



Title	<翻訳>ドイツと日本の民法の間に身を置く台湾民法：登記をめぐる効力要件主義と対抗要件主義との間で
Author(s)	陳, 自強; 坂口, 一成
Citation	阪大法学. 2014, 63(5), p. 251-283
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/67989">https://doi.org/10.18910/67989</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# ドイツと日本の民法の間に身を置く台湾民法

——登記をめぐる効力要件主義と対抗要件主義との間で——

陳 自 強

坂 口 一 成 / 訳

## 一 はじめに

台湾の現行民法は<sup>(1)</sup>中華民国国民政府が一九二九年から一九三〇年にかけて制定したものであるが、一九三一年五月五日にその全てが施行された際に、台湾はその施行地域ではなかった。一八九四年の日清戦争で清朝が敗北し、一八九五年に台湾が日本に永久割譲されてから、一九四五年に中華民国政府に接収されるまで、台湾は既存の民間の慣習を適用した特別統治主義の時代（日本統治前期）および日本内地と同じ民法を適用した内地延長主義の時代（日本統治後期）を経験した。そのため、一九二三年一月一日から一九四五年一〇月二四日までは、民事財産法律

関係については一八九六年に制定された日本民法が適用された。中華民國民法が台湾で施行されるようになったのは一九四五年一〇月二五日になってからであり、その四年後には中華人民共和国が成立し、全ての中華民國法制を廃棄したため、台湾は中華民國民法が有効な唯一の地域となった。<sup>(2)</sup> 明治維新が切り拓いた東アジア民商事法の近代化を出発点とすれば、台湾の民事法律関係を規律する法は、不文法を主とする民間の慣習、日本民法、中華民國民法の三つ段階を経験しており、波瀾万丈であった。

中華民國民法はドイツ民法の五編があるばかりではなく、配列順序も同じであり、民法典の編成体系のみに着目すれば、日本民法よりもドイツ民法により近く、またより重要なことは、確かにかなり多くの条文がドイツ民法を継受したものであることである。そのため台湾の学者が中華民國民法をドイツ民法の継受と考えるのは常である。<sup>(3)</sup> 法継受の観点から言えば、ドイツ民法の影響はもとより最大であるが、その他の外国法、特にスイス（スイス民法およびスイス債務法を含む）および日本民法も、台湾民法の法体系および個別の規定の形成にカギとなる作用を發揮し続けている。そのうち、スイス債務法を模倣して民商合一を採用したことは、台湾民商法体系の構築に最も核心的な意義を有しており、またこのため、台湾と民商分立の独日を同列に論ずることはできない。<sup>(4)</sup> 本稿が対象とする不動産変動登記について、台湾民法七五九条は「相続、強制執行、公用徴収または裁判所の判決により、登記前に不動産物権を取得した者は、登記しなければ、その物権を処分することができない」とする。いわゆる相対的登記（宣告的登記）の規定であり、ドイツ民法にはなく、スイス民法六五六条二項の「Bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder richterlichem Urteil erlangt indessen der Erwerber schon vor der Eintragung das Eigentum, kann aber im Grundbuch erst dann über das Grundstück verfügen wenn die Eintragung erfolgt ist」の継受と解すべきである。さらには「不動産物権の法律行為による取得、設定、喪失および変更は、登記しなければ、効

力を生じない」(七五八条)の効力要件主義(絶対的登記、創設的登記)の規定は、ドイツ民法八七三条とも完全には同じではなく、日本民法一七七条前段およびスイス民法六五六条一項の「Zum Erwerbe des Grundeigentums bedarf es der Eintragung in das Grundbuch」の合体のように思われる。このほか、台湾民法の不動産所有権の取得時効に関する規定(七六九条)については、ドイツ民法には不動産の取得時効(九三七条以下)および九〇〇条の登記簿取得時効(Buchersitzung; Tabularersitzung)しかないため、なおさら辻褄が合わず、スイス民法六六二条の「非常取得時効」(ausserordentliche Ersitzung)を参考にしたものと解すべきである。<sup>(5)</sup>わが国の現行法におけるスイス立法例継受の痕跡は、今日でもはつきりと見て取れるが、その後の法発展においては意識的に、あるいは無意識にこの継受の事実が無視されることが常であり、スイスの学説および実務がこれらの規定を如何に解釈適用しているかについて関心を持たず、ひいてはただただ前を向いてドイツの学説を用いて法適用の問題を解決したこともあった。不動産物権変動の登記について、立法者がドイツ民法ではなく、スイスの立法例を継受しようとしていたのならば、スイス民法九七四条二項の有因主義(Kausalprinzip)<sup>(6)</sup>も併せて継受した方が、立法者の初志により近かったのではなからうか。

中華民国民法が日本民法を継受した規模は、ドイツ民法およびスイス債務法の継受とは同列に論ずることはできないが、それは一貫してカギとなる役割を果たしている。不動産物権変動の登記の規定について言えば、中華民国民法制定時には、日本民法とは異なる法原則を採用したが、民法施行後の学説・判例の展開、ひいては法改正において、日本は東アジアにおける法の模範生として、その影響は至る所に及び、想像を超えている。<sup>(7)</sup>そのことを最もよく示すのは、物権編の改正が日本の對抗要件モデルに(後述二)、また民法の規定の形成および適用が意思主義に(後述三)、知らず知らずのうちに深い影響を受けていることである。

## 二 不動産物権変動と登記

## A 登記を要件としない時代

中華民法法は一方で日本民法の土地および定着物それぞれ別の物権の客体とする立法例を継受した（民法六六条）が、他方で、法律行為による不動産物権の変動については日本民法の意思主義ではなく、登記効力要件主義（七五八条一項）を採用した。ただし、たとえ一九三〇年以降であっても、海峡兩岸では登記を効力発生要件としない時代があった。

## (1) 国民政府時代

一九二二年、北京政府司法部は不動産登記条例を公布した。それは日本をモデルとして証書登記制度〔契摺登記制〕<sup>(8)</sup>を採用し、国民政府が中国を統一し、南京に首都を置いた後、一九二八年に通令で同条例を援用するとした。<sup>(9)</sup>一九三〇年に中華民法物権編が施行され、登記効力要件主義によることになった。しかし、当時大陸では土地登記制度が未整備であったため、なお多くの地域では登記を行うことができず、物権編施行法三条の「民法物権編に定める登記については、別に法律でこれを定める。〔改行〕物権が前項の法律により登記できるようになるまでは、民法物権編の登記に関する規定は適用しない」により、登記を実施していない地域では、当時の実務見解により、不動産所有権の移転のためには書面を作成しさえすればよいとされていた。現実に迫られたものであるが、如何ともしがたかった。最高裁一九三三年（本来は中華民國歴（民国元年は一九一二年）で示されるが、本稿では西曆に改めた）一度上字一〇八四号判例によれば、不動産登記条例が施行されている地域においては、登記しなければ

