

|                     |   |
|---------------------|---|
| Title               | 時効の制度倫理と援用の問題 (二・完) :<br>梅謙次郎とボアソナードを結ぶもの   |
| Sub Title           | Die moralische Rechtfertigung und das Vorschützen der Verjährung<br>bei den Verjährungslehren von Ume und Boisspnade. (2. Ende)   |
| Author              | 内池, 慶四郎(Uchiike, Keishiro)  |
| Publisher           | 慶應義塾大学法学研究会   |
| Publication<br>year | 1988  |
| Jtitle              | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and<br>sociology). Vol.61, No.4 (1988. 4) ,p.36- 62  |
| JaLC DOI            |   |
| Abstract            |   |
| Notes               | 論説  |
| Genre               | Journal Article   |
| URL                 | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880428-0036">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880428-0036</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 時効の制度倫理と援用の問題(三・完)

——梅謙次郎とポアソナードを結ぶもの——

内池慶四郎

- 一 課題
- 二 旧民法「ポアソナード」学説に対する梅の評価
- 三 梅の推定説批判と時効の「真正ノ理由」
- 四 現行民法における梅の時効観……………以上前号
- 五 梅とポアソナードとの法理的連絡……………以下本号
- 六 梅とポアソナードの時効援用論
- 七 両者の援用論の関連性と評価
- 八 梅とポアソナードを結ぶもの——現行時効立法の理念的底流

### 五 梅とポアソナードとの法理的連絡

周知のように、ポアソナードが時効を「取得又ハ免責ノ法律上ノ推定」(La présomption d'acquisition ou de libération

legitime)と説いているのに対して、梅はこれを「純然タル取得・免責方法」と主張するのであるから、母法たるフランス民法から旧民法の解釈、そして現行法の起案にいたるまで、両者の基本的時効観は、あたかも氷炭相容れない対立を示すかのようにもみえる。しかし前述のように、梅の時効理論には、権利者の帰責性を通じて推定説の倫理的主張を自説にとり込む独特の構成がみられる反面、ポアソナードは、旧民法の時効立法において、必ずしも推定の法理を一貫して採用しているわけではなく、場合により権利喪失効果を肯定するところもあり、推定に特殊な意味を与えている例も少くない。梅とポアソナードの理論上の照応・関連性にはかなり微妙なものがあり、このことは、旧民法から現行法に移る時効立法の起案を支えた理論の連続性を検討する上で、無視できない問題をはらんでいる。

ポアソナードは、まず推定説の原則を、衡正 (équité) と道理 (raison) から基礎づける。衡正と道理という不可分の観点よりすれば、一定期間の占有継続・債権者の不作為に所有権の取得ないし債務者の免責という効果を与えることは、はなはだ不当 (inique) であり不合理 (déraisonnable) ではないか。およそ時効が取得・免責の証拠でなく取得・免責の方法であるとするならば、法律が取得・免責の方法を詳細に規定するのは無意味なことであるし、正直な占有者ないし正直で自尊心のある債務者 (débiteur honnête et ayant le respect de lui-même) が時効を主張することがありえようか、と彼は問いかける。すなわちポアソナードによれば、時効の正当性は、時間経過によって立証困難におちいった真正の権利者、すでに免責事由のある債務者を救済することになり、単に一定期間の権利不行使を理由として権利者からその権利を奪うものではない。従って時効は、元来正直な者のために設けられた制度であり、たまたま不正直な者が時効により利益をうることもあるとしても、それは最善の法においてもなお避けえない危険 (des dangers auxquels prétent les meilleures lois) である、とする。<sup>(1)</sup>

時効の制度倫理を、法的推定による真正の権利者・弁済者の保護に求めるといふポアソナードの論理は、それ自体として単純明快であり説得力がある。梅もまた時効の制度倫理を重視し、そのかぎりに於て推定説の主張を評価する。<sup>(2)</sup>

しかし前述のように、梅は、長期間経過後の正当な取得・免責の蓋然性の存在とその具体的立証の困難を、単に推定という手続の問題に限定せず、かかる状況を招来した権利者の責任の問題として把握する。梅においては、「幾多ノ歳月ヲ経タルヲ以テ今其証迹ヲ得ルノ難キ」事態は、みずから権利の保全を懈怠し「袖手傍観」してきた権利者が、その過失・怠慢の故に負担すべき効果としての権利喪失をもたらすことになる。他面、長期間にわたり何等請求をうけなかった占有者・債務者は、怠慢な権利者の権利拋棄等を期待・信頼して財産を管理処分するのが普通であるから、長期間経過後に突然請求される不安・危険から解放される必要がある。この意味で、梅は、請求者側の帰責性の範囲を、相手方の立証困難に乗じようとする狡猾者の悪意から、真の権利者の過失・怠慢にいたるまで拡大して捉えるとともに、時効による保護を、元來理由のない請求に対する相手方の防衛(推定説の射程範囲)から、危惧された請求ないし予期せざる突然の請求に対する防衛にまで、延長して考慮することになる。ここにおいて、保護に値せぬ請求者と保護されるべき被請求者との利益衡量が、推定を越えて権利得喪という時効の効果を基礎づけることになる。これを要するに、すくなくとも梅の理解によれば、時効を支える制度倫理という観点においては梅とボアソナードとは共通する立場に立ち、権利得喪か推定かという理論構成の面で両者の採る道が分かれることになるけれども、この理論構成も、実際にはかなり多くの場合に重畳し融合するものであり、梅が屢々推定による説明をしていることも、彼の立論よりすれば、必ずしも背理・混乱ではなく、単なる例示、説明の便宜とみられることが多い。<sup>(3)</sup>

それでは、ボアソナードの学説においては、梅の論拠とする権利者の帰責性という問題は、どのように扱われているか。たしかに、ボアソナードは、時効を推定とする彼の基本的主張を多くの場合に貫いており、その限りにおいては、真正な権利者の帰責性という問題は原則としては起らないはずである。しかしながら、以下にみるように、定期給付債権についての短期時効の特則、不動産取得時効期間の区分、動産瞬間時効の根拠あるいは廃罷訴権の二重期間制など個々の論点については、なおこの問題が、ボアソナードにおいても、とりあげられていることが注目される。

まず旧民法証拠編一五六条は、利息・家賃・地代その他の定期給付債権について五年の短期時効を定めるが、本案の原案たる草案一九九三条は、その三項に「債務者カ時効ヲ申立テナカラ債権者ノ積滯センメタル金額又ハ有価物ヲ弁済セサリシコトヲ自白スルト雖モ其債務者ハ右時効ノ利益ヲ失ハス」(Les débiteurs ne perdent pas le bénéfice de ladite prescription, lors même qu'en invoquant ils avouent n'avoir pas payé les sommes ou valeurs que le créancier a laissées s'accumuler)と規定し、他の一般免責時効が弁済を推定するのとは異なり(証拠編九六条二項参照)、弁済していないことが明らかな債務者をも保護の対象としている。ポアソナードは本条を説明している。

「債権者は、弁済期限のある債務を五年以上にわたり『累積するにまかせた』*laisser s'accumuler*、という過誤(*tor*)があつた。もしこれが元本に加えて請求されたならば、債務者を破滅させる恐れがある。実際、請求を怠っている(*négligent*)金銭を、人は必ずしも貯えておくものではない」。

すなわちポアソナードは、この種の定期給付債権において、権利行使を怠った債権者が長期間経過後に一挙に債権をとり立てて債務者を圧迫することは残酷であるとして、債権者側の許されない過誤(*tor*)ないし怠慢(*négliger*)を理由に権利の消滅を肯定するのである。<sup>(5)(6)</sup>

また証拠編一四〇条が、「正権原」と「善意」を要件として不動産取得時効期間を原則の三〇年から一五年に短縮することは、前述のように梅が推定説では説明がつかないと批判するところであるが、ポアソナードは、なお特殊な推定として説明が可能だとする。すなわちポアソナードによれば、この場合には、占有者が非所有者より不動産を譲受けたことが明らかだから、占有者が真の所有者と取引したことが推定されるものではないが、後に譲受人である占有者を所有権回復請求から防禦し、譲渡人を担保責任から護るために、譲渡人と真の所有者との間に譲渡を確実なものとする契約のあったことが推定される、とする。このような特殊な推定の実質的理由を、ポアソナードは次のように説く。

