

他人物売買と売主の義務に関する序論的考察

杉 浦 林 太 郎

一、はじめに

売買の目的物が他人の物であった場合に、わが国においても、比較法的に他の国の法制度を見回しても、様々な問題が民法という法領域の中で発生し、非常に複雑な構造を形成している。売主の義務が何であるか、他人物売買の契約が有効か否か、他人物売買がなされた場合の売主の責任の性格をどのように考えるか、さらに、売買契約は目的物の所有権の移転を伴うため、物権変動についてどのようなシステムを採用しているのか、はたまた、取得時効や動産の場合の即時取得といった問題が、複雑に絡み合い、それぞれの関係性がよく分からない場合さえある。

そうした中で、平成 29 年に債権法の改正が行われ、他人物売買も債務不履行として位置づけられたが、そのことが従来の学説理解や解釈にどのような影響を与えるかについて若干の考察を行いたい。

本稿では、まず、わが国の民法の立法およびその後の学説に影響を与えてきたローマ法およびフランスとドイツの体系を比較し、問題点の整理を行ったうえで、わが国における規律の状況と議論について検討をする。また、CISG、ドイツ新債務法、フランス債務法および DCFR における規定の状況についても触れる¹。

二、他人物売買をめぐる日本の規定

わが国では、売買契約の際の売主の義務については、民法 555 条に「売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。」と規定されているだけで、明確に定められているわけではない。

他人の物を売買の目的とすることもでき²、こうした他人物売買契約は有効に成立するが³、民法 561 条において、「他人の権利（権利の一部が他人に属する場合におけるその権利の一部を含む。）を売買の目的としたときは、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負う。」と規定されているように、他人物売買でも契約自体は有効に成立させようとして、売主は、所有者から売買目的物の「所有権を取得して買主に移転する義務」を負う。そして、それができない場合には、契約に適合していないとして、565 条において準用されるように、買主は売主に対して、追完請求（562 条）、代金減額請求（563 条）、および解除権の行使（564 条）を行うことができるという構成をとる。

561 条の規定は、条文番号こそ変わったものの、平成 29 年の債権法改正によっても本質的な変更は行われなかった⁴。

債権法の改正が行われる以前は、旧 560 条に現在の 561 条の「他人の権利の売買における売主の義務」の規定が置かれたうえで、続く旧 561 条以下に売主の担保責任が規定された。他人物の売主が所有権を取得し、

1 先行研究として、古代ローマ法から、フランス民法典までを、比較法制度史的に研究をした、川村泰啓「追奪担保体系・権利供与体系と日本民法典（一）～（七）」ジュリスト 621 号、622 号、624 号、625 号、630 号、633 号、636 号（1976 年、77 年）がある。

2 最判昭和 25 年 10 月 26 日民集 4 卷 10 号 497 頁。

3 また、売主が売買目的物の権利が他人に属することを知っていたかどうかや、契約に際して自己のものだと主張したか他人物だと明示したかは、契約の有効性に影響しない。大判昭和 6 年 2 月 2 日新聞 3230 号 7 頁、最判昭和 50 年 12 月 25 日集民 116 号 863 頁。

4 なお、かつて書が追加され、権利の一部が他人に属する場合も、売主がその他人から権利を取得する義務があることの明文化は行われた。

買主へと移転できない場合には、買主は契約を解除することができ、買主が善意の場合には損害賠償の請求も認める（旧 561 条）。また、権利の一部が他人に属する場合には、買主は代金減額の請求もできた（563 条）。こうした改正以前の規定は、他人物売買自体を有効に成立させ、買主への権利の移転を売主に義務付けていながら、買主に権利を移転できない場合に売主に担保責任を負わせるという構成を採っており、理論的な困難さを内包してきた。

三、他人物売買に関する立法モデルとわが国における立法の経緯

それでは、他人物売買に関して、他の法体系ではどのような規律を行っているのだろうか。他人物売買をめぐるわが国の規定の位置づけを明らかにするために、まずは、ローマ法及び、わが国の立法に大きな影響を与えたフランスとドイツの当時の規定について整理をした上で、わが国の制度との比較を行う。

(1) ローマ法における他人物売買⁵

ローマ法では、売買契約が締結された場合、買主は代金を支払う義務を負い、売主は物の平穏な引渡し（*vaqua possessio*）を行う義務を負った。そして、通常の場合には、売主が「平穏な占有」を買主に移転すると同時に、物の所有権も買主へと移転した⁶。

しかし、他人物売買の場合には、「何人も自身が有する以上の権利を他人に移転することができない（*nemo plus iuris ad alium transferre*

5 船田享二『ローマ法 第三巻』（岩波書店、1970 年）145 頁、ゲオルク・クリンゲンベルク（瀧澤栄治訳）『ローマ債権法講義』（大学教育出版、2001 年）217 頁、オッコー・ペーレンツ（河上正二訳）『歴史の中の民法』（日本評論社、2001 年）238 頁。

6 ローマ法においては訴権体系が採られていたが、物権変動について観念するならば、物の所有権は物の引渡し（*traditio*）、または、握手行為（*mancipatio*）や法廷譲与（*in iure cessio*）といった形式行為を必要とする要式主義を採っており、占有が移転されれば、通常は占有の移転を受けた買主は所有権者となる。

potest, quam ipse haberet⁷⁾。』ため、買主は、物の所有権を取得することができない。

この場合、売買目的物の本来の持ち主が所有者であり続けるが、その者が登場しない場合には、買主にとって問題は生じない。ところが、所有者が買主に対して物の返還を求めた場合、買主は所有者からの追奪の危険にさらされることになり、それに対して売主が担保責任（追奪担保責任）を負う⁸⁾。追奪担保責任は、ローマ法では二つの側面で登場する。第一に、所有者であると主張する者が買主に対して自己が所有者であると主張して物取戻訴権を行使した場合には、売主は当該訴訟に担保人（auctor）として参加し、自分が買主へと物を譲渡したということを証明して買主の弁護を行わなければならない。そして、第二に、この訴訟において買主側が敗訴して、物が元の所有者に返還された（買主が追奪を受けた）場合には、買主が問題となった物の購入に際して売主へと支払っていた売買価格の二倍額を買主に対して支払わなければならない⁹⁾。