第三者に対抗できない。本条例のこの規定は、日本民法一七七条を想起させよう。

(2) 日本統治時代

清朝が台湾を統治していた時代は、租税賦課および地籍図の簿冊がなく、近代西洋的な土地登記制度はなく、当時の台湾の旧慣により、土地の権利の移転・設定は、ほとんどの場合、当事者の意思表示の一致および引渡しさえあればよかった。日本が台湾を統治してから、地権の整理および土地調査に着手するとともに、西洋的な土地登記制度を導入した。日本政府は台湾統治後、直ちに旧慣の調査と土地調査に着手し、一九〇五年五月二五日に台湾土地登記規則（律令第三号、同年七月一日施行）を公布し、土地台帳に登録済の「業主権」（業主権者は実際に土地を支配する者であり、日本民法が台湾に施行されてからは、業主権には所有権の規定が適用された）、「典権」（詳しくは後述二B(2)(b)、同C(1)(b)参照）、「胎権」（日本民法の抵当権に相当する）、「墾耕権」（耕作・牧畜その他の農業を目的とする土地貸借を指す）など四つの権利の設定・移転・変更・処分制限・消滅について、登記しなければ効力を生じないが、相続または遺言によるときは、登記しなければ、第三者に対抗することができないとした（一条）。その他の権利の得喪についてはなお旧慣によるとし、登記を待たずに第三者に対抗することができる<sup>10)</sup>とした。日本統治時代後期、一九二二年九月一八日公布の勅令第四〇六号により、日本民法、民法施行法、不動産登記法等が一九二三年一月一日より台湾で施行されることになった。最高裁一九五二年度台上字三八六号判例によれば、「物権の設定、移転は当時の台湾に適用されていた法律により、当事者の意思表示のみにより効力を生じ、所有権の取得者は所有権取得の登記をしていなくとも、所有権取得を主張することができる<sup>11)</sup>」。

中華民法制定前に北京政府が施行していた不動産登記は日本式であったが、効力要件主義はドイツ式であっ

た。しかし、これは決して立法原則の転向を意味しない。中国は清末から民法近代化の大業を始め、一九三〇年に中国初の民法典を完成させるまでに、大清民律草案（一九一一年完成）および北京政府が制定した国民民律草案（一九二六年完成）があり、両者は不動産物権変動についても効力要件主義を採用した（大清民律九七九条、国民民律草案七四五条）。さらには、日本の学者が起草を担った満州国民法（一九三七年二月一日）も同じである<sup>(12)</sup>。一九三〇年の中華国民民法が効力要件主義を採用したのは、当時の学者のコンセンサスであったと言える。登記制度が整備しきれていない状況においては、この崇高な理念と奮闘目標は貫徹しがたかっただろう。効力要件主義が真に不動産物権変動を規律する最も重要な基本原則となったのは、中華国民民法が台湾に施行されるのを待たず、つはかなかつた。

## B 不動産登記に関する物権編改正

一九三〇年の中華国民民法施行後、中国大陸では毎年戦が絶えず、法学が繁栄・成長する土壌は水やり・世話を欠いており、収獲は容易ではなかつた。一九四九年に政府が台湾に遷つてから、ようやく一息入れることができ、法整備に入った。逼迫した改正の必要性はなかつたが、政府はなお民法の編成順に基づき民法を改正する計画を立てた。総則編改正（一九八二年）後、身分法に逼迫した改正の必要性があつたため、債権編（一九九九年）に先駆けて、一九八五年に第一次改正を行い、物権編の改正については、三段階に分け、まず担保物権（二〇〇七年）、次いで通則および所有権（二〇〇九年）、そして最後に用益物権および占有（二〇一〇年）を改正し、民法の長きにわたる改正作業がついに成功裏に終わりを告げた。

物権編において改正された不動産登記に関する条文は二〇ヶ条を下らず、絶対的登記および相対的登記の法原

則は動かざること山の如しであり、不動産登記の推定効および公信力の改正（七五九条の一）は公示原則の法典化にすぎず、改正前の法状態に変更を加えなかった。しかし、その他の改正には大きな意味があった。不動産に関する改正について、不動産物権の得喪と不動産の利用に関する事項の登記の二つに大別して見ていこう。

(1) 不動産物権の得喪の登記

物権編制定時の不動産登記については、登記しなければ効力を生じないか、登記しなければ処分することができないかの二大類型しかなかったが、改正後は、不動産物権登記の類型が増え、百花繚乱の様相を呈している。

(a) 登記しなければ効力を生じない

効力要件主義の規定は、既存の七五八条一項の基本規定のほか、改正により「抵当権の順位の譲渡または放棄は、登記しなければ効力を生じない」（八七〇条の第二項）が追加された。その立法理由においてはドイツ民法八八〇条、日本民法三七五条に言及されているが、効力発生の規定は前者によるものというべきであろう。

(b) 登記を請求することができる

中華民國民法制定時、法律により不動産物権者であることの登記を請求することができるのは、取得時効しかなかった（七六九〜七七二条）。不動産物権の時効取得は、法律による取得であるが、たとえ取得時効の要件を具備しても、不動産物権の登記を請求し、登記を経由しなければその権利を取得することができず、事実上効力要件主義に抵触していない<sup>(13)</sup>。

一九四六年に改正された土地法は、住宅用地の賃借人は地上権の登記を申し立てることができるとする規定を追加し（一〇二条）、一九九九年の改正債権編は法律により当然に生じる請負の法定抵当権（五一三条）を、請負人

が抵当権の登記を請求することができると改めた。また、「根抵当権が担保する原債権の確定事由が発生した後、債務者または抵当権設定者は抵当権者に実際に発生した債権額の決算を請求することができ、かつ、当該金額について普通抵当権への変更登記を請求することができる。ただし、約定した極度額の範囲を超えることはできない」（八八一条の二三）は物権編改正時に追加されたものである。

(c) 登記しなければその物権を処分できない

改正前七五九条の相対的登記は相続、強制執行、公用徴収または裁判所の判決の四者しか列挙していなかったが、改正により「その他の法律行為によらない」場合も追加され、建築により不動産所有権を取得する場合も法律上明文があることになり、また未完成建物、保存登記を経由していない建物、および違法建築物の所有権取得についても法律上の根拠があることになった。

(d) 一括登記

先の三種類は民法制定時にすでにあった登記形態であるが、このほか、物権改正により「一括登記」の規定が設けられた。それは次のようなものである。

第一に、共有物分割において補償を受けるべき共有者は、その補償額分について、補償義務者が分割により得た不動産に法定抵当権が生じ、八二四条の一第四項により、この抵当権は共有物分割登記時に一括して登記しなければならない。

第二に、不動産物権の設定または移転を内容とする債権に権利質を設定したときは、その履行期到来時に、質権者は債務者に対して、当該不動産物権を設定し、または質権設定者から移転するよう請求することができ、かつ、当該不動産物権に抵当権があるときは、九〇六条の一第二項により、この抵当権は不動産物権を設定し、または質

権設定者から移転する際に、一括して登記しなければならない。

この両者は法定抵当権に当たり、登記を待たずに発生する。<sup>(14)</sup>登記を待たずに発生する物権である以上、登記しなければ物権を処分することができないとする台湾民法七五九条の適用があるため、この「一括登記」には特別な点はない。

(e) 登記しなければ第三者に対抗することができない

民法制定時には「対抗することができない」という文言を用いた条文は少なからずあったが、物権編にはなかった。改正物権編は地上権者、「農育」権者（「農育権とは、他人の土地で農作、林業、養殖、牧畜、竹木の植栽またはその保全を行う権利をいう」（台湾民法八五〇条の第一項））がその物権を処分する約定（八三八条二項、八五〇条の第三二項）、流抵当契約（八七三条の二）および典権の「絶売」条項（九一三条三項）を制限し、対抗要件モデルを導入した。これらを如何に解すべきかについては後に改めて検討する（三C(1)参照）。

## (2) 不動産の利用に関する事項の登記

先述の不動産物権に変動を生じさせる約定のほか、改正物権編は不動産の利用に関する事項についても登記の規定を設けた。

(a) 共有物の使用、管理、分割または分割禁止の約定

不動産共有者間の共有物の使用、管理、分割または分割禁止の約定、特に共有物の特定部分を特定の共有者が管理使用する（例えば区分所有者が建物共用部分について特定の区分所有者が停車することを約定する（台湾ではこうした契約を「分管契約」という））と約定した場合に、専有部分（持分権）の譲受人を拘束する効力があるか否

