



## 消滅時効と債務：自然債務の研究(2)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石田, 喜久夫 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24729/00002183">https://doi.org/10.24729/00002183</a>

# 消滅時効と債務

——自然債務の研究(2)——

石田喜久夫

—

わが民法は、時効によって私権そのものが消滅する、と規定する（一六二条・一六三条・一六七条以下）一方、一四五条において「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」と定めている。かつては、権利消滅という実体法上の効果は確定的に生ずるのであり、一四五条は裁判官の権限に制限を加えたにすぎないと解する確定効果説が有力であった（時効援用は「訴訟上の攻撃防禦方法」となる。富井政章・民法原論第一巻総論（明三七）五四七（昭六）四八九頁な）が、鳩山博士が「然レトモ余ハ之ニ反対シテ時効ハ当事者ノ援用無クハ其効力ヲ失フヘシト言ヘル条件的ノ状態ニ於テ権利得喪ノ効果ヲ生セシムルモノト解ス（同説川名氏）（民法講義）按スルニ第四百四十五條ハ一読裁判官ノ権限ヲ制限シタルノミノ規定ナルカ如シト雖モ実体法ト手續法トノ關係ニ付テ考フレハ權利ヲ絶対ニ取得シタル者ヲ裁判上ハ無權利者トシテ裁判シ絶対ニ義務ヲ免カレタル者ヲ義務者トシテ裁判スルコトヲ要スト言フハ明ニ矛盾ナリ上記ノ通説ハ民法上ニ存スル矛盾ヲ解決スルノ説ニハアラスシテ唯矛盾トシテ開示スルニ止マレリ」

(鳩山秀夫・法律行為乃至時効) (明四五) 五八五—六頁) 「以上ノ如ク解セハ援用ト云フコトハ単ニ裁判官ノ権限ヲ補充スルコトヲ目的トスル行為ニハアラスシテ時効ノ私法上ノ効果ヲ確定スル行為ナリ単ニ公法上ノ効果ヲ有スルニハアラスシテ私法上ノ効果ヲ有スルモノナリ」 (同上六頁) と説かれて以来、いわゆる不確定効果説に左袒する学説が圧倒的優勢を示し、現在では、たとえば「時効の効果は、時効の完成によって確定的に生ずるものではなく、時効の援用又は時効利益の放棄によって一種の条件的に確定するものであると解するようになっていゝ」 (於保不二雄・民法総則講義) (昭二八) 二八九頁) などと説明されている——細かくいえば、停止条件説が通説とみられよう (川島武宣・民法総則(法律学全集) (昭四〇) 四五〇頁、谷藤浩) (昭三三) 一七七頁(遠藤照) (昭三三) 一七七頁) 参照) 」。こういった議論は、時効を援用する者の範囲、時効援用の撤回の可否、なかんずく、時効完成後それを知らないでなした債務の弁済または承認の効力などに関する結論を左右する。

ところで、民法五〇八条は「時効ニ因リテ消滅シタル債権カ其消滅以前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於テハ其債権者ハ相殺ヲ為スコトヲ得」といい、この規定について、「かような例外を設けたのは、対立する両債権の当事者が相殺することができると達したときには、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へるから、この信頼を保護しようとしたのである」 (我妻栄・新訂債権総論) (昭三九) 三三五頁) として、いわば、消滅時効にかかった債権も完全にその法上の存在を否定されていないかの観を呈する。尤もこのことは、もっぱら時効制度からではなく、たとえば「相殺制度は、相互に債権を有し、将来相殺によって清算しうると信頼し合っている者を保護するものである」 (我妻・前掲) (三三六頁) と説かれるように、相殺の根拠から説明されるのが通常であるけれども、いわゆる自然債務概念を否定する学説においても、「時効にかかった債権 (一定の要件のもとに相殺可能性が与えられている、五〇八条。独民法はさらに強き効果を与えている、独民二二二条二項・二二三条)」、強制和議により一部免除された債権 (破産法三二六条二項参照)、契約により訴権ないし強制執行の排除された債権 (私的自治) (前掲) からかかる債権を成立せしめることは認めらるべきである、大判大正一五年二月二十四日民集五卷二三三頁、大) (昭昭和二年三月一六日民集六卷八七頁は強制執行のできぬ特約の有効性を認む。わがくにおよびドイツの通説) のごときは不完全では

