

# 第1編 渉外不動産登記

## 第1章 序 論

### 第1節 法例から通則法へ

#### 第1款 はじめに

世の中がグローバル化時代といわれて久しいのであるが、そのグローバル化時代にふさわしいように、人も、物も、お金も、情報も世界中を行き来している。最近では、またそれだけではなくて災害の方も、日本だけではなくて、タイやトルコなどでも発生しているということで心配な面もある。それから財政不安、金融不安も世界あちらこちらに発生しており、グローバル化の中身が随分異なるが、いろいろな分野で広がってきており、大変不安な状態にある。財政の状況などといったら、日本もかなり借金が多いわけで、今話題になっているギリシャやイタリア、スペイン等に比べて、日本の方がはるかに借金が多いといわれている。このことは日本国内では問題になっているけれども、なぜ日本が世界的に問題にならないのであろうか。やはり国債の買い手が、日本の人がほとんどであるということで、あまり問題にならないのだということである。しかし、これはやはり借金大国ということでは大変ではないだろうか。そのようなところで、災害、原子力、財政の問題も含め通貨、株価、雇用情勢などいろいろな分野でやはりグローバル化しているといえそうである。

そのような中で、渉外不動産登記の対象である土地と建物、これは物理的にはいつも動くというものではない。というより、むしろ固定しているものである。ただ、土地も国という観点からみると国の領土ということになり、領土に関しては、これは今度は統治権の問題になるので、まだいろいろと問題が残っているというようなところもある。現に北方領土の問題、尖閣列島の問題、

また竹島の問題もある。それから、今回の東日本大震災により、土地が平行移動した、あるいは建物が崩壊し、あるいは流されたというようなこともあるのであるが、土地・建物については基本的には不動のものとして考えてよいのではないかと思われる。

ところで、その日本にある土地を、一説によると、どこの国の人か分からないが、その土地を相当買っている、そのような噂が絶えない。一体これはどのようなようになるのだろうかということも心配な面の1つである。私がかつて住んだこともある北海道も、比較的暖かい地域があって、ここもどこかの国の人がたくさん土地を買っているという噂がある。また、逆に日本の人々が外国に行き、外国に永住する、ロングステイするという方々も大変多くなっているといわれている。まさに「世界は1つ」である。そのようなことで涉外性というのは、土地は動かないけれども人が動く、情報も動く、お金も動く。そんな中であるいは、買い占めというような状態が起き得る。そうなるといろいろとこれから我が国の不動産登記の方にも影響してくる。そのようなことで、涉外不動産登記という観点からみると、現在それからこれから将来にわたっても、今まで以上にいろいろと多角的に考察し、検討しておかなくてはならないような問題が多々発生する、あるいは発生しているのではないかというような状況である。そのようなことを含めて、涉外不動産登記について深く関心もち、興味をもって研究を続けてきたところである。

## 第2款 法例と通則法

法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）は、平成19年1月1日に施行されている。それまでは法例という、明治31年に制定された古い法律があり（明治31年6月21日法律第10号）、その法例に従って涉外的な問題は処理をされていた。その法例が平成19年1月1日に改正をされた。これは1つには、国際的な取引が増加していること、またその取引の多様化、情報化等による社会経済状況の変化というようなこと、それからヨーロッパを中心として諸外国の国際私法に関する法整備が進められたこと、そのような動向をふまえて法例を現

