

所有権侵害の不法行為に関する一考察

—— 即時取得の不成立と不法行為責任の交錯 ——

杉 浦 林 太 郎

1、問題の所在

他者の所有する物を占有している占有者が、占有している物を滅失したり損傷したりした場合にはその損害を賠償する責任を負うことに疑いはない。この際に、目的物に物理的な損害を与えた場合のほか、権限のない者が他人の物を第三者へと譲渡し、その第三者が当該物を即時取得した場合なども含まれる¹。また、即時取得等が成立したわけではなくても、海外へ売却されたような事実上物の回復ができない場合にも、損害賠償を請求することができる。

こうした場合の所有者の被る損害は所有権の侵害ということになるが、しかし、所有権侵害の不法行為責任については、いくつかの点で明確ではない点があるように思われる。

まず、なにが所有権侵害の不法行為となるのかである。すなわち、①占有権限のない者が他者の物を占有することそれ自体が所有権侵害の不法行

1 大判大正8年10月3日民録25輯1737頁。

本件は、上告人が被上告人の所有する立木を訴外Aに売り、Aが立木を伐採したという事件で、大審院は、上告人が被上告人の所有物を売買したことは直ちに所有権の侵害とはならないが、Aの伐採は上告人の売却に起因したものであり、立木を売却すれば買主がそれを伐採することは予想できることなので、伐採による所有権侵害について上告人が損害賠償責任を負うとした。

為となるのか、あるいは、②占有権限のない占有者が他人の物を滅失、損傷、その他物を返還できなくしたことによって、所有者が所有権を行使しえなくすることが不法行為となるのか、である。①のように考えるのであれば、占有者＝不法行為者の帰責性については、他者の物を占有していることについて帰責性が認められれば、物を滅失、損傷等したことについての帰責性を別途考える必要はないであろう。しかし、②のように考えるとすると、占有者が占有している物について占有権限がないことについて悪意または過失があるということと、実際に物に損害を発生させた行為に対する占有者の帰責性とは、別々に考える必要があるだろう。

①のように考えるとすると、占有者が自身の占有権限に対して悪意であるけれども、不法行為の発生については過失がない場合やごくわずかな過失が認められるのみである場合に、不法行為責任を負わせることが適切かということが問題となる。たとえば、泥棒が美術館から絵画を盗み、自宅に保管している間に放火犯が泥棒の家に放火をし、火事によって絵画が破壊されたという場合が例に挙げられる（なお、泥棒は放火時は不在で、放火を防ぐことはできなかった）²。

また、②のように考えるとしても、上の事例のような場合に、泥棒にどの範囲の責任を負わせることが適切かということが問題となる。

本稿では、所有権侵害による不法行為責任に関して、これらの点について明らかにすることを試みるが、所有者の動産が処分権限のない者によって処分されたことによって所有権の侵害が発生した場合を中心として検討を行う。

以下では、まず、わが国における規定の状況と裁判例について整理を行った後、ドイツと DCFR の規定を参照しながら、所有権侵害の不法行為の場合、なにが不法行為となり、その際にどのような過失の判断がなされる

2 本事案は、DCFR VIII.-7:102 条 2 項に関するコメントの中で挙げられている事例である。Christian von Bar/ Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft—Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition* (2009) p.4383.

か、そして、損害賠償の範囲がどうなるかということについて検討を行っていく。

2、日本法における問題の取り扱い

(1) 民法 191 条による占有者の損害賠償義務

所有者の物が処分権限のない者によって処分されたことによって所有権の侵害が発生した場合、処分を行った占有者の損害賠償義務については、民法 191 条が適用され、占有者の損害賠償義務は、自身が所有権を有しているかどうかに関して善意か悪意かによって区別される。この場合の善意には無過失も要求するべきだとする学説³および裁判例⁴がある。

民法 191 条は、「占有物が占有者の責めに帰すべき事由によって滅失し、又は損傷したときは、その回復者に対し、悪意の占有者はその損害の全部の賠償をする義務を負い、善意の占有者はその滅失又は損傷によって現に利益を受けている限度において賠償をする義務を負う。ただし、所有の意思のない占有者は、善意であるときであっても、全部の賠償をしなれば

3 石田穰『物権法』（信山社、2008年）550頁。

その理由について、石田教授は、「過失のある占有者が責に帰すべき事由により占有物を滅失または損傷させればそれは不法行為を構成するのであり、現存利益の限度で賠償すれば足りるという根拠はないといわざるをえない。他方、所有者が自己の所有物を何らかの落度により滅失または損傷させても全く問題がないのであるから、無過失で所有者であると信じた占有者が責に帰すべき事由により占有物を滅失または損傷させても現存利益の限度で賠償すれば足りるというべきである。それゆえ、占有者には善意の外に無過失も要求されると解するのが妥当である。」と述べる。

4 東京地判平成 15 年 5 月 29 日判タ 1160 号 169 頁。

本件では、「民法 191 条所定の善意の占有者というためには、同条の法意に照らして、自らその占有する物に対する本権があると信じたというだけでは足りず、そう信ずることに疑いを挟まれないだけの、いわば「確信」があったことを必要とするというべきであって、単に本権があると信じたというだけで、そう信じたことに疑いを挟まれる占有者は、同条所定の善意の占有者ということではできないと解するのが相当である。」として、譲渡人から自身が自動車の所有者であるという説明を受けた買主がそれを信じていたとしても、車検証の名義人が譲渡人と異なっていた以上、所有権を取得し得ない可能性を認識し得たはずで、車検証の名義人に確認しなかった買主は、民法 191 条所定の善意の占有者ということではできないと判断された。

ならない。」と規定しており、占有者は、善意の場合には、占有者の責めに帰すべき事由によって発生した占有物の滅失又は損傷に対して、それによって現に利益を受けている限度において賠償をする義務を負うにとどまるが、占有者が悪意の場合及び所有の意思がない場合には、「損害の全部」の賠償をする義務を負う。

