

## 物権法上の諸制度に関する比較法的考察(1)

著者	舟橋 秀明
雑誌名	金沢法学 = Kanazawa law review
巻	58
号	1
ページ	1-20
発行年	2015-07-31
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/43366">http://hdl.handle.net/2297/43366</a>

## 物権法上の諸制度に関する比較法的考察（一）

舟橋 秀明

- 一 はじめに
- 二 物権変動論
- 三 善意取得制度
- 四 用益物権制度
- 五 抵当制度
- 六 むすび

### 一 はじめに

1 平成二十二年（二〇〇九年）一〇月、千葉景子法務大臣（当時）によって民法（債権関係）の改正につき法制審議会への諮問（第八八号）が発せられて以来、およそ五年四か月を経て、平成二十七年（二〇一五年）二月一〇日開催の第九九回会議において「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」を決定し、同年二月二四日開催の法制審議会総会第一七四回会議においてこれが承認され、「民法（債権法）の改正に関する要綱」が正式に成立した<sup>1</sup>。これをもって、明治二十九年（一八九六年）に現行の民法典が制定されて以来一二〇年余りを経て初めての大改正作業がひと段落した感があるが、改正法の成立までにはなお多少の時間がかかり

そうである。

他方で、東南アジアの一国であるベトナム社会主義共和国（以下、ベトナムと略記）においても、二〇〇五年に改正された現行民法典の改正作業が数年来進められてきているが、これは、二〇〇五年の民法改正後、市場経済をさらに推進し、経済のグローバル化など社会状況の大きな変化に伴って発生した諸問題に対応するために民法をさらに改正し、二〇一五年末までに国会承認を受けることを目指したものであり、わが国と同様にまさに民法改正が現在進行している。

## 2 ここで、わが国のベトナム民法との関わり合いについて概略を紹介しよう。

ベトナムは、ベトナム戦争終結後の一九七六年四月、南北ベトナムが統一され、同年七月二日、ベトナム社会主義共和国に改名されて以来、その名の通り、社会主義政治体制を前提とした計画経済体制がとられてきた。

その後、一九八六年一二月のベトナム共産党第六回党大会において、ベトナムは、市場経済の導入と対外開放政策を主要な柱とするドイモイ（刷新）政策を採用し、政治的には社会主義体制を維持しながらも経済的には計画経済から市場経済へ移行することを目指すことになったことから、市場経済原理を導入・推進するために、とりわけ民商事法分野を中心に各種法令の整備が急務となった。

いわゆる市場経済型の民法典の編纂が要請されたわけであるが、ベトナムは司法省を主管官庁として一九九二年から民法典の起草作業を本格化させた。この時点で、すでにUNDP（国連開発計画）を通じた多国籍ドナー、フランスやスウェーデン等の欧米の国々は民法の起草支援を開始していたが、ゲン・デイン・ロック司法大臣（当時）は、アジアにおける先進国である日本に対しても法整備支援を要請した。これに対して、日本の外務省は一九九三年から外務省の管轄下にある文化交流プロジェクトを通じ、森島教授

（当時、名古屋大学国際開発研究科長）をベトナムに派遣し、ベトナム司法省の幹部に対してセミナーを開催するなどして、主に民法草案に対する助言を行った。これが、わが国におけるベトナムに対する法整備支援活動の萌芽となった<sup>3</sup>。

その成果が、一九九五年一〇月二八日に公布され翌年七月一日より施行されたベトナム民法典の制定である<sup>4</sup>。これを受けて、ロック司法大臣は、日本側の支援活動を高く評価し、森島教授に対して、法制度の整備について更なる支援を改めて要請した。

ちょうどその頃、時を同じくして、わが国では、一九九二年の閣議決定「政府開発援助大綱」（いわゆるODA大綱）において「人材育成・知的支援」が重要課題として掲げられたが、JICA（当時の国際協力事業団）は法整備支援活動を「知的支援」の重要な柱として位置づけ、一九九六年一二月から、ODAの資金を活用したソフト（政策）支援のパイロット・プロジェクトとしてのベトナム法整備支援を本格的に始動させた<sup>5</sup>。ベトナムの現行民法典である二〇〇五年民法は、その成果の一つであるが<sup>6</sup>、その民法典も施行一〇年を経過しようとしている折、再び民法改正作業が着々と進められ、現在に至る。

ベトナム改正民法起草支援に対する日本側の体制としては、森島教授を委員長とするベトナム民法共同研究会が発足され、通常は、ベトナム側から改正草案をはじめとする立法資料を長期専門家を通じて逐一取り寄せ、あるいはベトナム国内で行われた各種セミナーなどの状況報告・情報提供を受け、日本側から条文案に対して意見具申したり、質問したりするなどして議論を進めている<sup>7</sup>。また、現在でも日本から民法研究者が短期専門家としてベトナムに派遣され、現地でのセミナーに参加したり、反対に、ベトナムから立法関係者が訪日され、日本での研修が組まれたりしている。

