

即時取得とは何か

—「盗品」の意味から—

西 台 満

The Meaning of the Immediate Acquisition in CIVIL LAW

— following up the clue of “Stolen Goods” —

Michiru NISHIDAI

Summary:

According to the common opinion, the provision for the immediate acquisition contributes entirely to the security of transactions. Therefore, both lost and stolen goods which are excluded as the exceptions to the acquisition should be understood as narrowly as possible.

But the opinion seems to me to fail to explain why the goods which were swindled or put in charge can not be the exceptions. It is not always true that those who lost their properties or had them stolen were not careless, on the other hand, those who suffered damage from conversions or frauds were careless.

So, my conclusion is that all properties which got out of the control of an owner against his will should be replevied. The immediate acquisition is a rule of the presumption of ownership for the present possessor, but not a rule of the investment of ownership.

第1章 序論

民法192条によれば「平穩且つ公然に動産の占有を始めた者が、善意にして且つ過失なきときは、即時にその動産の上に行使する権利を取得す」。これはどういう規定かと言うと、動産については、我々はそれを所持（占有）している者を所有者と考えるのが通常である。もちろん100%ではないが、おおよそはそうになっている。

金額の高い不動産だと、居住者＝所有者の蓋然性はそんなに高くはない。昔から、家を借りて住むという形態は多かった。戦前は、農地も殆どが小作、つまり田や畑を耕している占有者は、所有者ではなく賃借人であった。しかし、持ち運びのできる小さい、従って金額の低い「動産」については、おおよそ所持人＝所有者、と言うことができた。

今日では、それも幾分怪しくなってきたのも事実である。情報化社会となって個人の信用情報を多量に蓄積し利用することが可能となったために、動産を有料で貸す

（レンタルないしリース）ビジネスが盛んになってきたからである。旅客機・建設機械のような大きい物から、ビデオテープ・音楽CDのような小さい物まで。今後もこの傾向が続くのは確かであるが、動産の大勢としては、依然所持人＝所有者と言えるだろう。

そこで、所持者Aから例えば「私の持っている、このカメラを買ってくれないか」と言われれば、カメラのレンタルなんて聞いたこともないしということで、頼まれた相手Bが、所持者A＝所有者と信じたとしても無理はない。それなのに、後になってAの友達と称する男C、あるいはAの父親A'から「あなたが買ったそのカメラは、実は私の物なので、返して欲しい」と言って来たら、返さなくてはならない。なぜなら、Aは無権利者だったのであり、無権利者から如何なる権利もBは継受することができないからである。

そこで、こういうことがあっては安心して物を買うことができないので、「取引の安全」のため、上記192条が置かれたのである。

- (1)「平穩」・・・この逆が「強暴」である(190条2項)。犯罪になるかならないかはともかくとして、暴行・脅迫のような荒っぽい手段で占有を手に入れた者は、保護に値しない。
- (2)「公然」・・・この逆は「隠秘」となる(同上)。窃取のような卑劣な手段で占有を手に入れた者も、同じく保護に値しないとして除かれる。
- (3)「善意」・・・売主が所有者でないことを知らなかったことが、買主には要求される。言い換えると売主を、占有しているという外観から所有者と信じて取引した買主のみが、保護される。
- (4)「無過失」・・・「売主は所有者である」と信じたことに、過失があってはならない。例えば、カメラに本当の持主の名前が記載してあったような場合は、売主=所有者の推定は破れると考えるべきであろう。それ故、どのような経緯でその人から売主に権利が移転したのか、一応でも調べる義務が買主には発生する。そういう最低限の用心もしない買い手であれば、真の権利者を犠牲にしてまで保護する必要はないことになる。とは言え、素人と専門業者とでは、調査義務の程度に差が出るのは、当然である。質屋に持ち込まれた新品同様のスクーターにつき、質屋営業者にはそれが所有権留保のまま引き渡された割賦販売物件でないかどうか調べる義務がある、とした判例がある^{*1}。素人だとそこまでは要求されない、ということである。

占有の移転が行なわれる時に、上記4つの要件が充たされておれば、移転と同時に(即時に)所有権が買主のものになり、真の所有者から後になって取り返される恐れがない。「即時取得」とは、そういう制度である。

192条には「その動産の上に行使する権利を取得す」とあり、「所有権を取得す」とは書いていない。通説は、所有権以外に考えられるのは質権だけ、としている。つまり、さも自分が所有者であるかのような顔をして、他人から預かった物を質草とし、金を借りたような場合。後から真の所有者が来て、「それは自分の物だから、返して欲しい」と言っても、通説によれば金を貸した人は品物を受け取った時点で質権を取得しており、質草を返す必要はないことになる。そういうわけで、即時取得は質権とも関係があるのだが、本稿では便宜上所有権についてだけ論ずるので、予めお断りしておきたい。

