

売買における売主の所有権移転義務

高 森 八 四 郎

一 日本民法五五五条は、売買について当事者の一方が「或財産権ヲ相手方ニ移転スルコト」を約し、相手方がこれに対して「其代金ヲ払フコト」を約束する契約であると定義している。それ故、動産・不動産を問わず物の売主には、目的物の所有権を移転すること、すなわち「所有権移転義務」が負わされることについて、ほとんど自明の如くに解せられている。しかも、「売買ノ効力」と題する第二款では、その冒頭の五六〇条において「他人ノ権利ヲ以テ売買ノ目的ト為シタルトキハ売主ハ其権利ヲ取得シテ買主ニ移転スル義務ヲ負フ」として、いわゆる「権利取得移転義務」を明規しているので、事柄は一層明白のようにも思われがちである。

ところが実際の裁判では物の買主は、売主に対して「売買の目的物の引渡しをせよ。」と訴え、不動産ならその上に「所有権移転登記をせよ。」と訴えることができるだけで、この目的物引渡請求と所有権移転登記請求を超えて、そのほかに所有権移転請求権を裁判上行使するということはありえないのである。このことは他人の物の売買における売主の義務の内容についても同様にあてはまる。すなわち、売主が引渡しした物について、権利者たる他人が買主に對して物の返還を請求したり、または、買主が他人から追奪された場合、買主は、売主に対して、五六〇条の文言上

は、その他人から所有権を「取得シテ」これを買主に「移転スル」義務を履行せよといえるかの如きであるが、実際には、この場合の売主は五六一条によつて（前条ノ場合ニ於テ）、他人から権利を取得して買主に移転しなくても善意買主からの解除と損害賠償を甘受すればよいのであり、買主が契約の当時売主のものではないと知っていたとき、すなわち悪意の買主には、単に解除だけを甘受すればよいのであつて、損害賠償すら負わなくてよいことになつてゐるのである。買主は売主に対して、権利者たる他人から所有権を取得して自分に移転せよと訴えることはできないのみならず、五六二条によれば、売主が契約の当時目的物が自分のものだと思つていたならば（善意ならば）、売主の方から契約を解除して損害を賠償することができ（一項）、悪意買主には損害賠償すらしなくてもよいことになつてゐるのである（二項）。そして、五六〇条、五六一条、五六二条は、それ以下の条文とともに、五七二条において売主の「担保ノ責任」と呼び、明らかに売主の履行義務とは異なる担保責任を定めてゐるのである。

このような、五五五条、五六〇条の文言と五六一条以下の売買の効力における売主の義務としての担保責任の内容との乖離はどうして生じたのであろうか。このことを明らかにするためには、ドイツ法の権利供与主義とフランス法の担保責任主義という二つの立法主義との関連を明らかにしなければならないであらう。

二 (1) ドイツ民法によれば、売主は買主に物を引き渡し物の所有権を供与する義務を負い（下民四三三）、また売主は、買主に対して、第三者が買主に対し主張することのできる権利の附着しない目的物を供与する義務を負つてゐる（下民四三四）。この所有権供与義務は、第一に、ドイツ民法上、一定の方式を伴う物権行為をなす義務を意味しているが、第二に、売主の権利に瑕疵があつた場合には、買主のために、買主が真実にかつ負担の附着しない所有権

を取得するという効果を生じさせる義務を意味している。そして売主が引渡しおよび権利供与の義務を履行することができない場合には、双務契約の債務不履行に関する規定を適用する（ド民四三〇I）。したがって、ドイツ民法の物の引渡義務と権利の瑕疵に対する責任はともに売主の履行義務そのものにはかならず、権利供与主義を採用することによって、追奪要件（第三者が買主から売買目的物を追奪した場合にのみ売主の責任を認める）を完全に廃止したものである。

(2) これに対して、フランス民法によれば「売買の性質及び方式」の節では、「売主は物を引き渡す義務」を負う旨を規定し（フ民一五八二I——売買は、当事者の一方が物を引き渡す義務を負い、相手方が代金を払う義務を負う契約である）、「売主の義務」の節には、売主の主要な義務として、目的物引渡しの義務と担保義務とをあげている（フ民一六〇三——売主は、売買の目的物を引渡し、かつこれを担保する二つの主たる義務を負う）。フランス民法は、売買契約に基づく所有権移転に関し、意思主義を採用し、登記は對抗要件にすぎないばかりか、これは、買主だけの申請でいつでもなしうる証書の登記だから、売主は登記について義務を負わず、したがって売主の履行義務は、物の引渡義務だけに限定され、そのほかに担保の義務、すなわち目的物の平穩な占有の担保Ⅱ追奪担保と目的物の瑕疵担保の義務とを負担する（フ民一六二五——売主が買主に対し負うべき担保は二つの目的を有す。一つは売買の目的物の平穩なる占有であり、二つはこの物の隠れたる瑕疵または売買解除をなしうる瑕疵である）。ドイツ法と異なり、売主は引渡義務と追奪担保責任のほかに、所有権移転義務なるものを負うことはない。つまり権利供与主義ではなく、担保責任構成を採るもので、この担保の責任は決して売主の履行義務ではないとされている。なぜならば、フランス民法は、一五九九条で、「他人の物の売買は無効とし、買主が目的物の他人に属することを知らなかったとき

は、損害賠償義務を生ずる」と規定しており、買主が他人の物であることを証明することができる場合には、追奪を待たずに、本条に基づいて「無効の訴え」を提起し、物を売主に返還して代金返還・損害賠償を請求できると解されているが、売主が所有権を取得し買主に移転することが不能かどうか、売主の過失の有無などを問題としないで、損害賠償に買主の善意の要件のみを付加し、その内容は追奪担保の規定によるべきだとされているからである（以上は三宅（正）・契各上一八七―一九一頁による）。ただし、フランス民法は、先の一五九九条の「他人の物の売買」に基づく無効の訴えは追奪を待たずに提起することができる。ということは、他人の物の売買における売主の責任は、追奪担保構成（ローマ法）のうち、部分的に追奪要件を外したことになる。このことは、ドイツ法が、追奪要件を完全に外して権利の瑕疵に関する責任を履行義務化したことと対比してよい。

