

ある種の過失

—— 短期取得時効と善意取得の場合

柳 澤 秀 吉

もくじ

はじめに

不動産の短期取得時効の場合

動産の善意取得の場合

おわりに

はじめに

民法上の過失としてよく知られているのは、第七〇九条が不法行為の一般的成立要件として規定する故意または過失であろう。また、たとえば第九三条但書が心裡留保の無効を主張する要件として相手方が表意者の真意を知り、

または知ることができたときとするのも、これであろう。

もっとも、後者で規定されているのは、相手方が知り、または知ることができたときであり、直接無過失を規定しているわけではない。また、悪意または過失によって善意であったときはしていない点で（後者はフランス民法系、前者はドイツ民法系の表記といべきか）、民法には用語不統一があるというほかはないことになるであろう（ほかに、債権の準占有者に対する弁済の保護に関する第四七八条と受取証書の持参人に対する弁済の保護に関する第四八〇条の文言の差異も対照）。しかし、それは逆にいえば、相手方が知らず、また知らないことについて過失がないときは、無効を主張することができないという意味に解されているので、無過失について規定していることになるわけである。

しかし、民法にはそれ以外にも、過失が定められており、それは以上とは異なり、特殊の過失といふべきものであると思われるものである。それがここで問題とする不動産の短期取得時効の要件として第一六二条第二項が定める善意、無過失であり、また不動産の善意取得の要件として第一九二条が定める善意、無過失である。そうして、この二つ（そのほか前述の第四七八条など）については、平成一六年の現代表記化改正（法律第一四七号）で、多少の改正があった。したがって、本稿は（第四七八条などにはふれないが）その評価を試みるものということになる。

不動産の短期取得時効の場合

まず、民法は第一六二条第二項で、一〇年間所有の意思をもって平穩かつ公然に他人の不動産を占有した者が、その占有のはじめに善意でかつ過失がないときは、その不動産の所有権を取得するとしていた¹⁾。もっとも、これに

ついては平成一六年の改正で修正があったことは、のちにみる。

立法例としてみれば、このような不動産の短期取得時効が認められるべきかは各国にかなりの差異がある。たとえば、フランス民法はこれを認め、わが国では旧民法がそれを承継し、さらにその承継である現行民法となっている。しかし、たとえばドイツ民法はこのような不動産の短期取得時効は認めていない。その理由はのちにみるのが適当であろう。

したがって、（１）他人の不動産を（４）一〇年間（２）所有の意思をもって平穩かつ公然に占有し、（３）その占有者がその占有のはじめに善意でかつ過失がないことが不動産の短期取得時効の要件だということになる。

（１）以下はわたくしの執筆した民法総則（二〇〇七年、平成二三年）の時効の部分を基にしている。そうして、それはそのシリイズの最初の版（一九八四年、昭和五九年）の時効の部分とほぼ同じである。すでに教科書の一部として公表したも
 のではあるが、ここで論文の一部として再言する意味は、不十分ではあるが、なおあるといふべきであろう。

そのほか、その後の判例などとともに、わたくしの論文と判例研究、取得時効の成立要件五則、本誌四七巻三、四号（一九九七、八年、平成九、一〇年）、取得時効の成立要件、同前四号、参照。

なお、以上については、松久三四彦、時効制度、民法講座（一九八四年、昭和五九年）、同、取得時効、民法典の百年（一九九八年、平成一〇年）がある。

（２）現行民法の起草者は穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三博士であり、分担方式で起草された。そうして、総則編の時効の章は梅博士の担当部分と推測されている。

（イ）他人の不動産

民法は不動産についてののみ以上の短期の取得時効を認めていたが（第一六二条第二項）、それは民法の起草者が

動産については第一九二条以下——善意取得、一般には今でも即時取得といわれる——が適用されることを前提とし、短期取得時効の適用はないとしていたからである（梅要義）。

(a) 善意取得との関係

ところで、フランス民法やわが国の旧民法では第一九二条にあたるものはそれぞれ時効の章で規定されており、そうして旧民法の起草者はこれを即時時効としていた。しかし、即時に効果を生ずるものを時効というのは適切ではないとされ、これは現在では物権編（の占有権の効力）に規定されるにいたっている。いいかえれば、名称こそ適切ではないが、動産については第一九二条、不動産については短期取得時効という点では、旧民法以来一貫していたわけである。

ところが、現在の学説は一般にこれに反対し、明文を無視して、動産についてもこの時効が認められるべきだとしている（鳩山以来）。いいかえれば、以上の第一九二条は動産取引の安全を保護するための制度とみるべきであるから、たとえばわが他人の山林を自分の山林と誤信してその立ち木を伐採したような場合には、いかにその誤信に過失がないとしても、即時にその木材を取得すると解することはできない。そこで、このような場合には、動産についても善意、無過失の取得時効を考えなければならぬことになる。そうして、その範囲においては一〇年の取得時効を認めないと、不動産と権衡を失することになる。そこで、一般に第一六二条第二項を動産の場合にも準用することになっているのである、とされる。

わたくしと思うに、たしかに第一九二条を動産取引の安全を保護するための制度ととらえ、したがって取引に基づかない善意はこれによって保護しないという結論じたいは、正しい。しかし、以上の解釈はその具体的適用においてやや問題がある。このことは別にのべる。また、それはドイツ民法が第九三七条以下で認める動産の短期取得時効をそのままわが国の解釈に導入しようとする試みであるが、そのドイツ民法との関連でいえば、それはのちに

みる動産の善意取得の規定などに差異があり、それを前提とするものであるのに、以上はそれを無視するものというほかはない⁽³⁾。のみならず、不動産の短期取得時効の機能を取引の安全を保護するもの以上のものとみる見解じたいに根本的な問題がある。このことはすでに一言し（総則二八二頁以下）、またのちに（無過失で）みるとおりである。そうだとすれば、(かつての) 条文どおり、また起草者の考えたとおり、不動産にかぎるといふべきである(東昭和七年度判民第一五四事件)。

(3) いちねにこころき、(三〇年の) 特別時効 auBerordentlicher Ersitzung は認められしにた。 M. Wolff-L. Raiser, § 71, Vormerkung.

なお、消滅時効では「れと逆じ、三〇年のものが ordentlicher Verjährung にあり、より短期のものとは限らなことが、それ以外のものが auBerordentlicher Verjährung にある。

(b) 効果など

この考え方によれば、この短期取得時効が認められる権利も、第一九二条と同じく、「不動産」について行使する権利」にかぎるといつことになる(第一六三条も参照)。しかも、すべて一言し（総則二八二頁以下）、またのちにも（無過失で）みるとおり、この短期取得時効は占有ではなく、登記を基礎とするから、一面では登記できない権利（たとえば、入会権はそのような権利だとされている）は占有を内容とする権利であっても、この短期取得時効が認められず、他面では登記できる権利でありさえすれば、占有を内容としない権利（たとえば、抵当権）であっても、この短期取得時効が認められるべきことになる。

動産の善意取得について、第一九三条が定める二年の回復期間は、のちにみるように、動産について短期二年の

取得時効を定めたものとみるべきである。

(c) 現代表記化

ところが、平成一六年の現代表記化改正（法律第一四七号）は以上の不動の要件を削り、単に物とした。現代表記化改正のついでに、学説、判例のほぼ一致して認めているところではできるかぎり取り入れるとの方針の下での改正であることは、いうまでもない。

そのほか、以上のついででの改正としては、ここでの問題に直接ふれるものではないけれども、ほとんどなんの内容もない条文数の変更も少なくないが、これは雑戯に類する改正だというほかはない。しかし、とにかく、以上は従来の学説の傾向からすれば、歓迎されることになるであろうが、すでにみたところによるかぎり、はなはだしく軽率な改正だというほかはない。

今後の問題としては、以上の改正にもかかわらず、他人の物は他人の不動産と解すべきことは、当然である。

(d) その他

以上で他人の不動産とされる他人については、その立証責任はないが、なお要件（消極的要件）と解すべきことは、長期の取得時効の場合と同じである（総則三二七頁以下）。また、不動産の善意取得との対比でいえば、その不動産が賃貸物、寄託物であるほか、盗品、遺失物にあたるものであってもよいことは、一般に当然のこととされており、わたくしもそれを当然のことと考える。口オマ法が短期取得時効の適用を前者に限っていた（原田ローマ法）のを、大きく広げたことになるわけである。もっとも、後述の善意取得における指摘も参照。

