

外觀優越の民法的構成と商法的構成

——いわゆる「善意取得」の法理をめぐって——

喜 多 了 祐

一 議論再燃の諸理由

いわゆる「善意取得」(gutgläubiger Erwerb)——或はより限定的に「動産の善意取得」(gutgläubiger Mobilärerwerb)——は一世代前の学者のリープリングステーマであったが、⁽¹⁾今日ではもはや議論があらかた出つくしてしまつて、格別新しい問題がないかのようにいわれている向きがある。⁽²⁾しかし、ここ数年来わが国では、外觀上の占有状態に変更をきたさない占有改定によつても動産の即時取得が可能であるかについて、大審院の消極説を再確認した最高裁判例をめぐつて賛否両論の再燃を見たところである。⁽³⁾ドイツでは、この点は明文の規定(三三九条)をもつて立法的に解決しているので問題ないが、それでも最近は動産の善意取得制度全般(民法典九三二条以下、商法典三六六条以下)について、その正当化の理由づけ

をめぐる議論が久し振りに復活している。そして、わが民法上占有改定による即時取得は是非かの争いも、結局は明文規定の欠如に由来するよりもむしろ、静的安全と動的安全との調節という今では古典的な近代法上の根本問題に帰着するかぎり⁽⁴⁾で、ドイツに蒸し返されている争点と共通の基底を有するものと見ることが出来る。そこで、本稿は占有改定がわが民法一九二条の要件を充たすかどうか問題に直接限定することなく、同条が文理的にはフランス民法典を母法として構成されながらも、法理的にはドイツ私法学の強い影響のもとに再構成されてきた従来の経緯に鑑み、むしろ問題を昨今ドイツに再燃しているような議論の領域にまで展開させてみようと思うのである。そうすることが問題を呼び起こした最近のわが最高裁判例にいわば「側光を投じる」ことになるであろうと同時に、積極的にはわが善意取得法理全般の構成に再検討の機会を与えることになるであろう。端的にいつて、わが善意取得の法律構成は実在(Sein)としての所有権に対して外觀(Schein)としての占有権を優越せしめるドイツ流のドグマティクであつて、このことは本家本元の「法外観説」(Rechtsscheintheorie)がまさに動産の善意取得制度を恰好の適用領域として形成されたという事情によつて裏付けられる⁽⁵⁾。しかし、今世紀初頭のドイツ私法学がそれを形成した頃の事情と現在それを支持すべき事情との間には、若干の差異が見られるようである。

(1) わが国での代表作は、田島順・民法一九二条の研究(昭和八)である。

(2) 鈴木禄弥・「即時取得」、総合判例研究叢書「民法」(6)(昭和三二)、六〇頁(はしがき)参照。

(3) 最判昭和三二年十二月二七日民集一一卷一四号二四八五頁。本件の判例評釈としては、河野実・民商法雑誌三八卷一一〇頁、金山正信・同志社法学四九号八一頁、好美清光・一橋論叢四一卷一八六頁、長谷部茂吉・法律のひろば一一卷三号五一頁、東孝行・六甲台論集七卷一号一一四頁参照。

最判昭和三五年二月一日民集一四卷二号一六八頁。本件の判例評釈としては、乾昭三・法律時報三二卷一一号一一六頁参照。

(4) 「結局、取引安全保護の必要度と原権利者の既得権保護の必要度とを、相關的に衡量して決定せられるべきである。」船橋諄一・物権法、法律学全集18(昭和三五)・二四六頁以下。

(5) Wellspacher: Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906), S. 17; Meyer: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht (1909), S. 95.

まず、善意取得の法律構成として法外觀説が登場した時代の背景は、総体としては資本主義上昇期の比較的安定した経済社会である。實際上その登場はやや遅れて、社会立法乃至労働立法による団体主義的理念の発現を見た今世紀初頭に喰い込んでいられるけれども、その目標とされる「取引安全」の理想はやはり前世紀の時代精神である個人主義的理念に属する。この意味で、善意取得の問題は、団体主義的法現象とは区別されるべき広義における「民法の商化現象」の一種であるというべきであろうが、⁽¹⁾ そのことはともかくとして、安定した経済状態においては、物の喪失価値は金銭的な賠償請求権で填補されるものだという觀念が一般に支配するから、善意取得のために権利喪失をきたす真正の原所有者は非権利の中間処分者又は無償の第三取得者に対する不当利得返還請求権(ドイツ民法典⁽²⁾ハ一六条一項)によって充分に補償されると考えられるのも、一応尤もである。従来の法外觀説は法外觀のそうした相対的效果のなかに静的安全と動的安全との「殆ど完全に満足な」(fast restlos betriedigend)調節をすら見たのである。⁽³⁾ しかし、現代のように経済的均衡が屢々破れ、且つその破綻が相当長期に継続する時代においては、原所有者は権利喪失の補償として満足な金銭賠償をすらない結果となる場合がむしろ多い。⁽⁴⁾ 況んや、賠償義務者を発見することが物の流通と同じ径路を辿つての法的追及でなければならぬとすれば、変転極まりない今日の社会情勢のもとでは、それは決して容易でないのであって、静的安全はかくして益々脅かされる。今世紀初頭以来、善意取得制度の「没収的效果」(Enteignungswirkungen)を論難する声は暫く杜絶えていたのに、⁽⁵⁾ 最近になって漸くその声を再び聞くようになったのは、基本的な所有権秩序をめぐる不安の諸要素を近来濃厚ならしめた社会的経済的事情の、法体験への反映にほかならない。⁽⁵⁾ そして、以

上の事情変更には、過去半世紀に二度までもドイツの法生活を根柢から揺り動かした世界大戦が相当の影響を及ぼしていることは、想像に難くない。わが民法典にはドイツ民法典八一六条一項のような規定がないので、善意取得のために権利を喪失する原所有者は非権利の処分者に対して債務不履行又は不法行為にもとづく損害賠償の請求をないうるにすぎないというのが通説・判例の立場であるが、この(6)のような制度のもとにおいては、尚更以上の事情変更が原所有者に手痛く響く筈であろう。

- (1) 山中康雄・市民社会と民法(昭和二二)一八九―一九二頁。
 - (2) Oertmann: „Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein,“ ZHR 95 (1930), S. 459.
 - (3) Zweigert: „Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobilärerwerb,“ Rabels Zeitschrift 23. Jahrgang Heft 1 (1958), S. 17 Anm. 54 によれば、無償の善意取得者に対する不当利得返還請求権によって原権利者が補償されるという利害調節法(八一六条一項二段)は、論理癖から考え出された迂路であって、ことに取得者破産の場合に満足の結果をもたらさないといわれる。
 - (4) Menger: Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl. (1904), SS. 124~127 がこの方向における当時の代表的な批判であった。
 - (5) H. Hübner: Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht (1955), S. 12. 本書については、拙稿(書評)・「ハインツ・ヒュブナー著・動産物権法における権利喪失」、三八卷二号(昭和三二)、六九頁以下参照。
 - (6) 我妻栄・物権法(民法講義Ⅱ)、追補版(昭和一七)、一二七頁。石田文次郎・物権法論、一〇版(昭和一七)、三五四頁。尚、鈴木・前掲一〇七頁によれば、わが判例法上善意取得者が原権利者に対して不当利得返還の義務を負うこともあるとされるが、これは処分者と取得者との間の取引行為が取消された場合であるから、別問題というべきである。
- ところで、善意取得制度の没収的效果を再反省するといっても、それは勿論公法上の厳密な用語としての「没収」の意味においてではなく、この私法制度が善意者の「権利取得」(Rechtserwerb)の問題である前に、先ず所有者の「権利喪失」(Rechtsverlust)の問題であることを、没収との類比に託して効果判断するところにある。この見地は歴

史的には所有者の追及権を排除するゲルマン法的構成と善意者に所有権を取得せしめる近代法的構成との中間に立つものといわれるかも知れないが⁽¹⁾、前述の関連で効果判断の重要な標準となるのは法律上の所有権概念とかその歴史的発展段階とかでなく、専ら一般的所有権思想、すなわちあらゆる法的経験に先行する生活秩序の基本的な要素である「所有する」という観念である。⁽²⁾この観念は深く人間性に根ざすのであって、かかるものとして法哲学的基礎づけの公理であるとともに、基本的人権として憲法上の保障の対象でもある。⁽³⁾もしも善意者のための権利取得の法規定が所有者のための権利喪失の法規定として余りに厳しく作用するならば、人間自然の所有観念に反するわけで、そこには法規定そのものの違憲性すら問題とされなくてはならない。⁽⁴⁾それにも拘わらず、従来ドイツ民法典九三二条——そしてわが民法一九二条——の権利喪失規定がさして根強い抵抗を受けなかったのは、前述の事情変更に照らして不思議なことではある。いかにも所有権の公用徴収や公用制限をめぐっては所有権秩序を守るための闘争が激化しているが、⁽⁵⁾民事法上の「収用規定」ともいうべき本条に対する批判は極めて控え目のままであった。また、他物権との関連では法律上の所有権概念の「弾力性」が論じられるのに、本条の中心問題となる所有権秩序の基本的価値は殆ど全く論外とされていた。これは、従来善意取得制度の正当性について所有者の保護を背後に押しやった一面的な理由づけがなされたために、取得者の保護と利害相反する価値の存在について実感がもてなくなったからであると推測される。そのような一面的理由づけとしては、次の三種のものが指摘されよう。⁽⁶⁾

(1) 「ゲヴェーレ法においては、問題は旧所有者の回復請求権の制限という構成をとるが、近代法においては、新所有者による所有権の取得という構成が必然的となる。そうして、歴史上この両者の中間に立つのが、旧所有者の所有権の喪失という構成である。」川島武宜・所有権法の理論(昭和二四)、二七八頁。

(2) 「所有権は法的経験に基礎をおかず、すべての法的経験に先行する法的思维の範疇として現われる。」Radbruch: Re-

chtsphilosophie, 4. Aufl. (1950), S. 234. 田中耕太郎訳・法哲学(昭和二六)、一九四頁。

- (3) 自由国家群の諸憲法はいずれもこのような意味での所有権を基本的人権として宣言しているが、共產圏諸国の憲法ではその觀念が稀薄であつて、ソヴィエト社会主義共和国連邦憲法(五條乃至七條)やユーゴスラヴィア連邦人民共和国憲法(一八條)に見る通り、基本的人権としてでなく、社会的經濟的機構の一部として承認されているにすぎない。従つて、これらの国々は一九四八年の第三回国際連合總會における世界人権宣言の採択に當つてはその一五條(財産を所有する權利——現一七條)に反對して一斉に棄權した。しかし、これは法的經驗の相違によるのであつて、先驗的意味での所有権そのものを否定したことにほならないであらう。平野義太郎・「戦後世界における憲法の民主化」、世界經濟研究所編・世界の新憲法(昭和二三)、五〇頁参照。

- (4) H. Hübner : a. a. O., S. 13 Anm. 7 によれば、ドイツ民法典には善意取得制度の沒收的効果の理由づけが直截に示されていないので、九三二條の合憲性が連邦基本法一四條(財産權の保障)に照らして問題であるという考え方は、訴訟としての實現可能性を別として、恐らく成り立たないことはないだろうとされる。況んや、いやしくも善意無過失で他人の所有動産を占有し始めさえすれば「即時ニ其ノ動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス」というわが民法一九二條の文面は余りに一方的な構成であつて、それだけならば——今日通説となつてゐるその解釈論的再構成を別として——憲法二九條(財産權の不可侵)に違反するといえそうである。旧憲法のもとにおいても民法制定の議會において箕作麟祥博士は「……何ウモ占有權ノ効力トシテ所有權ヲ取得スルト云フコトハ少シ往キ過ギテ居ルヤウニ思ヒマスル」(法典調査會・民法三以下)と疑義を述べているが、旧憲法二七條(所有權の不可侵)は各人の國權に対する關係で財産權の保障を規定したにすぎないから、その程度の疑義しか成り立たないであらうけれども、新憲法の場合には個人が他の個人の財産を侵しえないことも、その基礎は結局二九條に求められるものと解されるから、民法一九二條の文面に対する批判は一層厳しくなければならぬと思われる。

- (5) 松岡三郎・「ドイツに於ける沒收について」、國家學會雜誌、六〇卷四・五号(昭和二二)、参照。このような方向での闘争は第二次大戰後のわが國ではとくに激しいものがある。いわゆる基地闘争のみならず、電源開發のための土地接収に反對して起つた最近の「蜂の巣城」事件においても、公權の介入に対する所有權保持の闘争意欲は熾烈である。

- (6) H. Hübner : a. a. O., SS. 13 ff. 拙稿・(書評)前掲、六九頁以下。

(1) 沿革論的理由づけ。取得者側の善意という要件を度外視して、専ら所有者の追及権を排除する点にハント・ブーレ・ハントのゲルマン法文化遺産を見る通説である。そこには中世ドイツ法に影響を与えたローマ法思想に対するゲルマン法思想の近代における勝利のみを見届けようとする国粹主義の一面観がある。とくに、金銭・無記名証券については盗品・遺失物であっても回復請求ができないとした民法規定までも、ローマ法的な回復請求権に対する民族精神の反動と見るところには、⁽¹⁾余りにも一概な歴史的浪漫主義が経済の合理的な需要を神秘主義のヴェイルに包んで一方的に押しまくろうとする傾向が認められる。法典編纂時においてギールケ(Otto von Gierke)一派のゲルマニステンが樹てた功績は没すべからざるものがあるが、⁽²⁾反面その後の民法学に右の傾向を決定的ならしめたのであって、かくして善意取得制度の沿革における歴史的関連の多様性は次第に遺却せられ、単純にゲルマン法的伝統をもって論じる見解が一般化したのである。⁽³⁾

(1) Wellspacher: „Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im usus modernus,“ Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 31 (1904), S. 672. この頃のヴェルスマッピエルにはまだ歴史法派の面目躍如たるものがある。

(2) 平野義太郎・民法に於けるローマ思想とゲルマン思想(昭和一五)「参照」。

(3) 例えば Stillschweig: Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht (1929), Einleitung, S. 9 ff.; Schantz: „Mißbrauchsschutz,“ AcP 142 (1936), S. 82; Ercklentz: Der Erwerb vom Nichtberechtigten — Eine Schöpfung germanischen Rechtes (1935) を見よ。同じ沿革論でも、前世紀におけるカーン・ハニットの研究 (Goldschmidt: „Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nießgentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen,“ ZHR VIII [1865], S. 225 ff. und IX [1866], S. ff.) は歴史的関連の多様性を意識している点で、今日尚古眉といふべきである。

