

判例研究

即時取得と占有改定

好美 清光

昭和三二年一月二七日最高裁第二小法廷判決  
(昭和三〇年七月二十五日最高裁民集一一卷一四號二四五頁——破棄差戻)  
 決(石庭樹等所有權確認請求事件) 最高裁民集一一卷一四號二四五頁——破棄差戻

〔判旨〕 占有改定により占有を取得したに止まるときは、民法第一九二條の適用はない。

〔事實〕 原審認定の事實關係を要約すると次の通り。上告人(原告・被控訴人) Xと被上告人(被告・控訴人) Yとは、昭和二五年一月三日Y所有の本件庭園設備備付のままの宅地・建物につきつぎの約定で賣買契約を締結した。代金一五〇萬圓、内百萬圓をXは同日賣買保證金として支拂う、Yは昭和二六年四月末日右不動産の所有權移轉登記手續をして該建物を明渡す、これと同時にXは差引殘代金五〇萬圓を支拂う、と。即日Xは保證金百萬圓を支拂った。しかし右約定期限にYが建物の明渡並びに不動産所有權の移轉登記手續をしなかつたので、Xは調停の申立をし、兩者間に次の調停が成立した。YがXに昭和二六年七月二五日限り前記百萬圓と損害金二〇萬圓計一二〇萬圓を支拂わないと

きは、Yは直ちにXに不動産所有權移轉登記手續をし同建物を明渡さなければならぬ、と。しかるにYが右の日に一二〇萬圓を支拂わなかつたので、Xは右調停調書により昭和二六年八月六日右不動産の所有權移轉登記手續を受け、ついで同月二五日右建物明渡の強制執行をしてその占有を取得した。ところが、共同被上告人(被告・控訴人) Zは、右Xの所有權移轉登記手續後で建物明渡以前である同月一三日、Yに對する執行力ある公正證書(金銭債權の記帳)により、Yの占有していた前記庭園設備たる庭踏石・庭石・手洗鉢・燈籠・五重の塔・石橋・庭木を動産として差押え、同月二日Z自ら競落して平穩公然善意無過失でYから占有を取得した。しかし右諸物件中、石橋と庭木は土地と一體をなす不動産の構成部分である。

右の事實に基き、原審は、Zの差押並びに競落は石橋と庭木については手續を誤つた無効のものであり、その餘の物件については有効である、従つて後者についてはZはその所有權取得をXに對抗しうる、として、右諸物件が全部Xの所有であることを確認した第一審判決を取消し、庭木並びに石橋についてはXの所有であることを確認し、その餘の物件についてはXの請求を棄却した。X上告。上告理由は多岐にわたるが略する。

〔判決理由〕 ……原判決確定事實を要約・引用した後…「しかし、無權利者から動産の讓渡を受けた場合において、讓受人はその占有を取得することを要ししかもその占有の取得は占有改定の方法による取得をもつては足らないものといわな

ければならない(大正五年五月一六日大審院判)。ところで、本件についてこれをみるに、原判決は、Zは競落により前記物件の引渡を受けたと認定しているけれども、右物件は本件宅地に設置された庭園設備の一部であつて、執行吏はこれを現状のまま差し押えて競賣に付し、競落人たるZに對してもこれを現状のまま引渡したものであることは、原判決の判示自體からも明らかであるから、その引渡は特段の事情のないかぎりいづゆる占有改定による引渡と認むべきであり、したがつて、假に右物件が動産でありかつZが平穩公然善意無過失にその占有を始めたとしてもZはこれによりその所有権を取得するに由ないものといわなければならない。しかるに原判決は、右の引渡をもつて占有改定で足ると解したものの如く、前記物件につきZの取得した占有の性質につき格別の審理判断をすることなくたやすくZの所有権取得を認めたのは、審理不盡理由不備の違法に陥つたものといふのほかになく、論旨は理由があり破棄を免れない。」として裁判官全員一致で破棄差戻(裁判官小谷・藤田・河村・奥野)。

〔評釋〕 果して本件諸物件は動産か、Zは占有改定をしているか、善意無過失か等についても、本判決の口吻(並びに上告理由)からも窺えるように、問題がないではないが、これらの點は差戻された高裁における審理をまつことにして、ここでは即時取得は占有改定では足らないとの判旨に問題をしぼる。

