

「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——

辻 伸 行

序章

1 問題の提起

2 本稿の目的と構成

第一章 「所有の意思」をめぐる立法過程の基礎的検討

第一節 序

第二節 第162条の成立過程と「所有の意思」

第三節 「所有の意思」の推定とその有無の判定

第四節 他主占有から自主占有への変更

第五節 小括（以上、本号）

第二章 学説の展開とその検討

第三章 判例の紹介と分析

第四章 問題解決への試論

第五章 むすび

序 章

1 問題の提起

(1) わが民法典は、占有が成立するためには所持のほか占有意思が必要であるとするがこの意思は「自己ノ為メニスル意思」で足りるとし(180条)、「所有の意思」は占有の成立要素ではないとする立場をとっている。しかし、「所有の意思」は占有の成立要素ではないものの、所有権の取得時効(162条)や

無主物先占(239条)の成否、占有物の滅失・毀損に対する占有者の責任(191条)などについて、「所有の意思」は重要な意味を有しており、その中でも、實際上、不動産所有権の取得時効の成否をめぐる「所有の意思」の有無が裁判上しばしば問題になっている。

ところで、この「所有の意思」の内容をどのようなものと解すべきなのか、また、その有無の判定はどのような基準によってなされるべきなのかといった点について、通説と目される見解¹⁾は、周知のように、「所有の意思」は「所有者として占有する意思」(我妻)とか、「所有者がなしうると同様の排他的支配を事実上行おうとする意思」(舟橋)であるとし、そして、これは単なる内心の意思ではなく、その意思の有無は「その占有を取得する原因である事実、すなわち権原の客観的性質によって定まる」(我妻)と解している。したがって、たとえば、売買によって物の引渡を受けた場合にはこの権原の性質から「所有の意思」ありとされ(自主占有)、他方、賃貸借・寄託・質権設定に基づき引渡を受け占有している場合には「所有の意思」はないとされる(他主占有)。また、盗人の占有も「所有の意思」があるとされる。このような通説の見解は、一見きわめて明快であり、それゆえ、同様の趣旨を述べる裁判例も少なくない²⁾。

(2) しかし、このような通説的見解に対しては種々の疑問が存するように思われる。

(a) 通説は、ここでの「権原」を占有取得の原因たる事実であるとしており、かなり広くかつ漠然と捉えているように思われる。すなわち、「権原」の例示として、売買、贈与、賃貸借、寄託など本権取得を目的とする法律行為のほか、盗取のような事実行為³⁾をもあげており、また、通説の中には、第185

1) 我妻栄(有泉亭補訂)・新訂物権法(民法講義Ⅱ)471頁(昭和58年)、舟橋諱・物権法295頁(昭和35年)、末川博・物権法191頁、193頁(昭和31年)、川島武宜・民法総則554頁(昭和40年)、幾代通・民法総則〔第二版〕489頁(昭和59年)、四宮和夫・民法総則〔第四版〕300頁(昭和61年)、稲本洋之助・民法Ⅱ(物権)217頁(昭和58年)など。

2) 最上級審の裁判例だけを挙げるならば、最判昭和44年5月22日民集23巻6号993頁、最判昭和45年6月18日判時600号83頁、最判昭和45年10月29日判時612号52頁、最判昭和54年7月31日判時942号39頁などがある。

3) 通説は明言していないが、売買によって取得した土地の占有開始と同様に、その境

条の「新権原」に相続を含めようとする見解⁴⁾も主張されている。しかし、これらの例示のほかにはどのような場合にどのような「権原」が問題になるのか、どのような「権原」において「所有の意思」の存在が判定されうるのか、また、通説のごとき広い意味での「権原」だけで常に「所有の意思」の有無を判定できるのか、といった点については、裁判例が数多く現われているにもかかわらず、これまで必ずしも十分に検討されてきたとはいえないように思われる⁵⁾。また、通説のように「権原」を広く捉えていくということになると、占有者にはすべて「権原」があり、その「所有の意思」の有無については、すべてこの「権原」によって判定すべきである、ということになりそうであるが、従来、この点も必ずしも明らかでない⁶⁾。通説は第185条の「権原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ……」という文言を根拠に「所有の意思」の有無を「権原」で判定しようとしているのであるが、この文言からするならば、言外に「権原」の性質によらずに「所有の意思」の有無が判定される場合が予定されていると考えることもできよう。通説においては、「権原」を広く捉えることとこの第185条の文言との関係について十分な説明はみられない。これをどのように考えるのか。

(b) 「所有の意思」の有無の判定が問題になるのは、二つの場合である。一つは、取得した占有が「所有の意思」に基づくものかどうかという場面で問題となる場合であり、この場合は第186条により「所有の意思」があるものと推

界線を起えて隣地の一部をも占有しているという場合（誤想買受ケース）にも、「権原」あるものと考えるのであろう。

- 4) もちろん、相続を無条件で「新権原」とみる見解は現在ではないようである。一定の条件のもとに相続を「新権原」とする見解として、我妻（有泉）・前掲書472頁、中川淳・判例タイムズ277号56頁、林良平「占有権の相続」現代家族法大系4 254頁などがある。判例としては、最判昭和46年11月30日民集25巻8号1437頁がある。
- 5) これまでに現われた主な研究として、藤原弘道・時効と占有（昭和60年）、田中整爾・「自主占有の概念とその推定」阪大法学118・119合併号13頁以下（昭和57年）、同・「占有における『権原』と『意思』との関係について」現代私法学の課題と展望上27頁以下（昭和56年）、同・自主占有（叢書民法総合判例研究⑨）（昭和59年）がある。
- 6) 田中整爾教授は、客観説の立場からであるが、「権原」は、本権とは無関係な占有取得原因と解すべきであり、このような意味での「権原」はいかなる占有にも存在する、という（田中「占有における『権原』」42頁）。なお、藤原・前掲書8頁参照。

定される結果、この推定がどのような場合に覆されるかという形で問題になる。もう一つは、他主占有が自主占有へ変更する場面においてである。ここでは、占有者が「所有の意思」を有するに至ったことを自ら証明していく必要がある場合であり、第185条の適用が問題になる。通説は、従来、一般的・抽象的に、「所有の意思」の有無は「権原」により判定する旨を説くだけで、この二つの場面について、この命題がどのように妥当するかについて十分な検討がなされてこなかったように思われる。前者の場面については、この命題を貫くならば、この推定を覆すためには、「所有の意思」を争う者がその不存在を、他主占有をもたらず「権原」によって証明すべきことになろうが、この点を明言する者はそれほど多くない⁷⁾。また、近時、判例は、「権原」の性質だけで決することができない場合があることを認め、占有に関する諸事情によっても、「所有の意思」のないことを判定できるとしている⁸⁾。これは、通説的見解の修正ないしは具体化をせまるものといえるであろう（なお、(d)参照）。また、後者の場面については、「所有の意思」の有無を「権原」の性質によって判定するというのであれば、他主占有から自主占有への変更においても、「新権原」によってのみ自主占有への変更を認定すべきであって、「所有の意思」あることの表示による自主占有への変更は、明文の規定があるとはいえ首尾一貫した

7) 末川・前掲書194頁、川島・前掲書555頁、稲本・前掲書217頁がこの点を指摘しているぐらいである。

8) 最判昭和58年3月24日民集37巻2号131頁。この判決は、次のように判示する。すなわち、「民法186条1項の規定は、占有者は所有の意思で占有するものと推定しており、占有者の占有が自主占有にあたらなことを理由に取得時効の成立を争う者は右占有が所有の意思のない占有にあたることについての立証責任を負うのであるが（最高裁昭和54年(オ)第19号同年7月31日第三小法廷判決・裁判集民事127号317頁参照）、右の所有の意思は、占有者の内心の意思によってではなく、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べきものであるから（最高裁昭和45年(オ)第315号同年6月18日第一小法廷判決・裁判集民事99号375頁、最高裁昭和45年(オ)第265号同47年9月8日第二小法廷判決・民集26巻7号1348頁参照）、占有者がその性質上所有の意思のないものとされる権原に基づき占有を取得した事実が証明されるか、又は占有者が占有中、真の所有者であれば通常はとらない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかったなど、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、占有者の内心の意思のいかんを問わず、その所有の意思を否定し、時効による所有権取得の主張を排斥しなければならない」と。

いのではないか。この点の検討は全くといっていいほどなされていない⁹⁾。

(c) 第185条にいう「権原」とは、沿革的にみれば、権利取得を目的とする法律行為(売買、贈与、賃貸借等)をいうものであったとの指摘がなされている¹⁰⁾。これによれば、通説のように「権原」を事実的な占有取得原因まで含めて広く理解することは、沿革に反することになる。沿革に反するような解釈をする以上、その理由が明瞭に示されるべきであるが、十分に示されているとはいえない。通説は占有の成立要素としての占有意思について、主観説を緩和し客観的解釈をしようとすることから、占有取得原因＝「権原」の性質でこの意思を判定しようとするものであり、この考え方(客観的解釈)を「所有の意思」の判定にも及ぼそうとするものであるが、しかし、客観的解釈をする必要があるということから、論理必然的に、「権原」を広く解したり、「権原」の性質によってのみ判定しなければならない、ということにならないはずである。

「権原」によるほか、諸般の客観的事情によって「所有の意思」の有無を判定することも、客観的解釈といえないことはないからである。意思の客観的解釈の必要性という理由だけでは不十分である。

(d) さらに、「権原」を広く理解することに妥当性や実益があるかも問題である。広い意味での「権原」をもって、「所有の意思」の有無を常に判定できるものではないように思われるからである¹¹⁾。この点をいくつかの具体例で考えてみることにする。

(i) 有効な売買・贈与・賃貸借契約に基づいてその目的物の引渡を受け占有を始めたという場合には、これらの「権原」の性質によって抽象的・画一的に

9) もっとも、我妻(有泉)・前掲書472頁は、この点を意識してであろう、「立論としては、意思の変更だけで占有の性質を変じさせる必要はない。」という。また我妻博士の旧著・物権法(現代法学全集)345頁以下(昭和5年)では、「厳格なる主観主義を緩和せる趣旨であらうが、民法の主観主義を私のやうに解するときは、寧ろ無用の規定と謂ふべきである」(傍点は、辻)と述べており、「権原」の性質による判定を徹底し、論理を一貫させようとしていたといえる。

10) 藤原・前掲書8頁。

11) この点の通説の問題性については、すでに藤原道弘判事によって指摘されている(藤原・前掲書5頁以下)。また、第186条1項の「所有の意思」の推定を覆す際の「所有の意思」不存在の判定に関し、前掲最判昭和58年3月24日は、「権原」のほか「占有に関する事情」を判定基準になしうる旨を判示している(本章注8)参照)。

「所有の意思」の有無を判定することに問題はないであろう。しかし、有効な売買契約がある場合でも、買主が買受けた土地の境界線を越えて隣地の一部を占有しているという事例においては、その部分は売買の対象にはなっておらず、したがって、売買を契機として占有を開始したというだけで、売買という「権原」の性質上越境部分の占有につき「所有の意思」がある、と単純には判定できないであろう。越境部分の占有については様々な事情があるのであり、これらを捨象して「所有の意思」を認定することには問題があるように思われる¹²⁾。

(ii) 農地を買い受け、引渡を受けたが、まだ農業委員会ないし知事の許可を受けていない場合はどうか。売買という「権原」からすれば、「所有の意思」の有無は一義的に決まりそうであるが、判例は、「所有の意思」の存在を否定するものと、肯定するものとがあり¹³⁾、このことは、實際上、「権原」の性質によってこの意思の存否を決することは容易でないことを示すものといえる¹⁴⁾。

(iii) 売買契約に基づいて引渡を受けているが、この契約が無効である場合、買主の占有は「所有の意思」に基づくものといってよいのか。通説によれば、売買の有効・無効を問わず、買主には「所有の意思」があるということになる

