

# 動産質権の対抗力と継続占有

石川 美 明

- 一 問題の所在
- 二 学説の概要
- 三 判例の概要
- 四 民法三五二条の規定の性質
- 五 民法三五三条の立法趣旨および適用範囲
- 六 質物の占有喪失および占有回復と質権の対抗力
- 七 むすびにかえて

## 一 問題の所在

わが民法は、質権の成立については引渡を成立要件とするいわゆる占有質主義 (Faustpfandprinzip) を採り (民法三四四条)、しかもその引渡には占有改定を含まないものとして (民法三四五条)、<sup>(1)</sup> 右主義を強化している。したがって、ここでは、質権と占有との間に、引渡 (占有移転) がなければ質権は成立しないという密接不離の關係が存在する。

これに対して、質権成立後は、継続占有は質権存続の要件ではなく、動産質権についてのみ第三者に対する對抗要件とされるにとどまる（民法三五二条）。したがって、ここでは侵奪または遺失等により占有を喪失すれば質権もまた消滅するという密接な関係はなく、動産質権についてのみ単に對抗力を失うにすぎないことになる（この点で「留置権ハ占有ノ喪失ニ因リテ消滅ス」と定められている（民法三〇二条）のと異なる）。ところが、動産質権の對抗要件を定めている民法三五二条の「第三者」の範囲については、ほとんどの学説が質権設定者・債務者以外のすべての者と広く解している。その結果、通常は對抗要件なくして当然に對抗できる侵奪者または拾得者等に対しても継続占有がなければ動産質権を主張しえなくなり、この場合実質的には動産質権自体が消滅したというのとあまり差がないことになる。<sup>3)</sup>つまり、大多数の学説によれば、継続占有は質権存続の要件であるかのごとき観を呈し、実質的には動産質権の成立・消滅の両者が占有（の得喪）に左右されることになる。

一般に、對抗要件を備えなければ物権変動を對抗しえない「第三者」の範囲（民法一七七条・一七八条）については、判例・学説とも制限的に解する方向で一致しており、現在では、制限の基準は何か、制限的に解した場合に生ずる概念上・理論構成上の問題をどう処理するか、といった点に議論の重点が移ってきている。<sup>4)</sup>にもかかわらず、通説が動産質権の對抗要件についてのみ、對抗しえない第三者の範囲を無制限的に解し、占有を喪失すれば質権もまた消滅するというのと実質的にはほぼ同様の結果を認めるのは、いかなる理由によるものであろうか。

そこで、本稿では、民法三五二条の規定の性質、民法三五三条の立法趣旨・適用範囲等の観点から通説的見解を検討し、継続占有を欠くことよって動産質権の効力——特に対抗力——がいかなる影響を受け、動産質権と占有との結び付きはどの程度のものなのかを考察してみようと思う。

以下、まず民法三五二条の「第三者」の範囲に関する学説・判例を概観する。

- (1) 古くは、非占有担保も「質」といわれていたようである。中田薫『徳川時代の文学に見えたる私法』一七頁以下（岩波書店、昭和五九年）、同『法制史論集第二巻』三三二頁以下（岩波書店、昭和一三年）参照。
- (2) 質権設定後に質権者が質権設定者に質物を返還した場合については、後述のように、質権自体が消滅するという見解もある。
- (3) たとえば、鈴木祿弥『物権法講義（三訂版）』一三三二頁（創文社、昭和六〇年）参照。
- (4) 判例の展開過程については、池田恒男「明治四一年大審院『第三者』制限連合部判決の意義」社会科学研究二八巻二号一六三頁以下（昭和五一年）、川井健「民法一七七条第三者制限説判決」『民法判例と時代思潮』三二頁以下（日本評論社、昭和五六年）に詳しい。

## 二 学説の概要

民法三五二条の「第三者」の範囲について、学説は、まず、質権設定者（その包括承継人を含む。以下同じ）以外のすべての第三者を含むか否かの点で、いわゆる無制限説（質権設定者以外のすべての第三者を包含する）といわゆる制限説（質権設定者以外で、継続占有の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者に限る）とに二分される。そして、右両説でいう「質権設定者」に、質権設定者でない債務者も含めて理解するか否かの点で、これを肯定する説と否定する説とに右二説がさらに二分される。したがって、学説は、結局四つに分類できる。

学説の状況は、無制限説（そのなかの、「質権設定者」に設定者でない債務者も含めて理解する説（後述の無制限説④）を支持する者が圧倒的多数であり、それ以外の説を採る者はごく僅かである。

(1) 質権設定者および債務者以外のすべての第三者、とする説(無制限説<sup>②</sup>・通説) この説を採る者はその理由として次のように説明する。「本条(註・民法三五二条)については一般に動産質権の對抗要件とよばれているが、民法一七七条や民法一七八条の對抗要件とは異なり、占有の取得によって効力を生じた動産質権の効力を継続せしめるための要件である。本条(註・民法三五二条)の第三者は、この意味で民法一七八条の第三者とは異なつて、質権設定者・債務者以外のすべての第三者と解せられている」。反対説も若干存在するが、「次条(註・民法三五三条)の趣旨にてらせば、通説のように解すべきものと考える」(註は引用者)。無制限説の理由はほぼ以上に集約されている。

また、「質権設定者」に設定者でない債務者も含めて理解する理由についてはほとんど触れられておらず、ただ三瀧博士が、民法三五二条は質権設定者及び債務者以外の者を保護する趣旨である、<sup>(4)</sup> という立法理由を示されるのみである。

(2) 質権設定者以外のすべての第三者、とする説(無制限説<sup>③</sup>) 石田(文)博士は、「質権設定者」に債務者も含まれるか否かの問題について、右の三瀧説を批判し、「判例の如く、第三者の意義を登記の欠缺を主張するにつき正当の利害関係人に限るときには(制限説)、債務者は第三者と云ふを得ないであらうが、無制限説を採る限りは矢張り第三者と謂はざるを得ない。但、債務者が物上保証人に質権の設定を委託したやうな場合には、登記法第四条・第五条の趣旨から考へて、斯る債務者は對抗要件の欠缺を主張し得ないと解するのが正当である。同様のことは動産質の對抗問題についても云ひ得る」<sup>(5)</sup>とされる。

(3) 質権設定者および債務者以外で、継続占有の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者、とする説(制限

