

売買契約に基づく占有の移転と所有の意思

石 田 剛*

- I はじめに
- II 下級審裁判例の検討
- III 所有権の帰属と所有の意思
- IV 分析
- V 結語

I はじめに

取得時効の要件である「所有の意思」の有無は、一般に、占有取得の原因たる事実（権原）によって客観的外形的に定められるべきであるとされている¹⁾。たとえば、賃貸借に基づく賃借人の占有は、賃貸借契約の効力が生じているかどうかと無関係に他主占有であり²⁾、交換契約に基づき目的物を占有する場合は自主占有である、という具合である³⁾。この考え方を推し進めると、売買契約に基づく買主の占有は、売買契約の締結により所有権取得（財産権移転）に向けた確定的意思が表明されている以上、現実には所有権が買主に移転したかどうかと無関係に自主占有であり、売買契約の締結により所有権喪失（財産権移転）に向けた確定的意思が表明されている以上、現実には所有権が買主に移転したかどうかを問わず、売主は売買契約締結と同時に自主占有を喪失することにもなりそうである。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第14巻第3号 2015年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

1) 舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960年）295頁、我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）478頁、於保不二雄『物権法(上)』（有斐閣、1966年）176頁。

2) 最判昭和45・6・18判時600号83頁。

3) 最判昭和45・10・29判時612号59頁。

このような考え方は、確かに一見する限り、明快なものである。しかし、そのように単純に割り切れるものであろうか。判例は、所有の意思の有無に関して、権原の客観的性質を判断基準とする一方で、様々な場面に応じて、その都度の「占有事情」を考慮して性質を判定する準則を漸次的に形成しており⁴⁾、上のような形式論理に基づく単純な判断を貫くことが適切であるのか、改めて検討すべきであるように思われる。占有取得の原因となった事実である権原の客観的性質という基準の限界については、学説が従来から縷々指摘してきたところである⁵⁾。

そこで、本稿では、権原の客観的性質から占有の性質を定めるという判断枠組みが妥当しにくいと考えられる場面の一つとして、特に売買契約締結後も目的物の所持を継続する売主の占有の性質決定の問題を検討することにしたい。関連する問題をもあわせて視野に収めつつ、所有の意思の有無の判断基準について、より広く、判例準則の意義と問題点を浮き彫りにすることを目的とする。

この問題を直接の争点として判断を下した最高裁判例は現時点で存在していない。下級審裁判例も散見される程度であり、学説の議論も決して活発とはいえない⁶⁾。しかも、下級審裁判例の判断には理論面において不鮮明なものが少なくなく、また判断基準も微妙に食い違っており、予測可能性に欠けている。最高裁による判断の統一が望まれるところである。

4) 民法186条1項の自主占有推定の覆滅一般に関する最判昭和58・3・24民集37巻2号131頁および最判平成7・12・15民集49巻10号3088頁の他、相続を契機とする他主占有から自主占有への性質変更に関する最判昭和46・11・30民集25巻8号1437頁、最判平成8・11・12民集6巻7号1348頁および共同相続人の単独占有にかかる最判昭和47・9・8民集26巻7号1348頁などが挙げられる。

5) 藤原弘道『時効と占有』(1985年、日本評論社)5頁(藤原①)、同『取得時効法の諸問題』(1999年、有信堂)85頁(藤原②)、辻伸行『取得時効と所有の意思』(2003年、有斐閣)4頁。

6) この問題に「譲渡占有型」「譲渡後占有継続事例」として独立の項目を割り、裁判例を手掛かりに検討するものとして、前掲注5)の藤原論文①②および辻論文の他に、星野英一「時効に関する覚書——その存在理由を中心として——」『民法論集第四巻』(有斐閣、1978年)234頁以下、川島武宜・川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』(有斐閣、2007年)52頁[稲本洋之助]、野村泰弘「譲渡後占有継続」事例と取得時効」徳山大学論叢37号(1992年)15頁、大久保邦彦「自己の物の時効取得」民商101巻5号(1990年)666頁などがある。

II 下級審裁判例の検討

1. 原則としての他主占有？

下級審裁判例の中には、売買契約という権原の性質から、契約締結後に目的物の所持を継続する売主の占有は他主占有となると説くものがある。

【1】鹿児島地鹿屋支判昭和48・12・3訟月20巻5号15頁

《事実》Yは遅くとも昭和19年4月12日までにX（当時の海軍省、その後は大蔵省）に係争地を軍事施設物敷地として代金1286円15銭で売却したが、Xへの所有権移転登記はされなかった。係争地は上記売却の後も、数十年来Yが管理し、固定資産税も納付してきた。XがYに対して所有権移転登記手続を請求したので、Yは、Xへの売買契約が真正に成立したものではないと反論するとともに、係争地につき時効取得の成立を主張した。

《判旨》（請求認容）「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400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、占有権限（ママ）の性質上自主占有とは解されない。……ところで、Yは、本件土地につき固定資産税を逐年納付してきた云々の主張をしているが、地方税法によれば固定資産税は土地については土地登記簿に所有者として登記されている者（本件土地の現所有名義人がYであることは当事者間に争いが無い。）に賦課されるものであり、同人が真実所有者であると否とにかかわらず同人がその納税義務を負うことになっているのであるから、かりにYにおいて今日まで引続き本件土地の固定資産税を負担してきた事実があるとしても、この故に本件土地の所有者がYであることを既定の事実として認めなければならないものでもない……。」

【1】判決は、売主が売買契約締結と同時に目的物の保管につき善管注意義務を負うことを根拠に、売主の自主占有を否定している。特段の事情が存在する場合に例外的扱いをする余地も残していない。また、売主が登記名義を保持し、目

物的物の管理を自ら行い、固定資産税を納付していた事実を自主占有事情として考慮することもしていない。さらに、理由付けの特徴として、売買契約の当事者間における所有権移転時期の問題との関連付けを避けている点を指摘することができる。仮に売買契約中に所有権移転時期を代金支払その他の履行行為の時点まで延期する旨の特約があったとしよう。この場合でも、注意義務を軽減する特約が認められない限り、売主が売買契約締結と同時に善管注意義務を負うことに変わりはない。そうすると、【1】判決は、特定物引渡債務の債務者が一般的に負う善管注意義務から直接に売主の他主占有性を導いている以上、所有権移転時期に関する特約の存否にかかわらず、広く売主の占有を他主占有とみる立場を表明したものと解される。ただ、判決の論理構造は明確でなく、その根底にある考え方を精確に見定めることは難しい。

次に、こうした正当化根拠による場合、売買契約に無効原因がある場合や停止条件が付されている場合はどうなるのであろうか。売買契約が無効であれば、あるいは効力が発生していなければ、売主の引渡債務は効力を生じておらず、善管注意義務も発生しないことになるから、売主の占有は自主占有のまま変化しないということになるだろうか。

このように、【1】判決は、①売買契約中に所有権移転時期の特約がある場合、②売買契約に無効原因が存在する場合や停止条件未成就の場合⁷⁾の処理につき、一定の方向性と親和するものの、①②の場面を鮮明に意識して判断をしているのかどうか定かではない。いずれにせよ、①②の場面をも視野に入れた考察の必要性を示唆するものといえよう⁸⁾。

