

山本浩司の automa

オートマシステム **1**

民法 I

第12版

令和5年度
本試験を織り込み
最新法令に
対応

W セミナー 専任講師

山本浩司

すいすい読める⇒すいすい分かる
だから暗記は不要
だから使える知識

system

2023年10月刊

山本浩司の

automa

オートマシステム 1

民法 I

system

✓セミナー専任講師

山本浩司

早稲田経営出版

TAC PUBLISHING Group

まえがき 司法書士試験と民法

司法書士試験は、数ある資格試験の中でも最難関のひとつに数えられています。

ただ、この試験においても、基本事項の大事さという学習方針が短期合格のコツである点は、何の変わりもありません。

それにもかかわらず、従来の司法書士試験用の基本書は、初学者にはたいへんわかりづらいものが多いのです。

そもそも、法律というのは、コトバの学習ともいえます。

法律の世界には独特の用語があり、そのニュアンスを把握するだけのことでなかなか困難を伴うことが多いといえます。

が、その言葉の定義に使われる用語そのものが、これまた日常用語とは異質のものでありますから、どこまでいっても初学者にはイメージがとらえにくいのです。

以上の点が、学習者において民法の理解を困難ならしめる根本的な原因です。

私は、いままでの受験指導を通して、従来型の学習法を採用した受験者が、意外にも「民法の基本」がわかっていないという事例を数多く見えています。

雑多な知識は豊富でも、肝心なところで1本のスジに欠けるのであります。

このことが、応用力の欠如として、本試験においてあと一歩のところ合格圏にとどかない理由となっています。

そこで、本書では、法律コトバを、いったん身近な用語に置き換え、著述が進むごとに本来の正確な定義に至るような工夫をしていきます。

この点は、初学者にとって最も合理的な学習法であるだけでなく、上記のような従来型の学習法を採用した受験者にとっても、あいまいであった民法の全体像がくっきりと浮かび上がるという効果として現われます。

第1部基本編では、従来型の学習法によっては、3年間の努力を費やしてもあいまいにしか理解できなかったであろう「民法の基本」を、単純明快に説明します。

本書の著述は、他の基本書には存在しない内容であり、著者の独創による

方法論です。

つまり、民法の当たり前の原理というものを、あらたまって説明する書物は、従来、存在しなかったのであります。

いうまでもなく、司法書士試験合格の基本は民法の理解にあります。本書は、もっとも正鵠にその急所を射抜くことになるでしょう。

第2部以下は、第1部基本編を読了した方を対象に記述を進めていきます。

司法書士試験の本試験レベルに合わせ、本格的な記述内容となっていきます。

平成24年11月

山本浩司

第12版の刊行にあたって

今般、最新の過去問を掲載して第12版を刊行することとなりました。
今後とも、本書をご愛顧のほどよろしく願いたします。

司法書士試験は難関試験です。

本書を利用して、司法書士試験の合格を果たしていただければ、著者としてこれに過ぎる喜びはありません。

令和5年10月

山本浩司

【目次】

まえがき 司法書士試験と民法……………iii

第1部 基本編

第1章 民法の本質 ……………	2
1. 利益衡量……………	2
2. 法律的に考えるとどうなるのか……………	6
3. 婦責事由……………	12
4. 占有の意味は？……………	15
5. 条文どおりにいかないこともある……………	18
6. 包括承継の意味……………	24
第2章 物権の世界 生存競争は食うか食われるか …	27
1. 民法の全体像……………	27
2. 物権の世界 動産の場合……………	28
3. 物権の世界 不動産の場合……………	32
4. なぜ悪意のXまで勝たせる必要があるのか……………	37
5. いざとなったらずじを曲げる裁判所……………	39
第3章 債権の世界 自由と強制は表裏 ……………	44
1. 債権の世界の原理……………	44
2. 契約自由の原則……………	49
3. 約束は守られなければならない……………	51
4. 破産がわかれば民法がわかる……………	55
5. 担保物権の理解はとても重大だ……………	57
6. 約束がなければ守らなくてもいい……………	59
7. 一度結んだ契約を「やめた」といえるか……………	67
8. 契約による債権と契約によらない債権……………	73
9. 婦責事由 損害賠償の話……………	80
10. 請求権競合……………	82
11. 履行に代わる損害賠償と代償請求権……………	84
12. 契約解除 債権者を契約の拘束力から解放する手段…	86
13. 解除をするとどうなるのか……………	91
14. 危険負担はババ抜きの話……………	95
15. 人的担保……………	102

第4章 物権と債権どちらが強いのか	106
1. 債務者の無資力への債権者の対抗手段.....	106
2. 債権譲渡と対抗要件.....	117
3. 債権の消滅事由と相殺の担保的効力.....	129
4. 物権的請求権.....	131
5. 不動産賃借権の物権化.....	133
第5章 担保物権の仕組み	138
1. 抵当権とは何者か.....	138
2. 担保権の性質.....	143
3. 付従性.....	144
4. 随伴性.....	144
5. 不可分性.....	145
6. 物上代位性.....	146

第2部 民法総則編

第1章 代理という精緻なシステム	150
1. 民法総則の山場は代理にある.....	150
2. 代理の三要素が欠けるとき 「顕名」がないとどうなるか.....	152
3. 代理の三要素が欠けるとき 「代理権」がないとどうなるか.....	155
4. 表見代理とは.....	156
5. 表見代理の3類型.....	158
6. 不確定無効って何?.....	164
7. 無権代理人の責任.....	171
8. 無権代理人、責任逃れの秘策は通用するか?.....	176
9. 代理の三要素が欠けるとき 「代理行為に瑕疵」があるとどうなるか.....	179
10. 代理人と能力の問題.....	184
11. 代理人の権限濫用の問題について.....	186
12. 任意代理と法定代理.....	188
13. 復代理の話 子亀には違いないがそれなりに一人前の復代理人.....	193