なぜこういう制度が必要かについては、「物権」から

説き起こさねばならない。物権の特徴は、債権と違って「排他性」があること。物権は物に対する直接的な支配であるから、一つの物に二つ以上の物権は成立できない。

物権の代表格は、言うまでもなく「所有権」である。所有権は、その物を煮て食べようと焼いて食べようと好きにできる Almighty な権利であるから、一つの物に二つの所有権は成り立ち得ない。

一軒の家を夫と妻の共有にするような例が多いではないか、と反論されそうだが、共有持分権と所有権は違う。民249条に「各共有者は、共有物の全部につき、その持分に応じたる使用をなすことを得」とあるように、持分権は Almighty な権利ではない。ではなぜ、民法典第3章所有権に、第3節共有が入っているかというと、持分権の和(合計=1)がちょうど所有権になる関係だから、に過ぎない。

また、一つのビルディングに、別の物権である「抵当権」が一つどころか、三つ四つと設定されるケースも稀ではない。これも、厳密には同じ抵当権が複数成立しているわけではないのである。最初の抵当権は一番抵当、二番目は二番抵当・・・と言って、同じ抵当権でも、それぞれ強さが違う。二番は一番が取った残りを、三番は更にその残りを・・・という具合に効力を異にするので、並立が可能なのである。

物権と異なり、債権には「排他性」がないので、理論上は履行不可能であっても、いくらでも債権は成立し得る。例えば、ある土地の所有者Aは、その土地が欲しいと言うBと売買契約を結んだにもかかわらず、後から更に高い値段で欲しいと言って来たCとも売買契約を結ぶことができる(二重売買)。Dが後からもっと高い金額を提示して来れば、Aは三重売買だってするかも知れない。

一筆の土地を三分割して三人に売るのはわけが違う。どの人にも、同じ土地を一筆の土地として売るのである。契約を履行即ち土地を引き渡せる相手は一人なので、残る二人に対しては、結局のところ「損害賠償」という責任を取らねばならなくなるわけだが、こんなことが可能なのも、債権が物を間接的にしか支配しない弱い権利だからである。従って、債権は換言すると、他人に請求して、その人の行為を媒介にして初めて実現できる権利である。そういう弱い権利であるから、実現不可能な内容を持った契約であっても、前述のようにいくらでも成立させることが可能なのである。

物権は、誰に対しても主張できる「対世的効力」(以後、対世効と略す)を持つものに対して、債権は特定の人に対してのみ主張できる「対人的効力」しか持たない。

*1 東高判昭35年4月27日一級裁判所民事裁判例集11巻4号。

例えば、カメラの所有者は他の誰に対しても、「私のカメラを、勝手に使うな」と言えるのに対して、お金を貸した人は借りた人に対してしか「約束通り、金を返せ」と言えない。従って、債権は当事者同士だけの関係であり、公序良俗（民90）に反しさえしなければ、好きなように取り決めることができる。これに対して、物権はそうは行かない。対世効があるので、関係のない他の人にも迷惑が及ぶ。故に、当事者間で好き勝手な取り決めをするのを許さない。このことを、民法は175条で次のように明言している—「物権は、本法その他の法律に定むるものの外、之を創設することを得ず」。

排他性ないし対世効から導き出される帰結は、「公示の必要性」である。物権は、当事者のみならず世人一般にも影響が及ぶので、「誰がどういう物権を有しているのか」が、当事者以外にもはっきり分かる形で明示されていなければならない。不動産においては、言うまでもなくそれは「登記」である。誰でも、法務局に行って所定の手続をすれば、登記簿を閲覧したりコピーをもらったりできる。

「こんな広い一等地を所有していることを、他の誰にも知られたくない」と、プライバシーを主張しても駄目である。プライバシー権は、基本的人権として近年ようやく認知されたと言うより、古来の人権よりむしろ優先するかのとき観まで呈している昨今であるが、この権利も無条件に認められるものではない。このことは、憲法が次のように念を押している—「この憲法が国民に保障する自由及び権利は…これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負う」（12）。個人的に、皆に知られるのが如何に不愉快であろうと、「取引の安全」という公益のためには、忍受しなければならないのである。

従って、いくら不動産を買ったと言っても、登記をしなければ即ち社会に向かって「今後、この不動産は私のものですよ」と宣言しなければ、社会はその人の所有権を認めない。それを、民法は次のように規定している—「不動産に関する物権の得喪及び変更は…登記を為すに非ざれば、之を以て第三者に対抗することを得ず」（177）。

もちろん、当事者間では、登記なんかしなくても所有権の移転があったことを主張できる。しかし、第三者即ち売主・買主以外の人に対しては、移転を主張できないのである。もし主張できるとすれば、登記簿が無意味になる。登記簿でAさんが所有者と確かめて、売買契約→登記・代金支払と慎重に事を運んだのに、後からBさんが「あの不動産は私のだから、あなたのものにはなりません。あなたは騙されたんですよ」などと言って来られたら、誰でも目の前が真っ暗になって倒れそうになるに

違いない。不動産の金額は、通常極めて大きいからである。

だから、Bさんのような主張を許してはならないのである。つまり、登記簿に現れていない物権を、契約当事者以外の人に主張すること。自分が所有者であると、誰に対しても主張したいのであれば、それを登記簿に記載しておかなければならないのである。

