

〔論 説〕

物権変動と対抗問題

—日本法と中国法の比較法的考察—

鎌 野 邦 樹

- I はじめに
- II 所有権の内容
- III 物権変動と公示（登記・引渡し）
 - 1 物権変動の効力発生時期（設例①）
 - (1) 形式主義（中国）と意思主義（日本）
 - (2) 形式主義・意思主義の下での取引の実態
 - 2 公示（登記・引渡し）は効力発生要件か対抗要件か（設例②）
 - (1) 効力発生要件としての登記・引渡し（中国）
 - (2) 対抗要件としての登記・引渡し（日本）
 - (3) 対抗要件主義（日本）の下での課題
 - 3 公信の原則は認められるか（設例③）
 - (1) 公信の原則の全面的採用（中国）
 - (2) 公信の原則の部分的採用（動産についての善意取得制度）（日本）
- IV 結びに
 - 1 日本と中国の不動産・動産取引の異同（まとめ）
 - 2 日本と中国との比較法研究の重要性

I はじめに

本稿は、筆者が、2011年5月27日に中華人民共和国の浙江工商大学・法学院において行った講演（「創立100周年特別講演」）を基にして若干の加筆をしたものである。同講演は、中国と日本の物権変動に関する法制度を、ひとまず両国の政治・経済体制は棚上げにして、比較し検討することにより、物権変動をめぐる日中両国の共通点および相違点を明らかにし、そのことにより、両国の物権変動をめぐる解釈上または立法上の問題を考える契機とすることを目的としたものである。同講演を本稿の形で本誌に掲載したのは、主に早稲田大学法科大学院の学生諸氏に、民法（学）の中心的問題である物権変動制度について、それ

を比較法的（ヨーロッパ大陸法）および立法史的（「法の継受」等の）視点から認識してもらいたいと考えたからである。ただ、この視点は、当然、今後の日本における物権変動制度を再考し再検討する際にも重要であり、その意味では、本稿は、筆者だけではなく研究者・法曹一般のためにも、同制度の基礎的事項の整理として、いくばかりか参考に価するものとする次第である。また、本稿においては、筆者の日本の物権変動制度に対する立法評価に部分的に言及している。

さて、売買による不動産（土地、建物）や各種動産（自動車、家電製品等）の所有権の移転、または住宅や事業の資金獲得のための抵当権の設定などに見られる物権変動は、国民や企業の経済活動の基本である。民法上の物権変動については、契約や不法行為など他の領域と同様に近年、中国がヨーロッパ大陸法を基本的に継受して「物権法」を制定（2007年）したことから、中国より早くヨーロッパ大陸法を継受して民法を制定（1896年）した日本法との比較が容易になった。以下、本稿では、次に掲げる最も基本的かつ最も日常的な設例を用いて、日中両国の物権変動制度を具体的に検討していくことにする。なお、物権変動に関しては、抵当権との関係が法史的にも実際にも重要であるが、本稿では、便宜上、より生活に身近な所有権の移転に絞って検討することにする。

Aが、BからB所有の建物、中古の自動車及び家電（特定物）を買った場合において

①所有権は、いつBからAに移転するか（A v B）。

②Bがこれらの物を悪意のCにも重ねて売買し、Cが先に登記または引渡しを受けたときに、先にBとの間で売買契約をしたAは、所有権を取得できるか（A v C）。

③AがBから買ったこれらの物が実際はDの所有物であったときに、これらがBの占有下にあり、またはB名義の登記があったことから、Bの所有物であると信じて買ったAは、これらの所有権を取得できるか（A v D）。

II 所有権の内容

中国では、所有権について、その経済・政治体制から、大きく、①都市部土地国有所有権（物権法47条（下記参照）。以下では、物権法の規定の条数のみを示す）、②農村集団所有権（59条）および③私人所有権（64条）に分類することができる。私人は、①都市部土地国有所有権または②農村集団所有権の対象とされていない建物および動産に対して所有権（③）が認められ法的保護を受ける（65条、66条）。以下では、前記設例のB所有の建物、自動車および家電製品はこのような私人所有権の対象物であるとし、また、A、C、Dはすべて私人として検討することにする。