在の社会経済情勢に適合し、国際的に調和のとれた内容のものにするために、法律行為、債権譲渡等に関する準拠法の指定に関するルールを中心に改正された(注1)。

今回改正されたのは、財産法の分野が中心である。そのポイントは、準拠法の選択あるいは準拠法指定のルールを明確にするというような方向での改正が、大きな流れとして1つある。通則法7条は、「法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による。」としている。もっとも、この準拠法の選択(当事者自治の原則)は法例においても認められていた(法例7条1項)。ただ、法例は、当事者による法選択がない場合における法律行為の成立および効力について、その7条2項において、一律に行為地法を準拠法としていたが、通則法8条は、その1項において、「前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、当該法律行為の当時に当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による。」と規定し、当事者による法選択がない場合における法律行為の成立および効力について法例7条2項が一律に行為地法を準拠法としていたのを改めている(客観的連結における連結点の変更)。これは電子商取引が活発化した現代の国際取引においては、法律行為の行為地あるいは契約の締結地との関係は希薄になっており、また、法律行為には様々な類型があるにもかかわらず一律に行為地法によらしめたのでは、具体的な妥当性を確保できないということにもなりかねないことを考慮し、通則法は、法律行為の当時にその法律行為に最も密接な関係がある地の法(最密接関係地法)によるものとしている(注2)。国際取引が、特定の現地で取引をするというような形でなくて、電子取引という形になってきた。その電子取引ということになると、基準になる法律というものは、今までのような一律に行為地法ということにはならないわけであり、その取引に最も密接に関係する地の法律、いわゆる「最密接関係地」の法によるというように改正している。なお、その他の点については通則法7条は、法例7条とは次の2つの点で異なっている。通則法においては、「……当該法律行為の当時に……」というように選択の時点が特定されている点、それから、通則法は「～選択し

た地の法による。」と規定されているが、法例は「～従ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム」と規定している点である。

前者については、当事者による準拠法選択の基準時点の意思が問題となることを明確にし、準拠法選択が法律行為よりも後の時点でされた場合は、通則法9条の準拠法の変更の問題になることを明らかにしている。なお、法例7条1項については、当事者の準拠法の指定は明示的なものである必要はなく、黙示的なもので足りるとしていた（最判昭和53年4月20日・民集32巻3号616頁、最判平成9年9月4日・民集51巻8号3657頁）。当事者の黙示の意思による準拠法指定が最高裁判例により明確に認められ、学説でも多数説であったといわれている（注3）。そして、通則法7条の解釈としても黙示の準拠法指定は認められることになると解される（注4）。

後者については、通則法8条1項等によって「……最も密接な関係がある地の法」という規定が置かれていることを考慮し、7条においても国というよりも「～選択した地の法による」と規定したものと考えられる。ただ、不動産を目的とする法律行為については、その不動産の所在地法を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法律として推定している（通則法8条3項）。

### 第3款 不動産取引と準拠法の選択

#### 1 法律行為

不動産取引と準拠法については、まず、不動産取引契約等が行われた場合、当事者が準拠法の選択をすることができる。当事者の準拠法選択を認めると、次のようなケースも考えられる。例えば、ドイツ人と日本人が日本にある不動産の売買契約をするというときに、不動産は日本にあるから、通常は日本法に準拠してするが、仮にドイツ人の方で、ドイツの民法に準拠しようではないかということでお互いに合意が成立したとすると、これは理屈の話であり、そのようなことはまずないと思うが、仮に、そうなるとドイツ法に準拠して売買契約をするということになる。そうすると、どのような問題が起きるかということ、ご承知のとおり、ドイツは無因主義である。いわば売買契約としての債権

契約と別に、物権変動の合意をしなければ所有権は移転しないという法制を採っているといわれている。ドイツにおいては、所有権の移転、物権の設定・移転・変更は登記が効力要件となっており、物権変動に関する物権的合意は、債権契約とは無因であり、独自に成立をし、登記の正当性を裏付けるものとして、登記申請の際に物権的合意が有効に成立していることを証明しなければならない。しかし、この物権的合意は、原則として無方式でなされるものとされ、その存否またはその内容についての登記官の審査の困難性等を考慮して、この物権的合意に代えて、登記義務者の片面的な意思表示である登記許諾を提出する原則を採用しているといわれている(注5)。このように不動産の物権変動には、合意と土地登記簿への登記を必要とする。日本は、ご承知のように有因主義であるから債権契約だけで物権変動の効力が発生する。売買契約だけで直ちに所有権は移転する。そうすると、ドイツ法に準拠するということになったときに、その売買契約は債権的な効力しか発生しない。「あれ?」、それで売買契約1本で不動産登記、日本の不動産であるから日本の不動産登記法に基づいて登記申請するわけであるが、「不動産登記申請できるのですか。原因証書はどうするんですか?」、このようなことになりかねないわけである。

