

特定物売買における 目的物の所有権移転時期（2・完）

——民法改正を踏まえて——

生 熊 長 幸*

目 次

はじめに

第1章 特定物売買における所有権移転時期についての伝統的な争い

第1節 物権行為の独自性否定説か肯定説か

- 1 問題の所在
- 2 物権行為独自性肯定説
- 3 物権行為独自性否定説

第2節 特定物売買における所有権移転時期についての論争

- 1 物権行為独自性肯定説に立つ学説の場合
- 2 物権行為独自性否定説に立つ学説の場合
 - (1) 売買契約成立時移転説
 - (2) 代金支払・登記・引渡時移転説

第2章 特定物売買における所有権移転時期についての判例理論

- 1 〔原則〕 売買契約成立時に所有権が買主に移転
- 2 〔例外の1〕 売買契約成立時所有権移転に障害があるとき——障害が除去された時に直ちに所有権が買主に移転
 - (1) 他人物売買
 - (2) 不特定物売買
 - (3) 第三者のためにする契約
- 3 〔例外の2〕 所有権移転時期について特約がある場合——特約で定めた時に所有権が買主に移転

第3章 なし崩しの移転説の検討

第1節 はじめに

* いくま・ながゆき 大阪市立大学名誉教授 岡山大学名誉教授 元立命館大学大学院法務研究科教授

第2節 1961年(昭和36年)第25回日本私法学会シンポジウムにおける議論

1 山本進一教授報告

2 林良平教授報告

(1) 当事者間の関係

(2) 買主と売主の債権者との関係

(3) 売主と買主の債権者との関係

(4)-1 違法侵害者に対する関係

(4)-2 費用負担・土地工作物の所有者責任

3 討 論

(1) 北川善太郎教授発言

(2) 川島武宜教授発言

(3) 加藤一郎教授発言

(4) 柚木馨教授発言

(5) 林良平教授発言

4 我妻栄博士のまとめ

5 本シンポジウムのまとめ

第3節 なし崩しの移転説の登場とその検討——これまで重視されてこなかった論点を中心に

1 鈴木祿弥教授の問題意識

(1) 特定の時期に所有権が移転とする考えの問題点

(2) 所有権の移転時期についての一般の意識と意識調査の問題点

(3) 「所有権移転」の意味内容と所有権移転時期を論ずる実益

2 所有権移転時期を確定する実益の有無

(1) 売買契約当事者相互において (以上、377号)

(2) 買主と売主の債権者との関係

(3) 売主と買主の債権者との関係

(4) 売買契約の一方当事者と目的物につき有効な取引関係に立たない第三者との関係

3 なし崩しの移転説に対する総論的批判

4 なし崩しの移転説の問題点

(1) 所有権移転時期をある一点に画することの実益

(2) 鈴木教授は、なぜ所有権移転時期をある一点に画することには実益がないという結論を導かれたか

(3) なし崩しの移転説の総論的問題点

(4) 所有権移転時期についての社会一般の意識調査は、無意味であるとする鈴木教授の主張について

5 太田知行教授の研究について

第4章 特定物売買における所有権移転時期についての検討

第1節 特定物売買における所有権移転時期についての比較的新しい学説

1 物権行為の独自性否定説か肯定説か

(1) 物権行為独自性肯定説

(2) 物権行為独自性否定説

2 特定物売買における所有権移転時期について

(1) 物権行為独自性肯定説の場合

(2) 物権行為独自性否定説の場合

第2節 検 討

1 物権行為の独自性否定説か肯定説か

2 特定物売買における所有権移転時期について

(1) 売買契約成立時移転説について

(2) 売買契約成立時移転説をとるが、特約の成立を柔軟に認める説について

(3) 代金支払・登記・引渡時移転説について

む す び

(以上、本号)

(2) 買主と売主の債権者との関係

(a) 買主と売主の特定物債権者との関係

i 鈴木教授の主張

鈴木教授は、売主からの二重譲受人や賃借人など売主に対して特定物債権を有する債権者と買主との関係については、買主がこれらの特定物債権者に対して自己の権利を主張するためには、対抗要件（所有権移転登記）を具備することが必要であり、買主による所有権取得の有無は問題にならない、とされる⁶⁵⁾（私法学会シンポジウムにおける林報告も同様。第2節2(2)）。

ii 学説の批判

石田穰元助教授は、対抗要件を具備していても所有権を取得していなければ買主は権利を主張できないし、また、売主に対する特定物債権者が背信的悪意者である賃借人であれば、買主は所有権を取得している限り、対抗要件なしに所有権を対抗できるのであり、これらの場合には、売主から

65) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究115頁。

買主に所有権が移転したかを論ずる必要がある、とされる⁶⁶⁾。松岡久和教授も、第三者に対する関係では、対抗要件が重要であるが、対抗要件が有効なのは所有権の取得があつて登記がそれを公示しているからであつて、第三者に対する関係では所有権取得の有無と時期が重要な役割を果たしている⁶⁷⁾とされる。

iii 検 討

確かに、売主に対する特定物債権者との関係で、買主は目的物の所有権につき対抗要件を備えなければならないのであるが、その対抗要件が効力を有するためには、買主が所有権を取得していることが必要である(買主が所有権移転登記を備えていても、所有権を取得していなければ、その登記には対抗要件としての効力は認められない)。買主が対抗要件としての所有権移転登記を備えるためには、不動産登記手続上は、売主と買主との共同申請が必要であり(不登60条)、また、登記原因を証する情報(登記原因証明情報)を提供する必要があり(不登61条)、そのためには買主がいつの時点で所有権を取得したかを明らかにすることになる。したがつて、買主と売主の特定物債権者との関係においては、買主が所有権を取得し、かつ対抗要件を備えていることが必要であるというべきであり、鈴木教授の主張のように、対抗要件を具備することが必要であり、買主による所有権取得の有無は問題にならない、とは言えないであろう。

また、鈴木教授は、買主が明白に売主に対する単なる特定物債権(所有権移転請求権)を有しているにすぎないと考えられる場合ですら、買主はこの請求権を保全するために仮登記をすることができ、その結果、対抗要件を具備したと同じ効果を享有することができる、とされる。

しかしながら、第一買主が特定物債権保全のために仮登記を備え、次いで売主からの第二買主が所有権移転登記を備えた場合において、特定物債権者である第一買主は仮登記のままで、第二買主に対して目的不動産の引

66) 石田穰・前掲注37)物権法146頁以下。

67) 松岡・前掲注36)物権法92頁以下。

渡しを求めることはできず、仮登記に基づく本登記を備えて初めて、對抗要件を具備した場合と同じ効果を享有できるのであり（不登106条・109条）⁶⁸⁾、そして、当然のことながら仮登記に基づく本登記を備えるためには、やはり、売主と買主との共同申請が必要であり（不登60条）、また、登記原因を証する情報（登記原因証明情報）を提供する必要がある（不登61条）、そのためには、買主がいつの時点で所有権を取得したかを明らかにすることになる。

したがって、買主と売主の特定物債権者との関係においては、買主が所有権を取得し、かつ對抗要件を備えていることが必要であるというべきであり、買主による所有権取得の有無は問題にならないとは言えないであろう。

なお、不動産の二重譲渡の場合に、第一買主が不動産を買い受け所有権を取得したがまだ所有権移転登記を備えていない状態で、同じ不動産を第二買主が買い受け先に所有権移転登記を備えても、第一買主が所有権を取得していた以上、売主は無権利者なのだから処分権能を有せず、第二買主が第一譲渡につき善意無過失でない限り、第二買主は不動産の所有権を取得できないとの考えに立つと（公信力説。石田喜久夫教授はこの立場に立たれる）、もちろん売主から買主への所有権移転時期が重要となる⁶⁹⁾。

(b) 買主と売主の一般債権者との関係

i 鈴木教授の主張

鈴木教授は、売買の目的物に対し差押えをした売主の一般債権者に対して、買主が自己の権利を主張するためには、(a)の場合と同じく、對抗要件の具備を必要とし、買主の所有権取得は、直接問題とならない、とされる⁷⁰⁾（私法学会シンポジウムにおける林報告も同様。第2節2(2)）。

68) 広中・前掲注11) 物権法60頁。

69) 甲斐道太郎教授は、石田喜久夫教授の考えとして、この点を指摘される（甲斐・前掲注58) 民事研修270号9頁以下）。

70) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究115頁以下。

ii 学説の批判

これに対して、原島教授は、売買当事者と第三者との関係では(=責任財産の帰属の問題)、なるほど対抗要件の具備如何が決め手となるが、なお、その前提としての対抗すべき物権変動(=所有権移転)そのものを生じているか否かが争点となることもあるのではないかとされた⁷¹⁾。また、川井健教授も、所有権の帰属が紛争解決の決め手になる場合は、対外関係のうち登記によらないで所有権の帰属が問題になるケース、具体的には、売買の目的物に対する売主・買主の債権者の差押えに対する第三者異議の訴えの提起者が誰かという問題などである、とされた⁷²⁾。

iii 検討

売主の一般債権者が売買の目的物を差し押さえた場合(たとえば、売買の目的動産につき買主が占有改定による引渡を受け、売主の占有下にある目的動産を売主の一般債権者が差し押さえた場合)、買主がその物は自己の責任財産に属するものとして第三者異議の訴え(民執38条)を提起することができるためには、買主は目的物の所有権につき対抗要件(先の例では占有改定による引渡〔178条〕)を備えていなければならないのであるが、(a)で見たと同様、その対抗要件が効力を有するためには、買主が所有権を取得していることが必要であって、鈴木教授の主張のように、買主の所有権取得は、直接問題とならないとは言えない。この点で、原島教授や川井教授の主張が正当である。

(c) 買主と売主破産の場合の破産債権者との関係

i 鈴木教授の主張

教授は、買主と売主破産の場合の破産債権者との関係についても、買主が対抗要件を備えているか否かが問題であって、買主が所有権を取得したかどうかは問題ではない、とされる⁷³⁾(私法学会シンポジウムにおける林報告

71) 原島・前掲注63) 民法の判例〔第2版〕43頁。

72) 川井・前掲注42) 民法概論2物権〔第2版〕21頁。

73) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究116頁。

も同様。第2節2(2)。

ii 学説の対応

この点については、学説は特に論評していないようである。

iii 検討

しかし、この場合も、(a)(b)の場合と同じく、買主が所有権を取得し、かつ対抗要件を備えていることが必要であると言うべきであり、買主による所有権取得の有無は問題にならないとは言えないであろう。

(3) 売主と買主の債権者との関係

(a) 売主と買主の特定物債権者との関係（買主からの転得者による買主の有する所有権移転登記請求権または引渡請求権への債権者代位）

i 鈴木教授の主張

教授は、次のように主張される⁷⁴⁾。すなわち、売主から買主が売買の目的物を買受け、売主になお売買の目的不動産の所有権移転登記がある状態で、または売主になお売買の目的動産の占有がある状態で、買主から第三者に転売された場合、第三者から売主に対して不動産の所有権移転登記を請求できるか、または動産の引渡しを請求できるかという問題において、所有権が売主、買主、第三者のいずれにあるかは問題とならない。なぜなら、所有権が第三者にある場合であっても（筆者注：典型的には買主・第三者とも代金全額を支払った場合）、通説・判例によれば、第三者は、自己に固有の権利として（物権的請求権として）、売主に対して直接目的不動産の所有権移転登記を求めることはできず（中間省略登記は認められない⁷⁵⁾）、また、売主に対して直接目的動産の引渡しを求めることはできないとされているからである。したがって、第三者としては、所有権が第三者にある場合も、所有権が買主あるいは売主にある場合と同様、買主が売主に対して有する登記請求権（423条の7。改正前は、旧423条）ないし引渡請求権を

74) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究116頁。

75) 潮見佳男・新債権総論 I 712頁〔2017年〕。

代位行使するほかなく、その際には、第三者がすでに所有者になっているかどうかはもちろん、買主がすでに所有者になっているかどうか（すなわち、買主の売主に対する請求権が物権的なものか債権的なものか）も、実際には何らの差異をももたらさない。

ii 学説の批判

買主からの転得者による買主の有する売買の目的不動産の所有権移転登記請求権（423条の7〔旧423条〕）または売買の目的動産の引渡請求権への債権者代位の場合に、目的物の所有権が、売主・買主・第三者（転得者）のいずれに属するかは、実際には何らの差異をもたらさないという鈴木教授の主張については、これまで学説からの批判はほとんどなかったのではないと思われる。

iii 検討

しかしながら、(1)の(c)で検討したように、売買契約成立時移転説に立ち、かつ所有権移転時期につき特約がないときには、売主と買主との間の売買契約成立により所有権は買主に移転し、処分権能を取得した買主から転得者である第三者に所有権が移転するから、転得者である第三者の債権者代位による買主の売主に対する所有権移転登記請求権の行使に対して、あとは売主が代金支払債務との同時履行を主張することができるだけである。しかし、この場合も、買主に所有権が移転していることが前提となっている。これに対して、売買契約成立時移転説に立ち、かつ売主と買主との間に所有権移転時期につき特約があつて、例えば6か月後の代金支払時に所有権が移転するとされていたときは、それまでは買主に所有権が移転しないから、特定物債権者である第三者は債権者代位による売買契約に基づく所有権移転登記請求権を行使しても、売主は、買主が所有権をまだ取得していないことを理由にその請求を拒むことができるはずである（(1)(c) iii参照。これは、533条の代金支払債務との同時履行の抗弁権ではない）。したがって、第三者が債権者代位により買主の売主に対する売買契約に基づく所有権移転登記請求権を行使する場合にも、登記は物権変動の対抗要件な

のであるから、鈴木教授の主張のように買主がすでに所有者になっているかどうかにも実際には何らの差異をももたらさない、とは言えず、買主に所有権が移転していることが必要であると言うべきである。売買契約における所有権移転時期につき、売買契約成立時移転説以外の説をとる場合も同様である。

なお、鈴木教授は、第三者のする債権者代位による買主への所有権移転登記請求権の行使につき、第三者がすでに所有者になっているかどうかはもちろん、実際には何らの差異をももたらさない、とされるが、これはその通りである。売買の目的不動産を売主から買い受けた買主が、所有権を取得したけれどもまだ登記名義が売主にある段階で、買主と売買契約を締結したがまだ所有権を取得していない第三者が、特定物債権者として、債権者代位により買主の売主に対して有する売買契約に基づく所有権移転登記請求権を行使できるからであるが（423条の7）、鈴木教授の主張とは異なり、この時点では、買主に所有権が移転していることは必要である。

以上のことがらには、買主の売主に対して有する動産売買契約に基づく引渡請求権の第三者による代位の場合にも妥当する。

(b) 売主と買主の一般債権者との関係

(α) 売買の目的不動産の登記名義が売主名義になっているときおよび売買の目的動産の占有が売主にあるとき

このような場合、買主の一般債権者は、買主に売買の目的物の所有権が移転しているかとは無関係に、売主から買主への所有権移転登記または目的動産の引渡しを実現し、目的不動産または目的動産を差し押さえる（＝強制執行の目的とする）ことができるか。

i 鈴木教授の主張

売買の目的不動産につき登記名義が売主名義であるとき、または売買の目的動産がまだ売主の占有下にあるときは、買主の一般債権者は目的物を差し押さえることはできない。ただし、買主の一般債権者は、買主の売主に対して有する登記請求権ないし引渡請求権を差し押さえて、売主に対

して登記請求ないし引渡請求をなしうる。この場合にも、売主は買主が代金未払の場合には、それを同時履行の抗弁権として買主の一般債権者に対抗しうる。しかし、以上の場合にも、目的物の所有権が売主から買主に移っているかは、特に問題にはならない⁷⁶⁾(目的物が動産である場合につき、私法学会シンポジウムにおける林報告もほぼ同様。第2節2(3))。

ii 学説の批判

原島教授は、売買当事者と第三者との関係では(=責任財産の帰属の問題)、対抗要件の具備如何が決め手となるが、なお、その前提としての対抗すべき物権変動(=所有権移転)そのものを生じているか否かが争点となることもあるのではないかとされた⁷⁷⁾。

iii 検討

① 売買の目的不動産の登記名義が売主名義になっているとき ところで、売買の目的不動産につき登記名義がいまだ売主の名義になっているときに買主の一般債権者がこの不動産に対して差し押さえをするには、この不動産が債務者である買主の責任財産に帰属していること、およびこの不動産の登記名義を買主の名義にすることが必要であり、そのためには一般債権者は、買主の売主に対する所有権移転登記請求権を代位行使する必要がある(大阪高決昭和56年7月27日判時1028号55頁。民事執行法は、鈴木説のような差し押さえを認めない)。しかし、この場合にも、(1)(c)iii α(ア)で見たように、買主がまだ所有権を取得していないときは、売主は、そのことを理由に所有権移転登記請求権の代位行使を拒めるのであるから、鈴木教授の主張のように目的物の所有権が売主から買主に移っているかは特に問題にならない、とは言えないであろう。

② 売買の目的動産の占有が売主にあるとき 売買の目的動産がいまだ売主の占有下にあるときは、買主の一般債権者は目的動産を差し押さえることはできないが、目的動産が買主の所有に属し、買主が売主に対して

76) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究117頁。

77) 原島・前掲注63) 民法の判例〔第2版〕43頁。

引渡請求権を有するときは、民事執行法163条により一般債権者は買主の売主に対する引渡請求権を差し押さえて、売主に目的動産を執行官に引き渡させ、執行官はその後動産執行の手續によりこれを換価し、執行官から提出を受けた売得金を、執行裁判所が差押債権者に配当することになる。一般債権者が買主の売主に対する引渡請求権につき民事執行法163条の差押命令の申立をするには、一般債権者が買主に対して有する金銭債権につき確定判決等の債務名義を有していること、および、買主が売主より動産所有権を取得して⁷⁸⁾、所有権に基づく動産引渡請求権を有していること、が必要となる。したがって、ここでも、売買の目的動産の所有権が売主から買主に移転していることが必要であり、鈴木教授の主張のように目的物の所有権が売主から買主に移っているかは特に問題にならない、とは言えないであろう。

（β） 売買の目的不動産につき登記名義が買主名義になっているとき
および売買の目的動産につき買主が占有しているとき

このような場合、買主の一般債権者は、目的不動産または目的動産を差し押さえる（＝強制執行の目的とする）ことはできるが、買主に売買の目的物の所有権が移転しているかとは無関係に、強制執行の手續を進め、債権の満足を受けることができるか。

i 鈴木教授の場合

教授は、このケースについては検討されていない。

ii 学説の主張

原島教授は、売買当事者と第三者との関係では（＝責任財産の帰属の問題）、對抗要件の具備如何が決め手となるが、なお、その前提としての對抗すべき物権変動（＝所有権移転）そのものを生じているか否かが争点となることもあるのではないか、たとえば動産売買における所有権留保の場

78) 鈴木忠一＝三ヶ月章編・注解民事執行法(4)654頁〔住吉博〕は、引渡請求権の性質は、物権的請求権でも債権的請求権でもよいが、引き渡される財物が執行債務者（ここでは買主B）の責任財産に属することを必要とするとしている。

合のように、売主から買主へとえ引渡しがなされていても、売主は買主の債権者に対し、自己の所有権を主張して第三者異議の訴えを起こすことができる」とされているのが現状であるとされ、所有権の所在が問題となるのではないかとされた⁷⁹⁾。川井教授も、所有権の帰属が紛争解決の決め手になる場合は、対外関係のうち登記によらないで所有権の帰属が問題になるケース、具体的には、売買の目的物に対する売主・買主の債権者の差押えに対する第三者異議の訴えの提起者が誰かという問題などである、とされた⁸⁰⁾。

iii 検 討

① 売買の目的不動産の登記名義が買主名義になっているとき 売買の目的不動産につき登記名義が買主名義になっており、買主の一般債権者がこの不動産を差し押さえたところ、売主が、これは偽造の登記書類により買主名義の登記になっているのであり、まだ売主から買主へ所有権は移転していないとして、売主が差押債権者に対して第三者異議の訴え(民執38条)を提起したときはどうか。買主の一般債権者が登記が買主名義になっている不動産を強制競売の目的にすることができるのは、この不動産が買主の責任財産に帰属しているときであるから、この場合は、この不動産の所有権が買主に移転したか否かが争われざるを得ないであろう。

② 売買の目的動産を買主が占有しているとき 売買の目的動産を買主が占有しており、買主の一般債権者が差し押さえたところ、まだ売主から買主へ所有権は移転していないとして(例えば、代金支払時に所有権が買主に移転する旨の特約があるが、買主が代金未払であるときなど)、売主が差押債権者に対して第三者異議の訴え(民執38条)を提起したときはどうか。買主は、所有権を取得しないまま目的動産の使用を許されていることもあり(所有権留保特约付売買が典型。前述のように原島教授もこの例を挙げられた)、買主の一般債権者が買主が占有している動産を強制競売の目的にす

79) 原島・前掲注63) 民法の判例〔第2版〕43頁。

80) 川井・前掲注42) 民法概論2物権〔第2版〕21頁。

ることができるのは、この動産が買主の責任財産に帰属しているときに限られるから、この場合も、売買の目的動産の所有権が買主に移転したか否かが争われざるを得ないであろう。

このように、売買の目的不動産の登記名義が買主主義になっており、買主の一般債権者がこの不動産を差し押さえた場合や、売買の目的動産の引渡しを買主が受けており、買主の一般債権者がこの動産を差し押さえた場合には、売買の目的物の所有権が売主から買主へ移転しているかが問題とならざるを得ないのである。

