

Title	観念的な占有移転方法が即時取得においてもつ意味の再検討
Author(s)	平田, 健治
Citation	阪大法学. 2015, 65(2), p. 1-26
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/75425
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

観念的な占有移転方法が

即時取得においてもつ意味の再検討

平 田 健 治

第一章 日本法の状況

日本民法において、占有は、第一に、動産物権変動の對抗要件として（物権総則）（民法一七八条、第二に、占有取得の諸態様として（占有権の取得の節）（一八〇条から一八七条）、第三に、原始取得としての取得時効の要件として（一六二条、第四に、いわゆる所有者占有者関係を形成する一要素として（占有権の効力の節）（一八八条から一九六条）（ここに、原始取得としての動産善意取得（一九二条）が含まれる）、第五に、占有訴権の要件として（一九七条から二〇二条）、現れる。ドイツ民法でもほぼ同様であるが、物権編において、占有の章が冒頭に、その後に不動産権の総則の章、所有権の章が来る。所有権の章の中で、所有権の得喪が、不動産、動産（善意取得、取得時効）それぞれにある。かように、占有の機能は多様である。

筆者の問題関心の出発点は、最判昭五七年九月七日（民集三六卷八号一五二七頁）であった。そこでは、食肉が

荷渡指図書により転々譲渡されたが、その当初の売主が所有者でなかった場合に、民法一八四条が定める指図による占有移転の方法が即時取得の要件としての引渡ししないし占有取得を満たしているかが問題となった。第一審、第二審は、着眼点はやや異なるが、この点を肯定し、最高裁は、譲渡者から受寄者への荷渡指図書の正本送付にもとづく、受寄者の寄託者台帳名義変更引渡完了の意味を持たせていた慣行の存在を肯定した、第二審の理解を支持した。

従来、動産即時取得制度において、現実の引渡し以外にどのような場合が、一九二条の「占有を始めた」にあたるのか⁽¹⁾については、占有改定については、ドイツ民法九三三条の影響下に否定する判例があり、学説に支持されている。ところが、指図による占有移転については、ドイツの規定が占有改定と異なる評価を含んでいるようにも見え、ドイツにおいて議論が古くよりあり、直接依拠しがたいためか、日本判例も明確ではない。前掲した最高裁判例は、慣行の存在を介しつつも、指図による占有移転による即時取得を認めたものとしての意義がある。では、一般的に、指図による占有移転が即時取得の一要件となるのか否か、どのような基準でそうか、本判例の事案は、荷渡指図書という商事慣行が素材であったが、そのような特殊性は一般的基準を考える際にどのような意味をもつものか、などの問題がさらに意識されることになる。従来⁽²⁾の学説は、類型化、物との距離などの方法ないし基準でこの問題に対処してきた。

類型化の考えは以下のようなものである。所有者Xからの受託者AがBに占有改定による譲渡をしたのち、譲受人Bが指図による占有移転でYに譲渡する第一類型と、所有者Xの受託者Aが他人Bにさらに占有委託し、Yに指図による占有移転、もしくは受託者Aが、Yに占有改定譲渡の後、他人Bに占有委託し、Yに指図による占有移転をする第二類型に分けられる⁽²⁾。前者の類型では、Aの直接占有は変更されていないのに対し、後者の類型では、A

の直接占有はBの直接占有に変更されている。ここから、前者における即時取得の否定、後者における肯定を導く。そして、大審院の否定二判例は、前者の類型に属するのに対し、最判昭五七年判決は後者に属するという観点で、判例法を理解し、正当化する⁽³⁾。前稿では、このような類型的評価手法を肯定しつつ、さらに、その基準の精緻化の可能性を示唆したところである。なお、ドイツ法における第一類型処理の現状は、判例は一時的ためらいがあったものの、その後はRG以来の肯定の立場で一貫するが、学説には批判が多く、物が当初の位置から動いていない場合には、善意取得は排除されるとか、原所有者優先の推定、占有媒介意思の放棄は明確に表示される必要があるとして、制限する。

本稿では、商事法との関連の問題は次の課題として、現実の引渡しに代わる代替的引渡し方法における判断基準の問題をドイツ法をも視野において検討する。

まず、對抗要件としての引渡しと即時取得の要件としての引渡しについて、どのような差異を認めるべきか、数種の引渡しの存否それぞれの認定において、種類間の評価バランスはどう考えるべきか、などの問題が生じてくる。占有改定の場合には、日本民法には明文がないものの、ドイツ法などの影響から、對抗要件と即時取得（占有改定の場合における取得者の直接占有の要求）ではその認定基準が異なる。その前提には、観念化した引渡方法を肯定する以上、それにもとづく對抗要件は、基本的に紛争解決ルールたりえず、優劣の決定は即時取得制度に委ねるべきであるという基本的態度がある^(7a)。それでは、指図による占有移転ではどうか。それらの背後に潜みコントロールする評価は何か。ドイツ法では、占有改定と指図による占有移転について、所有権移転（ドイツ法では成立要件としての引渡）と善意取得についてそれぞれ明文がある。とりわけ、善意取得の要件としての、占有改定（九三三条）と指図による占有移転（九三四条）相互の評価矛盾が指摘され続けてきた。

ちなみに、日本法における、指図による占有移転（一八四条）は、占有代理人に対する指図と譲受人である第三者の（指図の）承諾を要件とするが、これに最も近い構成は、法典調査会民法議事速記録の該当草案に引用されている三例（スイス債務法、ドイツ民法第一草案、ザクセン民法）のうちでは、ドイツ民法第一草案八〇四条である^⑧。うが、これとても、第三者が代理人に対して占有意思を表示する体裁になっており、日本法の「承諾」が誰に対するものか、何を対象とするかがあいまいである点と異なる。

民法一八四条は、占有の移転の一態様として、以下のように、いわゆる指図による占有移転を定める。

代理人によって占有をする場合において、本人がその代理人に対して以後第三者のためにその物を占有することを命じ、その第三者がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する。

