

# 特定物売買における 目的物の所有権移転時期（1）

——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する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、本号)
  - (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、378号)

## はじめに

わが国において、特定物の売買契約が締結された場合に、いつの時点で売買の目的物の所有権が売主から買主に移転するのか、あるいは、このようなことを議論することは意味のないことなのかにつき、長い間議論されてきたことは周知の通りである。後者の主張は、恩師鈴木禄弥教授や太田知行教授などにより唱えられたものである。

私は、30数年ほど前に、当時、民法ではなく、民事執行法の講義を担当していたこともあり、「不動産の競売における買受人への所有権移転時期」という論文<sup>1)</sup>において、競売手続との関係でこの問題を取り上げ、一定の場合には、特定の時期に所有権が買主に移転するとすることに意味があると解すべきではないかと述べ、全面的検討は後日を期したいとしてきた。本稿は、遅ればせながらこの宿題に対する解答の意味も持つ。

---

1) 生熊長幸「不動産の競売における買受人への所有権移転時期」岡山大学法学会雑誌31巻1号1頁以下〔1981年〕。

先の論文は、恩師鈴木祿弥教授が東北大学教授でいらっしやった時に執筆したものであるが、今や先生がご逝去されて早や11年が経過した。今頃このような問題を取り上げている私に対して、今更何をしているのだと先生もさぞかし天国で嘆かれていらっしやることであろう。

この度、民法の財産法分野を中心とした大改正がなされたが（平成29年法44号。本稿では、これを「改正法」と呼ぶ）、民法総則と債権法分野の改正が中心であり、物権法分野における改正は、殆どなされていない。そこで、売買契約における目的物の所有権移転時期の問題については、従来と同様な解釈論上の対立が続く可能性が高いのではないかとも思われる。

本稿は、この度の民法改正を踏まえて、この問題について改めて検討を加えようとする趣旨も有している<sup>2)</sup>。

論述の順序としては、まず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き、簡単に素描し（第1章）、次いで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を概観し（第2章）、その後で、特定物売買において売主から買主への所有権時期を定めることは意味がないことなのかを検討し（第3章）、最後に、特定物売買における所有権移転時期についての比較的最近の学説を概観するとともに、特定物売買において売主から買主へ所有権がいつ移転すると解するのが妥当なのかにつき検討することにする（第4章）。

なお、本稿では、改正法の条文によることとし、改正または削除されることになった現行法の条文は、〔旧〕を付けて示すこととする。改正のない条文については、新旧を特に付さないが、改正された条文については、「改正」を付けることとした。

---

2) この度の民法改正前のこの問題については、私は、拙著・物権法173頁～189頁〔2013年〕において、比較的詳細に検討したが、本稿ではさらに新たな考えを提起している。

## 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

不動産の売買や特定動産の売買において、売買契約が締結されると、売主は、売買の目的物の所有権を買主に移転する債務を負い、買主は、これに対して代金を支払う債務を負う(555条)。それぞれの債務が履行されると、買主は、売買の目的物の所有権を取得することは明らかであるが、買主はいつの時点で目的物の所有権を取得するかが問題となる。

一方、わが民法第2編「物権」に規定されている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。」とする。そこで、買主が売買の目的物の所有権を取得するためには、売買契約当事者の売買契約締結の意思表示だけでは足りず、物権変動(所有権移転)を生じさせる意思表示(物権行為)も必要なかが問題となる。

これらの問題についての古くからの議論の経緯については、すでに詳細な研究があるので<sup>3)</sup>、ここでは第二次世界大戦後の学説に限って見ておくことにする。

#### 2 物権行為独自性肯定説

ドイツ民法においては、物権と債権が峻別され、物権変動を生ずる法律行為について、形式主義を採用し、物権変動を生じさせる意思表示は、売買契約締結という債権を生じさせる意思表示とは常に別個の、物権変動だけを目的とする物権的意思表示(Einigung〔不動産所有権譲渡の場合は、Auflassung〕。物権行為)であることが必要であり、しかも、不動産物権に

---

3) 舟橋諄一・物権法70頁以下〔1979年〕、舟橋諄一＝徳本鎮編・新版注民(6)〔補訂版〕235頁以下〔山本進一〕〔2009年〕など。

については、登記（Eintragung）、動産物権については、引渡（Übergabe）を伴う要式行為でなければならない。また、物権変動を目的とする法律行為は、常に売買契約のような原因行為とは別個のものとしてされるから、原因行為である売買契約が取り消されたり無効であったりしても、所有権移転という物権変動は、物権行為自体に取消や無効の原因がなければ、原因行為の影響は受けないことになる（物権行為の無因性）。

わが国の民法においても、同様に、所有権移転という物権変動を生ずるためには、売買契約の締結という債権を発生する意思表示だけではなく、常に別個に物権変動だけを目的とする意思表示（物権的意思表示）も必要であるとする説が有力に主張され、これを物権行為独自性肯定説という（「物権的意思表示非包括説」と整理する説もある<sup>4)</sup>）。そして、この説は、176条の意思表示は、物権的意思表示を指すとする。

物権行為独自性肯定説は、その理由として、① わが民法では、債権と物権が峻別されており、債権は、特定の人に対して一定の行為を請求する権利であるから、売買契約によって売主の負担する債務は、「目的物の所有権を買主に移転すべきこと」を内容とするものであって、売買契約によっては所有権は買主に移転しないのであり、所有権が買主へ移転するためには、物権的意思表示が必要であること（売買契約成立と同時に買主へ所有権を移転させるためには、売買契約成立のときに、債権的意思表示と物権的意思表示の2つの意思表示がなされることが必要である<sup>5)</sup>）、② わが国の取引においては、一般に目的物の買主への引渡、所有権移転登記、または代金支払の時に所有権が買主へ移転すると考えられており、このような外部的徴表を伴う行為は双方の意思に基づいて行われるのだから、この時に物権的意思表示があったと考えるのが、わが国の取引の実態にも合致すること<sup>6)</sup>、

4) 舟橋=徳本編・前掲注3)新版注民(6)〔補訂版〕248頁〔山本〕。

5) 石田喜久夫・物権変動論125頁〔1979年〕（初出・石田喜久夫「不動産所有権移転の時期をめぐる論争について——鈴木教授の反論を中心に——」民商78巻臨時増刊号(1)172頁〔1978年〕）。

6) 末川博・物権法62頁以下〔1956年〕。

などを挙げている。

もっとも、比較的新しい物権行為の独自性肯定説には、売買契約のような最終的に物権の変動を目的とする契約がなされた場合において、物権変動が生ずる時につき取り決めがなされていなかったときに（直ちに物権変動が生ずるとも、物権変動が生ずるためにはあらためて物権的意思表示を必要とするとも、定められていなかったときに）、物権変動が生ずるためには物権的意思表示を必要とする、とする説をいうのであって、物権行為が債権行為とその効果を異にすることなどの概念的な差異を理由に、物権変動を生ずるためには常に物権変動だけを目的とする物権的意思表示が必要だとする説とは異なるとするものも見られる<sup>7)</sup>。

### 3 物権行為独自性否定説

これに対して、フランス民法においては、物権変動を生ずる法律行為について、形式主義ではなく意思主義を採用し、債権を生じさせる意思表示と同じく、当事者の意思のみにより効力が生じ、また、債権発生を目的とする意思表示と形式を異にしないため、当事者が売買契約締結の意思表示をすることによって、債権の発生と物権変動の両方の効果を生じさせることが可能である。そこで、売買契約の締結によって、目的物の買主への所有権移転が完成するとされている。また、物権変動を目的とする法律行為は、売買契約のような原因行為との関係で独自の存在をもたないから、原因行為である売買契約が取り消されたり無効であったりすると、所有権移転という物権変動も同じ運命をたどる。

わが国の民法においても、同様に、特定物の売買契約を締結する意思表示には、一つの意味表示の中に、債権を発生する意思と所有権を移転する意思とが含まれており、債権・物権の両効果を生ずると解すべきであって、別個に所有権を移転させる意思表示は必要としないとする説が多数と

---

7) 舟橋 = 徳本鎮編・前掲注 3) 新版注民(6)〔補訂版〕247頁〔山本〕など。

なり、これを物権行為独自性否定説という（「物権的意思表示包括説」と整理する説もある<sup>8)</sup>）。

物権行為独自性否定説は、その理由として、① ドイツ民法においては、物権行為は、形式を必要とし、債権行為と合体して存在することができないから、物権行為の独自性を認めざるをえないが、物権変動を生ずる意思表示と債権の発生を生ずる意思表示とが、全く同一形式で、これを識別すべき外形的なものないわが民法のもとでは、両者を区別する必要はないこと<sup>9)</sup>、② ドイツ民法においては、物権行為が形式を必要としているから、物権行為が外部から認識され、物権行為の存否が判然としているが、わが民法では、物権変動につき意思主義をとっているから、物権行為の独自性肯定説をとっても、実益はないこと<sup>10)</sup>、③ わが民法176条が、物権変動につき意思主義を定めたのは、フランス民法にならったものであるから、176条は、フランス法流の意思主義をとっていることは沿革から見ても明らかなことであり、わが国における取引意識から言っても、物権行為は、債権行為から独立した別の存在として構成されておらず、この二つのものは、一つの契約の中に未分化のまま統一されており、したがって、所有権は売買契約の効力として移転するものとされていること<sup>11)</sup>、などを挙げている。

## 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

物権行為独自性肯定説に立つ学説は、債権契約である売買契約が締結された時にはまだ所有権は買主へ移転せず、債権契約とは別個の物権的意思

---

8) 舟橋＝徳本編・前掲注3)新版注釈民法(6)〔補訂版〕248頁〔山本〕。

9) 我妻栄・新訂物権法57頁〔1983年〕、柚木馨＝高木多喜男補訂・判例物権法総論〔補訂版〕108頁〔1972年〕。

10) 我妻・前掲注9)新訂物権法57頁、柚木＝高木補訂・前掲注9)判例物権法総論〔補訂版〕95頁。

11) 川島武宜・所有権法の理論244頁以下〔1949年〕、同・民法I 148頁以下〔1960年〕、舟橋・前掲注3)物権法82頁、広中俊雄・物権法〔第2版増補〕50頁〔1987年〕など。



表示がなされた時、すなわち、代金支払、所有権移転登記、または引渡のいずれかがなされた時に、物権的意思表示がなされ、その時に買主へ目的物の所有権が移転するとする。

その理由としては、わが国の取引においては、一般に目的物の買主への引渡、所有権移転登記、または代金支払の時に所有権が買主へ移転すると考えられているから、この取扱いがわが国の取引の実態に合致することが挙げられている<sup>12)</sup>。

## 2 物権行為独自性否定説に立つ学説の場合

物権行為独自性否定説に立つ学説は、特定物売買における買主への所有権移転時期につき、売買契約成立時に原則として買主に所有権が移転するとする説と、原則として売買契約成立だけでは買主へ所有権は移転せず、代金支払、所有権移転登記、または引渡のいずれかが生じた時に、買主へ所有権は移転するとする説とに分かれる。

