

占有の推定効規定に関する 現行民法立法過程の考察

——占有の推定効に関する覚書・その二——

草 野 元 己

目 次

I はじめに

- 1 問題の提起と学説・判例への疑問
- 2 本稿で採り上げる論点
 - (1) 旧民法における占有の推定効
 - (2) 本稿における検討対象

II 現行民法188条の立法過程の検討

- 1 法典調査会における民法188条案・180条案
 - (1) 法典調査会の設置
 - (2) 民法188条の原案と穂積陳重起草委員の説明
 - (3) 民法180条案の提案理由
- 2 穂積の説明の疑問点・注目点
 - (1) 第1の疑問点・注目点
 - (2) 第2の疑問点・注目点
 - (3) 第3の疑問点・注目点

III 本稿の結び

- 1 以上のまとめ
- 2 旧民法の占有概念に関する他の起草者・今日の学説の見解
 - (1) 梅・富井の見解
 - (2) 今日の若干の学説について
- 3 今後への展望

I はじめに

占有の推定効規定に関する現行民法立法過程の考察

1 問題の提起と学説・判例への疑問

(1) 1896 (明治29) 年に制定され、1898 (明治31) 年から施行された現行民法は、その188条において、「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」と定めている⁽¹⁾。よって、同文言に従うとすれば、①訴訟上、ある物の占有者は、当該占有者がその占有物について事実上行使している所有権や賃借権などの権利の正当な保有者であるという法律上の推定を受けることになるから、この推定を争う相手方は、その推定を覆せるだけの反対証拠を提出し、占有者が事実上行使している権利が当該占有者に属していないことを積極的に証明 (本証) しなければならないことになろう。

また、②民法188条が規定する占有物については、動産と不動産との間で特に区別はされていないため、例えば、Yが所有者として占有している甲不動産について、X名義で所有権の登記がなされていて、甲の登記名義人Xが占有者Yに対して所有物返還請求をする場合であっても、同条によれば、登記名義の所在いかんにかかわらず、占有者Yの所有権が推定されるということになるであろう。

(2) しかし、近時の学説によれば、まず、上の②の点に関しては、登記が不動産物権変動の對抗要件とされている (民177条) ことを根拠に、不動産については登記にこそ推定力があるとして、既登記不動産について

(1) 但し、ここにあげた民法188条の条文は、2004 (平成16) 年の民法改正 (2005 [平成17] 年施行) によって現代語化・口語化されたものであり、改正前の条文は、次のようであった——民法188条「占有者カ占有物ノ上ニ行使スル権利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス」。

は、(i) 民法188条による占有の推定効が排除される、ないしは、(ii) 登記の推定力が占有の推定力に優先し、これが破られた場合に初めて占有の推定効が機能するという解釈が一般に採られている。⁽²⁾従って、少なくとも既登記の不動産の事案については、上述②にあげたような、民法188条の占有の推定効の適用はほとんど認められていない。

(3)(a) 次に、①の点について、ここでは、今日における代表的な物権法教科書の1つと目される佐久間毅『民法の基礎 2 物権』の論述を取り上げてみることにする。そこで、同書掲記の設例に基づいて検討すると、著者によれば、自転車甲（動産）を占有するAに対し、Bが、甲の所有権を取得したことを立証した上で、「甲は自己の所有物である」として、所有権に基づく返還請求をしてきた場合、民法188条による本件の推定は働かず、占有者Aは甲に対する所有権の推定を受けない、それゆえ、Bはこの推定を覆す立証を特にする必要はない、とされる。そして、その理由を、佐久間は、次のように述べる。

すなわち、「この場合に、占有者（A）の所有権が推定されると、取得が立証された所有権を、他者に占有があるという一事をもって喪失させることになりかねない（他者の占有が、実質上、所有権の喪失原因になる）。これでは、所有者は不法占有者すら排除することができないことになりかねず、およそ適当とはいえないため、所有権の推定は認められない⁽³⁾⁽⁴⁾」と。

(2) 拙稿「占有の推定効に関する覚書・序説——まずは、即時取得における無過失の推定をめぐる——」近江幸治先生古稀記念論文集『社会の発展と民法学〔上巻〕』（成文堂、2019）361頁参照。文献については、同拙稿361頁注（6）、および、361頁以下注（7）参照。

(3) 以上について、佐久間毅『民法の基礎 2 物権 [第2版]』（有斐閣、2019）274頁。拙稿・前掲注（2）367頁参照（但し、同拙稿は、佐久間・

(b)(ア) もっとも、上掲の立論は、Bが「たとえば、甲についての、Cとの間の売買契約の締結とCの所有権取得の原因」を証明して、甲の所有権取得の立証をなしたことを前提としたものであり、⁽⁵⁾ 確かに、Bが甲の所有者であることがいったん証明されたならば、佐久間の言うとおり、「取得が立証された所有権を、他者に占有があるという一事をもって喪失

同書の旧版〔佐久間『民法の基礎 2 物権』（有斐閣、2006）を引用したものである〕。なお、拙著『抵当権と時効』（関西学院大学出版会、2019）222頁も参照。

ちなみに、鈴木祿弥も、佐久間と同様、BがAの占有する動産を自己の所有物であるとして所有物返還請求をする場合は、占有の推定効が機能する場面ではないとする。しかし、その理由として鈴木が述べるところに従えば、Bが占有者Aに対し所有物返還請求の訴えを提起した場合、Bは「自己に所有権があることを立証しなければならない」が、これは、「原告がその請求を根拠づけねばならぬという訴訟法上の大原則」から帰結される当然のことであり、それゆえ、占有の推定効が登場する場面ではないからである、とされるのである（鈴木祿弥『物権法講義五訂版』（創文社、2007）90頁。ほぼ同旨——藤原弘道「占有の推定力とその訴訟上の機能」司法研修所論集1968—I〔通巻39号〕〔1968〕31頁〔時効と占有（日本評論社、1985）所収、193頁〕、鎌田薫ほか編『新基本法コンメンタール物権』（別冊法学セミナー262号）（日本評論社、2020）55頁〔七戸克彦〕。なお、以上について、拙稿・前掲注（2）364頁本文及び同頁注（13）も参照）。

(4) なお、佐久間・前掲注（3）274頁の事例では、Aが甲の占有を取得した原因として、AがZから甲を買い受けたということがあげられている。そうすると、この場合、Aは甲を即時取得（民192条）できる可能性があるが、佐久間によれば、これについては、「188条の本権推定が意味をもち、同条によって「前主Zが所有権を有すると推定されることから」、Aの占有取得時における無過失が推定できる、とされる（佐久間・前掲注（3）274頁以下。拙稿・前掲注（2）367頁参照）。

ちなみに、拙稿・前掲注（2）359-393頁は、即時取得における無過失の推定は、民法188条ではなく、186条1項によってなされるべきことを、その沿革から論証したものである。

(5) 佐久間・前掲注（3）274頁。

させることになりかねない」占有者の所有権推定を改めて認めることは不合理ということになるかもしれない。

しかしながら、そもそも、占有者（A）に所有権等の権利を推定する民法188条という条文が、Aに対して占有物の返還請求等の訴えを提起する原告（B）に、まず《当該所有権等の権利はBが有するものであってAに帰属するものではない》という証明（本証）を要求する趣旨のものだとするならば、Bが初めに甲所有権の取得を立証したとしている前掲の設例では、もはや188条の推定は破られていることにもなりうる。そして、そうだとするならば、同条の適用は最初から問題となりえないはずであり、この点で、佐久間の講ずるところにはいささかの疑問が残ることになる。

（イ）なお、同見解にさらに別の面から疑義を呈すると、上に引用したように、Bが「たとえば、甲についての、Cとの間の売買契約の締結とCの所有権取得の原因」を証明しさえすれば、Bの甲に対する所有権の取得が立証されたことになる、として議論が進められている点が問題となる。

というのは、Bの所有権取得の立証の前提として、前主Cの所有権取得原因の証明が語られているわけであるが、いったいどのようにすればCの所有権取得が証明されるのか、疑問なしとしない。例えば、Cがその前主Dから有効な売買契約によって甲を取得したことを立証したとしても、では、《このDの所有権取得はどのように証明するのか》というように、結局のところ、——動産の場合は即時取得（不動産の場合は時効取得）が認められない限り——過去に永遠に遡って証明していくことが必要となる。

（6） 佐久間・前掲注（3）274頁の設例であげられている自転車の場合、金属等の材料の加工によって自転車という動産（加工物）が新たに生まれるのであるが、その時点における所有権は、原則として材料の所有者に帰属することになる（民246条参照）。そうすると、自転車の所有者を決定するにあたり次に問題となるのは、だれが当該材料の所有権を有していたか

そして、このように考えるならば、佐久間の前掲書における叙述には、所有権に基づいて占有者に占有物の返還請求をする者の所有権の立証方法の説明において不十分な点があると言わざるを得ないであろう。

(c)(ア) だが、以上のような立論には確かにいくばくかの疑問点はあるものの、一方で、上の (a) にあげた《民法188条によって本権が推定

ということになるが、これも——原理的には——過去に遡って探求していくことが必要となるはずである。

ところで、〔1〕最判昭和38年7月4日集民67号7頁は、その「裁判要旨」に従う限りでは、《不動産所有権の帰属を争うX・Yのうち、この不動産を占有するYが民法188条により一応所有者と推定される場合においても、当該不動産は、Xの先代X'がAからこれを買って所有権保存登記を了し、次いでXが家督相続により同所有権を承継した事実が証明されたときは、(ほかに、X'またはXが所有権を喪失した事由がない限り)前記推定は覆えられたものというべきである》とし、不動産の明渡請求をしたXの先代X'が前主Aから当該不動産を買って受けた事実と、X'からXへの家督相続による所有権承継が証明されさえすれば、——Aの所有権取得事実が証明されなくても——188条による占有者Yへの所有権帰属の推定は破られる、との判示をしたもののように見られないわけでもない。しかし、〔1〕判決の「判決理由」によれば、この事案における係争不動産は土地ではなく、家屋(建物)である。そして、同じ不動産でも、建物の場合は、通常、建物を新築した者が当該建物の所有権を取得するわけであるから、自分もしくはその前主(前々主、……)が建物の新築をしたことを証明できれば、建物所有権取得の証明は比較的容易と考えられよう。

また、〔1〕判決の「判決理由」に基づけば、そもそも係争家屋の占有者Yは、X'が同家屋を所有していたことを認めた上で、X'の代物弁済等を理由とした当該家屋の所有権取得を主張したところ、原審がその主張を否定しているのであって、188条による占有者Yの所有権推定は、まさに原審の以上の認定(Xの反対証明がその前提)によって覆われたものと考えられよう。そうすると、前掲「裁判要旨」が188条によるYの所有者としての推定が破られた理由として、X側の所有権取得の証明のみをあげている点は、あまり正確ではないと言いうことができる。

されれば、所有者は不法占有者すら排除することができない》という佐久間の指摘には、実はかなり重要な問題提起が含まれているようにも思われる。

というのは、本稿の冒頭で引用したように、民法188条は、本権が推定される占有について、「占有者が占有物について行使する権利は、……」と規定しているだけであるため、その文理からは、どのような形態の占有であっても推定効が認められ、たとえ何らの占有権原も有しない不法占有者であっても、所有者のように振る舞ってさえいけば所有権が推定されるという解釈が導き出される可能性がある⁽⁷⁾。しかし、そうだとするならば、同条は、不法占有者のような占有権原が存在しえない占有者の保護までも積極的に肯定する条文のように捉えられかねないが、果たしてそのような解釈が妥当なのか十分検討してみる必要がある、と考えられるからである。

