

# 取得時効における「所有の意思」と

## 旧民法の占有規定

——容仮占有との関連を中心に——

草野元己

### 目次

- I はじめに——本稿の課題——
  - 一 第一の課題——「所有者ノ名義ニテ占有」するということの意味——
  - 二 第二の課題
    - 旧民法財産編一八六条の解釈と自主占有・他主占有の判定基準——
  - 三 本稿の構成及び付言
    - (1) 本稿の構成
    - (2) 本稿を進めるにあたっての付言
- II ボアソナードの占有に関する一般理論——前稿の補完——
  - 一 「容仮ノ占有」からの考察

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一〇一

二 権原の証明に関する記述との関連で

III 旧民法（ないしは再閣修正民法草案）の占有規定

一 旧民法財産編一八五条ないしは再閣修正民法草案六九七条

二 旧民法財産編一八六条ないしは再閣修正民法草案六九八条

三 学説の対応

(1) 辻伸行教授の見解

(2) 田中整爾博士の見解

IV 考 察

一 旧民法財産編一八五条及びボアソナードのコメントからの考察

二 旧民法財産編一八六条及びボアソナードのコメントからの考察

(1) 法定占有が推定される理由

(2) 「事情」により容假占有が証明される場合

三 旧民法財産編一八五条三項の存在意義と同条二項・三項の関係について

(1) 序

(2) 起草者及び学説による説明

(3) 私 見

V 結びに代えて——一応の結論と残された課題——

一 一応の結論

(1) 第二の課題について

(2) 第一の課題について

二 無権原の占有

三 最後に

## I はじめに——本稿の課題——

本稿において論じようとする課題は、以下の二つである。

### 一 第一の課題——「所有者ノ名義ニテ占有」するということの意味——

(1) わが民法一六二条は、「二十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する」(二項〔長期取得時効〕)、「十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有権を取得する」(二項〔短期取得時効〕)と規定し、一〇年または二〇年、「所有の意思をもって」占有することを所有権の取得時効の要件としている。そして、この条文を文言に忠実に従って解釈したとするならば、「所有の意思」とは、占有者がその内心において有するところの、占有物を所有しようとする意思と解されることになろう。

一方、現行民法の母胎となる旧民法は、その証拠編一三八条一項で、「不動産ノ取得時効ニ付テハ所有者ノ名義ニテ占有シ其占有ハ継続シテ中断ナク且平穩、公然ニシテ下ニ定メタル継続期間アルコトヲ要ス」(傍点——引用者)と定め、「所有の意思をもって」する占有ではなく、「所有者ノ名義」をもってする占有を、不動産の取得時効の要件としている。そこで、もしこの「所有者ノ名義」に基づく占有を、売買契約・贈与契約・交換契約など、所有権を取得する権原に基づいて生じた占有と解した上で、現行民法の「所有の意思をもって」する占有もこれと同義であると考えらば、取得時効における「所有の意思」の存否は、権原に基づいて判断すべきこと

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一〇三

となり、内心の意思は考慮されないということになろう。

ところで、筆者は、前稿「取得時効における『所有ノ意思』とポアソナードの占有有理論<sup>(1)</sup>」（以下の本文では、「占有理論」と略称）で、旧民法の起草者ポアソナードの占有に關する一般理論を考察し、そこにおいて、とりあえず、次のような仮説、すなわち、《所有者ノ名義》、さらには現行民法の「所有の意思」を、真の所有権取得者を保護し、容假占有者を排除するためのメルクマールと考えるならば、その存否は、原則として、権原に基づいて判断するのが望ましいのではないか」という私見を提示しておいた。<sup>(4)</sup>だが、既に、辻伸行教授は、大略以下のような見解を展開し、これと対立する立場を示している。

すなわち、①旧民法の「所有者ノ名義ニテ占有シ」という要件は、フランス民法旧二二二九条（新二二六一<sup>(5)</sup>）の《une possession……à titre de propriétaire》に由来し、フランスでは、これを所有の意思をもってする占有と解している。そして、②ポアソナードも、彼の「占有の成立に關する一般的な説明」から明らかなように、旧民法証拠編一三八条一項の草案における《une possession à titre de propriétaire》について、同様な解釈をしていると思われる。とすれば、③旧民法の「所有者ノ名義ニテ」とは、『所有者として振る舞おうとする意思』をもって」という意味と理解することが可能である。ところが、④現行民法一六二条の「所有の意思」は、旧民法証拠編一三八条の「所有者ノ名義ニテ」を書き換えたものに過ぎず、そこに意味内容の変更があるとは推測できない。そして、このように考えるならば、⑤現行民法の「所有の意思」も、フランス民法・旧民法と同様、所有者として振る舞おうとする内心の意思と捉えられることになる。以上のように、教授は主張するのである。<sup>(7)</sup>

また、このほかの学説を瞥見すると、藤原弘道弁護士も、辻教授と同様、その論稿「さまよえる『所有ノ意思』

——自主占有における権原と善意について——」において、①フランス民法旧二二二九条（新三六一一条）の「所有者としての占有（une possession à titre de propriétaire）」とは「所有者意思をもってする占有のことであるというのがフランスでの異論のない見解であり」、②旧民法の「所有者ノ名義ニテ占有」するというのも、これと同様、「所有者意思（animus domini）」をもって所持するという意味である」、従って、③これを引き継いだ現行民法一六二条の「所有の意思」は、沿革的には、「所有者意思（animus domini）」という内心の意思にほかならなかった<sup>(8)</sup>と論ずる。このほか、理由は様々であるが、民法一六二条の「所有の意思」は、本来、「占有者が所有者として物を所持する内心の意思である」とする説も、近時有力に主張されている。<sup>(9)</sup>

さらに、金山直樹教授は、最近の論稿で、フランス民法における《une possession……à titre de propriétaire》を、「所有者名義」の占有、すなわち所有の意思（animus domini）を備えた占有（自主占有）（傍点——引用者）と解しているが、もし教授においても、わが現行民法一六二条の「所有の意思」がフランス民法の「所有者名義」の占有<sup>(10)</sup>をそのまま継承したものと捉えられるとするならば、わが取得時効における「所有の意思」についても、辻教授や藤原弁護士と同様の解釈が採られるということになる<sup>(11)</sup>。そうすると、これら学説が眼前に屹立しているという状況の下、筆者はそれに対抗し得るだけの私見を展開する必要があるが、そのためには、前掲拙稿「占有理論」で行ったボアソナードの占有理論、一般の考察のみで十分でないことは言うまでもないことである。

(2) そこで、本稿では、まず第一に、旧民法証拠編一三八条一項が規定する「所有者ノ名義ニテ占有」ということの実、際、的、意、味、について、ボアソナードの占有に関する一般理論を改めて検討するとともに、新たに、旧

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

民法の占有規定における個々の条文、とりわけ容仮占有について規定した同法財産編一八五条・一八六条の内容並びに、それら条文の草案に対するポアソナードの注釈をも検証の対象に加え、考察していくことにする。そして、このことにより、旧民法で言う「所有者ノ名義」による占有とは、所有権を取得する権原に基づく占有なのか、それとも、所有者として占有しようとする内心の意思を要素とするものなのか、あるいは、それ以外の意味を持つのかということを明らかにし、現行民法の解釈につなげていくことにしたい。

## 二 第二の課題——旧民法財産編一八六条の解釈と自主占有・他主占有の判定基準——

(1) 次に、翻って、「所有の意思」に関する今日の判例に目を移すと、取得時効における「所有の意思」は、「占有取得の原因である権原又は占有に関する事情により外形的客観的に定められる」(傍点——引用者)とされ、従って、占有者の自主占有(「所有の意思をもって」する占有)の推定(民一八六条一項)が破られるのは、①他主占有権原に基づく占有取得の事実が証明される場合のほか、②「外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情」(他主占有事情)が証明された場合である、とされる<sup>⑫</sup>。ところが、占有の推定を定める旧民法財産編一八六条は、「占有者ハ常ニ自己ノ為メニ占有スルモノトノ推定ヲ受ク但占有ノ権原又ハ事情ニ因リテ容仮ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」(傍点——引用者)と、いかにも右の判例と平仄を合わせたかのような規定を設けている。

そこで、これを敷衍して述べると、今日の判例に従った場合、自主占有権原以外に、自主占有事情、すなわち他人の所有権を排斥して占有する意思を有すると解される外形的・客観的事情に基づく占有も、民法一六二条の

「所有の意思をもって」する占有になるはずである。ところが、他方で、旧民法においても、その財産編一八六条但書を反対解釈すれば、所有権取得の権原によらなくても、占有者の内心に所有者として振舞う意思の存在が窺われる客観的事情が認められた場合、これを基礎として取得時効が成立するように見えないこともない。そうすると、見方によっては、今日の判例は、旧民法の占有事情に基づく取得時効の認定という解釈を復活させたという理解も可能となってくるのである。<sup>(14)</sup>そして、このような考え方を発展させていった場合、たとえ外部に現れた事情あるいは権原によって初めて判断されるとしても、所有者として物を所持しようとする内心の意思こそ、所有権の取得時効にとって、旧民法から現行民法に通底する不可欠の要素と解して然るべきである、という見解も生じ得るのかもしれない。<sup>(15)</sup>

(2) ところで、筆者は、以上の点に関連して、これまで、次のような主張をしてきた。すなわち、(a)旧民法財産編一八六条但書が定める容假占有を証明することのできる「事情」とは、事務管理による占有などにおいて、占有者が所有者の権利を承認したと認められるような例外的事情を言うと考えられる、従って、(b)現行民法においても旧民法と同様に解釈するならば、取得時効における「所有の意思」の存否は、事務管理による占有のような場合を除き、原則として、権原の性質により判断するのが妥当ではないか、という立論がそれである。<sup>(16)</sup>

しかし、右立論は、必ずしも、旧民法占有規定の立法趣旨、あるいは、その論理構造、さらには、ボアソナーの占有理論等を詳述して展開されたものでないことは、筆者自身認めざるを得ない。そこで、本稿においては、これらの点を綿密に考察した上で、その考察に基づいて筆者の主張の妥当性を検証し、右立論についてより説得力のある議論をしていきたいと思う。

要するに、私見によれば、今日の判例が言うような占有の外形的・客観的事情による自主占有・他主占有の認定はあくまでも例外的であり、基本的には権原の性質により判断すべきものと考えられるが、本稿では、このことを、特に旧民法財産編一八六条の解釈を一つのベースとして検証することにした。すなわち、本稿の第二の課題は、直接には、同条但書の「容假ノ証拠」は原則として「占有ノ権原」に基づいて得られるものであり、占有の「事情」によって得られるのは事務管理のような例外的な場合に限られるということを変更して詳細に検証するということである。そして、筆者としては、このことを介し、今日の判例における自主占有・他主占有の判定基準に一つの疑問を投げかけてみたい。

しかし、これらのことは、詰まるところ、本稿の第一の課題である取得時効における「所有の意思をもって」する占有の意味の究明に自ずとつながることは言を俟たない。すなわち、本稿の第二の課題においては、旧民法財産編一八六条但書で示されたような、占有の「事情」による自主占有・他主占有の判定が特殊であることが検証される予定であるが、第一の課題の考察は、以上のことが具体的な根拠となって展開されることになる。

### 三 本稿の構成及び付言

#### (1) 本稿の構成

以下においては、最初に、第II節で、ボアソナードの『再閱修正民法草案註釈第二編物権ノ部下巻』（以下、『註釈第二編物権ノ部下巻』と略称）、ないしは、その原著である *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2<sup>e</sup> ed., t. I (以下、同書に ついては、*“Projet 第〇巻”*と略称)<sup>17</sup> の中の、第四章「占有権」(DE

LA POSSESSION) 中「総論」(EXPOSÉ GÉNÉRAL) の記述に基づき、ボアソナードの占有に関する一般理論を再検討する。第二に、第Ⅲ節では、まず容仮占有について規定する旧民法財産編一八五条・一八六条の規定と、それらの草案に対するボアソナードの注釈(コメント)を取り上げ、次いで、これに対する学説の対応を紹介する。第三に、第Ⅳ節では、まず、旧民法財産編一八五条及びボアソナードのコメントから、占有者の意思のみで容仮占有となる場合はきわめて例外的であり、また、意思のみの変更により容仮占有が法定占有(次の第Ⅱ節二(1)参照)へ転換されることはないのではないか、ということ論ずる(一)。次いで、その二では、同編一八六条本文が推定する占有は権利取得権原に基づく占有であり、また、容仮占有の証明も権原によるそれが原則ではないか、ということを具体的に論証する。ところで、以上のように考えた場合、同編一八五条の条文構成との関係が問題となるが、次の三では、同条二項で定められた容仮占有から法定占有への転換は、現実には同条三項が定める場合にのみ許され、占有者の意思の変更のみで転換が認められることはあり得ないのではないか、という私見を展開する。

最後に、第Ⅴ節では、ここまでの考察から、旧民法証拠編一三八条における「所有者ノ名義」をもってする占有、ひいては、現行民法一六二条における「所有の意思をもって」する占有は、所有権取得権原に基づく占有を意味するのではないかと、として一応の私見をまとめる。そして、この私見を展開するにあたっては、「無権原ノ占有」の考究が今後の緊要の課題であることを示唆し、本稿を終えることとしたい。

## (2) 本稿を進めるにあたっての付言

ところで、藤原弁護士は、前掲論稿「さまよえる『所有ノ意思』」以前の著作においては、フランス民法における「所有者名義をもってする占有とは、要するに所有権の移転を目的とする法律行為（これを「権原」*titre*とよんでいる）によって取得した占有のことであり、<sup>(18)</sup>「学説は、これを真正の占有（*la véritable possession*）とよんで……いる」という論述を展開していた。これに対して、辻教授は、藤原弁護士の右論述を「誤解であろう」と批判している。<sup>(19)</sup>

この点、確かに、右条文中における《*à titre de propriétaire*》を訳すならば、辻教授が指摘するように、「所有者の名義で」<sup>(20)</sup>という訳こそ適訳であり、「所有者の権原で」という訳が不適切である、というのはその通りかもしれない。そうすると、本稿に対しては、わが旧民法証拠編一三八条一項の「所有者ノ名義」に基づく占有を、原則として、所有権を取得する権原に基づいて生じた占有と解して論述を進めようとしている点で、これもやはり「名義」と「権原」を混同するものではないか、という批判がなされる可能性もあり得ないわけではない。

しかし、本稿は、必ずしも右一三八条一項の「名義」が、「権原」と全く同義の単語であると主張するものではない。そうではなく、あくまでも右一三八条一項が規定する「所有者ノ名義」による占有（ひいては、現行民法一六二条の「所有の意思をもって」する占有）を生じさせる原因を考究するものであり、その原因にあたるのは、要するに、売買契約・贈与契約・交換契約など所有権を取得させる権原なのではないか、ということを考察せんとするものである。ここでは、第II節以下の本論に入るにあたり、以上のことを強調しておきたい。<sup>(22)</sup>

(1) 拙稿「取得時効における『所有ノ意思』とボアソナードの占有理論」遠藤浩先生傘寿記念『現代民法学の理論と課題』（第一法規出版、二〇〇二）二二二頁以下。

(2) ボワソナード氏起稿『再閲修正民法草案註釈第二編物権ノ部下巻』（発行所無記載、刊行年不明）一頁以下（ボワソナード氏起稿『再閲修正民法草案註釈第二編物権ノ部』（ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成』後期一―二第I巻）（雄松堂出版、二〇〇〇）所収、三五―一頁以下）（以下、『註釈第二編物権ノ部下巻』と略称）を主たる資料とした。詳細については、拙稿・前掲注(1)一四三頁以下注(21)参照。

(3) 「容仮占有」とは、今日言うところの「他主占有」にはば該当する。従って、「容仮占有者」とは、おおよそこのころ「他主占有者」のことを意味すると考えられる。

(4) 拙稿・前掲注(1)一三七頁。但し、ここで述べた私見は、主に民法一六二条一項が規定する長期取得時効を対象とするものであった。この点、本稿における「所有の意思」の考察でも、長期取得時効の存在理由との関連が重視されることになるが、最終的には、短期取得時効（民一六二条二項）をも視野に入れた結論を目指して論理を展開していくことにしたい。

なお、これ以前に右私見と同様の趣旨を述べた拙稿として、拙稿「判批」リマークス一四号（一九九七）一七頁、同「占有と取得時効」森泉章先生古稀祝賀論集『現代判例民法学の理論と展望』（法学書院、一九九八）一六三頁以下。また、この見解に基づく立法提案として、拙稿「取得時効と占有規定との関係をどう考えるのか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』（法時増刊）（日本評論社、二〇〇八）九六頁以下。ちなみに、従来の通説も、権原の客観的性質に従って「所有の意思」の有無が判断されるという結論を採っていたという点については、拙稿・前掲注(1)一二三頁参照。