「この新たな推定は、不公平でも恣意的でもない。この推定は原因のために無理にこじつけられたものではない。真の所有者が、自分の権利を公におびやかす登記がなされたままに一五年も回復請求をせずに放置していなかったであろうことは明らかであり、もしも彼がそれをしなかったとしたら、それは彼が占有者と、彼が満足する方法で取引していたことを意味する」<sup>(8)</sup>。

ボアソナードはここで、証拠編一四一条(草案一九七七条)により正権原の登記時から占有期間を起算する規定を援いて、占有者が善意(これは推定される)かつ正権原による権利取得を登記という公の方法によって一五年にわたり公示した場合には、このような占有者は、正権原に基づかず三〇年間事実上の占有を継続した占有者と同様に保護されることに合理性がある、と説いている。すなわち、この場合の推定が、真の権利者からの取得という一般の推定とは異なることを、ボアソナードも肯定するのであるが、その論拠は、単なる事実的占有の継続と、登記という権利者を公におびやかす公示方法の継続との差異に求められており、権利者と占有者との関係の実質的評価に帰着するものといえよう<sup>(9)</sup>。

さらに占有者の善意という要件が、占有開始当初にあれば足り、占有期間を通じて継続する必要がない理由を、ボアソナードは説明している。

「事実、その取引を回避しても損失を受けず、動機も不正な利得の追求でしかないような場合に悪意で契約すること、取得や入居のために犠牲——譲渡人から取戻すことが殆ど不可能であるか、あるいは常に困難であるような犠牲——を払って善意で契約した場合にこれに固執することは、全く別である。『偶然に生じた悪意は時効取得を妨げない』(malia fides superveniens unscapionem non imredit.)との法諺をいうとき、ローマ人はこのことをよく理解していた」<sup>(10)</sup>。

ボアソナードがここで、当初から悪意で取引に入った占有者と、善意で契約し出捐した後事情を知った占有者とは、道徳的観点から大きな差があり、後者について法的救済の必要が著しいとする主張も、すでに推定の法理ははなれて、当事者関係に対する倫理的評価が直接にあらわれている、とみてよいであろう。

旧民法にいわゆる動産の瞬間時効の性質についても議論のあるところであるが、ボアソナードはこれを時効として

扱っており、その推定の意味を次のように説明する。

「ここでは、推定は占有の源となった正権原を想起させる。譲受人が占有取得後の事実によって所有者と推定されるのではなく、譲渡人その人が、契約当時に所有者であったと推定される。この推定は何等誇張されたものではない。なぜならば、それは所有権の通常の証明が不可能と考えられる事柄だからである」<sup>(11)</sup>。

ここに時間経過を要件としない特殊な時効による推定を認める理由は、譲受人たる動産占有者にとっては、他に真正な所有者があることを知る方途がないからである。従ってボアソナードは、かつて旧法が動産の取得に一年間の占有を要求した規制を批判して、怠慢な所有者 (propriétaires négligents) を保護せんがために、最も誠実かつ慎重な取引の安全 (la sécurité des transactions les plus loyales et les plus prudentes) を犠牲としたものと評している<sup>(12)</sup>。一方自己の物を他人によって引渡される危険にさらしたまま放置した動産所有者は、過失 (faute)、不注意 (imprudence) あるいは怠慢 (négligence) の責を免れないものとされる<sup>(13)</sup>。

このほか、旧民法財産編三四四条（現行四二六条）により債権者の廃罷訴権（詐害行為取消権）の時効について、行為時より三〇年と詐害覚知時より二年（原案では一〇年）という二重期間制を採用したことも、ボアソナードの時効立法の新たな試みとして注目される<sup>(14)</sup>。ボアソナードは、詐害覚知の時点から一定の短期間のみを規定する立法も可能ではあるが（立法例として契約取消に関するフランス民法一三〇四条、再審申請期間に関する同民法四八八条、このシステムでは、詐害はかなり長期間後に発見されることが多く、しかも時間経過とともに裁判が困難となる故に、権利関係をきわめて長期間にわたって不確定とする大きな欠点があることを指摘する。そしてここに二重の時効期間を設けた理由を、ボアソナードは説明している）。

「三〇年の時効期間は、廃罷訴権の場合にも妥当し、債権者が詐害を知るのに十分な期間と考えられる。しかし一旦債権者が詐害を覚知したならば、訴権を行使するのに一〇年（新版では二年・筆者）の期間があれば十分でもある」<sup>(15)</sup>。

すなわちポアソナードは、債権者が詐害を知るまではその権利行使を期待できない事情が長期間の設定を必要とする反面において、債権者がこれを知った以上は期間を短縮する合理性があるとして、この二重期間制を導入している<sup>(16)</sup>もので、詐害行為の特質にかかる権利行使の期待可能性に着目しているのである<sup>(17)</sup>。

以上の諸点におけるポアソナードの所説をみると、彼は旧民法の時効立法において、推定の法理を必ずしも拘子定規に押し通しているわけではなく、それぞれの時効について、当事者相互の関係、占有と登記とのかかわり合い、取引の性質、権利行使の可能性等に対応して、かなりにきめ細かな柔軟な処理をはかっている、ということができる。権利者に時効の効果を負担させる上での帰責性への配慮は、ポアソナードにおいてもなされているのである。ここにおいて、梅とポアソナードの法理論は、権利得喪と推定と、その体系構成上の原理は対照的でありながらも、実質的にはかなり共通し重複する観点がみとめられるのであり、いわばポアソナードにおける原則と例外という明晰な体系が、梅においては崩されており、権利者の責任と相手方保護の必要性とのかかわりを基軸として新たに再構成されているもの、といってもよいであろう。この意味で、梅は、ポアソナードの時効論に対する当時のもっとも鋭敏な批判者でありながら、しかも独自の理論構成を通してその倫理的主張をよく承継しえた学者であった、といつて差支えないであろう。

(1) Boissonade, *Projet V*, 252, pp. 869-870.

(2) 前出第三章参照。

梅・前掲民法講義七七頁は、時効の必要性和一般の道德観念とのかかわりについで次のように説く。

「新民法ノ取ツテ居ル所ノ主義デハ詰リ法律ノカデ以テ或權利を一定ノ時ノ間行使シテ居レバ實際其權利者デ無カッタ者ト雖モ法律ハソレヲ權利者トスル、又ハ或ル一定ノ時ノ間或權利ヲ行ハナイデ居ルト云フト其權利ハ消滅シタモノト定メル、斯ウ云フノガ則チ時効ノ性質デアル、ナゼニ斯様ナルモノヲ法律ガ認メルカ、道德ナドノ考カラ致シマス時効ト云フモノハ甚ダ不道德ノモノデアル、唯長ク他人ノ權利ヲ横領シテ居ツタカラト云ツテ法律上正当ノ權利者トナリ長ク義務



ヲ履行シナイデ居ツテイツシカ法律上履行シナイデモ宜イコトニナルト云フノハ不道德デハナイカト云フガ今日ハ欧米各國ニ於テモ皆實際ノ必要カラ之ヲ認メテ居ル日本デモ維新ノ初出訴期限ト云フモノヲ認メマシタノハ全く實際ノ必要カラ起ツタノデアル」。

(3) 例えは前掲証拠編講義において、時効利益の拋棄（二八三頁以下）、拋棄の能力（二八八頁）、中断事由（二九八頁以下）の説明に際して、梅は、得喪説・推定説いずれの立場でも説明できる、としている。また前出第四章所引の民法要義や民法講義における古証文や偽証の論点参照。

(4) Boissonade, 379, p. 1006 (1).