説④) 近藤博士は、民法三五三条の立法趣旨につき、「質権設定の時より対抗力を継続するが如き、完全なる質権を回復するには、占有回収の訴の方法あるに過ぎざることを明にする規定たるに止り、全般的に、質権者の質権に基く返還請求権を否認する趣旨ではない」とされ、したがって、「正当の利害関係を有せざる第三者(例之、不法行為者、質物の拾得者)に対しては、質権者が自己の質権を立証し得る限り、占有の継続なくして、質権を以て、対抗し得るものと解すべきである(民一七八参照)<sup>(6)</sup>」とされる。

また、債務者を質権設定者と同視するとしているが、その理由は示されていない。<sup>(7)</sup>

遊佐博士も、第三者の範囲について、「拾得者ハ質権者ノ継続占有ガ欠缺シタルコトヲ主張スルニ付キ正当ナル法律上ノ利益ヲ有セザル者ナレバ、民法三五二条ノ第三者タルコト能ハズ。従テ質権者ハ継続占有ヲ欠缺シタル其儘ノ状態ニ於テ、質権ナル本権ヲ主張シテ拾得者ヨリ質物ヲ回復スルコトヲ得可シ」とされる。そして、「侵奪者モ三五二条ノ第三者ニ非ラズ。仍テ質権者ハ侵奪者ニ対シテ質権タル本権ヲ主張シテ質物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得可キ理ナリ」。しかるに、この侵奪の場合には、「失当且無益」な民法三五三条があるため——無制限説を採らざるをえず——、「質権者ハ本権ノ訴又ハ其他ノ方法ヲ以テハ質物ヲ回復スルコト能ハザルコトナル」とされる。

また、債務者および質権設定者に対抗するためには継続占有を必要としないが、それは「質物ノ継続占有ハ動産質権ヲ第三者ニ対抗スル要件ニ過ギ」ないからである、とされる。<sup>(8)(9)</sup>

(4) 質権設定者以外で、継続占有の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者、とする説(制限説④) 葉師寺博士は、その理由として、「通説のように民法第三五三条に制限解釈を施し、同条は動産質の本権に基づく返還請求権を全面的に否認するものでなくして、『民法第三五二条により動産質を対抗しうる』質権設定者に対して

は、これを認容する趣旨であると解するならば、さらに一步を進めて、『民法第三五二条により動産質を對抗しうる』第三者に対しても、これを認容すべきではあるまいか。私は通説が、質権設定者に対する動産質の本権上の回復請求権を認めながら、質権を對抗しうる第三者に対しこれを認めないのを遺憾とする<sup>(10)</sup>とされる。

また、質権設定者でない債務者は第三者であり、通説のように「質権設定者」に含めて理解すべきではないとされ、その理由として、質権設定者でない債務者は、「質権設定の事実を知らないこともあろうし、また、これを知っていた場合でも、それは他の第三者が質権設定の事実を知ると全く同様であつて、質権を設定しない債務者を『当事者』の名をもつて呼ぶことはできないからである<sup>(11)</sup>」とされる。

- (1) この問題は約定担保物権の對抗要件に特有の問題である。
- (2) 林良平『注釈民法(8)』一三九頁(有斐閣、昭和四〇年)、我妻栄『新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)』一三二頁(岩波書店、昭和四三年)、柚木馨<sup>||</sup>高木多喜男『担保物権法(第三版)』一〇二頁(有斐閣、昭和五七年)、松坂佐一『民法提要・物権法(第四版・増訂)』二六七頁(有斐閣、昭和五九年)、近江幸治『担保物権法(新版)』八七頁(弘文堂、平成四年)、高木多喜男『担保物権法(新版)』五九頁(有斐閣、平成五年)など。
- (3) 石田喜久夫『注釈民法(8)』三〇〇頁(有斐閣、昭和四〇年)。
- (4) 三澤信三『全訂担保物権法全』三九八頁(有斐閣、昭和二年)。
- (5) 石田文次郎『担保物権法論・下巻』四五二頁(有斐閣、昭和一年)。
- (6) 近藤英吉『改訂物権法論』二六八頁、六七〇頁(弘文堂、昭和二年)。
- (7) 近藤・前出二註(6)二六九頁。
- (8) 遊佐慶夫『新訂民法概論(物権編)』五〇六一五〇九頁(有斐閣、昭和一四年)。
- (9) 広中俊雄『物権法(第二版・増補)』二八〇—二八一頁(青林書院新社、昭和六二年)も、遺失の場合には、侵奪

の場合と異なり、第三者の範囲について制限説を採り、拾得者に対しては質権に基づいて質物の返還を請求しうるとするが、質権設定者でない債務者を「質権設定者」に含めて考えるか否かの点については明らかでないため、制限説のうち、③説と④説のいずれを採っているかは不明である。なお、広中博士は、民法三五三条の立法趣旨について、「質物を奪われた動産質権者が自己の地位を確保するためには占有喪失から一年内に訴を提起する必要があるということを明らかにする目的で設けられた」と解され、「この趣旨は質物を遺失した者の質権に基づく質物返還請求権にも及ぼして一年内の訴提起を要する」とされる。

(10) 薬師寺志光「動産質の対抗力」国学院法学第二卷第二号六三頁（昭和四〇年）。

(11) 薬師寺・前出二註（10）五〇頁。

### 三 判例の概要

動産質に関する判例は決して多いとはいえない。少額の庶民金融を主な領域とする動産質<sup>(1)</sup>については、訴訟を起こしてまで解決しようという紛争は、あまり生じないためであろうか。

第三者の範囲に関して、東京控判昭和一三年四月一二日<sup>(2)</sup>は、「動産質権者ハ継続シテ質物ヲ占有スルニアラサレハ其ノ質権ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス、且質権者ハ質権設定者ヲシテ自己ニ代リテ質物ノ占有ヲ為サシムルコトヲ得サルモノナルヲ以テ、質権者カ質権設定者ヲシテ現実ニ質物ノ占有使用ヲ為サシメ居ル限り、質権者ハ該質権ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得サルコト極メテ明白ナルトコロナリ」として、質物に対し強制執行がなされた際に、質権設定者が質物を占有使用していた場合には、質権者は「差押債権者タル被控訴人ニ対シ質権ヲ以テ対抗シ得サルコト勿論ナリ」と判示している。しかし、差押債権者は質権の対抗要件の欠缺を主張するにつき正当な利