### (1) 売買契約成立時移転説

この説は、売買契約のように終局的に所有権を移転する契約を締結したときは、売買契約成立時所有権移転と異なった特約があったり、直ちに所有権を移転するのに障害があったりする場合を除くほか、売買契約成立時に所有権が売主から買主へ移転するとする。

その理由としてこの説は、①これが意思主義に適するものであること<sup>13)</sup>、②物権行為独自性否定説は、特定物の売買契約を締結する意思表示には、一つの意味表示の中に、債権を発生する意思と所有権を移転する意思とが含まれており、これにより債務負担の効果と所有権移転の効果が生ずるのであるから、契約に登記、引渡、代金支払を条件ないし期限等とする付款を付さない以上、それらの効果は直ちに発生せざるを得な

---

12) 末川・前掲注 6) 物権法62頁以下。

13) 我妻・前掲注 9) 新訂物権法61頁。

いこと<sup>14)</sup>、③以下の(2)の代金支払・登記・引渡時移転時説のような、そのいずれか一つがなされると、常に所有権が移転するという慣行があるか疑問であること<sup>15)</sup>、④売買契約成立時移転説が長年に渡り判例で取られてきているのであるから、この説をとり、取引による物権変動については、具体的な場合の取引慣行に留意し、当事者の意思内容を認定するなどすれば、問題は生じないこと<sup>16)</sup>、などを挙げている<sup>17)</sup>。

## (2) 代金支払・登記・引渡時移転説

この説は、物権行為独自性肯定説と同様、当事者間に所有権移転時期につき特約がない場合には、代金支払、登記、引渡のいずれかがなされた時に、売主から買主に所有権が移転するとする。

その理由としてこの説は、①特定物の売買契約を締結する意思表示には、一つの意思表示の中に、債権を発生する意思と所有権を移転する意思とが含まれているとする物権行為の独自性否定説を取っても、売買契約締結時に物権変動の意思表示はすでになされ、代金支払、登記、引渡は、前になされた契約の履行に必要な事実行為をなすにすぎず（物権的意思表示ではない）、この時に所有権は買主に移転すると考えることができること<sup>18)</sup>、②当事者間に所有権移転時期につき特約がない場合には、代金支払、登記、引渡のいずれかがなされた時に、売主から買主に所有権が移転すると

---

14) 柚木＝高木補訂・前掲注9)判例物権法総論〔補訂版〕109頁。

15) 我妻・前掲注9)新訂物権法61頁、柚木＝高木補訂・前掲注9)判例物権法総論〔補訂版〕109頁。

16) 我妻・前掲注9)新訂物権法61頁。

17) 柚木博士は、以上のように、売買契約成立時移転説をとられるのであるが、売買契約締結時の段階で買主が取得する所有権、引渡がなされた段階で買主が取得する所有権、登記がなされた段階で買主が取得する所有権、代金支払がなされた段階で買主が取得する所有権は、それぞれ内容が違ふとされ、等しく所有権という名で事を論ずる場合には誤解を生じやすいとされている（柚木＝高木補訂・前掲注9)判例物権法総論〔補訂版〕112頁）。そのような観点から、博士は、鈴木教授のなし崩しの移転説に親近感を示されたのである（柚木＝高木補訂・前掲注9)判例物権法総論〔補訂版〕96頁、110頁）。

18) 川島・前掲注11)所有権法の理論249頁、舟橋・前掲注3)物権法86頁。

するのが取引慣行であり、取引慣行上、売買契約だけで所有権が買主へ移転するとは考えられていないこと<sup>19)</sup>、を共通して挙げている。もっとも、その他の理由については、学説上必ずしも一致しているわけではない。まず、代金支払については、売買契約において所有権の移転と代金支払とは対価的給付の関係(有償性)に立っていることが挙げられ<sup>20)</sup>、引渡については、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<sup>21)</sup>、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という(575条参照)<sup>22)</sup>、などが挙げられ、所有権移転登記については、所有権移転の公の帳簿への記載であり、このような登記があるまでは所有権の移転も完成しないものと意識されていること<sup>23)</sup>、あるいは、所有権移転登記は、所有権移転の対抗要件という引渡より大きい効果を有していること<sup>24)</sup>、などが挙げられている。

なお、川島武宣教授は、わが民法においては、所有権移転時期につき特段の意思表示がなされなかったときは、代金支払により売主に同時履行の抗弁権がなくなった時に、目的物の引渡時期が到来し、その時に所有権が売主から買主へ移転すると解すべきである、目的物が不動産であるときは、代金未払いでも所有権移転登記がなされれば、また、目的物が特定動産であるときは、代金未払いでも引渡があれば、その時に所有権が買主へ移転されたものと解すべきであるとされ、その理由としては、何らの留保なく登記、引渡がなされるのはその所有権を買主へ移転する趣旨と解するのが取引当事者の通常の意味に合致するからであるとされた<sup>25)</sup>。

---

19) 舟橋・前掲注3)物権法86頁。

20) 舟橋・前掲注3)物権法87頁、広中・前掲注11)物権法〔第2版増補〕55頁。

21) 舟橋・前掲注3)物権法87頁

22) 広中・前掲注11)物権法〔第2版増補〕54頁。

23) 舟橋・前掲注3)物権法87頁。

24) 広中・前掲注11)物権法〔第2版増補〕55頁。

25) 川島・前掲注11)民法I153頁。

## 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

判例は、物権行為の独自性否定説を前提として、売買契約成立時移転説に立つものと考えられている。すなわち、判例は、原則として、特定物売買においては、売買契約成立時に目的物の所有権が売主から買主に移転するが、売買契約成立時に所有権移転が生じない例外的場合があることも認めるものであると理解されている。

### 1 〔原則〕 売買契約成立時に所有権が買主に移転

判例（最判昭33年6月20日民集12巻10号1585頁。大判大2年10月25日民録19輯857頁も同旨であり、176条を根拠とする）は、売主の所有に属する特定物の売買においては、他の時期に所有権を移転する特約がない限り、売買契約成立時に直ちに買主に所有権が移転するとしている。

この昭和33年最高裁判例の事案は、不動産売買の代金が分割払いで、最後の分割金の支払いと所有権移転登記および引渡しとが同時履行の関係にあったものであり、買主がすでに代金の6割ほどを支払い、最後の分割金を提供して売主に所有権移転登記および引渡しの履行を求めたが、売主がこれに応じなかったため、買主が売主に対して、残代金の支払いと引換えに所有権移転登記手続および目的不動産の引渡しの請求と、目的不動産の所有権確認を求めて訴えを提起したケースである（訴え提起時には代金の8割ほどが支払われていた）。これに対して、1・2審とも買主の請求を認め、最高裁も売主の上告を棄却した。

したがって、この判例では、特定物売買において、買主は代金支払義務を約定通りすべて履行・提供していたと言えるものであるから、特定物売買における所有権移転時期につき、いかなる説をとっても、買主への所有権移転が肯定されるケースであったと言えるのであり、特定物売買の場合

に、単に売買契約成立だけで買主に所有権が移転することを認めたケースであると言うことは困難であろう。

## 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

判例は、他人物売買、不特定物売買、第三者のためにする契約など、売買契約により直ちに買主に所有権を移転するのに障害がある場合には、売買契約成立時には所有権は買主に移転しないが、その障害が取り除かれた時に直ちに買主に所有権が移転するとしているものと理解されている。

### (1) 他人物売買

売主と買主との間で他人所有の特定物につき売買契約を締結した場合(改正561条〔旧560条とほぼ同じ〕)には、他人から買主への目的物の所有権および占有移転の時期、方法につき特段の約定ないし意思表示がない限り、売主が他人より目的物の所有権を取得すると同時に買主が売主より目的物の所有権を取得し、また、売主の占有取得と同時に買主が約定に基づき占有改定の方法により売主よりその占有を取得するに至ったものと解すべきであるとする(最判昭40年11月19日民集19巻8号2003頁)。

### (2) 不特定物売買

不特定物売買においては、目的物が特定しない限り買主は目的物の所有権を取得しえないから、原則として目的物が特定した時(401条2項参照)に所有権は当然に買主に移転するとする(最判昭35年6月24日民集14巻8号1528頁)。

### (3) 第三者のためにする契約

売主・買主間で、売主所有の特定物の所有権を第三者に移転する旨の契約が締結された場合(第三者のためにする契約。537条1項)は、第三者が受

益の意思表示をした時に（改正537条3項〔旧537条2項〕参照）第三者に所有権が移転するのであって、第三者と売主との間でさらに所有権移転のための契約（物権契約）を締結する必要はないとする（大判明治41年9月22日民録14輯907頁）。

### 3 〔例外の2〕所有権移転時期について特約がある場合——特約で定められた時に所有権が買主に移転

前掲昭和33年判例も、売買契約成立時以外の時を所有権移転時期とする特約があるときは、その時に所有権が移転するとする。この点については、所有権移転時期に関するいずれの説においても異論はない。そして、不動産売買契約においては、通常、売買代金支払いと所有権移転登記および不動産の引渡しとが同時履行となっており（改正533条〔旧533条もほぼ同じ〕参照）、この代金支払いの時に所有権が買主に移転するとする約定があるのが一般的である。最判昭和38年5月31日民集17巻4号588頁は、売主・買主間の不動産売買契約において、代金完済、所有権移転登記手続完了までは、なお所有権を買主に移転しない趣旨であった場合、売買契約成立と同時に本件不動産の所有権が買主に移転するものと解さなければならぬものではないとした判例である。

## 第3章 なし崩しの移転説の検討

### 第1節 はじめに

特定物売買における目的物の所有権移転時期を一定の時とすることは、不適當であり、また不可能であるとする有力学説（以下、「なし崩しの移転説」という）は、鈴木禄弥教授が唱えられ、有力な学者により支持されたことにより、学説史的には重要であるので、この学説から検討することにする。

もっとも、この有力学説が展開される前年である1961年（昭和36年）の

第25回日本私法学会におけるシンポジウム「動産売買における所有権移転の時期」において、売買契約における所有権移転の時期の問題が議論された。この議論が、その後の有力学説の登場に大きな影響を与えていると考えられるので、このシンポジウムにおける議論の状況から見ていくことにしたい<sup>26)</sup>。

## 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

このシンポジウムにおける民法学者としての報告者は、林良平教授と山本進一教授であり、これらの報告に対して、北川善太郎教授、川島武宜教授、加藤一郎教授、柚木馨教授が質問をされた。報告は、まず林教授がなされ、途中で山本教授にバトンタッチされ、次いで、再び林教授が報告されるという順序で行われたのであるが、山本教授の報告は、これまでの判例・学説の整理が中心であり、主に論争の対象となったのは、林教授の報告についてであった。そして、ここでの論争が、その後のなし崩しの移転説の登場に大きな影響を与えたと見ることができる。そこで、山本報告を簡単に見て、その後で林報告を見ることにする。なお、これらはいずれも口頭による報告であり、林報告の表現は、かなり分かりにくい部分もあるので、筆者なりに修正している部分があることをご了解願いたい。

### 1 山本進一教授報告

山本教授の報告は、動産売買における所有権移転に関する判例・学説がテーマであった。

教授は、所有権移転に関する判例の大部分は、不動産についてのものであり、動産についてのもは、比較的少ない、そこで、特に不動産についてだけ議論している判例は原則として除くが、実際は不動産に関する判例