これに対して、日本（および多くの大陸法諸国）では、国および地方公共団体の所有権に関しても、民法上は「私人」の所有権と同様に扱われ、「所有権の主体」による所有権の内容についての差異はない（したがって、設例のA、B、C、Dが国や地方公共団体であっても法律関係において異なることはない）。物権変動における所有権の取得に関する差異は、後に述べるように、「所有権の客体」が不動産であるか動産であるかによって生じる。

（注記）中国物権法（鈴木賢ほか『中国物権法 条文と解説』（成文堂、2007年）による（一部修正）。以下同じ。）

第47条（国家所有となる土地）

都市の土地は、国の所有に属する。法律が国家所有と規定する農村及び都市郊外の土地は、国の所有に属する。

第59条（農民集団所有）

①農民集団所有の不動産及び動産は、当該集団構成員集団の所有に属する。

②（略）

第64条（私人所有権）

私人は、その適法な収入、家屋、生活用品、生産用具、原材料等の不動産及び動産に対して所有権を有する。

第65条（私人の貯蓄、投資、相続権の保護）

①私人の適法な貯蓄、投資及びその収益は法的保護を受ける。

②国は、法律の規定に従い、私人の相続権並びにその他の合法的権利及び利益を保護する。

第 66 条 (私人財産の保護)

私人の適法な財産は保護を受け、いかなる組織及び個人も、横領、略奪、集団での着服、留め置き、又は破壊を行うことを禁止する。

III 物権変動と公示 (登記・引渡し)

1 物権変動の効力発生時期 (設例①)

(1) 形式主義 (中国) と意思主義 (日本)

中国法では、不動産の物権変動は登記により効力が生じ (9 条)、動産の物権変動は引渡しにより効力が生ずる (23 条)。したがって、B から A への、建物の所有権の移転時期は登記をした時であり、自動車と家電製品の所有権の移転時期は引渡しの時である。中国法では、売買契約に基づく不動産についての登記の移転および動産についての引渡しは、買主が所有権を取得するための効力発生要件である。したがって、これらの公示の移転がない限りは、所有権は移転しないで売主に留まるが、ただ、A・B 間における債権債務関係は契約時から生ずる (15 条。この点は不動産だけでなく動産についても同様であると解される)。したがって、買主 A は、B に対して、もっぱら売買契約の効力として、不動産につき登記の移転および目的不動産の引渡しを、動産につきその引渡しを請求することができる。このような立場 (形式主義) は、ドイツ法を採用したものである (なお、台湾も同様)。

これに対して、**日本法**は、「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる」(民法 176 条。以下では、民法の規定の条数のみを示す) と定め、不動産および動産の物権変動は、意思表示のみによって生じ、登記や引渡し等の特別の公示方法ないし形式を必要としない。フランス法の意思主義を採用したものである。このことから、判例¹⁾は、B から A への、建物の所有権および自動車・家電製品の所有権の移転時期は、別段の意思表示がない限り、売

¹⁾ 最判昭和 33 年 6 月 20 日民集 12 卷 10 号 1585 頁。

買契約を締結した時であるとしている。ただ、単に意思表示をしたに過ぎない契約時に買主 A に所有権が移転すると解することは、通常の当事者の意思に反し、また、実際の取引慣行（不動産の売買契約書においては、特約として、代金全額の支払いと引き換えになされる不動産の引渡しと同時に所有権が移転すると定めるものが多い。）に反するなどとして、物権変動の効力発生時すなわち所有権の移転時期を代金の支払かまたは登記・引渡しのいずれかがあった時と解する学説²⁾も有力に主張されている。また、物権変動の効力発生時や所有権の移転時期を確定する必要はなく、仮にその時期を明らかにするとした場合には所有権は段階的に順次移転すると唱える学説³⁾もある。

