

不動産譲渡と移転の時期に関する一考察 — ドイツにおけるアウフラッシングについて —

Ein Überlegung über der Funktion von Auflassung

田 中 淳 子

Atsuko TANAKA

目 次

- 1 はじめに
—問題の所在—
- 2 ドイツにおけるアウフラッシングについて
 1. はじめに
 2. 近時の議論
 3. 小括
- 3 結びにかえて

1 はじめに — 問題の所在 —

1 筆者は、別稿¹⁾において、わが国における不動産の所有権移転時期論をめぐる学説について、母法であるフランス民法の形式的な理解——いわゆる単純な「売りましょう」「買いましょう」という意思の合致のみによって所有権が移転すると考える立場——に見直しを加えられ²⁾、実務においてはドイツにおける取引形態とあまり異ならない、という指摘³⁾が肯定的に評価されるにいたっている学説の現況を分析した。その理解を前提に、現在のわが民法176条の「意思表示」に対する学説の理解について、契約当事者の意思の解釈あるいは法律行為の解釈によって理解する傾向にあることを指摘した。このことは、民法176条の意思表示の理解について、従来のようなフランス民法・ドイツ民法のいずれの法制度の理解に拠って立つのか、という二者択一の問題設定の枠組みにとらわれない我が国独自の制度的理解の必要性とその可能性を示すものであると理解した⁴⁾。今後は、二重売買と二重譲渡概念の区別を明確にすることによって背信的悪意者概念に具体的基準を与えること、それがひいては民法176条、

177条論の整合性、統一性を前提にした物権変動論を考える一助になることを見出そうと試みた^{5) 6)}。本稿は、特に、先の論稿で指摘した点、すなわち、契約当事者間において「物権的な法効果を与える意思表示を行った時」とはいかなる時か。さらに二重売買と二重譲渡の区別されるべき必要性について考えてみたい。

2 日本民法176条は、「物権の設定及び移転ハ当事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定されている。周知のごとく、本条は、フランス民法711条および、1138条に範をとったものであるといわれている⁷⁾。しかし、学説・判例は、所有権移転時期は、売買、贈与のような債権の発生をその目的とする債権的意思表示で足り、債権的諸効果が生ずるのに伴って、さらにそれに引きずられるようなかたちで物権的変動の効果を生じさせるという理解がかつての通説的な見解であった⁸⁾。これに対して、現行の民法の規定がフランス民法を継受したことだけをもって民法176条の「意思表示」が「債権的意思表示」だけで足りると解すべきか、という点については根強い批判がある⁹⁾。すなわち、代金支払時や登記・引渡といったときに所有権が移転した、と考えるのが現実の取引における当事者の意思に合致する、と考える立場の登場である。所有権移転時期はいつか、と問われたときの一般人の法意識と乖離するとして通説へ批判を向ける。法理論的には、債権契約と物権契約といったドイツ法に固有の概念に特に「強い影響」を受けたものであるといえる¹⁰⁾。物権行為について、従来は「無因と解すべきかまたは有因と解すべきか」という問題として展開されてきた¹¹⁾が今日では、具体的な問題として「物権変動の時期はいつか」という形で論じられている¹²⁾。いわば、所有権移転時期論という不動産物権変動論のなかでもさけては通れない重要な問題のひとつとして激しく議論されるにいたった¹³⁾。この問題に対する議論はいつそう複雑化する傾向にある¹⁴⁾。

3 本稿では、さきにも指摘したように、いつの時点から二重譲渡（物権）段階となるのか、という視点から当該問題を考えてみたい。その理由は、2つある。

まず第一に、フランス民法＝意思主義では、立法上は、契約によって移転する(C.c 711)と規定している。これまでフランスの法制度と対極にあるものとして理解されてきたのが、ドイツ民法＝形式主義である。この制度によれば、不動産物権一般の得喪変更については *Einigung*¹⁵⁾（物権的合意）＋*Eintragung*（登記）が必要であり（BGB 873）¹⁶⁾、特に不動産の所有権の取得・喪失については、*Auflassung*という厳格な方式にしたがって公正証書化されなければならない（BGB 925, GBO 20）。しかしながら、近時、すでに前述したようにこの理解について、フランス民法の制度的理解に対し次のような見直しが加えられている、すなわち、取引実務において、契約の締結（交渉段階も含む）には公証人の関与があり、単純な「売りましょう・買い

ましよう」という債権的な意思表示の合致だけではなく、契約の実現に向けた（譲渡契約の場合は所有権の移転を目的とするであろう）意思表示を公正証書化している。契約当事者間では、このように具体的かつ詳細な合意を確認し——この段階を「熟した段階」とも表される——それに応じた法効果（たとえば、所有権の移転の効果）を与えている¹⁷⁾。すなわち、ドイツ・フランスのいずれの国においても不動産譲渡契約の実務において、多くは公正証書といういわば裁判所の判決と同様の効力を有する制度を用いて、所有権（物権）の移転を行っている。過ちをおそれずにいうとすれば、この立場は、ドイツ・フランスにとどまらず¹⁸⁾、日本においても物権的な法効果を発生させる時期を考える時、当事者間の意思表示の解釈によってその効果を見出す立場と異なるものではない。問題は、「物権的な合意があった時期」の具体的な中身であろう。

そこで、第二点として、物権的意思表示とはなにか。この問いについて、かつて比較法学的な観点からの研究¹⁹⁾が十分に展開されながらも、解釈論のレベルでは必ずしも十分な議論の展開はなされなかったと思われる²⁰⁾。そこで、本稿では、近時の比較法的研究の成果とわが国における学説の動向を前提として、ドイツ民法における今日におけるアウフラッシングの概念とその機能を考察したい²¹⁾。それは、所有権の移転について、明確な規定を備え、長きにわたって詳細な議論が蓄積され²²⁾、その傾向は今日に至っている。たしかに、この制度については歴史的、政治的にも多くの問題を内在させ、条文の存置自体を問い直す立場もあった²³⁾。しかしながら、それでもなお以下の点を指摘したい。すなわち、ドイツ民法（形式主義）では、不動産物権一般の得喪変更については *Einigung*（物権的合意）＋*Eintragung*（登記）が必要である（BGB 873）²⁴⁾。特に、不動産の所有権の取得・喪失については、アウフラッシングという厳格な方式にしたがってなされなければならない（BGB 925, GBO 20）ことは先にもふれた。しかし、同時に、BGB 873条2項において、前項の合意（物権的合意 *Einigung*）が公正証書もしくは登記所においてなされたか、あるいはそこへの提出がなされた場合、または、権利者が相手方に対して土地登記法の規定に従った登記意思を表示したときは、当事者は、登記前であっても物権的合意 *Einigung* に拘束される、と規定している。特に、不動産譲渡の場合の合意、すなわち、アウフラッシングは所轄官庁（不動産登記所）への出頭や、公証人関与による有効なアウフラッシングがなされた場合には、その合意が拘束されるが、*Einigung* という「物権的」合意が履行できないときにも当事者間がその合意に拘束される、ということはいかなる意味か。債権法的な解決、すなわち損害賠償請求によって解決されることだけを意味するのであろうか²⁵⁾。たしかに物権・債権を明確に区別し、形式主義をとっているため、所有権の移転は、登記時であるという理解は正しい。しかし、同条第2項の意味、すなわち、公正証書作成によってなされた物権的合意 *Einigung* が単なる契約当事者間（債権段

階)を債権的法効果,すなわち,売主が契約自由のもと一方的に契約を破棄し,損害賠償請求によって問題を解決することで足りる,というだけのものとして認識することで足りるのであろうか²⁶⁾。