---

26) 我妻栄ほか「シンポジウム動産売買における所有権移転時期」私法24号3頁以下〔1962年〕。

でも、一般論を展開している判例は、一応考慮に入れて報告する、という前提で、以下のような報告をされた。

判例の流れは、第一に、原則として、売買契約の効力発生と同時に、所有権は買主に移転する、第二に、不特定物売買、他人物売買など、所有権が直ちに移転することに障害がある場合は、その障害が除去された時に直ちに所有権が移転する、第三に、売買契約が解除されたときには、解除の効果が発生すると同時に、売買によって移転した所有権は直ちに売主のもとに復帰する、ということになる。そして、これらから明らかなように、判例は、少なくとも表面的には、物権行為の独自性を承認していないと言えよう。

しかし、この一貫した判例の流れの中にも、注意すべき点が2点あると思う。第一は、判例の中には、当該事案としては、物権行為の独自性を認める立場からしても、同じ結論に達することが必ずしも不可能ではないと思われるケースが相当あったことである（山本教授は、物権行為独自性肯定説をとられる）。このような場合に判例が物権行為の独自性をあえて否定しているのは、結果が同じであるならばあえてこれまでの判例の独自性否定説の立場に異を唱えないで、従来の流れに沿って結論を出していこうという気持ちがしばしば裁判所を支配するという傾向が見られ、この点は無視してはならないと考える。このようなことを考慮に入れて判例の流れを評価すべきであろう。

第二は、判例の流れはすでに不動の判例法を形成しており、今更動かすことはできないような強い印象を一般に与えているようであるが、判例の潮流というものも、学説の展開をも含んだ一つの時代の流れというものとかかなり緊密に結びついていることを、判例の動きから知ることができるし、また、そのように判例をして発展せしめることこそ、極めて必要なことであると思う。

なお、動産の所有権の移転時期に関する簡単な実態調査を試みたところ、物の引渡しあるいは代金の支払というものが、かなり意識の中に動い



てきており、それがあって初めて所有権の変動を認めるという傾向の強いことが現れてきているが、こういうことは、一般的にも統計的にも言えるのではないかと思う。それに対して、解除による所有権の復帰の時期については、一般の意識は分かれている。

このように、山本教授の報告は、判例の分析から、物権行為独自性否定説に立って判例の導いた結論の多くは、物権行為独自性肯定説からも導き出すことができ、また、動産売買における所有権の移転時期については、物の引渡しまたは代金の支払があって初めて買主に所有権が移転するというのが一般の意識であり、判例の考え方とは異なるのではないかというものであった。

## 2 林良平教授報告

林教授の報告は、以下のようなものであった。

売買取引における所有権移転については、物権行為の独自性肯定説と独自性否定説が争われているが(林教授は、独自性否定説に立つとされる)、いずれの説でも当事者が別段の意思表示をすればそれに従うことになるから、問題は所有権移転の時期がいつかということに集約される。

これについての諸説を大きく分ければ、判例理論に立って、原則的に売買契約締結時に所有権が移転とする説と、原則的には引渡し、登記、あるいは代金支払時に所有権が移転とする説に分かれる。後説には、代金支払(有償契約性)に重点を置くものもある。

しかし、わが国では、統一的所有権観念が自明視され、その上に立って、大多数の学説・判例が立論しているのであるが、その際、各説が所有権移転の時期に結びつけて法的判断がなされるとするものの中には、実は所有権移転の時期の問題ではないものが含まれていないかどうかの検討を必要とする。また、各具体的場合に判定される所有権移転の時期——それにまつわる法的効果が、その具体的場合として妥当かどうかという点についても、検討を要する点がある。

そして教授は、物権変動の学説史を素描された上で、所有権が移転するかしないかということが果たしてどのような意味を持つのかという点を分析してみたいとされ、① わが民法では意思表示によって物権は移転するという意思主義をとっているので、いずれの説にあっても、所有権移転時期につき、広範囲に当事者の意思の尊重（当事者の意思自治）を認めざるをえない、② 判例理論を支持する通説も、かなりの範囲で、所有権移転時期がずれる場合があることを認めている、とされた上で、①②の点を除いて、なお所有権移転時期について異なる見解をとることにより、次のような場合に、どのような差異が生ずるかなどを問題とされた。

なお、後の第3節で検討するなし崩しの移転説の主張に合わせて、シンポジウムにおける林教授の報告とは順序を入れ替えて、当事者間の問題を先に取り上げることにする。

(1) 当事者間の関係——履行請求（同時履行の抗弁、消滅時効など）、仮処分、  
果実の帰属、利用権能、危険負担

(a) 履行請求（同時履行の抗弁、消滅時効など）

判例には、履行請求権を基礎付けるために所有権の移転という論理を利用しているものがかなりあったと思われるが、当事者間の関係に限る場合は、債権的請求権の問題として処理すれば処理できたのではないかと思われる。

売買契約当事者間の同時履行の抗弁について、売買契約だけで所有権が移転するという説（売買契約成立時移転説）に反対する説からは、売買契約成立時移転説に立つと、買主からの目的物の引渡請求に対して、売主は所有権を移転するという意味での債務を同時履行の抗弁には利用できなくなり、有償性という基本的な大問題について所有権の移転という大問題が骨抜きにされるという批判があるが、売主は、占有移転という債務（買主への物の引渡債務）で抗弁できるから、売買契約成立時移転説をとっても、売主は同時履行の抗弁権を使うことができる。所有権移転の問題ではな

く、債権的請求権の問題として処理できる。

ところが、消滅時効については、売買契約成立時移転説によれば、買主は、物権的請求権で引渡しを求めれば消滅時効にかからずいつまでも請求できるが、債権的請求権で引渡しを求めれば消滅時効にかかり請求できないということが生じ、今のところ所有権の移転の有無によって差があることになる。もっとも、これについては、物権的請求権を成立せしめた基礎である所有権の移転、それを生じさせた売買契約に基づく請求権が時効により消滅した場合には、それによって物権も消滅するのだ、したがって物権的請求権もなくなるという説明もできないことではない。

#### (b) 仮処分

権利を保全するために仮処分を請求する場合、所有権移転の有無を問題にしなくても、被保全利益の存在ということで片付くのではないか。

#### (c) 果実収取権の移転時期

売買の目的物から生ずる果実収取権については、当事者間では契約により処理され、契約がないときは575条により引渡しの前後で決まり、買主が代金を支払っているときは、判例によれば、買主が収取権を有するのであって、所有権移転時期によっては決せられていない。

#### (d) 危険負担の移転時期

危険負担については旧534条1項・2項によって決まり、所有権移転時期とは切り離して論ぜられる。

### (2) 買主と売主の債権者との関係=対抗問題——差押え、破産、二重譲渡

第3節2のなし崩し的移転説の主張に合わせて、叙述の順序を(2)と(3)とで入れ替える。

この第三者には、売主からの二重譲受人と売主に対する差押債権者がある。売買契約だけで所有権が買主に移転するという説に立っても、引渡しまたは代金支払により所有権が買主に移転するという説をとっても、買主が引渡し(対抗要件)を備えているかどうかが決め手であって、所有権が

買主に移転しているかどうかは決め手にはならない。

(3) 売主と買主の債権者との関係——買主に対する差押え、破産その他買主の  
転売など

売買の目的動産に対して、買主の一般債権者が差し押さえた場合、売主との関係はどうなるか、という問題において、引渡しも代金支払もなく売買契約だけでは所有権は買主に移転しないとする見解に立つと、もちろん売主からの第三者異議の訴え（民執38条）になると思うが（筆者注：目的動産は、まだ買主の責任財産になっていないため。もっとも、目的動産の買主への引渡しもなされていないのであるから、買主の一般債権者はそもそも差し押さえることができない。民執123条・124条参照。なお、このシンポジウム当時は、まだ民事執行法は存在せず、民訴旧第6編強制執行の規定によっていたが、ここでは民事執行法の条文で説明する）、引渡しも代金支払もなくても売買契約だけで所有権が買主に移転するとする見解に立つと、売主になお売買の目的物の占有があり買主が代金未払であれば、買主の一般債権者は、買主が売主に対して有する動産の引渡請求権を差し押さえて、売主に対して執行官への引渡しを求め、動産執行手続を進めることになるが（民執163条・122条・123条）、売主は、代金債権を被担保債権として留置権を行使することができ、留置権によって制約されることになる。つまり、代金の支払がなされているか否かが重要であって、所有権移転の時期は、決め手にはならない。

売買契約だけで引渡しも代金支払もなされていない時に買主が破産したときは、売買契約だけで所有権が移転するという説をとっても、売主は保護されることになろう。所有権が移転するかどうかは決め手にならず、代金支払がキポイントになっていると思う。

(4)-1 違法侵害者に対する関係——損害賠償、原状回復、売主及び買主からの  
関係

売買の目的動産を売主から第三者が不法に奪って占有をしている場合

の、売主または買主からの損害賠償請求権および原状回復請求権（物権的請求権）の問題である。

買主からの債権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権についても、通説・判例は広範な保護に向かっており、この構成を極端に押し進めれば、対抗要件（引渡し）を備えていない買主も常に債権侵害として保護されるとの解釈も可能になるが、しかし違法侵害に対する関係では、所有権移転の有無によって一応の差が今日までの議論では生じていることを認めざるを得ないのではないか。

売買の目的動産が売主の手元にあり第三者が不法に奪って占有をしている場合の原状回復請求権については、売買契約だけで買主に所有権が移転するとする説によると、判例・通説の立場では、買主は対抗要件を備えていなくても、原状回復請求権（物権的請求権）を行使できる。ただ、売主と買主との間では、買主が代金未払の場合には、同時履行の抗弁権により、買主の引渡請求を拒むことができるが、目的動産が売主の手元にあり第三者が不法に奪った場合には、結果としては同時履行の抗弁権が無になってしまうという問題はある。

#### (4)-2 費用負担・土地工作物の所有者責任

##### (a) 費用負担

管理費用という問題もあるが、果実の帰属と表裏すると思うので、省略する。

##### (b) 717条の土地工作物所有者責任

717条の土地の工作物所有者の責任は、被害者との関係では、所有権がいつ移転したか否かで決定せざるを得ない。

##### (c) 原因行為の無効、失効の場合の法的関係との関連

[略]

その上で、林教授は、わが国において、売買契約における所有権の移転時期が、種々の法的効果を生じさせることに結びついているように考えら

れてきたが、所有権移転の時期についての考え方如何により、事が決する場合は、かなり狭まってきているのではないかとされ、所有権移転時期と結びついているように見える事例の多くは、所有権移転時期とは必ずしも関係がないのではないかと、ただ、(1)(a)の消滅時効や、(4)-1の損害賠償請求、(4)-2の土地工作物の所有者責任の場合には、所有権移転時期がなお問題となろうとされた。

そして、教授は、種々の問題の解決の差を左右するものは、所有権の移転時期をどこにすべきかという問題ではなく、取引の各段階でどの程度の段階に当該法的効果を与えるのが妥当かという観点から、もう一度所有権移転時期の問題を考え直す必要があるのではないかとされた。

