

物権変動と登記の経済学

細 江 守 紀*

要 旨

本稿は物権変動に関する法ルールのあり方がどのように不動産市場における効率性に影響するかを理論的に検討したものである。ここで取り扱われる法ルールとしては、不動産の所有権の移転に関する意思主義と成立要件主義であり、それにかかわる登記の役割として対抗要件や公信力の問題が考察される。とくに、不実登記や二重譲渡などの取引リスクをとまなう不動産取引における資産形成に対して物権法のあり方がどのような影響をもたらすかについて検討した。これらの取引リスクを組み込んだ不動産取引の多期間活動モデルを導入し、形式主義と公信の原則という法体系と意思主義と対抗要件原則という法体系のもとで、その不動産取引および資産価値形成がどのように展開するかを効率性の観点から分析した。この2つの法体系下での比較検討をおこなった。

1 はじめに

本稿は物権変動に関する法ルールのあり方がどのように不動産市場における効率性に影響するかを理論的に検討したものである。ここで取り扱われる法ルールとしては、不動産の所有権の移転に関する意思主義と成立要件主義であり、それにかかわる登記の役割として対抗要件や公信力の問題が考察される。

これまで、不動産の取引に関する経済効率性からの研究は英米法における権原配分の問題として主として Miceli = Turnbull, Benito=Nuno¹⁾ などで見られるものの、日本法や大陸法などに関する議論は手がつけられていなかった。本稿は不動産市場での取引への法ルールの影響がどのようになされるかを統一的な不動産投資＝資産形成活動モデルのもとで検討している。

* 熊本学園大学 E-mail:hosoe@kumagaku.ac.jp

1) Miceli, T.J., H.J. Munneke, C. F. Sirmans, and G.K. Turnbull (2002). Miceli, T. J., C. F. Sirmans, and G. K. Turnbull (1998). Miceli, T. J., C. F. Sirmans, and G. K. Turnbull (2000). Benito A. and C., Nuno (2005) など参照

不動産登記の効力

不動産登記は本来、不動産の権利関係を公示することによって、その不動産について取引関係に入ろうとする第三者に不測の損害が生じないようにするための制度である。このような制度の目的を実現するために、所有権の移転などの権利変動との関係で登記にどのような意味をもたせるかという点については、二つの考え方がある。一つは、ドイツ法学での主流の考え方で、売り主・買い主間の意思表示のほかに登記がされて初めて所有権も移転するという成立要件主義（または効力発生要件主義）である。もう一つは、フランス法学で主流の、所有権は売り主・買い主間の意思表示だけで移転するが、第三者に対抗するためには登記が必要だとする対抗要件主義である。日本の民法は、フランス法に倣って対抗要件主義をとっている。

まず、登記が対抗要件であるというのは、売り主甲と買い主乙との間では、乙は登記をしなくても自分が所有者であることを主張できるが、甲からその不動産を二重に買い受けた丙のような者に対して、乙は登記をしなければ自分が所有者であると主張することができないことを意味する。すなわち、登記をして初めて、買い主は自分が所有者であることを第三者に対して主張できるということである。

また、登記の公信力とは、登記上の表示を信頼して不動産の取引をした者は、たとえ登記名義人が真実の権利者でないような場合でも、一定の要件のもとでその権利を取得することが認められることをいう。これは、わが国では認められていない。したがって、いくら登記名義人が真実の所有者と思って、その者から不動産を買い受けたとしても、真の所有者がいる場合には、その所有者から不動産を取り上げることは認められない。

わが国の民法などの規定では、不動産について公信力を認めていないため、不実登記を信じて取引した者は、権利を取得することができない。しかし、こうした取引者の信頼を保護する社会的要請が強く、最高裁は、昭和29年8月20日判決をはじめとして、民法94条2項を類推適用し、あるいは、同条項と110条をあわせて類推適用し、一定の場合に取引者の信頼を保護する判例理論を展開してきた。勿論、94条2項類推適用理論は公信力とは異なる。とくに、公信力が適用されるためには、第三者の善意（無重過失）という要件があればよく、不実登記がいかなる経緯で出現するにいたったかは問題とはならない。その意味で、権利を喪失する側の事情を考慮せず、取引の安全を保証する制度である。わが国において、不動産登記に公信力を与えるべきかどうかという議論では、登記官に形式的審査権限しかなく不実の登記の出現を防止することが難しいという意見が多数を占めている。そこで、94条2項類推適用論では、取引の安全の保護とあわせて、権利喪失者の関与の程度、第三者の登記の信頼へのあり

方が考量されることになる²⁾。

すでに述べたようにわが国の民法においては意思主義・対抗要件主義が採用されているが、ドイツ・スイス・韓国・中国などでは効力要件主義が採用されており、英米法系でも、物権変動をなんらかの形式と結び付けている。効力要件主義によれば、登記によって初めて物権変動が効力を生じ、したがって、二重譲渡問題が解決されると理解されている。現在、わが国においても民法典の改正が議論されているところであり、不動産にかかわる物権変動の法ルールを「法と経済学」的観点から検討することは意味があることと思われる³⁾。

2 モデル

本稿で取り扱う基本的な取引の枠組みを説明しよう。まず、ある不動産所有者 A がいて、その不動産に対して投資をおこなう。投資は不動産の価値を増加させる。とくに不動産価値 v を実現するためには投資コスト $C(v)$ ($C' > 0, C'' > 0$) が生じるものとする。ただし、この不動産価値は市場評価されたものであり、個人特殊的価値ではないとする。

つぎにその不動産に対してさまざまな潜在的な買い手がいるとする。これを一般に買い手 B とする。潜在的な買い手のこの不動産に対する評価は不動産投資による価値形成を反映して決まるが、その買い手の潜在的な資産評価 t は区間 $[v(1 - \epsilon), v(1 + \epsilon)]$ 上に一様分布しているものとする。ここで $\epsilon (> 0)$ はある一定値である。したがって、不動産所有者 A が形成した不動産価値 v を中心に潜在的な買い手の資産評価 t が分布しているとする。

ファーストベスト解

まず、ファーストベスト解として、不実登記や二重譲渡などがない正常取引のみの場合の取引と資産投資を求めてみよう。資産投資によって資産価値が v となったあと、資産評価 t の買い手があらわれたときのファーストベストの取引は、明らかに $v > t$ ではもとの所有者が資産を保持し、 $v < t$ ならあらたな買い手が資産を保有することである。こうして、資産価値 v の事後における社会的期待価値は

$$\frac{1}{2}v + \frac{1}{2} \frac{v + v(1 + \epsilon)}{2} = v + \frac{1}{4}v\epsilon$$

