

論 説

回復請求における盗品・遺失物占有者の 主観的要件に関する考察

直 井 義 典

序論

第1章 フランス法

第2章 ボアソナード草案

第3章 旧民法典

第4章 法典調査会での審議

第5章 検討

おわりに

序論

(1) 民法193条・194条は、盗品又は遺失物の回復について定める。そして、193条は動産について即時取得を認めた192条の例外規定であり¹⁾、194条は193条のさらに例外に当たると解されている²⁾。すなわち、取引の安全を図るべく動産の即時取得を認める192条に対して、193条は真の権利者を保護する規定として位置付けられる。このことは、193条の対象となるのが盗品・遺失物に限定されており、そこでは占有喪失に際して真の権利者の意思の関与がないことが理由とされる³⁾。また194条は、競売・公の市場等での買受について、193条による静的安全の行き過ぎを是正して取引の安全を確保した規定であ

1) 舟橋諄一『物権法』(有斐閣・昭和35年)250頁、星野英一『民法概論Ⅱ』(良書普及会・昭和51年)75頁、我妻栄著 有泉亨補訂『新訂物権法』(岩波書店・昭和58年)229頁、鈴木禄弥『物権法講義 5訂版』(創文社・平成19年)216頁、河上正二『物権法講義』(日本評論社・平成24年)174頁、安永正昭『講義物権・担保物権法 第3版』(有斐閣・平成31年)(以下、「安永・前掲①」とする)111頁。

る、というのである。

しかしながら、これらの規定を一体のものとして整合的に理解しようとするとき、疑問を生じさせる文言がある。それが194条の「善意」という文言である。

(2)(i) この文言をめぐるはずで、192条が「善意であり、かつ、過失がない」ことを要求している以上、194条においても善意ばかりでなく無過失をも要件とするのであれば整合的ではない、との批判がなされていたところである⁴⁾。この論者によれば、この不整合は旧民法証拠編144条・145条の「正権原」を「無過失」とした際に、旧民法証拠編146条に「正権原」が明記されていなかったために放置されてしまった、いう立法技術上のミスによるものと推測されている⁵⁾。それならば、なぜ旧民法証拠編146条に「正権原」の文言がなかったのかが問われるべきであるが、その点は検討されていない。このほかにも、おそらくは問題意識を共有して、194条に善意のほか無過失も読み込む見解が見られる⁶⁾。しかし、なぜ条文にない無過失要件⁷⁾を読み込むことができるのか、特に説明はなされていない⁸⁾。

(ii) このように194条においても無過失を要件とする見解は説明が不十分と思われるのだが、そもそも194条で改めて「善意」を要求するのはなぜかが問

2) 舟橋・前掲252頁、我妻・前掲229頁、鈴木・前掲217頁。

岡松参太郎『4版 注釈民法理由 中巻』(有斐閣書房・明治31年) 88頁は194条の表題を「前条ノ場合ニ於テ所有者ノ負担スヘキ義務」としており、ここでも194条が193条の例外であることが明確にされている。

安永正昭「民法192条～194条（動産の善意取得）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅱ』(有斐閣・平成10年)(以下、「安永・前掲②」とする) 464頁でも、旧民法と現行法を比較して、盗品遺失物についての例外的な扱い、公の市場等における取得についての再例外的扱いが、そのまま維持されている、とされる。

3) 河上・前掲174頁は、即時取得という制度は単純な占有の外観信頼保護ではなく、真の権利者が自己の意思に基づいて動産を占有させた他人による裏切り行為があった場合に第三者を保護する制度であるとする。

4) 川島武宜＝川井健編『新版注釈民法(7)』(有斐閣・平成19年) 223頁〔好美清光〕。

なお、本稿に関連する限り、川島武宜編『注釈民法(7)』(有斐閣・昭和43年)における192条～194条に関する記述は新版のそれと変わりがないので、注釈民法は新版をもって代表させる。

われなければならない。なぜなら、193条は「前条の場合において」と規定していることから、同条が192条を受けているのは明らかである⁹⁾。「前条の場合」

5) 川島＝川井編・前掲223頁〔好美〕。もっとも、川島＝川井編・前掲224頁〔好美〕には、「取得者が善意である限り、その買受けの特別の状況からして典型的に無過失であると考えられ、あえて無過失を成文上の要件として問題とするまでもない、との利益衡量だともいえよう」との記述も見られ、単純な立法上のミスと断定しているわけではない。佐久間毅『民法の基礎2物権 第2版』(有斐閣・平成31年)157頁もまた、194条に無過失が規定されていないのは、競売等で善意で買い受けた者には過失がないためと考えられるからである、したがって、194条は192条の即時取得の要件を緩和するものではない、とする。「この場合〔競売等において動産を買い受けた場合〕は、丙〔盗品・遺失物の購入者〕に対し乙〔店舗経営者〕が無権利者だと疑うことを要求することはまずできず、そんなことをしたら取引は実に危険となるので、丙は特に保護に値するからである」とする星野・前掲76頁も同様。末弘厳太郎『物権法 上巻』(有斐閣・大正10年)273頁が、194条で「善意」のみが要求される趣旨を「占有者が其物の不正品なることを知らないのも至極尤もだから」とするのと同趣旨と思われる。

なお、最判昭和39年5月29日民集18巻4号715頁は、動産の競売においては「動産の強制競売における競落人は、動産が占有者である債務者の所有に属し、執行吏にこれを競売する権限があると信ずるのが普通の事例であるから、たとえ右動産が第三者の所有に属するとしても、競落人には、第三者の所有であることを疑うに足る特段の事情のない限り、右動産の所有権者を確認するための調査をする義務がないものと解するのを相当とし、従って、競落人が右調査をしないで右動産を債務者の所有に属すると信じたとしても、かく信じたことにつき過失があつたものとなし得ず」として、原則として過失は認められないものとする。ただし、参照条文として挙げられているのは192条であって194条は挙げられていないことから、194条で無過失が要件とされないことの直接的な理由と考えるに適した判例ではない。

- 6) 石田穰『物権法』(信山社・平成20年)289頁、生熊長幸『物権法』(三省堂・平成25年)290-291頁。
- 7) 本文では194条に独自の要件として無過失を要求するものとしてこの見解を位置付けた。しかしこの見解を、193条が「前条の場合において」として192条の善意・無過失をそのまま移入しているのと同様に、192条の無過失要件が194条においてもそのまま移入されるに過ぎないとする見解であると解することも不可能ではない。もっとも、善意は192条と194条とで別途要求しておきながらそれと並置される無過失については192条と194条とで全く同じものと解するのが不自然であることは否めない。とりわけ、後述のように、192条と194条とでは一応は善意の対象が異なることからすれば、このような理解はすべきではないだろう。

とはいかなる場合を指すのか見解は分かれる¹⁰⁾ものの、いずれの見解に立っても善意・無過失が193条の要件に含まれることに変わりはない。そして194条は193条の特則とされるのであるから、193条で要求される善意ならびに無過失は194条でも要求されることとなる¹¹⁾。したがって、193条が要求している

8) これとは反対に競売・公の市場で買い受けたときは悪意であっても代価の弁償を受けるとして、194条の「善意で」という文言を無視する見解もある。その理由は、競売もしくは公の市場における取引の信用を一層強固なものとすること、これらの売買は公然のものであって被害者・遺失者が他人に先んじて無償でその物を回復しうる機会を有するのにそれを怠って他人が購入するに任せたものであることにある（松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎『帝国民法正解 第3巻』（有斐閣書房・明治29年）325-327頁）。動的安全を強化するために盗品・遺失物の例外を極力認めないという見解は現在でも存在するところであり、立法論としては傾聴に値するが、明文規定を無視する点で採用し難いことから、本稿ではこれ以上は取り上げない。

9) 大判昭和4年12月11日民集8巻923頁。最判昭和59年4月20日判時1122号113頁も、「民法一九三条によれば、動産に関する盗品の被害者は、同法一九二条所定の善意取得の要件を具えた占有者に対してその物の回復を請求することができるとしているから、同法一九三条は、盗品の被害者が右の要件を具えない占有者に対してその物の返還請求権を有することを当然の前提とした規定であるといわなければならない。」と判示する。

すでに昭和4年判決以前に、『法典質疑問答 民法物権 全 第4版』（有斐閣書房・明治42年）64頁〔塚田達二郎〕は、遺失主が遺失物の回復請求ができるのは「遺失物ノ占有者カ第百九十二条ニ依リ権利ヲ取得シタル場合ニ限ル」とし、中島玉吉『民法釈義 卷之二 物権篇上』（金指芳流堂・大正3年）192頁は、占有が192条の要件を具備しない場合には193条は適用されないと明言していた。

10) 192条の「前条の場合において」とは、前掲・大判昭和4年12月11日の言うように「平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者」が「善意であり、かつ、過失がないとき」に係るものとするか、それとも192条の全体を受けて善意占有者が権利を取得する場合においてと読むかは、文言のみから形式的に決することはできない（末川博『昭和4年判決判批』法学論叢24巻3号（昭和5年）448頁）。いずれであるかによって、回復請求以前の所有権の所在が変わってくる。

11) 「本条〔194条〕ハ占有者カ善意ニテ第百九十二条ノ条件ヲ具フル場合ニ之ヲ回復スル場合ニ適用セラル、モノナルカ故ニ悪意ノ占有者ヨリ回復ヲ為ス場合ニハ本条ノ適用ナシ」とする中島・前掲195頁、「〔194条の〕法文上は無過失は必要とされていないが、沿革および民193条の例外という位置づけから占有者は民192条の要件を満たす必要がある。」との松岡久和＝中田邦博編『新・コンメンタール 民法（財産法）』（日本評論社・平成24年）333頁〔松岡久和〕は、この点を特に明確にしている。

善意を194条で再度規定する理由はなく、無過失については、193条が要求している以上は改めて194条が規定しないのはむしろ当然であるようにも見える。すなわち、立法技術上のミスというならば、194条に「無過失」を付加しなかったことではなく、194条の「善意」を削り忘れたことこそがミスであったとも考えられるからである。現に、敢えて194条の「善意」という要件を無視しているかのように見受けられる見解も存する¹²⁾。

