HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	消滅時効制度の根拠と中断の範囲（１）
Author(s)	松久, 三四彦
Citation	北大法学論集, 31(1), 237-284
Issue Date	1980-08-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16308
Type	departmental bulletin paper
File Information	31(1)_p237-284.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

消滅時効制度の根拠と中断の範囲（一）

松久三四彦

目次

はじめに
第一章　消滅時効制度の根拠
　第一節　我が国の立法過程と学説の推移
　　一　旧民法における時効法の構成とボアソナードの時効観
　　二　旧民法の時効法に対する批判と現行時効法に至るまで
　　三　その後の学説
　第二節　外国の制度と学説
　　一　フランス
　　二　西ドイツ
　　三　スイス
　第三節　従来の学説の検討
　　一　学説検討の視点
　　二　実体法説の検討
　　三　訴訟法（法定証拠）説の検討
　　四　私見　（以上本号）
第二章　消滅時効中断の範囲
まとめ

はじめに

法制度は、すべて、ある目的を達成するための要具として存在する。それでは、時効制度の達成せんとした目的は何か。そしてこの目的を正当化するところの実質的理由、即ち時効制度の根拠は何か。過去、幾多の学者が時効制度の根拠を解明せんとするも、そこにて得られた一応の成果は、常にあらたな学説の批判の対象とされ、収束することなき時効学説史を形成してきたかの観がある。時効制度は多様な法の要請の接点にあるがため、この問題に対する解答を容易に明らかとはしない。本稿は第一章において、かかる学説の混沌とした状況のゆえに、いまいちど従来の成果をふまえ、学説の検討を通して、この問題に対する筆者の見解を明らかにする。ここでは、我が国の時効制度の根拠をさぐる手がかりとして、先ず第一節で、我が国の立法過程と学説の推移を把握し、さらに第二節で、解答の示唆を外国の制度と学説にもとめ、最後に第三節で、これらの学説の検討を通して私見を明らかにする。

ところで、時効制度の根拠の探究は、単に理論的問題として残されているからというのではなく、いわば時効の各論的問題を解明するという実際的要請のためでもある。従って、時効制度の根拠につき私見とするところから、各論的問題がどのように解釈されるかということがあらたな課題となる。これに対しては、第二章において、とりあえず、現在もっとも重要な各論的問題の一つと思われる時効中断の範囲の問題を検討することとする。ここでは、第一章の結論をうけて、第一節において中断の基準を明らかにし、第二節では、この基準にてらし、判例とは結論を異にすることとなる若干の、しかし重要な事案につき検討する。

なお、本稿では、時効制度の根拠を探究するに、消滅時効のみを対象とする。取得時効制度と消滅時効制度とは、異別の根拠に基づくものではないかとの憶測から、また議論の集中を図るとともに、近時、両制度は別個に考察される傾向にあると思われるから、である。

第一章　消滅時効制度の根拠

第一節　我が国の立法過程と学説の推移

現行民法の時効制度は、直接にはボアソナード(1)の起草にかかり明治二十三年公布された旧民法証拠編第二部の修正である。さらに遡っては明治初年の大陸法継受以降わが国の制度史的変遷のう

ちに推移成長してきた時効法理の一応の決算的表現として、明治二十九年四月二十七日法律第八十九号として公布され、同三十一年七月十六日より勅令第百二十三号を以て施行された民法第一編総則第六章の諸規定をその主要な法源とする。従って、ここでは考察の対象時を旧民法時まで遡り、以後現在までの学説を検討する。(2)

一　旧民法における時効法の構成とボアソナードの時効観

旧民法証拠編第二部時効は、第一章・時効の性質及び適用の冒頭で以下のように時効を定義する。

第八十九条　時効ハ時ノ効力ト法律ニ定メタル其他ノ条件トヲ以テスル取得又ハ免責ノ法律上ノ推定ナリ但動産ノ瞬間時効ニ関スル第百四十四条以下ノ規定ヲ妨ケス。

かように、時効を以て権利得喪の原因ではなく推定であるという、所謂推定説が旧民法の規定に採用されたのであるが、その間の事情をボアソナードは次のように説明している。

推定説「ニ関スル吾人ノ確信ハ決シテ今日ニ始マルニ非ス且動ス可カラスト雖モ（物権ノ部緒言第七十五号人権之部第七百三十四号第七百六十九号）然レトモ日本法律中ニ之ヲ行ハシムルニハ多少躊躇シタリ（イ）如何トナレハ仏国其他ノ国ニ於テ有力ナル諸学者カ時効ヲ以テ単ニ一個ノ推定トスルヲ是認セサルカ故ナリ此等ノ学者ハ時効ヲ以テ所有権ヲ取得シ義務ヲ免ルヽノ直接方法ナリトシ而シテ其説ノ助トシテ仏国民法ノ三個条ヲ援引セリ（第七百十二条、第千二百三十四条、及ヒ第二千二百十九条）然レトモ吾人ハ遂ニ吾人ノ所説ハ委員諸君ノ賛成ヲ得タルコトヲ知リ遂ニ之ヲ草案中ニ行フニ至レリ」(3)

このことから、当時においてもフランスその他の国において、時効を以て権利得喪の原因と解する学説との争いがあり、ボアソナードはそれを十分承知の上で強力に推定説を主張したことが窺える。ボアソナードによれば「或ル期間即チ占有若クハ債権者ノ無所為ノ或ル時間ニ付スルニ第一ノ場合ニ於テハ所有権ノ取得第二ノ場合ニ於テハ債務者免責ノ効ヲ以テスルハ実ニ公義ニ戻リ道理ニ反スル――(4)」のである。即ち、彼の推定説は「公義と道理」(l'équité et la raison)に根拠が求められているといえよう。(5)しかし、ここに推定というも、反証を許さぬ推定であったということが注意されねばならない。(6)

(1) 明治政府の法律顧問ボアソナード(Emile Gustave Boissonade de Fontarabie 1825-1910)の生涯と業績については、大久保泰甫『日本近代法の父　ボワソナアド』(岩波新書昭和五二年)参照。

(2) 明治三一年に現行民法典が施行されるまでの間、現実に施行を見た唯一の実定成文時効法規である。明治六年太政官布告第三六二号出訴期限規則については、内池慶四郎『出訴期限規則略史—明治時効法の一系譜—』(昭和四三年)参照。

明治六年一一月五日に出訴期限規則が制定されてより後、これに代るべき時効法の実施は、明治民法の施行にまでまたなければならなかったが、その間に、民法典の一部としての時効法とは別に、単行法としての時効立法の試みとして、国学院大学図書館梧陰文庫・井上毅文書中に収められている一草稿「期満得免法則」全五章四六ヶ条が、内池・前掲書二八九頁以下に覆刻紹介されている。「期満得免法則」の時効観を知るために、その定義規定を以下に記す。

第一条　期満得免トハ此法則ニ定メタル所ニ循ヒ定期ノ時効ノ経過スルニ因リ物件ノ所有ヲ得又ハ義務ヲ免ルルヲ云フ

第二条　期満得免ハ之ヲ分ツテ二種トス一ハ期満所得一ハ期満免除是レナリ

第三条　期満所得トハ定期間物件ヲ保有スルニ因リ所有ヲ得ルヲ云フ

第四条　期満免除トハ定期間権利者ノ其権ヲ行ハサルニ因リ義務者ノ其義務ヲ免ルヽヲ云フ

右規定によれば、今日いうところの消滅時効を期満免除と称し、期満免除を以て権利消滅の推定とするのではなく、権利の消滅とする構成を採用しているということが法理上注目されよう。ちなみに、内池教授によれば「明治民法の時効立法に先駆する独自な内容(…推定説の不採用)すら認められるものであって、旧民法を経て明治民法に至る時効立法史上の重要な一段階を画するもの」と評されている(三〇〇頁)。

(3) ボアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釈・第五編証拠及ヒ時効・五〇八頁以下。

(4) 同書・五一一頁以下。

(5) 内池・前掲書二二三頁以下参照。なお、ボアソナードの推定論は、特に時効援用と重要な連絡を持つものであるが、その点については、内池「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』(昭和五二年)八〇四頁以下に詳しい。

(6) 旧民法の時効は「法律上ノ推定」(証拠編八九条)であり、この推定は一定の場合でないと反証が許されない(同編九〇条)。ここに一定の場合とは、「時効ヲ援用スル当時併セテ正当ノ取得又ハ免責ナキコトヲ追認スル」場合(同編九六条二項)と、短期消滅時効につき「現実ニ弁済セサリシコトヲ自白シタル」場合(同編一六一条)である。

二　旧民法の時効法に対する批判と現行時効法に至るまで

明治民法成立前において旧民法の時効法理に批判的態度をとる代表的論者として岡松参太郎の説[1]を以下に掲げる。彼は推定説を次のように批判する。

推定「説ハ時効ナル制度ノ根本ノ理由ト時効ナル制度其物トヲ混同スルモノナリ―成程時効ナル制度ハ既ニ述ヘタル如ク其根拠ノ一ハ当事者ノ意思ノ解釈ニ在リ即チ他人ノ所有物ヲ永ク占有セル者ニ所有権ヲ与フルハ恐クハ最初正当ナル原因ニ依リテ占有シタルモノナリトノ推測ヲ下スニ在リテ此推測タル取得時効ノ基本ノ一ナリ又永ク履行ノ請求ヲ受ケサル義務者ヲシテ免責ヲ得セシムルノ権利者ハ既ニ弁済ヲ受ケヌハ権利ヲ抛棄シタルモノナリトノ推測ヲ下スモノニシテ此推測タル消滅時効ノ基本ノ一タリ斯ノ如ク時効ノ基本ハ法律ノ推測ニ基クト雖モ時効制其物ハ決シテ推定ニ非ス若シ時効ニシテ推定ナリトスルトキハ之レニ対スル反証ヲ提出スルコトヲ許サヽル可カラス又反証アルトキハ時効ノ効果ハ直チニ打破セラレサル可カラス〔――〕消滅時効ニ付テ看ルニ普魯西民法ニ於テハ凡テノ場合ニ消滅時効ニ対シ反証ヲ挙クルコトヲ許セリ（同国民法第五百六十八条及第五百六十九条）又仏蘭西法（同国民法第二千二百七十五条）並ニ和蘭民法（同国民法二千〇〇十条）等ニ於テハ債務ハ実際弁済セラレタルカ債務者ハ最早債務ヲ不履行ニ置カサルカヲ知ル為メニ時効ヲ援用スル者ニ対シ裁判上ノ宣誓ヲ求ムルコトヲ許セリ去レハ此等ノ法律タル単ニ法定ノ要件ト時効ノ援用トノ二条件ヲ具備スルモ直チニ義務ヲ免除スルモノニ非ス只タ之ヲ推定スルニ止マリ且ツ其推定ハ打破シ能ハサルモノニ非サルコトヲ示スモノヽ如シ惟フニ普魯西民法ノ如キハ消滅時効ヲ以テ推定ナリト認メタル結果ナル可シト雖モ然レトモ近世諸国ノ法典ニ於テハ決シテ消滅時効ニ対シテ反証ヲ許スコトナシ且ツ義務ハ未タ消滅セサルコトヲ陳述スル場合ニ於テモ尚ホ時効ヲ対抗スルコトヲ許スモノナリ夫ノ英国法ニ於テモ学者間ニ在リテハ之ヲ以テ法律上ノ推定ト為スモノナキニ非スト雖モ法律ハ取得時効ノ場合ト異ナリ全然反証ヲ許スコトナシ且ツ又前ニ挙ケタル仏、和ノ法律ニ於テモ唯タ裁判上ノ宣誓ヲ求メ得ルニ止マリ若シ反対当事者之ヲ求メサルトキハ縦令債務ノ消滅セサルコトヲ自白シタル場合ニ於テモ法文上時効ノ効果ヲ生スルニ妨ケナキモノヽ如シ消滅時効ノ推定ニ非サルコト復タ疑ヒナカル可シ」(2)

かように旧民法の時効法理に対しては、反証を許さぬ推定という法律構成を鋭く批判し、時効とは「法律カ時間ノ経過ヲ条件トシテ権利ヲ付与シ若クハ之ヲ剝奪スルモノ」(3)であるとして、その論拠を次のように説く。

「法律ノ権力ハ造大無辺ナリ求メテ得サル物ナシ或ハ悪事タリ或ハ善事タリト雖モ法律ノ命スル所ハ之ヲ争フコトヲ得ス英ノ法

家曽テ云ヘルアリ法律ハ女ヲシテ男ナラシムル外凡テノ事ヲ為シ得ヘシト真ニ至言ト云フ可シ去レハ法律カ時間ノ経過ニ権利ノ取得若クハ其喪失ノ効果ヲ与フルモ何ノ不可ナル所アランヤ権利ハ法律ノ創定物タリ之ヲ与フルモ将タ之ヲ奪フモ素ヨリ其自由トスル所ナリ論者曰ク時間ハ権利ヲ創定シ若クハ之ヲ喪失セシメ得ヘキモノニ非スト真ニ然リ時間ハ素ヨリ権利ヲ取得シ若クハ喪失スルモノニ非サルハ論ナシ然レトモ時間ノ経過ニ依リ権利ヲ取得シ若クハ喪失スルハ時間其者ノ効力ニ非スシテ法律ノ権力タリ即チ法律カ時間ノ経過ヲ条件トシテ権利ヲ附与シ若クハ之ヲ剝奪スルモノニシテ宛ノ出生ナル事実ニ権利取得ノ効果ヲ与ヘ死亡ナル事実ニ権利喪失ノ効果ヲ与フルト異ナルコトナシ之レ時効ハ法律ノ権力ニ由ルト云フ所以ナリ」(4)

彼の時効観は、旧民法における時効規定の解釈論としてではなく、いわば立法論として展開されていると解される。しかし、ここに立法論というも、時効の効果は権利の得喪たるべしというにとどまり、かような法律効果をもった法制度が認められる根拠としては、単に法は何事も定め得ると説くにすぎぬ(5)のであるから、彼にあっては、権利得喪の効果をもつ時効制度の根拠につきなんら論証なしといわざるを得ない。しかし、その時効観は来たるべき明治民法の新たなる時効法理に接続するものとして興味深い。かような経緯のなかで、ボアソナード的推定論を骨子とする旧時効法排斥の趣旨を、民法修正案理由書は次のように伝える。

「既成法典ハ時効ヲ以テ証拠ノ一種ト為シ之ヲ証拠編ノ終ニ規定セリ是レ蓋シ時効ヲ法律上ノ推定トシ法律上ノ推定ヲ一ノ証拠トシタルニ因レルナリ反証ヲ許ササル法律上ノ推定ヲ証拠ナリト云フコト既ニ不穏当ナリ且又時効ヲ法律上ノ推定ナリトスル説ニ至リテモ未タ其正鵠ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス占有者ノ善意ナルト悪意ナルトニヨリテ取得時効ノ年数ヲ異ニスルノ一事ヲ見テモ時効ノ決シテ法律上ノ推定ニアラサルコトヲ知ルニ足ル之ヲ沿革ニ徴スルモ羅馬ノ「ウズカピオ」Usucapio ハ法定ノ取得方法ニシテ「テオドシュス」第二世ノ制定シタル三十年ノ時効ハ訴権ノ消滅方法ナリシコトハ疑ヲ容サル所ナルヲ以テ本案ハ之ニ倣ヒ既成法典ノ主義ヲ変シ時効ヲ以テ権利ノ取得及ヒ消滅ノ方法ト認メタリ」(6)

