

即時取得

坂本・原田・富士田

192 条

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときには、即時にその動産について行使する権利を取得する

この制度を即時取得という

☆ 善意取得と即時取得¹

民法は、一方に権利者が自らの意思に基づいて物の占有をゆだねたという事情(権利者の一種の帰責性)があり、他方に無権利の占有者を権利者と正当に信じて取引した者を保護する必要(正当な信頼保護の必要性)がある場合に、この取引者を保護するものとしており、このように見る場合には、192 条は表見法理の現れの一つであり、その趣旨は「善意の権利取得を保護する」ことにある。この規定による権利取得は善意取得、と呼ばれる。

192 条と 162 条 2 項・163 条後段を比べれば、その類似性は明らかである。顕著に異なるのは、162 条 2 項・163 条後段は 10 年間の占有継続の後に占有者の権利取得を認めるのに対し、192 条は占有開始時点で「即時に」占有者の権利取得を認める、という点である。そこで、192 条が定める制度は、「即時の時効取得制度」であるとも考えることもできるとして、即時取得と呼ばれる。

民法改正の際に、192 条の見出しに即時取得、とつけられたためにこのように呼ぶ慣行が残っているので、今回は即時取得と呼ぶようにする。

第一部 即時取得総論

1 序

動産物権の譲渡は引渡し(占有の移転)により公示される

しかし、引渡しの公示性は十分とはいえない

∴ ①動産を現実に所持する者が権利者であるとは限らない

②引渡しの方法も複数あるため権利者が目的物を現実に所持しないまま対抗要件を備えていることがある

¹ 佐久間 141 頁

③物の現実の所持者は、その物をめぐる権利関係に関する照会に答える義務を負わない

⇒即時取得の制度を設けて、動産物権の表象を信頼する者を保護し、物権を取得させようとした

2 構成 — 民法典上第2章「占有権」第2節「占有権の効力」に192条はおかれている

即時取得の制度は即時時効とも呼ばれ、時効制度の一つとして構成する考え方もかつてはとられていたが、192条の適用を取引行為による占有取得に限定する判例が出され²、それが2004年民法で明文化された³。

この改正により、取引安全のための制度への純化がはかられた。

3 即時取得の要件

- (1)即時取得の対象が動産であること
- (2)取引行為をしたこと
- (3)前主から占有を取得したこと
- (4)その占有取得が平穩かつ公然に行われたこと
- (5)占有取得時に善意無過失であったこと

4 即時取得の効果

即時に動産の上に行使する権利を取得することが即時取得の効果である。

- ・動産の上に行使する権利とは、取得者が占有を承継する取引行為によって、その動産の上に外形上取得する物権である。
- ・法文には動産の上に行使する権利と規定されているけれども、実際は所有権と質権に限られる。

∴ 動産の上に行使される物権

a) 留置権：法律上当然に生ずる権利

目的物が債務者の所有に属するかどうかによって影響を受けないものである

² 大判大正4年5月20日民録21輯730頁

³ 立法経緯：旧民法では取引行為による、という要件が明示されていたが、明治民法ではこの要件が無過失要件に吸収されていた。

b)先取特権：当事者の意思に基づいて発生するものでない

(319条に特別規定あり)

c)賃借権：☆やや問題となる

判例は賃借権への即時取得適用を否定⁴

⇒動産賃借権については動産所有権ほど取引の安全を保護する必要もないと思われるから判例を支持すべき⁵

第二部 成立要件についての検討

1 即時取得の対象が動産であること

(1)登記・登録しうる動産

- ・ 原則：登記・登録が可能な動産であっても、192条の要件をみたせば、即時取得が認められる
- ・ ⁶例外：実際に登記・登録がおこなわれている場合は、192条は適用されない

(2)登記・登録を信じた第三取得者の保護

1)192条適用説 — 登記・登録があっても、名義が前主であるときは、192条の適用は排除されない

2)94条2項類推適用説 —

- ・ 192条の排除…実際に登記・登録がある以上、192条は適用されない

- ・ 94条2項類推適用…登記・登録と占有という外観に対する信頼の保護

(3)問題となる動産

a)不動産の従物たる動産

- ・ 不動産から分離されて取引された場合⁷
- ・ 譲受人が主物たる不動産の所有者から不動産とともに引渡しを受けている場合
⇒即時取得の対象になる

- ・ 無権利者によって不動産とその従物たる動産が譲渡された場合
⇒動産だけが即時取得されるわけではない

⁴大判昭和13・1・28 民一頁判民一事件

⁵我妻 226頁

⁶最判昭和62年4月24日判時1243号24頁

⁷最判昭和36・9・15 民集15巻8号 2172頁

b) 民法上の無記名債権

86条3項により動産とみなされる

※商519条1・2項の有価証券にあたるもの = 取引安全を一層保護する必要性

→民192条～194条は適用されない・小切手21条適用

☆小切手法は取得者に悪意または重過失がない限り善意取得が認められる

c) 金銭

⇒192条以下を適用する余地なし

(古銭や記念硬貨などを除く)