(ロ) 占有

第二には、要するに占有することを要するわけであるが（第一六二条第二項）、所有の意思、平穩、公然など、

長期の取得時効の場合と同じである。しかし、この短期の取得時効の場合には、そのほか、

(a) 善意

第四に、占有者は善意であることを要する（第一六二条第二項）。善意とはある事実を知らないことをいい、ここでは他人に占有すべき権利がないことを知らないことをいうと解すべきである（ある事実を信することだという説も有力である）。

(i) なお、以上の善意は「占有の開始の時に」存すれば足り、継続を要しないというのが民法の起草者の考え方であった。フランス民法第二二六九条は口オマ法に従い、明文でこれを規定する。わが国の旧民法には直接の明文はないが、これを受け継いでいることは明らかである（G. Boissonade, *Projet, tome V*, n° 347）。現行民法も直接の明文はないが、それを実質的に受け継いでいるわけである（梅要義）。

そこで、その後の判例、通説もこれに従っている。しかし、以上が普遍的な立法であるわけではなく、継続を要するとする立法例もみられる（不動産に関するが、ドイツ民法第九三七条第二項後段⁴、第九四五条第一項但書）。また、わが国の民法の規定はフランス民法の規定などのように、直接の明文ではないのみならず、時効が成立するには一定の占有が継続することを要するのだから、善意も継続することを要するとみるべきである。

(4) 反対 Wolff-Raiser, §71, 1. 2. c).

(ii) また、その対象が不動産であるとする、明文はないけれども、以上の善意と登記との関係が問題となる。不動産の登記は物権編の問題であり（第一七七条）、一般には問題とされておらず、結果としては否定されている。しかし、不動産登記は不動産取引の基礎とみるべきものであるから、以上の善意は他人の登記に基づくことを要す

る（後述無過失参照）、逆にいえば以上の取得時効が認められるには他人の不実登記があることを要し、正当な登記があるかぎり、以上の取得時効が認められる余地はないと解すべきである。

(b) 無過失

また、占有者に過失がないことを要する（第一六二条第二項）。無過失とは、一般に通常の人間ならば用いるであろう注意を用いなかったことをいう。そうして、ここではさきの善意と並べて規定されているので、一般に知らないことについて過失がないことをいうと解されている。要するに、普通の人であれば知らなくとももつともだとされる事情があることをいうと解されているわけであり、そうだとすれば、以上は善意とは独立の要件ではないことになる。

(i) ところで、ロオマ法やフランス民法第二二六条それにそれにならったわが国の旧民法第一七三八条⁵⁾（証拠編第一四〇条）第一項には、このような無過失の要件は存在せず、その代わりに、正権原 *juste titre* が要件となっている。そこでいわれる権原とは、たとえば売買、交換、贈与などの権利を移転することができるすべての法律行為をいい、それが正であることを要するというのは、前主の無権利という点以外では、たとえばその行為に無効、取消などの原因のない、それじたいとしては完全に有効な法律行為をいう（梅要義）。もつとも、横田後掲正権原論文はこれよりやや広い。

もつとも、ロオマ法では正権原は最初は客観的なものでなければならぬとされたが、その後主観的なもの、いわゆる仮想権原 *titulus putativus* でもよいとされた（原田ローマ法）。しかし、フランス民法は第二二六七条で、方式上無効なものについて、わが国の旧民法は第一七四〇条（証拠編第一四二条）で、方式上無効なもののほか、裁判上取消された権原は時効の利益をもたらさないとする。本来の正権原にもどったことになるわけである。⁶⁾ このような立法例における短期の取得時効の存在理由は明らかに不動産取引の安全保護にあることになる。

わが国の民法に近いのは、ドイツ民法第九三七条であるが、それはわが国におけるような不動産についての規定ではなく、動産についての規定である。また、その前提となる動産の善意取得の規定がわが国のものとはやや異なるものであることは、すでに一言した。さらに、その動産の取得時効では自主占有、善意が要件となっているだけで、わが国におけるように、無過失が明文上の要件にはなっていない⁷⁾。のみならず、重要な点であるが、ドイツ民法では不動産についての短期の取得時効は認められていないのである。

このようにみてくると、わが国の民法における規定の特異な性格が明らかになってくるであろう。それはロオマ法以来の長い伝統のある多くの立法例にも従わず、またドイツ民法のような、ある意味では徹底した立法にも従わず、あたかもその中間をいつていることになるわけである。

(5) 旧民法はフランス民法とほぼ同じく、独立して起算される五つの編として、二回に分けて公布されたが、以上はそれをフランス民法がほぼそうであったように、当初の構想どおり、人事（第二回目分）、財産、財産取得前半、同後半（これも第二回目分）、債権担保、証拠の順で全体を一貫した条文としてみたものである。

(6) M. Picard, in *Planioi-Ripert*, n° 701 et sui.; G. Marty-P. Raynaud, n° 200, c).

(7) もつとも、重大な過失がないことを要すると解されている。Wolff-Raiser, § 71, I, 2.

(ii) そこで、問題はなぜ民法がそうなっているかであるが、現行民法の起草者によれば、その理由は二つある（梅要義）。一つは正権原があっても、過失がある場合がある。たとえば、最も典型的な無権利者から善意で土地を買った場合には、正権原ありというほかはないが、たとえば正当な権利者の権利が登記してあるのに、これをみないで軽率に無権利者の言を信じた過失者を、正権原があるものとして保護することは、はなはだしく不当である。

もう一つは正権原がなくとも、過失がない場合がある。たとえば、土地の買入れを他人に頼んだ場合に、その他人代理人が所有者である他人と売買契約をしないで、買入れたと偽って、本人に引渡したとすれば、そこには売買契約は存在せず、したがって正権原がないことになるほかはない。また、無能力者から買受けた場合に、それが取消されたときも、同じである。しかし、これらの場合の買受人には過失がないのであり、これを正権原がないということによって保護しないのは、はなはだしく不当である。そうだとすれば、正権原を無過失におきかえるべきだ、というのである。

そうして、ここではなぜか指摘されていないが、別にそれは独逸民法「第一草案（八八一、二項）」に倣ったものとされている（修正案理由書）。たしかに、そこでは悪意または重大な過失によって善意であったときは認められないとされていたが、しかしその趣旨の文言は第二草案（第八五二条第二文）それにそれを受けた確定案、第九三七条にはないことになり、自主占有のほか、悪意のみのものと替えられたことは、すでにみた。したがって、後者でいうかぎり、それは不正確であり、結局その先例はないということになる。そこにその旨の指摘がないことになったのはそのためである¹⁰⁾。

(iii) その後の大審院の判例は起草者のいう前段については、一部の例外を除けば、起草者の見解に従っている。いいかえれば、正当な登記簿をみないで占有を開始した者には過失ありとし、逆に不実な登記簿を信頼して占有を開始した者には過失なしとする⁹⁾。しかし、起草者のいう後段については、正面からこれを否定し、正権原を要するとまではいっていないが、事実上は、正権原がないときは過失があるとし、旧民法の立場によっている。たとえば、登記名義人が未成年者である場合に、その者から買受け、占有を開始した者には、戸籍簿を調査しない過失があるとし¹⁰⁾、また一〇年前に準禁治産宣告を受けた者（現被保佐人）から買受け、占有を開始した者には、同じく、過失があるとする¹¹⁾。

しかし、学説の多くは（横田後掲論文のような例外は別にして）一面では起草者の見解に従い、しかしより多くは条文の文字論と占有の本質論とを根拠にして、これに反対している。すなわち、過失がないというのは、通常一般の用語例がそうであるように、通常の人間ならば用いるであろう注意を働かせたことであり、したがってここでは善意であることについて過失のないこと、いいかえれば通常の人ならば用いたであろう注意を用いたにもかかわらず、なお善意であったこととしている。もっとも、このような立場からも、起草者のいう前段は個別的な判断としては肯定されている。しかし、その後段も肯定され、判例のように、戸籍簿をみよというのは過大な要求であるとしている。

そのためもあって、とくに最高裁の判例はしだいに正権原は必要でないとし、過失を個別的に、したがってしだいに短期の取得時効を広く認める方向に変わりだしてきている。たとえば、自作農創設特別措置法に基づく農地売渡処分が取消しするものである場合に、これを確かめなくて占有を開始したとしても、過失がないとするにいたっている¹²⁾。判例は事実上変更されたわけである。