かについて、物権編改正前の判決の立場は分かれていた。物権編改正時に追加された八二六条の第一項は、ドイツ民法一〇一〇条一項、スイス民法六四九条の一の立法例を参照し、登記を基準とすることとした。他方で、改正物権編七九九条の第四項はまた「区分所有者間で規約により生じた権利義務に、相続人は拘束される。その他の約定により生じたその権利義務について、特定の相続人が約定の内容を知り、または知ることができたときも、同様とする」とし、異なる主義を採ったようである。

(b) 地代の約定

台湾民法の用益物権には地上権（普通地上権）、農育権、不動産役権、典権の四種類がある。典権は用益物権ではあるが、長期間の融資担保と同じ経済的機能を果たすことができ、典価は通常、不動産の価値に相当する。典権に期間の定めがあるときは、期間満了後、出典者は典価を返還することにより典権を消滅させることができ、期間満了後二年経過し、原典価で請け出さない〔請出しの原語は「回贖」〕ときは、典権者は典物の所有権を取得する（九二三条）。その性質は比較的特殊であり、常にその他の用益物権と区別して処理しなければならない。

典権は典価の交付が必要であるが、逆に、地上権、農育権および不動産役権については使用の対価（地代）を約定することは必須ではなく、地代の約定があつたとしても、典価とは異なり、性質上質料に類似する。それでは、この地代の約定も登記することができるか。また、用益物権および不動産所有権者の譲受人に効力があるか否か。物権譲渡時に、地代をすでに交付していた場合、あるいは交付していない場合、如何に処理すべきか。これらの問題について、民法制定時には規定がなかった。物権編改正時の立法者は地代の約定を登記した場合には、当該地代はすでに物権の内容となっており、物権的効力を有し、地上権等の物権譲渡時には、譲受人は譲渡人の未払いの地

代額も合算して計算し、かつ、それと共に連帯履行義務を負い、もって土地所有者の権利利益を保障すべきと考えた（八三六条二項、八五〇条の九、八五九条の五）。他方、地代の約定を登記していない場合は、債権債務関係しか生じず、物権譲渡時に、当該地代債務は当然に譲受人が負担すべきものとはならない。

このほか、地代を約定し、地代を前払いした事実を登記した場合は、土地所有権譲渡時に、土地および地上権・農育権・不動産役権の譲受人または第三者（例えば抵当権者）は、それに拘束される（八三六条の一、八五〇条の九、八五九条の五）。立法者によれば、登記していない場合には債権的効力しか生ぜず、地上権者、農育権者および不動産役権者はなお譲受人に地代を支払わなければならない。なお、譲渡人に当該前払い部分の返還を請求することができることについてはわざわざ明文で規定するまでもない。

(c) 使用方法の約定

地上権、農育権および不動産役権設定時に、当事者が使用方法を約定することができるか否かについて、民法制定時には規定がなかった。八三六条の二、八四一条の二、八五〇条の九、八五九条の五により、使用方法の約定は登記しなければ第三者に対抗できない。

(3) 日本の対抗要件主義の導入？

従来の効力要件主義および登記しなければ物権を処分することができない二つのモデルのほか、改正物権編は対抗要件主義を導入し、効力要件主義の独占状態を打破しようとしたかのである。不動産共有者間の共有物の使用、管理、分割または分割禁止の約定の登記が専有部分の譲受人を拘束するとする改正、および抵当権の順位の譲渡と放棄は登記しなければ効力を生じないとする改正（八七〇条の二第二項）は、もとよりドイツ民法の勢力拡大

であるが、台湾における物権変動の登記の改正に対するドイツの影響は、この両者にとどまる。それに比べて、立法者は少なくとも七ヶ条で対抗要件主義を導入した。<sup>(16)</sup>

対抗要件主義が日本法の継受であるとすれば、不動産登記の規定について言えば、ドイツと日本の民法の間に身を置く台湾民法の立法者は、効力要件主義を何ら躊躇なく放棄して新しいものへ乗り換えたわけではない。しかし、その日本の対抗要件主義に対する関心を隠すことはできず、それは一途であるとはまではいかなくとも、群を抜いている、と言うことはできよう。もつとも、台湾の改正物権編が大量に導入した対抗要件主義の規定は、本当に日本法の継受か。

筆者が知る限り、日本民法物権編に「対抗」という文言が規定されている条文は、一五ヶ条に上るが、同じ条文に「登記」と「対抗」が出てくるのは、三ヶ条しかない。すなわち「不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない」（一七七条）、「一般の先取特権は、不動産について登記しなくても、特別担保を有しない債権者に対抗することができる。ただし、登記をした第三者に対しては、この限りでない」（三三六条）、「および「登記をした賃貸借は、その登記前に登記をした抵当権を有するすべての者が同意をし、かつ、その同意の登記があるときは、その同意をした抵当権者に対抗することができる」（三八七条一項）である。台湾の改正物権編が導入した対抗要件主義の規定は、日本のこれらのこれらの規定と内容上かけ離れており、数は比例していない。そのため、厳密に言えば、決して日本民法の忠実な継受ではなく、顰に倣うものと言えよう。

以下では、改正物権編が対抗要件モデルを導入した真の意義を探りたい。

### C 物権的効力と債権的効力

改正物権編で對抗要件モデルを導入する際、立法理由は、法律に規定されている約定または登記事項については、登記しなければ債権的効力しか発生せず、登記すれば物権的効力が生じ、第三者に対抗できることを一貫して強調している。しかし、「債権的効力」、「物権的効力」とは何か。

#### (1) 物権の得喪

台湾民法七五八条および七五九条によれば、いわゆる不動産物権変動には取得、設定、喪失および変更の四種類がある。日本民法一七七条所定の不動産物権変動は得喪変更にしか言及していないが、制限物権の設定により相手方当事者は物権を取得し、「得」には「設定」が含まれる。物権の移転は権利主体の変更を発生させるが、これは「得」に当たると解すべきであり、いわゆる変更とは物権の内容の変更のみを指す。例えば抵当権の被担保債権の利率の変更である。<sup>17)</sup>ドイツ民法八七三条は土地所有権の移転、土地上の権利の設定ならびにそれらの権利の移転および設定にしか触れておらず、内容の変更については八七七条により八七三条を準用する。物権変動には物権の内容の変更も含まれるが、実際にはなお物権の得喪が議論の焦点である。

#### (a) 流抵当契約

一般的に言って、債権契約は債権的効力を生み、物権契約は物権的効力を生み、債権的効力とは債権債務関係を指し、物権的効力は物権の得（設定および移転）、喪（放棄）、変更などの物権変動を指す。物権行為の独自性原則に基づき、法律行為により物権変動を生じさせるためには、物権行為によらなければならない。この原則を採らなければ、債権契約が有効に成立した時に、原則として物権変動が生じる。抵当権設定者と抵当権者が、履行期に債

務者が債務を履行しないときには、抵当権者が抵当物の所有権を取得する (lex commissoria、流抵当契約) と約定した場合、これが有効であるとすれば、意思主義の下では、確かに停止条件の成就により抵当物の所有権が直接債権者に帰属し、法律でこの契約を無効と明定することには、確かに意味がある。逆に、効力要件主義の下では、登記を待たずに債務者の債務不履行のみをもって、債権者が不動産所有権を取得することは不可能であり、立法論としてたとえこの約定の有効性を承認したとしても、抵当権設定者に登記移転の義務を負わせることができるにすぎず、抵当権者に抵当物の所有権を取得させるには至らない。ドイツ民法一四九条は履行期到来前においては、抵当権設定者が抵当権者に抵当物所有権を取得させる義務を負うとする約定は無効であり、抵当権設定者は当該約定により登記移転義務を負わない。中華民国民法制定時の八七三条二項は「債権の履行期が到来したが履行しないときは抵当物の所有権を抵当権者に移転させると約定したときは、その約定は無効とする」とする。立法者がこの約定の効力発生により抵当権設定者が抵当物の所有権を喪失すると考えたため、当該約定の効力を承認しなかったのであれば、当該規定の規範的基礎は意思主義であり、効力要件主義ではない。

