

「民事執行上の催告」による暫定的中断効と消滅時効 中断効論

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2010-03-09 キーワード: 作成者: 伊藤, 進 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/7849

「民事執行上の催告」による暫定的中断効と消滅時効中断効論

伊藤 進

目次

序論

一 民事執行手続と中断効議論の争点

- (1) 現在までの判例理論
- (2) 学説の状況
- (3) 小括

二 消滅時効に対する基本的考え方との関係

- (1) 時効制度の存在理由
- (2) 消滅時効制度及び中断に関する考え方
- (3) 消滅時効制度と民事執行制度

三 実体法上の中断事由との関係

- (1) 中断事由規定の性質
- (2) 包括権利行使と中断事由

四 中断効の法的根拠との関係

- 五 最高裁判平成元年判決の三要素との関係
- 六 「裁判上の催告」との関係

七 暫定的中断効との関係

八 「民事執行上の催告」による暫定的中断効

- (1) 「民事執行上の催告」の適用範囲
- (2) 「民事執行上の催告」中断効の内容
- (3) 「民事執行上の催告」中断効の範囲
- (4) 「民事執行上の催告」中断効の発生時期
- (5) 「民事執行上の催告」中断効と確定的中断効の併存

おわりに

序論

抵当不動産について民事執行法上の手続に参加したことにより、被担保債権につき消滅時効の中断効が生ずるか否かについては、論議されているところである。近時の一連の最高裁判決は、物上保証人に対する競売開始決定正本が連帯保証人に送達されても、時効中断事由としての催告にもあたらないから主債務につき時効中断効は生じないとす⁽¹⁾る判例、不動産強制競売における抵当権者の債権の届出は時効中断事由に該当しないとす⁽²⁾る判例、抵当権者が届出に係わる債権の一部に対する配当を受けても残部についての中断事由に該当しないとす⁽³⁾る判例など、確定的中断効については消極に解している。ただ、暫定的中断効を認めるかどうかについては未確定であり、下級審判例では見解が分かれて⁽⁴⁾いる。

ところで、旧競売法の下では、抵当権実行のためにする競売開始決定は差押えと同様に時効中断の原因となる⁽⁵⁾。抵当権実行のためにする競売手続は裁判上の請求であるとともに、他の抵当権者が競売手続において売得金に対し抵当

債権の行使として交付の請求をするのも広き意味における裁判上の請求たる性質を有し、民法一五二条に規定する破産手続参加に類似する時効中断の効力が生ずる⁽⁶⁾。物上保証人に対する抵当権の実行により、競売裁判所が競売開始決定をし、これを債務者に告知した場合には、被担保債権についての消滅時効は中断する⁽⁷⁾など積極に解する傾向にあったことと比較すると、やや奇異に感じられる。その原因は何処にあるのか、とくに消滅時効中断効論に変更が加えられたのかどうか注目される。

そこで、抵当不動産に対する競売申立被担保債権と確定的中断効の関係、競売申立債権以外の被担保債権と中断効の関係⁽⁹⁾につき検討を加え、前者については積極に解すべきであり、それとともに暫定的中断効も認めるべきであるかについては、今後の検討に留保し、後者に関して、確定的中断効を認めることについては最高裁判例同様に消極に解するのが妥当であるが、暫定的中断効については「民事執行上の請求」あるいは「民事執行手続上の請求」⁽¹⁰⁾を中断事由とする暫定的中断効は認めるべきであると提言した。その要点は、浅生判事の指摘された民事執行手続の特質とされる包括権利行使システムに注目したものである。すなわち、浅生判事は、①不動産競売手続では包括執行が行われていること、②登記のある抵当権者はそれだけで執行手続で権利者として取り扱われていること、③競売開始決定の通知は、申立債権者だけではなくすべての債権者との関係で、被担保債権の不存在を主張する場合に備えて証拠があれば保全しておく必要のあることを通知するもので、証拠保全の警告機能があること、④配当要求が債務者に通知されるのは債務者の防御の機会を保障するもので、不存在の証拠があれば保全するように警告するものであること、⑤債権届出を債務者に通知することになっていないのは、競売開始決定の段階で包括執行に加わることがすでにわかっており、証拠保全が警告済みであるからであることなどを根拠に、個別権利行使システム上の中断効論と接合させて、「裁判上の催告」としての暫定的中断効を承認されるわけである⁽¹¹⁾。私見では、このような包括権利行使システムに注目

(11) 浅生重機「不動産競売手続における配当金の請求・受領と時効中断効」金法一三九八号六五頁。なお、浅生見解については、同「不動産競売における申立債権以外の債権の時効中断（上・下）」手研四七二号一六以下、四七三三〇以下も参照。

一 民事執行手続と中断効議論の争点

(1) 現在までの判例理論

民事執行手続によって消滅時効の中断効が生ずるか否についての現在までの判例理論を要約すると以下のようである⁽¹²⁾。民事執行手続に基づく申立被担保債権については、民事執行法に基づく個別執行とみて、確定的中断効が認められるが、暫定的中断効を認めるか否かについては判例の見解は分かれている。民事執行手続に参加した申立債権以外の被担保債権については確定的中断効を否定するのが最高裁判理であるが、暫定的中断効については下級審判例の大半は否定的であるが、一部下級審判例に肯定するものがある。

(2) 学説の状況

学説⁽¹³⁾でも、申立被担保債権について確定的中断効を承認することについては、異論はない。問題は、申立被担保債権について暫定的中断効が生ずるか否か、申立債権以外の被担保債権について確定的中断効あるいは暫定的中断効が認められるか否につき議論されている。そこで、この議論を概観すると以下のようである。

(ア) 全面否定説

最高裁平成元年判決について解説されている富越調査官に代表される見解であり、多数説ともいえる。すなわち、民事執行手続上の債権届出は、債務者に対する催告を含まず、権利を行使する旨の主張ではなく、債権の存在の確定を予定していないことから、中断効の根拠についての権利行為説によっても権利確定説によっても「裁判上の請求」としての確定的中断効は認められないし、⁽¹⁴⁾ 被担保債権の債務者に向けられたものではないから「裁判上の催告」としての暫定的中断効も生じないと主張される。⁽¹⁵⁾ この見解は、これまでの個別権利行使を前提としての中断効理論を、単純に民事執行手続に当てはめてみて、その要件が充たされていないとして否定するものと推測される。

(イ) 修正肯定説

民事執行手続における債権届出について、配当要求と同じであるとして破産手続参加に準ずるものとみて中断効を認める見解⁽¹⁷⁾。このような者は時効進行の基礎である権利の上に眠る状態にあるとはいえないから「裁判上の催告」としての暫定的中断効を認める見解⁽¹⁸⁾。債権届出後に配当を受けた場合に中断効を認める見解⁽¹⁹⁾。債権届出後に債権者が債務者に通知することによって「裁判上の催告」としての中断効を認め見解⁽²⁰⁾などがみられる。これらの見解は、解釈上の工夫を凝らしあるいは条件を付加して、個別権利行使における中断効理論に接合させるように修正を加えるものである。

(ウ) 包括権利行使説

民事執行手続は連続する一体的行為であり、債務者に個別被担保債権の通知をしなくても競売開始決定に伴って通知が行われていることから「裁判上の催告」としての中断効を認めてよいとする見解⁽²¹⁾。民事執行法では消除主義（民

執法五九条一項)を採用し、申立債権以外の権利は全部消滅することになるが、それは自分で競売を申立てたのではないけれども、自ら実行しているのと同じ地位に立つとの考え方を基礎として(民執法五九条二項)、債権届出や計算書の提出や配当受領権というものが認められていることからすると、民事執行法四七条との関係で差押に準ずる中断効は認めることはできないけれども、「裁判上の催告」としての中断効を認めてよいとする見解⁽²²⁾、民事執行手続への参加は包括権利行使であるとして捉えて、この手続への参加によって個別の権利行使が行われていることから「裁判上の催告」としての中断効を認める見解⁽²³⁾などがある。これらの見解に共通していることは、民事執行手続を連続する一体的行為であるとか、参加者は自ら執行しているのと同様であるとか、包括権利行使であるとみて、個別権利行使とは異なる特質を持っていることに注目しながらも、中断理論については、これまでの個別権利行使を前提として形成されてきた理論に接合させていることである。

(3) 小括

以上のような判例や学説の概要からしていえることは、判例理論や全面否定説は、民事執行手続の特質につき全く考慮を払うことなく、これまでの個別権利行使を前提とする中断理論に当てはめようとし、修正肯定説も基本的には同様の見地に立ちながら肯定の余地を見出そうと努力しているわけである。しかし、民事執行法は、権利行使の仕方としては、これまでのようなシステムとは異なるシステムを導入したわけであるから、このことを無視して中断効を考えるのは妥当とはいえない。修正肯定説も、その努力の割には説得力を持つものでないのはこのためである。この点で、民事執行手続の包括権利行使という特質に注目する包括権利行使説は妥当ということになる。しかし、このよ