なお、その後の学説には、正権原を要するとする来栖論文（法協六一巻三号、昭和一八年）の例外はあるが（その沿革的側面からの同調は、三藤学智院論文、昭和三四、五年）、これはついでの議論との観もあるためか（その表題は民法に於ける身分法と財産法）、一般には無視された形となっている（たとえば、三藤論文の引用はあるが、川島、昭和四〇年、また幾代、昭和四四年など）。もっとも、実質的にはこれを受けた安達注釈民法（第五巻、昭和四二年）、星野論文（とくに法協八九巻一号、昭和四九年）は無過失、正権原についても一つの画期となったといつてよい。しかし、それでも基本的な変化は示されていないといつてよいであろう（四宮も、昭和四七年以来）。

- (9) 大判大正五年三月二四日民録二二輯六五七頁。また、大判大正二年六月一六日次掲もこれをいう。
 なお、善意取得についての後述の立ち木に関する大正一〇年二月一七日の大判も参照。
- (10) 大判大正二年七月二日民録一九輯五九八頁、大判大正四年一月一九日民録二二輯一八五一頁。反対、大判大正二年六月一六日民録一九輯六三七頁。
- (11) 大判大正一〇年二月九日民録二七輯二五四頁、明治四一年の取引、中川(善)判民第一八五事件。
 なお、後述の大正一一年一月二五日の大判も参照。そのほか、前掲五則参照。
- (12) 最判昭和四一年九月三〇日民集二〇巻七号一五三三頁、戒能(通厚)法協八四巻八号(判民第七八事件)。
 最高裁にはすでにそれ以前に、隠居(分家)者の確定日付のない財産留保(旧第九八八条参照)に基づいた家督相続人の占有には過失がないとするものがあり、最判昭和九年一月二四日民集八巻二二号二二七一頁、また本家再興のため事実上家督相続人の選定を受けた者(旧第九八二条以下参照)の占有には過失がないとするものがあつた、最判昭和三年九月二日民集一四巻一一号二〇九四頁。
 そのほか、前掲五則参照。

(iv) わたくしが思うに、起草者のいつ前段はきわめて正当であり、登記制度を知らない口オマ法それに登記制度を不動産取引の基礎としなかつたフランス民法に対して、まことに正当な進歩というべきものと考ええる。そうして、そつだとすると、現在一般の学説がいつているような、わが民法は登記を取得時効の基礎としなかつたという指摘(我妻)は、少なくとも一般的な指摘としては、誤つたものとして批判されなければならないことになるであらう。そうして、現在ではこの点をはっきりさせるため、明文を要する点であり、また少なくとも短期の取得時効については、その根本的基礎は占有にはなく、登記に求められるべきである。

しかし、その後段についてはどうしてこれを受け入れることはできないというべきである。すなわち、たしかに後段は広い意味では(事実上の)取引に基づく占有ということではある。しかし、それはたとえば他の明文に反することに於ける(無能力取消、代理については第一〇一条)。もちろん、取引安全の保護は一般原則の例外をなす。しかし、それは取引安全の保護という目的によつてはつきりと限定されなければならない。なお、不動産取引にあつては戸籍簿をみよといふのは過当な要求だとの指摘もあるが、まさか本人確認の必要はないということではないであらう¹³⁾。このことは、いいかえれば有効な取引行為、正権原を要するということは、第一九二条についてはその理由については疑問があるが、すでに確定的な通説となつてゐる(前述参照)。しかし、そつだとすれば、同じ要件となつてゐる不動産の短期取得時効についても同じことだといふべきであらう。なぜなら、時間の経過を要するという点ではあれとこれとはたしかに異なつてゐるけれども、時間の経過を要するというだけでは、なぜ短期の時効でなければならないのかの説明にはなりえず、これを求めるかぎり、あれと同じく、取引安全の保護をいふほかにないからである(その意味で、四宮の継続の利益との指摘は抽象的にすぎるといふほかはない)。

動産の善意取得について、平成一六年の現代表記改正は第一九二条に取引行為によつてとの文言を加えた。これはのちにみるように、その過失がないことについての意味のまつたくの無理解に基づくものであり、疑問だといふほかはない。

¹³⁾ なお、大正一〇年の大判前掲が当時現行の、明治三一年(一八九八年)の人事訴訟手続法(法律第二三三号)の宣告手続の公告のみを指摘している(同法第六七条)のは、たしかに不適切だといふべきである。しかし、民法では保佐人については後見人の規定が準用されることになつており、旧規定では第九〇九条、第九四三条、現行規定では第八四七条、第八七六条、平成一一年(一九九九年)以後は第八七六条以下、戸籍としてもそれによるべきは、当然であらう。さらに、その間の大正三年(一九一四年)に戸籍法が全面改正され(法律第二二六号)、ここでも保佐人には後見人に関する規定が準用されることになつた、その第一一四条、昭和二年(一九四七年)の現行法(法律第二二四号)では第八五条、平成一一年以後は文言の変更あるのみ。もっとも、その登記は戸籍とは別のものとなつた、平成一一年の後見登記等に関する法律

(法律第一五二号)。とにかく、以上の学説の指摘はこれをまったく無視するものというわけではない。

(v) そのほか、フランス民法ではその正権原は抵当権については特例が規定されているが(次述)、一般には明文がなく、解釈としても残念なことはいえ、登記されていることを要しないと解されている¹⁴⁾。これに対し、わが国の旧民法は第一七三九条(証拠編第一四一条)で、フランス民法の抵当権についての規定(第二一八〇条、旧民法では第一五九六条・債権担保編第二九六条、現行民法ではこの点についての明文はなくなっているが、第三九七条に相当するもの)を一般化して、短期の取得時効については、以上の正権原があるほか、その正権原を登記していることを要するとしていた。しかし、現行民法は以上のように、正権原を要しないとす以上、これも要しないとした(修正案理由書)。

そこで、その後の判例、通説もこれによっている。しかし、これが過失といえないかどうかじたいが問題であるばかりでなく、さきにみたように、過失なきことを正権原と読み替えるべきものだとするれば、第六に、取得者はみずから登記していることを要するというべきであろう。なぜなら、登記に対する信頼をいうことは、もし登記と実体が異なる場合には、実体のほうを登記に近づけよということであるのに、そういう者じしんが実体を登記に近づけていないのでは公平に反すると考えられるからである。

なお、以上のほか、まず他人のところに登記があること、すなわち他人に不実の登記がなければならぬことは、すでにたびたびみた。

¹⁴⁾ Picaud, n° 707; Marty-Raynaud, n° 200, c).

¹⁵⁾ そのほか、時効に関するものではないが、旧民法は第一五三七条(債権担保編第二三七条)の本文で、抵当権の登記の

抹消または減少が判決または当事者の合意で削除または解除されたときは、その回復を認めるとともに、但書でそれはその間に登記した第三者の権利を害することができないとする。また、第一五九三条(同編第二九三条)の第一項で、誤って抹消された抵当権の登記の回復を認めるとともに、第二項でそれはその間に登記した(抵当)債権者の権利を害することができないとする。

現行民法では第一のものは登記に関する規定であるから、すべて登記法に譲るとの理由で、削られている(修正案理由書、抵当権の総則)。第二のものはそれは殆ど言うを待たないことであり、若し規定するならば、登記法で規定すれば足りるとの理由で、削られている(修正案理由書、抵当権の消滅)。

(八) 期間

以上の要件がある場合には、第七に、占有の継続も一〇年で足りることになる(第一六二条第二項)。

なお、フランス民法の期間は批判はあるといわれているが(野田注釈民法五巻)、同じ控訴院管内に住所を有するときは、一〇年、異なった控訴院管内に住所を有するときは、一〇年であり、第二二六五条、その間に住所の移動があるときは、一対二の割合で計算される、第二二六六条。一〇年または二〇年の取得時効と称されるゆえんではその期間はわずか二年であった(原田同前)。わが国の旧民法はこれを一括して、中間的に、すべて一五年とした、第一七三八条(証拠編第一四〇条)第一項)もつとも、一〇年とする後述の原案特例も参照)。現行民法はこれを受けて、さらに一〇年と短縮したわけである(同前¹⁶⁾)。

継続を要するという点は、長期の取得時効とくに異なる点はない(第一六四、一六五条も参照)。ただ、占有の併合(第一八七条参照)の問題に関連して、相続人が自己の占有だけを主張することができるかとの問題は(総則後述三四三頁参照)、主としてほむしるこの短期の取得時効について問題とされているものであること、したがっ