となる。したがって、ファーストベストの資産投資はこの社会的期待価値から投資費用 $C(v)$

2) 94条2項というのは、通謀してウソの売買契約などをした場合に第三者を保護する規定である。

3) 松岡久和「物権変動法制のあり方」(ジュリスト No.1362,2008.9.1) 参照

を引いた社会的純期待価値を最大にするようなものであるから、それは

$$1 + \frac{1}{4}\epsilon = C'(v) \quad (1)$$

を満たす水準となる。ここで、 ϵ は経済活動の拡大の指標を意味するので、ファーストベストの資産形成はもちろん経済活動の拡大とともに増加することを物語っている。

不実登記と二重譲渡

ファーストベストの世界から現実の不動産取引の世界に目を転じよう。実際の不動産取引においては不動産の適切な取引が実行できるかどうかは当事者にとって大変心配するところである。多くの不動産取引での紛争は、不実登記などに見られるように自分の所有している不動産がいつのまにか人のものになって、自分の権利が奪われる事案であり、また、不動産取引が2重譲渡によって実現しないことなどである。こうした不動産取引の不確実性が資産投資にどのような影響を与えるかを考察する。そのため、この不動産取引を登記という観点から見てみよう。以下ではつぎのようなストーリーを考える。最初に、売り手Aが不動産の所有者として登記をしているとしよう。その後、不実登記が生じるかもしれない。不実登記が発生すれば、あらたな登記者は当該の不動産を売却するものとする。この場合、もとの所有者はその所有権を取り戻そうと試みるであろう。これに対して、不実登記が免れた場合は、買い手Bが登場し、誠実な買い手として取引交渉を進めるであろう。この場合には取引交渉が成功する場合と失敗する場合があります。交渉に失敗すれば、あらたな買い手Cが登場するかもしれない。これに対して、交渉が成立すれば売買契約が行われるが、その場合、2つの可能性があるとする。1つは直ちに移転登記を買い手Bがおこない、その場合は取引は終了する。もう一つは何らかの理由で移転登記が遅れ、その登記の遅滞の間にあらたな買い手Cが登場し、もとの所有者Aとの間で売買交渉をおこなうというものである。魅力的な買い手が表れれば、その買い手と売買契約をおこない、買い手は登記をおこなう。この場合、二重譲渡の可能性が出てくる。もし、取引交渉が失敗すれば、あらたな第三者Cが登場するかもしれない。

こうして我々が検討する取引パターンは、(A) 不実登記をおこなう場合、(B) 正常取引をおこなう場合、そして (C) 移転登記が遅い取引をする場合の3つのパターンであり、そのタイプの買い手と不動産所有者Aとの間で取引が生じる可能性が出てくる。なお、本稿ではそれらのうちどのタイプの取引が発生するかは買い手の内生的な決定問題とは考えないで、それらの取引タイプは確率的に発生するものとし、まず、不実登記が発生する確率を $a(0 < a < 1)$ とする。また、売買契約が成立したらそのまま移転登記に至る正常な取引の

物権変動と登記の経済学

確率を $b(0 < b < 1)$ とし、なんらかの理由で登記の遅滞が生じる確率を $1 - b$ とする。これらの値は当事者の不動産取引に対する理解がどのようなものであるかによって決まる部分もあるし、また、不動産法制がどのようになっているか、また、不動産市場の慣行がどのようになっているかによって異なるし、また、これらは時間とともに変化していくであろう。ここではさしあたりこれらの確率は一定の値となっているとする。こうして、買い手は資産評価について異なるだけでなく、取引パターンにおいても異なっていると仮定する。以上であらわされる物権変動に関連する基本的流れをつぎのタイムラインに示しておこう。

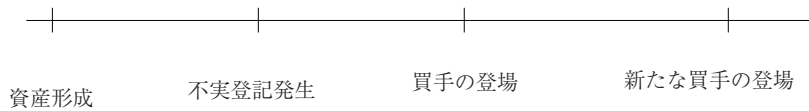


図 1: タイムライン

さて、以上において導入した可能な取引がどのような展開をし、その結果、資産形成がどのように実現するかは、物権変動に関する法ルールに依存する。本稿は物権変動に関する法ルールとして2つのものを取り上げよう。1つは形式主義でかつ公信の原則がある場合であり、これまでのドイツの法制を念頭に置いている。もう一つは意思主義と対抗要件原則がある場合であり、日本の物権法を念頭においている。そこで、これらの物権に関する法ルールのあり方が不動産取引の可能性にどのような影響を与えるかを検討し、それによって生じる資産形成のメカニズムを比較分析してみよう。

3 形式主義と公信の原則のもとでの資産形成

3.1 形式主義と公信の原則

形式主義とは売り主・買い手間の意思表示のほかに登記がされて初めて所有権も移転するというものであり、成立要件主義（または効力発生要件主義）とも呼ばれる。よって、形式主義のもとでは、売買契約をおこなったが登記のない買い手には所有権は移っていないことになるので、二重譲渡問題はおこらず、あらたな買い手が売り手との売買交渉に成功し、ただちに登記をすれば所有権があらたな買い手に移ることになる。また、公信の原則とは登記の内容を信頼して取引した相手の権利を保護するもので、公信の原則のもとでは不実登記であってもそれを信頼して取引した相手の権利を保護することになる。そこで、形式主義と公信の原則のもとで、どのような取引が実現し、どのような資産形成が行われるかを検討する。

不実登記と取引パターン

そこで、本稿の取引の枠組みにおいて、形式主義と公信の原則のもとで不動産取引がどのように展開するかを確認しよう。まず、所有者(A)の当該不動産に対して不実登記がなされると、その行為者はそのもとで新たな第三者にその不動産を譲渡することになる。不実登記を通しての第三者への譲渡によって権利を失った不動産所有者Aは不法行為などの民事的な訴えなどで一部権利の回復が図られうる。

登記に公信力があるので、不実登記があっても、善意の第三者(=買い手)の権利は保護される。したがって、買い手全体のなかでの善意の第三者の比率がどの程度であるかに依存して、第三者への譲渡が有効か無効かが決まる。善意の第三者の比率が多ければ、不実登記によって第三者に資産が譲渡される可能性が高くなるであろう。その意味で、もとの所有者に資産が戻る可能性は減少するであろう。いま、訴訟行為によってもとの所有者に資産が戻る可能性、すなわち、原状回復される確率を $x(0 < x < 1)$ としよう。そのとき、善意の第三者の比率が多ければ、原状回復率 x は低くなるであろう。このとき、不実登記がなされたときの不動産価値 v をもつもとの所有者Aの期待利得は xv となる。しかし、この場合、資産の原状回復率は、第三者との不実登記者との取引の無効であるかどうかだけでなく、不実登記であることをもとの所有者が証明できるかどうか、また、その証明に法あるいは裁判所が手助けするかどうかに依存する。たとえ、公信の原則のもとで善意の第三者に資産を譲渡されたとしても、不実登記した相手に対して、不法行為などの民法的手段で損害賠償を回復することができる。この不実登記そのものに対する民事的な損害賠償の可能性および損害賠償の大きさは、公信原則が採用されているかどうかにおそらく関係なく決まるものと思われる。