3 今般、通算で四八回目をむかえた「ベトナム法整備支援研修」（本邦研修）では、現在進行中の民法改正

作業に従事する起草担当者総勢二二名（ベトナム司法省次官を団長として、司法省職員、国会法律委員会副委員長をはじめとした国会関係者、その他大学教授などを含む）を日本にお迎えして、相互に率直な意見交換が行われた。筆者は、幸運にも、この本邦研修に参加する機会に恵まれ、担保物権法を含む物権法全般の諸問題に対応することとなった。

今般の本邦研修では、起草担当者が現実の起草作業にあたりいかなる問題点に最も関心を寄せているか、草案作成にあたりいかなる問題点が生じているかなどについての情報を、長期専門家にあらかじめ集約してもらい、それらに対して日本側から各自分担して一定の回答を提示した上で、それをたたき台として議論が進められた。また、例えば、このような問題について日本ではどのように取り扱われているのか、この問題に関する条文が日本の民法には存在するかなど、率直な質問や意見が出され、日本ですでに議論されている論点については、それに関する判例や学説の状況を丁寧に紹介し、そうでない点については、いくつかの法律構成や解決案を提示したり、質問の趣旨やベトナムでの現状などを問いただしたりして、何とか一定の回答を提示した。質問を受けた私たちも一緒に考えさせられるような難問、日本法を眺めていただけではおよそ想像もつかなかったような発想や関心事がベトナム側からもたらされ、かなり刺激的な経験ができたという印象である。

そこで本稿では、このような実体験を端緒として、ベトナム民法改正の議論を広く紹介するとともに、ベトナム改正民法の中でもとくに物権法の起草支援作業<sup>10</sup>を通じて得た着想を契機として、日本民法の解釈論にこれまで大きな影響を及ぼしてきたドイツ法やフランス法の知見をも交えながら、様々な角度から虚心坦懐に日本の物権法の見直しを試みたいと考える。それは、単なる解釈論的なレベルの見直しにとどまるものではなく、より積極的に立法論的な提案をも含むものであるが、ここで提示する見解はいずれも筆者の個人

的な見解にすぎず、ベトナム法整備支援プロジェクト（ベトナム民法共同研究会）を代表するものではないことをあらかじめお断りしておく。

4 閑話休題、物権法と言ってもその射程範囲はかなり広範であり、論点は数知れない。そこで、本稿では、ベトナム民法においても物権法上の論点とみなしうるもの、あるいは起草担当者の関心事と一致するものなかで、日本の物権法にとつても有益な議論になりうる論点、すなわち、物権変動論（二）、善意取得制度（三）、用益物権制度（四）、抵当制度（五）の四つを対象を絞り込んだうえで考察を進めたい<sup>11)</sup>。

なお、本来であれば、ベトナムの物権法上、ベトナム法を象徴し、特徴づける、最大の関心事の一つであると考えられる制度については、本稿の上記目的に鑑みて考察の対象から外さざるを得ないものがある。それは、「全人民所有」という所有形態と、全人民所有を前提として法主体に付与される「土地使用権」という権利である。いずれも社会主義国に特有の権利・法概念ではあるが<sup>12)</sup>、日本の物権法との関係では必ずしも有益な議論を展開できる対象ではないと思われる。よって、本稿では、その概要だけを紹介して、お許しただけ<sup>13)</sup>。

5 全人民所有とは、ベトナム民法一七二条に規定されている複数の所有形態のうちの一つであり<sup>13)</sup>、その名の通り、厳密には国家所有とは異なり、所有の主体はあくまでもベトナム全人民であるとする（土地法四条<sup>14)</sup>）。その対象は、土地や水資源などの天然資源及び国家が投資、管理する各財産を含む公財産であるとされる。そして、例えば、個人が建物を所有する目的で土地を使用するためには、土地使用権なる権利を全人民の代理人たる国家から付与あるいは賃貸される必要がある（民法六八八条二項<sup>15)</sup>）。このように、土地所有権と土地の利用権を分離する権利構造は、社会主義政治体制下にあった旧ソ連あるいは現在も当該体制下にある中国とも共通するが、旧ソ連が土地を国有化し、中国が公有化（都市部の土地につき国家所有、農村部の土

地につき集団所有）している点で、必ずしもベトナム法と同じではないことは明らかである。

では、この土地使用権なる権利は、いかなる法的性質を有する権利なのか、その法性決定が問題となるところである。日本法的な発想を前提に解釈すれば、全人民所有が通常の土地所有権で、土地使用権は当該土地上に設定された用益物権であると解することができよう。ベトナムの起草担当者の見解は必ずしも統一されていないような印象を受けたが、完全に間違った解釈でもなさそうである。

