

韓国民法における不動産の物権変動論の展開(一) —形式主義の採用とその後—

金 旼 妹

—目次—

- I はじめに
- II 形式主義の採用の過程
 - 1. 法典編纂委員会の民法草案
 - 2. 民法案意見書の反対意見
 - 3. 国会本会議の審議
- III 物権変動の要素に関する理論の展開
 - 1. 従来物権行為の独自性に関する議論
 - 2. 物権行為の独自性に関する意味の分化
 - 3. 第 186 条の登記の意味
 - 4. 物権行為の無因・有因性に関する議論

I はじめに

取引の安全や第三者の保護および公示制度への信頼が重要視されている今日において、所有者不明土地などの問題が一つの大きい社会的課題として注目されている。この問題の原因として多様な分析が行われているが、民事法的アプローチによると、やはり物権変動および公示制度に関する新たな検討を行うことになる。実際、2017年10月から2019年2月末まで、「登記制度・土地所有権のあり方等に関する研究会（以下、研究会という。）」の作業を基礎として、2019年3月からは法制審議会で民法・不動産登記部会の改正作業が始まり、2019年12月には、中間試案が準備されている。上記の研究会の議論の中では、効力要件主義の採用についても一つの考慮の対象として検討された⁽¹⁾。

周知の通り、1960年に制定・施行された韓国民法は、植民地時代から長年

- (1) 登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会 中間取りまとめ」(平成30年6月)1-2頁では、以下のような内容が述べられている。「(効力要件主義の採用) 効力要件主義を採用した場合には、売買契約等の意思表示による物権変動の場面では、不動産登記と実体法上の権利関係とが基本的に一致することになるが、相続等の意思表示によらない物権変動の場面では、死亡等の一定の事実に基づいて登記とは無関係に物権変動が生ずることから、登記と実体法上の権利関係との不一致が生じることとなる。そのため、効力要件主義を採用した場合であっても、相続登記が直ちに促進されるわけではないことから、効力要件主義を採用することによる効果については慎重に検討する必要があるとの意見があった。また、対抗要件主義を前提に様々な制度が構築されている現状を踏まえると、効力要件主義を採用するに当たっては、現行法における実務上の各種工夫(譲渡担保など)への影響や、建物、動産及び債権等の取扱い、民法第94条第2項の類推適用を認める判例法理との関係、民事手続上の観点からの検討も必要であるとの意見があった。そこで、効力要件主義の採用の是非については、これを採用することによる法制的・社会的な影響や、これを採用することにより得ることのできる効果等を踏まえて、引き続き検討することとする。」その後、相続を原因とする物権変動に関する登記の効力要件化やそれ以外(意思表示や取得時効の完成など)の原因による物権変動に関する登記の効力要件化についても検討されたが、以下のような理由で、対抗要件主義は維持されることになった。「売買等の意思表示による物権変動がされる場面においては、当事者は意識的に財産権を移転しており、物権を取得する者はこれを保全するため、また、物権を喪失する者はその責任や負担を免れるために、登記申請がされるのが通常である。したがって、対抗要件主義の下においても、登記申請へのインセンティブは確保されており、効力要件化を図る必要性に乏しい。また、現行法上、土地の不法占有者は、民法第177条の「第三者」には当たらないと考えられているため、不動産の買受人は、未登記であっても、土地の不法占有者に対して物権的請求権に基づく明渡しを請求することができるが、効力要件主義の下では、登記を具備しない限り、不法占有者に対して明渡しを求めることができなくなり、法秩序が害されるおそれがある。さらに、不動産の物権変動について効力要件主義を採用した場合には、同じく対抗要件主義を採用している動産の物権変動や債権譲渡についても影響が生じないかを十分に検討する必要があるが、前記のように、不動産物権変動を効力要件化する必要性が乏しい中で、そのような大規模な検討を行う十分な立法事実があるとはいえない。以上の次第で、意思表示による物権変動の場面において、登記の効力要件化を図ることについては、実益が乏しい反面、社会的混乱やその影響が大きくなることが想定される。」同研究会「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究報告書～所有者不明土地問題の解決に向けて～」(平成31年2月)11-13頁。

適用されていた日本民法（韓国では旧民法又は依用民法という）が採っていた意思主義（第176条）と対抗要件主義（第177条）を、形式主義および効力要件主義（韓国民法第186条・188条⁽²⁾）に転換した⁽³⁾。その後、60年が経過し、韓国における物権変動制度は、日本民法上の物権変動制度とはその展開を異にしているといえよう。代表的に、韓国における物権変動の要素として物権行為が通説的な地位を占めている点、物権変動の時期は公示方法を備えた時になる点、不動産の二重売買の場合に登記を基準とした所有権の帰属関係および説明論理が比較的明確である点などが挙げられる。しかし、効力要件主義の例外として、登記を要しない不動産の物権変動（韓国民法第187条）、特に、相続については、日本で当面している所有者不明土地などの課題を内包していると思われる。さらに、理論上・実務上、形式主義・効力要件主義のもとでは、論理的に調和し難い問題が多少存在している。例えば、未登記買受人の所有権移転登記請求権の法的性質と消滅時効の問題、不動産の未登記転売および中間省略登記の有効性の問題、未登記不動産の買受人の自主占有の推定の問題、占有取得時効による所有権移転登記請求権の行使可

