

民法演習 I ・ 第9回講義（盗品の即時取得）の補足説明

2017年6月7日

松岡 久和

1 本日の学習の中心的なポイント

松岡『物権法』204-207頁を加筆修正したもの（赤字部分）を用意しました。

(1) 民法の規範構造

所有権の静的安全の保護と取引安全（動的安全）の保護について、民法が、原権利者の帰責事由と信頼保護の必要性の度合いに応じた段階的利益較量をふまえた規範構造を有していることをまず理解していただきたい。

なお、第5段階として示した古物営業法及び質屋営業法の条文は次のとおりです。今回の問題では盗難から1年以上が経過しているため、ただし書により、無償の回復請求はできません。

古物営業法

（盗品及び遺失物の回復）

第20条 古物商が買い受け、又は交換した古物（商法（明治32年法律第48号）第519条に規定する有価証券であるものを除く。）のうち盗品又は遺失物があつた場合においては、その古物商が当該盗品又は遺失物を公の市場において又は同種の物を取り扱う業者から善意で譲り受けた場合においても、被害者又は遺失主は、古物商に対し、これを無償で回復することを求めることができる。ただし、盗難又は遺失の時から1年を経過した後においては、この限りでない。

下線部分は、民法改正により、「（指図証券、記名式所持人払証券（民法（明治29年法律第89号）第520条の13に規定する記名式所持人払証券をいう。）及び無記名証券であるものを除く。）」に変わる。

質屋営業法

（盗品及び遺失物の回復）

第22条 質屋が質物又は流質物として所持する物品が、盗品又は遺失物であつた場合においては、その質屋が当該物品を同種の物を取り扱う業者から善意で質に取つた場合においても、被害者又は遺失主は、質屋に対し、これを無償で回復することを求めることができる。但し、盗難又は遺失のときから1年を経過した後においては、この限りでない。

(2) 即時取得の要件

即時取得の実体法上の要件と主張・立証責任、とりわけ無過失の立証責任が前主の占有による188条の推定により、所有権に基づく返還請求を主張する者にあることを理解して下さい。善意無過失とは、取引の相手方がその動産につき所有権（⑤要件のとおり厳密には処分権限）を持たないことを占有者が知らず（＝処分権限を信じ）、そのことに過失がないこと（最判昭26・11・27民集5巻13号775頁<LEX/DB 27003444>）を意味します。過失は、注意義務（この場面では調査義務）違反であり、過失の有無は、占有者の属する類型に属する合理人が、当該取引について通常払うべき注意を払っていたかどうかによって判断されますが、どのような場合に調査義務を負うのが問題です。無過失の推定（188条）との関係で、前主の処分権限を疑わせるような事情が存在しないと、売主の所有権取得の経緯など

についての確認質問を超える調査義務、とりわけ遡行的な調査義務は、善意取得制度の趣旨から、生じないのが原則です。前主の権限を疑わせるような事情があつて初めて、さらに調査確認する義務が課せられます。調査義務は、取引の対象となる動産の種類・対価額を含む取引の態様・当事者の属性等により変化します。たとえば、レンタル・リース・割賦販売の対象となる商品の場合の所有権留保があると思われる場合には、その調査が必要になります。公売・競売等など信頼性が高いものでは調査義務は課せられにくいでしょう（参考判例①の原審判断は、それお強調しすぎて無過失を認定してしまい、最高裁に注意されているのは講義で触れたとおりです。第二審のZ（日通）の主張は過失の評価根拠事実をあれこれ主張していて興味深いです）。専門業者には調査義務が課される場合には慎重で丁寧な重い義務となるのに対して、素人の消費者には調査義務が課せられないか、口頭確認程度の軽いものになる傾向があります。

売買代金が時価に比べて著しく低いこととしても、それに合理的な理由がある場合（たとえば、真贋が疑われるのでリスク込みで安くする場合）には、不審事由とならないので、それだけでは調査義務は課されません。しかし合理的な理由がなく対価が著しく低いと売主の処分権限に問題があるという不審事由となり、調査義務が課されるのです。講義でも示しましたが、売買目的物の真贋の調査は、売主の処分権限の有無とは直接には関係しません。