したがって、原島教授や川井教授の主張は正当である。

(c) 売主と買主破産の場合の破産債権者との関係

i 鈴木教授の主張

鈴木教授は次のように述べられる⁸¹⁾。売買の目的不動産の所有権移転登記または目的動産の引渡しが買主になされておらず、しかも代金の完済を売主が受けていないときは（双方未履行の場合）、売主は、代金の提供がない限り、破産管財人の登記請求ないし目的動産の引渡請求に応ずる必要がない（破産53条1項〔旧破産59条1項〕）。これに反して、買主への目的不動産の移転登記ないし動産の引渡しが終わっている場合には、売主は取戻権を行使することはできず、未払代金についても売主は破産債権としてこれを行使しうるのみである。すなわち、この場合にも所有権が売主にあるか買主にあるかは、問題にならない（私法学会シンポジウムにおける林報告も同様。第2節2(3)）。

ii 学説の対応

この問題については、特に学説は取り上げていないようである。

iii 検討

双方未履行の場合については、破産手続を進める上で、売買契約を解除した方がよいか、代金の支払をして目的物を取得した方がよいか、破産管

81) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究117頁。

財人に選択権を与えようとするもので、鈴木教授の主張のように、その時点で所有権が売主にあるか買主にあるかは問題とはならないと言えよう。これに対して、買主への目的不動産の移転登記ないし動産の引渡しが終わっている場合については、鈴木教授の主張のように所有権が売主にあるか買主にあるかは問題にならないと言えるにしても、所有権留保特約付売買を除けば、所有権移転時期についての説の如何を問わず、買主への所有権移転を前提としてその対抗要件が備わっている場合と見ることができよう。

(4) 売買契約の一方当事者と目的物につき有効な取引関係に立たない第三者との関係

(a) 売主または買主の不法行為者に対する損害賠償請求権の行使

i 鈴木教授の主張

鈴木教授は、次のように主張される⁸²⁾。第三者が売買のプロセスにある売買の目的物を不法行為により滅失・損傷した場合、物権侵害のみならず債権侵害もまた不法行為であるとの通説・判例にしたがう限り、所有権が売主にあるか買主にあるかを問わず、売主・買主双方に対する不法行為を形成する。この場合、この不法行為によって現実に損害を受けるのは、危険を負担する方であるから、この者が損害賠償請求権を行使できると解すべきである。そして、危険負担は、少なくとも理論的には所有権の移転とは別個に定まるから、危険を負担する売主ないし買主が不法行為者に対してなす損害賠償請求は、所有権の移転の有無とは無関係になされう(私法学会シンポジウムにおける林報告は反対。第2節2(4)-1)。

ii 学説の批判

この点については、多くの学説が批判をしている。広中俊雄教授は、所有権侵害による不法行為の場合には、故意によるときのみならず過失によるときでも不法行為責任を生じさせるが、特定物債権侵害による不法行為

82) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究118頁。

の場合には、少なくとも故意によるときでなければ不法行為を生じさせないとするのが、判例・通説であり、これによる以上、買主への所有権移転時期を明らかにする実益があるとされる⁸³⁾。川井教授、松岡教授も同様の見解をとられる⁸⁴⁾。そして、松岡教授は、所有権取得の有無を論じずに、損害賠償請求の可否を判断するのは、これらの請求権が何を保護するものか（所有権か債権か）を見失わせ、法律の適用に基づく裁判から逸脱するし、物権・債権を区別する民法体系とも矛盾する、とされる⁸⁵⁾。また、奥田教授は、無関係な第三者、ことに不法行為者との関係では、やはり所有権移転の有無、侵害時点でいずれの当事者に所有権が帰属していたかを考慮して問題を処理してよい、あるいはそれが適切であると見られる場合もあるのではなからうか、とされる⁸⁶⁾。

iii 検 討

ii で見たように、売買のプロセスにおいて、売買の目的物が第三者の不法行為によって滅失させられた場合、売主または買主が不法行為に基づく損害賠償請求権を行使するには、いかなる権利または法律上保護される利益が侵害されたかを明らかにする必要があるし、侵害されたものが、いかなる権利または法律上保護される利益であるかによって、要件および効果に差異が生じうる。したがって、多数の学説は、この場合においても、当事者間における所有権移転の時期が問題となるとする。

これに対して、鈴木教授の場合は、危険を負担する者が、損害を被るのだから、不法行為者に対して損害賠償請求権を有するとされるだけで、危険を負担する者がいかなる権利または法律上保護される利益を侵害されたのかは明らかにされていない。そして、鈴木教授は、危険負担の移転時期について、多数の学説と同様、目的物の引渡し、所有権移転登記（目的物

83) 広中俊雄・債権各論講義434頁〔1994年〕、同・前掲注11) 物権法〔第2版増補〕62頁。

84) 川井・前掲注42) 民法概論2物権〔第2版〕21頁、松岡・前掲注36) 物権法93頁。

85) 松岡・前掲注36) 物権法92頁以下。

86) 奥田・前掲注35) 民法学への挑戦と新たな構築10頁。

が不動産である場合)、または代金支払いのいずれかがなされた時に初めて危険負担は買主に移転するという考えをとられている⁸⁷⁾。したがって、売買契約が締結されたが、目的物の引渡し、所有権移転登記(目的物が不動産である場合)、または代金支払いのいずれもがなされないうちに第三者の不法行為によって目的物が滅失・損傷したときは、売主に危険負担があり、売主は代金相当額の損害を被り、不法行為者に対して代金相当額の損害賠償を請求でき、他方、売買契約が締結され、目的物の引渡しまたは所有権移転登記がなされてから、第三者の不法行為によって目的物が滅失・損傷したときは、買主に危険負担があり、買主は代金相当額の損害を被り、不法行為者に対して代金相当額の損害賠償を請求できるとされる⁸⁸⁾。しかしながら、教授は、売買の途上での目的物所有権の所在を問うことは無意味であるとされ⁸⁹⁾、売主または買主のいかなる権利または保護される法的利益が害されたのかは明らかにされていないのである。

危険負担の問題は、契約当事者間において、当事者の責めに帰することができない事由によって契約の履行が不能となった場合、その危険をいずれの当事者が負担すべきかという、契約当事者間の問題である。それに対して、売買契約のプロセスにおいて売買の目的物を第三者が故意または過失によって滅失・損傷した場合に、契約当事者の一方が被った損害を第三者に対して賠償請求する問題は、不法行為の問題であって、この場合には、いかなる権利または法律上保護される利益が侵害されたかを明らかにしなければならないのであり、鈴木教授は、この論点を回避され、この問題においても売買のプロセスでの目的物所有権の所在を問うことは無意味であるとする鈴木教授の主張を正当化されているのではないだろうか。

iv 民法改正との関係

(1)(a)ivで見たように、今回の民法改正では、売主の引渡債務の履行が不

87) 鈴木・債権法講義〔4訂版〕280頁〔2001年〕。

88) 鈴木・前掲注87)債権法講義〔4訂版〕281頁。

89) 鈴木・前掲注87)債権法講義〔4訂版〕282頁。

能である場合には、債権者である買主は、債務者である売主の帰責事由の有無を問うことなく、売買契約を解除することができ、買主が反対債務である代金債務から解放されたければ、買主は売買契約の解除の意思表示をしなければならないことになった。そこで、改正536条1項は、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、売主の買主に対する代金債権の当然消滅ではなく、債権者である買主は代金の支払を拒むことができることとしている（債務者の危険負担⁹⁰）。

例えば、売主と買主が売買契約を締結し、目的物の所有権移転時期を代金支払いの時と定めたが、代金支払い前に、第三者の故意・過失により目的物が滅失させられ、目的物の引渡債務が履行不能になった場合、債権者である買主は代金の支払を拒むことができることになる（債務者である売主が危険を負担する）。したがって、売主は買主から代金の支払いを受けることができない。所有権移転時期については代金支払い時との特約があったから、売主は所有者として、所有権侵害を理由に第三者に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することができる。もし、所有権移転時期についてこのような特約がなかった場合はどうなるか。売買契約成立時移転説をとれば、すでに買主に目的物の所有権が移転しており、売主としては、第三者の不法行為を原因とする引渡債務の履行不能により売買代金債権を行使しえなくなったとして売買代金債権侵害を理由に第三者に対して損害賠償請求権を行使することになろう。代金支払・登記・引渡時移転説によれば、まだ売主に所有権はあり、売主は、所有権侵害を理由に第三者に対して損害賠償請求権を行使しうることになろう。いずれにしても、鈴木教授のように不法行為者に対する損害賠償請求にあっては、危険負担者が損害賠償を請求しうると言って問題を済ませることはできず、売買契約の当事者がいかなる権利が侵害されたかを明らかにする必要がある、そのためには売主から買主への所有権移転時期は、重要になると言えるであろう。

90) 潮見・前掲注45) 民法（債権関係）改正法の概要247頁以下。

なお、先の例で、目的物が買主に引き渡された後、代金支払い前に、目的物が第三者の不法行為により滅失させられた場合については、改正567条は、「買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は代金の支払を拒むことができない。」とした。したがって、買主としては、売主に対して代金を支払わなければならない。買主から代金全額を回収できた売主としては、第三者により所有権を侵害されたのであるが、損害がないから、第三者に対して所有権侵害を理由に不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することはできない。他方、買主としては、売買の目的物を第三者により滅失・損傷させられたことにより、売買の目的物の所有権を取得できず損害を被ったのであるから、第三者に対して特定物債権侵害を理由に不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することができるということになろう。これに対して、買主に資力がなく売主が買主から代金全額の回収をできなかった場合には、売主としては、第三者に対して所有権侵害を理由に不法行為に基づく損害賠償請求権を行使できると解される。

このように、当事者間の危険負担の問題と第三者に対する不法行為に基づく損害賠償請求権の問題は、別個に考えるべきであり、後者にあつては、鈴木教授のように、危険を負担する者が損害賠償請求権を有するとして片付けることはできず、売買のプロセスにおける目的物の所有権移転時期が重要になると言うべきである。

(b) 売主または買主の第三者に対する妨害排除請求権・目的物の返還請求権等の行使

i 鈴木教授の主張

教授は、次のように述べられる⁹¹⁾。わが民法は、對抗要件を具備しない物権、すなわち排他性のない物権を認めているから、絶対性こそ物権の本質

91) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究118頁。

的特徴であると言わざるを得なくなる。この立場からすれば、第三者に妨害排除請求権等を行使しうるのは、物権に基づくほかないのであって、売買両当事者のうち、現に所有者である者のみが、妨害排除請求等を求めうることができるように見える。しかし、実際には、まだ所有権を取得していない買主ないしすでに所有権を喪失してしまっている売主といえども、学説・判例上、第三者に対して妨害排除等を求めうることが認められている。その法的構成としては、債権もまた不可侵性を有するとの理論を前提として、特定物債権者に第三者に対する原状回復請求権を認めるという行き方、あるいはまた、特定物債権者にその債権の特定物性を保全するための債権者代位権の行使を認める理論を前提として、すでに所有者でない売主に、すでに所有者となった買主の第三者に対する物権的請求権の代位行使を認める、あるいはまた、いまだ所有者でない買主に、いまだ所有者である売主の第三者に対して有する物権的請求権の代位行使を認めるという行き方がある。いずれにせよ、以上の結果、売買のプロセスにおいては、所有権の所在の如何を問わず、売主も買主も、第三者に対して妨害排除等を求めうる。

ii 学説の批判

原島教授は、物権的請求権の行使者などの問題で、所有権の所在を論ずることが全く無意味であろうかとされ⁹²⁾、また、広中教授は、所有権移転の合意も、引渡も、代金支払もない場合の買主（広中説によると特定物債権者）のために、売買の目的物の不法占拠者に対し、特定物債権に基づく妨害排除請求や売主の有する所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使を認めると、買主が不法占拠者に対して自己への引渡を請求しうることにより、売主が代金債権の担保の意味を持つ目的物の占有を不当に失わせられる場合も生じかねないし、買主は代金支払により所有権を取得し、妨害排除請求をなしうるのだから、鈴木説のような考えは認められるべきではなく、買主が所有権を取得している否かにより差異が生ずると解すべきで