（注記）中国物権法

第 9 条（不動産物権登記の効力）

① 動産の設定、変更、移転及び消滅は、法に従い、登記をすることにより効力を生ずる。登記をしなければ効力を生じないが、ただし、法律に別段の定めがある場合にはこの限りでない。

② （略）

第 15 条（債権的効力と物権的効力の区別）

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、法律に別段の定めがある場合、又は契約に別段の定めがある場合を除き、契約成立の時から効力を生ずる。物権の登記を経由していなくても、契約の効力には影響しない。

第 23 条（動産物権変動）

動産物権の設定及び移転は、引渡し時から効力を生ずる。ただし、法律に別段の定めがある場合には、この限りでない。

(2) 形式主義・意思主義の下での取引の実態

以上のように、買主 A は、中国では、登記または引渡しによって初めて建物、自動車および家電製品の所有権を取得するのに対して、日本では、「別段の意思

²⁾ 末川博『物権法』63頁以下（日本評論新社，1956年），近江幸治『民法講義Ⅱ—物権法』58頁（成文堂，第3版，2006年）等。

³⁾ 鈴木禄弥『物権法講義』100頁以下（創文社，4訂版，1994年），内田貴『民法Ⅰ』427頁（東京大学出版会，第3版，2005年）等。

表示」がない場合には、売買契約と同時にこれらの所有権を取得する。その差異は、立法時における両国の諸般の状況（従来の取引慣行、国家による私人間の取引への関与のあり方、これらに影響を与え又はこれらから影響を受ける市民・国民の意識等）を踏まえての政策的決断によるものであると思われる。国家の視点（税の徴収等）がないし、これから取引に入ろうとする第三者の視点に立つと、所有権の所在が公示と一致している方（「公示あるところに所有権があり。」）が望ましいであろう（これに関連する例として、婚姻の届出がなされた場合にのみを法律上の婚姻とするという制度（日本民法 739 条 1 項）がある）。なお、日本でも、土地または家屋についての固定資産税については登記または登録している者を所有者として納税義務者としている（地方税法 343 条 1 項, 2 項）。

筆者としては、どちらの立法を採用したとしても、少なくとも A・B の売買当事者間においては、実際上は A・B それぞれの利益に対し影響を及ぼさないと考える。たしかに中国法の形式主義によると、買主 A は、理論上は、売買契約後ただちに代金を支払ったにもかかわらず、登記または引渡しが行なわれない限り所有権を取得できず、目的物の使用、賃貸、担保権の設定、転売等ができない事態が発生し得るが、実際には、代金の支払いは、登記または引渡しと引き換えになされるであろうから、このような事態は一般的には発生しないであろう。

日本法の意味主義の下では、反対に、売買契約が行なされると、売主 B が買主 A から代金を受け取っていないにもかかわらず、A は、登記または引渡しが行なわれなくても所有権を取得できることから、理論上は、目的物の使用、賃貸、担保権の設定、転売等が可能となる（A は、B に対して所有権に基づく引渡請求をすることができる）。しかし、ここでも、実際の取引では登記または引渡しが代金の支払いと引き換えになされ、また、理論上も、別段の約定がない限り、B は A からの所有権に基づく引渡請求に対しては同時履行の抗弁権（533 条）を主張することができるから、A としては、引渡しを受けない状態での目的物の使用は不可能であり、また、引渡しや登記の移転がない状態での転売等は事実上困難であることから、売買契約と同時に所有権が移転することに伴う弊害は一般的には発生しない。