(2) 目的論的理由づけ。取引安全の経済的理由づけに、十九世紀の時代精神として動的生活の哲学的理由づけを補足し、既成法学の論理を虚無主義ときめつける思想である。ファシスタ・イタリアの市民法典が無制限な取引保護を規定したのは、この思想の結実である。⁽¹⁾ いかにも十九世紀概念法学は時代精神に無力で、善意取得が伝来取得であるか原始取得であるかの形式論理に終始した。しかし、あらゆる法概念の相対性を思えば、法の規定する善意取得は混合型であることを知るべきであって、その完全な姿は生活現象としての善意取得の公平な評価によってえられる筈である。ところが、概念から解放された法理論は倫理的な問題設定に走って、取引の利益を信頼保護の原則に昇格させたため、他面において旧所有者側の信頼に反する結果となった。⁽²⁾ これは信頼要素の偏重にほかならない。要するに、動的安全とか善意保護の要請による説明は取得者利益の側からの一方的な正当化であって、それだけでは片手落ちの目的論にすぎない。⁽³⁾

(1) Riezler: „Der Entwurf eines italienischen Sachenrechts,“ Ztschr. f. ausl. und intern. Privatr. 12. Jg. (1939), S. 56 はこの傾向に対して批判的である。一種の単純なウァイタリテイ崇拜がそこに認められるからである、という。

(2) 動的安全の理論は元来フランスのものであった。これをドイツ流にやき直したものが信頼保護の理論である。とくにそれを信義則の展開として把握する立場にドイツ的特徴が顕著である。Eichler: Die Rechtslehre vom Vertrauen — Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens (1950), S. 92 ff. 本書については、拙稿(書評)・「ホルマン・アイヒラ著・信頼の法理論——信頼保護に関する私法的研究」一橋論叢、二七巻三号(昭和二七)、七三頁以下参照。

(3) Vincent: „La théorie de l'apparence,“ Travaux et Conférences 5, Etudes en hommage à René Marçq (1957), pp. 158~162 によれば、第三者の側における権利発生の正当化は本来の権利者側における権利喪失の理由づけにならないとされる。

(3) 形式論的理由づけ。善意を第二次的要件と見て、第一次的には占有の定型的公示作用に問題の一方的解決を求め

る立場である。問題となっている取得現象の外面的評価を基準とする点で、その想源はゲヴェーレの定型的形式主義にあるけれども、今日十中八九まで占有の形式と所有の権利とが一致するという経験律は時代遅れとなった。このことは既に民法典制定のとき所有権譲渡の引渡主義から合意主義への発展によって認識されている。⁽¹⁾とくに引渡の簡便法を認めたことは公示的行為としての引渡を無意味ならしめたのであって、⁽²⁾そこには公知力のある占有方式を捨ててまで流通と信用の促進を求める経済の発展が動因となっている。このように占有が公知力を失った反面には、善意の主観的要件がそれだけ厳格化されていることを忘れてはならないにも拘わらず、⁽³⁾従来占有を単純に信頼保護の基礎と見たところには、占有の公示作用の過大評価があったといわねばならない。これは、登記との極端な類比を強行したための謬見である。⁽⁴⁾

(1) Brandt: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft (1940), S. 160 によれば、いわゆる引渡主義は何らの主義でもないといわれる。

(2) StB: „Das Traditionsprinzip—Ein Atavismus des Sachenrechts,“ Festschr. M. Wolf, S. 153.

(3) すなわち、取得者が善意であっても、その善意なることについて重過失があるときは、悪意と同視される。このことは、取得者に「或程度の調査義務」を課したことになるのであって、その限度で善意の主観的要件は厳格化される。Motive III, S. 346.

(4) ヴェルスパッヒェルは占有と登記との根本的区別を自覚していたけれども、マイアやフィッシャは両者の公示作用を同視する方向であって、このような方向が通説となったのである。Wellpacher: a. a. O., S. 17; Meyer: a. a. O., SS. I, 41; Fischer: „Sein und Schein im Rechtsleben,“ Intern. Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik Bd. III (1909), Sp. 1453.

最近フォン・リュプトウ (Ulrich v. Lübtow) ヒュプナ (Heinz Hübner) 及びツヴィゲルト (Konrad Zweigert) によって代表される議論は、以上の三点に顕著な従来の一面的理由づけに対する反論にはかならない。本稿では主とし

てツヴィゲルトの所説にヒュプナの所論を配合して、わが善意取得の法理をめぐる従来の同様な傾向に対する批判を展開しようと思う。そして、最後にこれらの批判にもとづき、具体的に立法論と解釈論とを試みたいと企てるものである。

二 比較法的な接近法

第二次大戦後に有力となった議論の特徴は、ローマ法及び英米法の見地からする比較法的反省にある。いいかえれば、「何人も自己が有するより以上の権利を他人に与えることができない」(No one can transfer a better title than he possesses himself) とローマ法的に表現されるイギリスの法原則⁽¹⁾、或は「権利は流水に似て、その源より高き上に⁽²⁾ることができない」(Title like a stream cannot rise higher than its source) と幾分派手に表現されるアメリカの法原則⁽²⁾が先ず正当であることを再認識するにある。これらの法原則は所有権秩序の基本的価値を第一に打出している点で、権利が所有者から剥奪されて善意者に移転されるには、特別な理由がなければならないことを裏書きする。従って、非権利者からの善意取得を理由づけるものは、次のような問題設定のもとに追求されるべきである。すなわち、所有者の保持の利益は何故にまたどんな場合に善意者の取得の利益に劣後しなければならないか。

(1) Whistler v. Forster (1863), 32 L.J.C.P. 161, at p. 164; 143 E.R. 441, at p. 445, per Willes, J.

(2) Handley Motor Co. v. Wood (1953), 237 N.C. 318, 75 S.E. 2d 312, 316.

周知の通り、ドイツ民法典は——そしてわが民法典も——所有者が意識的に手離した物と単に所有者の占有を離脱した物(盗品・遺失物)とを区別し、前者の場合にのみ善意者の即時取得を認めているが、この区別は近時種々なる説

明によって理由づけられる。第一に、自分の物を意識的に手離す所有者は危険を伴う行為をしているのであって、第三者の善意取得による喪失の危険を負担しなければならぬのは当然であるという見解がある⁽¹⁾。第二に、所有者の利益を劣後的地位に置く理由は、所有者が取得者よりも高度に危険を支配する可能性をもっている点にあるとの見解がある⁽²⁾。蓋し、取得者は取引上の買手として迅速に物事を処理しなければならぬ利益地位にあるので、真正の権利状態を認識することが比較的困難であるのに対して、所有者は自己の物を受託する者の信頼可能性を慎重に審査できる立場にあるからだというにある。第三に、非権利者の占有は所有権の外観を創造するのであって、取得者がこの外観に信頼したときは、所有者が意識的な占有授与行為によって非権利の処分者の紛わしい占有状態を創造したところに、所有者の利益が劣後しなければならぬ理由を求めることができるという見解がある⁽³⁾。これは、マイア (Herbert Meyer) 以来法外観説に特色的な「与因主義」(Veranlassungsprinzip) の立場を新展開させたものである。いずれにせよ、これらの見解は、真正の所有者と善意の第三者との利益対立に着眼しつつ、占有離脱物から区別された任意委託物について権利喪失の理由づけを追求している点で、前述した一面的説明の試みとは異なるものがある。けれども、最近の学説は以上の諸説を更に厳格な批判によって前進させようとするものであって、概ね二つの方向に区別される。一つはヒュプナにおけるような解釈論的方向であり、真正の所有者が自己又は第三者にとって危険な外観的事実を創造したときに、彼がその危険を回避し阻止しえたかどうかによって、彼への帰責を論じうる場合を、一層厳密に分析する行き方である⁽⁴⁾。今一つはフォン・リュプトウにおけるような立法論的方向であり、善意取得ではなく回復請求権の時間的限定というローマ法的解決があらゆる批判に耐える唯一最良の方法であると結論する行き方である⁽⁵⁾。

(1) Brandt: a. a. O., S. 261 ff.

- (2) Müller-Erzbach : „Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage entwickelt,“ ACP 142 (1936), SS. 5~66, 20 ; Derselbe : Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens (1948), S. 328 f.; Derselbe : Die Rechtswissenschaft im Umbau (1950), S. 56 ff.
- (3) Westermann : Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. (1956), S. 222 ff.
- (4) H. Hübner : a. a. O., S. 89 ff. 拙稿(書評)・前掲 七二頁以下。
- (5) v. Lübtow : „Hand wahre Hand,“ Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Juristentag (1955), S. 230 ff.

ツヴィゲルトはこれらの接近法を専ら比較法的見地から補強しようとする。フォン・リュプトウ及びヒュプナもこの見地に立脚しているが、ここでは最もよく纏まっているツヴィゲルトの所説を主に参考としながら、比較法的な接近を試みよう。現代法上当面の問題については三種の解決法を分類することができる。

(1) 無制限な回復請求。これはローマ法原則であるが、これに最も近いのはデンマーク及びノールウェイの法制度である。⁽¹⁾ 善意取得を認める例外は、そこでは、金銭及び有価証券についてのみ存在する。最近は問屋営業についても、同様な例外が認められた。無制限な回復請求はポルトガル及び南アメリカ諸国⁽²⁾ (但し、アルゼンチンを除く) にも原則とされているが、⁽²⁾ ここでは公の市場においての購買又は同種の物を販売する商人からの買受については善意取得が可能である。

- (1) 北欧諸国にも十七世紀まではハント・グレー・ハントのゲルマン法原則が行なわれたが、十八世紀にデンマーク及びノールウェイではローマ法思想の影響により無制限な回復請求の制度が前者にとって代った。しかし、この制度の運用上には取引安全の見地からする相当強い抵抗があるようである。スウェーデン法はこれに反して、同じ頃に一般的な善意取得の制度に切替え、ゲルマン法の伝統に由来する任意委託物と占有離脱物との区別を否認したけれども、原所有者には代価弁償の義務付きで回復請求権を承認したから、分類としてはやはり第一種の解決法に入れるべきであろう。

Vinding Kruse : Das Eigentumsrecht (übersetzt von Knud Larsen), II (1935); Erik Anners: Hand wahre Hand (1952), Stockholm.

(2) これらの国々ではローマ法思想の影響のほかに所有権を神聖視する宗教的な自然法思想の支配が原因となつて、無制限な回復請求の原則が容認されたようである。H. Hübner : a. a. O., S. 33.

(2) 無制限な善意取得。これは一九四二年の新イタリヤ市民法典の制度であつて、これによれば、善意者は原所有者の任意委託物であると占有離脱物であることを問わず、その現占有者から常に所有権を取得する⁽¹⁾。任意委託物と占有離脱物との区別を認めない理由は、概ね三つある。第一に、この区別は現代の経済的事情のもとでは正当な根拠を見いだせないであつて、今日では無記名証券も一般動産も、取引の無名性のためにむしろ一様に取扱われるべきである。第二に、この区別の理由づけをめぐる従来の論争、とくに占有補助者による横領の場合や受託者の人格に関する錯誤の場合に物が占有離脱物となるかどうかといった年来の難問が一挙に回避される。第三に、無記名証券の譲渡や競売による取得のような重大な取引が既に無制限な善意取得の制度に服している以上、所有者が善意の取得者のために過度の犠牲を強いられることになるという議論は説得力に乏しいのであつて、むしろ逆に法原則を簡単明瞭ならしめるという利点がある。

(1) Artt. 1153~1157 Codice civile. このうち原則規定である一一五三条の文面は次の通りである。“Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà——La proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente.——Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno” (Nicolò-Leone : I cinque codici, nuova edizione aggiornata e aumentata, p. 179).

(2) Codice civile, Secondo Libro, Progetto e Relazione (Rom 1937), p. 229 et seq. 但し Zweigert : a. a. O., S. 10

4. の引用による。

(3) 中間的な解決方法。無制限な回復請求と無制限な善意取得との中間に解決を求める方法であつて、今日世界の最も多くの国々が採用するところであるが、大別すると、大陸法諸国の大多数が採る硬直した方法と英米法諸国の制度に見る弾力的な方法とに二分される。

(a) 大陸法的解決法。占有離脱物でない限り、所有者の手離した物については善意取得を認めるという一刀両断的な解決法が、ドイツ法系（ドイツ、オーストリア、チェコスロヴァキア、スイス、ギリシャ）において民法典の明文規定に採り入れられているのみならず、⁽¹⁾ ローマ法系（フランス、ベルギー、オランダ、スペイン、アルゼンチン）においても「動産については占有は権原に値いする」⁽²⁾（*En fait de meubles la possession vaut titre*）という民法規定の現代的解釈として行なわれていることは、⁽³⁾ 周知の通りである。わが民法規定は後者の系統をひく。

(1) §§ 932 f. deutsch. BGB ; §§ 367 f. österr. ABGB ; § 154 i tschechosl. BGB 1950 ; Artt. 714, 933 ff. schweiz. ZGB ; Artt. 1036, 1038 f. griech. ZGB 1946.

(2) Art. 2279 Code civil. Hübner : a.a.O., SS. 33~36. フランス法では、普通の法律行為による所有権譲渡には引渡が要件とされないもので、この点で善意取得制度を所有権取得の項に規定することは体系的矛盾を犯すことになるために、消滅時効の項（Titl. XX, Art. 2219~2281）にそれを編入したのである。その是非はともかくとして、この条文^(二七)を模倣した法典国、例えばスペインではやはり善意取得制度を所有権の項ではなく占有権の項に規定している^(四六)。わが民法規定^(一九二)と同じ立法主義である。

(3) わが民法典起草者の一人富井政章博士の「民法原論」第二巻上六八三頁によれば、「其規定〔旧民法証一四四条〕ハ有名ナル民法第二千二百七十九条ニ所謂『動産ニ関シテハ占有ハ権限ニ値ス』トノ法則ヲ敷衍シタルモノニ外ナラス」とされる。川島・前掲、二八二頁以下参照。

(b) 英米法的解決法。大陸法的解決法とは異った特徴として、繊細な分析的態度で善意取得を適当に促進する点が注目される。ハイマン (Ernst Heymann) によれば、アングロ・サクソン法及びアングロ・ノルマン法にも、任意委託物の所有者は所有権喪失の危険を負担しなければならぬとする中世ドイツ流のハント・ブーレ・ハントの原則が存在したとされるが、⁽¹⁾ 近代的な形における英米法は、任意委託物について善意取得を承認し占有離脱物についてこれを否認するという概括的な結論を、そこから引き出してはいない。⁽²⁾

先ず、イギリス法では「所有権は所有者によってのみ譲渡されうる」(Ownership can only be transferred by the owner) という原則について有償取得の場合次の例外が行なわれる。⁽³⁾ (i) 金銭及び有価証券については、常に非所有者からの善意取得が可能である。(ii) 商事代理人及び問屋は、自己に属しない動産を所有者の同意により占有するとき、それを有効に譲渡することができる。(iii) 買主に譲与した物又はそれを代表する証券を引続き占有する売主はこれを有効に第二の買主に譲渡することができるのみならず、まだ所有権を取得しないが既に占有を始めている買主——所有権留保の売買における買主——もまたその占有物を有効に転売することができる。(iv) 所有権を取得した者が権利者の取消を受ける前にその取得物の所有権を第三者に譲渡したときは、この者が善意であるかぎり、権利者の取消権行使は不可能となる。(v) 公の市場——ロンドンではすべての商店がこれに該当すると看做される——において善意で買受けた者は所有権を取得するが、買受けた物が盗品であったときは、侵奪者が刑事裁判により有罪を宣告された場合にかぎり、所有者からの回復請求に服する。以上の例外は制定法、とくに動産売買法 (Sale of Goods Act) 及び問屋法 (Factors Act) に規定されている。⁽⁴⁾

(1) Heymann: „Überblick über das englische Privatrecht,“ Enzyklopädie der Rechtswissenschaft II, hrsg. v. Holtzen-

dorf-Kohler (1914), SS. 281~353, 325. ホールトシュミットもウェイルズの古法に同様な原則が存在したことを立証している。Goldschmidt: a. a. O., ZHR VIII, S. 248. ルードルフ・ヒューブナーもアングロ・ノルマン法と中世ドイツ法との共通性を論証している。R. Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts, V. Aufl. (1930), S. 435.

