

# 消滅時効の援用権者

大久保 憲 章

## I は じ め に

わが民法145条は、時効が完成しても当事者が援用しない限りは裁判所は時効完成を判決の基礎にすることができない旨を定める。時効の援用は時効制度の理解に関する鍵であると言われる<sup>1)</sup>。その中でも援用権者の範囲については、判例理論は時効の援用権者とは「時効の完成により直接に利益を受ける者、すなわち取得時効により権利を取得し、消滅時効により権利の制限又は義務を免れる者をいい、間接に利益を受ける者は当事者ではない」（大判明治43年1月25日民録16輯22頁）であるという。学説は判例理論の狭隘さを強く批判し、判例が結果的に援用権者の範囲を拡大させてきたことを歓迎している。判例理論は援用権者は「時効の完成により直接に利益を受ける者」<sup>2)</sup>であるという文言を維持しながら、それに該当する者を拡大させてきた。ここから判例理論の無力化、換言すれば法律上の利害関係のある者は時効を援用できる方向への趨勢が読み取れる。

民法（債権関係）改正草案145条では、「時効は、当事者（消滅時効にあっては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。）が援用しなければ、裁判所はこれによって裁

---

1) 星野英一「時効に関する覚書——その存在理由を中心として——」『民法論集第4巻』（有斐閣、昭和53年）172頁注（5）。

2) 保証人の時効援用を認めた大判大正4年12月11日民録21輯2051頁は、「直接ノ利益」とする。しかしリーディングケースである大判明治43年1月25日によれば「時効ニ因リ直接ニ利益ヲ受クヘキ者」である。すなわち、受ける利益の種類ではなくて、利益の受け方を問題にしている。この点が学説でもやや曖昧に理解されている。例えば、内田 貴『民法Ⅰ・第4版』（東京大学出版会、2008年）331頁。

判をすることができない。」とされている。しかし改正草案145条は時効援用権者とは直接的受益者であるとする判例理論を変更する趣旨ではないと説明されている<sup>3)</sup>。

ところで大判明治43年1月25日の担当裁判官は誰であろうか。時効援用権者とは直接的に利益を受ける者であるという表現を用いたのは何故だろうか。担当裁判官の氏名は判決が登載された大審院民事判決録には記載されていない。判決原本<sup>4)</sup>を見ると、この判決を担当した裁判官は裁判長・富谷銆太郎<sup>5)</sup>、伊藤悌治<sup>6)</sup>、志方鍛<sup>7)</sup>、田上省三<sup>8)</sup>、遠藤忠次<sup>9)</sup>、尾古初一

3) 民法改正中間試案は、消滅時効に関して現行145条をは「時効期間が満了したときは、当事者又は権利の消滅について正当な利益を有する第三者は、消滅時効を援用することができるものとする」(第7 8 (1))と表現を一部変更しているが、これは判例法理を変更する趣旨ではないとする(「民法改正中間試案〔確定全文〕+〔概要付き〕」(信山社、平成25年)31頁)。

4) 国立公文書館つくば分館収蔵の判決原本を参照した。

5) 以下の裁判官は生年月日、出生地、学歴、裁判官としての経歴だけを記す。帝国法曹大観編纂会編『帝国法曹大観』(帝国法曹大観編纂会、大正4年)による。同書は『日本法曹界人物辞典・第1巻』(ゆまに書房、平成7年)として復刻されている。

富谷銆太郎 安政3年10月5日生 栃木県宇都宮市二條町／明治17年7月 司法省法学校卒業 法律学士ノ称号ヲ受ク 司法省御用掛／同23年7月 判事 東京始審裁判所判事 名古屋、東京各控訴院判事、東京控訴院部長、大審院判事／同36年12月 大審院部長

6) 伊藤悌治 経歴は不明であるが、原告の主張にあらわれる大判明治38年11月25日の担当裁判官の一人である。

7) 志方鍛 安政4年5月生 埼玉県棒澤郡岡部村／明治17年7月 司法省法学校卒業法律学士ノ称号ヲ受ク 判事補

大判明治38年11月25日の担当裁判官の一人である。

8) 田上省三 安政元年9月17日生 岡山県岡山市一番町／明治15年10月 東京帝国大学法科大学卒業／明治23年7月 判事試補 東京始審裁判所詰／同年8月 治安裁判所判事 京橋治安裁判所詰／同年10月 長崎控訴院判事／同26年11月 長崎地方裁判所部長／同30年8月 長崎控訴院判事／同31年3月 浦和地方裁判所長／同33年2月名古屋地方裁判所長／同37年4月 大審院判事

大判明治38年11月25日の担当裁判官の一人である。

9) 遠藤忠次 慶応2年12月28日生 東京市小石川区雑司ヶ谷町／明治21年7月 東京帝国大学法科大学卒業／同年12月 司法官試補 大阪始審裁判所詰／同23年10月 判事 大阪地方裁判所判事／同29年6月 高崎区裁判所判事／同30年1月

郎<sup>10)</sup>、牧野菊之助<sup>11)</sup>の7名である。彼等は明治10年代後半から明治20年代前半に、司法省法学校または東京帝国大学法科大学を卒業しているが、この中で判決を起案したのは裁判官としてキャリアの浅い牧野菊之助であると推測される。それは牧野の著書にこう書いてあるからである。

「控訴院にて目の廻る程忙しかりし余は、民事部に属して左程の忙しさを感ぜざりしも事件の評議は慎重にして相当に学説やら判例やらを精査せざるを得ず、判決の起案についても文字の使ひ方に相当の注意を払はざるを得ず、流石に一国の最高法院の法官として各員いづれも悠揚迫らざるの態度を持するもの、内部に在りては又中々に苦心の存するものなるを知悉し、今更ながら若輩余の如きが能くその職責果し得たりと思はるゝ位にて、これ一に練達堪能なる先輩諸氏の賜なりと感謝禁ずる能はざる所である。」<sup>12)</sup>

千葉地方裁判所部長／同年10月 東京控訴院判事／同34年10月 東京控訴院部長／同38年4月 大審院判事

10) 尾古初一郎 文久2年7月26日生 山口県佐波郡防府町／明治23年7月 東京帝国大学法科大学卒業 司法官試補 大阪始審裁判所詰／同年10月 判事 大阪地方裁判所判事／同31年4月 大阪控訴院判事／同34年11月 大阪控訴院部長／同40年8月 大審院判事

11) 牧野菊之助 慶応2年12月21日生 東京府南足立郡千住町／明治24年7月 東京帝国大学法科大学卒業 司法官試補（静岡地方）／同26年4月 判事 前橋区裁判所判事／同29年5月 東京地方裁判所判事／同31年12月 東京控訴院判事／同36年11月 東京控訴院部長／同41年4月 大審院判事／同45年2月 京都地方裁判所長

12) 牧野菊之助「司法生活四十年の回顧」『回顧録』（巖松堂書店、昭和7年）14－15頁。牧野は「明治41年2月大審院判事に補せられ第二民事部田部部長の下に配属し久方振りにて民事を取扱ふことゝなりぬ。」（14頁）と記している。『帝国法曹大観』（大正4年）では大審院判事に補せられたのが明治41年4月であり、判決原本によると牧野が配属されていた大審院民事部の部長は富谷銆太郎であり、牧野自身の記述と異なる。しかし「（昨昭和五年十二月十一日夜勃発したる災厄）がため、糟糠の妻を焼死せしめ、自己亦火傷を負ひ、剩へ一切の家財を烏有に帰せしめて裸一貫となり、辛うじて三人の児女と共に友人の家に避難するなど、痛恨限りなき一大打撃を受けた…停年の僅か1年前に不幸にもこのことありし」（24頁）とある。すなわち、牧野は昭和6年かなり困難な状況下で「司法生活四十年の回顧」を執筆したことがわかる。従ってわたくしは「司法生活四十年の回顧」の記述は記憶違いによるものだと考える。