しかしながら、他方で、中国が市場経済を導入することで土地使用権を一つの商品として扱うことの必要性に迫られているように<sup>16</sup>、ベトナムでも同様の状況にあるものと推測されることから、そのあたりの整理が必要であろう。実際に、ベトナム民法六九七条<sup>17</sup>は、土地使用権の自由譲渡を原則として認めていることから、土地使用権を一種の物権的な権利として理解することまでは許容範囲内の解釈と言えようか<sup>18</sup>。

実は、わが国にもその昔、耕作者の土地利用権を「上土権」、地主の権利を「底土権」として区別して、両者を相対立する独立の所有権とみる古い慣習が存在したのであるが<sup>19</sup>、ベトナムの土地使用権が上述の上土権と同様に所有権の一形態と解することができれば、使用者の土地利用権限の確保かつ強化に資し、理論的にもかなり簡明に構成できるのではないかと思われる。

ただ、所有権と同様に解することまで可能かどうかは、ベトナムの地域性や民族性、伝統や慣習、あるいは政治的な観点からの考察を抜きにしては判断できない非常にデリケートな問題であると思われるので、本議論はここまでにとどめておきたい<sup>20</sup>。

## 二 物権變動論

本節においては、物権變動論に焦点を当ててこれを比較法的に考察するが、議論が散漫になるのを回避す

るために考察の対象を絞り込むことにする。というのも、「物権の変動とは、物権の発生、変更、消滅の総称である」<sup>21</sup>と定義づけられるように、その語がもつ意味内容はかなり広範なものであるからである。そこで、物権法の教科書の中で物権変動論として議論されるいくつかの論点の中でもとくに重要な論点の一つである「特定物の売買契約における所有権移転の時期」に関する議論を中心に考察を進める。

#### 1 ベトナム民法

ベトナム改正民法草案一七九条一項は<sup>22</sup>、財産の引渡しをもつて物権の確立<sup>23</sup>物権変動の効力が生じる旨を規定し、引渡主義をもつて物権変動に関する一般準則とする。また、同条三項では、不動産など登録があらかじめ義務付けられている物<sup>23</sup>については、登録時から物権変動の効力が生じる旨が規定されている（以下では、「登録」の語を使う<sup>24</sup>）。

本規定は、現行民法一六八条を引き継ぐものであり、物権変動において引渡主義・登録主義が採用されている点からすれば、民法改正による大きな変更はない。以下では、不動産の所有権移転時期と動産のそれとを区別し、それぞれの法準則を検討する。

#### (1) 不動産物権変動論

改正民法草案一七九条三項は、不動産の物権変動につき、登録主義を採用する旨規定しているが、当該条文は売買契約と物権変動の関係についてまで明らかにしていない。そこで、まずは売買契約について概観する。

売買契約（正確には、財産売買契約）の冒頭規定であり、現行民法四二八条を承継した草案四五一一条<sup>25</sup>は、契約の効果のみを規定するだけで、要件については明確に規定していない。そこで、さらに契約法の一般規定にまでさかのぼると、現行民法四〇四条を承継した草案四二二条一項<sup>26</sup>によれば、契約は申込者が承諾の

意思表示を受領した時に成立すると規定されており（諾成契約原則）、売買契約自体は売主と買主の合意によって成立するものと解することができる。ただし、同条四項には、契約が文書によって締結された場合には、当事者の署名時をもって契約成立時と規定されているので、不動産の売買契約が文書によって締結されることが義務付けられていることに鑑みれば（後述）、不動産の売買契約は当事者の署名時をもって成立するのが原則であると解される。さらに、草案四六二条二項は、登録を要する財産の所有権移転については、一七九条が適用されることであるので、結局、売買契約が成立しても物権変動<sup>II</sup>所有権の移転はまだ生じていない、つまり、売買契約成立時と物権変動時の間に多少の空白時間が生じることになる。また、上記の条文を見る限りにおいて、引渡し・登録の際に物権変動にのみ向けられた意思表示（物権的合意）を要するとの解釈は素直には導き出すことはできないので、物権変動につきいわゆる物権的合意・物権契約なるものは不要であると解される。いわゆる債権的合意に引渡し・登録という形式が伴うことによって物権変動が生じることになろう。

ところで、日本民法によれば、不動産たる土地と建物は別個独立の財産であると観念されているが（日民三七〇条参照）、ベトナム民法のもとではどうか。これを直接規定する条文は民法には見当たらないが、草案一二二条一項a号と同項b号が不動産として土地と住宅・建造物を区別して規定していること<sup>27</sup>、土地と建物が別個独立であることを前提とした制度である法定地上権（日民三八八条）につき、上記の本邦研修において筆者がその必要性について確認したところ、ベトナム側起草担当者は、法定地上権の規定は現行民法典には規定されていないがその必要性についてはすでに認識しているとの発言を得たことから<sup>28</sup>、ベトナムにおいても日本と同様に土地と建物は別個独立の財産であるとの認識が存在するものと考えられる。そこで、以下では、土地の物権変動論と建物の物権変動論を分けて検討する。