日本法の意味主義の下では、買主 A は、契約成立と同時に法的には所有権を取得できることになるが、前述のように引渡しがない限りは目的物を現実に使

用することはできず、代金支払い債務を負担し、もし代金支払債務が履行できないときには、Bからの解除により遡及的に所有権を失う（545条1項）。したがって、一般的には、実際に所有権による利益を確定的に享受できるのは、代金支払い債務を履行して目的物の引渡しを受けた時ということになる。先に述べたように、不動産の売買契約書等に見られるように、代金全額の支払いと引換えに目的物の引渡しをなされ、それと同時に所有権が移転するとするのが日本での取引実態と言える（このような「別段の意思表示」が存在する場合は、実際の取引においては一般的である）。

なお、筆者らが2005年から2008年にかけて大学生一般1822名を対象に行った上記設例①と同内容の意識調査⁴⁾では、不動産の所有権移転時期について、契約時とする者21%、代金支払時とする者27%、引渡時とする者17%、登記時とする者34%、段階的に移転するとする者1%であり、特に不動産については、意思主義の法制下においても、「登記をするに至って所有権移転の効力が生ずる」との法意識が国民においては根強いものと推測することができる。

2 公示（登記・引渡し）は効力発生要件か対抗要件か（設例②）

筆者は、上で、形式主義と意思主義のどちらの立法を採用したとしても、少なくともA・Bの売買当事者間においては實際上A・B双方の利益に影響を及ぼすことはないと言ったが、両者の違いがより明確に現れるのは、Bからの同一目的物の第二の買主である第三者Cが現れる場合である（設例②）。

(1) 効力発生要件としての登記・引渡し（中国）

形式主義（登記効力発生要件主義）を採用する中国では、**建物の取引**において、売主Bに登記がある場合には、すでにAがBとの間で売買契約を締結していても登記の移転を受けない以上、買主Aが所有者となることはなく、「B・A間の売買契約」の存在についてのCの善意・悪意を問題とすることなく（中国法の下では登記がない限りAが所有者となることはなく、「B→Aの物権変動」は存在しないので、とりたてて「B・A間の売買契約」についてのCの悪意について問題とする余地はないと考えるのであろう。）、第二買主Cが、Bと売買契約をして先に登記の移転を受ければ、

⁴⁾ 鎌野邦樹「不動産取引・不動産登記と国民の法意識——基礎法学と実定法学との協働に関する一つのささやかな試み——」伊藤滋夫先生喜寿記念『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』801頁以下（青林書院、2009年）。

C が所有権を取得する (9 条)。家電製品の取引についても同様であり、第二買主 C が引渡しを受ければ C が所有者となる (23 条)。上の場合に A は一度も所有者となることはなく、A の不利益は、B に対する債務不履行に基づく損害賠償請求により処理されよう。

しかし、以上のような登記効力発生要件主義を採る中国においても**自動車など特定の重要な動産の取引**については、これを修正し、登記に関しては対抗要件主義を採用していると解される。すなわち、自動車等の取引においては、所有者 B に登記がある場合に、すでに A が B との間で売買契約を締結して登記の移転を受けていなくても、第二買主 C が、悪意であるときには、第一買主 A は、自己の所有権の対抗できるとする (24 条)。ここでは、B→A 間の第一売買による A の所有権の取得を前提としていると解され、A の所有権の取得については登記の移転を効力発生要件としていない。物権法 23 条と 24 条を整合的に解した場合には、自動車等の重要な動産は、「動産」である以上、引渡しを効力発生要件とする前提に立ち (23 条)、この要件さえ満たしていれば (引渡しを受けていれば)、A は、一応所有権は取得するところ、悪意 (24 条の規定からすると物権変動についての悪意、すなわち A が引渡しを受けていることについての悪意と解される。) の第三者 (第二買主 C) に対しては登記なくして対抗できるが、他方、登記をしていない以上、登記を先に具備した善意 (A が引渡しを受けていること (例えば 27 条の占有改定による引渡し等の場合) についての善意と解される。) の第三者には対抗することができないと解することになる。中国において、自動車などの特定の重要な動産の取引について以上のような制度を採用したのは、一方では、これらは動産であるために登記を待たずに引渡しだけで所有権の取得を簡易に認めつつ、他方では、これらは社会的にも重要な財産であるために公的にその帰属を明らかにする必要があることから、最終的には登記をしない限り、善意の第三者に対しては自己の所有権の取得を対抗できないものとしたと解することができよう。