まず、この191条の損害賠償義務の性格をどのように考えるかという問題がある。

古い判例では、191条の損害賠償請求と不法行為による損害賠償請求とは請求権競合となるとしているものがあり⁵、それに従う学説もある⁶。また、不法行為の特則、不当利得の特則⁷、物権的請求権⁸など、様々な理解がされてきた。

末川博士は、191条の「占有者の責任に関する規定は、専ら占有物そのものについて生じた損害の賠償に関するものだから、必ずしも不法行為に関する通則（七〇九条）の適用を排除するものではない」という⁹。この末川博士の記述に対しては、新注釈民法においては、「本条本文も後段も『占有物そのものについて生じた損害』の賠償に関する規定であり、それ以外の損害については709条が適用される」という意味であると解釈されているが¹⁰、占有物そのものについて生じた損害の賠償に関する規定である以上は、財産権侵害による不法行為の特別規定であると考え、不法行為法の一般規定である709条の適用を排除するものではないということ述べていると読むことはできないであろうか。仮に、末川博士の意図が、191条を709条の特別規定として理解するというものであるとするならば、191条で損害賠償責任を負うとされる悪意の占有者についても、

5 大連判大正7年5月18日民録24輯976頁、大判昭和7年3月3日民集11巻274頁。

6 柚木馨＝高木多喜男補訂『判例物権法総論（補訂版）』（有斐閣、1972年）365頁。

7 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（有斐閣、1986年）364頁。

8 川島武宜『民法I（総則・物権）』（有斐閣、1960年）106頁。

9 末川博『物権法』（日本評論新社、1956年）221頁。

10 小粥太郎編『新注釈民法（5）物権（2）』（有斐閣、2020年）104頁（金子敬明執筆）。

損害賠償の成立には 709 条の要件をみたすことが必要となる。すなわち、占有者が占有権限に対して悪意であることに加えて、占有物の滅失又は損傷に対してのその他の不法行為責任の成立する要件がみたされていることが要求されるのではないか。

また、石田穰教授は、善意占有者の現存利益の限度での賠償は不当利得による利得償還義務に外ならず、悪意占有者の損害賠償義務は不法行為による損害賠償義務に外ならないという¹¹。ただし、石田教授は、「民法一九一条を適用しても同法七〇九条を適用しても結論は同じことになる」¹²と述べており、両規定を一般規定と特別規定という関係で捉えているのか、あるいは、191 条を占有者に課される独立した不法行為責任の規定として捉えているのかは明らかではない¹³。

この点について、現在の通説は、191 条を不法行為の特則であると捉えている¹⁴。

(2) 所有権侵害による不法行為責任

所有者の動産が処分権限のない者によって滅失、損傷、あるいは第三者へ処分等された場合、191 条を不法行為による損害賠償の規定であると捉えるかどうかはともかく、所有者は自身の所有権が侵害されたとして、動産を占有していた者に対して不法行為に基づいて損害賠償請求を行うことができる。その際に、191 条を 709 条の特則だと理解するならば、悪意

11 石田・前掲注 (3) 550 頁、551 頁。

12 同上・551 頁。

13 於保博士も、「悪意占有者の賠償責任は、悪意の不当利得（民七〇四）及び不法行為（民七〇九）における一般法理と別に異なるところはない。」と述べている。博士は、善意の自主占有者であっても不法行為責任を負うが、不法行為による損害賠償責任が善意の不当利得返還責任の範囲に軽減されたものであるという理解をしており、191 条に関して、不法行為による損害賠償（不当利得の返還）の規定を一般規定とする理解をしている。於保不二雄『物権法（上）』（有斐閣、1966 年）200 頁。

14 川島武宜＝川井健編『新版注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、2007 年）122 頁（田中整爾執筆）、能見善久＝加藤新太郎編『論点体系判例民法 2 物権〈第 3 版〉』（第一法規、2019 年）168 頁（平野裕之執筆）。

の占有者の責めに帰すべき事由によって占有物が滅失、損傷、あるいは第三者へ処分等し、その他の一般の不法行為責任の要件が満たされた場合に、悪意の占有者は損害賠償の責任を負うことになる。反対に、191条と709条とを別個の請求権について規定していると捉えたとすると、191条で損害賠償請求を行う場合には占有者の責めに帰すべき事由によるということ以外の要件が不明であるし、709条により所有権侵害の損害賠償を行う場合には、そもそも何が所有権侵害の不法行為を構成するかが明らかでなくなる。

では、占有者が不法行為責任を負う場合に、その損害賠償の範囲はどうなるだろうか。191条では「全部の損害の賠償」が悪意の占有者に義務付けられている。ただし、191条、709条いずれにおいても、問題の所在で挙げた泥棒の留守中に第三者の放火によって占有物（盗品）が滅失した事例のような場合に、悪意の占有者が損害賠償義務を負うかどうかということについては、物の滅失に対する占有者の帰責性（故意又は過失）のなさ、あるいは、因果関係のなさによって、占有者はその損害賠償責任を免れる可能性があるだろう。ただし、占有権限のない者が、不法行為（盗むなど）によって他者の物を占有している間に、災害や第三者の介入によって物の滅失、損傷した場合には、占有者は物の滅失や損傷に対しては損害賠償責任を負わないだろうが、所有者による物の使用を侵害したことに対しての損害賠償責任は負う可能性がある。

これらの問題について、どのように考えるべきか。以下では、所有者の動産が処分権限のない者によって処分されたことによって所有権の侵害が発生した場合を題材として、検討を行う。

(3) 即時取得の成立の可否と不法行為による損害賠償請求

所有者の動産を処分権限のない者が処分した場合には、所有者は、処分者に対して所有権侵害の不法行為による損害賠償請求を行うことができる。しかし、この場合に、処分者が当該動産を即時取得していれば、自己の物を処分していることになるため、損害賠償義務を負うことはない。