ここに、明治民法の編纂にあたり、時効を権利変動の原因として構成する立場が表明されたといってよかろう。以下には、現行時効法に対する学説の原点ともいうべき起草委員(7)の見解を示すこととする。

(ア) 梅謙次郎の見解

法典調査会議事速記録第四巻一四六丁以下によれば、梅謙次郎は時効の章、冒頭で次のように説明している。

「此既成法典ニハ時効ト云フモノハ御承知ノ通リ証拠ノ一ノ種類トシテアリマシテ従テ証拠編ニ規定シテアリマス、其然ル所以ハ時効ト云フモノヲバ一ノ法律上ノ推定トシテ而シテ其法律上ノ推定ト云フモノハ一ノ証拠テアルト云フ説ヲ採ッタモノテアル、ケレドモ一体此所謂法律上ノ推定ノ反証ヲ許サナイモノハ之ヲ推定ト見ルト云フコトハ果シテ穏カテアルカ何ウカ吾々ハ大ニ疑ウノデアリマス加之ナラス一体此時効ト云フモノヲバ法律上ノ推定トスルト云フコトハ何ウ考ヘテ見テモ穏カナル説トハ思ヒマセヌ、之ハ中々大キナ問題テアリマスカラ今此処テ委シイ議論ヲスル積リテハアリマセヌケレドモ、例ヘハ取得時効抔テ善意ノ占有者ト悪意ノ占有者トヲ区別スルニ至ッテハ何ウシテモ法律上ノ推定トシテハ説明スレコトカ出来マセヌ、草案ノ理由書ニハ外ノ点ニハ夫々弁解ガ与ヘテアリマスケレドモ此一点丈ケハ弁解ガアリマセヌ、斯クノ如ク時効ト云フモノハ理屈カラ考ヘテ見テモ法律上ノ推定トシテハ無理テアラフト思ヒマス、又沿革上カラ考ヘテ見テモ〔……〕法律上ノ推定ト云フモノテモナシ〔……〕夫レテ時効ト云フ一ノ法律上ノ結果テ其結果ニ依テ権利ヲ得又ハ失フト云ッタ方カ宜カラウト思ヒマスカラ本案ニ於テハ証拠ト云フ説ハ採リマセヌ」

即ち、ここで梅博士は、時効の法律効果とは何かを中心として論を進めているのであり、その結論を博士の著書より取り出せば、「時効トハ時ノ経過ニ因ル権利ノ取得又ハ消滅ヲ云フ」[8]のである。そして、かような法律効果をもつ法制度としての時効の根拠を次のように説く。

「時効ハ公益ノ為メニ設ケタルモノニシテ権利ノ永ク不確定ノ景状ニ在ルハ大ニ取引ノ安全ヲ害シ社会ノ経済ニ影響スル所尠カラ〔ス〕而シテ権利者ハ自己ノ権利ヲ等閑ニ付シ敢テ法律ノ保護ヲ願ハサル者ナルカ故ニ之ヲシテテ其権利ヲ失ハシムルモ未タ必スシモ厳酷ニ失スルモノト謂ヘカラス況ヤ狡猾ノ徒ハ已レ既ニ其権利ヲ失フモ偶相手方ニ其証拠ナキヲ奇貨トシ古証文ヲ利用シテ不正ノ奇利ヲ博セント謀ルコトナキヲ保セサルニ於テヲヤ此ノ如クンハ人人各種ノ受取証其他ノ証書ヲ永久ニ保存セサルコトヲ得サルニ至ルヘシ是レ豈ニ実際ニ行ハルヘキ所ナランヤ立法者ハ此ニ見ル所アリテ時効ノ制ヲ設ケ若干ノ歳月ヲ経ルマテ其権利ヲ行使スルコトヲ怠ル者ハ為メニ其権利ヲ失フヘキモノトシ以テ一ニ

ハ怠慢ナル権利者ヲ戒メ一ニハ狡猾者流ヲシテ其黠策ヲ逞ウスルコトヲ得サラシメンコトヲ欲セシナリ」[9]

このように、梅博士によれば時効は公益のための制度であり、公益の内容としては①取引の安全と②債務消滅に関する立証の困難の救済が考えられていたように解される。そして①に権利喪失の理由を求めるのであるが、消滅時効の効果は実体上の権利消滅であるとする博士の立場と②はどのような関係に立つものであろうか。この点につき十分な説明がなされているとはいい難い。旧民法の時効観を排斥した起草者にしてなお推定説の残滓を窺わせ、以後の解釈が多岐に分れることをうらなうものといえよう。

(イ) 富井政章の見解

明治民法の総則中、時効の章は梅博士の起草にかかるものと推測されるが[10]、同じく起草委員の一人である富井政章は明治民法の時効立法を批判して次のように述べる。

「時効ハ純然タル権利得喪の原因ナルコトハ我民法ノ解釈トシテハ殆ト疑ナキ所ナルヘシ然ルニ此観念タルヤ消滅時効ニ関シテハ古来ノ通念ニ背馳シ権利消滅ノ方法ト為シタルコトハ正当ナラサル如シ今沿革ニ徴スルニ消滅時効ハ其起原タル羅馬テオドズ二世ノ時ヨリ訴権ニ対スル抗弁方法ト見タルコト疑ヲ存セス（ボチェ六七六節）現行仏民法ノ解釈トシテモ此見解ハ尚一般ニ勢力ヲ有スルモノタリ（仏二二六二条、プラニオル二巻六九〇節、ボードリー三巻一五八一節）故ニ時効ハ完成ノ一事ヲ以テ其効力ヲ生セス当事者カ之ヲ援用スルコトヲ以テ其要件ト為セリ（プラニオル二巻六八五節、ボードリー三巻一五九二節）英国法に於テモ債権ノ消滅時効ハ単純ナル抗弁権ヲ生スルモノナルコト疑ナキカ如シ（レール八二二節）殊ニ独逸民法ニハ此観念ヲ明ニシ時効ハ請求権（Anspruch）ニ対スル抗弁ヲ作ルモノト為セリ（独一九四条一項、二二二条一項、同一草一八二条一項）即チ時効ハ其完成ニ因リテ権利ノ効力ヲ滅殺スト雖モ直接ニ之ヲ消滅セシムルモノニ非ス時効ヲ援用スルニ依リ始メテ此効果ヲ生スルモノト為スナリ蓋時効ノ本旨ハ正当ノ権利ヲ剝奪スルニ在ラス唯永続セル不行使ノ事実ト相容レサル請求権ニ対シ敢テ本案ニ進入セスシテ自ラ防禦スル保護手段ヲ与フルニ在リ即チ時効其モノハ目的ニ非スシテ目的ニ達スル方便ト見ルヘキナリ（独一草理由書一編七章総説四頁）此観念ヲ採レル結果トシテ我民法第百四十五条ノ如キ規定ハ不必要トシテ之ヲ置カス又時効ノ完成後ニ為シタル履行、承認又ハ担保ノ供与ノ如キモ時効ノ放棄トスルコトヲ須キスシテ有効ナルコト言ヲ俟タス加之其完成シタルコトヲ知ラスシテ之ヲ為シタル場

合ニ於テモ其効力アルモノトセリ（独二二二条二項）」[11]

即ち、富井博士によれば、明治民法の採用した権利得喪原因としての時効もまた、消滅時効については古来の通念に反し正当とは認め難いとして、立法論としてはドイツ民法に倣う抗弁権としての時効構成を推しつつも、「上記ノ見解ハ消滅時効ノ性質、目的、及ヒ沿革上最モ正鵠ヲ得タルモノナルコトヲ信スト雖モ我民法ノ解釈トシテハ之ヲ採用スルコト困難ナルヘシ即チ民法第百六十七条以下ニ債権其他財産権ハ一定ノ年間之ヲ行使セサルニ因リテ消滅スト曰ヒ時効ハ援用ヲ俟タス完成ノ一事ヲ以テ権利消滅ノ効果ヲ生スルモノトシタルカ如シ」[12]と続け、結局、明治民法の解釈としてはその明文に拘束されて止むを得ず、権利消滅原因としての時効を承認せざるを得ないというのである。そして、時効制度の根拠については次のように説く。「時効ノ制度ハ永続セル事実上ノ状態ヲ保全スルノ必要ニ其根拠ヲ置クモノナリ即チ永年間平穏ニ他人ノ物ヲ占有スルモノハ其所有権ヲ取得スルモノト為シ又権利ヲ行使スルコトヲ怠リタル者ハ其権利ヲ主張スルコトヲ得サルモノト為スハ法律生活ノ安固ヲ保障スルニ欠クヘカラサル要件ナリ」[13]。即ち、時効は法律生活の安全を確保する要具であり、消滅時効においては、権利者といえども権利行使を怠ることによりその権利を主張し得なくなるというのである。しかし、消滅時効による法律生活の安全とは「債務ヲ弁済シタル者ハ永久ニ受取証書ヲ保存スルノ煩累ヲ免ルル」ことにあるとし、「時効ハ時トシテ〔……〕悪意ノ債務者ヲ保護スル結果ヲ生スルコトアルヲ免レス故ニ或一部ノ学者（ベッカリア、ベンザム、アコラス等）ハ痛ク此制度ヲ非難シ法律上ノ奪掠ニ外ナラストセリ然リト雖モ是立法ノ目的ヲ達スル為メニ避クヘカラサル結果ニシテ法律生活ノ安全ヲ保持スルニハ怠慢者ノ利害ヲ顧慮スルニ遑アラサルナリ」[14]と述べるにいたり、権利者といえども権利行使を許さないということによって法律生活の安全を目指すのか、それとも、旧権利者の、権利者をよそおった権利主張を封ずることによって法律生活の安全を目指そうというのか、博士の叙述はその前後において一貫しないものがあるように思われる。要するに、富井博士にあっては消滅時効の効果はドイツ法の構成を推し明治民法の構成を潔しとせずも、解釈論としては明文上権利消滅原因であること止むなしとしつつ、消滅時効の根拠として説くところは前述梅博士のそれと差はなく、従って梅博士に対するのと同じ批判が妥当しよう。

（1）岡松参太郎述『時効法』田中文蔵編（東京法学院二八年級講義録）三四頁以下。

(2) 岡松・前掲書四九頁以下。
(3) 岡松・前掲書三四頁。
(4) 岡松・前掲書三四頁。
(5) もっとも、「社会の公益」という点も挙げてはいるが、具体的叙述はない（岡松・前掲書三四頁参照）。
(6) 民法修正案理由書・第一編第六章一頁。
(7) 福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書—「法典調査会穂積陳重博士関係文書」の解説・目録および資料—』（昭和三一年）五三頁の、民法原案起草分担表によれば、第六章時効のA欄（第九議会衆議院民法中修正案委員会における説明担任者を起草者とみなして、平野義太郎氏が作成された表を仁井田博士が確認されたもの）及びD欄（法典調査会議事速記録における各編章節款の冒頭説明担任者）に梅と記されていることから、梅博士が時効の主たる起草者であったろうことが推測される。なお、内池『出訴期限規則略史』二五七頁注(4)参照。
(8) 梅謙次郎『民法要義巻之一総則篇』（訂正増補第四版 明治三〇年）三二〇頁。
(9) 梅・前掲書三二一—二頁。
(10) 注(7)参照。
(11) 富井政章『民法原論第一巻総論下』（明治三七年）五四五—六頁。富井博士はまた、旧民法証拠編の時効規定についても批判的であったことにつき、『民法論綱人権之部下巻』（明治二三年）三八三頁、及び前掲『民法原論第一巻総論下』五四四—五頁参照。
(12) 富井・前掲『民法原論第一巻総論下』五四七頁。
(13) 富井・前掲書五四〇頁。
(14) 富井・前掲書五四一頁。

三　その後の学説

時効制度は何のために存するか。学説がこの問に答えて時効制度の根拠として挙示するところは、周知のように、主として以下の三点に帰着する。即ち、(A)継続した事実状態の維持による社会秩序の安定、(B)過去の権利関係に関する立証あるいは採証の困難からの救済、(C)権利の上に眠る者を保護せず　の三点が挙げられる。しかし、それらはすべて、先に詳述した明治民法起草、制定過程における論議の中に胚胎するものであることが理解されよう。そして学説は大別して次のような見解に分れている。①取得時効制度の根拠と消滅時効制度のそれとを区別することなく、時効制度の根本的根拠として(A)をあげ、(B)・(C)をその第二次的根拠とする説[1]、②取得時効制度の根拠と消滅時効制度のそれとを区別し、前者にあっては「権利の上に眠る形式的権利者よりも権利の客体について厚い実質的利害関係を持つ者を保護しようとすること」がその根本的根拠であり、(B)が第二次的根拠であるとし、後

者にあっては(B)が根本的根拠であり、(C)が第二次的根拠であるとする説、[2]③取得時効制度の根拠と消滅時効制度のそれとを区別することなく、両制度に共通の根拠を(B)に求める説、[3]④取得時効制度、消滅時効制度の根拠をいずれも採証上の理由に求めながらも両制度を区別し、取得時効制度の目的は、「主として、きわめて困難な所有権の証明（しばしば「悪魔の証明」probatio diabolica と呼ばれる）に代えて、一定期間の占有等の事実を所有権の権原の法定証拠とする」という点に求められるのに対して、消滅時効制度の目的は(B)に求められるとする説。[4]

ここで、考察の対象を消滅時効に限定すると、その根拠についての見解は、すでに述べたところから明らかなように、(a)第一次的根拠を継続した事実状態の維持による社会秩序の安定という点に求め、これに第二次的根拠を付加する説、(b)第一次的根拠を過去の権利関係に関する立証あるいは採証の困難からの救済に求め、これに第二次的根拠として「権利の上に眠る者は保護に値しない」という考えを付加する説、(c)過去の権利関係に関する立証あるいは採証の困難からの救済に求める説、に分れることになる。

(a)説は、社会秩序の維持を根拠として時効に実体法上の効果を認めているが、これでは時効の援用及び時効利益の放棄の規定等を十分説明しえないところから、時効制度の根拠を採証理由のみにもとめて、時効制度全体を訴訟法則に関する制度として一貫的に理解しようとするのが(c)説（いわゆる訴訟法説―法定証拠説）である。従って、大体において、(a)・(b)・(c)の順に従って、順次前の学説に対する批判の上に立って後の学説が建てられているといえよう。

実体法説に対して、法定証拠説からは以下のように反論する。即ち、社会秩序維持の理由は取得時効のみを眼中に置くものであり、又この立場においては社会秩序という公益をその根拠としながら時効の援用・放棄・中断等の点については全く占有者対所有者、債権者対債務者と云う個別的相対的関係のみが問題とされ公益は無視されている。[5]また時効完成後に時効の完成を知らないでなした承認又は弁済の有効性を説明するについては、確定効果説及び解除条件説からは説明不可能であり、停止条件説といえども十分ではない。つまり時効による権利得喪の効果は停止されているとしても、当事者の援用又は放棄の意思表示の効力として時効の効果が確定するものとすれば、時効完成を知らずしてなされた承認又は弁済の有効性を単純に説明することはできない。[6]このよ

うな批判から法定証拠説は建てられており、時効制度の根拠を採証理由のみで一元的に理解しようとするので、その理論が一貫性をもつところに強みがある。[7] しかし、この見解に対しても多くの批判が加えられている。主たるものは次のとおりである。[8]

