

# 不動産物権変動法制改正の方向性について(一)

「民法改正研究会」案を手がかりに

多田利隆

- 一 はじめに
- 二 不動産物権変動法制改正の必要性
  - 1 規定内容の明確化
  - 2 改正のむずかしさ
- 三 対抗要件主義から効力要件主義への転換について
  - 1 研究会副案の考え方
  - 2 問題点の指摘
    - (1) コストとしての「社会的混乱」
    - (2) 意思自治の理念の後退
  - 3 適用範囲の問題はどうなるのか
  - 4 小括 効力要件主義に転換すべきか 以上 本号
- 四 適用範囲についての考え方
  - 1 登記がなければ対抗できない物権変動
  - 2 登記がなければ対抗できない「第三者」の範囲
- 五 登記に対する積極的信頼保護について
- 六 おわりに

## 一 はじめに

わが国では、現在、法制審議会「民法（債権関係）部会」（2009年10月28日設置 部会長 鎌田薫（早稲田大学教授））において民法典の改正作業が進められている。改正の対象領域は「第三編 債権」を中心とするとされており、その中でも法定債権（事務管理、不当利得及び不法行為）に関する規定は対象から外されているが、必要に応じて改正の対象は債権法領域を越えて「第一編 総則」にも及ぶものとされている。施行後110年を超える日本民法典の歴史の中でも最大級の規模の改正が実現されようとしているといつてよいであろう。この度の改正作業が終了すれば、おそらく、民法典の他の分野の改正に着手することになるのではないかと予想されるが、現在までのところその具体的な予定については公表されていない。本稿で取り上げた不動産物権変動法制を含む「第二編 物権」についても、改正の時期や規模のみならず改正を行うのか否かについてさえ、現時点ではその見通しは不透明である。

他方、民法学界では、数年前から、家族法も含めた民法典全体の抜本的な改正を積極的に検討しようとする動きが活発になっている。中でも、2005年11月に発足した「民法改正研究会」（約20名の研究者からなる学者グループ 代表 加藤雅信（上智大学教授））は、担保物権法を除く民法財産法全体に亘る改正条文案を2008年10月の私法学会のシンポジウムにおいて公表して大きな注目を集めた。<sup>(1)</sup> 同研究会は、さらに、上記シンポジウムの成果を踏まえた修正案を2009年1月に公表し、<sup>(2)</sup> その後も、より広く法学界の意見を結集し実務法曹や国民各界の意見をも草案の内容に反映するという趣旨のシンポジウム、フォーラムあるいは懇談会等を重ねたうえで、2009年10月に再修正案「民法改正 国民・法曹・学界有志案」を公表した。<sup>(3)</sup> この条文案は、私的な研究会による研

(1) 2008年10月13日第72回日本私法学会におけるシンポジウム。当日のシンポジウム資料として、民法改正研究会起草『日本民法改正試案（民法改正研究会・仮案〔平成20年10月13日案〕』（有斐閣 2008年）がある。また、当日の報告内容については、あらかじめ、ジュリスト1362号（2008年）誌上で「特集 日本民法典財産法編の改正」として取りまとめられ公にされた。

(2) 民法改正研究会「日本民法典財産法改正試案『日本民法改正試案・仮案（平成21年1月1日案）』の提示」判タ12811号5頁以下（2009年）。

研究成果をまとめた私案であるから、将来の改正の方向性や内容がこれと一致するとは限らない。実際、債権法分野についてみると、法制審議会で検討中の草案と民法改正研究会の改正案との間には少なからぬ食い違いや差違が認められる。しかし、この研究会案が民法学界の生んだ民法改正に関する代表的な研究成果のひとつであり、改正案として現在までのひとつの到達点をなしていることは確かであろう。その内容は、将来行われるであろう公式の改正作業に際しても大きな影響力を発揮することが予想される。

本稿は、この民法改正研究会案、具体的には2009年10月に公表された「民法改正 国民・法曹・学界有志案」中の、不動産物権変動法制に関する条文案（「第二編 物権」の111条、112条及び115条（正案）及び「第一編 総則」の60条）を素材として、その内容の検討を通じてきたべき改正の方向性について考察を試みたものである。

## 二 不動産物権変動法制改正の必要性

### 1 規定内容の明確化

この度の債権法改正のような大規模な改正が物権法についても必要か否かは、慎重な検討を要する問題であるが、ここではその点はひとまずおいて、不動産物権変動法制に絞って、改正の方向性を検討する前提として、その必要性について取り上げることにしよう。

民法改正研究会ではその点についてどのように考えられたのであろうか。2008年の私法学会シンポジウムで、「物権変動法制のあり方」について報告された松岡久和教授は、ジュリスト1362号（2008年）（前掲注（1）参照）誌上で次のように述べられている。研究会の中では、当初、判例を概観すると「それなりに一貫した法律構成とそれにもとづく比較的安定した紛争処理が行われ

（3）民法改正研究会編『法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学界有志案』（日本評論社 2009年）

ており、耐え難い不合理な結果が生じている場面はほとんどない」という状況に鑑みて改正を要しないという見解も主張された。しかし、「規定の内容がきわめて簡素である一方、それを実際の紛争に適用する判例は膨大な数に及」んでおり、「条文を読んでもその概要すら理解困難であるという状態は、国民のための民法という視点からみて、きわめて問題である」というのが研究会の多数の意見であったとされている。<sup>(4)</sup>