### 3 討 論

#### (1) 北川善太郎教授発言

まず、北川教授は、概ね次のように述べられた<sup>27)</sup>。

判例は、一つの紛争として現れてきたものに対して、所有権の移転という形で問題を処理しているが、所有権の移転時期をめぐる論争が決定的な意味を持っているか疑問である。物権行為の独自性否定説・肯定説いずれをとっても、所有権の移転時期という問題は、当事者間とか第三者関係において、実際の利益衡量においては差が生じない立前の問題であろうという方向に行くだろう。そういう点で、この論争に一つの問題があると考えられる。

また、特に契約関係での紛争に絞って考えると、契約関係がある場合に、所有権の移転があるかないかによって、契約関係から生じてきた紛争を処理することは果たして妥当であるか、所有権移転に決め手を置くことは問題ではないか。

また、不法占拠者に対する損害賠償請求権についても、いずれの説かに

---

27) 我妻ほか・前掲注26) 私法24号53頁以下〔北川善太郎発言〕。

よって差が生じてくるだろうか。不法占拠者に対して所有権に基づく損害賠償請求でいくことはできるが、普通の場合だと、債権者としての地位から、たとえば債権者代位権、この制度をそこまで拡張できるかは問題であるが、これを活用することによって同じ結果は達成できる。

判例ならびに学説が、契約関係の紛争を所有権という構成を介して処理しようとしている方向は、問題ではないだろうか。物権変動論でこれまで処理されてきた法的関係について、契約法、契約関係から処理するという方向の構成をもう少し考える必要はないだろうかと思う。契約関係を処理する場合に、所有権がいつ移転しているかという形で処理する態度に対して、契約関係における類型化された契約上の利益の帰趨を取り出すという形で問題を処理する方向があるのではないかと思う。最近の判例では、契約の内容まで立ち入って問題を取り扱おうとしているわけで、逆の見方をすると、契約の内容から所有権を決めていこうとしている、そういう傾向が出ていると受け取れるのではないか。

## (2) 川島武宜教授発言

次いで、川島教授は、次のような指摘をされた<sup>28)</sup>。

第一に、日本民法では、債権と物権というものが当事者間では峻別されていないという観点で判例を見直すと、判例は、必ずしも契約成立と同時に直ちに物権が移転するというふうにはなっていないと、判例が抽象論としてそういう「法律構成」をしているのは、物権行為の独自性を否認するための言葉で、物権がいつ移るかという時期の問題は必ずしも当面の問題とはなっていない事件において、ただ筆が滑っていったという場合が多いことなどを、以前に書いたことがある。

第二に、日本民法では、取引当事者の間では、物権が債権契約の効力として移転する、言い換えれば、債権関係と物権関係とは完全に分離してい

---

28) 我妻ほか・前掲 26) 私法24号57頁以下〔川島武宜発言〕。

ない、物権関係は、債権関係の反射に過ぎないのだから、所有権がいつ移転するというふうに一般的な形で問題とすべきではなく、所有権のどのような内容はいつ移り、どのような内容はそれとは別の時期に移るかどうか、というふうに、考えていくべきである。これは、方法論としては、経験科学一般において重要視されている「Fuctionalism」であるとか、法学ではリアリズムであるとか、いろいろな言葉で言われている科学方法論一般の問題になる。すなわち、抽象的な或る言葉の「本質」というものの分析から出発していくのではなく、現実にとどのような具体的な条件にある場合に、どのような法的保護が与えられるか、ということの問題とすべきである。そして、次にそれをどのような概念および論理でもって表現し、かつそれを体系化していくかということが、問題となる。日本民法は、債権と物権とを当事者間においては峻別しないというフランス民法的な考えに立っていると思われるが、そういう言葉、概念あるいは論理というものが、現実の法的処理を表現しまた体系化していくのに適切であるか、というふうの問題を考えていくべきではなかろうか。事実、現在の判例を見ても、実際の取引界においても、果実や危険負担のように、ばらばらに「所有権」内容が移転するものとして処理されている。

本日の問題と関連して、次の点につき問題指摘だけをしておきたい。

動産の取引と不動産の取引との間に違いがあるかどうかについては、子細に検討すべき問題であると考ええる。

危険負担につき「債権者主義」といわれるもの、旧534条のような規定ができたのは、物権移転が起こりうるような取引については、いわば実質的に所有権を取得した者が危険を負担するという原則を言い表すために、このような表現をもつ原理が発達してきたのだと私は考えている。しかも、問題なのは、日本の取引慣行では、弁護士が関与する取引では、代金を完済した時とか引渡しを受けた時に危険が移転するという特約をつけており、これは民法と違うことをやっているのだと当事者は考えている。私の立場からすると、実質的には所有権変動の一側面が危険の移転というこ



となので、現在の日本の取引の実際には代金の支払とか引渡しの際に、危険負担という意味での「所有権」が移るといふ実質を持っている。そうすると、そもそも特約がなければ危険は契約と同時に、代金支払や引渡し等と関係なしに直ちに移ると解釈すべきかどうかまことに問題となる。

### (3) 加藤一郎教授発言

加藤教授は、次のような指摘をされた<sup>29)</sup>。

第一に、所有権という法的な概念は、もともと各種の利益のいわば結合点を示しているものであるから、所有権という一般的包括的な権利がいつ移るかということが問題ではなくて、危険負担であるとか、あるいは引渡しであるとか、そういう個々の問題毎に、具体的な関係を見ていく必要があるものであり、林報告には方法論的に全く賛成である。それはまた、英米法などにおいて所有権の移転というものが、一つ一つの事柄ごとに段階的、なし崩し的に考えられているということと照応するのではないかと思われる。そうすると、今まで議論されていた所有権移転時期一般というものをも問題とする実益は非常に少なくなる。

第二に、危険負担は、従来わが国では、所有権移転とは全く関係のない問題だと考えられていたが、所有権を分解して具体的な場合について考えていくとすれば、川島教授の指摘のように、所有権というものの一側面の問題として考えられるのではないか。我妻博士も、所有権移転時期について特約がある場合には、危険負担についてもそれまでは売主が負うという特約があったものとして扱うべきだとされている。危険負担のいわゆる債権者主義というのは不合理だと前から言われていたわけであるが、これも我妻説のように、所有者主義的に、つまり所有者が危険を負うというように、今後は解釈していくべきではないか、そして、その場合の所有権というものもやはり具体的に考えていくべきではないか、と考える。

---

29) 我妻ほか・前掲 26) 私法24号60頁以下〔加藤一郎発言〕。

第三に、林報告の中でも指摘されていたように、第三者に対する損害賠償請求、あるいは債権者の差押え、破産というような場合に、具体的な規定で解決されないで残る問題があり、その場合に所有権がいつ移転すると見るべきかを考えていかなければならないことになる。この点は、私としては、債権関係と物権関係とが離れずに一体をなしているというのが一応の原則であるから、残された問題については、一応売買契約時に所有権が移転するとしながら、代金支払の時あるいは引渡しの際に所有権が移るといような特約を広く認定することにより、具体的妥当性をもった解決が図れるのではないかと、実質的に考えても、契約時にそういう意味での利益が買主の支配のもとに一応は移っている、つまり、買主としては、代金を支払ってそのものを引き取るという権利をもっているわけだから、そういう意味で経済的ないわば実質的な支配権というものは、買主に移っていると考えてよいのではないかと思う。

#### （4）柚木馨教授発言

柚木教授は、次のような指摘をされた<sup>30)</sup>。

川島教授や加藤教授の指摘のように、抽象的な所有権というものを決めてかかり、それからすべての効果を導き出すということは妥当ではない。数々の効力が結集して所有権という概念が与えられている場合には、一応やはり所有権というものを考えて、その所有権の効力から外すべきものは外していくという方法をとることが解釈論としては妥当ではないか。一つ一つの効力について一つ一つの場合を考えるということは、折角所有権という概念ができていない場合に、解釈論としては不便な話ではないかと思うので、私の解釈態度としては、所有権とあれば一応所有権の原型を考え、そこから引き抜くべきものを考慮するという態度で対応している。

動産売買と不動産売買とでは、所有権移転の問題については、相当現実

---

30) 我妻ほか・前掲 26) 私法24号62頁以下〔柚木馨発言〕。

に相違があるのではないかと思う。

わが国で意思主義をとると、二つの意思表示が必要であるとする独自性肯定説をとることは賛成できないのではないか。ただ、所有権の移転時期については独自性肯定説が主張したことに多くの未練をもっており、独自性肯定説のように、売買契約の時に直ちに所有権が移転するのではなく、引渡しあるいは登記・代金支払の時に所有権が移転するのだということは、ひょっとすると取引慣行あるいは国民の法的意識に合しているのではないか、もっとも独自性否定説の立場からも、所有権は契約成立の時以後に生ずるという考えは十分成り立つと思う。

しかし、取引慣行あるいは法的意識が不動産なら登記、動産なら引渡しまたは代金支払の時に所有権が移転するというふうに確立しているならば、それでよいが、いろいろな考え方がありうるという状況では、従来の判例理論のように、売買契約成立時に所有権が買主に移転するというのが、法的安定という上から最も望ましいのではないかと考える。

#### (5) 林良平教授発言

林教授は、以上の質問に対して次のように回答された<sup>31)</sup>。

私の報告は、ごく試験的な大ざっぱな段階に留まったので、却って一つ方向としてはかなりのご承認を得たのではないかと感じたが、実際に今日の状況下でどう解釈するかというと、実はかなり柚木発言に近いようなことを考えている。

北川発言のように、契約責任というものが次第に取引者間のあらゆる法的関係を吸収していく、対外関係においても損害賠償請求権の問題としても進化をしていく、そしてこれまで所有権移転の問題として扱ってきたものもその中に多くの部分を吸収していくであろうという点に異論はないが、177条・178条の行為というような問題を考えるときに、契約責任とい

---

31) 我妻ほか・前掲 26) 私法24号65頁以下〔林良平発言〕。

う意味で、つまり当事者の意思を優越させるという意味で、これらの問題を吸収させることはできない、お互いの間だけでは勝手にできない問題に触れてくる。そこでは、公示の問題などいわば強行法規的といえるような種類の問題が最後には残ってくる。そこに最後まで物権的というようなものの存在は否定できないのではないか。

仮に北川発言のようになっていくとしても、今日の日本の段階においてどのような解釈をすべきか、統一的所有権の観念というようなものを一応否定してしまってもかまわないのではないかというアプローチの仕方をそのまま進めなければならないのか。私は、売買契約のプロセスの諸種の段階の一つ一つを全くばらばらにしてみることがあるいは望ましいのではないかと思っているが、しかしそうではなくてそのどこかの段階をとらえて、構成としては所有権の移転があるとして考えていってもいいのではないか、こういう考え方を持っている。したがって、判例のように売買契約により所有権が移転する、ただし、障害がある場合には例外を認めるというロジックで救っていくことで足りるので、所有権移転時期についてあえて判例と変わった考えをとる必要は今のところないのではないかと私は考えている。ただ問題は、川島発言にあったように、所有権移転という固定観念から離れて、引渡しが発生した場合はどういうことが起こるのか、代金支払が済んだ場合はどういうことが起こるのかということをも明らかにしていく、このようなことを一つ一つ丹念に検討してみることが必要であると考える。