14. 無権代理と相続 代理部門の超重要な応用問題	199
15. 双方代理・自己契約	218
第2章 時効 時がもたらす理外の理	224
1. 人間が作った法律の「ほころび」	224
2. どうしたら時効取得できるか	226
3. 短期取得時効とは	231
4. 占有の二面性	234
5. 賃借権を時効取得できるか	239
6. 消滅時効 どうやって時効を止めるか	241
7. 債権の行使とは?	249
8. 時効の援用とは	253
9. 時効の効力	259
10. 時効の利益の放棄	260
11. 消滅時効の起算点	263
12. 消滅時効と除斥期間	264
第3章 意思表示の無効について	266
1. 心裡留保と身分行為	266
2. 民法94条2項類推適用	268
3. 転得者はどうなるか? 民法94条2項のいわゆる1つの大問題	273
第4章 制限行為能力 えこひいきの論理	280
1. 制限行為能力とはどういう制度か	280
2. 未成年者について	281
3. 未成年者が単独でできること	282
4. 成年後見の問題	284
5. 取消権は誰にあるのか	293
6. 追認とは何か	297
7. 法定追認	300
8. 相手方の対抗手段	304
第5章 瑕疵ある意思表示 錯誤・詐欺・強迫について	308
1. 錯誤	308
2. 第三者による詐欺・強迫	312
3. 取消し前に出現した第三者	314

4. 取消し後に出現した第三者	319
第6章 民法総則編の番外シリーズ	322
1. 不在者の財産管理	322
2. 失踪宣告	325
3. 同時死亡の推定	332
4. 意思表示の効力の発生	333
5. 法人の基本	336
6. 果実、元物、不動産および動産	339
7. 条件	340
8. 期間	350
事項索引	(1)
条文索引	(3)

第1部

基 本 編

第1章

民法の本質

1 利益衡量

民法を理解する上で、大切なことを1つ挙げろといわれれば、それは文句なしに「利益衡量」です。

この感覚を理解できた方は、民法の習得について最初の山場を楽々と越えることができます。

「利益衡量」というのは、「2つの利益をはかりにかける」という意味です。

「衡」とは、はかりを意味します。

いわゆる法律学を理解する上で大切なのは、真理は2つあるということを理解することです。

ここのところを僕の学生時代の友人は「善人が2人いて悪人が1人いる。これが法律問題だ」と表現しました。

【用語解説】 → 利益衡量

「衡」とは、はかりを意味する。したがって、衡量とは、「量をはかりにけること」をいう。

法的判断において当事者間の相対立する利益を比較し、より大きな利益をもたらす結論を導き出す作業のことである。

事例 1

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。友人のAから「結婚式に参列するのにどうしても宝石を一日だけ貸してほしい」と頼まれたXはAに宝石を貸した。

ところが、Aは、友人のYにその宝石を売って引き渡してしまった。Yは婚約者にプレゼントをするための宝石を探していたところだったのだ。

実は、Aはサラ金の激しい取立てにあっていた。Aは宝石の代金をサラ金への返済にあて、今は無一文だ。

Xは好意からAに宝石を貸してあげただけです。

Yは宝石を買っただけです。

ですから、悪いのはAであって、XY 2人の善人は被害者です。

法律は学問ではありますが、血の通わない機械的なものではありません。

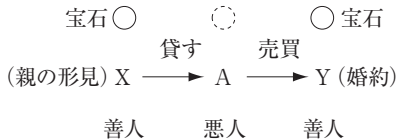
ですから、その理解には、XYのそれぞれの立場になってみるという想像力が必要です。

XはAに宝石を貸しただけです。しかもその宝石は大事な親の形見です。もし、宝石を失うはめにでもなれば、その心痛は察するにあまりあります。

Aが悪いのだと責め立てても、Aの手元にはもう宝石はないし、損害賠償させようにもAには金がありません。

宝石を取られてそれでおしまいになりかねません。

Yは大枚をはたいて宝石を買いました。婚約者にプレゼントするくらいですからきつと給料の何か月分かであるに違いありません。もし、宝石をXに返さなければならぬとすると、サラ金にお金を払ってしまったAから売買代金を取り戻すあてがありません。



さて、この問題が訴訟に持ち込まれるとどうなるでしょう。

この問題は、法律上は、宝石の所有権がXにあるのかYにあるのかという争いになります。

Aが悪いのはわかっていますが、金のない人を相手に訴訟を起こしても費用倒れになるだけなので、現実にはXY間で宝石の所有権を争うしかありません。

ここで、裁判所が困ります。それは、XY両方が善人だからです。

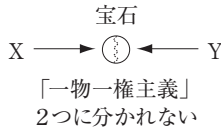
このように裁判所が困る事件のことを、「法律問題」といいます。

この場合、裁判所は、「宝石を仲良く2人で使え」とか「しようがないから宝石を売って代金を2人で分ける」とはいえません。

それは「**一物一権主義**」という近代法の大原則に反するのです。

今のところ、「一物一権主義」というのは「1つの物には1つの所有権しか成立しない」という意味だと思ってください。

と、すると宝石はXかYのどちらかのものです。



裁判所はどちらかに決めなければなりません。裁判所は退路を絶たれたわけですから。解決法は、XかYのうち、どちらかに泣いてもらうしかありません。

民法の勉強をする場合、上記のような当事者X Y、裁判所の困った状態を、よくよく**体で理解**することが大事です。

悪人1人の存在で皆が困っているのです。

字面だけスラッと勉強しても民法の本当のことはいつまでたってもわかりません。

さて、現実にはX Y間で宝石の所有権をめぐる争いが起こったと仮定します。

まず、Yの立場に立ってみましょう。

宝石を買ったYとすれば、何とかしてXにいちゃもんをつけなければなりません。

Yは何といったらいいのでしょうか。

しばし、考えてみてください。

何か思いつきましたか？

こういえばいいのです。

「XがAに宝石を**貸したから**こういう事件が起こったのではないかと。」

もともと、信頼してはいけないAという人の人格をXが見抜けずに宝石を引き渡したから事件が起こったのです。だから、人を見る目を誤ったXが責任を取るべきなのです。

この責任を取るべきだという理屈のことを、法律用語で「**帰責事由**」といいます。大事な言葉なので覚えておきましょう。

また、Yからはこういう主張も可能です。

「買ったのだから僕のものだ。僕はAが宝石を持っていたから所有者なのだろうと信じただけだ。買ったものが自分の物にならないのでは安心して売買ができない。資本主義の世の中の仕組みを守って売買の信頼性を高めることが大事だ」