7) 最判昭和46・11・25判時654号51頁は、売買契約に付されていた停止条件が不成就のため契約が効力を生じなかったとする売主の相続人の主張（主位的主張）を判断することなく、仮定的主張である取得時効につき判断し、時効の完成を認めた原審の判断を支持した。

8) たとえば、野村・前掲注6) 42頁、44頁は、「代金の支払いがなされておらず、実質的には所有権はい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な事情が存在する場合には」売主が善管注意義務を負うものの、引渡義務が現実化していないから、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いならず、売主の引渡義務が遅滞に陥る時点から売主の占有が他主占有に転じると考える余地もあるとしている。

2. 契約の無効原因が主張される場合

比較的最近の裁判例には、理由を付すことなく、譲渡後占有を継続する売主の占有を原則として他主占有としたうえで、②の問題にも言及するものがある。

【2】大阪地判平成25・3・11（未公刊）

《事案》Aは河川災害復旧工事用地の買収処分に基づき所有していた河川敷の土地（係争地）をYに売却し、Y（建設省）への所有権移転登記もしたがその占有を継続した。Aが死亡し、Aの相続人Xも、相続によりAから係争地の所有権を取得したと信じて、生前のAと同様に係争地を田畑として20年間以上耕作目的で占有利用してきた。その後係争地上にアパート建築の話が浮上したのを機に、Xは、①主位的にAY間の売買は錯誤により無効であり、相続によりAの自主占有を承継したとして、②予備的に、Aが他主占有者と評価される場合に備えて、相続を契機として独自に自主占有を開始したとして取得時効を主張して、Yに対して所有権移転登記手続を求めた。Xは、AもXも固定資産税の支払を行っていなかったが（固定資産税を支払っていた隣接地に係争地が含まれており、係争地についても固定資産税を支払っているつもりであったと主張）、引き続き係争地を占有して田畑として耕作に利用してきたAの占有は自主占有に当たると主張した。

《判旨》（請求棄却）「……本件土地の売渡人である亡Aが、本件土地を占有していたとしても、当該占有は、原則として、他主占有である。」Yは、売買契約がAの錯誤により無効であり、Aは係争地を自己所有地と誤信したと主張するが、そのような誤信は認められず、原則どおり Aの占有は他主占有に当たる。

【1】判決は、売主から買主への所有権移転登記がされておらず、目的物の現実の支配及び管理と固定資産税の支払を従前同様に売主が行ってきた事案における判断である。これに対して、【2】判決の事案は、売主から買主への所有権移転登記がされているが、売買契約に錯誤があったため無効であると売主の相続人が主張している点において、相違点が認められる。

そして、【2】判決は、売買契約締結後の売主の占有は原則として他主占有で

あるとしたうえで、売主が売買契約の錯誤無効を主張して、所有の意思をもって占有を継続した場合には、自主占有となる余地を認めつつも、本件事案の結論としては、売主に要素の錯誤が認められず、原則どおり、他主占有であるとした。売買契約締結後の売主の占有が原則として他主占有となることの論拠は示されていない一方、売買契約が意思の不存在により無効の場合は、権原の客観的性質から売主の占有の性質を断定することなく、売主の意思の不存在等具体的な他主占有事情の存否を検討する考え方に立つものとみられる。

Iでも述べたとおり、最高裁は、権原の客観的性質から自主占有か他主占有かを一義的に判断できない場合（いわゆる「お綱の譲り渡し」事件のようなケース）を機縁として、占有開始後の占有者の事情を総合的に考慮する枠組みを打ち出し、他主占有権原の証明が困難な場合でも、他主占有事情の証明により自主占有を覆滅する可能性を開いた⁹⁾。すなわち、「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」の証明により民法186条1項の自主占有推定を覆すことができる。この考え方の延長線上で、【2】判決は、権原となる法律行為に不成立・無効原因等の事由が存在することでその客観的性質だけからは形式的に買主の自主占有推定を覆滅できない場合に、当該事案における個別事情を取り上げて買主の他主占有事情あるいは売主の自主占有事情として考慮するものと理解することができよう。

【3】大阪高判平成25・11・12判時2217号41頁¹⁰⁾（【2】判決の控訴審）

《事実》【2】判決とほぼ同じ。

《判旨》「Aは、本件土地をYに売却し、Yへの所有権移転登記も経由し、その所有権を喪失し、本件土地をYに引き渡すべき義務を負っていたのであるか

9) 最判昭和58・3・24民集49巻10号3088頁。

10) 本判決の主要な争点は、他主占有の相続人による独自占有の効果としての自主占有への転換の可否であり、この点の検討については、石田剛「判批」判例評論679号（2015年）6頁（判時2262号240頁）を参照。

ら、少なくとも本件登記が經由された後の占有は、権原の性質上所有の意思のないもの（他主占有）というべきである。なお、Xは、本件契約は、A（及びY）に契約内容についての錯誤があるから無効である旨主張するが、AがYに本件土地を売却する旨の契約を締結し、本件登記も經由したことによって、所有権という占有権原を失い、その後の占有は、占有権原のないものとして、性質上他主占有となったとの判断は、売買契約に基づいて目的物の引渡しを受けた者の占有が錯誤等の理由で当該売買契約の効力が否定されても権原の性質上自主占有とされることと同様、売買契約の私法上の効力の有無によって左右されるものではない。」

【3】判決は【2】判決と対照的に、権原となる契約に無効原因があることは、権原の客観的性質を左右するものではなく、所有の意思の有無の判断に影響しないと明言している。すなわち【3】判決は、売買という権原が認定される場合、その権原は買主にとっては、無効原因や効力発生障害事由の存否と無関係に自主占有権原となり、他主占有事情として無効原因を一切考慮しないことの反面として、所有権を失う側の売主にとっては他主占有権原となり、自主占有事情として無効原因を考慮することはない、という考え方に立つものとみられる。

このように、【3】判決は【2】判決と結論を同じくするが、判断枠組みにおいて次のような注目すべき相違を含んでいる。

第一に、自主占有推定を覆滅するために時効取得を争う側が他主占有権原または他主占有事情の存在を主張立証する場合、売買のように占有権原の客観的性質が明らかな場合には、他主占有事情の存否をまったく考慮しない、逆にいえば、他主占有事情とは権原の客観的性質から占有の性質を一義的に判断できない場合にのみ援用されうるのであり、契約が意思の不存在等により無効であっても、当事者の内心の意思を一切考慮しない立場から、売買契約が買主にとっての自主占有権原で、売主にとっての他主占有権原であるという性質決定を左右しない、というものである。他方、【2】判決は売買契約が無効の場合、売主の占有権原は当然に他主占有権原とはならず、むしろ占有事情に基づき具体的に判断するとい