第一に、民法における法律構成という見地からは、文理上も（民一六二条、一六七条―一七四条）、起草者の意思からも、消滅時効が権利の消滅原因となっていることは否定しようがなく、ために法定証拠説の立場からは、民法の起草者は誤謬をおかしたものであり、規定の文理に捉われることなく解釈しなければならないと論ずることとなる。[9] しかし、解釈は、先ず文理から出発すべきものであり、あえて文言に反する解釈をするには十分な根拠を必要とするが、その説明がなお十分でない。

第二に、法定証拠説は「援用」を弁論主義のもとでの自明の理を規定したものだとするが、[10] なぜ民法がこの自明の理を時効についてだけ特にわざわざ規定しているのかという疑問に答えていない。

第三に、法定証拠説には、時効中断事由を、より強い証拠力を持つ反対証拠と構成するものがあるが、[11] 債務者の単純な承認（民一五六条）がどうしてより強い証拠力を有するのか、十分な説明がない。

第四に、我が民事訴訟法は、証拠に関しほぼ完全に近い自由心証主義をとっているのであり、訴訟法のこの原則との関係で、時効だけが法定証拠[12]であることの特別の説明がなされていない。

また、「権利の上に眠る者は保護に値しない」[13]という根拠については、権利者の権利不行使が時効の効果を根拠づけ得るには、単なる権利不行使という事実があるだけでは足らず、権利者の不作為としてその責任を問い得る場合でなければならない[14]、と批判されている。つまり、権利者が権利の存在を知らずとも時効が進行、完成する点や、権利者側で権利行使に出られない事情が常に必ずしも中断あるいは停止の事由とされるものではない点を考慮すると、行為責任として権利消滅という時効の効果を根拠づけることは無理であるというのである。

なお近時、星野教授は、かような従来の学説を検討し厖大な量の判決例の分析を通して、消滅時効制度は、原則としては弁済者の二重弁済を避けさせるための制度である[15]と主張され、その後の学説に大きな影響を与えているように思われる。

右にみてきた各学説は、それ以前の説に対する鋭い批判から建てられているので、各学説に対する個別的な検討は殆どその必要

をみないといってよかろう。従って、従来の学説に対する検討は最近、訴訟法説の立場から詳細に論じられる星野説[16]を主たる対象として一括的にするのが便宜と考えるが、先ずその前提作業として、我が法の解釈の参考とすべく、外国において消滅時効制度の根拠がどのように論ぜられているかをみることにする[17]。

(1) 鳩山秀夫『日本民法総論』(増訂改版昭和五年) 五八七頁、我妻栄『新訂民法総則』(昭和四〇年) 四三一—二頁。

(2) 舟橋諄一『民法総則』(弘文堂・法律学講座〈昭和二七年〉所収) 一六七頁以下。

(3) 吾妻光俊「私法に於ける時効制度の意義」法学協会雑誌四八巻二号三一頁以下、同・『民法総則』(昭和二九年) 二〇〇頁、山中康雄「時効制度の本質」ジュリスト八号二頁以下、同・『民法〔総論・総則・家族・相続〕』(昭和五三年) 一二二頁、中島弘道「時効制度の存在理由と構造」法学新報六四巻四号二頁以下。

(4) 川島武宜『民法講義第一巻序説』(昭和二六年) 六七頁。

(5) 吾妻・前掲論文一八一頁。なお、この批判に対し内池教授は、消滅時効においても一般第三者保護なる理由が成り立つとして、「連帯債務者、保証人、連帯保証人、物上保証人、抵当不動産の第三取得者、僭称相続人より相続財産を譲受けた者はいずれも特定の債権を中心として法律関係を形成するもので、これらの者に対して当該債権の不行使から生じた事実的秩序に即した保護が要求されるものと考えられる」(内池「時効における援用と中断との関係」慶応大学法学研究三〇巻六号三四頁) と答える。しかし、これに対してもすでに批判がなされていることにつき、星野英一「時効に関する覚え書—その存在理由を中心として—」(法学協会雑誌八六巻六号・八号、八九巻一号、九〇巻六号) 民法論集第四巻所収(以下、星野・時効論文と略す) 一七四頁以下参照。

(6) 吾妻・前掲論文一八六頁以下。

(7) 吾妻・前掲論文二一一頁によれば、「時効制度は時の経過そのものに人証書証に優越せる強力なる証拠価値を与えた」ものである。かように、時効を法定証拠と解する代表的論者としては、山中・前掲論文ジュリスト八号二頁以下、川島武宜『民法総則』(昭和四〇年) 四三〇頁以下 (四四七頁)、五四五頁以下 (五四五頁)、安達三季生・注釈民法(5) 一六頁以下等。

(8) 詳しい紹介は、星野・時効論文一八〇頁以下参照。

(9) 川島『民法総則』四五一頁。なお、吾妻・前掲論文三八頁、山中・前掲論文七頁参照。

(10) 舟橋・前掲書一七六頁、川島『民法総則』四四七頁。

(11) 川島『民法総則』四七三頁以下。

(12) そもそも「法定証拠」とは何を意味するのかが、あまり明らかでないことにつき、北川善太郎・注釈民法(5)三一四頁参

照。

(13) 学説が好んで引用する「権利の上に眠る者を保護せず」という言葉の意味は、必ずしも明瞭ではないことにつき、内池「時効の目的とその根拠について—時効要件としての時間経過の意味—」私法二八号九〇頁下段参照。

(14) 内池・前注(13)論文九一頁上段参照。

(15) 星野・前掲時効論文三〇二—三頁。

(16) 安達三季生「時効制度の存在理由」ジュリスト増刊・民法の争点（昭和五三年）六二頁参照。

(17) 学説が消滅時効制度の根拠として論じているところを部分的に取り出すのでは十分でないことはいうまでもない。しかし、次節では学説の典型例を抽出して参考とするにとどめ、各国、とりわけフランス・西ドイツの消滅時効法のつっこんだ研究は他日を期したい。とりあえず、消滅時効に関連する近時の詳細な研究としては、山崎敏彦「ドイツ法における『抗弁権の永久性』について」(一)(二)(三・完)商学論集（福島大学）四三巻二号、四四巻二号、三号、同「フランスにおける『抗弁権の永久性』について」(一)(二・完)同四五巻三号、四六巻一号を挙げておきたい。

第二節　外国の制度と学説

一　フランス(1)

フランス民法一二三四条は、債務消滅（extinction des obligations）の一事由として時効（prescription）を掲げ、二二一九条は、消滅時効（prescription extinctive）を「一定の時の経過によって義務を免れる方法」であると定める。しかし、消滅時効が完成しても当事者の援用がなければその効果を生ぜず（フ民二二二三条）、消滅時効で消滅するのは実体権ではなく訴権（action）であると解されている。かようなフランスにおける消滅時効制度の根拠(2)として学者の説くところは一様ではないが、先に観たわが国の議論から抽出された各々の根拠につけ加えるべき新たな根拠が説かれているのでもない(3)。しかし、各々の根拠の関連につき興味ある視点が提供されている。従って、以下では、最近のマゾーの体系書(4)がどのように根拠を説いているかを観る。

先ず、立法者は債権者から一定期間後に訴権を奪うにつき、時には公序を保護しようとし、また時には、ある期間の経過の中に弁済を証拠だてる形態を考えてみるのであり、そのどちらに重きを置くかによって時効は異なる特徴をもつことになるとして、根拠の二元性（dualité du fondement）—公益と弁済の推定—を説く(5)。公序については、フランス民法典の起草委員であるビゴ（Bigot de Préameneu）が時効の章の草案を立法府（Corps legislatif）に提出する際に述べた、「民法におけるすべての制度にあって、時

効は社会秩序に最も必要なものである」との一節を引用して、公序は債権者の長期にわたる（権利）不行使の後に、債務の消滅に関心を向けるのであるという。そして、ベルギーの民法学者ローラン（Laurent）の、「一万年も前からの権利を利用することができるような社会の状況をつかの間想像するとは！　恒久的かつ不変的な不確実性は、結果的には、一般的で不断のトラブルになろう」との言葉を引用して次のようにいう。「ヘンリー四世の時代に契約された債務の弁済を、その債務者の子孫に誰が請求できようか？　その弁済がいまだなされていないということをどうして知ることができようか？　そして、どうやってそのことを証明するのか？　債権者の受取証書を無限に保存することを債務者に強いることができようか？　従って、時効はまず法律関係に平穏を導入することを目的とする制度であると思われる」と。また、債務者が、免責されていないにも拘らず、債権者の正当な請求を妨害するために時効を援用する場合については、「しかし、債権者が行動をおこすことなしに時効期間の経過を待つということは、非常にまれなことであるということを考えねばならない」とし、さきほどのビゴの「もし衡平が損われるとすれば、それは特殊な場合においてしかない。一般的正義が認められ、そこで害された個人的利益は社会秩序を維持する必要性に対して譲歩しなければならない」との言葉をもって弁明する。(6)　次に、「ある一定期間、債務者に請求をしなかった債権者は、弁済を受けたものと推定される」とし、この弁済の推定が短期消滅時効制度を導くと説く。(7)しかしながら、時効の二つの根拠はフランス法においては共存しており、「債務者に平穏を与える必要から導き出されたところの公序という根拠は〔……〕一定期間に行動しない債権者は高度の蓋然性をもって弁済されたという証明から導かれる、証拠法則という根拠に再び結びつくのである」として、フランス法の混合した概念（conception mixte du droit français）を認める。(8)

以上のように、消滅時効の根拠を公序と弁済の推定の二つに求め、しかも両根拠は密接なものとして混在しているとの説き方は興味深い。しかし、その論法はとりもなおさず、弁済の推定と対置される公序の内容を極めて不明瞭なものとする難点をもつ。即ち、公序の説明において、一定期間後に債権者として現われた者の裁判上の権利主張を許さないということの理由として、いわゆる採証理由を挙げ、真の債権者が消滅時効によりこうむる不利益を懈怠罰等をもって弁明するが、これはいままでみてきた弁済の推定を根拠とする説明と同じである。もっとも、フランス法で

は、特殊の債権の短期消滅時効（フ民二二七一条―二二七三条）について、債権者が債務者に宣誓を強制する（déférer le serment）ことができ（フ民二二七五条）、債務者が宣誓を拒絶すれば債務者は敗訴となり[9]、この点で通常の時効と異なる。従って、かように弁済の推定を宣誓強制によって破る手段が与えられている時効と、他の通常の時効とがある以上、消滅時効の根拠を公序と弁済の推定の両建てで論ずるということも理解できないではないが、その説明は右に述べた通り、なお不十分と思われる。但し、ここでは、消滅時効の根拠を弁済の推定に求めるならば、反証の余地が問題とならざるを得ないということ―それは我が法の解釈にあっても同様である―を注意すべきであろう。

（1）フランス時効法の概観は、やや古いが、高橋康之「フランスの消滅時効制度」比較法研究二三号（昭和三六年）二九頁以下、また野田良之・注釈民法(5)二六四頁以下参照。

（2）フランス民法典の構成では、ドイツ民法典のそれと異なり、取得時効と消滅時効とが統一的に規定されているが、今日の学者は両時効を別々に取り扱い、教科書などでは消滅時効を「債務の消滅」のところで説明するのが常である。

（3）例えば、Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2e éd., par Radouant 1954, t. VII, n° 1325 は、消滅時効制度導入の理由は公の秩序のためであるとし、その内容を採証理由（被告が弁済の証明をすることの困難等）で説明する。そして、真の権利者が消滅時効の不利益をこうむる場合のあることも認めるが、それは権利者の怠慢であり、三〇年は今となっては長すぎる期間であるともいう。また、Josserand, Cours de droit civil positif français, t. II, 1930, nos 969 et 994 は、弁済の蓋然性（probabilité du paiement）を強調する。なお、Carbonnier, Droit civil 4-Les Obligations, 9e éd., 1976, nos 138 et s. spéc, p. 547 は、三〇年時効については弁済の蓋然性を第一に挙げながらも、怠慢な債務者に対するサンクション（la sanction du créancier négligent）、長期間が経過して負債の意識がなくなり、平穏に暮らしている債務者の保護（la protection du débiteur tranquille）、権利が一定の時の経過により消滅することの必要性（la nécessité d'un périodique effacement des droits）等を挙げ、これらの根拠を組み合わせる（combiner）ことができると説く。

（4）Mazeaud (H. L. et J.), Leçons de droit civil t. II obligations par Juglart, 1973, nos 1162 et s.

（5）Ibid. n° 1165.

（6）Ibid. n° 1166.

（7）Ibid. n° 1167.

（8）Ibid. n° 1169.

(9) Planiol et Ripert, op cit., nos 1395 et s.

二 西ドイツ

我が民法は消滅時効の対象を、広く債権及び所有権以外の財産権とし、その効果を「権利ハ消滅ス」と規定する（民一六七条）のに対し、ドイツ民法は、その対象を請求権に限り(1)（ド民一九四条一項）、その効果を「義務者は給付を拒絶することを得」と規定する(2)。（ド民二二二条一項）。この点については、ドイツ普通法上、対人訴権（persönliche Klage）の消滅時効について、強効力（stärkere Wirkung）を主張する者と弱効力（schwächere Wirkung）を主張する者との対立があったことが注目される(3)。ヴィントシャイトに代表される強効力説は、消滅時効の効果を、債権（もしくは請求権）自体の消滅と解し、債権はいかなる効力をも営みえないとする(4)。この見解は、消滅時効の目的を最も徹底して実現するものであり、それゆえ実務にとっても特別の魅力があった(5)。これに対して弱効力説は、消滅時効が完成しても債権はなお存続するのであり、ただ権利者は自己の権利を強制的に実現する手段を奪われるだけであると説く(6)。即ち、例えばデルンブルヒによれば、権利の消滅時効期間が経過した場合に法が権利の強制的実行を拒否するのは、一般的利益（allgemeine Nutzen）及び社会的平和（soziale Frieden）のためであるとしつつ、しかし債務者はいまだ履行しておらず、債権者は弁済を受けていないのであるから、債権者に弁済を貫徹する手段が欠けていようとも、債権はなお存続しているのであって、従って債務者が任意に弁済した場合には、それは決して贈与ではなく債務の履行となるのであり、ここに自然債務—obligatio naturalis—の存在が明らかになると説かれる(7)。それでは、この争いに対し、ドイツ民法はいずれの見解を採用したのであろうか。第一委員会におけるヴィントシャイトの権威の影響が明らかな「理由書」第一巻三四二頁では、消滅時効のいわゆる強効力説を採用すると明確に述べられている。しかしドイツ民法の規定それ自体からは、まさにその反対、即ち弱効力説の承認というかたちになっていると考えられている。規定からは、権利自体は請求権の消滅時効によって消滅するのではなく、ただ権利の強制的貫徹が不可能となるだけであって、消滅時効完成後は、抗弁権の付着した、そしてそれ故に弱められた権利となるだけだからである(8)。

では、かような請求権消滅時効制度の根拠はどのように説かれているであろうか。ドイツ時効法の制度目的に関する学説が、まず第一に参考としたであろう「理由書」における時効観及びそれ

に接続するものとして、ローマ法源に散在する時効規定の中から抽象されまとめられたサヴィニーの「体系」における時効観[9]は、ドイツ民法典の内容に原型を与えたものとして重要と思われる。従って、ここではまずサヴィニーにおける消滅時効制度の根拠をみることとする。