(5) フランスでは、二〇〇八年、「民事時効改正に関する二〇〇八年六月一七日の法律」(Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile) により、民法の時効（および占有）規定が消滅時効を中心に全面的に改正された。本稿においては、この改正前の条文は「旧〇〇条」、改正後の条文は「新〇〇条」として引取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

用する。但し、取得時効の場合、条文の内容に関しては、特にめだつた変更はなされていない。フランス民法旧二二二九条（＝新二二二一条）の条文は以下のようである。《Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.》同条は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——物権・債権関係——』（法曹会、一九八二）三六六頁では、「時効によって取得することができるとは、継続して中断がない、平穩な、公然の、不明瞭でない、所有者としての占有が必要である」と訳されている。

(6) ボアソナードがフランス語で起草した旧民法証拠編一三八条一項の草案（ボアソナード民法草案一四七四条一項〔本稿では、以下、ボアソナードによるフランス語原文の草案条文を、ボアソナード民法草案〇〇条と記すことにする〕）は、以下の通りである。《Pour la prescription acquiescive d'un immeuble, il faut une possession à titre de propriétaire, continue, non interrompue, paisible, publique et avant la durée fixée ci-après.》引用せ、G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t. V, Tokio, 1889（ボアソナード『仏文・日本民法草案註解（復刻版）第五卷』（宋文館書店、一九八三）の三五二頁から）。

(7) 辻伸行『『所有の意思』の判定基準について(1)——不動産所有権の取得時効を中心にして——』獨協法学二九号（一九八九）一二六頁以下、一五一頁〔所有の意思と取得時効（有斐閣、二〇〇三）所収、一七頁以下、四七頁〕（引用文の送り仮名は、『所有の意思と取得時効』による）。拙稿・前掲注(1)一三四頁以下参照。なお、このほか、『所有の意思』を「所有者として振る舞おうとする」内心の意思として説明する辻教授の論稿に、辻「共同相続人の一人による占有と取得時効」品川孝次先生古稀記念『民法解釈学の展望』（信山社、二〇〇二）六四四頁〔所有の意思と取得時効所収、二二九頁以下〕がある。

(8) 藤原弘道「さまよえる『所有ノ意思』——自主占有における権原と善意について——」林良平先生献呈論文集『現代における物権法と債権法の交錯』（有斐閣、一九九八）三二八頁以下〔取得時効法の諸問題（有信堂高文社、一九九九）所収、七七頁以下〕、同「判批」民商一一五卷六号（一九九七）一四五頁以下〔取得時効法の諸問題所収、

一五二頁以下)。なお、拙稿・前掲注(1)一四六頁注(55)参照。

(9) 石田穰『民法総則』(悠々社、一九九二)五九八頁、徳本伸一「自主占有における『所有の意思』について——通説的見解への疑問——」(みんけん四九四号(一九九八)一〇頁、同「他主占有者の相続人の占有」佐々木吉男先生追悼論集『民事紛争の解決と手続』(信山社、二〇〇〇)五一六頁。本文の「」の部分は、石田・同頁からの引用。

(10) 金山直樹「時効」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣、二〇〇六)四七八頁(時効における理論と解釈(有斐閣、二〇〇九)所収(「フランス民法典制定後における時効法の展開——コード・シヴィル二〇〇年の歩み」に改題)、一五五頁)(引用文の字体は、『理論と解釈』による)。

(11) この点について、石田喜久夫ほか編『民法総則』(青林法学双書)(青林書院、一九九三)二五六頁以下(金山)では、「占有に権原がある場合には、その権原の性質によって客観的に、自主占有か否か」が定まるが、「権原を欠く場合には全く主観的に——所有者としての意思をもって物を所有するか否かに従って——定まる」と記述されている。

(12) 最判昭五八・三・二四民集三七卷二号一三一頁、最判平七・一二・一五民集四九卷一〇号三〇八八頁。ほぼ同旨——最判平八・一一・一二民集五〇卷一〇号二五九二頁。

(13) 旧民法の占有において推定される「自己ノ為メニ有スルノ意思」(旧民財産編一八〇条一項、一八六条)とは、現行民法一八〇条の定める「自己のためにする意思」とは異なり、所有者として物を所持する意思(所有の意思)を中心に、物権か債権かを問わず、それらの権利をその権利者の立場で行使する意思である、とされる(ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五二〕〔二五六〕二頁以下、一二頁以下(雄松堂版、三五二頁以下、三五七頁)、辻・前掲注(7)獨協一二九頁以下注⑫〔所有の意思と取得時効二三頁以下注(13)〕、松久三四彦「民法一六二条・一六三条(取得時効)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅱ個別的観察(1)総則編 物権編』(有斐閣、一九九八)三二二頁注(3)、拙稿・前掲注(4)リマークス一六頁、同・前掲注(1)一三〇頁)。

(14) この点について、松久・前掲注(13)三二八頁は、「所有の意思の有無の判断基準に関して」、近時の判例は、「再び『事情』を加えるようになったが、これは(旧民法(引用者加筆)財産編一八六条を再現するものとして興味深

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一一三

い」と述べている。

(15) 現行民法の起草者である梅謙次郎・富井政章両博士が「所有の意思」を占有者の内心に存在する主観的意欲と捉えていた点について、拙稿・前掲注(1)一二六頁参照。また、戦前の大審院の判決には、自主占有の有無を判定するに際して、一方で、権原の性質を基準にする判決群があるほか、他方で、占有の諸態様によって判断しようとする判決群があること、および、それを指摘している文献についても、同・前掲注(1)一三九頁以下注(5)等参照。

なお、下村正明教授は、わが民法(旧民法・現行民法)の占有規定は、その「沿革上は、内心意思説を基礎としていた」ことを肯定しつつ、「内心意思はもとより、たとえ外部に顕われても、所持態様から離れた意思を占有の性質決定の基準と考えることは」、所有者など「権利を喪失せしめられる危険を有する者の保護の必要から見て、必要でも適当でもない」という理由から、「所有の意思」について、次のように解釈する。すなわち、「意思は所持に発露する」と考えられるがゆえに、この立場からは、「内心意思から遮断された外形的事物状態に着目」すべきことになるが、「その事物状態は権原でなく所持の全態様」と解されるため、「現在の占有の性質は現在の所持の態様によって定まる」、換言すれば、「『所有の意思はもっぱらその時々々の外形的事持態様に存する』ということになる」と(下村「占有の性質判定に関する一考察」(一)(二・完)「民商」一六卷六号(一九九七)二九頁、一一七卷一号(一九九七)八頁以下、一六頁、一八頁)。そして、本来ならば、以上の下村教授の見解についても検討すべきところであるが、本稿は旧民法を中心として考察するものであるため、今回それは省略し、教授の見解の検討については他日を期すことにしたい。

(16) 拙稿・前掲注(4)リマークス一六頁以下、同・前掲注(1)一三五頁。なお、この見解に基づく立法提案として、拙稿・前掲注(4)法時増刊九六頁以下。

(17) 本稿でも、ボアソナードの論述を引用するにあたっては、前稿と同様、ボアソナードの原著であるBOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t. I-t. V, Tokio, 1882-1889 (以下「*Projet*」と略称)ではなく、その翻訳書である『再闡修正民法草案註釈』(以下、単に「註釈」と略す)を第一の資料としたが、

その理由については、拙稿・前掲注(1)一四三頁注(21)参照。なお、同書の訳が不正確な部分については、*Projet* からそのまま訳すことにした。従って、引用文中、「註釈」からの引用文と、*Projet* からの訳の混在した部分があることを許されたい。

- (18) 藤原「『所有ノ意思』について(二)——取得時効の要件との関連において——」判タ三一四号(一九七五)三六頁〔時効と占有(日本評論社、一九八五)所収(『所有ノ意思』について——所有権の取得時効の要件との関連において)に改題)、六一頁〕(引用は『時効と占有』から)。なお、同「自己のためにする意思・占有の意思・所有の意思」法教一五七号(一九九三)二〇頁でも、フランス民法・わが旧民法の「所有者の名義」について、ほぼ同様なことが述べられている。ほぼ同旨——有地亨||生野正剛「判批」民商九〇巻五号(一九八四)九八頁注(2)、船越隆司「実定法秩序と証明責任(一三)——裁判官による法規範の具体的実現と人間の認識作用——」判評三七八号(一九九〇)二五頁(判時一三四九号一八七頁)〔実定法秩序と証明責任——民法と商法の訴訟的考察——(尚学社、一九九六)所収、二六〇頁〕。

(19) 辻・前掲注(7)獨協二二九頁注II〔所有の意思と取得時効二二頁注(12)〕。

(20) 辻・前掲注(7)獨協二二九頁〔所有の意思と取得時効一九頁〕参照。

(21) なお、川上太郎ほか『仏蘭西民法[V]財産取得法(4)』(現代外国法典叢書(18))(有斐閣、復刊版初版、一九五六、復刊版初版、一九八八)三二〇頁でも、フランス民法旧二二九条の《une possession... à titre de propriétaire》は、「所有者名義ヲ以テスル」と訳されている。ちなみに、法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注(5)三六六頁では、前に引用したように、この部分は「所有者としての占有」と訳されている。

(22) この点、拙稿・前掲注(4)森泉古稀一六三頁以下、同・前掲注(4)法時増刊九八頁では、必ずしも十分な論述がなされていないかとも思われるので、本稿において、本文のように補っておくことにする。

## II ボアソナーードの占有に関する一般理論——前稿の補完——

### 一 「容仮ノ占有」からの考察

- (1) (a) 前掲拙稿「占有理論」でも述べたように、ボアソナーードは、その著書である『註釈第二編物権ノ部下巻』の第四章「占有権」中、その「総論」において、占有が成立するための必須の要素として、(i) 体素、すなわち、物の所持など権利行使の形状と、(ii) 心素、すなわち、所有者その他の権利者として振る舞う意思の二つの要素をあげる。従って、この理論によれば、一方で、(ア)「所有者トシテ行為スルノ意志<sup>マ</sup>ノミアリテ別ツニ物主人タルノ外形上ノ所為ヲ物上ニ為サ、ル者ハ」占有者にはあたらず、また、他方で、(イ)「物主人タルノ行為ヲ物上ニ為スト雖モ其主タルノ意志ナキ者ハ占有ニ関スル法律上ノ利益」を得ることができないことになる。<sup>(24)</sup><sup>(25)</sup>
- (b) しかし、この後者の点については例外があり、この点についてボアソナーードは以下のように言う。<sup>(26)</sup><sup>(27)</sup>

……但シ其者自己一身ノ為メニ此利益ヲ得サルモ他人ヲシテ之ヲ得セシムルコトアリ即チ若シ其者カ法律上若クハ合意上ノ代表人(ボアソナーードの原文は、representant: 代理人〔ここでは占有代理人を意味する〕——引者)トナリテ自カラ代表スル人ノ為メ前述ノ行為ヲ為シタル場合はレナリ是ノ場合ニ於テモ尚ホ其代表セシムル者ノ方ニ物主タルノ意思タルコトヲ必要トス

蓋シ占有スルノ意思ヲ有スル者保有(原文は detention: 所持——引用者)ナル有体ノ行為ヲ為サンカ為メ他人ヲシテ己レノ代表人ト為スヲ得ルハ人ノ常ニ允可スル所ナリ彼代理ノコトタルヤ吾人自ラ或ル事ヲ為スニ多

少ノ困難アル場合ニ於テハ固ヨリ当然ノモノニシテ又屢々必要ナルモノナリ<sup>(28)</sup>

このように、占有権は占有代理人による所持によつても得られるのであるが、前掲『註釈第二編物権ノ部下巻』によれば、占有代理人、すなわち、「他人ノ為メニ占有スル者ハ自己ノ為メ及ヒ所有者ノ名義ニテ占有スル者ニ対シ暫仮ノ占有（原文は、*possesseurs précaires*：旧民法で言うところの「容仮ノ占有者」——引用者）又ハ暫仮ノ名義ニ於ケル占有者ト云フ」とされる。<sup>(29)</sup>

(c) とところが、続いて、ポアンナードによれば、「占有者其保有及ヒ物主タルノ所為ニ加フルニ其物ヲ自己ノ為メニ有スルノ意思ヲ以テスル」にもかかわらず、その占有が容仮となる場合もあるとされるのであるが、ではそれはどのような場合であるかという点と、「其拠テ以テ占有スル所ノ名義ノ性質（原文は *la nature du titre*：「権原の性質」が適訳——引用者）カ其主張（自己ノ為メニ有スルノ意思ヲ以テスル）占有だという主張、自分がその物の所有者であるという主張が代表例——引用者）ヲ以テ正当トスルニ背反スル時」が、まさにそれにあたるものとされる。そこで、このような見解からすれば、「受寄者、使用借主、用収者（原文は *usufruitier*：<sup>(30)</sup> 用益権者——引用者）、借家人及ヒ質ヲ有スル債権者ノ如キハ他人ノ所有權ヲ認知シ（*reconnaisant*：承認し——引用者）且ツ其物ヲ所有者ニ返還スルノ約ヲ以テスルニアラサレハ占有スルヲ得サルカ故ニ自己ニ非シテ他ニ物主アルヲ認知シ又ハ少ナクトモ之ヲ認知セサル可カラサルモノナルヲ以テ」、常に「容仮ノ占有者」ということになる。<sup>(31)</sup>

(2) 以上のように、ポアンナードの見解に従えば、賃借人や使用借主、受寄者、質権者などは、たとえその内心に所有の意思を有していたとしても、「容仮ノ占有者」とされる。

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

もつとも、右に引用したように、これらの者は、所有者の所有権を承認し、いずれ所有者に占有物を返還するという意思で、その物の占有を得た者であることは間違いないところである。しかし、そのような意思が表示されるのは、通常、賃貸借契約や寄託契約などを結んだ最初の時であって、場合によっては、その後、これらの者の内心において、占有物を自己所有物と誤信し、あるいは、例えば所有者が一時不在になったのを契機に横領の気持ちを抱き、その物を所有する意思が醸成されるといったことも、決してないわけではなからう。

そうすると、前述のポアンナードの占有理論一般では、占有成立のための必須の要素として、体素（物の所持など）と心素（所有者その他の権利者として振る舞う意思）があげられているが、より具体的には、権原に基づく容仮占有の場合のように、所有の意思を内心に持って物を占有していても、所有者としての占有と認められない場合があるわけである。そこで、このように具体的に考えるならば、ポアンナードの理論において、果たして取得時効の要件としての占有に、心素という意思的要素が不可欠のものなのかについては、十分検討する余地があるものとも思われる。

## 二 権原の証明に関する記述との関連で

(1) とところで、ポアンナードによれば、前記一(1)(a)にあげた占有（自分自身がその権利を有するという意思で行う権利の行使）は、法律によって担保されない「自然ノ占有」(possession naturelle) に対し、法定占有 (possession civile)<sup>(32)</sup> と呼ばれ、法律による一定の保護が与えられる。<sup>(33)</sup> また、法定占有は、正権原 (juste titre) の占有と無権原 (sans titre) の占有とに分類され、前者はさらに、善意占有と悪意占有とに分けられる、とされる。<sup>(34)</sup> そして、法定

占有に認められる法律上の利益としては、①本権の推定、②正権原かつ善意の占有者の果実の取得、③時効取得の三点があげられる。<sup>(35)</sup><sup>(36)</sup>

このうち、③の時効取得の利益を得るためには、占有者は必ずしも正権原と善意を有する必要はないとされるのであるが、この点については、ボアンナードにより、さらに以下のような叙述がなされる。<sup>(37)</sup>

〔以上に対して〕占有者が正権原と善意を有していない場合は、その占有者は法の保護を受けるに値しない、という反論がなされるかもしれない。しかし、時効の理論に従えば、占有者はもっぱらその権原と善意を証明することを免れ、その占有が始まった時に時効のための要件を充たしていたと推定され、そして、この推定は時の経過によって強固になるため、もはや反対の証拠によって争い得ないものになる、ということ認めざるを得ない。<sup>(38)</sup>

(2) (a) このように、ボアンナードは、占有者は正権原と善意を要せずに取得時効が認められるとするのであるが、右引用文中、本稿の課題との関連で特に注意すべきは、占有者が時効の利益を得るためには権原の証明を要しない、という点である。というのは、この叙述を裏返せば、取得時効は一定の権原に基づく占有が継続して初めて認められるのであって、ただ取得時効（長期取得時効<sup>(39)</sup>）を主張しようとする占有者は、そのことを積極的に証明する必要はない、というようにも解されないわけではないからである。

(b) もっとも、前述のように、ボアンナードによれば、取得時効の利益が付与される法定占有には、無権原の取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

