

## 裁判上の催告について

平 井 一 雄

### 一 ボアソナード草案

フランス民法典が、時効を権利得喪の一方法である旨規定し、学説でも、時効をもって所有権を取得し義務を免れるの直接の方法であるとする説が、当時は有力であったとされているにもかかわらず、ボアソナードは、日本民法の草案において、時効を法律上の推定 (presomption legal) とした。

その理由は、第一に、所有権取得のあるいは義務消滅の直接の方法とみれば、財産取得篇と財産篇とに分けて規定しなければならぬ結果となるが、両者は共通の法理に従う面があるにもかかわらずかかわらずかくては通則を設け同一の法典上の位置に規定することができなくなる、という点。第二は、時効の本質論にかかわるが、ある期間の物の占有あるいは債権者が放置したままの時の経過により、所有権が取得され債務者が免責されるということは、公義と

道理 (l'égalité et la raison) に反する。往時の法学者が、時効を人類の守護者 (patronne du genre humain) と称したのは、このような不誠実の者を保護する意味ではなく、旧所有者または旧債権者より督促されることなく日を送った占有者および債務者が、取得または免責の証書 (titre) を失った場合に、これを保護する制度と解さなければならぬ。悪しき者 (méchants) がこの制度の恩恵を受けることあるのは、恰も太陽は善者も悪者も等しくこれを照らし暖めるごとくである、とみる点にある。<sup>(3)</sup> すなわち、ボアソナードは、時効は、所有者がその所有者たる証拠を、あるいは債務者がすでに弁済した証拠を失った場合に、所有者であること、あるいはすでに免責されていることを法律上推定させる証拠としてみるべきであるとするのである。さらに、第三の理由として次のように説く。仮りに、時効によって所有権が取得されあるいは債務が消滅するものとすれば、その期間経過中の果実や利息の去就を問題にしなければならぬ筈である。時効の効力は起算日に遡るとされるのは、それが既に存在する事実を証するものであるからである、と。<sup>(4)</sup>

ボアソナードの時効観は、おおよそこのようであった。そして、旧民法もこれを承けて、時効を同じく法律上の推定と規定したのである。<sup>(5)</sup>

さて、時効の中断については、ボアソナード草案、旧民法ともに自然中断と法定中断とを区別し、法定中断の一原因として、ボアソナード草案では、D'un commandement ou d'une sommation (一四四六条一項三号) が掲げられており、これは、ボアソナード氏起稿再閣修正民法草案注釈では、「督促又ハ催告」(同書第五編一九四六条一項三号)と訳され、旧民法では「執行文提示又ハ催告」(証拠篇一〇九条一項三号)となっている。このように、いずれも「催告」が時効中断事由として認められているのであるが、それ以前の状況はどうであったであろうか。以下では、もっぱら内池教授が著されたところをお借りして概観を試みたい。

先ず、明治五年一〇月七日太政官布告第三〇〇号では、その第三条において、「若シ期ニ及テ不返時内証屢々催促ヲナスト雖トモ期日後滿五年ニ至ル迄一度モ訴出サル者ハ裁判ニ不及候事」とされており、「催促」は中断事由として認められていない。本布告は、明治期になってはじめて五年という出訴期限を定めたものであるが、催促に限らず、そもそも時効中断という考え方は全く示めされていないのである。<sup>(6)</sup>翌年、すなわち明治六年一月二日、太政官は布告第三六二号をもって出訴期限規則を制定公布した。これは、債務の種類に応じて出訴期限の期間を定めたものであって、その期間は、六ヶ月、一ケ年、五ケ年の三種があった。明治五年の布告三〇〇号との関係は、「但明治五年壬申第三〇〇号布告第三条ニ定メタル規則ハ格別ナリトス」と<sup>(7)</sup>されており、「催促」が出訴期限の経過に何の影響もない点は残されている。この点を明らかに示めすものは、次の明治一〇年九月一八日の神戸裁判所伺に対する同年九月二八日指令であろう、同指令では、布告三〇〇号第三条に準じて、手簡等の往復書は出訴期限の経過を除棄するものではないことが確認されている。内池教授は右の伺、指令を検討されて、延期払の約定ある場合についてのみ中断、放棄を認めるも、単なる催告を以ては足らないとする意味であろう、と述べられている。<sup>(8)</sup>また同教授によれば、明治一三年に、元老院訴訟法草案において起訴期限なる制度が設けられていたが、「停止、起算点を規定しながら中断に関する規定を欠き、また、援用放棄等の時効固有の問題が未解決のまま残されているように、それ自体少なからぬ難点を帯びた曖昧な立法成果に終わっている」と<sup>(9)</sup>とされている。

ポアンナード草案ならびに旧民法において、「催告」が時効中断事由として認められていたことは前述した通りである。それ以前の出訴期限規則には、そもそも中断事由についての規定すらなかった。とすれば、仏民法に催告を中断事由とする規定があったかといえれば無かったのであり、このことは、わが民法の歴史のうえでは、ポアンナードの創出にかかるといえることができる。

Projetでは、まず、催告(sommation)は一四四六条において法定中断事由の一つとして掲げられ、次に、一四五二条において、「義務履行ノ催告ハ義務ノ目的、原因及ヒ債務者ノ本人ヲ明カニ指示シ且六ヶ月内ニ裁判上又ハ勸解上ノ請求(demande en justice ou en conciliation)ヲ為シタルトキニ非サレハ時効ヲ中断セス」と規定する。<sup>(10)</sup> そのコメントでは、フランスでは催告には付遅滞の効果は認められても中断効は認められていないが、裁判上の請求という厳格な方法にでるものではないけれども、債権の満足を得たい旨の意思を明確に表明した当事者に対し、草案はよりその利益を与えるものである、催告に根拠がない場合には、結果(la suite)がこれを証明し、時効中断の効果は生じない、これに「反し争点(‘l’issue du litige)がその者にとって有利であるならば、中断の日時を催告の日とすることについて考慮に価する異論は全くないからである、と説かれている。<sup>(11)</sup> 彼のコメントでは、これ以上には「催告」を中断事由の一つとしたことがどの法制に由来するのにかについて触れられていないが、そもそもは教会法に由来し、その再生であって、わが民法の特色であるが近代法では異色の立法である、という指摘が原田教授によつてなされている。<sup>(12)</sup>

## 二 民法起草者による説明

明治民法が「催告」を時効中断事由としたのは、右のポアソナード草案、旧民法を承けたものと考えてよいであろう。その辺りを、やや煩瑣にわたるが、法典調査会民法議事速記録によつて追ってみよう。

一四八条(明治民法では一四七条)で、時効中断事由は、第一請求、第二差押又は仮差押、第三承認という案が示される。そして、既成法典の「第一裁判上ノ請求、第二勸解上ノ召喚又ハ任意出席、第三執行文提示又ハ催告ト

