

# 論文要旨

専攻：国際経済法学	氏名：李 斌 (LI BIN)
論文題名	不動産取引の安全に関する研究 —中国における不動産多重売買の事例を素材として— <b>A research on the safety of real estate transactions</b>

## 1 問題の提起

不動産物権は、物に対する直接的かつ支配的かつ排他的な権利である。したがって、不動産物権の存否、帰属およびその他の変動を、外部から認識可能な何らかの方法によって、第三者に公示する必要がある。この要請に応えるために設けられたのが不動産登記制度である。不動産登記制度は、それぞれの国の法の歴史的背景および経済発展の事情に大きく影響され、きわめて個性的なものとされているのである。一方、共通点としては、近代法においては、各国は「取引の安全」という市場化された取引社会の要請を重視し、不動産登記制度に対する改革や改善に取り組んでいることは間違いないのであろう。言い換えれば、不動産登記制度は、不動産取引を安全かつ円滑に実現することができるように、実体的物権変動を正確かつ迅速に公示するという目標を達成しようとする。この点は、ドイツ、フランスにおいてのみならず、登記制度を有する国において変わることはない。

たとえば、フランスにおいては、1804年の民法典により不動産物権変動の意思主義が確立されながら、不動産登記の促進を実現するため、1855年、1955年など一連の法改正を通じて不動産ごとの来歴を間断なくかつ正確に追跡できるようにし、公証人の役割を最大限に活用している。ドイツにおいては、1897年に制定された土地登記法は、登記を実施する方法をかなり大まかに規制するものでしかなく、その詳細は各ラントに委ねられていた。そしてそのラントごとの規定はかなり異なるものであった。そこで、1935年に土地登記法を改正する法律が制定された。1935年法改正によって、1897年の土地登記法の制定以来、各ラントで異なっていた土地登記制度はようやくその統一が実現されたわけである。これによって、ドイツ

の土地登記制度は、その本来の目的を達成しうる姿を備えるに至ったということができる。また、日本においても、2009年から民法典の改正作業が進められており、その中で、不動産物権変動法制のあり方をめぐる検討もされていた。この検討においては、大きな変更に伴う社会的混乱を考慮しなければならないため、意思主義を維持する見解が有力に主張されたのである。しかし、もう一方では、効力要件主義によれば、登記又は引渡しによって初めて物権変動が効力を生じ、債権関係から物権関係への移行時点が一義的に明確になるため、意思主義・対抗要件主義に存する難点はほとんどが解消されるといった効力要件主義を支持する見解も少なくなかった。そもそも登記制度は、実体的物権変動を正確かつ迅速に公示することにより、不動産取引の安全と円滑に奉仕することにその目的がある。これまでに述べてきた各国における法改正の変遷も、登記制度の目的により一層合致するように行われてきたものと思われる。このような諸外国の動向との対比で言えば、不動産市場が著しい発展を遂げている中国の不動産物権変動に関する法制度と不動産登記制度は、今までどのような経緯を経てきたのか、また現在、不動産取引の安全を確保しているのだろうか。

1978年に改革開放政策が実施されて以来、中国においては、著しい経済発展に伴い、私有財産を保護する法制度の構築が、さらなる社会経済発展のために不可欠と考えられるようになってきた。その結果、2007年3月16日、第10期全国人民代表大会第5回会議において物権法草案が可決され、2007年10月1日から実行されることになった。物権法の中で、第6条は、不動産物権変動の公示原則を確立し、第9条は、原則として登記が不動産物権変動の効力発生要件であることを規定しており、これらを併せて、登記を基礎とする不動産取引の安全を目指している。他方、90年代後半以来、社会問題となっていた不動産多重売買における未登記の買主を保護するために、物権法第15条により、「当事者間で締結された不動産物権の設定、変更、移転及び消滅に関する契約は、法律に別段の規定がある場合、又は契約に別段の約定がある場合を除き、契約成立の時から効力を生ずる。登記手続を済ませなくても、契約の効力には影響しない」という規定が設けられた。こうした規定によって、物権法が施行される以前には、多重売買における未登記の買主による売主の債務不履行責任の追及が認められなかったという問題は、解決されるようになった。それゆえ、中国における不動産取引を取り巻く環境は、物権法が制定されたおかげで間違いなく安全であるとする学者がほとんどであろう。また、2007年に中国の物権法が公布されてから、中国国内のみならず、日本においても多くの民法学者が中国の債権形式主義に対する賛美を与えている。