-
- (2) 本稿では、すべての物権変動制度を扱うには能力の限界・膨大な分量などを理由に、可能な限り不動産の物権変動を中心に限定するが、ここで動産物権変動に関する第188条を簡単に紹介しておく。【韓国民法第188条（動産物権譲渡の効力、簡易引渡）】(1) 動産に関する物権の譲渡は、その動産を引き渡さなければ効力が生じない。(2) 譲受人が既にその動産を占有したときには、当事者の意思表示のみでその効力が生じる。
- (3) 参照した外国民法として、ドイツ民法第873条、スイス民法第656条、フランス民法第1138条・711条、中華人民法第758条・759条、満洲国民法第177条・178条があげられている。特に、満洲国民法は、ほとんどその内容が同様である（【満洲国民法第177条】不動産ニ關スル物権ノ法律行為ニ因ル得喪變更ハ登録を為スニ非ザレバ其ノ効力ヲ生ゼズ【同法第178条】判決、競賣、公用徴収、相続其ノ他法律ノ規定ニ因ル不動産ニ關スル物権ノ取得ハ登録ヲ要セズシテ其ノ効力ヲズ但シ其ノ登録ヲ為シタル後ニ非ザレバ之ヲ處分スルコトヲ得ズ）。韓国民法の制定当時重要な参考資料である満洲国民法との比較研究については、今後の課題として残しておきたい。韓国民法典と満洲国民法典の関係性について代表的な研究として、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（創文社、1989年）を参照。

能な相手方に関する問題などが挙げられている。特に、このような問題に関する判例およびその論理の中では、日本民法の学説・判例と類似している意思主義・対抗要件主義的発想が多少反映していると解されている。

このように、物権変動における形式主義・効力要件主義のもとで議論されている制度の運用上の利点と問題点を把握し、意思主義・対抗要件主義から形式主義・効力要件主義への転換を試みた一つの立法モデルとして分析・検討するのは、今後日本の物権変動制度に関する法解釈・立法論にも多様な観点から示唆を与えることができるだろう。

本稿は、韓国民法の制定当時に、形式主義・効力要件主義への転換に対して議論された内容と、その施行後に展開された学説・判例および近時の改正議論を紹介し、各論点について若干の検討を行う。

II 形式主義の採用の過程⁽⁴⁾

1. 法典編纂委員会の民法草案

当初、金炳魯大法院長が主な役割を担った民法草案は、1953年7月14日に法典編纂委員会の公式法案になり、物権変動については、以下のように1954年10月に国会に提出された。

【民法案第177条】 不動産に関する物権の法律行為による得喪変更は、登記をすることによってその効力を生ずる。

【民法案第178条】 判決、競売、公用徴収、相続その他の法律の規定による不動産に関する物権の取得は、登記をしなくてもその効力を生ずる。ただし、その登記をしなければそれを処分することができない。

(4) 韓国民法の制定資料については、主に梁彰洙「民法案の成立過程に関する少考」法学第30巻3・4号(ソウル大学校法学研究所、1989年)186頁以下、同『民法研究』第1巻(博英社、1991年)61頁以下、明淳龜『実録大韓国民法2』(法文社、2010年)6-30頁、李鴻岐「民法制定とその成果の分析」博士学位論文(高麗大学校大学院、2011年)を参照した。

その後、国会は、法制司法委員会の民法案審議小委員会を構成してその審査を行い、1956 年 9 月にその審議結果と修正案を発表したが、物権変動においてはその内容が同様である。

2. 民法案意見書の反対意見

上記の民法草案が発表された後、学界は民法草案研究会を構成してその内容について討議し、民事法研究会に名称を変更して 1957 年 2 月に「民法案意見書」を発表した⁽⁵⁾。その民法案意見書の 43 項では、「物権変動において形式主義を採択することには賛成することができず、現行民法の通り意思主義を踏襲するのが可である。」という表題から後述する内容が述べられている⁽⁶⁾。

(1) 法律関係の画一化の意義に対する疑問

同意見書は、まず、「意思主義においては、甲が不動産を乙に売渡し、登記の移転をしないとき、甲乙間においては、乙が所有者として取り扱われ、第三者に対する関係においては、甲が所有者と取り扱われる。しかし、形式主義においては、このようなことは絶対に発生することがなく、だれが所有者であるかは、どのような関係においても画一的である。」⁽⁷⁾、「意思主義にお

(5) 一方、1956 年 9 月の民法案審議小委員会の審議結果と修正案が発表された後、実務家による研究が行われ、1957 年 3 月に大韓弁護士協会の意見書が発表された。その中では、形式主義によると草案第 177 条では足りず、登記の公信力を認める規定を設けない限り形式主義を採用するのは実効性がないし、臨時的に意思主義を採用するのが良いのではないかという意見があった。大韓弁護士協会「民法総則・物権法・債権法の草案に対する意見書」『民法案審議資料集』（民議院法制司法委員会民法案審議小委員会、1957 年）40 頁；明淳龜（注 4）8 - 9 頁。