92) 原島・前掲注63) 民法の判例〔第2版〕43頁。

あるとされた⁹³⁾。川井教授や松岡教授も、物権的請求権の行使権者との関係で、所有権移転時期が問題となるとされる⁹⁴⁾。

iii 検討

鈴木教授の主張のような特定物債権者に直接第三者に対する原状回復請求権を認めるという考え方は、いまだ判例・通説とはなっていない。また、なお売主に所有権があり、買主がいまだ所有権を取得していない場合は、鈴木教授の指摘の通り、所有者である売主は第三者に対して物権的妨害排除請求権や物権的返還請求権などを行使でき、売主がこの権利を行使しないときは、買主が債権者代位により売主の有するこれらの権利を代位行使できるし、買主が所有権を取得した場合は、対抗要件を備えていなくても、買主は第三者に対して物権的妨害排除請求権や物権的返還請求権などを行使できる。したがって、教授の主張のように、売買のプロセスにおいては、所有権の所在の如何を問わず、売主も買主も、第三者に対して妨害排除等を求めるのはその通りであるが、売主に所有権があるか、買主に所有権が移転しているかにより、法的構成(所有権に基づく妨害排除請求権か、その代位行使か)は異なるのであるから、売主から買主への所有権移転時期を論ずる実益はあるというべきであろう。買主が、裁判所に対して第三者を被告として妨害排除請求訴訟を提起するためには、買主としては、所有権に基づく妨害排除請求の行使なのか、特定物債権者として売主の有する所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使なのかを明らかにしなければならないからである⁹⁵⁾。

奥田教授も、鈴木教授自身が、第三者に対する妨害排除請求権の根拠を、結局は所有権に求めている、所有者自身による場合は所有権に基づく妨害排除請求権そのものであるし、他者による場合は、所有者の有する妨害排除請求権の代位行使である、しかもその所有権は、売主か買主かはい

93) 広中・前掲注11) 物権法〔第2版増補〕61頁。

94) 川井・前掲注42) 民法概論2物権〔第2版〕21頁、松岡・前掲注36) 物権法59頁。

95) 山野目・前掲注50) 物権法33頁、松岡・前掲注36) 物権法93頁。

ずれかにあるとの前提の上での議論である。そうであるとすれば、第三者に対する関係における処理ではあっても、所有権の所在が問題とならざるをえないのではないかとされている⁹⁶⁾。

(c) 土地工作物の所有者責任の問題

i 鈴木教授の主張

鈴木教授は、次のように主張される⁹⁷⁾。売買のプロセスで、土地の工作物の設置または保存に瑕疵があり、他人に損害を生じたときに、土地工作物の所有者責任（717条1項但書）を負うのは、売主か買主か。この規定は、被害者保護のための所有者の無過失責任を定めるものである以上、①たとえ仮に売主がすでに所有権を失い、または買主がいまだ所有権を取得していないとしても、登記名義によって自己が所有者であることを標榜しているときは、被害者がこの登記名義人に対し、責任を問うことができることを認めざるを得ないであろう。②他面、いまだ引渡しをなさず占有を続けている売主、ないしすでに引渡しを受けて占有するに至っている買主には、工作物の占有者としての責任（717条1項本文）がかかってくる。したがって、登記名義人と占有者が食い違っているときは、第一次的には占有者、第二次的には登記名義人が責任を負うことになる。そこまで考えていくと、③すでに登記名義を失い引渡しも了えてしまった売主、ないし未だ登記名義も取得せず引渡しも受けていない買主を、何らかの他の理由で所有者なりと決めつけて、これに責任を負わせることは、不必要でもあり、不適當でもある。もし、以上のように解釈することができるのであれば、ここでも、売買プロセスでの所有権移転時期を確定することは、必ずしも必要でないということになろう（私法学会シンポジウムにおける林報告は反対。第2節2(4)-2)。

ii 学説の批判

この問題についても、鈴木説に対して反対する学説が多数である。原島

96) 奥田・前掲注35) 民法法学への挑戦と新たな構築14頁。

97) 鈴木・前注33) 119頁。

教授は、土地工作物所有者責任の関係で所有権の所在を論ずることが全く無益であろうかとされ⁹⁸⁾、また、広中教授は、717条の土地工作物責任を負う所有者は、同条所定の被害者に適切な保護を与える必要性によって強く規定されるのであり、買主は所有権を取得した以上、所有権移転登記を備えていなくても同条の責任を負うべきであるが、所有権が買主に移転したにもかかわらず売主がまだ登記を保有している場合には、売主も同条の所有者として責任を負う(不真正連帯債務)と解すべきであるとされ、基本的にはいずれに所有権があるかにより、土地工作物責任者が決まるとされる⁹⁹⁾。川井教授も、土地工作物所有者責任との関係で、所有権の移転時期が問題となるとされ¹⁰⁰⁾、石田穰元助教授も、仮に登記名義人が土地工作物所有者責任を負うとしても、被害者が、登記名義人でない者に対し、その者が所有者であることを立証して、土地工作物所有者責任を追及するのを否定する理由はないと思われるとされた¹⁰¹⁾。

iii 検討

ところで、鈴木教授の指摘される②は、問題がないが、①はどうであろうか。教授は、登記名義人責任説とでもいうべきものを展開され、土地工作物所有者責任は所有権の所在とは無関係に定まるとされる。被害者としては、工作物の占有者あるいは登記名義人を所有者と考えて訴えを提起することになるが、それらの者が所有者でないということになれば、やはり所有者に対して所有者責任を問うことになり、それは当然認められるべきであろう。所有権を喪失したがなお登記を保有している売主に対しても責任を認めるべきであるとする限りでは、教授の主張は妥当であり、これを支持する有力説も存在するが、登記名義人に対してしか責任を問えないとする点は少数説に留まると言えよう。③のすでに登記名義を失い引渡し

98) 原島・前掲注63) 民法の判例〔第2版〕43頁。

99) 広中・前掲注11) 物権法〔第2版増補〕63頁以下。

100) 川井・前掲注42) 民法概論2物権〔第2版〕21頁。

101) 石田穰・前掲注37) 物権法146頁以下。

も了えてしまった売主は、通常はすでに買主に所有権を移転しているとみるべきで、したがってこれに所有者責任を問うということは考えられないが、教授の挙げられる未だ登記名義も取得せず引渡しも受けていない買主については、買主は代金支払済みであって、所有権移転時期につきどの説をとろうと買主に所有権が移転していると見られる場合もあるのであって、このような買主には所有権責任を認めるべきであろう。したがって、この問題においては、土地工作物所有者が基本的には717条1項後段の所有者責任を負うべきであるから、売買プロセスでの所有権移転時期を確定することは、実益があると言うべきであろう。

3 なし崩しの移転説に対する総論的批判

なし崩しの移転説に対して、山本進一教授、滝沢津代教授¹⁰²⁾、河上正二教授などは、総論的批判をされた。

すなわち、山本進一教授は、所有権の概念は、物に対するあらゆる私法的利益の集合体であると同時に、物に向けられた利益は、最終的に、この所有権に基礎をもつという意味で、対物私法的利益体系の極点をになっている整理概念なのである。したがって、物をめぐる法律関係は、直接・間接に、この所有権の概念との関係において理解することができるが、危険負担や果実取権のように、個々の法律関係に対応させた概念で具体的に処理することが妥当な場合には、あえて所有権概念に観念させて理解することは必要でないし妥当でない、しかし、上記の個別的解決で処理できない場合についての一応の予備的・一括処理の基準も示しておく必要があり、これが所有権の概念であり、またこれを発動するための基準としての所有権移転時期を決定しておく意義がある、とされた¹⁰³⁾。

滝沢津代教授は、なし崩しの移転説も当面所有権ないし伝統的な権利概

102) 滝沢津代・物権変動の理論Ⅱ70頁注(60)〔2009年〕は、私の立場からの個別的批判は控えるが、当面必ずしも必要ではないと考えるとされている。

103) 舟橋＝徳本編・前掲注 3) 新版注釈民法(6)物権(1)〔補訂版〕259頁以下〔山本〕。

念そのものを否定されるわけではないから、売買プロセス中においてのみ所有権の所在が空白となることには不自然性があること、利益衡量中心のこの立場に対しては、基準なしに導かれる具体的妥当性の判断は、解釈者の恣意をその分だけ許容する結果になるのではないかという疑問があること、などを挙げられた¹⁰⁴⁾。

河上正二教授は、かなりの程度なし崩しの移転説に同調されるが、所有権の様々な権能は、必要に応じ機能的に分化して移転しうるのが、特段の事情がない場合には一括して移転するのが原則であり、それが所有権というフルセットの物権(使用・収益・処分)の移転というにふさわしいが、このような機能の一括的移転という推定に必要以上に拘束されるべきでなく、具体的に問題となる機能、個々の効果、権利主張の相手方との関係で、調整していく必要があるということに注意を要する、とされている¹⁰⁵⁾。

これらの批判については、以下の4(3)で述べるように、ニュアンスの違いはあるが、概ね賛同できるであろう。

4 なし崩しの移転説の問題点

以上の検討の結果、わが民法の解釈論としてはなし崩しの移転説は取り得ないことが明らかになったと考える。ここでは、以上の検討のまとめとして、次の点を指摘しておきたい。

(1) 所有権移転時期をある一点に画することの実益

鈴木教授は、売買プロセス中に予想される各種の争いについては、所有権移転時期をある一点に画することは、実益のないことであることが明らかになった、とされたが¹⁰⁶⁾、以上の検討の結果、財産権を基本的に物権と債権とに分けているわが民法の解釈論上(立法論としては別である)、所

104) 滝沢・前掲注102)物権変動の理論II64頁以下。

105) 河上正二・物権法講義68頁以下〔2012年〕。

106) 鈴木・前掲注33)物権法の研究122頁。

有権移転時期をある一点に画することに実益がないといえるのは、2の(1)の売買契約当事者相互の関係のうち、(a)の危険負担の移転時期および果実収取権の移転時期に関するもの、および(b)の売買契約当事者間の所有権確認訴訟に関するもの、に限定されることが明らかとなったといえよう。これに対して、2の(1)の売買契約当事者相互の関係のうち、(c)の目的物の引渡請求権・所有権移転登記請求権、(d)の処分権能の移転時期、2の(2)の買主と売主の債権者との関係、2の(3)の売主と買主の債権者との関係、そして、2の(4)の売買契約の一方当事者と目的物につき有効な取引関係に立つことのない第三者との関係、においては、売主から買主への所有権の移転時期は、いずれも実益があると言えるであろう。

