



|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 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  |
| Author(s)        | 朱, 擘; ZHU, Ye   |
| Description      | 論説  |
| Citation         | 北大法学論集, 57(5), 1-60   |
| Issue Date       | 2007-01-31  |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/20535">https://hdl.handle.net/2115/20535</a> |
| Type             | departmental bulletin paper   |
| File Information | 57(5)_1-60.pdf  |



# 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——

朱  
曄

## 目次

- 一. はじめに
- 二. 中国法の現状
  1. 物権変動の理論状況および物権法審議草案の規定

2. 不動産二重売買発生の問題状況
  3. 不動産二重売買の紛争をめぐる事例の検討
- 三. 比較法上の解決法
1. ドイツ法の場合
  2. フランス法の場合
  3. 日本法の場合
  4. 比較法における共通点
- 四. 中国法上の課題
1. 従来 of 制度の問題点
  2. 事前の防止策
  3. 事後の解決策
- 五. むすびに代えて—中国の登記の現状からみた仮登記の役割

## 一. はじめに

周知の如く、日常で頻繁に行われる動産売買とは異なり、不動産の売買には一定の特殊性が内包されている。すなわち、通常不動産が高価であるがゆえに、一般人にとっては、その購入は一生一度となるかもしれない。さらに、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り、彼にとってこれを保持する重要度は極めて高い。したがって、不動産の帰属をめぐる紛争解決は、現実には不動産を占有・利用している者を保護すべきだという政策的要請を無視することが出来ない。

他方、不動産紛争の中で、二重売買は洋の東西を問わず各国において生じうる重要な問題である。この問題は物権變動理論と密接に連動しており、債権と物権が交差する領域であり、民法全体の構造にも深く関連している。したがって、それぞれの国において、物権變動に関する民法上の基本規定が異なっていることを反映して、その紛争解決の理論的構成には若干の相違が存在している。とはいえ、このような違いは理論的な整合性を説明しようとする産物であるに過ぎず、各法律構成間の差異以上に、本質の価値判断には一定の類似性が潜在していると言えよう。

つまり、近代立法において、各国では徴税目的あるいは不動産物権に排他性を持たせるために、不動産の登記制度を導入しているが、特定物債権または不確定的物権を補強する役割を果たす不動産登記の効力は同一ではない。そのため、理論上物権變動の効果が発生する時期にも差が生じている。さらに、不動産登記にどれほどの公信力を付与するかが法規定により異なるため、登記を取得した第三者の権利を保護する程度にも差が生じている。したがって、これらの諸要素が存在するがゆえに、同質の不動産二重売買の問題解決において、その法律構成に差異が現れるようになっていく。しかし、このような差異が存在しているとはいえ、不動産の二重売買あるいは二重譲渡が行われる際に、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は、契約の自由、および市場経済の基本原則ともいえる自由競争の原理をどのレベルまで尊重するかに帰着する。この意味において、不動産の所有権をめぐる第一買主と第二買主との利益が衝突する際、第三者である第二買主はその行った行為にどれぐらゐの反倫理性を具備すれば、自由競争の範囲外の者として除外されるべきなのか問題の中核であり、政策的価値判断の境目であると理解することができる。したがって、不動産の所有権を争う両当事者を自由競争させるべきだと考えるならば、最も重要なのは、判断基準の曖昧さを払拭し、各自の守備範囲を明確にすべきではないかと思われる。

中国においては、二〇〇五年七月に物権法審議草案が正式に公布され、草案の内容に対する意見が公開募集されるよ

うになった。しかし、財産の移転を規定する物権法の創設は社会イデオロギーに密接に関わっており、社会主義国である中国ではこの問題が特に顕現するようになっていた。そこで、ある学者の猛烈な批判を契機に、草案は最終的な審議にいたらず、その採択の一時中断が余儀なくされた。<sup>(1)</sup>とはいえ、市場経済を円滑化させる物権法の役割が普遍的に認識されている中国では、近い将来、民法典制定作業の一環としてその中核部分である物権法が樹立されると思われる。<sup>(2)</sup>また、草案においては物権変動に関する基礎的な理念が確定されており、そのため、再審議の過程における内容変更は、一部の学者から指摘されたイデオロギーに関連する問題を技術的に解決するとしても、その中核部分は変更される可能性が低いと予想される。以上のような状況から、現段階では中国における物権法基本原則の輪郭がすでに明瞭なものとなっていると言えよう。

本稿では、まず、「二：中国法の現状」において、中国における物権変動論の状況、および物権法審議草案で確定された物権変動論の基本構造を整理したい。これは不動産二重売買の問題解決の法律構成に直結するからである。そして、中国における二重売買の多発する背景をまとめ、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し、処理上の問題点を分析する。次に、「三：比較法上の解決法」においては、同様な問題の各国での解決方法を比較することにより、潜在している共通の原理を鮮明にしたい。そして、二〇〇七年に中国物権法の樹立が予定されているため、審議草案で確立された原則を念頭に置きつつ、「四：中国法上の課題」において、比較法から得た示唆をもとに、中国でも多発する不動産二重売買につき、その紛争予防対策および事後の解決方法という両面から具体的な検証を試みたい。

## 二：中国法の現状

1. 物権変動の理論状況および物権法審議草案の規定

(1) 物権変動に関する論争を促進させた背景

従来、中国民法は旧ソ連法の影響を受けており、イデオロギーの問題に関する制限が存在している。このような背景の中で、そもそも物権自体が社会主義体制と相容れないため、物権法をめぐる議論は空白に等しい状態であった。しかし、一九九〇年代に入ってから、中国における市場経済体制が徐々に定着してゆくことになる。とりわけ、一九九三年憲法の部分改正により、社会主義市場経済の原則が明確になり、社会の需要に適合した民事法の整備が欠かせなくなつた。こうした体制変動が契機となり、民事立法に拍車がかつただけではなく、民法典制定に関する動きも見せ始めた。<sup>(3)</sup>

そこで、二〇一〇年までに中国の社会主義市場経済体制に適合する法体系を整備する立法目標が、一九九七年の中国共産党第一五期大会第三回全体会議及び一九九八年の第九期全国人民代表大会第三回会議において樹立された。この立法目標に従い、民事法の中核内容とも言える物権法規定をめぐる議論は、急激に活発化するようになった。<sup>(4)</sup> その数多くの研究成果は、貧弱だった物権法理論を補強する役割を果たした。<sup>(5)</sup> また、全国人民代表大会常務委員会法律工作委員会の依頼を受け、民法学者は物権法起草グループを結成し、各グループの考えを反映させた物権法草案、いわゆる学者試案を作成している。<sup>(6)</sup>

もちろん、本稿の分析が深く関与している物権変動理論についても、中国の民法学界では諸外国の制度を参照しながら大いに議論されている。ただ、本稿の一番の関心は、物権変動理論が確立した後、こうした原則の下で不動産二重売買の争いをどのように未然に防ぎ、いかなる理論的構成により解決すべきかにある。したがって、以下は、物権変動に関する基本理念を、中国の主流的な考えではどのように理解されているかを中心に、その再確認と要約に止めたい。<sup>(7)</sup>

## (2) 理論的状況の整理

## A. 中国学者の見解

言うまでもなく、物権変動論を論じる際に、ドイツ民法を起源とする物権行為の概念に言及しなければならない。さらに、これと関連する物権行為の独自性・無因性の問題をも議論する必要がある。これらの問題は、一九九〇年代から論争が展開され、近時の物権法審議草案の公布と同時に終止符を打たれたと言えるが、その主な見地は以下の三つに大別することが出来る。

まず、経済活動の促進を理由に、動的安全を優先すべきだとして、ドイツ民法の物権変動無因性理論を全面的に継受する見解が存在する。<sup>(8)</sup>次に、中国の不動産登記制度の不備を懸念し、国家行政機関の負う責任を軽減すべきだとして、自己責任原則のもとで、不動産取引を行う際、取引関係に入ろうとする当事者に一定のリスクを分担させるべきだとする観点がある。この説によれば、日本のように登記對抗要件主義を採用すべきだと主張している。<sup>(9)</sup>さらに、オーストリア法やスイス民法で採用された法規定をモデルに、<sup>(10)</sup>登記効力発生要件主義という制度を導入すべきだとする見解があり、後に物権法審議草案で採用されるようになった。<sup>(10)</sup>それでは、はたして中国の通説が採用している原則はどのような意味合いを含んだものであるのだろうか。この点については、やや立ち入った分析が必要だと思われる。

## B. 原則の分類

通常、物権の変動を論じる際に、直ぐに目に浮かぶのは二つの対立する立法例である。すなわち、ドイツ法が採用している形式主義と、フランス法あるいは日本法が採用している意思主義である。前者は、所有権を移転させるには、債権契約以外に引渡しまたは登記、および合意 (*Einigung*) を備えた物権契約が要求される。これに対し、後者は、取引をする当事者間の債権契約が成立すれば、その効力のみにより売買目的物の所有権が変動する。大陸法系の現行制度を

鳥瞰すると、不動産物権の変動に関する制度は次のように分類できるとされている。

すなわち、スイス物権法における登記制度を詳細に検討している鈴木祿弥教授は、フランス法ないし日本法が採用している①意思主義以外に、現行ドイツ法が採用している②実質的合意主義 (das materielle Konsensprinzip) と現行スイス法が採っている③登記法上の形式的合意主義 (das formelle Konsensprinzip) とを明確に区別している<sup>(11)</sup>。さらに、鈴木祿弥教授は②と③、そして過去存在していた④形式的効力主義 (Prinzip der formellen Rechtskraft des Grundbuchs) との相違点を強調している<sup>(12)</sup>。

また、原鳥教授は以上①②③の概念をそれぞれ、契約主義 (Vertragsprinzip) もしくは合意主義 (Konsensprinzip) 、物権的合意主義 (Einigungsprinzip) 、登記主義 (Eintragungsprinzip) と称している<sup>(13)</sup>。

以上のように名称が違うのは、両教授の強調する側面が若干異なるためであると筆者は理解している。すなわち、原鳥教授は日本で理解されている形式主義の再認識を喚起することを、念頭に置いている。これに対し、鈴木祿弥教授は、登記主義と成立要件主義が基本的に同質なものであると理解した上で、それに内包される各様態においては、有効な原因行為・債権行為の存否が、物権変動の効力にいかなる影響を与えるかに関心があったと思われる<sup>(14)</sup>。したがって、原鳥教授は、各場合の合意の意味をより明確にするために、②と③の概念を定義付ける際に、意識的に Konsensprinzip という語彙を選択しなかったのではないかと推測する。

以上のような検討によれば、両教授は、各原則を定義する際に用いた表現には差異があるものの、実質的には同様な分類をしていると言えよう。これをふまえると、次のようになる。不動産所有権変動のプロセスをみると、①によれば、債権契約における合意のみにより所有権が移転する。②においては、理論上、債権契約、物権契約、登記という三要素を具備しなければ、所有権は変動しない。③のもとでは、債権契約と登記を、権利移転の要件としている。とりわけ、

②と③との差を強調すれば、所有権が変動することを目的とした単独の法律行為、すなわち、物権契約を要求するか否かという点において差異が生じる<sup>(17)</sup>。

### C. 中国の通説の再確認

翻って、中国の通説的な見解を確認すると、次のように要約することが出来ると思われる。

中国の主流的な考えは、登記法上の形式的合意主義あるいは登記主義を基本的に採用している。すなわち、不動産物権を変動させるには、債権契約および登記で足り、独立した物権契約を必要としないとする。しかし、中国法において物権行為概念を承認すべきか否かについては、その理論状況が必ずしも安定しているとは言えないところに注意する必要がある。従来、物権行為の独自性・無因性を含め、物権行為自体をも否定する考えが中心であった。この考えのもとでは、登記は債権契約の履行行為にすぎず、登記が行われなければ物権変動の効力が発生しない。そして、契約が取消あるいは無効になった場合、物権変動は無効になるが、善意取得の原則によりその要件を満たした第三者のみが保護される<sup>(18)</sup>。近時、裁判実務上の混乱を正すため、「物権変動と原因行為の区分原則」を確立する必要があると強調されるようになった<sup>(19)</sup>。この「区分原則」は、日本で理解されている、物権行為およびその独立性を承認した上で無因性を否定することを意味するか否かが不明である。

日本での独自性を否認する通説は、物権行為の形式を必要とする制度が存在しなければ、独自性を認める実益がないと考えている<sup>(21)</sup>。また、物権行為に条件をつけることが許されないドイツ法では、原因関係である債権契約と物権行為を完全に切断するためには、無因性を承認する必要性があると理解されている<sup>(22)</sup>。

確かに、中国では、有効な債権契約を物権変動の必要要件とすれば、無因性を否定することになり、物権行為およびその独自性を論じる必要性は乏しくなる。そのため、スイス民法のように「原因行為と物権行為を明確に区別せず」<sup>(23)</sup>

という結果が生じる。しかし、不動産所有権の譲渡については、登記が物権変動の効力発生要件であるとする以上、ドイツ法の形式主義に近い制度を採用したと言えよう。債権行為に対し物権行為を別個独立のものと観念することは、少なくとも将来民法の解釈においては、功を奏するであろう。

ただし、いずれにせよ、中国においては、有効な債権契約が存在しない限り、物権変動が生じない、いわゆる有因主義的な手法が採用されたと言えよう。また、このような原則の下では、同一の不動産の譲渡につき、二つの契約が締結された場合、最初に所有権移転の登記を具備した買主に物権が移転する。

以上で確認したように、中国の通説は、いわゆる有因主義を採用している。それでは、なぜ中国の通説は有因主義の採用に固執するであろうか。無因主義を採用したドイツでは、登記申請を受理した登記官は、物権変動の存否を確認する場合に、物権変動の基礎である原因関係の詳細をチェックする必要がなく、物権行為が存在した事実の有無のみを審査すればよいと言われている。<sup>24</sup> そのため、登記官吏の負担が軽減される反面、売買契約のコントロールを放棄するという結果を招く。他方、中国は市場経済制度を導入しつつあるとはいえ、不動産取引につき、実質的審査により行政管理を実現しようとしている。したがって、「国家的監督」<sup>25</sup>を重視するがゆえに、必然的に実質的審査を基礎とする有因主義を採用する、との指摘がある。

しかし、有因主義を導入した場合、次のようなことを認識しておくことは非常に重要である。すなわち、仮に登記公信の原則を採用しなければ、無因主義と比較すると、有因主義の場合には、登記と実際の権利関係とが一致しない可能性が多いため、動的安全を害するおそれが大となる。中国の有力な学説は、登記制度の完備により、登記に公信力を与えようとする。しかし、後に分析するように、中国の現状を勘案すると、まったく楽観視出来ない状況にあると言っても過言ではない。だとすれば、登記はすでに移転されたにもかかわらず、物権変動は依然生じていないという事態の発生

