



Title	不動産二重売買の第一買主保護における中国債権侵害法理の再検討：とくに、いわゆる「悪意の結託」の実例的考察を中心に
Author(s)	何, 天宏
Citation	北大法政ジャーナル, 20, 63-94
Issue Date	2013-12-16
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/54025">http://hdl.handle.net/2115/54025</a>
Type	bulletin (article)
File Information	No20-3 Ka.pdf



[Instructions for use](#)

# 不動産二重売買の第一買主保護における 中国債権侵害法理の再検討

—とくに、いわゆる「悪意の結託」の実例的考察を中心に—

か 何            てん こう  
                    天   宏

## 目 次

第1章 問題設定	65
第2章 中国の学説・裁判例における実態及びその問題点	65
第1節 学説	65
1 第二契約が無効である主張による救済	65
2 第三者債権侵害に基づく救済	66
3 債権者取消権による保護	68
4 悪意の第二買主が第一買主に対抗できないとされる保護	68
5 小括	69
第2節 裁判例	69
1 裁判例の紹介	69
2 裁判例の分析	76
第3節 中国の学説・裁判における問題点	78
第3章 比較法上の考察	79
第1節 フランス法	80
1 学説	80
2 判例：フロード説からフォート説（不法行為責任説）への変遷	80
第2節 イギリス法	81
第3節 ドイツ法	81
1 823条1項に関する理論状況	81
2 826条に関する理論状況	82
3 判例の実態	82
4 小括	82
第4節 アメリカ法	82
1 第二買主の不動産の所有権取得の可否	82
2 第二買主の不法行為の成否	83

第5節 日本法	84
1 判例	84
2 学説	84
第6節 小括	85
第4章 中国法の再検討	86
第1節 第三者債権侵害(二重売買の場合)の理論状況及び裁判実務の再確認	86
第2節 第一買主をより手厚く保護する理論的可能性	86
第3節 法的構成の問題	88
むすびにかえて	89

## 第1章 問題設定

「売主Aが自分所有の不動産甲を買主Bに譲渡する契約（以下「第一契約」という）を締結したが、Bへの移転登記前に、Aがさらに不動産甲を第二買主Cに譲渡（以下「第二契約」という）し、Cが移転登記を完了した」という典型的な不動産の二重売買のケースを想定する。中国では、以前、すでに第一契約を締結した売主が目的物の所有権を失い、第二契約が無効になるとする扱い方<sup>1</sup>も、第一買主が登記をしていないため、第一契約は無効であるとする扱い方<sup>2</sup>もあったが、現在、二重売買における第一契約と第二契約は、法律に定められている無効の事情がなければ、共に有効として扱うのがコンセンサスとなっている。特に物権法の制定後、登記を不動産物権変動の効力発生要件とすることにより<sup>3</sup>、第一買主が移転登記をしないかぎり、原則として、所有権は売主のところであり、第一買主は特定物債権しか有しなく、売主はまた不動産を第二買主に売却するのは無権処分にならず、先に登記を具備した買主は所有権を取得する。このことを前提に、第一買主Bは、AとCの間での第二契約の締結及びその履行により、自分と売主Aとの売買契約が履行不能となり、不動産の所有権を取得できなくなったとき、どのような救済を受けられるかということが問題になる。もっとも、Bは債務不履行により、Aに対して、損害賠償を請求することができることには異論がない。しかしながら、少なくともA,B間においては、BはAに対して完全な所有権を移転することを求める債権を有しており、AからCへの売却と移転登記により、BのAに対する特定物債権の実現が不可能となったと言える。それでは、Bは自分の債権が侵害されたことを理由として、第二買主C（特に悪意の場合に）に対し、いかなる法的救済を受けられるかということも問われるべきであろう。すでに指摘されたように、この問題は実質的に第二契約の効力をいかなる範囲内で容認すべきなのかという問題であり、結局のところ、契約の自由及び市場経済の基本原則である自由競争の原

理をどこまで尊重するかという法政策論的な価値判断の問題に帰着すると言えよう<sup>4</sup>。

本稿では、まず第2章において、中国の学説では、第二買主との関係で第一買主が受けうる保護及びその要件を整理した後、裁判実務では、不動産二重売買の紛争がどのように処理されるかを紹介する。そのうえで、中国の学説にも言及しながら、これに関する問題点を分析することとする。次に、第3章において、諸外国のこの問題に関する解決方法を考察し、その背後の価値判断を析出する。最後に、第4章において、諸外国の扱い方及びその背後の価値判断をもとに、中国法への示唆として、不動産二重売買における第一買主の救済（第二買主との関係において）について、具体的な処理を試みたい。

## 第2章 中国の学説・裁判例における実態及びその問題点

### 第1節 学説

#### 1 第二契約が無効である主張による救済

中国では、登記を不動産物権変動の効力要件とし、物権法15条の規定によれば、債権行為と物権行為とを区分し、物権行為の独立性を認めるという原則が採られているが、ドイツのように物権行為の無因性まではまだ認められていないとされる<sup>5</sup>。そのために、善意第三者が登場していないかぎり、第二契約が無効になった場合、第一買主は登記を抹消し、不動産の所有権を取得することができる。

契約法52条<sup>6</sup>では、契約が無効になる事情が規定されており、二重売買の場合において、問題になるのは、第二買主と売主が悪意で結託して、第一買主に損害を与えることがあるか否かである。その決め手は「悪意の結託」が成立するか否かであると言えよう。「悪意の結託」の規定は比較法的には、大陸法系の通謀虚偽表示と似ているところがあるが、通謀虚偽表示においては、表意者に真実の効果意思が存していないため、意思真実の原則に基づいてその効力を否定するのに対して、

「悪意の結託」は当事者の行為に道德上の否定的な評価をして、第三者を保護するに資するものであると言われ、表意者に真実の効果意思があっても、その法律上の不当性がゆえ、無効になるとされる<sup>7</sup>。また、通謀虚偽表示は表意者の間では無効であるが、善意第三者に対抗することができない。それに対して、「悪意の結託」は不法性を帯びるため絶対的無効であると言われ、第三者の保護から由来する規定であるにもかかわらず、善意第三者の利益を損するようになりかねないと指摘されている<sup>8</sup>。

かくして、契約法52条2号の規定は比較法から見れば特殊なものと評することができ、その効果も契約を無効とするほど強力なものである。しかしながら、いまだ「悪意の結託」の成立要件に関する規定が存しておらず、2003年の「最高人民法院關於審理商品房買契約糾紛案件適用法律若干問題解釋」10条でも、「買主は、売主と第三者が悪意で結託し、同じ目的物について当該第三者との間で別の売買契約を締結し、目的物を当該第三者に引き渡したことを理由として、売主と当該第三者との契約が無効であることを請求することができる」と規定したが、「悪意の結託」の成立要件に関しては、具体的な叙述が置かれなかった。そのため、具体的な問題解決は学説・裁判例に依存していると言える。以下、契約の無効を導くこの「悪意の結託」の成立要件に関する学説をまず概観する。

王利明教授は「悪意の結託」の成立要件を主観・客観両要素にわけて考えており、主観要件については、悪意<sup>9</sup>が必要であるとしており、客観要件については、双方が共同の目的をもって、取り合わせて、又は共同的に違法行為を実施したとされ、事前に協議をまとめなくても、一方が意思表示をしてから、相手はその違法の目的を知りながら、黙示的に当該意思表示を受け取った場合にも共同の目的を有するとされている<sup>10</sup>。この「悪意の結託」の成立要件に関する論述が広汎に引用されているが、主観要件である悪意に対する理解は必ずしも一致しているわけではない。例えば、陳

敦博士は「悪意」を「関わる行為が国家・集団または第三者に損害を与えることを知っていながら、それを実施した」と解しており、損害を積極的に求めなくてもいわゆる損害の放任（即ち、間接故意）で足りるとする<sup>11</sup>。王利明教授はかなり厳格に認定し、「悪意」を「意思主義の悪意」とし、他人に損害を与えることを目的とすること（即ち、直接故意）が必要とするようである<sup>12</sup>。その理由として、当事者の自由意思を尊重すべきとし、安易に契約を無効にしないこと、善意第三者の利益を害するようになりかねないことなどが挙げられた。

二重売買に即して言えば、売主は、第一買主が目的物の所有権を取得すること、又は目的物の契約による強制執行を阻止するために、第二買主と虚偽の第二売買契約を締結する場合に、「悪意の結託」に該当するから、たとえ登記が第二買主に移ったとしても、第二契約の無効の効果として第二買主は目的物の所有権を取得できない。この場合、両者の悪意が明らかであり、また両者の第二契約が強制執行を阻止するための虚偽表示であるゆえ、「結託」に該当するからである。しかしながら、第二買主は単に第一契約の存在を知っていながら、目的物の所有権を取得するため、売主と第二契約を締結する場合には、通説は第二買主の行為を自由競争として、特に第二契約の代金が高価の場合に第二買主の目的が不動産の所有権を取得することにあると解することができ、「悪意の結託」にはならないとされる<sup>13</sup>。

このように仮装譲渡の場合を除いて、第二買主は単に第一契約の存在を知っていながら、売主と第二契約を締結し、第一買主の損害を放任するだけでは契約法52条2号のいう「悪意の結託」に該当しないとされるのは通説であると言える。

## 2 第三者債権侵害に基づく救済

前述したように、二重売買において、AからCへの売却と移転登記により、BのAに対する特定物債権の実現が不可能となり、それをCのBに対する債権侵害と捉えることができるため、BはC に対し

て、第三者債権侵害の不法行為により、救済を求めるのも理論上可能であろう。そして、後述するように、各外国において、不動産二重売買における第二買主と第一買主の利益調整問題を第三者債権侵害の題材とするのが通例である。これはいわゆる「契約の対第三者保護という問題であり、契約の相対的効果の変容という大きな問題の一側面であると言われる」<sup>14</sup>。中国において、第三者債権侵害に関する明確な規定がないが<sup>15</sup>、不法行為の一般規定にすでに債権侵害も含まれていると解するのは通常である。不法行為法2条<sup>16</sup>では、保護される権利が列挙されており、その中で債権が明確に列挙されていないが、債権も不法行為の対象となることができ、保護を受けうることにはもはや異論がないため、通説は債権を同条「等の財産」に含まれると解し、第三者債権侵害を一般的に認めている<sup>17</sup>。最高法院もいくつかの批復により、債権侵害の不法行為責任を認めた<sup>18</sup>。しかしながら、通説は、第三者債権侵害の成立要件については別途議論する必要があるとする。以下、中国における第三者債権侵害の要件に関する学説を概観する。

王利明教授は主観的要件として故意が必要とし、単に債権の存在を知るだけでは足りず、他人の債権を加害する故意がなければ、不法行為にはならないとしている<sup>19</sup>。二重売買において、第二買主が第一契約の存在を認識しつつ、売主と第二契約を締結したこと自体は不当競争ではなく、むしろ市場経済の自然の原理であるとされ、法律に反する手段で、第二契約を締結した場合であれば、もはや正当競争とは言えなく、債権侵害の不法行為になると指摘した<sup>20</sup>。さらに、同教授は正当な自由競争を免責条件としており、口頭上の違約誘致が違反ではなく、積極的関与があっても、法律違反、公序良俗違反、悪意結託に該当する行為でなければ、不法行為責任を負わないとする<sup>21</sup>。

楊立新教授は故意を主観的要件としたうえ、客観的要件として行為自体の違法性を要すると解している<sup>22</sup>。

齊晔霞博士は主観的要件である故意が直接故意

に限定されると解し、単に債権の存在を知っているだけの間接故意が不法行為にならないとする<sup>23</sup>。また、客観的要件として行為自体の不法性が必要であるとする<sup>24</sup>。

徐滌宇教授は二重売買を原則として適法であると解し、二重売買を認めることこそ、契約自由に適するとされるとともに、自由競争の範囲を超え、一定の反倫理性を帯びる場合には、不法行為を認めるのも可能であるとする<sup>25</sup>。具体的に言えば、主観的に損害の故意が必要であり（例えば、第二買主が第二契約により、あまり利益を得られないあるいは第一買主と比べて得られる利益がごく少ない場合）、客観的に第一買主に損害が生じたことが不可欠であるとする<sup>26</sup>。

以上のように、学説は第三者債権侵害の要件を他の不法行為と区別し、かなり厳格に考えており、主観的要件として故意が必要とし、しかも単に債権の存在とその侵害の事実を知るだけでは足りず、債権侵害を目的とする直接故意が要求され、客観的要件として、行為自体が一定の不法性を帯び、債権の存在及びその侵害を知っている以上の反倫理性が必要であるとされる。また、その不法性を判断する際に、公序良俗違反、法律違反、悪意結託が基準としてあげられた。さらに、ほぼすべての学者が自由競争を債権侵害の免責事項として取り上げており、特に第二買主が第一買主より高価を出す場合に第二買主が不動産の所有権を取得するのは市場経済・自由競争の当然の結果とされる。そこで強調されているのは市場経済の原理に対する尊重、効率的契約違反理論による利益考量であると言われる<sup>27</sup>。そして、このような債権侵害に関する消極的な立場の根拠としては、(Ⅰ)債権の相対性<sup>28</sup>、(Ⅱ)債権の非公示性<sup>29</sup>、(Ⅲ)債権の排他性欠如<sup>30</sup>、(Ⅳ)債務者の履行自由・債権者平等<sup>31</sup>、(Ⅴ)自由競争の保護<sup>32</sup>、(Ⅵ)債務不履行責任の存在<sup>33</sup>等が述べられている。二重売買に即して言えば、単なる悪意の第二買主の締約行為は不法行為とはならず、当該行為にそれ以上の反倫理性のある場合のみ不法行為責任が成立するとされる。また、第二買主の行為は自由競



争であれば、第一買主の債権が侵害されたとしても、第二買主には不法行為責任がないとされる。ここで、疑問となるのは、免責事由と要件との関係である。つまり、上記反倫理性のある場合に（法律違反、公序良俗違反、悪意結託）、もはや自由競争とは言えず、わざわざ自由競争を免責事由とする必要がない。自由競争を免責事由とした以上、必ず上記の反倫理性には及ばないものの、自由競争にもならないような中間地帯が存すると考えられるが、にもかかわらず、通説では、第三者債権侵害が成立するために、法律違反、公序良俗違反、悪意の結託があるほどの反倫理性を必要としている。前述したように、二重売買における債権侵害の問題を、第二買主の自由競争の容認範囲の問題として捉えるならば、中国におけるこの場合の自由競争の容認範囲はかなり広いと言わざるを得ない。さらに、注意を要するのは、法律違反、公序良俗違反、悪意の結託があれば、契約法52条の規定により、第二契約は無効となるため、通説の要件論によれば、第三者債権侵害による救済と前記の契約無効による救済はある程度重なっていると言えよう。そうだとすれば、第一買主が第二買主の債権侵害により、救済を受けうる範囲はかなり狭いものに留まり、それゆえに第三者債権侵害制度は二重売買における第一契約への保護について、それほど意義を有しなくなると言わざるを得ない。