てそれはとうてい受け入れることのできないものであることは、すでに無過失についてのべたところから理解されるであろうこと、だけを指摘しておく¹⁷⁾。したがってまた、本人が幼少のため代理人が本人に代わって占有し、その後本人が成長したので、代理人から占有を承継したとしても、そこから一〇年の取得時効が進行するものではないとする判例も、正当だということになる。

立法論としては、この期間を即時に短縮することも不可能ではなく、動産占有についてはわが国でもそうになっている。不動産についてそうなると、登記の公信力ということになる。じつさに、ドイツ民法では一方では登記に全面的に公信力が認められ(第八九二、八九三条)、他方ではすでにみたように、不動産については短期の取得時効は認められていないのである(川島)。逆にいうと、不動産について短期の取得時効が認められているかぎり、登記に全面的に公信力を認めることはできないといつこととなるわけである(フランス法)。この点からも、短期の取得時効の機能、性質を知ることができるであろう。

(16) もっとも、わが国の旧民法、現行民法も他の、保証人の資格のところでは、フランス民法第二〇一八条と同じく、控訴管内に住所を有する者としていた、旧民法第一三二五条(債権担保編第一五条)第三項、現行民法第四五〇条第一項第三号(債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄内ニ住所ヲ有シ又ハ仮住所ヲ定メタルコト)。しかし、これは戦後の大改正でついで改正として(よく知られているように、後二編の改正が中心)、無用のものとして削られた。したがって、控訴院の管轄の内外にあることの意味をまったくないものとしたのは、現行民法の現行規定によつてだということになる。

(17) その後の判例などとともに、わたくしの論文と判例研究、取得時効の成立要件五則、本誌四七巻三、四号(一九九七年、平成九、一〇年)、取得時効の成立要件、同前四号、参照。

(18) 大判大正二一年一〇月二五日民集一巻六〇四頁、鳩山判民第九〇事件。

(二) 立証責任

物権編の規定であるが、長期の取得時効の場合と同じく、以上の要件のうち、所有の意思、……平穩かつ公然は推定され(第一八六条第一項)、また前後両時に占有したことを証明すれば、占有はその間継続したものと推定される(同前第二項)。そのほか、善意も推定されるが(同前第一項)、無過失は推定されない¹⁸⁾。したがって、短期時効を主張する者は善意は立証する必要はなく、権利を主張する者が短期時効を主張する者の悪意を立証しなければならぬことになる。しかし、無過失すなわち正権原は短期時効を主張する者が立証しなければならぬことになる。無過失・正権原はこの面でも重要な問題となるわけである。

もっとも、無過失が推定されないとする点については議論がある。物権編の問題とされるが、動産についてはしばらくおき、不動産についてはみずから登記していることを要するのだから、その登記の推定力によつて無過失すなわち正権原が推定されるとみるべきである。

なお、フランス民法やわが国の旧民法はもとより、現行民法にもとくに規定がないが、ドイツ民法第八九一条には登記の推定力を認める趣旨の規定があり、そこでわが国でも現行民法の解釈としてそれが一般に認められている(中島積義 以来)。

動産の善意取得の場合には、のちにみるように、第一九二条の意味じたいから、肯定されるべきである(結果じたいはそこでの通説、判例)。

(19) 大判大正八年一〇月二三日民録二五輯一八六三頁。大判大正一〇年二月九日民録二七輯二二五四頁前掲、中川(善)判民第一八五事件前掲。なお、大判大正六年二月二八日民録二三輯三三五頁も参照。

動産の善意取得の場合

つぎに、民法は第一九二条で、平穩かつ公然に動産の占有を始めた者が、善意にして、かつ過失がないときは、即時にその動産の上に行使する権利を取得するとしていた。⁽¹⁾⁽²⁾ もっとも、これについても平成一六年の改正で修正があったことは、のちにみる。

なお、立法例としてみれば、これはほぼ各国で認められている規定である。ただ、これはかつては即時時効 *opere descriptione instantaneae* とか、即時取得とかいわれ（フランス民法系）、⁽³⁾ 後者は現在でもそのようにいわれることが少なくないが、即時とする点で、なお問題を残し、また手形などではそれに似た取り扱いが一般に善意取得といわれているので、それとの統一をはかるためにも、以上のように善意取得 *gutgläubiger Erwerb* というべきものであろう（ドイツ民法系）。

ただ、注意しなければならないのは、それは旧民法の起草者のボワソナード Boissonade の意見でもあったことであり、そうしてかれによれば、問題は名称そのものではなく、その内容だとしていることである（*Projet, tome V, p. 352*）。たとえば時効の中断、とくに停止に関する処理の適用、第一七四二条・証拠編第一四四条第一項但書参照）。また、現行法上も動産の善意取得が取得時効と、とくに不動産の短期取得時効（第一六二条第二項）と密接な関係があることを忘れてはならないであろう。

また、このことと密接な関係を有するが、善意取得を民法のどこで規定するかは、各国に差異がある。フランス民法は時効の章で規定し、ドイツ民法は動産所有権の取得のところで規定して、それを各物権に準用している。わが国の旧民法はほぼフランス民法と同じであり、時効の章で規定している。だからまた、即時時効などの名がある

ゆえんである。しかし、現行民法はこれを占有権の効力のところで規定する。特異な立法例というべきであろう。

わが国のその後の教科書などでは民法のような扱いはせず、物権変動の一部として説明するものが少なくない（我妻 以来、舟橋、広中など）。

(1) なお、以上については、槇梯次、即時取得、民法講座 (1) (一九八四年、昭和五九年)、安永正明、動産の善意取得、民法の百年 (一九九八年、平成一〇年) がある。

(2) 現行民法の起草者が穂積（陳）、富井、梅の三博士であり、分担方式で起草されたことは、すでにみた。そうして、物権編では総則の章も含めて、占有の章は穂積博士の担当部分と推測されている。

(イ) 動産

善意取得は動産についてのみ適用がある（第一九二条）。

(a) 一般

不動産そのものに適用がないことは一般にも認められている。それはもとも第一六二条第二項の短期取得時効にまつべきものとなっているわけである。ただ、それが類推されることはあるというべきである。⁽³⁾

(3) わたくしの分担執筆部分、物権法・担保物権法（一九九九年、平成一一年）の物権変動（七〇頁以下）。そうして、その場合には、ドイツ民法とは異なり、第三者は重大な過失がないことを要するというべきである。後述対照。

(b) 立ち木など

そのほか、旧民法は第一七四七条(証拠編第一四九条)の規定を設け、第一項で用法による不動産は分離されたときは、適用されるとし、第二項で用法による不動産も分離されたときは、適用されるとし、第三項で記名債権 *créance nominative* —— 現在では指名債権とされているもの —— と包括動産には適用されず、不動産の時効に於ける⁽⁴⁾。

用法による不動産については、第三〇二条(財産編第九条)で、全一〇号にわたって定められているが、土地の耕作のために備えられた畜獣など、要するに(後述のように)土地などに主物・従物の関係が認められるかはともかく、土地の従物である。

用法による動産については、第三〇五条(財産編第十二条)で、全四号にわたって定められているが、(建物)建築の足場など、要するに土地にかりに定著させられた物である。

記名債権と包括動産については、前者は法律による不動産として第三〇三条(財産編第一〇条)で定められ(第一号ないし第四号)、後者はとくに規定がない。

現行民法の態度はその削除の結果は明らかであるが、その削除の理由は必ずしも明らかではない。ただ、起草者は別に総則編の物のところで、こつ旧民法を批判する(梅要義)。

旧民法は仏国其他の例に倣ひ用法に因る不動産 (*immeuble par destination*) 「改版での追加」なるものを認むると雖も是れ我邦の慣習に存せざる所なるのみならず次条「第八七条」に於て主物、従物の規定を設けたるが故に別に用法に因る不動産なるものを認むるの必要なし蓋し用法に因る不動産とは其性質動産にして唯常に不動産の従として之に伴ひ不動産を処分すれば用法に因る不動産も亦共に処分せられ不動産の上に権利を設定すれば其権利は用法に因る不動産に及ぶべき等常に不動産と運命を共にするが故に此名称あるなり然りと雖も物の主従の関係に因

り此目的を達することを得るが故に敢て物の性質に背き右様の不動産を認むるの必要なし(旧民法には用法に因る動産 [*meuble par destination*] なるものを認むると雖も是れ外国に其例を見ざるのみならず全く学理に背き実際に用なきものなるが故に別に之を論せず)