このように、売主の義務が、物の引渡しと追奪を受けた場合の担保責任（追奪担保責任と物に瑕疵があった場合の瑕疵担保責任）とであると構成する体系は、後に、追奪担保体系ないしは追奪担保主義と呼ばれる。

こうした体系が、若干の修正を受けることはあったが、近代まで引き継がれていくことになる。

7 Ulp.D.50.17.54.

8 「最初に売主は、物自体を履行、すなわち引渡すべきである。勿論売主が所有者であったときには、この物は、買主を所有者へと為するが、所有者でなかったときには、代価が引渡されたか、又はその名義で満足されたときに限り、売主は単に追奪の名義でのみ債務を負う。・・・」。D.19.1.11.2、訳については、江南義之『『學説彙纂』の日本語への翻訳（1）』（信山社、1992年）492頁。

9 ローマ法における制度について、古代ローマの、買主に訴訟において売主を弁護することを第一次的に義務付ける防御体系（Defensionssystem）と、その後、別個の契約（二倍額の賠償金を支払うという、いわば損害担保契約）によって追奪担保責任を基礎付けるようになり、重点が損害の賠償へと移り、売主の訴訟における弁護が、賠償義務を免れるための手段へと変化した、追奪担保主義（Evictionssystem）とを分けて考える場合もある。たとえば、高木多喜男「他人の物の売買と売主の責任」『不動産法の研究』（成文堂、1981年）77頁以下（初出＝神戸法学雑誌8巻4号（1959年）596頁）を参照。

(2) フランス民法典における他人物売買の規律

次に、フランスの1804年のフランス民法典における（すなわち、2016年のオルドナンスによる債務法改正前の）規定を見ていく¹⁰。

1804年のフランス民法典では、売買契約の売主の義務は、民法典1582条1項に、「売買は、一方がある物を引き渡す義務を負い、他方がその物〔の代金〕を支払う義務を負う合意である。」と規定され、民法典1603条に、「売主は、売却する物を引き渡し、かつ、それを担保する二つの基本的な義務を有する。」と規定されるように¹¹、目的物の引渡し義務と担保義務のみであり、権利の移転義務は存在しない。

しかし、民法典1599条では、「他人物の売買は無効である。買主が、売買目的物が他人の物であることを知らなかったときには、損害賠償の理由となる。」と、他人物の売買契約は無効であると規定されている。

このように、他人物売買を有効ではないとしながら他人物の売主に追奪担保義務を負わせているため、論理的な一貫性を欠く。そのため、民法典の立法後、1599条の無効の意味をめぐる議論が行われることになる。無効の意味をめぐる議論は、絶対的無効説、相対的無効説—錯誤説¹²、相対的無効説—特殊無効説、解除説が主張されてきた。立法者は絶対的無効説の立場をとっていたが¹³、現在通説となっているのは、相対的無効説の中

10 1804年のフランス民法典の関連する規定の立法の過程と、立法後の議論については、詳細な先行研究があるため、ここでは簡単に触れるにとどめる。田村耀郎「フランス民法における他人の物の売買（一）」名古屋大学法政論集62号（1974年）1頁、同「フランス民法における他人の物の売買（二）」名古屋大学法政論集69号（1976年）67頁。

11 フランス民法典1603条

「売主は、売買目的物を引渡す義務および担保する義務の二種類の基本的な義務を負う。」

条文の翻訳については、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係』法務資料四四一号（1982年）を使用している。

12 売買目的物が他人物であったことは、物の本質自体に関わる錯誤であり、人の考慮が合意の主たる原因である場合の錯誤であり、買主のみが錯誤無効を主張できるとする。Mazeaud, Leçon de Droit Civil, 1968, T. III, N° 816, p.72. 田村「フランス民法における他人の物の売買（二）」・前掲注（10）73頁。

13 絶対的無効だとする構成が、民法典の起草過程の当初は忠実に採用されていたが、起草過程の途中から、他人の物の売買は無効で、どのような義務も生じさ

の特殊無効説である¹⁴。

判例においても、民法典 1599 条の無効が相対的無効であることが確認されている¹⁵。

通説である特殊無効説の立場に従えば、まず、民法典 1599 条の無効は、買主のみが主張できる相対的無効であり、しかも、通常は無効とは異なる買主保護のための特殊な無効であるという。したがって、買主が無効訴権を行使しなければ、他人物売買は有効であり、売主は売主としての義務を負うことになり、物の引渡し義務付けられる。そして、買主が追奪を受けた場合には、売主は追奪担保責任を負う。それとともに、追奪を受ける前であっても、他人物売買が行われ、追奪を受けるおそれがある場合に、買主に追奪担保訴権の事前行使である無効訴権の行使を認める。

この考え方が支持されたことによって、フランスでは、追奪担保責任の範囲を拡大しながら、大筋では追奪担保体系が採られ続けることになる。

(3) ドイツ民法典（旧債務法）における他人物売買の規律

次に、ドイツにおける法制度を概観する。ここでは、2001 年に行われ

せない、という規定が挿入されるようになる。他人物売買の有効性をめぐる議論は、売主が他人の物であることに対して善意であるか悪意であるか、他人物売買に対して両当事者の合意があった場合（売主が、将来、権利を取得するつもりである場合も含む。）にはどのように考えるか等の、本来、他人物売買が有効であった趣旨とは離れた議論を経て、結局、売買の目的は所有権の譲渡であることや、他人の物の売買に対する非難感情などを背景として、他人の物の売買を無効とする考え方が採用された。

