

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

目次

第一章	はじめに	9
I.	問題意識と課題の設定	9
1.	問題意識	9
2.	課題の設定	13
II.	論文の構成と検討範囲	14
第二章	不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程	16
I.	はじめに	16
II.	韓国民法の草案段階	18
1.	アメリカ軍の軍政期	18
2.	民法典編纂要綱の作成	19
3.	朝鮮臨時民法典編纂要綱の物権法要綱	20
III.	国会での審議過程	22
1.	民法案の審議	23
2.	民法案審議録	24

3. 起草者の考え方.....	26
4. 成立要件主義への転換に対する批判.....	29
5. 民法案の成立.....	34
IV. 満州国民法からの影響.....	34
1. 規定のあり方.....	35
2. 満州国民法の内容.....	36
3. 両民法の異同.....	38
V. おわりに.....	39
第三章 韓国における不動産登記の法的位置づけ.....	42
I. はじめに.....	42
1. 問題意識.....	42
2. 本章の目的と論文の構成.....	44
II. 韓国における不動産登記法の制定とその変遷.....	44
1. 1960年代.....	45
2. 1970年代.....	48
3. 1980年代.....	50

4. 1990年代	52
5. 2000年代以後	56
6. 電算化登記の変遷	58
(1) 第1次登記業務の電算化	58
(2) 第2次登記業務の電算化	59
(3) 電子申請制度の導入	59
III. 物権行為 (<i>dingliches Rechtsgeschäft</i>) の要素としての登記	59
1. 物権行為と構成要素	59
2. 「物権的意思表示」と「登記」との結合説	60
3. 効力発生要件説	61
4. 別個の要件説	62
5. 小括	63
IV. 未登記譲受人の地位	63
1. 未登記譲受人の問題点	63
2. 議論の推移	65
(1) 物権的期待権説	65

(2) 抗弁権説.....	66
(3) 単純債権者説	67
(4) 事実上の所有者説.....	68
3. 特別法および判例にいう未登記譲受人.....	69
4. 小括	71
V. 登記の公信力をめぐる議論	72
1. 公信の原則 (<i>Prinzip des öffentlichen Glaubens</i>)	72
2. 起草段階における登記の公信力に関する議論.....	74
3. 現行民法下の議論	76
4. 2004年の民法改正案における公信力	77
(1) 登記の公信力	78
(2) 不動産取引への公証制度の導入.....	78
VI. おわりに	79
第四章 不動産の二重譲渡に関する日韓の比較研究	81
I. はじめに	81
1. 問題意識.....	81

2. 問題提起および論文の構成	82
II. 不動産の二重譲渡の効力	82
1. 韓国における判例理論の問題点と批判	82
2. 大法院の判断.....	83
3. 矛盾を解決するための理論構成	86
(1) 韓国民法 746 条の適用排除説.....	86
(2) 不法行為に基づく原状回復説	87
(3) 詐害行為取消権説.....	88
(4) 二重譲渡有効説	90
III. 不動産の二重譲渡に関する判例の検討.....	90
1. 反社会性を認めるための要件および判断基準	90
2. 反社会的二重譲渡の成立時期に関する検討.....	91
(1) 反社会的二重譲渡の「認定時期」に関する判例の検討.....	92
(2) 反社会的二重譲渡の認定時期に関する議論	93
(3) 判例の揺らぎ	94
3. いわゆる「積極的な加担」に関する判例の類型化.....	98

(1) 第二譲受人の積極的な加担	99
(2) 譲渡人と第二譲受人との「特殊な関係」	100
(3) 目的不動産の「相場」	101
(4) 譲受人に対する「履行義務の免脱を意図」した場合.....	102
IV. 日本民法における「背信的悪意者排除論」	104
1. 初期の対応	105
2. 判例と学説の揺らぎ.....	107
3. 最高裁判所による「背信的悪意者排除論」の種類.....	108
(1) 不動産登記法 5 条にあたる場合（旧不動産登記法 4・5 条）	109
(2) 家族（親族）関係・法人とその代表者等の、「同一性が認められ る」場合	110
(3) 害意を有し復讐等の目的がある場合	111
(4) 近時の通行地役権に関する判例.....	112
V. 転得者の地位.....	114
1. 基本的な考え方	115
2. 韓国における判例の態度	117

3. 背信的悪意者排除論の「相対的適用」に関する判例.....	120
(1) 事実関係.....	120
(2) 裁判の経過.....	121
(3) 最高裁判所の判断.....	121
(4) 対象判決の意義.....	122
VI. おわりに.....	124
第五章 おわりに.....	126
I. 不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程.....	126
II. 韓国における不動産登記の法的位置づけ.....	126
III. 不動産の二重譲渡に関する日韓の比較研究.....	128
IV. 日本民法への示唆.....	129
V. 今後の課題.....	130
参考文献.....	133
〔日本語文献〕.....	133
〔韓国語文献〕.....	139
〔ドイツ語文献〕.....	143

〔日本の裁判例〕	144
〔韓国の裁判例〕	145

第一章 はじめに

I. 問題意識と課題の設定

1. 問題意識

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¹。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、旧韓国民法の意味主義・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²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。

¹ このような内容については、立法者による国会での発言（第26回国会提起会議速記録）および『民法案審議録』からも明らかである。

² 例えば、日本民法176条における「所有権移転時期の問題」や同法177条における「二重譲渡の法的構成」などをあげることができるだろう。このような問題は未解決のままである。

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³。

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（すなわち、不動産登記制度の完備）、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⁴」と韓国の「立案および文記制度⁵」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⁶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、

³ すなわち、韓国民法における不動産物権変動システムには、日本・ドイツ・スイス、フランスの民法典の要素が混在しているともいえよう。

⁴ 詳しくは、福島正夫「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房・1993）428 頁以下、大場浩之『不動産公示制度論』（成文堂・2010）29 頁以下を参照。

⁵ 손경찬「伝統法上 不動産 買売法理와 現行法上 不動産 売買法理와의 比較」較私法第 26 卷第 2 号〔通卷 85 号〕（2019・5）219 頁以下を参照。

⁶ 日本における不動産登記法の制定までの登記制度の発展過程について論じる文献として、福島正夫「旧登記法の制定とその意義」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）329 頁以下、同「日本における不動産登記制度の歴史」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房・1993）406 頁以下、同・前掲注（4）428 頁以下、大場浩之・前掲注（4）23 頁以下などを参照。

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。

前述のように、韓国における「不動産物権変動システム」は1960年の新民法の施行によって大転換が図られた。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⁷。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）とに間隙が存在してしまっただのである。

さらに、韓国の不動産登記制度は独自の制度ではなく、日本とドイツの不動産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、登記に公信力が認められてい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、日本やフランスのように登記の公信力は認めず、日本のように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、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⁸。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

⁷ 韓国の新民法は国会での議決を経て1957年に成立し、1960年の正式施行までおよそ3年間の猶予期間があった。しかし、植民統治から独立したばかりの新生独立国であり、かつ1950年から1953年まで、およそ3年にわたった戦争（韓国戦争〔朝鮮戦争〕）の余波が残っていた当時の韓国の状況に鑑みれば、順調な道のりでなかったことは当然であろう。

⁸ 例えば、ドイツにおける不動産登記制度についての大場浩之・前掲注（4）、赤松秀岳「仮登記制度とドイツ民法典編纂（一～三・完）——帝国司法庁（Reichsjustizamt）の役割に着目して——」民商法雑誌119・4=5・166、119・6・28、120・1・92（1999）、石川清「ドイツ不動産物権と登記」THINK 97・7（2000）、同「ドイツ不動産物権と登記Ⅱ」THINK 99・169（2001）、同「ドイツ土地登記法30講（1）～（17）」登研650・157、651・45、653・123、654・163、655・73、660・163、663・77、664・25、667・9

動産登記」について検討を行う。

最後に、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

5、670・123、676・73、681・67、684・83、694・85、695・37、697・91、699・97 (2002～2006)、石田剛「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力(一～三・完)——プロイセン＝ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則——」立教46・129、49・124、51・53(1997～1999)、石田文次郎「ドイツ法に於ける不動産登記の公信力」法時6・1・40(1934)、小西飛鳥「ドイツの不動産法における実質的審査主義——歴史的経過をたどって」慶應義塾大学法学政治学論究23・305(1994)、七戸克彦「ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性——『ドイツ法主義』の理解のために——」法研62・12・277(1989)、鈴木祿弥「ドイツおよびスイス」法時24・3・21(1952)、田山輝明『西ドイツ農地整備法制の研究』(成文堂・1988)、同「補論・ドイツの土地登記制度」田山輝明『ドイツの土地住宅法制』(成文堂・1991)、広瀬稔「無因性理論についての一考察——ドイツ普通法学における所有権譲渡理論を中心として——」論叢77・2・44(1965)、舟橋秀明「ドイツにおける不動産譲渡法に関する一考察——ドイツ民法成立以前のラント法を中心に——」早稲田法学会誌48・199(1998)、そして、フランスにおける不動産登記制度についての滝沢聿代『物権変動の理論』(有斐閣・1987)、鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(1)～(4・完)民商法雑誌66巻3号～6号(1972)、同「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——」比較法学9巻2号(1974)、同「フランスにおける不動産取引と公証人の役割——『フランス法主義』の理解のために(1)、(2)」早稲田法学56巻1号・2号(1981)、高島平蔵「フランスおよびドイツにおける近代的不動産公示制度の展開」『近代的物権制度の展開と構成』(成文堂・1969)、滝沢聿代「仮登記の効力——フランス法からの考察——(一・二・完)」成城3・27、4・37(1979)、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」阪法51・1(1964)等のような学術的研究文献について、韓国法を比較の対象とするものは存在しない。

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。

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。これについて大法院は「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、第二譲受人が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。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。

古来、固有の法的慣習を発展・継承したドイツやフランスの民法典とは異なり、近代化を当面の目的として西欧の民法を継受した日韓両国の民法出自に鑑みると、比較法の重要性はもはや説明をするまでもない。そして、現在、主な日本民法の比較対象はドイツ、フランスおよび英米に傾いている事情はすでに述べた。しかしながら、日本民法を範として成立・発展してきた韓国民法は（社会・政治・経済の類似性は別としても）、上に挙げた法システムとは異なる比較対象を与えることができるであろう。

2. 課題の設定

今後の日本民法、特に「不動産物権変動論」の完成度を高めるためには、比較法の対象を広げる必要があるだろうと思われる。そこで、本論文は、そのような比較対象の模索の一環として、韓国の民法と不動産登記法の研究を行い、日韓両国の類似性と相違性を明らかにすることができればと考える。

しかしながら、物権法、特に不動産物権変動については各国の歴史・社会・文化・政治・経済といった多様な要素が混在し、独自性が強いということは確かに否定できない。しかし、現在完成している各国の制度を単純に比較するのではな

く、完成に至るまでの経緯を考察することで、今後の不動産物権変動の方向性を見出し、または、その方向での問題点を他山の石として事前に避けることができるのであれば、不動産物権変動について比較することは決して無意味ではない。

韓国民法が、従来から日本民法から多大な影響を受けてきたことから、日韓両国の民法は多くの共通点が存在する⁹。そして、不動産物権変動システムにおいては、ドイツ民法のように「登記」を物権変動の要件とする成立要件主義を採っているが、日本民法のように登記に「公信力」を認めてはいない。これが、韓国民法から日本民法への相応の示唆を与えることができるポイントであると考えられる。すなわち、両民法が有する多くの共通性から、相違性を探り出し、そこから、有益な示唆を得ることができるのである。

最後に、物権変動システムには色々な要素が含まれ、そこから一つの「法システム」を構成している。したがって、まったく同様な法律システムは存在し得ない。このような事情から、相違のある部分については紹介をしつつ、共通点や類似点を見出しながら、比較検討を行う必要があると考える。

II. 論文の構成と検討範囲

以上の内容を前提として、第二章では、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。第二章の構成として、I. はじめに、II. 韓国民法の草案段階、III. 国会での審議過程を検討し、このような民法起草に多大な影響を与えた立法例として、IV. 満州国民法からの影響を辿り、最後に以上の内容のまとめとして、V. おわりにでまとめを行う。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取り入れたものなので、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。

次いで、一般に、不動産物権変動における成立要件主義の採用には不動産登記に公信力を認めるシステムが常識のように受け入れられている（例えば、ドイツ

⁹ このような傾向は、解釈においてはもちろん、実務での運用においてもよく観察される。

民法典やスイス民法典が採用しているシステムが代表的)。もっとも、韓国は日本のように不動産登記に公信力を認めずに、ドイツのように登記を不動産物権変動の成立要件としている。したがって、このような不動産公示制度は、従来のドイツやフランスなどとは異なる新たな視野を提供することになるだろう。このような理由から、第三章では、II. 韓国における不動産登記法の制定とその変遷、III. 物権行為 (*dingliches Rechtsgeschäft*) の要素としての登記、IV. 未登記譲受人の地位、V. 登記の公信力をめぐる議論について検討したうえで、VI. 結論では以上の内容をまとめて、日本法への示唆を得ることを目的とする。

そして、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。そして、このような異同についての比較検討から、日本民法の不動産物権変動論に対していかなる示唆が得られるか。このような問題意識に基づき、第四章では韓国の例を中心として、II. 韓国における不動産の二重譲渡の効力、III. IIにかかわる判例の検討、IV. 日本民法における「背信的悪意者排除論」、V. 二重譲渡された不動産を新たに転得した第三者の地位について検討する。そして、最後に、以上の内容を踏まえ、どのような示唆を得ることができるかについて検討する。

最後に、第五章では、本章の課題として取り上げた①不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程、②韓国における不動産登記の法的位置づけ、および、③不動産の二重譲渡に関する日韓の比較と分析を通じて導き出された結論をまとめ、同時に、このような検討から得られた示唆に言及した上で、本論文の結論としたいと考える。

第二章 不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程

I. はじめに

周知のように、1958年2月22日に公布され、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¹、特に不動産に関しては12条の規定²と、②戦後、米軍政庁（在朝鮮米陸軍司令部軍政庁、*United States Army Military Government in Korea*、いわゆるUSAMGIK）によって発布された軍政法令21号³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⁴の意思主義から成立要件主義へ

¹ 朝鮮民事令（明治四五年三月一八日、制令第七号）は、1条において「民事ニ關スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」と定め、その1号と7号にはそれぞれ「民法」と「民法施行法」とを取り上げている。

² 同令12条は、「不動産ニ關スル物権ノ種類及効力ニ付テハ第1条ノ法律ニ定メタル物権ヲ除クノ外慣習ニ依ル」と定めていた。

³ 米軍政令21号（以前の法令等の効力に関する件）（1945年11月2日）の1条（法律の存続）は、「あらゆる法律または朝鮮の旧政府が発布し、法律的効力を有した規則、命令、告示その他文書として1945年8月9日現在で行使されているものは、その間すでに廃止されたものを除き、朝鮮軍政府の特殊命令で廃止するまで全効力が存続する……」と規定されたので、戦前の法律や規則などが持っていた従前の効力は引き続いて維持されることになった。

⁴ 韓国においては、「旧民法」という用語より「衣用民法」の用語がよく使われており、本論文においても引用上または表現上必要な場合には、両者を混用して表記する。

の転換を図った（現行の韓国民法 186 条⁵）。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⁶を克服しようとしたと思われる⁷。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⁸。

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

⁵ 第 186 条（不動産物権変動の効力）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。

⁶ 日本民法における意思主義・対抗要件主義がもっている問題点として、（1）176 条の所有権移転時期の問題、（2）177 条の物権変動・第三者の解釈についての問題が取り上げられる。詳しい議論の内容に関しては、大場浩之『不動産公示制度論』437 頁以下（成文堂・2010）、川島武宜『新版所有権法の理論』209 頁以下（岩波書店・1987）、滝沢聿代「物権変動の時期」編集代表星野英一『民法講座 2 物権（1）』31 頁以下（有斐閣・1984）、同『物権変動の理論』159 頁以下（有斐閣・1987）、同「物権変動の時期」『物権変動の理論Ⅱ』43 頁以下（有斐閣・2009）、山本進一『新版注釈民法（6）物権（1）』§§175～179』249 頁以下〔舟橋諄一・徳本鎮〕（有斐閣・1997）、原島重義・児玉寛『新版注釈民法（6）物権（1）』§§175～179』423 頁以下〔舟橋諄一・徳本鎮〕（有斐閣・1997）、幾代通「民法一七七条の法的構成と第三者の善意・悪意」『不動産物権変動と登記』1 頁以下（一粒社・1986）、平井宜雄「二重譲渡と詐害行為——action paulienne への回帰を意図して——」鈴木禄弥先生古希記念『民事法学の新展開』171 頁以下（有斐閣・1993）、鈴木禄弥『物権法の研究——民法論文集Ⅰ——』109 頁以下（創文社・1976）、同「不動産二重譲渡の法的構成——とくにいわゆる『公信力論』について——」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』167 頁以下（有斐閣・1993）等々の多大な文献があり、日本民法学においては量的な面においても、質的な面においても最も華々しく議論されているテーマの一つであろう。

⁷ 残念ながら、韓国民法には、ドイツ民法と日本民法には存する「立法理由書」が存在しない。ただし、国会で行われた会議速記録上の起草者の発言から推察することはできる。

⁸ ここでは代表的に所有権の移転だけを例として取り上げているが、韓国民法 186 条の内容どおり、「不動産に関する物権の得喪変更」の場面では全てこの主義が貫かれていることは言うまでもない。

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（詳しくは後述する）。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、まず本論文では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。構成として、I. はじめに、II. 韓国民法の草案段階、III. 国会での審議過程、IV. 満州民法からの影響、V. おわりに、の順番で検討する。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⁹、当時の日本民法と変わらないからである¹⁰。

II. 韓国民法の草案段階

1. アメリカ軍の軍政期

1945年8月、第二次世界大戦の終戦とともに韓国は日本の植民地支配から独立したが、1948年の大韓民国の樹立まではアメリカ軍による軍政が行われた。1945年11月2日、米軍政庁は「米軍政令21号」を公布して、戦前の法令が有する効力を全面的に認めた。すなわち、同政令によって朝鮮民事令第1条はその効力を失わ

⁹ 洪性載『不動産物権変動論——所有権讓渡를 中心으로——』193頁（法文社・1992）。

¹⁰ すなわち、韓国独自の不動産物権変動の法理論は存在し得ない。換言すれば、旧民法時代には独自の韓国民法学という概念はあり得ないのみならず、戦後から現行民法の制定までの時期においても、日本民法の判例と理論を受容しかつ理解する時期に過ぎなかったといえよう。詳しくは、梁彰洙「不動産物権變動의 傾向」民事判例研究会編『民事判例研究X』350頁（博英社・1988）、郭潤直「韓国民法學의 現代的 課題」法과 社会研究第3輯（1984）57頁以下。

ず、したがって、従前どおり韓国における「民法」は日本民法であった¹¹。

ここで注目に値する内容は、当時の「朝鮮民事令」の内容である。同令 1 条は「民事ニ關スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」と定め、その 1 号と 7 号において日本の「民法と民法施行令」を取り上げている。したがって、不動産物権変動の規範となるのは当時の日本民法 176 条および 177 条であるはずが、同令 13 条が「不動産ニ關スル物権ノ得喪及変更ニ付朝鮮不動産登記令又ハ朝鮮不動産証明令ニ於テ登記又ハ証明ノ規定ヲ設ケタルモノハ其ノ登記又ハ証明ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と定めていたために、厳密に言えば不動産物権変動に関する登記の對抗要件主義を前提とする日本民法 177 条はその適用がなく、朝鮮民事令 13 条が優先して適用されたといえよう¹²。

さらに、登記手続法に関して、朝鮮不動産登記令（明治四五年三月一日 勅令第九号）1 条 1 項は「不動産ニ關スル權利ノ登記ニ付テハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外不動産登記法及明治三十九年法律第五十五号ニ依ル」と定めていたので、民法と同様に、当時の朝鮮における不動産登記手続法としては日本の不動産登記法が適用されたのである。

2. 民法典編纂要綱の作成

1948 年 8 月 15 日にアメリカ軍政は終わり、大韓民国臨時政府を継承した正式な韓国政府が樹立された。その後、1948 年 12 月 15 日、政府は大法院長の金炳魯を民法分科の委員長として法典編纂委員会¹³を設けて基本法典の編纂に必要な資料の調査および収集をさせる一方で、民法草案の起草を要請した。

金炳魯委員長は、その基礎作業の一環として財産法分野において 112 項目の「民法典編纂要綱」を作り出し、民法の起草はこれに基づいて進められた。この法典

¹¹ 洪性載・前掲注 (9) 202 頁、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』145～146 頁（創文社・1989）。

¹² 洪性載・前掲注 (9) 193 頁。

¹³ 法典編纂委員会職制 1 条に基づき、民法、商事、刑事の基礎法典およびその他訴訟、行刑など司法法規の資料を蒐集・調査し、その草案を起草・審議する大統領直屬機関であった。鄭鍾休・前掲注 (11) 156 頁以下を参照。

編纂要綱について敷衍すると、1947年6月、南朝鮮過渡政府の行政命令3号による法典起草委員会が作成した「朝鮮臨時民法典編纂要綱」を原案として作られたと言われている¹⁴。民法草案の理由書が存在しない韓国民法においては、大きな意義を有する資料である¹⁵。その朝鮮臨時民法典編纂要綱の物権法要綱の中で重要な意味を有する内容は、「物権行為」の部分である。その内容について項目をあらためて述べることにしよう。

3. 朝鮮臨時民法典編纂要綱の物権法要綱

「(物権法要綱)

……前略

第2 物権行為

(一) 不動産に関して

(1) 不動産に関する物権の法律行為による得喪変更は登記をすることによってその効力が発生する。

(2) 判決、競売、公用徴収、相続その他法律の規定による不動産に関する物権の取得は登記をしなくてもその効力が発生する。ただし、その登記をした後でなければ第三者に対抗することができない。

(3) 不動産に関する物権の得喪変更を目的とする法律行為は書面によることを要する。ただし、遺言によるときはその限りでない。

……中略

保留〔留保〕

登記簿に記載された権利関係は、その権利に関して法律行為をなした者の利益のために真正なものと看做す。

ただし、その真正〔性〕に異議のある登記があるときまたは真正でないことを知りもしくは知り得るときはその限りでない。

(以下省略)」

¹⁴ 梁彰洙「民法案의 成立過程에 関한 小考」民事法学第7号(1990)34頁。

¹⁵ 元来、この資料は韓国における戦後の主要な法律分野の定期雑誌であった「法政」の第3巻8号(1948年8月)に「朝鮮法制編纂委員会起草要綱(3)」というタイトルで収録されていた内容であった。梁彰洙・前掲注(14)28~31頁、洪性載・前掲注(9)203頁。

以上の内容から以下のことが把握される。①朝鮮臨時民法典編纂要綱の物権法要綱は現行の韓国民法 186 条¹⁶および 187 条¹⁷とほぼ同様の構造を有する。換言すれば、この朝鮮臨時民法典編纂要綱がその後の民法草案および現行民法にとっても大きな影響を及ぼしたことがわかる。②「第 2 物権行為」という副題から、民法草案の段階においてもすでに「物権行為」について独自の存在を認識していた。③我妻栄博士、中川善之助博士といった優れた日本の学者達の解釈論・立法論が反映されて制定された、「満州国民法典」からの強い影響がうかがえる¹⁸（これに関しては後述する）。④上の要綱の「(3) 不動産に関する物権の得喪変更を目的とする法律行為は書面によることを要する」という書面強制は削除された¹⁹。⑤最後の「保留〔留保〕」された内容はまさに不動産登記簿における公信力の内容であり、公信力を認めるか否かの問題については、すでに草案の段階から議論されていた。

しかし、このような努力にもかかわらず、立法作業は 1950 年 6 月 25 日に勃発した韓国戦争によって中断されてしまい、戦争の余波は民法典作業の中断のみならず、民法典起草資料の消失や起草委員の拉致あるいは死亡などの結果に及んでしまった²⁰。すなわち、戦争という条件下では立法作業を進行し難く、人的・物的

¹⁶ 前掲注 (5) を参照。

¹⁷ 第 187 条（登記を要しない不動産物権の取得）相続、公用徴収、判決、競売その他法律の規定による不動産に関する物権の取得は登記を要しない。しかし、登記をしなければこれを処分することができない。

¹⁸ 我妻栄「満州国民法典の公布」『民法研究IX-2 Miscellaneous Essays』505 頁以下（有斐閣・1971 年）を参照。そして、民法典の立案に参加した参事官と顧問については、前田達明『史料民法典』1703 頁（成文堂・2004）。

¹⁹ 梁彰洙・前掲注 (14) 35 頁。

²⁰ 代表的な例として、財産法（物権）の起草委員であった姜柄順委員が戦争中に拉北された。民議員法制司法委員会民法案審議小委員会編『民法案審議資料集』75 頁（1957）によると、法制処長は「そのあいだ、すべて準備した起草要綱や、参考資料が全部なくなってしまった。」と記録している。ちなみに、この戦争について、本論文では「朝鮮戦争」ではなく、以下、「韓国戦争」と表記する。

な困難さは世界大戦末の日本の例からもたやすく推測できる。

Ⅲ. 国会での審議過程²¹

およそ 3 年間の韓国戦争という大混乱を乗り越えつつ、民法草案の起草作業は 1953 年 7 月 4 日に完成にした。この作業はもっぱら金炳魯委員長一人の成果によるものであった。その前後の事情については次の通りである。

「……しかし、そのときはみんな知っているとおりに、多くの法曹界の人が共産逆徒の手によって殺傷または拉致され、司法院自体の運営においても、人手不足というよりも、事務の執行自体ができなくなった。しかし、私はその法典編纂委員会の責任者である。そして、幸いかもしれないが、この足が不自由となっしまい、どこかに外出するということは全くなかった。ただ、法院に行く以外の時間は、日曜日も昼夜もなしに、他の仕事には一時間さえもつかわず、その時間を用いて、不眠不休で、起案を始めた……²²」

このような経緯から金炳魯委員長は民法草案を単独起草したというものの²³、箇所によっては他の委員や実務家に相談しかつ助言を求めたとされている²⁴。

そして、1953 年 9 月 30 日、この法典編纂委員会が起草した民法草案は政府に提出され、政府も提出された民法草案を一部修正（字句修正）して国务會議に上程した。1954 年 9 月 30 日に国务會議の議決を経て、ついに国会に「政府提出法案」

²¹ 以下、引用する速記録の内容は最大限原文の意味を生かしつつも、元の意味を書しない範囲で現代語化または修正して引用する。そして、前述のように、「立法理由書」または「提案理由書」などが存在しない韓国民法においては、国会で行われた「立法者の発言」はもっとも重要な意味と権威を持っている。

²² 第 26 回国会定期會議速記録第 30 号（1957 年 11 月 6 日）4 頁。

²³ 金炳魯委員長は他の委員等に委嘱したこともあるが、作業がなされないか、行われた結果に満足できなかった。詳しくは、梁彰洙・前掲注（14）37 頁。

²⁴ 高在鎬『法曹半百年』24 頁以下（博英社・1985）。この回顧録には、金炳魯委員長が民法起草案を独断で作ったのではなく、他の法律家たちとの打ち合わせの末に、慎重な手続を経たと述べている。

として提出されることになった。

1. 民法案の審議

国会は、提出された民法案を「法制司法委員会」に回付した。1954年11月6日、張暲根議員を委員長として民法案審議小委員会が構成され、5人の委員とその民法案の予備審査を担当した²⁵。この小委員会の審議は原則としてそれぞれの条文ごとに、ドイツ・フランス・スイス・イギリス・日本・中国・満州の7カ国の立法例を比較調査し、さらに、それに関する学説および判例を調べて民法案についての検討を行ない²⁶、最終的に「民法案審議録」²⁷を作成した。

このように、民法案を政府案として国会に提出するにあたって、政府側は立法方針について次のように説明している。

「①アメリカ軍の軍政によって英米法の要素が多く流入したものの、私法における急激な変化は望ましくないので、提出された民法案は従前の「大陸法系」を採用した。②個人主義思想の発展による資本主義の高度化は認めるが、それに伴う弊害も否認し得ない。したがって所有権絶対の原則は「権利濫用」として制限し、契約自由の原則は「信義誠実」に置き換える。③現行の法制度を再検討して韓国の現実に合致するように修正するとともに、解決済みの点と確立している慣習に成文法による根拠を与える。」

²⁵ この小委員会は、1955年3月15日の第一次会議を開催して以来、全65回にわたる会議を重ね、そして、1955年から1957年にかけて夏にはそれぞれ長期合宿審議を行なった。同時に、1957年4月5・6日には公聴会を開いて一般の世論を聴取した。第26回国会定期会議速記録第29号（1957年11月5日）2頁。

²⁶ 審議は、まず、外国の立法例と学説を考慮するとともに、韓国の社会情勢との合致などを鑑みつつ行われた。そして、原則として原案通りとしつつ、修正する妥当な理由がある場合に限り修正が加えられた。第26回国会定期会議速記録第29号（1957年11月5日）2頁。

²⁷ 民法典の立法理由書や提案理由が無い韓国民法の立法資料のなかで、この「民法案審議録」は「第26回国会定期会議速記録」とともに、もっとも権威を有する資料である。さらに、前掲注（21）も参照。

このような立法方針に立ち、物権変動の領域においては、「従来の意思主義を捨て、形式主義を採用して取引の動的安全を図る」と提案・説明をした²⁸。

2. 民法案審議録

ここで、上の民法案審議小委員会が作成した「民法案審議録」に記録されている不動産物権変動の規定の内容に簡単に触れておく。

そこでは、「民法案審議録第177条（不動産物権変動の効力）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、その効力が生じない。

民法案審議録第178条（登記を要しない不動産物権取得）相続、公用徴収、その他法律の規定による不動産に関する物権の取得は登記を要しない。ただし、その登記がなければ、これを処分することができない。」と、規定されている²⁹。

まず、不動産物権変動の基本原則としての民法案審議録177条は、外国立法例として当時のフランス民法典1138条・711条、ドイツ民法典873条、スイス民法典656条、中華国民民法758条、満州国民民法177条を取り上げている。特に、中華国民民法と満州国民民法については「草案と同一」であると括弧書きで示している。このような表現からも、両民法の影響が及んでいることがわかる。さらに、当時の現行法である朝鮮民事令13条が対抗要件主義を採っていたことに対して、草案は成立要件主義を採ったことについて、「画期的」とであると敷衍している³⁰。

このような合意にいたるまでの同小委員会の審議経過をみると、まず意思主義は、「①当事者の便宜に従う、②個人意思自由の原則に合致するなどのメリットがあげられる」反面、デメリットとして、「①物権変動によって発生する意思表示の存否が不明瞭である、②法律関係が複雑である」と指摘されている。これに対して、成立要件主義の場合、「①物権変動の存在およびその時期が明確なので、取引の安全が期待できる、②法律関係の明確さから当事者と第三者の関係が明ら

²⁸ 第26回国会定期会議速記録第29号（1957年11月5日）12頁以下。法務部次官である斐泳鎬の「民法案提案説明」の一部である。

²⁹ 民議員法制司法委員会民法案審議小委員会『民法案審議録上巻総則編物権編債権編』117頁以下（1957）、以下『民法案審議録』として引用する。

³⁰ 『民法案審議録』・前掲注（29）117頁。

かであり、意思主義に伴う対抗要件主義におけるような第三者との関係という『法律関係の錯綜』が無いとした」上で、デメリットとしては、「登記手続きにかかる費用と手間」をあげている。このような見解の対立から、「物権変動の存否と時期を明確」にして取引の安全を図り、当事者と第三者との法律関係の複雑さを避けるために成立要件主義を採るとされ、さらに、成立要件主義のデメリットとしてあげられた登記手続きの費用と手間に関しては、意思主義に伴う対抗要件主義の場合においても同じ結果になるので大きな問題とはされず、草案の原案が維持された³¹。

そして、同審議録 178 条も前条と同様に、ドイツ民法典 873 条 2 項、スイス民法典 656 条 2 項、中華民法 759 条および満州民法 178 条の規定を参考にして起草された規定である。ちなみに、同審議録 178 条が定めるそれぞれの事項に関しては、詳しくその理由が明らかにされており、その内容は次のようである。

まず、「相続」の場合、すでに被相続人が死亡しているため、相続人が取得し得ない空白状態が生じる恐れがあるから、相続の場合は当然に登記の有無に関係なく所有権が移転する³²。

次に、「公用徴収、その他法律の規定」に関しては、国が法律によって収容・徴収するところ、ここで登記がなければ効力が生じないとすると、すでに行政的手続きを完了して使用しているのに物権取得の効力を認めない複雑な結果になるので、本条に包含するのが妥当である³³。

最後に、「法院の判決・競売」に関しては、スイス民法典・中華民法・満州民法においてはすべて認められているが、草案にはこれが無い。判決競売・任意競売・強制競売の事項に関しては、草案の「法律の規定による不動産に関する物権の取得」に当たるとも解釈し得るが、解釈上これを明らかにするために、裁判所（法院）の判決・競売を包含すると³⁴、それぞれの理由を述べている。

³¹ 『民法案審議録』・前掲注 (29) 118 頁。

³² 『民法案審議録』・前掲注 (29) 119 頁。

³³ 『民法案審議録』・前掲注 (29) 119 頁。

³⁴ 『民法案審議録』・前掲注 (29) 119 頁。

3. 起草者の考え方

起草者の金炳魯委員長が韓国の新民法を起草する際に、いかなる理由から当時通用していた意思主義（および対抗要件主義）を放棄して成立要件主義を採ったかについては、国会での彼の発言から推察し得る。

「……日本法やフランス法〔の物権法〕を確認した者は、形式主義を採って登記をしなければ物権が移転しないと考える必要はないと言うだろう。……フランス法系である日本法をよく確認した者は、必要がないのに登記を物権成立の要件としていると言うかもしれない。ドイツは形式主義を採ってフランスは意思主義を採り、日本はフランス法を範とした。

ところが、私が見るには両方ともに弊害がある。……絶対的に形式だけをもって物権的効力を与えていくことはできず、また、意思表示のみによって物権契約と物権の成立を認めると、債権契約との混同が生じてしまう。

したがって、債権契約と物権契約の境界が明らかではなく、……その法律効果論においても混同しやすい。しかし、この物権関係においてできるかぎり一般の取引界を安定させかつ確信を与えるためには、形式主義にメリットがある。したがって、我が民法は形式主義を採ると同時に、その原因が無効であって……まったく効力のない当事者に対しては、いくら形式主義といっても信憑力〔公信力〕を与えない、すなわち折衷的意味がここに含まれている。

ということで、我が民法が採った主義が、フランス民法や日本の民法、ドイツ法の絶対的形式主義よりも優れていると私自身は確信するので、このような法案が編纂されることになった³⁵。」（傍点は筆者によるもの）

このような金炳魯委員長の発言を要約すると次のようになる。すなわち、①金炳魯委員長は人的・物的な制約があったにもかかわらず、外国法を無批判に受容

³⁵ 第26回国会定期会議速記録第30号（1957年11月6日）。国会で行われた「民法案第一読会」の際、金炳魯法典編纂委員長が直接言及した物権変動に関する民法案起草の内容の一部であり、金炳魯委員長の考え方を確認できる重要な資料である。

することは避けようとした³⁶。②成立要件主義を採りつつも、その登記に「公信力」を認めていない。このような立法は、当時参考にした立法例には無いシステムであったので、当然、国会議員³⁷はもちろん学界³⁸および実務家³⁹からも激しい反論があった（この部分に関しては後述する）。③あきらかに債権契約と物権契約という概念を区別したうえで、両者の混同を避けるために「登記」を備えなければならないとしている⁴⁰。④最後に、フランス法（もちろん、日本法を含む）とドイツ法のメリットを吸収し、不動産物権変動についてその折衷的な立場を採った。言い換えれば、不動産物権変動においてはドイツ法のように「登記」を要求する

³⁶ 第26回国会定期会議速記録第30号（1957年11月6日）6頁。金炳魯委員長は、「この民法について、あるいは草案を読んだ者は、日本民法と共通する同じような条文が多いと思うかもしれないが、日本民法についても、とりあえず他の国の民法と同じく参考にしたにすぎない」と説明した。とりもなおさず、日本民法を参考にした事実を認めつつも、新たな韓国民法が単純に日本民法の継受法にならないように努めたのである。

³⁷ 第31回国会定期会議速記録第46号（1957年11月26日）3頁以下。玄錫虎議員の発言を参照（この反対意見に関しては項をあらためて詳述する）。

³⁸ 民事法研究会編『民法案意見書』67頁以下（一潮閣・1957）、金顯泰「民法草案에 對한 檢討 ——民法草案研究會의 決議에 依한 民法草案에 對한 意見書要綱을 基礎로——」法政12巻3号（1957）19頁。

³⁹ 大韓弁護士協會『民法総則・物権法・債権法の草案에 對한 意見書〔民法案審議資料集〕』39頁以下（民議員法制司法委員会民法審議小委員会・1957）。

⁴⁰ 起草者は「債権行為」と「物権行為」との混同を避けるためと説明しているが、このような両概念の区別の意味は明確ではない。すなわち、ドイツにおける不動産物権変動の一要件としての物権行為か（これに関しては、大場浩之「物権行為概念の起源——Savignyの法理論を中心に——」早稲田法学89巻3号（2014）12頁以下を参照）、それとも日本民法における所有権移転時期の特定と関連する問題としての物権行為かは（これに関しては、大場浩之「物権行為に関する序論的考察——不動産物権変動の場面を基軸として——」早稲田法学84巻3号（2009）334頁以下を参照）、その解釈が明確ではなく、意見が分かれている。詳しくは、①所有権移転時期の問題として把握する見解：張庚鶴「光復30年 우리나라 法律學說（民事法）의 回顧 ——物権行為의 獨自性과 無因性——」法曹26巻7号（1977）19頁以下、②不動産物権変動の一要件として独自の存在を認める見解：洪性載・前掲注（9）206頁などを参照。