### 3 債権者取消権による保護

第三者債権侵害とは別に、同じ債権保護の機能を有する債権者取消権を想起することもできる。契約法74条では、「債務者の期限の到来した債権の放棄又は無償の財産譲渡が債権者の債権を害する場合に、債権者は上記行為の取消しを裁判所に請求することができる。債務者が明らかに不合理な低価で自らの財産を譲渡することにより、債権者が損害を被り、かつ譲受人がこれを知っている場合に、債権者は上記譲渡行為の取消しを裁判所に請求することができる」と規定している。しかしながら、法律規定には明言されていないが、学

説においても裁判実務においても、債権者取消権を行使するために、債務者（売主）の無資力が不可欠であるとされる<sup>34</sup>。即ち、たとえ売主が無償で不動産を第二買主に売却しても、売主にまだ第一買主に対して債務不履行による賠償を負担することができる限り、第一買主が債権者取消権を主張することはできない。学説では、債権者取消権の行使要件を緩和し、債務者の無資力が不要とする意見<sup>35</sup>もあったが、通説は、債権者取消権の趣旨が債務者の責任財産を維持し、債権者全体の利益を保護することにあることを理由に、無資力要件の緩和を否定する<sup>36</sup>。

かくして、第二契約の価格が合理であるならば、第一買主が債権者取消権を主張することができないため、第一買主に十分の保護（特に不動産の所有権の取得）を与えられないと言わざるを得ない。

### 4 悪意の第二買主が第一買主に對抗できないとされる保護

最近、第二買主が単なる悪意の場合に、契約無効、第三者債権侵害、債権者取消権の成立を否定したうえで第一買主の保護を図ろうとする見解も現れた<sup>37</sup>。論者は各国に対する比較考察を通じて、対抗力が物権独有のものではなく、「事情を知っていること」は債権に対抗力を具備させることができるという結論を得た<sup>38</sup>。二重売買に即して言えば、第二買主が第一買主の不動産に対する債権を知りながら、売主と第二契約を締結し、同一の不動産の登記を自分の名義に移転しても、第一買主の債権が第一契約を知っている第二買主に対抗できるとされ、その結果、第二買主との関係で、第一買主は不動産の物権を取得できるとされる<sup>39</sup>。即ち、第二買主の悪意は仮登記と似たような効力を持たせると言えよう。しかしながら、このような考え方は実際上の問題処理において、法的構成が問題となり、実際に第一買主にどれだけの保護を与えられるかは楽観視できない。特に善意第三者が現れた時、第一買主が善意第三者に対抗できず、第二買主の不法行為が成立していない

から、結局、第一買主は何の保護も受けられない。このように、善意第三者が登場するか否かにより、第一買主の保護はall or nothingになること自体には違和感があると言わざるを得ない。

## 5 小括

以上、中国において不動産二重売買における第一買主の保護に関する学説を整理してきた。簡単にまとめると、以下のようになる。

第一、学説では、契約無効及び第三者債権侵害の成立要件を厳格に認定し、債権の存在を認識し、自己の契約の締結・履行がこの債権の実現を不能とすることを知っているだけでは足りない。契約無効については、悪意の結託が必要とされ、第三者債権侵害については、悪意以上の反倫理性が必要であるとされる。

第二、通説によれば、第三者債権侵害による救済と契約無効による救済はある程度重なっており、前後の二つの契約がすべて有効であることを前提とする典型的な二重売買における第一買主への保護という問題とはやや異なると思われる。そして、二重売買における債権侵害の問題を、第二買主の自由競争の容認範囲の問題として捉えるならば、中国におけるこの場合の自由競争の容認範囲はかなり広いと言わざるを得ない。

第三、契約無効及び第三者債権侵害の要件が厳しいゆえに、第一買主の要保護性あるいは契約厳守という取引倫理を重視し、債権者取消権及び契約（債権）の対抗力から第一買主の保護を図ろうとする試みもあるが、そのような救済には限界があると言わざるを得ない。債権者取消権については、債務者（売主）の無資力が必要であり、契約（債権）の対抗力による救済についてはその法的構成が問題となり、善意第三者が登場するときも第一買主が保護を受けられなく、いずれにしても、第一買主に十分な保護を与えかねる。もっとも、契約（債権）の対抗論が第三者債権侵害を積極的に認める有力な論拠となりうるが、中国においては、係る論者は第三者債権侵害の不法行為責任を否定することを前提として契約の対抗論を展

開するため、善意第三者が登場するときの不均衡が生ずる所以である。換言すれば、諸外国においては、契約の対抗論が不法行為論と融合的に論じられているのに対して、中国の論者は、不法行為論と切り離して契約の対抗論だけを論じている。

## 第2節 裁判例

### 1 裁判例の紹介

以下においては、中国の裁判実務では、不動産二重売買の紛争がどのように処理されているのかについて具体的に検証し、考察を進めていくこととするが、その前にいくつかの事情をおさえておく必要がある。

まず、考察の対象である二重売買に関する裁判例に対して、以下の限定を加えたい。即ち、昔は、物権変動理論に対する認識不足のため、第一買主の占有による所有権の取得を肯定したうえで、第二契約を無効とする裁判例が存在していたが<sup>40</sup>、本稿では、そのような裁判例を考察の範囲から除外することとした。その理由としては、まず、物権法の制定により、中国では、登記を不動産物権変動の効力要件とすることは明らかになったこと、また、前記のような裁判例では、原因行為である契約関係と物権変動を混淆することから鑑みれば、本稿の問題テーマとは設定が異なるからである。

次に、中国において、不動産売買の場合に、移転登記以外に、不動産の所有権権利証書を発行するのが通常である。一般人は通常、移転登記をしなくても所有権権利証書を受け取ると不動産の所有権を取得したという認識を持っている。しかし、特に物権法が施行された後、権利証書を入手しても、移転登記をしなければ、所有権を取得することができないことには異論がない。

さらに、後で取り上げる裁判例の中には、第二買主が未だ移転登記をしていないものもあるが、悪意の結託が成立するか否かが争点となるため、移転登記が済んだ場合でも悪意の結託が成立すれば、第二契約の無効の結果として第二買主は不動産所有権を取得できない事態が起き得ることを考



えると、やはり参考になると思う。また、分譲住宅の売買の場合、実務上、前売契約（開発業者が未だ建築中の分譲住宅を他人に売却する旨の契約である）を締結することが一般的で、その契約手続の中で、代金額、支払期日、支払方式等の重要事項について詳しい約束をした場合に、前売契約は売買契約に該当するとされることも付言しておく。

最後に、結論を先取りすることになるかもしれないが、不動産の二重売買の事案における判決において、しばしば述べられる紛争解決の原則は次のとおりである。すなわち、二つの契約の中で有効の契約が無効の契約に優先し、有効契約の買主が不動産の所有権を取得するのは言うまでもないが、契約が全部有効の場合に、移転登記を先に完成した買主が所有権を取得し、買主が全部移転登記を完成していない場合に、不動産を占有している買主が所有権を取得し、買主が占有していない場合に、先に締結された契約の買主が保護される<sup>41</sup>というものである。

以下、不動産二重売買における裁判例を紹介する。

①（2002）瓊民一終字第5号<sup>42</sup>

【事実関係】

1993年10月19日に、A会社とB会社との間で、B会社が金鐘ビル4000平方メートルの不動産を総額1040万円でA会社に前売りする契約を締結した。同年11月6日にA会社、B会社の間で上記の前売契約に関する補充契約を締結した。その内容は、第一、A会社が1040万円を投入し、金鐘ビルの中の4000平方メートルを建築する；第二、A会社の投資した部分の不動産を、B会社は総額1800万円で買い取る；第三、B会社はA会社に対して、上記資金を約定の期間において、支払うことができない場合、A会社は金鐘ビルの5000平方メートルの部分の所有権及びそれに関する土地使用権を取得する（一か月以上遅延した場合）。なお、B会社を代表し、上記の二つの契約でサインをしたのは、現在C会社の法定代表者である張希洲であった。

その後、A会社は同年12月9日までに、1040万円をB会社に支払った。1995年7月18日に、B会社はC会社との間で土地使用権譲渡契約を締結した。同契約は金鐘ビルの所在する地域の2286.84平方メートルの土地使用権を総額457.368万円でC会社に譲渡した。その後、C会社は金鐘ビル及び関連する土地使用権を第三者に売却した。しかしながら、C会社は上記土地使用権譲渡契約の代金を支払ったことを証明することができなかった。A会社はB会社、C会社に対して、不法行為による損害賠償の連帯責任を求める訴訟を提起した。

【判旨】

A会社とB会社との間の前売契約及びその補充契約は双方の真実の意思表示であり、有効のものであると解するのが相当である。しかし、現在、当該契約の目的物である金鐘ビルは全て第三者に売却されたため、当該契約及び補充契約を履行することができなくなり、解除すべきであると解するのも相当である。B会社はA会社の交付した代金をもらったにもかかわらず、金鐘ビルをまたC会社に売却し、C会社への移転登記をした。このことはA会社の合法利益を害し、B会社は受け取った1040万円及びその利息をA会社に返還しなければならない。C会社の法定代表者である張希洲は金鐘ビルの実際上の責任者であり、A会社が当該ビルの一部を予約買付したことを知っていたながら、B会社と土地使用権譲渡契約を締結し、金鐘ビルを全部第三者に売却し、かつ自分が有償で当該ビルの所有権を取得することを証明することができないため、B会社とC会社との土地使用権譲渡契約は「悪意の結託」にあたり解するのが相当である。したがって、B会社とC会社はA会社に対して、1040万円及びその利息を返還する連帯責任を負うべきである。

②（2006）滬一中民二終字第2092号<sup>43</sup>

【事実関係】

被告Y1Y2は夫婦関係であり、被告Y3はその娘である。2003年8月22日、原告XはY1Y2との間で、不動産売買契約を締結し、三被告の予約買付

をした不動産Aを143万円でXに売却すると約束した。また、契約では、第一期の代金25万円を2003年8月25日に支払い、残る118万円を2004年4月30日までに支払い、2003年8月31日に不動産を引き渡すと約束した。契約を締結した後、Xは第一期の代金を支払い、Y1Y2はAをXに引き渡した。XはAを改装し、第三者に賃貸した。2003年11月10日、Y1Y2は、Aを譲渡する際にY1の許可（夫婦共同財産として夫婦双方の同意が必要である）を得なかったこと等を理由に、上海仲裁委員会に、Xとの間の前記売買契約を無効であると請求したが、同委員会の支持をもらえなかった。2004年4月10日以降、XはY1Y2に対し、残る代金を支払う期日、方式を決め、移転登記を自費で行うという内容の通知を何回もしたが、Y1Y2はそれに応じなかった。2004年6月18日、Y1Y2Y3はAの所有権権利証書を受け取り、同年11月24日にXに売買契約を解除する通知をして、25日に被告Y4との間で、179万円でAを譲渡する契約を締結した。同日、Y4への移転登記をした。Xは、Y1Y2Y3とY4との売買契約が無効であるため、自分とY1Y2との間の売買契約を履行すると請求し、提訴した。

#### 【判旨】

二重売買において、第二買主の故意・悪意を証明する直接の証拠がなくても、第二契約の契約通念に反するところを以て、売主と第二買主との「悪意の結託」が存することを推定することができる。Y1Y2Y3は自らの請求を仲裁委員会の支持を得られていないにもかかわらず、Y4と第二契約を締結したことから鑑みれば、その主観上の悪意が明らかである。Y4は第一契約の存在を知らないと主張するが、第二契約は幾つかの常識に合わない事情が存する。列举してみると、①Y4は現地検分を行っていない。②双方の売買契約は低価とはいえない改装について全く触れていない。③Y1Y2は解除通知をした翌日に、Y4と契約を締結して、移転登記をした。双方の契約については仲介が存しなく、具体的折衝のプロセスも証明できない。④第二契約の代金は第一契約の代金より高いが、同地域の他の不動産と比べるとまだ低いといえ、

双方はこの点について合理的な説明をすることができない。⑤Y1Y2Y3とY4は第二契約が現金取引と主張したが、銀行の引き出し、振込、資金の出所を証明することができない。また、179万円はかなり高額の金員であり、清算にも随分手間暇がかかり、自ら現金取引を結了させて、金員を自宅におくのも通常ではない。以上の疑問点を以て、いまだY4が善意第三者を証明することができないと言わざるを得ない。立証責任分配に関する一般規則加えて常識的にこれを考えれば、Y1Y2Y3とY4との間で悪意の結託が存すると推定するのが相当である。したがって、Y1Y2Y3とY4との間での売買契約は無効である。

#### ③（2006）徐民一終字第2147号に対する再審判決<sup>44</sup>

##### 【事実関係】

2001年9月18日、Y1はXとの間でY1の所有する不動産Aを10万円でXに売却する契約を締結した。当初、代金の支払いについては、Xは3回に渡って、支払うと約束したが、同年9月20日に、双方は代金の支払期日を変更して、2005年2月17日に1万元、2008年2月17日までに1万元を支払い、2010年Xに登記を移転する際にまた3万元を支払うこととした。上記契約を締結した後、Y1は不動産AをXに引渡し、XはAに居住してきた。その後、Xは約束に即し、総額6万円の代金をY1に支払ったにもかかわらず、2006年5月18日Y1はまた不動産Aを8万元（市場価格は18万元）でY2に売却して、Y2への移転登記をした。そこで、Xは裁判所にY1とY2の売買契約が無効であると請求した。

##### 【判旨】

XとY1との売買契約は有効であり、Y1がXからの代金を受領し、Xに不動産を引き渡した後、また、Y2との間で同不動産に関する売買契約を締結し、登記をY2に移転したことは主観上悪意を有するのが明らかである。Y1に悪意があり、客観上Xの利益を害したことを前提に、Y1とY2の契約が契約法52条2号により無効であるか否かを判断するにあたって、Y2にはY1と悪意で結託する行為が

あるか否かが決め手であると解するのが相当である。悪意の結託というのは事前に結託の協議を謀った、あるいは、一方が意思表示をしてから、相手はその違法の目的を知りながら、黙示的に当該意思表示を受け取ったというものであり、双方の共同行為もお互いに取り合わせることもそれに属すると解することができる。本件においてY1とY2において悪意の結託であるか否かは、双方が折衝・締約・代金支払いの時の事情を分析することによるべきである。まず、折衝のプロセスから見れば、住宅を買うことは家庭生活の重大事項であり、特に中古住宅の場合には普通の人であっても現地検分をするのが通常である。況やY2は不動産仲介業者の従業員でもあり、しかも、双方が相談・締約した場所は本件不動産から僅か30メートルのところにあることを考え合わせれば、Y2が現地検分しないまま全部の代金を支払ったことは常識的に合わないとは解するのは相当である。また、締約の状況について、Y1Y2における実際の代金額が18万円であり、Y2はすでにその内の17.6万円を支払ったと主張したが、それを証明できる証拠は十分提出されていない。以上の事情から鑑みれば、Y2が本件不動産に権利瑕疵があることを知っていたと推定することはでき、その行為はY1の二重売買の行為と取り合わせ、悪意の結託であると認定するべきであり、Y1とY2の売買契約が無効であると解するのは相当である。

