

令和元年6月26日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2016～2018

課題番号：16K03418

研究課題名(和文)物権行為とius ad remの理論的關係についての研究

研究課題名(英文)A study on the theoretical relationship between property deed and ius ad rem

研究代表者

大場 浩之(OBA, Hiroyuki)

早稲田大学・法学大学院・教授

研究者番号：10386534

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,400,000円

研究成果の概要(和文)：物権行為論とius ad rem論に関する歴史的な観点からの検討を前提として、両概念の理論的關係について、意思と形式、物権と債権、および、履行請求権と損害賠償請求権の3つの基軸を設定した上で分析を行った。

二重譲渡における第一買主の保護という点において、物権行為概念とius ad rem概念には共通性が認められた。有因的物権行為概念を認めて、二重譲渡における第三者の背信的悪意者性を認定するにあたっての判断要素とした。また、ius ad remについて、本来であれば絶対効を有しないはずの権利を有する者に対して、第三者の悪意を前提として、その第三者に直接請求することを認める権利、と定義づけた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

日本法における背信的悪意者排除論について新たな知見を提供することができるとともに、より精緻な解釈論を展開することが可能となった。また、これまでの判例と通説に対する批判として、物権行為の無因性を認めることなく物権行為概念を肯定することの必要性を論証することができた。

そして、これまででかみならずも明確ではなかったius ad rem概念について、歴史的な分析結果に基づいて明確に定義づけることによって、物権と債権の関係性やその異同について新たな視点を提示することができた。これにより、日本の民法典の体系に関する議論にも影響を与えることが可能となった。

研究成果の概要(英文)：On the premise of analysis from the historical point of view of the theory of property deed and ius ad rem theory, I have discussed the theoretical relationship between both concepts. Specifically, analysis was conducted after establishing three analysis bases: intention and format, property right and claim, and right to claim for performance and right to claim for damages.

The results are as follows. As the interpretation of Japanese law, it is to be recognized as the judgment element in recognizing the believing superstition of third parties in double transfer, in recognition of the concept of the property deed with the cause. And about ius ad rem, it is defined as the right to allow a person who has the right not to have the absolute effect in the first place to charge the third party directly, assuming the third party's malice. The ius ad rem concept and the property deed concept have commonality when considered in terms of the protection of the first buyer in double transfer.

研究分野：民法

キーワード：物権変動 物権行為 ius ad rem 物権債権峻別論 不動産公示制度 民法 ドイツ法 法制史

1. 研究開始当初の背景

日本法上の物権変動論は、意思主義を採用しており、かつ、物権行為の独自性は否定されていると一般に解されている。具体的には、土地の売主と買主の間で締結される売買契約（債権行為）によって、まさにその契約が成立した時点で、土地所有権の移転（不動産物権変動）が発生すると考えられている。これに対して、ドイツ法上の物権変動論の特徴として、物権行為の独自性と無因性の承認がよくあげられる。これらの点は、日本の物権変動論との顕著な相違点として紹介されることが多い。

しかし、物権変動の効力発生時に関する契約成立時説を採用する場合、債権法上の行為である売買契約などから、なぜ直接に、物権法上の効果である物権変動が発生するのかという問いに対して答えるのは、理論的には困難である。また、物権変動の発生を代金支払・占有移転・登記移転などの外部的徴表にかからしめるという見解にたつ場合には、外部的徴表と物権変動の発生との理論的関連性を明らかにすることが困難となる。

そうであるならば、日本の民法典が物権と債権を区別していることにも鑑みて、議論の端緒として、物権行為の独自性を認めるか否かを、まずもって検討すべきなのではないか。

この点、きわめて興味深いのが、ドイツ法における物権行為の独自性の肯定と *ius ad rem*（ユス・アド・レム≒債権であるにもかかわらず第三者への絶対効を有する特定物引渡請求権）の理論的関係である。*ius ad rem* の存在は、これが債権的請求権であるにもかかわらず、第三者に対して絶対的な効力を有するという意味で物権的な効力を有することから、ドイツ法における物権と債権の明確な区別という要請に応えることができず、歴史の中で形式的には否定されるにいたった。しかし、この *ius ad rem* が否定された時期と、物権行為の独自性が立法において認められるにいたった時期は、きわめて近い。また、*ius ad rem* は歴史的に否定されたと考えられているが、ドイツ現行法のいたるところに、物権的効力を有する債権の存在が事実上散見される（仮登記制度や物権的先買権制度など）。*ius ad rem* が立法において否定されたとしても、物権的効力を有する債権の存在はドイツ法においても事実上認められているのであって、この意味で、ドイツ法はけっして特殊で硬直的な性格のみを有するものではない。したがって、物権行為の独自性を肯定することと、*ius ad rem* のような物権的効力を有する債権の存在を認めることは、両立しないことではない。以上から、物権行為の独自性を肯定することは、けっしてドイツ法固有の解釈論ではなく、日本法を含むその他の立法例のもとにおいても、その可能性は否定されないのではないか。

