

36 即時取得：192条

答案構成

- ・ Aの請求は認められるか。
- ・ Cの即時取得は認められるか。→占有を始めたといえるか？→指図による占有でもいえる。→○
- ・ Aの所有権が喪失→請求×

答案

1 AのCおよびMに対する本件ピアノ所有権に基づく物権的返還請求としての本件ピアノ請求は認められるかが問題となる。

2 この請求が認められるためには、本件ピアノにおいて、①Aの所有、②CおよびMの占有が必要である。現時点の本件ピアノにおいて、現実の占有者Mを介してCは間接占有しているといえるため、②を充たす。ここで、①が認められるかが問題となる。

3 (1) この点において、Cは、本件ピアノの即時取得(民法192条)の成立をもって、Aの所有権は喪失していると主張する。これが認められるかが問題となる。

(2) Cは、「取引行為によって占有を始めた」と主張すると思われるが、本件では、BC間での本件ピアノ売買契約(民法555条)があるため、「取引行為によって」Cは本件ピアノの占有を開始したといえる。もっとも、その占有移転の態様は、寄託者「本人」であるBが受寄者であり占有代理人であるMに対して、第三者であるCのために本件ピアノを占有することを命じて、Mがこれを承諾したというものである。したがって、指図による占有移転(民法184条)にあたる。

(3) ア ここで、現実の占有者であるMは変わっていないため、これをもって即時取得の要件としての「占有を始めた」といえるかが問題となる。

イ 動産については、原則として動産の引渡しを必要とするところ、即時取得の趣旨は、この公示を信頼した者を保護するという点にある。したがって、「占有を始めた」といえるためには、外形上、従来の占有状態に変更が生じる必要があるといえる。

ウ この点において、指図による占有移転は、現実の占有者は変わっていないものの、占有の観念化が進行して物の直接移転を伴わない占有の移転形態であっても動産取引の公示手段となることが常態化し、占有があれば占有を正当化する権利(本権)があると推定される背景も変化が生じていることからすると、占有移転が外部から把握できる限りは、指図による占有移転も「占有を始めた」と解される。

エ 本件において、指図による占有移転前は、占有代理人Mを介して、質借人であるBが占有していることになり、原所有者Aの間接占有はBを介してなお存続していることになる。しかし、指図による占有移転後は、占有代理人MはBではなく、Cのためにだけ占有していることになる。この点、指図による占有移転の前も後も、現実には所有しているのはMであるが、B・C間の売買を原因として寄託者がBからCへ変更した時点でBの占有は喪失し、この結果、質借人Bを介した原所有者Aの間接占有も喪失していることになる。この占有移転については、Mは所定の寄託者名義変更手続を定めており、これに基づく文書をCに交付していることからすれば、外部から容易に把握が可能であったといえる。

オ したがって、本件BからCへの指図による占有によって、Cは本件ピアノの「占有を始めた」といってよい。また、Cは前述のように間接占有をしているため、「善意」であり、「平穩に、かつ公然と」占有していると推定できる(民法186条1項)。

(4) ア ここで、Cに「過失」がなかったかが問題となる。過失とは、予見可能

性に基づく結果回避義務違反である。

イ 本件において、Aは誰が現実には本件ピアノを占有しているかを把握しないまま、1か月にわたる長期間、Mによる本件ピアノの占有を許容しており、Cとしては、このMの占有を信頼したものといえる。そして、たしかに、1000万円から1200万円という高価な本件ピアノが900万円で売却されているが、Bの説明によってSの来日のための資金がすぐに必要であると誤信したとすれば、前述の低価による本件ピアノ売却もありうると思えることは不自然ではないといえる。

ウ よって、Cは本件事実において予見可能性はなかったといえる。そのため、他人の権利を侵害する結果を回避する義務も認められない。

② 4 したがって、本件において、Cに即時取得が成立する。よって、本件において、Aは本件請求時点において本件ピアノの所有権を喪失しているから、①を充たさない。

5 以上から、Aの請求は認められない。

37 即時取得：193条・194条

答案構成

第1 Xの甲の引渡し請求について

Yの反論→民法194条○

第2 Xの甲の使用利益相当額の返還請求について

Yの反論→○

③ 第3 趣旨から逸脱していない→○

答案

第1 Xの甲の引渡し請求について

④ 1 XのYに対する盗品回復請求（民法193条）としての甲の引渡し請求は認められるかが問題となる。

2 Yは、Cとの取引行為によって、平穩にかつ、公然と、動産である甲の占有を始めた者であり、この取引時は善意であり、無過失であるため、民法192条の即時取得が成立する。したがって、「前条の場合」にあたる。また、本件Yが占有した物は「盗品」にあたるので、被害者であるXは、「盗難」時である2018年9月から「2年間」は占有者であるYに対して、その回復請求権を有する。そして、現在において2020年2月10日であるため、前記2年間はまだ経過していない。よって、Xの請求は認められるように思われる。

3 (1) これに対して、Yは、代価弁償されない限りは返還しないと主張する（民法194条）が、これが認められるかが問題となる。

(2) 占有者Yは、盗品である甲を「同種の物を販売する商人」である中古機器の販売業を営むCから、300万円で購入している。そして、この時点で、Yは善意であったといえる。よって、Yは代価弁償権を有する。