う考え方に立っている。このことは、最判昭和58・3・24がいう他主占有権原と他主占有事情との関係性につき二様の理解がありうることを示している。

第二に、当該事案で、売主から買主への所有権移転登記がされ（売買代金も完済されている）、売主が所有権を喪失し、買主に対して無条件の（同時履行の抗弁権を主張することができない）引渡義務を負っていることを指摘して、少なくとも当該事案の具体的事情の下において、売主の占有を他主占有と性質決定するという慎重な判断をしている点があげられる。すなわち代金支払も買主への所有権移転登記も済んでおり、売主はすでに所有者である買主に対する引渡義務の履行を拒絶できない状態に着眼している。少なくとも外形上売主から買主への所有権移転が万人との関係で主張可能な状態において、売主は所有の意思を失うという控えめな評価したものであり、特定物売買における所有権移転時期の問題について契約締結時即時移転説のみならず、他のいずれの考え方¹¹⁾によっても所有権が買主に移転していることにつき異論の余地がない場面であることから、売主の他主占有性を肯定したとみることもできる。このことは、特定物売買における所有権移転時期の問題に対する考え方の違いが、取得時効における所有の意思の有無の判断基準にどう影響するかという視点を浮かび上がらせる。

3. 譲渡を自認する売主の占有と自主占有

【4】 広島高判昭和23・7・21下民集1巻1号142頁

《事実》Xの先代Aは、a番の2の土地をYの先代Bに譲渡した。その後も、AおよびXが係争地を隣接するa番の1の土地の一部だと考えて、自己の所有地として長年にわたり耕作してきた。Xは、係争地がa番の2に含まれていないという主張とともに、仮定抗弁として、仮にa番の2に含まれていたとしても、自己の所有地として平穩公然無過失に占有耕作しており、時効取得したと主張した。原審は、XもAも、a番の2がYに譲渡されたのち、「係争地を含むa番の

11) 売買契約の有償性を重視して代金支払を基準に据える有償性説（川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1949年）248頁）や、物権行為の独自性を肯定する諸説（末川博「特定物売買における所有権移転時の時期」『占有と所有』（法律文化社、1962年）206頁）が代表的である。

2が自己の所有でないことは十分知悉していた……から、AおよびXが所有の意思をもって占有していたものと言い難い」として、Xの請求を棄却した。Xが控訴した。

《判旨》(破棄差戻)「仮にXにおいて本件係争地がY所有のa番の2の土地に含まれていること、従ってその所有権がA次いでXに属していないことを知っていたとしても、A及びXが本件係争地を同条(162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、原判示のごとくXは係争土地の部分が自己の所有でないことを知っていたのであるからXは所有の意思をもって占有したものではないと即断することはできぬ……。」

自己に目的物の所有権が帰属していなくても、泥棒や無権限占有者の占有が自主占有たりうることに異論はない。他人物を自主占有するという事態は通常考えられる。【4】判決も、売買契約締結後の売主の占有が所有権を喪失することにより自動的に他主占有になるとはいえないという理解に立っている。【4】判決は、「権原の客観的性質を基準とする」という判例の命題の射程につき、控えめな理解を前提としていると考えられる。この命題の意義をもっとも狭い範囲で捉える場合には、権原の客観的性質から(無効原因や停止条件等の存否にかかわらず)他主占有権原にしかなりえないものを画一的に自主占有推定覆滅事由としてあぶりだす限りで意味をもっており、売買や交換が権原である場合に、その権原に無効原因や停止条件の存否にかかわらず客観的に自主占有権原としての性質を容認し、買主の占有→自主占有で、売主の占有→他主占有となる、という判断基準として機能することまで当然に含むわけではない、とする理解¹²⁾もありうる。一般的な占有の性質決定場面においては、自主占有推定が働く関係上、他主占有権原または他主占有事情の存在を判断すれば足り、売買が一般的に自主占有権原に当たるかどうかを判断する必要はないからである。売主が譲渡を自認しており、かつ所有権移転の障害事由がない場合でも、【4】判決がなお売主が自主占有者たりうることを許す以上、売主の占有の性質を権原の客観的性質から判断すると

12) 野村・前掲注6) 387頁はこのような理解の可能性をも示唆している。

いう枠組み自体が放棄されていると言わざるを得ない。

4. (不動産) 譲渡担保

不動産譲渡担保設定契約後に設定者が目的不動産を引き続き占有する場合の占有を他主占有とするものがある。

【5】名古屋高判昭和53・6・12判タ368号235頁

《事実》Xは、本件土地がもとAの所有であったところ、昭和51年8月26日にAが死亡したことにより、本件土地の所有権を相続により取得したと主張した。また、仮にこの主張に理由がないとしても、AはBが本件土地に所有権移転登記を経由した昭和28年5月13日から所有の意思をもって、占有の開始時に善意無過失で平穏かつ公然と占有を継続してきたから、昭和38年5月13日の経過をもって本件土地を時効取得したと主張し、Bの承継人であるYに対し、真正な登記名義の回復または時効取得を原因とする所有権移転登記手続を求めた。これに対し、Yは、BはAに対し、昭和27年4月13日に金31万円を貸し付け、その際担保としてA所有の本件土地について買戻特約付の売買契約を締結して所有権移転登記を経由したところ、Aが買戻期限までに本件土地を買い戻さなかったため、Bは確定的に本件土地の所有権を取得したなどと主張した。

《判旨》(請求棄却)「ところで、Xは、まず、亡きAがBに対して昭和28年5月11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、右譲渡担保契約に基づきBのために所有権移転登記のされたことは前認定のとおりであり、A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立証もしないので、右同日以降の亡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ほかない。」

【5】判決は、譲渡担保契約が締結され、設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記がされた事案において、設定者の占有を他主占有であるとしながらも、設定者が契約の無効を主張して従前どおり自主占有を継続した事実が認められる

場合は、別の判断がありうることをも示唆している。権原である契約の不成立・無効に対する評価という点で、【2】判決と親和する一方、【3】判決とは対立する考え方に立つものとみられる。なお、動産譲渡担保（売渡担保契約）に関しては譲渡担保設定者の占有は契約成立と同時に自主占有でなくなるとする最上級審の裁判例が存在する¹³⁾。

不動産譲渡担保における譲渡担保権者の所有権移転登記という行為は、目的不動産の所有権が既に譲渡担保権者に移転したことを前提として、設定者と譲渡担保権者が共同でその事実を公示する行為であり、以後設定者が目的物を譲渡担保権者の所有物として占有する意思を外部に表明する行為に他ならない。つまり登記手続の履践と同時に占有改定が行われていると理解することができる。このように売主が買主に占有改定により引渡しをしたとみられるため、売主の占有は以後他主占有と考えることができる¹⁴⁾。

5. 小括

以上の裁判例の傾向は次のようにまとめられる。売買契約が有効である場合、譲渡後の売主の占有は、真正譲渡であれ担保目的の譲渡であれ原則として他主占有であると考えられている。判断の過程は判然としないが、【4】判決を除くと売買契約という権原の客観的性質から売主の他主占有を演繹しているようにみられる。もっとも、事案の詳細を見ると、代金が完済され、売主から買主への所有権移転登記が経由済みで所有権移転時期に関するいかなる立場からも買主への所有権帰属が疑いないケースにかかるものが少なくなく（【2】【3】【4】【5】判決）、売主が登記名義人にとどまるケースは【1】のみである。理由付けに関し