アル此三号ヲバ一ツニ纏メテ請求トシマシタ」との報告が梅からなされ、さらに、「其外ノ国ニハ裁判所<sup>(12)</sup>ノ請求ニ限ツテ居ルヨウナモノモ随分多クアリマス……ケレドモ、日本ノ有様ヲ以テ考ヘテ見ルト可成時効中断ノ方法杯ハ窮窟ニシテ置カヌ方ガ宣カラウ、苟モ權利者ガ自分ノ權利ヲ忘レズシテ其權利ヲ行使シタナラバ宜カラウ、只乍併其權利行使ノ仕方ガ一寸シタ丈ケデ何時マデモ打捨ツテ置クヤウナ場合デアレバ之ハ權利ノ行使ト云フモノガ未ダ充分ニ重ミヲ持ツテ居ラナイト云フ所カラ矢張り既成法典ニ倣フテ催告シ放シテハ往カヌ必ズ或期間内ニハ裁判所ニ請求ナリ何ニナリシテ今一層強イ方法ヲ取ラナケレバナラヌト云フヤウニシマシタ」と説明される<sup>(13)</sup>。これに対して他の委員から議論が出るが、催告に関しては次のような点である。まず、請求とは別に差押が中断事由とされているが、請求があるから差押がされるのであろう、にもかかわらず両者を別にする意味があるのか、という点である。これに対する梅の解答は明確ではない。請求抜きでいきなり差押をすることもあろうということ、請求があっても裁判上でなされなければ六ヶ月の暫定的中断効しかないのだから、これとは別に差押を確定的中断を生ずる事由として認める必要がある、という程度である。次に、単なる書簡による催告にまでも中断効を認める必要があるのかという点については、うっかりして裁判所に出る時もない弁護士を頼む暇もないというときに、催告で中断できるとした方がよいのではないかと説くのであるが、承認は私的行為であるがそれが「最モ酷イ効力」を生ずるのであるから、「債務者ノ方ノ私ノ行為ハ時効中断ノ効力ヲ生ジテ宜シイガ債権者ノ方ノ私ノ催告ハ時効中断ノ効力ヲ生ジテハ往カヌト云フコトハ何ウモ分カリ悪イヤウニ考ヘマス<sup>(14)</sup>」として、承認との対比から催告の効力を説明していることには注意を要しよう。第三に、和解のためにする呼出が一ヶ月内に訴提起をしなければ確定的中断効を生じないのに対して、私の行為である催告が六ヶ月内に訴提起をなせばよいというのは権衡を失する、という指摘がなされる。これに対しては、民事訴訟法の規定によると直ちに訴を提起できるようになっているのである

から、和解が不調の場合には直ちに訴提起をすればよいのであって、一ヶ月は不都合ではないと答えがなされている。<sup>(16)</sup>この後に、一五三条(明治民法でも一五三条)が審議されるのであるが、この際には、再度六ヶ月を一ヶ月に改めたらどうかという提案がされる程度であって、梅の説明も、旧民法にあった執行文提示を催告とは別に独立してかかげる必要はとくにないというところに力点が置かれている。

後に出された著書の叙述も簡略であって、梅は、「是レ単ニ時効ヲ中断スルカ為メ突然訴ヲ提起スルカ如キ幣ヲ避クル利アルヲ以テナリ」<sup>(16)</sup>とする。この文は、法典調査会での答弁とは異って、時効完成の迫った債権者の救済のためばかりではなく、権利行使を訴の提起という強権発動に直ちに求めるのではなく、催告がなされこれに応じて履行がなされるという、穏かな解決が望ましいとのニュアンスが汲みとれるのである。同じく富井においても、「我民法ハ時効中断ノ為メ濫ニ訴訟ヲ提起スルノ弊ヲ防止セント欲シ之ヲ設クルコトヲ便宜トシタルモノナリ」<sup>(17)</sup>として、似通った説明がなされている。

付け加えれば、岡松は、「催告根拠ナキモノナレハ後ノ手続ニ於テ棄却セラル可キヲ以テ敢テ義務者ニ害ナシ又根拠アルモノナラハ直ニ催告ノ日ニ中断ナリトスルコト権利者ニ利アルヲ以テナリ」<sup>(18)</sup>と、既述のポアソナードの説明に近い説き方をしている。

### 三 裁判上の催告

最も厳格な形式を要し、したがって強い中断効の認められるものの代表が、一四九条の「裁判上ノ請求」であり、最も緩やかな形式で弱い中断効が認められるのが、一五三条の「催告」であろう。ところで、判例は、これら

以外にも、「裁判上の請求に準ずるもの」と、「裁判上の催告」という概念を創出した。これらについては曾って述べたことがあるが、<sup>(19)</sup>簡略に再述する。

ことの起りは、裁判上の請求によって時効が中断される根拠をどのように考えるべきかにはじまる。基本的には二つに分かれる。

時効の対象とされている権利の存否が判決によって確定されることによって時効が中断するとみる権利確定説がある。<sup>(20)</sup>この立場は、概していえば、時効を法定証拠とみるので、これを打ち破るためにはその権利の存否につき判決という公権的判断がなされなければならないという考え方が基盤にある。これに対し、時効中断の根拠は、権利者が権利に目覚めて権利行使をしたゆえに保護されなければならないところにあるとみる権利主張説がある。<sup>(21)</sup>ただし、単に権利主張しさえすればよいのではなく、裁判所による一定の行為に直接または間接に接することによって一定の結末に達することを要する。<sup>(22)</sup>この立場は、権利主張によって、時効の基礎たるべき事実状態の継続が打破されるとともに権利の上に眠るものではないことが示されると解されるところに考え方の基盤が置かれている。

次に判例をざっと見よう。

当初の判例は、「裁判上ノ請求」とは権利者が自ら訴を提起することと狭く解していたので、債権不存在確認訴訟に対し債権者が被告として応訴して勝訴した場合にも、債権者の行為は防禦であって権利行使に当たらないとして、時効の中断を認めなかった。<sup>(23)</sup>この態度は、権利確定説の側からも権利行使説の側からも非難されることになるが、その経緯はともかく、後に大審院は連合部判決によって中断効を肯定することになる。判決理由はかなり権利行使説に片寄ったものであるが、このような場合を肯定する論法として、「裁判上ノ請求ニ準スベキモノト解スルモモ前示時効制度ノ本旨ニ背反ストコロナ」しとしているのである。<sup>(24)</sup>この他にも、債務名義に基く債権は弁済によ

り消滅したことを原因として請求異議の訴が提起されたのに対し、被告が債権の存在を主張して勝訴判決を得た場合についても、右の消極的確認訴訟の場合と同じく裁判上の請求に準すべきものと判示している。<sup>(25)</sup>

最高裁になると次のようである。まず、債権者のなした破産宣告の申立について、一種の裁判上の請求であると  
するものがある。<sup>(26)</sup> 特定債権が破産債権として届出られた時に請求があったとして時効が中断する、とした原審を斥けたものであるが、実はすでに同種の大審院判例があったのを承継したものである。

右の判決の以前には、裁判上の請求があったというためには、単にその権利が訴訟において主張されたというだけでは足りず、いわゆる訴訟物となったことを要する、とするものが<sup>(28)</sup>あったが、この態度は次の大法院判決で崩される。すなわち、所有権に基づく登記手続請求訴訟において、被告が自己に所有権があることを主張して請求棄却の判決を求め、その主張が判決によって認められた場合に、右主張は裁判上の請求に準ずるものとして原告のための取得時効を中断する<sup>(29)</sup>とされたのである、同様に、抵当権設定者が債務不存在を理由として提起した登記抹消手続請求訴訟において、債権者が請求棄却の判決を求めて被担保債権の存在を主張したときは、右主張は裁判上の請求に準ずるものとして、被担保債権につき消滅時効中断の効力を有する<sup>(30)</sup>とする。

以上が公式判例集上で裁判上の請求に準ずるものとして中断効が肯定された事案であるが、この他に、いわゆる裁判上の催告を認めたものがある。すなわち、昭和三八年に大法院は、所有権に基づく株券引渡訴訟において、被告が留置権の抗弁を主張した場合につき、被担保債権について、右抗弁が撤回されないかぎり、当該訴訟終結後六ヶ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。<sup>(31)</sup> 次いで、昭和四五年には、破産申立債権者の破産宣告手続における権利行使意思の表示は、破産の申立が取り下げられた場合においても、取下の時から六ヶ月以内に訴を提起することにより、当該権利の時効を確定的に中断する、とするものが現われる。<sup>(32)</sup>