あるが法上の債権として承認されるべきであらう (Vgl. Larenz, Schuldrecht, Bd. I, S. 10 ff.)」(磯村哲・債務と責任(谷口知平・加藤一郎編・民法演習Ⅲ)一三一―四頁)と説かれていることは、まさに時効にかかった債務の法上の承認を前提するものであり、また、時効を一種の法定証拠とする近時の見解(たとえば、川島・前掲四四七頁)からすれば、実体法上の債務の存在は、消滅時効完成後も語りうる余地があるものといわなければなるまい。

本稿は、右の諸問題につきわが民法上いかに解することが可能であるかを、直接に研究するものではないが従来の議論をふり返ることによって、種々の法における建前ないし構成可能性を追究し、わが国の問題解決につきなんらかの示唆を得ようとすることを目的とする(最近の研究としては、内池慶四郎「時効の目的とそ」の根拠について」私法二八号八七頁以下がある)。

## 二

普通法学説によれば、ローマ法上、争点決定後の債務・訴訟時効後の債務(D. 9, 2, 30, 1;)・訴権が時効にかかった債務などは、自然債務であるとされた(小野本常・訴権論序説三二―九頁)。たとえば、サヴィニーは、誤って確定判決により免責された債務者には自然債務が残存するとの命題(これについては、拙稿「ポルテン対ファイン——自然債務の研究(1)——」阪大法学五九・六〇合併号参照)を論証するに際して、法律訴訟手続における争点決定と方式書手続における既判力の抗弁とを対置せしめることにより、前者によって万民法上の存在たる自然債務は廃棄され得ないと説き(Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heuti-gen römischen Rechts, Bd. 1. (1851) S. 92 f.)。訴訟時効については、「古い法によれば、訴訟が判決によって決定されることなしに一定期間存続する場合には、各々の訴権は原告から失われる(Gaius, 4<sup>o</sup>)。この原則は明らかに万民法に無縁であり、自然債務は存続しなければならぬ」(a. a. O. S.)と述べ、さらに訴権時効に関しては、「訴権時効は万民法からは由来しえない。まさに、数の関係に適用される各々の原則と同様に、それが全く恣意的な・完全に実定的性格をもつが故にである。〔中略〕」

らに、訴訟時効が法務官告示の産物であることは、承認されない。法務官は、彼ら自身の導入した訴権(任意に制限し得た)のみを、一年内の使用によって制約したにすぎず、凡ての市民法上の訴権、したがって大部分のかつ最も重要な訴権は、告示によってではなく、皇帝法つまり市民法によって、その時効期間を有した。さいごに、法務官法を万民法と同一視するのは全く誤りである。万民法に基づく多くのものが告示中にとり入れられたのは勿論であるが、告示の大部分は万民法に起源を有するのではない」と主張している(a. a. O. S. 97~98 ferner Vgl. Derselbe, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V. 1841, S. 266)——なお、サヴィニーの自然債務論が市民法と万民法との対置に基礎づけられていることに注意すべきであろう——。このような見解に対しては、つとに二〇世紀初頭においても異議を唱えるものがあり、前二者については、訴訟が争いの当事者の意思の一致によってのみ成立するとなすローマ古典期の思考に基づき、「承認された争点決定の契約的性質が一方では更改と親近な関係があり、他方では消耗をできるだけ制限しようとする、實際上の考慮に由来する要求と関連するため」(Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 1905, S. 96) というような理由でこれを承認するけれども、普通法の時効に関する学説は外観上のみローマ法源に結びつくにすぎない、と批判する——一般に普通法理論が、サヴィニーの現代ローマ大系に典型的にみられるように、*usus modernus Pandectarum* であつたことは、周知のところであろう——。

ローマ法にあつては時効という統一的法制度は存在しなかつた。そこでは、すべての古代法秩序におけると同じように、一たん発生した権利はつねに権利であつた(actiones)。法務官の法形成がはじめてこの原則に対する一連の例外を創設した。係争権利に対する迅速な裁判が公けの利益にも当事者の利益にも役立つ、という取引の必要性に由来する(actions temporales)。法務官・按察官などの賦与した訴権が一年の「除斥」期間の制限に服したのは、カルロワの主張するよう(Karlowa, Römische Rechts-geschichte, Bd. II. S. 979)に自然の運行と通常の市民生活のいとなみに基づくものである