④ (2007) 滬二中民二終字第102号<sup>45</sup>

【事実関係】

1997年4月29日に、Y会社とXの間で、分譲住宅前売契約を締結して、XがYから宝宜苑団地の中の二軒の分譲住宅を総額493472円で購入すると約束した。Xは代金を支払ってから1998年12月にYから上記住宅の引渡を受けて、使用してきた。2004年12月9日に、YはZとの間においても、上記の二軒の住宅を目的物として、代金額675868円で（当時の市場価格と比べるとはるかに低価）、分譲住宅前売契約を締結して、締約期日を2000年11月20日にした。Zは上記不動産の権利証書を貰った。X

は、YとZとの契約が「悪意の結託」に該当することを理由に、その無効を裁判所に請求した。

【判旨】

YはXと分譲住宅前売契約を締結し、目的物である住宅をXに引き渡した後、同じ住宅を目的物として、また、Zと分譲住宅前売契約を締結したため、主観上悪意を存すると解するのが相当である。ZはXとYの間の契約を知らなかったと主張したが、YとZとの売買関係及び締約プロセスから見れば、契約締結の時間、住宅の価格、代金の支払い、手続きの取り方等において、幾多の疑問点及び常識に合わないところが存して、現存する証拠でZが善意第三者であることを証明することはできないと言わざるを得ない。一審判決は、立証責任に関する規定及び日常生活経験を踏まえて、YとZが悪意で結託し、Xの利益を害したと推定したのは適法であると解すべきである。

⑤ (2009) 桂民一終字第130号<sup>46</sup>

【事実関係】

2004年9月25日に、X会社はA会社から、Y会社に対する2400万円の債権を転得する。同日、X会社はY会社に属するY1会社との間で、「連携開発契約書」を締結し、1.5億円を共同投資して、桂林市にある金鼎源団地を共同開発すると約束した。その後、様々な原因により、上記共同開発は実現していなかったが、2005年10月16日に、XとY1は「Xの投入した2400万円をY1がXから借り受けた借金として、Y1はこの借金を返還する」ということを内容とする契約書を締結することとなった。しかしながら、Y1は借金の返還を履行しなかった。両者はまた交渉し、2007年6月23日にもう一つの契約書を締結した。それは、当該契約書の約定を実行するために、2007年9月17日に、XとY1との間で、Xを買主とし、Y1を売主とし、財富名城第一棟2階1号室を目的物として、総額1051.9476万元とすることを内容とする分譲住宅売買契約を締結した。しかしながら、2007年10月17日に、Y1会社は上記不動産を総額597.6975万円でZに売却した。X会社は、Y1とZが悪意で結託しXへの債務弁



済を回避するものであると主張し、Y1とZとの契約が無効であると裁判所に請求した。

#### 【判旨】

民事主体は民事活動に参加する際に誠実信用原則を遵守しなければならない。しかしながら、誠実信用原則に反して契約を締結した場合、当該契約は当然無効とはならない。分譲住宅売買契約において、悪意の結託を主張するためには、他の買主は当該住宅がすでに売却されたことを知っているながら、また売主と売買契約を締結したことを立証しなければならない。本件において、X会社はこれを立証することができなく、Zも自分がXとY1会社との売買契約を知っていることを否定した。XはZとY1との売買契約の代金額が明らかな低価であるため、ZとY1との契約が悪意の結託に属すると主張したが、悪意の結託の認定は価格の高低とは無関係であり、債権者取消権の成立要件の一つにすぎないため、Xの主張を支持することはできない。

#### ⑥ (2009) 鄭民二終字第663号<sup>47</sup>

#### 【事実関係】

1996年5月15日にZ1は自己所有の住宅AをZ2に売却した。その後Z2は同住宅をYに譲渡した。当時、当該住宅に関する権利証書を所持していなかったが、2005年4月18日にYはZ1を所有者とする権利証書を入手することができた。ところが、2007年6月18日に、Z1は所有権権利証書を紛失したと申し出、新しい権利証書を入手した。2007年6月25日、XはZ1から、Aを買い受け、2008年6月3日、Aの登記名義がXに移転した。また、XはZ1の娘と仲の良い関係にある。現在実際にAを占有しているのはYであるため、Xは自分の所有権に基づいて、裁判所にYからの占有移転を請求した。

#### 【判旨】

YはAを買い受けてから、Xの提訴までは11年を隔てた。Xは1998年からZ1の娘と会い、仲の良い関係にあるため、本件不動産がすでに売却されたことを知っている又は知り得べき立場であったと解するのが相当である。Z1はYがすでに本件不動

産を買い取ったことを知っていながら、また、Xと売買契約を締結し、二人の行為は悪意の結託に属し、民法通則第4条の誠実信用原則に反して、二人の締結した契約を有効にすることは、二重売買のような誠実に反する行為を奨励することに等しい。法律は公民の合法権益を保護し、誠実信用に遵守する者の権益を守るが、本件Xの行為はこの原則に反したため、その請求を支持することができない。

#### ⑦ (2009) 滬一中民二終字第1590号<sup>48</sup>

#### 【事実関係】

2003年9月16日、Y1は自己所有の住宅Aを350000円でXに売却した。締約同日にXは100000元をY1に支払い、Y1はAの鍵をXに引き渡した。2003年9月22日からXはAに入居してきた。その後、XはY1に対し、また三回に渡って延べ230000元を支払った。2007年12月、XはAの移転登記をY1に請求したが、Y1はこれを拒絶した。そのため、Xは2008年1月15日にY1の移転登記への協力を裁判所に請求したところ、その係争中に、2008年4月9日にY1とY2との売買契約により、不動産Aの登記がY2に移転したことが発覚した。そのため、2008年7月、XはY1Y2を被告として、両者の行為が悪意の結託であることを理由として、Y1Y2の間の前記売買契約が無効であることを裁判所に請求した。ところが、Y1とY2との売買契約の代金額は580000元であり、契約において、支払い方法、期限及び引渡しの時期に関する約束がなく、締約期日も記載されていない。また、Y1は実際にY2に本件不動産を引き渡ししておらず、Y2はAを購入してから一回も現地検分をしていなかった。

#### 【判旨】

まず、Y2は本件不動産を購入するために、現地検分をしていなかった。たとえY2自分が入居せず、他人にまた転売するために売買契約を締結したのだとしても、他人が使用・居住している住宅を購入するのは考えにくい。また、Y2とY1との契約は締結してから移転登記をするまで、時間的に長期に渡っており、契約の内容も完備されておら

ず、たとえY2が代金を全部支払ったとしても、自分が善意で本件不動産を購入したことを導くことができない。よって、原審はY1とY2の契約は悪意の結託であるため無効であると解したのは適当である。

⑧ (2010) 滬一中民二終字第1575号<sup>49</sup>

【事実関係】

2004年3月18日、XはYとの間で、Yが住宅A1、A2をXに売却する売買協議書を締結した。ただ、当時A2の登記名義者がDであり、Yが当該登記を抹消してから、再度分譲住宅前売契約を締結すると約束した。同日、Xは1450000元をYに支払い、残る代金の支払い方法及び期日についても約定を結んだ。その後、両者は、代金額3112498元でA2を目的物とする分譲住宅前売契約を締結した。2004年8月23日に、YはDとの分譲住宅前売契約を解除したが、2009年9月9日に、YはZとの間で、住宅A2を6900000元でZに売却する契約を締結した（原審まで、Zは実際に2150000元を支払った）。2009年10月9日に、YはA2をZに引き渡した。

【判旨】

YとZとの契約が悪意の結託に該当するか否かについては、まず、YとZが契約を締結した時に、Xは、YとXとの契約についてZが知っていたことを証明し得ない。次に、Yの原因で約束した時期内において、係る取引手続きを済ませることができないため、Zは自身の利益から、前もって本件不動産の引渡しを要求したことは常識に反していない。さらに、XはYとZとの契約の代金額が合理的でないと主張したが、それを立証することができなかった。以上を踏まえて考えれば、Xは、ZがYと本件契約を締結した際に、Yの二重売買の行為を知っていたことを立証できないため、Zの行為には悪意があるとは言えず、Yと悪意の結託を構成しないと解すべきである。

⑨ (2010) 浦民二(商) 初字第2507号<sup>50</sup>

【事実関係】

2007年11月23日に、XはYとの間で、Y所有のガ

ソリンスタンドを830万円でXに譲渡する契約を締結した。当該契約に即して、2007年12月7日に、XはYに対し、83万を支払った。しかしながら、Yは契約に即し、2008年9月19日までに上記不動産を引き渡していなかった。2009年3月17日に、A県裁判所はYに対し、執行通知書を送達し、Yの債権者Bに借金2175048.11元を返還するよう命じた。2010年4月15日に、Yはまた、上記ガソリンスタンドを総額530万円でZに譲渡した。2010年5月4日に、同不動産の登記名義をZに移転した。Zは同年7月16日に、500万を、12月22日に300000元をYに支払った。2010年8月10日に、XはYを被告として、YとZとの契約の取り消し及び自分とYとの契約の履行を請求し、提訴した。

【判旨】

債権は平等性を持ち、債務者は多数の債権者との間で、債務発生の際による弁済をする必要がない。本件において、被告と第三者との間で本件不動産の所有権を移転するのは、有効な物権行為（登記）によるものであるため、第三者が当該不動産の所有権を取得するのは適法である。原告は契約法第52条2号の悪意の結託により、被告と第三者との契約の無効を主張したが、本件において、被告と第三者との間における「悪意の結託」があると証明し得ない。被告と第三者との契約の代金額は先行契約の代金額より低いことは、被告と第三者との悪意の結託を導くことができない。被告は裁判所の強制執行に陥り、低価で本件不動産を第三者に譲渡するものも理解できないものではない。たとえ第三者が知っていたとしても、被告との悪意の結託にはならない。したがって、XのYとZとの契約の取り消し及び自分とYとの契約の履行の請求を支持することができない。

⑩ (2011) 普民三(民) 初字第218号<sup>51</sup>

【事実関係】

2009年2月23日に、XとY1、Y2は、Y1Y2を売主として住宅A（以下「本件住宅」という）を300万円でXに売却すると約束したが、同年10月13日、Y1はまたY3Y4と売買契約を締結し、本件住宅を



320万円で、Y3Y4に売却した。2009年12月25日、Y3Y4は本件住宅の所有権登記を申し出、所有権権利証書を取得した。2011年1月19日、XはY2Y3Y4を被告とし、Y2とY3Y4との売買契約が悪意の結託に該当するため、無効であると主張し、提訴した。

**【判旨】**

本件住宅は不動産として、物権理論及び法律規定により、登記を経て、すでにその所有権をY3Y4が有していたと解すべきである。被告らの売買契約はすでに履行されたため、法定の事実と理由を除いて、契約により設定された売買関係が確認されるべきである。原告は被告らの売買契約が悪意の結託であると主張するが、本件の事実を総合的に考えれば、被告らの売買のプロセスは通常取引のプロセス及び習慣と一致し、契約の締結、代金の支払、契約内容の制定、登記の移転について、明らかに民事活動の常識に背き、法律に反することもないため、被告らの売買契約が無効であると解することができない。たとえY2が売主として二重売買の違約行為があっても、証拠が不十分な場合において、Y3Y4の買取を善意でないとは解することは適当ではない。

① (2011) 滬二中民二終字第940号<sup>52</sup>

**【事実関係】**

1998年10月18日、A会社はBとの間で、請負契約を締結した。1998年10月20日、A会社はY1会社との間で、Y1会社が開発したWマンションの内装をA会社に委託した契約を締結した。その後、A会社は当該内装工事をXに委託した。Xはまた当該工事をX1X2に委託した。2000年9月1日に上記内装工事が完成したが、工事代金の清算が未了であった。2001年1月17日に、Y1会社は当該マンションのうち三軒分の住戸を工事代金として、Xに譲渡した。2000年12月25日に、XとX1X2との間で、XがY1から譲り受けた住戸の中の一軒（以下「本件住宅」という）をX1X2に対する債務弁済として、X1X2に譲渡する約束をした。2001年8月、X1X2とY1は分譲住宅前売契約を締結し、X1X2は

Y1から本件住宅を384784.80円で買い取ると約束した。2001年10月31日に、Y1は本件住宅をX1X2に引き渡し、X1X2は翌日に本件住宅に入居した。しかし、双方は仮登記をしなかった。2008年8月、Y1会社は本件住宅を1389003円で（第一期代金を489000元とする）、Y2との間で分譲住宅前売契約を締結したが、当該契約において、引渡の時期、権利証書の取得時期、延期する場合の違約責任、目的物に瑕疵のある場合の責任等について約束をしていなかった。その後、Y1はY2に489000元の方額の領収書を渡した。同年8月27日に、Y2は本件住宅の仮登記を完了した。X1X2はY1Y2を被告とし、Y1とY2の契約が無効であると主張し、提訴した。

**【判旨】**

Y2は本件住宅を買う際に善意であるか否かは本件の争点であると解することができる。まず、Y1とY2の契約において、第一期代金を4890000元とした。このぐらいの額を現金で支払うのは通常取引慣行とは一致しておらず、Y2も実際に当該代金を支払ったことを立証できなかった。次に、Y2は現地検分の際に、すでに他人が本件住宅に住んでいることを知っており、また、本件住宅がY1の内装工事代金紛争に関わることもY2は知っていた。この場合において、Y2は買主として、通常の買主より慎重な行動をとるとともに自己の利益を保護するために、契約における違約責任の規定をより詳しく約束すると考えられるにもかかわらず、契約において、必備の約定さえしなかったことは常識に合わない。したがって、Y2が善意で本件住宅を購入したという主張を支持することができないと言わざるを得ない。

② (2011) 鄭民三終字第969号<sup>53</sup>

**【事実関係】**

1999年4月9日に、Y1会社は自社の建築中の団地住宅の中での住宅A（以下「本件住宅」という）をXに売却した。同日、Xは代金12.45万元を全部Y1に支払った。2002年10月、Xは本件住宅の鍵を受け取り、他人にそれを渡し、居住させてきた。

