

早稲田大学博士論文概要書

日本と韓国における不動産物権変動に関する研究

李 采雨

概要書

第一章 はじめに

1958年2月22日に成立し、1960年1月1日から施行されている韓国民法は、日本・ドイツ・フランス・スイスといったいわゆる先進国の民法を模範として制定された。特に、その中でも当時の日本民法から多大な影響を受けたことについては否定できないであろう。このような理由から、韓国民法の立法の際は言うまでもなく、その後の民法の運用や解釈においても、日本民法は重要な道標のような役割を担ってきた。

しかし、このような経緯にもかかわらず、韓国民法の起草者は、民法典における物権編の中核ともいえる不動産物権変動に関する規定について、旧韓国民法の意思主義・対抗要件主義から、成立要件主義への転換を図った。すなわち、日本の民法176条・177条が抱えていた問題を解消するために、現行韓国民法の186条・187条を設ける立法的決断を下したのである。

もっとも、1912年から30年余りにわたって民法の大原則として根を下ろしていた意思主義・対抗要件主義における法慣行を捨てて、成立要件主義へ転換したからといって、成立要件主義が順調に定着したのでは決してなかった。草案の作成の過程においてはもちろん、国会での審議過程においても国会議員・実務家・学界からの激しい反対論に直面した。このような起草過程や立法のプロセスに関する議論の内容を綿密に検討することも、今後の日本民法のために、比較法の資料として無用ではないと考える。さらに、韓国民法の例を除き、このような物権変動システムの転換の立法例は見当たらない。したがって、不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程の考察は、日本民法の解釈またはあるかもしれない改正において有意義なことではないかと考える。

次いで、韓国における「不動産登記の法的位置づけ」についてである。韓国の不動産物権変動システムは、日本とは異なり「成立要件主義」を採用するものの、日本と同様に不動産登記に対する「公信力」は認めていない。

近現代社会における不動産の取引は、資本主義の発達とともに急激に増加してきた。このような増加の要因は多様であるが、不動産取引の安全性に局限してみると、不動産の公示制度、とりわけ「不動産登記制度の確立」から導き出すことができるだろう。不動産取引の安全の側面から、諸国は登記制度を整備しており、日本も韓国もその例外ではない。すなわち、不動産物権の得喪変更を第三者に公示することによって、大きな負担なく取引関係を構築することができるようになったのである。

このような不動産公示制度は、現代における制度的所産ではなく、古来、それぞれの時代の必要に応じて様々な形態で発展してきた。特に、現在の登記制度の確立前における日本の「地券制度」と韓国の「立案および文記制度」は、その証ともいえよう。しかし、このような不動産公示に関する固有の制度が存在したにもかかわらず、日韓両国はそれを発展・継承したのではなく西欧の制度を採用し、現在の不動産登記制度を確立させた。これについて、現行日本の登記法の原型ともいえる 1886 年の旧登記法は、プロイセンの登記法を範として当時の日本の情勢に合わせたものであり、さらに、この日本の旧登記法は、植民統治の一環として、1912 年の朝鮮不動産登記令によって韓国にも移植されるに至った。

このような経緯から、日本民法にとって各国の不動産公示制度を綿密に検討する必要があるといえる。しかしながら、ドイツの不動産登記制度またはフランスの登記制度とは異なり、韓国の不動産登記制度に焦点をあてて検討した研究はそれほど多くない。そこで、以上のような内容を踏まえて、主に「韓国における不動産登記」について検討を行うこととする。

最後に、韓国の民法は、法律行為による不動産物権変動について、「登記をしなければその効力を生じない」と定めている。したがって、不動産の所有者（譲渡人）は他人との契約があったとしても、当該不動産を第三者に譲渡し得るし、この第三者は所有権移転登記を経ることによって、有効に当該不動産の所有権を取得することができる。このような不動産の二重譲渡について、韓国の大法院は上記の内容と同様の結論として、譲渡人の第一譲受人に対する譲渡義務があるにもかかわらず、第二譲受人に当該不動産を譲渡し、さらに所有権移転登記まで経由した場合、第二譲受人は所有権を取得する、と判断している。しかし、第二譲受人が譲渡人とともに、第一譲受人に対する背任行為に「積極的に加担」した場合（日本民法にいう「背信性」の存在）、この第二譲受人への譲渡は韓国民法 103 条（善良な風俗その他社会秩序）が定めるいわゆる「反社会性」に該当するため無効であり、この場合、第一譲受人は譲渡人を代位して第二譲受人の名義の登記を抹消することができる、と判断している。したがって、日本民法が抱えている「不動産の二重譲渡」の問題を解決するために、日韓両国の判例理論である背信的悪意者排除論と反社会的二重譲渡に関して比較検討する必要があるのではないか。