また、日本法においても仮登記制度が存在し、仮登記の法的性質は、とくにそれが債権的請求権を保全する場合には、第三者への効果を有するという点で、ドイツ法上の仮登記と同じく、債権に物権的效果を付与する。ここに、ドイツ法との親和性がみられ、したがって、ドイツ法を比較対象とする研究の根拠を見出すことができる。

2. 研究の目的

土地所有権は人間の実生活の基盤であり、もっとも重要な財産の1つである。それでは、この土地所有権の移転に代表される不動産物権変動は、いつ、なにを根拠として、その効果が発生するのか。民法学界において古くから論じられているこの根源的かつ重要な問題は、いまだにその議論の収束をみない。本研究は、この問いに民法上の観点から理論的な解答を与えるために、物権変動の法的構造を探るものである。具体的には、ドイツ法を対象としながら、物権行為と *ius ad rem* の関係性に焦点をあてつつ、物権変動それ自体を求める当事者意思の具現化である物権行為の構造と、物権変動を相手方に求める債権的請求権の法的性質について分析を行うこととした。

そこで、本研究では、まず、BGB（ドイツ民法典）が制定された後のドイツにおける物権行為論の展開過程について分析を行うこととした。これにより、ドイツ法上の物権行為概念の現時点での姿を明らかにすることができる。ドイツの民法学界においても、最近になって、物権行為概念に対する注目度は再び高まっている。

つぎに、ドイツ法上の *ius ad rem* 概念について、物権行為概念の生成過程を横目でみながら、歴史的な検討を加えた。*ius ad rem* については、日本の民法学においても、すでにいくつかの重要な業績が存在する。しかし、物権行為との関連で *ius ad rem* について分析を加えた研究は、今までほとんど存在しない。この分析結果から、ドイツ法上では、物権行為概念の台頭と入れかわるかたちで *ius ad rem* が立法上は消滅したとされつつも、同様の制度が BGB の中に形を変えて数多く存在していることが明らかとなった。

最後に、日本法との比較検討を行った。日本法上も、理論的な側面からして、物権行為概念を認めてはならないとする根拠はみあたらないのではないかと。また、実務的な観点からしても、売買契約の成立のみによって、ましてや口頭での合意のみによって、物権変動が発生するとは考えられていないのではないかと。本研究は、物権行為概念を肯定することによって、債権的な売買契約とは異なる新たな視座を、物権変動の場面で提供することにより、物権変動の効果を発生させるための、売買契約の成立とは異なる契機、すなわち、登記移転に代表される外部的徴表があった時にはじめて土地所有権が移転するという見解に、解釈論上の理論的根拠を与えることにもなる。

日本においては、物権行為の独自性が判例と通説によって否定されて久しく、その研究の重要性に対しても重きがおかれなくなった。このため、物権行為概念の母法といえるドイツ法上の物権行為論の展開を追う研究もまた、最近ではほとんど行われていない。しかし、債権法が改正されたいま、学界においては、将来の物権法改正を視野に入れた研究が盛んになりつつある。本研究においては、物権変動論の法的構造という物権法の中でもきわめて重要なテーマに関して、物権行為と *ius ad rem* の基礎理論を提供し、かつ、物権変動の発生根拠論、物権変動の発生時期といった解釈論上の論点に対して、具体的な提言を行った。

3. 研究の方法

本研究を遂行するために最も重要なことは、日本法とドイツ法における当該分野の文献をくまなく渉猟し、検討し、分析を加えることにあった。これに関

連して、ドイツにおいて文献を調査し、また、ドイツ人研究者にインタビューを行う必要もあった。そこで、第1年目には、日独の物権行為概念に関する文献を分析し、ドイツにて現地調査を実施した。第2年目に、*ius ad rem*に関する文献調査を行うとともに、ドイツにてインタビューを行った。そして、第3年目には、物権変動の法的構造と題する著書を完成させるべく、執筆を行った。

具体的には、以下の通りである。まず、BGBが制定された後の、物権行為に関する判例・学説の議論を渉猟した。本研究代表者は、すでに、ドイツ法上の物権行為概念の起源と、BGB制定までに至る同概念の経緯について研究を行っており、また、これらに関する論稿も公表している。したがって、本研究における最初の課題は、BGB制定以降の物権行為概念の変遷の分析となった。この分析のため、関連文献に関して、本研究代表者の所属先大学内の図書館はもちろん、国内の他大学の図書館における蔵書調査も行った。以上の検討を踏まえ、日本とドイツの物権行為概念をめぐる今日の議論の異同を明確にした上で、物権変動の場面における当事者意思の法的性質と法的構造について、検討を加えた。とりわけ、ドイツ法の影響が日本における草創期の物権行為論に与えた影響を探った。その際、両国の物権変動システムの違いに留意しつつ、なぜ、物権行為概念が判例と通説において正面から認められることがなかったのかについて、検討を進めた。とくに、近年のドイツにおける物権契約の議論は、日本においてはほとんどフォローされていないため、この点に重点をおいて検討を行った。