14 L. Chaisemartin, Des effets entre les parties des contrats portant disposition de la chose d'autrui, 1936. P.45. P. Roublier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, 1911, p.25. 田村「フランス民法における他人の物の売買(二)」・前掲注(10) 76 頁。

15 1832 年 1 月 23 日の破毀院判決によって、民法典 1599 条の「無効」は、絶対的無効ではなく、相対的無効であるとされている。本判決においては、1599 条の無効が相対的無効であることが明白に述べられているわけではないが、無効とされる他人物売買が、追認され、また、時効期間の経過を経ている以上は、その無効であることが治癒されうるという判決の趣旨から、そのことを宣言したものであると考えられている。Cass. Civ., 23 Janvier 1832, Fargeot, D. jur. gén., v° Vente, n° 545; S. 1832.1.666.

た債務法改正以前の1900年のドイツ民法典で採られた体系について整理を行う。

ドイツにおいても、古代ローマにおける追奪担保体系が引き継がれていたのか、ゲルマン法的な訴訟制度の影響であったのかはともかくとして、19世紀まで追奪担保体系が用いられた¹⁶。

ところが、19世紀のドイツ普通法学の影響を受けて、売主の義務として所有権移転義務が登場し、買主が追奪を受けた場合に、売主は追奪担保責任を問われるのではなく、所有権移転義務の不履行による責任を負うことになる。さらに、他人物売買が行われた場合に、実際に買主が追奪を受けていなくても売主に対して責任を追求することが認められた。こうした立法の体系は、ローマ法における追奪担保体系と対になるものとして、権利供与（Rechtsverschaffung）体系と呼ばれる。

ドイツ民法典においては、民法典旧433条1項に、「売買契約により、物の売主は、買主に物を引き渡し、かつ、その物の所有権を移転させる義務を負う。」¹⁷と規定され、売買契約の売主には、所有権の移転・供与をする義務が課されている。

続く旧434条において、第三者の権利を排除して売買の目的物を買主へと移転する売主の義務について規定し¹⁸、売主が義務を履行しない場合には、債務不履行の問題となり、同法旧440条によって、債務不履行について定めた同法旧320条から旧327条が援用され、買主は、解除または損害賠償の請求をすることができた。

16 高木・前掲注(9)。

17 債務法改正以前の条文の翻訳については、右近健男『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）による。

18 BGB旧434条（権利の瑕疵による担保）
「売主は、第三者が買主に対し主張することのできる権利を除去して、売買の目的を買主に移転する義務を負う。」

(4) わが国における民法の立法と他人物売買の位置づけ

(i) 日本の規定の位置づけ

以上のように、3つの法体系における他人物売買をめぐる規制について見てきた。これらの3つのモデルと比較することで、わが国の規定の特徴を明らかにしたい。

ローマ法では、売主は物の引渡し義務のみを負い、したがって、引き渡された物が他人の物であった場合でも契約の有効性には影響しないが、他人物の売主は担保責任（追奪担保責任）を負う。

それに対して、ドイツ法（債務法改正以前）においては、売主は買主への所有権の移転と物の引渡しを行う義務を負う。そのうえで、他人物の売買も契約としては有効であり、買主は第一次的には権利の移転を請求することができ、その遅滞や不能があれば債務不履行となり、解除または損害賠償請求を行うことができた。

他方で、フランスにおいては、民法典の規定の上では他人物売買は無効であるとされたが、解釈上、当該無効を相対的無効であると位置付け、したがって、売主が当該他人物売買を無効としなかった場合には当該他人物売買は有効であり、ドイツ法と同様に売主と買主との間で契約関係を発生させるが、売主は物の引渡ししか義務付けられておらず、他人物売買を行っても債務不履行は構成しない。しかし、売主には、買主が所有者からの追奪を受けた場合の特別な担保責任である追奪担保責任を負わせており、代金の返還や買主の負担した費用や被った損害の賠償を義務付ける。また、事前の追奪担保訴権であると考えられる無効訴権の行使によって、買主は、追奪を受ける以前に契約を無効とすることができる。

他人物売買の有効性については、フランスにおいて相対的無効説に従って無効の意味を理解するため、3つの法体系においては大きな違いを生じさせるものではない。

それでは、あらためて、わが国の明治民法における規律はどのように位置づけられるであろうか。わが国では、他人物売買であっても契約は有効である。売買契約の際の売主の義務は明確には規定されていないが、他人

物売買が行われた場合には、売主はその権利を取得して買主へと移転する義務を負う。そして、売主が権利を取得し買主へと移転できない場合には、買主に対して担保責任を負う。

他人物売買を有効とし、権利の移転義務を売主に負わせるのであれば、売主が買主へ権利の移転ができない場合には、ドイツのように債務不履行を構成するはずである。反対に、権利の瑕疵の担保責任(追奪担保責任)は、本来は売主に債務不履行が存在しない場合に売主が負う責任であり、ローマ法やフランス法のように、売主の義務が引渡しによって履行されたと構成したうえで発生するべきものである。そうすると、わが国の立法時の民法の規定は2つの法体系の規定を併せ持つものとなっており、理論的な一貫性を欠く規定となっており、混乱を生じさせるものであった。

(ii) 明治民法における他人物売買の規定の立法経緯

それでは、わが国における体系上の混乱はどのように生じたのであろうか。簡単に、その経緯を追ってみたい。旧民法では、フランスの規定とやや異なる規定が置かれた。まず、旧民法財産取得編42条に従い、他人物の売買を無効とした¹⁹。しかし、同条2項に見られるように、すでに確立されたフランスの相対的無効説に気を配り、売主の無効の援用を、売買目的物が他人の物であったことを知らなかった場合に限定する。