益を有する第三者であり、本判決の結論は、制限説によっても支持しうるものであるから、本判決が無制限説と制限説のいずれの立場に立っているかは明らかでない。

また、東京高判昭和二八年九月二一日は、質入れの権限のないAから、Aの債務担保のためXが質権を民法一九二条により取得し、その後真の所有者Y<sub>1</sub>から質物取戻しの依頼を受けたY<sub>2</sub>が、質権者Xを欺罔して質物を取り戻し、それを所有者Y<sub>1</sub>に引渡したという事案において、Xが質権を善意取得することによって、「Y<sub>1</sub>は所有者としてその所有物の上に質権の負担を受け、質権設定者（物上保証人）と同一の立場に立つ」ことを認め、その結果、本件質権は「質権設定者と同一の立場に立つ所有者たるY<sub>1</sub>に対してはなお存続し、……これに対して質権の効力として法律上その引渡を求め得る」と判示している。質権設定者に対しては占有を失っても質権を主張しうるということとは、学説上も異論なく認められており特に問題はない。そして、右判決は、さらに、「XがY<sub>2</sub>に質物を交付したのは欺罔にもとづくものとしても現にその占有を失った以上、Xの質権は第三者に対抗することを得なくなったもの（民法第三百五十二条）といわなければならない。……質権者がその占有を失い、質権が第三者に対する対抗力を失うにいたったような場合は、その質権とはたんに名のみであってその実は全く無にひとしいものといわなければならない。……所有者に対して質物引渡の請求権があるとの一事は、他になんらか特段の事情がない限り、右質権の価値が没却されたことを否定せしめるものではない」と判示している。この判決は、民法三五二条の「第三者」の範囲について明言しておらず、無制限説と制限説のどちらの立場に立って理解することも可能であろう。ただ、本判決が、「質権が第三者に、対する、対抗力を失う」と、「その質権とはたんに名のみであってその実は全く無にひとしい」と判示していることから考えると、本判決は、——質物の占有を喪失すると、「正当な利益を有する第



三者」だけでなく、質物の侵奪者・騙取者等に対しても、質権を主張しえなくなるという——無制限説を前提にしている、と理解するのが素直なところであろうか。いずれにせよ、この判決のみで、「第三者」の範囲（無制限説か制限説か）についての判例の立場を判断することは危険であろう。

質権設定者でない債務者を設定者と同視しうるかの点について、東京控判明治四三年七月三〇日<sup>(4)</sup>は、「動産質権ニ於ケル質物ノ占有ハ留置権ニ於ケル權利存続ノ条件ニアラサルヲ以テ、仮令其質物ノ占有ヲ失フモ、質権者ハ債務者又ハ質権設定者ニ対シテハ其權利ヲ喪失スルモノニアラサル」と判示し、質権設定者でない債務者を設定者と同視するという立場を採っている。

(1) 質屋営業法による動産質については、従来、「庶民金融の手段として、かつては重要な役割を果たしたが、近時は共済組合などの融資制度の充実、さらにはサラリーマン金融などの新たな金融手段の出現などにより、営業質の果す役割は後退した」(川井健『担保物権法』一三〇頁(青林書院新社、昭和五〇年)、といわれていた。しかし、最近の状況を見ると、一方で、急成長を続けてきたいわゆるサラ金が、貸金業者の規制等に関する法律の施行(昭和五八年一月一日)によって低調となり、他方で、質屋業界では、「生活費に困って、のれんをくぐる」というイメージは消え、質屋を利用する若い女性も増え、客足が戻っているようである。『第四四回・銀行局金融年報(平成七年版)』一五六頁以下(金融財政事情研究会、平成七年)、朝日新聞平成五年八月二四日朝刊(東京版)二三面参照。

(2) 新報五二二号九頁。

(3) 高民集六卷一〇号六三三頁。なお、本判決の評釈としては、田中整爾「占有を伴わない動産質権について」(阪大法學一七号一〇三頁(昭和三二年)、執行秀幸「民法一九二条による質権の取得」担保法の判例I二七八頁(平成六年)がある。

(4) 法律新聞六七九号一一頁。

#### 四 民法三五二条の規定の性質

民法三五二条の「第三者」の範囲を考えるについて、そもそも民法三五二条は民法一七七条や民法一七八条と同じような對抗要件に関する規定なのか、という点を検討してみる必要がある。

この規定の性格について論じている者は、多少のニュアンスの差はあるが、ほとんど、通常の物権変動の對抗要件とは異なっているとす<sup>(1)</sup>。すなわち、民法三五二条は「一般に動産質権の對抗要件とよばれているが、民法一七七条や民法一七八条の對抗要件とは異なり、占有の取得によって効力を生じた動産質権の効力を継続せしめるための要件である<sup>(2)</sup>」とか、民法三五二条は、「物権変動の問題ではないから、ここにいう『對抗』は、物権変動における對抗とはやや異なるわけで、占有をしていない限り第三者に対して質権を主張できないという意味である<sup>(3)</sup>」とする。

確かに、民法三五二条は、通常の物権変動の對抗要件に関する規定とは法文上次のような違いがあり、民法一七七条・一七八条と同じ性質の規定であると即断することはできない。第一に、民法一七七条・一七八条では物権変動（物権ノ得喪及ヒ変更）「物権ノ譲渡」について對抗要件が求められているのに対し、動産質権の場合には、物権変動つまり「質権ノ設定」自体の對抗要件については何ら規定されていない。第二に、動産質権では、質権をもって第三者に對抗するには、「継続シテ質物ヲ占有」することが必要であるとされているの<sup>(4)</sup>に対し、民法一七七条・一七八条では、對抗要件の存続の要否については規定がない<sup>(5)</sup>。

まず、第一の点について考えてみよう。不動産質の「設定」は登記によって公示されるため、登記をその對抗要

件とした(民法一七七条)。これに対し、動産質の「設定」は本来占有によって公示されるべきものであるが、質権設定時には、既に成立要件として占有の移転が求められている(民法三四四条)から、特に設定の對抗要件について規定しなかったのであり、民法は動産質の設定に對抗要件を不要とする趣旨ではない、と解すべきである。言いかえれば、動産質はその設定について對抗要件が要求されないのではなく、むしろ對抗要件が成立要件のうちに包含されており、成立要件の背後にかくれているにすぎない、と解すべきであろう。<sup>(6)(7)</sup>