また、不実登記そのものの発生する確率 a は一定と仮定しているが、公信の原則が成り立っている場合には不実登記はあってはならないことであるので、通常、登記の真実を担保するために、登記の実質的審査制度、さらに、国家賠償制度が用意されていることがある。したがって、登記の実質的審査制度の導入があれば不実登記の可能性は低下するので a の値は小さくなるであろうし、国家賠償制度が充実していれば x が1に近くなるであろう。もちろん、登記の実質的審査制度の導入や国家賠償制度の充実のためには多くのコストが生じることはいうまでもない。

正常取引

これに対して、(B)の正常取引が行われる場合には一様分布の買い手との不動産売買交渉に直面する。まず、 $t < v$ となる資産評価をする買い手Bはこの資産を買わない。これに対し

て $t > v$ の評価の買い手はこの資産を購入する。議論を簡単化するために、資産譲渡価格は t に一致し、売り手が取引の余剰を全て手に入れるとしよう。このとき、買い手が入手する資産の資産評価は t である。したがって、正常な取引タイプとの交渉の場合の所有者 A の期待資産価値は

$$\frac{1}{2}v + \frac{1}{2} \frac{v + v(1 + \epsilon)}{2} \quad (2)$$

となる。

登記の遅滞と取引パターン

つぎに、(C) 移転登記が遅れるタイプの場合である。これは背後に二重譲渡問題が係わっている。まず、最初、正常な取引と同様に売買交渉がなされ、売買取引が成立する場合としない場合が決まる。売買取引が成立しない場合と、売買取引が成立する場合に分けて考える必要がある。

そこで、まず、 $t < v$ の買い手が登場すれば、取引は成立しないので、買い手の登記の遅滞問題はない。したがってその場合には所有者の資産価値は v のままである。しかし、つぎの期に新たな有望な買い手が現れるかもしれない。これはあらたに資産価値についての一様分布から買い手が登場することを意味する。これは第3期の買い手が $t > v$ となるときである。このときは所有者 A と第3期の買い手 C との売買交渉がなされ、さきほどと同じく、全余剰を売り手が獲得するという仮定のもとで、実現する価格は t となる。したがって、第2期において移転登記が遅れるタイプが登場し、第2期の取引が実現しなかったときのもの所有者 A の期待資産価値は、正常タイプのときと同じで

$$\frac{1}{2}v + \frac{1}{2} \frac{v + v(1 + \epsilon)}{2}$$

である。

一方、第2期に $t > v$ の買い手が登場すれば、その買い手との売買交渉は成功し、取引は実現するが、登記は直ちに行われぬ。そこで、二重譲渡問題が発生する。すなわち、買い手 B が登記を済ます前に、もとの所有者 A はあらたな買い手と売買交渉する可能性がある。厳密に言うと、公信の原則のもとでは二重契約問題というべきである。最初の買い手が登記をしていない段階では、まだ、売り手に所有権があり、ただ売買契約のみがあったということになり、この状態に対して、あらたな買い手の売り手が売買交渉をしたということである。したがって、もし、新たな買い手との契約を結び、登記まで終了したら、最初の買い手との間の売

買契約は履行されないことになるので、債務不履行となり、最初の買い手は損害賠償を要求することになるであろう。

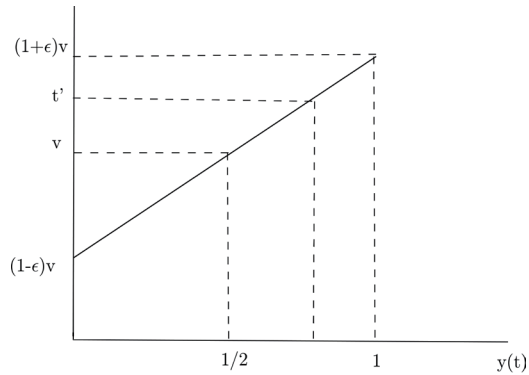


図 2: 二重譲渡の取引確率

さて、第 2 期に $t > v$ の買い手が登場して、その買い手との売買交渉は成功し、取引は実現するが、登記は直ちに行われない状態になると、あらたな買い手がまた資産価値について同一の一様分布のなかから登場する。したがって、第 1 の買い手との交渉で実現した資産価格以上の資産評価 t' をした第 2 の買い手が登場すれば、その買い手と売買交渉をし、価格 t' で交渉が成立する。一方、第 1 の買い手との交渉で実現した資産価格以下の資産評価の第 2 の買い手が登場すれば、第 2 の買い手とは売買せず、したがって、未登記の第 1 の買い手への資産移譲で終わる。その間に買い手は登記するものとしよう。

以上から、(C) のタイプの場合に、第 3 期に実現する売り手の資産価値の期待値は式 (3) となる。

$$\int_0^{1/2} \frac{v}{2} + \frac{1}{2} \frac{v + v(1+\epsilon)}{2} dy + \int_{1/2}^1 y(2(y - \frac{1}{2})v\epsilon + v) + \frac{1}{2}(2(y - \frac{1}{2})v\epsilon + v + v(1+\epsilon))(1-y) dy \quad (3)$$

これを整理すると

$$\left(\frac{1}{2}v + \frac{1}{8}v\epsilon\right) + \left(\frac{1}{2}v + \frac{7}{24}v\epsilon\right) = v + \frac{5}{12}v\epsilon$$

となる。

3.2 資産形成

それぞれのタイプの買い手と対応したときの所有者 A の期待資産価値が求められたので、

資産価値 v を実現したときの第 2 期以降でのこの資産所有者の期待価値は

$$(ax + (1-a)(b(\frac{1}{4}\epsilon + 1) + (1-b)(1 + \frac{5}{12}\epsilon)))v$$

となる。したがって、第 1 期でのこの不動産所有者がおこなう資産投資はつぎの資産価値最大化問題を解くことによって得られる。

$$\max_v (ax + (1-a)(b(\frac{1}{4}\epsilon + 1) + (1-b)(1 + \frac{5}{12}\epsilon)))v - C(v)$$