成立要件主義を採りつつも、その登記に公信力は与えないフランス法（および、日本法）の形を採択したことである⁴¹。

このような立法者の考え方を端的に確認できる事案がある。危険負担に関する事案であるが、不動産物権変動に関する内容だけを簡略に紹介すると、「甲が所有する土地を乙と丙に二重に売り渡したが、まだ乙にも丙にも登記が経由されていないときに、その土地が洪水により流失した場合には、甲は買主たる乙・丙に対して代金請求権を有するか」というものである。

立法者はこれについて、「本疑問に対し、ドイツ民法は登記を不動産に関する物権得喪変更の要件とし、不可抗力による目的物滅失の場合の危険負担に関しては債務者主義を採用する。双務契約における債務の履行の牽連性を確固として定めているので（ドイツ民法典 873 条・同 232 条・同 446 条）、このような事案に対しては一点の疑いも生じる余地がないのであるが、日本民法 176 条は、物権の得喪変更は単に当事者の意思表示によって効力が生じると規定し、不可抗力による特定物の滅失の危険負担に関しては債権者主義を採用しているので、二重売買と危険負担の問題について議論〔結論〕が一致し得ない……」と説明している⁴²。

以上のような内容から、まず韓国民法の起草者はドイツ民法学的な思考に魅力を感じているように見え、実際の法律問題に対しては実用的な解決を図ろうとしたと思われる⁴³。すなわち、韓国民法の起草者はドイツ民法典のように、成立要件主義を採用した上で、債権行為と物権行為を区別してその「独自性」を認めたこ

⁴¹ 同旨：洪性載・前掲注（9）206頁。また、物権契約と債権契約を分離させて所有権移転という法律効果の発生を明らかにしようとし、債権契約の原因が無効または存在しない場合においては、当事者に何ら効力が無いということは「有因性」を認める説明のように推察され、さらに登記をしていても公信力を認めないと推察される。どのように解しても「無因性」を認める説明とは言い難いと説明する見解もある。高翔龍「物権行為의 独自性과 無因性論의 再検討 小考」春齊玄勝鍾博士華甲記念論文集『法思想과 民事法』253頁以下（國民書館・1979）。

⁴² 「法学界第3号（1915）45頁」が原文であるが、ここでは、鄭鍾休「韓国民法典의 比較法的系譜」民事法学8号（1990）76頁以下の内容を引用する。

⁴³ 洪性載・前掲注（9）206頁、鄭鍾休・前掲注（42）76頁。

とから、日本民法における「所有権移転時期の確定」のような難問⁴⁴を解決しようとしたことがわかる。もっとも、物権行為の無因性についての確実な言及はないが、「物権変動の原因が無効である場合には、当事者間においても効力がない」という説明からみて、おそらく立法者は「有因説」の立場に立っているようにも見える⁴⁵。

4. 成立要件主義への転換に対する批判

韓国に近代的な民法（日本によって施行された旧民法）が施行されてからそれほど経過していない間に、不動産物権変動について意思主義（と対抗要件主義）から、成立要件主義への未曾有の転換がなされようとしたのであるから、これに激しい反論があったのは当然といえる⁴⁶。

不動産物権変動に関する立法過程を見ると、まず、起草者側が成立要件主義のメリットをあげてその採用の正当性を主張し、これに対して、意思主義維持派の反論がなされる状態であった。ここでは、国会で行われた記録を中心としてその賛成・反対の内容を検討することにする。

まず、第 26 回の民法案審議録の第一読会で行われた国会議員蘇宣奎議員の発言

⁴⁴ 山田晟「登記主義と有因主義との結合について」『杉山教授還暦祝賀論文集』818 頁以下（岩波書店・1942）、大場浩之・前掲注（40）335 頁以下、川名兼四郎「物権ノ設定移転ヲ論ス」法学協会雑誌第 21 巻第 2 号（1903）209 頁以下、岡松参太郎「物権契約論」法学協会雑誌第 26 巻第 1 号（1908）58 頁以下、横田秀雄「物権契約ヲ論ス」22 巻 11 号（1912）18 頁などを参照。

⁴⁵ 洪性載・前掲注（9）206 頁。ちなみに、洪性載教授は、「無因・有因」と関連して、当時の民法案審議録、すなわち、草案には、現行韓国民法 548 条 1 項（日本民法 545 条と同様）の「第三者の権利を害することはできない」という「ただし書」が無かったことを理由として、立法者が無因性を認めていたかもしれないと推測している。しかし、上述したように、立法者は物権行為の「有因性」を認める立場を堅持していたとみることができる。

⁴⁶ 当時のいわゆる知識人はほぼ例外なく日本の法学教育を受けており、欧米の法律制度についても、日本の学者による書物から習得していたからである。なにより、起草者の金炳魯委員長さえも日本の大学で法学教育を受けて法律知識を身につけた。このような状況をみると、成立要件主義への転換に対して批判が起こるのは当然であろう。

を見る。「……物権変動においては、意思主義を放棄していわゆる登記主義、登記をしてから売買契約の効力が発生するということである。しかしながら、我が国の実情に合うか否か、疑わなければならない。……不動産においては登記、動産においては引渡しをその効力発生要件として法律関係の複雑化を阻止するとともに、取引の安全を期すると仰っている。確かに、この物権変動に登記主義を採用すればおそらく取引の安定にはなるかもしれない。しかし、その反面、取引の円滑をきわめて阻害する部分が大きいのと思う。……我が社会の基本的条件が〔成就するのに〕100年か200年かかるかもしれないが……これは時期尚早だと考える」と指摘した⁴⁷。すなわち、成立要件主義の前提となる「登記」を要求することについて、未だに登記制度の全般にわたって整備がなされていないことを取り上げた上で、取引の迅速性を阻害することを理由として反対している。

これに対して、法制司法委員長代理の張暲根委員は、意思主義にせよ成立要件主義にせよ、メリット・デメリットは存在することを前提にした上で、登記を効力要件ではなく対抗要件とすると、当事者との関係・第三者との関係において対立する場合が生じる。このような対立状態は、日本民法 177 条および朝鮮民事令 13 条の解釈の問題が生じるから、このような問題の解決のためには成立要件主義を採用する必要があると述べた⁴⁸。

そして、従前の意思主義を維持しようとした玄錫虎議員の発言内容が注目に値する。同議員は当時の民事学術団体である「民事法研究会」⁴⁹が出版した『民法案

⁴⁷ 第 26 回国会定期会議速記録第 30 号（1957 年 11 月 6 日）21～22 頁。

⁴⁸ 第 26 回国会定期会議速記録第 31 号（1957 年 11 月 7 日）7～8 頁。

⁴⁹ 民事法研究会の代表者は高兼國教授（当時、ソウル大学法科大学の教授）であり、総員 22 名の各大学からの教授で構成された。同研究会はもともと政府が提出した民法案、法制司法委員会民法案審議小委員会の修正案および、『民法案親族編相続編審議要綱審議録』を検討・研究した。そして、1956 年 9 月 25 日に創設されて以来、11 月 9 日まで四分科（総則・物権・債権・身分法）に分けて予備討議を行い、12 回にわたる全体会議を開いて検討した。財産法の審議においては事案ごとに全員一致または多数決で民事法学会の公式意見を決定したが、少数意見を主張する者はその意見を付記するようにした。同書は民法案の体制に従って項目ごとに意見を提示し、それについての理由を付した。民事法研究会

意見書』⁵⁰に基づいて次のような修正案を公表した。

「修正案

第177条：物権の設定および移転は当事者の意思表示のみで、その効力を生じる。

第178条：不動産に関する物権の得喪および変更は登記法が定めるところによって登記をしなければ、これを第三者に対抗することができない。」

旧民法の内容を踏襲する修正案の理由として、①意思主義下では登記手続などが要らないため法律行為が簡素化され、②意思を表示することにより法律行為が完成する、すなわち、意思表示主義と契約自由の原則に合致するという根拠があげられている⁵¹。続いて成立要件主義への転換についての障害となる事項としては、成立要件主義を採るためには、その登記関係において、現にどの程度励行されているかにウェイトが置かれなければならないが、当時の登記制度はそれほど整備されていない⁵²。さらに、公信力の問題について、民法案の第一読会で張暲根議員

前掲注(38)1頁以下、明淳龜「『民法』制定에서 民法学者들의 役割 ——民法研究会와 『民法案意見書』의 寄与」民事法学74号(2016)10~12頁。

⁵⁰ 不動産物権変動の規定に関する内容としては、民事法研究会・前掲注(38)(金曾漢執筆部分)67~74頁。簡略にその内容を記す。第43項(物権変動において形式主義を採ることに反対する)：「①登記主義のメリットとして法律関係の画一化を挙げているが、それはそれ自体として絶対的な価値を有するものではなく、法律関係の分離は法の世界においては普遍的な現象である。②形式主義の採用のためには登記が完備されていることが要求されるが、当時の状況はそうではない。③形式主義には登記に公信力を認めなければならないが、登記に公信力を認める状況ではなく、民法草案もまた登記の公信力までは認めない」などを理由として、成立要件主義への転換を反対した。

⁵¹ 第26回国会定期会議速記録第46号(1957年11月26日)3頁以下。

⁵² ここで同議員は「法律とは、ある程度先を見て定めるのが通常であるが、現実から離れすぎると規定通り施行し得ない。そして、公法関係においては改正があればその改正通り施行しやすいが、私法関係においては必ずしもその限りではなく、その社会的情勢に適応性があるか否かについて、我々は十分考慮しなければならない。したがって、この法(成

が成立要件主義と公信力には必ずしも論理必然的な関係はないと主張したこと⁵³に対して、原則的には張暲根議員の意見（民法案の内容）を肯定しつつも、次のような理由から成立要件主義と公信力を一体化すべきとしている。「……もちろん、形式上見るかぎりでは、公信力を付与することと形式主義を採ることは別の問題である。……〔しかし、〕第三者が登記簿だけを見て法律行為をした場合に、登記はしていないが他の法律行為により権利が移転されていたときは、第三者がきわめて危険な状況になり、〔その第三者を〕保護することができない。このようなことから、形式主義と公信力には重大な関連性があり、公信力を付与しなければ、形式主義はほぼ無意味になってしまう……」。すなわち、玄錫虎議員は成立要件主義が上手く機能するために公信力の必要性を力説し⁵⁴、成立要件主義への転換に反対している⁵⁵。

立要件主義)を制定して登記を要件とするとしても、その登記がなされる可能性は大変疑わしい」と敷衍している。第26回国会定期会議速記録第46号(1957年11月26日)5頁以下の内容を参照。

⁵³ 第26回国会定期会議速記録第31号(1957年11月7日)8頁。張暲根議員は成立要件主義と公信力の関係について、「……この草案のように形式主義を採用するとすると登記の公信力を認めなければならないとの見解があるが、ここに私は錯覚があると思う。……形式主義を採用するとしても、登記によってはじめて所有権や地上権が移転する、つまり、物権変動が生じる。このことと公信力とは全く異なる。公信主義を採用しなくても可能である」として、まず成立要件主義と公信力との関係性を否定したうえで、登記官の実質的審査権については、「……我々はまだ公信力を認めようとするのではない。公信力を認めるなら、もちろん、登記制度から改正しなければならない。登記自体が当事者の申請によって形式的審査を経て登記するのではなく、本当に売買契約が存在したかなどについて、実質的に審査して登記しなければならない。ところが、登記手続において、実質的審査権と物権変動の時期における形式主義とは何ら関連がない……」とし、結局、成立要件主義を採るとしても「公信力」および「登記官の実質的審査権」とは一連の関係がないと説明している。

⁵⁴ 第26回国会定期会議速記録第46号(1957年11月26日)5～6頁。

⁵⁵ 成立要件主義への転換に対して反対意見だけがあったのではない。主なものとして、第26回国会定期会議速記録第33号(1957年11月9日)16頁。孫文璟議員は「……思うに、

このような反論に対して、法制司法委員会の民法審議案小委員会委員長である張暲根議員は、次のような根拠から、前述の意思主義を維持しようとする意見に再反論している⁵⁶。①取引の静的安全の観点からである。言い換えれば、当事者の意思表示の合致に登記まで求めることによって二重譲渡などの恐れがなくなるし、さらにこのように公示制度を強化することは、ドイツやスイスも採択している世界的趨勢であると述べる⁵⁷。そして、②物権の本質としての排他性⁵⁸⁵⁹、③第三者との関係⁶⁰をその理由として取り上げている。さらに、公信力の問題について、成立要件主義は意思表示のみならず登記までしてはじめて所有権の移転を認めるシステムであり、公信力とは論理必然的な関係にあるものではないと区別している⁶¹。

今この経済状態がこのようになっており、いろいろ困難な現段階においては、確かに形式主義を採用することにより最も明確な法律関係となるのではないかと思う。したがって、意思主義と形式主義には様々な利点・欠点があるが、意思主義を排して形式主義を採用するのが、より進歩的だと思われる……」として、法律関係の明確性をその理由として取り上げ、成立要件主義への転換を積極的に支持している。

⁵⁶ 洪性載・前掲注(9) 212頁。

⁵⁷ 第26回国会定期会議速記録第46号(1957年11月26日)9~10頁。ここで同議員は「……個人意思の絶対的保障よりも、その法律行為を外部から認識し、不測の損害を被らないようにする制度が必要である……」とした。

⁵⁸ 第26回国会定期会議速記録第46号(1957年11月26日)10頁。意思主義による物権変動を認めるとすると、排他性が無い物権の変動を認めることになってしまい、意味のない物権の移転だとしている。

⁵⁹ 物権の排他性との関係で、同議員は注目に値する内容を述べる。すなわち、登記について新しい意味を付与している。もともと、韓国で行われていた取引慣行によると、不動産を売買する際には実際の取引に加え、「文券」の授受を要求する慣習があり、もし成立要件主義を採るとしたら慣習上の「文券」の役割を「登記」がもつようになるとしている。

⁶⁰ 第26回国会定期会議速記録第46号(1957年11月26日)10頁。第三者の問題については、日本民法が抱えている問題と同様である。すなわち、登記しなければ第三者には対抗することができない。しかしながら、この第三者に当たるのは誰かについては、第三者に関してはその範囲が極めて複雑であり、このような混乱から自分が第三者に当たるか否か未確定の状態にあることこそが、取引の安全を害すると説明している。

⁶¹ 第26回国会定期会議速記録第46号(1957年11月26日)10頁。

5. 民法案の成立

このような過程を経て、不動産物権変動に関する民法案は票決された。採決は二つに分けられ、まず、玄錫虎議員の修正案、すなわち、旧民法の意思主義を維持する案は、在籍員数 104 人の中、「可が 40 票」、「否は 0 票」で採択されなかった。次いで、政府の原案、すなわち、成立要件主義に転換する案は在籍 109 人の中、「可が 56 票」、「否は 0 票」で可決となり、韓国における不動産物権変動に関する民法規定は「成立要件主義」によるということが明らかになった。ちなみに、玄錫虎議員による次条の「登記の対抗要件」に関する修正案は、前条が成立要件主義を採用することによって当然否決された⁶²。

IV. 満州国民法からの影響

1932 年に日本の植民統治の一環として建国された満州国は、しばらくの間、民法を含めて中華民国の法令を用いた。1934 年に入って、満州国における日本企業や日本人の治外法権を撤廃するなどの準備作業の一つとして、法令整備が急がれた。民法および商法の民事法の制定作業は 1935 年から着手され、特に、民法は 1937 年 6 月 17 日に公布され、同年の 12 月 1 日から施行されることになった⁶³。その後、1945 年、満州国は連合国の勝利によって消滅した。当然の結果、満州国の民法もわずか 8 年余りの施行で終わりを告げた。

しかしながら、韓国民法の立法者の発言からはもちろん、様々な研究成果からみられるように、韓国民法がその立法段階から制定にわたって満州国民法の影響を強く受けたことは、疑いのない事実である⁶⁴。このような両民法における「不動

⁶² 第 26 回国会定期会議速記録第 46 号（1957 年 11 月 26 日）12 頁。

⁶³ 本論文では、これに関して深くまでは立ち入らない。詳しい内容については、満洲帝国政府編『満州建国十年史』179 頁以下（原書房・1969）、小口彦太「日本統治下の満州国の法」法史学研究 27 号（2003）93 頁以下、前田達明・前掲注（18）1700 頁以下などを参照。

⁶⁴ 満州国の民法からの影響に関する文献は韓国の文献のみならず、日本の文献でも確認することができる。代表的な文献としては、鈴木賢「報告六 試論・東アジア法系の成立可

産物権変動に関する規定」を確認すると、たしかにその影響は明らかである。ここでは、韓国の不動産物権変動に関する規定に満州国民法が及ぼした内容について、簡略に述べたい。

1. 規定のあり方

まず、満州国の民法は「不動産物権変動に関する規定」として、①法律行為による場合（満州国民法第 177 条）と②法律の規定による物権変動（同法第 178 条）に分けて規定している。さらに、日本民法や韓国民法には存在しない内容として、その登録⁶⁵に公信力を付与し（同法 179 条）、不動産物権の得喪変更を目的とする法律行為には書面強制（同法 180 条）を定めた規定があげられる。

「満州国民法

第 177 条 不動産ニ關スル物權ノ法律行為ニ因ル得喪變更ハ登録ヲ為スニ非ザレバ其ノ効力ヲ生ゼズ

第 178 条 判決、競賣、公用徴収、相續其ノ他法律ノ規定ニ因ル不動産ニ關スル物權ノ取得ハ登録ヲ要セズシテ其ノ効力ヲ生ズ但シ其ノ登録ヲ為シタル後ニ非ザレバ之ヲ處分スルコトヲ得ズ

第 179 条 登録簿ニ記載シタル權利關係ハ其ノ權利ニ關シ法律行為ヲ為シタル者ノ利益ノ為ニ真正ナルモノト看做ス但シ其ノ真正ナルコトニ付異議ノ登録アルトキ又ハ真正ナラザルコトヲ知り若ハ之ヲ知ルコトヲ得ベカリシトキハ此ノ限ニ在ラズ

能性」北大法学論集第 53 卷第 4 号（2002）904（312）頁以下、李哲松「満州国民法の 우리 法制史的 意義——満州民法의 자리매김에 관한 疑問」民事法学 78 号（2017）16 頁以下、金基善『韓国民法総則』36～39 頁（法文社・1962）、前田達明・前掲注（18）1700 頁以下、鄭鍾休・前掲注（11）301 頁以下、同・前掲注（42）82 頁以下、洪性載・前掲注（9）215 頁以下、梁彰洙・前掲注（14）55 頁などの文献を参照。

⁶⁵ ここで言う「登録」については、「本法は登録というも登記と同性質だから……」と説明しているので、登録と登記の両者を同一視して良いであろう。詳しくは、我妻栄・前掲注（18）506 頁の説明を参照。ほかに、柚木馨『満州民法読本』58 頁（満州有斐閣・1942）も同様に説明している。

第180条 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ目的トスル法律行為ハ書面ニ依リテ之ヲ為スコトヲ要ス」

このような満州国民法の規定は現行韓国民法の186条（法律行為による得喪変更）⁶⁶と187条⁶⁷はもちろん、朝鮮臨時民法典編纂要綱（前述のII-3を参照）と韓国の民法案審議録（前述のIII-2を参照）とも酷似している。

2. 満州国民法の内容

満州国民法における不動産の物権変動すなわち、物権の発生・変更・消滅は前述のように、満州国民法178条ないし180条によって規律されている。ここでは、基礎的な説明は省略し、①満州国における物権行為の性格、②登記簿（または登録簿）への公信力の付与、③物権行為の要式の強制を中心に、説明する。

①まず、満州国民法は法律行為による物権行為について当事者間の合意のみならず、登記簿への登記まで要求している⁶⁸、言い換えれば、不動産物権変動に関して「成立要件主義」を採用している（満州国民法177条）⁶⁹。このように成立要件主義を採ることによって、法律行為による不動産取引について登記なくして物権行為の効力は生じないことになる。これにより、すべての第三者に対して法律関係が明確となり、さらに、物権変動の時期も明確となることをその特徴としている⁷⁰。

②公示の原則のみを認める日本民法や韓国民法とは異なり、満州国民法は公示の原則のみならず登記簿に公信力まで認めた（同法179条）。公信力を認めた同法

⁶⁶ 前掲注（5）を参照。

⁶⁷ 前掲注（17）を参照。

⁶⁸ 登記を要する不動産物権変動は、「所有権・地上権・耕種権・地役権・質権・典権・抵押権・共有権・総有権および共同担保権」であり、占有権と留置権は登記を要しない。原則的に、不動産賃借権は登記を要しないものの、例外的に登記し得る。詳しくは、石田文次郎＝村教三『満州民法（物権）』22頁以下（有斐閣・1942）を参照。

⁶⁹ 司法省調査部『司法資料第二百三十三号満州帝国民法典』10頁（1937）の司法部大臣説明部分を参照。

⁷⁰ 石田文次郎＝村教三・前掲注（68）18頁を参照。

179 条は、ドイツ民法典 892 条⁷¹に倣って作られた規定である⁷²。この公信力は、物的範囲に関しては登記簿における権利関係に限って信頼を与えるものとし、人的範囲としては登記簿の権利関係の記載を信じてその取引から物権を取得しようとする善意の者を対象とする⁷³。公信力が認められると法律行為の無効または取消しがあったとしても第三者による権利取得は有効となる。しかし、異議の登記によりその公信力は消滅し、登記の不真正について故意・過失があるときにも公信

⁷¹ § 892 Öffentlicher Glaube des Grundbuchs

(1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.

(2) Ist zu dem Erwerb des Rechts die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend.

第 892 条（土地登記簿の公信力）

①土地登記簿の内容は、土地を目的とする権利またはその権利を目的とする権利を法律行為によって取得した者の利益のために、これを真正なものとみなす。ただし、その真正に対して異議が登記され、またはその不真正を取得者が知るときは、この限りでない。権利者が土地登記簿に登記された権利の処分につき、特定の者のために制限を受けたときは、この制限は、これが土地登記簿から明らかであり、または取得者がそれを知るときに限り、取得者に対して、その効力を有する。

②取得者による前項の事実の了知は、権利の取得に登記を要する場合においては、登記の申請をした時を基準とする。その場合において、第 873 条により必要となる合意が登記よりも後に成立したときは、合意をした時を基準とする。（本条文訳は、マンフレート・ヴォルフ＝マリーナ・ヴェレンホーフ著・大場浩之＝水津太郎＝鳥山泰志＝根本尚徳訳『ドイツ物権法』608 頁（成文堂・2016）による。）

⁷² 石田文次郎＝村教三・前掲注（68）25 頁。

⁷³ 石田文次郎＝村教三・前掲注（68）26 頁。

力は認められない⁷⁴。

③最後に、不動産物権変動におけるその法律行為の方式の強制である（同法 180 条）。すなわち、不動産物権変動を目的とする法律行為は一個の要式行為、言い換えれば書面によらなければならない⁷⁵。

3. 両民法の異同

日本民法を根幹として作られた満州国民法⁷⁶と韓国民法は、その原型から離れて独特の成立要件主義を採用した。まず両民法は、法律行為による不動産物権変動には「登記・登録」という形式を要する成立要件主義を採用した。さらに、法律の規定による不動産物権変動には登記・登録を要せずにその得喪変更を認めるが、その処分の場面に入ると、登記なくしてはその効力を認めない。ここで注目し得る内容は、その規定の「定め方」にある。両民法に先立って成立した中華民国民法第 759 条⁷⁷は登記なくして取得し得る事項を制限的に列挙する定め方を採るが⁷⁸、満州国民法と韓国民法は登記をしなくとも物権を取得し得る事項の例を取り上げた上でそれを包括的に「其ノ他法律ノ規定ニ因ル」として一般化して定めている。

⁷⁴ 石田文次郎＝村教三・前掲注（68）26 頁。

⁷⁵ 司法省調査部・前掲注（69）29 頁。この司法資料によると、「是日本民法と異なるところなれども満州國に於ける従來の慣習に鑑み其の取引の實際に順應したるものなり」と説明している。このような前清時代から行われてきた慣習である「契據」については、石田文次郎・村教三＝前掲注（68）19～20 頁、我妻栄＝川島武宜『中華民国民法 物権（上）』55 頁（中華民国法制研究會・1941）。

⁷⁶ これについては、「今回公布の満州国民法前三篇は、形式に於ても内容に於ても日本民法を模範として居る」とした穂積博士の発言（穂積重遠「慶賀と期待」法曹雑誌 4 卷 7・8 合併号（民事法典制定記念号）（1937）38 頁）と、「全体の編別、章別等はわが民法に甚だしく酷似する」とした我妻博士（我妻栄・前掲注（18）506 頁）の発言から推測し得る。

⁷⁷ 第 759 条 相續、強制執行、公用徴収又ハ裁判所ノ判決ニ因リテ登記前ニ不動産ニ關スル物権ヲ取得シタル者ハ之カ登記ヲ為シタル後ニ非サレハ其物権ヲ處分スルコトヲ得ス。

⁷⁸ 我妻栄＝川島武宜・前掲注（75）53 頁、村上貞吉『中華民国民法 物権編』16 頁（出版社不明・1930）。

しかし、右のような同一性があるものの、まず、不動産登記に公信力を付与するか否かについては相違がある。満州国民法典は179条により不動産登記における公信力を全面的に認めているが、韓国民法は不動産登記に公信力を認めなかった⁷⁹。さらに、物権行為は「書面」によらなければならない、すなわち、要式強制もまた、韓国民法は受け入れなかった⁸⁰。

V. おわりに

ここまで、韓国における不動産物権変動に関する民法規定の成立過程を概観してきた。しかし、不動産物権変動に関する日本民法と韓国民法との法体系が持つ相違のため、このような考察の結果から早急に有益な示唆を得ることは難しいと思われる⁸¹。

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（不動産物権変動に関する規定を含めて）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の面々をみると、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重役を担った場合とは

⁷⁹ 韓国民法の起草者は、韓国民法における「登記」に公信力を認めなかったというよりは、認めることができなかったと解する方がむしろ正しいであろう。このような経緯に関しては前述のⅢ-4以下の玄錫虎議員と張暎根議員との論争内容を参照。

⁸⁰ 確かに、上記の朝鮮臨時民法典編纂要綱にある「物権法要綱」の第2-(3)に「物権行為は書面によることを要する」とあるが、なぜか韓国民法の草案、すなわち、民法案審議録の段階に入るとそのような「書面強制」の内容は見出せず、国会における民法案審議の際にも、「書面強制」に関しての発言はない。

⁸¹ このような「比較法」が有する難点については、五十嵐清「比較法はどこへ行く？——ひとつの中間報告——」早稲田大学比較法研究所編『比較法と法律学——新世紀を展望して——』278頁以下（成文堂・2010）。

明らかに対照的である⁸²。

結びに代えて、ここまで扱ってきた内容を整理してみよう。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⁸³、その「無因性」は否定されていたことがわかる⁸⁴。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⁸⁵。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⁸⁶と酷似

⁸² 例えば、ドイツ民法典における *Savigny* と *Windscheid*、フランス民法典における *Domat* と *Pothier*、スイス民法典における *Huber*、日本民法における *Boissonade* と梅謙次郎の例を見れば、明らかである。梁彰洙・前掲注（14）50頁も同じ内容を指摘している。

⁸³ このような起草者の考え方にもかかわらず、韓国の大法院は「……我が法制が物権行為の独自性と無因性を認めていない……」（大法院 1977.5.24.宣告 75 다 1394 判決等の多数の否定した判決例が存在）として、物権行為の独自性を否認している。この経緯については、さらなる研究が必要であろう。

⁸⁴ ただし、起草者が物権行為の無因性を認めていたと解する見解もないわけではない。例えば、丁玉泰「韓国民法上 物権行為의 無因性論」終隠金基善博士古稀記念『現代 財産法의 諸問題』48頁（法文社・1987）を参照。

⁸⁵ 同旨として、梁彰洙・前掲注（14）57頁。

⁸⁶ Art. 656

B. Erwerb

I. Eintragung

している。確かに、この連結点を探ってみることもまた、今後の不動産物権変動論に関する法制度の発展現象を提示するのに良い道しるべになるだろうと思われる。

1 Zum Erwerbe des Grundeigentums bedarf es der Eintragung in das Grundbuch.
2 Bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder gerichtlichem Urteil erlangt indessen der Erwerber schon vor der Eintragung das Eigentum, kann aber im Grundbuch erst dann über das Grundstück verfügen, wenn die Eintragung erfolgt ist.
第 656 条 (B.取得 I.登記)

- ①土地所有権の取得には、土地登記簿への登記を必要とする。
- ②先占、相続、公用徴収、強制執行、または裁判所の判決の場合においては、前項の規定にかかわらず、取得者は登記を経ずとも所有権を取得する；但し、土地登記簿に前項の登記をしなければ、その土地を処分することができない。

第三章 韓国における不動産登記の法的位置づけ

I. はじめに

1. 問題意識

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¹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皮し、成立要件主義への転換²が行われたのである。韓国民法

¹ 朝鮮不動産登記令（1945 年・朝鮮総督府制令第 9 号）1 条 1 項は、「不動産ニ関スル権利ノ登記ニ付テハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外不動産登記法及明治三十九年法律第五十五号ニ依ル」と定め、当時の朝鮮に日本の不動産登記法を適用することを明らかにした。

² 韓国における不動産物権変動システムの成立要件主義への転換については、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』145 頁以下（創文社・1989）、拙稿「不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程」早稲田大学大学院法研論集第 164 号（2017）1 頁以下。ただし、前者の文献は不動産物権変動に関する内容のみならず、韓国民法の成立過程を対象としている。

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³。50年以上⁴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。

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（日・仏と共通）、登記官は形式的な審査権しか持たない（日本と共通）。

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。しかしながら、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⁵。本章は

³ 韓国の新民法は国会での議決を経て1957年に成立し、1960年の正式施行までおよそ3年間の猶予期間があった。しかし、新生独立国であり、かつ1950年から3年にわたった戦争の余波が残っていた当時の状況に鑑みれば、順調な道のりでなかったことは当然であろう。

⁴ 日本による統治は1910年から1945年までの35年余りであったが、従前の法律の効力をそのまま認めた米軍政の米軍政令21号によって旧民法としての日本民法は、新民法が施行されるまでは、現行民法としての効力を維持した。詳しくは、拙稿・前掲注(2)2頁以下を参照。

⁵ 例えば、ドイツにおける不動産登記制度についての大場浩之『不動産公示制度論』（成文堂・2010）、フランスにおける不動産登記制度についての滝沢聿代『物権変動の理論』（有斐閣・1987）、鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察（1）～（4・完）民商法雑誌66巻3号～6号（1972）、同「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——」比較法学9巻2号（1974）、同「フランスにおける不動産取引と公証人の役割——『フランス法主義』

以上のような内容を踏まえて、韓国における不動産登記について検討を行い、今後の日本民法や不動産公示制度に示唆を得ることを目的とする。

2. 本章の目的と論文の構成

一般に、不動産物権変動における成立要件主義の採用には不動産登記に公信力を認めるシステムが常識のように受け入れられている（ドイツやスイスのシステムが代表的であろう）。もっとも、韓国は日本のように不動産登記に公信力を認めずに、ドイツのように登記を不動産物権変動の成立要件としている。したがって、このような不動産公示制度は、従来のドイツやフランスなどとは異なる新たな視野を提供することになるだろう。

以上のような理由から、本章は、II. 韓国における不動産登記法の制定とその変遷、III. 物権行為 (*dingliches Rechtsgeschäft*) の要素としての登記、IV. 未登記譲受人の地位、V. 登記の公信力をめぐる議論について検討したうえで、VI. 結論では以上の内容をまとめて、日本法への示唆を得ることを目的とする。

II. 韓国における不動産登記法の制定とその変遷

韓国における近代的な不動産登記制度を定めたものは、1912年の朝鮮不動産登記令⁶である。本令の公布から2年後、土地調査が終わったソウル（当時の京城）をはじめ、一部の29地域のみにも優先的に施行され、土地調査事業によって適用地域を漸次的に拡張して1918年7月1日に全面施行に至った⁷。朝鮮不動産登記令1条1項は、「不動産ニ関スル権利ノ登記ニ付テハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外不動産登記法」によると定め、日本の

の理解のために(1)、(2)」早稲田法学56巻1号・2号(1981)のような学術的研究文献は、韓国法については存在しない。

⁶ 朝鮮不動産登記令は、条文4カ条、附則5カ条、全9カ条の制令であった。早川保次『朝鮮不動産登記ノ沿革』37頁以下（大成印刷社出版部・1921）を参照。

⁷ 1914年以前には、所有権の公証制度の一種である証明制度が実施されていたが、本令によって1918年7月1日までは証明制度と登記制度とが並行されており、土地調査事業の終了とともに証明制度は廃止され、登記制度だけを施行するようになった。詳しくは、金炳華『続近代韓国裁判史』208頁（韓国司法行政学会・1976）、鄭周洙「不動産登記法制50年の沿革的考察(1)」司法行政53(9)(2012)61頁以下を参照。

不動産登記法の全面的な適用を明らかにした。さらに、第二次世界大戦の終戦とともに独立国としての地位を取り戻したものの、米軍制令 21 号⁸および制憲憲法 100 条⁹によって従前の法律が存続することになった。

したがって、1960 年以前の状況は日本における解釈とほとんど変わらないので、本章での検討対象は 1960 年以後の不動産登記法に限定して考察することとし、10 年ごとにその変遷過程をたどることとする。

1. 1960 年代

1945 年の政府樹立後から、韓国戦争（いわゆる、朝鮮戦争）を経て制定された新しい民法（法律第 471 号）¹⁰と不動産登記法（法律第 536 号）は、1960 年 1 月 1 日から施行された。

不動産登記法は、条文 187 カ条と附則 5 カ条からなる法律として、第 1 章総則、第 2 章登記所と登記公務員、第 3 章登記に関する帳簿、第 4 章登記手続、第 5 章異議から構成された。本法の施行によって従前の朝鮮不動産登記令は廃止されたが、附則 190 条¹¹が従前の登記の効力を認める経過規定を設けたので、旧法によってなされた登記の効力は相変わらず維持された。すなわち、新法によって旧法だけが廃止され、旧法による登記は存続したのである。

新しい不動産登記法の施行による変化は以下の通りである。（1）旧法は、所有権、地上権、永小作権、地役権、先取特権、抵当権、および、賃借権等の登記を許容したが、新法は、新民法の規定に合わせて「所有権、地上権、地役権、^{チヨンキ}傳貫権、抵当権、賃借権」についての設定・保存・移転・変更・処分の登記ができると定めた（不動産登記法 2 条）。新民法により、永小作権・先取特権は民法規定から削除されたためである。そして、新たに設けられた傳貫

⁸ 米軍制令 21 号（以前の法令等の効力に関する件、1945 年 11 月 2 日）の 1 条（法律の存続）は、「あらゆる法律または朝鮮の旧政府が発布し、法律的効力を有した規則、命令、告示その他文書として 1945 年 8 月 9 日現在で行使されているものは、その間すでに廃止されたものを除き、朝鮮軍政府の特殊命令で廃止するまで全効力が存続する……」として従前に日本によって定められた法律の効力を認めた。

⁹ 制憲憲法 100 条（1948 年 7 月 17 日、憲法第 1 号）「現行法令は、この憲法に抵触しないかぎり、効力を有する。」

¹⁰ 韓国民法の全般にわたる成立過程やその背景については、鄭鍾休・前掲注（2）を参照。

¹¹ 不動産登記法 190 条（同前〔経過規定〕）「①本法の施行前に従前の規定によって行われた登記は、本法によって行われたものとみなす。②本法の施行前に調製した登記簿はそのまま使用する。」

権と根抵当権もまた登記の対象とされた。(2)旧民法においては、仮登記について、本登記の申請にあたって申請情報と併せて提出しなければならない書面が提出できないとき、請求権を保全しようとするとき(その請求権が期限付きまたは停止条件付きその他将来において確定されるときも同様)にその設定を認めていたが、新民法が成立要件主義を採った結果、後者のみが認められるようになった(不動産登記法3条)。(3)新民法は共同所有の類型として共有と合有とを区別したため、登記の対象が合有財産の場合には、その旨を記載することにした(不動産登記法44条2項)。(4)抵当権は、付従性によって被担保債権と切り離すことができないため、抵当権の移転登記の際には抵当権が債権と同時に移転する旨を記載することが義務付けられた。さらに、根抵当権(民法357条¹²)の明文化に伴い、根抵当権を目的とする場合には、申請書に登記原因が根抵当権設定契約である旨と債権の最高額(日本民法の極度額にあたる)を記載するものとした(不動産登記法140条2項)。(5)旧登記簿の内容を新登記簿に移記した時に、旧登記簿を閉鎖することとした(保存年限30年、同法26条)。

このような不動産登記法とともに看過してはならない事項として、不動産登記特別法がある。第一に、「分配農地所有権移転登記に関する特別措置法」は¹³、1950年4月に施行した農地改革法によって農地分配を受けた耕作者が代金を納付したにもかかわらず、登記名義を自身に移していない者に対し、政府が直接移転登記に必要な手続きを踏んで所有権の移転登記を可能にすることを目的とした特別法である(1961年5月5日、法律第613号)。主たる内容は、分配農地の所有権移転登記手続の簡易化・迅速化(同法1条)、分配を受けた者が登記手続の完了前に第三者に当該土地を移転した場合に、政府がその実質的な所有者たる第三者に所有権移転登記をできるようにすること(同法2条)、当該土地について農地委員会

