

民事訴訟開始の私法上の  
効果に就て

THE EFFECT OF THE COMMENCEMENT OF CIVIL  
PROCEEDINGS ON THE LEGAL RELATIONS  
BETWEEN THE PARTIES

教 授

中 村 宗 雄

PROF. M. NAKAMURA

1932

# 目次

<b>第一章 序 説</b> .....	1
I. 民事訴訟開始の効果 .....	
II. その私法上の効果 .....	
III. つぎ	
<b>第二章 訴訟繫属の私法的意義と裁判上の権利主張</b> .....	5
I. 總 説 .....	
II. 私法的訴権學說 .....	
III. 公法的訴権學說 .....	
IV. 私法行爲説 .....	
V. つぎ .....	
VI. 裁判上の権利主張 .....	
VII. 結 語	
<b>第三章 訴訟に於ける私法行爲とその訴訟行爲に對する關係</b> .....	24
I. 總 説 .....	
II. その訴訟行爲との關係に就ての學說 <b>第一</b> 訴訟行爲説 <b>第二</b> 併存説 <b>第三</b> 折衷説(兩性説並に吸收説) .....	
III. 自説 <b>第一</b> 訴訟行爲としてのみ現はるゝ場合 <b>第二</b> 訴訟行爲に私法行爲が包含せらるゝ場合 <b>第三</b> 訴訟行爲と私法行爲と併存する場合	
<b>第四章 裁判上の権利主張の私法上の效力</b> .....	36
<b>第一節 権利保存の效力</b> .....	38
I. 總説(裁判上の請求の意義) .....	
II. 時效中斷原因たる裁判上の権利主張 <b>第一</b> 訴の提起 (A. 給付の訴 B. 確認の訴 C. 創設の訴) <b>第二</b> 訴の提起に準ずべき申立 (A. 督促手續に依る支拂命令の申立 B. 破産宣告の申立並に破産債權の届出 C. 仲裁手續に依る仲裁の請求) <b>第三</b> 訴提起前の和解申立並に各種調停法に依る調停の申立 <b>第四</b> 差押、假差押及び假處分 <b>第五</b> 其他の裁判上の権利主張 (A. 配當要求 B. 質權並に抵當權の實行 C. 訴訟に於ける防禦方法としての相殺の主張 D. 訴訟の告知 E. 催告) .....	
III. 消極的確認の訴に於ける請求棄却の申立 (權利存	

---

在の主張) ……	IV. 基本的法律關係の存在確認の訴と其時效中斷の範圍	
	V. 除斥期間 (及び出訴期間)	
<b>第二節</b>	<b>權利擴張の效力</b>	<b>103</b>
I. 總 說	II. 金錢債務の場合	III. 特定物の引渡義務の場合
	IV. 其他の場合	
<b>第三節</b>	<b>權利強化の效力</b>	<b>107</b>
<b>第五章</b>	<b>訴訟の終了が訴提起の私法上の效果に及ぼす影響</b>	<b>110</b>
	I. 總 說	II. 本案判決
		III. 訴訟判決並に訴の取下
	IV. 裁判上の和解、請求の拋棄若くは認諾、當事者双方不出頭に依る訴訟手續の終了	

# 民事訴訟開始の私法上の効果に就て

中 村 宗 雄

## 第一章 序 説

### I.

民事訴訟の開始に依り、その訴訟の目的たる権利若くは法律關係に付き、訴訟法上並に實體法上の効果が發生する。訴訟法上の効果としては、當該事件が特定の裁判所に繫屬審理せらるることとなり、且つ其審理の客體並に範圍が、聚中、限定せられ、被告は勿論、原告と雖も、自由に之れを變更し得ざることとなる。此状態を稱して、訴訟繫屬 *Streitanhängigkeit* と云ふ。(註一) 而して従來多くは、以上述べたる訴訟開始(訴の提起)の効果をば、此訴訟繫屬の効果と做し、(註二) 分つて I. 管轄の確定、II. 再訴の禁止、III. 訴變更の制限、IV. 當事者の確定(承繼又は引受のなき限り)として説明を加ふる。

(註一) 舊法にては、權利拘束 *Rechtshängigkeit* と稱せるも、譯語として甚だ妥當を缺くのみならず、原語の *Rechtshängigkeit* 夫れ自身も、亦、以て適切とは云ひ難い。蓋し訴訟に繫屬するは、獨り「權利」のみに限られざるが故である。Vgl. *Hellwig-Lehrb.* III. S. 221. されば新法にては、此術語の使用を避けたのであるが、之れに代るべき新術語を設けて居らぬ。因つて私は、先年新法の批評に際し、新法の各所に「訴訟(事件)の繫屬」(新73. 74. 76. 231. 條等)とあるを採り、澳民訴法の *Streitanhängigkeit* に倣つて、「訴訟

繫屬」なる新術語を使用したのであつた。現在では是れが一般の術語となつた模様である。

(註二) 此等訴訟法上の効果は、訴訟の開始(訴の提起)に因り開始し、訴訟の繫屬中、存続するものなれば、之れを以て訴提起の效力といふも、或は又訴訟繫屬の效力といふも、畢竟するに説明の便宜に過ぎぬ。拙著、改正民事訴訟法要論上巻二八一頁参照。

更に又、訴訟の開始は、他面、当該事件に關連して、若干の私法上の効果をも招來する。例之、時效の中斷(民147條)、債務者附遲滯の效力(民412條 III項)、其の責任の増加(民189條)等の如し。前述、訴訟法上の效力は、就れも訴訟の究極目的……換言すれば事件に對する裁判……を可能ならしむることに、その方向が聚中せられて居るのであるが、私法上の効果に至つては、必ずしも然らず。寧ろ私法上の權利が、偶々、訴訟の形式に於て實行せられたるその効果と看るべき場合が多く、従つて其場合には此等效力は、訴訟に於ける裁判とは無關係に、單に訴訟開始なる事實に依りて發生することゝなるのである(假令、当該訴訟が訴訟要件を欠缺し、本案判決に至らざる場合と雖も)。要するに私法上の効果が、訴訟開始の效力として發生するその機構を、如何に合理的、合目的的に説明すべきか? 此處に深き學說の岐れと見解の相異とが發見せられる。

## II.

訴訟の開始に依り成法上、如何なる私法上の効果が發生せしめらるゝか? 此點に付き訴訟法は、之れを以て實體法に於て

規定すべきものとの見解の下に自ら規定するを避け、僅かに訴訟法上に於ける、その效力發生の時期に就て、規定を設くるに止まる(235條、獨民訴267條)。(註一) 従つて此の問題は、從來、訴訟法の著書に於ては、一應論及するの程度に止まり、深き綜合的研究が缺けて居つた。又、實體法の著書に於ても、各規定に付き斷片的に論せらるゝの程度にて、殊に此等訴訟開始の效果に關する規定に乏しき我國民法の下に於ては、此問題は、獨民法の下に於けるに比し、遙かに等閑視せられたのであつた。

(註一) Vgl. Stein-Jonas:-Komm. I. zu § 267. I. 尙、詳しくは、本論に於て述べる。

此問題は、果して訴訟法學に於て論すべきか、或は又、私法學に屬すべきものなるかの管轄争ひは之れを別とし、訴訟法と實體法との間に横はる、興味深き且つ影響する處廣汎なる問題として、その克服には、實體法並に訴訟法の兩方面よりする研究の必要なること疑ふべくもない。

### III.

我國に於て、之れに關する纏まれる研究としては、私の知れる限りに於ては、山田博士の判例批評に依る研究と、(註一) 最近には、「確認訴訟と時效の中斷」と題して我妻教授の主として實體法の方面よりの研究がある。(註二) 而して山田博士の批評は、我妻教授の論文と共に主として消極的確認の訴に依る時效中斷の效力を論せられて居り、従つて訴の提起に依る時效中斷の效

力に就ては、最早や實體法上並に訴訟法上共に多くを加ふる必要を見ないのである。併しながら、訴訟開始の私法上の效力全般に互る総合的考察に至つては、實體法學と訴訟法學との間隙に介在して、未だに多く論せられて居らぬ。而かも時効中斷等、個々の問題に就ても、全般的考察を待つて、初めて結論を持ち得る場合尠しとせぬ。(註三)

(註一) 山田博士著、判例批評民事訴訟法第一卷三三八頁以下。法學論叢二五卷二號、三一五頁以下、同上二七卷、六號

(註二) 法學協會雜誌五〇卷六、七號

(註三) 此故に訴の提起に因る時効の中斷に論點を聚中(而かも訴訟法若くは實體法の一面に偏して)せらるゝ山田博士、我妻教授の論斷には、必ずしも妥當として承服し難きものがある。

更に、之れと關連して困難なる問題を展開して居るのは、訴訟に於ける攻撃、防禦の方法としての私法行爲の實施である。例之、被告が訴訟に於て防禦方法として、契約の解除權を實行し、又、相殺を主張する等の如し。かゝる訴訟に於ける私法行爲を如何に觀察し、又、取扱ふべきか? 是れ亦、興味あり、影響する處大なる問題と云はなければならぬ。

因つて私は、以下、訴訟開始の私法上の效力に付き、主として訴訟法的立場より全般的考察を與へ、之れと牽連して、訴訟に於ける私法行爲に論及したいと思ふ。主として經驗的事實としての「訴訟」Prozessを研究對象とする訴訟法的立場よりの考察であるから、我妻教授の夫れの如き、主として實體法の方面よりする研究と相待ち、彼此相補ふ關係に在ることを豫定する。

## 第二章 訴訟繫屬の私法的意義と 裁判上の権利主張

### I.

私法上の効果を發生せしむる法律事實は、種々の形相を以て現はれるが、屢々、訴訟法上の事實に對しても亦、實體法は此効果を與ふる。例之、差押、假差押、假處分を以て、時效中斷の原因となすが如し(民147條)。而して訴の提起——裁判上の請求——一事件の訴訟繫屬も亦、私法上の効果を發生せしむる訴訟法上の事實(而かもその主要なるもの)に屬する。

訴の提起、從つて事件の訴訟繫屬に因り、何故に、訴訟の目的たる權利關係に付き、時效の中斷、債務者の責任増加等の私法上の効果が發生するか? 更に又、何故に差押に因る時效中斷の如く、訴の提起以外の訴訟法上の事實に、實體法上の効果が賦與せらるゝか? 究極する處、此等問題を解決するが爲めには、訴訟理論の核心を爲す訴權學說 *Klagrechtstheorien* にまで遡る必要がある。約言すれば、訴訟の實體法に對する關係を如何に看るかに因つて、此問題の解答も亦自ら異らざるを得ぬ。

## II.

羅馬法以來、變遷を重ね來つた訴權學説を大別して、私法的訴權説 *zivilistische Klagrechtstheorie* と公法的訴權説 *publizistische Klagrechtstheorie* と爲し得ること爰に云ふ迄もない。(註一) 而して此問題は、*actio* の觀念に支配せられし羅馬法の下、並に此 *actio* の觀念に立脚する後世の私法的訴權説 (註二) の下に於ては、疑問の餘地がなかつたのである。(註三) 何んとなれば、その訴訟理論は、訴訟を以て私法上の權利實行の一態様と解したるものなれば、私法上の權利實行の一形態である訴の提起に因り、時效の中斷其他私法上の効果の發生することは、素より當然であらねばならぬ。(註四) 唯、各私法上の效力の發生時期に就て、異なる見解があつたに過ぎぬ。(註五)

(註一) 訴權學説の詳細に就ては、維本博士、訴權論。拙著、要論上卷一五五頁以下参照。

(註二) 拙著、要論上卷一五七頁以下参照。序ながら維本博士前掲論文は、私法的訴權説には殆んど觸れて居らぬ。獨文獻の重なるものを擧ぐれば次の如し。Kroll, *Klage u. Einrede*, 24ff.; Savigny, *System*, V. 3; Wilmowski-Levy, *Komm.* I. 249; Förster-Eccius, *Preuss. Privatrecht*, I. 249; Arndt, *Pandekten*, 138; Wächter, *Pandekten*, I. 502; Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, I. 233. etc.

(註三) Vgl. Hellwig, *System*. I. 387.

(註四) 我妻教授は、一八七七年の獨舊民訴法二三五條 (我舊民訴法一九五條に該る) に、訴の提起に依り權利拘束を生ずる旨の規定を設けたる結果、「學者は之れに基いて時效中斷は訴の提起即ち訴訟繫屬の私法上の効果として生ずるものなりと説くに至つた」と説明せらるゝも (前掲論文、法協五〇卷六號

三五頁)、是れは本末を轉倒した觀察である。即ち同教授の擧げらるゝ學者 Wilmowski-Levy, Kroll等は、就れも前陳の如く私法的訴權説を執る者にて、時效の中斷を訴提起の私法上の效果と做すに付き、何にも獨舊民訴法の規定を待つた譯ではない。否、此等學者は、權利拘束 *Rechtshängigkeit* (訴訟繫屬) なる新たな訴訟法上の觀念を如何に處理すべきかに就て苦心したものである。

(註五) 之れを時效の中斷に就て云ふならば、羅馬法の下に於ては訴訟繫屬 *litis contestatio* に因つて生ずる訴權消耗 *Klageconsumption* と同時に時效の中斷を生ずるものとせられたが、獨普通法の下に於ては、訴の提起に因り時效中斷を生ずるものとせられ、而して訴提起の時點に就て、之れを訴狀提出の時となすか、裁判所の訴狀受理に因る活動(訴訟法上の)開始の時と看るか、或は又、訴狀の被告に對する送達の時とするか、と争となつた。Vgl. Kroll, a. a. O. 207. 我妻教授前掲論文(法協五〇卷六號三〇頁以下)。

然るに第十九世紀後半期に於ける訴訟法學説の目覺しき發展は、私法的訴權説の缺陷を指摘して餘蘊なく、畢にそれを支持し難きに至らしめ、それに代つて公法的訴權説 *publizistische Klage-rechtstheorie* なるものが現はれたのであつた。(註一) 此學説は、訴訟關係を以て、當事者間の係争私法法律關係とは別個獨立に之れと併存する公法關係なりとする、かの Bülow の學説に促され、(註二) 且つ之れに立脚する。即ち未だ私法的訴權説の影響を脱却し得ざりし Plósz, Hellmann 等の學説より、(註三) Wach の提唱し、Stein, Hellwig 等の民訴學者が之れに追隨大成して、殆んど今日迄の定説とも看るべき權利保護請求權説 *Theorie vom Rechtsschutzanspruch*。(註四) 更に又、近來、權利保護請求權説の論理的缺陷を指摘して、Groh, 並に之れに繼いて Rosen-

berg 等の主張する司法行爲請求權說 Theorie vom Anspruch auf Rechtspflege に至る迄、(註五) その主張する處に若干の差あるも、要之、公法的訴權說に包括せらるべき同一系列に屬する學說に外ならぬ。而して此等學說は、孰れも訴の提起を以て訴訟の目的たる實體法上の權利若くは法律關係に就ての國家的保護の要求、換言すれば國家に對する私法上の不満足狀態の充足要求と俟すことに渝りがない。爰に於てか訴の提起、即ち國家に對する原告の權利保護の要求に因り、何故に當事者間に私法上の效果を發生するに至るかの點に付き、合理的説明を與ふる必要に迫られたのである。

(註一、四) 公法的訴權說、殊に權利保護請求權說の詳細に就ては、雄本博士、訴權論。拙著、要論上卷一五九頁以下參照。

(註二) Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden u. Prozessvoraussetzungen, 1868.

(註三) Plósz, Theorie vom Klagrechts, 1880; Hellmann, Lehrb. d. dtsh. CPR. 372.

(註五) Groh, ZZP. 51. 145ff.; Rosenberg, Lehrb. 7.

### III.

此點に關し、未だ私法的訴權說の影響を脱却し能はざりし初期の公法的訴權說には、訴權の觀念中に尙、相手方に對する權利主張を認むることに因り、論理的解決を試みたものがある。例之、Plósz, Hellmann の如きは、訴權の觀念中に、國家に對する公權と、被告に對する私權との併存を認め、又、Wach は、

訴権を以て單一の公権にして而かも、國家竝に相手方に對するものと説明したのである。(註一)

(註一) Vgl. Plósz, a. a. O.; Heilmann, a. a. O.; Wach, Feststellungsanspruch, 31. 尚、拙著、要論上卷一五九頁參照。

併しながら公法的訴権學説を徹底して、裁判所に依りて代表せらるゝ國家、竝に當事者の間に成立する訴訟關係と、當該訴訟の目的である當事者間に係争の實體法律關係とを峻別するならば、上述の如き妥協論を容るゝ餘地なきこと論を俟たぬ。即ち公法的訴権説としては、訴の提起に因り、國家竝に當事者間に公法的訴訟關係が成立するものと觀るのであるから、係争法律關係に付き私法的效果を發生せしむる原因は、此公法的訴訟關係の成立といふ事實に之れを索めなければならぬ。爰に於てか、事件が裁判所に繫屬することに因り、常に訴訟法上の效果のみに止まらず、實體法上の效果をも發生するものなりとの主張が他方に存する。一八七七年の獨舊民事訴訟法は、此見解に従ふものと稱せられ、(註一) 草案理由書中、第二三五條(現二六三條我舊一九五條に該る) 即ち「訴ノ提起ニ因リ訴訟物ノ權利拘束ヲ生ズ(以下省略)」の説明の冒頭に「權利拘束は、一面に於て訴訟上、他面に於て實體法上の效力 theils processuale, theils materiell-rechtliche Wirkungen を有す」と明言してある。(註二)

(註一) Vgl. Lippmann, Arch. ziv. Prax. 65. 373.

(註二) Hahn, Die gesammten Materialien zur CPO v. 1877.I. 259.

此見解は、明かに羅馬法の *litis contestatio* (訴訟繫屬) の

觀念を借り來つたものである。獨民法の「權利拘束」が、獨普通法を通じて羅馬法の *litis contestatio* 竝に之れに因つて生ずる「訴權消耗」*Klagenkonsumption* の制度に遡り得ることは、爰に云ふ迄もない。(註一) 而して羅馬法に於ては、訴訟法と實體法との區別が設けられなかつたのであり、又、獨普通法時代には、上述私法的訴權説の下に、訴訟關係が無視せられて居つたのであるが故に、訴の提起に依り、私法上竝に訴訟法上(現在の意味に於て)の効果の發生することに何等の論理的矛盾を感じなかつたのである。併しながら訴訟法律關係と實體法律關係とを對立せしむる理論構成の下に、訴の提起即ち訴訟繫屬に因り、當然私法上の効果の發生するものと做す見解には、重大なる論理的矛盾が内在しなければならぬ。第一に、羅馬法に於ては *litis contestatio* に因り原告の「訴權消耗」*Klagenkonsumption* を來し、原告は實體法上の權利を喪失して、當該事件に就て手續の進行竝に判決を要求する權利(訴訟法上の)を獲得するものとせられたが、(註二) 現在の民事訴訟制度に於ける「權利拘束」には、かゝる効果が與へられて居らぬ。然らば「權利拘束」に因り何故に私法上の効果が發生するか説明に窮せざるを得ぬ。第二に、訴訟法律關係と實體法律關係とを區別するとせば、「權利拘束」(訴訟繫屬)とは、事件が裁判所に繫屬する状態を指稱するものにして、明かに訴訟法上の觀念に屬する。(註三) 従つて之れに對し、管轄の確定、再訴の禁止、訴變更の制限等、訴訟法上の效力

の賦與せらるゝことに、何等論理的矛盾を存せぬ。併ししながら訴訟開始の私法上の効果とせらるゝ時効の中斷、債務者附遲滯等は、偶々、訴の提起といふ訴訟法上の事實に因りても發生することあるべき實體法上の事項に外ならぬ。因つて、訴訟法も亦、訴の提起に因りて生すべき私法上の効果に就ては、實體法に其規定を譲つて居る。(註四) 然るにも拘らず、之れをも「權利拘束」の效力と觀て、「權利拘束」の觀念に私法的要素を附加せんとするならば、勢ひ其觀念を曖昧ならしめ、遂にその何ものなるかを把握し得ざるに至らしむる。(註五) 要之、公法的訴權説を基調となす限り、訴訟開始の私法的効果を以て「權利拘束」其れ自體の效力に歸することは、理論的に不可能である。(註六) 洵に此説の論理的破綻は、一方に於て公法的訴權説を採り、以て第十九世紀に著しき飛躍を遂げたる公法學説に合流しながら、他面、尙、羅馬法の思想に影響せられ、*litis contestatio*の觀念より脱却し得ざりし點に潛在するのである。

(註一) 獨民訴法に依れば、權利拘束の效力として、權利拘束の抗辯、訴變更の禁止と相並むて當事者の確定が定められてある(獨民訴二六三、二九五條)。前二者は我舊民訴法に其規定あるも(舊一九五條)、當事者の確定に就ては其規定を缺く。要するに、權利拘束發生後に於ける實體法上の權利者並に、義務者の變動は、訴訟に影響を來さずといふに在る。此等「權利拘束」の效力は、就れも羅馬法に於ける *litis contestatio* の效力に其系統を繰り得るのであるが、此處には詳論を避ける。Vgl. Wenger, Institutionen des röm. ZPR. 170 ff.

(註二) Vgl. Wenger, a. a. O. 167. 169.; Kohler, Enzykl. III. 312.

- (註三) 拙著、要論上卷二七八頁以下。Hellwig, System. I. 356ff.
- (註四) 獨民訴訟草案理由書にも、權利拘束の訴訟法上の効力は本草案（民訴訟法）に規定するも、實體法上の効力は民法に於て規定すべき旨を述べて居る。Vgl. Hahn, a. a. O. 260. 尙、同法第二三九條（現行法二六七條）に「權利拘束ニ關スル其他ノ効力ニ就テノ民法ノ規定ハ其影響ヲ受クルコトナシ……」と特に規定を以て明確ならしむる。而して學者は、此事を以て當然の事理となして居る。Vgl. Hellwig, Lehrb. III. 279.
- (註五) 權利拘束を以て私法上並に訴訟法上の法律事實となす學者は、「權利拘束」の觀念を定むるに際し、無意味なる形式的説明に畢らざるを得なかつた。例之、Bülow は「權利拘束とは、事件が裁判所に繫屬したる後の状態なり」と云ひ（Arch. ziv. Prax. 62. 25）、又、Buchka は、「係争の訴訟の事實上の状態」といふが如き無意味の言葉を羅列して居る。（Einfluss des Processes. II. 125）。Vgl. Kussi, Die privatrechtliche Wirkungen des Prozessbeginns, 3.
- (註六) 此意味に於て我妻教授の「かく考へ來れば訴訟繫屬がそれ自身時效中斷とは何等内面的關係なきものと斷言して妨げなきものではあるまいかとの斷定は、無條件に肯定し得る（前掲論文、法協五〇卷六號四一頁）。但し、同教授が此斷定に到達するに、羅馬法の *litis contestatio* 並に獨乙普通法の著書特に Savigny の著書を引用したるは無意味である。何んとなれば、權利拘束（訴訟繫屬）に私法的効果を認め得るか否かの問題は、主として獨舊民訴訟施行後、公法的訴權説を執る學者の間に於てのみ問題とせられ、又、問題とする必要を生じたのである。同教授の前掲斷定に到達する迄の處論は、内容豊富にて興味深きも、教授が實體法專攻にて、此問題の基調を爲す訴權學説に對する認識不足の爲め、勞多くして功尠なく、論旨徹底せざるを憾とする。

#### IV.

かゝる論理的缺陷は、公法的訴權論を支持する學者の間にも認められた。上述、Plósz, Hellmann の如き初期に屬する公法

的訴権論者は、或は、此缺陷を認識したればこそ、私法的訴権説を脱却し得ず、遂に曖昧極まる訴権學説を主張したものと考へ得る。(註一) 訴権を以て、國家並に相手方に對する公權なりとする Wach 亦然り、(註二) 更に Weismann が、實體的訴訟權能 Materielle Klagbefugnis なるものを認め、此權能は、原告より被告に對するものなるも、純粹なる私法的のものに非ず、又、純粹なる公法的のものに非ずと云ふ首鼠兩端を持するが如き議論を立て、(註三) Goldschmidt が、實體的司法法 Materielles Justizrecht なる觀念を樹立したるは、(註四) 孰れも此點の論理的破綻を彌縫せんとする努力であつた。併しながら此等學説は一方に公法的訴権説を採りながら、尙、羅馬法の actio の觀念に捉はれ、私法的訴権説を脱却し得ざりし點に論理的矛盾が内在する。

(註一) 本稿前段八頁參照。

(註二) Wach, Der Feststellungsanspruch, 31.

(註三) Weismann, Lehrb. d. dtsh ZPR. 67. 69.

(註四) Goldschmidt は、訴訟法を以て形式的司法法 formelles Justizrecht と做し、之れに對し、國家に對する權利保護請求權の基本を爲す公法法規を總括して實質的司法法 Materielles Justizrecht なる名稱を附し、此實質的司法法とは、公法的に思考し、又補充せられたる私法なりと稱する。例之獨民法第四四三條一項(我民法五五五條に依る)の私法的規定の裡に、賣主が其義務を任意に履行せざるときは、國家は買主の爲め權利實行の效果を得しむる義務ある旨の實質的司法法規定が存在すると説明して居る。Vgl. Goldschmidt, Materielles Justizrecht, 4. ff.; Derselbe. ZPR. 1ff.

斯くの如く、訴訟開始の私法上の効果を以て、権利拘束夫れ自身の效力、若くは又、訴権實行の効果となすことが論理的不可能に屬するが爲め、轉じて、之れを以て訴の提起に内在する私法上の権利主張の效力に歸せしめんとする説が現はれた。

(註一) 訴訟開始の私法上の効果が其訴訟法上の効果に對し特異性を有することは、夙に Weismann が指摘したのであつたが、

(註二) 之れに隨いて Stein が、其著「證書並に爲替訴訟論」(一八八七年)に於て、

(註三) 訴訟開始の訴訟法上並に實體法上の効果は、夫れ夫れ、異なる角度より觀察すべきものなることを指摘し、その實體法上の効果は、相手方に對する實體法上の請求權行使の効果に外ならずと主張した。

(註一) Kohler は、訴訟開始の實體法上の効果に付き、此効果は、公法行爲即ち訴の提起により發生するものなれど、其性質は純然たる私法上のものであると簡単に説明して居る。Vgl. Kohler, Grünhut's Zeitschrift, 33., 566. 彼の論據は、公法が私法關係に影響を及ぼす場合、其効果は依然として私法的性質を帶ぶるといふに在るも、此場合、何故に訴の提起といふ公法行爲が、時效の中斷其他の私法上の効果を招來するかに就て、充分の説明が缺けて居る。

(註二) Weismann, Hauptintervention, 110.; Lehrb. I. 354.