ところが、同法24条において、「売買ハ当事者ノ一方カ物ノ所有権又ハ其支分権ヲ移転シ又ハ移転スル義務ヲ負担シ他ノ一方又ハ第三者カ其定マリタル代金ノ弁済ヲ負担スル契約ナリ」という規定が置かれ、売主には、所有権の移転が義務付けられている。その上で、売主の義務が物の引渡であることを前提とした、売主の追奪担保義務の規定が置かれる。追奪担保については、同法46条に「売主ハ定量物ノ所有権ヲ移転スル義務ノ外尚

19 旧民法財産取得編第四十二条

「他人ノ物ノ売買ハ当事者双方ニ於テ無効ナリ

然レトモ売主ハ売買ノ際其物ノ他人ニ属スルコトヲ知ラサルニ非サレハ其無効ヲ援用スルコトヲ得ス」

ホ売渡物ヲ引渡ス義務、引渡ニ至ルマテ其物ヲ保存スル義務及ヒ妨碍、追奪ニ対シテ買主ヲ担保スル義務ニ任ス」と、買主が追奪を受けた場合に、それを担保する義務が売主に存在することを定める。追奪担保の内容として、買主は、追奪を受ける以前であっても、売買無効の判決を受けることができ（56条）、買主が他人物売買であったことについて悪意であった場合には、代金弁済の義務を免れ、すでに代金の弁済を行ってればそれを取り戻すことができるのみであるが（57条）、買主が他人物売買であったことについて善意であった場合には、売買代金の支払い拒絶、返還に加えて、売買目的物について買主が支払った費用の償還を請求でき（58条）、また、契約の解除及び損害賠償の請求をすることができる（81条）。

以上のことから、旧民法の起草者は、他人物売買を無効とし、売主に権利の移転を義務付ける点で、フランス民法典の起草者が行おうとした、追奪担保体系から権利供与体系への移行を、フランスよりも一歩踏み込んで実現しようと試みていた。

その後、明治民法の立法過程では、とりわけ、他人物売買の無効という点について議論が行われ、他人物売買は有効であると考えられるようになる²⁰。しかし、追奪担保責任の規定は残された。

その結果、権利を取得して買主に「移転する」義務を他人の権利の売り主に負わせると規定し、権利供与体系を採るかのような書きぶりの民法旧560条と、売主が前条の義務を果たせない場合に、民法旧561条で追奪担保体系を採るかのような「担保責任」を予定しており、二つの異なる体系が混在しているような状態が生じた。

20 他人物売買を無効とすることは誤謬に基づくものであるとして、ベルギー民法典の規定を参考にしながら、旧560条の規定が置かれた。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録 三』（商事法務研究会、1984年）899頁以下。潮見佳男「民法560条・561条・563条～567条・570条（売主の担保責任）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）337頁以下に詳しい。

(iii) 他人物売買と売主の義務の法的性質に関する議論

そこで、学説上、他人物売買の規定、売主の義務、他人物売買の有効性、担保責任の性格について、どのように理解するかという点について議論が行われてきた。以下では、代表的な見解を取り上げる。

① 買主の権利移転義務を認めつつ、担保責任を法定責任とする説

債権法改正以前の通説においても、売買契約の際の売主は、民法旧 555 条の規定を根拠とし、目的物の引渡しや不動産の場合の對抗要件としての登記移転義務を一元的に包含した意味での、契約目的物の所有権を売主へと移転する義務を負う、と考えられてきた²¹。目的物の引渡義務や登記移転義務等については根拠となる条文上の文言は存在しなくても、権利を移転する義務に含まれると考える。

そのうえで、権利の瑕疵の担保責任の性質をめぐって 2 つの見解に分かれる。一つ目は、担保責任の性格について、売買が有償契約であることに着目し、公平と取引の信用を保護するために法が特別に認めた特別な責任（法定責任）であるとする見解がある²²。

② 買主の権利移転義務を認めつつ、担保責任を債務不履行責任とする説

それに対して、担保責任を法定責任として位置づけるのは、履行義務＝債務不履行責任の不存在の場合において有償契約における両給付の等価的均衡を維持する手段たることをその本質とするものである²³にもかかわらず、売主の義務を権利の移転義務を中心に構成したうえで、売主が買主から所有権を取得して移転することができない場合には、売主は債務不履行責任を負い、その債務不履行責任の特則として定められているのが旧 561

21 柚木馨＝高木多喜男『新版 注釈民法（14）』（有斐閣、1957年）（高橋眞執筆）191頁。

22 我妻栄『債権各論中巻』（岩波書店、1957年）270頁、鳩山秀夫『日本債権法（各論中）』（岩波書店、1919年）320頁。

23 広中俊雄『債権各論講義 [第五版]』（有斐閣、1979年）59頁。

条以下の担保責任であると位置づけられた²⁴。

③ 三宅博士の見解（目的物引渡義務一元論）²⁵

三宅博士は、売買契約の際の権利の移転義務は、売主の本質的義務ではあるものの、法律上の義務は引渡しであると考え。すなわち、売買契約というものは、売主が買主に対して自己の物の所有権を移転するものであるため、売主には本質的（潜在的）義務として所有権を買主へと移転義務があるが、そうした本質的義務は、法律上の義務として債務を生じさせるものではなく、物の引渡し＝履行義務と担保責任という二つの義務の形をとって現われる、という²⁶。

売主の権利に瑕疵があるという特段の事情が現われない限りは、実際の権利関係としては、売主の義務として引渡義務があるだけであり、売主の権利に瑕疵があるという特段の事情が現われたときに、売主は権利の担保責任を負うことになるとする。

④ 潮見博士の見解（権利移転義務・引渡義務二元論）

潮見博士は、まず、民法旧 560 条を、他人物売買が有効であることを承認するために設けられた規定であるとしたうえで²⁷、売買の対象が占有を伴う物である場合には、売主には本権供与義務と占有移転義務（引渡義務）という異質なレベルの義務が存在していると考え、売主の義務を二元