12) もっとも、この種のケースに関する近時の裁判例は、「所有の意思」の有無についてとくに問題にしているものはないようであり、自主占有であることをほとんど当然の前提にしている。最判昭和46年11月25日判時655号 26 頁，最判昭和50年4月22日民集29巻4号433頁，最判昭和52年3月31日判時855号57頁など参照。しかし、隣地の所有者がさしあたり建物を建てる予定がなかったことから、誤想買受人の使用を黙認していたにすぎず、他方、誤想買受人は隣地所有者に対し、所有権の主張をしたり、塀を設置するなどの方法がとられたのではないという場合に、これらの諸事情を考慮せずに、「権原」により「所有の意思」を抽象的・画一的に認定してよいかは問題であろう。

13) 最上級審裁判例だけをあげれば、最判昭和50年4月11日民集29巻4号417頁（「所有の意思」の存在を否定した原審判断を是認），最判昭和52年3月3日民集31巻2号157頁（買主の「所有の意思」の存在を、代金の支払を条件に肯定），最判昭和59年5月25日判時1133号70頁（農地の贈与のケース。自主占有であることを前提にして、過失の有無が論じられた）。

14) この問題については、さしあたり、甲斐道太郎・判例評論318号25頁（昭和60年），宮崎俊行「農地の売買と取得時効」日本法学47巻4号558頁以下（昭和57年），橋本真「取得時効と『所有の意思』—農地売買についての裁判例の検討—」明治大学大学院紀要第23集155頁以下（昭和62年）参照。

が¹⁵⁾、しかし、たとえば、仮装売買で引渡を受けた買主の占有が当然に自主占有と考えてよいかは問題であろう。仮装売買は売主は単に財産の隠匿等を目的し買主はそれに手を貸すといった内容をもっているにすぎず、類型的・抽象的に買主の「所有の意思」を示すものとはいえないように思われるからである¹⁶⁾。

(iv) 譲渡担保権設定者の占有や、所有権移転を内容とする信託行為により受託者が取得した占有は自主占有か。この点も従来あまり検討されてきたとはいえない¹⁷⁾。

(v) 売買契約が締結された後も引き続き売主が目的物を占有していたという場合はどうであろうか。売主の占有が、売主が前主から所有権の移転を受けたその「権原」の性質上自主占有であった以上、売却行為をしても引渡までなおこの地位は保たれるというべきか、それとも、売却行為を行っているからにはもはや「所有の意思」はないというべきか。単に「権原」の性質というもので決しうる問題ではないであろう¹⁸⁾。

(vi) 共同相続人の一人が単独である相続財産を占有している場合、この共同相続人の占有は自主占有といえるか。共有者の一人が単独に占有している事例を含めるとかなりの裁判例があり¹⁹⁾、これらの単独占有者のすべてを当然に自主占有と判定しているものはないが、自主占有を認定している裁判例がある。しかし、その判定の基準となっているのは、「権原」の性質ではなく、その単独占有者が具体的にどのような行動をしていたかという占有に関する諸事情を判定の基礎にしている²⁰⁾。ここでも、通説の考え方では処理しきれない問題が提起されているといえよう。

(vii) 被相続人が賃借人であることを知らず、所有者であると信じて、目的不動産を相続により占有しはじめた相続人は、現実に所持をはじめた時から自主

15) 幾代・前掲書490頁注(一)。

16) なお、四宮・前掲書300頁注(1)参照。

17) 幾代・前掲書490頁注(三)は、「少なくとも時効に関するかぎり他主占有というべきである」という。なお、川島・前掲書555頁注(二)参照。

18) 札幌高判昭52年2月28日高民集30巻2号33頁は、許可を受けた農地の売買に関して売主の占有に「所有の意思」を認め、許可を受けた時から時効が進行する旨を判示する。

19) 裁判例の概観については、遠藤浩・新版・判例演習民法1 299頁参照。

20) 最判昭和47年9月8日民集26巻7号1348頁参照。

占有となるか。これは、周知のように、相続は「新権原」にあたるかという形で議論されてきた問題であり、相続が「新権原」に含まれるとしても、これだけで問題は解決しないのであって、ここでの「所有の意思」の有無の判定は、やはり、相続人の占有に関する諸事情が考慮されなければならない、とされてきたのであり、「権原」の性質により、画一的・抽象的に判定できるものではなからう²¹⁾。

(iii) 通説は、盗人も自主占有者であるとし、盗取という占有取得原因＝「権原」から盗人の占有は「所有の意思」があるものと判定している。しかし、盗取と、「権原」としての売買などの契約とは基本的に異なるところがあるように思われる。すなわち、たとえば、売買では、買主の「所有の意思」が類型的・抽象的に決まるのに対して、盗取では、盗取であるか否かを、占有取得の具体的事情から占有取得者の意思傾向を客観的に探ることによって決しなければならないのであって、「所有の意思」の判定は個別・具体的に行われるものである²²⁾。盗取を「権原」に含めることにどれだけの意味があるのか疑問である。

このようにみえてくると、「権原」を広く捉えて、この性質によって客観的に「所有の意思」の有無が判定されるとする命題がはたしてどれだけ機能するものなのかはかなり疑問であるということになる。では、「所有の意思」の有無はどのようにして判定されるべきなのか、この点が問われるべきことになる。

(e) 通説に対する問題性は、第 186 条 1 項の「所有の意思」の推定に関しても存在する。すなわち、「権原」を広く捉え、この客観的性質によって「所有の意思」の有無を判定すべきであるというのであれば、占有者の側から「所有の意思」の存在を証明することはさして困難でないはずであり、この推定規定のあることがうまく説明できないのではないか。通説の立場を貫くならば、第 186 条 1 項の推定は、立法者が純粹主観説をとったことの結果であり、意思を「権原」の性質により客観的に判定すべきことになった以上、この推定規定は無用なものである、ということになりかねない。しかし、通説においては、

21) 注 4) 参照。

22) もちろん、当該契約が売買なのか使用貸借等の契約なのかははっきりしないということもあろう。しかし、これは契約解釈の問題であって、占有取得の具体的事情から客観的意思を探索する問題ではなからう。

第186条1項の「所有の意思」の推定規定とどのように調和させていこうとするのか、従来全くといっていいほど説明がなされていない。

(3) ところで、近時、通説を批判したうえで、取得時効の存在理由をどう考えるかという問題との関連で、取得時効の要件としての「所有の意思」の問題を検討し、第162条2項の短期取得時効の「所有の意思」と同条1項の長期取得時効のそれとを異なっているように捉えようとする見解²³⁾が主張されている。すなわち、藤原判事は、短期取得時効は取引の安全保護のための制度であるから、取引行為＝所有権の移転を目的とする法律行為、すなわち、「権原」によって取得した占有のみが「所有の意思」ある占有というべきであるが、これに対して、長期取得時効は所有権の立証を容易ならしめる趣旨の制度とみるべきであるから、「所有の意思」に関するそのような判定基準は妥当せず、「占有者が同時に所有者であるに相違ないとの強い推定を生ぜしめるような具体的事情が存在するかどうかによってその有無が決定されることになる」、としている。この見解に対する詳細な検討は後に行うこととして(第二章参照)、ここでは一つの疑問だけを提示しておくことにする。すなわち、基本的には、取得時効の存在理由と関連づけて「所有の意思」の意味ないし判定基準を検討することの必要性はあるが、しかし、——短期取得時効の存在理由を判事のように取引の安全保護に求めることが適切であるとしても——取引の安全保護の趣旨と結びつけて「所有の意思」の意味や判定基準を解釈し、第162条1項と同条2項とで「所有の意思」を異なるものとして捉えようすることは、第162条の沿革や立法者意思(これらが解釈において絶対的なものであるとは、もちろんいえないが)に適合しないのではなかろうか。短期取得時効について、母法たるフランス民法および旧民法では、「正権原」(権利移転を目的とする法律行為のうち前主が無権利であった場合をいう)が要件となっており、この点から取引の安全をはかる制度であると理解しうるのであるから、「正権原」の要件を「無過失」の要件におき代えた現行民法では、——存在理由をなおも取引の安全保護に求めるのであれば——「無過失」の要件の解釈を通じて取得時効の成立にしほりをかけるべきであって、「所有の意思」の意味・判定基準と関連さ

23) 藤原・前掲書(第一章「所有ノ意思」について)3頁-106頁

せて考えることは適切とはいえない。

(4) 安達三季生教授は、取得時効の存在理由に関する研究²⁴⁾の中において、この存在理由との関連で自主占有の認定の問題を検討し、次のように言う。すなわち、短期取得時効は、善意無過失で無権利者から譲り受けて占有する者のための取引の安全をはかる趣旨を含みつつ、しかしそれよりも広く、善意無過失で他人の物の占有を取得・継続し、真の権利者よりも厚い利害関係を有するに至った者を保護し、その権利取得を認める制度であり、他方、長期取得時効は、一面で採証上の法定証拠制度であるが、他面では、短期取得時効におけると類似した趣旨、すなわち、善意無過失でない占有者の同様の利益を保護する制度である。そして、長期取得時効における「所有の意思」の有無は、前者の側面では、権利取得を推定せしめる外観としての意味における占有の有無が問題になる（登記の有無、公租公課の負担の有無、占有開始時における所有者と占有者との間の身分的關係の存否など）。これに対して、後者の側面では、占有者と権利者の間の実体的な利害の比較衡量が問題となり、したがって、占有取得時の、またはその後の、占有者の善意悪意、占有者の支払った対価や保存費用、権利を失うべき原権利者の補償の關係等々が自主占有の認定にあたり考慮されるべきである。他方、短期取得時効においては、自主占有の存否の認定は實際上争点とならない²⁵⁾、と。安達説についても詳細な検討は後に行うこととし（第二章参照）、若干の点を指摘しておきたい。まず、取得時効制度の存在理由をどのように考えるべきかと関連するが、第186条1項を法定証拠制度たる側面と、実体規定としての側面にわけて考察し、「所有の意思」の有無の判定もこれに応じて別異に考えようとしているが、その当否がまず問題となろう。同じ条項の同じ文言について二面的に判定基準を設けることが実務に堪えるかは疑問である。また、後者の側面における自主占有の定義・判定基準は——論者も認めるように——かなり漠然としており、しかも、占有者の善意性や占有期間も自主占有認定の際の一つの基準とすべきであるとしている²⁶⁾。し

24) 安達三季生・注釈民法(5)総則(5)160頁以下、178頁以下、217頁以下、同「時効制度の存在理由」民法の争点Ⅰ74頁以下。

25) 安達・民法の争点Ⅰ75頁。

26) 安達・注釈民法(5)183頁以下

「所有の意思」の判定基準について(1)

かし、このような解釈は、「所有の意思」の判定を不明確にし、ことによると、「所有の意思」の要件は所有権の取得時効の成立のための判断枠組としての機能を失い、取得時効を認めるべきだから自主占有と認められる、ということになりかねないであろう。さらに、また、安達説によれば、「所有の意思」の有無を「権原」の性質によって形式的・画一的に決定することはしないようであるが、第185条の「権原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合」をどのように理解するのか必ずしも明らかではない。

(5) 以上、これまで一見明瞭と思われていた「所有の意思」の有無の判定が、実はそれほど明瞭ではなく、なお検討の余地のあるものであることを、学説を中心にみてきた。問題を不明瞭にしていると思われる点としては、①判定基準の中心にすえられてきた「権原」の内容自体を漠然と捉らえてきたこと、したがって、どこまで「権原」の性質で判定できるかが不明確であったこと、②「所有の意思」の判定が問題となる二つの場面を必ずしも十分に区別せずに論じていたと思われること、③近時の学説は取得時効の存在理由との関連で問題を考えようとする点で注目すべきであり、この存在理由を念頭においた検討は必要であろうが、「所有の意思」の判定と存在理由のやや強引と思われる結びつけや、あまりにも漠然とした基準の提示がなされていることなどを指摘できよう。これらの点に留意しつつ「所有の意思」の判定基準を検討することが必要である。