(イ) もっとも、以上のような懸念に対しては、ある物の所有者と称するX（原告）がその物を占有するY（被告）に対して所有物返還請求訴訟を提起する場合、原告Xとしては、当該係争物の所有権が自己に帰属することを証明することを要するのであるから、このような訴訟法上の原則からすれば、Xが係争物の所有権さえ証明できれば、それを占有する被告Yの占有権原などおよそ問題とはならないはずである、という反論がある⁽⁸⁾いはなされるかもしれない。

(7) なお、ここで使った「振る舞って」という言葉は、辻伸行『所有の意思と取得時効』(有斐閣, 2003) 19頁, 47頁〔初出: 同『『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29号(1989) 128頁以下, 151頁〕等の用語法に倣い使用したものである。拙著・前掲注(3) 抵当権と時効233頁注(54) 参照。

(8) 前注(3) で示したように、鈴木・前掲注(3) 90頁に従えば、これは、あくまでも訴訟法上の証明責任分配の原則の問題であって、占有の推定効とは元来無関係のことから、ということになる。また、藤原・前掲注

しかし、民法188条により、占有者Yへの占有物の所有権の帰属が法律上推定されるとするならば、Yに対して所有物返還請求の訴えを起こしたXは、まずは、①Yが占有物の所有権を取得していないということ、例えば、当該占有物は（i）Yが暴行もしくは強迫、ないしは、隠匿等の不法な手段、あるいは、（ii）使用貸借、賃貸借、寄託等の所有権移転を伴わない契約によって占有取得したという反対証拠によって証明した上で、次に、②自己の所有権取得を立証するという2段の証明が求められることになるのではなからうか。しかるに、もし以上のような前提で議論を進めていくなれば、所有物返還請求の訴え等によって占有者（Y）に占有物の引渡し（明渡し）を求める原告（X）は、Yが占有取得原因を一切主張しないまま所有者のように振る舞っている場合であっても、自ら、Yの占有取得原因を明らかにした上で、その占有取得は所有権取得権原（自主占有権原）に基づくものではないことを立証しなければならないはずである。

だが、民法188条は、このような占有取得原因を表明しない占有者までも保護し、その者にも所有権等の本権推定効を認める規定として成立したものであるだろうか。否むしろ——未だ一つの試論に過ぎないが——、同条は、何らかの占有権原を示した占有者について、その占有権原に即した所有権等の本権を法律上推定し、当該占有権原を争う相手方（所有物返還請求等の訴訟における原告）に、その推定を打ち破る反対証明を要求するという趣旨の規定のように考えられないわけでもなからう。但し、例えば売買契約のような取引行為によって動産の占有を取得した場合、近代の法

（3）31頁〔時効と占有193頁〕によれば、「民法一八八条は、占有による権利推定を規定したものであるというよりはむしろ、挙証責任分配の法則から生ずる当然の結果を内容とするもの」に過ぎないとされる（拙稿・前掲注（2）364頁注（13）参照）。なお、鎌田ほか編・前掲注（3）55頁〔七戸〕も参照。

制においては、通常、その占有取得者は即時取得（民192条）によって当該動産の所有権を確定的に取得する。ということは、上述のように、民法188条を《占有取得者が占有権原を主張した場合にその権原に合致した本権を推定する》という趣旨の条文だと措定するならば、同条は多くの場合、動産の占有取得には効用がなく、むしろ不動産の占有取得の場合に意味のある規定だということになるが、果たしてこのような解釈は可能なのか——この点は、向後、本研究で検討してみなければならぬところであろう。

（ウ） なお、以上、（イ）で述べたところを若干補足すると、X（原告）がY（被告）の占有物甲について、甲は所有者XがYに使用貸借、賃貸借、あるいは、寄託等によって占有を移転していた物であるとし、当該契約が終了したことを理由に返還請求をしてきた場合、上の試論に従えば、民法188条に基づく占有者のための所有権推定効は、Yが単に甲の所有者のように振る舞って占有しているだけでは認められることはない。この場合、Yの所有権推定効が肯定されるためには、Yは、甲の占有取得原因として売買契約等の所有権取得権原（自主占有権原）を主張する必要があり、他方、Xがこの推定を覆すためには、Xは、Yの占有取得が自主占有権原によるものではなく、使用貸借、賃貸借、寄託等の他主占有権原によるものであることを挙証しなければならないことになるであろう。

（d）（ア）ところで、ここまでの議論は、主として、被告（Y）の占有物（甲）に対する原告（X）の返還請求訴訟で、Yが甲を自己の所有物であるとして占有している場合において、民法188条が規定する占有の所有権推定効はどのような要件の下で認められるのか、という問題に関するものであった。では、Xが、Yの甲に対する占有はX所有物を無権原で占有しているものだとして甲の返還を請求し、これに対して、YがXの甲に対

する所有権を承認した上で、自己の占有する甲は所有者Xから借りた他主占有権原に基づく物だとして返還を拒絶した場合、Yは、188条の推定効によって、使用借主あるいは賃借人としての地位の推定が得られるであろうか。

この点について、まずは判例から見ると、〔2〕最判昭和35年3月1日民集14卷3号327頁が代表的判例の一つとしてあげられる。すなわち、同判決は、Xが、X所有（登記済）の甲地上に存在する乙建物に居住してその敷地たる甲地を占有するYを被告とし、甲地の所有権に基づいてYの乙建物からの退去とその敷地（甲）の明渡しを求め、これに対し、Yが、甲地はAがXから使用貸借により借り受けてその地上に乙建物を建築し、YがAから乙建物を賃借したものであるから、Yの占有は適法な占有であると主張した事案に関するものである。そして、以上の事案について、最高裁は、Yが甲地の占有権原を主張するにあたっては、占有者たるYに立証責任の存することは明らかであり、Yは占有者の権利推定を定めた188条を援用して自己の占有権原を甲地所有者たるXに対抗することはできない、と判示した。要するに、〔2〕判決に従えば、民法188条は、不動産所有者の所有権を肯定した上で同人から他主占有権原を与えられたと主張する者については適用されない、ということになる⁽⁹⁾。もっとも、同判決では、そのような解釈を採る理由については何ら触れられていないのであって、この点は留意されなければならない⁽¹⁰⁾。

(9) なお、本最判の事案で甲地の占有権原を主張しているYは、自分は甲地の借主だと主張しているわけではなく、甲地の使用借主Aが建築した乙建物の賃借人であるがゆえに甲地の占有権原があるとの主張をしている者である。そうすると、この事案で直接問題となっているのは、YによるAの代理占有によって、Aの甲地に対する使用借主としての地位を法律上推定しうるかどうか、という点であろう。

(10) ちなみに、〔2〕判決は、拙稿・前掲注(2)360頁にも引用したところ242(1012) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

(イ) 次に、学説について見ると、例えば、鈴木禄弥は、前掲〔2〕の昭和35年最判を引用しつつ、以下のように言う。すなわち、「甲の所有物返還請求に際して、甲が自己に所有権のあることの立証に成功したか、または、乙が甲の所有権の存在自体はこれを承認しはしたが、それにもかかわらず、自己が該動産を甲から賃借し、その賃借権が存続していることを理由に返還を拒絶する場合には、乙の賃借権が現存するか否かが争点であり、この点については、乙は自己の占有にもとづいて自己の賃借権の存続の推定を賃貸人（とされる）甲に対する関係で援用することはできない（乙自身が賃借権の存在を立証すべきである）、というべきである」、と。そして、鈴木によれば、以上の論理はより一般化され、「他人の所有権の存在を争いえない状態でこの者から権利を取得したとする占有者は、当該の他人に対しては一八八条の推定を援用しえない」ものとされる⁽¹¹⁾。

また、生熊長幸は、以上の鈴木説を敷衍し、次のように述べる。すなわち、「Aの占有する甲につき、所有者Bが所有権に基づく返還請求訴訟を提起した場合、原告であるBは、自己に甲の所有権があること（およびAが甲を占有していること）を主張・立証しなければならない」が、「Bのこの主張・立証が認められた場合、被告である占有者Aは、甲につき占有権原を有することにつき188条の本権推定（賃借権、地上権、所有権など

ろである。また、同拙稿360頁以下の注（5）では、大審院において、同趣旨を判示した判例として、〔3〕大判大正6年11月13日民録23輯1776頁、〔4〕大判昭和4年11月18日新聞3065号13頁をあげておいた。

(11) 鈴木・前掲注（3）91頁。なお、さらに鈴木によると、本稿本文で引用した一般理論の下、「甲が、その所有権の存在を立証してなす所有物返還請求に対して、占有者乙が甲から買った、と主張して争う場合も、同様に、乙は、売買契約の存在を立証しなければならない」とされる（鈴木・91頁）。以上について、拙稿・前掲注（2）364頁も参照。

(12) 生熊長幸『物権法』（三省堂テミス）（三省堂、2013）143頁参照。

の存在の推定)により証明責任を転換することはできず(これができる
すると、所有者BがAの賃借権や地上権などの不存在を証明しなければなら
ないことになる)、Bからの所有権・賃借権などの承継取得、時効取得、
即時取得等、「Bの所有権に基づく返還請求を拒むことができる事由」を
主張・立証する必要がある、と。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

(ウ) しかしながら、民法162条が所有権の取得時効について、「所有の
意思をもって」する占有、すなわち、自主占有の継続を要件としているの
に対し、188条は、「占有者が占有物について行使する権利は、……」と規
定しているに過ぎない。従って、この文理のみからすれば、本権推定効が
生ずる占有には自主占有のみならず他主占有も含まれる、と解さざるを得
ないようにも思われる。そうすると、例えば、占有者が賃借権に基づいて
自己の占有物を占有していると主張した場合は、当該占有者に賃借権の推
定を認めてやることこそ順当な解釈ということになるのではなからうか。

ところが、上掲した鈴木及び生熊の論ずるところによれば、Xの所有物
を賃借して占有していると主張するYには民法188条の推定効は及ばず、
Y自身が賃借権の存在を立証しなければならないものとされる。これは、
仮に(イ)上段掲記の鈴木説に典拠を求めるならば、おそらく、Yが最初
にXの所有物を賃借して占有を続けていたとしても、その後、期間の満了
や契約の解除などによって賃貸借が終了した結果、占有権原が失われてい
る可能性がある、という現実を考慮して採られた解釈なのであろう。

(13) 生熊・前掲注(12)143頁以下。拙稿・前掲注(2)365頁参照。

(14) ちなみに、佐久間は、民法188条による本権の推定効について、所有
権に基づく返還請求を受けた占有者には所有権の推定はなされないとした
(本稿本文(3)(a)で前掲)と同様に、「賃借権等の所有権以外の本権
の推定」についても、これを推定すれば、「所有者が不法占有者を排除す
ることすら困難になるという同じ事情が当てはまるから」認められない、
とする(佐久間・前掲注(3)274頁)。

だが、このような見解に対しては、次のように反論することもできるかもしれない。すなわち、もし賃貸借が終了したならば、それまで賃借人が占有していた賃借物は賃貸人に返還されるのが通常である。にもかかわらず、未だ占有が継続しているということは、例えば契約の更新により賃貸借が終了していない可能性が高いからである、⁽¹⁵⁾と。そして、このように考えるならば、Yが自己の占有物を所有者Xから現在も賃借していると主張した場合は、民法188条によってYの占有物に対する賃借権が推定される、⁽¹⁶⁾と解するべきなのではなからうか。そこで、このような解釈に従えば、X所有物を占有するYから、その物に対する賃借権の存在を主張されたXは、それに対する反対証拠を提出することによって、①そもそもYの占有取得は賃貸借に基づくものでなく、他の原因によるものであること、あるいは、②当初存在したX・Y間の賃貸借関係がその後終了し、現在、賃借権は存在していないことを証明して初めて、Yからその占有物を取り戻すことが

