

# 即時取得制度の証拠法上の機能と現代的意義

杉 浦 林 太 郎

## 第1章 はじめに

### 一 問題の所在

わが国の民法 192 条に「取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。」と規定される即時取得制度は、通説によると、動産を占有している売主が無権利者であっても、売主が権利者であると買主が信頼して取引をした場合には、買主に即時に所有権を取得させる制度であると理解される<sup>1</sup>。

民法 192 条に関しては、「即時取得」と「善意取得」という呼称がいずれも用いられているが、本制度の目的として何に重点を置いて捉えるかという立場の違いを反映している。

民法 192 条において表題として用いられているのは「即時取得」という呼称であり、現在、この名称を用いる論者は、主として、本制度を、取引の安全等の目的のために動産を占有する者に特別に権利を取得させるものであると理解しており、対して、「善意取得」という呼称を用いる論者は、

---

1 我妻栄=有泉亨『新訂 物権法（民法講義）』（岩波書店、1883年）226頁、舟橋諄一『法律学全集 18 物権法』（有斐閣、1960年）230頁、川島武宜=川井健編『新版 注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、2007年）（好美清光執筆）193頁など。

本制度を、取得者の善意、信賴の保護のために動産の善意取得者に権利を取得させるものであると理解する。「善意取得」という呼称は、厳密には、民法 192 条以下に規定される制度のみを指すものではなく、そもそもは手形法分野で用いられていた用語が、第二次大戦後に民法の議論にも持ち込まれて用いられているものである<sup>2</sup>。なお、善意取得という用語は、取得時効なども含んだより広い範囲を持つ用語である点、および、平成 16 年の民法現代語化によって加えられた修正の中で、取引の安全保護という視点が強められたと考えられることなども含めて、本稿においては、「即時取得」という名称を用いる<sup>3</sup>。

即時取得は、上で述べたように、善意の取得者に動産の「所有権を即時に取得させる」効果を持つと考えるのが通説の理解である。

これに対して、伊藤高義教授は、善意の取得者に即時に動産の所有権を取得させるという理解では、即時取得の問題となる場面で、所有者の利益と取得者の利益の衡量において、所有者を過剰に保護することになるのではないかという疑問を提起した。伊藤教授が特に問題として取り上げたのは、「(i) 甲から賃借していた物を、賃借人乙が、民法一九二条の要件を具備した丙に売った。その後、乙は丙から買って再び占有するに至った」という場合と、「(ii) 前の設例において、賃借人乙が丙に勝手に売却したのだという事情を知っていた丁が、丙から買って引渡を受けた」という場合であり、丙が 192 条の要件を具備して取得した時点で所有権者となり、所有権者である丙から当該物を購入したということで、(i) の場合には乙が、(ii) の場合には丁が、物の所有権を取得できることになるという

---

2 善意取得という呼称を用いる代表的な著作として、喜多祐『外観優越の法理』(千倉書房、1976 年)などが挙げられる。

3 なお、かつて、道垣内教授は、即時取得という用語を用いる論者は、この制度を時効制度の一種として捉え、他方で、善意取得という用語を用いる論者は、表見法理の一種として捉えているとの指摘を行っている。後者については間違いはないが、前者については、沿革は別として、必ずしも一般的に即時取得という用語を用いる場合に時効の一種であるということまで念頭においているか疑問である。道垣内弘人「無権限者からの即時取得」法学教室 300 号 (2005 年) 98 頁。

不当な結果が生じうる、ということの問題であるとした<sup>4</sup>。そして、即時取得は、返還請求権の制限ないし拒否の形式となっていることを指摘し、上記の (i) と (ii) の場合について、それぞれの取得者に 192 条の効果が及ぶかどうかを検討していくべきであるという、いわば相対的な解決の可能性について言及を行った<sup>5</sup>。

伊藤教授が問題意識として挙げた 2 つの設例だけを解決するのであれば、伊藤教授の見解に対して寄せられた批判、たとえば、伊藤教授が問題としたのは例外的な場面であり、即時取得を所有権の取得であると構成しておき、問題となっているような場面では、占有者が返還請求を拒むことを権利濫用により制限すれば足りるという考え方もでき<sup>6</sup>、あえて従来の理解を覆すほどの問題ではないと考えることもできるかもしれない。

また、即時取得を所有権の取得と構成した上で、占有委託物であるか占有離脱物であるかによって処理は異なるが、占有委託物の場合には、債権法上の原状回復義務として返還請求を認め、占有離脱物の場合には、所有権に基づく返還請求権の変容としての不当利得の返還請求により、返還を認めるべきである<sup>7</sup>、と考えることもできるかもしれない。

しかし、伊藤教授が設定したのは別の問題も考えられうる。

そもそも、即時取得制度が問題となる場面では、問題となっている動産が、所有者が自らの意思によって他者に委ねたもの（占有委託物）なのか、所有者の意思によらずに遺失や窃盗により失われたもの（占有離脱物）なのかにより、その処理を異にする。占有離脱物の場合には、民法 193 条において、真の所有者（遺失者または被害者）に、2 年間、取得者からの物の返還を認める。他方で、占有委託物の場合には、真の所有者は物自体を取り戻すことはできず、自分が物を委ねた相手に対して債権法上の損害賠