これによれば、牧野は、学説・判例を詳しく調査し、文字の使い方にか  
なりの注意して、判決を起案していたというのである。大判明治43年1月  
25日を起案した裁判官が牧野であるとすれば、「其所謂当事者トハ時効ニ因  
リ直接ニ利益ヲ受クヘキ者」も判決当時の学説・判例を基盤として出現し  
たものである<sup>13)</sup>。

本稿は、牧野が大判明治43年1月25日を起案したものとして、次のこと  
を課題とする。時効援用権者は時効完成により直接に利益を受ける者であ  
るという大判明治43年1月25日がどのような経緯で出現したかを探求する。  
従来の研究ではこの判決を起点として、それが持つ意義や位置付け等に考  
察の重点があった。しかし、その判決は、突如あらわれたのではなくて、  
前述の牧野の言にあるように、それまでの判例・学説の一つの成果として  
出現したものではないだろうか。直接的受益者がどのような意味、内容を  
持ったものとして判例に登場したかが解明できれば、その限界も明らかに  
できると思われる。

## Ⅱ 大判明治45年1月25日における抵当不動産の第三取得者の主張 とその根拠

1 時効の援用権者は直接的受益者であると説く大判明治43年1月25日  
は、抵当不動産の第三取得者であるX（原告、被控訴人、被上告人）の抵  
当権者Y（被告、控訴人、上告人）に対する競売異議事件である。原審  
（宮城控判明治42年7月24日）では「前示金八百五十円ノ債権（注・被担保  
債権）ハ今日ニ於テハ既ニ時効ニヨリ消滅シタルモノト認ム」としてXが  
勝訴した。

上告審におけるYの主張は、Xは被担保債権の債務者ではなく、抵当不  
動産の第三取得者にすぎないから当事者ではなく、債務者が援用しなけれ

---

13) 回顧録や回想録の類いを著して、当時の事情を伝える大審院判事は牧野以外に  
は見つけることができなかった。不十分ではあるが、本稿は牧野が大判明治43年  
1月25日を起案したと推測して議論を進めることにする。

ば抵当不動産の第三取得者であるXは援用できないというものである。これに対するXの主張は、当事者は当該法律関係の当事者だけではなくて時効完成により利益を有する利害関係人であるとし、それを裏付けるために旧民法証拠編96条1項<sup>14)</sup>、学説、さらに大判明治38年11月25日民録11輯1581頁を持ち出している。大審院は「其所謂当事者トハ時効ニ因リ直接ニ利益ヲ受クヘキ者即取得時効ニ因リ権利ヲ取得シ又ハ消滅時効ニ因リテ権利ノ制限若クハ義務ヲ免ルル者ヲ指称ス故ニ時効ニ因リ間接ニ利益ヲ受クル者ハ所謂当事者ニ非ス」としてXの主張を斥けた。

Xの主張から窺えることは、抵当不動産の第三取得者は時効援用権者ではないとするYの主張はかなり特異なものではないかということである。ここに問題を解く一つの手掛かりがあるように思われる。便宜上、Xの主張の根拠となっている、大判明治38年11月25日、旧民法証拠編96条1項、判決当時の学説状況の順に検討しよう。

2 大判明治38年11月25日は次のような事案である。X（原告、控訴人、被上诉人）は、振出人であるY（被告、被控訴人、上诉人）に対して、手形債権が3年の時効により消滅したので<sup>15)</sup>、約束手形の対価である金601円を不当に利得しているとして利得償還請求権を行使した。原審はXの主張のとおり手形債権は時効により消滅したとして請求を認容した。上告審でYは債務者である自分が援用しないのに期間満了により手形債権が消滅したとして、Xが直ちに利得償還請求するのは不当の請求であると主張した。大審院は「消滅時効ニ罹リタル権利ハ当事者カ時効ヲ援用スルニ因リテ始メテ消滅スルモノニアラスシテ時効成就ノ時ニ於テ業已ニ消滅スルモノト

14) 民録は96条2項としているが、それは「時効ヲ援用スル当時併セテ正當ノ取得又ハ免責ナキコトヲ追認スル者ハ時効ヲ抛棄シタリト看做ス」と規定している。Xの主張の趣旨に合致するのは96条1項であることから、民録の当該箇所は96条1項の誤植である。

15) 手形法は当時、商法第四編として、商法典に置かれ、商法443条は「引受人又ハ約束手形ノ振出人ニ対スル債権ハ満期日より三年（中略）経過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス」と規定していた。丸山長渡『改正商法要義下巻』（同文館、済美館、明治32年）39頁参照。

ス乃チ民法第四百五十五条ノ規定ハ消滅時効ニ付テ之ヲ云エハ時効ニ因リテ利益ヲ享有スル者カ抗弁方法トシテ之ヲ利用スルニアラサレハ裁判所ハ時効ノ消滅シタル事実ヲ認定スルコトヲ得サルモノト為シタルニ過キス要スルニ裁判所ハ職権ヲ以テ時効ノ法則ヲ適用スルヲ得サル趣旨ヲ明ニシタル規定ニ外ナラス本訴ニ於テハ原判決ニ援用シタル第一審判決ノ事実摘示ニ依レハ原告タル被上告人ハ手形債権時効ニ罹リタルコトヲ自陳シ被告タル上告人亦「原告ハ満期日ニ支払ヲ求ムル為メ呈示ヲ為サシテ時効ニ罹ラシメタルモノ云々」ト主張シ居リ即チ手形債権ノ時効ニ因リテ消滅シタルコトハ当事者相争ワサルコト明ナレハ原院カ被上告人ノ請求ヲ以テ商法第四百四十四条ニ適合シタルモノト為シタルハ誠ニ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」と判決した。Yが手形債権について消滅時効が完成していることを認め、これについて両者に争いが無いことが時効の援用と言えるかは疑問として残る。また手形債権の消滅時効を援用するのは通常はこれにより利益を受ける手形債務者Yであり、手形債権者Xが援用するのは異例であろう。しかし本件ではXが手形債権を行使してもYはその消滅時効を援用するはずだから、Xとしては自ら手形債権の時効を援用して消滅したことにし、利得償還請求権を行使しても、それを不当であるとはいえないであろう<sup>16)</sup>。そうであれば、手形債権の消滅時効の援用権者は手形債務者Yに限る必要はなく、手形債権者Xでもよいことになる。しかし本稿にとって重要なのは、本件は手形債権の債権者債務者が訴訟当事者であったことであり、大審院は時効援用権者を単に「消滅時効ニ付テ之ヲ云エハ時効ニ因リテ利益ヲ享有スル者」としているだけであることである。

3 旧民法証拠編96条1項は「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

16) 石田 穰『民法総則』（信山社、平成26年）1042－1043頁は、手形債権者が利得償還請求権を行使するため、手形債権者に手形債権の消滅時効を援用する認める必要はないとする。しかし、手形債務者が時効の利益を放棄するケースを取り上げ、放棄しないケースは対象とされていない。