(2) H. Hübner: a. a. O., S. 37 f. これは「イギリス普通法裁判所が「占有は権原に値いする」というゲヴェーレ的な觀念に反対し、逆に「何人も自己の有しないものを与えない」(nemo dat quod non habet) というローマ法的原则から出發したからである。Riezler: Venire contra factum proprium (1912), S. 105.

(3) Goode's Modern Law of Personal Property⁹ (1914), p. 95 et seq.

(4) Sale of Goods Act, 1893, ss. 21~25; Factors Act, 1889, s. 2.

次に、アメリカ法では各州によって問題の取扱い方が必ずしも同じでないが、大体においてイギリス法の善意取得制度よりも簡単な厳格な制度になっている。金銭及び有価証券については、各州ともイギリスと同じ規制を行なっている。占有を持続する売主による二重譲渡もまた、イギリスと同じように、善意取得の判明な場合として統一売買法 (Uniform Sales Act) に規定されている。⁽¹⁾ けれども、公の市場における購入はアメリカでは決して特権的保護を受けたことがない。⁽²⁾ その代り、イギリスが制定法により比較的画一化された処理を与えているこの種の場合において、アメリカはイギリス衡平法上に發達した禁反言則⁽³⁾ (Rule of Estoppel) を個別的解決の一般的な根拠として援用してきた。この法理は今日ではイギリス動産売買法の文面に倣いアメリカ統一売買法の文面にも採り入れられているが、⁽⁴⁾ イギリス判例法上においては屢々「リックバロウの原則」 (Lickbarrow Rule) と呼ばれるより一般的な法理に由来するものとされる。これは少くとも善意取得の法理的構成要件としての与因主義を純粹な形式で表現したもので、その定義は「二人の罪なき者が第三者の行為によって損害を蒙る場合はいつでも、前二者のうち、第三者をして損害をもたらし状態に置いた方が者が、損害を負担しなければならない」というにある。⁽⁵⁾

- (1) Uniform Sales Act, s. 25. 尚、拙稿・「アメリカ商法の展望」(商学討究、七巻二・三号(昭和三二))、一四頁参照。
- (2) Williston: The Law concerning Sales of Goods, rev. ed. II (1948), p. 347 et seq. 「マンソン」"this particular doctrine ('market overt') has never been adopted"と述べている。Brown: A Treatise on the Law of Personal Property, Chicago (1936), p. 207. イギリスにおいても「スコットランドには「公の市場」(market overt)の法理は行なわれなかったものであり、動産売買法(Sale of Goods Act, 22 III)は今日スコットランドにはその適用を除外している。それだけ、スコットランド法にはローマ法的拘束が強い証拠であるといわれる。Goldschmidt: a. a. O., ZHR VIII, S. 298.
- (3) イギリス法における禁反言則の発展については、伊沢孝平・表示行為の公信力——商事における禁反言(昭一一)「一七〇八九頁に詳しいが、これは専らBower: The Law relating to Estoppel by Representation (1923)に拠つたものごとくである。われわれは別の角度からそれ以後の発展を中心に禁反言則を理解したことがある。拙稿(英文)・"A Study in Estoppel"(商学討究、六巻三号、昭和三〇)及び「禁反言則と法外観説」(一橋論叢、四五巻三号(昭和三六))、二六頁と三七三五頁以下。
- (4) ".....unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell." Sale of Goods Act, s. 21 (1); Uniform Sales Act, s. 23 (1). この規定の前半が、"Subject to the provisions of this Act, where goods are sold by a person who is not the owner thereof, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had....."とあるのであり、このローマ法原則との興味ある結合が見られる。Riezler: a. a. O., S. 106.
- (5) Lickbarrow v. Mason (1787), 2 T. R. 63, 70; 100 E. R. 35, 39. この原則は今日尚問題のフボリア的性格を描き出すのに援用される。例えば、"Where there are two innocent parties of whom one has to suffer for the criminal act of a third, no decision can be said to be satisfactory" (Pearson v. Rose [1951], 1 K. B. 275, 290 et seq., per Vaisey, J.) という文句を見よ。

この抽象的な原則だけを見ると、英米法上も、所有者が単なる占有授与によって非権利の処分者における所有権の外観を喚起したときは、常に所有者の利益が善意取得者の利益に劣後したと想像されそうである。けれども、判例を

仔細に検討してみると、⁽¹⁾善意取得の法理としての禁反言則、従って動産追及権の排除のためには、所有者が単に非権利の処分者に占有を授与しただけでは不充分なのであって、更に第三者をして処分者が所有者又は少くとも処分権利者であると推断せしめるに足る特別な「状況」(circumstances)や「権原の徴憑」(indicia of title)を附加的に設定したことが、要件とされているようである。この附加的要件定立の理由は、さもなければ、時計を時計屋に修繕のために出したり、自動車を自動車修理工場に入れたりした場合、必ず所有権喪失の危険を伴うからである。⁽²⁾英米の判例のなかからこの附加的要件の若干例を示せば、次の通りである。⁽³⁾(イ)所有者が占有者に、売買契約を締結することなくして、物を引渡し、且つ売買証明書をも交付した場合。⁽³⁾(ロ)所有者が貨物を自己の名においてではなく、後日非権利で処分する者の名において倉庫に入れさせた場合。⁽⁴⁾(ハ)所有者が自己の配達用車を賃貸して、賃借人自身の営業名を車体に表示することを許諾したところ、後日になって賃借人が不当にもこの車を他に譲渡した場合。⁽⁵⁾(ニ)自動車の買主が譲渡人から登録証を取ることを怠り、この者に自分名義で新しい登録証を発行させることを許した場合。⁽⁶⁾(ホ)所有者がその後の処分者に自動車を真実には譲渡しなかったが、登録証を白地裏書で交付した場合。⁽⁷⁾(ヘ)宝石商が競売所に対し一般入札の申込を勧誘するため高価な指輪を相当長期にわたり陳列窓に展示することを許したところ、競売所がその指輪を売却するという背信行為を犯した場合。⁽⁸⁾以上の諸場合には、いずれも占有の授与という要件のほかは権原の徴憑という要件が加わっていることがわかるであろう。

- (1) Zweigert, a. a. O., SS. 7~9.
- (2) Seigal v. Warrick (1948), Tex. 7 Civ. App., 214 S. W. 2d 883, 884.
- (3) J. L. McClure Motor Co. v. McClain (1949), 34 Ala. App. 614, 42 So. 2d 266.
- (4) Henderson & Co. v. Williams (1895), 1 Q. B. 521.

- (5) O'Connor's Adm'x v. Clark (1895), 170 Pa. St. 318, 32 Atl. 1029.
- (6) Armstrong v. Boomansour (1928), 288 N.Y. Supp. 722; Central Newbury Car Auctions, Ltd. v. Unity Finance, Ltd. (1957), 1 Q. B. 371.
- (7) Commercial Finance Corp. v. Burke (1944), 145 P. 2d 473, 151 A. L. R. 684.
- (8) Zendman v. Harry Winston, Inc. (1953), 305 N.Y. 180, 111 N.E. 2d 871.

商事代理人及び問屋が占有受領のみにもとづいて有効な譲渡行為をなしうるかどうかについては、アメリカ各州で別々の規制を行なっている。⁽¹⁾ ニュウ・ヨーク州——屢々アメリカの代表的な州とされる——では、問屋や商事代理人は、引渡証券を委託されたとき、又は一定の条件で販売するため若しくは立替金の担保として他人の動産を受取ったときにのみ、これを善意の第三者に譲渡することができる。⁽²⁾ 所有権留保の条件附買主は、アメリカではイギリスにおけると異なり、買受けた物を有効に善意者に譲渡することができない。いうまでもなく、大抵の州では所有権留保の条件附売買に関する公の記録を比較的簡単に調べることができるので、實際上取引の安全は保障されている。⁽³⁾

以上の概観からして、英米間に強調の度合いは異なるが、二種の基本的原理が大別されるように思われる。この区別は、一般的にいつて、民商二法の形式的区別がない英米にも実質的意味では民商二法の区別が存在することを物語るであろう。⁽⁴⁾

(i) 商事取引（市場・店頭における購買、商事代理人及び問屋からの購買）においては、所有権及び処分権に対する善意はそれだけで保護される。このことは、イギリス法の場合とくにはつきりとしている。盗品の追及は侵奪者が処罰されたときに許容されるというところには、私法的要素と刑法的要素との古風な混淆が見られるけれども、この点は官僚的処理法として論外に置いてよいであろう。商事取引の殆ど大部分が代理人及び問屋を通じて行なわれることを思えば、商人及びその補助者からの取得はこれらの法的規制によって専ら保護されているわけであって、そこでの指導理

念は流通の安全にほかならない。⁽⁵⁾

(ii) 民事取引においては、所有者が占有授与とこれに加えるに所有権の徴憑とによって譲渡人の法外観を喚起したときのみ、善意取得は保護されるのであって、占有授与だけでは不十分である。ここでの善意取得の基礎は所有者の与因行為にある。このことは、善意取得の重点的場合をイギリス伝来の禁反言ケースに見いだしているアメリカ法の立場に顕著であるが、アメリカのように強大な商業国がこのようにして商事取引においても民事取引法的な「善意取得」(bona fide purchase)の法理によりイギリスに比べるとやや厳格な規制を行なっているのは、不可解でもある。⁽⁶⁾

最近編纂されたアメリカ統一商法典 (Uniform Commercial Code) はこの点を反省して、商事取引の保護に重点を加えようとするもので、「動産の善意取得」(Good Faith Purchase of Goods)という題名のもとに、従来の法的規制とは異り、修繕のために時計屋が預った時計の善意取得をも法的に保護するところまで、前進することを企てている。⁽⁷⁾

- (1) Williston: op. cit., p. 245.
- (2) New York Factors Act, s. 1.
- (3) Williston: op. cit., pp. 265 et seq., 276. 拙稿・「アメリカ商法の展望」前掲、二〇頁。
- (4) Henri Burin des Roziers: La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais (1959), pp. 107 ~ 118. 判例・学説はそこに詳しい。本書については、拙稿(書評)・「マンリ・ビュラン・デ・ロヂエ著・民商二法の区別とイギリス法」一橋論叢、四五卷一号(昭和三六)、五八頁以下参照。
- (5) Pearsonv. Rose and Young (1951), 1 K. B. 275, at p. 286, per Denning, L. J.—“In the early days of the Common Law the governing principle of our law of property was that no person could give better title than he himself had. But *the needs of commerce* have led to a progressive modification of this principle so as to protect innocent purchasers. We have had cases in this court quite recently about sales in market overt and sales by a sheriff; and now we have the present case about sales by a mercantile agent.” (斜体—筆者)

(9) Zweigert: a. a. O., S. 10.

(7) Uniform Commercial Code, §2-403—(2): “Any entrusting of possessions of goods to a merchant who deals in goods of that kind gives him power to transfer all rights of the entruster to a buyer in ordinary course of business.” 前出の統一売買法二五条の規定(売却品を引続き占有する商人による二重譲渡)も、この新原則の一適用例にすぎないと見ることができ。拙稿(英文)・“The Theory of Rechtschein in German Law and its Application to Japanese Law—As compared with the Anglo-American Doctrine of Estoppel”(商学討究、六巻四号〔昭和三一〕、七四頁)及び「アメリカ商法の展望」、前掲、四頁参照。尚、この統一商法典をいち早く一九五四年以来実施しているペンシルヴェニア州の法制については、Purdon's Pennsylv. Statutes Ann. 12A (1954), p. 240 et seq.