もちろん、立法技術上のミスなどと軽々に論じるべきものではない。まずは192条から194条を整合的に解釈する方法を追求すべきである。

(iii) まず考えられるのは、192条の「善意」と194条の「善意」とは異なる内容であるから192条の「善意」に加えて194条の「善意」を要求することは重複にはあたらないとの考え方である。

192条の「善意」とは、「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」たことを指す^{13,14,15)}。これに対して194条の「善意」とは、買い受けた動産が盗品・遺失物であることを知らないことを指す¹⁶⁾。

192条の「善意」に加えて194条の「善意」が要求されることに独自の意味があるのは、192条の「善意」は満たすが194条の「善意」は満たさないというケースである。そのようなケースはあるのだろうか。前述した定義によれば、取引の相手方がその動産について無権利者ではないと誤信しつつ、当該動産が盗品・遺失物であることは知っているケースが存するのかが問題となるわけ

12) 広中俊雄『物権法 第2版増補』(青林書院・昭和57年) 201頁は「被告が194条にいう「競売若クハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販売イル商人ヨリ……買受ケタル」こと(「「公ノ市場」には「広く店舗を含む」)を立証して「代価」の弁償と引換に返還すべき旨を主張したときは、[後略]」とするが、ここでは「善意ニテ」の4文字のみが省略されている。単にスペースの関係であって4文字のみを省略するとは考え難く、「善意」の位置づけに苦慮したことが窺われる。

田島順『物権法』(弘文堂書房・昭和10年) 132頁、星野・前掲76頁、七戸克彦『物権法Ⅰ』(新世社・平成25年) 155頁、河上・前掲174頁(ただし、同書176頁では、「194条の善意占有者による代価弁償請求」とする)も、194条の要件から「善意」を外している。

である。これを満たすためには、盗品・遺失物について処分権原を有する者というものを観念しなければならなくなる。もちろん、盗品・遺失物の真の所有者は処分権原を有するが、真の所有者が動産を処分することができたのであれば、その動産は盗品・遺失物ではなくなっているから、この場合は除外

- 13) 最判昭和26・11・27民集5巻13号775頁。富井政章『民法原論 第2巻物権』（有斐閣・大正3年）692頁、我妻・前掲220頁、松岡久和『物権法』（成文堂・平成29年）210頁等も同様である。

これに対して、「前主が所有者でないことを知らず、それについて過失がないということ」とする星野・前掲74頁のように誤信の点を強調しない見解もある（田島・前掲130頁も同様。）。松波＝仁保＝仁井田・前掲306頁が186条の説明を参照させ、同書245頁が186条の「善意」を「占有者カ自己ニ占有ヲ為ス権ナキコトヲ知ラスシテ物ノ占有ヲ為スハ善意ニ占有ヲ為スモノナリ」と説明するのもしつた見解に立つものである。この見解では前主の無権利の側面が無視されているようにも見えるが、同書307頁には、「前例ノ如キ場合ニハ占有者ハ通常相手方ニ権利ナキヲ知ルカ少クトモ心中之ヲ疑フヲ以テ多クハ善意ノ占有者ト為ル」とあるので、前主の無権利についても無視しているわけではない。

舟橋・前掲241頁は「前主が無権利者であることを知らず（善意）、かつ、知らないことについて過失のないこと（無過失）をいう」としており、後説に立つようにも見える。しかし、「権利外観（Rechtsschein）に信頼したならば（^{すなわち、善意・無過失ならば}）」（同書230頁）、「前主が占有して権利外観を有していることにより、取得者が、前主にこれに対応する権利ないし権限があるものと誤信し、かつ、誤信するにつき過失がないときは、かような誤信を保護し、その期待どおりの効果を与える」（同書241頁）といった表現を用いていることから、前説に立つものと見るべきである。

占有者の善意概念に関する見解の相違については、乾政彦「善意占有ニ於ケル善意ノ意義」法学志林15巻9号（大正2年）66頁以下も参照。

- 14) 安永・前掲②483頁は、条文の成り立ちからは、取得者の占有が実は本権に基づかない占有であるが、そのことを知らず（善意）、知らないことにつき過失がないこととし、善意・無過失は次の2つの場合に基礎づけられることがありうるといふ。第1は、前主が本当の所有者であるが取得の法律行為に瑕疵があり、その瑕疵について善意・無過失である場合であり、第2は、無権利の前主と有効に所有権移転を基礎づける（または質権を基礎づける）行為をなし、その前主の無権利について善意・無過失である場合である。そして同書484頁は、このうち第1の場合について、判例も192条を援用することで保護される善意無過失ではないと考えているはずで学説でも異論はないとする。同書485頁は、このように第1の場合が除外されることは、善意取得を取得する動産占有の効果と見る構造理解から、前主の占有の有する本権表象機能を基礎とする制度であるとみる理解へと展開した結果の当然の帰結であるといふ。

される。そこで考えられるのが192条で即時取得をした者が盗品・遺失物を処分する場合となる¹⁷⁾。確かに、即時取得者が即時取得した動産を処分すること

15) 「無過失」については、「過失ナシトハ物ヲ占有スルニ際シテ通常ノ注意ヲ加フルコトヲ言フ」(松波=仁保=仁井田・前掲306頁)とされる。注意すべきは同書306-307頁で、「親友朋友其他縁故アル者ヨリ物品ヲ貰ヒ受ケテ所持スルハ過失ナキ占有ナルモ一面識モナキ行路人ヨリ貴重ノ宝玉ヲ貰ヒ受ケ一応ノ理由モ糺サスシテ之ヲ所持スルハ多クハ過失アル占有ナルヘシ」と、誰から取得するかという点に着目していることである。もっとも、ここでの記述では貴重な宝玉をもらい受けた場合が取り上げられているのであり、動産の高価性と取引の無償性も無視できない。

16) 松波=仁保=仁井田・前掲326頁、岡松・前掲89頁、中島・前掲196頁。

近時は194条の善意について一切説明を加えないものも多い(例えば我妻・前掲233頁)。

17) 盗品・遺失物に即時取得が認められるかについては争いがあった(小出廉二「盗品又は遺失物の即時取得と回復請求権」法律論叢17巻2号(昭和13年)4頁以下参照)。

富井・前掲707頁以下は、古来の観念に符合すること、「回復」との語義に適合することを理由に消極説に立ち、同様の判例もある(大判大正10年7月8日民録27輯1373頁、大判昭和4年12月11日民集8巻927頁)。これに対して岡村玄治「盗品又は遺失物と即時取得」法学志林32巻9号(昭和5年)1092頁は、古来の観念がわが民法に採用されたとは言いきれない、「其ノ物ノ回復」といっても「占有の回復」といっているわけではないから消極説の根拠とできないとして、積極説に立つ。しかし、消極説の理由からは、ここでの議論は所有権の所在に関するものにとどまり、占有者は全くの無権利者というわけではないというべきである。

なお、『ボアソナード氏起稿 再閲修正民法草案註釈 第5編』(出版者・刊行年不明)720頁(G. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, t.5, 1889, p.371の翻訳)には、「物カ占有者ノ手ニ接スルノ前ニ数人ノ手ヲ経タルトキハ占有者ハ他ノ総テノ場合ニ於ケルト同様ナル保護ヲ受ケサルヲ得ス失ヒ又ハ偷マレタル物ノ特別ナル一部類ヲ形ツクルモノト看做サル可ラス故ニ此等ノ物ハ之ヲ物ノ区別中ニ掲ケス」とある。盗品・遺失物を動産のうちの特殊な類型として扱うことを否定するものであり、他のすべての場合と同様の保護を受けるとあるから、積極説をとるものと考えられる。

これに反して、ここでの消極説の内容を、盗品・遺失物については即時取得が一切成立しえない、すなわち、占有者は全くの無権利者であると解すれば、193条・194条の位置づけが変わってくる。すなわち、193条は盗品・遺失物については即時取得は全く成立しえないとの原則を示したものの、194条は193条の例外として競売等によって盗品・遺失物を買受けた占有者のみが例外的に代価の弁償を受ける権利を有するとしたもの、ということになる。この見解は、盗品・遺失物とそれ以外の動産とを別に扱うものであるから、後述する192条と194条とを切り離す見解の一種ということになる。

は認められるだろう。このことは、193条に基づく回復請求がなされるまでの動産所有権の所在が被害者又は遺失者であろうと占有者であろうと変わりはないはずである。なぜなら、回復請求を受けるまでは占有者はその動産上に所有権¹⁸⁾を有効に取得したものと信じていたのだからである。そうだとすると、その動産が盗品又は遺失物であると知る者が、占有者にはその動産の処分権原があると信じることが許されるのだろうか。そのような動産を買い受けるのは回復請求権の行使を困難にするのだから、許されないのではなかろうか。

以上のように考えると、194条の「善意」は屋上屋を重ねたものということになり、192条と194条の「善意」の内容が異なることをもって、194条の「善意」の存在意義とすることはできない。

(iv) それでは、194条が192条の例外の例外とされることの意味を考察することによって、194条の「善意」に意味を持たせることはできないだろうか。

例外の例外とは本則に復することを意味すると理解することもできる。このように解した場合には、194条においては192条の要件が当然に課され、それに加えて194条に独自の要件・効果が付加されることとなる。前述のように192条の「善意」に加えて194条で「善意」を要求することに意味はないから、この見解に立つのであれば、194章では「善意」を削除すべきということになる¹⁹⁾。

これとは異なり、例外の例外とは本則に戻るという意味ではないと解することも可能である²⁰⁾。すなわち、例外の例外には本則の効力が及ぶものではないとして、194条を192条から完全に切り離して理解するというものである。こ

18) 質権や譲渡担保権も192条によって取得される権利であるが、ここでは所有権をもって代表させる。

19) 岡松・後掲89-90頁は194条が占有者の善意を要求したのは当然のことであるとするが、その理由は「悪意ニテ買受タルモノ即チ他ニ真正ノ所有者アルコトヲ知ルモノハ之ヲ保護スルノ要ナキモノトス」というのみである。これでは192条の「善意」に対する194条の「善意」の独自性は見えてこない。