(註三) Stein, Der Urkunden u. Wechselprocess, 285.

## V.

Stein の此主張は、Schmidt に依つて支持せられた。(註一) 其の説く處、共に未だ充分の體系を整ふるに至らなかつたが、洵に肯繫を得た觀察である。抑も公法、私法の分化的傾向に追隨して、民事訴訟に於ても、訴訟法律關係と訴訟の目的たる私

法法律關係とを分離、對立せしむることは、研究方法として異論を挿む餘地なきも、訴訟の本質は、訴訟の目的たる實體法上の權利關係の満足要求であり、従つて訴訟も亦、權利者の義務者に対する權利主張の一形態と觀るべきであるから、(註二) 訴訟開始に因りて發生する私法上の効果は、之れを訴訟に於ける此實體法上の權利主張の效力に歸するが最も妥當と考へる。之れを「訴訟繫屬」の效力に歸せしむる理由のなきことは、例之、差押の如く、或は又、支拂命令の送達の如く、訴訟繫屬とは無關係に、尙、私法上の効果を發生せしむる場合あることに想到するならば、自ら明かであらう。訴の提起に因り、裁判所と當事者との間に「訴訟關係」が發生し、訴訟の目的たる實體法關係に「訴訟繫屬」の効果の發生することよりして、訴訟に關する一切の現象を、訴訟關係並に「訴訟繫屬」の觀念に包括せむとする從來の一部訴訟法學者の態度は、訴訟法理を不當に擴張適用するものと云はなければならぬ。(註三)

(註一) Schmidt, Lehrb. d. dtsh ZPR, 414.

(註二) 私は考へる。訴訟法關係と實體法關係とを分離、對立せしむるのは、飽くまで研究方法の問題であつて、訴訟の本質は、訴訟の目的たる實體法上の權利關係の満足要求であり、此満足要求は、訴訟法的觀察の下には、國家に對する判決請求權並に判決の基本たる訴訟資料聚集の過程となつて現はれ、而して實體法的觀察の下に來るものは、權利の満足を得むが爲めの主張の一形態としてであると。因つて訴訟の過程に、私法上の權利主張を認むるに付き、何等論理的矛盾を感じないのである。

(註三) Kussi は、其著 Die privatrechtlichen Wirkungen des Prozeßbeginns

の序に於て、第十九世紀の法律學は、訴訟法を私法的訴權學說(羅馬法の actio に遡る)より解放したのであるが、今や吾人は民法を訴訟法的概念即ち「權利拘束」の夫れより解放するの任務を負ふとの意味を述べて居る。我國に於ても、兼子助教授に依りて同様の意見が開陳せられ、更に具體的には、我妻教授に依り「時効制度をして訴訟上の觀念に直接隸屬することから解放」すべき旨が主張せられて居る。兼子助教授訴訟承繼論(法協四九卷一號三、四頁)。我妻教授前掲論文(法協五〇卷七號一二三頁)。

要之、時効の中斷、債務者附遲滯等、私法上の効果は、凡べて其發源を、訴訟に於ける當事者の實體法上の權利主張に之れを索むべきであつて、従つて訴の提起は、裁判上に於ける權利主張の一形態(但しその重なるものではないが)に過ぎないのである。斯く解することにより、訴訟繫屬の效力として到底合理的解決の不可能なる次の諸點が、矛盾なく説明し、理解せられ得る。

第一。訴訟開始の實體法上の効果は、それを「訴訟繫屬」の效力と做すならば、何故に之れを訴訟法に於て規定せずして、民法其他の實體法に譲るかの點に付き、(註一) 満足の説明を與へ得ないのであるが、それを以て裁判上の權利主張の効果となすに於ては、其規定を民法其他の實體法に譲るは素より當然である。

(註一) 獨民訴訟237條(舊239條)に「權利拘束ニ關スル其他ノ效力ニ付テノ民法ノ規定ハ其影響ヲ受クルコトナシ」とあり、又、草案理由書にも、權利拘束の實體法上の效力は、民法に於て規定する旨の説明あること既述の如し。本稿前段六頁以下參照。

第二。訴訟(最も廣き意味に於ていふ)の經過に於て發生する私法上の効果

には、屢々、「訴訟繫屬」と無関係のものあること前述の如く、又、訴の提起に因り、「訴訟繫屬」と共に發生する場合にも、請求の種類に依り、常に必ずしも同一の効果のみ發生するとは限らぬ。或は時效の中斷のみを生じ、或は債務者の責任の増加を伴ふ(例之、民189條 II)。此等關係は、「訴訟繫屬」の效力としては、その説明に窮する。

第三。本案判決に至らずして「訴訟繫屬」の終了したる場合、既に發生したる私法上の効果のみ殘存するの關係は、(註一)之れを「訴訟繫屬」の效力より引離し、従つて裁判上に於ける實體法上の権利主張の效力と做すことに因りてのみ、その説明が可能である。

(註一) 大判(大正二年民錄一九輯四六三頁)に曰く「履行ノ請求ハ債務ノ履行ヲ促ス意思ノ發表ナレハ給付ノ訴ニ依ル履行ノ請求ト雖モ訴ノ提起カ履行請求ノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ訴狀ニ包含スル債務ノ履行ヲ促ス意思ノ發表カ訴狀ノ送達ニ因リ其效力ヲ生スルモノトス。故ニ訴ノ提起カ訴訟法上有效ナラザリシト否ト後ニ訴ノ取下アリタルト否トハ履行請求ノ效力ニ何等ノ影響ナシ」と。

以上の判決中に於ても明かにせらるゝが如く、判例は、訴狀の送達を以て履行請求の意思表示と做すものなれば、債務者附遲滞の效力は、訴狀送達の際に發生し(民412條)、従つて「訴訟繫屬」開始の時(訴狀提出の時、訴223條)と時間的間隔が存する。此關係も亦、訴訟繫屬の效力としては理解し難い。

以上述ぶる處に依つて明かなるが如く、訴訟開始の私法上の効果は、之れを裁判上に於ける権利主張の效力に歸せしむること、就れの方面より觀察するも、最も妥當であり、さればこそ

此見解は Hellwig, Geib 其他の有力なる支持を贏ち得たのである。(註一) 而して斯く理解するならば、依然、「訴訟繫屬」の實質的效力、若くは又實體法上の效力として、之れを訴訟法上の效力と對立せしむることは、用語上の便宜の問題であらう。(註二) 併しながら誤謬を招き易きことは否み得ない。正しくは訴提起の效力と云ふべきである。(註三)

(註一) Hellwig, Lehrb. III. 280ff., System I. 387,ff.; Geib, Rechtsschutzgehören u. Anspruchsbetätigung in dtsch ZP., 188. 我國に於ては、山田博士は最近には、改めて此見解に従はるゝものゝ如くである。此點に就いては次註に詳述する。又最近、我夢教授も、時效中斷に付き同様の結論に到達せられた(前掲論文法協五〇卷七號一〇八頁以下)。但し同教授が此結論に導かるるに付き、唯時效中斷の効果を訴訟繫屬の效力に歸せしめ得ざることを詳説したるに止まるは、論據として不充分なりと云はなければならぬ。

(註二) 例之、Hellwig, a. a. O., Stein-Jonas, Komm. zu §267. I. には、依然として「權利拘束」の實體的效力 Die materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit とあり(但し Stein-Jonas には、同處に此用語の妥當ならざることを自認して居る)、又、Geib は「權利拘束」の實體的效果は、訴の提起に内在する請求權實行に基くと説明して居る(a. a. O.)。

斯く Hellwig が、「權利拘束の實體的效力」なる術語に執着するのは、彼の Lehrb. に於ける説明の跡を辿つて看るに、彼に於て未だ從來の學說を徹底的に打破せらるゝに至らず、従つて訴訟開始の私法上の効果を、思想的に充分に權利拘束の效力より分離し得なかつたが爲と思はるゝ節もあるのであるが、訴の提起に因りて發生する私法上の効果は、訴訟繫屬の開始と時を同ふして發生し(例外あるも)、訴訟繫屬の存續中、其儘其效力を持続するものなれば、之れを訴訟繫屬の效力と稱し、訴訟法上の效力と對立せしむることは、説明の上に便宜である。私が要論に於て訴訟繫屬の實體法上の效力として説明を加へたるは此理由に出づるものにて、其旨を附言してある(要論上卷二八一

頁註一)。山田博士、細野學士が共に、此私法上の效力を以て訴提起の效力と云ひ、又、訴訟繫屬の效力とも稱せらるゝは、説明の便宜に基くものと解する。山田博士、改正民事訴訟法第二卷四七一、五〇二頁。細野氏、民事訴訟法要義(改訂版)二一七頁參照。

我妻教授は、山田博士を以て、訴訟開始の私法的效果(此場合には時效の中斷)を權利拘束の效力と做す學説を採るものとして批評を進められた。博士の舊著、民事訴訟法第二卷(大正十一年版)五一五頁以下並に判例批評民事訴訟法第一卷(大正十二年版)三四三頁以下の説明に依れば、博士の執る説は、正しくそうであつた。併しながら博士は改正民事訴訟法第二卷(昭和四年版)に至つて表題を、「訴提起ノ私法上ノ效力」と改めて説明を加へられたると(五〇二頁)、其後の判例批評(法叢二五卷二號、二七卷六號)に於ては、訴の提起に因る時效の中斷を以て裁判上に於ける私法上の權利主張の效果と做し、曰く「法律が裁判上の請求に時效中斷の效力を認めたるは、訴の提起が債權の存在を主張せむとする意思の實行行爲にして私法上の請求(而も強度の)に匹敵するが爲めなり云々」と説明し、「訴訟繫屬」の效力なりとは一言も云はれざるに徴し、博士は其學説を改められたるものと觀測する(尤も Hellwag と同じく、まだ此問題を思想的に充分、訴訟繫屬の效力より遮斷し得ない程度であるかも知れぬ)果して然らば、我妻教授の博士の所説に對する批評は、學説の時間的推移を無視したりとの批難を免れ得ぬ。

(註三) 最近の著者には多く、訴提起の私法上效力と題して説明を加へて居る(例之、Stein-Juncker, Goldschmidt 等)。

## VI.

次に裁判上の權利主張として、之れに依り訴訟に於て私法上の效果が賦與せらるゝには、如何なる程度の具體的主張を必要とするか? 又、訴訟上、如何なる形態に於て此權利主張が行はるゝ必要があるか?

1. 先づ第一に、一般に權利の主張として法律上の效果の賦

與せらるゝが爲めには、何等か法律的目的追求の爲め、(註一)何人かに對し權利を主張する場合であらねばならぬ。

(註一) 爰に「法律的目的追求の爲め」とは、法律的取引の行爲として、又、その然ることを意識してと云ふ意味である。去れば漫談に際し、此家は何某の物々との間に對し、否自分の所有なりとの主張は、法律上の意味に於ける權利の主張とは言ひ難いであらう。Vgl. Hellwig, Lehrb. III. 280. N. 12.

2. 然らば夫れが「裁判上の權利主張」として實體法上の効果を發生するが爲めには、更に加ふるに、訴訟に於ける効果を擧げむとして、訴訟に於て(換言せば、訴訟に於て爲す行爲に依り)其權利を主張する場合なることを要する。(註一)

(註一) Hellwig, Lehrb, III. 284.; Kussi, a.a. O. 7.

而して以上述ぶる要件を具備する裁判上の權利主張が、訴訟を構成する訴訟行爲と如何なる關係に立つか、又、訴訟の結末如何(原告の勝訴、敗訴又は訴の却下)に因り如何なる影響を蒙るかは、章を改めて之れを詳述することゝし、此處には、裁判上の權利主張として、私法上の効果の發生すべき具體の場合を列擧するならば、凡そ次の如くであらう。

第一。訴の提起 訴のうち、消極的確認の訴は、其性質上當然權利の主張を包含せざるが故に、裁判上の權利主張を包含する訴は、給付の訴、創設の訴竝に積極的確認の訴である。

尙、次の場合には、既に繫屬せる訴訟に於て、新訴の提起若くは又判決事項の申立の形式に依り、新たなる裁判上の權利主張が爲される。

1. 反訴の提起 (訴239)
2. 中間確認の申立 (訴234)
3. 訴の変更 (訴232)
4. 獨立參加竝に共同訴訟的參加 (訴71.75)
5. 刑事附帶私訴 (刑訴567以下)

## 第二。訴の提起に準すべき申立

1. 督促手續に依る支拂命令の申立 (訴430以下)
2. 破産宣告の申立竝に破産債權の届出 (破<sup>126. 228</sup>條以下)
3. 公示催告の申立 (訴765)
4. 仲裁手續に依る仲裁の請求 (訴786以下)

## 第三。訴提起前の和解の申立 (訴356)

第四。強制執行、即ち差押、假差押、假處分の外(民147)、配當要求 (訴620. 646. 709) 並に外國裁判所の判決若くは仲裁人の爲したる仲裁判斷に對し執行判決を求むる訴をも含む(訴515. 802)。

尙、裁判上の権利主張を包含するや否やに就て、特に研討を必要とするは、訴訟の告知 (訴76)、各種の調停法 (借地借家調停法、商事調停法、小作調停法) に依る調停の申立、訴訟に於ける相殺の抗辯、消極的確認の訴の棄却を求むる申立等であつて、此等に就ては各論に於て改めて詳述する。而して以上述べたる裁判上の権利主張は、如何なる形態に於て、如何なる私法上の効果を發生せしむるか。又、其効果は、何時に發生し、何時迄存続するか諸點も亦、

各論以下に譲る。

## VII.

以上述ぶる處を要約するならば、訴訟開始の私法上の効果は、裁判上に於ける實體法上の権利主張の効力に歸すべきであつて、訴訟繫屬の効力と看るは當らぬ。即ち訴の提起は、裁判上に於ける権利主張の一場合に過ぎないのである。而して訴の提起に依る私法上の効果は、其訴訟法上の効力（管轄の確定、再訴の禁止等）と共に、訴訟繫屬開始の時、即ち訴狀を裁判所に提出したる時（223條）（註一）を共通時點として同時に發生するを通常とするも（訴235條參照）、元來此私法上の効果は訴訟繫屬とは直接の牽連なきものなれば、必ずしも、此時點に限定せらるゝことなく、（註二）又、訴の提起に依り、如何なる私法上の効果が發生するか、更に其効果が訴訟に於て、如何に成行くかは、一に民法其他の實體法に依りて定まる。

（註一）一派の學者は、訴狀の送達に至らざる間は、訴狀の却下に依り遂に事件が訴訟繫屬とならざることあるを理由として、舊一九五條一項の如き規定なき新法の下に於ても、尙、訴訟繫屬は、訴提起（訴狀の提出）の時に非ずして、訴狀送達の時なりと主張する。井上教授「訴訟の繫屬時點」（法叢二三、一）。江口氏「請求の豫備的併合」（法學新報四〇卷二號三頁以下）。

併しながら訴訟繫屬とは、事件が裁判所に繫屬すること、換言すれば原告が訴に依りて主張する訴訟法上の請求に付き、判決手續が現存する状態を云ふものにして、此状態は原告の訴提起に依りて發生するものなれば、舊一九五條一項の如き特別の規定なき限り、訴提起の時、即ち訴狀提出の時を以て其發生時點となさなければならぬ。素より訴狀の提出のみにては未だ完全なる

訴訟繫属の状態に到達せざること論を俟たざるも、これに續く訴状の送達に依りて初めて完成するのである。斯く未だ不完全の状態に在りとするも、事件の訴訟繫属たることに妨げなき理である。而して訴状提出後、起訴要件欠缺の爲め訴状却下の裁判あり、其裁判確定して遂に訴状の送達に至らざるときは、當初に遡及し、訴状提出の法効果たる訴の提起なかりしこととなり、従つて事件の訴訟繫属なかりしことに歸着するのである。事件の訴訟繫属は一つの法効果なるを以て、法律に依り既往に遡つて消滅せしむることは、敢へて妨ぐる處はない（例、237條）。要之、井上教授並に之れに續く江口氏の所論には、訴訟繫属を以て、事實關係視し、その訴提起の法効果なることを忘れた誤謬がある。

更に井上教授は、その効果の發生が更に他の事實に繋ることは、決して有り得べからざることではない（前掲書一六三頁）と稱し、其例として、隔地者に對する意思表示並に遺言の場合を擧げらるゝも、隔地者に對する意思表示が其通知の相手方に到達したる時、遺言が遺言者の死亡の時より、夫々、其效力を發生するは各其規定あるが故である（民 97、1037 條）。本間の場合の例となすは該らぬ。否、反つて本間の場合、新法には舊一九五條一項の如き規定なきが故に、訴提起の時に其効果たる訴訟繫属が發生するものと做さなければならぬ。

（註二） 例之、債務者附遲滞の效力が、訴状の債務者に送達せられたる時に初まるが如し。大ニ、大民一判決（大民錄一九輯四六三頁）參照。

### 第三章 訴訟に於ける私法行爲とその の訴訟行爲に對する關係

#### I.

訴の提起が、裁判上の權利主張の一として、私法上の効果を發生せしむること前章に述ぶるが如くであるが、尙、夫れ以外、訴訟の過程に於ても、私法上の効果を發生せしむる法律事實を擧ぐることが出来る。而して此等法律事實のうち、口頭辯論期日に於ける手形呈示等の事實行爲に就ては別段に説明の要なきも、取消、解除、追認、相殺等の形成權が、訴訟に於て攻撃、防禦の方法として實行せらるゝ關係は、特に研究を必要とする。即ち此等形成權が訴訟外に於て實行せられ、訴訟に於て其結果が攻撃、防禦の方法として主張せらるゝ場合に就ては、特に爰に論ずる必要を見ないのであるが、當事者が、此等形成權を訴訟外に於て實行せず、訴の提起と共に、若くは訴訟の進行中、訴訟に於て之れを實行し、以て攻撃、防禦の方法と爲す場合、その關係を如何に解釋すべきか。殊にその訴訟行爲との關係如何は、以下述ぶるが如く民訴學者に依りて盛に論争せられた。元

來、此問題は、訴訟行爲論に屬すべきものであるが、訴の提起に因る裁判上の權利主張の夫れと密接の關係に在るを以て、本稿に於ても、之れに論及するを便宜とする。因つて訴訟行爲論としての研究は、之れを他日に譲り、必要なる程度に於て以下に略説する。

## II.

訴訟に於て、攻撃、防禦の方法として、私法上の權利を實行することは、「ローマ」法の *actio* 竝に獨普通法に於ける私法的訴權説の下に於ては、訴の提起に因る私法上の效力と同じく、何等説明の要なき當然の事柄であつた。蓋し訴訟を以て、私法上の權利實行の一態様と看ること既述の如くなるが故である。(註一)之れが問題となつたのは、訴訟關係と私法關係とを區別對立せしむる公法的訴權説の下に於てである。

(註一) 本稿前段六頁參照。

公法的訴權説の下に於ても、訴訟に於ける私法上の權利(主として形成權)實行を、如何に觀察するかに就ては、學説に數多の相違點を發見し得るのであるが、要之、之れを訴訟法理に依りてのみ解決せむとするものと、實體法の支配に服せしめむとするものとに岐たれる。前者を「訴訟行爲説」後者を「併存説」とする。而して兩者の折衷説として、「兩性説」竝に「吸收説」(私法行爲が訴訟行爲に吸収せらるゝものと做す説)とを擧げ得る。以下、各學説を簡單に紹介批評する。

### 第一。訴訟行爲説

此説は、私法行爲と雖も、訴訟に於て實施せらるゝときは訴訟的性質を帶有し、訴訟法規に依り規律せらるべしと云ふ單簡なる論據に出發するものにして、(註一)主として Kohler の提唱にかゝる。(註二)即ち法律行爲の取消、解除、追認等の私法行爲も、訴訟に於て實行せらるゝときは、訴訟行爲として訴訟手續の一部を構成すべく、従つてそれに對しては、實體法の適用が排除せられ、訴訟法の支配を受くると云ふのである。

(註一) Vgl. Kohler, ZZP. 29, 1.

(註二) Kohler, Kompensation u. Prozess, ZZP. 20. 15ff.; Derselbe, Die Aufrechnung nach dem BGB. ZZP. 24,17ff.; Derselbe, Prozesshandlung mit Civilrechtswirkung, ZZP. 29. 1ff; Schneider, Anfechtung wegen Irrtums im Laufe des Prozesses, ZZP 31. 271 ff; Bülow, Geständnisrecht, 74. ff.

要之、此説は、訴訟繫屬の效力を過大視し、事件の訴訟繫屬の開始は、以て當該事件の私法關係の内容にまで影響を及ぼすものなりとの見解を持つものであり、(註一) 尙、成法上の有力なる根據として、此等訴訟に於ける私法行爲の解除、取消等は之れを訴訟行爲と做すに非ざれば、訴訟代理權の範圍外に在ることとなり、従つて訴訟代理人は、特別の委任ある場合の外、其代理權限なかるべく、斯くては甚しく不都合なるべしと稱する。(註二)

(註一) 訴提起の私法上の效力を以て、訴訟繫屬夫れ自體の效力と看做すのと同一の系列に屬する見解であり、例之、Kohler, Bülow 等の同一學者に依り

て共に主張せられる。恐らく、羅馬法の Klagekonsumption の思想に影響せられたる學說と考へる。本稿前段一〇頁參照。

(註二) 訴訟行為説を採る Kohler は勿論、折衷説を採る Weismann, Wach 等も、之れを訴訟行為と看ることに依り、訴訟代理權限に屬することを主張する。Kohler ZZP. 29. 1ff.; Wach, ZZP. 28. 1ff.; Weismann, Lehrb., 299.; Rosenberg, Stellvertretung im Prozess. 66. N. 1. dort zitat.

併しながら此説の云ふが如く、訴訟に於ける私法的意思表示(例之、契約の解除、取消等)を以て訴訟行為と做すことに就ては、成法的根據に乏しく、否、反つて反對の論據たり得る二、三の條文を發見し得べく、(註一) 假令、此等を訴訟行為として規律するとしても、訴訟法には、殆んど全く其規定を缺くのである。加之、此説の有力なる論據とする、之れを訴訟行為と做すに非ざれば、訴訟代理權の範圍外に置かるべしとの主張は、夫れ自體再吟味を必要とし、寧ろ訴訟代理人は、當該事件の訴訟遂行に必要な範圍ならば、訴訟に於て(訴訟外は自ら別問題である)獨り訴訟行為のみに止まらず、私法行為に就ても、亦、代理權を有するものと看るが妥當と考へる。(註二) 果して然らば、此學説は、之れを支持する論據を失ひ、唯、訴訟法理を不當に實體法關係に及ぼすの批難のみが貽るのである。

(註一) 例之、民法一四九條、民訴法二三五條に「裁判上ノ請求」とあるは、訴訟に於ける私法上の權利(請求權)主張を認めたものと解せられる。

(註二) 訴八一條一項は、所謂、通常委任の規定であるが、同項は、通常委任の範圍を示すものにて、其範圍に屬するや否や疑問の餘地ある事項を列擧したる例示の規定であり、訴の提起、攻撃防禦の方法の提出等は、同項に規定

なきも、訴訟代理人が當然爲し得る處とする。即ち訴訟代理人は、事件の委任に依り、同條第二項に列擧したるものを除き（特別委任事項）、當該訴訟の遂行に必要な一切の處置を訴訟に於て執り得るものと解すべく、然らば此範圍に屬する限り、私法行爲に就ても、訴訟に於て爲すならば代理権限ありと解するが妥當である。Vgl. Rosenberg, Lehrb, 153.; Derselbe, Stellvertretung, 793ff.

我大審院も亦、以上と同一なる見解を支持する。曰く「相殺ノ意思表示ニ付テハ法律上何等形式ノ定ナキヲ以テ訴訟上ノ防禦方法トシテ之ヲ爲スモ妨ケナク從ツテ訴訟代理人ハ相手方ニ對シ相殺ノ抗辯ヲ提出スルノ權限ヲ有シ敢テ特別ノ委任ヲ要スルコトナシ」(昭和七年大判集一一卷八九〇頁)。又曰く「法律行爲取消ノ意思表示ハ攻撃、防禦ノ方法トシテ訴訟代理人ニ於テ當然之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」(大六、大民錄二三輯五七一頁)。等。但し其根據は、「訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲タル性質ヲ有スル」と做す兩性說に従ふ。(大八、大民錄二五輯二〇九七頁)。

## 第二。併存説

次に訴訟繫屬を以て、單に事件が裁判所に繫屬するの狀態にして、訴訟關係とは、裁判所と當事者との間に於ける訴訟繫屬狀態の展開なりとの見解に立つときは、法律行爲の取消、解除等私法行爲を訴訟上に實行するの事實をば、私法上の法律行爲の實施と、之れを訴訟資料として主張する訴訟行爲とに分解する考察方法が可能となる。而して前者には實體法を、後者には訴訟法規を適用すべしと主張するのであつて、此見解には、Rosenberg, Goldschmidt, Geib 等、數多の支持者がある。(註一)

(註一) Rosenberg, Lehrb. 183.; Derselbe, Stellvertretung, 75ff.; Nussbaum, Prozesshandlung, 73.ff.; Geib, a. a. O. 185. ff.; Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, 469. 江口氏、訴訟行爲に於ける意思の問題 (法學新報四〇

卷六號六八頁)。

此説は、訴訟の過程に實體法上の權利主張を認識したる點を特徴とするも、私法行爲と之れを訴訟資料として主張する訴訟行爲とに分解することは、方法的便宜の事柄に屬するとは云ひながら、經驗的事實に合致せざる缺點がある。即ち訴訟に於て攻撃、防禦の方法として、當事者が、契約の解除、若くは又法律行爲の取消等を主張する場合、當事者に法律行爲と訴訟行爲との二行爲を爲す意思ありと做すが如きは事實に則せざる觀察である。加之、此分立せしめられたる法律行爲と訴訟行爲とを、獨立、無關係ならしむることは、*rechtspolitisch* の立場より不可能の事に屬し、従つて或る程度の相関々係を認めざるを得ぬ。例之、Rosenberg は、私法行爲としての構成要件と其效力とは實體法に依り、其表示行爲たる「主張」は訴訟法に依るべしと主張する。(註一) 斯く云ふならば、次に述ぶる折衷説と相隔つること僅か一步である。

(註一) Rosenberg, Lehrb. 183.