4 日本民法176条はいわゆる意思主義を採用しているからだ。だからといって,いわゆる単純な売りましょう,買いましょうという,契約に向けた債権的な意思表示のみで所有権が移転する,という運用が必ずしもなされているとはいえない。判例の立場は,確かに形式論理的には,いわゆる契約時移転説を採っている。しかし,本事案は,具体的に代金支払い等があった場合であり,契約時に所有権が移転したとしても問題ない場合(たとえば,買主がすでに契約時に代金支払い義務を履行し,売主に同時履行の規定を根拠にその所有権移転義務を求めることに妥当性がある場合)であることが判決に影響を与えている,という評価もある。そうだとすると,ドイツ民法がBGB 925条において形式主義の規定をおいていたとしても,公証人の面前で,所有権移転の合意が明確であったり,代金支払があった時には,登記前であったとしても,所有権の移転に何らかの影響を与えている可能性については,ドイツ法においても一考の余地があろう²⁷⁾。さらに,意思主義を採用しているフランス法においても示したように債権的意思表示の時よりもっと後に所有権移転時期がずれ込むことになる²⁸⁾。すなわち,公正証書を交わして物権の移転についての合意をした時点であるいわば,物権的な合意があった時点で所有権は移転する(?)に実際上は移転するという評価も可能となろう。ドイツ民法も形式主義と規定しながら,公正証書によって物権的合意を交わすと当事者間はその物権的合意に拘束される。そう考えるならば,両国の制度について所有権移転の時期についてまったく異なった立法形式であるがゆえにその時期もあるいはその法的保護についてもまったく異なる,という従来の理解を前提にわが国の議論を進めることを再検討する必要があるのではないか²⁹⁾,と考える³⁰⁾。

2 ドイツにおけるアウフラッシングについて³¹⁾

1. はじめに

1 わが国の不動産物権変動については民法176条において「意思表示」によってその所有権は移転し,第三者に対抗するには民法177条によって登記を必要とするものである。すなわち,契約当事者間においては意思主義によって所有権は移転するが,当事者以外の第三者にそれを主張するには,登記が必要である,という対抗要件主義を採用している³²⁾。我妻説に代表される立場——すなわち,物権の変動にも債権を生じさせる意思表示と同様であり,その契約には何らの形式上の区別はなく,ドイツ民

法の形式主義と「対立」し「具体的な適用場面においてもかなりの差異を生」じている、という理解——によるドイツ民法の理解は、次のごとくである。不動産所有権の移転については債権契約といわれる契約 *Vertrag*³³⁾ に向けられた意思表示と所有権という物権を移転する意思表示 *アウフラッシング* と、さらに登記がなければ完全に不動産所有権の移転は生じない、という理解である。

この点に対して、フランス法のごとく契約主義法制の下では、所有権移転につき引渡はなんら積極的な意味を持たないのか、という疑問を早くから抱き、フランス法とドイツ法はまったくことになった法制度として対峙して理解することへの危険性について示唆する立場もある³⁴⁾。本稿では、わが民法の解釈として、物権行為の独自性をみとめるか否かの議論ではもちろんなく、議論はあるものの具体的に「物権行為」について自覚的な議論の集積があるドイツ不動産物権変動の制度をみとめることには意義があろう。

2 まず、ドイツにおける不動産物権の変動理論の概要をみてみたい³⁵⁾。不動産物権一般の得喪および喪失については、物権的合意 (*Einigung*) と登記 (*Eintragung*) によって行われる (*BGB* 873条 I 項)³⁹⁾。物権的合意というのは、「物権の変動を目的とする合意」である。これは、所有権を譲渡する合意であり、単に譲渡の義務を負担する合意 (債権契約上の合意) とは別個の行為である。特に、土地所有権の譲渡の場合には *アウフラッシング* (*BGB* 925) が必要である。条文に則って売買契約を原因とした所有権の移転手続きの過程を整理してみたい³⁶⁾。

まず、売買契約の締結当事者の一方が土地所有権を譲渡または取得する義務を負担する契約には、裁判上の証書または公正証書が必要である (*BGB* 313条 1 項)。土地所有権譲渡の場合の物権的合意 *アウフラッシング* は、譲渡人・譲受人両当事者 (本人以外の代理人でも良いとされる) が公証人の面前に同時に出席し、所有権譲渡の合意をしなければならない (*BGB* 925 I) と規定されている³⁷⁾。これを公証人によって厳重な審査をして、その具体的内容を公正証書化しなければならない³⁸⁾。

原則として、土地登記所は、売買に関する証書が提出された場合、または、その証書が同時に作成された場合にのみその *アウフラッシング* を受領すべきだと規定されている (*BGB* 925a)。したがって、契約の一部が公正証書化されていない場合は、無効となる (*BGB* 125条) としている。しかし、登記官吏による過失で売買契約に公正証書が付されていないのに *アウフラッシング* を受領した場合であっても、取引の安全を確保するために、*BGB* 313条の規定にしたがって、*アウフラッシング* (物権的合意) と *Eintragung* (登記) がなされることによって有効なものとなる。なお、*アウフラッシング* には、原則として条件や期限をつけることはできない (*BGB* 925 II)。買主は、仮登記 (*Vormerkung*) によって自己の請求権を保全することは可能である (*BGB*

883)。

最終的には、売主側の主たる債務である土地の移転と負担のない土地の所有権を移転し、買主側の主たる債務である、代金支払いとアウフラッシングの受領にしたがった占有の引渡を行うことが実現されれば所有権移転は完了となる。処分行為は、BGB 873条の適用がなされる限りにおいて *Einigung* 合意と *Eintragung* 登記を根拠に行うことができる。重要なのは、登記の方法である。*Eintragung* は、GBO (*Grundbuchordnung*) § 20において、一方当事者の合意の証明をもって登記許諾がなされる。

売主がアウフラッシングに従った履行を実現しなかった場合（土地の負担を抹消しないで引渡したような場合）にも、不動産の登記によって有効な権利の移転が行われたことになる。それは登記の正確性を担保するためであり、取引の安全を図るために、ドイツでは、登記に推定力および公信力 (*öffentlicher Glaube*) を与えている。したがって、登記簿の登記が正確性を欠いていてもこの場合の買主は権利を取得することができる (BGB 892, 893)。この場合、買主において登記が正しくないことを知らなかった場合（善意）、または、知らなかったことについて重大な過失があった場合でも登記を取得することによって、権利者たる地位を取得することができる。

2. 近時の議論

1 はじめに さきにもふれたように、ドイツ民法における不動産物権一般の得喪変更については *Einigung* (物権的合意) + *Eintragung* (登記) が必要である (BGB 873)。特に、不動産の所有権の取得・喪失については、アウフラッシング (物権的合意) という厳格な方式にしたがってなされなければならない (BGB 925, GBO 20)。問題は、BGB 873条2項において「前項の合意 (物権的合 *Einigung*) が公正証書もしくは登記所においてなされたか、あるいはそこへの提出がなされた場合、または、権利者が相手方に対して土地登記法の規定に従った登記意思を表示したときは、当事者は、「登記前」であっても物権的合意 *Einigung* に拘束される、と規定している点である。特に、不動産譲渡の場合の合意、すなわちアウフラッシングは「当事者双方が所轄官庁へ当時出頭」して行わなければならない (BGB 925条1項)。厳格な要件にしたがってアウフラッシングがなされた場合には、その合意に当事者が拘束されることは理解ができよう⁴⁰⁾。では、*Einigung*⁴¹⁾ という BGB 873条2項が規定する「物権的」合意が履行できないときにも当事者間がその合意に拘束される、ということはいかなる意味か。債権法的な解決、すなわち損害賠償請求によって解決されることだけを意味するのであろうか。