三 (1) わが民法はいかに規定しているか。民法五五五条は、売買を定義して、売主が「或財産権ヲ相手方ニ移転スルコトヲ約シ」、相手方買主がそれに代金を払うことを約する契約と規定し、売買の効力に関して、五六〇条で「他人ノ権利ヲ以テ売買ノ目的ト為シタル」ときは、売主は「其権利ヲ取得シテ」、これを「買主ニ移転スル義務」を負うと定めている。しかし、売主の具体的・中心的義務である、「売主の引渡義務」は明規されていない。それゆえ、一見、民法は、ドイツ法のように、権利供与主義を採用しているかともみえる。実際、通説は、そのように解している。すなわち、物権変動について意思主義を肯定するにもかかわらず、売主の義務としては、まずもって財産権移転義務をあげ、その内容を抽象的・観念的に売主は「約束した財産権を相手方に移転する義務」（星野・契各二一四頁）があると規定し、ついで具体的な中味として、目的物の引渡義務および登記手続をなす義務、さらに付随的な

売主の義務をあげるのである。物權變動に關して意思主義を肯定するならば、売買契約締結と同時に所有權は移轉してしまふから、そのあとにさらに所有權移轉義務なるものは存在しないことになるはずであるが、それは引渡義務や登記移轉手續義務を含んだ統一体の考えから導びかれるものであるけれども、現実に存在する權利としては訴訟上登場してこないことになるのである。すなわち売主が權利を移轉しえないとき、または移轉した權利に瑕疵があると、權利を移轉しろ、または瑕疵のない權利を移轉しろと訴え、判決を得てその強制執行をすることは現実にはできないのである（三宅正男「売主の所有權移轉義務の二重化（一）（二）」法政論集四八号一頁・五二号一頁、來栖・契約五四頁（一））。

(2) しかし民法は、他人の權利の売主の義務として、「權利取得・移轉の義務」を認めている。梅博士によれば、他人の物の売買は、契約締結當時、ただちに買主に權利を移轉することはできないけれども、売主の權利取得・移轉の義務ありとせば、「売買ノ要素タル權利移轉ノ義務ハ正ニ成立スヘク」そして「他人ノ權利ヲ取得スルコトハ決して不能ノ事ニ非ス」、不特定物の、売買や供給契約のごときは、たいてい契約締結の後に權利を取得して買主にそれを給付することが多いのであるから「他人ノ物ノ売買ヲ有効トシ」「売主ニ權利移轉ノ義務アルモノトシ」從テ売主ハ其權利ヲ取得スルノ義務アル」としたものである。これによれば、ドイツ法上の權利供与主義を採用したのではなく、フランス法や旧民法のように他人の物の売買を無効とせず、これを有効とすることに重点がおかれ、買主に權利を移轉することができない場合に、五六一条以下において、いわゆる追奪担保の責任（梅・要義（三）四九〇頁）を売主に課すこととしたものである。つまり、他人の物の売買をはじめ、權利の瑕疵に關して売主の担保責任構成を排除しようとしたものではない。實際、民法は五六〇条を含め五七二条において「担保ノ責任」とよんでこれを肯定しているの

である。しかしながら、梅博士自身は、「売主ハ売買ノ目的物ヲ相手方ニ引渡スノ義務及ヒ其引渡ニ至ルマテ之ヲ保存スルノ義務」のいずれも「権利移転義務ノ当然の結果」であるから明文を必要とせず、権利移転の義務があるからこそ、権利の瑕疵・物の瑕疵に関して、「独立ノ義務ト」して「担保ノ義務」があるものではなく、それは、「権利移転ノ義務中ニ包含セルモノト認ムルナリ」という立場である。この考え方は、結局、権利の瑕疵に関する責任の規定を債務不履行の特則と説くもので、梅博士は五六一条の解説において、それを具体的に展開している。

(3) 梅博士の見解は起草者の見解にもかかわらず、法定の、無過失責任としての「担保責任」と債務不履行責任との異質性を明らかにするものではなく、現実の民法の担保責任規定からはかなり離れているようにみえるが、のちにそのまま現在の学説の一部に承継されている。広中説がそれであつて、「ローマ法における『追奪担保責任』は、ローマ法における売主の履行義務としての財産権移転義務ないし権利供与義務の欠如に対応していた。しかし売主に履行義務としての財産権移転義務があるところでは、瑕疵ある権利の移転は履行義務の不履行にほかならず、したがつて、その場合における売主の責任についての規定は不履行責任の特則にほかならないはずである」(広中・債各六〇頁)。ただし、梅博士は五七〇条の瑕疵担保責任も財産権移転義務に含める考え方であるのに対し、広中説は、特定物の売買において物に瑕疵がある場合、売主の履行義務がその特定の物を引き渡すべきことに尽きる限り(民四八三参照)、瑕疵担保責任は技術的意味における担保責任である、と説くものである。

四 梅博士の見解は、担保責任を債務不履行の特則とするものであるが、権利移転義務を承認する以上、いかなる意味や目的で担保という特則性を規定しなければならぬのかよく理解しえない。すなわち、債務不履行責任である以上、

債務者たる売主には、その責めに帰すべき事由がなければならぬが、民法五六二条は、売主善意の場合には、自ら解除権を有し、しかも買主悪意の場合は損害賠償をしなくてもよいことになっており、いかなる意味でも債務不履行責任の性質・内容とは相いれないものとなっている。担保責任の性質は、所有権移転義務の存在しない所で、売主買主間の衡平を図るための特に法律上認められた買主の義務と解せざるをえないとすることは、フランス法を承継した我が民法の解釈としては、妥当なものと言えるだろう。