一四九条の裁判上の請求とは、本来は、時効の対象となるべき権利につき訴を提起することを指すが、当該の権利が訴訟物となっている場合には、自ら訴提起をしなくても応訴して勝訴する場合も含まれる。しかし、判例は、すでにみたように、訴提起に限らずこれを広く解するようになり、この場合には裁判上の請求に「準ずるもの」という。これはいわば裁判上の請求の内包拡張といえようか。他方、これとは別に、暫定的中断効を認めるものが存在する。公式判例としては、既述の昭和三八年判決と同四五年判決がそうである。両者はいずれも、一定の公権的手続の継続中は時効中断の効力を維持するが、当該手続終了後六ヶ月内にさらに強力な中断事由に訴えないときは、中断効を失うというものであるが、次のような違いのあることに留意しなければならない。すなわち、三八年判決は、裁判上の請求にも、これに準ずるものにも直ちには該当しないが、中断効を全く認めない弊を避けるために暫定的中断効を肯定したものであるのに対し、四五年判決は、本来中断効は生じない筈であるにもかかわらず、債権者が権利行使に挙に出たことを汲んで暫定的中断効を認めたものであって、言い換えれば、前者三八年判決は、一四九条の裁判上の請求の外延を拡張したものであり、後者四五年判決は、一五三条の催告の外延を拡張したものといるのである。我妻博士が、本稿注(21)で掲げた論文において、「強き催告」として暫定的中断効を認めよと強く主張されたのは、この後者の場合についてはなかったかと思料される。<sup>(34)</sup>

そして、ここで付言しておきたいのは、右に紹介した諸判例では、裁判上の請求に準ずる場合でも、いわゆる裁判上の催告とされる場合でも、それは中断効の認められる事由の客観的範囲に関してであって、中断の効力が及ぶ人的範囲に関するものは無かった、という点である。

#### 四 中断効の相対性

一四八条は、「前条ノ時効中断ハ当事者及ヒ其承継人ノ間ニ於テノミ其効力ヲ生ス」と規定する。

ボアソナード草案では、一四四六条第二において、法定中断は、その注意又はその者の名において (*par les soins ou au nom*) 中断行為のなされた者の利益及びその承継人の利益に関してのみ生ずる、と規定していた。コメントでは、この規定は、自然中断の効力とは違いのあることを示めすためであり、自然中断の効力が絶対的であるのに対し、法定中断の効力は純粹に關係的であると説く。そして、法定中断に関する一四四四条のコメントでは、自然中断の効力は *in rem* に機能するのに対し、法定中断の効力は *ex persona* に機能すると述べている。<sup>(35)</sup>

これが、旧民法になると「法定ノ中断ハ中断ノ所為ヲ行ヒタル者及ヒ其承継人ノ為メニ非サレハ其効ヲ生セス」という規定となる(証拠篇一一〇条)。

法典調査会では、一四九条として明治民法一四八条と全く変らない文言で提案される。報告者梅は、本条は既成法典証拠篇一一〇条と全く意味を同じくしているつもりであると言い、纂作委員の、わかり切っていることであるからこのような条文を置く必要があるのかという疑問に対して、同じ中断でも、自然中断とは異なるものであって、たとえその方法が物上訴訟に関係している場合であっても、ただ当事者及びその承継人の間のみ効力があるもので、そのような点を疑いなからしむるため本条が必要だろうと考えた、という答弁がなされ、以上のみで本条の審議は終わっているのである。<sup>(36)</sup>

さらに梅は、民法要義では本条について、「*Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodessse potest* 或人

ノ間ニ為シタル行為ハ他人ヲ害シ又ハ利スルコトヲ得ス」という法格言を援用して説明するのであるが、川島教授によれば、これはむしろ、判決による時効中断の効力はその既判力の人的範囲に限られる、という意味に解すべきだとされている。<sup>(38)</sup>

ともあれ、本条にいう当事者とは、中断行為をなした当事者及び中断行為を受けた当事者及び両者の承継人を指すのであつて、本条は、中断の相対的効力を定めたものとされる。もつとも、かかる相対的効力については、民法自体に例外が定められている。岡本教授によれば、一つは、中断事由が生じた者についても中断の効力が生じないと規定する場合であり、地役権についての二八四条二項、他の一つは、中断事由が生じなかつた者についても中断の効力が及ぶと規定している場合であつて、請求の絶対効を定める四三四条、主たる債務者に対する中断効が保証人にも生ずるとする四五七条を挙げられているが、これに加えて四五八条も該当しよう。<sup>(40)</sup>

ところで、一五五条は、「差押、仮差押及ヒ仮処分ハ時効ノ利益ヲ受クル者ニ対シテ之ヲ為ササルトキハ之ヲ其者ニ通知シタル後ニ非サレハ時効中断ノ効力ヲ生セス」とする。一般に、本条は、一四八条の相対効を維持しつつこれを修正するものといわれている。

本条は、ボアソナード草案の一四五三条に由来する。そこでは、本条については例をあげて説明する必要があろうとして、甲が乙の債権者であり乙も丙の債権者である場合に、甲が丙に対し差押をしたとしてもこれは時効の利益を有する者、すなわち乙に対してなされるのではない。そこで、この差押が乙の時効を中断するためには、乙が通知を受ける必要がある。このことは、全く当然のこと (nature) であると述べる。<sup>(41)</sup> 旧民法では、証拠篇一一七条三項に該り、同条は次のように定める。「時効ノ利益ヲ受クル者ニ対シテ差押ヲ為ササルトキハ其差押ハ此者ニ告知シタル後ニ非サレハ之ニ対シテ中断ノ効力ヲ有セス」。法典調査会では、一五三条として審議され、明治民法と文

言は同じである。同条の審議において、報告者梅は次のようにいう、「本人ガ知ラナイデ居ル間ニ時効ガ中断セラレテ居ルト云フコトハ何ウモ私共ニハ酷ノヤウニ思ハレマス……債権者ト云フモノハ自分ノ権利ヲ債務者ニ対シテ行ウコトガ必要デアアルノデ固ヨリ第三者ニ対スル差押ト云フモノモ自分ノ権利ヲ取ルノ一ノ方法ヲ行フニ過ギマセヌガ兎ニ角相手ニ向ッテ其向フノ怠ケテ居ルノヲ責メルト云フ所為ガ時効中断トナルト云フ方ガ穩カデアラウト云フ考ヘデ此点ハ既成法典ヲ改メナイデ置キマシタ」。本条はイタリー民法に例があつて、既成法典もあるいはこれに倣つたものと思うが、もつともと思うから本案もその趣意でおいたものであるといふ。<sup>(42)</sup>

要するに、時効の中断は、中断によつて利益を受ける者から中断によつて時効完成を妨げられ不利益を受ける者に対してなされなければならない。本条が置かれたのは、差押は第三者（ボアソナードの想定では第三債務者）に對してなされる場合があり、直接の義務者たる債務者に対してなされることがあるので、義務者にその通知がなされ中断があつた事実を知つた場合にはじめてその者にとつて中断効が生ずるものとして、権利者から義務者に対して為さるべきでありかつその者の間においてのみ中断効が生ずるといふ、一四八条の原則を一五五条によつて維持しようとしたものと解されるのである。

一四八条と一五五条との関係につき、最高裁が判断を示めたのは、比較的近時になつてである。ただし民事執行法施行前のものであるが、一応左にその趣旨を掲げる。判決は、まず、抵当権実行のためにする競売は、被担保債権に基づく強力な権利実行手段であるから、時効中断事由として差押と同等の効力を有する。としたうえで、「他人の債務のために自己所有の不動産につき抵当権を設定した物上保証人に対する競売の申立は、被担保債権の満足のための強力な権利実行行為であり、時効中断の効果を生ずべき事由としては、債務者本人に対する差押と対比し、被比差等を設けるべき実質上の理由はない。民法一五五条は、右のような場合について、同法一四八条の前記