その後の判例のこれについての立場は動揺を示しているといつてよいであろう⁽⁵⁾。学説は適用を否定するのが一般の見解だといつてよいであろうが(我妻 など)、肯定する説もしだいに有力となつてきている(未弘雑記帳など。かつては横田)。

しかし、伐採のために立ち木を買つたのを、法律行為である売買と事実行為である伐採にまったく分けてしまうことじたいが問題であろう。伐採は売買の履行、受領であるにとどまり、それとは別のものではない。したがって、以上は取引行為に基づく取得というほかはないであろう(ほぼ同趣旨、梅志林「四卷」四〇号、明治三六年、要義、改版での追加)。ただ、土地に成立しているままでの買受けであるから、登記簿に基づかない善意は保護されるべきではないことは、たしかである。

(4) もっとも、その原案第一四八六条では不動産の時効によるというのは、包括動産のみであった。記名債権は原案第一四八六条 *bis* で規定され、文献上の、芸術上のあるいは工業上の所有権とともに、正権原、善意のときは一〇年、それがないときは三〇年で完成されるとされていた。この点は公布案までに、記名債権は前条に移され、その他は削られたわけである。

(5) 大判明治三五年一〇月一四日刑録八輯九号五四頁、否定。東評釈にあげられているものであるが、それは以上を八輯八号とする。大判明治四〇年一二月六日民録一三輯一一七四頁、肯定。大判大正四年五月二〇日民録二輯七三〇頁、否定。大判大正一〇年二月一七日民録二七輯三三九頁、無過失を問題とする点で、肯定。未弘判民第二二事件。大判昭和七年五

月一八日民集一一卷一九六三頁、否定、東判民第一五四事件。

その間のいわゆる非公式先例も同じである。大判昭和二年八月八日新聞二九〇七号九頁、我妻 がいっように、稲立毛に関するが、肯定。大判昭和三年七月四日新聞二九〇一号九頁、否定、大判昭和四年二月二七日新聞二九五七号九頁、否定。

もっとも、大判明治三十七年五月五日刑録一〇輯九四八頁は盗品であるかを問題とする（盗品であることを否定）点で、また大判大正一五年三月五日民集五卷一一二頁、平井判民第一六事件は盗難の完成時を問題とする（伐採完了で完成とする）点で、いずれも肯定説。そつたとすれば、かつては肯定説が当然の主流とされていたといふべきであろう。

(c) その他

占有者からの占有の取得との要件はここでも明文上は必ずしも明らかではないが、占有者から、つまりは不実の占有者から占有を取得することを要することは、当然であろう（後述無過失参照）。

(ロ) 占有

また、占有者から占有を取得したことを要する（第一九二条）。

(a) 現実の占有

その取得する占有は明文がないので、現実の占有でなければならぬが、それとも占有改定（第一八三条）などのような観念的な占有でも足りるかの問題もある（フランス民法それにわが国の旧民法については後述、ドイツ民法については現実の引渡のときはとする第九三三、九三四条の明文参照）。簡易の引渡を含めた（第一八二条第二項）現実の占有に限るべきことは別にみたので、それはここではふれない。

また、その占有は沿革的にはともかく、平穩、公然のものであることを要するほか、善意、無過失のものである

ことを要する（第一九二条）。

(6) 本稿でも一部はふれることになるが、わたくしの論文、占有改定と即時取得、現代民法学の基本問題、上巻（一九八三年、昭和五八年）。

(b) 善意など

立法例としては、フランス民法は有名な第二二七九条第一項で、動産については占有は権原 *titres* に値するところだけで、この点についてもとくに規定するところがない。学説もまた一般につきにみる正権原を要するとはしていない¹⁷⁾。もっとも、わが国における對抗要件と公信力の峻別論からは、いささか驚かされる指摘だといふほかはないが、占有者の善意はそれを對抗要件について要求する第一一四一条の準用で、要件とされている¹⁸⁾。つまり、フランスでは對抗要件と公信力の同質性が認められているわけである。しかし、ドイツ民法は第九三二条第一項で、善意であることのほか、まず合意による取得であることを要件とする。わが国の旧民法も第一七四二条（証拠編第一四四条）第一項で、善意であることのほか、まず正権原があることを要件とする。いずれにしても、無過失を要件とする例はない。もっとも、ドイツ民法第九三二条第二項が善意との関連で、重大な過失があるときは、善意者の扱いを受けないとするところを参照¹⁹⁾。

なお、フランス民法第一一四一条は動産の對抗要件として第三者の善意を要するとし、わが国の旧民法も第六三九条（財産編第三四六条）第一項但書で、第三者が知っていたときを除くとしていた（いずれも債務の効果に関する規定）。これを要しないと、あるいは但書を削ったのは、現行民法第一七八条である²⁰⁾。

- (7) M. Picard, in Planiol-Ripert, n° 382; G. Marty-P. Raynaud, n° 393 et 392.
 (8) Picard, n° 381, 2; Marty-Raynaud, n° 394.
 (9) なお、フランス民法第一四一条は現実の占有 possession réelle を取得していることも要件としているが、それもここに準用されている。Picard, n° 381, 1; Marty-Raynaud, n° 393.
 もっとも、わが国の旧民法は対抗要件については以上と同じであるが、善意取得については（おそらくは以上と同じ）とであることが、規定のうえでは）とくに明文がない。
 (10) なお、ドイツでは土地登記の公信力が認められ、その場合には、第三者の無過失を要しないことは、ほぼ明文上明らかであり、また不動産の善意取得に関する第九三二条第二項後段との対比上からも、重大な過失があってもよいと解されている。M. Wolff-L. Raiser, § 45, 5, b).
 (11) また、それがわが国の一般の解釈となっているけれども、わたくしは善意であることを要すると解すべきものと考えている。また、現行民法はフランス民法や、わが国の旧民法が規定する現実の占有を（おそらくは立法の主義を異にするドイツ民法にならって）引渡としたが、これも現実の占有の移転と解釈しなおすべきものと考えている。わたくしの判例研究、動産先取特権と集合動産の譲渡担保の競合、本誌三八巻一号（一九九九年、昭和六三年）、物権法・担保物権法（一九九九年、平成二年）の物権変動（三〇頁以下）。

(c) 無過失

しかし、民法は第一九二条で善意は要件としたが、正権原は要件とせず、その代わりに、無過失を要件とした。ここではくわしい説明はないが、明文上も明らかとなり、特別の保護であるから、不動産の短期取得時効の場合と同じであるべきだからだとする（梅要義）。もっとも、（すでにみたとおり）外国においては条件を同じくしないものが多い（？、少なくとも）が、正当な理由のないことであるから、民法はそれはとらないとする（同前）。そこで、その後の大審院、最高裁の判例はしばらくおき、⁽¹²⁾⁽¹³⁾学説には無権代理の場合もとより、物の取り違えや、

相続の場合にも、善意取得が成立するものがあった（乾法協三一巻九号論文、大正二年、川名要論、大正四年）。しかし、善意取得の場合には、有効な譲受があることを要するとする有力な反対説が主張され（石坂志林一二巻六号論文、明治四三年）、それがその後の通説となっている（末弘、大正一〇年など）。なお、以上では無視された結果になっているが、正権原があることを要するとする横田正権原論文、大正二年、論集、は、以上と同じことになる。なお、後述参照）。ただ、その実定法上の根拠はそれが善意との関連で指摘されるだけで、そのほかは示されず、法の精神などが援用されているだけである。要するに、ドイツ民法の解釈を異にするわが国の現行民法にそのまま導入しようとする見解だということになるわけである。

第一七六条の意思表示による物権変動や、第一七七条の第三者などについては、すでにフランス民法的な規定をドイツ民法的に解釈することが行なわれていたが（横田全体論文、大正八、九年、論集、のいう極端なる独逸法学崇拜者）、末弘博士によってそのことが強く批判され、それがわが国における学説の発展上一つの画期をなしたといつてよい。しかし、ここではその末弘博士によっても、以上にみた条文無視の解釈がそのまま受け継がれているわけである。条文無視の解釈はわが国の民法学の一大特色であり、そのことはまだ完全に払拭されていないということになるわけである。

