The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	「占有」がもたらす外観に対する信頼保護 : 占有意思の変更と即時取得
Author(s)	平田, 健治
Citation	阪大法学. 2018, 67(5), p. 1-15
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87042
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

論　説

「占有」がもたらす外観に対する信頼保護

――占有意思の変更と即時取得――

平　田　健　治

第一章　ローマ法における占有の性質（占有意思）変更の意味

ローマ法における取得時効（usucapio）では、その要件は、市民法上の占有（possessio civilis）、現代法的に言えば、自主占有であり、かつ一定の正権原、すなわち自主占有を正当化する原因、例えば、売買や贈与などを有する必要があった。(1)

この要件との関連で、占有者自ら意識的に自己の利益に正権原を作り出すことはできないとする法原則（regula）が形成された。(2)その例として、他主占有、ローマ法的には、自然占有にすぎない所持（detentio）しか有さなかった者とされる所持者（detentor）、例えば賃借人は、賃貸人の死により、自ら（市民法上の占有の一例としての）その相続人としての（pro herede）占有を作り出せない、とされることによって、取得時効の要件を自ら作り出すことが阻止された（D.41.3.33.1［後掲訳参照］(3)）。

これは、相続人としての取得時効により、遺産についての自己の権利を失う危険のある家外相続人（extranei heredes）の保護をねらいとしていた。すなわち、家内相続人（sui heredes）が存在しない場合には、遺産は無主となり、ある者が、furtum となる危険をおかさずに、遺産を把握すれば、一定の期間経過後に相続人となることができた（後に悪意者は排除されたが）。このような家外相続人がさらされる危険は、被相続人の生前に物が他人の占有下にあった場合に高いので、前掲の法原則は、物占有者が、自己の占有意思を変更することで相続人の取得時効権原を作り出すことを妨げることにあった。この必要は、遺産占有者が自己の相続人地位を信頼している場合でも同様である。

既に、古典期前に、この原則は、相続法を越えて、占有者が自己の決断で自己の物支配を従来よりもよい（法的に強力な）占有基礎に置こうとする場合に適用されていたと考えられる。

この原則は、古典期においては、相続法と生前取引において展開された。

まず、相続法においては、ハドリアヌス帝期（A.D. 117-138）に相続人占有による取得時効は、悪意の場合には排除された。他方で、善意占有者に真の相続人に対する優先が与えられた。ここにおいて、この原則は、遺産返還訴訟において、主張立証責任を分配するためのものになった。すなわち、被告である占有者に権利外観にもとづいて相続人となったことを主張立証させることを義務づける。これに成功した場合に、占有者は勝手な占有権原変更という非難から免れる。

D.41.5.2.1 (Iulianus)

何人も自己の占有原因を変更できないと一般に教えられる場合、市民法上の占有のみならず、自然の占有（possessio

naturalis）も考えられている。

従って、賃借人や受寄者、使用借主は、この物を、自利を得る目的で（lucri faciendi causa）相続人として時効取得することはできないと、回答が与えられた。

この法文では、他主占有者と所有者の相続人の争いが想定され、一年の取得時効期間は経過していると想定される。原告は家外相続人である（家内相続人の場合には、休眠遺産とはならず、相続占有取得時効の対象とならない）。この法文は、他主占有者にも、原則を適用することで、相続以前から占有している悪意者が自己の占有を相続人としての占有に変更することが否定される。

D.41.3.33.1 (Iulianus)[3a]

人は勝手に自己の占有原因を変更できないと一般に教えられることは、以下の場合にも争いなく妥当する、すなわち、善意でなく占有していることを認識し、利益を得るために新たな占有原因にもとづき占有し始めた者の場合。このことは、以下のように示しうる。