なお、動産の売買と不動産の売買とでは、やはり差があるのではないかと、引渡しと登記の差に一つ大きな問題がありそうである。

また、危険負担の問題については、所有者ということで結びつけるのは論理の方では構わないが、実質上の根拠は、むしろ支配（占有移転）ということではないかと考える。

#### 4 我妻栄博士のまとめ

シンポジウムの司会を務められた我妻博士は、まとめとして次のように発言された<sup>32)</sup>。

博士は、動産売買における所有権移転という題で条約案を作ろうという1954年(昭和29年)のハーグの国際会議における議論を紹介され、フランスやドイツなど大陸法の人々は、意思表示あるいは引渡しにより所有権が移転するという事で議論を始めたが、北欧の人々は、特定の時期に所有権が移転するという観念はなく、売買契約の一連の進行過程のそれぞれの時期に、売主の債権者が差し押さえたらどうなるか、買主が破産したらどうなるか、売買の目的物により他人に損害を与えたらどうなるか、あるいは危険負担はどうなるかなど、問題を一つ一つ片付けていくのであるから、大陸法の人々の問題の取り上げ方自体に同調し得ない、と主張した。そこで、議長のモランディエル教授が、この議論を調停しようとして、危険負担はどうなるか、第三者の善意取得の問題だとか、いろいろの重要な問題は所有権移転時期とは別に考えてもよいが、それらの問題をすべて数え尽くすことはできないので、個別的な検討と解決に洩れるものを決定する最後の解決手段、最後の守り神として所有権移転というものを決めておこう、と提案し、ドイツやフランスなどの大陸法学者はこれに賛同した。しかし北欧側は、われわれには所有権移転という観念がないのだから、最後の守り神にするといっても承認するわけにはいかない、と主張し、合意には至らなかった。

今回のシンポジウムにおいて、従来の通説に対して新たな方法論を主張された方の立場は、いわば北欧型といえるのではないかと思う。ただ、日本では、176条があるので、所有権移転という観念がないとはいえない、だから最後の守り神として、所有権移転の時期を決めておくこともおかしくはない。最後の守りとして、所有権移転時期についての一般的な標準を

---

32) 我妻ほか・前掲26)私法24号81頁以下〔我妻栄発言〕。

明らかにしておく必要があるのかどうか、これが問題のぎりぎりの決着になるだろうという感想を抱いた。

また、法律概念や法律構成の進歩あるいは進化一般の問題として、次のようなことが指摘できる。売買における危険負担の問題とか果実の帰属の問題や、報告者や討論者によってあげられたような問題は、ローマ法ではおそらくカズイスティクに一つ一つ解決を迫られたものであろう。そうしているうちにやがて多くの問題を所有権の移転という観念でまとめてしまつて、そこから外れるものはその例外だと考え、いつ所有権が移転するかという理論構成を与えていったのではないか。そして、そのような理論構成を与えるということは、少なくとも法律関係の画一的決定と取引の安全という大きな効果をもたらしたのであろうと思われる。

ところが、そういう観念、構成が一つ固まると、今度はそれにとらわれて、その中に入れては困るような問題も無反省にこれによって解決するという弊害を生じてくる。そうするとやがて反対説が現れ、それを批判しながら統一的な概念そのものを壊そうと努力する。そうした構成・批判による崩壊・再構成と繰り返していく過程の中に進歩があるのではないか。本日の批判的立場はまさにその崩そうという意味において、非常な進歩を示しているだろうと考えられる。しかし、今日の議論は、従来の概念は硬直して甚だ不当な結果を導くという批判をされただけであつて、崩した結果どうすべきかという議論は、今後の問題に残されているという気がする。判例の言葉でいうと、所有権移転時期につき特約のある場合あるいは特別の場合というもの、典型化、あるいは類型化されていったときに、なおそれらのものに入らない場合についての最後の標準として所有権がいつ移転するかということを考えていく必要があるかないか、検討すべきであろう。なお、本シンポジウムでの報告者や討論者の発言は、短い時間の中で発言であるから、それぞれを何説と分類することは危険であり、それぞれの発言の要点をわれわれ自身の立場で自分のものとして理解していくことが必要であろう。

## 5 本シンポジウムのまとめ

以上、本シンポジウムにおける報告および発言の要旨を紹介してきたが、このシンポジウムで主として問題となったのは、売買契約における所有権移転時期を定める意味はどのようなところにあるのかであったと思われる。

そして、我妻博士が的確にまとめられたように、わが国で所有権移転時期の問題とされる多くのものは、所有権移転時期と区別して考えていくことができるので、問題を一つ一つ片付けていけば足り、所有権移転時期を定める必要はないと考えてよいか、それとも一定の場合には、所有権移転時期を定めておくことに意味があると考えるかの対立があったといえる。前者の考えに立つ法制としては、北欧諸国や英米法が挙げられ、後者の考えに立つ法制としては、フランス法やドイツ法などの大陸法が挙げられた。北川教授は、前者の考えに近かったのに対して、林教授、加藤教授、および柚木教授は、後者の考えをとられるようであった。

### 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

上記私法学会シンポジウムの林良平教授および川島武宜教授の発言から多くの示唆を得たとされる鈴木禄弥教授<sup>33)</sup>、我妻博士のまとめられた上記5の前者の考え方を全面に押し出し、特定物の売買契約において所有権移転時期を定める実益はなく、所有権は段階的にあるいはなし崩しの売主から買主に移転するとするなし崩しの移転説を提唱され<sup>34)</sup>、この学説

---

33) 鈴木教授が、前記私法学会のシンポジウムの報告から示唆を受けられたことは、教授自身が述べられている(鈴木・物権法の研究〔1976年〕145頁注(2))。

34) 鈴木・前掲注33)物権法の研究109頁以下(初出・鈴木禄弥「特定物売買における所有権移転の時期」契約法大系II 85頁以下〔1962年〕、同・物権法講義〔2訂版〕78頁以下〔1979年〕、同・物権法講義〔5訂版〕122頁以下〔2007年〕)。なお、太田知行教授は、鈴木教授がなし崩しの移転説を提唱されたのと同時に、不動産売買契約の当事者間において所有権移転時期を一定の時に確定することは、無益であり有害でさえあるとする著書を

は、有力な学者により支持されることになった<sup>35)</sup>。しかし、現在この説はなお有力学説に留まり、判例および多数学説は、特定物の売買契約において目的物の所有権は一定の時期に移転するとする立場を取っており<sup>36)</sup>、私見もこの立場に立つ。もっとも従来の多数学説のなし崩しの移転説に対する批判は、一般に、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は（以下の2(4)）、所有権の移転時期を一定の時に画する実益があるとするもので、当事者間の関係において（以下の2(1)）、また、当事者の一方と他方当事者の債権者との関係において（以下の2(2)(3)）、なし崩しの移転説に対する批判はほとんど見られなかった<sup>37)</sup>。しかし、本稿は、これらの関係の多くにおいても、所有権の移転を

↘ 公刊された（太田知行・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——〔1963年〕）。太田教授の見解については、以下の5でコメントする。

- 35) 星野英一・民法概論Ⅱ35頁以下〔1980年〕、内田貴・民法Ⅰ〔第4版〕433頁以下〔2008年〕、千葉恵美子＝藤原正則＝七戸克彦・民法2物権〔第3版〕220頁（藤原）〔2018年〕など。奥田昌道教授は、当初はなし崩しの移転説に親近感を示されたが（奥田昌道「所有権移転の時期」不動産取引判例百選〔増補版〕99頁〔1977年〕）、その後、引渡、代金支払、登記のいずれかと所有権移転時期を結びつける見解に合理性があるように見えたとされ（奥田昌道「所有権移転の時期」不動産取引判例百選〔第2版〕125頁〔1991年〕）、さらに、売買契約成立時移転説を取られるに至ったようである（奥田昌道「不動産売買における所有権移転の時期」不動産取引判例百選〔第3版〕67頁〔2008年〕）。奥田教授のなし崩しの移転説批判は、奥田昌道「鈴木民法学の一断面」太田知行＝荒川重勝＝生熊長幸・民事法学への挑戦と新たな構築6頁以下〔2008年〕に見られ、これについては後述する。柚木＝高木補訂・前掲注9）判例物権法総論〔補訂版〕108頁以下は、第2節3(4)で触れたように、なし崩しの移転説に親近感を示されているが、なし崩しの移転説を取られたわけではなく、基本的には売買契約成立時移転説に立たれているというべきである。
- 36) 吉田邦彦・所有権（物権法）・担保物権法講義録50頁〔2010年〕、松岡久和・物権法90頁以下〔2017年〕など。
- 37) 鈴木教授と最も華々しい論争を繰り上げられた石田喜久夫教授も、後述のように第三者に対する関係で所有権移転時期を定める意義があると主張され、当事者間の関係においては、「明示的に所有権が売主から買主へ移転した旨の合意が存する場合——登記ないし引渡や代金支払の有無は別として——に、買主が所有権確認訴訟を提起したのに対し、これを拒否することは、果たして妥当であろうか、疑問なしとしないことを、つけ加えておく。」とされていた程度である（石田喜久夫・前掲注5）物権変動論132頁）。石田穰・物権法146頁以下〔2008年〕、松岡・前掲注36）物権法93頁など参照。



一定の時に画することには実益があるとするものである。以下、なし崩しの移転説の主張と問題点を見ていくことにする。

## 1 鈴木禄弥教授の問題意識

教授は、これまでの所有権移転時期をめぐる論争には、次のような問題点があるとされた<sup>38)</sup>。

### (1) 特定の時期に所有権が移転するとする考えの問題点

売買契約における所有権移転時期に関するいずれの説も、他の説を制圧するほどの決め手はない。特に、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。また、代金支払、引渡し、登記のいずれかがなされた時に所有権が移転するとする説は、それぞれの関連を明らかにする必要がある、また、代金の一部支払、占有改定による引渡し、仮登記などの場合にどのように扱うかについての納得のいく詳細な解答をすることが必要であろう。

### (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

売買契約における所有権移転の過程において、いつ所有権が買主に移転するかについての社会一般の意識が確立しているとは思われない、危険負担や果実収取権の移転時期など、個々の事項につき意識調査をする方が生産的であり、所有権一般の移転の時期についての意識調査をすること自体に無理があると思われる。

---

38) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究109頁以下。

### （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

売買契約成立時移転説も売買契約だけでは所有権は移転しないとする説も、売買契約のプロセスにおける実際の法適用においては、ほとんど差がないのであり、そうだとすれば、これらの学説の説くいわゆる「所有権の移転」は、果たして共通の意味内容を持つのであろうか、そして、そもそも、売買のプロセス上のある時点で所有権が売主にあるのか買主にあるのかを論ずること、の実益が果たしてあるのかが疑われてくる。