20) なお、Boissonade, op.cit., p.372は、草案1483条の説明において、フランス民法2280条は例外の例外を設けたが全く原則に復したわけではなかったと指摘する。

のように理解すれば、192条の要件と194条の要件とは全く無関係なのだから、194条が192条とは別個に「善意」を要求しても何ら問題はない²¹⁾。

しかし、最判平成12年6月27日民集54巻5号1737頁は、「民法一九四条は、盗品等を競売若しくは公の市場において又はその物と同種の物を販売する商人から買受けた占有者が同法一九二条所定の要件を備えるときは、被害者等は占有者が支払った代価を弁償しなければその物を回復することができないとすることによって、占有者と被害者等との保護の均衡を図った規定である」と判示して、194条は192条の要件を備えていることを要求しており、194条の192条からの切り離しを否定する。

さらに、194条を192条から切り離して理解しようとする、193条の位置づけがうまく説明できないように思われる。

前述のように193条が192条を受けたものであることは明らかである。これだけであれば、192条・193条という一連の規定と、194条という別系統の規定が存在すると説明することはできる²²⁾。しかし、平成16年法律第147号によって条文の一部として付記されることとなった見出しが194条にはついていない。193条と194条が一体となって「盗品又は遺失物の回復」という見出しの下に置かれているのである。このことは、少なくとも平成16年に現代語化を行った際には194条を193条から切り離して理解するという方針は採用されなかったことを意味する。192条と193条とが一連の規定であり、193条と194条が切り離せないものである以上、192条と194条も切り離せないこととなる。

21) もっとも、無過失が要求されていないことから善意・有過失者の扱いに問題が生じる。すなわち、192条によれば有過失者については即時取得は成立しないのだから、動産の真の権利者は代価弁償なしに動産を取り戻すことができる。しかし、194条によれば盗品又は遺失物を競売等において善意・有過失で買い受けた場合であっても、占有者は代価弁償を求めることができることとなる。これでは193条が盗品・遺失物の真の権利者を他の動産のそれに比べて保護したことと矛盾するわけである（石田穰・前掲288-289頁参照）。しかし、だからこそ194条においても無過失を要求すべきだとの解釈が正当化されるのだとの反論がなされることとなろう。

22) 後述のように、フランス民法の条文構成はこのようになっている。

そこで平成16年改正の際の見出しの付記方針が誤っていたのだと理解することも考えられる。しかしこれでは、競売等において買い受けられる盗品・遺失物とその他の盗品・遺失物とが別のカテゴリーを形成するものとして分断されることとなる。さらに、193条で課されている2年の期間制限が194条の場合にはかからないこととなって²³⁾、競売等で買い受けた占有者は取得時効にかかるまではいつまでも代価弁償を伴う回復請求のリスクにさらされることになってしまう。

以上のように、194条を192条から切り離して理解する試みも成功していないと言わざるを得ない。

(3) 本稿では、194条の「善意」要件をどのように理解すべきかを明らかにすべく、193条・194条の沿革をたどることとする。もっとも、本稿の目的はこの点に尽きるのであって、回復請求以前の盗品・遺失物の所有権の所在や、盗品・遺失物について即時取得に関する特則を設けることの可否を検討するものではない。

192条から194条の原規定は、旧民法証拠編144条から146条であり、これはボアソナード草案1481条から1483条の2に由来する。また、法典調査会では旧民法典の規定のほかに参照条文としてフランス民法旧2279条・2280条を初めとする諸外国法²⁴⁾が挙げられており、ボアソナードも草案作成に際してフランス民法のこれらの条文を意識していたことが伺われる。

そこで以下では、現行民法典の形成過程における法文の変容を明らかにするという観点から、第1章フランス法、第2章ボアソナード草案、第3章旧民法典、第4章法典調査会における審議の順に192条から194条の形成過程をたどり、

23) 最判昭和4年12月11日民集8巻923頁は、194条の場合に2年の期間制限がかかるとする。

24) フランス法のほかにはロシア法、イタリア法、スイス法、スペイン法が挙げられている。このうち、イタリア法とスペイン法は、ドイツ法等の他の外国法と並んで、志田鉦太郎「民法第百九十二条乃至第百九十四号ノ沿革並ニ法制比較」法学新報15巻5号（明治38年）24頁以下で翻訳・紹介されている。

第5章で第4章までの分析結果に基づいて194条の「善意」要件の有する意義を検討する。

第1章 フランス法

(1) フランス民法において動産の即時取得ならびに盗品・遺失物について定めるのは、2276条と2277条である。それぞれ以下のように規定する²⁵⁾。

2276条〔即時取得〕「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3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。」

2277条〔同前：市場を経由した場合〕「① 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。」

(2) わが国と比較すると、盗品・遺失物に関して特別の規定を設けている点、盗品・遺失物については一定期間は真の権利者からの回復請求が認められる点、占有者が盗品・遺失物を市場等で買い受けた場合には代価の償還がなされて初めて回復請求が認められる点は共通している。大きな枠組みはわが国とフランスとで共通しているのである。

しかし、細かな点に相違が見られる。第1に、条文の構造に相違がある。す

25) 翻訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典——物権・債権関係——』（法務資料441号）（昭和57年）によった。

2276条は当初の2279条、2277条は2280条にあたり、2006年の民法典改正によって条文番号が変わったが、条文内容に変更はない。2277条2項は1892年7月11日の法律によって追加されたものであるが、わが国の民法典起草にあたって影響を及ぼしたとは言えないことから省略する。

なわち、日本民法が3か条に分けて規定を置いているのに対して、フランス民法は日本民法192条・193条にあたる規定を1か条にまとめて規定する。そのため、動産一般に関して即時取得が認められることの例外として盗品・遺失物については回復請求が認められていることが明確になっている。そして、盗品・遺失物に関する規定が2276条2項と2277条1項とされていることにより、後者が前者の例外であるといった位置づけが必然ではない構造となっている。第2に、即時取得の成立にあたってわが国では善意・無過失・平穩・公然が要求されているのに対して、フランス民法2276条1項は法文上はそれを要求していない。また、2277条1項も法文上は占有者の善意を要求していない。第3に、2276条1項に即時取得の要件がほとんど示されていないことも関係するが、2276条2項は日本民法193条のように直接の規律対象が善意・無過失の占有者に限定されることとはならない。とりわけ、フランス民法2276条2項は、同条1項のただし書きとして位置づけられることから、盗品・遺失物の占有者一般に対して、すなわち占有者の主観の如何を問うことなく適用されることとなる。

以上が条文の文言のみから導かれる比較ということになる。

(3) それではこれらの条文はどのように解釈されているのだろうか。

これらの条文の関係については、2276条2項と2277条1項は2276条1項の例外をなすものとされる。その際、まず、2277条1項は合法的な取引（*le commerce loyal*）のみが保護に値するという意味で2276条1項に対する制約であると説明され、次いで、真の所有者の利益は無視されていないとして2276条2項を挙げ、真の所有者が物の占有を失った状況は無視することはできないと説明される²⁶⁾。ここでは、2276条2項と2277条1項とが2276条1項の例外²⁷⁾として並置されているのであって、後者を前者の例外としては位置づけていない。また、合法的取引の保護が先行して説明され、その後に真の所有者の

26) G. Cornu, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., p.307.

27) Ph. Malaurie = L. Aynès, *Les biens*, 7e éd., 2017, n°580は2276条2項のみを同条1項の例外として明記する。

保護が説明されることから、2277条1項は2276条2項の例外とは考えられていないかのように見える²⁸⁾。しかし、こうした理解は正しいものではない。2276条2項の要件が充たされとしても常に取戻が可能ではなく2277条1項が真の所有者にさらなる負担を掛けていると説明する学説が見られるのである²⁹⁾。もっとも、わが国における193条と194条の関係とは位置づけが異なる。わが国においては、法文上193条と194条とで占有者の主観的要件が異なっているが、後述するように、フランス民法では解釈論上も2276条と2277条とで占有者に要求される主観的要件は一致しているからである。そのため、公売等による盗品・遺失物の買受の場合は2277条、それ以外の方法での盗品・遺失物の占有取得の場合は2276条が適用されるのであり、盗品・遺失物を取得した場の相異という客観的な要件のみによって適用条文が分けられる。

また、法文上は善意・無過失は要求されておらず、これらの要否が18世紀には激しく争われていた³⁰⁾が、2276条・2277条のいずれにおいてもこれが要求されるものと解されている³¹⁾。したがって、悪意または有過失者については2276条1項の反対解釈によって即時取得が成立せず³²⁾、2277条1項の適用もないこととなる。

(4) フランス法においては、占有者が悪意または有過失の場合には、取得時効が成立しない限りは回復請求にさらされる。これに対して占有者が善意かつ無過失の場合は、盗品・遺失物の場合とそれ以外の動産の場合で異なる。盗品・遺失物以外の動産であれば回復請求にさらされることはない。盗品・遺失物であれば盗難・遺失から3年以内は回復請求を受けることとなる。これは真の所有者が物の占有を失った状況を加味してのこととされる。ただし、公売等で

28) 盗品・遺失物について即時取得を制約する最大の理由が合法的取引の保護にあることは、Cornu, *op.cit.*, p.313が、2276条1項の目的は、信頼を裏切られた真の所有者を犠牲にするといったサンクションにあるのではなく、同条2項の例外が示すように、良質な取引 (*le commerce de bon aloi*) の保護にある、としていることからもうかがわれる。

29) Cornu, *op.cit.*, p.315.

30) Th. Huc, *Commentaire théorique & pratique du Code Civil*, t.14, 1902, n°514.