これは簡単な問題ではなくて、理屈としては大変難しい。この場合の単位法律関係を分析してみると債権契約である売買契約の成立および効果並びにその方式と物権関係である不動産の所有権移転が問題となる。通則法13条を見ると、その1項において、「動産又は不動産に関する物権及びその他の登記をすべき権利は、その目的物の所在地法による。」と規定し、その2項において、「前項の規定にかかわらず、同項に規定する権利の得喪は、その原因となる事実が完成した当時におけるその目的物の所在地法による。」と規定している。この規定は法例10条の規定を現代語化したものであり、その内容については何ら変更するものではないといわれている(注6)。そうすると日本にある不動産について物権変動の効力は日本の法律に準拠するというように私は理解できると思うので、この13条によって、債権契約である売買契約の方はドイツ法によるとしても、物権変動の部分は日本の法律に準拠するという解釈が成り立つの

ではないか。この通則法13条の適用対象は、①動産または不動産に関する「物権」（物権とは、国際私法上の概念であり、具体的には、物を直接支配する権利を意味する。）および②物権または不動産に関する「登記すべき権利」である。そして、「登記すべき権利」というのは、物権以外の権利であって、登記をすることによって物権と同一の効力または物権類似の効力（対抗力）を生ずるものを意味する。この権利としては、我が国の民法上の不動産買戻権（民法581条）、不動産賃借権（民法605条）等がこれに該当する。この場合の「登記すべき権利」は動産または不動産に関するものに限られるから、夫婦財産契約の登記によって生ずる権利等は含まれない。これは「契約」の登記の効果であって、動産または不動産に関する「権利」それ自体の登記によるものではないと考えられるからである（注7）。

そして、通則法13条1項は、動産と不動産、主物と従物、物権の種類・内容・効力等の準拋法一般についての原則規定であり、同条2項は、物権等の「得喪」に関する特別規定（そのことを明確にするために「前項の規定にかかわらず」の文言が新たに規定されている。）であり（物権等の得喪とは、物権等の発生および消滅のみを意味し、「変更」は含まれないので、物権等の変更は、13条1項によって規律される。）、法例10条の規律を変更するものではないとされているから（注8）、そのようなことであれば、売買契約を登記原因証書として、日本で現在行っているように、これを登記原因証明情報として所有権移転登記ができると考えられる。それは、ドイツ法に準拠してなされた売買契約によって物権変動の効果が生ずるか否か、すなわち所有権が移転するか否かは日本の民法に準拠して定めることができると解されるからである。

判例は、法律行為に基づく物権変動について、債権契約（ここでは売買契約）との間に有因であるのか、無因であるのかについても、通則法13条が定める準拋法によって判断するとしており（東京高判平成24年1月18日・判時2138号42頁）、物権の準拋法によれば、物権行為は有因行為であり、債権契約（売買契約）がその準拋法であるドイツ法上有効であることが前提であるとしている。

そうなると債権契約としての売買契約がドイツ法上有効であることが必要で

あるが、無因主義をとるドイツ法上この売買契約には所有権移転の効果意思は含まれず、所有権を移転する債務を負う債務負担意思（所有権移転債務意思）のみを内容としている場合が考えられる。そうすると、この種の売買契約を物権の準拋法である日本法上どうみるかということになるが、日本民法555条は、「売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。」と規定しており、まさにこの所有権移転債務意思に所有権移転という物権的効果を与えているとみることができる。ドイツ法は、無因主義をとっているため、この移転債務意思のほかに、さらに物権移転の合意という物権行為が必要であるということになるが、日本法のような有因主義のもとにおいては、当該売買契約に所有権移転債務意思が明確になっていれば、所有権移転の効果意思ありとみて、この売買契約書を登記原因証明情報と認め、所有権移転登記ができると解してさしつかえないのではないかと考えている。