次に、第二の点について検討してみる。動産質権以外の物権変動の場合、對抗力の存続には對抗要件の存続を要するかという点について、明文規定がなく、解釈に委ねられている。その結果、不動産物権変動<sup>(8)</sup>については、判例と学説(の大多数)とが対立している。判例は、①新登記用紙への移記等の際、登記官の過誤によって遺脱が生じた場合、②登記官の過誤によって、当事者の申請とは異なった抹消登記がなされた場合、③登記名義人でない第三者が、偽造文書等によって抹消登記を行なった場合、④登記簿が滅失したのち、滅失回復期間内に当事者が回復申請をしなかった場合に、いずれも對抗力の存続を肯定する<sup>(9)</sup>。これに対し、学説は、①④の場合にはほぼ一致して對抗力は消滅すると解しているが、②③の場合については学説間の対立がある<sup>(10)</sup>。ところで、對抗力の存続のためには、登記の存続を要するという見解を採った場合と、そうでない見解を採った場合とで、民法一七七条の「第三者」および「対抗スルコトヲ得ス」の文言について異なった解釈をしていないようであるし、また、異なった解釈をしなければならない論理的必然性はないと思われる。とするならば、民法三五二条が占有の継続を要すると定めていても、そのことのみによって、民法三五二条の「第三者」および「対抗スルコトヲ得ス」の意義(意味)と民法一七七条のそれとを異なって解する必要はないであろう。むしろ問題なのは、民法三五二条が質権の設定という

物權變動ではなく、質權そのものを「第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と定めている点である。しかし、これも右に述べたように、動産質の場合、質權の設定に対抗要件を不要とするものではなく、民法三四四条によって対抗要件が既に成立要件のうちに含まれているから、民法三五二条は質權の設定については特に規定することなく、質權そのものについて定めたにすぎない、と解される。

以上の結果、民法三五二条が民法一七七条と法文上相違する点は、民法三五二条の「第三者」および「対抗スルコトヲ得ス」の文言の解釈に何ら特別な意味を持たず、民法三五二条と民法一七七条とはパラレルに解釈することが許されるものと考ええる。

したがって、民法三五二条の「第三者」とは、「対抗要件の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者」<sup>(11)</sup>を意味し、たとえば、物權取得者や差押債權者などがこれに含まれる。これに対し、實質的無權利者や不法占拠者などは、「第三者」ではない、ということになる。そして、動産質において「継続シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ」つまり占有を喪失するということは、不動産質において登記簿が滅失したのと同様、<sup>(12)</sup>その時から対抗力が消滅するということを意味するにすぎない、ということになる。

(1) 広中・前出二註(9)二七九—二八〇頁は、「この規定(註・民法三五二条)は、一七七条・一七八条と同様の表現をしており」、そして、「三五二条にいう『第三者』も、一七七条・一七八条におけると同様、『正当の利益を有する第三者』と解されるべきであり、したがって、三五二条だけからいえば、動産質權者は、……侵奪者や拾得者に対しては、質權に基づいて質物の返還を請求しうるはずである」(註および傍点は引用者)、とする。しかし、民法三五二条と民法一七七条・一七八条とが「同様の表現」と評しうるかは、後述のような点からして疑問である。

- (2) 石田(喜)・前出二註(3)三〇〇頁。同旨、林・前出二註(2)二二九頁など。
- (3) 星野英一『民法概論II(物権・担保物権)』二二二頁(良書普及会、昭和五九年)。
- (4) その立法理由は、「第三者ニ質権ノ存在ヲ公示シ以テ之ヲシテ不測ノ損害ヲ被ムラシメサル趣意ニ外ナラス」(富井政章『民法原論(第二巻物権)』四九二頁(有斐閣、大正三年))と説明されている。
- (5) 占有の継続が必要とされる理由について、薬師寺博士は、「登記」を設定契約の對抗要件とする不動産質が、後になつて「登記」を喪失するときは、以後対抗力を喪失するのに同調して、民法第三五二条は「継続シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其質権ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定したのだ(薬師寺・前出二註(10)四七頁。傍点は引用者)とされる。この「同調して」というのが不動産質のどの点に同調したのか不明であるが、もし不動産質の對抗要件の規定だとされるのなら正当でなからう。なぜなら、民法は、不動産質では對抗要件の存続の要否を解釈に委ねているのに対し、動産質では對抗要件継続の必要性を明文で定めており、両者に対する立法的态度を明らかに異にしているからである。
- (6) 同旨、薬師寺・前出二註(10)四七頁。
- (7) このことは、質物の引渡がなされた時に、質権設定契約が成立し、それと同時に、動産質権の対抗力が発生すると考えられることから首肯しえよう。
- (8) 動産物権変動については、動産物権変動の對抗要件の一般原則として、物権変動の当時は引渡を要求し、一旦物権変動の生じた後に占有を継続することを對抗要件としない、と解されている(吾妻光俊『担保物権法』五七頁(青林書院、昭和三二年)など)。
- (9) ①につき大判昭和一〇年四月四日民集一四卷四三七頁、②につき大連判大正一二年七月七日民集二卷四四八頁、③につき大判明治三一年五月二〇日民録四輯五九頁、④につき最判昭和三四年七月二四日民集一三卷八号一一九六頁。
- (10) 学説の状況の詳細については、原島重義『注釈民法(6)』二六五頁以下(有斐閣、昭和四二年)参照。

(11) 大連判明治四一年二月二五日民録一四輯一二七六頁(民法一七七条に關する)、大判大正一四年二月二五日新聞二五三五号九頁(民法一七八条に關する)参照。

(12) このような登記簿滅失・回復登記申請期間の徒過の場合にまで、公示の原則を捨てるのは、大いに疑問であるとし(原島・前出四註(10)二六七頁)、学説は一致して對抗力は消滅すると解している。

## 五 民法三五三条の立法趣旨および適用範圍

以上、第四段で述べたことから、直ちに前記無制限説は不当であると断することはできない。なぜなら、わが民法は、動産質権の對抗要件を定めた民法三五二条のすぐ後に、「動産質権者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回復ノ訴ニ依リテノミ其質物ヲ回復スルコトヲ得」(民法三五三条)と規定しているからである。<sup>(1)</sup> わが現行民法は、フランス民法に依拠しつつ、これにドイツ民法(第一草案)を主として加味したものであるが、わが民法三五三条は、外国法継受のあとがみうけられず、<sup>(2)</sup> 恐らくわが国での創設と思われる。しかも、商法上、民法三五二条と同趣旨の規定が設けられている(商法二〇七条二項)にもかかわらず、その後民法三五三条のような規定は存在せず、民法三五三条は、わが民法に特有の規定のようである。