不動産の「登記」に対応する動産の公示方法は、「引渡し」である。前の所有者から引渡を受けない限り、第三者に対して所有権の移転があったことを主張できないのである。「動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡あるに非ざれば、之を以て第三者に対抗することを得ず」（178）。占有者が変わること初めて、他の人には「あ、所有者が変わったんだな」と認識が可能になるからである。

このように、物権と公示は切り離せない関係にある。従って、公示方法を備えているだけで、言い換えると所有者らしい外見をしているだけで、法はその者を有利な立場に置く。即ち「占有者が占有物の上に行使する権利は、之を適法に有するものと推定す」（188）。

推定が破れるのは、外見だけで「売主は所有者でないかも知れない」と疑い得る場合である。先に一つの例として、物に所有者の記載がなされている場合を挙げておいた。他には、買主が業界の取引慣行に通じている時。例えば、買主は売主と同業の土木建設業で、建設機械はしばしばリース、即ち代金完済まで所有権は得られないことを知っていながら、調査するでもなく漫然と所有者と信じて買ったとすれば、買主には過失がある。即ち、売主の所有権は推定されず、買主の即時取得は認められない。

第2章 公信の原則

物権と公示は切り離せない、と前章で述べたが、これを「公示の原則」と言う。おさらいをしておく、物権に変動があった場合は、それを誰にも分かるような形におかなければ、変動を第三者に主張できないというルールで、不動産なら「登記」・動産なら「引渡し」であった。そして、当事者だけを拘束し第三者に影響を及ぼさない「債権」は、公序良俗に反しない限り、如何ようにでも取り決めることができ、公示は要求されないのであった。

これと似ているけれど、少し違うのが「公信の原則」である。こちらは、動産を占有しているとか不動産の登記名義人になっているとか、所有者らしい外観をしている人を所有者と信じて取引した買主を守る制度を言う。

通説によれば「公信の原則は、無権利者との取引であるにもかかわらず、善意の取引相手方を保護するために、いわば無から有を生じさせようとする制度で」*2、即時取得が正にそれに当たる。しかし、私は以下の理由で通説に反対する。

[1] 通説は、我国の民法はフランス法を継受したとの理由で、不動産については「公信の原則」を認めない。即ち、不動産に関する物権の公示である「登記」を如何に信用しようと、買主は保護されないのである。これを通説は「登記に公信力無し」と表現する。不動産取引は、企業ならともかく、個人にとっては貯めるのに一生かかるような大きい金額である。そういう取引が、登記簿で守られないとすれば、一体何に頼れば良いのであろうか？金額の小さな動産取引を「公信原則」で守っておきながら、金額の巨大な不動産取引は守らない、とする通説の考え方は、正に「本末転倒」と言わねばならない。

[2] 通説も自認するように、公信原則は「無から有を生じさせ」るものである。しかし、こういう不合理を承認することは、法律学の社会「科学」性の否認につながる。通説は、不動産の二重売買でも、同じ過ちを犯している。フランス法から継承した意思主義で考えると、所有権は契約の段階で第一買主に移転するはずで、第二買主が無権利になった売主から所有権を取得できるはずがない。ところが、通説・判例は一致して、對抗要件（登記）を備えた第二買主の所有権取得を認める。即ち、「無から有が生じる」のは、動産における公信原則に限らない。不動産における公示原則においても、そういうことにされてしまう*3。

「無から有は生じない」が故に、売主が泥棒とか遺失物横領者で所有権を持たない者であった場合は、いくら買主が善意・無過失で所有者と信じようと、権利を取得することはできない。この当然の理（ことわり）を定めたのが193条である—即ち192「条の場合において、占有物が盗品又は遺失物なるときは、被害者又は遺失主は盗難又は遺失の時より二年間、占有者に対してその物の回復を請求することを得」。この規定の存在意義は、取引の安全を考慮して、権利者の回復請求権を二年に制限したことにある。

これも、個人の基本的な人権（財産権）に対する、「公共の福祉」の見地からの制限の一例と言える。しかし注意しなければならないのは、如何に「公共の福祉」を根拠にしようと、人権を完全に剥奪することは許されない、ということである。通説は、192条の解釈において、その過ちを犯している。即ち、即時取得とは、取引の安全のため、買主が無過失で所有者と信じたのであれば、無権利者からでも権利を取得できるようにした制度である—と。この場合、真の権利者は人権（財産権）を100%否定されることになる。