よって最適資産形成 v は

$$ax + (1-a)(b(\frac{1}{4}\epsilon + 1) + (1-b)(1 + \frac{5}{12}\epsilon)) = C'(v) \quad (4)$$

から求められる。この解を $v = T(X)$ で表す。ここで

$$X = ax + (1-a)(b(\frac{1}{4}\epsilon + 1) + (1-b)(1 + \frac{5}{12}\epsilon))$$

である。あきらかに $T(X)$ は X の増加関数であり、つぎの性質を持っている。

補題 1

$$\frac{\partial v}{\partial x} > 0, \frac{\partial v}{\partial a} < 0$$

したがって、不実登記による真の権利者の損害の原状回復率が高ければ、資産価値が高くなり、不実登記の確率が大きくなるとその資産価値は減少する。そこで、式 (1) と (4) を比較することによって、ファーストベストの取引と公信の原則のもとでの資産形成を比べることができる。すなわち、

$$ax + (1-a)(b(1 + \frac{1}{4}\epsilon) + (1-b)(1 + \frac{5}{12}\epsilon)) \geq 1 + \frac{1}{4}\epsilon \quad (5)$$

ならば、公信の原則下の資産形成がファーストベストより大きくなり、その意味で過剰な資産投資が生じる。逆の不等式が成り立てば公信の原則下の資産形成が過小になってしまう。この不等式を整理すると

$$a \leq \frac{(1-b)\frac{\epsilon}{6}}{1-x + b\frac{\epsilon}{4} + (1-b)\frac{5\epsilon}{12}} \quad (6)$$

と表される。また、登記の遅滞確率 $1-b$ について上の式をまとめると

$$1-b \geq \frac{a(1 + \frac{\epsilon}{4} - x)}{(1-a)\frac{\epsilon}{6}}$$

となる。こうしたことからつぎの命題が成り立つ。

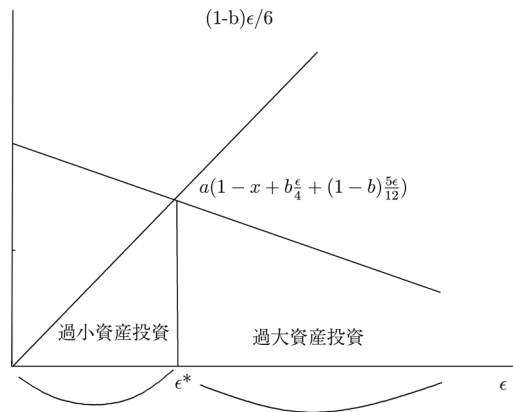


図3：資産価値の比較

命題 1

「不実登記の可能性が十分低いときには公信原則のもとで資産形成は過大になり、その可能性が高くなるにつれて資産形成のメリットはすくなくなり、資産形成は減少する。不実登記の可能性のある水準を超えてくると資産形成はファーストベストに比べて過小になっていく。また、登記の遅滞確率が十分大きいときには資産形成は過大になる。」

ここで、登記の遅滞確率が大きくなると資産形成が過大になるということは不動産の売り手の立場からみると、登記の遅滞によってより自由競争が可能になり、取引の機会が多くなることによって期待利益が多くなることを意味している。

また、式(6)の右辺の分母を払って両辺をそれぞれ ϵ の関数とみれば、図3のように、それぞれの式を等号で満たす ϵ が一意に存在する。その水準を ϵ^* とすると、つぎの命題2が成り立つ

命題 2

「形式主義と公信の原則のもとで実現する資産形成は経済活動の拡大するとおおきくなるが、ある水準 ϵ^* を越えるとファーストベストに比べて過大となる。」

3.3 実質審査コストの導入

これまでは、形式主義+公信の原則に対する法の実効性に関するコストの問題を明示してこなかったが、すでに言及したように、この法ルールのもとでは登記の信頼性が担保されなけれ

物権変動と登記の経済学

ばならない。登記の信頼性があるからこそ、たとえ不実登記であっても信頼してその登記による不動産を購入した第三者は不動産取得の権利をもつことになる。登記の信頼性を高めるためには形式審査ではなく実質審査をおこなわなければならないであろう。もちろん登記官による登記申請に対する実質審査だけが登記の信頼性を高める唯一の手段ではない。たとえばフランスでは意思主義のもので登記の信頼性を高めるために広汎な公証人制度を導入している。いずれにしても、登記の信頼性を高めるためには何らかの審査コストを負担しなければならない。この考えを踏まえて、以下では登記審査料を国は申請者に対して要求するものとしよう。

そこで、審査料として資産価値額に比例した料金が徴収されるものとする。このとき、これまでの資産価値最大化問題は若干の修正を行って解くことができる。いま、資産価値 t の買い手が売り手 A からその不動産を購入する動機をもつためには売り手の最大価格を x とすると買い手の登記申請料を考慮すると $x(1+r) = t$ となる。したがって、売り手が売りたい動機をもつためには

$$\frac{t}{1+r} \geq v$$

を満たす資産評価をもつ買い手でないといけない。したがって、売り手との取引がなされる確率 \hat{y} は

$$v(1+r) = 2v\epsilon y + v(1-\epsilon)$$

から求められる。すなわち、

$$\hat{y} = \frac{r+\epsilon}{2\epsilon}$$

となり、

$$1 - \hat{y} = \frac{\epsilon - r}{2\epsilon}$$

したがって、 ϵ より大きな登記料であればだれも正常な取引をしないことになる。

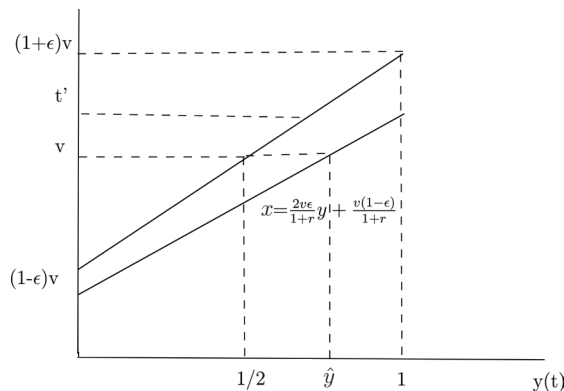


図4：審査コストと二重譲渡

図のように

$$x = \frac{2v\epsilon}{1+r}y + \frac{v(1-\epsilon)}{1+r}$$

をあらわすと、 $v(1+r)$ 以下の資産評価の買い手が現れれば、売買契約は行われませんが、その後、新たに $v(1+r)$ 以上の評価の買い手が登場すれば契約がなされ登記をおこなう。

