

## 物權變動論のその後の展開 (一)

滝 沢 肆 代

- 一 はじめに
- 二 民法一七六条の側面から
  - (1) 所有権移転時期の概観
  - (2) 契約成立時期の問題(以上本号)
- 三 民法一七七条の側面から
  - (1) 「法定取得—失権」の検証
  - (2) 対抗の一般理論
- 四 結び

### 一 はじめに

一九八六年に拙著「物權變動の理論」を發表してから一〇年に近くなった。その間わたくしは諸般の事情からむしる家族法その他の領域に関心を寄せてきたのであるが、いずれ物權變動と対抗の問題に立ち戻って私見の立場を検証するとともに、残された問題への対応を論じてみたいとは常に考えていた。幸いその後に發表されたこの分野

での研究は昨今相当の分量になってきており、それらとの接点を確認する仕事に適当な時期となったようである。本稿では、注目されるいくつかの論文に言及しながら、わたくしの議論に足りなかった部分を補い、また諸説との間に求められるべき共通項を探りつつ、物権変動論の現状を把握し直すとともに、今後のあるべき方向について改めて私見を整理したいと考えている。

このような発想の故に本稿は、必ずしも緊密な構成を念頭に置くものではなく、むしろ必要に応じて書評のような論述方法を含めながら、理論と取引の現実の両者を視野に入れて自由に議論を進めたいと考える。また、論述の順序も極めて平凡ではあるが、民法一七六条と民法一七七条の二つの側面からアプローチすることとし、それぞれの中心的論点を基軸として所有権移転時期の問題と対抗理論を再び取り上げなければならぬ。

まず前者の問題は、その後契約成立の時期に関する議論へと発展しているため、これが伝統的な解釈論の課題に何をつけ加えうるかは極めて興味深いところである。そこで、契約締結上の過失論、信義則論との関連を含めて、この領域における近時の判例、学説を参照しつつ、わたくしの立場からは、所有権は契約成立時に移転するという原則を有効に機能させるために、契約成立の基準時を設定し直すことが可能であるかどうかを考察をめぐらすことになる。他方、第二の問題である対抗理論に関しては、結局「法定取得—失権」の立場を説き直すことになるのであるが、その延長上において、近時注目されている対抗の一般理論を取り上げ、「第三者に対抗しえない」という法概念の特色を二重譲渡以外の領域においても若干検討してみる必要があるかと考えている。

右のような試みに際して若干の危惧があるとすれば、法解釈学の目ざすところについて学界に必ずしも共通の理解があるとは言えないかもしれないという点である。総じて言えば、条文数が相対的に少なくかつ簡略なわが国の民法典の規定をいかに適切に運用、適用してゆくかについて、様々なアイディアと可能性を提示することが課題とされてきたわけである。しかし、実践の側面において——言いかえれば政策的に——、いかなる価値判断

を優先させるかについては本来優劣をつけ難く、客観性ある評価はなしえないという一般的理解があった。それ故法解釈に唯一の正しさを求めないことは暗黙の約束事である。とは言え、全ての解釈的提言が幾許かの目新しさの故に等しく並列的に共存することでは十分ではなく、相互的な検証作用によって必要な情報に正確さを求め、価値判断にコンセンサスの可能性を探り、推論の誤りなきを期すことが学問の手續きとして不可欠とならう。このようにして実用法学はよりよいソーシャルコントロールに寄与しうるものとわたくしは考えてきた。

もっとも、立法が充実し、解釈論への依存度が減少するに従って、右のような努力の対象は相対的に実務を離れ、具体的な裁判、立法への働きかけよりもむしろ社会における法の機能のあり方に問題点を探り、法体系の中に未知の議論を切り抜く創造性が求められるにちがいない。しかし、当面本稿の目的は、旧稿に示した私見の実用性を探ることに帰するのであるが、そこには公正な手續きを通してより普遍的な評価を求める過程から、あるべき解釈論を導きたいという願望がある。いずれにしてもその願望が推論を歪曲することがないよう心しつつ、諸説との間に真に建設的な意味での妥協と共存の道をも探ってみたいと考える。

## 二 民法一七六条の側面から

### (1) 所有権移転時期の概観 争点の整理

所有権移転時期の問題はそもそもどのような性質の議論であったのか。民法一七六条の解釈問題であることは確かであり、とりわけ売買契約により所有権が移転する時点をどう捉えるかについて、今日一般的には契約成立時移転説、登記・引渡・代金支払時説、段階的移転説(なしくずしの移転説)が学説に併存し、判例は伝統的に第一の立場をとってきたことが知られている。

学説史を遡るならば、民法制定当時のこの問題の考え方がフランス法的意思主義にあったことは立法の経緯からも十分理解できることである。民法一七六条を民法一七七条とともにフランス法継受の規定と性格づけうることとはわたくしも先に論じた<sup>3)</sup>。しかし、ドイツ法学の隆盛期に、この領域においてもドイツ的な物権行為の独自性、無因性を採用する解釈論が登場し、民法一七六条の意思表示は物権的意思表示であるとする理解が議論を根底からゆさぶることになる。フランス法主義の再確認は末弘、我妻説によってなされ<sup>4)</sup>、他方ドイツ法主義の立場からは、物権行為の独自性説に拠って日本的取引慣行を理論化するという末川説が生まれた<sup>5)</sup>。それらの融合の結果、民法一七六条のフランス的理解を維持しつつ、所有権移転時期だけを登記・引渡・代金支払時とする考え方が定着し、ほとんど通説と見られている状況がある。この間、売買契約の有償性故に所有権は代金支払時に移転するべきであるという川島説<sup>6)</sup>が注目されているが、川島教授が登記、引渡時にも所有権は移転するとされたため、必ずしも独立した解釈理論とはなりえなかった経緯が見られる。

右のような議論の展開に含まれる争点の中心は、第一に民法一七六条の意思表示の内容如何であろう。フランス法的意思主義が物権契約と債権契約を区別せず、両者の融合の中で物権変動が生じると解していることは確かである。しかし、日本民法典においては、物権変動に関してフランス法主義を継受しつつも、同時履行に関する民法五三三条、売買契約を債権契約として規定するようにも読める民法五五五条、他人の物の売買を無効としない民法五六〇条等がドイツ法的解釈への契機を与えていることも否定し難い<sup>7)</sup>。それ故、フランス法主義を確認しつつも、民法一七六条の解釈に際しては、物権的意思表示と債権的意思表示を区別した上で、両者の併存を肯定しかつ有因主義を介在させておくことが適当であろうとわたくしも論じてきた<sup>8)</sup>。民法一七六条は物権的意思表示のみを指すものと解さないのは、ドイツ法のような形式主義を採らない場合に物権的意思表示だけを独立させる意義が乏しいからであり、この点は多数の学説により指摘されている<sup>9)</sup>。

にもかかわらず、登記・引渡・代金支払時に所有権が移転することを原則とする場合には、そこに物権行為が認められるからであるとする独自性説の説明が最も説得力ある裏づけとなるため、再び物権的意思表示に注目せざるをえなくなる。この意味で、意思主義であり独自性を否定するが所有権移転の時期だけを登記・引渡・代金支払時とする説は、独自性肯定説に容易に移行する理論的基盤の上にあることを十分自覚しておく必要がある。民法一七六条の意思表示は物権的意思表示であるという理解は、単純明快である故に極めて魅力的であるけれども、仮に再びこの立場に立って立論する場合には、末川説とどこが異なるのか、何をつけ加えうるのか、それを超えうるものであるか否かの検証が不可欠であろうと考える。<sup>(10)</sup>

第二の争点は、契約成立時に所有権が移転することの合理性である。実はこの点にこそ疑問が投げられたのであって、第一の問題の存在が議論を複雑にし、混乱を導いたと見るべきであろう。判例がこの立場に依拠してきたのはそれがフランス法理論だからであり、フランス法継受の歴史的必然性故にこれがわが国の伝統的な判例理論となってきたわけである。これに対しては、理論的な側面から、取引意識の観点から、さらには裁判実務における実益の無さという点から、くり返し疑問が投げられ、その結果わが国の学説は、フランス法主義の日本的ヴァリエーションとして、登記・引渡・代金支払時に所有権が移転するという原則を立てることになったと解される。