占有も含まれるとされる。そして、無権原の占有の例としては、「他人ニ属スルヲ知リテ他人ノモノヲ掠奪シタルカ如キ」場合があげられる。<sup>(40)</sup>

しかし、ポアソナードがその起稿する『再閣修正民法草案註釈第五編』（以下、『註釈第五編』と略称）等で展開した時効観、すなわち、長期間の経過によって証拠を失った真実の所有者や免責された債務者を保護するために、時効を取得または免責の推定（公益ニ関スル完全ナル法律上ノ推定）（旧民法証拠編七六条）<sup>(41)</sup>と構成する見解からすれば、果たして「他人ノモノヲ掠奪シタ」と認定された占有者に取得時効の利益を認めてよいのか、この点は大いに疑問となるところである。そして、ポアソナードの時効観に従えば、「無権原の占有」とは、実際は所有権取得のための権原に基づいて占有したにもかかわらず、そのことを証明できない場合の占有を指すとも解されないわけではない。

(3) なお、筆者は、以前、拙稿「抵当権と時効」において、旧民法債権担保編二九七条（一項）「真ノ所有者ニ非サル者カ不動産ヲ讓渡シタルトキハ占有者ハ其善意ナルト悪意ナルトニ從ヒ所有者ニ対シテ時効ヲ得ル為メニ必要ナル時間ノ経過ニ因リ抵当債権者ニ対シテ時効ヲ取得ス」二項「無権原ニテ不動産ヲ占有スル者ニ付テモ亦同シ」に關して、以下のように論じたことがある。すなわち、同条に対応するポアソナード民法草案（ポアソナードによるフランス語原文のものを指す。以下同じ）二二一〇条では、「無権原ニテ」に対応する原語として、『sans titre』という語句が用いられているが、ポアソナードの時効理論からすれば、これは所有権取得権原の「証書」がない場合を意味すると考えるべきではないか、というのがそれである。<sup>(43)</sup>

そこで、この試論を本稿の議論にも当てはめるならば、法定占有の一つである「無権原の占有」とは、かつて

売買など権利取得の権原によって占有を得た者が、その権原の証書を現在有していない場合における占有を言う、と解し得るかもしれない。そして、もしこのような解釈が可能ならば、これは、長期間の経過のため所有権取得の証拠を失った真の所有者の立証困難を救済するという点に取得時効の根拠を求めるボアソナードの時効観からは、より妥当性のある解釈と見ることができよう。従って、このような方向での解釈が本当に可能かどうかについては、今後さらに検討していく必要があるものと思われる。

(23) 拙稿・前掲注(1)一二九頁、一三三三頁。

(24) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五四〕六頁以下〔雄松堂版、三五四頁以下〕。

(25) なお、前掲注(13)で注記したように、ボアソナードによれば、占有とは、所有者として有体物を所持する場合のみならず、より広く、物権か債権かを問わず、自分自身がその権利を有するという意思(心素)で行う権利の行使(体素)と定義される。以下、本文で引用するボアソナードの占有に関する論述は、このような定義を前提としたものである。

(26) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五四〕八頁以下〔雄松堂版、三五五頁〕。

(27) ボアソナードによる原文は、BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2<sup>e</sup> ed., t. I, Tokio, 1882, n°254, p. 324.

(28) 但し、ボアソナードはこれに続けて、「瘋癲及ヒ幼者ノ如キ……無能力者ナルトキハ例外ヲ以テ其占有スル意思ニ就テモ亦代表ヲ為サシムルコトヲ認許セリ」と言い、また、「会社(原文では *les corporations* ——引用者)ニ就テモ右ト同一ノコトヲ認許セリ即チ社長(原文では *leur chef* ——引用者)支配人又ハ管理者ニ占有スルノ意思アリ而シテ其占有ハ常ニ代理セラレタル会社ノ為メナルコトヲ要ス」とする(ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五四〕九頁〔雄松堂版、三五五頁〕)。詳しくは同頁参照。ボアソナードによる原文は、BOISSONADE, *supra* note 27, n°254,

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一一一

p. 324)。なお、以上の記述からは、ボアソナードの「占有代理人」の概念には、今日言うところの「占有機関」も含まれているということが明らかとなろう。

(29) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五五〕一〇頁〔雄松堂版、三五六頁〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°255, pp. 324-325. 拙稿・前掲注(1)一二九頁参照。

(30) 旧民法では、用益権は物権の一種として財産編四四条以下に規定されている(旧民財産編四四条「用益権トハ所有権ノ他人ニ属スル物ニ付キ其用法ニ從ヒ其元質本体ヲ変スルコト無ク有期ニテ使用及ヒ收益ヲ為スノ權利ヲ謂フ」、四五条一項「用益権ハ法律又ハ人意ニ因リテ設定スルモノトス」、五一条「用益者ハ其權利ノ繼續間用益物ヨリ生スル天然及ヒ法定ノ一切ノ果実ニ付キ所有者ニ同シキ權利ヲ有ス」)。

(31) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五五〕一〇頁以下〔雄松堂版、三五六頁〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°255, p. 325. 拙稿・前掲注(1)一二九頁以下参照。

(32) “possession civile”の訳として「法定占有」が適訳であることについては、拙稿・前掲注(1)一二七頁以下参照。

(33) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五七〕一三頁〔雄松堂版、三五七頁〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°257, p. 326. 拙稿・前掲注(1)一三〇頁参照。なお『註釈第二編物権ノ部下巻』では、“possession civile”は「民事上ノ占有」(場所によつては、「民法上ノ占有」〔ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二六一〕一六頁〔雄松堂版、三五九頁〕等)と訳されている。

(34) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五八〕一四頁〔雄松堂版、三五八頁〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°258, p. 327. 拙稿・前掲注(1)一三一頁参照。なお『註釈第二編物権ノ部下巻』では、“juste titre”は「正名義」と訳されているが、ここでは「正権原」が適訳。

(35) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二六〇〕〜〔二六五〕一七頁以下〔雄松堂版、三五九頁以下〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°260-265, pp. 328-334. 拙稿・前掲注(1)一三一頁参照。

(36) なお、『註釈』の原著 *Projet* には、一八九〇年から一八九一年にかけて発行された Nouvelle édition (いわゆる

『プロジェ新版』がある。そして、ボアソナードは、この *Nouvelle édition* になると、法定占有の③の利益について、長期占有者が所有権等の権利を取得することのできる利益という説明ではなく、長期間の「占有が占有者をして、所有権、または自己に属するものとして行使した権利の保全へと至らせ得る」(傍点——引用者)利益である、と説明を変えている (BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, nouvelle édition*, t. I, Tokio, 1890, n°265, p. 366. [ボワソナード民法研究会編『ボワソナード民法典資料集成』後期IV公布後史 明治23年〜(雄松堂出版、一九九八)〕。拙稿・前掲注(1)一四五頁注(45)参照。

(37) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二六五〕二七頁〔雄松堂版、三六四頁〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°265, p. 332. 拙稿・前掲注(1)一三二頁参照。

(38) BOISSONADE, *supra* note 27, n°265, p. 333; ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二六五〕二九頁以下〔雄松堂版、三六五頁以下〕。なお、*Projet de Nouvelle édition* では、本文に引用した文の末尾に続けて、「以上のことにより、この推定は完全な推定 (*présomption absolue*) と呼ばれるものになる。」という記述がなされている (BOISSONADE, *supra* note 36, n°265, p. 368.)。また、これとの関連で、拙稿・前掲注(1)一四六頁注(47)も参照。

(39) 旧民法証拠編一四〇条二項が定める期間三〇年の取得時効を言う。これに対して、同条一項が定める期間一五年の短期取得時効を主張する場合は、正権原の証明が必要となる (旧民法証拠編一四〇条、再閣修正民法草案一九七六条一九七七条〔本稿では、以下、ボアソナード起稿の『再閣修正民法草案註釈』における草案条文を「再閣修正民法草案〇〇条」と記すことにする)。

旧民法証拠編一四〇条一項「占有カ上ニ定メタル条件ノ外財産編第百八十一条ニ記載シタル如キ正権原ニ基因シ且財産編第百八十二条ニ従ヒテ善意ナルトキハ占有者ハ不動産ノ所在地ト時効ノ為メ害ヲ受クル者ノ住所又ハ居所トノ間ノ距離ヲ区別セス十五个年ヲ以テ時効ヲ取得ス」

二項「占有者カ正権原ヲ証スルコトヲ得ス又ハ之ヲ証スルモ財産編第百八十七条ニ規定シタル如ク其悪意カ証セラルトキハ取得時効ノ期間ハ三十个年トス」

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

(40) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二五九〕一五頁〔雄松堂版、二五八頁〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°259, p. 237. なお、拙稿・前掲注(1)一三二頁では、無権原の占有は、「占有者詐欺ニ因リテ獲得シ又ハ暴行ニ因テ掠奪シタルカ如キ不法ノ所為ヲ以テ之ヲ保有シ或ハ又他人ニ属スルヲ知りテ他人ノモノヲ掠奪シタルカ如キ」場合とされたとしたが、無権原の占有の例としてあげられているのは、「他人ニ属スルヲ知りテ他人ノモノヲ掠奪シタルカ如キ」場合だけであるため、本稿本文のように訂正する。

(41) 「公益ニ関スル完全ナル法律上ノ推定ハ法律ノ明示シテ定メタル場合及ヒ方法ニ従フニ非サレハ反対ノ証拠ヲ許サス此推定ハ之ヲ左ニ掲ク

第一 既判力

第二 取得又ハ免責ノ時効

(42) ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第五編』（発行所無記載、刊行年不明）〔二五二〕五一頁以下〔ボワソナード氏起稿』再閣修正民法草案註釈第五編』（ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成』後期一―二第VI卷）（雄松堂出版、二〇〇〇）所収、二六一頁以下〕、BOISSONADE, *supra* note 6, n°252, pp. 265-266. また、ボワソナード講義（井上操筆記）『性法講義』（司法省蔵版、一八七七）一九六頁以下〔宗文館書店〕有斐閣出版サービス、復刻版、一九八六）。なお、拙稿「取得時効の存在理由——長期取得時効を中心に——」松商短大論叢三二号（一九八四）二九頁以下〔拙著』取得時効の研究』（信山社出版、一九九六）所収、一八頁以下〕等参照。

(43) 拙稿「抵当権と時効」玉田弘毅先生古稀記念『現代民法学の諸問題』（信山社出版、一九九八）六一頁以下、七八頁以下。

### Ⅲ 旧民法（ないしは再閣修正民法草案）の占有規定

#### 一 旧民法財産編一八五条ないしは再閣修正民法草案六九七条

(1) (a) 旧民法の各占有規定のうち、取得時効における「所有の意思」を考察するために、まず注目すべき条文は財産編一八五条であり、同条は次のように規定されている。

財産編一八五条一項 容假ノ占有トハ占有者カ他人ノ為メニ其他人ノ名ヲ以テスル物ノ所持又ハ權利ノ行使

ヲ謂フ

二項 容假ノ占有者カ自己ノ為メニ占有ヲ始メタルトキハ其占有ノ容假ハ止ミテ法定ト為ル

三項 然レトモ占有ノ權原ノ性質ヨリ生スル容假ハ左ニ掲クル場合ニ非サレハ止マス

第一 占有ヲ為サシメタル人ニ告知シタル裁判上又ハ裁判外ノ行為カ其人ノ權利ニ対シ明確ノ異議ヲ含メルトキ

第二 占有ヲ為サシメタル人又ハ第三者ニ出テタル權原ノ轉換ニシテ其占有ニ新原因ヲ付スルトキ

(b) また、この条文の草案にあたる再閣修正民法草案六九七条の条文は以下のようである。

六九七条一項 占有者カ他人ノ名ヲ以テ他人ノ為メニ物ヲ所持シ又ハ權利ヲ行フトキハ其自然ノ占有ヲ暫假

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

ノ占有ト云フ

二項 占有者自己ノ為メニ占有ヲ始ムルトキハ暫仮ノ占有ハ止息シテ民法上ノ占有トナルヘシ

三項 然レトモ暫仮ノ占有カ其基ク名義ノ性質ヨリ生スルトキハ其占有ハ左ノ二理由ノ一ニ因ルニ非レハ止息セス

第一 占有ノ利益ヲ得ル者ニ宣示シ其者ノ權利ニ明白ナル駁斥ヲ記載シタル裁判上又ハ裁判外ノ文書

第二 契約者又ハ第三ノ人ニ出テタルモノニシテ占有ニ新ナル原由ヲ付スル名義ノ変換<sup>(44)</sup>

(2) (a) そこで、本考察との関連で特に重要となる点を、ボアソナードの前掲 *Projet* 第一巻におけるボアソナード民法草案一九七条<sup>(45)</sup>（再閲修正民法草案六九七条に対応）のコメントの中から抜粋すると、以下のようになる。<sup>(46)</sup>

本条文では、容仮占有は自然占有の一変種とされる<sup>(47)</sup>。確かにこの場合の占有者は、彼が所持する物または行使する権利を自分自身のために有すると主張しないのであるから、このように言うことができよう。しかし、それに加えて、この占有者は、それが委任（*mandat*）または任意の事務管理（*une gestion d'affaires spontanée*）によるにせよ、寄託、使用貸借、嫁資設定（*une constitution de dot*）<sup>(48)</sup>、または注意をもって物を保存し、契約の相手方にそれを返還する義務を負わせるその他の契約によるにせよ、他人のために物を所持し、または権利を行使する者でもある。

また、動産質、不動産質、用益（*usufruit*）、地役または賃貸借<sup>(49)</sup>の権原で物を所持する者も、容仮占有者と

みなすべきである。<sup>(50)</sup>

そして、ポアソナードによれば、「是等ノ占有者其占有物ヲ所持シ濫リニ所有者ノ所為ヲ行フコトアリト雖モ其所爲ノ為メニ時証 (A prescription : 時効——引用者) ヲ得セシムルニ至ラス」とされる。<sup>(51)</sup>

(b) さらに、ポアソナードは、同じく草案一九七条のコメントにおいて、以下のように言う。<sup>(52)</sup>

占有の容假性は、原則として、占有の瑕疵と同様に、その占有に欠けていた性質が後から加わることによって消滅する。従って、占有者がその意思を変えて、自己のための占有を始めるときは、占有の容假性は消滅するのである。

しかし、容假占有者が寄託、貸借 (Hire)<sup>(54)</sup>、賃貸借のように、形式上占有の容假性を生じさせる権原によって物を所持していたときは、右の原則には例外が認められることになり、その適用はより困難となる。このような場合、権利の正当保有者が関与し、それによって自己の安全を確保したところの権原に背反して占有の性質を変更するなどということは、占有者の意思、すなわち、占有者一人の意欲如何でできるものではない。

そして、ポアソナードによれば、この場合の容假占有が法定占有に変更されるためには、旧民法財産編一八五條三項ないしは再闡修正民法草案六九七條三項 (ポアソナード民法草案一九七條三項) に規定する行為が必要とさ

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

れるのである。

## 二 旧民法財産編一八六条ないしは再閣修正民法草案六九八条

(1) (a) 次に、旧民法の占有規定中、本稿の考察に深く関わるもう一つの条文として、財産編一八六条があげられるが、同条は、以下のように規定されている。

財産編一八六条 占有者ハ常ニ自己ノ為メニ占有スルモノトノ推定ヲ受ク但占有ノ権原又ハ事情ニ因リテ容

假ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

(b) また、右条文の草案である再閣修正民法草案六九八条の条文は、次のようである。

六九八条 証書若クハ事実ノ情状ニ因リ暫假ノ占有タルコトヲ証明セラレサルトキハ常ニ占有者ヲ自己ノ為

メニ占有スルモノト推測ス<sup>(56)</sup>

(2) そこで、右再閣修正民法草案六九八条の注釈ないしはボアソナード民法草案一九八条のコメントを摘記すると、以下のような<sup>(56)</sup>である。

凡ソ權利ノアリト主張スル者其權利ノ自己ニ属スルコトヲ証明セサルヘカラス而シテ若シ其權利カ特別ナル条件 (Conditions) : この場合は「要件」が適訳——引用者) ニ関スル時ハ其条件ノ成立 (Existence) : 存在——引用者) ヲモ証明セサルヘカラストノコトハ普通ノ原則ナリ

このように、ボアソナードは、まず最初、証明責任の分配に関する一般原則から説明を始めるが、次には、これに続けて、法律要件が法律上推定される場合について、以下のように論ずる。

しかし、時によつては直接の証明が困難なこともあるが、それと同時に、社会生活上の通常の実態に基づいた真実らしさ、すなわち、蓋然性がある場合は、法律は、証拠がこのような形で与えられている(この場合は「蓋然性が備わっている」ことを意味する——引用者) 要件の全部又は一部の存在を、推定ないしは仮定する。もつとも、一般に、反対証拠による証明は可能である。そして、その証明は、通常のすべての証明方法により行うことができる。