さて、世界各国の法制を以上のように分類吟味してみると、先ずイタリア式の無制限な善意取得は余りにラディカルな解決法であるように思われる。というのは、軍需品その他の官公有物や世襲農地附属物が違法に処分された場合とか、公法人の無権代理人による処分行為の場合とか、公権による差押が取消又は撤回された場合とかには、例外的に善意取得は排除されるのであって、このような特権的保護を与えられる所有者の利益を考慮しない善意取得の法理は、欠陥があると評さねばならぬからである。⁽¹⁾ といって、北欧諸国や南米諸国のように無制限な回復請求を固執するのも、解決法としてはむしろ逆コースである。実際これらの国々では、例外的解決も相当に行なわれており、無制限な回復請求の原則が果して存在するのかわどうかも疑わしい程であるとさえいわれている。⁽²⁾ そこで、結局は世界の大多数の国々が採る中間的な解決方法に一応満足すべきであろうが、このなかで問題なのは、所有者の占有喪失の態様によって任意委託物と占有離脱物とを区別する大陸法的解決法の実際の妥当性であろう。

(1) 詳細は、H. Hübner: a. a. O., S. 42 f. 拙稿(書評)・前掲、七〇頁参照。

(2) Zweigert: a. a. O., S. 4 Ann. 12. デンマークでは、明文の原則規定すらないので、却って自由解釈の余地が大である。

三 現行法制の妥当性

任意委託物と占有離脱物との区別はゲルマン法上のハント・ブーレ・ハントの原則に由来するものであるが、それを近代法典上に残存せしめておくこと自体が、問題である。

(1) 歴史的な理由。というのは、先ず第一に、通説の理解するところに反して、ハント・ブーレ・ハントの原則が今日のいわゆる与因主義に基礎を置くものではないからである。⁽¹⁾ ローマ及びイギリスの古い訴訟方式に比較して考えても、動産ゲヴェーレの任意的授与と非任意喪失との区別は専ら訴訟手続上に、より詳しくは訴訟方式の原始的型態にのみその根拠を有したものである。ここでは、喪失動産を所有権にもとづいて訴求したのではなく、動産占有の侵奪という「ゲヴェーレ秩序の平和破壊」(Gewerebruch)の不法行為性が訴訟原因となったわけである。⁽²⁾ 従って、このようないわば刑事法と未分化の不法行為法にもとづく訴に対して、⁽³⁾ 被告は原告自身が動産をゲヴェーレの外に置いたこと、すなわちゲヴェーレ秩序の破壊が存在しないことをもって、抗弁することができたわけである。そして、そのような場合、すなわち原権利者が自ら動産の占有を他の者に授与した場合には、彼はこの者に対してのみ、契約法的理由と未分化の不法行為的な背信行為を理由として訴求することができたのであるが、⁽⁴⁾ この者以後の受領者に対しては、その善意・悪意を問わず、訴求しえなかった。このような動産追及権排除の古代法的構成をゲヴェーレ侵害の不法行為的角度から特殊的に把握せずに、専ら「汝が信用をおいたところに、信用を求めるべきである」(Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, da sollst Du ihn suchen)という法格言的理由づけによって与因主義との類比を可能ならしめるように一般的に把握するのは、理論の倒逆であるように思われる。⁽⁵⁾ 占有授受の関係における「信頼の双方

性」(Gegenseitigkeit des Vertrauens) ならば、何も往時の法に固有のものではない筈だからである。⁽⁶⁾

- (1) 与因主義をもってハント・ブーレ・ハントの原則に由来するものとするのは、マイア以来の法外観説であるが、与因主義の正当化をそのような沿革論に求めようとするとところに、歴史主義の誤謬があったというべきである。Zweigert: a. a. O., S. 11 f.
- (2) R. Hübner: Grundzüge, S. 443. 文献は、そこに詳しい。
- (3) 川島武宜・近代社会と法(昭和三四)、一九二頁以下、とくに一九六頁。
- (4) 川島・前掲、一九一頁では、ゲヴェーレの任意的喪失の場合を単なる「契約」の問題として理解されるが、この契約観とゲヴェーレの非任意喪失の場合を「不法行為」(乃至「犯罪」)の問題として理解する立場とはどのように調和するのであろうか。ツワイゲルトは前者の場合をも不法行為的と見る。Zweigert: ebenda.
- (5) この法格言はゲルマン古法の出発点にあつたものではなく、むしろその出発点に後代の注釈家たちが加えた解釈であるといわれる。H. Hübner: Rechtsverlust, S. 19.
- (6) Eichler: a. a. O., S. 3 f. 拙稿(書評)・前掲、七六頁。

いかにも与因主義は所有者と処分者との内面関係における帰責問題であるが、動産追及権排除の古代法的構成についても、原権利者の受託者に対する占有授与の内面関係に説明の起点を求めることは、古代部族社会の経済構造に照らして不適当であるように思われる。ゲルマン古法を支えていた経済的基礎の仕組みは封鎖的な家内経済であつて、この時代には財貨の転換が一般に極めて限られた範囲でしか行なわれなかつた。原始人が事物の内奥に徹して弁別する能力を欠いていたと見られるのも、⁽¹⁾各家族共同体相互の偶発的・例外的な取引においては事物の外面的契機に依拠せざるをえなかつたからであらう。このように自給自足を建前とする経済体制のもとでは、財貨を自分の事実的支配の外に置く必要もまた極く稀にしか存在しなかつたから、横領のために動産を喪失する危険は甚だしく緩和されてい⁽²⁾た。かりに受託者の横領行為があつても、そのような事件の規制は各民族団体の内部で行なわれたために、裁判とし

て表沙汰になることはやはり稀であつたに違いない。⁽³⁾ こうした狭い範囲の社会では、真実には衡平の考量が働くべきであつたときに、むしろ訴訟の拒否が望ましいように見えざるをえなかつたのである。ここに、動産の追及を排除したゲヴェーレ秩序の社会的基礎がある。従つて、法律上の問題性は受託者の横領行為よりも第三者の侵奪行為に主としてあつたのであり、⁽⁴⁾ 占有離脱物を回復できるということこそ、そこでの原則であつたと見るべきである。⁽⁵⁾ いいかえれば、動産追及権排除の古代法的構成において説明の起点はこの原則のなかに求められるべきであるから、この原則をむしろ否定して行くところに成生した近代法的構成と同じように、占有離脱物については原権利者の与因行為がなから回復できるのだと説明することは、一の法史的逆転であろう。

(1) Wellspacher: Vertrauen, Einleitung S. VIII; R. Hübner: Grundzüge, S. 14.

(2) H. Hübner: Rechtsverlust, S. 21.

(3) Anners: a. a. O., S. 28 ff. ハント・グリーン・ハントに関する最新の研究として、経済的視点が強く打出されているところから、アンネルスの特徴的な立場である。

(4) His: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, II (1935), S. 217 ff.によれば、古代部族法及び中世法源には、横領行為を処罰しないものがあつたとされる。

(5) Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts (1885), II, SS. 6 ff. 従つて、任意委託物が横領行為により第三者の手に渡つた場合に、原権利者の第三者への追及が排除されるのは例外として理解されるべく、ホイスラによれば、これは却つて原権利者に対する法の恩恵であるときえ見られる。原権利者は動産追及の困難な手続から解放されるのだから、横領者に賠償を求めるだけで充分満足してよいだろうといふのである (S. 213)。

(2) 現実的な理由。次に、専門の歴史家ならぬわれわれの立場上かりに一步譲つて、ハント・グリーン・ハントの原則が占有受領者の人格に法外観を喚起するという与因行為に根拠を有するものとしよう。それでも尚且つ、任意委託物

の帰属をめぐる原所有者と善意取得者との個人的な利益対立を考量する現実的な立場からは、占有の授与というゲヴェーレ的な与因行為だけで後者を前者に優越せしめる理由が明白にされるとは思われない。というのは、われわれが純粋な歴史主義に墮落するのでないかぎり、所有者が信頼すべからざる者に占有を授与したというだけの理由で、所有者の利益を善意取得者の利益に劣後せしめることが現代的な思考にとつて自明であるかどうかという疑問は、依然として残るからである。ドイツ民法理由書は、この場合に中間に立つ占有受領者の背信行為に対する予防策として、原所有者が自分の物の占有を彼に授与しないことによつて、その物が自分の物でないような外観の成立を排除できたのに、これを排除しなかったという一種の過失責任を論じているが、⁽¹⁾この過失責任主義 (Verschuldensgrundsatz) は非権利の処分者に対する占有授与者としての所有者の關係にこだわっている点で、初めから第三取得者との間に反射的效果をもつ外観的事実に対する所有者の關係を輕視しているわけであつて、⁽²⁾このことは中間処分者における所有權の存否に関する第三取得者の錯誤について第三取得者自身の責任よりも原所有者の責任の方が一層重いとする理由書の独断的な結論に明らかである。⁽³⁾そこには、どう見ても、任意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ければならぬ無理と、従つてその反面には占有離脱物について盜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ければならぬ無理とがある。これらの難点にはハント・ブーレ・ハントの原則への根強い執念がつきまとつていふように思われるのであるが、それを揚棄しようとする幾つかの試みは既に一言したように比較的近時のものである。以下、それらを分類して吟味すれば、次の通りである。

- (1) Motive III, S. 344. 川島教授はこの同じ頁を引用して、起草者は問題の近代的内容を極めて明瞭に把握していた、といわれる。われわれにはやや不可解である。川島・所有權法の理論、前掲、二八七頁。
- (2) H. Hübner: a. a. O., S. 98 ff. 拙稿(書評)・前掲、七二頁以下。

(3) 容易な独文であるので、前掲理由書同頁から原文を引用する。 „Gegen die Veräußerung der Sache durch einen

Nichtberechtigten kann der Eigentümer, abgesehen von den Fällen der Entziehung der Sache, sich genügend dadurch schützen, daß er die Innehabung nicht aus der Hand gibt und dadurch dritten Personen gegenüber den Schein ausschließt, daß die Sache einem anderen gehöre.....an dem Irrtume des Erwerbers über das Eigentum des Veräußerers trägt deshalb in der Regel der Eigentümer in höherem Grade Schuld als der Erwerber.“

(斜体—筆者)

(a) 社会的な見地。ここに「社会的」とは原所有者と善意取得者との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認識を前提にした言葉であつて、その機能的結果は、所有権の存するところ社会的責任 (soziale Verantwortlichkeit) ありとする価値判断に到る。⁽¹⁾従つて、判断の対象としては、両当事者の利益が主観的には相反することが問題である。いいかえれば、真正の権利者を保護し、その意に反して猥りに財貨保持の利益 (Erhaltungsinteresse) を奪われしめないことは、「権利の安全」 (Rechtssicherheit) のために私的意思を尊重するゆえんであり、逆に外観の信頼者を保護し、その意に沿うように成るべく財貨取得の利益 (Erwerbsinteresse) を得せしめることは、「取引の安全」 (Verkehrssicherheit) のために私的意思を尊重するゆえんである。こうした私的自治 (Privatautonomie) の自己矛盾というべきものが問題なのである。この場合、外観優越の法律構成として、いきなり取引の安全を何の理由づけもなく権利喪失の根拠に昇格させることはできない。所有者の保持の利益は善意者の取得の利益と同一平面に立つものだからである。⁽²⁾ところが、取引の安全という合言葉は恰も「現代法学における突撃の叫びとして屢々銃弾をも無用ならしめる」⁽³⁾勢いであるので、善意の価値は「物の所持人の変更とともに増大して行く」⁽⁴⁾反面に、所有の価値は減少して行くという奇蹟すら生じる。これは、取得者の私的特殊的信頼の意味における「取引の安全」という個人的利益と、取得者の公的一般的信頼 (いわゆる公信) の意味における「流通の安全」という全体的利益とを同じドイツ原

語の故に混同したためであろうと思われる。⁽⁵⁾とにかく、個人的な基本利益の対立が問題とされるかぎりでは、その調整のために先ず権利喪失の内面的な理由づけを求めるべきであって、判断の基準はこの意味で社会的でなければならぬのである。このような社会的調整の原理としては、概ね三種のものがある。⁽⁶⁾

- (1) H. Hübner: a. a. O., S. 84 ff. この「社会的」というところには、所有の個人的利益と信頼の全体的利益との間にある「社会的対立」が問題なのではない。従って、マルクス流の社会学説に負うところの「社会的」の概念は殆ど役に立たない。例えば、ベンナのいわゆる「私法の社会的機能」を指すのではないということも、ヒュブナは述べている (Anm. 44)。Vgl. Renner: Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion (1929). 拙稿(書評)・前掲、⁷¹頁。
- (2) Wolff-Raiser: Sachenrecht¹⁰ (1957), S. 249 Anm. 11; Heck: Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 246 ff.; Ehrenberg: „Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister,“ Jherings Jahrb. 47 (1904), S. 273 ff.
- (3) Reichel: „Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb,“ Ztschr. f. d. Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, 42. Bd. (1916), S. 175.
- (4) Binding: Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer nach BGB § 932 und § 935 und ihr Reduktion auf das kleinstmögliche Maß (1908), S. 27.
- (5) 例えば、Westermann: a. a. O., S. 219 にはこの区別が充分に明晰でない。Vgl. Wolff-Raiser: ebenda. わが国でも、石井照久・手形法小切手法(昭和二九)・四三頁以下には「流通の安全」の語が使用される。
- (6) Hedemann: Schuldrecht¹¹ (1949), S. 70 に掲げる過失責任、与因行為及び危殆責任の三主義も、以下の三種の見解に通じるものがある。勿論債権法と物権法とは異なるけれども、物権法的信頼保護の結果たる権利喪失は債権法的信頼保護の結果たる損害賠償責任との問題的関連では損害負担責任と見られ、両者とも危険分散の見地からする損害配分の一般的問題に属するからである。H. Hübner: a. a. O., S. 97. 拙稿(書評)・前掲、七二頁。

(i) 自己責任説。所有者の態容に、善意取得者のために所有権の喪失を正当化する自己自身への過失責任が存在しう

るとする見解である。例えば、所有者が軽率にも詐欺師に物を委託したときは勿論のこと、彼が自分の物を軽率に扱ったために遺失したときとか、自分の家に施錠しなかったために盗難に遭ったときも、自己責任がある。⁽¹⁾しかし、このような分析的態度は明らかに大陸法の立場を基礎づけるものではない。なぜならば、大陸法は処分者の法外観を喚起する所有者のその時々⁽²⁾の過失責任の程度を完全に考慮の外に置いているからである。この見解はむしろ英米法にいわゆる「過失禁反言」(estoppel by negligence)の根拠と同じ思想であって、大陸法的構成を採るわが民法規定(一九二条四項)⁽²⁾の基礎にもないところのものである。大陸法は個々の場合に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、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の無理を敢て犯すほどに、任意委託物と占有離脱物との峻別による旧套を墨守するのである。しかも、ドイツ民法典(九三三)は第三取得者の善意について重過失なきことをのみ要求しているにすぎないから、単に軽過失により譲渡人の法外観に信頼した第三取得者は保護されるのであるが、同じく軽過失により物を譲渡人に委託した所有者が保護されないことと比べて、両者の利益考量に不均衡があるといわねばならない。⁽³⁾わが民法一九二条は第三取得者の善意については軽過失もなきことを要求すると解釈されるから、このような不均衡はないけれども、⁽⁴⁾同条を盗品・遺失物に関する一九三条の例外規定と関連させて考えると、そこに前述した両極端の無理がやはり公然と是認されていることがわかるであろう。いいかえれば、背信者に自己の物を委託する所有者には常に自己自身に対する過失の責任があるのに反して、盗難又は遺失の被害者である所有者は常にこのような自己自身に対する過失の責任を免れるものとする擬制、すなわち「定型化された過失責任」(ein „typisiertes Verschulden“)の思想のみが、民法典における任意委託物と占有離脱物との区別を基礎づけるのである。⁽⁵⁾ここに、この区別の実際上妥当でないゆえんのものがある。

- (1) Brandt: a. a. O., S. 267. ヒュプナは、ドイツ民法の解釈論としても占有離脱物の概念を修正して、軽率遺失者や軽率のための盗難被害者には権利喪失を認めてよいとする。H. Hübner: a. a. O., S. 109. 拙稿(書評)・前掲、七三頁。
- (2) Riezler: a. a. O., S. 99.
- (3) Koban: Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Rechte (1909), II, S. 105 f. は、ドイツ民法典九三二条について軽過失排除の立法論を唱えている。
- (4) 岡川健二・「私法に於ける Rechtschein 法理の展開」、法政研究、四卷二号(昭和九)、九頁はこの故に日本民法の立場の方が優れているとなす。
- (5) Zweigert: a. a. O., S. 13.