### 第三。折衷説 (兩性説並に吸收説)

此折衷説は、その初め訴訟行爲説が訴訟法理を不當に擴大適用せむとするを矯むるが爲め、先づ兩性説として現はれたのであつた。即ち Weismann, Wach 等は、一の行爲が同時に法律行爲並に訴訟行爲として成立することを認め、以て此問題に關する實體法と訴訟法との適用の調和を圖つた。(註一) 其後、今

日に至る迄此學説を採る學者尠ならず、(註二) 我大審院は年來此見解を執る。(註三) 此説は、訴訟の過程に實體法上の權利主張を認むることに因り訴訟行爲説の缺陷を免れたるも、一の行爲に、同時に法律行爲並に訴訟行爲としての成立を認むることは、論理的にも實際的にも不可能と考へる。何んとなれば、法律の定むる構成事實並に有效要件は、訴訟行爲なると法律行爲なるとに因り、夫々差異あるが故である。

(註一、二) Weismann, Lehrb. I. 104.; Wach, Handbuch, I. 577; Walsmann, Arch. f. ziv. Prax. 102. 122 ff.; Seuffert, Komm. I. zu. §. 145. 4a.; Kleinfeller Lehrb. 201.; Stein-Jonas, Komm. I. Vor § 128. VI. 2.

(註三) 大判。大八、大民錄二五輯二〇九七頁。大一一、大民集一卷三七六頁等。

此兩性説に對する批難を免れむとして、私法行爲が訴訟行爲中に吸収せらると做す説が生じた。詳言すれば、私法行爲を訴訟に於て實施する場合には、訴訟行爲に吸収せられ、訴訟行爲として外部に對し表示主張せらると做す。之れを吸収説と云ふ。(註一) Hellwig の説明を借るならば、即ち效果の内容は、實體法に依りて決定すべく、而かも其效果は訴訟行爲としての效果に非ずして、その内に包含せられたる私法行爲(形成權)の夫れである。併しながら表示の形式、條件、當事者等は、訴訟法に依りて決定せられると。(註二) 斯く云ふならば、Hellwig も亦自認するが如く、兩性説と殆んど相隔てなきと同時に、(註三) 併存説とも單に觀察の立場を異にするの程度の差あるに過ぎぬ。(註四)

- (註一) 此説を採る著書次の如し。Hellwig, System, I. 432.; Derselbe, Prozesshandlung u. Rechtsgeschäft. 30; Oertmann, Grundriss d. dtsh ZPR. § 69. 2.
- (註二) Hellwig, a. a. O.
- (註三) Hellwig, System, I. 432. Note 21.
- (註四) 上記、Hellwig と Rosenberg の説明を對比するならば結局同一に歸することが見出される。

要之、訴訟行爲説は別として、折衷説並に併存説共に、訴訟に於ける私法的意思表示に付き、訴訟行爲的並に私法行爲的の兩要素を認むることに渝りなく、唯、訴訟行爲の要素に重點を置くと(吸収説)、兩者を同等視し、而してこれを一行爲と做すか(兩性説)、或は又二行爲と做すか(併存説)の差あるに止まる。

### III.

訴訟に於て私法的意思表示若くは權利主張の爲さるゝ場合、私法行爲夫れ自體として實施せらるゝものに非ず、少くとも其表示は訴訟行爲であることを必要とするが故に、其間の關係は、結局以上述ぶる學説の範圍を出でぬ。而して私の見る處を以てするならば、此兩者の關係は、常に必ずしも同一でなく、其間に差異を發見し得るものと考へる。即ち次の如し。

#### 第一。訴訟行爲としてのみ現はるゝ場合

訴の提起を初めとし、訴訟法上の申立若くは請求が、一面私法上の權利の裁判上の主張として、私法上の効果を發生せしむること、前章に述ぶるが如し。此等の場合は、訴の提起其他の訴

訴訟行為が、同時に實體的権利の主張を包含するものと看するものなれば、(註一)終始、訴訟行為として訴訟法に従つて之れを規律すべく、唯、實體的権利主張として、如何なる實體法上の効果を発生せしむるかに就てのみ實體法規に遵ふ。去れば其實體法上の効果は、訴訟行為としての成立に条件付けらるゝのみならず、訴訟の運命(訴訟が取下げられたりや否や、又、判決のありたる場合其判決の内容如何)にも左右せられる。此點更に後章に詳述する。

(註一) 本稿前段一六頁参照。

## 第二。訴訟行為中に私法行為が包含せらるゝ場合

當事者が攻撃、防禦の方法として、履行の請求を爲し、若くは解除、取消、追認、相殺等の形成權を行使する場合は、此等實體法上の行為は、之れを攻撃防禦の方法として主張する訴訟行為に吸収、包含せらるゝものと看するが最も妥當と考へる。従つて訴訟行為として表示せらるゝものなれば、實體法上の効果発生は、訴訟行為としての成立に条件付けられる。(註一) 併しながら、一度、有效なる訴訟行為として私法上の効果を発生したる場合には、其後の訴訟の運命には影響せられざるものとする。(註二)

(註一) 反之、訴訟行為として有効に表示せられたるも、實體法上の要件を缺く場合には、訴訟に於ては、夫れが攻撃、防禦の方法として施用せられざるに止まり、訴訟行為としての無効を來すものではない。例之、相殺の抗辯を提出したるも、相殺不適状に在るときは、裁判所は單に之れを訴訟資料として排斥するに止まり、相殺の抗辯夫れ自體が無効とはならぬ。

(註二) 例之、訴の取下あるも、履行請求に依る債務者附遲滯の效果は殘存するが如し。此點も亦後章に詳述する。

### 第三。訴訟行為と私法行為と併存する場合

訴訟を終結せしむる當事者の訴訟行為中、裁判上の和解、請求の認諾並に拋棄には、理論上孰れも實體法上の權利處分が包含せられ、寧ろ此等實體法上の權利處分行為が訴訟に於て行はれたるものと看るが妥當とも考へられる。(註一) 果して然らば此等には、訴訟行為と相並むで私法行為の存在を認識しなければならぬ(併存説)。(註二) 尤も Weismann, Stein 等は、兩性説を採り、裁判上の和解、請求の認諾並に拋棄を以て、訴訟行為にして且つ法律行為なりと主張し、(註三) 我大審院も亦、此見解に従ふのであるが、(註四)「兩性説」の論理的缺陷は既に述ぶるが如くである。尙、請求の認諾並に拋棄に付き、單に訴訟行為的性質のみを認めむとする者あるも、(註五) 是れは請求の拋棄並に認諾をば、私法的缺陷に基く取消、無効の問題より切離し、其影響を否定せむとする rechtspolitisch の考慮に出發するものにして、論理的には勿論、其結果より觀るも賛成し難い。

(註一) Goldschmidt 並に之れに續く Rosenberg に従ひ、當事者の訴訟行為を *Erwirkungshandlungen* (遂行行為) と *Bewirkungshandlungen* (原因行為) とに分つならば、前掲、第一、第二は「遂行行為」(裁判を求め、訴訟資料を提出する行為) に関する場合にて、第三は「原因行為」(訴訟の各段階を創設する行為) に関し、而して其原因行為に實體法上の權利處分の包含せらるゝ場合として、爰に裁判上の和解、請求の拋棄並に認諾を擧ぐるのである。尙、此點の詳説は他日に譲る。Vgl. Go'dschmidt, Prozess als Rechtslage,

364 ff.; ZPR, 82.; Rosenberg, Lehrb. 185 ff.; 江口氏、訴訟に於ける意思の問題（法學新報四〇卷五號八頁以下）。

(註二) 此場合と、前段第二に述べたる訴訟に於ける形成權の行使とは、其關係を同一視出來ぬ。山田博士は、裁判上の和解に就ては此併存説を執るもの如くである。判例批評民訴法第一卷四〇〇頁参照。

(註三) Stein-Jonas; Komm., I. vor § 128. VI 2.; zu § 306., zu § 307 I.; II. zu § 794 II.; Weismann, Lehrb. I. 104.

(註四) 我大審院は、裁判上の和解に付き「民法上の法律行為たると同時に訴訟行為なり」と判示し、明白に兩性説を執る（大一一、大民集一卷三七六頁）。

(註五) Rosenberg, Lehrb. 462. 3.; 雄本博士、訴訟行為論九八、一四四頁。尙、山田博士も亦、認諾並に拋棄に付き訴訟行為的要素のみを認むるもの、如くなるも、其點必ずしも明白でない。改正民訴法四卷八一四頁以下参照。

以上述ぶるが如く、裁判上の和解及び請求の認諾並に拋棄は、訴訟行為と法律行為とが併存して成立するものなれば、此兩者は相互牽連して不可分の關係に立ち、その有効に成立するが爲めには、訴訟法並に實體法に従つて、共に瑕疵なきことを要する。即ち訴訟行為として不成立若くは無効なるときは、素より法律行為として其效力を發生せざるは勿論、之れと反對に訴訟行為として有効に成立するも、實體法上の瑕疵に基き法律行為として無効なるか、若くは取消さるゝときは、訴訟行為としても、亦其效力を失はざるを得ぬ。兩性説に遵ふも同様の結果に立至るものにして、我大審院の見解亦然り。(註一)

(註一) 大正一一、七、八、大民三判決「訴訟上ノ和解ガ法律行為トシテ民法ノ規定ニ依リ取消サレタルトキハ訴訟行為トシテモ亦其ノ效力ヲ失フモノトス」(大民集一卷三七六頁)。大正四年大民二判決「當事者ハ適法ナル控訴ノ提起ニ

---

因り控訴審ニ於テモ認諾ノ錯誤ニ出テタルコトヲ主張シテ其效力ヲ爭フコトヲ得ルモノトス」(大民錄二一輯二三一三頁)。同趣旨(大民錄一〇輯九八九頁)。

## 第四章 裁判上の権利主張の私法 上の效力

訴の提起に因り、各種の私法上の効果の發生することは、從來、屢々主張せらるゝが如く、之れを以て「訴訟繫屬」の私法上の效力と見るべきに非ずして、訴の提起行爲に包含せらるゝ裁判上の権利（實體法上の）主張の效力に歸すべきこと、前章までに述べたる處を以て明かである。而して此私法上の効果を齎らす裁判上の権利主張は、獨り訴の提起に於てのみならず、支拂命令の申立、破産手續參加等の場合にも、亦之れを認め得るものなるが故に、(註一)以下の説明は、訴の提起に依る私法上の効果を中心とし、併せて夫れ以外の場合に論及することゝする。

(註一) 本稿前段二一頁参照。

今、訴の提起に就て云ふならば、訴の提起に因る私法上の効果は、原則として訴提起の時に遡る。蓋し訴訟の理想としては、Kohlerの云ふが如く、(註一)訴提起の時、直ちに其請求の満足をば圖り得るならば、何等の問題はないのであるが、かゝることは事實上不可能であり、且つ又、現今の訴訟制度は、羅馬法の

litis contestatio の構成と異なり、最終の口頭辯論の時を標準として判決する。(註二) 因つて判決の時が、訴提起の時と時間的間隔を置くことに因り、其間に於ける私法關係の狀勢變化に伴ひ、原告に不當の損害を蒙らしむることを防止するが爲めには(例之間に消滅時效の完成する場合の如し)、権利主張の私法上の効果を、訴提起の時に遡らしむる必要があるのである。去れば訴の提起に因る私法上の效力は、原則として以下夫々に就て述ぶるが如く、訴提起の時に發生し、判決の遅延に因り被告が不當の利益を享くることなからしむる。

(註一) Kohler, Enzyklopädie. 3. 312.; Kussi, a. a. O. 18.

(註二) 羅馬法に於ては、訴訟の繫屬に因り、實體法上の権利消滅して、新たに當該事件に付き審理判決を受くる権利が發生するの組織を執つた。従つて判決は、「訴訟繫屬」開始の時を標準としたのであつた。併しなから假令「訴訟繫屬」開始の時を標準とするも、判決を爲す時は遙か其後に在るが故に、羅馬法の制度は、反つて其間に生じたる事情の變更を判決に斟酌せざる不都合がある。因つて現在の民事訴訟制度は、最終の口頭辯論の時の狀態に於て判決すべきものと改めたるも、獨民訴法が、所謂、當事者恒定の制度を執り、訴訟繫屬中に爲したる係争物の讓渡、移轉は、訴訟に何等の影響を及ぼさずと做すは(獨民訴265條)、羅馬法の Klagekonsumption と其法理を異にするも、「訴訟繫屬」開始の時の狀態を判決の基礎となす點に於て、其系統を引けるものと云はなければならぬ。

次に訴の提起に因りて發生する私法上の効果は、請求の種類並に態様に違ひ、必ずしも同一でなく、且つその如何なる私法上の効果を發生するかは、實體法の問題であるが、大別すれば次の如くに分ち得る。

第一。権利保存の效力 Wirkung der Rechtserhaltend  
消滅並に取得時効の中斷(民147條)及び除斥期間 Ausschluss-  
fristen の中斷が之れに屬する。

第二。権利擴張の效力 rechtsvermehrende Wirkungen  
法定利息の發生(民419條)、債務者の責任増加(例之、民189  
條 II)等是れである。

第三。権利強化の效力 rechtsstärkende Wirkungen  
一身專屬の権利と雖も、訴の提起に因り讓渡性(従つて相續  
性)が賦與せられ、其結果として差押も亦可能となる場合があ  
る。例之、不法行爲に依る慰藉料請求債權の如し。

此等私法上の效力は、獨り訴の提起の時に止まらず、其他の  
裁判上の請求に依りても、亦發生するのであるが、如何なる場  
合如何なる効果を發生するかは、夫々の場合に就て述べる。

## 第一節 権利保存の效力

### I.

裁判上の權判主張に依りて發生する権利保存の效力と云へば、消滅並に取得時効の中斷及び之れに準ずる除斥期間の遵守是れである。實體法は、時効の中斷に就て詳細なる規定を設くるも、(註一) 除斥期間のそれに就ては、全く其規定を缺く。因つ

て以下主として時效の中斷に就て述べ、最後に時效中斷の規定が如何なる程度に於て除斥期間の遵守に準用せらるべきかを述ぶる。

(註一) 民147條以下。序ながら我民法は、消滅並に取得時效を併せて、其中斷に關する規定を置く。反之、獨民法は、取得時效の中斷に關して別に規定を設け(獨民939條以下)、一部、消滅時效の中斷に關する規定を準用する(獨民941條)。

我民法は、時效中斷原因の第一として、「請求」を擧ぐる。此「請求」は、裁判外の請求(催告)と裁判上の請求とに分ち、其兩者を包括すること、條文の上より看るも明かである(民149.153條)。而して「裁判外の請求」に就ては、暫らく本稿の論題外として、「裁判上の請求」とは、何を意味するか。民法學者は、之れを以て「訴の提起」と做すことに付き、殆んど何等の疑を挿まざるものゝ如く、判例亦同様であるが、(註一)民法は何故に訴の提起を以て裁判上の請求と稱するか。又、時效の中斷は、如何なる種類の訴の提起に因りて發生するか。更に又、時效の中斷原因たる裁判上の請求は、訴の提起のみに限らるゝであらうか。此等、殊に後者に就ては、特に吾人の考慮を要する問題がある。

(註一) 大正九年九月二九日大民三判決(民錄二六輯一四三一頁)。尙、此點に深き檢討なくして疑を挿まざるの事實は、孰れの著書と云はず、民法總論の時效中斷の章中、「裁判上の請求」に關する説明を一瞥すれば明瞭である。

先づ此處には、「裁判上の請求」の意義に就て述ぶる。我民法

の使用する「裁判上の請求」といふ術語は、舊民法に之れを發見し得るのであつて（舊民法證據篇109條）、ボアソナード草案に依れば Une demande en justice（裁判上に於ける請求）とある。（註一）請求を分ちて裁判上並に裁判外の夫れに分つことは、私法的訴權説の觀念と一致すること、爰に云ふ迄もない。（註二）私法的訴權説の下、更に訴としては、給付の訴が唯一若くはその主要のものである限りに於ては、（註三）裁判上の請求と云へば、訴の提起と同義異語であらねばならぬ。我民法の使用する「裁判上の請求」は、かゝる狀況並に約束の下に出來た術語であることには、異論はないであらう。

（註一） Boissonade, *Projet de code civil*, 4. S. 1446.

（註二） 私法的訴權説の基調を爲す羅馬法の *actio* が、私法的並に訴訟法的兩性質を帶有せるものなりしこと明かである。尙、拙著、要論上卷一五七頁以下。本稿前段六頁参照。

（註三） 獨普通法當時の民事訴訟理論が、給付の訴に重心を置いたことは、その系統を引ける一八七七年の獨民法並に我舊民法が給付の訴を標準として訴狀の必要的記載事項を規定したるに徴し明白である（獨民法253條II項2號、日舊190條II項2號）。此點に就ては、過去の問題として深き論評を避くるも、我舊民法190條II項2號「起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因」は、其儘にては、確認の訴並に創設の訴には適用出來なかつたのである。拙著、舊民法要論、二卷一二三頁以下参照。

併しながら私法的訴權説、その論理的破綻を暴露し、公法的訴權説が通説となれる今日、加ふるに確認の訴並に創設の訴が、訴の定型として、訴訟理論の上に於ても、訴訟の實際に於ても重要

の地位を占むるに及むでは、時効の中斷原因として民法に云ふ「裁判上の請求」を、字義其儘に解することは到底不可能である。於是乎、民法學者は、積極的確認の訴が、時効中斷の原因より除外せらるゝ理由なしとの結果論を掲げて、「裁判上の請求」を以て訴の提起と同一視する。既に述ぶるが如く、訴の提起に因る時効の中斷其他私法上の効果は、訴の提起行為に包含せらるゝ實體法上の権利の裁判上に於ける主張の效力に歸すべく、(註一)而して裁判上の権利主張なるものは、常に給付の訴のみに止まらず、後述するが如く確認の訴並に創設の訴に於ても亦、之れを認め得るものなれば、時効の中斷原因として民法の云ふ「裁判上の請求」は、獨り給付の訴のみに限らず、廣く訴の提起を包含せしめて解するが正當である。唯、「裁判上の請求」を其儘訴の提起と解することは、解釋として甚だ無理の感なき能はぬ。然るに此問題に關し、訴訟法の方面に於ては、如上、訴權論の變遷と訴の定型としての確認の訴並に創設の訴の確立に伴ひ、「裁判上の請求」に付き、實體法の夫れと異なる意義を附するの必要を感じ、訴訟的意義に於ける請求 Anspruch im prozessualen Sinneを以て、當該事件に關する具體的權利保護要求、即ち獨り給付の請求のみならず、確認並に創設の請求をも包含するものと解する。(註二) 民事訴訟法中、各所に散在する「請求」なる術語は、斯く解することに依り、初めて其意味を正確に把握し得る(例之、民訴<sup>224</sup>2:7. 232 條等)。去れば民法に云ふ「裁判上の請求」に就ても亦、

此解釋に遵ふことに依り、初めて之れを訴の提起と同一視することの根據が索め得られるのである。

(註一) 本稿第二章参照。

(註二) 拙著、要論上卷二六三頁以下。Stein-Jonas, Komm. I. vor § 253. II.; Rosenberg, Lehrb. 270 ff.; Mayer, Der Prozessanspruch, ZZP. 53. 209 ff. 同説、中島博士、民法釋義總則篇。一四七條(八一五頁)。

以上述ぶるが如く、民一四七條に云ふ請求——裁判上の請求は、訴の提起と解せられる。併しながら訴の提起に依る時效の中斷は、起訴行為に包含せらるゝ裁判上の權利主張に歸すべきものなること既に述ぶるが如くなるに、(註一)時效中斷の原因としての裁判上の權利主張は、獨り訴の提起のみに止まらず、尙、支拂命令の申立、和解の申立其他を擧ぐることを得る。然るに我民法は、獨民法の如く時效中斷の原因たる裁判上の權利主張を各個に羅列せざるが故に(獨民209參照)、(註二)民法の云ふ「裁判上の請求」は、寧ろ之れを「裁判上の權利主張」と解し、獨り訴の提起のみならず、訴の提起に準ずる諸申立、其他字義としては「請求」の觀念に合致せざるものと雖も、尙、裁判上の權利主張と認むべきものは、これを包括して時效中斷の原因と爲す必要がある。(註三)唯、問題となるは、其範圍を那邊にまで及ぼすかにある。(註四)

(註一) 本稿前段一六頁以下參照。

(註二) 民一四九乃至一五五條は、時效中斷の效力不發生に關する特別規定にして、此等條文に揚げらるゝ裁判上の請求、支拂命令の申立其他は、孰れも、

裁判上の権利主張の一場合として、一四七條に依り時効中斷原因たるものと解さなければならぬ。

(註三) 同説、遊佐博士新訂民法概論總則篇四七六頁。

(註四) 例之、後述する處の問題、即ち基本的法律關係の存在確認の訴は、其法律關係より發生する個々請求權の時効を中斷するか、又、債務不存在確認の訴に於ける被告の權利存在の主張は、裁判上の権利主張として時効中斷の原因と爲すべきや等は是れである。

## II.

時効中斷の原因は、民一四七條に規定せられる。その内裁判上の権利主張として時効中斷原因たるものを挙げ、以下にその説明を試むる。(註一) 裁判上の権利主張の主なる場合は、訴の提起である。

(註一) 裁判上の権利主張としての時効中斷原因に關しては、我妻教授前掲論文、即ち「確認訴訟と時効の中斷」(法協五〇卷六、七號)の後半に於て、詳述せられる。因つて本稿にては、主として訴訟法的方面の論述を専らにする。

### 第一。訴の提起

民法に云ふ「裁判上の請求」が、「訴の提起」を指すこと、(註一) 並にその訴の提起が時効中斷の原因たるは、訴の提起行爲に包含せらるゝ「裁判上の権利(實體的)主張」の効果なること既に述ぶるが如くである。而して現今の訴訟理論並に實際は、訴を分つて、給付の訴、確認の訴(積極的並に消極的)並に創設の訴の三定型となすを以て、(註二) 更に此等の訴が、夫々、時効中斷の原因たるに適するか否を考察しなければならぬ。

(註一) 我民法には獨民法二二〇條の如き規定存せざるを以て、通常裁判所に

於ける訴の提起の時が時効中斷の原因となる。

(註二) 通常之れを訴の種類といふも、私は、訴訟技術の必要に出づる訴の定型なりと考へる。拙著要論上巻一八二頁以下)。

**A. 給付の訴** 給付の訴が、裁判上の権利主張を包含し、従つて當該訴訟の目的たる権利關係に付き時効中斷の效力を生ずることは特に云ふ迄もない。例之、不法行爲に基く損害賠償請求訴訟の提起に依り、訴訟の目的たる損害賠償請求權に付き消滅時効の進行を中斷し、又、所有權に基く返還請求訴訟の提起に依り、當該所有權に就ての取得時効を中斷するが如し。

**B. 確認の訴** 積極的確認の訴は、訴訟の目的たる権利若しくは法律關係の存在を主張し、其確定を求むるものなれば、此訴に「裁判上の権利主張」の包含せらるゝこと明白にして、従つて時効中斷の原因たるに適する。我民法には、「裁判上の請求」とあるも、廣く訴の提起と解すべく、積極的確認の訴を除外する理由なきことは既述の如し。而して判例も亦、これを肯定する。(註一) 但し獨民法には、時効中斷の原因として、給付の訴と共に積極的確認の訴を擧ぐるを以て疑問の餘地がない(同209. 941)。(註二)

(註一) 昭和五年六月二七日大民二判決 (集、九卷六一九頁以下)。質權設定者ハ其ノ債務者ニ對シ質權ノ目的タル債權ニ付き積極的確認ノ訴ヲ提起スルコトニ依リ其ノ消滅時効ヲ中斷スルコトヲ得ルモノトス。

(註二) 獨民法二〇九條には、「請求權ノ確定」Feststellung des Anspruchs と

あり、是れが果して確認の訴を規定する獨民法二五六條に謂ふ「法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定」Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses に包含せられ得るや否やに就て疑問あるも、是れは獨民法起草者が民法との連絡對照を怠りたる條文の缺陷にして、通説は請求權を訴訟の目的となす確認の訴を認むる。但し其根據としては、或は請求權を以て法律關係の一種なりと做し、Stein-Jonas, Komm, I. zu § 256. II. 1. Note 24. 或は請求權の主張は同時に法律關係の主張なりとの理由に依り、Seuffert, Komm. I zu § 256. I. 2. a. zu § 267. 1. a. 若くは又、請求權を以て法律關係より派生したるもの Ausfluss と做す Hellwig, System, I. 281 等、必ずしも一致して居らぬ。

序ながら我民法は、獨民法の如く確認の訴の訴訟の目的を明示せず、且つ民法は、債權と請求權とを觀念的に區別せざるを以て、以上の如き問題を特に論ずる必要がない。

次に確認の訴には、即時確定の利益の件ふことが必要にして、通説、判例共にこれを以て特別なる權利保護要件と做す。(註一) 従つて給付の訴に代へ積極的確認の訴を提起する場合にも、同じく即時確定の利益の存在を必要とするのであるが、給付の訴の提起せらるゝ場合、殊更に確認の訴に依る即時確定の利益を認むることは困難である。即ち確認の訴の給付の訴に對する補充性は、一般的には之を否認しなければならぬ。併しながら給付の訴を提起し難き場合、例之、不法行爲に基く損害賠償請求訴訟を提起するに當り、未だ損害額の算定し得ざるとき、若くは又、債權を質入したるが爲め債權者に取立權なきとき、其他特別の場合には、確認の訴の提起を許して然るべしと考へる。(註二)

(註一) 拙著要論上巻一九二頁。山田博士判例批評民訴法一卷二八頁以下。大正七年一月一九日大民三判決(録二四輯三五頁以下)。尙、獨、塙、民訴法には此點に付き明文あるを以て異論の餘地がない(獨256條、塙228條)。次に即時確定の利益を以て特別なる訴訟要件となす説あるも(Rosenberg, a. a. O. 265)、之れを特別なる權利保護の要件と看るを妥當とし、我國の通説、判例之れに遵ふ。Hellwig, System, I. 283.; Stein-Jonas, Komm. I. zu § 256. III. 山田博士、民訴法二卷四〇六頁。大正二年十一月六日大民一判決(録一九輯九三七頁)。

(註二) 拙著要論上巻一九六頁以下。

反之、消極的確認の訴は、當該訴訟の目的たる權利若くは法律關係に於て、義務者若くは權利者たる立場にある者より提起する訴なるを以て、積極的確認の訴に於けるが如く、訴夫れ自體に於て裁判上の權利主張を認むることを得ぬ。因つて消極的確認の訴に於ては、時效中斷の效力を否認しなければならぬ。此點に就ては、先づ異論がない。(註一) 唯、消極的確認の訴に於て、被告たる權利者の權利存在の抗辯に依り、被告の勝訴となりたる場合には、積極的確認判決を受けたると同一に歸するを以て、判決の既判力の效果として、消極的確認の訴に時效中斷の效力を認むべしとの主張が考へられ得るのであるが、判決の既判力に時效中斷の效力を認むることは、成法上にも、理論上にも根據なき主張であつて、左擔し難い。(註二) 尙、此訴に於ける被告の權利存在の抗辯に時效中斷の效力を認むべきか否の點に就ては後述する。(註三)

(註一) 獨民法は、積極的確認の訴のみを時効中斷原因として擧げ、消極的確認の訴を意識的に除外して居る(同法209頁)。

(註二) 獨乙の通説判例は擧て、消極的確認の訴に依る時効中斷論を否定する。Hellwig, Lehrb. III. 300, Stein-Jonas, Komm. I. zu § 267. III. Note 18. dort Zitat.