二〇〇七年の担保物権の改正により、流抵当契約の効果が「登記しなければ第三者に対抗することができない」(八七三条の第一項)と改正された。その立法理由の説明によれば、当該約定は登記しなければならず、そうしなければ抵当権の物権の内容となり、物権的効力を生じ、第三者に対抗することができない。日本の対抗要件主義の精神を参照して当該規定を解釈すれば、流抵当契約は登記していないが、契約当事者間で所有権はすでに移転しており、ただ抵当権者は第三者に対抗してその所有権を主張することができないにすぎない。ただしこの解釈は明らかに立法者の意図ではない。ただし同条二項は「抵当権者が抵当権設定者に抵当物所有権の移転を請求した場合、被担保債権を超過する抵当物の価値の部分は抵当権設定者に返還しなければならない。被担保債権を満足させられ

ないときは、なお債務者に履行を請求することができる」とする。流抵当契約は抵当権設定者に登記移転義務を負わせるだけで、なお所有権移転登記を経由しなければ、抵当権者は抵当物の所有権を取得することができず、流抵当契約は債権契約にすぎず、物権変動を直接発生させる物権契約ではない。

そのため、立法理由にいわゆる物権的効力が生じるとは、決して物権変動の効力が生じるという意味ではなく、登記しなければ「物権の内容になる」ことができないことを強調しているのである。流抵当契約がひとたび物権の内容として登記された場合に、どのように第三者に対抗するのか。私見では、この登記は仮登記を経た債権と同様の効果（土地法七九条の一）を生じると解すべきであろう。すなわち、流抵当契約を登記し、抵当権設定者がなお抵当物について第三者に移転登記をしたときは、抵当権者は所有権移転が同人には効力を生じない（相対的無効）と主張することができる。逆に、流抵当契約を登記していなければ、抵当権設定者が第三者に移転登記をしたときは、抵当権者は移転行為が同人に効力を生じないことを主張することはできない。ただし、抵当権者に移転登記がなされたときは、第三者（例えば抵当権設定者のその他の債権者）が抵当権者の所有権取得がその者に対して効力を生じないと主張することができるか否か、第三者がなお抵当権設定者の所有である旨を主張できるかについては、なお検討しなければならない。<sup>18)</sup>

(b) 典権の絶売条項

当事者が典権設定時に、典権の期間満了時に典物を請け出さなければ、典物所有権は典権者に帰属すると約定した場合、民法制定時の九一三条によれば、典権の約定期間が一五年を超えるとときは、この絶売条項はなお有効であり、出典者が期限到来時に請け出さなければ、典権者は当然に典物の所有権を取得し、この所有権取得は法律によるものである以上、登記しなければその所有権を処分することができないとする民法七五九条が適用されることに

なる。<sup>(19)</sup>

改正物権編は出典者が期限到来時に請け出さなければ、典権者が典物の所有権を取得することを確認する（九一条二項）と同時に、「絶売条項は登記しなければ、第三者に対抗することができない」（同条三項）を追加した。その立法理由によれば、「当事者が絶売条項を約定したときは、登記しなければ物権的効力を生じえず、第三者に対抗することができない。そのため、土地および典権の譲受人またはその他の第三者（例えば抵当権者）は、それに拘束されるため、三項を新設した」。いわゆる「物権的効力を生じない」とは、出典者が期限到来時に請け出さないときは、典権者は絶売条項により当然に典物の所有権を取得するわけではなく、ただ登記移転請求権を有するにすぎないということを指しているのか。有力説によれば、絶売条項の登記の有無を問わず、典権者は九一条二項から、法律により当然に所有権を取得する。<sup>(20)</sup>もし、この「物権的効力を生じない」が典物所有権の変動効を生じないわけではないとすれば、立法者のいわゆる「債権的効力」を如何に解してよいか、すこぶる疑わしくなる。絶売条項を登記していなければ、当事者間には債権的効力しか生ぜず、典権の譲受人は出典者に対して絶売条項を主張することができず、典権者も典物の譲受人に対して絶売条項の存在を主張することができないとする説がある。<sup>(21)</sup>

「債権的効力」と理解すれば、典権の期間満了時に、典権者が移転登記をしていない機に乗じて、出典者が典物所有権を他人に移転登記した場合、典権者は譲受人に対して絶売条項の存在を主張することができないため、同人に対してそれが所有者であることも主張できないはずであり、出典者の所有権移転は無権処分ではないというべきであり、譲受人が善意であるかを問わず、典物所有権を取得できると解することになる。これについて、物権改正委員会委員は、典権の期間満了により絶売の効果が生じ、典権者は所有権を取得し、譲受人が所有権を取得できるか否かは、その者が登記の公信力の保護を受けることができるか否かにより決すると解すべきと主張する。<sup>(22)</sup>このよう

に解釈すれば、絶売条項の効力は「登記しなければ善意の第三者に対抗することができない」となる。

(c) 処分権排除の約定

地上権および農育権は譲渡することのできない権利ではなく、しかも抵当権の目的となりうるが、権利者は所有者と譲渡または抵当権設定の禁止を約定することができる。この約定は八三八条二項、八五〇条の三第二項により、登記しなければ第三者に対抗できない。両者の立法理由の趣旨は同じである。すなわち「前項の約定は登記しなければ物権的効力を生じえず、第三者に対抗することができない。そのため、土地および地上権の譲受人またはその他の第三者（例えば抵当権者）はそれに拘束される」。いわゆる物権的効力が生じるとは、決して物権変動効の発生ではなく、逆に、当該約定に反してした地上権・農育権の譲渡、または権利抵当権設定の行為は、権利移転・設定の効力を生ぜず、土地の譲受人は当該約定を援用して、譲受人または権利抵当権者に対してそれが権利を取得していないことを主張できることを意味する。逆に当該約定が登記されていなければ、物権的効力はなく、当該約定に違反して地上権・農育権を譲渡した譲渡人および権利抵当権を設定した地上権者・農育権者の譲渡・設定行為はなお有効であるが、当該約定違反により生じる不作為義務の違反については、相手方当事者（所有者）に対して損害賠償責任を負う。

以上の三者について、立法者はいずれも登記すれば物権的効力を生じ、登記しなければ債権的効力しか生じないとするが、実際の運用の結果は大きく異なる。流抵当契約については、登記の有無を問わずに当該約定により、抵当権者は履行期到来時に移転登記を経由せずに抵当物所有権を取得することはできない。典権の絶売条項については、登記の有無を問わずに、典権期間満了時に典権者は当然に典物所有権を取得する。処分権排除の約定を登記したときは、当該約定に反する処分は無効となり、登記していないときは処分は有効だが、約定に反した当事者は損

害賠償責任を負う。したがって、立法者のいう債権的効力と物権的効力の違いは、約定が物権の内容となるか否かにしかなく、当該約定が物権に直接的な変動を生じさせるか否かではない。約定が登記されれば物権の内容となり、登記されなければ物権の内容とはならない。「対抗」をこのように解すれば、効力要件主義と決して背馳しないが、日本の対抗要件主義とは似て非なるものとなるろう。

(2) 物権利用の約定

いわゆる対抗要件モデルの導入は、日本民法において夢想だにできなかった部分が花開いた結果なのかもしれない。いわゆる「不動産の利用に関する事項の約定」の登記は、物権の内容の変更と共有関係の約定の二つに分けることができる。