そもそも危険負担の移転時期と果実収取権の移転時期については、所有権の移転の時とは切り離して民法典上規定が置かれている（改正536条1項〔また、削除された旧536条1項〕、改正567条、575条）。そして、果実収取権については、売主の有していた果実収取権が、契約当事者双方の義務がいずれも履行された後には買主に移転することは明らかであるが、果実収取権を売買のプロセスのいつの時点で買主へ移転させるかは、所有権の移転時期とは切り離して当事者が自由に定めることができ（たとえば、代金支払の時を所有権移転の時とするが、それより1か月前を目的物の引渡の時とし、引渡の時に果実収取権は買主に移転とするとする特約）、契約当事者の意識としては、所有権移転の時と果実収取権の移転の時とは、必ずしも一致させなくてもよいと考えられているといつてよい。また、危険負担の移転時期につき債権者主義を定めていた旧536条1項の規定も、任意規定であり、当事者間でこれと異なる特約をすることも可能であって（代金支払の時を所有権移転の時とし、この時に買主〔債権者〕に危険負担が移転する旨の特約や、代金支払の時を所有権移転の時とするが、代金支払時より前の目的物の引渡の時に買主〔債権者〕に危険負担が移転する旨の特約など）、危険負担の移転の時期を所有権移転の時期と切り離して約定することも、決して不自然ではなかったといえよう。したがって、鈴木教授が危険負担の移転の時期と果実収取権の移転

の時期を、所有権移転の時期と切り離されたこと自体は正当である。

しかしながら、売買のプロセス中に売買契約当事者間で予想されるその他の争い（所有権移転登記手続請求訴訟、目的動産引渡請求訴訟、売買の目的物の処分権能の移転時期）においては、所有権移転時期をある一点に画することに実益があるし、買主からの譲受人が買主の有する権利（所有権移転登記請求請求権、目的動産引渡請求権）を代位行使する場合や、売買契約当事者の一方と他方の債権者（特定物債権者および一般債権者）との関係においても、また、売買契約の当事者の一方と取引関係に立たない第三者との関係においても、所有権移転時期をある一点に画することに実益があることは明らかである。

(2) 鈴木教授は、なぜ所有権移転時期をある一点に画することには実益がないという結論を導かれたか

恩師鈴木禄弥教授は、類い希な才能をお持ちの方で、かつ極めて柔軟かつ斬新な発想をされた方であった。また、教授は、演繹的思考を嫌われ、帰納主義的な思考をされる方であった。したがって、売買契約当事者間での所有権の移転時期を定めることにより、その時から多くの権利・義務が売主から買主へ移転するという考え方には批判的で、むしろ個々の権利・義務の移転時期を定めることこそが重要であると考えられたのであろう。

このような発想自体は、高く評価されるべきものである。問題は、鈴木教授が、そのことから一足飛びに、わが国では、売買契約のプロセスにおいて売主から買主への所有権の移転時期を定めることには実益がないとされてしまったことである（前記私法学会シンポジウムにおける林報告は、取引関係に立たない第三者と売主または買主の関係などで、所有権移転時期には実益があるとされていた）。鈴木教授の議論には、次の(a)から(c)の3つの点で大きな問題があったと言えるのではなからうか。

(a) 処分権能の移転の時期の問題の欠落

前述のように、鈴木教授は、所有権移転の当事者間の効果として最も重

要なのは、危険負担と果実収取権の問題であるとされたが、所有権は、目的物を自由に使用・収益・処分することができる権利なのであるから、売主から買主への処分権能の移転の時期の問題についても検討されるべきであったが、この問題の検討が、鈴木教授においては（林教授においても）抜け落ちていたのではなかろうか。

危険負担の移転時期と果実収取権の移転時期については、2(1)で見たように、所有権の移転の時と切り離して考えても何ら問題はないが、鈴木教授の検討から抜け落ちていた処分権能の移転の時期は、所有権の移転の時期と結びつけて考えざるをえないであろう（2(1)(d)iiで見たように、原島教授や石田穰元助教授も、所有権の移転とともに、処分権能は移転すると考えられている）。処分権能が買主に移転するより前は、買主は売主との関係で目的物を第三者に処分することができないし（債務不履行となる）、第三者も有効に目的物を取得しえない。これに対して、処分権能が買主に移転して以降は、買主は売主との関係で目的物を第三者に処分することができるし、第三者も有効に目的物を取得しうるのである。その意味で、所有権の移転時期は、当事者間でも売主と第三者との関係でも重要と言わざるをえない。この点が鈴木教授の検討から抜け落ちていたことが、第1の大きな問題点であろう。

(b) 対抗要件と実体的権利（所有権）の存在との切り離し

また、買主から売主への売買契約に基づく所有権移転登記請求権についても、鈴木教授は、所有権の移転時期如何を問題とすることなく行使することができることとされたが、所有権移転登記は所有権の対抗要件なのだから（177条）、買主が売主に対して所有権移転登記請求権を行使しうするためには、買主へ所有権が移転していることが前提とならざるをえない。そして、その延長で、鈴木教授は、買主からの目的不動産の譲受人が、売主のもとに所有権移転登記がある場合に、売主から買主への所有権移転登記請求権を買主に代位して行使するには（債権者代位。改正423条、改正423条の7）、買主がすでに所有者になっているかどうか、実際には何らの差異

をももたらさないとされたが、買主からの譲受人は、買主の有する所有権移転登記請求権を代位行使するのだから、この場合も売主から買主へ所有権が移転していることが前提とならざるをえない。売買の目的物が動産である場合の買主から売主への売買契約に基づく目的動産引渡請求権および買主からの譲受人による代位行使についても同様である。

鈴木教授は、何故にこれらの問題において、買主に所有権が移転していることは問題とならないとされたのであろうか。これは、もしかすると、教授が、売買契約当事者間の契約上の権利・義務として、所有権移転登記請求権(560条)および目的物引渡請求権と代金支払義務しか念頭に置かれていなかったためかも知れない。つまり、判例である売買契約成立時移転説によれば、原則として契約締結があっただけで売主から買主へ所有権が移転し、所有権移転義務の履行という局面は生じてこないから、所有権移転についての認識が薄れてしまったのかも知れない。しかしながら、売買契約における当事者の義務は、何よりも当事者の一方(売主)がある財産権を移転する義務(ここでは所有権を移転する義務)と、相手方(買主)が代金を支払う義務なのであり(555条)、売主から買主への所有権移転があったことを前提に、買主はその所有権移転の対抗要件としての所有権移転登記の請求権(560条)を行使できるのである。

また、売買契約の当事者の一方と他方の債権者との関係において、教授が、当事者の一方が対抗要件を備えていることが決め手であり、所有権の移転の有無は問題とならないとされた点(私法学会シンポジウムの林報告にも同じ考えが見られた)にも同様の問題がある。

このように、鈴木教授が、対抗要件を実体的権利の存在と切り離してしまわれたところに、第2の大きな問題点があると言える。

(c) 判例・通説と異なる解釈論の導入

また、鈴木教授は、売買契約の当事者の一方と取引関係に立たない第三者との関係においても、売主から買主への所有権移転があったかどうかにより影響されないとされるのであるが、ここでは、鈴木教授は、判例・通

説とは異なった解釈論を導入されており、判例・通説を前提とすれば、所有権の移転の前後で、法律関係に差異が生ずるのである。鈴木教授は、売主・買主のいずれに所有権があるかを問題としなくても、同様の結論を導き出せるとされるのであるが、その前提となる解釈論が、判例・通説を前提としていなかったことが、第3の大きな問題点である。

鈴木教授は、所有権移転時期をある一点に画することには実益がないという結論を導かれたわけであるが、その議論には以上のような大きな問題点があったと言えるのではなからうか。

(3) なし崩しの移転説の総論的問題点

- (a) 所有権移転時期をある一定の時期に確定することはわが民法のもとでは理論的にも不可能ではないかとする鈴木教授の主張

鈴木教授は、所有権移転時期を確定しようとする理論的要求は、物権と債権が峻別され、物権の変動を一定の方式にかからしめ、かつ無因主義がとられているドイツ法においては、極めて自然な要求であるが、物権と債権とを峻別せず、かつ登記や引渡しを物権の成立要件としていないわが民法のもとでは、実益がないのみならず理論的にも不可能なことではあるまいか、とされた¹⁰⁷⁾。

確かに、鈴木教授が主張されるように、わが民法は、物権と債権とを峻別しているとまでは言えないが（債権に位置づけられる不動産賃借権、仮登記により保全された債権的所有権移転登記請求権、対抗要件を備えていない物権などの存在）、財産権を物権と債権とに大きく分けて（民法第2篇 物権、第3篇 債権）、それぞれの効力を定めているのであり、売買契約のプロセスのある時点で、売主または買主の有する権利が物権である所有権なのか債権（ここでは、特定物債権）なのかは、極めて重要なことであるといえよう¹⁰⁸⁾。そしてまた、わが民法においては、176条が、「物権の設定及び移

107) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究122頁以下。

108) 松岡久和教授も、なし崩しの移転説が、所有権という概念を分解して個々の権能毎のメ

転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。」と定めているから、売買契約の場合、売主から買主への所有権の移転の時期、および所有権の移転の効力が生ずることによってどのような権限および責任が買主へ移転するのが、問題とならざるをえないであろう。したがって、わが民法のもとでは、所有権移転時期をある一定の時期に確定することは、理論的に可能であるし、必要でもあると言えよう。逆に、鈴木教授のように、所有権移転時期をある一定の時期に確定せずに、所有権の内容とされる各種の権限（ないし責任）のそれぞれにつき売主から買主への移転の時期を決めるべきとする考え方は、立法論としてはあり得ても、わが国の法体系および176条の存在から、解釈論としては無理があると言ふべきであろう。

(b) なし崩しの移転説の解釈論的妥当性

(a)で述べたように、鈴木教授の主張は、立法論としてはあり得ても、わが国の法体系および176条の存在から、解釈論としては無理があるが、仮に解釈論として可能だとして、妥当な解釈論といえるだろうか。

鈴木教授は、所有権という言葉は、その内容だと通常されている各種の権限（ないし責任）の集合を指すものであり、売買契約のプロセスにおいては、ある効果は売主に、他のある効果は買主に帰せしめうるものとするかは、究極的には法政策的判断によることとなり、かかる例外を全く認めえないとすることは、法政策的に妥当ではないとされる¹⁰⁹⁾。このことはその通りであって、筆者も、果実収取権の移転時期や危険負担の移転時期については、例外として認めて差し支えないと考えている（3で見た山本

↘移転を考えることには批判が強い、民法典は権利概念を軸に、一定の要件が備われば一定の効果が生じるという思考様式を採っている、所有権の取得の有無を論じずに、たとえば損害賠償請求や妨害排除の可否を判断するのは、これらの請求権が何を保護するものかを見失わせ、法律の適用に基づく裁判から逸脱するし、物権・債権を区別する民法体系とも矛盾する、として、なし崩しの移転説を批判されている（松岡・前掲注36）物権法92頁以下）。

109) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究137頁。

進一教授も同様の考え）。

問題は、鈴木教授は、所有権の内容とされる各種の権限（ないし責任）をすべてバラバラにして、それぞれにつき売主から買主への移転の時期を決めるべきであって、およそ所有権の移転時期を定めるべきではないとされる点である。しかしながら、鈴木教授の述べられるように、所有権という言葉は、その内容だと通常されている各種の権限（ないし責任）の集合を指すのであるから、そのような所有権の売主から買主への移転時期を定め、その時に移転させることが適当ではないと考えられるものについては（たとえば果実収取権の移転とか危険負担の移転の時。後者については、所有権移転の時期と結びつけるべきだという考えもある）、それとは異なった時をその移転時期と考えればそれで足りるし、その方がはるかに解釈論としては効率的で、妥当ではないかと私は考える。そして、実際には、果実収取権および危険負担の移転の時を除けば、所有権移転の時とは別個の時を、売主から買主へのその移転の時と定めなければならない権限および責任は、ほとんど考えられないのではなかろうか。