我山田博士は、消極的確認の訴に依る時効の中斷效を認められる。而して其根據を、嚮には判決の既判力に索められ、「訴訟ノ判決ニ依リ債務者が其存在ヲ認メサルヘカラサル點ニ於テハ(消極的確認ノ訴ニ於ケル被告敗訴ノ場合)、之レヲ債務ノ承認(民第一四七條第三號)ニ匹敵セシムルヲ相當トナス」と説明せられる。山田博士判例批評民訴法一卷三四六頁。併しなから確認判決は、承認其者に非ず、而かも之れを時効中斷原因となすことは成法上の根據を缺くものと云はなければならぬ。加之、判決の既判力は、權利關係の有權的確定を目的とし、時効中斷の原因たる裁判上の權利主張をその内に包含せざるを以て、理論的にも、之れに時効中斷の效力を認むること不可能である。尤も其後、博士は論據を轉じて、被告たる債權者の權利存在の抗辯に時効中斷の原因を索めんとするものゝ如くである。法叢二七卷六號九六九頁。之れに就ては後述する。

(註三) 本稿八〇頁以下参照。

C. 創設の訴 創設の訴の訴訟の目的は、形成權若くは國家に對する形成要求權である。(註一) 而して時効の意義を限定し、別に權利行使期間たる除斥期間 *Ausschlussfristen* なるものを設くる以上は、此等形成權若くは形成要求權に對しては凡べて除斥期間のみを置くを至當とする。(註二) 然るに此點に付き我民法は獨民法と異なり些か曖昧にて、(註三) 形成權に就ても亦、消滅時効の定めを爲す場合があり(例之、民126. 759. II. 1022. II.)、その爲め創設の訴である詐害行

爲取消の訴(民424條)並に隱居取消の訴(民759條)に付き消滅時効が規定せられる(民426. 759. 條 III 項)。併しながら是れは、稀れの場合であつて、(註四)共有物分割の訴(民258條 II 項)若くは又、地上權存續期間確定請求訴訟(民268條 II 項)の如き出訴期間を定むるの必要なきものを除き其他創設の訴に就ては、凡べて除斥期間のみが設けられてある(例之、民784. 785. II. 816條等)。

(註一) 創設の訴の訴訟の目的に就ては異説がある。私は離婚の訴の如き、其行使に裁判所の干與を必要とする形成權を訴訟の目的となすものと、婚姻取消の訴の如き、國家に對し婚姻の取消を要求する權利(形成要求權)を訴訟の目的となすものとに分つべきものと考へる。従つて創設の訴の訴訟の目的は、私法上の形成權なるか、若くは又、公法上の形成要求權である。

(註二) 獨民法は、消滅時効を請求權に限定し、形成權に就ては別に除斥期間を設け、消滅時効と除斥期間とを、觀念的にも、成法上にも嚴重に區別する。従つて創設の訴は時効と全く無關係となり、消滅時効の中斷原因より創設の訴が取り除かれてある(獨民209條參照)。

然るに我民法に於ては、「時効」の文字を使用するに付き統一を缺き、債權の外、尙、形成權に付ても、時効の文字を使用する場合がある。従つて我民法の下に於ては、稀れながら時効の中斷が創設の訴に依りて爲される場合が出來たのである。是れは我民法起草者には、消滅時効と除斥期間との觀念的區別が明瞭ならざりし爲めと考へる。蓋し我民法にて、形成權(若くは前述の形成要求權)に付き時効の文字を用ふる場合は、就れも獨民法に該當條文なく、我起草委員の手に於て作られたる條文なることに想到せば、自ら明かであらう(民126. 426. 759. 1022條等)。

以上述ぶるが如く、訴の三定型たる給付、確認(積極的)並に創設の訴は、孰れも時効中斷の原因たるに適する。而して此時効

中斷の效力を生ずるに付き、別段、訴の形式を限定せざるを以て、獨り本訴のみに限らず、反訴、中間確認の訴、訴の變更に依る新請求(訴232)、獨立參加(訴71)、更に又、刑事附帶私訴(刑訴567以下)に依りても亦、均しく時効が中斷せらる。(註一)

(註一) 執行判決を求むる訴若くは執行文付與の訴等が、時効中斷原因となるやの問題は、此問題とは、之れを區別しなければならぬ。此點に就ては後述する(五二頁)。

訴の提起に依る時効の中斷は、訴提起の時、即ち訴狀を裁判所に提出したるときに發生する(訴235. 223)。(註一) 但し起訴要件の欠缺が畢に補正せられず、訴狀却下の裁判が確定するときは(訴228. 229)、初より訴の提起なかりしこととなるを以て、時効中斷の效力を生ぜざることとなる。時効の中斷は、時効期間の既に進行を開始したることを豫想するものなれば、未だ履行期の到來せざる請求に就ては、將來の給付の訴若くは確認の訴を提起するも、時効中斷の問題を生ぜぬ。但し訴訟の進行中、履行期の到來したるときは、其儘、時効期間の進行を停止する。(註二)

(註一) 獨民訴訟に依れば、訴の提起は訴狀の送達に依りて爲さるゝを以て(獨訴253)、時効中斷の效力も亦此時に生ずる。但し區裁判所手續(同469. III.)、督促手續(同693.)並に公の方法に依る訴狀送達の場合(同207. I.)には、例外として、訴提起の私法上の效力は 訴狀其他の申立書類提出の時に遡る。斯く地方裁判所手續に於ては、時効の中斷は、訴狀送達の時に初めて生ずるを以て、急迫の場合には、不取敢、其地の區裁判所に訴狀を提出して、時効を中斷し、其後徐るに事件の管轄地方裁判所に移送を求むるが如き苦肉の策

が行はるゝ由である。之れを想ふならば、我民訴法の規定を以て優れりとす  
る。Vgl. Stein, grundriss, 112.

(註二) 昭和四年大民二判決(集九卷六二〇頁)参照。

次に時効中斷の效力を生ずる範圍に就て云ふならば、訴の提起に依る時効の中斷は、訴訟の目的たる權利若くは法律關係の範圍と一致する。即ち確認の訴は、權利若くは法律關係を一團として訴訟の目的となし、其存否の確定を求むるものなれば、時効中斷の效力も、亦、その全部に及ぶことに異論の餘地がない。又、創設の訴である隱居取消の訴、詐害行爲取消の訴に就ても、同様に考へられる。併しながら給付の訴に在りては、屢々、請求の一部に付き訴の提起せられるゝことがあり、その場合には、訴訟の目的たる請求の部分に限り、時効中斷の效力を生ずる。(註一) 蓋し訴訟の目的たる以外の部分の請求に就ては、「裁判上の權利主張」を認むるに由なきが故である。従つて訴訟の進行中に請求を擴張したる場合には、その擴張の部分に對する時効の中斷は、請求擴張の時より其效力を生ずる。(註二)

(註一) 或は、不法行爲に因る損害賠償請求の訴の如く、同一の請求原因にして數額の増加することあるべき請求に就ては、給付の訴の提起に依り請求夫れ自體に付き(従つて爾後、請求の擴張に依り、更に請求することあるべき部分に付ても)時効中斷の效力を認むべしとの主張なしとせぬ(例之、我妻教授、前掲論文法協五〇卷七號一一四頁註九)。併しながら訴狀には、訴の構成要件が必要的記載事項として其記載を強制せらるゝこと、爰に云ふ迄もなく(訴224.I)、而して必要的記載事項の一たる「請求の趣旨」は、給付の訴に在りては、數額を明示することに依りてのみそれを明確ならしむることを得るので

ある。従つて給付の訴としては、其請求の趣旨に於て數額の明示を絶対に必要とする。Hellwig, Lehrb. III. 41.; Stein-Jonas, Komm. I. zu § 253. III.

4. 而して請求の趣旨に於て數額が明示せらるゝならば、其範圍の請求が訴訟の目的となり、従つて時效中斷の原因たる裁判上の権利主張も亦、其範圍に於てのみ認められる。去れば數額未確定の場合、請求夫れ自體に就て時效の進行を遮斷せむとするならば、訴訟技術の問題として、既に確定したる部分の請求に付き給付（一部）の訴を提起すると同時に、全部に亘る確認の訴を提起すべきものとする。拙著要論上巻一九九頁。Stein-Jonas, Komm. I. zu § 256. III. 5. Note 98.

(註二) 昭和四年三月一九日大民二判決（集八卷一九九頁）。

訴の提起が時效中斷の效力を生ずるには、當該訴訟に付き原告、被告共に、訴訟遂行權 *Prozessführungsrecht* を有しなければならぬ。(註一) 訴訟遂行權を有せざるときは、假令、實體法上の権利者の提起したる訴と雖も、時效中斷の效力を生ぜざると同時に、實體法上の権利者に非ざるも、訴訟遂行權を有する者の提起したる訴は、時效中斷に適する。(註二) 時效中斷の效力は、當該訴訟當事者間にのみ發生するを常態とするも、當事者が單に訴訟遂行權を有するに止まる場合には、當該訴訟の目的たる實體法關係の主體に就て、時效中斷の效力を生ずる(例之、破産管財人と破産者との場合の如し)。尙、實體法の規定に遵ひ、時效中斷の效力が訴訟の當事者に非ざる第三者に及ぶ場合がある。例之、主たる債務者に對する訴の提起は、訴訟當事者に非ざる保證人に對して時效中斷の效力を生じ(民457. I.)、又、共有者の一人の提起する訴は(例之、所有權に基く引渡請求訴訟)、他の共有者の爲めにも時效中斷の效力を生ずるが如し。

(註一) 拙著要論上巻一二三頁以下参照。

(註二) 前者の例としては、取立権なき債権者の提起したる給付の訴を舉げ得べく、又、破産管財人の破産者に對する關係は、破産財團に關する限りに於て後者の例に屬する。拙著要論上巻一三〇頁参照。

最後に特殊の形態を執る裁判上の權利主張として、先づ執行文付與の訴（訴521）竝に執行判決を求むる訴（訴514. 802）が、當該請求に付き時効中斷の效力を生ずるか否の問題に移る。獨民法には、此等の訴が、時効中斷原因として特に擧げらるゝを以て、疑問の餘地なきも（同209）、かゝる規定なき我民法の上に於ては些か問題である。併しながら明文なしと雖も、かゝる訴の提起行爲中に裁判上の權利主張を認め得ざるに非ざると同時に、rechtspolitisch の立場より云ふも、之れを肯定するを可とする。(註一)

(註一) 同説、嘉山氏民法總論三二二頁。

然らば是れと同一の論據を以て、基本的法律關係の存在確認の訴は、其法律關係より發生する債權（請求權）に就て、時効中斷の效力を有するものと認め得るであらうか。此問題は、交渉する處多岐に亘るを以て、本節の後尾に、項を改めて詳説する。(註一)

(註一) 本稿後段八九頁以下参照。

## 第二。訴の提起に準すべき申立

訴の提起以外の裁判上の請求（權利主張）として、時効中斷の效力を生ずる場合を擧ぐれば、次の如くである。

### A. 督促手続に依る支拂命令の申立 (訴430以下)

支拂命令は、債権者の申立に依り發せられる(訴430)。此場合、時效の中斷は、支拂命令の債務者に對する送達を要件として、申立の時に遡りて其效力を生ずる。此關係は、訴提起の場合に於けると同じ(訴432. 235)。(註一) 尙、此支拂命令に對し、債務者より適法なる異議の申立ありたるときは、支拂命令申立の時に、訴の提起ありたるものと看做すを以て(訴442)、此場合と雖も時效中斷の時期に影響を生じない。

(註一) 民法一五〇條には「支拂命令ハ……時效中斷ノ效力ヲ生セス」とあり。支拂命令が時效中斷原因なるが如き感あるも、支拂命令は、債権者の申立に依りて之れを發するものにして、而かも債務者の適法なる異議の申立に依り其效力を失ふものなるを以て(訴430. 437)、時效中斷の原因は、支拂命令夫れ自體に索めずして、支拂命令の申立、詳言すればその申立に包含せらるゝ「裁判上の権利主張」に索むるを妥當とする。果して然らば民一四七條の「請求」に該當するものとして、支拂命令の申立が時效中斷の原因となり、従つて民一五〇條は、支拂命令を以て時效中斷原因となす規定には非ずして、同一四九條と相並むで、時效中斷の效力を遡及して消滅せしむる特別規定と看るべきである。

### B. 破産宣告の申立竝に破産債權の届出 (破126. 228)

破産手続は、特別訴訟手続に屬し、此手続に於て破産債權者が破産債權の届出を爲すは(破228)、「裁判上の請求」の一種に外ならざるを以て、之れに依り當然時效中斷の效力を生ずる。

(註一) 尙、破産の申立夫れ自體が、時效中斷原因たり得るや異論の餘地あるも、(註二) 裁判上の権利主張(請求)の一態様とし

て、時効中斷の原因と做すを以て妥當と考へる。(註二)序ながら和議法に依る和議の申立は、時効の中斷に關しては、裁判上の請求と看做される(同法附則)。

(註一) 民一五二條に云ふ破産手續参加は、破産債權の届出を指すのであるが、破産債權の届出は、本條に依り初めて時効中斷の原因とせらるゝに非ずして、民一四七條に云ふ「請求」に該當する裁判上の權利主張として、時効中斷原因たるものと解する。従つて民一五二條を以て、同一四九條と同じく、時効中斷效の遡及的消滅に關する特別規定に過ぎざるものと解する(獨民214參照)。

(註二) 民一五二條に云ふ破産手續参加は、破産の申立を包含せざること字義並に沿革上明瞭であるが、破産の申立夫れ自體が「裁判上の權利主張」の一態様として時効中斷の原因となるかは、稍、疑問である。獨法の解釋としては、消極説を以て通説とする。Staudinger-Riezler, Komm. I. zu § 209. 8. Nr. 2. S. 816.; Jäger, Komm. z. KO. I. zu § 25. Anm. 5. S. 402. etc 其根據は、獨民二〇九條に時効中斷原因として、特に「破産ニ於ケル請求權(債權)ノ届出」と限定して表示せられたること、破産開始の申立 Antrag auf Konkursöffnung (獨破103) は、訴訟手續上の申立にして(債務者も亦、此申立が出来る)、此申立のうちに債權者の權利主張を認むることを得ぬといふに在る。

併しながら我民法は、獨民法の如き時効中斷原因を破産債權の届出のみに限定したる規定なく、且つ債權者の爲す破産宣告の申立は、結局債權の満足を得る一方法にして、裁判上の權利主張を包含するものと做し得ざるに非ざるを以て、之れを時効中斷原因となすこと、rechtspolitisch の立場より見て妥當と考へる。同説、遊佐博士、新訂民法概論總則篇四七九頁。鳩山博士、民法總論五九九頁。

### C. 仲裁手續に依る仲裁の請求 (訴786以下)

獨民法は、仲裁契約に基き仲裁裁判所に仲裁の請求を爲すこ

と、即ち仲裁裁判所に於ける請求権の主張に對し、時效中斷の效力を與ふる(同220)。我民法には、かゝる明文なきも、仲裁手續の規定が民訴法中に設けられ、従つて訴訟手續の一種に屬せしめらるゝこと、獨民訴法に於けると同じく(日訴<sup>786</sup>以下、獨訴<sup>1025</sup>以下)、而して仲裁契約の存在するときは、訴訟要件の欠缺として、當該事件に付き提起せらるゝ訴を不適法ならしむること、學說竝に判例の共に認むる處である。(註一) 去れば、例令、民法にその明文なしと雖も、仲裁契約に基く仲裁の請求を以て、裁判上の請求に準ずるものと做し、時效中斷の原因と爲すを至當と考へる。但し仲裁手續に於ては、訴の提起に準すべき行爲が何時に在りと看るべきか、換言すれば此手續に依る準裁判上の権利主張の時期如何に就ては、別段に規定なく、仲裁契約の内容と手續進行の實際とに依りて判斷すべき具體的問題とせられる。

(註一) 獨民訴法には、仲裁契約の存在を以て妨訴抗辯事由として擧ぐるも(獨訴274. II. 3號)、我新舊民訴法に此規定を缺く。而して舊民訴法の下に於ける判例は、之れを以て無訴權の抗辯となせるも(舊訴206)、理由に乏しい。大正六年五月五日大民三判決(民錄二三輯七七六頁)。蓋し舊法に是れが規定なきを補はんとせし窮餘の解釋である。新法は妨訴抗辯を認めざるを以て、特に成法に其根據を索むる必要なく、理論上當然(但し若干意見の分歧あり) 訴訟上の障礙 Prozesshindernisse に屬すと做すを通説とする。山田博士改正民訴法三卷六六六頁。拙著要論上卷二九五頁。

**第三。訴提起前の和解申立(訴356) 竝に各種調停法に依る調停の申立。**

訴訟防止の目的を以て、訴の提起前、區裁判所に於て爲す和

解の申立も(訴356)、亦、一種の「裁判上の権利主張」に外ならざるを以て、一應之れに因り時効中斷の效力を生ずる。(註一)而して和解が成立したるときは、之れを調書に作成することに依り、確定判決と同一の效力を有するを以て、別段に問題はない。反之、和解が不成立に畢りたる場合、和解の期日に出頭したる當事者双方の申立あるときは、和解の申立ありたるときに訴の提起ありたるものと看做され、爾後、訴訟として進行せらるゝが故に(訴356)、和解の申立に依る時効の中斷は、其儘、持續せられる。然るに和解の期日に相手方が出頭せず、若くは出頭するも、和解調はずして、而かも當事者双方より訴訟の辯論を求むる旨の申立を爲さず、若くは相手方が此申立を爲すことを拒絶したるときは、最早や和解手續としての進行不可能となるのであるが、民法は、此場合にも尙、或る程度の時効中斷效を認め、一ヶ月内に訴を提起するときは、和解の申立に依る時効の中斷が完全に維持せらるゝものと定む(民151)。而して此場合の訴提起は、不成功に畢れる和解申立が時効中斷の原因として不充分なるを追完する方法に外ならざるを以て、必ずしも訴の提起にのみ限定すべき理由に乏しい。此意味に於て、此場合債務の承認にても亦、時効中斷の效力を妨げずと做す判例は、肯定せられなければならない。(註二)

(註一) 和解の申立には、請求の趣旨及び原因を記載すべきものなれば(訴356 I)、裁判上の権利主張の一種なること明かである。従つて和解の申立は民一

四七條に依り時効中斷効を有するものにして、民一五一條に依るものではない。而して和解の申立に依る時効中斷の時期は、訴二三五條を準用して申立の時と解すべきである。獨民訴法には其旨の規定がある(同496. III. 499. e. I. 499. f. II.)。

(註二) 昭和四年六月二日大民四判決(第八卷五九八頁)

和解ノタメニスル呼出ハ和解不調後法定期間内ニ訴ヲ提起セサル場合ト雖其ノ間債務ノ承認アリタルトキハ時効中斷ノ效力ヲ妨ケサルモノトス。

斯く和解の調はざる場合、引續き訴を提起することに依り、和解の申立に依る時効中斷の效力を維持する制度は、獨民法の執らざる處にて、其範は、舊民法を通じて佛民法に求め得る。(註一) 即ち民法一五一條が、和解の爲めにする呼出と任意出頭とに分てるは、舊民法證據篇一〇九條「第二、勸解上の召喚又は任意出席」に倣へるものにて、獨民訴法の系統を引ける舊民訴法三八一條(新356)の規定とは必ずしも調和が保たれて居らぬ。(註二) 一八七七年の獨民訴法は、和解の調はざる場合、當事者双方の申立に依り訴訟に繫屬するの途を拓くに止まり、一八九八年並に一九〇九年の改正にも、此規定の趣旨は、一貫して支持せられたのであるが、(註三) 一九二四年の改正に依り、之れを調停手續、Güteverfahren と改め(同499a—g)、調停調はざる場合、若くは當事者の一方期日に出頭せざる場合には、當事者一方の申立に依り、訴訟として繫屬するものと定むる(同499e. I. 499 f. II.)

(註四)

(註一) 佛民法二二四五條並に佛民訴法五七條に依れば、和解の期日に出頭せざるか、若くは和解不成立なるときは、一ヶ月内に訴を提起することに依り、

和解の爲めの呼出に依り發生したる時效中斷の効力が、其儘保持せられる。即ち我民法の規定と全く同じい。

(註二) 民一五一條末段に規定せらるゝ任意出頭に依る和解手續の開始は、我民法に其規定がない。併しながら訴三五四條（舊三七八條）を準用して、當事者双方が任意に裁判所に出頭し、裁判所の面前に於て和解を試むることも亦許されて然るべきであるが故に、必ずしも不必要の規定ではない。

(註三) 此規定は、一八七七年制定の時には四七一條に設けられ、一八九八年の改正の際、條文の整理に依り五一〇條とせられ、更に一九〇九年の改正に依り五一〇條ノ三とせられた。

(註四) 一九二四年の獨民法改正律令に依れば、和解整はざるとき、若くは當事者の一方が期日に出頭せざるときには、當事者一方の申立に依り直ちに訴訟として繫屬するものと爲すが故に、我民法の如く、改めて訴を提起して時效中斷の効力を維持するの途を設くる必要がない。

次に時效中斷原因として考ふべきは、各種調停法に依る調停の申立であるが、調停法に依れば、調停は裁判上の和解と同一の効力を有せしめらるゝものなれば、(註一) 結局、調停の申立は和解の申立とこれを同一視して妨げない。(註二) 果して然らば、調停の申立も亦、裁判上の權利主張の一場合として時效中斷の効力を付與せらるべく、而して調停遂に不成功に畢り、調停不認可の決定が確定したるときは、民一五一條の準用に依り、更に一ヶ月以内に訴を提起することにより時效中斷の効力を持續し得るものと解しなければならぬ。(註三) 序ながら獨民法は一九二〇年の改正律令に依り、區裁判所手續に調停手續 *Güterverfahren* を採用し、凡べて區裁判所事件は、訴の提起前、原則として特設の調停機關 *Gütestelle* 若くは其區裁判所に於て調停

手続を経ることを必要となし(獨民訴495a)、(註四)且つ此調停の申立に依り、時效中斷の效力を生ずるものと定むる(獨民209.1a)。(註五)

(註一) 借地借家調停法一二、二八條(商事調停法二條にて同法に準用)。小作調停法二七、四〇條參照。

(註二、三) 山田博士は、和解の申立に依り訴訟繫屬を生ずるものと做しながら、反之、調停手続に在りては訴訟繫屬の效力を生ぜざるが故に、時效中斷の効なく(此點明確でない)、従つて調停不成功の場合、訴の提起に依り、時效中斷の效力を持続せしめ得ざるものと主張せられる(法叢二五卷一號一六一頁)。併しながら訴三五六條に依る和解の申立は、訴訟防止の爲め、訴の提起前に之れを爲すものなれば、之れに依り判決手続に於ける訴訟繫屬(訴231)の生ぜざることは、論を俟たざる處にして、而かも博士も亦認めらるゝ處である(改正民訴法二卷四六七頁、四卷八九四頁)。果して然らば、此點に於て調停の申立との差異は、竟に發見し能はないのである(略、同説、我妻教授前掲法協五〇卷七號八七頁)。

恐らく博士は、和解の申立に在りては、その調はざる場合、當事者双方の申立に依り事件が訴訟として繫屬する點に差異を求めらるゝものならむも、和解の申立が訴の提起と看做さるゝは、法の擬制であつて、此擬制なきが故に、各種調停法に依る調停の申立は、民訴三五六條に依る和解の申立とは、本質的に異なるとは言ひ難い。況んや問題は、民訴三五六條三項とは關係なく、民一五一條に依り、訴の提起を以て時效中斷の效力を追完し得るか否の點に存するのであつて、要は、調停の申立が、時效中斷原因たる裁判上の権利主張と認め得るか否にある。

(註四) 序ながら一九三一年の獨乙新民訴法草案は、區裁判所手続に於ける調停手続 *güteverfahren* を、地方裁判所手続に於ける單獨判事に依る調停の試み *Gütliche Beilegung* と同じく、起訴後の手続に改めたことを附記する。(同231ff. 470)。Vgl. Entwurf einer ZPO, 1931. Erläuterungen, IV. 2b (S. 266.)。兼子助教授、獨逸民事訴訟法草案概説(法協五〇卷五號一二一頁)。

(註五) 調停調はざるか、若くは當事者の一方が期日に出頭せざるときは、當事者一方の申立に依り、訴訟として繫屬するに至ること既述の如し(同499 e I. 499 f II)。

#### 第四。差押、假差押及び假處分

民事訴訟は、判決訴訟と執行訴訟とに分たれ、而して執行訴訟に於ては、執行機關に依る執行行為に依り、實體法上の權利が具體的に實現、満足せらるゝのである。因つて我民法は、執行開始行為たる差押に依り、(註一) 債務名義に表示せらるゝ債務の時効を中斷するものと爲し、(註二) 同時に假差押、假處分(註三、四)に依りても亦、その保全せむとする權利に付き時効中斷の效力を認むる(民147・2號)。尙、強制執行の開始に先立つ執行文付與の訴(訴521)、並に外國裁判所の確定判決若くは仲裁人の爲したる仲裁判斷に付き執行判決を求むる訴(訴514・802)が、執行を求めんとする請求に付き時効中斷の效力を有するものと認むべきこと、既述の如くである。(註五)

(註一) 差押の方法は、目的物の如何に依り異なる。即ち有體動産の差押は、執達吏其物を占有して之れを爲し(訴566)、債權其他の財産權の差押は、執行裁判所の差押命令に依り(訴594)、又、不動産並に船舶の差押は、競賣手續開始決定若くは強制管理開始決定(船舶を除く)に於て爲さるゝ執行裁判所の差押宣言に依りて爲される(訴644. I. 706. I. 717)。

(註二) 差押に依る時効中斷は、假執行の宣言に基く場合をも包含すべきであるが、我民法には獨民二——條二項の如き、訴訟の休止に依り時効の中斷が終了する旨の規定なきと同時に、新民訴法には訴訟手續休止の規定を缺くを以て、訴の提起に依りて發生したる時効の中斷は、事實上訴訟の進行せざる

場合と雖も、尙、訴訟の終了に至る迄存続する筋合である。舊民法の下にも、尙、此趣旨の判例がある。昭和二年一月四日大民四判決（集六卷六九六頁）参照。因つて假執行の宣言に基く差押は、常に訴の提起に依る時効中斷の存続中に爲されることとなる。

(註三) 獨法にては、假差押、假處分の命令（並に其申立）に依りては時効中斷の效力を生ぜずと做すのが通説である。蓋し獨民法二〇九條二項五號には、「執行行爲ノ着手」とあり、假差押並に假處分を列擧せざるが故である。Staudinger-Riezler, Komm. I. zu §. 209. 8. Nr 5 (S.817); Hefelmann, a. a. O. 22. 併しながら假差押、假處分の命令に基く執行行爲に依り、時効中斷の效力を生ずると爲す者もあり、此點は、學説が岐れて居る。實體法學者は多くは肯定に傾けるものゝ如くである。z. B. Staudinger-Riezler, ibid. ; Hefelmann, a. a. O. 22. dort zitat.