A. I）ある土地を売主に属していないことを知りながら買った者は、土地を単に占有者として（pro possessore）占有する。

II. 1）しかし、所有者から買った場合には、買主として（pro emptore）占有し始め、勝手に占有原因を変更したとはみなされない。

2）このことは、彼が、所有者だと考えて（existimaret）、非権利者から買った場合にも妥当する。

III. 1）同様に、所有者によって相続人に指定されるか、財産占有（bonorum possessio）が与えられた者が、以後相続人として（pro herede）占有する場合にも当てはまる。

2）さらに、ある者が所有者によって相続人もしくは財産占有者とされたと正当にも考える場合、彼は土地を相続人と

して占有し、占有の原因を変更したとはみなされないだろう。

B）これらのことが通常の占有を行使する者について妥当するならば、所有者の生前も死後も何らの占有を有しない（nec ullam possessionem habet）賃借人（colonus）について、どの程度当てはまるか？

確かに、賃借人が所有者の死後、自己をその相続人もしくは財産占有者と考えた（eximabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse）者から買った場合には、土地を買主として占有し始める。

B)で、ユリアヌスは、賃借人が誤想相続人から購入した場合に、この者に買主としての時効権原を与えている。すなわち、売主が権利外観を作出し、それを賃借人が信頼している場合において。ユリアヌスは、A）で得られた結果に勿論解釈を施すことで、この結論を導いている。ただ、原則との関係については、権原変更に勝手性がないことを理由にするのではなく、他主占有者に厳密な意味での占有がなかったことを根拠とする（他主占有者に対する簡易の引渡しを扱うD.41.2.3.20も同様）。

D.41.5.2.2 (Iulianus)

また、息子は父より贈与された物を相続人として時効取得できないと、セルウィウスは認める、しかも彼は、息子には父の生前、自然占有（のみ）があったと考えるがゆえに。

ここから、父によって相続人に指定された息子は、父より贈与された遺産を息子以外の共同相続人の部分に関しては時効取得することはできない、ということが出てくる。

この法文が掲げる二つの例のいずれも占有原因変更禁止原則の適用が前提とされている。第一例では、家長と家子の贈与は無効であることを前提として、自然占有を相続人占有に変換することが禁止される。第二例では、単独

相続人指定ではないことを知る息子にその限りで時効取得を否定している。

生前取引の分野では、権利者の損失で不当な利益を得る目的でよりよい占有原因に取り替えることに原則が適用される。他方、権利者の了承のもとに占有原因を変更すること（婚姻中の夫婦間での贈与は無効であるが、それを離婚後に夫が妻に追認する場合を扱うD.41.6.1.2）は本原則と抵触しない。また、占有原因変更が従来と比して地位を悪化させる場合にも原則の適用はない。占有を一旦放棄し、再度取得する場合（D.41.2.18pr（占有改定）; D.41.2.19.1）にも適用はない。

第二章　大陸法におけるその後の展開
―取得時効と即時取得（善意取得）の分化の影響―

さて、大陸法では、その後、即時取得制度が形成され、動産に関しては、取得時効と競合するに至り、その棲み分けが模索されるに至った。即時取得は動産「取引」保護の目的をもつ制度だから、正権原が必要と考えてよいはずだが、日本民法起草者は、善意無過失に含めうると考えて明示に言及しなかったが、[4] 近時の現代語化改正で、この点が「取引行為によって」という語句で明示され、取得時効との要件面での差が確認された。

ところで、日本民法第一八五条は、「占有権の取得」の節の中で、占有の性質の変更を扱い、第二〇四条一項二号は、「占有権の消滅」の節の中で、代理占有の消滅事由を扱い、新権原ないし本人に対する意思の表示に言及している。

一八五条は、第一章で扱ったローマ法の原則に由来する。二〇四条は、代理占有者が本人に対する意思変更によ

り、自ら自主占有者となるか、本人以外の者を間接（自主）占有者とする場合の規範である。これは、ドイツ普通法、とりわけヴィントシャイト説[5]に由来するとされる[6]。ちなみに、それぞれフランス民法（現二二七〇条）、ドイツ民法第一草案八一三条を経由して、現日本民法に存在するこの二条文であるが、後者はドイツでは、第二草案以降は削除され、占有の客観化を目指した現ドイツ民法典上には存在しない。