うな包括権利行使につき中断効を認めるのかどうかについては、何らの手当が行われなかった結果、実体法としての民法において欠缺していることから、この説においてもやはり個別権利行使を前提とする中断理論と結び付けざるを得なかった不幸が残ることになった。

ところで、民事執行手続は個別権利行使と異なる包括権利行使という特質を有することについては、承認されつつあるものと思われる。そこで、このことに素直に注目するとき、個別権利行使も包括権利行使も権利行使としては異なるものではないのであるから、前者に中断効を認めて、後者に中断効を否定することは理由はないはずである。そうだとすると、民法上の欠缺を補う意味においても、このような包括権利行使によつての中断効の発生を解釈により形成する必要があるものと思われるのである。

注

- (12) 判例の詳細については、拙稿・前掲(注4)参照。
- (13) 学説の詳細については、拙稿・前掲(注8)、前掲(注9)参照。
- (14) 富越和厚「判例解説」最高裁判所判例解説民事編平成元年度三三二頁。
- (15) 富越・前掲(注14)三三三頁。
- (16) 同旨、上野隆司「不動産競売手続における時効中断」債権回収の法務と問題点(鈴木正和先生古稀記念)(一九九七年・経済法令研究会)三三九頁、浦野雄幸「最近執行・倒産事情(中)」NBL四六二号四九頁、沼田寛「判例解説」民事研修四一三号三九頁、同「判例解説」判夕七六二号(平成二年度主要民事判例解説)二四頁など。
- (17) 秦光昭「判例研究」金法一二四六号四頁、吉岡伸一「判例研究」手研三五卷六号二六頁、三五卷一〇号一二頁、高梨克彦「債権届出と時効中断」ひろば四〇巻七号五三頁など。
- (18) 松久三四彦「判例批評」民商一〇三巻一号一〇五頁、一〇八頁、一一〇頁。
- (19) 酒井廣幸・時効の管理(一九八八年・新日本法規)一一三頁以下。
- (20) 塩崎勤「不動産競売手続において抵当権者がする債権の届出と時効中断」金法一二五九号二五頁。

(21) 伊藤真「民事執行手続と消滅時効—執行法上の観点から—」第一五回金融法学会シンポジウム報告。

(22) 竹下守夫・第一五回金融法学会シンポジウムでの発言。

(23) 浅生・前掲(注11)参照。

二 消滅時効に対する基本的考え方との関係

(1) 時効制度の存在理由

時効制度の存在理由については、①永続した事実状態を尊重することが、法律関係の安定のために必要であること、②権利の上に眠る権利者を保護しないこと、③あまり古い過去の事実について立証することが困難であることから債務者を保護するためであること、あるいは長期間継続した事実が、法律上正当な根拠にもとづくものである蓋然性が多いことなどが挙げられている⁽²⁴⁾。また、消滅時効については、弁済の証拠の保存期間を定めるものであつて③のみが説得力をもつていとみる見解もある⁽²⁵⁾。

しかし、このような存在理由は、今日においても維持できるものなのかどうか。特に消滅時効との関係において再考する余地がないのかどうか疑問である。取得時効については他人の物を占有するという状態が永続することから、外形的にその物に対する権利存在という法律関係が形成され、これを覆すことは法律関係の安定を崩すことにもなりかねないし、立証することも困難な場合が多いであろう。しかし、消滅時効においては、まず権利不行使状態の永続を前提とすることになるが、このことによつて権利不存在という法律関係を形成するものなのかどうか、また今日のよ

うに記録保存技術が進歩した時代にあつて立証の困難さを理由とすることでよいのかどうかなどの疑問が生ずる。さらには権利不行使が直ちに権利の上に眠ることになるのかどうかも疑問である。これらの疑問については、抜本的に検討する必要があると思われるが、今日では、消滅時効についてみれば、このような疑問の生ずることについて、それなりに納得させられる点があるのではないかと思われる。⁽²⁶⁾ このことを前提として、消滅時効の位置づけを考えると、その存在は消極に解すべきであり、価値判断としては消滅時効回避の方向に向うべきではないかと思われる。

(2) 消滅時効制度及び中断に関する考え方

消滅時効制度に対する基本的な考え方としては、正当な権利者から権利を奪い、不誠実な債務者に利益をもたらす道徳上好ましくない制度ないし正義に反する制度であるとして消極的に捉える考え方⁽²⁷⁾と、権利者から正当な権利を喪失させるといふ点にあるのではなく債務者が弁済の証拠の代わりに時効の保護を受けて二重払いの危険から保護されるための制度であるとして積極的に捉える考え方がある⁽²⁸⁾。そこで、椿教授は、時効観としては、本来「あるべき状態」を、一定の期間が経過すれば「社会的安定」「証拠上の困難」「権利の上に眠る者は保護されない」といった理由から「現状する状態」に置き換えてしまふことを容認する立場と、いかに時が経過しようとも「あるべき状態」を尊重するのが正義とする立場とがある。そして、時効中断をゆるやかに認め拡張する見解は、完成を阻止する場面が拡大されるわけであるから、時効観においては後者の立場に繋がると指摘されている。⁽²⁹⁾

そこで、時効観としては、前述のように、今日では消滅時効の存在理由に疑問のあること、正当な権利者から権利を奪い債務者に利益をもたらす正当なる理由を見出すことができないことからすると、後者に依拠すべきではないか

と思われる。このことから、時効の完成を阻止する場面を拡大するために、中断事由をゆるやかに認める方向で検討するのが妥当といえる。

(3) 消滅時効制度と民事執行制度

以上のような立場から消滅時効についてみると、星野教授が指摘されるように、それは特殊の理由から早期に決着をつける必要があるか、そうすることが妥当な債権債務に関するものに限り、時効を容易に認めるべきであり、その必要のないものについては完成を阻止する場面を拡大すべきであるということになる。そして星野教授は、その必要のある場合として、弁済者に対し弁済の証拠を長期にわたり保管することを要求するのがむりである場合や、そもそも証拠を確保すること自体を要求することがむりである場合であり、債権者が企業で債務者が消費者の場合や日常的な取引の場合などであるとされている。⁽³⁰⁾このことを前提としてみると、民事執行手続上の債権は、日常的な消費者取引上の債権とは異なるものであり、その多くは金融取引上の債権であって、時効を容易に認めなければならぬような債権ではない。さらには、抵当権設定及び登記の行われている場合が多く、被担保債権の存在が推認され、債権の存在の証明は容易であり、債務者の弁済の証拠破棄の保護を考える必要はないことから中断による時効完成阻止を拡大したとしても原則的には不都合はないものと思われる。

注

(24) 川島武宜編・注釈民法(5)(一九六七年・一九七五年・有斐閣)一二頁以下(川島)参照。なお、消滅時効制度の根拠については、松久教授の詳細な研究がある(松久三四彦「消滅時効制度の根拠と中断の範囲」北大法学三一巻一号一三三八頁以下参照)。

- (25) 岡本亘「時効制度の意義および機能」手研四七五号六頁。
- (26) これらの疑問につき検討されたものとして、星野英一「時効に関する覚書—その存在理由を中心として—」民法論集第四卷一七三頁以下。
- (27) 星野英一・民法概論Ⅰ（一九八一年・良書普及会）二五一頁。
- (28) 舟橋諱一・民法総則（一九五四年・弘文堂）一六七頁。
- (29) 椿寿夫「時効中断の意義・効果」手研四七五号一二三頁。
- (30) 星野・前掲（注26）三〇五頁。

三 実体法上の中断事由との関係

(1) 中断事由規定の性質

民法は一四七条で中断事由としては、①請求、②差押、仮差押、仮処分、③承認の三種であると規定した上で、それらの具体的内容につき民法一四八条から一五七条で規定している。そこで、中断事由は、これらに規定された事由に制限されるのかどうか問題になる。もし、制限されるものであるとすると、「民事執行上の催告」という中断事由は、それだけで実体法上、承認されないことになる。このため、民事執行手続に中断効を認めるには、これらの規定のいずれかに該当するものとして解釈しなければならぬ。しかしもし、中断事由を例示しているだけであるにすぎないのであれば、これらの例示と類似する性質を有する他の事由についても中断事由として認められることになり、「民事執行上の催告」につき、この点について検討するだけでよいことになる。

このことに關しては、民法の中断事由は、立法論的見地からみれば必ずしも十分ではないことを理由に、例示的列挙と解するのが通説であるとされている。⁽³¹⁾ 判例も、破産宣告申立⁽³²⁾、仲裁手続の開始⁽³³⁾、強制執行手続における配当要求⁽³⁴⁾などについても中断効を認めている。さらには、学説、判例共に、後述のように、「裁判上の催告」という中断事由を創出することについても承認している。