ヲ受クル者ヨリ援用スルコトヲ要ス」と規定する。

96条の原案である草案1933条についてのボアソナードの註釈<sup>17)</sup>、96条についての理由書の説明<sup>18)</sup>は、もっぱら本条文の前段「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」に集中し、後段「時効ハ其条件ノ成就シタルカ為メ利益ヲ受クル者」の説明はない<sup>19)</sup>。時効が訴訟上援用されることから時効を援用する者は訴訟当事者であり、しかも援用するか否かは当事者の自由であるので時効完成により利益を受ける者だけが援用することは自明であるから、96条の文言以上の説明は必要ないと考えたのであろう。そうだとすると大判明治43年1月25日において、抵当不動産の第三取得者である訴訟当事者Xが被担保債権の消滅時効を援用できる裏付けとして96条1項を持ち出すことは正当であると考ええる。

4 明治43年頃の学説は時効援用権者をどのようなものであると考えていたのか。幾つかの学説はこのことにあまり関心を払っていない。「之ニ依リテ利益ヲ得ントスル者ノ援用ヲ待ツヘシ」<sup>20)</sup>、「我民法第一百四十五条ニ所謂当事者トハ完成シタル時効ノ利益ヲ有スル訴訟ノ当事者ヲ指シ単ニ時効ニ因リテ権利ヲ取得シ義務ヲ免レタル者ノミヲ意味スルニアラス其承継人、債権者等ヲ包含ス」<sup>21)</sup>、「時効ハ時効ノ成就シタル為メ利益ヲ受クル者ヨリ之ヲ援用スルモノニシテ」<sup>22)</sup>といった簡単な説明にとどまる。

17) ボアソナード民法研究会編・ボアソナード民法典資料集成後期Ⅰ－Ⅱ『ボアソナード氏起稿 再閱修正民法草案註釈 第五編』（雄松堂出版、平成12年）551－556頁。

18) ボアソナード民法研究会編・ボアソナード民法典資料集成後期Ⅴ『民法理由書 第五卷 証拠編』（雄松堂出版、平成13年）311－313頁。

19) ボアソナードは時効を取得または免責の法律上の推定ととらえる見解に立って、96条1項の趣旨を説明していた。このことについては、山本 豊「民法145条（時効の援用の意味及び援用権者の範囲）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅱ』（有斐閣、平成10年）258頁以下参照。

20) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解第壹巻』（日本法律学校、明治29年）817頁。

21) 伊藤憐治『民法総論』（明治38年）409頁。

22) 林金治郎『改正民法正解』（田中宋榮堂、明治41年）84頁。



これらの学説によると、援用権者とは訴訟当事者であって時効の成就（完成）により利益を受ける者である<sup>23)</sup>。しかしその具体例を述べているわけではない。

これに対して、基調は同じであるものの具体例を詳しく挙げつつ説明しているものもある。岡松参太郎は、「[当事者]—本人[時効ニ依リテ權利ヲ得義務ヲ免ル、者] 其代理人及其承継人[一般承継人例之相続人、特定承継人例之時効ノ目的タル權利又ハ物件ノ譲受人、之ニ対シ地役権、地上権、質権、先取特権、抵当権等ヲ有スル者]ヲ包含ス[其他時効ノ完成ニ因リ利益ヲ受ク可キ者ハ皆時効ヲ援用スルコトヲ得則チ（一）連帯債務者（四三九、四五八）保証人（此等ノ者ハ自己ノ權利ニ基ツキ時効ヲ援用スルヲ以テ本人時効ヲ援用セサルモ又ハ之ヲ抛棄スルモ尚ホ援用ノ権アリ）（二）債権者（四二三、各種ノ債権者ハ皆此權利ヲ有ス然レトモ本人ノ權利ヲ代ハリ行フモノナルカ故ニ本人自カラ援用セサルモ尚ホ援用スルヲ妨ケサルモ若シ本人時効ヲ抛棄スルトキハ詐害行為ト為ルニ因リテ四二四ニ依リ抛棄ヲ取消シ得ル場合ノ外ハ最早自ラ時効ヲ援用スルヲ得スボードリ—一五九五乃至一五九七）]。以下省略」と述べている<sup>24)</sup>。

岡松によれば、本人、本人の代理人、本人の一般及び特定承継人、その他時効完成により利益を受くべき者が援用権者である。時効完成により利益を受くべき者として連帯債務者、保証人及び債権者を挙げている。

幾つか注目すべきことがある。連帯債務者に援用権があることについては明文の規定（439条、458条）がある。しかし保証人の援用権については

23) その他、梅謙次郎『民法要義巻ノ一総則編』（和仏法律学校、書肆明法堂、明治29年）、細井重久「改正民法講義」（濱本明昇堂、明治31年）104－105頁、江木衷『現行民法論総則編』（有斐閣書房、明治39年）、垣内謙吉・團堅辰次郎『改正日本民法正解・第8版』（此村欽英堂、明治40年）127－128頁、榊原幾久若『民法総則編講義』（明治法律学校、刊行年不明）は、当事者が援用しないと裁判官は時効完成を基礎に裁判できないことの説明に終始している。この点では前掲注17)で挙げた旧民法証拠編96条1項に関するポアソナードの註釈、前掲注18)で挙げた理由書の説明と同じである。

24) 岡松参太郎『註釈民法理由・上巻』（有斐閣書房、明治29年）371－372頁。



明文の規定はない。それなのに保証人は連帯債務者と同じように（「此等ノ者」とは連帯債務者、保証人）は、本人（主たる債務者）が時効を援用しなくても、また放棄していても、「自己ノ権利ニ基ツキ」時効を援用できるとする。ここで言う「自己ノ権利ニ基ツキ」とは何であろうか。おそらく、保証人は他人である主たる債務の消滅時効を援用することになるが、援用権自体は保証人の権利という趣旨であろう。

大判明治43年1月25日が取り扱う抵当不動産の第三取得者や物上保証人が被担保債権の消滅時効を援用できるか否かについて言及がないことである。岡松はこれらの者には援用権がないと考えていたのかどうか、窺うことができない。

古谷伊平も、「当事者ナル語ハ時効ノ客体ニ付キ法律的関係ヲ有スル者ト解スルヲ以テ正当ナリト信ス」とし、援用権者として、本人又はその代理人、一般承継人（相続人）及び特定承継人（質権先取特権及び抵当権ヲ有スル者）、連帯債務者、連帯保証人、保証人を挙げている。保証人については「理論上保証人カ時効ヲ援用スルコトヲ得ルモノト信ス」<sup>25)</sup> とするが、その理論についての説明はない。債権者については、それを2つに分け、「一ハ時効ノ物件タル目的物ニ付キ法律的権利ヲ有スル者即チ質権者抵当権者及ヒ先取特権者等ノ如シーハ普通ノ債権者」<sup>26)</sup> である。前者は、例えば債権者が債務者から債権担保のために債務者が占有する不動産につき抵当権の設定を受けたが、債務者はその不動産の所有者ではなかった場合、債権者は債務者が占有している不動産の取得時効を援用する場合であろうか。このような債権者は特定承継人である。後者すなわち担保権者ではない債権者について、岡松が債権者代位権により債務者の時効援用権を代位行使することを認めることに反対している<sup>27)</sup>。