それゆえ、法定占有の必要不可欠の要件は、占有者が当該権利を自分自身のために行使することであるが、人が占有する際は、他人のためよりも自分自身のために占有するという場合がずっと多いのであるから、法律は、この要件は具備されているものと推定するのである。<sup>57)</sup>

以上のように、ボアソナードは、法定占有(「自己のためにする占有」)が法律上推定される理由を述べるが、こ

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一一九

れはあくまでも推定であり、当然その占有が法定占有でない場合もあり得るわけである。そこで、ボアソナードは、さらに続けて、次のように言う。

然レトモ亦タ反対ノ事アルヲ得ヘシ故ニ民法上ノ占有 (la possession civile) 法定占有——引用者) ヲ争フ者ハ直接ニ其占有ノ暫仮 (容仮——引用者) ナルコトヲ証明セサル可カラス○此証拠 (preuve : 証明) には「証明」が適訳——引用者) ハ例ヘハ寄託、貸借 (prêt)、賃借ノ如キ占有ヲ得タル名義 (le titre : 権原——引用者) 又タハ占有者カ自ラ他人ノ権利ナリト認メタル事実ノ情状 (les circonstances du fait : 事情——引用者) ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得ヘシ此等ノ最後ノ情状 (circonstances : 事情) ハ証人若クハ公私ノ証書ヲ以テ証明スヘシ

### 三 学説の対応

以上、本第Ⅲ節の一、二では、旧民法財産編一八五条、一八六条、ないしは再閱修正民法草案六九七条、六九八条を掲記するとともに、それら条文に対するボアソナードのコメント(注釈)を摘記してきた。では、これらに対して、学説はどのように対応しているのだろうか。以下では、この点に関する学説の対応を見ていくことにしたい。

#### (1) 辻伸行教授の見解

そこで、まずは、右各条文について大変詳細な考察を行っている辻教授の見解から検討を始めると、これら条

文に関する教授の所見は、次の(a)～(c)のようにまとめられる。<sup>(58)</sup>

(a) ボアソナードによれば、①容仮占有とは「他人のために行う占有」であり、そこで言う「他人のため」とは、「内心・精神上の意思」の態様の一つと解される。従って、「所持者の内心において所有の意思を有していたか否かという具体的意思でもって法定占有か容仮占有かを決定するのが原則であると考え」られる。②「ただ、この原則を貫くと寄託や賃貸借などの『権原』によって所持しているときには不都合が生ずるので、『権原』の性質によって決定すべき場合があると」される。

すなわち、ボアソナードは、「容仮占有の判定を具体的意思によって決する場合と、『権原』の性質によって抽象的・類型的に決する場合とがあるとする態度」を採っていたのであって、このボアソナードの見解は、旧民法財産編一八五条二項・三項において「法文上明定されることになった」。そうすると、「所有の意思の推定を覆すために容仮占有であることを証明すべき場合には、この二つの判断枠組に従って証明することになる」。そこで、「ボワソナードはこのことを明確にするために、『権原』または『事情』によって容仮占有を証明すべき旨の規定(旧民法財産編一八六条——引用者注)をもうけたということができ」る。

(b) ①ボアソナードによれば、容仮占有は「意思の変更」、すなわち、容仮占有者がその「内心において所有の意思を有することだけで法定占有になるとするの」が原則であり、「ただ、権原の性質によって容仮占有とされているときは、その権原を無視して法定占有への変更を認めることはできない」とされる。

②旧民法財産編一八五条三項は、「所持を他人に与えた所有者の利益保護のための規定であるということができ」、現行民法一八五条も、「これと同趣旨の規定であると理解することができる」。「したがって、賃貸借などの

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

権原に基づいて所持するに至った者、つまり権原の性質によって所有の意思がないとされた占有者については、内心で「具体的な所有の意思を有していることが外形的客観的事情によって認定できるというだけでは、自主占有性は認められず、他主占有から自主占有への変更は生じない」。

「このようにみえてくると、賃貸借や寄託などの権原の性質から所有の意思がないとされている場合に関して、現行民法や旧民法が「基礎においている考え方は」、「そのときどきに変わりうる占有者の内心の具体的意思によって、占有を委ねた者（賃貸人や寄託者など）や真の所有者に不測の損害を与えることのないように、所有の意思の判定を明確な基準によって厳格に行おうとしたものであり、他主占有者が内心において所有者として振舞おうとする意思を有したり、ただ単に所有者としての行動をとっているだけでは所有の意思があるとは判定されず、占有を委ねた者に対して所有の意思ある旨の明確な異議を述べるか」、「占有を委ねた者または第三者との間で売買、贈与などの所有権の移転を目的とする法律行為を締結し、これによって、典型的に所有の意思のあることが明らかである場合にのみ、所有の意思の存在を認定しようとするものであったといえる」。

③ボアソナードは、権原の性質によらずに容仮占有とされる場合においては、「容仮占有者に内心の所有の意思がそなわるだけで占有名義の変更が可能であるとした」。「ボワソナードがどのような理由からこのような取扱いをしようとしたのかについて」は「必ずしも明らかではない」。

しかし、旧民法を解説した磯部四郎の著書<sup>59)</sup>から推測すれば、権原の性質による容仮占有は、占有を委ねた者の「意思と信頼に基づいて所持しているのであるから、容仮占有者の内心の意思だけで占有名義の変更が生ずるとすれば、占有を委ねた者が知らぬ間に信頼を裏切られ、なんら対抗措置をとる機会を与えられることなしに不利

益を被むるおそれが生ずることにな」るが、「権原に基づかない容仮占有においては、このような配慮を必要としない、という考慮があった」ものと思われる。

(c) ①「所有の意思(または、旧民法の法定占有における「自己ノ為メニ有スルノ意思」<sup>(60)</sup>——引用者)が内心の意思であるからこそ、その証明の困難が生じないように」、現行民法一八六条、旧民法財産編一八六条において、所有の意思をもってする占有、ないしは、自己のための占有の推定規定が設けられた。

②旧民法財産編一八五条三項(及び現行民法一八五条)の「趣旨は、占有をなさしめた者(通常は所有者)が占有者の所有の意思を知らずに、時効中断の機会のないままに占有者の他主占有が自主占有となり、取得時効の成立による不利益を受けることがないようにするためである」。このような規定は、「占有者の意思はその時々に変わりうるものである」という内心的意思説の不都合な点を修正するためのものであり、内心的意思説を前提にした規定であったといえる」。

## (2) 田中整爾博士の見解

第二に、田中整爾博士も、辻教授の論稿より少し前に、旧民法財産編一八五条や一八六条に関わる問題を論じている。そこで、博士の論稿からこの点を抜き出すと、以下のようである。<sup>(61)</sup>

すなわち、ボアンナードの説明に従えば、「本来、意思の変更によって容仮占有は法定占有へと転換すべきものであるが、容仮占有のうちでも権原の性質により容仮占有と決せられるものについては、その例外であって、意思のみの変更だけではたりず、客観的要素として」右一八五条の三項に規定される「二つの外形的行為」が必

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

要とされる。<sup>(62)</sup>このように、旧民法が「客観的要素にもとづかないで轉換することが可能な容仮占有の存在を認めていることは」、右一八六条に、「容仮の証拠は『権原』によらないで、他の『事情』によることもある」ということを明確に規定していることから明らかである」と。

(44) ホフソナード氏起稿・前掲注(2)七五頁以下〔雄松堂版、二三八頁以下〕。

(45) Art. 197. La possession naturelle est dite *précaire*, lorsque le possesseur détient une chose ou exerce un droit au nom et pour le compte d'autrui.

La possession cesse d'être précaire et devient civile, lorsque le possesseur a commencé à posséder pour lui-même.

Toutefois, lorsque la précarité résulte de la nature du titre sur lequel la possession est fondée, elle ne cesse que par une des deux causes ci-après :

1° Par un acte judiciaire ou extrajudiciaire signifié à celui pour le compte duquel la possession avait lieu et contenant une contradiction formelle à ses droits ;

2° Par l'intervention du titre provenant du contractant ou d'un tiers et donnant une nouvelle cause à la possession. (BOISSONNADE, *supra* note 27, Art. 197, p. 343.)

(46) BOISSONNADE, *supra* note 27, n°288, p. 356; ホフソナード氏起稿・前掲注(2)〔二八八〕七七頁〔雄松堂版、二三八頁〕。

(47) 『註釈第二編物権ノ部下巻』におけるポアンナードの占有理論によれば、容仮占有は自然占有の中に含まれる。再閣修正民法草案六九七条一項は、このことを示す条文である。これに対し、旧民法財産編一七九条では、「占有二法定、自然及ヒ容仮ノ三種アリ」と規定され、占有は、法定占有・自然占有・容仮占有の三種に分けられている。

(*Projet* の *Nouvelle édition* によれば、容仮占有は直接占有者にとつては自然占有であるが、間接占有者にとつては法定占有となるといふように、両面の性質を併有しているから、というのがその理由とされる。[BOISSONADE, *supra* note 36, n°275, p. 380.]。そこで、本稿本文掲記のように、容仮占有を定義する旧民法財産編一八五条一項には、「自然ノ占有」といふ語句は出てこなく(この点は、*Nouvelle édition* のボアソナード民法草案一九七条でも同様である [BOISSONADE, *supra* note 36, Art. 197, p. 377.]。ただ不思議なことに、同条のコメントは、第Ⅲ節1(2)(a)で引用したコメントと全く変わっておらず、容仮占有は自然占有の一種として記載されたままになっている [BOISSONADE, *supra* note 36, n°288, p. 392.]。)

(48) かつてのフランス民法では、夫婦はその約定により、別産制の一種である嫁資制 (*régime dotal*) を採用し得るものとされていた。そして、この嫁資制において嫁資財産 (*biens dotaux*) とされたものは、その所有権は妻にあるものの、管理と利益は夫に委ねられていた。なお、このような嫁資制は、一九六五年に将来に向かって廃止された(以上、山口俊夫『概説フランス法 上』[東京大学出版会、一九七八] 四二八頁以下による)。

(49) 旧民法では、動産質権・不動産質権・用益権・地役権と同様、賃借権は物権に入れられていた(旧民法財産編二条)。

(50) 以上については、辻・前掲注(7)獨協一三五頁以下〔所有の意思と取得時効二七頁以下〕にもその訳がある。

(51) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二八八〕七八頁〔雄松堂版、三九〇頁〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°288, p. 356.

(52) BOISSONADE, *supra* note 27, n°289, p. 357; ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二八九〕七九頁以下〔雄松堂版、三九〇頁以下〕。なお、この部分は、辻・前掲注(7)獨協一四〇頁以下〔所有の意思と取得時効三五頁〕にもその訳がある。また、田中整爾「占有における『権原』と『意思』との関係について——権原の意義・機能の推移をめぐって(付・学説資料)——」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望 上』(有斐閣、一九八一)三六頁、四〇頁〔自主占有・他主占有(法律文化社、一九九〇)所収(占有における『権原』と『意思』との関係——権原の意義・機能の推移をめぐって(付・学説資料)——)に改題)、七七頁以下、八二頁〕でも引用されており、訳文取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

が記載されている。

- (53) ここでは、占有が強暴ないしは隠秘の占有である<sup>1)</sup>(V. BOISSONADE, *supra* note 27, n°289, p. 357; ボワソナー  
ド氏起稿・前掲注(2)〔二八九〕七九頁〔雄松堂版、三九〇頁〕参照)。
- (54) 貸借 (prêt) とは、フランス民法が規定する契約の一つであり、使用貸借と消費貸借が含まれる (仏民一八七四  
条)〔①貸借 prêt には (以下の) 二種がある。 毀滅することなしに使用することができる物の貸借 使用すること  
によって消費される物の貸借 ②第一の種類は、'prêt à usage' 又は *commodat* (使用貸借) と呼ばれる。 ③第二の種  
類は、'prêt de consommation' (消費貸借) 又は単に prêt (貸借) と呼ばれる。〕(法務大臣官房司法法制調査部編・前掲  
注(5)二四七頁の訳による。但し、「又は *commodat*」の部分は二〇〇九年に削除された)。
- (55) ボワソナーード氏起稿・前掲注(2) 八五頁〔雄松堂版、三九三頁〕。
- (56) ボワソナーード氏起稿・前掲注(2)〔二九二〕八六頁以下〔雄松堂版、三九四頁以下〕、BOISSONADE, *supra* note 27,  
n°292, p. 360。
- (57) この訳文の最初の部分(「しかし、……仮定する。」)は、辻・前掲注(7)獨協一三二頁(所有の意思と取得時効  
二四頁)にもその訳がある。また、下村・前掲注(15)民商一一七卷一号二二頁以下には、この訳文全体の抄訳がある。
- (58) 辻・前掲注(7)獨協一三三頁以下、一三九頁以下、一五一頁以下〔所有の意思と取得時効二六頁以下、三四頁以  
下、四六頁以下〕(引用は『所有の意思と取得時効』から)。
- (59) 磯部四郎『大日本新典民法釈義』(長島書房、一八九〇)八八一頁以下〔磯部四郎『民法』(明治23年)釈義財産  
編第一部物権(F)〔日本立法資料全集別巻82) (信山社出版、復刻版、一九九七)にて復刻〕。
- (60) 旧民法財産編一八〇条一項(「法定ノ占有者トハ占有者カ自己ノ為メニ有スルノ意思ヲ以テスル有体物ノ所持又ハ  
權利ノ行使ヲ謂フ」)参照。
- (61) 田中・前掲注(52)三六頁以下〔自主占有・他主占有七七頁以下〕。
- (62) なお、田中博士は、以上と同様な説明を、田中「自主占有をめぐる通説と判例の再検討」菅生綜合法律事務所編

『弁護士三十年』（菅生綜合法律事務所、一九八七）四四頁以下（自主占有・他主占有所収（自主占有をめぐる民法一八五条に関する覚書——自主占有をめぐる通説と判例の再検討——）に改題）、一二三頁）でも行っている。

#### IV 考 察

以上、前第Ⅲ節では、旧民法の占有規定のうち、同法財産編一八五条、一八六条を中心に、それら規定の草案に対するボアソナードの説明と、これに関する今日の学説を紹介してきた。そして、前述のところから明らかのように、ボアソナードが、少なくとも理論上は、占有の要素として占有者の内心の意思（心素）を重視していたということは、間違いないところである。

しかし、ここで考えなければならないのは、右一八五条や一八六条が適用される具体的場面である。そして、この具体的場面についてボアソナードがどのように論じていたのかを検証していくと、旧民法における取得時効の要件としての法定占有について、その要素として、占有者の内心の意思（所有者として振る舞う内心の意思、自己のために権利を行使する内心的意思）が実際に、どれだけ問題とされなければならないのか、以下のように、幾許かの疑問が浮上してくるのである。

##### 一 旧民法財産編一八五条及びボアソナードのコメントからの考察

- (1) そこで、まず、旧民法財産編一八五条の二項と三項を対比してみると、確かに第三項では、「然レトモ占有取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

有ノ権原ノ性質ヨリ生スル容仮ハ」(傍点——引用者)とあるため、「権原ノ性質ヨリ生スル」容仮占有はあくまでも例外であり、第二項の規定する「容仮ノ占有者カ自己ノ為メニ占有ヲ始メタルトキ」、すなわち、容仮占有者であった者がその内心で、所有の意思など自己のために権利を行使する意思を持つに至って法定占有となる場合こそ、原則的な場合であるように見えないわけではない。

さらに、前第Ⅲ節一(2)(b)に引用したポアソナードのコメントにおいても、容仮占有は「占有者がその意思を変えて、自己のための占有を始める」場合に法定占有に変わるのが原則であるが、容仮占有者が寄託や使用貸借、賃貸借のような権原に基づいて容仮占有をしていた場合はその例外であるとされている。そうすると、なるほどポアソナードのこの部分のコメントからすれば、右と同様、法定占有の原則的構成要素を、内心における所有の意思、ないしは自己のために権利を行使する意思と解することこそ妥当な解釈と言うことも可能なのかもしれない。そして、以上のように考えると、田中博士の主張するような、内心的意思の変更による容仮占有から法定占有への転換が本来の姿であるという理解も当然のことのように思われないわけでもなく、また、辻教授の言及するような、旧民法における容仮占有の判定については、①占有者の具体的意思によって決する場合と、②権原の性質によって決する場合との二つの判断枠組があるという理解も、決して的外れたものとは言えないであろう。(2)(a)では、容仮占有をこのような判断枠組で分類した場合、具体的にはどのような占有が右①あるいは②に該当するのであろうか。

そこで、この点について、ポアソナードのコメントのうち、前第Ⅲ節一(2)(a)の引用部分を検討してみると、ポアソナードは、容仮占有が生ずる具体的場合として、(ア)委任、事務管理、あるいは、(イ)寄託、使用貸借、嫁資設