しかし、正権原が無過失と書き替えられたのだから、解釈上正権原を回復するには無過失の解釈による以外に方法はないことは、不動産の短期取得時効についてすでにみた。そうだとすれば、ここでの動産の善意取得の場合も同じことであろう（正権原があることを要するとする横田論文は、短期の取得時効についても同じとする点でも、注目されるが、無過失との関連が明らかではない点で、以上と同じ疑問がある）。あえてくりかえせば、まず不実の占有が先行していなければならないことは、当然である。しかし、取引によらない占有取得は他の明文にも反するものであって、とうてい認めることができないというほかはない。その意味で、ここでも無過失は不実占有に基

づく正権原と、すなわちそれじたいとしては完全に有効な法律行為と読み替えられるべきである。

(12) 大審院の判例では、紺屋から白木綿を質に取るのは、紺屋の白木綿は他人からの預かり物であることを普通とするから、それを質に取る側に過失があるとす。大判大正七年一月八日民録二四輯二二三八頁、鳩山法協三七卷(大正八年)四号。また、大判大正一〇年二月一七日前掲、立ち木はその土地に属するのが普通であるから、その土地の登記を信ずるのは過失なしとする例。

いわゆる非公式先例としても、馬匹の取引について馬籍の取調をしない者には過失ありとする、大判明治三十五年三月一〇日新聞八〇号一二頁。また、運送人から運送品である玄米を代物弁済として受け取った者には、運送品は他人からの預かり物であるのが普通であるからの理由で、大判昭和五年五月一〇日新聞三一四五号一二頁、また運転手業者から月賦代金を完済していないので、まだ自分の所有となっていない中古自動車を買った運転手業者には、完済まで所有権が移転していないことは十分に知られた取引事情であるからの理由で、過失ありとする、大判昭和一〇年七月九日全集一輯一〇四四(二〇号)一三頁。さらに、鉄工場備え付けの旋盤を買受けるにあたり、それが僅少の債権に基づいて競売され、かつ工場主が経営の生命ともいうべき旋盤を差押えられても意に介しないという事情があり、しかも所有者としての調査も簡単なものであるのに、その調査を怠って、競落した古物商には、疑いを抱くのが当然であるからの理由で、過失ありとする、大判昭和一七年五月九日法字二卷二号六一(一三三)頁。

他方で、解散した酒造会社からその財産全部を買取った債権者と株主は、(会社の包括承継人ではないとしたうえ)賃借動産が設立趣意書および財産目録に会社所有と記載されているからの理由で、過失なしとする、大判昭和六年二月二日新聞三三三三二号八頁。

いずれにしろ、公示の要件と普通の意味での過失との二つの方向が示唆されているわけである。

(13) 最高裁では、強制競売における競落人に、最判昭和三年五月二十九日民集一八卷四号七一五頁、高津法協八三卷九・一〇号(判民第四四事件)、また無効な競売における買主には過失がないとする、最判昭和四一年六月九日民集二〇卷五号一

〇一一頁、野村(好)法協八四卷五号(判民第五二事件)。なお、目的物、電気銅の取引が統制法規違反であることは、ここにいう無過失とは関係がないとする、最判昭和二年一月二十七日民集五卷一三三七七五頁、広中判民第五三事件。

数が少ないことの問題もあるが、ここでも、不動産の短期取得時効の場合と同じく、公示との関係はみられなくなり、ほぼ普通の意味での過失だけが問題とされているわけである。

(d) 第一九五条

そのほか、現行民法では飼育された家畜外の動物が逃亡したときの取得を認める第一九五条も、善意取得の規定の一部とされているようである(以上の条文の順序のほか、先取特権に関する第三二九条参照)。しかし、それが(その原案第三二九条がそうであったように)——もっとも捕獲の時から二〇日とする(善意取得の規定ではなく、無主物先占の規定であることも、平穩かつ公然が定められていないことのほか、まさに以上の意味での無過失が規定されていないことにある)。

なお、最終段階でこれによって取得される権利も所有権から動産の上に行使する権利と書き替えられたが、それはここに取り込んだための形式的、機械的な書き替えであるにとどまる。ここへ移され、文言が替えられたとしても、質権などの取得は問題となる余地はなく、所有権の取得しか問題にならないことも当然であろう(要件も最終段階で、つぎにみる旧民法と同じく、逃亡の時から一か月と変更された)。

現行民法の起草者が非難するように(梅要義)、旧民法が以上のように承継された第八七八条(財産取得編第一三条)第三項(停留より一个月)を先占のところではなく、添付のところ、しかも不動産の添付のところ規定しているのは、一つの欠点といふべきである。しかし、現行民法の規定のように、原始取得と承継取得の壁を乗り越えるものであるほうが、はるかに大きな欠点といふべきである。

フランス民法にこの趣旨の規定はない。もっとも、旧民法の魚あるいは鳩についての（これは移動から一週間（第一項は）期間の猶予のない）フランス民法第五六四条（添付の規定）により、蜜蜂についての（期間同前の）第二項はイタリア（旧）民法第七二三条による。ドイツ民法には第九六〇条ないし第九六四条にこの趣旨の規定がある（無主物先占の規定）。もっとも、野生動物と魚に関するのは第九六〇条だけであり（第二項で遅滞のない追跡を要するとする）、第九六一一条以下は蜜蜂（追跡同前）のみに関する。

なお、現行民法の第三一九条に相当する規定は、旧民法にはあり、第一四四七条（債権担保編第一四七条）第二項、以上はその承継である。もっとも、現行民法の第一九二条が一般の例のように、所有権についての規定とせず、あえて動産の上に行使する権利についての規定としたことも対照。したがって、法定であっても、法定質などであれば、その質の規定と同じく、これは削られるべきものである。

(14) その原案の変更は所有権の章の、先占以下の起草担当者である富井博士の提案に基づく（総会速記録第九巻、第二七、二八回）。

(15) 原案では、善意取得したいが所有権についての規定であり、それを動産の先取特権と動産の質権に準用する形式となっていた（前者は現第三二三条、当時も第三二三条に継ぐ第三二四條——正確には、旧民法そのままに、新たに条文を書き起す形式、後者は現第三五二条、当時は第三四九条に継ぐ第三五〇条。すでに前者は総会での書き替え、移動の修正案で、総会速記録第一三巻、第三九回、第一四巻、第四二、四三回、後者は原案から、第一九二条乃至第一九五条となっていた。これが現在のように、動産の上に行使する権利と改められたのは、条文の明示などはないが、整理会においてであると推測される（同速記録第三巻、第七回）。先取特権についての規定（第三一九条）はそのまま残され（同前、第八回）、質権についての規定（第三四八条）は前（の）善意取得の文言）が改まったため、削られた（同前）。

(e) 現代表記化

ところが、平成一六年の現代表記化改正（法律第一四七号）で、第一九二条に「取引行為によって」占有を始めたこととの文言が加えられた。現代表記化改正のついでに、学説、判例のほぼ一致して認めているところではできかぎり取り入れるとの方針の下での追加であることは、いうまでもない。

一般に認められているところというのはたしかにほぼそのとおりの改正であるが、しかしその結果、おそらくは改正の意図にも反することになるであろうが、それが有効なものであることを要しないようにみえる点で、そもそも疑問がある。また、現在の通説ではないとしても、不動産の短期取得時効と動産の善意取得とは同じ性質のものとの起草者の観念に反することになるのみならず、現在の通説、判例の沿革の無知あるいは条文の無視の態度が明文のものとなったわけであり、はなはだしく問題だというほかはない。

そこで、どうするかの問題が生じたわけである。もとより、無過失を要件とすることは、とくにその必要はないとしても、正当とすべきである。なぜなら、単に善意としかぎりでは、それは要するに大なる不注意を意味するまでであり、保護に値しないことは、当然だからである。また、つぎにみる第一八六条第一項はあるが、取得者側の善意ではなく、回復者側の悪意が立証されるべきことも、当然であろう。

とにかく、取引行為によることが明文化されたのだから、過失は普通の意味での過失となったとすることも、一つの方法であろう。しかし、善意取得に無過失を規定することが異例の立法であることは、すでにみた。のみならず、それでは、不動産の短期取得時効と動産の善意取得とは同じ性質のものとした起草者の観念に反することになる。そうだとすれば、無過失はなおいずれも不実公示に基づいた正権原と読み替えるべきであり、ここでの取引行為によることは無意味な重複として無視する以外にないであろう。新条文でも旧条文を無視してできたものであるかぎり、同じく無視されるほかはないとすべきである。