う(最長期のものは三〇年であらう(最長期のもの三〇年であらう(るけれども、大部分は一年))。ともかく、ローマ法は訴権の法定期間から訴権の単なる時効へと進み、期間経過後におけるこのような緩和によって、竟には自然債務の残存を認めるべき可能性が与えられた(その境界をなすのはテオドシウス帝)と説くのは誤りであって、法務官の定めた一年という制度は、本来の訴権時効ではなくて、場合ごとに定められたいわゆる法定「除斥」期間とみられるべきなのである(Klingmüller, a. O., S. 166)。現代のローマ法学者にあっては、たとえばカーザーにみられるように、自然債務は「多くの関係の中に生きており学者によって『自然法』と名づけられる『事実の法』にしたがってのみ妥当する、じつは Verbindlichkeit ではなくて、 Verbindlichkeit」(Kaser, Das römische S. 402.)と説かれ、本来家長権に服する者、即ち奴隷・家子について問題となり、古典後期においては後見人の後見なしにした未成年者につき、神皇ピウスの指令の影響下に語られ、頭格減少によって消滅した債務をも包含するに至り、争点決定後の・マケドニアヌム元老院議決に反する消費貸借上の・債務もこれに含ませられるとするけれども、嫁資設定などは「一般に倫理的義務が存するにすぎない」(S. 403.)と説かれる。しかしながら、訴権時効はどこにも見あたらないのである。かくて、普通法学が議論した本問は、幻影であった、と云わなければならぬ。しかし、訴権時効の債務へ及ぼす効果如何に関するはなばなし論争は、一八世紀末から一九世紀初頭にかけてであることに留意すべきである。初期普通法の文献にはこれに触れるもの少なく、わずかにドネルスだけが actions perpetuae と actiones temporales を対置せしめ、古い法の a. t. は期間経過によって法上当然消滅するが、その後の制定法(テオドシウス帝)にあっては、抗弁の作用によってのみ消滅する、と説くのみである。だとすれば、どうしてこの問題が論じられるに至ったのか、が問われるべきであるが、この点はしばらく措き、普通法学説の議論を眺めてみよう。

法学界においては、本問をめぐって、量においても質においても、二つのほぼ均しい陣営にわかれた。時効に

より弱い効力のみが生ずるのか——自然債務の残存——、それとも、全債務関係を否定するより強い効力が生ずるかというのである。クリングシュラーによれば、前者を主張するのは Weber, Glück, Mühlenbruch, Unterholzner, Francke, Guyet, Böcking Göschen, Savigny, Puchta, Demelius, Brinz, Eisele, Regelsberger, Derburg, Hölder であり、後者に属するのは Sommer, Büchel, Löhr, Sintenis, Kierulff, Heimbach, Vermehren, Wächter, Vangerow, Dahn, Bekker, Schwanert, Scheurl, Wendt, Windscheid, Kuntze, Thywissen, Fischer を数えらるる (a. a. O.)。弱い効力理論の根拠は、法源から理由づけられないが故に、一般的視点のうちに求められなければならない。まず、*exceptio temporalis* が債務者の利益のために作用する抗弁と対置されて、債権者の害意 (*odium*) に向けられたとされるが、このことから債権者の怠慢 (*desidia*) に向かう懈怠理論を構成するのは不当であり、さらに、万民法に根ざす抗弁は自然債務の破壊をも伴うに反し、市民法に基づく抗弁は自然債務の存続に余地を与える、という主張は、いわゆる万民法理論 (*ius gentium* = Theorie) の誤りを含むものである——ローマ法曹がある種の債務の万民法からの由来について語るとき、彼らは、それらを、他の地中海諸民族との取引において知りかつ継受したことだけを示そうとしているに反し、技術的、自然的債務にあっては、そのときどきの起源ないし特殊な債務類型は、特徴的メルクマールとして浮び上ってこない。また、万民法理論の碩学サヴィニーは、折にふれて *obligationes civiles, naturales, mixtae* の古い三分法を批判する (*Obligationen-recht*, S. 42 f.) が、市民法と万民法が実定法概念の下に統一されているとすれば、どうして、同一の債務要件がある時には完全な効力を有し、他のときには制限されるか、了解しえないのではないか。このように反論される (Klingmüller, a. a. O., S. 136, ferner, Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Ann. 5) ——。ならば、時効によってその訴権を失った債権者が、かつて一度も訴権を持たなかった者より不利な地位に陥るのは不合理である、という一般的秤量はどうか。このことも、法務官が時間的に制限さ