(6) 民事法研究会『民法案意見書』（一潮閣、1957 年）67 - 74 頁。この文献は日本であまり紹介されていないため、資料としての価値があると思い、多少省略はあるが、できる限り原文そのままの仮訳を掲載する。ただし、(1)、(2)、(3) に当たる項目は筆者が内容の要旨を区別するため、任意に付けたものである。

(7) 民事法研究会（注 6）68 頁。

いては、登記の移転がなくても所有権が甲から乙に移転されるとすると、甲はすでに無権利者になるはずだが、甲が丙に二重に譲渡し、丙が登記の移転を受けたときにどうして丙が所有権を取得することができるか—無権利者から権利を承継することになるのではないか—について説明することが理論的に困難がある。形式主義をとると、このような困難は自然に解消される。」⁽⁸⁾と説明し、形式主義は、当事者間と対第三者間によって法律関係が分裂することにはならない長点があると述べる。

それにもかかわらず、その「法律関係の画一化」自体に絶対的価値があるのかについて疑問を提起する。「本来、法律関係の关系的分裂は、法の世界において必然的普遍的現状である。法典の到处に「対抗することができない」という規定があるのは、何を意味するのか。それは、法律関係が甲乙間と甲丙間に従って異に取り扱われることを意味することである。このように、法律関係の关系的分裂は、法の各領域に許多にみることであるが、なぜ何必物権関係の分裂のみを問題視するのか。これは、大陸法物権関係の単純化の理想のせいだ。つまり、近世大陸法は、所有権に絶対的内容を付与し、したがって所有権に階層を認定しないことによって、物権関係の単純化を図った。しかし、近世大陸法のこの理想は、論理的必然でなく、また、時代の変化にもかかわらずいつまでも維持されるものでもない。それが、時代の変革にもかかわらず維持されることではない点も今日次のような諸現状があることを考えるときに首肯せざるを得ないだろう。第一に、数人共有の不動産を共有者の1人又は数人の名義で登記することが多い。例えば、甲乙丙共有の不動産を甲の単独名義で登記する場合。この場合には乙丙の持分に関しては名義と実質的権利との分裂が生じる。第二に、譲渡担保においては、所有権がある形態で譲渡担保設定者と譲渡担保権者との間で分属すると見るべきであろう。第三に、帰属財産に対する権利や農地改革法により分配された農地の所

(8) 民事法研究会(注6)68頁。

有権は代金完納又は償還完了の前には譲渡できないものとされているが、実際には譲渡が多く行われている。この場合には名義は譲渡人に残り、実質的な権利は譲受人に移転されるため、ここでも名義と実質的権利の分属という現状が起こる。第四に、所有権の絶対性を緩和ないし否定して、その社会性を強調する思想は所有権が個人と国家（又は社会）に分属するという理論を誘致している（Hedemann がその一例であり、蘇聯の物権法理論もそのような路線を取っているようである）。このように見ると、大陸法の前期の理想は結局そのまま維持されるのは難しいし、むしろ所有権の分属、特に名義と実質的権利との分裂という現状を率直に是認し、これに関する理論を立てるのが正道ではないか。そう考えれば、意思主義ないし対抗要件主義において権利関係が分裂することをわざわざ排斥する必要もないだろう。また、権利者から権利を承継したという理論的矛盾をどう解決するのか。この点に対しては従来においては学者らが一応解決を提示していたものであるが、もし、所有権分属の理論をとると、その説明は一層容易になるだろう。」⁽⁹⁾

(2) 当時の登記履行の実情と公信力の認定の問題

また、同意見書は、当時の韓国の登記履行の実情に照らして公信力を認めることもできず、それが認められない形式主義の採用に批判的な内容を以下のように述べていく。

「形式主義の採用の可否は、現在、登記がどの程度で励行されているのにかにある。形式主義をとると、物権の変動が起きたのかの可否が至極に明瞭となるため、物権変動の時期が明瞭になり、したがって物権がすでに移転されたのかの可否に関して紛糾が起きる余地がなくなることは確実に形式主義の長点である。従来にも意思主義をとると、この問題に関する判例法がどの程度確立し、また物権行為の独自性を認定する解釈論を取ることによってこの問

(9) 民事法研究会（注6）68 - 69 頁。

題に関する紛糾をある程度減少させることができるとしても、到底に形式主義をとるのと比べられないことは争いのない事実である。しかし、この明瞭性という長点も、意思主義をとっている現在において、すでに登記が相当によく履行される場合にのみ、形式主義を採用するときに発揮されうるだろう。なぜなら、もし現在の登記がうまく励行されていない場合には、(1) 形式主義を採用しても急に登記がよく励行されると期待し難いし、(2) 登記がよく励行しなかったときの弊害は、意思主義においてより形式主義においてより大きいからである。⁽¹⁰⁾、「形式主義を採用するためには、登記に公信力を認定しなければならない。登記は、権利関係を正確に反映し、それを信頼することができるのを理想とする。形式主義においては、登記がされることによってはじめて物権変動の効力が発生するため、登記と権利関係との符合の度を高めることを一応期待することができる。では、形式主義を採ることだけでこの符合が完全になされるのか。そうではない。次のような場合には、権利関係と登記との不一致は不可避である。(1) 物権変動が法律上生じるとき。登記をしなければ物権変動の効力が生じないという原則は、法律行為による場合に限り可能である。したがって、草案第178条が規定する通り、相続・公用徴収・判決・競売等、法律の規定によって乃至は一方的決定又は宣言によって物権変動が生じる場合には、必然的に例外を認めざるを得ない。この点、獨逸民法も同じである。このような場合には、権利は既に移転したが、登記は前主に残ることになる。(2) 「物権変動が法律上生じるとき」の一態様であるが、物権が消滅する場合にはより登記と権利関係の不一致が生じる可能性が高い。草案も、現行民法と同じく、物権が混同によって消滅するという原則と、抵当権の付従性の原則を取っているからである。特に、典型的なのは、被担保債権の消滅によって抵当権が消滅する場合である。このような場合は、物権は消滅したが、登記は存続することになる。(3) 物権行為の瑕