しかし、一読して、その規定する内容の不自然さを感じ取ることができる。本人が命ずる相手は代理人に対してであるのに、承諾する者が第三者であるという点である。また、時間的経過としても、通例念頭に置かれる売買契約の場合には、本人と第三者との債権的合意が成立した後で、本人の代理人に対する命令がなされるであろうから、第三者の承諾がそのあとに出てくるように読めるのも不自然である^⑨。

ちなみに、即時取得の一要件としての占有取得について、指図による占有移転を肯定したものとして引かれる前掲最判昭五七年九月七日は、寄託者による荷渡指図書発行を受けて、その正本交付を受けた受寄者による、寄託者への意思確認、寄託者名義の変更をもって、指図による占有移転、ひいては即時取得を認定した原審を支持したものである。重要な点は、受寄者である占有代理人の行動なのである^⑩。

かような問題意識で、現行民法の起草過程を検討すると、意外な事実が判明する。すなわち、法典調査会民法議事速記録は、民法一八四条の箇所において、スイス債務法二〇一条⁽¹¹⁾、ドイツ民法第一章八〇四条、ザクセン民法二〇一条「二文」⁽¹²⁾を引用する。スイス債務法は、物が第三者の手中にある場合には、占有移転は、第三者が譲渡人により、その物を以後新取得者のために占有することを委託されることによってもなされると規定し、ドイツ民法草案は、元の占有者が保持者 (Inhaber) に対して第三者のために今後保持するよう指図し、かつ第三者が元の占有者あるいは保持者に対して、占有意思を表示する場合を規定し、但し、保持者が遅滞なく、指図に異議を申し出た場合は除くと規定する (ちなみに、第二草案以降は、占有者と保持者の区別が占有者に一元化され、指図構成は非実際的として返還請求権の譲渡構成に変更されることは後述する)。ザクセン民法は、第三者が従来の占有者のための物の保持者である場合には、占有の移転を目的とする法律行為には、占有者の第三者に対する、保持を新占有者のために継続せよという指図が加わる必要があると規定する。

これらの引用規定は、間接占有者の直接占有者への指図を基本に置いていることが看取できる。にもかかわらず、起草者の原案は、独自の復代理的構成を基礎としており、母法の指図構成の意味が条文の文言に反映されていないと評することができる。強いて言えば、ドイツ民法第一章案の構成が近いと言えようが、ここでの占有意思の表示と日本民法の承諾では意味が大いに異なる。ちなみに、第一章案の理解は以下のようなものである⁽¹³⁾。

譲渡者が、受領者のために、代理人が爾後受領者の代理人となるように、自己に対して拘束されている代理人を与える点に特色を見、受領者の側の占有掴取は、保持者を代理人として承認する点に見る。代理関係から成り立つ、自己の保持の代替物は、これらの場合には、意思表示によって、特に指図の場合には、従来の占有者を代理する保

説
持者をも含めた三人の合意によって、占有取得者に与えられる。

論

本条の起草担当は、穂積陳重である。彼は、審議の冒頭に規定の趣旨をおおよそ以下のように説明する⁽¹⁴⁾。

先刻説明したように⁽¹⁵⁾、占有改定の一つの変体である。本条なしで済ませることも考えたが、ほかの規定に含めたいということで、結局置くことにした。実際の例がずいぶんあるからでもある。自分の代理人に占有をさせておいて、そのままに第三者にその占有権を移すことである。通常の「占有改定の」場合は、自分がその譲受人の代理人となる。ここでは、もう一人人がはいり、自分の代理人となっていた者が持っていた物を他人の占有権に移すという場合である。譲受人の代理人にしてしまうのではない。自分が持つべきところを自分の代理人に持たせて、そうして第三者に移す。法理は、復代「理」人と同じ理屈である。しかし、実際のことからいうと、本条があるために、第三者の代理人となるのと同じであると。

纂作委員が、説明を受けて、直接、譲受人の代理人にはならないのかと質問する。

穂積委員が、その通りと回答。

梅委員が、穂積の説明と理由が異なるとして、趣旨を敷衍する。すなわち、譲渡者が第三者に代わって命令を与え、代理人は第三者の代理人に代わるのであると「原案一八二条二項の審議中に同様の説明をしている。前掲速記録、六一四―六一六頁。占有改定において、譲渡者が代理人を持つている場合に当たる。譲渡者の代理人から、一気に譲受人の代理人にできないから、法の力を借りてするという趣旨を述べている」。

土方委員は、原案の体裁について、本人が代理人に命じて、第三者が承諾するとなっているが、実際ははじめ第三者が承諾して、後に代理人に承諾をさせるということではないか。本人が第三者の代理人になるというのではな

く、元の本人の代理人が、単に第三者の代理人となるとしたらどうか、と提案する。

梅委員は、これに対して、本人が自分のために代理をしなくてよろしいとし、第三者も承諾しないと、占有が途中からちぎれてしまうことになりはしないかと警告する。

高木委員が休憩後に、穂積委員の説明と原案の内容が合わない点を質問する。文章では、第三者のために占有すべき旨とあるが、復代理であれば、譲渡人のために占有すると言わねばならないと。

穂積委員は、復代理の規則により、第三者、第一の代理人（本人）、復代理人と続く中で、第三者は復代理人を介して占有を取得するはずだと説明した。

梅委員は、第三者の承諾が要件である以上、本人の指図で占有意思がなくなり、他方、承諾がなされるまでは、第三者の占有は取得されず、占有が絶えてしまうと説明する。

富井委員は、第三者が占有を取得するのは一八四条の法律の力によるのであって、細かい議論は必要がないと述べる。

高木委員から、占有すべきことを命じという表現で、復代理人の話になるとはわからない、と苦情を述べる。

以上のように、復代理構成と文言や実際とのずれが指摘され、復代理構成の必要性も疑問視されているながら、結局、修正案が出ず、原案が可決された。このような復代理構成は、参照条文には見当たらず、どこに由来するのは不明である。¹⁶⁾