(ii) 危険支配説。占有を他人に授与する場合に、所有者は自己の危険にもとづいて行為するのであって、その占有受領者の選択における危険を支配しているのだから、善意取得者のために権利喪失を甘受しなければならないとする見解である。この見解は、大陸法の立場、とくにドイツ民法理由書の立場に最も有力な補強を与えることになるけれども、その実際の妥当性はやはり疑問である。というのは、小さな村落共同社会の牧歌的状态でなら、原権利者が占有を託しようとする相手方の信頼可能性を判断することは困難でないから、占有受領者の背信の危険を原権利者が支配するということは肯綮に値いするけれども、近代的大量取引においては、通常の場合そのようなことは全くの幻想であるからである。⁽¹⁾所有者が自己の相手方の信頼可能性を慎重に審査できるのに対して、第三者は迅速な取得に正当な利益を有するというミューラーエルツバッハ(Müller-Erbach)の説明の試みも、⁽²⁾人をして首肯せしめるに足りない。今日、われわれは自分の時計を修繕に出したり、自分の自動車を修理に遣る場合に、時計屋や修理工場が横領するかも知れないという傾向性の有無を慎重に落着いて審査することはあり得ないし、また何人もそのことに想い到らないであろう。最近ヒュプナは場合を分けて、次の通りに「危険支配」(*Gefahrenbeherrschung*)の原則の適用を論じた。⁽³⁾(i) 手工業的専門家に委託する場合。修繕のため物を専門の職人に預ける門外漢の所有者は、その職人の専門的資格を審

査できる地位にはないからこそ、いわゆる免許証や資格証明書のような制度があつて、素人から危険を取り除こうとしているわけである。けれども、だからといって専門的な資格のほかに性格的な能力を審査することは門外漢である所有者にとって尚更不可能であるという結論にはならないから、それ以上の危険は所有者自身が負担すべきである。

(ロ)機械工業技術者に委託する場合。今日増加しつつある大規模な修理工場で、自動車や複雑な機械を専門的技術者の力により修理改良する必要は大である。ここでは、厳格な分業が競争を排除する傾向があるので、大抵の場合注文者である所有者にとって選択の可能性は存しない。しかし、所有者が多数の企業者間に自由な選定を行なうことができるときにかぎり、「確かめた後に信ぜよ」(Trau-Schau-Wem)の原則に従つて危険を所有者に負担せしめることが考えられうる。(ハ)独占企業者に委託する場合。所有者の危険負担責任を基礎づける自由な決定は問題にならないから、取引安全の偏重から所有者に帰責することは余りにも明白な擬制となる。⁽⁴⁾以上の議論は第三取得者もまた危険支配の地位にありうることを裏書きしたもので、このような場合の委託物横領を占有離脱(盗品・遺失物の場合)でないというだけの単純な理由で民法一九三条の適用外とするわが国の判例・学説には大いに疑問があることを示唆せずにはおかない。⁽⁵⁾善意取得者の過失の有無については相当に微細な分析的態度を示していることと対比して、わが民法の判例・学説の片手落ち的傾向を感じしめる。そして、この欠陥が実に任意委託物と占有離脱物との大陸法的峻別に原因することを忘れてはならない。

(1) Zweigert: ebenda.

(2) 文献については、既出参照。

(3) H. Hübner: a. a. O., S. 106 f. 拙稿(書評)・前掲、七三頁。v. Lübtow: a. a. O., S. 215 ff.

(4) Eichler: a. a. O., S. 94 は信義則の見地から同様の趣旨を述べている。

(5) 鈴木・「即時取得」(総合判例研究叢書)、前掲、一二二頁以下。船橋・物権法、前掲、二五一頁参照。

(iii) 外觀創造説。例えば、或人が無権代理人の行為を長期に忍容する場合に法外觀説によれば代理権の欠缺を主張することができないのと同じ様に、所有者は占有の授与だけで自己の責に帰すべき所有権の外觀を創造するという見解である。⁽¹⁾ 事実上の代理の許容と事実上の支配の許与とを類同視したものであろうが、両者は本質的に異なるのであって、この区別を弁えないのは非実際のといわねばならない。⁽²⁾ 先ず、分業を建前とする近代的取引生活においては、占有と所有とが合致するということは、もはや明らかに原則ではない。従って、占有授与の場合に、占有受領者が占有者ではあっても所有者や処分権利者ではないという真相を公衆に明示するために、所有者が特別の措置を執らなければならぬとする不当な要求を掲げる者は誰もいない。ところが、表見代理の効力については、他人が自分の代理人を装って行為したときは、通常人ならば当然にその行為の態容を認識し、これを排除する挙に出るべきであるとの思想が根柢にある。いいかえれば、表見代理の場合には不作為の過失責任が論じられるのに対して、占有授与のときはこれが論じられないのであって、むしろ積極的な作為にもとづく責任の問題を生じることがあるといえるだけである。⁽³⁾ というのは、原則として占有が所有と合致しない以上、占有授与の行為そのものが責任原因となるとするわけには行かないのであり、与因行為としては更に別のものが加わらなければならないからである。この点で、イギリス法伝来の禁反言則が善意取得のために占有授与のほかに特別な「権原の徴憑」の設定を要件としていることは、占有だけでは所有を実証しないという現実に対する繊細な感覚を物語る。これに反して、占有離脱の場合には、表見代理のときと同じ様に不作為の過失責任が論じられるべきである。というのは、既に一言した通り、軽率遺失者や軽率のための盗難被害者は自己自身に対する過失の責任を負うべきであるし、またこのような自己責任がないときでも、長期にわたり回復請求権を行使しないことにより、占有離脱物上の他人支配を事実上許容したときは、やはり不作為の過

失責任で説明がつくからである。⁽⁴⁾それを、占有離脱物については占有授与という与因行為がないから、所有者への帰責は考えられないとするのは、ゲヴェーレ的な占有論に捉われた余りにも一概な定型的形式主義である。

(1) ヴェスタマンはこの見解を更に発展させて、いわゆる「占有補助者」(Besitzdiener)による占有離脱の場合にも、占有補助者の代理権を想定することにより原権利者への帰責を結論しているが、この結論は妥当であるにしても、それに到る論理操作には表見代理と占有授与との類同視に似た「思想の混同」が含まれているように思われる。Vgl. Westermann: a. a. O., S. 237 f.

(2) Zweigert: a. a. O., S. 14.

(3) 表見代理法上は、不作為の過失責任が通説・判例の立場である。H. Hübner: a. a. O., S. 100.

(4) Derselbe: ebenda, Anm. 46. マルチン・ヴォルフは占有離脱物の回復請求権を行使しなかったことだけではなく、明示的に奪回を拒否したことを所有者自身への帰責原因と解しているが、これも不作為の過失責任に近い考え方である。M. Wolff: Sachenrecht (1932), S. 40.

以上三種の見解の吟味を通して明らかとなったところでは、任意委託物と占有離脱物とを定型的に区別するゲヴェーレ的占有論の名残りである現行法制は、いわゆる「善意取得」なる通俗法律語に暗示されるような取得者利益へ傾斜した一面的法律構成から脱却して所有者への社会的な帰責要件を再検討するときに、實際上妥当でないと評さざるをえない。それは帰責の明確な基準をばかす作用しかないものであって、この点ではそのような区別を認めない英米法の制度が優れて近代的であり、実際に妥当であるといわねばならない。いいかえれば、善意取得の法理として見た禁反言則のなかには、所有者の社会的責任を内面的に論定する立場が含まれているからである。⁽²⁾ところが、わが国では、盗品・遺失物に関する民法一九三条の規定は現代法の理想である取引の安全に適しないものであるから、成るべくその適用範囲を狭く解すればよいとする学説が支配的であり、⁽³⁾とくに判例は古くからこの趣旨を認め、委託物横領

の場合や詐欺などの目的物に拡張適用すべきでないとしている。⁽⁴⁾一見いかにも妥当な立場のようであるが、前述の検討からすれば、本条はとくに狭く解されなければならぬといった問題でなく、その存在自体に疑問があるのだといわなければならない。「例外は厳格に解すべし」というのは法律家愛好の言葉であるけれども、ここでは原則に当るべき民法一九二条もまた同じく厳格に考え直されなければならぬから、要は形式論理的な制限解釈の問題でなく、実質論理的な自由解釈がどこまで許されるかの問題であろうと思う。⁽⁵⁾両条文の間には、相互に自由解釈を行なうことによって、できるだけ取り崩されるべき障壁がある。最近、船橋教授は本条の存在理由について、「取引安全保護の必要度と原権利者の既得権の保護の必要度とを相関的に比較衡量しなければならない……立場からいうならば、取引安全保護の必要度の大きい有価証券については、原権利者の利益を犠牲にし、盗品・遺失物についての例外を認めないほうがよいけれども、有価証券ほど取引の安全を保障する必要のない一般の動産については、ある程度、原権利者の保護を考え、その意思にもとづかないでその所持を離れた物については、回復請求を認めてよいのではなからうか。つまり、近代法的な即時取得制度においても、なお盗品・遺失物の例外について、その合理性を理解しうるのではなからうかと、考えるわけである。そして、この立場から見ると、本条を特に狭く解さなければならないとする、じゅうぶんな理由を見出すことは、困難であろう」と説く。⁽⁶⁾われわれはこの通説否定的結論には賛成であるが、それに到る立論の道程において占有離脱物の例外にも尚近代の合理性を認めようとするゲヴェーレ的発想法の残痕には同感しえないものがある。そこには、かつてゲルマン古法の形式主義のなかに近代的な取引の需要に適合するものを見たゲルマニステンの立場に対する郷愁が、任意委託物の原則に対する例外の固執という形でひそんでいるからである。この点を脱却するためには、論者のいわゆる「取引の安全」なる概念の曖昧さを先ず反省しなければならない。なぜなら、この概念こそ、少なくとも用語としては、個人的利益の調節という社会的な見地が全体的利益の考慮という経

済的な見地に触れ合う突破口であると理解されるからである。

- (1) H. Hübner : a. a. O., S. 13 Anm. 8によれば、この通俗法律語は古くはヴェントの論文に見いだされる。Wendt: „Erwerb von einem Nichtberechtigten“, AcP 89 (1899), S. 78.
- (2) H. Hübner : a. a. O., S. 126 f.には、権利濫用との類比において、「権利の行使は、法的地位の故意による濫用が認められる場合に、許されないのみならず、権利者が自己の自由に決定しうべき態度によって第三者の正当な利益を脅かす危険を誘発した場合にも、そうでなければならぬ。さような考え方は大陸法上の信義則及び英米法上の禁反言に広く現われている。ただ、われわれが法的救済を受ける者の側に立って、信頼保護として特徴づけるあの利益調和の仕方を、英米法の世界では専ら損害を甘受すべき者の側から評価するのである」とされる。この基本的な考え方は、わが民法一条の一般条項にも含まれているといつてよい。
- (3) 我妻・前掲、一二八頁。石田・前掲、三六一頁は更にその適用を狭くするため、「回復請求権の相手方は盗品又は遺失物を善意に取得した第一次の占有者に限る」と解する。
- (4) 鈴木・「即時取得」(総合判例研究叢書)、前掲、一〇八頁以下。
- (5) H. Hübner : a. a. O., S. 83も「対立解決のための合理的基準は素材に根ざした実質論理的構造でなければならない」と強調している。拙稿(書評)・前掲、七一頁。わが国では、牧野博士がこの方向で年来自由解釈の方法論を主張されていることは、周知の通りである。牧野英一・民法の基本問題(大正一三)、四三頁以下。
- (6) 船橋・前掲、二五〇頁。

(b)経済的な見地。この見地が必要な理由は、例えば金銭・無記名証券の占有離脱の場合に前述の三説のいずれによっても原権利者の損害負担責任を論定することが困難であるところに、窺い知られえよう。ここには、明らかに「流通の安全」のためにする社会的責任主義の破棄がある。⁽¹⁾すなわち、所有者に権利喪失を理由づける社会的責任がないときは、回復請求をなしうるのが建前であるのに、この建前を超越して所有者への帰責が決断されるからである。従って、相關的に考えられるべきは、所有者の社会的責任と流通の経済的要求とであって、権利の安全と取引の安全と

いうどちらも個人的利益にすぎないものではない。保持の利益と取得の利益とは、私的自治の同一平面にあるのだから、両者をいくらか相關的に比較衡量しても、結論は出ないであろうし、⁽²⁾ 況んや取引の安全のために取得の利益が優越すべきであるといった同語反覆では意味をなさないこと、余りにも明白である。われわれは、個人的利益相互の調節という社会的見地を重く見るべきか、全体的利益としての流通の安全を考慮する経済的見地を重く見るべきかの点にこそ、相關的比較衡量をめぐらさなければならいと考えるのである。二つの見地は相互に背反するのではなく、却って所有権の社会的拘束が論じられるところには、その機能的結果として流通の安全という経済的要求が充たされるのである。けれども、この要求がそこでの論理構成の内容ではなく、むしろこの要求をそこでの論理構成の内容に卒然として持ち込むのは危険でさえある。⁽³⁾ というのは、流通の経済的要求があるからといって、所有者の社会的責任があるとは限らないからである。しかし、流通の経済的要求がないところに、善意取得の問題は起きないことも真実であるから、この要求は善意取得のための所有権剥奪の上限をなすことができる。そして、上限としての経済的要求と下限としての社会的拘束との間には、善意取得の法律構成をめぐって、論理学でいう種差があると考えられる。この種差が何であるかを確かめることが、流通の経済的要求を法律構成のなかへ取り上げる前提工作でなければならない。いいかえれば、社会的責任主義を超えて尚且つ所有者の権利喪失、従って善意者の権利取得を正当化する流通の安全を法律構成としてどのように収め取るかが問題である。

(1) H. Hübner: a. a. O., SS. 102, 147 ff. 拙稿(書評)・前掲、七三、七五頁。

(2) Zweigert: a. a. O., S. 15.

