



|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 消滅時効制度の根拠と中断の範囲（2・完）  |
| Author(s)        | 松久, 三四彦; MATSUHISA, Miyohiko  |
| Citation         | 北大法学論集, 31(2), 399-451  |
| Issue Date       | 1980-11-19  |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/16320">https://hdl.handle.net/2115/16320</a> |
| Type             | departmental bulletin paper   |
| File Information | 31(2)_p399-451.pdf  |



消滅時効制度の根拠と中断の範囲 (二)・完

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ポアンナードの時効観
- 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（以上第三一巻第一号）

第二章 消滅時効中断の範囲

第一節 中断の基準

一 問題の所在

二 消滅時効中断の基準

第二節 中断の範囲

一 競合する請求権

二 手形債権と原因債権

三 保証債務と主たる債務

四 詐害行為取消の訴と中断

五 応訴と中断

六 催告を受けた者の債務調査のための猶予懇請

七 消滅時効完成後の債務承認

まとめ（以上本号）

第二章 消滅時効中断の範囲

第一節 中断の基準

一 問題の所在

制度としての消滅時効はその進行を止め得る。中断<sup>(1)</sup>及び停止が

それである。このうち、時効の中断では、当事者の特定の行為が中断事由とされているため、その行為の解釈をめぐって争いの生まれる余地が多い。中断するか否か、従って、中断の基準<sup>(2)</sup>が何であるかは、権利者の請求可能性を左右する重要な問題である。この点につき、学説はもっぱら「裁判上の請求」（民一四九条）の解釈をめぐって争われている。そして時効中断の基準は時効の根

拠と密接な結びつきをもつため、時効観の対立はこの問題に関する学説の対立へとつながることになる。私見では、法定証拠(訴訟法)説を採ることができないので、この説からの中断論には賛成し難いところが多い。また従来の実体法説も多元的時効観に基づくため、この説からの中断論にも醇化を要する点があると考える。判例が漸次、中断の範囲を拡げてきている今日、消滅時効中断の範囲に関する判断基準ないし判断の枠組みを設定する作業は、解釈学に与えられた肝要な課題であるといえよう。本章では、前章の結論を受けて、中断の基準を考察し、もって消滅時効中断の範囲を画すべく、判例の立場とは結論を異にするところとなる若干の、しかし重要な事案について検討するものである。

(1) ハイッ普通法における「*Interruptio*」の語源である「*Unterbrechung*」(中断)という用語に対しては、しばしば異議が唱えられている。例えば、Hölder, Die Normierung der Verjährung in Entwürfe eines bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Arch. bürger. R. Bd. 11 S. 229 ff. 以下に『*Erneuerung*』(再興)は、Hofmann v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II Hälfte 2, 1957, § 91 Anm. 137 (S. 528); Hefelmann, Die gerichtliche Geltendmachung des An-

spruchs als Grund der Verjährungsunterbrechung, Leipziger Juristen Fakultät Heft 50 S. 4; v. Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, zweiter Halbband, 1944, § 81 Anm. 1 (S. 668); v. Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1964, S. 433 以下に『*Abbruch*』(断絶)が好まれている。『*Unterbrechung*』が用語として不適当であることの理由は、消滅時効の進行は停止(*Hemmung*)の場合にも中断されるのであり、『*Unterbrechung*』はそれによって経過した時間の法的意味が失われるという点に、つまり時効期間の計算にあまり算入されなくなるということを明らかに意味するものである。Hefelmann, a. a. O., S. 4° 以下に『*Abbruch*』及び『*Unterbrechung*』と異なり消滅時効が新たに進行を開始するところのことだから、『*Erneuerung*』では新たに進行を開始するところとは強調されるが、それ迄の時の経過が意味を失うという効果自体は表わさないと、結局、従来慣用されてきた『*Unterbrechung*』の放棄を正当なところであるという用語に未だに欠けられている (Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-Verwirkungs- und Fatafristen, Bd. I, 1975, S. 285 Anm. 5. など)。本書に於いては Habscheid (本書第一巻第三編三組(一) 参照) Karl H. Neumann 以下に『*Abbruch*』(Rabels Zeitschrift für

ausländisches und internationales Privatrecht, 44/1, 1980, S. 190 ff.)がある。

(2)「人から人へ、物から物へ、量から量へは中断は為さるるべしとなし(non fit interruptio de persona ad personam nec de re ad rem nec de quantitate ad quantitatem)」という原則(法定中断の相対性)は(Spiro, a. a. O., S. 393 Anm. 1によると、通常、法諺として出典を明らかにすることなく引用されているという)、中断の範囲に関する問題の出発点を与えるにすぎず、これ自体から中断の基準が明らかとなるものではない。なお、原田慶吉『日本民法典の史的素描』(昭和二十九年)七九頁以下参照。

## 二 消滅時効中断の基準

ある具体的事案において、当該債権の消滅時効が中断されるか否かは、中断の基準に照らして判断される。かような中断の基準は、法の中断事由として掲げるものが何ゆえ消滅時効の進行を中断するかを、消滅時効制度の根拠から解き明かすことによつてはじめて正しく抽出さるべきものである。

民法一四七条は、時効の中断事由として、(一)請求、(二)差押え、仮差押え又は仮処分、(三)承認を挙げる。(一)・(二)は債権者の側の権利主張形式、(三)は債務者の側の債務承認形式である。つまり、中断事由は形相を異にする二つの形式から成り、従つて、中断の

基準もこの二つの中断形式に対応して考察されねばならない。

消滅時効制度は、対立する二つの要請、即ち、債務者といえどもいつまでも履行を強制される不安定な状態に置かれるべきではないとの要請と、債務は履行さるべしとの要請の調和を図つた制度であると解する立場からは、後述の如く前者に対応して権利主張形式による中断の基準が、また後者に対応して債務承認形式による中断の基準が導かれることとなる。

### (一) 権利主張形式による中断の基準

ここでは、判例・学説上問題とされている「裁判上の請求」(民一四九条)について考える。

(1) 学説 学説は(i)判決効に結びつけるものと、(ii)そうでないものとに大別される。

(i)時効中断の範囲は判決の既判力の及ぶ範囲に一致すべしという見解は、山田正三博士をはじめとして根強く主張され続けてきた<sup>(1)</sup>。この見解は、中断効が認められるためには当該権利の存在が

公権的に確定されることが必要であるから、中断事由としての「裁判上の請求」とは既判力によつて当該権利の存在が確定される場合であり、この意味で当該権利が「訴訟物」であることが要求され、中断は訴訟係属(権利拘束)の従たる効力であるとし、

時効制度の根拠を法定証拠の確立に求める考えを前提とするものが多い。<sup>(2)</sup> なお近時、石田穰助教によって既判力の及ぶ範囲を超えて中断効を認める場合の基準として、当該の権利関係が争点効をもって確定されたか否かにより判断すべきであるとする見解が有力に唱えられている。<sup>(3)</sup> 即ち、時効中断の範囲を訴訟物→既判力↓時効中断、および、攻撃防御方法↓争点効↓時効中断という明確な基準で決しようとするものである。

(ii) 既判力を基準とすべしとする説に対し、我妻博士は「時効は権利の上に眠れる者の保護を拒絶して社会の永続せる状態を安定せしめんとすることにその第一次的存在理由を有するものである」<sup>(4)</sup>り、中断はこの権利の上に眠れる状態を破る事実の発生である」<sup>(4)</sup>から、「権利者側よりする時効中断の本質は飽くまで権利者が権利の存在を意識してもっとも広い意味でこれを主張することに在る」として、「権利の存在が既判力によって確保せられることに中断事由の本質を求むべきものではない」と主張される。そして、権利行使の明確性の要請から、時効中断のためには一定の(訴訟上の)形式が必要であるとされる。<sup>(5)</sup> 両者の対立は権利確定説(訴訟物説)と権利行使説(権利実行説、権利主張説)の名で呼ばれる。

(2) 判例 判例の推移とその分析については、すでに多数の論稿があるので、ここでは代表的な判例のみをとりあげ、その足跡をたどることとする。

判例は当初、所有権に基づく明渡請求の催告をした後、その相手方から所有権確認訴訟を提起され、当該訴訟の口頭弁論期日において所有者たることを理由に相手方の主張を争ったことが、「裁判上の請求」として相手方の取得時効の中断事由となるかという点につき、「民法第四百九条ニ所謂裁判上ノ請求ハ訴ノ提起ヲ謂フモノニシテ、原告ノ主張ニ対スル單純ノ抗弁ノ如キハ之ニ包含セサルヲ以テ、原審カ之ヲ以テ時効中断ノ事由タル裁判上ノ請求ト為シタルハ失当ナルモ……」と厳格に解した(①大判大正九年九月二九日民録二六輯一四三一頁)。従って、債務者の提起する債務不存在確認の訴において、債権者がこれに应诉して勝訴してもこの債権者のために消滅時効は中断せずとの見解に立ち(②大判大正十一年四月一四日民集一卷五号一八七頁)、以後十数年にわたってこの立場を踏襲し続けた。しかし、この大正十一年判決は前記山田・我妻両博士をはじめとする二方面からの批判<sup>(6)</sup>を浴び、その影響を受けてか、昭和十四年にいたって判例を変更した。即ち、債務不存在確認訴訟に应诉して被告(債権者)勝訴の判決

があった場合につき中断効を認めるにいたった(③大(連)判昭和  
一四年三月二二日民集一八巻四号二三八頁)。ついで、大審院は  
請求異議訴訟においてもこの理を認めた。即ち、債務名義の内容  
たる債権は弁済によって消滅したとして提起した、請求に関する  
異議の訴において、被告が債権存在を主張して勝訴した場合に、  
当該債権について中断効を認めただのである(④大判昭和一七年一  
月二八日民集二二巻二号三七頁)。

ここまで(③・④判決)は、裁判上の請求<sub>II</sub>訴の提起という限  
定を修正したとはいえ、訴訟物をなす権利関係につき裁判所によ  
る確定がありそれ故中断効が認められるという意味で、権利確定  
説の側からも容認しうる判断であったといえよう。しかし、最高  
裁になってから判例はまことに柔軟な展開を示した。まず、所有  
権に基づく株券引渡請求訴訟において、被告が原告を債務者とす  
る留置権の抗弁を提出した場合、留置権の主張は被担保債権につ  
いての権利主張を含み、裁判上の催告に準じて、当該訴訟終結後  
六カ月内に他の強力な中断事由に訴えれば時効中断の効力は維持  
される、と判示した(⑤最(大)判昭和三八年一〇月三〇日民集一  
七巻九号一二五二頁)。ついで、同じく大法廷は、所有権移転登  
記請求訴訟で、原告に所有権に基づく所有権移転登記請求権のな

いことを確定するにつき、被告に所有権のあることを肯定した場  
合には、裁判上の請求に準じ取得時効は中断されるとし(⑥最  
(大)判昭和四三年一月一三日民集二二巻二二五二〇頁)、  
この理を消滅時効についても認めた。即ち、債務者兼抵当権設定  
者が債務の不存在を理由として提起した抵当権設定登記抹消登記  
請求訴訟において、債権者兼抵当権者が請求棄却の判決を求め被  
担保債権の存在を主張したときは、裁判上の請求に準じ中断効を  
生ずるという(⑦最判昭和四四年一月二七日民集二三巻一一号  
二二五一頁)。

以上をみるに次のことが言えよう。⑥・⑦判決は、共に登記手  
続請求権に関する訴えであるが、従来の判例理論に従えば、登記  
請求権に関する判決の既判力は、当該請求権を基礎づけるところ  
の債権自体の存否には及ばない。従って最高裁の見解は、必ずし  
も中断効を生ずる範囲は、既判力とは直接結びつくものではない  
と考えていることを窺わせるに十分である。これを要するに、判  
例は漸次中断の範囲を拡げつつあるといえることができよう。

(3) 従来の学説の検討 権利確定説に反対。権利行使説の理由  
づけも若干の修正を必要としよう。以下に、まず権利確定説に反  
対する理由を主として石田説の検討を通して述べることにする。

①石田説は「時効の存在理由は多様であり、これを統一的に説明することは困難だが、少なくともその一つとして、真の権利者を保護するという側面があるであろう」との立場から、争点効をもって権利が確定された場合には、「相手の義務の存在が確定されたことになるから、相手の義務の不<sup>(11)</sup>存在の可能性を前提とする消滅時効の進行は中断する」(傍点筆者)と述べる。しかし、時効制度の複数の存在理由のうちのある一つに対応してある一つの中断基準を提示するのであれば、他の存在理由に対応すべき中断基準は未だ不明ということであり、既判力と並べて争点効を基準とすべしといっても、あるべき中断基準の外延が明らかにされたことにはならない。もっとも、存在理由のなかには、中断制度を要求するものとし<sup>(12)</sup>ないものがあるのであれば、その説明を要しよう。また、先に述べた如く、消滅時効の進行は相手の義務の不<sup>(13)</sup>存在の可能性を前提とするのではなく、権利の存在を前提とするものといわねばならない。

②既判力なる概念は法文上(民訴一九九条)与えられたものであるのに対し、争点効の概念は新堂教授によって提唱されるや、学説・判例上、その賛否は分かれ、<sup>(14)</sup>現在、民事訴訟法学上の重要な争点のひとつになっていることは周知のとおりである。かよう

な状況における訴訟法上の概念を、実体法の制度である時効中断の基準として導入することは疑問である。主としてその要件の不<sup>(15)</sup>明確さに批判が寄せられている争点効理論が、民事訴訟法上否定されることはないとしても「争点効が信義則の適用にほかならないならば〔……〕信義則の性質上、要件の定式化はあきらめるべき」であり、争点効は「つねに個別的に、しかも後訴から前訴に<sup>(16)</sup>対しいわば回顧的のみ判断される」ものであるならば、争点効に付与した時効中断の基準性は疑わしいものになるといわざるを得ない。

③時効中断の問題は、請求権に対するある行為(権利主張または承認)によりその請求権の消滅時効は中断するか(便宜上、本来的中断と呼ぶ)という問題と、ある請求権に対する中断行為ないしその請求権の中断を前提としたうえで、その請求権と密接な<sup>(17)</sup>関連をもつ他の請求権の消滅時効も中断するか(附随的中断)という問題を含むものである。しかるに判決効に結びつけられた中断の基準は本来的中断の基準としては意味をなさない。例えば、時効完成前に訴を提起するも訴訟進行中に時効期間が満了し、債務者側(被告)から消滅時効の援用があった場合に、<sup>(18)</sup>それにも拘らず時効中断を前提として審理を継続していくためには、裁判官に

とっては消滅時効の援用がなされた時点ではずで、時効中断の基準が与えられていなければならないからである。権利確定説は判決により権利の存在が確定することを中断の理由とするが、裁判官にとって権利存否の判断は弁論主義によって蒐集された訴訟資料によらねばならない。そしてそこに蒐集された資料から裁判官が債権存在の心証を形成し、しかるのち債権者勝訴の判決を下さんとするも、<sup>(18)</sup>かかる審理の中途において時効期間のすでに経過している場合があり、時効中断とはまさにかような場面における時効援用を封じ、なお引き続き審理の継続を許すところにこそ主要な意義があるというべきである。従って、時効中断を前提として債権者勝訴判決を下さねばならぬ裁判官に対し、中断の基準は判決効によるべしというは、何ら意味をなさないものといわなければならない。要するに、「裁判上の請求」による中断の実際上の機能は、訴訟係属中（正確には、訴の提起時から）の時効進行を停止させ（正確には時効満了の停止）、当該権利を確定判決へ導くものである。これを民法一四九条―一五五条の権利主張形式による中断全般についていうならば、権利主張形式による中断の実際上の機能は、確定判決にいたる迄の時効進行の停止（満了の停止）であるといえよう。以上が権利確定説に賛成し得ない理由で

ある。

次に権利行使説の論拠をみるに、「中断は権利の上に眠れる状態を破る事実の発生である」と説くのでは、時効の根拠としては二次的なものと考えられていた「権利の上に眠る者は保護しない」との根拠が、「にわかにな役の座に躍り出た」<sup>(19)</sup>ことになるとの批判を免れない。この指摘は石田説に対する批判②に通ずるものがある。即ち、時効の根拠を多元的にとらえるのであれば、それぞれの根拠に対応した中断の根拠を説くか、あるいは根拠のなかには中断制度を要求するものとしなないものがあるというのであれば、その説明を要しよう。かように権利行使説は多元的時効観に立つところに難点を有するが、当の権利主張行為そのものに中断の基準を求める視点は後述するように妥当なものと思われる。しかし、ここでも権利確定説が時効中断の範囲を訴訟物→既判力↓時効中断、および、攻撃防御方法↓争点効↓時効中断という明確な基準で説くのに比べると、権利行使説の判断基準としての不明確さが指摘されよう。以下に私見を述べる。

(4) 私見 消滅時効制度は対立する二つの要請、即ち、①債権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（以下では便宜上、第一の要請と呼ぶ）と、②