2 概観 ドイツにおける公証人の役割については、近時、小西講師の詳細な研究がある。それによれば、「ドイツにおいて公証人は、様々な契約の形成に関与しているが、その際の公証人の立場は、一方当事者の代理人ではなく、当事者双方のための公正な保護者 (Betreuer) である (BNoto 14条)。これは、両当事者のいずれもが不利に扱われないよう (証書作成の社会的機能 (soziale Funktion der Beurkundung) に顧慮しなければならない)」という義務から理解できる⁴²⁾。そして、「不動産登記所は、公証人のみが所有権移転登記の申請を行う必要があるという契約書において約定された事項を尊重しなければならない」とされている⁴³⁾。「契約名内容及び契約の自国において、法的に均衡のとれた契約形成が可能となる」だけでなく、「発生の可能性のある危険をできるだけ避け、それでもなお、避けられない危険はバランス良く両当事者に負担させなければならない。この危険の回避のために、売買契約の際には、特に、適切な留保条項を付すことにより、給付と反対給付を保障」する、という役割が公証人に課せられているとする。

ドイツにおける公正証書 *notarielle Beurkundung* とは、公証人 (裁判官職資格を有する) によって作成され、「文書の方式」、「公の認証」と並ぶ重要な公の認証方法である。公の認証とは、文書による意思表示について、表意者の署名が真性なることを公証人が認証したものをいう。したがって、一旦交わされた公正証書の効力は、簡単には覆らないものである。それは、BGB 128条が、法律が契約について裁判所または公証人の証書作成を規定してあるときは、まず申込次に申込みの承諾が裁判所または公証によって証書として作成されなければならない、旨の規定から理解できよう。一端、アウフラッシングが公正証書化されたら、一方的で、恣意的な撤回をなし、同一目的不動産についての譲渡契約を行うことは事実上困難である⁴⁴⁾。したがって、公正証書化される前の契約と公正証書化された後の契約とでは、当事者間における拘束力が異なる。前者の段階では、いまだ、契約自由の原則が機能するためいかなる人と契約を締結するか自由も持ちうる。しかし、後者の段階では、「証書作成法17条に従って公証人による当事者の意思の探求及び教示の可能性は契約の公正証書化の場合にのみ完全に保証されている」というように、当事者の契約意思の真正性が公証されていることになる。

第一公正証書後に、第二公正証書が登場する可能性について、ドイツでは不動産譲渡に関する債権契約と物権契約を公証人の面前で当時に行う。なおかつ代金支払いの担保のために仮登記をすることが一般的である。したがって、この段階では権利者 *Berechtigter* は処分の制限を受ける。すなわち、この仮登記を抹消するためには権利者の合意がもとめられることになるため、代金支払いと引き換えに所有権移転登記が実現するという機能を持たせている。

しかし、このような仮登記がなされない、あるいはなされる前の段階では、売主は

いまだ有効な処分権能を有しており、第三者への新たな譲渡が理論的に可能となる。しかし、現実には、新たな契約も公証人の面前での有効なアウトフラッシングを行う必要があり、先にもみたように公正証書は、種々の注意義務が課せられており、契約義務違反によって生じる危険は回避せねばならない。買主は、代金支払い後、売主が所有権移転に応じない、という危険を回避するためには、先の仮登記担保権の設定以外にも、売主の債務不履行が生じた場合の危険を回避するために売買代金支払いの前になされるべき種々の特約を締結することも可能であり、実際多く用いられている。他方、売主は、所有権の登記の移転は、売主の売買代金支払いが確実に履行されることが保障されるか否かにかからしめることができる。たとえば、売主が売買代金の受領を承認したという条件が成就した場合、はじめて移転登記を申請することを公証人に委任する、という約定も有効である。公証人は、買主の勝手な所有権移転登記の申請を妨げるために、と条件（代金完済）の履行の前にはアウトフラッシングの伴わない認証のみを交付する旨の約定も可能である。

いずれにしても、一旦、アウトフラッシングが公正証書化され、たとえ所有権移転登記を経由する以前であっても、買主が代金をすでに支払っている場合については物権（所有権）を取得した法状況にあるといえよう。この権利が、はたして、当事者間だけにのみその権利侵害を主張できるのか、あるいは、物権の一種として契約関係にない第三者にも何らかの権利行使が可能となるかを考えてみたい。

3 議論の状況 BGB 925条1項とBGB 873条2項の関係をめぐる問題——アウトフラッシングの拘束力の発生の根拠——については、今日まで議論が多くなされている問題である。また、アウトフラッシングが公正証書化された後、Eintragugn前の法状況については、BGB 873条2項の規定にはアウトフラッシングによって公正証書化された物権的合意は拘束力を有すると考えるのが通説的な見解である⁴⁵⁾。しかし、だからといって、ドイツにおける Anwartschaftsrechts 期待権の発生については、なんら影響は与えるものではない⁴⁶⁾。ただし、上記の段階で日本における第二譲受人の登場のような場面が発生した場合については、——推測するところ——一方的な合意の解除を行うような場面を認めることはBGB 873条2項とBGB 925条1項を法体系上、そのように解決することはきわめて困難であるとする立場が有力な見解のようである⁴⁷⁾。

不動産売買契約がBGB 313条の要件—債権契約の公正証書化——を備えて有効に締結された場合に、契約解除を行おうとするならば「不動産売買契約のある部分が実現された段階である」として、その段階に応じた契約解除の方法があるとする。たとえば、不動産売買契約がBGB 925条によるアウトフラッシング後、仮登記も所有権移転の申請手続きも行われていない段階では、いまなお、不動産の所有権は、譲渡人に帰属している（BGB 873条1項）。しかし、つづく同条2項にはアウトフラッシング後

には当事者間がその物権的な合意に拘束される、と規定されている。この意味については、「この拘束は、なんらの処分行為の制限をもたらさない。売主は、当該不動産をなお他人へ譲渡することも可能であるし…譲渡し人は登記申請を取り下げることにも可能である」という判例もある⁴⁸⁾。しかし、同時に、物権的な合意を公正証書化された後にもそのように解するのか、については、議論もある。すなわち、「ある権利の他段階的な成立要件について多くのことが充足されており、取得者の権利が確実であると認識され、その権利の成立に関与する当事者がもはや一方的に壊すことができない場合には、今日、一般的に承認されたところの期待権が存在しているものとする」⁴⁹⁾。

では、期待権とは、なにか。期待権は、「完全な所有権にその本質において類似する権利である」⁵⁰⁾。それは、「不動産所有権の前段階的なものであり、取引可能で独立したものである。そして、それを完全な権利に強化することは、もはや譲渡人によっては阻止されえないからである」⁵¹⁾。

3. 小括

1 これまでの整理からつぎのことがいえよう。まず、第1に、原則として、BGB 313, 925条によって不動産所有権の移転は、Auflassung + Eintragungである。Auflassung後、Eintragung前の譲受人の法的立場は、買主（債権的地位）である。仮登記（Vorbemerkung）がなされない限りその立場はわからない。その意味では、BGB 873条2項の「物権的な合意に拘束される」という意味を考えるならば、判例にもあるように、それはあくまでも売主側に所有権があることを前提とした使用・収益・処分権能を行使できる。したがって、もし、売主が第三者に当該不動産についてAuflassung + Eintragungを終え、所有権を譲渡してしまったならば、いわゆる第一買主に対しては、BGB 313条一文の趣旨と目的にそった売主の義務の履行も根拠づけることができない、という段階である。

しかし、第2点として、例外的な事例ではあるが、Auflassungが期待権（Anwartschaftsrecht）を取得した場合の判決の登場によって、「ある、権利の多段階的な成立要件に関して多くのことが充たされて、取得者の権利が確実であるとされて、その権利の成立に関与する相手方がそれをもはや一方的に壊すことができない場合には、今日一般的に承認されたところの期待権」によってその解決を異にする場合がある⁵²⁾。すなわち、Auflassungを得た者がみずから所有権者として登記の申請をした場合には、同人にこの種の期待権が認められる。なぜなら、BGB 17条によって登記所は、取得者を譲渡人による他の処分から保護するために、この申請を時間的にその後にされた登記申請よりも先に処理しなければならない⁵³⁾。それ以外にも、Auflassungを得た者のために、BGB 833条（仮登記の本質と効果）2項、888条（請求権の実現、譲渡の禁止）により、譲渡人による他の処分からの保護を認める仮