(3) ここで、代価弁償権の法的性質が問題となるが、文言上、この権利が抗弁権の性質を有するのは明らかである。したがって、Yの主張は抗弁として機能する。

(4) 以上から、被害者Xは占有者Yが支払った代価300万円を弁償しない限りは、Xの請求は認められない。

第2 Xの甲の使用利益相当額の返還請求について

⑤ 1 XのYに対する果実返還請求（民法190条1項）としての甲使用利益（月25万円）相当額返還請求が認められるかが問題となる。

2 (1) Yが「悪意の占有者」といえるためには、民法189条2項に該当する必要がある。そこで、善意の占有者であるYが、「本権」たる甲所有権の「訴えにおいて敗訴した」といえるためには、盗品が回復されるまでの2年間における甲所有権がXに帰属する



必要がある。そのため、民法193条における2年間の占有物の所有権は誰に帰属するかが問題となる。

(2) 同条において、回復請求権者は、「被害者」等と定められており、原所有者に限定されていない。しかし、賃借人などなら所有権を有したことがない者が、即時取得によって所有権を回復できるとするのは不合理である。よって、ここで回復されるのはあくまでも占有に過ぎないと解されるため、民法193条適用の場合は、民法192条に該当する占有者は所有権を取得していないと考えるべきである。よって、回復するまでの2年間の占有物の所有権は原所有者に帰属する。

(3) したがって、現時点における甲の所有権は原所有者Xに帰属し、Yは「悪意の占有者」であるとみなす。

3 (1) よって、Xの請求は認められるように思われるが、これに対して、Yは、「占有者」(民法194条)は、代価弁償されるまでの間の占有物の使用収益権が認められるため、その使用利益を返還すべき義務はないと主張するが、これが認められるかが問題となる。

(2) 民法194条は、占有者と被害者等との保護の均衡を図った趣旨の規定である。これは、占有者は、被害者等が盗品等の回復をあきらめた場合には所有者として使用収益を享受しうるので、被害者等が代価弁償を選択した場合には代価弁償以前の使用利益を喪失するのでは、占有者の地位が過度に不安定になり、両者の保護の均衡を図った同条の趣旨に反すること、また、弁償される代価に利息が含まれないこととの均衡上占有者に使用収益を認めることが両者の公平に合うからである。したがって、弁償の提供があるまで盗品等の使用収益を行う権限を有するといえる。

(3) よって、占有者Yは、使用利益を返還すべき義務はない。

4 以上から、Xの請求は認められない。

第3 Xの請求が認められないことについて

1 前述のように、Xは使用利益を返還されないことに加えて、代価弁償をしない限り甲も返還されないことになる。しかし、現時点の甲の価格が100万円であるにも関わらず、代価弁償として300万円を支払わなければ甲の返還を請求できないことは、Xにとって酷である。しかし、この損害は盗取者Bに対して、不法行為責任追及が可能であり(民法709条)、また、占有者Yにおいて、悪意など帰責性がある場合には、民法194条の適用がなく、民法193条の返還が可能である。したがって、原所有者と占有者の均衡を失っているとは言えない。

2 以上から、本件結論は妥当である。

## 解説

### ロープラクティス36

- ①答案構成では、答案で用いるナンバリングを、構成段階で設定するようにしましょう。
- ②設問を繰り返しているだけで意味のある問題提起になっていません。問題提起を示す場合は、問題の所在まで示すようにしましょう。
- ③ナンバリング2と3が、どのようなブロックか、小見出しを付けるなどして整理してみましょう。ナンバリング2では、いわゆる要件事実という考え方(2年生で習うと思います)を示しており、これ自体誤りではありませんが、答案の構造が難しくなることもありますので、必須ではありません。
- ④ここで、192条の話が出てきましたが、問題提起で示してもよい話です。
- ⑤192条の問題提起の次の段落で、あてはめが展開されています。コンパクトに書く場面であれば三段論法を崩すのはOKですが、本文では、192条の成否が問題でしょうし、原則通り、規範→あてはめを、形式的にも分かるように示して書きましょう。

- ⑥ポイントを抑えたあてはめが出来ており良いです。
- ⑦⑪問題提起をする意味が極めて低い箇所と思います。
- ⑧趣旨から検討できており好印象です。
- ⑨ア～エの構造が論理的ではないように思います。小見出しを付けるとどうなるか考えてみましょう。
- ⑩本問で配点が多くありそうな箇所に紙面を割けており良いです。
- ⑫結論が続いているような構造になっていますので、ナンバリングを見直すと良いでしょう。

### ロープラクティス 37

- ⑬答案構成と答案の内容は一致させるようにしましょう。
- ⑭⑮規範とあてはめは、分けて検討するようにしましょう。
- ⑯検討が終わったような記述のあとに、さらに検討が続く構成は、構成が伝わりにくいので避けるべきでしょう。
- ⑰結論を示したあとに、さらに記載する内容は、結論に影響しない内容であり、答案としては不要なものと考えます。もし、答案に示したいのであれば、結論のまえに、組み込むように構成すべきでしょう。