

「讓渡後占有継続」事例と取得時効

——「所有ノ意思」を中心として——

野村泰弘

目次

- 一 はじめに
- 二 裁判例の検討
- 三 結びにかえて

一 はじめに

(一) 民法一六二条の所有権の取得時効が成立するためには、その占有が「所有ノ意思ヲ以テスル占有」(自主占有)であることを要する。特に同条一項の長期取得時効では、他の要件である「平穩且公然」の要件は實際上問題となることは極めて稀であるから、この自主占有という要件はほとんど取得時効の成否を決する要件であるといつても過言ではない。そこでこの「所有の意思」の判断基準が問題となるが、通説・判例は、所有の意思を以てする占有か否かは、占有者の内心の意思のいかんによって定まるものではなくして、占有取得の原因たる事実(権原)の客観的性質

によって定まる、と解している⁽²⁾。つまり、売買のような所有権を移転する法律行為によって占有を取得した場合には自主占有と解され、逆に賃貸借のような場合には他主占有であるとされる⁽³⁾。通説・判例がこのようにその権原の性質によって自主占有か他主占有かを判断するのは、①所有の意思は占有者の主観によるべきではない。②民法一八五条の解釈から、占有にはそれ自体の客観的性質がある。等の理由からだ⁽⁴⁾とされる。

しかし、この「所有の意思」の判断基準がすべての事例についての統一的な判断基準であり得るか、という点については疑問である。例えば、売買という占有取得原因（権原）をとってみても、これに所有権留保特約が付いている、停止条件が付いている場合でも無条件に自主占有と認められるのか、他人の物の売買であっても自主占有といえるのか、また、代金がほとんど支払われていない場合でも自主占有といえるのか、という問題があり、「権原」というものについても、売買の目的物の範囲を越えて占有に至った場合その権原はその越境部分にまで及ぶものと解すべきなのか、さらに、古くからの占有でその開始の時期も権原も明確にできないような場合にはどのような判断基準をあてはめればよいのか、法律行為ではない相続（共同相続）により単独で占有を開始したという場合には、単独の自主占有が開始するのか、というような点についてまで論議が及ぶと、その判断基準はいささかあやしくなるのである⁽⁵⁾。

それゆえ、今日、裁判例の検討を通じて、この「所有の意思」の判断基準をあらためて問い直そうとする試みがみられる⁽⁶⁾。本稿もこのような目的のもと、こうした疑問が生じる一類型として「譲渡後占有継続」の事例をとりあげ、「所有の意思」の判断基準と占有の主観的要素である善意・悪意とに焦点を当てて検討するものである⁽⁷⁾。

(一) 本稿でとりあげる「譲渡後占有継続」の事例は、係争地につき、譲渡行為があり、本来譲渡されるべき土地に含まれているのに、何らかの理由で譲渡後も係争地が引渡されず、占有を継続した譲渡人から時効取得が主張される

場合をいい、売買契約に基づき目的物の引渡義務を負う者からの時効取得の主張である点に特徴がある。したがってこの類型では、占有は譲渡人のもとに継続しており、嚴格には占有取得の原因たる事実すなわち「権原」というものが存在せず、判断基準がそのままでは機能しないものと考えられる。所有権を移転する法律行為はたしかに存在するが、それは買主の占有取得の権原となるべきもので、売主の占有継続の権原となるものではないからである。逆にいえば「所有の意思」を失わせる原因が存在する場合ともいえる。また、このような権利関係が明らかでない場合、その占有は客観的には不法ともいふべき占有であり、その本来の契約関係にしたがった解決が図られるべきであり、取得時効の成立を認めることによって、真の権利者の犠牲において、引渡義務を有する者を保護するいわれはないように思われるのである。それでは取得時効が「不道徳な保護」ともなりかねない。このように本類型では、「所有の意思」の判断のほかに、契約関係、取得時効の存在理由との関係も、内在する問題点としてあげられよう。

〔反面、これらの具体的な裁判事例をみると、(誤信に基づく)善意の占有が主張される場合が意外にも多い。とくに売主と買主が隣接地所有者である場合(取り上げた判決をみていわれる境界紛争事例が多い)、境界線や地番に対する誤認から、売渡地を主観的には自己の所有地として占有するに至る場合も考えられないわけではない。実はこの誤信が本類型では重要な意味をもってくる。先に述べた本類型の特徴は、同時に、当然に売主は売渡地の範囲を知っており(悪意の占有)、なおかつ占有するという点に、なんらかの非難が加えられるものであるが、善意の占有はこれを帳消しにしかねない意義をも有するように思われるのである。この占有者の誤信が、いったい占有の性質にどのように関わってくるかについても考えてみる必要があるかと思われる。

(1)「平穩且公然」の要件については、この要件が推定されること(民法一八六条)に加えて、その意味が判例上それぞれ、

「平穩の占有」とは「占有者がその占有を取得し、または保持するにつれて、暴行強迫などの違法凶暴の行為を用いていない占有を指称するものであり、不動産所有者その他の占有の不法を主張する者から異議をうけ、不動産の返還、占有者名義の所有権移転登記の抹消手続等の請求があっても、これがためその占有が平穩でなくなるものではない。」(最判昭和四一年四月一五日民集二〇卷四号六七六頁)とし、「公然」については、「隠蔽、隠匿していないというだけでなく、その外観上見られる占有が、排他的に所有者であるような状態であることが必要であり、真実の所有者の占有を許し、これと占有が競合している状態ではいまだ公然の占有といえないと解するのが相当である。」(松江地判昭和四六年八月四日判時六四七号七九頁)と解され、そのような意味での平穩かつ公然の要件が満たされない場合は例外的であるからと思われる。

なお、星野英一『民法概論I』二五七頁(良書普及会、改訂版、昭和六二年)は、強盜の場合には「平穩」の要件を欠き、窃盜の場合は「公然」の要件を欠くとされる。星野教授は泥棒にも自主占有は認められると解されているが(星野『民法概論II』九二頁、良書普及会、再訂版、昭和六二年)、泥棒にも取得時効が成立するかという点に対しては、「平穩かつ公然」の要件をもって否定される趣旨と思われる。

(2) 最判昭和四五年六月一八日判時六〇〇号八三頁においてこの判断基準が示され、以後今日までこれを明示的に変更する判決は出ていない(もっともこの判決は賃借権に基づく占有は他主占有であることを述べたにすぎないものとも解される)。しかし、これを実質的に補足ないし修正するものと解される判決は出ているように思われる(例えば最判昭和五八年三月二四日民集三七卷二号一三二頁一いわゆるお綱の譲り渡し判決)。

なお、学説では、我妻『新訂民法総則』四七八頁(岩波書店、昭和四〇年)、川島武宜『民法総則』五五四頁(有斐閣、昭和四〇年)、幾代通『民法総則』四八九頁(青林書院新社、昭和四四年)、船橋諱一『物権法』二九五頁(有斐閣、昭和三五年)、四宮『民法総則』三二一頁(弘文堂、第三版、昭和五七年)、星野・前掲注(一)『概論I』二五八頁等、ほとんどの学説がこれに賛成する。また、安達三季生『注釈民法』(5)『川島武宜編』一七八頁以下、二〇四頁(有斐閣、昭和四二年)は、通説の客観説に賛成されながら、これをより徹底され、法定証拠制度としての側面における自主占有と実体規定としての側面における自主占有とを分け、諸般の客観的な事情を総合的に(平穩・公然という事実もこれら諸般の事情のうちの一つとして)考察して決すべきであると考え、判例の実態に非常に接近した、詳細かつ具体的な「客観的な事情」たる判断要素を提示される(したがって安達説によれば、不法な行為によって占有がなされている場合は自主占有自体が否定されることにならう)。

これに対して占有者の主観的要素を重視するものとして、中尾英俊『物権法』一一三頁(青甲社、昭和五三年)があり、

とくに一項の長期取得時効につき、悪意では「所有の意思」はもてないとされる。

(3) 藤原弘道『時効と占有』三一―四頁(日本評論社、昭和六〇年)。その理由としては、売買という権原が所有権を移転することを目的とする法律行為であるから、と説明される。

(4) 田中整爾『自主占有・他主占有』一九頁以下とくに二三頁(法律文化社、平成二年)。

(5) 藤原・前掲注(3)五―六頁、なお五五頁では、「つまり、権原の客観的性質からすれば『所有の意思』ありとはいえないような場合にも所有の意思が肯定されているのであって、『権原』の客観的性質というものが『所有の意思』の有無を決める唯一絶対の基準として機能しているように思われなければならない。」といわれる。

(6) こうした論著の代表的なものとして、藤原弘道・前掲注(3)『時効と占有』、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(四)』二三四頁以下、有斐閣、昭和五三年)等がある。

藤原判事は、通説に対する疑問から出発され、裁判例の検討を通じて、一項と二項ではその存在理由が異なり、前者については通説が妥当するが、後者についてはこれが妥当せず、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判断される、という二元論を提唱される。

また星野教授は、同じく詳細な判決の検討から時効制度の現実的機能をさぐり、かつ、在るべき時効制度を、道徳的観点に立った存在理由の考察をもとに、明らかに無権利者であることが判明した場合には取得時効の保護から排除されるべきことを主張される。

なお、田中整爾『自主占有』叢書民法総合判例研究⑨(一)社、昭和五九年)は、判例には実質的には「権原」の客観的性質によって判断される場合と「善意≡誤信」によって判断される場合の二つの流れがあるとの認識に立っただうで、なお客観説を支持され、「善意性」の強調に反対し、意思の客観化としての権原を判断基準とすべきことを力説され、前二者との立脚点の違いをみせる。