近時、梅博士の流れをくんで、担保責任制度の存在理由について、この土地・この建物という特定物の売主でも権利の面及び事実の面でも完全な目的物を給付する義務を負担するものであるとし、売主がそれを果たさなければ、その売主の債務不履行であるから、担保責任も売主の債務不履行の一種であり、その特則である、とする説が有力に説かれている。しかし、この土地・この建物・この自動車を引き渡すという特定物債務においては、もし目的物に権利の瑕疵・物の瑕疵があつても、それと別な、完全なものを引き渡して、売主は債務を免れることはできないし、民法四八三条が債権の目的が特定物の引渡なるときは、弁済者は引渡をなすべき時の現状にてその物を引渡すことを要すと明言している以上、それをする必要もない訳である。たとえ・売主・買主双方が所有権は売主にあると想定したとしても、それが客観的に他人の所有物であつたとしたら、買主は売主に対して担保の責任は問えるが、他人から権利を取得してこいとは訴えることができないのである。もし売主の物であるならば、民法一七六条によつて売買とともに所有権は売主から買主に移転しているし、他人の物であるときにも売主が他人から買取つたりすれば、そのときには何らの行為も必要なく、所有権は買主に移転してしまふのであるから、特定物の売買においては、目的物の引渡のほか所有権を移転する義務を売主に認めることはできないのである。

五 民法五六〇条にいう「権利取得・移転義務」の解釈をめぐる、財産権移転義務と担保責任との関係について、学説をまとめるならば、次のようになる。

(1) 財産権移転義務の内容ないし延長として権利取得義務を認め、担保責任もその内容と考える見解（したがって担保責任の規定は、債務不履行の特則と考える）——梅博士、広中説、星野英一説、石田穰説（瑕疵担保責任も債務不履行の一種と考える立場）など。

右のうち、梅博士、広中教授、星野教授の見解については若干ふれたので、ここでは、石田（穰）教授の見解を紹介しておくたい。

石田（穰）・契約法⁶一三〇・一三二頁によれば、「売主の主たる義務は、次の三つである。第一は、財産権移転義務であり、第二は、果実引渡義務であり、そして、第三は、担保責任である。このうち、最も問題が多いのは担保責任である。」

「売買の目的物が他人の物であつて買主がその権利を取得できなかったり、あるいは、目的物が腐つていたりする場合、売主は、買主から契約を解除されたり、代金の減額を受けたり、損害賠償を請求されたりする。売主のこのような地位は、担保責任といわれる。売主に担保責任が発生するのは、大きく分けて次の二つの場合である。第一は、他人の物の売買のように目的物の権利に瑕疵がある場合であり、追奪担保責任ともいわれる。第二は、目的物が腐つているように目的物に物理的欠陥がある場合であり、瑕疵担保責任といわれる。権利や物の瑕疵は、契約締結時に存在しなければならず、それゆえ、これらの瑕疵が契約締結後に生じた場合に関する通常の債務不履行とは別の法的規制に服する。なお、権利の瑕疵は民法五六一条から五六七条まで、物の瑕疵は同法五七〇条で規律されている。」

(2) 財産権移転義務は法律行為的な売主の第一の義務と認め、この財産権移転義務の中身として物の引渡義務のほか権利取得義務を認めるにもかかわらず、担保責任の規定を債務不履行の特則とは考えないで、売買の有償性に基づく公平・信用維持のため法律が特に認めた法定責任と説くもの―鳩山、我妻、末川、柚木、松坂各説など多数。右のうち、我妻説と柚木・高木説を紹介するならば、次のとおりである。

我妻・債各中(一)二六七・二七〇頁によれば、「売主は、(i) 売買の目的たる財産権を買主に完全に移転する義務(法律行為的效果)と、(ii) 目的物に権利上または物質上の瑕疵がある場合の担保責任(非法律行為的效果)を負担する。前者は、売買契約を組成する効果意思の合理的解釈によつて導かれる効果であり、後者は、売買がとくに有償契約であることに基いて―当事者にさような効果意思があると否とに關係なく―法律が定めたものである。」

「売買の目的物に権利の瑕疵(契約当事者間に予定された権利が存在しないか、存在しても売主から買主に移転し得ない事情にあること)か物質的な瑕疵(目的物が契約当事者間に予定された品質をもたないこと)がある場合には、売主は一定の責任を負わねばならない。これを売主の担保責任という。

売主がかような責任を負うことについては、―責任の内容は同じではないが―古くから、各国の立法例に認められていた。その根拠を説くに当つては、或いは黙示の担保契約の存在を擬制し、或いは一種の債務不履行または不法行為とした。然し、現在多数の説は、有償契約たる売買においては、売主にさような責任を認めることが公平であり、かつ取引の信用を保護することになつて適當だとして、法律がとくに認めたものと説く。」としてゐる。

柚木・高木・注民(14)一三〇頁によれば、「売買の目的たる権利に瑕疵があることによる売主の責任を『権利の瑕疵に対する担保責任』―略して『権利の担保責任』―と称する。わが民法はこれを四つの場合に分かつてそれぞれ

について要件と効果とを規定している。他人の権利の売買の場合（五六〇―五六四）、数量不足および一部滅失の場合（五六五）、他人の権利によって利用が制限される場合（五六六）および担保責任の行使によって所有権を失った場合（五六七）がすなわちこれである。いずれも売主の権利供与義務を前提とするものであることは、売主が『或財産権ヲ相手方ニ移転スル』義務を負うとされること（五五五）から明瞭であるけれども、その供与義務の内容は、ドイツ・スイス等の法制ことにドイツ民法におけるとはおおいに異なるものがある。けだし、ドイツ民法（四三四）におけるがごとく、売主が買主に対して『第三者が買主に対して実行することができる権利の附着しない目的物を供与する義務を負う』のは、わが民法上他人の権利を売買した場合に限ることであって（五六〇）、その他の場合には売主は瑕疵除去義務を負担するものではなく、ただ―瑕疵の附着したままで―所有権を移転すればその義務を履行したこととなるものであるからである。したがって、わが民法上の権利の瑕疵担保にはその本質を異にする二種のものが混在しているのであり、他人の権利の売買の場合とは、ひとりその規定を異にするにとどまらず、その原理自体を異にするものであることを、特にあらかじめ注意しておきたいのである。」この柚木^{II}高木説の特徴は、ドイツ法のように、権利供与義務を認めるが、これは他人の物の売買の場合だけであって、ドイツ法が認める瑕疵除去義務を他の権利の瑕疵担保の場合には認めていないということである。