一般国民にとっての規定の明確化の必要性に照らして改正を行うべきであるという研究会の判断はきわめて妥当なものであると思われる。176条と177条はその用語法や論理構造自体決してわかりやすいものではないが、より切実な問題点は、規定の内容がきわめて抽象的であり、判例の蓄積によって形成されてきた重要な判例準則や判例法理を規定の文言から導くことができない状況にあるという点であろう。たとえば、177条の適用範囲について、実際には様々な適用除外が認められており背信的悪意者排除法理という独自の法理が形成されているが、規定内容にはそれはまったく反映されていない。あるいは、176条及び177条においては特に規定されていない不動産登記に対する積極的信頼保護すなわち「登記の公信力」について、物権変動法制を離れた意思表示の規定である94条2項を用いて一定の場合にはそれを認める取り扱いがなされ、独特の信頼保護法理が形成されている。民法典の不動産物権変動に関する規定については、判例を通じた具体的な準則や法理の形成と、規定の文言とは異なる取り扱いの展開によって、規定のブラックボックス化とでもいうべき現象が相当程度進行しており、それは、現行規定を維持したままで対応できる範囲を超えているというべきであろう。分かりやすい透明性の高い民法をめざすということは、進行中の債権法改正の基本理念のひとつとされているものであるが、不動産物権変動法制についても、その理念に沿った改正がなされるべきであると考えらる。

## 2 改正のむずかしさ

(4) 松岡久和「物権変動法制のあり方」ジュリスト1362号39頁以下(2008年)

もっとも、不動産物権変動に関する規定の改正には、他の領域にはないむずかしさが伴うことが予想される。176条及び177条の内容をめぐっては、古くから様々な論点について多くの議論が堆積しており、今日でも、学説相互間あるいは学説と判例の間で見解が分かれている問題点が少なくないからである。判例準則を整理する段階にとどまらずに、より踏み込んだ改正を行おうとすれば、判例・学説の中から特定の立場を選択せざるをえないが、コンセンサスを得ることも含めて、それは非常に骨の折れる作業となるであろう。94条2項の類推適用法理についても、その要件や適用範囲あるいは位置づけについて判例・学説は必ずしも一致しておらず、判例がなお流動的な問題場面もあり、それらを整理して一定の内容を規定化する作業は同様の困難を伴うであろう。

176条及び177条に関しては、判例・学説において論じられてきた懸案の問題が生じる原因を遡ると意思主義・對抗要件主義にいたることから、そのような基本原則自体を変えるべきか否かという、より根本的でそれゆえに判断のむずかしい問題が存在している。この点について、松岡教授は、「意思主義・對抗要件主義の法制度自体が、物権変動に関するフランス法型の規律と民法全体及び不動産登記制度のドイツ法型の規律の接合と相俟って、構造的な難点を抱えていると思われる」とされ、具体的には、物権変動の時期について收拾のつかない理論的対立を生じていること、権利移転を義務づける行為（契約）と物権の変動を生じる行為（処分行為）の關係に混乱を生じていること、對抗要件を備えない物権關係について、非常に精緻ではあるが難解で帰一するところのない無用な議論を生じていることを、改正の必要な問題状況として指摘されている。<sup>(5)</sup>

上記のように、学説相互間あるいは学説と判例の間で見解が分かれている懸案の問題点が少なくないこと、及び、意思主義・對抗要件主義という民法典の採用している基本原則自体がそれらの問題点と密接に結びついていることは、物権変動法制改正の困難さを示す要因であるが、改正の方向性や内容という観点よりすると、それらの要因にどのように対処すべきかは、結局、どこまで抜

(5) 松岡前掲注(4)39頁以下。

本的な改正を行うかにかかっている。その点に関して、民法改正研究会の改正案の内容は、「副案」としてではあるが、意思主義・対抗要件主義から効力要件主義への転換を提示していること、登記対抗要件主義（副案では登記効力要件主義）の適用範囲を法律行為による物権変動に限定していること、登記がなければ対抗できない第三者（副案では登記の不存在を主張できる第三者）の範囲について、基本的には背信的悪意者排除法理に沿った取り扱いを採用しながらそれを越える可能性を示唆するような規定の仕方がなされていること、94条2項の類推適用法理の内容を取り入れた「外観法理」の規定を創設していることなど、かなり抜本的な改正内容を提示するものとなっている。本稿では、以下、上記の四つの内容を中心として、研究会案に即して不動産物権変動法制の改正の方向性について考察を試みることにする。<sup>(6)</sup>

### 三 対抗要件主義から効力要件主義への転換について

#### 1 研究会副案の考え方

不動産物権変動法制に関する民法改正研究会の改正案の内容で最も注目されるもののひとつは、「副案」という形ではあるが、対抗要件主義から効力要件

- (6) 加藤雅信教授によれば、物権変動法制だけではなく「物権法は、本改正試案において、もっとも抜本的な改正がなされた分野である」とされている。民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』（信山社 2009年）25頁。
- (7) 対抗要件主義と効力要件主義（もしくは成立要件主義）の区別は、公示方法の作用に関するものであるのに対して、意思主義（もしくは合意主義）と形式主義は、意思表示の態様も含めて、物権変動には一定の方式に沿った手続き（たとえばドイツ法の *Auflassung* の手続き）や外部的徴表（引渡しや登記）を必要とすべきか否かによる区別である。効力要件主義は形式主義を前提としており、また、実際には、対抗要件主義は意思主義を前提としているが、理論的には形式主義と対抗要件主義との組み合わせも可能である（意思表示が効力を生じるには一定の手続きや登記以外の外形を備える必要があるとしたうえで、対抗要件として登記を必要とするという取り扱い）。そのような可能性と、意思主義と対抗要件主義とがセットになっているという関係を示すことに留意して、本稿では、現行民法典の立場を示す場合に、単に「対抗要件主義」としないで「意思主義・対抗要件主義」という表現法を用いている。他方、意思主義・形式主義を意思表示の態様のみにかざれば、効力要件主義についてもその両者の可能性があるが、通常解されている上記のような内容にしたがえば、効力要件主義は形式主義と一致することになるので、単に「効力要件主義」と表現している。