そして、古谷は、岡松と同じように、抵当不動産の第三取得者や物上保

---

25) 古谷伊平『改正民法時効法要義』（有斐閣書房、明治29年）34－35頁。

26) 古谷・前掲注25) 35頁。

27) 古谷・前掲注25) 37頁。

証人が被担保債権の消滅時効を援用できるか否かについて言及していないことである。古谷もこれらの者には援用権がないと考えていたのかどうか、はつきりしない。

以上のように、学説においては、抽象的には時効援用権者は時効完成により利益を受ける者であるとしても、抵当不動産の第三取得者及び物上保証人が被担保債権の消滅時効を援用できるか、これもはつきりしない。保証人が主たる債務の消滅時効を援用して保証債務が消滅する場合でも、抵当不動産の第三取得者及び物上保証人が被担保債権の消滅時効を援用して負担を免れる場合でも、それは付従性の原則が適用される結果である。大判明治43年1月25日は抵当不動産の第三取得者が被担保債権の消滅時効を援用したケースであった。付従性の原則が適用される場面を中心に、旧民法から続く学説の検討することにしよう。

### Ⅲ 旧民法における時効援用権者

1 旧民法は証拠編に時効法の諸規定を置いていた。時効の援用に関連する条文はつぎのとおりである。

#### 証拠編93条

- 1 項 時効ハ総テノ人ヨリ之ヲ援用スルコトヲ得
- 2 項 時効ハ総テノ人ニ対シテ進行ス但法律ニ依リ時効停止ノ利益ヲ受クル人ニ対シテハ此限ニ在ラス

#### 証拠編96条

- 1 項 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援用スルコトヲ要ス
- 2 項 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抛棄シタリト看做ス

#### 証拠編97条

- 1 項 時効ヲ援用スルニ利益ヲ有スル当事者ノ総テノ承継人ハ或ハ原告

ト為リ或ハ被告ト為リ其当事者ノ権ニ基キテ時効ヲ援用スルコトヲ  
得

2 項 債権者ハ財産編第三百三十九条ニ從ヒテ右ト同一ノ権利ヲ有ス  
……

財産編第339条

1 項 債権者ハ其債務者ニ属スル権利ヲ申立テ及ヒ其訴権ヲ行フコトヲ  
得

2 項 債権者ハ此事ノ為メ或ハ差押ノ方法ニ依リ或ハ債務者ノ原告又ハ  
被告タル訴ニ参加スルコトニ依リ或ハ民事訴訟法ニ從ヒテ得タル裁  
判上ノ代位ヲ以テ第三者ニ対スル間接ノ訴ニ依ル

3 項 然レトモ債権者ハ債務者ニ属スル純然タル権能又ハ債務者ノ一身  
ニ専属スル権利ヲ行フコトヲ得ス又法律又ハ合意ノ明文ヲ以テ差押  
ヲ禁シタル財産ヲ差押フルコトヲ得ス

ボアソナードの理由書<sup>28, 29)</sup>によると、証拠編96条1項の「其（時効の）  
条件ノ成就シタルカ為メ利益ヲ受クル者」とは訴訟の当事者（被告，原告）  
である<sup>30)</sup>。証拠編97条1項の「時効ヲ援用スルニ利益ヲ有スル当事者ノ総  
テノ承継人」について次のように述べている。「其第一ニ数フ可キハ相続

---

28) ボアソナード民法研究会編・前掲注18) 315－317頁。

29) 旧民法証拠編96条，97条1項に対応する，当時のフランス民法は2223条「裁判官は，時効から生じる攻撃防御方法を職権により補充することはできない」，2225条「債権者又は時効が完成することについて利害関係を有する他のすべての者は，債務者又は所有者が時効を放棄する場合であっても，それを申し立てることができる」である。訳は法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典一物権・債権関係一』（法曹会，昭和57年）による。

なお，2008年の時効法改正前は2つの条文は時効の一般規定であったが，改正により，2つの条文は消滅時効の規定の規定として，2223条は2247条になり，2225条は所有者による時効の放棄が削除され，申し立ての後に「又は援用す」が追加されて，2253条となった。本稿で取り上げる条文は改正前のものである。

30) 原告が時効を援用できる場合としてボアソナードが挙げている事例は，①ある物件について取得時効が完成した占有者が，その後占有を喪失して現在の占有者に対して時効を理由に取り戻しを請求する場合，②抵当権を設定した債務者が，被担保債権の消滅時効が完成して抵当権の登記抹消を請求する場合，である。

人及び其包括承継人ニシテ被告人ノ死後之ヲ代表スル人ナリ此承継人等ハ固ヨリ兩種ノ時効ヲ援用スルヲ得ヘシ第二ニ指ヲ屈ス可キハ被告人ノ特定承継人即チ被告人ヨリ時効ノ目的トナリ居ル物件ノ占有ヲ得又ハ其物件上ニ權利ヲ得タル者は是ナリ之ヲ例セシニ被告人ヨリ其所有權ナクシテ占有シタル物件ヲ買受ケ又ハ其贈与物ヲ受ケ或ハ其物件上ニ抵当ヲ得タルモノ、如シ彼等（？）ハ常ニ取得時効ヲ援用スルニ止マル可シ然リト雖モ尚ホ不利益ナル順位ニ在ル抵当債権者ハ自己ノ債権ニ比シテ優先セラル可キ抵当アル債権ニ対シ免責時効ヲ利唱スルヲ得ヘシ<sup>31)</sup> 第三ニハ普通ノ債権者ヲ指示スルコトヲ得ヘシ即チ財産編第三百三十九条（注・債権者代位権の規定）ニ掲ケタル或ル条件ヲ具フルキハ被告人ノ之ヲ行ハサルトキ進テ其權利ヲ行フヲ得ヘシ是レ本条ノ明文ニ於テ已ニ知ルヲ得ヘキ？トス故ニ此債権者？ハ兩種ノ時効ヲ援用シ得ルヲ自明ナリ」。すなわち、相続人及び包括承継人、特定承継人、普通の債権者である<sup>32)</sup>。しかし、大判明治43年1月25日におけるような抵当不動産の第三取得者、保証人は「其（時効の）条件ノ成就シタルカ為メ利益ヲ受クル者」として数えられていない。

2 旧民法公布後の時効に関する学説は基本的にボアソナードの理由書に従っているが、ボアソナードの理由書にない事例も取り上げている。岸

31) ボアソナードが後順位抵当権者が先順位抵当権者の被担保債権の消滅時効を援用できるとしていることは、後述最判平成11年10月21日民集53巻7号1190頁との関連で注意されるべきである。

32) フランスでは、債務者又は所有者が時効を放棄しても、時効完成に利害を有する者は時効を援用できるか（2225条）を題材に、債務者の債権者が時効を援用できるか、論争が行われていた。債務者が時効を援用も放棄もしていない場合、債務者の債権者は債権者代位権（1166条）を行使して債務者の時効援用権を行使するのか。債務者が時効を放棄している場合、債務者が債権者は時効を援用するには、詐害行為取消権（1167条）を行使して債務者の放棄を取消し、代位債権者として時効を援用しなければならないのか。2225条と1166条、1167条の関係をどう考えるのかについて見解が分かれていた。2225条を1166条、1167条の適用であると考えるのは、F. Laurent; *Principes de droit civil français*, t. 13, 4<sup>e</sup> éd., 1887 n° 209-210.; Théophile Huc, *Commentaire théorique & pratique du code civil*, t. 4, 1902, n° 333-335.