従って私見によれば、権利者が占有者（買主）に対し回復請求できるのは、前占有者（売主）が無権利者であった場合すべて、である。而るに通説は、公権・私権の区別から始まる権利の全体構造を理解していないために、193条に関し、初心者的な「読んで字の如し解釈」をする。即ち、「占有物が盗品又は遺失物なるとき」とあるので、権利者が回復請求できるのは、盗品＝窃盗犯又は強盗犯によって盗まれた物か、あるいは遺失物＝拾い主が警察に届け出ず横領した物で、193条にはこの二つしか書いていないのでこの二つに限られる、とする。『盗品』とは、窃盗又は強盗によって占有者の意思に反して占有を剥奪された物をい（い）…『遺失物』とは、占有者の意思によらずに強窃盗以外の方法でその占有を離れた物をいう。落とした物、置き忘れた物、飼養主のもとから逃走した家畜などである。…盗品・遺失物以外には、193（および194）の適用は否定され、192条の原則規定が適用され」*4。

所有者が回復請求できない物（192条が適用になる物）と、所有者が回復請求できる物（193条が適用される物）の違いをもたらす要因は、一体何か？ 通説によれば、それは、上記引用文にもしばしば出ているように、「占有者の意思によったかよらないか」である。もう少し分かりやすく言うと、物の占有が所有者の手から売主の手に移ったのは、所有者の意思に基づいてなのかそうでないのか、ということ。

盗まれたとか落としたとかの場合は、所有者の意思によらずして占有を失ったので「占有離脱物」と呼ばれる。これに反して、売主を信頼して預けたのに横領されたという場合は「占有委託物」である。この場合は占有移転が所有者の意思によって生じている。詐欺の場合、意思と言っても「瑕疵のある」意思なのだが、「ともかくも原権利者の意思によって占有が移された」ということで、

*2 好美清光，注釈民法（7）[川島武宜編，有斐閣，昭和43年]（以後，注釈民法（7）と記載）77-8頁。

*3 不動産の二重売買に関し、「無から有を生じさせない」論理を示したものとして、拙著「法律学の展開—情報化時代にむけて」（高文堂出版社，平成9年）65-98頁を参照されたい。

*4 好美，注釈民法（7）143-4頁。

委託物の方に分類されている*5。

繰り返しになるが、法は占有離脱物だと権利者を守ってくれるが、占有委託物だと守ってくれない。「即時取得制度のねらいは…占有者を真権利者と信頼したその取引相手方を真権利者の犠牲の上に保護することにある。だとすれば、真権利者が他人を…権利者のような状態（権利外観）においた以上、善意の取引相手方との間でこの危険の分担は（真権利者に負わせる）のが妥当であろう。取得者よりも一層この危険を支配しうる地位にある」からである*6。

一見、もっともらしく聞こえる説明ではあるが、多々疑問がある。

[1] 横領するような人物を信頼して物を預けたことに真権利者の過失があり、自分の過失を棚に上げて、買主に「自分の物だから返せ」では虫が良すぎる、と言いたいのであろう。しかし、占有という事実面での確認に怠りはないものの、横領罪を犯すような人物ではないと信じて買った点、人物面での評価に買主にも過失があるのではないか。別の言い方をすれば、法は売主の占有の適法を推定しているが(188)、その占有を買主に譲る行為（占有移転）の適法までも推定しているわけではないのである。売主の人物評価に関しては、所有者も買主も全く同様に誤ったにもかかわらず、なぜ所有者だけに責任を負わせるのか、が納得し難い。

[2] 賃貸借・使用貸借・寄託などの契約により、相手方に占有を与えた所有者は、常に法と事実の食い違い（所有者と占有者の分離）を生じさせた者として、責任を問われる立場に追い込まれる。つまり、契約によって引渡を受けた者は、債権に基づいて占有するだけであるにもかかわらず、外観上は所有者と推定される(186)。実際は債権者であるにもかかわらず、外観は物権者—これが、私の言っている「法と事実の食い違い」である。そして、外観に従って権利が移転した場合、そもそもこういう食い違いを生じさせた者が悪い、ということになって所有者は権利を失う、と論理構成するのが通説である。しかし、これでは歴史が逆行してしまう。農業を中心とした静止的な時代は、対物・厳格・固定を特色とする物権が機能した。しかし、工業から更には情報へと移る時代になると、変化の目まぐるしい流動化の時代となり、物

権よりも、対人・柔軟・独創を特色とする債権の重要性が増す。契約によって債権を設定すると根底にある物権を失う、といった解釈をされたのでは、怖くて契約など結べなくなる。まるで、農業社会へ逆戻りしろと言わんばかりの考え方である。

[3] 「占有委託物には即時取得を認めるが、占有離脱物には認めない」との区別は、「委託物について受託者の選択に関する所有者の過失を常に擬制しななければならない無理と、従ってその反面には離脱物について盗難や遺失という被害の事実に対する所有者の無過失を常に擬制しななければならない無理とがある。その結果、実際には無過失で譲渡人に物を委託した所有者からすら所有権を剥奪する一方、実際には重過失のある遺失主にさえ所有権を確保するという両極端に」さえ陥りかねない*7。