サヴィニーの挙げる時効制度の根拠はつぎの五つである。

第一に「最も普遍的かつ決定的な根拠は、争いと疑問をうけやすい権利と財産の、それ自体不明確な諸関係を、その不明確さを一定の時間的限界内に限局することによって確定することの必要性にある」。

第二の根拠は「訴により追求さるべき権利の消滅の推定にある」。この推定の意味は「権利自体は……実際には放棄されていないにもかかわらず、権利者がかくも長期間訴えでることを怠ったということはありそうもないこと（Unwahrscheinlichkeit）である、というにある」。ここで述べられた「推定という真実性の制限から次のことが明らかとなる。即ち、この推定は他の通常の推定のように扱われてはならないということであり、従って、例えば原告は宣誓要求（Eidesdelation）によって反証を企てることが許される」。

第三に、権利行使に怠慢であったことの罰（Strafe）が挙げられる。「しかしながら、ここで罰というのは、罰という言葉の通常の意味で解釈されてはならない。なぜなら、他の人間に損害を与えるものではない怠慢は、そもそも可罰的なものではないからである。また、債務者に対する思いやりのある猶予から、訴は往々にして見合わせられるのであり、そこでは何者も債務者に対する侵害を見出すことはできないからである。そして、権利行使怠慢の罰は、訴権消滅時効の積極的根拠として解されるべきではないのであって、〔時効の〕厳格さ（Härte）及び不公正さ（Ungerechtigkeit）の非難に対する訴権消滅時効の正当化（Rechtfertigung）と解されねばならないのである」。つまり、「全ての訴権者（Klagberechtigte）に対して、彼の権利を全体の利益（gemeines Wohl）の犠牲とすることを要求するのではなく、彼の怠惰さを全体の利益の犠牲とすることだけが要求されるのである。訴権行使を怠る場合には、彼はそれより生ずる損失を自らの責としなければならないのであって、この経緯がまさに罰と表現されるのである」。

第四に、債務者の挙証困難の救済を挙げる。つまり、「訴の提起は原告の恣意にかかり、従って、訴訟の長期の延滞により、例えば現存する証人の死のように債務者とは無関係に証明手段が消

失することにより、被告の防禦を困難にすることが原告の意のままになる」。従って「不誠実な方法で濫用されうる原告のこの一方的な力の制限は、特に顧慮されねばならない」。

第五に、訴訟の減少（Verminderung）が挙げられる。この根拠は、「件数の単なる減少が望ましい利益であるかのように理解されてはならない。なぜなら、正当な訴訟の回避は少しも望ましくないからである。この根拠の真に意図するところは、即刻または多くの骨折りと経費をかけて、結局は理由なしと認定される多数の訴や、より不都合なことには、証明が欠けているという理由を以て敗訴となる多くの訴が、ともかくも消滅時効によって防止されるということである」。

請求権は訴権の実体法的側面に着目して構成された概念なのであるから、請求権消滅時効の解釈にあたり、右訴権消滅時効につき時効制度の根拠として説かれたところから、ドイツ民法が大きな影響を受けたであろうことは疑いない。請求権消滅時効制度を採るドイツ民法第一草案の「理由書」[10]は、次のように説く。

「請求権消滅時効[11]の根拠及び目的は、古くなった請求権に煩わされるのを制限することである。時の経過により事態があいまいになったために、請求の相手方が免責事由を効果的に利用することがもはや可能ではなくなったか、あるいは非常に困難になった時点で、長らく沈黙されていた遠い過去の事実を請求の根源として主張されるということは、取引上堪えがたいことである。この種の請求は、通常、内部的には成立していないか、もしくはすでに解決済みのものである。消滅時効の重心は、権利者から正当な権利を取り上げるということではなく、おそらく、理由を有しないであろう請求に対して、実体に立ち入ることなく防禦する手段が債務者に与えられているという点にある。消滅時効は目的のための手段であって自己目的ではない。個々の事例で、実質的正義がそこなわれる場合、つまり権利者が正当な理由をもつ請求権を消滅時効によって失う場合は、それは不利益をこうむった者が全体の利益（gemeines Wohl）のために捧げなければならない犠牲である。永続的な請求権の不行使―それなしに消滅時効は完成しないのである―並びに、そのことから推論される、請求権の内容について権利者がもつわずかな関心に比べて、この犠牲はとりわけ過酷と感ぜられるものとはみなされ得ぬであろう」。

ここまでのところを整理すると次のようになる。サヴィニーは消滅時効制度の根拠として、①権利関係の確定の必要性、②権利消滅の推定、③懈怠罰、④被告の防禦困難の救済、⑤不当な訴訟

の減少、の五つを挙げる[12]（但し、①—③は取得時効と共通）。

①の消滅時効における意味は、債務者とされる者が債務を負っていないということの確定の必要性である。かような確定を「時の経過」のみを要件として足れりとする理由が②であり、確定の必要性を生ぜしめる具体的理由として④・⑤があると考えられる。従って、その意味では、①②④⑤を一括して把握し、消滅時効制度の根拠を採証上の理由に求めているといってよかろう。また「時の経過」のみを要件とすることから、いまだ債務を負っている者が時効利益にあずかる場合が予想されるが、それについては③を消極的根拠（サヴィニーによれば正当化根拠）とするものである。

「理由書」もまた、④・②にふれ、個々の場合について採証上の困難を救済することが一般取引の安全をもたらすとしつつ、他方、真の権利者が消滅時効の不利益を受ける場合を③で弁明し、時効はそれ自体目的ではなく手段であるという。従って、この説は消滅時効をもって取引安全のために設けられた、法政策的制度と理解するもののようであるが、③をもち出す点では、採証理由＝債務消滅という真実の発見、だけを時効の目的とし、この債務消滅を必然的とみる我が国の法定証拠説とは趣を異にするといえよう[13]。

ドイツ民法の解釈においても、学説はおおむね、この①～⑤のいずれかの要素に重点を置くに過ぎない。例えばトゥール[14]は、消滅時効制度は法的安定性及び裁判所の免責という公益（difent. liches Interesse）並びに、遠い過去の請求権による不当な煩わしさからの保護に資するものであるとしつつ②・③を持ち出す。即ち、はるか以前の成立原因に基づいて申し立てられる請求権は、かつて成立しなかったか、もしくは既に消滅しているという経験上の蓋然性があり、仮に請求権が存在すべき場合は、債権者は消滅時効の不利益を、自己の権利を保持することに不注意であったことのせいにしなければならないと説く。しかし、ラレンツ[15]は、トゥールが、真の債権者が消滅時効の不利益をこうむる場合を、権利保持に対する不注意（サヴィニーの③に相当）をもって正当化する点について批判的である。即ち、法律がとりわけ、取引（Umsatzgeschäfte）の解決を速めようとして、例えば買主や請負契約における注文主の瑕疵担保請求権のように、短期消滅時効を定める場合には、期限に遅れた請求権の行使は、決して債権者の不注意とされる必要がないというのである。なぜなら、期限後の請求権の行使は、しばしば、売買目的物もしくは製造物の瑕疵が

後になってはじめて明らかとなったために、債権者が期限前には全く請求権を行使することができなかったとか、あまりに債務者を信頼しすぎたために債務者を圧迫すまいとしたことによるからである。ラレンツは「消滅時効制度は、個々の事案によっては不当な結果に導かれることもあるが、この制度がなければ、より大きな不当を避けられず、従ってこの制度を必要とすると言えよう」と説く。つまり、ラレンツにあっては、従来説かれていたように、真の権利者が消滅時効の不利益をこうむる場合を懈怠罰の考えをもって弁明するのではなく、より直截に、大なる不当を避けるための小なる不当と認めるのである。(16)

(1) ヴィントシャイトは「現代法の立場からみたローマ法のアクチオ」(Actio des römischen Zivilrechts von Standpunkte des heutigen Rechts, 1856) において請求権概念の必要性を力説し、ドイツ民法の制定にあたり第一委員会の起草委員として参加し、請求権消滅時効 (Anspruchsverjährung) 制度を採用させるために活躍した (Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 7. Aufl., 1891, §106 insb. Anm. 1)。ドイツ民法第一草案理由書 (Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1888) は、権利消滅時効 (Rechtsverjährung)、債務消滅時効 (Schuldverjährung) 並びに訴権消滅時効 (Klageverjährung) の表現をしりぞけ、請求権消滅時効 (Anspruchsverjährung) という表現を採用した理由を次のように述べている。

Rechtsverjährung という表現には、問題となっている消滅時効は物権的権利に関係しないという難点があり、Schuldverjährung という表現には、「Schuld」は一般に「Forderungsrecht」に対応する責任「Verbindlichkeit」と解されているという難点がある。これに対し、Klageverjährung という表現には、訴訟適格 (Klagebefugnis) という特別要因が消滅時効の対象を形成するという誤解を生じさせる恐れがまず考えられる。消滅時効は、訴追の訴訟上の権限 (prozessuale Zuständigkeit) を問題とするのではなく、権利 (Berechtigung) それ自体を問題とするのである。草案で選ばれた表現は、権利 (Berechtigung) それ自体を問題とするということを最初から明瞭にする長所を有している (Motive I. S. 289 f.)。

(2) 義務者が消滅時効の抗弁権を主張しようとするかどうかは彼の裁量に、つまり彼の良心にゆだねられているということから、コーラーは、消滅時効の抗弁権を「良心の抗弁権」(Gewissenseinrade) と呼ぶ (Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1906, §66 S. 196)。

(3) Derunburg, Pandekten Bd. I, 1902, S. 349 f.

(4) Windscheid, a. a. O., § 112. Anm. 3.

(5) RG 2, 158; 34, 158 はヴィントシャイトの見解に従った。

(6) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Bd. V, 1841, S. 366 ff.; Puchta, Pandekten 12. Aufl., 1877, § 92 S. 141 ff.; Hölder, Pandekten, 1891, § 63 S. 341 ff; Derunburg, a. a. O., S. 350.

(7) 弱効力説によれば、債務者が消滅時効の完成を知って任意に債務を承認する場合は、債権は再び訴求しうるものとなり (Vgl. Regelsberger, Pandekten Bd. I, 1893, § 186 Anm. 4)、また、質権は債権の付加物 (Accession) にすぎなくとも質権請求権 (Pfandansprüche) は対人的債権 (persönliche Forderung) の時効消滅後も存続しうることになる (Derunburg, a. a. O., S. 350)。

(8) Staudinger=Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I, 11. Aufl., 1957, 2 zu § 222 S. 1171.

(9) Savigny, a. a. O., S. 267 ff. なお、サヴィニーの時効観については、東海林邦彦「サヴィニーの消滅時効理論」金沢大学法文学部論集法学篇二三巻一頁以下参照。

(10) Motive, Bd. I S. 291.

(11) Klagverjährung から Anspruchsverjährung への呼称の推移については注(1)参照。

(12) 東海林・前掲論文三六頁以下は、サヴィニーの時効観は①に集約されるとし、サヴィニーの消滅時効理論を細部にわたり明らかにしている。

(13) 内池「時効における援用と中断との関係」慶応大学法学研究三〇巻六号三六頁注(5)参照。

(14) v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II 2 Hälfte, 1957, § 91 S. 507.

(15) Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1977 § 14 III S. 215.

(16) 但し、ラレンツは他の箇所 (ebd. S. 221) で、請求権の消滅時効は、一般に債権者が活動しない結果であるとも述べていることを考えあわせると、本文の如く、ラレンツの時効観を固定するのは妥当でないかも知れない。仮にそうであるとしても、時効観の一つの型を知るうえで意味をもとう。

ちなみにラレンツにあっては、「自分は債務を負っていないと信じ、もしくは多分負っていないであろうと考える者のみならず、債務の存在を知ってはいるが、自己の債務を免れる便利な手段を、彼に与えられた消滅時効の抗弁に見い出す者も、消滅時効の完成を主張することができる」のであるが、真の権利者保護の点については、悪意の再抗弁を債権者に与えることをもって満足とするようである (ebd. S. 215)。

三　スイス

スイス債務法は、債務消滅の章で消滅時効を規定する（ス債一二七条―一四二条)。「連邦民法が之に対して別段の規定を設けざ

る凡ての債権は、一〇年の満了と共に消滅時効に因りて消滅す」（ス債一二七条）るが、「判事は消滅時効を職権に依り考慮することを得ず」（ス債一四二条）とされ、通常の消滅時効期間が一〇年である点で、ドイツ民法、フランス民法と異なり我が民法と同じ、援用規定の形式の点ではドイツ民法と異なり、フランス民法及び我が民法と似ており、総じて規定形式は我が民法に近いといえよう。かようなスイス消滅時効法制度の根拠として、以下では、カール・スピロー[1]の説くところを観ることとする。

スピローは、消滅時効制度を根拠づけるに、一章三二頁を割き、極めて詳細に検討する。彼の分析は、先ず消滅時効の役割(Aufgabe)を明らかにすることから始まる。彼によれば、消滅時効の役割は、債務者の保護、即ち、第一に理由なき請求からの保護、第二に不意打ち（Überraschung）及び心配（Befürchtung）に対する保護にある。第一の理由なき請求からの保護の要請は、債務者の証明困難を理由とする。即ち、債務者はそもそも考えられるあらゆる債権に対して、念のために消極的確認訴訟を提起することは不可能であるから、債務者は請求権が自己に対して行使されるまで待たねばならず、かような立場にある債務者が最初からありうべき万が一の場合のために証明手段を確保し、それを無期限にとっておくということは、たとえそれが可能な限度内であってもとても債務者に要求できないというのである（§4）。もっとも、挙証責任の転換は、あらゆる広範な論議を遮断することによって債務者を保護することになるが、これとても、一定の場合におけるフランス法[2]及びイタリア法[3]のように、単に弁済の推定を基礎づけるだけでは十分ではないとし（§5）、結局、「消滅時効の第一の役割は、それ自体理由のある債権を消滅させることではなく、主張されてはいるが実際には存在しない請求権の行使を防ぐことである。つまり、実際の債務者を給付なしで免除するのではなく、不当に、たとえ善意にであろうと、請求された表見的債務者を保護することである」という（§6）。

次に、第二の役割、即ち実際に債務が存在する場合の不意打ち及び心配に対する保護の要請を以下の理由で説く。例えば、遺言者、代理人、共同組合員によって基礎づけられた債務であるとか扶養義務のように、そもそも債務者の関与なしに債務が生じる場合は往々にしてあり、かような、債務者にとって不知の債務が突然履行を求められると、債務者は債務を履行するために必要な準備をいつでも十分にしているとは限らず、従って非常にうろたえるとともに、容易ならざる事態に陥るやも知れず、そのような場

合にも債務者に保護を与えるのは消滅時効の本質的役割であるという（§7）。また、法は債務不知の場合のみならず、債務の存在を知っていた債務者をも保護するが、それは何故か。これに答えるスピローの説明は極めて興味深い。即ち、カノン法は包括的に善意の要件を課し[4]、プロイセン一般ラント法も、債務が存在したこと及び債務者の悪意が証明された時は消滅時効の援用を排斥し[5]、同様に若干のスイス州法が債務者の善意を要求したが[6]、ドイツ普通法ではその要件の当否がしだいに論議されるようになり[7]、その後の法典編纂では、一般にその要件が否定されてきたところに善意不要の理由が潜むという。つまり、善意を要件とすると、債権者は債務者の悪意を主張しなければならないが、通常の事態では、債権者は悪意を推定させるところのものを示すだけでよいであろう。他方、債務者は、善意が、たいていの場合はそうであろうが、特別事情に依拠している場合には、その特別事情の証明という困難な要求をされるであろうから、結局、証明に失敗する危険を債務者が負担することとなり妥当ではないという。また、債権者が長い間沈黙していればいるほど債務者は、請求権が行使されることを考えに入れなくなるのであり、従って長期間経過後の債権行使は往々にして債務者が債権を知らなかった場合にまさるとも劣らぬ打撃を債務者に与えることになり、かような債務者も保護に値するという（§8）。