本辰雄は証拠編96条1項については当事者による援用の意義について述べるが、証拠編97条1項は「時効ヲ援用スルコトヲ得ル人」を定めた規定であるとして、承継人である相続人は被相続人の取得時効、免責時効（消滅時効）を援用でき、取得時効が完成した物件の買主、受贈者等は取得時効を援用できるとする。さらに「時効ヲ援用スルニ利益ヲ有スル当事者」の債権者も、当事者（債務者）が時効を放棄していない限り債権者代位権に基づき時効を援用できるとする<sup>33)</sup>。ボアソナードの説明では援用権者として例示されていなかった保証人、共同債務者が援用権者として挙げられている。岸本によれば、保証人、共同債務者は、承継人ではなく、「時効ヲ援用スルニ利益ヲ有スル当事者」であり、「自己ノ為ニ成就セシ時効ヲ援用」する。その理由は「保証人ハ主タル債務者カ免責時効ヲ得タルト同時ニ自カラ自己ノ保証義務ニ付テ免責時効ヲ得共同債務者モ亦タ他ノ共同債務者ト共ニ同時ニ其義務ニ付テ免責時効ヲ得タルニ過キサレハナリ其レ然リ彼等ハ既ニ自己ノ時効ヲ援用スルモノナレハ主タル債務者又ハ他ノ共同債務者カ其時効ヲ抛棄スルモ彼等ハ之ニ関セス依然自己ノ時効ヲ援用スルヲ得」る<sup>34)</sup> ことである。もう一つ注意すべきは、消滅時効の援用権者との関連で、抵当不動産の第三取得者、物上保証人の言及がないことである。

岡松は旧民法の時効法に関しても詳細な説明をしている<sup>35)</sup>。岡松によれば、援用権者は当事者<sup>36)</sup>、当事者の一般承継人（取得時効、消滅時効の援用ができる）、当事者の特定承継人（当事者が所有権がないのに占有した不動産上に抵当権を得た者は取得時効を援用できる。第二順位の抵当債権

33) 岸本辰雄『民法正義証拠編』（新法註釈会、明治23年）449－454頁。

34) 岸本・前掲注33) 454－455頁

35) 管見するところ、岡松には明治29年から同30年にかけて、3冊の旧民法時効法の著作がある。①岡松参太郎『時効法』（東京法学院、明治29年？）、②同『時効法』（東京法学院？、明治29年？）、③同『時効法』（東京専門学校、明治30年？）。①は東京法学院28年度講義録、②は同29年度講義録である。本稿では主として③を用いる。

36) 岡松は「当事者か時効を援用し得るは勿論にして別に説明を要す可きなし」として、特別の説明をしていない。岡松・前掲注35) ③『時効法』70頁。

者は第一順位の抵当債権者の被担保債権の消滅時効を援用できる。), 当事者の普通債権者(財産編339条(債権者代位権)により当事者である債務者の第三債権者に対する時効援用権を行使できる), その他利害関係人(保証人, 連帯債務者)である<sup>37)</sup>。保証人, 連帯債務者は「当事者のために成就したる時効」を「自己の権利として」援用する<sup>38, 39)</sup>。

承継人と債権者が時効を援用するのは, 「当事者の権利を代はりて行ふものなることは素より疑ひなき所にして証拠編第九十七条にも当事者の権に基き云々と規定したり」とする(当事者が占有した不動産上に地役権の設定を受けた者が真の所有者に対して地役権をを主張する場合, 当事者は不動産を取得したと主張する場合)<sup>40)</sup>。

さらに, 当事者の一般承継人, 特定承継人, 債権者, その他利害関係人は, 当事者が時効を援用しない場合に当事者に代わって時効を援用できるのは明らかであるとしても, 当事者が時効を放棄している場合にもなお援用できるか。債務者が第三者である債権者に対して時効を放棄したときは, 債権者は時効を援用できず, 例外的に放棄が詐害行為であることを証明した場合に援用できるとする。債権者以外の利害関係人(当事者の一般承継人, 特定承継人, その他利害関係人(保証人, 連帯債務者))は, 当事者が時効を放棄すれば, 放棄を詐害行為として廃罷(取消し)できないとする<sup>41)</sup>。

37) 岡松・前掲注35) ③『時効法』70-71頁。岡松は「当事者と共に連帯したる債権者」とするが, 前掲注35) ②では「当事者ト共ニ連帯シタル債務者」である。

38) 岡松・前掲注35) ③『時効法』71頁。

39) しかし, 前年に出版された岡松・前掲注35) ②では, 保証人, 連帯債務者は「自己ノ為メニ成就シタル時効ヲ對抗スル者ニアラサルカ故ニ其時効ヲ援用スル当事者ノ權利ヲ代行フモノナリ証拠編第九十七条第一項ニモ「当事者ノ權利ニ基キテ時効ヲ援用スルコトヲ得」トアルハ此意味ナリ」とし, 保証人, 連帯債務者は主たる債務の時効を援用するかのような記述がある。この記述からすれば, 主たる債務の時効が完成し, これを保証人, 連帯債務者が代位行使することになる。岡松・前掲注35) ③がより新しい文献であるので, ③において岡松は改説したのであろうか。

40) 岡松・前掲注35) ③『時効法』72-73頁。

41) 岡松・前掲注35) ③『時効法』73-76頁。

#### Ⅳ 現行民法と大判明治45年1月25日を準備した学説

1 旧民法では時効は証拠法上の推定としていたが、現行民法では権利の得喪原因とすることになり、民法総則に時効法は置かれることになった。このため時効を推定とすることを前提とする旧民法の諸規定は現行民法に置かれないこととなった。証拠編89条、90条であり、援用との関連では証拠編96条2項、161条である。証拠編93条、97条は「言フヲ待タサル所ナルヲ以テ」削除された<sup>42)</sup>。こうして、96条1項を除いてすべて削除されることになったが、さらに96条で明文化されていた「其条件ノ成就シタルカ為メ利益ヲ受クル者」も削除され、145条において援用権者は単に「当事者」とだけ定められた。この結果、条文の表現の抽象性は著しく高まった。しかし内容的には現行法は旧民法を変更するものではないというのが立法者の認識であった<sup>43)</sup>。

2 学説においても、岡松に見られるように<sup>44)</sup>、旧民法の援用権者の説明と現行民法の援用権者の説明は同じである<sup>45)</sup>。これは岡松だけではない。古谷伊平は、債権者による債務者の援用権の代位行使の否定を除いて<sup>46)</sup>、岡松と同じように「余ハ本條（145条）ノ当事者ナル語ハ時効ノ客体ニ付キ法律的关系ヲ有スル者ト解スルヲ以テ正当ナリト信ス左ニ分説スヘ可シ

42) 廣中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、昭和62年）192～194頁。

43) 梅謙次郎は、第10回法典調査会（明治27年5月8日）において、146条（現行145条）は「既成法典証拠編第九十六条ノ第一項ト同じ意味デアリマス、文章ヲ少シ簡單ニシタ文ケノコトデ少シモ変ハラヌ積リデアリマス」と述べている。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書・法典調査会民法議事速記録一』（商事法務研究会、昭和58年）416頁。

44) 岡松は岡松・前掲注35) ③出版の同年（？）に、現行民法の時効法に関する単著『時効法』（東京法学院、明治30年？）を出版している。本書では当事者の代理人は援用権者として挙げられていない。