24 北川善太郎『債権各論〔第二版〕』（有斐閣、1995年）4頁、内田貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、1997年）144頁。

25 この見解を支持するものとして、鈴木禄弥『債権法講義〔三訂版〕』（創文社、1995年）231頁、高森八四郎「売買における売主の所有権移転義務」関西大学法学論集 43巻5号（1994年）24頁などがある。

26 三宅正男「売主の所有権移転義務の二重化（一）」名古屋大学法政論集 48号（1969年）8頁。また、同『契約法（各論）上巻』（青林書院、1983年）191頁以下。

27 「契約当時には売買の目的である権利が他人に属するために、直ちにこれを買主に移転することができない場合であっても、その権利を取得してこれを買主に移転する義務を売主に負わせることを通して、他人の権利を目的とした売買契約を有効としたのである。」という。潮見佳男『契約各論Ⅰ—総論・財産権移転型契約・信用供与型契約—』（信山社、2002年）104頁。

的に捉える。博士は、この旧 560 条は、他人に属する権利を取得して買主に移転する義務を売主に負わせることを通して売買契約を有効とする、他人の権利を売買の目的とした売買契約が有効であることを承認する規定であるという²⁸。

そして、民法 561 条以下の担保責任は、権利供与義務違反である債務不履行責任の特則であると位置づける²⁹。

⑤ 北居教授の見解

北居教授は、売主の義務を、物権変動論の影響を受けて議論の錯綜しがちな権利の移転義務を起点に置くことをやめ³⁰、売主の権利取得義務と権利移転義務とを切り離れたうえで、民法旧 560 条（現 561 条）を、他人物売買が行われた場合に売主が他人物を取得する義務を負うことを定めた規定であると理解した上で、その権利調達義務の不履行に基づく責任が旧 561 条の担保責任として定められていると考える。

したがって、他人物売買の担保責任は権利調達義務と結び付き、瑕疵担保責任は引渡し義務と結び付いたものであり、それぞれ次元の異なる担保責任であるという整理を行う。

以上見てきたように、わが国においては、立法上の混乱した状態をどのように説明するか学説は苦心してきた。三宅博士は、売主の権利の移転義務を否定し、売主の義務を物の引渡しと担保であると考えた。この見解は理論的には一貫したものであったが、通説は、売主が買主への権利の移転義務を負っていると考え、その上で、債務不履行責任との関係で担保責任をどのように説明するか（法定責任か債務不履行責任か）という点で議論が行われてきた。

28 同上 86 頁以下。

29 後者の占有移転義務は瑕疵担保責任に関連するという。同上 86 頁以下。

30 北居功『契約履行の動態理論Ⅱ弁済受領論』（慶応義塾大学出版会、2013 年）470 頁以下（初出＝法学雑誌 *tâtonnement* 8 号（2006 年））。

潮見博士と北居教授は、売主の義務を、二元的に構成することで、従来の通説をさらに明確にすることを試みている。潮見博士は、売主の義務を、権利の移転義務と引渡義務であると構成し、他方で、北居教授は、物権変動論と結びつく売主の権利の移転義務をいったん考えず、他人物売買の場合の売主の義務を、権利の調達義務と引渡義務であると構成する。そして、いずれも、他人物売買が行われて義務が果たされない場合の担保責任を債務不履行として位置づけた。

わが国の物権変動については、民法 176 条の規定にあるように、そして、判例、通説となっているのも、意思主義であり、他人物売買の場合には、売主が権利者から権利を取得したら即時に買主へと権利が移転すると考えるのが判例の立場である³¹。

(iv) 平成 29 年の債権法改正後の他人物売買の規定

平成 29 年の債権法改正後の規定については、すでに整理を行っているが、他人物売買については、民法 561 条において、「他人の権利（権利の一部が他人に属する場合におけるその権利の一部を含む。）を売買の目的としたときは、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負う。」他人の権利を売買の目的とした売主は、その権利を取得して「買主に移転する」と規定されており、他人物売買でも契約自体は有効に成立させようとして、売主は、所有者から売買目的物の「所有権を取得して買主に移転する義務」を負うとする。そして、それができない場合には、契約不適合であるとして、565 条において準用されるように、買主は売主に対して、追完請求（562 条）、代金減額請求（563 条）、および解除権の行使（564 条）を行うことができるという構成をとることとなった。

そのため、上で取り上げた学説における議論のいくつかは意味を失った。

31 最判昭和 40 年 11 月 19 日民集 19 卷 8 号 2003 頁。売主が第三者所有の特定物（船舶）を買主へと売り渡し、後からその所有権を取得したという事件で、最高裁判所は、他人物の売主が真の権利者から所有権を取得すると同時に、買主に所有権が移転すると判示した。

まず、担保責任の性格をめぐる議論は、民法が担保責任の規定を放棄したため、意味を失っている。また、担保責任が放棄された以上、ローマ法やフランス法のように、売主の義務を引渡しとして理論づけることが困難になった。

四、残された問題 物権変動との関係

このように、平成 29 年の債権法改正によって、一見すると、従来の他人物売買をめぐる理論上の混乱が解消されたかのように思われるが、この問題については物権変動との関係も含めて考察する必要がある。しかし、そこには困難な問題が含まれる³²。

ローマ法では、売買系契約の場合に売主は物の引渡義務を負うのみであったが、ローマ法では物の支配関係を所有権を中心として構成しておらず、近現代の法体系における物権変動の制度と比較することができないため、ここでは検討することを留めるが、フランスとドイツの法制度を、物権変動を含めて改めて見直してみる。