登記がなされた登記にも、もはや譲渡人は、一方的にアウトフラッシングを得た者の法的立場を壊すことはできない⁵⁴⁾。

ここで指摘したい点の第3は、完全な所有権とはいえないが、所有権の前段階である、所有権と本質的に等しく、取引可能な独立のものである期待権の存在である⁵⁵⁾。これは、譲受人が完全な権利に高めることを譲渡人の恣意によっては阻止しえない、というものである。期待権を保持する者は、第三者への譲渡も可能となる。期待権が所有権と本質的に異ならない、ということをその理由としている。しかし、そのためには期待権の譲渡は所有権の譲渡方式に則った譲渡であることを前提にする。不動産の場合はB G B 925条、動産の場合はB G B 929条である。いずれにしても、物権・債権を峻別しているドイツ民法においても、アウトフラッシングという厳格な様式を備えたものについては、純粋な相対権としての債権の問題として解決するのではない、という現実が指摘できよう。しかし、同時に、だからといって当然には物権と同様の法効果を与える、というものでもなさそうである。

2 しかしながら、ドイツにおいて不動産売買契約に求められる厳格な様式、すなわちB G B 925条の要件を備えるためには、実際には、公証人の面前で債権的契約・物権的契約を同時に行うのが通常である、とされている⁵⁶⁾。具体的には、不動産売買の債権・物権契約の実現には公証人が法律によって職務上義務づけられた手続きに則って深く関与している。当事者の約定 (Vereinbarung) は全ての規定について公証人の関与が必要であり、できるだけ当事者の契約の意思にそったものを作成する必要がある⁵⁷⁾。通常の法感覚では、このような当事者間で、売主が有している処分権能をもって恣意に第三者への譲渡が行えるものではない、と評価できる。

3 結びにかえて

まず、これまでの検討から以下の点が指摘できよう。

第1に、契約当事者間においては、B G B 925条の要式に従ってアウトフラッシングがなされた場合には、当事者間を拘束する。この意味は、たとえば、公証人の面前にて物権的合意が公正証書化されたならば、たとい、売主が「いまだ当該不動産に対して有している所有権を根拠として完全な処分権能を有していたとしても」当該、物権的合意からは一方的には離脱できない⁵⁸⁾、ということでもある。公正証書化された物権的合意の解除には、公正証書によってその意思表示が確認されなければならない⁵⁹⁾。これは、当事者間では、すでに売主から買主への物権類似の権利が移転している、ということも可能であろう。なぜなら、売買契約の実現に向けた当事者間を中立、公正の立場から公証人が関与し、詳細な両当事者の意思内容を確認の上、物権的な法効果

を発生させることを確認する。さらには売買代金支払を買主に代わって受けたり、あるいは支払方法についても不安があればその旨の報告をしなければならない、という職務上の厳しい義務を履行する、という契約締結の実態から、売主側では「所有権移転」を期待し、買主側には、その期待に応じた履行を要求されても良い、という状態であるからである。いわば、一種の期待権的な権利を買主は取得し、他方、売主側は、期待権を相手に与えた、ことになろう。当事者間であるから、対抗要件の有無には影響を受けない。そうすると、この段階ですでに所有権の移転が具体的にはなされたかのような法効果を与えていることになろう。

第2点には、買主と第三者との関係について見てみたい。たしかに、ドイツでは、物権変動の成立要件であり対抗要件であり、不動産の場合には、登記、動産の場合には引渡である。アウフラッシング後、登記前に問題が生じて——虚偽の書類作成によって——公正証書化されたアウフラッシングが解除され、第三者が当該不動産についてアウフラッシングを経て、Eintragungを具備した場合、売主は、アウフラッシングを行った後でも所有権を有しているため、第三者への処分は可能である。物権・債権が区別されているドイツ法では、この処分によって先のアウフラッシングを原因とする所有権取得が不可能となる。このような場合、もし、第三者が、書類が虚偽であること、あるいは、自己より先にアウフラッシングがなされており、代金支払いも済んでいる等の「悪意」の場合には、「故意または過失によって他人の権利を侵害したもの」に対し、先のアウフラッシングを行っていた買主は、所有権侵害を原因とする不法行為に基づく損害賠償請求を行うことが可能となるのではないか。その根拠は、すでに先のアウフラッシングは一種の物権が取得されることを限りなく約束された（期待させられた）権利——一種の物権的本質を有した権利を取得している買主は、そのことを前提に、その存在を知らずながら侵害行為を行った者に対し、所有権侵害と同様の法効果、あるいは不法行為に基づく損害賠償請求が可能となる、ということである。単に、物の帰属の確認請求だけではなく、損害賠償ができるに過ぎないとしても、その具体的な請求の中身をみるならば、物権的な権利の侵害行為に対する回復請求とみることができる。

第3に、たしかに日本とドイツとは異なった制度であり、法状況である⁶⁰⁾。しかしながら、登記が成立要件であるドイツでも、当事者間での契約が物権的な法効果を与えるにふさわしい当事者間の合意があれば、物権的な法効果を与えることが可能でもある。すくなくとも、日本の民法176条のように、売りましょう、買いましょう、という単純な契約の段階で移転する、と形式的に理解することの不自然さが理解できよう。日本における、二重譲渡事例の場合、未登記の第一譲受人が登記を具備した第三者に権利主張ができるのは、第二譲受人が背信的悪意者である場合である（通説・判例）。背信的とは、第一譲受人が物権取得の強い期待が一種の権利にまで高められ、

それを認識していながら侵害行為を行った、いわば信義則に反するような、という意味は、この「期待権」侵害でもある、といえよう。このような法状況については、ドイツと日本が抱える問題性は類似している。この認識を前提にするならば、わが国では、いまだ、所有権移転時期については意思主義を前提にしているが、現実の取引社会の基準との乖離が見える。この点に妥当な基準を与えるならば、「所有権移転を期待するに足る」状況＝契約段階は、ドイツに見られるように具体的に、当事者間では、アウフラッシングのごとく、詳細な合意内容が公正証書化されていたり、代金の支払いがなされていたり、という段階に物権的效果も移転する、と解することもできるであろう。また、第三者に対しては、原則、対抗要件が必要であるが、登記に公信力を採用しない日本では、登記を具備した第二譲受人であっても、第一譲受人の物権的な合意を知らながらその期待の実現を侵害するような、いわば悪意の物権侵害者は対抗できない。しかし、第一譲受人が虚偽の外観を放置しているような場合は第二譲受人は、その物権的な合意の有無を認識することができないため、たとえ後に登記を具備したとしても善意であり、無過失であるため、権利主張は認められるであろう。このように解するならば、概念の不明確さを批判される「背信」的という言葉回避しても、なお、同様の結論を導くことができよう。

ちなみに、この点については、日本の民法128条において、条件付き法律行為の各当事者は、条件の成否が未定の間において、条件の成就によってその行為から生ずるであろう相手方の権利を害することができない、と規定されている。これは、条件付きの権利は、当事者に一定の「期待権」を持たせ、この期待権を一種の権利・義務として保護し、その侵害を禁止する趣旨の規定であるといわれている⁶¹⁾。教科書的記述によれば、「128条は、期待権に対する相手方の不可侵義務を認めるものである」。これは「第三者も不可侵義務を負う」ものと考えられている⁶²⁾。この権利は、一般の権利と同様に処理されうるものであり（同129条）、したがって、実際にこの権利が侵害された場合には、債務不履行ないし不法行為にも基づく損害賠償請求ができる可能性もある⁶³⁾。この期待権は、契約当事者間を拘束するだけでなく、契約関係にない「第三者」にもその旨の主張をすることが認められていることになる。ただし、排他性については、期待権であっても「対抗問題」として処理される。しかし、不動産の場合に仮登記（不登記2条）でも順位保全（手続きは不登105条）が可能⁶⁴⁾を具備することにでき、その順位にしたがって、期待権を侵害する処分行為の効力を排除することができる。