ここから明らかなように、両規範は、占有の異なる側面（効果）ではあるものの、いずれも間接占有を前提とし、そこにおける本人との関係での意思表示による占有の性質変更ないし占有の相対的消滅をともに扱う点で類似している。

敷衍すれば、こうである。他主占有者である占有受託者の背信的処分の場合には、この他主占有者は、他主占有であることを廃棄し、自主占有に変化した上で、第三者に処分する、もしくは処分に加え譲受人から賃借などして、当該第三者と占有媒介関係に入る。これらの場合に、当初の占有受託者の占有の性質変更（一八五条「権原の性質上占有者に所有の意思がないものとされる場合には、その占有者が、自己に占有をさせた者に対して所有の意思があることを表示し、または新たな権原により所有の意思をもって占有を始めるのでなければ」）が問題となり、同時に原所有者である委託者との関係廃棄（代理占有関係の消滅、二〇四条一項二号「代理人が本人に対して以後自己又は第三者のために占有物を所持する意思を表示した」）が問題となる。

前者は、上掲の、ローマ法の何人も自己の占有権原を自ら単独で変更できないとする格言に由来し、取得時効の制限として機能してきた。後者もローマ法源の議論に由来しつつ、間接占有者である原所有者の保護をどの程度認めるかで議論されてきた。ドイツ普通法は、本人保護の趣旨で、占有媒介関係の廃棄には、本人に対する表示を必要と解してきたが、この考えは、ライヒスゲリヒト[7]によって、動産に関して破られることとなる。

以下に引用するその判決理由は、判決年月日が示すように、民法典ではなく普通法支配下の時期における判断であり、売買契約が続けて二重に締結され、合わせて占有改定された動産の所有権帰属が争われた。ライヒスゲリヒトは第二買主の時効取得（usucapio）の可能性を認めつつ、破棄差戻により、善意の点について原審の判断に委ねた。

> 代理人による占有の取得と喪失の原則並びに占有改定の原則によれば、動産については、物を以後本人のためではなく、第三者のために占有するという代理人の決断とその表示（Bethätigung）により本人の占有は失われ、代理人が占有しようとする第三者のために占有が取得される。また、こう考えることは、自己の占有原因の変更禁止原則にも反しない。これは、占有取得には関係せず、占有の適法性に関し、何人も自己の占有の法的原因を作り出せないことを表現している。…この場合に、原所有者が代理人の占有意思について知ったかは問題とならない、動産の占有喪失については、新取得者の把握行為についての今までの占有者［＝第一買主］の意思は必要でないから。

民法典編纂過程でも、第二委員会以降は、占有概念の客観化の流れに従い、本人に対する表示要件は廃棄された。しかし、現代のドイツの通説は占有媒介関係の成立に占有媒介者＝他主占有者の媒介意思を必要と解している。これは、ライヒスゲリヒトのように、占有代理人の決断だけで、代理占有関係が廃棄されると解するのは行き過ぎで、本人保護の趣旨で、占有代理人の本人に対する客観的挙動を必要と解しているのであろう。占有意思の客観化の点を重視するならば、占有媒介関係の基礎にある契約関係の廃棄が必要と解することになる。ここには、とりわけ占有媒介者の行動の明確性（D.41.2.32.1）[8]の問題（占有媒介関係が競合した場合には、先行する関係が優先する）が潜むことになる。占有関係から意思を排除し客観化したとしても、その関係が変動する際には、意思の客観

化としての当事者の挙動とその了知が、その変動の成否の基準として援用されざるをえず、[9] それを媒介意思の変動ととらえるか、契約関係の廃棄ととらえるかは、構成問題として相対化される。

即時取得の成否が問題とされる場合の直接占有者は、このように本人、代理占有でいう間接占有者の存在を前提とする場合、例えば直接占有者である他主占有者の裏切りによる処分を介した譲受人などである。

日本民法の場合、占有は、権利移転を前提とした対抗要件に過ぎず、それも、多様な方法が認められて形骸化している。そこで、即時取得制度において、移転方法を限定しつつ、譲受人を保護する運用が、ドイツ民法の明文による規律の影響下でなされている。