つまり、物権行為と原因行為との区別を前提とすると、結局は通則法13条2項が設定する単位法律関係の射程は、物権変動の要件および要件具備の直接の効果であるところの物権の取得、喪失、変更について規律することになるので、例えば、物権変動の要件に関する問題である有因性・無因性の点についても、射程に含まれることになる（櫻田嘉章・道垣内正人「注釈国際私法第1巻」380頁、神前禎「外国国家所有の土地の開発契約及びこれに対する地上権設定の準拋法」2頁（私法判例リマークス46（2013〔上〕）146頁。）。そうなるとドイツ民法等のように、例えば売買契約によっては、所有権を移転する債務を負担するにすぎないということになるとさらに物権譲渡の合意が前提となり、ドイツ人が我が国の不動産を売買する場合には、売買契約のほかに所有権譲渡の合意が必要となる。

しかし、不動産は動産と異なり、通常所在地法が変更することはなく、所在地国と永続的・実質的に関連を有する。このことを登記制度の存在とあわせて考えると所在地国が物権問題について通常、最大の利害関係をもち、各国も所在地法主義を原則とするから、結果の統一性という要請にもかんがう（木柵照一

・松岡博・渡辺愷之「国際私法〔第5版〕」。そう考えると属人主義をとるドイツ人が日本の不動産の売買をするような場合において、当該売買契約のみによって（別に物権譲渡合意という行為が存在しない場合においても）、所有権移転の効果を認め、その売買契約書を登記原因証明情報として所有権移転登記をすることができるかと解するのが相当であると思われる。

ただ、この点については異論もあると思われるが、私はそのように考えていいのではないかと考えている（注9）。すなわち、不動産の売買契約によりいつ物権変動が発生するかということは日本の民法によって判断することができ、売買契約を登記原因証明情報として提出し、所有権移転登記ができると考えている。前述の如く、ドイツ法によれば、所有権譲渡の合意と登記が必要であるが、不動産の売買によりいつ物権変動が生ずるか、売買契約に所有権移転の効果意思が含まれているか否かを含めて日本の民法が適用され、日本民法により判断してよいのではないかと考えている（注10）。

## 2 行為能力

通則法4条は、人の行為能力について、「人の行為能力は、その本国法によって定める。」と規定し、その2項は、「法律行為をした者がその本国法によれば行為能力の制限を受けた者となるときであっても行為地法によれば行為能力者となるべきときは、当該法律行為の当時そのすべての当事者が法を同じくする地に在った場合に限り、当該法律行為をした者は、前項の規定にかかわらず、行為能力者とみなす。」と規定している。

1項は、人の行為能力については本国法主義を維持することとし、また単位法律関係については、法例3条1項は人の「能力」としていたのを通則法4条1項は人の「行為能力」と改めている。

これは、自然人の能力を本国法によることは特に問題はなく、また法例3条1項に規定する「能力」については、多数説が、法例3条は、年齢による財産法上の行為能力の制限のみに関する規定と理解していたこと等によるものと解される（注11）。