(7) 以前私は、判例の類型的考察(「売買契約と条件」、「他人の物の売買」、「代金の支払」、「譲渡担保」)を通じて、通説・判例の判断基準の限界を指摘し、善意と「所有の意思」とは無関係であるという通説の論拠が説得力をもたないことを述べ、また民法一六二条一項の長期取得時効にあつては二項とは異なりその存在理由は真実の所有者のその所有権の証明の困難さを救済することにあり、自己に所有権のないことを知っている悪意の占有者は取得時効の保護の範囲外にあるべきではないか、という私見を述べた(拙稿・『所有の意思』と善意』西南学院大学法学研究論集第八巻二頁以下、「同(二)」同第九巻一頁以下)。本稿は、実質的にはそれと一連のものであり、本来ならば(三)として書くべきところ、事情により、そのう

ちの一類型を別稿として書くこととなったことをお断りしておく。

(8) この類型は、「譲渡後占有継続事例」とされる藤原判事の類型化を参考にさせていただいた(藤原・前掲注(3)四七頁以下)。それによれば、「権原誤想の場合にはあたらないが、その一変種とみられる場合である」とされる。なお、星野教授は「譲渡占有型」と称される(星野・前掲注(6)二三三四頁以下)。

(9) その意味では、本類型は権原不存在の一場合とも考えられよう。ただ、その中でも引渡義務を有する者からの取得時効の主張であることからとくに独立の類型とした。

なお「権原」の概念については必ずしも明確ではなく、藤原判事は、「権原」が売買・贈与・賃貸借などの法律行為等を意味するものであったことは後にみるとおりであり、また、判例の分類に当たっても、そのような観点をとるほうが有意義であると思われるので、以下においては、右のような意味で「権原」という概念を用いることとしたい。」といわれる(藤原・前掲注(3)七頁)。これに対して田中教授によれば、「意思を『所持』に観念化することにより、旧民法におけるよりもはるかに広く一般に占有の性質を決定する要素として新しい意味での『権原』をみ、これが現行法一八五条にいう『権原』で、本権とは無関係な『占有取得原因』と解すべく、同条は占有の性質を客観的に決しようとするものと位置づけられるであろう。このような意味での『権原』はいかなる占有にも存在するもので、およそ占有につき無権原ということはない」とされる(田中「占有における『権原』と『意思』との関係について」前掲注(4)『自主占有・他主占有』八四頁以下。また川島博士は、「事実上占有取得の根拠となった客観的事実によって、占有の意思的要素を決定すべきものと考ええる。『権原』ということばを、私が『事実上占有の根拠となった客観的事実』と解するのは、このような理由によるのである。」といわれる(川島・前掲注(2)五五五頁註(一))。

思うに、田中説も川島説も、誤信そのもの(もしくはその所以)をも権原と認めるのと同じことになり、通説・判例のいう、売買に基づく占有は自主占有で、賃貸借に基づく占有は他主占有、という根拠としての「権原」とは一致しない(それよりも広い)ものとなるのではなからうか。したがって、本稿では、混乱を避けるために、所有権の移転を目的とする法律行為であるからこそ自主占有といえる点を重視して、占有意思を排除した客観的な意味での、藤原判事の「権原」の概念に従って論をすすめたい。また、このように解することの方が、権原の明確な法律上の原因に基づく場合と基つかない場合とを分けて判断基準を示す、東京高判昭和五二年七月一九日(下級民集二八巻五〇八号八四三頁、判時八七二号四二頁)を整合性に理解するうえでも有益であろう。

(10) 藤原・前掲注(3)四七頁。それによれば、「この事例では、所有の意思を失わせるような事実が存在したのに、それが

存在しないものと誤信して占有を継続したという場合である」とされる。

(11) 星野・前掲注(6)「覚書」一七九頁、一九一頁、一九三頁参照。星野教授は、教会法の時効観を引用しつつ、時効に二面性があることを指摘され、「本来的には、権利者でないこと、弁済していないことが明らかにした場合に時効の保護を与える必要はない。」といわれる(同・三〇三頁)。

(12) わが国のいわゆる公図(正確にいえば旧土地台帳附属地図)は、明治六年の地租改正に伴い明治九年頃から一四年にかけて作製された野取絵図(改組図)を、明治二〇年から訂正・整備してできたものであり(いわゆる地押調査図・更正図)、もとは課税のために、専門家ではなく住民自らが作製したものであるため、精度もかなり低く、この不完全さが境界の誤認を生み、隣接地所有者との境界を巡る争いが生じる一因ともなっているように思われる。なお、この旧土地台帳附属地図は昭和三五年に土地台帳が廃止されたのに伴い法的根拠はなくなったが、現在もこれに代わるべき「法一七条地図」の整備が進まず(現在約三〇%)、これに準ずる図面として取り扱われている(不動産登記事務取扱手続準則)一九条、昭和三六年一月一四日民事局第三課長依令通知。なお東京地裁昭和四八年五月三〇日は「公図は、その精度において必ずしも十分とはいえないとしても、各筆の土地の位置・形状・面積等の概略を明らかにする公的資料として、現実の不動産取引においても、一七条地図に代わる重要な機能を営んでいるものと認められるから、その取扱いにあたっては、一七条地図に準じた配慮が要請される。」と判示する。なお、吉野衛「境界紛争の法的解決四——筆界の確定を中心として——登記研究五一九号一二頁以下参照。

二 裁判例の検討

(一) まず、この類型の典型的な事例として、売主から買主に対して取得時効の主張がなされたものをとりあげよう。やや古いが次の判決がある。

「1」 広島高判昭和三年七月二一日高民集一卷二号一四二頁

事案は、係争地はもとXの先代Aの所有であり、Yの先代Bの所有地と隣接していたが、Bは明治三年頃、自己の宅地上に牛舎を建てるためにその土地の一部を切り崩した際、隣接する一段高いAの土地の崖崩れを防ぐために、隣接地の所有者であるAから係争地を譲り受け、Bはその土地を切り崩すことなくそのまま竹藪としていた。その後昭和一六年頃、係争地の一部が陥没して崖崩れが起きたため、XはYに対し、係争地が自己の所有地であり、崖崩れを防止するために法を有する斜面（崩壊防禦工事施設）を設置することを求め訴えを提起、予備的に三八年以上善意・無過失に所有の意思をもって平穩かつ公然に占有したとして取得時効を援用したというものである。

原審は、一審判決を支持し「AはもちろんXにおいてもその土地が右譲渡後B次いでYの所有であつてA次いでXの所有でないことは十分知悉していたものといふべきである。従つてA次いでXがこれを所有の意思で占有していたものと肯定しがたきのみならず……Yの所有であることを主張し抗議したのに対しXにおいてこれを容認した事実を窺知し得るからXは善意、無過失で占有したものであることができぬ」として、Xの取得時効の主張をしりぞけたが、Xは、譲渡しただけでは所有の意思での占有ではないと断定できないこと。事実譲渡した部分はずでに取崩されてYの支配下にあり現在の稜線は自己の土地と確信して占有耕作を継続してきたので所有の意思にもとづく占有であり、取得時効は完成している、として上告。広島高裁は、「民法一六二条にいわゆる所有の意思を以てする占有とはものについて所有者と同様な支配をなす意思をいうので、必ずしも占有者が所有者であると信ずることを必要としないと解すべきであるから、仮にXにおいて本件紛争土地がY所有のB番地に含まれていること、従つてその所有権がX先代ついでXに属していないことを知っていたとしても、A及びXが本件係争土地を同条にいわゆる所有の意思で占有することはあり得ることであるから、……たとえその占有の始め善意無過失でなくとも時効中断の事由がないかぎり民法一六二条第一項の二十年の取得時効の完成によりXは本件係争土地の所有権を取得したものとわねばならない。」と判示して、原判決を破棄差戻した。

本件事案は、隣接地所有者間で土地の売買が行われ、売主が売渡地を継続して占有してきた場合であるが、本判決はこの点には何らふれず、悪意でも「所有の意思」をもってする占有といひ得る、と判示するものである。¹³⁾ 本判決は「所有の意思」について「所有者と同様な支配をなす意思をもってする占有¹⁴⁾」としているが、その「所有の意思」の

判断基準についてはとくに示すところがなくこれを認めるようである。¹⁵⁾これに対して原審判決は、対照的に「悪意の占有は他主占有」という判断を示している。悪意の占有がなぜに他主占有なのかは判示事項からは明らかではないが、問題は、このような売主の占有が単に悪意の占有にとどまるものか、それとも「所有の意思」を否定すべき事由ともなるものかという点にあるといえよう。本件事案でXは(裁判所の認定したところによれば)係争地がYの所有であることを認めつつなお占有を継続したものであるが、安達教授はこれを自白とみ、「Xの自白あるかぎり法定証拠制度の側面における自主占有を認めるべきでなく、また実体規定の側面における自主占有も——譲渡の原因が売買であって代金の支払いがなされていないなどの特別な事情が認められないかぎりは——認めるべきでない場合であると思われる。」¹⁷⁾とされる。原審判決は、本件事案における悪意を後者のように解するものであり、二つの判断は占有が悪意の場合につき対照的な結論に達するものである。このように判決の中には、悪意の占有につき所有の意思を否定するものがとくに下級審においていくつかみられる。¹⁶⁾この判断の相違は一体何からくるものであろうか。原審の判断を「善意と自主占有を混同したもの」と評価する¹⁸⁾か、それとも悪意の占有について取得時効の保護を認めない正当なものとして評価するか、これは結局、取得時効制度に対する根本的考え方¹⁹⁾の相違に基づくものと思われる。なお、本判決は戦後まもなくの判決であり、今日の判例の「所有の意思」²⁰⁾の判断基準が確立する以前のものであり、本判決を評価する上においてもその点を考慮する必要があるかと思われる。

一般論として、引渡義務を負う者の占有は悪意の占有なのか、この点につき、誤信もあり得ることを示したものが次の判決である。この事案では、物納の対象にならなかった土地との誤信が一部揺らぎ、賃料の受領をやめたことが取得時効の成立を否定する方向へはたらいっている。