以上の作業をふまえ、物権行為概念に関する研究全体についてとりまとめ作業を行った。この過程において、ドイツに赴き、資料収集を行うとともに、現地の研究者にドイツ法上の物権行為概念の今日的課題についてインタビューを行った。ドイツにおいては制定法上認められている物権行為概念ではあるが、判例と学説からは批判も存在する。同概念を抽象的なレベルでは肯定しつつも、実際の具体的な事案では否定する例が、いくつか存在するのである。このような判例と学説における解釈と運用が、はたして、今日のドイツ民法学において、どのように受け入れられているのか、また、肯定的に受け入れられているのなら、なぜ、物権行為概念はいぜんとして維持され続けているのであろうか。このような、物権行為概念に対する批判的検証も怠ることなく、周到に論文の執筆を進めた。

つづいて、*ius ad rem*に関する日本とドイツの文献を渉猟し、検討し、分析を加えた。とりわけ、ドイツ法上の*ius ad rem*の歴史的生成過程、*ius ad rem*とBGB制定の関係、*ius ad rem*のドイツ現代法における意義に焦点をあてつつ、分析を行った。また、物権行為概念と*ius ad rem*概念の理論的關係を探るにあたって、つぎの3つの観点を提示した。つまり、意思主義と形式主義、物権と債権、および、履行請求権と金銭賠償請求権であった。

4. 研究成果

以上の研究の目的および研究の方法に基づき、物権行為論と*ius ad rem*論の歴史的視座からの分析を前提として、物権行為概念と*ius ad rem*概念の理論的

関係について検討を加えたところ、二重譲渡の場面における第一買主の保護という点において、両概念に共通性があることがわかった。

その上で、解釈論としてつぎの2つの結論を得ることができた。すなわち、まず、日本法においては、有因的物権行為概念を認めて、それを、二重譲渡における第三者の背信的悪意者性を認定するにあたっての判断要素とすることである。そして、*ius ad rem* について、本来であれば絶対効を有しないはずの権利を有する者に対して、第三者の悪意を前提として、その第三者に直接請求することを認めることの権利、と定義づけることである。

これらの研究成果によって、日本法における背信的悪意者排除論について新たな知見を提供することができるとともに、より精緻な解釈論を展開することが可能となった。また、これまでの判例と通説に対する批判として、物権行為の無因性を認めることなく物権行為概念を肯定することの必要性を論証することができた。そして、これまでかならずしも明確ではなかった *ius ad rem* 概念について、歴史的な分析結果に基づいて明確に定義づけることによって、物権と債権の関係性やその異同について新たな視点を提示することができた。これにより、日本の民法典の体系に関する議論にも影響を与えることが可能となった。

本研究の成果については、各テーマに関する論文としてすでに随時公表されてきている。そして、それらを一書にまとめた『物権変動の法的構造』と題する研究書が、近日中に公刊されることになっている。

5. 主な発表論文等

【雑誌論文】（計9件）

- ①大場浩之「*ius ad rem* の法的性質」早稲田法学 94・4（2019）・査読無
- ②大場浩之「遺産分割前の財産処分（新906条の2）」本山敦編『平成30年相続法改正の分析と展望』（経済法令研究会・2019）40-45頁・査読無
- ③大場浩之「ドイツ現行法における *ius ad rem* の法的位置づけ」道垣内弘人＝片山直也＝山口齊昭＝青木則幸編『社会の発展と民法学（上巻）－近江幸治先生古稀記念論文集－』（成文堂・2019）247-275頁・査読無
- ④大場浩之「相続と民法185条にいう『新たな権原』（最判平8・11・12）」潮見佳男＝道垣内弘人編『民法判例百選（1）－総則・物権－（第8版）』（有斐閣・2018）136-137頁・査読無
- ⑤大場浩之「*ius ad rem* の歴史的素描」松久三四彦＝後藤卷則＝金山直樹＝水野謙＝池田雅則＝新堂明子＝大島梨沙編『社会の変容と民法の課題（上巻）－瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集－』（成文堂・2018）193-220頁・査読無
- ⑥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・鎌田薫先生古稀記念論文集編集委員会編『早稲田民法学の現在－浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念論文集－』（成文堂・2017）95-113頁・査読無

- ⑦大場浩之「複合用途型マンションでの用途区分違反使用（東京地八王子支判平5・7・9）」鎌野邦樹＝花房博文＝山野目章夫編『マンション法の判例解説』（勁草書房・2017）146-147頁・査読無
- ⑧大場浩之「暴力団事務所（最判昭62・7・17）」鎌野邦樹＝花房博文＝山野目章夫編『マンション法の判例解説』（勁草書房・2017）144-145頁・査読無
- ⑨大場浩之「共同相続と登記をめぐる判例理論の分析」市民と法 99・28-34（2016）・査読無

【学会発表】（計4件）

- ①大場浩之「『負』動産をめぐる法律問題」（所有者不明土地問題シンポジウム・2019）
- ②大場浩之「土地所有権の放棄に関する学説の展開」（物権法研究会・2018）
- ③大場浩之「未登記通行地役権者と第三者の関係」（判例・先例研究会・2017）
- ④大場浩之「譲渡担保の法的構成」（物権法研究会・2016）

【図書】（計1件）

- ①大場浩之『物権変動の法的構造』（成文堂・2019）