2項については、法例3条2項は、「外国人カ日本ニ於テ法律行為ヲ為シタ



ル場合」についてのみ、いわゆる内国取引保護規定を置いていたが、通則法は、法律行為が外国でなされた場合にも取引保護規定を置いたわけである。

どのような場合のことかという、例えば、中華人民共和国は、成年になる年齢が18歳である（中華人民共和国民法通則11条）という場合、その国でその国の人と日本人が取引行為を行うときに、日本人の19歳の人が取引をするということになった場合に、日本の法律でいえばまだ未成年である。しかし、その国の法律でいえば成年者である。このような場合に、取引法規定といわれる今の2項の規定が働き、たとえ日本の法律で未成年者であっても、その国の法律で成年者である場合においては、その取引は成年者の取引とみなすということである。これは実際の渉外的な取引のときに、相手が成年年齢に達しているかどうかをその都度調査をしなければならないというようなことになれば、取引がスムーズに進まないことも考えられ、取引上不都合な場合があるということで、このような取引保護規定が置かれたといわれている。これは前述のごとく従来の法例でも、国内の取引についてはそのような規定があったが、国外の取引についても、そのような規定を設けたということが特色である。なお、この規定は、当該法律行為の当時そのすべての当事者が法を同じくする地に在った場合にのみ適用される（通則法4条2項）。また取引保護規定の適用範囲（通則法4条3項）については、親族法または相続法の規定によるべき法律行為および行為地と法を異にする地にある不動産に関する法律行為については、通則法4条2項の規定を適用しないと定めている。これは、内国保護規定が双方化されたことに伴い、取引保護規定の適用除外となる対象範囲を「外国に在る不動産に関する法律行為」から「行為地と法を異にする地に在る不動産に関する法律行為」に改めた点を除き、法例3条3項と同じ趣旨の規定である。

#### 第4款 後見開始の審判等

##### 1 国際裁判管轄

通則法5条は後見開始の審判等について「裁判所は、成年被後見人、被保佐人又は被補助人となるべき者が日本に住所若しくは居所を有するとき又は日本

の国籍を有するときは、日本法により、後見開始、保佐開始又は補助開始の審判をすることができる。」と規定している。法例の規定は、その4条1項において、「後見開始ノ審判ノ原因ハ成年被後見人ノ本國法ニ依リ其審判ノ効力ハ審判ヲ為シタル國ノ法律ニ依ル」、その2項において、「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニ付キ其本國法ニ依リ後見開始ノ審判ノ原因アルトキハ裁判所ハ其者ニ對シテ後見開始ノ審判ヲ為スコトヲ得但日本ノ法律力其原因ヲ認メサルトキハ此限ニ在ラス」、法例5条は「前条ノ規定ハ保佐開始ノ審判及ビ補助開始ノ審判ニ之ヲ準用ス」となっていた。例えば、韓国を例にとると、韓国は補助制度、補助人あるいは被補助人の制度というものはないといわれていた（韓国民法が2011年3月7日に改正され、成年後見・限定後見・特定後見の制度が導入されていること後述のとおりである。施行は2013年7月1日）。その制度がないということになると、日本でそのような補助人、あるいは被補助人のための補助人の審判を韓国人に対してできるのかどうかという問題があったわけである。しかし日本に住んでいるのであるから、現実問題としてはそのような被補助人を保護するためには補助人の審判ができなければ具合が悪いわけであるが、そのようなこともふまえてこの5条の規定が置かれたというようにいわれている。法例4条、5条と通則法5条とは、後見開始の審判という同一の問題を対象としているが、その内容は少し異なっている。法例4条においては、審判の原因については成年被後見人の本國法により、審判の効力については審判國法によることを原則とし、日本に住所または居所を有する外国人については、その本國法と日本法のいずれもが原因を認めた場合に審判をなしうるとされていた。そして、法例5条は、前述の如く、後見開始の審判についての規定が保佐開始、補助開始の審判に準用されるものとされていた。

これに対し、通則法5条は、我が国において後見開始の審判等を行いうる場合は、成年被後見人等になるべき者が日本に住所を有する場合、居所を有する場合または日本の国籍を有する場合であること、そして、その場合には後見開始の審判等は日本法によりなされると規定している。