説を、出来る限り何らかの措置により防止しなければならない。

論

(3) 物権法審議草案における物権変動理論の反映

A. 条文の内容

まず、二〇〇五年七月に公布された審議草案において、不動産の物権変動につき、どのように規定しているかを確認<sup>(26)</sup>したい。

本草案の第九条は、「不動産物権の設立、変更、譲渡および消滅は、登記しなければならない。登記が行われない場合は、物権の効果が発生しない。但し、法律に別の規定がある場合を除く」と定めている。

第十四条は、「不動産物権の設立、変更、譲渡および消滅につき、登記をしなければならない場合、その効力は、不動産登記簿に記載された時に発生する」と規定している。

第十五条は、「当事者間で締結した不動産物権の設立、変更、譲渡および消滅に関する契約は、法律に別の規定がある場合、又は契約に特約がある場合を除き、契約が成立したときに効力が発生する。物権の登記が行われなかった場合には、契約の効力に影響しない」とする。

B. 内容の確認

条文の詳細をみると、審議草案は、上述の通説を採用し、基本的に物権・債権峻別の法的構造となつていると言えよう。

すなわち、本草案の第九条および第十四条は、不動産の登記を物権変動の効力発生要件と規定している。これに従えば、当事者間の債権契約は不動産物権を変動させる一要件に過ぎず、登記が行われて、はじめて所有権が登記名義人に

移転する。

また、第一五条は、物権変動の原因行為である債権契約の効力発生時期を明確にしており、同条後段によれば、仮に物権変動の効力が発生しない場合においても、債権契約の効力に何らの影響も与えない。すなわち、学界では物権行為およびその独自性を承認するか否かについて、統一の結論に至っていないが、少なくとも、審議草案は基本的に「区分原則」を導入していると理解することができよう。

## 2. 不動産二重売買発生の問題状況

中国の実態をみると、不動産の二重売買という問題が頻繁に生じるようになってきている。その多発の理由として、以下のような社会的背景が存在していると考えられる。

第一に、その根底には近時不動産価額が高騰する一方という社会状況が存在する。つまり、中国の沿海地域に位置する都会では、九〇年代後半に入ってから、不動産の価額が急激に上昇し始めるようになった。<sup>(27)</sup>これを契機に、各地方都市においても、不動産が値上りし、結果的に全国規模の不動産への投資ブームを迎えたと言えよう。<sup>(28)</sup>こうした状況の中、不動産の所有者である譲渡人は、第二契約の締結により、より多くの利益を獲得しようという考えを持つようになった。したがって、こうした社会的背景が二重売買を多発させる引き金となったと考えられる。

第二に、中国では譲渡人が第二契約を締結することができる土壌が存在するという点が挙げられる。具体的にいうと、中国の登記実務では、不動産の権利登記が行われると、当該不動産の所有権権利証書、いわゆる登記済権利書が新たな所有者に交付される。法的専門知識を有しない一般人の感覚からして、この権利証書は行政機関が発行したものであ

るがゆえに、これに絶対的な効力があると誤認してしまい、また、公的な国家機関が発行した権利証書を保有さえすれば、不動産の物権が本人に移転し、これをもって他人に対抗できると思い込んでしまう。したがって、第一契約の履行として権利証書が買主のところに引渡されると、第一買主が安心して登記移転を怠ってしまった傾向がある。ところが、実際には、権利証書の再発行が容易に行われるため、売主は、権利証書が紛失したと偽称して、登記簿上の内容が記載されている新権利書を、登記機関から簡単に入手できる。これをもって、売主は、第三者たる第二買主を信用させ、新たな契約を締結するのである。また、第二契約の履行たる名義変更の段階においても、権利証書を提示していれば、何らの難問なく登記が移転される。この権利証書への過度の信頼、および厳格でない権利証書再発行制度は、売主が恣意的な行為を容認する温床を創り出していると言えよう。

第三に、中国では、不動産開発業者は、国有土地の使用権を購入し、分譲マンションを建設する場合には、地方の行政法規により、開発業者に「初始登記」が義務づけられている地域がある。これを受理した政府機関は、土地の利用状況や建物の品質などを査検し、「初始登記」を行う。また、「初始登記」が完成する前に、各家屋購入者が取得する区分所有権の登記はできない。<sup>29)</sup>すなわち、分譲マンションが市場に流入する前に、政府は「初始登記」により最終的な行政検閲を図ろうとしている。

したがって、不動産開発業者は、「初始登記」が完了していないことを理由に、第一買主への登記移転を拒否するという事態が発生する。そして、売主たる開発業者はこうした要因で登記が移転されていないことに便乗し、第一契約を破棄するとともに、より高い値段で第二買主に譲渡する可能性が生じる。「初始登記」を起因とする不動産の二重売買は、中国の独特の社会状況を反映したものであり、不動産への行政管理の色彩が強く残っていることを示している。

第四に、国有土地使用権の設定契約のような高額の取引においても、二重売買に類似する紛争が行われる可能性がある

ることを指摘しておきたい。<sup>(30)</sup>ただし、この場合の問題の発生状況は、個人・法人間で行われる取引の場合とは異なるという点に注意する必要がある。つまり、国有土地使用権の設定契約においては、通常、所有権者である国（具体的には各級国土資源局）が使用権の設定者であり、売主に該当する地位にある。そこで、国有土地使用権譲渡の現状をみると、さまざまな問題を抱えている。まず、土地使用権の設定契約を締結するに際し、汚職事件が頻繁に生じている。たとえば、土地使用費を安く設定する、あるいは特定の業者との契約を優先させる代わりに、賄賂を受取るような事件がしばしば発生する。<sup>(31)</sup>したがって、汚職事件を防ぐために、上級行政機関は、土地使用権設定契約にたいし制限を設けるなどの手段を通じて、監督を図ろうとする傾向がある。そのため、下級行政機関が所定の権限を超え、締結した契約の効力を認めず、その結果、新たな契約が生まれる可能性がある。<sup>(32)</sup>次に、土地管理部門である国土資源局は、使用権取得者がすでに存在しているにもかかわらず、第三者に使用権があると判断し、国有土地使用証書を交付することが見られる。<sup>(33)</sup>これらの問題は、土地使用権設定に関する制度構造上の問題であり、国家賠償法にも関連しているが、元来の二重売買問題とは次元が異なっている。本稿では、中国の不動産紛争を複眼的に観察できるように、問題発生現状として、これらは紹介だけに止めておく。

以上では、中国における不動産の二重売買を促進させた主な理由を簡単に整理してみた。次に、不動産二重売買の紛争をめぐって、裁判での実際の解決方法を検討したい。

### 3. 不動産二重売買の紛争をめぐる事例の検討

#### (1) 事実の概要<sup>(34)</sup>

被告Aは、二一〇平方メートルの土地の使用権を有している。また、当該土地につき、五階建のビルの建設を許可されている。一九九八年五月二日、Aと原告Bは、以下の内容の契約を締結した。①Aは、ビルが完成したとき、その東向きの二階部分の家屋を、一平米につき四二〇〇元の価額でBに譲渡する。②Bは、ビルの工事が始まる前に、Aに二、〇〇〇元の手付金を支払い、建物竣工後、二〇〇、〇〇〇元の支払いをする。③残りの売買代金は、不動産の登記名義を変更した後、Bに不動産権利証書を引渡す際に、Aに支払う。

建物完成後、Bは、約定の二二、〇〇〇元だけではなく、税金および一部の売買残余代金、合計三三、九二三・五元を、Aに支払った。(登記名義人が変更される前に、Bが期限の利益を放棄し、Aに税金および一部の残余代金を支払った理由としては、恐らくBが早期の入居を望んでいたと推測される)。一九九九年二月、Bは、購入した家屋の内装を行ったあと、入居し始めるようになった。後に、BはAに名義変更手続きの同行を求めたところ、Aは、契約の目的物である家屋はすでに被告Cに売り渡し、且つ、一九九八年二月八日にその登記を移転したことを、Bに告げた。また、Cは家屋の登記名義人になってまもなく、D金融機関から融資を受けるために、当該家屋につき抵当権を設定した。こうした状況の中、Bは家屋の本人名義への登記移転が出来なくなった。そこで、Bは、契約を履行しており、その上、家屋を内装して現に入居していることを理由として、本人に家屋の所有権があると主張し、提訴した。

## (2) 判決の概要

人民法院は以下のように認定して、判決を下した。

民法通則の規定は、原則的に財産の所有権は財産が引渡される際に移転すると定めている。本件では、原告Bは、契約に基づき自己の義務を履行しており、かつ、家屋を内装し入居している。そのため、事実上、Bは家屋の所有権を有

している。したがって、Aは契約で定めた義務を履行しなければならず、約定通りに原告Bのために登記を移転し、所有権権利書を取得させなければならない。

他方、AとCが登記移転を申請した際に、契約書およびその他の証明書を提示していなかった。また、Aが、Bに隠し立てして、他の被告Cとの間で行われた登記移転行為は、真正権利者Bが有する家屋の所有権を侵害している。したがって、この行為は詐欺行為であり、最初から無効のため、Cが違法に取得した所有権権利証書も無効である。

以上のような理解のもとで、人民法院は、民法通則の第五八条、六一一条、七二条<sup>(35)</sup>の規定を適用したうえで、家屋の所有権はBが有し、また、Bは残余代金一〇、〇八六・九元を被告Aに支払うとする判決を下した。

### (3) 分析

以上の裁判例の事実概要をみると、これは代表的な不動産二重売買を起因とする紛争である。また、この事案は不動産転得者が現れた典型例ではないが、不動産所有権の帰属により、その利益が大きく左右されかねない抵当権者が出現した事例である。すなわち、売主は第一契約を締結し、その履行として不動産を第一買主に占有させた。しかし、売主は第二契約により売買目的物の登記を第二買主に移転した。そして、第二買主の借入により、当該不動産の抵当権者が現れた。

提訴を受理した地方法院は、民法通則の七二条の理解として、不動産への占有は所有権移転効力の発生要件であると基本的に認識していた。これを念頭に、民法通則の五八条の条文を持出し、売主と第二買主との登記移転行為自体が詐欺行為に該当することを理由に、その登記を無効とした。その結果、事案では、第一買主に所有権があると認定し、本人名義への登記変更を許している。

しかし、地方法院の判決には以下のような問題点が存在しているように思われる。

第一に、地方法院裁判官の不動産における物権変動理論に対する認識の問題である。すなわち、上述のように中国の通説的な見解では、不動産の所有権は登記が移転すると同時に変動すると考えている。しかし、本件の場合では、不動産所有権の変動時期は、不動産のそれと同様に認識されているため、不動産の占有が移転されれば、その所有権も移転するとしている。これは、物権変動理論への認識不足に起因するものであり、これを前提にすると、登記の役割が否定され、不動産紛争解決における法的構成の混乱を誘発する恐れがある。

第二に、不動産が二重売買された場合、その処理にも問題がある。すなわち、通常登記を具備している第二買主を失権させるかどうかは、その主観的様態が判断の基準となる。したがって、第二買主の契約行為に十分な反倫理性が存在していれば、このような行為は自由競争の範囲から逸脱したものととして、第二買主は不動産の所有権を失う。ところで、本件では第二買主の主観的事由が明らかにされておらず、詐欺行為による無効という判断は、第一買主が不動産の占有により所有権を取得したとする前提から由来した。換言すれば、占有による所有権の取得→第二買主への登記名義変更が無効→第二契約の無効という判断の構造が存在している。また、実務では、第三者が登場しなかった事案においても、登記名義変更手続きが完了していない場合には、売主が翻意するときに、売買契約である原因行為を無効にした上で原状回復させる、とする判決が頻発している。<sup>(36)</sup>中国の実務においてこうした解決の仕方が採られている理由は、恐らく一部の裁判官が物権変動理論を十分に認識していないためであり、このことから原因行為である契約関係と物権変動を混淆し、契約の履行である登記移転が不完全の場合に、契約を一種の違法行為とみる、といったような誤った判決を生じさせていると考える。<sup>(37)</sup>

第三に、本案では、第二買主が不動産の登記を取得した後、同不動産に抵当権を設定していた。こうした場合、第一

買主に復帰した所有権に付随する抵当権は有効なのか、それとも無効とされ、第二買主に対し抵当権者が一般債権者となってしまうのかといった点を、裁判官は考慮しなければならない。しかし、不動産の所有権変更に利益が深く関わる抵当権者の処遇については、本案ではまったく言及されおらず、その法律構成についても明らかにされることはなかった。しかし、その価値判断は、本案においてのみならず、不動産の転得者が生じた場合においても、類似性を有しており、非常に重要であろう。

以上のような中国実務上の誤りを念頭に、次の章では各国における不動産二重売買の紛争解決方法、およびその価値判断における共通性を考察してみたい。

### 三．比較法上の解決法

本稿による各国の紛争解決策の比較は、各処理方法に内包される共通認識を導き出すことを目的としている。したがって、各詳細には立入らず、その概括に止めることにしたい。また、今回その比較対象をドイツ法、フランス法および日本法に限定することには、次のような理由がある。まず、上述のように、中国の通説および物権法審議稿草案は、物権・債権峻別という基本構造を採用している。そこで、ドイツ法は物権行為理論の発祥地であり、その法制度のもとでは、不動産登記を完了していない段階において契約者は単に特定物債権者に過ぎない。したがって、ドイツ法における問題解決の法的構成は中国においても導入することが出来よう。次に、有因的な法制度を採用しようとする中国は有効な契約を物権変動の要件とするため、債権契約のいかんは所有権の変動に直接影響を及ぼす。この点においては、フランス法に類似している。さらに、日本法は、パンデクテン方式を採りながら、意思主義を原則とする条文を導入しているが

ゆえに、詳細且つ多岐な解釈および議論が行われている。したがって、こうした日本法の緻密な分析も、今後の中国法の解釈作業に非常に役に立つと思われる。

### 1. ドイツ法の場合

プロイセン一般州法においては、二重売買が行われる場合、第二買主が悪意であれば、第一買主は *ius ad rem* という追及権により第二買主を失権させることができた。<sup>(38)</sup>これに対し、現行のドイツ法では、登記成立要件主義を採用しているため、不動産所有権は登記が了する前に第一買主には移転せず（八七三条）、第一買主は売主に対し特定物債権しか有しない。したがって、第一契約により所有権が第一買主に移転することを前提とする二重譲渡が生じ得ない。そこで、所有権が第二契約の履行により移転し、第一契約の実現が不可能となった場合、第一買主を悪意の第二買主に優先させるには、特定物債権への侵害が不法行為として成立するか否かが問題の焦点となる。さらに、不法行為に関する条文の構造から、どの条文が適用されるべきなのか、またいかなる要件を満たせば、第二買主が不法行為者に該当するかが議論の中心となる。こうした議論は、保護される法益によりその要件上の差異を設けられていることから起因するものである。<sup>(39)</sup>つまり、周知のように、ドイツの不法行為法には複数の条文が存在しており、いわゆる二元的構成を採用している。この規定の様態は議論の展開に深く関わっていると考えられる。