(註四) 假處分は、係争物に關して爲さるゝことあり、又、争ある權利關係に付き假の地位を定むる爲めに爲さるゝことあり（訴755.760）、處分の内容は雜多であるが故に、果して如何なる場合、如何なる範圍に於て時効中斷の效力を生ずるの、問題の場合が尠くないであらう。その個々の場合を確定したる判例も散見せられる。例之、大正十四年一月二八日大民三判決（集四卷二〇頁）「詐害行爲ノ目的物ニ對スル假處分ハ詐害行爲取消權ノ時効ヲ中斷スル效力アルモノトス」の如し。

(註五) 本稿前段五二頁参照。

次に差押、假差押並に假處分に依る時効中斷の時期に就て、判例並に多くの學説は、現實に執行行爲に着手したる時となすものゝ如くであるが、(註一) 左擔し難い。蓋し此場合、時効中斷の原因は、執行行爲夫れ自體なりや、或は執行行爲の開始を求むる債權者の申立なりやが、先づ第一に疑問とせられるのであるが、時効中斷なるものゝ性質に鑑み、又訴の提起其他裁判上の請求に依る時効中斷の場合に想到するならば、寧ろ執行の

申立を以て時効中斷の原因と觀るが妥當と考へる。即ち執行の申立を以て、(註二) 時効中斷原因たる 裁判上の權利主張 となすのである。(註三) 幸にして以上の論結が是認せらるゝならば、訴狀の送達を條件(起訴要件の一)として訴狀提出の時に時効中斷の效力を生ずるが如く、現實の執行着手を條件として執行申立の時に時効中斷の效力を生ずと做すが、最も合理的であり、且つ實際に當嵌めて公平であらう。(註四)

(註一) 大正一三年五月二〇日大民一判決(集三卷二〇三頁)。遊佐博士前掲總則篇四八〇頁。鳩山博士、民法總論六〇二頁。

(註二) 執行の申立といへば、執達吏に對する執行委任(訴531以下)並に執行裁判所に對する強制競賣並に強制管理の申立(644.706.717)等を云ふ。

(註三) 民法の條文には、時効中斷原因として執行行爲(差押、假差押並に假處分)が擧げられて居る(民147.2號)。併しながら起事者としては、國家行爲たる執行行爲を以て特に時効中斷原因と爲すの意思があつたのではなく、寧ろ私法的訴權説の立場より、此等執行行爲を以て債權者の權利實行行爲と見たのであらう。現在の民法學者も多くは斯く考ふるものゝ如くである(例之、鳩山博士)。去れば公法的訴權説の下に於ける解釋としては、同條に「差押、假差押又は假處分」とあるも、實は強制執行に依る裁判上の權利主張を以て時効中斷の原因なりと做すことが許さるべく、否、斯く解することに依り、始めて時効中斷の原因が合理的且つ綜合的に觀察せられ得る。果して然らば、時効中斷の原因は、執行行爲に非ずして、執行行爲を求むる當事者の申立であらねばならぬ。但し時効中斷の時期に就ては、その申立の時か、或は又、申立に依る執行行爲の時か、次に述べらるゝが如く、別の立場から決せられる。

(註四) 獨民法二〇九條二項五號に時効中斷原因として「執行行爲ニ着手スルコト。並ニ強制執行カ裁判所又ハ其他ノ官廳ノ權限ニ屬セシメラレタル場合ニハ強制執行ノ申立」と規定せられ、結局、執達吏に依る場合には、執行行爲

に着手の時、又、不動産に對する強制執行の如く裁判所其他の官廳に依りて爲さるゝ場合には、申立の時に時效中斷の効力を生ずる。Vgl. Hefelmann, a. a. O. 21. 此區別は、訴の提起に依る時效の中斷が原則として訴狀送達の際に發生し、特に訴狀が官廳又は官吏に依り、若くは又公告に依つて送達せらるゝ場合には（獨民訴207. I.）、訴狀提出の時に時效中斷の効力を生ぜしむる區別に對照する。

時效中斷の時期を、訴狀の提出其他債權者として爲すべき事を完了したる時點に置くか、或は又、裁判上の権利主張が相手方に到達若くは覺せられたる時（假之、訴狀の送達、執行の着手等）と做すかは立法主義の問題であるが、就れは統一されなければならぬ。其意味に於て、我民法の解釋としては、執行申立の時に時效中斷の効力を生ずるものと做すが妥當と考へられる（勿論、執行着手を條件として）。

執行に依る時效の中斷は、時效中斷の原因が執行行爲に在りと做すならば勿論、上述の如く執行の申立を以て時效中斷の原因と觀る見解に遵ふも、尙、現實に執行行爲に着手せられたることを條件とする。（註一）但し執行行爲に着手したる以上、假令、執行の効果を擧げ得ざるも（例之、差押ふべき物なし）、尙、時效中斷の効力を妨げざるものとする。（註二）時效中斷の効力は、差押其他の執行行爲に依つて具體化せらるゝ裁判上の権利主張の効果なるを以て、訴の提起に依る場合と同じく、特別の規定なき限り、其効果は執行當事者間に限られ、第三者に及ぶざるものと做さなければならぬ。（註三）而して如何なる場合に於て、執行行爲に依る時效中斷が執行當事者以外に及ぶかは、夫々、實體法の規定に依つて定まるのであるが、特に執行に關する一般規定として、時效の利益を受くる者に對して執行行爲

を爲さざりし場合には、執行の旨を其者に通知することに依り、其者に對する時効中斷の效力を生ずるものと定む(民155)。例之、民訴五六七條に依り、債務者に非ざる第三者の占有中に在る物の差押を爲し、其旨を債務者に通知する場合の如し。

(註一) 此關係は、訴狀の送達が起訴要件の一となり、訴狀の送達を條件として、訴狀提出の時に、訴の提起、従つて時効中斷の效力を發生すると同一なる理論構成が執られる。起訴要件に就ては、拙著要論上卷二七一頁以下參照。

(註二) 判例は、時効中斷の效力を生ずるには就れも執行行爲を爲したることを要求する。明治四二年四月三〇日大民二判決(録一五輯四三九頁)。大正十三年五月二〇日大民一判決(集三卷二〇三頁)。併しなから他面に於ては執行行爲に依り執行の効果を擧げ得ざるも、尙、時効中斷の效力を妨げざる旨の判例がある。大正十五年三月二五日大民一判決(集五卷二一四頁)。

(註三) 此意味に於て、次の判例、「債權者カ債務者ノ第三債務者ニ對シテ有スル債權ヲ差押ヘタル場合ニ於テハ、其差押ハ該債權ニ付テノ時効ノ中斷又ハ停止ノ事由ト爲ラサルモノトス」大正一〇年一月二六日大民三判決(録二七輯一〇八頁)との趣旨は、是認せられなければならぬ。尙、此專案は、債權者甲カ債務者乙に對する債權に基きて爲したる強制執行にして、其差押行爲には、債權者甲の權利主張を包含するも、未だ債務者乙の第三債務者丙に對する裁判上の權利主張が包含せられぬ。因つて此點より看るも、債權者甲の爲めにする差押に依り、債務者乙の債權の時効が中斷せらるゝ理由がない。但し此判例に反對せらるゝ學者もある。例之、遊佐博士前掲總則篇四八一頁。

最後に執行行爲に依る時効中斷の範圍であるが、利息債務に對する強制執行は、素より元本債務の時効中斷を生ずべきではない。(註一) 併しなから元本債務を執行名義となしたる強制執行に於て、其賣得金過少なるが爲め、民四九一條の規定に遵ひ、悉く費用竝に利息に充當せられて、元本に充當せらるべき殘餘

なかりし場合と雖も、尙、元本債務の時効中斷を妨げざるものと解する。

(註一) 尙、次の如き判例がある。大正十一年四月十四日大民一判決（集一、一八七頁）。「利息債務ニ付強制執行ヲ受ケタル債務者が執行ニ對シ異議ヲ述ヘサリシコトハ暗黙ニ元本債務ノ存在ヲ承認シタルモノト見ルヲ當然トスヘキモノニ非ス」。

### 第五。其他の裁判上の権利主張

以上、説明を加へた時効中斷原因は、孰れも、直接間接、民法の規定に現はれたものであるが、時効の中斷原因たる裁判上の権利主張は、之れを以て竭くされた譯ではなく、尙、夫れ以外にも存し得る。(註一) 以下、その各個に就て述ぶる。

(註一) 民法學者には、時効中斷原因に關する民法の規定を例示なりと説明せらるゝ者がある。例之、鳩山博士總論五九四頁。「例示」とは恐らく一四九乃至一五五條を指すものならむも、此等條文は、時効中斷效の發生せざる特別の場合を規定したるに止まり、之れに依り時効中斷原因を列擧したるものに非ざること既述の如くであり（五三頁以下）、従つて「例示」と稱するは、該らぬ。即ち時効中斷原因は、民一四七條二項列擧に必ず該當することを必要とするものにして、裁判上の権利主張は、前述の如く、請求——裁判上の請求に包含せらるゝものと看るのである（四二頁以下）。

### A。配當要求

我訴訟法は、強制執行に付き差押配當主義を執るが故に、債權者は、執行力ある正本の有無に拘らず、同一債務者に對し他の債權者が開始したる執行手續に於て配當要求を爲し得る（<sup>589, 620</sup> 訴 46, 709）。此配當要求が、裁判上の権利主張として、完

全なる時効中斷の效力を有すること論を俟たぬ。(註一)

(註一) 大正八年十二月二日大民二判決(録二五輯二二二四頁)は、之れを肯定する。

### B. 質權竝に抵當權の實行

質權竝に抵當權の實行は、被擔保債權の權利實行の一形態に外ならないのであるが、此質權竝に抵當權の實行としては、多くは競賣法に依り擔保物を競賣に附する(競3.22)。而して競賣法に依る競賣の性質に關しては、多少の異説なきに非ざるも、要之、訴訟手續の一種に外ならざるが故に、擔保物を競賣に附することは、被擔保債權に付き、裁判上の權利主張の一場合として、完全なる時効中斷の效力が與へられなければならぬ。(註一) 而して其時効中斷の時期は、一般の原則に従ひ、競賣の委任若くは申立(競3. I. 22. I.)の時と解する。尙、其他の方法に依り擔保物權の實行を爲す場合には(例之、民368)、時効中斷は、夫々の場合に依つて決せられる。

(註一) 遊佐博士は、抵當權の實行に就て時効中斷效を認められる(前掲總則篇四七六頁)。又、抵當權實行に依る時効の中斷を、間接ながら肯定したる判例がある。大正十年六月四日大民三判決(録二七輯一〇六七頁)。

### C. 訴訟に於ける防禦方法としての相殺の主張

相殺權の行使は、裁判上竝に裁判外に於て行はれ得る。即ち訴訟外に於て相殺の意思表示を爲し、其結果に基き訴訟に於て權利消滅の抗辯 *rechtsaufhebende Einrede* を提出する場合と、訴訟に於て防禦の方法として相殺の抗辯を提出する場合とがあ

る。前者は、本稿の範囲外として、(註一)爰に論せむとするは後者である。

(註一) 前者に關しても、相殺の意思表示は、自働債權の全部に亘りて時效中斷の效力を生ずるか。詳言すれば相殺の意思表示を爲せるも、相殺適状に在らざりし場合に於て、その相殺すべかりし部分、並に自働債權に殘餘部分ある場合に其部分に付き、相殺の意思表示が催告として時效中斷の效力ありやの問題があるが、此等は、裁判上の相殺に就ても、亦生ずる問題であるが故に、以下に於て共に論及する。

訴訟に於ける防禦方法としての相殺の主張は、民一四七條に云ふ請求の一種として時效中斷の原因となり得るか。既に述ぶるが如く、訴訟に於ける私法行爲と訴訟行爲の關係に就ては、今日の處、學說岐るゝの状態に在るのであるが、(註一)その孰れの學說に遵ふかは、此問題に關する第一の分岐點である。此問題、即ち訴訟に於ける攻撃、防禦の方法としての形成權の主張に付き、最も妥當と信せらるゝ、所謂「吸收說」に遵ふならば、(註二)防禦方法としての相殺の意思表示は、訴訟行爲に吸收、包含せられ、訴訟行爲として表示せられる。(註三)従つて時效の中斷等、その私法上の効果も亦、訴訟行爲としての成立に條件付けられる。(註四、五)而してその訴訟行爲として有効に成立した場合に就て考ふるに、相殺の抗辯は、訴訟に於て反對債權の存在を積極的に主張し、相殺に依り相手方債權を消滅せしむると共に、自己の債權に就ては、辨濟と同一の效果を生ぜしむるものなるを以て、此抗辯のうちに、相殺(自働)債權に就ての

裁判上の権利主張が認められ得る。因つて我民法には、獨民法の如く、(註六) 特にその規定なきも、相殺の抗辯を以て、裁判上の請求の一種として時效中斷の效力を與ふべく、(註七) 而して其中斷の時期に就ては、相殺の抗辯の提出せられたる時と解しなければならぬ。(註八)

(註一) 本稿第三章参照。

(註二、三、四) 本稿第三章三二頁以下参照。

(註五) 因つて此學說に遵ふならば、訴訟行為としては成立せざるも、準備書面の送達、他の方法に依り相殺の意思表示が相手方に到達するならば、裁判外の請求(催告)として時效中斷の效力を生ぜざるかの問題は、考慮の餘地がない。但し所謂併存説(三三頁参照)に従ふならば、此問題は、尙、考慮の餘地を残すのであるが、更に相殺の主張が催告と看做し得るかの點と共に、民訴法に依る送達が、果して民法に依り意思表示の發効要件とせらるゝ通知の到達(民97)に常に該當するものなりやの問題が胎される。

(註六) 獨民法には、「訴訟ニ於ケル請求權ノ相殺ノ主張」が時效中斷原因として擧げられる(同 209. II. 3 號)。スイス債務法も亦同様である(同135)。

(註七) 我大審院の判例は、概して相殺の抗辯に依る時效の中斷を否認するもの、如くであるが、事案そのものは、本文の主張とは、全く無關係であつて、寧ろ判例の見解は、事案そのものに就ては適切なりとも云ひ得る。即ち次の如し。

1、大正九年九月二九日大民三判決(録二六輯一四三一頁)。

民法第一四九條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對スル單純ノ抗辯ノ如キハ之ニ包含セサルモノトス。

此事案は、土地所有權確認の訴に於て、被告の爲したる所有權存在の抗辯が、裁判上の請求として當該訴訟の目的たる土地所有權の取得時效の進行を中斷するか否かの問題である。而して大審院は、以上の理由に基き之を否認したのであるが、事案は、要之、後述すべき消極的確認の訴に於ける權利

存在の主張の效力に關するものであつて、判例<sup>6</sup>が、此點の裁判に止めずして、更に一般の抗辯にまで及んで判示したるは不當と云はなければならぬ。

2. 大正十年二月二日大民三判決（録、二七輯一六八頁）。

（前略）相殺ノ意思表示ヲ爲スノミニテハ民法第一四七條第一號ノ請求ニ該當セサルハ勿論、之ニ對シテ相手方が何等ノ異議ヲ述ヘサリシトテ他ノ事實ノ伴ハサル限り同條第三號ノ承認ニモ該當セサルモノトス。

此判決は、相殺の意思表示は、相殺債權の殘部に付き時効中斷の效力ありや否やの問題に付き爲されたるものであつて、是れ亦、判示を不當に擴大したるものと云はなければならぬ。

（註八）相殺の抗辯<sup>7</sup>が、期日に於て初めて口頭を以て主張せられたときは、素より其時に時効中斷の效力を生ずるのであるが、豫め書面を以て準備せられたる場合には些か問題である。私は、裁判上の相殺<sup>8</sup>が訴訟資料とせらるゝには、必ず口頭辯論に於て主張せられ、若くは少くとも主張せられたるものと看做さるゝ必要あるも（訴125. I. 138）、訴訟行爲としての成立は、書面を以て爲さるゝ場合には、書面を裁判所に提出するを以て足ると考へる。果して然らば、時効の中斷は、當該書面の相手方に送達せられたることを條件として、書面提出の時に發生する。Vgl. Hellwig, Lehrb, III. 298. ; a. M. Kussi. 10.

然らば次に來る問題は、相殺の抗辯に依る時効中斷は、如何なる場合、如何なる範圍に於て生ずるかであるが、相殺の抗辯が是認せられ、有効に對當額に就て相殺の行はれたる場合には、其範圍に於ては、概して時効の中斷は問題とならぬ。（註一）蓋し相殺適狀を生じたる始に遡りて相殺の效力を生ずるが故である。（註二）又、相殺債權が裁判所に依りて否認せられたるときは、其不成立の判斷は、相殺を以て對抗したる額に付き既判力を有するが故に（訴199II.）、其範圍に於て時効中斷の問題は、初めに遡つて消滅する。（註三）因つて、相殺の抗辯に依る時効中

斷が問題となるのは、以上に掲ぐる以外の場合であつて、それを列擧するならば、次の如くである。

(註一、二) 併しながら時効期間中に相殺の抗辯を提出したるも、相殺適状が時効期間完成後に生じたる場合の如き、相殺抗辯の主張に依る時効中斷なかりせば、相殺債權の時効消滅に依り、相殺が行はれ得ざることとなるであらう。

序ながら山田博士は、相殺債權に付き、相殺對當額の範圍に於て既判力を生ずるの故を以て(訴199. II.)、相殺抗辯の認めらるゝときは、相殺の抗辯を提出したるときに、其對當額に於て時効中斷の效力を生ずと論ぜられるものの如くである(法叢二五卷二號三二一頁)。併しながら此場合、既判力を生ずるが故に時効中斷効を生ずとは、本末を轉倒した議論であつて、裁判所は、相殺債權に付き時効完成せずと認定して、初めて相殺抗辯を認め得るのである。

(註三) 訴提起の私法上の效力は、起訴の時を標準として發生するも、判決は訴の提起の時とは時間的間隔があり、且つ最終の口頭辯論の時の状態を標準とする。従つて訴の提起に依りて發生した私法上の效力は、判決の内容に依りて影響を受くるものにして、結局、判決の確定——訴訟の終結——に至る迄は、未必の状態にある。かかる關係は、流動的なる訴訟現象には、數多散見し得る。例之、訴狀の被告に對する送達を條件として、訴狀提出の時に訴提起の效力を生じ、又、本文の場合の如く、判決に於て相殺債權の成立を否

止まるが故である。されば我民法の解釋としても、訴訟に於ける相殺抗辯の主張に對し、相殺債權の殘餘部分に付き、裁判上の請求の一種として時効中斷の效力を認むることは不可能である。従つて以下列擧の場合は、孰れも相殺對當額の範圍内に於てのみ問題とせられる。

(註一) Staudinger-Riezler, Komm, I. zu. § 209. 4. Nr 3 (§. 816.); Dernburg, Bürgerl. R. I. 530.; Hefelmann, a. a. O. 20.; RGZ. 57. 375.

2. 假定的相殺の抗辯 Einrede der Eventualaufrechnung  
を被告が提出したるも、訴訟が此抗辯に付き審理するの段階に至らずして、本案判決に依りて終結したる場合。岐れて、裁判所が原告の請求を理由なしと認め、従つて被告が假定的に主張したる相殺の抗辯に付き審理する必要なかりし場合と、反之、原告の請求の成立を認めたるも、之れに對する被告の第一抗辯を採用して、假定的抗辯に及ばざりし場合となる。(註一)

(註一) 例之、被告の第一抗辯たる辨濟に依る權利消滅の抗辯を認めて、第一抗辯の排斥せられたる場合を豫想し、假定的に主張したる相殺の抗辯に付き別段、審理を爲さざる場合の如し。

3. 相殺せらるべき兩債權が相殺不適狀に在る場合。例之、不法行爲に因りて生じたる債務に對し、相殺を以て對抗せむとする場合(民509)、及び其他の場合を擧げ得る(民506. I. 510. 511 等)。
4. 相殺の抗辯が、時機に遅れたる防禦方法として却下せら

れたる場合(訴139)。

5. 訴が取下られ、若くは訴訟要件の欠缺に因り却下せられたる場合。

以上2—5は、實體法上並に訴訟法上の理由に基き、相殺の抗辯に基く相殺が行はれざりし場合である。而して裁判上の請求(権利主張)が、債務者の債務承認と相匹敵して時効中斷の原因とせらるゝ所以のものは、裁判外の請求(催告)と異なり、單純なる債權者の権利主張に止まらずして、裁判上、其實現が擔保せらるゝが故に外ならないと考へる。(註一) 果して然らば、假令、裁判上の請求(権利主張)と雖も、爾後、裁判上の權利實現が不可能に立至れば、尠くとも債務の承認と同一程度に於て時効中斷の效力を認むることは出來ぬ。(註二) 此故を以て、訴の却下又は取下の場合には、訴の提起に依る時効の中斷は、初めに遡つて其效力を失ふものと規定せらるゝのであつて(民149)、此趣旨の規定並に判例は、他にも之れを索め得る。(註三) 去れば相殺の抗辯に依る時効の中斷も亦、特に反對の規定なき限り、上述 1. の場合は勿論、2—5の場合と雖も、相殺の抗辯に依る相殺が行はれざりしものなれば、時効中斷の效力を生ぜざりしものと做さなければならぬ。(註四)

(註一) 即ち判決手續に在りては、本案判決に依り、執行手續に在りては執行行為に依り、夫々、訴の提起若くは執行の申立に依る權利主張が、實現満足せられる。

(註二) 此場合の處置に付き、我民法と獨民法との間に差異がある。即ち我民

法は、訴の取下又は却下の場合には、訴の提起に依る時効中斷の效力を全く否認するのであるが、獨民法は再訴の提起に依り時効中斷效を追完存續せしむるの途を設くる（獨民212. II.）。

(註三) 民一五〇、一五二、一五四條等。尙、判例としては、昭和六年一月三日大民四判決（集一〇卷一一六〇頁）「強制執行ヲ申請シタル債權者が差押金錢又ハ賣得金ノ受領ヲ拒絶シ執行正本ノ返還ヲ受ケタルトキハ時効中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス」といふのがある。

(註四) 斯く分析して考ふれば、相殺の抗辯に依る時効中斷の問題となるのは、相殺の抗辯が容れられ、而かも其相殺の抗辯が相殺適狀の發生前に爲されし場合に限られる（七〇頁（註一）参照）。斯く實際問題として、相殺の抗辯が、裁判上の権利主張として時効中斷の效力を齎らす場合が稀れなりとするも、夫れが裁判上の権利主張である性質を左右するものではない。

#### D. 訴訟の告知

獨民法は、請求が訴訟の結果に係る場合、其訴訟に於て爲す訴訟の告知 *Streitverkündung* が時効中斷の效力ありとする（獨民209. II. 4 號）。詳言すれば訴訟の結果が自己に不利なる場合、第三者に對し、擔保又は賠償の請求を爲し得べき關係にあるときは、其者より債務者たる第三者に對し、訴訟の告知を爲すことにより（獨民訴72）、其請求に付き時効中斷の效力を生ずる。（註一）

(註一) Staudinger-Riezler, Komm. I. zu § 209. ; Hefelmann, a.a, 0, 20,

かゝる規定なき我民法の下に於ても、同様に解し得るであらうか。訴訟の告知は、我民訴法にも規定せられ（訴76）、告知を受けたる第三者は、其訴訟に参加するか、又、参加せざるも、一定條件の下に其者に裁判の效力が及ぶのである（訴 78, 70）。即ち訴訟の告知は、告知を受ける第三者に訴訟上の結果を及ぼ

すのであるが、告知の内容及び目的は、第三者の訴訟参加を求むるに止まり、その内に裁判上の権利主張を認むることを得ぬ。因つて獨民法の如く、特にそれを時効中斷原因と做す規定なき我民法の解釋としては、之れを否定しなければならぬ。(註一)

(註一) 序ながら獨民法は、證據保全の爲め、訴の提起前、證據調の申立を爲すことに因り、時効中斷の效力を生ずるものと定むる。是れは、我民法の如き、裁判外の請求(催告)に依り、一應時効中斷の效力を生ぜしむる旨の規定なき獨民法が、公平と傾宜とを慮つて、特に此場合の爲め擬制的規定を設けたのであつて、かゝる規定なき限り、素より證據保全の申立に時効中斷の效力を認むる能はぬ。

#### E. 催 告

裁判外の請求、即ち催告に依り、一應、時効中斷の效力を認むることは、我民法の特徴とする處にて、恐らく不必要なる訴の提起を防止せむとするの目的に出づるものと考へる(民147.1號153.)。(註一)斯く單純なる催告に、一應、時効中斷の效力を與ふことは、萬事に於て便宜であり、我民法の新工夫として推賞するに足るのであるが、他面、我民法は、裁判上の請求(権利主張)が其目的を達せずして、裁判上の實現畢に不可能となるときは、初めに遡りて時効中斷の效力を消滅せしめ(民149.150.152.154)、獨民法の如く、更に之れを追完するの途を設けて居らぬ。獨民法にては、訴の取下又は訴却下の判決確定に依り、訴訟の終了したる場合、其後六ヶ月内に更に訴を提起するときは、最初の訴の提起に依る時効の中斷は、其儘存續するものと