主義への転換が提案されていることである。<sup>(7)</sup> その条文案は下記のようになっている。

#### 副案111条1項

法律行為に基づく不動産に関する物権の変動は、不動産登記法（平成16年法律第123号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をすることによって、効力を生ずる。

提案の理由については、「効力要件主義によれば、登記又は引渡しによって初めて物権変動が効力を生じ、債権関係から物権関係への移行時点が一義的に明確になるため、意思主義・対抗要件主義に存する上述の難点はほとんどが解消される」とされている。ここで「上述の難点」というのは、二2で言及した「意思主義・対抗要件主義の法制度自体が、物権変動に関するフランス法系の規律と民法全体及び不動産登記制度のドイツ法系の規律の接合と相俟って」抱えている構造的な難点のことである。それが解消するというのは、「物権変動の時期について收拾のつかない理論的対立を生じている」ことについては、「少なくとも法律行為による物権変動の時期は、登記又は引渡しの効力が生じる時期に画一的に定まる」ことになる。「権利移転を義務づける行為（契約）と物権の変動を生じる行為（処分行為）の関係に混乱を生じている」点については、「債権関係と物権関係はこの時期（登記又は引渡しの時期 筆者補足）で明確に分けられ、物権・債権を権利範疇として区別するパンデクテン体系を採る民法により合致する。」「対抗要件を備えない物権変動につき、非常に精緻であるが難解で帰一するところのない無用な議論を生じている」点については、「登記又は引渡しを備えない権利関係は、法律の規定によって物権変動が生じる場合を別として、法律行為による物権変動においては、債権関係として処遇される。』そして、「効力要件主義の規律がどの範囲で及ぶかについては、たしかに、・・・『登記を要する物権変動』として論じられるのと同種の問題が生じうる。しかし、少なくとも法律行為にもとづく物権変動については効力要件主義が妥当するとすれば、効力要件を備えない限り、物権変動その

ものが生じていないため、誰に対しても物権にもとづく権利主張はできず、對抗問題の法律構成や『第三者』に関する難しい問題の多くは解消する」とされている。<sup>(8)</sup>

このことから窺えるように、効力要件主義への転換によって意図されているのは、債権関係から物権関係への移行時点が一義的に明確になるため、フランス法系の物権変動の規律と民法全体のドイツ法系の規律等の接合から生じる構造的な難点から生じている懸案の問題の多くがそれによって解消するということである。抜本的な改正の進め方という点に着目すれば、この提案は、懸案の問題について正面から検討を行ったうえで一定の立場を採用するという方法を採らず、問題の主な原因をなしていると考えられる要因を除去することによって問題の発生自体を抑えるという方法を提案するものといえるであろう。現在の学説状況に照らすと、議論の堆積している論点について「正攻法」でその解決を導こうとすることには大きな困難を伴い、それに要する時間や労力は膨大なものとなることが予想されるから、このように問題の発生源自体を除去することは、改正の方法論として合理的で現実的な提案であるということもできるであろう。<sup>(9)</sup>

## 2 問題点の指摘

効力要件主義への転換案は、結局は副案にとどまり研究会の正案としては採用されなかった。正案の側から指摘されたのは、転換に伴うコストとしての「社会的混乱」を考慮すべきであるということと、意思主義の中に含まれている私的自治の理念を尊重すべきであるということである。

### (1) コストとしての「社会的混乱」

研究会の中では、「コストとして、大きな変更に伴う社会的混乱をも考慮し

(8) 松岡前掲注(4)41頁以下。

(9) 登記と実態との食い違いを減らし、取引の迅速性と予見可能性を高めるために、効力要件主義へ転換することの必要性や問題点については、鎌田薫、道垣内弘人、安永正昭、始関正光、松岡久和、山野目章夫「不動産セミナー第4回 不動産登記法改正」ジユリスト1295号204頁以下(2005年)において出席者の発言が紹介されている。

なければならず、現行制度を維持しても明確性確保に問題がないのであれば、あえて現行制度を変更する必要はない」という意見が結局は多数を占めたとされている。<sup>(10)</sup> 副案を支持される松岡教授はこれに対して、転換が民法の他の規定に及ぼしうる混乱については、「対抗要件主義の本来的规定である民法177・178・467条以外で、効力要件主義への転換によって決定的な影響を受け、対応困難な弊害が生じる規律は、民法上は存在しないように思われる」と説かれている。<sup>(11)</sup>