の原則を修正し、時効中断行為の当事者及びその承継人以外で時効の利益を受けるべき者にも及ぶべきことを定めるとともに、これにより右のような時効の利益を受ける者が中断行為により不測の不利益を蒙ることのないよう、その者に対する通知を要することとし、もって債権者と債務者との間の利益の調和を図った趣旨の規定であると解することができる。」と説く。<sup>(43)</sup> ここでは、本判決についての論評は避けるが、判決の説くように、一五五条は一四八条の相対効の原則を修正したり、債権者と債務者との間の利益の調整を図った趣旨のものであったりという大袈裟なものではなく、債権者のなす差押は権利行使として時効を中断し、その効力は債権者と債務者との間にのみ生ずるが、権利行使の方法が第三者（第三債務者、物上保証人）に対するものであるため、債務者の知らない間に中断の効力が生ずるとするのは妥当ではないという配慮に出たものであって、むしろ、一四八条の原則を維持するために一五五条が存在することなのである。問題は、本件は、第三者が物上保証人であり、第三者に対する権利行使は差押ではなく抵当権の実行としての競売の申立という形式によってなされており、これが差押と同等の時効中断事由としての効力を有するものとすれば、競売開始決定が競売裁判所から債務者に対して送達されたことが一五五条にいう「通知」に該るかであって、本判決の評価は、このことを肯定したところにあるといえるのではあるまいか。

## 五 裁判上の催告はどこまで認められるか

(一) 最高裁平成八年判決にいたるまでの裁判例

すでにみたように、判例は、時効中断効を認める範囲を本来の「裁判上の請求」ならびに「催告」から拡張してきた。以下では、裁判上の催告として、本来の催告から拡張された概念について、それがどのような場合にまで認められるものかを探ってみたい。

この問題を考えるに当って、恰好の素材となる判例が平成八年<sup>(4)</sup>に存在する。

事案を極端に簡略化すれば次のようである。債権者甲は、債務者乙に対して貸金債権を有しており、乙には連帯保証人丙がいるところ、この連帯保証債務を担保するために丁が甲に対し根抵当権を設定していたという事例で、甲が丁に対して抵当権を実行し、その競売開始決定が丙に送達されたことが、乙の主債務の時効を中断するかが争われた。甲は都市銀行系列の住宅金融会社で、これを一方の当事者（一例を除き原告）とする同様の訴訟が東京地裁に複数件係属していたが、東京地裁の判断は一致せず、控訴をうけた東京高裁の判断も分かれるところであった。

まず、東京地裁の判断から紹介するが、私の恣意によるエクストレであることをお断りしておく。

① 東京地判平成二年三月二八日<sup>(45)</sup> 本件のみが、丁から甲に対し根抵当権登記抹消手続が請求されたものである。丁は、乙の甲に対する債務は時効消滅したので、これを主債務とする丙の連帯保証債務も消滅し、右連帯債務を担保するための丁の根抵当権も被担保債権の消滅により消滅したと主張する。これに対し甲は、丁に対する競売開始決定が丙に送達されたことにより、民法四五八条を介して甲の乙に対する債権の時効は中断されたと反論する。判示は、「差押は……最も強力な権利の実行行為であって、請求とは別個に独立の中断事由とされているのであるから、差押若しくは競売手続が維持されていることをもって債務者に対し履行を求める請求（催告を含む）と同一視することはできない」という。

一言付け加えれば、いわゆる担保競売が時効中断事由としての差押と同等の効力を有することは前出昭和五〇年判例の説く<sup>(46)</sup>ところであり、現在は、民事執行法により担保競売でも差押がなされる（民執一八八条による同四五条の準用）。

② 東京地判平成二年八月二三日<sup>(47)</sup> まず、担保権の実行としての競売申立には、抵当権者の抵当債権者に対する履行の請求が含まれていることを認め、次に、この競売の申立は、「裁判所に対して担保権及びその被担保債権が存在している旨主張する権利主張の性質を有するが、その権利主張は、単に裁判所に向けられるばかりでなく、相手方である抵当債権者に向けられている」。そこで、「抵当債権者に対して開始決定が送達されたときは、被担保債権の履行を求める抵当権者の意思が裁判所の手で抵当債権者に伝達されたものと見るべきであり、したがって、競売の申し立ては抵当債権者に対する催告としての効力を有するものと解するが相当である。」と説く。さらに、この催告の効力は、競売手続が継続している間は維持され、競売手続が取消された時から六ヶ月以内に抵当債権者に対して裁判上の請求をすることにより、被担保債権について時効を中断することができる裁判上の催告と解されるといえる。

③ 東京地判平成二年八月二七日<sup>(48)</sup> 「民法一五三条所定の時効中断事由としての催告は、債務者に対しての意思の通知というべきところ、不動産競売は、催告をさらに進めた請求の現実的な実行であって、時効中断事由として法が明確に定めている差押えの効力を有するものであり、また、同手続中においてなされる債務者への通知その他の呼出し等も、右請求の実行を目的としてそれに資する措置であり、しかも債務者へのそれら諸々の告知は、断片的で不連続である。そのような目的と状況の同手続き係属の場において、概括的、準備的な履行請求の意思が最終存することを観念していくことは、疑問である」。裁判上の催告と認められるには、その手続中に他の明確な中断

事由の行使をすることを期待するのが不合理である等の特段の事情があることが必要であるところ、競売手続中に右の事情は見出し難い。

④ 東京地判平成二年八月三〇日<sup>(48)</sup> 民法は、時効中断事由としての請求と差押を峻別している。不動産競売手続が時効中断事由としての差押と同一の効力を有するとしても、それが同時に請求の一種としての催告としての効力を有するというようなことはありえない。

⑤ 東京地判平成二年一〇月二二日<sup>(50)</sup> 担保権の実行としての競売申立は、執行裁判所を通じてなす抵当債務者に対する被担保債権の支払の催告であり、競売開始決定正本が抵当債務者に送達されることで、支払を求める意思が実際に抵当債務者に到達すると解するのが相当である。そして、右催告は、競売申立という裁判上の手続をもってするものであるから、いわゆる裁判上の催告として、競売手続が係属中は催告の効力を継続していると解することができる。

⑥ 東京地判平成二年一〇月二五日<sup>(51)</sup> 担保権の実行としての競売申立が民法一五四条所定の差押に解釈上該当することは明らかであり、差押の通知は、債務名義に係る債務又は被担保債務を任意弁済しないときは、差押の実行をする旨の意思が表されているから、連帯保証人に対する履行の催告としての面があることは否定できない。しかし、時効中断としての催告は、所定の期間内に裁判上の請求、差押、仮差押等の中断事由となる措置を採らない限り中断の効力を生じないものと定められており、本件ではこのような措置は採られておらず、競売事件が継続している限り催告が継続しているとみることも、請求、催告、差押を別の法概念として使用している民法の態度からは、差押を催告ないし請求と同視することはできない。

⑦ 東京地判平成二年一二月四日<sup>(52)</sup> 一般的には、不動産競売の申立は、債権者が自己の権利を主張し、競売に

よってその実現を求めるものではある。しかし、相手方に対して直接履行を求める請求、催告と異り、その主張はあくまで裁判所に向けられている。債務者に競売開始決定が送達されたり、その他各種の通知がなされるとしても、それは裁判所が関係人に手続きに関与する機会を与え、不意打ちを防止するためであり、被担保債権の履行を求める意思が裁判所を通じて債務者に伝達されたと考えべきではない。民法一四七条が、請求と差押等を分けて規定したのも、実体上の請求と執行手続とを時効中断事由として分けて考えたからである。担保権実行の競売手続きの追行を裁判上の催告と見ることはできない。