実は、この主張も結構ポイントが高いのです。

「安心して売買ができる」ということを、法律の世界では「**取引の安全**」と呼びます。Yのいうとおり、資本主義社会にとってとても大事な前提です。

【用語解説】 → 取引の安全

取引を行った者の利益を図ることをいう。虚偽の外観を信頼して取引に入っ
た者の信頼を保護する法理。

以上のように、Yからは、

1. Xの帰責事由の追求
2. 取引の安全の法理

の2点の主張ができるのです。

さて、このままではXが負けてしまいそうです。

Xはどうしたらいいのでしょうか。

実はこのケース、Xは負けの可能性が高いのです。

Yの主張する「取引の安全」のポイントが高いからです。

しかし、この事例では、XYAに友人関係があるという点がXに有利に働く可能性があります。

もし、以下のような事実があったらどうでしょう。

1. YはXが宝石を大事にしていたのを知っていた。
2. 宝石にはXのイニシャルが刻印されている。
3. Aは過去にも同じように他人の物を勝手に売った前科がある。そのことをYが知っていた。
4. Aがサラ金に追われていたことは有名な話だった。

こうなると、XはYに対してつぎのような主張が可能です。

「なぜ宝石を買う前にAの話が本当かどうか僕に一本電話をくれなかったんだ」
これは強力な主張です。

たしかに、YがAが宝石を売ろうとする点に疑問をもち、Xに問合せの電話をかければ、事件は起こらなかったのです。XからすればYがうかつだったと主張できます。

「うかつだった」ということを、法律の用語では「過失がある」と表現します。

XはYの過失を主張立証すれば、勝てるのです。

【用語解説】 → 過失

一定の事実を認識可能だったにもかかわらず、不注意から認識しないこと。

裁判所とすれば、法廷でのXYの主張をそれぞれ聞いて、各々の得点を数えていく。

そして、ポイントの高いほうを「勝ち」とする。
裁判所の行うこの作業のことを、「利益衡量」という。

2 法律的に考えるとどうなるのか

さて、上記の問題を法律的にスジ道をたて、順を追って考えてみましょう。
いろいろと重大な問題点が浮き彫りになります。

1. 民法の大原則 空のバスケットからリングは生じない。

リングというのは権利のことです。事例では所有権です。
まず、AはXから宝石の所有権を受け継いでいません。
AがXから預かったのはリング（所有権）の入っていない空のバスケットです。

したがって、YがAからもらったバスケットにリングがあるはずがありません。
YはAの「空のバスケット」を引き継いでいるからです。
したがって、Yが所有者になる余地はありません。
これが民法の当たり前の考え方です。

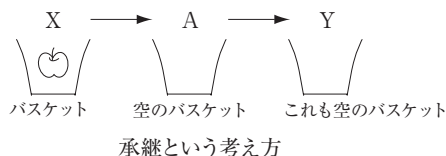
前の人の権利を引き継ぐことを、法律用語で「**承継**」といいます。

前主に権利があれば、承継人にも権利があります。

前主に権利がなければ、承継人にも権利はありません。

「**無からは無しが生じない**」という民法の大事な考え方です。

この場合、Yは無権利者のAの地位を承継しているので「Yに宝石の所有権はない」というのが民法のスジです。



【用語解説】 → **承継**

ある者が他の者の法律上の権利義務を引き継ぐこと。後主は前主とその権利義務に関して同じ地位に立つことになる。

2. 民法の例外 空のバスケットからリングが生じる。

しかし、民法では、空のバスケットからリングが生じるという手品みたいなことが例外的に起こります。数えるほどしかない例外です。

そして、先ほどの宝石の事例はそのうちの1つなのです。

民法192条がそれです。

民法192条（即時取得）

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。

【用語解説】 → 占有

自己のためにする意思で物を所持すること。所持とは、物を事実上支配する状態をいう。

条文の意味を事例に即して解釈してみましょう。

「動産の占有を始めた者」というのはYのことです。

YはAから宝石の引渡しを受けています。

手元に宝石があるから占有ありです。

「動産」はこの場合、宝石を指します。

「善意」という言葉は、この後、民法の中でしょっちゅう出てきます。

これは「よい行い」の意味ではありません。

「ある事情を知らないこと」が「善意」です。

逆に、「ある事情を知っていること」を「悪意」といいます。

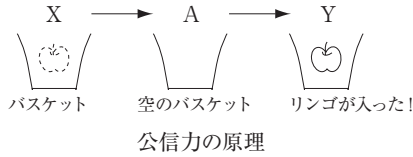
「動産について行使する権利」は上記の例では「所有権」のことです。

つまり、民法192条は「YがAの無権利を知らず、かつ、知らないコトに過失がなければ、Yは**所有権を取得する**」とっています。

このように、民法192条は、「取引の安全」のためにXに泣きなさいと命ずる条文なのです。

この「無から有が生じる」手品のことを、民法の世界では「**公信力**」といいます。

なにを公に信じるのかといえば、それは「虚偽の外観」です。
具体的には「宝石を占有しているAの所有者らしい姿」です。



法律上、「虚偽の外観」を信じた結果、出てくるマコトのことを「公信力」というのです。

民法192条では、動産取引の安全のために「公信力」が認められています。

【用語解説】 → 即時取得

動産を占有している無権利者を真の権利者と過失なく誤信して取引をした者に、完全な権利を取得させる制度。民法192条が規定する。

◆一問一答◆

問 民法において、「取引の安全」を理由として相手方が保護されるための要件は何か？

答 一般論として、相手方の「善意・無過失」が要件とされる。



参考問題

1. 甲が、立木法による登記がされた丙所有の樹木を無権利者乙から譲り受けて、これを伐採した場合、甲は材木の所有権を即時取得しうる。(S63-10-4改)
2. 他人の山林を自分の山林であると誤信して立木を伐採した場合、即時取得が成立する。(H13-7-ア改)