債務は履行されるべしとの要請(第二の要請)の調和を図った制度と解する立場からは、第一の要請から権利主張形式による中断の基準が、第二の要請から債務承認形式による中断の基準が導かれるものと考えられる。従って、ここでは第一の要請との関係から「裁判上の請求」による中断の基準を考えていくこととする。

ここに第一の要請は債務者の保護を意味する。しかし債務者保護といっても、本来、債務者は債務を履行すべきであるから(第二の要請との対立)、債務者保護の要請は債権者の権利行使を一定の期間(時効期間)に限定するという形、即ち、訴求可能期間の限定という形をとる(正確には、援用権を発生させるということ、そしてこれが一つの調和点である)。これは権利者といえども時効期間内に権利を行使せよという意味をもつ。従って、権利者が債務者に対して時効期間内に権利を行使すると、第一の要請は満たされる。そうするとこの第一の要請を満たすことによつて、いかなる法律上の利益が付与されるべきか。

まず、右権利行使により債務の履行を得て権利が消滅した場合にはもはや問題を残さない。が、右権利行使にも拘らず、債務者の無資力等により権利が満足を得ていない場合に、時効期間満了を理由として時効の援用権行使を許すことの不当さはいうまでも

ない。従って、第一の要請を満たした効果は、債権者の訴求可能期間を延長するというものでなければならぬ。即ち、第一の要請を満たした債権者に訴求可能期間の延長(わが法上の実質的機能は満了の停止であること後述)という法的利益を付与するため、法はこれを「中断」という名のもとに消滅時効制度の中に組み入れたのである。権利行使により時効が中断する理由は、かような構造の中で理解されるべきである。しかし、このことから権利行使によつて時効が中断することの意味は理解されても、いかなる権利行使が中断事由となるかは論理的に出てくるものではない。即ち、いかなる権利行使を中断事由とするかはある程度政策的な問題であるということ、第一の要請と第二の要請の調和点は予め定まっているものではないということ、をふまえたうえで法定中断事由を解釈していかなければならない。このことは、例えばフランス・ドイツ・スイスのいずれの民法も認めるところではないが、わが民法が条件付ではあれ催告を中断事由としていること(民一五三条)、さらにイタリアでは書面による催告が十分な中断事由とされている(イ民二九四三条四項、一二一九条)ことから理解されよう。

では、まず「裁判上の請求」の形式的意味から考えよう。この

「裁判上の請求」なる語は旧民法証拠編一〇九条が時効中断事由として定めるところである。ポアソナード草案における une demande en justice<sup>(20)</sup>を受けたものであろう。そこで中村宗雄博士は、請求を裁判上の請求と裁判外の請求に分けることは当時の訴権学説の主流であった私法的訴権説の流れを汲むものであり、この説では「訴」としては「給付の訴」が唯一もしくは主要なものであったので、「裁判上の請求」とは「給付の訴」を意味するが、同時に、「給付の訴」が当時唯一もしくは主要な訴の方法であったことを考えあわせると「裁判上の請求」の現代的意味は「訴の提起」と同義異語であるとの趣旨を説かれる<sup>(21)</sup>。学説上も「訴の提起」が「裁判上の請求」に該たると解する点については異論がない。問題は「訴の提起」そのものではなくとも、いかなる程度の権利主張を「訴の提起」に準じて「裁判上の請求」に該たるとするかである。従って、学説は、例えば「応訴」を「裁判上の請求」に含ませるため、「裁判上の請求」<sup>(22)</sup>に「裁判上で権利の存在を主張すること」というように「裁判上の請求」をやや広義の概念で置きかえたり、「裁判上の請求」に準ずるとして中断を認めるのである<sup>(23)</sup>。その当否、あるいは妥当なる中断基準の探究は、「裁判上の請求」の実質的意味を明らかにすることによって

のみなされよう。

そこで次に「裁判上の請求」の実質的意味を知るために、債権が終局的満足に至る通常の過程と権利主張形式による中断事由につきあわせて考えてみよう。債権の終局的満足は、一方、任意の履行がなされぬ限り債権者の債務者に対する履行の催告（第一段階）のち、司法機関の介入を得て履行を催告し（第二段階）、給付の訴を提起し（第三段階）、勝訴確定判決を債務名義とする強制執行（第四段階）により終了する。他方、権利主張形式による中断事由のうち、第一段階の「催告」、第二段階の「和解の呼出・出頭」は訴の提起を条件とする（民一五三条、一五一条。なお、「催告」は民一五〇条—一五二条、一五四条、一五五条の中断事由にも接続しうるが、結局、確定判決へ同一の効力）を有するに至らねばならない。同じく、第二段階の「支払命令」も債務者が適法な異議の申立をすれば支払命令の申立の時に於いて適当な管轄裁判所に訴を提起したものとみなされ（民訴四四二条）、債務者が適法な異議の申立をしないときは、債権者は仮執行の申立をしなければならず（民一五〇条）、仮執行宣言附支払命令が確定するとこの支払命令は確定判決と同一の効力を有する（民訴四四三条）。また「仮差押・仮処分」も同様であり（民一

五四条、民訴七四四条―七四七条、七五六条)、「破産手続参加」も債権表への記載により(破二四一条一項)、確定判決と同一の効力を有するに至る(破二四二条)ことを条件とする(民一五二条)。この双方をつきあわせてみると、権利主張形式による中断事由の、右債権の終局的満足に至る一連の手続への対応は、単純なる債権を債務名義つきの債権へ導くためのものであるといえよう。つまり、消滅時効制度に内在する法の第一の要請は、権利行使を訴求可能期間によって制限するも、権利者がひとたび公権力(司法機関)の介入を得て権利の終局的実現に向けて権利行使に着手した以上、一連の権利実現の手続の途中で時効期間が満了し時効援用権が行使されることを防ぐために中断の制度を設けているとみなければならぬ。先に述べた如く、消滅時効制度の構造からすれば、時効中断の効果は、本来、訴求可能期間の延長にある。それは、訴の提起を条件とせずに催告(要式、例えば書面による、を要するか否かはどうであれ)を中断事由とする場合に端的にあてはまらう。しかし、わが民法は債務名義取得に至る一連の手続に接続することを条件として催告を中断事由としたため、債権が債務名義を得る迄の中断の実質的機能は、訴求可能期間の延長には違いないが、より正確には、時効の満了停止となつてい

る。そして、債務名義を得た後の中断の効果は、これを強制執行可能期間の延長といつてよからう。

このようにみてくると、わが民法の中断事由たる「裁判上の請求」の意味もおのずと明らかになる。即ち、「裁判上の請求」もまた当該債権が債務名義に結びつくものでなければならぬ。従つて、「裁判上の請求」は原則として「給付の訴の提起」であると解する。確認の訴の提起が「裁判上の請求」に該たるのは、例えば、質入れされている債権の権利者(質権設定者)が、その債務者に対して給付訴訟を提起しえない場合(大判昭和五年六月二七日民集九卷六号六一九頁)などに例外的に認められるにすぎない。<sup>(24)</sup> そうすると、権利確定説、わけても既判力説が「裁判上の請求」は「訴の提起」であり中断の有無は「訴の提起」の有無であるというにすぎないのであればそれは正当である。しかし、権利確定説は時効中断の構造を回路的に眺めるところに誤りがある。従つて、例えば時効の中断は訴訟係属の従たる効力であるという誤解が生ずる。中断の時点が訴訟係属の発生時点ではなく、訴え提起の時点である(民訴二三五条)とされるのは、権利者が時効完成前に自己の権利の終局的実現へ向けて権利行使に着手した以上、その時点で時効の進行を止めなければ、権利の保全され

ない場合が考えられるからである。要するに、時効中断による裁判上の審理継続の結果、原告（債権者）が勝訴し当該権利につき判決効を生ずるとしても、判決効を生じたという結果それ自体が時効中断の基準となるものではない。時効中断の基準は当該権利につき判決効の生ずる以前に必要とされるのである。

以上をふまえて、最後にここでの主要問題を考えよう。「裁判上の請求」に準じて中断を認めるべき場合があるとすれば、それはどのような場合であり、いかなる基準で判断すべきか、である。

まず利益状況から眺めると、一方、「裁判上の請求」に準じて中断を認めなければ、時効期間満了前に裁判上で権利主張をしたにも拘らず、債権者の請求可能性がなくなるが（正確には、債務者に援用権が生ずることであるが）、それは債権者に酷ではないか、他方、中断を認めると新たな時効期間は、一般の債権であれば民法一七四条ノ二の適（準）用がなくとも一〇年、短期時効に服する債権でも同条の適（準）用があるとすると同じく一〇年という長期になるが、これは「訴の提起」をしていない債権者に過ぎた利益を与えるものではないか、が問題となる。これを利益衡量するに、そもそも消滅時効制度は対立する法の要請の

調和を図った制度であるから、いずれか一方の利益を選択するのではなく、双方の調和こそ望ましいと思われるが、そしてそれが妥当な価値判断であるならば、さらにその調和点が問題となる。

思うに、わが民法が中断事由とする「裁判上の請求」とは、当該権利が債務名義につながる一連の手續に接続する形で主張されることを要求するものである。従って、債務名義はつかずに時効期間の延長だけできたところの「裁判上の請求」に準じた中断を認めることはできない。もしかような中断を認めると、右に述べたように訴を提起していない債権者に過分の利益を授けることとなる。少なくともわが時効法は権利の速かなる行使・消滅を旨指しており、請求可能期間は長期のもので一般債権の一〇年である（民一六七条一項）。以後は強制執行可能期間ともいうべきもので、通常は回収可能な債権であれば強制執行により短期日のうちに消滅していくであらう。<sup>(28)</sup>しかるに、「裁判上の請求」に準じた中断を許し、債務名義なき債権を長期に亘り認めるならばそれは異例の取り扱いといわねばならない。しかし、問題は消滅時効制度に内在する法の第一の要請に十分かなった権利主張ではないが、少くとも時効完成前に権利主張を、それも裁判上で行っているのであり、法の第一の要請にある程度応えているということ

である。つまり「裁判上の請求」に準じた中断を認めることは、債権者に過分の利益を与えるものではあるが、逆に、全く中断の効力を認めないことは、債権者に不測の損害を与えるものといわなければならない。従って、債権者の訴求可能性を奪うべきではないが長期の時効期間を認める必要もなく、結局、短期の訴求可能期間を付与することが消滅時効制度に内在する第二の要請とも調和するといえよう。私見では、かような効力を持った中断を民法一五三条の「催告」に求めるべきであると考ええる。かつて我妻博士は、「裁判上の主張は裁判外の主張(催告)より遙かに明確な権利の主張である。然し裁判所による権利の確認又は実行に至らざる点において「民法一四七条の請求」と同視しえない。そこでその中間を採って、右の如き裁判上の主張は強き催告として、催告後に他の完全な中断手続に移るべき期間たる六カ月の計算に当っては、その手続中その計算を停止するとすことをえないであろうか。裁判外の催告はもちろんこれを繰り返すことによつて六カ月を更新しえない。然し右の裁判上の主張は裁判手続継続中は催告そのものも不断に継続すると見ることがえなからうか」と主張された。<sup>(27)</sup> この、いわゆる「裁判上の催告」の考えは、「時効中断事由たりうる権利の行使は瞬間的である必要はなく、一定

期間継続し、そしてその一定期間が一体として把握されるような権利の行使の態様も可能であると思うのである」<sup>(28)</sup>と学説の賛成を得、最高裁もこの理を認めるに至つた。<sup>(29)</sup> 学説・判例におけるかような位置づけと、対立する法の要請の調和を図つた消滅時効制度の妥当な解釈にとつて、「裁判上の催告」の提言はまことに画期的なものであつたことを考えると、今日、「裁判上の催告」は解釈上の根拠なしといふことはもはや許されぬものと思われ。のみならず、右に述べてきたわが消滅時効法における中断制度の構造からすれば、積極的に民法一五三条の催告に「裁判上の催告」を含ませた解釈をすることこそ妥当かつ論理的な結論を約束するのではなからうか。そうすると、「更により強力な中断事由たるべき手段をその間にとらねばならぬところの六カ月の起算点は……その終局判決確定の時」<sup>(30)</sup>と解することとなる。

要するに、「裁判上の請求」(民一四九条)は原則として「給付の訴の提起」である。従つて、いわゆる「裁判上の請求に準ずる」とされてきた事案は、「裁判上の催告」ないし他の法理によつて解決されるべきものであつたと考える。「裁判上の催告」を提唱された我妻博士にあつても、多元的時効観に基づくためか、事案によつて「裁判上の催告」と「裁判上の請求に準ずる場合」

とに分かれた<sup>(31)</sup>。その判断基準のあいまいさが権利確定説を克服できなかった原因ではなかつたらうか。

以上から結論する。権利主張形式による消滅時効中断の基準は、原則として債務名義取得に至る一連の系統に接続する権利主張の有無であり、債務名義取得後は、強制執行行為の有無である。そして「裁判上の請求」による本来的中断の基準は「給付の訴の提起」であり、確認の訴が認められるのは、例外的に確認の利益が認められる場合にすぎない。附随的中断の基準、および、本来的中断が「(給付の)訴の提起」以外で生じる場合の基準は「裁判上の催告」の有無である。

## (二) 債務承認形式による中断の基準

「承認」(民一四七条三号)とは、時効の利益を受ける当事者が時効によって権利を失う者に対して、その権利の存在を知っている旨を表示すること(觀念の通知)であると一般に説かれる<sup>(32)</sup>。そして「承認」が中断事由とされる理由としては、①このような表示がある場合には、権利者のほうでただちに積極的な権利行使(民一四七条一号、二号に掲げるような)をしなくても、権利行使を怠るものとはいえない(実体法説的見方)、②このような表示したが当の権利の存在を推認させる強力な証拠となる

(訴訟法説的見方)、の二つが挙げられ、時効制度の根拠をどのように考えるかの違いに依じて、この二つのうちのどちらかのみにより、もしくはどちらかに重点をおいて説明し、あるいは双方を並べて多元的に説明することとなる<sup>(34)</sup>。

わが民法は、ドイツ民法<sup>(35)</sup>、スイス債務法<sup>(36)</sup>のような「承認」の例示を欠くので解釈の余地が大きいが、「承認」による中断の基準は、消滅時効制度に内在する第二の要請から理解すべきである。

まず学説の挙げる理由②であるが、承認は「その権利のもつとも疑のない証拠として価値—あるいは、時効という法定証拠を破る価値—を有すると見られる<sup>(37)</sup>」と説かれるように、訴訟法(法定証拠)説に結びつくものである。従って、単純な「承認」がなぜ時効という強力な法定証拠よりも強い証拠たりえるのかというように、訴訟法説じたにおける整合性を疑問とすることはさておいても、時効観として権利の永遠性に基づく訴訟法説は採れないので理由②には賛成しえない。そこで理由①を考えるに、これは債権者側の信頼を保護すべしというものである。「承認」が中断事由とされる理由としては正しいと思うが、「承認」に該たるか否か、即ち、何が保護に値する信頼であるかの基準としては、より具体的な表現が望まれる。「承認」は債務存在の認識(悪意)の

表示でよく、従って觀念の通知であるとすると、たとえこの通知は債権者側になされ且つ到達を要するという要件からしほりをかけるにしても、「承認」の範囲は広がりすぎはしないだろうか。

もしも、「承認」を契機として債権者が実際に信頼を寄せたか否かを問うことなく、そもそも債務の存在を知らながら履行を拒絶せんとする債務者に法は左袒すべきではないとの価値判断が潜んでいるとすると、かかる価値判断は消滅時効制度の中で首肯されるべきものであろうか。

思うに、消滅時効制度に内在する法の第二の要請は、債務者に対して債務は履行せよと要請するものである。そこで右要請の強度に応じてランクづけをすると、(a)必ず履行せよ、(b)悪意者は履行せよ、(c)信頼を与えたら履行せよ、に分けられよう。まず(a)では消滅時効制度そのものが否定されてしまう。次に(b)は、形式的にみると寺院法の如く消滅時効は悪意者に対しては進行せずということになり、わが民法のみならず現代時効法の採用せざるところである。しかし、理由②は右(b)に近づくことにはならないであろうか。そうすると「承認」は履行の催告に誘発されるのが通常であるから、実際には単純な催告に中断の効力を認めることにな<sup>(40)</sup>。結局、法の第二の要請は(c)のレベルで満たされるべきことと