フランス法主義が右のような修正を許容しうるかは、契約時移転説の根拠を探ることにより明らかにしうるはずである。この点についてはわたくしは、フランス法の意思主義がローマ法的な引渡主義の概念化により形成されたものであって、契約成立時移転はすなわち引渡がなされるべき時に移転すべきであるという論理の表現にすぎず、結局は当事者意思をその根拠とするものであると論じてきた。<sup>(11)</sup>したがって、日本的な意思主義が登記・引渡・代金支払時移転に一般的な当事者意思を認めるのであれば、所有権移転時期の修正は理論上も成り立ちうると言わなければならぬ。問題はむしろこのような修正がどうしても必要であるのか、契約成立時移転よりも修正理論の方が

ペターであると言いつかれるかであろう。

### 修正理論の問題点

登記・引渡・代金支払を基準時とするためには、それらに共通する一貫した理論的裏づけが求められるであろう。すなわち、原則論であるためにはその根拠に十分な説得力がなければならず、かつ基準時にふさわしい明快さが求められる。この意味では、登記、引渡、代金支払時に取引慣習を基盤とする物権的合意があると見た末川説は相当程度右の条件を満たしている。これに対し、フランス法主義に依りつつ所有権移転の時期だけを修正する立場は、主として川島説が理論的ベースであったために、売買の有償性を援用されることと登記、引渡時移転との接点がいかに不自然である。原島説が指摘されたように信用授与の形態を併せて考慮しなければならぬわけであるが、その形態は多様であり、必ずしも登記、引渡を直ちに所有権移転と結合させない<sup>(12)</sup>。結局、物権的合意とは異なるかたちでそこに一般的な当事者意思を推定し、その裏づけを実社会の取引意識に求めることがこの立場の実質的根拠と解さざるをえないようである。

では何故取引意識は右のような三つの時点において所有権移転を肯定するのであるか。三つの時点は、売買契約が進行し、当事者がもはや引き返す余地なく契約関係に取り込まれていることを外形的に明らかにしている点で象徴的である。末川説の先駆的な着眼の根拠もまさにこの事情にあったはずである。また、それ以上に三者に共通する理論的基盤は認められないであろう。加えて、議論の前提には、使用・収益に密着させた所有権概念の実質的な把握があると考えられる。これに対しフランス法の所有権は、少なくとも民法理論においては、引渡が公正証書中の引渡条項に置き換えられた時点で観念化した。その結果所有権移転義務は即時の履行により消滅し、買主の代金債務と同時履行に立つるのは目的物の引渡、登記義務であるという理解は、フランス民法典の基本原則として明文化されている<sup>(13)</sup>。同様の議論はわが国でも一部の学説には定着してきたのであるが、所有権の観念性が思想的、体系<sup>(14)</sup>

的に受容されるまでには至らなかつた点に問題の根源があると解される。

所有権概念の把握

契約成立時移転説と修正説の対立が所有権概念の捉え方の相違によるのではないかという疑問は、旧稿でも指摘したところである。<sup>(16)</sup> さらにつけ加えうる議論があるとするならば、所有権移転手続の在り方が所有権内容の把握に影響を与えるのではないかという点である。すなわち、ドイツ法のように物権の合意と所有権移転行為によって所有権が移転する体制は、フランス法主義と比べて当然ながら所有権の実体の移転という考え方によりなじみ易い。なぜならそれはローマ法以来の引渡主義そのものであって、占有移転<sup>(17)</sup>引渡を念頭におく動産所有権の移転方式の中でこれを典型的に確認することができるであらう。それ故ドイツ法学の影響によって日本法の解釈に登記・引渡が伝統的に承認されており、両者の間に混乱を生じるといふ状況は、まさに独仏法混淆的継受の日本法に典型的な現象の一端にほかならないと考えられる。

所有権概念の把握に見られる独仏法のこのような相違については、一九九三年に発表された坂本論文が、極めて興味深い分析を試みておられる。すなわち、ドイツの学説を通して見た所有権は、物自体に対する支配権から物の有用性に対する支配権へと変化し、それに伴って引渡主義は後退したのであるが、にもかかわらず、ドイツ法理論の下では、物の有用性の排他的支配者が交代するという現象的画一的移転は不可避的に生じると指摘される。<sup>(18)</sup> これに対しフランス法理論における所有権は、物を特定の法主体に専属させる権利として觀念化され、それにより、契約当事者間における所有権移転自体を消滅させたと解されるようである。<sup>(19)</sup> 言いかえれば、所有権移転は所有権者の地位の交替として定義し直され、契約当事者以外の第三者に対する対抗力をどう捉えるかが新たな問題として生じるわけである。このような理解とともに、筆者は所有権の包括的移転を否定する考え方に共感を示しておられる。<sup>(19)</sup>

が、同時に契約成立時移転説の理論的根拠をも提供されることになった。

当面の課題との関連では、坂本教授の議論の意義は、従来単に観念的所有権とだけ表現されてきたものの中味を「所有権者たる地位」と捉え直し、その移転の可能性を指摘されたところにある。思うに、包括的所有権の実体から、登記、占有、果実收取権、危険負担等々が取り出されたときに最後に残るものが観念的所有権であるとするならば、<sup>(20)</sup>それは空になった所有権の枠によって示される全ての権能の帰属点にはかならず、所有権者としての名義に置き換えうるかもしれない。そこでは、この帰属点が契約成立時に移転することは、契約の拘束力を確認し、履行によって各権能がやがてこの帰属点に集結することを予告する効果を持つと見ることができよう。所有権の帰属点は責任の帰属点でもある故に、不法行為者に対する妨害排除請求権、損害賠償請求権の帰属点ともなりうるわけである。

右のように、所有権移転時期の問題が所有権自体の理論的把握に向けられたことは、注目すべき議論の展開であった。しかし、これによって諸説の対立が直ちに解消することにはもちろんならない。たとえば、鷹巢教授の近著<sup>(21)</sup>においては、所有権を「排他的支配意思」と定義することにより、登記・引渡・代金支払時説の裏づけとする試みも見られるのである。論者は、当事者意思の解釈を媒介として、結局所有権移転を意思の問題に解消せしめる解決を提案しておられるようである。たとえば、代金を支払った買主は自己に「排他的支配意思」があることを示し、売主に帰属している「排他的支配力」を買い取ったことになると説明される。<sup>(22)</sup>占有や登記は「排他的支配力」の徴表である。こうした議論の延長上には、恐らく所有権概念の発生史を探ろうとされる加藤教授の最近の研究、ローマ法に遡ってドイツ法主義を見直す津野助教授の研究等<sup>(24)</sup>を位置づけることができるであろう。議論は哲学的かつ社会学的に深まりかつ広がるはずである。

しかし、当面われわれが取り組んでいるのは民法典の規定の解釈であり、その限りにおいての理論的、実地的な



問題である。使用、収益、処分、の権限を含む包括的な権利としての所有権の定義は、対立する三つの立場のいずれにおいても承認されている共通の前提である。またこの所有権が合意の効果として意思のみで移転する点にも争いはない。問われているのは所有権がいつ移転するかであり、しかも契約当事者間での原則をどう立てるかである。さらに言えば、問題は結局占有と切り離された観念的所有権の即時移転を受容できるかに帰するであろう。

観念的所有権は近代法の一つのテクニクであり、ドイツ法の下でも合意 (Einigung) によって移転する。ただその合意は公示手段と結合されているため、当事者の意思が明確であること、第三者に対しても確定的に効果が生じること等の理由で、鷹巢教授が指摘されたように「目的物に対する排他的支配意思」の移転と捉えることができ、日常的感覺における所有権移転との乖離が少ない。これに対し、同じ観念的所有権の移転を債権契約成立時に予想しているフランス法の下では、契約関係が流動的で不確定要素が大きいため、それだけリスクが大きくなる。また、所有権が右と同様に定義された場合には、無から有への飛躍が大きい故の抵抗も避け難い。しかし、観念的所有権の中味自体は現実の占有及び公示以外のあらゆる要素を含みうるという意味で単一のものであり、これにあって情緒的な表現を与えることは必ずしも正確を期することにはならないと考えられる。

