問題となる。一般人のマンションや建売住宅の購入であれば販売者が注文者であるから、部分支払を認めても買主には影響がない。しかし、土地所有者が住宅建築を発注した場合には部分支払の対象となり、金融機関からの融資を受けている場合に、融資者との関係が問題となる。この点、フランスでは一九九四年に新設された民法一七九九―一条で公共工事以外で注文者と融資契約をした金融機関に対する請負人の直接訴権

が認められている。

現実の力関係から交渉の余地が事実上ない場合には、事前の取決めも含めて当事者の合意に解決を委ねることは妥当ではない。いずれにせよ、今後、ドイツとの異同も含めてさらなる実態の確認が必要であると考えている。

(1) 各種文献は多数存在するため、本稿では割愛する。これまでの問題につき簡潔にまとめているのが、武川幸嗣「請負契約における所有権の帰属」『民法法論』(二〇〇五年四月)一八三頁である。なお、本稿に際し実際に現場に携る方から貴重な意見を賜った。本来ならここに記して謝辞を述べるべきであるが、何れも匿名を条件とされたため、氏名等は伏せたままお礼を述べることにする。

(2) 坂本武憲「請負契約における所有権の帰属」民法判例百選Ⅱ第5版新法対応補正版(二〇〇五年四月)一四三頁。

(3) 元請・下請間で所有権留保特約があったとしても注文者・元請間の契約関係が優先するとの判決(東京高裁昭和五四年四月九日、同昭和五八年七月二十八日)がある。

(4) なお、本稿では、転用物訴権や直接訴権は直接の考察外とする。

(5) 既にこの点を指摘するものとして、大村敦志「もうひとつの基本民法―複合契約―下請負の検討を兼ねて」『法学教室』二九八号(二〇〇五年七月)三二頁。もっとも、複合契約の考え方として、所有権の所在と切離した議論の可能性を示唆されている(三五五頁)。

(6) 幾代通『新判注釈民法一六債権七』有斐閣(一九八九九年九月)五頁は、雇用・請負・委任の区別の指標とされる労務の独立性と従属性について、「労務(もしくはその結果)を受領する側の意思は、注文内容若しくは委託事務の内容の規定という形で現れることは一応これを別としても、具体的な労働行程に入ってからについても、明示もしくは黙示の約定に

よって多かれ少なかれ指図権能が労務受領者側に認められることがありうる。・・・指揮命令を労働の全過程のうちどの辺のレベルで捉えるかによって結論は違ってくる。」とした上で、我妻を引用し「指揮命令権とは「労働者の給付する労務の内容についてではない。その労務をいかなる内容向うていかに役立てるか―その配置・配列・組合わせなど―について指揮権能を持つ意味である。従って、例えば医師と会社の契約も、会社の整備の衛生、社員健康などの管理担当を目的とする場合には、―使用者は医学的知識の適用については指図する能力がなくとも、その医師の労務を会社の事業運営に役立つように配置する権能を有するから―なお雇用である。弁護士などについても同様のことがいえる」と説明している。素直に当てはめると下請の雇用性は高いといえる。

「労務の結果」という概念についても相対的であるとされるものの、労務や仕事の有体物の製作や修理にかかわるような場合には比較的明瞭であるとされており、この点は本稿では触れない。

(7) 労働者派遣事業との関係で、「偽装請負」・「仮装委託」が問題となっている。製造業のアウトソーシング（外部委託）には製造派遣と業務請負の大きく二つあり、指揮命令権は製造派遣だと派遣先、業務請負だと派遣元となる。二〇〇四年三月一日より改正労働者派遣法で認められるまでは、業務請負のみ認められていた。そのため、発注者と受注者間で業務請負（委託）契約を締結するが、発注者や委託先が実質的に受託者の労働者を指揮命令して業務を遂行させることが問題となっていた。今後は、実態が派遣であれば、派遣契約に切り替えをしなければならぬ。しかし、請負会社が派遣免許を持っていない、製造業の可能期間が一年限定のために契約切り替えをしたくない、契約切り替えのノウハウがない、派遣先会社が難色を示すなどの理由から、偽装派遣のままの企業があることも指摘されている。本稿では触れないが、労基法や労働災害も問題となる。

(8) フランスでは、請負を、注文者が主たる材料を提供したときは労務貸借、請負人が提供したときは売買とする。ドイ

ツでは委任はBGB六六二条で無償という点を堅持する点が国とは異なる。したがって、わが国での有償委任契約は雇用契約に含まれることに注意しなければならない。

(9) ドイツにおける請負の問題を検討するものとして、藤原正剛「建築請負人の債権担保に関する考察—スイス法・ドイツ法を手掛りに、転用物 (versus in rem) の視角から—」(一)・(二)・(三・完)「商学討究四六巻二・三合併号(一九九六年二月)九五頁、同四六巻四号(一九九六年三月)一九頁、同四七巻一号(一九九六年七月)一三七頁。BGB一九九三年改正までの内容は、この文献に依るところが大きい。