---

4 伊藤高義『物権的返還請求権序論 実体権的理解への疑問として』（滋賀大学経済学部、1971年）4頁。

5 同上、143頁。

6 川井健『民法概論 2 物権』（有斐閣、1997年）114頁。

7 好美・前掲注（1）196頁。

償を請求し、金銭において救済を受けることになる。

こうしたことは、問題となっている「動産」が、通常の商品や、代替物の入手が容易な種類物については納得できる。しかし、物自体に取引的価値を超える文化的及び精神的な価値の認められるような物品、たとえば、文化財などの文化的価値を有する物や、所有者にとって精神的価値のある物、たとえば、家族の思い出の品のような物が対象となる場合にも、取得者に即時に動産について行使する権利を与え、物自体とより緊密な結び付きを有していた本来の所有者には、金銭による埋め合わせで満足することを甘受させるということは、はたして適切なのだろうか。

本稿では、そのような問題意識の下で、あえて、現行法における通説的な理解を離れ、即時取得制度の再検討を行う。まずは、現行法における即時取得の位置づけについて簡単に言及をし、それから、現行民法の前身となった旧民法や旧民法の草案での即時取得にあたる規定の位置づけとその役割について整理をし、同時に、フランスにおける理解を取り上げ、最後に、即時取得制度の性質の変化とそうした立法事情がなお存在するののかについての簡単な検討を行う。

## 二 現行法で即時取得を取得時効として扱う余地

従来、即時取得については、その性質を超短期の取得時効と理解するか、あるいは、取得時効とは異なる取得者保護の制度と理解するかという点で、見解が分かれていた<sup>8</sup>。

前者については、後に詳しく述べるが、旧民法下での民法 192 条の前身となる制度の位置づけと、平成 16 年の民法現代語化以前の取得時効に関するかつての民法 162 条の規定のされ方が根拠として取り上げられていた。

現代語化以前の民法 162 条では、「1. 二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得ス 2. 十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動産ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニシテ

---

8 佐久間毅『民法の基礎 2 物権』（有斐閣、2006 年）141 頁など。

且過失ナカリシトキハ其不動産ノ所有權ヲ取得ス」という形で規定がなされており、この文言によると、1項に規定される長期の取得時効の対象は「物」であり、不動産と動産との両方を対象とするが、2項に規定される善意を要件とする短期の取得時効に関しては、その対象が「不動産」と規定されているために、動産を対象とせず、その代わりに、動産については超短期の取得時効として192条が用意されているのだということが考えられた。

ところが、平成16年の民法現代語化に伴い、同条は、「1. 二十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有權を取得する。 2. 十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有權を取得する。」と、2項の「不動産」が「物」へと改められ、動産についても10年の短期取得時効の対象となることが明らかとされた。

このように162条が改正されたことにより、192条を時効の一種として捉えることは困難になり、また、192条に「取引行為により」という文言が追加されたことにより、192条は取引の安全ないしは取得者の信賴を保護するために善意の取得者を保護する制度であると捉えられるようになった。

したがって、現行の民法で即時取得制度を時効として理解することは、もはや困難である。現在の192条は、動産の善意取得者に、取引の安全のため（又は取得者の信賴の保護のため）、特別な保護を与える制度と理解することが自然である。

しかし、以下で見ると、旧民法下では、異なる構想の下で即時取得制度にあたる規定は位置づけられていたことになる。次の章では、旧民法で考えられていた即時取得制度に当たる動産の取得時効の規定の状況を紹介し、立法者がその規定をどのような構想の下に位置付けていたのかを整理する。

## 第2章 旧民法での動産の取得時効と証拠法としての位置づけ

### (1) 旧民法における規定の状況

即時取得にあたる規定は、明治23年(1890年)に公布された旧民法の証拠編144条に「正権原且善意にて有体動産物の占有を取得する者は即時に時効の利益を得...」と置かれていた。ボワソナードは、当該規定を、「即時ノ時効」を定めたものであるとしたうえで、「実ニ仏国法律ハ曖昧ナル方法ヲ以テ論セント欲スルモノノ如シト云フコトヲ得ヘシ。草案ハ斯ル曖昧ナルコトヲ掲ケント欲セスシテ此ニ必要ナル二箇ノ占有ノ条件ヲ明示セリ。正名義及ヒ善意是レナリ<sup>9</sup>」と説明し、「正名義及ヒ善意」を占有の条件とし、単純な所持と区別する。そして、有体動産は証書を用いずに瞬時に授受され所有者を変えるため、買主もしくは受贈者が所有者からの返還請求を受けることを防ぐために<sup>10</sup>、正名義、正原由と善意を要件として、買主もしくは受贈者に「完全な権原」を認めるとしているのである。

続く145条においては、「動産物の占有者が正権原を有し且善意なる場合に於ても其物が所有者の盗取せられたるもの又は遺失したるものなるときは其所有者は盗難又は遺失の時より二個年間は占有者に對して其物の回復を請求することを得但占有者が其物を有償にて受けたるときは其譲渡人に對する償を妨けず 背信に因りて隠匿し又は詐欺を以て得たる物には本條を適用せずして前條の規定に従ふ」と、即時の時効の要件を満たしていても、物が「盗取せられたるもの又は遺失したるもの」である場合には、