れた訴権の設定にあたり、権利の消滅を時の要素と法的因果関係においただけのことであるから、権衝を失する云々の議論は当たらない、といえよう。

それならば、強い効力説が支持されうるであろうか。たしかに、この説は法論理的にみて首尾一貫していると思われ、廃棄的抗弁が債務をすべて消滅させないことは、極めて例外であるがゆえに、ヴィンドシャイトの次の如き主張は、正当であるかに思われる。「時効は請求権を揚棄する。時効が請求権を否定することによってではなく——請求権は存続する——、請求権を排除する抗弁権の設定によって請求権を揚棄するのである。」「人的な権利〔債権〕は時効にかかった請求権へと移行し、この請求権の中に存することとなる。請求権の消滅は人的権利の消滅である。」「しばしば、債権的請求権の時効は債権を完全に排除するのではなく、そのような債務の有しうる法的効果を伴う自然債務 (natürliche Verbindlichkeit) が残存するという方法においてのみ排除される、と主張される場合には、この見解には必要な理由づけが欠けている。」 (Windschid, a. a.) と。しかし、これに対してクリングミュラーは、*exceptio* は必ずしも必然的に *actio* に対する廃棄事由を含むものではない、と反論し、この問題に関する普通法理論における対立が、決定的に一方を正当ならしめる類いのものではない、と断言する (Klingmüller, a. a.)。

デルンブルク (Dernburg, Pandekten, Bd. I, §150) は、公共の利益と社会の平和のために、法は、権利の時効期間が経過した場合には、その強制的主張に対立する。債務者が履行しなければ債権者は満足を要求しえない、と主張する。ここにもみられるのは、むしろ本問の解決が純粹の理論的対立であるよりは、すぐれて、実定法から解放された法政策上の問題に属することを示す態度である、とクリングミュラーは判断する (Klingmüller, a. a.)。すなわち、強い効力論の代表者は、時の経過によって古化した要件に安住すべきでなく、公的な利益・法的平和の維持を主張したの



に反し、弱い効力を支持する人たちは、たとえば、債務者が時効の完成を知らずに給付した場合、財産価値の二重の移動は法的平和を維持しない、と反論しつつ、むしろ、当事者とくに債権者の利益を顧慮しようとしたのである——クリングミュラー自身の利益衡量は、後者に傾き、時効完成後の債務者の任意の給付は「なお存在する債務の正しい履行として認められ、さらに、この債務に対する担保設定の可能性が原則的に許容される」(a. a. O.) とする——。風にそよぐ葦のごとく、完全に存在するポールと無のポールの間で浮動する、と評される自然債務は、本問に関して、その後の立法によって承認をうけているのであろうか(オーストリア民法典・スイス債権法・イタリア民法については、ここで述べる用意をもたない)。

プロイセン一般国法典においては、一方において、時効期間の経過は権利の完全な消滅をもたらすとされる(Vgl. ALR §§ 501, 564, I. 9) 反面、完成した時効は債務消滅の推定を基礎づけるが、この推定は、債務者が自己の良心 (Besseres Wissen) に反して、存続する債務 (Verbindlichkeit) の履行を免れようとしたことが、証明されれば、その効力を失う旨の規定 (ALR §§ 568, 569, I. 9) —— スアレツは、不行使による時効は権利の懈怠に対する罰であるから、債務者の bona fides は問題でなく、時効は債務者をその従来の拘束から完全に解放する効力を有し、この効力は債務者が自己の拘束を知っていたとの抗弁によって妨げられない、と考えていたのだが (Handschriftliche Materialien Vol. 71 num. 42 f. Zit. nach Kling-)、時の宰相カルマーによってこれらの規定が挿入された——が存在することによって、普通法時代の議論がむし返された。尤も、§ 546, I. 9. が、時効完成によって消滅した権利の承認を認めているところから、承認によって新しい法的原因が備わり、時効の効力が揚棄されると解することに妨げなく、ここに、いわゆる弱い効力説が立脚しうることも否定できない。ところが、高等法院 (Obertribunal) が、時効にかかった債務に基いて支払われたものは、不当利得返還請求されえない、このことは、たとい支払者が支払うべ

義務があると錯誤により信じていたとしても、同断である、と判決したことは (Obertribunal Entscheidung) 時効完成に拘らず自然債務が存在するとの説に、ほとんど決定的な支柱となったとみられる——しかし、強い効力説の立場からしても、理論構成は不可能とはいえない。たとえば、時効に拘らず古い債務に基づいて責任を負うと表示された意思を、制定法が債務負担原因 (Verpflichtungsgrund) として承認しており、表示者が、債務はすでに時効によって消滅しているという明確な意識をもっていることは、承認の有効性の前提ではない、というふうには (Vgl. Bähr, Anerkennung) ———。 (als Verpflichtungsgrund.)