それに対して、動産の占有者に即時取得が成立しない場合には、占有者の占有していた動産は真の所有者の所有するものなので、その滅失、損傷に加えて、第三者への譲渡等も真の所有者の所有権を侵害することになり、不法行為に基づく損害賠償責任を負う可能性がある。この際に、動産の即時取得が成立するかどうかということについて過失の有無が検討されるが、さらに、不法行為による損害賠償請求を行うためにも加害者の過失が要件とされている。

このように、2つの過失が同じ場面で観念されるが、まず、それぞれの過失がどのような枠組みの下で判断されているかを整理していく。

(a) 即時取得の要件としての過失

即時取得が成立するためには、取得者が善意であり、かつ、過失がないことが要件とされている（民法 192 条）。この即時取得の要件である無過失は、「動産の占有を始めた者において、取引の相手方がその動産につき無権利者でないと誤信し、且つかく信ずるにつき過失のなかつたことを意味する」（最判昭和 26 年 11 月 27 日¹⁵）。

一般的には、過失の有無は、前主の処分権限につき、取得者に疑念が生じなければならなかったかどうか、もしそれが肯定されるとすれば、取得者が正しい認識を得るために相当と認められる措置を講じたかどうかによって判断され、その際に、取引の実情ないし慣行、商慣習、従来の当事者間の諸関係などが総合的に考慮される¹⁶。さらに、質屋が原告に所有権留保のされた新品同様の軽自動車を購入した場合の東京高判昭和 35 年 4 月 27 日¹⁷や、同じく原告に所有権留保のされた新品同様の原動機付自転車を質屋兼古物商が購入した場合の仙台地判昭和 36 年 12 月 26 日¹⁸のように、取得者が古物商などの専門業者である場合には、より高度の注意義

15 民集 5 卷 13 号 775 頁。

16 川島武宜＝井川健編『新版注釈民法(7)』・前掲注(14) 185 頁(好美清光執筆)。

17 下民集 11 卷 4 号 937 頁。

18 下民集 12 卷 12 号 3227 頁。

務が要求される¹⁹。

(b) 所有権侵害による不法行為責任の成立の場面での過失

それに対して、所有権侵害による不法行為の要件としての過失はどのように判断されているだろうか。一般に、不法行為責任の過失は、結果発生の予見可能性がありながら、結果の発生を回避するために必要とされる措置を講じなかったことをさす²⁰。所有権侵害による不法行為が裁判で問題となる場合、加害者の故意が認められる場合が多く、所有権侵害の場合に一般的な不法行為責任の場合の過失の判断と異なる考慮がなされることはあまりない。明確に過失の判断基準を示すものではないが、過失の判断枠組みの例として1つの裁判例（大阪高判平成8年10月8日²¹）を見ていくことにする。本件は、所有権留保のされた自動車が譲渡担保に供されていたが、担保権設定者が債務を弁済しなかったため、担保権者が自動車を売却し貸付金の回収を行なったという事件であった。これに対して、大阪高裁は、本件自動車の登録事項等通知書の所有者が担保権設定者＝自動車購入者と異なっていたにもかかわらず、担保権設定者＝自動車購入者による自動車の購入代金を全額支払済みだという説明を信じたことに過失があるとして、所有権を侵害したことによる損害賠償請求を認めた。この判決においては、本件自動車の登録事項等通知書の所有者が担保権設定者＝自動車購入者と異なっていた（調査確認する義務があった）にもかかわらず、担保権の設定を受けるに際して、権利関係の調査確認を行わなかったことが過失であるとされている。当然、権利関係の調査確認がしっかりと行われていれば、（本件自動車が譲渡担保に供されることもなく、）担保権者による自動車の売却は行われなかったことになる。すなわち、担保権設定者

19 いずれも、買主が専門業者であることが考慮され、過失があるとして即時取得の成立が否定されている。

20 森嶋昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）182頁、平野裕之『民法総合6 不法行為法〔第2版〕』（信山社、2009年）40頁、窪田充見編『新注釈民法（15）債権（8）』（有斐閣、2017年）329頁（橋本佳幸執筆）。

21 判時1598号101頁。

の権利関係に疑わしい点があったのだから、担保権設定者が本件自動車の権利を有しないのであれば他人の権利を侵害することは予見でき、登録の名義人に確認するなどの調査確認義務を尽くせば所有権侵害という結果は回避できたことになるということで、結局、一般的な不法行為における過失の判断枠組みに沿った過失の判断がなされていることが分かる。

(4) 裁判における取り扱い

まずは、即時取得の成立の場面における過失と不法行為責任の成立の場面における過失は、裁判ではどのように扱われているかを見ていきたい。即時取得の成立と不法行為責任とが交錯した事案はそう多くない。

(a) 両過失を区別しない裁判例

裁判例の中には、両過失の判断を区別しない（別の考慮を行っていない）ものがある。所有権侵害による不法行為責任の成否について検討する中で被告の過失について検討し、不法行為を成立させる過失が存在しないことから、即時取得も認めることはできないとした判決（東京地判平成 31 年 3 月 28 日²²）や、被告が機械を取得した売買契約の際に、それら機械が原告の所有物であると言じたことに過失があり、それらを即時取得したということはできないということで、本件機械を転売して返還を事実上不能としたことが原告の所有権を侵害する不法行為を構成するとした判決（東京地判令和元年 12 月 23 日²³）や、同様に、争われていた機械の所有権の所在について調査義務を怠った過失があるために取得者による即時取得の成立を認めなかった結果、所有者の所有権を侵害した不法行為の成立を認めた判決（東京地判平成 30 年 9 月 18 日²⁴）がある。また、取得者による即時取得が過失によって成立しない結果、所有権侵害の不法行為による賃