このときのもとの所有者の期待資産価値は

$$\int_0^{\hat{y}} v dy + \int_{\hat{y}}^1 \frac{2v\epsilon y}{1+r} + \frac{v(1-\epsilon)}{1+r} dy = v + \frac{v(\epsilon-r)^2}{4\epsilon(1+r)}$$

となる。これが生じるのは最初の買い手の資産評価が $v(1+r)$ 以下の場合である。

また、 $v(1+r)$ 以上の資産評価 t をする買い手があらわれ、売買契約をするが、登記の遅滞により売り手にとって有利なあらたな買い手 $t'(> t)$ があらわれる可能性を考慮すると、ここでの売り手の期待資産価値は

$$\int_0^{\hat{y}} y dy + \int_{\hat{y}}^1 \frac{2v\epsilon y + v(1-\epsilon)}{1+r} + \frac{(1-y)^2 v\epsilon}{1+r} dy$$

で表される。以上から実質審査料を考慮した、資産価値 v の売り手の期待資産価値は

$$avx + (1-a)(b(v + \frac{v(\epsilon-r)^2}{4\epsilon(1+r)} + (1-b)(v + v \frac{(\epsilon+r)(\epsilon-r)^2}{8\epsilon^2} + v \frac{\epsilon}{3(1+r)}(1 - (\frac{\epsilon+r}{2\epsilon})^2))))$$

となる。したがって、売り手の最適資産形成はこの期待資産価値から投資費用を差し引いた純期待資産価値を最大にする水準である。これから、最適資産価値はつぎの条件で得られる。

$$ax + (1-a)(b(1 + \frac{(\epsilon-r)^2}{4\epsilon(1+r)}) + (1-b)(1 + \frac{(\epsilon+r)(\epsilon-r)^2}{8\epsilon^2} + \frac{\epsilon}{3(1+r)}(1 - (\frac{\epsilon+r}{2\epsilon})^2))) = C'(v) \quad (7)$$

これから、最適資産形成の水準は不実登記確率の減少関数であり、また、登記審査料の減少関数であることがわかる。

補題 2

形式主義かつ公信の原則のもとでは、

$$\frac{\partial v}{\partial a} \leq 0, \quad \frac{\partial v}{\partial r} \leq 0.$$

ここで、この一階条件式 (7) の左辺の資産形成の限界収益を $H^*(a, r)$ であらわす。したがって、この一階条件は

$$H^*(a, r) = C'(v)$$

となる。

3.4 不実登記の発生確率

さて、これまでは公信原則下の不実登記の発生の可能性については一定値としてきたが、すでに述べたように、どのように登記の真実性を確保するか、とくに登記の実質的検査をどの程度するかによって、不実登記の発生の可能性が決まってくる。しかし、この登記の実質的審査のためには審査コストがかかる。このコストを明示することによって最適な不実登記の発生確率を行政側が設定するということになる。もちろん、百パーセント不実登記を発見するということは膨大な審査コストがかかると思えば最適な水準をあらかじめ行政サイドで決定することを考えるのである。そこで、いま、この不実登記の発生確率 a を低くしようとすればするほど審査コストがかかると考えられるので資産価値 v の物件あたりのコストを $G(a)v$ ($G' < 0, G'' > 0$) で表そう。また、そのコストはその申請者に負担させるものとしてこの審査コストを内生化することにする。したがって、不実登記の確率をある水準 a に定めようとする、対応して物件当たりの登記審査料 r は $r = G(a)$ を負担させることになる。すなわち、不実登記の確率と登記審査料との間に対応関係があるものとする。このとき、行政側が社会的に資産形成利益を最大にするように不実登記確率を、したがって、登記審査料を設定しようとする。以下、計算を簡単化するために、投資コスト関数を $C(v) = kv^2/2$ (k は正の定数) としよう。このとき、資産形成の最適解 v^* は

$$v^* = H^*(a, r)/k$$

で表される。また、このときの売り手 A の純期待資産価値は

$$H^*(a, r)v^* - C(v^*) = \frac{2k-1}{k^2} H^*(a, r)^2$$

これからこの純期待資産価値は

$$\frac{1}{k} \left(ax + (1-a) \left(b \left(1 + \frac{(\epsilon - r)^2}{4\epsilon(1+r)} \right) + (1-b) \left(1 + \frac{(\epsilon + r)(\epsilon - r)^2}{8\epsilon^2} + \frac{\epsilon}{3(1+r)} \left(1 - \left(\frac{\epsilon + r}{2\epsilon} \right)^2 \right) \right) \right) \right)^2 \quad (8)$$

で表される。ここで、不実登記の確率 a と登記審査料 r の関係から、この純期待資

産価値は不実登記の確率 a の関数としてあらわすことができる。図5は $r = G(a)$ を $r = (1/10a)^{(1/100)} - 1$ 、したがって、 $a = \frac{1}{10(r+1)^{100}}$ の場合の不実登記の確率の変化に対応する純期待資産価値の動きを表している。ただし、 $x = 0.7, b = 0.9, \epsilon = 0.8$ である。

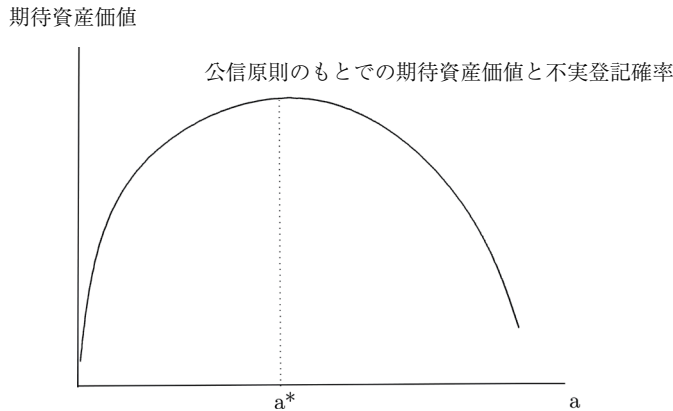


図5: 公信原則のもとでの期待資産価値と不実登記確率

こうして形式主義かつ公信の原則のもとで、登記審査コストを考慮した最適な不実登記の確率を純期待資産価値の最大化から導出することができる。図の a^* が最適な不実登記の確率であり、このときの最大純期待資産価値は

$$\frac{1}{k} H^*(a^*, G(a^*))^2$$

となる。

なお、公信原則のもとで、審査コストを減少させると、不実登記の確率が増加することはすでに述べたが、これは一般に、登記官側が不実登記を見抜けなかったという側面だけでなく、公信原則があり、かつ、審査が甘いということで、不実登記そのものが増加することにも注意をしなければならない。