¹² 日本民法とは異なり、韓国民法には立法当時から根抵当権に関する規定が存在していた。357条(根抵当)「①抵当権は、その担保する債務の最高額だけを定め、債務の確定を将来に留保し、これを設定することができる。この場合には、その確定される時までの債務の消滅または移転は、抵当権に影響を及ぼさない。

②前項の場合には、債務の利子は最高額の中に算入されているとみなす。」

¹³ 本法は韓国における最初の時限立法であった(その効力は「2年間」とされた)。

の確認に基づいて発行された書面を登記原因として認めること（同法3条）¹⁴の3点である。

第二は、「一般農地の所有権移転登記等に関する特別措置法」である。1964年9月17日に法律第1657号として施行した本法は、一般農地の所有権移転登記を対象とした特別法である。民法附則10条¹⁵によって不動産物権の取得のためには民法の施行から3年以内（1964年12月31日まで）に登記をしなければならないとされたため、一般農地に限って所有権移転登記手続を簡略化し、かつ、諸税の負担を免除することによって零細農民を保護すると同時に、成立要件主義の定着を図ろうとした¹⁶。具体的には、所有権移転登記のない農地に限って（同法2条、3条）、現所有者または時効取得者が単独で登記をすることができ（同法4条）、新民法の定着のために登録税や登記手数料を免除する（同法12条）規定を置いた。なお、本法によって不法に所有権が取得されてしまうことを防ぐために、異議申請および異議に関する調査規定も設けられた（同法5条、7条）。

第三は、「林野所有権移転登記等に関する特別措置法」である。本法は、上記一般農地の所有権移転登記等に関する特別措置法のように所有権移転登記をしていないか、保存登記をしていない林野の登記を目的とした特別法である（1969年5月21日、法律第2111号）。本法によって、林野であり（同法1条）、かつ、1960年1月1日より前（すなわち、新民法の施行前）の売買・贈与・交換その他の法律行為による譲渡（未登記）があり（同法3条）、

¹⁴ 韓国における不動産登記特別法については、任泳徳「不動産所有権 移転登記 等 에 관한 特別措置法 의 研究」國民大学大学院博士学位請求論文（2008）134頁以下を参照。

¹⁵ 民法附則10条（所有権移転に関する経過規定）「①本法の施行日前の法律行為による不動産に関する物権の得喪変更は、本法の施行日から3年以内に登記しなければ、その効力を失う。

②本法の施行日前の動産に関する物権の譲渡は、本法の施行日から1年以内に引渡しを受けなければ、その効力を失う。

③本法の施行日前の時効完成によって物権を取得した場合にも、第1項の規定を適用する。」

¹⁶ 当時の韓国においては、①農地に関する所有権移転登記は行わず、ただ現実の引渡しのみを受けて耕作する農村の慣行、②複雑な登記手続や高い税金および登記手数料、③当事者間の意思表示のみで権利が移転する旧民法上の意思主義・対抗要件主義の影響、④戦争等の社会的混乱による売主の行方不明または登記義務者の相続人が登記協力義務を断るなど、事実上登記することができない場合が多かった。詳しくは、배명일=윤정용「登記에 관한 特別措置法 의 立法上 및 判例上 問題点」民事法学第31号（2006）324頁以下を参照。

そして、異議申請のない林野については、民法附則 10 条の規定の存在にもかかわらず登記ができるようにした（同法 3 条）。

2. 1970 年代

1970 年代に入ってから不動産登記法は 2 回の改正があり、不動産登記法の特別法である林野所有権移転登記等に関する特別措置法は、改正によって施行期間が延長された（時限立法の延長）。さらに、「不動産登記に関する特別措置法」と「不動産所有権移転登記等に関する特別措置法」が新たに制定された。

1970 年代に最初に行われた改正法は、1978 年 12 月 6 日に法律第 3158 号として公布され、1979 年 1 月 1 日から施行された。当時は、不動産投機によって不動産の効率的利用が阻害されており、さらに不動産価格の暴騰により経済にも悪影響を及ぼしている状況に照らし、不透明な不動産取引を正常化することが、改正の第一の目的であった。そのために不動産投機を抑制して不動産取引および利用を明確化し、課税の適正化を図り、登記原因の紛争などを防ぐために交換契約書¹⁷による契約締結を義務づけた。

そして二度目の改正によって、（1）登記に必要な書面として、所有権の保存または移転登記を申請する場合には「申請人の住所を証明する書面」が追加され（同法 40 条 1 項 6 号¹⁸）、（2）売買または交換に基づく所有権移転登記には、当該不動産の所在地の市長による検印がある交換契約書を提出しなければならない（同法 40 条 2 項）、（3）登記所は所有権の保存ま

¹⁷ 韓国で官印契約書または検印契約書と呼ばれる不動産登記法上の「交換契約書」とは、不動産登記法に則り譲渡人・譲受人・取引金額を記載した書面に当該不動産所在地を管轄する市長の検印がある文書である。不動産取得者は登記申請の際に、かならず交換契約書の副本を提出しなければならない。なお、検印の導入の際には「検認」であったが、1990 年の不動産登記法の改正により「検印」とされた。以下、特段の事情がない限り「検印」の語を使うことにする（韓国語においては、検認と検印の発音が同一であったために、それほど意識されていなかった）。詳しくは、オンライン斗山百科事典の当該項目を参照。<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1058920&cid=40942&categoryId=31611>（最終閲覧：2018 年 7 月 18 日）

¹⁸ したがって、登記に必要な書類は、①申請書、②登記原因、③登記義務者の登記済証、④登記原因に第三者の許諾を要する場合には第三者による承諾、⑤代理人による登記申請の場合にはその代理権を証明するものの 5 種類である。

たは移転の登記をしたときは、遅滞なく 40 条 2 項の契約書の謄本を添付して課税資料として不動産所在地を管轄する税務署長に送付することを定めた（同法 11 条の 2）。

次いで、「不動産登記に関する特別措置法」である。本法は 1970 年 8 月 7 日、法律第 2221 号として施行された不動産登記に関する特別法であり、不動産に関して 1953 年 2 月 14 日までに行われ、登記簿上に記載されている抵当権、質権、仮処分などの権利について、それらが 20 年以上権利行使なく放置されている場合に、それらの登記を抹消しようとするものである¹⁹。もっとも、所有権の登記については対象から除かれた。本法によって、所有権を除く不真正の登記は職権で抹消することができるようになった。

最後に、「不動産所有権移転登記等に関する特別措置法」である。本法（1977 年 12 月 31 日、法律第 3094 号）は、1978 年 3 月 1 月から施行された。未登記不動産や、登記簿上の記載と実際の権利関係が一致していない不動産について簡易な手続によって所有権移転登記を可能とすることを目的とした。これによって、所有権の保護、その維持と、新民法による成立要件主義の定着が図られた²⁰。主たる内容は次のとおりである。（1）保存登記のない不動産や、登記簿の記載と実体関係が一致していない不動産を簡易な手続によって登記すること（同法 1 条）、（2）1974 年 12 月 31 日以前に法律行為によって行われた譲渡についてのみ、本法の適用があること（同法 3 条）、（3）台帳上の所有者に代わって、登記の移転を受けていない譲受人が、地籍移動申告（例えば、土地の移動または建物変更の表示）ができるようにすること（同法 5 条）、（4）本法 10 条の確認書に基づいて所有権保存登記と所有権移転登記ができるようにすること（同法 6 条）、（5）以上の手続による登記に対する異議は公告期間以内にしなければならないこと（同法 11 条）、（6）本法による登記は本法の施行日から 3 年以内に制限すること（同法 14 条）、以上の 6 点である。

¹⁹ 1953 年 2 月 17 日に行われた「第 3 次貨幣改革」によって、登記簿上に記載されている額面は経済的に価値が低く（これによって貨幣の価値が切り下げられ、「100 圓が 1 圓」となった）、当時の耕地整理や都市計画といった政府の経済政策に支障が生じることを避け、そして、日本占領下の日本人の地主が設定した抵当権や質権を抹消して不真正な登記の整理を図った。

²⁰ 当時は未登記の土地と建物が多数存在しており、また登記をした不動産であっても、台帳と登記簿の内容が一致していない場合（例えば、台帳には分筆や合筆の記載があるが、登記はしないなど）が多かった。したがって、不動産の譲渡が行われても移転登記ができなかったため、財産としての価値が著しく減少し、また課税上の問題も生じていた。

3. 1980年代

1980年代には、不動産登記法は4回にわたる改正がなされ、不動産所有権移転登記等に関する特別措置法の改正も（施行延長のために）行われた。

不動産登記法の（70年代に続いての）第3次の改正（1983年12月31日、法律第3692号）では、（1）登記業務の機械化・能率化のための登記簿をカード化²¹し、（2）個人については、登記に姓名と住民登録番号の併記を義務付け（同法41条）、（3）還買権²²は譲渡性のある独立の権利として、その登記・抹消についての規定を設け（同法43条）、および民法の規定に従って権利質の登記内容²³についても定めた（同法142条の2）。

第4次の改正では（1984年4月10日、法律第3725号²⁴）、「集合建物の所有および管理に関する法律（1984年4月10日、法律第3725号）」の制定に合わせて、不動産登記においても「集合建物の概念」が認められるようになった。当時の経済成長による人口の急増に対応するために共同住宅が建てられ、民法や不動産登記法を制定した時点においては予想し得

²¹ 従来の「帳簿式登記簿」は、編綴の順序が地番ではなく保存登記の順序によってなされていたため、必要な不動産登記簿を探し出すことが容易ではなかった。さらに、登記簿の追加ができず、登記簿の記載も人の手によるしかなかった。しかし、「カード式登記簿」の導入により、登記簿は地番順で編綴することが可能となったために検索しやすくなり、カード式の登記簿を外してタイプライターによって記入することが可能となった。詳しくは、不動産登記発刊委員会『不動産登記実務〔I〕』18頁（法院行政処・2015）を参照。

²² 「還買」とは、韓国民法590条以下に定められた権利であり、日本民法579条以下の「買戻し」に対応する概念である。韓国民法590条（還買の意義）「①売渡人が、売買契約と同時に還買する権利を留保したときには、その領収した代金および買受人が負担した売買費用を返還してその目的物を還買することができる。

②前項の還買代金について、特別な約定があれば、その約定による。

③前2項の場合に、目的物の果実と代金の利子は、特別な約定がなければ、これを相殺したものとみなす。」

²³ 同条の記載事項は、「①債務者の表示、②債権額、③弁済期と利息」についての約定があるときにはその内容、である。

²⁴ もっとも、同法の施行は、1年後の1985年4月10日であった。

なかった高層建物（例えば、一棟の建物に数十、数百の区分所有と共同利用関係が生じるもの）が出現した。そして、従来のシステムだけでは対応できない状況を解決するために、集合建物の所有および管理に関する法律の制定と不動産登記法の改正が行われたのである。改正の内容は以下の通りである。（1）区分建物について新しい登記用紙を創設した。1筆の土地または1棟の建物に対しては1つの用紙を使用するという「一不動産一登記用紙主義」に例外を設けた²⁵。一棟の建物を区分した建物については、そこに属する全部につき一用紙を使い（同法15条1項）、当該用紙には表題部および1棟の建物を区分した各区を置き（同法16条の2）、集合建物の所有および管理に関する法律による建物の共用部分に関する用紙には表題部だけを置いた（同法16条の3）。（2）区分建物については、「登記公務員の実質的調査権」を認めた（56条の2）²⁶。

第5次改正では（1985年9月14日、法律第3789号）、登記義務者の権利に関する登記済証の滅失がある場合の登記手続を簡素化し、不動産登記法で使われる言語の規定が緩和された。具体的には次のとおりである。（1）登記義務者の権利に関する登記済証の滅失がある場合には、2人以上の証人による登記義務者の本人確認に加えて（同法49条）、登記公務員が登記義務者に登記申請の事実を知らせて登記義務者が2週間以内に異議のない旨を申告することによって処理されていたが（同法49条の2）、後者の申告義務を削除した。（2）登記書面の作成について、金銭その他数量や年月日と地番の記載には文字による記載のみが認められていたが、アラビア数字の使用を認めるようになった（同法88条2項の削除）。

第6次改正では（1986年12月23日、法律第3859号）、不動産に関する資料を電算化して行政目的に使うために、登記権利者が個人である場合には、姓名と住民登録番号を併記させるとともに、国家・地方自治団体・国際機関・外国政府・外国人・法人等に付与された「不動産登記用登録番号」を記載するようにした（同法41条2項）。

²⁵ 鄭周洙・前掲注（7）75頁。

²⁶ 56条の2（登記公務員の調査権）「①登記公務員は、1棟の建物を区分した建物に関する登記申請がある場合に、必要な場合には、その建物の表示に関する事項を調査することができる。

②第1項の調査を行うにあたって必要な場合にはその建物を調査し、建物の所有者その他関係人に文書の提示要求および質問をすることができる。

……〔以下省略〕」

4. 1990年代

1990年代に入り、不動産登記法については6回の改正が行われ、特に、「不動産登記特別措置法」の制定や「不動産所有権移転登記等に関する特別措置法」および「不動産実権利者名義登記に関する法律」といった不動産登記特別法が制定された。ここでは、6回の改正のうちで重要と思われるものを紹介する。

不動産登記法の第8次改正には、次のような内容が含まれていた。(1991年12月14日、法律第4422号)。(1)従前の不動産登記法は登記原因の無効または取消しによる登記の抹消に限って予告登記を許容していたが、敗訴した原告が再審の訴えを提起した場合にもこれを許容して、第三者が余計な紛争に巻き込まれないようにした(同法4条)²⁷。(2)登記済証の滅失時、成年者2人以上の証明書を添付するようになっていたが、登記の真正性の確保という本来の機能にそぐわず、副作用の恐れもあるから、登記義務者が直接出席して本人であることを確認するか、弁護士などの代理人が本人から委任があることを証明できる場合にのみ登記することができるようにした(同法49条)。

同法の第11次改正では(1996年12月30日、法律第5205号)、「電算情報処理組織²⁸」による不動産登記事務処理に関する特例が規定された²⁹。(1)電算情報処理組織によって登記事務を処理する場合、登記簿の謄本または抄本とは、登記簿に記録されている内容の全部または一部を証明する書面をいい(同法173条31項)、登記簿の閲覧は登記簿に記載された書面を交付するか、または、電磁的方法によってその内容を閲覧させる方法によることができるようにした(同法173条32項)。(2)電算情報処理組織によって登記事務を処理する場合に、管轄の税務所長に対する課税資料の送付等は、一定事項を記録した磁気ディスクまたはこれを記載した書面を電算通信網によって転送する方法によることができる(同法177

²⁷ しかし、同条のただし書は、「……その無効、または、取消しを善意の第三者に対抗することができない場合には、その限りではない」という制限を設けている。

²⁸ 不動産登記の電算化は、1994年5月から着手された。1998年10月からは、「ソウル中央地方法院」の登記課および7カ所の登記所において電算登記簿のサービスが実施された。以後、不動産登記簿の電算化は全国的に拡大し、2002年9月には、すべての登記所の電算化が完了した。詳しくは、不動産登記発刊委員会・前掲注(21)18~20頁を参照。

²⁹ 正式には、第4章の2「電算情報処理組織による登記事務に関する特例」177条の2から、177条の8までである。

条 51 項)。 (3) 電算情報処理組織によって登記事務を処理する場合における登記簿の保管と登記事務について、必要な事項は大法院規則に委任された (同法 177 条の 8)。

同法の第 12 次改正では (1998 年 12 月 28 日、法律第 5592 号)、不動産登記業務の電算化事業を進めるにあたって、必要な諸規定の改正を行った。(1) 登記事務を処理する者を登記公務員から「登記官」と改正した (同法 12 条、13 条および 41 条の 2 等)³⁰。(2) 電算情報処理組織によって登記事務を処理する場合には、登記簿に関する文字記載の規定や登記番号などの電算化に合わない規定は適用されないこととした (同法 177 条の 4)³¹。(3) 大法院長が指定する登記所においては、指定時に現存する登記用紙の登記を電算移記し、電算移記した当該登記記録を、従前の登記用紙の閉鎖時から登記簿の登記記録とみなした (同法 177 条の 6)。

次いで、不動産登記に関する特別法については以下の通りである。第一は、「不動産登記特別措置法 (1990 年 8 月 1 日、法律第 4244 号)」である。本法は、不動産所有権の移転登記を義務付け、不動産投機的手段として悪用される不真正登記の申請およびそれぞれの便法・脱法行為を直接規制して登記簿の真正性と健全なる取引秩序の確立を目的とした。主たる内容としては、(1) 不動産所有権移転登記を義務化し、不動産所有権移転の原因が生じた時から 60 日以内に所有権移転登記を申請することを義務化した (同法 2 条)³²。(2) 当該義務違反に対しては、登録税額の 5 倍以下の過料を原則として登記権利者に課し、義務の不履行が登記義務者の責めに帰すべき場合には登記義務者に課した (同法 11 条)。(3) 所有権移転登記申請の義務のある者が、登記申請の際に虚偽の登記原因を記載したり、所有権移転登記以外の登記を申請したりしてはならず (同法第 6 条)、これに違反したときには 3 年以下の懲役または 1 億ウォン以下の罰金に処した (同法 8 条 2 号)。(4) 未登記転売をしたり、租税賦課を免れようとしたり、異なる時点間の価格変動による利益を得ようとしたり、権利変動を規制する法律の制限を回避する目的をもって、他人の名義を借りて所有権移転登記を

³⁰ 改正の理由は、登記公務員とすると、登記所の一般公務員と区別ができないからである。詳しくは、鄭周洙「不動産登記法制 50 年の 沿革的 考察 (2)」司法行政 53 (10) (2012) 54 頁を参照。

³¹ 例えば、登記用紙または用紙は「登記記録」、記載は「記録」、枚数過多は「記録事項過多」、赤線による抹消は「抹消する記号を記録する」などの変更が行われた。

³² 正確には、双務契約の場合は「反対給付の履行日」から、片務契約の場合は「契約の効力が発生した日」から 60 日以内である。

申請したりしてはならず、これに違反したときには3年以下の懲役または1億ウォン以下の罰金に処した（同法8条1号）。(5) 名義信託による所有権移転登記を禁じ（原則）、例外的に租税賦課を免れようとする等の目的がない場合には、登記申請時に大法院規則が定める書面の提出を強制した（同法7条）。これに違反した場合には、1年以下の懲役または3千万ウォン以下の罰金に処する（同法9条）。(6) 不動産所有権移転を内容とする契約を結んだ者は、取引事項を記載した契約書に「検印」を受けて³³登記申請時に提出するようにした（同法3条）。

第二は、「不動産所有権移転登記等に関する特別措置法（1992年11月30日、法律第4502号）」である。本法は、旧民法の体制下で登記なく不動産所有権を取得した真正所有者ではあるが、所有権移転登記が行われていないため新民法における真正なる物的権利者でない者を救済するために、再制定された特別法である³⁴。1977年の特別法による救済があったにもかかわらず、相変わらず不動産物権変動の一要件としての不動産登記の必要性を認識せず、登記義務者の死亡や時間の経過によって登記手続の履行が難しくなり、その相続人との関係においても法律的紛争が多発していたため、本法によって上記の問題を解決しようとし、改めて制定されるに至った。(1) 本法の対象としては、この法の施行日（1993年1月1日）に土地台帳または林野台帳に登録されている土地と建築物台帳に登録されている建物（同法2条）、および、1985年12月31日以前に「売買・贈与・交換等」の法律行為によって事実上譲り渡された不動産、相続不動産と所有権保存登記がなされていない不動産とされた（同法3条）。(2) 適用地域については、「邑・面地域」³⁵の全土地および建物、市地域（人口50万人以上の市は除く）、農地および林野に適用した（ただし、修復地区³⁶は除く）。(3) 未登

³³ 当該「検印」には、①契約当事者、②目的不動産、③契約年月日、④代金および支払日、⑤不動産仲介業者がいる場合にはその不動産仲介業者、⑥条件または期限がある場合にはその条件と期限の記載を義務付けた。

³⁴ 前述した1977年の特別法（前記Ⅱの2）と名称は同様であり、同じ目的をもつ新法である。

³⁵ 韓国の「市邑面」は、日本の「市町村」に相当する。

³⁶ 韓国憲法3条は、韓国の領土について「大韓民国の領土は、韓半島（朝鮮半島）とその付属島嶼とする。」（傍点は筆者によるもの）と定めているので、韓半島の一部である北朝鮮の土地も将来的には修復しなければならない対象とみている（判例および学説も同様。例えば、「北韓〔北朝鮮〕地域もまた

記不動産を事実上譲り受けた者と未登記不動産を相続した者または所有権未復旧不動産の事実上の所有者は、確認書を添付して台帳所管庁に所有名義人の変更登録または復旧登録を申請し、変更登録した台帳に基づいて所有権保存登記を申請することができるようにした（同法6条）。（4）本法によって登記をしようとする未登記不動産の事実上の所有者は、当該不動産の台帳所管庁から確認書³⁷を発行してもらうことを義務付けた（同法10条）。（5）本法は1993年1月1日から施行され、1994年12月31日までの時限立法であるが、本法の施行中に確認書の発行を申請した場合には、本法の効力が失われた後も6カ月までは登記の申請ができるようにした（同法附則〔有効期間〕2条）。

最後に、「不動産実権利者名義登記に関する法律（1995年3月30日、法律第4944号）」である³⁸。本法は、不動産に関する所有権その他の物権を実体関係に合致させるように実権利者名義で登記をさせて、不動産登記制度を悪用した「投機・脱税・脱法行為」といった反社会的行為を防ぎ、不動産取引の正常化と不動産価額の安定を図り、国民経済の健全なる発展に資することを目的として制定された（同法1条）。詳しい内容は、以下のとおりである。

（1）1995年7月1月からは、不動産の物権変動についての登記名義は、必ず真正権利者の名義でなければならないとし、他人と結んだ名義信託約定は無効とした。契約名義信託の場合を除き、名義信託約定による不動産の物権変動は無効とした（同法3条、4条）³⁹。（2）他人名義で登記をした名義信託者に対しては、不動産価額の3割を課徴金として賦課し、課徴金の賦課があっても自分名義へ移転しない場合には、1年目には不動産価額の1割を、2年目には2割の履行強制金を賦課した（同法6条）。（3）脱税、強制執行の免脱または法令上の制

大韓民国の領土に属する韓半島の一部をなす……」ソウル高法1995.12.8.宣告94 ㄱ 16009判決等を参照）。

³⁷ 本条にいう「確認書」とは、当該不動産が所在する地域に一定期間居住する者が、委嘱した3人以上の証明書を添付して書面で申請し、2カ月以上公告しても異議がない未登記不動産について、市邑面の長が発行するものである。

³⁸ 本法の「実権利者」とは、日本語における「真正なる権利者」という意味である。本章では、本法または他の韓国文献を引用する場合を除き、「真正権利者」または「真正なる権利者」等と表現する。

³⁹ 同法3条2項は、例外として債務の弁済を担保するための物権の移転にはその旨を記載した書面を登記官に提出するようにした。ちなみに、この書面に虚偽があった場合には、不動産価額の3割の課徴金が賦課される（同法7条1項2号）。

限を避ける目的ではない場合⁴⁰には、上記のような制限を適用しない。(4) 上記の不動産特別措置法によって所有権の取得時から 60 日以内に登記を移転する義務があるにもかかわらず、3 年以内にその登記の申請がない者に対しては不動産価額の 3 割の課徴金を付加した(同法 10 条)。(5) 本法の施行前(1995 年 7 月 1 日以前)に不動産に関する物権を、名義信託によって名義受託者の名義で登記し、または、登記させた名義信託者は猶予期間内(1 年)に実名登記を行うこととした(同法 11 条 1 項)。さらに、真正権利者の帰責事由なく他の規定によって実名登記または売却処分などができない場合には、その事由の消滅から 1 年以内に実名登記または売却処分などを行うこととした(同法 11 条 3 項)。(6) 既存の譲渡担保権者に対しても、本法施行前に債権の担保のために不動産に関する物権の移転があった場合には、本法の施行日から 1 年以内に債権者・債権額および債務弁済のための担保であることを内容とする書面の提出を義務付けた(同法 14 条)⁴¹。

5. 2000 年代以後

2000 年代に入り、韓国の不動産登記法は、過去 40 年余りの不動産登記システムの運用についての経験に基づき、不動産登記の完成度を高めようとする時期に差しかかる。

第 1 の改正により(2006 年 5 月 10 日、法律第 7954 号)、電算情報処理組織による登記の申請が可能となった(同法 177 条の 8 から 177 条の 10 まで)。これによって、(1) 不動産登記を申請しようとする者は、事前に使用者登録を行い、電算情報処理組織を介して不動産登記を申請することができるようになった⁴²。(2) 電算情報処理組織によって登記申請をする場合には、登記済証の交付の代わりに「登記済情報」を通知することにし、登記申請情報が電子的に記録された時に受付があったとされる⁴³。

⁴⁰ 例えば、①宗中(韓国の概念で、同一先祖からの家柄であるとして「権利能力なき社団」となった血縁集団)が有する不動産、②配偶者名義の不動産については例外とした。

⁴¹ 本条の違反に対しても、不動産価額の 3 割にあたる課徴金を賦課した(同法 14 条 2 項)。

⁴² ただし、法院行政処長が指定・告示した登記所および登記類型に限って適用した。

⁴³ 成立要件主義を採っている韓国では、登記申請の受付時期および登記の効力発生時期はとくに重要な意味を持つ。現行不動産登記法 6 条(登記申請の受付時期および登記の効力発生時期)「①登記申請は、大法院規則において定める登記申請情報が電算情報処理組織に保存された時に受け付けられたもの

第 2 (2007 年 5 月 17 日、法律第 8435 号) に、民法の改正による戸主制の廃止に伴い、「家族関係の登録等に関する法律」に合わせて不動産登記法の一部を改正し、戸籍関連部分は削除した⁴⁴。

第 3 (2008 年 3 月 21 日、法律第 8922 号) に、法律の文章をハングル (韓国語) で書き、難しい用語は分かりやすく変更し、長くて複雑な文章は簡潔にするなど、一般国民が理解しやすいように条文を整備することとした。

第 4 (2012 年 4 月 12 日、法律第 10580 号) に、「不動産登記簿電算化事業」の完了により、登記事務は電算情報処理組織に従って遂行されており、電子申請も全国的に施行されているので、紙登記簿を前提とした従来の規定を整備した。さらに、悪用の恐れがある予告登記制度を廃止することとした。具体的には次のとおりである。(1) 登記の効力発生時期を明確にした (同法 6 条、前掲注 42 を参照)。(2) 登記簿の電算化に合わない規定または用語および表現を削除した (同法 11 条 2 項)。(3) 法律ではなく、大法院規則 (施行規則) によってもかまわない規定を大法院規則に委任し、不動産登記法は登記事項を中心として改編した (同法 24 条、34 条、40 条、48 条、69 条から 72 条、および、74 条から 76 条まで)。

(4) 登記官が仮登記から本登記に変更した場合、仮登記上の権利を侵害する登記を遅滞なく職権で抹消するようにした (同法 92 条)。(5) 予告登記は、「不動産登記の公信力」が認められない法制度において取引の安全を保護するための制度であるが、予告登記から登記名義人が被る不利益が多く、執行妨害の目的から予告登記が行われるなど、弊害が大きかったために廃止した (同法 4 条、39 条、170 条、および、170 条の 2 を削除)。従前の予告登記の役割は、同法 94 条以下の「仮処分登記」が代替することになった。

最後に、不動産登記法の特別法として、第 3 次の「不動産所有権移転登記等に関する特別措置法 (2005 年 5 月 26 日、法律第 7500 号)」がある。本法は、本法の施行時 (2006 年 1 月 1 日) に所有権保存登記がなされていないか、登記簿の記載が実際の権利関係と一致していない不動産について、より簡便な手続による不動産登記の履行を目的として制定された。具体

とみなす。

②第 11 条第 1 項による登記官が登記を済ませた場合、その登記は受付時から効力を生じる。」(傍点は筆者によるもの)

⁴⁴ 例えば、同法 13 条 1 項は、「登記官は、自己と戸籍を共にする……」が「登記官は、自己」となった (下線は筆者によるもの)。

的には次のような規定が置かれた。本法の適用のある不動産は、土地台帳または林野台帳に登録されている土地および建築物台帳に記載されている建物とした（同法2条）。(2) 本法の適用範囲は、1995年6月30日以前に、「売買・贈与・交換など法律行為」によって事実上譲り渡された不動産、相続を受けた不動産、所有権保存登記がなされていない不動産とした（同法3条）。(3) 未登記不動産を事実上譲り受けた者は、確認書を添付して台帳所管庁に所有名義人の変更登録または復旧登録ができるようにし、その台帳に基づいて自己名義への登記ができるようにした（同法6条）。(4) 上記の確認書は、委嘱を受けた3人以上の証明書を添付して書面で申請し、現地確認を経て発行するようにした（同法9条、10条）。(5) 本法は、2006年1月1日から2007年12月31日まで効力を有し、本法の施行中に確認書の発行の申請がある場合には、失効後も6カ月までは本法による登記申請ができるようにした（同法附則1条、2条）。

6. 電算化登記の変遷⁴⁵

(1) 第1次登記業務の電算化

従来の不動産登記業務は、登記申請の処理や、謄抄本の発行といった登記事務を紙登記簿ベースでの手作業で行っていた。したがって、登記業務にかかる時間が長く、業務結果の正確度や標準化に問題が少なからず生じた。大法院は、このような問題を解決するための一環として1994年5月から登記事務の電算化に着手した。その作業の内容は次のとおりである。

不動産登記システム（*Automated Registry Office System*、いわゆる『AROS』）は、不動産登記業務を電算化するために開発されたシステムである。本システムは、登記申請事件システム、謄・抄本の発行および閲覧システム、統計管理システムおよびその他の業務支援システムから構成された。不動産登記システムには、電算登記簿の構造についてデータベース方式を採用した。これによって登記事項を個体と属性に区分し、データとデータとの連結関係を設定することによって現在有効な事項の謄本、特定人の持分の抄本、持分取得の履歴といった登記事項を組み合わせる新たなデータを自動的に作り出せるメリットがある。さらに、コンピューティングについては、「クライアント／サーバー（Client／Server）方式」をベースとした。

⁴⁵ 不動産登記発刊委員会・前掲注（21）18～20頁。

(2) 第2次登記業務の電算化

第1次登記業務の電算化に使われたクライアント／サーバー方式システムは、閉鎖型システムという根本的な限界からオンライン登記サービスの提供ができず、システムのアップグレードやシステムの拡張が困難であった。大法院は、インターネット登記サービスの提供とウェブ基盤登記システムの開発を目指して第2次登記業務の電算化に着手した。①従来のクライアント／サーバーコンピューティング方式の登記システムを「ウェブ基盤統合型システム」に変え、紙媒体の添付書面を電子文書として管理し得る電子文書管理システムの開発、②インターネット登記システムの開発および提供（登記ポータルシステム、インターネット謄本発行システム、インターネット申請受付システム）、③他機関との情報連携（電子嘱託、添付文書の電子的連携）が挙げられる。

(3) 電子申請制度の導入

第2次登記業務の電算化以後、「法院行政処」は、インターネットを經由して登記申請ができる不動産登記システムを再整備し、2006年に不動産登記法を改正（上記Ⅱ-5を参照）して、いわゆる登記の電子申請が可能となった。一部地域から漸次的に拡大し、全国の登記所において電子登記が可能となり、さらに、登記類型も所有権保存登記、所有権移転登記、根抵当権設定登記等、典型的な登記申請のほとんどの類型が含まれた。

Ⅲ. 物権行為 (*dingliches Rechtsgeschäft*) の要素としての登記

1. 物権行為と構成要素

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上記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⁴⁶。

これについて学説は大きく2つのパターンに分けられている。第一は、物権行為は物権的

⁴⁶ 洪性載『不動産物権変動論——所有権譲渡を 中心으로——』244頁（法文社・1992）。

意思表示と公示方法である登記や引渡し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る。もともと、大法院による判例の態度は明確である。すなわち、「民法第 249 条⁴⁷が規定する善意無過失の基準時点は、物権行為が完成する時点であるために、物権的合意が動産の引渡しより先に行われた場合には引き渡した時を、引渡し物が物権的合意より先に行われた場合には物権的合意がなされた時を基準とする」（傍点は筆者によるもの）と判断⁴⁸して、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しまたは不動産の登記も含めて構成されることを明らかにした。以下では、これら学説について検討する。

2. 「物権的意思表示」と「登記」との結合説

本説は、一つの物権行為は物権的合意と公示方法である登記が結合して構成されるという見解であり、韓国の判例もこの見解に従っている⁴⁹。その根拠は次の通りである。第 1 に、成立要件主義における物権行為は、沿革的に物権的意思表示と登記や引渡しを包括する概念として出発しており、万が一、物権行為と物権的意思表示とが同義語なら、物権的意思表示以外にあえて物権行為の概念を作り出す必要がなく、さらに、債権行為以外に物権的意思表示の概念も要らなくなる。物権行為と債権行為との区別を見逃してしまうと、旧民法下の意思

⁴⁷ 韓国民法 249 条（善意取得）「平穩に、かつ、公然と動産を譲り受けた者が過失なくその動産を占有したときは、譲渡人が正当な権利者でないときにも、即時、その動産の所有権を取得する。」（日本民法の 192 条〔即時取得〕に対応。）

⁴⁸ 大法院 1991. 3. 22. 宣告 91 다 70 判決。しかし、こうした判例の態度について、物権行為が引渡しによって完成するように表現してはいるが、物権的合意と引渡しを区分している点において物権的意思表示と公示方法が結合して物権行為をなすという態度とは言い難いと主張する見解もある。代表的なものとして、宋徳洙『新民法講義』519 頁（博英社・2012）を参照。

⁴⁹ 張庚鶴『物権法』167 頁（法文社・1988）、李英俊「物権行為의 構成要素」考試界 1990・9（1990）82 頁、同『物権法』81 頁（博英社・2001）、姜台星『物権法』103 頁（大明出版社・2000）、池元林『民法講義〔第 8 版〕』456 頁（弘文社・2010）、洪性載・前掲注（46）246 頁、同『註釈民法 物権法（1）』〔編集代表金龍潭〕103 頁（韓国司法行政学会・2011）などを参照。

主義での議論を踏襲することになってしまう。第 2 に、物権的意思表示のみによっては物権変動の効力が生じないから、登記を物権的意思表示と切り離しては意味がない。言い換えれば、物権行為による物権変動があれば、もはや義務履行の問題は残らなくなるはずであるから、このためには登記や引渡しの履行が不可決である。第 3 に、意思表示は法律行為の不可欠の要素として意思表示のみによって行われるのが一般的ではあるが、法人設立の場合に意思表示に加えて官庁の許可を要件とするように、官庁の認可や許可といった事実を付加することも可能である。ちなみに、登記は公法上の行為であるから、登記を私法上の行為の一部とすることはできないとする反論があるが、登記だけで法律行為を構成するのではなく、また許可・認可・証明のように、私法上の法律行為にも公法的な介入があることは少なくないし、登記は認可・許可とは違って公法的な性格とあわせて私法的（民法の規定、すなわち、186 条における『登記』）な側面もあることに鑑みると、純粋に公法的な要素とは言えない⁵⁰。第 4 に、結合説は公示方法が物権的合意と結合して一体として行われるという意味ではなく、ときには物権的合意の時期と効力を登記と切り離して判断することもできるとする。第 5 に、ドイツ法学からの影響が強い物権的期待権の前提として物権的合意だけを物権行為の要素とみる見解もあるが、物権的期待権は物権的合意の効力の問題として把握すれば足りると主張される⁵¹。

3. 効力発生要件説

一般の法律行為と同様に、物権行為の要件も「成立要件と効力発生要件」とに分類することができる。そして、このような分類に従って「物権的合意を成立要件」とし、公示方法である「登記を効力発生要件」とすることによって、物権的合意だけを物権行為の要素に限定することもできるとする見解である⁵²。こうした見解の根拠は、以下の通りである。第 1 に、法律効果が発生するために求められるすべての法律事実が、法律行為の構成要素となるわけではない。第 2 に、登記のない物権的意思表示だけでは物権変動の効果が発生しないからと

⁵⁰ 洪性載・前傾注（46）246 頁。

⁵¹ 洪性載・前傾注（46）246 頁。

⁵² 金容漢『物権法』76 頁（博英社・1993）、金曾漢＝金學東『物権法』47 頁（博英社・1997）、尹喆洪『物権法講義』47 頁（博英社・1998）、同「物権的期待権と公示方法」比較私法第 11 巻第 1 号（2004）177 頁などを参照。

いって、物権的意思表示を物権行為と扱えないわけではない。なぜなら、法律行為は成立要件と効力発生要件とに分けることができるから、物権行為は成立しているけれども、効力要件を満たすまでは効力が発生しないケースも存在し得るからである。第 3 に、登記官による登記簿への記載は公法上の行為であり、これが私法上の法律行為の一部をなすということとは平仄が合わない。特に、公法上の行為である登記に契約や法律行為に関する規定を適用する余地はない。第 4 に、物権的合意と登記の間には、少なからず「時間的間隔」がある場合が多い。物権的合意は存在するが、まだ登記まではなされていない段階にある者の法的地位と、単に債権契約を結んだだけの者を区別するためである。第 5 に、物権的意思表示と登記との間に時間的間隔がある場合において、物権的意思表示に瑕疵があるときは、登記前にもその無効または取消しを主張し得るようにしなければならない。第 6 に、単に債権行為だけが結ばれた段階と物権的意思表示がすでになされた段階とは、その法律関係を区別するのが論理的に妥当である。以上のゆえに、物権行為は物権的意思表示のみによってなされると解釈すべきであるとされる⁵³。