なる。では、ここに法的保護に値する信頼を生ぜしめたか否かの判断基準は何か。それは「承認」による中断の有無が争われる場面を考えることによつて明らかとなる。即ち、時効期間内に「承認」(と目される行為)があり、時効期間経過後に権利行使するも、債務者が時効を援用することによって債権者が権利を強制的に実現する法律上の手段を奪われることが不当であると評価される場合には、右「承認と目される行為」は中断事由としての「承認」に該たるのである。「要するに、「承認」が中断事由とされるのは、債権者の信頼を保護するためであるが、その信頼が保護されるのは、債務者によつて惹起された信頼のために債権者が権利主張形式による中断行為を控えている間に、時効を進行、完成させ債務者に時効の援用を許すことは不当だからである。従つて、承認は、その承認行為がなされた時点で「承認」と評価されるものではない。承認あるも債権者が時効期間内に訴を提起した場合に、「訴の提起」による中断以前に「承認」による中断ありという必要は全くないからである。そうすると、かような「信頼」を惹起せしめる「承認」は、觀念の通知に限るものではなく、むしろ弁済約束の如き意思表示の場合には容易に「承認」と評価しうるのであって、従来の学説は準法律行為たる觀念の通知も「承認」

となりうるといつていたにすぎないと解すべきであらうか。要するに、「承認」による時効中断制度は信義則による援用権制限の法的定型とみるべきである。

以上から結論する。「承認」は、権利主張形式による中断を必要と思わせる信頼を惹起せしめる行為である。従って、それは法律行為たる意思表示である場合もあれば準法律行為たる觀念の通知である場合もある。さらに事実的行為たる一部弁済が「承認」にあたる場合も考えられる。

以下では、右で得られた権利主張形式、および、債務承認形式による中断の基準から、判例に現われた重要な問題を検討しよう。<sup>(4)</sup>

- (1) 山田正三『判例批評民事訴訟法第一巻』(大正一二年) 三八頁以下。
- (2) 川島武宜『民法総則』(昭和四〇年) 四七二頁以下、川島武宜・岡本坦・注釈民法(5)六五頁以下。
- (3) 石田穠「裁判上の請求と時効中断」法学協会雑誌九〇巻一〇号(昭和四八年一〇月)四九頁以下。なお、時効中断の基準として争点効を据える視点のありうることは、既に水本浩「大法院判決巡歴・時効の中断」法学セミナー二〇九号(昭和四八年四月)四八頁「最近の争点効理論……の出現を考え

るとき、その適用とはいわぬまでも、その趣旨を汲み取って訴訟物Ⅱ既判力Ⅱ時効中断事由の図式を多少緩和するのも許されるとも考えられる」にみられる。

- (4) 我妻榮『民法判例評釈Ⅰ』一三五頁(判民大正五一六二)
- (5) 我妻榮「確認訴訟と時効中断」法学協会雑誌五〇巻六、七号・民法研究Ⅱ所収二六三頁。
- (6) 同前・二六四頁。
- (7) 遠藤浩「裁判上の請求と時効中断」於保還曆記念・民法学の基礎的課題(上)(昭和四六年)七五頁以下、岡本坦「裁判上の請求による時効中断の客観的範囲」川島還曆記念・民法学の現代的課題(昭和四七年)、水本・前掲四一頁以下等。
- (8) 山田・前掲書三三八頁以下、我妻榮・判例民法大正一一年度三〇事件評釈、鳩山秀夫『日本民法総論下巻』(大正一三年)五九六頁注(二)。
- (9) 「裁判上の催告」は我妻博士のつとに主張されたところである(我妻榮「確認訴訟と時効中断」民法研究Ⅱ所収二六五頁以下、同「新訂民法総則」(昭和四〇年)四六六頁以下参照)。
- (10) 最判昭和三〇年一月一日民集九卷一〇号一九〇三頁、最判昭和三十一年四月三日民集一〇巻四号二九七頁。
- (11) 石田・前掲論文六三頁。
- (12) 本稿第一章第三節三(2)(イ)参照。
- (13) 新堂幸司「条件付給付判決とその効果」民事訴訟雑誌一〇

号一頁以下、同「既判力と訴訟物」法学協会雑誌八〇卷三号二九五頁以下。

(14) 争点をめぐる学説・判例については、奈良次郎「争点効」演習民事訴訟法(上)四八六頁以下、中野貞一郎「いわゆる争点効を認めることの可否」法学教室(第二期)四号六一頁以下参照。

(15) 倉田卓次「いわゆる争点効の理論について」京都地裁昭和四〇年七月三十一日判決を廻って「民事法の諸問題Ⅲ(昭和四六年)三一五頁以下参照。

(16) 中野・前掲六三頁。

(17) かような援用権行使の認められぬことはいうまでもあるまい。

(18) したがって請求が棄却されるにしても、それは消滅時効以外の実体的債権消滅事由の故にである。

(19) 遠藤浩・民法学Ⅰ二七四頁。

(20) Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, tome IV, art. 1446.

(21) 中村宗雄『増補改訂 訴と請求並に既判力』(昭和三六年)二二〇頁、なお、岡本坦・注釈民法(五)七五頁参照。

(22) 我妻・前掲書四五九頁。

(23) 幾代通『民法総則』(昭和四四年)五六二頁参照。

(24) 給付訴訟においてであるが、すでに債務名義を得ているも、債務者の住所不明のために強制執行ができないというよ

うな特別事情のために再訴の利益ありとした判決がある(大判昭和六年一月二四日民集一〇卷一二号一〇九六頁)。私見では、「確認の利益」あり、従って「確認の訴」が許されると思われる。

(25) 山田・前掲書三四六頁。

(26) 消滅時効中断の制度は、権利者が権利の強制的実現へ向けられた一連の手續に着手した以上、その中途で時効が援用されるのを封ずるものである。しかし、ここに一連の手續というも、例えば訴の提起から終局判決に至る第一段階の手續と、強制執行という第二段階の手續とを、文字通り一連の手續とするかどうかは債権者に委ねられているのであるから、中断した時効は裁判の確定した時から再度進行を始めるのである(民一五七条二項)。ところで、権利の速かな行使・消滅という第一の要請からは、強制執行も速かになされるべきで、強制執行可能期間は比較的短期間でもよいのではないかとも思われる。しかし、債務者無實力の故に、債権者はやむなく債務者の實力回復をまたねばならない場合もある。そこで法は、債務は履行さるべしとの第二の要請との調和を、再び時効期間を一〇年とすることに求めたものと解される。もつとも新たな時効期間を何年とするかは、法の配慮の問題であり、現行の規定が短期消滅時効に服する債権といえども一律に確定債権につき一〇年とする(民一七四条ノ二)ことの当否は立法論である。思うに、実体上存在する権利と公権

的に確定された権利とでは、なるほど後者は債務名義を得ようが、権利そのものの性質を変える訳ではあるまい（従つて、民一七四条ノ二が成立するまでは、確定判決後といへども短期時効にかかつていた。第七三回帝國議會衆議院委員會議録、第六類第一五号、日滿司法事務共助法案外三件委員會議録第二回一二頁、井上政府委員の説明。なお、民法修正案理由書一四一頁参照）。もし後者に固有の要因を見出せうとすれば、それは権利者のイニシアティブにより裁判所の判断を経たという点に求められよう。従つて後者を異別に取り扱ふとすればそれはかかる権利主張行為に出た権利者の態度を法が評価するからに他ならない。即ち、確定判決後あらたに長期の時効期間が設定されるのは、権利自体が確定判決によりその性質を変えるからではなく、かかる行為に出た権利者は法の第一の要請を充足したが故に、長期の強制執行可能期間が設定されたものであると考えるのである。かように解して初めて民法一七四条ノ二が理解されるのではなからうか。しかしながら、一〇年の強制執行可能期間といふのは長すぎるとするに思われる。民法一七四条ノ二が討議された委員会においてすら、既に、「将来根本的ニ民法改正ノ際ハ短期時効制定ノ趣旨ニ鑑ミ第一七四条ノ二ニ規定セル確定権利ノ時効期間ニ関シ相当考慮スヘシ」との希望事項が附されているが（前掲議録第五回一頁）、一般の債権にせよ一〇年は不必要に長すぎはしないか。強制執行可能期間を長期とすると債権

の取り立てが緩かになる側面はあるとしても（是ハ債権者ヲ保護スルノデハナイノデス、時効ヲ延バサナカッタラバ債務者ハイデメラレル、判決ヲ受ケタラ直グニ執行サレル、債務者ガイデメラレルノデスヨ」前掲議録第二回一五頁、藤田政府委員の発言）債権者保護に傾きすぎではないか。「第一の要請」を重視すると、立法論としては、比較的短期、且つ中断を認めない強制執行期間を定め、その間に債権の満足をえられぬほど債務者に財産がなければ、もはや國家は債権の強制的満足に助力しない、との考え方もありえよう（私ハ此改正案ハ甚ダ改悪案ダト：考ヘルノデアリマスルガ：斯ウ云フヤウナモノハ時ニ法律ノ上デ御破算ニシテヤルト云フコトハ、極メテ私ハ法律ノ上ニ於キマシテノ消滅時効ノ妙味ダト思ッテ居ルノデアリマスル」へ傍点筆者）前掲議録第二回一四頁、中村委員の発言）。

(27) 注(9) 参照。

(28) 小山昇・判例民事法昭和一七年度三六事件評釈一五〇頁以下。

(29) 最(大)判昭和三八年一〇月三〇日民集一七卷九号一二五二頁。

(30) 小山・前掲評釈一五一頁。

(31) 我妻・前掲書四五八頁以下参照。例えば、許害行為取消の訴により債務者に対する債権の時効も中断するとされるが、私見では「裁判上の催告」による附随的中断が生じるにすぎ

ないと考える(本稿第二章第二節四参照)。

- (32) 立法者はこれを意思表示と解していたが(梅謙次郎『民法要義卷之一総則編』(訂正増補第四版明治三〇年)三三〇頁、なお富井政章『民法原論第一巻総論下』(明治三七年)五六七頁参照)、その後の学説はこれを觀念の通知とみる点でほとんど一致している(鳩山秀夫『日本民法総論』(増訂改版昭和五年)六一一頁、我妻・前掲書四七〇頁、川島・前掲書五〇〇頁等。ただし三階信三『全訂民法総則提要下』(第九版昭和六年)五〇八頁は「此論争ハ実益ナシ」とする)。
- (33) 川島・前掲書五〇〇頁。

- (34) 我妻・前掲書四七〇頁。なお川井健・注釈民法(5)一一八頁以下参照。

- (35) ドイツ民法二〇八条。承認は既にローマ法においても時効の中断事由とされたものであるが(Vgl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V, 1841, S. 313 ff.; Unterholzner, Unterholzner's Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre, Bd. II, 1858, § 262) ドイツ普通法においてもは単純な承認(einfache Anerkennung)で足りるか否かについて争うべきではなかった(Vgl. Staudinger = Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 11. Aufl., 1957, § 208 Rz 3; Spiro, a. a. O., Bd. I, S. 351 ff.)。サマンデーは「承認」は法律行為なることを要すると解した(Savigny, a. O., Bd. V, S. 314 f.)。なか「認

由書」は、理論としては一般的な諸原則によれば義務者の新たな特別の義務づけ(Bindung)を含むような承認のみを中断事由とするのが正当であろうが、かかる基準によれば、實際上もつとも多数かつ重要な場合である黙示の承認の際に、中断事由としての「承認」が認められぬ不都合を生ずるとの趣旨を説き(Motive, Bd. I, S. 326)「議事録」も、中断効を生ずる「承認」の場合を制限せんとする提案の敗れたことを伝える(Protokolle, Bd. I, S. 222 f.)。かような経緯をもってドイツ民法二〇八条は「義務者が権利者に対して一部弁済、利息支払、担保の供与その他の方法によりて権利者に対してその請求権を承認したるときは、消滅時効は中断す」と定めた。この規定の解釈として、ヘルダーは、「承認」は意思表示なることを要すと主張する(Holder, a. a. O., S. 233 ff. 彼は民法起草委員ヴァントシャイトの意見が「承認」を法律行為と解する説であつたことを理由の一としていふ)。一部弁済、利息支払、担保の供与は単に債務存在の認識を表示するにとどまらず、権利の一部を実現する行為であるから、ヘルダーがかく解するのも頷けるところであるが、現在大多数の学者は意思表示なることを要せずとする(Vgl. Staudinger = Coing, a. a. O., § 208 Rz 3)。即ち、同条が異なつた行為形態を挙げていることから、「承認」は觀念の通知、従つて準法律行為であると解されている(Staudinger = Dilscher, 12. Aufl., 1979, § 208 Rz 5)。なか「承認」が中断事由とされ

る理由として、サヴィニーは、もはや権利者が権利行使を怠っているとはいえなくなるということ、権利消滅の推定が止むところ、Savigny, a. a. O., Bd. V, S. 314°。

(36) スイス債務法一三五条。スピローは、「承認」により債務の存在について争いと疑わしさがなくなり、理由のないあるいは不知の債権から債務者を保護するという消滅時効の役割が必要とされなくなるといふ(Spiro, a. a. O., Bd. I, S. 348f., 411)。

(37) 川島・前掲書五〇〇頁。

(38) 「第二の要請」と呼ぶのは叙述の便宜上にすぎず、もちろん法秩序の原則からすれば債務を履行すべきは「第一の要請」に優越する。その意味では承認による中断が本来の形態であるといえよう。ドイツ民法・スイス債務法が権利主張形式による中断の前に債務承認形式による中断を規定するのも意図的配列ではないか、との憶測は許されないであらうか。

(39) 「寺院法に於ては、時効制度に対して嫌悪の眼を以て臨む結果、取得時効にも消滅時効にも、全期間を通じて善意が必要要件」であった(原田廣吉『日本民法典の史的素描』(昭和二九年)八〇頁)。

(40) 寺院法では「善意を悪意と為すには、単なる請求催告を以て足ると謂う理論に落着く」(原田・前掲書八一頁)。

(41) いわゆる一部請求の訴と残部債権の時効中断の問題について

ては、一部請求の訴が残部債権に対する「裁判上の催告」を含むとする我妻説(我妻・前掲論文二六六頁)に賛成するのが、本文で検討する事案から除外する。

## 第二節 中断の範囲

### 一 競合する請求権

同一の生活事実、もしくは少なくとも多くの部分で重なりあうような生活事実、請求権を基礎づける複数の規範の構成要件を充足しうる。その場合に一規範だけが適用されるのか、それとも複数規範が適用されるのか、後者の場合、複数の請求権が成立するのか、それとも内容が同一であれば法律上は重複して基礎づけられたところの唯一の請求権が成立するかが問題となる。いわゆる請求権競合の問題である。この問題に対して我が国の判例は、学説上、新訴訟物理論の圧倒的優勢にも拘らず基本的にはなお旧訴訟物理論を維持していることとも関連し、<sup>(2)</sup> 複数の請求権が成立するとの立場をとり続けている。<sup>(3)</sup> 従って、一方の請求権の満足を求むる訴で、例えば、証明責任の分配上その立証に失敗し敗訴したので改めて他方の請求権の満足を求むる訴を提起する場合であると、一方の請求権を訴求中、請求原因を変更し他方の請

求権を主張する場合に、新訴訟物理論と旧訴訟物理論とで取扱いを異にするわけではあるが、少なくとも実務が請求権競合説を採り続ける間は、実際上の問題として、ある請求権の訴求によって当事者間では同一目的に向けられた他の全ての請求権に対する消滅時効も中断するかという問題に解答が与えられていなければならない。

また債務承認形式による中断の場合には、一方の請求権の承認が他方の請求権に対する消滅時効の中断をもたらしかという問題となり、これをどう解するかは権利者の訴求可能性を左右する重要な問題である。例えば、東京地判昭和三四年六月二三日下級民集一〇巻六号一三二九頁の、保管中に受寄物たる輸入綿花が焼失した場合における倉庫業者（被告）の賠償責任の有無が争われた事案につき、被告に故意または重過失（約款による責任要件の緩和があったゆえ）がなかったとして債務不履行責任を否定し、不法行為責任については、原告らが不法行為に基づく損害賠償金の支払を請求したのは本訴提起後の本件準備手続期日においてであったが、その時にはすでに三年の時効期間（民七二四条）が経過していたとし、「債務不履行による損害賠償債権にもとづく訴とは、たとえ請求の基礎が同一であるとしても、それぞれ訴訟物を異にする別個の訴であることが明らかであるから、たと

原告らが被告に対する債務不履行による損害賠償債権を取得したとして、この債権にもとづき本訴を提起したとしても、これにより原告らの取得したとする不法行為にもとづく損害賠償債権の消滅時効が中断されるものではない」との判旨がこの問題を端的に表わしているといえよう。

私見では、一方の請求権の主張（訴求）もしくは承認により他方の請求権に対する消滅時効も中断すると解したい。以下に、請求権競合については最も典型的な契約債務不履行責任と不法行為責任の競合の場合に限定してこの問題を考えていくことにする。

ところで本稿は、請求権競合の問題そのものを検討しようとするものではなく、請求権競合の問題につき、現在実務の採用する見解からすれば消滅時効中断の問題がどのように考えられるべきかを検討しようとするものである。そして、この問題に対する私見は、最近とみに活発さを加えてきた請求権競合論の動向、即ち、請求権規範競合説にも沿うものと考ええる。そこで、まず請求権規範競合説においては消滅時効中断の問題がどのように取り扱われているかを概観しておく。