即時取得には有効な取引行為（による占有取得）が必要なので、意思無能力者や制限行為能力者との取引のように契約が無効（取り消された結果を含む）な場合や本件のAのようにBの無権代理として本人Xに効果帰属しない場合には、適用できません。即時取得は、前主の処分権限の欠如を治癒するものであり、契約の（効果不帰属を含む）無効から契約相手方を保護するものではありません。

2 いくつかの補足

(1) 金銭・有価証券と即時取得等

取引の安全が高度に保護されるべき金銭では、192条自体が適用されない（現に直接占有している者が所有者とみなされる。最判昭39・1・24判時365号26頁。いわゆる「占有＝所有」理論。その結果、原則として、現実の占有取得が金銭所有権の取得の効力要件となる）。有価証券についても、193条・194条のような例外は認められていない（新520条の5、520条の15、520条の20、手形16条2項、小切手21条、会社131条）。

(2) 193条によって回復請求ができる場合、所有権はXYのどちらにあるのか。

いろいろな考え方があり得る。

①原所有者説（参考判例②、より古く、大判大10・7・8民録27輯1373頁〈LEX/DB 27523295〉）

：請求内容は、所有権に基づく占有の回復。賃借人や受寄者などの所有権者以外が盗品・遺失物について回復請求をする場合、所有権を回復するのはおかしい、として占有者説を退けている。もっとも、この批判は、所有権を原所有者に返せという請求権と考えれば回避できる。

②占有者説（多数説）

：請求内容は、193条に基づく占有及び所有権の回復。192条の即時取得によって占有者が所有権を取得したことを前提にする例外だからという理由づけであり、関

連問題に影響する。

③類型説（内田479頁。193条では原所有者、194条では占有者）

原所有者説の方が素直なように思われる。本日の講義で強調した不文の大原則は、原所有者に残る所有権に基づく返還請求を前提としている（立法者及び判例）。所有者からの有効な契約による賃借人や受寄者は、契約上所有者に対して盗難・遺失の責任を負うため、民法が193条によって回復請求を拡張したものと考えられる。日本民法では物権行為の独自性・無因性を一般的に認めていないので、抽象的な所有権移転を求める行為請求権を考える必要はない。占有者説は動的安全に傾きすぎた我妻説を無批判に承継しているように思う。

もっとも、多くの問題において、どちらかに所有権があることで論理必然的に結論が決まるわけではない（後述の発展課題の参考判例を参照）。古い判例は、盗品であることを知って買い受けた者は、原所有者に残る所有権を害するため盗品譲受け等罪（刑256条。昔は「赃物故買罪」と表現した）に問われるとした（大判大15・5・28刑録5巻192頁<LEX/DB 27550093>）。これに対する末弘巖太郎の判例批評（法協45巻6号1210頁）は、占有者に所有権が取得されても原所有者の193条の所有権回復請求権を害するので、いずれにしても刑事責任を問われるとして原所有者説を理由とする判例を批判した。論理が鮮やかで実に感動的である！（昨夜予習ついでに読んだ）。著作権の問題がありpdfを貼り付けられないのが残念である。

(3) 原所有者への返還後の代償請求権行使

Yが抗弁を主張せずに掛け軸をXに返還した場合には、代償弁償の請求が後からできるか。参考判例②は、被害者は警察から仮下渡し（おそらく「かりさげわたし」と読む）を受けたにすぎず、代償弁償の意思のある受領でないとして否定していたが、やや形式的理由で説得力に欠ける。実質的理由は、指輪の代価が時価の倍近くしていて原所有者が代償弁償をしてまで取り戻す合理性が欠けており、古物商間の盗品取引の疑いもあったという事案の特性によると思われる（笠井・参考文献135頁。当時は古物営業法は存在せず）。