- 答え**
1. × 立木法による登記がされた立木は不動産である。不動産の場合、無からは無しか生じない。つまり、不動産取引においては、公信力はナイ。その理由は、民法192条に該当する特殊な条文が不動産取引については存在しないからである。であれば、民法の原則どおり無からは無しか生じないのである。
 2. × 立木の伐採は事実行為である。「取引」ではない。したがって、この場合も、無からは無しか生じない。



さて、すでに述べたように、「動産取引」の世界においては、本来なら空のバスケットの承継人であるYは、即時取得の制度によって真の所有者になる可能性が生じます。

しかし、その要件として、YはAが権利者であると「過失なく誤信」していなければなりません。

ですから、争いの帰趨はYの過失の有無にかかっています。

Yに過失があればXの勝ち、なければYの勝ちです。

では、Yの過失について民法は何といているのでしょうか。

民法188条（占有物について行使する権利の適法の推定）

占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。

「占有者」とはAのこと、「占有物」は宝石のことです。

このように、宝石を占有しているAは「適法な占有者」と推定されます。

すると、Aが宝石を占有している状態を見て、YがAのことを所有者だと誤信するのはもっともだということになります。

したがって、**Yの無過失は推定される**というのが裁判所の結論です。（最判昭41.6.9）

もちろん、その前提としてYの善意も推定されます。

《注》 最判は、最高裁判所の裁判例という意味。

【用語解説】 → 推定

ある事項につき、当事者の意思や事実の存在が明らかでない場合、これらを一応明確なものとして定めその法的効果を発生させること。

では、宝石の、元来の持ち主であるXとしてはどうすればよいのでしょうか。

Xが勝つためにはYに過失がないという「推定」をひっくり返さないといけません。

もし、ひっくり返せれば勝てます。

具体的には、Yに対して「Aから買う前に何で一本電話をしなかったのか。Yよ、君はうかつだった」と主張して、裁判官を納得させればよいということになります。

民法192条は「YがAの無権利を知らず、かつ、知らないコトに過失がなければ、Yは所有者になれる」といっているのですから、逆にXがYの過失を証明すればXが勝てます。

この場合、過失の有無は、Yが宝石を「買い受けた」その**時点**で判断します。
即時取得は「取引の安全」のための制度ですから、Yが**取引に入ってきた瞬間**
(より正確には、**占有を開始した時**)の過失が問題なのです。

仮にYが宝石を取得した後にXの存在について悪意になってもYの即時取得は妨げられません。

XとすればYが宝石の取引に入ってきた瞬間の「悪意・有過失」を立証すべきであり、後になって「本当の所有者は僕だ」といっても遅いのです。

参考判例 (最判昭41.6.9)

即時取得を主張する占有者は、民法188条の推定がある以上、無過失を立証する責任を負わない。

◆一問一答◆

問 即時取得者の無過失は推定されるか？

答 推定される。(最判昭41.6.9)

コラム 証明責任の問題

XがYの過失を証明するという意味がわかりにくいかもしれない。
この問題は民事訴訟法の問題だが、民法を本当に理解するためには避けて通れない。

問題の出発点は、裁判官は神様ではないということだ。

Yの過失の有無が問題になった場合、Yの顔に「過失がありました」とは書いてない。

裁判官は事件の全部を見ていたのでも聞いていたのでもない。

そうすると、過失があったのかなかったのか第三者の裁判官にはわからないという事態があり得る。

しかし、「Yに過失があったかどうかは不明だ。当裁判所では判断ができない」というお手上げ判決はやってはいけないルールになっている。

なぜなら、民事訴訟の第一の目的は「紛争の解決」だからだ。お手上げ判決では何も解決しない。

さらに、お手上げ判決は憲法違反でさえある。

憲法32条は「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われ不得」と規定するが、裁判所が「お手上げ」になれば、それは国民の裁判を受ける権利を奪ったことになるだろう。

では、過失の有無が不明の場合にはどうしたらよいのか。

この問題は、証明責任のあるほうの負けというルールで解決することになっている。

つまり、Yの無過失は推定されている以上、XはYの過失を**証明**しない限り勝てないというルールだ。

訴訟がルールのあるケンカといわれるのはそういう意味である。

結局、裁判官には「Yに過失があったかがわからない」という場合は、Xの負けというのが結論である。その理由は、Xが**証明責任を果たさなかった**からだ。

証明責任を負わされるということは、このように実際の裁判の現場ではとても不利なことなのだ。

訴訟の場では、争いの当事者のどちらに証明責任があるかは、事件の種類ごとに**あらかじめ**決まっている。

こういう事情を、「証明責任のあるところ敗訴あり」という言葉で表現する。

証明責任

X	Y
⓪	⓪
・証明しなければ負け	・真相が不明なら勝ち

参考問題

1. Aが、Bの所有する動産甲を無権利のCから買い受けて現実の引渡しを受けた場合において、即時取得を主張するためには、自己に過失がなかったことを立証しなければならない。(H30-8-イ)
2. CはAが所有する時計を預かっていたBとの間で、Bが所有者であると誤信してその時計の購入をし引渡しを受けた。この場合、Cが善意であれば過失があったとしてもその時計の所有権を取得することができる。
3. 動産の買主が引渡しを受けたとき、その動産が売主の所有に属しないことにつき善意であっても、その後には悪意となれば即時取得の効果は失われる。(S58-12-5)
4. 即時取得の制度は、取引の安全を保護するため、動産の占有に公信力を与えたものである。
5. 占有者が、占有物の上に行使する権利は、これを適法に有するものと推定されるので、即時取得を主張する者は、無過失を立証する責任を負わない。(H5-9-オ)
6. Aからデジタルカメラ甲を賃借していたFは、甲をBに売却し、その現実の引渡しをした。この場合において、Bは、Aに対して甲の即時取得を主張するためには、Fが甲に関し無権利者であることについて自己が善意無過失であったことを証明しなければならない。(H25-8-4改)
7. 占有者は、占有物の上に行使する権利を適法に有するものと推定される。(S