ゲオルギアデスによれば、一個の請求権は一個の法的根拠から生ずるとの考え、従って、同一事実が複数の法的根拠を満たすな

らば複数の請求権が生ずるとの考えは、アクツイオ法的思惟の残滓にすぎないとされる。<sup>(6)</sup>そして同一の給付に関する複数の請求権規範が充たされた場合には、幾重にも基礎づけられた一個の統一の請求権が生ずるのであり、この場合、競合するのは請求権ではなく、請求権規範であるとし、ここに請求権の発生・範囲・発展・譲渡・消滅については、競合している規範が矛盾しているときは規範の調整が競合論の役割となると説く。<sup>(8)</sup>この説は、時効期間をどの規範に求めるべきかは原則として債権者に有利な時効期間によるべきであるが、例外的に短期時効を適用しなければ短期時効を定めた法の目的を達し得ない場合にはその短期時効によるべきであるとする。<sup>(9)</sup>そして中断に関しては、ゲオルギアデスは消滅時効の対象の単一性から、一個の消滅時効中断が請求権の全体に及ぶとして、まず「承認」による中断につき次の趣旨を説く。

ドイツ民法二〇八条の中断事由たる「承認」の解釈にあたっては、債務者は、法的性質決定 (rechtliche Qualifizierung) にかわりなく、請求権そのものを承認するのかが問題とされねばならない。ライヒ裁判所は正当にも、消滅時効の中断のために特定の債務発生原因の承認は不要である、つまり、承認された債務が識別されればそれで十分であるとくりかえし述べている。

従って、債務を負っているとの債務者の心証が債権者に対して示されるということが決定的なのであり、請求権の法的性質決定は問題ではない。当該行為が「承認」にあたるかは、その承認により最も重要な消滅時効の正当化根拠が、その基礎を失うかどうかという観点を基準とする。債務の「承認」は、債務者は履行してくるであろう、つまり請求権の裁判上の主張 (II 訴求) は不要であろうとのもつともな信頼を債権者に抱かしめるのであり、かかる場合に債権者の静観せる態度が怠慢であると評価されてはならない。そして債権者は、権利者の「請求しうる地位」(Verlangenkönnen) を争わないとの債務者の心証が何らかの方法で示された場合には、かような信頼を誘発されるのである。債務者の態度が、交通事故によって債務を負っているとの意識を知らしめるものであれば、その請求権が契約侵害、不法行為もしくは危険責任によって基礎づけられるのかということは重要ではない。それどころか、複数の請求権規範の要件が充たされる場合には、単に請求権の基礎の一つを対象とする承認であっても請求権の全体について消滅時効が中断されることとなる。例えば、債務者が危険責任に基づく請求権を承認した場合には、それにも拘らず、その請求権が同時に契約侵害及び不法行為に基づくものであ

れば、かかる承認により統一的請求権の消滅時効が中断される。なぜならば、法的性質決定は債務者のなすべきことではなく、また、他の規範の要件をも充たしているかどうかという債務者の考えは重要な問題ではないからである。<sup>(11)</sup>

以上がゲオルギアデスの「承認」につき論ずるところである。

さて、権利主張形式(訴の提起)による消滅時効の中断についてはドイツ民法二〇九条の定めるところであり、同条一項は①請求権の満足を求むる訴、②確認の訴、③執行文付与の訴、④執行判決を求むる訴の提起、同条二項は、訴の提起と同視される行為を中断事由として定める。ここに①請求権の満足を求むる訴とは、給付の訴(Leistungsklage)を指すと解されているが、ゲオルギアデスは、請求権規範競合の場合の統一的請求権は給付訴訟における訴訟物をなすと説く。<sup>(13)</sup>そして、ドイツ民法二〇九条にいう「請求権」とは「訴訟上の請求権」、即ち「訴訟物」であると言くヘンケルを正当とし、かかる立場からのヘンケルの帰結、例えば、運送事故の被害者が損害賠償を求めて訴えると単一の訴訟上の請求権が係属し、従って法的観点として訴を正当化しうる全ての請求権規範について時効が中断され、またこのことは、不法行為による請求権の審理のみを管轄とする裁判所に訴を提起した

場合も同様であるとの考えに従うのである。<sup>(12)</sup>

請求権規範競合説は、民事訴訟法上の新訴訟物理論からの刺戟<sup>(17)</sup>などもあり、最近わが国でもとみに注目を浴びるところである。はたしてこの見解が実務の受容するところとなるかどうかは今後にもたねばならないが、我が国における規範競合説の理論的徹底は、四宮和夫『請求権競合論』(昭和五三年)の示すところである。以上をふまえて、私見を述べる。

(1) 「裁判上の請求」(民一四九条)による場合

ここでの問題は、競合する請求権のうち一方の請求権の満足を求めて訴を提起するも敗訴した場合、あるいは一方の請求権を訴求中、請求原因を変更し他方の請求権を訴求しようとする場合に、前訴の提起による時効中断を前提として、後訴で他方の請求権の満足を求めることが許されるか、である。従って、附随的中断(ある請求権に対する中断行為ないしその請求権の中断を前提としたうえで、その請求権と密接な関連をもつ他の請求権の消滅時効も中断するか)の問題である。そして附随的中断の基準は「裁判上の催告」の有無であるから、一方の請求権の訴求が他方の請求権の「裁判上の催告」を含むといえるかを判断すべきこととなる。

ところで、いわゆる請求権の競合が考えられる場合であつても、実体法秩序が是認するのは一回の給付を受けることであり、請求権競合説といえども決して二度の給付を是認するものではない。しかしながら、いわゆる請求権競合の問題が論ぜられるのは、まさにこの一回の給付を求めうる一個の法的地位が、「**実体**」法規の制定技術上二重に評価できることになつて」<sup>(19)</sup> おり、かかる法的地位を基礎づける法的観点が複数存在するからである。それでは、この法的観点を裁判上明らかにするのは権利者の責務であろうか、それとも裁判官の職責なのであろうか。いうまでもなく、前掲東京地判昭和三四年六月二三日判決は前者と解するが故に、債権者の不法行為に基づく請求権行使を封じたものである。しかしながら、「実体法上の請求権がそれにあたとされるところの給付訴訟における法的観点なるものは、裁判の基礎としての事実の世界のものではないから、裁判の資料たる事実の面に専ら関係する弁論主義の適用を受けぬことになり、裁判上はむしろ法律専門家としての職責上、当事者により提出された事実のみを前提としても（弁論主義）、これに対しては適用しうべきすべての法的観点を審査すべきことが要請され<sup>(20)</sup>」とすれば、裁判所が基本的には旧訴訟物理論—請求権競合説の立場をとり続け、かかる要

請を受け入れない間は、債権者が法的観点の選択を誤つた不利益を債権者に帰せしめるべきではないといえよう。ここに、債権者が一方の法的観点に基づいて訴を提起するも、かかる行為は、公権的解決を望むなら一定期間内に司法機関に申し出よとの消滅時効制度に内在する法の第一の要請を満たすものと考えられる理由がある。複数の請求権が競合するといっても、それはあくまで一回の給付を基礎づける観点的に複数の請求権が存在するにすぎず、債権者が一方の法的観点のみ基づいて訴を提起しようとも、当の給付を求める権利主張としての訴提起であることに変わりはないのであるから、かかる場合には他方の請求権についても「裁判上の催告」があつたと評価すべきであらう。この解釈は、先にみた請求権競合論の新たな展開として近時有力に唱えられている請求権規範競合説における消滅時効並びに消滅時効の中断に關する取扱いによつても補強されるところと考える。

以上から次の結論を得る。競合する請求権の一方の請求権の訴求は他方の請求権の「裁判上の催告」を含む。従つて、一方の請求権の満足を求めて訴を提起するも、敗訴した場合、あるいは一方の請求権を訴求中、請求原因を変更し他方の請求権を訴求しようとする場合に、前訴の提起による時効中断を前提として、後訴

で他方請求権の満足を求めることは許される。但し後訴の提起は前訴終局判決確定の時から六カ月内に限られる。<sup>(21)</sup>

(2) 承認による場合

「承認」(民一四七条三号)は、権利主張形式による中断を必要と思わせる信頼を惹起せしめる行為である。そして競合する請求権の一方の請求権の承認は、(一方・他方を問わず両)請求権の消滅時効の中断は不必要であらうとのもったもな信頼を債権者に抱かしめうる。それは既にゲオルギアデスの詳説するところとして紹介した。従って、債務者が、意識的に競合する請求権の一方を承認した場合でも全ての請求権に対する「承認」となりうる と解する。

- (1) 請求権競合の問題となる局面が、他の類似の諸局面、例えば、規範排除競合 (normenverdrängende Konkurrenz) 択一的競合 (alternative Konkurrenz) 重疊的規範競合もしくは請求権併存 (kumulative Normenkonkurrenz od. Anspruchsäufung) 等と区別を要するものとして、Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 1980, § 14 IV S. 231 ff. 参照。なお、四宮和夫『請求権競合論』(昭和五三年)三頁注(2)参照。
- (2) ハーブシャイドは、新訴訟物理論の立場からすれば、請求権競合・非競合の対立はもはや実益がないという (Habscheid,

Der Streitgegenstand im Zivilprozess 1956, S. 129)。

これに対し三ヶ月教授は、新訴訟物理論の立場から請求権競合問題をみると、請求権の単復の問題としては、非競合説に合流することにより意味を失うが、何れの法的観点を優先して適用すべきかという問題としては、競合説・非競合説の対立はなお尾を引くとされ、その意味では、新訴訟物理論が、従来の競合・非競合の対立の立場を全く止揚し去るものではないと説かれる(三ヶ月章「法条競合論の訴訟法的評価」我妻還暦記念・損害賠償責任の研究(中)(昭和三三年)七二八頁参照)。

- (3) 学説・判例がリーディングケースとして引用するのは、賃借人失火の場合にも失火責任法の軽過失免責を適用した大判明治三八年二月一七日民録一輯一八二頁を改め、その適用を否定した大判明治四五年三月二三日民録一八輯三一五頁である。しかし、競合説の先例としての価値は余りないといわれていることにつき、私法学会シンポジウム川島報告・私法一九号三五頁参照。

なお、旧訴訟物理論—請求権競合説の立場を最高裁が変更するかにつき、裁判官の消極的感覚を伝えるものとして、潮久郎判事の「いわゆる請求権の競合と請求の範囲を拡張した二重請求の許否」民事法の諸問題IV(昭和四九年)一七九頁参照。

- (4) この問題に対してドイツ普通法は明確な答えを用意してい

なり。サヴィニー (Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V, 1841, § 243 S. 320) は、時効が中断される諸事例のなかに「ローデックス第七卷第四〇章第三法文 (C. 7. 40. 3) は、裁判所に訴え出た債権者が、たとえ債権の根拠を一般的に述べようと、もしくは、特に一つの根拠を述べようと、時効の抗弁は怠慢な者、自己の権利に無頓着な者に対して出されるのであるから、かかる場合には全ての権利につき時効は中断されるとの趣旨を定める」に依拠して次の場合を含める。即ち、①債権者が債務者に対して persönliche Klage を提起した場合にはそれにより Hypothekarklage の消滅時効も中断し、その逆の場合も同様であると、②同一当事者間で複数の法律関係が問題となっており、かつ、訴状 (Klaglibell) がはっきりしていないのでいかなる法律関係を債権者が対象としているのが不明瞭である場合には、これらの法律関係に基づく全ての訴権に対して消滅時効は中断さるべきである」と述べる。同じくデルンブレンコ (Dernburg, Pandekten, Bd. I, 1902, S. 346) は C. 7. 40. 3 を引用して「一個の訴の提起は同一の tatsächliche Grund に基づき、同一目的に向けられた原告の被告に対する全ての訴権の消滅時効を中断すると述べ、サヴィニーと共に中断の範囲をかなり広範に認めるものであることが理解される。しかし、はたしてここで問題とする請求権競合の場合にも言及したのと言えるかどうかは定かでない。ドイツ民

法の解釈としてこの問題に於ける者として、例えばトゥールがある。彼は、競合する請求権のそれぞれは独立しており、一方の請求権に基づく訴の提起により他の請求権に基づく訴の提起が妨げられるものではなく、また、一方の請求権に基づく訴の棄却は他の請求権に基づく訴の提起の障碍となるものでないとの理解をもとに (v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1907, § 16 II, S. 284) 中断は訴により主張された請求権の消滅時効についてのみ生ずるのであるから (ebd. Bd. II, § 91 S. 534) 競合する一方の請求権の消滅時効の中断は、他方の請求権の消滅時効の中断をもたらし、この問題を否定する (ebd. Bd. I, § 16 II, S. 285, Bd. II, § 91 Anm. 158)。

(5) ドイツでは近時あらたに請求権競合説を否定し、それに代わって、契約侵害と不法行為とがある場合には、原則として契約法規範と不法行為法規範とが適用されること、この唯一の請求権が認められるとの見解、即ち「請求権規範競合説 (Lehre von der Anspruchsnormenkonkurrenz) が有力に提唱されるに至った (Vgl. Larenz, a. a. O., S. 256 f.)。この見解の詳細な検討と理論的醇化はゲオルギアデスによつてなされてこそ (Georgides, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 1967. など、本書の詳しい紹介、柏木邦良「ゲオルギアデスの請求権競合論について」北海学園大学法学研究五卷五一六頁以下がある)。

(6) Ebd. S. 141 f.

(7) Ebd. S. 164. なお、ゲオルギアデスは、複数の請求権規範が充たされ、ある規範が他方によって排除されない場合といえども、請求権規範競合とは区別されるべき場面として、請求権競合 (Anspruchskonkurrenz) と請求権併存 (Anspruchshäufung) とを挙げる。彼にあって請求権競合とは、複数の請求権規範に基づいて独立の複数請求権が発生するが、それらは同一の経済的利益の満足につかえるため、結局、それらのうちの一つが履行されればよい場合に考えられる。例えば甲の絵画の占有者たる乙が、勝手に第三者と、その絵画を古美術品のつぼと交換した場合、甲は損害賠償請求権 (下民八二二条、八二六条、九九二条) と並んで、代償請求権 (下民八一六条一項、六八七条二項) を有する。前者は金員を、後者は花びんを給付対象とするが、この二つの請求権は、共に同じ経済的目的を追求するものであるから、一方の請求権の履行は他方の請求権にも影響を与える (Ebd. S. 164 ff.)。

(8) Ebd. S. 167.