(10) 民事法研究会(注6)69頁。

疵で—物権行為の有因性を認定すると、原因行為の瑕疵でも—登記が無効となる又は取消される場合。物権行為の無因性を認定する獨逸においてもこのような場合が生じるのが不可避であるため、もし物権行為の無因性を認定しないと、このような場合が生じることがもっと多いだろう。このように、形式主義を採っても登記が真正な権利関係と符合しない場合が多く生じるのは不可避である。このような場合に何らの権利のない登記名義人から譲渡を受けるとどうなるか。獨逸民法は、この場合には、公信の原則によって無権利者から譲受人を保護する。我々の現行民法は、登記に公信力を認定していないが—つまり、その登記名義人が最初から権利なしに登記を有していた場合は除外されるが、その以外の場合には—、登記を対抗要件とする現行民法下でも獨逸民法においてと同じ結果となる。これに反して、草案によるとどうなるか。草案は、登記に公信力を認めていない（公信力を認めると、民法典に明定しなければならず、その規定がないのは、現在と同じくこれを認めない趣旨であると解釈される）。では、甲名義の不動産を乙が競売・判決などによって取得した場合に、甲がまだ自己の名義にあることを奇貨として、これを丙に売り渡すとどうなるか。乙は登記がなくても完全な所有権を取得し、甲は完全に無権利であるため、丙は何らの権利も取得できないという意味で、登記を徹底的に無力化することになる。意思主義は、法律行為による変動だけでなく、法律の規定による変動も登記なしには対抗することができないと解釈することによってむしろ草案がとる形式主義より物権取引の安全を保護する程度が大きいといえる。形式主義のこのような矛盾を救済するためには、必然的に登記に公信力を認めなければならない。獨・瑞もそうであり、満洲国民法もそうであった。」⁽¹¹⁾

(3) 未登記買受人の法的地位の保護の問題

さらに、物権行為の未登記買受人の法的地位については、「形式主義による

(11) 民事法研究会（注6）72 - 73頁。

と、代金の支払いを完了し、目的不動産が明け渡されたが、登記移転を受けていない者（未登記買受人）は、何年を経過しても所有者としての保護は誰に対しても全的に拒否される。その者は、その不動産に対してどのような権利を有し、その侵害がある場合にはそれを排除するためにどのような方法があるのか。その目的物を占有している場合には、占有権を有することになり、それ以外には何らの物権を有することができない。では、所有者（登記名義人）に対しては、どのような権利を有するか。所有権移転登記請求権があるのみであり、目的物に対する使用収益を内容とする権利はないと言わざるを得ない。言い換えれば、対人的請求権があるのみで、目的物に対する支配権はないと言わざるを得ない。したがって、第三者から侵害を受けても、占有者として占有訴権を行使する以外には、その侵害を排除するための何らの本権もないのはむしろ、所有者（登記名義人）の本権に基づく物権的請求権を代位行使することもできない。未登記買受人が所有者としての全ての権能を行使することを登記名義人（所有者）が承諾する黙示的な債権的契約が両当事者間にあったことを理由にすると、所有者の物権的請求権の代位行使が可能になるだろうが、そのような説明は、形式主義を否定して意思主義に戻っていくことになるため—つまり、第三者に対する関係においては、所有権の移転はなかったが、当事者間においてはそれがあったことに考えることになるため—、許容されないだろう。」⁽¹²⁾と述べている。

以上の内容を整理すると、民事法研究会が形式主義の採用に反対した主な理由は、1) 法律関係の画一化は理想であり、実質的な権利関係の分属が存在している点、2) 形式主義に伴うべき登記の公信力を認めるためには、当時の取引慣行および登記实情に照らして無理があった点、3) 未登記買受人の法的地位の保護には理論上問題がありうる点などである。ここで言及された問題点は、民法施行の以後、実際に判例・学説上の問題になってきた点に

(12) 民事法研究会（注6）71頁。

注目する必要があると思われる。

3. 国会本会議の審議

上記の形式主義に反対する民法案意見書の内容(43項)を反映した玄錫虎委員(その他19人)の修正案が国会に提出され⁽¹³⁾、国会本会議の第二読会(1957年11月26日)で議論された。第二読会では、法制司法委員長の代理であった張暎根委員により、形式主義の利点として、当事者間の法律行為を第三者が外部で認識し、不測な損害を被らないようにする制度が必要である点は草案がいうことだけでなく学説の趨勢である点、債権と異なり物権は当事者のみでなく第三者にも主張できることで制度としての意味がある点、朝鮮時代の土地取引の慣習によると、土地を買う場合には、「文券をもっていなければ買収したと認識していなかった点、意思主義によると第三者の範囲が明確でなく複雑になり取引の安全を害する点、登記の公信力の認定問題は形式主義・意思主義の問題とは関係なく、登記管に実質的審査権を認めなければならない点が挙げられ、結果的には法典編纂委員会の原案が可決された⁽¹⁴⁾。