他の分野の規定に関して弊害を生じるか否かという点も重要であるが、多数意見のいうコストとしての社会的混乱として考慮すべきなのは、第一には、取引実務に与える影響であろう。この点については、「売買契約と同時に所有権はただちに移転する」ことに対する違和感が今日でも根強く、実際にも、代金完済時に所有権が移転しその後速やかに移転登記手続きを行うべきことが約定されるのが通常であるという事実を鑑みると、たとえ効力要件主義に転換したとしても取引実務に生じ混乱はそれほど大きくはならないのではないかと思われる。第二には、司法的判断すなわち裁判実務に生じうる混乱が予想される。たとえば177条の適用範囲に関して蓄積・形成されてきた価値判断や法律構成が効力要件主義の下では使えないということであれば、その混乱と必要なコストは膨大なものになるであろう。後に見るように、適用範囲を制限する基準について正案と副案の内容は似通っており（正案112条、115条、副案111条2項、3項、112条）副案は、対抗要件主義の下で一般的に認められる制限は効力要件主義においても妥当すべきことを想定しているようである。しかし、後に見るように、登記がなければ物権変動は生じないという取り扱いをどこまで貫徹すべきかは、そこに掲げられている基準のみによって十分に対応することはできないと思われるし、それ以外にも効力要件主義独自の新たな問題と遭遇せざるをえない。そのような課題に就いて妥当な法適用を行うためには、意識や思考方法の改変も含めて、相当の混乱と大きなコストを覚悟しなければならないで

(10) 松岡前掲注(4)42頁。なお、民法改正研究会前掲注(1)96頁(加藤)参照。

(11) 松岡前掲注(4)42頁。

あろう。第三に、民法学についても、対抗要件主義を前提として積み上げられてきた学問的成果はほとんど実際上の意味を失うことになり、効力要件主義に即した新たな理論的・実的な要求に応えなければならなくなるのであるから、大きな混乱やコストを免れないであろう。学問の継続性という点でも大きな犠牲を払うことになる。

## (2) 意思自治の理念の後退

民法改正研究会における検討の過程では、意思主義・対抗要件主義の思想的基盤をなしてきた意思自治あるいは私的自治の理念を尊重すべきことが、転換案を採るべきでない理由のひとつとされたということである。すなわち、『行政が管理する登記所における登記を物権変動の効力要件とすることは、物権は国家のお墨付きによって初めて移転するとの誤解を与える可能性が』あり、『国家による何らの介入なくして物権が変動するという物権変動システムを保持することは不動産物権変動の主役は個人であるというメッセージを含む点においても、重要な意義がある』との指摘があった」とされている。<sup>(12)</sup> これに対しては、石田剛教授による次のような反論がある。意思主義の思想的基盤は公証人慣行に裏打ちされたフランス法の土壌と不可分のものであり、日本国民が当然に共有すべき性質のものとはいえない。また、方式の要求は取引に対する国家的規制の可及的要請とは別次元の考慮にもとづくものであるという反論である。<sup>(13)</sup>

(12) 松岡前掲注(4)43頁。同旨の指摘として、横山美夏「[Comment] 中国物権変動法制立法のあり方 渠濤教授の報告に寄せて シリーズ・日本民法改正試案提示の準備のために」ジュリスト1357号151頁以下(2008年)

(13) 石田剛「物権変動法制について」民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学会有志案』(日本評論社 2009年)38頁以下。なお、石田教授は、将来的な展望としては効力要件主義が望ましいとされている。すなわち、未登記の抵当権に不法占拠者に対する明渡請求権の行使や一般債権者に対する優先権を認める必要はないので、抵当権に関しては効力要件主義が望ましいこと、登記簿を効力要件化し、登記簿の記載が実体の権利関係をより正確に反映する仕組みを整備したうえで登記簿取得時効制度の採用等を検討すれば、時効と登記に関する複雑かつ混迷したルールを抜本的かつ簡明に解決する見通しが開けること、効力要件主義のほうが、権利証を大切に保管し、不動産所有権の所在と登記を一体的に捉える平均的日本人の社会通念に沿うこと等から、将来的には効力要件主義に転換すべきであるとされている。

物権変動における意思主義が、近代私法の指導理念である私的自治や意思自治の原則と深く関わっていることはわが国でも広く認識されているところである。<sup>(14)</sup> また、そのような指導理念が単に歴史的意義を有するにとどまらず、今日でも配慮され尊重される必要があることについても特に異論はないであろう。しかし、対抗要件主義との結びつきについてみれば、対抗要件主義の下では、意思表示のみにとどまっているかぎり物権変動は事実上不完全であり、登記という国家の「介入」が決定的な役割を担う点においては効力要件主義と大差はない。ただ、意思表示段階で取引の安全保護のための工夫を施すことによって国家の介入の役割を相対的に低くすることは可能である。おそらく、フランスの公証人慣行はその点において意思自治原則と結びついているのではないかと推測される。他方、わが国においては、176条が、メッセージ性という点で一般国民に対して意思自治の理念を認識させ訴える作用を果たしてきたか否かは疑問であるし、また、国民の側で自発的に不動産登記取引の安全のための工夫あるいはシステムを主体的に構築することもほとんどなされてこなかった。そのような現状に照らすと、意思主義の担っている上記のようなメッセージ性は、対抗要件主義から効力要件主義への転換を否定すべき理由としては大きな説得力を持ち得ないのではないかとと思われる。

### 3 適用範囲の問題はどうなるのか

効力要件主義に転換すれば、副案の指摘するように、所有権の移転時期、物権行為の独自性の有無、登記がなければ対抗できないとされることの意味などの懸案の問題はほとんど生じる余地はなくなる。<sup>(15)</sup> しかし、適用範囲の問題