9 ボワソナード民法典研究会編『再閣修正民法草案注釈(ボワソナード民法典資料集成)』(雄松堂、2000年)712頁。

10 「若シ買主若クハ受贈者カ其實際想像スルコトヲ得サル所ノ取戻ニ遭フノ迷想ヲ受クルトキハ是ヨリシテ大ナル一個人ノ損害生シ其損害ハ数多ナルカ故ニ随テ一般ノ損害ト為ル可シ而シテ若シ此損害ニシテ非常ノ注意ヲ以テ僅カニ之ヲ避クルコトヲ得ルトスルモ此ニ尚ホ動産ニ付テノ取引ノ稀有ナルカ為メニ更ニ大ナル損害ヲ来ス可シ法律カ占有ニシテ正原由ト善意トノ此二箇ノ資格ヲ有スルトキハ此レノミニテ所有權ノ権原即チ完全ナル権原タルコトヲ認可セシヤ取モ直サス右ニ様ノ危難ヲ醫センカ為メノミ而シテ此占有ニハ總テノ時ノ条件ヲ免セサル可カラス」同上、713頁。

即時時効の適用は、「己れの物を他人をして引渡ししむるの危難に委したる動産の所有者は不注意若くは懈怠の過失を免かれ」ないが、盗難と遺失に関しては、「通常の注意に拘はらず之が予防を為すことを得さりしものと看做さる可きの事実」であるし、取得者は「疑心を起さるるを得ざる可」きであるので、所有者は遺失又は盗難の時から二年間、物の回復請求をすることができる<sup>11</sup>、146条においては、「盗取せられ又は遺失したる物を競売又は公の市場に於て又は此類の物の商人若くは古物商人より善意にて買受けたる者あるときは所有者は其買受代価を弁償するに非されは回復を為すことを得ず 此場合に於ては右の代価に付き所有者は売主に対し又売主は譲渡人に対して求償権を有し終に盗取者又は拾得者に遡る」と、取得者が盗品又は遺失物を、競売又は公の市場又は此種の物の商人もしくは古物商より善意で購入した場合は、所有権者は、取得者が当該物の購入に要した代価を償還しなければ返還請求をすることができないとした<sup>12</sup>。

これに対して、1898年に施行された明治民法においては、旧民法の規定から数点の転換が図られている。まず、192条の規定について、起草委員たちは、旧民法のような即時の時効ではなく占有の効力として位置付け、本条の効果として所有権を取得するものであると考えていた。この点については、時の経過によって法律がある効果を生じさせるのが時効であるということと、時の経過を必要としない即時、瞬間の時効を認めるということは、互いに矛盾すること（自家撞着）であり<sup>13</sup>、占有をしたとたんに所有者になったということなので、時効として規定するのは穏やかではなく、占有権の効果として位置付けることが穏やかである、と説明される<sup>14</sup>。

また、旧民法では前述のように、即時時効の成立のために「正権原」を善意とともに要求していたが、それに対して、明治民法では「正権原」の

---

11 同上、716頁。

12 同上、722頁。

13 法務大臣官房司法政調査部監修『法典調査会民法議事速記録2』（法務図書館、1976年）341頁。

14 同上、83頁。

要件は条文から脱落している。即時取得の要件としての正権原の要否については、議論されていない。しかし、法典調査会において、土方委員が、即時取得により取得者の取得する権利は、対第三者的な権利に止め、自分より優れた権利を有する真の所有者に対して主張できるものではないと理解するべきではないかという見解を述べる前に、旧民法証拠編の144条と、明治民法192条とは、「唯正権原ト云フコトガ違ウ丈ケデ外八同ジコトデアルト解シテ居リマス」と、確認的に述べているだけであり、議論が行われずに本条が確定されている。

正権原ということは、すなわち、取引が有効に行われたということの意味する。即時取得制度を起草する際に、正権原を要件から外しているとしても、第一に、即時取得制度が取引の場面を念頭に置いて制度設計されていたことは疑いがない。

この点については、わが国の取得時効についての条文の起草過程においては、「正権原」ということを、時効も含めて、民法上の規定の要件として定めることを放棄したが、代わりに、無過失ということが様々なところで用いられるようになっていき、192条においても正権原の代わりに取得者に無過失を要求していくことによって、不正な取引による取得を排除しようとしたのであった。

なお、この点については、旧民法では、他人物売買は、フランス法にならい、財産取得編42条において「他人の物の売買は当事者双方に於て無効なり、……」と規定され無効であるとされたが、明治民法の起草過程で、他人物売買が有効であると転換されたこととも関連する。すなわち、即時取得の問題となる、他人物の売買が行われた場面においては、当該契約が有効に成立してさえいれば、正権原の要件は満たされていることになる。以上のように、明治民法の起草者たちは、あえて、192条の文言に、正権原や取引による取得であることは明記しなかったのであろうことを伺い知ることができるが、明記されていないことによって、裁判において、取引行為によらない動産の取得にも本条が適用されるのかが問題とされることになった。



結局、前述の民法の現代語化に際して、「取引行為によって」という文言が加えられることにより、正権原の要件が復活したことになる。

## (2) 証拠法としての即時取得の意味

上で見たように、旧民法の下では、即時取得にあたるものはその効果を即時に時効の利益を得ると規定されていた。それでは、旧民法下での時効の利益を得るということはどのような意味を持っていたのであろうか。

この点については、星野英一博士によって優れた先行研究がなされている<sup>15</sup>、証拠法の再評価の試みが進み先行業績の蓄積があるために<sup>16</sup>、本稿ではとりわけ、葉晶珠「訴訟法としてのボワソナード民法 「証拠編」を中心として」<sup>17</sup>を用いて、簡潔に触れるにとどめる。

旧民法は、「財産編」、「財産取得編」、「債権担保編」、「証拠編」、「人事編」の編別を採用しており、すでに述べたように、即時取得に当たる「財産の取得時効」の規定は証拠編に置かれていた。