(a) 物権の内容の変更

登記により約定した事項を物権の内容とするならば、物権は絶対権であるため、物権の内容となれば、権利者は全ての人に対して主張し、かつ、絶対的な保護（物上請求権）を受けることができる。この約定により生じる効力は物権の得喪ではなく、物権の内容の変更である。物権法定主義には二つの主要な内容がある。それは類型強制と類型固定であり、物権はその種類について法律（慣習も含む）<sup>(23)</sup>で限定されるだけでなく、物権の内容も法律で固定され、契約はせいぜい一定の物権の発生または変更を決定できるだけで、物権の内容は法律で別に定めるほか、当事者が約定によりその内容を変更することを認めない。ドイツ民法の効力要件主義は内容の変更も含むが、如何なる内容の変更も登記しさえすれば物権的効力を生じうるわけではなく、法律の明文または当該物権の性質に抵触しない限りにおいてである。<sup>(24)</sup>たとえ対抗要件主義を採る日本民法であっても、物権法定主義の理解については大き

な径庭はないはずである。<sup>(25)</sup>したがって日本民法一七七条は「変更」を対抗の範囲内に入れていないが、当事者が自由に合意により物権の内容を変更し、登記により法定物権の内容を変更し、それが第三者を拘束する物権の内容となりうるか否かは、議論の余地がないわけではない。

改正物権編の立法理由によれば、いわゆる登記しなければ第三者に対抗することができないとは、約定が登記されたときは、約定の事項が物権の内容となり、約定の当事者のみならず、物権の譲受人をも拘束し、反対に登記されていないときは、契約当事者間でしか有効ではないことを指す。当事者が法律の認める範囲内でしか契約により物権の内容を変更することができないことは、民法制定時にわが国物権法の基本原則となっている。しかもいわゆる登記しなければ効力を生じないとは、物権的効力を生じないことを指す。そのため、改正物権編が新設した「不動産の利用に関する事項の約定」の対抗は、日本の対抗要件主義の導入に見えるが、実質的には効力要件主義の掌から抜け出していない。物権編改正の最も重要な意義は、立法により物権の内容を変更させる物権契約類型を創設し、ドイツから継受した物権法定主義の類型固定の厳格性を緩和し、物権関係形成についての当事者の意思自治の自由空間を拡げた点にある。この緩和と拡大は全面的ではなく、限界があるが、確かに物権の内容形成における意思自治の空間を拡げた。

(b) 共有関係における約定

不動産共有者間の共有物の使用、管理、分割または分割禁止の約定は、八二六条の一第一項により、登記をすれば持分の譲受人に対して有効であり、さもなくば、約定の当事者間でのみ拘束力を生じる。条文の文言は上述(a)の対抗要件モデルの採用と雲泥の差があるように見えるが、実際の運用においては何ら異なるところはない。

(3) 第三者

以上の分析から、私見では、物権の對抗要件主義の導入は、効力要件主義と決して矛盾・衝突するものではない。物権の得喪および物権の利用に関する約定については、登記されれば、また物権の内容となり、所有権および制限物権（典権や抵当権）の譲受人にも有効であることは、問題とはならない。立法者が真に日本民法の對抗要件主義に類似したものを導入する意図があるならば、法条にいわゆる第三者が物権の譲受人に限られるか否か、特に物権の得喪に関する約定（流抵当契約および典権絶売条項）については、疑問なしとしない。譲渡人の債権者が約定が未登記であるために物権の移転がその者に効力を生じないとし、なお差し押さえて競売することができると主張できるか否か。これらの問題は立法者が予想していなかったことかもしれないが、日本民法一七七条の適用に関する極めて豊富な経験は他山の石となるはずである。

三 日本民法の意思主義の「暗渡陳倉」（暗かに陳倉に渡る）

物権編改正は對抗要件モデルの導入を企図したが、日本の對抗要件主義とはギャップが大きく、むしろ効力要件主義の精神と図らずも一致する。効力要件主義の中核的地位はなお安泰であり、これは物権法の基本的法原則であり、法体系の一致性と論理的な一貫性の基本的要求に基づき、特に必要がなければ、法律行為による物権変動に関する規定の規範的基礎および解釈根拠となるべきである。しかしながら、民法制定ないしは改正時に、日本民法が魅力的すぎて、ドイツと日本の民法原則の差異を熟慮せずに、法的価値判断を異にするというべき立法例を強いて合わせたことに気づいていない。以下、いくつかの具体例からそれを説明しよう。

## A 不動産譲渡担保

債務の履行を担保するために、所有権を債権者に移転して譲渡担保とすることは、台湾では民法に明文規定がなく、非典型担保である。ドイツのいわゆる譲渡担保 (Sicherungsübereignung) は動産を客体として、債権を譲渡担保の客体とし、債権譲渡担保 (Sicherungsabtretung) とも呼ばれる。物権法の教科書は不動産を譲渡担保の客体とするケースには触れていない。<sup>(26)</sup> 台湾では、動産および債権の譲渡担保は発達しておらず、譲渡担保に関する判決は不動産譲渡担保に集中している。不動産登記実務が「譲渡担保」を原因とする移転登記を拒絶しているため、当事者は売買を原因としている。<sup>(27)</sup> 不動産譲渡担保の法的構造について、学説は信託行為の債権債務関係に所有権の移転を加え (所有権構成説)<sup>(28)</sup>、譲渡担保設定者が不動産を債権者に移転登記したときに、債権者は所有権を取得するが、その所有権の行使は譲渡担保契約に拘束されるとする。

債務者が債務不履行に陥ったときに、債権者が所有権を終局的に取得するか、あるいは清算義務を負うかは、本稿の重点ではない。<sup>(29)</sup> 以下では債務が履行されたときの法的状態についてのみ論じる。債務者が約定どおりに債務を履行した場合、抵当権であれば、たとえ抵当権が抹消されていなくとも、抵当権設定者は所有者であるが、不動産譲渡担保であれば、被担保債権がたとえ消滅しても、少なくとも登記名義上の所有者は債権者である。譲渡担保設定者はどのように主張すれば、譲渡担保設定前の状態に戻すことができるのか。その理論構成は如何に。

効力要件主義によれば、譲渡担保により所有権は債権者に移転し、譲渡担保の約定 (Sicherungsabrede) に基づき、債権者は被担保債権消滅時に所有権を設定者に移転する義務を負い、設定者がその所有権を取り戻すためには債権者が移転登記を経由するほかない。これも法律行為により物権に変動を生じさせる場合に当たり、登記しなければ効力を生じない。<sup>(30)</sup> しかしわが国には帰属清算型譲渡担保において、目的物の所有権は当然に債権者に復帰し、

設定者は所有物返還請求権を行使することができるが、処分清算型譲渡担保の場合は、債務者は不当利得の返還請求権しかないとする学説がある。<sup>(31)</sup> こうした債務の消滅により所有権が当然に設定者に復帰するとする主張は、意思主義の下では何ら理由づけに困難はない。<sup>(32)</sup> 私見では、これはわが国の学説が知らず知らずのうちに日本の意思主義の影響を受けている例である。

## B 和解契約の効力

和解の効力について、日本民法六九六条は意思主義の下では理解しがたくない。しかし不動産物権の効力要件主義の下で、和解契約により不動産物権に直接変動を生じさせようとする場合には、難点がないわけではない。台湾民法七三七条は「和解は当事者が放棄した権利を消滅させ、および当事者に和解契約により定めた権利を取得させる効力を有する」と定める。これを先述の日本の立法例の継受と理解すれば、日本民法の意思主義を知らず知らずのうちに効力要件主義を原則とする民法体系に押し込んだも同然である。<sup>(33)</sup>