(ア) 土地使用権

上述のように、ベトナムにおいては法主体に私的な土地所有権が帰属することは認められておらず、その代わりに、国家を通じて土地使用権が付与される。また、土地使用権は、付与される主体の属性、土地の使用目的、使用期間などさまざま基準により分類されるため、自由な使用収益を前提とする所有権と法的には決して同視することはできない。しかしながら、民法草案五二二条<sup>29)</sup>は、土地使用権の譲渡を認め、その手続きについては土地法が詳細に規定しており、私たちが考える土地所有権の譲渡のようなものではないにしても、かなり似たような状況はすでに確立しているものと思われる。そこで、土地使用権の法的性質論の問題は留保しておくが、一種の物権的な性質を有する権利であることに間違いはなさそうなので、広く「物権の譲渡」ととらえ、土地所有権の移転・譲渡を土地使用権の移転・譲渡に読み替えることによって考察を進めたい。

土地使用権は、契約によって譲渡が可能であるが、そのための要件としては何が要求されているか、また、土地使用権の移転時期はいつになるか。

土地使用権の移転については、民法草案五二五条一項<sup>30)</sup>は草案一七九条を準用しているので、その結果、同条三項により登録時をもって移転の効果発生時となる（登録主義<sup>31)</sup>。ここには、重要な財産の取引につき国家によって認証され、さらに国家機関により登録される必要があるとの意識がうかがわれるが、これは取引の安全を想定したものではなく、むしろ統制経済・計画経済の発想からの国家による財産の管理・監督を目的とするものであると解される<sup>32)</sup>。また、土地使用権の移転契約についても、土地法その他の法令が規定する形式に従い、文書によることが義務付けられているが、ここにも同様の発想がうかがわれる。つまり、この場合の文書＝契約書は、「公証または証明」されなければならず<sup>33)</sup>、公証については公証事業組織、証

明については村級人民委員会において行われるものと規定されている。契約の締結に際し、当事者以外の第三者による契約締結の確認がされる点では評価すべきところであるが、この公証・証明によって当事者の本人確認や譲渡意思の確認までが厳格に行われているかどうかは、かなり疑わしい。つまり、役所に提出された契約書の形式的な確認に終わってしまっているのではないかと懸念するのであるが、もしそうであれば、物権変動における文書作成の意義は薄れてしまうだろう。

土地使用権の登録は閲覧が可能とされているので<sup>34</sup>、当該登録は、一応、公示の機能を有するものと解することができるが、国家による財産管理・監督の意識からか、国民に対する情報公開の意識は相対的に低く、特に地方都市では登録の閲覧が一部で利権化しているという噂話も耳にする。真偽のほどは定かではないが、早くそのような意識から脱却することを期待したい。

なお、土地使用権が登録されると、登録内容を明記する土地使用権証明書が交付される（表紙が赤いので「赤本」と呼ばれている）<sup>35</sup>。上述の国家による管理・監督の視点からいえば、本証明書は、土地使用権が付与されていることの国家による許諾、いわばお墨付きのような性質を有するものと解することができる。土地使用権証明書には、土地使用権者が明記され、その他、住所や地積など土地の物理的情報、使用目的、期限などの土地使用権の内容、土地上の建物の情報などが記されているが、わが国の登記簿のように権利移転の経過や、担保権など当該土地に存在する諸権利の設定状況などはまったく記載されていない。なお、担保権については、別途、担保取引登録がすでに機能しているので、譲渡契約の際には、土地使用権の登録だけでなく、別途、担保取引登録の確認も必要となる。

(イ) 建物

建物の所有権移転については、特別法である住宅法<sup>36</sup>の適用を受けることになるが、すべての建物が住宅

法の適用を受けるわけではないので、それを区別する必要がある。すなわち、住宅法の適用のある建物はいわゆる居住用建物に限定され<sup>37)</sup>、テナントビルなどの非居住用建物については民法の適用を受けることになる。したがって、後者については、民法一七九条三項により、その登録時をもって所有権移転時期を画することになる。

他方、居住用建物に適用される住宅法の準則はどのようなものであろうか。かつての住宅法には所有権移転時期についての規定はなかったが、住宅法の施行に関する七一号政府議定六四条一項が、売買契約の公証・確証時をもって物権変動時期と規定していた。これに対して新住宅法は、原則的な準則として、購入代金の全額支払い及び住宅の引渡しを受けた時点をもって、住宅所有権の移転時期と規定している<sup>38)</sup>。さらに、この規定にはただし書があり、それによれば、各当事者が別段の合意をすればそれに従うことを許容している。したがって、合意さえ調べれば、当事者の合意のみで住宅所有権の移転を完成させることも許容されていることになる。つまり、不動産に関する民法上の物権変動準則である「登録主義」を、特別法の住宅法により「代金支払い＋引渡し」に修正し、さらに「合意のみ」による物権変動をも許容することになるが、これにはかなり違和感を覚える。