4. 別個の要件説

物権的合意だけを物権行為に必要なものと把握して、登記は物権行為とはまったく関係なく、法律が求める物権変動におけるもう一つの要件であるとする見解である⁵⁴。本説の根拠は以下の通りである。第 1 に、効力発生要件説は、物権変動が物権行為のみによって生じ、物権行為も法律行為であるため成立要件と効力発生要件とに分けられることを前提として展開されているが、法律行為による物権変動が法律行為だけで生じるか、それとも公示方法まで備えて生じるかは、立法政策の問題であり、実際にも各国によって様々な立法がなされている。その上で、効力発生要件説に対しては、現行韓国民法下では成立しえない⁵⁵と批判する。

⁵³ 尹喆洪・前掲注(52)「物権的期待權과 公示方法」175～176 頁、同「不動産登記과 公示」民事法学第 36 卷(2007) 203～204 頁などを参照。

⁵⁴ 金滉植『民法注解 第IV卷 物権(1)』〔編集代表郭潤直〕50 頁(博英社・1992)、郭潤直『物権法〔民法講義II〕新訂修正版』60～62 頁(博英社・1999)、李銀榮『物権法』130 頁(博英社・2002)、金相容『物権法』90 頁(화산미디어・2009)などを参照。

⁵⁵ すなわち、効力発生要件説は、旧民法の意思主義・対抗要件主義では可能な理論構成であるかもし

第2に、韓国民法186条は「登記しなければ、その〔物権変動の〕効力が生じない」と規定しており、「不動産物権の得喪変更を生ぜしめる法律行為は、登記しなければその効力が生じない」とは定めていない。換言すれば、186条は登記を物権行為の効力発生要件でなく、「物権変動の効力発生要件」と定めているのである⁵⁶。第3に、登記と引渡しという公示方法は、物権行為の「形式」ではなく、物権行為の「証明や公証」でもない。これは物権行為と同じ価値を持ち、また物権行為から独立した存在である。物権行為と公示方法が結合してはじめて、物権変動という法律効果を生じさせる。すなわち、「公示方法は物権行為以外に法律によって求められる物権変動におけるもう一つの要件である」と主張する⁵⁷。

5. 小括

以上をもって、韓国における物権行為の要素との関係で、登記が有する法的地位について概観した。韓国とは異なり、日本民法は意思主義を採っているので、この問題については議論の余地がないテーマである。すなわち、不動産登記を不動産物権変動の一要件としない限り、物権行為の要素として不動産登記を含めるか否かについてまで考慮する必要はない。

しかし、物権行為の要素に関するこれらの議論を意味のない論争と主張する見解も存在するが、この問題は、成立要件主義下では、物権行為が行われる時期、物権行為の独自性・無因性、さらに物権行為の無効・取消しと登記の関係と、密接に関連するといえよう。

IV. 未登記譲受人の地位

1. 未登記譲受人の問題点

「当事者の意思表示のみによって物権変動の効力が生じる」とする日本民法（日本民法176条）とは異なり、韓国民法が、登記まで備えない限り、不動産物権変動の効力が生じないとしていることは、上記で述べたとおりである。このような物権変動システムからは、当然の

れないが、現行法においては、登記・引渡しという公示方法まで備えなければ物権変動は生じないから、現在の物権変動システムにおいては採用しえない見解であるとする。

⁵⁶ 敷衍すると、「物権行為」と「物権変動」は異なり、前者は法律行為として後者の原因となるが、後者は法律行為ではなく、前者の結果として生じるにすぎない。すなわち、法律行為を成立要件と効力発生要件に分けることには意味があるが、法律効果をそのように分けることは無意味である。

⁵⁷ 郭潤直・前掲注(54)62頁。

帰結として、例えば、物権変動のために求められるあらゆる要件を満たしており、登記簿への登記だけがなされていない状態でも、意思主義を採っている日本民法においては何の障害もなく物権変動の効力が生じうる⁵⁸。しかし、韓国においては、登記簿への登記がない限り当該物権変動の効力が発生しえない。すなわち、未登記の譲受人が有する法的地位について、両国の民法は異なる様相を呈している。そこで、ここでは、韓国における未登記譲受人の法的地位について考察を行う。

前述したように、成立要件主義を採用している韓国民法は、登記を物権変動のための一要件としている。したがって、代金の支払いなどの諸義務の履行があったとしても、登記がなければ、所有権の移転などの物権変動は生じない。さらに、不動産登記特別措置法 2 条⁵⁹は、不動産の所有権移転を内容とする契約を締結した場合、「60 日以内」に所有権移転登記をしなければならないと定めている。このような特別法の規定によると、不動産の譲受人は「60 日以内」という時間的猶予をもつことになり、最長で 60 日間は登記簿上の権利関係と実際の権利関係にずれが生じてしまう恐れがある。さらに、理由の如何を問わず、上記の登記申請義務を果たしていない場面も想定し得る。このような場合、前者は法律上定められている 60 日という制限を超えているわけではないので、これを法の保護から排除する理由はない。さらに、後者に対しても、公法的な制裁や不利益（同法 11 条⁶⁰によって過料に処する）が与えられるかもしれないが、それを理由として原因行為となる債権契約の効力まで否定する理由はない。

このような根拠から、韓国では、未登記譲受人にいかなる保護が与えられるか、そして、その法的構成はどうなるかについて議論されてきた。また、未登記譲受人の保護は法律論の

⁵⁸ その後の登記による「対抗の問題」は、別問題である。

⁵⁹ 第 2 条（所有権移転登記等の申請義務）「①不動産の所有権移転を内容とする契約を締結した者は、次の各号の一に定められた日から 60 日以内に所有権移転登記をしなければならない。ただし、その契約が取消し・解除され、または、無効である場合はその限りでない。

1. 契約の当事者が互いに対価的な債務を負担する場合には、反対給付の履行が完了された日。
2. 契約当事者の一方だけが債務を負担する場合には、その契約の効力が発生した日。〔以下省略〕

（傍点は筆者によるもの）

⁶⁰ 11 条（過料）「①登記権利者が相当な事由なく第 2 条各項の規定による登記申請を懈怠したときは、その懈怠した日当時の不動産〔の価格〕に対して……相当する金額の過料に処する。〔以下省略〕」

範疇を超え、実務でも問題となりうる。

2. 議論の推移

以下では、未登記譲受人がもつ法的地位について検討する。これに関しては、(1) 物権的期待権説をはじめ、(2) 「売却され引き渡された物の抗弁」による抗弁権説、(3) 韓国民法 213 条における正当な占有者として純粋な債権的地位を占めるとする単純債権者説、(4) 事実上の所有者として法益を有するとする事実上の所有権説に分かれる。

(1) 物権的期待権説

この説は、権利取得の法律要件が数個の法律事実から構成される場合、当該権利を取得するために必要な法律要件のすべてが満たされたわけではないが、いくつかの要件が成立することによって完全なる権利の前段階に至っていると考える。このように完全な権利 (*Vollrecht*) となっていくプロセスにある法的地位が期待権であり、特に、当該完全な権利が物権の場合には、「物権的期待権 (*dingliches Anwartschaftsrecht*) 」とされる⁶¹。物権的期待権は、完全なる物権には至っていない段階の権利であり、その性質は物権と債権の中間的権利である。また、その効力も完全なる物権ではなく、より弱い権利とされる⁶²。こうした物権的期待権を認める根拠として次のものが挙げられている。①韓国社会の法意識との一致。すなわち、売買契約だけでは不動産所有権を取得したと言えないが、代金の支払いと登記書類の交付があれば、所有権移転登記が行われなくとも所有権を取得したと意識すること⁶³。②

⁶¹ 崔鐘吉「物権的 期待権 (1) ~ (5・完)」第 6 卷第 2 号~第 6 号 (1965)、金曾漢「物権的 期待権」『民法論集』111 頁以下 (博英社・1980)、丁玉泰「物権的 期待権」『私法研究 第 1 輯』65 頁以下 (青林出版・1992)、尹喆洪「物権的 期待権論」『韓国民法理論의 発展 (I) 〔総則・物権編〕』214 頁以下 (博英社・2001)、梁亨宇「物権的 期待権의 有用性」民事法学 37 卷 (2007) 279 頁などを参照。

⁶² 尹喆洪・前掲注 (52) 『物権法講義』85 頁。これによると、物権的期待権をできる限り、「完全な物権」と同様に扱おうとする動きがあると説明される。

⁶³ 実際の例として、「不動産所有権移転登記等に関する特別措置法」、「林野所有権登記移転に関する特別措置法」を挙げており、さらに、「分配農地所有権移転登記に関する特別措置法」、「地方税法」

登記をしなかった取得者を法の保護から排除する必要はないこと⁶⁴。③権利の取得要件が数個の要件となっている場合に、権利の前段階にある権利または生成中の権利も財産的価値を有し、権利として保護し、かつ、認める必要があること⁶⁵。

しかしながら、これに反対する見解も存在する。その根拠は以下の通りである。物権的期待権は、ドイツの学説と判例によって発展してきた概念であり、韓国民法への適用は望ましくない。なぜならば、ドイツ民法典における土地所有権譲渡の物権的合意 (*Auflassung*) は厳格な方式と要件のもとで行われるため物権的期待権の有効性を認めてよいが、韓国では物権的合意があったとしても、将来、土地所有権を取得する確実性がドイツほどの高いレベルではないからである⁶⁶。また、現行民法は、法律行為による不動産物権変動について成立要件主義を採っているので、登記のない譲受人を保護する必要はないし、物権法定主義にも反している。さらに、物権に類似する排他的な権利にもかかわらず、公示方法がない⁶⁷。

(2) 抗弁権説

この説は、不動産の買受人が目的物の引渡しは受けたが、まだ所有権移転登記をしていない状態において、売渡人が有効な当該売買契約があったにもかかわらず、登記簿上の名義を奇貨として所有物返還請求権を行使したときには、買受人にローマ法上の「売却され引き渡された物の抗弁 (*exceptio rei venditae et traditae*)」の法理に基づいて返還を拒むことを認める⁶⁸。その根拠は以下の通りである。①民法 213 条⁶⁹は、本文において所有者の返還請求権を

において事実上の所有権または所有者との表現に言及している。尹喆洪・前掲注 (52) 「物権的期待権と公示方法」208 頁を参照。

⁶⁴ 黄迪仁『現代民法論Ⅱ〔物権〕』64 頁 (博英社・1987)。

⁶⁵ 尹喆洪・前掲注 (52) 「物権的期待権と公示方法」208 頁。

⁶⁶ 郭潤直・前掲注 (54) 146～157 頁。

⁶⁷ 李銀榮・前掲注 (54) 97 頁、李英俊・前掲注 (49) 『物権法』68 頁。

⁶⁸ 郭潤直・前掲注 (54) 145～146 頁、同「*exceptio rei venditae et traditae* 의 現代的 慣用」서울대학교法學第 9 卷第 1 号 (1967) 136 頁以下。

⁶⁹ 213 条 (所有物の返還請求権) 「所有者は、その所有に属する物を占有する者に対して返還を請求することができる。ただし、占有者がその物を占有する権利があるときには、返還を拒否することができる。

定め、ただし書において「占有者がその物を占有する権利」があるときには返還を拒むことができるとする。不動産の売渡人の財産権移転義務に目的不動産の占有移転義務まで含まれるとするならば、不動産の買受人は 213 条のただし書における「占有する権利」をもつ者であり、買受人がまだ登記を備えていない場合に、かりに売渡人が物権的請求権を行使して返還を求めても、買受人は「売却され引き渡された物の抗弁」を主張することができる。さらに、この抗弁権は目的物が不動産の場合に限って認められ、無権利者からの取得の場合にも認められるとする⁷⁰。そして、この抗弁権は、抗弁権者の特定承継人または包括承継人も行使することができ、また、相手方の包括承継人に対しても同様であるという⁷¹。

(3) 単純債権者説

この説は、「代金の支払い、登記書類の交付、不動産の引渡し、そして使用・収益している」といった事実があったとしても、移転登記がなされない限り、買受人は所有権と類似の物権的地位を取得せず、単に債権者としての地位をもつにすぎないとする見解である⁷²。未登記の譲受人が、占有者に対して、譲渡人の債権者として強制執行する場合、いまだに法律上の所有者は譲渡人であるために、債権者にすぎない譲受人は第三者異議の訴えを提起することができない。もっとも、譲受人が売買代金を支払い、使用・収益している場合には、当該不動産を法律上または事実上処分することができ、さらに譲受人が第三者に当該不動産を移転した場合、第三者は譲受人を代位して所有権移転登記を請求することもできるとする。なお、譲受人が当該不動産を占有し続ける限り、所有権移転登記請求についての消滅時効は進

る。」日本民法に直接対応する条文はないが、占有訴権に関する 200 条が存在することを理由に、日本でも認められている。

⁷⁰ 例えば、登記簿上では所有者となっている不真正の権利者から不動産を譲り受けたが、その後、その不真正権利者が所有権を取得して真正な権利者となった場合に、当該譲渡行為が無権利者による譲渡であったことを理由として、返還請求権を行使する場合にも抗弁が認められるとする。なぜならば、当該物権行為は効力がないとしても債権行為は有効であるからである。詳しくは、郭潤直・前掲注 (54) 146 頁を参照。

⁷¹ 郭潤直・前掲注 (54) 146 頁。

⁷² 李英俊・前掲注 (49) 『物権法』 68 頁。

行しないとされる⁷³。

このような単純債権者説は、物権的期待権説（前記（1））に対しては、物権的期待権の公示方法の不存在を指摘し、抗弁権説（前記（2））に対しては、売渡人は買受人に売買目的物の占有を移転する義務を負い、売渡人が買受人に登記がないことを理由として不動産の返還を請求するとしても、民法 213 条ただし書の「占有する権利」をもって返還を断ることができるから、あえて、ローマ法上の「売却され引き渡された物の抗弁」まで用いる必要はないと指摘している。

（4）事実上の所有者説

この説は、譲受人が売買代金を支払い、当該不動産の移転があるときに限って事実上の所有者としての地位を有するとする見解である⁷⁴。こうした「事実上の所有者」は「法律上の所有者」に対応する概念とされ、前者は法的には所有権を取得していない。事実上の所有者であるからといって、単なる債権者より優越的な地位を占めるわけではなく、単なる債権者ではあるが、占有の移転を受けた不動産譲受人を意味する言葉である。事実上の所有者と類似する例として、婚姻届出のない事実婚の関係を挙げている⁷⁵。事実婚の法理は、婚姻関係の不当な破棄を防ぎ、事実婚配偶者の損害賠償請求を認めるために設けられた。しかし、事実上の所有権は、未登記譲受人に何らかの権利を与えるためというよりも、未登記譲受人に税金といった公的負担を課するために、さらに、現在の「事実状態」を表すために提示されたとして説明される。

本説での未登記譲受人は、所有権の事実的権能をもっているから事実上の所有者であり、所有者と同様に物に対する「占有、使用、収益」といった法的地位を有する。もっとも、こうした権能は、譲渡人との関係においてのみ主張し得る債権者としてのそれに過ぎないため、

⁷³ 李英俊・前掲注（49）『物権法』68頁。

⁷⁴ 李銀榮・前掲注（54）100頁。

⁷⁵ すなわち、事実婚は法律婚の成立要件である婚姻の届出がないから、法律上認められる夫婦ではない。しかし、婚姻関係の事実的側面から言えば、夫婦の共同生活という要素は実際存在しており、社会的にもその存在はある程度認められている。したがって、学説・判例もこうした事実婚関係を認めて最小限の法的効果を与えているとし、事実上の所有者と事実婚関係は同一線上にあると把握している。詳しくは、李銀榮・前掲注（54）100頁を参照。

第三者に対しては主張することができない⁷⁶。

このような事実上の所有者という概念は、法律上⁷⁷・判例上も認められている。詳しい内容については、項目を改めて説明する。

3. 特別法および判例にいう未登記譲受人

(1) 上記Ⅱにおいて取り扱った特別法からもわかるように、韓国では不動産物権変動における成立要件主義への移行があったにもかかわらず、長期間にわたって未登記状態の不動産が少なくなかった。国家としても、未登記不動産の問題を解決するために、「事実上の現所有者⁷⁸」、「登記ができなかった取得者⁷⁹」、または、「不動産の事実上の譲受人⁸⁰」として事実的所有権を認めてきている。さらに、地方税法7条2項⁸¹は「不動産の取得は『民法』……等の関係法令に従った登記……等をしなかった場合でも、事実上取得すれば、……取得したとみなす」として、事実上の所有者を納税義務者と定めており⁸²、公職者倫理法4条1項

⁷⁶ しかし、第三者が未登記譲受人の有する権利を侵害した場合には、第三者による債権侵害にあたり、当然損害賠償義務を負う。李銀榮・前掲注(54)101頁。

⁷⁷ 「前記Ⅱ」で紹介した特別法では「事実上の所有者」、または、「事実上取得した者」と表現されている。

⁷⁸ 分配農地所有権移転登記等に関する特別措置法2条(前記Ⅱ-1)を参照。

⁷⁹ 林野所有権移転登記に関する特別措置法1条(前記Ⅱ-1)を参照。

⁸⁰ 不動産所有権移転登記等に関する特別措置法5条1項(前記Ⅱ-2-1(2))を参照。

⁸¹ 本条の趣旨は、財産税は当該財産の課税台帳に所有者と記載されている者が負担するが、財産税課税台帳に所有者と記載されている者から財産を買い受け、その代金の全額を支払った場合のように、実質的な所有権の変動があるときには、財産税課税台帳上の所有者名義にかかわらず、その財産を事実上所有する者に財産税納税義務を負担させることにある。代表的なものとして、大法院2000.12.8.宣告98号1145判決を参照。

⁸² 大法院は、ここにいう「事実上の取得」の意味について、「不動産の取得における民法等の関係法令の規定による登記等を履行していないとしても、事実上取得したときはこれを取得したとみなすと定めており、右規定所定の事実上の取得とは一般的に登記のような所有権取得の形式的要件を備えてはいないが、代金の支払いのような実質的要件を備えたケースをいう(大法院2003.10.23.宣告2002号5115判決などを参照)」と定義している。大法院2005.1.13.宣告2003号10343判決。

も登録義務者が登録しなければならない財産として、「所有名義に関係なく、事実上所有する財産」をも規定している。

(2) 判例は目的物の引渡しと登記に同様の価値を与えており、事実上物を占有・使用する者の事実的所有権を認めているのみならず⁸³、当該目的物を事実上または法律上処分する権限をも認めている⁸⁴。すなわち、名義信託と関連して信託者は受託者に対して登記なく当該不動産についての実質的所有権を主張し得るし⁸⁵、さらに、売買目的物の引渡しを受けて耕作している者や、林野の相続を受けて占有・管理してきた者、そして、取得時効完成を原因として目的物を占有している者などの支配状態について、事実的所有権を認めている。

(3) 大法院は、「農地の売買は……所在地官署の証明がない限り、その所有権が適法に買受人に移転する効力は生じ得ないが、売渡人が買受人に売買契約の履行方法としてその占有を移転したならば、買受人の占有はその売渡人に対する関係においては権限のないものとはいえない」と判断して、両当事者間の関係においては効力を認めた⁸⁶。また、「不動産の所有権の移転を目的とする契約が存在し、契約当事者の間に登記請求権の実現に何らかの法律上の支障がなく、登記義務者がその義務履行を拒絶する正当な事由がなく、譲渡人がその契約に基づいて譲受人に事実上その目的不動産に対する全面的支配を取得させ、譲渡人に対する関係において譲受人が所有権概念として実質的内容とされている使用、収益、処分といったあらゆる権能を取得した状態に至った場合には、特段の事情がない限り、法的にも譲渡人と譲受人の間の実質的關係を無視することはできない。……したがって、登記が両当事者の実質的關係に相応しいものなら、当該登記には登記義務者の申請によるものでないという瑕疵が

⁸³ 梁亨宇・前掲注(61) 284~285頁。

⁸⁴ 大法院 1989.2.14.宣告 87 다카 3073 判決、大法院 1990.11.13.宣告 90 다카 25352 判決、大法院 1990.12.27.宣告 90 다카 25208 判決、大法院 1993.10.8.宣告 93 다 28867 判決、大法院 1996.4.12.宣告 95 다 55245 判決、大法院 1996. 8.20.宣告 96 다 18656 判決、大法院 1997.7.25.宣告 96 다 47494 判決などを参照。

⁸⁵ 大法院 1997.7.25.宣告 96 다 47494 判決は、「……不動産の名義信託における信託者は受託者との関係において登記なくその不動産に対する実質的所有権を主張することができるが、受託者は信託者にその不動産の所有権が〔登記名義者である〕受託者自身にあるとは主張できない」と判断している。

⁸⁶ 大法院 1971.3.23.宣告 71 다 290 判決。

あったとしても有効である」と判示している⁸⁷。

さらに、大法院は、「不動産の〔まだ所有権移転登記のない〕買受人がその不動産の引渡しを受けた以上、これを使用・収益し、さらにその不動産に対するより積極的な権利行使の一環として、他人にその不動産を処分して占有を移転する場合にも、所有権移転登記の請求については、買受人がその不動産をみずから使用・収益し続ける場合と変わらないから、〔未登記の不動産を買受人が使用・収益し続けるか、未登記のまま第三者に譲り渡すか〕いずれにせよ移転登記請求権の消滅時効は同様に進行しないとしなければならない⁸⁸」と従前の態度を変更したので⁸⁹、譲受人は譲渡人に対して所有権移転登記請求権を行使して、第三者に改めて移転登記をすることもできる⁹⁰。

4. 小括

韓国民法においては、1960年に施行された新民法によって成立要件主義への転換が行われたものの、①法制度と一般人の法意識との乖離（意思主義下の慣例）、②法制度上の時間的限界（例えば、60日間の登記の猶予期間）によって、真正な所有者と不動産登記との不一致が生じてしまうことになりうる。

この問題を検討する観点には、日韓両国の物権変動システムによって異なる。すなわち、日本においては民法 176 条によって未登記の譲受人であっても完全な所有権を取得することができ、登記は単なる対抗要件に過ぎない。その反面、韓国においては、186 条により不動産登記を備えない限り、不動産物権変動の効力は生じない。

⁸⁷ 大法院 1978.8.22.宣告 77 다 343 判決。

⁸⁸ このような多数意見に対しては、「買受人が目的物の占有を喪失し、もはや使用収益していない状態ならば、売渡人に対する関係において権利の主張ないし行使が続けられているとの事情がなく、たとえ買受人がその不動産を他人に処分して引き渡した場合でも、その処分は他人の権利を処分したに過ぎず、その所有権の処分ないし行使をしたと判断し得ず、その引渡しも買受人が新しい売買契約に基づいて自身の義務を履行したに過ぎず、むしろその占有の移転によって目的物の使用・収益の状態から離れてしまうために、右処分ないし引渡しをもって売渡人に対する権利行使をしたとは判断し得ないから、占有の喪失原因の如何を問わず、占有喪失の時点から移転登記請求権の消滅時効が進行する」という。

⁸⁹ 大法院 1999.3.18.宣告 98 다 32175 全員合議体判決。

⁹⁰ 特に、尹喆洪、前掲注 (53) 212 頁、梁亨宇・前掲注 (60) 286 頁を参照。

韓国においては、真正な所有者と不動産登記との不一致という間隔を埋めるために、前述のような見解が展開されている。なかでも、韓国の大法院がいう、目的物の引渡しを事実上受け、固定財産税などの公的負担を負い、自らの生活関係に資する「事実的所有者」についての概念は、日本民法 177 条の解釈にも有益な示唆を与えることができると思われる。

V. 登記の公信力をめぐる議論

1. 公信の原則 (*Prinzip des öffentlichen Glaubens*)

一般に不動産登記の公信力とは、「ある物権の存在を推測させるような一定の外形（特に、不動産公示としての登記）を信じて取引をした者は、たとえ信託した外形と権利状態が一致していないとしても、信託通りの権利を認めてこれを保護する」ことを意味する⁹¹。このような認識は、独・日・韓ともにほぼ変わらないといえよう⁹²。例えば、A が所有する甲不動産を、A の知らないうちに B が登記にかかわる書類を偽造して登記名義を A から B に移転し、B 名義の登記を信託した C に譲渡した場合に、公信力が認められるなら、C は甲の所有権を取得する⁹³。これに対して、登記に公信力が認められないなら、真正なる権利者である A は、C 名義の登記を抹消することができる。別の事例にも触れてみよう。建築業者 X が所有している

⁹¹ 元来、ローマ法は「*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. 何人も自分の有する以上の権利を他人に与えることはできない (D 50. 17. 54 [Ulpianus libro XL VI ad edictum]) 」と
いうが、公信の原則はこのようなローマ法の例外である。

⁹² ドイツの文献として、Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Auflage, 2009, S. 170ff. ; Jan Wilhelm, Sachenrecht, 5., völlig neu bearbeitete Auflage, 2016, Rn. 689ff. ; マンフレート・ヴォルフ＝マリーナ・ヴェレンホーファー著・大場浩之＝水津太郎＝鳥山泰志＝根本尚徳訳『ドイツ物権法』330 頁以下（成文堂・2016）など。韓国の文献として、宋徳洙『物権法〔第 2 版〕』48 頁以下（博英社・2014）、梁彰洙＝權英俊『權利의 變動과 救済〔第 2 版〕』108 頁以下（博英社・2015）など。日本の文献としては、近江幸治『民法講義Ⅱ物権法〔第 3 版〕』41～42 頁（成文堂・2006）、秋山靖浩＝伊藤栄寿＝大場浩之＝水津太郎『物権法』30 頁以下（日本評論社・2015）、平野裕之『物権法』44 頁以下（日本評論社・2016）、松岡久和『物権法』116～117（成文堂・2017）などを参照。

⁹³ もちろん、物権関係に関する登記内容についての C の善意だけで足りるか、それとも無過失まで求められるかは別の問題である。この問題について、ドイツ民法は「善意」だけを求める。詳しくは、大場他訳・前掲注（92）330 頁以下を参照。

居住用のマンション乙について、XとYが売買契約を結んでYが移転登記とともに乙の所有権を取得した。その後、YはZと新たに売買契約を締結し、登記まで移転した。Zは、生活基盤として乙に居住している。しかし、Xが、X—Y間の移転登記は原因関係が無効であるとし、Z名義の所有権登記の抹消を請求した。こうした場合においても、公信力が認められるなら、ZはXに対して自分の所有権取得を主張し得るが、公信力のない韓国においては、ZはXの請求に応じるしかない。

公信力と物権変動システムは、ある程度相互関係を持っている。多くの場合、成立要件主義を採っている法システムでは登記の公信力を認め、意思主義（または、対抗要件主義）を採っている法システムでは公信力を認めない傾向が強い。前者の例としてドイツ・オーストリア・スイスなどがあり、後者は日本やフランスなどを挙げることができる。もっとも、韓国の物権変動システムは、ドイツやスイスとは異なり⁹⁴、不動産物権変動における成立要件主義を採りつつ、不動産登記には公信力を認めていない⁹⁵。

公信力の問題は、韓国民法の制定当時から議論されてきた。成立要件主義への転換と並んで激しい議論の末に、成立要件主義は採りつつも、不動産登記の公信力は認めないこととなった。こうした立法によって公信力についての議論は一段落したが、2004年に行われた民法大改正の際に⁹⁶、再び議論が深められた⁹⁷。

ここでは、いかなる理由から、韓国民法の起草者は立法的には大胆ともいえる成立要件主義への転換を図りつつも、登記の公信力を認めることはできなかったかについて考察する。

⁹⁴ あくまでもこのような理解は一般的な傾向に過ぎず、スペインやスウェーデンなどは意思主義を採りながらも登記の公信力を認めており、韓国やギリシャなどは成立要件主義を採りながらも登記の公信力を認めていない。

⁹⁵ そもそも、成立要件主義を採りながら登記の公信力を認めていない点のみならず、意思主義（対抗要件主義）から出発し、成立要件主義へ転換したという現象は、諸外国では見当たらない。

⁹⁶ 民法、特に財産編全般にわたる大改正を試み、1999年2月から法務部は法曹界と学界から12人の「民法改正特別分科委員会」を構成した。およそ5年4か月間の作業の果てに、2004年6月に「民法財産編改正法律案」を作成し、同年10月21日に国会に提出した。しかし、本改正法律案は、内容が膨大になったために実質的な審議は行われず、当該国会の任期満了によって廃案となった。

⁹⁷ しかし、立法までには至らず、公信力の問題は長期検討課題（改正除外）となった。詳しくは、後述する。法務部『民法（財産編）改正資料集』233頁以下（2004）。

そのうえで、立法当時から現在に至るまでの議論を検討することにする。

2. 起草段階における登記の公信力に関する議論

筆者は、韓国における不動産物権変動に関する立法の経緯を、すでに簡略に紹介したことがある⁹⁸。したがって、ここでは不動産物権変動についての186条および187条の立法経緯の紹介はできるだけ避け、登記の公信力に関する内容を主として検討することにする。

当時、旧民法の意思主義・対抗要件主義から現行民法の成立要件主義への転換を議論するにあたって、必然的に不動産登記に公信力を認めるか否かについても多くの議論が行われた。特に、民法案の審議がなされていた1957年頃には、この問題をめぐって学界はもちろん実務界からも賛否それぞれの意見が表明された。

まず、学界からは、この論点について反対の見解が強かった。すなわち、成立要件主義を採った場合には登記の公信力も認めなければならないが、当時の韓国における登記システムは公信力を認めることができる状況ではなかったから、成立要件主義への転換も登記の公信力の導入にも反対した⁹⁹。また、大韓弁護士協会は、成立要件主義を採るためにはドイツのように不動産登記に公信力を認める規定が必要であり、さらに、公信力を認めるには登記官の実質的審査権を保障しなければならないという、反対に近い意見書を出した。しかし、両団体のスタンスは同じく反対の意見ではあるものの、理由づけに相違が存在した。前者は、公信力を認めることには現実的な困難があるために、成立要件主義も採れないとした。後者は、かりに成立要件主義を採るならば、公信力も認めて、さらに、登記官に実質的審査権も与えようとする立場であった。要するに、両者は成立要件主義の大前提として、登記の公信力を想定していたともいえよう¹⁰⁰。

次いで、この問題は、国会での審議過程においても激しく議論された。しかし、国会での議論は、上記の議論とは内容を異にした。単に公信力を認めるか否かの個別の問題ではなく、成立要件主義の前提として登記の公信力が必要か否かの問題であった。すなわち、一方では、成立要件主義を採るための前提条件として公信力を認めない限り、成立要件主義を採用する

⁹⁸ 拙稿・前掲注(2)6頁以下。

⁹⁹ 民事法研究会『民法案意見書』〔金容漢執筆部分〕67頁以下(一潮閣・1957)。

¹⁰⁰ 權英俊「登記의 公信力——1957年、그리고 2011年——」法曹661号(2011)9頁。

ことには意味がないとする見解が唱えられた¹⁰¹。他方では、成立要件主義を採ることと登記の公信力には論理必然の関係があるのではないから¹⁰²、成立要件主義だけを採用しても何の問題もないとの反論が展開された¹⁰³。こうした議論を経て、韓国における不動産登記は公信力を認めないこととなった¹⁰⁴。

もともと、韓国民法が不動産登記に公信力を認めていないとしても、日本民法が94条2項の類推適用によって公信力の不存在を補充しているように、不動産登記に関する直接の保護規定ではないが、韓国民法も心裡留保（韓国では「非真意表示」）、虚偽表示、錯誤、詐欺・強迫によって生じた不真正登記の場合における善意の第三者を保護するための規定を類推適用している（韓国民法107条2項¹⁰⁵、108条2項¹⁰⁶、109条¹⁰⁷、110条3項¹⁰⁸）。さらに、契約解除による原状回復が第三者の権利を侵害することはできず（548条1項¹⁰⁹）、登記

¹⁰¹ 第26回国会定期会議速記録第31号（1957年11月26日）3頁以下。玄錫虎議員の発言については、拙稿・前掲注（2）11頁以下を参照。

¹⁰² すなわち、登記の公信力の問題は登記手続における実質的審査権に関する問題であり、物権変動に関する成立要件主義とは関係がないという主張であった。

¹⁰³ 第26回国会定期会議速記録第31号（1957年11月7日）8頁。張暲根議員の発言を参照。詳しくは、拙稿・前掲注（2）24頁にある脚注52の内容を参照。

¹⁰⁴ しかしながら、登記の推定力を認めて、ある程度公信力の不存在を補充している。

¹⁰⁵ 日本民法93条と同様。

¹⁰⁶ 日本民法94条と同様。

¹⁰⁷ 日本民法95条に対応。韓国民法109条（錯誤による意思表示）「①意思表示は法律の内容の重要部分に錯誤があるときは、取り消すことができる。ただし、その錯誤が表意者の重大な過失によるときはその限りでない。

②前項の意思表示の取消しは善意の第三者に対抗することができない。」（傍点は筆者によるもの）

¹⁰⁸ 日本民法96条に対応（日本民法96条2項は「詐欺」だけであるが、韓国民法110条は「詐欺または強迫」いずれも規律している）。

¹⁰⁹ 日本民法545条1項と同様。

簿取得時効（245条2項¹¹⁰）もまた同様の機能を果たしている¹¹¹。

3. 現行民法下の議論

現在、韓国におけるこの問題に対する見解は、相変わらず賛否両論である。まず、不動産登記に公信力を認めようとする見解は、不動産登記の真正性を買主がすべて調査するには過度な費用がかかるとしたり¹¹²、不動産取引が頻繁に行われている現代社会において公信力を認めないと、第三者の地位が危なくなり、結局取引の安全を害するという立場である¹¹³。もっとも、韓国における不動産登記の公信力を認めようとする立場からは、二種類の条件が示されている。第一に、不動産登記の真正性を高めるために、「登記原因の公証」を求めている。すなわち、当該不動産登記による権利変動原因となる法律行為その他法律事実の成立を証明する書面について、登記申請に先立って公証人による公証を強制するのである¹¹⁴。このような登記原因の公証によって不真正の登記を未然に防ぐことができるという発想であり、登記原因の公証を不動産登記の公信力の前提としている。第二に、不真正の登記を信じて取引をした第三者をいかに保護するかに焦点をあて、「補償制度や権限保険」のような事後救済手段による第三者の保護を図ろうとする¹¹⁵。要するに、前者は不真正の登記を事前に防ぐこと

¹¹⁰ 245条（占有による不動産所有権の取得期間）「①20年間、所有の意思をもって平穩、かつ、公然に不動産を占有する者は、登記をすることによりその所有権を取得する。

②不動産の所有者と登記された者が、10年間、所有の意思をもって平穩、かつ、公然に、善意であり、過失なくその不動産を占有したときには、所有権を取得する。」ちなみに、韓国民法典は日本民法典とは異なり、占有による不動産所有権の取得期間の規定を「物権編」に規定している。

¹¹¹ 權英俊・前掲注（100）11頁。

¹¹² 姜泰源「不動産登記의 公信力에 관한 考察」延世法學研究第1卷（1990）356頁。

¹¹³ 權英俊・前掲注（100）69～70頁、최승영「우리나라 不動産登記制度의 改善法案에 관한 研究」民事法研究第12輯第1号（2004）201頁、金相容「不動産登記의 公信力과 不動産物權의 善意取得에 관한 韓・獨 비교」法學研究第18卷第3号1頁、박철호「不動産登記의 公信力 付与를 위한 試論的 提言」法學研究第18卷第1号（2010）283頁などを参照。

¹¹⁴ 郭潤直「登記原因證書의 公証」서울대학교法學第27卷2・3号（1986）1頁以下、구연모「不動産登記 真正性 保障에 관한 研究」서울대학교博士學位請求論文（2013）268頁以下。

¹¹⁵ 金相容「不動産登記와 権限保險」民事法學第6卷（1986）156頁以下。

によって公信力を認めようとするものであり、後者は安全措置を設けて公信力を認めることによって、法に対する不信¹¹⁶をなくそうとするものである。

その一方で、公信力を認めることはできないとする見解も多く存在する。この見解は、登記の公信力を認めるための前提条件である登記の信頼性が整っていないことと真正性が高くないことを理由とし、いわゆる「現実的理由からの不可能¹¹⁷」を挙げて反対している¹¹⁸。もっとも、このような反対論も上記の条件付賛成論のように条件付反対論である。すなわち、「現実的理由」という制約さえ無くすことができれば、登記の公信力を認めることもできるという立場である。したがって、韓国における不動産登記の公信力をめぐる議論における両者の間隙は大きくないともいえよう¹¹⁹。

このような反対論は、特に 2004 年の民法改正案によく表れている。詳しい内容については、項目を改めて検討することにする。

4. 2004 年の民法改正案における公信力

韓国民法は 1960 年 1 月 1 日に施行されて以来、日本における平成 29 年の民法（債権関係）改正¹²⁰のような大改正はまだ（少なくとも財産法に限っては）行われていない。しかし、い

¹¹⁶ ここにいう法に対する不信として、冒頭にあげた例を考えてみるべきである。不動産登記の公信力を認めて、A が所有する不動産について B が登記書類を偽って善意の C に譲渡した場合、公信力によって C は当該不動産を取得することになるが、多くの一般人は罪のない A の所有権を奪ってしまうという法感情をもつであろう。

¹¹⁷ さらに、不動産の善意取得を認めるのは国民の法感情に反し（前掲注（116）の例を参照）、所有者が不動産についてもつ特別な感情を無視するなどの理由から、反対する見解もある。特に、李銀榮・前掲注（54）114 頁以下を参照。