13) 大判大正5・7・12民録22輯1507頁、最判昭和30・6・2民集9巻7号855頁。

14) このほか、譲渡担保権者への所有権移転登記がされ、期限の定めのない被担保債権の弁済がされないでいたところ、目的不動産が第三者に譲渡された事案において、設定者による時効取得の主張を否定したものがある（福岡高那覇支判昭和52・9・14高民集30巻3号226頁）。この判決は、設定者の自主占有性を否定するのではなく、「他人の物」要件との関連で、設定者と譲渡担保権者との間に所有権の帰属につき実質的な利害の対立が生じるまで時効は進行しないことを根拠として、時効の起算点の問題として処理した。譲渡担保の法的構成について、同判決は内部関係において設定者が所有権を留保しているという理解を前提として、設定者の自主占有を認めたものである。

ては、売買契約の権原の性質から売主の他主占有を導く際に、善管注意義務を根拠とし、所有権移転時期との関係性を不問にするものがある一方（【1】判決）、買主に所有権が移転していることを前提として、履行行為として所有権移転登記が経由されていることに着眼する（【3】判決）ものがある。さらに、契約に無効原因等が存在する場合の処理の仕方は一致していない（【2】【5】判決⇔【3】判決）。譲渡担保に関しては非占有担保としての性質から譲渡担保契約時に対抗要件が具備されている事案が通常形態であるという事案の特質に配慮する必要がある（【5】判決）。また、譲渡担保の法的構成次第で、権原の客観的性質の捉え方が変わる可能性があり、別途譲渡担保特有の考慮が必要となる。

Ⅲ 所有権の帰属と所有の意思

1. 権原の客観的性質と農地買主の占有

最高裁は、買主の占有に関しては、売買契約という権原の客観的性質からその自主占有性を導き、対抗要件の不具備¹⁵⁾、無権代理による効果不帰属¹⁶⁾、解除条件付売買における条件成就¹⁷⁾、前主の無権利等¹⁸⁾の事情を不問とする。債権契約としての売買契約の効果として所有権移転という効果が発生するという意味での意思主義を前提とすれば、所有権移転の効力発生または対抗力に障害事由がある上記の場合、たとえ排他性を備えた所有権が現実に買主に移転していなくても、売買契約に基づき確定的に所有権を取得する意思が表明されている以上、買主の占有に所有の意思が認められることには異論はなかろう。Ⅱの下級審裁判例の検討からもうかがえるように、売買契約に無効原因や停止条件等がある場合に関する判例の立場は明確でないが¹⁹⁾、法定条件が課された農地売買については、所有権移転の効力発生が知事等の許可にかかるため（農地3条4項²⁰⁾、許可未了の状態で買主の占有が自主占有といえるかが長く議論されてきた。

15) 最判昭和35・7・27民集14巻10号1871頁。

16) 最判昭和51・12・2民集30巻11号1021頁。

17) 最判昭和60・3・28判時1168号56頁。

18) 最判昭和42・7・21判時496号30頁。

占有者の内心の意思ではなく、売買契約という権原の客観的性質を基準にする限り、許可未了のため所有権移転の効力が発生しない場合でも、売買契約を締結した買主の自主占有を無条件に認めてよいようにも思われる。古い下級審裁判例には、許可未了の間は、買主の占有は自主占有とならないと解するものもあったが²¹⁾、こんにちでは、取得時効は原始取得原因であり、許可の有無はその要件ではなく、許可未了でも自主占有性は認められる。もっとも、売買や交換等の契約の客観的性質から当然に自主占有性が認められているわけではない点に注意を要する。

すなわち、農地の賃借人が所有者から右農地を買い受けその代金を支払ったときは、当時施行の農地調整法4条（現農地3条）によって農地の所有権移転の効力発生要件とされていた都道府県知事の許可又は市町村農地委員会の承認を得るための手続きがとられていなかったとしても、特段の事情のない限り、買主が売買代金を支払ったときには民法185条の新たな権原による占有の性質変更が認められている²²⁾。

また、農地の所有者の無権代理人から農地を買い受けた小作人が農地法所定の許可を得て所有権移転登記手続を経由し、その代金を支払った場合は、遅くとも

19) 錯誤無効に関して、最判昭和48・1・26判時696号190頁は、Xが他から賃借している土地をあたかも自己所有の土地であるかのように欺いてY所有の土地と交換契約をし、Yからその土地の引渡しを受けて占有を開始した事案において、Xの主張する10年の短期取得時効を認めた原審判決を破棄して「かりに、Yの詐欺の主張が認められるとすれば、Xの詐欺に基づくY代理人Aの錯誤により、本件交換契約は無効となることもあり、無効と認められる場合には、Xは、その原因を自ら作り出した者であるから、本件交換契約の無効を知っていたと認むべきものである。したがって、Yの右の主張の成否いかんによっては、Xは、本件土地を所有の意思をもって善意・無過失で占有を開始したと認め得ない場合のありうべきことはいうまでもない。」と述べている。藤原・前掲注5)
①論文22頁は同判決が売買契約が無効の場合に所有の意思が認められる可能性を示唆すると評しているが、本判決の重心は善意・無過失要件充足との関係にあると読むべきであろう。また民法185条の「新たな権原」要件に関して、かつては権原となる法律行為の有効性を要件とするものもあったが（川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』（有斐閣、1968年）33頁〔稲本洋之助〕）、現在では無効原因があっても、買主の自主占有性を認めるもののほうが多いようである（川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）555頁、幾代通『民法総則（第2版）』（青林書林、1984年）490頁）。

20) 最判昭和35・10・11民集14巻12号2465頁は許可を効力発生要件と解している。

21) 東京高判昭和48・2・27判時697号46頁。

22) 最判昭和52・3・3民集31巻2号157頁。

登記の時より、新たな権原により自主占有の開始があったものとされる²³⁾。

さらに、農地を農地以外のものに転用する目的で買い受けた者は、農地法5条の許可を得るための手続を経なくても、特段の事情のない限り、代金を支払い当該農地の引渡しを受けた時に、所有の意思をもって農地の占有を始めたものと解されている²⁴⁾。

判例が買主の自主占有を肯定するために代金支払を要件としていることには疑問も提起されている。長期取得時効の目的は証拠を失った真の所有者の所有権の証明を容易にすることにある以上、許可を得たことを証明できない買主を保護するために、代金支払の有無にかかわらず、所有の意思を認めるべきだといふのである²⁵⁾。

調査官解説は、この点を次のように説明している。「知事の許可のない売買契約による占有取得の場合、売買契約が所有権の移転を目的とする法律行為であるという点を重視すれば、その客観的性質から当然に自主占有性が認められることになるが、農地売買における効力発生要件である知事の許可を欠いている点を重視すると、かかる要件を欠いた権原の客観的性質上、自主占有性は肯定できないという考え方もあり、結局は、このような売買契約により農地を買い受けて占有を継続してきた買主の保護と、農地調整法や農地法の意図する立法趣旨とを勘案して決すべき利益衡量の問題であるといふことができるだろう。このような観点からは、今日では、後者を過大視するのは相当ではなく、買主が代金を完済している場合には、知事の許可又は農地委員会の承認を得るための手続が採られていないときであっても、原則として、右売買契約を自主占有への転換のための『新権原』と認めるのが相当である」²⁶⁾。