(3) 小橋一郎・「ヤコビの有価証券概念」、竹田先生古稀記念・商法の諸問題(昭和二七)、四一八頁には、「取引の安全」という経済的モメントを法律的效果の目的に掲げて理解する行き方よりも、法解釈学としてはレヒツシャインという法現象

自体のなかに効力発生の根拠を見だし、かかるものであるが故に「取引の安全」に役立つとする進み方が正当であろうとされる。やや形式論的であるが、その趣旨は本文に述べたところと同じであると理解される。

ツヴィゲルトによれば⁽¹⁾、近代経済は分業、契約生活の広汎な無名性、そして定型化された大量取引によって特徴づけられるのであって、そこでは総体としての取得者を前者の権利に関する無理な調査義務から解放し、前者の処分権の外観に対する彼らの信頼を保護することが秩序の正当な利益であるとされる。そのような考慮と限界でのみ、善意取得は正当化されるのであって、所有者の保持の利益が具体的な取得者の取得の利益に劣後せしめられるわけではない。それはむしろ個別的所有権に対して総体的利益が優越するからである。総体としての取引は所有権の取得に関する不安によって阻害されるべきではないからこそ、法秩序は善意取得を保障するのである。ツヴィゲルトはこのような見地からドイツ民法典九三二条以下の善意取得制度の正当性を理由づけ、フォン・リュプトウやヒュプナが取引安全の偶像崇拜を排撃するの余りこのような見地までも攻撃しているのは不当であるとなす。⁽²⁾とくに、ヒュプナが民法典の善意取得規定を違憲の疑いがある権利喪失規定として公法上の没収規定に対比したことは、⁽³⁾ツヴィゲルトによれば、やや大胆な問題提起であって、問題として成り立たないのではないかというのである。⁽⁴⁾われわれの理解にして誤りがないとすれば、ヒュプナの真意は恐らくそこにはないのであって、むしろ前述した上限としての経済的要求と下限としての社会的拘束とを、まさにツヴィゲルトのいうような理由づけだけで混同しないように警告することにあるのではなからうか。というのは、社会的拘束として論じられるべき場合を経済的要求で律するならば、所有者の権利喪失の機会是不当に多くなるからである。同様な危険は、最近わが国での法社会学的な見地——流通の安全を社会総資本の順調な再生産運動の過程と理解する立場⁽⁵⁾——にも、ないではない。つまり、総体としての流通過程の安定性は近代私法秩序に前提された要求であるけれども、この要求は所有権の社会的拘束との関連で、もっと限定された範囲

のものとして近代私法秩序の内部に攝取されなければならないのである。

- (1) Zweigert: ebenda.
- (2) v. Lübtow: a. a. O., S. 204 ff.; H. Hübner: a. a. O., S. 77 ff.
- (3) H. Hübner: a. a. O., S. 13 Anm. 7. その論旨は本稿¹のなかで既に引用した。
- (4) Zweigert: ebenda.

(5) 山中・前掲、一九一頁以下。川島・所有権法の理論、前掲、二一四、二七七頁以下。実方正雄・商法学総論(昭和二五)、二四二頁以下。勿論、民法の基礎を単純商品交換社会に求めて、商法の基礎である企業中心の資本再生産社会と区別するかぎりでは、混同の危険はなさそうであるが、当面の問題は広義における「民法の商化現象」に属すると考えられるので、説明上は資本制社会における存在としての民法上の善意取得と商法上の善意取得との区別が困難になりはせぬかと思ふのである。

そのような限定の仕方は、三種ある。

(i) 取得物の特性に着眼する立場。 先ず、流通対象としての物の概念の分析が重視される。とくに、高度の流通性(Umlaufqualität)を内在する物は、所有者の手中に存在することにより役立つ物とは違った取扱いを必要とするというのである。⁽¹⁾ 金銭・無記名証券はその代表例であるが、一般商品もまた大量性・代替性などの没个性的特徴を具えるかぎりでは、前者と同様に善意取得を認められるべきである。これに反して、個性的な物は原則として善意取得になじまないから、流通の安全という経済的要求を考慮する見地を重視しなくともよいとされる。⁽²⁾ この区別は、流通の安全というときの「流通」の概念範囲を限定することの困難を取得物の特性によって迂回したものと理解される。慥かに物の動きは予断を許さないものがあり、その定型的把握は仲々容易でない。けれども、大量製品の代替性をもって物の流通現象が全過程として要求する安定性にすりかえることは危険である。というのは、逆の場合、すなわち個性的

な物の非代替性なるものが屢々物それ自体の特性ではなくて、そのときどきの所有者が主観的に感じる属性にすぎないこともあるからである。⁽³⁾このような場合は、客観的には大量製品の代替性が認識されえても、所有者の主観的事情を尊重して、その回復請求権を認めるべきなのかどうか。この辺りに、商品概念の抽象性があるように思われる。ドイツ民・商法典はこの概念を使用しながら、その定義を与えていないので、⁽⁴⁾解釈上の困難があり、⁽⁵⁾判例もこのような概念に絶望している。⁽⁶⁾

(1) Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung (1935), S. 28 f. わが国では、西原博士が、流通の対象となるものは、その種類を限定せられないが、そのようなものとして最も適当しているのは、商品及び商業証券であるという程度限定をしておられる。しかし、この限定の仕方をおが民・商法の善意取得規定に照らして反省すれば、商品と商業証券との間には流通性の強弱の点で大差が認められ、とくに盗品・遺失物に関する民法一九三条の規定が後者には適用されないのに対して、前者には適用されることは、折角の商品概念を個性的な物の概念と無差別ならしめているといわなければならない。西原寛一・商法総則商行為法(商法講義Ⅰ)(昭和三三改訂版)、一一八頁参照。

(2) Brandt: a. a. O., S. 273 f. によれば、善意取得は商品についてのみ認め、個物については代価弁償請求権を裏付として回復請求権を認めるという方式で善意取得を解消する途を拓くことを提唱している。

(3) Zweigert: a. a. O., S. 16 f. Anm. 51.

(4) §§ 92 II, 196 I 1, 764 BGB; §§ 1 II 1, 381, 383, 400 HGB. わが民・商法典では「商品」(Ware)という用語は見当らず、単に「動産」又は「物」と称しているだけである。西原寛一・商法学(昭和二七)・二二〇頁参照。

(5) 或は「恣意的な用語」であるとなし(Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 8. Aufl., S. 26) 或は動産の概念は商品なる用語によって本質的に限定されないとなし(Hildebrandt: bei Schlegelberger HGB, 2. Aufl., Anm. 31 zu § 1; Würdinger: Komm. HGB, Anm. 24 zu § 1) 或は「余りに広すぎて把握できなう」となし(Baumbach: HGB, Anm. 3C zu § 1) 或は「あらゆる取引可能な動産は商品である」となす(M. Wolff: „Die Ware“ in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, Die Gegenstände des Handelsrechts, S. 8)。わが国では、西原博士が商品の性格として、流通性・大量性・代

替性・定型性・換価性を挙げておられる。西原・前掲、同頁以下。

(9) H. Hübner: a. a. O., S. 140 f.

(ii) 取得現象の人的又は場所的前提に着眼する立場。商品概念の具体的妥当性が疑問であるところから、その概念の要素をなす流通性を直接に取得物の特性として把握することを断念して、間接に取得現象の前提要件の側から確認しようとする。既に中世末期においてこの確認方法の原始的形態が見られるのであって、「公の市場における購買」(Kauf auf offenem Markt) とか「同業商人からの購買」(Kauf von Gildekaufleuten) とかいう公式化がそれである。そこには刑法的観点に近いものも含まれていたが、⁽¹⁾ 当時の商品交換の人的又は場所の中心点が適切に言い表わされていたことは確かである。⁽²⁾ 近代法は商品の取得場所又は譲渡人資格が当時のそれに似ている点に着想して、「公の市場における購買」⁽³⁾ 又は「同種の物を販売する商人からの購買」⁽⁴⁾ という具体的な表現方法で、把握困難な流通性の特徴を有する商品概念の実用化を図っている場合が多い。わが民法一九四条もこの立法主義に従っている。⁽⁵⁾ 技術的には合理的な用語法というるが、問題はこの用語法のもとに概念された商品性が社会的責任主義の限度を超えて所有権の取得を基礎づけるかどうかの根本論にある。イギリス法は既に一言した通り、盗品については侵奪者の有罪が確定したとき、公の市場における非権利者からの所有権取得を排除する。オーストリア法は任意委託物たる占有離脱物たるを問わず、営業者からの取得を最も広汎に容認する。しかし、フランス法及びスイス法ではそのような商品性は所有者の回復請求権に対する取得者の代価弁償請求権を条件づけるにすぎない。わが民法一九四条はこの方向で「公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販売スル商人ヨリ善意ニテ買受ケタル」物についても任意委託物と占有離脱物とのゲルマン法的区別を堅持し、後者(盗品・遺失物)の場合に限って代価弁償請求権に裏付けられた回復請求権により善意取得を解消するという妥協的方法を採っている。これらのうち、どの方法が最も適切なのであろうか。

(1) Meyer : a. a. O., S. 77.

(2) H. Hübner : a. a. O., S. 141 f. und dortige Anm. 61.

(3) この表現方法を採る系統に属するのは、§§ 43 I 15, 44 ALR (プロンヤ) § 2280 Code civil (フランス) § 934 II ZGB (スイス) § 22 Sale of Goods Act (イギリス)である。

(4) この表現方法を採る系統に属するのは、§ 367 ABGB (オーストリア) § 2280 Code civil (フランス) § 934 II ZGB (スイス)である。

(5) わが民法一九四条はフランス法及びスイス法と同じく、右の両系統の用語法を併用している。プロンヤ州法の立場はやや特別であつて、表現方法としては前者の系統に属するのみであるが、店舗で買う場合と市場で買う場合とを区別して取扱っている。すなわち、同業商人の店舗で買う場合には回復請求権は排除されるが、メッセやマルクトといわれる市場で買う場合には善意取得者の代価弁償請求権のもとに所有者の回復請求権が認められる。

周知の通り、ドイツではわが民法一九四条のような法規定がないので、右のゲルマン法的区別が原則として商品性の前に妥協を許さないように厳存している。この原則は、それ自体として先述の通り社会的な見地から不適當であるが、更に流通の安全を考慮する経済的な見地からも妥當でないことは、いうまでもない。この故に、ドイツ民法典九三五条二項は、金銭・無記名証券については占有離脱物であっても回復請求をなしえずと規定しているのであるが、一般商品についても同様な規制をなすべきかどうかは、立法論として問題である。ヒュプナによれば、オーストリア法の解決法は流通性の力を過大評価したものであつて、流通物としての商品については所有者に社会的責任がなくて⁽¹⁾も回復請求権がないとすることは、行きすぎたとされる。そこには尚、物に対する個人的利益相互間の対立調和が問題となっているのであつて、金銭と同断には論じえないものがある。そこで、回復請求権のもとに代価弁償請求権を認めて、善意取得を解消する妥協的方法が考えられるわけだが、個人的利益相互の対立を調節するという社会的な見地からは、その商品が善意取得者にとってのみならず回復請求者にとつても商品ならざる個性的な私物である場合に

限られるべきである。⁽²⁾ その場合でも、所有者が物を回復して、その代価を弁償した後に、非権利者たる例えば侵奪者に求償することは、このような代価弁償を認めない現行ドイツ法のもとで取得者が物の返還後に自己の前者に求償することよりも遙かに困難である。⁽³⁾ 回復請求者としての所有者の経済的に見た求償の困難性を思えば、彼にとっては回復請求の断念といういわば「没収」に近い経済的結果があるだけであろう、⁽⁴⁾ というのである。

(1) H. Hübner : a. a. O., S. 143. 拙稿(書評)・前掲、七六頁。

(2) Derselbe : a. a. O., S. 144. 拙稿(書評)・前掲、同頁。

(3) Derselbe : a. a. O., S. 137 f. 拙稿(書評)・前掲、七五頁。盗品・遺失物などの回復に対してはせめてもの代価弁償請求権を認めるべしとの妥協的提案は、民法典編纂時においてあったのだが、独法由来のものではないというわけで拒否されたのである。その経緯については、前掲書(S. 30 f.)に詳しい。

(4) Derselbe : a. a. O., S. 144. 拙稿(書評)・前掲、七六頁。鈴木・「即時取得」(総合判例研究叢書)、前掲一二六頁には、「一九三三条については、取引の安全の見地から努めてその適用範囲を縮小して解釈すべきこと前述の通りであって、一九四〇条については、同じ精神から逆にその適用範囲をなるべく拡げるようにすべきであろう」とされる。われわれは、既述の通り、一九三三条の問題性はそこにはないと考えるし、一九四〇条の問題性もそこにはないと考える。拡張適用を受けたために却って不当に損害を甘受しなければならぬ所有者も出てくるのではないか。

(iii) 民事取引と商事取引との客観的区別に着眼する立場。結局、商品概念にこだわっていたのでは、流通の安全というときの「流通」の何たるやは適切に限定されえないようである。そのために、却って所有の「安全」が脅かされることにすらなる。ここに、ツヴィゲルトはイギリス法の立場が安全感のある限定の仕方をしているように思われるという。⁽¹⁾ それによれば、實際上商事取引の場合にのみ善意取得を承認し、民事取引の場合には、禁反言則が適用されるのでないかぎり、すなわち所有者が処分者の法外観を単に擬制的にではなく真実に責に帰すべき仕方で喚起したので

ないかぎり、善意取得を禁止するという方法が採られる。経済的に重要でない私人間の法律行為的取引、例えば私人から私人への古家具や古写真機の売却においては、善意取得を禁止しても妨げないし、同じ私人間の取引でも、経済的に割合に重要な中古自動車の売買があるが、これについては登録証の制度が存在するので、いずれにせよ非権利者による譲渡行為は広汎に排除されているからである。⁽²⁾これに反して、流通の安全という経済的全体利益が善意取得を制度として担うのは、流通の名に値する取引が行なわれ、且つそれが促進を必要とする場合に限られるべきであるように思われる。そのような場合とは、商事取引にほからない、というのがツヴィゲルトの所説である。ツヴィゲルトのいわゆる商事取引とは、その所説のかぎりでは必ずしも明確ではないが、取得者の前者が「通常の営業過程において」⁽³⁾(in ordinary course of business) 処分をなした場合を指すとすれば、アメリカ統一商法典の規定するところとも一致するわけである。前述したオーストリア法の立場も営業者からの購買についてはこれに近いが、それ以外の民事取引については依然として任意委託物と占有離脱物とのゲルマン法的区別を堅持しているので、ツヴィゲルトの立場と同じではない。

(1) Zweigert: a. a. O., S. 16.