(14) たとえば、滝沢幸代『物権変動の理論』（有斐閣 1987年）95頁以下、松尾弘「不動産物権変動について、意思主義・対抗要件主義と形式主義・成立要件主義のいずれが採用されるべきか」椿寿夫・新見育文・平野裕之・河野玄逸編『民法改正を考える』（日本評論社 2008年）119頁以下。松尾教授によれば、「近代自然法論によって深化された意思主義（voluntarism）の本質は、形式の否定そのものよりも、物権変動を含む法律効果の究極的根拠を当事者の意思に求める哲学的原理である点にある」とされている。

(15) 効力要件主義の下でも物権行為の独自性の有無という問題は生じうるが、従来のわが国で論じられてきたような所有権移転時期の問題と連動してそれが問題となることはない。

についてはどうであろうか。松岡教授は、登記を要する物権変動の範囲について、それを法律行為によるものに限ることを前提として、あまり重大な問題は生じないと考えておられるようである。しかし、法律行為に限定すること自体ひとつの範囲画定であり検討されるべき課題のひとつであって、効力要件主義から当然に帰結されるものではない（後に見るように、対抗要件主義を採る正案も、登記がなければ対抗できない物権変動の範囲を法律行為によるものに限っている）。また、人的な範囲について、松岡教授は、登記がない以上は「誰に対しても物権にもとづく権利主張はできず、対抗問題の法律構成や『第三者』に関する難しい問題の多くは解消する」とされている。しかし、副案は、「詐欺又は強迫によって登記の申請を妨げた者」（副案<sup>111</sup>条<sup>2</sup>項）及び、「他人のために登記を申請する義務を負う者」（同<sup>3</sup>項）は、「登記の不存在を主張することができない」としており、その点では対抗要件主義をとる正案と重なり合っている。登記の不存在を主張する正当の利益を欠く者に対する関係では適用を否定すべきであるという共通の配慮にもとづくものであろう。これらの点は、効力要件主義に転換したとしてもそのみでは適用範囲の問題が解消するわけでも大幅に軽減されるわけでもないことを示している。

効力要件主義の下でも、登記がなければ物権変動は生じないという取り扱いをどこまで貫徹すべきか、どのような場合に修正を認めるべきかという問題は不可避免的に生じてくる。登記の有無による画一的な取り扱いの修正という課題は、対抗要件主義であろうと効力要件主義であろうと変わらない。たとえば、周知のようにドイツ民法典は効力要件主義を採用しているが、ドイツの判例・通説は、不動産の譲渡について物権的合意（Auflassung）があるが登記がまだなされていない状態について、物権的な期待権（Anwartschaftsrecht）という概念を用いて、譲渡可能性や担保権設定の可能性を認め、また、ドイツ民法典823条の「その他の権利（sonstiges Recht）」として不法行為法上の保護を受け

- 一九九
- (16) どのような段階にいたれば物権的期待権を認めるべきかについて、ドイツの通説及び判例は、登記申請がなされていることを要すると解しているが、物権的合意の意思表示があれば足りるとする少数説や、物権的合意の仮登記がなされていなければならないとする見解もある。

うることを認めている。<sup>(16)</sup> この場合には、登記の有無によって物権の帰属や移転の時期が一義的に明確になるという効力要件主義の特徴は発揮されないことになる。わが国で効力要件主義に転換した場合にも、おそらく、いかなる場合にどのような局面で未登記であっても物権変動があったのと同様の取り扱いをすべきかが問題とならざるをえないであろう。また、ドイツ法に関していえば、適用範囲以外にも、合意と登記との間に内容的な齟齬があった場合や、合意から登記までの間に行為能力の制限や喪失が生じたり当事者が死亡した場合の取り扱いなど、対抗要件主義の下では生じない問題点が、重要な法律問題として論じられてきた。

以上の点に鑑みると、177条をめぐる実際上最も重要な論点ともいべきその適用範囲については、たとえ効力要件主義に転換したとしても問題が解消するわけではなく、対抗要件主義の下における共通の範囲限定を導くべき要因が問題となりうるし、また、従来とは異なる形で適用範囲の問題と取り組む必要が出てくるものと予想される。懸案の問題の多くが解消されるという転換のメリットは、適用範囲についてはあまり多くを期待できないのではないかと思われる。

#### 4 小括 効力要件主義に転換すべきか

(1) 研究会副案が効力要件主義への転換を提案する理由をまとめれば次のようになるであろう。 民法典全体のドイツ法系の基本構造の中にフランス法系の物権変動のメカニズムが組み込まれているという構造的な難点を解消できること、物権変動の時期が一義的に明確になること、それに伴って、所有権移転時期や物権行為の独自性あるいは「対抗」の意味など、懸案の問題の発生自体が大幅に解消することである。他方、研究会正案の側からは、それに伴う社会的混乱、意思主義の思想的基盤をなしている意思自治の理念が後退することが指摘されている。

上記の諸点についてこれまで述べてきたところをまとめるならば、まず、転換案の掲げる、 、 、 とも、そのようなメリットが認められることはそのとおりであると考え。しかし、適用範囲の問題については転換自体によって