民法が採用する「登録主義」は、物権変動準則としては相対的に厳格な「重い」制度であるが、住居という重要な財産の取引であるゆえに取得者の利益を十全に保護する必要性に鑑みれば、十分に合理的である。ところが、ベトナム法はこの民法上の制度を特別法あるいは当事者の特約によってより「軽い」制度に修正してしまっているものであり、これにより民法の趣旨が完全に没却されてしまい、民法の条文が空文化する恐れがある。また、物権という権利は、その性質上、第三者に対する効果が強力であるゆえに第三者の利益を害する恐れを常にはらんでいる。そうであれば、当事者間の合意の効力は第三者に及ばないような制度構築

を指すべきである。とりわけ不動産に関する物権変動準則は民法により統一され、民法の趣旨を没却するような例外準則を一切認めないという断固たる姿勢が求められよう<sup>39</sup>。

## (2) 動産物権変動論

動産所有権の移転については、草案一七九条一項により、引渡時をもって、移転の効果発生時となる(引渡主義)。この場合の「引渡し」とは、いわゆる現実の引渡しを意味することに異論なからう。では、これ以外の引渡方法、すなわち観念的な引渡しは認められているのだろうか。同条二項が「簡易の引渡し」を想定した規定であると解されており、この場合には、契約の成立時をもって所有権の移転時期とされる<sup>40</sup>。ところが、占有改定や指図による占有移転に関する規定は、現在のところ民法に存在しない。この点について上記本邦研修の際に問い質したところ、起草担当者からは上記観念的引渡方法については全く想定していなかったとの回答を得た。取引が高度化し、さらに迅速性が要請されれば、当然に必要な引渡方法であるので、早期に検討を要する課題であらう。

なお、自動車など登録が予定されている動産については、同条三項により、不動産の場合と同様に、登録時をもって所有権の移転時期が画されることになる。

動産の物権変動準則である草案一七九条一項は、「法律又は契約に異なる規定がある場合を除き」と規定しているので、当事者間の特約により合意のみで所有権の移転を完成させることができるものと解される(合意主義の採用)。これに対する筆者の問題意識は、上記住宅法のところで論じたのでここでは繰り返さないが、取引の重要度からいえば、動産の場合の合意主義採用は、住宅法におけるほどの重大性はないのかもしれない。

(3) 若干の検討

民法が採用した物権変動準則の趣旨を没却しかねない特別法の存在や当事者間の特約の問題性のほかに、とりわけベトナム民法における不動産物権変動論に関して付言したいことがある。

売買契約による不動産の所有権移転の時期を考察するにあたって、売買契約だけで売買契約締結時に所有権が移転するの否か、とくに不動産取引において登録に物権変動上のいかなる効力を付与するかが最大の関心事となるが、国民の一般的な法感覚からすれば、登録によって権利を取得し、国家による登録があるからこそ自分が権利者であると意識することは、最も素直な理解であり、不動産物権変動を明確かつ安全に実現するのにもっとも適切で、法理論としてもきわめて簡明である。その意味で、ベトナム民法が登録主義を採用し、国民の利益を最大限擁護するべく民法改正作業を進めている姿勢は、歓迎されるべきものである。

民法草案一二一条一項<sup>41</sup>は、「不動産は、本法及び財産登録法の規定に従い登録されなければならない」と規定し、不動産物権変動準則とも整合的である。

ところが、肝心の「財産登録法」がまだ制定されていないことは、極めて重大な問題であろう<sup>42</sup>。現在のところ、土地使用権、建物所有権、担保権は各々異なった行政機関が登録事務を管掌しているが、近い将来に統一される見込みは薄いだらう<sup>43</sup>。また、一般の本邦研修参加者の一部から、国民のプライバシー保護や個人情報保護の観点から、財産登録法の制定にそもそも反対である旨の意見が出されたのも事実である。このような現状で、はたして不動産物権変動における登録主義は十分に機能するのだろうか。

登録主義を採用する場合にはもちろんのこと、仮に登録主義を採用せず、對抗要件主義に鞍替えしたとしても、不動産取引における公示制度の重要性に鑑みれば、私法上の取引における公示の意義を正しく理解し、登録機関及び各種の登録簿を整理・統合することによって、不動産に関する権利の情報を集約し（ワンスト

ツプサービスと登録簿の一覧性)、かつ国民がこれにアクセスすることを容易にし(無条件の閲覧可能性)、これら国民の利便性を確保した登録制度の構築と当該制度を確実に運用できる登録関連法令の整備が急務であることを留意すべきである<sup>44</sup>。