(10) BGB六四八条…建築請負人の保全抵当権

①土地の工作物の全部又は各部分の請負人は、契約に基づく債権のために、注文者の敷地の上に保全抵当権の許与を請求することができる。仕事が未だ完了していない場合、行った労働に相当する報酬の部分及び報酬に含まれない費用のために保全抵当権の許与を請求することができる。

②(造船について…省略)

(11) BGB六四一条…報酬の支払時期

①報酬は、仕事の引取と同時に支払わなければならない。仕事を分割して引取ることを要し、かつ、その各部分につき報酬が定まっている場合は、各部分の引取と同時にその報酬を支払わなければならない。

②注文者は、金銭で定めた報酬につき、猶予がない限り、仕事の引取のときから利息を付けなければならない。

(12) VOB B一六条一項

①部分支払は、申請に基づいて、契約に適ったと証明された個別の給付の価格で、予定されそこに割当てられる売上税額を含めて、可能な限り短い期間毎に認められなければならない。給付は、給付の即座かつ確実な判定が可能でなければ

ならない検査可能な計算書により、証明されなければならない。これに関し、委任者に自らの選択により所有権の自己への移転又は相応する担保の供与がなされた場合は、請求された給付のために特別に製作・供給された建物の一部及び建築現場に搬入された材料・建築部分も、給付とする。

②反対給付は、留保することができる。その他の（給付の）留保は、契約又は法規の定めにおいて予定された場合のみ許されるべきである。

③部分支払は、計算書の到達後一八日労働日以内に給付しなければならぬ。

④部分支払は、受託者の責任および反対給付に関し何らの影響を及ぼさない。給付の当事者にとって引取ではない。

(13) BGB六四八a条：注文者の担保供与

①土地の工作物、屋外施設の全部又はその一部の請負人は、自らが先履行しなければならぬ給付のために、注文者に担保の給付のために相当の期間を定めて期間経過後は自己の給付を拒む旨を表示する方法で、注文者に担保を請求することができる。注文者の財産状態が著しく悪化した場合において、撤回の意思表示の到達までに請負人が未だもたらしていない履行の報酬請求権に対する（担保供与の）約束を撤回する権利を担保供与者が留保する場合も、十分な担保提供とする。

②担保は、本法が適用される領域において営業活動が可能な金融機関又は信用保険による損害担保又はその他の支払約束をすることによって、給付することができる。金融機関又は信用保険は、注文者が請負人の報酬請求権を認めるとき、又は報酬の支払について仮執行判決が出され、かつ、強制執行が開始する要件が存在するときに限り、請負人に対し支払をすることができる。

③請負人は、注文者に担保給付の通常の費用を最高年二分の率に至るまで、償還しなければならない。請負人の報酬請

求権に対し注文者が抗弁を有するために担保が維持されなければならず、かつ、その抗弁について理由のないことが明らかなきときは、この限りではない。

④請負人が報酬請求権のために担保を一項又は二項により得た場合、請負人は、六四八条一項による保全抵当権の許与に関する請求権は排除される。

⑤注文者が期間内に担保を給付しない場合、請負人の権利は、六四三条及び六四五条一項により定む。六四三条及び六四五条一項により契約が消滅したものとみなされる場合、請負人は、契約が有効であることを信頼して受けた損害の賠償をも請求することができる。

⑥二項乃至五項の規定は、次の場合には、適用しない。

1 注文者が公法人又は公法上の特別財産である場合、又は

2 注文者が自然人であり、かつ、建築作業が、下宿人用居住付の若しくはそうではない一世帯用一戸建の建築若しくは修理のためになされる場合…融資に関する処分権原を有する建築担当者によって、建築計画が進められた場合は、この限りではない。

⑦二項乃至五項の規定と異なる合意は、無効とする。

(14) Staudinger/Peters/BGR 13/Bearb[2000] § 632a S. 187ff.