このように、判例の立場は、売買契約それ自体を自主占有権原と認めることはできないが、売買契約を契機としてその履行行為として自主占有性の兆表となる事情（代金支払）が認められる限りにおいて、買主の自主占有を認めるものと理

23) 前掲注16) 最判昭和51・12・2。

24) 最判平成13・10・26民集55巻6号1001頁。

25) 藤原・前掲①136頁以下、藤原弘道・大沼容之「判批」判タ367号(1978年)7頁。

26) 東條敬『最判解民事編昭和53年度』82頁。

解される。

また、学説においては、農地の売買の履行として買主に現実の引渡しが行われた場合は、間接占有と直接占有の関係を想定していないのであるから、買主の占有は自主占有とみるべきであるところ、許可未了の売買では引渡しが行われたとしてなされたのか、許可までの使用権限の付与に基づいてなされたのか分からないから、使用権限を付与して引渡ししたとの売主の主張に対して、代金支払は買主が売買の履行として引渡しを受けたことを基礎付ける（他主占有権原の主張を積極否認する）ための間接事実として意味をもつという理解も示されている²⁷⁾。

通常の売買の場合は、債権契約としての売買契約のみにより所有権移転の効果が生じるから、契約締結の事実を権原とする自主占有性を基礎づけることができる。これに対して、農地売買の場合は債権契約としての売買契約のみによっては所有権移転の効力は生じないのであって、所有権移転義務を負う意思の表明は同時に所有権移転に向けられた意思を含むとはいえず、売買契約は自主占有権原にあたらぬ。ちょうど相続それ自体は新たな権原とはいえないが、相続を契機とする独自占有により、新たな権原が認められるのと同様、農地法の趣旨との利益衡量から、農地の売買契約ではそれ自体権原とはいえないが、代金を支払ったうえで引渡しを受けることで、自主占有性が認められる。権原自体の判断基準の不完全性を補完する自主占有事情として代金支払と現実の引渡しを考慮要素としたものといえよう²⁸⁾。他方で代金未払の事実は他主占有を基礎付ける事実として働くことを意味する。

2. 農地の売買契約締結後の売主の占有

1. では農地の買主による時効取得に関する判例法理を概観した。これに対して、農地売却後、占有を継続した売主の時効取得が問題とされた事例もいくつか存在する。もっとも、売主の占有の自主占有から他主占有への転換という問題意識は前面に出ておらず、むしろ相続による自主占有への転換の認否や「他人の

27) 辻伸行「判批」ジュリ1224号(2002年)69頁。

28) この点につき、川島・川井前掲注6)50頁[稲本洋之助]は、「権原自体ではなく引渡しをもって自主占有が開始した点で先例と異なる」と評している。

物」要件の充足との観点で時効の起算点が争点となっている。

農地売買の許可未了事例における売主の占有の性質に関しても最高裁判例は存在していないが、許可未了の売主の占有が自主占有であることを前提とする下級審裁判例は散見される。

【7】名古屋高判昭和49・2・28判時742号65頁

《事実》Xの先代AからYの先代Bに係争地につき売買を原因とする所有権移転登記がされた。その後、AB双方に相続が生じ、Xが相続を契機とする自主占有への転換を理由として係争地につき時効取得を主張した（最判昭和50・4・11民集29巻4号417頁の原審）。

《要旨》「Aは登記簿上の記載のとおり大正12年12月20日Bに本件土地を売却したこと、したがってそれ以来Aは本件土地を所有の意思なくして占有していたものと認められる様である。」売主から買主への売買契約に基づく所有権移転登記が経由されている場合でも、売主（被相続人）が従前同様に賃借人から賃料を受領し費消していたことから、「本当に土地の売買があったのかどうか疑わしいと思われる」と留保を付したうえで、「仮にAの占有が他主占有であったとしても、土地の賃料を受領費消しており、同人の生前及び死後を通じて買主やその相続人から、本件土地が自己の所有であるとして文句が出たことは一度もなく、またXが先代Aの名を襲名したので、不動産の所有名義を書き換える必要もなかったから、ことさら登記簿により本件土地の所有名義を確認するということがなかったことから、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た」として、Aと同様の態様で占有していたXによる相続を契機とする独自占有に基づく時効取得を認めた。

【8】札幌高判昭和52・2・28判タ347号151頁

《事実》Xは昭和34年4月18日頃Aから本件農地を代金90万円で買い受け、昭和37年2月16日に本件農地の所有権移転につき農地法所定の許可を得たうえで、同年2月20日本件農地についてXへの所有権移転登記を経由した。Xが爾後昭和47年2月6日まで本件農地を自主占有したことについては争いが無い。

ところがYが本件農地をBから買受けたと主張してXに引渡しを求めてきたので、Xが本件土地の所有権確認訴訟を提起した。これに対して、Yは本件農地を昭和36年2月9日にXから代金28万円で買受けたことを理由に農地法所定の許可申請手続とこれを条件として所有権移転登記手続を求める反訴を提起した。Yの反訴請求を認容する判決が確定したので昭和45年9月29日に農地所有権移転の許可を受け、同年10月14日にXからYへの所有権移転登記がされた。しかし、Xはその後もYの所有権を否認し、時効取得を主張してYに対して本件農地への立入禁止、耕作妨害禁止の仮処分を申請した。

《判旨》(請求棄却)「不動産の所有者が他人に対し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き渡さず、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、買主に対しても時効による所有権取得を援用できるが、「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当たる)が、存するに至った時までには、他人の不動産を占有したる者に当たらず、売主のための取得時効は進行しないとした。「農地の売買にあっては、農地法所定の許可がない限り、所有権移転の効力が生じないものであるから、Yが昭和36年2月9日にXから本件農地を買い受けたとしても、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45年9月29日までは本件農地がXの所有の土地であったことは明らかであって、従って同日まではXとYとの間に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ったものというべきである。そうだとすると、本件においては、本件農地についての売主たるXのための取得時効は、昭和45年9月29日以前においては進行を始めることがなかった……。」

【8】判決は、時効の起算点を確定するために「他人の物」要件を充足する時点を争点とするものであり、その論理的前提として、許可未了段階の売主の占有を自主占有とみている。これは取得時効の場面で問題となる自主占有は他人に帰属する物についてしか成立しえないという理解に立っている。もっとも、その後、最高裁は自己物の時効取得を正面から認めるに至っており²⁹⁾、この点に関する

【8】判決の先例としての意義は失われた。しかしながら、売主の所有の意思を容認する前提部分の判断にはなお一定の意義が認められる。許可未了である限り、法律上売主は所有権を有している。売主が所有者として占有を続ける目的物が他主占有であるはずはない、というわけである。