しかし、実際には、物権法が施行されてから、不動産多重売買のような詐欺的取引の発生が収まるどころか、逆にますます深刻な状況になっているのである。北京大学法制情報センターの統計によると、2007年10月1日に物権法が施行されてから2012年12月31日までの間に、地方における人民法院で審理された不動産多重売買に関する事案は342件にも及んだ。もちろん、この数字は氷山の一角にすぎないといってもよいのである。しかも、不動産多重売買が生じたあと、被害者の損害は回復不能なものになってしまうケースが非常に多かったのである。これについて、民法上の事後救済措置の問題がその原因の一つになる。たとえば、中国では詐害行為取消権の行使に関する法制度及び裁判実務によって、たとえ第二買主は、第一買主の利益を害するために悪意で売主と売買契約を締結したとしても、その売買代金が無償あるいは著しく不合理な安価でない限り、詐害行為取消権の行使要件を満たさないとされる。また、不動産多重売買における特定物債権者である未登記の第一買主が第二買主に対して第三者による債権侵害を根拠として不法行為責任を追究することが基本的に人民法院では、認められないのである。さらに、多重売買を働いた売主に対しても、買主は多重売買によって生じた損失を請求することが可能であるが、その請求が全て人民法院に支持されたケースは稀である。しかも、不動産多重売買事件のなかでも、売主が買主から売買代金を騙し取った後、逃走してしまう場合が少なくない。従って、結局、一旦不動産多重売買が生じたら、多重売買を引き起こした売主あるいは悪意の第三者に対する責任追及は徒労に終わるケースが非常に多い。そのため、不動産多重売買の問題を解決するためには、単純に生じた紛争を人民法院の調査や判断に任せることでどれだけ公平を保てるかについて大きな疑問が残される。多重売買の頻発は、不動産取引の安全に対して大きな影響を及ぼすだけでなく、社会的不安定の誘引になるおそれもある。

したがって、現在、学者から絶賛を得ている中国の債権形式主義は、不動産取引の安全を確保するうえで十分とはいえないのではなかろうか。また、中国の民法学者に不動産取引の安全を損なうと批判されたフランス法的意思主義とドイツ法の物権行為主義のもとで、不動産多重売買のような詐欺的取引は頻繁に発生しているのだろうか。しかし、実際には、フランスとドイツのいずれにおいても、不動産多重売買の発生は極めて稀なことである。では、なぜ理論上に不都合のある意思主義と物権行為主義の下で不動産取引の安全が確保されているのかという問題が当然に生じてくる。予め筆者の観測を述べておけば、それは、フランスとドイツにおける不動産取引実務上の措置がその理論上の不都合を解消し、不動産取引の安全を確保しているからである。だとすれば、中国における不動産取引の安全という課題を検

討する際に、フランス法の意味主義とドイツの物権行為主義を支えてきた不動産取引実務上の措置を明らかにしたうえで、その措置は中国の不動産取引の安全に対してどのような示唆を与えてくれるかを検討する必要がある。

ところが、現在、中国法独自の債権形式主義の下でなぜ不動産多重売買が頻繁に生じているのか、またどのような方策を講じれば不動産取引の安全を守ることができるのかなどの問題をめぐる研究や議論は、まだ白紙の状態であると言っても過言ではない。それは、物権法の立法に深く関わっていた民法学者がそういう問題から目を逸らしているからにほかならない。こうしたことによって、中国の民法領域における不動産取引の安全を確保するための検討は、未だにフランス法意味主義、ドイツ法物権形式主義、中国債権形式主義自体の優劣を比較することに止まっている。しかし、以上の叙述からすると、中国において頻発している不動産多重売買といった複雑な社会問題に対し、不動産物権変動理論に対する検討のみによって万全な解決策を与えることは不可能である。このため、本論文では、意味主義、物権行為主義自体を正確に理解したうえで、不動産取引の安全をいわば縁の下から支える不動産取引実務という新たな観点から、不動産多重売買の解決策について検討を加えることにする。

すなわち、中国においては債権形式主義が採用されているにもかかわらず、なぜ不動産多重売買が頻繁に生じているのだろうか。またどのような事前の予防措置を採用すれば、不動産取引の安全を守ることができるのだろうか。今後、中国において不動産取引を円滑かつ安全に行なうためには、これらの問題が非常に重要な課題となってくる。本論文は、右のような諸問題に重点をおいて論じようとするものである。この研究が、中国の民法学界に一石を投じることとなれば幸いである。