22 LEX/DB 文献番号 25559125。

23 LEX/DB 文献番号 25582061。

24 LEX/DB 文献番号 25557210。

料相当の損害賠償を認めた判決（仙台高判令和2年8月6日²⁵）もある。

(b) 両過失を区別する裁判例

それに対して、両過失を区別している裁判例もある。ここでは2つの判決を取り上げる。

①東京地判令和2年3月23日²⁶

Aにリース等されていたX所有の建設機械²⁷が、Yへと売却され、Yがそれらを海外へと輸出した、という事案で、東京地裁は、即時取得の成立の場面での過失と所有権侵害に対する不法行為責任の成立の可否の場面での過失とを区別して検討を行っている²⁸。即時取得の成立の場面での過失の判断基準として、(i) 建設機械はリース契約や割賦販売されることが多く、かつ、割賦販売の場合には売主に所有権が留保されていることが多く、古物商であるYも本件機械についてリース契約又は長期にわたる割賦販売を利用していることを認識していたこと、(ii) 本件機械1～5の売買価格が国内の取引価格より1～2割安いものであったこと、(iii) Yが、本件機械2、3、5、6、については操縦席の前方下部の製造番号プレートの下に、Xが所有者であることを示すシールがあること又はシールを剥がした跡があることを認識していたことなどから、YはAが本件各機械の所有権を有しているかについて疑念を抱くべき事情があったにもかかわらず、疑念を解消するに足る調査等をすることなく、漫然とAが本件各機

25 判時2477号54頁。本件については、松尾弘「判批」法セミ798号129頁と、下村信江「判批」金法2169号29頁、荒木新五「判批」民事判例（日本評論社）23号94頁がある。

26 金融法務事情2161号77頁。本件については、杉浦「判批」『新・判例解説Watch30号』（日本評論社、2022年）を参照。

27 問題とされた6台の建設機械のうち、5台についてリース契約がなされ、1台について譲渡担保契約がなされていた。

28 東京地判令和2年3月23日は、上で挙げた東京地判令和元年12月23日と原告と訴外Aが共通している。ほぼ同一の事実関係の下、Aから建設機械を別の人が購入をしており、いずれもその購入者を被告として訴訟が行われている。

械の所有者であると信じ、本件各売買に基づいて、本件各機械の引渡しを受けたということに過失があり、Yによる本件各機械の即時取得は成立しないという判断がなされた。そのうえで、本件では、別途Yは本件各機械の輸出時まで、Aに本件各機械の譲渡証明書の提示を求め、提示されない場合には、本件各機械の売買契約書その他Aが本件各機械の所有権を取得したことを証する契約書及びその代金等の支払を示す領収書等の提示を求めるなどして、Aが本件各機械の所有者であることについて適切に調査確認すべき義務を負っていたとし、それを怠ったということで不法行為責任の要件である過失の存在を認めている。

本件では、即時取得の成立の場面での過失と、所有権侵害に対する不法行為責任の成立の可否の場面での過失とを分けた上で、不法行為責任の過失の判断の際には、即時取得成立の場面で検討された諸事情に照らし、また、上記のように、本件各機械の譲渡証明書または本件各機械の売買契約書その他Aが本件各機械の所有権を取得したことを証する契約書及びその代金等の支払を示す領収書等の提示を求めるなどの調査確認義務を怠ったということによって過失を認定しているが、この事実が不法行為責任を成立させる過失の判断を行うための要素として意識的に考慮されているのかは明らかではない。

②仙台高判平成9年12月18日²⁹

本件においては、Xが、所有する冷凍食品プラントをAにリースしていたところ、AからB、Cと転々と本件プラントが譲渡されていき、最終的に購入したY1がCおよびY2に本件プラントをリースしていたところ、XがYらに対して本件プラントの引渡しを求めるとともに、Y1に対しては本件物件のリース料相当額の賠償を求めた。

原審である仙台地判³⁰では、まず、本件は「高価な設備機械の売買であり、

29 判時1668号80頁、判タ1010号274頁。

30 仙台地判平成6年9月30日判時1668号83頁。

所有権留保付きの割賦販売またはリース契約により引渡される場合が少なくない。AやBは、このような設備機械の売買を定期的に扱う会社ではなかったのであるから、BおよびY1は、前所有者が本件物件を取得した契約の内容及び、その代金が完済されていたか否かを、関係書類の提示を求める等して、調査すべき義務があったと認められる³¹が、BおよびY1は、「売主の権利を証明する契約書や領収書等の提出を求める等の方法で、これを調査することなく購入したのであるから、BおよびY1は、…調査義務を怠った点で過失があり、本件物件を善意取得したとは認められない。」として、Y1に至るまでの譲渡の過程で即時取得が成立していないとして、Xの物件の引渡し請求を認めている。そして、「Y1が本件物件を権限なく占有した以上、Xは、Y1に対し、所有権に基づき、リース料相当額の損害賠償を請求することができる。」として、損害賠償請求も認めた。

それに対して、控訴審である仙台高裁³¹では、まず、「Y1は、CがBを通じてその選定した物件を調達するについて、リース業者として信用を供与したものにすぎず、X主張のごとく同人がリースしていたAからこれを搬出してY1の占有を侵奪することに関与したものでなく、また、各物件を取得してこれをCにリースするに当たっては、従来の取引関係から信頼をおけると判断されたBから買い受けており、買い受けに当たっては、各物件はいずれも既にCの支配下にあったと解される状況にあったもので、Y1においてもこれを確認し、さらにこれらに他者の所有権を示す証券のないことをも確認していることなどからすると、Y1の取得した物件が仮にXの所有であり、Y1がこれを取得することによりXの各物件に対する使用収益を妨げたものということができたとしても、その故に

31 第一審被告のうち、Y1のみが、自身はファイナンス・リース契約に基づいて、リース料債権の担保目的で所有権の移転を受けて本件物件の間接占有を取得したにすぎないから、これによってXの所有権を侵害するものではないし、購入物件の選定や価格の交渉はユーザーとディーラーとの間で行われ、通常この交渉にリース会社が関与することはないから、不法行為の成立に関し、リース会社であるY1にディーラーやユーザーと同様の注意義務を課することは不当であるとして、控訴を行っている。