若干具体的に言うと、ドイツ法八二三条一項は、不法行為法の原則を規定しており、故意・過失および権利侵害という二重の要件を定めている。そして、同条には「その他の権利」という文言が存在するため、相対的効果しか有しない債権がこれに内包されるか否かをめぐって議論がある。<sup>(40)</sup>すなわち、「債権帰属の絶対性理論」を用いて、債権を八二三

条一項でいう「その他の権利」に取入れようとする有力な考えが存在するが、判例は一貫して物権のような絶対性を有する権利のみ、八二三条一項の保護対象となるとしている。<sup>(42)</sup>したがって、こうような考えのもとで、不法行為的構成により債権への侵害を認める前提は、八二六条という故意による良俗違反という要件を満たさなければならないこととされている。

また、良俗違反に関しては、単に第三者が他人の債務不履行に関与・協働というような契約違反への誘導だけではなく、その行為に倫理的に非難すべき特別な事情が存在して、はじめて成立する。この点に関しては、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、第一契約の存在につき悪意または有過失の登記済第二買主に対しては、第一買主は自己の権利を主張しうるとされている。<sup>(43)</sup>両国における処理上の差異は、主にドイツ法における不法行為法規定の様態から起因するものであるとの指摘が存在する。<sup>(44)</sup>

ところで、判決はこの反倫理性を認めるには、「計画的協働」、また「共謀的協働」が必要だと強調しているものの、実際の処理においては第一買主が単なる悪意、すなわち第一契約への認識がある場合にも、不法行為の構成を認めている。<sup>(46)</sup>また、第二買主が良俗違反の行為を行ったと認定される場合、不法行為による損害賠償の効果が問題となるが、判例は、二四九条で規定する原状回復の原則に基づき、第一買主の直接の引渡請求を容認している。<sup>(47)</sup>

ここで、ドイツ法上の解決方法の整理を通じて、以下のようなことを確認することができる。第一に、磯村教授が指摘する、「ドイツ法における第二買主の保護は規定の構造から予想されるほどに例外的・限定的なものではないことを看過すべきではない」という点である。<sup>(48)</sup>換言すれば、八二六条の要件より特定物債権侵害から生じる不法行為の認定は非常に困難であるとみられ、また、判例・多数説は、理論上の債権・物権の対置的構造を非常に重視し、原則的に第二買主の失権要件を厳格に認定しようとしている。しかし、実際の解決においては、その認定が必ずしも限定的に行われ

ているとは限らないと言えよう。第二に、二重売買の第一買主を、良俗違反の財産侵害を根拠に、弾力的な処理により保護する際に、第一契約の拘束性をどこまで尊重すべきか、および自由競争の範囲をどこまで限定すべきなのかという政策的判断に帰着している。第三に、ドイツ法のように損害賠償の効果を金銭賠償原則とせず、原状回復を原則とする場合は、第一契約者による直接引渡請求権が認められる可能性が十分存在する。

## 2. フランス法の場合

日本法の母法であるフランス法においては、意思主義および登記對抗要件主義を採用しているため、理論上は、契約が成立すると同時に不動産所有権が移転する。<sup>(49)</sup>ただし、注意すべきは、日本法と比較すると、フランスでは、古い慣行から変遷してきた公正証書制度が存在するがゆえに、<sup>(50)</sup>次のような特徴が存在する。つまり、不動産売買当事者の意識では、公正証書を作るときまでは売買契約は成立せず、公正証書作成の時の合意が売買契約であり、公正証書作成までの合意は、前契約或いは予約と考えられていると指摘される。<sup>(51)</sup>これによると、フランス法における不動産物権変動の時期は一定の制限を受け、比較的明確になっていると言えよう。また、フランス法には、第三者の善意・悪意に関する規定が存在しないため、對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、判例・学説に依存している。

### (1) 「フロード (fraude)」の協働者排除論

フランス法では、一九六八年破産院判決が現れるまではフロードの法理が維持されていた。通常、フロードとは、形

式的には適法であるが、その行為は法律または契約から発生する義務規則を逸脱する行為であるがゆえに、その行為への反道徳性の評価であると考えられている。<sup>52</sup>しかし、「フロードはすべてを破る (Fraus omnia corrumpit)」という伝統的な考えにおいて、問題とされるのは締結した契約に対し履行義務を負う売主の行為である。したがって、第一契約の履行義務を負わない第二買主に売主同様の責任を負わせるために、「共犯 (complice)」の理論が用いられたがゆえに、判例に対して「フロードの協働」を要件としていると指摘されている。<sup>53</sup>こうした理論のもとで、不動産二重譲渡が生じた場合、第二買主は単に第一契約を知ることにより悪意が存在するだけでは、登記の効力が排除されないようになっている。第一買主の権利を奪う目的で、詐欺的操作による売主と第二買主との協働が認定された場合、はじめてその登記の効力が否定される。すなわち、「フロード」的行為へのサンクションとして、第二契約が無効となり、第二買主が登記を具備しても第一買主に対抗不能という効果をもたらされる。以上のような理解からすると、フロードの協働者排除論は、いわゆる背信的悪意者排除論に相当する。

しかし、単なる悪意とフロードとの差異は理論上存在するが、実際その境界線は明確ではなく、両者の区別を認定することは容易ではないと考えられている。<sup>54</sup>そして、各判例の判断を考察すると、区別の困難さはより浮き彫りにされる。判例では、当初から第二買主の悪意以外の事実を特に認定せずフロードを認めた判決が存在していた。<sup>55</sup>後に、単なる「悪意」と「詐害的協働」との区別を明らかにしようとしたが、<sup>56</sup>しかし、第二買主が詐欺的操作により第一買主に処分権があることを誤認させ、すなわち第二買主のみのフロードが存在していた場合においても、「詐害的協働」を認定する判例も現れた。<sup>57</sup>以上のような紛争の解決を勘案すると、一九六八年判決以前は、破棄院の理論に一貫性が保たれていないと言いがたい。

また、善意転得者の処理に関しては、フロード理論においては、フロードがすべてを破るため、フロードを基礎とす

る第二買主の権利取得は無効となり、これの転得者が善意であつても保護を受けられない。<sup>(58)</sup>

(2) 「フォート (faute)」法理—民事責任説への移行

以上のような問題状況の中、一九六八年三月二二日の破毀院判決は、理論構成の転換を示していた。本判決は不法行為に関する規定—一三八二条を引用し、「フォート」<sup>(60)</sup>ある第二買主が騰記を完了したとしても、その優先的效果を認めず、騰記から生じる権利を否認した。すなわち、この判例の根底には、契約はすべての第三者によって尊重されるべきであるため、契約の存在を知らながらあえてそれを侵害した場合、「フォート」があると言わざるを得ず、その行為は不法行為であるという価値判断があると窺える。また、本判決の意義は、売主と第二買主との協働を要求しない点、民事責任の法理を採用することにより単なる悪意の第三者も登記の効力を主張し得ない点、および善意転得者は保護する旨を示唆する点にあるといわれている。<sup>(62)</sup>しかし、本判決以前の判例実務を勘案すると、フォート説（民事責任説、不法行為説）<sup>(61)</sup>確定の実質的な意義は善意転得者を保護する余地を残したところにあるのであろう。

そこで、一九六八年判決以降、この判決がもたらした理論構成の変化を受けて、民事責任説を踏襲した判決が出されるようになり、<sup>(63)</sup>民事責任説に対する補足的な判決も下された。第一に、破毀院第三民事部一九七九年五月二八日判決は、<sup>(64)</sup>単なる悪意がフォートを構成するとしても、第二買主に調査義務を要求せず、その過失の有無は判断の対象にならないと判示し、公示の強制力を保持しようとした。第二に、第二買主の善意悪意の評価時については、破毀院第三民事部の一九八三年一月四日判決<sup>(65)</sup>および一九九〇年五月二二判決は、<sup>(66)</sup>第二契約の公示が行われた日ではなく、売買契約締結日すなわち私署証書締結時であることを明確にした。第三に、一九六八年判決の理論構成の転換の重要な点、すなわち善意転得者の処遇については、一九九二年六月二二日の破毀院判決が明らかにした。<sup>(67)</sup>同判決は、第二買主が悪意により

売主から権利を取得した場合には、この悪意の第二買主からの善意転得者は、害を受けることなく保護されると判断している。

以上のように、一九六八年判決により民事責任説が樹立した後、一連の判例は、不動産公示の仕組みの画一性・形式性が緩和されたことに一定の合理的制限を設けている。しかし、一九六八年の判例変更を契機に一層激しくなった公示の効果をめぐる論争は、終止符を打つことができなかつたようである。<sup>68</sup>そして、近時フロード説への回帰とも考えられる一九九八年六月一日破毀院判決さえ出てきている。<sup>69</sup>したがって、フランス法においては、一九六八年判決はフロード説からフォート説へ変更したにもかかわらず、理論的にも、実際の判決においても、安定しているとは言えない状態にある。

フロード説とフォート説との論争は、「二〇世紀初頭以降の法の社会化 (socialisation du droit) の波を受けて、一九世紀の個人主義・自由主義・意思自治という伝統的立場の所産である契約の相対性の原則に疑問が投ぜられ、契約と社会との相互関係ないし社会連帯の思想及び道義的・倫理的義務が強調される」<sup>70</sup>ようになったことが起因であるとの指摘がある。そして、実際問題として、意思主義、登記對抗主義を採用した場合、登記がいかなる効果を持ち、および登記の効力と自由競争原理とをいかに調整し、また、静的安全と動的安全のどちらを優先させるべきかという価値判断が重要であろう。また、結果からして、フランス判例理論の変更は日本でいう悪意者排除論への傾斜であるといってもいいであろう。

### 3. 日本法の場合

周知のように、日本法は、形式上ドイツ法のパンデクテン体系を導入しているが、フランス法の内容がその根幹となっている。また、物権変動に関し一七六条と特則である一七七条が併存しているため、不動産二重譲渡が生じた場合には条文解釈をめぐる議論が特に顕著になる。さらに、この紛争解決において第一買主の所有権を認めさせるには、純粋な不法行為法的な理論構成を採用するのは困難であろう。なぜなら、フランス法やドイツ法<sup>(71)</sup>と異なり、日本法では、不法行為を規定する七〇九条の効果は七二二条による四一七条の準用の結果、原状回復ではなく金銭賠償が原則とされているからである。こうした問題を抱えながら、学説は二重譲渡をめぐる次のように展開されている。

(1) 学説の錯綜状況

日本法の解釈において、不動産が二重譲渡される際に特に問題となるのは以下の二点である。第一に、一七六条が規定する意思主義の下では、第一契約によって所有権がすでに第一買主に移転したが、一物一権という物権の大原則のもとでは、第二の物権変動が生じる根拠がどこに求められるかという問題がある。すなわち、その法的構成がいかに説明されるかという問題である。第二に、一七七条が「登記がなければ第三者に対抗することができない」とのみ規定し、その「第三者」の主観的様態については触れていない。したがって、第三者の主観的様態をめぐる議論がもう一つの焦点となっている。

日本の議論は百家争鳴の状態に突入しており、学説の内容は複雑多岐にわたっているが、各学説を要約すると次のようになる。<sup>(72)</sup>

第一に、日本での二重譲渡の法的構成をめぐる学説に関しては、一七六条が定める意思主義のもとで第一契約から生じた効果という点で議論が分かれる。すなわち、これらの考えを大別すれば、第一契約により第一買主が全部の所有権

を取得し、売主が無権利者であることを前提とする原始取得の構成がある。これに対し、第一契約により売主から一部の権限しか第一買主に移転しないとする承継取得の構成が古くから主張されている。そして、それぞれの論者が用いる論拠により見地が若干細分化される。例えば、原始取得の構成には、登記の役割を重視する考えと、第三者の主観的様態を重視する考え<sup>(75)</sup>、そして、明言してはいないが公信力説の価値判断に傾斜する見地と、登記を有する第二買主の否認権を実定法上の形成権と理解する考え<sup>(77)</sup>が存在する。ただし、これらの諸説は、第一契約により売主に権原が残らず第一買主に移転するが、売主に所有権があることを信頼した第二買主は保護されるべきであり、第二買主は原始的に権利を取得するという点では共通しているように思われる。

承継取得の構成においては、さらに細分化すると、債権的効果説<sup>(78)</sup>、相対的無効説<sup>(79)</sup>、不完全物権変動説<sup>(80)</sup>、第三者主張説などが存在する。これらの学説は、第一契約により、権限の一部が第一買主に移転し、売主にも一部の権限が残り、第二契約によりその権利が第二買主に移転するという点において共通している。

以上の学説の違いは、一七六条と一七七条の整合性をいかに図るかということに由来すると言えるが、一七七条という規定が存在する以上、「一七七条所定の『第三者』の出現を許容するという意味における法定の制限がついている」と指摘されているように<sup>(82)</sup>、このような法定の制度が存在する限り、二重譲渡の法的構成を構築することは有益性が乏しいだろう<sup>(83)</sup>。

第二に、一七七条の条文解釈としての主観的な様態に関しては、時代の変遷とともに多様化しつつあった。すなわち、当初は立法者が明言した善意・悪意不問説<sup>(84)</sup>（第三者無制限説）が有力であったが、これを採ると買主が対第三者の関係において登記効力要件主義を導入したに等しいと指摘され、制限説が主張されるようになった<sup>(85)</sup>。後には、悪意者排除説<sup>(86)</sup>、背信的悪意者排除説および公信力説<sup>(88)</sup>が現れ、さらに、自由競争を極端に尊重する立場への疑問から債権侵害という観

点に基づく鋭い分析が浮上し、学説はますます錯綜するような様態を呈している。<sup>(88)</sup>

## (2) 判例の動向

まず、初期の判決において、立法者の政策的判断である第三者無制限説を否定したのは明治四一年大審院連合判決<sup>(90)</sup>であり、この判決は、「登記欠陥ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」という基準を設け、これにより一七七条という第三者を限定しようとした。そして、本判決でいう「正当の利益」をめぐり議論は徐々に展開され、後に悪意者排除説と背信的悪意者排除説との対立が顕著になりつつも、一九六〇年代からは背信的悪意者排除説が、判例において確立されるようになった。

次に、背信的悪意者からの転得者の処遇に関しては、学説上、絶対的構成を採るものもあるが、大多数は相対的構成へ傾斜している。そして、最高裁判成八年一〇月二九日判決は、相対的構成を採用し、すなわち、転得者は、第一買主に対する関係で転得者自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって第一買主に對抗することができる<sup>(95)</sup>と明らかにしている。