更にスピローは、債務者が予期していなかった請求権の行使により不意打ちをくらう場合のみならず、その逆に、債権者は全く行使を考えていない請求権を、債務者が心配している場合にも保護を必要とするという。なぜなら、債権は行使されてはじめて債務者を悩ませるのではなく、給付の準備とともに、また、給付の用意をしなければならない間中、債務者を悩ませるのであり、かような給付の準備は、債務を負っている以上避けえないことではあるが、債権者が給付を全く望まず、従って、決して給付がなされない場合には、あまり意味がない。慎重な人であれば、疑わしいもしくは否定される債務に対してすら、給付の準備に悩まされるのであり、もはや給付の義務を負っているかどうかということは問題ではないというのである（§9）。

最後にスピローは、消滅時効に課せられたその他の役割として、債権行使の促進（§13）、裁判所の免責（§14）をも検討するが、いずれも本質的役割ではないとし、公益（öffentliches Interesse）の確保（§15）については、その言葉の多義性により何を意味するのかを蔽い隠すとして否定的である。

以上の如く、スピローは、先ず消滅時効を債務者保護の役割を担った制度として把握し、次に、かような役割を担った法制度を、債務者保護の二つの場合に対応せしめて正当化(Rechtfertigung)[8]する。先ず、消滅時効が現に存在する権利を対象とするのではなく、理由なき請求からの防禦に役立つ場合(債務者保護の第一の場合)には、正当化のためにあらためて多くを論ずる必要はないとする。次に、現に権利が存在しても債権者は消滅時効に甘んじなければならない場合(債務者保護の第二の場合)には、請求権の放棄(Verzicht)との緊密な類似性を説き(しかし、常に放棄と同視するのではないが)、「要するに、消滅時効は債権者自ら見捨てたような請求権を債権者から奪い取るのである」として、請求権の喪失(Verlust)を論じ(§§ 16-17)、いわゆる懈怠罰による消極的正当化の論法を否定するのである[9](§ 19)。

(1) Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-Verwirkungs-und Fatalfristen, Bd. I, II, 1975). 本書は時効等の問題に関するスイス(独語圏といってもよかろう)文献中最新且つ最大(総頁数一六八六頁、うち消滅時効について第一巻九〇八頁があてられている)のものとして注目されるべきである。なお、本書については Walther J. Habscheid による紹介がある (AcP, Bd. 178 Heft 2-3 1978, S. 334 ff.)。

(2) フランス民法二二七一条—二二七五条。

(3) イタリア民法二九五四条—二九六一条。

(4) Vgl. Spiro, a. a. O., S. 13 Anm. 3.

(5) Vgl. Spiro, a. a. O., S. 13 Anm. 4.

(6) Vgl. Spiro, a. a. O., S. 13 Anm. 5.

(7) Vgl. Spiro, a. a. O., S. 13 Anm. 6.

(8) ここにおける „Rechtfertigung" の語義は、消極的理由づけとしてのサヴィニーのそれとは異なる。

(9) また、スピローは、債務者の負担(Belastung)即ち消滅時効の持つ債権行使促進機能のゆえに債務者が債権行使を受けやすくなるということに対する正当化をも論ずる(§ 20)。かような考察もしくは視点は、従来みられぬものであったという意味で興味深いが、私見では、債務者が相当期間内に債権行使を受けることを甘受すべきは、債務は履行さるべしという点から当然と思われるので、かかる正当化の必要があるかは疑問である。

なお、イギリスの出訴期限規則(Statutes of Limitations)のポリシーについては、Preston & Newson, Limitation of Actions, 1953, pp. 2-3 参照。ここでは、①証明の困難、②Peace (ref. Best, C. J., in A'court v. Cross, 1825, English Reports 130. at pp. 541-542)、③権利の上に眠る者を保護せず (The courts should not assist those who go to sleep

on their claims.) が挙げられている。ref. Halsbury's Laws of England 3 rd ed. vol. 24. p. 181.

第三節　従来の学説の検討

一　学説検討の視点

消滅時効制度の根拠（目的・存在理由）はいかにして探知されるか。ことは法解釈の方法論[1]にかかわる重要な問題であり、軽々しく論ずることはできないが、従来の学説を検討し、私見を形成していく基本的な法解釈の視点を、簡単にではあれ明らかにしておく必要があろう。

一般に、ある法制度の根拠を探究するには、まずその法制度がいかなる法律効果を伴った制度であるのかを把握しなければならないといえよう。なぜなら、当該法制度の法律効果を把握することなくしては、その法制度が処理しようとした生活関係を認識し得ず、従って、何ゆえかかる法的処理がなされるのかという実質的理由、即ち当該法制度の根拠を探知し得ないからである。それでは、問題とされる法制度の法律効果は何に依拠して解釈されるか。第一に文理解釈、次に体系的解釈、最後に目的論的解釈からの検討がなされるべきである。このことは、従来一般的に説かれてきたところであり、一応、異論のないところと思われる。が、いわゆる概念法学に対する反省から、利益衡量―価値判断という側面が（時には過度に）強調されている今日にあっては、それぞれの解釈の比重は、相互にバランスをくずさぬよう、より自覚的に行なわれるべきである。あくまでも「成文法規それ自体は、第一義的に価値判断命題として提示されていることを見落すわけにはゆか〔ず〕[2]」、「一般人はしばしばそれ〔＝法文〕に準拠して行動を調整する[3]」のであるから、「文理解釈こそあらゆる解釈の基礎であり出発点であることをまず認めなければならない[4]」といえよう。従って、まず法文の文理解釈により当該法制度の法律効果を確定[5]し、しかるのち、根拠を探究すべきである。「条文の文字や立法趣旨をあまり考慮することなく、持ちこんだ『理論』をあたかも法律そのものであるかのように説いて、そこからより具体的な帰結をひき出して〔くる〕[6]」説に対しては、検証の基準を見出し得ないばかりか、かかる解釈論に立つ説は、他説に対する検討と批判を自ら放棄するものといわなければならない。次に、当該法制度の法律効果を確定したのち、その法制度の根拠をさぐろうとするも、かかる法律効果から、ただちにある特定一個の根拠が当然に導き出される訳ではない。即ち複数の根拠、例えば甲・

。

乙が考えられる場合があり得よう。この場合には、当該法制度を構成する各個の規定を、より体系的・整合的に説明しうる方を選択すべきである。もし、根拠甲によれば当該法制度を形成する各個の法規を、論理的に矛盾なく説明し得るが、根拠乙によれば甲説ほどには整合的に説明し得ない場合には、当該法制度の根拠は甲に求められるべきである。もっとも、実際にはかような典型例ばかりではなく、甲・乙決し難い場合もあろう。その場合には、解釈者の価値観に基づく妥当性の判断によるほかはないが、文理解釈、体系的解釈は、それぞれ言語的側面、論理体系的側面から、相当レベルまで解釈を限定するであろう。最後に、このようにして得られた根拠は、目的論的解釈によって現実社会への適合性が確認されなければならない。

以上を本論に即して述べると次のようになる。消滅時効制度の根拠を探究するには、先ず、法規の文理解釈から消滅時効の効果を把握しなければならない。次に、かかる効果がなぜ認められるのかという実質的理由、即ち根拠を考え、そこにて得られた一応の根拠を検証しなければならない。ここに検証とは、消滅時効法を形成する各個の規定を、論理的に矛盾なく説明しうるかどうかということである。もし一応の根拠として甲・乙が考えられるならば、甲・乙のそれぞれについて検証がなされるを要する。もし、甲からは全ての法規を説明し得るも、乙からは説明し得ない場合には、甲をもって消滅時効制度の根拠と考えてよかろう。少なくとも、乙説が自己の正当性を主張し、自説から説明のつかぬ規定を立法上の不備ないしは過誤というは、甲説によっても各個の法規を説明し得ぬことを論証し、かつ、第三の根拠丙を探究しつつ、なお丙を探知し得ぬ限りにおいて許されるにすぎない。そして最後に、この根拠の、現実社会への妥当性の判断がなされねばならない。

各学説に対して既に寄せられた批判ないし疑問との重複は、叙述の運びにおいて必要な限りに控え、右の視点から従来の学説を検討し私見を述べることとする。

(1) 方法論の検討は、周知のとおり、いわゆる法解釈論争の前後を中心として展開されてきており、文献も多数にのぼるが、学説の状況は、渡辺洋三『法社会学と法解釈学』(昭和三四年)三頁以下、碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」『法学における理論と実践』(昭和五〇年)一三五頁以下、長谷川正安「法の解釈論争」『法学論争史』(昭和五一年)八一頁以下等から展望しうる。

(2) 滝沢聿代「民法解釈における理論」成城法学一号六頁。

なお、滝沢論文は「概念法学への反動として、一般に消極的な評価しか与えられない傾向にあるとみられる法解釈学の理論を、そのあるべき正当な位置におき直すこと」を目ざしたとされる（同、七一頁）。

（3）碧海純一『新版法哲学概論』（全訂第一版昭和四八年）一四九頁。

（4）前注（3）参照。

（5）もっとも、ここに法律効果の確定というも、究明された根拠に照らしてみることにより、当初確定した法律効果の内容は、さらに正確な表現を得、当該法制度の正当な理解に導かれよう。その意味では、ある法制度の根拠を探求するために、先ず当該法制度の法律効果を確定するといっても、それは、一応の確定にとどまらざるを得ない。

（6）星野「民法解釈論序説」法哲学年報一九六七年『法の解釈と運用』八二頁（民法論集第一巻九頁）。

二　実体法説の検討

従来の実体法説の難点は、消滅時効制度の根拠を多元的に説く点、及び「援用」を条件的なものとみることから各個の規定の解釈にあたり不都合を生ずるという点の二つに要約できよう。そして、この二点に起因する具体的批判は、既に論じ尽されたかに思われる。

三　訴訟法（法定証拠）説の検討

従来、学説上、訴訟法説と法定証拠説とは特に区別されず、ほぼ同義で指称されてきたかに思われる。(1) しかし、私見では、のちに述べるように、星野説は実体法説ではないが、法定証拠説とも若干相違する。従ってここに訴訟法説とは、消滅時効の効果を実体法上の権利の消滅と解するいわゆる実体法説に対応した意味で用いる。

(一)　法定証拠説の検討

(1)　法定証拠説は次のようにいう。「消滅時効制度の主な目的は、長期間の権利不行使の結果、義務者が訴訟上自己を防禦するために必要な証拠を保持することが困難となることを考慮し、権利消滅の法定証拠を義務者に与えることにある」(2)と。即ち、この説は、消滅時効制度の根拠を証拠保全の困難という採証理由に求め、時効期間経過を「法定証拠」とするものといえよう。では「法定証拠」とは何を意味するか。その概念は必ずしも明らかではないが、(3)「証拠」である以上、請求の当否を判断するための「事実」を認定する資料であるに違いない。(4) ここに「事実」とは権利の消滅を指そう。従って、この説は時効期間内のある時点で権利は消滅した（通常は、弁済による消滅ということになろう）(5)と考

えるものである。[6] しかし、時効期間中に弁済がなされた蓋然性は高くとも、それは必然性ではない。もっとも、一般に証明は必然性まで要求するものではないから、債務消滅の「証拠」としては十分であるといえなくもない。しかし、それならば債権者に反証提出の余地を認めねばならないであろう。法定証拠説の難点はここに起因する。なお、右「反証」の意味については後述する。

(2) 時効期間内のある時点で権利は消滅したと考えることは、消滅時効の効果を権利消滅原因とする民法一六七条の文理に反することとなる。もっとも、「権利そのものが消滅するということば的表現が条文に用いられている、ということは、そのようなことばで表現されている実質的内容がそのとおりである、ということを必ずしも意味するわけではなく[7]」、消滅時効制度の根拠と、その法律構成は分けて論じ得るものかもしれない。しかしながら、消滅時効制度の根拠を、証拠保全の困難に陥った旧債務者の保護とするのでは、時効法を構成する各個の規定を説明し得ない。以下にそのいくつかを例示する。

(イ) 民法一四七条以下は時効の中断を定める。ここでは典型的な中断事由として、訴の提起と承認を考えてみよう。権利は存在しても、訴の提起もしくは承認という中断事由なき場合は、時効期間の経過により消滅時効にかかる、というのが中断の制度の構造である。つまり、消滅時効の中断は、時効期間中の権利の存続を前提とするものであり、時効期間内のある時点での権利消滅を認めざるをえない法定証拠説からは、この制度を論理的に説明することはできないのでなかろうか。権利なきところの訴の提起、もしくは債務なきところの債務承認による消滅時効の中断は理解し難い。[8]

また、民法は満了の停止[9]を認める（民一五八条以下）。この制度は、時効期間の終わりにおいて、権利行使の特に困難な事情がある場合には、それにも拘らず時効の完成を認めるのは権利者に酷であるとの配慮に基づき、時効の完成を猶予するものである。従って、法は停止の時点までは権利の存在を前提としているといわねばならない。法定証拠説は、停止事由終了後の六ケ月内に債務の弁済ありと考えるのであろうか。法定証拠説と時効の中断・停止の制度とは馴じまぬものと思われる。

なお、前節で観たドイツの強効力説と弱効力説とは、あい争いながらも、共に時効期間中の権利存続を前提とするものであったといえよう。

(ロ) 民法五〇八条は、消滅時効にかかった債権を自働債権とす

ることを認める。本条の設けられた理由を我妻博士は、「対立する両債権の当事者が相殺することができる状態に達した時には、特に意思表示をしなくとも、ほとんど当然に清算されたように考えるから、この信頼を保護しようとしたのである」[10]と説明する。これを裏からいえば、相殺適状にある債権の債権者は、債権を取り立てようとしても相手方から相殺されるので、かかる債権者に債権の行使を期待しえず、従ってこのような債権者から債権を奪い、債務者の反対債権の行使のみを許すのは不当だからである。ここからも明らかなように、消滅時効にかかった債権でも相殺できるということは、消滅時効期間中の債権存続を前提とするものである。

(ハ) 民法七〇七条一項は、債務者に非ざる者が他人の債務を自己の債務と誤信して弁済をなし、弁済を受けた債権者が消滅時効により元来の債権を失った場合には、債権者を保護するために弁済者の返還請求権を認めないものとする。従って、本条は、弁済等による消滅がなく債権が存続していようとも、債権は消滅時効により消滅することを前提としている。

(ニ) 民法七二四条は、損害賠償請求権の消滅時効期間として三年と二〇年を定める[11]。二〇年の期間（消滅時効期間か除斥期間かという争はあるが）は、債権者＝被害者が、損害もしくは相手方を知らない場合に適用される。しかし、損害もしくは相手方を知らずして、債務の弁済を受ける、即ち、債務が二〇年のうちのある時点で消滅するということがあろうか。また、三年の短期消滅時効の定められた理由が「長い間放任する者はもはや苦痛を忘れた者として保護する必要がない」[12]という点にあるならば、ここでも消滅時効期間内のある時点で、債務の弁済を受けたことによる債権の消滅は考えられていないことになる。