このようなことからすると、新たな中断事由の創出それ自体も無下に否定されるものではないのが実体法上の理論状況といえる。

(2) 包括権利行使と中断事由

民事執行における競売申立あるいは債権届出などの執行手続への参加は、債権の取立を目的とするものであることはいうまでもない。この意味では、請求あるいは催告としての性質をもつものである。このことから、民法の中断事由としての、請求と共通する。ところで、この中断事由としての請求については、裁判外の請求（催告）と裁判上の請求、および裁判上の請求の一種としての支払命令（民法一五〇条）、和解のための呼び出し（民法一五一条）、任意出頭（民法一五一条）、破産手続参加（民法一五二条）があり、その他に裁判上の請求の外延拡張のために判例において認められるようになった裁判上の請求に準ずるものがあり、いずれも確定的中断効が生ずるとされている。⁽³⁵⁾

このうち、裁判上の請求とみられるのは、時効の対象となるべき権利について民事訴訟を提起した場合であると定義されているが、判例では、訴えの提起の場合以外に消極的確認訴訟で被告として自己の権利の存在を主張して勝訴した場合⁽³⁶⁾、請求異議訴訟で被告として債権の存在を主張して勝訴した場合⁽³⁷⁾なども含まれるとして若干広く解している。

また学説も、裁判上の請求ないしこれに準じるものについての明確な基準を打ち出すことは困難であるが最大公約数としてみると、権利の存在が判決という形式で確定される必要があるが、確定の強さは、当該の権利が訴訟物となり、これに即判力が生ずるといふほどの強度のものである必要はないと(38)か、権利者が権利の存在に公権的判断の獲得に向けて公権的手続により権利主張をし、当該の権利について公権的な確定ないしこれに準ずる判断がなされることとする見解がみられる。民事執行手続は執行裁判所に対して行われるものであることから公権的手続による権利主張としての要素を有するわけであるが、その手続は権利の存在の確定に向けられたものでないことから、裁判上の請求とみることができない。それだけではなく決定的な差異は、裁判上の請求により中断効の認められるのは、公権的手続において時効の対象となるべき権利が個別に行使されていること、当該権利の存在が個別に判断されることが当然の前提となつているのに対して、民事執行手続における権利主張は公権的手続によるものではあるが、民事執行手続への参加は個別に行われるとしても、権利行使は包括的に行われているという法的状態にある点にある。

なお、民事執行手続における債権届出は破産手続に準ずるものと解する見解(40)や、破産手続における債権届出は、破産債権者は裁判所の定めた期間内に債権届出をしなければ権利行使をなさないことから(破産法二二八条、一六条)、実質上裁判上の請求と同様の意味があるとして中断効を認める見解(41)があるが、民事執行手続上の債権届出にはそのような性質はみられないことから同様に解することは困難である。そして、破産債権者の債権届出も、このことによつて届出債権について個別の権利行使が行われているという法的状態にあるのに対して、民事執行手続上の債権届出は、そのことによつて包括的な権利行使という法的状態にある点でも異なる。

以上のように民事執行手続は、時効中断事由としての裁判上の請求や破産手続参加に近似する要素があるわけではあるが、しかし、これらとは決定的に異なるのは、これらは個別権利行使を前提とするものであり、民事執行手続で

は競売申立の場合には、個別権利行使としての要素がみられるものの、競売申立以外の手続においては、参加手続としては個別に行われるとしても、権利行使自体は包括的に行われることが予定されており、個別権利行使のレベルからみると何らの権利主張あるいは権利行使も存在していないことになり、類似性さえ見出しえないことになる。しかしこのことは、当然のことである。民法で規定するいずれの時効中断事由をみても、時効の対象になる個別の権利に注目するだけで、包括権利行使の場合を想定していない結果だからである。しかし、民事執行法によって、公権的手続による包括権利行使システムを導入した今日においては、そのことを前提とした時効中断事由を模索することは急務である。そうでなければ、民事執行手続への参加によって包括的な権利行使が進行し、権利を行使したものと思っていたのに、権利の上に眠るものであるとか、債務者の立証上の困難などを根拠として、時効によって権利を失うのは、社会観念的にみても不合理という状態が、法的に存続し続けることになる。消滅時効自体の存在理由が、今日においては、前述のようにそれほど確たるものではないことからすると、その不合理はますます増幅することになろう。

注

- (31) 川島編・前掲(注24)六六頁(川島||岡本)、富越・前掲(注14)三二七頁、沼田・前掲(注16)二四頁。
 (32) 大判明治三七・一二・九民録一〇輯一五七八頁、最判昭和三五・一二・二七民集一四卷一四号三二五三頁。
 (33) 大判大正一五・一〇・二七新聞二六八一七号七頁。
 (34) 大判大正八・一二・二民録二五輯二二四頁。
 (35) 平井一雄「時効中断事由となる請求の種類」手研四七五号一二九頁。
 (36) 大連判昭和一四・三・二二民集一八卷二三頁。
 (37) 大判昭和一七・一・二八民集二二卷三七頁。
 (38) 幾代通・民法総則(一九五九年・青林書院新社)五六二頁。
 (39) 平井・前掲(注35)一三一頁。

(40) 秦・前掲(注17)。
 (41) 平井・前掲(注35)一三三頁。

四 中断効の法的根拠との関係

時効中断効の法的根拠づけについては、権利行使説、権利確定説、多元説などに大別される。それを概観すると以下のようである。権利行使説を代表される我妻博士は、時効中断の本質は権利者が権利の存在を意識してもつとも広い意味でこれを主張することである。しかし権利者のこの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る。裁判外の催告は六ヶ月以内に裁判上の主張に移ることによって、権利の裁判上の主張が実質上当該権利の主張を包含すると見られる以上、時効中断の効力は一応生ずる。即判力に接することも、債務名義となることも、強制的権利実現の行為あることも必要ではない。そして、その裁判上の主張が、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(即判力・債務名義)またはその権利の強制的実現行為をなさしむるときは、一応生じた時効中断の効力は確定的なものとなる。訴訟行為の訴訟法上の形式が重要ではなく裁判上の主張の結果が重要であり、抵当権の履行及び民事訴訟法による配当要求も完全な中断力を認めるのはこのためであると主張される⁽⁴²⁾。これに対して権利確定説に立つ川島博士は、権利行使説によると承認を中断事由としていえることが説明できない。権利行使説では裁判外のものとは独立して時効中断の効力を有せず、裁判上の権利行使についてみても、訴の提起だけでは時効中断の効力はなく訴の提起を起点として、請求権の存在を認める判決に到達してはじめて時効中断の効力を生ずるものであるから、むしろ「権利存在の有力な証拠」がある時点に存在したという事実

により、権利消滅の法定証拠たる時効の基礎が失われるに至ったということ、あるいは「権利行使は、権利の存在が公けに確認される段階にまで到達しない限り中断事由とならない」と主張される⁽⁴³⁾。多元説に立つ四宮博士は、中断事由の本体は、権利が確定されることによつて真実を反映する蓋然性の基礎がくずれること、権利の主張があることによつて継続性自体が絶たれること、そして権利の確定ないし権利の主張のある場合には、権利者は権利の上に眠るものとはいえないことに存すると主張され⁽⁴⁴⁾、星野教授は権利者の権利行使が中断事由となるためには、原則として、なんらかの形で裁判所が関与する正式の手続がとられ、しかも公権的に権利が認められなければならないのに、義務者による権利の承認については何らの方式も必要としないことから、権利行使説、権利確定説のいずれの説によつてもすべての中断事由を十分に説明し得ていない。一元説の説明は無理であると主張される⁽⁴⁵⁾。なおこの他に、中断事由には権利行使の面と権利確定の両面が明確であることが必要であるとの主張などもみられる⁽⁴⁶⁾。

判例理論については、当初、大審院判決は権利の確定と権利の行使は不可分一体との立場に立っていたが、その後の大審院連合部判決⁽⁴⁷⁾は一体的に把握すべきでないとして「権利の確定」に関する要素の希薄化が生じた。最高裁判決では、最高裁昭和五〇年判決⁽⁴⁸⁾は権利行使説的な判示のほか、権利確定的な視点を放棄していないが、最高裁昭和五九年判決⁽⁴⁹⁾は権利行使説的な判示がみられると分析されている⁽⁵⁰⁾。

もっとも、このような各説について、個別問題の解決においては決定的な差異を導くことはないが説明上の相違にすぎない⁽⁵¹⁾などの評価も見られる。

ところで、民事執行手続への参加によつては、時効の対象とされる当該権利の存在を確定することは予定されていない。このため、権利確定説に立つときは、一見、中断効を認めることについては消極に解されよう。また、権利行使説によつても、この説の当然の前提としているのは、時効の対象となる当該権利の個別の行使であるとする、直