(3) 売主の第一の義務を物の引渡し義務とし財産権移転義務を実際の権利関係としては認めない説。当事者間での所有権の移転は引渡義務の効力を介して生ずる。担保責任は履行義務ではなく、したがって債務不履行に関する諸規定は適用されず、もっぱら、担保の規定によって処理されると考える―来栖説、三宅説、鈴木（禄）説、戒能説など。三宅説は、財産権移転義務を売主の本質的（潜在的）義務と把握するが、現実の履行義務としてはこれを認めず、

担保責任は履行義務と異質の担保責任と理解する。来栖、三宅、戒能、鈴木各説を紹介するならば次のとおりである。来栖・契約法五三頁によれば、「売主の担保責任のうち、売主の権利の欠缺・瑕疵に対する担保責任につき）このように売主は売買の目的物を買主に引渡す義務を負い、不動産売買ではその上に権利移転の登記をする義務を負うが、通常の場合には目的物を引渡し登記をすればそれで売主の義務の履行は完了する。勿論、売主は目的物を引渡し登記をすればそれですむのではなく、権利を移転する義務があるが、権利を移転する特別の行為があるわけではなく、売主に権利があれば、別段の行為をしなくとも権利は買主に移転し、売主の権利移転義務は果たされたことになるのである。しかし、特定物売買で、売主に権利の欠缺があり、又は売主の権利に瑕疵があるときは、権利は買主に移転せず、又は買主に移転した権利に瑕疵があることになり、売主の権利移転義務は果たされない。その場合には売主の権利移転義務は、売主の権利の欠缺又は瑕疵に対する担保責任として現われる（五六〇条以下）」とされている。

ついで、三宅（正）・契各上一九二・一九六・一九七頁によれば、「権利移転義務を規定し引渡義務を規定しないこと、これが民法の規定の特色である。」

「しかし民法は、五六〇条の定める権利取得（・移転）義務そのものを担保責任と呼び（五七二条）、また権利取得義務の基本とされる財産権移転義務は、法文上売買の定義規定（五五五条）にうかがわれるに過ぎず、意思主義の下では、権利の瑕疵が問題とならない普通の売買には、あり得ないことが明白なのである。これによってみれば、わが民法は、権利の瑕疵に関し担保責任構成を排除する権利供与主義を、ドイツ民法のように明確な形で採用したのではない。立法の当初は五六〇条により、他人の物の売買を有効とすることに力点を置いたようであり、その点は明確にされた。……法文の、権利取得（・移転）義務やその義務を履行『スルコト能ハサルトキ』という文言にこだわら

ず、事実在即して、五六一条の『解除』が特殊な、不履行による解除とは異質の、担保責任による解除でないかを、問題とすべきである。」

「思うに、意思主義を採る民法においては、物の売買により生ずる売主の義務は引渡義務であり、所有権移転は、引渡義務の効力を介して生ずる。しかし、売主には、所有権移転義務が、そのままでは（所有権移転の義務としては）実際の権利関係に存在しないが、売買に基づく本質的（潜在的）義務としてはあり、売主の権利の瑕疵という特段の事情が現われたときには、場合にに応じて異なる形態の義務として、実際の権利関係に現われる。このような性格の義務が、権利の担保責任である。」とされている。

戒能・債各⁹一三一頁によれば、「売買契約の成立するときは、売主は目的物を引渡し、買主は其の代金を提供するのが当然である。而して売買の目的物が特定物でなく、一定の種類・品質・数量を指定した種類売買に過ぎないときは、売主の引渡すべきものは当該の性質を有しなければならぬこと当然である結果、履行の目的物が他人の権利の目的となつて居るとか、或ひは物質的の瑕疵がある場合には、売主は債務不履行上の一切の責任を負い、当該の物の返還を受けて、他の完全なるものを給付するか、或ひはそれに代るべき損害賠償に應じなければならぬことは云ふまでもない。然るに売買の目的物が特定物である場合には、売主は当該の目的物を交付すればそれで足り、又之に代るべき完全なるものを給付することも理論上不可能であること明であるから、当該の目的物に法律的又は物質的瑕疵のある場合でも、債務不履行理論の適用は初から問題になる余地がないのである。此処に民法が特定物売買に関する担保責任の規定を設けて、買主の利益を保護する必要を生じて居るのであって、その限り売買の一般的効力として論ぜられるべきものに、目的物代金の引渡義務と、特定物売買の担保責任の問題が存在する。」とされており、鈴木・債権二

一四・二一五頁によれば、「担保責任制度の存在理由については、特定物売主も権利面および事実面で完全な目的物を給付する義務を負い、それを果さねばかれの債務不履行であるから、担保責任も売主の債務不履行責任の一種である、とする説が有力になりつつある。しかし、この宝石ないしこの家屋を引渡すという債務にあつては、もしその目的物に権利の瑕疵ないし物の瑕疵が存しても、それとは別の宝石や別の家屋を引渡して債務をまぬがれることはできず、かりに上述の完全物給付義務を考えても、それは、契約成立前からすでに履行できない状態（原始的不能）になつてゐる、といわざるをえない。つまり、瑕疵が存在するのに売買契約を成立せしめたことにつき売主が有責のときはともかく（この場合には、契約締結上の過失（二九七以下）の問題になる）、そうでないかぎり、売主にかれが有責なゆえの不利益が課せられることは、ありえない。したがつて、担保責任制度自体は、これを債務不履行責任の一種といふことはできず、売主・買主間の衡平を図る法定の制度である、と解すべきである。」とされている。これらの説は、いづれも、五六〇条以下の規定を債務不履行の特則とは異質のものとして、法定の、特定物売買のための、担保の責任を定めたものとしてゐる。