Y1 に不法行為の成立要件たる権利侵害についての過失があったということは困難である。」とし、さらに、「Y1 はファイナンス・リース業者として、ユーザーの選定した物件につきリース料債権回収の観点から物件の所有関係を調査するものであるから、X 主張の右のような事情があるからといって他に第三者の所有を疑わせる特段の事情もない本件において、直ちに他人の所有権を侵害することのないよう慎重に調査すべき注意義務が Y1 に生じるものと解することは困難であるというべく、右主張は採用することができず、他に Y1 の過失を基礎づける事実を認めるに足りる証拠はない。」として、X の不法行為に基づく請求を認めなかった。

本件では、控訴審においては、改めて本件機械の即時取得の成立の可否については争われておらず、原審における判断に触れてはいないのだが、本件機械の即時取得についての過失とは切り離れた形で Y1 の不法行為についての過失についての検討がなされており、結果として、Y1 は、本件機械の即時取得については過失があるとして認められなかったが、不法行為については過失がないとして責任を負わないこととなっている。

(5) 小括

以上見てきたように、所有者の動産が処分権限のない者によって処分されたことによって所有権の侵害が発生した場合に、即時取得が成立するかどうかについて検討される占有者＝取得者の過失と不法行為による損害賠償が成立するかどうかについて検討される過失とは、理論的には異なる枠組みにおいて判断されるべきものである。

しかし、いくつかの裁判例において見られたように、両過失は異なる内容とはならず、ある事実が存在することによっていずれにおいても過失があると判断される場合が多いだろう。

すなわち、占有者＝取得者が動産について即時取得をすることができるかということについての過失は、前主の処分権限について、取得者に疑念が生じなければならなかったかどうか、もしそれが肯定されるとすれば、取得者が正しい認識を得るために相当と認められる措置を講じたかど

うか、ということが判断基準となり、取得者＝占有者が譲渡人の処分権限に疑念が生じていたにもかかわらず十分な調査を行わずに物を取得した場合には、過失があるとされる。対して、悪意の占有者が第三者へと占有する物を譲渡して真の所有者の所有権を侵害したという不法行為の成立に関する過失は、真の所有者の所有権侵害を予見することができ、その権利侵害という結果を回避することができたにもかかわらず必要な措置を講じなかったということが過失となり、占有者が真の所有者の権利侵害を予見できたというからには、譲渡人の処分権限に何らかの疑念が生じており、権利侵害という結果を回避するためには十分な権利関係の調査を行うことが占有者に要求され、それを怠ったことが過失となる。そうすると、両者の判断基準は重なり合い、こうした場面では両者を区別する意味は現実にはあまりないように思われる。

しかし、仙台高判平成9年12月18日のように、占有者の動産の即時取得は過失によって成立しないが、占有者による占有物の処分が真の所有者の所有権侵害となるかという点については過失を認定しない場合もある。

そのため、物の滅失や損傷などに対しての帰責性の少ない占有者が賠償責任を負うことを避けるため、悪意の占有それ自体を直ちに所有権の侵害だと考えるべきではないだろうし、動産の即時取得と不法行為による損害賠償とが交錯する場面では、両者の要件である過失（無過失）は区別されるべきであろう。

もう少し本稿における問題意識について検討するための素材として、次に、ドイツとDCFRにおける規定の状況を見ていくことにする。

3、ドイツ

(1) ドイツ法における所有権侵害の場合の損害賠償³²

ドイツにおいても、絶対権である所有権を侵害すると、不法行為による

32 ドイツの不法行為法を紹介しているものとして、カール・ラーレンツ＝クラウ

損害賠償義務を負うことになる（BGB823条³³⁾³⁴⁾。なにが所有権侵害になるかについては明文では規定されていないが、物の破壊や損傷といった物質的な侵害に加えて、物の侵奪、物の使用や用益の侵害（機能侵害）、さらに、付合や混和、所有権の善意取得などによる帰属の侵害の場合に所有権の侵害となる³⁵⁾。

物の侵奪の場合には、所有者—占有者関係についてのBGB987条以下の規定も適用される。ドイツ法でも、占有者が善意か悪意かを分けて考える³⁶⁾。善意の占有者は、占有を無償で取得したときは占有時に取戻した収益を不当利得として所有者へと返還する義務を負うが（BGB988条³⁷⁾）、それ以外の場合には、収益の返還義務を負わないし、物の滅失、損傷、そ

ス・ヴィルヘルム・カナリス（ドイツ不法行為法研究会訳）「契約に基づかない損害賠償責任（1）～（8）」比較法学 40 巻 2 号（2006 年）～ 42 巻 3 号（2009 年）、E. ドイチュ＝H.-J. アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008 年）、ハイン・ケッツ＝ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一＝中田邦博監訳）『ドイツ不法行為』（法律文化社、2011 年）がある。以下の BGB の条文の日本語訳は、毀損を損傷と改めるなどの若干の修正をしたうえで、主として浦川訳を用い、部分的に、ディーター・ライボルト（円谷峻訳）「ドイツ民法総則 [第 2 版]」（成文堂、2015 年）における円谷訳も参照した。

33 BGB823 条（損害賠償義務）

「(1) 故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

(2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば有責性がなくても違反を生じる場合には、賠償義務は、有責性があるときに限り生じる。」

34 なお、ドイツ民法では、所有権は有体物についてのみ成立する（BGB90 条）。

35 ラーレンツ＝カナリス（大場浩之＝小野寺倫子訳）「契約に基づかない損害賠償責任（7）」比較法学 42 巻 2 号（2009 年）386 頁、ドイチュ＝アーレンス前掲注（32）124 頁、ケッツ＝ヴァーグナー・前掲注（32）74 頁。

36 正確には、善意の占有と、善意でなかった場合の占有（BGB990 条）という形で規定されており、悪意の占有すなわち善意ではない占有とは、悪意である場合と善意であるが重大な過失がある場合であると理解されている。MünchKomm.-Thomas Raff, 8. Auf., 2020, Rn. 3 zu §990.