58-10-1)

8. Aの所有する甲動産を保管しているBが、甲動産を自己の所有物であると偽って甲動産をCに売却した場合において、代金支払時にCが甲動産の所有者がBであると信じ、かつ、そう信じるについて過失がないときは、代金支払後、引渡しを受けるまでの間に所有者がBでないことをCが知ったとしても、Cは甲動産を即時取得することができる。(H17-9-イ)
9. Aからデジタルカメラ甲の寄託を受けていたEは、甲をBに売却したが、その際、Bは、Eが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であった。この場合において、Bは、その後にEから甲の現実の引渡しを受けた際、Eが甲に関し無権利者であることについて悪意となっていたときは、甲を即時取得しない。(H25-8-3改)
10. 教授 AがBから預かっていたビデオカメラをBに無断でCに譲渡した場合、Cは無権利者からの譲受人であるから、原則として所有権を取得することができませんが、どのような場合に所有権を取得することができますか。
学生 即時取得が成立する場合に所有権を取得することができます。即時取得が成立するためには、Cは前主が処分権限を有しないことについて善意無過失である必要があります。
善意については推定されますが、無過失については、判例上、推定されないこととされています。(H20-11-ア)

-
- 答え** 1. × 2. × 3. × 4. ○ 5. ○ 6. ×
7. ○ 8. × 善意・無過失の要件は、「占有開始時」に要求される。
9. ○ 10. ×
-

3 帰責事由

事例 2

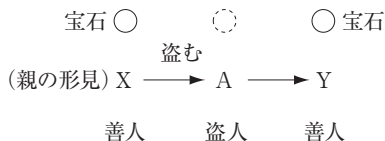
Xは親の形見である大事な宝石を持っている。AはX宅に侵入して宝石を盗み出した。Aはその宝石を自分の物だと偽り、そのことを過失なく信じたYに売り渡した。Aはその後行方が知れない。

さて、今度の事例はどうでしょう。

問題文にYがAの宝石だということを「過失なく」信じたと書いてありますので、XからYの過失を立証することはできません。

そうすると、民法192条から、無から有が生じるので、無権利者である泥棒A

から宝石の引渡しを受けたYは宝石の所有権を取得できそうな気がします。



さて、どうでしょう。

事例1との違いを考えてみましょう。

事例1のケースでYが主張したのは、つぎの2つでした。

1. Xの帰責事由（信頼できない人格のAを信じて宝石を貸したこと）
2. 取引の安全

事例2の場合、Xは宝石を盗まれています。

だから、Yは上記2の主張はできますが、1の主張はできません。

つまり、本事例では、**Xに帰責事由がありません。**

そうすると、裁判官から見ても、相対的にYの得点が下がるはずです。

また、Xは窃盗という犯罪の被害者ですから気の毒です。

Xの力になってあげたいという気持ちが裁判官にあるでしょう。そこで、Xの得点が上がります。

Yが主張する「取引の安全」という点で事例1と2に大差はありません。

しかし、その他の部分で、Xの得点が上がり、Yの得点が下がります。

こうした得点の割り振りの作業が、裁判所が行う「利益衡量」です。

そして、この微妙なバランス感覚こそが民法を学ぶ上で一番大事な心得です。

結論として、事例2では、たとえYが無過失であってもXに勝ちの可能性があります。

条文の根拠は民法193条です。

民法193条（盗品又は遺失物の回復）

前条の場合において、占有物が盗品又は遺失物であるときは、被害者又は遺失者は、盗難又は遺失の時から2年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

占有物というのは宝石のことです。

この条文を事例2にあてはめれば、被害者はX、占有者がYとなります。したがって、Xは盗難の時から2年間は宝石を取り戻せるのです。

しかも、タダです。XはYから無償で取り戻せます。

つまり、193条は、2年間はYが泣けとっています。

ポイント 期間について

司法書士試験は細かい知識を問われることがよくある。そこで、期間を記憶する場合には、その「起点」を明確にする必要がある。

本事例では、「盗難または遺失の時から」という部分が起点である。

この場合、盗難または遺失を知った時からではないという点が重要である。

いうまでもなく、「盗難または遺失の時から」としたほうが、2年の期間満了時は早期にやってくるのであり、場合によっては盗難等の事実を知らないままに、期間が経過して即時取得が成立することもありうる。

つまり、この起点のおきかたについて、民法の起草者は、被害者Xの利益よりも「早期の法律関係の安定」という利益を尊重したことになる。

さて、2年間はYが泣けというこの点の法律上の理由づけについて、判例は、2年間は宝石の「所有権」がXにあるのだとっています。

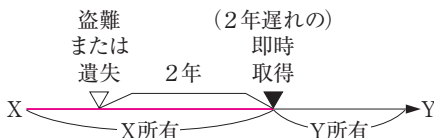
となれば、Xは「自分が所有者だから返せ」とYにいえませう。

所有権はとても強い権利ですから、返せというのにそれ以上の理由は何もありません。

これを、法律上「所有権に基づく返還請求権」と呼びます。

以上述べたように、宝石が盗品または遺失物の場合、Yの主張する「取引の安全」の得点は事例1と変わりませんが、Xに帰責事由が乏しく、気の毒な面があります。

そこで、民法は2年の期間を区切り、その間はXの勝ち、それを過ぎればYの勝ち、2年の起算点は「盗難または遺失の時」とあらかじめ決めて、お互い恨みっこナシというルールを採用しています。



盗品または遺失物の特則

参考問題 乙が甲から時計を横領した場合、丙がその時計を乙の所有物であると過失なく信じて買い受けたときは、甲は横領の時から2年間はその時計の返還を丙に請求することができる。

答え ×

《注》 横領とは、自己の占有する他人の物を不法に領得すること。横領の場合、甲は乙に時計を自ら手渡しているはずだから甲に帰責性がある。

4 占有の意味は？

事例 3

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。友人のAから「結婚式に参列するのにどうしても宝石を一日だけ貸してほしい」と頼まれたXはAに宝石を貸し渡した。