不動産売買契約は、売買代金の支払いが完了することを条件として所有権の移転がなされることが一般的な契約といえよう（たしかにこれ以外の特約を結ぶ場合もあるが）。しかし、それがさらに進展して、代金支払・引渡等へと進行したとき、所有権移転登記が未だ完了していなくとも、当事者だけでなく第三者に対しても一定の権利行

使が可能な、いわば一種の物権的な権利が移転されている状況に進展し、それを「知りながら」買い受けるような第三者は、契約自由の範疇に押し込めて、いわゆる対抗要件で決する、ということによいのであろうか。不法行為に基づく権利侵害の場合の「害することを知りて」ということはかならずしも「背信的」という言葉に頼らなくともこの点からも「信義則に反する」第三者には変わらないのであるから「悪意者」とどこが異なるのであろうか。

以上のように、ドイツ民法における不動産所有権の譲渡についての物権的合意アウフラッシングの制度は、わが国の母法であるか否かということを超えて、わが国の不動産取引物権の移転時期はいつか、という問題についての近時の理解へと連なっていくのであろう。すなわち、ドイツにおけるアウフラッシングと同様に評価されるほどに取引状況が成就・進展した場合、登記が移転していなくとも買主は実質的所有権者として保護されるべきことになる。したがって、旧学説の説くにいたった「二重売買」という取引過程の段階から「二重譲渡」という段階にまで進展したものとして評価し、それに応じた法的救済論を展開しなければならないことを示している。すなわち、ドイツでも「売買契約」という段階からアウフラッシングを介して「譲渡」という段階へと売買契約は転化している。その意味でも、「売買」から「譲渡」へと売買契約が契約の成熟度が高まった場合、それに応じた「法効果」が与えられる、という理論的基盤に基づいて問題解決がなされ、ドイツ・フランスそして日本においても同様に、二重売買と二重譲渡、そして背信的悪意者排除と悪意者排除の区別が可能となり、ひいては、概念に曖昧性があるとの批判を受ける「背信性」概念を用いなくとも理論構成をすることが可能となろう。むしろ、取引実務の実情からごく自然な解決基準を与えてくれるものとする。

残された問題は、物権的合意によって移転したであろう物権的な法効果の中身として、危険負担、あるいは果実収取権能等との関係である⁶⁵⁾。この点については、別稿を用意したい。

注

- 1) 拙著「所有権移転時期論・再論—不動産の二重売買と二重譲渡論—」中部大学経営情報学部論集17-1・2（2003年3月）1頁以下。
- 2) 鎌田薫教授（「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（1980年）31頁・56巻2号（1981年）1頁）、横山美夏教授（「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転」早稲田法学65巻2号（1990年）1頁、65巻3号（1990年）85頁）によって、フランスにおける不動産取引実務の研究を通じて日本の民法学がかつて共有した意思主義的理解とは異なることを明らかにした。また、フランスにおける所有権の移転については公証人が関与して物権の移転の確認を契約書に示す、ということであり、実際に売買契約のみで所有権の移転がなされるわけではない、ということを滝沢幸代教授（『物権変動の理論』（1987年、有斐閣））、七戸克彦教授（「不動産物権変動における意思主義の本質—売買契約を中心として—」慶応義塾大学大学院法学研究課論文集24号（1986年）121頁）の研究によって明らかになった。
- 3) たとえば、好美教授の研究によって所有権移転時期論は、ドイツ、フランスの制度と比較するとほぼ実質的には同じ考え方で運用されていることが明らかにされ（好美清光「物権変動論をめぐる現在の問題点」『書斎の窓』（1980年、有斐閣）8頁）。
- 4) なお、山田卓生教授は、この点についてフランス民法＝意思主義したがって、物権行為独自性をしらず、ドイツ民法＝形式主義したがって、理論的には、物権行為の独自性・無因性を認めるゆえに、理論的にも意思主義をとることはすなわち物権行為独自性否定であり、形式主義をとることはすなわち肯定である、と必然的関連において捉えらえる誤解を生みやすい。そこで、立法例でも形式主義を採用しても物権行為独自性否定もあれば（プロイセン一般ラント法、オーストリア民法のように引渡主義、登記主義）、意思主義をとっていても肯定の余地があるとして、わが国における物権行為独自性肯定説の可能性について応接している（『民法（2）物権〔第3版〕』（1987年、有斐閣）42頁以下）。
- 5) すでに原島重義教授は、「債権契約と物権契約」『契約法体系Ⅱ（贈与・売買）』（1962年、有斐閣）102頁以下において同趣旨の問題点を指摘されている。本稿の論旨の主眼は、特に具体的に解釈論のレベルにおいて具体的にどのような影響を与えるのか、という点において検討を進めていきたい。
- 6) 拙稿「所有権移転時期論」愛知学院大学法学部同窓会『法学論集』第一巻（1995、丸善）319頁以下において、所有権移転時期論の我が国の判例・学説の変遷をたどり、現況を明らかにした。
- 7) フランス民法711条は、物の所有権が債権的な効力によって取得・移転する旨の規定であり、同1138条は、物を引渡す債務は契約当事者間の合意のみによって完了し、たとえ物の引渡がなくともその債務は引き渡されるべき時から直ちに債権者を所有者としてその者に危険を負

担させる旨の規定である（滝沢幸代「物権変動の時期」『民法講座2 物権（1）』（1984年，有斐閣）35頁。なお，民法176条と177条の継受については，滝沢幸代『物権変動の理論』（1987年，有斐閣））。

- 8) 大村敦志『基本民法Ⅰ（総則・物権総論）』（2001年，有斐閣）215頁以下。フランス民法711条は，物権関係は，契約の効力そのものであり，*causa*と物権関係とは分離されず，人的相対関係すなわち物権関係である。物権関係は債権関係として，債権関係の反射として，生存するのであり，ただ第三者に対する関係で一定の場合に「対抗要件」を必要とするにとどまる」（川島武宜『民法Ⅰ』（1960年，有斐閣）147頁。柚木教授の理解を用いるならば，ドイツ民法と異なり，売買と所有権移転とが一体として為されるフランス法の意味主義を意思主義一体主義と名づけられ，「民法典制定当初から明治にかけてはフランス民法的な意思主義の一体主義によってわが民法を理解しようとする傾向が圧倒的であった，とし，具体的には，梅謙次郎『民法要義之二物権編』（1898年，明法堂）5頁，富井政章『民法原論第二卷物権上』（1906年，有斐閣書房）47頁，同・「我国法ニ於ケル物権的意思表示」法学協会雑誌24巻1号（1906年）15頁等，を初めとして明治中期における民法学の巨匠（岡松，川名，横田等はことごとくこれに属する，と解していた（柚木＝高木『判例物権法総論（1972年，有斐閣）92頁。これを見事に表現されるのが我妻栄『民法案内Ⅲ〔新版〕』（1986年，一粒社）32頁。
- 9) 山本進一『新版注釈民法（6）物権（1）』（1997年，有斐閣）219頁。
- 10) 代表的な論者として，末川博『物権法』（1936年，日本評論社）65頁以下。
- 11) 鈴木禄弥「特定物売買における所有権移転の時期」『契約法体系Ⅱ贈与・売買』（1962年，有斐閣）85頁。
- 12) 鈴木・前出注¹⁰⁾。なお，このような問題のあり方については，消極的評価を与えているのが，有川哲夫「物権契約に関する学説史的考察」福岡大学法学部論集20巻4号（1976年）284頁では，物権契約を認めるかいなかの問題は，所有権について外形的行為を考慮すべきかという問題ではなく，所有権移転には，売買契約以外にも別個の物権契約が必要か，という問題に他ならない，としている。いわゆる不動産物権変動論における所有権移転時期論をめぐる問題は，不動産の所有権が移転するためにはいかなる行為が必要なのか，所有権の移転は，売買契約の効果なのか，という問題に対しても答えることになる。これらの問題は，所有権の移転については，売買契約とは別個の「所有権の移転を目的とした法律行為」，すなわち「物権行為」を必要とするか，という問題でもある。ただし，この問題は，物権行為という概念を認めるか，ということと，物権行為の独自性を認めるか，ということとは異なることに注意しなければならない。物権行為の独自性を認める，という意味は，物権行為を生ずるためには，常に物権の変動だけを目的とする別個の法律行為でなければならない，という意味である（舟橋）。この問題については以下のように整理することができる。この点について学説は，民法制定当初は，フランス民法に依拠し，独自性否定説が通説であった（梅，岡松，