(注記) 中国物権法

第 24 条 (船舶等の物権登記)

船舶、航空機及び自動車等の物権の設定、変更、移転及び消滅は、登記を経由しなければ、善意の第三者に対抗することができない。

第 27 条（占有改定による引渡し）

不動産物権を移転するにあたり、さらに双方が譲渡人により引き続き当該動産を占有することを約定した場合には、物権は、当該約定が発効した時から効力を生ずる。

(2) 対抗要件としての登記・引渡し（日本）

意思主義を採用する日本において不動産取引における登記や動産取引における引渡しなどの公示は、効力発生要件ではなく対抗要件である。すなわち、買主 A は、B との関係では契約により所有権を取得するが、建物（不動産）については登記をしない限り、家電製品（動産）については引渡しを受けない限り、B からそれらを重ねて買った第三者（第二買主）C に対して、自己の所有権の取得を対抗することはできない（177 条、178 条）。日本では、自動車については不動産の場合に準じて登録（道路運送車両法 5 条 1 項）をしない限り第三者に対抗できないとしている。中国法での公示の有する効力要件主義とは異なり、日本法での意思主義の下では、売主 B との関係では第一買主 A も第二買主 C も共に所有権を取得するが、A と C との間では公示を備えない限り相互に自己の所有権の取得を相手方に対して主張することはできない（公示を先に備えた方が所有権を取得し、その結果、他の者は遡及的に所有権を失うことになる。双方とも公示を備えていない場合には、双方とも他方に対して所有権の取得を主張できず、優劣は決まらない）。そして、判例⁵⁾は、登記を備えた第三者 C は、B→A の売買についての善意・悪意を問題としない。したがって、上の設例②については、結論としては、中国法と同じく公示を備えた第三者 C は、悪意でも所有権を有効に取得できることになる。

公示を備えていない買主 A は、C の所有権の取得につき否定できないという実務において両国法は一致するが、A が負ける理由については、中国法では A は元々所有権を取得していなかったためであり、日本法では A が C よりも先に登記をしなかったためであるというように、理論上は異なる。

(3) 対抗要件主義（日本）の下での課題

対抗要件主義を採る日本法の下での、未解決の理論上および実務上の課題は、ひとつは、**どの範囲の物権変動について公示の先後で決する対抗問題となるの**

⁵⁾ 大判明治 38 年 10 月 20 日民録 11 卷 1374 頁、最判昭和 32 年 9 月 19 日民集 11 卷 9 号 1574 頁。

かという問題である。例えば、判例は、Bの死亡によりA1とA2が不動産の所有権を共同相続した場合に、A1は自己の相続による共有持分について登記をしなくても、A2からの不動産全部の譲受人Cに対抗できるとし⁶⁾、他方、被相続人Bから不動産の遺贈を受けたAは、その旨の登記をしておかないと、Bの相続人からの譲受人Cに対抗できないとする⁷⁾が、学説には、このような立場に反対する見解もある⁸⁾。中国でも、例えば相続や時効取得など、どの範囲の物権変動について公示を効力発生要件とするのかが問題となろう(中国物権法29条関連)。