一 本判決は、従來の大審院判例の確定的な立場を最高裁が踏襲することを明かにした始めてのものである(本判決引用の前記判例として、その後、法律新聞・評論等に無数に報じられてゐる。大正五年判例を指す。鈴木祿彌・綜合判例研究叢書(6)九六頁以下、後記河野・本件判例批評、後

記金山・論文に擧げられてるので引用の煩をさける。尤も反對の判例がないわけではない。大審院では、昭五・五・二〇新聞三一五三・一四のみであるが、理由は述べていない。下級審では仙臺地昭二五・八・一八下裁集一・八・一三三二があり、第三者の信賴保護が本制度の趣旨であることと一九二條の「占有」から占有改定を排除すべき明文(周知のように明文規定のないが法の下の)においてはその沿革ともからんで學說の對立する問題であり、近時は積極説が多數であるといえよう。その立場からは、Zは所有権を取得しておりもちろん對抗要件をも備えているから、本判決に對し抽象論としても具體的結果の上からも反對ということにならう。しかるに本判決は、その理論的根據を、沿革を強調した指導的判例即ち前掲大正五年五月一六日大審院判例を援用することにより一切略している。そこでは、「……一般外観上從來ノ占有事實ノ狀態ニ變更ヲ生シ一般取引ヲ害スルノ虞ナクシテ從前ノ權利者ノ追求權ヲ顧ミサルヲ相當トスル場合ニ於テハ、固ヨリ現在占有ヲ始メタル者ヲ保護スルノ必要アリ。然レトモ、斯ル狀況存セサル場合ニ於テモ尚ホ他ノ利害關係人殊ニ從前ノ占有ヲ委任タル權利者等ノ利害ヲ顧慮セサルカ如キ法意ニ非サルコトハ、同條規定ノ因テ生シタル法制ノ沿革ニ徴シテ疑ヲ容レズ。」……従つて占有改定の場合をも含むとすることは……「却テ一般取引ノ安全ヲ害スルノ虞アリテ其安全保持ノ爲メニ設ケタル同條立法趣旨ニ適セ」ず、と説く(句讀點等)。しかし右の判決に對して古くから多くの積極學說からの批判のある現在、これを援用するのみで足れりとする本判決は不親切かつ不十分で、反對説を克服すべき何らの説得力をも有しえず、むしろ「時代錯誤(右大正五年判例と前記昭和五年積極判例との關係要件を充たすか)志林三」の感をすらも與えかねない。それにもか

ならず、私は、結論的には、消極説でよいのではないかとの感を禁じえない。この機会にあえて積極説に對する私の疑問を表明しておきたい。

二 ローマ法においては、「何人と雖も自己の有する以上の權利を他人に與うことを得ず」(Memo plus juris ad alium tra.)の原則が行われ、時効の利益は別として、本制度の生ずる餘地のなかつたこと、ゲルマン法においては、動産のゲヴェールの所有權の薄弱性の故に、他人を信賴して占有を與えた者はその他人に對してのみ追求することができ、從つてその反射として第三者は善意・惡意を問はず、物の追求を免れた(追求權の制限)。いわゆる Hand wahre Hand の原則の行われたこと、フランスにおいては、その固有法では一三世紀まで右と同様の原則が行われ(Bien n'ont pas de suite)。その後ローマ法の影響を始めとする諸種の變遷を経て、現行民法(九二七)においては、沿革のゲヴェールの觀念をとどめて、追求される者の占有の效力即時効の一種として構成されており(動産に關しては占有は權限に準ずる En fait de meubles, vaut titre)。解釋論上は、取得者の善意は當然のこととして要求され、かつ一般に占有改定では足らない、と解されていること、フランス民法の影響を逆輸入的に受けたドイツでは、舊商法(三六)を経て、現行民法(九三二)においては、かの原所有者の追求權の制限という觀點からではなく、善意の第三者の所有權取得として構成されているが、なお原所有者保護をも無視しえず、兩者の保護の調和を舊商法の實際(明文はな)に從つて占有改定では足らないという點に求めこれを明文で排斥している(九三九)