(八) 立証責任

なお、別に第一八六条第一項によって、占有者の所有の意思、善意、平穩それに公然な推定される。したがってこれを反対解釈すれば、無過失は推定されないことになり、そのように解されている。

しかし、旧民法はそれとは別に、善意取得についての第一七四二条（証拠編第一四四四条）第二項じたいで、善意のほか、まず正権原が推定されるとする。現行民法はこれを正権原を不要としたからとの理由で、削ったわけである。フランス民法の解釈については後述する。ドイツ民法は別に第一〇〇六条で所有者と推定する。

そこで、その後の大審院の判例も無過失は推定されないことを示している。¹⁶ 学説もこれを受け入れていたが、しかしその後、学説ではこれに対する批判が有力となり、理由はともかく、善意のほか、無過失も推定されるべきだとするようになっていく。その理由としては占有者は適法に権利を有するものと推定する第一八八条をあげるものがあり（我妻 戦後版・広中など）、以上の善意を推定する第一八六条をあげるものもある（舟橋、好美注 釈民法七巻など）。

そのため、最高裁の判例も大法院判決ではないが、大審院の判例を改め、第一八八条説に従い、推定されるといふにいたった。¹⁷

しかし、第一八八条は本権の訴に関する規定であって、ここでの問題に関するものではない（藤原判タ三〇二号、研修所論文、昭和四二、三年）。これは旧民法第四八六条（財産産編第一九三条）を承継したもので、動産についての適用を否定する必要はないけれども、むしろ不動産に適用されるのがその本体である。そうだとすれば、不動産についても同じことがまず問われるべきであろう。また、第一八六条は無過失を普通の意味での無過失とみるからそうなるのであるが、ここでの無過失が特殊なものであることは、すでにみた。これは旧民法第四七九条（同編第一八六条）ないし第四八一条（同編第一八八条）を承継したものであり、とくに第四八〇条（同編第一八七条）

は正権原がある場合にだけ、善意を推定していた。

わたくしも現在の通説の結論には賛成すべきものと考えているが、その理由は別に二つのものをあげるべきものと考えられる。一つは起草者の一人である富井博士もいうように（原論）、¹⁸ 以上は要するに起草の誤りにすぎないことである。正権原を無過失と書き直すべきだとしても、無過失として推定するかは、なお問題として残るはずである。

もう一つはフランス民法の解釈である。すなわち、占有は権原 *titre* に値するというのは、動産については契約証書が作られないのが普通であるから、そうなるともされている。つまり、証書は作られないのが普通であるけれども、契約によるのが普通であるうとの推定でもあり、占有は証書に値するともされているわけである。¹⁹ そうだとすれば、¹⁸ 以上はそれも承継しているというのがすなわちであろう。いわば第一九二条説をいうべきである。¹⁹

不動産の短期取得時効についても、すでにみたとおり、結果は同じだといふべきである。もっとも、不動産については、以上の意味での推定が認められないことは当然であろう。しかしまた、それは登記に基づき、みずから登記していることを要する以上、その登記の推定力によって無過失すなわち正権原は推定されるとすべきである。

動産の善意取得の場合には、取得時効の場合とは異なって、善意などの継続を要しないことは、当然であろう。そうして、その基準時が占有取得の時であることは、第一九二条に明文がある。したがって、占有者がそれ以後に悪意になることがあっても、それはここにいう善意である。

(16) 大判明治四一年九月一日民録一四輯八七六頁。大判大正六年七月二六日民録二三輯二〇〇三頁。大判昭和七年六月二九日民集一一卷一二六七頁、菊井判民第一〇一事件。大判昭和八年五月二四日民集一一卷一五六五頁、我妻判民第一一〇事件。

いわゆる非公式先例としては大判昭和五年五月一〇日新聞三二四五号二頁。

(17) 最判昭和四一年六月九日民集二〇巻五号一〇二頁、二〇トン未満の船舶、野村(好)法協八四巻五号(判民第五二事件)。最判昭和四五年二月四日民集二四巻二二号一九八七頁、未登録の自動車、石田(穰)法協八九巻五号(判民第八六事件)もこれをいふ。

(18) Picard, n° 374 et sui.; Marty-Raynaud, n° 400 et sui.

(19) なお、現行民法の第一七八条が旧民法第六三九条(財産編第三四六条)を、旧民法はフランス民法第一一四一条を受け継ぐものであることはすでにみたが、その旧民法の公布案にある証書の日附はフランス民法以来のものであるその原案(第三六六条)の titre の翻訳であるから、本文とは逆に、権原の日附の誤訳である可能性があるであろう。

善意取得についてもまだその効果などふれるべき点が少なくない。しかし、それは別に問題とすべきものである。ただ、盗品、遺失物の取り扱いと沿革については、議論の都合上ふれておく。

(二) 第一九三条

(a) 権利の帰属

第一九三条が定める二年間の回復請求が認められる間の所有権の帰属については争いがある。未弘博士以来(それ以前にも横田、その後我妻 など)その場合にも、善意取得は認められ、したがって以上の請求権は法律がとくに認めた債権的請求権だとする説が主張され、有力であるが(横田は回復請求が認められる場合には、遡及的に権利が回復されるとするが、未弘は遡及効も認めるべきではないとする)、²⁰⁾そうではなく、善意取得は認められないという意味であり、したがって以上の請求権は物権的請求権だとする説が対立している(石田(文)、田島(広中)。判例はその理由はともかくも、一貫して後説によっている。しかし、それは規定の形式の上では例外であるけれど

も、実質の上では第三者保護の基礎である(非任意の占有移転があった場合には認められず、前条もじつは任意の占有移転があった場合に限って認められる)から、その適用がなく、権利取得はないとするのが当然であろう。

フランス民法の解釈としても同じである。²⁰⁾ドイツ民法は第九三五条第一項の明文で、単純明快に善意取得の適用がないとする。わが国の旧民法も同じ理解であろう。現行民法もこれを前提とする(修正案理由書、富井原論)。

(20) Picard, n° 389; Marty-Raynaud, n° 396, 2.

(b) 回復請求権の性質

また、第一九三条が定める回復請求権の性質は、一般にはすでにみた。しかし、わが国で善意取得についての最もくわしい文献である好美注釈民法(七巻)によっても無視されている見解であるが(ただし、石田(文)、それはドイツ民法が別に第一〇〇七条で定めている前占有者の請求権 Ansprüche des früheren Besitzers と同じものとみるべきだとの見解がある(薬師寺志林一九巻五 七号論文、大正六年。すでに中島積義)。その請求権者は所有者などではなく、被害者または遺失主であり(旧民法は所有者とあるが、フランス民法は現行民法と同じ)、占有のみを根拠としているわけであるから(もっとも、第二〇一条など対照)、²¹⁾極論をいえば、盗まれた盗人も請求権者だというわけではないからである。わたくしもこれによるべきものと考ええる。

フランス民法は返還請求とし、ドイツ民法についてはすでにみた。わが国の旧民法も返還請求であるが、現行民法はすでにみた。

(c) 回復期間の性質

さらに、第一九三条が定める二年の回復期間は、一般には除斥期間を定めたものと説明されているのは、それじ

たいとしては、当然のことであろう。ただ、有力学説には中断・停止の認められる出訴期限とする説（近藤・田島もこれか）や、消滅時効とする説もあるが（舟橋）、動産について短期二年の取得時効を定めたものとみるべきである。

いずれにしても、除斥期間というようないずれに用いられている概念であればともかく、出訴期限というようないずれに用いられている概念をともにその内容を説明することもなしに用いることじたいが問題であることは、いうまでもない。実質的には消滅時効とするのと同じことであろう。

フランス民法の解釈でも、現在は除斥期間説が一般である。⁽²¹⁾ ドイツ民法が一〇年という長い期間ではあるが、別に取得時効を規定していることは、いうまでもない。わが国の旧民法では以上は必ずしも明らかではないが、時効としているのである（第一六九〇条・証拠編第九二条参照⁽²²⁾）。現行民法についてはすでにみた。

しかし、沿革的にはともかく、現行法では、回復請求の制限を考えるべきではないから、たとえば盗難後二年間盗入のもとに蔵置され、あるいは遺失後二年間野ざらしにされているも、その間は期間の進行は眠っているといふべきで、正権原・善意の占有が開始されてはじめて、その期間は進行するといふべきであり、その意味で以上は取得時効の期間とみるべきである。

そうして、これは取得時効であるから、善意などの要件も継続を要するといふべきである。したがって、すでにみた一般の場合とは異なり、占有開始後、二年が経過するまでに、占有者がたとえ悪意になったときは、この取得時効は認められないことになる。