同条文の証拠法での位置づけについては、立法者であるボワソナードの意思のより明確に表れる、旧民法の下敷きとなった草案、いわゆるボワソナード草案を素材に検討を行う<sup>18</sup>。

ボワソナード草案では、序章の後、第1編「人」、第2編「財産」、第3編「財産を取得する諸方法」、第4編「債権の担保又は保証」、第5編「証

---

15 星野英一「時効に関する覚書 その存在理由を中心として」法学協会雑誌 86 巻 6号・8号(1969年)、89巻1号(1972年)、90巻6号(1973年)『民法論集 第4巻』(有斐閣、1978年)所収167頁。

16 石田穰「証拠法の再構成」(東京大学出版会、1980年)、吉井啓子「証拠編とは何か」法律時報70巻9号(1998年)45頁など。

17 葉晶珠「訴訟法としてのボワソナード民法 「証拠編」を中心として」一橋法学12巻2号(2013年)227頁。

18 ボワソナードの民法草案については、プロジェクト初版、プロジェクト第二版、プロジェクト新版の3種類あるが、旧民法の公布後に刊行された決定版であり最高峰である(金山直樹『法典という近代 装置としての法』(勁草書房、2011年)56頁)プロジェクト新版(Gustave Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, nouvelle édition.* (1890-1891年、四冊本))を、本稿では取り扱う。

拠および時効」<sup>19</sup> という5つの編が置かれており、この第5編の中に、第1部の「証拠」と第2部の「時効」2つの部が置かれていた。

現在のわが国の立法では、実体法を民法として規定し、手続法を民事訴訟法や民事執行法や民事保全法などとして規定するという区分がなされているが、ボワソナードは、民法典の中に、実体法の他に証拠法と訴権法とを含んで規定し、民事訴訟法典の方には狭義の民事手続きのみを規定するという区分での立法を構想していた<sup>20</sup>。

ボワソナード草案の証拠法では、証拠方法を分類し、証拠能力および証明力に階層的な序列を設けた。規定の順序は、第1章「裁判官の考覈 (expérience personnelle du tribunal)」第2章「直接証拠 (preuve directe)」第3章「間接証拠 (preuve indirecte)」となっているが、第一の証拠方法として位置づけられるのが、「人による証 (témoignage de l'homme)」である直接証拠であり、直接証拠によって十分に証明ができない場合に、推定 (présomptions) を用いた間接証拠が用いられ、補充的に、裁判官が証拠資料や当事者尋問を通じての総合判断により裁判の棄却を宣言したり、臨検や鑑定を行うことによって自ら裁判を決したりする裁判官の考覈も用いることができるとされていた<sup>21</sup>。

それぞれの証拠方法の中でも証明力の程度により区分がなされる。直接証拠の中では、完全な証明力を持つものと不完全な証明力しか持たないものがあり、前者にあたるのが、書証 (公正証書および私文書)、裁判における口頭自白、裁判外の宣誓<sup>22</sup>であり、法律が裁判官に、証拠にしたがう心証形成を命ずる。対して、後者にあたるのは、証言である。ボワソナード民法は、書証を優先するフランス法の原則を採用しており、証人は制限

---

19 第5編に関しては、慣例的に単に証拠編と呼称しているため、本稿でも以後は証拠編と呼ぶことにする。

20 葉・前掲注 (17) 243頁。

21 葉・前掲注 (17) 246頁。

22 ボワソナードは、裁判外の宣誓を、一種の和解の性格を持つものとして考えていた。詳しくは、野原香織「旧民法ボワソナード草案における「裁判外の宣誓」明治大学大学院法学研究論集 41号 (2014年) 253頁。

されていたために、証言はあくまでも不完全な証明力しか持たず、裁判官を拘束するものではなかった<sup>23</sup>。

直接証拠と同様に間接証拠においても、推定による証明力には強弱が定められており、「法律による推定 (présomptions legale)」は、「公の秩序」の観点から一切の反証を許さないもの、私的利益に関わるために法律の定めにより一部の反証が許されるもの、あらゆる法定の証拠方法による反証を許すものと、3つのレベルに分けられた<sup>24</sup>。

さらに、直接証拠による証明が不可能であり、法律による推定によっても事実が確定されない場合に、「事実的状况による推定ないし人が行う推定 (présomptions de fait ou de l'homme)」が行われ、裁判官が自由に心証を形成することを部分的に容認した。

このような階層的な証拠法の中で、時効は「間接証拠」の中の、「公の秩序」の観点から一切の反証を許さない「法律による推定」として位置づけられていた<sup>25</sup>。

そして、ボワソナードは、本権を推定する時効は、権利を取得するという実体的な性質ではなく、とりわけ、取得の証拠を持っていない正当な取得者が自己の権利を証明する証拠を与え、その時効が、動産の場合には、時間の経過を必要とせずに、正権原かつ善意を要件として<sup>26</sup>、本権を推定する<sup>27</sup>。

---

23 葉・前掲注 (17) 246 頁。

24 葉・前掲注 (17) 247 頁。

25 草案 1413 条

「公益に関する絶対的な法的推定は、法律が明白に定めた場合および方法でなければ、一切の反証を許さない。このような推定は以下のごとくである。

第一 既判事実の権威

第二 本編の第 2 部が取り扱う本件推定時効または免責時効

26 草案 1481 条 2 項で、反対の証明がない限り正権原と善意とは推定され、時効を主張する占有者は証明責任を負わない。

27 葉・前掲注 (17) 257 頁。

### 第3章 フランスにおける「即時取得」制度

#### (1) 概要

即時取得制度の淵源については様々な研究が行われているが、それが初めて近代法典に明文で規定されたのは、1804年に制定されたフランス民法典においてであり、そこでは、「動産に関しては占有が権原に値する」という形で規定が立法化された。