¹¹⁸ 金曾漢＝金學東・前掲注（52）36 頁、유주선「不動産登記의 公信力 導入에 對한 批判的 檢討」不動産学報第 36 輯（2009）124 頁以下などを参照。

¹¹⁹ これはウェイトをどこに置くかの問題であり、結局、登記申請の前から登記の真正性を高め、さらに、問題が生じたとしても適切な補償があれば、登記に公信力を認める（＝反対しない）という結論である。權英俊・前掲注（100）12～13 頁。

¹²⁰ 2017 年 5 月 26 日に成立した「民法の一部を改正する法律（平成 29 年法律第 44 号）」を指し、本

くつかの改正の試みはあった。特に、もっとも重要な意味を持つ改正案として「2004年の民法改正案」があり、その際には不動産登記の公信力も比較的活発に議論された。

(1) 登記の公信力

当時、登記の公信力を認めることができるかについて検討され、公信力を認めるのならば、関連規定まで同時に整備しなければならないとされた。これに関して、不動産所有権移転を目的とする法律行為は公証することを明文化しようとする意見があった¹²¹。こうした原因証書の導入、不動産の善意取得について、小委員会から全体会議に上程されたが（1999年10月5日）、上記案は当時の改正対象から除外された（2000年5月6日）。その理由は以下の通りである。公証については、韓国社会において原因証書の公証は一般的ではなく、したがって副作用の恐れがあり（徐敏委員）、原因証書の公証は国民の生活に過度な規制となる可能性が高いとし（梁彰洙委員）、原因証書の公証制度は今後の課題とされた¹²²。

さらに登記の公信力については、①登記簿に実際の権利関係と不動産の現況を一致させて記載するようにするためには、全国的な土地調査が必要であるが、このためには莫大な予算が必要であり、②登記の公信力を認めるためには、原因証書の公証・真正なる所有者を保護するための制度といった諸制度を整えなければならないし、③上記①②の作業にかかる費用に比べて公信力から得られる利益は多くないので、当時の改正からは除外された¹²³。

(2) 不動産取引への公証制度の導入

当時、韓国政府は民法改正とあわせて不動産取引の公証¹²⁴も導入しようとした（2004年1

法は2020年4月1日から施行される予定である。施行に関する詳しい内容については、以下のリンクを参照。http://www.moj.go.jp/MINJI/minji06_001070000.html（最終閲覧：2018.9.9）。

¹²¹ 法務部・前掲注（97）233頁。このような意見に対して、一般原則として不動産の善意取得を認めることは望ましくないという反対意見もあった。

¹²² 法務部・前掲注（97）235頁。

¹²³ 法務部・前掲注（97）235～236頁。ちなみに、登記簿と不動産台帳の一元化も、費用の観点から同様に除外された。

¹²⁴ このような政府の動きの背景には、所有権の移転などの私法的目的よりは、不動産投機を防ぐための政策的意図が強かった。

月 31 日)。政府（特に、大法院と法院行政処による）は、投機対象としての不動産の需要を遮断するための対策の一環として、不動産取引の際に登記原因証書に公証を受けるようにし、この公正証書に司法的効力を与える案を提示した¹²⁵。

しかし、民法改正委員会は公証制度の導入の必要性については肯定しつつも、当時の公証の制度的不備を理由として否定的意見を示した（2004年2月12日）。すなわち、①上記の政府案は現在の検印制度（上記Ⅱ-2を参照）を認証制度として強化しようとする趣旨であり、政府が追求する不動産取引の透明性の確保は難しい¹²⁶。②透明な制度確立のために公証制度は必要であるものの、制度的補完なくしては国民に煩わしく、負担を増やすに過ぎない¹²⁷。③上記の政府案より、ドイツ式やスイス式の登記制度と公証制度の検討を要する¹²⁸といった意見が示された。

VI. おわりに

ここまで、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概観してきた。最後に、本章の内容をまとめておく。

(1) 韓国の不動産登記法およびその特別法の内容からわかるように、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¹²⁹、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」に集中していることがわかる¹³⁰。韓国のこのような実例から窺われるのは、ある法制度の変化についてもっとも重要なことは、法制度自体の論理的緻密さや無欠缺性ではなく、当該制度を実際に用いる一般人の認識の転換にあるということである。すなわち、韓国の民法が成立要件主義への立法的決断（法制度の改正）をしてから、一般人に法意識として定着するまで、およそ 30～40 年の期間が必要であったことをよく吟味する必要があるだ

¹²⁵ 法務部・前掲注（97）235～236頁。しかし、公証の主体については特定していなかった。

¹²⁶ 法務部・前掲注（97）241頁（特に、白泰昇委員の意見）。

¹²⁷ 法務部・前掲注（97）242頁（特に、南孝淳委員の意見）。

¹²⁸ 法務部・前掲注（97）241～242頁（特に、蘇在先委員と李英俊委員の意見）。

¹²⁹ 移転登記にかかる費用と税金の免除（または減免）などにより、不動産登記の履行を奨励した。

¹³⁰ 特に、不動産登記簿の電算化やオンライン申請といった「最新技術の適用」がその例である。

ろう。

(2) 不動産物権変動について意思主義（対抗要件主義）を採用している現在の日本民法下では、韓国の議論の状況のような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。さらに、成立要件主義下の韓国内でも、物権行為と登記の相関関係について意味のない論争とする論者もいるが、この問題は、物権行為が行われる時期、物権行為の独自性（*Trennungsprinzip*）・無因性（*Abstraktionsprinzip*）、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。

(3) 未登記の譲受人（特に、売買契約における買受人の場合）は、日韓両国ともに現れる法的現象ではあるが、その推移は異なる様相をみせる。意思主義（対抗要件主義）を採っている日本民法は、176条により登記の有無に関係なく所有権を取得することができるが、成立要件主義を採っている韓国民法は、186条により登記を備えない限り完全なる法律上の所有者となることはできない。すなわち、このような未登記譲受人の地位は、日本では第三者への譲渡や二重譲渡の場面に入ってから始めて問題となるが、韓国では二重譲渡の場面のみならず、そもそも所有権取得の段階から問題となり、現在の物権的期待権説、抗弁権説、単純債権者説、事実上の所有者説に分けられ、議論が行われている。さらに、この問題は一般人の認識と法制度の乖離に起因するともいえよう。

(4) 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（または信頼性）」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の設置に集中しているようである。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（言い換えれば、静的安全の確保のため）。しかし、ここで上記Vの冒頭にあげた二つの例を想起してみよう。韓国での公信力の議論は、主にAの保護に焦点をあてており、Zの保護までは対象としていない。このような二つの例に鑑み、ZよりもAの方が法的保護の必要性が高いといえるだろうか。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¹³¹。

¹³¹ このような観点について、権英俊・前掲注（100）69頁以下の結論は有益な示唆を与えている。

第四章 不動産の二重譲渡に関する日韓の比較研究

I. はじめに

1. 問題意識

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¹。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（第一譲受人の存在にもかかわらず）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²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（いわゆる、『反社会性』）」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³の善良な風俗そ

¹ 韓国民法 186 条（不動産物権変動の効力）「不動産に関する法律行為による物権の得喪変更は登記をしなければその効力を生じない。」すなわち、日本民法（176 条および 177 条）とは異なって、第一契約（または譲渡）が存在していても、第一譲受人への所有権移転登記がなされないかぎり、依然として所有権は譲渡人側にある。

² 日韓両国とも、二重譲渡、二重売買あるいは二重契約といった用語を混用しているが、不動産の二重契約が問題となるのは、かならずしも売買に局限されないし、すでに当該不動産は第二譲受人に譲渡されているので、本章では引用する場合を除き、二重譲渡と表現する。ちなみに、このような表現について、韓国では、「二重譲渡は登記成立要件主義・効力要件主義の法制下では基本的に生じないので、『二重譲渡型紛争』とか『二重売買型紛争』のような表現が相応しい」という松岡久和教授からの助言があった。貴重な意見をくださった同教授にお礼を申し上げる。

³ 韓国民法 103 条（反社会秩序の法律行為）「善良な風俗その他社会秩序に違反する事項を内容とする法律行為は無効とする。」

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」（傍点は筆者によるもの）である、と判示している⁴。

したがって、本章では、不動産の二重譲渡に関する韓国の大法院の判決と、それに関係する学説を中心として比較検討し、日本民法への示唆を得ることを目的とする。

2. 問題提起および本章の構成

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。そして、このような異同についての比較検討から、日本民法の不動産物権変動論に対していかなる示唆が得られるか。

このような問題意識に基づき、本章では韓国の例を中心として、II. 韓国における不動産の二重譲渡の効力、III. IIにかかわる判例の検討、IV. 日本民法における「背信的悪意者排除論」、V. 二重譲渡された不動産を新たに転得した第三者の地位について検討する。そして、最後に、以上の内容を踏まえ、どのような示唆を得ることができるかについて検討する。

II. 不動産の二重譲渡の効力

1. 韓国における判例理論の問題点と批判

一般に、不動産の二重譲渡とは、譲渡人が目的不動産を第一譲受人に譲渡した後、まだ移転登記がなされていない間に、当該不動産を第二譲受人に譲渡する行為をいう。広義の不動産二重譲渡は同一の不動産に二重の譲渡契約が締結されることを意味するが、狭義の不動産

⁴ もちろん、これに関しては数多くの判例が存在する。詳しい判例の内容については後述する。

二重譲渡は譲渡人が第一譲受人と譲渡契約を締結して中間金または残金まで受領した後、第一譲受人の所有権移転登記の経由前に、第二譲受人に所有権と登記を移転することをいう⁵。韓国民法の 186 条を前提とすれば、前者のように手付金⁶だけを授受した段階においては、当事者は自由に契約を解除することができるので⁷、結局、問題となるのは、第一譲受人による履行の着手がなされた後に、譲渡人が第二譲受人と結んだ契約の有効性である。

2. 大法院の判断

これについて韓国の判例は、第二譲受人が譲渡人の背任行為に積極的に加担し、自分名義の所有権移転登記まで済ませたケースについて、「第一譲受人は実質的に所有者とも言える譲渡人を代位して、第二譲受人名義の登記に対する抹消を請求することができる」と判断してきた⁸。こうした判例理論は、債権者代位権の趣旨に鑑み、債権者の債権を保全するために、債務者の権利を代位行使することを認めて、譲渡人が第二譲受人に対して「所有権移転登記の抹消請求権を有する」という前提に立っていると思われる。しかし、反社会的法律行為として無効である二重譲渡行為は不法原因給付となり、給付者たる譲渡人は当該不動産につい

⁵ 中間金について、日本やドイツでは「中間金の授受」という慣習はあまり存在しないが、韓国における不動産の取引の場面に少し触れてみると、買主は、①売買代金の 1 割前後の手付金を交付して契約を結び、②1~2 回にわたる中間金の支払いと、③残金の決済とともに登記に関する書類を受領することが一般的である。本章では、日本語との関係から中間金と表記しているが、韓国では「中途金」と呼ぶのが実務上通例である。

⁶ 本章では、日本語との関係から手付・手付金という用語を使っているが、韓国では「契約金」という用語が使われている。

⁷ 韓国民法 565 条（解約金）「①売買の当事者の一方が契約の当時に金銭その他の物を手付金、保証金等の名目で相手方に交付したときは、当事者間に他の約定がない限り、当事者の一方が履行に着手するまでにこれを放棄し、受領者はその倍額を償還して売買契約を解除することができる。」この帰結は、韓国民法の 565 条（日本民法の 557 条に対応する）の解釈上当然であろう。

⁸ 大法院 1968.2.27.宣告 67 다 2285 判決、大法院 1980.5.27.宣告 80 다 565 判決、大法院 1983.4.26.宣告 83 다 카 57 判決などを参照。

ての不当利得返還請求権を行使することができない⁹。そこで、特に不法原因給付の不動産について、給付者の所有権に基づく返還請求権を認めてきた従来の大法院の判断は¹⁰、1979年の全員合議体（判例変更、すなわち、日本の最高裁判所大法廷判決に対応）の判決により、給付者（譲渡人）が返還請求できなくなる「反射的效果」として、所有権は受益者である第二譲受人に帰属すると、変更された。

「民法第 746 条は、不法の原因によって財産を給付したときには、その利益の返還を請求し得ないと定めているところ、一般の法理に従うと、不法の原因による給付は法律上の原因がないため、不当利得となり、その利益の返還を請求することができない。ところが、このような請求を認めることは、法の理念に反する行為者の主張を認め、かつ保護することになり、公平の理念に即した不当利得制度の根本趣旨に合わないのみならず、法律全体の理念にも合わない。そのため、この規定は善良な風俗、その他社会秩序に反した事項を内容とする法律行為を無効とする民法第 103 条と表裏を成し、社会的妥当性のない行為者は保護し得ないという法の理念を実現しようとすることである。

こうして、民法第 746 条は民法第 103 条とともに私法の基底を成す一つの大きな理想の表現として、たとえこれが民法の債権編の不当利得の章に定められているとしても、これは、一般に社会的妥当性がない行為の復帰が不当利得の返還請求という形式をもって主張されるケースが多いからであり、その根本においては、ただ不当利得制度のみを制限する理論としてとどまるものではなく、いっそう大きな私法の基本理念として君臨し、結局社会的妥当性のない行為者はみずから不法な行為を主張して、復帰を、その形式如何にかかわらず、訴求し得ない理想を表現しているといえるだろう。

したがって、給付者は、その原因行為が法律上無効であるとして相手方に不当利得を原因とした返還請求をし得ないことはもちろん、その原因行為が無効であるため給付した物の所有権は依然として自分自身にあるとして、所有権に基づく返還請求もできないのであり、そうしてその反射的效果として給付した物の所有権は給付を受けた相手方に帰属すると解釈す

⁹ 韓国民法 746 条（不法原因給付）「不法の原因により、財産を給付または労務を提供したときは、その利益の返還を請求することができない。ただし、その不法原因が受益者のみにあるときはこのかぎりでない。」（日本民法の 708 条に対応）

¹⁰ 大法院 1960.9.15.宣告 4293 民上 57 判決、大法院 1977.6.28.宣告 77 다 728 判決。

ることが妥当であろう」と¹¹（傍点は筆者によるもの）。

このような判例の変更によって、譲渡人は第二譲受人に対する登記の抹消請求権ももはや持たないという結果になってしまった¹²。そして、第二譲受人の「積極的な背任行為」による二重譲渡行為は反社会的秩序の違反として無効であり、不法原因給付にあたる。そして、その所有権が受益者である第二譲受人に帰属すれば、原則的に譲渡人は第二譲受人に対して登記の抹消を請求することができない。言い換えれば、第一譲受人が譲渡人を代位しようとしても、譲渡人にはもはや請求できる権利が存在しないため、判例理論だけでは解決し難い矛盾が生じる¹³。

さらに、第二譲渡における所有権移転登記に対する確定判決、または、「訴え提起前の和解手続」による和解調書の作成などによって既判力が生じる。こうした既判力に抵触することはできないため、譲渡人が第二譲受人の所有権移転登記の抹消を請求することができないことはもちろん、第一譲受人が譲渡人を代位して登記の抹消を請求することも当然許容され

¹¹ しかし、上記のような多数意見に対し、反対意見は、「民法746条は、〔民法の〕不当利得の章に定められている不当利得の返還請求に関する条文であるところ、債権的請求権たる不当利得返還請求権を制限する法条〔文〕が債権的請求とは全くその根拠を異にする、物権的請求権まで制限する効力があるとするのは、論理の飛躍はもちろん、法の規定から離れた解釈と言わざるを得ない。……多数意見は所有権に基づく請求権も排斥して受益者に権利が帰属することが私法の基底を成す理想の表現と説示したが、不法原因による給付が行われる場合には、たいてい受益者も不法原因で受領するケースが多く、場合によっては給付者の不法行為よりも受領者にもより重大な不法行為がある場合があるはずだが、このような場合に、同行為は民法103条に違背して受領者はその所有権を取得することはできなくなり、給付者の返還請求の不能という反射的効果で、法の根拠なく受領者が権利を取得する結果となることは、公平の理念に合うと言えず、法律の理想の表現とも言い難い。むしろ、給付者に原状回復させて両者が法律上根拠のない利益を取得し得なくした方がより公平の理念に符合する結果となると言わざるを得ない」と反論した。

¹² 大法院 1979.11.13.宣告 79 다 483 全員合議体判決。

¹³ 鄭相鉉「不動産의 二重売買와 第一買受人의 保護」比較私法 7 卷 1 号 (2000) 323 頁。

ず、第二譲受人は確定的に所有権を取得することになる¹⁴。

3. 矛盾を解決するための理論構成

このような矛盾を解決しようとする動きの一環として、①不動産の二重譲渡の場合においては韓国民法 746 条を排除すべきという見解、②第一譲受人が有する債権を第二譲受人が侵害したことを理由として、第一譲受人は第二譲受人に不法行為責任を問えるという見解、③不動産の二重譲渡の場合には、第一譲受人に詐害行為取消権を認めて譲渡人の代位がなくてもただちに登記の抹消を請求し得るという見解、④韓国民法 186 条が、法律行為による不動産の物権変動は公示方法としての登記を備えなければならないと定めているにもかかわらず、これを怠る第一譲受人をあえて保護する必要性はないという見解が主張されている。これら学説の詳細は次のとおりである。

(1) 韓国民法 746 条の適用排除説

この見解によると、「反社会的二重譲渡行為」は、韓国民法 103 条に違反して無効ではあるが、例外的に「不動産の二重譲渡のケース」においては、不法原因給付にあたらないと解釈して 746 条を適用しないとする見解である。具体的には、二重譲渡行為の無効による給付物の終局的な所有者が、不法に第二譲渡に加担した譲渡人ではなく第一譲受人であるとされるべき場合には、例外的に 746 条を適用せず、第一譲受人は譲渡人の不当利得返還請求権を

¹⁴ 「不動産の所有名義人に対して所有権移転登記請求権または所有権移転登記の抹消請求権を有する者が、まだその登記を了しないうちに、右不動産の所有名義人が第三者と当該不動産に関する所有権移転登記手続を履行する旨の訴え前和解手続を経て、その和解調書による所有権移転登記を経たときには、その和解調書が当然無効か、または、準再審手続による取消しが無い限り、従前の所有名義人に対して、右登記請求権を有する者が自己の権利を保全するために譲渡人を代位して右第三者名義の右所有権移転登記が原因無効であることを理由としてその抹消を求めることは、右和解調書の既判力に抵触するため不適法であり、さらに右第三者名義の右所有権移転登記に基づいてなしたその後の登記の抹消を求めることも同様に不適法である」とし、「既判力の抵触」を理由として第二譲受人による当該不動産の所有権取得を認めている。詳しくは、大法院 1996.6.25.宣告 96 다흐 8666 判決、大法院 1999.2.24.宣告 97 다흐 46955 判決、大法院 2000.7.6.宣告 2000 다흐 11584 判決、大法院 2003.3.28.宣告 2002 다흐 57140 判決を参照。

代位して第二譲受人に対して当該不動産の返還を請求するとともに所有権移転登記の抹消を請求することができる、とする¹⁵。より本質的には、不動産の二重譲渡は他の社会秩序違反の法律行為とは異なると理解しつつ、譲渡人と第二譲受人の間の反社会的な二重譲渡による給付は 746 条の「不法原因給付にあたらぬ」とする。特に、二重譲渡行為においては、もっぱら第一譲受人のみがその無効を主張して第二譲受人に当該不動産の返還を請求することができる。第二譲受人はこのような第一譲受人の請求を拒絶することができないので、その「反射的な効果」として譲渡人にも第二譲受人に対する返還請求権が存在することになる。

また、第一譲受人はこの譲渡人の権利を代位して第二譲受人に当該不動産の返還を請求することができる、とも説明される¹⁶。第一譲受人は、自身は不法原因による給付者ではないので、自ら不法を主張して法の保護を要求するのではなく、ただ譲渡人と第二譲受人の間の法律行為が無効であると主張すれば足り、第二譲受人に利益を帰属させるよりは、第一譲受人を保護した方が正義観念にも適合するから、譲渡人を代位して不動産の返還を請求することができるとする見解もある¹⁷。さらに、不動産の二重譲渡は反社会的な法律行為のため、韓国民法 103 条に反して絶対的無効であり、第一譲受人は利害当事者として無効確認の訴えの利益を有する者である。そのため、第一譲受人は第二譲受人に対して所有権移転登記の抹消を請求するとともに、譲渡人には自分名義への所有権移転登記を請求し得るとする見解も、不動産の二重譲渡に関しては韓国民法 746 条の適用を排除している¹⁸。

(2) 不法行為に基づく原状回復説

不動産の二重譲渡における第一譲受人の保護のために、第一譲受人が譲渡人に対して有する債権を第二譲受人が侵害したことによる不法行為を認めた上で、その効果として第二譲受人に「原状回復義務」（すなわち、二重譲渡された不動産を二重譲渡が生じる前の状態に回

¹⁵ 金相容『債権各論（下）』72 頁（法文社・1998）、李英俊『民法総則』257 頁（博英社・1991）、高翔龍「不動産의 二重売買과 第一買受人의 保護」『民法学特講』354 頁（法文社・1995）。

¹⁶ 李容勳「反社会的 二重譲渡와 不法原因给与」温山方順元先生古希記念『民事法の 諸問題』34 頁（博英社・1984）。

¹⁷ 金先錫『注釈債権各則（3）』〔金容漢編〕206 頁（韓国司法行政学会・1986）。

¹⁸ 尹眞秀「不動産의 二重譲渡와 原状回復」民事法學第 6 号（1986）177 頁。

復する義務)を負担させることが合理的だという主張である¹⁹。

これによると、社会秩序に反して第三者が有する債権を侵害した場合には不法行為が成立し得るという見解に即して、不動産の二重譲渡もまたこのようなカテゴリに含まれると説明される。また、現行の民法は損害賠償の方法として「金銭賠償の原則」を採用しているものの²⁰、原状回復については特に明文の規定が存在しないことから、裁判所は損害賠償の方法として「原状回復という例外の可能性」も認めている²¹。こうした方法によっても、特に債務者にも不利ではなく、債権者を確実に保護することができるし、そして、その手続も簡単であるので、金銭賠償の原則だけ貫徹する必要はない、とする²²。もちろん、第一譲受人に対する債権侵害による不法行為の成立を認めつつも、上の見解のような原状回復による方法は否定し、金銭賠償に限る見解もある²³。

(3) 詐害行為取消権説

この見解によると、譲渡人が無資力でない場合²⁴や特定物債権の保全²⁵のためにも、第一譲

¹⁹ 尹眞秀・前掲注(18) 179頁。

²⁰ 韓国民法394条(損害賠償の方法)「別段の意思表示がなければ、損害は金銭をもって賠償する。」

²¹ 大法院1997.3.28.宣告96다10638判決、大法院1994.3.22.宣告92다52726判決、大法院1996.7.30.宣告94다32122判決:「……不法行為に準用する民法第394条は、別段の意思表示がなければ損害は金銭をもって賠償すると定める、いわゆる、金銭賠償の原則を規定しているので、法律に別段の規定があるか、または当事者が〔金銭賠償の原則と〕異なる意思表示をするなど、特別な事情がない限り、原状回復請求はできないであろう。」

²² 尹眞秀・前掲注(18) 179頁。

²³ 権五乗「不動産의 二重譲渡」『民法의 争点』50頁(法元社・1990)。

²⁴ 大法院は、詐害行為について、「……債務者による財産処分の行為が詐害行為となるためには、その行為によって債務者の総財産の減少を招き、債権の共同担保に不足を生じること、すなわち、債務者の消極財産が積極財産より多くなること……(大法院2001.4.27.宣告2000다69026判決を参照)」として、債務者の無資力をその要件としている。大法院2001.10.12.宣告2001다32533判決、大法院2005.1.28.宣告2004다58963判決、大法院2006.2.10.宣告2004다2564判決などを参照。

²⁵ このような学説に対して、大法院は、「……詐害行為取消権を特定物に対する所有権移転登記請求

受人に「債権者取消権」を認めて、第二譲渡契約の取消しはもちろん、第二譲受人に対する所有権移転登記の抹消を求めることができる、とされる²⁶。言い換えれば、譲渡人と第二譲受人との二重譲渡が、韓国民法 406 条²⁷が定めている「詐害行為」となるならば、第一譲受人は第二譲渡を取り消して目的物の原状回復を請求することができるという理論構成である²⁸。その根拠として、「特定物債権」の保護のために債権者代位権の転用が認められることと同様に、債権者取消権にも特定物債権の保全を肯定する必要がある²⁹、不動産の二重譲渡を反社会的な行為と見るのは難があることを挙げる。さらに、この問題を詐害行為取消権により解決すれば、取消しや原状回復には相対的効果のみが生じることになるから、善意の転得者を保護することができる。何よりも、「除斥期間」による動的安全（知った時から 1 年・法律行為があった時から 5 年）の確保というメリットをあげている³⁰。

権を保全するために行使することは許されないから、不動産の第一譲受人は自分の所有権移転登記請求権の保全のために、譲渡人と第三者との間になされた二重譲渡行為に対して債権者取消権を行使することはできない……」としている。大法院 1999.4.27.宣告 98 다 56690 判決、大法院 1996.9.20.宣告 95 다 1965 判決などを参照。

²⁶ 金曾漢「不動産 二重売買의 反社会性」JUSTICE 第 10 卷第 1 号 (1972) 193 頁、黃迪仁『債権総則 (現代民法論 3)』172 頁 (博英社・1983)、金旭坤『注釈民法債権総則 (上)』〔金曾漢編〕407～409 頁 (韓国司法行政学会・1984)。

²⁷ 韓国民法 406 条 (債権者取消権 [詐害行為取消権]) 「①債務者が債権者を害することを知りながら、財産権を目的とする法律行為をしたときは、債権者はその取消しおよび原状回復を法院に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者または転得者が、その行為または転得の当時に債権者を害することを知らなかったときは、この限りでない。

②前項の訴えは、債権者が取消しの原因を知った日から 1 年、法律行為のあった日から 5 年以内に提起しなければならない。」

²⁸ 金尚玄「不動産二重譲渡의 法理 再考」法学研究第 32 輯 (2008) 139 頁。

²⁹ 詳しくは、洪春義「不動産의 二重売買의 第 1 買受人의 保護」石霞金基洙教授華甲記念『不動産法學의 諸問題』245 頁以下 (博英社・1992)。

³⁰ 姜信雄「不動産 二重譲渡에 関한 判例의 法理的 檢討」人權과 正義第 367 号 (2007) 39 頁以下。

(4) 二重譲渡有効説

現在の高度に情報化された社会においては、一般人でも法律の知識を十分有していることを前提とし、法律行為による不動産の物権変動には公示方法、すなわち「登記」まで具備しなければならないということはもはや常識であるから、売買契約を結んだのに登記をしない買主は多くない。したがって、第二売買契約を無効とし、債権行為である売買契約の債権者に過ぎない未登記の第一譲受人を厚く保護する必要性は乏しい³¹。また、不動産の第一譲受人はその売買契約時から、ただちに所有権の移転登記ができないとしても、「仮登記」を利用して、将来の所有権を事前に確保する方法が存在するにもかかわらず、自分自身の権利行使を怠る者を保護する法益は存在しない。そして、第一譲受人が被る損害は譲渡人が賠償すれば足りるとされる³²。

さらに、資本主義下での自由競争体制が定着しており、かつ、今日の高まった法意識に照らせば、「不動産の二重譲渡は適法」である。一般的な法制度に従って、譲渡人は第一譲受人に対して履行不能を理由とした金銭賠償をすれば足りるとする³³。

Ⅲ. 不動産の二重譲渡に関する判例の検討

上述のように、韓国の大法院は「第二譲受人が、第一譲受人に対する譲渡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」には、当該不動産の二重譲渡を無効としてその効力を否定している。

したがって、以下では問題となる事案ごとに、その類型を分類して判例理論を分析し、その判断基準を導き出すことにしたい。

1. 反社会性を認めるための要件および判断基準

大法院は、不動産の二重譲渡に反社会性を認めるためには、「第二譲受人が譲渡人の背任行為〔すなわち、二重譲渡〕を知るだけでは足りない……」ということ为前提とし、そのさらなる要件として、「……背任行為を誘因、教唆またはこれに協力するなど、積極的に加担することが必要である。この際に、第二譲渡行為の相当性と特殊性、および、第二譲渡契約

³¹ 姜台星「二重売買의 法律關係」財産法研究 22 卷 1 号 (2005) 10 頁。

³² 姜台星・前掲注 (31) 10 頁。

³³ 金尙法・前掲注 (28) 141 頁。

の成立過程・経緯、そして譲渡人と第二譲受人との関係などを考慮して判断しなければならない」（傍点は筆者によるもの）と、説示している³⁴。

これに関しては、①すでに、目的不動産に極度額七億五千五百万ウォンの根抵当権を設定して、任意競売の開始手続が進んでおり、登記名義も他人の名義になっていたことに鑑みると、通常の場合、この不動産を目的物とする売買契約はなされないので、譲渡人と第二譲受人が通謀して、その背任行為に協力して積極的に加担したというしかないとし、善良な風俗その他社会秩序に反する行為として、韓国民法 103 条に従って無効とした判例³⁵、②所有権移転登記を受けた第二譲受人から当該土地を買い受けた者が、第一譲受人から贈与を受けた受贈者が目的物の事実上の所有者であり、家屋の敷地を占有・使用していることを知っていたとしても、背任行為を誘因・教唆、または、これに協力したことがないかぎり、韓国民法 103 条所定の反社会秩序の法律行為にあたらないとした判例³⁶、③譲渡人から係争土地の一部を買い受けた第一譲受人の存在を知らず、譲渡人と契約を結んだ第二譲受人の取引は、反社会的な法律行為と断定し得ないとした判例がある³⁷。すなわち、韓国の大法院は判例理論として、不動産の二重譲渡の「反社会性」を認めるための要件および判断の基準（言い換えれば、単純悪意だけでは足りず、積極的に加担すること）を示している。

2. 反社会的二重譲渡の成立時期に関する検討

たしかに、近代民法が成立して以来、「契約締結の自由 (*Vertragsfreiheit*)」や、「私的自治の原則 (*Privatautonomie*)」を理由として、二重契約の締結は有効であるとされている。しかし、譲渡人が第一譲受人と譲渡契約（通常は、売買契約であろうが）を締結した後、一定の手付金を受領し、中間金または売買代金の全額支払いがあったにもかかわらず、第二譲受人に目的不動産を引き渡し、所有権移転登記まで完了した場合にも、その有効性を認めることができるか³⁸。

³⁴ 大法院 1995.2.10.宣告 94 다 2534 判決、大法院 1976.4.27.宣告 75 다 1783 判決、大法院 1967.12.5.宣告 66 다 2451 判決などを参照。

³⁵ 大法院 2008.2.28.宣告 2007 다 77101 判決。

³⁶ 大法院 1989.11.28.宣告 89 다카 14295 判決。

³⁷ 大法院 1981.1.13.宣告 80 다 1034 判決。

³⁸ 황경웅=유충호 「不動産의 反社會性에 對한 判斷 基準」 法学論文集 34 輯 2 号 (2010) 100 頁。

このような不動産の二重譲渡の有効性を判断するにあたって、「時期」の問題もまた看過してはならない。すなわち、大法院による判例理論としての反社会的二重譲渡の「反社会性」は、「どの時点」で認められるかに関して、その基準を確認する必要があるだろう。

韓国民法 565 条³⁹の規定により、単に、譲渡人が手付金だけを受領した場合ならば、第一譲受人にその倍額を償還して自由に契約を解除することができるため、この時点では反社会的二重譲渡は、原則として成立する余地がない。しかし、譲渡人が第一譲受人から中間金、または、すでに売買代金の全額を受領した場合には、適用可能な規定が存在しないので、まず、これに関して検討する。

(1) 反社会的二重譲渡の「認定時期」に関する判例の検討

大法院は、こうした不動産の反社会的二重譲渡の認定時期に関して、「売渡人が手付金、中間金の全部と残金の一部を受領しているならば、売渡人は一方的にその売買契約を解除する権利はなく、残金の受領と同時に売渡人には所有権移転登記を履行する義務が発生する」⁴⁰として、中間金以上の金員を授受した場合には、反社会的二重譲渡の成立を認めており、また、「不動産の所有者が同不動産を第一買受人に売渡し、手付金と中間金まで受領した以上、特段の約定がなければ、残金の受領と同時に買受人の名義への所有権移転登記に協力する義務を有しており、この債務は主に右買受人のために負担する義務ともいえるから、この売買契約が適法に解除された場合でなければ、……ふたたび第三者とその不動産に関する売買契約を結び、手付金と中間金まで受領したことは第一買受人に対する所有権の移転登記の協力義務と密接な行為〔である〕」と示し⁴¹、第一譲受人との契約が適法に解除されるかまたは特約が存在しない限り、「手付金と中間金の受領」をその判断の基準としている。

これに関して、比較的最近の判例として、「債権者らと不動産譲渡担保の趣旨で、分譲契約を締結した被告がその所有権移転登記を済ませる前に、任意にその不動産を処分した場合には譲渡担保権者の債権に対する担保能力の減少の危険が発生〔する〕」⁴²とするものがあり、反社会的二重譲渡の射程を一般の不動産売買だけに限っていないようにみえる。

³⁹ 前掲注 (7) を参照。

⁴⁰ 大法院 1983.4.26.宣告 82 도 49 判決。

⁴¹ 大法院 1984.8.21.宣告 84 도 691 判決。

⁴² 大法院 2010.9.9.宣告 2010 다 6975 判決。

最後に、「不動産を二重に売り渡した場合に、売渡人が先買受人〔第一譲受人〕に所有権の移転登記の義務を履行したとしても、後売受人〔第二譲受人〕に対する関係において、売渡人の義務に違法に違背したとはいえない」⁴³と判示した判決では、譲渡人が第二譲受人と契約を結んでいたが、むしろ第一譲受人に所有権を移転した場合については、第二譲受人に対する違法性を認めなかった⁴⁴。

(2) 反社会的二重譲渡の認定時期に関する議論

これに関して、学説は二つに分かれている。まず、物権行為が、残金の支払と同時に登記に必要な書類を交付する時点に行われ、これとともに物権的期待権を取得するという前提に立ち、手付金や中間金の支払だけでは物権的期待権が発生せず、譲渡人が第一譲受人から売買代金の全額の支払いを受けて登記に必要な書類を交付した時点（すなわち、物権的期待権を取得した時点）の後に、第二譲渡契約が結ばれた場合には、その二重譲渡は無効とする見解である⁴⁵。すなわち、この見解によれば、売買代金の全額の支払いがあった時点以後にはじめて不動産の二重譲渡の反社会性が認められ、その前に行われた複数の譲渡契約は有効であるといえるだろう。

また、不動産の二重譲渡にかかわる背任罪が、①譲渡人の背任行為と、②第二譲受人の積極的な加担を要件としている刑法上の理論と判例⁴⁶に基づき、譲渡人が第一譲受人から中間金

⁴³ 大法院 2010.4.29.宣告 2009 다 1427 判決。

⁴⁴ 目的不動産に対して、2006年1月11日に第二譲受人に対する代物弁済の予約が締結され、2006年9月に完成した。しかし、この代物弁済の予約に先立って、2005年6月27日、第一譲受人に信託登記の予約があった。すなわち、代物弁済の予約の後に、信託登記が完了しても、これは代物弁済の予約に先立つ担保信託の予約による登記ができることになる。したがって、大法院は、代物弁済の予約権者である第一譲受人に対する任務違背ではないと、判断した。

⁴⁵ 金曾漢「二重売買의 反社会性」法政 19 卷 9 号 (1964) 7 頁、崔敏根「不動産 二重譲渡의 反社会性의 判断基準」晴軒金曾漢博士華甲記念論文『現代民法学の 諸問題』106 頁 (博英社・1981)、金容漢「不動産의 二重賣買에 있어서의 問題点」考試研究第 14 卷 1 号 (1987) 87 頁、尹眞秀「不動産의 二重譲渡에 관한 研究——第一譲受人의 原状回復 請求를 中心으로」서울大学校博士学位請求論文 18 頁 (서울大学校・1993)。

⁴⁶ 大法院 1983.4.26.宣告 82 도 49 判決、大法院 1984.8.21.宣告 84 도 691 判決。

を受領したならば、第一契約は一方的に解除することはできず、契約に従って売買代金の支払いとともに所有権移転登記の履行義務が発生する、とする⁴⁷。

(3) 判例の揺らぎ

以上の判例からわかるように、韓国の大法院は中間金以上の授受が行われると、当該不動産の第二譲渡を刑法上の「背任罪」の規律対象にしている。このような背任罪については本章の対象ではないから、本章では関係のある部分についてのみ検討するにとどめる。

事例は、XがYに対する借金の弁済を行えない場合に備えて、Xの母が所有する不動産の「相続分」を、Yへの代物弁済予約として約定したというものであった。その後、Xは遺贈を原因とする当該不動産の所有権移転登記を経た後に、Zら（Xの姉と姉の夫）に売り渡した。これに対して、大法院は、債務者が債権に対して消費貸借などによる債務を負い、その担保のために設定した代物弁済予約に関して約定の内容に従った債務は特別の事情がない限り、「自分の事務」にあたる判断した。これによって、「債務者の代物弁済予約による所有権移転の義務は、予約時に確定的に生じるのではなく、債務者が借金を適時に弁済せず、債権者による予約完結権の行使があってはじめて問題となり、債務者は予約完結権の行使を受けた後でも、金銭債務を弁済して当該不動産に関する所有権移転登記手続義務を消滅させ、義務からは解放され得る。……代物弁済の究極の目的は、借金返還債務の履行の確保にあり、債務者が代物弁済予約に従って不動産に関する所有権移転登記手続を履行する義務は、究極の目的を達成するために債務者に要求される付随的な義務であるから、これをもって背任罪にいう信任関係に基づいて債権者の財産を保護または管理する『他人の事務』に当たるとはいえない」（傍点は筆者によるもの）として、不動産の二重譲渡と類似した法律関係にある代物弁済予約の目的物を第三者に処分したケースについては、背任罪の構成を否認し、従来