本条の母法であるフランス民法二二七条に宣誓強制が適用されない理由を、ポアソナードは性法講義九三頁において、次のように説いている。

「五年ノ家賃ヨリ古キ家賃迄モ尺ク負者ランテ之ヲ払ハシムルトキハ篤実ノ負者ニテ欺妄ノ誓ヲ為スヲ欲セサルモノハ終ニ其家産ヲ衰頽スルニ至ルヘシ」。

(5) 原案一九九三条三項の特則は、この短期時効の特質を示すものとして、ポアソナードが重視した例外規定であるが、旧民法確定案では、この特則が削除されて、証拠編一六一条により他の弁済推定の時効と同様に扱われることとなった。この削除が、ポアソナードの意図に反するものであったことが、前掲 *Projet*, V, 379, p. 1006(3) (新版) の追記からうかがわれる。

(6) 証拠編一五六条を承継した現行一六九条の立法趣旨として、梅がポアソナード原案と同旨の理解をもっていたことは、衆議院の民法審議に際して木村格之輔の質問に対する梅の説明から明らかである。

「此百六十九条ノ場合ハ、重ニ利息、家賃ノヤウナモノデ、斯ウ云フモノハ長クうっちゃって置ク性質ノモノデナイ、利息ヲ何十年ト溜メテ置クノハ債権者ノ不注意デアアルカラ、サウ云フモノハ五年モうっちゃって置イタラ取レヌモノデアアル」(民法中修正案委員会速記録四一五)。

(7) 前出第三章注(5)、梅・証拠編講義二五一頁。

(8) Boissonade, 257, p. 877.

(9) 現行一六二条は、旧民法証拠編一四〇・一四一条における善意・正権原と登記との制度上の連絡を修正して、単に占有者の善意・無過失のみを要件として規定したために、長短期間の差異に対応する権利者側の帰責性の観点から、旧民法に比較して、より曖昧な立法となっている。

(10) Boissonade, 347, p. 968.

(11) Boissonade, 355, p. 978.

(12) Boissonade, 352, p. 974.

(13) Boissonade, 357, p. 979.

従つて盗品・遺失物については、所有者側にかかる帰責性がなく、占有者も相手の権利に疑問をもつ可能性があるところから、取戻訴権を許容する例外が規定されるとする。旧民法の瞬間時効は、現行一九二条により動産即時取得として物権編に移されるが、梅がこれを制度の性質上は動産の短期時効に相当するものと理解していたことを、岩田・前掲民法起草と日本精神六四頁は伝えている。また民法要義巻之二、四八頁以下の説明参照。

(14) 旧民法財産編三四四条 廢罷訴権ハ詐害行為ノ有リタル時ヨリ三十个年ニシテ時効ニ罹リ消滅ス若シ債権者カ詐害ヲ覚

知シタルトキハ其覚知ノ時ヨリ二個年ニシテ消滅ス  
右ノ時効ハ再審申立ノ訴権ニ之ヲ適用ス

ポアンナード原案 Art. 364. L'action révocatoire se prescrit par trente ans écoulés depuis l'acte frauduleux; toutefois, elle est réduite à dix ans, à partir du moment où les créanciers ont découvert la fraude.

La même disposition s'applique à la tierceopposition.

(15) Boissonade, *Projet II*, 2<sup>e</sup> édition, 1883, 167, p. 174.

フランス民法一六七条の訴権の存続期間については明文の規定がなく、無期限説、一〇年時効説、三〇年時効説等見解の分かれるところであるが、ポアンナードは本条の二重期間による処理をはかったものである。原案における短期一〇年を確定案で二年に縮限した理由についてはふれられていない (*nouvelle édition*, 1891, p. 201)。現行四二六条は、同一六七条の原則時効期間にあわせて長期を二〇年とし、長短期間の順序を入れかえるとともに、再審期間を民訴法典に委ねて削除したものである (法典調査会原案四二二条に関する穂積陳重の説明参照、民法議事速記録一八一―一七九)。

(16) 権利者の認識時を起算点とする時効が証拠上の理由に適合しないことについては、拙稿・不法行為責任の短期時効と信頼保護の法理・法研五九巻二号七九頁以下参照。

(17) 現行民法において大幅に導入される二重期間制の端緒が、旧民法において開かれていることは注目されてよいであろう。現行法における二重期間制の採用とドイツ民法草案の影響については、拙稿・前掲民法一六七条における債権一〇年時効制の立法史的意義とその現在の課題(一)・法研六〇巻九号二三頁以下。

## 六 梅とボアソナードの時効援用論

時効の援用の問題は、時効の制度倫理をどう理解するか、またその判断を何人がどのような形で行うか(当事者の良心の問題)、さらには実質的に正当化されない時効の主張をどのように扱うか(時効の濫用の問題)などの論点に関連する時効理論上の基本的課題であり、単に推定か得喪かという効果上の理論構成から概念論理的に導きだされるものではない。<sup>(1)</sup>従って、この問題をめぐる梅とボアソナードの所説は、両者の基本的時効観の制度運用における具体的表現を示すものとして、興味をひくところである。周知のように、現行一四五条の援用の規定の解釈については従来より多くの学説が対立するところであり、旧民法証拠編九六条と現行一四五条との立法趣旨の連続性を検討することは、現行時効法の解釈上も重大な意味をもつことになる。

現行一四五条が成立した経過は、次の通りである。

証拠編九六条 判事ハ職権ヲ以テ時効ヨリ生スル請求又ハ抗弁ノ方法ヲ補足スルコトヲ得ス時効ハ其条件ノ成就シタルカ為メ利益ヲ受クル者ヨリ之ヲ援用スルコトヲ要ス

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者ハ時効ヲ拋棄シタリト看做ス

これを修正した法典調査会原案一四六条「時効ハ当事者之ヲ援用スルニ非サレハ判事之ニ依リテ裁判ヲ為スコトヲ得ス」の趣旨を、梅は説明している。

「之ハ既成法典証拠編第九六条ノ第一項ト同ジ意味デアリマス、文章ヲ少シ簡單ニシタ丈ケノコトテ少シモ亦ラヌ積リテアリマス、之ハ多少学者ノ間ニ議論ノアルコトデアリマスガ、吾々能ク考ヘテ見テ矢張り此方ガ宜カラウト思ヒマシタ、外国ノ例モ殆ンド皆斯様ニナツテ居リマスカラ夫レテ本案モ此ヤウニシテ置イタノデアリマス」。(傍点筆者)

修正案が証拠論九六条二項を削除した理由は、次のようなものであった。

「之ハ時効ヲ法律上ノ推定テアルト致シタ故ニ余後ナク斯ウ云フ規定ガ出テ来タモノテアラウト思ヒマス——何レモ詰ル所時効ハ法律上ノ推定ト云フ感念カラ起ツタコトテアツテ苟モ時効ヲ純然タル取得時効・消滅時効トシマスレバ何ウモ穩カテナイト思ヒマスカラ之ハ削リマシタ」(傍点筆者)。

法典調査会においては、長谷川喬、田部芳らの提案により、原案の「判事」という文言が「裁判所」と改められたが、<sup>(4)</sup>本条の内容については別段の論議もなく、現行一四五条の規定が成立している。

ここに現行一四五条が承継した旧民法証拠編九六条一項について、当事者の援用を必要とする理由を、ボアソナー<sup>(5)</sup>は以下のように説いている。

「反対説(権利得喪説を指す・筆者)においては、一般に、この取得・免責の方法が占有者・債務者の良心(consience)に適わないことがありうる、そして裁判所は、彼等が主張しようとする利益を彼等に認めるべきではない、というだけである。しかし被告人が、自己の利益のために法が定めたこの取得・免責の方法を享受することを、かくも嫌悪するということがありえようか。何故に、法自身が当事者のかかる嫌悪を想定するのか。法はみづからの規定の衡正(equité)と賢明(sagesse)とに確信がもてないのか。