フランス民法一二三五条は「支払ハ、総テ、債務ヲ前提トス、支払ノ義務ナクシテ、支払ヒタルモノハ、其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得。任意ニ、支払アリタル自然債務ニ付テハ、返還請求ヲ為スコトヲ得ズ、」(訳文は、小野木によ)と規定する。一方、一二三四条には、債務消滅原因として時効 (prescription) があげられ、時効自体の序論的条文たる一二一九条は「時効は、一定の時の経過によって取得しまたは解放されるべき手段である」と述べ、それに続く一二二〇条・一二二一条においては、時効利益を放棄しうること・放棄は明示的もしくは黙示的になされうることが規定されている。だからして、事態はプロイセン一般国法におけると異ならず、黙示の放棄 (renonciation tacite) を、時効にかかった債務 (dette prescrite) の債務者による支払に見出すことは、極めて容易である。当時の法律学は、自然債務の法学的構成の困難さからか、個々の場合に自然債務が認められるかどうかは裁判官の裁量にゆだねられるとし (かかる傾向は、Demolombe, Cours de code Napoléon XXVII n. 34. の「われわれは、それが「自然債務の要件・効果の確定」困難であり、立法による定義が危険を有しうる」との指摘からも推察できようし、また、ドイツのフランス法研究者が「裁判官が一定の自然債務の承認につき理由づけを与える場合には、délicatesse, とか sentimente d'honneur et de conscience というが如き一般的表現をこえて

「Dreyer in Zeitschrift für französische Zivillrecht III. S. 223 f.」(Dreyer in Zeitschrift für französische Zivillrecht III. S. 223 f.) というのを聞くと、この間の事情を知り得よう、あるいは、自然債務を法の領域から駆逐し、もっぱらこれを道徳的義務とみる傾向にあり(小野木・前掲三四一頁、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第一号三五九頁以下参)、自然債務からでくる具体的効果を可及的に制限する(Klingmüller, a. a. O., S. 179) 反面において、一二三五条の支払に關して細かい議論を展開した。というのは、支払者が債権の消滅・債務からの解放を知っている場合は困難は生じないが、錯誤によって支払った場合——*conditio indebiti*——をどうするか、一部の支払の場合は如何は、たしかに一つの問題だからである。

いちおう *Tout paiement suppose une dette* ということができ、また、*Volenti non fit iniuria* というようなことで一二三五条の説明はつくけれども、一部を給付した場合はどうなるのか(この点につき詳論するのはベルギー民法学の祖たる Laurent であり、また、一部支払の問題は自然債務全般について生ずるのではあるが、前者についてはベルギーもフランス民法典の妥当領域であることか)。一部支払の後者についても、時効完成後の一部支払が比較的問題となりうることからして、ここで取り扱うのを適当とするであろう。一部支払のなかに全債務の承認をみるか、当該部分のみの承認をみるかは、究極のところ債務者の承認意思によって決せられようが、これが明らかでないときは学説・判例はわかれているようである(Vgl. Klingmüller, S. 199~200 前説は Larombière, Aubry et Ray, Demolombe 後説は Laurent)。また、債務者(?) が給付を法的に、場合によっては強制的に義務づけられていると誤信して支払った場合には、承認意思が錯誤によって排除されているが故に、*acquiescement volontaire* は問題とならないで、その返還請求を許すというのがフランスの通説である——ただし、その場合自然債務は依然として存するのであるから、迂回的構成であると評されよう——。さいごに、プロイセン一般国法典におけると同様に、自然債務の支払などもろもろの事情から、履行約束が推断されるべき場合には、それによって訴求可能性が回復されるという、一九世紀八〇年代までの確定的学説(Laurent にいたるまで) が、ローランの批判を媒介として——つまり彼は、その場合は贈与としてのみ正当化されうるが、贈与の書面性に関し *La jurisprudence est plus rationnelle que le code, mais*

il n'appartient pas au juge d'être plus sage que le législateur といふこと、<sup>1</sup>「債務が例えば更改によって他の債務に転化されるか否か、あるいは、それが履行約束の causa たりうるかという問題は、この債務の効力に関する問題とは同一ではない。なぜなら、このことは債務の本質から流出するもの・債務に内在する能力であり、この能力は、いかなる範囲において制定法が債務にその他の債務的効力を与えたか、とは別個に存在しうるからである。」(Schneider *Grundsätze, Zeit.*) として、新らしく理由づけられたことは、注目に値する。