フランス民法典 2276 条 (旧 2279 条) は、「1 動産に関しては、占有は、権原に値する。2 ただし、物を遺失し、又は盗まれた者は、遺失又は盗難の日から起算して三年間、その物がその手中にある者に対して、その物の返還を請求することができる。ただし、この者が、その物を入手した者に対して求償することを妨げない。」と、同 2277 条 (旧 2280 条) は、「盗品又は遺失物の現在の占有者が、その物を不定期市若しくは定期市において、又は公売において、又は同種の物を販売する商人から購入した場合には、本来の所有者は、占有者に、その物の購入に要した代価を償還してでなければ、その物を自己に返還させることができない。」と規定されている<sup>28, 29</sup>。

フランス民法典の規定は、占有委託物については返還請求が制限されるが、占有離脱物については返還請求を行うことが出来るとする Hand wahre Hand を法典化したものであると言われ、2277 条は、所有者が占有離脱物について返還請求を行う場合に、それが「不定期市若しくは定期市において、又は公売において、又は同種の物を販売する証人から購入」されたときは、返還請求者である所有者に代価の償還を義務付けた。

なお、この 2276 条では、即時取得の要件として取得者の善意は要求されていないが、解釈上、善意であることが要求されている。

---

28 2008 時効法の改正の結果、現行の条文番号に変更された。

29 条文の日本語訳については、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法：物権・債権関係』（法曹会、1998 年）によった。

## (2) 条文の意味を巡る初期の学説

民法典の制定後、旧 2279 条の意味するところについては、議論が行われた。そこでは、時効取得のための権原であるとする説、即時の時効であるとする説、所有権の推定であるとする説、無権利者からの所有権の取得であるとする説の 4 つの学説が挙げられる。以下において、概観していく。

### 時効取得のための権原であるとする説

本説は、民法典制定後の初期の学説であり、主にトゥリエに代表される。

トゥリエは、直接旧 2279 条の註釈を行ったわけではなかったが、嫁資の返還に関する民法典 1564 条に関連して、旧 2279 条の 3 年の時効期間の経過前であれば返還請求が可能であるという趣旨のことを述べている<sup>30</sup>。

すなわち、同条 2 項の盗品および遺失物の回復請求の可能な 3 年を動産の取得時効期間と位置づけた上で、「占有は、権原に値する」という規定を、フランス民法典でも、ローマ法以来の伝統に従い、取得時効の際に正権原が要件とされるとし、占有をしていることが、この正権原の立証に代わるものであると考えた<sup>31</sup>。

さらに、トゥリエは、盗難は不正に物が奪われた全ての場合であると広範な盗概念を採り、返還請求の認められる場合を広く捉えた。

しかし、以上のような解釈は、たとえば、法律上明文の取得時効の規定が存在し時効取得に権原を要求しているスペインにおいて一般的な支持を得たのとは異なり<sup>32</sup>、フランスでは、この旧 2279 条以外に動産の取得時効

---

30 Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le Droit civil francais*, t. , Bruseles, 1832, p.43.

31 *Ibid.*, p.41.

32 スペインにおいては、スペイン民法典 464 条の規定を、時効のために必要な権原について規定しているとする見解が支持された。Sofia de Salas Murillo (古閑次郎訳)「物権法 Derecho real」日本スペイン法研究会 = サラゴサ大学法学部 = Michiza 日本法研究班共編『現代スペイン法入門』(嵯峨野書院、2010 年) の他、拙稿「善意取得の再考」明治大学大学院法学研究論集 35 号 (2011 年) においても触れている。

の規定を設けていない上、旧 2279 条 2 項の 3 年という期間は、時効期間を定めたものではなく、返還請求訴権を行使することができる期間であると考えられることなどから、本説はあまり支持を得なかった。

#### 即時の時効であるとする説

3 年という期間を時効期間ではないと考えつつも、旧 2279 条が時効の章に置かれているということから、本条は時効成立期間を持たない即時の時効であるとする説が登場する<sup>33</sup>。

本説は、民法典の条文を詳細に検討し、その文面の整合性を取ろうと試みる。

旧 2279 条の 2 項で、盗品と遺失物については、3 年間、所有権者に返還請求が認められるが、他方、2239 条では、「定額小作人、受寄者及びその他の仮の所持者が所有権の移転名義によって物を移転した相手方は、それを時効によって取得することができる。」と規定されており、1918 条では、「寄託は、動産でなければ、目的とすることができない。」と規定している。2239 条と 1918 条の両規定を併せると、受寄者から動産を取得した者は、時効により取得することができるということになる。この際、盗品と遺失物については所有権者に 3 年間の返還請求が認められているが、そうでなければ、所有権者には返還請求が認められておらず、これは、2239 条でいうところの時効が即時に成立しているということであると理解される。

ただし、即時の時効の要件としては、時効であるため、正権原と善意が要求されることから、異論が呈された。占有が権原に値するという条文の文言と、占有をし即時に時効取得するために正権原が要求されるということの間の整合性が取れないということである。