三) こと、スイス民法(七七四條、な)もドイツ民法と同様の觀點で構成されているが、占有改定については明文なく學説の對立のあること、これに反しわが法においては、フランス民法の影響の下に、善意取得者の占有の效力として構成されているが(民法は、取得時効として、よりフランス民)、沿革はともかく、ドイツ民法・スイス民法にみられるように近代的前主の占有に對する信賴の保護(公信の原則)として理解されるべきものであること。これらのことはすでにわが國でも古くから屢々詳細に論じられ、かつ現在では一般に承認されているところであるから、更にごで詳しく返すまでもなく、(Motive III S. 34 ff. Wolff-Song. 10. 石坂「民法第九二條論」(改竄民法研究上所收)四五三頁以下、富井・民法原論六八三頁以下、我妻・前掲論文、最も詳細な田島・民法一九二條の研究、なお特に占有改定との關係では三七五頁、四三五頁以下、四六八頁、九頁、五五八―九頁、更に川島・所有權法の理論二七四頁以下等)。

三) ところで、諸積極學説の根據は、綜合するとおよそ次のようなことにある。(イ)ゲルマン法の沿革的觀點からは、占有改定では足らないことはもちろんであるが、前主の占有に對する第三者の信賴の保護という本制度の在るべき近代的な意義からは、明文規定のないわが法においてこれを排除すべき理由はない、(ロ)積極説をとつても、他の第三者が二重讓渡を受ければ更にその者が即時取得の保護を受けるのであつて、前掲大正五年判決の述べるような一般取引の安全を害するといふことはない、(ハ)原所有者と第三者との關係においては、本制度の現代的意義からして、背信無權利者を信賴した損失は原所有者こそ負うべきである、と(この立場をとる主なものを列挙すると、富井・六九四頁、學全集二二卷所收)一五八頁、同・前掲論文、石田・物權法總論(現代法判例物權法總論(昭三〇版)三四八頁以下、松坂・民法提要・物權法五八頁、金山

「即時取得と占有改定(綜合)」。たしかに、單なる沿革乃至二重譲渡に  
法學一卷七號二四頁以下等)における第二の譲受人の保護に缺けること等を理由とする限りに  
おいては、判例並びにかつての消極學說(石坂、志林一五卷三號五七頁  
上二八四頁、三瀨・全訂)は克服されたかにみえる。しかし、右の積  
極學說では批判されつくしてはいないと思われる。消極學說は二  
論者は詳論はされないが——現在でもある(末川・物權法(昭三二)一〇  
一〇三頁、なお山田成・ドイツ物權法上三〇〇頁、三)積極學說のように「單  
純に前主の占有を信用するものの保護」という、もはや現在で  
は周知の近代法における本制度のもつべき意義・理念のみを大  
上段に振りかぶって、それですべてを割り切ることができれば  
ことはまことに簡單であるが、果してそれだけで、現行法の理  
論的説明がすべて可能でかつ具體的に妥當な結果がえられるで  
あろうか(引用文は消極學說をとり田)?

四 積極學說(後述の折衷)の説くように善意取得者の信賴の保護  
という觀點のみで割り切ることが許されるものならば、——盜  
品・遺失物等に關する特則(九三)はもとよりであるが、これら  
は沿革的にゲルマン法において信賴して占有を委ねた場合とは  
取扱が峻別されていたという事情もあるのでここでは問わない  
としても——一九二條においては第三取得者の信賴という主觀  
のみを問題とし貫徹させれば足り、あえてその外に第三取得者  
が「占有ヲ始メタル」こと等を要件とする必要はない筈であ  
る。この點に關する積極學說の「説明」には納得しえない。

(イ)「何ら表象の伴わない即時取得を認めることは、徒に物權  
關係を混亂せしめる虞があるから」(五八頁)ということは何らの

説明にもなりえない。一體、占有改定に論者のいわゆる何の表  
象が現實に伴っているであろうか? 判例が占有改定を否定す  
る理由はまさにそれによつては「一般ノ外觀上從來ノ占有狀態  
ニ何等ノ變更ナ」きことにこそあり、このこと自體は一般に異  
論はない筈である。むしろ逆に表象の伴わないことも差支えな  
いということこそ、ここで本論者の論證しなければならぬとい  
ころである(なお、松坂・前掲、明文規定のないが法の解釋としては占有取  
すべきではないとも云われる。しかるに云われる論者も、例えは七七條、一  
七八條のいわゆる「第三者」については同じく明文規定なきに拘らず制限説をた  
れる(四四頁)。問題は、信賴の保護といふ觀點のみで捉える前提等の再検討と具體  
的妥當性等との相關的な考慮の中で決定されるべきであつて、この理由それ自體は  
他の多くの點についての解釋論に)。