定、注意をもって物を保存し、契約の相手方にそれを返還する義務を負わせるその他の契約による場合、さらには、(ウ)動産質・不動産質・用益・地役・賃貸借の権原により物を所持する場合をあげる。そうすると、これら容  
取  
保  
有  
の  
うち、寄託以下賃貸借に至る原因によって生じた占有(イ)、(ウ)は、いずれも法律行為(契約)に基づ  
くものと考えられ、従って、右判断枠組で言えば、②に該当する場合、すなわち、権原の性質によって容取占有  
と決せられるべき場合にあたることになる。<sup>64)</sup>

(b) 次に、(ア)のうち委任はどうかという点、前記引用部分では委任は事務管理と並べてあげられているため、  
ボ  
ア  
ソ  
ナ  
ー  
ド  
は委任を事務管理と同様のグループと考え、これを(イ)、(ウ)のグループのような「権原」とは捉えて  
いない、というように見えないこともない。<sup>65)</sup>

しかし、旧民法では、現行民法(民六四三条)と異なり、委任(旧民法における名称は「代理」契約<sup>66)</sup>(旧民法取  
得編二二九条<sup>67)</sup>)は法律行為の委任のみならず、委任者の事務処理全般の委任が契約の目的とされていたのであ  
つて、この点で事務管理(旧民法財産編三六二条・三六三条<sup>69)</sup>)と共通する。そして、同じく他人の事務を処理する行為  
であっても、事務管理の場合はそれが事務管理者の自発的意思によってなされるのに対し、委任は委任者と受任  
者(代理人)の契約に基づくものである。つまり、前記引用部分でボアソナードが事務管理について、わざわざ  
「任意の」事務管理(*une gestion d'affaires spontanée*)と言っているのは、両者間のこの点の相違を際立たせるた  
めだったとも推測し得るのである。とすれば、他人の事務処理のためその所有物を容取占有することがあるとい  
う点では事務管理と共通していて、この点で事務管理と同じ範疇に括られるとしても、委任の場合は、それが契  
約に基づくものであることは間違いないのであるから、この場合の占有も、権原の性質に基づく容取占有と言  
う

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

ことができよう。<sup>(70)</sup>

(c) そうすると、容仮占有が生ずる場合としてボアソナードがあげた右具体例のうち、権原に基づかない占有としては、唯一、事務管理に基づく占有のみが残ることになる。すなわち、ボアソナードのあげる具体例から見ると、前述(1)とは逆に、権原に基づく容仮占有こそ原則であり、事務管理による占有のみが、例外的に占有者の意思に基づいて容仮占有になる場合とも考えられるのである。

(3) (a) では、この事務管理に基づく容仮占有は、旧民法財産編一八五条二項の定めるように、その占有者が「自己ノ為メニ占有ヲ始メ」る、すなわち、容仮占有者の内心に所有の意思ないしは自己のために権利を行使する意思が具備されれば、法定占有に変わるのであろうか。この点、辻教授によれば、ボアソナードは、権原の性質によらない「容仮占有の場合には、容仮占有者に内心の所有の意思がそなわるだけで占有名義の変更が可能であると」考えていたものとされる。<sup>(71)</sup>そして、確かに、前第III節一(2)(b)に引用したボアソナードのコメントからすれば、このように解することは十分納得できるところと言えよう。

(b) しかし、従来容仮占有をしていた事務管理者が、その後所有の意思を持つようになる場合とはいったいどのような場合か、ボアソナードもこれについては触れるところがなく、具体的に考えると、この点は必ずしも明らかでないようにも思われる。そこで、これに関し、前掲(第III節三(1)(b))した磯部四郎の著書を参照すると、辻教授も引用しているように、<sup>(72)</sup>同書の旧民法財産編一八五条の注釈には、以下のような記述がある。

容仮ノ占有ノ以テ法定ノ占有ト異ル点ハ無形ノ原素即チ自己ノ為メニ有スル意思ノ原素欠クルニ在リトス容

仮ノ占有ヨリ法定ノ占有ニ化成スルカ為メニハ右無形ノ原素ノ加ハルヲ以テ足レリトス是レ本条ノ第二項ニ於テ容假ノ占有カ他人ノ為メニ他人ニ代リテ占有スルヲ止メ将来自己ノ為メニ占有ヲ始メタルトキハ其占有ノ容假ハ止ミテ法定ノモノトナルコトヲ示シタル所以ナリ

此法文ヲ見テ或ハ驚ク者アラン例ヘハ不在者ノ為メニ從來誠実ニ事務ヲ管理セシ者カ今日悪意発シテ不在者ノ財産ヲ横掠スルノ意思ヲ以テ将来其財産ヲ占有セシトキハ其占有ハ更ニ法定ノモノトナリテ時効ノ期間ニ到達スルヤ直チニ真ノ所有者ト為ルト謂フカ如キハ条理ニ反スルコト著シキニ似タルヲ以テナリ然レトモ始ヨリ財産ヲ侵奪スルノ行為モ亦法定ノ占有ヲ得ルノ方法タル以上ハ其意思ノ中途ニ発シタルカ為メ法定ノ占有ヲ拒絶スヘキ謂レアルヲ見ス是ヲ以テ占有者ノ意思ノ変更ニ依リ容假変シテ法定トナルハ敢テ驚クニ足ラサルモノトス<sup>(73)</sup>

すなわち、磯部によれば、容假占有が法定占有と異なっているのは、ただ所有の意思のような自己のために権利を行使する意思、つまり法定占有のための心素が欠けているだけのことであるから、後にこの心素が加わりさえすれば容假占有は法定占有に変更し得る、従って、他人の物を誠実に容假占有していた事務管理者であっても、ある時点でそれを自分の物にしようとする意思を抱きさえすれば、その時点から法定占有者になり変わり、以後時効期間が経過すれば、真の所有者になり得る、とされるのである。そして、磯部は、このような解釈は条理に反するようにも見えるが、始めから財産を侵奪した場合も法定占有となるのであるから、これとの比較で言えば、占有者が占有の途中から所有の意思を抱いた場合でも、法定占有の成立を拒絶する何らのいわれもない、と説く。

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

(c) 確かに、本稿第Ⅱ節一(2)でも触れたところであるが、事務管理者のような容仮占有者であっても、場合によっては、時の経過とともに占有物を自分の所有物と誤信するようになったり、あるいは横領を試みることも必ずしもないわけではないであろう。そうすると、結果として、占有者にその物を所有する意思が生じてくることも、皆無ではないかもしれない。

だが、よく考えてみるに、実際の紛争において、最初は事務管理として他人の物を占有する意思を持っていたと認められた者が、占有の途中から自己の所有物と誤信するようになったとか、横領を企てたということを理由に、その占有物を自己の所有物にする意思を途中で持つようになったなどと主張することは、本当にあり得ることなのであるか。

例をあげてみると、長年月国内に不在であったAの所有地を、隣地の所有者Bが三二年間占有していたが、その後Aが帰国し、Bに対して土地の返還を請求してきたとき、Bのほうで、Aの出国後二年間は事務管理者として容仮占有(他主占有)をしてきたが、二年が経過した時から、その土地を自己の所有とする意思を抱いて占有していたので、時効期間の経過によりその所有権を時効取得した、と抗弁することは通常はあり得ないことと思われる。むしろ、Bがその占有地を自己所有地であると主張する場合は、一般に、このBは、自己が占有していた土地はもともとBの所有地であったと認識しているのであって、従って、第一次的には、当該土地は当初からB所有地であったと主張し、それが認められない場合に備えて、時効取得を主張するのが普通ではないかとも思量される。

(d) もっとも、Aの所有地を事務管理していたBが死亡し、Bを相続したBが引き続き当該土地を占有してい

たところ、AがBに対してその土地の返還請求をしてきたという場合を考えてみると、この場合、Bのほうから、被相続人Bは事務管理者として占有していたかもしれないが、自分はBが所有者だと思っていたので、相続によって始まった自分自身の占有は所有の意思に基づいた占有である、という主張がなされることは十分あり得るかもしれない。

しかし、ポアンナードによれば、占有者の相続人は、民法上の権利については被相続人の人格をそのまま引き継ぐ者であるから、被相続人の占有を承継し、占有を人格と同様に引き継いでいく者とされる<sup>(74)</sup>。また、彼によれば、被相続人と相続人の間には占有の同一性と継続性があるとされる<sup>(75)</sup>。要するに、ポアンナードにおいては、被相続人と相続人は法律上同一人格であると観念されるため、被相続人の占有を相続人が受け継いだ場合も、同一人が占有を従来どおり継続していたのと同じように扱われ、継続中の占有に相続が何らかの変容をもたらすなどということは、ほとんど想定されていなかったものと思われる。そして、そうだとするならば、容仮の占有者が自己のために権利を行使する意思を持って占有を始めた場合（旧民法財産編一八五条二項、再閣修正民法草案六九七条二項、ポアンナード民法草案一九七条二項）の例として、ポアンナード（あるいは、磯部）の記述の中に、右述のような相続の場合があげられていないのは当然のことと言えよう。

(4) 以上、旧民法財産編一八五条の規定とそれに関わるポアンナードのコメントを中心に検討してきたが、この検討によって、ポアンナードがあげた例の中では、唯一、事務管理に基づく占有のみが、権原に基礎を置かず、占有者の意思によって容仮占有となる場合にあたると、ということが明らかになったと思われる。また、事務管理による容仮占有が占有者の意思に基づくものだとしても、同条二項に該当する場合、すなわち、事務管理者の占

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

有意思の変更によって法定占有に変わる場合については、具体的にはほとんど想定されていなかったのではないかと、という推測も可能と言つてよいかもしれない。

では、事務管理による占有以外に、権原に基づかず、占有者の具体的意思を根拠に容仮占有と判定される場合は、果たして存在するのだろうか。そこで、この問題については、引き続き、旧民法財産編一八六条とそれに関するボアソナードのコメントを考察する中で、さらに検討することにした。

## 二 旧民法財産編一八六条及びボアソナードのコメントからの考察

次に、前掲(前第Ⅲ節二(1)(a))のように、旧民法財産編一八六条によれば、占有者は常に「自己ノ為メニ占有スル」との推定を受け、この推定に基づいて、①本権の推定(旧民法財産編一九三条)<sup>(76)</sup>、②占有者が善意であった場合の果実の取得(同編一九四条以下参照)、③時効取得、といった利益を得るものとされる(前第Ⅱ節二(1)参照)。そして、右一八六条の但書に従えば、この推定を争い、占有者の時効取得等の利益を否定しようとする者は、占有の「権原」または「事情」によって、その占有が容仮占有であることを証明しなければならないものとされるのである。

### (1) 法定占有が推定される理由

では、なぜこのような推定がなされるのであろうか。

(a) この点について、辻教授は、前第Ⅲ節三(1)(c)でまとめたように、所有の意思や自己のために有するの意思

が「内心の意思であるからこそ、その証明の困難が生じないように」推定規定が設けられた、と論ずる。すなわち、教授によれば、ボアソナードは、一方で、人が占有する際は、他人のためよりも自分自身のために占有（その中心は、所有者としての占有）するといふ蓋然性が強いといふことを理由に法律上の推定を認めているが、<sup>(17)</sup>また、他方で、彼は、法定占有の要件である「自己ノ為メニ有スルノ意思」を内心的ないし精神上のものと捉えているといふ点をも考え合わせると、「とくに所有者としての占有について言えば——引用者）内心の意思であるところの所有の意思（*animus domini*）の証明が困難であり、かつ、所有の意思で占有することが通常の事例である、という事情から推定規定を設けた」とされる。<sup>(18)</sup>

(b) 確かに、既述のところからも明らかのように、ボアソナードは、所有者としての意思など自己のために権利を行使しようとする内心的意思を理論上法定占有の必須の要件としている。それゆえ、この点から見ると、辻教授の右論述はもつともな見解であると言ふことができよう。しかし、ここで留意すべきは、ボアソナードのコメント（注釈）全体を見渡してみても、内心の意思が外部から推測困難であるといふことを明確に述べた箇所はなく、従って、内心の意思の立証困難と法定占有の推定という帰結を直接に結びつけた記述は、必ずしも見いだすことはできない、という点である。

そこで、法定占有、特にここでは、所有者としての占有が推定される理由を筆者なりに検討してみると、ある者が不動産等何らかの物を占有している場合、社会の通常の状態から言えば、その占有は所有権を取得するための何らかの行為によって始まった（そして、その場合は、所有者として占有する意思を当然に有している）蓋然性が高いと推測される。ところが、占有者がこのような行為に基づいて占有していることを簡単に証明できない場合

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一四五

もあるため、その占有は、所有者としての占有であることが法律上推定される。とりわけ取得時効との関係で考えてみると、取得時効によって真の所有者の立証困難を救済するというボアソナードの見解（本稿第Ⅱ節2(b)参照）からして、その目的を達成するためには、内心の意思の推定ではなく、取得時効の要件である占有が所有権取得行為によって始まったということを推定するのが必要かつ十分なことと言うことができよう。

要するに、旧民法財産編一八六条が推定する対象はこの規定が設けられた目的との関係で理解されるべきであり、この点からすれば、一定要件の占有の継続が取得時効の基礎とされている点は十二分に考慮されなければならない。他方、ボアソナードの説明に、証明困難な内心の意思を推定するという明確な記述を見出せないという点をも考えれば、右一八六条が推定しているのは、占有者の内心の意思ではなく、当該占有は売買契約等の権利取得行為を権原として開始した占有である、という点だと解し得るかもしれない。

もっとも、以上は、主に占有の効果の一つである取得時効との関係で展開した論述であり、必ずしも占有の効果全体に目配りしたものではない。従って、旧民法財産編一八六条の「自己ノ為メニ占有スルモノトノ推定」を右のごとく解すべきだと断定することは、現在の段階では困難と言えよう。しかし、同法証拠編一三八条一項が不動産の取得時効の要件として規定する「所有者ノ名義」による占有は、右財産編一八六条の「自己ノ為メニ」する占有の一形態であるため、「所有者ノ名義」による占有も法律上推定されることになる。そして、この「所有者ノ名義」による占有の推定については、取得時効（ここでは長期取得時効）の存在理由（かつて所有権を得たにもかかわらず長期間の経過でその証拠を失った者の立証困難の救済<sup>79)</sup>）に照らせば、過去に所有権取得を目的とした行為がなされ、それに基づいた占有がなされていることの推定である、と解することもできると思われる。<sup>(80)</sup>

(2) 「事情」により容仮占有が証明される場合

(a) 第二に、旧民法財産編一八六条但書によれば、「占有ノ権原又ハ事情ニ因リテ容仮ノ証拠アルトキハ」(傍点——引用者)法定占有の推定は覆されることになるが、ポアソナードによれば、この場合の「事情」とは、「占有者が他人の権利(例えば所有権——引用者)を承認したことになる事情」を指すものとされる<sup>(81)</sup>。しかし、ポアソナード自身は、「事情」による容仮占有の証明を権原による証明と並べてあげているにもかかわらず、具体的にどのような場合が「事情」によって容仮占有が証明される場合か、については何ら述べていない。

そこで、ここでも、旧民法を注釈した磯部四郎の著書を参照してみると、辻教授も指摘するように、権原によらず占有者の意思のみで容仮占有となるものとしては、唯一事務管理による占有があげられているに過ぎない<sup>(82)</sup>。そして、この事務管理による占有は何の権原にもよらず、事務管理者の意思に従ってなされる占有であるため、その容仮性は、占有に関する客観的諸事情によって証明されざるを得ないであろう。

では、この事務管理による占有以外に、権原によってではなく、「事情」によって容仮占有を証明する場合としては、いったいどのような場合があげられるのであろうか。

(b) この点、辻教授によれば、まず、「事情」による容仮占有の証明とは、占有者に所有の意思等自己のために占有する意思がなく、他人のためにする意思で占有しているということを客観的事実に基づいて具体的に探求することであるとされる。その上で、教授は、①盗取による占有か事務管理による占有かの判定や、②土地所有者が越境部分を占有した場合における越境部分についての所有の意思の有無の判定を例にあげ、これらの事例は「権原」が存在せず所持者の所有の意思の有無を外形的客観的事情によって判定せざるをえない場合」にあた

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一四七

ることから、「所有の意思の推定を覆すためには、……占有の外形的客観的<sup>84)</sup>事情によって所有の意思のないことを証明することが必要となる」(傍点——引用者)と論ずる。そして、①の事務管理による占有については、右(a)で述べたように、確かに「事情」により容假占有性が判定されるべき場合と言うことができよう。

(c) しかるに、右②の事例については、これが本当に権原によらず、外部的諸事情から占有者の内心の意思を採求して占有の性質を判定すべき場合なのか、特に前述(本稿第Ⅱ節②(b)、本節②(1)(b))した取得時効の存在理由との関連で考えてみた場合、にわかには肯定できない面が存するようにも思われる。

