

訴の変更と時効中断の効力

吉村, 徳重
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1465>

出版情報 : 法政研究. 30 (2), pp.85-98, 1963-09-20. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

訴の変更と時効中断の効力

吉村徳重

昭和三十八年一月十八日最高裁判所第二小法廷判決

（昭和三十四年（オ）一九九号境界確認事件）最高裁民集一七卷一号一頁

〔事実〕Xは昭和二十七年十二月二十五日境界確定ならびに自己の所有地の立木伐採による損害賠償請求の訴を提起し、自己所有のA番山林と被告所有のB番山林との境界はイロ線であると主張した。被告はこれに対し、境界はハニ線であるとし、仮に境界が原告主張の通りでも、係争地域（イロハニ線で囲まれた地域）については、昭和八年一月一日から二十年間所有の意思で占有してきたから、取得時効によってその所有権を取得したと抗弁した。第一審は境界をハニ線であると裁定して、Xの損害賠償請求を棄却した。

そこで、Xは控訴し、控訴審係属中に昭和三十四年二月の口頭弁論において、従来の境界確定の訴を係争地についての自己の所有権確認の訴に交換的に変更した。Yは訴の変更に関する異議を述べずに新訴につき弁論をした。

そこで原判決は、係争地がXの所有に属することを確認し、取得時効の抗弁に対しては、昭和二十七年十二月二十五日の本訴（境界確認の訴並びに損害賠償の訴）の提起によって時効が中断され、その効力はその後の訴の変更によって何ら影響をうけないと判示した。その理由とするところは次の通りである。Xは、右旧訴を取下げ、（所有権確

認の)新訴を提起したのであるが、旧訴と新訴はその請求の原因が全然同じであり、ただ単に請求の趣旨を境界確定から所有権確認に変更したにすぎない。そして右旧訴の請求の趣旨を対照してみると、旧訴で形成される実体上の権利関係と新訴で確認される権利関係とは、その間にほとんど何らの差異がない。すなわち、Xは、本件について、裁判所の判断を求めることを断念して旧訴を取下げたものではなく、これに替えて前示のような新訴を提起したものであるから、旧訴の取下といっても、右は訴の全面的終了を意図するいわゆる訴の取下とはその本質を異にし、民法一四九条の訴の取下に当たらないと解すべきだから、旧訴の取下があったにもかかわらず、その提起によって生じた時効中断の効力にはなんら影響がないというのである。

Yの上告理由は、原判決が明かに民法一四九条に違反するだけでなく、民事訴訟法二五三条が、訴の変更あったときは変更申立書を裁判所に提出したときに時効中断の効力を生ずると規定するのに背馳する。法は形式的安定性を要請する。訴の取下については全面的に時効中断の効力を否認したと解すべきであるというのである。第二小法廷は、この上告を斥け、原判決を維持した。上告棄却。

〔判旨〕「本件係争地域がXの所有に属することの主張は終始変わることなく、ただ単に請求の趣旨を境界確定から所有権確認に交替的に変更したにすぎないこと、本件記録上明日である。このような場合には、裁判所の判断を求めるところを断念して旧訴を取下げたものとみるべきでないから、訴の終了を意図する通常の訴の取下げとはその本質を異にし、民法一四九条の律意に徴して同条にいわゆる訴の取下中にはこのような場合を含まないものと解するを相当とする(昭和十八年六月二十九日大審院判決、民集二二卷五五七頁参照)。されば、旧訴たる境界確定の訴提起によって生じたYの所有権取得時効を中断する効力は、その後の訴の交替的変更にもかかわらず、失効しないものといふべきである。右と同趣旨の原判決は相当であって、所論は採用しえない。」