ちには積極に解することはできないであろう。このため、これまでの権利確定説や権利行使説、そしてこれらの見解に多元的に依拠する多元説のいずれによっても、民事執行手続への参加による時効中断効の発生を根拠づけることができないことになる。これまでの民事執行手続と中断効に関する論争が、一見、権利行使説と権利確定説の対立であるかのように見えたが、基本的には、いずれの説に立つても、従来のままでは積極に解する余地はない。⁽⁵²⁾

しかし、権利確定説と権利行使説の対立は、権利者側からの時効中断措置に限ってみれば、前者は確定的中断効の法的根拠づけに注目しているのに対して、後者は暫定的中断効を経ての確定的中断効の法的根拠づけに注目している点にみられる。このため、確定的中断効の法的根拠づけに注目するときは、両説は、近接するだけではなく実質的に異なるところがないのではないかと思われる。すなわち、権利行使説によっても、「権利の主張が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（即判力・債務名義）またはその権利の強制的実現行為をなさしむる」に至って確定的中断効が生ずるとするのであるから、権利確定説のいう「権利の存在が公けに確認される段階」との差異はほとんど存在しないと思われるからである。このため、民事執行手続への参加では、いずれの説によっても、このような確定的中断効の認められないのは当然ということになる。

ただ、権利行使説は、それ以前の段階における暫定的中断効を基礎づけている。権利確定説は、このことについては明確ではない。しかし、「権利の存在が公けに確認される段階」までは暫定的中断効も生じないとまで言い切るわけではないであろう。これでは、裁判外の催告に暫定的中断効を認めている民法の規定と抵触することになる。このことからすると権利確定説によっても、民事執行手続への参加による暫定的中断効を承認する余地は全くないわけではないであろう。権利確定説ではその基準は明らかでないが、権利行使説によれば「権利の裁判上の主張が実質上当該権利の主張を包含するとみられる」場合であればよいとしている。もっとも、ここでは個別の権利の主張を想定した

ものではあるとしても、民事執行手続でも、個別権利に基づいて民事執行手続に参加した以上は、そのことによって、裁判所において、公権的に、当該権利につき包括的ではあるが権利主張をしているものとして取り扱われのであるから、その基準はクリアーしたものととして暫定的中断効を認めることについては問題はないのではないかと思われる。

注

(42) 我妻栄「確認訴訟と時効中断」民法研究Ⅱ(一九六六年・一九八五年・有斐閣)二六三頁以下。同旨、鳩山秀夫・法律行為乃至時効(一九一三年・巖松堂書店)六一〇頁。なお、松久教授は「権利主張行為そのものに中断の基準を求める視点は」妥当とされている(松久三四彦「消滅時効制度の根拠と中断の範囲」(二)・完)北大法学三二巻二号八〇六頁以下。

(43) 川島編・前掲(注23)六六頁(川島)、川島武宜・民法総則(一九六五年・有斐閣)四七三頁、四七六頁。同旨、兼子一・民事訴訟法体系一七八頁、吾妻光俊「私法に於ける時効制度の意義」法協四八巻二号二〇七頁。この他にも、時効中断の範囲につき、訴訟物↓即判力↓時効中断および攻撃防御方法↓争点効↓時効中断を基準とし、争点効をもって権利が確定された場合には、相手の義務の存在が確定されたことになるから、消滅時効の進行を中断するとの見解もある(石田稔「裁判上の請求と時効中断」法協九〇巻一〇号四九頁以下、六三頁。

(44) 四宮和夫・民法総則(第三版)(一九八二年・弘文堂)三三三頁。

(45) 星野・前掲(注27)二五九頁。

(46) 富越・前掲(注14)三二七頁。

(47) 大連判昭和一四・三・二二民集一八巻二三八頁。

(48) 最判昭和五〇・一一・二八民集二九巻一〇号一七九七頁

(49) 最判昭和五九・四・二四民集三八巻六号六八七頁。

(50) 沼田・前掲(注16)四四頁、四七頁。

(51) 五十嵐清ほか・民法講義Ⅰ(一九七六年・有斐閣)三三二頁。

(52) このことについては、富越・前掲(注14)が適切に指摘するところである。

五 最高裁平成元年判決の三要素との関係

前述のように、最高裁平成元年判決は民事執行手続の一態様としての債権届出により時効中断効は生じないと解し、最高裁平成八年判決⁽⁵⁴⁾は、これを引用して、届出債権の一部につき配当を受けても残部についての時効中断効は生じないと解している。このことによって、最高裁としては消極に解することに確立したともみられる。そこで、民事執行手続への参加によって暫定的中断効を認めることは、これら最高裁の見解と矛盾しないのかどうか。最高裁によって受け入れられる余地のない議論なのかどうか問題になる。

最高裁平成元年判決は、債務者の他の債権者の申立によって競売開始決定がなされ、裁判所からの催告によって抵当権者が債権届出を行ったが、無剰余を理由に競売開始決定が取り消された場合でも、届出債権につき時効の中断効が生ずるか否についての事案で、「民事執行法五〇条の規定に従い不動産に対する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（以下「債権の届出」という。）は、その届出に係わる債権に関する「裁判上の請求」又は「破産手続参加」に該当せず、また、これらに準ずる時効中断事由にも該当しないと解するのが相当である。ただし、「裁判上の請求」又は「破産手続参加」は、裁判又は破産の手続において権利を主張して、その確定を求め、又は債務の履行を求めるものであり、民法一四七条一項に掲げる「請求」の一態様として、右各手続において右権利主張が債権者に到達することが予定されているところ、債権の届出は、執行裁判所に対して不動産の権利関係又は売却の可否に関する資料を提供することを目的とするものであって、届出に係わる債権の確定を求めるのではなく、登記を経た抵当権者は、債権の届出をしない場合にも、不動産に対する強制執行手続において配当等を受けるべき債権者とし

て処遇され（民事執行法八七条一項一号）、当該不動産の売却代金から配当等を受けることができるものであり、また、債権の届出については、債務者に対してその旨の通知をすることも予定されていないことに照らせば、債権の届出をもって、強制競売手続において債権を主張して、その確定を求め、又は債務の履行を求める請求であると解することができないからである。」と判示している。すなわち、「裁判上の請求」又は「破産手続参加」として中断効が生ずるためには、①裁判又は破産の手続で権利の主張をし、②その権利の確定又は債務の履行を求め、③右各手続において右権利主張が債務者に到達することが予定されているという三要素が必要であるが、債権届出には、このような要素は備わっていないとして消極に解する。また、最高裁判平成八年判決は、保証協会が代位弁済した後に、求償債務の連帯保証人に履行請求したところ、時効消滅を主張したのに対して、他の抵当権者の申立に係る競売手続で、債権届出を行い一部配当を受けていることから、配当を受けなかった残債権についても民法一四七条の「差押」又はこれに準ずる時効中断の効力があるとして争った事実で、債権届出による時効中断効を否定した最高裁判平成元年判決を引用し、さらに「執行裁判所による配当表の作成及びこれにもとづく配当の実施の手続においても、右届出に係わる債権の存否及びその額の確定のための手続は予定されておらず、抵当権者が届出に係わる債権の一部について配当を受けたとしても、そのことにより、右債権の全部の存在が確定するものでも公に認められるものでもない。」、また配当期日における債務者の呼出は「執行裁判所が債務者に配当異議の申出をする機会を与えるためのものにすぎないから、これをもって抵当権者が債務者に向けて権利を主張して債務の履行を求めたものということはできない。」、「そうすると、登記を経た抵当権者が、第三者の申立てに係わる不動産に対する担保権の実行としての競売手続において、債権の届出をし、その届出に係わる債権の一部に対する配当を受けたとしても、右配当を受けたことは、右債権の残部について、差押えその他の消滅時効の中断事由に該当せず、また、これに準ずる消滅時効中断の効力を有するものでは

ないと解するのが相当である。」と判示している。本判決も、前述の三要素の存在することを前提として、配当表の作成Ⅱ配当実施には②の要素は備わっていないし、債務者の呼び出しも③の要素を備えるものではないことを付加して消極に解している。