2 本稿の目的と構成

(1) これまでみてきたように、「所有の意思」の意味内容およびその判定基準は従来必ずしも明らかではなかった。本稿は、「所有の意思」をめぐる裁判上最も問題となる不動産所有権の取得時効を中心に「所有の意思」の有無の判定基準はどうあるべきかを探ることを目的とする。

(2) 以下では、まず、「所有の意思」に関する規定の沿革および立法過程をみることによって、そもそも、現行民法では「所有の意思」の内容およびその判定基準はどのようなものと考えられていたかを探り、問題解決への示唆を得

ることとし（第一章）、次に、現行民法制定直後から現在までの学説を跡付けながら、通説がいかなる論理と考慮のもとに形成されていったのかを検討し、あわせて、取得時効の存在理由と関連づけながら「所有の意思」の内容や判定基準を考えようとする近時の学説（安達説、藤原説）の妥当性を検討することとする（第二章）。そして、裁判例の分析・検討を通じて、「所有の意思」の有無の判定が実際どのような基準と考慮のもとに行われているかをみ（第三章）、最後に、これらを踏まえて問題解決のための一試論を提示したい（第四章）。

第一章 「所有の意思」をめぐる立法過程の基礎的検討

第一節 序

第162条の「所有の意思」は、立法過程においてどのようなものと考えられていたのか、また、「所有の意思」の有無の判定がいかなる基準によってなされるものと考えられていたのかについて、起草者の考え方をみていくには、旧民法の起草過程にさかのぼりつつ、次の諸点をみておくことが必要であろう。

(1) まず、第162条の「所有の意思」はどのような経緯で所有権の取得時効の要件とされることになったのか。そして、その内容はどのようなものと考えられていたのか。内心の意思の問題と考えていたのか、それとも、もっと客観的な内容のもの、たとえば、売買とか贈与という「権原」そのものを考えていたのか。

(2) また、第186条では占有者は「所有の意思」を有するものと推定しているが、この推定はどのような趣旨で規定され、この推定を覆すためにはいかなることを行う必要があると考えられていたのか、すなわち、「所有の意思」の推定を覆そうとする場合の「所有の意思」の不存在の判定はどのようにして行うのか、第185条に「権原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル……」と規定されていることから、「所有の意思」は「権原」の性質によってのみこの推定を覆しうるといふべきなのか、それとも、広く「所有の意思」の存在を否定する客観的諸事情を証明すれば、覆しうるといふべきなのか。

「所有の意思」の判定基準について(1)

(3) さらに、他主占有から自主占有への変更において、「所有の意思」の存在はどのような基準で判定されるのか。第185条は、「占有者カ自己ニ占有ヲ為サシメタル者ニ対シ所有ノ意思アルコトヲ表示」することにより、または、「新権原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムル」ことによって自主占有への変更を生ずるとしており、この二つの基準でもって「所有の意思」の存在を判定しようとしているが、この規定の趣旨はどのようなものと考えられていたのか、そして、「所有ノ意思アルコトヲ表示」するとか、「新権原ニ因リ」とは具体的にどのようなことが考えられていたのか。また、自主占有へ変更する場合のすべてに第185条が適用されるのか、それとも、第185条によらない自主占有への変更を考えていたのか。

以下では、これらの諸点を立法過程をみながら探っていくことにする。

第二節 第162条の成立過程と「所有の意思」

1(1) 現行民法の取得時効制度は、体系上の地位ないし法律構成の上で旧民法の時効制度に大きな修正（時効制度を法律上の推定と構成することから、権利得喪の原因と捉えることへの変更）を加えてできあがったものであるが¹⁾、その中であって第162条は、体裁は別として、実質的には旧民法の規定に基本的修正を加えずに形成されたものである。すなわち、周知のように、第162条は旧民法証拠編第138条（以下、単に旧民証……条と略称する）、旧民証140条および旧民証148条の三箇条を合わせてこれに修正を施したものであるが、旧民証140条第1項が短期取得時効について「正権原」と「善意」とを要件としていたのを、「正権原」を要件からはずし、これに代えて「無過失」を要件に加えることにしたほかは、時効期間の短縮（長期取得時効について30年を20年

1) 星野英一「時効に関する覚書—その存在理由を中心として—」民法論集第4巻196頁以下（昭和53年）、内池慶四郎「時効の制度倫理と援用の問題—梅謙次郎とボアソナードを結ぶもの—(1)(2)」法学研究（慶応大学）61巻3号1頁以下、61巻4号36頁以下（昭和63年）、消滅時効を中心としてではあるが、内池慶四郎「現行時効法の成立とボアソナード理論」明治法制史政治史の諸問題（手塚豊教授退職記念論文集）795頁以下（昭和52年）、松久三四彦「消滅時効制度の根拠と中断の範囲(1)」北大法学論集31巻1号238頁以下（昭和55年）参照。

とし、短期取得時効は15年を10年に短縮した)、条文の簡素化、字句の修正を行った程度であり、基本的には旧民法の考え方、ひいてはフランス民法のそれがほぼそのまま引き継がれているといえる²⁾。

(2) 本稿の中心問題である「所有ノ意思」という要件についてみるならば、調査委員会³⁾に提出された民法修正原案第162条(以下、単に原案…条と略称する)には「所有ノ意思」の文言が入っておらず、審議の途中で起草委員梅謙次郎からの補充説明においてこの文言が挿入されたものである。すなわち、梅委員の説明からも推察できるように、はじめ起草者は旧民法と同様、所有者意思説を前提にして「占有」を捉えていたようであり、そうすると、占有は「所持」と「所有の意思」によって成立し、「所有の意思」は占有の成立の要素であって、「所有の意思」に基づかない占有はないということになり、したがって、原案162条に「占有」のほかに「所有の意思」を要件として掲げる必要はなくなる。このような趣旨から「所有の意思」の文言のない原案162条が起草されたのであり、所有者意思説を前提にする以上、「所有の意思」を要件にあげないことはむしろ当然のことであったといえるのである。しかし、遅くとも原案162条が審議された第12回調査委員会までに、所有者意思説を放棄し、自己のためにする意思説を採用する方針がほぼ決定していたことから、占有のうち「所有の意思」に基づく占有だけを所有権の取得時効の要件にする必要が生じ、「所有ノ意思ヲ以テ」という文言を急遽条文に加えることになったのである⁴⁾。

2) 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(日本近代立法資料叢書1)[以下、単に速記録一と略称する]513頁以下〔第162条についての梅謙次郎の説明〕、民法修正案理由書162条の説明を参照。

3) 調査委員会は、法典調査会における民法修正原案の実質的審議機関である。福島正夫編・明治民法の制定と穂積文書7頁、17頁(昭和30年)参照。

4) 梅は次のように説明している。「……夫レカラ先刻申落シマシタガ此『二十年間』ト云フ下ニ『所有ノ意思ヲ以テ』ト云フ八字ヲ加ヘマス次ノ『十年間』ノ下モ同様デアリマス『所有ノ意思ヲ以テ』之ハ占有ト云フ文字ヲ先キノ占有ノ所デ多分所有ノ意思デナイ場合デモ占有ト云フ字ヲ使ウデアラウト思ヒマスカラ此処ハ所有ノ意思デナイト往ケスト思ヒマス夫レデ『所有ノ意思ヲ以テ』ト云フ八字ヲ一項並ニ二項ニ入レマス」(速記録一517頁)。また、第163条の審議において第163条と第162条とを対比して説明するに際し、第162条の「所有ノ意思」について、『所有ノ意思ヲ以テ』ト云フコトハ吾々ノ考デハ先ヅ三人ノ確定ノ考デハアリマセヌケレドモ多分三人共此点ニ於テハ意見ガ同ジデアラウト思ヒマスガ併シ私丈ケノ意見トシテ申シテモ差支ヘマセ

ところで、調査委員会では、「所有の意思」そのものについて、起草委員の梅から説明もなされていないし、また議論もなされずに終わっているが、梅は、原案 162 条について、旧民法典の修正の要点の一つとして次のように説明している。すなわち、「既成法典証拠編第 138 条ニハ斯様ニアリマス、『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』云々、此『継続シテ中断ナク』トアツタノヲ本案ニ於テハ削リマシタ前ノ条件丈ケヲ残シテ置テ是丈ケ削リマシタ」(速記録—514 頁。傍点は筆者による)という。そして、「先該申落シマシタ」として原案 162 条に「所有ノ意思ヲ以テ」を挿入したい旨の説明がなされている。これらのことからすれば、「所有の意思」は旧民証 138 条の「所有者ノ名義ニテ」を書き換えたに過ぎないものであり、したがって、この「所有者名義」の意味内容、ひいてはフランス民法典第 2229 条(以下、単に仏民……条と略称する)の《à titre de propriétaire》の意味内容を前提していたという推測ができるであろう。

(3) 旧民証 138 条⁵⁾および同 140 条⁶⁾によれば、不動産所有権の取得時効で

ヌ今度ノ案デハ占有ト云フモノハ有体物即チ此法律デ謂フ所ノ物ニ関シタモノデアル故ニ既成法典ノ如キ物デナイ権利、物デナイ所ノ、無体物ト法典デ言ツテ居ル所ノ権利、然ウ云フ物ノ行使ト看ナイト云フコトニ先キニ説明シタ如ク極ツテ居リマス乍去物ノ占有ト云フモノハ必ズシモ物ノ所有権ノ占有ト云フモノデハナイ苟モ物ニ付テ直接ノ占有権ヲ持ツテ居レバ夫レハ皆占有権但其占有権ハ所有ノ意思ヲ以テスル占有ト然ウデナイ占有ト原簿〔厚薄?〕ハアリマスガ何レモ占有タルニ妨ゲナイ夫レデ始メニハ此箇条ニ『所有ノ意思ヲ以テ』ト云フ字ヲ入レナカツタノハ所有丈ケニナリハンナイ〔カ〕ト思ヒマシテ入レナカツタノデアリマスケレドモ色々研究ノ末今ノヤウニナルデアラウト思ヒマスカラ夫レデ『所有ノ意思ヲ以テ』ト云フコトが必要ニナツテ来マシタ」(速記録—520 頁以下)と説明している。

5) 旧民証 138 条は、次のように規定している。すなわち、

第一項 「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」

第二項 「財産編第 183 条及ヒ第 185 条ニ定メタル如キ強暴、隠密又ハ容假ノ占有ハ時効ヲ生セス」

6) 旧民証 140 条は、次のように規定している。すなわち、

第一項 「占有カ上ニ定メタル条件ノ外財産編第 181 条ニ記載シタル如キ正権原ニ基因シ且財産編第 182 条ニ從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15 年ヲ以テ時効ヲ取得ス」

第二項 「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 187 条ニ規定シタル如ク其悪意カ証セラルルトキハ取得時効ノ期間ハ30 年トス」

は、①「所有者ノ名義ニテ占有シ」、その占有が、②「継続シテ中断ナク」、かつ、③「平穩」「公然」のものであることが一般の要件として必要であり、さらに、④占有が「正権原ニ基因シ」かつ「善意」であるときは、⑤15年の占有継続によって時効が完成し、この④の要件を欠くときは、⑥30年の占有継続が時効完成のために必要となる。つまり、①の要件は、長期・短期取得時効の共通の要件になっているのである。

ところで、①の要件である「所有者ノ名義ニテ占有シ」とはいかなる意味であろうか。旧民証 138 条およびこれに対応するポアソナード草案第1474条（以下、単にボ草……条と略称する）は、時効の一般的規定である仏民2229条⁷⁾を不動産所有権の取得時効に関してほぼそのまま導入したものであると考えられるが、「所有者ノ名義ニテ占有シ」の要件は、ボ草 1474 条では《une possession à titre de propriétaire》という表現が用いられており、仏民 2229 条でも、《une possession...à titre de propriétaire》となっている。そして、フランスでは、この用語は、*animus domini* による占有、すなわち、所有の意思（所有者として行為する意思）をもってする占有であると解されており⁸⁾、ポアソナードも、このようなフランス法の解釈を前提にして《une possession à titre de propriétaire》という用語を用いていることは、彼の草案の注釈からほぼ明らかであるように思われる。すなわち、ポアソナードは、占有の成立に関する一般的な説明の中で、「“所有者の名義で”所持する有体物についてしかいわゆる占有を認めないという一般の見解によれば、占有がそれ自体権利となるためには、二つの特質、すなわち、異なる二つの要素がなければならない。すなわち、物質的ないし有体的要素、すなわち、占有する物を物理的に所持すること、および、内心的ないし精神的要素、すなわち、物に関し主人として、つまり所有者とし

7) 仏民 2229 条は《Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire》（時効取得するためには、継続して中断がない、平穩な、公然の、不明瞭でない、所有者名義の占有が必要である）と規定している。

8) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, 10^eéd. n° 42; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II vol. II 5^eéd. n° 1426; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, vol 2, 2^eéd. n° 12.