観念的所有権を契約成立時に移転させることに對しては、契約当事者間の公平の点からも疑問が投げられるのであるが、理論の観点からは、それ程不公平ではないと考えられることを旧稿でも論じてきた。<sup>(25)</sup> 對極の考え方を採り、代金完済時に所有権が移転するとしたならば、売主の二重譲渡を広範囲に許容する結果となり買主に対して公平を欠くであろう。ルールを設定する場合には窮極のところどちらか一方当事者に有利な決定をなさざるをえない。とすれば、買主の方に有利である契約成立時移転は、取引安全保護の一つの表現とも言えるのではなからうか。<sup>(26)</sup>

このように見てくると、契約成立時移転説への疑問が契約成立時期はいつかという議論に発展して行くことには必然性があり、かつそれが極めて妥当であると言えよう。実際、従来の売買契約の成立は、売りましょう、買いま

しよりの合意とともに生じるといふ觀念的な把握だけが前提となつていたことは確かである。それでも法理論の構造を論じるには足りるのであるが、問題は取引慣行、法意識のレベルに及び、社会学的な裏づけを伴つた實際的な解釈論を導くことが課題とされているわけである。加えて、二重譲渡の成立根拠を問い、いわゆる對抗問題の法的構成を追求してきた民法学の状況の中で、売買契約をとりあえず債権契約と捉えて對抗問題を回避しうる点で、登記・引渡・代金支払時説が魅力的であることは十分理解できる。しかし、契約成立時移転の原則を避けても二重譲渡問題がなくなるわけではないことは言うまでもない。<sup>(27)</sup> いずれにしても、契約成立過程に関する研究を取り上げるに先立って、ここではもう一度所有権の段階的移転説に注目しておきたいと考える。

#### 所有権の段階的移転説

昭和三六年度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」<sup>(28)</sup>は、討論の対象を一応動産に限定してはいるが、当面のテーマをめぐるそれまでの学説の集大成と見ることができ、かつそれ以後における論争の出発点をなすものと評価することができる。改めて読み返してみると、「売買当事者間における履行請求は、物権の移転、所有権の移転という論理で根拠づけなくてもこの問題の処理は不可能ではない」とし、「今までの学説は、取引の一定の段階でどの程度の所有権の内容が移転するか、そのどの程度のものが移つたときに所有権が移転する」といふ表現をとるのかということをめぐつての論争であるといふふうに整理できる」とされた林教授の分析<sup>(29)</sup>や、「所有権の内容が一括していつ移るかというふうに、『所有権』移転の時期というふうに考えない方がいいんじゃないか。そうして、所有権移転のどういう場面がどういう段階でうつるのかというふうに問題を考える」と指摘された川島教授の発言<sup>(30)</sup>などに、後の段階的移転説への強い傾斜を認めることができる。そこにはフランス法理論への根本的な懐疑があるとともに、概念法学を避け、取引の実体に即した解釈論を旨とする結果、現象としての所有権移転が必要以上に注目されている状況があると考えられる。

しかし、法解釈は、とりわけ基礎理論の領域においては、民法の条文を補充するかたちでのルールの設定にはかからないから、売買の実務的プロセスを觀察することとは一応別の問題としなければならぬ。しかも、取引の実態からここで求められているような一般原則を導くことが極めて難しいことは、既に実証されていると言えよう。<sup>(31)</sup>

帰納的な解釈論という考え方はあるが、当面の課題のような基礎理論とも呼びうるような基本原則は、民法典の理論体系をできるだけ反映していることが望ましいため、むしろ政策的な理念の設定になじむはずである。

とは言え、売買当事者間の法的関係については民法典の規定がある程度整っているため、所有権の帰属を決定する必要性が少ないことは、段階的移転説の指摘されたとおりである。またフランス民法典と異なり、わが民法は所有権移転時期を明文化していないのであるから、置かれている条文で対応すればよいというのも一つの考え方であろう。しかし、所有権がどこにも所在しない状態を肯定することは、所有権内容の分在が生じる他の種々のケースと問題処理に均衡を欠く点がとりあえず疑問となる。法体系はやはり包括的所有権の所在決定がありうるという約束を持つのであり、その決定が困難であるからと言って決定を放棄することは適當ではない。のみならず、この点に関しては、鈴木説に対する石田、広中、篠塚教授等の批判を通して、一定の状況の下では所有権の所在の決定が必要になることが明らかとなっており、その限りで段階的移転説の限界が確認されている。<sup>(32)</sup> さらにわたくしは、果実収取権、危険負担等の規定を適用する場合にも、所有権の所在を踏まえた理論構成を加えることが議論をより安定させ、明確な説得力をつくると考える。フランス民法典にもわが国の民法五七五条のような規定はもちろんあるわけである。<sup>(33)</sup>

段階的移転説の主要な論拠の一つが民法一七七条にあることは、特に注目しておかなければならない。第三者に對抗しえない所有権が生じうる制度の下では、所有権の所在の決定は理論的に不可能と見ておられる。この点に關しては、對抗要件主義の構造がいかなるものであるかについての私見をもって既に答えたとし、また後にもう一度確

認したい。民法一七七条の側面を除けば、売買契約において登記・引渡は通常代金支払と関連付けられているため、所有権の段階的移転という表現はそれ程的確に実態を表現しているとは言えないようである。この立場はむしろ、所有権移転時期について原則を立てず、既存の民法の規定に依拠して処理すれば足りるという主張にその真髓があると考えられる。

#### 方法論の観点から

周知のように、鈴木説さらにはそれを支持される星野教授の立場は、一般的にいわゆる解釈理論に懐疑的である。条文と事実をできるだけ直接につなぎ、その間に利益衡量のみを介在させるという方法論<sup>34)</sup>は、解釈者が事実関係に最大限にコミットできる故に、具体的妥当性を柔軟に追求できる点が強味であると言えよう。<sup>35)</sup>反面、そこでは解釈理論は単なる法技術言いかえればその場限りのテクニックとなりがちであり、一貫した議論の骨格を示しえない。これに対し、民法典の歴史的背景、立法者意思等を可能な限り反映する解釈論が望ましいと考える場合、とりわけわが国のように条文数も少なく規定も簡略な法典を持つところでは、論理解釈の成果を含む解釈命題の定立が不可欠となるであろう。しかも、その種の命題に対しては、ある程度学界のコンセンサスがあることが、議論を不毛に終わらせないためにも必要ではなからうか。

右の考え方は、法解釈の作用が結局は紛争解決における「説得の技術」に帰するという理解を前提として<sup>36)</sup>いる。それ故、平井教授による「合理的な議論の必要性」という問題提起<sup>37)</sup>が今後適切なかたちで学界の指針とされることを期したいとも考える。まさに議論は説得の技術であるが故に、条文から出発する理論体系と帰納的な利益衡量の結合、柔軟な相互作用が求められるはずである。説得の最終の拠り所が条文の権威であることは明らかであるが、裁判官は単にそれを指摘するだけでは十分ではなく、その意義を示し、公平を保証し、かつ具体的妥当性への配慮を明示しなければならぬわけである。わたくしがかつて「柔軟な理論形成」<sup>38)</sup>を論じた際にも、不十分ながら右の

ような推論のプロセスを念頭に置いていたはずである。

他方、法解釈が学問的探究の一環としてオリジナリティーの提示を求めている面も否定しえない。探究の成果である諸説の中から選択し決定することは裁判官の役割とすべきであるかもしれない。しかし、法解釈が本来もつ実用的性格に鑑るならば、提案はただ目新しければよいわけではなく、通常いかに有用であるかの挙証責任を伴うものであろうから、議論の基本的な枠組に合意を求めることは必ずしも不可能ではないはずである。このように考えると、概念法学の拒絶が利益衡量への過度の傾斜を生み、条文に内在する理論体系を排除する結果、法解釈学が必然的に無節操になることは十分な危惧に値するであろう。とりわけ、わが国のように比較法研究が盛んな状況の下では、あらゆる国の法技術が関心の対象となりうるのである。しかし、民法学の求心力を高め、解釈論の乱立を克服しうるためには、結局立法の充実に期待するよりないかもしれない。<sup>(39)</sup>