(c) 売買のプロセスにおいて売買契約の当事者の一方が第三者に対して権利を行使する場合に、権利の内容を明らかにしないまま訴えを提起できないのではないか

2(4)で見た売買契約の一方当事者と目的物につき有効な取引関係に立たない第三者との関係において、鈴木教授は、売買のプロセスにおいては、所有権の所在の如何を問わず、いずれにせよ売主または買主は、売買の目的物を滅失・損傷した不法行為者に対して損害賠償請求権を行使し、あるいは目的物を不法占有している者に対して妨害排除請求権を行使しようとされるのであるが、売主または買主は、訴訟を提起する場合、いかなる権利または保護されるべき法的利益が侵害されたかを明らかにしないまま、これらの請求権を行使し得ないのであって、訴訟を前提とする以上、鈴木教授の主張には、解釈論上無理があると言うべきであろう。

(4) 所有権移転時期についての社会一般の意識調査は、無意味であるとする鈴木教授の主張について

鈴木教授は、売買契約のプロセスにおける買主への所有権移転時期につき、社会一般の意識調査をしても、その調査には意味がないとされるが¹¹⁰⁾、はたしてそのように言えるか。教授は、所有権の移転という問いの内容が、被調査者に共通の内容を持って理解されたかは、著しく疑問であり、むしろ、危険負担の移転や果実収取権の移転など個々の事項につき意識調査をする方が、生産的であると思われるし、売買のプロセス上において、所有権一般の移転の時期を質問することは、そもそも無理なのではないかとされる。

確かに、危険負担の移転や果実収取権の移転など個々の事項につき意識調査をすることは筆者も意味があることだと考えるが、これらは所有権移転時期とは別個に定めることができるし、現に民法は、これらを所有権の移転とは一応切り離して規定しているのであるから、鈴木教授の検討から抜け落ちているが所有権移転時期と密接に結びついている処分権能の移転時期についてこそ、意識調査をすべきであって、これにより、所有権移転時期について、社会一般の意識のかなりの程度の集約が図れるのではないかと考える。

5 太田知行教授の研究について

鈴木教授は、太田知行教授の著書「当事者間における所有権の移転——分析哲学的方法による試み——」¹¹¹⁾につき、鈴木教授の1962年の論文「特定物売買における所有権移転の時期」と相互に無関係に、かつ同じ時期に書かれたもので、記号論理学等の特殊な手法を駆使して、私見とほぼ同じ結論に達している、と述べられている¹¹²⁾。そこで、ここでは、太田教授

110) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究110頁以下、140頁以下。

111) 太田・前掲注34) 当事者間における所有権移転。

112) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究145頁注(2)。

の研究につき簡単にコメントしておきたい。

太田教授の研究は、アメリカにおける不動産売買の実態がベースになっている（同書第2部「不動産売買における当事者間の所有権の移転時期」解決の試み、第1章 アメリカにおける不動産売買の仕方）。太田教授の研究から、アメリカにおける不動産売買においては、目的不動産につき売主の有する種々の権利・義務がいつ売主から買主へ移転するかが契約において定められているが、所有権の移転時期についての定めは特になされていないことが窺える。太田教授の研究によれば、アメリカ法の不動産売買においては、所有権移転の時期という問題は出てこないものであり、契約の締結時から完全な所有権の移転とされる所有権移転登記の時までに、売主と買主との間に生ずる様々な法律関係について、売買契約において相当詳細な約定がなされ、また、解釈論が積み重ねられている。

そして、太田教授は、売買契約のある時点で所有権が移転すると定めた場合、その時期に移転することが適切ではない種々の権能が存在するから、却って個々の権能の移転時期を所有権の移転時期に合わせ勝ちであるという問題が生ずる。そこで、売買契約の当事者間において所有権の移転時期を定めることは、適当でないし、有害でさえある、とされたのである。もっとも、教授の研究は、売買契約の当事者間において生じうる法的问题につき検討されたのであり、売買契約の一方当事者と、契約関係に立たない第三者との間で生じうる法的问题につき、同じような結論を導きうるのかは検討されていない。

もちろんアメリカ法のように所有権に関係する種々の権能につき、売主から買主への移転時期を定め、所有権の移転時期を定めないという解釈論はありうるであろう（北欧諸国も同様のようである）。

問題は、わが国のように、物権（ここでは所有権）の移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずるという規定（176条）が置かれている場合に、いつ所有権が売主から買主に移転するかを明らかにすることは、不適切であり、有害でさえあるといえるかである。これについての私

の考えは、なし崩しの移転説の検討の際に既に述べたので、これ以上繰り返さない。

第4章 特定物売買における所有権移転時期についての検討

以上の検討により、特定物売買において一定の時期に所有権が売主から買主へ移転するとする考えは実益がないし理論的にも不可能であるとするなし崩しの移転説は、わが民法の解釈論としては取り得ないことが明らかになったと考える。

特定物売買における所有権移転時期についての伝統的な争いについては、第1章第1節・第2節で見た。第1章で検討した学説は、筆者よりほぼ一世代前の学者によるものであったので、ここでは、筆者とほぼ同世代以降の学者による若干の学説の主張を見た上で、特定物売買において目的物の所有権は売主から買主へいつ移転すると考えるのが妥当なのかについて、検討することにする。

第1節 特定物売買における所有権移転時期についての比較的新しい学説

1 物権行為の独自性否定説か肯定説か

物権行為の独自性肯定説か否定説かをめぐっては、独自性否定説が、現在、多数学説であるといつてよいであろう。

(1) 物権行為独自性肯定説

しかしながら、なお根強い物権行為独自性肯定説がある¹¹³⁾。この説は、伝統的な学説と同様、わが民法は、物権・債権峻別構成を取っているから、債権契約である売買契約からは、売主に売買の目的物の所有権を買主

113) 田山輝明・物権法〔第3版〕38頁以下〔2008年〕、近江幸司・民法講義Ⅱ〔第3版〕52頁〔2006年〕など。

へ移転する債務を生じさせるだけで、所有権移転の効果を生じさせるためには、この契約とは別個の物権的意思表示（176条の意思表示はこの物権的意思表示を指すとする）が必要であるとする。この物権的意思表示がいつなされるかについては、必ずしも見解が一致していない。近江幸司教授は、従来の物権行為独自性肯定説と同様、物権的意思表示は、外部的徴表行為である代金支払、引渡、または登記が行われる時に、なされるとされる¹¹⁴⁾。他方、田山輝明教授は、売買契約締結時に同時に物権的意思表示もなされ、その物権的意思表示は、売買契約の有償性から、代金受領時に所有権を買主に移転させるという意味を含んでいると考えるべきであるとされる¹¹⁵⁾¹¹⁶⁾。安永正昭教授も、わが民法は、物権・債権峻別体系をとっているから、売買契約における所有権移転についても、物権行為が必要であるが、債権契約の中で必ずなされていると解することができる¹¹⁷⁾とされ、所有権移転時期は、物権行為の明示的ないし黙示の特約（所有権を移転させる期限ないし条件に関する合理的意思）の解釈問題となるとされている¹¹⁷⁾。

(2) 物権行為独自性否定説

現在の多数の学説は、物権行為の独自性否定説に立つ。すなわち、売買契約締結の意思表示の中に、物権的意思表示も含まれているとする考えである。

たとえば、売買契約成立時移転説に立つ滝沢聿代教授は、次のように述べられる¹¹⁸⁾。民法176条は、物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずると規定しているが、その意思表示は、普通

114) 近江・前掲注113) 民法講義Ⅱ〔第3版〕51頁以下。

115) 田山・前掲注113) 物権法〔第3版〕45頁。

116) 石田穰助教授も、物権行為独自性肯定説を取られるが、所有権移転行為＝物権行為は、所有権移転債務の履行行為として行われるもので、単独行為とされている（石田穰・前掲注37) 物権法114頁以下）。この点で、一般の物権行為独自性肯定説とは異なる。

117) 安永正昭・講義物権・担保物権法〔第2版〕31頁以下〔2014年〕。

118) 滝沢聿代・物権法49頁以下〔2013年〕。

の債権契約を指しており、売買契約があればその効果として当然に売主の所有権が買主に移転することになるのであって、格別に区別されていない物権の効果は、債権契約のプロセスの中に未分化で融合していると解される(物権行為の独自性否定説)。もっとも、日本の民法典においては、物権と債権とを明確に区別した体系が見られるので、当面の解釈としては、債権的意思表示と物権的意思表示の区別を肯定した上で、両者の有因的な結合という考え方に立ち、民法176条の意思表示は両者をあわせ含むと見ることが適当と考えられ、通常の売買契約などにおいては、2つの意思表示が融合して併存していると見てよい。したがって、債権契約が無効となれば、物権変動の効果もその影響によって消滅するとされる(有因主義)。

同様に、特定物売買における所有権移転時期につき売買契約成立時移転説に立つ学説は、物権行為独自性否定説に立つ¹¹⁹⁾。

また、特定物売買における所有権移転時期につき代金支払・登記・引渡時移転説に立つ学説の多くも、物権行為独自性否定説に立つ¹²⁰⁾。

たとえば、山野目章夫教授は、民法176条は、物権変動は「意思表示のみによって」効力を生ずると規定し、当事者の意思表示を基本として物権変動の成立を考える思想(意思主義)に立っていることを明らかにしているが、物権変動を生起させる契機は、物権変動の原因となる法律行為、例えば売買契約などである必要があり、また、それで十分であって、物権変動それ自体を目的とする抽象的意思表示(物権的意思表示)を別個に要求されるものではない、とされる¹²¹⁾。

松岡久和教授は、物権行為の独自性肯定説に立っても、売買契約という債権契約の中で契約時の所有権移転も合意していたならば、外部的徴表を伴わない物権行為があるから、外部的徴表を手掛かりに物権行為の存在を認定しようとする考え方の根拠は疑わしいこと、物権的意思表示の存在を

119) 佐久間毅・民法の基礎2 37頁以下〔2006年〕。

120) 吉田・前掲注36)所有法(物権法)・担保物権法講義録48頁。

121) 山野目・前掲注50)物権法〔第5版〕15頁以下、23頁以下。

債権的意思表示とは別に必ず確認しなければならないのは、不必要な手間であること、物権行為の独自性肯定説に立った場合、代金支払日に買主が代金を提供したところ、売主が代金の受領を拒否したという例においては、売主は所有権移転の物権的意思表示をしていないから、買主への所有権移転が生じないという不都合があること、などを理由に、物権行為の独自性肯定説を取るべきではないとされる¹²²⁾。