というのは、境界紛争において、当事者はどのような場合に取得時効を主張するかというと、例えば、AからBが買い受けて長期間占有している甲地と、それと相接するC所有の乙地との境界が不明で、甲乙両地のいずれに帰属するか明らかでない土地が存在する場合がその典型と言えよう。そして、この帰属不明の土地部分をBが長年月占有していた場合、その部分については、B所有の甲地に属する高度の蓋然性があることになる。ところが、Cのほうで、当該土地部分は自己所有の乙地に帰属すると主張してきたが、Bのほうでは、その部分が甲地に含まれることを通常の証拠で証明できない場合、Bは取得時効を援用して、当該係争地が自己所有地であることの立証困難を免れることができる<sup>(85)</sup>。そして、取得時効の機能を以上のように考えるならば、その要件である占有は、所有権取得行為(権原)によって始まった占有と推定することが適切と思われる。そこで、右の例で言えば、実はB所有地に属するのだが、そのことが立証困難であった係争地の占有についても、取得時効の存在理由からみた場合、これはA・B間の甲地の売買契約という権原に基づき占有だと推定することが妥当と考えられる<sup>(86)</sup>からである。

なお、以上のように解した場合、右のような事例を「越境部分占有事例」と呼ぶのは、必ずしも適当とは思われない。なぜならば、「越境」という言葉は、自己所有地の境界が明確に定まっているにもかかわらず、それを越えて占有していることを意味すると考えられるが、ここで問題になっているのは、Bが長期間占有している係争地がB所有地に含まれる可能性が高いため時効取得を認めるという場合であって、決して自分の所有地の範囲を越えて占有していると判断された場合ではないからである。<sup>(87)</sup>

(d) 以上、ボアソナードや磯部の説明を参照し、さらに、辻教授の主張を検討してきたが、筆者から見ると、結局のところ、旧民法財産編一八六条但書の規定する「事情」によって占有の容仮性を証明する場合は、事務管理による占有の場合以外に見出すことはできないように思われる。そうすると、本稿第I節二(2)で示したように、同但書の「容仮ノ証拠」は原則として「占有ノ権原」に基づいて得られるものであり、占有の「事情」によって得られるのは、事務管理による占有の場合に限定されるということが、ここで改めて確認されたと言つてよいであろう。

### 三 旧民法財産編一八五条三項の存在意義と同条二項・三項の関係について

#### (1) 序

さて、ここまでの考察によれば、一般に、容仮占有は、賃貸借契約とか寄託契約とかいった他人の権利を前提とする権原に基づいて生ずるのであって、唯一例外として、事務管理による占有のみが、占有者の意思に基づいて容仮占有になる場合にあたる、という私見が一応提示されたことになる。

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

ところが、ここで再度、旧民法財産編一八五条三項に目を向けてみると、同項は、その法文を見る限りでは、容仮占有のうち、特に「権原ノ性質ヨリ生スル容仮」について、同項一号、二号が規定する事項がある場合にのみ法定占有への転換を認めるという特別の制限を課す規定とも解され得る。すなわち、同項は、権原の性質より生ずる容仮占有の転換が可能な場合を、「占有ヲ為サシメタル人ニ告知シタル裁判上又ハ裁判外ノ行為カ其人ノ権利ニ対シ明確ノ異議ヲ含メルトキ」（同項一号）、および、「占有ヲ為サシメタル人又ハ第三者ニ出テタル権原ノ転換ニシテ其占有ニ新原因ヲ付スルトキ」（同項二号）という二つの場合に限定するが、①このような制限が設けられているのは、権原の性質による容仮占有に特殊の事情があるからである、従って、②同項は、そのような事情のない一般の容仮占有については、広く占有者の内心の意思の変更によって法定占有に転換し得るという趣旨を含んだ規定だ、とも解し得るのである。そして、もし同項をこのように解釈するならば、旧民法は権原に基づかない容仮占有を広範に予定していたものとも考えられるため、右述した私見の存立基盤は大きく崩れてしまふことになる。

よって、以下では、この旧民法財産編一八五条三項が設けられた理由を探究するなどして、これらの点から、右私見の妥当性をもう一度検討してみたいと思う。

(2) 起草者及び学説による説明

(a) そこで、まずはボアンナードの説明から見ると、前掲（前第Ⅲ節一(2)(b)）のように、ボアンナードによれば、賃貸借契約のような容仮権原に基づいて物を所持していた場合、その権原は、所有者など権利の正当保有者

が関与した権原（例えば、所有者である賃貸人が結んだ賃貸借契約——引用者）であり、また、権利の正当保有者はその権原によって自己の安全を確保している（賃貸借を例とすれば、その契約は、賃貸借終了後に賃借物が賃貸人に返還されることを内容とするものである——引用者）ということを理由に、この権原に反して、占有者の内心の意思だけで占有の性質を変更することはできないものとする。

(b) また、前と同様に、ここでも磯部の説明を参照してみると、磯部は、旧民法財産編一八五条三項の立法理由について、以下のように述べる。

……容仮ノ占有ハ……時トシテハ其占有ヲ設定シタル権原即チ権利行為ノ性質ヨリ容仮ノモノトナルコトアリ例ヘハ賃貸人ト賃借人トノ契約ニ依リ賃借人ニ賃借物ヲ占有セシムルカ如シ此場合ニ於テハ賃借人意思ノ変更ヲ賃貸人ニ知ラシメスシテ容仮ヲ変シテ法定ノ占有ト為スコトヲ得ス何トナレハ容仮ノ占有ハ双方ノ契約ニ成リタル以上ハ賃借人ノ意思ノ変更ヲ賃貸人ニ知ラシメサル限りハ結約当時ノ賃借人ノ意思依然トシテ尚ホ存スルモノト看做スヘキハ当然ナレハナリ<sup>(88)</sup>

すなわち、例えば賃貸借は、賃貸人と賃借人の双方が契約して、賃借人に賃借物を占有させたものであり、従って、この場合の容仮占有は双方の意思の合致に基づいて成立したものであるから、たとえ賃借人の内心において意思の変更があったとしても、そのことを賃貸人に知らせない限り、契約当時の賃借人の意思が依然として存在しているとみなすべきことになる。それゆえ、このような権原によって生じた容仮占有の場合、占有者は、

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

自己に占有を委ねた者に意思の変更を知らせずに、その占有を法定占有に轉換することはできない。

磯部はこのように説いているのであるが、ただ、以上の説明にはやや形式的な嫌いがあり、より実質的な論拠が求められるという点は否定できないところである。

(c) そこで、この点についても辻教授の見解を参照すると、教授は、前第III節三(1)(b)、(c)で紹介したように、磯部の論述をも参考にした上で、権原の性質による容仮占有は占有を委ねた者の意思と信頼に基づいた占有であることを重視する。そして、旧民法財産編一八五条三項は、占有を委ねた者の信頼が知らぬ間に裏切られ、この者に時効中断の機会のないまま取得時効が成立することを防ぐために設けられた規定である、と論ずる。また、これに対して、権原に基づかない容仮占有の場合は、このような配慮は必要ないものとする。<sup>(89)</sup>

### (3) 私見

(a) 以上、ボアソナード、磯部、並びに、辻教授の説明を見てきた。そして、これらの説明を筆者の視点から捉えると、以下のようにまとめることが可能と思われる。

すなわち、物の占有を委ねた者がその物の所有者であるという場合を例にあげると、権原に基づく容仮占有については、占有者は所有者の所有権を認め、それを前提にその物の占有を行うという趣旨の契約を結んで占有を任せられている。一方、所有者は、所有物の占有を委ねる者を信頼し、その物がいずれ占有者から返還されるものとして、占有を任せているのである。そこで、もし占有者の内心の意思の変更だけで法定占有への轉換が可能だとすると、信頼が裏切られ、その物に対する所有権が所有者の不知のところで侵害されてしまうことになる。

それゆえ、旧民法財産編一八五条三項に従い、占有者がその占有物を以後自己の所有物として占有すると所有者に明確に告知し（一号）、または、占有を任せられた所有者等から所有権を譲り受ける契約を結んだ（二号）場合に限って法定占有への転換を認めることにより、不当な所有権の侵害を防止することができる。このように、権原による容仮占有の場合は、占有を委ねた所有者の占有者に対する信頼が、占有の転換を制限する根本にあるのであるが、権原に基づかない容仮占有者の場合、この者は、所有者の占有者に対する信頼を基にして占有を任せられた者ではないから、占有者の内心の意思の変更だけで法定占有に転換することも可能となる、と。

(b) (ア) そこで、この旧民法財産編一八五条三項の立法理由ないしは存在意義を取得時効との関係で考察してみると、取得時効は他人の所有物を長期間占有した占有者に所有権を付与する制度であると考えれば、右のような説明は至極当然ということになるであろう。そして、筆者も、短期取得時効（旧民法証拠編一四〇条一項、現行民法一六二条二項）に関しては、取引の相手方を所有者と信じて不動産を譲り受けた者の取引の安全のため、その不動産の占有取得者に所有権を与える制度と考えること<sup>90</sup>から、この場合は、容仮占有から法定占有への転換（旧民法）、ないし他主占有から自主占有への転換（現行民法）について、右のような説明を採ることに妥当性があるものと思量する。

(イ) もっとも、短期取得時効は、売買契約など有効な所有権取得行為（正権原）による占有の開始を証明する必要がある<sup>91</sup>。そこで、まず旧民法財産編一八五条三項二号が適用される場合を考えてみると、容仮占有者が、彼にその占有を委ねた所有者から所有権を譲り受ける行為を行った場合、占有者は、その行為によって所有権を取得したことを証明するのであるから、これについてわざわざ取得時効を援用する必要はない。そうすると、同号

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

が適用されるのは、容仮占有者がその占有物を所有者と主張する第三者から譲り受け、その後時効完成に必要な期間占有を続けていたところ、占有を委ねた者から返還請求がなされた場合ということになる。<sup>92)</sup>

ただ、このような場合を考えたとき問題となるのは、ここでいう同号の趣旨、すなわち、占有を委ねた者の知らない間に容仮占有が法定占有に転換することを防ぐという趣旨との関連である。そこで、事例をあげてこれを検討してみるに、例えば、①貸貸人Aとの賃貸借契約に基づいて賃借物を占有していたBに対し、②C（実は非所有者）がその物の所有権を主張してきたため、BがCからその物を買って占有を継続していたところ、③Aが返還請求をしてきた、これに対し、④Bが取得時効を援用した、といった例があげられる。そうすると、このような例では、BがCを所有者と信じて買い受けた時点からAへの賃料の支払が中止され、このことよって、AはBの法定占有への転換を知ることができるのが通常と推測される。そして、以上のように想定すれば、同号の趣旨に必ずしも齟齬することにはならないと言えるかもしれない。しかし、このような説明については、未だ検討不十分な点があるため、現在の段階でそのように断言することは、ひとまず避けておくことにしたい。

(ウ) 次に、旧民法財産編一八五条三項一号についてであるが、同号は第二号と異なり、容仮占有者に何ら新たな権原は要求していない。ところが、前述のように、短期取得時効においては、正権原、すなわち、有効な所有権取得行為による占有の開始が要件とされる。とすれば、旧民法財産編一八五条三項一号は、短期取得時効の場合とは無関係の条文と言うことができよう。

また、正権原による占有の取得が短期取得時効の要件であるから、占有者が内心の意思を変更しただけで占有を継続しても、短期取得時効の認められる余地はない。要するに、短期取得時効に関しては、容仮占有から法定

占有への転換が問題となるのは、旧民法財産編一八五条三項二号に該当する場合だけであると言うことができよう。

(c) (ア) 以上に対し、長期取得時効（旧民法証拠編一四〇条二項、現行民法一六二条一項）については、やや異なった考慮も必要と思われる。というのは、既述したように、長期取得時効は、長年月の占有者が真の所有者であるという高度の蓋然性を根拠に、真の所有者である占有者の立証困難を救済する制度と考えられるが、旧民法財産編一八五条の解釈についても、このような長期取得時効の趣旨との関連に配慮した解釈がなされなければならないからである。そこで、以下では、まず、不動産の占有者Bがその物の賃貸人と称するAに対して長期取得時効を援用したところ、Aのほうから、Bの占有は賃貸借契約によって始まった容假占有（他主占有）であると主張してきた、という事例を設定して検討することにした。

(イ) とところで、長年月の占有者が当該占有物の所有者であるという蓋然性は、決して長期間の占有継続という事実だけで得られるわけではない。そうではなく、私見によれば、自分こそその物の所有者であると主張する者ならば、占有者の占有中、返還請求等の権利行使をして（その結果として、最終的にその権利の公権的確認を得て）当然であるにもかかわらず、これまで何ら権利行使をしてきていないか、あるいは、占有者がその者の所有権を承認しないまま、長年月が経過し、その間、占有者が何ら妨害を受けることなく占有を継続してきたという事実のあるがゆえに、占有者が所有者である強度の蓋然性が育まれるものと考えられる。換言すれば、もし所有者である主張する者が本当に所有権を持っているならば、占有者に対し時効中断手続をとるのが当然であるにもかかわらず、それを怠り、占有者のなすがままに占有を継続させていたという点に、占有者が所有者である蓋然性

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一五五

の根拠があると言えよう。<sup>(93)</sup>

そうすると、右(ア)の事例の場合、Bは長年月不動産を占有しているが、その占有がA・B間の賃貸借契約に基づくものならば、賃貸借期間中Aが返還請求等の権利行使をしないのは当たり前のことであり、Aの返還請求等がなされないまま占有が継続したからといって、Bの取得時効の成立を認めるいわれはないことになる。このように、容假占有は、それがいくら永く続いても、取得時効の基礎となることはできない。<sup>(94)</sup>

(ウ) しかし、その後の売買契約などによって、Bが自己の賃借していた不動産をAから譲り受けて、さらに長期間占有を継続していたところ、Aのほうから返還請求がなされたでしょう。このような場合、Bは、右売買等が有効になされたことを証明できれば、それによって直ちにAの返還請求を排斥できる。だが、長年月の経過によって、Bは、過去にそのような契約が存在したこと自体は証明できても、それが有効になされたということを証明できないことも生じ得る。そこで、この場合、不動産の所有者となったBは、長期取得時効を援用すれば、Aの返還請求を排斥し、自己の所有権を守ることができるようになる。そして、旧民法財産編一八五条三項二号は、以上の場合に適用される条文と言えよう。

また、右のBが売買契約などの新権原を証明できない場合であっても、同項一号の規定するところに従い、当該不動産を所有者として占有することをおかしてAに「告知」して、その後、長期取得時効に必要な期間占有を継続していたときは、Bはその所有権を保護するために長期取得時効を援用することができる。なぜならば、もしBが「告知」した時点でAが所有者であったならば、当然Bの「告知」を争っていたと考えられるからである。<sup>(95)</sup>

(エ) 次に、Aから不動産を賃借していたBが、その後出現した真の所有者Cから当該不動産を買い受けて占有を継続していたところ、Aがその物の返還を請求してきたという事例を考えると、この事例でも、以上とほぼ同様なことが言えると思われる。

すなわち、BはCから所有権を譲り受けたが、その時から長期間が経過したため、前主Cが所有権を有していたことの証明が困難になることもあり得る。ところが、その譲受け後、Aから何らの返還請求も受けずにBが長年月占有を継続していた場合、Bは、真の所有者Cからの正当な所有権取得者である蓋然性が高いと判断されることになろう。そこで、Cが所有者であったことの証明ができないBは、その証明に代えて取得時効を援用することにより、所有権を失う危険から免れることが可能となる。そして、旧民法財産編一八五条三項二号は、このような場合、BがCからの譲受行為を証明さえすれば、その行為の時点から容假占有が法定占有へ変更されたとして、Bに取得時効援用の利益を与えることになるのである。<sup>(96)</sup>

また、BがC・B間の売買契約等を証明できない場合であっても、(ウ)同様、当該不動産をその所有者であるCから譲り受けたと過去にAへ「告知」していて(旧民法財産編一八五条三項一号に該当)、その後、時効完成まで占有を継続していたときは、Bは長期取得時効を援用することが可能となる。

(d)(ア) 以上、(c)では、長期取得時効について述べてきたが、長期取得時効は真実所有権を取得した者の立証困難を救済するためあるとすれば、その要件である占有は、何らかの所有権取得権原によって開始されたものでなければならぬ。もっとも、その権原を証明できないからこそ取得時効が必要とされるのであるから、取得時効を主張する占有者は権原を証明する必要はなく、その占有が所有権取得権原によって生じたものであることは

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一五七

推定される（旧民財産編一八六条本文、現行民一八六条一項<sup>97</sup>）。これに対し、旧民法財産編一八五条三項二号（現行民法では、一八五条後段）では、取得時効を主張する者に所有権取得権原の証明が求められることになるが、これは、その場合の占有が本来取得時効の基礎となり得ない容仮占有（他主占有）で始まっていたからこそ、特に要求されるものと考えられよう。