近時の学説の多く（七戸^{16a)}、佐久間^{16b)}）は、本文の文言にこだわらず、本人・第三者間の合意の先行、その代理人への通知という事態を通常のケースと見ている。他方、基本方針（V）二〇三頁以下が、文言と異なり、前掲昭和五七年最判などの判例準則の明文文化【3.2.11.14】（一）寄託者の地位の譲渡は、寄託者が受寄者に対し、寄託者の地

位を第三者に譲渡したことを通知し、受寄者がこれを承諾することによってその効力を生ずる。〔2〕では乙案において、占有移転と地位の移転の一体化を提案する。〕を提案するのは、このような問題意識に関連する。

債権法改正において、部会資料一七―二・九八頁には、「判例の見解については、寄託者の寄託契約上の地位が譲受人に移転するには、寄託物の譲受人に対して寄託契約上の義務を負うことを受寄者が承諾することが必要であることを前提としていると解することができる。このような理解を踏まえて、寄託者の契約上の地位の移転には、受寄者の承諾が必要であることを条文中明記すべきであるという考え方が提示されている。また、上記の考え方に立って、寄託者の契約上の地位の移転と間接占有の移転の関係について、寄託者の契約上の地位の移転がない限り間接占有の移転が認められないことを明示すべきであるという考え方が、併せて提示されている。」とされる。上記基本方針に対応し、条文文言ではなく、判例を参照し、直接占有者の承諾を重視し、明文化する提案である。この提案は、占有の移転と契約上の地位の移転とのセット化⁽¹⁶⁾、寄託の場合のみ特則を置く必要性の点で合意を得られなかったため、中間試案では採用を見送られたが、その趣旨は支持されるべきものを含んでいる^(16d)。なお、改正法案では第五三九条の二に契約上の地位の移転に関する規定が新設され、地位譲渡契約は、相手方の承諾が効力発生要件とされる。

以上、現行の民法一八四条は、起草過程から問題を含んでおり、その結果、事態に対応しない不自然な内容となっており、将来の改正の際には、改善されるべきである。

第二章 ドイツ民法の成立過程

ドイツ民法の善意取得制度の成立過程⁽¹⁷⁾には、占有制度の刷新⁽¹⁸⁾という問題がからまる。possessio と detentio の対

比を、間接占有と直接占有に対応させ区別しつつも、Besitzに一元化したことから生ずる問題、商法における善意取得制度を一般化する過程で、引渡し の代替方法が善意取得の要件においてどう考慮されるべきかの問題に直面した。

ヨホウの部分草案は、まず、Inhaberと呼び、彼を介して支配する者をBesitzerと定義する（四八条一項・物を自己の意思で事実上支配する者は保持者である。同二項・保持者が事実上の支配を他人のためにのみ行使する意思を有し、この他人がこれに対応する意思を有する場合には、この他人は占有者である。）。そして、このように分離しない場合には、InhaberすなわちBesitzerとする（同三項）。委任者は委任によって、受任者（代理人）を介して占有を取得する（五六条・他人の特別な委任においてもしくは一般的な委任の枠内においてその他人のために物の事実上の支配を取得する者は、そのことにより他人に占有を取得させる。）。引渡し の定義（五七条）、簡易引渡し（五八条）、指図による引渡し（五九条・他人の事実上の支配下にある物の第三者への引渡しは、第三者の同意の下で、従来の占有者から保持者に対して、保持者の異議なくして、なされた、事実上の支配を爾後第三者のためにせよという指図によってなされる。）、占有改定（六二条¹⁹）の規定が続く。

部分草案における、指図による占有移転方法の理解は以下のようである。²⁰

保持者への、今後第三取得者のために事実上の支配を行使せよとの指図による引渡は、既存の法に一般的である。普通法の法源においては、この場合について特に形作られていないが、草案六一条に採用されているような法命題が、代理人による占有取得の一般原則からの推論により明らかとなる。……指図は以下の要件下でのみ占有交替を生じさせる、すなわち、保持者が自己の意思を指図に対応して変更させること、この場合に、保持者の、異なり、

沈黙された意思は考慮されないことは、代理人による占有取得の原則から生じる。指図が、保持者の側からの異議にあつてはならないことを強調することで十分である。保持者が、物を引渡者のために保持してきたことを争う場合、彼は、物を自己のためにもしくは第三者のために占有すると主張するのであり、指図による引渡は生ぜず、しかも、従来の占有者が物の引渡請求権を移転するか取得者にこの請求権の行使を授權する場合でも同様である。ここの同意は、指図に先行しても、同時でもよい。遅れた同意は、その時点から、取得者を占有者とする。

占有の一般化により、従来は占有者にのみ認められていた占有保護が Inhaber にも認められる(七二条)。動産所有権の取得については、この段階では無権利者からの所有権取得は例外的にしか認められていない。まず、動産所有権の取得について、譲渡意思においてなされた引渡しを要件とする(一三二条)。無権利者からの譲渡は、原則として所有権取得をもたらさないが、例外的に、譲渡者が後に所有権を取得した場合、所有者による追認、所有者による譲渡人相続の場合には例外的に、所有権取得が生ずる(一三四条)。さらに、例外的に善意取得が承認される場合が列挙され、公の競売、金銭ないし無記名証券の場合、物からの産出物などを譲渡・引渡しした場合を挙げ(一三五条)。倉庫証券、貨物引換証、船荷証券などの処分証券では、証券の引渡し物が物の引渡となる規定(一三六条)⁽²¹⁾もある。

第一草案は、この部分草案を第一委員会が審議した産物である。占有 (Besitz) は、物に対する事実上の支配の取得 (Inhabung) と、自己のものとして保有する保持者 (Inhaber) の意思 (占有意思) によって取得される(七九七条)。代理人による占有取得は、代理人によってなされる法律行為にもとづく取得規定の準用で処理される