フランス法では、売主は売買目的物の所有権を売主へと移転しなければならないと理解されているが、物権変動について意思主義を採っているため、民法典 1583 条によると、売買契約が締結されればその効果のみによってすでに所有権は買主へと移転しているのであり、改めて売主に権利の移転を義務付ける必要がない³³。したがって、売買契約が有効に成立している以上は、すでに所有権は買主へと移転しているのであるから、これ以上

32 金山教授は、「意思主義の下で権利供与義務をどう構成するかという問題自体が一種のアボリアである」と述べる。金山直樹「装置としての法典と法学」法律時報 70 卷 7 号（1998 年）9 頁。また、北居教授は「この解決の起点となるべき物権変動論が錯綜する以上、売主が財産権移転義務を負うのかどうかは、我が国の民法解釈論のうえでもっとも解決が困難な問題の一つとならざるを得ない。」としてあえて権利移転義務の有無を棚上げしている。北居・前掲注(30) 486 頁。

33 フランス民法典 1583 条
「売買は、物がいまだ引き渡されておらず代金がいまだ支払われていない場合であっても、物及び代金について合意する時から当事者間において完成され、買主は売主に対する関係で当然に所有権を取得する。」

権利を買主へと移転することができず、あとは、物の引渡しをするだけであることになる。

他方で、ドイツにおいては、物権変動の方式として、物権行為と債権行為と分けて考え、債権行為である契約の締結のみの結果によっては売主から買主への所有権の移転は発生せず、契約の締結によって売主は買主へと所有権を移転させる義務を負い、同時に、物を売主へと引き渡す義務を負う。(BGB 旧 433 条 1 項)。また、不動産であれば登記の移転・動産であれば物の引渡しによって物権変動が生じる形式主義を採り、実際には、権利の移転と物の引き渡しとは密接に結びついている。

それに対して、わが国では、民法 176 条を採用しており、判例（最判昭和 40 年 11 月 19 日）においても他人物売主が権利を取得すると同時に買主へと権利が移転する（すなわち、売主から買主への権利の移転は行われない）としながら、民法 555 条および旧 560 条で売主から買主への権利の移転が義務付けられており、理論的な混乱が生じていた。平成 29 年の債権法改正に際しても、売買契約の売主の義務について定めたこれらの規定（民法 555 条および 561 条）は維持されたため、問題は残されたままである。また、他人物売買の際に、権利の瑕疵の担保責任を放棄して契約不適合としたことが、物権変動における意思主義との関係においては説明を困難にしている。なぜならば、物権変動において意思主義を貫徹するのであれば、売主は買主へと所有権を移転する契約上の義務を負わないはずであるが、契約における買主の意思としては、権利の移転を受けることは当然に契約の内容となっているはずであり、他人物が引き渡されたとしても契約に適合しているとはとても言えないであろうからである。

わが国の物権変動を意思主義であると位置づけるのであれば、理論的には、三宅説のように、権利の移転義務は観念できないはずであったのかもしれないが、現行法と判例法理の下では、北居教授のように他人物売主には権利の調達義務があり、調達すると同時に権利が売主へと移転するという見解がもっとも平仄が合うだろうか。

五、欧州法統一の議論の中での変化

(1) 概要

ところで、20世紀の後半以降、欧州法の統一に向けた議論が、とりわけ債務法の分野において、ヨーロッパ各国の法制度に様々な影響を与えてきた。その中で、売買契約の際の売主の義務についての理解にも変化が生じてきている。

ここでは、こうした義務とその位置づけについて簡単に言及をする。

(2) 国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）における他人物売買と売主の義務

欧州法の統一に関連しては、さまざまな議論や、モデル立法、草案が作成されているが、本稿では、わが国も加入、発行している国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）を取り上げる³⁴。

CISGにおいては、30条で、売主の義務として、物品の引き渡し、物品に関する書類の交付、物品の所有権の移転が義務付けられている³⁵。さらに、35条で、売主には、契約に適合した物品の引き渡しが義務付けられている。そして41条において、売主は、第三者の権利又は請求権の対象となっていない物品を引き渡さなければならない、ということが義務付けられる³⁶。

34 新堀聰『国際統一売買法』（同文館、1991）年、曾野和明＝山手正史『国際売買法〔現代法律学全集60〕』（青林書院、1993年）、ペーター・シュレヒトリーム（内田貴＝曾野裕夫訳）『国際統一売買法』（商事法務研究会、1997年）、潮見佳男ほか編『概説 国際物品売買条約』（法律文化社、2010年）など。条文の翻訳については、外務省による公定訳を用いる。

35 CISG30条

「売主は、契約及びこの条約に従い、物品を引き渡し、物品に関する書類を交付し、及び物品の所有権を移転しなければならない。」

36 CISG41条

「売主は、買主が第三者の権利又は請求の対象となっている物品を受領することと同意した場合を除くほか、そのような権利又は請求の対象となっていない物品を引き渡さなければならない。ただし、当該権利又は請求が工業所有権そ

本稿で問題としている他人物売買の場合には、買主は、売主が 41 条の義務を履行しないとして、45 条に従って³⁷⁾、その履行および追完を請求し(46 条)、解除をし(49 条)、損害賠償を請求することができる(74 条以下)。

なお、CISG では、物権変動についてと契約の有効性については、4 条において、この条約の規律する対象から除外する旨が述べられている。しかし、すでに見たように、売主に権利の移転が義務付けられており、それを物の引き渡しと同列の義務として観念するとするならば、意思主義が採用されてはいないことになる。また、他人物売買が行われた場合でも、履行請求を認め、解除を準備していることから、有効に契約を成立させることを前提としている。

売主の義務としては、主として、30 条及び 35 条から、契約に適合した物品を引き渡す義務と、30 条及び 41 条から、他人の権利の付着しない物品の引渡し、すなわち、権利の供与義務とが並列して置かれる形になっており、売主がその義務に違反した場合の買主が救済手段を行使できるという構成が採られている。