発展課題の参考判例（平成12年判決）は、Yが、第1審の認めた月額30万円の使用利益の返還額の累積増大（代価は300万円なので10か月以上になると代償弁償を受けても赤字になる）をおそれて、Xにバックホー（添付の写真）を任意返還をしたという事情を指摘し、「Xは、本件バックホーの回復をあきらめるか、代償の弁償をしてこれを回復するかを選択し得る状況下において、後者を選択し、本件バックホーの引渡しを受けたものと解すべきである。このような事情にかんがみると、Xは、本件バックホーの返還後においても、なお民法194条に基づき被上告人に対して代償の弁償を請求することができるものと解するのが相当である」。参考判例②「は、右と抵触する限度で変更すべきものである。」と判示した。

つまり、平成12年判決は、返還後には代償弁償はおおよそ請求できないというルールを修正したものであって、代償弁償請求権が常に認められるとまでは言っていない。参考判例②のような事例（代価が時価より高く、原所有者が合理的には目的物の回復を望まないと思われる事例）では、今後も代償弁償請求が否定されうるということである。

(4) 問い2について

Yは、占有を意思に基づかない形で奪われているので、1年以内に占有回収の訴えが可

能である（200条1項）。

Yの占有回収請求権（返還請求権）とXの所有権に基づく請求権は、別個独立しているが（202条）、XはYの訴えに対して反訴で請求することも可能である（最判昭40・3・4民集19巻2号197頁〈LEX/DB 27001328〉）。この請求は、双方認容もありうる。最終的には物は本権者に戻ることになる。あるべき権利状態を内容とする本権と現状維持を内容とする占有が対立する場合、最終的に本権が優先するのは当然である。もともと、違法な自力救済は原則として許されず占有回収の訴えがいったんは認容され、それが執行された後に正規の手続に従って所有者は返還請求ができるにすぎない。

3 発展課題についてのヒント

(1) 条文どおりの適用と問題点

賃料は法定果実であり所有者に帰属する（89条2項）。それゆえ、Xが所有者であれば、賃料もXに帰属するのが原則である。ただし、善意占有者には果実收取権（189条1項）が認められる。この規定は、即時取得が成立しない場合（とりわけ代価弁償請求権もない場合）に、善意者にせめて果実分の最低限の保護を与えようとするものである。しかし、所有権に基づく請求の訴えを受けた者は、自分が所有者であると信じて争ったとしても、敗訴すれば訴え提起の時から悪意占有者と扱われるため（189条2項）、すでに使用した分の不当利得返還債務とその遅延賠償責任を負うことになる。参考判例において、Yが、訴訟中にバックホーをXに任意返還したのは、月額30万円の使用利益返還に耐えかねたからである。代価弁償は抗弁でしかないとしていた上記参考判例②を前提にすると、189条の適用により、代価弁償を諦めて使用利益とあわせて返還せよという占有者に酷な結果となる。

(2) 参考判例の結論と理由

平成12年判決は、訴え提起後もYの果実收取を認めた。その理由は2点。①Xが返還を諦めた場合（Yは果実收取可能）との均衡、②代価弁償請求には利息が付かないこととの均衡である。注意すべきは、この判決が、所有権の所在を論じていないことである。たしかに、占有者帰属説によると、Xの回復請求権が履行されてXが所有権を回復するまでは果実は、善意取得によってすでに所有権を取得していたYに帰属することになり、Yの果実收取を認めやすい。しかし、Yが回復請求に理由なく応じない場合にまでこの結論を維持することはできず、結局、189条2項との関係は、占有者帰属説でも問題にならざるをえないと思われる。

占有者帰属説に立って正当化するならば（私見は、むしろ原所有者説でもよく、上述のように法律構成は結論に直結しないと考えている）、Xの目的物返還請求は、Yにいったん帰属した所有権をYの支払っていた代価を代金額として買い戻す選択権（売渡請求権）の行使であり、XY間に売買契約が成立すると構成する方法がある。そうなれば、代金の利息と果実をいずれも支払わなくてよいとする575条が、189条に優先して適用されることになる（物権法に対する特別法としての契約法の優先。一種の法条競合）。