[4] 他の民法規定との整合性が取れない。例えば、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤ありたるときは無効とす。但し、表意者に重大なる過失ありたるときは、表意者自らその無効を主張することを得ず」(95)。要素の錯誤、即ち重要部分で思い違いをしたことにつき、重過失があれば無効を主張できないが、通常の過失なら主張できる、と言うのである。ある動産がA→Bと渡ったが、Aが錯誤で無効を主張した時は、買主BはAに返還しななければならない。つまり95条は、所有者に過失があっても、Bの即時取得を認めない。これは明文でそう規定しているのであるから、通説の192条解釈の方がおかしいという結論になる。強迫による意思表示の場合も同様である。強迫とは、他人を害悪で脅して畏怖させ、自由な意思決定を妨げる行為である。「瑕疵ある意思表示」とは言え、一応物を相手に渡す意思はあったので、渡された物は「占有委託物」ということで、即時取得の対象とされる*8。しかしながら、法は「詐欺による意思表示の取消は、之を以て善意の第三者に対抗することを得ず」(96条3項)としているので、反対解釈で、強迫を理由とする取消の場合は対抗できる、即ち善意の第三者から取り返すことができる。故に、通説の192条解釈は、96条とも衝突するのである。

以上、結論を言えば、物の占有がどのように移ったか

*5 好美，注釈民法（7）144頁。

*6 好美，注釈民法（7）144-5頁。

*7 喜多了祐「動産善意取得の民法的構成と商法的構成」，私法24号〔日本私法学会，昭和37年〕126頁。

*8 「恐喝による場合も、盗品・遺失物でないから193条の適用はない」。好美，注釈民法（7）145頁。

で離脱物と委託物に区別し、「取引の安全」の見地から極力離脱物を狭く解する、言い換えるとできるだけ即時取得の範囲を広くする、というのがこれまでの通説であった。しかし、こういう区別には、合理性のないことが明らかとなった。

喜多に、原則を繰り返させれば、「個人的利益相互間の対立調整に法の社会的機能が及ぼされるという見地からすれば、所有権の存するところには社会的責任があるべきだから、この意味で原所有者の側における権利喪失の内面的な理由づけを求めなければならない」。従って、そういう「社会的責任があるかぎりでのみ、第三者の善意取得が認められるべきであって、(そうでなければ)所有者は回復請求をなすのが本来の立て前である」⁹。社会的責任とは、私が言う「公共の福祉」である。個人の自由ないし人権は、あくまで公共の福祉に適用することを前提とする。

そして、解釈更に進んで立法の望ましい方向として、近年では英米法に注目が集まっている。公の市場での売買とは異なる「民事取引の場合には、英米ともに禁反言則を適用している。禁反言則は善意取得の基礎を所有者の与因行為に見出す点で、それを所有者の単なる占有授与に求める立場よりも所有の安全を厚く保護することになるから、正に民事取引に相応しい論理構成であるといえよう」¹⁰。与因行為とは、所有者が無権利の処分者に占有を授与するだけでなく、第三者が処分者には所有権少なくとも何らかの処分権があると誤信するような、特別な状況・徴表を付加的に設定する行為を言う。

第3章 即時取得の意味

前章までをおさらいしておくと、無権利者からは如何なる権利も得られない、ということ。売主＝所有権者であると誤信して売買契約を結んだのであれば、真権利者から取り返された時点で、売主の債務不履行となり、契約を解除できる(543・561)。そして、損害があれば賠償請求もできる(545条3項)。契約の内容は基本的に自由なのであるから、売主は他人の所有物であっても売ることができ(560)、その点に何ら違法はない。契約は有効である。

買主は、既に所有権は売主にあると信じていたわけだが、実際にはなかった。しかし、所有権移転が引渡より遅れることになっても、最終的に買主に帰属すれば問題

ないのであるから、それが引渡と同時でなかったというだけの理由で、契約の錯誤無効を主張するのは無理であろう。

このように、無権利者による販売については債権法に規定が置かれているので、それらを根底から覆すような192条解釈はおかしい、ということになる。「他人の権利の売買」は、買主が売主に権利がないことを知っていた場合の規定で、権利者だと信じて取引する「即時取得」とは異なる、との反論もあり得ようが、そのような解釈は、561条に反すること明らかである。と言うのは、売主が履行不能になった時は「買主は契約の解除を為すことを得。但し、契約の当時、その権利の売主に属せざることを知りたるときは、損害賠償の請求を為すことを得ず」とあって、属せざることを知らざるを想定している。「知りたるとき」だけの規定なら、但し書きを置いたこと自体が不可解となる。どうい場合に買主が「属せざることを知らざる」状態になるかと言えば、売主が売買の対象物件を所持・占有している時である。

以上のことから、192条に定める「即時取得」とは、占有を根拠づける、あるいは正当化する本権(物権の時もあれば債権の時もある)についての規定ではなく、あくまで占有に関する規定と読まなくてはならない。買主が即時に取得するのは、所有権ではなくて、他人からは所有者であるかのように見える権利である。所有権は存在していないのに、まるで存在しているかのように見えるので虚所有権(Virtual Property)と呼んでも良いが、本稿では所有の意思を以て占有がなされる場合を指す「自主占有権」という言葉を使うことにする。