研究の方法について述べれば、第一に、事例分析の方法を通じて、実際に中国で生じていた不動産多重売買事例の中で60件を取り上げ、その上、典型的な事例を選択し、多重売買の事件を類型化する。それによって、不動産多重売買の発生原因を明らかにしたい。第二に、フランス法、ドイツ法を比較の対象にし、意味主義・物権行為主義に対する理論上の検討を経た上で、フランス、ドイツ、さらに日本での不動産取引実務に関する検討も加えたい。このような比較法的検討を通じて、不動産物権変動理論と不動産取引の安全との関係、また法律専門家の関与と取引安全との関係、不動産物権変動理論と法律専門家の関与との関係を明らかにすることができる。また、フランス、ドイツ、日本における法律専門家の関与の差異に対する考察を行ったうえで、その共通点を見つけることができる。それに基づき、中国債権形式主義の下での不動産取引の安全を確保するための方策を提言したい。

## 2 論文の構成

本論文は、中国における不動産取引の安全の確保を中心にして検討を行うものである。従って、まずは、現代中国での不動産取引において、どのような問題が起きているのか、そしてそれが不動産取引の安全にどのような影響を及ぼしているのかを検討すべきである。その上、以上の問題を招いた原因を徹底的に分析しなければならない。それが本論文の問題関心であり、本研究の原点とも言える。そのため、第一章ではこの角度から中国における不動産取引の現状について考察を加える。第一節において、中国で頻発している不動産多重売買事件の中の60件を取り上げ、また、未完成物件多重売買、新築物件多重売買、中古物件多重売買といった三つの類型にこれらの事件を分類する。そのうえで、各事件について分析を加え、事案ごとの特徴と発生原因を明らかにする。続いて第二節において、第一節で不動産多重売買事案の類型ごとの分析に基づき、不動産多重売買の発生の共通原因を不動産の過剰な市場化、不動産取引の仕組み、法律専門職の関与の欠如、事後救済措置の限界、債権形式主義の問題点といった五つの問題に区別し、それぞれに対して検討を行う。ここで、あえて事後救済措置の限界を要因の一つとして検討するのは、多重売買が生じた場合、民法上の事後救済措置が、多重売買を行った売主に対して相応な責任を負わせ、悪意の第三者に対しても合理的なサンクションを負担させることを通じて詐欺的取引の発生を抑制するという役割が期待されているという理由からである。また、債権形式主義の問題点を取り上げるのは、その問題点を明らかにすることによって、中国の民法学者に不動産取引の安全を確保できると評価されている債権形式主義が、なぜ多重売買をなそうとする者の道具となっているのかを究明することができるからである。

第二章において、第一章では不動産多重売買の発生原因の一つとして挙げられた中国債権形式主義自体の問題について、より綿密な検討を行い、債権形式主義の光と影を明らかにする。そのため、第一節において、中国の物権法が制定される際に、不動産物権変動法制の選択に関する議論に大きな影響を与えたフランスの意思主義とドイツの物権行為主義の内容と不動産取引実務に及ぼす影響に焦点を当てたい。なぜなら、現在中国の不動産物権変動体制が、ドイツの物権行為主義とフランスの意思主義を否定した上で、独自の債権形式主義を選択したためである。この検討を通じて、フランス意思主義とドイツ物権行為主義の下での不動産取引実務においては、中国の民法学者が主張している「意思主義と物権行為主義にはそれぞれ致命的欠陥があり、それは不動産取引の安全を損なう」という問題が、実際に生じて

いるか否か、その理由を含めて明らかにする。第二節において、中国物権法制定の背景を論じた上で、意思主義と物権行為主義に対する中国の民法学者の理解と中国不動産物権変動原則のあり方に関する論争を考察したい。さらに、以上の議論を踏まえて、中国独自の債権意思主義の内容と特徴を論じる。このような構成をとることによって、中国物権法立法化の背景を整理し、立法過程における厳しい議論を経た形式主義と意思主義の内容及び中国不動産物権変動法制の構築に対する影響を明らかにしたいと考える。以上の検討に基づき、第三節では、債権形式主義の理論上の問題を指摘したうえで、長年に渡って中国の民法学者がフランス法の意思主義とドイツ法の物権行為主義に対する大きな誤解を解消したい。