定め(獨民212・II)、尙、其他訴の提起以外の裁判上の権利主張に就ても亦、同様の規定を設くる。(註二)

(註一) 中村萬吉博士、講本日本民法論一二八頁参照。

(註二) 即ち相殺の抗辯並に訴訟告知に就ては、獨民二一五條、證據保全の爲めにする證據調の申立に就ては、同四七七條二項に於て、夫々、同様の規定を設くる。

立法の態度としては、素より獨民法の規定を以て勝れりとする。(註一) 然らば我民法には、かゝる規定なきも、尙、解釋に依り、同様の結果に導く餘地がないであらうか。更に具體的に云ふならば、幸ひ我民法は、催告に對し、一應、時效中斷の效力を與ふるを以て、裁判上の請求(権利主張)は、同時に裁判外の権利主張(催告)の效あるものと認め、且つ其催告に依る時效中斷の效力を、訴の提起其他の方法に依り追完すべき六ヶ月の期間は、之れを訴訟終了の時より起算することを許されないであらうか。(註二) 以下、此問題の生ずる訴の却下、取下、相殺の抗辯、訴訟告知の各場合に付き、果してかゝる解釋を必要とするかの點と共に考究する。(註三)

(註一) 裁判上の請求が、假令、其目的を達せずして、裁判上の實現不可能となるも、尙、相手方に對し権利主張の爲されたるの事實は抹消せられないのであるから、一刀兩斷、時效中斷の效力を否認するは妥當を缺く。況んや我民法の如く、一方に於て單純なる催告に對しても、一應、時效中斷の效力を認むるに於ては、之れとの均衡を失する。

(註二) 我妻教授は、既に此點に關する我民法の缺陷を指摘せられ、其缺陷を補ふの策として、本文と同様なる提案を試みられる。但し裁判上の主張は強

き催告と看るべしと述べらるゝに止まり、理論的根據にまでは及むで居らぬ。  
前掲論文（法協五〇卷七號一一一頁）。

(註三) 此問題も亦、訴訟に於ける私法行爲と訴訟行爲との關係に關する學說如何に依り、理論の構成と結論とに於て分岐する。

1. 訴の却下並に取下 の場合に於ては、訴の提起に依り發生したる時効中斷の效力は、初めに遡つて消滅する(民149)。斯く訴の却下又は取下に依り、時効中斷の效力を失はしむることは、必ずしも債權者たる當事者の利益を不當に害するものとは云ひ難いのであるが、(註一) 尙、特殊の場合を想像するならば、(註二) それを追完するの途が設けられて然るべしと考へる。

(註一) 訴の取下は、素、當事者が爲すのであつて、之れに依り時効中斷の效力を失ふとするも、當事者の豫想し得る處であつて、不測の損害を及ぼすものとは云ひ難い。又、訴却下の判決は、訴訟要件欠缺の場合に爲されるのであつて、其欠缺には、夫々、可能なる限り補正の途が設けられてある(拙著要論上卷二九〇頁以下參照)。殊に管轄違の場合に就ては、新法は、事物の管轄違なると土地の管轄違なるとを問はず、廣く管轄移送の規定を設くるが故に(訴30以下)、當事者が訴訟規定を遵守して訴訟を遂行する限り、訴却下の判決を受くることなきものである。因つて訴の却下に依り時効中斷の效力消滅するものと做すも、是れ亦、必ずしも當事者の利益を害ふものとは云ひ難い。

(註二) 例之、訴の提起後、當事者間に仲裁契約の存在すること判明して、訴却下の判決ありて確定し、其間に時効の完成したる場合の如し。

抑も訴の提起に依る時効の中斷、其他實體法上の効果は、起訴行爲に包含せらるゝ實體的權利の主張に歸せらるゝのであるが、(註一) 此實體的權利の主張は、裁判上の權利主張として

時効中斷の效力を生ずると共に、他面、唯、單に實體的權利の主張、即ち所謂裁判外の權利主張（催告）としても、亦、之れに一定の効果を付與すること論理的に不可能ではない。然らば、訴の提起は、訴訟外に於ては、單純なる催告として時効中斷の效力を有し得るものであつて、此效力は、訴の却下又は取下に依りて影響せられぬ。併しながら催告としての時効中斷の效力は、六ヶ月内に訴の提起其他の方法を以て追完せらるゝ必要があるのであるが（民153）、此期間は、目的論的立場に於て、獨民法の如く、訴訟終了の時より起算されなければならぬ。其根據としては、訴の提起に依る實體的權利の主張は、其主張を容認する判決を期待して爲すものなれば、其判決が確定する迄は、催告の效力は存續すると云ふ外はない。幸ひ同趣旨の判例もある。（註二）因つて訴の却下若くは取下のありたる場合には、民一五三條を準用して其時より六ヶ月内に改めて訴の提起其他同條所定の方法を執ることに因り、時効中斷の效力を存續せしむるものと解すべきである。（註三）

（註一） 本稿第三章三一頁參照。

（註二） 昭和三年六月二八日大民一判決（集七卷五一九頁）。

損害賠償ノ催告ヲ受ケタル者カ損害事故調査中ノ故ヲ以テ猶豫ヲ求メタルトキハ民法一五三條ノ期間ハ其ノ回答アリタル時ヨリ起算スヘキモノトス。

（註三） 同説、我妻教授、前掲論文（法協五〇卷七號一一一頁）、鳩山博士、民法總論下卷五九六頁。

以上催告としての時効中斷の效力は、訴の提起に準ずる諸

申立、即ち支拂命令の申立(訴430)、破産宣告の申立竝に破産債権の届出(破<sup>126</sup><sub>328</sub>)、仲裁手續に依る仲裁の請求(訴786)に就ても同様に言ひ得るであらう。(註一) 併し乍ら民法學者の或者の云ふが如く、一部請求の訴に依り、訴訟の目的に非ざる部分に付き時效中斷の效力を認むることは、訴訟理論としては、假令、單に催告の效力としても尙、不可能である。蓋し其部分に付き訴訟に於ける實體的權利の主張を見出し得ざるが故である。(註一) 又、基本的法律關係の存在確認の訴が、判例の云ふが如く、其法律關係より發生する個々請求權に付き、裁判上の請求として時效中斷の效力ありとするならば、其訴の取下又は却下の場合には、尙、催告として時效中斷の效力が残存するものと解する必要がある。尤も後述するが如く、個々請求權に對する時效中斷效を否認するものとせば、素よりその催告としての時效中斷效も亦認むる能はざる筋合であるが、その代り、其訴が取下又は却下せられたる場合にも、尙、債權者は惡意の再抗辯 *replicatio doli* を以て、時效完成の抗辯を排斥し得るものとせられる。本稿九七頁以下參照。

2. 相殺の抗辯 のうちに、自働債權に就いての裁判上の權利主張の認めらるゝこと既に述ぶるが如くである。(註一) 而して此相殺の抗辯が、實體法上竝に訴訟法上の理由に基き判決の基本とせられざりし場合(前掲 2—5)、(註二) 裁判上の權利主張としての時效中斷の效力は、尙、訴の却下又は取下の場合と同じく、初めに遡及して消滅すべきことも亦、之れを述べた。(註三) 併しながら此の場合、相殺の抗辯は、同じく訴の却下竝に取下に就て述べたると同一の關係に於て、(註四) 裁判外の權利主張(催告)として時效中斷の效力が認められ

得るであらう。但し相殺債権の残餘部分に就いては、一部請求の訴に於ける残餘請求に對すると同じく、(註五) 訴訟理論としては、催告としての時効中斷の效力をも認むること能はぬ。

(註一) 本稿前段六八頁参照。

(註二、三) 本稿前段七二頁以下参照。

(註四、五) 本稿前段七〇頁以下参照。

3. 訴訟告知 は、別段に其規定を設けざる我民法の解釋としては、その内に裁判上の権利主張を認め得ざること、既にこれを述べた。(註一) 従つて裁判外の権利主張（催告）の效力も亦、訴訟告知なる訴訟行為より、之を索むることを得ないのである。併しながら訴訟行為と私法行為との併存は、訴訟理論の認むる處なるを以て、訴訟告知行為には、訴訟の結果に依り或は主張することあるべき請求に就ての催告を伴ふと做すこと、(註二) 論理的に不可能ではない。唯、問題は、かゝる場合にも、尙、催告に依る時効中斷を認むる必要ありや否である。

(註一) 本稿前段七三頁参照。

(註二) 果して訴訟告知に催告としての時効中斷の效力を認むとせば、民一五三條の規定する六ヶ月の期間は、前に述べたと同様の理由の下に、訴訟終結の時より起算すべきである（七七頁参照）。

4. 消極的確認の訴に於ける権利存在の主張 此主張が、裁判上の権利主張として、時効中斷の原因たり得るか否か、頗

る問題として争はれて居る。其詳細は、項を改めて論述するが、(註一)果してその権利主張の一種なることに異論なしとせば、(註二)裁判上の権利主張としての時効中斷效を認め得ざる場合には、(註三)尙、相殺の抗辯に於けると同じく、裁判外の権利主張、即ち催告としての假定的中斷效を認めて然るべきである。(註四)

(註一) 本稿八〇頁以下参照。

(註二) 本稿八七頁参照。その積極的権利主張なることを否認するならば、素より催告としての時効中斷效も亦認むることを得ぬ。

(註三) 此主張を裁判上の権利主張の一種と做し、時効中斷效を認むるも、尙訴の却下又は取下の場合には、遡及して其效力を失ふべきを以て、相殺の抗辯に於けると同じく、催告としての假定的中斷效を認むる必要がある。

(註四) 同説、我妻教授(法協五〇卷七號一二一頁)。

### III.

#### 消極的確認の訴に於ける請求棄却の申立(権利存在の主張)

積極的確認の訴が、裁判上の請求(権利主張)として時効中斷の效力を有することは、既に述べた處であるが、(註一)反之、消極的確認の訴は、例之、債務不存在確認の訴の如く、債務者より提起する訴なるを以て、時効中斷の效力を有せざること論を俟たぬ。(註二)併しながら此訴に於て債権者たる被告が、原告の請求棄却の申立を爲すことは、即ち訴訟の目的たる権利の存在を主張することに外ならざるを以て、此主張が、裁判上の権利主張として時効中斷原因とはなり得ないであらうか。

(註一) 本稿四四頁以下参照。

(註二) 山田博士は、嘗ては、時効中斷を以て訴訟繫屬の效力となし、従つて消極的確認の訴の提起に依りても亦、訴訟繫屬の開始に依り時効の中斷を生ずるものと論ぜられた(同博士、判例批評民訴法一卷三四六、三四九頁参照)。併しながら時効の中斷を訴訟繫屬の效力と做すことの誤りなることは、本稿第一章に於て詳論したる處にして、其後博士も亦其主張を改められたること既に述ぶるが如くである(本稿一九頁(註二)参照)。

此問題に付き、我大審院の判例は、否定的態度に出で、消極的確認の訴に於て、被告として権利の存在を主張するのみにては、單に防禦を爲すに止まり、権利者自ら権利を行使する行動に非ざるを以て、時効中斷の效力あるものに非すと云ふ。(註一) 獨逸の判例竝に通説も亦、同じく積極的なる権利主張を包含せざるの故を以て、此権利存在の主張に付き時効中斷の效力を否認する。(註二) 斯く消極的確認の訴に於て、債權者なる被告が、権利存在の主張を爲すことを以て、積極的なる権利主張に非すと做し、その時効中斷の原因たることを否認するは、或は嚴格なる訴訟理論としては、正當であるかも知れぬ。併しながら其解釋を實際問題に適用するときに於て、甚だしき不都合の生ずることを覺悟しなければならぬ。即ち次の如し。

(註一) 昭和六年一二月一九日大民三判決(集一〇卷一二三八頁)。「債權不存在ノ訴ニ於ケル被告カ債權ノ存在ヲ主張シタルコトハ時効中斷ノ事由タル裁判上ノ請求ニ該當セザルモノトス」同趣旨判例、大正十一年四月一四日(集一卷一八七頁)。

(註二) Stein-Jonas, Komm. I. zu § 267. II. 1. Note 19 (S. 747); Hellwig, Lehrb. III. 300; Seuffert, Komm. I, zu § 267, 1, a, (S. 418); Staudinger-

Riezler, Komm. I. zu § 209. 3. (S. 815) ; RGZ. 60, 387 ff.

**第一。**消極的確認の訴は、債務者の提起する訴ではあるが、債権者たる被告が、此訴に於て権利存在の主張をなすことは、受動的ながら一種の権利主張なることに相違がない。従つて此場合、必ずしも権利の上に眠れるものとは云ひ難いのであつて、之れと自ら進むで訴を提起する場合と、その権利の主張なる點に於て、大なる徑庭ありとは考へられぬ。然るに此権利存在の主張には時効中斷の效力なきものと做し、従つて消極的確認の訴の繫屬中と雖も、時効期間が進行し、その完成したる場合には、原告が該訴訟に於て之れを援用することに依り、裁判所は被告の権利の存在を確認しながら、尙、原告勝訴の判決をなさなければならぬ。而して此結果を防止するには、原告よりも時効中斷の爲めに給付の訴を提起する必要があるものにして、斯くては、徒らに不必要なる訴の提起を挑發する結果となるのみならず、債権者の利益保護に缺くるものありと云はなければならぬ。

**第二。**消極的確認の訴の繫屬中、被告たる債権者が、別に同一なる訴訟の目的に付き給付の訴を提起することは、敢へて妨げらるゝことなきも、積極的確認の訴を提起することは、前訴繫屬の效力として不適法とせられる(訴231)。(註一) 然るに債権者としては、屢々、給付の訴を提起すること差當り不可能にして、積極的確認の訴を提起する外なき場合なしとせぬ。(註二) かゝる場合に於て、既に消極的確認の訴が繫屬し、其間に時効

が正に完成せんとするとき、此訴に於ける被告の権利存在の主張が時効中斷の效力なしとするならば、被告たる債權者は果して如何なる方法を以て、正に完成せんとする時効期間の進行を中斷し得るか。

(註一) 拙著要論上巻二八七頁参照。

(註二) 例之、損害賠償請求訴訟を提起せむとするに當り、未だ損害額が算定し得ざる場合の如し。拙著要論上巻一九九頁参照。

以上述ぶる實際問題としての不都合中、殊に第二のものは、到底、其儘に觀過し能はざる處とする。例之、債務者が債權者の時効中斷行爲を妨ぐる目的を以て消極的確認の訴を提起し、其間に時効が完成したりとの故を以て、當該訴訟若くは其後の訴訟に於て、更に時効完成の抗辯(註一)を提出するが如きことは、誠實信用の原則に背反するものと云はなければならぬ。於是乎、消極的確認の訴に於て、被告の権利存在の主張に時効中斷の效力を認めざる反面として、獨逸の判例竝に一部の學説は、(註二)消極的確認の訴の繫屬に依り時効中斷の方法(例之、訴の提起)を奪はれたる債權者に對し、惡意の再抗辯 *replicatio doli* なるものを認むる。即ち債權者が、債務者の爲す時効完成の抗辯に對し、此惡意の再抗辯を提出することに依り、時効完成の効果を消滅せしむるのである。殊に是近の判例は、債務者が、債權者の時効中斷行爲を妨げたる場合には、その故意過失の有無を問はず、廣く債權者に對し「惡意の再抗辯」を認むる。(註三)

- (註一) 時効完成の抗辯は、我民法の下に於ては、權利否認の抗辯 *Rechtsverneinende Einrede* に屬し、訴訟に於て時効を援用する場合と、訴訟外に於て時効を援用し、其權利消滅の結果を訴訟に於て主張する場合とに岐れる。
- (註二) RGZ, 57, 376; 87, 281; 109, 309; 115, 137.; Planck-Knoke, Komm. z. BGB, zu § 222, Anm. 5; Hellwig, Lehrb, III, 297; Kussi, a. a. O. 43.
- (註三) Urt. v. 17. Dez. 1926, RGZ. 115. 137 ff.

抑も此悪意の再抗辯なるものは、羅馬法の *exceptio doli generalis* に倣ひ、(註一) 獨逸大審院判例に於て認められたのであるが、素、例外的に法規の適用を除外するものなるを以て、此再抗辯を許すは、他に匡救の方法なき場合に限定せられなければならぬ。即ち他に解釋を以て、之れを補ふ餘地あるならば、敢へてかゝる再抗辯を認むる必要なく、否、反つて之れを認めざるを可とする。而して消極的確認の訴夫れ自體が、時効中斷の效力なきこと論を俟たざるが故に、此問題の解決としては、此訴に於て債權者たる被告が權利存在の主張を以て對抗したることのうちに、積極的なる裁判上の權利主張を認識し、之れを以て時効中斷の原因と做し得ざるか否か、竝に此主張に基き原告の請求棄却の判決が確定することに依り、其既判力の效果として、時効の進行を中斷するに非ざるか、若くは又、債務者が既に完成したる時効を援用するの權利を喪失するものに非ざるか否かの點に歸着する。

- (註一) Hellwig, Lehrb. II 161. Note 8.

先づ既判力の效果に就て考ふるに、既判力夫れ自體は如何な

る場合に於ても時効中斷の效力を伴ふものではない。(註一) 此點には疑問はないのであるが、消極的確認の訴に於ける請求棄却の判決は、夫れが被告の権利存在の主張に基く限り、反面的に権利の存在を確定するものなるを以て、該訴訟の繫屬中に時効の完成したる場合には、直ちに口頭辯論に於て時効完成の抗辯を提出することを必要とし、此抗辯を提出せずして請求棄却の判決を受けたるときは、爾後、此抗辯を提出する権利を失ふに非ざるかゞ問題とせられる。(註二) 併しながら確定判決の效力として当事者が爾後、主張の権利を失ふは、口頭辯論の終結前に發生存在したる攻撃、防禦の方法としての事實である。然るに時効は其援用に依りて初めて権利消滅の効果を發生せしむるものなるを以て、假令、訴訟の繫屬中に時効が完成したる場合と雖も、口頭辯論の終結後若くは判決の確定後に其援用を爲すときは、其時に権利消滅の効果が發生するものなるを以て、口頭辯論終結後に生じたる新たなる原因として、當然既判力の範圍外に在らねばならぬ。判例も、亦、之れを以て既判力の及ばざる事項なりと做し、失權の効果を否認するも、其論據甚だ曖昧である。(註三)

(註一) 訴訟に於ける時効の中斷は、裁判上の権利主張を其原因となすこと、上來、屢々、述ぶるが如く、而して本案判決は、訴の提起其他裁判上の権利主張に依る時効中斷の效力を確保するに止まり、夫れ自體、獨立に時効中斷原因とはならぬ。従つて消極的確認の訴に於て、被告の爲したる権利存在の主張が認められ、原告の請求棄却の判決が確定するも、権利存在の主張に時

效中斷の效力を認めざる限り、それに依り時效の進行は中斷せられぬ。我妻教授は「消極的確認訴訟の理由なしとして却下(棄却のことならむ)せられ、権利の存在が判決に依りて確定せらるゝときは、時效は完全に中斷する」と説明せらるゝも、其論據を示されざるを遺憾とする。同教授前掲論文(法協五〇卷七號一二一頁)。

(註二) 山田博士も亦、此點に付き、疑問を抱かるゝものゝ如くである。法叢二七卷六號九六九頁。尙、下記判例(註三)の事案に付き控訴裁判所の爲したる判決は、確定判決の效力に依り、前訴繫屬中に完成したる時效の援用を排斥した(集一〇卷一二四八頁)。但し此判決は上告審に於て破毀せられたのであるが、破毀の理由が、甚だ曖昧なることは次註に摘記するが如くである。

(註三) 昭和六年一月十九日大民三判決(集一〇卷一二三八頁以下)は此問題に付き「元來債務者ニシテ債務ノ根本的ニ存在セザルコトヲ確信セルガ如キ場合ニハ債務存在シタレトモ時效ニ因リテ消滅シタリト云フガ如キコトハ想ヒ及バザル所ナルヲ以テ……從ツテ上告人等ガ前ノ訴訟ニ於テ時效ノ援用ヲ爲サザリシトテ之ヲ以テ被上告人ヨリ提起セラレタル本訴ニ於テ時效ヲ援用シ抗辯トスルコトハ之ヲ許サスト爲スハ當ラス」と判示した(同一二四三頁)文辭甚だ曖昧を極むるのであるが、その云はんとする處、恐らく、債務の不存在を理由とする消極的確認の訴に於ては、債務の存在を前提となす時效完成の有無の問題は、請求原因の範圍外に屬し、從つて之れに對しては、判決の既判力が及ぶものに非ずと云ふのであらう。此論鋒には甚しい無理があると考へるが、此處には詳説を避ける。

以上述ぶるが如く、判決の既判力が、時效の中斷と直接に關係する處なしとせば、更に進むで債權者たる被告が、債務者の提起する消極的確認の訴に於て、権利の存在を主張することのうちに、果して積極的な裁判上の權利主張を認識すること不可能なるか否かの點に及ばなければならぬ。此被告の爲す權利存在の主張が、原告の請求棄却を求むる單なる防禦方法に止まり、

従つて訴の提起の如く、能動的なる裁判上の権利主張に非ざることには就ては議論の餘地がない。併しながら相手方の請求を排斥し、自己の権利の存在を主張する點に於ては、自ら積極的確認の訴を提起すると渝る處なきが故に、此意味に於て、能動的と受動的との差はあるも、此防禦方法としての権利存在の主張に、積極的なる裁判上の権利主張を認むること、必ずしも不合理ではない。(註一) 果して然らば、時効中斷の原因として最後に残る問題は、此裁判上の権利主張が、裁判上其實現を擔保せらるるか否かの點であるが、(註二) 既に述ぶるが如く、被告の爲す権利存在の主張は、單に原告の請求棄却の判決を求むるに過ぎざるも、此主張に基く請求棄却の判決は、其主張する権利を裁判上確認するものに外ならざるを以て、結局、其主張する権利の實現が、裁判上擔保せらると云ふことが出来る。以上の如くなるを以て、消極的確認の訴に於て被告の爲す権利存在の主張は、之れを裁判上の権利主張として時効中斷の原因と做すこと、解釋として可能であり、殊に *rechtspolitisch* の立場より看るならば、斯く解することが絶対に必要である。(註三) 而してこれを裁判上の権利主張と做し、時効中斷の效力を認むるならば、其中斷の時期は、素より訴訟に於て此主張を爲したる時、即ち口頭辯論に於て、原告の請求棄却の申立を爲したる時である。(註四)

(註一) 我妻教授は、此権利存在の主張に對し、裁判外の権利主張即ち催告と

しての效力、即ち假定的時效中斷效を認めむことを提案せられる。前掲論文(法協五〇卷七號一一二、一一九頁以下)。併しながら此權利主張のうちに、裁判外と雖も、時效中斷效ある積極的なる權利主張を認識し得るものとせば、其權利主張は、防禦方法としての訴訟行爲なるを以て、當然、裁判上の權利主張であらねばならぬ。因つて本文に述ぶるが如く裁判上の權利主張として時效中斷效を認め得るものとせば、殊更に、苦んで裁判外の權利主張即ち催告としての假定的時效中斷效を認むる必要なきものとする。

(註二) 本稿七二頁参照。

(註三) 同説、Hirsch, Die Übertragung der Rechtssprechung, 133.; Salomon, Der Einfluss der negativen Feststellungsklage auf die Anspruchverjährung, Leip. Zeits. 1917, S 1157 ff.; Hefelmann, a. a. O. 49.