その後、若干の字句の修正を経て、現行韓国民法の第186条、187条が以下のように制定された(以下では、韓国民法の内容のみを扱うので、特に明記しない場合には、各条文は、韓国民法の規定を意味する)。

【第186条(不動産物権変動の効力)】 不動産に関する法律行為による物権の得失変更は、登記しなければその効力が生じない。

【第187条(登記を要しない不動産物権取得)】 相続、公用徴収、判決、競売その他の法律の規定による不動産に関する物権の取得は登記を要しない。しかし、登記をしなければそれを処分することができない。

(13) 李鴻叟(注4)60-62頁によると、民法案意見書の69項目の中で、32項目が厳選され、その中で物権変動に関する48項も含まれていたが、本会議で可決されなかった。

(14) 明淳龜(注4)21-24頁を参照。

Ⅲ 物権変動の要素に関する理論の展開

韓国民法は、第 186 条および第 187 条の 2 カ条で不動産物権変動についての一般規定を設けている。厳密にいうと、法律行為による物権変動についてのみ、いわゆる「形式主義」を採っており、それによる不動産の物権変動については、登記をしなければその効力が発生しないという面で、「登記主義」・「登記強制主義」とも言われる。ここでは、具体的な事例における問題状況に対する判例法理および近時の改正議論を扱う前に、その前提になる物権変動の要素に関する理論の展開を整理しておきたい。

まず、不動産物権変動の効力に関する第 186 条は、「不動産に関する法律行為による物権の得失変更は、登記しなければその効力が生じない。」と定められ、その「法律行為」および「登記」の意味について見解が対立している。また、「物権行為の独自性の認否」および「物権行為の無因性・有因性」に関する見解が対立している⁽¹⁵⁾。以下では、第一に、従来の物権行為の独自性に関する議論、第二に、その意味の分化、第三に、第 186 条の登記の意味、第四に、物権行為の無因性・有因性に関する議論を紹介し、若干の整理を行う。

1. 従来の物権行為の独自性に関する議論

法律行為による不動産の物権変動について形式主義を採用した韓国民法の施行以後に、学説は、物権行為について「法律行為はその効果として債権を発生させるか又は物権の変動を起こせるのかによって債権行為と物権行為と区別できる」⁽¹⁶⁾ とか「直接物権の変動を目的とする意思表示を要素とする法律行為を、物権行為又は物権的法律行為という。これは、債権・債務を発生させる法律行為である債権行為とは対立する概念である」⁽¹⁷⁾ と説明し、物権

(15) この問題については、日本民法学の議論と匹敵するほど、現在においても活発に、絶え間なく展開されている。そして、ここで扱う内容は、その議論を可能な限り簡単に紹介し、その主な内容と方向性を示すことに留まる点を述べておきたい。

(16) 金曾漢『新物権法』(法文社、1960年)102頁。

行為の概念をほとんど認めている。その根拠として挙げられるのは、1) パンデクテン体系のもとでは債権法と物権法を峻別するため、物権変動のための法律行為は物権行為で、債権の発生のための法律行為は債権行為に区別するのが妥当であり、2) 物権の放棄や所有権の委棄（韓国民法第 229 条では、この用語を使う。）による物権変動の場合には、債権行為なしに物権行為のみにより行われ、3) 制限物権の設定行為は物権行為と解されており、特に物上保証人による担保物権の設定の場合には、債権行為は債権者と債務者間に行われ、物権行為は物上保証人と債権者の間に行われ、抵当権設定の物権変動は、債権者と物上保証人間の物権行為と登記によって行われると述べられている。4) さらに、他人の権利の売買を認める第 568 条も売買契約以外の物権行為の存在を前提にするという。このように、債権行為なしに物権行為のみによる物権行為と、登記のみによる物権変動があるため、売買・交換などによる所有権変動と制限物権の設定の物権変動についての理論を統一的に定立するためには、「物権行為」を物権変動のための法律行為と解すべきであるという⁽¹⁸⁾。

一方、第 186 条の法律行為を二元的に把握する見解として、売買・交換などの債権契約で不動産の所有権移転がある場合には、債権契約と登記により不動産物権変動があるため、所有権移転の物権変動の場合には、債権行為が物権変動の要件である法律行為であり、制限物権の設定の場合には、物権行為となるという見解⁽¹⁹⁾や、第 186 条の法律行為は、債権行為の履行行為として物権行為が行われる場合には、債権行為として把握し、物権行為のみが存在する場合には、これを物権行為と解するという見解⁽²⁰⁾も展開されている。

他方、物権行為の概念を認めず、第 186 条の法律行為は「債権行為」であ

(17) 郭潤直『物権法』（博英社、1963 年）37 頁。

(18) 金相容「物権行為に関連した法理の再検討と再定立」学術院論文集（人文・社会科学編）49 集 1 号（大韓民国学術院、2010 年）167 - 168 頁。