BGR 63:1 a 条…部分支払

請負人は、仕事のそれだけで完結した部分について、実現された契約に合った給付のための部分支払を注文者に請求することができる。これは特別に製作され又は搬入された必要な材料又は建物の一部についても、適用される。請求権は、注文者に仕事の一部、材料又は建物の一部の所有権が移転し、又はこれに関する担保が給付された場合にのみ、存在する。

(15) BGB六三二条…報酬

①報酬と引換えにのみ仕事の完成を期待すべき事情がある場合は、報酬は、黙示で合意したものとみなす。

②報酬の額が定っていない場合は、報酬規定があるときは報酬規定を、報酬規定がないときは通常の報酬を、合意したものとみなす。

(16) VOB/B一六条二項

①先払は、契約締結後であっても合意することができる。その代りに、委任者の求めに応じて相応する担保が給付されなければならない。この先払は、別の合意がない限り、欧州中央銀行の最高再融資信用枠の利率を百分の一上回る利息を付けなければならない。

②先払が認められた給付が支弁される限り、先払は、直近の期限の支払に算入される。

(17) 本条に「き論じらるもの」として、Christian Niemöller, Der Abschlagszahlungsanspruch für eigens angefertigte oder angelieferte Stoffe oder Bauteile nach § 632a BGB - Mittel zur Zahlungsbeschleunigung, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. 2002, S. 689; Jost-Caesar Böhme, Einige Überlegungen zum neuen § 632a BGB - Hat man das wirklich gewollt?, Baurecht, Bd. 32(2001), 3a, S. 525. 何れも「評価が低く否定的である」。また、Reinhard Voppel, Abschlagszahlungen im Baurecht und § 632a BGB, Baurecht, Bd. 32(2001), 8, S. 1165. 以下「HOAI及びMABVとの関係も考察する」。

(18) BGB六四一条…報酬の支払時期

①変更なし

②注文者が第三者に約した製造の仕事に対する請負人の報酬は、約した仕事に対して第三者から注文者がその製造によ

る報酬又はその一部を保持した場合に限り、遅くとも期限となる。注文者が第三者に仕事のあり得る瑕疵により担保を給付した場合、請負人が注文者に担保を相応する範囲で給付したときに限つてのみ、(前文は) 妥当する。

③注文者が瑕疵の除去を請求し得る場合、注文者は、引取の後に報酬の相当する部分の支払を瑕疵の除去に必要な費用の少なくとも三倍の額につき、拒むことができる。

第四二項

(19) BGB 六四一 a 条…完成証明

①引取りは、請負人に鑑定人から

1 約された仕事が、六四一条一項二文の場合は各部分が製造され、かつ

2 仕事が、注文者が鑑定人に対し主張し又は鑑定人にとって検査の際に明らかである瑕疵が存在しない

ということに関する証明が授けられた場合も生じる(完成証明)。二項乃至四項の手続が守られない場合又は六四〇条

一項一文及び二文の要件が与えられない場合は、この限りではない。争いがある場合は注文者が証明しなければならない。

六四〇条二項は適用しない。鑑定人が鑑定証明で許可した場合、請負人が自己の計算に基づいた測量又は時間給の差引きは、妥当であると推定される。

②鑑定人は、

1 請負人及び注文者を納得させる専門家の意見、又は

2 請負人の申請に基づいて、工業及び商業会議所、手工業会議所、建築会議所、又は技術(工学)会議所により公的に定めかつ宣言された専門家の意見を

をすることができる。



鑑定人は請負人により委託される。鑑定人は請負人及び鑑定される仕事の注文者に対して、証明が中立でありかつ誠心誠意に履行する義務を負う。

③鑑定人は少なくとも検査期間を設けなければならない。そのための案内は、原因の記載の下に注文者に少なくとも二週間前に送らなければならない。仕事に瑕疵がないか否かについては、請負人が鑑定人に提出しなければならない書面による契約に基づき、鑑定人が、判定する。契約の変更は、書面で合意され又は契約当事者により合意の上で鑑定人に対して申立てられた場合に限り考慮される。契約が相応する記載を含んでいない場合、一般的に認知されている技術の法則が基礎におかれる。検査の終了までに申出られない場合、注文者にとって有効な瑕疵は、証明を授ける際に考慮されない。

④注文者は、鑑定人による仕事又はその一部の調査を許可する義務を負う。注文者が調査を拒んだ場合、調査されるべき仕事は、契約に適って製造されたと推定される。一項に基づく証明は授けられる。

⑤注文者に鑑定人によって証明の贈本が、授けられなければならない。期間、賃金及び危険の移転の顧慮において、証明の効果は、注文者への贈本の到達により初めて生じる。

(20) 六四八 a 条…注文者の担保供与

①土地の工作物、屋外施設の全部又はその部分の請負人は、付属する従たる債権も含めて自らが先履行しなければならぬ給付のために、相当の期間を定めて期間経過後は自己の給付を拒む旨を表示する方法で、注文者に担保を請求することができる。契約又は追加発注から予想される報酬請求権の額に至る担保も請求することができる。従たる債権に基づくものも請求できる。従たる債権は、担保される報酬請求の百分の十と見積られる。(以下同じ)

⑤(以下が追加)担保の設定を逃れるための解約には効果が生じないことを除き、一項に基づく担保請求と一時的に關連して注文者が解約した場合も同様とする。損害は、報酬の五パーセントの金額と推定する。

(21) Gesetz zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz - FoSiG).