こうした批判に対して、マルカデは、titre には 2 つの意味があるのだ

---

33 Napoléon Victor Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil*, t. 12, Paris, 1874, p.357.

と説明をした。titre という語の多義性がそうした批判を生む原因となったが、権原 (titre) に値する即時の時効を生じさせるために、書面 (titre) が必要とされるとしながらも、動産の取引の場合には書面が作成されないことが多いために、ここでは要件とはされるべきではないとした。

#### 所有権の推定であるとする説

わが国の旧民法下の理解と同様に、旧 2279 条を、所有権の推定として証拠法上で理解する見解は、以後の学説や判例に大きな影響を与えた。

この説には、2つのヴァリエーションがあり、反証可能な法律上の推定であるとする説と、反証を許さない法律上の推定であるとする説である。とりわけ、前者の説が判例によって採用され、支持を受けた。

他方で、後者については、オーブリとローにより定式化された。オーブリ、ローは、まず、同条文を、時効ではなく占有の効果として位置づけ、「法律の推定に反するいかなる証明も、認められない。」と規定する 1352 条に従って、絶対的で反証を許さない推定であるとするが<sup>34</sup>、占有者の所有権の推定は一定期間を経過するまでは、占有者に対する返還請求者が現れた場合にはその返還請求者が占有者よりも長期間占有をしていたということに基づいた推定により攻撃を受け、相対的に評価し、返還請求が認められる場合もあると述べており、その意図するところについては注意が必要であること等を考慮し、詳細な検討は別稿に譲る<sup>35</sup>。

#### 無権利者からの所有権の取得であるとする説

この説は、現在の日本法において通説的に理解されているのと同様に、本規定により、善意の取得者は当該動産の所有権を取得すると考える。

---

34 Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cour de droit civil francais*, Paris, 1869, p.104.

35 フランスの所有権の証明を巡る議論については、七戸克彦「所有権証明の困難性(いわゆる「悪魔の証明」)について 所有権保護をめぐる実体法と訴訟法の交錯」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 27号(1988年)73頁がある。

本説を提唱したローランは、旧 2279 条を所有権の推定であるという学説を批判し、規定の元となったブルジョンの著書に遡り、改めてその解釈を行った。

ブルジョンは、「単なる占有は、完全なる権原 (un titre parfait) の全ての効果を生じさせる。」と述べるが、その「完全なる権原」が何を意味するのかを考えると、売買や贈与のような、所有権の移転であり、従って、完全なる権原の全ての効力を生じさせるということは、善意の動産取得者が所有権を取得するということを意味しており、即事に所有権者となるということを意味しているという<sup>36</sup>。

ただし、付け加えると、ローランは書面の存在を重視しており、書面が存在する場合には占有は問題とならず、動産が書面によってなされないために本条は意味を持つという理解の上に立ち、本条の根拠としては証拠法上の理由を挙げる。

この説に対しては、所有権の取得の方法について規定する 711 条と 712 条に占有は規定されていないという批判がなされるが、ローランは、これらの条文は限定的に所有権の取得の不法を列挙しているに過ぎず、旧 2279 条が所有権の取得について定めるとすることに矛盾しないと反論をした。

### (3) フランスにおける通説的理解の形成

以上概観した民法典制定後の初期の議論の状況は、サレイユによって終止符を打たれ、現在の通説的な理解が形成された<sup>37</sup>。サレイユは、当時立法が完了していた BGB の分析、検討を通して、従来の議論は旧 2279 条には 2 つの異なる機能が含まれており、それらが区別されずに論じられているために混乱が生じているとした。そこで挙げられた 2 つの機能が、所

---

36 François Laurent, Principes de droit civil, t.32, Bruxelles/Paris, 1887, p.552.

37 Raymond Saleilles, De la possession des meubles - études de droit allemand et de droit français-, Paris, 1907, p.75.



有権取得機能と推定機能である。

すなわち、従来の証拠法的な旧 2279 条の理解に加えて、ドイツ法における善意の取得者による動産所有権の即時取得を、別個の機能として旧 2279 条に読み込んだ。これにより、本条は証拠法的な性格から実体的性格への転換を果たすことにもなる。

現在のフランスの通説的理解は、こうしたサレイユの理解に従うものである<sup>38</sup>。これら 2 つの機能は、それぞれ異なる場面で働く。

推定機能は、証拠法上の機能である。たとえば、動産が譲渡される場合に、前占有者が現占有者に対して、自己が依然として所有者であると主張して物の返還を請求する場合にも働く。この場合、現在の占有者である被告としては、他者から正当に取得したとして応訴しなければならないが、動産の場合、通常、取引行為を証明するために必要な書面が作成されないため、本条が証拠の存在しないことを補い、占有者が、主張する有効な権原に基づいて動産を取得したということが推定される。

従って、返還請求を行う前占有者は、現占有者の占有が賃貸借などの返還義務を伴う契約によるものであり、自己が依然として所有者者であるということを証明しなければならず、原告がそのことを証明できなければ、被告が有効な権原により動産を取得したことを証明できない場合であっても、占有者が物を保持することができる。これは、あくまでも、原告と被告との間での問題であり、譲渡人以前の占有者の所有権は問題とならない。

なお、この場合の推定は、通説、判例に従うと、反証を許すものである。

他方で、取得機能は、前述の推定機能の働く場面とは異なり、所有権も処分権も有しない譲渡人から動産を取得した場合に働き、取得者の占有、善意、正権原、動産が盗品や遺失物でないことを要件とし、取得者に実体的な所有権を取得させるという、いわゆる無権利者からの取得を可能とす

---

38 Abdel Fattah Abdel-Baki, *Du rôle de la possession en matière mobilière*, Paris, 1943.; François Terré et Philippe Simler, *Les biens*, *Droit civil* 8<sup>e</sup> éd., 2010, p.689.; Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les biens*, *droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., 2013, p.17.