ドイツ民法典においてはどうか。第一草案および理由書は基本的には普通法理論における強い効果説に立っていたとみられるが(理由書はおおむね次のように述べている。「時効にかかった請求権(Anspruch)に抗弁が対置され、それによる普通法・フランス法・オーストリア法につきしばしば現われた、債権の時効は債権から訴求可能性のみを奪うとする見解は、請求権の時効の領域では、存在の余地をもたない。時効にかかった債権が訴えるという方法でも抗弁という方法でも拒否される場合にのみ、時効の目的が達せられ、法の平和が保障される」と)理由書じたい「とくに、倫理・自然法または一般的法意識からして不完全な債務(soluti retentio)が導出される、という原則は承認されな<sup>2</sup>」(Motive, II.) といっているように、本問に対する決定的帰結を留保しているとみられる。しかも第一読会においては、「時効の完成後義務者は給付を拒絶する権能を有する」というふうに表現を緩和し、請求権が ipso iure に、かつあらゆる状態のもとで、時効によって否定されるのではなくて、たんに、その給付の拒絶権を主張するかしないかが義務者に委ねられることとなり(Vgl. Protokolle),<sup>3</sup> 第二委員会においては、時効にかかった債権の相殺可能性も一定の要件のもとに許容されるにいたった。このようにして、時効にかかった債権の法的存在の確認が導き出された。

まず第一に、債権は爾後も履行され、弁済が存在するのであって、贈与とみられるべきではない。だから、その際贈与の規定は適用されず、また、給付者の主観的容態は重要ではなく、如何なる場合にも給付の返還請求は許されない(二三二条一項一文)。ついで、時効にかかった債権も、保証についてと同様に、契約による承認についても十分

な基礎となり得(二二二条)、質権・抵当権・土地債務・定期土地債務の如き物的担保権は、主請求権の時効にかかわらず存続する(二二三条、なお、この問題は、紹介する余裕がなか)。さいごに、時効にかかった債権の債務者は、その意思に反しても、一定の要件のもとに、相殺という迂路を通じてその履行を強要される(三九〇条)。右のような効力をドイツ民法典は認めているが(その故に、時効にかかった債務を自然債務なりとする点に、ほとんど異論はない。Vgl. Empecerus-Lehmann, Schuldrecht, 1954, S. 15)、確認の訴を求めることができるといふような訴の利益を有するときは、単なる Befugnis も確認の訴の対象となりうるから、これを拒否すべきではないと、みることができよう(Klingmüller, S. 218~219 は Gaup-Stein, Kommentar zu §256 CPO. の債権の存続につき証明手段を手に入れようとしている場合)。さらに、より基本的には、時効期間経過後の債権の性質については、法的利益の理由づけとして不十分である、という。さらに、けだし抗弁の附着した Anspruch も依然として Anspruch なのであるから、というのはいいすぎではあるが、抗弁提出の瞬間までは完全に国家による法的保護を享受し、確認・給付を問わず、ともかく訴によって既判力ある判決へ導かれるのである、と説かれる。すなわち、時効期間を経過した債権者・債務者間には、債務者の処分自由によるペンディングな法律関係 (Pendenzverhältniss) が存在するとみられるべきであり、そのように解することが、意思自治の建前をとる近代法における時効制度の原則たる Prinzip der Disponibilität des Verjährungsschutzes に適合する、とされる(Vgl. Klingmüller, a. a. O., S. 220~221)。