(ホ) 時効完成後に時効完成を知らないでなした承認又は弁済の有効性は、実体法説からは説明不可能であるといわれる[13]。しかし、同様の批判は法定証拠説に対してもいえよう。時効期間経過＝その間のある時点における債務の消滅、との立場からすれば、いわゆる時効完成後の承認として時効の援用が封ぜられることはないばかりか、時効期間経過後の弁済は非債弁済として返還を請求し得よう（民七〇五条）。しかるに、法定証拠説から、いわゆる時効完成後の債務承認は援用権の喪失をきたすと論ずるのは理解し難い[14]。

右にみてきたように、法定証拠説の根拠たる採証理由からは、時効法を構成する諸規定を整合的に説明することが出来ず、また

いわゆる時効完成後の債務承認の問題については、自説からの論理展開としても一貫しないものがある。このように、法定証拠説は文理解釈・体系的解釈上の多くの難点を有しながらも、なお自説の正当性を採証理由という目的論的解釈上の根拠のみをもって主張しうるものであろうか。この点は、星野説とあわせて考えることとする。

(二) 星野説の検討

先ず、星野教授の時効観を概観しておこう。[15] 教授は、「〔時効法〕の統一的解釈は、時効の存在理由をどう考えるかによってしかできないのではあるまいか」[16]という問題意識から、時効の存在理由(=根拠)を探究されようとする。そして、消滅時効の存在理由を考えるには、①消滅時効によって債務者が債務を免れることの根拠を説明するか、②弁済した債務者の地位が消滅時効によって安定する点に着眼するか、そのいずれを問題とすべきかが最初の選択であるとし、この点につき教授は、「もしも時効制度がなかった場合に我々はどうなっていたであろうかを推測してみる」ことによって、第二の点に着眼される。[17] 教授にあっては、ボアソナード同様「〔消滅時効は〕債務を長年弁済しないことによってこれを免れさせる制度だとすれば、それは不道徳な制度ではないのか」[18]という価値判断に立たれることの当然の帰結ともいえよう。しかしながら、「わが民法の時効法は、時効を権利の得喪原因とする法律構成をとっている点だけは否定のしようがない」[19]。そこで教授は、①立法者(起草者)が考えた「存在理由」と、②「法文からしてその営むことが当然予想される機能」という意味での「存在理由」、そして、③あるべき「存在理由」とに分け、①については、そもそも立法者(起草者)の、時効の目的に対する観念があいまいであったので、①の意味における「存在理由」はいえない、②については、わが民法の時効制度の存在理由は矛盾したものを含んでいるというほかはなく、判例によって現実に動いているわが〔消滅〕時効法は、弁済者を保護する機能と、非弁済者を保護する機能との双方を営んでいることも明らかにされたとし、[20] ③については、「〔消滅時効制度は〕原則として、〔――〕弁済者の二重弁済を避けさせるための制度と考える」[21]と説かれる。

右にみた如く、星野教授の時効観は、弁済の証拠保全の困難=二重弁済の危険、という採証理由に基礎を置き、いわゆる訴訟法説に位置づけられるものである。[22] しかしながら、時効期間の経過は債務弁済の蓋然性を高めようとも、法定証拠説の如く、必然性を導くものではないと説かれるのであるから、結局、時効期間経

過に弁済の推定をみる、ボアソナード時効観の復古的主張ともいえよう。[23] 以下に検討する。

(1) 星野教授は、「あるべき消滅時効制度の存在理由」は、弁済者の二重弁済を避けさせるにあるが、「法文からしてその営むことが当然予想される機能という意味での存在理由」即ち、我が民法の時効制度の存在理由は矛盾したものを含んでいるとされ、我が国の現行時効法の統一的解釈のために、現行時効法の根拠をさぐるという姿勢はくずれている。従って、星野説からは時効法の各個の法規を説明しえないということをもって、星野説に対する批判とすることはあまり意味がない。ここで検討さるべきは、先ず「あるべき存在理由」の解釈論における有用性であろう。現行時効法規から離れて「あるべき存在理由」を持ち出すことは、右「存在理由」を目的論的解釈として現行法の解釈に生かさんとするも、かかる解釈はやはり立法論との境界をあいまいにするのではないか、従って解釈論としてどの程度有用かとの問題を残しはしないか。「債務者の二重弁済を避けさせるため」という根拠が、現行時効法規から部分的に抽出されるとしても、それにより右根拠に馴じまぬ諸規定を切り捨てるのではなく、なお法規の全体から時効の根拠を探求する余地が残っているのではなかろうか。

(2) 星野教授は、消滅時効制度の根拠を二重弁済を避けるにあるとし、消滅時効に弁済による債務消滅の推定をみるのであるから、「本来的には……弁済していないことが明らかになった場合に時効の保護を与える必要はない。一言でいえば、時効を広く認めるのは適当でなく、これをできるだけ制限するような解釈をとるべきである」[24]と説かれるのは当然である。従って、星野説からすれば、裁判上、時効抗弁の判断はできるだけ後にまわし、当該債権発生の有無ないし消滅時効以外の実体的債権消滅事由の有無の探知に努めるべきこととなろう。このことは、ボアソナードの推定的時効観に対して寄せられた、「反証」の提出を許さぬ推定は矛盾であるとの根本的批判にある程度答えることとなる。即ち、債権者に推定を覆える余地を認めることとなる。

ところで、ここに「反証」とは何を指すのか。民事訴訟法上、自分が証明責任を負う事実を証明するための証拠を本証、それを否認する相手方が提出する証拠を反証という。そして、本証は、その事実の存在につき裁判官をして確信を抱いてよいとされる心理状態にまでいたらせてはじめて目的を達するが、反証においては、否認する事実についての心証を、存在するとも存在しないとも分らないという状態にいたらせればその目的を達する。そこで、債

権者が訴求し債務者が弁済による債務消滅を主張する場合を考えると、ここでは債務者の弁済による債務消滅の証拠が本証となり、それを否認する債権者の証拠が反証となる。しかし、消滅時効は債務消滅に関して民事訴訟法上の「法律上の推定」として機能するというのであれば、債務者が消滅時効を援用する場合には、この推定を覆えすために債権者のなす、債務消滅という事実不存在の証明は本証でなければならず、反証では足りない(そうすると、旧民法時の学説の「反証」という用語は不適当ということになろうか)。従って、星野説からすると消滅時効制度は債務者に証明主題の選択(弁済による債務消滅か、消滅時効の完成か)を許すとともに、債権者に対しては債務は消滅していないという事実について証明責任を負わすもの(=証明責任の転換)となろうか。もしそうであるとすれば、債権者の、弁済等による債務消滅の事実はないという不作為の証明は極めて困難となり、債務消滅の推定を覆えす余地は理論上認められるとしても、事実上はなきに等しくなるのではなかろうか。そうすると、権利者といえども実際上は権利実現を阻止されることになり、このことは従来実体法説に寄せられた、何ゆえ権利行使を怠った権利者は権利を奪われなければならないのかという批判と類似の批判がなされることになろう。即ち、何ゆえ権利行使を怠った債権者は証明責任の転換により不利な地位に置かれねばならないのかということへの解答が用意されねばならないであろう。それとも右債権者の証明は、人証・精微な帳簿等の物証から、「悪魔の証明」の如き困難なものではないということになると、今度は逆に債務者の二重弁済の危険が、極めて小さいとはいえ、再び生じてくることとなる。この債務者の二重弁済の危険を徹底して避ける一つの方向は、法定証拠説への同化へと進むことであろう。してみると、法定証拠説が時の経過に債務消滅の必然を看るのは、債務者の二重弁済を避けるという目的をいわば実践的に理論展開した結果であって、論者といえども消滅時効期間経過による債務消滅については高度の蓋然性があると考えるにとどまっていたのではなかろうか。星野説は、しかし、債務者の二重弁済を避ける方向として、法定証拠説への同化を拒み、「法律上の推定」へと進んだものであるとすれば、従来の法定証拠説の難点を克服し、「弁済による債務消滅の蓋然性が高い」という実体に即した最も完成度の高い解釈論として評価されようか。しかしながら、ここでも次の二つの問題が残されているのではなかろうか。一は、訴訟レベルにおいて、先に述べた如く、消滅時効によって権利者の権利が奪われるもので

はないに拘らず、何ゆえ証明責任の転換により権利者が不利な地位に置かれねばならないのか、二は、実体レベルにおいて、債務を弁済していない債務者は永遠に弁済の義務を負うのか、である。

(3) 星野教授は、消滅時効制度がなかったら、我々は弁済の証拠を保全する困難に見舞われ二重弁済の危険にさらされるとする。確かに、かような弁済者の保護は法の役割である。しかし他面、履行を受けていない債権は、債務の弁済により実体上消滅する迄は、永久不変に訴求しうるものなのであろうか。星野説をつきつめると、債務を弁済していない債務者は、永遠に弁済の義務を負うということになる。少なくとも、星野説からは、立法論としては悪意の債務者に対して消滅時効は進行しないことになろう。しかし、各国の立法例が次第に善意の要件を課さなくなり、近代諸法典はおおむね善意を要求せざること、すでにスピローの明らかにするところである。即ち、善意を要求しても、善意の立証は難しく、結局、証明に失敗する危険を債務者が負うことになるというのがその理由であった。してみると、各国の法は、少なくとも、歴史的には善意の債務者が消滅時効の利益を受けることを不当とは考えていなかったことになる。そしてこの善意の債務者とは、いまだ債務を履行せざる債務者に他ならず、この場合、債権者は自己の債権の満足を得られないまま、権利行使が封ぜられたことになる。ここに、権利の永続性が検討されるべきことの指針を、従ってまた、訴訟法説の価値基準に修正をせまる糸口を見出すことができるのではなかろうか。

(1) 幾代通『民法総則』(昭和四四年) 五三四頁以下、四宮和夫『民法総則』(新版昭和五三年) 二九八頁参照。
(2) 川島武宜『民法総則』(昭和四〇年) 四四七頁。
(3) 本稿第一節三注 (12) 参照。
(4) 小山昇『民事訴訟法』(改訂版昭和四八年) 二八〇頁以下参照。
(5) 免除による債務消滅の場合も考えられる。この場合には、実際に免除の意思表示がなされた場合と、具体的な意思表示はないが免除があったものと評価される場合とがあろう。そして、後者にあっては信義則—権利失効という新たな問題へ連なることとなる。
(6) 法定証拠説の自ら明言するところではないが、訴訟法と実体法の関連からすれば本文の如き理解が許されよう。なお本稿第二節二注 (13) 参照。
(7) 川島・前掲書四五〇頁。
(8) 安達・判例評論一二二号一三三頁は、実際には債務が消滅しているのに誤って債務者が債務を承認した場合でも、その

承認によって、その当時債務が存在したとの強い推定力が働くから中断事由となると述べる。しかし、債務なきところにも消滅時効が中断するとの考えは理解し難い。なお、安達教授の時効に対する解釈（注釈民法(5)一六〇頁以下）については「同じ規定に二段の異なった解釈論を盛りこむのは、いかにもむりのように思われる」と疑問が寄せられている（星野・時効論文三〇七頁注（5）参照）。

(9) 五十嵐清・注釈民法(5)一三六頁以下参照。

(10) 我妻栄『新訂債権総論』（昭和三九年）三二五頁参照。

(11) 藤岡康宏「不法行為による損害賠償請求権の消滅時効—総合判例研究—」北大法学論集第二七巻第二号（昭和五一年）一頁以下参照。

(12) 末川博「不法行為に因る損害賠償請求権の時効」法学論叢二八巻三号一八頁参照。なお、J. A. Jolowicz, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI Torts, Ch. 13, 1972, pp. 23-26.、藤岡・前掲論文四頁参照。

(13) 本稿第一節三注（6）参照。

(14) 川島・前掲書四六六頁以下参照。

(15) 星野教授が、取得時効・消滅時効を一括して考察されているところからは、消滅時効に関する部分だけを取り出して本文に記すこととする。

(16) 星野・時効論文一七一頁。

(17) 同前一八六頁。

(18) 同前一七一頁。

(19) 同前二〇六頁。

(20) 同前二九九頁。

(21) 同前三〇三頁。

(22) 本稿第一節三注（16）参照。星野説は、いわゆる訴訟法説に位置するため、法定証拠説に対する批判の多くは、星野説に対してもあてはまるといえよう。

(23) 星野教授の、ボアソナードの時効観に対する賛意は各所でうかがわれる（例えば、星野・時効論文一八八頁、一九七—八頁、二〇三頁参照）。

(24) 星野・時効論文三〇三頁。なお、山中康雄「時効の本質—権利得喪説と証拠方法説」判例時報編集部編・民法基本問題一五〇講Ⅰ（昭和四一年）二二六—七頁が、「乙が、甲は自分の債権者だが、消滅時効により消滅した、と主張することは時効の援用となりえず、裁判所は甲を債権者、乙を債務者として裁判すべきである」と説くは、旧民法の規定（証拠編九六条二項、一六一条）を現行法の解釈論にもちこんだものといえよう。

四　私　見

(一)　学説の総括

以上にみてきたところから次のことがいえよう。消滅時効制度

の根拠を採証理由に求める説では、現行時効法規を統一的に説明することは不可能である。ここに不可能というは、単に民法一六七条の文理よりして、消滅時効が権利の消滅原因であることを窺わせるからというに止まらず、消滅時効法を構成する各個の規定が、すべて消滅時効の法律効果を権利消滅とすることの上に構築されているからであり、どこから眺めても訴訟法説の入り込む余地はないということである。しかしながら訴訟法説は、星野教授によりさらに理論的深化を得、いっそう根強く主張され続けている。それは、教授が端的に表現されるように、「債務者から二重弁済の危険をとり除かなければならない」という法の要請は、あまりにももっともだからである。各国の学者が説くところも、この採証理由にふれないものはないといってよかろう。従って、従来、消滅時効は権利消滅原因であるとする実体法説ですら、その主たる根拠を採証理由に求め、訴訟法説との区別をあいまいにしてきたこともうなずけないではない。しかしながら、訴訟法説をつきつめると、いまだ債務を履行せざる債務者が時効利益にあづかるのは、消滅時効制度の「暗黒面」ということになる。この点について、訴訟法説からは債権者に対する懈怠罰をもって消極的に弁明するか、ラレンツのように「大なる不当を避けるための小なる不当」として消極的弁明すらも諦めるかの二つしか方向はないように思われる。それでは現行消滅時効法の統一的理解は不可能なのであろうか。もし可能だとすれば、それはいかにしてなされるか。

消滅時効制度の根拠を考えるには、星野教授の指摘されるように、消滅時効制度により、①債務者が債務を免れるのか、②弁済した債務者の地位が安定するのか、を考えねばならない。しかし、教授の説かれるように、そのいずれかを選択して考えてゆかねばならぬものなのであろうか。教授の研究によると、判例は弁済者を保護する機能と、非弁済者を保護する機能との双方を含んでいるという。また、実定法規の文言が一般人の行為規範となることは否めず、文理解釈からは消滅時効は明らかに権利消滅原因と解される。従って、消滅時効制度の根拠を考えるにあたっては、右①・②の双方から考察が加えられねばならないであろう。そしてここで注意さるべきは、②の選択は①を排除する関係にあるが、①からの考察は②を包摂しうるということである。消滅時効制度が、債務者であっても債務を免れさせる制度であるならば、弁済すれども証拠保全の困難に陥り、証明手段に欠ける債務者が、消滅時効を援用することは何らさまたげないからである。