しかしながら、Y1はXに協力して、本件住宅の所有権証書を申請しなかった。Y1は自社の団地住宅の建築を担当したZに建築工事の代金を支払えないため、本件住宅を含む7軒の住宅をZに譲渡すると約束した。その後、Y1はZの指名したY2との間で、売買契約を締結し、本件住宅を10.4万円で、Y2に売却した。契約書に記載されている締結期日は1998年6月11日である。2005年9月30日に、Y2は本件住宅の所有権権利証書を取得した。そのため、XはY1、Y2を被告として、両者の売買契約の無効を裁判所に請求した。

#### 【判旨】

XとY1との契約は双方真実の意思表示であり、法律・行政法規の強制規定にも反しないため、有効であり、法律に保護されるべきであると解すべきである。Y1はXに代金支払の領収書を渡したのは、Xがすでに代金を支払ったと見なすべきであるが、Y1とY2は本件住宅がすでに売却されたことを知っていながら、二重に売買契約を締結し、締結期日を偽造し、先行契約の締結期日の前にあるようにさせて、Xの利益を害したため、悪意の結託に該当すると解すべきである。

#### ⑬ (2011) 穂中法民五終字第1162号<sup>54</sup>

#### 【事実関係】

2003年9月26日に、XとY1との間、Y1は自分所有の住宅A（以下「本件住宅」という）を16.5万円でXに売却する契約を締結した。Xは契約に即して、第一期代金6万円をY1に支払い、Y1は本件住宅をXに引渡したが、移転登記手続きはしていない。2008年12月17日に、XはY1に対して、上記売買契約の履行、移転登記の手続きを請求し、提訴した。原審は2009年5月26日に、Xの請求を却下した判決を下した。そのため、Xは上訴し、2010年1月14日に二審裁判所は、原審の上記判決を破棄し、本件住宅の登記名義のXへの移転をY1に命じた。判決を執行する際に、Y1が2009年7月20日に本件住宅をY2に売却し、その登記をY2に移転したことが発見された。2010年4月1日に、XはY1、Y2を被告として、本件訴訟を提起し、Y1とY2との売

買契約が無効であることを請求した。

#### 【判旨】

Y1とY2との売買契約が悪意の結託に該当するかが本件の争点であると解すべきである。Y1は売主として、Xとの先行契約が終了する前に、また本件住宅をY2に売却したことは二重売買に該当し、明らかな違約行為といえる。Y2は自分とY1との結託を否認するが、Y1との売買契約の代金額は市場価格と比べれば、はるかに低く、また、住宅売買のプロセスから見ても、Y2は現地検分もせず、実際の引渡も受けておらず、通常の住宅取引とはかなり異なると言わざるを得ない。さらに、証人証言によれば、Y2は本件住宅が訴訟で争われていることを知っていた。以上によって、Y2の主観的悪意を推定することができると解するのが適当である。

## 2 裁判例の分析

以上、中国における二重売買に関する裁判例の事実関係と判旨をやや煩瑣に紹介してきたが、以下に留意すべき点を適宜述べてみたい。

### (1) 二重譲渡事例の多さとその要因

まず、物権法により、登記成立要件主義が明確にされ、予告登記も導入した後でもなお二重売買事案が頻発していることは注目されるべき現象であると言えよう。その原因としては、第一に、行政機関が発行した不動産権利証書には絶対的な効力があるという観念が依然として根強いこと、第二に、近時不動産の価格が暴騰する一途であることが考えられる。

### (2) 紛争形態

また、裁判実務において、二重売買に関する事案の殆どは契約法第52条2号の「悪意の結託」による第二契約の無効を請求する事例であり、直ちに第二買主に対して、債権侵害の不法行為による責任を求めるのは一件しかない(①)。もっとも、「悪意の結託」が認められた結果、売主と第二買主との売買行為が共同不法行為になるため、「悪

意の結託」による契約の無効それ自体も、債権侵害の不法行為の救済方法の一環で捉えうることに留意しなければいけない。

他方で直ちに売主に対し、違約による損害賠償を請求する事案は殆どない。その理由としては、裁判実務のなかで、二重売買の場合において、両契約がともに有効である場合に、原則として先に所有権の移転登記を完成した買主が所有権を取得するため、先行契約の買主が不動産の所有権を取得するために、第二買主と売主との契約の無効を主張するしかないということが考えられる。しかも、実践に多くの第一買主が目指すのは不動産の所有権であるからである。特に第一買主が大部分の代金を支払い、実際に不動産に居住している場合がそうであろう。加えて、違約損害賠償額の計算について、実際に生じた損失を賠償する原則が法律に定められているが（契約法113条）、裁判実務においては、賠償額が契約の代金額の一定の比例に限定されているため<sup>55</sup>、第二契約の無効による所有権取得の方がやはり第一買主にとって、一番利益に沿う道筋であると言えよう。

そして、①においても、裁判官は、第二買主が悪意で結託することに該当するから、第一買主と連帯責任を負うべきであるという判断を下した。結局のところ、「悪意の結託」という基準を回避しなかった。換言すれば、悪意の結託に該当するか否か、と、第二買主が債権侵害を構成するか否かとは重なっており、悪意の結託が成立すれば、第二買主の第一買主に対する債権侵害も成立し、売主と共同不法行為を構成し、連帯して賠償責任を負うべきである。

### (3) 「悪意の結託」の考量因子及びその基準の柔軟さ、広汎さ

さらに、上記の裁判例からみれば、「悪意の結託」の成否を判断する際に、第二契約の締結の経緯、締約の時間、代金の支払方式、代金額が実際に支払われたか否か、代金額が明らかに低価であるか否か、現地検分の有無、第二買主と売主との関係、契約の内容及びそれに関わる手続きの扱い

がその考慮要素となる。これらの要素を総合的に考えて、「悪意の結託」の成否の結論を下すべきである（特に②③④がはっきりそのように述べた）。だからと言って、前記の裁判例において、「悪意の結託」に関する判断構造は一致するわけでもない。

一部は、学説と同じな限定的な立場を採っており、第二買主が第一契約の存在について、単なる悪意では「悪意の結託」とは言えず、第二契約が依然として有効であり、第二買主が所有権を取得すると指摘した（①⑨）。しかも、⑨において、第二契約の対価が第一契約により低くても、それが一定の理由を持ち、常識を外れない程度の場合には「悪意の結託」とはならないと指摘した。

しかしながら、注目されるべきことは、このような責任否定例がむしろ少数であり、「悪意の結託」の成立を認める肯定例が意外に多いことである（②③④⑥⑦⑪⑫⑬）と思われる。責任肯定例においては、「悪意の結託」要件を緩やかに解しており、加害の意思連絡がなかったとしても、売主の悪意を知っていながら、第二契約を締結した場合にも、「悪意の結託」が成立するとみなす可能性があるという一般的な判断基準を判示し（特に、②③④⑥⑦⑪においてはが明らかに示された）、否定例においても、同様の基準が提示された（⑧⑩）。つまり、第二買主は第一契約の存在について、善意でなければ、「悪意の結託」となり、第二契約は無効となる。しかしそうであれば、判決の中で挙げられた考慮要素は、第二買主が、先行契約の存在について知っているか否かの判断要素に過ぎないということになってしまう。これは①⑨のような裁判例及び学説の立場とかなり異なっていると言える。実際に挙げられた要素から見れば、それは第二買主の買う意思がないことを証明する要素のように捉えることもできるから、⑨のような「悪意の結託」に関する限定的な判断構造においても、その成立を導く事実と捉えられるかもしれない（例えば、第二買主は自分が対価を払ったことを証明できないとすると、仮装売買になってしまうから、⑨のような判断基準において



も「悪意の結託」が成立しうる)が、これらの裁判例で示された一般基準(つまり、第二買主が善意の買受人であるか否か、あるいは第二買主の先行契約に対する認識の有無)から見れば、たとえ第二買主が第一契約を知りながら、より高い価格で第一買主と競争しようとして、売主がより高い代金を受領するために、同じ不動産を第二買主に売却した場合においても、第二契約が「悪意の結託」になってしまう可能性が十分存すると言えよう(例えば、⑦と⑩においては、仮装売買であるか否かとは無関係で、善意でなければ「悪意の結託」に該当する旨の判旨がなされた)。

#### (4) 転得者の問題

最後に、善意転得者がいる場合、契約法53条2項の絶対的効力を有するとはいえ、物権法では、善意第三者を保護する規定(物権法106条)があるため、契約無効の効力が善意転得者に及ぶことはなく、第一買主と第二買主との間における損害賠償のみが問題となるとするケースが存する(①)。

### 第3節 中国の学説・裁判における問題点

以上、二重売買における第一買主の保護に関する中国の学説・裁判例の実態を考察してきた。その上で、中国の学説・裁判例はこの問題について、以下の問題点があると考えられる。

第一、学説では、第三者債権侵害の要件をかなり厳格に考えるため、第二契約が有効である限り、第一買主は第二買主との関係ではほぼ何の保護も受けられないと言わざるを得ない。このような通説においては、二重売買における第一買主の保護の問題を第二買主の債権侵害の不法行為という視角から捉える意識はそれほど強くないと言える。しかしながら、極めて限定的にしか不法行為上の責任を認めないことの根拠は必ずしも説得力を持つとは言えない。まず、債権には相対性があるとはいえ、債権の要保護性を認めた以上、一定の範囲内において、債権も絶対性を有すると言うことができる。また、債権には非公示性があるため、第三者の行動自由を守るために、一般の不法

行為と比べると、要件を厳しく設定することが説得力を有するが、二重売買において、第二買主がすでに第一契約の存在を認識していた場合に、当該債権は第二買主に対して、公示性があると解することもできよう。さらに、第一買主には売主に対する違約による賠償請求権があるが、多くの場合、第一買主が求めるのは所有権の取得であり、加えて、売主が第二買主から受領した金員を他の目的に消費することもあり得るから、第二買主を訴えるルートを創設することには実益があると考えられる。中国では、債務不履行による損害賠償が不十分であることも考慮すれば、第三者債権侵害を積極的に認める必要もクローズアップされよう。たとえ第一買主は売主の債務不履行により、十分な保護を受けられても、契約法上の保護があるから、不法行為法上の保護を薄くしてよいという論法には違和感があると言わざるを得ない。むしろ、第一買主(債権者)に選択権を与えるべきではなかろうか。最後に、債権に排他性がないゆえに、債務者(売主)はどの債権者に対し、債務を履行する自由を持つが、特定物債権の場合において、先行契約を安易に破るのは、契約厳守という原則から見れば望ましいとは言えないだろう。その裏返しとして、市場経済制度の下において、より有利な価格を提供した者が優先してしかるべきであるという意味での自由競争は肯定されるが、すでに契約上の拘束を受ける債務者に対し、その義務違反を奨励・助長し、あるいは先行契約を十分に認識しつつ、さらに債務者(売主)との間で取引をなした第二買主にも同様に当てはめることには慎重を要するであろう。そして幾度も繰り返し述べてきたように、二重売買における第一買主の保護は、現実には契約の自由及び市場経済の基本原則である自由競争の原理をどこまで尊重するかという法政策論的な価値判断の問題に帰着すると言え、そうだとすれば、通説におけるこの場合の第二買主の自由競争はかなり広く認められていると言える。しかしながら、そこまで自由競争を許す必然性は必ずしもあるとは限らない。法政策論的な価値判断といった以上、異なる判断

はありうると言えよう。問題はやはり、そこまで自由競争を許す理由である。そこで、よく取り上げられる理由として効率的契約違反の理論がある。しかしながら、効率的違約理論に対しては、近年様々な批判が現れ、再検討がなされていることも看過するわけにはいかないであろう。

第二、学説では、他の法的構成で第一買主の保護を図ろうしている見解（債権者取消権、債権の第三者に対する対抗力）があるが、そのような救済には限界があると言わざるを得ない。債権者取消権については、債務者の無資力が必要であり、債権の対抗力による救済については、その法的構成あるいは現行法上の根拠は問題になり、善意第三者が登場する場合と登場しない場合とでは、第一買主に対する救済がall or nothingであるという不均衡が生じる。しかしながら、このような学説の出現は従来の第三者債権侵害の要件論に関する再考を引き起こすものとみなすこともできよう。つまり、契約厳守という取引倫理を重視し、価値判断として第一買主が保護に値すると考えるなら、他の理論構成で問題を解決するというよりも、むしろ問題に直面し、第三者債権侵害の要件を考え直した方がよいのではなかろうか。

第三、中国の裁判実務においては、二重売買における第一買主の保護が、主に契約法52条2号を通じて図られていると言え、その際に、「悪意の結託」に関する判断基準が決め手となる。裁判例の中では、通説と同じ限定的な立場を採っているケースもあるが、注意を要するのはやはり、責任肯定例が意外に多いことである。これらの肯定例においては、「悪意の結託」の要件を緩やかにして、第二買主の善意（認識）を判断基準とすることにより、第二買主の不法行為責任をかなり認めており、第一買主の契約による利益を積極的に保護していると言える。換言すれば、「悪意の結託」の要件に関する解釈論はすでに、第一買主の保護を図る一つのルートになったと言っても過言ではない。このことにより、裁判例ではすでに、第二買主の債権侵害の不法行為に関して、「第二買主の善意」という学説とは異なる基準を導き出

したと思われる。しかしながら、学説は、裁判例におけるこのような事情ないし転換をまったく見落としていると思われ、最近出された論文（例えば、前記許徳風教授の論文）においても、責任否定例ばかりが取り上げられており、肯定例にはまったく言及していなかった。これは、やはり、学説と実務との乖離であると捉えるしかないと考える。裁判例のこのような判断基準に対しては、（賛成にせよ反対にせよ）学説が真剣に直面すべきであろう。筆者としては、やはり先行契約の保護に資する裁判例のこのような積極的立場に魅力を感じている。ただし、「悪意の結託」要件に関する従来の判断基準とのズレをどのように説明するかという問題、そして特に「悪意の結託」の規定の絶対的無効の効果を考慮すれば、善意転得者が登場する場合の第三者保護の問題については、やはりさらなる考察を進める必要があると思われる。

前述したような中国の学説・裁判例の現状と問題点を念頭に、次章では各国における不動産二重売買の解決方法及びその背後の価値判断を考察することとしたい。

### 第3章 比較法上の考察

すでに先行研究で指摘されたように、各国において、独自の法伝統、特に物権変動制度の相違があるゆえに、問題処理に関する理論構成には相違がみられるが、実質的な判断基準、解決の結果及びその背後の価値判断は一致しているところは多いと言えよう<sup>56</sup>。本稿では、全面的に各国の処理の方法を概観するため、大陸法系の他に、英米法系の現状も考察の範囲に収めることとする。その中で、特にドイツ法、アメリカ法及び日本において近時出てきた有力説を詳しく紹介したい。その理由としては、第一、中国の物権・債権峻別という基本構造はドイツ法から輸入された法制であり、ドイツ法のもとでも、不動産の登記を完了していない段階では、第一買主が特定物債権者にすぎない。また、現在の学説における第三者債権侵