⑧ 東京地判平成三年二月二〇日<sup>53)</sup> 請求は一般的に債務者などの義務者に対する直接的な権利実現を求める行為であるのに対し、差押は債務者などの義務者に対する請求とは異り、権利者の権利を差押の対策となる物又は権利から実現しようとする行為である。とくに金銭債務によって物上保証人や抵当不動産の第三取得者などの不動産を差押える場合、これらの者は債務を負担しておらず、もっぱら差押の対象となる不動産の限度において責任を負担しているに過ぎないのであるから、これらの者を相手方とする差押手続においては、通常、相手方の行為によって権利の実現を図ろうとする意思は権利者にはなく、当該差押対象の交換価値を換価手続により実現する意思を有するにとどまるのである。したがって、差押行為は当然に義務者に義務の履行を請求する意思を包含するとは言うことはできない。それは請求や催告とは基本的に異なる制度である。

次に東京高裁の判断を掲げよう。

⑨ 東京高判平成四年一月二九日<sup>54)</sup> 差押は、債権者が債権の弁済を得るために行う権利実行行為であり、債務者に対する意思表示の方法ではないから、請求とも催告とも同視することはできない。しかも、物上保証人は何らの債務を負担するものではなく、単に担保権の実行を受忍すべき義務を負うに過ぎないから、物上保証人に対してな

した競売の申立が債務者に対して債務の履行を求める意思表示である請求、あるいは請求の意思表示を含むものと解する余地はない。

⑩ 東京高判平成四年二月一七日<sup>(55)</sup> 担保権実行による競売申立は、履行の請求の意思を含むと考えられるから、催告には該るとみられるが、裁判上の請求とみることはできない。民法一四七条が一号と二号とを独立区別していることが文理構成上背理となるからである。裁判上の催告と認めることについては、その実質的な根拠は、権利主張がなされた裁判上の手続の性格とこれに基づく権利主張の態様からみて、裁判上の手続の係属が債務者に対する権利行使（催告）の継続と同価値であると評価できるところ、担保権実行に基づく競売申立とそれに基づく手続を債務者に対する債権者の権利主張とみることはできず、権利主張の態様からみても債務者に対する権利行使の意味が希薄で継続性に欠けるといふべきであり、いったん競売開始決定の正本が債務者に送達された以上はその後競売手続が係属する限り債権者が債務者に対して催告を継続するのと同様の価値を有すると評価できない。

⑪ 東京高判平七年五月三十一日<sup>(56)</sup> 担保権実行としての競売手続は、被担保債権の弁済を求める意思表示するものであることは明らかであり、一四七条一号の請求に当るものと解されるが、裁判上の請求には当らず、催告としての効力を有するにすぎないものである。この催告は、その手続の係属中は継続的に維持され、そのことを前提に債権者の弁済要求に応えるため競売手続が行われるものといふべきであるから、いわゆる裁判上の催告に当るものと解するのが相当である。

以上の諸例の結論のみを改めて整理すると、裁判上の催告に該ると肯定するものは、②⑤⑪であり、他は否定する。その多くが催告ともみることができないとする中で、⑩が、催告には該るが裁判上の催告とはいえないと説

いているのが注目されるところである。

(二) 最高裁平成八年判決

本件原審は、裁判上の催告に該るとする①判決である。事実関係の概略はすでに述べたところであり詳細は省略する。

以下に、やや長文にわたるが、多数意見と河合裁判官の意見とを紹介しよう。

「抵当権の実行としての競売手続においては、抵当権の被担保債権の係属及びその額の確定のための手続が予定されておらず、競売開始決定後は、執行裁判所が適正な換価を行うための手続を職権で進め、債権者の関与の度合いが希薄であることにかんがみれば、債権者が抵当権の実行としての競売を申し立て、その手続が進行することは、抵当権の被担保債権に関する裁判上の請求（民法一四九条）又はこれに準ずる消滅時効の中断事由には該当しないと解すべきであり、また、執行裁判所による債務者への競売開始決定正本の送達は、本来債権者の債務者に対する意思表示の方法ではなく、競売の申立ての対象となった財産を差し押える旨の裁判がされたことを競売手続に利害関係を有する債務者に告知し、執行手続上の不服申立ての機会を与えるためにされるものであり、右の送達が行われたことが、直ちに抵当権の被担保債権についての催告（同法一五三条）としての時効中断の効力を及ぼすものと解することもできない」。

河合裁判官の意見は、競売申立プラス送達は、催告に該るが裁判上の催告とはみられないとする。要旨は次のようである。

民法一五三条のいう催告とは、債務者に対して債務の履行を求める債権者の意思の通知であって、その形式、方

法は問わないと解されている。競売の申立は、債権者が被担保債権の弁済を得るためにする強力な手続であるから、直接的には抵当権の行使であっても、その背後に債務者に対して債務の履行を求める意思が含まれていることは明らかである。その債権者の意思は、競売開始決定正本の送達により、債務者もこれを認識することになる。したがって、冒頭の一般的理解に従い、競売申立と開始決定正本の送達は、民法一四七条二号の差押となることとは別に、同法一五三条の催告にも当ると解すべきである。

しかしながら、裁判上の催告としての効力を認められるためには、単に裁判所における手続で権利を主張したというだけでは足りず、(a)その手続において、当該権利の存否につき審理、判断されることが予定されているため、権利者がその審理中当該権利の存在を継続的に主張していると認めうる場合、又は、(b)その手続が係属している間、権利者が別途当該権利の時効中断の手続をとることが著しく困難又は不合理であるなど特段の事情があり、右の間の時効の進行を暫定的に中断しなければ権利者に酷であると認めうる場合である。抵当権の実行としての競売手続は(a)に該当するとはいえず、競売手続継続中に主債務者に対して訴を提起することなどが困難又は不合理とはいえないから(b)にも該当しない。

以上の判例・裁判例を通じて、担保権の実行のための競売手続とからめて、裁判上の催告がどのように受けとめられているかにつき、煩雑であることをかえりみず、再度列挙してみよう。

肯定の根拠は次のようである。

競売申立は権利主張の意思の表明であり、競売開始決定の送達は裁判所によってこの意思が債務者に伝達されたものであって催告とみうるし、その効力は競売手続の継続中は維持されている。

何故に競売手続中催告の効力が維持されているとみうるかの説明が弱く、反対の見解ではそのところを突かれて

いる。

否定の根拠は次のようである。

差押と請求とは、民法は時効中断事由として別個に掲げている。催告も請求の一種であるから、差押があったことをもって催告があったとはいえない。

競売は催告をさらに進めた請求の現実的実行であるが、差押の効力を有するものであって請求とは異なる。裁判上の催告と認められるには、その手続中に明確な中断事由の行使の期待が不合理であるとの事情が存在することが必要である。

競売申立は、債権者が権利を主張しその実現を求めるものであるが、その主張は裁判所に向けられており、債務者に向けられた請求、催告とは異なる。

競売手続による権利実現は、差押の対象となる物または権利からなされるもので債務者からではない。このことは何ら債務を負わない物上保証人に対し競売がなせる場合を見れば、債務者に対し債務の履行を求めるという関係がないことは明らかである。

そもそも、裁判上の催告というためには、その手続において、当該権利の存否について審理判断が予定されており、権利者がその審理中当該権利を継続的に主張しているとみられなければならない。競売手続では、権利者たる債権者の関与の度合いが稀薄であって継続性に欠けているので、催告がその手続中効力を維持しているとは認められない。

さて、右に述べた一連の事案に対する学説の評価もまた分かれる。

肯定説<sup>(57)</sup>の論拠は、理論的には、競売申立には債権者の権利行使の意思が明かに含まれており、競売手続が継続中

はその意思も継続して主張されているとみられる、という点に尽きるようである。従来の判例が、民法一五三条の催告以外にも裁判上の催告なる概念を認め、これを発展させてきたことも考慮されるべきであるとする。また、別に裁判上の請求などの手段を採りうるのではないかという点については、競売手続の進行と平行して債務者に対して訴訟を提起せよと債権者に強いるのは、合理性に欠けるといえるという見方も示されている。<sup>(58)</sup>