4 意思主義と対抗要件原則のもとでの資産形成

周知のように日本民法では意思主義と対抗要件原則が相まって物権変動の法ルールを構成している。所有権の移転は当事者の意思の合意で生じる（民法176条）というのが基本である。これに対して第三者に対して物権の所在を公示するものとして登記がある。しかし、日本法で

は、登記は対抗要件に留まる。そこで、本節ではこの対抗要件原則のもとでの資産形成の問題を検討する。そして、対抗要件原則と合わせて意思主義が所有権の移転の効力となっているものとする。

まず、対抗要件原則のもとでは2重譲渡で登記を先にした方が資産の権利を獲得することになる点は基本的に公信の原則の場合でも同じである。しかし、対抗要件原則のもとでの後手の買い手、すなわち、第三者の範囲について多くの議論がある。

4.1 対抗要件と第三者の範囲

不動産に関する物権の変動は登記がなければ第三者に対抗できないが、それではこの登記がなければ対抗できない第三者というのは、どんな者でも登記さえすれば勝てるわけではない。この点についてわが国の判例は、原則として第三者は登記すれば物権の取得を対抗できるが、その第三者というのは、あくまでも人が登記を有していないことを主張することについて、正当な利益を有する者でないといけなといわれている。ところで、二重譲渡の場合に、登記を備えた方が優先するというのとは一つの不動産をめぐる複数の者が争うのは、自由競争の範囲だからである。先手の第一の買い手は売買契約を締結したらすぐに登記をすればいいわけで、そのような登記を怠っているものよりも、自己の権利を守るべく、勤勉に登記を先に備えた第三者の方が保護されてしかるべきだという考えである。

悪意の第三者

そこで、その第三者が、すでに甲乙間で売買契約があったということを知っていた（悪意）場合は保護されるのは、これが自由競争ということである。登記を怠っていた乙が悪い。この場合の丙は、正当な利益がある。この第三者が悪意でも、登記を先に備えれば優先するというのは、基本である。ただ、自由競争といっても、丙が、乙の登記を妨害してまで自分が先に登記を備えるようなことまでは認められない。このように自由競争の範囲を超える場合として、不動産登記法に以下の規定がある。

(1) 詐欺又は強迫によって乙の登記の申請を妨げた第三者丙は、乙に登記がないことを主張することができない。

(2) 乙のために登記を申請する義務を負う第三者丙（司法書士など）は、その登記がないことを主張することができない。

人の登記を妨害したり、乙のために登記をしないといけない人（丙）が、乙に登記をせず自分（丙）に登記をすれば保護されず、正当な利益がない。

また、判例は、この不動産登記法の2つの規定だけではなく、一般的に第三者が、単純な悪意者を越えた背信的悪意者である場合には、登記がないことを主張できないとしている。背信的悪意者とは他人を害する目的を持った者で、正当な利益はなく、判例は、登記があっても乙に対抗することはできないとしている。

以上の議論から、対抗要件原則のもとで、登記遅滞者に対して2重譲渡問題が発生し、新たな買い手へ不動産が譲渡される可能性は、公信の原則のもとに比べると明らかに低下するであろう。したがって、その減少率を $\theta (> 0)$ で表すと、この対抗要件原則のもとでの売り手Aの期待資産価値は式(3)に対応して、

$$\int_0^{1/2} \frac{v}{2} + \theta \frac{1}{2} \frac{v + v(1+\epsilon)}{2} dy + \int_{1/2}^1 y(2(y - \frac{1}{2})v\epsilon + v) + \theta \frac{1}{2} (2(y - \frac{1}{2})v\epsilon + v + v(1+\epsilon))(1-y) dy \quad (9)$$

で表される。これを整理すると、

$$v \left(\frac{1+\theta}{2} + \frac{\epsilon}{8} + (2-\theta)\epsilon \frac{7}{24} + (1-\epsilon)(1-\theta) \frac{3}{8} \right) \quad (10)$$

ここで、登記遅滞のもとでの期待資産価値は善意の第三者の比率 θ に依存するが、明らかに、 θ の増加関数となる。

補題2

登記遅滞のもとでの期待資産価値は善意の第三者の比率 θ の増加関数である。

(証明) 上の期待資産価値は θ に関する1次式となっているので、その係数を整理すると

$$\frac{1}{2} - \frac{7\epsilon}{24} - (1-\epsilon) \frac{3}{8}$$

となり、これは常に正の値をとることは容易にわかる。

公信原則を採用しない形式主義の法体系

補題2の結果から、あきらかに、また、 θ が増加すれば、対抗要件の原則のもとでは期待資産価値が上昇する。ここで、 θ が1に近づくことは事実上、意思主義から形式主義への転換を意味するといつていいであろう。形式主義=効力要件主義によって期待資産価値が上昇することはその意味で公信の原則を採用しない場合でも形式主義を導入することのメリットを物語っている。なお、松岡(2008)はこうした形式主義の導入によって、法律行為による物権変動の

時期に関する学説上の問題は解決し、また、登記を備えない権利関係は、法律行為による物権変動は債権関係として処遇され、対抗問題の法律構成や第3者に関する議論は解消するとして、そのメリットを上げている。

不実登記と対抗要件原則

つぎに不実登記の場合に2つの原則では違った法効果をもつことに注意しよう。すなわち、公信の原則の場合と異なり、対抗要件原則のもとでは不実登記においてその登記を信じて取引した第三者の権利を保護する必要が必ずしもないことになる。この場合、信頼して行った行為に対しては保護すべきであるという信頼保護の原理をどこまで対抗要件原則と合わせて法体系として導入すべきかという点が問題となる。したがって、不実登記に対して善意かつ無過失の買い手に対してさえ保護しないという場合と、善意かつ無過失の買い手のみ保護する場合、あるいは善意の買い手は全て保護する場合など様々な信頼保護の原理に対するスタンスが法の設計という観点から取り得る。そこで、ここでは公信の原則における原状回復の比率 x より対抗要件の原則のもとでの不実登記による損害に対する原状回復の可能性 x_1 が小さいという性質があるという点のみさしあたり強調しておくことにする。

性質1 $x > x_1$

また、すでに述べたように公信の原則の時に比べて、対抗要件の原則の時のほうが不実登記自体の生じる可能性が高いと考えることができる。

性質2 $a < a_1$

4.2 対抗要件主義下の資産形成

以上のことから、対抗要件主義のもとでの各取引タイプについての取引の可能性を検討したので、この法体系のもとでの最適資産形成はつぎの問題から得られる。

$$\max_v (ax + (1-a)(b(\frac{\epsilon}{4} + 1) + (1-b)(\frac{1+\theta}{2} + \frac{\epsilon}{8} + (2-\theta)\epsilon\frac{7}{24} + (1-\epsilon)(1-\theta)\frac{3}{8})))v - C(v)$$