〔2〕東京地判昭和四十七年一月二六日判時六七一号六〇頁

事案は、本件土地（甲地および乙地）はYが、昭和二年八月、財産税のためにX（国）に物納した土地の一部であったが、物納の対象とならなかった自己所有の隣接地に含まれていると誤信して本件土地のうち、甲地についてはA、Bに賃貸に供し、乙地については自ら占有を継続してきたというもので、Xの境界確定を求める訴に対して、Yは反訴において予備的に二〇年または二〇年の取得時効の成立を主張したというものである。

東京地裁は、YがAおよびBに賃貸に供している甲地については、「賃料を受領することを差控えた期間中Yの占有は継続していたとはいいがたい」として時効取得を否定したが、自ら占有している乙地については、「物納後も引続き所有の意思をもって平穩かつ公然に占有を継続してきたと認められるから、少なくとも物納から二〇年を経た日に時効取得したものである」と判示し、二〇年の長期取得時効の成立を認めた。

本件事案は、物納によって本件各土地の引渡義務が生じたYについて、その取得時効の成否が問題となったものであるが、本判決は、Yが賃貸に供していた甲地については、昭和三〇年から三四年にかけてA、Bから賃料の受領を差し控えたことをもって、占有が継続していたとはいいがたい、として取得時効の成立を認めないものである。しかし、占有の継続についてみれば、占有代理人たるA、Bの占有は事実上継続しており、たしかにA、Bが「いずれが土地所有者であるか判断できなかったことが認められる」とされ、代理占有が誰のためになされたかが不明確であったが、そのこと自体は占有の継続性を否定することにはつながらないのではないかと思われる。仮にA、Bの代理占有がYに対するものからXに対するものに転じたとするならば、占有移転の何らかの行為が必要であろう。その点からすれば占有の継続がないとする本判決には疑問が残る。むしろ正面から、賃料を受領しなかった点を、「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、もしくは所有者であれば当然とるべき行動にでなかったなど、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、その所有の意思は否定される。」（最判昭和五八年三月二四日民集三七卷二号一三一頁²¹）という場合にあたると考え、「所有の意思」を否定すべき事案ではなかったかと思わ

れる。

なお、本判決は他方、乙地については取得時効を認めているが、「所有の意思」についてはとくに理由も示さず認めており、判例集からは占有状態が明らかではないが、「物納後も、引続き」としている点からすれば、「4」判決同様、明示されてはいないが、自己の物の時効取得という法的構成がとられ、自物の占有として、自主占有が継続していると解しているようにも思われる。

同じく時効取得でも、対象が農地となると農地法所定の許可の問題が絡む。次の判決は農地についてのものであるが、占有者の引渡義務と取得時効との関係に直接触れたものである。

〔3〕最判昭和五〇年九月二十五日民集一九卷八号一三二〇頁

事案は、係争地である農地はA（Xの先々代）の所有であり、これを数名に賃貸していたが、大正一二年二月Y（その先代）に売買を原因とする所有権移転登記がなされた。しかしその後Aは占有を継続し、昭和一三年四月からは、Aを相続したB（Xの先代）が、相続税を払い、いぜん賃料を受取り、公租公課も負担し、占有を継続してきたというもので、昭和四一年八月にBを相続したXから二〇年の取得時効を原因とする所有権移転登記手続が請求されたものである。

原審は一番判決を維持し、Yの時効の援用は許されないという主張に対しては、「そもそも取得時効は、当該物件を永続して占有するという事実状態を、一定の場合に、その事実状態が真実の権利関係にあっていのかどうかに関係なくそのまま尊重して、権利関係にまで高めようとする制度であることに鑑みると、当該物件の引渡義務を負っている売買の当事者であるからといって、その適用を否定される理由はないから、たとえXの先々代とYとの間に本件土地の売買があり、Yが本件土地をXに引渡すべき義務を承継していたとしても、Xにおいて右取得時効を援用し得ないとするいわれはないというべきである」として、「仮にAの占有が所有の意思のないものであったときでも、Bが、相続により相続財産の占有を承継したばかりでなく、新たに相続財産を事実上支配することによって占有を開始し、その占有に所有の意思があると認められる場合においては、Bは民法一八五条にいう「新権原」により所有の意思を以て占有を始めたものと解するのが相当である。」と述べたうえで、「ところでBは、……家督相続により本件土地の所有権を取得したものと信じ、相続税も納付し、引続き右賃借人から賃料を受領費消し、本件土地の公租公課を納付し

てきたもので、かかる状態は昭和四一年八月三〇日、Bが死亡するまで継続した。右認定の事実によれば、Bは、Aの死亡により、本件土地に対する他人の占有を相続により承継したばかりでなく、新たに占有代理人たる右各賃借人を通じて本件土地を事実上支配することによりこれに対する占有を開始したものであるといえ、かつ、これを占有するにつき所有の意思を有していたといえるので、Bは、Aの死亡後民法一八五条にいう「新権原」により本件土地の自主占有をするに至ったものであり、また右相続の日である昭和十三年四月九日から二十年以上に亘り善意、平穩、公然と右占有を継続したといえるから、二〇年の時効期間が経過した日である昭和三十三年四月九日をもって、取得時効により本件土地の所有権を取得したものとすべきである。」と判示し、長期二〇年の取得時効を認めた。これに対して、Yより上告がなされたが、最高裁は上告を棄却した。²²⁾

本判決は、売買当事者間における売主の取得時効の援用の可否について、取得時効が、事実状態を尊重して、これが真実の権利関係にあっていのかどうかに関係なく、権利関係にまで高める制度という点を強調して、これを積極的に解するものである。

「所有の意思」については、本判決は、売買を原因として（もともと控訴審判決理由中「X↓Y間に売買契約があったか疑わしい」としているが）目的物の引渡義務を負う売主の占有を、仮に他主占有であるとしても、相続を新権原として他主占有から自主占有に転換した、という論理構成をとるものである。相続が新権原となりうる補強要因として、譲受人が売買のあった後も、相続税を支払い、賃料を受領し、公租公課を負担し、かつ買主から何ら異議を唱えられなかったこと等、実質的に譲渡人が所有者たる振る舞いをしていたことをあげている。

本件事案は農地に関するものであり、農地の場合、所有権の移転について農地法三条の（農業委員会もしくは都道府県知事の）許可が必要となり、取得時効との関係では、この許可の性質を効力要件と解するか否かによって、次の「4」判決のように、その占有の性質に影響を与えるものと考えられるが、本判決のように、民法一八五条の新権原による他主占有から自主占有への転換を認める場合にはこれは結論的には影響しないことになる。

「3」判決の事案では、相続が新権原となり得た場合であり、売主占有者の占有が仮に自主占有でなくても結論的には自主占有と認めたとと同様に取得時効を認め得る場合であった。しかし相続等の新権原がない場合にはどのような構成をとるのであろうか。次の事案は同じく農地に関するものであるが、新権原にあたるものがない場合で、売主占有者の占有を自己の物として構成し「所有の意思」を肯定するものである。ここでは農地の所有権移転に許可が必要であることが、売主の占有の性質および自主占有の起算点に影響を与えている。

「4」札幌高判昭和五二年二月二十八日高民集三〇巻二二三頁・判時八七二号九〇頁

事案は、本件農地はもとXの所有で（所有権移転登記は知事の許可を得た昭和三七年二月になされた）、昭和三四年六月にBに売渡され、さらにBはYに交換契約により本件農地の所有権を移転することとなったが、Bが本件農地についての交換契約の履行をしぶつたため、YはBのXに対する代金が一部未払いであったこともあり、仲介を頼んでXとの間で昭和三六年二月、形の上では代金二十八万円で本件農地を買受ける契約（本件売買契約）が成立した。Xは昭和三六年七月、Bから買戻す形で本件農地を取得したがこれをYに移転しないためYが本件農地の引渡をXに求めたところ、Xは昭和三七年一月、Yに対して本件農地がXの所有であることの確認を求める訴えを提起し、これに対しYは本件農地を昭和三六年二月に本件売買契約によりXから買受けたとして反訴を提起した（このうち、前者についてはXの訴訟取下げにより終結し、後者についてはこれを認容する判決が昭和四三年七月確定した）。Yはその後農家としての実績をつくりあげたうえ昭和四五年一〇月知事の許可を受け、右確定判決に基づき所有権移転登記を経由した。しかしXはその後もYの所有権を否認して本件農地を引渡さず占有を継続し、昭和四七年四月、Xから一〇年の時効取得により本件農地の所有権を取得し、Yはこれを妨害するという理由で立入禁止妨害排除等の仮処分申請がなされ、簡裁でこれを認める決定がなされたがYからの異議申立により地裁に移送したのち右申請を却下する旨の判決が言渡された。これに対してXが前記仮処分の認可を求め本訴を提起したというもので、昭和三七年二月一六日を起算点とする一〇年の取得時効の成否が争われたものである。

原審は、時効の中断（前訴訟における反訴提起から前訴訟第二審判決が確定した昭和四三年七月二十九日までの期間）を理由としてXの主張を排斥した。X控訴。

札幌高裁は、「不動産の所有者が他人に対してその不動産を売却した場合であっても、その売主が買主に対して当該不動産を引渡さず、自ら所有の意思をもって占有を継続し、民法一六二条所定の期間を経過したときは、買主に対する関係においても、時効