る機能である。この所有権の取得に関しては、上で述べた覆すことのできない推定の結果として所有権を取得するという考え方もある。

無権利者からの取得機能の根拠としては、動産は人から人へと転々と流通する運命にある、その取引が書面によって証明されないため、動産を取得しようとする者が、真実の権利者が他にいるのかどうかや、相次ぐ取引の連鎖を確認することが不可能である、ということにも求められる。

#### 第4章 日本法における即時取得制度の検討

以上見てきたように、即時取得制度は、民法に証拠編を置くことを前提としていた旧民法下では、時効として位置づけられており、すなわち、公の秩序の観点から、原則として反証を許さない推定を受ける証拠として扱われた。

旧民法の母法とされるフランス法では、「動産に関しては、占有が権原に値する」という民法典 2276 条 (旧 2279 条) の規定が、わが国でいう即時取得にあたる効果を有する規定であるが、この規定の意味するところを巡っては様々な議論が行われ、結果として、現在の通説的な理解としては、無権利者からの所有権の取得という機能と、本権を推定する証拠法上の機能との 2 つの機能とを合わせ持つと考えられている。

さて、わが国の民法 192 条について目を移すと、通説的理解では民法 192 条を即時に動産の所有権を取得する制度であると実体法上の制度として理解したうえで、フランスで考えられている、権利の推定を受けるに過ぎない証拠法上の機能の用いられるような場面をも含めて、広く取引の安全のために 192 条が役割を果たしているように思われる<sup>39</sup>。

こうした状況については、立法者も、そして、多くの著書においても、近代法として時代感覚に沿ったものとして、意識的に作り出してきたこと

---

39 なお、金山教授は、近代フランスにおいて動産の占有が権原に値するという原則が形成されたことについて、時代感覚であったという指摘を行う。金山直樹『時効理論展開の軌跡』(信山社、1994年) 284頁。

が分かる。

即時取得制度の目的について梅博士は、動産は所在がきわめて不確定であり、取引が頻繁であるため、輾転した後に返還請求がなされると、「商業其他一切ノ取引ハ甚タ不安全ナルモノニシテ為メニ取引ノ円滑ヲ欠キ商業ノ発達ヲ妨クルノ虞アリ」ということが、動産については独別の規定を設けて速やかに占有者を権利者とみなす所以であると説明をしている<sup>40</sup>。

その後も、各種の論文、著作物の中で、即時取得制度の目的には言及がなされているが、特別な言及を行っているものを取り上げたい。

現在の一般的な理解だと言えるのは、我妻博士の行う言及であろうか。博士によると、即時取得制度は、動産取引の安全を保護するという近代的理想のために採用されている。物権取引は、外形に従って頻繁に行われるため、動産物権の表象（占有）を信頼する者を保護して物権を取得させようとする意義を有する。こうした真実の法律関係が存在するような外形を信頼する者を保護しようとする制度は、近代取引法の全領域に亘って極めて多く、近代法の一理想として、敏活な商取引の範囲においては益々拡張されてゆくであろう。普通の動産の取引において、占有による公示が極めて不完全であるにもかかわらず、公信の原則を認めるのは、静的安全を犠牲にしても動的安全を図るべき取引上の要請が強いからであるという<sup>41</sup>。

他方で、1954年に、末川博士が「即時取得における過失の有無の判定」<sup>42</sup>において、東京高判昭和28年8月24日の判決に関連して、即時取得の目的について言及をしているが、即時取得制度は、所在を転々し易くて登記というようなもので権利の帰属を明確にすることのできない動産に関する取引の安全と敏活をはかるために設けられた制度であるとしているが、しかし、真の権利者の権利をギセイにすることと善意の譲受人

---

40 梅謙次郎『民法要義 卷之二物権篇』（和仏法律学校ほか、1896年）48頁。

41 我妻栄『物権法（民法講義）』（岩波書店、1932年）43頁。

42 末川博「即時取得における過失の有無の判定 最近の判例を中心として」民法雑誌28巻6号（1954年）349頁。

に権利を取得させるということとの間には、社会的にみてそれが是認されるに足るだけの契機が存在しなければならず、真の権利者が自らの意思に基づいて信頼する他人に動産の占有をゆだねたということと、譲受人に、具体的場合について観察して、譲渡人を真の権利者だと信じて取引したことが一般経験法則上当然だと思われるだけの事情があったかどうかという点から判断した上で、もしその事情がなかったのに注意を怠って譲渡人を真の権利者だと誤信したような過失がなかったということを要求するのだとしており、そして、昔にくらべると、おそろしく社会生活が複雑になって、動産の取引がヒンパンにしかも未知の人の間に行われることが多くなった今日、信頼を裏切られたら自業自得で、動産の占有者が特別な人物であるとか、取引される動産が普通には取引されていない珍しい物であるとか、取次に特別な要件が加わっているとかいったような場合には、過失の要件が考慮されるかもしれないが、無過失の要件をそう嚴重に解することはできないという。