9) G. E Boissonade, *Projet de Code civil pour l' empire du Japon*, nouvelle édition,

て振舞おうとする占有者の意思である」という⁹⁾。そして、また、彼は、ボ草 1474 条の注釈において、次のようにいう。すなわち、「不動産の占有が時効をもたらすための第一の要件は、それが“所有者の名義による”(cum animo domini)ものであることである。これは、“民事の civil”占有であり、単なる自然の占有 nuda detentio に対立するものである。また、それは、容仮の占有にも対立する。そこ〔容仮の占有〕においては、占有者は自分自身の名義によって、物に関し他の主人を承認し、他人のために占有している (pro altero)」、と¹⁰⁾。彼の以上の説明から、有体物の占有に関しては、「所有者の名義で (à titre de propriétaire)」物を所持することが必要であり、この「所有者の名義で」とは、「所有の意思」、すなわち、所有者として振舞おうとする意思である

tome I, n° 254. [以下 Boissonade, Projet と略記する。] なお、ボアソナード氏起稿・再関修正民法草案注釈 (以下、ボアソナード・再関と略記する。) 第二編物権之部下巻〔254〕6 頁以下参照。

- 10) Boissonade, Projet t. VI, n° 340. なお、ボアソナード・再関 第五編証拠之部〔340〕688 頁以下参照。
- 11) なお、梅謙次郎・時効法 (和弘法律学校〔和弘法律学校第 4 期講義録〕127 頁 (明治 30 年?) 参照。ところで、“titre”という用語は、しばしば「権原」とも訳されるが、ここでは「権原」ことに所有権移転を目的とする法律行為の意味での「権原」を指すものでない点に留意すべきである。藤原・前掲書 61 頁は、フランス法の理解として、「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るとされ、学説は、これを真正の占有 (la véritable possession) とよんで、容仮の占有 (la possession précaire) に対応させている。つまり、フランス民法上、取得時効の要件たる占有は、所有権の移転を目的とする法律行為 (売買・贈与・交換など) によって取得したものでなければならぬとされているわけであるが、……」というが、これは誤解であろう (なお、同 114 頁、および、有地亨・生野正剛「判例批評」民商法雑誌 90 巻 5 号 736 頁参照)。このような理解では、無権原の占有について長期取得時効を認めていること (旧民 2262 条、旧民証 140 条) を説明できない。「所有者名義」の占有は短期・長期の取得時効の共通の要件なのである。
- 12) 「所有者ノ名義ニテ占有」するとは、「所有の意思」をもって占有することであるとすると、旧民法財産編 (以下、単に旧民財と略記する) 第四章占有のところで用いられている「自己ノ為メニ有スルノ意思」(旧民財 180 条。ボ草 193 条の avec l'intention de l'avoir pour soi) および「自己ノ有ト為ス意思」(旧民財 189 条。ボ草 201 条の avec l'intention d'avoir à soi) と「所有者名義」との関係が若干問題になるので、この点について一言しておく必要がある。旧民法・ボアソナード草案は、旧民財 180 条 (ボ草 193 条) および旧民財 189 条 (ボ草 201 条) から明らかなように、一方で、

ということができるのである¹¹⁾¹²⁾。

(4) 動産所有権の取得時効についても、基本的には不動産所有権の取得時効の要件と同様である。すなわち、動産の取得時効は即時時効(旧民証144条)と30年の取得時効(同148条)からなっており、法文からは明らかではないが、両者ともに、不動産の取得時効と同様の要件、すなわち、旧民証138条に定めるところの、所有者名義にて占有し、その占有は継続して中断なく、平穩・公然のものであるとの要件を充す必要があると解されていた¹³⁾。また、ボアソナードは、草案の注釈の中で、この点の明確な説明はなされていないが、ボ草1481条(旧民証144条に対応する)でいう「有体動産の占有」は「自己のために有する的意思」に物の所持が結合するところの「民事の占有」であって、「自然の占有」や「容仮の占有」ではない、と説明し、仏民2279条の解釈として一般に説かれていることに従っている¹⁴⁾。したがって、旧民証144条・ボ草1481条の即時時効では、有体動産を「所有者の名義で」所持する場合でなければならず、不動産の取得時効の場合と差異はないことになろう。また、30年の

占有・準占有という区別をせず、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、すなわち、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とり、他方、容仮の占有(*possession précaire*。他主占有にはほぼ対応する)は真の占有でないという立場をとっている(Boissonade, *Projet t. I*, n° 252, n° 257, n° 280, n° 288, n° 289)。したがって、占有、すなわち、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概念であるということになる。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、ボアソナードは、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」という表現を用いている、と考えることができる(Boissonade, *Projet t. I*, n° 252～n° 257。ボアソナード・再閱 物権之部下巻〔252〕～〔257〕)。要するに、不動産の取得時効のように物の占有が問題になる場合には、「自己ノ為メニ有スルノ意思」は「所有の意思」というか、たちで問題になるのであり、旧民証138条は、このことを「所有者ノ名義ニテ」と表現しているといえよう。現行民法典でいう「自己ノ為メニスル意思」(180条)の意味とは異なる点に注意すべきである。なお、第180条の「自己ノ為メニスル意思」の意味内容に関する調査委員会での白熱した議論について、速記録—594頁～602頁、609頁～610頁参照。

13) 梅・時効法154頁以下、岸本辰雄・民法正義 証拠篇620頁(出版年不明)。

14) Boissonade, *Projet t. VI*, n° 353。ボアソナード・再閱証拠之部〔353〕参照。

動産の取得時効（旧民証 148 条）についても、法文が「上記ノ場合ニ於テ……占有ノ無権原又ハ悪意タルコトヲ証スルトキハ」と表現しているところからして、「所有者の名義で」占有することがやはり当然の前提となっているといえよう。

2 「所有の意思」の内容

以上のまとめをかねつつ、「所有の意思」が第162条の起草当時どのような意味・内容のものとして理解されていたかを、ここでみておくことにする。

(1) 調査委員会における 162 条等の審議では、前述のように、「所有の意思」の内容について起草委員から説明はないし、また議論もなされていないが、この意思が内心の意思＝主観的意思と捉えられていたことはいうまでもない。このことは、「所有者ノ名義」にかえて「所有の意思」という用語を用いることにしたことからも明らかであると思われるが、念のため少し立ち入ってこの点をみておくならば、次のとおりである。

(a) 前述のように、所有者意思説から自己のためにする意思説への転換の結果、162 条に「所有ノ意思」を要件に加えたにすぎないのであり、そうだとすると、起草委員が「所有の意思」と考えていたのは、所有者意思説における占有の成立要素（心素 *animus*）としての所有の意思と同じものであるということができる。そして、占有の成立要素について純主観説がとられていた¹⁵⁾ことを考えるならば、162 条の「所有の意思」は主観的意思（内心の意思）を問題にしていたといえよう。

(b) 186 条は、占有者には「所有の意思」あるものと推定しているが、なにゆえに「所有の意思」に関して推定規定を置いているかについての実質的理由は、調査委員会では説明されていない。しかし、この規定のもとになっている旧民法財産編（以下、単に旧民財と略称する）186 条¹⁶⁾（ボ草 198 条）に関して、ボアソナードは、次のように説明している。すなわち、「権利を主張する

15) 原案 205 条（現行 203 条）に関する議論（速記録一 713 頁以下）、原案 180 条や原案 181 条（現行 180 条や現行 181 条）の穂積陳重の説明（速記録一 593 頁以下、603 頁以下）、梅謙次郎・民法要義 巻之二物権編 32 頁以下（明治 44 年）参照。

16) 旧民財 186 条は、次のように規定している。すなわち、
「占有者ハ常ニ自己ノ為メニ占有スルモノト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」

者は、その権利が自己に属すること、そして、権利が特別の要件にかかるときはその要件が存在することを証明しなければならないというのが一般原則である。しかし、ときとして直接の証明が困難であることがあろう。そして、同時に、生活上の通常的事実に基づく真実らしいこと・蓋然性があるときは、法律は徴憑がこのように多いところの条件の全部または一部の存在を推定している」としている¹⁷⁾。そして、他方で、彼は、「所有者ノ名義」すなわち、「自己ノ為メニ有スルノ意思」を内心的ないし精神上の要素、すなわち意思 (*un élément moral ou intellectuel, l'intention*) ということを前提にしていること¹⁸⁾を考え合わせるならば、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いえるのであり、現行 186 条はこの考えをそのまま受け継いだものといえることができよう。したがって、現行 186 条は、「所有の意思」を内心の意思＝主観的意思であるという理解を前提にしている規定であるといえるのである¹⁹⁾。

(2) 「所有の意思」が内心の意思であるとしても、その有無を認定するに際しては、もちろん、占有を取得したときの事情等、外面的・客観的事情によって判断せざるをえないのであり、たとえば、寄託や賃貸借等の「権原」によって占有を始めている場合や、その他の事情から他主占有と認められるときは「所有の意思」は否定されることになるのである²⁰⁾。しかし、このことから、意思自体を客観的な内容のものとか、客観化されていると捉えるべきであるということにはならないのであって、単に証明の方法の問題にすぎない、というのが当時の理解であったといえよう²¹⁾。

17) Boissonade, *Projet t. I*, n° 292. ボアソナード・再閲 物権之部下巻 [292]

18) Boissonade, *Projet t. I*, n° 254. ボアソナード・再閲 物権之部下巻 [254]

19) 梅・要義(物権) 43頁, 富井政章・民法原論 第二巻物権 633頁(大正12年), 松岡参太郎・注釈民法理由物権編 61頁以下(明治30~32年)参照。

20) 富井・前掲書 633頁参照。なお、民法修正原案 186 条但書(「但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」)および旧民財 186 条但書(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)も参照。

21) フランスでもこのような理解がなされているといってよいであろう。Mazeaud, *op. cit.*, n° 1427.