この場合に問われる外観は、即時取得者の取引相手方の外観であり、先の類型で言えば、なお間接占有者としての本人がいるかどうかは問われない。仮にいる場合に、前掲した一八五条や二〇四条の方法が採られたか否かは、自主占有に基づく一定期間の占有継続が問題となる取得時効ならともかく、そうではない即時取得において問題とする必要はないのではないか。ここで、原権利者の保護を持ち出すのは、取得時効における原権利者保護の構造を無自覚に即時取得に持ち込んでいるのではないか。

即時取得は、取引行為時の相手方の外観に対する信頼が問題となり、盗難、遺失の場合を除けば、外観の背後にある原権利者の事情は規範構造上、考慮する必要がない。原権利者の事情との比較考量は、盗難遺失物の例外評価規範に織り込み済みであり、それを超えて考慮する必要はなく、譲渡者の権利外観に反映される限りで（例えば、原権利者の名義のシールが取引時に動産に残存していたなど、[9a] 原権利者の支配が譲渡者のもとで客観化されており、その結果譲受人の外観信頼が根拠のないものとなっている場合）、善意無過失の枠組において考慮されることで十分である。

とはいえ、多くの外観保護法理が原権利者の保護にこだわる点も利益衡量上全く間違っているとは言えない。[9b] ただ、その政策的考慮を、占有意思などの主観的観点から実現するのはやや邪道ではないだろうか。

ドイツの議論は、一方で現在の通説が占有意思にこだわる点で、BGB立法者が第二草案以後目指した占有の客観化の方向に反し、他方で一部の学説[10]は占有の並存可能性の可否にこだわる点で占有媒介関係の成否について権利変動に類した扱い（先行する占有媒介関係が解消されない限り優先する）をする。[10a] しかし、占有外観は事実状態である以上、占有関係の多重性の増大とともに、その客観的信頼性や存在可能性は逓減するだろうが、ともかく、幾重にも重畳設定が可能と考えられる。先のこだわりは、即時取得の議論において、視点を取引時といういわば瞬間における、占有という権利外観に限定せず、一定の態様での事実的支配の継続に着目する、取得時効の場面での議論の沿革に引きずられていると見ることができる。[11] 即時取得の基礎となる取引における権利変動が占有移転を内容とする要式行為である事情も、この点に影響しているかもしれない。

だから、代理占有は二重に成立しうるか、並存占有は可能かという問い[12]は、即時取得が問題とする場面（無権利者との取引）と、通常の取引が並存し競合する場面との同視を前提とする。確かに、法形式面では、複数の契約が継起する。しかし、即時取得が問題となる取引での、前主の権利は問題とされない。取引の表見的有効性で足りるはずである。

なるほど、受寄者や賃借人などが所有者を装い、動産を処分する場面では、間接占有は通常、契約関係を基礎として成立するため、契約の競合問題が成立するかのようである。しかし、占有は契約関係の成立、消滅と直ちに連動するものではなく、表見的な契約関係を基礎としても成立する事実関係である。

この点を、ドイツ法において見るならば、即時取得の要件の一つである、占有取得については、相手方の占有状

況を信頼しつつ、自らが占有を取得するわけだが、占有改定では、譲受人は、間接占有ではなく、現実の占有を取得するとき、指図による占有移転では、一見、譲渡の要式と異ならない、譲渡人が引渡請求権の譲渡をしたとき、となる。

ドイツでは、このような明文ができた背景を巡って、評価矛盾ではないかとの議論があることは既に言及したことがある。[13] もっとも、指図による占有移転の形態を、倉庫業者などの第三者に動産商品を保管させつつ処分していく営業形態での取引安全と捉えれば、占有改定との、売主の当初占有形態の定型的、相互独立的相違を示すものとして、両形態相互の基準のバランスを問う必要はないと考えることも可能である。実は、評価矛盾を突く委員の存在にもかかわらず、当時の立法者がこの差異を維持した（この点も、前々稿[14]で紹介した）ことの意味をそう解することもできよう。