これに反して、時効が推定(presomption)に過ぎないとする我々の解決は、はるかに公正(juste)かつ自然(naturelle)である。およそ推定というものは、それがいかに強力な推定であっても、なお一個の推測(conjecture)、推論(induction)、蓋然性(probabilité)に過ぎない。法が特定の事情から推論・推測を導くの際にして、一定の条件を設けることは、十分可能であり、きわめて賢明なことと思われる。取得時効については、前述のように基本的条件をなすのは被告による係争物の占有であり、この占有は後述する多数の性質を必要とし、さらに一定期間にわたる持続・時間経過を必要とする。免責時効では、占有は問題とはなりえないが、債権者が法律上権利を行使しうる時点より一定期間内に権利を行使しなかったことを必要とする。

このようなところから、両時効について法がさらに一個の共通の条件を要求することは、前述したことと同様に、公正かつ自然ではないか。この条件とは、すなわち時効により利益を得る者によって、時効が援用される、invoqué(ことである。被告みづからの言明によって法律上の推定の十分な根拠を確かめることは至当ではないか。もしも被告自身が証明を助けないとすれば、取得・免責時効の全ての要件が充たされていることを、裁判所はどうして確実に知ることができようか」。

すなわち、ポアソナードはまず、時効を主張することをみずからの良心に恥じる当事者に、その欲しない時効利益を法が強制すべきではない、という得喪説の立場から屢々なされる援用の論拠（いわゆる援用の良心規定論）をとりあげて、当事者がその保護をうけることを嫌い、法自身がまたそれを予想するような時効の制度倫理は一体どこにあるのか、と反問する<sup>(6)</sup>。この点は、ポアソナードの推定説からする倫理的主張であって、援用それ自体の必要性を積極的に論証したものではない。

援用の制度としての存在意義を積極的に根拠づけるものは、ポアソナードにおいては、(イ)蓋然性 (probabile) に基づく判断としての時効制度の特質、(ロ)局外者としての裁判官の認識の限界、(ハ)時効要件の複雑性、(ニ)推定の確実性ないし時効要件の存否についての当事者の判断の優越性といった諸要因である<sup>(7)</sup>。

これを要するに、ポアソナードによれば、元来が蓋然性に基づく推定である時効は、全智全能ならざる裁判官の職権的判断に委ねることは不可能であるのみならず危険でもあり、また時効要件はかなりに複雑であるから、当事者の主張・立証をまっぴら判定すべく、時効による推定の確実性を当事者の援用によって保証する必要がある、<sup>(8)</sup>というのである。

このようなポアソナードの援用論に対して、梅は証拠編講義において、以下のように反論する。

「推定ト曰ヘハ証拠ナリ然ラハ則チ証拠カ有ルヤ無キヤ二者其一ニ居ラサル可ラス当事者カ之ヲ援用スレハ証拠トナリ裁判官カ之ヲ援用スレハ証拠トナラストハ余其ノ理由ヲ解スル能ハス然ルニ法律上ノ取得又ハ免責ノ方法即チ法律ノ規定トスレハ素ト之ヲ認メタル者カ法律ナレハ法律自由ニ之ヲ規定シテ当事者之ヲ援用シタルトキノミ効力ヲ生スト云フハ毫モ其不可ナルヲ見サルナリ」。

「夫レ法律ハ何時マテモ権利義務ヲ不確定ノ地位ニ置クハ公安ニ害アリトシテ可成的権利者カ速ニ其権利ヲ伸張センコトヲ希望ス然レトモ当事者時効ヲ援用セサルトキ裁判官之ヲ援用スヘキモノトセサルモ敢テ不都合アルコトナキナリ何者良心アル者ハ何時ニテモ相手方カ権利ヲ有シ又ハ己レカ未タ義務ヲ尽サ、ルヲ知レルトキハ敢テ其請求ヲ拒ムヲ為サス而ルヲ法律若シ裁判官職

権ヲ以テ之ヲ對抗スルヲ得ルトセハ則チ時効ノ援用ヲ命スルニ至ル豈ニ斯ル規定ヲ為スノ要アランヤ夫レ當事者ノ一方カ相手方ニ權利アルコト自己ニ權利ナキコト又ハ自己ニ義務アルコトヲ認ムルハ是レ追認ナリ追認ハ法律上之ヲ有効ト為ス又設令之ヲ認メサルモ他ノ方法ヲ以テ其權利ノ存証ヲ為サント欲セハ之ヲ証明セシメテ可ナリ若シ証拠方法ナクシテハ己レハ權利ヲ主張スルヲ欲セスト云フ君子アラン如此キ者ニ必ス時効ヲ對抗スヘシト強制スルハ却テ不道德ヲ奨励シ間接ニ國家ノ安寧ニ害アル可シ是レ則チ本条ノ規定アル所以ナリ

然ルニ草案編纂者ハ曰ク然ラス法律ノ命スルコトハ不正ニ非ス故ニ君子ト雖モ之ニ從テ可ナリト是レ非ナリ普通ノ場合ニハ時効ハ不正ノ結果ヲ生セサルモ或ル場合ニハ不正ノ結果ヲ生スルコトナント曰ヒ難シ故ニ當事者カ之ヲ援用スルコトヲ欲セサル亦理ナキニ非サルナリ」。

梅は、推定—証拠という理論構成では、何人が主張するかによって時効の証拠能力が左右されるのはおかしいから、援用の規定は得喪説による方が説明しやすい、という。しかし、ポアンナードは、時効という特殊な推定の特質が裁判官の職権審査になじまないことを論証しているから、梅のこの反論は、いささか形式的であるし、また法が定めた取得・免責事由であれば、その要件を法が自由に規定できる、というだけでは、援用が何故に必要かという実質的理由が示されていない。そこで梅は、時効は「或ル場合ニハ不正ノ結果ヲ生スルコトナント曰ヒ難シ」との前提をたてた上で、援用の良心規定論を展開する。すなわち「良心アル者」がいつでも相手方の権利を追認して時効利益を抛棄できることとの関連性よりして援用・不援用の自由が認められるべきこと、また他の証拠方法がなければ時効の保護を享けることを潔よしとしない「君子」に対して時効を強制するのは不道德を法が奨励する結果となることを、梅は主張する。梅の証拠編講義における上記の良心—君子論は、現行一四五条の立法趣旨として、民法要義にも次のような形で再現されている。

「良心アラン者ハ已ムコトヲ得サルニ非サルヨリハ時効ヲ援用スルコトヲ欲セサルヘシ故ニ若シ當事者ニシテ他ノ方法ニ由リテ其權利ヲ伸長スルコトヲ得ルノ望アル間ハ故ラニ時効ヲ援用セサルコト稀ナリトセサルヘシ或ハ時効ヲ援用センヨリハ寧ロ相手

方ノ請求ニ応セント欲スル者ナキヲ保セス然ルニ若シ裁判所ニ於テ時効ノ利益ヲ強フルコトヲ得ハ当事者ハ他ノ方法ニ由リテ其權利アルコト又ハ其義務ナキコトヲ明カニスルコトヲ得ヘキニ拘ハラス時効ニ因リテ權利ヲ得又ハ義務ヲ免レタルモノトセラレ動モスレハ他ヨリ不徳義漢ノ如ク視ラル、コトアルヘク又ハ其權利若クハ免責ノ証拠ヲ有セサル当事者ニ本人ノ欲セサル利益ヲ強与スルニ至ルヘシ而シテ時効ノ制度ヲ設ケタル精神ヨリ云フモ是レ実ニ無用ノ干渉ト謂ハサルコトヲ得ス。

梅もボアソナードも、時効が当事者の採用を必要とし、裁判官が職権により判断すべきものではない、という結論においては一致する。しかしボアソナードが採用の制度的根拠を正面から論証しようとするのに対して、梅は時効利益を欲しない良心的当事者に、その利益を強制することは、「時効ノ制度ヲ設ケタル精神」に反するとして、採用しない、当事者の良心に着目する。ここにおいて、時効の制度倫理を前提として、「法律ノ命スルコトハ不正ニ非ス故ニ君子ト雖モ之ニ從テ可ナリ」とするボアソナード的発想と、「時効ハ一或ル場合ニハ不正ノ結果ヲ生スルコトナシト曰ヒ難シ故ニ当事者カ之ヲ採用スルコトヲ欲セサル亦理ナキニ非サルナリ」とする梅の思考とは、採用の理解において遂に対立するかのように見える。もしそうだとすれば、証拠編九六条一項と現行一四五条とは、殆ど同一の文言にも拘らず、その起案理由を異にすることになり、両条文の法理的連絡は否定されることになろう。しかしそう理解することが果して正しいかどうかは、さきに見た梅の基本的時効観とボアソナード理論との関連性の上から、さらに検討する必要がある。