六 それでは所有権移転義務と引渡義務との関係をいかに解したらよいのであろうか。

(1) 民法五五五条は、当事者の一方が「或財産権ヲ相手方ニ移転スルコトヲ約シ」、相手方がこれに「其代金ヲ払フコトヲ約スル」契約であると定義し、まず、売主の財産権移転義務を規定し、五六〇条は、売買の効力として、「他人ノ権利ヲ以テ売買ノ目的ト為シタル」場合に、売主は「権利ヲ取得シテ」、これを買主に「移転スル義務ヲ負フ」と定める。これによれば、売主の一般的な財産権移転義務は、他人の権利の売買の場合には、売主の買主に対す

る「権利取得移転義務」として現れることになる。しかし具体的にはどのような義務かは民法からは明らかではなく、まず基本的な義務としての売主の物の引渡義務との関係が明確になっていない。すでに若干ふれたように、梅博士はフランス民法が「他人の物の売買は無効とし、買主が目的物の他人に属することを知らなかったときは、損害賠償義務を生ずる」(一五九九条)と規定しているのを排して、他人の物の売買でも、これを有効として、売主に権利移転・権利取得義務を認め、買主に権利を移転することができない場合に、五六一条以下において、売主に担保の責任を肯定すると考えていたようであり、権利供与主義で一貫したものではないのである。しかし、梅博士は、引渡義務と保存義務とは、いずれも「権利移転ノ当然ノ結果」であつて(梅・要義(三三) 四八六頁)、売買によつて権利移転が生じ、この権利移転の当然の結果として引渡義務が生じる、とする。したがつて、売買自体の効果としては引渡義務を認めないと考えているかのようである。

(2) これに対し、現在の通説は、売主には、「売買の目的たる財産権を移転し、かつ、買主をしてこれを完全に享受させるために必要な一切の行為」(我妻・債各中(一) 二六七頁)をする義務があり、これが財産権移転義務であるが、これには、目的物の占有移転すなわち引渡しと對抗要件を具備させる義務、さらに従たる物および従たる権利の移転義務、目的物に関する証書の移転義務を含むものとされ、いわばこれらの上位概念として位置づけられている。もっとも目的物が特定・現存しかつ売主に処分権があるときは、その権利は、原則として売買契約によつてただちに買主に移転することを付言しており、かつその権利が他人に属するときは、「売主は、これを取得して買主に移転しなければならぬ。」(我妻・債各中(一) 二六七頁)といわれるが、具体的な取得移転義務の中味については、まったくふれられていない。通説は、物権行為の独自性を認めず、物権の移転については意思主義をとるから、物の売買

については、財産権移転義務を否定するのが論理的であるが（売買契約自体によって所有権移転が生じ、売主の履行義務としては残らない）、右にみたように、売主の第一の義務として財産権移転義務をあげ、その根拠を五六〇条に求めているのである（末川・契約下三五頁、松坂・債各（四版）九〇頁、星野・契各一二四頁、広中・債各五四頁、石田（種）・契約一三〇頁、北川・債各四二、四三頁）¹¹。

これに対して、財産権移転義務を規定する五六〇条を権利供与主義を採用した旨を宣言したものである（柚木Ⅱ高木・注民（14）一三〇頁）と解しつつ、これに買主をして對抗要件を具備させるべく協力する義務を含めながらも、引渡義務を財産権移転義務と別個の義務と説く見解もみられる（柚木Ⅱ高木・注民（14）一二二―一二三頁）。しかし両者の関係については、なにもふれられていない。

(3) 右の諸説は、いずれも売主の所有権移転義務を第一の義務として認め、これに引渡しおよび登記手続の義務を含むものと説くか、それとは別個の義務として引渡義務を位置づけるかするものであるが、物の売主の義務としては、物権行為を認めないわが民法においては、売主の義務として引渡義務だけを認め、所有権移転義務を認めない学説もある。たとえば、来栖博士は「特定物売買であれば、売主の財産権を移転する義務は、具体的には、第一に目的物を引渡す義務として現れ、売主はその物を買主に引渡」して、代金を受け取るならば、「売買は（それで）完了する」、そして、不動産売買では、登記する義務を負うが、「通常の場合には目的物を引渡し登記をすれば、それで売主の義務は完了する」（来栖・契約五一・五三頁）と説く。また三宅教授も「物の売買は所有権移転の効果を生ずる。しかし、実際の権利関係としては、物の売主の義務としては、引渡義務があるだけである。……所有権移転（行為をする）義務はない。わが民法においては、所有権移転は、ドイツ民法の下で売買に加えて所有権移転の物権行為をした

場合のように、引渡義務とは別の権利変動として、有るのではなく、保存義務を含む特定物引渡義務を介して、その「反射ないし本質としての効果である。」(三宅(正)・契各上一九三頁)。この説によれば、五六〇条の権利取得・移転義務は、本質的な所有権移転義務の意味に解釈され、売主の権利の瑕疵という特段の事情が現れたときに、権利の担保責任となつて、実際の権利関係に現れるにすぎない。そして右の本質的義務は相続により承継され、所有者が売主の地位を相続する場合には、同一人が所有権と売主の本質的義務とを併有するに至る場合には、この本質的義務は所有権の主張を控える義務として現れ、買主へ物を引渡していなければ、引渡義務の履行を拒否することができず、すでに買主に引渡済みであれば、所有権に基づく所有権返還請求をすることができなくなる。かような場合以外、この本質的義務は実際の権利関係としては表に現れない、ということになる。