(2) わが国では、既登録の古自動車について、民事取引としても商事取引としても、善意取得はありえないとするのが通説である。これは行きすぎであろう。最近の下級審判例には、民法一九二条や一九四条の適用ありとするものがある。東京高判昭和三十一年一月二四日下級民集七卷一号七五頁。東京地判昭和三十一年四月二八日下級民集七卷四号一〇七九頁。鈴木・前掲、六九〜七二、九二、一二六頁参照。

(3) この語句は、今日西ドイツのアメリカ占領地区に行なわれる「還付賠償法」(Rückerstattungsgesetz) にも „im Wege des ordnungsmäßigen, üblichen Geschäftsverkehrs“ (Art. 19) として翻訳的に使用されているが、アメリカ統一商法典起草者たちの造語ではあるまい。同じ語句は現行イギリス会社法(一九四八年)二七条の二にも見られる。拙稿(翻

訳)・「イギリス会社法正文(1)」、商学討究、九卷一号(昭和三四)、八八頁。

とにかく、取得者の外觀信賴行為を保護するのに、民事取引と商事取引との客観的区別を適用して、外觀優越の民法的構成と商法的構成とを明確ならしめる必要があるように思われる。それをせずに、流通物と個性物との主観的区別を適用したり、任意委託物と占有離脱物とのゲルマン法的区別を適用したり、或は民事取引にはこの区別を残存せしめつつ商事取引にのみこの区別を排除するとか、若しくは商事取引にもこの区別を残存せしめつつ占有離脱の動産商品については所有者の回復請求権に対し善意取得者の代価弁償請求権を認めるとか、更にはより狭く、代価弁償と回復請求とは当該動産が取得者と所有者との双方にとって個性的な私物である場合に限るとかいう、不徹底な諸方法は實際上妥当でないであろう。

四 民商二法の再構成

もはや紙数の制限を遥かに越えてしまったので、結論を急がねばならない。以上の批判にもとづき、それは立法論と解釈論とに分れる。先ず、ツヴィゲルトの所論を呈示しよう。⁽¹⁾

(1) 立法論。商事取引と民事取引との区別をなすべきである。

(a) 商事取引においては、任意委託物であると盗品その他の占有離脱物であるとを問わず、また取得者の善意が非権利者の所有権に関する単に処分権に関するのを問わず、即時の善意取得が認められるべきである。そうすれば、占有離脱物の回復請求とこれに対応する代価弁償とによって善意取得を解消することは問題にならないし、更に盗品の回復請求の場合に取得者自身の前者に対する関係で遺失の危険が存すべきことも論外とされる。⁽²⁾ 以上の範囲における善意取得は、流通の促進容易化を図る法的安全弁として経済的公益により正当化される。

(b)その他の法的取引においては、原則としてローマ法的解決法が行なわれなければならない。従って、ここでも任意委託物と占有離脱物との区別は無縁であって、時間的に限定された回復請求権が占有離脱物の場合のみならず委託物横領の場合にも及ぼされる⁽³⁾。例外はただ次の場合だけである。すなわち、所有者が占有授与のほかに更に占有受領者の人格に権原の徴憑を生ぜしめることによって、非権利者の処分権の法外観を責に帰すべき仕方では惹起し、このために取得者が占有者の所有権又はこれと同様に取扱われるべき処分権を信用するにいたったときである。この特別な場合に善意取得を正当化するものは流通の安全でなく、所有者の責に帰せられるべき法外観惹起の与因行為であり、この法外観はその後の処分者の単なる占有状態を超えるものでなければならない。

尚、善意取得はつねに有償取得であることを前提要件とすべきである。そうすれば、無償の善意取得者に対する不当利得の返還請求権という迂遠な利益調和の仕方は、問題外となる⁽⁴⁾。

(1) Zweigert: a. a. O., S. 16f.

(2) 鈴木・前掲、一〇九頁以下及び一一七頁以下によれば、占有離脱の場合を限定するのに、次のような図式化をもって示す。この図式化で、↓は占有者の意思にもとづく占有の移転を、⇓は占有者の意思にもとづく他人の占有に移る場合を示す。但し、配列の順序は原文と一致しないことを断っておく。(i) A↓B⇓Cの型の場合(占有離脱でない)、(ii) A⇓B⇓Cの型の場合(占有離脱)、(iii) A⇓B⇓C⇓Dの型の場合(占有離脱であるが、CのみならずDも回復請求を受ける)、(iv) A⇓A'⇓B⇓B'⇓C⇓Dの型の場合(占有離脱であるが、AのみならずA'も回復請求をなしうる)、(v) A⇓A'⇓B⇓B'⇓C⇓Dの型の場合(占有離脱であるが、AのみならずBも回復請求をなしうるという判例の立場とAのみが回復請求をなしうるという著者の立場とに分れる)。以上、各場合を通じてAは所有者である。ツワイゲルトの立法論では、このような技巧的図式化は問題にならないし、とくに(v)の型の場合における困難な問題は起きない。

(3) Vgl. H. Hübner: a. a. O., S. 128 ff. 拙稿(書評)・前掲、七四頁以下参照。回復請求権の失効期間(或は除斥期間)が問題であるが、ヒュブナによれば取得時効より長く消滅時効より短くあるべきだとされる。

(4) Zweigert: a. a. O., S. 17 Anm. 54によれば、無償取得は善意保護に値いしないというのは、英米法においては勿論であるが、オーストリア法 (§§ 367, 456 ABGB) においてもそうであるし、更に Otto v. Gierke: Der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht (1889), S. 338 の所論がそうであったとされる。しかし、英米法が善意取得を有償の場合に限っているのは、英米法独特の約因論との関連においてであり、このような関連のない法系のもとでは、理由を別に求めなければならない。つまり、無償の善意取得を認めれば、取得者に不当利得が生じ、従ってこれを返還せしめるために法外観の相対的効果を論じなければならないが、このような効果は経済的変動の激しい時代の実際に即した解決法でないといった理由づけである。けれども、法外観の効力が有償取得の場合に限られるべきなのは、基本的には登場人物三名の場合である動産の善意取得についての話であって、純然と登場人物二名の場合である贈与の意思表示における法外観の効力問題ではない。そこに法外観説と禁反言則との差異がある。禁反言則が後者の場合をもカバーしようとして、約因論との関連に悩みながらも、近時において「約束禁反言」乃至「準禁反言」の原則を發展せしめつつあることについては、拙稿・「禁反原則と法外観説」、前掲参照。

以上の立法論は、殆どそのままわが民・商法典についても提唱されるに値いする。その実益は、例えば現に頻発する所有権留保条件附買主の処分行為の事件において、彼が商人であり商人として譲渡したのならば、その処分行為は有効であり、これに反して彼が私人であれば、その処分行為は有効でない⁽¹⁾ということを意味するところにあるであろう。けれども、尚若干の疑義がないではない。

(a) 先ず、善意取得者の調査義務は商事取引においてどの程度まで免除されるべきかについて、ツヴィゲルトの所論は必ずしも明らかでない。単純な善意で足りるとするのか、それとも重過失なき程度の善意を要求するのか。恐らく民事取引の場合には軽過失もなき善意を要求するのが妥当な基準であるとすれば、商事取引の場合には重過失なき程度の善意で足りるのが権衡のとれた考え方であろう。民事取引についても重過失なき程度の善意で足りるとする現行ドイツ民法典のもとでも、判例の実際は、前述のような所有権留保の割符販売物の買主がその物を比較的新品のうちに非権利のまま処分したときの取得者の善意について、重過失なきことの解釈基準として殆ど軽過失なきこと

に相当する程の極めて厳しい線を出している傾向がある。⁽²⁾これはツヴィゲルトも健全な傾向だと評しているところからすれば、⁽³⁾われわれの推論に異議はないだろうと思われる。

(b)有償の善意取得のために権利を喪失する所有者にはどのような補償が与えられるかについても、ツヴィゲルトの所論は必ずしも明らかでないが、処分者との間の法律関係によって債務不履行若しくは不法行為にもとづく損害賠償請求権又は不当利得返還請求権が与えられるとすべきであろう。これは、今日の社会事情のもとで非権利の処分者に対するそのような請求権の行使が事実上の困難を伴うことを思えば、無償取得の場合に取得者が善意であつても常に所有者の回復請求権に服しなければならぬとされることと比べて、権衡を失するように見えなくはない。けれども、任意委託物と占有離脱物とのゲルマン法的区別による硬直した基準を守株するのではなく、民事取引と商事取引という近代的区別のもとに所有権の社会的拘束又は流通の経済的要求を即實的に論定する立場からすれば、その程度の不利益は所有者にとってむしろ当然であると考えてよいのではないか。⁽⁴⁾

(1) Zweigert: ebenda.

(2) H. Hübner: a. a. O., S. 72 f.

(3) Zweigert: ebenda Anm. 55.

(4) この点で、ヒュプナのいわゆる「違憲の没収的效果」の疑義はないと思われる。Vgl. Zweigert: a. a. O., S. 15 f. Anm. 50.

(2) 解釈論。ドイツ民法典九三二条以下とこれを準用するドイツ商法典三六六条以下の明示規定を超越することは困難である。従つて、任意委託物と占有離脱物との一義的な区別は、一応甘受しなければならない。ただ、若干の疑わしい場合について、比較法的に見定められたより良い方向へと解釈を論定すべきである。

(a) 占有補助者 (Besitzdiener) による譲渡行為。ドイツの通説・判例はこれを占有離脱物の場合に含ましめる⁽¹⁾。占有補助者は占有者ではなく、却って所有者自身が占有者であるから、概念法学的には尤もな見解である。しかし、占有補助者が外観上占有者と区別されない場合には、行商使用人と同じく、その譲渡行為は委託物横領の場合に準ずるものとして取扱うのが妥当である。これはヴェスタマンによって代表される見解であるが、ツブイゲルトもこれに賛成している⁽³⁾。

わが国の判例もこのような場合に「窃盗罪ノ成立ヲ認ムヘキモノニシテ横領罪ヲ以テ論スヘキモノニアラス」としている⁽⁴⁾ので、占有離脱物に関する民法一九三条の適用があることになるが、学説はこれに対し賛否両論に分れている⁽⁵⁾。否定説の論拠は、取引安全の見地から同条の適用範囲を極力縮減すべしとするにある⁽⁶⁾。この論拠は、既に一言した通り、われわれとしては支持し難い。それよりも、民事取引としての善意取得のためには、占有補助者の社会的依従性、従ってこれに対応する占有者としての所有者の社会的責任性に、正当化の理由づけを求めるべきではなかろうか。つまり、取得者よりも一層危険支配の地位にある所有者が責任なしとされることは、いかにも不合理だからである⁽⁷⁾。この見地からすれば、占有補助者が外観上占有者と区別されないということは、少くとも民事取引においては附加的理由づけにすぎない。

(1) § 855 BGB を援用しての立場である。フランス法では、同条の規定するような占有補助者の概念がないので、この場合は占有離脱とならない。Stillschweig: a. a. O., S. 65.

(2) Westermann: a. a. O., S. 238 f.

(3) Zweigert: a. a. O., S. 18.

(4) 大判大正七年二月六日刑録二四・三二。大判大正三年三月六日新聞九二九・二八(同事項同趣旨)。中義勝・「刑法にお

ける占有の概念」、総合判例研究叢書—刑法(4)(昭和三一)、一一五頁以下。

(5) 石田・前掲、三五七頁(賛成)。我妻・前掲、一二五頁(否認)。船橋・前掲、二五一頁(否認)。

(6) 鈴木・前掲、一一四頁以下。

(7) H. Hübner: a. a. O., S. 108. このような論理構成は、禁反言則からすれば当然のことである。Seigal v. Warrick (1948), Tex. 7 Civ. App., 214 S.W. 2d 883, 884.

(b) 所有者の錯誤、詐欺又は強迫による占有授与。ドイツの通説・判例はこの場合を無差別に任意委託物の場合として一括取扱うけれども、ツヴィゲルトはそれを次のように分析する。⁽¹⁾

(i) 錯誤による占有授与。ドイツ民法典九三二条以下に定型化された過失責任主義によれば、占有受領者の人格及び性質に関する錯誤は、善意取得のための権利喪失から所有者を防禦しない。従って、人的錯誤による占有授与は善意取得を妨げない。けれども、物に関する錯誤——例えば、掴み損いによって別の物を本物と間違ふこと——のために占有を授与する場合を占有離脱物の場合と看做して、善意取得者に対する所有者の回復請求権を認めるのは、差支えない筈である。⁽²⁾

(ii) 詐欺による占有授与。これも同じく場合を分けて、故意の欺罔行為が占有受領者の人格に関する所有者の錯誤を惹起したときは、任意委託物の場合となし、物自体に関する所有者の錯誤を惹起したときは、占有離脱物の場合と見らべきである。⁽³⁾

(iii) 強迫による占有授与。ドイツ法上強迫は抵抗し難いものと考えられるから、これは常に占有離脱物の場合に入れらるべきである。このことは、民法典一二三条二項が第三者の強迫行為を第三者の詐欺行為と異って常に取消権の発生原因たらしめている点からも、推論されえよう。従って、強迫による占有授与のときは、任意委託物の問題にならない。⁽⁴⁾

(1) Zweigert: a. a. O., S. 19.

(2) ヒュプナは人的錯誤たると物的錯誤たるを問わず、錯誤による占有授与の結果は危険支配の原理からして当然に所有者に帰責されるという。H. Hübner: a. a. O., S. 113.

(3) ヒュプナはこの場合にも人的錯誤と物的錯誤とを区別せず、危険支配の原理からして詐欺による占有授与の結果は当然に所有者に帰責されるという。Derselbe: ebenda.

(4) ヒュプナは強迫の程度を考慮に入れなければならぬこともあるという。Derselbe: a. a. O., S. 114. 拙稿(書評)・前掲、七三頁。

右に分析された解釈論はツヴィゲルトの創見であるが、わが民法の解釈論としても通用するのではなからうか。ところが、わが国の判例・通説もまたドイツのそれと略々同様に、「物が盗品又は遺失物でない限り、占有の授与が所有者の意思に基づく⁽¹⁾と否とを問うことがない」と断定する立場であって、そのためには盗品・遺失物の概念を狭く解釈し、占有授与の所有者意思を広く擬制するという前提操作に陥っている。これは民法一九二条及び一九三条の適用について所有者側の事情を重点とせず取得者の善意を重点とする偏頗な態度というほかはない。われわれは既にツヴィゲルトに先立つ五年前に、このことを指摘して、同条における占有の授与と意思の表示との関連に言及したことがあるが、そのときの言葉をもってすれば、同条はヤコビのいわゆる「観念覚醒意図」(Vorstellungserweckungsabsicht)にもとづいて占有授与がなされたか否かを適用の基準とすべきことになるのであって、意思表示法と物権公示法との間に原理的な矛盾があつてはならないと考える⁽²⁾。

(1) 引用は、石田・前掲、三五三頁からであるが、その他の学者の所説においてもツヴィゲルトの所論におけるような分析は見当らない。鈴木・前掲、一一一頁には、「AからBが詐欺し、BがこれをCに譲渡した場合は、Aには欺罔の結果とはいへ、Bに占有を移転する意思が存したのであるから、民法一九三条の適用はないと解すべきである(明治四二・

六・二六法曹決議、法曹要録上一」と論じられるが、この所論はもつと細かに分析されるべきであろう。

(2) 拙稿・「ヤコビにおける意意表示のレヒツシャイン」、商学討究四卷一号(昭和二八)、八二頁参照。

(c) 公権介入による又は緊急状態における奪取⁽¹⁾。通説とは異なるが⁽²⁾、ツヴィゲルトはこれを常に占有離脱物の場合とする⁽³⁾。ドイツ法が任意委託物について前提する定型化された過失責任主義は、この場合に善意取得を否認しなければならぬ。その理由は、所有者が占有受領者の選択に何らの影響をも有しないからである。反対説は通常、所有者の欠陥ある意思が公法上の干渉権によって治癒されることを理由として、この場合に善意取得を承認するが、それはドイツ民法典における任意委託物と占有離脱物との区別の根拠を見誤っている。所有者の定型化された過失責任は、彼が自己の占有受領者の選択に影響を及ぼしうる地位にある場合にのみ、存在しうるのである。ところが、当面の場合はそれに該当しない。従って、違法な没収をもたらす差押行為は占有離脱物を生ぜしめるのであって、その善意取得は考えられない⁽⁴⁾。これに反して、適法な没収をもたらす差押行為については、差押をする者が没収の完了前にその物を第三者に譲渡したときに、善意取得を成立せしめる。けれども、これは所有者の欠陥ある意思が差押をする者の公法上の権能によって治癒されるからではなく、違法処分者がその後没収の結果として所有権を取得することが民法典一八五条二項一段の規定により処分行為を有効ならしめるからである。従って、この場合は論外としてよい。

(1) § 904 BGB.