他方否定説は、民法の構造としては、請求と差押は別個独立の中断事由として挙げられていること、法定中断事由は本来対人的であり、中断事由としての請求は、債権者から債務者に対してなされるべき権利の行使、主張であるべきこと、競売開始決定の送達はこれを利害関係人としての債務者に告知するものに過ぎず、それ自体は履行の請求としての意義をもたないこと、破産手続には債権の確定手続が存在するけれども、競売手続にはそれがないうから同視するのは疑問である、などを理由とする。

### (三) 裁判上の催告の外延

総じていえば、時効中断に関して、判例は、訴の提起や破産手続では緩かであるが、民事執行手続では厳しいと評されている。<sup>(59)</sup> 本稿は、裁判上の催告に関する判例等を総合的に検討して、はたしてこのような動向にあるのか、また、それが維持されて然るべきものかを検討するものではなく、裁判上の催告という、判例・学説によって創造された民法典にはない時効中断事由に関して、その外延ないし限界を私なりに求めてみようとするものである。

すでに述べたように、そもそも一五三条において、催告が暫定的にもせよ時効中断事由として掲げられたのは、ポアンナードの創案に基づくものである。明治民法の起草者がこれを継承したのは、時効完成に迫られた債権者のとりあえずの救済措置、債務者の債務承認という公的機関にかかわりなくなされた私的行為が中断効を有するので

あるから、催告に中断効を認めても背理ではないという考慮、突然に訴を提起するの弊を避けるため、などの理由によるものであった。そこでは、今日のように、催告が拡張され裁判上の催告なる概念が是認されるとはおそらく予測されていなかったと言つてよい。他方、法定中断事由が相対的効力しかもたないということも、当然のこととして受け留められていた。

裁判上の催告なる概念をはじめに提唱されたのは我妻博士であつたと思われ<sup>(60)</sup>。民法一四九条は、裁判上の請求は訴の却下又は取下の場合には中断効を生じないとして、とくに救済措置を講じていない。もつとも、梅によれば<sup>(61)</sup>、管轄違ひその他の形式の欠点のため訴を却下した場合になお時効中断を認める例が少なくないが、わが民法では予め催告をすれば時効が中断されるのであるから、裁判上の請求が形式の欠点のため時効中断の効力を生じないとしても、原告に対して過酷ということはないと説明している。管轄違ひの訴提起も催告として暫定的中断効を有するから、却下されても前の訴提起から六月内に適式の訴提起をすればよいという趣旨か、突然の訴提起という弊を避けるため予め催告をし、その後不適式な訴提起をしてそれが却下されても、前の催告は六ヶ月の暫定的中断効を維持しているから酷ではないという意味か、釈然としないところがある。

ともあれ、我妻博士は、右の梅の説明では實際上その目的を達しえざるは明かであるとして、以下のような提案を試みられる。すなわち、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主張であるが、「これによつて惹起せしめられた訴訟手続において、当該権利をして裁判所の判断を受けて確定的なものたらしめるか（既判力、債務名義）又はその権利の強制的実現行為をなさしむる（破産、強制執行）」などの場合には、催告との中間を採つて、このような裁判上の主張を強き催告として、催告後に他の完全な中断手続に移るべき期間たる六ヶ月の計算に当つてはその手続中その計算を停止する。そしてこの裁判上の主張は、裁判手続中は催告そのものも不断に継

続すると見ることえないであろうか、というのである。

博士が、この理論が許されるものとしてその適用を示せばとして挙げられる例は、次の通りである。

- (a) 一部の訴がその訴訟手続中拡張せらずに済むときはその残額につきこの時から六カ月。
- (b) 訴が不適法として却下せられるときは却下の時から六カ月。
- (c) 破産申立をなして債権の届出をなさざるときは破産終結の時から六カ月。
- (d) 破産債権届出をなすもその債権の確定せざる間に破産宣告の取消又は強制和議があるときはその債権につき破産終結後六カ月。
- (e) 訴訟の告知においては訴訟終結後六カ月。

(f) 訴訟上の相殺においては相殺効力を生ぜず且つ相殺債権について成立の判断のなされざる場合において訴訟終結後六カ月。一部の相殺の場合に残部について同様に取扱う。

(g) 権利者が消極的確認訴訟において被告として権利の存在を主張するも訴が不適法として却下せられる場合および基本的法律関係の存在確認の訴訟においても、訴訟終結後六カ月以内<sup>(83)</sup>。

ところで、時効は、権利者から権利を奪い無権利者に権利を付与するものであるとすれば、その完成を妨げる中断事由を広く認めてもよいであろうし、逆に、時効は、権利者を保護する制度であるとみれば、中断事由については厳格に解すべきこととなる。われわれは、時効制度にかかわる諸問題を検討するに際して、時効制度の本質如何ということも念頭にしつつ議論を展開してゆく必要があるのではないか。私が本稿において、すでに先人の業績があるにもかかわらず、あえてボアソナードの時効観を再述したのも、このようなことを思うからに他ならない。

また、とりわけて裁判上の請求に関してであるが、中断の根拠についても、相反する二つの立場からの説明があ

ることも既述した。今日では、山田（正三）博士、兼子（一）博士らが唱えられたような、厳格な権利確定説は採るをえないであろう。しかし、いかに時効が権利の上に眠る者を保護しない趣旨に基づくものであるにしても、ただ単に権利主張しさえすれば中断の効力が生ずるとすることはできない。時効に関し、訴訟法説の立場を採らずとも、権利取得、あるいは権利消滅の法定証拠である側面を有することは否みえないであろうからである。それゆえ、それを打ち破るだけの客觀的事由があると認められてはじめて中断効が認められると考えられるのである。ちなみに、吾妻博士は、訴訟法説の立場からではあるが、「承認は、債務者自身が債務の存在を知れる旨を示めす事によって、債務の客觀的存在に對する証拠なりとみるのである。承認を中断事由とし、單なる催告を前提的中断に止める理由はここに明かである」とする。権利主張説論者である我妻博士も、権利主張は、裁判所による一定の行為に直接又は間接に接することによって一定の結末に達することを要すとされ、催告についても、六ヶ月内に他の中断手続を要求する一五三条の法意は、結局、訴訟係属、既判力、債務名義又は権利の強制的満足を目的とする行為に到達することを要求しているものとみななければならないと説かれたうえ、かかる考量のもとに、強き催告、すなわち裁判上の催告について先に掲げた（乙）から（モ）の七類型を立てられたのであった。

これらの場合をみてゆくと、そこでは、公権的手続において単に権利主張がなされたというのみではなく、権利の存在が公権的判断によって確定される結末をもたらすべき手続において、その結末に到達すべきことを目して権利者が権利の存在の主張を継続的に維持している状態にあったが、その結末に到らなかつた場合に、裁判上の催告（強き催告）として暫定的中断が認められるという構成になっているといつてよい。

裁判上の催告は、裁判外でなされる形式を問わない催告とは異つて、一旦は権利主張が公権的手続に則してなされた場合である。そのまま維持されれば、権利の存在が認められて中断効が権利主張の時から生ずるか、あるいは

認められずに中断は奏功しない筈のところ、一定の障害によってそのような結末に到らなかった場合に許されるものと解される。かように、時効の根拠を、承認は別として、公権的判断による権利存在の確定（権利の存在が裁判所の判断において明かにされていれればよい）ということに結びつけると、実体法上の権利の存否や内容を確定することを目的とするものではなく、権利の存在または権利の成立要件の存在を前提とする権利実現手続きである強制執行手続や担保権の実行としての競売手続における差押が、何故に確定的中断の効力を有するかが問われてくる。

私は、今のところ、強制執行手続における差押が実体法上時効中断効を有するのは、債務名義により権利の存在が公権的判断によって確定されたいうえでの、権利実現手続の着手だからではないかと考えたい。では、仮差押や仮処分はどうか、民事執行法により不動産競売でも差押がなされることとなったが、競売開始決定の申立には債務名義は不要ではないか、という点も問われるであろう。

