

書評

ハインツ・ヒュブナー著 『動産物権法における

権利喪失』

Dr. jur. Heinz Hübner, Der Rechtsverlust
im Mobiliarsachenrecht, 152 S. 1955.

喜多丁祐

一

本書は「ドイツ民法典九三二條以下の規定に示された物権法的信頼保護の理由づけと限界づけに關する一論考」と副題される。この一本は、かつてわたくしが本誌二七卷三號で書評したことがあるヘルマン・アイヒラ教授の「信頼の法理論」とはまさに對蹠的な方向から同じ問題に迫る法理論を展開している點で、讀者の興味をそそるであろう。後者が「非權利者からの權利取得」という現象を信頼原則 (Vertrauensprinzip) の上に基礎づけ、従っていわゆる外觀理論 (Rechtsscheintheorie) の法哲學的深化を狙うのに對して、前者は、表題からして察せられる通り、その現象を逆に「舊所有者の權利喪失」という角度から取上げ、いわゆる歸責原則 (Zurechnungsprinzip) の

書評

解釋學的強化によって所有權秩序に即したその位置づけを求め、この立場を著者ハインツ・ヒュブナー教授は責任主義 (Verantwortlichkeitsgrundsatz) と稱し、信頼保護の限界をそれによって明らかならしめようとする。外觀理論は歸責の理由づけに弱いといわれるだけに、本書はそれへの建設的な批判ともなるであろう。以下にその内容を素描するが、分説の見出しは必ずしも原文と一致しないことを豫め断っておきたい。

因みに、著者は現在ザールブリュッケン大學に在職しているが、本書は彼の教授論文としてエルランゲン大學に提出したものである。エルランゲン大學法學部がこの方面の研究に適當な場所であることについては、わたくしもアイヒラ教授から知らされたことがあるのを想起する。

二

第一編——法秩序及び法理論における一面的構成の諸理由。
ドイツ民法典九三二條以下の諸規定は所有權秩序を例外的に破る「權利喪失」の問題であるのに、通説はこれを「善意取得」という通俗法律語で先ず取得者利益の側から説明する結果、そこに含まれている經濟的利益の對立を陰蔽して、一面的に諸種の理由づけを施すことになる。

I 沿革論的理由づけ。動産の追及を排斥するハント・ワレ・ハントの制度がゲルマン法文化遺産として善意取得の制度に受け継がれたとする通説である。しかし、前者は後者と異

り、取得者側の善意という主観的要件を度外視していた。この要件はローマ法継受の所産であるといわれるが、根本的には家内經濟から流通經濟への發展線上における取引安全の近代的要求がもたらしたものである。先ず中世法は委託物と占有離脱物との形式的峻別を廢して、一方では手工業者の生成とともに委託物でも追及できる場合があるとし、他方では取引市場の形成とともに占有離脱物でも回復しえない場合があるとする修正を加えた。初めは手續法的な効果として返還請求権を否認したが、やがてそれが實體法上の効果に反射して、占有離脱物を回復できるという規定はむしろ例外となり、ここから權利取得を積極的に認める原則が誕生する。この原則は、近代の法典編纂時代に、先ず無記名證券の善意占有者に對する回復請求權排斥の規定として舊商法典上に採擇された。更にそれは民法典草案上の動產物權規定にも波及したが、盜品・遺失物の回復に對してはせめてもの代價辨償請求權を認めるべしとの妥協案は、獨法由來のものでないというわけで拒否された。けれども、金錢・無記名證券については盜品・遺失物であっても回復請求しえずとした民法規定には、慥かに取引の需要が強く混入している。それをローマ法的な回復請求權に對する「ドイツ民族精神の反動」と見るのは、餘りにも一概な歴史的浪漫主義・國粹的神祕主義である。しかも、程度の差こそあれ、物の追及の同じ制限規定が佛國・北歐諸國・英米の法制にも存する以上、商酌の考慮に民族の傳統が幾分濃淡の差をつけているだけで、

決定的なものは前者にある。

Ⅱ 唯理論的理由づけ。取引安全の經濟的理由づけに一九世紀の時代精神として動的生活の哲學的理由づけを補足し、既成法學の論理を虛無主義ときめつける。ファスト・イタリアの民法典が無制限な取引保護を規定したのは、この思想の結實である。しかし軍需品・違法徵收物(東ドイツにおいてすら!)・世襲農地附屬物などの特權的な所有の利益はやはり善意取得から除外されるのであって、この例外規定を顧慮しない法理論は缺陷がある。勿論、一九世紀概念法學は時代精神に無力で、善意取得が傳來取得であるか原始取得であるかの形式論理に終始した。あらゆる法概念の相對性を思えば、法の規定する善意取得は混合型であることを知るべきであって、その完全な姿は生活現象としての善意取得の公平な評價によって得られる筈である。ところが、概念から解放された法理論は倫理的な問題設定に走って、取引の利益を「信賴保護」の原則に昇格させたため、他面において舊所有者側の信賴に反する結果となった。これは信賴要素の偏重に外ならない。