買い受けた場合は占有者は代価の償還を受ける。この点は、物の起源が不正なものであるとは疑いえないことによって説明される。

2276条・2277条のいずれにも占有者の主観的要件は規定されていないことから、2277条1項を2276条1項の例外の例外と位置付けても、わが国におけるような善意要件の重複の問題は顕在化しないものと言える。

第2章 ボアソナード草案

（1）次にボアソナード草案について検討を加える。後述するように、ボアソナードはフランス民法を基本としつつも、その規定が不明確である点について語句を補う等して明確なものとし、さらに、内容面でも変更を加えている。

ボアソナード草案のうち本稿の対象となるのは1481条から1483条の2であ

31) 2276条で善意・無過失が要求されることは判例（Cass. req., 22 mai 1906, D.1906.1.351.）・学説（Cornu, op.cit., p.310；Maurie=Aynès, op.cit., n°579.）とも認めている。Maurie=Aynès, op.cit., n°579は、2276条の特則である1198条1項〔動産の二重譲渡に関する規定である〕で「善意（bonne foi）」が要求されていることをここで善意を要求する理由として挙げる。善意の意味につき Cornu, op.cit., p.310は、占有者が、取得の時点で、自己が正統な所有者から権利を取得したと信じたこと、Maurie=Aynès, op.cit., n°579は、占有者が真の所有者と契約したものと信じたこととする。

2277条で占有者が無過失でなければならないことについても判例がある（Cass., 17 mars 1856, D.56.1.393.）。また、同条で善意が要求されるべきことについては、学説がある。Cornu, op.cit., p.316は、〔2277条の規定する公売などの〕動産が取得された状況と取得者の善意とのつながりは明白である。こうした市場において非合法な取引を保護するのは法外であるが、疑わしいところのない公売における取得者を保護するのは自然なことである。取得の状況は善意の証拠を補強するものと言え、占有者を保護する理由となるとし、Maurie=Aynès, op.cit., n°583は、2277条1項におけるような物の不正な起源を疑いえないという要件の下では盗品・遺失物の取得者の主観的要件は緩和されるが、取得者の善意は問題とされうる、とする。

32) 悪意・有過失者に2276条2項の適用が排除されるのかは明確ではないが、少なくとも、同項の定める3年の期間制限は取戻の相手方である占有者が善意の場合にのみ適用され、占有者が悪意の場合、すなわち占有者が盗取者・隠匿者・遺失物の発見者・盗品又は遺失物を悪意で譲り受けた者である場合には、3年ではなく30年の期間制限が適用されるものと解されている。（Cornu, op.cit., p.315；Maurie=Aynès, op.cit., n°583.）

る。以下のように定める³³⁾。

1481条「① 時効ノ利益ハ正名義 (juste titre) 及ヒ善意ニテ有体動産ノ占有ヲ取得スル者ニ属ス。但第1470条及ヒ第1471条ニ記載シタルモノヲ妨ケス。

② 此場合ニ於テ若シ反対カ証セラレサルトキハ占有者ハ正名義且善意ニテ占有スルモノト推定セラル。」

1482条「① 動産物ノ占有者カ正名義ヲ有シ且善意ナル場合ニ於テモ若シ其物カ此ヨリ以前ニ所有者ノ盗取セラレ又ハ遺失シタルモノナルトキ占有者直チニ (directement) 盗人、共犯者、発見者又ハ是等ノ者ノ代人ヨリ物ヲ収受シタルニ於テハ其所有者ハ遺失又ハ盗難ノ時ヨリ一ヶ年間ニ在リテハ占有者ニ対シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得。但占有者カ其物ヲ有償名義ニテ受ケタルトキハ占有者ヨリ其占有ヲ譲渡シタル者ニ対スル求償ヲ妨ケス。

② 本条ハ背信ニ因リテ窃取シ又ハ詐欺ヲ以テ得タル物ニ之ヲ適用セス。但其物ハ前条ノ規定ニ従フ」

1483条「① 遺失シ又ハ盗取セラレタル物ヲ競売又ハ公ノ市場ニ於テ又ハ此類ノ物ノ商人若クハ古物商人ヨリ善意ニテ (de bonne foi) 買受ケタルトキハ所有者ハ其物ノ回復ヲ為スコトヲ得ス

② 此場合ニ於テ右ノ代価ニ付キ所有者ハ売主ニ対シテ求償権ヲ有シ又売主ハ譲受人ニ対シテ求償権ヲ有シスリ如クシテ盗者又ハ発見者ニ遡ル可シ。」

1483条の2「① 所有者前二条ノ適用ニ因リ占有者ニ対シテ物ノ回復ヲ為スヲ得サル場合ニ於テハ盗人、其従犯人、発見者又ハ是等ノ代人ニ対シ物ノ価額ニ付キ対人訴権ヲ行フヲ得

② 右ノ訴権ハ取得ノ善意ナル場合ニ於テハ遺失又ハ盗取ノ時ヨリ一个年ニ之ヲ制限ス」

(2) 動産について即時取得が認められること、即時取得を即時の時効として位置づけること³⁴⁾、盗品・遺失物について回復請求が認められうることに

33) 翻訳は、前掲・再閣修正民法草案註釈によったが、訳が漏れている部分を適宜補った。また、翻訳の際に条文番号が500条ずつ大きくされているが、条文番号についてはボアソナードの原案を踏襲した。

いては、現行法ならびにフランス民法典と共通している。またボアソナードは、「1482条は、フランス民法の認めた2種の例外を維持したもの」と述べており³⁵⁾、盗品・遺失物について即時取得の例外規定が置かれたとの位置づけも共通である。盗品・遺失物についてのみ特別規定を設けた点についてボアソナードは、窃盗の被害に遭い、もしくは、偶然に自己の物を失う（遺失する）というのは、所有者は通常の注意に拘わらずこの予防をなし得ないものとみなされるべき事実であること、すなわち真の権利者に帰責性がないことを理由とする³⁶⁾。

(3) フランス法との相違点は、以下の3点である。

(i) 第1は、1481条1項等が「正名義及ヒ善意」と明記し、1483条1項が「善意」と明記した点である。フランス民法では、占有者の主観的要件については一切規定がなかったところ、それでは曖昧である³⁷⁾ことから、ボアソナードが占有の条件として必要十分な2つのものとして正名義と善意とを掲げたのである³⁸⁾。ボアソナードは、ここで求められている占有とは自己のために有する意思に物質上の所持を合わせた占有であるとし³⁹⁾、「正名義及ヒ善意」を要求する理由を次のように述べる。不動産については、占有によって取得時効の完成期間を短縮するためには、占有は正名義（*juste titre*）と善意という2個の資格を有することが要件とされている⁴⁰⁾。そこでフランス民法旧2279条（現2276条）

34) Boissonade, op.cit., p.365. もっとも、即時時効と称する時効の真の基礎は占有にあるとする。

35) Boissonade, op.cit., p.370.

36) Boissonade, op.cit., p.370.

盗品・遺失物の場合に占有者よりも真の所有者を保護するのは、この場合の所有者が買主に比べると不注意なところがやや少ないとみなされるためであるとする Boissonade, op.cit., p.371 も同様。ボアソナードが真の所有者の帰責性の低さを重視していることは、1482条2項の存在からも見て取れる。

37) Boissonade, op.cit., p.367.

38) なお、ボアソナードは1481条はフランス民法旧2279条（現2276条）に依拠したものであることを明言している（Boissonade, op.cit., p.365.）。

39) Boissonade, op.cit., p.367.

の占有もこのように理解すべきであり、この占有に値するのは正名義かつ善意の占有である、というのである。

このようにボアソナードは、即時取得における占有者の主観的要件がフランス民法では曖昧であったことから、それを明らかにするために「正名義及び善意」という文言を付加する。そしてその際、即時取得を即時の時効と位置付けたことから、不動産の取得時効に合わせて要件を定めている。

1483条1項で「正名義」が要求されない理由は明らかではないが、競売等による買受が「正名義」に該当するものと判断したものと考えられる。

(ii) 第2は、1482条で回復請求の相手方を盗人・発見者等から動産を直接に取得した者に限定した点である⁴¹⁾。なぜこのような限定を加えたのか。ボアソナードは次のように説明する。盗取者または拾得者から占有を取得した者は、一般に、自己に提供された物について隠し立てがあることに気づきうるのだから疑念を抱くべきである。すでに疑わしい点がある以上は、譲受の約定をしてはならないのである。よって、たとえ占有者が正名義を有しかつ善意であっても、その占有者に対する取戻請求を許すのである。これが例外規定に対する唯一の説明であるから、フランス民法に対して修正を加え、取戻を占有者が窃取され遺失した物の盗取者・拾得者・その共犯者・その名代人から直接に得た場合に限定した。物が占有者の下に到達するまでに数人の手を経たときは、他のすべての場合と同様の保護を受ける⁴²⁾。

このようにボアソナードは、盗取者・拾得者から直接に占有を取得すること自体に過失があると考えている。そのために、正権原があり善意の占有者に対しても⁴³⁾、その者が直接取得者である限りは回復請求にさらされるものと規

40) フランス民法旧2265条ならびに現2272条2項参照。

41) 安永・前掲②462頁は、この点を回復請求期間の相違と並んで、フランス民法典とボアソナード草案の相違点とする。

また Boissonade, *op.cit.*, p.370 は、フランス法に比べて占有者に損失を被らせるところが少なくなっている、とする。

42) Boissonade, *op.cit.*, p.370-371.