こうした CISG の規定や欧州法統一を巡る議論を受けて、ドイツやフランスといった国々においても、売主に課されると考えられていた義務の理解が変化してきている。

の他の知的財産権に基づくものである場合には、売主の義務は、次条の規定によって規律される。」

37 CISG45 条

「(1) 買主は、売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合には、次のことを行うことができる。

(a) 次条から第五十二条までに規定する権利を行使すること。

(b) 第七十四条から第七十七条までの規定に従って損害賠償の請求をすること。

(2) 買主は、損害賠償の請求をする権利を、その他の救済を求める権利の行使によって奪われない。

(3) 買主が契約違反についての救済を求める場合には、裁判所又は仲裁廷は、売主に対して猶予期間を与えることができない。」

(3) ドイツ債務法改正と他人物売買

ドイツにおいては、2001年に債務法の大改正が行われた³⁸。その中で、売主の義務についての規定が変更されたほか、他人物売買の場面において用いられる権利の瑕疵についての規定も、その位置付けが変更された³⁹。売主の義務については、まず、民法典433条1項に、「売主は、買主に物の瑕疵または権利の瑕疵のない物を取得させる義務を負う。」という第2文が付け加えられた⁴⁰。

そして、従来の債務不履行の場合と、瑕疵担保責任などの場合とを包括した、統一的な義務違反という概念を、給付障害の場合の中心的な概念として置き、売主が物の瑕疵又は権利の瑕疵のある物を給付した場合には⁴¹、買主は売主に対して、義務違反による瑕疵責任を問い、第一次的には、追完（瑕疵修補、代物給付）を請求し、追完が行われない場合には、解除、損害賠償、代金減額を請求することができることとなった（BGB437条）⁴²。

38 岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、2002年）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003年）、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）など。

39 円谷峻「債務法の現代化と瑕疵責任」『取引法の変容と新たな展開』（川井傘寿）（日本評論社、2007年）55頁、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」法律時報80巻8号（2008年）30頁、同「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009年）67頁、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社、2009年）179頁。

40 BGB433条（売買契約における典型的な諸義務）
「(1) 売買契約により、物の売主は、買主に物を引き渡し、所有権を取得させる義務を負う。売主は、買主に物の瑕疵または権利の瑕疵のない物を取得させる義務を負う。」

BGBの条文の日本語訳は、ディーター・ライポルト（円谷峻訳）「ドイツ民法総則 [第2版]」（成文堂、2015年）における円谷訳を用いる。

41 物の瑕疵については、BGB434条に、権利の瑕疵については、BGB435条に、それぞれ瑕疵がない場合の定義規定が置かれるが、両瑕疵は、続くBGB437条における「物に瑕疵があるとき」であるとして、同一に取り扱われる。

42 BGB437条（瑕疵の場合の買主の諸権利）
「物に瑕疵があるとき、買主は、以下の諸規定の諸要件が存在し、かつ、他に別段の定めがないかぎり、次の諸権利を有する。

1. 439条により第二次履行を請求すること
2. 440条、323条および326条5に項により契約を解除すること、および、

(4) フランスにおける議論と債務法改正

上で見たように、フランス民法典の 1603 条によると、売主は主たる債務として引渡義務 (obligation de délivrance) を負い、その帰結として担保が義務付けられている。

立法後、売主は規定にあるような 2 つの債務を負うだけで良いのかという点で議論や裁判が行われ、次第に、売主の義務が拡張していく。たとえば、登記等の移転義務や、買主への助言や情報提供義務である⁴³。

また、フランスでも、CISG などの影響を受け、売主の義務を契約物適合義務であるとして一元的に解釈する学説が有力に主張されてきている⁴⁴、破毀院判決においても、「適合物引渡義務は、合意された売買目的物を提供するだけではなく、あらゆる点で追求される買主の目的に合致した売買目的物を、買主に提供する」義務であると判示し、一元説を支持するものもある⁴⁵。

しかし、2016 年の債務法改正の際にも 1603 条の規定は維持された。

(5) DCFR

先に見た CISG 以外にも様々なモデル立法が作成されているが、ここでは、物権変動についての規定も射程に含めて作成されている⁴⁶、ヨーロッパ私法に関するモデル準則として 2010 年に刊行された共通参照枠草案 DCFR (Draft Common Frame of Reference)⁴⁷ における他人物売買に関

3. 440 条、280 条、281 条、283 条、および 311a 条により損害を賠償すること、または、284 条により無駄になった費用の賠償を求めること。」こうした意味で、物に瑕疵がある場合は、多くの部分で一般の債務不履行法の適用を受けるが、いくつかの点で、瑕疵責任特有の規定が適用される。

43 Philippe MaLaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6 éd., 2012, n° 271, p.169.

44 森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基本的考察 (1) ~ (3)」法学協会雑誌 107 巻 2 号 171 頁 (1990 年)、6 号 895 頁 (1990 年)、108 巻 5 号 735 頁 (1991 年)。

45 Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, Bull. Civ. 1986, Ass. plén., n° 2, p.2. ; D.1986.