## 2 所有権移転時期を確定する実益の有無

鈴木教授は、（1）売買契約当事者相互の関係、（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）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、のそれぞれにおいて生ずる法的問題において、所有権移転時期を確定する実益はないとされる。そこで、以下、教授の考えとこれに対する学説の批判を紹介し、教授の主張の正当性を検討しよう。

### （1）売買契約当事者相互において

鈴木教授は、売買のプロセスにおいては、売買契約当事者相互の権利義務は、当事者が契約自由の原則によって定めた売買契約の内容によって律せられるのであり、当事者間に生ずる法的問題において、所有権移転時期を定める実益はないとされる。当事者間に生ずる法的問題において所有権移転時期を定める実益はないとの鈴木教授の主張に対する反論はあまり多くはない。しかし、改めて検討してみると、この点に関しても、以下の(a)の危険負担および果実収取権の移転時期と、(b)の所有権確認訴訟の可否、については教授の主張は正当であるが、(c)の目的物の引渡請求権・所有権移転登記請求権と、(d)の処分権能の移転時期、については、所有権移転時期を定める実益があると言うべきであろうと私は考える。

(a) 危険負担および果実収取権の移転時期

i 鈴木教授の主張<sup>39)</sup>

α 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。これらがいつ買主に移るかは、所有権移転とは別に当事者が自由に約定しうる問題であり、また、かかる特段の約定がない場合にも、民法の法文上（危険負担については、旧534条〔改正法における危険負担の移転については、以下のivで触れる〕、果実収取権については、575条）、所有権移転の問題とは別のこととして規定されている。

β 代金支払、引渡、登記のいずれかがなされた時に所有権が移転するとの理論を前提として、危険負担や果実収取権も、代金支払等のなされたときに、所有権とともに移転するものと解しようとする説があり（川島・広中）、この説によると所有権移転の時期が大きな意味を持つように見えるが、これらの説にあっても、その重点は、危険負担や果実収取権が代金支払等のなされた時に買主に移るという点に置かれているのであって、所有権移転なるものは、要件としての代金支払等と、効果としての危険負担等の移転とのいわば中間項として、思考整理上の意義をもつにすぎず、所有権移転そのものについて論究しなければならない必然性は少しもない。

ii 学説の批判

篠塚昭次教授は、危険負担の債権者主義に関する旧534条は、極めて不合理であるから、代金支払、目的物引渡、所有権移転登記のいずれかがなされた時に目的物の所有権が売主から買主に移転し、その時に危険負担も買主に移転すると解すべきだとする解釈論に立ち、危険負担の移転時期を決定するためには、所有権移転時期を決定することが不可欠だとされ、鈴木教授が、もし、危険負担を所有権移転に代わる機能的メルクマールとして活用されようとするならば、まず、前提となる危険負担の法理そのもの

---

39) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究146頁以下。

について、旧534条の文理解釈（債権者主義）ではなく、新しい視点を示される必要があるのではなかろうか、また、今日の不動産取引では、契約書中に「所有権移転の時期」を明記するのが慣行となっており、不動産取引の実務の現状からも、所有権の移転時期を軽視するわけにはいかないのではないか、果実収取権が引渡まで売主に留保されるのは、目的物管理の報酬的性格が強いと解すべきであり、所有権移転の時期に代置しうる機能的性格は乏しいのではないかとされた<sup>40)</sup>。石田喜久夫教授も、果実収取権の所在は、所有権の所在と必ずしも一致しないが、仮に危険負担者を所有権の所在によって決めるべしとの解釈論をとるとすれば、所有権の移転時期は連動的に重要視されなければならないこととなる、鈴木教授は、所有権移転を云々しなくても、篠塚教授と同一の結論を抽出しうるとされるが、危険負担に関する鈴木教授自らの見解を示して欲しかったと思うのは、私のみではあるまいとされた<sup>41)</sup>。

これに対して、川井健教授は、なし崩しの移転説が主張するように、当事者間の紛争の解決は、危険負担、果実の帰属に見られるように、民法上は、契約上の問題として処理されるのだから、売買契約当事者間では所有権移転時期はあまり重要とは言えないとされた<sup>42)</sup>。

### iii 検 討

これらの点に問題はないか。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るのであるが、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。」(206条)のであるから、売主から買主への目的物の処分権能の移転もそれらと並んで重要であると考えられるが、教授はその点には直接触れられていない。処分権能の移転の問題につ

---

40) 篠塚昭次「不動産所有権移転の時期について——鈴木禄弥教授の批判に答える——」民事研修232号12頁以下〔1976年〕。

41) 石田喜久夫・前掲注 5) 物権変動論131頁以下。

42) 川井健・民法概論 2 物権〔第2版〕21頁〔2005年〕。

いては、以下の(d)で検討する。

旧534条の危険負担の移転時期については、梅謙次郎博士は、所有者が危険を負担するという考え(所有者主義)をとらず、物の引渡債権を有する債権者が危険を負担するという債権者主義を採用した理由につき、売買契約成立後、物の価格が上昇しても、買主は契約で定めた代価を支払えばよいのだから、利益は買主が得ることができる、そこで、危険負担について、利益の帰する所、害もまた帰すというローマ法以来の原則に従った(フランス民法初め多くの立法例も債権者主義による)、危険負担について当事者間で特約をしたときは、その特約による、とされた<sup>43)</sup>。また、果実收取権の移転時期については、梅博士によると、売買の目的物の所有権が買主に移転したときに果実も買主に属すべきものであるが、物の危険は、売買契約成立の時に買主に移転することとしたから(旧534条)、これとの権衡では、所有権が売買契約により直ちに買主に移転しないときでも、契約成立時に果実收取権が買主に移転するとするのが筋であるが、これでは適当ではないので、便宜のために、575条において、物の引渡しまでは果実を売主に帰属させ、引き渡し後は買主に帰属させることにしたのであって、これは所有権の移転如何に関わらないことであるとされている<sup>44)</sup>。

したがって、鈴木教授の指摘のように、危険負担および果実收取権の移転時期については、わが民法は、所有権移転時期とは別のこととして規定しているので、一応所有権移転時期と切り離して考えてよい。

もっとも、民法典は、売買契約成立時に所有権が買主に移転するという考え方に立って作られたものであるから、事実上は所有権移転時期と危険負担の移転時期が結びついて見ることができないわけではない(債権者主義を定めた旧534条は、所有者危険負担の思想を基礎に据えているとするとする見解もある<sup>45)</sup>)。また、危険負担や果実收取権の移転時期を原則として

---

43) 梅謙次郎・民法要義卷之三債権編415頁以下〔大正元年版〕。

44) 梅・前掲注43)民法要義卷之三債権編536頁以下。

45) 潮見佳男・民法(債権関係)改正法の概要247頁〔2017年〕。

所有権移転時期と結びつけるべきであるとする考えも十分にあり得るのであり、鈴木教授の主張のβにあるように、この説（川島・広中説）は、その重点は、危険負担や果実収取権が代金支払等のなされた時に買主に移るという点に置かれていると言うべきではなく、やはり代金支払等のなされた時に所有権が買主に移るという点に置かれていると言うべきであろう。

#### iv 民法改正との関係

ところで、この危険負担の債権者主義には、学説上批判が多く、買主に物の支配可能性が移転（引渡し）するまでは、危険は買主に移転しないとする学説が多かった。そこで、今回の民法改正では、債権者主義を定めていた旧534条は削除され、履行不能の場合、債務者である売主の帰責事由の有無を問わず、買主は、売買契約を解除することができることとし、それを前提に、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、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる。」とした（債務者の危険負担。もっとも、代金債権が当然に消滅するわけではない）。そしてまた、改正567条は、「売主が買主に目的物（売買の目的として特定したものに限る。以下この条において同じ。）を引き渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が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滅失し、又は損傷したときは、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。すなわち、改正法では、目的物の引渡しによって目的物の滅失・損傷に関する危険は買主へ移転するという考えがとられた<sup>46)</sup>。

したがって、改正法のもとでは、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てば、所有権移転時には買主に危険は移転しないということになり、所有権移転時期と危険負担の移転時期とは全く

---

46) 潮見・前掲注45)民法（債権関係）改正法の概要269頁。

別のものということになる。それに対して、引渡し、登記、代金支払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に立てば、所有権移転時期と危険負担の移転時期とはかなりの程度接近するといえよう。もっとも、いずれの考えをとるとしても、所有権移転時期と危険負担の移転の時期は、必ずしも結びつかないと理解してよい。

(b) 所有権確認訴訟の可否

i 鈴木教授の主張

教授は、売買契約当事者間では所有権確認訴訟を認めるべきではないから、当事者間では所有権の所在を確定する実益はないとされる。すなわち、売買の目的建物が未登記である場合、買主の売主に対する所有権確認訴訟を認め、この確定判決により買主への所有権移転登記をなしうるとすると、この確定判決は、残代金支払との同時履行の点とリンクされえないから、買主は残代金を支払うことなしに未登記建物についての所有権移転登記を実現できることになり、したがって、所有権確認訴訟は認められるべきではなく、買主が所有権移転登記を求めるためには、所有権移転登記手続請求訴訟で行くべきである、また、売買契約が締結されたがまだ買主が代金未払の場合に、売買契約成立時移転説によれば、買主から売主に対する所有権確認訴訟が許されそうであるが、仮にそれを認容する確定判決があったとしても、買主の目的物引渡請求、所有権移転登記請求、果実引渡請求等が当然に認容されるわけではなく、これらの給付訴訟の成否は、もっぱらそれぞれの請求が要件を満たすかにより決せられるのであるから、所有権確認訴訟は確認の利益を欠き、許されない、とされる<sup>47)</sup>。

ii 学説からの批判

石田喜久夫教授は、明示的に所有権が売主から買主へ移転した旨の合意が存する場合——登記ないし引渡や代金支払の有無は別として——に、買主が所有権確認訴訟を提起したのに対し、これを拒否することは、果たし

---

47) 鈴木緑弥「特定物売買の過程での所有権確認請求の可否」民法判例百選Ⅰ〔別冊ジュリ46号〕104頁以下〔1974年〕〔鈴木・前掲注33〕物権法の研究209頁以下所収。

て妥当であろうか、疑問なしとししない、とされた<sup>48)</sup>。川井健教授は、当事者間でも所有権の確認が問題となるときには、所有権の帰属を明らかにする必要がある、とされた<sup>49)</sup>。

また、広中俊雄教授や山野目章夫教授は、なし崩しの移転説は、個別の問題の処理にあたり、包括的に所有権の所在を決定する必要はないし、それは却って有害であるとするが、例えば、未登記建物の売買において、買主が所有権の登記をしようとする場合、買主は売主に対して所有権確認訴訟を提起して、その旨の判決を得たうえで、これを登記所に提出して所有権保存登記を申請することができるが（不登74条1項2号）、このような包括的な所有権確認の訴えを認める実益があるのではないかとされている<sup>50)</sup>。松岡久和教授も、同様の見解をとられる<sup>51)</sup>。