もうひとつの課題は、上の設例②のような先に公示を備えた悪意の第三者Cが保護されるのか否かについての問題である。判例は、悪意者も保護されるとするが⁹⁾、ただし、信義則上、保護に値しない「背信的悪意者」は保護されないとする¹⁰⁾。学説では、善意者(または善意・無過失者)のみが保護されるべきで悪意者は保護されるべきでないとする見解が有力である¹¹⁾(筆者はこの立場を妥当と考える)。なお、筆者らが行った上記設例②と同内容の前記意識調査では、悪意者Cの所有権取得を妥当とする者32%、Aの所有権取得を妥当とし悪意者Cは保護されないとする者60%、迷っているとする者8%であり、判例の立場を疑問視する者が約2倍である¹²⁾。中国法では、上記のとおり、部分的に対抗要件主義を採り入れた自動車等の取引において、悪意の第三者は保護されないとしている(24条)。この点は、日本法の解釈論にとって大いに参考となろう。他方、効力発生要件主義の原則の下では、公示の移転のないB→Aの取引については、そもそもAの所有権の取得(B→Aの物権変動)を問題とする余地はなく、そこにおいてCの善意・悪意は問題とする余地はないのであろう。

(注記) 中国物権法

第29条(相続・遺贈による物権取得)

⁶⁾ 最判昭和38年2月22日民集17巻1号235頁。

⁷⁾ 最判昭和39年3月6日民集18巻3号437頁。

⁸⁾ 前者の判例に反対するものとして、我妻栄『新訂物権法』111頁以下(岩波書店、新訂/有泉亨補訂、1983年)。

⁹⁾ 前掲注5) 大判明治38年10月20日。

¹⁰⁾ 最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁。

¹¹⁾ 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)等。

¹²⁾ 鎌野邦樹・前掲注4) 810頁以下。

相続又は遺贈により物権を取得する場合には、相続の開始又は遺贈があった時から効力を生ずる。

3 公信の原則は認められるか（設例③）

設例③にあるように、A が B から買った建物、自動車、家電製品が実際は D の所有物であった場合に、A が、これらが B の占有下にあり、また B 名義の登記があったことから、B の所有物であると信じて買ったときに、A は、これらの所有権を取得できるだろうか。公信の原則を認めて A の信頼を保護する立場（この立場だと D が保護されない。）と、公信の原則を認めずに A の信頼の保護よりも真の所有者 D の保護を優先して考える立場とがあり得る。

(1) 公信の原則の全面的採用（中国）

中国法は、建物、自動車、家電製品のすべてに関して、A が、①B との売買時に善意であり、②合理的な価格での売買であり、③すでに引渡し、または登記を受けている場合には、公信の原則を採用して、A の所有権の取得（善意取得）を認める（106条1項）。原所有者 D の保護は、D の B に対する損害賠償請求を認めることによって図られる（106条2項）。

これは、ドイツ法（およびスイス法、台湾法）に倣ったものである。これらの立法例が前提とする、公示（登記や引渡し）を物権の効力発生要件とする形式主義の下においても公示を信頼した第三者 A に物権の取得を認めるか否かは、理論的な問題ではなく、立法政策上の選択の問題（原所有者 D の保護と第三者 A の保護のどちらを優先するか、不動産登記制度がどれ程度整備され実体とどの程度一致するか等の問題）であるが、中国も、これらの立法例に倣って公信の原則を採用した（ただし、中国は、B→A 間の売買（債権的原因行為）が無効となっても物権行為は影響を受けない（「無因性」ないし「独自性」）とするドイツ法の物権行為理論は採用しなかった）。

なお、従来の中国の民法理論では、動産の善意取得の制度と不動産登記における公信の原則の制度とを、その公示方法の強弱およびそのこととの関係で第三者の保護要件の厳格性に差異を設ける点で、区別していたが、物権法典においては、上記のように、不動産についても善意取得制度（106条1項）に包含された。学説では、特に前記①の要件に関して、動産の場合には「善意かつ無過失」を要件とし、不動産の場合には「善意の推定」で足りる旨の有力な主張が

なされている¹³⁾。

(注記) 中国物権法

第 106 条 (善意取得)

① 処分権のない者が不動産又は動産を譲受人に譲渡した場合に、所有権者は当該不動産又は動産を取り戻す権利を有する。法律に別段の定めがある場合を除き、次に掲げる事由に該当する場合には、譲受人は、当該不動産又は動産の所有権を取得する。