による所有権の取得を援用することができるのはいうまでもないが、その場合、売主と買主との間に当該不動産の所有権移転の有無についての対立の関係が生ずるやもしれない事由（原則として売買契約の締結がこれにあたる。）が存在するに至ったときまでは、売主は、買主との関係上民法一六二条にいう『他人ノ不動産ヲ占有シタル者』にあたらぬものというべく、従って売主のための取得時効の進行を始めることがないものと解するのが相当である。」と一般論を述べたうえで、本件について、「本件係争地は農地であり、農地の売買にあつては、農地法所定の許可がないかぎり、所有権移転の効力が生じないものであるから、Yが昭和三六年二月九日にXから本件農地を買受けたとしても、Yが本件農地の所有権移転について農地法所定の許可を得た昭和四五年九月二九日までには本件農地がXの所有の土地であったことは明らかであつて、したがつて同日までは、本件農地の所有権移転の有無についての対立関係はなかつたものといふべきである。そうだとすると、本件においては、Xのための取得時効は、昭和四五年九月二九日以前においては進行を始めることがなかつたものといわなければならない。」と判示し、結論としては期間を満たさないと取得時効の成立を否定した。

本判決は、「3」判決とおなじく、契約上引渡義務がある者も取得時効を援用し得ると判示するものであるが、その根拠については積極的な説明はなされていない。

「所有の意思」については（不思議ではあるが当事者間に「所有の意思」をもってする占有である点については争いはなく）認められ、自己の物についても取得時効は成立するという前提にたつたうえで、その起算点につき、「自物についての取得時効が開始するのは、対立関係を生じるとき、すなわち農地にあつては知事の許可を受けた時である」とするものである。係争地は農地であり、本判決は農地法三条の許可を効力要件と解し、許可が得られるまでの所有権は依然売主にあり、その間の売主の占有は自主占有ではありえても取得時効の期間には算入されないというものである。

しかし、「4」判決で自主占有の起算点としている時期（本件では農地法所定の許可）は、同時にそれは、このよ

うな売主の占有に関していえば、自主占有から他主占有へ「占有の性質を変える権原」が生じたともいえるのではないだろうか。それ以後の占有は、売主は買主に対してその引渡義務を負うのであり、他人（買主）の所有権を前提とする占有であり、他人（ここでは買主）のための代理占有となり受寄者の占有と異ならないのではないか、すなわち他主占有に転じるのではないかと考えられる。²³⁾このような判示をするものとして次がある。

〔5〕鹿兒島地裁鹿屋支判昭和四八年二月三日訟務月報二〇巻五号一五頁

事案は、昭和一八年、Yは係争地ほかをX（国・海軍省）に売渡し、昭和一九年四月、係争地以外の土地については所有権移転登記を経由しているが、本件土地については移転登記がなされておらずY名義のままになっていた。Yは売渡後も占有を継続し、固定資産税も納付してきたというもので、Xが本件各土地につき所有権移転登記手続を求めて本訴に及んだのに対し、Yが一〇年または二〇年の時効取得を主張したというものである。

鹿兒島地裁鹿屋支部は、「一般に売主は売買契約後引渡（又は所有権移転登記）までの間目的物を善良なる管理者の注意を以て保管する義務があり（民法第四〇〇条）、引渡までの間の売主の目的物に対する占有はいわば買主のための占有でありこれが占有は権原の性質上自主占有とは解されないから、仮にYにおいてその主張の通り本件土地を占有してきたとしても、これを時効取得するに由なく、Yのこの点の主張は失当であるから採用の限りでない。」と判示し、売主に継続する占有を他主占有とし、時効取得を否定した。

本判決は、売主占有者の占有を他主占有としており注目に値する。その法的構成は、売主の占有を、民法四〇〇条の善管注意義務に基づく「買主のための占有」と構成し、権原の性質上自主占有と解されないと説示するものである。この場合の「権原」がいかなるものであるのかについては説明がないが、売主の継続占有を代理占有の観念を介して、あるいは寄託類似の占有ととらえて、他主占有性を導くものと考えられる（本判決については後に三で触れる）。

〔二〕なお、本類型を引渡義務を負う者からの取得時効の主張ととらえると、売買以外でも、相続、譲渡担保、物権

の復帰的変動を伴う解除等を原因として引渡義務を負担することになる場合についても、一応検討の対象となろう。

次の事案は（家督）相続の場合であるが、被相続人（占有者）の財産留保が無効のために所有権が移転し、目的物の引渡義務が被相続人に発生した場合である。⁶⁶⁾

「6」 最判昭和二十九年二月二十四日民集八卷二二号二二七一頁

事案は、本件建物はもとAの所有であり、XはAを家督相続したものであるが、実はXを含めた親族の間では、A家の後継者をXではなくBと定め、本件建物を含む財産をBに譲るためにAが財産留保（民旧九八八条）をなして隠居し、Bともに分家したうえで財産をBに承継させるという協議が成立しており、これに従いAの財産留保がなされたが、現実になされた財産留保は確定日付のないもので無効なものであった。Aの死後、財産は協議に従いBに移転登記がなされ、さらにBはこれをYに譲渡し移転登記をなしたが、これに対しXが、確定日付のない財産留保は無効であり家督相続人である自分がすべての財産を承継し、Bは無効利者であるからB↓Y間の譲渡は無効であるとして、本件建物につき所有権移転登記の抹消登記手続を求め訴えを提起した。これに対してYが、前々主Aが短期一〇年の時効により取得し所有権者となり、その相続人であるBを経て有効に所有権を取得したと主張したというものである。

原審は、Xの請求を認容した一審判決を取消し、「以上に認定した事実を徴すればAが隠居の際確定日付ある証書によりその財産を留保しなかったため家督を相続したXに上記各建物の所有権が移転したとしても、Aにおいてすくなくとも右各建物が自己の所有に属しているものと信じたことを認むるに足り、しかも前記認定の事情の下においてAがこのように信じるにつき過失はなかったもの認むべきである。しかしてAは爾後反証のない限り所有の意思を以て平穩且公然に占有していたものと認めるのが相当である」として、Aにつき隠居の翌日を起算点とする一〇年の短期取得時効が成立し、Aの家督を相続したBからYが売買により所有権を取得したことを認めた。

上告審では、自己の所有に属するものと信じた点につき過失の有無が争われたが、最高裁は、「法律に通曉しない者が有効に留保をなしたものと信じ、所有の意思を以て本件不動産を占有したことは無理からぬことといふべく、これにつき過失なしとした原審の判断は正当である。」と判示し、短期一〇年の取得時効の成立を認めた。

本件事案は、A の財産留保が無効であることによって通常の家督相続の効果が生じ、本件建物の所有権が X に移転し引渡義務が A に生じることを前提に、その A についての取得時効の成立が争われたものである。本判決では「所有の意思」については特に触れていないが、原審が「反証のない限り」としていることから、「所有の意思」は推定され（一八六条）これが覆されなかったということであろうか。ただ本判決では、時効の起算点を無効な財産留保がなされた隠居の日としている点からすれば、本判決は明示していないが、前記「4」判決のように、自己物の取得時効という論理構成を採っているともうけとめられる。

本判決は短期取得時効を認めるものであるが、この類型で短期取得時効が認められるべきかは、短期取得時効の存在理由にも関わる問題であろう。なおこれと反対に、財産留保をせず隠居した原所有者が当該物件を引続き占有したという事案について、財産留保をしなければ家督相続人が一身に専属する物を除き一切の権利義務を承継すべきことは規定上明らかであり、法律上の知識に乏しいとしても相当の注意を払えば容易に知り得る事項に属し、取引の通念上、かかる注意は隠居をなさんとする者においてなすべきものでこの注意を怠り知らなかったとすれば過失があると判示して、短期一〇年の時効取得を認めた原審判決を破棄差戻したものと、大判大正八年六月二四日民録二五輯一〇九五頁がある。

次の事例は譲渡担保に関するもので、譲渡担保設定者側から時効取得が主張された場合である。譲渡担保は、債権担保機能が所有権移転と結びついたものであり、売買等、所有権を移転するという形式をとるものである。したがって、設定者（債務者）は売主と同様な立場に立つとみられるが、譲渡担保の場合、これを所有権的に構成するか担保権的に構成するか（内部的にも所有権は移転しているか否か）によって、所有権の帰属が異なることになり、設定者の占有が自己の物の占有か否かが分かれることになる。また引渡義務の点をみても、譲渡担保を設定しただけでは生

じないと考えられるので、売買における売主の占有と若干異なることになる。このことを以下の二つの判決を通じて検討してみよう。次の判決は、譲渡担保設定者の占有を他主占有としたものである。

〔7〕名古屋高判昭和五三年六月二二日判時九一三号九二頁

事案は、要約すれば、Xの夫Aは昭和二八年五月、本件土地を含む土地建物を、Bへの三七万五、〇〇〇円の貸金債務の担保として譲渡担保に供したが（これに伴い、形の上では同年五月贈与を登記原因とするA↓Bへの所有権移転登記をなした）、結局Aは借金を返済できなかったため、その後本件土地はBから数人を経てYの取得するところとなり所有権移転登記も経由されたが、占有は依然Aに継続しており、Xが主位的には譲渡の不存在を、予備的にAについての一〇年の時効取得を援用し、移転登記の抹消登記手続を求め、これに対してYは本件土地の土地所有権の確認と明渡しを求めて反訴を提起したというものである（控訴審中Aの死亡によりXが訴訟承継）。

名古屋高裁は、譲渡担保契約は成立していなかったとしてXの請求を認容した原審を取消し、本契約を譲渡担保であると認定したうえで、「XはAがBに対して昭和二八年五月二一日頃本件土地を譲渡担保に供したことを前提として右同日以降の取得時効期間の進行をいうものであるところ、……Xは、右譲渡担保契約の成立を否認するのみで右契約が無効であるとして従前の占有を継続したことについては何らの主張も立証もしないので、右同日以降のAの本件土地に対する占有は、所有の意思のない占有となつたものと認める他はない。また、示談が成立した昭和三五年一〇月一三日の契約によって本件土地所有権が自己に復帰したと信じたとしたが、右契約においても本件土地がBからAに返還することが約されているものでないことは前認定の通りであるから、右同日以降Aが本件土地を自主占有するようになったものということもできない。」と判示し、Xの時効取得の主張をしりぞけた。