(22) 本会議 (773 : 01.03.2002) Manfred Kolbe (Sachsen) Bundestag 773. Sitzung, 1. März 2002 (S.87D).

(23) Frederik Karsten, Der Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes, NJ 2002 S.178.

(24) BR-Drucks.108/00 (Beschluss).

(25) 連邦司法省は、通常とは違った鋭い形で、サクセンとチューリンゲンの提案では安っぽい選挙戦の策略のみが重要だと報道発表を伝えた (Pressemitt. des BMJ v.8.2.2002, Nr. 7/02)。

(26) Gesetzesantrag Thüringen; Sachsen; Sachsen-Anhalt 20.02.2002, BR-Drucks. 141/02.

(27) 本稿で触れる民法に関する以外に、当初は次のような内容が提案されていた。

① 事前請求 一番において、最初の弁論及び証言聴取において、既に事実及び争点の即決判断 (summarische Beurteilung) が可能な場合、先行判決 (Vorurteil) により早期支払を承認する。

② 債務者追跡 行方不明となった債務者は、自動車庁・社会保険庁により調査され、最終手段として警察の手配システムを利用し、公課の強制のための勾留状が出されたときは警察により拘留し得る。

③ 業務執行者・取締役からの排除 資本の不実記載、支払困難であることの黙秘など、有限会社の業務執行者又は株式会社取締役から排除される要件を拡大する。

(28) 六三二 a 条の改正案は、一項は現行条文に V O B / B 一六条一項一号を合わせたもの、四項は六四八 a 条二項一文の内容となっている。

六三二 a 条二部分支払

①請負人は、契約に違つたと証明された個別のものはや処分のために除去する方法が採れない給付の価格で注文者に部分支払を請求することができる。本質的ではない瑕疵は、部分支払を妨げない。六四一条三項は、適用される。給付は、給付の即座かつ確実な判定が可能でなければならぬ検査可能な計算書により、証明されなければならない。委任者に自らの選択により材料若しくは建物の一部の所有権の自己への移転又は相応する担保がこのために給付された場合は、搬入され又は特別に製作・既設された必要な材料又は建物の一部についても、一乃至四文は、適用される。

②契約が家屋又は同程度の工作物の建築又は改築を対象とし、かつ、同時に請負人の義務が注文者に不動産の所有権を移転し又は地上権を設定し若しくは引渡すことを含んでいる場合、民法施行法二四四条に基づき規定を合意した限りにおいてのみ、部分支払は請求され得る。

③注文者が消費者であり、かつ、契約が家屋又は同程度の工作物の建築又は改築を対象としている場合、注文者に最初の部分支払までに本質的な瑕疵のない仕事の適時の製造に対する担保を報酬債権の百分の五の額で給付しなければならぬ。契約の変更又は補充によって報酬債権が百分の十以上増加した場合、注文者に直近の部分支払までに更なる担保を追加の報酬債権の百分の五の額で渡さなければならない。請負人の請求に関して、担保の給付は、注文者が義務とされた担保の総額に至るまで部分支払を控えるという留保による。

④本規定による担保は、本法が適用される領域において営業活動が可能な金融機関又は信用保険による損害担保又はその他の支払約束によることもできる。

六四一条の改正案は、規定の整理で、実質的な変更はない。

六四八 a 条…注文者の担保供与

①土地の工作物、屋外施設の全部又はその一部の請負人は、注文者が履行を請求し又は瑕疵権を行使し得るとしても、

注文者に対して、付属する従たる債権も含めて追加発注において合意され未だ支払われていない報酬を担保される報酬請求の百分の十と見積り、及びその範囲において自己の地位に属する債権に対する担保を請求することができる。疑う余地がない又は法律上確定したものを除き、注文者の相殺可能な請求権は、報酬の算定において、考慮されない。注文者の財産状態が著しく悪化した場合において、撤回の意思表示の到達までに請負人が未だもたっていない履行の報酬請求権に対する（担保供与の）約束を撤回する権利を担保供与者が留保する場合も、十分な担保提供とする。

⑤請負人が注文者に効果のない相当な期間を担保の給付のため一項に基づき定めた場合、請負人は履行を拒絶、又は契約を解約することができる。請負人が契約を解約した場合、請負人は、合意された報酬を請求する権原を有する。但し、請負人は、契約の解消に因り出費を免れ又は労働力を他に用いることによって取得したものの若しくは悪意で入手しなかったものを、差引かなければならない。合意されたが未だ労働していない報酬の百分の五が請負人に帰属すると推定する。