Projet では、一四四六条四号で *saisie*（差押）を中断事由として掲げ、これには、一四五三条二項で、*saisie* *exécution*（差押執行、動産執行）と *saisie* *arrêt*（差押差止め、債権執行）とがあるように書かれている。すなわち、Projet 及び旧民法では、時効中断事由として、仮差押、仮処分は挙げられていなかった。その後の法典調査会での原案（一四八条二号）では、「差押又ハ仮差押」となる。梅の説明によれば、単に「せーぢー」といえば、「せーぢーこんせるうわーとわーる」これが仮差押に一番近いが、それをも含むものである。ゆえに仮差押を入れたのであって、入っていなかったのは、「立法者の間違、錯誤」なのだといっているのである。<sup>(68)</sup>

ところが、Projet では、一四五三条二項で、*saisie* *conservatoire* は、六ヶ月内に *commandement*, *saisie* *exécution*, *demande en justice*, *conciliation* をなさなければ、時効中断効を生ぜずとされていた。ちなみに、この部分の再閲の記述は以下のようである。「保存ノ為メノ差押ハ六ヶ月内ニ或ハ督促又ハ差押執行又或ハ裁判上又ハ

勸解上ノ請求ヲ為シタルニ非サレハ時効ヲ中断セス」。そして、*saisie conservatoire* について、ボアソナードは、日本の将来の民事訴訟法においてこれが置かれることは疑いなく、その場合の効力について規定したものであるとする。<sup>(70)</sup>

なお、仮処分については、法典調査会において田部委員から、仮差押と同じものとみななければならないから入れるべしとの提案がなされ、その結果、「差押、仮差押又ハ仮処分」との成案を得ることとなった。

以上のようにみても、ボアソナードが *saisie conservatoire* には明確に暫定的中断効しか認めなかったのに対し、これを差押ということで確定的中断効を与えた梅の説明には、疑義が生じてくるのである。仮処分に何故確定的中断効があるのかについても、何の説明もないことは言うまでもない。

*Projet* が示された時には未だ執行法は手つかずであった。後にテヒヨによるドイツ式執行制度が採用されることとなるが、フランス法からドイツ法へという流れの中にあつて、ボアソナード自身が財産差押法草案を残していたことが、三ヶ月博士によって明らかにされている。<sup>(71)</sup> それによれば、担保権の実行も一般債権の執行も、ともにこの差押法草案に則つてなされるべきことが当然視されていたとのことである。<sup>(72)</sup> そして、債権執行を例外として、「裁判言渡書」または「公正証書」のみが執行の基本として認められるとされていた<sup>(73)</sup> というのであるから、現在の民事執行法が、不動産競売は担保権の存在を証する書面の提出で開始するとされているのとは異つて、いわば債務名義により債権の存在が公権的判断によって肯定されており、それに基づいた差押ゆえに時効が確定的に中断すると考えられなくもない構造になつていたとも言える。

右に述べたボアソナードの財産差押法草案の理解の仕方には、いささか牽強附会の趣きがあることは承知している。しかし、少くとも、ボアソナードが、確定的中断効が生ずる中断事由についてはかなり厳格な態度を採つてい

たことを伺わせることにはならないであろうか。

さて、競売の申立が権利者の権利行使の意思を包含し、競売開始決定に伴う差押が権利実現のための行為であることは否定できない。もっとも、それは、執行裁判所に向けられた意思の表明であり、執行裁判所によってなされた行為である。しかし、かかる権利者の意思は、競売開始決定正本の送達によって債務者が知ることができる。本来、時効の中断は、権利者から義務者に対してなされるべきであり、中断の相対効もこのことを前提として定められたものといえる。例外は、時効法の規定の上では、一五五条のみである。以上は、承認を除く確定的中断効を有する中断事由についていうが、裁判外で、特別の方式を必要としないとされる催告については、権利者が権利行使の意思を確表したことを債務者が知れば足りると解するので、競売開始決定に伴う差押の送達がなされたことによって、催告があったとみることは許されると思う。しかし、不動産競売の手続が継続しているかぎり、権利主張も継続維持されているとして、裁判上の催告としての効力を認めることは、これまでに述べてきたところからも、否定説の裁判例が説くところからも困難ではないかと思料する。さらに、確たる理由とはなりえないが、催告をもって暫定的にせよ中断効を認めるのはわが国独自のものであって、民法起草者がこれを認めた趣旨を離れて、一五三条の存在を手掛りとして中断事由の客観的範囲を拡大するのには、慎重である必要があるのではあるまいか。

以上の結果は、前記最高裁平成八年判決の河合意見と同様となったが、時効制度はその存在理由すら十分に説得的なものを持たず、難問であり、機会をえて再考したいと思っている。

なお、平成八年判決では、連帯保証人丙の物上保証人丁に対する債権者甲の不動産競売の申立が丙に送達され、これが民法四五八条による四三四条の準用によって、債務者乙への時効中断が争われたわけだが、この問題には本稿では立ち入らない。<sup>(74)</sup>

- (1) フランス民法二二一九条。
- (2) フランスにおける時効観の変遷については、金山直樹・時効理論展開の軌跡（信山社一九九四年）に詳しい。
- (3) Boissonade: *Projet de Code Civil pour L'Empire du Japon* t.v (1889) pp. 265～6 ボアソナードのこのような時効観については、つとに紹介がなされている。たとえば、星野英一「時効に関する覚書―その存在理由を中心として―」民法論集第四卷（有斐閣一九七八年）所収、同書一八六―七頁。内池慶四郎・出訴期限規則略史―明治時効法の一系譜（慶応義塾大学法学研究会一九六八年）一八二頁以下。
- (4) Boissonade: *op. cit.* p. 267
- (5) 旧民法證拠篇八九条以下。
- (6) 内池・前掲書四五頁。勿論フランス民法には「中断」(interruption) が規定されており、明治八年の箕作訳佛蘭西法律書では、「除棄」の訳語が用いられている（同書上巻九七六頁）。
- (7) 内池・前掲書七二頁。
- (8) 内池・前掲書一六七頁。
- (9) 内池・前掲書三一二頁。明治六年の出訴期限規則は、形式的には明治民法が施行されるまで時効法に関し唯一の成文法であったが、大審院の判例は、ボアソナードの時効観の影響を受けたものであった、ということについても、同書一八一頁以下を参照されたい。また、明治十年に起草された民法草案第三篇第一八卷期満得免の第四章には、「既ニ経過セシ時間ヲ除棄スル原因」が掲げられているが、ここにも「催促」は除棄原因として認められていない。
- (10) 訳文は、ボアソナード氏起稿再閱修正民法草案註釈に拠る。
- (11) Boissonade: *op. cit.* p. 315
- (12) 前掲星野論文でも示されているが、原田慶吉・日本民法典の史的素構（創文社一九六四年）八〇頁。
- (13) 法典調査会民法議事速記録一（商事法務研究会一九八三年）四二〇頁。
- (14) 前掲速記録四二四頁。
- (15) 前掲速記録四二五頁。
- (16) 梅謙次郎・民法要義巻之一（復刻版）三八八頁。