しかし、このように、権原の証明が原則として不要であるからといって、所有権取得権原に基づかない占有の継続によって長期取得時効の成立を認めることは、長期取得時効の趣旨にそぐわず否定されざるを得ない<sup>98</sup>。一方、短期取得時効は、前述（本節三(3)(イ)）のように、正権原、すなわち、有効な所有権取得行為に基づく占有を必須の要件とする（旧民証拠編一四〇条一項）。そして、このように考えてくると、少なくとも取得時効との関連においては、占有者がその内心に所有者として振る舞う意思を持っているだけでは、法定占有（現行民法では、「所有の意思をもって」する占有）の成立は認められないと言わざるを得ないであろう<sup>99</sup>。

(イ) では、事務管理による占有のように、占有者の内心の意思に基づいて成立する容仮占有は、旧民法財産編一八五条三項の「権原ノ性質ヨリ生スル容仮」占有に該当しないがゆえに、同条二項の規定により、内心の意思の変更だけで法定占有に転換し得るとしてよいであろうか。

しかし、右(ア)に述べたところに従えば、所有権の取得時効の要件として解する限り、法定占有は、所有権取得権原によって始まる占有であることが求められる。そして、そうだとするならば、事務管理のような占有者の内心の意思に基づく容仮占有の場合も、占有者が取得時効を主張するには、事務管理の本人または第三者との間で新たに贈与や売買などがなされ、その所有権譲受行為によって始まった占有が時効期間継続した、という要件の

充たされていることが必要と考えられよう。

もつとも、前にも多少触れたが、他人の所有物を容假占有していた事務管理者がその占有物を横領し、以後自分がその物を所有する意思で時効期間占有を継続するということも、稀にはあり得るかもしれない。そして、その場合は、何らの権原に基づかずとも、所有者として占有を継続したのであるから、占有者は、長期取得時効による所有権の取得を認められてよいという考え方も成り立ち得ないわけではない。だが、旧民法の起草者ポアンードのように、真の所有者の立証困難の救済に長期取得時効の存在理由を求める立場から言えば、右占有者のような、権原によらずに占有する者に対して取得時効の利益を与えるということは、許容しがたいものになるかと思われる。

(e) 以上、ここまで説いたところに従えば、占有者の内心の意思によって容假占有と判定される占有は、事務管理に基づく占有のみであり、この事務管理による容假占有も、占有者の内心の意思の変更だけで法定占有へ転換することはできないことになる。そうすると、旧民法財産編一八五条における二項と三項との関係は、なるほど理論上は、二項が容假占有一般に関する原則を定め、三項がその例外として、「権原ノ性質ヨリ生スル容假」占有について法定占有転換事由の制限を定めたもののようにも理解できる。しかし、取得時効の存在理由との関係を考慮してこれら条文の適用場面を考えれば、二項で示された理論は、具体的には三項の規定に従って適用されるのであり、二項がそのまま適用されることは実際上はありえないことになるのである。

(63) なお、下村教授も、現行民法一八五条（ないし旧民法財産編一八五条）は、「そもそもは内心意思説に立ったう

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一五九

えて、これを制約する趣旨」の規定であつたとする（下村・前掲注(15)民商一一七卷一四頁）。

(64) 同旨——辻・前掲注(7)獨協一三七頁〔所有の意思と取得時効二九頁〕。

(65) 辻・前掲注(7)獨協一三七頁〔所有の意思と取得時効二九頁〕参照。

(66) 旧民法では、委任者が受任者に委任した事務は、受任者が「代理人」として委任者の名の下に行うべきものとされ、この他人に事務処理を委任する契約は、「代理」という名称がつけられていた。

(67) 旧民法財産取得編二二九条一項「代理ハ当事者ノ一方カ其名ヲ以テ其利益ノ為メ或ル事ヲ行フコトヲ他ノ一方ニ委任スル契約ナリ」(傍点——引用者)。

(68) 前注(67)に示した旧民法財産取得編二二九条一項の傍点部分参照。

(69) 旧民法財産編三六二条一項「不在者其他ノ人ノ財産ニ患害アリト見ユルトキ合意上、法律上又ハ裁判上ノ委任ナク好意ヲ以テ其事務ヲ管理スル者ハ本主ノ財産ヨリ収メタル利益ヲ返還シ且其管理ノ際自己ノ名ニテ取得シタル權利及ヒ訴權ヲ本主ニ移転スル責アリ」、二項「右管理者ハ本主又ハ其相続人カ自ラ管理ヲ為シ得ルニ至ルマテ其管理ヲ継続スル責アリ」、三項「又右管理者ハ過失又ハ懈怠ニ因リテ本主ニ加ヘタル損害ノ責ニ任ス但管理者カ其管理ニ任スルニ至レル事情ヲ酌量スルコトヲ要ス」、三六三条一項「本主ハ管理者カ管理ノ為メニ出シタル必要又ハ有益ナル諸費用ヲ賠償シ及ヒ管理者カ其管理ノ為メニ自身ニ負担シタル義務ヲ免レシメ又ハ其担保ヲ為スコトヲ要ス」、二項「若シ本主ノ意思ニ反シ管理ヲ為シタルトキハ管理者ハ出訴ノ日ニ於テ存在スル費用又ハ約務ノ有益ノ限度ニ非サレハ賠償ヲ受クルコトヲ得ス」

(70) なお、辻教授は、辻・前掲注(7)獨協一三七頁注9)〔所有の意思と取得時効三三頁注(33)〕において、ポアソナードが委任を事務管理と同様に考え、「権原」に含めていないように見える理由について、以下のような推測を行う。すなわち、賃貸借・寄託などは「契約類型的に物の返還が義務づけられている」のに対し、「委任においては、その内容はさまざまであり、委任であれば当然に返還義務が生ずるといふことにはならないのであって、当事者の意思を客観的にみて、返還義務の有無を判断しなければならない」ということから、ポアソナードは委任を「権原」に含め

なかった、とするのである。

確かに、本文(イ)のグループは、その契約の性質から、占有物の返還義務が占有者に義務づけられているのに対し、(ア)グループの委任や事務管理の場合は、占有物の返還義務が受任者あるいは管理者に常にあるわけではない。従って、この差異についての教授の指摘には、正しいものが含まれていると言えよう。しかし、それが委任や事務管理の場合であっても、ここでポアソナードが問題としている占有は、容仮占有、すなわち、占有者に返還義務のある占有である。そうすると、委任の場合は、受任者の占有が容仮占有であることは、委任契約（＝権原）の内容に従って決められるのであるから、この場合の容仮占有も権原の性質による容仮占有ということになる。辻教授は、ポアソナードが委任を「権原」に含めていないように見える理由として、委任の場合は、当事者の意思を探求して容仮占有が否かを判断する必要があるということをおけるが、物の占有を移転する契約がなされた場合、その契約（＝権原）が例えば贈与契約にあたるのか、あるいは、占有者に返還義務のある使用貸借契約にあたるのかといったことは、当事者の意思の解釈によって決められることになる。換言すれば、このように、明らかに権原によって生ずる占有についても、それが容仮占有が否かは、権原行為を行った当事者の意思解釈によって判断せざるを得ない面があるのである。

(71) 辻・前掲注(7)獨協一四八頁〔所有の意思と取得時効四三頁〕(引用は『所有の意思と取得時効』から)。

(72) 辻・前掲注(7)獨協一四八頁〔所有の意思と取得時効四三頁以下〕。

(73) 磯部・前掲注(59)八八一頁以下。

(74) BOISSONADE, *supra* note 27, n°273, p. 340; ポワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二七三〕四四頁(雄松堂版、三七三頁)。拙稿「相続と取得時効——民法187条の『占有承継』をめぐる——」松商短大論叢三九号(一九九一)一一頁以下参照。

(75) BOISSONADE, *supra* note 27, n°299, p. 367; ポワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二九九〕一〇二頁(雄松堂版、四〇二頁)。拙稿・前掲注(74)一一二頁参照。

(76) 旧民法財産編一九三条「法定ノ占有者ハ反対ノ証拠アルニ非サレハ其行使セル権利ヲ適法ニ有スルモノトノ推定取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

ヲ受ク其権利ニ関スル本権ノ訴ニ付テハ常ニ被告タルモノトス」

(77) 前第Ⅲ節(2)において *Projet, I-1* を訳した部分を参照。

(78) 辻・前掲注(7)獨協一三三頁以下〔所有の意思と取得時効二四頁以下〕(引用は『所有の意思と取得時効』から)。

(79) 前注(42)参照。

(80) なお、筆者は、「所有者ノ名義」による占有の推定に関するこのような解釈を、既に拙稿・前掲注(1)一三六頁以下で提示している。しかし、このような解釈を採る理由としてそこであげたのは、主に取得時効の趣旨であった。これに対し、本稿は、取得時効の趣旨(目的)に加え、ポアソナードの民法草案の占有規定に対するコメント(注釈)をも検討した結果、右解釈を導き出したものである。

(81) BOISSONADE, *supra* note 27, n°282, p.360; ポワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二九二〕八八頁(雄松堂版、三九五頁)(前第Ⅲ節(2)に引用)。辻・前掲注(7)獨協一三三頁(所有の意思と取得時効二九頁)参照。

(82) 辻・前掲注(7)獨協一三三頁注10〔所有の意思と取得時効三三頁注(34)〕。

(83) 磯部・前掲注(59)八八一頁以下。

(84) 辻・前掲注(7)獨協一三七頁以下〔所有の意思と取得時効二九頁以下〕(引用は『所有の意思と取得時効』から)。

(85) この場合、筆者は、時効取得は登記なくして対抗できると考えるが、このことを主張した最近の論稿として、拙稿「取得時効の存在理由から見た時効取得の対抗問題と背信的悪意者——境界紛争ないしは地番争いの事案を中心に——」法時八二巻三号(二〇一〇)一一六頁以下がある。

(86) 拙稿「筆界と所有権界——取得時効制度の観点から『境界』を考察する——」三重大学法経論叢二二巻一号(二〇〇三)二九頁以下参照。

(87) 但し、現行民法の下で行われる訴訟については、時効取得(民一六二条)の法律構成上、当該係争地がC所有地に帰属すると仮定した上で、Bの取得時効による所有権取得を認定することになる。

なお、本文(c)で述べた内容は、主として、長期取得時効の存在理由に対応するものである。これに対し、私見によ

れば、短期取得時効は、取引の相手方を所有者と過失なく信頼して有効に不動産を譲り受けた者の取引の安全を保護する制度と考えられる（拙稿「取得時効と取引の安全——短期取得時効の存在理由と適用範囲——」松商短大論叢三三号（一九八五）二五頁以下〔取得時効の研究所収、六九頁以下〕、拙著・前掲注(42)『取得時効の研究』一七六頁〔拙稿「取得時効と登記——取得時効の存在理由との関連で——」松商短大論叢三五号（一九八六）初出、三三三頁〕、拙稿・前掲注(85)一一六頁）。そうすると、例えば、係争地が甲地に属するものとしてAからBが甲地を買い受け、その占有を継続していたところ、当該係争地が実はC所有の乙地に属していた場合、係争地を甲地に属すると信じて取得し占有していたBは、短期取得時効を援用して係争地の所有権を取得することが可能になる（拙稿・前掲注(85)一一七頁参照）。そして、この場合における取得時効の目的は、不動産の占有を取得した者の取引安全の保護にあるため、Bの占有は取引行為という権原に基づく必要がある。また、このような境界紛争の事例（右設例のような場合は、「越境事例」と言うことができる）では、C所有の乙地に帰属する係争地を、A所有の甲地に含まれると信頼したBを保護するという点に取得時効の存在理由があるのだから、この存在理由から見て、A・B間における甲地の売買は、一定の制約はあるものの（その制約がどのようなものであるかについては、拙稿・前掲注(86)二五頁以下参照）、係争地も含んだ売買として、Bの係争地に対する占有の権原になり得るものと理解できよう。ちなみに、以上のような場合の時効取得も登記なくして対抗できることについて、拙稿・前掲注(85)一一七頁参照。

(88) 磯辺・前掲注(59)八八二頁以下。

(89) 辻・前掲注(7)獨協一四九頁、一五二頁〔所有の意思と取得時効四四頁、四七頁〕。なお、辻教授によると、ポアンナードの論述からは、旧民法財産編一八五条三項の立法理由が「必ずしも明らかではない」とされるが、ポアンナードも、やや簡単ながら、本稿本文の第III節一(2)(b)で引用し、本第IV節三(2)(a)でも言及した説明は行っている（同部分は、辻・前掲注(7)獨協一四二頁〔所有の意思と取得時効三五頁〕にも引用されているところである）。そして、その趣旨は、辻教授の説くところとあまり大きくは変わらないものと推量される。

(90) 前注(87)参照。

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

- (91) 前注(87)参照。旧民法証拠編一四〇条一項は、「正権原」という要件を明文で掲げている。
- (92) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二九二〕八四頁以下〔雄松堂版、三九三頁〕参照。V. BOISSONADE, *supra* note 27, n°291, p. 359. なお、ボアソナードは、容假占有者が、寄託者等占有を委ねた者(実は非所有者)との間で売買契約等を結んだ場合についても、旧民法財産編一八五条三項一号によってその占有は法定占有に転換し、真の所有者である第三者が所有物の返還を請求してきたとき、その占有者は取得時効を援用できるものとしている。しかし、私見によれば、これは、同編一九二条二項(「物又ハ権利ノ特定権原ノ取得者ハ其利益ニ從ヒ或ハ自己ノ占有ノミヲ申立テ或ハ自己ノ占有ニ讓渡人ノ占有ヲ併セテ申立ツルコトヲ得」)が適用されるべき場合と思量される。
- (93) ここで述べたことについては、拙稿「判批」リマークス四一号(二〇一〇)二九頁参照。また、消滅時効に関する同様の記述として、拙稿「判批」リマークス一九号(一九九九)一七頁、同「生命保険契約における保険金請求権と消滅時効の進行(上)——高度障害保険金請求権の時効を中心に——」判時一九八五号(二〇〇八)一一頁も参照。
- (94) フランス民法旧二二二六条一項(「新二二六条一項」)(他人のために占有する者は、いかなる時間の経過によっても、時効によって取得しない。)(法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注(5)三六八頁の訳による)を参照。
- (95) ボワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二九〇〕八〇頁以下〔雄松堂版、三九一頁〕参照。V. BOISSONADE, *supra* note 27, n°291, p. 358.
- (96) 但し、この事例においても、実はAこそ真の所有者であったと仮定した場合、Aの知らないうちにBの取得時効が成立する可能性が全く考えられないわけではない。そこで、この点については、今後の検討課題として残しておくたい。
- (97) 私見では、短期取得時効については、その時効を主張する者が「正権原」(旧民法証拠編一四〇条一項)、すなわち、有効な所有権取得行為を積極的に立証しなければならぬが、長期取得時効では、同じ所有権取得権原(有効か無効かわからない)が法律により推定される(旧民法財産編一八六条本文)ということになる(拙稿・前掲注(1)一三七頁参照)。

(98) なお、藤原弘道弁護士は、藤原『「所有ノ意思」について(三)——取得時効の要件との関連において——』判夕三一五号(一九七五)三五頁(「時効と占有一〇三頁」)において、以下のように論ずる。すなわち、現行民法「一六二条一項の長期取得時効を、真の権利者を保護するための制度、証拠をなくした真の所有者をして所有権の証明を容易ならしめる趣旨のものだと考えるならば、その要件としての占有における『所有ノ意思』の有無を『権原』の客観的性質のみによって決定しようとしたり、所有権の移転を目的とする取引行為に基づくものでなければ『所有ノ意思』をもってする占有とは認められないとしたりするのはおかしいといわざるをえないであろう。そのような『権原』の主張立証が簡単にできるくらいならば、長期取得時効の制度によって所有権の証明を容易にしてもらう必要ははじめから存在しないはずだからである」(引用は『時効と占有』から)、と(同旨——同・前掲注(8)三三七頁(「取得時効法の諸問題九七頁」)。

しかし、現行民法における自主占有、旧民法における法定占有は法律上推定され、取得時効を争う相手方のほうで、その占有が他主占有(容仮占有)であることを立証しない限り推定は覆されないものであるから、権原を基準に自主占有、あるいは法定占有の成否を決したとしても、それによって長期取得時効の趣旨が否定されることにはならないと思われる(拙稿「二重譲渡と取得時効」松商短大論叢三六号(一九八七)一〇四頁注8)(「取得時効の研究二四〇頁以下注(29)」、同・前掲注(4)リマークス一七頁、同「書評『藤原弘道著 取得時効法の諸問題』」民商一二三卷一号〔二〇〇〇〕一五四頁)。