本判決は、譲渡担保設定以後の設定者の占有を他主占有とする。本件事案における譲渡担保を内部的にも所有権は移転していると解しているようである（ただし本件事案では、結果的に借金を返済できなかったため、確定的に所有権を失った時点からは他主占有へ転換すると考えられよう）。なお、宇佐見教授は、本判決に関連して、抵当権について三九七条を引き合いに出され、「不動産譲渡担保の場合には對抗要件上当然に引渡があったとみななければならぬものではない（對抗要件は登記）、しかしだからといって譲渡担保設定者が設定後も引続き自主占有を続け、一

定期間の経過により時効取得する（したがって譲渡担保は消滅）ということはおかしいのではないか」といわれ、本判決の結論を肯定的に評される²⁶⁾。

これに対して、形式上は売買等を原因とする移転登記がなされても、内部的には所有権は移転していない場合、譲渡担保契約時においては自主占有が継続しているとも考えられる。次の判決はこのような理由で自主占有を肯定するものであるが、結論としては時効取得を認めなかった。

〔8〕福岡高裁那覇支判昭和五二年九月一日高民集三〇巻三三二二六頁

事案は、本件土地はもとYの先代Aの所有であったが、Bが債権担保の目的で所有権を譲り受けた。Bはその後Xの先代Cに本件土地を譲渡したが移転登記しないまま死亡してしまった。そこでCを相続したXらがYらに対してXの所有権確認と移転登記抹消登記手続を求め、これに対してYらが一〇年または二〇年の時効取得を主張したものである。

福岡高裁那覇支判は、一審判決を支持し、「目的物が明らかに占有者の所有に属し、その所有権の帰属について実質的な利害の対立がない場合（略）には、時効は、その進行を開始しないものと解するのが相当である。けだしかかる場合にも時効の進行を認めると、利害の対立が発生した後短期間の徒過で時効により所有権を取得することを認容せざるとえなくなり、不合理な結果をもまねきかねないからである。」と一般論を展開した上で、「本件譲渡担保は、Xらにおいて特段の主張もしいから、内部関係においては、設定者に所有権が認められる。」としたうえで、「目的物が明らかに占有者の所有に属し、その所有権の帰属について実質的な利害の対立がない場合には、時効はその進行を開始しないものと解するのが相当である」とし、「債務不履行により譲渡担保権者が本件土地の所有権を取得するか、あるいは第三者が譲渡担保権者から本件土地の譲渡を受けるとかの事情が生じた場合には、利害の対立が生じることは明らかである。」として、利害の対立の生じる時より譲渡担保権者について取得時効の進行が開始するとし、本件の場合には昭和一五年のB↓C間の売買がそれにあたるとしたが、結論としては占有継続の事実が欠けるとして時効取得を認めなかった。

本判決は、譲渡担保の原則的形態を所有権は設定者に留保されるものと解し、本件事案もこれにあたるとしたうえ

で、目的物が明らかに占有者の所有に属し、その所有権の帰属について実質的な利害の対立がない場合には従前の自主占有が継続すると考え、ただその起算点は、対立する利害関係が生じた時とするもので、「4」判決同様に自己の物の取得時効と同じ論理構成をとるものである。

以上のように、譲渡担保の場合には、本類型の売主に相当する地位を生じるのは引渡義務が現実化した時点、すなわち債務不履行により譲渡担保権者が本件土地の所有権を取得するか、あるいは第三者が譲渡担保権者から本件土地の譲渡を受けるとかの事情が生じた（＝利害の対立が生じた）ときといえよう。したがってそれまでの間の占有は自主占有が継続すると考えられる。ただし、これは内部的には所有権が設定者に留保されている場合についてであり（不動産の譲渡担保の場合）、登記は移転されても、動産譲渡担保と異なり占有自体をいずれにおくかについては譲渡担保契約の内容によって決せられる）、所有権が内部的にも移転している場合には、原則的にはその占有に関しては売主と同じ義務を負担し、設定者が譲渡担保権者とのように法律関係（権原）に基づいて占有しているのかが問われることにならう。

なお、「引渡義務を負う者からの時効取得の主張」という点では、いったんは売買により所有権を取得し占有を開始したが、その後解除がなされ物権は復歸的に変動し、買主が売主に目的物の引渡義務を負うことになる場合もこの類型に含まれるであろう。直接あてはまるか疑問ではあるが、このことを考えさせる事例として次のものがある。

〔9〕東京地八王子支判昭和三五年六月一〇日訟務月報六卷七号一三三三頁

事案は、係争地はXの所有になるものであったが、昭和一九年一〇年一九日、Y（国）が陸軍燃料本部の敷地を拡張すべく周辺の民有地を買収した際に、係争地も買収の対象となり買収契約が締結され同年同月二九日Yの占有が開始したが、係争地については代金支払いは未了で、所有権移転登記もなされないまま終戦を迎え、Yとしても土地不要となりY自らに留保されていた解除権に基づき買収解除がなされたが、その返還直後Yに代わりてB（米國駐留軍）が占有するところとなり、Xからの係争地引渡の訴

えに對して、Yが短期一〇年の取得時効を主張したものである。

東京地判八王子支判は、「Yにおいて右買収に基づき本件土地を占有したものとしてみ、昭和二〇年九月頃右買収を解除し、同月末頃本件土地を原告に返還したのであるから、Yのための取得時効はその後においてYが改めて本件土地の占有を始めた時から進行するものとなすべく（もともと買収に基づく占有の開始から右買収解除による土地返還までの被告の本件土地の占有は、その有した所有権に基づく自己の物の占有なのであるから取得時効の基礎たり得ない。）そしてこの占有についてYは右買収に基づいての所有の意思を主張するものに外ならないのであるが、その買収は既にYの改めて占有を始めたるとき以前にYの解除していること前記認定の如くであるから、Yの改めて始めたるべき占有なるものは、いわゆる権原の性質上所有の意思をもってする占有とはいえないことになるし、仮にそうでなくとも自ら解除した買収契約に基づき所有権を取得したとすなす占有の開始なるものが善意、無過失といえないことはもちろんである。」と判示し、短期取得時効の成立を認めなかった。

本件事案では、（裁判所は）解除にともない占有がいったん原所有者Xに移転されたことを認定しているので、判決自体は妥当なものであろう。もっとも本件事案では、Yが本件土地を返還したか否かについても争点となっており、仮に占有が継続していたとすれば問題は複雑になる（解除後継続占有といえよいか）。この場合は占有の移転（占有改定を含む）がなされたか否かが問題となる。なお、意思表示による解除ではなく、解除条件附売買契約において解除条件の成就によって売買契約が趣及的に無効となり、占有の権原が失われ引渡義務が生じた場合の買主の占有につき、「解除条件が成就したとしても、それだけでは、自主占有は他主占有に転じない」として「所有の意思」を認めたものとして最判昭和六〇年三月二十八日判時一一六八号五〇頁がある。これについてはすでに検討したので改めて検討することは避けるが、占有者が、自己に所有権に基づくものでないという認識を生じる時点までは自主占有は継続するとも考えられる（自主占有から他主占有への転換）。売買契約による場合は占有の移転の合意も含むのに対し、解除条件の成就による解除の場合には、当然には原状回復義務としての占有移転義務は発生しないものとも考えられ、何らかの知らしめる行為が必要かと思われる。これに對して、本件事案では解除の意思表示があるので、た

とえ占有が継続していたとしても、その占有の性質は自主占有から他主占有に転換するのではないかと思われる。

なおこれに関連して、停止条件が付いている場合の売主の占有はどうか。³⁰⁾ 最判昭和四十六年一月二五日判時六五四号一頁は、係争山林の持分を（停止条件附売買契約）によって売却した者が、停止条件が不成就になったと信じて占有を続けたという事案について、短期一〇年の取得時効を認めた原審を支持して次のように判示する。「物件を永続して占有するという事実状態を権利関係にまで高めようとする取得時効制度の趣旨にかんがみれば、取得時効の目的物件が何びとの所有に属していたかを確定する必要は、必ずしもないというべきである（参照判決略）したがって、原審が、AよりBに対する本件山林の持分の売買契約は特約の定めるところにより効力を発生しなかったとするYの主張につき、判断することなく、ただちにYの仮定的主張である取得時効につき判断し、Aの相続人であるYのために時効の完成を認めたことは、正当というべきである」。

本件の場合は、条件不成就であれば売買契約の効力は生じてないと解されるから、自己の物の占有として自主占有であろう（ただし時効は進行しない）。成就すれば売買の効力が生じ売主の地位に立つが、その引渡義務が契約の成立とずれることが予定されている点は譲渡担保に似ている。

(13) 本判決は、悪意でも所有の意思を認めた判決として紹介されることの多い判決である。例えば藤原・前掲注(3)五〇頁、田中・前掲注(6)『自主占有』三七頁、星野・前掲注(6)「覚書」二六六頁。星野教授は、権原の不存在についての悪意者が取得時効の利益を得る可能性のあるケース（ただし「らしい」とされている）。

(14) このように説かれるものとして、川島・前掲注(2)五五四頁がある。

(15) こうした考えは、占有者の善意・悪意と「所有の意思」は別次元のもの、ということを前提とするものと考えられる。こ

(16) 悪意の占有は他主占有であるとする場合、理由が付されていないものがほとんどである。私見では、判決が悪意占有を他

主占有と判断する場合には、当該事案での悪意占有者を取得時効で保護すべき必要がないとの判断が働いて、これが「所有の意思」の否定につながったものように思われる。このように、裁判所の考えにも、占有者の主観面を「所有の意思」を肯定する方向だけではなく、否定する方向へも機能させているものがあることは、おさえておくべき点であろうと思われる。