(4) 五六〇条の規定する「権利取得・移転義務」と引渡義務とをどのように理解すべきなのであろうか。まず不特定物売買(種類物売買)ならば、売主は一定の種類に属する物を買主に給付する義務を負い、たとえ、契約締結時において売主が物を所有していなくても、市場においてこれを調達すればよいのであり、たとえ、調達できなくて買主に給付することができなくとも履行不能になるわけではなく、単に債務不履行の問題になるだけである。この場合には、売主の特別な、「権利取得・移転義務」を認める必要はない。それ故他人の権利の売買というのは特定の物を売主が売主のものとして売買したが客観的には売主以外の者の所有物であったという場合であつて、この場合にはじめて売主がこの他人から権利を取得して買主に移転しなければならぬ、売主の特別な義務が生ずるのである。そしてこの義務を、通説は他人の権利(物)の売買における売主の履行義務と解して、売主の第一の義務としている訳である。

売主が権利を移転しえないとき、または移転した権利に瑕疵があるときに、買主が売主に対して権利を移転しろ、または瑕疵のない権利を移転しろと訴え、判決を得てその強制執行をすることは現実にはできないのである。買主は目的物の引渡しが必要ならばその引渡しをせよと訴え、また引渡済みであつて権利に瑕疵があれば、五六一條以下において担保の責任を追求することができただけである。そして通説は、この担保の責任を債務不履行義務とは認めておらず、公平と取引の信用を保護するために法律が特に認めた法定責任だと説明する（我妻・債各中（二）二七〇頁等）のであるから、首尾一貫しないきらいがある。債務不履行義務ならば、売主の帰責事由、責めべき事由がなければならぬが、担保の責任では、買主の善意を要件に、解除と損害賠償が認められ、物が売主に属しないことを買主が知っていたときには、つまり買主悪意のときには、損害賠償の請求をなしえない（民五六二）のであるから、買主の知・不知を問わず、売主の責めに帰すべき事由あれば、五四一條以下によつて解除と損害賠償を基礎づける。ところの債務不履行責任とはあまりにかけはなれているといわざるをえない。したがつて、他方、梅博士のように、権利取得移転義務が法律上実際に債務としてあるものとし、五六一條・五六二條は債務不履行による解除（民五四一・五四三）の特則と考える見解には、担保責任の独自性の根拠を説明しきれないうらみがある。「独立ノ義務トセズ権利移転ノ義務中ニ包含セルモノ」（梅・要義（二）四八六頁）にしては、買主の善意の要件を基調とした無過失責任たる担保の責任は明らかに履行義務から独立しているといわざるをえないからである。履行義務としての権利取得移転義務と担保の責任との間には、単に後者が債務不履行の「特則」ということによつては超えられない異質性があるように思われる。¹²

- (5) 思うに、五六〇条は、AがB所有地と隣接する土地を自己の所有と過失なく信じていて、これをCに売却した

ところ、のちに右の土地がBの所有にかかることが明らかになった場合には、AはBからこの土地を取得してこれをCに移転すべき義務をCに対して負うことを規定しているのであるが、もし、AがBからこの土地の所有権を取得すれば、そのときただちにA・B間の売買契約の効果としてこの土地の所有権はCに帰することとなるのであって、この場合にも、自己の物を売買した通常の売買の場合と同じく、AのCに対する所有権移転義務を観念する必要はない（鈴木・債権二一八頁）。他人の物の売買の場合、売主に権利の取得・移転の義務を認めるならば、「売主は、それを取得して買主に移転すれば、売主としての債務を履行したことになる」（我妻・債各（二）二七六頁）が、右の設例におけるAが債務を履行したと考えなくとも所有権はただちにCに移転するのである。また、右の我妻説によれば、売主が所有者たる他人を相続しこれにより当然に買主への所有権移転の効果が生ずるのも、債務の「履行」と言わなくてはならず、「売買の履行の通常の観念に反するであろう」（三宅（正）・契各上一九八頁）ことは明らかである。結局、他人の物の売買においても売主の権利の取得移転の義務は、履行義務としては実際の権利関係上、存在しないといわざるをえないのではなからうか。¹³⁾

七 次に、他人物（権利）売買に関して、判例が所有権移転義務をいかに解しているかをみてみよう。

(1) 他人の権利の売買は、当初から他人に属するものを売買するのであるから、原始的に不能の給付を目的とするものであるようにもみえ、原始的不能—無効と解されなないともいえない。しかし前述のように、梅博士は、売主に権利取得義務を認め、契約自体は有効とする趣旨を五六〇条において明規したものである。それゆえ売主は、他人の物件を売却した場合は、売主はその物件を他人より買い受けて買主に引き渡す義務を負うものであり（大判明治三三年

九月一九日民録六輯一一頁)、目的物の所有者が、売買契約成立当時から物を他に譲渡する意思がなく、したがって売主がこれを取得して買主に移転する見込みがまつたくない場合でも、売買契約は有効に成立する(最判昭和二五年一〇月二六日民集四卷一〇号四九七頁)。

XはYから本件建物を買い受けたが、この建物は訴外Aの所有であり、Aは他に移転する意思がないことが明らかとして、XはYに対して契約を解除のうえ、手付金五万円の返還を訴求。原審はYの履行不能を認め、Xの請求を認容。Yが上告したという事案において、最判昭和二五年一〇月二六日は、「他人の物の売買にあつては、その目的物の所有者が売買成立当時からその物を他に譲渡する意思がなく、従つて売主においてこれを取得し買主に移転することができないような場合であつても、なおその売買契約は有効に成立するものといわなければならない。この事は民法が他人の権利を目的とする売買についてはその特質に鑑み同法五六一条乃至五六四条において、原始的不能の場合をも包含する特別規定を設け、前示一般原則の適用を排除していることに徴して明らかであらう。」「他人の物の売買においては、売主がその売却した権利を取得してこれを買主に移転することができないときは、買主は唯それだけの事由に基づき契約の解除をなすことができるのである。もとよりその履行の不能が原始的であると後発的であるとを問わず、また売主の責に帰すべき事由によるものたるか否かは問わないのである。この事は民法第五六一一条の明規するところである。」として、上告を棄却している(柚木馨・民商二八卷一号三三頁、阿部浩二・法学一七卷二号二二六頁、来栖三郎Ⅱ西原道雄・判民昭和二五年度四〇事件)。