(ウ)「第三者に對抗し得ざる物權の取得を認めることは徒らに  
權利關係の紛糾を來た」すからであり(我妻・論文七四頁、河野・本件判  
例批評・民商雜三)従つて即時取得としての占有は「對抗要件有  
改定で足る——判例・消極學說も」となりさえすればよい(我妻・物權法  
の點については肯定する——筆者註)となり、(二〇八)同・論文。なお金山・二八頁、二九頁は、公信力の限度を劃するた  
めに物權譲渡の對抗要件の具備を要求したにすぎない、とされる(一)参照  
「説明」も納得しえない。物權取得自體につき意思主義(六條)  
をとり、取引の安全・權利關係の紛糾の防止はこれとは別個の  
その次に問題とすべきいわゆる正常な利益を有する「第三者」  
に對する對抗の問題(七七條)とし、兩者は次元を異にするわが  
法制の下においては、即時取得における權利取得自體につき占  
有を伴うべき必然性はなく(同じく積極學說をとり、三四八頁、金)従  
つて、「占有の公信力に關する場合と、對抗要件の場合とで、  
引渡を同一に解する必然性はない」(林・三頁)。フランス民法にお  
いては意思表示のみで動產物權は移轉し第三者の保護は公信の

原則に任せており(一三八條、一一四)、形式主義をとるといわれるドイツ民法も、動産に關しては、通常の物權取得は現實の引渡(九二條)のみならず返還請求權の移轉(九三條)・占有改定(九三條)でも足るとしてフランスやわが國におけると實際上の運用の結果はさほど大きな差異を生じないにもかかわらず、即時取得についてはこれと異り必ず現實の引渡を要求して(九三條)兩者は明文上その要件を異にしていることがここで想起されるべきである。

(内)わが法においては即時取得につき第三者の權利取得行為に占有の伴うべき必然性はないことを承認されながら、「第三者の權利取得行為が對抗要件を具備した場合にのみ眞實權利を取得せしめ、もつて公信の原則を一定の限度に止めんとする目的にいでたにすぎない」(柚木・三四八頁)とも説かれるが、これは問題の入口に立ったにすぎない。「動産の表章を信頼して取引行為をなした者をしてその權利を取得せしめる」(柚木・三〇三頁)目的をもつにもかかわらず、取得自體につき主觀のみならず取得者の占有をも要件として、その保護を「一定の限度に止めんとする」のは何が故か、こゝが、まさにここで明かにされるべき問題だからである。

五 以上のように積極説は占有の要件とされることの納得のいく理論的説明をしえず、或はせいぜい始めから占有改定でよいとの立場を前提しそれを理窟づけるための便宜論にとどまっている。その原因は何故か？ここでゲヴェーレ的沿革を持ち出す意圖はない。それは、同じくすぐれて近代的な他の要請をこ

こで看過しているからである、と理解しようとは私は考へる。

たしかに、本制度の近代的な意義は前主の占有に對する信賴保護にこそあり、かの追求權の制限という沿革を持ち出すことの不當であることはいうまでもない(少くとも現在では、消極學説もこの點に關)。と同時にしかし、わが積極説が、わが一九二條の「構成」が非近代的なものであるが故に、却つてこの近代的理念を強調することはよいとしても、そのことに急なる餘り、同じくゲヴェーレ法におけるとは異つて、特殊に近代法においては動産の所有權も絶對的・觀念的物權の次元にまで高められた權利として構成されているという周知の事實を、ここで無視乃至看過していることもまた同じく不當であることが指摘されなければならない、と考へる。というのはこうである。ゲヴェーレ法體系における動産所有權の(内在的)薄弱性と異り、近代法においては、動産所有權も絶對的・觀念的なものとして現實支配の有無とかかわりなくいわゆる物權的請求權等によつて強力に保護されるべきものとされている。他方、近代資本制社會においては、個々の商品交換も多くの經濟取引の連續・連關の一部としての意味を持ち、従つてその安定性が要求される(「<sup>1</sup>パリの豫測」)それなればこそ、損害賠償による保護でも構わぬい筈の、いかなる時代にも存する筈の、漠然たる信賴の保護一般ではなく、所有權の取得そのものが確保されなければならぬといふすぐれて近代的な公信の原則が必然的なものとして要請される。ここに、絶對的・觀念的動産所有權への善意第三者のくい込み、絶對的權利への例外的要求、といふ共に特殊