(19) 高翔龍『物権法』（法文社、2002 年）61 - 63 頁。

るという見解も存在したが、あまり支持されなかった⁽²¹⁾。

物権行為の独自性の認否に関する議論は、上記の物権行為の概念を認定するとの前提で、「当事者間に売買契約を締結して所有権移転の登記をする過程の中で、どの時点で物権行為をしたと判断すべきか」又は「物権行為は原則的に原因となる債権行為とは現実的に別個の行為として行われるものなのか⁽²²⁾」という疑問が提起され、これを「物権行為の独自性」の問題と理解してきた。

物権行為の独自性を認める見解は、物権行為は原則としてその原因行為である債権行為と別個の行為として行われるべきであり、その時期は通常残代金の支払いと引き換えて登記書類を交付する時と解した⁽²³⁾。これに対して、物権行為の独自性を否定する見解は、物権行為は原則として債権行為とともに行われ、不動産売買の場合には、物権行為は「売買契約と同時に」行われると解した⁽²⁴⁾。

2. 物権行為の独自性に関する意味の分化

しかし、このような物権行為の独自性の認否に関する議論は、物権変動の時期の確定に関して旧民法のもとで問題視されたものであり、形式主義・登記主義に転換した現行民法のもとでは、その議論の実益がないのではないかという疑問が提起された⁽²⁵⁾。この見解は、ドイツ民法のように物権行為につ

(20) 尹眞秀「物権行為概念に対する新たな接近」民事法学 28 号（韓国民事法学会、2005 年）37 - 40 頁。

(21) 玄勝鍾『民法（総則・物権）』（一迅社、1975 年）181 - 182 頁。

(22) 郭潤直『物権法（新訂版）』（博英社、1992 年）80 - 81 頁。

(23) 金曾漢『物権法講義』（博英社、1984 年）44 - 48 頁；李英俊『物権法（全訂版）』（博英社、1996 年）73 - 79 頁；李銀榮『物権法（改正版）』（博英社、2000 年）137 - 138 頁など。

(24) 郭潤直（注 22）80 - 89 頁；金相容『物権法（改正版）』（法文社、1995 年）117 - 118 頁；高翔龍「独自性と無因性論の再検討」月刊考試 1 月号（法志社、1981 年）など。

いて、物権変動の要件であることが明確である規定を置いていない現行民法では、その解釈上、物権行為を物権変動の要件として認めるか否かが物権変動論の出発点であると述べ、不動産の物権変動の要件として、債権行為とは独立した物権行為が必要なのかの問題が「物権行為の独自性に関する問題」とであると説明する⁽²⁶⁾。つまり、従来の学説で議論されてきた物権的合意の時期というのは、法律行為の解釈に関する問題であり、必ずしも債権行為時や交付行為時又は登記申請時に物権行為が行われると決め付けるのではなく、当事者の取引行為を観察して物権的合意があったかを把握すれば足りる⁽²⁷⁾という。従来の理解に基づいて理論を展開してきた見解の中では、「物権行為とその原因行為である債権行為との関係においても、物権行為の独自性の概念がドイツのそのものとは異に理解されているが、物権行為と債権行為の時期を問題視することではなく、物権行為が債権行為とは区別される独立存在性の可否と理解されるよう、法理の定立が変わるべきである」と指摘する⁽²⁸⁾。

さらに、このような意味で物権行為の独自性を理解する見解によると、「物権行為の独自性を認めないというのは、義務負担と処分に関する各々の合意は、例えば、売買契約という一つの法律行為の二つのモメント、つまり、債権の発生と物権の変動という異なる法律効果の観点から観察した別個のモメントに過ぎないもので、これは一体としてその売買契約に結合しているとい

(25) 洪性載「不動産物権変動論の再定立」民事法学 43 - 2 号 (韓国民事法学会、2008 年) 343 頁；金曾漢・金學東『物権法 (第 9 版)』(博英社、1997 年) 43 - 44 頁。

(26) 洪性載 (注 25) 343 頁は、物権行為の独自性の意味を同様に把握する立場として、李英俊『物権法 (新訂版)』(博英社、2001 年) 66 頁；金曾漢・金學東 (注 25) 44 頁；金相容『物権法 (全訂版増補)』(法文社、2003 年) 102 頁；梁彰洙「韓国民事法学 50 年の成果と 21 世紀的課題」『民法研究』第 4 卷 17 頁を挙げている。

(27) 洪性載 (注 25) 343 - 344 頁；金曾漢・金學東 (注 25) 51 頁；李英俊 (注 23) 78 頁。

(28) 金相容「Die Übertragung des Eigentums nach dem koreanischen Sachenrecht」法学研究 19 卷 1 号 (延世大学校法学研究院、2009 年) 22 頁及び、同『物権法 (第 4 版)』(Hwasan-media、2018 年) 97 頁も同旨である。

う意味ではないか」と理解することもできるだろう⁽²⁹⁾。

判例は、物権行為の独自性の具体的な意味については明示的に判示していないが、「わが法制が物権行為の独自性と無因性を認めていない」と⁽³⁰⁾述べている。これに対して、独自性を否定するのになんらの論拠も提示していないとの批判が多い。