害に対する限定的な見解は主に、ドイツ法の影響を受けた結果であると言える。第二、極めて限定的にしか第三者債権侵害の不法行為を認めない見解の根拠の中では、よく指摘され、一番有力なのはやはり自由競争であり、そして、そこに強調されるのは効率的違約論という経済分析である。アメリカは効率的違約論の発祥地であり、市場経済における自由競争をもっとも重視する国とも言えるから、アメリカにおける第三者債権侵害の実態は中国法に貴重な示唆を与えると考えられるだろう。第三、日本法においては、従来中国と同じように、限定的にしか第二買主の不法行為責任を認めないが、近年学説において、第三者債権侵害理論に対する再検討がなされつつあり、特に自由競争に対する批判から問題をとらえるものが筆者にとって魅力的である。なぜなら、二重売買における第一買主の保護が自由競争の原理をどこまで尊重するかという法政策論的な価値判断に帰着すると言える以上、自由競争に対する批判から問題を捉える方法はやはり正鵠を射ると言えるからである。また、先行研究では、積極的に第二買主の債権侵害の不法行為責任を認める見解があるが<sup>57</sup>、なぜそのような基準を採ったほうがよいかについては明らかとは言えない。法政策論的な価値判断といっても、その背後に一定の論拠あるいは優劣の比較が存すると考えられる。そのため、このような日本法における理論転換も今後の中国法の再検討に役に立つと思われる。

以下では、まず各国における問題解決の現状を見ていく。

### 第1節 フランス法

フランス法においては、意思主義及び登記対抗要件主義を採用しているため、理論上、契約が成立すると同時に不動産所有権が移転する。原則上、対抗要件（不動産の場合が登記）を充たさない限り、（第一買主が）保護されないとと言える。また、第三者（第二買主）の善意・悪意に関する規定が存していないため、対抗要件主義における第三者の主観的要件をめぐる問題の解決は学説・

判例に依存している。

#### 1 学説

フランス法では、債権侵害の問題は契約の相対性の原則に対する例外としての契約の第三者効の一環として扱われており、従来は相対性原則に忠実であったが、現在では契約の「対抗力」理論を採り、第三者の不法行為責任を認めるのは通説である<sup>58</sup>。契約の対抗力は相対性原則の拘束を受けず、当該契約について認識している第三者に対して対抗しうる<sup>59</sup>。つまり、第三者は契約を認識しつつそれを侵害した場合に、「フォート」を形成し、不法行為責任を負うべきである。そしてその根拠としては、契約の社会性、倫理・道徳の強調、先順位者優先の原則等が取り上げられた<sup>60</sup>。ただし、第三者の責任の性質、効果について意見が分かれており、多数説は、フランス民法典1382条による不法行為責任であるとして、第二契約それ自体は有効であり、不法行為責任の効果として原状回復なり損害賠償なりがなされることとなる<sup>61</sup>。善意の転得者がいる場合に損害賠償のみが問題となる。

#### 2 判例：フロード説からフォート説（不法行為責任説）への変遷

不動産二重譲渡の場合に、裁判例は最初、単なる悪意（認識）では足りず、詐害の共謀ないし詐欺的策動の存在を要求していた。これはフロード理論と呼ばれている。その実質的内容は第三者と売主との共謀もしくは第三者による積極的行為——仮装行為、有利な条件による誘引など——である<sup>62</sup>。そして、1968年判決によって、フォート説への判例変更がなされ、単なる悪意で足りるという結論が正面から容認される理論構成がとられることになった。ただし、単なる悪意で足りるとされても、調査義務は課されるわけではない<sup>63</sup>。また、第一契約の存在を認識していたが、その後解除等により売主に第二譲渡の権限があると信じて締約した第二買主に対しては、従来保護を与えていたようである<sup>64</sup>。善意転得者の問題について

は、フロード説によれば契約無効の効果が転得者にも及ぶのに対して、フォート説においては第二買主に対する損害賠償請求のみ認められる。判例におけるこのような変更は不動産公示システムの目的の理解あるいは一種の価値判断の推移であるとみなすことができる。つまり、不動産の公示原則の形式性、ひいては取引の動的安全を重視するよりも、悪意の第二買主は公示の保護に値せず、先行契約に対する保護を考慮すべきであると言える。

## 第2節 イギリス法

イギリス法において、19世紀半ば以降から、不動産二重取引事例について、契約違反誘致法理が適用されることが確立されており、従来エクイティ法理ないし登記法制によって自律的に規律してきたプロパティ法に、不法行為法による競合的規律を行っていると考えられる。そのことから、先行する契約の存在の認識及び契約侵害の意図があれば（後者は前者があれば推定されている）不法行為が成立するという立場は、20世紀初頭以来確立しており、原則としてそれ以上の侵害様態は要求されおらず、害意ないし公序良俗違反の様態が要求される中国の通説に比べて、広く責任を認める立場に立つと位置づけることができよう<sup>65</sup>。ただし、登記法制への配慮があるゆえに、正当事由の範囲は他の債権侵害の類型よりやや広いようであり、先行契約に対する誠実な疑問があれば、免責されるとしている<sup>66</sup>。イギリス法におけるこのような不法行為法理、基本理念としては、取引活動の基礎としての契約保護の思想があるが、これは第三者に対して倫理的な行為を要求するものであり、そして、このような取引倫理ないし道徳の強調は、今日でもなお基本的に妥当する伝統的思想である個人主義・自由主義の理念と相容れないものではなく、むしろ、その前提として不可欠な要素である<sup>67</sup>。中国においては、このような視点は基本的に欠落しており、従来の計画経済への危惧であるかため、自由競争を過大に強調していると感じられる。

## 第3節 ドイツ法

周知のように、ドイツ民法は物権の移転について形式主義を採用しており、不動産物権を取得するために、登記の具備が必要とされる。したがって、同一の不動産について二重に売買契約が締結された場合において、未登記の第一買主は売主との関係においては、単に特定物債権者に過ぎない。第二買主が登記を備えたら、物権的には第二買主のみが所有者となる。ここでフランス法とは異なり、買主の間の紛争は、互いに相容れない物権の帰属の優先性という形でなく、第一買主の受ける債権侵害に対して、如何なる法的保護を与えるべきか、特に第二買主に対して、債権侵害の不法行為責任を追及することができるかという形で争われている。そして、ドイツ不法行為法は、フランス法・日本法の一般条文式とは異なり、複数の規定<sup>68</sup>から構成されており、保護される法益により、異なる条文が適用され、不法行為の構成要件も異なるため、どの条文が適用されるべきなのかは議論の中心となる。以下、具体的な議論を見ることとする。

### 1 823条1項に関する理論状況

同条は保護される法益を限定的に列挙しているから、解釈論上で債権は列挙される法益に該当するか否かは問題の焦点となる。現在における通説・判例は、債権が「その他の権利」に該当しないことについて結論的に一致している。その背後には以下の理由がある<sup>69</sup>。

第一、ドイツ民法は債権行為と物権行為を峻別する体系を採用し、物権行為の無因性まで認めているから、二重売買において第二買主の行為が第一買主に対する不法行為になるとすれば、ドイツ民法の企図する物権行為体制を否定するに等しいと言われる。

第二、債権侵害について823条を適用すれば、同条が包括的な一般条項となりかねなく、不法行為責任が無限定に拡大し、同条の趣旨に背馳することになると主張される。

第三、通説は「その他の権利」を解釈する際

に、掲げられる諸法益の特徴に徴することが必要であるとされ、それらの諸法益と同視させるメルクマールは権利の絶対性に求めるとされる。債権は相対性を持つため、823条の適用が否定されるべきであるとされる。

## 2 826条に関する理論状況

二重売買において、第一買主の特定物債権の保護は専ら、826条の「故意の良俗違反」により図られている。学説は、一般に第二買主の単なる悪意（認識）では良俗違反とはならず<sup>70</sup>、当該行為を非難すべきものとする特別の事情が付加する場合にのみ、——その多くは、計画的協働ないし陰謀的共働・意識的（認識上の）共働があつてはじめて——良俗違反が認められるとしている<sup>71</sup>。その理由づけとして、高い価格を提供しようとする者が財貨を取得する競争経済の原則、違約責任の存在、債権の相対性等<sup>72</sup>が取り上げられた。

ところが、ドイツと同様に登記成立要件主義を採用しているオーストリア法においては、第一契約の存在を認識した第二買主に対して、たとえ登記がすでに第二買主に移転したとしても、第一買主は自己の権利を主張することができる<sup>73</sup>。このような処理の差異は、主にドイツ不法行為法の規定の様態から由来するという指摘がある<sup>74</sup>。

## 3 判例の実態

判例においても、抽象論としては、第二買主の単なる悪意では足りず、「計画的協働」ないし「共謀的協働」が必要としている<sup>75</sup>。しかしながら、注意すべきなのは、具体的な裁判例をみると責任肯定例が以外に多いことである。なぜなら、具体の裁判例において、良俗違反とされるのは特別に反倫理的な例外的行為に限定されるものではなく、単に悪意に近いものでも第二買主の不法行為責任を認めているからである<sup>76</sup>。近時、「計画的協働」にかわり、「意識的（認識的）共働」が多く説かれ、殊に連邦通常裁判所になってからは、信義則が頻繁に強調されていることも注目を集めている<sup>77</sup>。そして、責任成否の判断因子とし

ては、（Ⅰ）取引当事者間の身分関係・（Ⅱ）対価の多寡・（Ⅲ）売主の損害賠償義務の引き受け等の取引様態（その他例えば、取引の迅速さ・代金の支払方法）等が挙げられる<sup>78</sup>。また、第二買主が権利取得の正当性を誤信していた場合<sup>79</sup>あるいはそれがやむをえないような事情が存する場合<sup>80</sup>において責任が否定される。

なお、不法行為成立の効果として、物権行為の無因性を認めるにもかかわらず、原状回復（249条）が肯定される<sup>81</sup>。そして、学説・判例は一致して第一買主の売主に対する代償請求権（281条）も認めている<sup>82</sup>。

## 4 小括

以上紹介してきたように、ドイツにおいては、不法行為法の構造により、826条に基づいて債権侵害の不法行為の認定が極めて限定的なものであるかのようにみえるが、実際の解決において、その認定が予想されるほどに例外的なものではないことが分かる。また、不動産について登記を効力要件とし、物権行為の無因性まで認めるが、不法行為責任としての原状回復を通じて、第一買主の所有権移転請求（少なくとも売主への移転請求）が認められているのも予想外のことであろう。これは、すでに指摘されたように、二重売買における債権侵害の問題が論理的に決定される性質のものではなく、契約拘束性をどこまで尊重するか、第二買主の自由競争をどこまで許すかという政策的判断に帰着することを意味すると言えよう。

## 第4節 アメリカ法

### 1 第二買主の不動産の所有権取得の可否

アメリカ法においては、不動産の二重売買がなされた場合、第二買主が不動産の所有権を取得するか否かは、「代金の支払」、「登記」及び「認識」の三つの要素によって決定される<sup>83</sup>。具体的に言えば、三つの立法モデルが存する。まず、認識の要素を重視し、すでに対価を支払い、第一契約の存在を知っていなかった第二買主が、登記の有無を問わず、不動産の所有権を取得することが



できるとされるのは「notice」モデルと呼ばれる<sup>84</sup>。また、第二買主が対価を支払い、第一契約の存在を知らずに登記を完成した場合に、第二買主が不動産の所有権を取得するとされるものは「notice race」と呼ばれる<sup>85</sup>。多くの州は前記の二つのモデルを採用しており、第三種のモデル、つまり「record race」あるいは「登記公信」を採用しているのはごく少数である<sup>86</sup>。そして、第一契約の存在に対する認識の認定については、(I) 事実上の認識、(II) 登記から推定される認識、(III) 不動産の外観から推定される認識(つまり、第一買主がすでに不動産を占有している場合において、第二買主の第一契約に対する認識が推定され、第二買主が調査・諮詢の義務を負うと解することができる)の三種類が存する。

## 2 第二買主の不法行為の成否

### (1) 判例

契約侵害(債権侵害)に関するアメリカの判例法において、不法行為責任の要件として第三者の契約への認識(及び侵害の意図)が必要であるが、手段それ自体の不法性は要求されず、自由競争による正当化(免責)は認められない<sup>87</sup>。「契約上の安定」、「他人の犠牲の下に、自己の利益を追求することができない」<sup>88</sup>というのはその理由づけであり、このように契約上の利益を重んずる考え方の背後には、野放図な自由競争ではなく、秩序づけられた社会を志向する取引倫理への配慮がなされていると言われる<sup>89</sup>。

### (2) 学説

伝統的な立場は判例の立場を追認し、その理由づけとして、「契約がpropertyであること」、「契約関係の安全性・完全性に関する利益の重要性」が挙げられた<sup>90</sup>。

しかし1980年代から、効率的契約違反の考え方<sup>91</sup>が契約侵害の領域にも及ぼされ、適法な競争行為による契約違反の誘致は不法行為にならないとされる限定説が提出された<sup>92</sup>。にもかかわらず、判例と同様に、広く債権侵害の不法行為を認める見

解も依然として有力である。これは、限定説とその前提をなす効率的契約違反理論の抱える内在的問題及び方法論の問題に由来すると考えられる。二重売買に即して言えば、内在的問題として、まず、第一買主の損害填補が不十分であり、履行に代替性がない場合の損害の算定も困難である<sup>93</sup>。また、売主と第一買主との間で生ずるコストが顧慮されていない<sup>94</sup>。さらに、効率的契約違反の支持者が売主を便宜なサーチャーと考えているが、なぜ売主が第一買主より便宜なサーチャーであるかについて論証はなされておらず、効用の比較は第一買主に判断させた方がよいというやり方も可能である<sup>95</sup>。そうだとすれば、問題は、余剰利益を誰に帰属させた方がよいかということになり、契約違反をなした売主よりも、むしろ第一買主に帰属させた方が望ましいと言えよう。最後に、契約違反から生ずる外部的効果も無視できないと言われ、契約関係の安全性・信頼性は市場経済の基礎であり、第三者の取引行動の指針として取引活動の安定の基礎となるため、効率的契約違反を許すことにより、契約の信頼性・安全性に対する損害へも配慮しなければならないとされる<sup>96</sup>。そしてさらに、効率的契約違反に対して、効率性を基軸とした費用分析というアプローチ自体に対する疑問も提示されてきた。例えば、第一、経済分析では、第二買主の出捐により、第一買主の保護が図られると想定するが、現実に売主は金員を他の目的に費消して、無資力になることがしばしば生じる<sup>97</sup>。第二、契約関係は単に損害賠償をするだけで清算されると言えるのかについて、再検討を要する。特に関係理論を提唱しているI.R.Macneil教授は、効率的違反に対して、協同性ないし関係への配慮を欠いた個人主義に偏した考え方であると批判している<sup>98</sup>。第三、正義の実現の仕方として、効率性を偏重することに対して、法哲学的に疑問を提起することもできる。つまり、契約を効率性の実現のための道具として捉える「目的=手段」的思考様式に対する批判であり、契約厳守の倫理・道義の軽視に対する不満とつながるものでもあろう<sup>99</sup>。