一、時効中断の一事由として民法の認めたる「裁判上の請求」の範囲について、判例は必ずしも一貫していない。

(1) 「裁判上の請求があったというためには、単にその権利が訴訟において主張されたというだけでは足りず、いわゆる訴訟物となつたことを要する」^(一)（最高判昭三四年二月二〇日）^(二)とす最も厳格な立場から、(2) 「時効中断の事由たる裁判上の請求は、民法の法意に稽えこれを広義に解するを相当とし、必ずしも常に時効によって喪失すべかりし権利それ自体に付裁判を求めたる場合に限定するを得ない」^(三)（大審昭一五年七月二〇日民）^(四)という緩かな立場にまたがる。前者はかの金銭債権の明示の一部請求に関する最高裁判所の判決であり、後者は本件が前例としたと考えられる境界確定の訴に取得時効中断の効果を認めたる大審院の判例である。勿論両事件において事案は異なる。しかし、判例の問題についての一般的傾向としては、「裁判上の請求」が民法上時効中断の事由とされた理由から見て、これを必ずしも訴訟法上の訴訟係属の範囲に限らず、かなり実質的に考ふる方向にあるといえる。このことは多くの判例の中に読みとれる。たとえば、(3) 土地の所有権に基きその明渡を求め訴の提起によって、所有権の取得時効の中断を認め^(五)（大審昭一六年三月七日民五）^(六)、(4) 同様に、所有権取得登記抹消の訴を起したとき、土地に対する取得時効中断の効力を認める判例^(七)（大審昭一三年五月一日民）^(八)では、直接の訴訟物は物権的請求権であるのに、その請求原因にすぎない所有権についての取得時効中断の効果を認める。更には判例(1)における藤田裁判官の小多数意見の立場及びその引用する諸判例の示すものもこの方向に立つものと理解できる。^(九)本件判決も、このような一般的傾向に側つたものであって、具体的には妥当な結論に達していると思われる。しかし、問題なのはその推論の構成であり、殊に従来この立場に立つて最も難点とされた民法一四九条の訴の取下（及び民訴法二三五条の訴の変更）の規定とどのように調和できるかという問題に直接取組まねばならなかつた点である。^(一〇)判例(1)において、第二小法廷の多数意見が「裁判上の請求」をいわゆる訴訟物に限るとしたのも、右の諸規定がこのことを前提としていると解したためである。そして今、この同じ

第二小法廷が、やや事案を異にし四年の歳月をけみしたとはいえ、この難問にいどみ、殆んど逆の結論に達したことは、それだけに理論上も実務上も興味ある問題を含んでいる。

ところで、本件判決のたった結論に達するためには、いろいろの推論が可能であろう。第一に、時効中断事由としての「裁判上の請求」には、訴訟物以外の権利の主張をも含む、という前提に立ち、後に旧訴が右の権利自体を訴訟物とする新訴に交換的に変更されても（旧訴の取下は民法一四九）、旧訴による時効中断の効果は新訴に維持されるという

推論であり、これが本判決の立場であるといえよう。これに対して、第二に、判例(1)についての一部訴訟法学者の立場（兼子「確定判決後の残額請求」民事法研究 一卷三九一頁、三ヶ月法協七七卷九二頁）を更に徹底して「訴訟物」自体を、実質的に広く解すれば、新旧両訴において、実質的な紛争の対象は異ならず訴訟物も同一であるとの構成が考えられる。従って訴の変更にならず、時効中断

の効果が維持されるのは当然となろう（会社の決議を争う訴訟相互につきこのよう）。しかし、このような推論は本件では明かに困難である。訴訟物をいかに広く解しても、後述のように形式的に地番の境界線を定める形成訴訟（非訟事件）と所有権の確認訴訟とは、実質的、判断においても訴訟物が共通だとはいえないからである。そこで第三に、裁判上

における訴訟物以外の権利主張は、「裁判上の請求」には含まれないが、催告に準ずるもので、しかも裁判上の主張たる点で、裁判外の主張（催告）より強力な権利主張として催告より強い時効中断の効果をもつ（訴訟手続中は、六ヶ月の計算を停止す）

る。我妻「確認訴訟と時効中断」法協五〇（巻六号、七号）、特に一二五九頁参照。従って、この時効中断が当該権利自体についての新訴に維持されるのは当然ということになる（旧訴の取下を問題にする必要はない）。しかし、この立場では、裁判上の権利主張をすれば、裁判外の主張より何故