2 取引行為 — 取引行為の瑕疵について

この要件により、即時取得が認められるのは、動産物権の取得を基礎づける取引行為（例えば、売買・譲渡担保・質権設定・代物弁済など）に限られることになる。

(1)192条の即時取得が成立するためには取引行為によって占有が取得されたのでなければならない。

(∵ 取引安全を保護するための制度だから)

(2)取引行為 = 動産について行使する権利を取得する原因となるものでなければならない(上述)

(3)取引行為 … 有効であることが必要

取引行為が無効であれば前主が権利を有していても取引者は権利取得できない

例) 即時取得成立しないケース

- ・他人の所有する樹木を自己所有と誤信して伐採⁸
- ・相続によって占有承継

⁸ 大判大正4・5・20 民録21輯730頁、大判昭和7・5・18 民集11巻1963頁

3 前主からの占有の取得

即時取得者が相手方の占有を信頼して、占有を取得すること。

占有取得が要求される意味

即時取得制度は前主の占有を信頼した者を保護する趣旨であり、物権変動は意思表示のみでもなされうるとい意思主義の観点からすると、信頼することが出来る前主の占有さえあれば足り、即時取得者が占有を取得する必要はない。←前主の占有の効果

しかし、占有を取得することなしに権利を取得することになると、対抗要件を備えていない権利を認めることになり、いたずらに法律関係を紛糾させることになり好ましくない。また、外部からはその権利取得を認識することができず、取引安全が害されるおそれがある。以上から占有取得要件は一種の政策的配慮としてとらえることが出来る。

前提・・・前主が無権限で当該動産を占有していること。

即時取得は権利の外形に対する信頼を保護する制度であるため。

現実の引渡し・簡易の引渡しについては即時取得者が現実に目的物を占有することになるので、問題ない。

占有改定の場合

概説

かつてのゲヴェーレに基づく追及権の第三者に対する制限という沿革からすれば、物が受託者に存する限り、原権利者は追及しえたから、取得者の保護は占有改定では足りないということになる。しかし、善意者の取引安全という本制度の現代的意義に焦点を合わせて、これと権利喪失を被る原権利者との利害の調整を配慮して考えなければならない。

* ゲヴェーレ・・・中世ゲルマンに法おける物支配の観念。権利と物の現実的支配が分化しきって

ない。

ゲヴェーレに基づく物の追及は契約相手方との契約関係に基づく訴求可能性としてのみ許された

ケース 1

- ①A が自己の所有する動産を B に賃貸したところ、B がこれを C に譲渡し占有改定を行った
- ②D 所有の動産を E に譲渡して占有改定を行い、その後 F に譲渡して同じく占有改定をおこなった

判例（即時取得否定説）

占有改定だけでは即時取得を認めない。⁹現実の引き渡しが必要

理由

- ・即時取得の成立には無権利者からの譲受人が「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずる」ような占有を取得することが必要であるところ、占有改定の方法による占有取得はそのようなものではない。¹⁰
- ・代理占有の場合、民法 204 条 1 項列記の事由がない限り原権利者の代理占有は消滅しないから、取引者はそもそも占有改定という意味での（代理）占有を取得しえていない。¹¹
→二重の代理占有は存在しないというドグマ
- ・原権利者が不当に不利益を被る（学説上の理由）
 - ・原権利者の観点
原権利者が信頼して物の占有を委ねた者に現実の占有があるので、占有の外観に変化がなく、原権利者の信頼が裏切られたことが、外形的にあきらかになっていない。
 - ・取得者の観点
まだ現実の占有を取得していない段階であり、前主の占有に対する信頼が現実化していない。