第三節 「所有の意思」の推定とその有無の判定

1 「所有の意思」の存否の判定基準およびその存否の証明責任に関しては、次の二つの面で問題になる。一つは、取得したある占有（所持）が「所有の意思」に基づくもの、すなわち自主占有とされるのはどのような場合か、換言すれば、占有が自主占有か他主占有か未定の場合にいかなるファクターを基準にして、かつどちらに証明責任を負わせて「所有の意思」の有無を判定するのかという問題であり、もう一つは、他主占有から自主占有への転換はどのような場合に生ずるか、すなわち、いったん「所有の意思」のない占有とされた場合に、その後いかなる事情があるときに「所有の意思」があるものと判定されるのかという問題である。このうち後者については次節で扱うこととし、本節では前者について立法過程を旧民法にさかのぼってしておくことにする。

2 「所有の意思」の推定が覆される場合

(1) 前述（前節2参照）のように、現行186条は占有者に「所有の意思」あるものと推定している。したがって、「所有の意思」の存在を争う者が、「所有の意思」の不存在を証明しないかぎり、自主占有として取扱われることになるから¹⁾、ここでは、「所有の意思」の存在をいかなる基準・方法で判定すべきか

1) これは、「所有の意思」の存在を争う者にその不存在について証明責任を負わせるもの（一種の証明責任の転換）であり、したがって、186条は証明責任の実質的分配の規定であろう。今日の通説（兼子一「推定の本質及び効果について」民事法研究第1巻311頁以下（昭和25年）、新堂幸司・民事訴訟法355頁（昭和49年）、中野貞一郎・他編・民事訴訟法講義〔補訂版〕330頁（青山善充）（昭和55年））であり、判例（最判昭54・7・31裁判集127号317頁・判時942号39頁〔渡辺武文・昭和54年民事主要判例解説（判例タイムズ411号）261頁参照〕、最判昭和58・3・24民集第37巻2号131頁）であるが、この見解に対しては、反対の見解もみられる。藤原弘道判事は、この問題を旧民法にまでさかのぼって検討し、186条1項の推定は、「暫定的事実」の性格を有する証明責任規定ではなく、ただ経験法則を法規化したものにすぎず、「所有の意思」がないのではないかとの疑いを生ぜしめる「反証」によって覆る程度のものにすぎないと解し、こう解することは立法者意思にも忠実であるという（藤原弘道・時効と占有113頁以下（昭和60年））。しかし、このような理解はいささか無理ではない

といういわば積極的判定の問題は生じないのであり、どうした場合に 186 条の推定が覆され、「所有の意思」がないと判断されるのかといういわば消極的判定の側面から、「所有の意思」の存否を問題にすることになる。

(2) 調査委員会では、原案 186 条について、起草委員の穂積陳重から、「本条ハ……既成法典財産編第 186 条第 187 条及び第 188 条ノ規定ヲ一纏メニ致シマシテ之ニ聊カ修正ヲ加」えたものである旨、および、「公然」の推定を加え、字句の修正を行った旨の説明がなされただけで、「所有の意思」の推定に関する実質的な議論は全くなされておらず、また、原案 186 条第 1 項但書の「但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」という文言についても²⁾、「反証ヲ許シマスル推定ハ之ヲ書ク積リテアリマス……」と述べるだけで、いかなる事柄を証明すれば推定が覆えるかにまで議論は及んでいない。

(3) ところで、この点は旧民法にさかのぼってみるならば、ある程度明らか

かと思われる。すなわち、186 条の基礎となっている旧民財 186 条は、「輕易ナル法律上ノ推定」(旧民証 87 条)の規定であるが、「完全ナル推定」(旧民証 75 条以下参照)と異なり「一切の反対証明 (toute preuve contraire)」を許す推定であり、この反対証明は、法律の定める条件と方式をもってしなければならず、単にある事実の存在を疑わせるだけでは不十分なのであるから、いわゆる「本証」である。また、旧民財 186 条但書の「但……容假ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」と規定していることから、「所有の意思」による占有であることを疑わせることだけでは推定は覆えされえないことは明らかであろう。さらに、母法たる仏民 2230 条における「所有者名義で占有する」との推定は、証明責任規定であると解されている (Mazeaud, op. cit., n° 1427)。これらのことをみるならば、186 条の推定はやはり証明責任の転換をはかる規定と解するのが、その沿革に忠実ということになろう。

- 2) この但書は、条文整理のときに削除され、整理会で但書のない 186 条 1 項が決定されたのであるが、この経緯は次のようなものであった。起草者間では、「推定ス」の文言を用いるときは、反対証明を許すということにはじめから決まっていたが、提示された原案には、「但書」を付している条文(原案 186 条 1 項、同 451 条。同 188 条、同 230 条も同趣旨)と「但書」の付されていない条文(原案 495 条第 2 項、同 528 条第 3 項)があり不統一であった。そのため、原案 451 条や同 528 条の審議の際に、長谷川喬委員からくり返し質問がなされ、原案 528 条の審議のときに、富井政章起草委員から「『推定ス』ノ方ハ是ハ其実ハ是迄はつきり極マツテ居ラヌ夫故ニ本条ヲ書クトキニ之カラ今御述ベニナツタヤウニシャウト云フコト「但書」を付けないということ」デ三人協議シテ書キマシタ前ノ方ハ整理ノトキデモ直シマス」との説明があり、186 条 1 項等の「但書」のある条文はこれを削除することになったのである(速記録三 397 頁以下、同 747 頁参照)。

になるように思われる。すなわち、旧民財 186 条は、法定の占有の推定、すなわち、一物の占有についていえば—所有の意思をもってする占有の推定の規定であるが、この推定は、同条但書により「権原」または「事情」によって容仮の占有であることを証明すれば覆えることになる。同条（ボアソナード 198 条）について、ボアソナードの説明によれば、こうである。すなわち、法律は自己のために占有するものと推定するが、「しかし、また、反対のことがありう。したがって、民事〔＝法定〕の占有を争う者が、占有者が容仮のものであることを証明しなければならない。この証明は、あるいは占有を取得した権原 (titre) そのものによって（たとえば、それ〔権原〕が寄託 (dépôt), 貸借 (prêt), 賃貸借 (louage) であるとき), あるいは、占有者が結果として他人の権利を承認したことを生ぜしめる事実の事情 (circonstance du fait) によって行われるべきである。この事情そのものは、証人によってまたは公の書面ないし私書面によって証明されるべきである³⁾」と。このように、ボアソナードは、推定を覆すためには「所有の意思」の存在を争う者において容仮占有の証明がなければならず、そして、容仮占有の証明は、寄託・賃貸借等の「権原」、または、占有者が他人の権利を承認したと認められる事実の「事情」を主張・立証することによって行うべきである、というのである。

では、なにゆえに容仮占有の証明を「権原」または「事情」によってすべきだとしたのであろうか。この点を明らかにするためには、まず、容仮占有とはいかなるものかをみておくことが必要である。容仮占有とは、旧民法では「他人ノ為メニ其他人ノ名ヲ以テスル物ノ所持又ハ権利ノ行使」(旧民財185条第1項)をすることをいうと規定しており、ボアソナードの説明によれば、容仮占有は「他人のために行うところのすべての占有であり」、容仮占有者は、「委任 (mandat) または任意の事務管理 (gestion d'affaires spontanée) によって、あるいは、寄託、使用貸借、嫁資の設定 (constitution de dot), または注意して物を保持し、そして、契約の相手方にそれを返還する義務を負うところのその他の契約によって、他人のために物を所持し権利を行使するものである。また、動産質、不動産質、用益権、地役または賃貸借の名義で物を所持する者も容仮

3) Boissonade projet t. I, n° 292. ボアソナード・再聞 物権之部下巻 [292]

占有者とみななければならない」，としている⁴⁾。このように，容仮占有には種々のものが認められるのであるが，彼は，容仮占有を他人のために行う占有であり，自己のため・所有者名義とする占有に対立するものと捉え，かつ，意思は内心・精神上の意思と解していることから，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ていたとみてよいであろう。ただ，この原則を貫くと寄託や賃貸借等の「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するのである。すなわち，「このほか，たとえ占有者がその所持と主人としての行為に，自己のために物を有するの意思を結合しているときでも，その占有が容仮のものである場合がある。それは，その占有を基礎づけている権原の性質がその主張の正当化に反するときである。受寄者，使用借主，用益権者，賃借人，質権者は，他人の所有権を認め，かつ所有者に物を返還するとの約定 (condition) のもとでしか占有を始めることができず，したがって，自分以外の他の主人を認めるか，少なくとも認めなければならないのであるから，常に容仮占有者である。それゆえ，『だれも，占有の原因 (cause) と起因 (principe) を自ら変更することはできない』という有名な規則 [があるのである]」⁵⁾，と。そして，このように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は，旧民財 185 条第 2 項（ボ草 197 条第 2 項）と同条 3 項（ボ草同条 3 項）において法文上明定されることになった⁶⁾。

4) Boissonade, *Projet t. I*, n° 288. ボアソナード・再閲 物権之部下巻 [288]。このようなボアソナードの容仮占有の把握は，フランス民法における容仮占有の理解をほぼそのまま前提にしている。すなわち，フランス民法では，他人のために行うところのすべての所持が容仮の占有であり，容仮占有者は，他人の権利を承認して物を所持し，その他人に返還すべき義務を負うすべての者である（仏民 2236 条第 2 項参照）。ローマ法における容仮占有 (precarium) とは，その意味や範囲が異なる。J. Carbone, *Droit Civil t. 3* n° 43 III; G. Marty et P. Raynaud, *Droit Civil t. II*, vol. 2 n° 28 (1965). v. Murad Frerid, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. II 1. Aufl., 3. A 100, § 65 A III 2, S. 907 (1971)

5) Boissonade, *Projet t. I*, n° 255. ボアソナード・再閲 物権之部下巻 [255]

6) 旧民財 185 条 2 項は「容仮ノ占有者カ……」とし，他方，同条 3 項は「然レトモ占

このような考え方をとる以上、「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、この二つの決定基準に従って証明することになるのであり、ポア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をもうけたといえることができる。

(4) 容仮占有の判定および証明に関するこのような考え方は、ポアソナードの独自の見解のようであるが⁷⁾、これにはいくつかの問題が含まれているように思われる。

(i) まず、「権原」とはなにかである。すでにみたように、彼の容仮占有の説明では、①委任や任意の事務管理によるもの、②寄託、使用貸借、嫁資設定、その他、物を保持し、返還をなすべき義務を負う契約によるもの、③動産質、不動産質、用益権、地役権、賃借権という物権によるものをあげており、このうち、「権原」の性質上容仮占有と判定されるものとして、②③の場合、すなわち、所有権の移転を目的とせず、目的物の返還義務を生じさせる法律行為に基づく所持の場合を考えているといっていよいであろう⁸⁾。しかし、この法律行為は有効でなければならないのか、無効ないし誤想のものであってもよいのかについては明らかでないし、また委任を「権原」に含めていないようであるが、それはなにゆえなのかも十分な説明がなされていない⁹⁾。

(ii) 第二に、「事情」によって容仮占有が証明されるのはどのような場合か。

有ノ権限ノ性質ヨリ生スル容仮ハ……」として区別して規定している。

7) フランスでは、一般の教科書をみるかぎり、容仮占有は寄託・賃貸借等の「権原」で判定すべきであると解されており、ポアソナードのように、「権原」によらない容仮占有の存在を前提して、この場合には所有の意思に基づかない他人のためにする占有であることを示す事実の状況でもって判定する、という態度はとられていないように思われる。J. Carbonnier, op. cit., n° 43 IIIA; Mazeaud, op. cit., n° 1427.