(1) 譲受人が当該不動産又は動産を譲り受けた時に善意であった。

(2) 合理的な価格で譲渡された。

(3) 譲渡された不動産又は動産について、法律が登記をしなければならないと定める場合において既に登記されているか、登記が必要でない場合において既に引き渡しが行われている。

② 譲受人が前項の規定に従い不動産又は動産の所有権を取得した場合に、原所有権者は、処分権のない者に対して、損失の賠償を請求することができる。

③ 事者がその他の物権を善意取得した場合には、前 2 項の規定を準用する。

(2) 公信の原則の部分的採用 (動産についての善意取得制度) (日本)

日本法は、建物等の不動産 (および自動車) については、登記・登録を信頼した A は保護されないとして公信の原則を否定し、他方、動産 (未登録の自動車を含む) については、善意取得制度 (192 条) によりこれを肯定した。ただし、そのための要件については、① B との売買時に善意かつ無過失であり、② 動産の占有を始めた場合とされており、特に①については、中国法と異なり、明文上、無過失を要件としている。②に関しては、学説上、占有改定による引渡しを含むかについて議論があるが¹⁴⁾、判例は、これを否定する¹⁵⁾。

不動産について、日本法が公信の原則を採用しなかったのはフランス法に倣ったものである。意思主義の下では構造上必ずしも実体的権利の所在と登記とが一致しないことから、公信の原則を採用しないのは、理論的には半ば当然のことであると言えないこともないが、ただ、「登記を信頼して登記を移転した者

¹³⁾ 尹 田 (但見亮訳) 「中国物権法における不動産物権公示の効力」早稲田大学孔子学院『早稲田大学孔子学院叢書 2—日中民法論壇』187 頁以下 (早稲田大学出版部, 2010 年)。

¹⁴⁾ 学説の整理については、近江・前掲注 2) 155 頁以下。

¹⁵⁾ 大判大正 5 年 5 月 16 日民録 22 輯 961 頁、最判昭和 32 年 12 月 27 日民集 11 卷 14 号 2485 頁。

は優先して保護する」とする対抗要件主義を採用する場合には、意思主義の下でも、「Bの登記を信頼して、登記を備えた者（AまたはC）は常に保護されるべきである」との立場から、立法的に公信の原則を採用することは可能であり、日本でも立法論として従来からそのような主張は少なからずなされてきている¹⁶⁾。

また、近年の判例には、Dの帰責性（B名義の登記にしていたことのDの責任）とAの善意・無過失を要件として、D・B間の関係を表見代理関係や通謀虚偽表示関係に準ずるものと見て、実質的に公信の原則を援用したと解されるものが多く見られる¹⁷⁾。ちなみに、筆者らが行った上記設例③と同内容の前記意識調査では、公信の原則を妥当と考える者（Aを保護すべきとする者）45%、これを妥当とは考えない者（Dを保護すべきとする者）38%、迷っているとする者17%であり、公信の原則を妥当と考える者（Aを保護すべきとする者）の割合がこれを妥当と考えない者（Dを保護すべきとする者）の割合を上回る¹⁸⁾。

IV 結びに

1 日本と中国の不動産・動産取引の異同（まとめ）

冒頭の設定例（Aが、BからB所有の建物、中古の自動車及び家電（特定物）を買った設例）について、日本において取引をした場合（日本法が適用）と、中国において取引をした場合（中国法が適用）とを想定して、以上の検討をまとめておこう。

①の所有権がいつBからAに移転するかについては、日本において取引をした場合は、契約をした時に直ちに移転するが（ただし、実際には特約により代金の支払いと引き換えに引渡しをなされその時に買主Aに所有権が移転するとされることが多い）、中国において取引をした場合は、建物については登記、自動車や家電製品については引渡しをなされた時に買主Aに所有権が移転する。