以上のような判例の展開をみると一見判例法理が安定しているように伺える。<sup>(96)</sup>しかし、本稿の関心から次の問題が存在することを無視することはできない。すなわち、論者が指摘したように、言葉の定義としては、背信的悪意者と悪意者とを区別することができるが、実際の紛争においては、背信的悪意者の概念が明確ではなく、両者を厳密に区別することが容易ではない。そして、多くの裁判例を考察すると、こうした分別上の困難さをさらに浮き彫りにすることができる。たとえば、松岡教授は、詳細な判例分析を行い、二重売買に関する裁判例を類型化すると、「準当事者類型」と「不当競争類型」とに分類<sup>(97)</sup>ことができ、前者においては、第三者の主観の様態を考慮するまでもなく当然失権

すると考えている。<sup>(98)</sup>そして後者においては、第一契約の履行段階の進展状況に即して、第二買主の保護要件の区別を図ろうとしている。<sup>(99)</sup>こうした分析をみると、紛争が多様化するにつれ、一律に背信的悪意者という抽象的概念により問題を解決することが不可能なように思われる。なお、近時松岡教授は、反論を受けたため、<sup>(100)</sup>自説を補強する視点から再度裁判例を分析した結果、「両者区別の困難さを依然として払拭することができず、「背信的概念規定自体が変更」を余儀なくされるとするようである。<sup>(101)</sup>

(3) 日本法から得た示唆

日本においては、不動産二重譲渡紛争を解決する際に、法的規範上の制限があるため、不法行為的構成により原状回復の効果として第一買主に所有権を帰属させることは困難である。そこで、多くの学説は一七七条における「第三者」の問題として物権レベルにおいて解決を図ろうとする点が特徴的である。これらの議論は美学的に展開され、その完成度は非常に高いと認めざるを得ない。ただし、紛争防止および解決の視点からは、実践的な配慮も重要であるように思われる。通説・判例は背信的悪意という抽象的基準を設けているが、これを判断する客観的な尺度をより明瞭なものにする必要性がないとはいえないだろう。

4. 比較法における共通点

各国法の不動産二重売買型紛争の処理方法を考察すると次のような結論に至ると思われる。

まず、各国において独自の法伝統が存在するがゆえに、これに則して構成された理論には当然ながら相違がみられる。

すなわち、第一に、ドイツ法においては、物権と債権が峻別されただけではなく、不動産物権は登記の具備により変動し、且つ無因主義が採用されている。したがって、こうした制度から物権変動の時期は必然的に明確化され、第二買主が侵害したのは特定物債権に止まる。そこで、債権侵害として不法行為構成を採る場合に、第二買主に八二六条という良俗違反が要件とされる。第二に、フランス法においては、売買契約の公正証書が必要とされるため、理論的には不動産物権変動の時期が日本法のそれより限定される。そして、フランス法は債権・物権が明確に区別されていない上、不法行為法の規定（一三八二条）により原状回復という効果が認められている。したがって、第二買主の不法行為の成立要件であるフォートが問われることになった。第三に、日本法においては、上述のような不法行為法の効果による制限から、一七七条の第三者の主観的様態が問題視されるようになり、学説・判例により背信的悪意という概念が抽出された。

次に、各国においては二重売買あるいは二重譲渡の紛争を解決する場合には、形式上は第二買主の反倫理性を表現する語彙にも一定の相違が見られる。つまり、ドイツ法においては、良俗違反がその判定の重要な基準であると理解されているが、フランス法においては、フォートの有無が原則的に第二買主を失権させるか否かの判断要素となっている。そして、日本法の場合は、理論上第二買主に背信的悪意が存在していれば、はじめて失権することになる。

しかし、各国においてこうした「良俗違反」「フォート」「背信的悪意」などの抽象的概念が用いられているものの、実質的には、紛争における第二買主の主観的要素がもつとも重要視され、その本質的な判断基準には大きな相違が見られず、解決の結果もそれほど異ならない。そして、概念以上に問題の核心となるのは、不動産の二重売買あるいは二重譲渡が行われる場合において、第二買主はどのような倫理規範を遵守すれば、その行為が自由競争原理の枠内で正当な行為であると容認され、その権利が保護されるかである。つまり、このような紛争が生じた場合、不動産の所有権をめぐ

ぐつて第一買主と第二買主との利益が衝突することになり、両者を調整、衡量する基準は、原則的に市場経済の基本原則ともいえる自由競争の原理をどのレベルまで尊重するかに帰着する。しかし、上述の分析で明らかになったように、第二買主に第一契約の履行を害する悪意があると判断された場合、たとえ第一買主が特定物債権者に止まるとしても、第二買主が保護されない可能性が大きいと考えられる。したがって、第二買主の害意の判断に用いる概念は相違するものの、第二買主による反倫理性の行為が非難されるべきだとする価値判断は、各国において共通していると言えよう。換言すれば、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、第一契約の存在につき確信さえ有していれば、各国において不動産の所有権を失う可能性が十分存在していると言っても過言ではない。

#### 四．中国法上の課題

三においては、各国の紛争解決をめぐる議論および裁判例の要約を試みた。これらの比較法上の示唆は中国における問題解決には非常に役に立つと思われる。以下では、二で整理された中国の理論と現状を踏まえながら、不動産二重売買型紛争の事前の防止策および事後解決の法律構成の両側面から検討に入りたい。

##### 1. 従来の制度の問題点

はじめに、中国の固有の問題として指摘しておきたいのは、登記機関が発行する所有権権利書への過剰な信頼が存在する点である。この過剰な信頼は一般の市民の間のみならず、登記機関たる公的機関にもみられる傾向がある。実際

の不動産所有権の移転手続きでは、この権利書および両当事者の身分書および契約書さえ揃えていけば、ほぼ所有者名義変更が可能となる。そして、この実務において重要度が極めて高い権利書も簡単に再発行することができる。こうした制度上の欠陥が誘発した紛争は枚挙にいとまがない<sup>(10)</sup>。また、二重売買においても、売主は権利書を紛失したと偽称し権利書を再発行すれば、第二契約を簡単に締結できる。こうした事態を防ぐ為にも、登記機関による権利書の再発行は今後慎重に行うべきであると考ええる。日本では、二〇〇四年に不動産登記法が大改正されるまでは、登記済権利書の再発行につき保証人が必要であり、こうした措置は参考になると思われる。さらに、権利証書の再発行や登記手続きを行う際に、登記義務者が真正権利者であることを傍証できるような書類、たとえば、不動産購入時の納税証明書などの提出を要求することは、不正行為の防止策として有効であろう。

## 2. 事前の防止策

### (1) 悪意の基準の明確化

二で述べたように、中国の物権法審議草案の内容およびその制定に関する議論から言えるのは、中国の物権変動論においては、実質的に債権・物権の峻別という手法を採用しているということである。つまり、不動産の登記は物権変動の成立要件であり、理論上、債権と物権を区別することができ、不動産物権変動の時期をも明確にする。そして、不動産売買契約締結後、買主は登記を具備しない限り特定物債権者に止まる。これを前提とすれば、中国法では、不動産所有権の二重譲渡の存在可能性が否定されるが、実際には、いわゆる不動産二重売買の問題が生じてくる。

こうした状況の中で、二重売買の問題を考える場合に、不動産所有権が移転していない段階においては、売主と第二

買主との売買契約がどの範囲内での正当性をもつかが問題の焦点だと言えよう。換言すれば、市場経済の下では、自由競争の原理を尊重すべきであると同時に、第二の契約をどの程度の枠内で保障すべきかが価値判断の中核となる。上述のように、実際の各国の判例を見る限り、良俗違反やフォート<sup>(16)</sup>を構成するか否かの基準、および悪意者と背信的悪意者との区別は、それほど明らかではない。したがって、私見では、第二買主が信義則に反するような悪意の基準を明確化する工夫が必要であり、これにより健全な不動産売買秩序の構築を促進させるべきであると考ええる。

中国の物権法審議草案の規定を前提に具体的にどのような基準を設定するかについて、仮登記の活用を視野に入れて、考察することにした。

## (2) 仮登記活用の可能性

不動産の二重売買が行われた際には、特に第一買主と第二買主との利害関係が顕著化する。そして、学説の多くは、第二買主がいかなる行為を行った場合、その行為が自由競争の範囲から逸脱し批判されるべきなのかというところに議論の重点を置いているように思われる。その大きな理由として、次のように考えられる。つまり、一般的には、第一買主が売主に登記の移転を要求する可能性があったにもかかわらず、これを怠った場合には本人に落度があると認められる。また、第一買主の登記不備に本人の帰責性が存在した場合、第二買主の権利取得の可能性は増幅する。しかし、現実には、不動産売買のような高額な取引を行う場合は、売買代金が完済されないうちに、たとえ買主が要求していても売主はすぐに登記手続に協力するのが稀である。したがって、<sup>(16)</sup> 実際上第一買主の過失が生じる可能性は度外視できるほど少ないと理解されているため、学説の議論の中心は第三者の悪意の判断に移行したと思われる。

思うに、第一買主と第二買主の利益を調整する際には、権利外観法理が役に立つのではないかと思われる。また、自

由競争の両当事者は第一買主と第二買主であり、したがって、この両者を競争の場に立たせるべきと考える。そして、この競争する土俵台となりうるのは、やはり権利の公示に他ならない。なぜなら、第一買主は、売主との間に契約を締結したことを第三者に知らせるのは困難であるが、第一買主と第二買主とを自由競争させるならば、第一買主はなるべく自己の権利を公示させる必要があるからである。この意味において、権利公示の手段である登記が重要な役割を果たしうるの言うまでもない。

しかし、不動産が高価であるため、契約が成立し売買代金が決済されていない段階で、売主に直ちに本登記を通じて自己の所有権を相手に移転させることを要求するのは若干酷のように思われる。しかし、高額の不動産を購入した買主は債権の段階において自己の権利を確保する注意義務をまったく負わないわけではない。だとすれば、この段階では第一買主は、仮登記制度を積極的に利用することにより、不動産物権変動の可能性を第三者に公示すべきであろう。仮登記は、機能的な側面においては、債権と物権の「中間的権利」を創設することができる<sup>(108)</sup>と考えられており、効果的な側面においては、順位保全的効力または権利保全的効力が存在している<sup>(109)</sup>と言われている。したがって、不動産の買主による仮登記制度の活用は制度本来の趣旨にも合致しているといえよう。そして、不動産二重売買紛争において、第一買主は仮登記を行ったことにより、自由競争上尽くすべき努力をしたと理解しうるため、非難されるべき帰責性を払拭したことになる。他方、第二買主は不動産を購入する際、当該不動産を現地検分し登記簿を閲覧すべきである。第二買主は登記簿に記載されている仮登記の事項を無視し、売主と契約を締結した場合、善意とは言えないだろう。また、仮に仮登記後に第二買主は売主と契約を締結し、いわゆる中間処分により登記簿上の所有権者となったとしても、他人の権利を侵害した者として、所有権を取得できなくてもやむを得ないと考えられる。

中国の物権法審議草案の第二一条では、予告登記に関する規定が置かれている。同条一項は「未完成の家屋につき売

買を約定した場合または不動産を譲渡する場合は、債権者（予告登記権利者）は、債務者（予告登記義務者）が売買目的物である不動産を処分することを制限し、将来不動産の物権の取得を保障するために、登記機関に予告登記を申請することができる。債権者が売買代金の半分以上を支払った場合または債務者の書面による承諾があった場合は、登記機関は予告登記を行わなければならない。予告登記後に、債権者の同意を得なければ、債務者は仮登記された不動産を処分することができない」と規定している。さらに、同条二項は、「予告登記後に、債権者は本登記を申請することができる日から三ヶ月以内に本登記を申請しなかった場合、または債権が消滅した場合は、予告登記が失効する。予告登記の失効事由があった場合は、債務者は予告登記の抹消を申請することができる」と定めている。

この規定の内容を見ると、予告登記は、権利者の権利を侵害する処分行為を禁止する目的で設けられた条文である。したがって、予告という名称が付けられているが、立法の目的からして、実質的には仮登記と同質のものであると言える。したがって、理解の便宜上から、後述では二一条という予告登記を仮登記と称したい。

二一条の特徴として以下の三点を評価することができるのではないかと思われる。第一は、この規定は仮登記の有効期間を三ヶ月に限定しているところである。第二に、半分以上の売買代金の弁済という条件付で、債権者による単独登記の申請を認めた点である。第三に、仮登記の有効期間中に、債務者の不動産の処分行為が禁じられた点である。その理由は次のように考えられる。

第一に関しては、仮登記制度は債権者の権利保全のために認められた制度であるがゆえに、制度の本質の意義はやはり権利の内容を他人に公示・警告するところにあると理解する。一方、制度の趣旨から仮登記された権利には物権的効果である排他性と同様な効力を認めているため、債権者は本登記を怠ってしまう可能性が生じる。また、このような元来暫定的であるべき状態を長期にわたって容認すると、所有権の終局的な帰属を不安定にする恐れがある。さらに、債

権者が死亡または破産した場合は、この「中間的権利」は紛争を引き起しかねない。第二に関しては、本条は、仮登記義務者が承諾しない場合すなわち登記に協力しない場合は、日本でいう「仮登記の仮処分」のような解決の仕方を採用せず<sup>(9)</sup>に、代わりに、売買代金の弁済の程度に応じて、不動産物権変動を求めめる債権的請求権の権利者による単独申請を承認している。したがって、この規定により、売買目的物の物権を取得しようとしている買主は、一定額の売買代金を支払う代わりに煩雑な訴訟手続を回避できるようになる。ただし、買主が条文所定の金額を調達することが困難な場合も生じうるということおよび割賦販売のことを考えると、一層の制度利用の簡易さを図るか、それとも取引の安全を重視するかという政策的判断が迫られるだろう。この判断をするには、実際の不動産売買取引の慣習を考慮する必要もあるが、制度の趣旨、制度を最大限に効率的に活用させること、および規定は暫定的状態として短い有効期間しか認めないことなどの理由から、法定の金額を減少することが望ましい。第三に関しては、二一条は、債務者は仮登記期間中に恣意的に目的物を処分することを禁止している。これにより仮登記の処分禁止の効力が明文化されていると言えよう。そこで、その間に債務者の行為による「中間的権利」の移転を禁止しているため、債権者の利益を有効に保護することができるのではないかと思われる。したがって、この規定は仮登記制度の趣旨に合致しているだけでなく、紛争の防止という効果をもたらすことができよう。

以上において、二一条規定の特徴及びこれに対する筆者の評価を纏めてみたが、二一条は原則的な規定に過ぎないため、条文の解釈に関連する補足的な検討が若干必要である。まず、仮登記権利者の側から見ると、彼は仮登記された権利を処分することが可能なかという問題がある。日本では、いわゆる「仮登記の仮登記」の問題に対し、「一段の仮定的な公示を承認する以上、二段以上の重層的仮定的な公示を拒むべしとする理論的根拠はない」を理由に可能とする有力説が存在する<sup>(10)</sup>。確かに、理論上この仮登記権利者の権利を認めるべきだと思ふ。しかし、中国では未だに不動産