(15) なお、この点に関しては、民法619条1項前段の賃貸借の黙示の更新の推定や、借地借家法5条2項・1項、26条1項・2項、27条2項が定める法定更新の規定も参考にならう。

(16) なお、この場合、Yは、《自己の占有物は所有者Xから賃借した物である》と主張していることになるが、これは、本稿本文(イ)の鈴木説が言うところの「乙が甲の所有権の存在自体はこれを承認し」に該当することになる。ところが、(イ)の引用箇所によると、鈴木は、もう一方で、「甲の所有物返還請求に際して、甲が自己に所有権のあることの立証に成功した」という場面においても、乙が自己の賃借権の存在を理由に返還を拒絶する場合をあげているようにも見えないわけではない。しかし、占有者がその占有権原として賃借権を主張する場合、これは相手方の所有権を承認することが前提とならう。とすれば、「甲が自己に所有権のあることの立証に成功した」というのは、占有者乙がまず主位的に占有物に対する自己の所有権を主張し、予備的に、賃借権を主張した場合がそれにあたることになるのではなからうか。そして、そうだとするならば、この場合、乙は、予備的に甲の所有権を承認している、ということにならう。

できると思量されよう。⁽¹⁷⁾

2 本稿で採り上げる論点

(1) 旧民法における占有の推定効

(a)(ア) それでは、占有の本権推定効を定める民法188条は、元来、どのような趣旨に基づいて規定された条文なのであろうか。この点、188条が有する本来の意義を明らかにするためには、条文の沿革を遡るということが1つの有用な方法と考えられる。そして、この関係で注目されるのが、同条の前身規定である旧民法財産編193条という条文である。すなわち、現行民法188条は、ポアソナードが起草した旧民法の財産編193条に由来する条文であるが、⁽¹⁸⁾同条文の規定は次のようなものであった。

旧民法財産編193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

このように、旧民法財産編193条の条文は、現行民法188条の規定とそれほど異なっているわけではない。しかし、ここで注目すべきは、先述の

(17) 本稿本文(イ)2段目に示したように、生熊は、民法188条によって占有者に他主占有権原が推定され、その結果、所有者のほうに、占有者の賃借権や地上権などの不存在を証明する必要が生ずるということに不都合を感じているようである。しかし、占有者にこそ当該占有物についての本権が備わっている蓋然性があるという事実と比較した場合、所有者に対して、①占有者の占有取得が有効な賃貸借によるものではなく、ほかの原因によるものであること、あるいは、②賃貸借が期間の満了や解除によって終了したことについての証明を要求することの問題性がどの程度あるのか、疑問なしとしない。

(18) 拙稿・前掲注(2)372頁参照。

ように、現行民法の188条が本権の推定効を得られる占有者について、単に「占有者」という語句を用いているだけであるのに対し、旧民法においては、本権の推定効が得られる占有者を「法定ノ占有者」と限定している⁽¹⁹⁾という点である。

(イ) ところで、旧民法は、その財産編179条において、「占有ニ法定、自然及ヒ容仮ノ」⁽²⁰⁾3種類の占有があると規定するが、続いて、同編180条の1項では、このうちの「法定占有」について、「法定ノ占有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権利ノ行使ヲ謂フ」と定義している。また、同条2項前段では、「権利ハ物権ト人権トヲ問ハス法定ノ占有ヲ受クルコトヲ得」⁽²¹⁾と規定し、さらに、同編189条では、「法定ノ占有ハ或ル物ノ所有権又ハ或ル権利ヲ自己ノ有ト為ス意思ヲ以テ其物ヲ握取スル所為ニ因リ又ハ其権利ヲ実行スルニ因リテ之ヲ取得ス」と定めている。⁽²²⁾

要するに、これら条文によれば、旧民法における「法定占有」には、所有者として物を占有する場合はもちろんであるが、物権・債権⁽²³⁾を問わず、

(19) なお、拙稿・前掲注(2)373頁注(51)では、この点は「続稿において議論する」と予告しておいたが、そこで言う「続稿」の一部にあたるのが本稿である。

(20) 旧民法財産編179条「占有ニ法定、自然及ヒ容仮ノ三種アリ」。なお、最近発行された注釈書で、旧民法における占有にこの3形態があったことを記したものと、鎌田ほか編・前掲注(3)41頁〔七戸〕がある。

(21) なお、旧民法が規定する「人権」とは、当然のことではあるが、今日の「基本的人権」とは全く別の概念であり、今日言うところの「債権」にあたる。これについては、旧民法財産編3条(1項「人権即チ債権ハ定マリタル人ニ対シ法律ノ認ムル原因ニ由リテ其負担スル作為又ハ不作為ノ義務ヲ尽サシムル為メ行ハルルモノニシテ亦主タル有リ従タル有リ」、2項「従タル人権ハ債権ノ担保ヲ為ス保証及ヒ連帯ノ如シ」)参照。

(22) 旧民法財産編180条2項「権利ハ物権ト人権トヲ問ハス法定ノ占有ヲ受クルコトヲ得其種種ノ効力ハ場合ニ従ヒ下ニ之ヲ定ム」。

自分自身がその権利を有するという意思で行っている権利行使という事実⁽²⁴⁾も含まれる。しかし、その一方で、現実に物を所持し、あるいは、権利行使の事実があっても、①それが旧民法財産編185条1項に規定する「他人ノ為メニ其ノ他人ノ名ヲ以テスル」⁽²⁵⁾容仮占有であったり、②何らの正当理由も持たない所持あるいは権利の行使であったならば、法定占有には該当しないことになってしまうのである。⁽²⁶⁾

(b) 以上のところから、次のことが言えよう。

すなわち、旧民法財産編193条が特に「法定ノ占有者」について「其行使セル権利」(本権)の推定効を認めているということからして、本権の推定効が肯定されるのは、同編180条1項でいう「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権利ノ行使」(傍点——引用者)をしている占有者に限られるのであって、不法占有者等も含めた占有者一般に本権推定効が承認されるわけではない。但し、賃借権⁽²⁷⁾や地上権⁽²⁸⁾などの権利を

(23) 前注(21)参照。

(24) つまり、旧民法が規定する法定占有には、現行民法205条の準占有も包含されているのである。

(25) 旧民法財産編185条1項「容仮ノ占有トハ占有者カ他人ノ為メニ其他ノ人ノ名ヲ以テスル物ノ所持又ハ権利ノ行使ヲ謂フ」。

(26) なお、以上については、既に、拙稿「日本民法学史における取得時効要件論——『所有の意思』を中心に——」平井一雄＝清水元編『日本民法学史・続編』(信山社出版、2015)113頁以下でも述べたところである。

(27) 旧民法においては、賃借権は、財産編115条で以下のように規定されている。「動産及ヒ不動産ノ賃貸借ハ賃借人ヨリ賃貸人ニ金銭其他ノ有価物ヲ定期ニ払フ約ニテ賃借人ニ或ル時間賃借物ノ使用及ヒ収益ヲ為ス権利ヲ与フ但後ノ第二款及ヒ第三款ニ定メタル如ク合意ニ因リ又ハ法律ノ効力ニ因リテ当事者ノ負担スル相互ノ義務ヲ妨ケス」。

(28) 旧民法においては、地上権は、財産編171条で以下のように規定されている。「地上権トハ他人ノ所有ニ属スル土地ノ上ニ於テ建物又ハ竹木ヲ

自分自身の権利として行使している占有者は法定占有者にあたるため、この者には、賃借権・地上権などその行使の実態に応じた本権が推定される。

旧民法の条文を端的に解するならば、以上のような解釈が導き出されてくるように思われるのである。

(2) 本稿における検討対象

(a)(ア) では、以上のように、旧民法においては、「法定ノ占有者」について本権の推定がなされていた（旧民財産編193条）のに対し、現行民法では、なぜ占有者一般が本権の推定を受けるような条文（民188条）に改められたのであろうか。

その理由としては、旧民法が占有を法定占有・自然占有・容假占有と3種に分類していた（旧民財産編179条）のに対し、現行民法は、そのような区分は行わず、「自己のためにする意思をもって物を所持すること」が占有にあたる（民180条）と占有概念を改変している点が問題となる。すなわち、占有概念の拡張(?)と対応させるため、民法188条も、本権の推定効をすべての占有者に与える規定を設けたと説明されれば、それではなんとなく、納得できそうにも思われるのである。

(イ) 確かに、現行民法においてなされた占有規定の改変は、見方によれば、旧民法の占有概念を拡張した上での改正のように考えられないわけでもなからう。しかし、ここで検証すべきは、現行民法制定時、旧民法の占有概念は果たして正確に理解され、その上で、現行民法への改正が的確に行われたのか、という点である。そして、この点について疑問があるとすれば、そのことは、現行民法188条の解釈にも、ある程度の影響を与えざるを得ないであろう。

完全ノ所有権ヲ以テ占有スル権利ヲ謂フ」。

(b) 本研究は、以上の点の解明を1つの目的とする。そして、本稿では、その究明のため、以下の第Ⅱ節において、法典調査会における民法188条および180条の審議、とりわけ起草委員の説明に焦点をあてて検討し、その問題点を採り上げることにしたい。

このように、本稿の検討対象は一定の範囲に絞られるわけであるが、次稿においては、本稿での考察を基礎に、旧民法の占有規定について詳細に考究し、どのような占有について本権推定効が生ずべきなのか、占有から生ずる本権推定効の本質的意義を追究する道をたどっていくことにしたい。

Ⅱ 現行民法188条の立法過程の検討

1 法典調査会における民法188条案・180条案

(1) 法典調査会の設置

周知のように、ポアソナードらが起草し、1890（明治23）年に公布（1896〔明治29〕年1月1日施行予定）された旧民法は、「法典論争」などの影響により、結局、その施行が延期されることになった。⁽²⁹⁾そして、1893（明治26）年、法典調査会規則（明治26年3月25日勅令第11号）が公布され、旧民法等の修正を調査・審議するための機関として、法典調査会が立ち上げられた。また、同年、法典調査規定（明治26年4月27日内閣送第3号）が定められ、その2条本文（「主査委員中ニ起草委員三名ヲ置キ専ラ修正案ノ起草ニ任セシム」）に基づき、起草委員として、穂積陳重、富井政章、⁽³⁰⁾梅謙次郎の3名が任命された。

(29) なお、旧民法は、最終的に、現行民法の公布に伴って廃止された（民法第一編第二編第三編〔明治29年法律第89号〕前文3項「明治二十三年法律第二十八号民法財産編財産取得編債権担保編証拠編ハ此法律発布ノ日ヨリ廃止ス」、民法第四編第五編〔明治31年法律第9号〕前文3項「明治二十三年法律第九十八号民法財産取得編人事編ハ此法律発布ノ日ヨリ之ヲ廃止ス」）。これについては、拙稿・前掲注（26）104頁注11も参照。

(2) 民法188条の原案と穂積陳重起草委員の説明

(a) ところで、占有の推定効を定める現行民法188条の原案は、この法典調査会の第16回会議（1894〔明治27〕年5月29日開催）で審議されたが、⁽³¹⁾そこに提出された条文案は次のようなものであった。

第百八十八条 占有者カ其占有物ノ上ニ行使スル権利ハ反対ノ証拠ナキトキハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス

そして、この原案について、まず、起草委員の一人で、同条案の担当者と推定される⁽³²⁾穂積陳重は、以下のように説明する。

穂積陳重君 本条ハ財産編第百九十三条ノ規定ト少シモ変ツタコトハゴザイマセヌ唯其文字ヲ改メマシタノト夫レカラ其規定ノ一部分ヲ省キマシタノデアリマス事柄ニ於テハ酷ク違ヒハアリマセヌ併ナガラ前ニ既ニ占有ト云フモノハ既成法典ニ所謂法定ノ占有ノミナラズ外ノモノモ含ムト云フコトニナツテ居リマスカラシテ夫故ニ此百九十三条ノ法定ノ占有云云ノ法定ト云フ字ハ此処ニ除イテ事柄ハ此点ニ於テ広クナツテ居ルノデアリマス又百九十三条ノ中ニ「本権ノ訴ニ付テハ常ニ被告タルモノトス」ト云フ文章ガゴザイマス是ハ固ヨリ此権利行使ノ推定ノ結果デアリマシテ殊更ニ此処ニ書カナクテモ本権ノ訴デハ自身ニ

(30) なお、以上については、既に、拙稿・前掲注(26)104頁以下、拙稿・前掲注(2)371頁注(40)にも記載したところである。

(31) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録一 第一回一第二十六回』（日本近代立法資料叢書1）（商事法務研究会，1983）641頁以下参照。

(32) この点については、拙稿・前掲注(2)371頁の本文と、参考文献を掲記したものとして、同頁の注(41)参照。

被告トナルノデ書イテアルガ為メニ被告トナルト云フコトハ訴訟上出ルノデハアリマセヌカラシテ是ハ書ク必要モナシ又分り切ツタコトデアリマスルカラ此処ニ之ヲ省イタノデゴザイマスル又此処ニ占有物ノ上ニ行使スル権利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定スト申シマスルト固ヨリ占有シテ居ル権利モ其他占有物ニ行ヒマスル一般ノ権利モ含ンデ居リマス総テ占有ト云フモノハ其实ヲ云ツテ見ルト物ノ上ニ實際ニア
ル権利ヲ行フテ居ルモノト云フ既成法典ノ主義ヲ其儘ニ採ツタノデゴ
ザイマス⁽³³⁾

(b) 以上、穂積が民法188条案の審議の冒頭で、その提出理由を説明したところを引用したが、これを要約すると、下記のようにまとめられよう。

- ① 本条案は、旧民法の財産編193条の文字を改め、規定の一部を省略したが、その趣旨においてほとんど異なるところはない。
- ② しかし、本民法修正案では、既に「占有」というものは旧民法における「法定ノ占有」に限定されず、それ以外のもも含むというように確定されている⁽³⁴⁾。従って、旧民法財産編193条の「法定ノ占有者ハ……」という文言の中の「法定ノ」という文字は省く。このことによって、本権の推定が認められる占有の範囲が旧民法よりも広がっている。
- ③ 旧民法財産編193条の後段に、法定占有者はその権利に関する

(33) 以上の引用文は、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(31)641頁以下から。なお、既に、拙稿・前掲注(2)371頁、拙著・前掲注(3)抵当権と時効221頁、223頁でも、以上の引用文の一部を抜粋している。

(34) 1894(明治27)年5月22日の第14回法典調査会における決議による。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(31)569頁以下(特に、602頁)参照。

「本権ノ訴ニ付テハ常ニ被告タルモノトス」という文言があるが、これは、占有者はその占有物の上に行使する権利の推定を受けるという定め of 当然の結果である。すなわち、占有者は、条文にわざわざ書かなくても、所有物回復請求のような本権の訴では訴訟上当然に被告となるのであって、条文に書いてあるから初めて被告とされるわけではない。このように、この文言は書く必要もないし、分かり切ったことであるから本条案では省略した。

- ④ 本条案によってその存在の推定を受ける権利は、例えば所有権のように、物の占有がその権利の内容である権利はもちろん、占有物に関して行っている権利であるならば、例えば地役権、あるいは、債権などそれ以外の権利も全部含まれる。これは、物の上に実際に権利を行使しているすべての場合を「占有」と呼ぶ旧民法の立法方針をそのまま継受したものである。

(c) では、上記4点のうち、本稿が追究せんとする課題に最も関連するものは何かというと、②の点、すなわち、本条案では、本権の推定効が認められる占有者を旧民法の「法定占有者」から占有者一般に拡張したという点であり、また、その理由として、民法修正案においては占有の概念が旧民法から大きく変更された、ということがあげられている点である⁽³⁵⁾。

そこで、次の(3)では、法典調査会の審議を少し遡り、第14回会議

(35) なお、『未定稿本民法修正案理由書自第一編至第三編完』では、この点は、以下のように要約されている。「既ニ本案ハ法定ノ占有容假ノ占有等ヲ区別セサルニ因リ既成法典第九十三条ノ法定ナル文字ヲ除キ以テ占有ノ意義ヲ広クセリ」(同書168頁〔廣中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣, 1987) 228頁])。ちなみに、同書に関しては、廣中編著・上述書3頁以下、拙稿・前掲注(2) 371頁以下注(45)参照。

(1894〔明治27〕年5月22日開催)においてなされた民法180条案の提案理由に関する説明を検討していくことにしたい。

(3) 民法180条案の提案理由

(a) 現行民法180条と法典調査会180条案

現行民法180条は、民法第2編第2章「占有権」第1節「占有権の取得」の冒頭に位置する「占有権の取得」という見出しの付いた条文⁽³⁶⁾であり、その規定は、「占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する」というものである。そして、この180条の法典調査会原案は、以下のものであった。

第八十条 占有権ハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リ
テ之ヲ取得ス

ところで、この条文案は、その後何らの変更もなされず、1896(明治29)年の現行民法制定において、そのままの文言で180条として成文化されたのであるが、以後、2004(平成16)年まで全く改正はなされず、同年の民法改正によって——条文の内容はそのままに——文体が口語化され、今日に至っている。そうすると、法典調査会における同条提案理由の説明は、同条の趣旨、特に旧民法からの変更理由を探るためにはきわめて重要と言えよう。よって、次の(b)においては、穂積起草委員による180条案の提案理由⁽³⁷⁾の説明を紹介していくことになるが、まず、その冒頭部分に

(36) なお、民法の条文見出しは、前注(1)にあげた、2004(平成16)年における民法の現代語化・口語化のための改正の時から付けられたものである。

(37) 法典調査会における民法原案のうち、第2編物権の第2章「占有権」254(1024) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

については、——長文ではあるが——(b)の(ア)でそのまま引用することにした。

(b) 民法180条案の提案理由の説明

(ア) 冒頭部分

穂積陳重君 本条ハ此占有取得ノ総則トモ云フベキモノヲ定メマシテ之ト同時ニ此占有ト云フモノハ何ウ云フモノデアルクト云フコトヲ此処ニ明ニスル目的ナノデアリマス即チ既成法典財産編第百八十九条ヲ修正シマシタ修正シマスルニ付テ第百八十条ノコトモ之ト共ニ改メマシタノデゴザイマス、デ既成法典ガ此占有権ト云フモノニ種々ノ段階ヲ設ケマシテ法定ノ占有ト云フモノト夫レカラ自然ノ占有、容假ノ占有ト云フモノヲ設ケタ、デ真正ノ占有ナルモノハ所有ノ意思己レノ所有権ノ下ニ其物ヲ置カントスル意思ヲ以テ物ヲ所有スル唯物ヲ所有スルト云フ意思ヲ其要素トシテ居リマス即チ占有ノ元素ト称シマスルモノハ有体物ト夫レカラ権利夫レカラ占有ニ必要ナル意思ノ方ハ所有ノ意思ト云フモノヲ以テ其本則ト致シマシテ他ノ容假ノ占有、他人ニ所有権ノアルト云フコトヲ認メナガラ夫レヲ持テ居リマスルモノハ占有ノ変則デアル即チ容假ノ占有ト斯ウ致シマシタ此二点ニ於キマシテ本案ト既成法典トハ全ク其趣意ヲ異ニシテ居リマス第一ニ占有ノ目的物ハ物デアルト云フ主義ヲ採ツテ居ル、デ権利モ亦占有権ノ目的デアリ得ルモノデアリマスルガ併ナガラ是ハ所謂占有ニ準ズルモノデアツテ真正ノ占有ノ本体デハナイト云フ方ニ之ヲ定メテアリマス斯克定メマシタ理由ハ此占有権ハ物権デアルト云フコトニ致シマシタノガーツ夫レカラ物ト云フモノハ有体物ニ限ルト云フ議決ニ基キマシタノガーツ其二

の起草担当者が穂積陳重と推測されること、および、それに関する文献については、拙稿・前掲注(26)115頁の本文と同頁の注56参照。

ツト夫レカラモウツハ此權利モ物ノ如ク扱ウ時ニハ特別ノ規定ヲ設ケルト云フ議決ニ由リマシタノガーツ其三ツデゴザイマス兎ニ角歴史上カラ見マシテモ又占有保護ノ通常行ハレマスル所ヲ見マシテモ物ガ其目的物ニナル場合ガ主デゴザイマスルカラシテ夫故ニ其物体、物ヲ所持スルコトガアル……⁽³⁸⁾

以上、民法180条案について、穂積委員による提案理由の説明の冒頭部分⁽³⁹⁾を掲記したが、これを要約すると、以下のようになろう。

- ① 本条案は、旧民法財産編189条⁽³⁹⁾及び180条⁽⁴⁰⁾を修正したものである。旧民法では、占有権は「法定ノ占有」「自然ノ占有」「容仮ノ占有」の3段階に分けられているが、真正の占有は必ず「所有の意思」、すなわち、物を所有する意思が要素とされる。換言すれば、占有の一方の要素（体素）は有体物（の所持）または権利（の行使）であるが、他方の要素、つまり心素は「所有の意思」であって、この「所有の意思」を有する占有が本則とされる。これに対して、他人に所有権のあることを認めながら物を所持する場合は「容仮占有」であり、これは「占有ノ変則」とされる。
- ② しかし、本修正案の占有は、このような旧民法における占有とは、その内容が大きく異なっている。すなわち、本案においては、占有の目的物は物（有体物）であるという主義を採った。一方、権利は、旧民法同様、（広義の）占有権の目的になりうるが、修正案では、これは「占有に準ずるもの」であって真の占有に該当するものではない、というように定められた。その理由としては、第1に、本修正案で

(38) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(31) 592頁以下。

(39) 前掲第I節2(1)(a)(イ)参照。

(40) 前掲第I節2(1)(a)(イ)、前注(22)参照。

は、占有権は物権の一種と位置づけられたこと、第2に、先に「物」⁽⁴¹⁾は有体物に限定されるという議決がなされたこと、第3に、権利を物と同様に扱うためには特別の規定⁽⁴²⁾を設けるという方針が設けられたこと、という3点があげられる。要するに、歴史上から見ても、占有保護の通常の場合から見ても、占有の目的物は主として物であるため、物の所持が占有の体素となる。

(イ) 占有の心素の説明

では、占有の心素はどうかというと、これについては、以下のように、諸外国の法制との比較に基づいて説明がなされ、穂積によれば、各国の「占有の意思」に関する解釈は、次の2つに大別することができる、とされる。すなわち、その一方は、所有の意思をもって物を所持するのが占有であるとするものであり、もう一方は、自分のために所持する、換言すれば、他に所有者が存することを認めていて、自分が所有者となる意思なく所持する場合も占有の範疇に入る、というものである。

それならば、旧民法はどちらの説に立っているかということ、前者の「占有ノ意思ハ所有ノ意思デナケレバナラヌ」という見解を採用している。そして、外国法では、フランス・イタリア・オランダ・オーストリアなどがこのような規定になっている。これに対して、ロシア・プロシア・イギリ

