

機関番号：32689

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2008～2010

課題番号：20730078

研究課題名(和文)日本とドイツの不動産取引における物権行為と債権行為の理論的關係

研究課題名(英文) Theoretical concern of real right acts and claim acts in real estate deal of Japan and Germany

## 研究代表者

大場 浩之(OBA HIROYUKI)

早稲田大学・法学学術院・准教授

研究者番号：10386534

研究成果の概要(和文)：本研究においては、主として不動産取引の場面を念頭においた上で、債権行為である売買契約に基づいて物権変動の効果が直接的に発生すると解するわが国の判例および通説の見解に対して疑問を投げかけ、わが国においてもなお物権行為の独自性の意義について論じる可能性およびその必要性が存在することについて、ドイツ法を比較対象としながら検討を行った。

その結果、わが国においては、債権行為である売買契約とは別個に、代金支払い等の時点で物権行為がなされたものとした上で、その時点で物権変動の効果が発生するものと解する見解が、依然として説得力のある点を含んでいるのに対して、ドイツにおいては、逆に、物権行為概念の存在を否定するという見解も存在しているということが判明した。

これらの事実は、物権行為概念について依然としてその存在の当否に関して検討する余地が残されていることを明らかにしていると同時に、わが国における物権と債権の峻別という、当然のこととして是認されていた理論に対しても懐疑的な目を向けるきっかけを与えるものであると評価しうることを明確にしている。

研究成果の概要(英文)：In this study, chiefly after keeping the scene of the real estate deal in mind, the doubt was thrown on the understood judicial precedent and the opinion of the common opinion of our country, that the effect of the real right change is generated immediately based on the bargain that is the claim act, it was examined that the possibility of discussing an original meaning of the real right act and the necessity existed in our country, while making a German law an object of comparison.

As a result, it turned out that the opinion thought to generate the effect of the real right change besides the bargain that is the claim act, at the time of the real right act performed at the time of the payment of the price etc., includes a still persuasive point in our country, on the other hand, the opinion of denying the existence of the real right act concept oppositely exists in Germany.

These facts can be evaluated that the chance to turn skeptic eyes to the theory of sharp distinction of the real right and the claim in our country that has been approved as a matter of course is given, at the same time as clarifying that the possibility of still examining the suitability of the existence about the real right act concept has been left.

## 交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	500,000	150,000	650,000
2009年度	700,000	210,000	910,000
2010年度	200,000	60,000	260,000
年度			
年度			
総計	1,400,000	420,000	1,820,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：民法・ドイツ法・物権法・債権法・

契約法・不動産法・物権行為論・物権債権峻別論

## 1. 研究開始当初の背景

わが国の民法典は、その編別構成としてパンデクテンシステムを採用している。その特徴の一つとして、物権概念と債権概念が明確に峻別されていることを挙げることが許されるだろう。この点につき、物権および債権のそれぞれの変動が生じる要件として、別々の行為が要求されるべきなのか否かという問題に関しては、これまで、とりわけ物権変動の場面において物権行為の独自性を肯定すべきか否かという定式の下で議論が行われてきた。

しかしながら、この定式は、物権変動の要件として形式を要するか否か、物権変動が生じる時期はいつかなどといった、ひとまずそれぞれ別個の問題として把握されることが許される諸問題と一体的に論じられるようになり、さらには、物権変動論と題される民法 176～178 条の解釈論として、わが国の民法学界において最も華々しく、かつ、最も混迷を極めた論争の一つに吸収されていった。

本来、物権行為の独自性を巡る議論と、物権変動論におけるその他の議論は区別され得る性格を有している。その限りにおいては、わが国の議論が物権変動論として統一的な理論を提供しようとする試みに引き付けられ過ぎた点を直視し、その傾向に再考されるべき余地があることを認識する必要があるように思われる。すなわち、直接、物権行為の独自性を物権変動論の場面においても貫徹すべきか否かという問いを立て、そして、その問いに正面から答える試みがなされる必要があるだろう。