3. 所有権帰属と所有の意思とのずれ

ここで学説に目を転じることにしよう。学説においては、【8】判決の定式を参考にし、所有権の移転時期と連動させる形で自主占有から他主占有への転換を認めるものがみられる³⁰⁾。「所有権の帰属に関する対立関係の生じた時点で売主等の占有は、権原の性質上他主占有に転換する」とか、「売主または譲渡担保設定者は、売買契約または設定契約により所有者が相手方に移転するとすれば、その時点ですでにその占有は自主占有でなくなるはずである」³¹⁾とする見解も同じ発想に基づくものである。

このように所有権移転時と連動する形で所有の意思の有無を判断してよいかがそもそも問題であり、少なくともⅡで見た下級審裁判例では、所有権移転時期を正面から考慮したものは存在していない。農地売買の事例に関しても、法定条件未成就のため所有権移転の効力が生じていない場合でも、買主の自主占有は認められている。上記最高裁の判断は、調査官解説によれば、あくまでも所有権移転の効力発生に許可を要する農地売買に限っての判断であり³²⁾、一般の売買においては従来の判例準則が妥当し、代金支払の有無と無関係に買主の自主占有性が認められる³³⁾。所有権移転時期に関して有償性説的な考え方への接近を意味するものでもない。

では、農地売買に関する買主の占有の性質判定にかかる判例準則は理論的にどのように位置づけられるべきか。民法186条1項による自主占有推定を覆滅するために、時効を争う側が他主占有事情を主張する場合の、他主占有という評価を

29) 最判昭和42・7・21民集21巻6号1643頁。

30) 大久保・前掲注6)670頁。

31) 宇佐美大司「判批」判タ390号(1979年)37頁。

32) 東條・前掲注26)82頁、中村愼『最判解民事編平成13年』620頁。

33) 最判昭和44・12・18民集23巻12号2467頁。

障害する事由の一つとして、代金支払や所有権移転登記を考慮するものと理解することができる。すなわち農地売買の許可未了事例においては、売買契約という権原の客観的性質からは判断ができず、他主占有事情の存否判断の中で、売買契約中にどのような特約がされていたか、売主から買主への履行行為としてどのような行為がされたかが、問題とされているのである。その意味では、所有権の帰属と所有の意思は連動しないし、また売買契約という権原の客観的性質から自主占有かどうかを判断しているのではなく、代金支払等の個別事情を考慮して、他主占有事情の不存在あるい自主占有事情の存在によって、占有権原の性質判定あるいは性質変更を認めることになろう。

IV 分析

1. 自主占有から他主占有への性質変更

Ⅱにおける下級審裁判例の分析とⅢにおける法定条件に関する最高裁判例の考え方をふまえ、本問題にアプローチする際の視角を示しておく。

まず、自主占有と他主占有の意義を再確認しておきたい。体系書や教科書の説明においては、「所有者であると信じてする占有」とは区別された意味での「所有の意思をもってする占有」（泥棒の占有が例示されることが多い）を自主占有であると積極的に定義したうえで、他主占有はそれ以外のものである、と簡略に説明するものが少なくない³⁴⁾。こうした定義からは、他主占有者が存在しない自主占有を普通に観念することができるのと同様に、自主占有者が存在しない他主占有も普通に成立してよいようにもみえる。すなわち、売主は、売買契約を締結して所有権を確定的に移転する意思を表明した以上、売買契約締結後も引き続き目的物を所持する場合、占有は継続するものの、その性質は自動的に所有の意思を欠いた他主占有に代わるという考え方が導かれる可能性がある。

もっとも、より厳密に、他主占有を「自主占有以外の占有であって、他人が所

34) 我妻栄・有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1983年）471頁、大村敦志『基本民法I〔第2版〕』（有斐閣、2005年）246頁、河上正二『物権法』（日本評論社、2012年）211頁。

有権、したがって、自主占有を有することを前提としてなされる占有³⁵⁾「他に所有権者が存在することを前提として行われる占有³⁶⁾と定義するものや、あるいは「他に所有者がいて、制限物権者・債権者は、自身は所有の意思なき占有をすると同時に、所有者のために代理占有を行う関係にある。この点を捉えて、所有の意思なき占有は他主占有と呼ばれ、所有の意思ある占有は自主占有と呼ばれる³⁷⁾と定義するものもみられる。これらの定義は、目的物が自己以外の者の所有に帰し、かつその者が占有をしていること、換言すると自分以外の自主占有者の存在を前提とするところに他主占有の本質的な特徴があることを端的に示している。他者に帰属する物に関しては自主占有も他主占有も可能である一方、自己の所有物を他主占有するという事態は論理的に生じえない。したがって、仮に「売買契約の買主は目的物の所有権を現実取得したかどうかにかかわらず、権原の客観的性質から自主占有者である。」という命題が是とされるとしても、「売主が所有権を現実喪失したか否かに関わらず、権原の客観的性質から他主占有者である。」という命題が当然に是とされるわけではない。

たとえば、所有権留保特約付売買において代金完済前に現実の引渡しが行われ、買主が直接占有する場合に、買主の占有が自主占有と解される余地がある一方で、他方において、売買契約において所有権移転時期を代金支払その他契約の履行行為時まで遅らせる合意があり、かつ売主が目的物の所持を継続する場合は、所有権移転の効果を発生させる当該事由が現実生じない限り、売主の占有が他主占有となることはない。売主の他主占有性と買主の自主占有性との間に厳密な対称性はないのである。

このように売買契約締結後の売主の占有の性質を判定する際には、当事者間における所有権移転時期の定め方次第で、売主の占有に所有の意思がある場合とない場合との両方が存在しうることを認めざるを得ない。売買契約の有効性自体に問題がない通常の事例においてすら、権原の客観的性質を基準として売主の占有の性質を決定するという原則論が立ちにくい。ましてや売買契約に無効原因や停

35) 於保・前掲注1) 176頁。

36) 稲本洋之助『民法Ⅱ(物権)』(青林書院新社、1983年)217頁。

37) 七戸克彦『基本講義物権法Ⅰ』(新世社、2013年)137頁。

止条件・法定条件等が存在する場合は事案ごとに具体的な占有事情を考慮して判断するしかない。権原の客観的性質によって判断するという命題の射程を確定するに際しては、こうした売主と買主との間の状況の非対称性を十分に意識する必要がある。

もっとも、Ⅲで検討した法定条件の欠缺事案においては、許可未了の状態ではおよそ所有権移転の効果が生じえないから、債権契約である売買契約自体から買主の自主占有性を基礎づけることも、売主の他主占有性を基礎づけることもできない。この場面では売買契約という権原の客観的性質からは、およそ占有の性質を一律に決定することができないのである。