(八〇一条)。引渡し(八〇三条一項)、簡易引渡し(八〇三条二項)、指図による引渡し(八〇四条)⁽²²⁾、占有改定(八〇五条)の規定が続く。占有の終了の特則として、他人を通じての占有の終了の規定(八一三条二項…保持者が事実的支配を保持する限り、保持者の行為による占有は以下の場合にのみ終了する、保持者が占有者に、事実的支配を占有者のためではなく、自己もしくは第三者のために行使する意思表示する場合)⁽²³⁾が置かれる。すなわち、普通法では方法を限定していなかったが、第一草案では、占有者本人に意思表示をすることを要件化した。占有保護を本来物の直接的支配をする Inhaber に与えられるものと位置づけ、Inhaber と Bestizer が分離する場合には、Bestizer にもこの保護が必要最小限度で与えられる⁽²⁴⁾(八二一条)とする。動産所有権の取得については、引渡しと契約が必要である(八七四条)。無権利者による譲渡は、部分草案一三四条と同じく、三つの例外が認められる(八七六条)。一般ドイツ商法典(ADHGB)の善意取得制度を、商人が営業の過程で商品を引き渡すという制約を除去し、より一般化し、善意無重過失を要件とする、原則的な善意取得制度の承認(八七七条)に続いて、その例外が列举される(八七九条)。すなわち、簡易引渡し(八七四条三項)の場合、占有改定(八〇五条)の場合。最後に、盗品・遺失物の場合(但し、金銭、有価証券、公の競売の場合を除く)。なお、善意取得の場合の、権利喪失者の不当処分者への利得返還請求(八八〇条)ができる規定がある。

第一草案における、占有改定による引渡の場合に善意取得を否定する理由は以下のようである。⁽²⁶⁾

商法典三〇六条「善意取得」は、明示の規定は欠いているが、常に以下のように理解されている、すなわち有体的引渡が要求され、保持が引渡者に留保される引渡(占有改定)は排除されると。本草案[EiS 809]はこの商法の考えに従う。善意取得によりおよびやかされる所有者は、自己を見舞う権利喪失が占有改定のようにあまり明らか

ではない行為の背後に潜むことから保護されねばならない。同様に、占有を取得するために、八一三条⁽²⁷⁾（二項…保持者が事実上の支配を保持している限り、その者の行為によって、占有が終了するのは、保持者が占有者に対して、事実上の支配をもち占有者のためではなく、自己もしくは第三者のために行使する意思を表示した場合に限る。）によれば、占有者のために物を保持する者の占有改定によって占有は終了しない。従来⁽²⁸⁾の所有権を考慮すると、この所有権を、物がヴィンディカチオに服し、所有権訴訟がある場合には継続しているような者の下にある限りで、存続させ、ヴィンディカチオを貫徹させることに至る、たとえ占有者もしくは保持者が占有改定による譲渡の試みをしていたとしても。善意取得者に対する不当性は存在しない、なぜなら譲渡者の手に物を残すことにおいて信頼の表示が存在し、その危険は不当でなく信頼者に妥当するから。

第二草案では、占有は、物の事実上の支配の取得と定義される（七七七条）。占有機関（七七八条）、間接占有（七九〇条一項）、間接占有者への占有訴権の付与（七九〇条二項）、間接占有の譲渡（七九二条）、自主占有（七九三条）。動産所有権の得喪については、移転（八四二条一項）、簡易の引渡し（八四二条二項）、占有改定（八四三条）、（指図ではなく）引渡請求権の譲渡（八四四条）が規定される。善意取得に関しては、原則規定と簡易引渡し（八四六条）。代替方式による善意取得の可否については、占有改定（八四七条一項）、引渡請求権の譲渡（さらには、レイヴィンディカチオの譲渡）（二項）、盗品・遺失物の例外（八四八条）、喪失者による不当利得請求（八五〇条）の規定がある。

第二草案において、指図による占有移転から引渡請求権の譲渡へと法律構成を変更した理由⁽²⁸⁾は以下のようである。

否定しがたい実際上の必要が以下のことを要求する。すなわち、動産所有者に、所有者にも所有権を譲り受けようとする者にもなく、第三者が物を占有している場合にも、法的可能性を与えること。第三者が本草案の意味で所有者のために占有を行使する場合に、本草案は、所有権移転を八〇四条で規定された指図による引渡で可能とさせている。しかし、この規定は承認に値しない。それは、一方では引渡、従って所有権移転を、物を占有する第三者の意思に依存させ、他方では、第三者に、指図に適時に異議を申し立てない場合に、譲渡者との権利関係に基づき第三者が譲渡者に対して有する抗弁を取得者に対して失わせることで、取引の需要にも、第三者の利益にも反する。立法者の観点からは、ここで問題とされる場合における所有権移転を、取得者が第三占有者が譲渡人に対して有する抗弁に対して保護されるという風に形成する理由は存在しない。逆に、第三占有者は、取得者に対するこの抗弁を保持することから出発すれば、所有権移転は、単に、譲渡者と取得者の利益のみにかかわることとなり、その処理は第三者の同意に依存させるべきではない。そうすれば、ここで問題となる所有権移転については、通常必要な有体的引渡を、物的効果の直接的発生に向けられた当事者意思を問題としない方向で、代替するような法的行為を規定することのみが問題となる。かような法的行為として、譲渡者に、第三占有者に対して与えられる、物の引渡請求権を取得者に譲渡²⁹⁾することが考えられる。

本稿の関心からは、三つの引渡し方法の規律の変遷とその背景にある評価が重要である。第一草案では、八七九条において、(引渡しのない場合の)簡易引渡しと占有改定については、善意取得の例外とされた。引渡請求権の譲渡方式については、引渡し方法としての有効性は、八〇四条に規定されたものの、善意取得との関係では規定がなかった。第二草案では、この三種の方法に対して、より規定が精緻化された。すなわち、動産所有権移転の方法