定したのである。なお、正権原並びに善意の少なくともいずれかの要件を欠く占有者に対して回復請求ができることは、1482条1項が「場合ニ於テモ」と規定していることから明らかである。

そして直接取得者以外の者が正権原を有し善意である限りはその者に対する回復請求を認めない理由として、ボアソナードは以下の2種の損害を除去すべきことを挙げる。第1は、買受や受贈を通じて動産を占有することとなった者が予想しなかった取戻に遭うときにその個人に生じる損害、さらにはこうした損害を被る者が多数に上ることから生じる一般的な損害、第2は、非常に注意をすればその損害を何とか回避できるとしても動産取引が稀有なものとなるために拡大される損害である⁴⁴⁾。前者は占有取得者に事後的に生じる損害、後者は動的安全が確保されず回復請求にさらされるのを嫌うことによって動産取引が不活発になるという事前的な損害を意味する。

こうした目的から、ボアソナードは直接取得者以外の者についてはあえて無過失を要求していなかったのである。

(iii) 第3は、盗品・遺失物を競売等により善意で買い受けた場合には、代価弁償による物の回復請求を認めるのではなく、物の回復請求を一切認めない点である。

フランス法と異なる規定を置いた理由につき、ボアソナードは次のように述べる。

フランス法がこの場合に占有者は代価の償還を受けることによって計算上は損害がないように手当てをしつつも動産を失うこととしたのはなぜか。それは占有者が買い求めたときの状況で、占有者にその譲渡人が所有権を譲渡する権利を有するか否かを疑わせることができないからである。よって占有者は過失を免れるものである (*exempte de faute*)⁴⁵⁾ というのならば、なぜ旧所有者は占

43) Boissonade, *op.cit.*, p.373は、盗取者・拾得者から直接に取得した占有者は争いの目的である物をいまだに占有しているのであれば取戻の請求を受けるのであるから、たとえ善意であっても責任を免れないのは勿論であるとする。

44) Boissonade, *op.cit.*, p.368.

有者から物を奪うのだろうか⁴⁶⁾。このようにボアソナードはフランス法の処理では中途半端であるというのである。そこでボアソナードが適切と考えたのは、占有者を保護して取戻の憂いをなくすことなのである⁴⁷⁾。

(4) 以上のようにボアソナード草案はフランス民法典とは異なる点を有する。

まず、即時取得を認めるに際しての占有者の主観的要件を明記した点については、ボアソナードはフランス民法で不明確であった点を明らかにしたものである。フランス民法においても解釈論上は善意・無過失が要求されることから、善意要件についてはフランス法と共通している。

フランス民法典と大きく異なるのは、回復請求の相手方を盗品・遺失物を盗取者・拾得者から直接に占有を取得した者に限定していること、競売等による買受人に対しては回復請求が一切認められないものとされていることである。これらの点で、フランス民法典に比べて真の権利者の保護が手薄となっている。このように定めたのは、占有者自身に過失がないと解されるためである。逆に言えば、盗取者・拾得者からの直接の譲受人は過失があるものと典型的に判断される⁴⁸⁾ことから、回復請求にさらされることとなっている。個々の占有者の過失の有無ではなく、動産の占有開始状況からする規範的な過失の有無によっているのが特徴的である。

45) 競売等の場合には、取得者は一律に無過失として扱われるということである。

この点で、占有者の過失を前提とする1482条と対置されるのであり、ボアソナードの構想には整合性があったものと言える。

窃取者・拾得者からの直接の取得者は原則として1482条により取戻請求を受け、競売等によって取得した場合にのみ1483条により取戻請求を受けない。転得者については規定がなく、1481条が直接に適用されることで常に即時取得が認められる。

46) Boissonade, op.cit., p.372.

47) Boissonade, op.cit., p.373.

48) なおボアソナードは、1482条2項の説明において、詐欺者・受託者・賃借人・不実の受託者と善意で約定した占有者は、詐欺があったことを疑いうる状況にはないという(Boissonade, op.cit., p.372.)

第3章 旧民法典

（1）旧民法証拠編の関連規定は以下のとおりである。

144条「① 正権原⁴⁹⁾且善意⁵⁰⁾ニテ有体動産物ノ占有ヲ取得スル者ハ即時ニ時効ノ利益ヲ得但第三百三十四条及ヒ第三百三十五条⁵¹⁾ニ記載シタルモノヲ妨ケス

② 此場合ニ於テ反対カ証セラレサルトキハ占有者ハ正権原且善意ニテ占有スルモノトノ推定ヲ受ク」

145条「① 動産物ノ占有者カ正権原ヲ有シ且善意ナル場合ニ於テモ其物カ所有者ノ盗取セラレタルモノ又ハ遺失シタルモノナルトキハ其所有者ハ盗難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間ハ占有者ニ対シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得但占有者カ其物ヲ有償ニテ受ケタルトキハ其譲渡人ニ対スル求償ヲ妨ケス

② 背信ニ因リテ隠匿シ又ハ詐欺ヲ以テ得タル物ニハ本条ヲ適用セスシテ前条ノ規定ニ従フ」

146条「① 盗取セラレ又ハ遺失シタル物ヲ競売又ハ公ノ市場ニ於テ又ハ此類ノ物ノ商人若クハ古物商人ヨリ善意ニテ買受ケタル者アルトキハ所有者ハ其買受代価ヲ弁償スルニ非サレハ回復ヲ為スコトヲ得ス

② 此場合ニ於テハ右ノ代価ニ付キ所有者ハ売主ニ対シ又売主ハ譲渡人ニ対シテ求償權ヲ有シ終ニ盗取者又ハ拾得者ニ遡ル」

（2）ボアソナード草案との共通点としては、第1に即時取得の成立に「正権原且善意」が要求されていること（144条1項⁵²⁾、第2に即時取得を即時時効

49) 正権原の占有・無権原の占有は、旧民法財産編181条が定める。

旧民法財産編181条「① 法定ノ占有カ占有ノ權利ヲ授付ス可キ性質アル權利行為ニ基クトキハ譲渡人ニ授付ノ分限ナキヲ以テ其効力ヲ生スル能ハサルトキト雖モ其占有ハ正権原ノ占有ナリ

② 占有カ侵奪ニ因リテ成リタルトキハ其占有ハ無権原ノ占有ナリ」

50) 善意の占有は、旧民法財産編182条1項が定める。

旧民法財産編182条「① 正権原ノ占有ハ権原創設ノ当時ニ於テ占有者カ其権原ノ瑕疵ヲ知ラサリシトキハ之ヲ善意ノ占有トシ此ニ反スルトキハ惡意ノ占有トス」

51) 配偶者間および財産の管理人と被管理者との関係についての規定である。

として位置づけていること、第3に「正権原ヲ有シ且善意ナル場合ニ於テモ」(145条1項)として無権原または悪意の占有者に対しては当然に回復請求ができるという条文構造になっていること、第4に競売等における買受者であっても善意の者のみについて規定が置かれており、かつ、ここでは正権原の有無や過失の有無は問われていないこと(146条1項)である。

第4点に関連して、146条で「無過失」が要求されない理由については、「占有者カ其盗取物又ハ拾得物ナリシニ心付カサリシモ是レ決シテ不注意ナリト云フヲ得ス」〔圈点原文〕⁵³⁾とされていることから、競売等での買受の場合は定型的に過失が認められないものと解されていたと推測される。善意の内容は説明されていないが、「人民カ公ノ信用ニ因リ為シタル契約」と説明するものが見られ⁵⁴⁾、また、「其道ノ商人等カ盗賊又ハ遺失品ヲ売ルカ如キハ最モ非常ニシテ買主ノ意外ノ事」とされる⁵⁵⁾ことから、その動産が盗品・遺失物であることを知らないことと解してよいだろう。

(3) 他方、ボアソナード草案との相違点としては、第1に145条1項にはボアソナード草案にあった「直チニ」の文言が欠落していること、第2に競売等における善意の買受人に対して代価の償還により回復請求が可能とされたことである。その結果、フランス法に近接することとなった⁵⁶⁾。

各条文の相互関係については、144条の説明において、「第百四十五条及ヒ第百四十八条ノ場合ハ特別ナリトス」とされ⁵⁷⁾、146条の説明では、「前条ノ

52) なお、岸本辰雄『民法正義 証拠編』(新法註釈会・刊行年不明(明治23年か?)) 609頁は、144条の説明において「買主等ニ至リテハ其売主ノ真所有者ニ非サルヲ知ラサリシトテ些兒ノ過失トモ云フ可カラサル」としており、無過失を要求するようにも見られる。

53) 岸本・前掲616頁。磯部四郎『大日本新典民法釈義 証拠編之部』(長島書房・明治26年) 384頁も同様。

54) 岸本・前掲616頁。

55) 磯部・前掲385頁。

56) 安永・前掲②462頁は、旧民法典において盗品・遺失物については、フランス法と同様に例外的な扱いがなされているところ、相違点は、回復につき、フランス法が3年の期間を認めるのに対し、旧民法は2年間とする点のみであるという。

57) 岸本・前掲606頁。

場合ニ於テ」との表記が見られる⁵⁸⁾ことから、145条・146条は144条の例外⁵⁹⁾、146条は145条の例外と位置付けられている⁶⁰⁾。

このように146条は145条の例外とされるわけだが、第1の相違点があることによって、146条が145条の例外とされることの意味が異なってくる。ボアソナード草案の場合は、原則としては盗取者・拾得者からの直接の取得者のみが回復請求を免れるのに対して、中間者が介在していても、競売等で入手した場合は無過失だから例外的に占有者が保護されるとされる。すなわち、中間者が介在していてもという部分が例外となる。これに対して旧民法典では、145条には占有者の直接取得という要件はないから、競売等によるときに限っては代価の償還を要する点で占有者保護が手厚くなっている。すなわち、競売等における買受であるという、占有者の動産取得手段が例外をなすことになるのである。

また、第1の相違点があることによって回復請求の相手方は盗品・遺失物の占有者一般に拡大されたわけであるが、回復請求が認められる理由は、正権原を有し善意であっても商人等ではない素人から取得した占有者には過失があることに求められている⁶¹⁾。こうした説明自体はボアソナードにも見られたところであるが、ボアソナードの場合は盗取者・拾得者からの取得者のみが回復

58) 岸本・前掲615頁。

59) 岸本・前掲611頁でも、「本条〔145条〕ハ前条ニ対スル二個ノ例外ヲ規定」したものとされる。

60) 堀三友ほか『民法疏義 証拠編』（岡島宝文館・明治25年）444頁も、146条は145条に規定する例外法の例外であるとする。

61) 岸本・前掲612頁、磯部・前掲382頁。岸本は「素人ヨリ（第四百四十六条ノ場合ニアラス）取得シタル者」は過失があるとするのに対し、磯部はこのような説明を加えていない。しかしながら磯部・前掲385頁は、146条の説明において、145条を「単ニ通常人間ノ授受ヲ想像シタル」とするとしていることから、岸本と同様の見解であると言える。