37 BGB988 条（無償占有者の収益）

「自己が所有するものとして又は実際には帰属していない収益権行使の目的をもって物を占有する占有者が当該占有を無償で取得していたときは、占有者は所有者に対して、不当利得の規定に従い、訴訟係属前に取得した利益を返還する義務を負う。」

の他物を返還することのできないことにより生じた損害を賠償する責任も負わない（BGB993条1項2文³⁸）。しかし、所有者によって物の返還請求が行われ、その訴訟係属後に占有者が収取した収益は所有者に返還しなければならないし（BGB987条³⁹）、占有者が物を損傷、滅失、その他物を返還することができなくしたことにより損害を生じさせた場合には、占有者はそれらの損害を賠償する責任を負う（BGB989条⁴⁰）。

それに対して、占有者が悪意の場合には、占有開始時から、これらの占有取得の時から収益の返還と、損害賠償の責任を負うことになる（BGB990条⁴¹）。

989条によると、占有者が損害賠償の責任を負う場合に、物の損傷、滅失、その他物を返還できなくしたことに對して、占有者に有責性（Verschulden）があることが要求されている。すなわち、損害の発生について、占有者に故意または過失があることが要求されている⁴²。

また、占有が不法な私力又は犯罪行為によって開始された場合には、

38 BGB993条（善意の占有者の責任）

「(1) 第 987 条から 992 条までの要件が存在しない場合において、その収取した果実が通常の経営法則上物の収益とみなされるべきでないときは、占有者は、不当利得の返還に関する規定に従い、これを返還しなければならない。その他の場合には、収益の返還又は損害賠償義務を負わない。」

39 BGB987条（訴訟継続後の収益）

「(1) 占有者は訴訟継続後に収取した収益を所有者に返還しなければならない。
(2) 占有者が訴訟継続後に通常の経済法則上収取できた収益を収取しなかったときは、占有者に有責性がある限り、所有者に対して賠償の義務を負う。」

40 BGB989条（訴訟継続後の損害賠償）

「占有者は、訴訟係属の時より、所有者に対して、有責性に基づく物の損傷、滅失、その他物の返還することのできないことにより生じた損害を賠償する責任を負う。」

41 BGB990条（悪意の占有者の責任）

「(1) 占有者が占有取得の当時に善意でなかった場合には、所有者に対して、占有取得の時から第 987 条、第 989 条に従い、その責任を負う。占有者が占有取得の後に占有をなす権利がないことを知った場合には、その時から悪意と同一の責任を負う。
(2) 遅延に基づく占有者のその他の責任はこれにより影響を受けない。」

42 ドイチュ＝アーレンス前掲注（32）74頁、ケッツ＝ヴァーグナー・前掲注（32）58頁。

不法行為に基づく損害賠償の規定（BGB823条）にしたがう（BGB992条⁴³）。

なお、物の占有が賃貸借などの物の返還を伴う契約によって開始され、滅失や第三者への譲渡等によりその返還が不可能になった場合には、物の所有者＝債権者は債務者に対して契約責任を追及することもできる⁴⁴。

（2）善意取得（Gutgläubiger Erwerb）と占有者の不法行為責任との交錯

それでは、動産に対する善意取得の成立と不法行為責任の交錯する場面については、どうであろうか。善意取得について規定する BGB932条⁴⁵によると、善意取得が成立するためには、取得者が善意であり重大な過失がないことが要件とされている。したがって、譲渡人に権利または譲渡権限がないことについて、軽過失によって知らなかった動産の占有者は、その他の要件もみたせば善意取得により当該動産の所有権を取得することができ、物を損傷、滅失等しようが、第三者へと譲渡しようが、自己の物をどのように使っても自由なので、本来動産の所有者であった者に対して損害賠償の責任を負うことはない。

占有者に重大な過失があり善意取得が成立しない場合には、990条における悪意の占有者となるため、占有者が故意または過失により占有物を損傷、滅失、その他物を返還することができなくなったといった損害を与え

43 BGB992条（不法の占有者）

「占有者が法の禁じた私力又は犯罪行為により占有を取得したときは、所有者に対して不法行為に基づく損害賠償に関する規定に従いその責任を負う。」

44 この場合、債務者は債権者の完全性利益を保持する義務（保護義務）に違反したことになる。詳しくは、長坂純『契約責任の構造と射程—完全性利益侵害の帰責構造を中心に—』（勁草書房、2010年）13頁以下を参照。

45 BGB932条（無権利者からの善意取得）

「(1) 第 929 条により譲渡がなされたときは、物が譲渡人に属していないときでさえも、取得者は所有権を取得する。ただし、取得者が本条により所有権を取得する時に善意でないときは、この限りでない。第 929 条第 2 文の場合においては、取得者が譲渡人より占有を取得した場合に限り、本条を適用する。(2) 物が譲渡人に属していないことを取得者が知り、又は重大な過失により知らなかったときは、取得者は善意でない者とする。」

た場合には、発生した損害全ての賠償をする責任を負う（BGB249条⁴⁶）。

なお、偶然の出来事によって損害が発生した場合でも、BGB848条に従うと、占有者による物の占有が不法行為による場合で、占有者は物の偶発的返還不能や物の偶発的損傷についても責任を負う⁴⁷。ただし、占有者の侵害がなくても物の偶発的返還不能や物の偶発的損傷が生じたであろう場合には、占有者は損害賠償の責任を免れる。