## C 詐害行為の取消し

立法者が立法政策的考慮に基づき効力要件主義に背離したことが、たとえ用意周到でなかったとしても、やむを得ない。法律に明文規定がないことを根拠とすれば、効力要件主義に関係する法律規定の解釈適用は効力要件主義によるべきであり、意思主義には生存の余地がないはずである。しかし台湾の民法学説の展開状況をつぶさに観察すれば、学説が知らず知らずのうちに意思主義による処理方式により、現行法を解釈適用することもあることに基づく。民法二四四条の詐害行為取消しの客体はその具体的証左である。

台湾民法債権編第一章「通則」第三節「債権の効力」第三款「保全」は債権者代位権（二四二・二四三条）および詐害行為取消権（二四四・二四五条）を定める。両者はドイツ民法典にはなく、制度設計は明らかに日本民法（四二三～四二六条）を参照しており、わが国のこれに関する問題の解決のカギとなるテクニクは日本が把握しており、代位および取消しの発展において、日本の影響は極めて大きい。わが国の通説・判例は一貫して債権行為か物権行為かを問わずに、いずれも詐害行為取消しの客体となり得るとしている。<sup>34</sup> 日本には類似の見解はない。

この点に関するわが国の先述の見解は日本からの輸入ではないように見受けられる。日本民法は意思主義（一七六条）に基づき、少なくとも判例によればいわゆる「物権行為の独自性原則」<sup>35</sup>はなく、物権行為が存在しない以上、何を取り消すというのか。例えば債務者（甲）が唯一の土地を第三者（丙）に譲渡し、債権者（乙）の債権が競売により満足を得られなくなれば、債権者は事実上売買契約を取り消すこととできず、取消した後、所有権は債務者の所有に復帰し、債権者はこれを差し押さえて競売にかけることとできない。<sup>36</sup> 台湾民法は物権行為の独自性原則を採用しており、債務者と譲受人の間には売買契約のほか、さらに所有権移転行為があり、売買契約は原因行為にすぎず、譲受人が所有権を取得するのは有効な所有権移転行為があるからであり、所有権を債務者の責任財産に復帰させたければ、物権行為を取り消さなければならない。通説および実務によれば、債権者は売買契約もまとめて取り消すことができるが、これがもし日本の学説の影響であるならば、こうした継受は物権行為の独自性原則の有無による処理上の違いを十分に考慮したものとはいえないであろう。もし売買契約および所有権移転行為をまとめて取り消すことができるのであれば、売買契約も無効となり、根本から取り除くことになるが、これは責任財産の保全という取消権の制度設計の目的の必要を超えているであろう。とりわけ譲受人（丙）が代金をすでに債務者（甲）に支払っていれば、丙の甲に対する代金返還は不当利得によるほかに、売買に基づく債務不履行の損害賠

償を主張できず、丙にとっては苛酷すぎないか、検討する余地がないわけではない。

D 意思表示の無効は善意の第三者に対抗することができない

中華民国民法における第三者に対抗することができない規範モデルは、決して新たな改正物権編にしか現れていないわけではない。民法制定時の多くの条文には「善意の第三者に対抗することができない」が規定されている（二七・八五・八七・九二・一〇三・二九七・三三四・五五七・一〇〇三條）。類似の文言はドイツ民法の対応する規定にはあまり見受けられないようである。これもまた日本民法の継受かは個別に論じなければならない。本稿では通謀虚偽表示および詐欺・強迫による意思表示の規定について、台湾民法の意思表示論の舞台上に登場する日本  
の意思主義の影を見ていく。

民法八七条一項本文は「表意者と相手方が通謀して虚偽の意思表示をしたときは、その意思表示は無効とする」とする。これはドイツ民法一一七条一項および日本民法と異ならない。同但書は「その無効により善意の第三者に対抗することができない」とする。これはドイツ民法にはなく、日本民法九四條二項の継受といふべきである。日本民法は動産所有権の善意取得を認める（一九二條以下）<sup>37</sup>が、不動産登記の公信力は認めず、善意の第三者の保護については九四條二項、九六條三項、五四五條一項但書の特別規定を除き、九四條二項を類推適用するのが学説・判例の重要な発展である。<sup>38</sup>日本民法九四條二項は、通謀虚偽表示による意思表示は無効であり、善意の第三者に対抗することができないとする台湾民法八七條一項但書の母法である。日本の学説は同条の規範的基礎を信頼原理および帰責原理とする。すなわち、第三者が善意で法律行為の外観を信頼したときは保護する必要があり、表意者は真実とは異なる法律行為の外観を作出したため、第三者が善意の保護を主張した場合の不利益を負担すべきであ

る。<sup>(39)</sup> 以上のことから、日本民法とドイツ民法は、通謀虚偽表示の第三者の保護については共に信頼保護原理を根拠としていえるといえよう。

日本民法は登記に公信力を認めないため、登記に対する善意の第三者の信頼の保護については、九四条二項が極めて重要な地位を占める。<sup>(40)</sup> 台湾民法は一方でドイツの登記の公示の原則を継受し、登記の公信力を承認するが、他方では登記の公信力を認めない日本の意思主義下の立法例を継受しており、八七条一項但書の解釈適用についてどちらに従うべきか、矛盾・衝突は避けがたい。<sup>(41)</sup>

台湾民法九二条二項は「詐欺を受けてした意思表示について、その取消しは善意の第三者に対抗することができない」とする。これも日本民法九六条三項の継受といふべきであり、その問題状況も同様である。

#### E 近年の展開——登記名義貸契約

様々な考慮に基づき、自己がすでに有している、または取得するであろう財産について、他人を名義上の所有者または権利者とする（例えば子の名義で不動産を購入する）は、台湾ではよく見られる。かつてはこれを信託しかも管理信託における「消極信託」と解していた。<sup>(42)</sup> 最高裁の実務見解によれば、当事者が約定した消極信託に実質的に正当な理由がないときは、通謀虚偽表示として無効となる。<sup>(43)</sup> その後、最高裁は二〇〇〇年度台上字三四一号判決で「登記名義貸契約」の概念を提起し、さらに二〇〇二年度台上字一八七一号判決は原審の「その契約が当事者間の信任関係に重きを置くことは、決して不法ではなく、理由は正当であり、適法有効な契約に当たるといふべきであり、その性質は委任契約と同様であり、委任関係の終了・消滅の判断を類推適用すべきである」とする判示を維持した。最高裁はその後一連の判決でこの趣旨を確認し、登記名義貸契約の現行法上の地位を確立させた。

契約自由の原則に基づき登記名義貸借契約が有効であるとして、甲乙の約定により、甲が所有する土地Aについて乙に名義を借りて登記すれば、契約当事者は有効な契約に拘束され、しかも当該契約は事務処理委任契約の性質を有するため、登記名義貸借契約の關係消滅時に、名義借人（甲）は名義貸人（乙）に抹消登記を請求することができ、所有権の帰属主体についていえば、土地Aは元々の甲の所有に属するため、甲がAについて乙に名義を借りて登記すれば、甲は乙にAの所有権を取得させる意思はないと考えられるため、甲乙間には登記の名義貸により所有権移転が発生したとは認められず、甲を登記名義人に復活させるためには、抹消登記さえすればよいと解すべきである。乙が約定に反してAを第三者丙に譲り渡した場合、丙が善意であれば善意取得する（七五九条の一）。あるいは、甲乙間の移転登記行為が通謀虚偽表示であり無効とするが、甲および乙はその無効を善意の丙に対抗し、乙の無権処分を主張することはできないと考えることもできる（八七条但書）。