指図による占有移転の場合における譲受人の譲渡人に対する信頼は、譲渡人の、譲受人に関連付けた、保管者への指図と、それに対応した保管者の挙動が一体的に作り出すものであり、それが信頼に足るものであった以上、譲受人が、その占有形態のまま譲り受ける方法を採ったとしても、信頼、従って保護の要請度が減殺されるわけではなかろう。占有改定の場合には、取引によって取得されるものは、指図による占有移転の場合と同じく間接占有であっても、売主である前主は直接占有[15]であり、前提が異なると言えよう。実は、このような正当化は、ドイツの判例がドイツの規範文脈の下でフライス機械事件[16]において示したものにつながっている。

＊　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） Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 21.Aufl. (2017), S.152ff (§25.7–13), 以下では、RPで引用する。

（2） Hausmaninger, Gedächtnisschrift für R. Schmidt (1966), S.399; Brandsma, TR 78 (2010), 209; Böhr, Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung, 2002; Kaser/Knütel/Lohsse, RP, S.122 (§19.10); Hausmaninger/Gamauf, Casebook zum römischen Sachenrecht, 11.Aufl. (2012), S.31ff. 邦語文献として、吉原達也「「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」―一つのローマ法準則の過去と現在―」西村・児玉編『日本民法典と西欧法伝統』（二〇〇〇年）二七五頁以下、同「「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」というローマ法準則・再考―サヴィニー『占有法』における占有概念をめぐって―」広島法学三五―二（二〇一一年）―一、があるが、関心の主たる方向は、取得時効に向けられている。

（3） Kaser/Knütel/Lohsse, RP S.418 (§72.3–4).

（3a） 法文中の記号・数字は Böhr, S.170（前掲注（2））に依拠する。

（4） 『法典調査会民法議事速記録一』（商事法務研究会版）六四四頁上段（穂積陳重発言）。

（5） Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd.1 (9.Aufl. 1906) S.808 (§157).

（6） 原田慶吉『日本民法典の史的素描』（一九五四年）一〇二頁。

（7） RGZ 19, 239 (1887.11.25).

（8） 賃借人が賃借物を売却した上で、その買主から賃借し、二人の賃貸人に賃料を支払う場合、最初の賃貸人が賃借人を通じた占有を有効に保持する。(Paulus libro 15 ad Sabinum) Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.

（9） 拙稿・阪大法学六六巻二号三一一頁注（14）とそれに対応する本文参照。

（9a） 以下は、筆者がある機会（第六四回（二〇一五年）末川杯争奪法律討論会）に作成した設例であるが、ここでのA名義のプレートについて問題となる。

① Aは、二〇一五年四月一日に、Bの倉庫で自己所有の商品一〇〇ケースを保管することを月一〇万円で依頼し、処分をする場合にはその都度連絡し直接Bの倉庫から買主に引き渡ししてもらう旨を約定し、同日AからBに対して商品一〇〇ケースの引渡しがなされた。各ケースには、自己所有を示すためにA自身により予めA名義のプレートが各ケースの表面に貼り付けられていた。

②　Bは、当初は自己の倉庫ですべてを保管していたが、途中で手狭となり、同年五月頃、半分の五〇ケースを、自己の事業系列下のCに保管させることにし、引き渡した。Cは、Aのプレートが付いていることで誰の所有物かが気になったが、今までの依頼ではBの所有する在庫品の場合が通例であったので、今回もそうだろうと考えた。

③　Bは、同年六月初め頃資金繰りに窮し、Dに対して、信用供与を依頼し、その担保として、自己保管中の五〇ケースとCが保管中の五〇ケースをあわせて（Aの所有であることを気にしつつも、なんとか処分に至る前に返済できるだろうと希望的観測をしつつ）自己所有を装って譲渡し、Cにもその旨を通知したが、相変わらず、自己保管分は自己の倉庫で、C保管分はCの倉庫で保管する合意がDとの間で成立した。なお、BはAへの忠誠維持とDへの信頼醸成の二兎を追うために、DのB倉庫内の現品検分の際には、Aのプレートを一時的にはずしておいた。Cは、Bの通知を受けて、各ケース上のプレートをAからDの名に書き替えた。