として、それぞれ八四二条二項、八四三条、八四四条に規定された。さらに、善意取得の要件としての意味について、八四六条二項二文（取得者の占有取得）、八四七条一項（引渡しとその時点での善意）、八四七条二項（譲渡者が間接占有者の場合は、返還請求権の譲渡時に、そうでない場合には、取得者が第三者より占有を得た時に）にそれぞれ規定された。

返還請求権の譲渡に二つの場合があるとし、それぞれで善意取得の要件を異にした理由は以下のようである⁽³⁰⁾。

上で示した決議によれば、譲渡者が所有者であれば、引渡請求権の譲渡によつて所有権が移転する。譲渡者が物権的請求権の他に、所有者に特別な権利関係により与えられる債権的引渡請求権をも、譲渡する場合と、物権的請求権のみを譲渡する場合に、これに依じて、提案1a [Achilles] は、*non*でも、譲渡する非所有者が取得者に単に物権的請求権を譲渡する場合と、第三占有者に対して現実に与えられている債権的引渡請求権をも、譲渡する場合と同視し、二つの場合において善意取得者は、第三者による占有の取得ではじめて所有権を取得するとする。提案2 [Planck] は第一の場合を考慮しない。提案者はこの場合について、投票前に、提案1に同調した。第二の場合については、善意取得者の所有権取得を引渡請求権の譲渡時に生じさせる。

委員会は、第一の場合（物権的請求権の譲渡のみ）について提案1を、第二の場合（譲渡者が間接占有者）について、提案2を承認した。以下の考慮がなされた。ある者が第三者の占有下にある物について、所有者と自称し、他人に対して、自分はあなたに所有権を譲渡し、第三者に対する自己の物権的請求権を譲渡すると表明するとき、第三者が自称所有者と返還義務を負う権利関係に立たない場合には、他人にとっては、現実に自分が所有権を取得するだろうという信頼の基礎が欠けているので、八七七条は、この他人のために適用し得ない。しかし、第三者が

のちに他人の要求に従い、占有許与に依じる場合には、他人は、ここに譲渡者の所有権の承認を見ざるをえず、この信頼について、他人は、八七七条以下の基本思想に従い、裏切られてはならない。他人は、従って占有取得により、所有権を取得せねばならない。この場合に、取得者が占有を自ら取得したか、もしくは第三者と（その権利関係が終了後に物を他人に返還する義務を負うような）権利関係に入るかは「以上、直接占有と間接占有の場合を指す」問題ではない。

譲渡者が第三占有者との権利関係に基づき、返還を請求できる第二の場合には異なる。この場合には、取得者は、返還請求権の譲渡によって、物についての現実の法的支配を取得し、この支配を取得者に供与する譲渡者の能力は、譲渡者の固有の占有と同様に、譲渡者の所有権に対する取得者の信頼についての正当な基礎を与える。しかし、取引の需要は、以下のことを要求する。すなわち、譲渡時に善意である取得者は、譲渡によって、物を処分できるように、直ちに所有権を取得すること、彼の所有権取得がのちに、すなわち物の占有を自ら取得した時点までに譲渡者の非所有を知った場合に、挫折しないようにすること、である。提案2に提案されている規定は、結果として、現行法、特に正しい見解によれば、商法典三〇六条に対応する。

第三章 ドイツの判例・学説

従来議論されてきたのは、以下の点である。取得者に間接占有を設定する占有改定の場合には、現実の占有時まで善意取得が先延ばしされるのに、間接占有の譲渡者から取得者への移転と見うる、引渡請求権の譲渡（日本法で言う、指図による占有移転）の場合には、取得者が間接占有を得ただけで善意取得が成立する（九三四条第一例）。これはアンバランスなのか、そうではないのかがドイツにおいて議論されてきた³¹。その中で、近時は、これを評価

矛盾とみて、修正を施そうとする学説が有力である。とりわけ、九三三条の評価を公示制度の理想に近く、正当なものとして、それと矛盾するように見える九三四条の評価を制限する考えである。

(一) ミュラー説

九三三条と九三四条の評価矛盾を最も早く指摘したのは、ヴルフ・ミュラー⁽³²⁾とされる。彼の主張の要約は以下のようなものである。善意取得制度は譲渡者が所有者であるとの信頼を保護するが、民法典にはこの自明性と調和しない場合がある。所有者EがVに所有権留保で自転車売却し現実の引渡しをした。VはさらにG1に対して占有改定で譲渡した。G1はさらに返還請求権の譲渡でG2に譲渡した。G1は九三三条により善意取得できないが、G2は九三四条第一例によりできる。これはおかしい、と。

しかし、BGBは複数人の間接占有を承認するかどうかを明示に語っていない。マルティン・ヴォルフは、等段階間接占有という構成で、EとG1の間接占有の並存を認め、その結果、G1には第三者の善意取得を導く地位がなく、九三四条によるG2の善意取得を妨げると。RGはこれに対して、間接占有は一つのみと反対した。しかし、この構成の意図ないし結果は、我々の冒頭の疑問に答えてくれる。ミュラーは、いろいろなケースを比較検討した上で、以下の命題を提案する。九三四条で善意取得が直接占有の取得とともに生ずるのは、以下の場合である。すなわち、現占有者がまず従来の所有者に対して占有を媒介しており、その後、直接占有の変更が生じておらず、また所有者が間接占有を譲渡者もしくは取得者に移転してもいない場合である、と。