8) Boissonade, *Projet t. I* n° 255, n° 288, n° 292. ポアソナード 再閲 物権之部下巻 [255], [288] [292]

9) 推測するに、賃貸借、寄託等の「権原」においては、契約類型的に物の返還が義務づけられているものであるのに対して、委任においては、その内容は様々であり、委任であれば当然に返還義務が生ずるという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。こういう理由から、委任を「権原」に含めなかったのではないかと思われる。

「事情」とは、他人の権利（物の占有でいえば所有権）を承認しているとみられる事実の状況であり、この証明は、「権原」の場合と異なり、具体的意思の客観的探求といってよい。所持者が所有の意思のないこと＝他人のために所持しているということを客観的諸事実に基づいて証明することが、「事情」による容仮占有の証明ということになる。しかし、この「事情」による証明がいかなる場合になされるべきかについては、ボアソナードの説明からは明らかでない。委任や事務管理による容仮占有は、「権原」ではなく、「事情」によって証明すべきように思われるが、それ以外のケースはさだかでない¹⁰⁾。

(イ) 第三に、「所有の意思」の推定は、容仮占有の証明があったときだけでなく、単なる自然の占有¹¹⁾が証明されたときも覆されるというべきであるとして、旧民財 186 条但書を批判する見解¹²⁾がみられた。

(5) しかし、このような不明確さや疑問があるにもかかわらず、ボアソナードの提示した二元的処理は——彼の意図がなんであったかにかかわらず——すくわれて現実的・実地的であることは否定できないように思われる。すなわち、寄託や賃貸借などに基づいて占有しているときのように、その「権原」の性質が明らかで、この「権原」から「所有の意思」のないことを抽象的・類型的に決しうる場合のほか、「権原」が存在せず、所持者の「所有の意思」の有無を客観的諸事情によって判定せざるをえない場合（例：窃盗か事務管理かの判

10) 旧民法の解説書にもこの点はほとんど触れられていない。わずかに、磯部四郎・大日本新典民法釈義 財産編第 1 部 881 頁以下（明治 24 年）が、「権原」の性質によらずして容仮占有になる例として、事務管理による所持をあげるにとどまる。また、容仮占有が「権原」の性質によって決せられる場合としからざる場合の区別のこのような不明確さから、「占有の権原の性質より生ずる容仮の占有は如何なるものにして、又其性質より生ぜざる占有は如何なるものなるか。余は了解する能はず。」として、説明・解釈を放棄するものまであらわれている（奥田義人・物権法（東京専門学校法律科第 7 回 1 年級講義録）104 頁（明治 30 年？））。

11) ボアソナードは、容仮占有も自然占有（旧民財 184 条）の一種であると捉えていたのが（Boissonade, *Projet t. I*, n° 276, n° 288. ボアソナード・再聞 物権之下巻 [276], [288]），ここでの自然占有とは、容仮占有にあたらない場合を指す。たとえば、公有物の所持や、友人の書物を承諾なしに暫時使用する場合などだとされている（Boissonade, *Projet t. I*, n° 276. 奥田・前掲書 99 頁参照）

12) 江木衷・日本民法講義（財産篇物権之部）571 頁（明治 24 年—25 年），奥田・前掲書 159 頁以下。

定、境界紛争事例で越境部分の所持についての「所有の意思」の有無の判定など）が存在するのであるから、「所有の意思」の推定を覆すためには、これらに依じて「権原」の性質によるか、占有の客観的諸事情によって「所有の意思」のないことを証明するということが必要となろう。

ともあれ、このようなボアソナードの見解は調査委員会では議論されずに、原案186条が決議され、その後、その但書「但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」を削除して現行186条が成立しているのであり、もはや、彼の見解を186条から窺うことはできない。しかし、彼の見解が現行民法において否定されたとみることが正当でないであろう。なぜなら、まず第一に、一般的・抽象的には、起草者は旧民財186条を実質に修正しようとするものでなかったということ（を指摘しうるし¹³⁾、第二に、より具体的には、現行185条が「権原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ……」と規定していることから、「権原」ノ性質によって他主占有（容仮占有）と判定される場合と、それ以外の「事情」によって判定される場合とがあることを現行民法自体が前提にしていると考えることができるからである¹⁴⁾。

第四節 他主占有から自主占有への変更

1 第185条による「所有の意思」の判定

(1) 第185条は、「権原」の性質によって他主占有とされているときは、占

13) 速記録一 634頁以下参照。なお、岡松参太郎は、現行186条の「所有の意思」の推定を覆すには、「反対当事者ヨリ(-)占有ノ権原ノ性質上所有ノ意思ナキコト(=)或ハ占有者自ラ他人ノ權利ヲ認メタル事実アルコトヲ証明セサル可ラス」という（岡松参太郎・註釈民法理由中巻62頁（明治30年））。

14) この点をもう少し詳しく述べるならば、こうである。旧民財185条は、後述のように、容仮占有、および容仮占有が法定占有に転換する場合を規定しているが、その第3項では、「権原」の性質によって容仮占有とされる場合における法定占有への転換を定め、他方、その第2項では、それ以外の容仮占有における法定占有への転換を定めて、容仮占有の生ずる場合を区別して規定している。現行民法起草者は、旧民財185条の第2項を当然の原則と考えたようであり、同3項についてだけ文言を修正してその内容を現行185条に規定したのである（速記録一629頁以下の穂積陳重の説明参照）。したがって、「権原」の性質によって容仮占有とされる場合と、これによらずに容仮占有となる場合とを前提にしている、と解することができるのである。

有者が占有開始後に内心において目的物を自己の所有物にしようとする意思を懷いたからといって「所有の意思」があるとはいえないのであって、「自己ニ占有ヲ為サシメタル者ニ対シ所有ノ意思アルコトヲ表示」するか、または、「新権原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始」めたときにはじめて、占有者に「所有の意思」あるものと判定される旨を規定する。では、なぜこの二つの事由のうちのいずれかがある場合にのみ「所有の意思」を認める取り扱いをすることになったのであろうか。

調査委員会において、穂積陳重は、次のように説明している。すなわち、「本条ハ財産編第 185 条ニ当ル所デゴザイマス財産編 185 条ハ容假ノ占有ガ変ジテ法定ノ占有トナル場合ヲ掲ゲタモノデアリマス、デ本条モ既成法典ノ辞ヲ用キマスレバ矢張り夫レト同ジコトヲ規定シタノデ中ノ事ハ變ツテ居ラヌ積リナノデゴザイマス併ナガラ既成法典ハ此法定ノ占有ト云フモノヲ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ為ス場合ノミニ限ツテアリマス本案ニ於テハ占有ト云フモノガ広ク使ツテアルノデアリマスカラ夫故ニ從ツテ其文字モ或場所ニ於テハ變ヘナケレバナラヌヤウナ結果ニナツタノデゴザイマス」(速記録—629頁以下)としており、ここでも、185 条についての実質的な説明や議論はなされておらず、旧民財 185 条¹⁾の考え方をそのまま受け継いでいる。

(2) 旧民財 185 条 3 項(ボ草 197 条 3 項)は、仏民 2238 条をほぼそのまま継受したものであるが、ボアソナードの説明によれば、こうである。すなわち、「容假性は、原則として、占有の瑕疵と同様に、占有に欠けている性質が事後的に発生することによって終了する。たとえば、占有者が意思を変更して自己

1) 旧民財 185 条は、次のように規定している。すなわち、

第 1 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」

第 2 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」

第 3 項 「然レトモ占有ノ権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権原ノ轉換ニシテ其占有ニ新原因ヲ付スルトキ」

のために占有をはじめるときである。しかし、容仮占有が寄託、貸借、賃貸借のようにその容仮性を判然と設定する権原(titre)によって物を所持しているときは、その原則は例外を受け容れ、その適用は一層困難となる。このような場合には、正当な権利者が関与し、かつ彼の安全を基礎づけているところの権原を無視して、占有者の意欲ないし単なる意思だけに占有の変換を依拠させることはできない。すなわち、容仮である占有が法定のものになるためには、私の条文〔ボ草 197 条〕に用意された二つの明確な行為のうちいずれか一つがその時になければならない。これら二つの行為は、フランスの法典(2238条)においてもまた要求されているものであり、これ〔仏民2238条〕自体、またローマの古法より借用したものである²⁾と。このように、ボアソナードは、容仮占有者は意思の変更、すなわち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を原則としつつ、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転換を認めることはできないとして、占有転換が生ずる場合を二つの事由に限定しているのである。

(3) 仏民 2238 条は、「しかし、第 2236 条および第 2237 条にあげられている者でも、第三者から生じた原因 (cause) により、または所有者の権利に対して述べた異議 (contradiction) によって、その占有の名義 (titre) が転換している場合には、時効により取得することができる。」と、規定しており、すべての容仮占有に適用あるものとされている³⁾。この点で、ボアソナードの見解と若干異なるところはあるものの、旧民財 185 条 3 項 (ボ草 197 条 3 項) と同趣の規定である。この規定は、仏民 2240 条との関連で次のように説明されている。すなわち、仏民 2240 条⁴⁾は、意思だけによって占有関係の原因 (causa) を変更す

2) Boissonade, Projet t. 1, n° 289. ボアソナード・再聞 物権之部下巻〔289〕。

3) もっとも、例外を全く認めないということではないようである。後掲本節注 7) 参照。

4) 仏民 2240 条は、次のように規定している。すなわち、

「何人も、占有の原因 (cause) および起因 (principe) を自ら変更することはできないという意味において、自己の名義 (titre) に反して時効によって取得することはできない。」

することはできないとするローマ法の法諺⁵⁾を前提にした規定であり、この規定によれば、容仮占有者の個人的・具体的意思は問題にならず、この意思の変更があっても、容仮占有から所有者名義の占有への転換は生じない。たとえば、賃借人が賃借人として振舞うことをやめ、所有者として振舞おうとする意思を有していることを証明することについて、所有者としての行為を行うことでは足りない。賃貸人＝所有者はその行為を知らないでいたり、あるいは、これまでどおり賃借人として行為しているにすぎないとも考えることもあろうし、また、賃貸人＝所有者が賃借人の行為をただ黙認し、甘受しているにすぎないこともある。もしこれらの場合においてきわめて容易に所持者の資格を所有者名義の占有に転換しうるとすれば、賃貸人はすべて、占有の効果により賃借人が所有者になるという危険を負うことになる⁶⁾。かくて、原則として、個人的・具体的意思の変更によっては、占有の名義は転換しないのであり⁷⁾、ただ、仏民2238条に規定するところの二つの事由、すなわち、①第三者から生じた原因による場合と②所有者の権利に対して異議を述べた場合のいずれかにおいてのみ、占有の名義の転換が生ずるのである。

このように、仏民2238条・2240条は、占有名義の転換においても、客観的事実（所有者として行う行為）によって「所有の意思」の有無を判断することは所有者（賃貸人、寄託者等所持を他人に委ねている者）の利益を害するおそれがある、との考慮のもとに、意思の変更の明確な事由があったときのみ所有者名義の占有を認めようとするものであり、「所有の意思」は個人的・具体的意思であるとする原則を修正するものである。そして、ポアソナードの説明も、このフランス民法における考え方を前提にしたものといえることができるの

5) *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. [だれも自ら自分のために占有の原因を変更しえない] Paulus, *Digesta* 41, 2, 3, 19; Julianus, *Digesta* 41, 3. 33. 1

6) Mazeaud, *op. cit.*, n° 1428. なお, Alex Weill, *Droit civil, Les biens* 2^eéd n° 382 参照。

7) もっとも、全く「権原」に基づかない場合には、仏民 2240 条の適用はないとされた判例がある (Civ. 3^e 2 déc 1975. D. 1976, somm. 27.)。これは、遺産である土地の全部を、相続人の一人が *animus domini* をもって占有している、という事例である。なお、星野英一・「遺産分割の協議と調停」民法論集第 3 巻 491 頁以下参照。

であり、旧民財 185 条 3 項（ボ草 197 条 3 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 185 条もこれと同趣旨の規定であると理解できるのである。したがって、賃貸借等の「権原」に基づいて所持するに至った者については、具体的・個人的・内心の「所有の意思」を有していることが客観的諸事情によって認定できるというだけでは、占有の性質（他主占有から自主占有への）転換は生じないのである。以下、二つの事由を詳しくみてみよう。