登記制度が完備されていないため、この権利を登記簿に反映させると人々は登記情報を正確に把握することができなくなる恐れが生じてくる。また、日本法と異なり、二一条の規定は、仮登記の有効期間を三ヶ月に限定しているため、この短期間に限り仮登記権利者の処分権を制限したとしても、本人にそれほどの不利益を与えることがないと思われる。次に、仮登記義務者のサイドから考える場合は、二一条は債務者の処分行為を禁止したことを明らかにしている。しかし、本登記が了していないため、理論上仮登記が存在していても、物権は依然として債務者にある。そこで、債務者はこれを以て処分以外の行為、たとえば売買の目的物につき第三者に抵当権を設定することが可能であろうか。思うに、二一条の規定は、将来債権者が完全な所有権の取得を保障しようとする制度であり、そして、債権者は今後完全な所有権を取得するための仮登記の申請をする。したがって、仮登記権利者の利益を害するような行為を容認すると本制度の趣旨が没却されてしまうだろう。

なお、仮登記により創設された「中間的権利」は、性質的には不透明でありながら、効果的には強固なものである。<sup>(11)</sup> この権利を誘発する法的関係の不安定さを払拭するために、「中間的権利」の閉鎖または凍結期間を設置することは最も理想的ではないかと思われる。したがって、二一条が規定した三ヶ月という限定期間を前提として考える場合は、この「中間的権利」への干渉を阻却することにより、本条文の法的効果を最大限に引出すことが可能ではなからうか。さらに、当事者に一段と有効にこの制度を利用させるには、設定の便宜さの向上を念頭に置かなければならず、これに関連して制度利用の所要時間、費用をも考慮する必要性がある。<sup>(12)</sup>

訴訟は時間、金、安息、友を食い潰す (lawsuits consume time, money, rest, and friends)。この言葉から、二重売買より生じる紛争の確率を減らすことが最も重要であると言えよう。それゆえ、上記のように、仮登記制度の活用により不動産売買の当事者の行動規範を明らかにすることが最優先に考えるべきことである。これにより、法的予見性も

説  
明確となり、紛争を未然に防ぐ結果に直結すると考える。

論  
3. 事後の解決策

(1) 物権の終局的な帰属

A. 第二買主の主観要件の判断について

以上で検討した中国の仮登記制度を活用できる環境は整備されることと想定して、最初に、二重売買が生じた際に、第一買主と第二買主間の物権帰属という問題を検討してみたい。いうまでもなく、この問題は第二買主の主観的様態と密接に関わっているため、これを左右させうる要素、すなわち第一買主による不動産への占有状況をも踏まえて私見を述べたい。

① 第一買主が、仮登記により自己の特定物債権を公示した場合。

まず、第一買主が不動産を占有し実際に利用しているときは、第二買主は現地検分および登記簿の閲覧により、売買目的物が既に処分されていることを容易に想像できると思われる。この場合、第二買主が売主と売買契約を締結する行為自体が明らかに反倫理性を有するものであるといわざるを得ない。したがって、仮に登記機関の形式的な審査により、誤って第二買主を本登記名義人にしたとしても、所有権は保護されるべきではない。

次に、第一買主は不動産を占有していないが、仮登記を完了したときは、第一買主が自由競争上の義務を果たしたと理解したい。そして、この場合は、第二買主に要求する注意義務に移る。現地検分は不動産を購入しようとする第二買主の前提的義務であるにすぎず、最終的には不動産の権利状況を登記簿により把握すべきであろう。したがって、前述

のように仮登記された第一買主の権利は効果的には強固なものであるため、権利の存在につき警告を受けたにもかかわらず、第二買主は敢えて第二契約を締結したとき、その権利侵害の害意が存在していると言わざるを得ない。したがって、このような第二買主を保護する必要性はうすいと思われる。

② 第一買主が仮登記をせずに、売主に対する特定物債権を公示しなかった場合。

このような場合においては、さらに第二買主が登記簿以外のルートにより第一契約の存在を知ったか否かを含めて総合的に検討する必要性があるであろう。

第一に、第一買主が不動産を占有し、第二買主は第一契約の存在を知っているときは、結果的にいえば第一買主の利益を保護すべきだと理解したい。なぜなら、たとえ第二買主が登記簿以外の方法により知り得た先行契約の情報が確実なものでないにせよ、第一買主が現に不動産を占有・利用している以上、第二買主は、この現状をみて先行契約が履行される確率が極めて高いと推測することが可能であるからである。したがって、第一買主の占有により、第二買主に害意が存在する可能性が高まると言うことができる。こうした理由から、第二買主は保護されるべきではないと考える。

第二に、不動産の占有は第一買主に移転したが、第二買主がその先行契約を知り得なかった場合は、第二買主を保護すべきであろう。その理由として考えられるのは以下の点である。まず、簡易に利用できる仮登記制度が存在しているという前提を考えると、登記要件主義を採用している中国では、第一買主はいち早く自己の債権を確保する必要性があり、これを怠った場合には一定の帰責性が存在していると言えよう。また、占有の移転理由は様々であるため、占有状態から不動産の所有状況を把握しにくいのは事実であろう。そして、仮に現地検分により占有者が売主と同一でないことを知った場合、このことの意義は、第二買主に登記簿をより慎重に調べさせるといふ注意義務を要求することに繋がる点にあると考える。そして、確定的な情報はやはり登記簿により得るべきであり、したがって、第二買主が自己の注

意義義務を尽くしたのに対し、第一買主に一定の帰責性が存在している場合は、自由競争原理の原点に立ち戻って、第二契約を保護すべきではないかと考える。

第三に、不動産の占有は移転せずに、第二買主が第一契約の存在を認知しているときは、やはり第二契約を保護する必要があると考える。その理由として、先にも触れたように、仮に第二買主は登記簿以外の方法により先行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ろう。また、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る。だとすれば、この場合も自己の権利を努力して守ろうとしなかった第一買主に帰責性があるとと言えるだろう。したがって、健全な自由競争の秩序を構築し、取引の安全を図るために、第一買主を犠牲にしてもやむを得ないと理解する。

第四に、不動産の占有が移転せず、且つ、第二買主が不知のときは、第二買主が非難される理由がないと考える。したがって、自由競争の原則に基づけば、第二買主が保護されるのは自明の理であらう。

本登記は、債権を排他性の有する物権に高める効力をもつがゆえに慎重にならざるを得ないが、仮登記は債権を本登記に高めるための予備段階であるため、当事者にとっては自由競争に勝つための布石と位置付けられるべきだと考える。

B. 法的構成について

以上で整理したように、中国においては、理論上仮登記されたか否かは関係がなく、本登記に高められていない権利は特定物債権に止まる。したがって、比較法から得た示唆を勘案すると、ドイツ法と同様な問題に直面すると思われる。私見として、まず、物権は絶対的権利とはいえず、不法行為から保護される法益を物権に限定すべきではないと考える。

債権と物権は解釈上の概念でしか過ぎないため、その実質を鑑みると、特定物債権もこの履行の結果である物権も同じく権利者に帰属する。また、債権と物権の差異が顕著に現れるのが排他性の有無にあるが、しかし、債権が排他性を

有せず、対人的な効力しか持たない点を強調しすぎると、第三者に権利侵害の自由を与えたに等しい状況となる。<sup>(13)</sup>したがって、結果的に問題の核心は第三者の害意の有無の判定であり、害意が存在すれば、特定物債権は債権であつても、権利者の利益に包摂されているため、法により保障されるべきであろう。

次に、中国法の不法行為の要件に関して、民法通則の一〇六条二項は、一元的構成を採用しており、解釈により債権も保護法益に内包させることが可能である。他方、損害賠償の方法に関して、中国の民法通則二三四条は、金銭賠償、<sup>(14)</sup>原状回復などの救済方式を多岐に渡って規定しており、通説もその優先順位がないと理解している。さらに、中国の裁判においては、「合理」、「合情」、「公平」<sup>(15)</sup> 原理を貫徹しているため、権利者を満足させるためにも、柔軟な救済策をとり、原状回復の効果として第一買主の所有権を認めてよいと思われる。したがって、債権者取消権理論による迂回的な法的構成は利用しなくてもよいだろう。

さらに、転得者の処遇について言えば、相対的な構成が正当のように思う。なぜなら、この構成により、悪意の第二買主からの善意転得者が生じる場合においても、善意の第二買主からの悪者転得者が生じる場合においても、物権の帰属に対して合理的な判断を引き出すことができるからである。具体的に言えば、前者においては、転得者は善意であり、第一買主は悪意の第三者が現れた際、登記などの手段により自己の権利を守らなかつたことに帰責性が認定されよう。また、後者においては、悪意の転得者が、善意第二買主をマリオネットとして不正に転用することを防止することができよう。<sup>(18)</sup>

(2) 売主への損害賠償請求権

第二買主は、善意により売買目的物の所有権を取得した場合、第一買主に対し自由競争の枠内で勝利したと言える。

このような場合は、第二買主が非難されるべきではなく、第一買主は売主にのみ損害賠償を請求できるだろう。その権利は特定債権の債務不履行により生じるものであり、売主の義務違反の結果として損害賠償が請求される。

つぎに、問題となるのは譲受人が譲渡人に請求できる範囲である。すなわち、売主は自己の労力・努力・才覚も用いて、同一不動産につき第二契約を通じて第一契約の価額以上に高値で売却した場合、その差額を売主に保持させるべきか否かの問題が生じる。確かに、自由競争の原理のもとでは、売主がより高い値段を提供してくれる買主に譲渡するのとに非難する余地はない。しかし、これは第一契約を締結する前の自由選択にとどまり、一旦契約が成立すると、売主は契約に拘束される。したがって、差額があつても、これは本来第一買主に帰属すべきであり、自由競争とはいへ、自らの義務違反行為をした売主に保持させるべきではないと考えられている<sup>(10)</sup>。また、これによって売主による二重売買のメリットがなくなり、結果として二重売買を予防することになる。以上の理由から、第一買主は代償請求権に基づき差額をも請求できると考へる。

## 五、むすびに代えて―中国の登記の現状からみた仮登記の役割

以上において、不動産二重売買紛争の予防および解決方法を中心に展開してきた。日本法においては、この問題を、無権利者からの譲受型と切離して、もっぱら一七七条の解釈問題として処理なされてきた。すなわち、前者は九四条二項の類推適用により公信力の問題として考えられ、後者は対抗問題としてその解決を図ろうとした。しかし、こうした処理上の相違を生じさせた本質的な原因は、仮登記の活用により解消できると思われる。そこで、最後に、中国の登記現状を踏まえて、統一した法理論の構築を前提に、仮登記はいかに位置付けるべきかを検討することによって、本稿の

むずびに代えることにしたい。

第一に、上述した日本法上の処理の違いは、登記を信頼して取引をしようとする者が、登記簿以外に隠れた実情を見する難易度に差があることに起因している。すなわち、二重売買の場合は第二買主がこれを発見しにくいのに対し、無権利者からの譲受型は、買主が登記簿に沿って調査すれば発見する余地はある。そして、この違いが保護の様態上の違いを生じさせたとの指摘がある<sup>12)</sup>。しかし、この二類型の紛争には、その本質的な違いが見られず、ともに登記制度が果たす機能に深く関わっていると考えられる。また、不動産の購入者であろうと、物権を取戻そうとする者であろうと、広い意味で自己の利益を守ろうとする者が仮登記を行えば、その違いを無くすことができるのではないかと思われる。

第二に、こうした示唆から、中国においては、日本法のように類型別に処理する必要がなく一元的に問題を捉えることが望ましいと考える。なぜなら、統一的な理論を以て紛争解決を図ることは、問題の核心をより鮮明にすることができるからである。こうした出発点から、最初に中国の仮登記の不足点を指摘しておきたい。二二条は仮登記の適用範囲を二重売買に限定しているが、これだけでは不十分であろう。思うに、原因行為の取消、無効、解除、および物権の取得時効、相続など、登記簿へ反映される権利の正確さに影響する要素が多く存在している。したがって、こうした要素を起因に将来物権の取得を期待する者に、統一された仮登記制度のもとでのその利用の可能性を与えるべきであろう<sup>13)</sup>。

本稿が中国において様々な場面で仮登記を活用させるべきだと主張した理由は、本登記に完全な公信力を付与する案件が未だに備わっていないことにある。これを説明する前に、中国物権法審議草案はどのように登記の効果を規定しているかを見る必要がある。

審議草案第二三条は、「不動産登記簿に記載されている権利者の有する物権は、法律による保護を受ける。但し、不

動産登記簿に記載されている権利者が、権利を取得する際に、当該権利に瑕疵があることを、知るまたは知るべき場合を除く」と規定している。そこで、この条文の文理解釈としては、原則的に不動産登記に公信力があることを認めつつ、同条の但書により悪意・過失者の所有権の取得を否認し、すなわち登記の絶対的公信力を否定していると理解することができよう。しかし、但書が規定する「知るまたは知るべき」の根拠が問題となり、換言すれば、物権を取得とする者は、原則的に登記簿を信頼すればよいのかという政策的判断に迫られる。この点に関し中国では、取引の迅速さおよびその安全を重視する理由から、買主は、単に登記簿上の権利を信ずることにつき善意であれば所有権を取得すると示唆する考えが非常に有力である。<sup>(128)</sup> こうした見解のもとでは、実質的に登記に絶対的な公信力を与えたことに等しいと言えるよう。

一般的に公信原則を認めるには、「登記簿の記載と真の権利関係とのあいだの齟齬」を無くすこと、および「静的安全を害された被害者に、なんらかの方法で補償」する必要があると言われている。<sup>(129)</sup> 中国の有力論者は、登記制度完備の方向としての五つの原則を実現させ、登記機関による実質的審査を実現すれば、公信原則を採用する前提条件が整備されると考えている。

しかし、中国の不動産登記の現状を踏まえて考えると、制度が整備されたとしても、上記の有力説が考えるようには樂觀視できないであろう。なぜなら、有力見解が説くように、登記官に過大な実質的審査義務を要求するのは無理があるからである。具体的にいうと、現在、登記簿は真正の権利関係を反映していないことが多発しており、これは主に形式的または行政管理的な審査が行われていることから由来すると思われる。加えて、二で述べたように、実質的に有因原則を採用している中国では無効な登記の発生率は極めて高い。したがって、登記簿の記載と真の権利関係との齟齬を減らすには、専門的な法的判断が必要となるが、法的専門知識を具備する登記官の育成は容易なことではない。<sup>(130)</sup> だと