45) 岡松・前掲注24)『註釈民法理由・上巻』と岡松・前掲注35) ③『時効法』の援用権者の具体例を参照。

46) 古谷・前掲注25) 35～38頁。



(イ) 本人又ハ其代理人 (ロ) 一般ノ承継人即チ相続人及ヒ特定ノ承継人即チ時効ノ客体ヲ譲受ケタル者若クハ質権先取特権抵当権ヲ有スル者 (ハ) 連帯債務者例令ハ甲乙ノ二人連帯シテ丙ヨリ金千円ヲ借り入レタル二甲者ノ為メニ時効完成シタルトキハ乙者ハ甲者ノ負担部分ニ付テハ時効ヲ援用シテ義務ヲ免ル、コトヲ得ルモノトス (第四百三十九条) (ニ) 保証人仮令ハ保証人カ主タル債務者ト連帯シテ債務ヲ負担シタル等ノ場合ヲ云フ (第四百五十八条) 余ハ此ノ他ノ場合ニ於テ理論上保証人カ時効ヲ援用スルコトヲ得ルモノト信ス」とする<sup>47)</sup>。岡松においても古沢においても保証人は援用権者として取り上げられているが、抵当不動産の第三取得者、物上保証人については一言もない。このような事情はその他の学説でも同じである<sup>48)</sup>。

3 岡松も古谷も保証人が時効援用権者であることを認めているが、これに疑問を呈する学説があらわれた。川名兼四郎は、援用権ある当事者とは「時効ノ完成ニ因リテ時効ソノモノ、利益ヲ受クヘキ者」であり、「取得時効ニ付キテハ権利ヲ取得シタル者消滅時効ニ付キテハ権利ノ消滅ニ因リテ権利ノ対抗ヲ免レタル者」を包含すると言う。不可分債務者は民法430条、439条により、連帯債務者は民法439条により、各自独立して時効を援用できる。当事者の一般及び特定の承継人は当事者の時効援用権を承継する者として援用でき、当事者の債権者は債権者代位権により当事者の援用権を行使することができる<sup>49)</sup>。しかし保証人についてはこう述べている。「保証人ヲシテ時効援用ノ主体タラシムルコトヲ必要ト為セトモ吾民法ノ解釈

47) 古谷・前掲注25) 34-35頁。

48) 例えば、富井政章『民法原論第一巻総論』(有斐閣書房、明治39年) 555頁は、援用権者として、「時効ニ因リテ権利ヲ得又ハ義務ヲ免ヘキ者其代理人ハ勿論承継人」、連帯債務者、保証人、当事者の債権者(債権者代位権を行使して)を挙げる。ただし、保証人は主たる債務者の承継人として援用できるという。保証人が主たる債務者の承継人であるというのは理解に苦しむが、富井は保証人は主たる債務を履行する義務を負うから広義の承継人であるとしている(同著464頁)。我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店、昭和40年) 395頁、岸本辰雄『民法講義総則編卷ノ一、二・第四版』(講法会、明治32年) 302-304頁も参照。

49) 川名兼四郎『改訂増補民法総論』(金刺芳流堂、明治39年) 530-532頁。

上保証人カ時効援用ノ主体タルコトヲ得ヘキヤ否ヤハ疑問ナリ保証人ハ主タル債務者ニ対スル時効完成ニ因リテ其債務ヲ免ル、ト雖モ保証人ノ債務カ時効ニ因リテ消滅スルニアラス主タル債務カ消滅スルノ結果トシテ其債務ヲ免ル、ニスキサルカ故ニ時効ノ当事者ナリト云フコトヲ得ス又吾民法上保証人ハ主タル債務者ノ有スル時効援用権ヲ行フコトヲ得ヘキ解釈上ノ根拠ナキカ故ナリ」<sup>50)</sup>。川名によれば、主たる債務が時効により消滅する場合、保証人は消滅時効を援用できないというのである。主たる債務が消滅すれば保証債務は付従性の原則により消滅するので、保証人は主たる債務の消滅時効を援用できるはずである。川名は、保証人を時効援用権者とすべきことは認めながら、解釈論上の根拠がないとして、この結論を否定するのである<sup>51)</sup>。

4 ところで現行民法には保証債務の消滅原因に関する明文の規定がない。旧民法はこれに関する明文の規定を置いていた。その規定は債権担保編44条1項「保証ハ義務消滅ノ通常ノ原因ニ由リ直接ニ消滅ス」、同46条1項「保証ハ主タル義務消滅ノ総テノ原因ニ由リテ間接ニ消滅ス」である。井上操によれば、「凡ソ保証ノ消滅スルニハ二个ノ方法アリ一ハ直接ノ方法即チ主タル債務ノ存滅如何ニ拘ハラズ其保証ノミニ対シテ直接ニ生スル消滅方法はレナリ他ノ一ハ間接ノ消滅方法即チ其保証ハ独立シテ消滅ノ理由ヲ有セサリシモ主タル債務ノ消滅シタル効力ニ由リ間接ニ保証ノ消滅ヲ来ス場合ヲ云フ」<sup>52)</sup>のである。井上によれば、債権担保編46条1項は保証債務が付従性の原則に従い消滅すること規定し、これは「保証債務ノ間接ノ消滅方法」である。

保証債務の消滅方法として直接、間接の2つの方法があることを、旧民

---

50) 川名・前掲注49) 531－532頁。

51) これは、法が形式的合法的に成立した国家制定法につきるとし、法を国家権力の命令であるとする法律実証主義に基づくものであろう。これについては、磯村哲「概念法学」(末川 博編集代表『民事法学辞典・上巻・増補版』(有斐閣、昭和39年)178頁)参照。

52) 井上 操『民法詳解』(岡島宝文館、明治25年)269－270頁。

法の母法フランス民法は規定していない。しかし旧民法立法当時のフランス民法の学説において次のような理解があった。保証債務の消滅に関するフランス民法2034条は単に「保証より生じる義務はその他の義務と同じ原因に消滅する」と規定するだけである。債務の消滅原因は弁済、更改、免除、相殺、混同、物の滅失、無効又は取消し、解除条件の成就、時効である（1234条）。保証債務もこうした原因により消滅する。このことを規定した2034条は保証債務の直接的な（*directement*）消滅方法を定めたものである。これに対して、付従性の原則により主たる債務の消滅は保証債務の消滅をもたらすという消滅方法は間接的方法（*une manière indirecte*）であるという理解である<sup>53)</sup>。

保証債務の消滅方法と川名が主張する保証人の時効援用権を重ね合わせてみると、保証債務が間接的に消滅する場合には保証人の時効援用権は認められないという結論になる。しかし川名自身は保証債務が間接的に消滅する場合には保証人は時効を援用できないという言い方をしているわけではない。

5 大判明治43年1月25日以前に、そこで用いられている「当事者トハ時効ニ因リ直接ニ利益ヲ受クヘキ者」とほぼ同じ表現をしたのは松岡義正<sup>54)</sup>である。

松岡は「時効ノ援用ハ日本民法上別段ノ規定ナシト雖時効ニ因リテ直接ニ利益ヲ受クル者ハ何レモ之ヲ為スコトヲ得ヘシ（仏二二二五）故ニ取得時効ニ因リテ権利ヲ取得シタル者及ヒ消滅時効ニ因リテ義務ヲ免カレタル

53) G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, t. 2, 6<sup>e</sup> éd., 1897, n° 1260-1264, pp. 755-756. 保証の直接的消滅（l'extinction directe du cautionnement）という表現のみをするのは F. Laurent, Principes de droit civil français, t. 28, 4<sup>e</sup> éd., 1887, p. 274.