## 三

すでに述べたように、時効にかかった債権をどのように取り扱うかは、公益を重視するか当事者の意思・当事

者間の衡平を目ざすかの、すぐれて政策的な問題と云う。だから、ローマの未発達な状態が自然債務観念を生ぜしめたと言き去るのも妥当ではない(たとえば、Scheurl, Die römische Naturalobligation, Jherings Jahrbücher, Bd. 7, a. O. S. 4)とともに、他方において「普通法の現在の状態を立法によって変革すべき必要性は存しない」(Savigny, 347~348)とともに、賛成できない。社会状態の変化は当然に政策を異ならしめるとともに、正義と衡平との葛藤はどこにも存在しうるからである。立法政策の問題ないし解釈における政策的配慮の問題であるとして、それは解釈者ないし裁判官みずからの政策的見地からのものであってはならない(もちろんこのようにいうことは、近人の主観・世界観その他もろもろの特殊個別的事情の介入が、)また、立法政策が立法者の恣意に出てはならないことも *decision making* に不可避であることを否認するものではない。然である。それを決するのは社会の必要性・つきつめていえば個人の意思であろう。ところで、フランス民法典が自然債務に関し一ヶ条においてのみ言及するにとどめたこと、ドイツ民法典が自然債務を正面から規定していないことは、この問題の微妙さ・立法政策決定の難しさを証明するものであるとともに、他方学説において(とくにポチエがこれを精力的に論じたことは注目に値する)、自然債務の存在が語られていることは、問題の微妙さにかかわらず、個人意思の自律性 *Willensdogma* に照応するものといえよう。だから問題は、現時の人たちの意識において、普遍(公益・)と特殊(当事者間の意思・衡平)の両極間に浮動する振子がいかなる地点にあるか、を指標として決定されなければならない(それは、観点を変えれば、まさに政策の問題ということになる)。つまり、法学的表現をもってすれば、「われ欲す、故にわれ拘束される」ということと、「人は牛を角でしぼり、人は言葉でしぼる」ということとの対抗・調和をどの点に認めるかであろう。こういった視点から、わが国におけるこの問題について、若干のコメントを付し、結語にかえたい(二から四までの叙述がどこでは詳論しないが、債権法の普遍的性格からして、とくに *heur.* 的な考え方からすれば、無意味であるとの結論は生じまい。)

まず、期間の経過のみによっては、ペンディングながらも、債務は本質的に影響をうけない、とするのが近代

法の建前ではないかと思われるが故に（英米法については私は未知であるが、谷口・前掲三六六頁は「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、unenforceable by action になるものに過ぎず、債務そのものは有効に存続し、弁済、更改、保証担、わが民法一四五条の存在とあいまって、一に述べたこの点に関する保の目的となりえらるるものと考へられている」とする）によることというまでもないが、基本的には意思自由の普遍的承認の未熟さに対応するものでないか。権利そのものが消滅するとの表現には若干不穏当な点があるにしても、判例のように確定効果説をとらないかぎり、実質的には債務存在を認めるのと同一となる。

ところで、近時の判例（最判昭四一・四・二〇民）は、時効利益の放棄は時効の完成を知ってなされることを要するが、時効完成後の弁済または債務承認は時効の完成を知ってなしたものと推定する（右最判の研究、乾昭三・法律時）と判例の態度を改め、「債務者が商人の場合でも、消滅時効完成後に当該債務の承認をした事実から右承認は時効が完成したことを知ってされたものであると推定することは許されないものと解するのが相当である」として、学説に耳を傾けながら（我妻・民法総則四五五頁、川島・前掲四六五頁参照）、続けて「しかしながら、債務者が、自己の負担する債務について時効が完成したのちに、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかったときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されないものと解するのが相当である。けだし、時効の完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方においても債務者はもはや時効の援用を認めないものと解するのが、信義則に照らし、相当であるからである。また、かく解しても、永続した社会秩序の維持を目的とする時効制度の存在理由に反するものでもない。」と説示した。消滅時効完成後に債務承認や弁済があった場合、債権者と債務者との間の利益の調整をどうするか、という視点からみれば、本判決によって「債権者がいっそう有利になったことは否定できない」（乾・前掲一八頁）という。時効利益の放棄は抗弁権の放棄に承認や弁済を結びつけるかぎり、時効完成の事実を知っていなければならぬ。