段階的移転説は、極めてオリジナリティーに富んでいる反面、右のような本質的な疑問をも伴っている。この立場においては、法の歴史ないし系譜的研究はいかなる意味を持つのであろうか。単に知るに値する事実としてのみ探究の対象になるのであろうか。

まとめ

再び契約成立時移転説に戻るならば、この立場は判例理論であることに独自の意義をもつことがまず確認されなければならぬ。批判はそれを変えざるべきであるという主張をも含むはずであるが、そのためには他説がこれを十分超えるものがある必要がある。しかし、必ずしもそのようには見うけられないわけである。むしろ、批判の過程で判例理論の問題点が明らかにされたことに重要な意義があったと考えられる。

まず第一に、売買契約においては当事者が契約中で所有権移転の時期を特約する場合が多く、将来的にもますますこの方向に進むと予想される点がある。すなわち、原則論を適用する必要性が相対的に少ないし、かつ実益も少

ないのであるが、売買法に安定した理論的枠組を与えるためには、やはり議論の要となるこの点を不問とすることはできないと見た。契約成立時移転の原則は任意規定として契約を補充する機能を果すものであるが、それを解釈理論として設定することがここでの課題である。しかるに、従来の議論においては、法における所有権移転一般の論じ方がそのまま哲学されたり、取引社会における慣行や法意識という事実の探究が先行したために、全ての売買に共通して適用される原理を見出さなければならないという発想が問題に不必要な複雑さを持ち込んだのではなからうか。

第二に、フランス法に従って立てられた契約成立時移転の原則論については、売買当事者間の公平に反すること、一般の法意識に反することが疑問とされた。前者については、フランス法の理論構造に十分理解を深める必要があるとともに、何よりも所有権の観念性を体系的に受容し、一貫して議論の根底に据える必要があると考える。その上で、売主の引渡義務を核心としつつ、双務契約上のあらゆる制度を活用して当事者間の公平に配慮することができるはずである。また恐らくは、危険負担の理論にも新たな展開の可能性が開けるものと予想される<sup>(41)</sup>。

後者の法意識の点においては、指摘されている不合理が契約成立時期の問題と深くかかわっていることは疑いがない。登記・引渡・代金支払時説の主張は、要するに契約関係が所有権移転にふさわしいだけ安定している時点を探求したものと解しうるのではないか、そうであるならば、契約自体の成立を見直すことが契約成立時移転説を再評価する手がかりとなりうるのではないかという問題提起は、既に旧稿で試みた<sup>(42)</sup>。

この点を次に論じたい。

## (2) 契約成立時期の問題

### 契約の「熟度」

フランス法における売買契約の成立時期に関しては、わたくしはかつてフランス民法一五八三条の解釈として導かれて「物と代金の理論」を取り上げて、フランス法の下ではわが国の場合よりも理論的に契約成立時期の確定がより明確であることを指摘した。<sup>(43)</sup> この問題は、その後鎌田教授によって日本法に固有の観点から論じ直され、早くから判例の分析が試みられてきた。<sup>(44)</sup> そこで提唱された契約の「熟度」という考え方は、<sup>(45)</sup> 契約の成立時期を一律に画さずに、契約の進行段階に応じて適切な法的効果を認めてゆくという解決を志向するものであり、最近この領域における研究の多くが右の立場の影響の下でなされていることは周知のところである。<sup>(46)</sup> 他方、契約の成立時期にかかわるわが国の判例は、近時注目を浴びている契約締結上の過失という観点からもしばしば分析が試みられている。<sup>(47)</sup> これらの研究成果が契約成立時移転説にいかなる影響を及ぼしうるかが問題である。

#### 横山論文の成果

まず注目されるのは、先の鎌田教授の問題提起を承けてフランス法における契約成立時期の理論と実務を検討された横山論文<sup>(48)</sup>である。その主たる関心は端的に所有権移転時期の問題に向けられているが、フランスでの議論がむしろ「所有権移転という効果を生じる契約がいつ成立(完成)するか」に向けられているところから、前契約(avant-contrats)という概念によって把握されている売買契約成立前の段階の法的状況、とりわけ双務予約ないし仮契約の効力を分析された。その結果、わが国の解釈論への示唆として、「現在の学説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ことに慎重であり、むしろ、当事者間の合意の解釈を通じて、所有権は公正証書作成時に移転すると解する傾向にある」とまとめられている。<sup>(49)</sup> また、「所有権移転時期に関する明示的合意がない場合に所有権がいつ移転するかは、個々の契約解釈によって決せられるべき問題である」とし、その解決は「あくまで個別的に」行い、『原則』に頼るべきではない」と論じられた。<sup>(50)</sup>

フランス法の下では、民法典一五八三条が所有権は契約成立とともに移ると明記しているため、そもそも原則論

を探るといふ問題は起りえない。しかし、契約がいつ成立するかは予想以上に難しい問題となることを右の研究から十分窺うことができる。論文はむしろわが国の同種の判例の分析をも視野に収め、比較検討の中から「熟度」に応じた契約処理のルールを導くという方向に進められたならばより有意義ではなかったかとも考えられる。

いずれにしても、所有権移転時期の合意がない契約において、契約の解釈からそれを明らかにすることができればこれに拠りうることは言うまでもなからう。のみならず、取引慣行を介在させることによって、わが国であればたとえば登記時に所有権が移るといふ解釈を導きうる可能性は、従来からの議論の延長上にある<sup>(51)</sup>。しかし、どの程度の適用範囲かは別として、民法典が補充規定として働かなければならない状況に対して原則の適用があることは、フランス法の当然の前提ではなからうか。逆に、契約の成立時期をめぐる多彩な議論の背後には、それが原則として所有権移転と結びつかなければならぬという共通の認識があるわけであり、わが国についても同じ原則を前提とするのでなければ、比較法の成果を生かすことは難しいであろう。

所有権移転時期と密接にかかわる双務予約の効力に関しては、右論文は、古来それが終局契約の締結を義務づける効力を持つ趣旨であったところ、民法典一五八九条が「売買予約は売買の効力を有する」という法格言を明文化した後、予約により所有権移転の効果が生じるといふ解釈が広まったことを指摘しておられる<sup>(52)</sup>。民法典が確立した意思主義の影響をそこに認めることができるはずである。学説は、予約と本契約の効力を区別する立場と両者を同一視する立場に分れ対立しているが、やはり後者が多数のようであり、判例は一貫して後者によってとされる<sup>(53)</sup>。

他方、後日公正証書により終局契約を締結すると定めた双務予約の効力に関しては、これを私署証書の効力という観点からも評価することができる。この点に関しては、後に公正証書を作成するという条項が付加されているも、私署証書だけで完全な売買契約の成立を認めるのがフランスの判例であるとわたくしも旧稿で論じた<sup>(55)</sup>。横山助



教授は拙稿のこの部分に対し、むしろ判例は分れており、公正証書作成時に契約が成立するとした例も多いと指摘される。<sup>(56)</sup> 前者の例は一二件、後者の例は一件挙げられているわけである。問題は後者であるが、これらの事案において、いずれも契約当事者が公正証書作成に特に重要な意味を付与しているという特徴が認められる。すなわち、公正証書の作成を特に短期間に限ったり、代金支払や所有権移転の成果をそれに結びつけたり、解除条件と明示したりしているケースにおいては、確かに契約成立は公正証書作成時とされている。しかし、それ以外の一般的なケースにおいては、やはり私署証書により契約は完全な効力を生じるのであり、むしろそれが原則であることを、拙稿よりはるかに詳細な例をもって証明しておられると見ることができよう。むしろ、契約成立時期の決定は、本来的に事案の特徴と結びついて柔軟になされうることを示された点に重要な意義があるのではないかと考えられる。