(二) B G H判例

一九六八年に、九三三条と九三四条の不均衡を問うような事案が連邦裁判所の対象となった。事案は以下のよう
なものである。原告Aは代金完済までの所有権を留保して、B有限責任会社にフライス盤を売却した。Bは商人C
より五万マルクの信用を受け、Cは同時に、Bのフォルクスバンクに対する一万マルクの債務を連帯保証人として
引き受けた。BはCに対する義務の担保として、Cに一連の機械を譲渡したが、そこに本件フライス盤も含まれて
いた。譲渡担保契約書には、担保物の所有権はCに移転すること、Bはなお機械を利用できることが明記されてい
た。イギリスのD金融会社に対して発行された債務承認書の担保のために、Cは、Bとの譲渡担保契約から得た自
己の権利をDに譲渡した。Dはさらにこの権利をEに譲渡した。Aは機械の返還をEに求めた。三審とも請求棄却。
判決は、九三三条と九三四条の不調和について、諸学説（一部無効規定を援用するライザー説、九三四条第一例
を制限解釈するミュラー説、九三四条第一例の適用を九三三条回避目的の場合には制限するペーマー説）を検討し
た上で、通説を支持し、立法者が直接占有と間接占有を等置していることと、譲渡者が占有関係から完全に離れて
いるかの相違の二つが、九三四条第一例で、九三三条が含むような外観明瞭性原理 (Sichtbarkeitsprinzip) から離
れている理由だとし、以下のように述べて、正当化している。

「決定的であるのは、立法者はこの異なる規律において、恣意的に行つたのではないことである。二つの規律の
基礎に一つの原理が存在すること、すなわち直接占有と間接占有が同視されねばならないこと、善意取得の場合に
は、譲渡者が自己の占有を完全に放棄したことで十分なこと、その際、間接占有が直接占有かは問題ではないこと
この規律は、いづれにせよ、裁判官が、立法者が明白に表現した意思から離れることができるほど、恣意的なもの

ではない。」

ミヒャルススキ⁽³⁵⁾は、九三三条と九三四条の不調和を、B G H判決に従い、認めない。

(三) ピッカー説

他方、ピッカー⁽³⁶⁾は、立法資料にも依拠しつつ、評価矛盾の発生の原因を探り、間接占有の異質性を強調し、前掲のB G H判決や並存占有理論を批判し、一〇〇六条三項⁽³⁷⁾を介して、古い返還請求関係（原所有者）が常に優先すると考えることを提唱する。

彼が評価矛盾の発生原因と考えるのは、第一委員会による、最終的に九三三条に結実する、占有改定による善意取得否定、原所有者に隠れた形での権利喪失の否定という評価と、第二委員会⁽³⁸⁾の、これも現行法九三四条に結実する評価（第一例第二例に共通して現れる、直接占有と間接占有の同視）相互の矛盾を十分意識しなかったことである。さらに、その原因を、間接占有が立法過程の途中で導入され、その本質が十分検討されず、また従来⁽³⁹⁾の考えと十分調整されなかったことに求める。具体的には、占有と所持の占有への一元化、その上での、間接占有と直接占有への分化である。その上で、委員会は当初は、両占有態様の相違を具体的な問題ごとに検討しており、確かに占有保護については異なる規律を施した。しかし、編集委員会による編集方針の変更⁽³⁸⁾により、原則的同視が編集の方針となってしまった。ここに、ピッカーは、問題の根源を見ようとする。この状況から、間接占有が、直接占有と異なり、その地位が直接占有者の意思態度に依存している弱さを見誤ったとする。

次に、彼は、一〇〇六条三項の間接占有者のための推定ルールを検討する。彼の理解によれば、この規定も、立

法者の評価の失敗とされる。その実例として、B G H判決⁽³⁹⁾が引用される。売主Vが買主Kに機械を所有権留保付で売却し、Kが自己の債権者Bにその機械を譲渡担保に供した事案で、原告である所有権留保売主Vと被告である譲渡担保権者Bが争う際、判決で、一〇〇六条三項の推定がどちらに働くかが問題となった。判決は、譲渡担保権者Bに推定を与えたが、ピッカーは批判する。所有権の証明において、BはKに依存するが、KはVへの支払に依存するから、完済していないKはVとの関係で所有権を主張できず、そのKに依存するBが、Kに優越するVに、優越するのはおかしいと。また、間接占有者の推定は、直接占有者の媒介意思を前提とするが、両者が争いになった場合には、媒介意思は存在しないはずだから、肝心の場面で推定は役立たないと。そこで、彼は、両者の占有上の地位の平等から出発する並存占有 (Nebenbesitz) 理論をも批判しつつ⁽⁴⁰⁾、間接占有の基礎を契約にもとづく返還請求権に見いだし、前掲判決の事案では、留保売主も譲渡担保権者も同様に引渡請求権を有し、競合するが、どちらにより強力な推定効が与えられるべきかが問題とする。そこで、一度有効に成立した返還関係は反対の証拠が提示されない限り、存続するものと前提されるのだから、後に成立した返還関係を有する者がそれからの優先を主張するためには、先行する返還関係を否定できねばならないが、これは占有媒介者と先行する返還請求権者の関係を否定することであり、留保買主が留保売買の代金債務を完済していない限り、その消滅を主張することはできないことになる。以上により、九三四条が規定する返還請求権の譲渡による占有移転の場合に善意取得が成立するためには、原所有者と比較してより強い推定を根拠づけるような、物との関係の取得が必要とされるべきであると。

(四) ローツェ説

ところが、ローツェ⁽⁴¹⁾による近時の立法史研究によって、より詳細な立法過程とその背景が明らかにされた。九三

三条が第一草案由来のものとすれば、九三四条は第二草案由来のものと見える。九三三条は、商法の評価に対応するものであるが、ADHGB 三〇六条の通説的解釈は、(Detentor には *possessio* を移転できないという理由から) 占有改定について善意取得を否定していた。指図による占有移転については肯定の態度であった。彼は、第二委員会による間接占有の導入によって、委員会が意識していた一般商法典 (ADHGB) との一致、すなわち占有改定による善意取得否定の前提は消滅していた、したがってそれに対応する規定を維持する必要性も消滅していたと指摘する。⁽⁴³⁾