- (17) 富井政章・民法原論第一卷(復刻版)三五〇―三五二頁。
- (18) 岡松参太郎・註釈民法理由上巻(有斐閣一九九九年)三八四頁。
- (19) 拙稿「時効中断事由としての『請求』『承認』について述べよ」民法学1(有斐閣一九七六年)二八六頁以下、同「裁判上の請求と時効の中断」民法の争点(ジュリスト増刊)九二頁以下、同「裁判上の催告について」銀行法務21五三六号四頁以下。
- (20) 川島武宜・民法総則(有斐閣一九六五年)四七三頁、四七六頁。吾妻光俊「私法に於ける時効制度の意義」法協四八巻二号一頁以下とくに三一頁。兼子一・新修民事訴訟法大系Ⅱ増補版Ⅱ一七八頁(酒井書店一九六五年)。
- (21) 鳩山秀夫・法律行為乃至時効(巖松堂一九一八年)六二〇頁、我妻栄「確認訴訟と時効の中断」(法協五〇巻六号・七号)民法研究Ⅱ(有斐閣一九六六年)所収、その二一九頁以下。
- (22) 我妻、前掲書二六四頁。
- (23) なお、本稿は学説史を叙述するものではないので、その他の文献を省略する。
- (24) たとえば、大判大一・四・一四民集一卷五号一八七頁。
- (25) 大連判昭和四・三・二二民集一八巻二三八頁。
- (26) 大判昭和一七・一・二八民集二巻三七頁。
- (27) 最判昭和三五・一・二・二七民集一四巻一四号三二五三頁。
- (28) 大判明治三七・一・二・九民録一〇巻一五七八頁。
- (29) 最判昭和三四・二・二〇民集一三巻二号二〇九頁。
- (30) 最大判昭和四三・一・一・一三民集二二巻一〇号二五二一〇頁。
- (31) 最判昭和四四・一・一・二七民集二三巻一〇号二二五二一頁。
- (32) 最大判昭和三八・一〇・三〇民集一七巻九号一二五二二頁。
- 最判昭和四五・九・一〇民集二四巻一〇号一三八七頁。
- 最判平成元・一〇・一三(民集四三巻九号九八五頁は、不動産強制競売手続において、催告を受けた抵当権者がする債権の届出は、その届出に係る債権に関する裁判上の請求、破産手続参加又はこれらに準ずる時効中断事由に該当しないと

判示する。その結論の当否に論及することを避けるが、そうだとでもこれが裁判上の催告ないし催告に該らないかについて、判示事項とはならなかった。

- (33) 鳩山・前掲書六二四頁。
- (34) 我妻・前掲書二六五頁。同二六六頁の(a)から(g)まで列挙された適用場面もみられたい。
- (35) Boissonade: op. cit. p. 306
- (36) 前掲速記録四二八頁。
- (37) 梅・前掲書三八〇頁。
- (38) 川島武宜・民法総則（有斐閣一九六五年）四七四頁。なお、このことについては、すでに指摘がある。（岡本担、註釈民法(5)（有斐閣一九六七年）六九頁）。
- (39) 鳩山・前掲書六二二頁。
- (40) 岡本担・註釈民法(5)（有斐閣一九六七年）七〇頁、なお七一頁も参照。
- (41) Prolet: op. cit. pp. 316~317
- (42) 前掲速記録四五三頁。ボアソナードのコメントでは、本条の出自がイタリー民法（旧法）であることには触れられていないが、速記録には参考条文として、伊民二二二五条一項が挙げられている。
- (43) 最判昭和五〇・一一・二二民集二九卷一〇号一五三七頁。本判決の理由付けは、かなり権利主張説（権利行使説）の立場から敷衍されたもののように思えるが、調査官解説では、権利確定説を排斥する趣旨の判示をしたとまで解する要はないと思われるとされている（最高裁判所判例解説民事篇昭和五〇年度（法曹会）五二二頁、友納調査官解説）。
- (44) 最判平成八・九・二七民集五〇卷八号二三九五頁。
- (45) 判タ七四三号一六〇頁、判時一三七四号五八頁、金商八五七号一七頁、金法一二二八号二九頁。
- (46) 最判昭和五〇・一一・二二民集二九卷一〇号一五三七頁。
- (47) 判タ七三三号一一五頁、金商八六七号三〇頁。
- (48) 判タ七五六号二三三頁、金商八六七号三四頁。
- (49) 判タ七五六号二二五頁。

- (50) 判タ七五六号二三三頁。
- (51) 金法一二九四号二六頁。
- (52) 判時一三八六号一一六頁。
- (53) 判タ七八三号一三八頁。
- (54) 判タ七九二号一六六頁。金判八九一号三頁、金法一三六三号三八頁。
- (55) 判タ七八六号一八六頁、金判八九二号一三頁、金法一三四〇号三一頁。
- (56) 判タ八九五号一三四頁、金法一四二五号四一頁。
- (57) ①から⑩として挙げた裁判例および平成八年判決についての研究・判例批評は数多い。一々列挙しないが、たとえば、肯定説としては、伊藤進・銀行法務21五三二号二〇頁、同、新法判例リマックス四号一〇頁、山野目章夫・判タ八九三号三六頁、半田吉信・判例評論四五九号三九頁、清水暁・判例評論三九六号三八頁など。
- 否定説としては、近江幸治・金法一四九二号二五頁、塩崎勤・債權管理五〇号三三頁、花本広志・金法一三八七号一〇二頁など。
- (58) 山野目・前掲判タ八九三号三九頁。
- (59) 伊藤進「抵当不動産に対する競売申立と確定的時効中断効」玉田弘毅先生古稀記念『現代民法学の諸問題』一六頁。
- (60) 我妻栄「確認訴訟と時効中断」民法研究Ⅱ総則二一七頁以下、初出、法協五〇巻六号・七号(昭和七年)。
- (61) 梅・要義(巻之一)三八四頁。
- (62) 我妻・前掲民法研究Ⅱ二六四頁。
- (63) 我妻・同書二六五―二六六頁。博士は、これら諸例を提唱されるに当って、(a)(b)(d)(f)についてはドイツ法を参照されている。
- (64) 拙稿・前掲民法学Ⅰ二八八頁参照。
- (65) 吾妻光俊「私法に於ける時効制度の意義」法協四八巻二号二〇八頁。
- (66) 我妻・前掲民法研究Ⅱ二六四頁。
- (67) 我妻・同書二五三頁。

- (68) 法典調査会民法議事速記録一（商事法務研究会版）四五二頁。
- (69) ポアソナード氏起稿再閲修正民法草案註釈第五編六一一頁。
- (70) *Projet*, 45 p. 316. なお、仮差押の時効中断効に関しては、最判平成一〇・一一・二四（民集五二巻八号一七三七頁）がある。民法一四七条二号が、仮差押を確定的中断事由に挙げていることには、本文中で述べたように立法論としては疑問がある。また、最判平成八年判決とは整合しない判決のように思われるが、本判決については、とりあえず、吉田光頓・銀行法務21五六四号を掲げておく。
- (71) 三ヶ月章「ポアソナードの財産差押草案における執行制度の基本構想」民事訴訟法研究第六巻一五九頁以下。
- (72) 三ヶ月・同書二一一頁。
- (73) 三ヶ月・同書一七八頁。
- (74) 拙稿「抵当権の実行と被担保債権の時効中断の効力」現代裁判法大系24一九三頁において、乙への時効中断の効力を是認することは、裁判上の催告として時効中断の客観的範囲を拡大するばかりではなく、人的範囲の拡大ともなるのではないかと指摘した。
- なお、一九九八年度の金融法学会シンポジウムにおいて、「民事執行手続と消滅時効中断効」というテーマで本稿に述べた問題が採りあげられた。報告者のお三方（佐久間弘道教授、伊藤真教授、伊藤進教授）とも、裁判上の催告として認められる立場であり、不動産競売手続を被担保債権の満足を受けるための連続した一体的行為とみる、あるいは、包括的権利行使システムと個別の権利行使システムとを別に考えるべきではないか、などの見解が示めされた（脱稿後、金融法研究一五号が入手できたが、そのため、報告者の御見解には本稿では応接できないことをお断りしておく）。

（追記） 椿寿夫先生は此度古稀を迎えられ記念論文集が献呈された。私も寄稿する機を与えられたが、私の勝手な事情で果しえなかった。失礼をお詫びするとともに、拙い論稿ではあるが、本稿を遅ればせながら、椿先生に捧げさせて頂ければ幸である。