(9) ゲオルギアデスによると、請求権規範競合の場合の統一的

請求権 (einheitliche Anspruch) は、また統一的に消滅する。種々の消滅時効期間を定めた複数の規定が存在する場合に、相互に衝突するそれらの規定の中から適用されるのは、原則として債権者にとって有利な消滅時効規定である。即ち、例えば、(1) (顧)客が、求めた嗜好品の代りに健康を害する商品を提供した売主に対し、契約侵害および不法行為に基づく損害賠償請求権を有する場合、(2) 不法占有者に対する所有権侵害による損害賠償請求権が、ドイツ民法九八九条以下、並びに不法行為法によって所有権者に帰属する場合、(3) 無権利者でありながら、他人の物を有効に処分した者が、前所有権者に対して不法行為責任、準事務管理 (下民六八七条二項) 並びに不当利得 (下民八一六条一項) による責任を負う場合、(4) 自動車保有者が、自動車の運転中、有責に (schuldhaft) A を侵害し、道路交通法七条並びにドイツ民法八二三条一項に基づく損害賠償の責めを負う場合、(5) 共同不法行為者たる連帯債務者が、他の共同責任者に対してドイツ民法四二六条一項並びに同条二項に基づく償還請求権を有する場合に、これらの統一的な幾重にも基礎づけられた請求権の消滅時効については、一方、ドイツ民法一九五条による通常の三〇年消滅時効ないしは道路交通法一四条による二年の消滅時効が、他方、不法行為法 (下民八五二条) による三年の消滅時効が考えられる (S. 184) が、長期の消滅時効を有する規定が優先されるべきである。従って、ある請求権規範によれば消滅

時効にかかつているが、競合する他の請求権規範によればいまだ消滅時効が完成していない場合には、賠償義務者は消滅時効の抗弁権を主張することにより義務を免れるものではない。

以上は、種々の問題となる消滅時効期間が同時に進行するということを前提として、長期の消滅時効期間が債権者に有利であると考えるものである。ところで、具体的な場合によつては始期が異なるために、短期の消滅時効期間の方が債権者にとつて有利なこともある。このような場合にも、債権者の法的地位の判断にあつては、双方の規範から生ずるすべての利点が債権者に与えられるべきであるとの原則に従うべきである(S. 185f.)。しかしながら、短期の消滅時効期間を適用しないと、短期とすることによつて達成しようとした特別目的がそこなわれる場合には、この債権者有利の原則の例外としなければならぬ。例えば賃貸人が賃借人に対して、賃貸物毀損による損害賠償請求権を有する場合の消滅時効期間としては、ドイツ民法五五八条一項(六カ月)並びに八五二条一項(三年又は二〇年)が考えられる。しかしこの場合には、ドイツ民法八五二条一項は同法五五八条一項によつて排除されるべきである。そうでなければ、賃借人のかかる毀損行為は必然的に不法行為なのであるから、立法者はドイツ民法五五八条一項を設定し得なかつたはずである。また、この場合、ドイツ民法五五八条一項による短期消滅時効期間の

適用は、常に賃貸人にとつて不利というわけではない。なぜなら、この場合の消滅時効は、物の返還を受けた時から進行を開始する(下民五五八条二項)からである。従つて、毀損された賃貸物が損害発生から三年以上を経てのち、はじめて返還された場合には、ドイツ民法五五八条の消滅時効の開始の際には、すでにドイツ民法八五二条の消滅時効期間が経過しているということがある(S. 186)。かように、例外的に短期消滅時効を適用すべきことは、用益賃借人(下民五八一条二項)、使用賃借人(下民六〇六条)、用益権者(下民一〇五七条)、さらには、運送取扱人・倉庫業者・運送人(下商四一四条、四二三条、四三九条)に対する損害賠償請求権にも妥当する(S. 186f.)。規範の調整は、請求権規範競合説によつてはじめて可能であるとともに、理論上(dogmatisch)も明瞭なものとなるのである(S. 187)。

なお、ラレンツは改説したのであろうか。ゲオルギアデスに従つたように思われる(Larenz, *Allg. Teil* (1975) IV § 14 S. 217 と (1967) IV § 20 S. 273 を参照せよ)。四宮教授は、債権者≠被害者にとつて有利な方によるとされる(四宮・前掲書一〇一頁)。なお、Eichler, *Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht*, AcP. Bd. 162, S. 420 参照。

(10) 一方の請求権に対する中断行為は他方の請求権の中断をもたらすかという問題は、請求権非競合説にあつてはそもそも

問題とならない。複数の請求権が考えられていないからである。従つて同様のことは請求権規範競合説にもいえそうである。しかし、この説は、統一的請求権を基礎づけるところの規範の競合、即ち規範の複数を認めるものであるから、例えば、ある統一的請求権の消滅時効期間につき契約法規範の適用されるところ、債権者が請求権の根拠を不法行為法規範に基づいて権利主張した場合であるとか、債務者が不法行為をしたとして債務を承認した場合、ないしは債務の発生原因に言及することなく単に債務を承認する場合には、やはり消滅時効の中断が問題となるのである。

- (11) Georgiades, a. a. O., S. 189.
- (12) Vgl. Staudinger = Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I, 11. Aufl., 1957, § 209 Rz 6; v. Feldmann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I (Allgemeiner Teil), 1978, § 209 Rz 2.
- (13) Georgiades, a. a. O., S. 189 f.
- (14) Henckel, Die Grenzen der Verjährungsunterbrechung, JZ, 1962, S. 335.
- (15) 下民訴三二二条。
- (16) Georgiades, a. a. O., S. 190. なお、ヘンケルおよびゲオルギアデスの中断に関する見解に反対するシェレビトリームの見解 (Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 52, 56) については、四宮・前掲書

三六頁以下参照。

(17) 三ヶ月・前掲論文七一五頁以下参照。

(18) ①ゲオルギアデスの請求権規範競合説を「複数の請求権規範(複数の構成要件充足) → 請求権」、②四宮教授のそれを「全規範が統合したところの一請求権規範(一構成要件) → 請求権」と図式化されるならば(奥田昌道「四宮和夫『請求権競合問題について』(一)・(二)』法学協会雑誌九〇巻五号、六号、九号」〈民法学のあゆみ〉法律時報四七巻一―号一(二六頁参照)」、①から②への推移を理論的徹底と評価しようか。

ところで、四宮教授の精緻な競合論を、いまだ十分に咀嚼し得ない段階で軽々しく論ずることはできないが、一個の構成要件の創設は、もはや解釈論の域を出て、立法論に近くのではなからうか。

(19) 小山昇「金銭請求訴訟の訴訟物」民事訴訟雑誌六号『訴訟物論集』(増補版昭和四七年)所収一五四頁。

(20) 三ヶ月・前掲論文七二九頁。

(21) この点につき、スピローは興味ある視点を提供する。即ち、請求権が競合し (Georgiades, a. a. O., S. 54 f.) によれば、スイスにおける法条競合・請求権競合の概念はドイツにおけるそれとは若干異なり、議論のようすはかなり独特である(とされる)。一方の訴が退けられた際には、債権者は形式的最底により判断されなかつた請求権と同じく、他方の請求

権の主張は認められるべきであるが、その主張は迅速になさるべきであつて、この場合、スイス債務法一三九条を類推適用すべしと説く (Spiro, a. a. O., Bd. I, S. 401)。スイス債務法一三九条は「訴又は抗弁が受訴判事の管轄外の故を以て又は修正し得る瑕疵の故を以て当然不備の点あるものとして却下せられ其の間に消滅時効期間経過したる時は請求権の主張の爲六〇日の新たな期間進行を開始す」として、訴え却下の場合における六〇日の追加期間 (Nachfrist) を認めるものである。同様の規定はドイツ民法二一二条の定めるところでもある。我が法は裁判所が管轄権を有しない場合には、移送により時効中断の利益を保持しており (民訴三〇条)、右、スイス、ドイツの規定に対応する規定を欠くため同様の類推適用はできない。しかしながら、附随的中断と新たな時効期間に関する私見からすれば、新たな訴提起の可能性を認め、且つその期間は短期 (ここでは六〇日) に限られるとするスビローの考えは極めて妥当と思われる。

## 二 手形債権と原因債権

最判昭和五三年一月二三日民集三二巻一頁一頁<sup>(1)</sup>は、原因関係の当事者間において債務者が債権者振出しの爲替手形に引受をなした場合、原因債権と手形債権の併存を前提として、手形債権について仮執行宣言付支払命令が確定しその時効期間が確定の時から一〇年に延長された場合には (民一七四条ノ二)、これに応じて、

本来の消滅時効期間が一〇年より短かい原因債権の消滅時効期間も、右の確定の時から一〇年に変ずるとした。原因債権の時効消滅は、原因関係の債権者が手形債権を行使したとき、手形(原因)債務者の履行を拒む人的抗弁になるとする従来<sup>(2)</sup>の判例・学説<sup>(3)</sup>を前提とする限り、手形債権についての訴の提起により原因債権も中断<sup>(4)</sup>し、しかも本判決により原因債権の時効期間が手形債権のそれと同じ一〇年とされたことにより、右人的抗弁を受けることはなくなり、その意味で画期的判決である。しかし、手形債権に関する確定判決等が何故原因債権の短期の消滅時効期間を一〇年に変ずるのかという理論的問題は残されたままである。もっとも訴訟物論<sup>(5)</sup>において、手形訴訟の訴訟物は手形債権に限定されず、勝訴確定判決により原因債権も債務名義を取得するということになれば問題は残さない。従つて、この判例理論は訴訟物論から直接導き出すことはできないとされる限りにおいて以下の考察が許されるよう。

思うに、本問題もまた附随的中断の問題であり、先に見た「競合する請求権」の場合に述べたと同じことがいえる。もっとも、「競合する請求権」の箇所では、一方の請求権を訴求するも敗訴したのち、他方の請求権の行使が許されるかという場面を主とし

て想定していたのに対し、ここでは一方の請求権(手形債権)が他方の請求権(原因債権)を前提とするため、一方の請求権の訴求中に他方の請求権の時効消滅をもって対抗されるかという問題になる。従って、この点だけをとりえれば、人的抗弁の問題として処理しうるのであり、原因債権の時効消滅は、原因関係の当事者間にあつても、手形債権行使に対する抗弁とはならないとする大塚説<sup>(7)</sup>が正当であろう。しかし、時効理論としては手形債権と原因債権において一方の権利主張ないし承認による他方の中断の有無という問題は残されているのである。例えば、手形訴訟において手形要件の欠缺、又は手形行為自体の瑕疵(無権代理、偽造等)により敗訴した原告が、手形債権の訴え提起による原因債権の時効中断を前提として原因債権について再訴することが(既判力により遮断されるか否かの問題は<sup>(8)</sup>あるが)、実体法上認められるかということが重要な問題なのである。結局、先に「競合する請求権」の箇所で述べたのと同様の理由から、手形債権の訴求は原因債権の「裁判上の催告」を含み、<sup>(10)</sup>手形債権の「承認」は原因債権の「承認」となりうる<sup>(11)</sup>と解する。但し、その逆は手形債権がより厳格な債権であることから認められないもの<sup>(12)</sup>と考える。そう考へても、原因債権で敗訴すればもはや原告に失う利益はなく、原因

債権の「承認」ある場合には原因債権自体は中断するのであるから、債権者の保護に欠けるところはないといえよう。そうすると「本判決のように、手形債権についての判決の確定により、原因債権の消滅時効期間も確定のときから一〇年に延長されると解する必要性はなく、またそう解する理論的根拠もない<sup>(13)</sup>」といわざるをえない。

(1) 本件の批評、解説として、吉原省三・金融法務事情八五七号三頁、東條敏・ジュリスト六六九号九〇頁、布村重威・民事研修二五七号四三頁、手塚尚男・判例タイムズ三七〇号四三頁、船越隆司・判例評論二三九号一一頁、大塚龍児・民商法雑誌七九卷六号六二頁、谷川久・昭和五四年度重要判例解説(ジュリスト増刊)一四一頁(昭和五三年度補遺)。

(2) 最判昭和四二年一月一六日判例時報五二〇号五頁、最判昭和四三年一月二二日判例時報五四五号七八頁、名古屋地判昭和四七年九月一六日判例時報六八九号一〇八頁、大阪地判昭和五〇年一月一三日判例時報八二六号九四頁。

(3) 竹田省「手形法・小切手法」(昭和三〇年)四六頁、大隅健一郎「河本一郎『注釈手形法・小切手法』(昭和五二年)一九〇頁。

(4) 大阪高判昭和五〇年三月一九日判例時報七八八号五五頁、東京高判昭和五二年七月二七日判例タイムズ三六三号二三三頁、星川長七「手形債権の時効中断と原因債権の時効中断」

- 金融法務事情六八九号一七三頁、大隅<sup>II</sup>河本・前掲四一七頁、Staudinger=Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 11. Aufl., § 209 Rz 1; Soegelin-Augustin, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 11. Aufl., § 209 Rz 16; Adler, Die Einwirkung der Wechselgebung, ZHR 65, S. 174 ff.; Spiro, a. a. O., Bd. I, S. 403 f. など、手形債権についての訴の提起は原因債権の時効を中断しないと説く者として Jacob, Wechsel- und Scheckrecht, 1955, S. 330 Anm. 6; Henckel, Die Grenzen der Verjährungsunterbrechung, JZ, 1962, S. 338.
- (5) かわゆる新訴訟物理論と本問題との結びつき、その分析は大塚・前掲評釈六七頁以下参照。
- (6) なお、Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, S. 236 ff. 四宮和夫『請求権競合論』(昭和五三年)二六頁、四一頁以下、四三頁注(4)参照。
- (7) 大塚・前掲評釈七三頁以下。
- (8) 新堂幸司『民事訴訟法』(昭和四九年)二二一頁以下、船越・前掲評釈二二六頁、大塚・前掲評釈六九頁注(12)参照。
- (9) Adler, a. a. O., S. 175 の「一つの目的の遂行のために複数の請求権を与えながら、一つの方途による行使によって同時に他方の方途の喪失が予防されないのならば、立法者による高度に危険な贈物ということになろう」へ大塚訳・前掲評釈注(23)との言葉がこの問題点を端的に表わしているといえよう。
- (10) 手形債権についての訴の提起が原因債権の時効を中断するものとしては注(4)参照。
- (11) 横浜地決昭和三五年一月二二日下民集一一卷一八〇頁、東京高判昭和三六年二月二七日下民集一一卷二二二頁、大隅<sup>II</sup>河本・前掲四一七頁、船越・前掲評釈二二七頁以下、大塚・前掲評釈七二頁注(18)。
- (12) Spiro, a. a. O., S. 404. しかし Adler, a. a. O., S. 174 ff. は原因債権についての訴の提起も手形債権を中断するとすゝる。
- (13) 大塚・前掲評釈七四頁。

### 三 保証債務と主たる債務

保証人が民法一四五条の「当事者」として主たる債務の消滅時効を援用しうることは、早くから判例により認められている。<sup>(1)</sup>従って保証債務は中断していようと、債権者が主たる債務に対する中断手続をとらなかつたために主たる債務につき時効期間が経過した時は、保証人は主たる債務の時効を援用することにより、保証債務の附従性から自己の債務を免れると解されている。<sup>(2)</sup>しかし右保証人の主たる債務の時効援用は許されるべきではないと考

える。<sup>(3)</sup>

思うに、ここでは一方の請求権(保証債務)が他方の請求権(主たる債務)を前提とするため、例えば一方の請求権の訴求中に、他方の請求権の時効援用をもって対抗されるかということが問題となっている。そうすると、ここでは三当事者という点を除けば、問題状況は先に見た「手形債権と原因債権」のそれと同じである。従って、右保証人の時効援用を許さずとすれば、その理論構成はここでも、まず抗弁制限(附従性、あるいは援用権者の範囲の制限的解釈)と附随的中断(主たる債務の中断)の二方向が考えられることとなる。しかし、附随的中断が認められれば附従性等の問題に立ち入らなくてすむので、ここでは附随的中断の有無から考える。

まず保証債務が「承認」により中断する場合をみよう。「承認」が中断事由とされるのは債権者の信頼を保護するためであるが、その信頼が保護されるのは、債務者によって惹起された信頼のために債権者が権利主張形式による中断行為を控えている間に、時効を進行・完成させ債務者に時効の援用を許すことは不当だからである。そうすると、保証債務が「承認」され債権者が訴の提起等による保証債務の中断手続きをとらないのもっともであるな

らば、同じことは主たる債務について中断の手続きをとらないことに對してもいえるのであって、保証債務は「承認」により中断したとしながら、保証債務の時効援用のみを封じ、主たる債務の時効援用を許すのは、「承認」を中断事由とした目的からは片手落ちの解釈であり不当な結論といわざるをえない。しかし、保証人が主たる債務の時効を援用するのを封ずるために、保証債務の「承認」により主たる債務の時効も中断するというのでは、主たる債務者の関与しないところで時効期間を延長することとなり許されない。そうすると「手形債権と原因債権」の問題状況と近似するにも拘らず、ここでは三当事者(債権者・主たる債務者・保証人)の法律関係が問題となっているという特殊性を顧慮せざるをえず、従って、右「手形債権と原因債権」におけると同様の解釈をするには無理があるといわねばならない。即ち、「承認」による保証債務の中断は、同時に主たる債務の時効も中断するとはいえない。結局、主たる債務の時効援用が許されなくなるのは、右に述べた「承認」が中断事由とされる根拠から保証債務の「承認」による時効中断に特有の効果として解釈するか、もしくは「承認」による中断制度そのものが信義則による援用権制限の法的定型なのであるから、より端的に、信義則によって主たる債務

の時効援用は許されなくなるというべきであろう。

次に保証債務が権利主張形式（訴の提起）により中断する場合を考える。主たる債務の時効が完成する前に保証債務につき時効中断の手段をとっていたにも拘らず、また、主債務者が無資力のためこれに対し訴を提起することが債権取立の上から無益であることが明らかであったとしても、主たる債務の時効中断手続きをとっていないかつ主たる債務の時効援用を許し、附従性により保証債務も消滅するというのはあまりに形式論ではなからうか。もしそうであるとすれば、保証人の主たる債務の時効援用を封ずる理論としては、まず保証債務に対する訴の提起は主たる債務に対する「裁判上の催告」を含む、即ち、附随的中断が生ずるとの構成が考えられる。しかし、「承認」による附随的中断を認めるのが無理なように、ここでは主たる債務者からの取立は考えられていないのであるから主たる債務者に対する権利主張ありとして附随的中断を認めるのは無理であろう。そうすると残された考えは、「主たる債務の時効援用権者」から保証人を除外することによって従来の解釈の難点を矯正する方向である。保証債務はあくまで主たる債務とは別個の債務であるという点を認識すれば、かような解釈は許されよう。<sup>(4)</sup> もっとも、主たる債務の時効が完成

したあとで訴求された保証人が、主たる債務の時効を援用し、保証債務の附従性から自己の債務を免れることは、「附従性」のみなおしが必要とされる時期にきているとしても、やはり認められるとの批判が考えられる。しかし、主たる債務の時効が完成していれば保証債務の時効も完成しているのが通常であろう。もしも保証債務が「承認」により中断していれば、私見では主たる債務の時効援用は認めるべきではないと考えるので、主たる債務の時効が完成しているにも拘らず保証債務の時効が「承認」により中断しており、従って保証債務の時効を援用できないことが、主たる債務の援用を許される場合に比し、保証人に格別の不利益を課すものとは思われない。そうすると、「承認」により保証債務が中断した場合には、主たる債務の時効援用は許されないと論じたところは、保証人を主たる債務の時効援用権者から除外することの中に解消されることとなる。では、かように解すると保証人は債権者に弁済後、主たる債務の時効完成にも拘らず主たる債務者に求償しうるであろうか。まず保証人は通常は受託保証人なのであり、受託保証人には事前求償権（民四六〇条）が認められているのであるから問題はない。次に委託を受けざる保証人は、そもそも求償しえなくなること覚悟すべきである。