(一) では、民法三五三条は、いかなる趣旨に基づいて設けられたのであろうか。この点について、民法修正案理由書は、外国での立法例では「質物ノ占有ヲ奪ハレタル質権者ハ所有者ト同一ノ權利ヲ以テ占有ヲ恢復スルコトヲ得ヘシトアリ……然レトモ若シ此主義ニ依ルトキハ質権者ヲ保護スルコト厚キニ過クルノ恐アルヲ以テ本案(註・現行民法三五三条)ノ如キ規定ヲ設ケ以テ適當ノ範圍内ニ於テ之ヲ保護スルコトトナセリ」<sup>(3)</sup>(註および傍点は引用者)

とする。また、起草者であつた富井博士は次のように説明されている。現行民法三五三条のような規定がないと、動産質権者が占有を奪われた場合には所有者と同一の権利を持ち、現行民法一九三条の回復請求ができると解釈されかねない。しかし、それでは「動産占有者（註・質権者）ノ保護カ重キニ過キ」また、「朱書第三百四十六條（註・現行民法三五二條）ニ於テ『継続シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ』云々ト云フ原則カ潰レテ仕舞ウヤウニ為ル」。そのため、「占有回収ノ訴ニ依ツテノミ取戻スコトカ出来ル所有者ト同一ノ権利ヲ以テ取戻スコトハ出来ナイト云フ主義ヲ何ウカシテ明カニ示シタイト云フ考ヘカラ此規定（註・現行民法三五三條）ヲ置クコトニ致シマシタ」<sup>(4)</sup>（註は引用者）と。

しかし、動産質権者が占有を奪われた場合、質権者に所有者と同一の権利を認めることを否定しなければならぬ合理的理由がどこにあるのか、理解しがたい<sup>(5)</sup>。また、質物を遺失した場合には、占有回収の訴えは、認められなから、もし質権に基づく本権の訴えをも禁止されると、質権者は何ら質物回復の手段をもたないことになる。起草者は、動産質権者に本権の訴えを認めると、「動産質権者の保護が重きに過ぎる」とされるが、本権の訴えを認めないことにより、むしろ質権者の保護に欠けることになるのではないだろうか。いずれにせよ、民法三五三條について、納得しうる立法理由を見出すことはできない<sup>(6)(7)</sup>。

(二) ところで、通説の見解によれば、民法三五三條は次のように解釈されている。「まず第一に、質権自体に基づく本権の訴を禁ずる趣旨を示すものであつて、質権の物権的効力はこれによって著しく制約せられることとなる。第二には、質物の回復の可能性を占有侵奪の場合に限る趣旨であつて、したがつて質物を遺失しまたは詐取せられた場合にはその質権は永久に対抗力を失ふこととなる」<sup>(8)</sup>。そして、民法三五二條の「第三者」の範囲も右との

関連において、無制限的に解されている。

そこで、この通説の認める結果について、以下二、三の観点から検討してみよう。

(1) 物権的請求権の観点から 既に無制限説を採る者からも主張されているように、民法三五三条の規定は、質権者が本来当然有すべき質権自体に基づく取戻権を認めておらず、このような態度は、動産質権の物権性を不当に制限するばかりでなく、質権者が侵害者に対してする質物の回復請求をも質権の対抗問題と理解した疑いがあり、不当である（侵奪の場合には、一定の制約の範囲内とはいえず質物の回復方法（占有回収の訴え）があるが、遺失・詐取の場合には、質権者は何ら質物回復の手段をもたないことになり、無制限説②（通説）の認める結果の不都合さは侵奪の場合に比して倍加する）。そこで、無制限説②（通説）の立場からも、民法三五三条の立法的当否が疑問視されている。<sup>(10)</sup>

確かに、侵奪者や拾得者などは「正当な利益を有する第三者」ではないから、たとえ質権者が対抗要件を失ったとしても、それがために侵奪者等に対して質権を主張しえなくなるといふことにはないはずである。にもかかわらず、民法三五三条が質権自体に基づく取戻権を否定しているのは、その理論的根拠に乏しく、かつ、動産質権の物権性を著しく減殺することになる。したがって、民法三五三条は不当な規定といわざるをえない。

(2) 質権の占有担保性の観点から わが民法は、質権設定の際に債権者にその目的物の引渡がなされることが必要であるとし（民法三四四条）、しかもこの引渡には占有改定を含まないとしている（民法三四五条）。この民法三四四条・三四五条の制度趣旨をどのように理解すべきかについては、質権設定後、質権者が任意に質物を設定者に返還した場合の法的効果との関連で、従来から盛んに論議されてきた。



学説は、大きく二つに分かれている。第一説は、質権の設定において要物性が要求され、しかも占有改定が禁止されるのは、質権の留置的効力に重きを置く——留置的効力が質権の本質的効力である——からであり、したがって、それが失われた以上、質権は消滅する、とする<sup>(11)</sup>。第二説は、質権の本質的効力は優先弁済的効力にあるのであって、留置的効力は優先弁済的効力を促進する補助手段にすぎない、との立場から、この場合も、質権は消滅せず、単に動産質権の場合に対抗力を失うにすぎない、とする。すなわち、わが民法三四四条・三四五条には、現実的物権・ゲヴェーレ的觀念の介入がみられるが、高度に觀念化した現代法においては、現実的物権性に執着すべきではない。質権が優先的弁済権能と留置的権能とを併有するとしても、むしろ優先弁済権能を中核として留置的権能はそれを促進する補助策であると解すべきである。したがって、成立においては、実定法的制約上、成立要件主義をとるとしても、成立後の継続要件としては対抗要件主義と解するのが素直であり、かつ、設定者に任意返還した場合に対抗力喪失でもって足るとするのが民法の全体系にそう途である、とする<sup>(12)</sup>。思うに、担保物権における留置的効力は、留置権を除き、讓渡担保や各種動産抵当法の發達にみられるようにそれほど重視すべきではない<sup>(13)</sup>と思われることから、右の第二説が妥当ではなからうか。

質権と占有との関係について、右の第二説のような認識に立つと、先の無制限説①(通説)から生ずる結果——「第三者」の範囲を無制限的に解するがために、占有の喪失は質権の消滅を来す、というのと実質的に同様の結果になる——は、是認しがたい<sup>(14)</sup>。また、このような結果を導く民法三五三条——無制限説①の論者は、民法三五三条があるために、「第三者」の範囲を無制限的に解せざるをえない、としている(五註(一)参照)——も不当であるということになる。