#### 河上論文の問題提起

さて、契約の成立時期をめぐるわが国の判例に関して、鎌田教授の問題提起を發展させておられる研究のうちでも、とりわけ一九八八年の河上論文<sup>(57)</sup>は、現行民法典の枠組をあえて疑いつつ、契約成立のプロセスを根底から確認し直そうとする深い考察を示された。その対象はいわゆる契約締結上の過失という領域をも広く取り込んでおり、判例分析の結果、契約の成立時は「現実履行の強制がふさわしい時期」として捉え直すことが妥当であると論じられた。<sup>(58)</sup> また、「契約は連続した社会関係の一部として観察されなければならない」とし、「契約の完成はドンデン返し<sup>(59)</sup>のリスクを伴ったいくつもの中間的合意や小さな約束の積み重ねとして成熟して行くものであり、その態様も目的物・取引類型・交渉の『場』に応じて様々であること、同時に、責任のあり方も、それらの諸要素をはじめ交渉の進捗状況・先行行為の妥当性・交渉のイニシアティヴ・挫折原因の主たる原因などによって相関的に決定される<sup>(60)</sup>」を指摘されたわけである。このような考え方によれば、「現実履行の強制がふさわしい時期」は、合意の成立

という伝統的基準によるよりも、契約の背後にある社会的諸事実を踏まえて、「当事者が現実履行の強制をやむをえないと考えるであろう時期」として捉えることが適當ではないかとし、意思理論への疑問を投じておられるようにも見うけられる。

所有権移転時期についても試みられてきたのと同様に、契約のプロセスを社会的事実として観察し、そこから現実に即した解釈論を導くという方法は、かつて来栖教授が目ざされた社会学的法律学<sup>(61)</sup>に帰するであろうかと考えられる。その手続きは必ずしも明確にはなされていないが、いずれにしても社会的事実を探り、観察することそれ自体からは、社会学的法則が導かれることはあっても、直ちに法規範は生まれなければ<sup>(62)</sup>であった。規範をつくるのは、選択し決定する政策志向的意思であると言わなければならない。当面の「契約の熟度」への対応に際しても、中間的合意や小さな約束の全てに法的意味を持たせることはできないわけであり、法的効果を与えるための規範的枠組の設定が必要になるのではなからうか。

右のような意味において、横山論文が紹介しておられるフランス法の前契約の種々の形態が参考になり、交渉契約、優先契約、双務予約、片務予約等がわが国の法実務において持ちうる意義を再検討する必要があるのではないかと考えられる。しかし、これらの合意の法的拘束力が当然の前提とされているフランス法と比べると、わが国はやはり契約を守るべきであるという法意識は相対的に低く、逆に契約を離脱する自由が尊重される傾向にあるかと思われ<sup>(63)</sup>。それ故、中間的合意に規範の意味を与える解決はかなり難しいことが予想されるが、法的効力の基準を設定することが今後の重要な課題であることは明らかであると言えよう。

#### 契約挫折のケース

他方近時の判例においては、契約が一定の交渉段階にまで「熟した」後に一方当事者の離脱によって挫折すると、裁判所は不法行為ないし信義則を援用して損害賠償責任を肯定するという例が多数認められる<sup>(64)</sup>。これらに対し

円谷教授は、契約締結の自由を否定するような解決になっていないかどうか、比較法的に検討する必要があると指摘された。<sup>(65)</sup> 不法行為の成否を検証することは別として、わが国の判例において好んで使われる信義則の中味を明確に理論化することは、一般的な課題とも言えるのであるが、とりわけ右の状況においては、損害賠償の根拠が明確にされていないため、疑問と批判が投げられるわけである。仮にそこに、フランス法に見られるような「交渉を継続する債務」<sup>(66)</sup>の発生を認めることができるならば、判決はより明確で説得力の大きいものとなるであろう。一連の判例により明確な理論構成を与えることは学説の任務とも言える。もちろんその他にも、売買の双務ないし片務予約を認めうる場合があるであろうし、<sup>(67)</sup> 実際には売買契約の成立を肯定した方がよい場合も含まれるはずである。<sup>(68)</sup>

さて、判例における売買契約の成立時期を検討された研究の成果は、これまでのところいづれも明確な基準を導くには至らず、様々な事案に対応して判例がほとんど個別具体的に契約の成否を判断している状況が指摘されている。<sup>(69)</sup> 全体として見れば少数の例外を除いて、判例は履行義務を認めるという意味での契約の成立を認めることには極めて消極的である。典型的なケースを最高裁昭和五八年四月一九日判決に見ることができよう。昭和四九年頃の売買交渉において、七百坪の土地を一億八千万円で売買する合意がなされている。手付(二千万円を契約時に支払う)、仲介料、地上建物の撤去等について合意が成立し、一ヶ月後に公正証書による契約締結を約した。その後売主から延期の申し入れがあり、契約条件の変更がなされた後、当事者は相互に契約書作成の準備にあたる書面を交換している。締結予定日に買主は代金を準備して公証役場で待ったが売主は現われず、土地は他に売却されていたというものである。原審は、「誠実に契約の成立に努めるべき信義則上の義務」を認め、不法行為責任として買主に對する信賴利益の賠償を命じており、上告審でそのまま肯定されている。

この種の契約挫折のケースにおいて裁判所は、契約の成否を理論的に明確にし紛争当事者に対して旗幟を鮮明にすることをあえて避け、信義則違反—信賴利益の賠償といういわば中間的な解決を可としているかのように見うけ

られる。その意味では過失相殺的な判決とも言えるであろうが、それだけに判例の「契約の成立に努めるべき義務」の中味は曖昧である。より理論的な対応としては、交渉契約の成立を認める、条件付契約、双務予約とする等がありうると見た。後者二つのうちでは、本契約の締結を義務づけるという意味での双務予約という理論構成が適切に機能するかと考えられる。もちろん、一般に説かれているように双務予約の独自性を認めず、既に売買契約の成立があると解することも可能である。ただ、履行義務の肯定に極めて消極的な判例の傾向に鑑みれば、双務予約について独自性を肯定し、違反の制裁を損害賠償のみにとどめるという構成をとることが、わが国の状況にはよりよく適応するよう見うけられる。なお、裁判所が契約成立に消極的である背景として解約手付の規定（民法五七条）の影響を考えてみることも、立法の妥当性の問題を含めて、重要なテーマとなるであろう。

#### 契約成立の理論

さて、契約成立の時期について各判決がとっている基本的立場は、当事者の合意が確定的と見うる時期を探るという姿勢にあると概括できるであろう。売買契約は建前上「売りましょう」「買いましょう」の合意によって成立しうるとしても、それは現実的な取引のバックグラウンドを持った当事者の真意でなければならぬから、法的効果を付与するに足る合意の時点が裁判所が主体的に認定することは、意思表示の解釈の一環として合理的であると考えられる。またその前提となる規範的基準が裁判所に与えられていることが望ましいことは言うまでもなからう。この観点からは、わが国の民法五五五条の定める売買の成立要件があまりに単純に過ぎることは問題であり、解釈理論として、少なくともフランス法のように売買代金の確定を追加的に要件と見ることが適當であるかもしれない。<sup>74)</sup>とは言え、判例は方法的にはより柔軟に、実質的にはより厳格に意思解釈を操作しているわけである。

右のような事情にもかかわらず、売買契約の成立は、従来民法五五五条の諾成契約の枠内で極めて観念的のみに論じられてきた。わたくし自身この点に反省がないわけではない。しかし、規範としての理論枠組のレベルで民法

典がいかなる構造を持ち、いかなる理論構成に耐えうるかは、それなりに独自の意義をもつ議論であって、その限りでこれまでにならぬ論じてきたところを不要とは考えないし、またその内容を修正する必要もないと考えている。しかし、民法五五五条の諾成契約を成立時期の観点から理論構成し直さなければならぬことも確かである。