⁴⁷ 황경웅=유충호・前掲注(38) 101頁。

の態度⁴⁸を変更した⁴⁹。

次に、動産の二重譲渡についてではあるが、右判決と同様に動産の二重譲渡に関しても「背任罪」が成立しないとして従前の態度を変更した判決⁵⁰（全員合議体、判例変更）がある。Xが、印刷機をYに一億三千五百万ウォンで譲渡することを約定し、二回にわたって四千三百五十一万八十二ウォン相当の材料の提供を受けた。しかし、Xは中間金の受領があったにもかかわらず、当該印刷機をXの債権者であるZに対し、既存の債務の弁済に代えて譲渡した事例である。

これに対して、大法院は、まず、「売買のように、当事者の一方が財産権を相手方に移転することを約定し、相手方がその代金を支払うことを約定することによって、その効力が生じる契約の場合には〔筆者注——韓国民法563条⁵¹（日本民法の555条に対応）〕、双方がその契約の内容に従って履行する債務は特別な事情がない限り、「自己の事務」に該当する」とし（すなわち、上記の代物弁済予約と同じく「自己の事務」）、「売買の目的物が動産である場合、売渡人は買受人に契約の定めに従ってその目的物たる動産を引き渡すことによって契約の履行となり、その時、買受人は売買目的物に対する権利を取得することになるから、

⁴⁸ このような多数意見に対して、反対意見は以下のような理由から従前の立場を維持しようとした。すなわち、「①従前の判例の蓄積からみて、登記協力義務等の相手方の財産保全に協力する義務のある者が、取引の相手方に回復し難い損害を与えた場合には背任罪として処罰を受けるということが法原則として位置付けられており、このような法原則には、典型的な背信行為に刑法を介入させることが正当であるという社会的合意が存在する。②担保契約を締結した債権者と債務者との間には担保契約それ自体から、被担保債権の発生原因となる法律関係とは異なる独自の信任関係が生じると見るべきである。③担保の目的のために不動産に代物弁済予約を締結した債務者が信任関係に違反し、当該不動産を第三者に処分して債権者の不動産取得を不可能にし、または、著しく困難にしたならば、信任関係に反した背任罪に当たるとみるべきであり、そのようにすることによって、不動産の二重売買・二重根抵当権の設定・二重傳貫^{チョンセ}権の設定に関して背任罪を認めてきた判例の確立された態度とも論理的に符合する」との三つの理由から、判例変更反対した。

⁴⁹ 大法院 2014.8.21.宣告 2014 도 3363 全員合議体判決。

⁵⁰ 大法院 2011.1.20.宣告 2008 도 10479 全員合議体判決。

⁵¹ 韓国民法第 563 条（売買の意義）「売買は、当事者の一方が財産権を相手方に移転することを約定し、相手方がその代金を支払うことを約定することによってその効力を生じる。」

売渡人に自己の事務である動産引渡義務のほかに、買受人の財産の保護ないし管理行為に協力する義務があるとは言えない。動産売買契約における売渡人は買受人に対してその事務を処理する地位にないため、売渡人が目的物を買受人に引き渡さずに、これを他人に処分したとしても刑法上の背任罪が成立するものではない」（傍点は筆者による）と判決の理由を述べた⁵²。

最後に、不動産の二重譲渡に関する背任罪の裁判例である。ただし、上告審の継続中であって、大法院の判決はまだ下されていない（2018年3月現在）。しかし、その帰趨が注目される事案である。その事案の重大性に鑑み、大法院は「公開弁論」を開き、弁論映像とその速記録を公開した⁵³。二つの事案であり、典型的な不動産の二重譲渡に関するケースである。それぞれの事案の内容は、①Xは、Yに当該土地を売り渡して手付金と中間金の一部を受領した（代金の三分の一程度）が、Zに本件土地を含めた不動産を担保に供して、根抵当権を設定した（2015㉔12692⁵⁴）。②Xは、Yと当該不動産の譲渡契約を締結し（売買代金十三億八千万ウォン）、手付金（二億ウォン）と中間金（六億ウォン）を受領した。Xは、残金支払期日を徒過して、Zに対して当該目的不動産を十五億ウォンで売り渡し、所有権移転登記

⁵² 多数意見に対する反対意見としては、①売買契約の当事者間に中間金を授受するなど、契約の履行が進んでおり、特段の事情がなく、任意に解除し得ない段階に至ったときには、その契約の内容に従った債務の履行は債務者としての自己の事務の処理という側面と合わせて、相手方の財産保全に協力する他人の事務の処理という性格を同時に有するため、このような地位にある者がその義務の履行による相手方の財産取得の前に、第三者に処分するなど相手方の財産取得あるいは保全に支障を来す行為をするときは、相手からの正当な信頼を破るものとして、非難可能性の高い典型的な任務違背行為にあたる。②動産売買においても、当事者間に中間金が授受されるなど、契約の履行がある段階を超えたときには、売渡人が売買の目的物を第三者に処分する行為は背任罪として処罰することが論理的に一貫しており、動産のみを他の財産とは異なる扱いをする何らの理由もない。さらに、類似した事案について、合理的な理由もなく財産権の二重売買または二重譲渡の全般にわたって背任罪の成立を認めることによって取引における信頼関係の保護に寄与してきた大法院の判例の意味を退色させることになる、という。

⁵³ 全体の弁論は、2018年3月22日に行われ、その映像は生中継された。弁論映像（韓国語）とその速記録（韓国語）は、以下のリンクを参照。<https://www.scourt.go.kr/supreme/medim/MediaActivityViewAction.work?gubun=710&pageIndex=1&pageSize=12&seqnum=12>（最終閲覧：2018年4月23日）。

⁵⁴ 当然ながら、第一審と原審は従前の大法院の判例に従い、Xの背任罪の成立を認めた。

まで移転した（2017 ㉔ 4027⁵⁵）。

公開弁論の速記録の内容から見る限り判例変更に対抗する見解の論理は、従前の内容を踏襲するにすぎないが⁵⁶、賛成する見解は、契約上の履行不能を理由としては拘禁されないとする、「市民的及び政治的権利に関する国際規約⁵⁷」の第 11 条⁵⁸をその根拠として、判例変更を肯定している。

本件の対象は、前掲の代物弁済予約の目的物または動産ではなく、直接に「不動産の二重譲渡」に関する判断であるため、今回の全員合議体の判断結果によっては、今後の二重譲渡に関する判例が大きく変わると思われる⁵⁹。

⁵⁵ 本事案の第一審は、上掲判断と同様に背任罪を認めたが、原審の서울（ソウル）高等法院は「他人の事務を処理する者の地位にあるとはいえない」ことを理由とし、背任罪を認めなかった。

⁵⁶ すなわち、中間金を受領した状態で当該目的物を他に処分することは刑法上の処罰の対象になるとみることが一般人の法感情であり、突然、二重譲渡が私的自治または民事的事案であることを理由に挙げ、処罰しないとすると、一般の法感情にも符合しないことはもちろん、不動産取引の秩序にも混乱をもたらすことを理由としている。さらに、公開弁論に関して意見を提示している実務界（例えば、大韓弁護士協会・全国銀行連合会・公認仲介士協会などによる）からも、法論理の不完全性は認めるものの、取引の安全のためには、ある程度不可避であるとの意見が提示されている。

⁵⁷ 当該条約については、以下のリンクを参照。<http://www.ohchr.org/en/professionalinterepr/pages/ccpr.aspx>（最終閲覧：2018 年 4 月 23 日）。

⁵⁸ Article 11

「No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation.」

第 11 条

「何人も、契約上の義務の履行不能のみを理由としては、拘禁されない。」

⁵⁹ 2018 年 5 月 17 日に、上記「Ⅲ-2-(3)」で記述した際にはまだ判断の出されていなかった事案に関する判決が下された。大法院は、「不動産売買契約の際に、中間金の支払いなどのように契約が本格的に履行される段階に至った場合、その時から売渡人は、背任罪における『他人の事務を処理する者』にあたりとし、さらに、そのような地位にある売渡人が、買受人に契約内容に従った不動産所有権を移転する前に、当該不動産を第三者に処分し、第三者名義で登記までした場合、背任罪が成立する」と判断して従前の態度を維持した（破棄差戻し、大法院大法院 2018.5.17.宣告 2017 ㉔ 4027 全員合議体判決）。主な内容として、多数意見は、不動産の売買契約において手付金のみを支払った段階では両当事

私見によれば、上記判例からもうかがえるように、民事制度の不備を刑法から補完する、いわゆる「民事の刑事化」を防ぐための大法院の一連の動きからして、従前の態度を変えて判例変更の可能性は高いと思われる。

3. いわゆる「積極的な加担」に関する判例の類型化

大法院の判例は、不動産の二重譲渡に関連する要件として、第二譲受人が不動産の二重譲渡に「積極的に加担する等の十分かつ明白な理由の存在」を前提としている。これに関して、第二譲受人の積極的な加担を認めるためには、単に目的不動産の第一契約の存在を知っていることだけでは足りず、第二譲受人が二重譲渡を強く求めるなどの積極的な加担を要件としている。さらに、積極的な加担以外にも、①第一譲受人の占有態様、②譲渡人と第二譲受人との関係、③目的物の相場、④第二譲渡の実質的目的などを総合的に考慮して判断していると思われる⁶⁰。

このような分類に基づき、大法院の判例理論を分析すると次のとおりである。

者は手付金を諦めるか、その倍額を支払って自由に契約から離れることができる。しかし、中間金の支払いなどのように契約が本格的に履行される段階に至っては、契約が取り消されるか、または、解除されない限り売渡人は買受人に不動産の所有権を移転する義務を負う。したがって、この段階に至った時に売渡人は買受人に対して買受人の財産保全に協力し、財産的利益を保護・管理する信任関係に置かれる。その理由としては、①韓国における不動産は国民の基本的生活の場として経済活動の根底を成しており、国民個々人が有する財産価値の多くを不動産が占めるケースも相当存在している。このように不動産が経済生活において占める割合やこれを目的とする取引の社会経済的意味は大きい。②通常不動産の売買代金は、手付金、中間金、残金と分けて支払う。買受人が売渡人に中間金を支払えば、当事者は任意に契約を解除することができないという拘束力が発生する（前掲注（7）を参照）。しかしながら、買受人が売渡人に相当の代金を支払っても売渡人の二重売買を防ぐ安全装置は設けられていないこと、などを判例維持の根拠として挙げている。他方、少数意見はこれに対して、不動産取引における買受人の保護に傾いており、動産の二重譲渡や代物弁済の売渡人または債務者の解釈とは一致していないとしてこれまでの判例を維持することに反対した（詳しくは、上記Ⅲ－2－（3）を参照）。

⁶⁰ 尹眞秀「不動産 二重譲渡의 経済的 分析——背任行為 積極加担論의 批判——」JUSTICE29 卷1号（1996）9頁。

(1) 第二譲受人の積極的な加担

大法院の判例は⁶¹、第二譲受人が譲渡人と当該不動産の売買契約を結ぶ時すでに当該不動産が7ヶ月前に第一譲受人に引き渡されており、占有している事実を第二譲受人が知りながら行なった二重譲渡契約の有効性を判断するにあたって、単に、不動産の二重譲渡ということだけではそれが社会正義に反するとは言い難く、他人に売り渡した事情を知らず、自分自身に売りつけるように頼んだだけであれば、こうした二重譲渡を反社会的法律行為と認められないとした。すなわち、「第一譲渡に対する単純悪意のみ」では、その有効性を否定できないというのが大法院の「確固たる立場」である。

このような前提に即し、第二譲受人が積極的に加担したと認められたケースとして次のようなものがある⁶²。すなわち、譲渡人が第一譲受人に当該不動産を売り渡し、売買代金の全額を受領した。しかし、譲渡人は第一譲受人から追加金をもらうか、既存の売買代金より高価で再売却するために、故意に登記手続を遅延させていた。このような事実を知っていた第二譲受人は、第一譲受人から受領した売買代金を返還して契約を解除することができるかと積極的に誘い、さらに、これによるすべての民刑事上の責任は自分が負うと言いつつ、自分への売り渡しを要求した。譲渡人は、ただちに第一譲受人に対して契約を解除する旨の通知書とともに受領した売買代金を同封して郵送した。その後、第一契約より高額の契約を第二譲受人と結び、第二譲受人名義の所有権移転登記をした。

これに対して、大法院は、譲渡人と第一譲受人との契約は適法に解除されたとはいえ、第二譲受人が譲渡人の背任行為に積極的に加担して行われた社会秩序に反する法律行為であるとして無効であると判断した。すなわち、積極的な加担の一形態として、売買代金を受領したにもかかわらず、「売買代金を返還して契約の解除が可能である」、「自分自身がこれに対する民刑事上の責任を負う」、「差益を得ることができる」、「法律上、二重譲渡は何の問題もない」など、譲渡人を欺罔する言動がこれにあたる⁶³。

また、別のパターンとして、もともと第一譲受人が所有していた不動産を譲渡人に売り渡したが、売買代金にかかる債務のために、再び、第一譲受人が買い受けることになった。こ

⁶¹ 大法院 1977.4.12.宣告 75 다 1780 判決。

⁶² 大法院 1980.6.10.宣告 80 다 569 判決。

⁶³ このような判決例として、大法院 1969.11.25.宣告 66 다 1565 判決、大法院 1972.4.28.宣告 72 다 343 判決、大法院 1980.6.10.宣告 80 다 569 判決などを参照。

のような事情を譲渡人から聞いて熟知している第二譲受人が、無知な譲渡人に債務の弁済⁶⁴を強要しつつ、第一契約より前の日付で契約書を作成するとともに、自分への譲渡を要求した。そして、譲渡人には、身を隠すように伝えた上で、本件に関しては自分が処理をして、さらに金銭謝礼まですることを約束した。譲渡人が身を隠しているうちに、第二譲受人は譲渡人の印鑑を偽造して自分への所有権移転登記をした。

大法院は、このように、第二譲受人が、本件不動産が第一譲受人に売り渡された事実を知りつつも、自分への二重譲渡を強要し、背任行為を積極的につくりだしかつそれに加担したことは、反社会的法律行為として、当然無効であり、したがって、第二譲受人名義の登記は原因無効の登記と判断した。

類似の事例として、すでに、第一譲受人に目的不動産を引き渡したが、不渡手形の件で身を隠していた譲渡人に対して、後のことは自分が責任を負うと説得するなど、譲渡人の窮迫な事情を利用し、譲渡人に売る気がないにもかかわらず行われた二重譲渡に関しても、善良な風俗その他社会秩序に反することを理由として、無効と判断した⁶⁵。

すなわち、「譲渡人の無知・窮迫・債務返済」などを悪用した二重譲渡の場合は、積極的な加担があるとみなし、こうした二重譲渡の契約については効力を否定し、無効としている。

(2) 譲渡人と第二譲受人との「特殊な関係」

通常の場合、不動産の二重譲渡の契約が結ばれるには譲渡人と第二譲受人との間に何らかの関係が存在するのが普通であろう。大法院は、このような「特殊な関係」の下で行われた不動産の二重譲渡の場合においても、その効力を認めていない。

これに関しては次のような事例がある。すなわち、第一譲受人は譲渡人から不動産を買い受けたが、所有権移転登記はしなかった。譲渡人の死亡により長男 X に相続登記が行われた。その後、当該不動産は登記簿上、売買を原因として X の弟に移転され⁶⁶、所有権移転登記まで

⁶⁴ 特に、譲渡人は一般より教育水準が低かったし、本件債務についても第二譲受人が直接有する債権ではなく、第二譲受人の母が、譲渡人に対して有していた債権であった。

⁶⁵ 大法院 1979.3.27.宣告 78 ㊦ 2303 判決。

⁶⁶ 登記原因には、「売買」と記載したが、実際には贈与であることを X も認めていた。当該不動産を売買した事実がない以上、売買を原因としてした第二譲受人名義の所有権移転登記は、その所有権に関する推定力が破れ、同登記の実体的権利関係は第二譲受人が主張・立証しなければならないと判示した。

なされた事案につき、譲渡人がこの土地をすでに第一譲受人に売り渡したことを X の弟が知っていることを前提としたうえで、兄弟間の所有権移転登記は、お互いに通謀した虚偽の意思表示と判断された。また、第二譲渡に特別な事情がない限り、第一譲受人に対する所有権移転登記を履行する義務に違背する背信行為に第二譲受人が加担し、共謀して所有権を取得したので、これは背信的悪意者による取得にあたり、このような所有権取得行為は無効とされた⁶⁷。

また、譲渡人が第一譲受人に目的物を売り渡した後、再び、譲渡人の息子である第二譲受人に贈与した事案において、すでに贈与の目的物が第一譲受人に売り渡され、登記の督促を受けている事情を第二譲受人がよく知っていたこと、贈与者と受贈者の間の身分関係を第一譲受人がどの程度を知っていたかなどを考慮し、第二譲受人は目的物の受領により父の背任行為に積極的に加担したことになり、二重譲渡における第二譲受人の積極的な加担行為は反社会秩序行為の成立要件になると解釈された⁶⁸。

このような「家族法上の身分関係」にかかわる二重譲渡とは異なる形態として、次のような判例がある。名義信託の終了の通知を受けた名義受託者が名義信託者の意思に反し、名義受託者本人が住職である寺（名義受託者の単独所有）に信託不動産を贈与した事案において、大法院は、「この寺は実質的に名義受託者と同一視し得る」から、このような贈与は無効と判断した⁶⁹。

すなわち、譲渡人と第二譲受人を「実質的に同一人格と把握できる」場合には、譲渡人と第二譲受人の間に「積極的な加担」が存在するかについて判断をすることもなく、第一譲受人は第二譲渡行為の効力を否認しうると解釈することができる⁷⁰。

(3) 目的不動産の「相場」

不動産の二重譲渡の効力を認めるか否かの問題において、当該目的物の「取引金額（市場価格より安い場合も、高い場合も）」も重要な判断基準となる⁷¹。

⁶⁷ 大法院 1978.1.24.宣告 77 다 1804 判決。

⁶⁸ 大法院 1982.2.9.宣告 81 다 1134 判決。

⁶⁹ 大法院 1991.10.22.宣告 91 다 26072 判決。

⁷⁰ 同旨のものとして、尹眞秀・前掲注 (60) 103 頁。

⁷¹ 尹眞秀・前掲注 (60) 103 頁。

これに関して、名義受託者が受託不動産を悪意の第三者に売り渡した事案において、「名義受託者が信託された財産を売却した後、第三者が横領の事実を知りつつ廉価で買い取って暴利を得たならば、これは社会の道德観念に背馳するものであ〔る〕」として、目的不動産の取引金額が当時の相場の3分の1にすぎなかったことを強調している⁷²。

また、第二譲受人が、目的不動産がすでに第一譲受人に寄贈された事実を知りながらも、その相場が寄贈の当時に比べて相当上昇していたので、まだ登記が譲渡人の名義であることを奇貨とし、比較的学歴が低い譲渡人に対して、この不動産を寄贈したことがあったとしても再売却することは法律上許されるなどとして、積極的に背任行為を教唆して登記した事案において、「背任行為を積極的に教唆して低廉な値で売られたものであるから、このような売買は正義観念に違背する反社会的法律行為であり、したがって、民法 103 条により無効である」（傍点は筆者によるもの）と判示された⁷³。

もっとも、売買代金に関する判例のうち、不動産についての二重譲渡が譲渡人を積極的に誘って行われたとしても、譲渡人が無資力であり、債権者（第二譲受人）がその債権回収の一環として結んだことが明白であり、その売買代金も不当に低廉ではないといえるのであれば、二重譲渡の事実があったとしても、その法律行為を否認することはできないとした判決もある⁷⁴。

(4) 譲受人に対する「履行義務の免脱を意図」した場合

譲渡人が二重譲渡をするのにはいろいろな理由があるが、その中でも、第一譲受人に対する履行義務を免脱する目的で二重譲渡を行う場合もある。このような履行義務の免脱の目的から行われた二重譲渡の効力に関しては、「通情虚偽表示〔通謀虚偽表示〕」の問題ととらえられることが通常であろうが⁷⁵、大法院は、二重譲渡の問題としても扱っていることに留意すべきである。

次の判例がある。すなわち、第一譲受人は、譲渡人の父から土地を買い取って池を作った。

⁷² 大法院 1963.3.28.宣告 62 다후 862 判決。

⁷³ 大法院 1972.4.28.宣告 72 다후 343 判決。

⁷⁴ 大法院 1976.4.27.宣告 75 다후 1783 判決。

⁷⁵ 尹眞秀・前掲注 (60) 104 頁。これによれば、当事者間で金銭授受があった場合は、これを「通情〔通謀〕虚偽表示とみるのは難しい」とされている。

現在に至るまで、当該土地は池の一部分をなしている⁷⁶。その後、相続を原因として、譲渡人名義への登記手続が行われた。譲渡人はこの土地に関して売買を原因として第二譲受人に売り渡した。

これについて大法院は、「〔譲渡人は、〕本件土地を先代がすでに売り渡した事実を知っていたとみるべきであり、このような事情を知りながら……この土地の形式上の所有者名義であることを奇貨として、兄弟である原告〔第二譲受人〕に所有権移転登記をしたことは、互いに通謀した虚偽表示とみることが妥当であり、たとえ、原告の主張通り、贈与の事実があったとしても……所有権移転登記を履行する義務に違背する背信的悪意による取得にあたるから、原告の所有権取得行為は無効である」と判断した⁷⁷。

また、譲渡人の第一譲受人に対する所有権移転義務の免脱を目的として、このような事実を知っている第三者と通謀して仮装の債権を作った後、強制競売を申請し、第三者が競落を受ける形態による二重譲渡に関して、大法院は、反社会的二重譲渡の法理を適用し、その効力を否定した⁷⁸。すなわち、「所有権移転登記の義務を免脱するために、原告に対する譲渡手続の履行を断り、……仮装債権による被告の債務名義を利用して代位による所有権移転登記を完了するために強制競売を行うに至ったものであり、被告が積極的に加担したことがあれば、これは形式的には強制執行の手続に従ったとしても、法が保護し得ない反社会的な行為であると言え、これは、二重売買の買受人が売渡人の背任行為に積極的に加担する場合や、二重売買の売渡人と買受人が直接に売買契約を締結する代わりに仮装債権に基づく債務名義を作り出して強制競売手続によって買受人が競落取得する方法をとる場合と、同様の法理が適用され、無効である」（傍点は筆者によるもの）と判断した。

⁷⁶ 第一譲受人は国であり、売買契約を締結した当時は、日本民法が適用されていたから（すなわち、意思主義・対抗要件主義）、登記名義の変更が行われなかった。また、譲渡人は、売買によって当該不動産が第一譲受人の「池の一部分をなしていることを明確に認識」していた。

⁷⁷ 大法院 1978.1.24.宣告 77 다 1804 判決。

⁷⁸ 大法院 1985.11.26.宣告 85 다카 1580 判決、大法院 1988.9.27.宣告 84 다카 2267 判決。すなわち、不動産の譲渡人が第三者と通謀して仮装債権による債務名義を利用して強制競売を申請した場合に、右不動産の譲受人は、その強制執行の排除を求めることができるかが争点であった。

IV. 日本民法における「背信的悪意者排除論」

本章の主な検討対象は、韓国における不動産二重譲渡ではあるが、日韓両国の比較検討もまた意味があると思われる。このような理由から、ここでは日本民法における「背信的悪意者排除論」にも少しだけ触れておくことにする。

とはいえ、すでにこの分野については、優れた研究業績⁷⁹が積み重ねられているため、詳しい検討は避け、必要最小限にとどめる。

⁷⁹ 舟橋諄一「登記の欠缺を主張し得べき『第三者』について」『加藤先生還暦祝賀論文集』639頁以下（有斐閣・1932）、有泉亨「民法一七七条と悪意の第三者」法学協会雑誌第56巻第8号（1938）1586（86）頁以下、川井健「不動産物権変動における公示と公信——背信的悪意者論、民法九四条二項類推適用論の位置づけ——」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』299頁以下（有斐閣・1975）、水本浩「不動産物権変動における利益衡量」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』271頁以下（有斐閣・1975）、松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望 中』65頁以下（有斐閣・1982年）、石田喜久夫「登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者にあたることとされた事例」民法研究第四巻『民法第一七七条の判例』164頁以下（成文堂・1984）、湯浅道男「背信的悪意者」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・上巻『不動産法の課題と展望』77頁（日本評論社・1990）、吉原節夫『新版注釈民法（6）物権（1）物権総則 §§ 175～179』〔舟橋諄一＝徳本鎮編集〕582頁（有斐閣・1997）、石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（一）——取得時効に関する最判平成一八年一月十七日を契機として——」立教法学第73号（2007）67頁以下、同「背信的悪意者排除論の一断面（二・完）——取得時効に関する最判平成一八年一月十七日を契機として——立教法学第74号（2007）120頁以下、鎌野邦樹「不動産における登記と占有の機能——背信的悪意者論再考：最高裁平成10年2月13日判決・平成18年1月17日判決を契機として——」法曹時報67巻4号（2015）919頁以下、大場浩之「不動産所有権の二重契約における生存利益の保護——ドイツ物権行為論の展開を手がかりとして——」浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古希記念論文集『早稲田民法学の現在』110頁以下（成文堂・2017）、田中豊「土地の所有権をめぐる紛争③——二重譲渡における『背信的悪意者』の認定」市民と法 No.100（2017）96頁以下、滝澤孝臣「背信的悪意者をめぐる判例法の現状と課題」市民と法 No.102（2017）3頁以下など多々の文献が存在する。また、磯村保「二重売買と債権侵害（一）～（三・完）：『自由競争論の神話』神戸法學雑誌35（2）・36（1）・36（2）（1985～1986）385・25・289頁以下、吉田邦彦『債権侵害論再考』570頁以下（有斐閣・1991）などの文献は、「債権侵害」の視点からこの問題を扱っている。

1. 初期の対応

民法 177 条の「第三者」は、同法 176 条による物権の得喪変更、すなわち、不動産物権変動の当事者以外の者で、「登記欠缺を主張する正当の利益」を有する者を意味する⁸⁰。さらに、最高裁判所は、背信的悪意者について、「実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない」

⁸⁰ 「……民法第七十六条ニ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力ヲ生ストアリテ当事者間ニ在リテハ動産タルト不動産タルトヲ問ハス物権ノ設定及ヒ移転ハ単ニ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生シ他ニ登記又ハ引渡等何等ノ形式ヲ要セサルコトヲ規定シタルニ止マリ又其第七十七条ニハ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ハ登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ストアリテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ハ其原因ノ如何ヲ問ハス総テ登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得サルコトヲ規定シタルモノニシテ右兩条ハ全ク別異ノ関係ヲ規定シタルモノナリ之ヲ換言セハ前者ハ物権ノ設定及ヒ移転ニ於ケル当事者間ノ関係ヲ規定シ後者ハ物権ノ得喪及ヒ変更ノ事為ニ於ケル当事者ト其得喪及ヒ変更ニ干与セサル第三者トノ関係ヲ規定シタルモノナリ故ニ偶第七十七条ノ規定即チ物権ノ得喪及ヒ変更ニ付テノ対抗条件ノ規定カ前項第七十六条ノ規定ノ次条ニ在ルトノ一事ヲ以テ第七十七条ノ規定ハ独り第七十六条ノ意思表示ノミニ因ル物権ノ設定及ヒ移転ノ場合ノミニ限り之ヲ適用スヘキモノニシテ其他ノ場合即チ意思表示ニ因ラスシテ物権ヲ移転スル場合ニ於テ之ヲ適用スヘカラサルモノトスルヲ得ス何トナレハ第七十七条ノ規定ハ同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依リテ物権ノ得喪及ヒ変更ノ事状ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免ルルコトヲ得セシメンカ為メニ存スルモノニシテ畢竟第三者保護ノ規定ナルコトハ其法意ニ徴シテ毫モ疑ヲ容レス而シテ右第三者ニ在リテハ物権ノ得喪及ヒ変更カ当事者ノ意思表示ニ因リ生シタルト將タ之ニ因ラスシテ家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生シタルトハ毫モ異ナル所ナキカ故ニ其間區別ヲ設ケ前者ノ場合ニ於テハ之ニ対抗スルニハ登記ヲ要スルモノトシ後者ノ場合ニ於テハ登記ヲ要セサルモノトスル理由ナケレハナリ加之家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ物権ヲ取得シタル者ニ於テハ意思表示ニ因リ物権ヲ取得シタル者ト均シク登記法ノ定ムル所ニ従ヒ登記ヲ為シ以テ自ラ其権利ヲ自衛シ第三者ヲモ害セサル手續ヲ為シ得ヘキハ言フ俟タサル所ナレハ其間取テ區別ヲ設ケ前者ハ登記ヲ為サスシテ其権利ヲ第三者ニ対抗シ得ルモノトシ後者ノミ登記ナクシテ其権利ヲ第三者ニ対抗シ得サルモノトスルノ必要ヲ認ムルニ由ナケレハナリ……」(傍点は筆者によるもの) 大連判明治 41・12・15 民録 14 輯 1276 頁。

と定義している⁸¹。現在に至っては疑いの余地のない確固たる地位を占めている概念であるが、民法施行の初期には「第三者」の解釈について善意悪意不問説に立っていたため、しばらくは、背信的悪意者排除論は成立する余地がなかった。

その理由は、現行民法の立法者の一人である富井博士の考え方から推察できる⁸²。すなわち、第三者の概念について「凡ソ第三者トハ當事者以外及ヒ其包括承繼人以外ノ者ヲ謂フ」（傍点は原文）と定義した上で、「第三者」の善意・悪意を区別しなかった理由について、「実際上の便宜」を最大の理由として挙げている。言い換えれば、善意悪意の立証は極めて困難であり、立証責任からしばしば善意者が保護を受けないおそれがある⁸³。したがって、第三者の利益とともに取引の安全を保障するために善意悪意の区別を採用しないと説明している⁸⁴。

⁸¹ 詳しくは、「第三者が登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しない場合とは、当該第三者に、不動産登記法四条、五条により登記の欠缺を主張することの許されない事由がある場合、その他これに類するような、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合に限るものと解すべきである」とする最判昭和31・4・24民集10巻4号417頁、および、「……『悪意の第三者が登記の欠缺を主張することが著しく信義に反する場合にはその者に対して登記なくして対抗しうる』ということであつて、如何なる悪意の第三者が民法第一七七条にいう保護に値しないかは、専ら個々具体的事案に即し、各種事情を判断して決する外なく、その判断の基準を提供するものが信義誠実の原則に外ならぬと解すべきである」とする最判昭和40・12・21民集19巻9号2221頁などを参照。

⁸² 富井政章『民法原論 第二巻 物権上』60～62頁（有斐閣書房・1910）。国立国会図書館デジタルコレクション：<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1088094>（最終閲覧：2018年4月23日）。

⁸³ 富井政章・前掲注（82）61頁、そして、このような理由に加えて、善意悪意について「……疑義ヲ生シ訴訟ノ増加ヲ來ス……」点を具体的に指摘している文献もある。岡松参太郎『註釋民法理由上巻』15頁（有斐閣書房・1898）を参照。

⁸⁴ もちろん富井博士も、このように善意悪意を区別しない態度が「從來ノ慣習及ヒ舊民法ノ規定ト相異」するものであることもまた明らかにしている（富井政章・前掲注（82）62頁）。たしかに、旧民法346条は「……但其者カ自己ノ合意ヲ爲ス當時ニ於テ前ノ合意ヲ知ラ〔ざる〕……コトヲ要ス」と規定している。このような「旧民法の規定」と「フランス民法典の規定」との比較研究の必要性もあるが、筆者の能力を超える。

このような状況の下では、判例⁸⁵および学説⁸⁶も善意悪意を区別しなかったことは当然であろう。

2. 判例と学説の揺らぎ

昭和 25 年頃、悪意者は取引の安全を目的としている登記を信頼した者ではないので保護に値しないとする、いわゆる悪意者排除説⁸⁷が有力になった⁸⁸。このような判例・学説の揺らぎから、下級審裁判例ではあるが、背信的悪意者をもって、登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者には該当しないとする、背信的悪意者排除論が台頭しはじめる⁸⁹。

こうした従前のパラダイム・シフトを招いた舟橋教授の説明を以下引用する。

「公示方法たる登記制度は、これに対する第三者の信頼を保護することによってこの機能を営むものであるから、現実には登記を信頼しない悪意の第三者は、登記によって保護するに値しないものである。しかし、他面において、資本主義的自由競争の原理が認められているかぎり、特に売買取引による場合は、たとい他人が物権を取得した場合においても、さらに原権利者に対し、いっそう有利な条件を提供してその他人と争うことも許されているわけであり、他方、自由競争の世の中に対処するためには、物権取得者は直ちに登記をして自己の

⁸⁵ 代表的なものとして、大判明治 38・10・20 民録 11 輯 1378 頁。その内容は、「民法第百七十七条ハ第三者ヲ保護シ且一般取引ノ安全ヲ保護スル爲メニ……規定シ其得喪ヲ生セシメタル法律行爲カ犯罪ニ原因シタルト否ト又第三者カ善意ナルト悪意ナルトヲ區別セサルヲ以テ苟モ其法律行爲カ當然無効トナラサル以上ハ該規定ノ適用ヲ妨クルコトナシ……」と判断した。

⁸⁶ 石田文次郎『物権法論』144 頁（有斐閣・1935）、柚木馨『判例物権法總論』200～201 頁（有斐閣・1961）。ここで、柚木博士は、旧著から見解を変えた理由について詳細に述べている。

⁸⁷ 舟橋諄一・前掲注（79）641 頁。

⁸⁸ 松岡久和・前掲注（79）66 頁も参照。

⁸⁹ 広島高判昭和 29・3・11 高裁民集 7 卷 3 号 277 頁、東京地判昭和 30・11・28 下級民集 6 卷 11 号 80 頁、同昭和 32・11・25 下級民集 8 卷 11 号 2174 頁、同昭和 33・3・22 下級民集 9 卷 3 号 476 頁、同昭和 34・2・9 判例時報 179 号 20 頁、同昭和 34・11・16 判例時報 209 号 17 頁、同昭和 33・3・29 下級民集 9 卷 3 号 535 頁、同昭和 30・11・27 下級民集 6 卷 12 号 2801 頁など。このような判例の分類については、舟橋諄一『物権法』183 頁（有斐閣・1960）を参照。

地位を確保すべきであるのに、それを怠るのは、その手落ちともいふべきであるから、第三者は、たとえ悪意であっても、社会生活上正当な自由競争と認められる範囲をこえないかぎり、保護せらるべきであろう。この意味で、信義則に反して悪意なる者は、たとえ前述の基準に適合する場合でも、第三者から除外せられるものと解する」⁹⁰

要するに、こうした判例と学説の登場は、背信的悪意者を 177 条の「第三者」から排除しようとし、具体的妥当性の観点から民法 177 条の「第三者」に対する問題にアプローチして「悪質の第三者を排除」するその後の学説に影響を与えた⁹¹ともいえよう。

3. 最高裁判所による「背信的悪意者排除論」の類型

上記の過程を経て、「背信的悪意者排除論」は確固たる判例理論として位置付けられるに至った。すなわち、登記の欠缺を主張することが、信義則に違反し、あるいは公序良俗に違反し、または権利濫用と認め得るなど、民法の基本精神に反する者を 177 条の「第三者」から排除する判例理論が形成され、確立されたのである⁹²。

最近の代表的な文献によれば、背信的悪意者については、多少の差はありつつも大きく分けて 3 つないし 4 つのパターンに類型化されている⁹³。以下、その類型を見ていく。なお、以

⁹⁰ 舟橋諄一・前掲注 (89) 183～184 頁。

⁹¹ 湯浅道男・前掲注 (79) 79 頁、好美清光「民法一七七条の背信的悪意者にあたらぬ例等〔判例批評〕」民商法雑誌第 5 巻第 2 号 (1966) 269～273 頁。特に、好美博士は、第二買主は、たとえ背信的悪意者であっても民法 176・177 条の原則どおりに売買契約と登記により所有権を取得できるし、これによって、第一買主は物権法の次元では無権利者になる。しかし、第二買主が第一買主に対する関係で信義則違反と認められるときは、自己の所有権にもとづく諸請求権を第一買主に対して行使することは、信義則違反となり債権法的に制約されると説明する。すなわち、この背信的悪意者の問題を「信義則」により解決しようとしている。具体的には、エストツペル (禁反言) の法理、または、自分の行為に矛盾した態度をとることは信義則に反するという法理 (*Venire contra factum proprium*) の一例と把握している。

⁹² 近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法〔第 3 版〕』84 頁 (成文堂・2006)。

⁹³ 詳しくは、近江幸治・前掲注 (92) 83 頁以下、吉原節夫・前掲注 (78) 650 頁以下、鎌田薫「対抗

下の事例における各当事者については、譲渡人を X、第一譲受人を Y、第二譲受人を Z とする。

(1) 不動産登記法 5 条にあたる場合 (旧不動産登記法 4・5 条)

同法 5 条は、不動産登記に関する手続法でありつつも、「登記がないことを主張することができない第三者」の類型を直接規定している。すなわち、「詐欺または強迫」によって登記の申請を妨げた第三者 (同条 1 項) と、「他人のために登記を申請する義務を負う」第三者 (同条 2 項) は、当然登記がないことを主張することができず、「177 条の第三者から排除」される。