他方、「動産の売買契約を締結する際に、売主が代金を全て支払われる前に目的物を買主に引き渡すが、代金が全て支払われる時まではその目的物の所有権は売主に留保され、代金が全て支払われた時にその所有権が買主に移転されるとの内容の、いわゆる所有権留保の特約を締結した場合、目的物の所有権を移転するとの当事者間の物権的合意は、売買契約を締結し、目的物を引渡した時に既に成立するが、代金が全て支払われることを停止条件とするため、目的物が買主に引き渡されたとしても特別の事情がない限り、売主は代金が全て支払われる時まで買主のみでなく、第三者に対しても留保した目的物の所有権を主張することができる」と判示がある⁽³¹⁾。この判決を根拠にして、「この判示では、まず、目的物の所有権を移転するという当事者間の物権的合意は、売買契約と明確に区分され、別途に成立するものとされている。それだけでなく、売買契約でなく物権的合意が、又は物権的合意のみが条件付きで行われることである。このように見ると、韓国の判例は、むしろ物権行為の独自性を認める態度を採るというべきではないか。」と説明する見解がある⁽³²⁾。

思うには、上記の判例は、従来の独自性に関する理解によると、目的物の

(29) 梁彰洙「不動産物権変動の原因－韓国民法」(第9回東アジア民事法国際学術大会資料) 民事法学 89号(韓国民事法学会、2019年) 257頁。

(30) 大法院 1977.05.24.75ダ 1394判決。

(31) 大法院 1999.09.07.99ダ 30534判決。

(32) 梁彰洙(注29) 263頁。また、大法院 1964.9.15.64ダ 617判決；大法院 1966.6.21.66ダ 368判決；大法院 1973.8.21.73ダ 737判決；大法院 1987.4.28.85ダカ 971判決などの判例についても、法律行為による不動産の物権変動において、物権行為の概念を認め、それを物権変動の要件として認れていると解されている。

所有権を移転するとの当事者間の物権的合意は、売買契約を締結し、目的物を引渡した時に既に成立するが（成立時期）、代金が全て支払われることを停止条件とするため（効力発生時期）、物権行為の独自性を認めていると思われる。また、この判決は、物権的合意を物権変動の要素としているため、近時の新たな理解によっても、物権行為の独自性が認められていると解するのができるだろう。

3. 第 186 条の登記の意味

通説のように、第 186 条の法律行為が「物権行為」であると解する場合に、同条で定められている「登記」は、物権行為の一部を構成するのか、それとも物権行為とは別途の物権変動の要件を構成するのかについて疑問が残る。

この問題については、物権変動の要件をなす物権行為は、物権的意思表示（又は物権的合意）のみであると解する見解⁽³³⁾（1 説）と、物権行為は物権的意思表示のみであるが、それと同等な要件として登記が結合して物権変動という法律効果が発生するという見解⁽³⁴⁾がある（2 説）。1 説によると、物権的意思表示のみで物権行為は成立し、物権行為としての効力は生じず、登記がその効力発生要件となるが、2 説は、1 説を批判しながら、登記を物権行為の効力発生要件と見る必要はなく、物権変動の要件と解すれば足りると言う⁽³⁵⁾。

他方、物権変動の要件をなす物権行為は、「物権的意思表示」と「登記」であると解する見解⁽³⁶⁾がある（3 説）。この説は、ドイツのサヴィニーの物権

(33) 金曾漢（注 23）40 頁；金容漢『物権法論』（博英社、1985 年）75 頁；尹喆洪『物権法（3 訂版）』（法元社、2019 年）50 頁。

(34) 郭潤直（注 22）75 - 80 頁；金相容（注 28）91 頁；宋徳洙『物権法（第 4 版）』（博英社、2019 年）63 頁。

(35) 金相容（注 28）91 頁。

(36) 李英俊『物権法（全訂新版）』（博英社、2010 年）89 頁以下；洪性載『物権法（新訂版）』（東邦文化社、2014 年）176 頁。

契約説に基づいて、登記は物権的意思表示とともに物権行為の成立要件となり、効力発生要件ともなると述べる。

思うには、多数説である1説と2説は、形式主義では、不動産の物権変動の要件である物権的意思表示と登記の間に、相当な時間的間隔が生じるため、物権行為（物権的意思表示）は存在するが、登記はまだ經由していない未登記買受人に、物権的期待権（後述）を付与して保護しようとする⁽³⁷⁾点で共通していると考えられる。

少し視点を異にするが、多数説である1説によると、不動産の物権変動に関する「登記」の意味について、「効力発生要件」と解しているため、それを説明するときには「効力要件主義」と呼ばれるのが論理的であろうが、なぜか韓国では、第186条の登記の意味について、「効力要件主義」より「成立要件主義」と表現するのが一般的である。2説は、その点を明確にしていないが、むしろ3説による場合に、登記が「成立要件」であり「効力要件」であるため、「成立要件主義」と「効力要件主義」を併用することができるといえるのではないか。

4. 物権行為の無因・有因性に関する議論

周知の通り、物権行為の無因・有因性に関する議論は、債権行為の履行によって物権行為が行われた場合に、その原因行為である債権行為が無効、取消し又は解除されたときの物権行為の効力はどうなるかの問題である。