54) 松岡義正 明治3年10月生 東京市神田区小川町／明治25年7月 東京帝国大学法科大学卒業 司法官試補 八日市場区裁判所詰／同28年9月 判事 東京地方裁判所判事後同部長、東京控訴院判事／同36年12月 東京控訴院部長／同41年9月 大審院判事／同45年2月 東京控訴院部長

経歴からうかがえるように、大判明治43年1月25日を担当した大審院判事ではないが、当時は大審院判事であった。

者ハ勿論其代理人，承継人，共同債務者（連帯債務者不可分債務者等）（民四三九，四三〇）及ヒ保証人ハ時効ヲ援用スルコトヲ得ヘシ然レトモ時効ニ因リテ直接ニ利益ヲ受クル者ノ債権者ハ唯代位訴権（民二三）ニ基キテ時効ヲ援用スルコトヲ得ルノミ蓋スル債権者ハ時効ニ因リ直接ニ利益ヲ受クル者ニ非サレハナリ」<sup>55)</sup>と述べている。

松岡は、川名とは違い、保証人も時効により直接に利益を受ける者であるとし、援用権を認める。直接に利益を受ける者（援用権者）の債権者は債務者の時効援用権を代位行使する方法で援用することになるが、もちろん債権者代位権行使の要件を満たすことが必要である。松岡は、援用権者の債権者を時効により直接に利益を受ける者でないとするが、間接的に利益を受ける者であると明言しているわけでもない。しかし松岡には援用権者の債権者は間接的に利益を受ける者であるという考えがあると思われる。フランスではわが国の現在の通説と異なり、債権者代位権<sup>56)</sup>は債務者の名で債権者が債務者の権利を行使し、代位債権者は債務者の受任者（代理人）であるとする見解がある<sup>57)</sup>。このため債権者代位権は間接訴権または斜めの訴権（*action indirecte ou oblique*）といわれている。わが国でも代位債権者は法定代位人であるとする見解があった<sup>58)</sup>。この見解によれば、例え

55) 松岡義正『民法論総則』（清水書店，明治40年）623－624頁。

56) フランス民法は、1165条において「約定は契約当事者間においてのみその効力を生じる約定は第三者を害することはなく、且つ約定は1121条により定められた場合を除いて第三者に利益を与えることはない」と規定し、1166条において「しかしながら債権者は、債務者の一身に専属するものを除いて、債務者の権利及び訴権を行使することができる」と規定する。

57) G. Baudry-Lacantinerie-L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, des obligations*, t. 1, 1897, n° 637, p. 547.; M. Frédéric Moulon-CH. Demangeat, *Répétitions écrites sur le deuxième de Code Napoléon*, 8<sup>e</sup> éd., t. 2, 1869, n° 1170, p. 615.

受任者説を否定するのは、F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 16, 4<sup>e</sup> éd., 1887, n° 407, p. 466.

58) 大判明治34年2月21日民録7輯2巻101頁。岡松参太郎「間接訴権（承前）」法学新報14巻3号（明治37年）32－33頁，今井俊彦「代位」大日本百科辞書編輯部編纂『法律大辞書・第四冊』（同文館，明治43年）1873頁。

ば、債権者代位権を行使して債権者Aが債務者Bの代理人として第三者Cの債務者Bに対する債権の消滅時効を援用しても、時効援用の効果は債務者（B）に帰属することになる。第三者Cの債務者Bに対する債権が消滅したことによる利益はBが受けることになるが、Aと競合する債権者Cの債権が消滅した結果、Aも利益を受けることになる。このような地位にあるAを「時効ニ因り間接ニ利益ヲ受クル者」と言うこともできる。しかし代位債権者Aは法定代位人であって、援用権者は債務者Bである。

このように考えると、松岡のように「直接ニ」という副詞を付けて、時効援用権者を「時効ニ因り直接ニ利益ヲ受クヘキ者」と呼ぶ必要性があるか疑問である<sup>59)</sup>。従来は、時効援用権者とは単に「之ニ依リテ利益ヲ得ントスル者」,「完成シタル時効ノ利益ヲ有スル訴訟ノ当事者」,「時効ノ成就シタル為メ利益ヲ受クル者」<sup>60)</sup> などと言われていたが、わたくしはそれで十分であったと考える。松岡の「時効ニ因り直接ニ利益ヲ受クヘキ者」は援用権者の範囲について、その後の混乱の種の一粒を蒔くことになった。

6 冒頭で述べたように、わたくしは大判明治43年1月25日の起案者は牧野菊之助であると推測した。牧野は大審院判事として学説、判例を精査して、文字の使い方に注意して起案したのであった。当時としては最新の、川名、松岡<sup>61)</sup> の見解を受けて、おそらく牧野はこう考えたのではないか。

本件（大判明治43年1月25日）は抵当不動産の第三取得者が被担保債権の消滅時効を援用している事案である。少なくとも大審院で審理した事件には今までこのような事案はなかったし、学説でも検討されていない。抵当権には保証債務と同じように付従性がある。川名は主たる債務が時効により消滅しても保証人は時効を援用できないと言っている。これを被担保債権が時効により消滅した場合について適用すると、抵当不動産の第三取

59) 松岡はフランス民法2225条を自説補強のため引用しているが、同条には「直接に」という文言はない。

60) 前掲注20), 21), 22) 参照。

61) 松岡は、牧野が東京地方裁判所休暇部部長に補せられたとき（明治31年夏）、陪席であった。牧野・前掲注12) 10-11頁。

得者は被担保債権の時効を援用することはできないことになる。それでは、このことをどのように表現すべきか。保証債務の消滅について、旧民法は主たる債務の存在又は消滅に関係なく保証債務だけが消滅する場合を直接的消滅、主たる債務が消滅する結果保証債務が消滅する場合を間接的消滅と呼んでいた。本件の場合には抵当権の間接的消滅と言える。そして松岡は時効援用権者とは時効により直接に利益を受ける者であると表現している。抵当不動産の第三取得者は時効により直接に利益を受ける者ではなくて間接に利益を受ける者である。時効により間接に利益を受ける者は時効を援用できない。

## V むすびに代えて

本稿は、大判明治43年1月25日の起案者を牧野菊之助であると推測し、判決当時の学説・判例等を分析して、起案者はどのように考えて、時効援用権者は「時効により直接に利益を受ける者である」という定式に結実したのかを探った。現代の最高裁判所調査官解説のように担当者自らが判決を説明している文書に接することができなかったため、推測に依存せざるを得なかった。しかし起案者ないしは担当裁判官が判決を解説する文書が発見される可能性があるとも思えない。このような事情で、本稿の結論もいわば暫定的なものでしかないが、時効援用権者の理解に若干の寄与ができるのではないかと考える。

さて、私見によれば、起案者は、主たる債務が時効消滅しても保証人の時効援用権を認めないという学説を参考にして、抵当不動産の第三取得者の被担保債権の消滅時効援用を否定するために「時効により直接に利益を受ける者である」という言い回しをしたのであった。被担保債権が時効消滅しても抵当不動産の第三取得者は時効を援用できないという見解は、判決の起案者から見ても、妥当性が疑われるものであったのではないか<sup>62)</sup>。