(3) 民法一九三条における均衡論の観点から 民法一九三条の回復請求権者は「被害者又ハ遺失主」であつて、必ずしも所有者であることを必要とせず、賃貸または寄託された物が盗まれたり遺失した場合には、賃借人や受寄者も回復請求することができる（一般に解されている（判例・通説）。これに対して、質権者が質物を盗まれたり遺失したときは、民法一九三条の回復請求権を行使しえないと解されている（判例・通説）。前者の賃借人等の場合と後者の質権者の場合の両者について通説の見解を採られる我妻博士は、前述のように、民法三五三条の立法的当否を疑問視しながらも、その適用範囲を制限することなく、民法三五二条の「第三者」の範囲について無制限説を採り、侵奪者・拾得者に対しても質権に基づいて返還請求することはできないとされるが、質権者につき一九三条の回復請求権を否定する理由について、次のように説明されている。すなわち、「質権に関する三五二条・三五三条は第一九三条を制限するものと解さなければならない。すなわち、質権者が質物の占有を失ったときは、占有回収の訴えによつて質物を回復することができるだけであつて——遺失したときはそれもできない——、質権自体は対抗力を失うのだから、第一九三条によつて認められる回復請求権もないものといわねばならない」と。しかし、動産の賃借人や受寄者も民法一九三条による回復請求が認められるのに反して、動産質権者にだけこれを認めないのは権衡を失しよう。<sup>(16)</sup>

確かに、侵奪の場合には、「占有回収ノ訴ニ依リテ、其質物ヲ回復スルコトヲ得」（民法三五三条）と定められている以上、質権者に民法一九三条の回復請求を認めることは、解釈論としては無理と思われるが、遺失の場合には、民法三五三条の適用範囲を狭め、民法三五二条の「第三者」の範囲について前記制限説を採り、拾得者に対しては質権に基づいて質物の返還を請求しうる——したがつて、民法一九三条の回復請求も認められる——、と解す

ることによって、右不均衡を解決すべきではなからうか。

(三) 以上みてきたように、民法三五三条はその合理的な立法理由を見出しがたく、しかも、民法三五三条についての通説的解釈によると、いくつかの点において容認しがたい結果(特に、本段(一)の点については通説自身がその不当さを認めている)を生ずる。そこで、私は、学説の大多数が指摘している立法的解決だけでなく、解釈論としてもできる限り妥当な結果が得られるよう努めるべきではないか、と考える。

民法三五三条は、前述のように、不当な規定といわざるをえないのであるから、できる限りその適用範囲を狭める方向で解釈すべきである。民法三五三条は、法文上、「動産質権者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ」と、侵奪の場合に限定したうえで、「占有回収ノ訴ニ依リテノ、其質物ヲ回復スルコトヲ得」と定めており、占有喪失のすべての場合を問題としているわけではない。つまり、民法三五三条は侵奪の場合のみに関する規定であり——しかも、占有侵奪の場合において、その回復の方法を限定するにとどまる——、その他の事由による占有喪失の場合については、何ら規定していないものと解すべきと考える。したがって、民法三五三条の反対解釈として、遺失・詐欺の場合には質権それ自体に基づいて返還請求ができることが可能であろう。ただ、侵奪の場合については、「動産質権者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキ」は、「占有回収ノ訴ニ依リテノ、其質物ヲ回復スルコトヲ得」として、質物の取戻しの方法を限定している以上、たとえその立法的当否が大多数の者から疑問視されており、それ故これを制限的に解釈しようとしても、本権の訴えを認めることは、解釈論の枠を超えるものであろう。したがって、民法三五二条の「第三者」の範囲について、侵奪の場合にも制限的に解釈する——継続占有の欠缺を主張する正当の利益を有しない侵奪者に対して、質権に基づく返還請求をなしうるとする——ことはできないが、それ以外

の遺失・詐取の場合には制限的に解することは可能であり、また、そうすべきものと考ええる。

なお、既に触れたように、民法三五二条の「第三者」の範囲については、さらに、債務者と質権設定者が異なる場合、債務者を設定者（物上保証人）と同視しうるかという問題がある。厳密に言えば、質権設定者のみが質権設定契約の当事者であり、設定者でない債務者は当事者ではない。しかし、質権設定契約は、被担保債権またはこれを生ずる契約ないしは法律関係を主たる法律関係とし、それが存在することを前提として成立する従たる契約<sup>(17)</sup>——設定者でない債務者は、従たる契約の当事者ではないが、主たる法律関係の当事者といえる——であり、債務者は自己の債務が設定者（物上保証人）の設定した質権で担保されるといふ利害関係を有する点を考えると、質権に基づく返還請求の関係では、債務者を設定者と同視する通説をもって妥当と考える<sup>(18)(19)</sup>。

(1) 現に、無制限説を採る者は、次のように述べている。民法三五二条の「第三者」も正当な利益を有する第三者に限るとする学説もあるが、「民法三五二条の趣旨に於ては、通説（註・無制限説<sup>(2)</sup>）のように解すべきである」（註および傍点は引用者）と（石田（喜）・前出二註（3）三〇〇頁など）。

(2) わが民法三五二条は、「全然羅馬法とは縁遠い」。「羅馬法では、質権者が占有を喪失すれば、何時でも、本権の訴権を以てしても、占有訴権を以てしても、占有を回収することが出来、常に第三者に対抗することを得る」（原田慶吉『日本民法典の史的素描』一二五頁（創文社、昭和五六年））。

(3) 『未定稿本・民法修正案理由書』第三五二條。なお、民法修正案理由書とよばれているものには、『以活版換騰寫民法修正案理由書 附質議要録 非賣品』と『未定稿本 民法修正案理由書 自第一編至第三編完 禁販賣及翻刻』との二つの存在が認められるが、筆者は議会提出案が理由説明の対象となっている後者（本稿では、『未定稿本・民法修正案理由書』と表記する）を利用した。