②のBがこれらの物を悪意のCにも重ねて売買しCが先に登記または引渡し

¹⁶⁾ 幾代通『不動産登記法の研究』3頁以下及び31頁以下（一粒社，1973年），半田正夫「不動産登記と公信力」星野英一編『民法講座2』198頁（有斐閣，1984年）。

¹⁷⁾ 最判昭和45年9月22日民集24巻10号1424頁，最判昭和47年11月28日民集26巻9号1715頁。

¹⁸⁾ 鎌野邦樹（研究代表者）『国民が望み納得する民事紛争の法的解決等に関する調査研究』（平成17年度～平成19年度科学研究費補助金・基盤研究（C）調査報告書）47頁以下。

を受けた場合については、日本では、対抗要件としての公示（登記または引渡し）を備えたCが所有権を取得するが（ただし、Cが背信的悪意者の場合にはAは対抗要件なしに自己の所有権の取得をCに対抗できる。）、中国では、効力発生要件としての公示を備えたCが所有権を取得する（ただし、自動車については、Cが引渡しを受けていれば効力発生要件を備えたとして所有権を取得するが、その後、登記を備えた善意の第三者が現れたときには、Cは、この所有権の取得を第三者に対抗できない）。

③のAがBから買ったこれらの物が実際はDの所有物であったときにこれらがBの占有下にあるか、またはB名義の登記があることからBの所有物であると信じて買ったAはこれらの所有権を取得できるかに関して、日本では、動産については善意取得として公信の原則を適用してAを保護するが、不動産（登録自動車も同様）については公信の原則を適用せずAの所有権の取得を認めない。これに対して、中国では善意取得として、動産と不動産の区別なしに公信の原則を認めAの所有権の取得を認める。

以上、①および②については、中国法と日本法とは理論面では大きく異なるが、実際の取引の場面では、細部（例外的場面）の違いはあるが、ほぼ同一である。大きく異なるのは、③に関して、不動産の取引につき公信の原則を認めるか否かの点である。したがって、実務的には、日本における不動産の取引においては登記を信頼してもそれが実体を異なっている場合には所有権を取得できないことになり、中国での不動産の取引と比べて、実体関係の十分な調査（登記名義人が真の所有者であるか否かの調査）が必要である。しかし、実際上は、取引の対象とされた不動産については、譲渡を仲介する専門業者として宅地建物取引主任者（国家資格）が係わり、また、登記（権利に関する事項）申請の専門家としての司法書士（国家資格）および登記の表示に関する事項の専門家としての土地家屋調査士（国家資格）が係わることなどから、登記と実体が異なり買主の所有権取得が妨げられるというトラブルが生ずることは取引全体から見れば非常に少ないと思われる。

2 日本と中国との比較法研究の重要性

日本と中国とは経済・政治体制は少なからず異なるものの、実際上の国民または企業における財産の取引内容およびそこで生ずる問題には共通のものが多くある。また、今後ますます、両国間またはそれぞれの国内における両国人間

の取引（中国での日本人と中国人の取引および日本での中国人と日本人の取引）が増加し、その関係は、他国との関係に比べて最も重要かつ緊密なものとなると思われる。さらに、両国ともに、財産の支配をめぐりさらに公平で豊かな社会をめざしていることから、この問題について日中両国間での学術交流を深めていくことは重要であると考ええる。幸いなことに両国の法制は、共に大陸法を継受したものであり（ヨーロッパ大陸法の継受の面では、日本が「兄」であり中国が「弟」であるが、長い歴史の上では、日本は、「弟」として「兄」である中国（大陸）から法律を含む社会制度や多くの文化を学び継受してきた。）、しかも、物権変動に関しては全く同一の大陸法ではなく中国はドイツ法を、日本はフランス法をというように対照的な法制をアジアの隣国において継受したことから、比較法研究には格好の舞台が調っていると思われる。今後ますます中国と日本との比較法研究（両国の社会、慣習、文化をも視野に入れた比較法研究）をめぐる学術交流を発展させていくべきであると考えている。