たしかに、民事執行手続上の債権届出や配当表の作成Ⅱ配当実施、債務者の呼び出しは、民事執行法上は判示のような性質をもつものであることは否定できない。しかし問題は、このような民事執行法上の性質をもった諸事情が、直ちに実体法上の消滅時効中断事由となるものでないとして消極に解するのは妥当でない。その諸事情につき、権利行使や確定という見地からみでの実体法上の意味を検討する必要がある。そこで、この点についてみると、「裁判上の請求」又は「破産手続参加」としての中断効を生じさせるためには、前述の三要素が必要であるということについては、ここでは異論をとえないとすると、これら諸事情の存在は、三要素を充たすものでないことになり消極に解されよう。この意味では、最高裁判決の見解は妥当といえる。しかし、それは、確定的中断効を生じさせるための「裁判上の請求」又は「破産手続参加」及びこれに準ずる中断事由には該当しないということである。暫定的中断効についても同様の三要素を必要とするのかどうか。前述の権利行使説の立場からすると、その必要はなさそうである。また権利確定説に立つても同様ではないかと推測されることは前述したところである。暫定的中断効の場合には、とくに②要素が欠落していてもよいということであろう。そうだとすると、①要素との関係についてみれば、これらの諸事情の存在をもって、民事執行法上の性質はともかくとして、実体法上、裁判所に対する権利主張でないとするのは、いささかりーガルマイントに欠けることにはならないだろうか。それにもまして、民事執行法上、直接的には個別権利主張としての性質はみられないとしても、民事執行法学者が指摘するように包括的な権利主張であることは予定されていること⁽⁵⁵⁾から、裁判上の権利主張としての要素は認めてよいであろう。また、③要素に関しては、債権届出に裁判

上の催告としての暫定的中断効を肯定される松久教授も「権利主張は相手方になされなければならないと考えられている」「相手方に向けられた権利主張でなければ、通常は権利の実現に結びつかない」「問題は相手方への到達に絞られる」、このため、債権届出を中断事由とするのは不十分であるが、しかし、権利の実現の第一歩と評することができるとされている。⁽⁵⁶⁾そこで、暫定的中断効を認めるにすぎない場合でも、③要素は欠かせないものなのかどうかである。権利の主張は権利の実現のためになされるものであることから、それは相手方に向けられたものでなければならぬことは当然である。そして、民事執行手続への参加は、民事執行法上は、執行裁判所に対するものではあることは確かであるが、それは実体法上は、債務者に向けられたものでもある。このことから、最高裁判決が、前述の諸事情は、単に執行裁判所に向けられた手続にすぎないことを理由とするのは、形式的すぎよう。ただ、問題は、相手方への通知が予定されている必要があるかどうかである。このことは、消滅時効の存在理由として、相手方の証拠保存の困難性や二重弁済危険に対する保護と関係する。消滅時効の存在理由がこれに尽きるか否かは別にして、このことについては利益考慮からみても考慮しなればならないことは確かである。そうだとすると、民事執行手続では、競売開始決定の通知以外に、個別の権利の行使につき相手方に個別に通知することは予定していないことから、③要素は備わらない可能性もある。しかし、暫定的中断効を生じさせるにすぎない場合においても、③要素は欠かせないものであると解することには若干の疑問が残る。民事執行手続上、通知が予定されていないことによつて、相手方が、特定個別の権利について行使されたか否かを知ることができないことの結果として、証拠の保全を行うことができなかつたとしても、暫定的に中断しているにすぎない状態のもとで、それほどの不利益が生ずるものなのかどうか疑問だからである。一方、権利者側についてみると、民事執行手続に参加して配当を受けることができるものと期待しているにもかかわらず、その間に時効が完成するとか、競売手続が取下げないし却下されて配当にまで至らなかつたため、ある

いは全部の配当が得られなかったことから残部につき時効が完成する危険を予想して、民事執行手続進行中に時効中断のためにだけ二重競売申立や二重差押をしなければならぬという不利益を甘受しなければならないものなのかどうか。また、そのような措置を採るためには多額の費用と手間が必要になるわけであるが、民事執行手続に参加しているにもかかわらず、時効中断のためにだけその負担はやむを得ないと言い切つてよいものなのかどうか疑問である。すなわち、利益衡量的にみても、通知を予定していないことから生ずる相手方の不利益と暫定的中断効が認められる権利者の利益を比較するとき後者に軍配をあげてもよいのではないかと思われるからである。なおさらに、民事執行手続上は競売開始決定は通知され、このことによつて抵当権設定の登記が行われている被担保債権については執行されるものであることが予定されているわけであるから、抵当権登記が残存しながら既に履行済みであるというのは稀であろうし、そのような場合でも競売開始決定の通知があつた時点で、履行済みの証拠を保全することは可能であることからすると、相手方の不利益は、さらに減少することにならう。それとともに、民事執行手続では、個別の権利毎の通知は予定していないわけであるが、競売開始決定の通知には包括権利行使の通知としての要素も含まれているとみることが出来る。このことからすると、③要素が必要であるとしても、暫定中断効の限度においては、民事執行手続でも、それをクリアーできると解してよいであろう。

注

(53) 前掲、最判平成元・一〇・一三。

(54) 前掲、最判平成八・三・二八。

(55) 竹下教授(竹下・前掲(注22)参照)や伊藤(真)教授(伊藤・前掲(注21)は、前述のように、このことを的確に指摘されている。

(56) 松久・前掲(注18)一〇九頁、一一〇頁。

六 「裁判上の催告」との関係

民法の規定上、「裁判上の催告」を中断事由とされていないが、今日、暫定的中断事由となることについては、学説、判例共に承認しているところである。そして、民事執行手続への参加の場合も、「裁判上の催告」とみて暫定的中断効を承認する見解のあることは前述したところである。そこで、民事執行手続への参加により時効中断効を認めるとして、この「裁判上の催告」に接合させて承認することの可否が問題になる。⁽⁵⁷⁾

「裁判上の催告」は、我妻博士が「強き催告」として提唱された、法文に規定のない中断事由である。「裁判上の主張がこれによって惹起せしめられた訴訟手続において結局右の結末に達せず終わった場合は如何」。わが民法はこれについて特別の取扱いをしていない。立法者は催告に効力を認めることによって不当な結果を避けようと考えたようであるが、實際上その目的を達しえざるは明らかである。「ここにおいてか、私は一個の提案を試みたい。裁判上の主張は裁判外の主張（催告）より遙かに明確な権利の主張である。然し裁判所による権利の確認又は実行に至らざる点において右のA（注・裁判所での権利の確定・強制的実現の場合）と同視しえない。そこでその中間を採って、右の如き裁判上の主張は強き催告として、催告後に他の完全な中断手続に移るべき期間たる六ヶ月の計算に当たってはその手続中その計算を停止するとすことをえないであろうか。」「即ち、右の如き裁判上の主張あるときは六ヶ月は裁判手続の終了した時から計算することになる。」右の如き提案は、解釈上根拠なしとの非難を蒙るであろう。これに対しては、「立法者は裁判外の催告を認めてもつとも自由な中断制度を企図したにも拘わらず決して妥当な結果に達しなかつたことの欠缺を是正し、許されたもつとも簡易な手段が一步を進めた場合に、これに対して、他のもつとも簡

易な手段と他のもつとも厳格な手段との中間の効力を認めんとするものであつて、必ずしも法文に根拠なしとして一蹴せらるべきものでもあるまいと答えよう。」と主張されている。⁽⁵⁸⁾そこでは専ら、「裁判上の主張」が結末に達せず終つた場合、すなわちその典型としては、「裁判上の請求」の取下げ、却下の場合における中断効肯定のために提案されたものである。

判例理論としても、最高裁昭和三八年大法院判決⁽⁵⁹⁾では、株券の引渡請求訴訟で留置権を抗弁として主張したことが、かかる抗弁中には被担保債権の履行されるべきものであることの権利主張の意思が表示されており、「右抗弁における被担保債権についての権利主張は継続してなされているものといひ得べく、時効中断の効力も訴訟継続中存続するものと解すべきである。そして、当該訴訟の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ものと解する」として、この学説の影響を受けたと思われるものが現れ、さらに最高裁昭和四五年判決⁽⁶⁰⁾では、「破産の申立のちに取り下げられた場合でも、破産手続上権利行使の意思が表示されていたものと見るべき催告としての効力は消滅せず、取下後六ヶ月内に他の強力な中断事由に訴えることにより、消滅時効を確定的に中断する」として、正面から「裁判上の催告」を承認した。

そして、このような「裁判上の催告」を中断事由として用いられる場合として、平井教授は、①「裁判上の請求」の外延拡張のために用いられている「裁判上の請求に準ずるもの」と、②裁判上の請求、支払命令、破産の申立等裁判所の審査をへる裁判上の権利行使の却下・取り下げの場合があるが、①については「裁判上の請求に準ずるもの」という觀念が定着した今日では、裁判上の催告を用いる必要はなく、②の場合だけでよいとされる。⁽⁶¹⁾「裁判上の催告」の用いる場合が、このような範囲においてであるとすると、民事執行手続への参加による中断効承認のために用いることはできない。競売申立後の取り下げ、却下の場合も裁判上の審査をへる裁判上の権利行使の却下、取り下げとはい