第二章 不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程

1960 年 1 月 1 日から施行されている韓国の民法は、ドイツ・スイス・フランス・日本といったいわゆる先進国の民法をその範として制定した。特に、その中でも日本民法が

ら多大な影響を受けたことについては否定できないであろう。このように、日本民法が大きな影響を与えた背景として以下のことが考えられる。すなわち、①朝鮮に対する戦前日本の植民統治の一環として施行された朝鮮民事令の1条、特に不動産に関しては12条の規定と、②戦後、米軍政庁によって発布された軍政法令 21号とを主なものとして、その他の様々な事情が複合的に作用した結果であった。このような理由から、韓国民法の立法の際は言うまでもなく、その運用や解釈においても、日本民法は重要な道標のような役割を担ってきた。

しかしながら、右のような状況にもかかわらず、韓国民法の起草者は不動産物権変動に関する規定については、果敢にも旧民法の意思主義から成立要件主義への転換を図った（現行の韓国民法 186条）。起草者は従前の馴染み深い意思主義から脱却して、成立要件主義への転換をもって、日本民法の 176条・177条、すなわち意思主義・対抗要件主義が有する根本的な限界を克服しようとしたと思われる。すなわち、現在の韓国民法 186条によると、当事者間の契約が成立して目的物の引渡しまで行われたとしても、不動産登記法に基づいた不動産登記がなされないかぎり、契約による所有権移転の効力は発生しない。

もっとも、このことは、1912年から30年余りの期間に民法の大原則として根を下ろしていた意思主義・対抗要件主義における法慣行を捨てて、成立要件主義が順調に定着したのでは決してなかった。草案の作成の過程においてはもちろん、国会での審議過程においても国会議員・実務家・学界からの激しい反対論に直面した。このような転換の過程にあたって、韓国民法の起草者がいかなる理論構成と根拠を示して右の反対を乗り越えたかをたどり、これを考察することは、決して無用ではないと思われる。

このような前提に即しつつ、まず韓国民法における不動産物権変動の規定に関する制定過程を考察する。その内容として、韓国民法の草案段階、国会での審議過程、満州国民法からの影響中心として検討する。ただし、内容に関しては二つ留保しておきたい。まず、韓国民法における不動産物権変動論に関する理論あるいは法制度は、古来の韓国特有の制度を発展・継承した概念ではなく、日本民法と同様に西欧の制度を受け入れて行われたものなので、近代的な民法の受容の前段階における議論は排除することにする。そして、韓国の旧民法の時代の議論についても同様に立ち入らないことにする。なぜならば、その時期には、韓国独自の民法理論は存在せず、当時の日本民法と変わらないからである。

その結論は以下のとおりである。①韓国民法の起草者は不動産物権変動の場面において、意思主義（対抗要件主義）が有する根本的な限界を克服するために、すなわち所有権移転時期の不明確・法律関係の当事者と第三者の錯綜を防ごうとして「成立要件主義」

への転換を決定した。②前述した立法者の発言などに鑑みると、すでに当該規定の立法段階から「物権行為の独自性」は認められており、その「無因性」は否定されていたことがわかる。あるいは、これもまた起草者が主張した別の意味での「折衷的意味」の一つではないか。③成立要件主義の大前提のように考えられる登記の「公信力」は認められなかった。速記録の内容からもわかるように、当時の登記制度の状況に鑑みると不可避な選択であったと思われる。成立要件主義を採用したのにもかかわらず登記に公信力を認めないシステムは韓国独自の不動産物権変動システムと言えよう。④本論文では、韓国における当該規定の制定に影響を与えた参考立法例として、主に満州国民法を取り上げた。成立要件主義を採用しつつ、法律規定によるその例外を認める満州国民法と現行韓国民法の定め方は、スイス民法典と酷似している。

第三章 韓国における不動産登記の法的位置づけ

近現代社会における不動産の取引は、資本主義の発達とともに急激に増加してきた。このような増加の要因には多様な原因が挙げられるが、不動産取引の安全性に局限してみると不動産の公示制度、とりわけ「不動産登記制度の確立」から導き出すことができるだろう。不動産取引の安全の側面から、諸国は登記制度を整備しており、日本も韓国もその例外ではない。すなわち、不動産物権の得喪変更を第三者に公示することによって、大きな負担なく取引関係を結ぶことができるようになった。