(99) なお、藤原・前掲注(8)三三七頁(「取得時効法の諸問題九七頁」)は、前注(98)に紹介した論理に基づき、現行民法の長期取得時効における「所有の意思」の有無について、占有者が「所有者と信じて」占有を継続したかどうかを中心に判定すべきものとする。しかし、そのような内心の意思は、占有者が真の所有者である蓋然性とは直接関係なく、従って、これを中心に「所有の意思」の有無を判定することは、藤原弁護士の唱える長期取得時効の趣旨には合致しないものと思量される(拙稿・前掲注(98)民商一五四頁)。

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

## V 結びに代えて——一応の結論と残された課題——

## 一 一応の結論

## (1) 第二の課題について

(a) 冒頭で示したように、本稿では、二つの課題を設定した。そこで、まず第二の課題についてであるが、第 I 節(2)で提示した仮説については、旧民法財産編一八六条但書の「容仮ノ証拠」は「占有ノ権原」に基づいて得られるのが原則であり、占有の「事情」によって得られるのは、事務管理による占有の場合に限られるという結論が、以上の考察から一応確認されたものと思われる。

(b) ところで、既述(本稿第 I 節(1))のように、今日の判例によれば、現行民法一八六条一項の自主占有の推定は、①他主占有権原に基づく占有取得事実が証明される場合以外に、②「外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情」(他主占有事情)が証明された場合にも覆されるものとされるが、このような判例は、旧民法財産編一八六条の規定といかにも平仄を合わせているかのように見えないわけでもない。しかし、ここまでの論述に従えば、占有事情により容仮の証拠が得られるのは例外的に事務管理による占有の場合だけであり、「事情」による容仮占有の証明は、「権原」による証明と並列するものではない。従って、右のような、今日の判例と旧民法が平仄を合わせているといった見方は、結局のところ否定されることになろう。

そこで、旧民法財産編一八六条の法定占有の推定規定の解釈が、そのまま現行民法一八六条一項に引き継がれ

るとするならば、現行民法においても、自主占有の推定を覆すために主張されるところの他主占有は、事務管理による占有の場合を除き、権原の性質により客観的に判断されるものでなければならぬ。但し、他主占有権原を賃貸借契約書などの直接証拠だけで証明できない場合に、それを補強する間接証拠として、占有状況（これを「他主占有事情」と言うことも可能であろう）に関する証拠を提出することは許されて然るべきである<sup>(10)</sup>。そして、以上のように考えたとすると、「所有の意思」の有無の判断基準として、「占有に関する事情」を占有取得権原と同列に並べ、他主占有権原とは全く別個の他主占有事情の証明によって自主占有を覆滅しようという今日の判例は、事務管理による占有という例外的な場合を除けば、再検討を要するものと言えよう<sup>(11)</sup>。

## (2) 第一の課題について

次に、本稿の第一の課題は、旧民法証拠編一三八条一項が定める「所有者ノ名義」による占有とは、果たして所有権を取得する権原に基づく占有のことか、それとも、内心において所有者として振る舞う意思を持つて行う占有のことを指すのか、というものであり、これが本稿における究極の課題であった。

(a) そこで、まずは旧民法財産編一八六条との関連で言うと、同条但書は占有権原のほか、占有事情によって容仮の証拠が得られたときも法定占有の推定が覆されると規定しており、その場合の「事情」とは、占有者がその内心で自己のためにする意思を持つて占有しているのか、あるいは、他人のためにする意思を持つて占有しているのかを外部から窺い知るための事情というように理解することも、文理上は可能であった。

しかし、右の(1)(a)で述べたように、占有者の内心の意思を反映した占有事情によって容仮占有と判定されるの

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

は事務管理による占有だけであり、それ以外の容仮占有は、すべて権原に基づいて判定されることになる。すなわち、事務管理による占有という唯一の例外を除けば、容仮占有の認定は、権原に基づいて、内心の意思とは無関係に行われるのである。

このように、容仮占有の認定においては、内心の意思がどうであったかということとは、原則として考慮されないと考えられる。そこで、そうだとするならば、この容仮の証拠がない限り推定される法定占有も、占有者が内心でどのような意思を持っていたかなどということとは関係なく、要するに、占有の性質は占有権原のみに従って判断されるべきであるということが、右一八六条の解釈から推察することができるのである。そして、このような推察は、既述してきた取得時効の存在理由にも合致すると思量することができる。

(b) 次に、旧民法財産編一八五条との関連で言えば、前第IV節の最後に記したように、取得時効の存在理由との関係をも考慮すると、容仮占有から法定占有への転換は、具体的には、すべて同条三項の規定に従って行われるのであり、二項を直接に適用して、占有者の内心の意思の変更だけで転換することは存在しないことになる。すなわち、二項は三項を通じてしか具体的適用を見ないのであり、このような見解からは、同条二項を根拠に、占有者の内心の具体的意思によって占有の性質が決せられる場合があることを導き出すことは認められないものと思われる。

(c) 以上、旧民法財産編一八五条・一八六条の規定との関連を検討することにより、旧民法における法定占有は占有者の内心の意思とは無関係であり、所有権その他の権利を取得する権原に基づく占有に限られるのではないかと、という私見を述べてきたが、法定占有が成立するための要件は、根本的には、その占有から生ずる効果と

の関連で考えられなければならない。そこで、本稿では、法定占有の重要な効果である取得時効の存在理由を基礎において考察を進めてきた。

しかし、前にも述べたように、法定占有の効果は、取得時効以外にも存在する。すなわち、①本権の推定、②果実の取得などの効果がそれである。また、③無主の動産の所有権取得が認められる先占も、<sup>(108)</sup>「已レノ所有ト為ス意思」をもって占有する場合に限定されるが、これも法定占有に含めることができよう。そうすると、取得時効との関係を考慮する限りでは、権利取得権原に基づく占有が法定占有であると言うことも可能かもしれないが、他の効果も含めて総合的に考えた場合、このように法定占有を定義することには未だ疑問が残されていないわけではない。

ところで、旧民法証拠編一三八条が定める不動産の取得時効は、法定占有の一種である「所有者ノ名義」をもってする占有をその要件とする。そこで、すべての法定占有について権原との緊密な関連性を認め得ないとしても、法定占有のうちの「所有者ノ名義」をもってする占有については、それが取得時効の要件として規定されている点に鑑み、占有者の意思と無関係な、所有権取得権原に基づく占有と解釈してこそ至当な結論が得られるものと思われる。そして、現行民法一六二条の「所有の意思をもって」する占有を、旧民法証拠編一三八条一項の「所有者ノ名義ニテ」行う占有と同義に解し得るならば、「所有の意思」をもってする占有（自主占有）も、売買契約などの所有権を取得する権原に基づく占有ということになり、所有権取得権原によって始まった占有の継続により時効取得が認められることとなる。

もっとも、旧民法における「所有者ノ名義ニテ」行う占有の解釈を、現行民法の「所有の意思をもって」する

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

占有の解釈にそのまま当てはめてよいかどうかは、やはり現行民法一六二条の立法経緯について詳細に検証することを待たなければならない。そこで、前段に述べたところはここでの一応の結論とし、最終的な私見は、今後の立法過程等の検討後に提示することにした。また、法定占有の性質を追究するためには、もちろん、取得時効以外の法定占有の効果との関連での考察も必要なものとなる。そこで、右私見については、このような考察をも踏まえ、法定占有全体を鳥瞰した上で、その展開を行えるようにしたい。

## 二 無権原の占有

(1) (a) さて、以上のところに従えば、取得時効の存在理由や旧民法財産編一八五条・一八六条の解釈を根拠に、同法証拠編一三八条一項が規定する「所有者ノ名義ニテ」行う占有（ひいては現行民法一六二条が定める「所有の意思をもって」する占有）とは、所有権を取得する権原によって始まる占有のことであり、決して、占有者が内心に所有者として振る舞う意思を持つてする占有のことではないという管見が、取りあえずの結論として導き出されたことになる。しかし、これに対して、旧民法は「無権原ノ占有」を規定しているのであって、この「無権原ノ占有」との関連を考えれば、右見解には大きな疑問があるという反論がなされることは、当然に予想される場所である。

というのは、まず第一に、旧民法財産編一八一条二項は、「占有カ侵奪ニ因リタルトキハ其占有ハ無権原ノ占有ナリ」と規定しているが、この「無権原ノ占有」は、正権原の占有とともに、法定占有の一つとされる（本稿第Ⅱ節二(1)参照）。また、第二に、同法証拠編一四〇条二項は、不動産の取得時効について、「占有者カ正

権原ヲ証スルコトヲ得ス又ハ之ヲ証スルモ財産編第八十七条ニ規定シタル如ク其悪意カ証セラルトキハ取得時効ノ期間ハ三十年トス」(傍点——引用者)と定めている。そこで、これらの規定を文字通り解するならば、他人の所有物を窃取、侵奪、あるいは横領し、その物の所有者同然に振る舞う意思で長期間占有を継続した場合についても、長期取得時効の成立が認められる余地があるのではないか、とも考えられるからである。そして、この点に関しては、実際に、旧民法証拠編一三八条一項の「所有者ノ名義」を「所有権移転を目的とする法律行為の意味での『権原』と解するならば、旧民法が「無権原の占有について長期取得時効を認めていること(……)を説明できない」という辻教授の批判が存在するのである。<sup>(105)</sup>

(b) しかし、自分が所有者であることの立証が困難な真の所有者を救済するという点に、取得時効(長期取得時効)の存在理由を求め、取得時効を所有権取得の推定と構成するポアソナードの立場からすれば、窃盗や侵奪、横領によって占有を取得した者に取得時効の利益を付与することは決してできないはずである。そして、このよ  
うな見地からは、既に何度か示唆してきたように、取得時効の要件としての「無権原ノ占有」とは、**真実は所有権取得のための権原に基づいた占有をしたにもかかわらず、そのことを証明できない場合の占有を言う**と解されてよいようにも思われる。

だが、それにもかかわらず、これに関しては、旧民法の起草者ポアソナード自身、以下のような説明を行って  
いる点に注意されなければならない。すなわち、まず第一に、ポアソナードは、本稿第Ⅱ節二(2)(b)で示したよう  
に、前掲『註釈第二編物権ノ部下巻』の「二五九」で、無権原の占有の例として、「他人ニ属スルヲ知リテ他人  
ノモノヲ掠奪シタルカ如キ」(傍点——引用者)場合をあげ、第二に、それに続く「二六〇」では、無権原の占有

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

者を「占奪者」(usurpateur)と言い換えているのである。<sup>(107)</sup><sup>(108)</sup><sup>(109)</sup>

(2) 要するに、ボアソナードは、一八八九(明治二二)年に出版された前掲 *Projet* 第五卷、および、その翻訳書である前掲『註釈第五編』で、真の権利者の保護という時効観を提示しているのであるが、ここで示された時効観と、それ以前に発行された *Projet* 第一卷<sup>(110)</sup>、および、その翻訳書の『註釈第二編物権ノ部下卷』における彼の占有に関する注釈(コメント)との間には、明らかに矛盾が存在する。しかし、ボアソナードが後者の著書の中で、無権原の占有者を「占奪者」(usurpateur)と明記している以上、いくら取得時効の存在理由と合致するからといって、そこから直ちに、「無権原ノ占有」の意味を、「権原を証明できない場合の占有」と解する結論を導くのは短絡過ぎるかもしれない。

そこで、本稿で示した一応の結論を十分に論証するためには、この「無権原ノ占有」に関するより深い考察は欠くことができず、これは今後の喫緊の課題ということになる。そして、その考察をするに際しては、フランス時効法及び占有法において、この「無権原の占有」、すなわち、《*la possession sans titre*》がどのように理解されていたかを考究し、それに基づいて、ボアソナードの時効及び占有理論を総合的に体系づけていく作業が必要になるものと思われる。よって、筆者としては、これらのことを肝に銘じ、本稿における課題の研究を継続していくことにしたい。

### 三 最 後 に

以上、本稿では、現行民法における取得時効の要件としての「所有の意思をもって」する占有を考察する前提

として、旧民法における「容假ノ占有」に関する規定、および、その草案についてのボアソナードの注釈（コメント）を主な資料とし、法定占有、さらには、旧民法の取得時効の要件である「所有者ノ名義」に基づく占有を中心にしての考察を行った。しかし、旧民法及びその草案の規定とボアソナードのそれに対する説明に検討の対象を絞り、それ以外の文献の参照は必要最小限に止めたため、考察に不十分な点もあるかも知れず、この点については、今後の研究で補うことにしたい。

ところで、本稿の参照文献の中で、筆者が最も教えを受けたのは、旧民法の取得時効及び占有規定を非常に詳細に検討した辻教授の論稿であった。しかし、それにもかかわらず、本稿では、教授の主張にあえて異を立てるような見解を展開する結果になってしまった点、非礼を謝するとともに、御海容を賜りたいと思う。そして、今後さらに、教授を始め多くの先生の教示を受けることにより、取得時効における「所有の意思」の研究を進めていくことにしたい。

(100) 筆者は、現行民法一八六条一項の自主占有の推定は、本文で述べたような旧民法財産編一八六条の解釈をほぼそのまま受け継いだものと解するが、この点の論証は、現行民法占有規定の立法過程を考察する別稿で行うことにしたい。

(101) 拙稿・前掲注(4)リマークス一七頁。

(102) なお、今日の判例のリーディング・ケースである前掲最判昭五八・三・二四は、その判決文中で、「……所有の意思は、占有者の内心の意思によつてではなく、……権原又は占有に関する事情により外形的客観的に定められるべき」である、と述べている。そうすると、今日の判例については、「占有に関する事情」によつて「所有の意思」の有無を判断する場合においても、その占有事情を、内心の意思を推測するものとして考慮しているわけではなく、占

取得時効における「所有の意思」と旧民法の占有規定

一七三

有事情と内心の意思との間には何らの関係もないという解釈をしている、と捉えることも可能かもしれない。だが、同判例は、右引用部分の少し後のところでは、「外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情が証明されるときは」「所有の意思」が否定される、とも判示している（傍点——引用者）。そうすると、今日の判例については、占有の要件として、必ずしも意思的要素を無視しているのではなく、ただ、占有を委ねた者の利益を保護する見地から、その意思を外形的客観的に解釈するためのものとして占有事情が勘案されるという立場に立っている、というように理解することもできるであろう。いずれにしても、今日の判例の検討は、近い将来において別稿で行いたいと思う。

(103) 旧民法財産取得編二条「先占ハ無主ノ動産物ヲ己レノ所有ト為ス意思ヲ以テ最先ノ占有ヲ為スニ因リテ其所有権ヲ取得スル方法ナリ」

(104) 旧民法財産編一八七条「正権原ノ証拠アル占有ハ之ヲ善意ノ占有ナリト推定ス但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」

(105) 辻・前掲注(7)獨協二二九頁注11「所有の意思と取得時効、二三頁注(12)」。なお、本稿第I節三(2)参照。

(106) 本稿第II節二(2)(b)及び前注(42)参照。

(107) なお、『註釈第二編物権ノ部下巻』では、この「無権原の占有者」は、「無名義ノ占有者」と訳されている（ポワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二六〇〕一六頁〔雄松堂版、三五九頁〕）。

(108) ポワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二六〇〕一六頁〔雄松堂版、三五九頁〕、BOISSONADE, *supra* note 27, n°260, p. 328. なお、拙稿・前掲注(1)一三一頁参照。

(109) ポワソナード氏起稿・前掲注(2)〔二八三〕六一頁〔雄松堂版、三八一頁〕参照。V. BOISSONADE, *supra* note 27, n°283, p. 350.

(110) 前注(27)で示したように、その第二版の発行年は、一八八二(明治一五)年である。

Quelques considérations sur «possession à titre  
de propriétaire» comme condition  
de la prescription acquisitive  
dans le Code civil de l'Empire du Japon (1890)  
par rapport aux dispositions sur la possession précaire

Motomi KUSANO

Ce mémoire a été écrit dans le but d'éclaircir le sens de «possession à titre de propriétaire» comme condition de la prescription acquisitive dans le Code civil de l'Empire du Japon (1890) rédigé par G. Boissonade. En général, on pense que possession à titre de propriétaire est possession avec l'intention d'agir comme propriétaire. Mais je considère que cette possession signifie possession acquise par un acte juridique de transférer le titre de propriété, tel qu'une vente ou une donation.

Alors, dans ce mémoire, afin de vérifier ma thèse, j'ai considéré principalement la relation avec les dispositions sur la possession précaire (Art. 185 et Art. 186 de Livre des biens) dans ledit Code. Et du point de vue de la raison d'être de prescription acquisitive, j'ai démontré concrètement que la possession précaire n'est jamais convertie en possession civile seulement par changement d'intention du possesseur et qu'elle est toujours prouvée par le titre de possession hors gestion d'affaires; en conséquence, à la fin de ce mémoire, j'ai pu confirmer que possession à titre de propriétaire est possession acquise par un acte juridique de transférer le titre de propriété.