えないことから、この場合も無理ということになる。これに対して、松久教授は、いかなる権利行使が中断事由となるかは、基本的には、権利者保護と義務者保護という相対立する要請の調和点をどこに求めるかという利益衡量の問題であり、②「裁判上の請求」は訴えの提起であり訴えが不適法として却下された場合、あるいは③訴えの提起以外の形式で裁判上の権利主張がなされた場合には、当該権利あるいはそれと密接な関連をもつ権利について「裁判上の催告」として中断効を認めるのが解釈として妥当と主張される。⁽⁶²⁾ 秦教授も、「裁判上の催告」としての適用を受けるのは、「裁判上の請求」①「裁判上の請求に準ずるもの」以外の裁判上または裁判所における権利行使で暫定的な時効中断効を認めることが必要な場合であり、②第一に裁判上の請求またはこれに準ずる場合であるが、訴えの却下、取り下げにより確定にいたらなかった場合、④第二に裁判上ないし裁判所における権利主張であるが、もともと裁判上の審査判断を受けないものの場合であると主張される。⁽⁶²⁾ これらのうち②の場合は、民事執行手続上の競売申立の取り下げや却下と同視できないことは前述した。③や④の場合というのは、裁判上の主張であれば全て「裁判上の催告」として中断効が認められるという意味であれば、民事執行手続への参加の場合も「裁判上の催告」として中断効を認めることができることになる。しかし、中断事由としての「裁判上の催告」は、このように広い範囲を想定しているものであるのか疑問である。我妻博士は、裁判上の主張によって惹起された訴訟手続で結末に達しなかった場合の欠缺をカバーするために提言されたことは前述したところである。このことからすると、その前提としては、単なる裁判上の主張でよいとするのではなく、この裁判上の主張により裁判所において権利として確定的になること、あるいは権利が強制的に実現することが予定されている場合であって、それが確定し実現すれば確定的中断効が認められるのに対して、結末に達しない場合には、さらに裁判上の主張が継続していた期間は継続的に暫定的中断効を認めるための中断事由として提言されているにすぎないからである。③や④の場合に中断効を認めるかどうかは、むしろ我妻博

士によれば、「裁判上の催告」としての中断事由を提言する前段階としての「裁判上の主張が実質上当該権利の主張を包含すると見られる」場合に、暫定的中断効が認められるとするレベルの問題ではないかと推測される。そして、このような場合にも、裁判上の主張が継続していた期間は暫定的中断効が継続するとするのは新たな中断事由を認めるものであって、「裁判上の催告」の範疇で根拠づけられるものではないであろう。さらに、③や④の場合に「裁判上の催告」として取り扱うことができるとしても、民事執行手続への参加の場合には、③や④の場合が前提として、ある当該個別権利の行使とは異なり、裁判上の主張ではあるが包括的権利の行使としての性質をもつものであるから、「裁判上の催告」の範疇に入れ込むのは困難ではないかと思われる。

そこで、民事執行手続のように個別権利の存在の確定をもとと予定していない場合であり、その権利行使が包括的に行われているにすぎないとしても、裁判上の「権利の主張を包含」していることには変わりはないことから、我妻博士の提言の前段階レベルでの暫定的中断効を認め、かつそのような手続が継続する以上は、裁判外の主張よりはるかに明確な権利の主張の継続であることから、その暫定的中断効は継続するものと解しても、これまでの実体法上の中断効理論と齟齬することにはならないのではないかと思われる。このため、「裁判上の催告」に近似はするものの、それとは別に「民事執行上の催告」という新たな時効中断事由の創出を提案するものである。そして、このことによつて包括権利執行としての民事執行手続を導入しながら、時効中断効との関係で何ら手当をしなかつた法体系上の欠缺をカバーすることが可能になるのである。

注

(57)

秦教授は、「裁判上の催告」との関係で、最近でてきた問題であると指摘されている(秦光昭「いわゆる裁判上の催告の意義および効果」手研四七五号一四〇頁)。

- (58) 我妻・前掲(注42)二六五頁。
- (59) 最大判昭和三九・一〇・三〇民集一七卷九号一二五二頁。
- (60) 最判昭和四五・九・一〇民集二四卷一〇号一三八九頁。
- (61) 平井一雄「裁判上の請求と時効の中断」加藤一郎、米倉明編・民法の争点I九三頁。
- (62) 久松三四彦「時効制度」星野英一ほか編・民法講座I(一九八三年・有斐閣)五八四頁、松久・前掲(注42)八五一頁。
- (63) 秦・前掲(注57)一四〇頁。

七 暫定的中断効との関係

民法は、「請求」による中断効(民法一四七条一号)については、二重の構造を採っている。確定的中断効(民法一四九条一―一五二条)を原則としながら、催告による中断効については確定的なものとせず、六ヶ月内に正式の中断手續をとることによつてはじめて確定的に中断の効力の生ずる、いわゆる暫定的中断効を認めている。このような暫定的中断効を認めることについては立法段階で議論のあつたところであるが、梅博士によれば「是レ単ニ時効ヲ中断スルカ為突然訴ヲ提起スルカ如キ弊ヲ避クル利アルヲ以テナリ然リト雖モ一片ノ催告ノミニテハ未タ権利者カ其権利ヲ伸張スルノ意思充分明確ナルト云フコトヲ得ス」との理由に基づくものである。このため、催告による暫定的中断効は、正式の中断手續をとるのがおけることにより時効が完成するのを防ぐ便法としての機能を果たすものであるといわれている⁽⁶⁵⁾。我妻博士は、さらに、即判力に接すること、債務名義となることも、強制的権利実現の行為あることも必要としない「裁判上の主張が実質上当該権利の主張を包含すると見られる」場合にも、このような暫定的中断効を認めるべきであると主張される⁽⁶⁶⁾。このことによつて、裁判上の権利主張であれば裁判上の審査判断を受け

ない場合にまで暫定的中断効を承認することになる。暫定的中断効は、立法当初の「時効完成を防ぐ便法」にとどまらず、「裁判上の権利主張」であれば裁判所による権利の確定に結びつく場合でなくても、その全ての場合にまで拡大適用することを認めるものである。我妻博士が、そこまで拡張される根拠は明確ではないが、裁判外の催告以上に明確な権利主張とみることができると解したからではないかと推測される。

そこで、暫定的中断効が、このような拡張された機能をもつものであるとすると、民事執行手続への参加の場合にも、これを認めることについては問題はないであろう。民事執行手続は、裁判所による権利の確定に結びつくものではないし、その権利行使は個別ではなく包括的であることから暫定的中断効を認めることはできないが、我妻博士の指摘される裁判上の権利主張と異なるものではないからである。

注

(64) 川島編・前掲(注24)一〇二頁以下(川井健)参照。

(65) 川島編・前掲(注24)一〇三頁(川井健)。

(66) 我妻・前掲(42)二六四頁。

八 「民事執行上の催告」による暫定的中断効

(1) 「民事執行上の催告」の適用範囲

民事執行上のどのような手続きが「民事執行上の催告」として暫定的中断効を生じさせるか。

(ア) 競売申立と「民事執行上の催告」中断効

①債務者所有不動産に対する競売申立 民事執行上の競売申立がなされると、執行裁判所は、競売開始決定をし、申立債権者のために不動産を差押える旨を宣告し、債務者に送達される（民執法一八八条、四五条一項）。この執行手続は、申立債権の確定を目的とするものではないが、申立債権の強制的行使であることに注目するとき、差押えとしての確定的中断効が認められるとするのが通説である。⁽⁶⁷⁾このような競売開始決定に基づく差押＋送達の場合は、申立債権につき、個別に、強制的行使が行われているとみることができるところから、確定的中断効を認めてよいであろう。問題は、競売申立が却下、取り下げ、あるいは取り消された場合の申立債権の中断効はどうなるかである。競売申立が却下、取下げられると差押えによる確定的中断効は生じなかったことになることについては異論はない。⁽⁶⁸⁾この場合、「裁判上の請求」が結末を達せず終わったときに「裁判上の催告」としての暫定的中断効を認めるのと近似する。そこで、この場合にも「裁判上の催告」としての暫定的中断効を認める余地はないのかどうかである。「裁判上の催告」としての暫定的中断効を認めるべきであるとの提言は、裁判上の主張で裁判所による権利の確定ないし強制的実現を予定しているときに、その結末に達せずに終わった場合を想定していることは前述したところである。そうだとすると、この場合には、申立債権についての確定を予定していない点で異なるわけで、直ちには援用することは無理である。また、裁判上の主張で裁判所による権利の確定ないし強制的実現につながるいときでも、裁判上の主張が実質上当該権利の主張を包含する場合に暫定的中断効を認め、それを裁判手続継続中に継続させるために「裁判上の催告」を援用する立場に立ったとしても、民事執行のような包括権利行使の場合にまで、直ちに拡張適用できるかという問題が残る。そこで、競売申立がなされたということは、申立債権についても、民事執行手続上の包括権利行使が開始されたことにことなることに注目して、「民事執行上の催告」としての暫定的中断効を認めるのか素直ではないと思