解決が容易になるわけではなく、対抗要件主義の下における同様の問題が残るのみならず、効力要件主義特有の新たな課題にも遭遇せざるをえない。他方、転換案に対する批判のうち、<sup>(17)</sup>については、わが国においてこれまで意思主がどのように受け止められてきたかに照らすと、そのようなメッセージが積極的に受け止められ活かされてきたとはいえず、<sup>(18)</sup>は転換を否定する決定的な理由にはなりえないであろう。しかし、<sup>(19)</sup>については、取引実務や取引通念にはそれほど混乱は生じないであろうが、裁判実務にとっては、これまで蓄積・形成されてきた価値判断や法律構成がそのままの形では使えず、新たなアプローチの下で妥当な法適用を行わなければならないことに伴う混乱とコストは相当大きいのではないかと予想される。<sup>(17)</sup>

(2) 効力要件主義に切り替えることで物権変動の時期が一義的に明確になるという点について補足しておきたい。対抗要件主義においては、実質的権利関係と対抗関係とが分離する事態が想定されているのに対して、効力要件主義では実質的権利関係の変動には必ず登記が伴うものとされるので登記のないところに実質的権利関係の変動は生じない。また、対抗要件主義では、「対抗」という私人間の主張関係を介してはじめて物権関係が確定するのに対して、効力要件主義においては登記の有無によって物権関係が定まる。この点よりすれば、たしかに、効力要件主義においては物権変動の時期が一義的に明確になる

(17) 加藤雅信教授は、法律関係の明瞭画一性という点は、対抗要件主義の下でも、「一段物権変動論」や「二段物権変動論」を導入すれば確保できるのではないかとされ、「仮にこのように考え、明確性確保に問題がないのであれば、あえて、現行制度を変更し、効力要件主義を採用して、社会的混乱を招く必要もないものとする」として正案の立場を説かれている。民法改正研究会前掲注(1)96頁。

また、滝沢幸代教授は、対抗要件主義か効力要件主義かという「このような重要な局面において、本質的な判断がなされないのはなぜであろうか。様々な立法案のあり方を探り、民法改正の可能性を探索することが目的とされ、改正の必要の有無は十分詰められていないからであろう。……そもそも現行民法は、制定とともに継続されるべき存在となったのであり、必要な時に必要に応じた改正がなされることにこそ意義があると考えられる。全面改正は、純粹に研究という観点からの課題としていただきたい」(『物権変動の理論』(有斐閣 2009年)11頁)と述べて、対抗要件主義か効力要件主義かという選択自体が実際の改正の必要性を反映したものが否かに疑問を呈され、民法典の継続性という観点から177条を大幅に改変することに反対されている。

ということができる。しかし、対抗要件主義においても、登記を備えない間は物権変動を第三者に対抗できないということは、未登記の物権変動は物権の特徴である排他性を伴わない極めて不完全なものであること、そして、第三者は物権変動の存否については登記に依拠して取引ができるということであるから、実際上は、物権変動の有無や時期について登記の有無が決定的な作用を担っている。もっぱら登記の有無によって権利関係が決まるか否かは、画一的な取り扱いをどこまで貫徹すべきかの問題であって、いずれの主義によるかは直接関係はない。効力要件主義においてもそのような問題が生じうることは先に触れたドイツの物権的期待権概念に示されているところである。それ以外にも、登記内容とは異なる現実の占有がなされていた場合にそれをどう扱うべきかということも問題となりうるであろう。公示の原則を実現するメカニズムに関しては効力要件主義のほうが明確性の理念に忠実であるが、実際上は、明確性に関して対抗要件主義との間にはあまり差がないのではないと思われる。<sup>(18)</sup>

（3）法継受に伴う構造的な難点の解消という点と、所有権移転時期や物権行為の独自性などの懸案の問題の解消という点についてはどうであろうか。松岡教授の指摘されるように、従来のが国の物権変動論において懸案とされてきた問題点は、ドイツ法的なパンデクテン・システムの中にフランス法系の意思主義・対抗要件主義が組み込まれたことに端を発しているものが少なくない。<sup>(19)</sup> たとえば物権行為の独自性及びわが国ではそれと関連して論じられてきた所有権移転時期の問題についてみると、176条の継受元とされるフランスの意思主義は、**売買契約締結時所有権移転（所有権は売買契約締結時に移転する）**

(18) 効力要件主義の下では、対抗要件主義の下におけるよりも登記をすることへのインセンティブが高まり、結果的に実質的権利関係がより忠実に登記簿に反映されることによって、登記と実体との食い違いがこれまでよりも少なくなるということはありうるであろう。しかし、法律行為による物権変動については、すでに登記の重要性は取引の実際に浸透していることよりして、現状が大きく変わることはないのではあるまいか。

(19) ドイツ、スイス、英米法系の国々、韓国のほか、中国物権法をはじめ近年のアジア諸国において制定された民法典においても効力要件主義が採用されている。韓国や中国の民法典にはドイツ法の影響が日本よりも強く及んでいるといわれており、フランス法とドイツ法両方の系譜を引く制度を混在させている日本の民法典は比較法的にみても特異なものということができるであろう。

(フランス民法典1583条) 物権行為の独自性否定(売買契約締結の効果として所有権は移転する)(同711条) 諾成契約性(売買契約の締結以外の手続きや外形は不要)(同1138条)という三つの要素がいわば三位一体をなしている意思主義である。しかし、パンデクテン・システムの下では、のように債権契約の効果として物権変動が生じるとすることは正面からその体系性に反してしまう。そこから、176条の「意思表示」を債権的意思表示とは別個の物権的意思表示と解すべきではないかという物権行為の独自性の問題や、いかなる行為がなされた時に物権変動の効果を生じさせる「意思表示」がなされたと認めるべきかという所有権移転時期の問題が生じてくるのである。また、177条の「対抗することができない」の意味あるいは登記を備えない物権変動の取り扱いという問題についてみると、177条においては、物権が変動してもそれを第三者に対抗できない状態が想定されている。たとえば二重譲渡ケースでは、排他性なき物権が競合する状態が生じており、登記によって最終的な物権の帰趨が決せられるということになる。しかし、物権は排他的な物支配権であるとして債権と明確に区別するパンデクテン・システムの下では、排他性なき物権が存在したりそれが競合するという発想自体適合性を持ちにくいものであろう。そこから、177条の「登記をしなければ対抗することができない」とされていることをどのように法律構成すべきかという課題が生じてくるのである。