(1) 梅（証拠編講義二七三頁）も、ボアソナード（Prof. V. pp. 888c）も、時効を得喪方法とみると推定とみるとにより採用の説明が異ならざるをえないと説く。しかしこれは、得喪・推定という効果からの論理的帰結で定まるというのではなく、時効の制度倫理と当事者の良心との関係をどのように理解するかにかかるのであり、結局どのような内容の得喪説・推定説をとるかにより、採用の理解も異なってくる、という意味に解するべきであらう。

(2) 法典調査会議事速記録四一六五。

(3) 同上四一五四以下。

(4) 同上四一五六。

- (5) Boissonade, *Projet V. 268*, pp. 888-9.
- (6) 得喪・推定いずれの立場でも援用の制度的理由については説が分かれているのであるから、星野、前掲覚書二〇六頁が、このポアソナードの批判は、ポアソナードの推定説を前提とした得喪説批判であって、援用が良心規定か否かとは関係がない、と論評されている点は正しいと思われる。しかしポアソナードがここで論難している得喪説は、得喪説一般ではなく、制度倫理を無視するが故に、援用をもっぱら良心規定としてのみ理解せざるを得ないような得喪説を指しているのであるから、梅におけるように倫理的主張―条理的正義―が得喪説の形をとる場合には、その良心規定論が特別な意味をもつことは、本文に後述するとおりである。
- (7) ポアソナードの援用論については、拙稿・前掲現行時効法の成立とポアソナード理論八〇四頁以下参照。
- (8) 裁判官の認識能力の限界―従ってその職権の制限―という視点は、プロジェの上記説明には直接でてこないが、ポアソナードの従来の時効ないし自然義務の講義において屢々強調されるところである。プロジェの所論も、これを前提として理解される。「曰ク裁判官ハ必ス常ニ真実ヲ摘発スルヲ得ヘシトハ立法官モ之ヲ信セサルナリ且ツ十分ニ証拠ヲ見出シ十分ニ穿索ヲ遂ル能ハサル実ニ已ムヲ得サル所アリ故ニ若干ノ場合ニ於テハ真実ヲ搜索スルハ却テ危害アルニ似タリ」(傍点筆者・性法講義二三頁、自然義務の項)。
- 「期満得免ノ如キハ元法律上義務ハ既ニ消散センナラン所有権ハ転移センナラント云フ等ノ推測ニシテ答弁ノ一方法タルカ故ニ裁判官ハ固ヨリ義務ノ消散シ又ハ所有権ノ転移シタルヲ訴訟人ノ申立テサルニ明白ニ知り得ル無カルヘシ然ルヲ若シ裁判官ニ之ヲ引用スルヲ許ストセハ或ハ事実相違シ為メニ訴訟人ハ間々害ヲ蒙ルニ至ラン」(傍点筆者・仏国民法期満得免編講義一四頁以下)。
- (9) 梅・前掲証拠編講義二七四頁。
- (10) 同上二七五頁。
- (11) 梅・前掲民法要義三一五―六頁。



七 両者の援用論の関連性と評価

最初に問題となるのは、梅における良心規定論との関連におけるポアソナードの前記反論の意味である。法はみずからの規定内容の衡正と賢明について自信がもてないのか、というポアソナードの論難は、星野教授が正確に指摘せられたように、良心規定論そのものに向けられているのではなく、権利得喪説を対象としたものである。このことは、かつてポアソナードが性法講義において、「被告人ハ自ら其ノ良心ニ正シテ所得ノ不正ナルヲ知り卸脱ノ事実ナキヲ顧ミ慚愧スル所アルトキハ其ノ自ラ用ヒサル経時効ノ利益ヲ以テ之ニ与フ可カラサルナリ」として、良心規定的説明をしていることからもうかがわれる。<sup>(2)</sup>そしてポアソナードがここでとりあげている得喪説とは、当事者の関係において倫理的に正当化されえない権利変動を、法の権力とか、取引の必要とか、裁判所の便宜のために、そのまま肯定する立場としての得喪説、すなわち援用の制度をもっぱら良心規定としてのみ持出さざるを得ないような、制度倫理の裏付けを欠く得喪説である。

そうすると、梅のように、推定説を基礎づけている倫理性の要請は、推定の及ぶ範囲を超えて権利得喪にまでいたるものと解し、当事者関係に対する倫理的判断——梅における条理——が権利得喪という時効の効果を支持するとみる立場については、「法律ノ命スルコトハ不正ニ非ス故ニ君子ト雖モ之ニ從テ可ナリ」という命題は、ポアソナードの推定説についてと同様に、梅自身の得喪説についてもまた妥当するはずのものであろう。したがって、権利者の過失・怠慢・悪意というような帰責性によって時効の正当性が保証されている限りは、時効の援用は倫理の許容する権利主張であり、援用者の良心と衝突しないはずのものである。それ故に、時効が不正の結果を生じない範囲——梅のいう「普通の場合」——においては、梅とポアソナードの判断は、得喪と推定という理論構成の対立にも拘らず、それほど隔たるものではないと思われる。

むしろ梅とボアソナードの援用論の具体的な差異は、時効の効果が正当化されえない例外的場合、すなわち梅においては権利者に帰責任が欠ける反面、援用者に保護されるべき正当な利益がなく、ボアソナードにおいては推定が明らかに事実と反するような事例についての、例外処理の方法においてあらわれるものであろう。本来正直な者のために立法された時効が、時として不正直な者をも保護する可能性があることは、時効が蓋然性に基づく判断であるかぎりやむをえぬことであり、ボアソナードも最善の法律といえども不可避の危険として、これをみとめている。しかしボアソナードは、周到に証拠編九六条二項を設けて明文上の解決を寓意し、正当の取得・免責のなかつた旨を自認する援用者に対して時効利益を肯定することは、不道德（immoral）かつ不当（iniqué）なことであり、その援用は、援用者の不名誉（dishonourant）となると評している。<sup>(4)</sup> すなわちボアソナードは、証拠編九六条一項において、当事者が良心的に援用することを前提として、裁判官の職権を制限する原則を規定し、同条二項はその例外として、不徳義・不当・不名誉な時効援用を明文をもって排除しようとする。なおそれ以外に不正直な者が、たまたま時効制度の恩恵にあずかることがあるとしても、それは悪人もなお善人と等しく自然の恩恵に浴すると同様の結果であり、その結果から時効の制度倫理を疑うことはできない<sup>(5)</sup>、とするのである。

これに対して梅は、「普通ノ場合ニハ時効ハ不正ノ結果ヲ生セサルモ或ル場合ニハ不正ノ結果ヲ生スル」ことがある例外的場合のために、時効の利益を受けることを潔よしとしない君子の良心的な「不援用」を許容する手段として、当事者に援用の自由がある、と説く。注意されることは、梅は、時効が正当な結果をもたらす「普通ノ場合」について何故援用が必要か、という援用の積極的理由については何等ふれるところがない点である。

およそ権利の放棄を可能にするために権利を賦与する、というだけでは、権利賦与の目的と権利行使の自由とを混同する議論であり、梅が良心的不援用を可能とするために当事者に援用が認められていてと説いている限りでは、何故に原則として当事者の援用が必要であり、裁判官の職権が制限されるべきか、という基本的問題には答えていない