⁹ 最判昭和 32・12・27 民集 11 卷 14 号 2485 頁

¹⁰ 最判昭和 35・2・11 民集 14 卷 2 号 168 頁

¹¹ 大判昭 7・2・18・法学 1 下・208

批判

占有改定では一般取引の安全を害すると考えるが、その外観を信頼した第二譲受人にも即時取得を認めれば取引の安全を害することはない。

即時取得肯定説

前主の占有に対する取得者の信頼保護という即時取得の近代的意義に重点を置く。

理由

- ・ 占有改定が民法によって占有移転の1つの方法としてみとめられていること。(183条)
- ・ 192条の文言上、占有改定を排除すべき理由はない。
- ・ 即時取得は前主の占有に対する信頼を保護するための制度であるため、取得者がどのような方法で占有を取得したかは問題ではない。
- ・ 第2譲受人の保護は同人にも即時取得を認めれば足り、取引の安全を害することはない。

批判

- ・ 占有改定による引渡しを受けた者が複数ある場合(ケース1②)には、「遅い者勝ち」を認めることになる。物権は成立順に優先するという原則に反することになる。
- ・ 原権利者が現実の占有を回復した後でも、即時取得者からの引渡し請求に応じなければならない。
- ・ 占有改定による引渡しは公示方法として不完全であるのに、そのような不完全な方法によって占有を取得しただけでは、信頼を保護されるに値するといえるかどうか疑問。
- ・ 即時取得制度が動産物権変動の対抗要件(178条)の公示方法としての不完全さをその次の段階で補充すべき機能を担ったものであるという、両制度の関係を看過している。

即時取得肯定説の修正（折衷説）

占有改定によって占有取得者は所有権を取得するが、これによる所有権取得は確定的なものではなく、その後、現実の引渡しを受けることによって、確定的となる。

その反射的効果として、現実の引渡しが行われるまでは、原権利者は自身の所有権を確定的に喪失せず、即時取得者より早く現実の引き渡しを受ければ、完全に所有権を回復できる。

理由

動産譲渡について、占有改定も公示方法の一つとして認められているが、その不完全さゆえに、取引安全の保護が全うされないおそれがあるため

批判

- ・無権限者である前主から動産を譲り受けて占有改定により占有を取得した即時取得者と、もともとその動産における所有権を有していた原権利者とを平等に扱うのはおかしい
- ・即時取得制度が動産物権変動の対抗要件（178条）の公示方法としての不完全さをその次の段階で補充すべき機能を担ったものであるという、両制度の関係を看過している。

- ・二重譲渡における問題点

原所有者 D が E と F に二重譲渡する類型（ケース 1②）

肯定説 ・ 第一譲受人 F が所有権を取得

否定説 ・ 第二譲受人 E が所有権を取得

折衷説

(a) E と F の間の所有権確認訴訟では、原告として訴えた方が常に敗訴する

→所有権がどちらにも確定的に帰属していない

(b) D に対する所有権確認ないし、引渡訴訟では E も F も所有権者として常に勝訴する

→F は占有改定により不確定ながらも所有権を取得している。

(c) E が D と F を相手取って訴えた場合、F には敗訴、D には勝訴という結果になる
この場合、D に執行をし現実の占有を得た者が確定的所有権を取得することになる

E と F の関係を不動産の二重の未登記譲受人相互間の関係と全く同視していいのか
疑問。

善意無過失の存在時期

善意取得否定説

現実の引き渡しの時点で善意無過失が必要

善意取得肯定説・折衷説

占有改定の時点で善意無過失が必要

指図による占有移転の場合

ケース 2

A は、B から絵画甲を購入したが、B の依頼により甲をしばらく B に賃貸することにした。
B は、甲を自己所有と偽って C に貸し出した。その後、B は甲を自己所有と偽って D に売却しその旨を C に通知した。事情を知った A が、甲は自己の所有に属するとして、C に甲の返還を求めた。

判例

指図による占有移転によっても善意取得は成立する。¹²

理由

・原権利者が占有を委ねた相手方にもはや現実の占有がないことから、原権利者の信頼が裏切られたことが外形的に明らかとなっているため、原権利者の失権を認めることができる。

・「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずる」ような占有を取得したとはいえないが、

¹² 最判昭和 57・9・7 民集 36 卷 8 号 1527 頁

現実の占有者である占有代理人への照会を通じて、譲渡の事実が明らかになる可能性が比較的高いことから、信頼性が相当高い公示が備わったといえる。

指図による占有移転があっても、占有改定と同様に扱うべき場合

ケース 2-1

ケース 2 において、B が甲を C に売却し、占有改定の方法で引き渡した後に、C がこれを D に売却し、その旨を B に伝えた。

指図による占有移転であっても、即時取得を否定¹³

理由

- ・原権利者が占有を委ねた相手方に現実の占有があるので、原権利者の信頼が外形的に裏切られたとはいえない。
- ・現実の占有者の照会を通じて、譲渡の事実が明らかになる可能性は低い。