このような問題の所在に注目して様々に論じられてきたことについては、ドイツ民法学の強い影響力によって本来の意思主義・対抗要件主義がゆがめられたという指摘もあるが、むしろ、異質なものを混在させつつ継受法として出発した日本民法が、それを消化し固有法化してゆく過程で必然的に経過しなければならなかった過程として積極的に受け止めるべきであろう。<sup>(20)</sup> しかし、副案の提案するように効力要件主義に転換するならば、意思主義・対抗要件主義とパンデクテン・システムとの不整合に端を発する上記のような問題は生じな

(20) 近年のわが国では、物権変動法制の研究に関してはフランス法からアプローチする手法が有力になっており、それに伴って、従来のようなパンデクテン・システムとの整合性という問題に対する関心が薄れているように思われる。しかし、現在でもその問題が解消したわけではなく、依然として懸案の問題であることには変わりはない。なお、物権変動論の分野におけるフランス法からのアプローチの進展を展望するものとして、大村敦志『フランス民法』(信山社 2010年)146頁以下参照。

いことになり、物権変動論は従来の懸案の多くから解放されることになる。

しかし、その点のみを以て効力要件主義に転換すべきであると速断するわけにはゆかない。他の様々な事情にも配慮しなければならないからである。その事情のひとつとしてここで取り上げてみたいのは、意思主義・対抗要件主義を維持しながらパンデクテン・システムとの整合性を保つことはできないのかという点である。

フランス流の意思主義・対抗要件主義とパンデクテン・システムとの不整合を完全に解消するためには、おそらく効力要件主義に転換するほかないであろう。しかし、対抗要件主義も効力要件主義も、公示の原則を実現するための原則であって、その窮極においてめざすところは一致している。ただ、沿革や取引の円滑性や簡便さと確実性や安全性のどちらを重視するか、あるいは、意思自治の理念を反映させるか等によって、いずれかが選択され、そのどちらであるかによって、公示の原則を実現するためのメカニズムあるいはロジックに顕著な差違が生じてくる。そして、その点において、物権と債権との俊別体系を採らないフランス法から継受された意思主義・対抗要件主義は、そのままでは体系的整合性の点で問題を抱えざるをえない。そうした状況で、意思主義・対抗要件主義をあえて選択しようとするれば、その実質的な内容を活かしつつ、メカニズムあるいは法律構成の面でできるだけパンデクテン・システムと矛盾しないような工夫を施すしかないであろう。

そのような可能性を示唆するものとして、所有権移転時期に関するリーディングケースのひとつとされている大判大2・10・25民録19-857がある。同判決は、176条によって売買契約締結と同時に所有権移転の効力が生じると解すべき理由について次のように述べている。「物権ノ設定及ヒ移転ハ当事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効ヲ生スルコトハ民法第百七十六条ノ規定スル所ナルヲ以テ物権ノ移転ヲ目的トスル意思表示ハ単ニ其意思表示ノミニ因リテ直ニ物権移転ノ効力ヲ生スルコトハ民法一般ノ原則トスル所ナルヤ明カナリ而シテ特定物ヲ目的トスル売買ハ特ニ将来其物ノ所有権ヲ移転スヘキ約旨ニ出テサル限りハ即時ニ其物ノ所有権ヲ移転スル意思表示ニ外ナラサルヲ以テ前示法条ノ規定ニ依リ直ニ所有権移転ノ効力ヲ生スルモノトス」(傍点 筆者)。この中では、

176条が、「物権ノ移転ヲ目的トスル意思表示」は意思表示だけでそれ以外に特別の手続きや外形の変更を伴う必要はないとしていること（諾成性）特定物を目的とする売買契約は、特約のないかぎり「即時ニ其物ノ所有権ヲ移転スル意思表示ニ外ナラ」ないことを掲げて、売買契約締結と同時に所有権が移転するという結論が導かれている。

注目されるのは、この中では、フランス法の三位一体型の意味主義のように債権契約の効果として所有権が移転するという考え方は採られておらず、むしろ、債権的意思表示とは別個の、直接に所有権移転を目的とする物権的意思表示の存在を想定したうえで、特定物売買の場合には通常それが売買契約締結行為の中に含まれているがゆえに売買契約時に所有権が移転するという考え方が採られていることが窺えることである。そのような考え方を前提とするならば、それを敷衍することによって、176条の意味主義の内容を次のように構成することができるであろう。すなわち、(i) 176条の「意思表示」は物権的意思表示のことである（債権行為と物権行為を別々のものとして観念するという意味で物権行為の独自性を肯定）、(ii) 意思表示以外の特定の手続きや外形の変更は不要である（物権的意思表示の諾成性）(iii) 物権的意思表示がどのようになされるかは当事者の意思に任されており、その有無や時期は意思解釈の問題として処理される、ということである。これは、(i) 及び (iii) においてフランス流の意味主義とは異なっており、その点で、継受法に忠実な内容ではない。しかし、意思主義とパンデクテン・システムとの整合性は保たれている。また、(ii) のように物権的意思表示の諾成性を認める点において、意思主義の実質的内容あるいはその長所を活かすことができる。(iii) は、債権契約締結を物権を移転するための意思表示とするフランスの意味主義とは合致しないが、物権的意思表示の有無や時期を特定の行為と結びつけず広く当事者意思に委ねることによって、債権契約時移転を認めることも含めて、所有権移転時期について当事者意思や取引通念に即した取り扱いを導くことができる。したがって、意思主義がわが国の取引通念に反するという問題や、176条（強行規定と解すべきであろう）について所有権移転時期の特約による例外を広く認めざるをえないという問題は生じない。たしかに、176条と177条をこのように解することは