Ⅲ 獨斷論的理由づけ。善意を第二次的要件と見て第一次的には占有の定型的公示作用に問題の一方的解決を求める。「らしくの哲學」(Philosophie des Als Ob)たる外觀理論がそれである。問題となっている取得現象の外面的評價を基準とする點で、その想源はゲウエーレの定型的形式主義にある。しかし、ゲウエーレは手續法的なものであって、これを實體法上の制度

と混同するのは、法形成史的關連を別として、全く無用である。ただし、手續上の訴權排斥から實質的權利取得への昇格は法意識面の根本的變革を意味するのであって、反證によって覆されるかも知れない占有の權利表象機能を越えるものである。しかも、訴訟法は實質的正義のために益々形式主義を排してきているし、實體法上も、十中八九まで形式と權利とが一致するという經驗律は社會的經濟的構造變動によって時代遅れとなった。既に民法典制定のときに、このことは所有權讓渡における引渡主義から合意主義への發展によって認識されている。とくに引渡の簡便法を認めたことは、公示的行為としての引渡を無意味ならしめ、後者に基礎を置く外觀理論をして善意取得の説明に窮せしめる。經濟的發展はかように公示方式を捨ててまで流通と信用の促進を求めたので、もはや占有を信賴保護の基礎となすことは許されない。この難局を占有概念の分化によって乗り切ろうとする試み、即ち占有の精神化・權利化の理論構成は無理というものである。間接占有にすら公知力はないのだから、元物の占有を要件としない果實の善意取得、占有補助者からの善意取得、盗品・遺失物の善意取得などの理由づけは、外觀理論では尙更漠然としてくる。ここに、この理論は外觀の感覺的明白性とい出發點をいつの間にか他所に置きかえて、占有が動産法上に有する公知作用は登記簿が不動産法上に有するそれと同様であると見るのである。しかし、登記にあっては、形式的審査主義の下ですら、登記と真相との一致を期す

るため萬全の措置が構せられているから、占有におけると異り、重過失ある善意を惡意と同視していいない。動産の善意取得では、占有が公知力を失っただけ、善意の主觀的要件を一層嚴格化することによって、占有の公示作用を事實上骨抜きにしたのである。勿論、取得者の調査義務を餘りに神經質に受取ることは、せいぜい重過失程度の嚴格化をしか規定していいないドイツ民法典の下では許されないが、しかしさればと云って右の發展を逆戻しにするような占有の公示力の過大評價は折角の調査義務を曲解して、誤認保護を招來するであろう。占有はもはや所有權のノーマルな外部的事實ではない。今日の經濟的社會的實情に即した解釋論においては、決定的なものは物への内面的關連であつて、外面的擬制的關連ではない。

三

第二編——所有權秩序に適合した解決の試論。所有の維持か信賴の保護かという兩極利益の對立の公平な解決のためには、舊所有者の態度を顧慮しない無條件な取得者保護も、取得者の正當な信賴を冷遇する無制限な回復請求權も、ともに満足な結果をもたらさない。といつて、場當りのな感情論は限界の紛わしくなる超實定法學である。

I 問題の立て方。對立解決のための合理的基準は素材に根ざした實質論理的構造でなければならぬ。妥協が先に立つ債權法と反對に、物權法は個々の場合におけるきっぱりとした解

決を要求するから、感情論はとくに禁物であつて、その指導理念としては法秩序の社會的機能がむしろ有用である。しかし、この「社會的」という言葉は誤解してはならない。ここでは所有の個人的利益と信賴の全體的利益との間にある「社會的對立」が問題なのではなく、却つて權利者と取得者との個人的利益相互間の調整に法の社會的機能が及ぼされるということ、即ち所有權の存するところ「社會的責任」ありとする價值判斷が問題なのである。この所有者歸責の範圍内で信賴保護が認められるということは、信賴に對する所有の優位を物語る。けれど、基本的秩序による所有の保護價值の方が反射的效果にもとづく信賴の保護價值よりも結局は高いからである。だから、信賴保護は回復請求權の例外と見られるのであつて、ここに所有權保護のために回復請求權の原則を強調して、これを占有論的解釋から解放する必要がある。換言すれば、舊所有者の權利喪失を認める可能性と限界性とを吟味するように、理論を構成しなければならぬ。かような要求から見て、「信賴の法理論」は他面に責任の法理論がなければ片手落ちである。