しかし、Aは友人のYにその宝石を売った。Yは過失無くAが真実の所有者だと信じていた。

しかし、Yは引越して取り込み中なので、買った宝石はそのままAに預けておくといい、Aもこれを了承した。

さて、この場合はどうでしょう。

今度は、宝石は盗品や遺失物ではありませんから民法192条の問題になります。

民法192条（即時取得） 再掲

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。

事例3のポイントは、現実には、宝石がAの手元にあることです。

この場合に、Yは「宝石の占有を始めた」といえるのでしょうか。

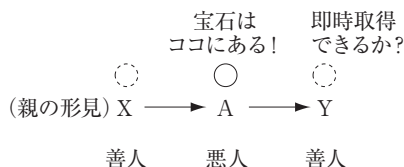
もし、Yが宝石の占有を始めていないと考えればYの負けです。

Yが占有をしていると考えればYの勝ちです。

順を追って考えましょう。

Yの前主であるAが宝石を占有していたことは明らかです。

ですから、つぎに、Aの占有をYが「承継」したかどうかが問題となります。そこで、占有移転について、民法の規定を整理してみましょう。



占有移転の方法

1. 現実の引渡し（民法182条1項）
宝石を現実に手渡すケース
2. 簡易の引渡し（民法182条2項）
もともとYに預けてあった宝石をそのままYに売るケース
3. 指図による占有移転（民法184条）
倉庫業者に預けてある宝石をYの承諾の上で、Aが倉庫業者に対して、以後Yのために宝石を占有しなさいと命じるケース
4. 占有改定（民法183条）
Aが、今後はYのために宝石を所持するという意思を表示したケース

本事例で、もしAYが、宝石の売買契約をただけならYに占有は移転しません。

《注》 売買契約は、目的物の引渡しがなくとも効力が生じる（諾成契約）。

しかし、「Yは引越して取り込み中なので、買った宝石はそのままAに預けておくといい、Aもこれを了承した」ので、上記4の占有改定があったこととなります。

したがって、占有は移転したのであり、Yは「占有を始めた」からYの勝ちです。これが事例3について民法の条文から考えた結論です。

コラム 占有権と本権

「盗人の占有も占有である」という格言がある。

占有は、目的物を所持する**事実状態**のことだから、盗人にも占有権があるのだ。これに対し、所有権や賃借権など占有を正当ならしめる法律上の権利を本権という。占有権と本権は、法律上、別物なのである。

参考問題

1. 占有権の譲渡は占有の目的物に対する外形的な支配の移転によってのみ効力を生ずる。(S63-15-5)
2. AがBに対して甲動産を貸し渡している。Aが、Fに甲動産を譲渡し、Bに対し、以後Fのために甲動産を占有すべき旨を命じたところ、BはFと不仲であるとして、これを拒絶した。この場合には、Fは、甲動産に対する占有権を取得しない。(H16-13-エ改)
3. Cが自己の所有する宝石をDに預けていたが、これをEに売却し、Dに対し、以後Eのためにその宝石を占有すべき旨を命じた場合、DがEのために宝石を占有することを承諾したときは、Eは、その宝石の占有権を取得するが、Dが承諾していない場合には、Eの占有権は認められない。(H22-8-イ改)
4. Aがその所有する動産甲をBに賃貸している場合において、Aが動産甲をCに譲渡した。この場合において、Cが指図による占有移転により甲の引渡しを受けるためには、AがBに対して以後Cのためにその物を占有することを命じ、Cがこれを承諾することが必要である。(H23-8-ウ改)
5. Aは、Bが所有しCに寄託している動産甲をBから買い受け、自らCに対し以後Aのために動産甲を占有することを命じ、Cがこれを承諾した。この場合には、Bの動産甲の占有権は、Aに移転する。(H28-9-イ)

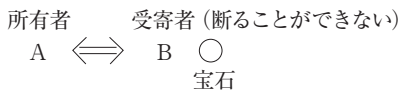
-
- 答え**
1. × 簡易の引渡し、占有改定、指図による占有移転はいずれも外形的な支配の移転を伴わない占有移転の方法である。
-
2. × 3. × 4. ○
-
5. × ひっかけ問題である。買主のAが、Cに命じても無意味である。
-

《参考条文》

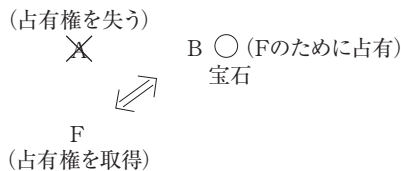
民法184条（指図による占有移転）

代理人（B）によって占有をする場合において、本人（A）がその代理人に対して以後第三者（F）のためにその物を占有することを命じ、その第三者がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する。

1. Aが、受寄者（B）に譲受人のFのための占有を命じる。



2. 譲受人のFが承諾すると、目的物の占有がAからFに移転する。



指図による占有移転の仕組み

5 条文どおりにいかないこともある

しかし、実際に裁判をやると、事例3はYの負けです。
裁判所が上記のスジ論を曲げるからです。

「本条による権利取得のためには、一般外観上従来の占有状態を変更する占有を取得することを要する」（最判昭35.2.11）

→即時取得の要件のうち、「公然」と占有を始めた、の部分を満たさないという意味に解されている。

いい換えると、この判例は、民法192条でYが所有権を取得するためには、宝石がAの手元にあるのでは駄目で、現実に宝石を引き渡してもらいなさいということを意味します。

ですから、Aの手元に宝石を置いたままの状態、Yが宝石の所有権を即時取

得することはできません。

「占有改定による占有取得に本条（192条）の適用はない」

先の判例はこう結論づけています。

このように、条文どおりの解釈でいけば、Yが勝てるはずなのに、裁判所の横槍でXが勝つことになります。宝石の所有権はXのものというのが結論です。

参考判例 ■（最判昭35.2.11）

民法192条（即時取得）による権利取得のためには、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要し、かような変更をきたさない占有改定による占有取得には、民法192条の適用がない。