他方、それは単なる占有権とも異なる。占有権は、180条に規定されているように、「自己の為にする意思」(主観的要件)と「所持」(客観的要件)の二つだけで成立するから、泥棒が盗んで自己の支配下に入れさえすれば、占有権者となることができる。本稿では、これを「自己占有」と呼ぶことにする。即時取得される権利は、この自己占有権ではない。占有に、平穩且つ公然に過ぎ去ってゆく時間の経過が付け加わったもの、即ち占有者に有利な種々の法律上の推定が付着した占有権である。「所有の意思・善意・平穩・公然」(186)及び「適法」(188)が推定される。

186条では、なぜか無過失だけが推定から除外されているが、だからと言って「無過失の立証は占有者がしなければならない」¹¹と帰結するのは、正しくない。私見

* 9 喜多, 前掲125・127頁。

* 10 喜多, 前掲124頁。

* 11 水本浩, 注釈民法(1) 総則・物権 [有斐閣新書, 昭和52年] 201頁。

では、占有者の無過失は188条で推定される^{*12}。同じ主観的要件でありながら二箇条に分かれた理由は、「所有の意思・善意」が占有継続時の心理状態であるのに対して、「無過失」は占有取得時のそれであることに因る、と思われる。

再説すると、私見では188条は占有者の無過失を推定する規定であるのに対して、通説は「本権を推定する」もの、と解している。即ち、「占有すべき権利があって占有している」ということになる。

- (1) しかしもしそうなら、条文は端的に「占有者は、占有物の上に行使する権利を有するものと推定する」となっていたはずである。
- (2) 権利を行使しているのは権利を持っているからだろう、と推定するのは正しい。経験則から言って、やはり泥棒は例外だからである。しかし、法は権利（本権）を推定したのではない。「権利を適法に有する」つまり権利取得が適法に為されたという取得の仕方の適法、を推定したのである。無過失は、取得の仕方の違法・適法に関わる要件である。
- (3) しかも、占有すべき権利＝本権、をこんなところ（第二編物権）で推定すること自体がおかしい。なぜなら、本権は物権のみならず、広く債権も含むからである。賃借権、使用借権、受寄権、事務管理権など。通説が、即時取得される権利を所有権と質権に限定していることも矛盾する。
- (4) 「占有者が占有物の上に行使」している権利とは、何か？ 所有権でもなければ、賃借権でもない。外見上は所有者のように見える権利、即ち前述の「自主占有権」である。
- (5) 更に、もし本権が推定されるとすると、「現在の訴訟では…直接権利の存在を証明する方法は認められていないから…推定覆滅は厳密に言えば、ほとんど不可能に属する」^{*13}。従って、193条に即時取得の例外として、2年間は真権利者は回復請求できると規定してあっても、絵に描いた餅になりかねない。動産取引ではいちいち契約書など作成しないのが通常であるから、自己の所有権の存在・買主の所有権の不存在を証明するのは非常に難しい。それ故、通説による時は、193条の「盗品・遺失物」を狭く解釈するまでもなく、即時取得即ち公信原則が暴走し、真権利者が犠牲になること甚だしい事態を招くのである。

以上、もう一度繰り返せば、即時取得の例外を定める193条にある「盗品又は遺失物」とは、売主が占有しているだけで所有権を持たない動産を意味し、そういう物の代表としての例示である。通説の言う「占有委託品」も、所有者の意思に反して処分されたものであるが故に、192条の例外として所有者は取り返ことができる。

そうすると結局、所有権を持たない者がいかにも所有者であるかのように相手を騙して売りつけたような場合はすべて、本当の所有者から買主に対して返還請求できることになる。所有権無き者から所有権を承継することは有り得ない、即ち「無から有は生じない」ということで、理論的にもすっきりする。

しかも、「取引の安全」という公益を害することも殆どなく、利益の方が遥かに大きい。と言うのは、先ず現金はその性質から言って、盗まれた所有者が現所持者から取り返す、という事態が考えられない。次に、金額の低い動産は、被害者が泣き寝入りするケースが多く、たとえ警察に届けても本気で探してはくれないので、盗まれた物はそのままになる。例えば、自転車。稀に、乗り捨ててあるのが発見されたりするが、泥棒から有償又は無償で第三者に譲渡されて発見されるというのは更に稀なケースである。この極めて稀なケースで、所有者は第三者に、盗まれてから二年間は返還を要求できると主張するのが、私見である。

最後が、金額の大きい動産。例えば、数十万以上もする宝石類。こういう物こそが、取り返しを認める193条の主眼である。泥棒は、ともかく換金を急ぐから、第三者から取り返せるようにしておかないと、所有権が絵に描いた餅になってしまう。金額が大きいので、それに比例した慎重さを、購入する第三者に要求しても何ら理不尽ではない。古物を扱う専門業者なら、なおさらである。この範疇に属する物としては他に、絵画や未登録の自動車などが考えられる。登録された自動車、登記された建設機械・船舶は、公示制度があるということで不動産と同じであるから、即時取得の適用はない。