（二、三文は、六四九条二、三文と同じ）

⑥一項乃至五項の規定は、次の場合には適用しない。

1 注文者が財産に対して倒産手続が許されていない公法上の法人又は公法上の特別財産の場合、又は

2 注文者が自然人であり、かつ、下宿人用居住付の若しくは付かない一世帯用二戸建の建築若しくは修理のための建築作業の場合、

一文二号は、融資に関する処分の権原を有する建築担当者によって、建築計画が進められた場合は適用しない。

（29）六三二b条…建築契約における所有権留保

①請負人は、契約に基づく自己の債権を担保するため、製造請負契約の履行の目的で土地又は注文者の建物の本質的構成部分として付合した自己の動産の所有権を報酬の完全な支払があるまで留保することができる。所有権の留保は、請負

人が他の方法による担保を得た場合、無効である。

②所有権の留保は、請負人が注文者に対して付合の前に書面によって表示した場合にのみ、有効である。

③所有権の留保は、分離が請負人又は注文者の物を本質的に毀損する限り、無効である。その際は、造作の価値割合が基準となる。

六三二c条…所有権留保に基づく請負人の解約権 ↓ 所有権留保（BGB四四九条）に対応

①請負人が所有権を留保した場合、疑わしいときは、自己の物への付合による注文者の所有権取得は資金の完全な支払の停止条件の下でのみ発生し、かつ、注文者が支払を遅滞したときは請負人は契約を解約する権原を有する。

②製造請負人が一項に基づいて解約した場合、それまでに請負人によってもたらされた仕事の履行は清算されなければならない。請負人により所有権留保の下で造り付けられた物の返還と共に、請負人の報酬請求権は、履行された給付のために従たる債権も含めて消滅する。一及び二文の基準により算出された報酬と別に、製造請負人は、相応の補償を請求することができる。六四二条二項は準用される。

③毀損、消滅、又は他の理由により生じた返還の不可能性による損害賠償に関する請求は、給付の受領による解約の場合に関する所有権請求（Eigentumsanspruchs）の訴訟係属の開始における所有者と占有者の間の関係に対する規定により定る。

六三二d条…造り付けられた物の分離の際の費用負担

請負人が留保した所有権に基づき契約を解約しかつ付合した物を返還請求した場合、注文者は物の分離に伴って生じる費用を負担しなければならない。

六三二e条…注文者の留置権

注文者は、請負人の物の返還が注文者又は注文者の家族に均衡のとれない損失をもたらす場合、請負人による物の返還を拒むことができる。請負人は、注文者及び注文者の家族の利害を顧慮する仮に担保された措置により、留置権の行使を回避することができる。

- (30) BR-Drucks 141/02.S.29ff.
- (31) BR-Drucks 141/02.S.31.
- (32) BR-Drucks 141/02.S.31.
- (33) BR-Drucks 141/02.S.33.
- (34) 六四七 a 条：製造者の債権質権

① 注文者が第三者に製造を約した仕事の請負人は、自己の請求の履行期が到来し、かつそれを第三者に文章で通知した直ちに、自らの報酬請求権の範囲において注文者の第三者に対する報酬請求権に関して質権を取得する。

② 質権は既に設定された契約による質権及びなされた債権譲渡に優先する。複数の請負人の質権は同順位とする。

- (35) BR-Drucks 141/02.S.33.
- (36) Plenarprotokoll 773 01.03.2002.S. 87C-92C.
- (37) Empfehlungen Rechtsausschuss (federführend); Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung; Finanzausschuss; Wirtschaftsausschuss; Ausschuss für Städtebau und Wohnungswesen 10.06.2002 Drucksache 141/1/02.Jr.12  
先立ち、二〇〇二年四月一六日には、連邦衆議院にも議員立法として同様の内容が提案された (Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz — FoSiG), BT-Drucks.14/8783.)。但し、その段階で製造者の債権