では、なぜ裁判所は横やりを入れたのでしょうか？

いろんな理屈を裁判所はしています。

1. 占有改定によってはXのAへの信頼ははまだ裏切られていない。
2. 外観上の占有状態に変化がないのに即時取得を認めると取引の安全を害する。

しかし、理屈はコトの本質ではありません。

本当の理由は、裁判官の立場に立ってみないと理解できません。

仮にXがAに対して「宝石を返還しろ」という訴訟を起こしたとしましょう。

返したくないAはどういう理屈をこねるのでしょうか？

Aはこういうはずです。

「宝石は、Yに売却したから所有者はYだ。自分はYのために宝石を占有しているわけだからXに引き渡すことはできない」

一見して屁理屈にしかみえません。

AはXから預かった宝石を第三者に売るという背信行為を行った張本人ですから、Aの理屈は盗人たけだけしいとしか思えません。

しかし、もし占有改定によって即時取得が成立してしまうと、Aの主張は法律論として全く正論なのです。

なぜなら、即時取得が成立すれば、「Xは所有者ではない。Yが所有者だ」という結論になるからです。（一物一権主義）

ですから、この盗人たけだけしいAの主張を排斥するために、「占有改定による占有取得に本条（192条）の適用はない」と裁判官はいう必要があるのです。

これが、裁判官の本心です。

ここで、みなさんは、法律論というのは理屈では割り切れない面があることをよく認識してください。

これも、本当に民法を理解するための大事な一步です。

裁判は現実の事件を解決するためにやります。

裁判官は、妥当な解決を図るためには、もっともらしい理屈をつけて平気でスジを曲げます。

ころみに、占有改定による即時取得ができないという理由についてももう一度見てみましょう。

「外観上の占有状態に変化がないのに即時取得を認めると取引の安全を害する」

しかし、外観上の占有状態に変化がないのは実は占有移転の4つの形式のうち「占有改定」だけではありません。

「指図による占有移転」「簡易の引渡し」もそうです。

「指図による占有移転」の場合、倉庫業者に以後買主のために占有しろと命じるだけですから、外観上の変化は何もありません。

→こちらも、公然性にとぼしい。

しかし、「指図による占有移転」による占有取得の場合には、裁判所は、即時取得を認めています。（最判昭57.9.7）

参考 ■ 「簡易の引渡し」によっても即時取得は成立する。

このように裁判所の態度は決して理屈で割り切れるものではありません。

いってみれば矛盾だらけなのです。

ですから、裁判官の本心にまでさかのほらないと民法の本当のことは何もわかりません。

◆一問一答◆

問 つぎの占有取得の形態のうち、即時取得をすることができないものはどれ

か？

1. 現実の引渡し
2. 簡易の引渡し
3. 指図による占有移転
4. 占有改定

答 即時取得をすることができないのは、4の「占有改定」のみである。

参考判例 ■ (最判昭57.9.7)

寄託の目的物について、寄託者の譲受人のために、指図による占有移転がなされた場合、民法192条の即時取得の規定の適用がある。

→寄託とは、物を預けることを意味する。寄託者とは物を預けた者、寄託者の譲受人とは寄託者から寄託物を譲り受けた者のことである。

参考問題

1. 即時取得が認められるためには、譲受人が引渡しを受けていることを要するが、引渡しが占有改定によりなされている場合であっても即時取得は認められる。
2. Aは、Bが所有者Cに無断でBの画廊に展示していた甲絵画を、Bの所有物であると過失なく信じて購入した。この場合において、Bが以後Aのために甲絵画を保管する意思を表示したときは、Aは甲絵画を即時取得する。(H31-9-エ)
3. 占有の取得が簡易の引渡しによる場合、即時取得は認められない。(H9-15-ウ改)
4. AがBに対して甲動産を貸し渡している。AはGに甲動産を譲渡し、Bに対し、以後Gのために甲動産を占有すべき旨を命じた。甲動産は、Aが他人から預かっていたものであった。この場合には、Gは、甲動産がAの所有物であると誤信し、そのことにつき無過失であれば、甲動産の所有権を取得する。(H16-13-オ改)
5. Aがその所有する動産甲をBに寄託している場合において、Aが甲をCに譲渡した。Cが指図による占有移転により甲の引渡しを受けたが、その後、Aは、Eに対して甲を譲渡し、Eは、Aが無権利者であることについて善意無過失で甲を譲り受け、指図による占有移転によって甲の引渡しを受けた。指図による占有移転によって占有を取得した場合にも即時取得の規定の適用があるから、この場合には、Eが甲の所有権を取得することになる。(H23-8-オ改)

6. Aが、その所有する動産甲をBに寄託した後、Cに動産甲を譲渡し、Cが指図による占有移転によって引渡しを受けた場合であっても、その後、Aが無権利者であることについて善意無過失のDがAから動産甲を譲り受け、指図による占有移転によって引渡しを受けたときは、Dは、Cに対し、動産甲の所有権を主張することができる。(H27-8-ウ)
7. 「無権利者から動産を譲りを受けた者が民法第192条の規定によりその所有権を取得し得るためには、占有改定の方法による占有の取得では足りない。」という見解がある。次のアからオまでの記述のうち、この見解の根拠として適切でないものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。(H12-12)
- ア 譲受人への占有改定により、真の権利者と譲渡人との間の代理占有関係は消滅する。
- イ 占有改定では、真の権利者の譲渡人に対する信頼が裏切られたということは現実化せず、譲受人の譲渡人に対する信頼も現実化していない。
- ウ 占有改定では、譲渡人は依然として直接占有者であり続けるため、動産が更に譲渡される可能性がある。
- エ 真の権利者が譲渡人に対し動産の返還を請求した場合に、譲渡人が譲受人の権利を理由としてこれを拒否し得るとするのは不都合である。
- オ 民法第192条の趣旨は、無権利者の占有に基づきこれを真の権利者と信じて取引をした譲受人を保護する点にある。
- 1 アウ 2 アオ 3 イエ 4 イオ 5 ウエ