(註四) 山田博士は、此問題に付き、時效中斷の時期を消極的確認の訴提起の時とせられる。前掲判例批評民法一卷三四九頁、法叢二七卷六號九六九頁。同博士が、訴の提起に依る時效中斷の原因に付き、前後其見解を改められたることは、既にこれを述べたのであるが(本稿一九頁〔註二〕参照)、その従前の見解は、時效中斷を以て訴訟繫屬の效力と做し、従つて消極的確認の訴を提起したる場合にも、尙、其訴訟繫屬の效力として訴提起の時に時效中斷の效力を生ずと云ふのであるから、別段に論理的矛盾はなかつた。併しながら其後見解を改められ、裁判上の請求を以て時效中斷の原因とせられ、本問の場合にも、被告の爲す裁判上の權利主張を以て時效中斷原因と爲すものなれば、時效中斷の時期は、當然、訴訟に於て此主張を爲したる時であらねばならぬ。因つて博士の如く特に之れを消極的確認の訴提起の時に遡らしめんとするならば、其根據を示す必要がある。然るに博士は「蓋し被告債権者は原告の訴の提起に依り當然訴訟の當事者たる地位を有するものなればなり」と云ふ以外、何等、肯首するに足る根據を示して居らぬ。此論法を以てせば、訴訟の進行中に請求を擴張したる場合、其擴張したる部分に就ても、訴の提起の時に遡つて時效中斷の效力を生ずることゝならう。

#### IV.

### 基本的法律關係の存在確認の訴と其時効中斷の範圍

時効中斷に關する最後の問題として、基本的法律關係の存在確認の訴が、其法律關係より發生する債權(請求權)に就ても、亦、時効中斷の效力を有するか否かの點を論述する。此問題は、遠き以前より争はれたが、最近、その判例が現はれたのである。即ち事案は、保險契約存在確認の訴の提起が、當該契約に基き發生したる保險金請求權に就ての消滅時効の進行を阻止若くは中斷するかと云ふのであつて、(註一)大審院判例は、之れを肯定した。以下論述の必要上、判文中、重要な部分を摘記する。

昭和五年六月二七日大民二判決(集九卷六一九頁以下)。

然レトモ消滅時効中斷ノ原因タルヘキ裁判上ノ請求ハ、給付訴訟ノミニ限定セララルモノニ非シテ確認訴訟ナモ包含スルモノナリト解スヘク、而シテ右確認訴訟モ其ノ基本的法律關係存在確認ヲ目的トスル訴訟ヲ除外シ、該基本的法律關係ヨリ發生シタル權利ノ存在確認ヲ目的トスル訴訟ノミニ限定セララルヘキ理由ナク、基本的法律關係存在ノ確認ノ訴訟モ亦裁判上ノ請求ニ包含セララルヘキモノト解スルヲ妥當トス。蓋シスル確認訴訟ノ提起ハ基本的法律關係ヨリ發生スル權利ヲ實現スル手段ニ屬スルモノナルヲ以テ、スル手段ニ出テタル場合ニ於テハ縱令其ノ權利自體ニ付キ訴訟ヲ提起セザリシトスルモ、權利ノ上ニ眠ルモノト謂フヲ得ザレバナリ(六三〇頁)。

(註一) 尙、本件事案を本問に必要な程度に修正、摘記するに、訴外甲は、大正六年の頃同じく訴外乙を被保險者として保險會社丙(本件被告、上诉人)と生命保險契約を締結したる處、其の契約の成立に付き争を生じ、大正八年中甲より保險會社丙に對し保險契約存在確認の訴を提起し、其訴訟の繫屬中被保險者が死亡した。併しなから保險契約夫れ自體に付き訴訟繫屬中なりしを以て、保險金を請求せず、其後漸くにして原告甲勝訴の判決確定したるを以て、甲より適法に保險金債權の讓渡を受けたる本件原告丁(被上诉人)が、保險會

社丙（本件被告、上告人）に保険金支拂を訴求した。之れに對し被告保險會社は、被保險者乙死亡の時より既に二年を経過したる故を以て時效完成の抗辯（商432, 2）を提出し、原審裁判所は、基本法律關係たる保險契約存在確認の訴の繫屬中は、その契約に基き發生する保險金請求權に付ても時效中斷の效力ありとして、被告の抗辯を排斥し、第一、二審とも原告勝訴の判決あり、之れに對し、被告保險會社より上告を提起したるに、本文記載の如く同様の理由に依り此點に就ては上告棄却となつた。

併しながら此問題は、上記、我大審院の判例中に判示せらるるが如く、しかく簡單に解決し去ることは出來ぬ。蓋し訴の提起に依る時效の中斷は、起訴行爲に包含せらるる裁判上の權利主張に基くものなること、上來、屢々それを述べた。而して或る請求權夫れ自體と一致する法律關係の存在確認の訴は、同時に其請求權の裁判上の主張を包含し、従つて其請求權に付き時效中斷の效力を生ずること論を俟たぬ。例之、債權存在確認の訴は、元本請求權に對する時效の進行を中斷するが如し。（註一）此點、債權と請求權とを觀念的に區別せざる我民法の下に於ては、殆んど問題とならぬ。併しながら上記判例の事案の如き保險契約存在確認の訴に於て、當該保險契約より發生する保險金請求權（本件の場合には、訴提）の主張（裁判上）が果して認められ得るであらうか。更に一般化して云ふならば、上記判例の暗黙に認むるであらうが如く、基本的法律關係の存在確認の訴に、當該法律關係より發生する個々請求權の主張が包含せらるるものと做し得るか。此點、頗る問題であり、且つ上記判例の説明

は、Paradox に陥つて居る。(註二)

(註一) Staudinger, Komm. I. zu § 209. 3.

(註二) 上記判例に曰く「基本的法律關係存在ノ確認ノ訴訟モ亦裁判上ノ請求ニ包含セラルベキモノト解スルヲ妥當トス」と。洵に確認の訴が、時効中斷原因たる「裁判上の請求」に包含せらるゝことには、異論の餘地がないのであつて、此場合、問題となるのは、基本的法律關係存在確認の訴が、此法律關係より發生する請求權(債權)に對する時効中斷の原因として、その「裁判上の請求」を包含するや否や問題である。然るに此點には全く觸れずして、「蓋シスル確認ノ訴ノ提起ハ、基本的法律關係ヨリ發生スル權利ヲ實現スル手段ニ屬ス、云々」(八九頁参照)と稱し、之れを以て、前段、確認の訴が時効中斷原因たる「裁判上の請求」に包含せらるべきことの理由とする。此説明には、時効中斷原因としての「裁判上の請求」と、具體的權利に關する「裁判上の請求」とを混同したる誤謬あること一見明瞭であり、此處に、此判決の「強辯」が藏せられる。

此問題の論争は、遠く獨逸普通法の時代にまで遡り得る。而して普通法當時の通説としては、大體之れを肯定せるものゝ如く、獨逸大審院の判例も亦之れを認むる。(註一)併しながら獨逸現行民法に至つて、學說岐れ、寧ろ反對に之れを否定する學說有力となりしものゝ如く、但し判例としては、未だ決せざる状態に在る。(註二)斯く獨逸近時の學說が、基本的法律關係存在の確認の訴は、其法律關係より發生する個々請求權の消滅時効を中斷せずと做す所以のものは、訴訟法學說の影響その重きを爲す。即ち訴訟理論の方面より攷ふるに、訴の提起に依る時効の中斷は、既に反覆するが如く起訴行爲に包含せらるゝ裁判上の権利主張に基くものとせられる。而して判決は、當事者の申

立てたる事項に付き之れを爲すものなるを以て(訴186)、起訴行為に包含せらるゝ裁判上の権利主張(訴訟法上の請求)は、素より判決の既判力と其限界を同一にすべきを當然とし、従つて裁判上の権利主張の効果たる時效の中斷も亦、自ら此範圍に限定せられなければならぬ。斯くして一部請求の場合には、其請求の部分に就てのみ時效が中斷せられ、又、判決の既判力が發生するのである。今、本問に就て考ふるに、基本的法律關係の存在確認の訴は、其法律關係の存在を主張するに止まり、法律關係より發生する個々請求權(債權)の主張を包含せざることと異論の餘地なきが如くである。(註三)従つて其判決は個々請求權(債權)に對し直接既判力を生ぜざると共に、之れに對する時效中斷の效力も亦、否認せられなければならぬ。然るに此場合、獨り時效中斷の效力のみを認むるは、一部請求の場合に比し、權衡を失するは勿論、(註四)特に爰に時效中斷の效力を認むる理論的根據を發見し能はないのである。

(註一) Urt. v. 23. Febr. 1906. RGZ. 62. 417 ff. 此判決は、普通法に依る裁判にして、現行民法に基くものに非ざることには注意を要する。獨逸普通法の下に、此問題を肯定する者、次の如し(その説く處、必ずしも明確ではないが)。Dernburg, Pand. I. § 148. Aum. 7.; Windscheid, § 108.; Wilmowski-Levy, Komm. § 231(256); Kroll, K age u. Einrede, 208.

(註二) 獨逸現民法の下にては、多くは個々請求權に對する消滅時效の中斷を否定する態度に出づる。例之、次の如し。Seuffert, Komm, I. § 267. 1. a. S. 418.; Stein Jonas, Komm. I. zu § 256. IV. 3. Note 121, S. 709; Staudinger-Riezler, Komm. I. zu § 209. 3 S. 815. 尙、此問題に關する獨逸現

民法の下に於ける判例としては、Urt. v. 29. Juni. 1905. RGz. 61. 170 を挙げ得るも、此判決に於ては、損害賠償債権の存在確認の訴に對し、如何なる程度に於て個々請求權に就ての時效中斷の效力を認むべきか、頗る問題なりと稱するに止まり、最後の判断を避けて居る。

(註三) 基本的法律關係の存在主張のうちに、充分、その法律關係より發生する請求權を主張する意思を認め得ると同時に、民法一四七條以下列擧の時效中斷事由は、例示に止まると看るを通説となすものゝ如くである(鳩山博士民總下巻五九四頁參照)。素より裁判上の請求に非ざれば時效中斷の原因たることを得ずと云ふには非ざるも、單に請求の意思を推測し得るに止まるの程度にて既に時效中斷の原因となすことは、理論上且つ成法上の根據を缺くのみならず、斯くては時效中斷の原因に限界を附すこと不可能となるであらう。

(註四) 例之、一千圓の債權のうち、九百圓を請求するならば、殘額百圓並に利息債權(全部)に就て時效中斷の效力生ぜざるに拘らず、全部一千圓を請求するならば、利息債權に就ても、亦時效中斷となる。

併しながら之れを實際問題として攷ふるならば、基本的法律關係の存在確認の訴の提起せられたる場合、之れと全く無關係に、其法律關係より發生したる個々請求權に就て、消滅時效の進行するが如きは、如何にも不當の感なき能はぬ。即ち基本的法律關係の存否に付き訴訟の繫屬するときは、其訴訟の繫屬中は、消滅時效の進行を開始せず、若くは其進行を中斷するものと做すが至當と考へられる。殊に本件の如く、保險會社は、保險契約の存否に關し訴訟の繫屬する間、假令請求あるも、保險金の支拂を拒絶すること明瞭なるにも拘らず、尙、訴訟終了後提起したる保險金支拂請求訴訟に於て、時效完成の抗辯を提出するに至つては論外である(商432, 2)。尤も此場合の對策として

保険契約者たる原告は、被保険者の死亡したるときは、保険契約存在確認の訴を變更して、保険金請求の訴若くは保険金請求権存在確認の訴と爲すことに依り、時効中斷の效力を發生せしむるの方法なきに非ざるも、誤つて此方法を執らざりしが爲め、保険會社をして時効完成の抗辯を提出することを得しむるが如きは、誠實信用の原則上、斷じて許すこと能はぬ。

要之、此問題は、私法、訴訟法の各方面に亘りて複雑なる接觸を保ち、理論上並に實際上、妥當、且つ合理的の解決に到達すること極めて困難ではあるが、結局、其解決は、次の三方法以外には出でぬ。

**第一。** 個々請求權に就て、夫々、時効中斷の方法を執ること。此時効中斷の方法としては、新たに訴を提起することもあるべく、又、既に繫屬せる基本的法律關係の存在確認の訴を變更して、之れを爲すこともあり得る。

此方法は、訴訟法上、應に當事者の執るべき途であるが、實際問題としては、時として時効中斷の爲めのみを爲す訴の提起を餘義なからしめ、或は又、既に繫屬せる訴の變更を必要ならしむる等、當事者に過分の負擔並に責任を課するものなるを以て、(註一) 此途を設くるのみにては、未だ當事者の利益保護に充分なりとは云ひ兼ねる。因つて是れとは別個に、個々請求權の時効を中斷せしむるか、或は又、尠くとも不當に時効完成の抗辯を提出すること能はざらしむる方策が必要である。(註二)

(註一) 例之、前掲判例の事案に於て、被保険者の死亡に依り保険金請求権が發生したる場合、其消滅時效の進行を中斷するが爲めには、重ねて保険金支拂請求訴訟を提起するか、若くは又、既に繫屬せる保険契約存在確認の訴を變更して、保険金支拂請求権若くは保険金債權存在確認の請求に改めなければならぬ。

(註二)本稿前段八三頁參照。

**第二。**基本的法律關係の存在確認の訴は、其法律關係より發生する個々請求權に就ての裁判上の主張を包含するものと做し、之れに依り、その消滅時效の進行を中斷するものと做すこと。

此見解は、「第一」の方法のみに依る當事者の利益保護の缺陷を補ふるが爲め、訴の提起に依る時效中斷の效力範圍を擴大することに依り、此問題の解決を計らむとするものであつて、我大審院の判例となれることは既述の如し。(註一) 此見解は、此問題の實體法的解決としては、今日迄主張せられたる殆んど唯一可能のものゝ如くであるが、(註二) 成法上並に理論上支持し難きこと前陳の如くである。(註三) 尤も基本的法律關係存在確認の訴の繫屬中に發生したる個々請求權の時效期間は、當該訴訟の終了の時より起算するものとせば、其の解釋の當否は別とし、(註四) 如上の批難は之れを免れ得る。

(註一)本稿前段八九頁參照。

(註二) 我妻教授は、基本的法律關係の存在確認の訴に、其法律關係より發生する請求權に就て催告の效力を認めんとするものゝ如くなるも、催告は履行の請求に外ならざるを以て、此訴に於て個々請求權に就ての権利主張(裁判上に限らざるも)を認め得ざる以上、催告の效力も亦、發生するに由なき筋

合である。同教授前掲論文（法協五〇卷七號一一頁以下）。

(註三) 山田博士も亦同様の見解を支持せられ、上記判例の批評に於て「基本的法律関係につき確認訴訟の存することを以て時効中斷の効ありとするか如きは、権利者の無智に依る損失を救済するに急にして強ひて法を曲解するものと謂はざるべからず」と。法叢二五卷二號三三〇頁。

博士の意見の後半には同感なるも、前半「権利者の無智に依る損失云々」には、些か異論がある。即ち本件の場合、原告たる保険契約者としては、被保険者の死亡に際し、「第一」に掲ぐる訴の變更其他の方法を執り、因つて發生したる保険金の請求又は請求權の確認を求めれば問題はないのであるが、かゝる訴訟技術の遂行を、失權の効果を附して迄、強要すること果して妥當なりや否や、又、元來、有する處の權利を失はざらんが爲めには、かゝる訴訟技術に堪能なるべきことを當事者に要求することは、餘りに訴訟手續の秩序を重要視して、實體法の具體化といふ民訴の最高目的を忘れたる嫌ひがないであらうか。單に「権利者の無智に依る損失」なりとして、他を顧みざる博士の態度には賛成し難い。

(註四) 別の場合ではあるが、時効期間の起算點を繰下げた判例が見出され得る。昭和三年六月二八日大民一判決（集七卷五一九頁）。（本稿七七頁〔註二〕参照）。

**第三。** 基本的法律關係の存在確認の訴は、其法律關係より發生する個々請求權に付き時効中斷の效力なきも、個々の請求權を訴訟の目的と爲す訴が、之れに引續き提起せられたる場合（その債權者の提起する給付の訴なると、債務者の提起する消極的確認の訴なるとを問はぬ）、先に被告たりし債務者が、前訴訟の繫屬中に進行したる時間を算入して時効完成の主張を爲し得ざるものと爲すこと。

既に述ぶるが如く、基本的法律關係の存在確認の訴に依る時

效中斷の效力を、其法律關係より發生する個々請求權にまで擴張すること、法理上不可能なりとせば、尠くとも其訴訟の繫屬中個々の請求權に就て進行したる時効期間を不當に援用することを防止するに非ざれば、債權者の保護に缺くるものと云はなければならぬ。加之、基本的法律關係の存否に就て訴訟が繫屬し、被告たる債務者が、原告の請求を否認し、結局、該法律關係上より權利の發生することを否認しながら、而かも他面、此訴訟の繫屬したる時間を算入して、其後の訴訟に於て、當該權利の成立を論理的な前提とする時効完成の主張を爲すが如きことは、明かに誠實信用の原則に反する。因つてかゝる場合には、債權者に對し、惡意の抗辯若くは再抗辯を認めて、(註一) 前訴繫屬期間を時効期間に算入することを拒否するの途を設くるが至當である。(註二)(註三)

(註一) 本稿八三頁以下参照。

(註二) 要之、基本的法律關係に付き訴訟の繫屬したる以上、當該訴訟の繫屬期間を、其法律關係より發生したる個々請求權に就ての時効期間に算入するを不當と做すものなれば、前訴に於て、債務者たる被告が請求を認諾して争はざりし場合、並に其訴が却下若くは取下られたる場合と雖も、尙、此抗辯を認めなければならぬ。

(註三) 此惡意の抗辯並に再抗辯 *exceptio doli generalis, replicatio doli* なる觀念は、未だ我判例の認めざる處なるを以て、俄かに之を採用し難しとするならば、基本的法律關係の存在確認の訴の繫屬中に發生したる個々請求權の時効期間は、當該訴訟の終了の時より起算するものと做すことに依り、大略、同一なる結果に到達し得る(本稿九五頁参照)。併しながら斯くまで條文の解釋に技巧を用ふるよりも、寧ろ卒直に惡意の再抗辯を認むるを以て優れ

りと信ずる。

要之、此問題の訴訟法的解決としては、債権者に悪意の抗辯若くは再抗辯を認むるの外なきも、實際問題として、如何なる場合に、此悪意を認定して然るべきか、其判断は必ずしも容易ではない。併しながら其認定が具體的事件に則して正鴻を得るならば、判例の如く、基本的法律關係の存在確認の訴に依る時効中斷の範圍を無差別に擴大して、時として權利の上に眠れる者を不必要に保護することあるべきに比し、遙かに具體的妥當を索め得るものと考へる。

## V.

### 除斥期間 Ausschlussfrist (及び出訴期間)

我民法は、獨民法と同じく、消滅時効と除斥期間とを區別する。併しながら我民法に依れば、消滅時効も亦、一種の權利消滅原因であり、此點に於て獨逸民法に於けるが如く、權利行使期間たる除斥期間とは、本質的なる區別を劃し難きのみならず、更に此兩者を、獨逸民法の如く、其對象に就て嚴別せず、寧ろ混同せる嫌ひあるを以て、(註一) 結局、或る期間が、消滅時効の夫れなりや、若くは夫れ以外の期間、即ち爰に謂ふ除斥期間なりやは、之れを條文に基きて區別するの外はない。即ち條文に時効と明記せられたるもののみが時効であり、斯く明記せられざるものは、時効に非ずして、除斥期間なりと解しなければならぬ。(註二)

(註一) 獨民法に依れば、消滅時効は請求權 Anspruch に就てのみ之れを設け、期間満了に依りて債務者に履行拒絶の抗辯權を與ふるに止まるに反し、除斥期間 Ausschluss- oder Präklusivfristen は、權利行使期間にして、主として形成權に就て之れを定め、此期間の経過に依り、權利夫れ自體を消滅せしむる。

然るに我民法にては、起草者が、かかる區別を意識して起草せしに非ざりしもの、如く、請求權に就て、時効と稱せざる期間を設くる場合あり (民600. 638. II. 損害賠償の請求に關する民564. 566 III. 637. I. 等)、又、形成權に就て、特に時効と明記する場合がある (民126. 426. 759. III. 894. I. 942. 102 2. II. 1145 條等)。

(註二) 同説、鳩山博士、日本民法總論下卷五七九頁參照。

併しなから除斥期間は、其性質上、權利の時間的限界であつて、此期間の経過に依り、當然、權利の消滅を來し、時効の如く相手方の援用を必要とせぬ。而して期間内に於ける權利行使の態様として、特に訴の提起を必要とするものを、特に出訴期間とも云ふ。(註一) 我民法の下に於て出訴期間を定めたる場合を舉ぐれば、占有に關する訴(民201)、婚姻取消の訴 (782. 784. 785. II. 786, III)、離婚の訴 (民816. 818)、嫡出子否認の訴(民825)、離縁の訴(民870. 871. 873)、親族會の決議に對する不服の訴(951)、相續財産分離請求の訴(民1041)、等に就てである。

(註二) 此出訴期間の定められたる權利は、孰れも形成權若くは國家に對する形成要求權(註三) であつて、期間内に訴を提起せざる時は、訴權の消滅すること論を俟たぬ。併しなから之れに因り權利自體が消滅するか否に就ては些か疑問を挿む餘地が

あるのであるが、元來、此出訴期間の定められたる形成權若くは形成要求權は、孰れも、訴訟を通じてのみ其權利の行使を許さるゝものなるを以て、(註四) 訴權の消滅は、即ち權利自體の消滅に外ならないのである。(註五) 出訴期間は、他の除斥期間と同じく權利行使期間なるを以て、此期間内に訴を提起するを以て足り、口頭辯論終結の時が、此期間經過後なることを妨げぬ。(註六)

(註一) 拙著、要論上卷二九三頁參照。出訴期間を以て、除斥期間と異なる觀念と觀る學者がある。例之、中島博士「除斥期間及び出訴期限」京法九卷四號一一頁以下。併しなから私は、出訴期間も亦、權利行使の期間なるを以て一種の除斥期間であり、唯、權利行使の態様が、訴の提起に限定せられたものと解する。

(註二) 民法以外の法令に定めらるゝ出訴期間に就ては、拙著要論上掲頁參照。

(註三) 爰に形成要求權とは、例之、相續財産の分離を裁判所に請求するが如く(民1041)、國家に對し、權利關係の變更を要求する權利を云ふ。拙著要論上卷二〇二頁以下參照。

(註四、五) 國家に對する形成要求權は、訴(創設の訴)に依りてのみ行使し得るものなれば、訴權の消滅、即ち權利の消滅なることに異論はない。次に形成權と雖も、出訴期間の定められたるものは、一般の形成權と異なり、其行使に國家的干與を必要とし、従つて訴(創設の訴)に依りてのみ適法に行使し得るものなれば(拙著、要論上卷二〇三頁以下參照)、是れ亦、訴權の消滅、即ち權利自體の消滅と見て妨げない。同說、鳩山博士民法總論上卷五七九頁。反對說、中島博士「前掲論文」京法九卷四號一二頁。

(註六) 同說、中島博士、前掲一三頁。Hellwig, Lehrb. III. 294.

次に、出訴期間に屬せざる除斥期間、即ち期間内に於ける訴の提起を權利行使の絶對的要件と爲さざる場合には、裁判上、裁

判外を問はず、此期間内に権利を行使すれば足り、必ずしも期間内に於ける訴の提起を必要とせぬ。但し夫れが請求權なる場合、(註一) 期間内に権利を行使するも、遂に其満足を得ずして期間を徒過することに因り、権利の消滅を來すに非ざるか、些か疑問とせられ得る。(註二) 例之、瑕疵擔保に基く損害賠償請求を、民法の定むる一ヶ年の期間内に爲したるも、其満足を得ずして其期間を徒過したる場合の如し。我民法の解釋としては、此場合除斥期間と時効期間との併存を認め、裁判上、裁判外を問はず、一度期間内に権利を行使すれば、其権利は改めて消滅時効期間に遵ふものと做す外はない。(註三)(註四)

(註一) 形成權なれば、期間内に権利を行使すれば、之れに依りて目的とする處の法律上の効果が直ちに發生して、何等の問題が胎されぬ。例之、契約の解除權(民564.5f6)、復籍拒絶權(民741.756)、相續拋棄權(民1017)等の如し。但し契約の解除に依る原狀回復請求權の如き、期間内に於ける權利行使の結果として發生したる新たな請求權は、改めて消滅時効に遵ふこと論はない。

(註二) 石坂、中島兩博士は、此場合、一年内に権利を行使するも、其満足を得ずして、一年を經過すれば、権利の消滅を來すものと解せられる。石坂博士民法研究三卷五〇二頁以下、中島博士前掲論文京法九卷四號一三頁以下參照。併しながら此所説は、除斥期間が、權利行使期間なることを餘りに高調して、期間内に權利行使の行爲あれば、此期間を設けたる目的の達成せられたるものなることを忘れた嫌ひがある。加之、此説に遵ふならば、甚しき不當の結果を招來することを否み難い。

(註三) 同一權利に付き、除斥期間と消滅時効期間との併存を認むるは、無意味であり、且つ一度権利を行使するときは、長期の消滅時効期間に遵ふと做

すことは、折角、短期の除斥期間（権利行使期間）を設けたる趣旨の大半を没却することとなる。去れば獨民法の解釋として、此説を執りたる Kipp 並に Wolff の主張は、多くの學者から反對せられたのである。Vgl. Windscheid-Kipp, Pandektenr. I. S. 819. Nr. 2; Wolff; Sachenrecht, S. 50. 但し獨民法の下に於ては、本文に擧ぐるが如き矛盾を生じない。蓋し獨民法は、請求權に付き除斥期間を定むる場合には、凡べて訴の提起を必要とする廣義に於ける出訴期間として之れを定むるが故である（例之、獨民 561.I. 977. 1002. 1188）。

然るに我民法は、請求權に付き除斥期間を定むる場合にも、之れを出訴期間として定めざるが故に、期間内に權利を行使するも（殊に裁判外に於て）、其満足を得ずして期間を經過したる場合に付き問題を貽したのである。例之、瑕疵擔保に基く損害賠償請求權（民564. 566）、使用貸借及び賃貸借契約違反に因る損害賠償請求權（民600. 622）、請負人に對する損害賠償請求權（民637. 638）の如し。此場合に於ける成法の解釋としては、民一五三條を準用して、六ヶ月内に於ける訴の提起に依る追完を認むるが、若くは、除斥期間の外に消滅時効期間の併存を認むる外はない。而して債權者保護の立場を執れば後者を以て優れたりとする。但し其消滅時効期間は、除斥期間と共に進行を開始するが、又は、判決若くは相手方の認諾に依り權利の確定したる時より其進行を始むるが、實體法上の問題として貽される。鳩山博士債權法各論三二七頁、末弘博士債權各論三九八頁參照。

(註四) 理論的根據は示されてないが、除斥期間内に權利を行使すれば足る旨の判例がある。昭和六年一月二七日大民五判決(集第一〇卷一一一三頁)。「疆界線ヨリ一尺五寸以内ニ建物ヲ築造セントスルモノガ隣地所有者ヨリ其ノ廢止又ハ變更ノ請求ヲ受ケタルトキハ、建築着手後一年ヲ經過シ又ハ建築ヲ竣成セシメタル場合ト雖モ、尙之レヲ變更シテ前示距離ヲ存セシメル責務アルモノトス。」

## 第二節 権利擴張の效力

### I.

訴提起の時と、口頭辯論の終結——判決の言渡——の時との間には、必然的に相當なる長さの時間的間隔があり、此時間的間隔あるが故に、不當に被告を利することがあつてはならぬ。即ち被告は、訴を提起せらるゝことに依り、當該訴訟の目的に付き、自己の主張が排斥せられて、相手方の主張が容認せらるることあるべきを豫想しなければならぬのであるが故に、本案に敗訴したる場合には、訴提起の時に遡つて、原告の主張を直ちに満足せしめざりし處の責任を負担しなければならぬ。要之、訴の提起に依る権利擴張の效力 *rechtsvermehrende Wirkungen* と云へば、被告の本案敗訴を條件とする其責任増加である。

訴の提起、其他裁判上の権利主張に依り、被告(債務者)に、如何なる程度並に態様の責任が増加するかに就ては、別段に取纏めた規定がない。以下、金銭債務、種類債務、特定物引渡義務等、各場合に付き、我民法の規定を一瞥する。

### II

先づ第一に金銭債務に就て云ふならば、我民法には、四一九

條あるのみである。即ち債務者は、履行遅滞に因り、法定利率若くは約定利率に依る損害金を支拂ふ義務を負担するものにして、訴の提起とは、何等規定の上に於て直接の關連がない。従つて訴の提起前、既に履行遅滞に在るならば、其時より損害金の支拂を免れ得ざると同時に、債務者遅滞に在らざる限り、假令訴の提起あるも、損害金支拂の債務未だ發生せぬ。即ち我民法には、獨民法に於けるが如く、金錢債務に就ては、債務者遅滞の有無に拘らず、訴の提起——權利拘束發生——の時より利息を附する旨の規定なきを以て、(註一) 期限の定めなき債務に就ては、訴の提起、即ち訴狀を裁判所に提出したる時に於ては、未だ債務者遅滞に陥らざるものにして、被告に對する訴狀の送達に因り、其訴狀に包含せらるゝ履行請求の效力として、初めて債務者遅滞となり、損害金支拂の義務發生するものと解しなければならぬ。判例も、亦、此見解を執る。(註二)