(41) ちなみに、現行民法85条は「物」を有体物に限定しているが、旧民法では、その財産編6条1項において、「物ニ有体ナル有り無体ナル有り」とされ、そのうち、無体物については、同条3項で、次のように規定されていた。「無体物トハ智能ノミヲ以テ理会スルモノヲ謂フ即チ左ノ如シ 第一 物権及ヒ人権（債権のこと——引用者注） 第二 著述者、技術者及ヒ発明者ノ権利 第三 解散シタル会社又ハ清算中ナル共通ニ属スル財産及ヒ債務ノ包括」。

(42) 例えば、現行民法362条1項「質権は、財産権をその目的とすることができる。」

スなどは後者の、占有の意思の意義を広く取り、占有の意思は所有の意思に限定されないとする立場を採っている。ローマ法以来、伝統的に、フランスなどの諸国は、所有の意思を占有の要件（心素）にしているが、それは、占有の規定を時効に関する規定の一部として定めているところが多いからである⁽⁴³⁾。

確かに、取得時効では、所有の意思に基づく占有でなければ（所有権の）時効取得の利益を与えることは不都合であるから、フランスなどのように、占有規定を時効の一規定としているところでは、占有の心素たる占有意思として「所有の意思」が要求されるのはもっともなことと考えられる。しかし、所有権以外の物権を有するような事実状態であっても、それが他から侵害されないようにすることは必要であるため、所有の意思を占有の本体と見ている国でも、その性質が許す限りは、——「自然ノ占有」

(43) 例えば、1804年制定のフランス民法では、占有の規定（De la possession）は、第3編第20章「時効」（De la prescription）の第2節に組み込まれていた。ちなみに、この第20章は、1975年7月9日の法律第596号により、「時効及び占有」（De la prescription et de la possession）と名称が変更され、また、新たに、第6節「占有の保護」（De la protection possessoire）（2282条1項「占有は、権利の本体を考慮せずに、それを害し、又はそれを脅かす妨害から保護される。」2項「占有の保護は、同様に、所持者に対して、その権利を入手した者以外のすべての者との関係において付与される。」2283条「占有訴権は、民事訴訟法典に定める条件に従って、平穩に占有又は所持する者に認められる。」〔条文の訳は、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、1982）378頁以下より〕）という節が付け加えられた。さらに、近時の改正として、2008年、「民事時効改正に関する2008年6月17日の法律」（Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile）により、従来第20章は、第20章「消滅時効」（De la prescription extinctive）と第21章「占有及び取得時効」（De la possession et de la prescription acquisitive）とに分けて規定されるようになった。

とか「容仮ノ占有」とかいった名を付けて——所有の意思を有しない場合にも占有の保護を認めている。

そこで、近時の諸国の立法では、占有権成立の要件として「所有の意思」を必要としないようになっているのが実情である。というのは、物を借りているような場合であっても、それを他からみだりに侵害されては困るし、また、盗品を所持している場合であっても、それを理由に、直ちに他の者がその所持を侵すことが許容されるようでは公益を害することが大であり、所定の手続を経ることが必要と考えられるからである。そうすると、占有権を取得するために、「自己ノ有ト為ス意思ヲ以テ」⁽⁴⁴⁾とか、あるいは「所有ノ意思ヲ以テ」とかいった要件を規定することは不都合と考えられる。よって、ロシア・プロシア・イギリス・ドイツ・スペインなど今日一般の諸国で認めているように、本修正案では、「己レノ為メニスル」意思で物を所持することをもって占有権が認められることにした。

——以上が、本条案で「自己ノ為メニスル意思」を占有意思としたことについての穂積の説明である。なお、同説明の最後には、本条案では、旧民法財産編189条の「物ヲ握取スル所為」という文言を「物ノ所持」という語句に変えたが、その理由は、今日いずれの国においても、占有の体素として「握取」、すなわち、人の体力をもって物を把握することは要せず、自己の管轄下に物を置くということによいとされているからである、⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾ということが付言されている。

(44) この文言は、本稿本文第Ⅰ節2(1)(a)(イ)に掲記したように、旧民法財産編189条が用いているものである。

(45) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(31)593頁以下。

(46) なお、以上の(ア)(イ)の部分については、簡単には、既に、拙稿・前掲注(26)115頁以下で叙述したところである。また、前掲注(35)未定稿本民法修正案理由書162頁以下〔廣中編著・理由書222頁以下〕には、現行民法180条の立法理由が要約されている。ちなみに、水辺芳郎「占有制

2 穂積の説明の疑問点・注目点

法典調査会における民法188条案・180条案の提出理由は上述のとおりであるが、占有の本権推定効は、旧民法では「法定ノ占有者」に認められると規定されていた（旧民財産編193条）のに対し、現行民法では「法定ノ」という語句は削られ、占有一般に本権推定効が伴うという形の条文に改められた（民188条）。そして、その理由としては、要するに、旧民法の占有は3種類に分けられ、法定占有のほか、容假占有・自然占有という種類の占有もあったが、改正案では、「自己ノ為メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持」さえすれば広く占有権が取得されるというように占有概念の拡張が図られたからである、という説明がなされている。

しかしながら、——口頭の説明のため無理からぬところもあるが——この法典調査会における穂積の説明には、いくつかの疑問点が見いだされる。また、この占有の心素に関する説明のほか、占有の対象（目的）の変更理由について穂積の説くところにも、いくばくかの注目すべき点が存在する。そこで、以下においては、以上の条文案の説明のうち民法180条案のそれを中心に、穂積が述べる順にほぼ従いつつ、その疑問点及び注目点について検討を加えていくことにしたい。

(1) 第1の疑問点・注目点

そうすると、最初にあげられるのは、本第Ⅱ節1(3)(b)(ア)の①でまとめた点である。

度」星野英一編集代表『民法講座2物権(1)』（有斐閣、1984）267頁以下は、上の(イ)に関して、法典調査会における穂積の説明の一部をそのまま引用しつつ、次のような指摘をしている。すなわち、穂積の説明には、現行民法案が「自己のためにする」意思説を採用して「広く占有概念を設定した背景」として、「占有訴権を念頭においていた」ということが示されている、と。

すなわち、穂積は、旧民法の占有には「法定ノ占有」以外に「自然ノ占有」、「容假ノ占有」というものがあると述べた後、旧民法における「真正ノ占有」なるものは「所有ノ意思」を要素とするものである、と続ける。では、ここで穂積のいわゆる「所有ノ意思」を要素とする「真正ノ占有」とは、「法定占有」のことを指したものであろうか。前記(ア)「冒頭部分」の記録原文を見ればわかるように、少し後のところで、穂積は、占有の「本則」と「変則」を対比し、「他人ニ所有権ノアルト云フコトヲ認メナガラ夫レヲ持テ居リマスル」容假占有が「占有ノ変則」であるのに対し、占有の「本則」とされるのは「所有ノ意思」を要素とする占有であると述べている。つまり、ここでは、一方で、旧民法の占有が法定占有と容假占有・自然占有とに分類されるとともに、他方で、容假占有が占有の変則で、所有の意思を心素とする占有が占有の本則であると論じられているのであるから、——「自然占有」をどう位置づけていたかという点で若干不明な点がないわけではないが——この説明に従えば、穂積は《所有の意思をもってする占有こそ旧民法における法定占有にあたる》と解していた、と捉えられうることになる。

ところが、第I節2(1)で先述したように、旧民法財産編180条・189条によれば、同法における「法定占有」は、(i)所有の意思をもって有体物を所持する場合のほか、(ii)物権・人権(債権)を問わず、それらの権利を自己が有するという意思をもって権利行使をする場合をも包含するものとされている。そして、以上のところを前提とするならば、穂積は旧民法における法定占有を誤って解釈していたということになるが、果たしてそのように理解してよいのか——これがまず第1の疑問点ないしは注目点である。

(2) 第2の疑問点・注目点

(a) 次に、同じく本第Ⅱ節1(3)(b)(ア)で要約したうちの、②の点が注目に値する。

すなわち、上述のように、旧民法では、有体物のみならず、物権・債権などの権利も占有の目的（対象）とされていた。そして、穂積自身も、「権利モ亦占有権ノ目的デアリ得ル」ことを認めるのであるが、⁽⁴⁷⁾改正案の方針では、占有権の目的（対象）は物（有体物）に限定され、権利を対象

(47) なお、これに加えるに、穂積は、1894（明治27）年6月5日の第18回法典調査会において、準占有に関する208条案（「本章ノ規定ハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ権利ノ行使ヲ為ス場合ニ之ヲ準用ス」、現行民法205条に相当）の提出理由の中で、以下のような説明を行っている。すなわち、「性質上カラ言フテ見マスルト云フト占有権ト云フモノハ悉ク権利ノ現実ノ行使デアル即チ所有権ヲ現ニ行フテ居ルコト或ハ地役権ヲ現ニ行フテ居ルコト其権限、本統ノ権利ガアルヤ否ヤ夫レハ別問題トシテ其現ニ行フテ居ルコトヲ保護スルモノデアツテ即チ学理上カラ云フト占有ト云フモノデアルト云フコトガ云ヘルノデゴザイマセウ」（傍点——引用者）と（法務大臣官房司法部法制調査部監修・前掲注（31）721頁）。ちなみに、『民法修正案理由書』の叙述は、以下のものである。「学理上其性質ヲ極ムルトキハ占有権ハ総テ権利ノ現実ノ行使ニシテ占有ハ総テ権利ノ占有ト称スルコトヲ得ヘシ」（前掲注（35）未定稿本民法修正案理由書179頁〔廣中編著・理由書239頁〕）。また、民法起草者の一人である梅謙次郎は、その著書『民法要義』で、次のように言う。「余ノ信スル所ニ拠レハ占有ハ素ト自己ノ権利トシテ或権利ヲ行使スルモノニ過キスシテ一切ノ財産権皆之ヲ占有スルコトヲ得ヘシ」（梅『訂正増補民法要義巻之二物権編』〔法政大学ほか、第31版、1911〕〔明治44年版完全復刻版（有斐閣、1984）にて復刻〕29頁）。さらに、もう一人の起草者、富井政章も、その著書『民法原論』で以下のように述べている。「占有ハ所有権其他物ノ所持ヲ内容トスル財産権（地上権、永小作権、質権、賃借権等）ノ行使ト見ルヘク又物ノ所持ヲ伴ハサル権利（地役権、債権等）ト雖モ其本質ハ占有ニ外ナラス」（傍点——引用者）（富井『民法原論第二巻物権』〔有斐閣、上冊17版・下冊11版合冊、1923〕〔大正12年合冊板完全復刻版（有斐閣、1985）にて復刻〕621頁）。

とするものは「真ノ占有ノ本体デハナ」く、「占有ニ準ズルモノ」(準⁽⁴⁸⁾占有)と構成されることになった、⁽⁴⁹⁾という点が重要となる。

(b) そこで、この点を具体的に検討してみると、例えば、Bが地上権を行使する意思をもってA所有の土地を所持する場合、旧民法では、(i) Bが地上権者としての利益を享受する意思で当該地上権を行使している点を捉えれば、この権利行使は法定占有であり(旧民財産編180条1項)、これに対して、(ii) Bが地上権者として所有者Aのためにその土地を管理しているという面を捉えれば、この権利行使は容仮占有となる(同編185条1項)。しかし、どちらの場合も、占有の体素について、おそらくは、物の所持というよりも地上権という権利の行使がそれにあたると解されていたのではないかと、と思われる。