それに対して、わが国における物権変動論

の過程を無視することもまた許されないと思われる。つまり、意思主義と形式主義の対立をめぐる議論や、物権変動が生じる時期に関する議論と共に、民法 176 条の解釈論に内在する具体的な問題の一つとして、同条の意思表示を物権的意思表示と解すべきか否かという問いについて検討する必要性も存在するのである。

しかし、以上のような物権行為概念に関する問いを立てることが承認されとしても、すでにその問題は一定の結論に到達し、議論は収束しているとの反論が予想される。すなわち、物権変動の場面において、とりわけ、不動産所有権の移転の場面において、物権行為の独自性を否定する見解が通説として落ち着いているとの理解である。

たしかに、所有権の移転の場面のように、前提として売買契約などの債権行為が存在する場合には、理論構成の当否はひとまず措くにしても、債権行為としての契約の中に所有権移転の意思表示も含まれるとするなどの解釈を通じて、物権変動の発生を認めることも可能であろう。しかしながら、抵当権が設定される場面のように、債権行為を前提とすることが困難な場合には、抵当権の設定という行為は物権行為であると評価する他はないのではなかろうか。そのような理解が可能であるとする、物権変動という同一の枠内で検討されるべき問題である、所有権の移転の場面と抵当権の設定の場面において、前者については物権行為の独自性を否定し、後者については物権行為概念を肯定するという解釈に対しては、矛盾であるとの評価を下さざ

るを得ない。

## 2. 研究の目的

そこで、本研究の目的として、以下の諸点を設定した。すなわち、不動産物権変動という枠組みの中で物権行為概念を債権行為としての契約と別個独立に観念することが必要なか否かという問題に関して、理論上および実務上それぞれの観点から、序論的な考察を加えるということである。

そもそも、物権債権峻別論を前提とする物権行為概念を正確に把握するためには、それを確立したサヴィニー（Savigny）の法理論を中心として、その前後のドイツにおける歴史的展開過程を詳細に跡付けることが必要である。そしてその上で、わが国の民法理論にどのような影響を与えたのかということを検討しなければならない。

まずは、その前提作業として、不動産物権変動という具体的な場面を措定して、わが国における物権行為概念の必要性の有無について検討を加え、主として、今後の物権行為に関する研究全体にわたる問題意識を醸成することに集中することとした。とりわけ、研究代表者のこれまでの研究成果との連続性を意識しつつ、物権行為と債権行為の理論的關係を明らかにすることを目的として行う予定である、今後の研究作業の基礎を築くことを目的とした。

## 3. 研究の方法

具体的な研究の方法として、まず、これまで不動産所有権の移転時期として論じられてきた問題を素材としながら、わが国において物権行為概念がどのように性質決定されてきたのかという点に関して確認作業を行った。続いて、物権行為概念の必要性について、理論的な側面からの考察

として民法の体系との整合性という観点から検討を加え、さらに、実務的な側面からの考察として、当事者意思の探求を行った。これらの作業を通じて、債権行為としての契約と概念上明確に区別され得る物権行為という概念がはたして存在するのか、また、存在するとしてもその必要性があるのかという問いに対する一定の答えを導き出すことができると考えられたからである。

また、物権行為概念は、物権債権峻別論を前提としたパンデクテンシステムを法典体系として採用していなければ、原則として観念される余地がない。したがって、日本と同様に同システムを採用しているドイツ法が、主たる比較対象となる。ドイツにおいては物権行為概念の独自性は当然のこととして認められていると解するのが、今日までの日本側からの理解であるが、本当に現在のドイツ法においてもそのようなことが言えるのか。ドイツにおいて物権行為の独自性に対して疑問を投げかける声は存在しないのか。

これらの点を明らかにすることによっても、わが国における物権行為概念を検討するにあたっての示唆をえることができるであろうと考えられた。

## 4. 研究成果

本研究においては、まず、不動産物権変動の場面を基軸としながら、わが国においても債権行為としての契約とは別個に物権行為概念を措定すべきか否かについて、理論的および実務的な観点から検討を加えた。