この判例は「売主がその売却した権利を取得してこれを買主に移転することができないときは、買主は唯それだけの事由に基づき契約の解除をなすことができる」と述べていることから明らかなように、所有権取得移転義務の履

行の履行不能を問題とすることなく、直ちに担保責任に基づく解除を認めている。

以上のように、他人の物の売買は、原始的不能として無効にはならず有効であることを前提に、売主に担保責任を負わせるものであるから、第三者の物について売買の予約がなされた場合も有効であり、したがって、買主が予約完結の意思表示をしたときは、これによって売買の効力は生じ、売主は五六〇条に従って第三者よりその物件の所有権を取得し、これを買主に移転する義務を負う(大判大正一一年二月二十七日民集一卷七三頁)としている。この判例は、一見、所有権取得移転義務を肯定しているかのようであるが、五六〇条は、売主の物として売買した(単に物の引渡しを約束する)が、実は他人の物であったという場合の担保責任の規定と解すべきであるのに、本件事案は、Cが事業に失敗し土地をAに売渡したが、後になって、Cは近親者のBに頼んで、BがAから土地を買受けておいて、一定の期日までに、何時でもCの求めがあれば、Aからの買受代金と同額でCに売渡す旨の予約を締結し、その後BはAから土地を買受け、Cは期限内に売買完結の意思表示をしてBに対して所有権移転登記請求をしたというものであり、いわば、目的物を特定の第三者Aの物と前提し、BがAから買受けてのち、Cの要求によってCに売渡すと約束した場合であるから、五六〇条を適用し、所有権取得移転義務を云々する必要のないものであった(もちろん大審院はCの請求を認容している)。三宅教授によれば、本件におけるBC間の契約は売買一方の予約ではなく、Bは委任によりCのためにBの名でAから土地を買受けたのであるが、Cへの引渡及び権利(実は登記上の所有名義)の移転(四六条)に関し、Cの失権の特約をしたものと解すべきであるとされている(三宅・契約法(各論)上巻一六一頁)。

(2) 他人の物の売買において、売主としては、その義務を果たすために他人から権利を取得して、しかるのち買主に現実に移転してやる必要は必ずしもない。買主への所有権移転の時期、方法について特段の特約がない限り、物件

(船舶他)の所有権は、売主の所有権取得と同時に買主に移転すると解されてもいる(最判昭和四〇年十一月十九日民集一九卷八号二〇〇三頁。同旨、大判大正八年七月五日民録二五輯一二五八頁、ただし他人の物の売主を所有者が相続した事案)。また他人の物の売買の事案ではないが、同旨のものとして、他人の有する債権を譲渡する契約をし、その債権の債務者に対して確定日付のある譲渡通知をした者が、その後同債権を取得した場合には、特に何らの意思表示を要しないで、当然に同債権は譲受人に移転し、右譲受人は、その後右譲渡人から同債権の譲渡を受けた第三者に対抗することができる(最判昭和四三年八月二日民集二三卷八号一五五八頁)。

最判昭和四〇年十一月十九日の事案は次のとおりであった。AはBに汽船の建造を注文し、昭和三六年五月ごろ完成してBから備品である本件物件を含めて右船舶の引渡しを受けた。しかし、Aは建造代金を払わなかったため、右船舶と物件とをBに返還した。その後六月一〇日にAはXに対して借金の担保のため本件物件をAの所有として譲渡し、AがXのため占有する旨を約したものの、Aは占有はしていなかった。同年七月になってA・B間に代金支払について合意がまとまり、Aは再び船舶及び本件物件の引渡しを受けた。その日、YはAから右船舶及び物件につき根抵当権の設定を受け、設定登記も済ませて、しばらく後、Yは競売を申し立て、これに対してXが第三者異議の訴えを起した。原審においてYが敗訴したので、Yが上告した。

最高裁は上告を棄却して次のように判示した。「以上の事実関係の下において、BよりXへの本件物件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(原判決は、右特段の事実があることを確定していない)、A汽船が昭和三六年七月八日B汽船より本件物件の所有権を取得すると同時に被控訴人(X)がA汽船より本件物件の所有権を取得し、また、A汽船の占有取得と同時に被控訴人(X)が前記約定に基づき占有改定の

方法によりA汽船よりその占有を取得するに至つたものと解すべきである(被控訴人の所有権取得につき、大審院大正八年(オ)第一一四号大正八年七月五日判決、民録二五輯一一二五八頁参照)。「坂井芳雄・曹時一八卷一号一二四頁、吉原節夫・民商五四卷六号八八八頁、川島武宜・法協八三卷六号九七八頁」。

この判例においても売主の所有権移転義務を問題としているというよりも、売主の所有権取得と同時に所有権はただちに買主に移転する旨を判示しているというべきである。

さらに最判昭和四三年四月四日(判時五二一四七頁)は共有物の売却に関する判例である。

事案は次のとおりであった。売主YはXに対して本件農地を自己の単独所有に属するものとして売り渡したが、実際は、Yは二分の一の持分を有するのみで、他の二分の一は亡夫の母の所有であった。のちに、Xはこのことを知つて、Yに対してYの持分二分の一について知事の許可申請手続と右許可を条件とする所有権移転登記を求めた。X勝訴、Yが上告した。

最高裁は上告を棄却して次のように判示した。

「共有者の一人が、権限なくして、共有物を自己の単独所有に属するものとして売り渡した場合においても、その売買契約は有効に成立し、自己の持分を越える部分については他人の権利の売買としての法律関係を生ずるとともに、自己の持分の範囲内では約旨に従つた履行義務を負うものと解するのが相当である。」そしてさらに「農地の売買は知事の許可がないかぎり所有権移転の効力を生じないけれども、該契約はなんらの効力をも有しないものではなく、特段の事情のないかぎり、売主は知事に対し所定の許可申請手続をなすべき義務を負担し、もしその許可があつたときは買主のため所有権移転登記手続をなすべき義務を負担するに至るものと解するのが相当である。」