(17) 安達・前掲注(2)一九六一―一九七頁。

(18) 例えば、大判昭和三年五月九日(裁判例二民一)とその原審。地券の交付を受け土地を占有するに至った者が、爾後継続して使用・収益をなし、自己の名前で租税を納付し、占有中何ら異議を受けなかったという事案につき、悪意の占有について所有の意思を否定した原審に対して、大審院は「他人の所有に属する事実を知れりということと所有の意思をもって占有すということはそれ自体両立し得ざる事柄に非ず」と判示する。また、「他人物の売買」についての最判昭和五六年一月二七日判時一〇〇〇号八三頁は、原審が悪意の占有を他主占有としたのに対し、「占有における所有の意思の有無は、占有取得の原因たる事実によって外形的客観的に定められるべきものであり、……右事實は、占有の始め悪意であることを意味するにすぎないものと解するのが相当である。」同じく、最判昭和四五年一月〇月二十九日判時六一二号五二頁とその原審。このように下級審では悪意の占有が他主占有とされる場合でも最高裁では悪意の自主占有が認められているものが多い。

(19) 田中前掲注(6)四一―四二頁は、この点について、「ところで、以上の悪意のケースは、単に買主において売主側に所有権が存しないことを知っている、ということの意味する場合にすぎないのである。」とされる。また同様に藤原判事も、農地につき知事の許可との関係で悪意の占有 \parallel 他主占有とする最判昭和五〇年四月一日民集二九卷四号四一七頁につき、悪意占有と他主占有とを混同したものであるとされる(藤原・前掲注(3)二二頁)。

(20) 今日判例の採る「所有の意思」の判断基準の確立は、最判昭和四五年六月一八日(判時六〇〇号八三頁)に求められると思われる。

(21) 前掲注(2)参照。この最高裁判決は、「所有の意思」について新たな判断基準を示したものと見て注目されている(田中・前掲注(6)『自主占有』一一九頁以下、藤原・前掲注(3)一二三頁―一二四頁等)。すなわち「占有に関する事情」の外形的客観的判断によって「所有の意思」を否定するというもので、田中教授によれば、この最高裁判決は「民法一八六条一項の自主占有の推定を覆す二つの要素として、権原が所有の意思のないものとされることの証明、または所持の外形的な態様による証明による旨を判示する判決」、「自主占有存否の判定につき二つの流れがあることに対応するものであり、この二つの流れの存在をはじめて明示するものである」とされる。また、藤原判事は「ところが、そのような立場を徹底して貫くつもりがあるのかどうかを疑わせるような最高裁判例が最近あらわれたことが注目をひくのである。」として、「この部

分は従来判例にはみられなかった判示であり、『所有の意思』の有無は、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』の客観的性質によって決まるとする立場を実質的に修正したもののように思われるのである。もっとも、この最判も、言葉のうへでは、所有の意思は占有者の内心の意思によって定められないと明言はしている。しかし、『権原』以外に『占有に関する事情』によっても『所有の意思』の有無を決めることができるということは、すなわち『占有に関する事情』という間接事実から『所有の意思』＝内心の意思という主要事実を推認することができるということと実質的に変わりがないのではないか。また、取得時効の成立を争う相手方においても、他主占有性を基礎づけるために主張した使用貸借等の『権原』の立証ができなかった場合でも、この判決のいう『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』を立証しさえすれば、それで取得時効の成立は否定されて目的を達成できるというわけであるから、これまた従前の判例の実質的修正にはかならないのである。」といわれる。

従来、『所有の意思』が推定されることの効果として、これを否定する者にその立証責任が課せられるとするのが判例・通説であったが、本判決は、占有者の主観的「善意」であることを（客観的事実により）疑わしめることによってこれが可能であるとすることで、その証明を容易にし、また、『所有の意思』を主観的なものとしてとらえる判決といえよう。このように本判決は占有者の主観的要素を、取得時効の否定の方向へ機能させるもので、従来、時効を広く認めようとする事実尊重的立場と異なり、制限的に解するものといえよう。

(22) 判例集においては、本判決は主として農地所有権の時効取得は原始取得であるから農地法三条の適用はないことを明言した判決として紹介されており、それ以外の判示事項については省略されている。

(23) 最判昭和五〇年四月一日民集二九卷四月一七号等、この許可を効力発生要件と解するのが最高裁の見解といえよう。この許可が下りるまでの売主の占有は、所有権が売主にあることから、売主の占有は当然に自主占有と解されよう。しかしこれを当事者間には効力は生じているが、公的規制によりその所有権移転が対外的に認められないだけと解すれば、売主には引渡義務が生じており、その占有は他主占有と解する余地も生まれよう（最判昭和五二年三月三日民集三一巻一五七頁参照）。

(24) 大久保邦彦「自己の物の時効取得について（一）」民商一〇一卷五号三八頁は、「売主等が所有権を有する間は、自己の物の占有という理由で、また、所有権を喪失した後は、他主占有という理由で、取得時効は進行しない」とする。

(25) 藤原判事は、この判決を譲渡後継続事例の類型にいられておられる（藤原・前掲注（3）四八頁）。

(26) 本判決では「確定日付のない財産留保も当事者間では有効である」と判示するが、その点を考慮すれば、Xに対しては、

引渡義務を負う者からの取得時効の主張ともいきれない面があり、したがってその占有に対する非難性も弱いものと考えられるが、第三者については引渡義務は発生しているものと考えられる。

(27) 宇佐見大司「取得時効の起算点——一つの覚書——」愛知学院大学論叢法学研究二五卷一号四〇頁。

(28) 星野・前掲注(6)二三六頁は、本判決を譲渡占有型として考察される。

(29) 拙稿・西南学院大学大学院法学研究論集第八号一頁以下。

(30) 宇佐見・前掲注(27)三六一―三七は、この判決を売主から買主に対して時効取得が主張される場合として考察される。

三 結びにかえて

一 以上、「譲渡後占有継続」の事例の判決を、引渡義務を負う者からの取得時効の主張という点から、やや範囲を広げて概観してきたが、判例の主流はこうしたケースにおいても、その数自体は少ないものの⁽³¹⁾、取得時効は成立し(その前提としての「所有の意思」も認められ)、援用も可能だとしているようである。ただ、その理由付けに関しては、はじめに指摘したような(この類型に内在する)問題点に対する直接の回答となり得るものは一部を除いて見受けられないように思われる。

例えば、契約に基づき売主として目的物の引渡義務を負うことについて、そのことが取得時効の妨げにならないと明示する判決として「3」「4」「8」判決があるが、その理由も、「そもそも取得時効は、当該物件を永続して占有するという事実状態を、一定の場合に、その事実状態が真実の権利関係にあっているかどうかに関係なくそのまま尊重して、権利関係にまで高めようとする制度であることに鑑みると、当該物件の引渡義務を負っている売買の当事者であるからといって、その適用を否定される理由はない」「3」判決)と、取得時効の存在理由の一面を強調するも

のや、「不動産の所有者が他人に対してその不動産を売却した場合であっても、その売主が買主に対して当該不動産を引渡さず、自ら所有の意思をもって占有を継続し、民法一六二条所定の期間を経過したときは、買主に対する関係においても、時効による所有権の取得を援用することができるのはいうまでもない」(「4」判決)と、取得時効の成否が契約関係に優先することを当然のごとく説くものがあるのみで、占有者が自らの関与によって当該目的物の引渡義務を負うという点については必ずしも正面から論じられてはいえないのである。³⁴⁾

通常、取得時効制度の存在理由としてあげられるのは、①永続した事実状態を権利に高めることにより、社会の法律関係の安定を図る。②長い期間が経つと権利関係を確たる証拠に基づいて証明することが困難となる一方、永続する事実関係は真実の権利関係に合致する蓋然性が高いので、この事実関係を妥当なものともみなすことにより立証の困難性を救済する。③永続する権利状態がたまたま真実の権利関係に反していても、権利の上に眠る者は保護に値しない、の三つであるが、³⁵⁾これら取得時効を認めた判決は「3」判決にみられるように①③を重視したものといえ、②に言及したものはみあたらない。そこでは、永続する事実の尊重ということが第一に考えられ、真実の権利関係もそれを前にしてはさしたる意味をもたないようにさえ感じられるのである。

しかし、こうした判例の見解は、一般の法観念とはやや異なるものではなからうか。自ら売却した物について取得時効が成立するというのは法の正義に反するようと思われる。売主は本来の義務を果たすべきで、この義務と矛盾する権利の主張は信義則上なし得ないとすべきではなからうか(その意味では無権代理人の相続の問題に似ている)。時の経過に真実の権利関係を覆す効果を与えるにはそれを支える相当な理由がなければならぬ。本類型の場合はその継続された占有自体に道徳的非難が認められる点も考慮すべきであろう。占有者が、契約上、当該目的物の所有権移転、引渡義務を負うことが明らかなる場合は、契約関係にしたがった解決が可能であればまずこれに従い、これが不明の場合に限って取得時効の成否が問われるべきではなからうか。³⁶⁾このような点から学説も、この類型においては取

得時効の成立についておおむね否定的であるといえよう³⁷⁾。なお付言すれば、売買契約に基づき買主が占有をしている場合と本類型では、前者が、主として残代金(反対給付)の精算という問題として現れるのに対して、後者では、占有自体の非難性が取得時効の援用の是非についても及んでくるという違いがある。

今日、先にあげた通説的見解があげる取得時効の存在理由に対して、これを道徳的時効観に立って、短期取得時効を主として取引安全を保護するための実体法上の制度と解しつつ、長期取得時効については②の存在理由を重視し、かつ蓋然性の問題ではなく真実権利者の証明の困難を救済するという点を強調し、非権利者の保護を可能なかぎり排除しようという見解が有力になりつつあるが、³⁸⁾それによれば、本類型の売主のような明らかな非権利者は保護されないという結論が導かれよう。