指図による占有移転による即時取得と質権・留置権

ケース 3

- ① A が、B に頼まれ動産甲を預かって修理をし、5 万円の代金債権を取得した。甲の所有者は C であったが、A は B が所有者であると信じていた。B が D に甲を売却し、その旨を A に通知した。D は、B が甲の所有者であると無過失で信じていた。D が甲を即時取得したとして A に甲の返還を求めた。
- ② Y は、Z に対する 5 万円の債権の担保として、動産乙に質権の設定を受けた。乙の所有者は S であったが、Y は乙の引き渡しを受けた当時、Z が所有者であると無過失で信じていた。Z が X に乙を売却し、その旨を Y に通知した。X は、Z が乙の所有者であると無過失で信じていた。X が、乙を即時取得したとして Y に乙の返還を求めた。

¹³ 大判昭和 8・2・13・新聞 3520 号 11 頁
大判昭和 9・11・20 民集 13 卷 2302 頁

即時取得は原始取得の一種であり、原始取得者は負担のない権利（所有権）を取得することが多い。

① で A の甲上の留置権は消滅するか、また、②で Y の乙上の質権が消滅するかが問題となる。

① において、D は B の間接占有という外形から B が甲の所有権を有することを無過失で信じているため即時取得により D に甲の所有権取得が認められるが、A の留置権は消滅しない。

理由

・ D の過剰な保護

D に A の留置権の負担を免れさせることは、前主の占有に対する信頼の保護の範囲を超えている。B が甲の所有権を有していた場合でも、D は A の留置権の負担付きで甲の所有権を取得する。

・ A は甲の直接占有を失っていないため、A に不利益負担の根拠があるとはいえない。

② においても同様の理由で Y の乙上の質権は消滅しない

4 占有取得が平穏かつ公然と行われたこと

(1) 意義

- ・ 平穏：暴行または強迫によらないこと
- ・ 公然：隠匿によらないこと

(2) 「平穏・公然」の推定

・ 186 条 1 項による推定

占有者は平穏かつ公然に占有するものと推定される。

←この規定は「占有の態様」に関する規定であるのに対し 192 条の平穏・公然は「占有承継の態様」に関する要件である。したがって、即時取得に関するこれらの要件を、占有の態様に関する推定規定である 186 条 1 項で推定することは、厳密に言えば無理がある。

・ 取引行為への限定による推定

有効な取引行為の存在を要件として要求した以上、これらの要件は、ほとんど常に充たされている。

5 占有取得時に善意無過失であったこと

(1) 意義

- ・善意：前主が無権利であることを知らなかったこと
- ・無過失：知らなかったことについて過失がなかったこと

(2) 「善意」の推定

(a) 186条1項根拠説

←前述の「平穩・公然」要件と同様の問題点あり。

(b) 188条根拠説

「占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する」という規定が前主に適用されることから推定される。

(3) 「無過失」の推定

即時取得を主張する者が取引の相手方が真の権利者かどうかを確かめた点につき無過失を立証しなければならないかについて争いがある。

(a) 無過失推定否定説¹⁴

186条1項が無過失を推定しておらず、ほかに無過失の推定規定がないため、即時取得を主張する者が無過失の立証責任を負う。

(b) 無過失推定肯定説

① 188条根拠説¹⁵

188条が占有者は適法な権利を有すると推定するので、占有者と取引をする者はそのように信じて過失がない。

② 186条・188条根拠説

186条の所有の意思の推定と188条の適法性の推定により前主が所有者であることが推定され、取引をする者の無過失が推定される。

③ 186条根拠説

186条の無過失は、完全な善意を意味し、善意が推定される限り無過失もまた推定される。

¹⁴大判明治41・9・1民録14輯876頁

¹⁵最判昭和41・6・9民集20巻5号1011頁

第三部 盗品、遺失物に関する例外

1 回復請求

193 条 前条の場合において、占有物が盗品または遺失物であるときは、被害者又は遺失物者は、盗難又は遺失の時から二年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

即時取得をした第三者があったとしても、その第三者が盗品や遺失物をたまたま取得していたような場合、本人の帰責性があまりにも小さい。そこで、その本人の保護のために盗品・遺失物についての即時取得の例外規定を定めた。