質権 (§ 647a) は既に提案されようなかった。

- (88) Antrag Mecklenburg-Vorpommern 18.06.2002 Drucksache 141/2/02.
- (89) Plenarprotokoll 777 21.06.2002 S.352C-D, 377C-380C/Anl.
- (40) Plenarprotokoll 777 21.06.2002 S.379C.
- (11) Gesetzentwurf Bundestag 21.06.2002 Drucksache 141/02 (Beschluss).
- (12) Gesetzentwurf Bundestag 01.08.2002 Drucksache 14/9848.
- (13) Gesetzesantrag Thüringen; Sachsen; Sachsen-Anhalt 09.12.2002 Drucksache 902/02.
- (14) Plenarprotokoll 784 20.12.2002 S. 565C-D.
- (15) Empfehlungen Rechtsausschuss (federführend): Ausschuss für Arbeit und Sozialpolitik; Finanzausschuss; Innenausschuss; Wirtschaftsausschuss; Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung 01.06.2004 Drucksache 458/04. 新築住宅の建築費の負担
- (16) Gesetzentwurf Bundestag 11.06.2004 Drucksache 458/04 (Beschluss).
- (17) Gesetzentwurf Bundestag 14.07.2004 Drucksache 15/3594.
- (18) Plenarprotokoll 15/133 22.10.2004 S. 12194A-1220B.
- (19) Plenarprotokoll 15/133 S.12194C.
- (50) Plenarprotokoll 15/133 S.12199C.
- (19) ドイツ建築協会 Reinhard Möller, Der Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes (EForSiG), Baurecht, Bd. 36 (2005), 12, S. 1849 - 1858.

- (52) 栗田哲男「建設請負契約の比較法的検討の基礎―我が国における一括発注方式とドイツにおける分割発注方式との相違点を中心として―」立教法学三五卷（一九九一年三月）三九頁。なお、一括発注では業務管理が中心となる（Generalunternehmer）、中心部分は自ら施工し他は下請に施工させる形態（Haupunternehmer）もある。
- (53) 財団法人建設経済研究所「わが国の公共工事代金支払に関する考察―欧州の公共工事代金支払方法の付論―」（<http://www.nimim.go.jp/lab/pbg/dd/index.htm>）（二〇〇二年五月）。国土交通省国土技術政策総合研究所「出来高部分払方式検討報告書にひいて」（<http://www.nimim.go.jp/lab/pbg/dd/index.htm>）（二〇〇二年六月）における「欧州（ドイツ・オランダ・イギリス）における公共工事代金の支払方法等に関する調査調査報告書」（<http://www.nimim.go.jp/lab/pbg/eu/index.htm>）（二〇〇二年七月）。國島正彦「出来高部分払方式による公共工事マネジメントシステムの開発（海外調査 [www.jaic.or.jp/kenkyu/5/5-23.pdf](http://www.jaic.or.jp/kenkyu/5/5-23.pdf)）（財）日本建設情報総合センター研究助成事業」（二〇〇三年九月）。
- (54) 國島・前掲七頁。同時に國島教授は、「研究成果で最も重要な事柄は『公共工事の執行過程において、公共発注者が、建設会社あるいは設計コンサルタント会社に、毎月毎月精算支払を行っていない近代国家は、日本だけである』という事実の発見である。」と指摘する（三三頁）。
- (55) 建築紛争事件については、最高裁HP掲載の建築関係訴訟委員会の中間取りまとめ（二〇〇三年六月）によると、「請求の内容については、・・・東京地裁においては、請負代金請求が六八パーセント、損害賠償請求が二四パーセントであり、大阪地裁においては、請負代金請求が四二パーセント、損害賠償請求が四五パーセント」とされ、建築関係訴訟委員会答申（二〇〇五年六月）では、「請求の内容については、・・・建築瑕疵による損害賠償請求が二一％、建築請負代金請求が七四％である。」とされている。なお、「建築関係紛争事件において、契約書が存在しない割合が、・・・東京地裁では五四パーセント、大阪地裁では四〇パーセントである。」と記されている（中間取りまとめ：<http://courtdominio2>。



- courts.go.jp/shanyounsf/0258b7a1680aa82849256467004875a6/10c0ca53a4651b2549257021001be6e6?OpenDocument」 建築関係訴訟委員会答申：<http://courtdominio2.courts.go.jp/shanyounsf/0258b7a1680aa82849256467004875a6/97e3f03cecfdf51d849257021001b896a?OpenDocument>」。
- (56) 様々な複合的な契約形態につき論じるものとして、河上正二「複合的給付・複合契約および多数当事者の契約関係」『民法トライアル教室』有斐閣（一九九九年二月）二八二頁。
- (57) B G B 九五一条一文に基づく補償請求は履行請求の優先により排除される。
- (58) BGHZ 67/232.
- (59) 'Frederik Karsten, a.a.O. S.18」ただ、B G B 六三二b 条一文により動産の所有権の留保が可能となれば、B G B 九四六条、九四・九五条により、原則的には所有権を失うものの、分離が施工主の物を本質的に毀損せず可能な場合、所有権留保に取込まれたものは、B G B 九五条二項にいう「仮の目的で」建物に付加されたと考えることもでき、その点で、BGHZ 53/321は付合する目的物に対する供給物の所有権留保において、仮の目的でのみ行われたとの扱を認めていないが、この扱がB G B 六三二b 条以下の導入で変わるかもしれないと指摘する（Fn.38）。
- (60) もっとも、製造物供給契約との関係が問題となる。この点につき、淡路剛久「製造物供給契約—マンション・建売住宅を中心として」『現代契約法体系七』有斐閣（一九八四年三月）三二七頁。
- (61) この問題は非常に根本的な問題であり、坂本武憲「建築工事代金債権の確保—物権理論の変遷—」『金融担保法講座Ⅳ』筑摩書房（一九八六年八月）三五二頁など、坂本教授の一連の考察が重要である。
- (62) 厚生労働省の二〇〇二年度労働力需給制度についてのアンケート調査集計結果(<http://www.mhlw.go.jp/general/seido/antekkyoku/enquete/2c.html>)によると建設請負ではないが、製造請負において次のようになっていた。