その作業の端緒として、まず、わが国における判例および学説の検討を行ったところ、わが国における物権行為の独自性をめぐる議論の特殊性が明らかとなった。すなわち、物権行為をめぐる問題は、これま

で、物権変動が生じる時期の問題と密接に関連付けられつつ論じられてきたのである。しかしながら、両者は区別して論じられるべき性質を有しているという点を、今日においては指摘することができる。

そこで、次に課題とされるべきなのは、物権行為概念の必要性について直接的に検討を行うことである。理論的な問題として浮上してくるのは、わが国の民法典との整合性の問題であり、実務的な問題としては、取引当事者の意思を挙げるができる。前者については、わが国の民法典が物権債権峻別論を前提とするパンデクテンシステムを採用している点、後者については、外部的徴表が実務において重要視されている点を、それぞれ物権行為概念を措定することの必要性の根拠として見出すことができた。

そして、不動産取引における物権と債権の関係性について、意思と形式の両面から検討を行った。具体的には、意思の面として物権行為の問題を検討し、形式の面として仮登記の問題を検討することを通じて、物権と債権の境界が曖昧なものになっていることを明らかにした。

とりわけ、物権行為の問題に関しては、サヴィニーの見解を中心に分析を行った。サヴィニーの意思理論によれば、個人は、物的権利または人的権利を行使することができるのであり、その論理的帰結として、物的権利と人的権利を発生させるためのそれぞれ異なる意思が存在しなければならないことになる。したがって、サヴィニーにとっては、概念的で形式的な理由がそもそも存在したといえる。

しかし、同時に彼の理論は批判の対象ともなっている。すなわち、サヴィニーがローマ法を分離主義と無因主義の源として考えていた点、または、少なくとも源となる法制度を意図的に選択していた点は、サ

ヴィニーの誤りであったとされている。というのも、ローマ法には、いわゆる物権契約概念は存在していなかったからである。また、意思理論から分離主義と無因主義を導き出すことも困難であるとされている。

このような観点からすれば、物権行為と債権行為の理論的關係を解明するための今後の課題として、意思理論や法律行為論一般との関係、さらには契約法理論との接合など、多岐にわたる問題点が残されていることになる。

本研究の成果として、雑誌論文を1件、著書2冊を公表し、さらに、ドイツにおいて研究報告を2度にわたって行った。

しかし、この問題に関して残された課題は多い。不動産物権変動の局面に焦点を絞ったとしても、意思の観点から、物権行為と債権行為の關係性について検討する必要があるであろうし、形式の観点からは、登記によって生み出される法的効果についてより詳細な分析を加える必要があるといえる。さらに、物権法の諸原則に関する個別的な検討もまだ不十分であろう。意思理論や法律行為論一般との関係、さらには契約法理論との接合など、問題点は多岐にわたる。現在、多くの重要な立法活動が行われていることが明らかにしているように、今後の研究者の作業として、解釈論のみならず、立法論をも積極的に手掛けていく必要があるように思われる。

さらに付言するならば、今後の課題として、物権債権峻別論の是非そのものについての議論がより活発になされる必要があると考えられる。その際には、法律論において重要な要素である意思と形式について、とりわけ不動産取引の場面においては、意思表示と登記の關係を明確に意識しつつ、物権債権峻別論の是非を検討していく必要があると思われる。

## 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計1件)

1. 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 卷 3 号 325～369 頁(2009 年)、査読有

[学会発表] (計2件)

1. OBA HIROYUKI、Über das Grundbuchsystem、ベルリン自由大学ワークショップ、2011 年 3 月 3 日、ベルリン自由大学法学部

2. OBA HIROYUKI、Beziehungen zwischen Sachenrecht und Schuldrecht im Grundstücksverkehr、ベルリン自由大学ワークショップ、2010 年 3 月 1 日、ベルリン自由大学法学部

[図書] (計2件)

1. 大場浩之『物権法講義案』(成文堂、2010 年) 63 頁

2. 大場浩之『不動産公示制度論』(成文堂、2010 年) 493 頁

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

大場 浩之 (OBA HIROYUKI)

早稲田大学・法学学術院・准教授

研究者番号：10386534