中島)。その後、ドイツ民法学の強い影響を受け、ドイツ民法（形式主義）に依拠した独自性肯定説的が展開された。その後、条文を素直に理解した末川説による独自性肯定説が説得力を持ったが、現在は、次の学説の対立がある。まず、所有権移転を目的とした売買契約がなされればよく、それとは別個の物権行為という概念を認めないという物権行為独自性否定説は、物権変動は、債権契約の効力として行われる、という立場である（川島、我妻＝有泉、広中、鎌田等）。この立場は、民法176条をフランス法的に理解するものである。これに対して、わが民法176条は、形式主義は採用しない、というだけであり、積極的にフランス民法と同じように解さなければならないというものでもない、として、債権行為とは別個の概念として物権行為の概念を認め、この物権行為の効果として物権変動の効力が生ずると解するのが物権行為独自性肯定説である。この立場の初期の学説は、不動産所有権の移転の場合には、登記申請に必要な書類を受領したとき、動産の場合には、引渡の時に物権行為がなされ、それに伴って物権変動が生じると解していた（中島、石田文）。その後「外部的徴表を伴う行為がなされたときに物権行為がなり、物権変動が生じる」と考える立場が登場した（末川、山本、石田喜）。この立場は、取引通念に合致し、物権変動の時期が物権行為時と結びつき明確に説明することができる。また、物権行為概念は認めるが、債権契約と同時に物権の移転は行われている、とする立場もある。これは、売買契約とは別個の行為ではなく、物権変動を意図する意思表示がなされる必要はなく、売買契約には、債権行為と物権行為とが同時に行われていると解する立場である（古くは、三猪、田島、金山、星野、田山）。いずれにしても、物権行為という概念を認めること、それは、ドイツ法のように形式主義になる、というものでもない、ということは確認できる。

- 13) なお、本稿では、特に、危険負担、果実収取権、物権的請求権行使の問題については取り扱わない。この点については、今後の検討課題としたい。なお、七戸教授は、比較法的な視点からみても必ずしも所有権移転時期と整合的に説明させる必要性について否定的な見解に立つことを表明している「不動産物権変動における意思主義の本質—売買契約を中心として—」（1986年、慶応大学大学院法学研究科論文集24号）138頁。近時、危険負担について検討をされているのが、前田敦「特定物売買における所有者主義の危険負担—フランス法からの示唆—」法学政治学論究第20号（1994年、3月）46頁以下。
- 14) 森田 修『強制履行の法学的構造』（1995年、東京大学出版会）11頁以下。債権強制の法律構成の変化を所有権移転の法律構成、特に引渡の必要性和関連づけて理解することを目指すものであり、直接の問題関心は異なる。しかしながら、「買主は、売買目的物の所有権を契約のみによって取得するのかそれとも引渡しを受けることが必要なのか…」という問題は、「結局、買主が所有権を取得するのに売買目的物に対する現実的物支配性をどこまで要求するか」という点を指摘している。その上で、引渡義務の債権的強制の中身が異なることを指摘している。すなわち、「引渡主義の下で引渡義務の債権的強制を否定すると、債権者は債務者の意思に反して売買目的物の所有権を取得することは不可能になるが、所有権移転に引

渡を要件とせず売買契約の当事者の合意すなわち売買契約によって所有権移転が生ずるという説を採れば、仮に引渡義務の債権的強制を否定しても買主は合意によって移った所有権に基づいて引渡を請求しうる」(11頁～12頁)とされている。

- 15) 一般的な *Einigung*, *Auflassung* の用語について, *Rechtswörterbuch*, 2000, hrsg. Klaus Weber, Artt. *Einigung*, (Guntz) S. 369, Artt. *Auflassung* (*Eigentumsübertragung*) (Guntz), SS. 361-362. 制度の理解については, 後掲注²¹⁾。
- 16) なお, *Auflassung* の法的意義について取り扱う文献をみることができるものとして Frederik Pajunk, *Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung*, Berlin 2002, S. 26.
- 17) 前出注²⁾の鎌田, 横山, 七戸論文趣旨を参照。
- 18) Andreas Wacke, *Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung*, ZEuP (2000) 254ff. の問題点に注目したい。ドイツ不動産を2名の買主がその権利の帰属を争う場合, 具体的な目的物の譲渡を受けた第一買主と, 調停合意を通じておこなった物権的合意を有する第二買主のいずれが優先するのか。ドイツ・フランスの不動産譲渡制度の問題点と引渡主義の可能性について論じたものである。結論についての可否はともかく, 対極の制度として捉えられてきたものについての認識にドイツにておいて登場してきていることに注目したい。特に, 両国の法典において完全に異なった原則を採用しているにもかかわらず, 具体的な法律問題の結論については, 異なる旨を指摘している点に注目したい (Wacke, S. 261ff)。
- 19) 拙著と同様の問題意識を持って日本の所有権移転時期論を検討されるのが, 七戸克彦「不動産物権変動における意思主義の本質—売買契約を中心として—」慶応義塾大学大学院法学研究科論集24号(1986年)121頁以下, さらにアウフラッシングについても同・「ドイツ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—」法学研究62巻12号(1989年, 12月)277頁以下に詳しい。
- 20) 石田喜久夫『物権変動論』(1979年, 有斐閣)59頁。石田教授は, この点について次のように述べている。すなわち, 「わたくしの問題意識は, 物権行為をいかに理解すべきか, おそらくは債権と物権とを峻別するパンデクテン法体系=近代法学体系を前提とする限りは, 物権行為はいわば事物の性質から当然に債権関係とは別個に考えられるのではないか・そうだとすれば, 基本的には同じような社会基盤にたつフランス法(ないし英米法)におけるいわゆる契約主義をどう理解すべきか, というような解決が, 右の問題を解く一つの重要な鍵ではなからうか」。それが, たとえ「特殊=ドイツの構成ではあろうが, 特殊=ドイツの構成があるいはわが国の譲渡行為を的確に説明するための示唆を含んでいるのではないか, と思われる」。原島論文(「『無因性』概念の系譜について—『無因性』概念の研究その1—」法と政治の研究452頁以下)を参考にしながらこの指摘をされている。