### iii 検 討

まず、売買契約成立時移転説によれば、契約締結だけで買主へ所有権が移転するから、代金支払、引渡し、所有権移転登記のいずれもがなくても、買主は売主に対して所有権確認訴訟を提起できそうに見えるが、確認訴訟を提起するには訴えの利益があることが必要となる。確認の利益は、原告である買主の権利または法的地位に不安が現に存し、かつ、その不安を除去する方法として売主買主間でその訴訟物たる権利または法律関係の存否の判決をすることが有効適切であるという場合に認められる<sup>52)</sup>。確認訴訟以外の紛争解決手段（給付訴訟など）が存在する場合には、原則として確認の利益は否定される<sup>53)</sup>。したがって、買主が売主に対して所有権移

---

48) 石田喜久夫・前掲注 5) 物権変動論132頁。

49) 川井・前掲注 42) 民法概論 2 物権〔第 2 版〕21頁。

50) 広中・前掲注 11) 物権法59頁、山野目章夫・物権法〔第 5 版〕32頁以下〔2012年〕。

51) 松岡・前掲注 36) 物権法92頁以下。

52) 新堂幸司・新民事訴訟法〔第 5 版〕270頁〔2011年〕、高橋宏志・重点講義民事訴訟法〔上〕〔第 2 版補訂版〕363頁〔2013年〕など。

53) 新堂・前掲注 52) 272頁、高橋・前掲注 52) 365頁、中野貞一郎ほか・新民事訴訟法講義〔第 2 版補訂 2 版〕143頁〔福永有利〕〔2008年〕。



転登記を請求できるのに売主がこれに応じない場合や、売主に引渡しを請求できるのに売主がこれに応じない場合には、買主は給付訴訟である所有権移転登記手続請求訴訟または目的物の引渡請求訴訟を提起すべきで、所有権確認訴訟を提起することはできない。

また、売買契約が締結されただけの段階では、買主の権利または法的地位に不安が現に存するわけではないから、買主は売主に対して所有権確認訴訟を提起することはできないが、もし、売主が第三者に対して、売買の目的物を二重に譲渡しようとしている場合には、買主は売主に対して目的物の処分禁止の仮処分および占有移転禁止の仮処分(民保23条1号・24条)を申し立てればよい。仮処分の申し立てに当たり、買主としては、被保全権利の存在および保全の必要性を疎明することになるが(民保13条)、被保全権利としては、売買契約に基づく所有権移転登記請求権および目的物の引渡請求権を掲げることになるから、買主へ所有権が移転しているか否かは問題とならない。以上の意味において、鈴木教授の主張は正当である。石田喜久夫教授は、以上の点について検討されていないように思われる。

次に、未登記建物の売買において、買主が所有権の登記をしようとする場合、買主は売主に対して所有権確認訴訟を提起しうる実益があるのではないかとする上記の批判はどうか。未登記建物の売買において、買主が所有権の登記をしようとする場合、買主は売主に対して給付訴訟である所有権移転登記手続請求訴訟を提起して、確定判決を取得することができる。不動産登記法74条1項2号にいう「所有権を有することが確定判決によって確定された者」とは、所有権確認訴訟による勝訴の確定判決ではなく、所有権移転登記手続請求訴訟の勝訴の確定判決であってもよい(大判大15年6月23日民集5巻536頁<sup>54)</sup>)。買主は、この判決により所有権保存登記をなしうる)。それ故、買主が売主に対して所有権移転登記を請求できるのに売主がこれに応じない場合、買主は給付訴訟である所有権移転登記手続請求訴

---

54) 山野目章夫・不動産登記法380頁〔2009年〕。

訟を提起すべきで、所有権確認訴訟を提起することはできないと解すべきであろう。そしてこのことは、鈴木教授が主張されるように、売主は買主の提起する所有権確認訴訟では、残代金支払との同時履行の抗弁権を主張できない点からも妥当であると言えよう。

したがって、売買契約の当事者間では所有権確認訴訟を提起できないとする鈴木教授の主張は正当であると言えるのではないかと考える。

(c) 目的物の引渡請求権・所有権移転登記請求権

i 鈴木教授の主張<sup>55)</sup>

鈴木教授は、売買契約のプロセスにおいては、もっぱら契約関係が支配し、物権的請求権は登場する余地がないとする立場（鈴木教授はこの立場に立たれる）からすれば、所有権の移転時期如何を問題とすることなく、買主は売主に対して、売買契約に基づいて目的物の引渡請求権や所有権移転登記請求権を行使することができ、売主は代金未払であれば、同時履行の抗弁権を行使しうることになる、とされる。そして、教授は、なお、当事者間で所有権移転時期を確定することは、論理的に絶対必要なものではないことの比較法的傍証は、スカンディナヴィア諸国の立法に見られる、とされる。

ii 学説の対応

この点については、これまで、なし崩しの移転説に反対する立場からもほとんど批判はなかったようである<sup>56)</sup>。もっとも、篠塚教授は、不動産取引の実務においては、「代金支払完了の時」に「所有権」が売主から買主へ移転するとする不動産売買契約書がほぼ定着している状況で、そのような条項がない場合に、「所有権」が買主に帰属したにもかかわらず、代金未払いということで、売主は所有権移転登記を拒絶できないのではない

---

55) 鈴木・前掲注 33) 物権法の研究114頁以下。

56) 奥田昌道教授も、なし崩しの移転説を批判される中で、当事者間の関係の規律においては、所有権がすでに買主へ移っているのかいないのかは問題にならないとされている（奥田・前掲注 35) 民法法学への挑戦と新たな構築 7頁）。

か、売主がもし代金の支払いを確保したいなら、「所有権」の移転そのものを留保しておくべきなのである、として鈴木教授の主張を批判された<sup>57)</sup>。

### iii 検討

#### α 売買契約に基づく所有権移転登記請求権・目的動産引渡請求権

(ア) 不動産売買契約に基づく所有権移転登記請求権　鈴木教授の主張のように、買主が不動産の売買契約に基づいて売主に対して所有権移転登記請求権を行使する場合、買主への所有権移転時期を問題とすることなく、所有権移転登記請求権を行使することができると言えるだろうか。

確かに、買主は売主に対して売買契約に基づいて所有権移転登記請求権を行使し(改正560条)、これに対して、買主が代金未払であれば、代金支払との同時履行を売主は主張することができ、鈴木教授の主張のように、目的不動産の所有権の所在とは一見無関係であるように見える。しかしながら、所有権移転登記は、所有権移転の対抗要件であるから(177条)、買主が所有権移転登記を具備するためには、所有権が買主に移転していることが前提となるはずである<sup>58)</sup>。

判例理論である売買契約成立時移転説を前提とすれば、買主としては、売買契約の成立を主張・立証できれば、目的不動産の所有権は買主にすでに移転しているから、その対抗要件としての所有権移転登記を請求できることになる。そして、もし買主が代金未払いであれば、売主は代金支払との同時履行を主張することができる。これに対して、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、たとえば代金の支払と引換えに所有権を移転するとする特約を締結することができ、この特約は有効であり、この場合には、代金支払までは目的物の所有権は買主に移転しないから、代金支払前に買主が所有権移転登記を請求しても、売主は、所有権は

---

57) 篠塚・前掲注40) 民事研修232号14頁以下。

58) 甲斐道太郎「特定物売買における所有権移転時期の問題——鈴木・石田論争を中心に」民事研修270号20頁〔1979年〕。

まだ買主に移転していないことを理由に、買主の請求を拒否できる。同様に、所有権移転時期につき、たとえば売買契約成立時から1年後に売主から買主へ所有権を移転するとの特約があれば、売買契約成立時から1年が経過する前に、買主が所有権移転登記請求権を行使しても、売主は、この特約により所有権はまだ買主に移転していないことを抗弁として主張し、買主の請求を拒否できることになる。

前掲最判昭33年6月20日（民集12巻10号1585頁）は、不動産売買契約（特定物売買）が締結された場合において、買主に対して直ちに所有権移転の効力を生ずるものと解すべきであるが、特にその所有権の移転が将来なされるべき特約がある場合には、その特約で定めた時に所有権が買主に移転する（傍論）、としていることから、このことは明らかであろう。また、東京高判昭50年2月26日（判時775号132頁）は、代金4200万円の不動産の売買において、手付金300万円、残代金中700万円については買主は売主に同月末日までに支払い、それと同時に所有権移転登記をする、残代金の支払いについては後日作成する公正証書によるという内容の売買契約が締結され、買主は即日手付金を支払ったが、買主の策略により売主が登記関係書類を買主に交付し、買主が第三者に当該不動産を譲渡し、売主から第三者への所有権移転登記を経由したという事案につき、本件においては、所有権移転時期については、少なくとも残代金700万円の支払およびそれと引換えになされるべき所有権移転登記のあったときとする黙示の特約が存在したものとみるのが相当であるから、手付金300万円しか支払っていない以上、買主はまだ本件不動産の所有権を取得しておらず、したがって、第三者も所有権を取得し得ないから、第三者の登記は実体を欠くものであり、売主は登記の抹消を求めることができるとしたものである。このように、不動産の売買において、買主が売主に対して売買契約に基づき所有権移転登記請求権を行使しても、所有権移転時期につき特約があり、特約で定めた所有権移転時期が到来していないときは、売主は、所有権移転時期の未到来を理由に請求を拒絶できると言うべきである。

鈴木教授は、売買契約のプロセスにおいては、もっぱら契約関係が支配するとされる。不動産売買契約は、売主が不動産の所有権を買主に移転することを約し、買主がこれに対して代金を支払うことを約することによって、効力を生ずる(555条)。したがって、売主は買主に対して代金支払請求権を有し、買主は売主に対して目的不動産の所有権移転請求権を有する。この所有権の移転時期について当事者は特約を締結することができ、この特約も、契約関係であり、これに当事者が支配されることは、鈴木教授も認められるであろう。それ故、買主が売主に対して所有権移転登記請求権を行使しても、所有権移転登記は、所有権移転の対抗要件なのだから、売主は、この所有権移転時期についての特約の存在を主張・立証して、特約で定められた所有権移転時期までは、買主に対して所有権移転登記の履行を拒むことができることになる(民法改正により、560条〔新設〕に、売主は、買主に対し、売買の目的物である権利の移転についての対抗要件(登記)を備えさせる義務を負う、との規定が設けられた)。したがって、なし崩しの移転説の主張のように、所有権の移転時期如何を問題とすることなく、買主は売主に対して、売買契約に基づいて目的物の所有権移転登記請求権を行使することができる、とは言えないことになる。

もっとも、鈴木教授は、当事者の意識においては、所有権移転ということのうちに、危険負担と果実収取権の移転が考えられるのが普通であるから、この二つのものの移転時期につき別段の約定がなければ所有権移転の時期の約定とは実はこの二つのものの移転の時期の約定のことであると解釈されるべきであろうし、所有権移転の時期のほかに、危険負担移転の時期および果実収取権移転の時期が約定されたときは、合意された所有権移転の時期は、実質的にはほとんど無内容になってしまうとされている<sup>59)</sup>。そうすると、鈴木教授にあっては、売買契約における所有権移転時期についての特約は、所有権移転登記請求権との関係でも、契約内容として意