4、DCFR

(1) 財産権の侵害と契約外責任

ヨーロッパ私法に関するモデル準則として2010年に刊行された共通参照草案 DCFR (Draft Common Frame of Reference)⁴⁸では、他人に生じた損害に基づく契約外責任、すなわち、不法行為責任は第VI編に規定されている⁴⁹。

46 BGB249条（損害賠償の種類と範囲）

「(1) 損害賠償の責任を負う者は、この義務を負わせた事情がなかった場合において存在したであろう状態を回復しなければならない。

(2) 身体の侵害又は物の損傷により賠償を給付しなければならない場合には、債権者は、原状回復に代えて、これに必要な金銭を請求することができる。物の損傷の場合には、第1文により必要とされる金額が売上税を含むのは、売上税が現実課税されるときであって、かつその限りにおいてである。」

BGB848条（物の侵奪の場合の偶然責任）

「不法行為により他人より侵奪した物を返還する義務を負う者は、偶発的滅失、その他の理由に基づく偶発的返還不能又は物の偶発的損傷についても責任を負う。ただし、滅失、その他の方法による返還不能又は損傷が侵害がなくとも生じたときは、この限りではない。」

47 BGB848条（物の侵奪の場合の偶然責任）

「不法行為により他人より侵奪した物を返還する義務を負う者は、偶発的滅失、その他の理由に基づく偶発的返還不能又は物の偶発的損傷についても責任を負う。ただし、滅失、その他の方法による返還不能又は損傷が侵害がなくとも生じたときは、この限りではない。」

48 本稿で用いる DCFR の日本語訳は、ほぼ、窪田充見＝潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和＝山本敬三＝吉永一行監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照草案 (DCFR)』（法律文化社、2013年）による。

49 DCFRにおける不法行為責任について検討したものと、山本周平「ヨーロッパ不法行為法の一断面：共通参照草案 (DCFR) 第VI編の検討」北大法学論集 64巻3号（2013年）1頁がある。

まず、VI.-1:101条（基本準則）に、「法的に重要な損害を受けた者は、当該損害を故意若しくは過失によって生じさせた者又は当該損害の発生について帰責されるその他の者に対し、損害賠償を請求することができる」という、契約外責任による損害賠償請求の基本的な規定が置かれる⁵⁰。本条によると、①「法的に重要な損害 (legally relevant damage)」が発生し、②その損害に対して、加害者に「帰責根拠 (grounds of accountability)」があり、③加害者の行為と損害との間に因果関係があることが、損害賠償請求の要件となる。

財産権侵害の場合、①については、VI.-2:206条（財産又は適法な占有の侵害による損失）⁵¹ 項において、動産又は不動産についての財産権又は適法な占有の侵害によって生じた損失は、「法的に重要な損害 (legally relevant damage)」であるとされる。同条2項b号では、「財産権の侵害は、権利の目的物の破壊又は物理的な損傷（財産の損傷）、権利の処分、利用妨害その他の権利行使の妨害を含む」とされている。

このうち、占有者が物品⁵²を紛失、損傷した場合については、第VIII編に

50 VI.-1:101条（基本準則）

「(1) 法的に重要な損害を受けた者は、当該損害を故意若しくは過失によって生じさせた者又は当該損害の発生について帰責されるその他の者に対し、損害賠償を請求することができる。

(2) 法的に重要な損害を故意又は過失により生じさせたのでない者は、第3章の規定がその旨を定める場合に限り、法的に重要な損害の発生について帰責される。」

51 VI.-2:206条（財産又は適法な占有の侵害による損失）

「(1) 動産又は不動産についての財産権又は適法な占有の侵害によって生じた損失は、法的に重要な損害とする。

(2) この条においては、次の各号の定めるところによる。

(a) 損失は、財産の利用の剥奪を含む。

(b) 財産権の侵害は、権利の目的物の破壊又は物理的な損傷（財産の損傷）、権利の処分、利用妨害その他の権利行使の妨害を含む。」

52 DCFRの第VIII章では、物品 (goods) の所有権の得喪について規律されている。DCFRでは、物を不動産と動産とに分類した後に、動産には有体物と無体物とがあるとす。ここでいう物品とは、以上の有体物のことを意味する。したがって、第VIII編は、有体動産を対象とした規定となっている。この点については、VIII.-1:201条（物品）に「『物品』とは、有体動産をいう。物品は、船舶、ホバークラフト、航空機、宇宙で利用される物体、動物、液体及び気体を含む。」と

規定が置かれており、Ⅷ.-7:102条⁵³の1項によると、占有中に物品が紛失し、滅失し、又は損傷した場合には、所有者の権利（損害賠償を請求する権利）は、契約外責任についての第Ⅵ編の規定によって決定される。

そのうえで、2項で、占有者がその物品を占有することについて故意又は過失があるときは、占有する物品に損害を与えたことについて、占有者に第Ⅵ編第3章の規定にいう帰責を認める。したがって、自身に物品を占有する権限がないことについて悪意又は有過失である占有者は、物品の紛失、滅失、損傷に対する不法行為責任を負うことになる。

なお、DCFRでは、善意の占有者と悪意の占有者とを分けるアプローチを採用しておらず、善意の占有者であっても、Ⅷ.-7:102条1項とⅥ.-1:101条の下で占有物に与えた損害について賠償する責任を負う。

(2) Ⅷ.-7:102条2項の機能する場面と論点

Ⅷ.-7:102条2項については、そのコメントにおいて、占有者が悪意で、その結果、本条の下では原則的には有責であるかもしれないが、損害が偶然の出来事の結果である、すなわち、占有者の作為又は不作為とは独立している場面で機能するとして、本稿の問題の所在で取り上げた泥棒の留守中に第三者の放火によって占有物（盗品）が滅失した事例を挙げる。こうした場合に、2項が機能すると、占有者は、自身に占有権限がないことについて悪意か過失がある場合には、Ⅵ編の契約外責任の帰責要件をみたくことになり、物品の損傷に対する賠償責任を負うことになる⁵⁴。