要するに、保証債務の時効が中断するも、主たる債務の時効を援用することによって保証債務を免れることはできないと考える。保証人は主たる債務の時効援用権者たりえないからである。

(1) 大判大正四年七月一三日民録二二輯一三八七頁、大判大正四年一月二一日民録二一輯二〇五一頁、大判昭和七年六月二一日民集一一卷二三号一八六頁、大判昭和八年一〇月一三日民集一一卷一二号二五二〇頁。

(2) 我妻栄『新訂債権総論』(昭和三九年) 四八七頁、於保不二雄『債権総論』(昭和三四年) 二四九頁、中井美雄・注釈民法⑤二三五頁参照。

(3) 川井健・判例評論一三一号一七頁参照。

(4) 星野教授は、「保証人は保証債務の時効消滅を援用すればよく、物上保証人も、抵当権の消滅だけを援用できると解すれば足りる。これらの者を保護するために、債務まで消滅させるのは、他人の債権の処分を認めることとなり、おかしくはないか」(法学協会雑誌〈判批〉八六卷一一号一五四頁)といわれる。

#### 四 詐害行為取消の訴と中断

大審院(昭和一七年六月二三日判決民集二二卷七一六頁)は、債権者が債務者に対する債権に基づいて、受益者又は転得者に対して詐害行為の取消を求める訴を提起し勝訴判決を得ても、たと

え債務者が同訴訟に補助参加しようとして右債権の時効は中断しないと判示<sup>(1)</sup>し、最高裁(昭和三七年一〇月二日判決民集一六卷一〇号三〇頁)もこれを踏襲する。しかし、先にみた中断の範囲

を漸次広げつつある判例の傾向(特に⑥最(大)判昭和四三年一月一三日民集二二卷一二号二五一〇頁、⑦最判昭和四四年一月二七日民集二三卷一一号二二五一頁)からすると、今後、判例の動搖も考えられないではない。それはともかく、判例が詐害行為取消の訴によって債権の中断を認めぬことにつき、我妻博士は、

「訴が時効中断の効力を生ずるのは、その訴の訴訟物となる権利に限るといふ思想の現われであって、賛成することができない」<sup>(2)</sup>として中断を主張され、於保教授は、債権者代位権に準じ、時効の利益を受ける債務者に通知したときは時効中断の効力を生ずる、という提案をしている<sup>(3)</sup>。また小山教授はいわゆる「裁判上の催告」による暫定的時効中断の効力を認めるべきである、と説かれる<sup>(4)</sup>。

思うに、詐害行為取消の訴で勝訴することにより債務者に対する債権が債務名義を取得するものではない。従って、詐害行為取消の訴は右債権の終局的実現への着手と評価しうるほどに強力な権利主張、即ち「裁判上の請求」とはいえない。しかし、詐害行

為取消権は債務者の責任財産を維持することを目的としているから、右権利の行使は、小山説の如く債務者に対する「裁判上の催告」を含み、暫定的中断を生ずると考えるべきである。

(1) 小山昇・判例民事法昭和一七年度三六事件評釈参照。

(2) 本稿第二章第一節二(2)参照。

(3) 我妻栄『新訂民法総則』(昭和四〇年)四五九頁。

(4) 於保不二雄・民商法雑誌四九卷一号九四頁。

(5) 小山・前掲評釈。

## 五 応訴と中断

先にみた如く(第二章第一節二(2))、漸次中断の範囲を拡げつつある判例の傾向は、応訴を「裁判上の請求」に準ずるとして中断を認めることの過程でもあった。従って、応訴が中断事由となるか否かは権利主張形式による中断の基準を考察した段階(第二章第一節二(1))で既に詳述したことになる。即ち、応訴により勝訴するも、当該債権が債務名義を取得するに至るものではないので、判例・通説には賛成しえない。応訴は「裁判上の催告」として債権者に前訴終結後六カ月の訴求可能期間を付与すれば十分である。なお、応訴による消滅時効中断の時点は、当該権利主張の時と解すべきであるから、応訴の時点で時効期間が経過している場合にはもはや「裁判上の催告」としての中断も生じないこと

となる。

(1) なお、民法三〇〇条の解釈とも関連するが、被担保債権の時効完成後も、留置権者は債務者からの留置物引渡請求に対して被担保債権との引換給付を要求できると解さなければ公平に反すると思われる。しかし、ことは時効中断の場面で解決できるものではないので、本文では留置権の主張をも含めて一般的に応訴と中断の問題を考えた。

(2) 大(連)判昭和一四年三月二日民集一八卷四号二三八頁、我妻栄『新訂民法総則』(昭和四〇年)四六〇頁、安達三季生・判例評論一二二号一三三頁、幾代通『民法総則』(昭和四四年)五六三頁など多数説。反対(原告による訴提起の時と解するもの)、山田正三『判例批評民事訴訟法第一卷』(大正二年)三四九頁、兼子一『民事訴訟法体系』(昭和三二年)一七九頁、岡本坦・注釈民法(5)九〇頁等。

## 六 催告を受けた者の債務調査のための猶予懇請

最判昭和四三年二月九日民集二二卷二二二頁は、裁判外で債務履行の催告を受けた者が請求権の存否について調査するため猶予を求めた場合には、民法第一五三条所定の六カ月の期間は、その者から何分の回答がされるまで進行しないとされた。この点については第二審判決の引用する大判昭和三年六月二八日民集七卷八号五一九頁(回答のあるまで催告の効力が存続し、債務を承認

すれば中断となり、債務を承認しなければその時から六カ月の期間が進行するというの先例があり、学説も多くはこれに賛成している。しかし、その理論構成は明確にされているとはいえない。本判決は、催告の効力が存続するとせず、回答のあるまで六カ月の期間が進行しないとされている点で右昭和三年判決と表現をやや異にするが、両判決とも債務者の回答がない場合についてはふれられていない。では、債務者が催告を受けたのに応じ、債務調査のための猶予を求めた場合に時効の進行はどうなるか。学説が概ね催告の解釈からアプローチするなかで、本件の事案に即すれば、催告の効力でなく、債務者の(一応の、一種の条件附)承認をも総合して時効中断の有無を決すべきであった、との川井教授の見解が注目される。つまり、調査のための猶予を求めたことにより、「一応の承認」一応の時効中断があり、その後、確定的に債務の存在を認める回答をしたならば、ふたたびその時点で「承認」があったとみればよく、もし、債務の存在を否定する旨の回答をしたならば、承認こそなかったとしても催告の効力だけは生かし、民法一五三条の適用上、右の回答があった時から六カ月内に正規の中断手続をとれば中断の効力を認めてよい、と説かれる。債務の承認は債務者から一方的になされることはまれで、債

権者の催告に促されてなされるのが通常であるから、川井説の視点は正しいといえるべきであろう。

思うに、債務調査の猶予を債務の「承認」として解釈する学説の少なかつた理由の一つは、「承認」を觀念の通知たる債務存在の認識の表示とするため、債務調査の猶予<sup>11</sup>「承認」とは解釈しづらかつたからであらうか。しかし、債務の「承認」とは権利主張形式による中断を不要と思わせる信頼を惹起せしめる行為と解する立場では、債務存否の調査の猶予を求めることは、調査の上債務が存在すれば支払う意思が含まれているとみられるから、債権者の訴え提起等による時効中断行為を不要と思わせる信頼を惹起せしめるに十分であり、従って、中断事由たる「承認」に該たることになる。そして、のちに確定的に債務存在を認める回答があつた場合には、最初の「承認」(債務調査の猶予懇請)により中断して新たに進行中の時効が再び中断されることとなる。もし、債務の存在を否定する回答がなされるか、もしくは何ら回答がなかつたとしても、これをもって権利主張形式による時効中断を不要と思わせる新たな事態とみることはできないので、当初の猶予懇請<sup>12</sup>「承認」による中断後の新たな消滅時効は進行し続ける。

(1) 本件の批評、解説として、星野英一・法学協会雑誌八六巻五号七七頁、川井健・民商法雑誌五九巻二号八六頁、野田宏・法曹時報二〇巻六号一二五頁等。

(2) 判例民事法昭和三年度五一事件小町谷評釈参照。

(3) 小町谷・前掲評釈、我妻榮『新訂民法総則』(昭和四〇年)四六五頁、柚木馨『判例民法総論下巻』(昭和二七年)三九六頁、川島武宜『民法総則』(昭和四〇年)四九〇頁、川井健・注釈民法(5)一一〇頁等。但し、幾代通「時効の中断」(総合判例研究叢書民法(8)六八頁は疑問とされる。

(4) 我妻・前掲書四六五頁は「立法の趣旨に適する」といい(民法一五三条の立法趣旨については、川井健・注釈民法(5)一〇一頁以下に詳しい)、小町谷・前掲評釈は「斯る回答の猶予を求められた者が之を承諾した場合には、其者は自己の債権を行使せざる債務を負ひ、其間債権を行使することが出来ないものであるから、其間は民法第一五三条所定の六ヶ月の期間の進行を停止するものと解する」と説く。また、川井・注釈民法(5)一一〇頁は「信義則」の見地からこの結論を支持する。しかし、幾代・前掲六七頁以下は、小町谷・前掲評釈の所説を傾聴すべき見解としながら「ただ少くとも、時効に關する他の規定や、それらに關する判例理論を見ると、そこにはかなり形式的厳格さが流れているように思われるので、本件判決がそれらと必ずしも一貫しないものをもっていることは否定できないであろう。……時効の公益的制度的たる

面をやや軽視する嫌いなしとはしない」として疑問を投げかけるが、星野・前掲最判昭和四三年評釈八〇頁は、そこでも「公益」の意味が十分明らかでなく、消滅時効も第一には債権者・債務者間の関係であると解すべきであるから、「形式的厳格さ」を要求するのは必ずしも適当でないという。

(5) 注(1)-(3)参照。

(6) 川井・前掲評釈。

(7) 従つて、川井説のような「一応の承認」ではない。

(8) もつとも、権利主張形式(訴の提起)による中断が、最初の「承認」(債務の存否調査のための猶予懇請)による新たな時効期間中になされていれば、二度目の「承認」による中断を論ずる必要はない。

#### 七 消滅時効完成後の債務承認

民法一四六条「時効ノ利益ハ予メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス」の反対解釈として、時効完成後は時効利益(援用権)<sup>(1)</sup>を放棄し得ると解されている。しかし、消滅時効完成後、債務者が放棄も援用もしないで、減額懇請・猶予懇請・一部弁済・弁済約束等のいわゆる消滅時効完成後の債務の承認をした場合の規定を欠くがため<sup>(2)</sup>に、その法的処理は解釈上の疑問とされている。即ち、この問題は民法学上の有名なポレミクの一つであり、判例・学説も多数

にのほる。だが、結論は概ねいわゆる消滅時効完成後の債務の承認により債務者は援用権の行使を許されなくなるという点では一致している。しかし、私見は右結論に反対するものである。そこで、従来の判例・学説の分析は既に詳細になされていることでもあり、ここでは私見の展開に必要な限りで判例・学説を概観し、この問題を検討する。

大審院は、消滅時効完成後の債務の承認により債務者が援用権を行使できなくなるか否かという問題を「時効完成シタル場合ニ在テハ此承認ニ依テ時効ノ利益ヲ拋棄スル効ヲ生スヘキハ極メテ明白ノ事由ナリトス」<sup>(4)</sup>として、最初から時効利益(援用権)の放棄の角度から追求した。そして時効利益の放棄に関しては「時効ノ拋棄ハ完成シタル時効ノ効力ヲ消滅セシムルノ意思表示ナレハ完成シタル時効ノ存在ヲ知ルニアラサレハ之ヲ為シ得ヘキモノニアラス」<sup>(5)</sup>とし、時効完成を知らずして債務の承認をしても時効利益の放棄にはならないとした。しかし大審院は大正六年二月一日民録二三輯三一頁の判決において「普通債権カ十年ノ時効ニ因リテ消滅スヘキコトハ一般周知ノモノト認ムヘキモノナルカ故ニ右期間ヲ經過シタル後ニ至リ債務者カ債務ノ承認ヲ為シタルトキハ時効完成ノ事実ヲ知りテ其承認ヲ為シタルモノト一応推定ス

ルヲ妥当ナリトス」<sup>(6)</sup>として、以後、判例の主流は債務者側に時効完成を知らないことについての立証責任を課し、しかもその立証を容易には認めないため、時効完成後債務の承認がなされた場合には事実上時効完成の知・不知を問わず時効利益の放棄の効果を認めてきた。<sup>(7)</sup>この判例理論は最高裁においても承継されたが、<sup>(8)</sup>高裁大法廷判決昭和四一年四月二〇日民集二〇巻四号七〇二頁は、時効完成の知の推定は経験則に反するとの学説の批判を容れ長期に亘って確立されていた前記推定理論を裁判官全員一致で変更するとともに債務者が消滅時効完成の事実を知らない場合でも、時効の援用は信義則により許されないとした。<sup>(9)</sup>

この問題に対する学説の態度は、援用権の行使を否定する結論については圧倒的支持を与えている。しかし理論構成に関しては、消滅時効制度の根拠・完成の効果・援用の性質等については見解に左右される結果、それらについての見解と同様、多岐に分れ、各説共に批判を受けるところとなっている。<sup>(10)</sup>しかしながら、右大法廷判決を導いた諸学説の中でも、特に注目すべき、従って検討すべきは川島説であろう。右大法廷判決は、援用権喪失のカテゴリーを説く川島説に最も近似しているように思われるからである。<sup>(11)</sup>

先ず、援用権喪失の理論構成から検討する。援用権の行使が許されなくなる場合として、援用権の「放棄」とは区別されるところの援用権の「喪失」を考えるのは次の理由による。即ち、「一般に或る権利を放棄するには、その権利の存在を知っていることを要する、と解すべきである」<sup>(15)</sup>から、援用権の存在（発生）を知らない場合を援用権の「放棄」に含めることはできないというのである。自明の如くであるが疑問がない訳ではない。つまり、民法一四六条が時効完成前の援用権の放棄を許さないということ、時効完成前の援用権放棄の可能を前提とするものであり、また完成前の放棄にあっては援用権未発生のために援用権発生を知り、従って、援用権発生を知は援用権放棄の要件ではないともいえそうだからである。しかし、やはり放棄の効果意思は時効完成の前後で異なるのが素直であろう。つまり、完成前にあっては将来発生するかもしれない権利の放棄、完成後にあっては既に発生した権利の放棄が効果意思の内容であり、従って、後者にあっては時効完成（援用権の発生）の知が要件になると考えたい。そうすると、川島説が時効援用権者の効果意思に関係なく生ずる援用権の「喪失」を説くのは、時効完成の知を推定する従来の判例の「法的構成の外被におおわれている法的判断そ

ものの構造を<sup>(14)</sup>「見」したものととして評価されるであろう。もっとも、喪失理論は「放棄そのものと要件において区別があり、とりわけ伝統的な意思理論からの解放はあるとしても、結果的には放棄があったのと同様に扱われる」のであるから、「援用権の喪失を放棄とは全く別個の独立した制度として扱うことは、必ずしも意味があるとは思われない」<sup>(16)</sup>との批判もある。しかし、例えば、「放棄」の場合には消滅時効の再度の進行はなく、「喪失」の場合には再度進行するとの考え方をすれば、「放棄」と「喪失」とを区別する意味はあろう。

では、援用権の喪失は従来の時効理論からはどのように位置づけられるか。まず、「喪失」を主唱される川島法定証拠説と喪失理論は矛盾するように思われる。なぜなら、先に述べたように、「法定証拠」の意味するところから、実体関係を「消滅時効期間内での債務消滅」と考えると、時効完成後の債務の存在を前提とする喪失理論は理解し難いからである。<sup>(17)</sup>ところで、このことは、喪失理論を組み込んで川島法定証拠説を再構成すると、法定証拠説の内容は異なっており、川島説が修正をせまられることを意味しよう。そこで、喪失理論は法定証拠説に矛盾しないものとし