したがって、この問題の一階条件は

$$ax + (1-a)(b(\frac{\epsilon}{4} + 1) + (1-b)(\frac{1+\theta}{2} + \frac{\epsilon}{8} + (2-\theta)\epsilon\frac{7}{24} + (1-\epsilon)(1-\theta)\frac{3}{8})) = C'(v) \quad (11)$$

となり、この限界資産価値を $H^{**}(a, b, \theta)$ で表す。また、この一階条件を満たす最適資産形

成を v^{**} とする。

ここで、ファーストベストの資産形成とこの最適資産形成 v^{**} を比較するため、両者の等式を作る。

$$H^{**}(a, b, \theta) = 1 + \frac{\theta}{4}$$

これを整理するとつぎのような式が求められる。

$$a = \frac{(1-b)(1 + \frac{\epsilon}{4} - \frac{1+\theta}{2} - \frac{\epsilon}{8} - (2-\theta)\frac{7\epsilon}{24} - (1-\epsilon)(1-\theta)\frac{3}{8})}{x - b(1 + \frac{\epsilon}{4}) - (1-b)(\frac{1+\theta}{2} + \frac{\epsilon}{8} + (2-\theta)\frac{7\epsilon}{24} + (1-\epsilon)(1-\theta)\frac{3}{8})} \quad (12)$$

これから、つぎの図に示されるように、ファーストベストの資産形成と対抗要件主義下の資産形成の比較が求められる。

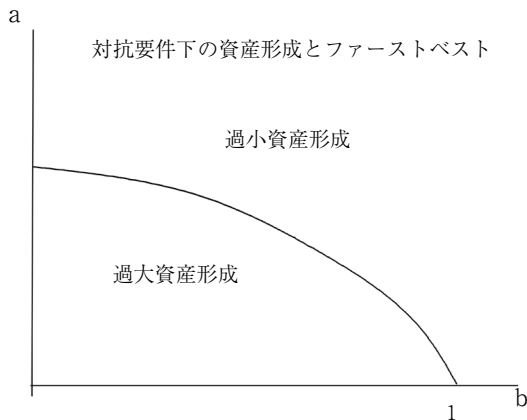


図 6: 対抗要件下の資産形成とファーストベスト

こうして、つぎの命題が示される。なお、形式主義かつ公信の原則での資産形成との比較は次節でおこなう。

命題 3

「不実登記の可能性が十分低いときには対抗要件原則のもとで資産形成は過大になり、その可能性が高くなるにつれて資産形成のメリットは少なくなり、資産形成は減少する。不実登記の可能性のある水準を超えてくると資産形成はファーストベストに比べて過小になっていく。また、登記の遅滞確率が十分低いときには資産形成は過小になり、その可能性が高くなると資産形成は増加する。」

5 公信の原則と対抗要件の原則とでの資産価値の比較

5.1 二つの法体系下の資産形成とファーストベスト

まず、前節の命題3に関連して、ファーストベストの資産形成と二つの物権法体系での資産形成を比較することができる。これは(4)と(11)からつぎの図によって説明される。

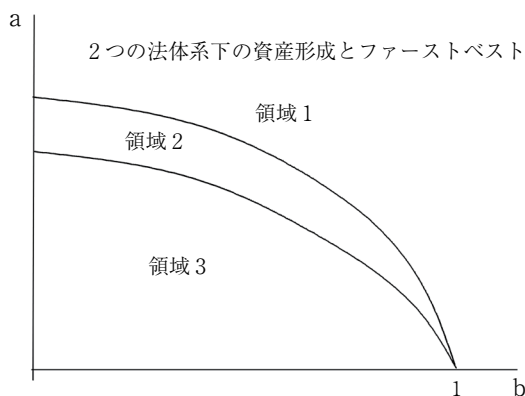


図7: 二つの法体系下の資産形成とファーストベスト

この図から、領域1では二つの法体系のもとで資産形成は過少になり、領域2では公信の原則のもとでは過少になるが、対抗要件の原則のもとでは過大になる。そして領域3では二つの法体系のもので資産形成は過大となることがわかる。ただしこの比較は共通の取引タイプのもので資産形成の比較をしたということである。したがって、つぎの命題が言える。

命題4

「不実登記の確率が高いときには二つの法体系のもとで資産価値形成は過小であるが、中程度の不実登記の確率では形式主義と公信原則下の資産形成は過大となるが意思主義と対抗要件原則下では資産形成は過小となり、さらに、十分低い不実登記の確率のもとではこの二つの法体系のもとで資産形成は過大となることが示される。」

5.2 法体系と取引タイプの形成

これまで取引タイプは法体系に外生的なものとして二つの法体系での資産形成の比較をおこなった。しかし、取引タイプは法体系によって刺激され、内生的に決定されることが考えられる。この点はすでに公信原則のもとで登記申請に関する実質審査をおこない、さらに、

その実質審査コストを審査料として組み込む試みをおこなった。したがって、実質審査をとうして不実登記の可能性をコントロールするわけである。不実登記の確率の関数として公信原則での期待資産価値を求め、その最大期待資産価値を最大にする不実登記の最適確率を導出した。注意するのはこの不実登記の確率と登記料の関係で登記料を予算として登記申請に対する実質審査をおこなうということである。そこで、登記料ゼロのときの対応する不実登記の確率は対抗要件原則での不実登記の確率と同じと考えてよいかもしれない。もしそのように考えられれば、その不実登記の確率水準で公信原則のもとの期待資産価値と対抗要件原則での期待資産価値とは他の法的なパラメータが法体系の違いで変化がなければ一致するであろう。したがって、次の補題が成り立つ。

補題 3

「登記料ゼロのときの対応する不実登記の確率が対抗要件原則での不実登記の確率と同じである場合には、その不実登記の確率水準で公信原則のもとの期待資産価値と対抗要件原則での期待資産価値とは他の法的なパラメータが法体系の違いで変化がなければ一致する。」

また、図3で示したように、明らかに、その条件が成り立てば、公信原則のもとで最適な不実登記確率での期待資産価値は対抗要件原則での最適期待資産価値よりも大きくなる。つぎの命題が成り立つ。この意味で公信原則の法体系は理想的であると言える。