一方、法典調査会における改正案、並びに現行民法ではどうかというと、地上権という権利行使の事実という面を捉えれば、Bは、地上権を準占有していると解される可能性もあるが、学説上は、地上権が他人の土地の所持を本質的内容とする権利であることから、これは民法180条が規定する占有権に該当し、⁽⁵⁰⁾「準占有は成立する余地がない」、とされる。そして、こ

(48) なお、『法典調査会民法議事速記録』では、「準占有」は「准占有」と表記されている(法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(31)720頁)。

(49) 本稿第Ⅱ節1(3)(b)(ア)「冒頭部分」の記録原文参照。このほか、前掲注(35)未定稿本民法修正案理由書163頁〔廣中編著・理由書223頁〕、梅・前掲注(47)98頁以下、富井・前掲注(47)621頁参照。

(50) 梅・前掲注(47)99頁、富井・前掲注(47)750頁以下、石田次郎『物権法論』(有斐閣、5版、1937)372頁、末川博『物権法』(日本評論社、1956)273頁、舟橋諄一『物権法』(法律学全集18)(有斐閣、1960)332頁、柚木馨(高木多喜男補訂)『判例物権法総論〔補訂版〕』(判例民法論第四卷)(有斐閣、1972)424頁、我妻榮(有泉亨補訂)『新訂物権法』(民法講義Ⅱ)(岩波書店、1983)521頁、川島武宜=川井健編『新版注釈民法

の場合の占有は、「所有の意思」をもってする占有ではないため、学説上、⁽⁵¹⁾他主占有とされる。

(c)(ア) 以上に対し、例えば、甲地の所有者（と見られる）Aが、甲地から公道に出るため、B所有の隣地乙を反復的に通行している事実があるような場合、判例、⁽⁵²⁾あるいは、従来からの通説は、⁽⁵³⁾現行民法の解釈として、これを地役権（通行地役権）という権利の準占有として扱う。これに対して、少数説ではあるが、(i) 隣地を通行するだけといった地役権的な支配も土地という「物」に対する一種の事実的支配にほかならず、それが全面的なものではなく限定的なものに過ぎないだけである、あるいは、(ii) 観望地役権を事実上行使するなど不作為請求を内容とする場合も、隣地の所有者に眺望を遮る建物を築造させないというような形でなお他人の土地に対する事実的支配が認められる、といった理由から、他人の土地の上に地役権的な行為を行う（ないしは、地役権的不作為請求をなす）ことは「準占有」ではなく「占有」に含まれるという学説も存在する。⁽⁵⁴⁾

(7) 物権（2）占有権・所有権・用益物権』（有斐閣，2007）292頁〔水辺〕等（本文の「準占有は成立する余地がない」の文章は、我妻・同頁から引用）。なお、末川・同頁は、「所有権・地上権・永小作権・留置権・質権・賃借権・使用借権等については、理論的には準占有ということが考えられぬわけではないが、これらの権利の行使には物の所持を伴うのを常とするから、準占有よりも本来の占有が認められるのが普通である」（傍点一引用者）とする。

(51) 我妻（有泉補訂）・前掲注（50）471頁，舟橋・前掲注（50）295頁等参照。

(52) 〔5〕大判昭和12・11・26民集16巻1665頁。

(53) 梅・前掲注（47）99頁，富井・前掲注（47）752頁，末川・前掲注（50）274頁，柚木（高木補訂）・前掲注（50）424頁，我妻・前掲注（50）521頁等。

(54) 川島武宜「〔5〕大判判批」判例民事法昭和12年度（有斐閣，1938）121

もっとも、この準占有否定説に対しては、通説の立場から、「地役権における土地の事実支配は所有権や地上権等におけるに比してきわめて希薄なものであって、かかる支配をもって純然たる占有と目することは困難であるから」、これは準占有に包含されるとする反論も存在するところである⁽⁵⁵⁾。しかし、いずれにしても、ここでは、現行法上「占有」と解されている⁽⁵⁶⁾地上権行使行為と対比するため、通説に従い、事実上の地役権行使行為は「準占有」に該当するという立場に立って旧民法と現行民法との相違を摘記すると、次のようになる。

(イ) すなわち、旧民法では、甲地の所有者AがB所有の乙地を反復的に通行している場合、(i) Aが地役権者としての利益を享受する意思で乙地を通行している点を捉えれば、この権利行使は法定占有であり(旧民法財産編180条1項)、これに対して、(ii) 例えばBが、通行によって凹凸

事件評釈440頁、舟橋・前掲注(50)333頁、石田・前掲注(50)372頁。

(55) 柚木(高木補訂)・前掲注(50)424頁。同旨——生熊・前掲注(12)167頁、近江幸治『民法講義Ⅱ物権法〔第4版〕』(成文堂、2020)213頁。なお、平野裕之『物権法』(日本評論社、2016)258頁は、地役権が事実上行使される場合は「占有それ自体が認められない事例」に該当するものであり、この場合は、「準占有のみを問題にするしかない」と断言する。

(56) なお、最近の学説には、準占有が問題となる権利として、知的財産権、鉱業権や漁業権などの準物権等をあげているだけであり、事実上の地役権の行使が占有・準占有のいずれにあたるかといった議論に触れていないものもある。本稿でここまでにあげてきた最近の文献では、鈴木・前掲注(3)109頁以下、佐久間・前掲注(3)301頁がその例である。このほか、ごく最近に発行された文献を参照すると、例えば、近江・前掲注(55)213頁は、地役権の準占有を一応認めつつ、「準占有の対象となる最も重要な財産権は、特許権・著作権・商標権などの知的財産権である」(傍点——原文)とする。また、松岡久和『物権法』(法学叢書9)(成文堂、2017)286頁によれば、準占有制度が機能する具体的場面はほとんどないものとされる。

化した乙地を修復するといったように、地役権者として所有者Aのためにその土地を管理しているという面を捉えれば、この権利行使は容仮占有となる（同編185条1項）。このように、旧民法においては、地役権の占有についても、法定占有と容仮占有の二面性があるが、これは、(b) にあげた地上権の占有の場合となんら異なるところはない。

一方、現行民法の解釈（通説）ではどうなるかという点、地役権の（事実上の）行使は、地役権の準占有（民205条）にあたることになるが、もちろん心素として「所有の意思」を有しているわけではないから、「他主占有的準占有」と言えるかもしれない。これに対して、例えば特許権を準占有する場合を考えると、準占有者は、全面的に特許権を有する意思で特許権行使の行為を行っているわけであるから、この場合は、「自主占有的準占有」と呼ぶことも可能ではないか、と思われる。⁽⁵⁷⁾

(57) なお、他人の土地に対する地役権の行使を承役地の占有と捉える少数説によれば、この場合の占有は他主占有ということになろう。しかし、そうだとするならば、以下のような問題が生じよう。すなわち、土地上の工作物・竹木所有のための土地使用についてみれば、①その土地を地上権者として占有する場合が他主占有、②所有者として占有する場合が自主占有と、同一人が同じ行為によって土地の占有をしていても、心素の違いによって、他主占有と自主占有の入れ替えが可能となる。では、たとえば、甲地の所有者（と見られる）Aが甲地から公道に至るため、隣の乙地を反復して通り抜ける行為についてはどうかという点、①Aが乙地を地役権者として通り抜ける場合、Aは、乙地を他主占有していることになる。ところが、②Aが甲地から乙地を通り抜け公道に至ると同じ行為で、Aの乙地に対する自主占有が可能かという点、それは、行為の性質上ありえないことになる。要するに、他人の土地に対する地役権の行使を承役地の占有（他主占有）と捉える少数説に従うのであれば、論理上、これと相對するものとして、要役地の所有者（と見られる者）の承役地（と見られる土地）に対する自主占有が認められなければならないはずであるが、そもそも地役権というものは、要役地を自主占有している者がその隣地等を利用する権利なのであるから、承役地の自主占有はありえないことになろう。そし

(d) さて、ここまで、主として、土地に対する地上権の支配・地役権の支配の双方について、1) 旧民法の場合と2) 現行民法案ないしは現行民法そのものの場合を対比して検討してきたが、その違いを図式化すると、下記の〈図表〉のようになる。このように、占有の体素の点から見た両法(法案)の相違が第2の注目点となるが、この点については、他の疑問点・注目点との関係で、後でもう一度採り上げることにしたい。

〈図表〉

占有(準占有)の形態	旧 民 法		現 行 民 法		
所有の意思をもってする土地の所持 (土地上における所有権的利益の全面的享受)	占有権の客体	物(土地)		占有権の客体	物(土地)
	占有の性質	法定占有		占有の性質	自主占有
地上権行使の意思をもってする他人の土地の所持 (他人所有地上における地上権的利益の享受)	占有権の客体	地上権		占有権の客体	物(土地)
	占有の性質 (二面的性質)	占有者自身の利益のため 所有者のための占有	法定占有 ----- 容假占有	占有の性質	他主占有
地役権行使の意思をもってする他人の土地の利用 (他人所有地上における地役権的利益の享受)	占有権の客体	地役権		占有の性質	他主占有的準占有
	占有の性質 (二面的性質)	占有者自身の利益のため 所有者のための占有	法定占有 ----- 容假占有	準占有権の客体	地役権

(3) 第3の疑問点・注目点

(a) 以上、(2)では、占有の客体を中心にした説明を検討したが、続いて、穂積が議論するのは、諸外国の法制との比較に基づく占有の心素の問題であり、これが第3の疑問点・注目点となる。

すなわち、本第II節1(3)(b)(イ)であげたように、穂積によれば、①ローマ法を継受したフランスなどの諸国では「占有の意思」は「所有の意

て、このように考えるならば、少数説は、論理的に破綻しているのではないか、とも思量されるのである。

思」に限定され、このことは旧民法でも同様である。けれども、②このように、所有者意思説を採る立法においても、例えば借主の占有のように、所有者としての占有以外の占有も保護される必要があるため、これらの占有は容仮占有等の名称で保護されている。そうすると、③近時のドイツ等の立法例のように、「自己のためにする意思」を占有意思とするならば、広く各種権利行使としての占有の保護が可能となる、と説かれている。

(b) しかしながら、上の(3)(a)に要約した穂積の説明には、二、三の看過しえない誤謬が存在する。

(ア) まず、①の点であるが、旧民法には、どこにも「占有意思＝所有の意思」とする規定はない。旧民法において保護を受ける占有の中心は法定占有であるが、(1)の第3段落にもあげたように、財産編180条・189条によれば、法定占有とは、(i)《自己がその物に所有権を有するという意思をもってする有体物の所持》に加え、(ii)《例えば、地上権や地役権、あるいは賃借権のような権利を自分が有しているという意思をもって、その権利行使の事実を行うこと》⁽⁵⁸⁾をも包摂するものである。要するに、(i)(ii)を総合的に捉えれば、旧民法の法定占有における占有意思は、所有権、地上権、地役権、賃借権等、各種権利を有する意思で(事実上)権利行使を行う意思なのであり、現行民法180条が規定する「自己のためにする意思」⁽⁵⁹⁾とかなり近いものと言えよう。

(58) ほぼ同旨——辻・前掲注(7)所有の意思と取得時効22頁以下注(13)[獨協法学29号129頁以下注12]。なお、辻説については、後の第Ⅲ節「本稿の結び」で改めて取り上げる。

(59) では、相違するのはどこかということ、現行民法の占有は、地上権や賃借権の行使のように、権利の客体である物を所持することが要件とされている(民180条)という点である。物の所持以外の権利の行使は、旧民法では法定占有に該当するが、現行民法では、準占有にあたることになる。