て法定証拠説を眺めるとどうなるか。喪失理論は消滅時効期間内に債務が弁済等によって消滅していない場合のあることを前提としている。即ち、消滅時効期間内での債務消滅を必然とは見ていないことになる。従って、川島説もまた、消滅時効完成による債務消滅の蓋然性は高くとも、それは必然性ではないということを確認するものであるならば、消滅時効の完成に（弁済による）債務消滅の推定を見る星野説に近づくこととなる。要するに、「法定証拠」から眺めると喪失理論は矛盾し、逆に、喪失理論から眺めると「法定証拠」は意味を失ない、両者は馴染まぬように思われる。次に、確定効果説・解除条件説では、消滅時効の完成により権利が消滅するのであるから、理論的には援用権の喪失は認められない<sup>(18)</sup>。これに対して停止条件説では、援用のないかぎり債務ははまだ消滅していないのであるから、時効完成後の承認は時効利益の放棄か否かという問題に触れることはなく、時効完成前の承認に準じて時効中断と同様の効果を認めうる、とやや苦しい説明をすることになる。この点については後述する。結局、推定的時効観以外の学説と援用権の喪失とは整合性を欠くといえよう。しかしながら、その一事をもって喪失理論を否定する訳にはいかない。重要なことは結論の妥当性である。その結論が論理的帰結

であることもまた大切であるが、論理的説明が未だ熟していないということをもって妥当な結論を斥けてもよいということにはならないからである。従って、以下では昭和四一年大法院判決の実質的根拠を検討したい。

右大法院判決の核心は次にある。①「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」、②「相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考えらるであろうから、その後においては債務者に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」。①は、禁反言・外観法理を暗示するかの如くである。しかし、わが国の場合、禁反言や外観法理は個別的規定に活かされているが、一般条項としては信義則に吸収されている。そこで、①をも含めて判例の根拠は信義則に求められていると解してよからう。そしてこの信義則の内容は②で述べられているように、債務者の承認により債権者は債務を履行してもらえたとの信頼を有し、その信頼は保護されるべきである、<sup>(20)</sup>というところである。従って、この問題は右信頼が法的保護に値するか否かという点に集約されよう。本判決に一人反対の判例批評をされる西村教授は、そもそも債権者は右信頼を置く筈はないとして次のよう

に述べ<sup>21</sup>る。①「時効完成の事実を知らないからこそ債務の承認をするのが通例である以上は、債権者としても、時効完成後に債務の承認をした債務者は時効完成の事実を知らずにしたものと同知するのが当然であり、従って、……常識のある債権者であれば、時効完成後に債務者が債務の承認をした場合には、むしろ、後日に至りもし債務者が債務承認の当時において既にその債務が時効にかかっていたことを覚知したときは、時効の援用をすることも知れないということを考えるのが普通であろう。」②「その際、債権者もまた時効完成の事実を知らなかった（あるいは、時効制度そのものについても知識がなかった）とすれば、「債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考える」などということはあり得ない。」③「もしそれ、債権者自身は時効完成の事実を知っていたとすれば、この事実を知らない債務者が債務の承認をした場合に、その債務承認を楯にとつて、後日に至り時効完成の事実を覚知した債務者に対して、汝はすでに時効完成後の時点において債務を承認しているのだから、もはや時効を援用することができない、と主張することは、債務者の無知に乗ずるものといふべきであり、債権者の方が却つて信義則に反するものといわねばならぬ。」

緻密な分析に基づいた論理的な批判であり、正鵠を得ているといふべきであろう。しかし、注意を要するのは②の指摘である。確かに、債権者の側でも債務の承認当時、時効完成を知らないか、あるいは時効制度そのものを知らなかった場合には、判旨のように、債権者が「債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考える」というのは理が通らない。しかしながら、かような債権者が、債務者の承認行為を契機として、債務者は後日債務を履行してくれるであろうとの期待ないし信頼を實際に寄せることは往々にしてあるのである。即ち、時効完成を知らない、もしくは時効制度そのものを知らない債権者は、時効完成後の債務の承認により「債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考える」ことはなくとも、「債務者は後日債務を履行してくれるであろうと考える」ことはあるのである。その理は時効完成を知る債権者にあつても同様である。そして、債権者のこの期待ないし信頼を、債務者が惹起せしめたことに着目して、以後、援用権の行使を許さずとすることが果たして妥当か否かということこそ問われねばならないのである。判旨の文理をつぶさに検討批判し、理論的には債権者に信頼は生じないとの、西村教授の鋭い指摘にも拘らず、他の学説の賛成を得られなかった一因は、おそらく、判

旨も言外に含んでいたであろう、実際に生じた債権者の信頼の保護の要否の側面について言及されなかったからではあるまいか。

思うに、昭和四一年判決が意思推定による黙示の援用権放棄という法律構成から離れ、最判昭和四五年五月二一日民集二四巻五号三九三頁が援用権喪失後の消滅時効の再度進行を認めたことにより、判例上は喪失の効果は中断と等しくなり、従って、時効完成後の債務承認を時効中断事由としての債務承認と同じものと考へうる余地が生ずるにいたった<sup>(22)</sup>。また、判例上、喪失事由としての承認と中断事由としての承認が同じものと考えられているか否かは問わないにしても、少くとも、援用権喪失により債権者の請求可能期間が延長することは疑いなく、従って、この点では中断と同視できよう。それ故、債権者の信頼が法的保護に値するか否かは承認が中断事由とされる根拠に照らして判断することが許されるであろう。かような視点から検討すると、債権者が債務の承認により債務者は後日債務を履行してくれるであろうとの期待ないし信頼を寄せたにしても、右信頼は法的保護に値しないものと思われる。なぜなら、時効完成前の承認が中断事由とされるのも債権者の信頼を保護するためであるが、その信頼が保護されるのは、債務者によって惹起された信頼のために債権者が権利主張形

式による中断行為を控えている間に、時効を進行・完成させ債務者に時効利益を付与することは不当だからである。つまり、債権者の信頼保護は、債権者に中断行為に出る手段が残されていることが前提であり、時効が完成して債権者が中断行為に出る可能性を失ったあとでは、法的保護に値する債権者の信頼は存在しないというべきである<sup>(23)</sup>。にも拘らず、援用権の喪失を認めるとすれば、それは、承認が中断の根拠とされるのは承認が当の権利の存在を推認させる強力な証拠となるからである、とする訴訟法説の立場につながらざるを得ない。ところが、実体法説をも含めた学説がこぞって昭和四一年判決の結論を疑わないのは、時効学説の複眼的視点とモザイク的解釈の一例として批判する以前に、不思議な感すら覚える。具体的事案において援用権の喪失を認めるか否かは、価値判断としても微妙な問題であることは喪失理論を主張される川島博士の本件評釈<sup>(24)</sup>からも窺えるところである。また、わが国の喪失理論は債務者に時効利益を認めない範囲が広く、比較法的にも独特であることは既に指摘されている<sup>(25)</sup>。かような状況からしても、本判決の結論の賛否は大きく分かれてもよかつたのではなからうか。結局、ここでも問題の解答は時効観にまで遡らねばならなくなる。債務者といえどもいつまでも履行を強制され

る不安定な地位に置かれるべきではないと考えるか、それとも債務はあくまで履行されるべしと考えるか。私は前者を採るのである。価値判断が対立する場合でも、何れを採るか、法解釈上は一定のルールがあるはずである。それをも含めて、私見の妥当性は第一章で論じたつもりである。

なお、私見においても消滅時効制度そのものが債権者と債務者の保護の調整を目的としたものと考えるのであるから、債務者の一定の行為に着目し、援用権行使を封ずる解釈の道を初めから閉ざすものではない。しかし、右調整は援用権の発生(時効の完成)を阻止する方向で、例えば、中断の基準の設定及びその基準の適用において柔軟な解釈(もっとも、法的安定性の要請を顧慮しなければならぬ)をするとか、債権者が中断行為に出ることを困難にしておきながら時効を援用するのを信義則で封じ<sup>(20)</sup>等、時効完成前の当事者の行為を問題とする方向でなされるべきである。消滅時効制度は債権者といえども債務を免れる制度であり、時効利益は、債務者が時効制度を知っているか否か、時効完成を知っているか否かに拘らず画一的に付与されるのであるから、ひとたび時効が完成した以上、当の債務者が時効利益を享受するや否やは、専ら債務者の意思いかんにかかわっているといわなければ

ならない。従って、時効完成後の債務者の行為を信義則を持ち出して評価し、援用権を喪失せしめるべきではない。のみならず、「放棄」の認定にあたっては、基本的には放棄意思のある場合にのみこれを認めるべきである。立法論としては、あえて法文に「放棄」を持ち込む必要はなく、時効完成後は債務者の任意弁済に任せるとすることも考えられるであろう。しかしながら、わが法が民法一四六条を置く以上、その反対解釈として援用権の放棄を認めざるを得ない。そこで、解釈としては、まず、時効完成後の放棄は時効完成の知を要し、大正六年以来の推定理論は変更され、完成の不知を推定すべきである。つぎに、援用権放棄の効果意思の認定も慎重になされるべきである。かようにして援用権の放棄ありとされても、放棄の効果としては、永続的債務は認めべきではないと考えるので、消滅時効は再度進行すると解すべきである<sup>(21)</sup>。これを具体的事案に即して述べよう。

昭和四一年判決は、書面(手紙)による減額懇請(利息・損害金の免除と分割払)についての事案であり、わが国では、債務承認ということばがかなり広義に用いられていることとあいまって、この大法廷判決の射程距離は必ずしもはつきりしてはいない。しかし、減額懇請の他に、従来の判例に現われた事案を、一

部弁済・猶予懇請・弁済約束等に類型化してみると、これらの場合にも援用権が喪失するという結論は予測される。しかし、たとえ債権者に時効完成の知があらうとも、一部弁済にあっては残債務について、減額懇請・猶予懇請にあっては全債務について援用権行使の可能性を背後に留保しつつ、出来るかぎり債務を弁済しようとして、かような承認行為に出るのが通常であろう。ところが、本判決の出現により、ひとたび債務の承認がなされると、とたんに債務者の全く予期しない法的効果を認めることになる。そうすると、可能な限り任意の弁済をしていこうとする、その意味では法の要求する以上に良心的な債務者も、安んじて履行に着手することが出来なくなるであろう。僅かに、援用権の放棄が認められるとすれば、それは弁済約束の場合であろうか。しかし、これとても単なる弁済約束に放棄意思を認めるべきではなく、例えば、援用権不行使の旨を記した書面が差し入れられた場合等にはじめて時効完成不知の推定が破れるとともに、放棄意思が認定されるべきである。

「喪失」を広く認めると、消滅時効制度を知る債務者はいわゆる債務の承認をしなくなるであろう。そうすると、判例・学説は債権者を保護しようとしながら、実際には債権者の債権回収を困

難にすることとなる。もし、せめて消滅時効制度を知らぬ債務者が債務の承認をした場合には、債務を強制履行させようというのであれば、これこそ債務者の無知に乗ずるものといわなければならぬ。要するに、消滅時効完成後は法の関与せぬところであり、債務者が明確に援用権を放棄せざる限り、消極的に、既になされた給付についてのみそれを債務の有効な弁済と認めるにすぎない、と考えるのが妥当かつ理論的であると主張するものである。

(1) わが国では、時効学説の対立とあいまって、「完成」というと、あたかも権利が消滅するかのような、従って、確定効果説のニュアンスを含んでいる。しかし、ここでは時効期間満了を意味する慣用語として用いられていることはいうまでもない。その点、ドイツでは消滅時効の完成 (Vollendung) により永久的抗弁権 (給付拒絶権) が生ずるのであるから問題はなない。もつとも、この抗弁権は、相手方の請求があればそのつど行使されなければならないのか、再訴においても再度行使されねばならないのかは問題であろう (於保不二雄「抗弁権」民事法学辞典(上)五六五頁以下参照)。この抗弁権によつて阻止された請求権が、経済的にはあたかも存在せざると同様にならうとも (quasi nulla obligatio) 法律上はなお存在するとすれば、例えば既判力の効果を一事不再理とみる

か、矛盾判断の禁止とみるかによつて扱ひを異にすることになるのであろうか。なお、フランス法においては、Pothierの流れをくむ学者は消滅時効をもつて単に訴権の時効と解するが、Dunod 及び Donat の流れをくむ学者は、これをもつて実体権自体を消滅せしむるところの権利の時効と解している、との説明がある（柚木馨〈判例批評〉民商法雑誌九卷四号一九三頁）。わが民法においては、消滅時効の完成により援用権が発生し、援用権の行使により権利は消滅すると考える。従つて、時効完成の知・不知に係わりなく、援用前の給付は有効な弁済になり、援用権行使後に給付した場合には、援用権行使により、既に債務の自己に存在せざることを知つて弁済したものととして、返還請求は許されなくなる（民七〇五条）と考える。

(2) 旧民法はボアソナーの見解に従ふ（Boissonade, *Projet de code civil*, 1891, t. IV p. 867 et s.）時効の性質を法定の証拠として捉え、この立場から、フランス民法（二二二〇条—二二二二条）にならつて時効の放棄を規定した（証拠編一〇〇条—一〇三条）。しかし、これをもつて「旧民法にはかなり周到な用意があつたものと評価される」（内池慶四郎「時効完成後の債務の承認」演習民法（総則・物権）二九五頁）かは疑問である。やはり、時効利益の「喪失」の問題は解釈にまたなければならぬと思われるからである（その際、証拠編一〇九条第五・一一八条以下の、中断事由として

の任意の追認は一つの手がかりとならう）。なお、時効完成後の弁済は、推定的時効観からして、おそらく（内池・前掲同頁は、財産編五六三条一項から、「常に」と解されるようであるが）有効と考えられたであらう。

現行民法の起草者は実体法説を採用しながらも（梅謙次郎・法典調査会議事速記録四卷一四六丁以下）、時効の放棄については旧民法の規定を一ヶ条にまとめ、意味に変更はないとした（前掲速記録一六六丁以下）。

(3) 遠藤浩「時効の援用・利益の放棄」総合判例研究叢書民法(8)一三〇頁以下、於保不二雄「時効の援用及び時効利益の放棄」法曹時報五卷七号一頁以下、川井健・注釈民法(5)五四頁以下、注(8)の評釈等参照。

(4) 大判明治四四年一〇月一〇日民録一七輯五五二頁。

(5) 大判大正三年四月二五日日民録二〇輯三四二頁。事案は、時効完成後の手形債務に債務者が利息をつけて支払う旨を特約したもので、大審院は時効利益を放棄したものと認定した原判決を破棄。なお、大判大正四年三月一日民録二一輯三七頁、大判大正四年一二月二三日民録二一輯二七九頁、大判大正八年五月一九日日民録二五輯八七五頁、大判大正一〇年二月七日日民録二七輯二三三頁も時効の放棄を認めない。

(6) 大判大正六年三月一二日日民録二三輯三六〇頁、大判大正六年四月二六日日民録二三輯六七二頁、大判大正一〇年二月一四日日民録二七輯二八五頁（判例民法一五事件）、大判昭和二年

六月八日新聞二七三二号一四頁、大判昭和一〇年三月十五日新聞三八二二号一六頁、大判昭和一〇年二月二十八日新聞三九四一八頁、大判昭和十一年一月一日民集一七卷二一七号二二〇二頁(判例民法法二八事件)等。但し、判例の中には時効完成の不知の立証を認め、あるいは時効完成の知の推定に言及することなく、時効利益の放棄なしとして時効援用を肯定するものも幾つかある(大判大正八年五月十九日民録二五輯八七五頁、大判大正一〇年二月七日民録二七輯二三三頁、大判昭和六年二月三日民集一〇卷一二号一一五九頁、大判昭和四年二月二日民集一八卷二二二頁、大判昭和七年三月一日新聞四七七六号一六頁等)。従って、判例は時効援用を許すことが妥当か否かをかなり具体的に考慮していたとの評価(内池・前掲二九八頁)もでてくるのである(但し、五十嵐清・判例評論九五号二二頁は、その点不明とする)。

(7) 最判昭和三五年六月二三日民集一四卷八号一四九八頁。本件の批評として、於保不二雄・民商法雜誌四四卷一四二四頁、三淵乾太郎・法曹時報一二卷八号八九頁。

(8) 本件の批評・解説として、五十嵐清・前掲、川島武宜・法学協会雜誌八四卷四号七四頁、西村信雄・民商法雜誌五五卷六号九三頁、四宮和夫・昭和四一・四二年度重要判例解説(ジュリスト増刊)三〇頁、乾昭三・法律時報三八卷一〇号一一一六頁、柘田文郎・法曹時報一八卷六号一〇八頁、高木多

喜男・民法の判例(第二版)三七頁、遠藤厚之助・民法判例百選一九四頁、水本浩「大法院判決巡歴・時効完成後の債務の承認」法学セミナー二一九号四〇頁、内池慶四郎・前掲、遠藤浩「時効利益の放棄」判例演習民法総則(増補版)二四五頁、平井一雄「消滅時効完成後の債務の承認」判例と学説二一四〇頁、同・民法学一九四頁、岡孝「時効完成後の債務承認」民法の争点七八頁等。