さらに、最高裁判所は、同条の定め directly に該当するわけではないが、類似性を帯びる者についても、同様に 177 条の第三者から排除している。例えば、Z が、Y の登記手続を欺罔によって妨害し、その間に自らに登記を経由したケースにおいて、「Z は、本件不動産を買い受ける際その所有権の帰属につき X と Y とが係争中であることを知っていたばかりでなく、X が Y を欺罔して前記仮処分執行を取り消させ、本件不動産が Y 名義になることを妨げるにつき協力したものである。したがって、Z はいわゆる登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者にあたると解するのが相当」であると判断し⁹⁴、不動産登記法 5 条 1 項

問題と第三者」『民法講座 2 物権 (1)』〔編集代表星野英一〕67 頁以下 (有斐閣・1984)、川井健『民法概論 2 (物権) 〔第 2 版〕』36 頁以下 (有斐閣・2005)、加藤雅信『新民法体系 II 物権法 〔第 2 版〕』116 頁以下 (有斐閣・2005)、鈴木禄弥『物権法講義 〔第 5 版〕』153 頁以下 (創文社・2007)、田山輝明『物権法 〔第 3 版〕』58 頁以下 (弘文堂・2008)、山野目章夫『物権法 〔第 5 版〕』46 頁以下 (日本評論社・2012)、滝澤聿代『物権法』78 頁以下 (三省堂・2013)、七戸克彦『物権法 I』87 頁以下 (新世社・2013)、秋山靖浩=伊藤秀寿=大場浩之=水津太郎『物権法』65 頁以下 (日本評論社・2015)、平野裕之『物権法』91 頁以下 (日本評論社・2016)、松岡久和『物権法』134 頁以下 (成文堂・2017) などを参照。

⁹⁴ 最判昭和 44・4・25 民集 23 卷 4 号 904 頁。本判決の原審判決も、「明らかに不動産登記法第四条、第五条に該当する事由はない」としながらも、「……少なくともこれに類する程度の背信的悪意者とみるのが相当であり……」(傍点は筆者によるもの)と判断した(福岡高裁宮崎支部昭和 43・5・29 判決)。

をその根拠とした⁹⁵。

そして、不動産登記法5条2項を根拠とした判例としては、Zが第一譲渡に関する和解の立会人として署名捺印したが、その後、自ら第二譲受人となったケースが挙げられる⁹⁶。こうしたケースについて、最高裁判所は、「立会人として署名捺印することは、そのような和解の成立したことを確認することによって、その内容となっている法律関係が終局的に確定することを是認するとともに、仮りに後に至って右和解について紛争が生じるような事態に立ち至って場合には、自らその内容を証明すること等によって、紛争を解決すべき立場に立つことを表明したに外ならず、これによって何らかの利益を受ける等の特段の事情が存在しなくとも、その後に至って、自らその内容を否認するが如きは、著しく信義に反し、許されないものといわなければならない……」と判断した⁹⁷。

(2) 家族（親族）関係・法人とその代表者等の、「同一性が認められる」場合

XとZとの法律関係を綿密に分析して、実質的にみて両者を「同一人と認めることのできる場合」がある。例えば、両者が家族や親族などの身分関係（内縁関係を含む）を有し、ま

⁹⁵ 当該判例についての判例批評として、石田喜久夫「登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者にあるとされた事例」民商法雑誌第62巻第5号（1970）907頁以下、鈴木重信「登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者にあるとされた事実」法曹時報21巻11号149頁以下、菊地定信「登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者の理論」国士館法学2号（1970）173頁以下、半田正夫「民法一七七条と背信的悪意者——不動産の二重譲渡において第二譲受人が背信的悪意者であっても未登記の第一譲受人は第二譲受人に対応できないか——」『ジュリスト増刊（民法の判例〔第三版〕）』56頁以下（有斐閣・1979）などを参照。

⁹⁶ XがYに贈与した山林に関し、XY間に、右山林がYの所有に属することを確認し、Xは速かにYに対しその所有権移転登記手続をする旨の和解が成立した場合において、Zが立会人として右示談交渉に関与し、かつ、右和解条項を記載した書面に立会人として署名捺印した等の事情があった。詳しくは、最判昭和43・11・15民集22巻12号2671頁。

⁹⁷ 当該判例についての判例批評として、本城武雄「登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者にあるとされた事例」民商法雑誌第61巻第3号（1969）450頁以下、千種秀夫「登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者にあるとされた事例」最高裁判所判例解説民事篇（1968）1049頁以下を参照。

たは、法人とその代表者との関係といった密接な関係性が認められる場合も想定し得る。しかし、判例の中でこうした類型に直接該当するものはまだない。下級審裁判例において、内縁の女性に不動産を第一譲渡したが、当該不動産を妻にも贈与した事例がある⁹⁸。神戸地裁は、「婚姻中の夫である X から本件建物の贈与を受けたところ、Y の所有権を失わせる目的をもって、X が、すでに Y に売り渡していたため自ら所有権を主張することを避けて、X の内妻であった Z が居住していることを奇貨として、右贈与が二重譲渡であることを Z が熟知しながら、あえてこれを Z が譲り受け、その登記名義を取得したものであるから、Z は背信的悪意者である」（XYZ への変更は筆者によるもの）と判断した。

(3) 害意を有し復讐等の目的がある場合

例えば、Z が何らかの理由で Y に害意を持ち、損害を与えるために（典型的には、復讐の目的）当該目的物（すなわち、第一譲渡の目的不動産）を譲り受けて登記まで完了したケースもあり得る。こうした場合には、背信的悪意者排除論としても、「公序良俗違反」としても扱うことができよう。

Y が、X から山林を買い受けその引渡しまで受けて 20 数年を経た後に、第一譲渡の事実を熟知していた Z が、Y の所有権移転登記が未了なのに乗じ、Y に対する別の紛争を理由に復讐しようとし、X の相続人 X₁ に対し、その意図を打ち明けて当該山林の売却を懇請し、低廉な価格でこれを同人から買受けたうえで、登記をする等の事情があったケースにおいても、所有権移転の効力を認めなかった⁹⁹。最高裁判所は、「本件山林につき X と Z との間に締結された売買契約は、公の秩序、善良の風俗に反する行為であって無効たるを免れない旨、並びに、従って、Z は、民法一七七条にいわゆる『第三者』に該当しない」（XYZ への変更は筆者によるもの）と判断した¹⁰⁰。

⁹⁸ 神戸地判昭和 48・12・19 判例時報 749 号 94 頁。

⁹⁹ 最判昭和 36・4・27 民集 15 卷 4 号 901 頁。

¹⁰⁰ 当該判例についての判例批評として、中元紘一郎「最高裁判所判例研究 四九 二重売買が民法九〇条により無効とされた事例」法学協会雑誌第 80 卷第 1 号（1963）157 頁以下、右田堯雄「二重売買が民法第九〇条により無効と判定された事例」法曹時報 13 卷 6 号（1961.6）92 頁以下。

(4) 近時の通行地役権に関する判例

次の二つの判例は、典型的な不動産の二重譲渡にあたるケースではないが、いわゆる「背信的悪意者排除論」との関係で注目すべきものである。

①Aは所有地の一部である甲土地をXに分譲した。甲土地は公道に面していなかったため、黙示的にAの乙土地を承役地とする無償かつ無期限の通行地役権を設定することを合意し、Xは乙土地を通路として継続的に使用していた。その後、Aは乙土地を含む所有地をBに売却し、BがYに転売した。そこで通行地役権の対抗問題が発生した¹⁰¹。

これに対して、最高裁判所は、「通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることが、その位置、形状、構造等の「物理的状況」から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたかまたは認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である」（傍点は筆者によるもの）と判断した¹⁰²。

¹⁰¹ 最判平成10・2・13民集52巻1号65頁。ここで、Yは、Bから通行地役権設定者の地位を承継するとの合意はされていない。さらに、Xが乙土地を通路として利用していることをYは認識していたが、通行権の有無について確認することはしなかった。この判決の評釈として、秋山靖浩『不動産取引判例百選〈第3版〉』184・185頁（有斐閣・2008）、近藤崇晴「設定登記のされていない通行地役権について承役地の譲受人が登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないと解すべき場合（平成10.2.13）」法曹時報第50巻第12号（1998）3118頁以下などを参照。

¹⁰² この判決の重要なポイントは、「背信的悪意者排除論を直接適用したわけではなく、信義則に鑑みて177条にいう第三者性を否定した点」である。すなわち、背信的悪意者を排除するには、悪意という要素が必要であるが、このケースのように通行権があるという事実に関して善意だとしても、「調査して認識可能」だったのに知らなかったことについての過失から、177条の「第三者性」を否定した。すなわち、「登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法一七七条にいう『第三者』（登記をしなければ物権の得喪又は変更を対抗することのできない第三者）に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法四条又は五条に規定する事由のある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない」（傍点は筆者によるもの）と判断した。

②通路部分の土地につきAが所有の意思をもって占有を開始し、Yの前主BがAの占有を承継し、さらにYが引き続き所有の意思をもってBの占有を継続してAの占有開始から22年余が経過した時点で、当該土地をXが同土地の所有者Cから購入し所有権移転登記を経由した事情の下で、XからYに対する所有権確認請求、YからXに対する時効取得についての反訴請求等があった事案である¹⁰³。

これに関して、最高裁判所は、「民法177条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、実体上物権変動があった事実を知る者において、同物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、このような背信的悪意者は、民法177条にいう第三者に当たらないものと解すべきである」（傍点は筆者によるもの）と前提したうえで、「Yが時効取得した不動産について、その取得時効完成後にXが当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、Xが、当該不動産の譲渡を受けた時点において、Yが多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、Yの登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、Xは背信的悪意者に当たるといふべきである」と判断した¹⁰⁴。

¹⁰³ 最判平成18・1・17民集60巻1号27頁。

¹⁰⁴ これに対して、右①②の判例のように「通行地役権」に直接かかわる判例ではないが、韓国において、取得時効の完成を理由として所有権移転登記を請求したが、その「訴状副本」の送達後に行なわれた根抵当権設定の効力が問題となった判例がある。簡略に事実関係を見ると、Xが所有していた敷地甲の上にYは住宅を建て長年居住しながら改築をするなど、甲土地を占有・使用してきた。Yは、取得時効の完成を理由とし、Xに対して甲土地の所有権移転登記請求をした。Xは、その「訴状副本の送達」の直後、Zとの契約で根抵当権を設定した。

この事案について、大法院は、「不動産に関する占有取得時効の完成後にその取得時効を主張するか、あるいは、これによる所有権移転登記請求を行なう以前なら、その登記名義人たる不動産の所有者としては、特段の事情がない限り、その時効取得の事実を知ることができないために、これを第三者に処分したとしてもそれによる損害賠償責任を負わないが、……登記名義人たる不動産の所有者がその不動産に隣接して居住するなどしてその不動産の占有・使用関係を熟知しており、時効取得を主張する権利者が登記名義人を相手方として取得時効完成を原因とした所有権移転登記請求をし、登記名義人がその訴

V. 転得者の地位

前述したように、日韓両国の判例は、特定の条件下¹⁰⁵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（韓国民法 103 条）、後者は、主に「信義則」違反（日本民法 1 条 2 項）としてBの登記欠缺を主張し得ないということが、「両国の判例理論」である。

この場合に、転得者D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、①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B:D間は対抗関係であり、Bは登記がな

状副本の送達があった場合には、登記名義人がその不動産の取得時効完成の事実を知りまたは知り得ると見るのが相当であるため、それ以後、登記名義人がその不動産を第三者に売り渡すか、または根抵当権を設定するなどの処分をして、取得時効完成を原因とした所有権移転登記義務が履行不能に陥ったならば、そうした登記名義人の処分行為は時効取得者に対する所有権移転登記義務を免脱するためのものであるとして違法といわざるを得ず、不動産を処分した登記名義人は、これによって時効取得者が被った損害を賠償する義務がある」（傍点は筆者による）と説示した。大法院 1999.9.3.宣告 99 다 20926 判決。すなわち、取得時効完成の事実は、特段の事情がない限り、簡単に知ることができるものではない。その特段の事情として、「訴状副本の送達」等の所有者が認識可能な何らかの行為を求めている。こうした大法院のスタンスは、「物理的状況から客観的に明らか」という最高裁判所の立場とは著しく異なっており、興味深い。

¹⁰⁵ 当然ながら、日本民法においては、「背信的悪意者」であり、韓国民法においては、「反社会的二重譲渡」である。

い限り、D に対抗することができないとする（いわゆる、「相対的構成」）¹⁰⁶。②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、当該不動産につき C と契約をした D は、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¹⁰⁷。

すなわち、D の地位について、日本民法は「相対的構成」を、韓国民法は「絶対的構成」を採っていることがわかる。以下では、このような判例を中心として、その詳しい内容を考察することにする。

1. 基本的な考え方

韓国でも、法律行為が公序良俗に反するとその行為は遡及的に無効となる¹⁰⁸。その結果、法律行為が、たとえ個別の強行法規には反しないとしても場合によっては「社会的妥当性」を理由として無効となり得る。韓国民法 103 条にいう「善良な風俗その他社会秩序」は、強行法規とともに「私的自治の限界」を成す¹⁰⁹。

このような無効の効果は、何人に対しても主張し得る、いわゆる「絶対的無効」であるために、自ら公序良俗に反する行為をした本人も主張することができるし¹¹⁰、また善意の第三

¹⁰⁶ 最判平成 8・10・29 民集 50 卷 9 号 2506 頁。

¹⁰⁷ 大法院 2008.3.27.宣告 2007 다 82875 判決。

¹⁰⁸ 尹眞秀=李東珍『注釈民法 [民法総則(2)]』〔編集代表金龍潭〕441 頁（韓国司法行政学会・2010）を参照。

¹⁰⁹ 宋徳洙『新民法講義（第 5 版）』139～140 頁（博英社・2012）。

¹¹⁰ 大法院 1973.5.22.宣告 72 다 2249 判決。このことは判例の内容からも明らかである。すなわち、「強行法規に違反した者が自らその約定の無効を主張することが信義則に反するという理由から、その主張を排斥すると、これは逆に強行法規によって排除しようとする結果を実現させる形になってしまい、立法趣旨を完全に没却させることになるため、特段の事情がない限り、右のような主張は信義則に反するものではなく、一方で、信義誠実の原則に反するという理由からその権利の行使を否定するためには、信義を供与したか、または客観的に見て相手方が信義を有するに正当な状態にいない限り、このような相手方の信義に反して権利を行使することが正義観念に照らして容認されえない程度の状態

者に対してもその無効を主張することが可能である¹¹¹。さらに、当事者は公序良俗に違反する契約の履行を請求することはもちろん、その不履行を理由とした損害賠償の請求もできず、追認しても効果は生じない¹¹²。

学説をみると、二重譲渡された不動産の転得者に関する問題について、まず、①判例と同様に不動産の反社会的二重譲渡の「絶対的無効性」を採るとともに、登記簿に公信力が認められない限り、転得者を保護することはできないとする立場¹¹³、②不動産の二重譲渡の場合についてのみ、登記に公信力を与えようとする立場¹¹⁴、③物権行為の無因性を前提として、不動産の二重譲渡が反社会的法律行為として無効となるのは債権行為（二重売買契約）だけであり、物権行為に瑕疵がない限り善意の転得者は有効に所有権を取得するとみる立場¹¹⁵、④①説とは逆に転得者を絶対的に保護しようとする立場¹¹⁶、最後に、⑤善意の転得者の保護

に至らなければならない」（傍点は筆者によるもの）として、その無効を自ら主張することも認めている（大法院 2003.4.22.宣告 2003 다 2390、2406 判決、大法院 2004.6.11.宣告 2003 다 1601 判決なども参照）。

¹¹¹ 大法院 1996.10.25.宣告 96 다 29151 判決などを参照。

¹¹² 尹眞秀=李東珍・前掲注（108）442 頁。さらに、当該法律行為が無効であることを知りながら追認しても、新しい法律行為としての効果は発生しない。大法院 1973.5.22.宣告 72 다 2249 判決を参照。

¹¹³ 崔敏根・前掲注（45）108 頁、鄭相鉉「不動産二重売買의 法律關係」判例研究（서울地方弁護士会）第 19 輯（1）（2005）187 頁以下など。この学説によると、「絶対的無効」を回避するには、その「反社会性」が消滅するまでは不可能であるとされる。

¹¹⁴ 金應烈「不動産의 二重売買에 관한 考察：惡意取得者를 中心으로」法院行政処・司法論集第 15 輯（1984）26 頁以下。この見解によると、不動産の二重売買における第二譲受人からの転得者が、第二譲受人の登記を信頼し、かつ善意ならば（無過失まで要求するかについては言及がない）、取引の安全のために、制限的に登記に公信力を認める必要があるとされる。

¹¹⁵ 金顯泰「反社会的 二重売買의 境遇 展開될 수 있는 法律關係」小峰金容漢教授華甲記念『民事法學의 諸問題』145・146 頁（博英社・1990）。

¹¹⁶ 崔珍洙「反社会的 二重譲渡에 있어서 主觀的要件의 要否 및 轉得者 保護 与否」法曹 48 卷 4 号（1999）181 頁。この学説は、まず、二重譲渡が不法原因給付だとしても韓国民法 746 条によって第二譲受人は所有権を確定的に取得し、第二譲受人は譲渡人から承継取得したために、反社会的二重譲渡以

のために、反社会的二重譲渡についての無効は絶対的無効ではなく、韓国民法の 108 条 2 項¹¹⁷（日本民法の 94 条 2 項に対応）を類推適用して相対的無効とすべきであるとみる立場¹¹⁸などにわかれている。

2. 韓国における判例の態度

(1) X は、1943 年、「緊急増米用水源拡充施設事業」の一環として、訴外 A から本件土地を買収し、堤を築造した。その後、X は公共の水源として使用しつつ、維持・管理を行ってきた。しかし、X は、堤に編入された土地の所有権移転登記を経していない状態であったため、従前の所有者とのトラブルが多発した。1977 年頃、X は、このような紛争を防ぐために、すでに堤の築造時に補償金の支払いがあったことを根拠とし、本件土地の所有権が X にあるという公文書まで発送するに至った。そして、Y1 は、A の長男であり 1950 年に A の死亡により本件土地を相続して 1984 年に相続を原因とする所有権移転登記を経た。その後、本件土地は、売買を原因として Y1 から Y2 に譲渡され、Y2 は本件土地の一部の持分を Y3 に売り渡し、残りの持分についても Y4 に所有権移転登記とともに譲渡した。Y5 と Y6 に転々譲渡され、裁判の当時には、Y7～Y12 の共有の所有権登記がなされており、Y12 の持分に対しては Y13 の根抵当権が設定されていた¹¹⁹。

この事案について、原審¹²⁰は、Y1 が X と A との取引を知ったか、または Y2 が、X が本件土地を受け取った事実を知りながら、Y1 の処分行為に積極的に加担したとはみえず、Y1 の X

前の所有権移転過程にあった瑕疵の影響を受け、当該法律行為は一般理論によって規律されるが、反社会的二重譲渡という瑕疵は譲渡人と第二譲受人の間の法律関係において断絶され、転得者はその瑕疵を承継しないと説明する。

¹¹⁷ 韓国民法 108 条（通じてした虚偽の意思表示）「①相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

②前項の意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。」（傍点は筆者によるもの）

¹¹⁸ 高翔龍・前掲注（15）355 頁以下、洪性載『不動産物権変動論——所有権譲渡을 中心으로——』332～333（法文社・1992）。

¹¹⁹ 詳しい事実関係については、尹眞秀「反社会的 不動産 二重譲渡에 있어서 転得者の 地位」法曹 47 卷 9 号（1998）141～145 頁。

¹²⁰ 光州高等法院 19994.5.4.宣告 93 나 2130 判決。

に対する所有権移転登記の義務は履行不能となったとして X の請求を棄却した。

しかし、大法院は、Y1 の Y2 に対する所有権譲渡を反社会的行為と判断した上で、「不動産の第二買受人が売渡人の背任行為に積極的に加担して第二売買契約が反社会的法律行為にあたる場合には、第二売買契約は絶対的無効であるため、当該不動産を第二買受人から新たに取得した第三者はたとえ第二買受人が当該不動産を有効に取得したと信じていたとしても、第二売買契約が有効であると主張することができない」（傍点は筆者によるもの）と判断し¹²¹、差し戻した¹²²。

(2) 最近の判例として、次のような事案がある。対象判決¹²³の事実関係は、韓国の慣習法から認められた権利能力なき社団が所有する不動産に関する事例であるが、事実関係が複雑であり紙幅の関係上、簡略に説明することにする。

権利能力なき社団が所有する不動産の名義受託者が死亡して、その妻と子が相続してその登記を経た。その後、第三者が名義受託者の相続人から当該信託財産を取得し、所有権移転登記まで経た（当該売買契約は反社会的法律行為と判断された）。第三者は金銭借用のため

¹²¹ 対象判決は、大法院 1996.10.25.宣告 96 다 29151 判決であり、差戻し判決は、大法院 1995.2.19.宣告 94 다 28307 判決である。

¹²² 日本民法の解釈と関連して特筆すべき内容として、被告らの上告理由には次のような主張があった。すなわち、「譲渡人またはこれを代位する第一譲受人が、反社会的秩序を理由にして第二譲渡行為について無制限にその無効を主張できるようにすると、第三者たる転得者に対しても主張できるし、これは取引の安全を害することになるため、不動産の二重譲渡のように真正な所有者との意思の合致または意思の関与のもとで行なわれた場合には、不動産の真正な所有者の意思介入が全くなかった場合とはその登記の効力を異にする必要がある。譲渡人が第二譲受人を通じてした二重譲渡行為は、……民法第 108 条第 2 項〔日本民法の 94 条 2 項に対応〕を準用して善意の第三者には対抗し得ないと解釈しなければならない」と主張した。しかし、大法院は、被告側から主張されたいわゆる「相対的無効」に対して、「不動産の二重譲渡が反社会的法律行為に該当して無効である場合に、禁反言ないし信義則の原則上、通謀虚偽表示のように、善意の第三者に対しては、その無効を主張し得ないとみるが、これは、独自の見解として採用することができない」（傍点は筆者によるもの）として、「相対的無効」を認めなかった。

¹²³ 大法院 2008.3.27.宣告 2007 다 82875 判決。

に取得した不動産に根抵当権を設定した。

まず、大法院は、実質的な所有者が知らないうちに、第三者が名義受託者に信託財産を不法処分するように積極的に要請しまたは誘導するなどの行為は、反社会的な法律行為として無効と判断した上で、「不動産の買受人が売渡人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該当する場合には、売買契約は絶対的に無効であるため、当該不動産を買受人から再び取得した第三者はたとえ買受人が当該不動産の所有権を有効に取得したと信じたとしても、売買契約の有効性を主張できず、このような法理は担保権設定契約においても同様である」として、その根抵当権設定登記についても、その原因が消滅したから、背任行為に積極的に加担したかどうかには関係がなく、無効であると判断した。

(3) (2) のケースと同様に、名義受託者による第三者への信託財産の処分についての判例において、反社会的法律行為として無効となった売買契約について、その契約の履行不能を理由とした損害賠償請求に関する事例もある。

Xは、当該不動産の売買を目的として権利能力なき社団Aとの交渉に臨んだが、希望売買代金の差を埋めることができず、交渉は決裂した。Xは、改めてAから名義信託を受けていた登記名義者Yと売買契約を締結して、売買代金の支払いと所有権移転登記を経た。Aは、当該不動産はAがYに名義信託した財産であることを理由として、所有権移転登記の抹消を求めて勝訴した。これに対して、Xは、右売買契約が履行不能に陥り、目的物の相場相当の損害が発生したとしてYに損害賠償を請求して、原審¹²⁴はXの請求を認容した。

このような原審の判断に対して、大法院は、X—Y間の売買契約をAに対する背信行為としたうえで、「一般に名義受託者は信託財産を有効に第三者に処分することができ、第三者が名義信託の事実を知ったとしてもその所有権の取得に影響がないものの、この事件のように、特別な事情がある場合、すなわち、名義受託者から信託財産を買い取った第三者が、名義受託者の名義信託者に対する背信行為に積極的に加担した場合には、名義受託者と第三者間の契約は反社会的法律行為として無効であると言わざるを得ず……〔X—Y間の〕売買契約は無効としなければならない。そして、〔X—Y間の〕右契約が反社会的法律行為として無効であるとするならば、XとAとの間においてのみ相対的に効力がないものとは言えず、

¹²⁴ 서울高等法院 1991.7.12.宣告 90 나 28561 判決。

XとYとの間においても無効であるとするべきであるから、XがYに対して右契約は有効であるとしてその不履行を理由とする損害賠償を請求することはできない」（傍点とXYAの変換は筆者による）として、原審の判断を破棄し、差し戻した¹²⁵。

(4) 以上の判例からわかるように、先行する行為が「反社会的法律行為（いわゆる、公序良俗違反）」として無効となった場合には、後の行為が売買にせよ（（1）の判例）、担保権の設定にせよ（（2）の判例）、原因の欠如を理由として絶対的に無効であり、その無効となった契約に基づく損害賠償請求まで（（3）の判例）、その効力が否定されている。

このような韓国の大法院の態度は、日本の最高裁判所がとっている「相対的無効論」とは相反する見解を示している。したがって、以下では項目を改めて、日本における転得者の問題を扱うことにする。

3. 背信的悪意者排除論の「相対的適用」に関する判例

背信的悪意者または反社会的二重譲渡から当該不動産を譲り受けた転得者の問題について、日本と韓国は異なるスタンスをとっている。そのコントラストを示すために、代表的な判例を取り上げることにする¹²⁶。

(1) 事実関係

Xは、昭和30年ごろ、旧国鉄松山駅前整備事業の一環として、貨物の搬出、搬入用の道路を造るため、Aから本件土地を買い受け、代金も完済したが、本件土地の合筆・分筆のため所有名義の登記が経由されないままとなっていた。その後、Xは、本件土地にアスファルト舗装するなど道路として整備する一方、本件土地内に市道金属標を設置することによりXの管理に係る道路であることを明確にした。このようにして本件土地は、遅くとも昭和44年、Xの道路（市道）として市民の通行の用に供され、付近住民からも市道として認識されてきた。

Aの財産管理に関与していたDは、Aから、本件土地を処分したい旨の相談を受けた。このため、Dは、知人のEにこの話を伝え、協力を求めた。

Eは、E1、E2及びE3のオーナーとしてこれらの会社を実質的に経営する者であるが、昭

¹²⁵ 大法院 1992.6.9.宣告 91 다 29842 判決。

¹²⁶ 最判平成8・10・29民集50巻9号2506頁。

和 57 年、E1 を代理して、A を代理する D との間で、売買契約を締結し、E1 名義で所有権移転登記を経由した。D は、E から万一本件土地が実在しない場合にも A に代金の返還を請求しない旨の念書をとった。E1 は、昭和 58 年に E2 に、次いで昭和 59 年に E3 に、それぞれ所有権移転登記を経由した。

Y は、昭和 60 年、E3 から本件土地を買い受けて所有権移転登記を経由し、本件土地が市道ではない旨を主張しながら、プレハブ建物二棟およびバリケードを設置した。X は、本件土地について所有権および道路管理権を有すると主張して、Y に対し、①所有権に基づき真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続、②道路管理権に基づき道路の敷地であることの確認、③所有権または道路管理権に基づき本件土地上に設置されたプレハブ建物およびバリケード等の撤去を求めた。

これに対し、Y は、本件土地が Y の所有であることを前提として、X に対して、X が本件土地上のプレハブ建物およびバリケード等を撤去して本件土地を執行官に保管させた上、市道としての使用に供することができる旨の仮処分決定を得てその執行をしたことは、Y に対する不法行為に当たると主張して、損害賠償を求めた。

(2) 裁判の経過

第一審の松山地裁¹²⁷は、Y は背信的悪意者でないから、その所有権をもって X に対抗することができるが、X から道路管理権を対抗されるとし、上述の②と③の請求のみが認容された。次いで、第二審の高松高裁¹²⁸は、E1 が背信的悪意者であることを前提とし、E1 が X に所有権取得を主張し得ない以上、E2 および E3 を経由した Y も同様に X に対抗することができないとして、X の右の請求は認められ、かつ、Y の請求は棄却された。これに対して、Y は上告した。

(3) 最高裁判所の判断

以上の原審の判断について、最高裁判所は以下のように解して、原審の判断を差し戻した¹²⁹

¹²⁷ 松山地判平成 2・2・19 民集 50 卷 9 号 2532 頁。

¹²⁸ 高松高判平成 5・3・25 前掲民集 2550 頁。

¹²⁹ 対象判決に関する文献としては、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」

(正確には、一部破棄差戻し・一部上告棄却)。すなわち、「所有者 A から X が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、E1 が当該不動産を A から二重に買い受け、更に E1 から転得者 Y が買い受けて登記を完了した場合に、たとい E1 が背信的悪意者に当たるとしても、Y は、X に対する関係で Y 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 X に対抗することができるものと解するのが相当である」としたうえで、「(一)E1 が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、X は、E1 が登記を経由した権利を X に対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得を E1 に対抗することができるというにとどまり、A・E1 間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、Y は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのであって、また、(二)背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法一七七条の「第三者」から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経ていない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである」という、いわゆる「相対的構成」を示した¹³⁰。

(4) 対象判決の意義

右平成 8 年 10 月 29 日判決からわかるように、背信的悪意者は第一譲受人との関係で登記

民商法雑誌第 117 巻第 1 号 (1997) 104 頁以下、横山美夏「背信的悪意者からの転得者と民法 177 条の第三者」月刊法学教室 200 号 (1997) 140 頁以下、石田喜久夫「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者 (判例評論 468 号)」判例時報 1621 号 (1998 年) 189 頁以下、松岡久和「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の『第三者』」『判例セレクト'86~'90』314 頁 (有斐閣・2002)、滝沢聿代「二重譲渡と転得者——相対的構成とは何か——」『物権変動の理論 II』157 頁以下 (有斐閣・2009) などを参照。

¹³⁰ このような最高裁判所の判決につき、多数説 (滝沢博士も指摘しているように、多数説といえるかについても疑問はあるが) は、判例と同様に相対的構成をとっているが、絶対的構成をとる論理構成も主張されている。学説の詳しい紹介については、七戸克彦・前掲注 (129) 113 頁以下、滝沢聿代・前掲注 (129) 168 頁以下に譲る。

欠缺の主張が許容されないだけであり（そして、かような所以は信義則に反するから）、第二譲渡契約自体が無効ではないために、転得者は無権利者から当該不動産を買い受けたのではなく、その転得者が 177 条の「第三者」から排除されるかどうかは第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄である¹³¹とし、いわゆる背信的悪意者排除論の相対的適用が示されている¹³²。すなわち、相対的構成は、177 条に基づいて転得者が第二譲受人と同一線上にあると把握し、第一譲受人と対抗関係に位置づけられているともいえる¹³³。

さらに、東京高裁昭和 57 年 8 月 31 日判決¹³⁴も、転得者が背信的悪意者である場合について、背信的悪意者排除論の適用について、以下のような理由から肯定した。

すなわち、「背信的悪意者排除論は、被控訴人の主張するように、信義則の理念に基づいて背信的悪意者を登記制度の庇護の下から排斥せんとする法理であるから、登記欠缺者と当該背信的悪意者間の法律関係について相対的に適用されるべきものであり、善意の中間取得者の介在によって、その適用が左右される性質のものではないと解するのが相当である。蓋し、斯く解したからとて、その適用の結果が中間に介在する善意の第三取得者の法律関係、法的地位に影響を及ぼすものでもなく、又反面、控訴人の主張するような、悪意の遮断を認めると、善意の第三者を介在させることにより背信的悪意者が免責されるという不当な結果を認めることになるからである」ことを根拠として示した。本判決によると、善意中間者の介在による背信的悪意者の保護を防ごうとする措置を設けていることがわかる。

¹³¹ 対象判決にいう背信的悪意者排除説の相対的適用について、「首尾一貫して最も明快であり妥当な法理構成である……」と高く評価する論者もいるが（例えば、吉原節夫・前掲注（79）592 頁）、このような評価には賛同し難い。

¹³² ただし、七戸克彦・前掲注（129）108 頁も指摘しているように、このような相対的構成を認めたのは、土地所有権に基づく主張に関する部分のみであり、道路管理権にかかわる部分については絶対的構成を採っていることに注意を要する。これについて、七戸論文は「かかる矛盾した判決内容の前半部分のみを取り上げてこれに先例的価値を付与することには、いささか疑問がある」として、対象判決の限界を指摘している。

¹³³ 滝沢聿代・前掲注（129）179 頁。

¹³⁴ 東京高裁昭和 57・8・31 下級裁判所民事裁判例集 33 卷 5～8 号 978 頁。

VI. おわりに

ここまで、韓国民法における「不動産の二重譲渡」に関する判例と学説、そして日本民法における「背信的悪意者排除論の類型」について概観してきた。結論に代えて、以上の内容を整理してみたい。

(1) 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（つまり、自由競争）」から同じ結論となるのではないかと思われる。

(2) 以上の判例と学説を分析した結果、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。両者には、「反社会的悪意者≡背信的悪意者」という等式が成立するともいえるだろう。言い換えれば、第一譲渡があったことに関する認識（悪意）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（による反社会性）」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、窮迫等を悪用する場合は、日韓共通の要素として挙げられる。

(3) しかし、以上のような事項にも関わらず、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いわゆる「成立要件主義」を採用していることである。したがって、第一譲渡契約を結んだとしても第一譲受人への登記の経由までなされない限り、その後の第二譲渡契約の場面でも相変わらず譲渡人が所有者であり、所有者による二重譲渡となることである¹³⁵。

さらに、日本民法にいう「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、韓国民法にいう「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。このような相違から、転得者の保護は異なる結論が導き出される。

(4) 「背信的悪意者排除論」は、悪質な第二譲受人から 176 条に基づいて所有者となるはずの第一譲受人を保護しようとする、いわゆる真正なる権利者の保護の一環として理解し得る。

¹³⁵ この点については、日本民法 176 条のように、登記の有無に関係なく第一譲渡契約の成立によって第一譲受人が新たな所有者となることとは異なる。

他方、背信的悪意者から譲り受けた善意の転得者の保護に関する問題については、「相対的構成」による取引の安全の確保ともいえよう（もちろん、このような理解は両法理の結論からみたものではあるが）。しかし、V-3 に掲げた平成 8 年 10 月 29 日判決からわかるように、動的安全と静的安全という、二つの相容れない利益を勘案して「転得者」を保護しようとする態度は平仄が合わない。むしろ、転得者の保護を図る目的ならば、第一譲受人の「登記懈怠」から非難可能性（*Vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit* 権利の上に眠る者は保護に値せず）を導いた方が素直ではないかと思われる。

(5) 周知のように、日本民法の起草者は 177 条の「第三者」の範囲に関して、「善意と悪意」を区別しないことによって登記を促そうとしたことについてはもはや説明を要しない。しかし、その後の解釈により、第三者の範囲について「登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者」との制限を設け、さらに、背信性または悪質性を持つ「背信的悪意者」もまた 177 条の「第三者」から排除する解釈論を展開してきた。こうした解釈論は、第一譲受人——登記ができたのにしなかった、または、登記がないと第三者に対抗し得ないにもかかわらずしなかった——を救済するための結果論の産物なのではないか、換言すれば、例外の余地をさらに広げたのではないかと考える。この問題については起草者の考え方に鑑み、原点から考え直す必要があるであろう。

第五章 おわりに

I. 不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程

本論文においては、まず、韓国における不動産物権変動に関する民法規定の成立過程を概観してきた。しかし、不動産物権変動に関する日本民法と韓国民法との法体系が持つ相違のため、このような考察の結果から早急に有益な示唆を得ることは難しいと思われる。

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（不動産物権変動に関する規定を含めて）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（朝鮮戦争）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。

ここまで扱ってきた内容を整理してみよう。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また、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。確かに、この連結点を探ってみることもまた、今後の不動産物権変動論に関する法制度の発展現象を提示するのに良い道しるべになるだろうと思われる。

II. 韓国における不動産登記の法的位置づけ

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概観してきた。

(1) 韓国の不動産登記法およびその特別法の内容からわかるように、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」に集中していることがわかる。韓国のこのような実例から窺われるのは、ある法制度の変化についてもっとも重要なことは、法制度自体の論理的緻密さや無欠缺性ではなく、当該制度を実際に用いる一般人の認識の転換にあるということである。すなわち、韓国の民法が成立要件主義への立法的決断（法制度の改正）をしてから、一般人に法意識として定着するまで、およそ30～40年の期間が必要であったことをよく吟味する必要があるだろう。

(2) 不動産物権変動について意思主義（対抗要件主義）を採用している現在の日本民法下では、韓国の議論の状況のような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。さらに、成立要件主義下の韓国内でも、物権行為と登記の相関関係について意味のない論争とする論者もいるが、この問題は、物権行為が行われる時期、物権行為の独自性（*Trennungsprinzip*）・無因性（*Abstraktionsprinzip*）、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。

(3) 未登記の譲受人（特に、売買契約における買受人の場合）は、日韓両国ともに現れる法的現象ではあるが、その推移は異なる様相をみせる。意思主義（対抗要件主義）を採っている日本民法は、176条により登記の有無に関係なく所有権を取得することができるが、成立要件主義を採っている韓国民法は、186条により登記を備えない限り完全なる法律上の所有者となることはできない。すなわち、このような未登記譲受人の地位は、日本では第三者への譲渡や二重譲渡の場面に入ってから始めて問題となるが、韓国では二重譲渡の場面のみならず、そもそも所有権取得の段階から問題となり、現在の物権的期待権説、抗弁権説、単純債権者説、事実上の所有者説に分けられ、議論が行われている。さらに、この問題は一般人の認識と法制度の乖離に起因するともいえよう。