④　その後、Aは同年七月頃電話でBに以下の内容を伝えた。保管を依頼している一〇〇ケースのうち一〇ケースをEに処分したので、引き取りに来るEに渡してほしいと。Bは、この内容に従って、Eに一〇ケースを引き渡した。BはDの手前、直ちに自ら同種の商品一〇ケースを調達し、補充をしておいた。

⑤　同様に、資金繰りに窮したCは、同年八月一日に、たまたま同種の商品を五〇ケース所有し、同じ倉庫で保管していたが、（Bに対して別口の売掛債権もあるから発覚しても何とかなるだろうと安易に思いつつ）Bから預かった五〇ケースと合わせて一〇〇ケースをFに売却し、相変わらず、自己の倉庫で保管する合意を交わした。なお、Cは、FとのC倉庫内での交渉の際、Fから一部にDのプレートが付いていることを問われ、仕入れ先の名であり、もう支払いが済んでいるから問題がないとその場をつくろった。Cは程なく代金を受け取れたので、Fがいつでも自ら処分できるようにとの趣旨でC倉庫の合鍵をFに引き渡した。

⑥　Dは、同年九月一日に、Bが履行期到来にもかかわらず、借入金の返済ができなかったので、Bの保管する五〇ケースをGに売却することでその一部を回収することとし、その旨をBに連絡した。Dは売却の準備として、Bに予め来訪を連絡せずにB倉庫に赴いたところ、Bの保管する五〇ケースのうち四〇ケースについてA名義のプレートを発見した。そこで、Dは、困惑したものの、予定通り売却する旨を伝え、名義があるものについてはAからまずDに書き換えさせた。同月三日にDはB倉庫でGから代金を受け取り、その場でプレートをG名義にさらに書き換えさせ、Bはこれからはのために保管

することとされた。

以上の①から⑥の事実を前提として、Aは、最初にBに保管を依頼した一〇〇ケースから後にEに処分した一〇ケースを除いたものの回復ができるだろうか。なお、商法の規定ないし商法に関する問題は考慮する必要はない。

①②について

本問の場合、Aは四月に有償でBに所有動産の保管を依頼している（有償寄託）。ところが、Bは、その半分を途中の五月からCに委ねている。この関係をどう理解するかがまず問題となる。BはAとの関係で寄託契約上の義務違反（民法六五八条一項）となろうが、BからCへの委託で、Cが他主占有者・直接占有者、Bが他主占有者・間接占有者、Aが自主占有者・間接占有者である代理占有関係の連鎖が成立すると一応言えよう。もっとも、CをBの占有補助者と位置づけることもありえ、その場合には自己執行義務違反にはならない。問題文からは、Cはプレート名からBの所有であることを疑いつつも前提としている。いずれにせよ、Cは（有償か無償かも明らかではないが）他人のために保管することを引き受けているといえる。

③について

Bの六月の行為は、Aの所有物に、Dに対するB自身の債務の担保のために譲渡担保を設定するものと理解される。そのため、Dが譲渡担保権を即時取得するかが問題となる。B保管分については、占有改定、C保管分については、指図による占有移転がなされていると考えられる。Bが自己保管分について、一時的にA名義のプレートを外した点をどう評価すべきだろうか。一応、Dの善意無過失を推測させる事情である。他方では、C保管分については、Dの検分の有無がそもそも言及されていないが、AのプレートはBの連絡を受けて、Cにより、AからDへと書き換えられている。そうすると、B保管分については、仮にDが善意無過失であると評価するとしても、占有改定であるため、判例によれば、即時取得における占有取得の要件を満たさず、結局成立しないことになりそうである。Bの二兎を追うような行動は占有改定自体の客観性が十分でないことを示す。他方、C保管分については、指図による占有移転の方法であり、判例によれば、即時取得の成否の基準は明確でないが、最判昭五七年の考え方によれば、Cは、AからDへの名義書換で占有関係の変更を客観化させており、成立の可能性がある。