1 平成一八年(二〇〇六年)一〇月に発足した民法(債権法)改正検討委員会による民法改正議論も含めれば、およそ八年間にわたり民法改正作業が大々的に進められたことになる。民法という日本の法体系の中心に位置づけられる大法典の大改正であることに鑑みればもしかしたら当然のスケールなかもしれないが、それにしてもこれほどの大規模な改正作業は、日本の法学史上、前例のない特筆すべき事績と評価してよからう。

2 古代から現在に至るまでのベトナムにおける政治・経済の歴史の概略を紹介するものとして、松尾弘「社会主義国における法改革と経済・政治の発展(2)―ベトナムの場合」法七三七・三三三号六二頁以下参照。

3 日本がベトナムに対する法整備支援活動に至るまでの経緯につき詳細に紹介するものとして、新美育文「ODAⅡ法整備支援の一斑 ベトナムとカンボジアでの経験」時の法令一七二九号五三頁以下(以降全三七回(一八五八号)連載)。また、ICD NEWS六号(二〇〇二年・法務省法務総合研究所国際協力部)、九号(二〇〇三年)、一六号(二〇〇四年)、三四号(二〇〇八年)参照。ベトナム法整備支援の初期段階(フェーズI)の状況について、弁護士立場からJICA長期専門家として現地での経験を綴ったものとして、武藤司郎・ベトナム司法省駐在体験記(二〇〇二年・信山社)。同じく、長期専門家としてベトナムに派遣され、裁判官の立場からその後の法整備支援活動を詳細に紹介するものとして、榎原信次・ベトナム法整備支援体験記(二〇〇六年・信山社)がある。

4 一九九五年民法の条文を日本語に翻訳し、若干の解説を付した、鈴木康二・ベトナム民法(一九九六年・ジェトロ)がある。

5 その後の法整備支援活動は、改正民法の起草支援にとどまらず、不動産登記法や担保取引法令など民法に直接関連する法令や民事訴訟法などを含む広範な射程を持った民商法分野の立法支援、刑事法分野の立法支援、さらに法曹人材育成支援にまで及んでいる。また、当初は、連絡調整係として前掲注(3)の武藤弁護士お一人が長期専門家として現地に派遣され、折に触れて大学教授や実務家が短期専門家としてベトナムに赴き、集中講義や現地セミナーを開催して対応していたが、現在では、

- 法曹三者から一名ずつ三人の長期専門家が現地に派遣され、鋭意、法整備支援活動に従事されておられる。
- 6 二〇〇五年民法典の解説として、桜木和代「ベトナム民法―取引の安全の側面からみた日本民法との比較―」JICAジャーナル五七巻五号六頁以下参照。
- 7 欧米のドナーがまさに欧米流の法制度、あるいはそれに基づく条文案自体を提供する形の支援を行っているのに対して、日本側は、中・長期的な展望に立って、ベトナム社会に適合的な法制度を構築するべく、ベトナムから示された原案が有するメリットとデメリットを解説し、一定の方向性あるいは解決案の選択肢を提示するにとどめ、最終的に何を選択するかは決定権をベトナム側に完全に委ねた形の支援を行っている点にわが国のベトナム法整備支援の特徴があるといえよう。
- 8 平成二七年三月二日から二週間にわたり行われた今般の本邦研修に参加した日本側の民法共同研究会メンバーは、森脇昭夫（委員長）名古屋大学名誉教授・弁護士、新美育文（委員）明治大学法学部教授、内田勝一（委員）早稲田大学国際学術院教授、野村豊弘（委員）学習院大学名誉教授・弁護士、松本恒雄（委員）独立行政法人国民生活センター理事長、角紀代恵（委員）立教大学法学部教授、松尾弘（委員）慶應義塾大学大学院法務研究科教授、そして筆者であり、これに三人の長期専門家を含めての議論となった。また、JICA法・司法制度改革支援プロジェクト（フェーズⅡ）に携わる法務省法務総合研究所国際協力部教官およびJICA職員の参加があった。
- 9 ちなみに、今般の本邦研修において筆者が初めて受けた質問は、慣習上の物権の取り扱いについてであった。
- 10 ベトナム民法典の体系は、ドイツ民法典や日本民法典のような厳格な意味でのパンデクテン・システムを採用するものではないが、例えば第一編は総則編であり、各章、各節の冒頭は総則規定を置いているものが多く、いわば「緩やかなパンデクテン・システム」を採用しているものと評しうる。実は、いわゆる物権の規定が含まれる現行ベトナム民法典の第二編は、「財産と所有権」という見出しが付けられており、ここにいわゆる物権概念は見出せない。それに対して、今般の改正民法草案第二編は、第一案として「所有権およびその他の各物権」、第二案として「物権」との見出しが提案されており、今回、物権概念が法令上はじめて登場したことになる。いわば、ベトナム社会にとつてみれば、物権なる法概念はまったく新規の未知なる法概念であったため、物権なる権利の性質もあまりよく理解されておらず、民法に導入することに對しても少なからず反対意見が根強くあるようである。
- 11 ベトナム民法典をはじめ、さまざまな法令および立法状況に関する情報については、長期専門家の松本剛チーフアドバイザー（検事）に多大な協力をお願いした。ここに敬礼申し上げる。
- 12 ベトナムと同様に、社会主義体制を維持しながら市場経済を導入しようと試みる中国でも土地使用権制度が存在する。中国