斯くして、アメリカにおける契約侵害に関する議論においては、法と経済学の潮流をきっかけとして、流動化現象が生じたが、判例は概ね積極的な判断（手段それ自体の不法性を要求しない）を下しており、学説においても、伝統的な考え方の復権がなされていると言えよう。

## 第5節 日本法

日本民法はパンデクテン体系を採りながら、フランス法と同じように、意思主義を原則とする条文（民法176条）を規定しており、不動産二重譲渡において、原則として契約の成立時に不動産所有権が第一買主に移転することとなるが、それと同時に、177条では登記対抗主義を導入しているため、第二買主は177条でいう第三者に該当するか否かという条文解釈をめぐる議論が顕著である。また、日本法は不法行為に関して、金銭賠償主義を採っているため、第一買主は第二買主に対して、不法行為の効果として原状回復（不動産の引渡し）を求めることが原則として不可能であるがゆえに——多くの場合に第一買主が望むのは不動産所有権であるという実態を考えれば——この問題に関する日本法の特殊性を浮かび上がらせる。

### 1 判例

まず、177条でいう「第三者」の範囲については、1960年代から、立法者の判断である第三者無制限説（第三者の善意・悪意を問わない）が否定され<sup>100</sup>、背信的悪意者排除説が判例<sup>101</sup>において確立されるようになった。背信的悪意者という言い方からもわかるように、単なる悪意者では足りないとされ、それ以上の悪質性が要求されている。例えば、（Ⅰ）第一売買への関与、（Ⅱ）第一売買の登記の妨害、（Ⅲ）第一買主への害意、（Ⅳ）廉価売却等が挙げられている<sup>102</sup>。しかしながら、注意を要するのは、下級審では、より容易に背信的悪意が認定され、単なる悪意者との区別が流動化していることである<sup>103</sup>。なお、背信的悪意者からの転得者の処遇については、転得者が背信的悪意者でなければ保護されるとされ、所謂

「相対的構成」<sup>104</sup>を採用している<sup>105</sup>。

また、不法行為の成否については、177条での公示制度の趣旨が強調されて、同条の第三者につき、最初は善意・悪意を問わず、現在は悪意者だけでは足りないという処理と直結しており、不法行為の認定はかなり限定的で、イギリス法及びフランス法のように単なる悪意で足りるとする立場は斥けられている<sup>106</sup>。

## 2 学説

一般論としては債権も不法行為の対象になることについてはもはや異論がないが、具体的な行為類型を区別して、類型毎にその成立要件を設定するのがこれまでの通説である<sup>107</sup>。二重譲渡の場合については、たとえ第二買主が第一買主の特定物債権の存在につき悪意であっても、債権には排他性がないこと、第二買主の抜け駆けは自由競争であること、不動産譲渡における対抗要件主義、特に177条の解釈との調和が必要であること等を理由として、不法行為の成立を否定している<sup>108</sup>。このような状況の中で、近年自由競争を極端に強調する立場への疑問から、従来の限定説を批判し、第二買主の単なる悪意で足りるとする見解<sup>109</sup>が浮上し、有力になりつつある。なお、177条の「第三者」の範囲についても、近年、前記の債権侵害論からの「自由競争」論への反省が強くなっているため、悪意者が排除されるとの見解<sup>110</sup>が現れた。以下時期を追ってこれらの有力説を簡単に紹介する。

好美教授は取引倫理の導入に消極的な日本法の特殊性を鋭く指摘して、正常な自由競争から逸脱する第二物権者は民法177条の「第三者」から除外し、自己の物権を第一契約者に対して主張しえないと論じており、法律構成として債権者取消権制度を信義則の運用として類推するという解釈論を提示したが<sup>111</sup>、その後、諸外国の不法行為構成と類似させて、信義則に基づき第二買主に対して、所有権移転の債権の請求権が有すると説いている<sup>112</sup>。浜上教授はフランス法の検討を通じて、民法177条と不法行為との制度趣旨の相違から、両



者での処理の切断を主張した。つまり、物権的帰属のレベルでは民法176条・177条の規定どおりとすれば悪意の第二買主が所有者であるが、不法行為のレベルでは債権侵害が成立する旨の立場を示したのである<sup>113</sup>。磯村教授は前記の批判よりも正面から従来の限定的な立場を批判しており、自由競争は契約の拘束力が生ずる以前は妥当しうるとしても、すでに契約上の拘束を受ける債務者に対し、その義務違反を奨励・助長しあるいは少なくともこれを十分に認識しつつ、さらに債務者との間で取引をした第二買主にも同様にあてはまることに疑問を禁じ得ないと主張した。売主が第二買主と契約を締結・履行することにより、自己の第一買主に対する債務を履行不能とすることは実質的に違法な行為と評価されるべきであり、売主の違法な行為を認識しつつ取引をした第二買主の行為に対して否定的な評価を加えることも可能であると論じている<sup>114</sup>。法的構成については、不法行為責任の効果として、原状回復が原則として認めていないので、民法177条の保護に値いしない第三者は424条の債権者取消権により権利取得を否認されうるとされており、その他、売主が債務不履行によって利益を取得する可能性を封ずるために、第一買主の売主に対する代償請求権を認めるべきであると提言した<sup>115</sup>。吉田教授は磯村教授と同じように、第一契約の保護に着目し、自由競争論に対する反省から通説に対して正面から批判を加えた<sup>116</sup>。同教授は諸外国に対する全面的考察を通じて、イギリス、アメリカ及びフランス法の積極的な処理を支持し、日本の通説の立場において、第一譲渡契約の保護に欠けているため、第二買主は第一契約について単なる悪意であるならば、第一買主に対して不法行為責任を負うと提言した。同教授は債権侵害法理の基礎付けを「自由競争」の観念——競争と倫理との融合的理解——に求め、従来の通説の考え方が必ずしも論理的に必然性がないと指摘し、無制限の自由競争でなく、取引倫理を土台とする「秩序ある社会」を目指していると言える。法的構成については、債権者取消権の効果は金銭の平等弁済に止まるという限界がある

ため、原状回復の解決は機能的に民法177条の「第三者」の問題に帰着すると解し、同条の目的が取引安全の保護にあり、悪意の第三者が事情を知っていたことも考えれば、やはり同条の「第三者」について悪意者排除説を採るべきであるとされている。たとえ、それができないとしても、少なくとも不法行為の成立を認める上に、金銭賠償を課すべきであると主張した。

## 第6節 小括

各国法の不動産二重売買型紛争の処理方法を考察することにより、次のようなことが導き出せると考える。

第一、各国において独自の法伝統、法制度が存在するがゆえに、問題解決の理論構成ひいては法的構成には相違が見られるが、結論としては、第二買主が第一契約の存在を知っており、かつ第二契約の履行が売主の第一買主に対する債務不履行となることを認識しつつ第二契約を締結する行為は不法行為を構成し、たとえ第一買主に登記が移転していなかったとしても、登記を具備した第二買主は不動産の所有権を失う可能性が十分あり得る。比較法的には、イギリス法、アメリカ法及びフランス法は積極的に第二買主の不法行為責任を認め、原則として第二買主が単なる悪意であるならば不法行為責任が成立するとされており、ドイツ法及び日本法においては一般論として限定的立場をとりながら、実際の裁判例においては解釈論を通じて、単なる悪意である第二買主が保護されない可能性も高いと言える。

第二、不動産二重売買において不動産所有権の帰属、不法行為の成否及び効果等の問題は登記公示制度、物権変動理論との間で密接に関連しているとはいえ、それは理論構成及び法的構成の方法面において現れると思われ、最後の結論とは必ずしも論理的な必然性がないと言えよう。むしろ、結局のところ、それが契約の拘束性をどこまで尊重するか、第二買主の自由競争をどこまで許すかという政策的な価値判断に帰着するようと思われる。

第三、このような政策的判断を下す際に、従来の想像とは違い、強調されているのは、自由競争における無条件の保護よりも、むしろ契約厳守、他人の犠牲の下に自分の利益を求めることができないという取引倫理及び契約上の安定の重要性である。その背後には秩序づけられた社会像が据えられていると言えよう。

## 第4章 中国法の再検討

第三章においては、不動産二重売買に関する各国の紛争解決の実態及び議論について簡単に考察を加えた。これらの比較法上の問題処理の仕方は中国における問題解決にも示唆を与えてくれるものとする。以下では、第一章と第二章で整理された中国のこの問題に関する理論状況及び裁判例の実態に即して、不動産二重売買型紛争の解決策の再検討を試みたい。

### 第1節 第三者債権侵害（二重売買の場合）の理論状況及び裁判実務の再確認

中国法においては、ドイツ法のような債権者（第一買主）の債務者（売主）に対する代償請求権の規定がなく、債権者の契約違反に基づく賠償請求権も債権者に十分な保護を与えられないため、第三者（第二買主）の債権侵害の不法行為をより積極的に認めるはずなのだが、学説上は、第二買主が第一契約の存在について単なる悪意（認識）だけでは足りず、それ以上の反倫理性、即ち公序良俗違反、法律違反、悪意の結託等の事情が存する場合のみ、第二買主の不法行為が成立するとされている。第二買主が売主に対して、契約違反の誘致等積極的な関与があっても、それが法律に反していない限り、自由競争に属し、不法行為にならないとされている。その理由づけとしては、（Ⅰ）債権の相対性及び排他性欠如、（Ⅱ）債権の非公示性、（Ⅲ）債務者の履行自由・債権者平等、（Ⅳ）自由競争の保護、（Ⅴ）債務不履行責任の存在等が挙げられている。裁判例の中には、一方で上記の通説の見解を支持してい

るものがあるが、他方で第二買主が善意であるか否かを判断基準とするものも多く存しており、むしろ責任否定例よりも多数である。しかしながら、学説はこのような裁判例の動向に注意を払っていない。

### 第2節 第一買主をより手厚く保護する理論的可能性

前述したように、通説における第二買主の不法行為を否定する理由はいずれも債権の対第三者保護を薄くする論拠として十分であるとは言えないように思われる。まず、債権は物権と異なり、相対性を持つとはいえ、債権も不法行為の対象となり得ることを認めた以上（通説は債権も不法行為法2条、民法通則5条、106条に含まれていると解している）、一定の範囲内において債権の「絶対性」が肯定されているとも言える。また、債権の非公示性がゆえに、取引安全及び第三者行動自由の要請から、債権侵害の不法行為を限定的にしか認めていないのは説得力を有するが、すでに第一契約の存在を知っており、第二売買が売主の第一買主に対する債務不履行となることを認識しつつ第二契約を締結する第二買主も保護に値することはやはり疑問を禁じ得ない。なぜなら、債権の存在を認識していた以上、少なくともこのような第二買主に対して、債権が公示性を有すると解するべきであるからである。もっとも、債権の特殊性がゆえに、債権侵害の不法行為の成立要件を一般の不法行為と同一にするのではなく、別途に考えることも当然であるが、ドイツ法のように良俗違反を成立要件とする必然性はないと考えている。何故ならば、ドイツ法において債権に対する不法行為の成立を認めるために良俗違反が必要とされるのは不法行為法の三段構えの構造に由来するからである。即ち、債権がドイツ民法823条1項でいう「その他の権利」に属しないと解するため、第一買主を保護する可能性は826条の故意の良俗違反に求めるしかない。しかしながら、判例の実態を見れば、文言どおりに良俗違反まで要求するわけではなく、むしろ単なる悪意に近い事情だけで第

二買主の不法行為を認めることは明らかである。そのため、不法行為法について一元的構成を採っている中国法においてはドイツ法の構造的問題に拘る必要がないであろう。

真の問題はやはりどの限度において債権が対外的に（第二買主との関係で）保護されうるかということに存する。これは必ずしも論理的に決定されるものではなく、契約拘束性をどこまで尊重するか、第二買主の自由競争をどこまで許すかという政策的決断に帰着すると言える。中国において、従来二重売買が違法行為として許されていなかったが、それは計画経済時代の扱い方であるとされ、市場経済を重視する現在において、自由競争が強調されており、特に効率的契約違反等の経済分析による効率性への偏りがあるため、他の領域において「信義則」、「合理」、「公平」等の原理が過大に強調されているという批判がしばしばなされるのに対して、二重売買の領域においては第二買主が悪意であっても不法行為にならず、自由競争は幅広く認められていると言えよう。しかしながら、比較法的に見れば、そこまで自由競争を認めるのはどうやら中国だけのようである。諸外国においては、むしろ「契約厳守」の原則、契約への忠実等の取引倫理及び契約上の安定の重要性等が自由競争よりも重視されていると言える。第三章で紹介したように、自由競争を支える効率的契約違反理論にはいくつかの問題点が含まれており、自由主義を重んじる英米においても批判的な意見が多く存するため、筆者にとってはやはり取引倫理及び契約上の安定を重視する見地が魅力的であると考えている。もっとも、契約の拘束力が生ずる前に履行自由あるいは自由競争の原理が妥当することは問題がないが、すでに契約上の拘束を受ける債務者にとっては契約厳守の原則に服すべきであり、それと同様に第三者も当該契約の拘束力が生ずる時点から、もはや自由競争が終結したと解することも可能<sup>117</sup>であるため、債務者に対して、その義務違反を誘致し、あるいは先行契約の存在を認識しつつさらに第二契約を締結した第二買主の行為は債権侵害の不法行為で

あると評するのも筋が通るであろう。さもないと取引の当事者は自分の利益を確保するため、別の手段を採用しなければならず、取引コストが増やしかねない。また、契約上の安定あるいは最低限の取引倫理が市場経済の基盤であるともいえるから、それが確保されないと、市場参加者が取引に躊躇するかもしれず、社会全体に対し過大な影響を及ぼしかねないため慎重を要すると思われる。

以上のような分析を持って、筆者は、今日の学説の立場においては、二重売買における第一契約の保護に欠けていると考えており、第二買主は第一契約の存在について悪意であるならば、第一買主に対して債権侵害の不法行為責任を負うべきと解している。ただし、登記制度との関係で第二買主の「悪意」の認定は慎重になされるべきである。また、先行契約に対する誠実な疑問があれば第二買主が免責するとされるケースも取引安全に資するものであると考える。さらに、不法行為責任の効果として、物権レベルにおいて、二重売買型紛争の実態に即して、不動産の所有権を第一買主に帰属させることは望ましいと思われる。ただ、これに対しては、登記を不動産物権変動の要件としている現行規定とは矛盾するという反論が提起されるかもしれないが、第三章で見たように、登記を効力要件とし、かつ物権行為の無因性まで認めるドイツ法においても、不法行為の結果として原状回復を認め、結局不動産の所有権を取得するのは悪意の第二買主でなく、第一買主となっているのである。即ち、物権変動制度・不動産登記制度に不法行為法上の評価を競合的に行い、両者は必ずしも矛盾するわけではなく、むしろ相互的に補完していると言えるのであるから、その扱いを一致させる必然性はない。