このような不動産公示制度は、現代における制度的所産ではなく、古来、それぞれの時代の必要に応じて様々な形態で発展してきた。特に、現在の登記制度の確立前における日本の「地券制度」と韓国の「立案および文記制度」は、その証ともいえよう。しかし、このような不動産公示に関する固有の制度が存在したにもかかわらず、日韓両国はそれを発展・継承したのではなく西欧（特に、ドイツおよびフランス）の制度を受け入れ、現在の不動産登記制度を確立させた。これについて、現行日本の登記法の原型ともいえる 1886 年の旧登記法は、プロイセンの登記法を範として当時の日本の情勢に合わせたものであり、さらに、この日本の旧登記法は、植民統治の一環として、1912 年の朝鮮不動産登記令によって韓国にも移植されるに至った。

日本の登記法を旧法とした韓国の不動産登記法は、1960 年の新しい韓国民法の施行により、新たな局面を迎える。すなわち、不動産物権変動における旧民法（日本民法の適用期）の意思主義・対抗要件主義から脱し、成立要件主義への転換が行われたのである。韓国民法 186 条は、「不動産に関する法律行為による物権の得喪変更は、登記しなければその効力を生じない」と規定し、登記は単なる対抗要件ではなく、不動産の物権

変動のための成立要件として位置づけられた。

前述のように、韓国における不動産物権変動システムは大転換が図られた。しかし、成立要件としての登記が社会に定着するまでには、多くの障害が存した。50年以上韓国社会を貫いていた意思主義下の慣例によって、一般人は不動産の取引の際に登記を経ることなく、単に象徴的な意味しかない登記済証の授受で物権変動が生じたと信じていた。すなわち、法制度（新民法による成立要件主義）と一般人の法意識（旧民法による意思主義）とに間隙が存在し続けてしまったのである。

特に、韓国においては、ドイツと同様に「物権行為」が物権的合意のみによって認められるか、それとも物権的合意のみならず登記まで含めて構成されるかについて、民法の制定初期から議論が行われてきた。議論がなされた理由は、このような問題は物権行為の独自性（*Trennungsprinzip*）を認めてはじめて展開され、物権行為の構成次第で韓国民法 186 条の「法律行為」の意味を異にすることになるからである。これについて学説は大きく 2 つのパターンに分けられ、第一は、物権行為は物権的意思表示と公示方法である登記や引渡とが結合して構成されるという見解である。第二は、物権変動を目的とする物権的意思表示だけが物権行為を意味するという見解であり、両者は対立している。さらに、後者の見解は、登記について、登記を効力発生要件とみる見解と、登記を物権変動における別個の要件と把握する見解に分けられが、大法院による判例の態度は明確である。すなわち、物権行為が物権的合意のみならず、事実的実行行為である動産の引渡または不動産の登記まで含めて構成されることを明らかにする必要がある。

さらに、韓国の不動産登記制度は独自の制度ではなく、ドイツと日本の登記システムにフランスのシステムの一部を受け入れたものである。簡略に特徴を述べると、不動産物権変動における成立要件主義、物的編成主義、共同申請主義、登記官の形式的審査主義、そして、登記に公信力のないことが挙げられる。すなわち、ドイツのように成立要件主義を採りつつも、登記の公信力は認めず、登記官は形式的な審査権しか持たない。このような異同から、各国の不動産公示制度を綿密に検討する必要があるといえる。

第四章 不動産の二重譲渡に関する日韓の比較研究

韓国の民法は、法律行為による不動産の物権変動について、「登記をしなければその効力を生じない」と定めている。したがって、不動産の所有者（譲渡人）は他人（第一譲受人）との契約があるとしても、当該不動産を第三者（第二譲受人）に譲渡し得るし、この第三者は所有権移転登記を経ることによって有効に当該不動産の所有権を取得する

ことができる。このような不動産の二重譲渡について、韓国の大法院は、譲渡人の第一譲受人に対する譲渡義務があるにもかかわらず、第二譲受人に当該不動産を譲渡し、さらに所有権移転登記まで経由した場合、第二譲受人は所有権を取得する、と判断している。しかし、第二譲受人が譲渡人とともに、第一譲受人に対する背任行為に「積極的に加担」した場合（日本民法にいう「背信性」の存在）、この第二譲受人への譲渡は韓国民法 103 条が定める「善良な風俗その他社会秩序」に違反して無効であり、この場合、第一譲受人は譲渡人を代位して第二譲受人の名義の登記を抹消することができる、と判断している。