と前提されるのはほとんど論理必然である。しかし、抗弁によって訴求可能性がはじめて奪われる、と解するならば、承認は債務の時効完成の前後を問わず、知・不知を問わず、中斷の効力を生ずる、とみることもできよう(尤も、完成の前後によって承認は、実質的には異なる<sup>(1)</sup>)。理論構成はさまざまであるが、一般的法律感情の命ずるところだ(た機能を営むこと、乾前掲一一八頁指摘のとおりだが)。から(於保「時効の援用及び時効利益の放棄」法曹時報五卷七号二二頁)と説く学説の存することは、注目に値する。「わが国の現状では時効の知識が必ずしも普及していないことを考えると、債務者にいささか酷であるとの感じを免れない」(乾・前掲一一八頁)というは、むしろ逆ではないだろうか。債務者は支払うべきだとするならば、利益衡量の上で力点をおかれるべきは、債権者である、と解するのが妥当であろう。一部弁済の場合においても、たとえば、残余については抗弁の行使の可能性を留保したとみられる特殊のケースを除いて、全部について承認があつたとみられるであろう。時効の抗弁が対置されると債権は訴求可能性を欠くにいたるが、その後任意に弁済されたときは非債弁済とならず、債務者は返還請求できない<sup>(2)</sup>。この点の規定を欠くわが国においては、「私法に親しき自然債務の概念を採用して比較的容易に此目的を達しえらるる」(谷口・前掲三六六頁)と云わねばならない。だからして自然債務を前提するとき、時効の抗弁をうけた債務は、右のほか更改・保証・担保の目的となる効力を有するものであろうか。結局は意思解釈の問題に帰するけれども、一般的には更改(または準消費貸借)に基づいて成立した債務ないし保証債務もまた自然債務と解すべきではなからうか(我妻・新訂債権総論七一頁は前者の場合「当事者が弁済をなすべき旨を改め」)とくに「契約したときだけに」普通の債務となると解すべきである」とする。とくに附従性を有し、民法四四八条の規定をもつ保証債務については然りといえよう(なお、主たる債務者が時効の利益を放棄したときでも、保証人は主たる債務の時効を援用しうること当然である)。物上担保を附する場合、逆にこのことから債務者が意思を改め完全な債務を負担したとみうるであろう。さいごに、問題となるのは相殺可能性である。この点については、一に述べたように、時効にかかった債務につき特に認められた権能であり、むしろ相殺制度の性格から民法五〇八条が規定されたのである。



った、いわゆる自然債務たる性格から相殺可能性が帰結するものではないこと、に注意しなければならない。つまり、相殺は、債権者が原則として国家機関の手を介して財務者財産に対して有する擱取権 (Zugriffsmacht) を、一定の場合に個人に委ねた制度であるとみるかぎり(磯村哲・民法例題解説Ⅱ(谷口)、訴求・強制執行可能性を欠く債権に相殺可能性を与えるのは、それ自体論理矛盾である(我妻・新訂債権総論七一頁は「けだし強制的に弁済させたことによるからである」という))。したがって、たとえば「乙の債権は時効にかかり積極的に強制を請求することは出来なくなるが、自然債権として残存するが故に自己が負ふ債務と相殺することは、可能であるといひうるのである」(谷口・前掲(三六七頁))と説くのは、疑問であると云わなければならない。

(註)

(1) 末弘博士は「此際債務者が時効の利益を受け得ないのは之を『拋棄』したからではなく、兎に角債務を承認したのだから……債務者をして時効の利益を失わしむるのである。」(判例民事法大正一〇年一五事件)と云われ、これを受けて川島教授は、この場合の「いわゆる『時効利益の放棄』は、実は『放棄』ではなくて、『放棄意思』ないし『権利喪失意思』に関係なく一定の事由によって生ずるところの時効援用権の喪失——『権利放棄』の擬制——にほかならないのであり、このことは、あたかも取済し得べき行為の『法定追認』が『追認』ではなくて、『意思』に関係なく生ずる取消権喪失であるのと、同様である。」(前掲四(六六頁))と説かれる。たしかに一つの有力な説明方法である。しかし、右の末弘博士も債務者の承認にかなりのウエイトを置いておられるごとく、教授のように追認に類比して債務者の意思を全く捨て去ってしまうのには、若干疑問を感じる。「人は言葉によって縛られる」とするのも、やはり意思の客観的解釈から導出される格律なのであって、いかに Willensdogma のもとにあっても、個人の個別的意識が完全に法的保障をうけたことはなかった、と思われるからである。

(2) なお、念のため云えば、ドイツでも「時効にかかった債権は、それ自体依然として、訴えうる債権である。けだし、それは、時効の抗弁が楯にとられない場合には、判決を取得するからである。しかし、債務者が時効を援用すれば、なるほど訴は効力を失うが、なお債権の一定の効果は存続するから、この債権は不完全な拘束 (unvollkommene Verbindlichkeit) とされる。」(Ennecerus-Lehmann, a. a. O., S. 15) とみるむきが一般である。

(一九六六・一一・一六)