

Ⅱ 即時取得

設例29 YはAから中古パソコン甲を8万円で買い受け、代金を支払って甲の引渡しを受けた。甲の真の所有者はXであったが、Yはそのような事情を過失なく知らなかった。次の場合、XはYからパソコンを取り戻せるか。

- [1] AがXから借りていた甲をYに売った場合
- [2] Xが甲を「代金完済まではXに所有権を留保する」特約のある割賦販売でAに売ったところ、Aが代金を完済する前に甲をYに売った場合
- [3] Xから甲を盗んだAがYに売った場合
- [4] Xから盗んだBが中古ショップAに売り、YがAから買い受けた場合

1 制度の趣旨と関連規定の構造

(1) 制度の趣旨

承継取得原則あるいは「何人も自己の有する以上の権利を譲渡できない」（＝無権利の法理）という法諺からすると、売買などの所有権移転を内容とする有効な契約を結んでも、譲渡人に所有権または処分権限（212頁以下の(5)）がなければ、譲受人は所有権を取得することができない。譲受人は、せいぜい取得時効によって所有権を得ることができるのみであり、安全な取引のためには、前主までの取引を遡って時効期間を経ていることを調査・確認しなければならない。しかし、動産はそもそも時効期間内に消費・滅失する寿命の短いものが多い。長期間使える動産でも、時を遡る面倒な調査をしなければならないとすれば、円滑・迅速な取引を阻害する。そのため、商品交換を核とする資本主義社会では、所有権の存在を推測させる占有を有する者を権利者であると過失なく信頼して取引し、取得物を占有するに至った者は、たとえ処分をした前主が所有権も処分権限も有していなかったとしても、期待通りの権利を取得できる、という制度が必要となる。これが192条の即時取得の制度であり、動産について、取引の安全を保護する公信の原則を採用したものである。

*** 即時取得という名前と規定の位置** 192条が短期取得時効の162条2項と非常に似ていることを確認していただきたい。即時取得という名前は、この制度が時効取得から派生したという沿革に由来する。そのため、19世紀末の民法の立法過程の当初には、この制度は、動産につき時効期間を短縮したものという意味で即時時効と名付けられていた。しかし、さすがに時の経過による効力と言いながら即時に権利を取得するという表現は矛盾するとして避けられ、取得した占有権の効力と位置づけられて、現在の位置に規定が置かれた。名前も、取引の安全を保護する公信の原則であることを端的に表現する善意取得の方がふさわしい。規定の位置も物権変動の一環として178条の後が望ましい（松岡久和「物権変動法制のあり方」民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』（信山社、2009年）81頁以下、とくに99頁-103頁）。

(2) 関連規定の構造

取引の安全を保護すれば、真の権利者の権利が失われる。動的安全と静的安全とをどのように調和させるかは難しい問題で、各国の法制には微妙な差がある。日本民法は、次のように4段階（民法以外を含めると5段階）に処理を分けていて、少々複雑である。

①原則は、不文の法理としての承継取得原則ないし無権利の法理である。

②例外として即時取得がある（192条）。前頁の設例29の[1]や[2]が典型的な場面である。

③対象物が盗品・遺失物である場合には、例外の例外として、被害者または遺失者は、占有者が192条の要件を備えていても、盗難・遺失時から2年間は返還請求ができる（193条。最判昭59・4・20判時1122号113頁によれば、192条の要件が不備の場合には、被害者または遺失者は、当然に返還請求ができる。193条の趣旨に基づくとするが2年の制約もかからないだろう）。設例29の[3]はこの典型例である。この193条の請求は192条の例外であり、また、警察への盗難・紛失届にはその日時や状況を書くことになっていることから、盗難・紛失を主張するXが起算点を特定して2年以内の請求であると主張・立証するべきであろう（佐久間156頁、松尾＝古積126頁[松尾]。潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、2005年）290頁は、権利の消滅事由として占有者Yに2年以上の経過の主張・立証責任を課するが、疑問）。