それでは、どのような場合に、不動産の二重譲渡が、韓国民法 103 条の善良な風俗その他社会秩序に違反して無効となるかが重要な論点になるであろう。ここに大法院は「第二譲受人が、譲渡の目的である不動産をすでに譲渡人から他人に譲渡したことを知りながら、譲渡人からその不動産を譲渡されたとしても、それだけではその譲渡契約を反社会的法律行為と断定しえず、第二譲受人の背任行為に積極的に加担するなど、十分かつ明白な理由がある場合に、その〔第二〕譲渡契約は無効」である、と判示している。意思主義（対抗要件主義）を採っている日本とは異なり、成立要件主義を採る韓国において、「登記」は不動産の物権変動をなす成立要件であり、所有権移転登記がなされないかぎり、物権変動の効力は生じない。両国の不動産物権変動に関する民法の在り方には、このようは根本的な相違があるにもかかわらず、「登記の公信力を認めていない」という法状況は一致している。これらのことを前提にすれば比較の意義があると思われる。

このような内容について、韓国の大法院も、日本の最高裁判所も、単純悪意者による不動産の二重譲渡については、その効力を否定していないことがわかる。両国とも、明示的な言及はないが、おそらく、他人より良い条件を提示した者が勝つという資本主義に基づく経済論理から同じ結論となるのではないかと思われる。また、韓国民法の反社会的二重譲渡と日本民法の背信的悪意者とは、その軌を一にする。言い換えれば、第一譲渡があったことに関する認識に、さらなるプラス・アルファを要求している。そのプラス・アルファが、韓国においては、積極的な加担であり、日本においては、「悪質性または背信性」として理解される。具体的には、①譲渡人に対する第二譲受人の積極的な誘引および説得または教唆等の積極的な背任行為、②譲渡人と第二譲受人との人的関係、③二重譲渡された不動産の相場、④譲渡人の第一譲受人に対する履行義務の逸脱の目的、⑤譲渡人の無経験や無知、窮迫、脅迫等を悪用する場合は、日韓共通の要素として挙げられる。

さらに、不動産二重譲渡の場面における「転得者」地位について、日韓両国の判例は、

特定の条件下の不動産の二重譲渡について、その効力を否定している。このように有効性を失った第二譲受人から新たに所有権を譲り受けた「転得者」が現れたケースも十分考えられるし、本論文の射程内にある問題として扱うべきであろう。例えば、AとBは不動産甲に対する譲渡契約を結んだが、さらにAはCに甲を二重譲渡し、Cは登記まで済ませた後、あらためてDに甲を譲渡したと仮定しよう。ここで、Cへの二重譲渡が、韓国民法における「反社会的二重譲渡」にあたるか、あるいは、日本民法における「背信的悪意者」にあたると、前者は「善良な風俗その他社会秩序」の違反——日本民法にいう、いわゆる公序良俗違反——として無効となり、後者は、主に「信義則」違反としてBの登記欠缺を主張し得ないということが、日韓両国の判例理論である。

この場合に、転得者はどのような地位を有するか。判例が採っている結論から述べると、日本の判例は、Bとの関係からみてCとDそれぞれが背信的悪意者にあたるか否かを個別的に判断した上で、Dが背信的悪意者でなければBD間は対抗関係であり、Bは登記がない限り、Dに対抗することができないとする。しかし、韓国の大法院は、CがAの背任行為に積極的に加担してその売買契約が反社会的法律行為に当たるときには売買契約は「絶対的に無効」であり、たとえCが当該不動産の所有権を有効に取得していたと自ら信じていたとしても、自らの所有権取得が有効であると主張し得ないとする。すなわち、転得者の地位について、日本の最高裁判所は「相対的構成」を、韓国の大法院は「絶対的構成」を採っている。

第五章 おわりに

第二次世界大戦の終結とともに開始された韓国民法の立法作業は決して順調ではなかった。このような困難は、当時の人的・物的資源が不十分であったことだけではなく、長年にわたる韓国戦争を想起すれば簡単に推測し得るであろう。さらに、当該規定の起草と立法に関与した関係者をみると、ほぼ例外なく日本民法の教育を受けて実務に従事していた実務家であった。当該規定の起草・立法の過程におけるこのような事実は、大学教授、すなわち研究者がその法典編纂過程において中心的役割を演じた場合とは明らかに対照的である。