すれば、登記官の誤りから生じた被害者を救済するには国家賠償という道しか残されていないため、これに必要な費用は莫大になろう。私見として、この問題を解消するためには仮登記を活用すべきであり、仮登記された「中間的権利」の創設は、不動産取引上のリスクを登記機関から当事者自身に転換させるということを意味している。

以上のような分析から、二三条但書を解釈する際に、「知るまたは知るべき」という公信力排除の要件をドイツ法八九二条一項一文但書の適用のように厳正に解するべきではないと考える。<sup>(8)</sup> 換言すれば、審議草案が認めている公信力は制限的なものには過ぎず、真正権利者の帰責事由と、登記簿上の権利者の保護事由との衡量を重視すべきであると理解したい。思うに、不動産所有権をめぐる紛争において、静的安全を図る必要性が大きく、そして、権利外観法理や表見法理は微妙な価値判断に非常に役に立つがゆえに、中国においてもこれらを導入すべきであろう。

本稿では、各国の不動産二重売買紛争解決を中心に検討し、第二買主の反倫理性の判断基準を明晰にすべきだとの示唆から、仮登記の活用可能性を考察してみた。そして、近い将来、中国において登記簿の記載と真の権利関係が一致するという理想的な登記制度の実現を期待できないことから、この仮登記の応用が国家賠償責任の軽減に貢献できるとの仮説を提案した。当然ながら、この仮説を論証するにはさらなる分析が必要であり、今後の検討課題とさせていただきたい。

(1) 物権法審議草案が公布された翌月、北京大学法学院の鞏献田教授は、個人のブログにおいて (<http://www.wyzxss.com/xuezhengongxiantian/ShowArticle.asp?ArticleID=62>) 「憲法及び社会主義基本原则に反する物権法草案」をテーマとする公開状を掲載した。この公開状の内容を要約すると、次のような趣旨が明らかになる。すなわち、物権法草案が各種の財産を均等に保護することにより、国有財産の私有化を促進することに繋がるため、その結果として経済的格差をさらに拡

大きせ、共産党政権の安定化に不利な効果をもたらしかねない、と輩教授は主張している。そして、国有財産を保護する法律が制定されていない段階においては、憲法一二条及び民法通則七三条により明確にされた、公民共有の財産、即ち国有財産が優先的に保護されるべき原則に抵触する物権法草案は、社会主義国家の基本原則に反する資本主義民法であり、その採択を中止させるべきだと呼びかけている。

中国では、近年様々な要因により汚職問題が氾濫し、経済格差の拡大という社会問題が顕著化しつつある。これに対し、民衆に一定の不満が貯蓄されるようになった。このような背景のもとでは、汚職の防止及び経済格差の是正を理念とする本公開状は、一気に支持を獲得した。後に、この公開状は法律界のみならず、広範に渡って大きな論争を引き起こしたため、二〇〇六年当初に予定されていた物権法草案の審議が中止された。

- (2) 中国民法典制定の動向に関する紹介は、渠濤「中国における民法典審議草案の成立と学界の議論(上)(下)」、『ジュリスト』二四九号(二〇〇五年)一一四頁、一二五〇号(二〇〇五年)一九〇頁がある。

なお、(<http://www.npc.gov.cn/zqrdw/common/zw.jsp?label=WXZLK&id=351295&pdm=110106>) にて、一時中断された物権法草案の審議は、二〇〇六年八月の下旬から再開される。

- (3) 木間正道・鈴木賢・高見澤磨・宇田川幸則著『現代中国法入門(第四版)』(有斐閣、二〇〇六年)四八頁以下は、体制変換の動きがもたらした立法上の変化を紹介している。

なお、一九九〇年以降に改正または新たに立法化された重要な民事関係の法令は、民事訴訟法(一九九一年四月)、経済契約法(一九九三年九月)、本法は一九九九年三月に制定された契約法の施行に伴い廃止された)、会社法(一九九三年一二月制定、一九九九年一二月一部改正、二〇〇五年一〇月改正)、担保法(一九九五年六月)がある。

- (4) 王晨「現代中国における『物権』の再発見」大阪市立大学『法学雑誌』(二〇〇五年)八三〇頁以下は、近代中国における物権法形成の史的紹介をしている。

- (5) 近時、物権法立法が焦点となっていることから、物権法研究に関する各種の著書が急激に増加し、百花繚乱な様態を示している。その中で、王衛國『中国土地権利研究』(中国政法大学出版社、一九九七年)、孫憲忠『当代ドイツ物権法』(法律出版社、一九九七年)、及び同『論物権法』(法律出版社、二〇〇一年)、梁慧星編著『中国物権法研究(上)(下)』(法律出版社、一九九八年)、王利明『物権法論』(中国政法大学出版社、一九九八年)、及び同『物権法研究』(中国人民大学

- 出版社、二〇〇二年）、陳華彬『物権法原理』（国家行政学院出版社、一九九八年）、尹田『フランス物権法』（法律出版社、一九九八年）、及び同『物権法理論評析与思考』（中国人民大学出版社、二〇〇四年）、江平編著『中国土地立法研究』（中国政法大学出版社、一九九九年）、は代表的なものであり、中国物権法研究の到達点を表していると思われる。
- (6) 学者試案の中、物権法の審議草案に大きな影響をもたらしたものは、梁慧星『中国物権法草案建議稿』（社会科学文献出版社、二〇〇〇年）、及び王利明主編『中国物権法草案建議稿及說明』（法律出版社、二〇〇一年）がある。
- (7) 小田美佐子「中国における物権行為論の展開」『立命館法学』二九二号（二〇〇三年）一一九頁以下は、個別的な概念について、中国における具体的な議論の展開を論じている。渠涛「中国における物権法の現状と立法問題」早稲田大学『比較法学』三四卷一号（二〇〇〇年）一三三頁以下は、中国における不動産物権変動制度を選択する際の経緯を詳細に紹介している。
- (8) 孫憲忠『論物権法』（法律出版社、二〇〇一年）二一六頁、同「中国物権法制定に関する若干の問題（二・完）」『民商法雑誌』一三〇巻六号（二〇〇四年）一〇八五頁を参照。周知のように、ドイツの物権行為論は理論的完成度が非常に高い。したがって、物権の変動を論理的に整理・説明することが出来るといふ点に魅力があるため、中国においても、この理論を立法に導入すべきという考え方は非常に有力であった。
- (9) 渠涛・前掲注（7）一七〇頁を参照。なお、登記對抗要件主義のもとでは、不動産所有権変動の時期を説明する際に、理論上の混乱を引き起こす可能性がある。そのため、登記對抗要件主義の採用は中国では少数説に止まった。
- (10) 梁慧星『民法学說判例与立法研究』（中国政法大学出版社、一九九三年）一二二頁、王利明『物権法研究』（中国人民大学出版社、二〇〇二年）一五六頁を参照。
- (11) 鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、一九六八年）三六一頁を参照。鈴木禄弥教授は、本書三二六頁以下では、「スイス物権法における登記制度を詳細に検討している。また、鈴木禄弥「登記制度の比較的研究—ドイツおよびスイス」『法律時報』二四卷三号（一九五二年）二二—二七頁においても、同制度の紹介をしている。なお、後者を加筆・修正したものが前者である。
- (12) 鈴木禄弥教授の研究によれば、形式的効力主義はBのBの成立以前にハンブルク・リュートベック・メグレンブルクなどの北ドイツ各地で行われていた制度である。この主義は、登記主義を端的に徹底させたものであり、登記がなされた際、

当事者の真意を度外視しただけではなく、たとえ不法に登記がなされた場合であっても、物権変動の効力が発生する。鈴木・前掲注(11) 著書三六〇頁を参照。

また、藤本秀磨「独逸法系不動産登記簿の公信力に就いて(一)」、『法学協会雑誌』五三巻四号(一九三五年)一〇八頁によれば、形式的効力主義は、真正権利者の利益を無視し、動的安全を過保護しているため、今日のドイツ・スイスでは採用されていない。

(13) 原島重義「債権契約と物権契約」、『契約大法系Ⅱ(贈与・売買)』(有斐閣、一九六二年)一〇七頁を参照。

(14) 小田美佐子『中国土地使用权と所有権』(法律文化社、二〇〇二年)一〇三頁も同様に強調している。

(15) すなわち、登記は不動産物権を変動させる必要な要件である側面に重みを置くと、意思主義に対する意味での登記主義と称される。登記の効果のいかに重心を傾斜すると、對抗要件主義に対する意味での成立要件主義と呼ばれる。

(16) 論者により、これを「フランス法とドイツ法の間位置する法律構成」と理解している。稲本洋之助『民法Ⅱ(物権)』(青林書院新社、一九八一年)九五頁を参照。

(17) 周知のように、物権契約に関する理論はサヴェイニーが提唱した分離原則(Trennungsprinzip)を基礎とする理論であり、後にドイツ民法に承継されるようになった。プロイセン一般ラント法(一七九四年)及びオーストリア民法(一八一一年)は、実質的には、鈴木禄弥教授がいう「登記法上の形式的合意主義」を利用している。

(18) 王利明・前掲注(10)一五四頁を参照。

また、一五二―一五三頁でその理由を「わが国の法律は、不動産譲渡契約中に債権契約と物権契約の両方の契約が存在することを認めておらず、不動産の引渡は、不動産売買契約が生み出した義務にすぎない。そして不動産登記は、不動産売買契約に根拠があるから必要なのである。たとえば家屋売買契約により、買主は代金支払義務を履行すべきであり、売主は家屋を引渡し、買主に協力して不動産所在地の家屋土地管理機関に赴いて不動産名義変更登記手続きを了する義務を履行すべきである」と説明している。

なお、梁慧星「制定中国物権法的若干問題」、『法学研究』(二〇〇〇年第四期)一〇頁は、否定論を支持する論者の理由を「この理論が、取引の実態と人民の知識に反し、法律関係を複雑化し、売主にとって明らかに公平を失し、取引安全の保護は善意取得者の保護に取り替えられているとする」と要約している。

(19) 梁慧星・前掲注(18) 一一頁は、裁判実務の誤った例として、「たとえば、家屋売買契約の履行後、不動産管理機関で不動産名義変更手続をとらないと、法院は往々にして家屋売買契約を無効と判決し、売主に不動産名義変更手続の補完を強制する判決をせず、あるいは売主に違約責任を負わせるような判決もしいない」と指摘した上で、この誤りを矯正するために、「物権変動と原因行為の区分原則」の導入が欠かせないと主張している。

また、ドイツ法の制度を全面的に導入すべきだと主張する論者も、視点を變えて、「区分原則」の重要性を説いている。孫憲忠「物権變動的原因与結果的区分原則」『法学研究』(一九九九年第五期)三四頁を参照。

(20) 石田喜久夫『口述物権法』(成文堂、一九九八年)三八頁以下を参照。

(21) 我妻栄・有泉亨補訂『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、二〇〇四年)五七頁は、「ドイツ民法のもとにおいて、物権行為の独自性を認めるのは、物権行為は、形式を必要とし、債権行為と合体して存在することができないからである。そして、物権行為ががようにその存在が外部から認識される限りにおいて、その存否が判然としているという長所をもつものである。わが民法のように、物権行為に形式を必要とせず、その存否を外部から認識し得ない法制の下においては、物権行為の独自性を認めても、格別実益がない」と指摘している。

(22) 原島重義「『無因性』確立の意義について—『無因性』概念の研究その二」『法政研究』二四卷一号(一九五七年)八七頁以下は、無因性理論樹立の歴史的背景をも紹介している。

(23) 舟橋諱一・徳本鎮編『物権(一)物権総則』—新版注釈民法(六六)(有斐閣、二〇〇〇年)二四六頁(山本進一)を参照。

(24) 鈴木・前掲注(11) 著書三八九頁を参照。

(25) 小田・前掲注(7) 一五〇頁は、次のように述べている。周知のように、改革開放以来、「計画経済を基礎とした市場経済の展開期」あるいは「計画経済から市場経済への転換期」にある中国は、「計画経済が取引の管理」を、「市場経済が取引の自由」を要請するという矛盾に直面している。現時点での中国の民法学者は、いずれも取引の自由を主張してやまないが、その場合でも公有制に立脚した計画経済の必須の要請である。取引関係に対する国家的監督の大枠を超えるものではない。不動産取引においては、取引の客体が、公有制とりわけ国家所有にかかわっており、不動産管理が第一義的意義を与えられるであろうことは想像にかたくない。であればこそ、前述の「不動産取引市場の管理に有利」なのかどうか

が、物権行為の無因性、有因性の決め手になるといわざるをえないのである。かくて無因性の承認は管理にとって不利だとされ、否定される運命にあったのである。

(26) 二〇〇五年七月に公布された物権法審議草案は、二六八箇条の条文を設けており、その詳細は中国全国人民代表大会の公式のホームページに記載されている。(http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXXZLK&rd=339451&pdmc=zxhd) 本稿は、不動産所有権の変動にかかわる重要な内容のみを取上げる。

(27) 中国国家統計局及び中国国家發展改革委員会が提供したデータによると、二〇〇六年一月、全国七〇の都市では、不動産価額の平均上昇率は、昨年同期と比較して、五・五パーセントとなっている。「北京房地產」(二〇〇六年第四期) 五一頁を参照。

(28) 不動産価額の高騰は、深刻な社会的問題を引き起しかねない。投資目的の購入を抑制するため、中国国家税務総局は、二〇〇六年八月一日から、唯一の生活用の不動産を五年以上に保有した場合を除き、不動産の転売利益を財産譲渡所得として、その収益の二〇パーセントが徴税される、とする内容の「通知」を公布した。(http://www.chinatax.gov.cn/view.jsp?code=20060727085185410)

(29) たとえば、上海市では、「上海市房地產登記条例」の第二五条により、「初始登記」という義務を明確にしている。

(30) 中国では、土地使用権の設定契約に関わる市場は一級市場、一級市場で設定された土地使用権の転売市場は二級市場、と一般的に呼んでいる。

(31) 小田・前掲注(7) 一三〇頁は、汚職事件の具体例を取上げている。また、土地が転讓渡され、あるいは家屋・建物等が建設されて現に使用・管理されている場合には、事後の解決は複雑な問題となることを指摘している。

(32) 『中華人民共和國最高人民法院公報』(二〇〇五年第五期) 二二頁は、元来、落札により成立するはずの契約を、上級の地方法規に反したものととして、成立を認めなかった事例を公表している。

(33) その典型例として、『中華人民共和國最高人民法院公報』(二〇〇五年第二期) 四一頁で公表したものがある。

(34) 『周国才訴胡達輝向其出買房屋後却將房產証并給潘淑珍請求確認房產權歸屬案』『人民法院案例選——二〇〇一年第三集(総三七集)』 八三—八七頁。なお、この案例選は、最高人民法院応用法学研究所が選別、公表したものであり、中国の公式裁判例集として認定されたものである。