近代的な二つの要請が矛盾・対立し、兩者に何らかの妥協を要求することになる。先に述べたドイツ民法が通常の所有権取得におけると異り即時取得においては特に現實の引渡を要としたのは、單なるゲヴェーレ的沿革に基いたのではなく、まさにかかるすぐれて近代的な二つの要請の矛盾・対立の妥協の所産であった(Mohr)。即ち、絶對的な保護を受くべきものとされている近代的所有権を押しつけ犠牲にしてまでも第三者を保護するには、取得者の單なる主觀を、外界には何ら變化のないその意味では引渡とはいえ法の擬制にすぎないともいえる占有改定だけで、一方的に貫徹させるのは妥當でなく、それを相當と考えられる客觀的事情を要求すべきである、とされたのである(以下參照、川島・二七五頁)。もちろん、先に一言したようにわが法は取得者の「占有ヲ始メタル」ことを要件としたのは、沿革的には、ドイツ民法におけるような善意第三者の信賴保護のためは、所有権取得というより近代的な觀點を前提とした上でのことではなく、むしろ直接的にはフランス民法の影響で第三取得者の取得した占有の效力という「構成」を受けたことによる。が、論者のいわゆる本制度の現代的意義の下における「占有」(二條)なる要件の理解は、まさに右に述べた、共にすぐれて近代的な二つの相對立する要請の妥協・調和という觀點からなされるべきであり、かつそのことよつてのみ矛盾なき「説明」は可能であると考える。

更に、次のこともここで看過されてはならないと考える。近代法においては動産所有權もまた觀念的に所有權という權利で

あるというまさにそのことの故に強力に保護されるべきものとされていることは今先も述べた。他方、取引の安全の要請はかかる強力な權利についてはそれが公示されていることを要求する。不動産においては登記制度によつてことは容易に解決する。動産については、例外的に或は登録によつて公示され或は諸種の證券によつて代表される場合もあるが、原則的には「事實上の物支配」によるほか公示の方法はない(參照)。しかし、ゲヴェーレ法におけると異り、「事實上の物支配」とはかかわりなく保護されるが故に觀念的所有權とされる近代的(動産)所有權に、まさにその「事實上の物支配」を要求するということと自體、矛盾である。ここにもまた二つの要請の對立がある。加うるに、後者の要求には迅速な商品取引を不便ならしめるといふ弊害をも伴う。わが法における對抗要件としての「引渡」の解釋はいうまでもないが(參照)、物權變動につき形式主義を貫かんとするドイツ民法すらも、動産については返還請求權の讓渡(九三)乃至占有改定(九三)をも現實の引渡の代用方法として肯定せざるをえない所以である。ここではもはや引渡とは名みので現實には何ら權利を表象しえず公示の機能は果されえない。しかしそれは、動産につき近代的觀念的所有權をゲヴェーレ的所有權へ逆行させるといふ手段のとられないかぎり、それと矛盾・對立する公示なる他の要請の迫るべき必然の運命として甘受する外はない。と同時に、物權變動乃至は對抗要件として公示の原則の要請される所以である「第三者」(參照)の取引の安全への顧慮は、占有改定のような不完全乃至無意味な方法

を必然ならしめる動産においては、まさにここで問題の無権利者からの善意取得の制度(非公信の原則)が確保しカパーすべきことも必然の成り行きである、といわなければならない(川島・八頁以下参照、なお、林・八九頁、九一頁)。

このようにみえてくると、先にみたように積極學説(後述の折)が、對抗要件(八七)として占有改定が解釋上肯定されていることから、直ちにこれを即時取得における「占有」に安易に直結・同一視して説明しようとするのは(ここで例えば、「占有改定による占有取得は格別、これを肯定するに過ぎない」(即時取得における第三者の占有取得についても占有改定をもつて足ると解するのが理論的に「貫する」。(金山・三〇頁)というような形式論的な主張)、沿革的にはもちろん理論的にも根據はなく、第一に、前者はすでに有している権利の「第三者」に對する對抗の問題にすぎないに反し、後者は絶対的・觀念的に保護されるべき真権利者の意に反してその犠牲の下に無から有を原始的に生ぜしめようとする、しかも権利取得自體の問題であり、加うるに、従って、後者においては真権利者の保護との調和という前者にはない別個の考慮をも無視しえない、という兩制度の構成上の質的差異を、第二に、かかる質的差異にもかかわらず、動産においては、例えばまさにここで問題の占有改定のような、對抗要件として取引の安全を保護するには現實には不完全でしかありえない公示の要請を後者(公信の原則)はカバーすべき機能を擔わされている。即ちその意味では、前者が本來不完全であればこそ後者が必要とされているともいえる兩制度の機能的差異・補充關係を、ここで看過乃至無視している、という