いう定義規定が置かれている。また、窪田ほか監訳『共通参照枠草案（DCFR）』（前掲・注（46））の巻末訳注（385頁）も参照。

53 Ⅷ.-7:102条（占有期間中の物品の喪失又は損害）

「(1) Ⅷ.-7:101条（適用範囲）にいう占有中に物品が紛失し、滅失し、又は損傷した場合には、その喪失又は損害から生じる所有者の権利は、第Ⅵ編の規定によって決定される。

(2) この条の適用にあたり、その物品を占有することについて故意又は過失があるときは、所有者が占有を取得する権利又は占有の回復を請求する権利を有していても、第Ⅵ編第3章の規定にいう帰責を認めるに足りる。」

54 DCFR Full Ed. op.cit. (Fn.2) p.4383.

また、Ⅷ.-7:102条2項では、占有者が「その物品を占有することについて故意又は過失があるとき」が要件とされているが、本項のコメントでは、故意、重過失、軽過失といった様々なかたちの「故意又は過失」のある占有者に対して、物品に生じた損害の責任を同様に負わせることは不均衡であるという⁵⁵。

そこで、DCFRでは、損害が故意に引き起こされたのではなく、発生した損害全ての責任を占有者に負わせることが不均衡である場合には、Ⅵ.-6:202条（責任の軽減）⁵⁶を用いて、賠償責任の全部または一部を免除するというかたちで責任の軽減を行う。

この際に、上の例のように、損害の発生が占有者の関与しない偶然の出来事によって発生した場合や、占有者の過失がわずかである場合には、賠償責任が軽減されることになる。

また、条文上、責任の軽減には、占有者に損害の発生を回避したり、損害を軽減したりする手段があったかどうかとも考慮される⁵⁷。

5、結びに代えて

以上のように、所有権侵害の不法行為について、日本とドイツ、DCFRの規定を見てきた。わが国の規定では、民法191条と不法行為責任との関係が明らかではなく、所有権侵害に対して不法行為に基づく損害賠償請求を行う場合に709条の要件をみとすことが必要かどうかは明らかではない。この点について、ドイツでも、BGB989条で占有者に占有権限に関して悪意であることは別に、占有者が物を滅失、損傷、第三者へ処分

55 id. p.4384.

56 Ⅵ.-6:202条（責任の軽減）

「損害が故意によらずに生じた場合において、全部責任を課すことが、損害を生じさせた者の帰責性、損害の程度又は損害を防止する手段と比べて不均衡であるときは、公平かつ合理的と認められるときに限り、金銭賠償の責任の全部又は一部を免除することができる。」

57 なお、被害者の過失によって損害が拡大した場合には、Ⅵ.-5:102条（被害者の過失と責任）にしたがい、被害者の寄与の程度によって損害賠償責任が縮減される。

等したことに関して有責性が要求されてはいるものの、わが国と同様の問題が生じる。それに対して DCFR は、物の占有者が善意でも悪意でも、VIII.-7:102 条によって、占有中に物品が紛失し、滅失し、又は損傷した場合には、第VI編の契約外責任による損害賠償の規定に従って損害賠償が行われると規定しており、したがって、原則的には、占有者は不法行為責任の要件をみたまつ場合に損害賠償義務を負う。

わが国の民法 191 条の損害賠償義務も、こうした DCFR の規定と同様に、不法行為責任であり、不法行為についての一般規定である民法 709 条の要件の下で占有者に損害賠償義務を負わせると理解するべきであろう。もっとも、悪意の占有者が第三者へと占有する物を譲渡して真の所有者の所有権を侵害する場合、特別に不法行為について検討する必要があることはそう多くないだろう。すなわち、上で見たように、占有者が自身に占有権限がないこと＝前主に譲渡権限がなかったことについて悪意である場合に、そのことは別に不法行為による損害賠償の要件について検討する必要はないからである。それでも、仙台高判平成 9 年 12 月 18 日のように、占有者の動産の即時取得は過失によって成立しないが、占有者による占有物の処分が真の所有者の所有権侵害となるかという点については過失を認定しないというように、不法行為による損害賠償請求の要件が別途検討される必要がある場合もある。

また、本稿では十分な検討を行うことができていないが、問題の所在で取り上げた、泥棒の留守中に第三者の放火によって占有物（盗品）が滅失した事例のように、物の滅失や損傷などに偶然的出来事が介入する場合にも、民法 191 条によるのか 709 条によるのかは両規定の関係をどう捉えるかによるが、やはり、不法行為による損害賠償の可否を、悪意の占有が行われたということとは切り離して検討する方が良いように思われる。

なお、こうした場合、ドイツでは、BGB848 条で、不法行為により他人より物を侵奪していた占有者は、偶発的滅失、その他の理由に基づく偶発的返還不能又は物の偶発的損傷についても責任を負うとされる。同条のただし書きで、滅失、その他の方法による返還不能又は損傷が侵害がなく

とも生じたときは、損害賠償の責任を負わないとされるが、泥棒の自宅で絵画が放火された場合には、泥棒の自宅に保管されていなければ火事による滅失を免れ得たので、泥棒は、たとえ放火によって絵画が滅失したのもであっても、その滅失について損害賠償を行わなければならない。DCFRでは、Ⅷ.-7:102条2項により、占有者が自身に占有権限がないことについて悪意か過失がある場合には、Ⅵ編の契約外責任の帰責要件をみたすことになり、物品の損傷に対する賠償責任を負うことになる。ただし、占有権限がないことについての過失の態様によっては（軽過失の場合など）、Ⅵ.-6:202条によって、占有者にすべての損害賠償をさせることが不均衡であるとされる場合には、賠償責任の一部または全部が免除される可能性がある。

占有中の物が占有者の関与しない出来事によって滅失や損傷した場合や、占有者の損害賠償責任の軽減については、わが国においても議論を行う余地があるだろうか。検討については今後の課題としたい。