次いで、韓国における不動産登記をめぐるテーマとして、不動産登記法およびその特別法、物権行為の要素としての登記、成立要件主義下における未登記譲受人の法的地位、ならびに、不動産登記の公信力については、1960年の新しい民法とともに定められた不動産物権変動システムは、成立要件主義の定着のためのものという傾向が強く、その

後、不動産公示についての一般人の法意識が落ち着いてからは、登記制度の高度化に集中していた。不動産物権変動について意思主義を採用している日本民法下では、物権行為の要素として登記を位置づけるという考慮はされないが、物権行為が行われる時期、物権行為の独自性・無因性、または物権行為の無効や取消しと登記の関係と密接な関係を有する。

韓国における不動産登記の公信力の議論は、公信力それ自体に焦点が当てられているのではなく、登記の真正性を高めるための事前的安全措置と、登記の公信力を認めると生じうる侵害された真正なる権利者の救済方法という事後的安全措置を設けることに集中しているようであり、このような考え方の出発点は、真正なる権利者の保護である。しかし、公信力を認めるか否かの議論について、登記が完全無欠であるならば、そもそも登記に公信力は不要であろう。むしろ登記の不完全性から、登記の公信力の存在価値が認められるのではないか。この問題は、日本民法においても、再度検討する必要があると思われる。

さらに、韓国の不動産の二重譲渡に関する内容と日本民法の背信的悪意者排除論について、韓国の大法院も、日本の最高裁判所も、「単純悪意者」による不動産の二重譲渡については、その効力を否定していない。おそらく自由競争から同じ結論となるのではないかと思われる。また反社会的二重譲渡と背信的悪意者とは、その軌を一にする。しかし、注意を払わなければならないことは、韓国における不動産の物権変動については、登記を不動産物権変動の一要件とする成立要件主義を採用していることである。また背信的悪意者による二重譲渡は、信義則違反による無効であり、反社会的二重譲渡による二重譲渡は、公序良俗違反による無効である。

最後に、本論文は不動産物権編に関する内容について日韓民法の比較を中心として検討した。両国の民法には多くの共通点が存在しているが、特に、不動産物権変動システムにおいては鮮明な差異を見せる。地理的・歴史的事実から、日本民法典の強い影響を受けて成立した韓国の民法典ではあるが、不動産物権変動論については、日本民法典の態度を踏襲せず、独自の制度を作り上げた。例えば、不動産物権変動の要件として「登記」を要することはドイツおよびスイス民法典から受け入れたが、フランスおよび日本民法典のように登記に公信力を認めていない。さらに、スイス民法典のように不動産の物権変動の原因を「法律行為」と「法律の規定」とに分けて定めているが、日本民法典のように一部の法律規定による物権変動には登記を対抗要件のように解釈する裁判例も存在する。具体的には、遺言による財団法人の設立の場合における出捐財産の帰属と登記の問題がその例である。韓国民法 48 条 2 項は、「遺言によって財団法人を設立する場合に出捐財産は遺言の効力が発生した時から法人に帰属したとみなす」と定めている

が、韓国の判例は、「遺言によって財団法人を設立する場合にも第三者に対する関係においては、出捐財産が不動産である場合にはその法人への帰属には設立〔行為〕以外にも登記を必要とするために、財団法人がそのような登記をしていなかった場合には、遺言者の相続人の一人から不動産の持分を取得して移転登記までした善意の第三者に対抗することができない」として、まるで登記を「日本民法の 177 条における対抗要件」のように解釈している。したがって、成立要件主義を採っている韓国の不動産物権変動システムの中で、旧民法の影響による「対抗法理」の痕跡を検討することもまた日本民法の解釈または運用に役立つだろう。

また、本論文の射程は韓国民法における不動産物権変動に関する規定の成立過程・不動産公示制度・不動産二重譲渡の問題である。その内容はごく総論的な内容にとどまり、各論的な内容としての「中間省略登記の効力」、「法律規定による物権変動」、「登記請求権」または「時効による不動産所有権の取得」といった各論的部分までは触れていない。日本と同様な問題を抱えている韓国国内の制度を考察し、上記の内容を補うことによって韓国民法をより深く理解することができし、比較対象の拡大によって日本民法に関する理解も深めることができると考える。

ドイツ民法典の強い影響を受けたスイス民法典は、その母法であるドイツ民法典とは異なる様子を見せつつ、発展してきた。物権変動の原因を法律行為と法律規定に分けて定めているあり方は魅力的に考えられる。しかし、スイス民法典をメインとした研究は多くない。ドイツ民法典とスイス民法典との繋がりを探求することにより、今後あるかもしれない物権法の改正にも良い参考例になるだろうと考える。