意味で支持しうるものではない、と考える。

以上のことから次のようにならう。わが法の下ではここで占有有は占有改定で足る、或は足りないといふ解すべき抽象論理上の必然性はない。いわんや、對抗要件としての「引渡」(八七)とこの「占有」(二九)を直結・同一視し、それが「理論的に貫する」と考えたり、論者自ら態度を一貫しえない形式的な用語を根據とすべきではない。問題は、既に検討した二種類の要請、即ち、善意者と真権利者との保護の調和・妥協と對抗要件(八七)では果されえない取引の安全の補充的機能という即時取得制度それ自體のすぐれて近代的な特質・機能への洞察を基底として、具體的妥當性と解釋論的構成の當否などの相關的な考慮の中で評價・選擇されるべき性質のものである、といわなければならぬ。始め理論上も實際の結果からも無條件に最も強く積極學説を主張された學説(我妻・前)が、その後改説されて、既にみた積極學説の基本的觀點をくずすことなく、従って即時取得における占有は當然に對抗要件としての引渡(「占有改定」でよいとされながらも、それだけでは不確定な権利取得であるとし、権利の確定的取得を「現實の引渡」に求め、従って二重讓受人間においても、原所有者と第三者との間においても、確定的には現實の引渡の早いものが勝つとの折衷的態度をとられるに至った事實は(我妻・物權法(民法講義)一三七八頁、なお河、まさに以上述べてきたことを暗示するに足る現象といえよう、という意味で興味深く感じられる(後述)。

六 それはともかく、従って以下更にかかる考慮で積極學説の

いわば論理の必然として生ずるのである。結果の具體的妥當性等をも検討しなければならない。

まず、一九二條のその他の要件を具備した占有改定による二重譲渡において、(イ)第一譲受人が無権利者たる前主に引渡を求めても、前主は第二譲受人の即時取得を理由にこれを拒むことができるということ、(ロ)更にはこの場合、第一譲受人が現實の占有を取得した後でも、第二譲受人の引渡請求に第一譲受人は應じなければならぬということ、が一體妥當であろうか？ 第三者間においては、前主の占有に對する信頼の保護と取引の安全との要請は兩者に共通・平等にある筈である。しかるに、前主の占有状態に何らの變更もない二兩者共に信頼の裏切られることの現實化していない場合、否、この場合、第一譲受人の信頼が彼の現實の占有取得により、強く現實化した後ですらも、かならず第二譲受人を優先させなければならないとする。これは、積極説を前提とするいわば數學的處理の必然的な結果であることを度外視すれば、何らの根據もなくかつ不當である。ややニュアンスは異なるが、第三者と原所有者との關係についても同様のことは一應言えよう。占有改定の場合、原所有者の自己の物を他人に委ねた信頼は、讓受契約をした第三者の無権利者の占有に對する信頼以上の、少くとも同程度のものではある筈なのに、何れの信頼も裏切られるということの現實化していないここで、直ちに、絶對的保護を受けるべきものとされている原所有者の犠牲の下に第三者をより強く保護すべき理由はない(Wolf-Raiser, § 69 II 2 c.)とも云えるし、更に、(イ)無権利者