- (4) 法典調査会・民法整理会議事速記録(日本學術振興会版)一巻一六〇丁(裏)(法務図書館所蔵)。
- (5) 起草者の態度は、質権そのものの主張と対抗の問題とを混同しているかにみえる。
- (6) 富井博士は、法典調査会の席上における本文中の発言ののち、その著書のなかで、「民法ハ何故ニ此回復権(註・質権自体に基づく回復請求権)ヲ否認シタルヤ余輩ハ其確タル理由ヲ発見スルコト能ハス」(富井・前出四註(4)四九四頁。註は引用者)と注目されるべきことを書かれている。
- (7) 本文に述べたものほか、無制限説を採用者は、その立法理由を、「占有のない動産質権の効力を強大にすることは他の債権者を害するおそれがあると考えたものであろう」と推察し、「しかし、それでは動産質権の物権性を著しく減殺することになり、決して正当な態度とはいえない」(我妻・前出二註(2)一三三頁)とされる。なお、制限説を採用者の立法理由の把握の仕方は第二段で述べたとおりである。
- (8) 柚木||高木・前出二註(2)一〇三頁。
- (9) もっとも、質権者が、質権設定者の侵奪者・拾得者等に対する所有権に基づく返還請求権を代位行使する(民法四二三条)ことは可能である。
- (10) 柚木||高木・前出二註(2)一〇三頁、我妻・前出二註(2)一三二頁など。
- (11) 我妻・前出二註(2)一三一頁、柚木||高木・前出二註(2)一〇一頁など。なお、古くは、民法三四五條は質権公示のための禁止規定であるとして、質権設定後、目的物を設定者に占有させたときには、質権は消滅する、とする見解もある(川名兼四郎『物権法要論』二二九頁(金刺芳流堂、大正四年))。
- (12) 林良平「質権設定と代理占有」『判例演習(物権法)(増補版)』一九二頁以下(有斐閣、昭和四八年)、石田(喜)・前出二註(3)二五九頁。判例も、対抗力喪失説を採っている(大判大正五年二月二十五日民録二二輯二五〇九頁(不動産質権の場合)。なお、このような見解に対して批判的なものとして、伊藤進「質権」『新版・民法演習2物権』一六五頁(有斐閣、昭和四四年)参照。

- (13) 川井・前出三註(1)二三三頁。
- (14) 林博士、石田教授らは、本文に述べたような理由により、質権設定後質権者が質権設定者に質物を返還した場合は、質権は消滅せず、対抗力を喪失するにすぎない、とされるが、民法三五二条の「第三者」の範囲については、無制限説②を採られ、占有喪失によって、質権もまた消滅するというのと実質的にはほぼ同じ結果を是認されている。しかし、私は、民法三五二条の「第三者」の範囲の問題の場合にも、本文に述べたことからして、無制限説を採るべきではない、と考える。
- (15) 我妻榮『新訂物権法(民法講義II)』一三二頁(岩波書店、昭和五八年)など。
- (16) 鈴木祿弥『物権法の研究』二九一―三〇〇頁(創文社、昭和六〇年)は、質借人・受寄者につき民法一九三条の回復請求を否定することによって、質権者の場合との不均衡を解決しようとする。
- (17) 我妻・前出二註(2)一三一頁。
- (18) これと類似の問題として、時効の援用について定めた民法一四五条の「当事者」の範囲の問題がある。ここでは、「債務者」と「物上保証人」の關係が本文中の問題とは逆になっており、消滅時効における債務者は「当事者」に該当するが、物上保証人も「当事者」といえるか、が問題とされている。判例は、かつて、物上保証人は「当事者」とはいえないとしていた。しかし、今日では、物上保証人は債務者ではないから債権者から債務の履行を請求されるおそれはないが、債務者が弁済しないときは抵当権の履行を受け、抵当に入っている不動産が債権者によって競売に付されてしまうから、これを防ごうとすれば、否応なしに債務者の債務を立替え払いしなければならない立場に置かれており、實質は債務者とほとんど変わらない(半田正夫『民法学』一四九頁(一粒社、昭和六四年))、といった理由により、物上保証人も「当事者」に含まれると解されている(通説、最判昭和四二年一〇月二七日民集二一巻八号二一〇頁(従来判例を変更))。本文中の問題を考えるにあたっては、ここでの議論も参考になろう。
- (19) この問題は、民法三五二条の「第三者」の範囲について、制限説を採る場合よりも、無制限説を採った場合に特に

意味を有する。なぜならば、この問題について、仮に設定者でない債務者は当事者ではない——したがって第三者である——と解したとしても、制限説では、一般に第三者とされる者が直ちに民法三五二条の「第三者」となるわけではなく、さらに、「継続占有の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者」という要件をみたくない限り、民法三五二条の「第三者」とはいえない——たとえば、設定者でない債務者が質物の拾得者である場合、この者は「当事者」でもないし、民法三五二条の「第三者」でもない——からである。

## 六 質物の占有喪失および占有回復と質権の対抗力

ここでは、右に述べた自説の立場から、質物の占有喪失および占有回復の場合における質権の対抗力について、具体的に検討してみよう。

### (一) 質物の占有喪失と質権の対抗力

(1) 侵奪による占有喪失 この場合には、民法三五三条の規定があるため、民法三五二条の「第三者」は、質権設定者・債務者以外のすべての第三者を指す（無制限説<sup>②</sup>）と解せざるをえないことは、既に述べたとおりである。

したがって、この場合には、侵奪者自身をも含めてすべての第三者に対して質権を主張することはできない。

ただし、質権設定者・債務者はここにいう「第三者」ということはできないから、そのいずれかが質権者から質物を質権者の意に反してもち去った場合や質物を侵奪した第三者から所有権に基づいて質物の返還をえた場合には、質権者は質物の継続占有を失ったにもかかわらず、その質物を占有する質権設定者・債務者に対して、質権に

基つて質物の返還を請求することができる。<sup>(1)</sup>

(2) 遺失による占有喪失<sup>(2)</sup> 侵奪以外の事由による占有喪失の場合、民法三五二条の「第三者」は、質権設定者・債務者以外で、継続占有の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者を指す(制限説<sup>(3)</sup>)。

拾得者は正当な利益を有する第三者ではないから、質権者が、拾得者に対して質権を主張するについては對抗要件を備えている必要はない。したがって、質権自体が被担保債権の消滅等によつて消滅していない限り、質権者は拾得者に対して質権を主張できる(質権に基づく返還請求・損害賠償請求権など)。

民法三五二条の「第三者」との関係では、占有喪失の状態のままでは質権を対抗できない。

質権設定者・債務者との関係は、侵奪による占有喪失の場合と同様である。

(3) 質物を任意に質権設定者に返還した場合 民法三四五条の法意をもつばら留置的作用の確保にあると考へ、質権者が質権設定者に質物の占有を与えることは、この留置的効力を自ら放棄するものであるから、質権消滅を来すという見解が唱えられ、今日かなり有力な見解となっている<sup>(3)</sup>。しかし、質権の留置的効力について、私見は、第五段(二)(2)で述べたような見解に立つので、一応、理論的には動産質権の場合は対抗力を喪失するという結論になる。しかし、実際上は、質物を質権設定者に任意に返還することは、質権の放棄の場合もあろうし、また、そうでない場合でも、質権制度の信用保持のためには、質物返還に強力な質権放棄の推定を認めるべきであるから<sup>(4)</sup>、実質的には、右の質権消滅説とあまり差がない、と思われる。