- 21) *Auflassung* の法的意義とその役割について取り扱う近時の文献として, Frederik Pajunk, *Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung*, Berlin 2002, S. 26.
Günter Brambring, *Schuldrechtsreform und Grundstückskaufvertrag*, DNotZ (2001) 590ff. *Auflassung* に関する近時に至るまでの制度の歴史や学説・判例の整理のために Frederik Pajunk, *Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung*, 2001.
- 22) ドイツにおける所有権譲渡理論については, 近時の研究として舟橋秀明「19世紀におけるドイツ所有権譲渡理論について」早稲田法学会誌第50巻(2000年)243頁以下, 海老原明夫「19世紀ドイツ普通法学の物権移転理論」法学教会雑誌第106巻1号(1989年)1頁。なお, 「物権契約」の概念についての研究は, 有川哲夫「物権契約に関する学説史的考察」福岡大学法学論叢20巻4号(1976年)283頁, 谷口貴都「物権契約の歴史的展開(1)～(3)」早稲田法研論集31号(1984年)。
- 23) ドイツ不動産物権変動に関するドイツの文献については, 前出注22)に引用した各論文において引用されているものの他, 特に本稿では, 近時のWolfgang Wiegand, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, Acp (1990) S. 112ff. なお, 所有権移転の制度について比較法的に考察したものとして, Franco Ferrari, *Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip*, ZEuP (1993), S. 52ff.
- 24) なお, *Auflassung* の法的意義について取り扱う文献をみることができるものとして Frederik Pajunk, *Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung*, Berlin 2002, S.26.
- 25) この点についての基本的な理解のために, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2. Aufl., Bd.4, Sachenrecht, 1986, §873 (Wack), 105ff., §925 (Kanzleiter), 651ff. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfürgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Buch3. Sachenrecht, 1995, Einleitung zu §§873-878 (Karl heinz Gursky), 247ff. Peter Bassenge, *Der Eintritt der Bindung an die Auflassung*, Rpfleger (1977), Heft 1, S. 8.
- 26) 好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅——特定物債権の保護強化の一つの断面——」一橋大学研究年報「法学研究3」380頁以下によれば, 無因的物権契約理論の破綻により, ひいては, 第三者による債権侵害の場合が良俗違反の場合には単なる金銭賠償に止まらず, 第一債権者は第二取得者に対し, 自己への直接引渡や登記の移転をも請求できると判決例の分析を通じて指摘している。特に, 物権の債権に対する優位・保護は, 正常な自由競争の枠内においてのみ妥当するものであり, その範囲を超える場合には絶対権, 相対権の把握に固執すべきではないとし, ドイツ民法における特定物債権の法的性格と機能を再認識する意義を指摘している。
- 27) 大木雅夫訳「第15章『無因的物権契約の理論—ドイツ法圏の様式の典型的標識』」『比較法

概論原論／ツヴァイケルトーケッツ著』（1974年、東京大学出版会）331頁以下によれば、売買契約成立後、商品または代金を引渡し、所有権移転に関して合意した事例について、売買契約が無効となっても「無因的物権契約」の理論上、物権的請求権（BGB 985条以下）ではなく、不当利得返という債権的返還請求権（BGB 812）を行使するにすぎない、というのが原則であるとしている。しかし、たとえば行為が詐欺、あるいは良俗違反（或る者の窮迫、軽率、または無経験に乗じてなされた場合）（BGB 138）の場合にも無因性原則を放棄し、履行行為自体も無効としてきた。すでに判例において無因性原則に若干の例外を認め、学説は、無因性の原則を制限するために物権行為に関して常に「法律行為」が問題だということを念頭においてきた旨を指摘（343頁）し、現在では、現実の観念を重視し、実務上「無因性原理は、遵守されているというよりはむしろしばしば踏み越えられて」（348頁）おり、債権契約と物権契約の形式論理的なかつての峻別論によっては解決できない点があることを示唆しているものといえよう。

- 28) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 1977, Beck, Bd. 2 S. 18-19. ラーレンツは、いわゆるフランス法における意思主義について、実際には現実的な「占有」（不動産の場合には登記）をもって所有権の帰属が考慮されている、とする。具体的には、フランスにおける危険負担の債権者主義は契約成立と同時に所有権が買主（債権者）にあるのであるから代金支払とは無関係である、と考えているが、しかし、その背景には、代金支払いがなくとも、少なくとも占有に密接に結びつく「利用権」が債権者に移転していることに根拠がある、と指摘する。このことから、実際にはフランスにおいても単純なる売買契約があっただけで所有権の移転が生ずる、というようには解しておらず、外観上所有権の移転が表明されるような現実行為（例えば、目的物が支配可能領域に入った場合、占有等）があった場合に生じる、と解するのが妥当であろう、としている。
- 29) Andreas Wacke, Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung, ZEuP (2000) 254ff.
- 30) 本稿では、特に、Andreas Wacke, Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung, ZEuP (2000) 254ff.
- 31) 現行法に改正される前の論文ではあるが、Rudolf von Kehler, Einigung und Auflassung, 1933.
- 32) 『物権法（民法講義Ⅱ）』（1952年、岩波書店）43頁以下。通説的理解では、二重譲渡の法的可能性が説明できないとする批判や、現実の取引との乖離については、債権的意思表示によって物権変動が生じるとし、もしもそうすることに支障があれば、物権を変動させる要件が充足された時に移転するとすればよく、そう考えることが意思主義に合致するものであり、理論的にも、実務的にも不都合は見られないと説明する。

- 33) 判例と同じく、債権的意思表示と解する七戸・前出注²⁾ 50頁。
- 34) 石田喜久夫『物権変動論』(1979年、有斐閣) 58頁。債権・物権を区別しないフランス法とでは所有権移転(物権)の移転時期について異なることは自明のこととしながら、それでもなお、ドイツにおいて「物権契約の名で呼ばれようと否と、類似の結果をもたらす法制度ないし理論が、他の法域(とくにフランス・英・米)にないとは、断言できないように思える」。特に、「ドイツでは、*Auflassung*・登記といういわば伝統的な制度があり、それだけに理論の上でも明確に取り扱われ易かったともいえるのであって、そのような制度を欠く法において、いかなる具体的現象をもって物権契約が存するか、ということの確定がドイツほど明らかではない故に、さほど明瞭に構成されなかった、ということもみやすい通理ではないであろうか」と。石田説は、フランス法は、動産(特定物)の売買契約の所有権移転は、売買契約時に移転するとしているが、それは当事者間でのみ効力を持つものにすぎない。しかし、引渡さえすんでいれば別である、と理解している。このことから、「フランスの法制であっても、引渡が権利変動につき少なくとも第三者関係において決定的な地位を占めることは、売買つまり債権契約とは別個に、物に対する支配意思の変化は引渡を伴うものがある、とする考え方は、合意＝契約主義の背後にかくされているとみられないであろうか。然りとすれば、特殊ドイツの構成たる物権契約理論は、この点で事からの性質をさぐりあてているというべきであろう」とし、両国制度が本質的なところでの決定的な差がないことを指摘している。
- 35) 当該問題に関するドイツの文献について以下のものが挙げられる(なお、本稿では直接、内容には言及しない)。Werner Schubert, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung*, Münsterische Beiträge zur Rechts und Staatswissenschaft, 1966 Heft 10, S. 100ff., Hans Brandt, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft*, 1940, S.
- 36) 出頭以外の方法による *Auflassung* については、ドイツの公証人の役割については、小西飛鳥「ドイツの不動産取引における公証人の介在—不動産取引の法的安定化のために—」法学政治学論究大20号(1994年3月)303頁以下、なお、当該 *Auflassung* の意思表示について当事者が出頭する以外の方法については小西・前掲321頁以下参照。
- 37) Herry Westermann, *Sachenrecht*. 7., neubearb. Aufl.-Heidelberg: Müller, 1998, §76, S. 559.
- 38) ドイツの公証人の役割については、小西飛鳥「ドイツの不動産取引における公証人の介在—不動産取引の法的安定化のために—」法学政治学論究大20号(1994年3月)303頁以下。
- 39) 【参照条文試訳】

§873 BGB 【Erwerb durch Einigung und Eintragung】.

Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der

Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

§873 BGB 【物権的合意と登記による不動産の取得】

不動産の所有権を移転またはこれに物権を設定し、若しくは設定された物権を移転しまたはこれに物権を設定するには、権利変動に関する権利者と相手方との物権的合意 *Einigung* 及び不動産登記簿に権利変更の登記 *Eintragung* をすることを必要とする。ただし、法律に別段の定めがある場合はこの限りにあらず。

前項の合意 *Einigung* が、公正証書若しくは不動産登記所においてなされたか、またはそこへ提出されたとき又は権利者が相手方に対して土地登記法の定めるところにしたがって登記意思を表示した時は、登記前であっても当事者がはその物権的意思表示に拘束される。

§87 BGB 【Nachträgliche Verfügungsbeschränkungen】

Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§873, 875, 877 abgegebene Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist.

§87 BGB 【追加的な処分制限】

第873, 875, 877条に従って権利者のなした意思表示は、拘束力を生じ、かつ不動産登記所に登記の申請を行った後は、権利者がその処分を制限される。しかし、それによって先の意思表示の効力を妨げられない。

§925 BGB 【Auflassung】

- (1) Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach §873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden. Zur Entgegennahme der Auflassung ist, unbeschadet der Zuständigkeit weiter Stellen, jeder Notar zuständig.

- (2) Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.

§925 BGB 【アウフラッシング不動産譲渡の物権的合意】

- (1) § 873に從った不動産所有権の移転のために必要な譲渡人および取得人の物権的合意アウフラッシングは、当事者双方が管轄官庁に同時に出席して表示されなければならない。アウフラッシングの受領については、その他の管轄官庁の管轄権を損なわずに各公証人がその権限を有する。
- (2) 条件または期限が付されたアウフラッシングは無効である。

§925a BGB 【Urkunde über Grundgeschäft】

Die Erklärung einer Auflassung soll nur entgegengenommen werden, wenn die nach §313Satz 1 erforderlich Urkunde über den Vertrag vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird.

§925a BGB 【原因行為に関する証書】

アウフラッシングの表示は、契約について313条1項にしたがった必要な証書でなされ、若しくは同時に作成されたものと看做す。

- 40) ドイツにおける不動産譲渡形式におけるアウフラッシングについての研究については、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——」慶応大学法学研究62巻12号（1989年）277頁以下。現行のアウフラッシングの成立要件がバイエルンの公証主義とプロイセンの登記主義との拮抗の末、最終的にはバイエルンの公証主義の忠実な復活であるとする。それは、フランス法類似の公証主義への傾斜を意味する、と指摘する。これは、不動産譲渡契約は債権契約における公証人の面前での公正証書化（313条）と同時に物権契約も公正証書化（925条）され、「債権契約中に物権契約を埋没させようとした」ものである（公証行為時には所有権移転の合意があるということになる）、とする。これは、登記主義を採用するプロイセンのように、登記申請段階の意思は物権契約の意思と密接であり、その意思に債権契約を一致させようとしたのと対象的である、とする（同・294頁）。
- 41) 「物権的合意 *Einigung*」は第2草案以降に用いられた表現であり、第1草案においては「物権契約 *dinglicher Vertrag*」なる表現が用いられていた点については、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——」慶応大学法学研究62巻12号（1989年）279頁。
- 42) 小西飛鳥「ドイツにおける不動産取引における公証人の介在——不動産取引の法的安定化の

ために——」法学政治学研究第20号（1994年）306頁。

- 43) 小西・前出注42) 345-346頁。
- 44) 公正証書化されたアウフラッシングの法的拘束力の根拠について Frederik Pajunk, *Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung* Diss. Göttingen 2001, Berlin 2002.
- 45) Pajunk, S. 219 ff.
- 46) 取得者の法的地位の変動の段階について、この立場をとるのはたとえば、Bauer, Hans-Joachim/ Oefele, Helmut *Freiherr von Grundbuchordnung*, München, 1999 (Kössinger), GBO, § 873 Rn. 77; Medicus, Dieter, *Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers*, in: DnotZ 1990 S.279; Staudinger, *Juris von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 13.Bearb., Berlin 1995, (Pfeifer) BGB § 925 Rn. 120 ff.
- 47) Pajunk, S. 200. 具体的には, Erman/ Hagan/ Lorenz, BGB, § 925 Rn.50; Staudinger/ Gursky, BGB, § 873Rn. 154.
- 48) 当該問題に関する判例については、円谷峻『比較財産法講義—ドイツ不動産取引の理論と判例』(1992年, 学陽書房) 118頁以下において詳しい。BGHZ 45, 186
- 49) 円谷・前出注48) 120頁以下によれば, BGHZ 45, 186; BGHZ 49, 197. 学説の状況についても以下のように説明される。すなわち, 期待権については, 不動産所有権に本質的に類似していることを肯定的に解するのがたとえば, ライザー (期待権も物権の一種としている)。これに対して否定的な立場に立つのがラレンツ (物権的な性格を有しているが, 物権ではない), であると。
- 50) BGHZ 45, 186, NJE 1966, 1019.
- 51) BGHZ 45, 186; BGHZ 49, 197.
- 52) BGHZ 45, 186, BGHZ 49, 197. アウフラッシングを得たものは自らが所有権者として登記申請をした場合には, 期待権が認められる。GBO 17条は登記申請は, 時間的に先に申請したものを優先させるためである, とする。それ以外にも, BGB 883条2項, そして888条に関し, 仮登記を得た譲受人との関係において譲渡人が一方的にその契約から離脱することは許されないとしている (円谷・前出注9) 121頁)。
- 53) BGHZ 49, 197.
- 54) BGHZ 45, 186.
- 55) BGHZ 24.6.1958. BGHZ 28, 16, 21, BGHZ 45, 186=NJW 1966, 1019.
- 56) 小西飛鳥「ドイツにおける不動産取引における公証人の介在——不動産取引の法的安定化のために——」法学政治学研究第20号（1994年）307頁以下。
- 57) 小西・前出注56) 310頁。
- 58) BGHZ 45, 186.

- 59) BGHZ 49, 197., Münchener Kommentar. Kanzleiter, § 313 Rn. 16, 49.
- 60) しかしながら、そうであったとしても日本における現行の不動産登記法は、B G Bの規定に範をとったものであり、具体的には、共同申請主義の立法の際に登記申請に対しては形式的な合意主義の規定だけではなく、実質的合意主義の規定、すなわち実態的な物権変動を生ぜしめる合意を定めたB G Bの規定を参照されていることを根拠に、物権変動の時期につき、物権契約概念を認めつつ、これを登記時と解することも可能と指摘するのは七戸・前出注40) 301-302頁。なお、ドイツについては、Diete Medicus, Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfangers, DNotZ (1990) S. 275.
- 61) 四宮和夫『民法総則』〔第4版補正版〕(1996年、弘文堂) 277頁。
- 62) 四宮・前出注62) 278頁。
- 63) 四宮・前出注62) 278頁。条件成就前でも現実に発生する。期待権は現在の権利として保護されるから、とする。なお、不法行為に基づく損害賠償事件については、最一判昭和39年1月23日民集18巻1号99頁。
- 64) 学説については、四宮・前出注62) 278頁。判例は、停止条件付所有権移転契約による条件付所有権取得の仮登記をなして、その条件を成就した後に、所有権移転登記をした時は仮登記の順位にさかのぼり条件付所有権の取得を第三者に対抗することができるとしたのは、大判昭和11年8月4日民集15巻1616頁。確かに、期待権侵害についても損害賠償請求が認められていない事例もある(名古屋高判昭和30年7月19日下民集6巻7号1529頁は、条件の成就前の期待権侵害の事例である。具体的には、条件は公的機関の認可であり、この許可の成否について未確定の段階での損害賠償請求が否定されたものである)。
- 65) 不動産物権変動論、とりわけ所有権の移転時期論と危険負担等の効果論との理論的整合性を計る必要性の有無についても議論がある。それも含めて今後の検討課題としたい。