## ・事業者の回答(5)指揮命令

請負労働者への指揮命令についてみると、自社の現場管理者からの指揮命令は、必ずある事業所が四七・九%、大体ある事業所が二七・四%、半々程度とする事業所が一四・六%となっている。また、他の請負会社の社員からの指揮命令は、同〇・〇%、一・八%、〇・九%であり、発注者の従業員からの指揮命令は、同一一・〇%、一五・五%、二一・五%となっている。

## ・労働者の回答(8)指揮命令

指揮命令の状況を見ると、請負会社の作業リーダー等の現場管理者からは、必ず受けている者が三六・二%、大体受けている者が二八・一%、半々程度の者が一二・六%となっている。また、他の請負会社の担当者からは、同二・一%、一・八%、一・八%であり、発注者の現場担当者からは、同二五・六%、一九・二%、一〇・一%となっている。

(63) 人材派遣業者への聞き取りによると、契約書などの作成においては、実体が請負であっても敢て委任とする場合もあるとの回答であった。また、この点に関して、「労働者派遣事業と請負により行われる事業との区分に関する基準（昭和六一年労働省告示第三七号）」及び「業務取扱要領」が提示されている。

## 請負か派遣労働か（注文者と請負人（の従業員）の関係）

1 自らの雇用する労働者の労働力を自ら直接利用するものであること

## (1) 労務管理上の独立性

①労働者に対する業務の遂行方法に関する指示その他の管理を自ら行うこと

## 〔製造業務の場合〕

受託者は、一定期間において処理すべき業務の内容や量の注文を注文主から受けるようにし、当該業務を処理するのに

必要な労働者数を自ら決定し、必要な労働者を選定し、請け負った内容に沿った業務を行っていること。

受託者は、作業遂行の速度を自らの判断で決定することができること。また、受託者は、作業の割り付け、順序を自らの判断で決定することができること。

②労働者の業務の遂行に関する評価等に係る指示その他の管理を自ら行うこと

(2) 労働時間管理上の独立性

(3) 秩序の維持、確保、人事管理上の独立性

①労働者の職務上の規律に関する事項についての指示その他の管理を自ら行うこと

②労働者の配置等の決定及び変更を自ら行うこと

〔製造業の場合〕

自らの労働者の注文主の工場内における配置も受託者が決定すること。

また、業務量の緊急の増減がある場合には、前もって注文主から連絡を受ける体制にし、受託者が人員の増減を決定すること。

2 請負契約により請け負った業務を自己の業務として当該契約の相手方から独立して処理するものであること。

(1) 経理上の独立性

(2) 法律上の独立性

(3) 業務上の独立性

①自己の責任と負担で準備し、調達する機械、設備若しくは器材（業務上必要な簡易な工具を除く。）又は材料若しくは資材により、業務を処理すること

## 〔製造業の場合〕

注文主からの原材料、部品等の受取りや受託者から注文主への製品の受渡しについて伝票等による処理体制が確立されていること。また、注文主の所有する機械、設備等の使用については、請負契約とは別個の双務契約を締結しており、保守及び修理を受託者が行うか、ないしは保守及び修理に要する経費を受託者が負担していること。

②自ら行う企画又は自己の有する専門的な技術若しくは経験に基づいて、業務を処理すること

(64) *Federik Karstenaa O.S.181* その際、「請負契約法の分野においては一九九三年、つまり前回の法律によってのみ、契約自由の原則が制限されている。」と述べている。