星野教授は②を選択し、債務者の二重弁済を避けさせることが消滅時効制度のあるべき存在理由であるとされた。しかし、この説が一方、債務消滅の「推定」を基礎とするならば自由心証主義の採用へ、他方、「二重弁済」の危険回避を貫くならば法定証拠主義の採用へと進まざるを得ないということは既に述べたとおりである。従って、現行消滅時効法を統一的に解釈するために残された唯一の方向は、①から考察を進め、消滅時効によって債務者は債務を免れるのか、を考えていくことであるように思われる。

(二) 権利の永続性

権利の存続は永遠か。わが民法は、文理上消滅時効を権利の消滅原因と定めるのであるから、法は、原則として権利の存続を有限とする立場をとったものと解するのが素直である。但し、法は、ある目的を達成する手段として、ことば的技術を駆使して実体法規を定めるのであるから、目的と手段(=法規の構成)との間にずれのあることも一応考えておかねばならない。ここにずれがあるかどうかは、文理通り、消滅時効により権利が消滅するとして、その根拠が探知されるか否かにかかっている。従って、その根拠が探知されたる場合は、目的と手段との間にずれはなく、従って、消滅時効は権利を消滅せしめる実体法上の制度であると解してよいこととなる。

ここで、ふたたび、論者の真意は別としてローランの言葉を借りよう。「一万年も前からの権利を利用することができるような社会の状況をつかの間想像するとは!」。権利が、その満足を得ることなく、従って、実体上消滅することなく一万年放置された後、その権利者の相続人から、債務者の相続人に対してなされる権利主張を許すべきか。少なくとも、権利の強制的満足のために国家機関が介入することを認めるのには躊躇せざるを得ない。もっとも、権利行使を受ける相手方が、当の債務者であれば、彼が生きている限り、権利行使を受けるは甘受しなければならないとも考えられる。(因みに、例えばフランス・ドイツの如き三〇年の消滅時効期間をみるに、成人が、いわゆる家計をにぎっている期間との相応性から、実際には、権利行使が当の債務者一代に対してなされることになったであろうと推測するならば、三〇年という期間もそれなりに納得される。)しかし、法は、当の債務者自身の債務と、その相続人に承継された債務とを区別せず、債務の本質に変わりなきものとする。従って、相続人に対する権利行使を、場合によっては不当とするならば、同様の扱いは当の債務者に対してもなされねばならないとの消極的理由づけが考えられる。し

かしここでも、相続人の如き、通常、債務の発生に与り知らぬ者を保護するために、法は限定承認（民法九二二条）という制度を用意しているのであって、当の債務者が債務（責任）を免れるいわれはないとの反論が考えられる。では、当の債務者もまた債務（責任）を免れるとする積極的理由づけは見出し得ないものなのであろうか。この点につき、学説は、権利は有限との判断を基礎とした筈の、従来の実体法説ですら、消滅時効により真の権利者が権利を失う場合を、消極的に懈怠罰をもって弁明するにすぎなかった。しかし、かような消極的な理由づけは説得力に乏しい。ここに、我々はスピローの時効観[1]を想起すべきである。スピローは、消滅時効制度の第一の役割は、弁済者の保護にあるとし、基本的には採証理由に消滅時効制度の根拠を求めるようである。しかし、権利者の権利喪失を、筆者の知る限り、初めて積極的に論証しようとしたのもまたスピローであった。この意味でもスピローの時効観は極めて特筆に値する。彼の説くところは、要するに、権利者はいつまでたっても権利を行使し得るとするのでは、債務者はいつまでも不安定な状態に置かれたままになるため、かかる債務者もまた、法は保護すべきであるというにある。この趣旨は、フランスの短期消滅時効の根拠として説かれるところからも窺われる。例えば、カルボニエは、フ民二二七七条（定期金債権に関する五年の消滅時効）の根拠は利息の累積により債務者が破産することを防止するにある[2]という。確かに、権利は永続するとするならば、不断に発生する利息の額は莫大なものとなろう。要するに、スピローが詳述し、カルボニエ等が端的に説く債務者保護の要請は、資本主義社会における計算可能性を担保しようとするものといえよう。権利の永続性に制限を付する積極的根拠は、ここに求められるのではなかろうか。

では、この主張が認められるとすれば、権利不行使という不安定な状態に置かれた債務者の保護はいかにしてなされるか。自救行為を許さぬ法秩序のもとにあっては、法秩序の認める強制的履行、即ち、国家による強制的履行が封じられればよい。従って、そのための法律構成としては、①実体権そのものの消滅、②訴求しうる権利、ないしは強制履行を求むる権利の消滅、が一応考えられる。結局、実体法で解決するか、訴訟法で解決するかの選択が考えられるのであって、消滅時効制度は、本来実体法上の制度か、訴訟法上の制度かという議論はあまり意味がないということになる。

以上を資料としてわが民法をみるならば、現行消滅時効制度

は、債務者といえども永遠に権利不行使という不安定な状態に置かれるべきではないとの法の要請から、一定期間経過後、実体権そのものを消滅せしめる制度といえよう。もっとも、権利は一定期間の経過により、その主張が許されなくなるとの提言に対しては、債務は履行さるべしとの法の要請を理由として否定に解する者も出てこよう。従って権利は永久不変であると論ずる者と、有限であると解する者との争いが予想される。しかし、権利の永久性を認めることにより、不都合の生じる場合のあることが明らかとなれば、法は、一つの判断として、政策的に権利の永久性に歯止めをかけることが考えられる。従って、かかる立場から、法が権利の存続に時的限界を設けたならば、価値判断を異にする、即ち、権利は永遠であるべきと考える法解釈者も、立法論としては格別、権利の存続に時的限界を課した法規の解釈にあたっては、権利の有限性を認めなければならないといえよう。(3)

かように、わが消滅時効法は、形式のみならずその実質においても、権利消滅を基礎として構成されているとすると、次に「援用」規定との関係が問題となる。

(三) 「援用」の法的性質

民法は一方、一六七条（以下八箇条）をもって消滅時効を権利の消滅原因として規定しながら、他方、一四五条をもって「時効ハ当事者カ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ為スコトヲ得ス」と規定し、一見その間に齟齬があるかに思われる。この二法文の調整に腐心し、学説の乱立を招いたことはいうまでもない。

援用の法的性質に関する従来の学説は、概ね次のように分類される。(4)

(1) 実体法説　a　確定効果説（攻撃防禦方法説＝判例(5)）　時効期間の経過により確定的に権利の得喪を生じ援用は訴訟における攻撃防禦方法にすぎない。b　不確定効果説　①解除条件説　時効期間の経過により権利の得喪は一種の解除条件的に発生する。即ち、「不援用」を解除条件的なものとして説明する。(6)　②停止条件説　時効の効果は停止条件的に生ずる。即ち、「援用」を停止条件的なものとして説明する。(7)

(2) 訴訟法説（法定証拠提出説）　援用は時の経過による権利の得喪という法定の証拠を裁判所に提出する行為である。(8)

以下、右学説を検討する。法定証拠提出説は、時効制度の根拠に関して論ぜられる、いわゆる法定証拠説に依拠するものであり、すでに法定証拠説を批判したところから、法定証拠提出説は

採ることができない。確定効果説によると、消滅時効によって権利が消滅しているにも拘らず、当事者が援用しない場合には、裁判所は無権利者を権利者と判決することとなるが、これは元来、裁判は実体的な権利関係に従ってなすべきであるということと矛盾する。また、時効期間経過後、それを知らずに債務を履行した場合に、この履行が非債弁済とならず有効であるとするならば、その説明に窮することとなる。[9] ここに不確定効果説（解除条件説・停止条件説）の擡頭してきた理由がある。解除条件説の代表的論者[10]である鳩山博士[11]は、「援用ニ依リテ時効ノ効力確定シ、不援用ノ確定スルニ依リテ時効ハ初メヨリ効力ヲ生ゼザリシコトニ確定スルモノト解ス」[12]と説く。これに対し穂積博士は、「例へば消滅時効にかかった債務の履行は、停止条件的説明を用ひると当然有効の弁済になるが、解除条件的説明によると、右の履行が先づ時効不援用の表示であって、これによって消滅すると云ふ複雑な観念になる」として、解除条件的というよりは、むしろ停止条件的と説明する方が了解しやすいと批判する。[13] また、解除条件説によれば、訴の係属中、債務者が「援用」もせず、「時効利益の放棄」もしない間は、実体的には消滅時効の効果は発生しており債務は消滅しているのであるから、裁判所は債務者の「援用」なきに拘らず、「不援用」なきによって債務者を勝訴せしめねばならなくなる。つまり、「援用」は既に発生している時効の効果の確認にすぎぬことになり、解除条件説は民法一四五条の明文に反することになるといわなければならない。解除条件説の批判さるべきは、穂積博士の指摘するような無益に法的構成を煩瑣にするという点に加えて、右に述べた点に求められよう。この穂積博士の批判に対して鳩山博士は、停止条件説は「法文ヲ去ルコト余リニ甚シキ解釈」だからこれをとりえないと反論する。[14] 即ち、停止条件説は民法一四五条「援用スルニ非ザレバ」に重きを置くがため、一六七条を無意味とする。しかし両説は共に法文を去ることにおいて大差はない。かように、実体関係と裁判との矛盾を避けようとして登場した不確定効果説も、一四五条・一六七条の二法文を整合的に説明し得てはいないのである。さらに、時効の効果発生を条件的に説明すること自体が有するこの説の不適切さが指摘されねばならない。第一に、厳密な意味での「条件」とは法律行為の効力の発生または消滅を成否未定の事実にかからせる法律行為の付款であるが、時効は事件たる時の経過を要素とする制度であって、法律行為そのものではない。従って「援用」は法律行為の付款たる「条件」ではない。ここに不確定効果説の論者が条

件的[15]といわざるを得なかった理由がある。かようないわば比喩的な条件的構成を用いずして、より直截な説明がなされ得ればその方が望ましいことは言うまでもない。

第二に、不確定効果説は、「条件」成就による遡及効を認める（民一四四条）がために解除条件説と停止条件説との区別を無意味にする。なぜならば、同一事の表裏（「援用」と「不援用」）を条件として、しかも遡及効を認めると、両説は同一に帰することになるからである。[16]遡及効を前提とすると、「『援用』の場合には債務は当初から消滅する」ということは「『不援用』の場合には債務は当初から存続する」に等しい内容を持つ。にも拘らず前者は「援用」が停止条件であり、後者は「不援用」が解除条件であるというのは無意味である。

第三に、不確定効果説における「援用」ないし「不援用」という条件は、「単ニ債務者ノ意思ノミニ係ル」純粋随意条件（民一三四条）である。債務の履行につき、気が向かなければ「援用」、気が向けば「不援用」だからである。純粋随意条件は、停止条件附法律行為にあっては無効とされる（民一三四条）のであるから、停止条件説にあって、「援用」を停止条件的に説明することには問題がある。ところで、不確定効果説における条件成就前後の法律関係は、通常の場合の逆となり、条件成就により停止条件説にあっては債務消滅、解除条件説にあっては債務発生（存続）ということになる。また停止条件附法律行為において純粋随意条件が無効とされるのは、「もし債務者が気が向けば支払う」というが如き法律行為には、当事者に法律的拘束力を生ぜしめる意思があるとは考えられないからであると説かれている。従って、実質的には民一三四条からの批判は解除条件説に向けられることになる。そうすると不確定効果説が純粋随意条件をもって説明することは、形式的には停止条件説、実質的には解除条件説の難点となろう。結局、現在の有力説である不確定効果説・特に停止条件説も、「条件的」説明とはいえ、なお多くの問題の余地を残しているといわなければならない。かように見てくると従来の代表的学説はその何れもが難点を有しているのであり、この問題の難解さを示すと共に、より直截簡明な理論的説明が望まれるのである。

そもそも、援用の法的性質を考えるには、抽象的な法律構成からではなく、先ず「援用」規定の実質的根拠を手がかりとして考察すべきであろう。もし消滅時効が、債務者といえども永遠に権利不行使という不安定な状態に置かれるべきではないとの法の要請のみから導かれた制度であれば、権利消滅の要件は一定期間の経

過をもって足りた筈である。しかるに、わが法は「援用」を要するという。その法意は何か。コーラーの如く[17]、「援用」規定を「良心」規定として、弁済等により、既に債務を免れている者のみが消滅時効の利益を受けると解することはできない。いまだ債務を履行せざる者も時効利益にあずかるからである。そこで、この問題を考えるにあたり、まず、ドイツ普通法におけるいわゆる強効力説・弱効力説の議論をおもいうかべたい。先に述べた如く[18]、ドイツ普通法時代において、時効の効果については時効完成後、権利そのものが消滅するのか、あるいは自然債務は残るかをめぐって、学説は二つのほぼ均しい陣営にわかれた[19]。この問題は、クリングミュラーの指摘するように[20]、純粋に理論的な対立ではなく、すぐれて法政策上の問題に属するといえよう。すなわち、私見によれば、強効力説と弱効力説の対立の窮極にあるものは、消滅時効完成後の債務者の任意の給付を有効とする余地を残すかどうかという法の配慮の問題であると思われる。結局、ドイツ民法はその二二二条一項において「消滅時効の完成後においては、義務者は弁済を拒絶することができる」と規定し、消滅時効にかかった請求権（verjährte Anspruch）も、永続的抗弁権の付着した請求権（peremtsrische Einrede behafteter Anspruch）として存続することを明らかにし、同条二項一文において、債務者がこの抗弁権を知らずして弁済した場合にも、弁済したものの返還請求は認められないと定めた。次に、我が国における援用権の法的性質をめぐる学説の推移をみるに、確定効果説が批判を浴び、不確定効果説が通説的地位を占めるにいたった最大の理由は、前説では消滅時効期間経過後援用前の弁済を有効な弁済と説明し得ないという点にあった。右のことから、消滅時効期間経過後といえども任意になされた弁済は有効とすべしとの価値判断（＝法政策）がドイツでは立法上、我が国では学説においてより明白に顕現しているといえよう[21]。以上をふまえて民法をみる。消滅時効の効果たる権利消滅のためには、一定期間経過をもって足り、援用を要しないとするならば、消滅時効期間経過後の弁済は非債弁済（民七〇五条）として返還請求し得ることとなる。しかし、これは民法の採るところではない。なぜか。思うに、債務は履行さるべしとの法の要請がある。この要請は、契約は守らるべしとの法命題の中核をなす、私法秩序の原則である。しかしながら、消滅時効制度は、債務者といえども永遠に権利不行使という不安定な状態に置かれるべきではないとの要請を受け、右原則に修正をせまる法制度である。この相対立する要請の調和点を、法は権利不行使と

いう事実の一定期間経過に加え、債務者の「援用」を消滅時効の効果発生の要件とすることに求めたものと考えられる。換言すれば、消滅時効期間経過後は、権利者を援用権の行使を受ける不安定な地位に置くことによって、右要請の調和を図ろうとしたものである。従って、「援用」前の訴求も債務者が「援用」しなければ勝訴しうるのであるから自然債務とはならず[22]、「援用」後は債権は終局的に消滅するのであるから自然債務も残さないこととなる[23]。