もつとも、隠れた善意取得を排除するという実質的配慮も存在していたことも確かであると思われる。

他方、九三四条に関しては、九三三条とのアンバランスが、審議中に指摘され、九三三条の評価を基準に九三四条の修正が提案 (Solmn) やれていたが、第二委員会はゾーム案の採用を二度拒絶した。ローツセは、そこから、九三三条と九三四条の評価矛盾は、立法者において存在せず、現在の九三四条の制限的解釈の論拠にはできないとする。彼は、その上で、譲渡人が完全に占有関係から退場しているか否か (占有改定では否定、返還請求権の譲渡では肯定) に、結論の差異の正当化を見いだしているようである。

思うに、立法者の評価においては、ADHGB 解釈においても指図による占有移転の場合に善意取得が肯定されていた事情、また、同じく間接占有の取得といっても譲渡人が占有関係から完全に退場するか否かの違いがあること (占有改定の場合には、譲渡人はあいかかわらず直接占有を保持するのに対し、指図による占有移転の場合には、譲渡人は間接占有すら放棄する)⁽⁴⁴⁾、さらには取引需要への対応などが考慮され、作用していよう。

もつとも、そこに矛盾が存在しないと考えた立法者の態度は現在の時点から矛盾と評価できるのであれば、そういう意味で立法資料を援用することに意味があるといふべきだろう。⁽⁴⁴⁾

(五) 小 括

以上をまとめれば、ドイツ法において、善意取得の要件としての引渡ししないしその代替物に何を求めるかの対立があった。九三三条の基準から見れば、讓渡人の直接占有を伴う讓受人の間接占有の取得ではならず、讓受人における直接占有の取得である。九四四条の基準から見れば、間接占有で足りる。但し、この場合の間接占有取得は、讓渡者の（引渡請求権の讓渡による）間接占有の放棄を伴う間接占有の取得である必要がある。かなり類似する状況が、一方では善意取得の要件として否定され、他方では肯定されることが、その差に照らして正当化されるか否かが核心である。

しかし、ドイツ法では、占有改定後の引渡しによる讓受人の善意取得の成否を判断する際の占有取得は、直接占有の取得のみならず、讓渡者⁽⁴⁵⁾がもはや直接占有を保持しない限り、（讓受人側の占有機関や直接占有者を介する）間接占有でも足りるとされる。この点は、動産所有権移転の基本規定である九二九条における引渡し、善意取得の基本規定である九三三条の解釈としても肯定される。その際、引渡しの目的、すなわち讓渡者側の処分意思の真剣さを告知するという目的が、取得者の占有取得よりも、讓渡者の占有喪失によってより強く実現されていることが考慮されねばならないとされる。⁽⁴⁶⁾

だとすれば、現在のドイツ法における善意取得の限界線は、取得者側の占有状態の程度については、前述の二条文の調和の必要性とも関連して、争いがあることから、讓渡者の側の（直接占有あるいは間接占有の）放棄の完全に正当化の重点が置かれていると言うことができる。もつとも取得者側も、（直接占有あるいは間接占有の）取得が必要であり、広い意味での占有支配が讓渡者側から取得者側へ移転することが求められている。

他方、原所有者保護の観点は薄いように見える。既に言及したように、ドイツ判例は第一類型（無権利者による

占有改定による所有権譲渡、譲受人による引渡請求権の譲渡による所有権譲渡に当たる場合の善意取得を肯定しているが、学説は、原権利者保護の観点からの批判が多い。この点からは、原所有者保護の観点で脱落しているわけではない。

* 本稿は、基盤研究(C)「指図による占有移転の方法による即時取得の成否に関する総合的研究」(課題番号26380114)に
もとづく研究成果の一部である。

(1) DCFR VIII-3: 101 (1) (b); (3) は、簡易の引渡 (VIII-2: 105 (1)) と占有第三者への譲渡人の通知 (VIII-2: 105 (2)) を、現実の引渡 (VIII-2: 104 (1)) と同じく、即時取得の要件を満たすものとする一方、占有改定は除く(移転合意は、通常の所有権移転における要件たりうる (VIII-2: 101 (1) (c)) が、即時取得 (VIII-3: 101 (1) (b)) では除外されている)。その限りで、通常の所有権移転の場合と区別しない。また、譲渡人側の占有については、現実の占有ではなく、現代の通信販売の普及を考慮し、譲渡人の現実の占有の意義を相対化し、譲渡人の処分可能ないし占有付与権限に着目する (DCFR Volume 5, p. 4828-4829)。

- (2) 川島・川井編『新版注釈民法(一)(二〇〇七年)一七八頁以下「好美」による。
- (3) 好美・前掲一八〇頁、広中・星野編『民法典の百年Ⅱ』(一九九八年)四八二頁「安永正昭」。伊藤高義『民法第一九二条における所有権取得構成』名古屋大学法政論集三四号(一九六六年)三九頁は第二類型の判例は分かれるとする。
- (4) 潮見・片木編『民・商法の溝を読む』(二〇一四年)八八頁以下所収「平田」。
- (5) MünchK. 5.Aufl. (2009) § 934 [Oechler], RdNr. 6 ff.
- (6) BGHZ 161, 90.
- (7) Johann Kindl, AcP 201 (2001), 391 (410).
- (7a) 占有改定自体に一定の公示性を要求する。近時の見解として、松岡久和・法学セミナー六八四号(二〇二二年)八七頁。

- (8) 『法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会版）六三二頁は、八〇五条を引用するが、同条は、占有改定の規定である。
- (9) 川島・川井編『新版注釈民法（7）』（二〇〇七年）四二頁「稲本」は、譲渡人・譲受人の直接の合意に限らず、譲受人から直接占有者への承諾によってもよいとする。
- (10) 本判決の理解については、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針（V）』（二〇一〇年）二〇六頁注5）。
- (11) 一八一一年公布のもの。
- (12) 一文は占有改定に関する規定。
- (13) Muggdan, Bd.III S. 52.
- (14) 前掲速記録六二二頁上段。
- (15) 一八三条の冒頭説明に、前条「一八二条」第二項の場合の変体の一つとする。
- (16) ちなみに、旧民法財産編一九一条は、簡易の引渡と占有改定のみ言及する。
- (16a) 七戸克彦『物権法I』（二〇二三年）一四六頁。
- (16b) 佐久間毅『民法の基礎2』（二〇〇六年）一三三頁。
- (16c) 一般的には、占有関係と契約関係は独立に観念される。前掲・新版注民（7）「稲本」四三頁、東地判平五年二月二四日金法一三三三三号四二頁。
- (16d) もっとも、基礎とされる最判昭五七は、実務慣行と即時取得に関係した判断であり、このような一般ルールを抽出しうるかには検討の余地がある。
- (17) 占有移転規定と所有権移転規定の概観という視角からは、Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966.
- (18) 拙稿「所有者・占有者関係における他主占有者の位置づけ——他人の物の賃貸借での使用利益返還義務を素材として——」『阪大法学五三巻三・四号（二〇〇三年）八二四頁以下で概観したところである。
- (19) Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines

Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht TEIL 1 (1982) S.527 ff.

(20) Schubert, aa.O., S. 515.

(21) 当時の状況について、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（一九五三年）一二三頁以下。

(22) Mugdan, S. 52 f.

(23) Mugdan (EI § 813 の Motive), S. 59 f. 日本民法二〇四条一項二号に同じ（日本民法の起草者はこの第一草案を参照している）。その後、第二委員会が規律内容は自明であるという理由で削除された（S. 506）が、占有意思を重視しない、占有の客観化は、後の並存占有という議論の一因でもあると思われる。

(24) Mugdan, S. 71; Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I (1985) S. 204. 第二草案に同じく Mugdan, S. 516; 965 (Denkschrift).

なお、第二委員会後の編集委員会において、以下の議論（Mugdan, S. 516）がなされていた（後掲のピッカー（Pikker）論文の問題意識はこの箇所に触発されているようである）。委員会は、保持と占有の区別を放棄したが、その代わりに、別の用語を導入した。それは、ほぼ草案によって選択された区別と同じ思想にもとづく。それは、直接占有と間接占有の区別である。委員会は、この際、以下の点を前提としている。すなわち、占有に関する規定を作成する際に、間接占有は占有の下位種として性質づけられてはならず、占有者という表現は七九五条の意味で物の直接的支配を行使する者のみにて用いられるべきこと、法が占有それ自体に結びつける法律効果が間接占有が存在する場合にも妥当するべき場合には、この点は、個別の条文における特別の付記によって強調されねばならないこと。編集委員会の見解によれば、この編集方法は非実際的である、なぜならば、占有保護の規定を除き、占有に法的効果結びつけるほとんどすべての規定は、間接占有関係にも適用可能だからである。例外は物権的請求権の規定であり、これは、間接占有ではなく、直接占有者に対してのみ向けられるものである。編集委員会は、従って、民法典を以下のように編集することが、妥当で合目的と考えた、すなわち、原則として、占有者の下で、間接占有者も理解し、法命題が直接占有者のみ関する場合には、このことを強調することである、このような制限が関連から明らかとならない限りで（ヴァインディカチオの被告適格に関し、S. 666、時効中断に関し S. 642）。

(25) Jakobs/Schubert, S. 598.

- (26) Mugdan, Bd. III S. 192 (EI § 879 © Motive); Jakobs/Schubert, S. 602.
- (27) Mugdan, S. 60 (EI § 813 © Motive) は、これに対して、八七九条は、引き渡す保持者が同時に占有者であろうとなくろうと、占有改定は、善意取得者に所有権を与えるには十分ではないと規定している。したがって、保持者は、仮に断絶表示によって占有を絶ったとしても、非所有者として、占有改定により所有権を善意取得者に移転させる能力を得ることには妨げないとする。
- その後、第二委員会では、一般原則で判断できるとする削除提案が承認された (Mugdan, S. 506)。
- (28) Mugdan, III S. 627 f.; Jakobs/Schubert, S. 595. 傍点は筆者 (以下同じ)。
- (29) ドイツ法は、債権譲渡において基本的に債務者の抗弁が引き継がれるが (四〇四条)、債務者が譲渡について悪意の場合を除く (四〇七条)。
- (30) Mugdan, III S. 632; Jakobs/Schubert, S. 614.
- (31) 一九六〇年代までの状況については、伊藤高義「民法第一九二条における所有権取得構成」名古屋大学法政論集三四号 (一九六六年) 二四頁以下 (→『物権的返還請求権論序論』(一九七一年) 一一七頁以下に収録) に詳しい。
- (32) Wulf/Müller, AcP 137 (1933), 86.
- (33) BGHZ 50, 45 (1968, 3, 27).
- (34) 同時に、間接占有の創設と移転を区別するヴェスタマン説にも言及する。
- (35) Lutz Michalski, AcP 181 (1981), 384.
- (36) Eduard Pöcker, AcP 188 (1988), 511.
- (37) この推定「同条第一項第一文の動産占有者の所有者推定を指す」は、間接占有の場合には、間接占有者に妥当する。
- (38) 前掲注(24)参照。
- (39) BGH 1969, 416, JZ 1969, 433.
- (40) Pöcker, AcP 188 (1988), 522 ff.
- (41) Sebastian Lohsse, AcP 206 (2006), 527.
- (42) Wolfgang Ernst, *Eigenbesitz und Mobilärerwerb* (1992) S. 266 ff. も同旨。エルンストは、この点から、九三三条の適

説

用範囲を、他主占有者が占有改定を行った場合に限定することを提案する。

(43) 判例が依拠する観点であり、二条文間に評価矛盾は存在しないと考える学説 (MünchK, 5. Aufl. (2009) § 934 [Oechsler], RdNr. 2) の多くが依拠する観点でもある。

(44) Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl. (2010) S.419 Anm. 1734⁹ [註]

(45) MünchK, 5. Aufl. (2009) § 933 [Oechsler], RdNr. 9.

(46) MünchK, 5. Aufl. (2009) § 929 [Oechsler], RdNr. 56; § 932 [Oechsler], RdNr. 13.

論