(4) 「自己ニ占有ヲ為サシメタル者ニ対シ所有ノ意思アルコトヲ表示」することの意義

「所有の意思」あることの表示による占有の性質の変更は、旧民財 185 条 3 項第 1 号の「占有ヲ為サシメタル人ニ……トキ」、さらには仏民 2238 条の「所有者の権利に対して述べた異議 (*contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire*)」に由来するものである。フランスにおいて、この「異議」は裁判上または裁判外で直接に所有者ないしその代理人に対して、あるいは執行官の文書 (*acte d'huissier*) によって、その所有権を否定する明確な行為により行わなければならないとされている。所有者に対して、容假占有者が自分を所有者であると公然と主張したり、契約や法律の規定に反して所有者としての行為を行うだけではたりない、とされている⁸⁾。ポアソナードは、このようなフランスの立法・

8) 前述のように、所持者が内心で所有者たろうとする意思を有したり、単に所有者として振舞っているだけで、占有名義の転換が生ずることになると、所有者に思わぬ不利益(最も重大な不利益は所有権の取得時効が進行すること)を与えることになりかねないので、所有者に対して「所有の意思」あることを明確に示すような裁判上ないし裁判外の——一定の形式を踏んだ——行為を要求し、これによって所有者をその不利益から守ろうとするとともに、仏民 2238 条の「異議」の必要性の根拠がある。もっとも今日では、解釈上、この規定は広く解されており、所有者に対して「所有の意思」を明確に示す行為であれば、純粹に事実上の行為であっても占有名義の転換が生ずるとしている。たとえば、賃借人が賃料の支払を拒絶していたという事実だけでは、もちろん足りないが、賃借人が自分自身に所有権が帰属するから賃料の支払を拒絶するのだということが賃貸人にわかるかたちで、その拒絶が行われているのであれば、占有名義の転換が認められるし (Mazeaud, *op. cit.*, n° 1430)、また、用益権を有するにすぎない土地の所持者がその土地の周囲に石垣を築こうとしていたところ、その土地の所有者はその工事に気が付いたにもかかわらず断固とした態度に出なかったという事例において、この石垣の建設という事実によって所持者の *animus domini* は

解釈をそのまま我国に導入しようとしたのであり、ただフランス民法では「異議」は真の所有者に対してなされるべきであるとなっているのに対して、寄託者・賃貸人などは所有者でないこともありうるとして、彼の草案では「容假の占有をなさしめた者」に対して「告知」すべきであるとした点が、わずかに異なるだけで、実質はフランス民法と同じ内容のものにしようと考えていたといっている⁹⁾。そして、前述のように、調査委員会ではあまり実質的な議論がなされないまま、旧民財 185 条 3 項第 1 号（ボ草 197 条 3 項第 1 号）を受け継いで現行 185 条に「……其占有者カ自己ニ占有ヲ為サシメタル者ニ対シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ……」と規定されるに至ったのである。しかし、起草者は現行 185 条のこの文言の実質的内容を旧民財 185 条 3 項第 1 号のそれと全く同じものにしようと考えていたわけでない点に注意しておく必要があろう。すなわち、旧民財 185 条 3 項第 1 号の「告知」というのは当時のフランス民法の解釈と同様、かなり厳格な方法を要求するものであったが、現行 185 条においては、起草者は、「所有の意思」の表明の方法は特別の方式を必要とするものではなく、黙示によるものであってもよいとしており、その表明の仕方をかなり広く考えていたのであり、このことを「……表示シ」という用語で表すこととした

十分に表示されているとして占有名義の転換を認めた裁判例 (Montpellier 26 avr. 1838, S. 1839. 2. 87. 同様の事例として, Ref 18 déc. 1922, S. 1926. 1. 164 がある。いずれも参照しえなかった。Vgl. Andreas Wiget, Studien zum französischen Besitzrecht, 1982, S. 88) や、所有者が、物の所持者の実力行使により、契約に従った物の取戻しを妨げられたという事例において, *animus domini* を明示しているとして占有名義の転換を認める裁判例がある (Pau 9 mai 1892, D. 1893. 2. 255)。しかし、所有者との契約に違反して、借りている土地に家畜小屋を建て若干の樹木を植えたにすぎない場合には、いまだ所持者がいかなる意思からこれらの行為を行ったのかは明らかにされていないとして、占有名義の転換が否定されている (Civ 1^{re} 25 janv 1965, Bull. civ. I. n° 72)。

- 9) Boissonade, *Projet t. 1*, n° 290. ボアソナード・再閲 物権之部下巻 [290]。条文の表現は、仏民 2238 条と異なっているが、これは、ボ草案 197 条 3 項第 1 号（旧民財 185 条 3 項第 1 号）がフランス民法の解釈を取り入れたことの結果である。すなわち、ボアソナードは、すでにみた当時のフランスの一般解釈と同様に、占有名義を転換するためには、《signifier》（「告知」する）という方法で相手方の所有権を否定する明確な行為を行うことが必要であり、この《signification》は裁判上、すなわち訴訟の形式で行うか、または、裁判外の手続法規に従い公務員を通じて行わなければならない、と説明している。

のである¹⁰⁾。このような起草者の考え方については、たしかに旧民法におけるより、事案の処理として柔軟な解決ができるという点ではすぐれているとはいえようが、所有者の保護という観点からは、「所有の意思」の「表示」が不明確なものとなりはしないか、あるいは、容易に自主占有への変更が認められることになるのではないかといった問題性を現行 185 条に内在させることになったといえよう。

(5) 「新権原＝因り更＝所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムル」の意義

現行 185 条の「新権原＝因り更＝所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムル」という文言は、旧民財 185 条 3 項第 2 号の「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」や仏民 2238 条の「第三者より生じたる原因により (par une cause venant d'un tiers)」という文言に由来するものである。フランスでは、この「第三者より生じたる原因」による占有名義の転換は、次のように解されている。すなわち、たとえば、賃貸人である所有者が死亡し、賃借人＝容假占有者がその相続人と称する者からその目的物を買受、以後自己の物として事実上支配し、賃料を支払わないでいたところ、相続人と称していた者は、実は相続人でなく表見相続人にすぎなかったという場合に、その買受けた者には「所有の意思」が認められ、占有名義の転換があるとされる。ここで「原因 (cause)」とは、売買、交換、贈与、遺贈などの所有権移転を生ぜしめる法律行為＝新権原 (un titre nouveau) であり¹¹⁾、また、この法律行為の相手方は、賃貸人等、所持を委ねた者ではなく、それ以

10) 調査委員会に提示された原案は、「……表示シ」ではなく、「……通知シ」となっていたが、この点について、穂積陳重は、既成法典の第 185 条 3 項第 1 号に「告知」となっているが、「大層告知ノ方法ガ定マツテ居ルヤウニ私共ハ読ミマスガ夫レヨリカモツト広クシテ如何ナル方法ヲ以テモ其意思ヲ向フニ明ニシサヘスレバ足リル斯ウ云フ意味デ『通知』ト云フ並ノ字ヲ用キタノデアリマス」と説明している。そして、「黙示」でもよいかとの質問に対し、「勿論明ニ分リサヘスレバ宜」く、通知に含むと思う、と答えている。しかし、「通知」という用語では「黙示」も含むということが分かりにくいという意見が出て、結局「表示」という用語を使うことになった（速記録—631 頁以下参照）。

11) ここでの法律行為は、無効であってはならず、ただ第三者に所有権がないために所持者が所有権を取得できなかったという場合、すなわち、正権原の場合でなければならないと解されているようである。

外の第三者でなければならない¹²⁾。さらに、賃借人等の容仮占有者はその第三者に所有権が存しなかったことについて善意でなければならない¹³⁾。容仮占有者が悪意の場合にまで占有名義の転換を認めることは真の所有者の利益をそこなうことはなほだしからであろう。

これに対して、ボアソナードは、所有者でない者から物を賃借したり寄託を受けることがあり、そして、この者（契約当事者）から買い受けた場合に占有名義の転換を認めない理由はないとして、第三者から生じた新原因のほか、賃貸人や寄託者等の契約当事者から生じた新原因によっても占有名義の転換が生ずる旨の規定を提案している¹⁴⁾。また、草案の文言上は明らかなでないが、仏民2238条の解釈と異なり、「第三者から生じた新原因」による場合、すなわち、容仮占有者が第三者から買い受けたという場合について、容仮占有者に善意を要求せず、善意・悪意を問わないとの考えも示している¹⁵⁾。このようなボアソナードの考え方は、フランス法におけるよりも占有名義の転換を生ずる場合が若干ふえることが予想されるが、基本的には仏民2238条の考え方を引き継いだものであり、旧民財185条3項2号は、彼の草案をほぼそのまま翻訳し条文化したものである。そして、現行185条はその内容を変えずに簡略化して、「新権原ニ因リ……」と規定したのであり、ここで「新権原」とは、ボアソナード

12) なにゆえ、賃貸人、寄託者等の契約当事者を除いたかは必ずしも明らかでないが、これらの者は、通常所有者であり、賃貸人等＝所有者から賃借人等＝容仮占有者が買い取る場合には、所有権が移転するので時効取得を問題にする余地はないという考慮があったと推測できる（仏民2238条の規定は取得時効の規定であることに留意せよ）。しかし、ボアソナードが指摘するように、賃貸人や寄託者が非所有者であることも考えられるのであるから、仏民2238条の規定の仕方には問題があったといえよう。Boissonade, *Projet t. 1*, n° 291. ボアソナード 再閲 物権之部下巻〔291〕。

13) もっとも、悪意でも占有名義の転換を認めるべきだとする反対説がある。Vgl. Wiget, a. a. O., S. 85ff.

14) ボアソナードは、仏民2238条の「第三者から生じたる原因」による占有名義の転換を修正して、「契約当事者または第三者から生じたもので、占有に新原因を付するところの名義の転換 (Par l'intervention du titre, provenant du contractant ou d'un tiers et donnant une nouvelle cause à la possession)」という規定を提案している（ボ草197条3項2号）。Boissonade, *Projet t. 1*, n° 291. ボアソナード 再閲 物権之部下巻〔291〕。

15) Boissonade, *Projet t. 1*, n° 291. ボアソナード 再閲 物権之部下巻〔291〕。

「所有の意思」の判定基準について(1)

のいう *une nouvelle cause*, 仏民 2238 条の *cause* に相当するもので、売買、交換、贈与等の所有権の移転を目的とする法律行為を指すものであって、相続¹⁶⁾や所有者として振舞っている事情は「新権原」に含まれないものと考えられていたといつてよいであろう。

(6) このようにみてくると、賃貸借・寄託等の権原の性質から「所有の意思」なしとされている場合において、現行民法が基礎においている考え方は、フランス民法や旧民法と同様、その時々に変わりうる占有者の意思によって、占有を委ねた者（賃貸人や寄託者等）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、他主占有者が内心で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」ありとは判定されず、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（明示・黙示を問わない）、占有を委ねた者または第三者との間で売買、贈与等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、抽象的・類型的に「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るといえよう。

2 185 条以外による「所有の意思」の判定

(1) 「権原」の性質によらずに「所有の意思」がないとされる場合、すなわち、占有に関する「事情」によって他主占有者と認定される場合（前節 2 参照）について、自主占有への転換がどのようにしてなされるかは、現行民法の文言から必ずしも明らかでない。また、現行 185 条は旧民財 185 条の内容を変えずに規定したものとする、調査委員会における起草委員の説明からすれば、「権原」の性質によらない他主占有は、旧民財 185 条 2 項により内心で「所有の意思」を有するに至れば自主占有へ転換すると解されることになりそうであるが、調査委員会ではこの点の説明も議論もなされていない。

16) ボアソナードは、容仮占有が相続された場合にも、相続人の占有は容仮の占有であり、ボ草 197 条の二つの事由のいずれかを満たさなければ占有名義は転換しないという。Boissonade, *Projet t. 1* n° 273. n° 299. ボアソナード 再関 物権編之部下巻 [273] [299]。なお、富井・民法原論第二巻物権 667 頁参照。