二 次に、「所有の意思」に関して、前記判決を整理すれば、「所有の意思」を認めていると思われるもの「1」「2」「3」「4」「6」「8」(そのうち短期を認めたもの「6」、期間が足りないとして結論として認めなかったもの「4」「8」)。認めたもののうち、①とくに理由を明示していないもの「1」「6」。②自己の物についての自主占有が継続するものと考えているもの「2」。「4」「6」。「8」。③新権原により自主占有に転換するとするもの「3」があり、一方、「所有の意思」を否定するものとしては、「1—原審」「5」「7」があり、そのうち⑦悪意であるからとするもの「1—原審」、①権原の性質上とするもの「5」となろう。なお「9」については不明。

このように、判例を検討したかぎりでは「所有の意思」を認めるものが多いが、「権原の性質上」という理由で「所有の意思」が認められている判決がないというのは驚きであり、他の類型では判決が決まったように用いる「占有取得の原因たる事実の外形的客観的性質」なる最判昭和四五年六月一八日に代表される判断基準が、この類型ではほとんどその機能を果たしていないことがうかがわれ、本類型の特殊性を感じさせる。

「所有の意思」を認めるものうち、①については、民法一八六条は自主占有を推定しており、これを覆すに足りる証明がないという意味であろうか。また、売主占有者の占有をたんに悪意の占有にすぎず、「所有の意思」の存否とは無関係と考えているものもある「1」。②については、比較的新しい判決にみられる構成であり、従来の判断基準の限界を回避するためにこのような構成を取るものと思われる。占有物がもとは自己の物であるところから、自己の所有権に基づく占有は自主占有であり、自己の物についても時効取得し得ることを前提に、ただ、これを無制約に認めると不動産を引渡さない間も時効が進行し、対立する権利関係を有することになった者に対してもわずかな期間で時効取得が完成することになり不都合を来すので、時効の起算点を、売主の占有がいつから「他人の不動産」の占有にあたるかの解釈を通じて、⁽³⁹⁾対立する権利関係が生じたとき、すなわち引渡義務が生じた時点から開始するとする。⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾

しかし、判例がその起算点としている時期（すなわち利益の対立関係を生じるとき）は、すでにみてきたように、同時にそれは、売主の占有が自主占有から他主占有へ転換するときといえるのではないか。売買契約は、買主にとっては「所有の意思」を生じさせる権原である反面、売主にとっては「所有の意思」を失わせる権原ともなるべきものである。それ以後の占有は、売主は買主に対して契約上引渡義務を負い、特定物に関しては善良なる管理者の注意義務を負うのであるから、買主の所有権を前提とする占有となり、買主のための代理占有が成立するといえるのではなからうか。換言すれば、所有権が移転した後の売主の占有は、使用貸借や、受寄者の占有と異ならない、すなわち他主占有に転じるのではないかと考えられる。⁽⁴²⁾これと趣旨を同じくする判決が、「5」判決（鹿児島地裁鹿屋支部判決昭和四八年二月三日）であり、売主の占有につき、「一般に売主は売買契約後引渡（又は所有権移転登記）までの間目的物を善良なる管理者の注意を以て保管する義務があり（民法第四〇〇条）、引渡までの間の売主の目的物に対する占有はいわば買主のための占有でありこれが占有は権原の性質上自主占有とは解されない」と判示する。

この判決の論理構成はいま一つ明確ではないが、売主は売買契約に基づき買主に対して「善管注意義務」を負担す

るものであるから、「買主のための占有」となり、このような占有は「権原の性質上」他主占有である、とするものである。「買主のための占有」とは買主のために保管するという意味であろうか。また、この「権原」が何たるかは明示していないが（厳密な意味では占有は継続されており、占有取得の原因たる事実すなわち権原は存在しないと考へられるが）、売買契約以後引渡までの間の占有の権原は、従前の占有の権原とは異なり、所有権が買主に移転することを前提に、買主との間で新たに生じる「権原」の意味であると解しているように受けとめられる。そうであれば、売主の占有は、「買主のための占有」の本質が保管という点にあるとすれば、新たに寄託類似の権原に基づく占有として開始され、その性質は他主占有という結論が導かれよう。

また、代理占有の観念を介して、現実の占有はなお売主にあるが、売買契約成立以後の売主の占有は、善管注意義務ないし引渡義務を生じる売買契約を根拠として占有改定がなされ、売主の占有は占有代理人としての占有に転じ、占有代理人の占有は他主占有と解されているから、売主の占有は他主占有であると説明することも可能であろう。逆に、買主の立場では、売買等の所有権を移転する法律行為により占有を取得した場合には、その権原の性質上、自主占有と解されるが、その占有は代理占有でも構わないのであるから（大判大正一〇年一月三日民録二五輯一八七五頁）、買主が売買という権原により、占有改定を通じて占有を取得した場合には、買主について自主占有が開始し、反面、売主は他主占有に転じるといえるのではなからうか。ここで問題は、占有改定について、占有代理人（直接占有者）のその旨の意思表示を要するかという点であるが、今日の学説は、特別の意思表示を要せず、占有の性質を変更させる原因となる契約が存在するかその他の意思表示で足りると解しているから、売買契約によって（特段の意思表示を要せず）占有改定はなされ、売主の占有は他主占有に転じると解することは可能であろう。このように、本類型において売主占有者の占有が「所有の意思」をもってする占有か否かは、引渡義務を負う売主の占有を、買主のための代理占有（寄託ないし使用貸借類似の占有）とみるか否かにかかると思われる。

さらに、一般に、自主占有を取得する権原とされる売買、贈与等においては買主、受贈者はこれを求める権利を有しても義務は負わないのにひきかえ、他方、他主占有であると解される賃貸借、寄託等の権原において、賃借人、受寄者はこれを負担するものとされるのであるから、その類似性から、このような義務を負う者の占有は賃貸借、寄託類似の占有として他主占有と解することもできよう。⁽⁴⁵⁾

もっとも以上のことは、実質的にも所有権が買主に移転する場合を前提としており（この点譲渡担保の例が参考になろう）、代金の支払いがなされておらず実質的には所有権ははまだ移転していないと解されるような場合や、同時履行の抗弁をなし得るような特別の事情が存在する場合には、（判決のいう善管注意義務は現実化しているが）引渡義務が現実化していないのであるから、原則として、占有改定による買主の自主占有を認めるまでには至らないであろう。したがって、その場合には売主が継続する占有は善意の占有であり、かつ「所有の意思」も認められよう。その意味では、売主の引渡義務が現実化し、いわゆる遅滞に陥るときから、売主の占有は自主占有から他主占有に転じるとも考えられよう。

次に、解除によって以後自主占有たる権原を失う買主の占有については、その引渡義務は解除によって一応発生するが、これを当然に知っている合意解除、意思表示による解除（五四〇条）の場合と、それだけでは知ることの困難な解除条件の成就の場合とは異なるものと思われる。すなわち前者の場合には、買主は自己に占有する権原が失われ現状回復義務が発生し所有権が移転することを認識しているから、解除によってただちに悪意の占有となり、他主占有に転じるとしても従前の自主占有者に不測の損失を生じる恐れはない。これに対して、解除条件の成就による場合には、売主が自主占有を回復し買主の占有を他主占有にするためには、一八五条と逆の意味で、買主の自主占有の基礎となる権原が消滅したことを買主が知り、または知らしめる行為（告知等）が必要であろうと思われる。⁽⁴⁶⁾ その違いは、占有者の内心を善意のままにしておくか、あるいは悪意に転じさせるかという点にもとめられよう。また、無

効による目的物の引渡義務についても同様のことがいえるが、これが取引行為による場合には、実体法上の側面を強調して取得時効をこうした瑕疵を治癒する機能を有する制度と解せば、無効の場合、買主に返還義務が生じても、占有者の信頼が保護されることもあろう。

以上を占有者の善意・悪意との関係でみれば、売主等の引渡義務を負う者の占有は、(前述したような特別の事情のない限り)客観的には悪意の占有であり、「所有の意思」は否定されることになろう。ただ、ここで考えなければならぬことは、売主占有者が誤信に基づき自己の所有物として占有してきた場合についてである。ここまでの検討では、譲渡後継続占有事例につき占有者が悪意であることを想定してきた。「自分の売った土地を、時間の経過を盾に自分の物であると主張する」ことへの非難は、占有者の(背信的)悪意に支えられているといってもよい。ところが実際に事例にあたってみると、善意を主張する場合がほとんどで、その中には苦し紛れもあるうが、客観的にも善意である場合もあり得よう。例えば、前述したような、買主が代金も支払わないために売主が占有を継続した場合や、買主が解除を知らないがために占有を継続した場合や、また客観的には権利が侵害されているが売主は売渡地に含まれていないと信じ、買主も何ら異義も述べずにいたため占有を継続したような場合には、なお占有者は善意といえるであろう。問題はこうした誤信に基づく占有をどう解釈すべきかにある。占有者が「自己の物と確信して占有してきた」という誤信が、これをとりまく事情によって客観的にも認められる場合(合理的根拠を有する善意)には、取得時効の保護から排除すべきという要請は小さいものとなろう。さらに、民法一六二条一項の存在理由に、真実の権利者の立証を救済するということのほかに、権利の上に眠る形式的権利者と長期間占有を継続した者とを比較考量し、目的物につきより厚い実質的利益関係を持つ者を保護するという存在理由を加えるならば、その誤信は「所有の意思」を認めてもよい場合があるように思われる。ただしその場合の誤信は、何らかの合理的根拠に支えられた客観的な誤信であることを要するであらう。これら主観的要素と自主占有・他主占有はまったく無関係であるとする