物権行為の無因性を認める見解⁽³⁸⁾は、物権行為と債権行為が別個の行為であるため、その有効性も別途に判断されるべきである点、登記の公信力がない状況で、取引の安全のために認めるべきである点などをその根拠に挙げる。ただし、物権行為と債権行為が外形上1個の行為で行われる場合、債権行為

(37) 金容漢（注33）75頁；金相容（注28）90 - 91頁。

(38) 金曾漢（注23）49 - 56頁；金曾漢・金學東（注25）55 - 61頁；金容漢（注33）91頁；尹喆洪（注33）60頁。

の瑕疵が物権行為と共通する場合、債権行為の有効を物権行為の条件とした場合には例外的に有因関係になる⁽³⁹⁾と説明し、相対的無因論とも言われる。

他方、物権行為の有因性を認める見解は、物権変動の要件として物権行為自体を認めない見解では当然の結論となり⁽⁴⁰⁾、物権行為の存在を認めながら債権行為と別個の行為で行われるものではないという(従来の独自性の否定説)見解⁽⁴¹⁾や、物権行為と債権行為は別個の行為で行われうると解する見解(従来の独自性の認定説)でも成立されう⁽⁴²⁾。物権行為の有因性を認める見解によると、原因行為である債権行為がその瑕疵によって遡及的に実効された場合に、その履行として移転された物権は、法律上当然に復帰するため、第186条が適用されず、抹消登記をしなくても物権は当然に復帰する。また、取引の安全の保護の側面では、1)原因行為が取り消された場合には、錯誤に関する第109条⁽⁴³⁾第2項と詐欺・強迫に関する第110条⁽⁴⁴⁾第3項を、2)原因行為が無効となる場合には、非真意意思表示に関する第107条⁽⁴⁵⁾第2項

(39) 金曾漢・金學東(注25)59頁。

(40) 高翔龍(注19)77頁。

(41) 郭潤直(注22)89頁;李英俊(注23)80頁;宋徳洙(注34)71頁。

(42) 李銀榮(注23)148頁;金相容(注28)117頁など。

(43) 【第109条(錯誤による意思表示)】(1)意思表示は、法律行為の内容の重要部分に錯誤があるときには、取り消すことができる。しかし、その錯誤が表意者の重大な過失によるときには、取り消すことができない。(2)前項の意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

(44) 【第110条(詐欺、強迫による意思表示)】(1)詐欺又は強迫による意思表示は取り消すことができる。(2)相手方のある意思表示に関して第三者が詐欺又は強迫をした場合には、相手方がその事実を知り又は知ることができた場合に限ってその意思表示を取り消すことができる。(3)前二項の意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

(45) 【第107条(真意でない意思表示)】(1)意思表示は、表意者が真意でないことを知っていたものでもその効力がある。しかし、相手方が表意者の真意でないことを知り又は知ることができたときには無効とする。(2)前項の意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

と通情虚偽意思表示に関する第 108 条⁽⁴⁶⁾ 第 2 項により保護される善意の第三者の範囲を抹消登記時の善意者まで認め、3) 原因行為が解除された場合には、解除・原状回復に関する第 548 条第 1 項⁽⁴⁷⁾ ただし書きの第三者の範囲を抹消登記時までの善意の第三者に拡張することによって、一定の範囲の第三者は保護することができる⁽⁴⁸⁾ と解する。

判例は、「わが法制が物権行為の独自性と無因性を認めていない点と、民法 548 条 1 項の但し書が取引の安全のための特別規定である点に照らして、契約が解除されると、その契約の履行により変動が生じた物権は当然にその契約がなかった元の状態に復帰すると見るのが相当である」⁽⁴⁹⁾ と判示し、物権行為の有因性を認めている。

この議論に対しては、判例が無因性を認めていなかったにもかかわらず、1980 年代までは無因性説が多数であったが、現在には有因性説が多数を占めているといえる⁽⁵⁰⁾。

(46) 【第 108 条 (通情した虚偽の意思表示)】 (1) 相手方と通情した虚偽の意思表示は、無効とする。(2) 前項の意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

(47) 【第 548 条 (解除の効果、原状回復義務)】 (1) 当事者一方が契約を解除したときには、各当事者はその相手方に対して原状回復の義務がある。しかし、第三者の権利を害することはできない。

(48) 李英俊 (注 23) 80 頁; 李銀榮 (注 23) 142、148 頁。

(49) 大法院 1977.05.24.75 다후 1394 判決。また、この判例は、その前提になる学説の対立について、「548 条 1 項本文により契約が解除されると、各当事者は相手方に対し契約がないものと同様の状態に復帰させる義務を負うとの旨を規定しているため、契約による債務の履行として既に登記や引渡しが行われた場合に、その原因行為である債権契約を解除することによって原状回復するときの理論構成において、解除があっても履行行為そのものはそのまま効力を維持し、その給付を返還して原状回復する債権債務関係が生じるだけであるという債権的效果説と、既に行われた履行行為と登記や引渡しで物権変動が発生したとしても、原因行為である債権契約を解除すると移転した物権は当然に復帰するという物権的效果説が対立している。」と説明している。

(50) 李銀榮執筆「物権変動論」尹喆洪編『韓国民法学の再正立 - 晴軒金曾漢教授の生涯と学問世界 -』(京仁文化社、2015 年) 224 頁。