のであって、ここには梅による説明の省略か、あるいは論理の飛躍がある、といわざるをえない。

ともあれ、梅は、援用の原則の合理性についてはふれぬままに、時効がもたらすことある不当な結果を、当事者の良心的不援用により抑止することに、援用の意義をみとめている。もとより援用制度により時効の不当な結果をどれほど抑止できるかについては、問題のあるところで、ポアソナードは、証拠編九六条二項において、不当な時効援用の場合を典型化して裁判官が職権的にこれを制限しうる用意をしたのであるが、この規定を推定説の論理的帰結として現行法上削除した梅は、当事者の良心、あるいは「他ヨリ不徳義漢ノ如ク視ラルル」社会的評価に動機づけられた当事者の不援用に、その抑止力を期待したものと見えよう。<sup>(7)</sup>

援用論に関する限りでは、援用制度の原則的根拠づけを欠いたままに、例外的場合の良心規定論を展開した梅の説は、いささか断片的記述にとどまり、論証としても不完全なことを免れない。そこで原則についての梅の沈黙を、彼の基本的時効観から補って理解する必要があるが、前にみたように、証拠編講義より民法要義を通ずる梅の時効論の主軸である倫理的正当性が、時効の原則的效果を支持するものである限りは、この原則の場合について彼の良心規定論を適用することは、梅の元来の立場と矛盾することになるう。

当事者間に時効の効果を正当化する倫理的根拠―性法的条理―があるかぎり、悪意者もなお保護すべきである、とする梅の立場からすれば、<sup>(8)</sup>証拠編九六条二項が、取得・免責の事実がない旨を自認した「悪意者」すべてに時効利益を拒否した立法は、厳格に過ぎる倫理的要請という意味において、「穏カテナイ」として削除したことには、それなりの理由がある。<sup>(9)</sup>そこに残った問題である、不当な時効の処理という課題を、梅は、証拠編九六条一項をそのままに承継したはずの現行一四五条を良心規定と解することで扱っている。しかしながら、証拠編九六条一項は、前述のように、元来「援用」の原則を規定したものであり、同条二項のように援用の制限―不援用―の規定ではないところから、同条二項を削除した現行一四五条と梅の解釈との間に、何か割り切れぬものを残す結果となっているのである。ここ

において、現行一四五条―証拠編九六条一項―の基本的立法趣旨に立ちかえてみるならば、さきにみたポアソナードの援用論の骨子である、蓋然的判断としての時効の特質よりする裁判官の職権制限の必要性、時効の要件の複雑さ、またその正当性についての当事者の判断の優越性といった基本的観点は、梅の学説においても矛盾するものではなく、現行一四五条の立法についても、維持承継されている、とみるべきではなからうか。この意味で、梅が現行一四五条の起案について、「之ハ既成法典証拠編第九六条ノ第一項ト同ジ意味テアリー少シモ変ラヌ積リテアリマス」と説明している趣旨が了解されるのである。

- (1) 星野・前掲覚書二〇六頁。
  - (2) 性法講義九三頁・経時効の項参照。ただし前述のように、ポアソナードが同書において自然義務の項で裁判官の認識の限界を強調している所説との関連において、ポアソナードの良心規定論を理解する必要がある。少くも、彼の期満得免編講義ヤンロジエにおける援用論と良心規定論とは、それ自体として相容れぬものではない。
  - (3) 前出第五章注(3)参照。
  - (4) *Bolssonade*, 252. p. 870.
  - (5) *Bolssonade*, 269. p. 890.
  - (6) 当事者の良心的不援用による時効制度の濫用に対する抑止力を積極的に肯定するのはハイマン(後述・第八章注(11)参照)であるが、これを疑問視する立場も有力である(Karl Spino, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Factualisten*, Bd. I. § 230, S. 555)
- ハイマンの説くように、「援用制度による抑止力は、万全の手法ではないとしても、その働きを一概に過少評価することはできないであろう。一定の取引領域では、当事者の信用・社会的評価は重大な意味をもち、時効援用によって不信用の評価を下げることは、無視できない取引上のリスクを伴うからである。
- (7) ポアソナードは、時効による推定の確実さは局外者である裁判官ではなく、事態を最もよく知っている当事者の判断によって保証されるとして、援用の必要性を根拠づけるのであるから、正直な当事者によって時効が良心的に援用されることを予定しているのであり(積極的良心規定論)、その反面として、当事者が良心的判断から援用をしないことをも当然に期待して

いるといえる。その限りでは、梅の説く良心的不援用（消極的良心規定論）も、ポアソナードの主張と矛盾するものではない。しかし良心的不援用という梅の論拠からは、援用の原則的意味を論証することはできないので、この点にポアソナードの援用論の主眼がある。時効の制度倫理の担い手を、立法者の良心、裁判官の良心まで、当事者の良心とともにポアソナードが広くとりあげているのに対し、援用論における梅の関心は、援用者の良心に集中したところに、両者の説明の差があらわれたものといえよう。

(8) 前出第四章岩田・前掲民法起草と日本精神六〇頁。

(9) 前述のように、ポアソナードは、かかる場合の援用を実質的に不当な時効援用の著例とみており、時効の効果の正当性を常に必らずしも推定のみによって理由つけているのではないから、証拠編九六条二項による援用の制限を、単に推定の論理から必然的に導かれるものとみることはできない。むしろ時効の保護の範囲について、梅は、ポアソナードより広く判断したところが、削除の実質的理由と思われる。

#### 八 梅とポアソナードを結ぶもの——現行時効立法の理念的底流

旧民法の時効法における指導理念ともいべきポアソナードの推定説は、その倫理的支柱をなす彼の自然法論とともに、当時のわが国の学説・実務の上に大きな影響をおよぼしたが、反面これと傾向を異にする多くの学者からの批判が集中して、現行法の編纂に際し旧民法修正の主要な眼目の一つとされたことは、周知のとおりである。<sup>(1)</sup>

自然法論者でありながら、ポアソナードの推定説と自然義務の観念に対して批判的であった梅<sup>(2)</sup>によって、現行時効法が起案され、旧規定が大幅に修正せられるにいたり、<sup>(4)</sup>旧民法と現行法との間に、時効の制度構成の上で、ある種の断絶を招来したことは否定できない。前にみたように、梅が証拠編九六条一項をそのまま現行一四五条に移しながら、同条二項を推定説の帰結として削除し、現行一四五条について良心規定的説明のみを記述した結果は、時効の制度倫理にかかわる援用の原則的意味を曖昧なものとし、同時に時効の不当な結果の処理という問題について、旧民法にお

けるような明文規定上の手がかりを失わせることになった。このようにして、規定文言の外観上、現行法は、倫理的根拠を欠く権利得喪説と良心規定としての援用との連結という、まさにポアソナードが危惧したような形での時効法の体裁をとるにいたっている。はたしてそれ以後のわが民法学説に、「非権利者の権利取得・義務者の免除という、時効制度の暗黒面についての弁疎に苦心する<sup>(5)</sup>」という傾向を生じたことは故なしとせず、ここにおいて、近時あらためて時効の存在理由を基本的に問いかける立場から、ポアソナードの学説と旧民法時効法の再評価がなされるにいたっている<sup>(6)</sup>。

しかし、以上に考察してきた梅とポアソナードの基本的時効観からみると、これを単純に得喪説と推定説との図式的対立には還元できないものがあり、現行法と旧民法をそれぞれ起案した両者の時効理論には、個々の条規の修正を経て、なお否定できない重要な共通の基本的価値判断がみとめられるように思われる。

その理論の体系化という点からみるならば、ポアソナードの学説は、前述のような若干の例外をはらみながら推定の原則が明示されており、この原則による典型化を通して彼の時効観の基本的特質が明快に表現されている。これに對して梅の見解は、時効の効果を支える制度倫理を時効の「真正ノ理由」として時効論の核心にすえる点で、ポアソナードの倫理的主張に共通するものがありながら、推定という手続的要因と権利得喪という実体的要因とを時間経過の中で流動的ないし重層的に統合して把握しているところから、理論体系としては、多元的要素を含む渾然としたものとなり、そこにはポアソナードの明晰性ないし論理の整合性が失われていることは事実である<sup>(7)</sup>。推定を基軸とするポアソナードの明徹な理論系に基づく旧民法時効法の制度構造は、たしかに、梅によって崩された形で現行法が起草されている<sup>(8)</sup>。梅においては、推定か得喪かという問題は、時効の制度目的を実現する上での手段としての法理の選択か、あるいは純理―講学上―の体系化の問題にとどめられているのであるが、この点はむしろ、梅の学説の未完結性あるいは実用法学的特質として積極的に評価してよいであろう。