これに対して堀ほか・前掲442頁は、窃取者・拾得者から物の占有を取得した者は、「多クノ場合ニ於テ此等ノ者ヨリ己レニ提供シタル物ニ付キ多少隠密ノ廉アルヲ発見シ従テ胸中自ラ疑心ヲ起サ、ルヲ得サルヘシスク多少ノ疑点アルトキハ之ヲ譲受ケ占有スルニ於テ憚カル所ナカル可カラス」とのボアソナードと類似の説明を加えるのみである。

請求の相手方であったから、これらの者の占有態様に疑わしい点があることが過失の根拠となった。これに対して岸本や磯部においては、競売や公の市場等を通じて取得しないこと自体が過失の根拠ということになる。146条1項に列記された状況以外での動産取引には慎重な姿勢がうかがえる。

他に、真の所有者に帰責性がないという観点からの説明も見られる。「是レ如何ナル場合ニ於テモ所有者ニ過失ナキハ則チ同一ナレハ之ヲ保護セサル可カラサルカ為メニシテ修正其当ヲ得タルモノト謂フ可シ」⁶²⁾というのである。

以上からは、ボアソナードが占有者の過失の有無にのみ重点を置いていたのに対して、旧民法典では占有者の過失の有無と同時に真の権利者の帰責性欠如が盗品・遺失物について特則を置く理由となっていることが明らかとなる。

第2の相違点、すなわちボアソナード草案と異なりフランス民法典と同様に代価の償還を認めた理由としては、146条で認められた場合には相当の手を経て目的物が移転してきており、かつ、購入時の状況も占有者に譲渡人の処分権原について疑わせる隙がないのだから、占有者には過失がないことが挙げられている⁶³⁾。占有者には過失がないことを理由とする点は、ボアソナードと同様である。しかし、ボアソナードと異なる処理方法を規定した理由についての説明は見受けられない。

第4章 法典調査会での審議

法典調査会に提出された草案は、現代語化される前の民法典の法文とほぼ同じ⁶⁴⁾である。そこで法文を提示することはせずに、法典調査会での議論を検討していくこととする。

62) 岸本・前掲614頁。

63) 堀ほか・前掲445頁。岸本・前掲616頁、磯部・前掲384頁も不注意がないとする。

64) 即時取得によって得られる権利を所有権としていた点が異なっていた。法典調査会では修正の試みはすべて否定されたものの、衆議院に提出された議案ではすでに平成16年の現代語化以前の条文と全く同じものとなっている（広中俊雄編著『第九回帝国議会の民法審議』（有斐閣・昭和61年）294頁）。

（1） 192条から194条の起草を担当したのは穂積陳重のようである。

穂積はまず、即時取得の性質を説明する。穂積によれば、192条は元々は即時時効の規定として構想されたが、起草者たちは、占有の結果として所有権を取得するのを時効の規定として整理するのは不都合であると考えた⁶⁵⁾。その理由は、即時時効というのは自家撞着であること、すなわち、時の経過によって効果が生じるのが時効であるのに、即時時効では時が経過していないことに求められる。そして時効は時の経過であるというのが根本と定まった以上は、既成法典のように即時取得規定を時効の箇所に配置することができなくなってきたために、占有の効力の箇所に配置したものだという。ここに旧民法典に至るまで一貫して見られた即時取得は即時時効であるとの見解からの一大転換が見られる。

これに対しては、箕作麟祥が、192条は所有権取得の方法の箇所に規定すべきではないかと質問する。これに答えた穂積は、起草者間で議論したわけではなく単なる私見であるが所有権取得の方法の箇所には所有権取得のみに関わることを規定したのであって、192条の主眼を所有権の取得に置くというのであれば、所有権取得の方法の箇所で規定してもよい⁶⁶⁾、即時取得は占有の最も顕著な効果であることから占有権の効力の箇所に配置するのが便利であろうと考

65) 『法典調査会民法議事速記録 一』(商事法務研究会・昭和58年)(以下「速記録一」とする) 657頁〔穂積陳重〕。

もっとも梅は、立法後においても192条を時効規定と理解しているようでもあり、梅謙次郎『民法要義 卷之二 物権編』(有斐閣書房・明治44年)(以下「梅・前掲①」とする) 59頁には「本条〔192条〕ハ所謂瞬間時効又ハ即時時効 (prescription instantané) ニ関スル規定ナリ」〔圈点原文〕との表現が見られる。しかし梅・前掲①60頁は「時ヲ要セサル時効アルヘキ謂レナキ故ニ其不当ナルコトニ既ニ之ヲ述ヘタリ」として時効規定ではなく占有の効力として理解すべきものと説明していることから、「所謂」という形で読者の理解を簡便にしたにすぎず梅自身は192条を時効規定とは考えていないことは明らかである。とはいえ梅・前掲①61頁は、192条の要件は不動産の取得時効に関する162条2項と同じであるとのボアソナードと類似の見解を述べ、特別の保護を受けるべき占有者は動産についても不動産についても同一であるのが当然だからとしており、時効規定との関連性を全面的に否定するものではない。

えたのであるとした⁶⁷⁾。また梅は、起草者間では異議がなかったから協議をしなかったのである。所有権取得の方法の箇所には、純然たる所有権取得だけの問題を規定したのである、として占有権の効力箇所への存置を主張した⁶⁸⁾。箕作はなおも遺失物に関する規定（240条）が所有権の取得の箇所にあることから、遺失物についてだけでも所有権の取得の箇所に入れた方が良いとした⁶⁹⁾ものの、この直後に別の問題点が指摘されたため、即時取得の性質に関する議論は終結した。ここで注目すべきは、即時取得は即時時効であるとの見解からの反対論が全く見られなかったことである。

（2）次いで穂積は192条の趣旨を説明する。穂積は、192条は自然の結果ではなく、公益のために所有権取得の簡易な方法を設けたものである。こうした結果をいかなる場合にも一律に及ぼすのは真の所有者にとって酷であるから、真の所有者の保護と並んで善意かつ公然平穩な占有者も保護することができるのであればそうした方が良い、という⁷⁰⁾。真の権利者保護と占有者保護の双方のバランスを強調する見解であり、占有者の帰責性に重点を置いていたボアソナードの見解とはやや重点の置き方を異にするものと言えよう⁷¹⁾。

旧民法証拠編144条1項が「正権原」を要求していたのに対して192条は「無過失」を要求する。この点については、162条に関する法典調査会での議論の中で説明がなされていた⁷²⁾。梅は、正権原では杓子定規であるから過失の有無

66) なお、穂積は後述のように、192条は公益のために所有権取得の簡易な方法を定めたものとする（速記録一661頁）。

67) 速記録一657頁〔穂積〕。

68) 速記録一658頁〔梅謙次郎〕。

69) 速記録一658頁〔箕作麟祥〕。

70) 速記録一662頁〔穂積〕。

71) 192条の趣旨につき、松波=仁保=仁井田・前掲310-311頁は、占有者を保護することで占有者が動産取引を容易になしうるものとした（「取引ノ安全ヲ保ツ」）ものとして真の権利者が害される場合があってもやむを得ない。他方で、真の権利者に過失があるとの理由や、物を返還すべきものとする物が転々流通していた場合には多くの訴訟を生じて面倒であるとの理由は「寧ろ附随ノ理由ナリ」とする。ボアソナードの見解に比較的近いものと言えようか。

を問う方が良い結果が得られると考え、ドイツ民法草案に言及する。これのみではわかりにくいことから、後年の梅の著作も合わせて見ておく⁷³⁾。梅によれば、正権原ある有過失者よりも正権原なくとも無過失の者を保護するべきである。ローマでは初めは過失なき善意占有を要するとの意味であり、ただ過失がないとするためには通常は権原を要するとしたにすぎない。ローマ法には数多くの例外があって、権原がなくとも占有者に過失がなければ時効の利益を受けるものとしている、と説明される。以上の説明からは、正権原と無過失とは別個の要件として理解されていた⁷⁴⁾こと、ローマ法の結論を維持するのに適切な要件として正権原の代わりに無過失が選択されたことがわかる。

ところが192条の善意・無過失の内容に関しては全く議論がなされなかった⁷⁵⁾。

(3) 193条について穂積は、192条の例外として⁷⁶⁾真の所有者を保護するものという⁷⁷⁾。そして、旧民法証拠編145条と実質において少しも変わりはないつもりであり、旧民法証拠編145条1項但書ならびに同条2項はわかりきったことだから省略したとする⁷⁸⁾。

このように起草者の主観では盗品・遺失物の回復請求に関しては旧民法典

72) 速記録一515頁以下〔梅〕。

73) 梅謙次郎『訂正増補民法要義 卷之一 総則編』(有斐閣書房・明治44年)(以下、「梅・前掲②」とする)410-412頁。

74) 後の見解であるが、横田秀雄『改版増補 物権法』(清水書店・大正7年20版)224頁は、正権原の占有であることは、明文規定がないが善意無過失のうちに含まれており、法律の主眼が権利を取得したものと信ずべき正当の理由を有する者を保護することにあることから、正権原が必要であるとする。

75) これはおそらく、162条2項と同様と解されたためであると考えられる。

梅は192条の説明においては「善意」・「無過失」の内容を明らかにしていない。162条2項の「善意」とは「自ラ其所有者タルコトヲ信スルヲ云フ」、「過失ナキ」とは「普通人ノ為スヘキ注意ヲ為スヲ云フ」とされる(梅・前掲②409頁)。

76) 梅は、一方では即時時効によって所有権を取得するが、193条の場合だけはまだ所有権は取得していないということを明らかにするために、192条の例外として193条を掲げたものとし(速記録一666頁〔梅〕)、穂積は、193条では所有権が移らないという点が192条の例外であるとする(速記録一669頁〔穂積〕)。