その際、河上助教授が指摘されたように、契約成立時を「真に履行が強制されてもやむを得ない時点」と確認することに恐らく異論はないはずである。なぜなら、契約はそもそも履行請求権を発生させるものとして定義されるのであるから。しかし、それ以前にまず、右の時点に到達するまでの交渉過程における合意の効力をどう把握するかが問題である。信義則あるいは不法行為により認められる損害賠償責任は、理念的には先に指摘したように、交渉契約、条件付契約、片務ないし双務予約等のいずれかに置き直すことができ、それぞれに対して損害賠償の範囲を画定し直す必要があると一応考えられる。ここでも結局意思自治の建前に従って、当事者の真意を探ることによりはじめて右の置き換えが可能になるはずである。しかし、いかなる意味でも合意の成立は認め難いような場合には、それぞれの状況に応じた不法行為責任がやはり残るであろう。このように解するならば、契約締結上の過失理論を肯定するとしても、その範囲は必然的に縮小されるわけである。

所有権移転の効果を伴う本契約の成立時期を把握する場合にも、同様に当事者意思の探究が基本となるべきであろう。ただこの場合には、撤回の自由をより慎重に考慮しなければならないため、どの時点に履行義務の確立を認めるかは、契約の拘束力に対する裁判所の規範的態度にかなり左右される。ぎりぎりの時点まで売買契約の成立を留保することを望むのがわが国の取引意識であるとするならば、やはり民法の規定に従って手付の交付を一つの基準とすることが明快な理論となるかもしれない。すなわち、解約手付であるからこそ、手付を交付した時に契約は成立したと解することができるわけであり、しかも、手付の金額に応じて契約の拘束力は強まると見ることになる。<sup>(76)</sup>

このように解しても、契約成立の時期は、結局裁判所が当事者間の個別具体的事情に配慮しつつある程度柔軟に決定するという大枠は維持されるはずである。そこによい意味での衡平がもたらされることを期待する一方、当事者の意思解釈という方法論を通して意思責任を明確にして行くことが改めて確認されなければならぬ<sup>(76)</sup>。この考え方はもちろん、契約の「場」に対する配慮を持ち込むことも両立しうるであろうし、さらには、意思解釈がもはや機能しないような状況の下で、補充的に意思責任以外の考え方が持ち込まれることを否定する必要もないと考える。

まとめ

売買契約の成立時期が、右に論じたように、契約の解釈の一環として当事者意思を探りつつより現実的に把握されるならば、所有権が契約成立時に移転することをそれ程不合理と見る必要はないわけである。むしろ所有権移転の効果が伴うことを前提として、契約成立時期を探ることが一つの方法論ともなるであろう。その結果、通常は恐らく登記・引渡・代金支払時よりも若干早い時期に契約成立が認定されることになろうが、何度もくり返すように、それは観念的所有権の移転時期である。実際、所有権移転時期の処理だけを考えれば登記・引渡・代金支払時説の方が単純明快ではある。ただ、安易にそれを採用しても、契約成立時期の問題は依然残されるのであり、しかもこの選択肢においては、結局債権契約の成立が原則となるに等しく、ドイツ法主義に大きく接近するものでなければ理論構成としての意義は少ないと考えられる。

最後に、フランス法の下でも多くの場合に公正証書の作成と所有権移転が結合されているため、売買契約を債権契約と物権契約に二分して把握することができる<sup>(77)</sup>と指摘されている点に言及しておきたい。端的に言えば、フランス法の中に現象としてそのような観察を許す側面があることは確かであり、とりわけドイツ法的な視点からそのような見方が提示されることはしばしばあると見うる<sup>(78)</sup>。しかし、本来のフランスの学説はたとえば、特約による所有

権移転時期の変更を履行の態様というレベルで捉えるべきであるとし、条件付あるいは期限付所有権の移転という理論構成を探っている<sup>(79)</sup>。他方、契約成立時移転の原則が特約の活用により揺らぐとともに、売主の所有権移転債務の存在が改めて注目されている状況も確かにある<sup>(80)</sup>。いずれにしても、ドイツ法とは議論の基本的枠組が異なるため、フランス法主義の基本原則においてはドイツ法的な理論を無理にあてはめることは意義が少ないことを確認しておく必要があるであろう。

(1) 本稿で比較の対象としているフランス法は本文のような状況にあるとわたくしは考え、学問的にわが国よりもより恵まれた状況にある捉えている。

(2) 滝沢聿代・物權變動の理論四九頁以下、一八二頁以下、同「物權變動の時期」民法講座2物權(1)三一頁以下、湯淺道男「物權變動論序説のための覚え書(二)」——近時の所有権移転時期論をめぐって——「愛知学院法学研究一九卷四号三九頁以下、小林克己「所有権移転の時期」現代民事裁判の課題(1)不動産取引一九九頁以下等参照。

(3) 滝沢・前掲書一五九頁以下参照。学説最初期の「意思主義的一体主義」については、湯淺・前掲論文愛知学院法学研究一九卷四号五〇頁注(七)参照。

(4) 未弘・前掲書上六一頁以下、我妻栄・物權法(民法講義Ⅱ)五三頁参照。

(5) 末川博「特定物売買における所有権移転の時期」民商二卷四号、同・占有と所有二〇六頁以下所収、同・物權法六五頁以下参照。

(6) 川島武宜・所有権法の理論二四八頁参照。その発展として、同・民法I総則・物權六六頁参照。

(7) 末川説(前注(5)参照)、また篠塚昭次・民法セミナーⅡ物權法第一分冊四頁以下、好美清光「物權變動論をめぐる現存の問題点」書齋の窓二九九号四頁以下等が強調されるところである。

(8) 滝沢・前掲書四五頁以下参照。

(9) 未弘・前掲書六三頁、我妻・前掲書五一頁、吾妻光俊「物權契約概念の後退」一橋論叢八卷四号三七六頁、山田晟「登記主義と有因主義の結合について」杉山直治郎先生還暦記念論文集二九頁等参照。

(10) たとえば、田中淳子「所有権移転時期論序説」愛知学院法学部同窓会創立三〇周年記念法学論集第一卷三二九頁

以下は、物権的意思表示と登記・引渡・代金支払時説に依りつつ債権契約と物権契約の区別を明確にすることが二重譲渡の議論に有益であろうと示唆される(同「不動産二重譲渡論へのひとつのアプローチ」——二重売買の債権侵害——)愛知学院大学大学院法研会論集一巻一巻九七頁以下はその発展と見うる。この議論においては、やはり民法一七六条に債権的意思表示を併存させることが適当と見うる。なお、右論文三二六頁は拙稿「物権変動の時期」民法講座2物権(1)四八頁の一文を引用しておられるが、出典を誤まって記載されたようである(注(32)参照)。

(11) 滝沢・前掲書一〇一頁参照。

(12) 原島重義「特定物売買と所有権移転時期」ジュリスト増刊民法の判例四九頁参照。なお、当面の問題が当事者間に特約を欠く場合の原則論であることを考えれば、川島説は当然代金支払時説で一貫されることが適当であったと言えよう。しかし、川島説は法社会学的観点を取り込み、取引意識にも配慮したいと考えられたわけである。有償性の原理を貫徹することを余りに硬直と見られた点もあつたのではなからうか。

(13) フランス民法典一五八二、一五八三、一六〇四〜一六二四条等参照。

(14) 来栖三郎・契約法(法律学全集)五一頁、加藤一郎・民法教室債権編二八頁、柚木馨・注釈民法(4)(旧版)一一二頁以下等参照。

(15) 滝沢・前掲書一八五頁参照。

(16) 坂本武憲「所有権移転の時期——特定物売買を中心に——」現代民法学の基本問題(1)一七九頁以下参照。

(17) 坂本・前掲論文現代民法学の基本問題(1)一八三頁以下参照。

(18) 坂本・前掲論文現代民法学の基本問題(1)一八七頁以下参照。

(19) 坂本・前掲論文現代民法学の基本問題(1)一九六頁以下参照。

(20) 観念的所有権の定義は従来必ずしも明確ではなかった。わたくしはごく一般的に物に対する直接の支配と切り離された所有権の諸要素を指すものという前提で論じているが、その場合にも、危険負担は本質的に観念的な要素であるため観念的所有権の内容に含まれると解することが適当であろうと考えている。とりわけフランス法の下では両者は切り離し難い。しかし、日本法を念頭において論じる場合には、本文のような想定も一応可能であろう。