われる。競売申立の取り消しに関しては、無剰余取消し（民執法一八八条、六三条一項）につき、民法一五四条の適用対象外とする学説が多い。⁽⁶⁹⁾このように解すると、無剰余による取消決定まで確定的中断効は継続し、その時から新たに時効が再進する（民法一五七条参照）ことになる。しかし、これでは、最高裁平成八年判決は、配当を得られなかった残債権につき中断効が生じないとしたことと矛盾することになる。無剰余取消は、配当の余地のないことを前提としているのに、配当の受けられなかった債権についても配当を受けたのと同様に確定的中断効を認めることになるからである。そこで、この場合も、競売申立により民事執行上の包括権利行使が開始されたことに注目して、「民事執行上の催告」としての暫定的中断効を認め、無剰余取消決定後六ヶ月以内に、確定的中断措置を採りうるものとするのが妥当と思われる。

② 物上保証人所有不動産に対する競売申立 なお、以上のような競売申立による「民事執行上の催告」としての暫定的中断効は、債務者所有不動産に対する競売申立の場合に限らず、物上保証人所有不動産に対する競売申立の場合も同様に認められよう。物上保証人所有不動産に対する競売申立の場合も、執行裁判所は競売開始決定正本を債務者に送達する（民執法一八八条、四五条二項）。そこで、このような債務者への競売開始決定+送達が、民法一五五条にいう通知に該当するとして、被担保債権との関係でも差押えと同様に確定的中断効が生ずるかにつき議論されており、積極に解する見解が多い。⁽⁷⁰⁾ところで、このような議論は、時効中断の相対効（民法一四八条）との関係で、この場合には、競売申立による権利実行行為は物上保証人に対して行われているだけで債務者には及ばないことから、その例外としての民法一五五条を仲介させる必要があることによる。確かに、差押えとしての確定的中断効を認めるためには、それは必要である。しかし、「民事執行上の催告」としての暫定的中断効につきは、民法一五五条の通知を介在させる必要はない。物上保証人所有不動産に対する競売申立による競売開始決定+送達は、民事執行手続として行われ

ていることから、それ自体が包括権利行使の通知であるとみることができからである。

③ 連帯保証債務の物上保証人に対する競売申立 連帯保証債務を担保するための物上保証人に対する競売申立により、その後競売開始決定正本が連帯保証人（保証債務者）に送達された場合（「競売申立+保証債務者への送達」という）、保証債務との関係では、②で述べたように差押えと同様の確定的中断効が生ずると解するのが多数といえよう。問題は、主債務についても時効中断効が生ずるかである。⁽⁷¹⁾ 最高裁判例は、「⁽⁷²⁾ 抵当権の実行としての競売手続においては、⁽⁷³⁾ 抵当権の被担保債権の存否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いがみれば……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」し、「右の送達されたことが、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」ことから、「その手続が進行すること自体は、同法一四七条一号の『請求』には該当せず、したがって『同法四五八条において準用される同法四三四条による主債務者に対する『履行の請求』としての効力を生ずる余地がない」として、主債務の時効中断効を否定している。ただ、「民法一四七条二号の差押えとなることは別に、同法一五三条の催告にも当たる」とする少数意見がついている。学説は、判例同様に否定する見解、「競売申立+保証債務者への送達」を催告あるいはし「裁判上の催告」として肯定する見解に分かれている。私見として、かつては「裁判上の催告」と解し、このような催告は民法四三四条の「履行の請求」とみることができから絶対的効力が認められ、主債務の時効を暫定的に中断すると解していた。⁽⁷³⁾ しかし、民事執行手続における競売申立、それに基づく一連の手続の進行は、当該申立債権についての個別の権利行使として行われるのではないことからすると、「裁判上の請求」としての確定的中断効の認められないのは当然であるし、債務者に対する個別の権利行使を前提とする「催告」ある

いは「裁判上の催告」としての暫定的中断効を認めることも困難である。この点で、最高裁判例の見解は妥当といえよう。ただ、競売申立に基づく民事執行上の一連の手續には、実体法上、当該申立債権につき、包括執行の中で、権利の強制的実現行為が行われている点に注目すると、「競売申立+保証債務者への送達」は「民事執行上の催告」であると解することができよう。そして、民法四三三四条の「履行の請求」には、催告も含まれると解されていることから、このような「民事執行上の催告」も含まれるものと解する余地もあり、そのことによって「民事執行上の催告」による暫定的中断効も主債務に及ぶと解することができよう。

(イ) 配当要求と「民事執行上の催告」⁽⁷⁴⁾ 中断効

民事執行手續において、債務名義を有する債権者などは配当要求することができる。そして、配当要求があると債務者に通知することが予定されている（民法法五一条一項、一八八条）。この配当要求のなされた場合には、民法一四七条二号の差押えに準ずる性質をもつとして暫定的中断効を認めている。そこで、この配当要求の基本となる競売手續が取り消された場合、配当要求した当該債権の中断効はどうなるか問題になる。下級審判例では、時効の中断効は最初から効力が生じなかつたことになるとして否定するものと、⁽⁷⁵⁾「裁判上の催告」に準じて暫定的中断効を認めるものとがある。学説も見解が分かれているが肯定的見解が多い。ところで、この場合も、民事執行手續による包括権利行使への参加を意味する点に注目するならば、「民事執行上の催告」としての暫定的中断効が生ずると解することができよう。

(ウ) 配当受領と「民事執行上の催告」⁽⁷⁶⁾ 中断効

執行裁判所によって配当表が作成され配当実施手續がとられて、配当を受領した債権については、それによって債

権が消滅することになり時効中断は問題にならない。ただ、その配当が一部配当であつた場合に、残債権につき時効の中断が生ずるか問題となる。⁽⁷⁷⁾ 下級審判例には、債権者が配当を受けることは、執行裁判所が債権者の被担保債権の存在を公にするものとして、民法一四七条二号所定の「差押え」に準ずる時効中断効が生じ、この時効中断の効力は、配当の対象とされた届出に係わる債権の全部に及ぶとして、残債権の時効中断効を認めるものもある。⁽⁷⁸⁾ しかし、前述の最高裁判平成八年判決は、⁽⁷⁹⁾ 残債権につき「差押えその他の消滅時効の中断事由に該当せず、また、これに準ずる消滅時効中断の効力を有するものではない」と判示している。民事執行手続上の配当受領によつて残債権についても、差押えその他の暫定的中断効が生ずると解することは、民事執行手続では配当の対象とされた届出に係わる債権の全部の存在を確定するものでないことから、困難である。しかし、民事執行上、配当受領にまで至るということは残債権部分についても、民事執行上の包括権利行使に最後まで参加していたものであることから、「民事執行上の催告」としての暫定的中断効を認めることができよう。

(エ) 債権届出・債権計算書の提出と「民事執行上の催告」中断効

民事執行手続上の債権届出や債権計算書の提出によつて、時効中断が生ずるか否かについては、別稿で詳細に検討している⁽⁸⁰⁾ので、ここでは要約するにとどめる。いずれの場合にも、民事執行手続では債権の存在を確認するものではないから暫定的中断効は認められない。しかし、債権届出や債権計算書の提出は、民事執行手続の包括権利行使への参加であり、このことによつて裁判上で包括的に権利主張がなされていることから「民事執行上の催告」としての暫定的中断効を認めるべきである。また、債務者の利害との関係でも、競売申立開始決定+債務者への送達によつて、申立債権についての執行の通知だけでなく、競売申立以外の方法での民事執行手続への参加債権についても包括執行

されるものであることが通知されていることから、債務者による弁済の証拠などの保全措置は可能であり、このような時効中断効を認めても不都合はないであろう。

(2) 「民事執行上の催告」 中断効の内容

「民事執行上の催告」としての時効中断は、暫定的なものであるにすぎない。それは、民事執行手続では、実質上、裁判上での権利の主張を包含するものではあるが、裁判所による当該権利の確定を目的としていないし、包括権利主張であるからである。ただ、民法に規定されている暫定的中断事由としての「催告」よりも、遙に明確な権利の主張であることから、「強き催告」として「裁判上の催告」と同様に、民事執行手続に参加中は暫定的中断効は継続し、民事執行手続の終了した時から、完全な中断手続に移るべき六ヶ月の期間を起算するものと解すべきである。すなわち、六ヶ月の期間は、競売申立の場合には申立債権につき競売手続中は暫定的中断効は継続し、競売申立の却下、取り下げ、取り消しなどの終了の時から、配当要求の場合はその基本となる競売手続の終了の時から、配当受領の場合は配当手続終了の時から、債権届出や債権計算書の場合は当該民事執行手続の終了の時から起算することになる。

(3) 「民事執行上の催告」 中断効の範囲

「民事執行上の催告」により暫定的中断効の生ずる債権の範囲は、民事執行手続への参加を申し立てた債権の範囲においてである。すなわち、民事執行手続への参加を申し立てることによって、その債権の範囲において、民事執行