2 特定物売買における所有権移転時期について

(1) 物権行為独自性肯定説の場合

物権行為独自性肯定説の場合は、所有権移転時期につき特約がある場合はそれによるが、特約がないときは、代金支払、登記、引渡のいずれかがなされた時に、所有権が買主に移転するとする¹²³⁾。近江教授は、代金支払、登記、引渡のいずれかがなされた時に買主に所有権が移転とするのは、取引の現実と理論的根拠を与えたことになる¹²⁴⁾、田山教授は、代金支払時に所有権が買主に移転とするのは、売買契約の有償性が根拠であり、登記または引渡だけで所有権が買主に移転とするのは、売主が有償性を度外視してまで、代金支払前に登記または引渡しをしているからであるとされる¹²⁵⁾。なお、田山教授は、物権的意思表示は、売買契約締結時に同時になされており、代金支払、登記、または引渡によって物権的意思表示に含まれている所有権移転時期が到来したと考えられるとされている¹²⁶⁾。安永正昭教授もほぼ同様であり、売買契約における所有権移転の物権行為は、債権契約の中で必ずなされていると解することができ、所有権移転時期は、物権行為の明示的ないし黙示的特約（所有権を移転させる期限ないし条件に関する合理的意思）の解釈問題となり、売買

122) 松岡・前掲注36) 物権法94頁。

123) 近江・前掲注113) 民法講義Ⅱ〔第3版〕51頁以下。

124) 近江・前掲注113) 民法講義Ⅱ〔第3版〕52頁以下。

125) 田山・前掲注113) 物権法〔第3版〕45頁以下。

126) 田山・前掲注113) 物権法〔第3版〕45頁。

契約の有償性から買主が代金を支払った時、代金支払前に買主に所有権移転登記がなされたときは、代金支払との同時履行の抗弁権を放棄したと見てこの時に、所有権が買主に移転するとされている¹²⁷⁾。

(2) 物権行為独自性否定説の場合

物権行為独自性否定説に立つ学説は、売買契約成立時移転説と代金支払・登記・引渡時移転説とに大きく分かれるが、後説が多数説である。

(a) 売買契約成立時移転説をとる学説

i 滝沢聿代教授

滝沢教授は、売買契約成立時移転説に立っても、所有権移転時期につき特約をすることは自由であり、また、取引慣行ないし慣習が存在するときは、その時が所有権移転時期と認定される余地もあるが、それらによることができない場合には、民法が示す原則（売買契約成立時移転説）を適用しなければならないとされる¹²⁸⁾。その理由につき、教授は、所有権といっても占有や登記とは区別された観念的なものであるから、契約の成立が明確であって、履行を残すだけの場合には、観念的な所有権が買主に移転していることと見ることによって、契約の拘束力を強化する結果になるであろうこと、を挙げられている。

ii 佐久間毅教授

佐久間教授は、売買契約成立時移転説を取る理由として、① 民法176条は、物権変動が意思表示のみによって成立し、かつ、「効力を生ずる」ことを定めているとみるのが素直なこと、② 売買契約成立時以外を所有権移転時期とすると、買主は契約締結の事実のほかにも所有権移転の合意についても主張立証しなければならず、後者の主張立証は容易でないこともありうるのであり、人々の通常の意識に合致するとはいえないこと、③ 不動産のような重要な財産の売買においては、売買契約を成立させる合意の

127) 安永・前掲注117) 講義物権・担保物権法〔第2版〕34頁以下。

128) 滝沢・前掲注102) 物権変動の理論II 54頁以下。

存在は慎重に判断されるから、その存在が肯定されるときは、契約の成立によってすでに所有権は買主に移転したとすることも、当事者の意識に反するとはいえないこと、などを挙げられている¹²⁹⁾。

(b) 売買契約成立時移転説をとるが、特約の成立を柔軟に認める説

i 横山美夏教授

横山教授は、フランス民法における不動産売買契約の成立と所有権移転の研究を踏まえられて、次のように述べられていた。フランスにおける現在の大勢は、物および代金に関する合意時に所有権が移転すると解するよりは、売買契約を公示する準備が整った時に、すなわち、所有権は公正証書を作成した時に移転すると解する傾向にあるのであって、フランス法は、当事者が、それぞれ相手方に対して公正証書の作成を請求し得るという意味での売買契約の成立と、その効果である所有権移転を別の問題として考えている。したがって、わが民法がフランス法主義を採用していることは、わが民法において、所有権が、債権契約成立時とは別の時に移転すると解することの妨げにならないどころか、フランス民法の考え方と一致する。民法176条は、物権の設定および移転が当事者の意思表示のみによって生じる旨を定めているが、債権契約成立時に同時に物権が移転することまで規定するものではない。したがって、わが民法における所有権移転時期の問題は、契約当事者の意思およびそれに基づいて築き上げられた実務慣行に合致した解釈がなされるべきで、所有権移転時期につき明示的な合意が存在するときはそれにより、明示的な合意が存在しないときも、債権契約成立時に所有権が移転すると解すべきではなく、また、所有権移転時期について実務慣行がある場合であっても、この実務慣行に従う意思を有していたと即座に推定されるべきではなく、あくまで個々の契約解釈によって決せられるべきである。このように考えるならば、所有権の移転時期の問題は、契約の内容とそれに基づく効果の問題のひとつに解

129) 佐久間・前掲注119)40頁。

消され、債権契約成立時に所有権が移転するとする「原則」を持ち出す必要はなくなるであろうし、また、そのような「原則」に頼るべきではない¹³⁰⁾。

すなわち、横山教授は、この研究においては、所有権移転時期につき明確な合意があるときはそれによるべきであるが、明確な合意がないときは、所有権移転時期について実務慣行がある場合であっても、あくまで個々の契約解釈によって決せられるべきであって、この実務慣行に従う意思を有していたと即座に推定されるべきではなく、売買契約成立時に所有権が移転するとする「原則」に頼るべきではないとされ、売買契約成立時に所有権が移転するのは、むしろ例外と考えられていたように見える。

その後、教授は、所有権の移転を本質的な内容とする売買契約が有効に成立している以上、所有権移転につき障碍のない限り、直ちに所有権が移転することを妨げるべき理論的理由はないから、契約成立時の所有権移転を原則としたうえで、当事者の意思に沿った所有権移転時期に関する特約を認めることにより、事案に適合した解決を図るのが妥当と解されるとされている¹³¹⁾。そこで、横山教授の見解は、売買契約成立時移転説を原則としつつ、所有権移転時期についての特約の成立を柔軟に認める説と理解すべきかと思われる。

ii 河上正二教授

河上教授は、民法には各々の問題局面毎にほぼ明文規定があるため、所有権移転時期を画一的に定めることには積極的意味がないが、売買契約成立時移転説を原則としつつも、広く当事者の意思解釈に委ね、経験則上、契約時に所有権を移転するという意思が認められないときは、その後の登記・引渡し・代金支払・合意による果実収取権移転の時を所有権移転時と

130) 横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権移転(二・完)」早法65巻3号292頁以下〔1990年〕。

131) 横山美夏「物権変動の時期」民法判例百選Ⅰ〔第6版〕99頁〔2009年〕,〔第8版〕106頁〔2018年〕。

するのが無難ではなかろうかとされ¹³²⁾、以下の(c)の見解にも親近感を示される。

(c) 代金支払・登記・引渡時移転説

この説は、代金支払、引渡、または登記のいずれかがなされた時に所有権が買主に移転するとする説である。吉田邦彦教授は、代金支払・登記・引渡時移転説は取引慣行にも留意しており妥当ではないかとされる¹³³⁾。松岡久和教授は、売買契約は、有償契約であるから代金支払時に買主に所有権が移転すると考えるべきであること、また、引渡は、所有権の中心的内容の1つである排他的占有を買主に移転するものであること、對抗要件としての引渡や所有権移転登記は、意思主義によってすでに生じた所有権取得を主張するための追加的要件であること、から、引渡や所有権移転登記により所有権が移転するとされる¹³⁴⁾。

山野目教授は、176条の意思主義の核心は、当事者がその意思により物権変動の在り方を選択決定することができるころにあると考えれば、売買契約による所有権の移転時期は、売買契約の解釈により定まるのであり、不動産の取引慣行に従い、代金支払時を所有権移転時期とする旨の約定が存在する場合に、その約定は有効であり、したがってまた、それに従うべきことは当然であるが、たとえ約定がない場合においても、そのような取引慣行の定着は、契約解釈において重みを持つ、このように考えるならば、判例（売買契約成立時移転説）は、所有権「移転が将来なされるべき約旨に出でたものでないかぎり」というところにこそ注目を払って読まれるべきであろうとされる¹³⁵⁾。また、教授は、不動産の売買に限って言えば、所有権移転の原因が売買契約という有償行為であること、およびこれが定着した取引慣行であることを理由に、代金支払時に所有権が買主に移

132) 河上・前掲注105) 物権法講義62頁以下、68頁以下。

133) 吉田・前掲注36) 所有法（物権法）・担保物権法講義録50頁。

134) 松岡・前掲注36) 物権法90頁、95頁以下。

135) 山野目・前掲注50) 物権法〔第5版〕24頁以下。

転する。また、当事者の所有権移転についての明確な意思が認められるときは、代金支払に先行する登記の時に所有権が買主に移転する、と解すべきであるが、代金支払に引渡が先行するときに引渡時に所有権が移転すると解することには慎重でなければならない、とされている¹³⁶⁾。

これらに対して、石田穰元助教授は、不動産売買の場合には、所有権移転登記時が、動産売買の場合には、目的物の引渡時が、それぞれ所有権移転時とされる。不動産売買および特定動産売買の場合に、売買代金支払時を所有権移転の時期とするべきでないのは、代金を支払っても、不動産売買の場合、所有権移転登記がなされていないときは、また、動産売買の場合、目的物の引渡がなされていないときは、何らかの理由により売主に所有権が留保されていることが多いであろうし、また、いくら支払えば、所有権が買主に移転するのか明確ではないこと、を挙げられ、また、不動産売買の場合に、不動産の引渡時を所有権移転の時期としないのは、引渡をしたが登記を移転しないときは、何らかの理由により売主に所有権が留保されていることが多いと思われること、を挙げられている¹³⁷⁾。

第2節 検 討

1 物権行為の独自性否定説か肯定説か

わが民法は、物権と債権を一応峻別する体系をとっているが、物権的意思表示には形式を要求せず、当事者の意思表示で足りるとしている(176条)。そうすると、売買契約という債権契約を締結する意思表示の中に売買目的物の所有権を移転するという物権的意思表示も包含されているとみてもさしつかえないであろう。したがって、売買契約を締結する意思表示とは別個に所有権を移転させる意思表示は不要というべきで、物権行為の独自性否定説が妥当ではなかるうか。もっとも、売買契約締結時に同時に物権的意思表示もなされるとする見解(田山)や、物権行為は売買契約と

136) 山野目章夫・初歩から始める物権法〔第3版〕18頁以下〔2004年〕。

137) 石田穰・前掲注37)物権法146頁。

いう債権契約の中で必ずなされているとする見解（安永）は、物権行為の独自性肯定説に立つとされるのであるが、形の上で物権的意思表示が必要だとするだけで、実質的には物権行為の独自性否定説と変わらないと言えよう。