同じく登記名義貸しであっても、甲が乙の名義を借りて丙からAを購入し、丙が約定によりAの登記を乙に移転したときは、甲は同じ主張をすることができる。乙がAを第三者丁に譲り渡したとき、丁の法的地位はどうなるか。丁が登記名義貸しの事情を知っていたか否かにより異なるか。問題は比較的複雑である。

最高裁二〇〇九年度台上字七六号判決によれば、「名義貸人が登記名義貸借契約の約定に反し、登記した財産の所有権を処分したときは、名義借人にとっては、無権処分であり、相手方が善意の第三者であり、善意の譲受または登記信頼の保護を受けるべきである場合を除き、例えば譲受の相手方が悪意であるようなときは、民法一八条の無権処分の規定によりその効力を定め、もって名義借人の利益も考慮すべきである」。このほか、最高裁二〇一〇年度台上字二四四八号判決も名義貸借契約について「その法的効力を承認すべきであり、その内部においては名義借人を真の所有権者と認めるべきである。そして名義貸人はその名義貸しにより登記した財産の真の所有権者ではなく、

当該登記財産は本来的に名義貸人自身の債務の引当財産を構成せず、第三者と名義貸人の間に法律関係が成立した場合には、例えば当該財産が名義を借りて登記をした者の所有であることを知悉しているときは、自ずから当該財産をその債権の引当財産に属すると主張することはできず、また民法二四二条の債権者代位権の規定により、名義貸人に代位して権利を行使することもできない」。この両判旨に基づき、丙が乙への所有権移転登記をした場合、所有権取得者は名義貸人の乙ではなく、名義借人の甲であるため、乙がAを丁に譲り渡し、かつ所有権を移転させれば、無権処分であり、丁が悪意であれば、所有権を取得できない。

意思主義の下では、不動産物権変動は本来登記を効力要件としないため、甲乙間で登記名義貸契約が存在し、丙もそのことを知っており、Aの所有権が甲と丙の間で主体の変動が生じた場合、Aの登記名義が乙にあったとしても、なお甲が所有権を取得するとするのは、理由付けとしては難点はない。これに対して、台湾民法において不動産所有権の移転は登記しなければ効力が生じず（七五八条一項）、甲が土地登記簿上に所有者と登記されていないれば、公示の要件を満たしておらず、甲がAを乙に移転登記しようとしたときに所有者となるには、理論的に乗り越えなければならない問題が少なからずある。方法としては、八七条但書の類推適用がありうるかもしれない。すなわち、土地譲渡人が登記が名義貸人にあることを知っていれば、その者が法律上、実質的な権利者となることはない。名義貸人も当該土地の実質的権利者が名義借人であり、名義借人に移転登記をする義務を負っていることを知っており、譲渡人の所有権譲渡行為は通謀虚偽表示ではないが、その権利譲渡の真正な権利状態は登記の外観と合致しない。譲渡人と譲受人はこの状況について通謀があり、善意の第三者に対抗できないが、登記名義貸しの事実を知っている悪意の第三者に対しては、名義貸人の処分行為が無権処分であることを主張することができる。<sup>44</sup> 先の最高裁の見解を、登記名義貸しの場合には、不動産物権変動について例外的に意思主義を採り、所有権に実質的

変動が生じるか否かは当事者の契約の約定により決するということと解することができるのであれば、不動産登記の効力要件主義を突破する（法の基本的価値判断に反する）法の継続形成（Rechtsfortbildung）に当たるといえる。このマジノ線を越えれば、意思主義の大軍が押し寄せてくるのだろうか。刮目して待とう。

法律行為による不動産物権変動について、立法者は絶対的登記および相対的登記の併用により、できる限り真正な権利と権利の外観を一致させようと企図したが、一定の家産観念の支配を受ける東アジア諸国において、不動産の得喪には完全に自身のためではなく、家族や団体の利益と計算のためであることがあり、利害関係者の間では登記名義人が公法（土地登記法、租税法など）的意義しかなく、私法生活関係において、不動産の真の権利帰属関係にはかえって争いが無いことがある。この場合、個人主義の法思想下の効力要件主義を堅持すれば、かえって一般人民の法感情に違うことがある。これはわが国の最高裁が勇敢にも効力要件主義を突破し、登記名義貸契約を承認することを通じて、意思主義と類似する結果を達せようとした、黙して語らない考慮なのかもしれない。

#### 四 結語

日本民法は制定に際してフランス民法の影響を深く受けたが、一九七〇年代まではドイツを学説継受の主な対象としてきた。中華民国民法はドイツ・スイスを法継受の主要な対象としながら、同時期に日本の学説を大々的に輸入した。日本の民法学説が最も多くの法律家に理解・吸収されたのは地縁および言語的な要素のほか、より重要な原因は、当時の日本がまさにドイツ民法継受の全盛期であり、中華民国民法の内容を正しく理解するためにはドイツ民法の認識に頼らなければならず、日本を通じて台湾民法運用のノウハウを得ることが最短路でもあったことにある。戦前の中国大陸の学者および戦後の台湾の学者はもとより来る者拒まずであり、日本の学説をそのまま

飲み込んだが、ドイツとフランスの立法例の重大な違いを察せず、フランス色が染み込んだ異国の商品を持ち込むこともあった。不動産物権変動に関する登記法制の変遷はその最たる実例である。

一九七〇年以降、ドイツで学んで帰国する者が徐々に増え、日本からの輸入のニーズは昔ほどではなくなり、アメリカ留学の学者の影響力が日増しに強まり、日本の民法学界との直接的つながりは、君子の交わりは淡なること水のごとしとなっている。民法学界で欧米に留学した学者の勢いは盛んであるが、言葉が近く、日本語に通じた法律家も多く、裁判・行政システムにおいて日本語に通曉する法律家は判決や立法において常に日本民法・学説の理解をベースとしている。改正物権編の根抵当権の新設および対抗要件主義の大々的な運用は、日本の影響が細々と続いていることの最適な例である。台湾民法は一方ではドイツ・スイスを主な法継受の母国とし、他方では日本を学説継受の重要な対象としており、解釈論および立法論もドイツと日本の二大勢力の間を漂っている。近年、台湾民法は国際化あるいは本土化の交差点に差しかかっており、将来、伝統的なドイツ・日本の影響から完全に抜け出し、台湾本土の色彩を帯びる民法を創造するか、あるいはグローバル化の潮流を受け入れて英米法を骨格とする法律統合を行うか否かについては、<sup>(45)</sup>今後注視していきたい。

訳者注…〔一〕は訳者注を示す。また「一」は中国語を示す。

- (1) 同法の英訳については、<http://law.moi.gov.tw/eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=B0000001> 参照。
- (2) 台湾民法については①拙稿（黄淨倫・鈴木賢訳）「台湾民法の百年——財産法の改正を中心として——」北大法学論集六一巻三号（二〇一〇年）二二九～二三〇頁、②同（長坂純・周作彰訳）「台湾民法債権編修正から日本民法（債権法）改正を考える」法律論叢八六巻六号（二〇一一年）一七九～二二三頁、③同（周作彰・村田彰訳）「台湾民法に對する日本民法の影響」流経法学一巻一号（二〇一一年）九四～九九頁参照。