立法論としてはこの二年の期間は中途はんばであり、三年とするのが適切であろう。フランス民法第二二七九条第二項は三年——ロオマ法の動産についての三年の取得時効を受け継いだもの、もっともロオマ古典法ではわずか一年であった（原田ローマ法）、ドイツ民法第九三七条第一項は取得時効として一〇年である。もっとも、ドイ

ツではそれは長すぎるとの批判が有力である。⁽²³⁾ 以上の二年はわが国の旧民法第一七四三条（証拠編第一四五条）第一項以来のものである（その原案第一四八二条第一項では一年）。旧民法の円熟した起草者、ボワソナードとしては、珍しく取引安全保障の考慮を一面的に強調しすぎたといふほかはない（以上の二年への短縮、明文にこそならなかったものの、その原案第一項では、一年とするほか、第一次的取得者に対してのみ回復請求を認め、第二次的取得者などには認めないとするなど。その後もこれに、すなわち原案第一項の相手方制限に賛成する学説もあるが、川名要論、石田（文）、一般にはこの区別は否定されている、我妻——次述の存在意義についての議論からは矛盾の観があるが、など。さらに、後述代価弁償の原案も参照）。

(21) Picard, n° 383; Marty-Raynaud, n° 393.

(22) わたくしの論文、消滅時効と除斥期間、本誌四一巻一号（一九九二年、平成四年）参照。

(23) Wolff, Raiser, §71, I, 3.

(d) 存在意義

最後に、盗品、遺失物の取り扱いは一方では、現代法の理想に適さないものであり、だからできるだけ制限的に解すべきものだとする評価があり、有力となっているが（我妻 以来、田島も）、必ずしもそうではなく、それも十分に存在理由のあるものだとその評価も示されている（舟橋など）。わたくしは盗難、遺失の場合にも回復請求を認めないとする手形などの処理はあり（同法第一六条）、またドイツ民法第九三五条第二項のように、無記名有価証券 Inhaberpapier のほか、金銭への適用が問題となり、いずれも否定されているのは正しいとしても、一般的には後者の評価に従うべきものと考え（そのほか、喜多外観優越）。

(ホ) 沿革

善意取得は中世のゲルマン法の法理を受け継ぐものというのが、わが国での一般の指摘となっているが（原田史的素描は例外、柚木、田島も注目）、それはフランス、ドイツでの一般の指摘とはかなり異なっており、疑問である。

第一に、ゲルマン法の発想は回復請求の制限であり、したがって占有取得者の側の権利取得を意味しない。しかし、現行法では第一九二条の明文で、その効果は権利取得とされている（反対、伊藤（高）名大論集三四号論文、昭和四一年）。それはロオマ法の取得時効の影響である。

第二に、その要件もゲルマン法の発想では回復請求の制限であるから、占有取得者の側には特別なものは求められていない。しかし、現行法では第一九二条の明文で、善意、無過失などのときはとされている。それもロオマ法における取得時効の正原因および善意 *justa causa et bona fides* の影響である。

第三に、盗品、遺失物の取り扱いもゲルマン法の発想では回復請求の制限であるから、請求は認められず、刑事的手続によることとなる（追跡 *Spurfolge*、掴取の訴 *Anetanklage*）。しかし、現行法では第一九三条の明文で、盗品、遺失物の取り扱いが定められている。それもロオマ法における取得時効の対象が盗品 *res habitis* でないことの影響である。

第四に、ゲルマン法の発想では回復請求の制限であるから、現行法での第一九三、一九四条の明文で、二年の回復期間の制限などが定められているのは、その影響といえないこともない。しかし、それはすでにみたように、三年のほつが一般の例であり、その期間もロオマ法の取得時効の影響、転用である。

もっとも、ドイツ民法第九三五条第一項は単純明快に、盗品、遺失物その他失われた物については、以上の（善意取得の）規定は適用がないということとまる。わが国の現行民法第一九三条、旧民法第一七四三条（証拠編第一

四五条）、フランス民法第二二七九条第二項とは異なり、回復請求とその期間制限を認めていない。もっとも、ドイツ民法は別に第九三七条以下で一〇年の動産の取得時効を認め、また第一〇〇七条で前占有者の請求権を認めていることは、すでにみた。

最後に、第一九四条の代価弁償は中世の商人に、すなわちユダヤ人に認められた特権であり、これを否定したロオマ法の影響とはいえないが、ゲルマン法そのものともいえないことになる。

もっとも、ドイツ民法第九三五条第二項は金銭、有価証券のほか、公の競売のみについて、単純明快な適用除外の否定であるにとどまる。わが国の現行民法第一九四条、旧民法第一七四四條（証拠編第一四六条²⁵）なお、第一七四五条・同編第一四七条は無記名債権証書 *titre de créance payable au porteur ou cessible par la simple tradition du titre*²⁶ については別に定めるとする）、フランス民法第二二八〇条とは異なり、回復請求の制限はもっとも代価弁償も認めていない。

なお、他に例をみない現行民法特有の第一九五条については、すでにみた。
もしそうだとすれば、以上はゲルマン法とロオマ法における取得時効との合作というのが正確である。

(24) フランス語については Picard, n° 368 et 369; Marty-Raynaud, n° 390; ドイツ語については Wolff-Raiser, § 68 参照。

なお、フランスでは二三世紀からロオマ法への回帰が始まり、善意取得が完成したのは一八世紀だといわれている。
ドイツでもフランス民法の規定が一八六一年の普通ドイツ商法、いわゆる旧商法に第三〇六（盗品・遺失物への不適用を含めて）、三〇七条（無記名有価証券 *Papier auf Inhaber* への適用）として、受け継がれ、現行法にいたったといわれている。

(25) もっとも、その原案第一四八三条はこれとは異なり、単純明快な返還請求の否定であった。この点はドイツ民法に近い

わけである。公布案までに、内容が変更されたことになる。

また、原案第一四八三条bisはその場合の、一年など、以上と同じ条件での債権的請求権を定めていた。しかし、これも公布案には現われていない。

したがって、公布案（全六か条）までに、原案（全八か条）の第一四八三条bisと第一四八六条bisとが（後者の一部は前条に送られたうえで）削られ、第一四八三条は逆のものに変更されたわけである。

(26) 以上で無記名債権証書 *titre de créances payable au porteur ou cessible par la simple tradition du titre* といわれているのは、現行法でも無記名債権「証書」である。

おわりに

本稿では、一方の短期取得時効についてはともかく、他方の善意取得については、都合上、第一九三条ないし第一九五条にもふれ、またその沿革にもふれることになったが、念のため、以上をまとめると、こうなる。

以上にみた不動産の短期取得時効と不動産の善意取得にいう無過失は、もともとはいずれも正権原となっていたものであるのを、現行民法で書き替えられたものであり、したがって一般的なものではなく、特殊なものだということである。そうして、そこに登記、占有の問題も含まれていることなどを考えるかぎり、解釈論としては、むしろ逆に、無過失を不実公示に基づく正権原と読み返すことが正当だということになる。それと同じことであるが、不動産の短期取得時効と不動産の善意取得は明文上同じ性質のものだとされているばかりでなく、そのことじたいは正当だと考えられるのだから、解釈論としても、そのように解すべきだということになる。

なお、意思表示の場合の善意（無過失）も、とくに不動産取引における第三者保護が問題となる場合には（第九四条第二項、第九六条第三項）、登記との関連で、以上の議論が関係することになるであろう。

そのほか、これとの関連で、現代表記化改正についていえば、第一に、第一六二条第二項で従来他人の不動産を他人の物と改めた点は、民法のしくみをくずすものであるから、直ちに元にもどし、不動産とすべきであろう。第二に、第一九二条で従来なかった取引行為によつての文言を加えた点も、それじたいが不完全であるばかりでなく、無過失の特殊性を無視するものであるから、直ちに元にもどし、ないものとすべきであろう。

もとより、いずれについても、過失を正権原と明文化するというのであれば、大いに歓迎すべきことであろう。また、正権原は現代表記としてはやや適切を欠くというのであれば、それも一理あることであるかもしれない。しかし、それには公示の問題を考えなければならず、また単なる取引行為ではなく、有効な取引行為でなければならぬ。明らかならざる限り、必ず無過失すなわち正権原の文言を削ることが伴われなければならないことも、すでにみたところから、明らかであろう。