(21) 鷹巢信孝・物権変動論の法理的検討(九州大学出版会、一九九四年)参照。

(22) 鷹巢・前掲書四二頁参照。



- (23) 鷹巢・前掲書六二頁参照。
- (24) 加藤雅信『所有権』概念発生の構造・私論(一)——土地所有権の発生と無体財産権の成立を手がかりに——『ジュリス ト』一〇六九号六九頁以下、津野柳一「ローマ法と現代法における所有権の移転——プロレゴローメナII『権限と取得方式』による物権取得論・研究の視角——」法学新報九六巻七二八号八九頁以下参照。
- (25) 滝沢・前掲論文民法講座2物権(1)五五頁参照。
- (26) たとえば、フランス民法一六〇二条は、①「売主は自己が負う義務を明確に説明しなければならぬ」、②「不明確または曖昧な条項は、すべて売主の不利に解釈される」と規定している。とりわけ二項は、債務者の利益に解釈するという一般原則(フ民一六二条参照)に反しても、あえてローマ法伝来の法諺《Qui vent le pot vent le mot》を取り入れたものと解説され、売主の説明義務の根拠ともなっている。十分参考に値するのではなからうか。Cf. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 1986, n° 400; Jacques Chesin et Bernard Desché, *Traité des contrats, La vente*, 1990, n° 662 et s. しかし、後者の書物は、危険負担の即時移転が買主の不利となることを強調している。Chesin et Desché, *op. cit.*, n° 526.
- (27) かつて物権行為独自性説を評して於保教授が、「いわゆる對抗問題を少なくしようとはしているが、これも完全に避けることができない限り、對抗問題の本体の解明に立ち向うはかばかない」と述べられたところが注目される。於保不二雄・物権法(上)五五頁参照。
- (28) 私法二四号三頁以下参照。
- (29) 林良平報告・私法二四号二八頁参照。
- (30) 川島武宜発言・私法二四号五九頁参照。
- (31) 山本進一報告・前掲シンポジウム《動産売買における所有権移転時期》私法二四号二〇頁、我妻栄発言・私法二四号八五頁、鈴木祿弥「特定物売買における所有権移転時期」契約法大系Ⅱ八六頁以下、同「所有権移転時期という問題の考え方」我妻栄先生追悼論文集私法学の新たな展開二六四頁以下、篠塚・前掲書一四頁以下、藪重夫判例批評・民商四〇巻二号一〇二頁以下、座談会「不動産取引の実態(3)」NBL七七号三二頁等に当面の問題への言及が見られるが、極めて大まかな傾向が指摘されているにすぎないかあるいは本文のような方向への疑問が出されている。
- (32) 詳細は、滝沢・前掲論文民法講座2物権(1)六一頁注(41)参照。

- (33) フ民一六一四条、一六五二条参照。J. Hanel, *Traité pratique de droit civil français par M. Planiol et G. Ripert*, t. X, 1956, p. 147.
- (34) 星野英一「民法解釈論序説」同・民法論集第一巻二二頁以下(なお、星野説については、瀬川信久「民法の解釈」民法講座別巻一五四頁以下にも依る)、鈴木・前掲論文我妻追悼私法學の新たな展開二五四頁等参照。
- (35) 星野教授によれば、「体系的考慮は必要である」が、「体系化の原理は、社会關係の類型および利益状況と価値判断とに求めるべきである」とされる(同・前掲論文民法論集第一巻二三頁参照)。これが不可能であると必ずしも言えないであろうが、極めて難しいことは当面の問題にも示されたわけである(前注(31)参照)。他方、鈴木教授の立場からは、「たとえば、引渡も移転登記もまだされていないが、代金半額だけ支払済であるときに目的物が不可抗力で滅失したという場合、結論的には、支払済の半額は買主の損失・未払の半額は売主の損失(つまり、それ以上払いもせず返済もしない)というのが、もっとも妥当と思われる」と論じられている(同・前掲論文契約法大系Ⅱ九六頁注(二)参照)。そうすると代金未払の場合には売主は半額だけ請求できることにならうから、民法五三四条の適用とも異なってくる。この例は、基準が全く存在しない場合の利益衡量がどのような性質のものとなるかをよく示しているように思われる。つまり、どちらの顔も立てる大岡裁判、言いかえれば調停的解決である。民法裁判における具体的妥当性は右の例とはやや異なるものではなからうか。この点をとりあえず留保しておきたい。
- (36) ペレルマンによる「説得の方法としての議論」という考え方があることはよく知られている(瀬川信久「Ch.ペレルマン『議論の研究』(Traité de l'argumentation)」日仏法学一三三頁以下参照)。わたくしもその影響を受けつつ、法解釈学において問われているのは結局のところ、訴訟当事者を裁判所がいかにによりよく説得するかの技術であると解するわけである。なお、これが同時により広く法律家集団や一般世論に対する説得でもあることについて、大村敦志「典型契約論(四)——契約における個人と社会」法協一一二巻七号八四五頁以下参照。
- (37) 平井宜雄・法律学基礎論叢書一六頁以下、瀬川・前掲論文民法講座別巻一七四頁以下参照。
- (38) 滝沢聿代「民法解釈における理論」成城法学一五五頁以下参照。
- (39) 立法への期待、依存ももちろん相対的なものであり、過度に及べばそれが桎梏ともなるであろう。しかし、わが国の民法学の状況に関しては、立法の進展により克服しうる問題は未だ多いと見うる。
- (40) ただし、フランス法の場合には、この原則が民法典一五八三条によってほとんど売買の構成要件のように規定されて

いるために、任意規定としての性格が必ずしも明確ではないが、学説は同様の理解を示している。Maurie et Aynès, op. cit., n° 404.

(41) 観念的所有権の移転とともに危険負担も移転することが本来の理論と考えられる。所有権移転と危険負担の密接な関連性については、川島武宜発言・前掲シンプジウム私法二四号五九頁以下参照。川島教授は、登記・引渡・代金支払時説の立場から危険負担もこれらの時点に移行すべきことを示唆しておられ、学説は現にその方向に動いてきた(半田吉信「危険負担」民法講座5契約八〇頁参照)。わたくしはこれを再び契約成立時移転に戻し、本来の債権者主義に最も近い解釈を採るという可能性を考えている。

(42) 滝沢・前掲書六頁注(4)参照。

(43) 滝沢肆代「売買契約の成立と合意の内容」(フランス判例研究(6))判タ四〇四号四二頁以下参照。

(44) 鎌田薫「不動産売買契約の成否」民法判例レビュー判タ四八四号一七頁以下、同「売渡承諾書の交付と売買契約の成否」ジュリスト八五七号一一四頁以下参照。

(45) 鎌田・前掲論文判タ四八四号二〇頁以下参照。

(46) 河上正二「『契約の成立』をめぐって——現代契約への一考察——」(一)「完」判タ六五五号一一頁以下、六五七号一四頁以下、同「銀行取引における契約の成立段階の諸問題——金融法研究——」一三三頁以下、岸上晴志「契約成立における契約者の保護」神田博司先生追悼論文集取引保護の現状と課題一一三頁以下、横山美夏「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転——フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして——」(二)「完」早稲田法学六五巻二号一頁以下、六五巻三号八五頁以下、明石三郎「不動産売買契約の成立時期について」谷口知平先生追悼論文集2契約法三八二頁以下等参照。