(4) 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（または信頼性）」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の設置に集中しているようである。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（言い換えれば、静的安全の確保のため）。しかし、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。

III. 不動産の二重譲渡に関する日韓の比較研究

さらに、韓国民法における「不動産の二重譲渡」に関する判例と学説、そして日本民法における「背信的悪意者排除論の類型」について検討した。

(1) 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（つまり、自由競争）」から同じ結論となるのではないかと思われる。

(2) 判例と学説を分析した結果、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。両者には、「反社会的悪意者≡背信的悪意者」という等式が成立するともいえるだろう。言い換えれば、第一譲渡があったことに関する認識（悪意）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（による反社会性）」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、窮迫等を悪用する場合は、日韓共通の要素として挙げられる。

(3) しかし、以上のような事項にもかかわらず、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いわゆる「成立要件主義」を採用していることである。したがって、第一譲渡契約を結んだとしても第一譲受人への登記の経由がなされない限り、その後の第二譲渡契約の場面でも相変わらず譲渡人が所有者であり、所有者による二重譲渡となることである。

さらに、日本民法にいう「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、韓国民法にいう「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。このような相違から、転得者の保護は異なる結論が導き出される。

(4) 「背信的悪意者排除論」は、悪質な第二譲受人から 176 条に基づいて所有者となるはずの第一譲受人を保護しようとする、いわゆる真正なる権利者の保護の一環として理解し得る。他方、背信的悪意者から譲り受けた善意の転得者の保護に関する問題については、「相対的構成」による取引の安全の確保ともいえよう（もちろん、このような理解は両法理の結

論からみたものではあるが)。しかし、平成8年10月29日判決からわかるように、動的安全と静的安全という、二つの相容れない利益を勘案して「転得者」を保護しようとする態度は平仄が合わない。むしろ、転得者の保護を図る目的ならば、第一譲受人の「登記懈怠」から非難可能性 (*Vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit* 権利の上に眠る者は保護に値せず) を導いた方が素直ではないかと思われる。

(5) 周知のように、日本民法の起草者は177条の「第三者」の範囲に関して、「善意と悪意」を区別しないことによって登記を促そうとしたことについてはもはや説明を要しない。しかし、その後の解釈により、第三者の範囲について「登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者」との制限を設け、さらに、背信性または悪質性を持つ「背信的悪意者」もまた177条の「第三者」から排除する解釈論を展開してきた。こうした解釈論は、第一譲受人——登記ができたのにしなかった、または、登記がないと第三者に対抗し得ないにもかかわらずしなかった——を救済するための結果論の産物なのではないか、換言すれば、例外の余地をさらに広げたのではないかと考える。この問題については起草者の考え方に鑑み、原点から考え直す必要があるであろう。

IV. 日本民法への示唆

不動産物権変動の理論的説明をするにあたって、「物権行為」の概念が必要である。すなわち、韓国民法では成立の段階から立法者による物権行為の概念を認め、多くの学説も同様に肯定しているが、判例や実際の運用では当該概念を否定している。しかし、そもそもパンデクテン・システムは物権および債権の峻別を基礎として成立しているし、それなしでは理論的説明も非常に困難である。現在の日本民法には議論の余地のない内容であるが、今後の改正には、少なくとも物権行為の位置づけが必ず必要である¹。そうすることにより、176条と555条との関係について論理的かつ明確な説明をすることができるだろう。

1960年からの新韓国民法の例からもわかるように、法律の改正による法制度の完備よりも実際の運用とともに一般人の法意識を変化させることが必要である。韓国民法は、旧民法の問題を解決するために立法的決断を下して制度的補完(すなわち、意思主義から成立要件主義への転換)を行ったが、一般人の意識が変化するまでにはおよそ30年以上の時間が必要であ

¹ すなわち、物権行為の存在を明確にし、もし、その存在を認めるならば、物権行為を構成する要素まで明らかにすべきであろう。

った。すなわち、新韓国民法により不動産物権変動のためには「登記」が必要となったが、一般人の法意識は「意思主義」の段階にとどまり、一般人が成立要件としての「登記」を認識しないことによる所有権移転の紛争は概ね 2000 年前後まで頻繁に発生した。

日本の不動産取引についての現況はどうか。176 条の規定の内容は当事者の特約によって制限され、物権変動の時期を「登記手続に必要な書類を交付する時期」であるか、「登記手続の完了時」かにしていることによって自らの権利（すなわち、二重譲渡の危険から）を守っていることがわかる。あたかも「成立要件主義」を採っているようにも見える。こうした日本の状況は、法制度の再整備により、何時でも「成立要件主義」への転換ができるともいえよう。

民法の解釈には、多様な方法が存在する。しかし、解釈の第一の原則は「立法者の意思に基づく文理解釈」である。その他の解釈は、あくまでも補充的役割に過ぎないだろう。万が一、社会の変化や、一般人による法意識の変化に伴い、このような解釈の大前提を守ることができなくなった場合には、もはや解釈のレベルではなく、改正が必要な時期が来たともいえよう。まさに、昨今の 176 条と 177 条がその状態にあるのではないかと思われる。

V. 今後の課題

ここまで、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てきた。両国の民法には多くの共通点が存在しているが²、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³。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⁴、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

² この共通点は、「条文のあり方」、制度の「運用」および「解釈」といった民法全般にわたる広範な領域に存在しているといえよう。

³ これはいうまでもなく、不動産物権変動について「意思主義（対抗要件主義）」を採った日本民法典と「成立要件主義」を採用した韓国民法典の態度のことである。すなわち、日本民法 176・177 条と韓国民法 186・187 条を想起せよ。

⁴ 上記の第二章、第三章、第四章の内容からもわかるように、先進国の立法を参照して作り上げたこと（すなわち、ドイツ・フランス・スイス・日本等の民法典）と他国の制度をそのまま無分別に受け入れたこととは異なる。このような意味において韓国の立法例は前者の方式を採ったといえる。

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⁵。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。

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きるし、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。

また、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、スイス民法典を主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、今後ありうる物権法の改正⁶

⁵ 大法院 1993.9.14.宣告 93 다 8054 判決を参照。

⁶ すでに、担保法は大改正が予想されており、実際、その動きも見られる。詳しくは、商事法務研究会に設置された「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」 (<https://www.shojihomu.or.jp/kenkyuu/dou-tanpohousei>〔最終閲覧：2019年9月9日〕) を参照。

にも良い参考例になると考えられる。

参考文献

〔日本語文献〕

- ・ 赤松秀岳「仮登記制度とドイツ民法典編纂（一～三・完）——帝国司法庁（Reichsjustizamt）の役割に着目して——」民商法雑誌 119・4=5・166、119・6・28、120・1・92（1999）
- ・ 秋山靖浩『不動産取引判例百選〈第3版〉』（有斐閣・2008）
- ・ 秋山靖浩=伊藤栄寿=大場浩之=水津太郎『物権法〔第2版〕』（日本評論社・2019）
- ・ 有泉亨「民法一七七条と悪意の第三者」法学協会雑誌第56巻第8号（1938）
- ・ 五十嵐清「比較法はどこへ行く？——ひとつの中間報告——」早稲田大学比較法研究所編『比較法と法律学——新世紀を展望して——』（成文堂・2010）
- ・ 幾代通「民法一七七条の法的構成と第三者の善意・悪意」『不動産物権変動と登記』（一粒社・1986）
- ・ 石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（二・完）——取得時効に関する最判平成一八年一月十七日を契機として——」立教法学第74号（2007）
- ・ 同「背信的悪意者排除論の一断面（一）——取得時効に関する最判平成一八年一月十七日を契機として——」立教法学第73号（2007）
- ・ 同「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力（一～三・完）——プロイセン=ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則——」立教 46・129、49・124、51・53（1997～1999）
- ・ 石田喜久夫「登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者にあたりとされた事例」民法研究第四巻『民法第一七七条の判例』（成文堂・1984）
- ・ 同「登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者にあたりとされた事例」民商法雑誌第62巻第5号（1970）
- ・ 同「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者（判例評論 468号）」判例時報 1621号（1998年）
- ・ 石川清=小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂・2011）
- ・ 石川清「ドイツ不動産物権と登記」THINK 97・7（2000）
- ・ 同「ドイツ不動産物権と登記II」THINK 99・169（2001）

- ・ 同「ドイツ土地登記法30講(1)～(17)」登研650・157、651・45、653・123、654・163、655・73、660・163、663・77、664・25、667・95、670・123、676・73、681・67、684・83、694・85、695・37、697・91、699・97(2002～2006)
- ・ 石田文次郎「ドイツ法に於ける不動産登記の公信力」法時6・1・40(1934)
- ・ 同『物権法論』(有斐閣・1935)
- ・ 石田文次郎=村教三『満州民法(物権)』(有斐閣・1942)
- ・ 李采雨「不動産物権変動に関する韓国民法の成立過程」早稲田大学大学院法研論集第164号(2017)
- ・ 同「不動産の二重譲渡に関する日韓の比較研究」早稲田法学会誌69巻1号(2018)
- ・ 同「韓国における不動産登記の法的位置づけ」早稲田法学会誌69巻2号(2019)
- ・ 磯村保「二重売買と債権侵害(一)～(三・完):『自由競争』論の神話」神戸法學雑誌35(2)・36(1)・36(2)(1985～1986)
- ・ 近江幸治『民法講義II物権法〔第3版〕』(成文堂・2006)
- ・ 大場浩之「物権行為に関する序論的考察——不動産物権変動の場面を基軸として——」早稲田法学84巻3号(2009)
- ・ 同「物権行為概念の起源——Savignyの法理論を中心に——」早稲田法学89巻3号(2014)
- ・ 同「不動産所有権の二重契約における生存利益の保護——ドイツ物権行為論の展開を手がかりとして——」浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古希記念論文集『早稲田民法学の現在』(成文堂・2017)
- ・ 同『不動産公示制度論』(成文堂・2010)
- ・ 同『物権変動の法的構造』(成文堂・2019)
- ・ マンフレート・ヴォルフ=マリーナ・ヴェレンホーファー著・大場浩之=水津太郎=鳥山泰志=根本尚徳訳『ドイツ物権法』(成文堂・2016)
- ・ 岡松参太郎「物権契約論」法学協会雑誌第26巻第1号(1908)
- ・ 同『註釋民法理由上巻』(有斐閣書房・1898)
- ・ 加藤雅信『新民法体系II物権法〔第2版〕』(有斐閣・2005)
- ・ 鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割——『フランス法主義』の理解のために——(1)、(2)」早稲田法学56巻1号・2号(1981)

- ・ 同「フランス不動産譲渡法の史的考察（1）～（4・完）民商法雑誌66巻3号～6号（1972）
- ・ 同「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——」比較法学9巻2号（1974）
- ・ 同「対抗問題と第三者」『民法講座 2 物権（1）』（編集代表星野英一）（有斐閣・1984）
- ・ 鎌野邦樹「不動産における登記と占有の機能——背信的悪意者論再考：最高裁平成10年2月13日判決・平成18年1月17日判決を契機として——」法曹時報67巻4号（2015）
- ・ 川島武宜『新版所有権法の理論』（岩波書店・1987）
- ・ 川名兼四郎「物権ノ設定移転ヲ論ス」法学協会雑誌第21巻第2号（1903）
- ・ 川井健「不動産物権変動における公示と公信——背信的悪意者論、民法九四条二項類推適用論の位置づけ——」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』（有斐閣・1975）
- ・ 同『民法概論2（物権）〔第2版〕』（有斐閣・2005）
- ・ 菊地定信「登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者の理論」国土館法学2号（1970）
- ・ 小口彦太「日本統治下の満州国の法」法史学研究27号（2003）
- ・ 小西飛鳥「ドイツの不動産法における実質的審査主義——歴史的経過をたどって——」慶應義塾大学法学政治学論究23・305（1994）
- ・ 近藤崇晴「設定登記のされていない通行地役権について承役地の譲受人が登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないと解すべき場合（平成10.2.13）」法曹時報第50巻第12号（1998）
- ・ 右田堯雄「二重売買が民法第九〇条により無効と判定された事例」法曹時報13巻6号（1961.6）
- ・ 七戸克彦「ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性——『ドイツ法主義』の理解のために——」法研62・12・277（1989）
- ・ 司法省調査部『司法資料第二百三十三号満州帝国民法典』（1937）
- ・ 鈴木賢「報告六 試論・東アジア法系の成立可能性」北大法学論集第53巻第4号（2002）
- ・ 鈴木重信「登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者にあたとされた事実」法曹時報21巻11号
- ・ 鈴木禄弥「ドイツおよびスイス」法時24・3・21（1952）

- ・ 同「補論・ドイツの土地登記制度」田山輝明『ドイツの土地住宅法制』（成文堂・1991）
- ・ 同「不動産二重譲渡の法的構成——とくにいわゆる「公信力論」について——」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』（有斐閣・1993）
- ・ 同『物権法の研究——民法論文集 I ——』（創文社・1976）
- ・ 同『物権法講義〔第5版〕』（創文社・2007）
- ・ 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（創文社・1989）
- ・ 高島平蔵「フランスおよびドイツにおける近代的不動産公示制度の展開」『近代的物権制度の展開と構成』（成文堂・1969）
- ・ 滝沢聿代「仮登記の効力——フランス法からの考察——（一・二・完）」成城 3・27、4・37（1979）
- ・ 同「物権変動の時期」『物権変動の理論II』（有斐閣・2009）
- ・ 同「物権変動の時期」編集代表星野英一『民法講座2 物権（1）』（有斐閣・1984）
- ・ 同『物権法』（三省堂・2013）
- ・ 同『物権変動の理論』（有斐閣・1987）
- ・ 同『物権変動の理論II』（有斐閣・2009）
- ・ 滝澤孝臣「背信的悪意者をめぐる判例法の現状と課題」市民と法 No.102（2017）
- ・ 田中豊「土地の所有権をめぐる紛争③——二重譲渡における「背信的悪意者」の認定」市民と法 No.100（2017）
- ・ 田山輝明『物権法〔第3版〕』（弘文堂・2008）
- ・ 同『西ドイツ農地整備法制の研究』（成文堂・1988）
- ・ 千種秀夫「登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者にあたりとされた事例」最高裁判所判例解説民事篇（1968）
- ・ 中元紘一郎「最高裁判所判例研究 四九 二重売買が民法九〇条により無効とされた事例」法学協会雑誌第80巻第1号（1963）
- ・ 富井政章『民法原論 第二巻 物権上』（有斐閣書房・1910）
- ・ 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」阪法 51・1（1964）
- ・ 原島重義・児玉寛『新版注釈民法（6）物権（1）§§175～179』（舟橋諄一・徳本鎮）（有斐閣・1997）

- ・ 早川保次『朝鮮不動産登記ノ沿革』（大成印刷社出版部・1921）
- ・ 半田正夫「民法一七七条と背信的悪意者——不動産の二重譲渡において第二譲受人が背信的悪意者であっても未登記の第一譲受人は第二譲受人に対応できないか——」『ジュリスト増刊（民法の判例〔第三版〕）』（有斐閣・1979）
- ・ 平井宜雄「二重譲渡と詐害行為——action paulienne への回帰を意図して——」鈴木禄弥先生古希記念『民事法学の新展開』（有斐閣・1993）
- ・ 平野裕之『物権法』（日本評論社・2016）
- ・ 広瀬稔「無因性理論についての一考察——ドイツ普通法学における所有権譲渡理論を中心として——」論叢 77・2・44（1965）
- ・ 福島正夫「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房・1993）
- ・ 同「旧登記法の制定とその意義」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房・1993）
- ・ 同「日本における不動産登記制度の歴史」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房・1993）
- ・ 舟橋諄一「登記の欠缺を主張し得べき「第三者」について」『加藤先生還暦祝賀論文集』（有斐閣・1932）
- ・ 同『物権法』（有斐閣・1960）
- ・ 同「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」民商法雑誌第 117 巻第 1 号（1997）
- ・ 同『物権法 I』（新世社・2013）
- ・ 舟橋秀明「ドイツにおける不動産譲渡法に関する一考察——ドイツ民法成立以前のラント法を中心に——」早稲田法学会誌 48・199（1998）
- ・ 穂積重遠「慶賀と期待」法曹雑誌 4 巻 7・8 合併号（民事法典制定記念号）（1937）
- ・ 本城武雄「登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者にあたることされた事例」民商法雑誌第 61 巻第 3 号（1969）
- ・ 前田達明『史料民法典』（成文堂・2004）

- ・ 松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望 中』（有斐閣・1982年）
- ・ 同『物権法』（成文堂・2017）
- ・ 同「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の『第三者』」『判例セレクト'86～'90』（有斐閣・2002）
- ・ 満洲帝国政府編『満州建国十年史』（原書房・1969）
- ・ 村上貞吉『中華国民民法 物権編』（出版社不明・1930）
- ・ 水本浩「不動産物権変動における利益衡量」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』（有斐閣・1975）
- ・ 山田晟「登記主義と有因主義との結合について」『杉山教授還暦祝賀論文集』（岩波書店・1942）
- ・ 山野目章夫『物権法〔第5版〕』（日本評論社・2012）
- ・ 山本進一『新版注釈民法（6）物権（1）§§175～179』（舟橋諄一・徳本鎮）（有斐閣・1997）
- ・ 湯浅道男「背信的悪意者」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・上巻『不動産法の課題と展望』（日本評論社・1990）
- ・ 柚木馨『満州民法読本』（満州有斐閣・1942）
- ・ 同『判例物権法總論』（有斐閣・1961）
- ・ 横田秀雄「物権契約ヲ論ス」法曹記事22巻11号（1912）
- ・ 横山美夏「背信的悪意者からの転得者と民法177条の第三者」月刊法学教室200号（1997）
- ・ 吉田邦彦『債権侵害論再考』570頁以下（有斐閣・1991）
- ・ 吉原節夫『新版注釈民法（6）物権（1）物権総則§§175～179』（舟橋諄一＝徳本鎮編集）（有斐閣・1997）
- ・ 好美清光「民法一七七条の背信的悪意者にあたらぬ例等〔判例批評〕」民商法雑誌第5巻第2号（1966）
- ・ 我妻栄「満州国民民法典の公布」『民法研究IX-2 Miscellaneous Essays』（有斐閣・1971年）
- ・ 我妻栄＝川島武宜『中華国民民法 物権（上）』（中華民国法制研究會・1941）

〔韓国語文獻〕

- 姜信雄「不動産 二重讓渡에 관한 判例의 法理的 檢討」人權과 正義第 367 号 (2007)
- 姜台星「二重賣買의 法律關係」財産法研究 22 卷 1 号 (2005)
- 同『物權法』103 頁 (大明出版社・2000)
- 姜泰源「不動産登記의 公信력에 관한 考察」延世法學研究第 1 卷 (1990)
- 高翔龍「物權行為의 獨自性과 無因性論의 再檢討 小考」春齊玄勝鍾博士華甲記念論文集『法思想과 民事法』 (國民書館・1979)
- 同「不動産의 二重賣買와 第一買受人의 保護」『民法學特講』 (法文社・1995)
- 高在鎬『法曹半百年』 (博英社・1985)
- 郭潤直「登記原因證書의 公証」서울大學校法學第 27 卷 2・3 号 (1986)
- 同「韓國民法學의 現代的 課題」法과 社會研究第 3 輯 (1984)
- 同『物權法〔民法講義Ⅱ〕新訂修正版』 (博英社・1999)
- 구연모「不動産登記 真正性 保障에 관한 研究」서울大學校博士學位請求論文 (2013)
- 權英俊「登記의 公信力——1957 年、그리고 2011 年——」法曹 661 号 (2011)
- 權五乘「不動産의 二重讓渡」『民法의 争点』 (法元社・1990)
- 金基善『韓國民法總則』 (法文社・1962)
- 金炳華『続近代韓國裁判史』 (韓國司法行政學會・1976)
- 金相容「不動産登記와 權限保險」民事法學第 6 卷 (1986)
- 同「不動産登記의 公信력과 不動産物權의 善意取得에 관한 韓・獨 비교」法學研究第 18 卷第 3 号
- 同『物權法』 (화산미디어・2009)
- 同『債權各論 (下)』 (法文社・1998)
- 同「不動産登記과 公示」民事法學第 36 卷 (2007)
- 金尚法「不動産二重讓渡의 法理 再考」法學研究第 32 輯 (2008)
- 金先錫『注釈債權各則 (3)』〔金容漢編〕 (韓國司法行政學會・1986)
- 金容漢「不動産의 二重賣買에 있어서의 問題点」考試研究第 14 卷 1 号 (1987)
- 同『物權法』 (博英社・1993)

- 金旭坤『注釈民法債權總則(上)』〔金曾漢編〕(韓國司法行政學會・1984)
- 金應烈「不動産의 二重売買에 關한 考察: 惡意取得者를 中心으로」法院行政處・司法論集第15輯(1984)
- 金曾漢「物權的 期待權」『民法論集』(博英社・1980)
- 同「不動産 二重売買의 反社會性」JUSTICE 第10卷第1号(1972)
- 同「二重売買의 反社會性」法政19卷9号(1964)
- 金曾漢=金學東『物權法』(博英社・1997)
- 金顯泰「民法草案에 對한 檢討 ——民法草案研究會의 決議에 依한 民法草案에 對한 意見書要綱을 基礎로——」法政12卷3号(1957)
- 同「反社會的 二重売買의 境遇 展開될 수 있는 法律關係」小峰金容漢教授華甲記念『民事法學의 諸問題』(博英社・1990)。
- 金滉植『民法注解 第IV卷 物權(1)』〔編集代表郭潤直〕(博英社・1992)
- 大韓弁護士協會『民法總則・物權法・債權法의 草案에 對한 意見書〔民法案審議資料集〕』(民議員法制司法委員會民法審議小委員會・1957)
- 梁彰洙「民法案의 成立過程에 關한 小考」民事法學第7号(1990)
- 同「不動産物權變動의 傾向」民事判例研究會編『民事判例研究X』(博英社・1988)
- 梁彰洙=權英俊『權利의 變動과 救濟〔第2版〕』(博英社・2015)
- 李英俊「物權行為의 構成要素」考試界1990・9(1990)
- 同『物權法』(博英社・2001)
- 同『民法總則』(博英社・1991)
- 李容勳「反社會的 二重讓渡와 不法原因給與」溫山方順元先生古希記念『民事法의 諸問題』(博英社・1984)
- 李銀榮『物權法』(博英社・2002)
- 李哲松「滿州國民法의 우리 法制史의 意義——滿州民法의 자리매김에 關한 疑問」民事法學78号(2017)
- 明淳龜「『民法』制定에서 民法學者들의 役割——民法研究會와 『民法案意見書』의 寄與」民事法學74号(2016)
- 民事法研究會『民法案意見書』(一潮閣・1957)

- 民議員法制司法委員會民法案審議小委員會『民法案審議錄上卷總則編物權編債權編』 (1957)
- 民議員法制司法委員會民法案審議小委員會編『民法案審議資料集』 (1957)
- 박철호 「不動産登記의 公信力 付与를 위한 試論的 提言」 法學研究第 18 卷第 1 号 (2010)
- 배병일 = 윤정용 「登記에 관한 特別措置法の 立法上 및 判例上 問題點」 民事法學第 31 号 (2006)
- 法務部『民法 (財産法) 改正資料集 I』 (2004)
- 不動産登記發刊委員會『不動産登記實務 [I]』 (法院行政処 · 2015)
- 손경찬 「傳統法上 不動産 買売法理와 現行法上 不動産 売買法理와의 比較」 較私法第 26 卷第 2 号 [通卷 85 号] (2019)
- 宋德洙『物權法 [第 2 版]』 (博英社 · 2014)
- 同『新民法講義』 (博英社 · 2012)
- 梁亨宇 「物權的 期待權의 有用性」 民事法學 37 卷 (2007)
- 유주선 「不動産登記의 公信力 導入에 對한 批判的 檢討」 不動産學報第 36 輯 (2009)
- 尹眞秀 「反社会的 不動産 二重讓渡에 있어서 轉得者의 地位」 法曹 47 卷 9 号 (1998)
- 同 「不動産 二重讓渡의 經濟的 分析——背任行爲 積極加担論의 批判——」 JUSTICE29 卷 1 号 (1996)
- 同 「不動産의 二重讓渡에 關한 研究——第一讓受人의 原狀回復 請求를 中心으로」 서울 大學校 博士學位請求論文 (서울大學校 · 1993)
- 同 「不動産의 二重讓渡와 原狀回復」 民事法學第 6 号 (1986)
- 尹眞秀 = 李東珍 『注釋民法 [民法總則(2)]』 [編集代表金龍潭] 441 頁 (韓國司法行政學會 · 2010)
- 尹喆洪 「物權的 期待權論」 『韓國民法理論의 發展 (I) [總則 · 物權編]』 (博英社 · 2001)
- 同 「物權的期待權과 公示方法」 比較私法第 11 卷第 1 号 (2004)
- 同『物權法講義』 (博英社 · 1998)
- 任泳德 「不動産所有權 移轉登記 等에 關한 特別措置法の 研究」 國民大學大學院 博士學位請求論文 (2008)

- 張庚鶴「光復 30 年 우리나라 法律學說 (民事法) 의 回顧 ——物權行為의 獨自性과 無因性——」法曹 26 卷 7 号 (1977)
- 同『物權法』 (法文社・1988)
- 鄭相鉉「不動產의 二重賣買와 第一買受人의 保護」比較私法 7 卷 1 号 (2000)
- 同「不動產二重賣買의 法律關係」判例研究 (서울地方弁護士會) 第 19 輯 (1) (2005)
- 丁玉泰「物權的 期待權」『私法研究 第 1 輯』 (青林出版・1992)
- 同「韓國民法上 物權行為의 無因性論」終隱金基善博士古稀記念『現代 財產法의 諸問題』 (法文社・1987)
- 鄭鍾休「韓國民法典의 比較法的系譜」民事法學 8 号 (1990)
- 鄭周洙「不動產登記法制 50 年の 沿革的 考察 (1)」司法行政 53 (9) (2012)
- 同「不動產登記法制 50 年の 沿革的 考察 (2)」司法行政 53 (10) (2012)
- 池元林『民法講義 [第 8 版]』 (弘文社・2010)
- 崔敏根「不動產 二重讓渡의 反社會性의 判斷基準」晴軒金曾漢博士華甲記念論文『現代民法學의 諸問題』 (博英社・1981)
- 최승영「우리나라 不動產登記制度의 改善法案에 關한 研究」民事法研究第 12 輯第 1 号 (2004)
- 崔鐘吉「物權的 期待權 (1) ~ (5・完)」第 6 卷第 2 号~第 6 号 (1965)
- 崔珍洙「反社會的 二重讓渡에 있어서 主觀的要件의 要否 및 轉得者 保護 与否」法曹 48 卷 4 号 (1999)
- 洪性載『不動產物權變動論——所有權讓渡를 中心으로——』 (法文社・1992)
- 同『註釋民法 物權法 (1)』〔編集代表金龍潭〕 (韓國司法行政學會・2011)
- 洪春義「不動產의 二重賣買와 第 1 買受人의 保護」石霞金基洙教授華甲記念『不動產法學의 諸問題』 (博英社・1992)
- 황경웅=유충호「不動產의 反社會性에 對한 判斷 基準」法學論文集 34 輯 2 号 (2010)
- 黃迪仁『債權總則 [現代民法論 3]』 (博英社・1983)
- 同『現代民法論 II [物權]』 (博英社・1987)

〔ドイツ語文献〕

- Andrea Büchler/Hermann Schulin/Nedim Peter Vogt, Texto Kombipaket ZGB, OR: Stand 1.1.2017, 2017
- Andreas Riedler, Studienkonzept Zivilrecht, 2015
- Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage, 2009
- Baur, Die Durchsetzung einer gutgläubig erworbenen Aufassungsvormerkung, JZ 1967, 437
- Böhringer/ Böttcher/ Göttinger/ Morvilius/ Nowak/ Wienhold, Grundbuchrecht, Band 1, 8.völlig neu bearbeitete Auflage, 1997
- Buchholz, Abstaraktionsprinzip und Immobilienrecht, Zur Geschichte der Aufassung und der Grundschuld, 1978
- Canaris, Bürgerliches Recht: Das parzellierte Grundstück, Jus 1969, 81
- Coing, Europäisches Privatrecht, Bd.2, 1985
- Dieter Eickmann/Roland Böttcher, Grundbuchrecht (Rechtspfleger-Studienbücher), 2018
- Enneccerus/ Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Halb-band, 15.Auflage, 1959
- Furtner, Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung?, NJW 1963, 1484
- Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts Band 1-8, reprint 2016
- Gert Iro/Olaf Riss, Sachenrecht: Bürgerliches Recht Band IV (Lehrbuchreihe Bürgerliches Recht), 2019
- Harald Wilsch, Grundbuchordnung für Anfänger: Eine Einführung in das Grundbuchrecht, 2016
- Harm Peter Westermann/Ansgar Staudinger, BGB-Sachenrecht (Schwerpunkte Pflichtfach), 2017
- Hanns Prütting/Friedrich Lent/Karl Heinz Schwab, Sachenrecht: Ein Studienbuch, 2017
- Hans-Armin Weirich/Malte Ivo/Jens-Olaf Lenschow, Grundstücksrecht: Systematik und Praxis des materiellen und formellen Grundstücksrechts, 2015
- Jan Wilhelm, Sachenrecht, 5., völlig neu bearbeitete Auflage, 2016
- Justus Wilhelm Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2017

- Johann Demharter, Grundbuchordnung, 2018
- Joachim Rückert/Ralf Seinecke, Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner, 2017
- Klaus Vieweg/Almuth Werner, Sachenrecht Taschenbuch, 2018
- Karin Jezewski, Eintragungen in Abteilung II des Grundbuches, 2017
- Klaus Vieweg/Anne Röthel, Fälle zum Sachenrecht: Ein Casebook, 2017
- Löscher, Grundbuchrecht, 1974
- Manfred Wolf /Marina Wellenhofer, Sachenrecht, 34.Audflage,2019
- Michael Martinek, juris Praxiskommentar BGB / juris PraxisKommentar BGB Band 3 – Sachenrecht, 2017
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.III, Sachenrecht, 1888
- Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III.Band: Sachenrecht, 1899
- Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 2018
- Planck/Kettnaker, Die Führung des Grundbuchs, 4.Auflage, 1960
- Simmerding/Göttlinger, Integration von Liegenschaftskataster und Grundbuch in einer Grundstücksdatenbank, in: Öffentliche Verwaltung Datenverarbeitung 1973, 147
- Thomas Geiser & mehr, Basler Kommentar OR I + OR II + ZGB I + ZGB II + Aktualisierungsband Erwachsenenschutzrecht: Kombipaket, 2012
- Tobias Helms/Jens Martin Zeppernick, Sachenrecht II: Immobiliarsachenrecht, 2017

〔日本の裁判例〕

- 大連判明治 41・12・15 民録 14 輯 1276 頁
- 高松高判平成 5・3・25 前掲民集 2550 頁
- 広島高判昭和 29・3・11 高裁民集 7 卷 3 号 277 頁
- 大判明治 38・10・20 民録 11 輯 1378 頁
- 東京高裁昭和 57・8・31 下級裁判所民集 33 卷 5～8 号 978 頁
- 東京地判昭和 30・11・28 下級民集 6 卷 11 号 80 頁

- ・ 同昭和 30・11・27 下級民集 6 卷 12 号 2801 頁
- ・ 同昭和 32・11・25 下級民集 8 卷 11 号 2174 頁
- ・ 同昭和 33・3・22 下級民集 9 卷 3 号 476 頁
- ・ 同昭和 33・3・29 下級民集 9 卷 3 号 535 頁
- ・ 同昭和 34・11・16 判例時報 209 号 17 頁
- ・ 同昭和 34・2・9 判例時報 179 号 20 頁
- ・ 松山地判平成 2・2・19 民集 50 卷 9 号 2532 頁
- ・ 神戸地判昭和 48・12・19 判例時報 749 号 94 頁
- ・ 最判昭和 31・4・24 民集 10 卷 4 号 417 頁
- ・ 最判昭和 36・4・27 民集 15 卷 4 号 901 頁
- ・ 最判昭和 40・12・21 民集 19 卷 9 号 2221 頁
- ・ 最判昭和 43・11・15 民集 22 卷 12 号 2671 頁
- ・ 最判昭和 44・4・25 民集 23 卷 4 号 904 頁
- ・ 最判平成 8・10・29 民集 50 卷 9 号 2506 頁
- ・ 最判平成 10・2・13 民集 52 卷 1 号 65 頁
- ・ 最判平成 18・1・17 民集 60 卷 1 号 27 頁

〔韓国の裁判例〕

- ・ ソウル高等法院 1991.7.12.宣告 90 나 28561 判決
- ・ ソウル高法 1995.12.8.宣告 94 구 16009 判決
- ・ 光州高等法院 19994.5.4.宣告 93 나 2130 判決
- ・ 大法院 1960.9.15.宣告 4293 民上 57 判決
- ・ 大法院 1963.3.28.宣告 62 다 862 判決
- ・ 大法院 1967.12.5.宣告 66 다 2451 判決
- ・ 大法院 1968.2.27.宣告 67 다 2285 判決
- ・ 大法院 1969.11.25.宣告 66 다 1565 判決
- ・ 大法院 1971.3.23.宣告 71 다 290 判決
- ・ 大法院 1972.4.28.宣告 72 다 343 判決

- 大法院 1973.5.22.宣告 72 다 2249 判決
- 大法院 1976.4.27.宣告 75 다 1783 判決
- 大法院 1977.4.12.宣告 75 다 1780 判決
- 大法院 1977.5.24.宣告 75 다 1394 判決
- 大法院 1977.6.28.宣告 77 다 728 判決
- 大法院 1978.1.24.宣告 77 다 1804 判決
- 大法院 1978.8.22.宣告 77 다 343 判決
- 大法院 1979.11.13.宣告 79 다 483 全員合議體判決
- 大法院 1979.3.27.宣告 78 다 2303 判決
- 大法院 1980.5.27.宣告 80 다 565 判決
- 大法院 1980.6.10.宣告 80 다 569 判決
- 大法院 1981.1.13.宣告 80 다 1034 判決
- 大法院 1982.2.9.宣告 81 다 1134 判決
- 大法院 1983.4.26.宣告 82 도 49 判決
- 大法院 1983.4.26.宣告 82 도 49 判決
- 大法院 1983.4.26.宣告 83 다카 57 判決
- 大法院 1984.8.21.宣告 84 도 691 判決
- 大法院 1985.11.26.宣告 85 다카 1580 判決
- 大法院 1988.9.27.宣告 84 다카 2267 判決
- 大法院 1989.11.28.宣告 89 다카 14295 判決
- 大法院 1989.2.14.宣告 87 다카 3073 判決
- 大法院 1990.11.13.宣告 90 다카 25352 判決
- 大法院 1990.12.27.宣告 90 다카 25208 判決
- 大法院 1991.10.22.宣告 91 다 26072 判決
- 大法院 1992.6.9.宣告 91 다 29842 判決
- 大法院 1993.9.14.宣告 93 다 8054 判決
- 大法院 1993.10.8.宣告 93 다 28867 判決
- 大法院 1994.3.22.宣告 92 다 52726 判決

- 大法院 1995.2.10.宣告 94 다 2534 判決
- 大法院 1995.2.19.宣告 94 다 28307 判決
- 大法院 1996.10.25.宣告 96 다 29151 判決
- 大法院 1996.4.12.宣告 95 다 55245 判決
- 大法院 1996.6.25.宣告 96 다 8666 判決
- 大法院 1996.7.30.宣告 94 다 32122 判決
- 大法院 1996.8.20.宣告 96 다 18656 判決
- 大法院 1996.9.20.宣告 95 다 1965 判決
- 大法院 1997.3.28.宣告 96 다 10638 判決
- 大法院 1997.7.25.宣告 96 다 47494 判決
- 大法院 1999.2.24.宣告 97 다 46955 判決
- 大法院 1999.3.18.宣告 98 다 32175 全員合議體判決
- 大法院 1999.4.27.宣告 98 다 56690 判決
- 大法院 1999.9.3.宣告 99 다 20926 判決
- 大法院 2000.12.8.宣告 98 두 1145 判決
- 大法院 2000.7.6.宣告 2000 다 11584 判決
- 大法院 2001.4.27.宣告 2000 다 69026 判決
- 大法院 2001.10.12.宣告 2001 다 32533 判決
- 大法院 2003.10.23.宣告 2002 두 5115 判決
- 大法院 2003.3.28.宣告 2002 다 57140 判決
- 大法院 2003.4.22.宣告 2003 다 2390、2406 判決
- 大法院 2004.6.11.宣告 2003 다 1601 判決
- 大法院 2005.1.13.宣告 2003 두 10343 判決
- 大法院 2005.1.28.宣告 2004 다 58963 判決
- 大法院 2006.2.10.宣告 2004 다 2564 判決
- 大法院 2008.2.28.宣告 2007 다 77101 判決
- 大法院 2008.3.27.宣告 2007 다 82875 判決
- 大法院 2010.4.29.宣告 2009 다 1427 判決

- 大法院 2010.9.9.宣告 2010 다 6975 判決
- 大法院 2011.1.20.宣告 2008 도 10479 全員合議體判決
- 大法院 2014.8.21.宣告 2014 도 3363 全員合議體判決
- 大法院 2018.5.17.宣告 2017 도 4027 全員合議體判決