(イ) また、上述の穂積の説明では、フランス民法なども所有の意思を占有意思と捉えているとされるのであるが、例えばフランス民法2228条(原初規定、現行2255条〔規定内容に変更なし⁽⁶⁰⁾])では、占有は次のように定義されている。

フランス民法旧2228条(現2255条) 占有 (possession) とは、ある者が、自分自身で、または、その者の代わりに物を手中に置くもしくは権利を行使する他の者を介して、その手中にある物を所持 (détention) すること、ないしは、行使する権利を享受 (jouissance) することをいう。⁽⁶¹⁾

すなわち、少なくとも上記条文を見る限りでは、フランス民法が占有について所有者意思説を採っていることは否定される。同条によれば、占有は、所有の意思をもって物を所持する場合のみならず、広く、各種権利の権利者として行う権利行使の利益を享受する場合をも包含するとされるのであり、この点でも、穂積の理解には誤認が存在すると言えよう。

(60) 条文番号の変更は、2008年の「民事時効改正に関する2008年6月17日の法律」(前注(43)参照)による(なお、林田光弘「取得時効の要件となる占有の継続性に関する一考察——フランス法の検討を通じて——」大阪市立大学法学雑誌63巻4号〔2017〕94頁注(7)参照)。

(61) フランス民法旧2228条(現2255条)の原文は、次のようである。《La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.》なお、本条を訳出するにあたっては、法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注(43)366頁、林田「取得時効の要件となる占有の客観的要素(一)——フランス法を素材として——」大阪市立大学法学雑誌61巻1=2号(2014)245頁、同・前掲注(60)87頁、「DeepL翻訳」の和訳文等参照。

(c)(ア) 次いで、穂積のさらなる誤謬としてあげられるのは、(3)(a)の②にあげた点である。

すなわち、上述のように、穂積は、所有者意思説に基づいた占有立法——彼の観点からは、旧民法もこれに含まれる——の下でも、借主等の（現行民法上の学説で言うところの）他主占有者は容仮占有者として保護される、と弁ずる。

しかし、上記(2)の(b)で論述したように、旧民法においては、例えば、Bが地上権を行使する意思でAの土地を占有する場合、このBの占有は、(i) B自身の利益のための占有という意味では法定占有、(ii) 所有者Aのための占有という意味では容仮占有という二面的性格を有するものである。そうすると、(2)(d)の〈図表〉でも整理したように、現行民法学説上は、上記Bのような占有は他主占有と一括されるわけであるが、それが即、旧民法の容仮占有にあたと解する穂積の説明には、旧民法の占有概念に対する多少の誤解があるということになる⁽⁶²⁾。

(イ) なお、穂積が《旧民法の容仮占有は現行民法の他主占有にあたる》と誤認していたのではないかとの推測は、現行民法180条案提出理由の説明後における他の法典調査会委員との議論からもうかがわれる。

すなわち、横田國臣委員からの《受寄者による寄託物の所持も同条案にいわゆる「自己ノ為メニスル」場合に入るのか》という質問を穂積が肯定したところ⁽⁶³⁾、続けて、箕作麟祥委員は、「既成民法ノ容仮ノ占有ト云フモ

(62) ちなみに、これと同じような誤解は、今日の学説でも、若干垣間見られるが、これについては、最後に、第Ⅲ節の「本稿の結び」のところであげることにした。

(63) なお、受寄者による寄託物の所持にも「自己ノ為メニスル意思」のあることを肯定する穂積の見解に対し、梅がこれを否定する意見を述べた、すなわち、調査会の質疑の中で、現行民法起草者間にこの件に関する見解の対立があるということが明らかとなったということについては、拙稿・

ノモ皆之ニ這入ルノデアリマスカ」という質問をした。そして、これに対する答えとして、穂積は、「左様デアリマス」と答えているのである。⁽⁶⁴⁾

また、もう少し後の質疑から引用すると、本野一郎委員が「……此百八十条ニ『占有権ハ』云々トアリマスノハ無論既成法典ニアリマスル容仮ノ占有ト云フモノモ又自己ノ所有ノ為メニスル占有者モニツ共ニ含ンデ居ルノデアリマスカ」と尋ねたのに対し、穂積は、「然ウデス」と端的に答えている。⁽⁶⁵⁾すなわち、この本野の質問は、容仮占有と「自己ノ所有ノ為メニスル占有」つまり自主占有とを対立するものと解し、穂積もこれを前提として答えているものと捉えられるが、このことから、本野も穂積も、〈容仮占有＝他主占有〉という観念の上に立って議論している、と推測されるのである。

(d) 最後に、穂積は、(3)(a)の③であげたように、所有者として(事実上)物を所持しているだけではなく、賃借人として(事実上)物を所持しているなどの場合も広く保護するためには、旧民法のごとく、占有意思を、「自己ノ有ト為ス意思ヲ以テトカ或ハ所有ノ意思ヲ以テ」とか規定するのではなく、近時の立法例にならい、「自己のためにする」意思説を採るのが妥当であると説いている。

だが、旧民法財産編189条で言うところの「自己ノ有ト為ス意思」とは、決して「所有ノ意思」に限られるわけではなく、諸種の権利についてそれが自分に属すると考える意思であり、同条によれば、自己に帰属すると考える権利を自分自身のために行使することも広く法定占有に含まれることになる。とすると、旧民法の規定では占有保護の範囲が狭いとする穂積の

前掲注(26)116頁以下参照。

(64) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(31)594頁。

(65) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(31)600頁。

見解は旧民法の誤った解釈に基づくものであり、ここでも、「自己のためにする」意思説への変更について十分な根拠が示されていない、と評価することが可能となろう。

Ⅲ 本稿の結び

1 以上のまとめ

さて、ここまでの考察から明らかなように、旧民法が「法定ノ占有者」について占有に基づく本権推定効を認めていた（旧民財産編193条）のに対し、現行民法では、旧民法の「法定ノ」という語句が削られ、文理から見る限り、広く占有者一般について本権推定効を肯定するという条文（民法188条）が設けられた。そして、このような改正の理由については、民法第2編第2章「占有権」の起草担当者である穂積の説明を要約すると、旧民法が占有を法定占有・自然占有・容假占有の3種類に分けていたのに対し、現行民法への改正案では、「自己のためにする意思をもって物を所持する」場合がすべて占有に含まれることになった結果である、とされたのである。

しかし、先に指摘したように、旧民法が定める法定占有というものは、実のところ、①所有者として物を所持する場合のみならず、②物権・債権を問わず、自分自身がその権利を有するという意思で行っている権利行使という事実、すなわち、(i) 地上権者としての地上権行使、(ii) 地役権者としての地役権の行使、(iii) 借借人としての借借権の行使など今日の他主占有にあたる場合をも含む非常に対象が広範な概念であって、決して現行民法起草者が危惧するような狭い観念のものではなかった。⁽⁶⁶⁾要するに、

(66) 現行民法で、判例・通説によって準占有とされている地役権の（事実上の）行使は、旧民法では、むしろ、法定占有に組み込まれていたという点も注目に値しよう。

起草者穂積は、——それが何故か仔細は不明であるが——「所有の意思をもってする占有」のみが法定占有であるとする先入見を持ち、それゆえ、「自己ノ為メニスル意思」を心素にすることによって占有の保護される範囲が拡張すると思惟したと推量されるが、それは、旧民法の占有概念に対する誤解に基づくものであったのである。

2 旧民法の占有概念に関する他の起草者・今日の学説の見解

だが、上記のような旧民法の占有概念に対する謬見は、決して穂積一人が有していたに過ぎないものではなかった。

(1) 梅・富井の見解

(a) 梅の見解

この点について、現行民法起草者の他の二人のうち、まず、梅謙次郎は、その著書『民法要義』において、「心素ハ[○]所有ノ[○]意思（animus domini）タルコトヲ要ストハ古来人ノ多ク唱フル所ナリト雖モ既ニ所有権以外ノ財産権ノ行使モ亦之ヲ保護スル必要アルコトヲ悟レル以上ハ之ニ要スル心素モ亦自ラ之ヲ拡充セサルコトヲ得ス」（傍点——原文）と、従来、一般に、「所有ノ意思」が占有の心素とされていたが、所有権以外の財産権の行使も保護する必要上、心素も拡充する必要があるとして、現行民法180条の立法理由を説明している⁽⁶⁷⁾。但し、ここで梅が対比しているのは、あくまでも、従来の占有学説であって、旧民法の占有規定については一切触れていない、という点は注意しなければならない。

(67) 梅・前掲注(47)31頁。

(b) 富井の見解

これに対して、富井政章は、その著書『民法原論』で、「占有意思」の意義に関しては、従来、①「所有ノ意思 (Animus domini) ヲ必要トスル主義」(傍点——原文)と②「自己ノ為メニスル意思 (即チ自己ノ利益ノ為メニスル意思) ヲ以テ足レリトスル主義」(傍点——原文)の2つの見解があり、「我民法ハ第二ノ主義ヲ採リ占有権ハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得スルモノトセリ」と論ずるのであるが、①の所有者意思説を採る立法として、フランス、オーストリア、イタリア、スペインのそれと並べ、わが国の旧民法をあげる。そして、現行民法で②の主義を採ったのは「旧民法ノ一大改正ニシテ著シク占有ノ範圍ヲ拡張セルモノト謂フヘシ即チ其結果トシテ地上権者、永小作人、賃借人、使用借主及ヒ質権者ノ如キハ何レモ占有者ナルコト言フ俟タス」と述べている⁽⁶⁸⁾。

要するに、上掲した富井の論述に従えば、富井は、《旧民法は占有の心素に関して所有者意思説を採っていたのであるが、現行民法への改正によって占有の範囲が幅広く拡張され、地上権者等前掲の者も、これによって初めて占有者に含まれることになった》という理解を示していた、と考えられる。そして、以上 (a)(b) で述べたところからは、——梅については多少不明な点もあるが——穂積のみならず、現行民法起草者は総じて、旧民法の占有(法定占有)は、所有者意思を心素とする占有であると誤解していた、と思量されるのである。

(2) 今日の若干の学説について

では、近時、あるいは、今日の学説は、旧民法が規定した「法定占有」をどのように理解しているのだろうか。以下では、この点について多少

(68) 富井・前掲注(47) 625頁以下。

なりともその点の記述がなされている若干の学説を採り上げ、検討してみることにはしたい。

(a) 稲本説

第1に、稲本洋之助は、有斐閣発行の『注釈民法』への論述で、「ボアソナード民法草案」⁽⁶⁹⁾をひいて、次のように言う。すなわち、同草案は占有を「民法上の占有」、「自然ノ占有」および「容仮ノ占有」に区別していたが、このうち、旧民法の法定占有に該当する「民法上の占有」は自主占有に、「容仮ノ占有」は他主占有に対応する、⁽⁷⁰⁾と。

そうすると、自主占有は所有の意思をもってする占有にあたるわけであるから、稲本においては、ボアソナード民法草案における「民法上の占有」、すなわち、旧民法における「法定占有」は、所有者意思を心素とする占有と理解されていた、と言えよう。

(b) 水辺説

第2に、水辺芳郎は、その論説で、占有意思について検討するに際し、法典調査会における起草委員穂積の説明を引用しつつ、以下のように叙述する。

すなわち、現行民法180条は旧民法を改めたものであるが、(本拙稿でも第Ⅱ節1(3)(b)(イ)で前述したように、)穂積によれば、《物を借りている

(69) ボアソナードによる民法草案は、何度も修正がなされているが、ここで言う「ボアソナード民法草案」がその中のどれを指すのかは詳らかでない。

(70) 川島=川井編・前掲注(50)2頁以下〔稲本洋之助〕〔初出：川島編『注釈民法(7)物権(2)占有権・所有権・用益物権』(有斐閣、1968)3頁。なお、初出本では、「民法上の占有」は「民法上ノ占有」と掲記されている〕。