62) 牧野菊之助は後年の著作『民法要論』（巖松堂書店、大正15年）134頁でこう述べている。「時効の期間満了に因り権利の取得又は消滅を来すも当事者の援用なき

大判明治43年1月25日以後、あまり時間を置かずに、保証人は主たる債務の消滅時効を援用できるとされた（大判大正4年7月13日民録21輯1387頁）。物上保証人（弱い譲渡担保について最判昭和42年10月27日民集21巻8号2110頁、抵当権について最判昭和43年9月26日民集22巻9号2002頁）、抵当不動産の第三取得者（最判昭和48年12月14日民集27巻11号1586頁）は、被担保債権の消滅時効を援用できる。このことは大判明治43年1月25日の基礎にある思考方法の否定である。しかるに、これらの者を「時効により直接に利益を受ける者である」という枠組みに収めることは奇異に思われる。特に、かつては抵当不動産の第三取得者は「時効により直接に利益を受ける者でない」としておきながら、いまは「時効により直接に利益を受ける者である」というのは、「時効により直接に利益を受ける者」がいかに空虚な言辭であるかを示している。わたくしは副詞「直接に」を削除して、原則として援用権者は「時効により利益を受ける者である」とすることで足りると考える<sup>63)</sup>。

また、原則として援用権者は「時効により利益を受ける者である」とし

間は裁判所は時効に依りて裁判を為すことを得ざるものとせり（145）。故に例えば消滅時効に付て之を云えば時効に因りて利益を受くる者が抗弁方法として時効を利用するに非ざれば裁判官は時効に依りて権利の消滅したる事実を認定し得ざるが如し。而して茲に謂ふ援用とは時効の利益を主張するの謂ひにして、裁判所に対して意思表示を為すべきものである。又茲に当事者とは権利を取得し又は義務を免るべき者及び代理人は勿論其承継人を指称し、此等の者は皆時効を援用することを得るものである。」牧野は時効を援用できる者は「直接に利益を受ける者」ではなくて、「消滅時効に付て之を云えば時効に因りて利益を受くる者」、「権利を取得し又は義務を免るべき者及び代理人は勿論其承継人」とであると言うのである。要するにこれは川名や松岡の学説、大判明治43年1月25日の登場以前の見解である。牧野の著作は大判明治43年1月25日の時効援用者の定義を自ら撤回した証左であるといえる。

63) すでに、末広巖太郎「時効を援用しうる「当事者」」（末広著作集Ⅱ『民法雑記帳（上）』（日本評論社、昭和55年）所収）177頁は、「こういう明文（フランス民法2225条）がなくとも、訴訟上時効を援用するにつき正当の理由を有する者は一特に反対の規定または理論的根拠がないかぎり一すべて援用者たるべきが当然であって、通説が「当事者」を直接の当事者に限ると主張しているのこそかえって理由なき独断であると思う。」と述べている。「正当の理由」の限定は、民法（債権関



た上で、事案の具体的な事情により援用権を否定される場合もあると考えることが必要である。一例を挙げる。判例は後順位抵当権者は先順位抵当権者の被担保債権の消滅時効を援用できないとする（最判平成11年10月21日民集53巻7号1190頁）。先順位抵当権の被担保債権の時効消滅により先順位抵当権が消滅し、後順位抵当権の順位が上昇するから、抵当権実行により配当額が増加することが期待できる。すなわち、後順位抵当権者は先順位抵当権の消滅により利益を受けるので、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用できることになる。ところが、最高裁判所は、後順位抵当権者の配当額増加の期待は「抵当権の順位の上昇によってもたらされる反射的な利益にすぎないというべきである。そうすると、後順位抵当権者は、先順位抵当権者の被担保債権の消滅により直接利益を受ける者に該当するものではなく、先順位抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができない」とした。この判決が後順位抵当権者を直接利益を受ける者ではないとした点にはには多くの批判がある。本稿の立場からしてもそう考える。しかし、本件の事実関係にそくしてみれば、本件の後順位抵当権者の時効援用権を否定したのは妥当ではないかと考える。それは後順位抵当権者の時効援用が権利の濫用と考えられる可能性があるからである。先順位抵当権者の主張によれば、先順位抵当権者が被担保債権の時効中断の法的手続を採ることを妨げた暴力団組長は先順位抵当権の被担保債権の債務者の実質的経営者である。そして後順位抵当権者はこの暴力団組長の関係者である。このことは先順位抵当権者の主張にとどまり、控訴裁判所は彼らの相互の法的関係について事実認定を行っていない。控訴裁判所はこの主張に言及することなく後順位抵当権者は「時効によって直接に権利を取得し、義務を免れる者」ではないとした。最高裁判所は控訴審の判断を追認した。本件事実関係が先順位抵当権者の主張のとおりであったとしよう。時効の援用ができる者は「時効により利益を受ける者である」とするならば、本

↘ 係）改正草案145条と同じように、不要であると考えるが、少なくとも「直接に」という限定を排除していることには注目すべきである。

件でも後順位抵当権者は援用できることになる。しかし事案の具体的妥当性を考えると、本件で後順位抵当権者が時効を援用することには躊躇せざるをえない。そうすると事実審は後順位抵当権者と暴力団組長の関係について立ち入る必要がある。先順位抵当権者の主張が認められるとすれば、おそらく後順位抵当権者の時効援用は、不誠実な権利取得、クリーンハンドの原則違反として許されないことになる<sup>64)</sup>。時効援用権者は「時効により直接に利益を受ける者である」との命題はこの一連の判断過程を省略するために用いられた言える。

援用権者とは「時効により利益を受ける者である」あるとしても、ある債権者が他の債権者の債権の消滅時効を援用できるかは残された大きな問題である。フランス民法2225条は「債権者又は時効が完成することについて利害関係を有する他のすべての者は、債務者又は所有者が時効を放棄する場合であっても、それを援用できる」と規定している。旧民法立法当時のフランスの学説は次のような問題をめぐって見解が分かれていた。債務者がある債権者の債権の消滅時効を援用も放棄もしていない場合、他の債権者は債権者代位権（1166条）を行使して債務者の時効援用権を行使するのか。債務者がある債権者の債権の消滅時効を放棄している場合、他の債権者は詐害行為取消権（1167条）を行使しその放棄を取り消し、代位債権者として時効を援用しなければならないのか<sup>65, 66)</sup>。現在、フランスでは、

64) 信義則に関しては、原島重義「信義則論ノート」（『市民法の理論』（創文社、2011年））265頁以下参照。不誠実な権利取得、クリーンハンドの原則違反については276－277頁。

65) 2225条の立法理由は、債権者代位権に言及した直後に「その帰結（la conséquence）は、債権者又は時効が完成することについて利害関係を有する他のすべての者は、債務者又は所有者が時効を放棄する場合であっても、それを援用できることである」という。すなわち債権者代位権の帰結が2225条である。P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 15, 1827, p. 578. これによれば、2225条は債権者代位権の適用にも理解できるし、その趣旨の帰結にも理解できるように思われる。

66) わが国の学説でもかつてはこの問題に触れていた。裁判例が見当たらないので、現在では関心が薄いのかかもしれない。

債権者の時効援用は債権者代位権によるものであり、債務者が時効を放棄している場合にはこれを詐害行為として取り消すことを要するとするのが多数説である<sup>67)</sup>。私見のように原則として援用権者とは「時効により利益を受ける者である」としても、その範囲はどこまでかを確定する上では債権者の時効援用権の源泉をどう考えるかは重要な問題であると思うが、課題として残さざるを得ない。

---

67) 例えば、Ambroise Colin et Henri Capitant, Traite de droit civil, t. 2, par Léon Julliot de La Morandière, 1959, n° 1634, p. 904.