II 責任主義の理論と實際。

(1) 信賴しうべき事實。これは信賴と責任との二要素の接合點として自立性を有するので、とくに客觀的取扱いを要するのだが、法律はその何たるやを明らかに規定していない。歴史はそれを占有として見るが、今日の社會機構は占有を主觀化している。だから、先づ信賴の客觀的基礎として所有權を表象す

る事實を、しかる後、所有者と取得者との兩當事者の主觀的要件を吟味すべきである。具體的には、その事實は取引慣行に従い判定されるが、占有そのものとは異なる。外觀的事實を占占有概念から解放すれば、その具體的判定を裁判官の裁量に委ねることになり、法的安全を脅かすことが恐れられるかも知れない。しかし、そこには弾力性の利點もあるのみならず、實際的發展を見ても、とくに商法上の學說・判例ではその難點を克服している。表見商人や外觀上の會社の例に見る通り、推斷的意思表示の不當な擴張による擬制としてはなしに、表示によつてもたらされた外觀的事實の反射的效果として表示者の責任が論じられる。手形法では證券の占有と裏書の連續という定型化された外觀的事實が規定されているが、かようなものは稀な例外であつて、商法上の事例に鑑みれば、外觀的事實は個別の具體的に判定されるべく、これを公式化するのはいささか危険である。

(2) 歸責原則。物權法的信賴保護の結果としての權利喪失は債權法的信賴保護の結果たる損害賠償責任との問題的關連においては、損害負擔責任と見られる。損害負擔も損害賠償も、危険分散の見地からする損害配分の一般的問題にぞくするからである。ところが、占有論に捉われる者は、所有者が非權利者に自分の物の占有を授與しないことによつてその物が自分の物でないような外觀の成立を排除できたのに排除しなかつたという過失責任を論ずる。この過失責任主義(Verschuldensprinzip)

には擬制に訴えざるをえない限度がある。何となれば、非権利者に對する占有授與者としての所有者の關係にこだわって、第三者との間に反射的效果をもつ外觀的事實に對する所有者の關係を顧みないからである。故に、物の受託者としての非権利者の選擇に關する所有者の過失だけを審査しなければならぬ狭苦しさがある。それを突破しようとして、積極的な作爲にもとづく責任を論ずるのが與因主義 (Veranlassungsprinzip) である。これはその作爲を相當因果關係の範圍で與因行爲と見る立場である。しかし、この立場をもつても、無記名證券の占有離脱の場合の損害負擔責任を論定することは困難である。この場合、金錢の例のように流通性強化を理由に歸責を論ずるのも一法だが、それならば何故無能力者を責任外に置いたのかという反論が出る。そこで、歸責の理由は意思的要素に求めるのが妥當である。即ち、ユリウス・フォン・ギールケのいうように、「自己の意思をもって」外觀的事實を創造したことが權利喪失を正當化するのである。勿論、かような歸責理由の意味で與因の語を使う者もいるが、歸責原則における意思の強調は過失責任主義への復歸ではなく、危險負擔の意思を打出すことにあるから、過失との混同を恐れて、それをしも與因というほどのことはあるまい。ただ、危險を喚起する者は損害を負擔すべしというだけの公式では、權利喪失の理由づけとして不充分である。ここに、ミューラール・ヘルツバッハのいわゆる危險支配の原理 (Grundsatz der Gefahrenbeherrschung) が價值判斷

の基準とされるべきである。即ち、所有者が自己及び第三者にとって危險な外觀的事實を創造したときは、彼がその危險を回避し阻止しえたか否か、つまり支配していたか否かによって、歸責を論じなければならぬ。勿論、取得者もまた危險支配の地位にありうる。ただ、取得者よりもつと危險支配の地位にある所有者を責任なしとする學說・判例は誤っている。だから、解釋論上も輕率遺失者や輕率のための盜難被害者には權利喪失を認めてよい。