と同様の規定とされている。しかしながら、以下の相互に関連する2点に注意しなければならない。

第1は、冒頭に「前条ノ場合ニ於テ」という文言が付加されたことである。穂積によれば、「前条ノ場合ニ於テ」という文字は当初はなかったが、ことさらに付加したものである。通常192条で即時取得が成立して所有権を取得するが、193条の場合だけはまだ所有権は取得していないということを明らかにするためにことさらに前条の例外として193条を掲げたのであるという⁷⁹⁾。「前条ノ場合ニ於テ」という文言が付加されたことによって193条の適用範囲は占有者が善意・無過失・平穩・公然な占有をする場合に限定されることとなった。しかし、起草者は193条の適用範囲を限定することを目的としたのではなく、192条が適用される場合と対比して、193条が適用される場合に限っては占有者に所有権が移転しないことを明らかにしようとしたのである。すなわち、192条・193条とも、善意・無過失・平穩・公然たる占有者のみを念頭に置いた規定である。悪意または有過失の占有者は念頭に置かれていない。このことは第2点と関わってくる。

第2は、旧民法証拠編145条1項では「場合ニ於テモ」とされていたのが「場合ニ於テ」とされたこと、すなわち「モ」の文字が削除されたことである。わずかに1文字であるが、この点は以下のように条文の内容に重大な変化をもたらす。

旧民法証拠編144条1項・145条1項のいずれにも「正権原ヲ有シ且善意ナル」との文言があり、現行法の起草過程において192条の文言が「正権原」から無過失と変更されたのであるから、193条で「前条ノ場合ニ於テ」と規定しても特段の問題点はないように見える。しかし「モ」が削除されたことによって、

77) 速記録一662頁〔穂積〕。梅・前掲①62頁、松波=仁保=仁井田・前掲320頁も同様。

なお富井・前掲687-688頁は、192条こそが所有者以外の者がした処分を有効とする点で一般原則に対する例外であるとする（同書692頁も同様）。

78) 速記録一661頁〔穂積〕。

79) 速記録666頁〔穂積〕。

旧民法証拠編145条1項が占有者に正権原がない場合や悪意の場合をも包摂した規定であったこと、すなわちこれらの場合は当然に回復請求が可能であるが、このほか、旧民法証拠編145条1項の要件を満たす場合においても占有者に対する回復請求が可能という意味であったのが変容してしまったのである。193条が直接適用されるのは占有者が善意かつ無過失の場合のみということになり、勿論解釈の部分が消えてしまったわけである⁸⁰⁾。

また、193条が盗品・遺失物のほか詐取された動産等にも適用されるか⁸¹⁾について穂積は、詐取とか受寄物消費とかよりも一歩甚だしい盗品・遺失物というものは確かにわかることと、詐取・受寄物横領の場合は真の権利者に不注意があるから193条の保護を与える理由がないと「見タモノデアラウト思ヒマス」から、盗品・遺失物に保護を止める「コトニナッテ居ルモノジヤラウト思ヒマス」とする⁸²⁾。ここからは2つのことが明らかになる。第1に、本条においてもやはり真の権利者の保護と占有者の保護の双方のバランスが重視されていること⁸³⁾、第2に、もっぱら伝聞調の理由付けがなされていることから、盗品・遺失物に限定して即時取得の例外を設けることについて穂積の独自性はないこと、である。したがって、ここからも193条があえて悪意または有過失の盗品・遺失物占有者に対する回復請求を否定したものではないと結論付けられる⁸⁴⁾。

(4) 194条は旧民法証拠編146条1項に文字の修正を加えただけのものではあ

80) とはいえ、前条の趣旨説明に見る如く、穂積は真の権利者保護と占有者保護とを同時に目的としていた。したがって、善意・無過失・平穩・公然でない占有者に対する回復請求をあえて否定する、すなわち、盗取者・拾得者・それらの者の悪意または有過失の特定承継人については占有訴権を行使すれば足りるとの見解を支持するものとは考え難く、旧民法と実質的に変わりはないとの説明に偽りはないことになろう。

81) 土方寧の質問である。

82) 速記録一662頁〔穂積〕。

83) このことは、土方が遺失主には詐欺の被害者の場合と同等に落ち度があるから遺失物の場合も真の所有者を保護するのは妥当ではないとするのに対して、穂積が全体としては遺失物の場合の方が真の権利者の過失が少ないと評価できるとする（速記録一663頁）点にも現れている。

り、実質において異なるところはなく、「善意」のみが要求されており無過失に言及されない点も変わりはない。法典調査会では趣旨等の説明もなされていない^{85, 86)}。ただ、横田國臣の質問を受けて194条は193条の例外であるとするのみである⁸⁷⁾。これを受けた横田は、194条を193条2項として「若シ競売若シクハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販売スル商人ヨリ前項ノ物件ヲ買受ケタルトキハ」とすれば2年という期間制限も当てはまるとする⁸⁸⁾。梅は条文構成を変容させて194条を193条2項とする点については賛成しないものの、194条には2年の期間制限がかかるとの見解に立つ⁸⁹⁾。いずれも193条と194条とを一体のものとして理解する。

84) さらに、横田國臣が、この「占有者」とは192条の善意かつ無過失の占有者を指すのか確認したのを否定して、穂積は193条の「占有者」にはすべての者が入るとする（速記録一668-669頁〔穂積〕）。もっとも、穂積も「前条ノ場合ニ於テ」の文言があるから、直接に適用されるのは善意・無過失の占有者であることは認めており、この文言の挿入によって生じる解釈の変化に全く無頓着であったわけではない。

85) 速記録一669頁〔穂積〕。旧民法証拠編146条3項〔2項の誤りと思われる〕については、特別にこうした規定を置く必要はないものと考えたとする。

86) 衆議院においては穂積が「本条ノ精神ト云フモノハ、盗品又ハ遺失品ヲ一己人ガ窃ニ売渡ストカ云フノ防グ精神デゴザイマスカラ、何人ナリ買入ヲ集メテ大勢ノ真中デ売渡スト云フヤウナコトデアリマスルト、其買主ニ於キマシテモ是ハ不正品デハナイ、相当ノモノデアラウト云フ信用ハ自ラアル」（広中編著・前掲153頁）としており、194条に規定するような状況では買受人の信用が保護されるべきであることを指摘する。

また、松波=仁保=仁井田・前掲325頁は、競売・公の市場における取引・商人となす取引に関する信用を強固ならしめるものとし、無償で回復されてしまうのでは誰もが物を買うのに不安の心を起こし一般の取引を遅緩ならしめ遂には商業の衰退を来すとする。

このような取引の安全を強調する見解に対し、富井・前掲709頁は、「此等ノ場合ニ於テハ占有者ハ買得ノ際其物ノ瑕疵（盗品又ハ遺失物ナルコト）ヲ覚知スルコト能ハサルヲ常トス從テ之ヲ買受クルモ何等ノ過失アリト謂フコトヲ得ス」と買受人の無過失に重点を置いた説明をする。梅・前掲①64頁も同様。

87) 速記録一669頁〔穂積〕。速記録一666頁〔穂積〕にも「尚ホ本条〔193条〕ニ対シテ例外ヲ出シマスル為メニ次ノ百九十四条ヲ置キマシタ」との発言が見られる。

後の著書であるが、梅・前掲①64頁も、「本条〔194条〕ノ規定ハ前条ノ規定ニ対スル一ノ制限ニシテ稍々第百九十二条ノ本則ニ復帰セントスルモノナリ」とする。

88) 速記録一670頁〔横田〕。

横田の発言には、もう1点注目すべきものがある。それが、「善意ト云フコトモ前ニナイカラシテ勿論ノコトニナラウト思ヒマス」との発言⁹⁰⁾である。この発言が何を言わんとしたものであるかはわかりにくい。「前」というのは193条を指すと思われる。193条にも善意という文言がないのだから、194条の内容を193条2項に入れるのであれば、「善意」という文言を削除しても問題はないと横田は考えているようである。すなわち、193条では省略されている「善意」の内容と194条の「善意」の内容とは同じものと考えているのではないか。したがって、この横田の見解は、194条の「善意」は本来的には不要であるとの考えを示唆するものとも考えられるのである。同様の示唆は次のやり取りからも得られる。横田の提案を受けた富井は、194条をこのままで193条の2項にしてはどうかと問い、それに対して横田は「此儘テモ意ハ同ジコトデアル」と答えている⁹¹⁾。これによれば、「善意」という文言のある194条をそのまま193条2項とするのと「善意」という文言のない横田の提案とは「意ハ同ジ」ということだから、主眼は194条の場合であっても2年の期間制限がかかることを明確する点にあるとしても、横田は194条に「善意」という文言を残しておくことに意味はないものと考えていると思われるのである⁹²⁾。ところが横田の修正案には賛同がなくてうやむやになってしまった。

第5章 検討

以上、フランス民法典からボアソナード草案・旧民法典を経て現行法の規定が形成されるまでの過程を見てきた。

この中ではボアソナード草案が、盗品・遺失物を盗取者・拾得者から直接

89) 「百九十三条ニ於テ盗品又ハ遺失物ハ二年間デナケレバ回復ハデキスト云フコトハ極マツテ居ルノデアル百九十四条ニモ斯ウ云フ事情ガアレバ代価ヲ弁償シナケレバナラスト云フノデ百九十三条ニ於テ特別ニ保護スベキ理由ガアツテモ代価サヘ払ヘバ十年デモ宜シイト云フ解釈ハ出テ来ヤウ筈ハナイト思ヒマス」(速記録一670頁〔梅〕)。

90) 速記録一670頁〔横田〕。

91) 速記録一670頁〔富井・横田〕。

に取得した者に対してのみ回復請求を認めていた点、が特筆される⁹³⁾。また、即時取得の成立要件としてボアソナード草案と旧民法典では正権原と善意が要求されていたのが、現行法では善意・無過失と変更されている。これは結論の妥当性を追求したものである。なお、フランス民法典には即時取得における占有者の主観的要件は規定されていないが、学説上は善意・無過失が要求されている。