(1) 適用範囲

- ・盗品：窃盗または強盗によって所持を奪われた物であり、詐取されたり、横領された物などは含まない。
- ・遺失物：占有者の意思によらないでその所持を離れたものであって盗品でない物

(2) 回復請求権者

回復請求権者は「被害者又は遺失者」であり、所有者に限られず、動産の賃借人、受寄者も含まれる¹⁶。

(3) 回復請求の相手方

回復請求の相手方は、盗品・遺失物を即時取得して占有する者で、その包括承継人・特定承継人を含む。

(4) 所有権の帰属

被害者または遺失主が回復を請求しうる期間、その動産の所有権は原所有者に帰属するか、それとも取得者に帰属するかについては民法上規定がなく、争いがある。

(a) 原所有者帰属説¹⁷

即時取得の要件をみたしても盗品・遺失物の場合は、2年間は原所有者は所有権を失わず、2年が経過した時点で、はじめて取得者に所有権があったことになる。
→回復請求権は所有権に基づく返還請求権

¹⁶大判大正 10・7・8 民録 27 輯 1373 頁、大判昭和 4・12・11 民集 8 卷 923 頁

¹⁷大判大正 10・7・8 民録 27 輯 1373 頁

(b) 取得者帰属説

即時取得により、ただちに即時取得者が所有権を取得する。

→回復請求権は 193 条によって認められた一種の実体上の形成権

2 代価の弁償

194 条 占有者が、盗品又は遺失物を、競売若しくは公の市場において、又はその物と同種の物を販売する商人から、善意で買い受けたときは、被害者又は遺失物者は、占有者が支払った代価を弁償しなければ、その物を回復することができない。

193 条によって物の回復が認められると、占有者が物の取得のために対価を支払っていた場合には、その利益が害されることになる。そこで民法は、この場合における回復者の利益と占有者の利益および取引安全保護の調整を図るために、194 条の規定をおいている。

(1) 代価弁償の性質

代価弁償を受けることなしに目的物を返還した場合に代価弁償を請求することができるか。

(a) 抗弁権説¹⁸

代価弁償請求権は、返還請求に対する抗弁権にとどまり、即時取得者が回復者に目的物を返還してしまった後には、代価弁償の請求はできない。

(b) 請求権説¹⁹

目的物を回復者に返還した後も代価弁償の請求をすることができる。

(2) 目的物の使用利益の帰属

ケース

Xは土木機械甲をAに盗取され、甲は「同種の物を販売する商人」であるBから、盗品であることについて善意無過失であるYに300万で売却された。XがYに対し甲の返還を求めたところ、Yは代価の弁償を求めた。これに対してXは返還訴訟の訴状送達の日以降の使用利益の支払をあわせて求め、これを代価と相殺すると主張している。

¹⁸大判昭和4・12・11民集8巻923頁

¹⁹最判平成12・6・27民集54巻5号1737頁

(a) 占有者説²⁰

占有者は代価の弁済の提供があるまで目的物の使用収益を行う権限を有する。

→使用利益の返還を請求できない。

理由

- ・被害者は①代価を弁済して目的物を回復するか、②回復を諦めるかを選択できる一方、占有者は②の場合だと使用利益を享受できるのに①の場合だと代価弁済以前の使用利益を喪失するとすると、占有者の地位が不安定になる。
- ・弁済される代価には利息が含まれないことからすると、占有者に使用利益を認めることが両者の衡平にかなう。

(b) 回復者説

回復者に使用利益が帰属する。

→不当利得の返還を請求できる。

理由

- ・占有者は、代価の弁済を受けることができる以上、その上に目的物の使用収益権限を認めると、無償で目的物を使用収益できることになる。
- ・占有者に使用収益権限を認めると、回復者は代価を弁済するにもかかわらず、占有者が使用収益することにより損耗した目的物の返還しか受けられなくなる。

〈参考文献〉

- ・内田貴 「民法Ⅰ 総則・物権総論」〔第3版〕東京大学出版会 2005
- ・近江幸治 「民法講義Ⅱ物権法」〔第3版〕成文堂 2006
- ・川島武宜、川井健 「新版注釈民法（7）」有斐閣 2007
- ・川井健 「民法概論2 物権」〔第2版〕有斐閣 2005
- ・佐久間毅 「民法の基礎2 物権」有斐閣 2006
- ・舟橋諄一 「物権法」有斐閣 1960
- ・山本敬三 2007年度民法第二部レジュメ
- ・我妻栄 「民法講義Ⅱ」岩波書店 1952

²⁰前掲最判平成12・6・27