- (3) 王伯琦『近代法律思潮與中國固有文化（第五版）』（法務通訳雜誌社、一九九三年）一九頁以下。
- (4) スイス債務法および民商合一・分立の關係については、拙著『代理權與經理權之間、民商合一與民商分立』（元照、二〇〇六年）参照。
- (5) Tuor/Schwyder/Schmid/Runo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12.Aufl, Nachdruck 2006, Schutthess, S.842.
- (6) Honsel, Tradition und Zession - kausal oder abstrakt? FS Wolfgang Wiegand, Bern 2005, S.349 ff.
- (7) 中華民法法に対する日本民法およびその学説の影響についてのさらなる説明については、拙稿・前掲注②）①一三六～二八四頁、拙稿（黃詩淳訳）「台湾における不完全給付——日本の学説の盲従？」法学新報二二〇卷三・四号参照。また、日本の成年後見立法の台湾の成年監護制度の現代化に対する影響については、拙稿（村田彰・周作彩訳）「台湾新成年監護制度の紹介」成年後見法研究八号（二〇一一年）一四八～一六八頁、同（村田彰・周作彩訳）「台湾および中国における任意監護の研究に対する若干の考察」成年後見法研究一〇号（二〇一三年）八七～一〇〇頁参照。
- (8) 各国の不動産登記制度を証書登記制度（System of Registration of Deeds）、権利登記制度（System of Registration of Title）およびトレンズ・システム（Torrens Title System）の三つに分類した場合、台湾の多数説はフランスと日本は証書登記制度を採っており、台湾はトレンズ・システムを採っているとす（陳銘福『土地登記（第二版）』（五南、一九九八年）一四頁）。日本の法務省の研究報告も台湾がトレンズ・システムを採っているとす（黒川裕正・小山田実・窪田浩尚「不動産登記研究プロジェクト報告」ICD NEWS 一七号（二〇〇四年）九頁）。ただし、例えば朱柏松「民事法問題研究——物權法論」（自版、二〇一〇年）四〇頁は、台湾民法の土地登記が権利登記制を原則とし、証書登記制を例外とする折衷的登記制であるとす。なお、各国の土地登記制度に関する法務省の分類については、<http://www.moj.go.jp/MINJI/MINJ143/minji43-7-2.html>参照。
- (9) 史尚寛『物權法論』（一九七一年）一七頁。
- (10) 王泰升『台湾日治時期的法律改革』（聯経、一九九九年）三三〇頁。
- (11) 日本統治時代の台湾における不動産物權變動に関する最高裁判決の分析については、陳榮傳「由最高法院实例論物權法制的變遷——以台湾日據時期的不動産物權為中心」『民法七十年之回顧與展望紀念論文集（三）——物權親屬編』（元照、二〇〇〇年）九五～一二六頁参照。

- (12) 楊立新主編『中国百年民法典匯編』（中国法制出版社、二〇一一年）二三頁によれば、穂積重遠、我妻栄が民法典  
審核員であった。
- (13) ドイツ民法九三七条以下の取得時効に関する規定は動産にしか適用されず、日本民法一六二条によれば、不動産に  
ついても時効取得が可能であり、しかも登記を待たない。大清律草案三〇〇条は「所有の意思をもって、三〇年間、  
平穩に、かつ、公然と他人の未登記の不動産を占有した者は、その所有権を取得する」とする。本条は日本の立法例に  
近い。民国律草案七六六条は登記により所有権を取得することができるとしており、現行法の前身である。
- (14) 前者については謝在全『民法物権論（上）（修訂五版）』（二〇一〇年）五七八頁参照。後者については立法理由が  
明言している。
- (15) 典権の性質については、用益物権説、担保物権説および特殊物権説があり、用益物権説が通説である（謝在全『民  
法物権論（中）（修訂五版）』（二〇一〇年）一八六―一八八頁参照）。日本民法が一九三三年に台湾で施行されてから、  
台湾で生じていた典権について、日本民法の不動産質権の規定を適用していたことから、その性質の特殊性を窺うこと  
ができる。
- (16) もし農育権および不動産役権について、地上権の地代前払いの事実（八三六条の二）および使用方法の約定の登記  
の対抗力（八三六条の二）の規定の準用を加えれば、さらに増える。
- (17) 千葉恵美子・藤原正則・七戸克彦『民法——物権（第二版補訂版）』（有斐閣、二〇〇八年）一九五頁。
- (18) 謝在全・前掲注(15)五二五頁は、いわゆる第三者について、抵当権の譲渡人または抵当物の譲受人しか挙げておら  
ず、権利移転当事者以外の第三者に触れていない。
- (19) 朱柏松「典権関係中之回贖、別売與留買權」月旦法学雜誌一〇八期（二〇〇四年）一七八頁。
- (20) 謝在全・前掲注(15)二〇九頁はこの説を採る。
- (21) 謝在全・前掲注(15)二〇九頁はこの説を採る。
- (22) 『物権編修正実録（第三冊）』（一三三―一三五頁）。
- (23) 王澤鑑『民法物権（増訂二版）』（自版、二〇一〇年）四五頁。
- (24) Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16 Aufl., 1992, S. 188.

- (25) 千葉ほか・前掲注(17)三五五頁。
- (26) Baur/Stüner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16 Aufl., 1992, S. 618-640.
- (27) 謝在全『民法物権論(下)(修訂五版)』(二〇一〇年)三九九頁。
- (28) 謝在全・前掲注(27)四一五頁。このほか「担保構成説」もある(蔡明誠『物権法研究』(学林、二〇〇三年)三四五頁はこの説を採る)。
- (29) 私見では改正物権編が設けた八七三条の一第二項は不動産譲渡担保に類推適用すべきである。
- (30) ドイツでは、設定者と債権者の間の譲渡の合意について、債務消滅を解除条件としたときは、所有権は自動的に設定者に復帰するが、これは動産譲渡担保についてのものである(Baur/Stüner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16 Aufl., 1992, S. 632)。たとえ不動産譲渡担保の譲渡の合意についても解除条件を設定できるとしても、法律行為により生じる物権変動に当たると解すべきである。
- (31) 鄭玉波『金錢借貸』(正中書局、一九九二年)一一五頁。
- (32) 日本の判例は譲渡担保を「外部移転」と「内外部移転」に分け、このいずれかによりその理論構成を異にするが、実務では両者ともに抹消登記または移転登記が可能であるとされている(我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店、一九七九年)六五二～六五四頁)。
- (33) 和解の効力については、拙稿「民法上和解の効力」政大法学評論六一期(一九九九年)二五三～三三八頁。
- (34) 最高裁一九五三年度台上字三三三三号判例、一九五九年度台上字一七五〇号判例参照。
- (35) 千葉ほか・前掲注(17)二〇八頁。
- (36) 中田裕康『債権総論』(岩波書店、二〇〇八年)二四八頁参照。
- (37) 千葉ほか・前掲注(17)三二八頁。
- (38) 山本敬三『民法講義I総則(第三版)』(有斐閣、二〇一一年)一六七頁以下、千葉ほか・前掲注(17)二八七頁。
- (39) 山本・前掲注(38)一五三頁。
- (40) 千葉ほか・前掲注(17)三二七～三三四頁。
- (41) 拙著『契約法講義I契約之成立與生效(第二版)』(二〇一二年)二四五頁。

(42) 消極信託とは、信託者がその財産の名義を受託者に移転するだけで、当該信託財産の管理、使用または処分についてはなお信託者自らがこれを行うことを指す。

(43) 最高裁一九九〇年度台上字二七五七号判決によれば、消極信託は確かに正当な理由がある場合を除き、通常、多くが通謀虚偽表示に当たり、脱法行為を助長しやすく、適法と認めがたい（一九九九年台上字三〇四一号判決、二〇〇九年度台上字一三三九号判決も同旨）。

(44) 拙著・前掲注(41)二五四頁。

(45) 拙著『整合中之契約法』（自版、二〇一一年）。

【追記】本稿は陳自強氏（本学外国人招へい研究員・台湾大学教授）が本学法学会主催のスタッフセミナー（二〇一三年六月二十九日）で行った報告（題…「ドイツと日本の民法の間に身を置く台湾民法——不動産物権変動を例に——」）の原稿の完訳である（報告時には時間の都合で三が省略されたが、本稿ではそれも含まれている）。