答え 1. ×

2. × 占有改定による引渡しによっては即時取得が成立しない。
3. ×
4. ○ 指図による占有移転による引渡しで即時取得をするケースである。
5. ○ 寄託とは、物を預ける契約のことである。
要するに、この問題は、AがBに動産甲を預けたままの状態、A→Cの第一の譲渡が行われ、これにより無権利者となったAが、再度、動産甲をEに譲渡したときにEが即時取得できるかどうかを聞いている。
つまり、この問題は、「指図による占有移転によって即時取得をすることができる」ということをちょっと複雑に事例化して聞いているにすぎない。
6. ○ 前問の焼き直しである。
7. 2
占有代理関係であるとか、直接占有であるとか見慣れない言葉があつてとまどうかもしれないが、以下の原理がわかれば、答えを出すことは簡単である。
いわゆる学説問題の解答法の1つとして紹介しておく。

もともと裁判においては、対立する当事者が白黒をつけるために争っている。本問では、目的動産の所有権が、はたして真の権利者にあるか譲受人にあるかを争っているのである。

(なお、設問中の譲渡人とは、権限なく他人の動産を売却した無権利者のことを指している。)

すでに述べたように、この問題に関し、占有改定による引渡しでは即時取得はできないとして、判例は、譲受人負けの判定を下している。

設問は、この判例の根拠として「適切でないもの」を探せといている。

だから、「譲受人勝ち」となる考え方を探せばいいのである。

これが解答の「原理」である。

ここから先は、単に国語の問題である。

アについて

「真の権利者と譲渡人の間が切れる」と書いてある。だから「真の権利者の負け」「譲受人勝ち」である。

イについて

「真の権利者の信頼が裏切られていない」と書いてある。だから、「真の権利者の勝ち」「譲受人負け」である。

ウについて

この肢は、上記の原理のみでは解答不能。とりあえず、無視でよい。

エについて

「真の権利者にとって不都合だ」といっているから、この見解は、「真の権利者」の味方である。つまり、「譲受人負け」

オについて

この肢は、「譲受人を保護する」と結論づけている。もちろん、「譲受人勝ち」である。

以上から、アオが、求める組合せである。

このように、学説問題というのは、何も知らなくても、国語能力だけで解答可能であるコトを認識されたい。

なお、ウは、譲渡人（無権利者）がさらに譲渡した場合の法律関係の複雑さを避けるため、譲受人が即時取得はしないと考えようという趣旨の肢である。



6 包括承継の意味

事例 4

Xは宝石を持っている。しかし、海外に行くしばらくの間Aに預かってもらうことにした。

その後、Aは死亡し、唯一の相続人であるYが、その宝石はAのものだと過失なく信じて占有を始めた。

さて、この場合はどうでしょう。

問題の所在は、宝石の所有権がX Yのどちらにあるのかという点です。

これまでの事例との違いは、YがAの権利（占有権）を承継した理由です。

民法は、「相続」ということに関して何といているのでしょうか？

民法896条（相続の一般的効力）

相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した**一切の権利義務**を承継する。ただし、被相続人の一身に専属したものは、この限りでない。

「一切の権利義務を承継する」ことを「包括承継」といいます。

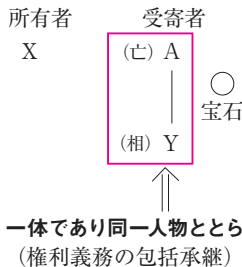
「被相続人の一身に専属したものは、この限りでない」というただし書の意味は、たとえば皆さんの親御さんが亡くなった場合、親御さんがもらっていた政府からの年金をみなさんはもらえませんよという当たり前のことをいっています。

さて、「包括」というのは「丸ごと全部」ということですから、Yは「Xから宝石を**預かった**」というAの「財産上の地位」そのものを承継します。

「預かった」という言葉は宝石を返還する義務をも含んだ言葉です。

したがって、YはXに対して宝石の返還義務を負います。

包括承継の場合、Aとその承継人であるYは、財産法上は同一人物と考えるとほぼ間違いありません。



【用語解説】 → 特定承継

包括承継に対比される言葉。

売買による所有権の移転のように個々の権利を個別の理由で承継取得することをいう。

さらに、翻って、民法がなぜ「無から有が生じる」という手品まがいのことをしてまで、Yを保護しようとしていたかといえば、それは、「取引の安全」のために「善意の第三者」を保護しようということに尽きます。

しかし、相続のケースでは、AとYとの間になんらの「取引」もありません。あるのはAの死亡という「事件」のみです。

したがって、民法192条の「制度趣旨」から考えても、本事例に即時取得の成立の余地はありません。

YはXに宝石を返還すべき**当事者**そのものといえるのです。

仮に、本事例において、Yが宝石を善意・無過失のZに売却し、Zが宝石の引渡し（占有改定の場合を除く）を受ければ、その時、はじめて即時取得が成立し、宝石の所有権はXのもとを離れます。

この場合のZは、Yの占有という外観を信頼して取引に入った**第三者**にあたります。

だから、即時取得の保護の対象になります。

このように「当事者」と「第三者」を区別して考える思考方法は、民法の中の「物権」編では、とても重要な発想法になります。

この点が理解できれば、物権編は卒業というくらい大事です。

では、民法の、そして法律全体の理解についてとても大事な「利益衡量」の話はこれくらいにして、次章では「物権」の話をしましょう。



参考問題

1. 即時取得は取引の安全を保護する制度だから、被相続人による他人の動産の占有を相続によって承継しても所有権を取得しない。
2. Aからデジタルカメラ甲を賃借していたCが死亡し、その相続人Bは、その相続によって甲の占有を取得した。この場合において、Bは、Cが甲に関し無権利者であったことについて善意無過失であるときは、甲を即時取得する。

(H25-8-1改)

答え 1. ○ 2. ×

重要条文をチェック ()に入る語句を書きなさい。

民法192条(即時取得)

(①)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、(②)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。

民法193条(盗品又は(③)の回復)

前条の場合において、占有物が盗品又は(③)であるときは、被害者又は(④)者は、盗難又は遺失の時から(⑤)年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

答え

① 取引行為 ② 過失 ③ 遺失物 ④ 遺失 ⑤ 2

→民法193条の場合において、2年間の間、被害者等が盗品等の所有権を有する。