本稿が検討対象とする事例群も、ちょうど民法 185 条が規定する場面と真逆で、自主占有が他主占有に転換するための事由に関わる。明文の規律を欠くため、解釈に委ねられており、民法 185 条に準じ、新たな権原または売主から買主への表示を通じた性質変更の問題として位置づけることが考えられる。そして、上述のとおり、他主占有は自己以外の者が目的物を所有者として自主占有する関係の存在を前提とするから、売買契約を契機として売主の占有が他主占有に転換するのは、買主が自主占有を取得することによって従来占有状態に変化が生じる局面を指すものと理解される。買主の占有が代理占有であっても、自主占有性を肯定するうえでの障害はない³⁸⁾。つまり売主が買主との間で代理占有関係を成立させ、所持を継続しながら自己の占有を買主に移転する行為を行った場合に、売主の占有が他主占有に転換すると考えられる。

2. 代理占有の成立要件

このように、「売主の占有はいつ他主占有に転換するのか」という問いは、「買主を本人とする代理占有関係はいつ成立するのか」、という問いに置換されることになる。そこで次に代理占有の成立要件論に目を転じることにしてしよう。

代理占有の成立要件について、伝統的通説は、①占有代理人が所持を有すること、②占有代理人（直接占有者）が、本人のためにする意思を有すること、③占

38) 大判大正 10・11・3 民録 25 輯 1875 頁。

有代理関係（広義の代理関係）が存在すること、を挙げる³⁹⁾。占有取得の要件として、民法180条は、一般的に「所持」（客観的要素）に加え、「自己のためにする意思」（主観的要素）を要求していることから、代理占有の成立にも占有者の意思的要素が必要と考えるのが論理的には一貫する。そして意思表示の代理制度を類推すると、占有代理人が本人のためにする意思を有していれば、本人に占有意思があるかないかにかかわらず（たとえ本人に意思能力がなくても）、本人の占有意思も基礎づけられるという理解が背後にある⁴⁰⁾。

これに対して、代理占有の消滅事由に関して定める204条1項の反対解釈から、上記③に代えて、④本人が占有代理人に占有をさせる意思を有することを要件としながら、②④の意思の存否は、占有代理人が所持を取得した原因の性質から客観的に決せられ、この取得原因が物の返還義務を内在させているものであれば、その性質上、客観的に、上記の2つの意思が認められるとするもの⁴¹⁾、所持権原（代理占有権原）の種類・性質及び(ii)所持事情（代理占有事情）から客観的に判断されるとするものもある⁴²⁾。これは、占有が意思表示ではないことから、代理に関するルールに過度に引きつけるべきでなく、204条も代理占有の消滅に関する規定であって、占有取得の成立要件と関連付ける必然性はない⁴³⁾、という考慮に基づいている。

さらには、占有一般の要件についての客観説的な立場を徹底し、③とは別に②や④を要件とすることに懐疑的な見解もある⁴⁴⁾。少なくとも、④は代理占有の

39) 鳩山秀夫「代理占有」『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、1955年）383頁。我妻・有泉・前掲注34）476頁。

40) 鳩山・前掲注39）393頁。

41) 末川博「代理占有論」『物権・親族・相続』（岩波書店、1970年）102頁、安永正昭『物権担保物権法（第2版）』（有斐閣、2014年）202頁。

42) 七戸・前掲注37）135頁。

43) 田中整爾『占有論の研究』（有斐閣、1975年）355頁。

44) 川島・川井・前掲注6）25頁〔稲本洋之助〕、内田貴『民法I〔第4版〕』（東京大学出版会、2008年）409頁。佐久間『民法の基礎2』（有斐閣、2006年）は、代理占有関係がある場合とは、占有代理人が本人のために物を保管する義務を負う場合であり、この義務を負いながら本人のために占有をしないということは矛盾であり、許されないとし、②を独立の要件とすることに批判的である。河上・前掲注34）も、④を不要と断定してよいか躊躇を示し、一応考慮要素として挙げながら、「間接占有関係の発生を正当化する法律関係が外形上存在したかどうかが決め手になる」とする。

成立要件ではないとするものが多い⁴⁵⁾。ここで仮に客観説の発想を徹底し、実質的には、①③のみを代理占有の成立要件と考える場合⁴⁶⁾、売買契約締結後も売主が目的物の所持を継続する事実があれば、①③両方とも充足され、売主は爾後所有者である買主のために目的物を占有することになるという理解を導きやすい。

もっとも、占有の意思という主観的要素を占有取得の要件として重視する立場からは、占有代理関係を支えるのは売買契約において表明されたものとは独立別個の占有移転に向けられた売主と買主の意思であると見るべきことになる。売渡担保（譲渡担保）契約によって外形上物件の授受がなくても、目的物を譲渡するとともに使用貸借によって引き続き設定者が目的物を使用するときは、占有改定の意思表示がされたものとし、動産物権変動の公示方法を備えるものとされるのはそのためである⁴⁷⁾。

3. 特定物売買における売主と買主との間の代理占有関係

特定物売買において所有権移転時期の特約がない場合、売買契約の締結により当然に売主と買主との間に代理占有が成立すると考えられるか。たしかに、所有権移転時期に関して、売買契約の締結と同時に売主から買主に観念的所有権が移転するという考え方が判例上確立されている⁴⁸⁾。しかし、物に対する事実的支配としての占有権と観念的所有権とは別個の法律関係であるから、目的物の所有権移転と連動して占有状態が当然に変化することにはならない。相続のような包括承継の場合は別として、売買のような特定承継の場面において、売主と買主との間で従前の占有状態に変化が生じるには、売買契約とは別個に占有移転を目的とする意思的な行為を必要とすると考えなければならない。売主が目的物の所持を続けながら買主に占有を取得させる方法としては、具体的には占有改定（183

45) 我妻・前掲注1) 477頁。

46) 星野英一『民法概論Ⅱ』（良書普及会、1976年）89、97頁は、占有改定に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おり、野村・前掲注6) 43頁もこれに理解を示す。

47) 東京地判昭和32・3・18新聞50号14頁。

48) 最判昭和33・6・20民集12巻10号1585頁。

条)が問題となり、売主一買主間の占有状態の変化は、占有改定に伴う代理占有関係の成立により惹起されると解すべきことになる。

この点に関して、民法典起草者の一人である富井政章は、次のように述べて、売主の自主占有が他主占有に転換するために占有改定の合意を必要とする⁴⁹⁾。

「自主占有ハ所有ノ意思ヲ放棄シ向後他人ノ物トシテ占有スル意思ヲ表示スルニ因リテ他主占有ニ変スルモノトス例ヘバ甲所有物ヲ乙ニ売却シ同時ニ賃借人トシテ其占有ヲ継続スル如シ是後ニ説明スベキ占有改定ノ場合ナリ (一八三条)。此場合ニ於テモ占有改定ノ結果トシテ占有ノ性質一変シ所有権ニ関シテハ甲ハ爾後乙ノ代理人トシテ占有物ヲ所持スベキガ故ニ所有名義ニ於ケル占有権ノ得喪ヲ来スコト勿論ナリトス。」