ところで、法例4条の解釈として議論があったのは、本人の本國に国際裁判

管轄を認めるべきか否か、例えば、外国に居住する日本人について我が国の裁判所の国際裁判管轄を認めるべきか否かという点であるといわれている(注12)。それは、外国に居住する者の心身の状況を調査することは非常に困難ではないか、外国に居住する者に対して我が国が後見開始の審判を行ったとしても、それがその者の居住地国で承認されるとは限らず、自国民保護という目的は達成されないのではないかと、さらには、現在の我が国の成年後見制度においては、審判手続において本人の鑑定を行い、また本人の意見を聞くものとされている(家事審判規則24条、25条)が、我が国にいない者に対して後見開始の審判を行うことは実際には難しいのではないかとといった点に疑問が生じるからである(注13)。

以上のような種々の議論をふまえ、外国在住邦人の保護の必要性等も考慮し、要保護者が一時的に日本に帰国した際に行うことも考えられるほか、司法共助手続によることや当該外国で駐在する我が国の領事の協力を得て実施することなども考えられ(民事訴訟手続に関するハーグ条約15条、領事関係に関するウィーン条約5条)、手続的に実現不可能とはいえない(注14)ことを考慮し、前述の如く、通則法5条は、我が国の裁判所が後見開始の審判等をするための国際裁判管轄は、本人が「日本に住所若しくは居所を有するとき又は日本の国籍を有するとき」に認められるとしている。

## 2 準拠法

後見開始の審判の原因および効力の準拠法については、法例4条は、日本人についてはもっぱら日本法を(4条1項)、外国人については、効力について日本法を(4条1項)、原因については、その本国法と日本法とを(4条2項)、それぞれ適用するものとしていた。日本人については、本国法主義の原則にしたがいもっぱら日本法によることとされ、外国人についての審判の効力については、我が国において当事者の国籍如何により審判の効力が異なるとすると取引の安全が害されることになりかねないからである(注15)。ただ、原因につきその本国法と日本法をそれぞれ適用としているが、そうなると、例えば「保佐」開始の審判を行う場合に、日本法上の要件を満たす必要があることは明ら

かであるが、その者の本国法上いかなる要件をみたす必要があるかを判断することが困難な場合が考えられる。その者の本国法が、我が国のように「後見」「保佐」「補助」の3分類あるいはそれに類する分類をしているとは限らない場合が考えられるからである。前述した韓国の場合もその一例になると考えられる(注16)。もっとも、すでに改正されていること前述のとおりである。通則法5条は、後見開始の審判の準拠法はもっぱら日本法とする旨規定している。後見開始の審判等の原因および効力の準拠法について、端的に日本法によるとしている。なお、外国においてされた保護措置の承認については、通則法も規定を設けておらず、解釈にゆだねられることになる。例えば、後見開始の審判等の効力に関し、外国においてそのような行為能力の制限に関する保護措置を受けた者が我が国においてした行為の効力等、また外国においてされた保護措置の効力の承認に関しては、通則法は法例同様規定を設けておらず、引き続き解釈にゆだねられるということになる(注17)。

結局、通則法5条は、後見開始、保佐開始または補助開始の国際裁判管轄ならびに原因および効力の準拠法について定めた規定であるということである。

後見等については、法例24条1項は、「後見ハ被後見人ノ本国法ニ依ル」と規定し、その2項は、「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外国人ノ後見ハ其本国法ニ依レハ後見開始ノ原因アルモ後見ノ事務ヲ行フ者ナキトキ及ヒ日本ニ於テ後見開始ノ審判アリタルトキニ限り日本ノ法律ニ依ル」と規定している。そして、同法25条は、「前条ノ規定ハ保佐及ビ補助ニ之ヲ準用ス」と規定している。

後見等についての通則法35条は、その1項において、「後見、保佐又は補助(以下「後見等」と総称する。)は、被後見人、被保佐人又は被補助人の本国法による。」、その2項において、「前項の規定にかかわらず、外国人が被後見人等である場合であって、次に掲げるときは、後見人、保佐人又は補助人の選任の審判その他の後見等に関する審判については、日本法による。一 当該外国人の本国法によればその者について後見等が開始する原因がある場合であって、日本における後見等の事務を行う者がいないとき。二 日本において当該外国人について後見開始の審判等があったとき。」と規定している。