第三章において、中国の不動産取引の安全を確保し、債権形式主義の欠陥を補うためには、法律専門職の関与を導入することが不可欠という第三章での検討から得られた結論に基づき、フランス、ドイツ、日本の不動産取引における法律専門職の関与のあり方を詳しく検討する。そのうえ、三つの国における法律専門職の関与の根拠、程度などの面での差異を明らかにするとともに、その共通点を見つける。さらに、この不動産取引に対する法律専門職の関与の共通点に基づき、中国の不動産取引実務に示唆を得たいと考える。まず第一節において、フランスの不動産取引実務における公証人の役割に対する考察を行う。フランスの公証人は、フランス市民の日常生活にこの上なく深くかかわっている。公証人は、不動産の物権変動を公示するため、契約書などの権原証書を公署証書にする必要があるが、公証人の果たす役割は、証書の作成に限らない。不動産売買に典型的に見られるように、公証人は、契約の準備段階から関与し、当事者が自己の目的に適った契約を有効に締結できるよう、必要な助言と助力を行う。この助言義務は明文で定められたものではなく、判例によって形成されたものであるが、現在、この助言義務は、既に公証人証書の作成と肩を並べる独立の職務とするまで進化してきたのである。このように、契約に関する行政上の多くの複雑な規律が存在する今日、契約の締結過程における公証人の助言・助力は、不動産取引に限らず、その重要性を増している。第二節において、ドイツの不動産取引実務における公証人の役割を検討する。ドイツの不動産売買はフランスや日本と比べて複雑である。債権行為と物権行為を峻別しているため、債権契約とは別個に、権利を移転させるための物権行為が必要になる。債権行為と物権行為は別個独立の行為であり、債権行為が無効であったり、取り消されても、物権行為には影響を及ぼさない。そこで、ドイツでは、不動産における権利の設定および移転を行なうためには、債権行為のほかに、権利を移転あるいは設定させるという物権的合意と登記が必要となる。しかも、不動産所有権の譲渡については、債権契約でも公正証書による必要が

あり、また、物権的合意に関しては、両当事者が公証人の面前で行うことが要求されている。公証人が公署証書を作成する際に、証書作成法17条によって当事者に教示義務を負うことになる。そのため、ドイツの公証人は不動産取引に関与するやり方は、決して証書を作成するだけでなく、当事者の真意の探求や事実関係の解明など未然に紛争を予防する様々な措置を採らなければならない。さらに、当事者の代わりに、公証人が法によって登記申請を行うのが一般である。さらに、第三節において、日本における未完成物件販売に対する規制と不動産取引における司法書士の役割に対する考察を行う。第二章では、未完成物件多重売買事件を通じて、中国では未完成物件の買主が支払う売買代金に対する保全措置が設けられていないため、一旦多重売買が生じてしまったら、買主の損失が回収不能になるおそれがあるということがわかった。中国に対して、日本ではそういうリスクに備えるために、手付金の制限及び手付金の保管、保全措置などが構築されているため、多重売買のような詐欺的取引の発生がほぼ不可能である。また、日本では、フランス、ドイツのように公証人が法によって公署証書を作成し、また様々なことについて当事者に助言する体制がないとはいえ、不動産取引実務上の慣行によって、不動産売買のほとんどは、司法書士が、「立会」を通じて決済時の最終的確認を行っている。具体的に言えば、売買契約後の代金の支払と所有権の移転の最終の履行段階において、司法書士が決済に立会い、履行の諸条件が揃っていることを確認した後に直ちに登記申請を行うこととなっている。さらに、近年は、契約の締結前から、様々な調査の依頼を受けて、契約締結の段階から法的助言をはじめとして、物件の情報・資金の調査を担うことが増えている。その結果として、日本では不動産多重売買の事案は稀なことと言える。従って、第四節において、ドイツ、フランス、日本の不動産取引実務における法律専門職の役割に対する検討に基づき、それぞれの特徴と相違とを明らかにしたうえで、その共通点から中国の不動産取引に与える示唆を得たいと考える。

第四章において、中国における不動産取引の安全を確保するという本論文の課題であるに対して、以上の検討によって導かれた結論に基づき、債権形式主義の再検討、法律専門職関与の導入、未完成物件販売の規制強化、事後救済措置の改善といった四つの面においては、中国の不動産取引に提言し、あわせて今後の課題について言及した上で本論文の結語としたいと考える。