第三者が「競売若くは公の市場」で、又は「其物と同種の物を販売する商人」から購入した時は、誰しも安心して買うのが通常であるから「もっと慎重であるべきだった」とは言えず、例外として所有者は取り返すことができない。敢えて取り返そうと思えば、第三者が支払った代金相当額を弁償しなければならないのである(194)。

*12 結論は同じでも、186条に含まれるとする立場もある。「善意が推定される限り、無過失もまた、推定される」舟橋諄一、物権法〔法律学全集18、有斐閣、昭和35年〕298頁。

*13 田中整爾、注釈民法（7）50頁。

第4章 結論

そもそも、占有権と本権とは互いに別個の物である。それ故、その権利の主張の仕方も異なり、前者は「占有の訴」後者は「本権の訴」となるのである。

我々の感覚では、本権は「占有すべき権利」なのであるから、両者は一致するのが当然と考え勝ちであるが、法は「あるべき」と「ある」とを峻別する。従って、本権を失って占有権だけになった者は、結局は本権者に返還しなければならないにもかかわらず、占有に関してだけなら、なお争いに勝つことになる。「例えば、貸主が賃貸借期間の終了した後に理由なく目的物を返還しない借主から目的物を奪回した場合に、借主から占有回収の訴の提起があったとすると、貸主が借主は返還すべき義務あるものであることを主張しても、これを理由として占有回収の訴を否認することはできない。「権利者は別に本権に基づく訴を提起して、占有者（不当な借主）の回収した物を再び返還させる」¹⁴ 他ないのである。

それ故、192条の即時取得を、「善意の買主に即時に所有権を取得させる制度」などと解釈するのは全くの見当はずれ、ということになる。何度も繰り返しになるが、彼が即時に取得するのは「自主占有権」、即ち所有者のように見える権利だけなのである。

その効果は：

- [1] 本権に基づいて回復請求する者が、本権の証明に失敗した場合、自主占有者はそのまま占有を維持できる。これは従来、訴訟法上の「挙証責任」の問題として説明されてきたのであるが、実体法的に言えばそういうことになる。占有者に本権は存しないのであるから、自主占有権の効果と考える他ないのである。
- [2] 占有というのは、あくまでも外形的な事実である。占有者が侵奪者を追っているならともかく、奪われて落ち着いてしまえば、侵奪者が新たな占有者であって、旧占有者はもはや占有者ではない。にもかかわらず201条によれば、一年近く経ってからも「占有回収の訴を提起できる」とある（3項）。これもやはり、占有権の効果と言うより自主占有権のそれとせざるを得ない。占有権を持っているのは、侵奪者の方だからである。そして、自主占有権が発生するには、即時取得以外では一

年以上の占有が必要との解釈が、ここから導き出される。

- [3] 第1章で紹介したように、通説は即時取得を、動産に関する公信原則を定めたもの、と解している。「現在の多数説は…まず原則規定である192条によって善意者は即時に権利を取得すると解した上で、ただ盗品・遺失物についてはとくに193条によって例外的に回復請求が認められるにすぎない…と主張する」¹⁵。これに対し、私は先に「無から有を生じさせるもの」と、その非論理性を批判した。所有権を持っていない前占有者（売主）から、現占有者（買主）は所有権を取得するからである。

通説のような考え方をすると、もう論理的には支離滅裂状態になる。別の問題として、「被害者・遺失主が回復請求できる二年間、所有権は誰に帰属しているのか」がある。通説では、もちろん現占有者（買主）である。善意で買った瞬間に所有権を取得する。しかしそうすると、回復請求権は「もはや単なる占有訴権類似の、物の引渡請求権という単純なものではすまなくなる。それは、物の引渡請求とともに、善意者が取得した権利を消滅させ、盗難・遺失当時の法律関係を復活させる機能をも持たなければならない。…請求権者を…多数説のように従前の占有者にまで拡げると、単なる従前の占有者の請求権行使により何が故に他人の持っていなかった所有権まで原所有者に復活しうるのであるかの理論構成に難波する」¹⁶。

では、通説は何故にこうした「法律構成上の困難にもかかわらず、あえてこの立場を選択し」ているのであろうか。「思うに、192条によって善意取得者保護を強調することが『近代的』であり、193条はこれに逆行するものだから例外としてなるべく軽視しようとの基本的態度による」¹⁷。つまり、「取引の安全」を無条件の価値と考えているためであるが、それは間違いである。「動産は不動産と比較して取引が頻繁であり（商品取引）、同一性の判別が難かしいこともあって、公信力を認めないと混乱ははるかに大きい」¹⁸。しかし、頻繁な取引の場合は、別に194条（公の市場・商人）が定められているのであり、同一性の判別の件は買主とは関係がない。それは回復請求する権利者の問題なのであり、買主に関係するのは前占