この判例においても、確かに「履行義務」について説示しているが、事件名でも明らかのように、実際には所有権移転登記手続請求が問題とされているのである。

また売買の目的物中に他人の所有に属するものがあっても、すなわち「売買契約ノ目的物中一部ノ不足又ハ他人ニ属スルモノアリトスルモ」このために当然売買契約の要素に錯誤を来すものではない（大判昭和四年一月二八日評諭一九卷民八四二頁）。さらに共有者の一人が他の共有者の同意を得ずに共有物を売却した場合には、自己の持分を超越する部分については、他人の権利の売買となり、売買としては有効に成立するものであることには変わりない（前掲判例最判昭和三年四月四日判時五二二号四七頁）。ただし、土地の売買契約において、目的たる土地のうち他人の所有地があれば売買しないという買主の意思表示があるときには、もし他人の土地を含む場合には、売買契約自体が無効となり、五六〇条以下の適用はない、とされている（大判昭和五年二月五日新聞三二〇四号二二頁）。だがこれは、買主のその旨の意思、すなわち解除条件が付されている場合とみるのが適切で、したがって担保責任は問題にならない事案のように思われる¹¹⁴。

(3) ところで、いわゆる二重売買と担保責任との関係については、対立がある。一説によれば、次のように説かれる。

他人の物の売買とは、契約締結当時、目的物が売主の所有に属さず他人の所有に属していた場合をいうべきである（大判昭和八年六月二二日新聞三五七六号一六頁参照）。民法五六一条・五六二条は、契約当時他人の物であることを知っていたか否かを前提としている。したがって所有権の二重譲渡がなされて、売主が第二買主に先に登記を具備させた場合、第一買主は、自分の売買当時は売主の物を買ったのに、事後的に第二買主の物を買ったことになるとし

ても、売買当時、他人の物であることを知ることはありえず、これを他人の物の売買といふべきではない。売買契約締結当時、目的物が売主の所有に属していた以上、その後他人の所有するところとなつても他人の物の売買ではないのである。對抗要件を取得されることによつて第二買主に優先される第一買主に対しては、通常の債務不履行の問題として処理される(来栖・契約六〇頁、石田(稊)・契約一三三頁)。これに対し、売主の二重売買において売主が他に登記を移転した場合に、第一買主に対する登記義務の履行不能または所有権移転義務の履行不能として、債務不履行の問題とすべきではなく、第一の買主に対する責任も担保責任であり、五六一条が準用され、ただ第一買主の善意・悪意が問題とならないだけだとする見解もある(三宅(正)・契各上九四頁¹⁵)。この問題については、いまは私見の開示を保留したい。

八 物権変動における意思主義の下では、売買における所有権移転義務はありえない。目的物の所有権が、売主の物であれば、一七六条によつて売買契約とともに所有権は直ちに買主に移転するし、目的物が他人のものであれば、売主は五六〇条以下によつて担保の義務を負うだけである。したがつて、物の売主の義務は、特定物の場合、第一にその物の引渡義務と不動産の場合の登記の移転義務であり、第二に物が他人の物である場合の担保の義務として現れる。不特定物の売買の場合は、売主は、一定の性質を具備したものを引渡す義務を負つており、たとえ調達不如意であつても「履行スルコト能ハサル」ことにはなりえないから、合意に基礎づけられた完全なまたは中等の性質を具備したものを給付しないかぎり(四〇一条一項)、つねに債務不履行の義務を負い、従つて担保の義務はありえない。しかもこの場合でも、所有権移転義務は問題にならず、単に合意した目的物を引渡せと訴えることができるだけであ

る。結局、担保責任は特定物売買における売主の法定の無過失の義務なのである。

- (1) 三宅(正)・契各上一八七―一九一頁は、三宅正男著『契約法(各論)』上巻(青林書院新社)一八七頁から一九一頁の略である。
- (2) 星野・契各一二四頁は、星野英一著『民法概論Ⅳ』債権各論第二分冊契約各論(良書普及会)一二四頁の略である。
- (3) 来栖・契約五四頁は、来栖三郎著『契約法』(有斐閣)五四頁の略である。
- (4) 梅・要義(三)四九〇頁は、梅謙次郎著『民法要義』卷之三債権編四九〇頁の略である。
- (5) 広中・債各六〇頁は、広中俊雄著『債権各論講義』第五版(有斐閣)六〇頁の略である。
- (6) 石田(稷)・契約法二三〇、一三三頁は、石田稷著『民法Ⅴ(契約法)』(青林書院新社)一三〇頁、一三三頁の略である。
- (7) 我妻・債各中(一)二六七頁は、我妻栄著『債権各論中一』(民法講義Ⅴ₂) (岩波書店)二六七頁の略である。
- (8) 柚木Ⅱ高木・注民(14)一三〇頁は、柚木馨ほか編『注釈民法』(14)(有斐閣)一三〇頁の略である。
- (9) 戒能・債各一三一頁は、戒能通孝著『債権各論』(有斐閣)一三一頁の略である。
- (10) 鈴木・債権二一四頁は、鈴木禄弥著『債権法講義』二訂版(創文社)二一四頁の略である。
- (11) 北川・債各四二頁は、北川善太郎著『債権各論民法講要Ⅳ』(有斐閣)四二頁の略である。末川・契約下三五頁は、末川博著『契約法』下三五頁の略である。松坂・債各九〇頁は、松坂佐一著『民法提要』債権各論(第四版)(有斐閣)九〇頁の略である。
- (12) 高森八四郎『民法コンメンタール』(12)契約2(一九八七年)(ぎょうせい)六三六頁。
- (13) 高森『民法コンメンタール』(12)六三六頁。
- (14) 高森『民法コンメンタール』(12)六三七頁。
- (15) 高森『民法コンメンタール』(12)六三八―六三九頁。

〔あとがき〕 本稿は関西大学千里山法律学会(学生の自治クラブ)の創立六〇周年記念誌に掲載した拙稿「民法雑感」を大幅に加筆してまとめたものである。

売買における売主の所有権移転義務