46 ただし、DCFR では不動産については適用範囲外とされているため、以下の規定はすべて動産についての規定である (I.-1:101 条 (適用範囲) (2) (f))。

47 Christian von Bar/ Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model*

する規定を見ていきたい。

DCFR では、売主の債務については、契約についての第IX編の売買について定める A 部に規定が置かれる。IX.A.-2:101 条では、(a) 物品の所有権を移転すること、(b) 物品を引き渡すこと、(c) 契約に従い必要である場合には、物品を表章する書類又は物品に関する書類を移転すること、(d) 物品が契約に適合することを保証すること、の 4 つが挙げられる⁴⁸。

売買では契約に適合した履行が要求され、売買目的物が第三者の権利の対象となっていないことも要求される (IX.A.-2:305 条⁴⁹)。したがって、他人物売買は契約不適合であり、債務不履行となる。

買主の不履行があった場合でその不履行が免責されない場合には、第 3 編第 3 章に救済手段が規定される (III.-3:101 条 (1))。買主は、追完を請求でき (III.-3:202 条)、債務不履行が重大な時は契約を解消でき (III.-3:502 条)、また、代金の減額 (III.-3:601 条) や損害賠償の請求 (III.-3:701 条) もすることができる。

それでは、物権変動についてはどのような規定を置いているだろうか。物権変動については、第VIII編が物品所有権の得喪にあてられている。DCFR では、各国の国内法における物権変動に関する規定が異なってい

Rules of European Private Law Draft—Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009) 本稿で用いる DCFR の日本語訳は、ほぼ、窪田充見＝潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和＝山本敬三＝吉永一行監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案 (DCFR)』(法律文化社、2013 年) による。

48 IX.A.-2:101 条 (売主の債務の外観)

「売主は、次に掲げることを行わなければならない。

(a) 物品の所有権を移転すること

(b) 物品を引き渡すこと

(c) 契約に従い必要である場合には、物品を表章する書類又は物品に関する書類を移転すること

(d) 物品が契約に適合することを保証すること」

49 IX.A.-2:305 条 (第三者の権利又は請求一般)

「物品は、第三者の権利又は合理的な根拠のある請求の対象となっていないものでなければならない。ただし、当該権利又は請求が工業所有権その他の知的財産権に基づくものである場合には、売主の債務については、次条の定めるところによる。」

ることを考慮して、所有権を移転させる時期については当事者の合意によって定めることができると規定している（VIII.-2:103条⁵⁰）。すなわち、契約時に所有権を移転させるか、引渡し時に所有権を移転させるかは、まずは当事者に合意によって決定される⁵¹。他方で、当事者間で合意が存在しない場合には、引渡し又は引渡しに相当する事実が生じたときに、所有権が移転する（VIII.-2:101条（1）（e）⁵²）。

すなわち、DCFRでも、当事者間で意思主義による所有権の移転を選択するのでなければ、物権変動には引渡主義を採用しており、引渡しと権利の移転とは表裏一体となる。しかし、他人物の引渡しが行われても権利は移転しないため、債務不履行として解決が図られることになる。

（6）小括

CISG やドイツ新債務法においては、売主の義務を定めて、その義務に違反した場合に売主に責任を負担させるという制度が採られており、そこでは、契約の際の売主の義務が何であるのかが重要な意味を持つことになる。

いずれも、売主の義務として、買主への権利の移転と物の引渡しとが予定され、前者の下で他人物売買の場合が、後者の下で、契約に適合した物

50 VIII.-2:103条（所有権を移転させる時期に関する合意）

「所有権を移転させる時期は、国内法により所有権の取得に登記が必要とされている場合を除き、当事者の合意によって定めることができる。」

51 なお、DCFRでは占有改定は引き渡し的手段として認められていない。

52 VIII.-2:101条（所有権移転の一般的要件）

「(1) この章の規定による物品の所有権の移転は、次に掲げる要件のすべてを満たさなければならない。

(a) その物品が存在すること

(b) その物品が譲渡可能であること

(c) 譲渡人が所有権を移転させる権利又は権限を有していること

(d) 譲渡人が譲受人に対して、契約その他の法律行為、裁判所の命令又は法規定により、所有権の移転を受ける権利を有していること

(e) 所有権が移転すべき時期について合意が存在する場合には、その合意の定める条件が満たされている。そのような合意が存在しない場合には、引渡し又は引渡しに相当する事実が生じていること。」

を引き渡されなかった場合（物の瑕疵）とが一元的に債務不履行（契約不適合）として規定され、買主の救済が図られる。

反面、フランスでは、判例や有力説の中には CISG やドイツ新債務法と同様の見解をとるものも見られるが、条文上は売主の義務は依然として引渡しと担保という構成が維持されている。

DCFR でも、売主の義務と他人物売買の規定は、CISG やドイツ新債務法と同じ構成が採られる。

こうした、わが国の民法も含めた他人物売買の場合の規定の方法には一定の統一的な方向性が見られるが、CISG において、物権変動の制度についての規律が意図的に排除されたように、これらの議論に際しては、各国によって異なる物権変動の方法との整合性を持たせることは断念されてきたし、物権変動の方法によっては深刻な理論的な断絶を生じさせる可能性がある。

DCFR では、物権についての規定も対象に含んでいるが、物権の移転時期を当事者の合意によっても決定することができることにによって物権変動の意思主義を採る法制度への目くばせは行っているものの、原則的には引渡主義を採る。

意思主義を採るフランスが債務法改正後も従来の規定を維持したことは一つの示唆を含んでいるように思われる⁵³。

六、おわりに

本稿では、紙幅の都合もあり十分な整理も検討も行えたとはいえないが、他人物売買についての議論の変遷と理論的な問題点を追ってきた。20 世紀後半の議論や国際的な調和を目指す試みもあり、債権法の規定の中だけ

53 ただし、意思主義について定めている民法典 1196 条に、所有権等の権利の譲渡が契約のみを原則としつつ、当事者の意思、物の性質または法律の効果によって延期されうる例外が規定された。詳しくは、松尾弘「第 176 条（法律行為による物権の変動）」吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』（成文堂、2021 年）243 頁、また、本松尾論文では、物権変動の意思主義をめぐる問題提起と考察も行われている。

論 説

で独立して見ると、一定の方向性が示されたとは言えるだろうが、物権法、物権変動の領域も含めると、理論的に説明が困難であることは続いている。

そうした問題は、わが国と同様に物権変動について意思主義を採用している国においては、共通した課題となっているはずである。そのため、わが国における問題を解決するために、より詳細に各国の対応を検討する必要があると考えるが、この点については、今後の課題とする。