時効を推定、権利得喪の方法のいずれに理解するとしても、時効が、時間経過によりそれ自体曖昧漠然となった法律関係を、現状に即した正当化事由の存在の蓋然性によって処理しようとする制度であることに変わりはない。当事者の法律関係を現状に即して「推定」しても、あるいは「権利得喪」があったと判断しても、その判断は蓋然的判断であって、判断の対象たる事態そのものが明瞭確実になるわけのものではない。時効の要件と効果との間には、常に乖離があり、推定が必ずしも事実<sup>(9)</sup>に合致しないのと同様に、時効による権利変動を直ちに正当なものとも、あるいは逆に不正暗黒の状態の肯定とも、断定できないのである。時効の対象たる生活関係は、時間<sup>(9)</sup>がもたらした生起と消滅との流動・矛盾をはらんだ、曖昧な薄明の情況にある、といわなければならないであろう。このような事態を規制する時効の制度的根拠を、推定の法理によって照射しようとするのがポアソナードであるが、彼みずからも、推定の光の及ばない影の部分については、権利者の懈怠・過失あるいは取引の特質など別途の考慮を加えていることは、前述したところである。

これに対して、梅は、推定と得喪—いわば光と影—との境界が、現実にはポアソナード的に明確なものではなく、推定と得喪の移行が連続的・重層的なものである事実を直感的に捉えて、非権利者の不法な請求（古証文・偽証）から権利者の過失・怠慢までを請求者の帰責性の判断として統合視する独自の理論をとる。

このように蓋然的判断である時効の効果を、取得・免責の推定にとどめず権利得喪として肯定する立法においては、推定説におけるような法理的限定（証拠編九六条二項にみられるような）を欠くところから、時効の対象範囲が拡大され、その効果も強化される反面において、その硬直な運用は、制度倫理の保証を欠く不当な時効の結果を招来して、本来保護されるべき権利を侵害する危険を増大するであろう。幾多の曲折を経て漸く定立をみた現行時効法についても、その制度的現実と、その起案者たる梅が、そしてその先駆者としてのポアソナードが期待した制度倫理の実現との間には、かなりの落差があることは、覆いがたい事実である<sup>(10)</sup>。現行法が、梅—ポアソナードの意図した倫理的志向性の

下に、あらたな権利得喪という構成を採ったものであるからには、その広範囲かつ強力な時効の効果を支えるに足る時効の正当性存否の判断は、より慎重を期すべきであり、時効要件の具備についても充分な検討が要求されるべきであろう。<sup>(11)</sup> ここにおいて、旧民法時効法上の援用について、ポアソナードが、裁判官の職権による時効の機械的運用の危険を指摘し、当事者の主体的援用をまつて時効の効果の正当性が保証され、また時効要件を正確に判定できる<sup>(12)</sup>、と説いた言葉は、現行法の援用制度についても、より重きを加えた意味で理解することができる。ここに援用の制度的合理性を原則として承認したうえで、なお起りうべき<sup>(13)</sup>として現実に起っている——実質的に不当な時効の結果の処理という問題は、推定説・得喪説いずれの立場においても、その先にある課題である。<sup>(13)</sup> ポアソナードが時効拋棄の擬制によりかかる時効の援用を職権的に排除する方途をとったのに対して、梅は当事者の良心的不援用による自発的抑止を期待したのであるが、この解答にいかほどの成果をみとめうるかは、なお今後の検証を必要とするであろう。梅の提示した援用論は、なお未完結というほかはない。ともあれ、梅が、新法典施行の後において見出されるであろう法の不備・欠陥を予測し、これを調査し改正する不断の作業を将来に期待してその具体的方法を提唱していたことは、忘れられてはならないであろう。<sup>(14)</sup> 現行時効法の立法作業の底流に、われわれは、旧民法の修正を経て、なお保持されるべきポアソナードの法理的遺産とともに、独自の立場でこれを承継しながら後世の民法学とその課題を託した梅の時効論の未完の体系を見出すのである。その正確な認識と評価は、現在漸くその緒についた段階にある、というべきであろうか。

(1) 民法典制定以前の時効法である出訴期限規則の実務運用や時効法諸草案におよぼしたポアソナード理論の影響については、拙著・出訴期限規則略史一八一頁以下参照。

稿・前掲現行時効法の成立とポアソナード理論八一〇頁以下参照。

(2) 旧民法財産編第二部第四章が自然義務について詳細な規定を設けたのは、ポアソナードの創見によるが、後にこの立法に



対する批判(とくに貴族院における富井の旧民法施行延期論)に対して、ポアンナードが反論している内容から、彼がとくに時効の効果との関連で自然義務の規定を必要と考えていたことがわかる。ポアンナードは次のようにいう。

「唯一言民法に定めたる所を約言せんに時効債務者の利益に於ける確定判決及び其他の場合にして民法上債務者義務を免れたるの推定あるときと雖も尚ほ自然義務存在することあり是を以て此場合に於て債務者其債務を履行することあらは任意の履行にして彼の返還義務を生ず可き不当弁済ありたりと謂う可からず又之を贈与と做す可からず歐洲各国に於ては此点に關し屢々疑問の生じたることあり若し明文徴せば日本に於ても亦他日必らず然るに至る可し是を以て法典は遠く之を慮り特に法条を設けたるのみ」(傍点筆者・新法典駁議弁妄・明治三十五年一〇月刊・六三頁以下)。

それ以後のわが民法学が援用の条件的概念構成等の手段により、時効完成後の弁済や承認の有効性の論証に苦心するにいたつた経緯を考えると、ここにも、従来の民法典実施上の体験に基づくポアンナードの周到な起草態度をみることができよう。

(3) 梅は民法原理(第一)において、自然義務を規定した旧民法を批判している。

「法律ニ於テ保護スヘキ必要アル權利ヘ之ニ訴權ヲ付与シ以テ其權利ノ保護ヲ完全ニスヘク保護ノ必要ナキモノニ至リテハ根柢ヨリ之ヲ認メサルニ如カス(五四六頁)。

一 例ヘハ時効ニ因リ消滅シタル義務ハ法律上之ヲ履行スルコトヲ要セスト雖モ若シ債務者カ良心ニ従ヒ之ヲ履行シタルトキハ法律上贈与ヲ為シタルモノト視サルヘカラス(五四九頁)」。

ただし梅は、書面によらない贈与を取消しうるものとした現行法の立法に対しては問題があるとして、前掲の場合には、書面によらなくとも贈与が有効に確定すると説いているので、時効完成後の弁済や承認を、無形式の特殊な贈与として有効視するものであり、旧民法が自然義務の履行あるいは追認として処理するのと(財産編五六二条以下)、同様の結論を導きだしている。

(4) 旧民法における推定説の否定、自然義務の明文規定の削除という修正方針については、梅、富井、穂積の三起草委員の間で、各自の理由づけはともかく、結論的には歩調が合っていたことになる。現行法における自然義務削除の経緯については、第四回民法主査委員会の穂積の提案理由を参照(民法主査会議事速記録一―一五〇以下)。

富井の時効理論は、彼の前記ポアンナード批判や民法原論(総則・明治四一年版とくに五四六頁以下)あるいは岡松著・民法理由の時効の章の注記等よりみるに、取引の必要という公益(Gemeinwohl)に時効は奉仕する手段であつて、自己目的ではないとし、この公益のため真正な権利者の犠牲(Opfer)もやむなしと説くドイツ民法草案理由書(Motive I, S. 291)の立場に近いようである。すなわち富井のいう「公益」は、梅の道義的「公益」と趣を異にする。現行法編纂作業における富井