では、この「援用」の法的性質はいかに解さるべきか。先ず、民一六七条との関係については「援用」は「期間経過」と共に、消滅時効の効果、即ち権利消滅の一要件と解する。なぜならば、ある法律効果を生ずべき要件として複数の事実が規定されている場合は、その効果の発生には複数の事実の発生が必要である。ここに複数の事実の発生に時間的先後関係がある場合、法は制定技術上、それぞれの事実を別個の規定に組み入れることが考えられる。「期間経過」(民一六七条)と「援用」(民一四五条)の規定は、まさにこの場合に該たるからである[24]。もっとも「援用」を、消滅時効の効果発生の要件とするならば、民一四五条の如き立言を避け、より簡易な規定が設けられるであろうとの批判が考えられる。しかし消滅時効制度は、消滅時効期間経過後の債務は、もはや債務者の意に反して法が強制履行せしめうるものではなくなるとしながらも、債務自体は免除や弁済によって消滅しているのではないから、債務を免れるを潔しとするか否かは債務者に委ねたのである。そして、この債務者の時効利益を受けるか否かの選択は、強制履行が問題となる裁判上の争いの場面において考慮すれば足れり[25]として民法一四五条が規定されたものであることを知るならば、一見、消滅時効を訴訟法上の制度であるかに思わせる同条の文言も理解されよう。

ところで、ここに「援用」とはすでに発生している消滅時効の効果を「援用」するというのであれば、「援用」により消滅時効の効果が発生するということと矛盾する。さらに「援用」の中身が吟味されねばならない。「援用」の具体的内容は履行拒絶である。通常、履行請求に対する履行拒絶権能は抗弁権であるといえよう(例えば、同時履行の抗弁権、催告の抗弁権、検索の抗弁権)。しかし民法一四五条の「援用」は、「援用」によりはじめて、かつ確定的に権利消滅という消滅時効の効果が発生するのである。従って、債権者の請求権を消滅させるこの権利を、いわば「援用権」と称し、「援用権」の法的性質はこれを一種の形成権[26]である

と解する。[27] ちなみに、ドイツでは、抗弁権が形成権に含まれるか否かが問題とされているが、[28] 我が法は、抗弁権的構成をとるドイツ消滅時効法とは異なり「援用」による（民一四五条）権利消滅を規定している（民一六七条）のであるから、援用権を形成権の一種と解するに際し、ドイツにおいて抗弁権は形成権の一種とは認められないとする説の批判を予定しなくともよかろう。

(四) 結　論

以上に述べてきたところから次の結論を得る。

消滅時効制度は、法の二つの要請、即ち、①債務者といえども永遠に権利不行使という不安定な状態に置かれるべきではない（権利者といえども、国家の後見的介入により権利の満足を得る地位は永久不変であるべきではない＝公権的解決を望むなら一定期間内に司法機関へ申し出よ）との要請と、②債務は履行さるべしとの要請の調和[29]を図り、権利不行使という事実の一定期間経過により、債務者に形成権たる援用権（債権者の請求権を消滅させる権利）を与え、援用権の行使により法律上の債務者の地位を免れせしめる制度である。[30]

右の結論が、わが消滅時効法の文理解釈及び体系的解釈から容認されることについては問題なかろう。従って、私見の妥当性は目的論的解釈からも首肯されるかどうか、即ち、権利の永続性に制限を付すことが、妥当な解釈として現実社会に受容されるかどうかにかかっていると思われる。確かに、立法者意思にはさまざまの「あるべき存在理由」が含まれていたであろう。その中でも、いわゆる採証理由が大きな比重を占めていたであろうことは疑いない。しかし、既に述べた通り、現代の資本主義社会にあっては、法（経済）生活における計算可能性を担保するために、権利の永続性に制限を付する必要性もまた否めない。更に、ひとたび立法がなされ、わが消滅時効法が権利消滅を基礎として構成されている以上、権利者といえども権利の終局的満足を得るためには一定期間内に訴求しなければならないという行為規範として機能していることも事実である。従って、権利の存続は有限であるというところから消滅時効法を理解することは、目的論的解釈からも十分に受容されるものと考えるのである。

今日の社会では、「契約は守らるべし―債務は履行さるべし」を至上命題として、いつまでも債務者に「責任」を課し続ける解釈こそドラスティックにすぎるのではなかろうか。

（1）本稿第三節三参照。

（2）Carbonnier, Droit civil 4–Les Obligation, 9e éd., 1976,

p. 547. その他にも、利息付貸借 (prêt à intérêt) への不信の念、権利行使をしない債権者は金に困っていない、ということを挙げる。

(3) かように解することにより、消滅時効制度は、除斥期間・権利失効の理論と共に、同一レベルの法の要請につかえる制度として、互いに有機的な解釈を許すこととなろう。ちなみに、ヘーデマンは、「古典的な消滅時効制度と並んで、裁判官の行為により、第二の、同一目的を追求する失効制度が設定される」(Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 244 (275) Anm. 1) という。

(4) 時効制度の根拠につき、今日、諸学説が分かれているのに応じ、「援用」の法的性質に関する議論もまた区々に分かれている。本文で掲げた学説の他に、例えば、時効完成により時効の効果は、対社会的には絶対的・確定的に生ずるが、直接の利害関係人間では時効の効果は不確定的であり、援用または放棄により確定すると解する説(於保不二雄『民法総則講義』(昭和三五年) 二九四頁、同・「時効の援用及び時効利益の放棄」法曹時報五巻七号三〇二頁以下)、消滅時効につきドイツ民法的取扱いをわが民法の解釈論に導入しようとするもの(飯島喬平「時効の援用に関する民法上の疑義」法学協会雑誌二五巻七号九八四頁以下)があるが、いずれも学説の支持を得ていないように思われる。また、四宮教授のように、時効制度の根拠を多元的にとらえ、援用は実体法的・訴訟法的二面性をもつとしながらも、援用と時効の効力との関係は停止条件説が適切・簡明であるとする立場もある(四宮和夫『新版民法総則』(昭和五一年) 二九八・三二七頁参照)。学説の状況については、川井健・注釈民法(5)四一頁以下に詳しい。

(5) 大判明治三八年一一月二五日民録一一輯一五八一頁、大判大正八年七月四日民録二五輯一二一五頁等。

(6) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(大正一〇年) 五八四頁以下、同『日本民法総論下巻』(大正一三年) 五八五頁。

(7) 穂積重遠『改訂民法総論』(改訂第四版昭和六年) 四五七頁。

(8) 川島武宜『民法総則』四四七頁。

(9) 穂積・前掲書四五六頁参照。

(10) すでに川名博士が、時効は「一応権利ノ取得又ハ消滅ヲ来サシムルモ……時効ニ因ル権利ノ取得又ハ消滅ハ当事者カ時効ヲ援用セサルコトヲ解除条件(而モ其成就ハ遡及効ヲ有スル)トスル、権利ノ取得又ハ消滅ト同様ノモノト見ルナリ」と説かれる(川名兼四郎『日本民法総論』(明治四五年) 二八四頁。)

(11) ただし、川島武宜・注釈民法(5)一四頁は、鳩山説の真意は停止条件説と同一に帰着するとの理解を示す。

(12) 鳩山秀夫『日本民法総論下巻』(大正一三年) 五八五頁。

(13) 穂積・前掲書四五七頁。

(14) 鳩山・前掲書五七八頁。

(15) 中島弘道「時効制度の存在理由と構造」法学新報六四巻五号六頁は、不確定効果説の論者が「援用」を「条件」というは、「条件」と「法定条件」＝「効力要件」とを混同するものであると批判しているかのように読める。しかし、不確定効果説を主張する者も、「援用」を「条件」そのものと考えていたとは思われない。

(16) 例えば、「優勝すること」を停止条件として自動車を贈与する場合と、「優勝できなかったこと」を解除条件として贈与する場合とを比較してみる。両者の差異は、贈与時から優勝（あるいは敗退）時までの所有権の存否であるが、贈与時までの遡及効を認めるともはや両者に差異はなくなる。三潴信三『全訂民法総則提要下』（第九版昭和六年）四八九頁は、遡及効を有する時効について、不遡及を原則とする条件（民一二七条二項）を以て説明する点をとらえ、解除条件説を批判するが、遡及効は当事者の約定により認められるのであるから決定的な指摘ではない。批判さるべきは、本文で述べた如く、二者択一的事態の一方と他方をそれぞれ停止条件・解除条件とし、かつ遡及効を認めると両者に差異はなくなるという点に求められよう。

(17) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1906. §66 S. 196.

(18) 本稿第二節二参照。

(19) Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 1905, S. 173 によると、弱効力を主張するのは、Weber, Glück, Mühlenbruch, Unterholzner, Francke, Guyet, Böching, Göschen, Savigny, Puchta, Demelius, Brinz, Eisele, Regelsberger, Derunburg, Hölder であり、強効力を説くのは、Sommer, Büchel, Löhr, Sintenis, Kierulff, Heimbach, Vermehren, Wächter, Vangerow, Dahn, Bekker, Schwanert, Scheurl, Wandt, Windscheid, Kuntze, Thywissen, Fischer を数えうる。

(20) Klingmüller, a. a. O., S. 176.

(21) イタリア民法二九四〇条参照。なお、谷口知平「非債弁済と自然債務」大阪商科大学経済研究年報一号三六六頁は、「英法に於ては時効によりて債権は請求の訴権を消滅せしめられるもの、unforceable by action になさるるものに過ぎず、債務そのものは有効に存続し、弁済、更改、保証担保の目的となりえらるものと考えられている」とする。

(22) 木村常信『民法異説の研究』（昭和五一年）第三章自然債務と消滅時効四六頁は、消滅時効期間経過後の債務を自然債務というが、本文に述べたとおり、給付保持権能のみならず、請求権能も失っていないのであるから賛成し得ない。

(23) 我妻栄『新訂債権総論』（昭和三九年）七〇頁は、「援用」後の債務を自然債務とされるが、民法五〇八条との関係で述べているに過ぎないように思われる。ドイツ普通法における

強効力・弱効力の議論も、消滅時効期間経過後を問題としていたことに留意すべきであろう。

(24) 中島・前掲論文八頁以下参照。

(25) 裁判外での援用を否定するものではない。

(26) 形成権概念自体は確立されているとしても、形成権にいかなる内容を盛りこむかについては、なお流動性があるのではなかろうか。形成権理論については、永田真三郎「形成権概念の成立過程」関西大学法学部論集第二三巻四・五・六号、「形成権理論の展開」同第二六巻二号、「形成権概念の位置と構造」同第二六巻四・五・六号が詳しい。

(27) 星野英一『民法概論Ⅰ』(改訂版昭和五二年)二八四頁は、不確定効果説においては、援用は形成権の行使ということになると、教授の理解を述べている。星野教授自身は、「援用」を「良心規定」と解し、権利得喪の要件と見る。しかし、星野教授が、時効観においていわゆる訴訟法説に立脚するならば、「援用」に関するこの解釈は不整合をきたすのではなかろうか。

(28) 形成権概念の成立過程において、クロームは反対権 Gegenrecht という概念を主張したが、そこには、請求権に対する抗弁権が、一つの中心的なものとして含まれていた (Crome, C., System des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1900, S. 160 ff.)。また、ヘルヴィヒは少くとも、永久的抗弁権は形成権に含まれると主張し (Hellwig, K., Anspruch und Klagerecht, 1900, S. 8 ff.) 近時、ヤールは抗弁権を実体的な形成権として構成しなおそうとする (Jahr, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, Juristen Schulung 1964. 4. 6. 8)。しかしラレンツは、抗弁権は、その行使の効果は訴訟において最終的なものとなるという特質を有し、形成権的に構成する方向は妥当でないという反論を加えている (Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., 1977, §14 II S. 210 ff.)。

(29) 消滅時効制度の中で、債務は履行さるべしとの要請を限られた範囲ではあれ、どのように実現していくべきかは、今後の研究を要する問題である。今のところ、消滅時効の援用を信義則で制限しうる場合を類型化していくことの中に、その一つの方向があるのではないかと考えている。ちなみに、消滅時効の抗弁権が、ローマ法の exceptio doli generalis に倣い、ライヒ裁判所の認めるにいたった悪意の再抗弁 (Replik der Arglist od. Gegeneinwand der Arglist) の対抗を受けることは、ドイツの学説・判例の認めるところとなっている (Vgl. Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts Bd. III, 1909, S. 161 Note 8; Staudinger=Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I 11. Aufl., 1957, 8 zu §222 S. 1173 ff. なお、谷口知平「権利濫用の効果」『末川古稀・権利の濫用(上)』一〇四頁参照)。しかし、我が法上、消滅時効の援用を信義則に基づいて制限しうるか

どうかは争いの予想されるところである。例えば、いわゆる時効完成後の債務の承認においては、時効完成の知・不知に拘らず援用権を失うとして注目された最判（大）昭和四一年四月二〇日民集二〇巻四号七〇二頁の評釈において、五十嵐教授は、「消滅時効制度は、学者がいかにこれを弁護しようとも、債務者に信義に反する主張を認めることを前提としている。そこに信義則を持ちこむことは、かえって事態を混乱させることになりはしないか。〔本判決〕を契機として、今後、時効の解釈に信義則が持ちこまれるとすれば問題である」（判評九五号二一頁）と述べ、時効の解釈に信義則を持ちこむことに批判的であるが、藤岡康宏（判例評釈）法学協会雑誌八九巻一号一二四頁注（10）は、「時効制度の中に援用や債務承認といった規定が存する以上、〔時効の解釈に〕利益衡量を（それを信義則とよぶかどうかは別として）はたらかせる余地はありうるはずである」とされる。なお、近時最高裁が、消滅時効の援用は事情によっては権利濫用にあたるとする判決を下した（最判昭和五一年五月二五日民集三〇巻四号五五四頁―但し、農地法三条のいわゆる許可申請協力請求権が問題となった特殊な事案である）ことは注目されよう。

(30) かような解釈は、短期消滅時効・商事消滅時効との一元的理解を許すことになろう。もっとも、このことは全ての消滅時効法規が妥当なものと評価されるというのではない。私見からも、個々の法規に対する立法論的批判は生まれてくる訳である。

The Policy of Extinctive Prescription and the Limit of Interruption of It. (1)

Miyohiko MATSUHISA*

What is the policy of extinctive prescription? Although many lawyers have been studying to solve this problem, we cannot find any one established theory. The institution of extinctive prescription stands on a point connected with many judicial demands. These days theories about this problem are so chaotic that, in Chapter 1 of my paper, I have constructed my theory through examining many theories of the past, and then, in Chapter 2, I have put my theory into practice to solve the very important problem of the limit of interruption of extinctive prescription.

Chap. 1, A brief outline;

Sec. 1: The legislative process and transition of theories in Japan.

Sec. 2: Investigation of foreign institutions and theories, especially French (prescription extinctive), German and Swiss (Verjährung).

Sec. 3: My theory.

Here I come to the following conclusion: the policy of extinctive prescription is to control opposing judicial demands, a) Even a debtor should not be put in unstable situation eternally (Even a creditor cannot have a right forever), b) The debtor should discharge his liabilities. The content of this control in Japan is to give a debtor (defendant) a right to refuse the creditor's (plaintiff's) claim after a passage of a certain period. (to be continued)

* Doctoral Student, Faculty of Law, Hokkaido University