なお、質権者が、質権設定者ではなく第三者に対し、一時使用の目的で質物を引渡したときは、質権者は間接占有しており、この第三者を介する占有も民法三五二条の占有といえるから、この場合質権が消滅しないのもちろ



ん、対抗力を喪失することもない（通説）。

(二) 質物の占有回復と質権の対抗力

- (1) 占有喪失の原因が侵奪以外である場合 「民法三五二条ハ継続シタル占有ヲ要求ス、換言スレハ中断セル占有ハ本条ノ要求ニ適セス」との理由により、「質権者カ遺失侵奪等ノ理由ニヨリ一旦占有ヲ失ヒタルトキハ爾後其物ヲ回復スト雖モ其質権ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得ス」とする見解<sup>(5)</sup>もあるが、これはあまりに文言に拘泥した解釈であり、質権者が占有を喪失した後再び回復したときは、新たに質権の對抗要件が具備されたことになり、その時から質権者はその質権をもって第三者に対抗しうると解すべきである<sup>(6)</sup>。なぜならば、占有の喪失によって質権が消滅してしまっているならば、一度消滅した質権は後に質権者が目的物の占有を回復したとしても、質権自体が当然に復活することではなく、対抗力も回復しないが、占有の喪失は質権の対抗力を失わしめるのみで、質権そのものを消滅せしめるものではないから、質権者が再び質物の占有を回復したときには、新たにその質権の對抗要件が充足されたことになり、その時から質権者は質権をもって第三者に対抗しうると解されるからである。
- (2) 占有喪失の原因が侵奪である場合 この場合には、質権者は、占有回復の訴えによってのみ質物の返還を請求することができる（民法三五三条・二〇〇条）。そして、勝訴したときは、民法二〇三条但書によって占有継続の効果を生じ、第三者に対する對抗要件も前後一貫して維持されることになる。したがって、占有侵奪の時から占有回復の時までの間に出現した第三者に対しても、質権をもって対抗しうることになる。ただし、右の効果を生ずるためには、勝訴しただけでなく、判決確定後遅滞なく占有を回復することも必要である<sup>(7)</sup>。なぜなら、勝訴者の占有回復までは、現占有者を占有代理人とみるわけにもいかず、かつまた、勝訴者自身の占有も存在していないから

である。

ところで、右のような占有継続という効果を生ずるためには、占有回収の訴えを提起することが必要か、という問題がある。通常の場合には、占有回収の訴えの要件さえ備わっていれば、必ずしも訴え提起による必要はなく、侵奪者が任意に占有物を返還した場合にも占有継続という効果が生ずるとされている（通説）。これに対し、動産質権の場合には、民法三五三条の規定があることを理由に、訴えを提起した場合に限り、占有継続の効果を生ずるとする見解がある<sup>(8)</sup>。しかし、既に述べたような理由により、民法三五三条の規定の適用範囲をできるだけ狭めて解すべきであるから、右の場合にも、通常の場合と特に異なつた解釈をすべきではない、と考へる。

(1) 我妻・前出二註(2) 一三三頁、柚木<sup>||</sup>高木・前出二註(2) 一〇二頁。

(2) 広中・前出二註(9) 二八一頁は、侵奪の場合と異なり、遺失・詐取の場合には、質権に基づく返還請求権を認めるべきである——ただし、質物を詐取された場合、騙取者に対する質物返還請求権は、質権に基づくものではなくて、法律行為の無効・取消に基づく給付利得返還請求権たる性質のものであるのが普通である——、とする。そして、侵奪の場合には民法二〇一条三項の期間制限があるのに、遺失・詐取の場合に存しないのは不均衡であるとし、遺失・詐取の場合の質物返還請求権にも民法二〇一条三項の制限を及ぼし、一年内の訴え提起を要する、とする。前半の点については首肯しうるが、後半の点については、本権の訴えに対して一年という短い期間制限を設けている点で、にわかには賛成できない。

(3) 我妻・前出二註(2) 一三三頁。

(4) 林・前出五註(12) 一九四頁。

(5) 中島玉吉『民法釈義(卷之二下物権編下)』九二六頁(金刺芳流堂、大正一〇年)。

(6) 石田(喜)・前出二註(3) 三〇〇頁、石田(文)・前出二註(5) 四五四頁。なお、民法三五二条に「継続シテ

質物ヲ占有スルニ非サレハ」とあるのは、「質物ノ占有ヲ喪失スレハ」の意味と解すべきである。

(7) 最判昭和四四年二月二日民集二三卷一三三三頁。

(8) たとえば、三藩・前出二註(4)四〇二頁は、「一般ノ場合ニ於テハ侵奪者カ任意ニ占有物ヲ返還シタルトキト雖モ占有ハ継続セルモノト解セラル。然レトモ第三百五十三条ノ規定アルカ爲メニ動産質ニ付テハ此見解ヲ採ルコト能ハサル」(傍点ハ引用者)としている。既に述べたもの(民法三五二条の「第三者」の範囲や民法一九三条の回復請求権者の範囲)のほか、ここにも民法三五三条の他条への不当な影響のあとがみられる。

## 七 必ずびにかえて

質権成立後における、動産質権と占有との関係について、大多数の学説(無制限説)が両者の結び付きを非常に強いものとしてとらえている——占有の喪失は質権の消滅を来す、というのと実質的にはほぼ同じ結果を是認している——ことは、既に見たとおりである。確かに、わが民法は、動産質権の設定には目的物の引渡が必要であり(民法三四四条)、しかも、この引渡には占有改定を含まないとして(民法三四五条)——占有改定は動産抵当を認めたのと同じことになる——、質権設定の段階では、質権と占有との結び付きを非常に強いものとして定めている。しかし、質権成立後において、両者の結び付きを非常に強いものとしてとらえることが不当であることは、既に第五段(二)で述べたとおりであり、質権成立後における動産質権と占有との関係については、継続占有を動産質権の単なる對抗要件として把握すべきではないかと考える。

無制限説の論者も、自己の解釈によって導き出される結果に対して批判的であるが、これは民法三五三条が存在

している以上、解釈論としてはいたしかたないとする。しかし、侵奪以外の遺失・詐取の場合には、前述のように、動産質権と占有との望ましい関係を解釈の上で確保することができると思われる。立法的解決をまたなくとも――民法三五三条の削除が望まれるところではあるが――、解釈によって、動産質権と占有との望ましい関係に接近することは可能なのではなからうか。