(65) 幾代・前掲は、「ある種の労務の供給を目的とする具体的契約については、問題は、ある具体的な点についての当事者間の権利義務をどの様なものとして認定するのが妥当か、ということに帰着するのであって、雇用・請負・委任という典型契約や、そのための諸規定は、そのための一つの手がかりになるだけである、といつてよい。」とし(六頁)、「要するに、労務供給者とその受領者の間の直接的・実質的な権利義務の判定にあたって3種の典型契約中どれに該するかが決定的な意味を持つものとして裁判上争われることは案外に少ない。例えば、報酬が一定期間あたりの定額のものであるか歩合制・出来高払式であるかが争われたりする例がままあるが、これも実質的には具体的契約の解釈問題であって、どの典型契約に該するかということできまるわけではない(労働法規の適用の有無の問題は別として)」とする(七頁)。また、実際の状況に基づく考察を主張するものとして、小川幸士「建設工事請負人の破産と破産法五九条」判例タイムズ五五九号(一九八五年九月)六四頁。さらに、約款を前提に建築請負契約は民法の請負とは性格が異なる一種の無形契約として検討するものとして、山本重三・五十嵐健之・坂田隆史「建築請負契約」『不動産体系V 建築・鑑定・管理』改訂版』青林書院新社(一九七五年四月)一四四頁。

(66) BGB 64九条…注文者の告知権

注文者は、仕事が完了するまではいつでも契約を解約することができる。注文者が解約するときは、請負人は、合意された報酬を請求する権原を有する。但し、請負人は、契約の解消に因り出費を免れ又は労働力を他に用いることによって取得したものの若しくは悪意で入手しなかったものを、差引かなければならない。

(67) 生熊長幸『新判注釈民法一六債権七』有斐閣（一九八九年九月）一六六頁。

(68) 国土交通省による「出来高部分払方式」の平成一三～一五年度試行工事フォローアップ結果 ([http://www.nilm.go.jp/lab/pbr/d15/d15\\_1.pdf](http://www.nilm.go.jp/lab/pbr/d15/d15_1.pdf))によると、主な効果として、1より双務性の高い設計変更、2受発注者のコスト意識の向上、3経済効果の早期発現、4受注者の財務状況の改善、5工事の品質の向上、6受発注者の技術力の向上、が報告されている。特に、下請への支払形態について、従来から全額現金または短期手形で支払っている者を除いた、元請四六%、下請三二%を対象に分析すると、毎月現金で支払うようになった、手形の期間を短くした、現金の割合が高くなったとの回答は、元請三四%、下請一六%から得られている。部分払については、部分払の頻度は、発注者側では工種・工区の区切りが良いとする意見が五二%、三ヶ月に一回とするが二二%であった。また、実施要領に基づく現金払の指導効果があがっているという回答が、発注者側二〇%、請負者側四六%であった。

(69) ドイツ法の動向と同じであるが、既に坂本・前掲「建築工事代金債権の確保」三八六頁でも、部分支払を認めて先取特権を取得しない形式を請負契約の一類型として規定し、特約による選択を認めるべき、とする。

(70) Christoph Münz, Der Verlängerte Eigentumsvorbehalt, BauR 2003, S.621.によると、延長形式の所有権留保が合意されている場合に注文者から請負人に部分支払がなされたときの関係は、「製造契約の部分への報酬ではなく、総ての仕事に対する報酬の内金 (Anzahlung) である (BGH 6.5.1999, BauR 1999,1023)」。仕事の完成前に報酬請求権の枠内

で部分支払が可能であるならば、一部譲渡と関連する。しかし、個別に当事者において明確に合意されていない限り、譲渡は個別的部分的な計算とは別に債権を制限しないということは明確ではない。「特定性の要請からすると将来債権の一部譲渡で問題となり、さらに部分支払がなされた場合にどうなるのが問題となる。貸金請求権は一つの請求権であり履行一覧の個別の状況による計算によって明白な部分請求に解体されない。したがって、延長形式の所有権留保は、担保目的物の価値を総貸金債権の相応する部分を把握する。分割請求は担保のための債権の譲渡を消滅させるわけではなく、戻りを持分に應じて減らすのである。」とする。

また、窓と大理石板の材料提供者が所有権留保を主張した判決事例 (OLG Rostock I U 177/95) を素材に、Der praktische Fall - Bürgerliches Recht : Ein höstgläubiger Bauherr Jus 2000, S.562 は、本件の事案では、①窓については所有権留保の効力を否定し、②代理石板については事後の所有権留保の合意とし、いずれにせよ注文者が所有権を取得し、B G B 九五一一条一項一号、九八九条、九九〇条一項一号を根拠に材料供給者が請負人に損害を請求するとする (B G B 九五条等を根拠とする Wertersatzanspruch も肯定)。

(71) Frank Peters, Verbesserung der Zahlungsmoral im Baugewerbe, NZBau 2004, S.3.

(72) Frank Peters, a.O., S.7.