上の包括権利主張が行われたものと解しうるからである。このため、競売申立の場合は申立債権の範囲において、配当要求の場合は配当要求した債権の範囲において、配当受領の場合は配当の対象とされた届出に係わる債権の範囲において、債権届出の場合は届出債権の範囲において、債権計算書の提出の場合は計算書に記載した債権の範囲において暫定的中断効が生ずる。このため、免許税や配当余剰との関係から一部申立や一部記載、あるいは一部届出を行つたにすぎないときは、その範囲においてであつて、他の部分については暫定的中断効も生じない。このことはいかにも不都合のようにみえるが、民事執行手続への積極的な参加もない場合にまで、包括権利行使の主張があるものと解することは妥当と思われないからである。

このことに関して、民事執行手続では、抵当権設定登記のある被担保債権については、民事執行手続への積極的な参加がなくても、配当を受ける地位が確保されている（民執法四九条一項二号、八七条一項四号、八五条一項）ことから、権利者が債権届出などの意思表示や競売申立などの行動をしなくても、権利実行の手続が始まり、相手方に権利行使に対する防衛の必要を認識させる競売開始決定の送達が行われたときは、権利行使の意思を放棄したと信ずるような事実のない限り、暫定的中断効が肯定されるとする見解がみられる⁽⁸⁾。そこで、このような見解によると、申立・記載・届出の範囲にかかわらず抵当権の設定登記が行われている被担保債権の全部につき暫定的中断効を認めることにもなる。しかし、民事執行法上、配当を受けうる地位が確保されているということと、そのことが実体法上、暫定的中断効が認められるための権利行使があつたとみられるかは別である。そこで、これを実体法の観点からみると、競売開始決定+送達によつて当該不動産につき抵当権設定登記のある被担保債権の全てにつき執行手続が始まり、相手方は権利行使に対する防衛の必要を認識し、相手方の立証の困難を救済すべきであるという問題が生じないという意味では、時効中断が認められる要素は存在するといえる。ただ、このような要素が備わるだけでは時効中断効を認めるわ

けにはいかない。これまでも述べてきたように、暫定的中断効が生ずるためには、裁判上の権利主張という要素が必要である。そして、この裁判上の権利主張は、権利者による積極、消極の意思表示や行動があつて初めて、時効中断の要素となりうる。単に抵当権設定登記ある被担保債権が存在し民事執行手続は、配当を受けうる地位にあるだけでは、実体法上の権利主張があつたと解することはできないであろう。この意味では、民事執行手続への参加についての意思表示ないし行動が必要であり、かつその意思表示ないし行動の行われた範囲においてのみ暫定的中断効が生ずるにすぎないのである。

なお、根抵当権が設定されている場合について、それは極度額に限定されるのか、それとも根抵当権によって担保される可能性のある被担保債権全額につき申立ないし届出をした場合、この全額につき中断効が生ずるのか問題となる。根抵当権の場合、極度額を超えては優先弁済の受けられないことは確かであるが、民事執行手続による包括権利行使は、極度額の範囲において進行しているわけではなく、申立ないし届出をした被担保債権全額につき行われていると解すべきであるから、その全額について暫定的中断の効力が生ずることになる。

(4) 「民事執行上の催告」 中断効の発生時期

民事執行手続では、競売申立による競売開始決定+送達により包括権利行使が開始されることになる。このため、「民事執行上の催告」による暫定的中断効の発生時期は、競売開始決定+送達の到達時⁽⁸²⁾と解すべきである。そして、債権届出や債権計算書の届出、配当要求、配当受領は、競売開始決定+送達より遅れることになるわけではなるが、競売開始決定+送達により発生した包括権利行使への参加であることから、競売開始決定+送達の到達時に遡及して、暫

定的中断効が生じていたものとみてよいであらう。

(5) 「民事執行上の催告」 中断効と確定的中断効の併存

民事執行手続での競売申立による競売開始決定+送達により、申立債権につき「差押え」としての確定的中断効が認められ、また「配当要求」についても「差押え」としての確定的中断効が認められることについては前述した。それと同時に、これらの場合には、「民事執行上の催告」としての暫定的中断効も認めるべきであることについても前述したところである。そこで、このように「差押え」としての確定的中断効と「民事執行上の催告」としての暫定的中断効の併存が可能かどうか問題になる。確定的中断効と暫定的中断効の重複に関しては、下級審判決は分かれている。「時効中断事由である差押えが存在するからといって、それと重複して存在する催告の効力を否定する理由」はないとして肯定する判例と、⁽⁸³⁾「差押えとしての時効中断事由を有する同手続に、暫定的な時効中断事由が、同手続に係属中にわたり存すると解することは相当でない」として否定する判例が⁽⁸⁴⁾みられる。否定見解は、暫定的中断効の認められるのは確定的中断措置をとりえない場合に限るとの考えを前提としているものようである。⁽⁸⁵⁾しかし、「裁判上の催告」としての暫定的中断効を提唱される我妻博士によれば、裁判上の主張が裁判所の判断を受けて確定的になるか権利の強制的実行行為に至ると確定的中断効が認められ、裁判上の主張がそのような結末に達せず終わった場合は暫定的中断効が継続しているものと解すべきであると主張される前提として、両者は重複するものとの考えによるものと推測される。また、実体法上、裁判上の主張が、結末に達することによる確定的中断事由となりうる要素と、結末に達しないことにより暫定的中断事由になりうる要素の重複することを否定すべき理由はない。

とくに、民事執行手続上の競売申立＋送達や配当要求は、一面は当該申立債権も配当要求に係わる債権についての個別の「差押え」としての確定的中断事由としての要素があると解するのに対して、他面では包括権利行使として「民事執行上の催告」としての暫定的中断事由としての要素があると解するものである。このため、実体法上は、形式的には重複しているようにみえるが、次元の異なる要素の併存を意味するにすぎないのである。このことから、配当要求についてみれば、「差押え」としての確定的中断効は配当要求の時点から生ずるにすぎないのに対して、「民事執行上の催告」としての暫定的中断効は競売申立＋送達の時点に遡及するという違いも生ずるのである。

注

- (67) 詳細は、拙稿・前掲(注8)一九頁以下参照。
- (68) 詳細は、拙稿・前掲(注8)三九頁以下参照。
- (69) 詳細は、拙稿・前掲(注8)四〇頁以下参照。
- (70) 詳細は、拙稿・前掲(注8)二六頁以下参照。
- (71) 詳細は、拙稿「物上保証人に対する競売開始決定正本の連帯保証人への送達と主債務の時効中断」銀行法務21五三二号二〇頁以下、拙稿「判例評論」リマークス1992年上二〇頁以下参照。
- (72) 最判平成八・九・二七民集五〇巻八号二三九五頁、金判一〇〇七号三頁。
- (73) 拙稿・前掲(注71・銀行法務21)二四頁、同・前掲(注71・リマークス)一四頁。
- (74) 詳細は、拙稿・前掲(注9・(下))一一八頁以下。
- (75) 岡山地判平成八・一一・一四金判一〇四四号二八頁、金法一五二〇号五三頁。
- (76) 広島高岡山支判平成九・七・一七金法一五二〇号五一頁。
- (77) 詳細は、拙稿・前掲(注9・(下))一一九頁以下。
- (78) 名古屋高金沢支判平成四・九・一四民集五〇巻四号二二二頁。
- (79) 前掲、最判平成八・三・二八。
- (80) 詳細は、拙稿・前掲(注9・(上))一四六頁以下。

- (81) 浅生・前掲(注11・(上))一九頁。
- (82) その時期については、申立時説や到達時説かにつき争いがあり、また付郵便送達に関しても見解が分かれている。これらの詳細は、拙稿・前掲(注8)三一頁参照。
- (83) 東京地判平成二・八・二三金判八六七号三〇頁、金法一二八一号二八頁、判夕七三三号一一七頁。
- (84) 東京地判平成二・八・二七金判八六七号三三三頁。
- (85) 拙稿・前掲(注71・リマークス)一四頁。

おわりに

民事執行手続に参加することによって「民事執行上の催告」としての暫定的中断効を承認することが、実体法上の中断効理論との関係で許されるか否を中心に検討を加え、これを積極的に承認すべきことを提言した。そして、このことよって、新しい民事執行手続きが導入されたにもかかわらず、実体法上、消滅時効中断については、何らの手当も行われなかったことによる法の欠缺を補い、民事執行手続に参加する権利者の法意識に適合することになるものと思つてゐる。ただ、この問題に関する一連の検討のなかで、民事執行手続が包括権利行使の性質をもつものであることにつき、直接に検証を試みてはいない。それは、浅生判事の詳細な検討や竹下教授、伊藤(真)教授の見解に依拠したものである。そこで、このことについても、今後、検討を加えてみたいと思つてゐる。

なお、椿教授の時効観に手掛かりを得ながら、本稿を古稀記念論文として謹呈できることは望外の喜びである。