(35) 第五八条「以下の民事行為は無効である。(一) 民事行為無能力者が行ったもの、(二) 民事行為制限能力者が法により独自に行うことができないもの、(三) 一方が詐欺・脅迫の手段を以て、又は他人の危機に乗じて、相手方に真実の意思に背かせる状況の下で行われたもの、(四) 悪意で結託して、国家・集団また第三者の利益に損害を与えるもの、(五) 法律、又は社会の公共利益に違反するもの、(六) 経済契約が国家の指令性の計画に違反するもの、(七) 合法の形式を以て不法な目的を覆い隠したものの。無効な民事行為は、行為開始時から法律の拘束力を有しない」。

第六一条「民事行為が無効となることを確認され、又は取消された後は、当事者が当該行為により取得した財産は、損失を受けた一方に返還すべきである。故意、又は過失のある一方は相手方にこれにより受けた損失を賠償すべきであり、双方いずれも故意又は過失があるときは、各自が相応の責任を負うべきである。双方が悪意で結託して、民事行為を行い、国家・集団又は第三者の利益に損害を与えた場合は、双方が取得した財産を追徴して、国家・集団所有に回収し又は第三者に返還すべきである」。

第七二条「財産所有権の取得は、法律の規定に違反してはならない。契約又はその他の合法的な方式に則して財産を取得した場合は、財産所有権は財産の引渡時から移転するが、法律に別に規定がある場合又は当事者にその他の約定がある場合を除く」。

(36) 公表された例を取上げると、「金善朝訴鄭光榮房屋完買付款後未弁過戸手続要求確認完買有効案」『人民法院案例選』一九九九年第四集(総三〇集)六一—六八頁がある。この裁判例の一审判決は、買主は売主に家屋を返還し、売主は買主に家屋代金を返却せよとした。

(37) 中国の学者もこの誤りを、「物権契約の効力発生要件を債権契約の効力発生要件に結合させる奇妙な理論」である、と鋭く指摘している。孫憲忠・前掲注(8)論文一〇八三頁を参照。

(38) 好美清光「*ius ad rem*とその発展的消滅—特定物債権の保護強化の一断面」『法学研究三』一橋大学研究年報(一九六一年)一七九頁以下は、「*ius ad rem*が否定されるまでの経緯について詳細に紹介している」。

(39) 八二三条一項「他人の生命、身体、健康、自由、所有権、またはその他の権利を、故意または過失により違法に侵害した者は、それから生じた損害を賠償する義務を負う」、八二三条二項「他人の保護を目的とする法規に反したのも同様である」、八二六条は「良俗違反の様態で他人に故意に損害を与えた者は、その損害の賠償義務を負う」。

- (40) 磯村保「二重売買と債権侵害―『自由競争』論の神話(一)」『神戸法学雑誌』三六卷一号(一九八六年)二九頁以下は、議論をめぐる詳細な整理をしている。
- (41) Larenz, Schuldrecht Bd. 2, 12. Aufl., S. 604 f. 磯村・前掲注(40)三二頁以下を参照。
- (42) RG v. 29. 2. 1904 (RGZ 57, 353) 磯村・前掲注(40)二九頁を参照。この判決は、BGB施行直後に出されたものであり、これは、相対的効力しか有しない債権を、八二三条一項でいう「その他の権利」から明確に排除した先例である。
- (43) 有川哲夫「オーストリア法における不動産の二重譲渡(一)」『福岡大学法学論叢』二二卷三〇四号(一九七八年)五九五頁以下を参照。
- (44) 松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について(一)」『龍谷法学』一六卷四号(一九八四年)七九〇―七九一頁は、第二契約が稀に排除されない理由としては、登記成立要件主義の採用と、債権の第三者効を極力排除するという法概念構成への硬直と、不法行為法規定の構造とを取上げ、その中で規定の様態による影響が最も大きいと指摘している。
- (45) 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); BGH v. 24. 2. 1954 (BGHZ 12, 308) 磯村・前掲注(40)三二頁以下を参照。
- (46) RG v. 27. 4. 1931 (JW 1931, 2238 Nr. 10) 好美・前掲注(38)三九六頁、磯村・前掲注(40)四五頁を参照。
- (47) RG v. 25. 1. 1924 (RGZ 108, 58) 好美・前掲注(38)三九四頁、磯村・前掲注(40)四二頁を参照。
- (48) 磯村・前掲注(40)五五頁、好美・前掲注(38)三九八頁を参照。
- (49) 日本では、不動産変動制度の母国法への関心から、フランス法の判例及び理論研究は詳細に紹介・分析されている。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』五一号(一九六四年)、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全―フランスにおける判例の『転換』をめぐって」『早稲田大学『比較法学』九卷二号(一九七四年)、七戸克彦「対抗」のフランス法的理解―不動産物権を中心に」『慶大院法学研究科論文集』二六号(一九八七年)、滝沢幸代『物権変動の理論』(有斐閣、一九八七年)、吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣、一九九一年)、横山美夏「競合する契約相互の優先関係(一)(二)(三)(四)(五・完)」『大阪市立大学『法学雑誌』四二卷四号(一九九六年)、四三卷四号(一九九七年)、四五卷三号(一九九九年)、四七卷一号(二〇〇〇年)、四九卷四号(二〇〇三年)、吉井啓子「不動産公示の消極的効果としての『不知』の推定―フランスの不動産公示における『認識』の位置付

- け(一)(二・完)『同志社法学』四六卷六号(一九九五年)、四七卷一号(一九九五年)などがある。
- (50) 一八〇四年フランス民法制定後、一八五五年の「抵当権に関する謄記についての法律」により對抗要件主義が確立されるまで、第二契約は「prior tempore, potior iure」という原則のもとで、他人物売買として無効とされた。しかし、この原則への制約として、権利取得者は他人に対抗するには、契約書において他人に先んじる確定日付が要求されていた。したがって、一八五五年法は契約証書の確定日付を登記に置換えたにすぎず、実質上、それまでは契約証書の日付という証拠力により對抗要件主義を導入するのと同様に問題解決をしている。滝沢律代『物権変動の理論』(有斐閣、一九八七年)一二六頁を参照。
- (51) 鎌田薫「物権変動論を語る」『判例タイムズ』一一八二号(二〇〇五年)八頁を参照。
- (52) 関連する学説の整理は、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の『転換』をめぐって」早稲田大学『比較法学』九卷二号(一九七四年)五一頁注⑥を参照。
- (53) 鎌田・前掲注(52)四四頁を参照。
- (54) C. T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales : Information du public et preuve des Actes, L. G. D. J., 1990, n° 218. 吉井啓子「不動産公示の消極的効果としての『不知』の推定—フランスの不動産公示における『認識』の位置付け(一)」『同志社法学』四六卷六号(一九九五年)二〇三頁を参照。
- (55) Cass. req. 27 nov. 1893, D. P. 1894, I. 342, S. 1894, I. 385. なお、一九六八年までの破毀院判例の流れについては、鎌田・前掲注(52)四二頁以下を参照。
- (56) Cass. civ. 7 dec 1925, S. 1925, I. 340. この判決では、二重譲渡の場合において、第二買主を失権させるには、第二買主は単に第一の売買を認識していただけでは足りず、第二買主は、第一買主から権利を奪おうとする「詐欺的操作(manoeuvre)」のような「詐欺的協働(concert frauduleux)」が必要だと判断した。鎌田・前掲注(52)六三頁を参照。
- (57) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1951, Bull. Civ. 1951, I, n° 298, p. 232 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct 1961, Bull. Civ. 1961, I, n° 467, p. 370. 鎌田・前掲注(52)五五頁を参照。
- (58) Cass. civ. 10 mai 1949, D. 1949, 277. 鎌田・前掲注(52)四五頁を参照。
- ただし、予備的契約と売買と競合する場合には、二重譲渡に関する判例が変更される前から、破毀院は善意転得者を保

護する法律構成を採用していたと言われている。横山美夏「競合する契約相互の優先関係(四)」大阪市立大学『法学雑誌』四七巻一号(二〇〇〇年)六九頁を参照。

(59) Cass. civ. 3<sup>e</sup> 22 mars 1968, D. 1968, 412. なお、本判決がもたらしたフロード説とフォート説の論争については、鎌田・前掲注(52)九一頁以下、滝沢・前掲注(50)一五五頁を参照。

(60) フランス民法一三八二条「他人に損害を生じさせる人の行為はいかなるものであつたものすべて、フォートによつてそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる」。

(61) 「フォート」は一般的に「過失」と訳されるが、フランス法における民事責任の発生要件である「フォート」についての諸議論は、野田良之「フランス民法」における「faute」の概念』『損害賠償責任の研究』—我妻先生還暦記念—(有斐閣、一九五七年)一〇九頁を参照。なお、フランスの不法行為法が一元論の形式を採用しているため、日本法的な理解からすると、「フォート」は単なる過失ではなく、故意・過失及び違法性の融合物となる。

(62) 一九六八年破産院判決に関する評釈の詳細の紹介は、鎌田・前掲注(52)九五頁以下を参照。

(63) Cass. civ. 3<sup>e</sup> 30 janv. 1974, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup> 50, 37; Cass. civ. 3<sup>e</sup> 20 mars 1979, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup> 71, 52, 110の判決の事案については、鎌田薫「フランス法判例研究(一一)二重売買における買主の注意義務」『判例タイムズ』四二二号(一九八〇年)三六頁以下を参照。

なお、横山美夏「競合する契約相互の優先関係(二)」大阪市立大学『法学雑誌』四三巻四号(一九九七年)六二二頁以下は、一九六八判決後の判例における第三者の主観的様態を中心に考察している。

(64) Cass. civ. 3<sup>e</sup> 28 mai 1979, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup> 116, 88. この判決の事案については、鎌田・前掲注(63)三六頁以下を参照。

(65) Cass. civ. 3<sup>e</sup> 4 janv. 1983, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup> 3, 30. 吉井・前掲注(54)二〇九頁を参照。

(66) Cass. civ. 3<sup>e</sup> 22 mai 1990, D. 1990, I, R., 145. 吉井・前掲注(54)二〇九頁を参照。

(67) Cass. civ. 3<sup>e</sup> 11 juin 1992, D. 1993, J. 528. 吉井・前掲注(54)二一〇頁を参照。

(68) 吉井・前掲注(54)及び同「不動産公示の消極的效果としての『不知』の推定—フランスの不動産公示における『認識』の位置付け(二・完)」『同志社法学』四七巻一号(一九九五年)一六三頁は、一九八四年にデュクロが発表した「對抗

- 可能性』の一般理論」を中心に紹介しながら、不動産公示制度の目的をめぐるフランスの議論を詳細に整理している。
- また、デュクロ論文の紹介は、七戸克彦『対抗』のフランス法的理解「不動産物権を中心に」、『慶大院法学研究科論文集』二六号（一九八七年）六五頁、滝沢・前掲注（50）一九三頁、浜上則雄「不動産の二重譲渡と対抗要件」『阪大法学』一四五―一四六号（一九八八年）一六頁、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一年）四四〇頁以下などがある。
- さらに、フランス法において、二重譲渡のみにとどまらず、賃貸借と売買との競合、二重賃貸借、予約売買と売買との競合が生じた場合にも、先行する契約の存在を認識しながらそれと競合する契約を締結した者は第一契約による法律関係を否定できないとする法的価値判断が潜在しているとの指摘がある。横山美夏「競合する契約相互の優先関係（五・完）」大阪市立大学『法学雑誌』四九巻四号（二〇〇三年）八三六頁を参照。
- (69) Cass. civ. 3<sup>e</sup> 11 juin 1998, JCP 98, II, 10055. 本判決の事案については、吉井啓子『対抗』理論における第三者の主観的態様の意義——近時のフランス破産院判例からの考察』『国学院法学』三八巻二号（二〇〇〇年）九九頁を参照。
- (70) 吉田・前掲注（68）四三六頁を参照。
- (71) 山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会、一九八六年）一六六頁は次のように紹介している。つまり、フランス法においては、不法行為の効果としての損害賠償方法は、完全な原状回復（remise des choses en état）による現物賠償（réparation en nature）が原則とされ、被害者は可能な限り不法行為者に対してそれを請求することができる。請求ができない場合は、金銭賠償の性質を有する等価賠償（réparation par équivalent）の方法による。
- (72) ドイツ民法の二四九条は、損害賠償の効果として原状回復を原則としている。
- (73) 諸学説を分類・紹介するものとしては、松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について（二・完）」『龍谷法学』一七巻一号（一九八四年）五頁以下、浜上・前掲注（68）二一頁以下などがある。
- (74) 松尾弘・古積健三郎著『物権法』（弘文社、二〇〇五年）六五頁、篠塚昭次『民法セミナーⅡ物権法第二分冊』（敬文堂、一九七〇年）一〇〇頁以下を参照。
- (75) 半田正夫「不動産二重譲渡へのひとつのアプローチ」『北大法学論集』一六巻四号（一九六一年）四八頁以下、石田喜久夫『物権変動論』（有斐閣、一九七九年）一八八頁を参照。
- (76) 鎌田・前掲注（51）一〇頁を参照。

- (77) 加賀山茂「対抗不能の一般理論について」『判例タイムズ』六一八号（一九八六年）六頁以下、浜上・前掲注（68）三頁を参照。なお、無効な第二契約が登記により治癒または追完される点において一致している見地としては、滝沢・前掲注（50）一九七頁以下で主張されている法定取得説もある。
- (78) 近藤英吉『物権法論』（弘文堂書房、一九三七年）三六頁、吾妻光俊「意思表示による物権変動の効力」『東京商大法學研究』二号（一九三三年）二四五頁以下、山中康雄「権利変動論」『名大法政論集』一卷三号（一九三〇年）二八七頁以下を参照。
- (79) 富井政章『民法原論（第二巻物権上）』（有斐閣、一九一五年）五九頁、末川博『物権法』（日本評論社、一九三八年）九四頁、中川善之助『相続法の諸問題』（勁草書房、一九四九年）一六四頁以下、林良平『物権法』（有斐閣、一九五一年）六八頁、川井健『不動産物権変動の公示と公信』（日本評論社、一九九〇年）二三頁を参照。
- (80) 我妻・前掲注（21）一四九頁、勝本正晃『物権法』（弘文堂、一九五〇年）九三頁を参照。
- (81) この説では、第三者からの主張をいかに理解するかによつて見解が分かれる。すなわち、登記を了していない物権変動を否認する権利を、一七七条により第三者に与えたとする否認権説と、第三者は物権変動と両立しない事実を主張すれば足りるとする反対事実主張説が存在している。前者は、石田文次郎『物権法論』（有斐閣、一九三二年）九五頁以下、柚木馨『判例物権法総論』（有斐閣、一九五五年）一七九頁がある。後者は、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、一九六〇年）一四六頁、末弘敏太郎『物権法上巻』（有斐閣、一九二一年）一五四頁、近江幸治『物権法（第三版）』（成文堂、二〇〇六年）七一頁がある。
- (82) 広中俊雄『物権法（第二版）』（青林書院、一九八七年）七〇頁を参照。
- (83) 星野英一「物権変動における「対抗」問題と「公信」問題」『法学教室』三八号（一九八三年）一八頁、鈴木祿弥『物権法講義（四訂版）』（創文社、一九九四年）一三三頁を参照。
- (84) 梅謙次郎『民法要義 卷之二 物権篇』（私立法政大学、一九二二年）七頁以下、富井・前掲注（79）六一頁以下を参照。なお、近時、加藤教授は、「一七六条の意思表示による物権変動を萌芽的な相対的物権の移動、一七七条の登記による第三者への対抗力の付与を完成体としての絶対的物権の移転」との理解を根拠とする「二段階物権変動論」を提案したうえで、無制限説を主張している。加藤雅信『新民法大系Ⅱ 物権法（第二版）』（有斐閣、二〇〇五年）七六頁以下を参照。