④⁴⁹ 説もあるが、安達教授は自主占有に関して「占有者が自己の所有物と信じて占有をしたか否かも、事情によっては自主占有認定の一つの基準となる。たとえば、③にあげた補償手段もしくは目的物に代わって得た対価が十分であるときは、占有者が悪意であっても自主占有を認むべきであるが、それが不十分な場合には善意という事情が加わることによって自主占有を認めうる場合がでてくる。④にあげた場合についても同様にこの基準をあわせて考慮すべきである。」といわれる。⁵⁰

三 以上述べてきたように、従来の通説・判例の「権原」を中心に据えた判断基準は、これまで判例が説いてきたような意味での「権原」が存在しない「譲渡後継続占有」事例では、もはやそのままでは機能し得ない。それゆえ、その判断基準を原則として維持しつつも実際には、占有の態様すなわち「占有に関する事情」によって、その「所有の意思」を判断せざるを得ないことになる。いわゆる「所有の意思」の二元的構成であるが、そこにおいては、途中で権利を認めたり、所有者であればとらなかった行為をし、所有者であればとるべき行為をしなかったような場合は（占有者の善意が疑わしくなるがゆえに）他主占有とされるように、占有者の内心の意思は、これが反映した外形的客観的事実を通じて、一転して「所有の意思」の有無を判断するうえでの重要な要素となる。換言すれば、客観化された占有の善意・悪意によって「所有の意思」が判断されるのである。

客観説が登場してきたのは、最判昭和四五年六月一八日判決の事例がそうであったように、賃借人がいくら「所有の意思」を以て占有したと主張しても、賃貸借では所有の意思をもち得ない、ということを明らかにするためであった。その意味では客観説は支持される。しかし、それは「所有の意思」は占有者の内心とは全く無関係ということまでも意味するものではなからう。まず右のことは所有権の帰属の意識（すなわち善意・悪意）を中心に据えても説明し得る。すなわち、借りているのだから、自己の所有に属するものという意識（善意）はもてるはずがない、仮に

もったとしても重大な過失がありこれは悪意と同視し得るものである、というように。

「所有の意思」において、占有者の善意・悪意は重要な意味をもつのであって、これを判断基準から排除し、占有取得原因の客観的性質のみにより判断しようとすることは「所有の意思」の二元的構成に帰着する。さもなくば「原」の意味を拡大せざるを得ない。内心の意思を排除せず、これをも「所有の意思」の重要な要素と位置づければ、一元的に説明することが可能であろう（ただし一項と二項に分ける意味での二元論は必要かもしれない。これについては今後の課題としたい）。

以上のことを結論づければ、「所有の意思」とは「自己の所有権に基づいて占有するという意思」であって、これは占有者の内心の意思であるが、占有者の主張する内心の意思（ほとんどの場合善意が主張されようが）ではなく、占有をとりまくすべての事情によって総合的かつ客観的に判断されるところの、いわば客観化された内心の意思である。したがってこの場合には、権原もその一つの判断材料になるほか、代金の支払いがあったか、税金等を負担したか、賃料を請求したか、異議を受けたか、権利自由はあったか、占有者が自己に所有権のないことを知っていたか等の、占有に関する事情も、その判断材料となりうるものと考えられる。従来通説・判例の判断基準と異なる点は、占有者の内心の意思をとくに「所有の意思」を否定する方向に機能させる（悪意の占有は他主占有とする）点にある。本類型の場合、一般に、売主の占有継続は悪意の占有となり、「所有の意思」が否定されることになろう。

最後に、以上の結論（試論）は浅学ゆえの独断ともいえるものである。従来あまりこの点が論じられていないこともそれを助長する。もともと本稿の目的が、従来通説・判例の「所有の意思」の判断基準がすべての場合に適用し得ないことを述べ、これを主観的に再構成し、悪意の占有を取得時効の保護から排除しようという点に存したため、その理由付けにはやや強引で無理があることは否めない。それを承知で公にするのは、今後の私の研究に一つの布石をうちたいがためであり、ご批判をいただければ幸いである。

(31) この類型に含まれる事案の範囲は論者によって異なる。例えば譲渡担保についても、この類型にいれるもの(藤原・前掲注(3) 四七頁および大久保・前掲注(24) 三六頁)と、別個に論ずるもの(宇佐見・前掲注(25) 四〇頁)とがある。本稿では、「6」「7」「8」「9」では、やや特殊なもの、この類型で考察することに躊躇しながらも、他の論説においてとりあげられているものをあげた。

(32) 星野・前掲注(6) 二五九頁以下は、本類型のようなケースでは、売主占有者側から時効取得の援用がなされることは少ない、といわれる。それは、売買がなされれば通常は買主に占有も移転し、売主が長期にわたってなお占有を継続するということが考えにくいからだと思われる。逆にいえば、このような占有状況が継続する場合、売買がなされたこと自体に信頼をおいていないような判決も存在する(「3」判決)。また、ただ、境界を接しているような場合では、その売渡地が長年の間に不明確となり、売渡地と自己の所有地の範囲につき誤認が生まれる可能性はある。ここに取りあげた判決の中にも、「1」の事例では、占有者は売渡地と係争地は別のものであるという認識のもとに善意で占有していたと主張している。なお、本類型で短期取得時効が認められたものが極めて少ないことは本類型の特徴をものがたるものであろう。

(33) なお、「8」判決は前二判決と異なり、これを悪意の占有とみて、悪意でも時効の援用が許されないわけではないとしている。売主の占有を悪意とみるもので「1」判決と共通する。

(34) このことは学説においてもいえることで、従来、買主が占有者である場合については、契約関係との優劣の関係で論じられることはあっても、売主が占有者である場合については、自己の物の取得時効として論じられることが多く、引渡義務を負うという点についてはあまり深く論議されてきていないように思われる。

(35) この説明は、梅謙次郎『民法要義巻之一総則編』三六九頁(明治二九年)等に見られるもので、時効制度を消滅時効を含め統一的に説明するものであるが、今日ではこれらを並列的に論じるものはむしろ少ない。ただ、存在理由を論じるうえで、これらを提示した上で論をすすめるものが多い。

(36) 同旨、星野「判批」法協八九巻七号八七六頁、鎌田薫「判批」判タ六一三号八一頁。

(37) 藤原・前掲注(2) 四七頁。星野教授も「数も少なく、断定しにくい」が、認容例、二〇年認容例中に占める比率が若干小さく、一〇年否定例、否定例に占める比率が大きく、他は全体中の比率に近い。これは、この型の事案が時効取得を認めにくいものであることを示しているといえるのではないか。そしてこれも常識にかななつたことのように思われる。「といわれる(星野・前掲注(6) 二六四頁)。また、田中教授も「自己の債務を履行せずに相手方から給付を受けた不動産について時効取得をなし得るか、という立場から消極的見解を示すことが妥当ではあるまいか」と述べておられる(田中・前掲注

- (6) 『自主占有』四二頁。
- (38) 例えば、星野・前掲注(6)三〇三頁。
私もこの考えを支持したい。本稿で用いる非難性という語も道徳的評価としてのものである。
- (39) この点に関して、他人物説と自己物説の対立があり、大久保・前掲注(24)「自己の物の時効取得について(一)」「同(二)」は詳しく論じる。
- (40) 最判昭和四二年七月二日民集二二卷六号一六四三頁、最判昭和四四年二月一八日民集三三卷一二号二四六七頁、最判昭和四六年一月五日民集二五卷八号一〇八七頁等。
- (41) しかし、従来、自己の物の取得時効が成立するケースと考えられていた事案は、本類型の事案とはやや性格が異なるように思われる。それらの事案がそうであるように、本来、二重譲渡のように對抗要件等を欠き、確定的に権利取得を主張し得ない場合(占有自体は取引による取得)を保護するためであったはずである。ここでは、占有が取引によって取得されたものであり、時効を援用する者の占有についての非難性はない。それに対して本類型の場合は、取得時効を主張する者自らの行為により引渡義務が生じるものであり、その占有に対して信義則上生じる非難性を同一に論じることができないように思われる。すなわち本類型の場合には、その占有そのものに対して非難が加えられ、それは取得時効の援用等を含め、否定する方向へ向かうものと考えられるのである。このように、同じく自己の物の取得時効であっても、自己の所有権に基づくものと、引渡義務を負いながら占有するものの二つがある点は考慮すべきと思われる。
- (42) 大久保・前掲注(24)三八頁。
- (43) 星野・前掲注(1)『概論Ⅱ』九二頁。辻伸行『所有の意思』の判定基準について(一)——不動産所有権の取得時効を中心にして——独協法学二九卷一四九頁。
- (44) 星野・前掲注(1)『概論Ⅱ』八九、九七頁。
- (45) 塚原朋一「判批」ジュリ八五九号七一頁は、「このように目的物の返還義務を負うという点では、賃貸借や使用貸借における借主と契約解除後の買主とは酷似しているので、賃貸借等の借主の占有が他主占有とされるのであれば、契約解除後の買主の占有も他主占有であることにはならないか」と指摘される。
- (46) 塚原・前掲注(45)七一頁。
- (47) 星野・前掲注(6)三〇四頁。なお、安達説によれば、短期、長期のいずれの取得時効においても、実体法上の側面を有するとされる(安達・前掲注(2)一六〇頁以下)。

(48) 船橋諄一『民法総則』(法律学講座)一六八頁(昭和二十九年)、同旨、安達・前掲注(2)一六〇頁。

(49) 田中・前掲注(6)三七頁。

(50) 安達・前掲注(2)一八五頁。

(51) 辻助教教授の見解も、これと同じくするものと思われる。辻助教教授は、「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(所有者として振る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、第一八六条、旧民財一八六条において、「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。」といわれる(辻・前掲注(46)一五一頁)。

(52) 安達・前掲注(2)一八一頁以下は、これらも判断材料となりうることを示される。