これは、中世から近代のゲルマン法の沿革を受け継いだものである。すなわち、ゲルマン法では、^{ハント・ヴァーレ・ハント}Hand wahre Hand（「手は手を守れ」と訳される）の原則により、物の返還請求は、自らが信頼して託した人のみを相手にすることができ、第三者に対する追及はできない、とされていた。この例外として、盗品・遺失物の場合は、第三者への追及が認められた。こうした扱いは、他人に物を託すことによって利益を得る者が人物選択の危険を負うのは当然であるが、この理屈は意思に基づかずに占有を失う盗品・遺失物には妥当しない、という考え方による。取引の安全をいっそう強調するイタリア法はこの例外を認めず、日本法でも、流通性のより高度の保護を要する有価証券や金銭には、盗品・遺失物の例外はない。

④盗品・遺失物であっても、競売や公の市場（店舗販売商人を意味する）または同種の物を販売する商人（行商人のような無店舗販売商人を指す）を信頼して買い受けた者は、前主に支払った取得代金の弁償を受けるまでは、所有者からの返還請求を拒絶することができる（194条。ドイツ法にはこれに類する規定がない）。すなわち、設例29の[4]のYは、[3]の場合のように無条件の返還請求に服するのではなく、8万円の償還を受け、経済的な損失を負わない限度で保護される。なお、占有者が代価の弁償を受けないまま占有物を返還しても、代価弁償請求権は**必ずしも**失われない（最判平12・6・27民集54巻5号1737頁）。設例29の[4]で甲の時価が8万円以下であるなど、代価弁償の額が高ければ、Xが回復請求を断念することが**考えられ**、その場合にはYに物の所有権が帰属する結果となる。

⑤古物商や質屋が占有者として所有者から回復請求を受けた場合には、盗難・遺失の時から1年間は、194条は適用されず、被害者・遺失者は無償で回復ができる（古物営業20条、質屋営業22条）。この規律は専門業者の責任を強化する特則である。

以上のように、公信の原則といっても信頼保護が一面的に強調されているわけではなく、権利者の帰責事由（信頼を裏切られた者か否か）と信頼保護の必要性の度合いに応じた段階的な衡量が行われているのである。盗難や遺失につき原所有者に大きな落ち度がある場合が考えられる一方、たとえば意思無能力者が物を交付したなど盗難や遺失以外にも原所有者に責められない事

情がある場合も存在する。そのため、沿革的な切り分けが妥当かどうかは再考の余地がある。盗品・遺失物以外に帰責事由の実質に即して193条を柔軟に拡張解釈する見解（安永119頁）があることも肯ける。

2年間の所有権の所在

盗品・遺失物の回復請求ができる2年間に所有権がだれに帰属しているのかには争いがある。判例は、2年間は即時取得が成立しないので、所有権は原所有者に残るとする（大判大10・7・8民録27輯1373頁）。

学説は分かれている。判例を支持する者は、回復請求権を有するのは、所有者に限らず、盗難の被害者や遺失者であれば、賃借人や受寄者なども含まれるから（205頁の③の最判昭59・4・20）、非所有者が所有権を回復するのはおかしく、回復するのは占有だけだとしている。

これに対して、多数説は、原所有者が回復を請求しない場合に占有取得時に遡って占有者に所有権が取得されたと構成するのは技巧的すぎると批判し、193条の回復請求権は、所有権と占有の両方の回復を内容とするという。193条では原所有者、194条では占有者と、所有権の帰属を分ける見解もある（内田479頁）。

より問題なのは、返還までの果実や使用利益の返還責任の有無である。前頁の④の最判平12・6・27は、占有者は、代価弁償の提供があるまで盗品等の使用・収益を行う権限を有するとして、訴え提起後も189条2項によらず、使用利益の返還責任を否定した。元の所有者が回復をあきらめた場合には占有者が占有取得後の使用利益を享受しうることとの均衡を図り、**代価弁償に利息が付かないこととの対比からも占有者は使用利益を享受できる、**というのがその理由である。

~~しかし、代価弁償について履行請求時から遅滞責任が生じることと均衡がとれているのが疑問である。~~この問題は、不当利得法の難問であり、所有権の所在の問題とも関連して、学説の判例評価も分かれる。最近の検討として川角由和・ジュリ1428号18頁-20頁。**占有者帰属説に立てば、194条は、代価での買戻しの選択権を原所有者に認めたものとして、575条を類推適用する、という正当化もありえよう。**