- (85) 川島武宜『新版所有権法の理論』(岩波書店、一九八七年)二三八頁。なお、無制限説と制限説が対立する早期の時期において、その論争の中心は不法行為者を制限すべきか否かであり、第三者の善意・悪意をめぐる主観の様態ではなかった。
- (86) 田島順『物権法』(弘文堂、一九三五年)一〇六頁、末弘巖太郎『債権総論』(日本評論社、一九三九年)二二六頁、柚木・前掲注(81)一九三頁を参照。
- (87) 舟橋・前掲注(81)一八三―一八四頁、我妻・前掲注(21)一六三頁、鈴木・前掲注(83)一三一頁、山野日章夫『物権法(第三版)』(日本評論社、二〇〇五年)三九頁を参照。
- (88) 篠塚・前掲注(74)一〇〇頁以下、半田・前掲注(75)四八頁以下、石田・前掲注(75)一八八頁を参照。この種の説は、公信力の概念により二重譲渡紛争の解明を図ろうとしているだけではなく、その法的構成をも明確にしようとしているため、従来の悪意者排除論と相違する。
- (89) 磯村保「二重売買と債権侵害―『自由競争』論の神話(一)」『神戸法学雑誌』三五卷二号(一九八五年)四〇二頁以下、吉田・前掲注(68)五七六頁を参照。また、債権侵害の観点から不動産二重譲渡問題を解決すると、不法行為を認定するには、必然的に行為の主観の様態が問題となる。さらに、債権侵害により、第二買主を失権させるための法的根拠としては、不法行為による構成と債権者取消権による構成が存在する。後者は、日本の不法行為法が原状回復ではなく金銭賠償を原則としていることから、その不具合を回避するために四二四条の転用を根拠とする見解がある。しかし、債権者取消権の無資力要件の克服はやや困難のように思われる。
- (90) 大連判明治四一年一月一日民録一四輯一二七六頁。
- (91) 最判昭和四三年八月二日民集二二卷八号一五七一頁、最判昭和四四年四月二五日民集二三卷四号九〇四頁ほか。
- (92) 石田剛「不動産二重売買における公序良俗」『民事法理論の諸問題(下巻)―奥田昌道先生還暦記念』(成文堂、一九九五年)一七九頁は、九〇条という公序良俗を違反した第二契約は絶対的無効であり、この効力は転得者が現れた場合でも維持されるべきだと主張している。また、松尾・古積・前掲注(74)六九頁は、善意の第二買主からの悪者転得者が生じる場合において、絶対的構成を支持している。
- (93) 舟橋・前掲注(81)一八五―一八六頁、近江・前掲注(81)八八頁、広中・前掲注(82)一〇五頁、加藤・前掲注(84)

- 一二二頁、磯村・前掲注(89)四〇四頁、松岡・前掲注(73)三〇―三一頁、半田・前掲注(75)五六頁、川井・前掲注(79)五六頁など多数存在する。なお、諸学説は、悪意または背信的悪者の排除の法的構成に関連して、転得者が出現する際にもその法律構成に關し若干の差異はあるものの、基本的には取引安全の確保とする出発点が共通していると思われる。
- (94) 最判平成八年一〇月二九日民集五〇卷九号二五〇六頁。
- (95) 本判決への評釈は多く存在し、瀬川信久「民法一七七条の第三者の範囲―背信的悪意者からの転得者」『別冊ジュリスト』一五九号(二〇〇一年)一二五頁、七戸克彦「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」『民商法雑誌』一七卷一号(一九九七年)一〇四頁、安永正昭「民法判例の動き」『ジュリスト増刊』一一一三三三号(一九九七年)五〇頁、鎌田薫「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」『私法判例リマックス一九九八年』(日本評論社、一九九八年)一〇頁、半田吉信「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」『ジュリスト』一一二七号(一九九八年)一二七頁などがある。
- (96) 篠塚・前掲注(74)一四八頁以下、石田・前掲注(75)一八三頁以下を参照。
- (97) 松岡・前掲注(44)七六三頁以下。松岡教授の緻密な分析により、「当事者またはその包括承継人」、「法人格の濫用型」、「相続関係を伴う親族関係にある者」、「不動産登記法五条に該当または類似する者」に類別している。
- (98) 松岡・前掲注(73)二頁以下を参照。
- (99) 松岡・前掲注(73)一三頁以下を参照。
- (100) 松岡久和「民法一七七条の第三者・再論―第三者の主體的資格と理論構成をめぐる最近の議論」『民事法理論の諸問題(下巻)―奥田昌道先生還暦記念』(成文堂、一九九五年)一八八頁以下は、自説へ批判や疑問を次のように纏めている。すなわち、背信的悪意者という基準はなお有効であることと、第一買主の権利を物権段階と債権段階とに区別するのは困難であること、さらに、「無権利者からの取得」の法的構成の是非、不法行為的衡量を基礎に置く法的構成への批判、及び「両すくみ」状態への批判という五つの点に整理されている。これらの意見の対立はまさしく議論の核心を鮮明化したものであり、中には日本法制度上の固有の問題に由来したのもあれば、論者の倫理的価値判断を反映したものもある。私見としては、特に解明する必要があるのは、特定物債権段階と物権段階をいかに区分するかという点にあると考える。なぜな

ら、鈴木祿弥教授が指摘しているように、日本法において物権変動時期は、その確定する意味が乏しいだけでなく、確定自体も困難であるからである。鈴木祿弥「特定物売買における所有権移転の時期」『契約法大系Ⅱ―贈与・売買』（有斐閣、一九六二年）九八頁を参照。したがって、「不当競争類型」において、第一契約の履行段階の進展状況を勘案し、第二買主の保護要件を区別するとすれば、契約の慣習に基づき、その前提である「第一契約が登記の点を除いて履行済みである場合」を明らかにする作業は欠かせないと思われる。また、仮にこれが困難であれば、第三者の主観的様態を考案する際に、第二買主が第一契約履行の蓋然性につき確信を持つ段階が一つの境界になると考える。

(101) 松岡・前掲注(100)一九六頁以下を参照。

なお、ごく最近の判例に関しては、最判平成一八年一月一七日判時一九二五号三頁がある。これは不動産の取得時効完成後に、当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を完了した者が現れたものである。本判決では、背信的悪意者排除説が維持されながらも、「多年にわたる占有継続の事実を認識している」ことを悪意者の背信性判断に組み込んだ結果、その判断が緩和された。

(102) たとえば、<http://smglv.eastday.com/eastday/node21/node148/node10035/userobject1a121530.html>で報道されている紛争は制度不備の杜撰さを物語っている。本事例では、家屋の賃借人は持主の身分証明書を偽造した後、権利書を紛失したと称し真正権利書を再発行した。そして、この権利書を用いて占有した家屋を第三者に譲渡した。

(103) 日本では、二〇〇四年六月一八日、登記の正確性を確保しながら便利性の向上を図るとした目的で、不動産登記法が一〇五年ぶりに全面改正された。新法においては、登記済権利書に代わり登記識別情報が本人確認手段として採用されている(二二条)。また、この識別情報をもって、オンライン登記申請が可能となった(一八条)。この制度は、登記空白期間を大幅に短縮することができ、二重売買の防止に有効であると言われている。「不動産登記法改正(一)」、「ジュリスト」一二八九号(二〇〇五年)一四五頁(斎木賢二発言)を参照。なお、新不動産登記法をめぐる議論は、本連載の(一)「ジュリスト」一二九二号(二〇〇五年)六四頁、(三)「ジュリスト」一二九四号(二〇〇五年)一二八頁、(四)「ジュリスト」一二九五号(二〇〇五年)一八八頁を参照。

(104) なお、現在中国では固定資産税が徴収されていないため、この納税証明書により真正所有者であることを証明させることは期待できない。

- (105) 最判昭和三〇年二月二六日民集九卷一四号二二一四頁、最判昭和三六年四月二七日民集一五卷二九〇一頁。
- (106) 日本でも、仮登記の活用を提案する論者がある。例えば、滝沢・前掲注(50)一九八頁を参照。しかし、仮登記は金銭債権の担保方法として利用される場合が多く、私人間においては制度利用の煩雑さから二重売買の防止策としての運用は少ないようである。
- (107) 生熊長幸「仮登記の機能的類別について」『民商法雑誌』六九卷四号(一九七四年)九八頁を参照。
- (108) 日本の不動産登記法一〇六条は、「本登記の順位は、当該仮登記の順位による」と規定しているため、理論的には、「順位保全的効力」と実定法上の「権利保全的効力」とに分けて考えることが可能である。実際に「仮登記後本登記前の中間処分は、本登記がなされると、これに抵触する範囲で効力を失い、中間処分によって生じた権利で本登記権利と併存しえないものは、すべて無効となり、本登記権利と併存しうるものは、すべて後順位のものとなる」という結果になっているため、両概念を包摂して「順位保全的効力」と理解する見解がある。幾代通・徳本伸一補訂『不動産登記法』(有斐閣、一九九四年)四六四頁を参照。したがって、結果として、日本法での「順位保全的効力」は、ドイツ法八八三条で明言されている「相対的処分禁止の効力」に類似していると思われる。
- (109) 不動産登記法一〇七条は、形式上は仮登記権利者による単独申請を認めている。しかし、仮登記申請する際には、仮登記義務者の承諾書を要し、及び承諾書に利用される印につき印鑑証明が必要とされると指摘している。鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新不動産登記講座(第三卷)』(日本評論社、一九九八年)三二二頁(南敏文執筆)を参照。したがって、仮登記における単独申請という特則があっても、実質的には共同申請と同様である。また、仮登記義務者が仮登記手続に協力しない場合は、仮登記権利者は、一〇八条により仮登記の仮処分命令を申請することができるが、実際厳格な「疎明」が要求されるため、その申請は容易に認められていないと考えられている。生熊・前掲注(107)一〇九頁を参照。
- (110) 幾代・前掲注(108)二二七頁を参照。また、杉之原舜一『新版不動産登記法』(一粒社、一九七二年)二七〇頁は、仮登記された債権は、付記登記によりその譲渡を認めると説明している。
- (111) 生熊長幸「仮登記について―物権・債権という概念との関係において―」東北大学『法学』三六卷三号(一九七二年)五三頁以下の分析によると、プロイセン一般州法においては、二重売買が行われる場合、第一買主は *ius ad rem* により悪意の第二買主にたいし物の引渡を請求することが可能であった。そして、登記を物権変動の成立要件とする制度へ発展す

- る過程において、仮登記制度が形成され、仮登記された権利は *ius ad rem* と同質の部分を共有している。
- (112) 日本では、仮登記する場合に本登記の二分の一に相当する登録免許税が徴収される。したがって、仮登記の所要費用が高額の上、実質的に単独登記の利用に制限を設けていることは、制度利用のコストならびにその利便性において、必ずしも仮登記制度の趣旨に合致しているとは言えないように思われる。
- (113) 瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」『ジュリスト』一二二九号(二〇〇二年)一一一頁を参照。
- (114) 一〇六条二項「公民、法人が過失により、国家、集団の財産を侵害した場合、又は他人の財産、人身を侵害した場合は、民事責任を負うべきである」。
- (115) 一三四条「民事責任を負う方式は以下のものがある。(一) 侵害の停止、(二) 妨害の排除、(三) 危険の除去、(四) 財産の返還、(五) 原状の回復、(六) 修理、再制作、交換、(七) 損失の賠償、(八) 違約金の支払、(九) 影響の除去、名誉の回復、(一〇) 謝罪。以上の民事責任の負う方式は、単独で適用することができ、又は併合して適用することもできる」。
- (116) 張新宝『侵權責任法原理』(中国人民大学出版社、二〇〇五年)四六六頁を参照。
- (117) 中国法の「合理」、「合情」は、日本法でいう条理にあたる。
- (118) 東京高判昭五七年八月三一日判時一〇五五号四七頁。
- (119) 磯村保「二重売買と債權侵害」『自由競争』論の神話(三)、『神戸法学雑誌』三六卷二号(一九八六年)三一五頁を参照。
- (120) 中国の有力説、例えば、韓世遠『合同法総論』(法律出版社、二〇〇四年)四八三頁以下は、条文の解釈により一般的に代償請求権を認めることは可能であると主張している。
- (121) 鎌田・前掲注(51)二四頁を参照。
- (122) これらの具体的な仮登記での要件については、今後の検討課題としたい。
- (123) 王利明・前掲注(10)八九—九〇頁、孫憲忠・前掲注(8)論文二〇八六頁を参照。
- (124) 鈴木・前掲注(11)著書三八五頁を参照。
- (125) 孫憲忠『中国物權法原理』(法律出版社、二〇〇四年)二四一—二四五頁は、及び同「中国物權法制定に関する若干の問題(一)」『民商法雑誌』一三〇卷四—五号(二〇〇四年)七七〇—七七二頁は、①「統一的な法律に依拠した不動産登

記制度の統一」、②「登記機関の統一」、③「登記効力の統一」、④「登記手続きの統一」、⑤「権利証書の統一」という五つの原則の確立を提案している。

(126) 王利明・前掲注(10) 二三四頁以下を参照。

(127) 渠涛・前掲注(7) 一七〇頁は、同様な指摘をしている。

(128) 田口勉「不動産物権変動における公信原則と對抗要件―機能的側面における比較を中心に」『早稲田大学大学院法研論集』四六号(一九八八年) 一五五頁以下は、ドイツ法八九二条一項一文但書により取得者が悪意と認定されるには、登記の不正の起因の認識、及び登記不真正であることへの認識が必要となる。したがって、悪意の範囲が狭い、悪意の立証が困難、買主に重大な過失がある場合でも保護されるなどの問題が存在する、と説明している。