(9) 我妻栄・判例民法大正一〇年度一四事件評釈、末弘蔵太郎・判例民法大正一〇年度一五事件評釈、川島武宜『民法I』(昭和三五年)六五頁。

(10) なお、消極的理由づけとして、「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」と説くが、あまり意味がない(本件評釈者のとり扱いも同様)。

(11) 詳細は、川井・前掲六〇頁以下参照。

(12) 本判決が、援用権の喪失(川島説)を認めたものか(川島・前掲評釈七七頁、高木・前掲四〇頁。なお、川井・前掲六一頁は援用権の喪失は放棄に準じた扱いをなせば足りるとする)、それとも援用権の行使が許されないということを認めたいにすぎないものと解するか(柘田・前掲一一二頁、五十嵐・前掲二二頁は、於保説へ於保不二雄『民法総則講義』(昭和二六年)二九四頁、同・前掲論文二三頁)にもっとも近似するという。なお、平井一雄・判例と学説二一四八頁、同・民

- 法学一二九五頁)、見解は分れている。本判決を時効期間満了により実体法上の権利消滅の効果が生ずるとする従来の判例(大判明治三八年十一月二五日民録一輯一五八一頁)の態度(確定効果説)の延長線上に理解しようとする(後者にならう。逆に、前者に立つと、本判決は従来の判例の態度から離れたとみる(四宮・前掲三一頁。但し、四宮教授は本判決は援用権の喪失を認めたものであると明言するものではない)ことができよう。しかし、最判昭和四五年五月二一日民集二四卷五号三九三頁が、債務承認後に再度完成した時効の援用を認めたことにより、後者では「論理的にいえば、援用権があるのだから、承認の時から消滅時効が進行するということは矛盾である」(遠藤浩・民商法雑誌六五卷一号一六二頁)から、判例は援用権の喪失を認めることが明らかになつたといえよう(遠藤浩・法学教室(第二期)二号一八九頁、同六号一七一頁)。
- (13) 川島武宜『民法総則』(昭和四〇年)四六四頁。
- (14) 同前・四六六頁。
- (15) 川井・前掲六二頁。
- (16) 遠藤浩・民商法雑誌六五卷一号一六三頁。なお、五十嵐教授は最判昭和四四年一月二七日民集二三卷一十一号二二五一頁(抵当権設定登記抹消登記手続請求訴訟の応訴と被担保債権の消滅時効の中断の事実。判旨は時効完成後の債務承認による再度の時効進行を当然の前提とするかの如くである)の

批評で、「一旦援用権の喪失があつた場合にはもはや時効は進行せず、時効権者の保護のためには他の手段(信義則による個別的救済とか一般の時効期間の類推とか)を考へるといふ解決もありえたと思う。……しかし、「最判昭和四五年五月二一日」の出現は、この解釈論の可能性をほとんど奪つてしまつた」といわれる(民商法雑誌六三卷一号一三八頁)。

- (17) 本稿第一章第三節三(2)参照。消滅時効を債務消滅の法定証拠とみるならば、そもそも「喪失」を論ずる以前に、「放棄」すら認められないことにならう(遠藤浩「時効利益の放棄」判例演習民法総則(増補版)二四七頁参照)。

- (18) 確定効果説では、時効利益の放棄は時効の効果(権利消滅)を利得せぬ旨の一方のかつ不要式の意思表示であり、時効完成を知つてなした弁済・承認は時効の放棄とみられるが、これを知らなかつた場合には「不当利得ノ原則ニ従ヒ其給付シタルモノヲ取戻スコトヲ得ベキハ当然」(富井政章『民法原論第一巻総論下』(明治三七年)五四七頁)とされている。確定効果説では、そもそも「喪失」を論ずる以前に、「放棄」を説明することすら難しくなる(内池・前掲三〇〇頁参照)。この理は解除条件説にもいえよう。解除条件説でも「拋棄ハ完成シタル時効ノ利益ヲ受ケザル旨ノ意思表示ナラガ故ニ時効中断ノ原因タル承認ト異ナリ時効ノ完成ニ付テ認識ヲ有セザルトキハ拋棄ノ意思アルベカラズ」といい、従つて「時効ノ完成ヲ知ラズシテ為シタル弁済ハ拋棄ノ意思ヲ

伴フモノト解スルコトヲ得ザルモ其ノ知ラザリシコトニ付テ

ハ弁済者ニ於テ举証ノ責任ヲ負フモノト解スルヲ正当トスベシ」(鳩山秀夫『日本民法総論下巻』(大正一三年)五九一頁)

として、举証責任から解決することになる。

(19) 穂積重遠・判例民法大正一〇年度一五事件四八頁。

(20) 内池・前掲三〇二頁参照。

(21) 西村信雄・民商法雜誌五五卷六号九三頁以下。

(22) 藤岡康宏・法学協會雜誌八九卷一号一一六頁参照。

(23) 遠藤浩「時効利益の放棄と承認」判例時報編集部編・民法基本問題一五〇講一(昭和四一年)二五〇頁は、時効完成前の承認と完成後の承認を、「それ迄経過した時効の流れが無意味になつた」という視点から両者を同様に扱おうとしている。しかし、これは両者の効果を同じものとみてから論じており無意味である。両者の効果を同じものとみるか否かこそが問題なのである。また、内池・前掲三〇二頁は時効完成後の弁済・承認により時効の援用が否定されるのは債権者の信頼保護にあるとする(なお、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」私法二八号九一頁は、承認による中断の根拠を債権者の信頼保護に求められている)。ここでは、時効完成前の承認と完成後の承認とは同視し得ないとしながらも、両者に同様の効果を認めている。ここでも、時効完成後の債務承認により生じた債権者の信頼が、何ゆえ法的保護に値するののかの説明は不十分であ

る。

(24) 川島武宜・法学協會雜誌八四卷四号七四頁。なお、柚木馨・

民商法雜誌九卷四号一八六頁(大判昭和十三年一月一〇日の批評)と同『判例民法総論下巻』(昭和二十七年)三六九頁を参照せよ。改説されたようである。

(25) 五十嵐清・判例評論九五号二一頁。フランス民法では、時効の放棄は明示又は黙示にこれをなすことができ、黙示の放棄は既得の権利の放棄を推認させる「事実」(fait)から生ずるとの規定があるため(フ民二二二一条)、放棄の認定は比較的容易である。放棄の認定は、右「事実」の認定が前提となるため事実審裁判所の権限とされ、履行の猶予懇請、債務の額のみを論ずることも時効利益の黙示の放棄と解されてゝ(Plantol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VII, 1954, n<sup>o</sup> 1389)。これに対してドイツ民法はやや制限的である。下民二二二条二項は、消滅時効完成後の給付・契約による承認・担保設定があつたときは、たとえ時効完成を知らないでそれらの行為がなされた場合でも、のちにそれらの効力を否認できない旨を規定する。ここで問題となりうるのは、契約による承認 (vertragsmäßiges Anerkenntnis) である。しかし、この承認は下民二〇八条の中断事由たる承認とは全く異なるとされ、制限的である。即ち、第二委員会はこの承認を現行民法七八一条の抽象的債務承認(大塚龍児「原因関係と人的抗弁」Law School 一八号

四九頁、吾妻光俊「抽象債務理論に於ける抽象債債務約束の地位」東京商科大学研究年報法学研究三二五七頁以下参照）と考えていた（Protokolle 1, S. 235）のべ、下民七八二条・下商三五〇条の場合を除き、書面形式を要すると解されている。もともと、書面によるなご deklaratorische Anerkennung であり、この説もさうだが、（Staudinger = Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 11. Aufl., 1957, § 222 Rz 7 以下、Staudinger = Diederich, 12. Aufl., 1980, § 222 Rz 6 は改説）、場合によっては抗弁権の放棄（Verzicht）となるにすぎないと解するのが一般である。しかし、放棄は時効完成（の可能性）の知を要件とするから、書面によるゆる承認が放棄に該たらなごともあり（v. Feldmann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1978, § 222 Rz 6）。例えば、何らの留保のなご一部弁済でも、契約上の承認ではなく、残部についての消滅時効の放棄でもなご（Soergel = Augustin, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 11. Aufl., 1978, § 225 Rz 4）なご、イス債務法六三条二項、イタリヤ民法二九四〇条は時効完成後に任意で弁済した場合は返還請求し得ない旨を規定する。（26）時効の援用が、場合によっては不当な権利行使として信義則によって否定されるという考えは、ドイツにおいては古くから判例で認められてきたことである。ラレンツの言葉を借りると「債務の存在を知って消滅時効の抗弁権を主張するこ

とは、法秩序がそれを許しているのであるから、許されない権利行使ではない。だがそれは、債務者があらかじめ彼の反対権（Gegenrecht）を行使しないであろうという外観を作出し、それによって意図的に、もしくは意図的ならずとも、債権者が消滅時効の中断を目的として訴を提起するのを妨げた場合には不当な権利行使となりうる」のである。即ち、そこでは、債権者が債務者の態度から自分の請求権が満足させられるか、あるいは争われるにしても消滅時効以外の実体的抗弁によるものと考え、時効期間満了前に請求しなかった場合がこれにあたることとしてる（Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 1980, § 14 IV S. 230）。そのべ、Lehmann, Das Anerkennung ver-jährter Forderungen, JW 1937, S. 2169 f. は、二連のユイツ判例に依拠して、下民二二三条二項の契約上の承認の要件が緩和されたとする。

五十嵐・前掲評釈二二頁は、時効の解釈に信義則を持ちこむことに批判的であるが、私見も、消滅時効完成後の債務者の行為に信義則をもちこむことに反対するものである。

なお、スビローも利息や一部の弁済、免除や猶予の懸請等が、ただちに放棄になるものではないという。債務者があらゆる手段を留保しておこうとするのは極めてありうることだからである。また、スイス債務法一三五条一号（中断事由としての承認）の類推は許されないとする。時効完成後は債務

者の態度が債権者の中断行為を妨げることはもはやないからである。従つて、例えは、Emnecerus = Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, § 237 II 2 が利息の支払いを放棄とみるのはいきすぎであるとする (Spiro, a. a. O., Bd. I, S. 549 f.)。

(27) ドイツでも「放棄」により消滅時効は再度進行すると解されている (Staudinger = Dlicher, a. a. O., § 222 Rz 16)。なお、フランス法について、放棄と同時に新たな時効が進行するという説明がある (風間鶴寿・千野国丸『消滅時効の法理と実際』(昭和一四年)〈銀行問題研究会〉五九頁)。

### ま と め

債務の履行されるべきは法秩序の基本的要請である。しかし、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もまた否めない。消滅時効はこの対立する要請の調和を図った制度であると考へる。つまり、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との要請(第一の要請)と、②債務は履行されるべきとの要請(第二の要請)の調和を図り、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と解する。従つて、消滅時効中断の基準も、第一の要請に対応して権利主張形式による中断の基準が、第二の要請に対応して債務承認形式による中断の基準が導かれる。

権利主張形式による中断の基準は、原則として債務名義取得に至る一連の手續に接続する権利主張の有無であり、債務名義取得後は強制執行行為の有無である。これを「裁判上の請求」(民一四九条)についていえば、「給付の訴の提起」であり、確認の訴が認められるのは、例外的に確認の利益が有る場合にすぎない。

そうすると、判例・学説が「裁判上の請求」に準ずるとして中断効を認めてきた場合の取り扱いが問題となる。ここで「裁判上の請求」に該たる、ないしは準ずるとして中断を認めることは、債務名義の取得に至らぬ権利主張であるにも拘らず、債権者に長期の請求可能期間を与えることとなる。しかし、それは権利の速かな行使・消滅を意図する法の予定せざるところといわねばならない。他方、右権利主張を何ら顧慮することなく中断効を認めないとすると、少くとも裁判上で権利主張をしたにも拘らず権利を失なうに等しくなり(援用権の行使を受ける)債権者に酷である。

そこで、この不利益を課すべきではないとすると、その不利益の回避は、右債権者に再度、権利の強制的実現に至るルールに乗る機会を与えることで、即ち、短期の請求可能期間を与えることで十分である。つまり消滅時効制度に内在する第一の要請と第二の要請の調和点は、右債権者の権利主張を「裁判上の催告」として、当該訴訟終結後六カ月の請求可能期間を認めることの中にあると考える。従って、「裁判上の請求」による本来的中断（ある請求権に対する権利主張によりその請求権の消滅時効が中断する）の基準は「給付の訴の提起」であり、確認の訴の提起により中断が生ずるのは例外的に確認の利益が認められる場合に限られる。附随的中断（ある請求権に対する消滅時効の中断行為ないしその請求権の消滅時効中断を前提としたりえて、その請求権と密接な関連をもつ他の請求権の消滅時効も中断する）の基準、および本来的中断が「（給付の）訴の提起」以外で生じる場合の基準は「裁判上の催告」である。

債務承認形式による中断の基準、即ち「承認」（民一四七条三号）は、「権利主張形式による中断を不必要と思わせる信頼を惹起せしめる行為」である。従って、「承認」は法律行為たる意思表示、準法律行為たる觀念の通知である場合もあれば、さらに事

实的行為である場合もある。

右の基準に照らして判例に現われた若干の、しかし重要な事案を検討すると次の結論を得る。

(一)競合する請求権の一方の請求権の訴求は他方の請求権の「裁判上の催告」を含む。従って、一方の請求権の満足を求めて訴を提起するも敗訴した場合、あるいは一方の請求権を訴求中、請求原因を変更し他方の請求権を訴求しようとする場合に、前訴の提起による時効中断を前提として、後訴で他方の請求権の満足を求めることは許される。但し、後訴の提起は前訴終局判決確定の時から六カ月内に限られる。なお、一方の請求権の「承認」は他方の請求権の「承認」ともなり、従って、他方の請求権をも中断する。

(二)手形債権の訴求は原因債権の「裁判上の催告」を含み、手形債権の「承認」は原因債権の「承認」ともなる。但し、その逆は認められない。

(三)保証人は主たる債務の時効援用権者たりえない。

(四)許害行為取消の訴は、債務者に対する債権の「裁判上の催告」を含む。

(五)応訴は、当該債権の「裁判上の催告」となるにすぎない。

(六)催告を受けた者の債務存否調査のための猶予懇請は「承認」に該たる。のちに確定的に債務存在を認める回答があった場合には、右回答も「承認」となり、最初の「承認」により中断し新たに進行中の時効が再び中断する。もし、債務の存在を否定する回答がなされるか、もしくは何ら回答がなかったとしても当初の猶予懇請に「承認」による新たな時効は進行し続ける。

(七)いわゆる消滅時効完成後の債務の承認により債務者が援用権を喪失することはない。消滅時効完成後は債務者が明確に援用権を放棄せざる限り、消極的に、既になされた給付が債務の有効な弁済と認められるにすぎない。

消滅時効制度は、債権者と債務者の保護の調整を目的としたものであるが、時効利益は債務者に画一的に与えられているのであるから、この調整は援用権の発生(時効の完成)を阻止する方向で、例えば、中断の基準の設定及びその基準の適用において柔軟な解釈(もっとも、法的安定性の要請を顧慮しなければならぬ)をするとか、債権者が中断行為に出ることを困難にしておきながら時効を援用するのを信義則で封じる等、時効完成前の行為を問題とする方向でなされるべきである。本稿で具体的事案を検討して得られた結論も、右の線に沿うことを意図したものである。

る。

もっとも、全ての問題は消滅時効制度により債務者が債務を免れるのか、否か、という時効観の選択にかかっている。この選択は、単に法文からの探求を超えて、社会の進展の度合、文化規範の推移成長に応じた妥当な判断を要請されるため、その決定はまことに困難である。しかし、それをふまえたうえで、現代における消滅時効制度は、もはや「暗黒面」を有していると見るべきではなく、法の妙味としてこの制度を活かすべき時代に入ったといふべきではなからうか。

## The Policy of Extinctive Prescription and the Limit of Interruption of It. (2)

Miyohiko MATSUHISA\*

The *raison d'être* of extinctive prescription is to balance the following conflicting policies: I. e., a) Even a debtor should not be put an unstable situation eternally (Even a creditor cannot have a right forever.); b) The debtor should discharge his liabilities. The balance is effected by giving a debtor a right to refuse the creditor's claim after a passage of a certain period. The passage of time for extinctive prescription may be interrupted by filing an action to the court or by the debtor's acknowledgement of his debt.

The first policy (a) is the basis for permitting interruption by filing a claim to the court. The interruption is necessary for the court to give the creditor a *titre exécutoire*, otherwise, without the interruption, the court may feel to have no alternative but to dismiss the suit because of the maturity of the period for extinctive prescription. In the absence of an official filing of a suit, a request to pay is required to be supplemented by bringing an action within a half year after the request (Civil Code Art. 153).

The second policy (b) is the basis for permitting interruption by acknowledgement. The acknowledgement raises a need to protect the debtor who would ordinarily trust such acknowledgement in the belief of a future discharge by the debtor.

Bearing these characteristics inherent in the extinctive prescription in mind, some important judicial cases are reexamined.

---

\* Doctoral Student, Faculty of Law, Hokkaido University