の土地使用権制度について、小田美佐子『中国土地使用権の所有権』（二〇〇二年・法律文化社）参照。

13 『二〇〇五年民法一七二条』所有の形式

全人民所有、集団所有、私人所有の制度を基にして、諸所有形態は国家所有、集団所有、私人所有、共有、政治組織、政治・社会組織の所有、政治社会・職業組織、社会組織、社会・職業組織の所有を含む。

以下、ベトナム民法をはじめとした諸法令の日本語訳については、日本の法務省・法務総合研究所・国際協力部のウェブ・サイト内にある「ベトナム六法（主要法令の和訳）」を参照した。

14 『土地法四条』土地所有

土地は全人民所有に属し、国家が所有者の代表としてそれを統一して管理する。国家は本法の規定に従って土地使用者に土地使用権を交付する。

15 『二〇〇五年民法六八八条』土地使用権取得の根拠

1. 土地は国家所有形態に属し、政府によって統一的に管理される。

2. 個人・法人・世帯・その他の主体の土地使用権は、国家に引き渡されるか、または借りることによって取得される。

3. 個人・法人・世帯・その他の主体の土地使用権も、本法典及び土地に関する法律の規定に従って、他人に土地使用権を移転させることによって取得される。

16 小田・前掲注（12）二頁。

17 『二〇〇五年民法六九七条』土地使用権譲渡の契約

土地使用権譲渡の契約とは、本法典及び土地に関する法律の規定に従って各当事者の合意により、土地使用権譲渡人が譲受人に土地を引き渡し、土地使用権を移転し、譲受人が譲渡人に代金を支払うことである。

18 桜木・前掲注（6）一三頁も同趣旨であると思われる。

中国における土地使用権制度が中国返還前の香港の土地制度を取り入れたものであるとの指摘がなされることがある。すなわち、返還前の香港のすべての土地所有権が英国王室に帰属していることを論拠とするものであるが、小田・前掲注（12）一三頁注12は、当該使用権が旧香港法と異なる概念であることを指摘する。

なお、イギリス不動産法によれば、すべての土地は国王が所有（own）し、国民は土地を国王から借りて保有（hold）し、この保有する権利は単純保有権と賃借権に分かれる。この場合、単純保有権と長期の賃借権については、日本でいう所有権の感覚に近いものとして扱われているようである。西垣剛・英国不動産法（一九九七年・信山社）一九三頁以下参照。

19 我妻榮〔有泉亭補訂〕・新訂物権法（民法講義Ⅱ）（昭和五七年・岩波書店）二五八頁。中国伝来の農村の土地制度として、耕地を田底権と田面権に分け、田底権は皇帝や政府の所有に帰し、田面権を農民に付与したそうであるが（小島麗逸・現代中国の経済（一九九七年・岩波新書）一四〇頁）、基本的な発想は同じであろう。

20 社会主義体制を前提とした法制度をわが国の法制度と単純に比較し、検討することだけでは、ベトナム民法へ示唆を与えることにはならず、ましてや日本法の見直しの契機となることもあり得ない。そのような思考態度は、むしろ危険でさえであろう。大陸法的法思考を前提にどこまでベトナム法に資するかを考えることが我々日本の民法学者に課された重要な課題であると認識すべきであり、より謙虚な姿勢が求められるのではないか。

21 我妻・前掲注（19）三八頁。

22 【民法草案一七九条】所有権、その他の各物権の確立の時点及び第三者に対する對抗要件

1. 所有権及びその他の物権の確立は、法律又は契約に異なる規定がある場合を除き、財産が引き渡された時点から効力を生ずる。

2. 財産が契約締結の時点より前に引き渡されたときは、所有権及びその他の各物権は、法律又は契約に異なる規定がある場合を除き、契約が効力を生じた時点から確立される。

3. 法律が物の譲渡権限のある機関において登録されなければならないと規定する場合、所有権及びその他の物権の確立は、法律に異なる規定がある場合を除き、登録の時点から効力を生ずる。

4. 本条一項、二項及び三項の所有権及びその他の物権の確立時点に関する規定は、また第三者に対する對抗力を確定するためにも適用される。

23 草案一二二条は、現行民法一六七条を承継したものである。

【民法草案一二二条】財産の登録

1. 不動産は、本邦及び財産登録法の規定に従い登録されなければならない。

2. 動産は、財産登録法に異なる規定がある場合を除き、登録しなくてよい。

3. 登録された財産に関する情報は、公開されなければならない。

【二〇〇五年民法一六七条】財産所有権の登記

不動産に対する所有権は、本法及び不動産に関する法律の規定に従って登記されなければならない。法律に別の規定がある場合を除いて、動産に対する所有権は、登記する必要がない。