(2) Westermann: a. a. O., S. 237; M. Wolff: a. a. O., S. 40.

(3) Zweigert: a. a. O., S. 19 f.

(4) 公権による差押が善意取得の後に取消又は撤回された場合も、同様である。H. Hübner: a. a. O., SS. 118 ff. 拙稿(書評)・前掲、七四頁。

わが国では判例・学説ともに、差押をする者が違法な没収を行なったときには（債務者の所有でない動産を差押えて競売したとか、競売の基礎たる債権が存しなかった場合）、第三者の善意取得がありうるとしている。⁽¹⁾更に、差押を受けている動産を所有者が処分したときも、執行の完了により所有者は失権するにも拘わらず、従って所有権は差押をする者の側に帰属するにも拘わらず、処分の相手方は善意取得者として保護される。⁽²⁾いずれにせよ、差押物は占有離脱物とはならない。これは、わが国の占有離脱物概念が民法一九三条のいわゆる「盗品・遺失物」に狭く限定され、且つそのように限定されるべきが近代的解釈であると一般にいわれているためであろう。そこには、所有権秩序の基本的価値は無視され、取引安全のイデオロギーが民法一九二条の適用範囲を不当に拡大しているように思われる。尤も、わが民法一九四条は競売において善意で買受けた盗品・遺失物をも商事取引におけるそれと同様に取扱い、所有者の回復請求権に対する代価弁償請求権によって取得者を保護しているほどであるから、公権の介入は流通の安全と同じ位に所有者利益に優越するという思想が前提されているのかも知れない。しかし、公権の介入により基本的人権の侵害をしたのならば、善意取得者に優先して所有者利益を擁護すべきである、という思想も、憲法の基礎にはある筈であろう。現に西ドイツの英米占領地区では「還付賠償法」(Rückergesetz) という法律にこの思想を具体化している。⁽⁴⁾問題は、このような立法的解決法と流通の安全という経済的要求とをどのように調節するかにある。同法では、通常の営業過程で取得された物を所有者への還付賠償から除外している。⁽⁵⁾ともあれ、所有者の社会的責任の有無が論じられるべき場合を、公権介入の公法的観点にかくれて、流通の経済的要求で処理するのは、思想の混同である。ここに、外観優越の民法的構成と商法的構成とを先ず明晰に区別する必要がある。

(1) 鈴木・前掲、七六頁。船橋・前掲、二三八頁。

(2) 鈴木・前掲、八一頁。

(3) 周知の通り、ドイツ民法にはこのような条文はない。

(4) H. Hübner: a. a. O., S. 123. 拙稿(書評)・前掲、同頁。

(5) Derselbe: a. a. O., S. 143.

さて、ツヴィゲルトの立法論及び解釈論をわが民・商法の問題として吟味してきたわれわれは、最後に残る重要な問題として、本稿冒頭に触れた占有改定による善意取得の可能性についての、われわれの結論を出さなければならぬ。それは、従来提唱された積極説・消極説・折衷説のいずれにも属しない⁽¹⁾。先ず、折衷説(我妻教授)は、占有改定によって不確定的ながら所有権を取得し、後に現実の引渡を受ければ確定的に所有権を取得するとなすのだが、この立場は一重譲渡の場合に占有改定をもって対抗要件と考えながら、二重譲渡の場合には更に現実の引渡をも要求している点で、いわば「対抗要件の対抗要件」という論理の不可解な技巧化に陥っている。次に、積極説は今日わが国では最も多くの学者が支持するところであるが、その一概な肯定は結局取引安全の偏重にほかならない。そして、消極説はわが判例の立場といってよいが、判例はゲヴェーレ的沿革を固執する見地から善意取得者が現実の占有を取得しなければならぬとする点で、非近代的である。最近、これを近代的見地から弁明しようとする一群の有力学者(川島教授・船橋教授・好美助教授)がおられるが、その可成り難解な理窟はどうあれ、結論として一概な現実占有取得説に賛同される点で、その機能的結果はまことに非近代的といわねばならない。

われわれの見るところでは、消極説はドイツ民法典九三三条の立場に着想したものであろうが、この規定の現代的意義は、所有権留保の商品売買において代金完済前における買主による該商品上の譲渡担保に対して売主を保護するにある⁽²⁾。敷衍すれば、買主は代金完済までは非権利者であるにも拘わらず、該商品を占有しているので、この占有状態を利用して、第三者に該商品を占有改定により譲渡し、自らはその直接占有を尚継続しながら、第三者からは該商

品を担保とする資金の供給を受けるとする。この場合に、第三者の善意取得が認められるとすれば、該商品のそもその売主は不当に権利喪失を甘受しなければならない。この欠点を是正するために、占有改定による善意取得を否認するのが、同条の規定である。そのかぎりでは、この規定は「真正の所有者の『静的安全』の顧慮に由来するにすぎない⁽³⁾」と解することができない。しかし、その静的安全保護の方法を「現実の引渡なき限り」という条件で制約しているところには、明らかにゲヴェーレ的発想法の残痕がある。

(1) 各説の立場については、船橋・前掲二四四頁以下に適切な要約がある。

(2) Wolf-Raiser: a. a. O., S. 256 Anm. 19. これはライザの補註であるが、各説の論者はなぜこの補註に注目しないのであろうか。

(3) 川島・「所有権法の理論」前掲二八八頁。Motive III S. 345 によれば、この規定はドイツ旧商法三〇六条の解釈として実際に行なわれていたところをそのまま受け継いで明文化したのだとされる。尤も、この規定に限らず、ドイツ民法の起草者たちは一般に民法上の善意取得制度を導入するに当って旧商法との一致を考慮したのだといわれる(Zweigert: a. a. O., S. 16 Anm. 51; Wolf-Raiser: a. a. O., S. 250)。しかし、そのことはドイツ民法典がそれだけ近代的論理構成に立っているということには必ずしもならないのであって、却ってドイツ旧商法の実際に残存していたゲヴェーレ的思考方法を伝承したことの証拠でもある。むしろ善意取得の民法的構成と商法的構成とを区別しなかったところにこそ、非近代的なものがあるのではないか。

先ず第一に、前記設例において買主が第三者に——しかも売主への代金完済前に——現実の引渡を行なったならば、静的安全は不当に犠牲とされはしないか。なぜなら、売主は買主へ占有を授与したことだけでは必ずしも権利喪失を甘受すべき社会的責任がないからである。それを、買主が偶々善意の第三者へ現実の引渡を行なったというだけの理由で、売主への帰責へ踏み切るのは、「事実上の物支配」というゲヴェーレ的占有論に捉われた解決法である。論者は、占有改定だけでは第三者は買主に占有を許容しているわけで、この信頼は売主の買主に対する占有授与にお

ける信頼と同程度以上のものではないから、とくに前者を後者より強く保護すべき理由はないといわれる。⁽¹⁾まことにその通りである。しかし、だからといって現実の引渡を権利喪失への踏み切り点とせねばならぬ論理的必然性は何もない。この場合、妥協調和の四字は説明にならない。

第二に、それにも拘わらず、現実の引渡を権利喪失の積極的条件とするところには、取引の動的安全が顧慮され、この点で所有の静的安全との間に具体的に妥当な調和が達成されるといわれるのであるが、⁽²⁾そのいわゆる「取引の安全」とは一体何であるのか。前記設例でいえば、買主と第三者との取引が現実の引渡を俟って初めて——そのときも尚第三者が善意であれば、やっと——第三者の善意取得をもたらすとされることが、取引の不安をかもさねば幸いである。論者は、その現実の引渡を受けた第三者と次に登場すべき第四者との間の「取引の安全」をゲヴェーレ的連想作用のなかに収め取っているのではないか。

第三に、右の疑点は、占有改定という譲渡方法に対する論者の次のような評価にも、現われている。すなわち、外觀上認識し難い占有状態の変更は「外部的には何ら取引行為の存在を表示しないため、はたして真に善意取得行為が存在するかどうかの判定が困難になる」⁽³⁾というのである。善意取得の問題は、前記設例でいえば、買主の法外觀を中心にして、一方ではこれに対する売主の責任関係、他方ではこれに対する第三者の信頼関係が論じられるだけであって、従って外觀を判定するのは第三者以外に存在しないのである。その判定を更に判定するのは裁判官であって、そこには「裁判官のための法外觀」が問題になるであろうが、⁽⁴⁾この法外觀と第三者のために……する買主の法外觀とは次元が異るといわねばならない。もし買主に残存している法外觀に当の第三者とは別の第四者が信頼したのならば、問題はやはり同じく善意取得の問題であって、この第四者が第三者の善意取得の有無を判定するという問題ではない。それなのに、占有改定では取引行為が外觀上判明でないことを問題にするのは、取引行為がゲヴェーレ的現行

為でなければならぬことを初めから予定した議論である。

そこで、これは最も不可解な点であるが、わが民法一九二条が取得者の「占有ヲ始メタル」ことを善意取得の要件としていることが、近代的所有権の観念的絶対性との相関的妥協調和において、なぜ「現実の占有を始めたこと」という意味に逆転読みされなければならぬのか。近代的所有権法の論理からいえば、前記設例の第三者もまた観念的所有権の絶対的取得でよい筈であろう。ドイツ民法典を近代法の金科玉条であると擬制しないかぎり、そのような逆転読みは、やはりゲヴェール法の論理に毒された近代法の論理に立っているといわなければならない。われわれの理解では、右の文句は——その沿革はともかく、その現代的意義においては——単に「譲渡行為」というものを譲受人である第三者の側から物権法的に表現したにすぎない。

とにかく、わが民法典にはドイツ民法典九三三条のような規定は存しないのである。従って、民法一九二条に文字通り近代的解釈を施すことが——当面の論点に關するかぎり——可能な筈である。といって、われわれは取引安全を高調する積極説に一氣に走ったり⁽⁵⁾、或は消極説を加味した積極説のまさに折衷説特有の隘路に踞踏しようとするのではない。⁽⁶⁾前記設例でいえば、買主が商人であり、且つ商人として第三者に該商品を譲渡したのならば、その譲渡方式が占有改定であろうと何であろうと、外観優越の商法的構成によって善意取得を認めるべきである。しかし、もしも買主が非商人たる私人であれば、外観優越の民法的構成に従い、売主に社会的責任がないかぎり、善意取得を否定すべきである。もしも売主に社会的責任があるならば、すなわち買主に単に占有授与を行なったというだけでなく、権原の徴憑——例えば月賦販売の代金完済を証する書面の交付——を設定したときには、このような法外観に対する同じく私人たる第三者の信頼行為——善意の譲受行為——は、その譲受方式が占有改定であろうと何であろうと、善意取得として保護されるべきである。この場合、第三者の善意について、わが民法一九二条はドイツ民法典九三二条二

項と異り、重過失なき程度で満足してはいないから、法外観に対する第三者の調査義務はそれだけ重いと解さなければならぬ。これが具体的妥当性のある解決法である、とわれわれは考える。⁽⁷⁾

- (1) Wolf-Raiser : a. a. O., S. 255. ヴォルフのこの論理は消極説の論者によって好んで援用される。その場合、論者が屢々 Wolf を Wolf として引用している不注意はともかくとして、ヴォルフの原文をよく読んでみればわかる通り、ヴォルフ自身はこの論理によってドイツ民法九三三条に完全に満足しているのではない。彼は、前掲書次頁(S. 256)において引続きこう述べている。„Doch ist auch dieser Satz zu eng gefaßt.... So wird statt der Übergabe auch die nachträgliche Abtretung des mittelbaren Besitzes genügen.“(斜体—筆者)例えば、VがKに他人の物を譲渡し、引続きこれを占有するためKから賃借する。その後、VはこれをDに寄託して、この寄託物返還請求権をKに委譲する。このとき、KがVを所有者と認めていれば、現実の引渡がなくとも善意取得は可能である。同様に、Kが占有改定後Vからその物を奪取して、それからVと賃貸借の終了を約定すれば、やはり現実の引渡なくして善意取得は可能である、というのである。こういった解釈論は現実の引渡を踏み切り点とする考え方を何ほどかでも是正しようとの意図に出たものであることは、想像に難くない。Vgl. Wolf : a. a. O., S. 221.

- (2) 好美・前掲、九一頁には、「ドイツ民法が通常の所有権取得におけると異り即時取得においては特に現実の引渡を要するとしたのは、単なるゲヴェーレ的沿革に基いたのではなく、まさにかかるすぐれて近代的な二つの要請の矛盾対立の妥協の所産であった(Motive III S. 345)」とされる。しかし、ドイツ民法理由書の同頁には、そんなことは書いてはない。これは理由書同頁に対する川島教授の解釈(川島・前掲、同頁)を援用したものにすぎない。われわれの理解では、善意取得に現実の引渡を要するとしたところにこそ、まさに近代的要求とゲヴェーレ的沿革との「妥協」(一)があったのである。

- (3) 船橋・前掲、二四七頁。

- (4) この点は、ネエндеュルツが明らかにしたところである。Naendrup : „Begriff des Rechtscheins und Aufgabe der Rechtscheinsforschung“, Rechtscheinsforschungen Heft 1 (1912). 拙稿・「トビツシャイン法理の構成」一橋大学法学会編・現代法学の諸問題(昭和二七)、八六頁以下。

(5) 金山正信・「即時取得と占有改定」、綜合法学、一巻七号二四頁以下は積極説支持の各種の論拠を最も詳しく呈示している。最近の下級審判例には積極説に左祖するものがある。鈴木・前掲、九六頁以下参照。

(6) 鈴木祿弥・「占有改定と即時取得」、民事研修四〇(昭和三五)は折衷説支持の最新の論文である。判例の事実関係が詳しく分析されている。

(7) 以上の解釈論によっても、取得物が盗品・遺失物であれば、軽率遺失者や軽率のための盗難被害者を別として、民法一九三条・一九四条の適用を免れない。

——一九六一・二・一〇——