④について

A、Bの七月の行為は、AB間の寄託契約関係、代理占有関係を再確認するような事実である。AB間の当初の合意に従うものであり、その観点からは問題がない。上では、Dの即時取得を一応否定したが、仮に成立しているとすれば、Bの担保設定者としての義務違反となる。もっとも、Bは一〇ケース引き渡し後に、同種同量を補充しており、その限りで、問題がないとされようか（一時的違反状態の治癒）。不成立を前提とすれば、Bの保管する五〇ケースのうち、Aのプレートの付いた四〇ケースはAに帰属し、残り一〇ケースは、Dに（所有権もしくは担保権が）帰属するものとなる。

⑤について

Cの八月の行為は、受寄物である五〇ケースについては、Cの主観では、B所有でDに譲渡担保設定されたものと考えていたものの、CによるFへの無権限処分である。Fは、合鍵（支配性について評価が分かれうる）により、現実の引渡しか、少なくとも公示性を伴う占有改定を受けているものの、当初より、プレート名義を気にしており、有過失の可能性があり、その限りで寄託分の即時取得は否定されよう。その結果、Fの所有権取得は否定されるか（所有権的構成）、Dの担保権の負担付の所有権を取得する（担保権的構成）。他方の、自己所有五〇ケースは、単なるCからFへの売買である。

⑥について

Dの九月の行為は、譲渡担保の一部実行行為と解されるが、Dが即時取得していないと一応考えるとすると、四〇ケース分についてはA所有物の売却行為となり、Gの下で即時取得が成立するかがさらに問題となる。相変わらずBが保管するので、指図による占有移転と解されるが、プレートの名義のDへのあらかじめの変更は、Gの善意無過失を根拠づけ、さらに代金支払後のGへの名義変更は、現実の引渡しに近い公示性を備え、即時取得を肯定してもよいのではないだろうか。

(9b)　『民法講座2物権(1)』（一九八四年）三〇一頁（槇悌次）は、取得と喪失の両側面を対応させた統一法理と呼ぶ。

(10)　Bömer, Besitzmittlungswille und mittelbarer Besitz, 2009.りの書評である、Schanbacher, SZ 129 (2012), 697は、著者の、占有媒介意思の重視と先行する間接占有関係の優先処理は分裂していると批判する。

(10a)　前掲講座三二七頁（槇）は、原所有者と譲受人の関係は擬制的競争取引者間の関係に接近してきていると指摘する。

(11)　短期取得時効（日本民法一六二条第二項など）が占有開始を判断基準時としていることから、その差は相対的かもしれないが、やはり考慮される時間の幅が異なるだろう。

(12) ドイツの議論、並びに、二重の占有代理関係は成立し得ないというドグマは克服されているという認識（好美清光・新版注釈民法（7）（二〇〇七年）一六六頁）に対して示された疑問（松岡久和『物権法』（二〇一七年）二一八頁）［複数人それぞれを所有者として支配する複数の意思は所有権の排他性から両立しないとする］。

(13) 拙稿・阪大法学六五巻二号三八二頁以下。

(14) 拙稿・阪大法学六五巻二号三八六頁。

(15) 近時の最決平二九・五・一〇判タ一四四〇号一一二頁は、輸入業者のために信用状を発行し、輸入商品に譲渡担保を設定した銀行が当該輸入業者の当該商品の転売代金債権に対して譲渡担保による物上代位権を行使した事案である。再生手続との関係で、銀行の譲渡担保権が対抗要件（引渡）を具備しているかが争われた。本決定では、銀行、輸入業者、実際の受領、通関手続を行う委託海荷業者の関係を占有改定で連鎖するもの（二段階の占有改定）として、引渡を認めた。むしろ、譲渡担保設定時に既に間接占有者である輸入業者が占有改定をしたととらえるよりも（間接占有者自身による占有改定が可能か疑問である）、指図による占有移転をしたと構成する方がよくはないだろうか。

(16) BGHZ 50, 45 (1968.3.27). 拙稿・阪大法学六五巻二号三八三頁以下参照。