24 現行民法が「登記」、民法草案が「登録」の用語をそれぞれ使用しているが、これは日本語訳の問題であるので、ほぼ同義で解しても間違いではない。ただし、ベトナム民法における「不動産の登記・登録」と私たちが想定する「登記」の意味は、必ずしも同義とは言えない。つまり、ベトナム民法が想定する「登記・登録」制度は、当該財産の権利関係を公示し、もって取引の安全に資することを前提として構築された制度であるとの意識が弱く、むしろ「登記は安易に閲覧させるべきではない」との意識が今でも完全には抜け切れていないところがある。言うなれば、わが国における拳銃や刀剣の登録のように国民が有する財産の管理あるいは監視を目的とする、という理解が根強く残っていることに留意すべきである。新美・前掲注(3)一七三六号五三頁参照。

25 【民法草案四五一条】 財産売買契約  
 財産売買契約とは、売主が買主に財産の所有権を移転し、買主が金員を支払う契約である。

26 【民法草案四二二一条】 契約締結の時点

1. 契約は、申込者が締結の承諾を受領した時点で締結される。

2. 3. 省略

4. 文書による契約締結の時点は、文書に最後の当事者が署名した時点である。

27 【民法草案一二二一条】 不動産及び動産

1. 不動産は、次の各財産からなる。

a) 土地

b) 土地に付着した住宅、建造物

以下省略

28 実際には、ベトナムでは、土地使用権に対する抵当権を設定する際に地上建物にも抵当権の効力を及ぼす旨の特約をしなかったため、後に抵当権が実行されることによって、新土地使用権者が地上建物所有者に対して明渡請求をする事案が生じているとのことであった。

29 【民法草案五二二一条】 土地使用権移転契約

土地を使用する者は、土地法の規定に従い、土地使用権及び土地使用に関するその他の各権利の譲渡、賃貸、転賃、贈与、抵当、出資について、他の主体と合意をする権利を有する。

30 【民法草案五二五一条】 土地使用権移転の効力

1. 土地使用権移転の効力は、本法典第一七九条の規定に従って適用される。  
以下省略
- 31 土地法一八八条三項が詳細に規定している。なお、日本語訳の問題かもしれないが、土地法では、「登記」と「登録」の用語が区別なく使われているが、上述のように、少なくとも日本法が想定する登記とは意味合いが異なるので、以下では「登録」の語を使用する。
- 32 新美・前掲注(3)一七三八号六二頁。実際に、土地法二三条以下は、土地に対する国家の管理責任を規定している。
- 33 土地法一六七条三項a号参照。なお、当該登録に際しては、これと同時に土地の国家管理のための電子データベース及び土地管理台帳への登録もあわせて行われる(土地法九五条二項、九六条、二二一条参照)。
- 34 土地情報システムへのアクセスにつき土地法二八条参照。
- 35 土地法九七条以下参照。
- 36 住宅法については、二〇一四年に住宅法が改正され(二〇一五年七月一日施行予定)、これに伴い従前の住宅法上の準則が大きく変更された。以下では、特に断りがない限り、新住宅法の規定を前提に考察を進める。
- 37 住宅法三条一項参照。
- 38 住宅法一二条参照。
- 39 民法の主管官庁が司法省であるのに対して、住宅法が建設省であることも、問題をいつそう複雑にしている要因の一つといえよう。
- 40 前掲注(22)参照。
- 41 【民法草案二二一条】財産の登録
  1. 不動産は、本法及び財産登録法の規定に従い登録されなければならない。
  2. 動産は、財産登録法に異なる規定がある場合を除き、登録しなくてよい。
  3. 登録された財産に関する情報は、公開されなければならない。
- 42 わが国の旧登記法(明治一九年(一八八六年)八月一三日公布)が、民法典よりも早く、わが国最初の法律(法律第一号)として制定されたことに思いを致せば、その重要性は決してないがしろにできない。したがって、ベトナムにおいても、本来であれば、遅くとも民法典と同時に財産登録法が公布・施行されるべきところであり、登録主義を採用するのであればなおさらである。

43 土地使用権の登録は資源環境省と地方の各級人民委員会が、住宅所有権の登録は建設省が、担保取引の登録については司法省がそれぞれ所管しているが、ベトナムが想像以上の官僚国家であり、そうとう縄張り意識の強い社会であることから、現行の三つの登録制度をまとめた統一的な財産登録法を制定することは至難の業となりそうである。新美・前掲注(3)一七三二号四六頁参照。

44 ベトナム法整備支援としても、再三にわたり不動産登記法の立法及び担保取引登録令の法律への格上げを優先的に行うようベトナム側に働きかけてきたのであるが、いまだ実現できていないのが現状である。新美・前掲注(3)一七四六号五六頁。

(未完)