鳩山秀夫はさらに敷衍して、次のように述べる。

「而して之が為めには所謂代理人の所持が現在に於て本人の占有を為す権利の実現なることを要するものと言はざるべからず。故に例へば特定物の売買に於て売主が売買と同時に所有権を譲渡し爾後買主の為に物を保管すべき契約を為したるときは、其売主の占有は買主の占有を為すべき権利に基づくものといふべきが故に、買主は爾後代理占有を有するものと解し、之に反して売買と同時に所有権移転せず単に売主が売買契約に因りて物の引渡を為すべき債務を負担するに止まる場合には、上に述べた如く買主は未だ占有を取得せざるものと解するなり⁵⁰⁾。

つまり売主が目的物の引渡義務を負うことだけを根拠として、買主が占有を取得することにはならない。あくまでも目的物の保管を目的とする契約すなわち占有代理関係を成立させる旨の合意が売主と買主間に必要であることを示している。売買契約が成立すれば、当然に同時に占有改定があるという評価ができないことにつき、末川博も次のようにのべる⁵¹⁾。

49) 富井政章『訂正民法原論第二巻物権(復刻版)』(有斐閣、1985年)649頁。

50) 鳩山・前掲注39)391頁。

「…占有の改定があるというには、代理人の有していた占有権を本人たるべき譲受人に移転せしめようと欲することについての当事者双方の合意があることを要する。従って占有の改定は単にそれ自体として行われることなく、常に他の法律上の目的を達するためになされるのである。即ち一方では占有の改定に先立ってなされる——もしくは包括的に同時になされる——法律行為例えば売買・贈与のようなものがあって、それを原因（causa traditionis）として従来の占有者は本人たるべき者に物を引渡すべき義務を負うのであるが、さらに他方では、譲渡人もしくは譲受人またはその双方の利益のために物の所持をそのままにして置くべき別個の原因（causa detentionis）例えば賃貸借・寄託のようなものがあって、この原因のために譲渡人は引き続き物を所持するのである。このように占有の改定は二重の目的を達するために認められている制度であるが、この二の目的（原因）は改定による占有権の移転自体とは——債権契約と物権契約とがそうであるように——観念上無関係であって、この目的をなす法律関係が有効であることは占有の改定に必要な要件ではない。占有の改定それ自体としては代理占有の要件たる当事者の意思関係の発生と占有権移転の意思表示があれば足るのである。」

売買契約を締結したものの、代金が完済されておらず、所有権移転登記もされていない状態においては、目的物を所持する売主としては、引渡しの履行を代金支払まで拒絶することができるため、一切の占有移転行為をしない（対抗要件具備に協力しない）という選択の自由が認められねばならない（売主の占有意思への配慮）。特定物売買契約の締結時に当然に代理占有が成立するとすれば、引渡しがまったく未履行で、買主が何ら占有を取得しない状態を観念する余地がなくなる。少なくとも特定物である動産の譲渡に関しては、売買契約締結の意思表示と対抗要件具備が常に連動することになり、売主の意思と無関係に従来の占有状態が変更され、占有改定により譲渡の対抗要件が具備されることになる。これでは物権変動の原則として意思主義を採用したうえで（民176条）、占有改定を含む引渡しを動産譲渡の対抗要件とした⁵²⁾意味がなくなる。このような解釈は意

51) 末川・前掲注41) 129頁。

思主義から引渡主義への先祖返りを帰結する方向性を生み出しかねない。さらに民法534条に対する立法論的な批判は、少なくとも日本法において売買契約締結と同時に買主が当然に目的物の（間接）占有を取得するとは考えられていなかったことの証左ではないだろうか。

以上の検討をまとめると、次のとおりである。代理占有の成立要件として、占有代理人の意思的要素を実質的に顧慮しない立場（客観説）によると、特定物売買において、所有権移転時期の特約がない場合、所有権が契約締結時に買主に移転すると同時に、別段の何らの売主の行為もなしに、買主との間に代理占有が成立するという考え方が導かれうる。しかし、このような解釈は民法体系との整合性に問題を残す。占有状態の変更に向けられた売主の意思を尊重し、代金を支払わない買主に対して、自己の財産権移転義務の一部の履行を拒絶し、同時履行の抗弁権の行使として第三者対抗要件を具備させないという選択肢が売主に残されていなければならない。売買契約とは別個の売主の占有移転行為を待ってはじめて他主占有への転換が認められると考えるべきである。

V 結語

本稿では、売買契約締結後引き続き目的物を所持する売主の占有の性質という周縁的な問題にスポットをあて、自主占有と他主占有、代理占有の成立要件、占有権原等の基本概念の意義を確認した。そのうえで、所有の意思の有無の判定に関して積み重ねられた判例準則の理論的正当化の道を模索しながら、残された未解明の問題を検討する際の一つの筋道を提示した。

第一に、冒頭で示したとおり、権原の客観的性質にしたがって占有の性質を決定するという命題が妥当する射程を適切に画定する必要があることを明らかにした。売買契約締結後も売主が目的物の所持を買主に移転せず、自己のもとにとどめる場合の売主の占有の性質判定の場面でこの命題は有用とはいえない。ちょう

52) 大判明治43・2・25日民録16輯153頁。

ど民法 185 条が定める場面と逆に自主占有が他主占有に転換するのはどのような場合かという観点から制定法の欠缺を補充する解釈が要求されている。その点では、Ⅲで検討した農地売買における許可未了事例における買主の占有の性質の問題も同様の問題を抱えている。権原の性質による画一的割り振りではなく、代金支払や現実の引渡しの有無といった個別的な占有事情を考慮して占有の性質決定ないしは性質変更を考える必要がある。

具体的には、少なくとも占有改定の合意による新たな他主占有権原または売主から買主に対する自主占有喪失の表示に伴う性質変更が認められるかどうかを分水嶺となると考える。占有取得に意思の要素を必要とする現行法の立場を尊重すると、外形上売買契約の履行としての引渡請求権が買主に帰属するだけでは足りず、売主一買主間で売主が占有代理人として本人である買主のために占有する意思を有することが表示という形で客観化されることが必要である。

第二に、仮に判例・通説のように、権原を広くとらえ、本問題を権原の客観的性質の枠内に位置付ける場合（そのような解釈論も理論上は一応可能である）、次に、売買契約に無効原因があった場合の処理が問題として残っている。この点に関して、下級審裁判例の立場には、権原にたとえ無効原因があっても、売買の場合も権原の性質で買主の占有も売主の占有も一義的に決まるとする立場と、権原に無効原因がある場合は権原の客観的性質から占有の性質を形式的に判断することはできず、個別事例における占有事情に基づく判断をするほかないとする二つの流れが認められる。最判昭和 58・3・24 がいう「他主占有権原」と「他主占有事情」との関係性について準則を運用してゆく際の不明確な点が残されていることも明らかになった。

第三に、売買に基づく権原が何を指すのかについて、一般的には、債権契約としての売買契約であると考えられている。しかし、この点に関して、特定物売買における所有権移転時期に関する準則の再検討（特に物権行為の独自性説の再評価）の可能性まで視野にいれると、占有取得の原因を売買契約の締結以外の行為に求めることも可能となる。このように、より大局的な見地から売買契約による所有権移転に関する基礎理論を見直すことによって、権原の捉え方が変わるとすれば、さらに別の展開もありうることになる。