(47) 円谷峻・契約の成立と責任六二頁以下、松本恒雄・判例批評判時一一五号一八五頁以下参照。他にも多くの判例評釈が書かれているが、詳細は引用文献に譲る。

(48) 前注(46)参照。

(49) 横山・前掲論文(一)完早稲田法学六五巻三号二九二頁参照。

(50) 横山・前掲論文(二)完早稲田法学六五巻三号二九六頁参照。

(51) 滝沢・前掲論文民法講座2物権(1)四〇頁以下参照。

- (52) 横山・前掲論文(一)早稲田法学六五巻二号六八頁以下参照。
- (53) 前者が双務予約の独自の効力を認める独自性肯定説、後者が独自性否定説と分類されており、前者によれば予約により所有権移転が生じることではなく、その侵害は損害賠償責任を生ぜしめるにとどまる。横山・前掲論文(一)早稲田法学六五巻二号七六頁以下参照。なお、七戸克彦「不動産物権変動における意思主義の本質——売買契約を中心として——」慶応大学大学院論文集二四巻一二八頁以下もこの問題に言及している。
- (54) 横山・前掲論文(一)早稲田法学六五巻二号一〇六頁以下参照。
- (55) 滝沢・前掲書一一四頁参照。
- (56) 横山・前掲論文(一)早稲田法学六五巻二号一四四頁参照。
- (57) 前注(46)参照。
- (58) 河上・前掲論文(二)完判タ六五七号二六頁参照。
- (59) 河上・前掲論文(二)完判タ六五七号二八頁参照。
- (60) 来栖三郎「法の解釈と法律家」私法一一号二三頁参照。
- (61) 裁判官は制度的にこの意思を持たざるをえない状況にあるため、判例は帰納的に規範を創造していることになる。
- (62) 横山・前掲論文(一)早稲田法学六五巻二号一六頁以下参照。
- (63) 後述の契約挫折ケースを概観した上での感想である。古くは川島武宣・日本人の法意識(岩波新書)八九頁以下のうな指摘も見られたわけであり、契約挫折ケースの判例がクローズアップされるようになったこと自体が社会の契約化への前進であるかと考えられる。
- (64) 河上・前掲論文(一)判タ六五五号一八頁以下、同(二)完判タ六五七号一四頁以下、円谷・前掲書七七頁以下、松本・前掲批評判時一一五一号一八七頁等参照。
- (65) 円谷・前掲書九六頁参照。
- (66) 横山・前掲論文(一)早稲田法学六二巻一九頁では交渉契約とされている。Ghestin et Desche, op. cit., n° 163 et s. デシェによれば、このような債務は結局当事者意思の解釈を通して認められるのであるが、交渉の自由という建前がある上に、必ずしも法律家ではない当事者が極力相手方だけを拘束するような表現を用いて書面をつくるため、裁判官による認定には当然困難が伴う。そこに挙げられている裁判例を参照するならば、わが国の事例では、東京高判昭和五二

年一〇月六日判時八七〇号三五頁(大学神学科に編入学した学生が大学の方針変更のため修士課程の入学試験を受験できなかったケース)などに同種の債務を認めることが適切かと考えられる。損害賠償は期待を満足させる機会の喪失(perte d'une chance)に対するものであると論じられている。

(67) わが国の判例において誠実交渉義務が認められたとされるケース(東京高判昭和五四年一月七日判時九五一号五〇頁、東京地判昭和五七年二月一日判時一〇四九号五頁等参照)はむしろこの段階にあると見た方がよいのではない。か。もっとも、交渉の自由をどの程度認めるかの政策的判断がからんではくが、少なくともフランス法との比較ではそのように言えそうである。本文のように構成する場合には、後述のように双務予約の効力を明確にする必要がある。片務予約に関してはわが国では担保的な再売買予約を除き例が少ないようであるが、民法五五六条一項の予約の成立を認定した例も紹介されている(東京地判平成元年二月一日金商八五三三三六頁参照)。

(68) 前注(67)に引用した東京高裁昭和五四年一月七日判決(後述の最高裁昭和五八年四月一九日判決が上告審にあたる)は、このような評価があるいは適当であるかもしれない。河上助教授は条件付契約の成立があったとされる一方(同・前掲論文(二)完判タ六五七号一七頁参照)、松本助教授は履行利益の賠償を認めてもよいとされるようであり(松本・前掲批評判時一一五一号一八八頁参照)、両者とも実質的に契約成立に近いものを肯定されるのではないかと見うる。判断に際しては、当事者意思を自覚的に探究する必要があるとともに、交渉の自由をどの程度認めるかについての規範設定が不可欠であろう。その際は、円谷助教授が指摘されかつ実践されたような比較法的研究が参考になるにちがいない(円谷・前掲書九八頁以下参照)。また、意思理論に依らない場合にはその判定基準を十分明確に理論化しなければならない。

(69) 前注(46)参照。

(70) 前注(68)参照。

(71) 前注(53)参照。

(72) たとえば来栖・前掲書二三四頁以下参照。

(73) この点は、河上・前掲論文(二)完判タ六五七号一七頁が前述の最高裁昭和五八年判決のコメントの中で言及しておられる。河上助教授の示唆は本文と若干ニュアンスを異にしているが、契約ないし合意の拘束力の問題を考えるに際して民法五五七条をどう位置づけるか、あるいはさらに裁判所の判断傾向に影響を与えているかどうかの問題は、看過できない。

い論点である。

- (74) 明石・前掲論文谷口追悼2契約法三九六頁はこのような考え方を示唆される。この点に関しては、最近のフランス破毀院第一民事部判決が、伝統的な代金の確定性の理論を修正し、電話設備の賃貸保守契約における対価に将来の増加額を含める契約を有効とする判例変更を示したことが注目される (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 nov. 1984 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> arrêts, JCP, 1985, II, 22371, note J. Chesnin)。代金の決定に裁判官が介入できることは比較法的に見て主要国の一般的傾向であるから、フランスもそれに歩調を合わせる事が望ましいという理由で評釈者のゲスタン教授も判決を支持される。代金に不確定要素があっても当事者間に誠実な履行が確保されるならば差支えないという新たな理論は、今後売買の領域にも浸透してゆくであろう。フランス法のこの状況は十分考慮しなければならないが、わが国の場合にはフランス法のように硬直な理論ができることは考えられないので、売買契約の成立を判定する際に代金の決定如何を一つの基準と考えることは望ましい方向と言えるであろう。

- (75) これに対して、一般国民は登記あるいは代金支払によって売買が成立すると考えられるという指摘もなされている (前掲座談会・NBL七七号三二頁参照)。ここでは履行の完了が売買の成立と受け止められているわけであるが、規範的な意味での履行義務の発生時点がもう少し明確に自覚されるべきであろう。

- (76) 裁判所が従来抛り所としてきたのも結局当事者の真意を探るといふ手法であったと見うる。明石・前掲論文谷口追悼2契約法三八四頁以下、東京高判平成元年二月一日判タ七一七号一五五頁以下等参照。ちなみに、この点との関連で、売買一方の予約における約束者は予約が完結されるまでは自由に約束を撤回できるとした最近のフランス破毀院の判決 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 dec. 1993, JCP, 1994, II, 22366, note Denis Mazeaud) が注目される。予約者の債務はなす債務ではなく、最終的な履行義務の確認であるという伝統的な意思主義の原則の一端が否定されたわけであり、フランス法理論の変化と修正の可能性を予想させる。もっとも評釈は誤った判決であると強く批判している。

- (77) 伊藤道保「一九五五年、フランス不動産登記法の改正について」比較法研究一六号四〇頁注(5)等が最も古く、鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務——日本の『フランス法主義』の特質——」不動産登記をめぐる今日的課題一八頁、七戸克彦・前掲論文慶大院論文集二四号一—二三頁、一三二頁、同「意思主義の今日的妥当性」半田正夫教授還暦記念論集民法と著作権法の諸問題二九頁等に見られる。

- (78) 七戸助教授が参照されたフォン・ホフマンの著作は、著者の名に示されるとおりドイツ人学者の目で分析されたフラ

ンス法研究と推測をねらふ。

(87) Joanna Schmidt-Szalewski, Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière, *Revue de Droit Immobilier*, 1989, avril-juin, p. 148 et s.

(88) Pascale Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, *Rev. trim. dr. civ.* 1988, p. 673 et s.

(ただ知知・シ・シ・本誌第8号)