(3) 若干の歸責問題。民法典九三五條の解釋論としては、更に、所有者の占有喪失が錯誤・詐欺によるときは、危險支配の原理からして當然に彼に歸責されるが、強迫によるときは占有離脱となるものと見るべきである。尤も、強迫の程度を考慮に入れねばならぬ場合があろう。完全無能力者の占有喪失も歸責性がないから、占有離脱となるが、この問題は契約法よりも不法行為法に近いところに存するから、立法論としてはスイス民法のように行為能力と判斷能力とを區別し、歸責は後者によって個別的具體的に審査されるべきである。制限無能力者の占有喪失については、判例はこれを占有離脱と見ないが、學說は歸責性を否定している。戦後の社會問題ともなった差押後の善意取得の可能性については、占有論的解釋では、被差押者の事實上の意思に差押を執行する國家の權力意思が代入されることになり、所有者としての彼の利益は無視されるから、歸責問題の解答にならない。私力差押は無効だから、この場合の占有喪失

は占有離脱と見るべきだが、公権による差押が善意取得の後に取消又は撤回された場合はどうか。判例は概ね占有離脱とは見ないのであるが、戦後の差押の實情からすれば、被差押者の意思を引渡の意思として補充解釋するのは意味がない。といって、差押の公法的性格から結果同説に問題を持込むのは、權利喪失の私法的理由づけにならない。けだし、歸責理由は差押の公権的目的の彼岸にあるからである。それを求めずして、たんに所有者に損害賠償請求権を認めても、差押債権者の無資力のため救済ならぬことが多い。歸責要件を尊重すれば、この場合は當然に占有離脱として評價されるべきである。現に英米占領地區では、還付賠償法 (Rückerstattungsgesetzgebung) により、立法的に解決している。その趣旨は、公権介入により人權侵害をしたのだから、善意取得者に優先して所有者利益を擁護すべしというにある。この基本思想は歸責評價の一例である。

(4) 總括。 勿論、危険支配主義の限界はある。取得が有償か無償かも、公平の見地からは歸責上に考慮すべき点である。しかし要するに、權利者の社會的責任は權利濫用の場合のみならず、危険誘發の場合にも存在することである。「汝が信用を與えたる場所に、それを求めよ」というかつての法諺は、それ故に、「汝が責に歸すべき仕方外観を喚起した場合には、損害を負担せよ」という公理にまで高められるべきである。

II 責任主義の限定と破棄。

(1) 物の追及の時間的限定。 時間的に無制限な回復請求権の承認は、轉讓流通後の善意取得者の前者に對する償還請求を時の経過とともに益々疑問とさせる。そこに事情の變更があるからである。解釋論としては一方において所有權にもとづく請求權に對しては善意を顧慮することなしに三〇年の消滅時効が問題となり、他方において善意の自主占有者には一〇年の取得時効による途がある。先ず前者の問題については、この場合消滅時効を云々するのは比較法的に見て奇妙である。むしろ「失效期間」(Verwirkungstisd)とでもいふべき問題であるが、失效の概念には特別な意味があるから、「除斥期間」という既成語をここで請求權の切捨ての場合に擴充して用いるのがよい。のみならず、占有訴權の除斥期間が一年であるのに鑑みて、所有物の回復請求權が三〇年の時効で消滅するのは善意占有者にとって不利である。次に後者の方途については、右の期間経過の反面が取得時効ということにはならない點で、比較法上これまた奇妙な結果となる。フランス法でもスイス法でも、期間経過とともに占有離脱の汚名は消滅するから、そのとき善意取得は發効するのである。しかるに、ドイツ法ではその期間が経過しても、占有の中断や消滅時効の停止あるときは、善意取得者のために取得時効が生じない。のみならず、生じたとしても、一〇年の取得時効ではやはり長過ぎる。だから、以上の諸點はドイツ法の缺陷であり、立法論としてはスイス法のような解決法

がよいであろう。即ち、取得時効・回復請求権制限・消滅時効の三者はそれぞれ独自の存在理由をもつのであって、そのうち取得時効は最短の三年であるべく、次が回復請求権の除斥期間で、五年とすべく、最後に消滅時効は善意を要件としないから長期でよい。

(2) 代價辨償請求権。取得時効の完成又は除斥期間の経過までの善意自主占有者の保護手段として、危険分散の見地から回復請求権と非権利者からの権利取得との中間に解決を求めたものである。それは、一方においては善意取得の際の解消の権利として、他方においては回復請求の際の解消の義務として作用する。後者の面では、それは代價辨償義務と見られる。しかし、この側面から回復請求権の厳しさを緩和するために代價辨償義務を考慮すべしとする立法論には賛しえない。何となれば、所有者が所有物を回復してその代價を辨償した後に、非権利者たる例えば盗人に求償することは、そのような代價辨償を認めない現行法の下で取得物返還後に第三者が前者に求償することよりも遙かに困難だからである。第三者が善意であるとしても、所有者はそのことに責任はないのである以上、求償不能の危険を冒してまでも彼に代價を辨償すべきいわれはない。従って、この制度の可否は前者の側面から善意取得の緩和策として吟味されるべきである。この場合には、占有離脱物の回復請求権が流通性強化のために破棄されるべきが本筋なのだから、善意の第三者への所有権移轉を解消する権利は制限的なもので