本来の意思主義・対抗要件主義を変質させることになる。また、登記を伴わない物権変動を認めることや、物権的意思表示がなされた後の「対抗」問題が残るという点で、効力要件主義のように物権変動の時期が一義的に明確になるという長所を持つわけではない。しかし、意思表示のみで物権は移転するという意思主義の核心部分を活かしつつ体系的整合性を保持する方策としては、このような日本の意思主義・対抗要件主義を想定することにはそれなりの意義があるのではないだろうか。<sup>(21)</sup>

（４）対抗要件主義から効力要件主義に転換すべきかという問題は、物権変動法制についてどこまで抜本的な改正を行うべきかに関わるものである。仮に、従来の経緯を無視して白紙の状態に対抗要件主義と効力要件主義のいずれでも選べるのであれば、効力要件主義を選択すべきであろう。効力要件主義のほうが簡明でわかりやすく、日本民法典の基本構造にも適っており、従来のような物権変動論の懸案の問題について腐心する必要もないからである。しかし、すでに長年に亘って対抗要件主義を前提にした不動産取引が行われ、多くの学説・判例が蓄積されてきたことを考慮すると、転換のもたらすメリットとデメリットを比較考量したうえで、進むべき方向を慎重に選択する必要がある。<sup>(22)</sup>

私見は、効力要件主義に転換することについては消極的である。転換の必要

21) あくまで憶測に留まるが、フランス民法典に倣って構成された旧民法典がドイツ法的な構成に転換される過程で、現行民法典の起草者たちは、フランス法的な意思主義がそのままではパンデクテン・システムと整合しえないことを認識していたはずであり、あえて意思主義を旧民法典から継承することを選択した際には、その調整に配慮せざるをえなかったであろう。その方法として、本文に述べたような日本固有の意思主義へと転換することも想定されていたのではないだろうか。

(22) 松尾弘教授は、考慮すべき要因とそれをどのように評価すべきかについて、「このように登記主義か合意主義かの選択に際しては、[ i ] 法理論、[ ii ] 各国の所有権（観念）[ iii ] 不動産取引慣行、[ iv ] 国家関与への社会的要請、[ v ] 不動産取引の安全性とコストの衡量等を総合的に考慮する必要がある。日本では、権利移転観念の発達、公証人慣行や裁判所での手続きの不存在、低コストでの不動産取引の発達等の社会的資産を活かして、合意主義が支持されるべきであろう」と説かれている。簡便で低コストな不動産取引を社会的資産として活かすという方向に進むべきか否かについては考え方の分かれるところであろう。

性の有無や転換によって生じうるメリット・デメリットについてはこれまで述べてきたところであるが、転換に対して消極的に考える理由をその中から抜き出して要約するならば次のようになる。まず、効力要件主義に転換することによって、パンデクテン・システムの下での意思主義という体系的な問題点は除去され、そこに端を発する懸案の問題は大幅に解消するであろう。しかし、實際上最も重要性を持つ適用範囲に関しては、物権変動原因や人的範囲についていかなる場合に適用を否定すべきかを明らかにするという課題が存在している点は変わりはない。そこで問われるのは、登記の有無による画一的な取り扱いをどこまで貫徹すべきかであって、對抗要件主義か効力要件主義かによってその点が決定的に左右されるわけではない。また、効力要件主義のほうが物権変動のメカニズムとしては簡明であり分かりやすいという意味では、物権変動の明確性、確定性において優れているといえることができるであろうが、第三者が登記に依拠して取引ができるという点では對抗要件主義も同様であり、効力要件主義の下でも物権的期待権概念のように必ずしも登記の有無によって法律関係が決せられているわけではないことに照らすならば、物権変動の明確性、確定性の点で大きなアドバンテージを持つとは必ずしもいえないであろう。次に、効力要件主義に転換するならば、すでに長年にわたって意思主義・對抗要件主義を前提に判例・学説によって蓄積・形成されてきた価値判断や法律構成あるいは法理がそのままの形では使えなくなり、それらを再構築しなければならなくなるが、それに伴う混乱やコストは相当大きなものになると予想される。なお、意思主義・對抗要件主義を維持すると、従来の懸案の問題がそのまま残ってしまい、新たな進展が望めないのではないかとすることも考えられるが、従来の判例・学説はその点について まだ一定の方向に集約していない場合も少なくないが 一応の対応を行っており、今後も、意思主義・對抗要件主義の実質的内容を活かしつつ、法律構成の点でできるだけパンデクテン・システムと矛盾しないような工夫を施すことによって、判例・学説の進展を図ることができるのではないかと考える。