占有者の主観的要件が明記されたのはボアソナード草案に始まるが、194条に相当するボアソナード草案1483条・旧民法証拠編146条のいずれにおいても善意のみが要求されており、現行法はその系譜を引き継ぐものである。これらの規定において正権原が要求されていなかったのは意図的なものである。すなわち、競売等における買受自体が正権原に相当するのだから、これに加えて正権原の文言を付加する必要はない。したがって、旧民法典に正権原の文言がなかったために正権原を無過失に置き換えた際に放置されてしまったという立法技術上のミスとするのは適切ではない。立法技術上のミスだとするのであれば旧民法証拠編146条1項に「正権原」の文言がないこと自体もミスだとされなければならないが、ボアソナード草案・旧民法典のいずれについても、競

92) 梅にも194条の「善意」に192条のそれと異なる独自の意味を持たせる趣旨ではないと窺わせる発言がある。それは193条と240条との適用範囲の相違を論じた部分であり、「百九十三条並二百九十四条ニアル規定ハ夫レトモ丸デ性質ノ変ハツタモノデアリマシテ遺失シテ其遺失物ハ知レテ居ル遺失主モ知レテ居ル唯併ナガラ拾主カラシテ善意ノ第三者ニ夫レヲ売ツテ仕舞ツタ其場合ニ善意ノ第三者ガ百九十二条ノ規定ニ依テ直グニ所有者トナラレルカ何ウカト云フコトヲ極メタノデアリマス」(速記録一667頁〔梅〕)とする。193条・194条は、遺失物の善意の占有者が192条によって所有者となるか否かを定めたものである。それならば、192条の「善意」と194条の「善意」とは同内容のものと解するのが自然であろう。

93) 現行法の解釈としても回復請求の相手方を盗取者・拾得者から直接に取得した者に限定する見解もある(石田文次郎『物権法論』(有斐閣書房・昭和7年)361頁以下、小出・前掲23頁以下)が、ボアソナード草案の文言を敢えて変更していること、194条が適用されるのが盗取者・拾得者が商人である場合など極めて限定された範囲にとどまることから、この見解は採らない。

売等における買受そのものが正権原に該当するとの説明がなされている⁹⁴⁾。このように194条は系譜上、占有者の無過失という主観的側面に着目した規定ではなく、競売等という公開の場における買受であることに着目した規定なのである。そのために、個々のケースにおいては占有者の過失の有無を問題視するのではなく、規範的に公開の場における買受であれば過失はないものとの判断が加えられているのである。したがって194条は個々の占有者を保護する規定ではなく、取引の場に対する社会の信頼を保護した規定と位置づけられる。

しかし、このように194条では無過失要件は不要だと言ったところで、192条で要求される無過失要件が同条と密接に関連する193条を介して194条にも及んでいるのではないか、との疑念はぬぐえない。それはまさに本稿が善意要件についても指摘した点である。この点はどう考えるのか。

占有者の主観的要件を規定しないフランス民法ではこの問題は生じない。ボアソナード草案以降に生じた問題である。ボアソナード草案1482条1項では、占有者が正名義を有し善意である場合においても、盗品・遺失物を盗取者・拾得者から直接に取得した場合には回復請求の対象となると規定されていた。したがって、占有者が正名義を有しておらずまたは悪意の場合であれば当然に回復請求の相手方となることは法文上明らかであった。こうした事情は旧民法財産編145条1項でも全く同様である。

これが現行法の起草過程において、起草者が旧民法の内容をそのまま維持しようとしたにもかかわらず所有権の所在を明確にする目的で193条に「前条の場合において」との文言を挿入してしまったがために変容が生じてしまった。また、「も」の文言が挿入されなかったことから、193条は善意かつ無過失の占有者に限定して回復請求を認めた規定という位置づけとなってしまった。すなわち、悪意または有過失の占有者についての規定がなくなってしまったのである。

この欠を埋めるべく193条の「前条の場合において」は「前条の場合であっ

94) 近時のフランス民法の説明でも同様である。

ても」と読むのが妥当である、と指摘する学説はすでに存在する⁹⁵⁾。この見解は、193条によれば2年以内に盗難又は遺失の事実を証明することで回復請求が可能であるのに、過失ある占有者に対して回復請求権がおよそ発生しないとすると、盗取されたのが賃借人である場合には占有回収の訴えによるほかなく、占有を奪われた事実と相手方が特定承継人である場合にはその者が侵奪の事実を知っていたことを証明して、1年以内に提訴しなければならないために、193条による場合に比べて不利になるという。善意無過失の占有者に対して193条が適用されるのだから、悪意または有過失の占有者には当然に193条の回復請求権が認められるべきだというのである^{96,97)}。この見解は結論の妥当性からしたバランス論に依拠するものであるが、この結論は、起草過程からも正当化することができる。すなわち、起草者には193条に「前条の場合において」との文言を付加することによって同条の適用範囲を制約する意図は全くなかったことから、文言の選択が適切ではなかったと考えることができるのである。

95) 安永・前掲①124頁。判例も同様である（前掲・最判昭和59年4月20日）。

96) 生熊・前掲294-295頁も同旨。

97) 果たしてこれが、193条の直接適用を意味するのかは問題となりうる。

安永・前掲①123頁は、193条を直接適用するのであれば論じるまでもないにも拘らず回復請求権の行使期間についてわざわざ論じていることから、「193条の回復請求権」という表現が見られるものの、これは回復請求の主体・内容が193条と同じものが認められるかという趣旨に止まり、193条を直接適用する趣旨ではなかろう。また、松岡・前掲205頁は、前掲・最判昭和59年4月20日によれば、「192条の要件が不備の場合には、被害者または遺失者は、当然に返還請求ができる」としており、193条の直接請求を認めるものではないと思われる。

これに対して生熊・前掲292頁は、「バランス上、被害者等は、盗品等を悪意または善意有過失で買い受け占有している者に対しても、193条の回復請求権を行使し得ると解すべきである」とした上で、同書294-295頁は「193条の盗品等回復請求権は、被害者等に無償回復を認めるものであるから、回復請求の相手方につき192条の要件が充たされていなくても差し支えないが、194条の盗品等回復請求権は、相手方への代価弁償を伴うものであるから、相手方に192条の要件が充たされていることを要すると解すべきである」とする。193条と194条とを対比して193条については192条の要件を満たさない場合であってもよいとしており、悪意または有過失の占有者に対する回復請求を193条の直接適用によって認めるものと思われる。

このように193条の「前条の場合において」は「前条の場合であっても」と読むのが適当だとすると、194条の「善意」はどのように解されることになるのか。193条から「前条の場合において」という制約が外されることで、193条・194条とも悪意または有過失の占有者も対象とした規定と位置づけることができるようになる。その結果194条は、動産の回復請求にあたり、善意者には代価弁償が必要であるが悪意者には代価弁償は不要という意味を有することになる。

これは序論で否定した192条と194条とを切り離す読み方と同じことになる。しかしそこでは192条と193条とが一体のものとして想定されていたが、193条の「前条の場合において」を「前条の場合であっても」と読み替えることによって、192条と193条の一体性は失われる。その結果、192条と194条とを切り離すことが可能となる。そして194条が193条の例外であることから、回復請求は2年の期間制限にかかることとなる。

194条は192条とは切り離された規定であるから、無過失が要件とされないとしてもそのこと自体には問題はない。しかし起草過程からは、占有者の無過失の要素が完全に放棄されていると解するべきではない。競売等で買い受けることが無過失と等置されているのである⁹⁸⁾。これは無過失が推定されるというのとは異なる。仮に占有者が有過失であったとしても、占有者は代価弁償を受けることができる。有過失の反証によって回復請求者は代価弁償を免れること

98) 注5に掲げた好美・佐久間・星野の見解を参照。

99) 本文のように解した場合、注21に掲げた善意・有過失者の扱いの点はどのように解されることになるのか。結論から言えば、194条において真の権利者の保護は192条におけるよりも弱体化していることは否めない。しかし、両条の目的の差異から、これは矛盾であるとは考えない。すなわち、192条は占有者に善意・無過失を要求することによって、前主には処分権原があるとの占有者の信頼を保護する規定である。これに対して194条は、競売等の取引環境そのものに対する社会の信頼を保護することによって取引コストを低減させることをも目的とした規定であって、前主の処分権原について特定の占有者が抱いた信頼を保護する規定ではない。異なる目的を有する規定の適用結果を対比するのは適切ではないということである。

はできないものと解すべきである⁹⁹⁾。なぜなら、前述のように、194条は個々の占有者が抱いた信頼を保護する規定ではなく、取引の場に対する社会の信頼を保護することを通じて取引コストの低減を図った規定と位置づけられるからである。この点で、公信の原則を採用したとされる192条とは意味合いが異なる。

以上が現行法の解釈論である。しかし、悪意または有過失の占有者に対しては193条の勿論解釈によって回復請求ができると解することができるとしても、「前条の場合において」との文言を軽視していることは否定できない。立法論としては193条の「前条の場合において」は削除すべきものであろう。そうすると、所有権の所在を明らかにするという起草者の狙いが達せられないこととなりそうである。しかし、2年の期間が経過する以前における盗品・遺失物所有権の所在をめぐる争いがあるところであり、「前条の場合において」という文言を挿入することによって解決される問題であったわけではない。したがって、「前条の場合において」を削除しても問題はないものと解する。

おわりに

本稿は、現行法における盗品・遺失物の取り扱いを前提として、194条の「善意」要件の位置づけを中心に考察した。しかし、動的な安全への配慮から、盗品・遺失物について即時取得の例外を認めるべきではないとの見解も根強い。本稿はこうした見解に対して回答するものではなく、現行の法制度を前提とするものにとどまっている。

本稿における起草過程の分析からは、競売・公の市場など、194条が適用される場には来歴の確かではない盗品・遺失物は現れないとの信頼が強く保護されていることが明らかとなる。そこでは、商人ではない素人からの取得においては買主の過失が認められやすいといった相関関係も見られる。

しかし、現代においては、対面販売のみならずインターネット取引が活発になされるようになり、商人ではない者も売主として市場に登場するようになってきている。そこでは売主の属性は必ずしも明らかなわけではない。そうした

論説（直井）

状況においてもなお、競売・公の市場等を特別視する194条の規定ぶりが維持できるのかが改めて問われることとなろう。

（なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）