ところで、フランス民法は、前述のように「だれも自ら自分のために占有の原因を変更しえない」というローマ法の法諺を仏民2240条で明定し、かつ具体的規定ないし例外的規定として仏民2238条を定めており、これらの原則・規定はすべての容仮占有に適用されると一般に解されてきたようである¹⁷⁾。しかし、ボアソナードは、このローマ法の原則を限定的に捉えて、「権原」の性質によって容仮占有とされている場合においては、——賃貸人、寄託者等に不利益を与えるべきでないとの観点から——容仮占有者の個人的・具体的意思で占有名義の転換を生じさせるべきでないが、それ以外の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転換が可能であるとした¹⁸⁾。しかし、ボアソナードがどのような理由からこのような取り扱いをしようとしたのかは、彼の注釈には具体的説明はなされておらず必ずしも明らかではない。また、旧民法公布直後にあらわれた解説書もこの点にあまり触れていない。ただ、磯部四郎の説明は注目してよいであろう。彼は次のようにいう。すなわち、

「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欲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〔185条〕ノ第二項ニ於テ容仮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仮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發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ン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仮変シテ法定トナルハ敢テ驚クニ足ラサルモノトス¹⁹⁾」

17) なお、本節注7) 参照。

18) Boissonade, *Projet t. 1*, n° 289. ボアソナード 再関 物権之部下巻〔289〕。

19) 磯部・前掲書（前節注10）881頁以下。

このように、磯部四郎は、「権原」によらない占有においては、はじめから「所有の意思」をもって占有する場合と、はじめ「所有の意思」をもたずに占有（容仮占有）を行い、その後に「所有の意思」を有するに至った場合を区別する理由はないとして、後者（「権原」によらない容仮占有）も内心の意思によって法定占有に転換するとしている。そして、その基礎には、占有を委ねた者との契約によりその意思・信頼に基づいて所持しているという、「権原」の性質による容仮占有においては、容仮占有者の内心の意思だけで占有名義の転換が生ずるとすれば、占有を委ねた者が知らぬ間に信頼が裏切られなんら対抗手段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から、旧民財 185 条 3 項による規律が必要であるのに対して、「権原」によらない場合には、このような配慮は必要ない、という考慮があったといえよう。ポアソナードも、おそらくこのような点を考慮して、容仮占有を二つの類型にわけて、占有名義の転換の事由を定めたものと思われる。

ともあれ、このような二元的考え方は、現行民法への修正において、旧民財 185 条 2 項に相当する規定が明文化されなかったことから、若干不明瞭になったとはいえ、現行 185 条に受け継がれていったといっていよい。

(2) ところで、占有代理人の所持がいかなる場合に自主占有へ転換するかについては、代理占有関係をどのようなものとして捉えるかにより、若干問題の存するところである。今日においては、代理占有関係はほぼ直接・間接占有と同じものと解され、重疊的占有関係が認められ、かつ広範囲にわたってこの代理占有関係が生じるものと解されており、占有代理人はすなわち他主占有者と考えてよい。しかし、起草者の考えていた代理占有関係は重疊的占有関係を認めておらず、また意思表示の代理理論に拘束されてかなり狭い範囲でしか認められないというものであった。すなわち、穂積陳重委員は、調査委員会での原案 181 条の説明において、任意代理でも法定代理でも、占有権を取得するのは本人であって代理人ではなく、「一物ニ付テ同時ニ別々ニ占有権ヲ持テ居ルト云フコトガ出来ルト云フ規定ノ積リデハナイノデアリマス」という。これに対しては、受寄者は自己のためにする意思を有し、占有者と捉えられているのであるから、「代理人が本人ノ為メニ物ヲ所持スル時デモ矢張り自己ノ為メニス

ル意思ヲ以テ所持シテ居ルヤウナモノデハアルマイカ」という疑問が提示されたが、穂積は、不明瞭かつやや無理と思われる説明で、一貫して、寄託者と受寄者の占有関係は代理占有でなく、また、代理占有における占有代理人は占有者でない旨を説いている²⁰⁾。この当否はともかくとして、起草者の立場によれば、占有代理人の所持は他主占有とは認められないのであるから、占有代理人にも185条の適用があるかが問題になりそうなところである²¹⁾。しかし、この点について、調査委員会ではなんらの説明もなされていない。また、204条は、代理占有の消滅事由を定めたものであり、旧民法に相応する規定のないものであるが、その第1項2号によれば、代理占有は、「代理人カ本人ニ対シ爾後自己又ハ第三者ノ為メニ占有物ヲ所持スヘキ意思ヲ表示」することによって消滅していることから、占有代理人が「所有の意思」をもって所持することを本人に表示したときは、占有代理人の所持が自主占有へ転換することになる。そこで、204条1項2号と185条との関係をどのように捉えようとしたのが問題になるが、この問題についても起草者の見解は明らかでない。しかし、穂積の前述の立場からすれば、占有代理人には、185条の適用はなく、204条1項2号によって、つまり占有代理人が「所有の意思」あることを本人に表示することによってのみ自主占有へ転換し、185条は他主占有についてだけ適用あるものと考えていたと推測することができるであろう²²⁾。

20) 速記録一 603頁以下、とくに606頁以下参照。

21) これは、旧民法においてもはっきりしないところである。ボアソナードは、本人のために所持する代理人を容仮占有者と認めているが、旧民財185条3項(ボ草197条3項)の適用はないようである。そうすると、同条2項を適用するということになるのであろうか。Boissonade, *Projet t. 1*, n° 288. ボアソナード・再聞 物権之下巻[288]参照。

22) 原案185条および原案207条1項3号(現行204条1項2号に対応する)の直接の起草担当者でないが、梅謙次郎と富井政章は、現行民法の解説書で185条と204条1項2号との関係についてそれぞれ詳論している。すなわち、梅は、代理占有関係を広く捉えたうえで、この占有代理人〔彼は代理占有者といったり、広義の容仮占有者といっている〕には、自己のために占有をなすと同時に他人のために占有をなす者(狭義の容仮占有者)と全く他人のために占有をなす者(純然たる代理占有者)があるとし、前者については、まず185条を適用し、185条に規定されていない事項(第三者のために占有しようとする場合)については204条が適用され、後者については204条だけが適用されるとする(梅・要義 物権41頁, 85頁以下)。富井も、用語の使い方は異なるが、同趣旨のことを説く(富井・前掲書本節注16) 648頁, 747頁)。

第五節 小 括

「所有の意思」およびその有無の判定基準をめぐる諸問題については、調査委員会での説明や質疑は必ずしも十分にはなされておらず、起草者の考え方を直接的な形で知ることができない点がかなりあるにしても、旧民法、ボアソナード草案、フランス民法に遡ってみていくことによって、ある程度明らかになったように思われる。ここで、取得時効制度の存在理由とも若干関連づけながら、本章をまとめておくことにする。

(1) 第162条の「所有の意思」という要件は、旧民証138条の「所有者ノ名義ニテ」・ボ草1474条の《à titre de propriétaire》という用語について単に表現を変えて規定したものにすぎず、所有者意思説をとらないことの結果、「所有の意思」は占有の成立要素でなくなったものの、旧民法のとする所有者意思説における占有の成立要素としての「所有の意思」とその内容は異ならないと考えられていた。すなわち、「所有の意思」は旧民法と占有論における体系的な位置づけは変わったものの、その内容は内心の意思＝所有者として振舞おうとする意思であると捉える点で旧民法と同様であったといえる。そして、まさに、「所有の意思」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、第186条、旧民財186条において、「所有の意思」の推定規定を設けることになったといえるのである。

そうすると、起草者の考えには、取得時効制度の存在理由と関連づけて、「所有の意思」を捉えるという発想はなかったのであり、まして、第162条の1項（長期取得時効）と2項（短期取得時効）は時効の存在理由が異なるという前提のもとに、「所有の意思」を別異に捉えるという思考ももちろんなかったといえる¹⁾。

1) 藤原・前掲書93頁は、「所有の意思」の理解と、取得時効制度の存在理由をどのように考えるかということが密接に関連することは、フランス民法や旧民法から明らかだというのが、そういえるかかなり疑問であることは、本章の検討から明らかであろう。「所有の意思」の内容やその判定基準の問題と絡めて取得時効制度の目的・存在理由を議論することは——解釈論として妥当かどうかはともかくとして——すくなくとも

(2) 「所有の意思」の推定がどのような場合に覆されるかについては、調査委員会では反対の証明を許すということ以上のことは説明されていないが、旧民法やボアソナード草案に遡るならば、「権原」により、または、占有者が他人の権利を承認したと認められる事実の「事情」を主張・立証することによって容假占有であることを証明すれば、その推定が覆されるとしており、現実的な対処の仕方であるといえるのであり、基本的には現行 186 条の推定にもそのまま引き継いだと考えることができる。

(3) 他主占有から自主占有への変更を規定する 185 条は、旧民財 185 条 3 項、ボ草 197 条 3 項、仏民 2238 条をほぼそのまま継受したものである。この規定の趣旨は占有を委ねた者（通常は所有者）が知らない間に占有者に「所有の意思」が認められ所有権の取得時効が完成し所有権を失うという不利益を受けることがないようにするための規定であるという点にあり、従来他主占有者であった者が「所有の意思」をもつためには、占有を委ねた者に対して「所有の意思」ある旨の明確な行為をすることを要求し、これによって、占有を委ねた者の保護をはかろうとしたものである。旧民財 185 条 3 項等では「所有の意思」を明確に示す行為として、売買・贈与等の権原＝原因によるほか、訴訟や執行官による送達において「所有の意思」あることを表明するというような厳格な手続が要求されていたのに対して、現行 185 条ではその表明の手続が大幅に緩和されているという点では違いがあるものの、現行 185 条は、基本的には旧民財 185 条 3 項等の考え方を受け継いだものである。そして、占有を委ねた者の保護をはかるこのような規定は、所持者の意思はその時々に変わりうるものであるという主観説の不都合な点を修正するためのものであり、あくまで主観説を前提にした規定であるといえる。

(4) (i) 185 条の「所有ノ意思アルコトヲ表示シ」の要件は、旧民法よりも緩和されたとはいえ、単に所有者として振舞っているだけでは足りないものであって、明示・黙示は問わないけれども占有を委ねた者に対し「所有の意思」を明らかにする積極的行為が必要であるというのが起草者の考え方であったといえる。占有者が「所有の意思」を有し、客観的にみても所有者としての行為をし

沿革的には合致しない。

「所有の意思」の判定基準について(1)

ているというだけでは自主占有への変更は認められないというのである。(ii)また、「新権原」は売買、交換、贈与等の所有権の移転を目的とする法律行為を指し、しかも、これは有効な法律行為であることを要すると解していたと思われる。

(5) (i)現行 185 条からは必ずしも明瞭とはいえないが、旧民財 185 条の規定をふまえて考えるならば、他主占有から自主占有への変更は、すべて、現行 185 条に従い、二つの事由のいずれかが存する場合にのみ生ずる、というようには考えられていなかった。「権原」の性質の如何によってではなくして、「権原」以外の客観的諸事情から他主占有と判定される場合においては、その自主占有への変更には現行 185 条の適用はなく、意思そのものの変更によって「所有の意思」を判定するという主観説の一般理論に従い、自主占有への変更が可能であると考えられていたといえる。もちろん、その際、意思そのものの変更があったか否かは占有者の行動等の客観的諸事情により判断すべきこととなる。 (ii)起草者は、占有代理人の所持は他主占有ではないと考えていたが、この所持がどういう判定基準のもとにこ自主占有へ変更するかについて、なんらの説明も行っていない。しかし、起草者は、この場合には現行 185 条の適用はなく、同 204 条 1 項 2 号に従い、占有代理人が「所有の意思」を本人に表示することによって自主占有へ変更すると考えていたと思われる。