そこで、以下では、物権行為の独自性否定説を前提として検討する。

2 特定物売買における所有権移転時期について

(1) 売買契約成立時移転説について

まず、売買契約成立時に売主から買主に所有権が移転するとする説をとられる滝沢教授は、売買契約成立時移転説の方が、いつ所有権が買主に移転するかが明確であり、また、これによって契約の拘束力を強化する結果になるであろうとされる。しかし、この説も所有権移転時期についての当事者の特約の効力を認めるのであるから、特約の有無についての判断が必要となるのであって、所有権移転時期が直ちに明確になるとは言えまい。また、売買契約成立時移転説をとることにより、契約の拘束力を強化する結果になるという点も、その意味がよく分からない。契約の拘束力は、この説以外の説をとっても、売買契約の成立により、当事者間に債権的拘束力を生ずるのであって、特段の違いが生ずるとは考えられないからである。売買契約成立時移転説をとることによって、どのように契約の拘束力を強めることになるのかを明らかにされる必要があるのではないかと考える。

佐久間教授の理由の①については、民法176条は、物権変動は、登記や引渡しなどの形式を要せず、意思表示だけで効力を生ずる旨を定めているが（意思主義）、意思表示の時に物権変動が生ずるとまで定めていると解さなければならない必然性はないこと、②については、代金支払・登記・引渡し時移転説の場合、これらのうちのいずれかがなされたことの事実の証明は、特に難しいとは言えず、またこの説は、人々の通常の意識にむしろ合致するものと言えること、③については、不動産のような重要な財産の売買の場合、売買契約書が作成されるのが一般的であるから、売買契約を成

立させる合意の存在は比較的簡単に判断できること、売買契約を成立させる合意の存在が慎重に判断されるからといって、その時に所有権が買主に移転するという事は、当事者の意識から相当離れていると見ざるをえないこと、から、教授の挙げられる理由は、いずれも説得性に欠けるのではないかと考える。

(2) 売買契約成立時移転説をとるが、特約の成立を柔軟に認める説について

この説は、所有権移転時期についての特約の成立を広く認め、特約の成立が認められるときは、売買契約成立時とは異なる時期に所有権が移転するとされるのであるが、そうであるならば、むしろ代金支払・登記・引渡時移転説に立ち、特に売買契約成立時に所有権が買主に移転するとの意思が認められるときに、契約時に所有権が買主に移転するとした方がよいように思われるが、いかがであろうか。この点、鈴木教授も、前述のように、売買契約成立時移転説は、常識に反する結果となり、もしこの結果を避けようとするれば、広い範囲で所有権の移転時期につき黙示の合意があるものとしなければならず、そうすると、この説の原則性を自ら放棄してしまうことになる、とされていた。

(3) 代金支払・登記・引渡時移転説について

特定物売買における所有権移転時期につきこの説は、所有権移転時期につき特約が存在するときは、その特約により定められた時に所有権が買主に移転するが、そのような特約がないときは、一般に、代金支払、登記、引渡のいずれかがなされた時に、所有権が買主へ移転するとする。

i 代金支払時に所有権が買主へ移転するという点

この点は、売買契約が有償契約(555条)であることから、代金支払時(買主が売主に代金全額を支払い、提供し、または供託をした時)が所有権移転時期になると当事者が考えることは自然であり、また、これが取引慣行にも合致することから、多くの学説が賛同するのは当然であり、支持してよ

いと考える。石田穰元助教は、第1節2(2)(c)で見たように、不動産売買および特定動産売買の場合に、売買代金支払時を所有権移転の時期とするべきでないと言われ、その理由としては、代金を支払っても、不動産売買の場合、所有権移転登記がなされていないときは、何らかの理由により売主に所有権が留保されていることが多いであろうし、特定動産売買の場合、目的物の引渡がなされていないときは、何らかの理由により売主に所有権が留保されていることが多いであろうことを挙げられるが、代金を支払っても買主に所有権が移転しないのは例外なのであるから、その旨の特約がない限り、代金支払により買主に所有権が移転すると解すべきであろう。また、石田元助教は、いくら支払えば、所有権が買主に移転するのか明確ではないこともその理由に挙げられるが、代金の全額支払いが当然であり、売主も買主も代金の全額支払い（改正494条の弁済供託も含む）により買主は目的物の所有権を取得できると考えているといつてよいから、このことを理由に代金支払により所有権が買主へ移転するという考えを否定するのは、適切ではないであろう。

ii 所有権移転登記時に買主へ所有権が移転するという点

不動産（登記・登録を第三者対抗要件とする特定動産もこれに準ずる）の売買において、所有権の移転時期について特約がないときには、代金支払前に買主に所有権移転登記がなされれば、登記時に買主へ所有権が移転するという点についても、支持してよいと考える。なぜなら、所有権移転登記は、不動産所有権の対抗要件であり（177条）、売主から買主へ所有権移転登記がなされたということは、売主は、買主をして目的不動産を第三者に処分（目的不動産の第三者への譲渡、目的不動産への用益権の設定、担保物権の設定等）しやすい状態（所有権移転登記によって買主に所有者らしい外観を備えさせ、また買主が第三者にも登記により対抗要件を備えさせることができる状態）においたということであり、所有権の中の最も主要な権能である目的不動産の処分権能を買主に与えたと見て差し支えないからである。仮に、当事者間において代金支払に所有権移転登記を先行させるが、所有権移転時期

は代金支払時とする旨の特約があった場合は、当事者間においては、代金支払時が所有権移転時期となるが、買主が、売主への代金支払前に第三者に目的不動産を処分し、第三者が処分につき登記を備えたときは、買主の所有権未取得につき善意の第三者は、94条2項の類推適用により処分の有効を売主に対して主張しうると解すべきであろう。

iii 目的物の引渡時に買主へ所有権が移転するという点

この点については、代金支払・登記・引渡時移転説をとる学説の多くは、売買の目的物が特定動産である場合と不動産である場合とで区別をしていないが、両者は分けて考える必要があろう。

α 特定動産の売買において代金支払前に目的動産が買主に引き渡された場合 特定動産の売買において代金支払前に目的動産が買主に引き渡される場合には、代金支払いまでは所有権を売主に留保する旨の特約があることが多い(所有権留保特約付売買)。しかし、特定動産の売買において、所有権の移転時期について特約がないときには、代金支払前に買主に目的動産の引渡がなされれば、引渡時に買主へ所有権が移転するという見解は、支持してよいと考える。その理由として主な学説は、前述のように(第1章第2節2(2)、本章第1節2(2)(c))、① 目的物の引渡は、物の事実的支配を移す行為であるから、観念的支配たる所有権をも同時に移すものとして意識されるのが通常であること(川島)、あるいは、引渡は、所有権の中心的内容の1つである排他的占有を買主に移転するものであること(松岡)、② 引渡しがあれば、買主は所有権の一内容としての果実収取権を取得すること(575条参照。広中)、③ 動産所有権の対抗要件としての引渡は、意思主義によってすでに生じた所有権取得を主張するための追加的要件であること(松岡)、などを挙げている。

しかし、この説のより重要な理由として、次の点が挙げられるべきであると考えられる。すなわち、不動産売買における売主から買主への所有権移転登記と同様、目的動産の引渡は、動産所有権の対抗要件であり(178条)、売主から買主へ目的動産の引渡がなされたということは、売主は、買主を

して目的動産を第三者に処分（目的動産の第三者への譲渡、目的動産への賃借権等の設定、担保物権の設定等）しやすい状態（買主への引渡しによって買主に所有者らしい外観を備えさせ、また買主が第三者にも引渡しにより対抗要件を備えさせることができる状態）においたということであり、所有権の中の最も主要な権能である目的動産の処分権能を売主が買主に与えたときとみて差し支えないということである。もっとも、当事者間において代金支払に目的動産の引渡を先行させるが、所有権移転時期は代金支払時とする旨の特約があった場合は（所有権留保特約付売買）、代金支払時が所有権移転時期となるが、買主が、売主への代金支払前に第三者に目的動産を譲渡し、第三者が目的動産の引渡を受けたときは、買主の所有権未取得につき善意無過失の第三者は、192条により目的動産を即時取得することになる。

β 不動産の売買において代金支払前にかつ買主への所有権移転登記前に不動産が買主に引き渡された場合　これに対して、不動産の売買において、所有権の移転時期について特約がなく、代金支払前にかつ買主への所有権移転登記前に買主に目的不動産の引渡がなされた場合、引渡時に買主へ所有権が移転すると解する点については、賛成できない。

所有権の移転時期について特約がない場合には、不動産の売買においても、目的不動産の引渡により所有権が売主から買主へ移転するとする説の理由は、αの特定動産の売買において、目的動産が引き渡された時に所有権が移転する理由の①②と同様である。

売主が代金支払前に買主に売買の目的不動産を引き渡すのは、売主に所有権を留保しつつ、代金支払前にも買主に目的不動産を使用させるためであることが多い。したがって、買主が目的不動産の引渡しを受けたからといって、目的不動産の所有権を取得したとは限らない。上記の①②の理由でもって、代金支払前に買主に目的不動産の引渡がなされれば引渡時に買主へ不動産所有権が移転するとするには無理がある。

この点につき、山野目教授は、前述のように（本章第1節2(2)(c)）、不動産の売買において、代金支払に引渡が先行するときに引渡時に所有権が移

転すると解することには慎重でなければならないとされ、また、川島教授や石田穰元助教授も、不動産売買の場合には、所有権移転登記時が所有権移転時とされるが、目的物の引渡時は所有権移転時とされていない。

私も、不動産売買の場合には、代金支払および所有権移転登記に目的不動産の引渡が先行しても、特約がない限り引渡時を所有権移転時期と考えるべきではないと思う。山野目教授も述べられるように、不動産の売買において、当事者の都合で代金支払前に不動産を買主に引き渡すことは少なくないが、当事者は代金支払時に所有権が買主へ移ると考えているのが通常だからである。そして何よりも、不動産売買の場合には、動産売買の場合と異なり、目的不動産の引渡は、不動産譲渡の対抗要件ではなく、売主から買主に目的不動産が引き渡されただけでは、売主は買主をして目的不動産を第三者に処分しやすい状態においたということではできないのであり、不動産所有権の中の最も主要な権能である目的不動産の処分権能を売主が買主に与えたとみることができないからである。代金支払時に先行する不動産引渡時を所有権移転の時とするためには、その旨の特約が必要と解すべきであろう。

む す び

以上、特定物売買における所有権移転の時期の問題につき、かなり詳細に検討してきた。

その結果、なし崩しの移転説は、わが民法の解釈論として採用することは無理であることが明らかになった（なし崩しの移転説が、立法論としては一つの道であることを否定するものではない¹³⁸⁾。

そこで、特定物売買においていつの時点を買主への所有権の移転時期とすべきかであるが、物権行為独自性否定説をとることを前提として、当事

138) 畑中久彌「フィンランドにおける段階的所有権移転論の諸相」福岡大学論叢58巻1号223頁〔2013年〕参照。

者間に所有権移転時期について特約があるときは、特約で定められた時
が、特約がないときは、不動産売買においては、代金支払または所有権移
転登記のいずれかがなされた時、特定動産売買においては、代金支払また
は引渡のいずれかがなされた時を、所有権移転時期とするのが妥当ではな
いかと考えるものである。

〔完〕