最後に、学説では不動産の占有が第一買主に移転しない場合において、第二買主が第一契約の存在を認知していたとしても、第二買主を保護するとされる意見<sup>118</sup>がある。裁判例においても第一買主と第二買主が移転登記をしていない時、先に不動産を占有する買主が保護され、所有権を取得するとされる論理が説かれている<sup>119</sup>。その理由と



して、第一に、不動産所有者からすると、現在利用している不動産は生活する上で欠かせない基盤であるため、現実に不動産を占有・利用している者に不動産を保持させる要請が高い<sup>120</sup>。第二、仮に第二買主が登記簿以外の方法により第一契約を知ったとしても、その情報は必ずしも確実なものとは言えず、後に無効になる場合もあれば、取消される場合もある。加えて占有が移転していないことは、第一契約の履行の進展状況を不透明なものにしたと考えられ、第一買主が自己の権利を努力して守っていなかったから、一定の帰責性が認められる。このような状況下では、取引安全を図り、健全な自由競争の秩序を構築するために、第一買主を犠牲にしてもやむを得ない<sup>121</sup>。しかしながら、第一契約の保護あるいは第三者債権侵害の見地からすれば、重要なのは第一買主が不動産を占有しているか否かではなく、第一契約の拘束力が生ずるか否かであると言えよう。即ち、第一契約に対する保護は目的物の占有に対する保護ではなく、第一買主の契約に基づく債権に対する保護であるため、占有が移転していない第一買主も悪意の第二買主との関係において、保護に値すると解すべきであろう。不動産を占有しているか否かは、第二買主の悪意を判断する際の一つの考慮要素に過ぎないと思われる。つまり、第一買主が不動産を占有している場合に、第二買主が現地検分により容易に占有者が売主と同一でないことを認識しうるため、より慎重に第二取引をなすべきであるにもかかわらず、さらに第二契約を締結した第二買主の悪意がより容易に認定されうると考えられる。

### 第3節 法的構成の問題

以下では前記の学説・裁判例の実態を踏まえつつ、その法律構成を考える。

(1) まず、裁判例の実態からもわかるように、契約法52条2号の「悪意の結託」が一つのルートである。学説においては、売主と第二買主の直接的な悪意が必要であり、第二買主が単なる悪意だけでは足りないと言われるのが通常である。裁判例

においても第一契約の存在を知っているだけでは「悪意の結託」とならないとするものが存する。その理由として考えられるのは以下のように思われる。第一に、契約法52条2号の規定は契約無効の規定であり、意思自治に対する国家の関与であるため、契約自由を尊重するために、できるだけ同号の適用を制限するべきであると言われる。第二に、52条2号契約無効の効果は絶対的であるため、安易に同号を適用するようになると、善意転得者の利益の保護<sup>122</sup>が問題になる。

しかしながら、以上で述べたように、第一契約の保護を重視すれば、悪意の第二買主及び売主が契約法の保護に値するとは限らず、このような第二契約を無効にするのも意思自治に対する過酷な関与であるとは限らない。善意転得者の保護については、契約法52条2号の規定は絶対的な効果を持つとはいえ、不動産の物権変動については公信原則が確立されており、不動産善意取得の規定<sup>123</sup>もあるから、善意の転得者を保護する可能性は十分存する。裁判実務でも、最近、第二買主が善意の買主であるか否かを「悪意の結託」の成否の判断基準とするものが多く存することも前述したとおりである。このような裁判例において、転得者が物権法の規定により十分に保護されている（例えば、前記の裁判例①）。また、比較法上から見ても、ドイツ法においては、826条の「故意の良俗違反」を通じて処理しているから、判例上「共謀的ないし計画的協働」という要件を単なる悪意に近いものと解する結果、第二契約も138条により、良俗違反がゆえに無効になると思われる。最近の裁判例における「善意の買主であるか否か」という基準も、ドイツ判例上、最近よく説かれる「意識的（認知的）共働」<sup>124</sup>とかなり類似すると言えよう。

したがって、契約法52条2号は学説上しばしば批判されているにもかかわらず<sup>125</sup>、二重売買における第一買主の保護に関しては、意外に一定の役割を果たすことができていると考える。

(2) 一步譲って、「悪意の結託」が成立しなくても、悪意の第二買主につき不法行為法2条、民

法通則106条2項により、不法行為が成立すると解することも可能であると考えられる。損害賠償の方法に関して、不法行為法15条、民法通則134条は、金銭賠償だけではなく、原状回復も含め、救済方法を多岐に渡って規定しており、被害者は自由に選べ<sup>126</sup>、原状回復の効果として第一買主が第二買主に対して不動産の返還を請求することができ、あるいは、少なくともドイツ法と同じように、第二買主の売主に対する返還を認めることができるため、日本法のように債権者取消権による迂回的方法を利用する必要がないと思われる。この構成を採る場合、第二契約が依然として有効であると解するのも可能であろう。つまり、契約法上の扱い（契約無効）と不法行為法上の扱い（原状回復ないし金銭賠償）を一致させる必要はなく、たとえ第二契約が有効であっても、不法行為の効果として第一買主が所有権を取得することができ、十分な保護を受けうると思われる。このように考えれば、裁判例における「契約が全部有効の場合に、移転登記を先に完成した買主が所有権を取得する」という判断もまったく問題がないわけではないと思われる。また、第二契約が有効であるならば、第二買主が売主に対して履行利益の賠償を請求することができると解すべきであり、第二買主の悪意が成立しつつも、その落ち度がそれほど大きくない場合において、売主に対する賠償請求により、第二買主も一定の保護を受けられ、売主に対しても、第二契約を締結すれば、後で第二買主に対しても損害賠償責任を負う可能性があるため、二重売買の防止に資するとも言えよう。そのため、問題を第三者債権侵害の視角から捉え直し、判断基準を契約無効の規定から切り離すことも一つのルートであると思われる。ただ、第一契約の保護については、結論的に「悪意の結託」の構成とは大差ない。

## むすびにかえて

以上において、不動産二重売買紛争について、諸外国の解決方法を踏まえつつ、中国の関連学

説・裁判例を考察してみると、裁判例においては転換がなされつつあるが、学説では、未だ第二買主の債権侵害の不法行為責任が限定的過ぎると捉えられた。しかしながら、悪意の第二買主は保護に値せず、その不法行為責任を認めるべきであり、学説上もこの問題を捉え直すべきであると本稿において提言した。もっとも、具体的裁判例において、どのような事情をどのように評価すべきかという問題（例えば、価格の高さは「悪意の結託」あるいは「第二買主の悪意」の判断に具体的にどういう影響を与えるか）も重要であり、今後の検討課題としたい。

<sup>1</sup> 「周国才訴胡達輝向其出買房屋後却将房産証弁給潘淑珍請求確認房屋產權歸屬案」『人民法院案例選—2001年第3集（総37集）』83-87頁。

<sup>2</sup> 常鵬翔「王某某訴李某某請求確認房屋所有權案」『物權法典型判例研究』（人民法院出版社、2007年4月第二版）59-60頁。

<sup>3</sup> 物權法9条1項 「不動産物權の設立、変更、譲渡及び消滅は、登記をもってその効力が生じる。登記が行われない場合、その効力は発生しない。但し、法律に別の規定がある場合を除く」。14条「不動産物權の設立、変更、譲渡及び消滅につき、法律の規定により、登記をしなければならぬ場合、その効力は不動産登記簿に記載された時に発生する」。15条、「当事者間で締結した不動産物權の設立、変更、譲渡及び消滅に関する契約は、法律に別の規定がある場合、又は当事者で特約がある場合を除き、その効力は契約の成立したときに発生する。物權登記が行われていない場合には、契約の効力に影響が及ばない」。

<sup>4</sup> 朱擘「不動産二重売買における自由競争と第三者悪意の認定——比較法から見た中国法の課題」『北大法學論集』57巻5号（2007年）2007頁以下を参照。

<sup>5</sup> 張景良「物權變動区分原則下類型化問題的解決——兼論一房兩賣糾紛中先買受人利益的保護」



『法律適用』（2008年、第1、2期総第262、263期）49頁。

<sup>6</sup> 契約法52条、「以下の事情の一つがあれば、契約は無効である。（一）一方が詐欺・脅迫の手段を以て契約を締結し、国家の利益に損害を与えること、（二）悪意で結託して、国家・集団または第三者に損害を与えること、（三）合法の形式を以て、不法な目的を覆い隠したこと、（四）社会公共利益を害すること、（五）法律、行政法規の強制的規定に反すること。」

<sup>7</sup> 朱建農「論民法上悪意申通行為的効力」『当代法学—第21卷第6期（総第126期）』（2007年）88頁以下を参照。

<sup>8</sup> 朱建農・前掲論文（注(7)）90頁を参照。

<sup>9</sup> 後述するように、この「悪意」の意味については意見が分かれている。いわゆる「直接故意」と「間接故意」との対立である。二重売買に即して言えば、「直接故意」とは、第一買主の損害を目的とするものであり、「間接故意」とは、第一買主に損害を与えることを認識しつつ、第一買主の損害を目的とするわけではなく、例えば自分の利益のために、第一買主の損害を放任するものである（換言すれば、間接故意は認識レベルの悪意であり、善意の裏返しである）。また、「直接故意」は「意思主義の悪意」、「間接故意」は「観念主義の悪意」とも呼ばれる。

<sup>10</sup> 王利明「悪意申通の構成要件」『民法疑難案例研究』（中国法制出版社、2002年）196頁を参照。

<sup>11</sup> 陳敦「論悪意申通損害他人利益的合同」『北京工商大学学报社会科学版』（2006年）101頁を参照。

<sup>12</sup> 王利明「關於債権与物権及合同無効及撤銷權的關係」『判解研究—2001年第四輯、総第六輯』（人民法院出版社、2001年）117頁。

<sup>13</sup> 例えば、許徳風「不動産一物二売問題研究」『法学研究』（2012年第3期）100頁以下、常鵬翱「王某某訴李某某請求確認房屋所有權案」『物権法典型判例研究』（人民法院出版社、

2007年4月第二版）82頁、張馨芸「一房二売中悪意次買受人の利益保護問題探討」『臨涇師範学院学報（第32巻第4期）』（2010年）136頁以下を参照。

<sup>14</sup> 現在、このような視角を採るのが一般的であるが、日本において初めてこの視角を明確に指摘したものとしては、吉田邦彦・「第三者の債権侵害に関する基礎的考察（1）」『法学協会雑誌』102巻9号（1985年）1637-1640頁、同『債権侵害論再考』（有斐閣、1991年）1-3頁を参照。

<sup>15</sup> 最初の契約法草案では、「公序良俗に反する方法をもって他人の債権を侵害した者は不法行為責任を負う」という規定があるが、公布された契約法ではこの規定が削除された。そのため、中国において、債権侵害が認められていない見解もある。

<sup>16</sup> 不法行為法2条、「民事權益を害した者は、本法によって不法行為責任を負うべきである。本法という民事權益は、生命權、健康權、姓名權、名譽權、榮譽權、肖像權、プライバシー、婚姻自主權、後見權、所有權、用益物權、担保物權、著作權、意匠權、商標權、発見權、株權、相続權等の人身、財産權益を含める。」