* 14 我妻栄，民法大意第二版上巻〔岩波書店，昭和46年〕134頁。

* 15 好美，注釈民法（7）151頁。

* 16 好美，注釈民法（7）151-2頁。

* 17 好美，注釈民法（7）157頁。

* 18 原島重義，民法（2）物権第3版〔有斐閣双書，昭和62年〕105頁。

有者（売主）の信用性だからである。

市場で買う場合を商事取引、非商人から個人的に買う場合を民事取引と名付ければ、正に喜多の主張する通り、民事取引即ち「経済的に重要でない私人間の取引には極力善意取得を排除」し、「その代わり、商事取引の場合には、流通の安全という経済的全体利益」¹⁹を善意取得制度に担わせるべきである。要するに、取引の安全は無条件の価値ではない、ということである。

- [4] では私の立場は、盗まれ又は紛失してから二年間は所有権は元の所有者に留まり、この間に回復請求の訴が起こされないと善意取得者に権利が移る、と解する判例と同じなのか。答は否である。何度も述べたように、即時取得（192）及びその例外（193）は占有関係の規定であり、本権に関するものではない。二年以上何年経とうと、所有権は元の所有者に属する（所有権の絶対性ないし永久性）。ただ、公益の見地から物権の請求（所有権に基づく返還請求）が二年に制限されるのである。

通説によれば、193条によって回復請求できるのは、所有者に限られず賃借人や受寄者でも良い。しかし、そもそも即時取得を所有権に関する規定と解しておきながら、なぜ非所有者の登場を認めるのであろうか。所有権を持たない者は占有の回復を求めるのであり、その請求が同時に所有者に所有権を回復させるという論理が、如何にも不可解である。

他方、私見は、即時取得もその例外も占有に関する事、と解しているので、「其物の回復を請求」とは、まさに其物の「占有」の回復に他ならない。従って、193条が予定している請求者はむしろ占有者の方、ということになる。もし所有者が自身で占有していたのなら、所有権に基づいて請求しても良いことももちろんだが、動産の所有権は案外証明が難しい（契約書が残るのは、金額の大きい物だけに限られるのが通常である）ので、占有で訴えた方がより簡便である。

遺失物や「盗品」（これについては、盗まれた物に限られないこと前述した）には即時取得の適用がなく、二年間は平穩・公然・善意・無過失の推定が働かないので、前占有者が自己の占有を証明することは容易である。警察への「遺失届」あるいは「盗難届」、詐欺・横領の被害にあった場合は「告訴状」の提出で十分であろう。被告（買主）が、原告（元占有者）は占有してなかったと

反証することも実際には難しいからである。

繰り返せば、例えばある物品の賃借人がそれを泥棒に盗まれてしまったとする。しかし幸運にも、泥棒から善意・無過失で買った人がそれを持っているのを発見したので、回復請求して取り返した。この場合、動いたのは占有だけである。不当にも占有が賃借人→泥棒→買主と移動したので、法律の力を借りて再び占有を買主→賃借人へと戻したのであって、所有権には最初から何の変化もないのである。

- [5] 即時取得は動産「取引の安全」のための制度ではないから、通説が掲げる「取引行為を通じての占有取得でなければならぬ」との要件は、排除される。

その理由の第一として、192条にそういう文言はない。「占有を始めた」と規定するのみである。第二に、通説は旧民法「正権限且つ善意にて動産の占有を取得した」（証拠編144条）の正権限を「取引の相手方が持っているであろう権利」と解して、そこから相手方の存在を根拠づけたのであるが、それは独断である。

正権限は逆に「自分が持つことになるであろう」と期待した占有取得者側の権利のことなのであり、取得者の誤信を意味する。取得者が抱いた観念に過ぎないから、この「正権限」要件は現行192条に移行する際には「無過失」と改められたのである。取得者が「これからは自分が正権限に基づいて占有することになる」と期待する原因は、何も取引に限られない。相続や無主物先占のような非取引によっても大いにあり得る。

実際、「売主は所有者なんだらう」という買主の信頼と、「父が残した財物は、父の所有物だらう」という推測に、どれほどの違いがあるであろうか。通説は売主の占有と親の占有、同じ権利外観に対して、前者では即時取得を認め後者では認めないという正反対の結論に導いている。

- [6] 最後に、質権について一言しておこう。通説は、即時取得できる権利は所有権と質権の二つ、とする。しかし実際、即時取得というのは「取引の安全」のためと言うより「外部的秩序の平和」即ち占有保護のための制度であり、所有権以上の権利は存在しないのであるから、「所有者として振る舞う権利」「所有権の推定」が認められるなら、もはや質権を云々する実益は存しない。所有権>質権で、「大は小を兼ねる」のである。本人は質

* 19 喜多, 前掲129頁。

権者の意思で占有を始めたとしても、法は「所有の意思を以て…占有を為すもの」と推定してくれるのであるから、敢えて「この場合は質権が即時取得されるのだ」と異を唱える必要はない。

更に付け加えるなら、186条には「所有の意思

を以て」とあり、「所有又は質の意思を以て」とは書いていない。従って、即時取得では、所有権だけを念頭に置いて論ずれば足りる。そういうわけで、本稿では最初から質権を問題にしなかったのである。