---

59) 鈴木・前掲注33) 物権法の研究123頁以下。

味がないということになる。

しかし、これは、教授が、所有権移転の内容には、基本的には危険負担と果実収取権の移転だけがあると考えられ、次の(d)で取り上げる処分権能の移転という重要な点を看過されていたためではないかと思われる。特定物の売買契約において、契約当事者にとって、目的物の処分権能（目的物を第三者へ譲渡する権能、第三者のために目的物に用益物権や担保物権を設定する権能など）を買主がいつ取得するかは極めて重要なことからであり、所有権の移転時期とは、目的物につき完全な使用収益・処分を買主がなしうようになる時、とりわけ処分権能の買主への移転の時と考え、契約当事者は、所有権移転時期につき特約をなしていると考えべきではなかろうか。鈴木教授のように、所有権移転の時期のほかに、危険負担移転の時期および果実収取権移転の時期が当事者間で約定されたときは、合意された所有権移転の時期は、実質的にはほとんど無内容になってしまうと考える学説は、ほとんどなく、多くの学説は、当事者間で売買の目的物の所有権移転時期を定めることは、果実収取権の移転および危険負担の移転以外の内容を有する所有権の移転があると考えているのではないかと思われる。そして、これは、(d)に見る処分権能の移転なのではなかろうか。

以上に述べたことは、買主への所有権移転時期につき売買契約成立時移転説に立った場合であるが、代金支払・登記・引渡時移転説を視野に入れたらどうか。買主が売買契約成立時移転説を前提に、売主に対して売買契約に基づき所有権移転登記請求権を行使してきたのに対し、売主が、代金支払・登記・引渡時移転説を前提として、これらのいずれもがまだなされていないことを抗弁として提出することも可能である。もちろん、この説は判例理論ではないから、裁判所によってこの抗弁は認められないということになるだろうが、このような抗弁が提出されたときは、買主への所有権移転が生じているかどうか論点となる。

同様に、判例理論とは異なり、代金支払・登記・引渡時移転説を前提とすれば、買主が売買契約に基づき所有権移転登記請求権を行使するには、

買主は、売買契約の成立と買主への目的不動産の引渡しまたは売主への代金支払（＝買主への所有権の移転）を主張・立証する必要があるというべきである。もっとも、買主が売買契約の成立と目的不動産の引渡しを主張・立証しても（所有権は買主に移転）、買主が代金未払であれば、売主は代金支払との同時履行の抗弁権を主張しうる（改正533条〔旧533条〕）。他方、買主が売買契約の成立を主張・立証できても、買主への引渡しも売主への代金支払も立証できなければ、目的不動産の所有権は買主へ移転していないから、買主の売買契約に基づく所有権移転登記請求に対して、売主は所有権移転登記を拒むことができることになる。もっとも、所有権移転時期につき、売買契約当事者間で、例えば売買契約成立時に所有権が買主に移転する旨の特約があれば、買主は、売買契約の成立とこの特約の存在を主張・立証して所有権移転登記請求権を行使しうることになる（もっとも、買主が代金未払であれば、売主は代金支払との同時履行の抗弁権を主張しうる。改正533条〔旧533条〕）。

以上のように、買主が売買契約に基づき所有権移転登記請求権を行使する場合も、所有権移転登記は、不動産所有権の対抗要件なのであるから、売主から買主へ所有権が移転すると同時に、または所有権が移転した後に、買主は所有権移転登記請求権を行使しうるのであって、鈴木教授のように、所有権の移転時期如何を問題とする必要はないとは言えないと考える。

なお、上記 ii の篠塚教授の批判であるが、民法は、売買契約成立時移転説を前提として、所有権を取得した買主は、売主に対して所有権の対抗要件としての所有権移転登記を請求しうるという考えに立ち、ただし、売主と買主の公平の観点から、所有権を取得した買主にとって最も重要な所有権移転登記と売主にとって最も重要な代金支払とを同時履行としていっていると考えられるから、この構成自体特に批判されることではないであろう。

(4) 特定動産売買契約に基づく目的動産引渡請求権 次に、買主が特定動産売買契約に基づいて売主に対して動産の引渡請求権を行使する場



合、買主に所有権が移転したと無関係に動産引渡請求権を行使することができるか。特定動産売買においては、買主への引渡しは、動産所有権の対抗要件であるから（178条）、その具備のためには、所有権が買主に移転していることが前提となるはずである。売買契約成立時移転説によれば、売買契約の成立によりすでに所有権は買主に移転しているから、売買契約の成立だけを主張・立証すれば足りる。ただし、買主が代金未払であれば、売主は代金支払との同時履行の抗弁権を主張しうる（改正533条〔旧533条〕）。しかし、所有権移転時期につき、例えば契約成立後1か月後に所有権を移転するとの特約があれば、売主は、この特約によりまだ買主に所有権が移転していないことを抗弁として主張できると言うべきであろう。

これに対して、引渡しまたは代金支払のいずれかがなされた時に買主に所有権が移転するという説を前提とすれば、買主は、売買契約の成立だけを主張・立証すれば、売主に対して売買契約に基づく目的動産引渡請求権を行使しうるわけではなく、買主は、売買契約の成立と売主への代金支払を主張・立証する必要があると言うべきである。

このように、買主が売買契約に基づき目的動産引渡請求権を行使する場合も、所有権の移転時期如何を問題とする必要はないとは言えないのではないかと考える。

なお、買主が特定動産売買契約に基づいて売主に対して動産の引渡請求権を行使する場合、買主に所有権が移転したと無関係に動産引渡請求権を行使することができる場合がある。これは、売買契約成立時移転説を前提とし、当事者間の特約で、買主への所有権移転時期を例えば代金支払時とするが、それ以前に売買の目的動産の使用収益を買主に許す場合である（所有権留保特約付売買）。この引渡しは、動産所有権の対抗要件としての引渡しではないから、買主としては、売買契約の成立と上記特約の存在を主張・立証して目的動産の引渡しを売主に請求することになる。

#### β 所有権に基づく所有権移転登記請求権・目的動産引渡請求権

また、鈴木教授の考えとは異なり、売買契約当事者間でも物権的請求権



を行使できるとする立場からすれば、買主は所有権に基づいて売主に対して目的物の引渡請求権や所有権移転登記請求権を行使することもできるが、この場合は、もちろん買主に所有権が移転しているかどうかが問題となる。そして、この立場からすると、売買契約に基づく所有権移転登記請求権や引渡請求権が消滅時効にかかっても、所有権に基づく所有権移転登記請求権や引渡請求権は、消滅時効にかからないことになる(1961年私法学会シンポジウム林報告・第2節2(1)(a)参照<sup>60)</sup>。

#### (d) 処分権能の移転時期

所有者は、自由にその所有物を使用、収益及び処分する権利を有する(206条)のであるから、買主は、所有権の最も重要な権能としての処分権能を取得する。この処分権能を買主はいつから取得するか。

##### i 鈴木教授の場合

この処分権能の取得時期については、鈴木教授は直接には触れられていない(川島教授も同様である<sup>61)</sup>)。もっとも、後掲の原島重義教授の批判に答える形で、鈴木教授は、買主(ないし売主)と第三者との間のある法律関係を処理する前提としては、目的物が買主ないし売主に属するかを一応決めなければならない場合があることは否定できないが、そこで決定されなければならないのは、①まさに当該の問題のみに関して、かつ、②買主ないし売主と第三者との関係において、買主ないし売主に所有権ありとすべきかであり、売主と買主との間で所有権がいずれにあるかを確定する実益はないとされている<sup>62)</sup>。

##### ii 学説の批判

原島重義教授は、売主から買主へ売買されても、①買主がさらに第三者に質入れや賃貸できるかどうかは、買主に権限があるかどうか、つま

---

60) 鷹巢信孝・物権変動論の法理的検討15頁〔1994年〕。

61) 川島・前掲注11)民法I152頁は、取引当事者の間の関係では、物権変動が何時生じたかは、物権変動による実質的諸利益が何時から移転するかということにはかならないとされ、実質的諸利益として、主として利用・果実・危険負担を挙げられる。

62) 鈴木「特定物売買の過程での所有権確認請求の可否」民法判例百選I105頁。

り、売主から買主への所有権移転を問題とせざるをえないだろう、② 買主が第三者に転売し、第三者がさらに他の者へ転売した場合、売主は買主へ所有権が移転していないことを理由に、無権利の第三者に対して所有権侵害を理由として損害賠償を請求する場合（最判昭35年6月24日民集14巻8号1528頁）、売主に所有権があることを前提とする訴えを初めから否定するわけにはいかないだろう、とされた<sup>63)</sup>。原島教授は、処分権能という言葉は使われていないが、売主から買主へ所有権が移転する時に、処分権能も買主に移転するという考え方を前提に以上のように述べられていたと言えよう。石田穰元助教授は、処分権能は所有権の最も中心的な効力であり、多くの問題は処分権能がいつ移転するかにより解決されるとされている（そして石田元助教授は、所有権移転の時期として処分権能の移転時期が論じられれば十分であるとされ、原則として不動産物権変動にあっては、登記の時、動産にあっては引渡しの時であるとされた<sup>64)</sup>。つまり石田元助教授は、所有権の移転とともに処分権能も買主に移転するのであり、処分権能の移転時期を所有権の移転時期と考えればよいとされ、所有権の移転時期＝処分権能の移転時期を定めることは重要であるとされているのである。

### iii 検 討

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、処分権能の問題もこれらと並んであるいはこれら以上に重要な問題であるといつてよい（原島教授や石田元助教授も同様の見解であろう）。処分権能の買主への移転時期については、果実収取権および危険負担の移転時期の場合と異なり、民法には規定がない。しかし、これは、民法が、所有権移転の時に買主に処分権能が移転することを当然の前提としているためであると言えよう（原島教授の叙述からもそれは窺える）。特定物売買契約のプロセスにおいてある一定の時に所有権が買主に移転するとする説によれば、所有権移転の時に買主に処

63) 原島重義「特定物売買と所有権移転時期」民法の判例〔第2版〕42頁以下。

64) 石田穰・前掲注37)物権法149頁。

分権能が移転するということになる(原島教授や石田元助教授も同じ考えであらう)。

したがって買主が目的物につき所有権を取得した後に第三者に売買の目的物を処分(譲渡, 賃貸, 担保権の設定等)した場合には, 第三者は目的物につき有効に権利を取得できるが, 買主が売買の目的物につき所有権を取得する前に第三者に売買の目的物を処分(譲渡, 賃貸, 担保権の設定等)した場合には, 買主は処分権能を有していなかったのであるから, 売主は買主に対して債務不履行責任を問うことができるし, 第三者は目的物につき有効に権利を取得できないことになる(もっとも, 目的物が動産で, 第三者が192条の即時取得の要件を満たせば所有権を原始取得する)。そのような意味において, 売買契約当事者間において, 売主から買主に処分権能がいつ移転するか, すなわち売主から買主に所有権がいつ移転するかは重要な問題であると言える。

この点につき, 鈴木教授は, iに挙げたような形で反論されたのであるが, 買主に所有権(=処分権能)が移転する前に第三者に処分がなされたのか, それとも買主に所有権(=処分権能)が移転してから第三者に処分がなされたのか, 明らかにされなければならず, 売買契約当事者である売主から買主への所有権の移転時期が重要であることには変わりはない。