また、川島教授は、公信の原則は、特殊=近代的な意義を持ち、資本制社会においては、一つ一つの取引（商品交換）は、個別的に孤立して意味をもっているのではなく、取引当事者にとってのみならず、全取引社会にとっても、それを含む多くの取引の連続・連関において意味を持っている。一つ一つの取引は、個別資本の順調な再生産の循環の不可分の構成部分であり、しかも同時に、社会総資本の順調な再生産の循環の不可分の構成部分である。だから、信頼された所有権の取得そのものが保護されることが要求される。ただ「信頼が保護されなければならぬ」ということ一般が問題であるならば、公信の原則は必ずしも必要ではなく、損害賠償で十分だと言わねばならないという<sup>43</sup>。

すなわち、即時取得制度の目的の重点は取引の安全の保護に置くと考えられるほかに、そうであれば、そこに、あえて即時の所有権取得という、言

---

43 川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1949年）274頁。

うなれば強い効力を一律に動産取引一般に認めるのであれば、現代社会における取引とはどのようなもので、その安全は、即時取得制度の存在がなければ担保されないものかを評価しなければならないだろう。

しかし、現代における社会、経済状況の特徴づけを行ってみると、現代社会においては、主として流通している動産の種類が、大量生産される商品となっており、人々の消費行動も主として新品の商品を購入して消費するという大量消費へと変化しているという状況がある。

すると、新品の種類物を商店で買う場合がほとんどの動産の取引だが、それを下支えする機能を 192 条がなお担っている（取引が安定して行われるという社会的な利益を支えるものとしての役割を担わされている）のかという疑問が生じる。フランス法でも、それを基礎とした旧民法下においても、有権利者から購入した場合に取得者の権利取得を支えたのは、証拠法的な役割であって、それを担うのであれば、192 条の効果は所有権の取得である必要はないし、むしろ、無権利者からの所有権の取得を広く認め続けることによって、本稿の初めに挙げた、たとえば文化的な価値のある物品の返還請求を妨げるような弊害を生じさせているのではないだろうか。

本稿では触れていないが、イングランドでは、上述のように原所有者による返還請求権を原則とし、わが国におけるような即時取得の規定は存在しないが、公開市場（Market ouvert）で、通常の営業時間内（日の出から日没まで）に取引が行われ、当該公開市場で売買目的物の引渡しが行われた場合には、買主が保護される、という公開市場準則が、即時取得に当たる役割を果たしてきた<sup>44</sup>。しかし、この公開市場準則は、あまり使われなくなっており、むしろ盗品売買を助長しているということを理由として、1995 年に廃止されている。

アメリカにおいては、UCC において善意の有償買主を保護する規定は置かれているが、公開市場準則はそもそも導入されず、場合によっては禁

---

44 島田信義「動産取引における公信の原則と英法上の Rule of Market Overt について」早稲田法学 34 巻 3・4 号（1959 年）259 頁。

反言の法理によって調節がされる<sup>45</sup>。

ルイジアナ州では、1979年に民法典を改正する際に、包括的な即時取得の規定を設けようとしたが、その規定は施行延期の後に破棄され、代わりに二重譲渡の場合を規律する文言が挿入されるにとどまった<sup>46</sup>。

1994年に施行されたケベック民法典においては、所有者の返還請求を原則としながら、取得者が動産を通常の事業取引の過程において (in the ordinary course of business of an enterprise) 有償取得していた場合には、取得者が支払った価額の償還を所有者に義務付けている他、二重譲渡などの場合の例外的に取得者が保護されるに過ぎない<sup>47</sup>。

以上のように、英米法系の国と地域においては、わが国の民法192条において包摂される様々な機能を、様々な準則に分けて規律しているが、その中で、他人物売買がなされた場合の買主を保護するための規定は廃止されたり、採用されなかったりしているのである<sup>48</sup>。

このように見ていくと、取引の安全を下支えする制度は必要であろうが、それは本来、証拠法上の問題であったものであり、動産については二重譲

---

45 吉田直「アメリカ統一商事法典における動産善意取得について」一橋論叢 87巻6号(1982年)760頁。

46 Mitchell Franklin, Comparative law: Security of acquisition and of transaction: La possession vaut titre and bona fide purchase, Tulane law review 6 (1931-32) pp.589-612.; Lindsay Ellis, Comments: Symposium: Louisiana property law revision: Transfer of movables by a non-owner, Tulane law review 55 (1980) pp.145-167.; Tanya Ann Ibieta, The transfer of ownership of movables, Louisiana law review 47 (1986-87) pp.841-858.; Marie Breaux Stroud, The sale of movable belonging to another: A code in search of a solution, Tulane civil law forum 4 (1988) pp.41-69.; Karsten Thorn, Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten: Neue Entwicklungen in rechtsvergleichender Perspektive, ZeuP, 1997, S. 442ff.

47 Jean Pineau, Théorie des obligations, in: La réforme du Code Civil, t. I, Quebec, 1993.; Pierre-Gabriel Jobin, Précis sur la vente, in: La réforme du Code Civil, t. II, Quebec, 1993.; Denys-Claude Lamontagne, Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété, in: La réforme du Code Civil, t. I, Quebec, 1993.

48 非常に誤りも多い論稿であるが、拙稿「英米法圏における善意取得制度」明治大学大学院法学研究論集 38号(2013年)159頁。

渡の問題の解決方法が定められていれば十分であるかもしれず、善意の動産取得者に即時に動産の所有権を取得させるという意味での即時取得制度を存続させることについては、再度検討を行う必要があるのではないか。

以上のような問題意識の下、やはり取引の安全のためには、権利者からの実体法上の権利取得が必要なのか、証拠法的な理解は不可能なのかという点などについてを検討するために、現代フランスにおける 2276 条の利用状況等について、より詳細に研究を行う必要があるであろうが、今後の課題としたい。