のドイツ民法草案への傾斜については、「仁井田博士に民法編纂事情を聴く座談会」（法律時報一〇卷七号一四頁以下）における仁井田発言参照。

ドイツ民法草案理由書の公益犠牲論に対する学说上の批判については、拙稿・不法行為責任の短期時効と信頼保護の法理・法研五九卷二九三頁参照。

(5) 星野・前掲覚書二〇三頁。

(6) とくに星野・同上論文参照。それ以前に独自の立場から時効の制度倫理について問題提起したものとして、中島弘道・時効制度の存在理由と構造(一)法学新報六四卷四・五号(とくに)二二七、二五六頁、また於保不二雄・時効の援用及び時効利益の放棄・法曹時報五卷七号三〇四頁以下が注目される。

(7) 星野・前掲覚書二〇三頁が、梅について「やや混沌した理解」と評されるのは、おそらくこの点を指摘されたものであろう。ポアソナード的な二元論的観点からすれば、梅の柔軟な立論はなお妥協的であって矛盾をはらむとみる余地があろう。

(8) この意味で、明治民法の時効規定は、いわば破壊されたポアソナード時効法の残骸の観がある。拙著・前掲出訴期限規則略史三三七頁。

(9) 拙稿・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・私法二八号九三頁参照。

(10) 旧民法に対する現行法の修正が、例えば自然義務の削除により時効の効果内容を不明瞭なものとし、証拠編九六条二項の削除により援用の原則的意味や許容される援用の限界といった問題を未確定に残すにいたったことは本文に述べたところであるが、そのほかにも現行一六七条一項における一〇年期間制の導入というような、起案者の当初予想しなかった改革が付加されるにおよび、現行法に固有の問題が生ずるに至ったことについては、拙稿・前掲民法一六七条における債権一〇年時効制の立法史的意義とその現在の課題(一)法研六〇卷一〇号五一頁以下参照。

(11) ハイマンは、その援用制度の歴史的研究(Ernst Heymann, *Vorschützen der Verjährung, zugleich ein Beitrag zur Lehre von Exceptio und Einrede*, 1895, S. 147)において、「自然法論による推定的時効法の立法が挫折した事実をあげ、権利得喪説の立場から援用制度を積極的に根拠づけようとする。ハイマンは、時効により保護される利益が、その時代における経済的、社会的、倫理的観点全体から内的・実質的に正当視されうる利益に限定されるべきことは当然であるとして、時効利益の正当性を要求する。しかし、ハイマンによれば、この時効利益の正当性の存否の判断は、あまりに複雑多様であり流動的であって、その基準を明確に規範化することは困難であり、しかも局外の第三者からは到底捉え難い当事者間の個別具体的事情にかかわるものであるところから、裁判官の職権による判定になじまない。むしろ時効により利益を享ける当事者こそ、具体的場合に

ついで自己が時効の保護に値するか否かを最もよく知る故に、法はその判断—援用—に時効の効果を委ねたものである、とする。そして時効の保護が援用をまたず自動的に与えられるのではなく、援用行為として当事者が明示的・積極的に時効利益を要請する必要があることが、時効の不当な結果の発生に対して、ある程度の抑止力（正当性の保証 Garantie）として働くもので、この機能は時効利益の抛棄という制度のみでは充分に果しえない、と主張する。得喪説の立場において、時効の効果の正当性を重視し、その正当性の存在が当事者の主体的援用により保証される、とするハイマンの所説は、現行法の制度構造との関係で、注目してよいであろう。また援用による時効の不当な結果発生の抑止力に着目する点も、梅の良心規定論との関連で興味深いものがある。

(12) 星野教授は、ボアソナードの論拠について、「時効の要件が多い云々は、援用の必要性を十分に基礎づけてはいない」と評される（前掲・覚書二〇六頁）。同旨・松久三四彦・時効制度（民法講座Ⅰ）五七九頁。しかし時効の起算点の確定や中断・停止事由の有無の判定は、かなりに困難な事例が多く、はたして援用をまたず裁判官が職権をもって正確な判断を下しうるかどうかは疑問である。この点について、ハイマンは、原告は自己の請求を維持すべく予じめ時効要件を十分に吟味することが可能であると説くが（Heymann, S. 142）、これに対してウンターホルツナーは、被告の援用がなければ、請求する原告において時効中断の主張・立証の機縁がなごむことを指摘し（Karl August Dominikus Unterholzer-Theodor Schirmer, Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, 2. Aufl., 1858, Bd. I, §138, S. 494f）、スピロは、近時増大する各種短期時効において、もし職権で時効を判定すれば、実際には時効未完成情况の債権について時効を理由に突如として請求が棄却される危険が多いとし、また理由のない時効抗弁や、被告みずから考えていない時効抗弁までを、原告に予じめ予測・準備することを要求することは不当であると主張する（Spino, Bd. I, §320, S. 555f.）。

岡松・民法理由（総則物権編）三七二頁は、良心規定の説明に加えて、「時効へ往々裁判所外ノ行為ニ依リ中断セラル、ヲ以テ当事者ノ援用ヲ俟テ之ヲ適用スルコトト為シ以テ誤ナカラシムル期セントス」と説き、四宮和夫・民法総則（四版）三二二頁も、「時効の不利を受ける者を前にして援用し、その者に抗弁（中断・停止の存在についての）を提出する機会を与えなければならぬ」とする。

(13) 近時判例が、次第にその適用範囲を拡大する傾向にある時効援用権の濫用ないし信義則違反の問題は、本文に述べた意味における当事者の主体的判断に基づく援用の制度構造の限界にかかわる困難な課題である。

(14) 梅は、前掲法典ニ関スル述懐の中で、法典の不備とその修正について、次のように語っている。

「此法典（旧民法を指す・筆者）ヲ実施シテ若シ不完全ト思フ点カアルナラハ徐ニ研究シテ修正シテ行テ、一方ニ於テハ之ヲ行ツテ見ルト定メシ弊害ヲ生ズルデアラウト思ツタ点ガ存外實際ニハ弊害ガナイカモ知レズ、又学者モ実業家モ氣ガ付カナカツタ点ニ意外ニ不完全ナル点ガ出来テ来ルカモ知レマセヌカラ、完全デアルカ不完全デアルカ大抵其見極ノ付タ後五年カ十年ノ後ニ充分ニ研究ヲ遂ゲテ修正スル方ガ宜イト云フ考テ以テ、所謂断行論ヲ執ツタノデアリマス」（五四二頁）。

すなわち旧民法の不完全な個所を従来強硬に批判してきた梅は、法典実施後における実際の情況に基づき漸進的修正がなされるべき必要を予定しつつ断行論を唱えたのであり、このような梅の柔軟な現実的姿勢は、彼みずからの起案にかかる現行法の実施後においても一貫したものであったことが、前掲・岩田・民法起草と日本精神の伝える現行法改正の具体的方法論から、うかがわれる。

「私は常設委員を置いて法典の改正を図る必要があると思ふ。其の委員会は毎年裁判所から報告を徴し、裁判所も自分で法の欠点を見付けた場合には進んで其の委員会に報告するやうにする。又裁判所は適用上の困難を感じた場合も矢張り具申する。或は又弁護士からも意見を出させる。其の外新聞、雑誌著書等からも総て意見を集める。更に外国の法律の進歩を絶えず研究しなければいけない。斯かる方法で委員会に於て絶えず検討を加へ、若し現行法典に欠陥があると認めたらば改正法案を提出するやうにすれば、改正の目的を達することができる」（三四頁以下）。

梅の起案の下に成立した現行時効法の規制は、前述のような種々の問題を残すものであり、ポアンナードの時効立法ほどには周到精緻ではなかったとしても、起草者としてその志向する理念と現実との緊張を意識し、将来実施上の不備に備えて不断の修正作業の必要性を提唱していた点で、梅もまた秀れて周到な法律家であった、といえよう。

（昭和六十二年二月二日稿）

付記 本稿の資料については、塾法学部手塚豊名啓教授、池田真朗助教授、大学院博士課程片山直也氏、同大木康氏の御援助をえた。ここに付記して深謝申し上げる次第である。