者や、さらには、物を盗んで持っている者であっても、その占有が直ちに侵されるのであれば公益上害があるため、「占有権ノ取得ノ所ニ於テ自己ノ有ト為ス意思ヲ以テトカ或ハ所有ノ意思ヲ以テトカ云フ規定ニスルノハ⁽⁷¹⁾ 一体不都合デアラウト思ヒ」自己のためにする意思説を採用した》とされる、と。このようにして、水辺によると、穂積の説明は、「自己のためにする」意思説へ改正して占有の範囲を拡大する必要性についてその議論が集中している、と分析されるのである。⁽⁷²⁾

以上のように、水辺は、上記部分においては、穂積の改正理由についての説明を単に紹介しているに過ぎない。しかし、これが旧民法から現行民法の「自己のためにする」意思説への改正理由の説明になるということの特に否定していないところを見ると、水辺も、旧民法の占有は、所有者意思をもってするものに限定されると捉えていたのではないか、とも思量されるのである。

(c) 辻 説

第3に、辻伸行は、その著書『所有の意思と取得時効』の注の中で、次のように論ずる。

すなわち、旧民法及びポアソナード草案は、「占有の対象には物だけでなく権利も含まれるとする立場」、換言すれば、「物の事実的支配と権利の事実上の行使を区別せずに占有として捉える立場を」採っていた。従って、「法定の占有」、要するに、「法律上保護を受ける占有とは、物を所有者名義で（所有の意思をもって）所持する場合だけでなく、所有権以外の権利を権利者として行使する意思をもって行使する場合をも含む観念であると

(71) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(31)では、この引用部分は594頁にあたる。

(72) 水辺・前掲注(46)267頁。

ということになる。それ故、占有の心素（占有意思）は所有の意思＝所有者名義だけでは狭いわけであり、ボワソナードは所有の意思＝所有者名義を含めた意味での意思を『自己ノ為メニ有スルノ意思』とか『自己ノ有ト為ス意思』⁽⁷³⁾という用語で表したとみることができるであろう」と。

以上を鑑みると、辻は、旧民法における「法定占有」の意義を的確に把握しているということができよう。但し、上記のところは、著書の注の中で述べられているのであって、この記述の少し前の本文のところでは、辻は、現行民法162条案の審議に関する議論において、「起草者は初め旧民法と同様、所有者意思説を前提にして『占有』を捉えていたようである」⁽⁷⁴⁾（傍点——引用者）と述べている点も注意が必要かもしれない。そして、この点も含めて考えるならば、辻の見解にも曖昧な点が残ると思われないうちでもない。

もっとも、上の《占有に「所有の意思」を要する》という論述は、取得時効の条文案に関わってなされているものであるから、これを取得時効における占有の要件を定めるための論議に過ぎないと善解するならば、特に問題は無いとも言えよう。

(d) 松久説

(ア) 第4に、松久三四彦は、その著書の中で、法典調査会の審議中、現行民法162条の原案に取得時効の要件として「所有の意思」が挿入された⁽⁷⁵⁾と、とする指摘と関連させ、以下のような論述を行う。

(73) 辻・前掲注(7) 所有の意思と取得時効22頁以下注(13) (特に23頁) [獨協法学29号129頁以下注(12)]。なお、初出の獨協法学掲載論考では、まだ「法定の占有」という語句は用いられておらず、「占有、すなわち、法律上保護を受ける占有」と記載されていた。『所有の意思と取得時効』をまとめるにあたって「法定の占有」と書き改められたものと思われる。

(74) 辻・前掲注(7) 所有の意思と取得時効17頁 [獨協法学29号126頁]。

すなわち、「旧民法は『所有ノ意思』に相当する『所有者ノ名義』を占有⁽⁷⁶⁾（物に対する占有取得）の要件としていた」。「旧民法は、（不動産）取得時効の要件としては、『所有者ノ名義』（証拠編一三八条一項）というが、法定占有の意義・取得要件としては『自己ノ為メニ有スルノ意思』『自己ノ有ト為ス意思』という。これは、旧民法が有体物だけでなく権利も法定占有の対象としている（財産編一八〇条一項・一八九条参照）ためにより広い表現にしたものであろう。そうすると、『所有者ノ名義』は物に対する法定占有の要件でもあることになる⁽⁷⁷⁾」。

上述したところが松久の法定占有の意義に関係する叙述であるが、その説くところから従えば、①旧民法における法定占有の心素が「自己ノ為メニ有スルノ意思」「自己ノ有ト為ス意思」とされているのは、物（有体物）のみならず、権利も法定占有の対象とされているからそのような広範な表現がとられたのである。従って、②物を目的物とする法定占有については、「所有者ノ名義」（＝「所有ノ意思」）が心素となる——以上のような論理が展開され、前段冒頭に掲げた、「旧民法は「所有ノ意思」を（物を対象とする）法定占有の要件としている」という結論が導かれるのである。

（イ）確かに、今日、他主占有とされる地上権者、賃借人等としての占有は、旧民法においては、おそらく、物を所持する占有ではなくて、（事実上の）権利行使による占有と捉えられていたのではないかと、とも考えられる⁽⁷⁸⁾。そして、そうだとするならば、物を所持する占有として残るのは所有者としての占有だけとなるはずであるから、法定占有のうち、物を所持

(75) 松久三四彦『時効制度の構造と解釈』（有斐閣、2011）296頁〔初出：同「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、1998）310頁以下〕。

(76) 松久・前掲注（75）297頁〔百年、311頁〕。

(77) 松久・前掲注（75）331頁注（9）〔百年、312頁注（3）〕。

(78) 本稿第Ⅱ節2（2）で前述したところを参照。

する法定占有の心素は「所有の意思」であると言うのも、決して間違っているわけではなからう。また、ここでの松久の議論は、取得時効の要件論の一環としてなされたものであるということも見逃されてはならない点である。

しかしながら、例えば地上権者や賃借人としての占有（他主占有）は、現行民法においては、民法180条により、「自己のためにする意思をもって物を所持」していることに基ついて占有とされるのに対し、旧民法においては、地上権や賃借権などの権利を自己のために有しているという意思をもって当該権利を（事実上）行使していることにより占有（法定占有）と認められていたのである（旧民財産編180条1項，189条）。そうすると、松久は、旧民法の物を対象とする占有については「所有ノ意思」が心素となるということを前提とした上で、現行民法では、「自己ノ為メニスル意思」を占有の要件としたことによって「旧民法よりも広く（つまり、他主占有も含め）占有」が認められるようになったと示唆しているのであるが、⁽⁷⁹⁾上述のように、旧民法は現行民法における他主占有を法定占有として保護していたのであって、この点は再度確認されなければならないであろう。

(e) 七戸説

最後に、七戸克彦は、本年（2020年）刊行の民法コンメンタールにおいて、簡単ながら、旧民法が規定する法定占有について、以下のように言う。

すなわち、「『法定ノ占有』とは『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権利ノ行使』をいう（財産編180条1項）」が、これは要するに、「ボウソナード旧民法は、主観説の中でも『所有者意思』

(79) 松久・前掲注(75) 297頁〔百年, 311頁〕。

説（＝『所有の意思』のある場合（自主占有）のみを占有とする立場）に立⁽⁸⁰⁾っていることを示すものである。このように、七戸の著述においては、旧民法における法定占有の意義については、現行民法起草者とほぼ同様な見解が示されているのである。

3 今後への展望

(1)(a) 以上、上の2では、穂積以外の民法起草者の見解に加えて、最近の学説が旧民法の法定占有の意義をどう把握しているか瞥見してきたが、《法定占有は物の所持のみならず、事実上の権利行使も含むものである》とほぼ的確に捉えている若干の説がある反面、旧民法はその占有について所有者意思説を採っていたと解し、現行民法制定時の理解とほぼ同様の理解をしている説も散見された。

しかし、ここまで繰り返し述べてきたように、今日、他主占有とされる占有は、現行民法で「自己のためにする意思」説が採られて初めて占有に包含されたのではなく、旧民法においては、「自己ノ為メニ有スルノ意思ヲ以テ」なされる事実的権利行使であるがゆえに「法定占有」として保護されていたのである。そして、そうだとするならば、占有の範囲が拡大されたということを理由として、占有の本権推定効に関する現行民法条文（民法188条）から「法定ノ」という語句を省くという説明は、根拠薄弱なものと言わざるを得ないことになろう。

(b) もっとも、現行民法では、旧民法のように、占有について、法定占有・自然占有・容假占有という区別はなされていない。しかし、ここで注意しなければならないのは、「法定占有」についてのみ本権推定効が認

(80) 鎌田ほか編・前掲注(3) 41頁〔七戸〕。

められるという旧民法財産編193条の立場に立てば、先に第I節1(3)(a)で引用した佐久間の危惧、すなわち、不法占有者にまで本権が推定されてしまうという問題は解消される可能性がある、という点である。

もちろん、実際の場面において、不法占有者が、自分の所持する物を、例えば「これは他人から窃取した不動産である」と言うはずはなかろう。だが、仮に売買契約等の占有の取得原因が表明される占有についてのみ所有権等の本権の推定が認められるとするならば、不法占有者も売買のような占有取得原因を主張しなければならず、相手方はこれを反対証拠によって覆すことは比較的たやすい、と推測される。そして、このように考えれば、不法占有者に本権推定効が付与されるという可能性はそれほど生じないとも思量されるのである。

(2) ところで、上の(1)(b)には、売買契約のような権原に基づく占有が法定占有にあたるかのような記述を行った。しかるに、旧民法の規定によれば、法定占有か否かの判断は、当該占有者の内心の意思の内容、すなわち、内心における「自己ノ為メニ有スルノ意思」(旧民法財産編180条1項)、「或ル物ノ所有権又ハ或ル権利ヲ自己ノ有ト為ス意思」(同編189条)の存否によって決まるものとされていて、権原については、一切触れられていない。

だが、案ずるに、例えば売買契約によって得られた不動産の占有について、「所有の意思」をどのように証明するかという点、通常は、不動産売買契約書に売買(所有権移転)の事実が記載されているという書証をもって証明を行うことになるであろう。このように、証拠という問題を勘案してみると、占有の性質を第一義的に決定するのは、実は、占有取得の権原であると言えるように思われないわけでもない。

しかし、この問題を検討するについては、まずは、旧民法の占有理論を

深く考察することが求められる。また、権原と法定占有の関係を追究してこそ、占有の本権推定効の本質を初めて明らかにできることになるであろう。よって、次稿においては、旧民法、ひいては、旧民法起草者ボアソナードの占有理論から、以上の問題を考えていくことにしたい。

Du processus législatif de la disposition sur la
présomption *juris tantum* de la
légalité du droit que le possesseur exerce

論

Motomi KUSANO

説

L'article 188 du Code civil japonais, promulgué le 28 avril 1896, dispose ce qui suit: «Le possesseur est présumé avoir légitimement le droit qu'il exerce sur la chose possédée.».

Mais, l'article 193 du livre des biens du Code civil de l'Empire du Japon (l'Ancien Code civil), qui avait été rédigé par Boissonade, dispose ce qui suit: «Celui qui possède civilement est présumé, jusqu'à preuve contraire, avoir légalement le droit qu'il exerce: il est toujours défendeur aux actions pétitoires relatives à ce droit.».

Ce mémoire a été écrit dans le but d'éclaircir les causes des différences entre les deux articles.