ある。

(3) 物の追及と流通性。ドイツ民法典九三五條二項は右のような制限なしに所有権取得を認めているが、この例外規定は當事者の態度にはなく取得物又は取得現象の特性に着目しているのである。(イ) 先ず取得物の特性として高度の流通性を考えている。金錢はその典型である。それは持主にとって所有権の客體たる物としてよりも抽象的な價値として位置づけられるほどに無色な物的關係にあるから、物の追及の一般原則を或程度まで破ることができるのである。尤も、不當利得の返還請求は非権利の處分者に對してしかできぬ點で、貨幣價値の追及も物の追及方式で行われる一面がある。無記名證券は物と權利との二重性格を有し、後者に重點があるが、金錢と異り、署名・記號によって個別化すれば、公示催告の手續によって或程度まで流通性の故の危険を防止できる。しかし、催告期間中の經濟的損失は勿論のこと、除權判決をえても、それまでの善意取得者に對しては除權の効果を獲得しない。尤も、第三者の善意は告知義務によって嚴格化されており、とくにその第三者が商人である場合は悪意を擬制されることもあるが(商法典三六七條)、民法の建前としては流通性強化のため物の追及の限界を突破したものと見ることが出来る。(ロ) 商品もまた流通物の一種であるが、これについては、所有者が歸責されなくとも追及しえずとするのは、行過ぎである。尤も、還付賠償法は商品を除外側として行っているが、これは商法上の問題でない。立法例では商品概

念の實用化のため商品取得現象の人的又は場所的前提に着眼して、「公の市場において買う」とか「同業商人から買う」場合も、具体的に示しているが、その表現技術は合理的であるにしても、かように概念された商品をして責任主義の一般原則を破らざるべきかについては、根本的な疑義がある。そこではなお物に對する個人的利益の對立調和が問題となつてゐるのであつて、金錢と同斷には論じえないものがある。そこで回復請求權の下に代價辨償請求權を認めて、善意取得を解消する妥協的方法が考えられるが、個人的利益の對立調和の見地からは、その商品が善意取得者にとつてのみならず回復請求者にとつても商品ならざる私物である場合に限られるべきである。その場合でも、後者の經濟的に見た求償の困難性を思へば、彼にとつては回復請求の斷念といつて「没收」に近い經濟的結果があるだけであろう。(イ)純然と取得現象の性質からして物の追及を破棄したのは、公の競賣手續による取得の場合である。しかし、これが責任主義の限界を突破する理由は、取得手續の公權的性質に求めるべきではない。何となれば、取得現象そのものは私法的性質を有し、この點では自由取引と本質的に對立するものでないからである。通説は従來「沈黙」を理由としてきたが、これは現代の真相に合致しない。所詮、純粹な特權賦與として説く外なしと思われる。責任主義破棄の明白な理由はそこに見出されないからである。況んや立法論として代價辨償請求權による取得解消を提唱するのは理由の發見に役立たない。

四

以上に要約した内容は、冒頭に一言した通り、外觀理論的解釋に對する意識的反論として受取られるが、その着想は英米法上の禁反言則 (doctrine of estoppel) にあるようである。著者はいう。「英米法の考え方は、われわれが權利取得者の側から信頼保護として特徴づけるその利益調和をもつば權利喪失者の側から評價する。この法理は明らかに過失責任主義の限界を越えないけれども、その限界は多分に浮動的である」と。この浮動性をミューラハエルツバッハのいわゆる危険支配の原理によつて克服するが、本書の課題であつたといえよう。そして、ドイツ民法典の解釋論としても立法論としても、著者のさうな企圖は一應成功している。しかし、禁反言則の浮動性には英米法獨特の理由もある筈であろう。豊富な比較法素材を驅使しながら、この點の吟味に及ばれなかつた著者を惜しむゆえんのもの、そこを掘り下げるならば、ドイツ法上外觀理論による歸責の理由づけの弱さは却つてその弾力性の可能性を示すものであることが對蹠的に判然としてくると期待されるからである。わたくしはこの可能性のゆえに、著者の反論にもかかわらず、外觀理論はその反論を受け容れて消化する餘地があるのではなからうかと考へる。

(小樽商科大学助教授)