(註一) 獨民法二九一條、 金錢債務ハ債務者が遅滞ニ在ラザルトキト雖モ權利拘束ノ發生シタル時ヨリ利息ヲ附ス。債務が後ニ至リテ始メテ辨濟期ニ達シタルトキハ、其時ヨリ利息ヲ附ス。(下略)

(註二) 大正二年六月一九日大民一判決(民錄一九輯四六三頁以下)

履行ノ請求ハ債務ノ履行ヲ促ス意思ノ發表ナレバ給付ノ訴ニ依ル履行ノ請求ト雖モ訴ノ提起カ履行請求ノ效力ヲ生ズルモノニ非スシテ訴狀ニ包含スル債務ノ履行ヲ促ス意思ノ發表ガ訴狀ノ送達ニ依リ其效力ヲ生ズルモノトス。

此くの如く、我民法の下に於ては、訴の提起は、債務者遅滞——損害金支拂義務の發生——とは直接の關連なきも、通常な

る場合には、遅くとも訴状の送達に因りて債務者を遅滞に在らしめ、損害金支拂義務が爰に發生する。併しながら稀れではあるが、訴状の送達に依り、尙、債務者遅滞の生ぜざる場合なきに非ざるも、我民法には、前掲獨民法二九一條の如き規定なきを以て、かゝる場合にも、尙、訴状の送達に依り債務者遅滞を生ずるものと做すに非ざれば、畢に被告に對し損害金の支拂を命じ得ざることとなる。此意味に於て、判例は、手形債務に付き、訴状の送達は、手形の呈示なしと雖も、尙、債務者附遅滞の效力を生ずと強辯して居る。(註一) 序でながら將來の給付の訴に於ては、履行期の到來に依り、初めて債務者遅滞を生ずること論を俟たぬ。

(註一) 昭和二年十二月十日大民四判決(集六卷六八一頁以下)。今夫レ訴状ノ送達ハ、一般ニ付遅滞ノ效力ヲ生スルモノニシテ而モ這ハ手形ノ場合ニ於テ獨リ爾ラサルノ道理アルヘカラサルカ故ニ訴状ノ送達ハ獨リ手形債務者ヲシテ遅滞ニ在ラシムルコト手形ノ呈示ト毫モ擇フトコロ無キハマメ絮説ヲ須ヒス。

### III.

次には、特定物の引渡義務に關し、裁判上の権利主張が、債務者に對し、如何なる程度の責任増加を來すかの問題に移る。我民法は、此場合に付き、惡意占有の効果として特別なる規定を設けると同時に(民190.191. 192II但書)、善意の占有者と雖も、「本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ、其起訴ノ時ヨリ惡意ノ占有者ト看做ス」ものと定め(民189II)、金錢債務の場合と異なり、訴提起の時

(即ち訴狀を裁判に提出したる時、訴223)より、其責任の増加する旨を明確ならしめて居る。

即ち事件としては、種々なる場合があり得るのであるが、凡て所有權其他本權に基く特定物の引渡請求は、訴提起の時より、被告が善意の占有者なる場合にも、尙、本案に於ける敗訴を條件として、次の三點に於て其責任を増加せしむる。素より其惡意の占有者なる場合には、占有の初めに遡つて加重したる責任を負ひ、敢て訴の提起を待たざること茲に云ふ迄もない。

**第一。**被告(占有者)の責に歸すべき事由に依りて、訴の提起ありたる後に其物が滅失又は毀損したるときは、原告に對し、其損害の全部を賠償すべき義務を負ふ(民191)。

**第二。**被告は、原告に對し訴の提起以後收受したる果實を返還し、且つ其既に消費し、過失に因りて毀損し、又は收取を怠りたる果實の代價を償還しなければならぬ(民190)。

**第三。**原告より被告に對し、其支出したる有益費又は増價額を償還すべき場合、惡意の占有なるときは、裁判所は、原告の請求に因り、之れに相當の期限を許與し得る(民196 II 但書)。此場合は、寧ろ被告の責任増加に非ずして、原告の責任輕減である。

以上の外、被告は、尙、債務の不履行、不法行爲若くは不當利得として、夫々、損害の賠償若くは利得の償還を爲す義務を負擔することがあり得る。

## IV.

以上述ぶる場合の外、民法は、裁判上の権利主張に因る責任増加に付き、特に其規定を設けて居らぬ。因つて種類債務即ち不特定物の給付請求、竝に特定物と雖も債權的請求の場合には、凡べて、債務不履行の一般規定に依る(民415)。されば期限の定めなき債務なるときは、訴状の送達に依り、初めて債務者付遅滞の效力を生じ、其責任の増加せらるゝこと、金銭債務の場合に於けると同じい。

## 第三節 権利強化の效力

裁判上の権利主張に因り、元來、一身専屬の請求權に讓渡性(従つて相續性)の付與せらるゝ場合がある。之れを権利強化の效力 *rechtsstärkende Wirkungen* と云ふ。但し我民法は、裁判上の権利主張として、特に此效力を付與することなきが故に、此場合も亦、民法の一般規定に違ふのである。(註一)

(註一) 反之、獨民法は、一身専屬の請求權、即ち身體、自由、並に貞操の侵害に因る非財産的損害の賠償請求權に付き、權利拘束の發生に依り、讓渡又は相續の可能となる旨を規定して居る(獨民847. 1300. II)。

民法の規定に依れば、債權は、本則として讓渡性があり(民466. I)、従つて相續性を具有し、又、之れに對する債權者の差

押が可能である(訴594以下)。即ち此範圍に於ては、債權の讓渡性(従つて相續性)は、裁判上の權利主張を待つまでもなく、債權本來の性質として之れを具有する。然るに不法行爲に因る損害賠償請求權、(註一)殊に身體、自由、名譽等の侵害に因る非財産的損害、即ち其精神的苦痛に對する金銭的賠償(慰藉料)の請求權は、其性質上、讓渡性(従つて相續性)を有しないとせられる。(註二)併しながら此場合と雖も、夫れが既に財産權上の請求として具體化せられたるときは、財産權の一種として讓渡性(従つて相續性)を認めて然るべきである。此意味に於て、判例は被害者の相手方に對する請求の意思表示に因り、一身專屬の損害賠償(慰藉料)請求權に移轉性(従つて相續性)が発生するものと做して居る。(註三)去れば訴を提起して慰藉料の請求を爲したる場合には、(註四)訴提起の時より讓渡性(従つて相續性)が発生し、従つて之れに對する債權者の差押が可能となるのである。

(註一) 不法行爲に依る損害賠償請求權と雖も、財産上の損害に對する賠償請求なるときは、夫れが財産に對する侵害なると、生命、身體、自由、名譽に對する損害なるとを問はず讓渡性(従つて相續性)ありと看るべきである。些か問題なるは、生命權の侵害——即ち死——の場合であつて、即ち死者に、尙、生命權の侵害に因る損害賠償請求權の發生するものと看ること、果して可能なりや議論の餘地あるも、此處には詳説を省く。此問題に就ては、穗積博士に依り、判例を中心として詳細なる研究がある。同博士「相續は權利の承繼か地位の承繼か」(法協四八卷一號三頁以下)参照。

(註二) 精神的苦痛に對する金銭的賠償(慰藉料)の請求權が、本則として讓渡

性なしとせらるゝ所以のものは、精神的苦痛の如き素より相續の範圍に屬せざるを以て、之れに對する賠償請求權も、亦其人一身に專屬すと云ふに在る。Vgl. Motive zum Entwurfe eines BGB, Bd. II, S. 448. 我民法には、獨民法に於けるが如く（獨民847. 1300. II）、此點に關する明文なきも、判例は、本則として其讓渡性（從つて相續性）を否認する。大正二年一〇月二〇日大民二判決（民錄一九輯九一一頁）參照。

(註三) 明治四三年一〇月三日大民二判決（民錄一六輯六二一頁）、大正二年一〇月二〇日大民二判決（民錄一九輯九一一頁）。大正八年六月五日大民二判決（民錄二五輯九六二頁）。昭和二年五月三〇日大民一判決（法律新聞二七〇二號五頁）。以上、判例の内容を検するに、最初は請求の意思表示と云ひて、相手方に到達を必要とするもの如き口吻なりしも、大正八年の判例に就て、必ずしも相手方に到達を必要とせずと云ひ、更に昭和二年の判例に至つては、被害者が「残念、残念ト叫ビツ、死亡セル事實」を以て「慰藉料ヲ請求スル意思ヲ表示シタルモノト解シ得ラレザルニ非ズ」と強辯して居る。斯くも廣く慰藉料請求權に讓渡性を認めむとするものならば、寧ろ、當然、讓渡性（從つて相續性）ありとするを優れりとも考へられる。此趣旨の下級裁判所の判決があり、我妻教授は、これを支持せられる。大正十五年一〇月二六日東控民判決（法律新聞二六三四號六頁）、我妻教授「慰藉料請求權の相續性」（法志二九卷——號三九頁）參照。

但し、獨民法は、既に述ふるが如く此等精神的苦痛に對する慰藉料請求權は、原則として讓渡又は相續し得ざるものと做し、契約に依りて之を承認し、又は權利拘束の發生したるときは、それに因り讓渡性並に相續性が發生するものと做して居る（獨民847. 1300）。

(註四) 訴の提起前、既に慰藉料請求を爲したる事實あれば、其時に於て既に讓渡性（從つて相續性）の發生すること論を俟たぬ。

## 第五章 訴訟の終了が訴提起の私 法上の効果に及ぼす影響

### I.

最後に、訴訟の終了が、既に訴の提起に依りて訴訟の目的に付き発生したる私法上の効果に對し、如何なる影響を及ぼすかの問題に移る。大別するに、訴訟に於ける私法上の効果は、單に訴訟に於て或る意思表示(訴訟行爲、私法行爲を共に)の爲されたる事實に基き発生する場合と、其意思表示が一定の効果を目的とするが爲めに発生する場合とに分ち得る。而して前者の場合には、訴訟の運命如何に關せず、當該私法上の効果は存續するのであるが、後者の場合には、訴訟の結果如何に左右せられる。其詳細は、以下、各種の訴訟終了原因に就て述ぶる。

### II.

本案判決に依りて訴訟の終了したる場合に就て考ふるに、原告が本案判決に敗訴したるとき、即ち其請求棄却の判決が確定したるときは、既判力に依り、原告は、其否認せられたる權利を

再び主張する法律上の可能性を奪はるゝものなれば、原告の主張する権利の存在を前提とし、訴の提起に依りて發生したる私法上の効果は、凡べて遡及して消滅する。(註一) 例之、時效の中斷、債務者の責任増加等の如し。(註二) 併しながら、訴訟に於て爲されたる私法行爲(註三)の效果は、當該行爲が權利者より義務者に對し爲されたる限り、假令、請求棄却の場合にも、尙、存續する。例之、催告の效力、除斥期間遵守の效力、若くは又、裁判上の請求に依りて發生したる讓渡性(從つて相續性)等の如し。(註四)

(註一、二) 要之、訴訟法は、一定の形式を踐みたる權利の主張に對し(例之起訴要件を具備したる訴狀の提出の如し)、直ちに訴訟法上の効果を付與するに反し、實體法が一定の効果を付與するは、權利の存在を前提とするが故に、訴の提起に依りて發生せしめられたる私法上の効果が、判決に依り當該權利の存在を否認せらるることにより、再び消滅に歸する場合があります。Hirschの言を借りて云へば、訴訟に於ける主張が、實體的權利關係と一致せざる場合は、即ち「訴訟法上適法にして、實體法上不適法なる權利の行使」に外ならないのである。Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung S. 78. ff.

併しながら此等效力は、訴訟の目的たる權利の存在を前提と爲すものなれば、其權利が判決に依り決定的に否認せられたる場合には、寧ろ此等の效力は、初めより發生せざりしものと觀察することが、訴訟の動的觀察として妥當なりとも考へられる。

序ながら判例は、民法一四九條に所謂訴の却下は、請求棄却の本案判決をも包含すと稱する。明治四二年四月三日大民二判決(民錄一五輯四三九頁)。併しながら同條(獨民二一二條)成立の沿革より見て、請求棄却の本案判決を之れに包含せざること明白にして、而かも本文に述ぶるが如く、請求棄却の場合には當然、時效中斷效を生ぜざるものなれば、かゝる窮餘の説明を爲す

必要は全く存しないのである。

(註三) 訴訟に於ける私法的意思表示並に権利主張が、如何なる形態に於て爲さるゝかに就ては、本稿前段三一頁以下参照。

(註四) 此關係は、訴の却下若くは取下の場合に於けると同様であつて、詳しくは、實際に併せ述ぶる。

次に原告が本案判決に於て勝訴したる場合、即ち請求理由ありとする判決の確定したる場合には、訴訟の目的たる権利の存在を前提としたる私法上の効果は、其發生が凡べて訴提起の初めに遡つて確定せられ、爾後、有効に之れを争ひ得ない。而して此等私法上の効果のうち、所謂権利擴張の效力、即ち法定若くは約定利率に依る損害金の支拂義務、並に債務者の加重せられたる責任は、訴訟の終了後にも存續し、其消滅は、一般の實體法規定に遵ふ。反之、時効中斷の效力は、訴訟の終了と共に終了し、更に改めて時効期間の進行を開始する(民157II)。(註一) 而して我民法には、獨民法二一八條の如き規定存せざるを以て、元來の時効期間が再び進行を開始するのである。(註二) 除斥期間に就ては、異説あるも、我民法の解釋としては、期間内に一度権利を行使するならば、夫れが請求權なるときは、更に消滅時効期間内存續するものと解すべきが故に、(註三) 訴訟の終了と同時に、此消滅時効期間が改めて進行を開始するのである。其他訴訟に於て爲されたる私法行爲、例之、催告、選擇權行使(民407)等の效力が、其儘、存續すること言を俟たぬ。

(註一) 民一五七條二項には、裁判の確定したる時より更に時効の進行を始む

る旨を規定するも、裁判上の和解、請求の抛棄、認諾等に依りて訴訟の終了したる場合も、亦、此規定に準すべきである。

尙、訴の提起以外の裁判上の請求に依りて中斷せられたる時効に就ては、唯「其中斷ノ事由ノ終了シタル時ヨリ更ニ其進行ヲ始ム」(民157. I)と規定するのみにて、具體的の確定は、判例に委して居る。此點に關する判例の二三を擧ぐれば、次の如くである。

1. 大正六年一月一六日大民一判決 (民錄二三輯一頁)

差押ニ因ル時効ノ中斷ハ、差押ヲ以テ爲シタル強制執行ノ終了スル迄繼續シ、其終了シタル時ヲ以テ民法第一五七條ニ所謂中斷ノ事由ノ終了シタル時ナリトス。

2. 大正十年六月四日大民三判決 (民錄二七輯一〇六三頁)

債權者カ債權ノ辨濟ヲ受クルカ爲メ之ヲ擔保スル抵當權ノ實行ヲ爲シタル場合ニ於ケル其ノ債權ノ消滅時効ハ債權者カ競落代金ヲ受取りタル以後ニ於テ更ニ其進行ヲ開始スルモノトス。

3. 昭和二年一月一四日大民四判決 (集六卷六九七頁)

爲替訴訟ニ於ケル留保判決確定スルモ通常訴訟ノ繫屬スル限り時効中斷ノ效力ハ存續スルモノトス。

(註二) 去れば當該權利ハ民一六九條以下、若くは商二八五條等の如き、短期時効に罹るものなるときは、判決の確定後同じく此短期時効期間の経過に依りて權利の消滅を來し、不都合である。然るに、獨民法は、確定判決に於て確定せられたる請求權に對しては、凡べて消滅時効期間を三十年に延長して居る (同218)。參考とするに足る。

(註三) 本稿前段一〇一頁參照。

### III.

些か問題の存するは、訴却下の訴訟判決並に訴の取下ありたる場合である。

1. 訴却下の訴訟判決、若くは又、訴の取下ありたる場合と

雖も、訴提起行為に包含せられたる、若くは攻撃、防禦の方法として主張せられたる私法行為の效力には影響なく、其効果が依然として残存すること、既に述ぶるが如くである。(註一) 例之、訴の提起に依る履行の請求、或は攻撃、防禦の方法として爲したる相殺の意思表示、選擇權の行使等の如し。蓋し此等行為は、訴訟の結果如何には直接の關係なく、實體法上の法律行為を訴訟に於て爲したるに過ぎざるが故である。

(註一) 本稿三二頁参照。

2. 以上、訴訟に於て爲されたる私法行為は、之れを別として、訴の提起に依りて發生する私法上の効果は、若し夫れが、終局判決に於て原告の請求の是認せらるゝことを前提として附與せられたるものなる場合には、訴の却下若くは取下に依り、訴提起の初めに遡及して消滅する。その第一に擧げらるゝものを時効中斷の效力とする。即ち訴の提起に依りて發生したる時効中斷は、訴の却下若くは取下の場合に於ては、遡及して其效力を失ひ、嘗て時効の中斷なかりしことゝなる(民149)。而して此場合、既に發生せる時効中斷效を決定的に消滅せしむることは、結果に於て妥當を缺く場合なきに非ざるを以て、獨民法二一二條二項の如き規定を缺く我民法の解釋としては、却下若くは取下られたる訴に、裁判外の請求(催告)の效力を認め、民一五三條を準用して、時効中斷效の追完を可能ならしむべきこと、既に提言したるが如くである。(註一) 尙、訴の提起以外の

裁判上の権利主張、即ち支拂命令の申立、破産手續参加、差押、假差押、及び假處分に依る時効中斷に就ても、亦、同様なる關係に於て、時効中斷效の遡及消滅すべき旨の規定がある(民150, 152. 154)。

(註一) 此點の詳細に就ては、本稿七七頁以下参照。

次に訴の提起に因る権利擴張の效力、(註一) 即ち金銭債務に就ては、債務者の法定若くは約定利率に依る損害金の支拂義務、其他の義務に就ては、債務者の加重せる責任は、同じく訴の却下若くは取下に因り、消滅に歸する。(註二) 蓋し此等の效力も亦、訴訟に於て原告の請求の是認せらるべきことを前提として、訴の提起行為に附與せられたるものなるが故である。

(註一) 本稿一〇三頁以下参照。

(註二) Vgl, Hellwig, Lehrb. III. S. 305.; Kusri, a a.O. S. 85.

但し我民法には、金銭債務に付き、獨民法二九一條即ち「金銭債務は債務者が遲滞に在らざるときと雖も、権利拘束の生じたる時より利息を附す(下略)」と云ふ規定がなく、結局訴の提起行為に包含せらるゝ履行請求に因り債務者は遲滞となり、損害金支拂の義務發生するものと解する外なきこと、前段に述ぶるが如くである(一〇四頁参照)。然らば我民法の解釋としては、判例の云ふが如く、訴の却下若くは取下の場合にも、債務者付遲滞の效力は依然として殘存し、従つて損害金の支拂若くは損害賠償の義務は消滅せざるものと解するが妥當とも考へられる。大正二年六月一九日大民一判決(民錄一九輯四六三頁以下)参照。

反之、單に訴の提起に依りて、私法上の権利が主張せられたるの故を以て(裁判上の権利主張)、訴の提起行為に對し附與せ

られたる私法上の効果は、假令、訴の却下若くは取下に依りて訴訟の終了したる場合と雖も、之れに影響せらるゝことなく、其効果は、依然として残存するものと云はなければならぬ。(註一) 先づ第一に之れに屬するものとしては、訴提起の効果として附與せらるゝ讓渡性(従つて相續性)是れである。即ち訴の提起に依り訴訟の目的たる一身專屬の權利に讓渡性(従つて相續性)が附與せられたる場合、訴の却下若くは取下は、之れに影響を及ぼさぬ。(註二)

(註一) 訴の取下は、其取下ありたる部分に付ては、初めより訴訟の繫屬なかりしものと看做さるゝのであるが(註237. I)、是れは訴訟技術の必要に基く訴訟法上の擬制に留まるものと解しなければならぬ。Vgl. Helliwig, Lehrb. III. S. 303. 従つて單に起訴行爲若しくは又攻撃防禦の方法中に包含せらるる私法行爲の効果は勿論の事、單に裁判上の權利主張の故を以て訴の提起行爲に附與せらるゝ私法上の効果は、共に實體法上の事項なるを以て、本文に云ふが如く訴の取下には影響せられざるものと解せられる。

(註二) 反對説、Helliwig, Lehrb. III. S. 305. 獨民法に依れば、此讓渡性並に相續性は、權利拘束の効果として發生するものなるを以て、訴の却下若くは取下は、此効果をも消滅せしむるものと解し得られる。併しながら我民法の下に於ける解釋としては、單に請求の意思表示に依りて一身專屬の權利に讓渡性(従つて相續性)の附與せらるゝものと做すを以て(本稿一〇八頁以下参照)、一度、訴の提起に依り請求を爲したる以上、其訴の却下せらるゝと取下らるゝとに因り影響なきこと明白である。

次には除斥期間であるが、我民法の下には、除斥期間に、出訴期間と然らざる期間とのあること既述の如く、(註一)而して出訴期間は、即ち訴權行使期間にして、此期間内に訴の提起を必

要と爲すものなるを以て、此期間を経過したる後に訴の却下若くは取下のありたる場合には、再び訴を提起するに由なきを以て問題の餘地がない。(註二) 然るに出訴期間に非ざる除斥期間は、権利行使期間にして、我民法の解釋としては、一度、此期間内に権利を行使するならば、其権利は、爾後、消滅時効期間内存続するものなるを以て、(註三) 除斥期間内に訴を提起したる場合には、其訴が却下せられ若くは取下らるゝも、當該権利の存続に影響なきこと勿論である。(註四)

(註一) 本稿九九頁以下参照。

(註二) 獨民法には、訴の却下若くは取下の場合、新訴の提起に依る時効中斷效の追完の規定あること、上來屢々述ぶるが如し(獨民212. II)、而して此規定を除斥期間の遵守に準用すべしとの説もある。Hellwig Lehrb. III. S. 304.

(註三) 本稿一〇一頁以下参照。

(註四) 獨民法の解釋としては、除斥期間遵守の效力は、訴の却下若くは取下に因り消滅すと做す説あるも、我民法の解釋としては採用し難い。Hellwig, Lehrb. III. S. 304.; Kronenberger, Prozessurteil. S. 81,

#### IV.

裁判上の和解を調書に記載するときは、確定判決と同一の效力を有するのであるが(訴203)、訴訟が、此裁判上の和解に依りて終了したる場合、訴提起に因る私法上の効果は、如何に成行くか。此問題の解釋は、結局、裁判上の和解の意義と其性質とに付き、如何なる見解を執るかに歸着するのであるが、要之、裁判上の和解を以て、當事者が訴訟の目的に付き、訴訟手

續に於て爲す私法上の和解(民695)を以て其内容と爲すものと解し、(註一)且つ私法上の和解と之れに對應する訴訟行爲とが併存するものと看るならば、(註二)即ち次の如きであらう。

(註一) Stein-Jonas, Komm. II. zu § 794. Note 6. (S. 628.)。

(註二) 本稿三三頁以下参照。

但し以上の意義に於ける裁判上の和解は、主として訴訟の目的たる權利若くは法律關係を其對象と爲すのであるが、尙訴提起の私法上の効果に就ても、直接、間接にその影響を及ぼし得るのである。

**第一。** 訴訟に於て爲されたる私法行爲の効果は、和解に依りて訴訟の終了する場合と雖も、本則として殘存する。(註一)例之、訴提起に依る履行請求、選擇權行使の効果等の如し。

(註一) 但し此等の効果に付き、更に改めて和解を爲すことは自由なるも、其事項が、和解を爲すに適するか否かの問題が、更に殘存する。

**第二。** 單に裁判上の權利主張に對し付與せられたる私法上の効果も、亦、同様である。例之、讓渡性(従つて相續性)の發生したる効果、若くは除斥期間遵守の効果等の如し。

**第三。** 訴の提起に因る私法上の効果中、原告の請求が終局判決に於て是認せらるゝことを條件として付與せられたるものは和解の範圍に屬する。而してその内、時效中斷の効力は、訴訟の目的に付き如何なる和解を爲したるかに依りて決定せらるるも、(註一)債務者の損害金支拂義務、其他加重せられたる責

任に就ては、直接、間接を問はず、和解の條項が之れに觸れざる限りは、消滅したるものと做さなければならぬ。(註二)

(註一) 訴の提起に因り、訴訟の目的たる權利に付き發生したる時效の中斷は、和解に依り認められたる權利の部分に就ては、其儘に存續し、和解の成立と共に、更に改めて全期間の進行を開始するのであるが、反之、和解に於て認められざりし部分に就ては、時效中斷效の遡及して消滅すること、尙、請求棄却の判決ありたる場合と同じ。

(註二) Vgl. Hellwig Lehrb. III. S. 306.

次に請求の認諾若くは拋棄も、亦、之れを調書に記載するときは、確定判決と同一の效力を有するのであるが(訴203)、此請求の認諾若くは拋棄は、畢竟するに、原告の全部勝訴若くは全部敗訴の判決ありたると同一に歸するものなるを以て、その訴提起の私法上の効果に及ぼす影響は、之れに準じて考ふることが出来る。

最後に、當事者双方、口頭辯論期日若くは準備手續の期日に出頭せず、又は辯論若くは申述を爲さずして退廷したる場合、裁判所が新期日を指定せず、又、當事者が三月内に期日指定の申立を爲さざるときは、訴訟法は、訴の取下ありたるものと看做して、當該訴訟手續を終了せしむる(訴238. 256)。因りて此場合には、訴の提起に因り訴訟の目的に付き發生したる私法上の効果は、訴の取下ありたる場合に準じて、存續若くは消滅する。

附記 本稿は、私法、訴訟法に跨り論及すべき問題多々ある爲め、割當の豫定頁數を遙かに超過するの勢となつ

たので、已むを得ず第四章第二節以下は、著しく處論を省略し、梗概に止めた。因つて前半とは些か均衡を失した嫌ひがあり、甚だ遺憾であるが、此部分に就ては、他日、稿を改めて、細目に亘る討究を試みたい考である。