<sup>17</sup> 「不法行為法」が公布される前にも、債権が民法通則5条、106条により保護され、不法行為に対象になれるとされるのが通常である。

<sup>18</sup> 1988年10月18日法（経）復（1988年）45号、1995年5月5日法函（1995年）51号。

<sup>19</sup> 王利明『違約責任論』（中国政法大学出版社、1996年）754頁以下を参照。

<sup>20</sup> 王利明・前掲書（注(19)）752頁を参照。

<sup>21</sup> 王利明・前掲書（注(19)）764頁を参照。

<sup>22</sup> 楊立新『侵權法論』（人民法院出版社、2005年）384-386頁を参照。

<sup>23</sup> 齊曉霞「試論第三人侵害債権的構成要件」『法学論叢』（2011年第1期、総第448期）58頁を参照。

<sup>24</sup> 齊曉霞・前掲論文（注(23)）59頁を参照。

<sup>25</sup> 徐濂宇「試論二重売買」『法商研究』（1996年

- 第5期) 11頁を参照。
- <sup>26</sup> 徐滌宇・前掲論文(注(25))を参照。
- <sup>27</sup> 例えば、張馨芸「一房二売中悪意次買受人の利益保護問題探討」『臨涇師範学院学報(第32巻第4期)』(2010年) 136頁を参照。
- <sup>28</sup> 康涛「論第三者侵害債権」『西南民族大学学报人文社科版(第26巻)』(2005年) 96頁、馬強「侵害債権制度及其在審判實踐中的應用」『法律適用』(2005年)を参照。
- <sup>29</sup> 王利明・前掲書(注(19)) 754頁、齊曉霞・前掲論文(注(23)) 58頁を参照。
- <sup>30</sup> 徐滌宇・前掲論文(注(25))を参照。
- <sup>31</sup> 徐滌宇・前掲論文(注(25))を参照。
- <sup>32</sup> 王利明・前掲書(注(19)) 764頁、王俊英「第三人侵害債権行為構成要件研究」『河北師範大学学报(哲学社会科学版)』第31巻第6期(2008年) 56頁、徐滌宇・前掲論文(注(25))、尹田『物權法理論評析与思考』(人民大学出版社、2004年) 65頁、焦富民「第三人侵害債権責任制度的比較研究」『学海』(2004年6月) 154頁、王榮珍「關於在民法典中確立侵害債権制度的構想」『現代法学(第26巻第5期)』(2004年10月) 144頁を参照。
- <sup>33</sup> 齊曉霞・前掲論文(注(23)) 58頁、徐滌宇・前掲論文(注(25))、宋勝忠「論債権關係中对第三人的法律規制」『河北学刊(第26巻第6期)』(2006年)を参照。
- <sup>34</sup> 崔建遠『合同法』(北京大学出版社、2012年) 160頁以下を参照。
- <sup>35</sup> 例えば、王軼「所有權保留制度研究」『民商法論叢』第6巻(法律出版社、1997年) 636頁以下を参照。
- <sup>36</sup> 崔建遠・前掲書(注(34))。
- <sup>37</sup> 吳一鳴「論單純知情对双重売買効力之影響一物上權利之对抗力来源」『法律科学』(2010年第2期) 107頁以下を参照。
- <sup>38</sup> 吳一鳴・前掲論文(注(37))。
- <sup>39</sup> 吳一鳴・前掲論文(注(37))。
- <sup>40</sup> 例えば、前掲(注(1)、(2))。
- <sup>41</sup> 例えば、(2007)沈民(2)房終字第725号、(2011)徐民再終字第0032号、出所：北大法意(<http://www.lawyee.net>、以下、同様)。
- <sup>42</sup> 出所：北大法意。
- <sup>43</sup> 「楊勇訴湯振華等売買合同案」『2007年上海法院案例精選』(人民法院出版社、2008年)第104頁以下を参照。
- <sup>44</sup> 「王興民与張東旗、鄧巍房屋売買合同纠纷案」『全国法院再審典型案例評注(上)』(中国法制出版社、2010年) 33頁以下を参照。なお、この案例評注は、最高人民法院審判監督庭が選別、公表したものである。
- <sup>45</sup> 『中国審判案例要覽・2008年民事審判案例選』(中国人民大学出版社、人民法院出版社2009年12月第1版) 256-260頁を参照。
- <sup>46</sup> 出所：北大法意。
- <sup>47</sup> 出所：北大法意。
- <sup>48</sup> 出所：北大法意。
- <sup>49</sup> 出所：北大法意。
- <sup>50</sup> 出所：北大法意。
- <sup>51</sup> 出所：北大法意。
- <sup>52</sup> 出所：北大法意。
- <sup>53</sup> 出所：北大法意。
- <sup>54</sup> 出所：北大法意。
- <sup>55</sup> 許德風「不動産一物二売問題研究」『法学研究』(2012年第3期) 89頁を参照。
- <sup>56</sup> 朱曄・前掲論文(注(4)) 2023頁以下を参照。
- <sup>57</sup> 朱曄・前掲論文(注(4)) 2042-2046頁を参照。
- <sup>58</sup> 吉田邦彦「第三者の債権侵害に関する基礎的考察(7)」『法学協会雑誌』103巻7号(1986年) 1387頁、同・前掲書(注(14)) 429頁を参照。
- <sup>59</sup> 吉田・前掲論文(注(58)) 1391頁、同・前掲書(注(14)) 433頁を参照。
- <sup>60</sup> 吉田・前掲論文(注(58)) 1392-1394頁、同・前掲書(注(14)) 434-436頁を参照。
- <sup>61</sup> 吉田・前掲論文(注(58)) 1395頁、同・前掲書(注(14)) 436頁を参照。
- <sup>62</sup> 吉田・前掲論文(注(58)) 1412頁、同・前掲書(注(14)) 451頁を参照。
- <sup>63</sup> 鎌田薫「フランス判例研究(11) 二重売買における買主の注意義務」判タ422号(1980年) 36頁

以下を参照。

- <sup>64</sup> 吉田・前掲論文（注(58)）1414頁、同・前掲書（注(14)）453頁を参照。
- <sup>65</sup> 吉田邦彦・「第三者の債権侵害に関する基礎的考察(6)」『法学協会雑誌』103巻3号（1986年）501-502頁、同・前掲書（注(14)）421頁を参照。
- <sup>66</sup> 吉田・前掲論文（注(65)）406頁以下、同・前掲書（注(14)）349頁以下を参照。
- <sup>67</sup> 吉田・前掲論文（注(65)）498頁、同・前掲書（注(14)）418頁を参照。
- <sup>68</sup> 823条1項「故意または過失により、他人の生命、身体、健康、自由、所有権、またはその他の権利を、違法に侵害した者は、その他人に対し、これにより生じた損害を賠償する義務を負う」、823条2項「他人の保護を目的とする法規に反したのも同様である」、826条は「善良の風俗に反する様態で、他人に対し故意に損害を与えた者は、その他人に対し、損害を賠償する義務を負う。」
- <sup>69</sup> 磯村保「二重売買と債権侵害－『自由競争』論の神話(2)」『神戸法学雑誌』36巻1号（1986年）30頁以下を参照。
- <sup>70</sup> 吉田邦彦・「第三者の債権侵害に関する基礎的考察(8)」『法学協会雑誌』104巻1号（1987年）162頁、同・前掲書（注(14)）514頁を参照。
- <sup>71</sup> 吉田・前掲論文（注(70)）、同・前掲書（注(14)）514頁を参照。
- <sup>72</sup> 磯村・前掲論文（注(69)）35-36頁を参照。
- <sup>73</sup> 有川哲夫「オーストリア法における不動産の二重譲渡(1)」『福岡大学法学論叢』22巻3-4号（1978年）595頁以下を参照。
- <sup>74</sup> 松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について(1)」『龍谷法学』16巻4号（1984年）790-791頁を参照。
- <sup>75</sup> RG v.12.4.1922(JW 1922,1390 Nr.6);RG v.29.6.1925(SeuffA 79,357 Nr.218);RG v.9.12.1951(RGZ 62,137) 磯村・前掲論文（注(69)）37頁以下を参照。吉田・前掲論文（注(70)）、同・前掲書（注(14)）514頁を参照。
- <sup>76</sup> 好美清光・「jus ad remとその発展的消滅－特定物債権の保護強化の一面」『法学研究三』一橋大学研究年報（1961年）396頁、磯村・前掲論文（注(69)）54頁、吉田・前掲論文（注(70)）を参照。
- <sup>77</sup> BGH 1954.2.24,a.a.O.;BGH 1954.9.17,a.a.O.;BGH 1966.4.14.a.a.O.;BGH 1981.6.2,a.a.O. 吉田・前掲論文（注(70)）163頁、同・前掲書（注(14)）514頁を参照。
- <sup>78</sup> BGH 1981.6.2,a.a.O. ;RG 1931.4.27,a.a.O.;BGH 1981.6.2,a.a.O.;z.B.RG 1925.6.29,a.a.O. 吉田・前掲論文（注(70)）162-163頁、同・前掲書（注(14)）514頁を参照。
- <sup>79</sup> RG1925.6.11,a.a.O. 吉田・前掲論文（注(70)）163頁、同・前掲書（注(14)）514頁を参照。
- <sup>80</sup> RG1925.5.18,a.a.O. 吉田・前掲論文（注(70)）163頁、同・前掲書（注(14)）514頁を参照。
- <sup>81</sup> ただし、ここでの原状回復は売主への所有権移転と第一買主への所有権移転との両方を含めるようである。磯村・前掲論文（注(69)）55-56頁を参照。
- <sup>82</sup> その根拠は、義務違反を行った債務者が当該義務違反行為により、利益を得ることが不当であることである。磯村保「二重売買と債権侵害－『自由競争』論の神話(3)」『神戸法学雑誌』36巻2号（1986年）290頁、313頁を参照。
- <sup>83</sup> William B. Stoebuck et al., *The Law of Property*, West Group, 2000, P871 ff.
- <sup>84</sup> アメリカにおいて、多くの州が採用しているのは「書類登記」であり、大陸法系でいう権利名義の登記とは違って、不動産の売買に関する文書の登記にすぎないため、重複の登記がなされていることが考えられる。Nelson, *Contemporary Property*, Thomson & West, 3ed., 2008, p.1077.高富平『英米不動産法』（清華大学出版社、2007年）573頁以下を参照。
- <sup>85</sup> William B. Stoebuck・前掲書（注(83)）879頁、Robin P. Mallory et. al., *Real Estate Transactions, Case and Materials*, 2d ed., pp.400

- 401頁を参照。
- <sup>86</sup> LSA-R.S. § 9:2721. William B. Stoebuck・前掲書（注(83)）872頁を参照。
- <sup>87</sup> REST. (1st) § 768(2)(1939), REST. (2d) § 768(2) (1977). 吉田邦彦「契約侵害（債権侵害）に関するアメリカ法の近時の動向」『北大法学論集』38巻5-6合併号（1988年）1608頁、同・前掲書（注(14)）683頁を参照。
- <sup>88</sup> Imperial Ice Co. v. Rossier, 112 P.2d 631, 633 (1941).
- <sup>89</sup> 吉田・前掲論文（注(87)）1608頁、同・前掲書（注(14)）683-684頁を参照。
- <sup>90</sup> Sayre, id. At 676; C.E. Carpenter, Interference with Contractual Relation, 41 HARV.L.REV.728, at 733 (1928). 吉田・前掲論文（注(87)）1610頁、同・前掲書（注(14)）685頁を参照。
- <sup>91</sup> 経済学的手法を用いることにより、契約違反による損害が十分に填補されてもなお違反者に余剰利益が生ずるのであれば、当該違反は効率的であり、積極的に支持されるべきである。二重売買に即して言えば、もし売主が第一買主に対して損害賠償を十分になした後、第二買主から貰った対価にはまだ余剰があれば、売主の第一買主に対する契約違反は効率的なものであると言え、支持されるべきである。
- <sup>92</sup> そして、第一契約の存在について単なる悪意では自由競争の範囲内にあり、不法行為にならないと言えよう。
- <sup>93</sup> 例えば、R.A.Espstein, Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership, 61(1987), at 37. 吉田・前掲論文（注(87)）1630頁、同・前掲書（注(14)）704頁を参照。
- <sup>94</sup> D.A.Farber, Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract, 66 VA.L.REV.1443, at 1453-1454(1980); I.R.Macneil, Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky, 68 VA.L.REV.947, at 957-958(1982); 吉田・前掲論文（注(87)）1630頁、同・前掲書（注(14)）704頁を参照。
- <sup>95</sup> Farber, supra note 70(1980), at 1454. 吉田・前掲論文（注(87)）1630頁、同・前掲書（注(14)）704頁を参照。
- <sup>96</sup> Macneil, supra note 70(1982), at 958 et seq.; ドナルド・ハリス「法的諸問題の解明のための経済学上の視角の活用」『法社会学』36号（1984年）83頁を参照。
- <sup>97</sup> 吉田・前掲論文（注(87)）1631頁、同・前掲書（注(14)）705頁を参照。
- <sup>98</sup> I.R.Macneil, supra note 70(1982), at 968. 吉田・前掲論文（注(87)）1632頁、同・前掲書（注(14)）706頁を参照。
- <sup>99</sup> 例えば、E.A.FARNSWORTH, CONTRACTS (1982) § 12.3 p.818. 吉田・前掲論文（注(87)）1632頁、同・前掲書（注(14)）706-707頁を参照。
- <sup>100</sup> 大連判明治41年12月15日民録14輯1276頁。「登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」が「第三者」にあるとされる。
- <sup>101</sup> 例えば、最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁、最判昭和44年4月25日民集23巻4号904頁等。
- <sup>102</sup> 北川弘治「民法177条の第三者から除外される背信的悪意者の具体的基準（1）—（4・完）」『判例評釈』120-123号（1969年）。
- <sup>103</sup> 松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」『現代私法学の課題と展望（中）』（有斐閣、1982年）、石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（1）（2・完）」『立教法学』73号、74号（2007年）参照。
- <sup>104</sup> 一旦背信的悪意なりで保護されないとすると、その後の転得者も保護しないような立場を「絶対的構成」という。
- <sup>105</sup> 最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁。
- <sup>106</sup> 吉田邦彦「第三者の債権侵害に関する基礎的考察（9・完）」『法学協会雑誌』104巻7号（1987年）1000頁、同・前掲書（注(14)）575-576頁を参照。
- <sup>107</sup> 前田達明「第三者による債権侵害類型論」『判例タイムズ』612号（1986年）2-3頁等を参照。
- <sup>108</sup> 磯村保「二重売買と債権侵害—『自由競争』論の神話（1）」『神戸法学雑誌』35巻2号（1985



- 年) 389頁以下を参照。
- <sup>109</sup> 好美・前掲論文(注(76)) 398頁、407頁、浜上則雄「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」『阪大法学』51号(1964年) 25頁以下、磯村・前掲論文(注(108)) 391頁以下、吉田・前掲論文(注(106)) 1001頁以下、同・前掲書(注(14)) 576頁以下、高洲昌弘「第三者による債権侵害——不動産二重譲渡事例について——」『民法研究』2号(信山社、2000年) 191頁等を参照。
- <sup>110</sup> 吉田・前掲書(注(14)) 576-579頁以下を参照。
- <sup>111</sup> 好美・前掲論文(注(76)) 410頁以下を参照。
- <sup>112</sup> 好美清光・「判例批評」『民商法雑誌』55巻2号(1966年) 273頁を参照。
- <sup>113</sup> 浜上・前掲論文(注(109)) 25頁を参照。
- <sup>114</sup> 磯村・前掲論文(注(108)) 391頁以下を参照。
- <sup>115</sup> 磯村・前掲論文(注(108)) 406-408頁を参照。
- <sup>116</sup> 吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣、1991年)、「第三者の債権侵害に関する基礎的考察(1~9)」『法学協会雑誌』(102巻(1985年)、103巻(1986年)、104巻(1987年))、「契約侵害(債権侵害)に関するアメリカ法の近時の動向」『北大法学論集』38巻5-6合併号(1988年)等を参照。
- <sup>117</sup> 新美育文「取引関係と不法行為」野村・伊藤・浅野編『不法行為法』(学陽書房、1986年) 225頁以下を参照。
- <sup>118</sup> 朱暉・前掲論文(注(4)) 2044頁を参照。
- <sup>119</sup> 第二章で見たように、中国の裁判例において、二重売買型紛争の処理原則はまず、二つの契約の中で有効の契約が無効の契約に優先し、有効契約の買主が不動産の所有権を取得する。また、契約が全部有効の場合に、移転登記を先に完成した買主が所有権を取得する。さらに、買主が全部移転登記を完成していない場合に、

不動産を占有している買主が所有権を取得し、買主が占有していない場合に、先に締結された契約の買主が保護される。そして、単なる悪意の第二買主が悪意の結託に該当しないと解すれば、先に占有をする第二買主が保護されると言える。

- <sup>120</sup> 朱暉・前掲論文(注(4)) 2008頁を参照。
- <sup>121</sup> 朱暉・前掲論文(注(4)) 2044頁を参照。
- <sup>122</sup> 例えば、朱建農・前掲論文(注(7)) 91頁を参照。
- <sup>123</sup> 物権法106条：処分権を有しない者が不動産あるいは動産を他人に売却する場合、所有者がその返還を求めることができる。法律に定めがある場合を除いて、以下の事情がある時、譲受人が当該不動産あるいは動産の所有権を取得する：(一) 譲受人が当該不動産あるいは動産を譲り受けた時に善意である；(二) 売買価格が合理である；(三) 売却された不動産あるいは動産は法律の規定に従い、登記が必要であると定められるのは登記が完成し、登記が必要でないと定められるのは譲受人に引き渡された。譲受人が前項の規定により不動産あるいは動産の所有権を取得する場合に、元の所有者は処分権を有しない売主に対して損害賠償を請求することができる。
- <sup>124</sup> 吉田・前掲論文(注(70)) 163頁を参照。
- <sup>125</sup> これについては、朱建農・前掲論文(注(7))を参照。
- <sup>126</sup> これに関しては、張新宝『侵權責任法原理』(中国人民大学出版社、2005年) 466頁を参照。

(か てんこう 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了)