命題 5

「補題3の条件が成り立てば、公信原則のもとで最適な不実登記確率での期待資産価値は対抗要件原則での最適期待資産価値よりも大きくなる。」

ただし、不実登記による損害に対する原状回復率 x は同時に公信原則のもとで、その法的な信頼性を確保するために高くなるであろう。その場合、すでに説明したように、登記料ゼロでの不実登記の確率と対抗要件原則のもとの不実登記の確率は一致しない可能性が出てくる。また、不実登記に対する刑事罰の実行可能性とその大きさ如何では対抗要件原則のもとでもある程度の不実登記の確率は低い水準となるかもしれない。とくに、3節の終わりにおいて述べたように、公信原則があり、かつ、審査が甘いということで、不実登記そのものが増加することを考慮すると、審査コストが低くなり、不実登記の可能性が高くなった場合には補題3の条件が成り立たなくなれば、意思主義で対抗要件原則のもとで実現する不実登記の可能性の

ほうが、低くなることが考えられる。したがって、こうした場合は、必ずしも命題5が成り立つとはいえないであろう。

図8はこうした観点を考慮した2つの法体系での資産形成の比較をしたものである。まず、図には形式主義と公信原則のもとでの資産形成が不実登記の可能性の関数としてあらわされている。これは図5そのものである。これに意思主義と対抗要件のもので可能な3つの不実登記確率に対応して決まる期待資産価値の水準が3本の水平線として書かれている。不実登記の確率 \hat{a} のとき、形式主義と公信原則のもとでの最適な不実登記確率での資産形成と接している。この不実登記の確率 \hat{a} はつぎの式から一意に求められる値である。

$$H^{**}(a) = H^*(a^*, G(a^*)) \quad (13)$$

以上から、命題6が得られる。

命題6

「意思主義と対抗要件原則のもとでの不実確率が \hat{a} 以上であれば、その法体系のもとでの資産形成は、形式主義と公信原則のもとでの最適不実登記確率のもとでの資産形成より少なく、逆の関係が不実登記確率について成り立てば、資産形成について逆の関係が成り立つことがわかる。」

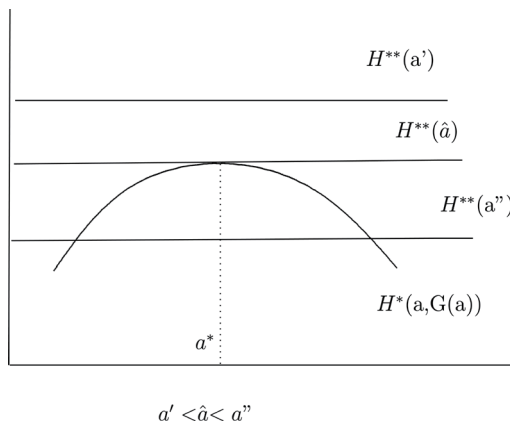


図8：2つの法体系下の資産形成比較

6 終わりに

本稿では不実登記や二重譲渡などの取引リスクをともなう不動産取引における資産形成に対して物権法のあり方がどのような影響をもたらすかについて検討した。とくに、これらの取引

リスクを組み込んだ不動産取引の多期間活動モデルを導入し、形式主義と公信の原則という法体系と意思主義と対抗要件原則という法体系のもとで、その不動産取引および資産価値形成がどのように展開するかを検討し、ファーストベストとの関連、およびこの2つの法体系下での比較などの分析をおこなった。このような不実登記や二重譲渡の可能性を取り入れた不動産売買取引を通じての資産形成モデルは本稿においてはじめて導入された。

分析の結果、不実登記の確率が高いときには2つの法体系のもとで資産価値形成は過小であるが、中程度の不実登記の確率では形式主義と公信原則下の資産形成は過小となるが意思主義と対抗要件原則下では資産形成は過大となり、さらに、十分低い不実登記の確率のもとではこの2つの法体系のもとで資産形成は過大となることが示された。さらに、登記申請に対する審査コストと不実登記の確率との関連のもとで比較すると、形式主義と公信の原則のもとでの資産価値形成が意思主義と対抗要件原則のもとでのそれに比べると多くなることが示された。

ただし、これは刑事罰の厳しさや審査体制の導入コストのあり方如何によって変化しうることはいうまでもない。また、不実登記の確率以外については法体系によって内生的に決定する可能性については触れていない。これらの可能性を追求することが今後の課題であろう。

参考文献

- [1] 加藤雅信 (2006), 『物権法』, 有斐閣
- [2] 七戸克彦 (1999), 「日本における登記制度と公証制度 (の機能不全)」『法学研究』72 卷 12 号, 245-281.
- [3] 千葉恵美子他 (2002), 『民法2物権』, 有斐閣
- [4] 中原久方 (1986), 「不動産登記制度の歴史と展望」, 『不動産登記制度の歴史と展望』 日本司法書士会連合会編.
- [5] 林田清明 (1996), 『法と経済学の法理論』 北海道大学図書刊行会.
- [6] 松尾弘 (1999), 「日本の不動産物権変動システムと登記制度をめぐる問題点」, 『THINK』第 95 号
- [7] 松尾弘 (2010), 「物権変動規定の改正の必要性和方向性」, 『社会の変容と民法典』 円谷峻 (編著) 成文堂.
- [8] 松岡久和 (2008), 「物権変動法制のあり方」(ジュリスト No.1362, 9.1)
- [9] 三野寿美 (2003), 「不動産登記の信頼性向上についての基本的考え方」『法政策学の試み』(第 6 集), 法政策研究会編, 信山社.

- [10] 山野目章夫 (2002), 『物権法』, 日本評論社 .
- [11] Benito A., and Garoupa, Nuno (2005), "The Choice of Titling System in Land," *Journal of Law and Economics*, University of Chicago Press, vol.48(2), pages 709-27,
- [12] Cooter R., and T. Ulen, *Law and Economics*, New York: Harper Collins.
- [13] Miceli T.J., H.J. Munneke, C. F. Sirmans, and G.K. Turnbull (2002), "Title Systems and Land Values," *Journal of Law and Economics*, 45, 565-582. Miceli,
- [14] Miceli T. J., C. F. Sirmans, and G. K. Turnbull (1998), "Title Assurance and Incentives for Efficient Land Use," *European Journal of Law and Economics*, 6, 305-323.
- [15] Miceli T. J.(1999), *Economics of the Law-Torts, Contracts, Property, Litigation-*, Oxford University Press, 『法の経済学』 細江守紀 (監訳) , 九州大学出版会 .
- [16] Miceli T. J., C. F. Sirmans, and G. K. Turnbull (2000), "The Dynamic Effects of Land Title Systems," *Journal of Urban Economics*, 47, 370-389.