は、依然として物の現實の占有を有しながら、自己に占有を委ねた原所有者の返還請求に對し、第三者の自己からの即時取得を、従って自己の背信行為(による原所有者の權利喪失)を主張してこれを拒むことができるということ、(ロ)更には、原所有者は、占有代理人から返還を受けて舊態に復した後でも第三者の即時取得を理由とする引渡請求に應じなければならないということ、が一體妥當な結果であろうか？ (しかも、ドイツ(八六六條) Wolf-Raiser, § 117 c. 1. におお山田・二九二頁)が、わが國においては買賣、擔保等の特別の契約關係がなくとも、本判決もそうであるように、譲渡擔保等があつて未だ現實の引渡のなされてない場合は、恐らく常に占有改定が當然に肯定される傾向にあることも留意すべきである(我妻・物權法(一七二) 兩者の異なる取扱の傾向の意味するところ)も合わせて川島・二六九(七〇頁) 先に述べた有力學説が、その理論上の基本的觀點は變らないにもかかわらず、積極説から一見いわゆる「本制度の現代的意義を逆轉せしめる結果とな」る(細木・三五)かのような折衷説へ改説されたのは、思うに右に述べたような積極説からの具體的結果の不當であることをその後自認されたものと受けとるほかはありまい。

しかしこのいわば折衷的な立場は、その抽象理論の對立にもかかわらず、具體的には、即時取得が通常問題となるであろう場合には消極説と殆んど異なる結果となる(積極説をとられる金この立場は、結局、占有改定では足らず現實の引渡を要求していることにならう、と批判される)。本件事案の場合も、抽象的な判旨には不賛成だが、上告人はその後本件庭園設備の現實の引渡を受けているとみられるから(ただし、原審はこの點を特に明の立場からもあえて問題とする必要も)本判決の具體的結論には消極説なければ、してもいらない(筆者註)本判決の具體的結論には消極説と同様に贊成(野・前掲本件判例)ということにならう。思うに、僅かに、(イ)第三者が契約時には善意で現實の占有取得時には悪意



の場合(我妻・前掲)、(ロ)無権利者が現實の占有を有している状態において、原所有者は第三取得者に自己の所有權を主張しうる(消極)か或は兩者共に何らの主張をもしえない(折衷)か、(イ)意思主義・制限説をとるわが通説・判例の立場において、占有改定の状態で第三取得者は事實上の侵害者に對して物權的妨害排除請求權を行使しうる(折衷)か否(消極)か、において差異を生ずるにすぎないであろう(なお、積極説と消極説とは讓渡擔保において差異を生ずるが(我妻・集合動産の讓渡擔保に関するエルトマンの提案の立場ではこの點をいかに解されるか明言されない)。そして、(イ)(ロ)は實際上は餘り問題となるとは思われず、特に(ロ)について云えば實際上は殆んど、本件もそうであるように、何れかが現實の占有を取得して始めて問題となろうし、(イ)は本制度の直接には意圖しない副産物的結果にすぎない。

のみならず、この立場は、概念の迷宮へ陥ち込まざるをえないように思われる。即ち、「對抗要件の對抗要件」とでもいふべき不可解なものを想定しなければならなくなろう。「對抗要件」となりさえすればよい」として「占有改定」で足るとされるが、恰も通常の物權取得の場合の對抗要件と全く同様の機能(論者のいわゆる確定)を營ませるべく、更にその上に、「現實の引渡」をも要求しているからである。本條の權利の原始取得が、通常の場合(七七條)には問題となりえないかかる二種の段階的な對抗要件を豫定し、かつかかる二種の對抗要件をうることに

よつて相對的、所有權取得と確定的、所有權取得という更に二種の權利を取得することを豫定していると解されるであらうか——しかも、第三者との關係においてのみならず、通常の場合と異り原所有者との關係においても?これを要するに、對抗要件としての公示の不完全さをカバーすべき即時取得制度においてその要件として更に對抗要件なる觀念を持ち出すこと自體不當であることは前述したが、更に、この立場は、その妥協的折衷的態度の故に、結果的にはさほど消極説と異らないにもかかわらず、論理をもてあそび技巧に過ぎた説明をせざるをえない煩瑣にして理解困難な問題を惹起する結果に陥らざるをえない。

七 私がいずれの立場をとるに傾くかはもはや云うまでもない。かくして、私は、ままみられる積極説の外的批難即ちかのゲヴェーレ的沿革に固執する、という意味においてではなく、すでにみてきたように、却つてすぐれて近代的な諸要請と本制度の營むべき機能、そして具體的妥當性と現行法の理論的説明乃至解釋論的法律構成等を綜合的に考慮して、それにもかかわらずやはり、占有改定では足らないと解する方がより妥當であらう(從つて本判決は、理由は不親切、否、不當ですらもあるが)と考へる。

(一橋大學助手)