により強力な権利主張となるかは依然として明かでない（我妻教授自身、解釈上根拠なしと）。裁判上の権利主張について、これが訴訟物とならなくとも、少くとも訴訟の係属中には条件的に時効を中断する効果を認めるためには、いかなる点で催告に準じ、いかなる点で催告より強力な権利主張であるかの確定が必要となろう。

この点を明かにするためには、ひるがえって、時効中断事由としての「裁判上の請求」を訴訟物に限るとする見解の根拠を検討することが不可欠の前提となる。この立場をとる訴訟法学者の多くは、確定判決によって、継続した事実状態が法的に否定された点に時効中断の基礎があるという。訴の提起などの時にこの効果を認めるのも、この確定判決（既判力）の前提としての意味においてである（兼子「体系」一七八頁、齊藤民商四一巻二七四頁、野間「民事訴訟法」一七七頁、山田判例批評民事訴訟法第一巻三三八頁以下。但し、三ヶ月法律学全集三三二頁は時効中断の根拠を既判力でなく、紛争解決の申立をしたという事実を求める）。この判決の確定力に時効中断の効果の實質を認めることは、時効制度の本質を、一定期間の経過による証明の困難を容易にするための採証法則及至法定証拠とする立場とも一致するつまり、判決の確定力ほど強力な権利関係の証拠はなく、この点に時効中断の効果の根拠を認めるかである（吾妻「私法における時効制度の意義」法協四八巻二〇七頁、一五六、六六、一八八頁、舟橋）。ただ、この立場を貫けば、時効中「時効制度の本質」ジュリスト八号二頁、川島、民法民法総則、一六七頁以下など参照）。
 断の時点を、既判力の基準時としないで訴の提起の時とするのは一貫しないし（訴訟進行の遅速に左右される不都合を妨ぐためという）、裁判外の権利行使である催告についても、これが六ヶ月以内の訴の提起の前提及至手段となる限りで妻前掲参照）。催告した時点においては時効中断の効力が認められることの説明にも困る（以上は我妻）。したがって、民法が予定しているのは、確定的には確定判決による権利関係の確認を条件としながらも、その前提及至手段としての権利主張について一応時効中断の効力を認めているという立場ではなからうか。もしそうであれば、裁判上の訴訟物をなさない権利主張であっても、一定の範囲において、一定の条件の下で、時効中断の効果を認めることができよう。結論を先に述べるならば、第一に、訴訟物以外の権利主張でも、後にこの点を裁判上確定するための前提及至手段となっている限りにおいて、催告に準ずるのであり、第二に、この権利主張を含む訴の提起が、それ自体として、後にこの点を裁判上確定する前提及至手段となっている点において、催告より強力な権利行使であり、むしろ「裁判上の請求」に該当するとして、催告より強い効果を認めうる（判例(1)についての原島助教の立場に近い。原島「判例演習」二五八頁参照）。

二、右のような基本的態度からすれば、本判決は格好の事例を提供する。境界確定の訴が確認訴訟であるか形成訴訟であるかについては、従来判例の態度は必ずしも一貫しなかった（確認訴訟とする大審大正九年七月六日民一判決、民録三年三月五日民三判決、民録三七輯四一一頁があった）。しかし、判決により境界線を確定するについて、原告の主張する境界線に拘束されないという意味において、これを非訟事件ないし形成訴訟とする立場をとっているといえよう（大審大正十二年六月二日民連頁、大審昭和二年三月十日民二部）。そして、通説の主張するようにこの形成訴訟がもっぱら形式的に某地番と某地番との境界線を確定するにすぎないとすれば、隣接する所有権の帰属関係については何らの拘束的判断及至確定力を生じない。境界確定の訴における請求原因は、両地番の境界が不明であるかあるいは争われているということと充分である（難本「境界ノ訴ヲ論ズ」）。隣接地の所有権の主張は、境界確定の事実上の資料としてはともかく、法的には単に当事者適格を根拠づける主張にすぎない。このような権利主張が、時効中断事由たる「裁判上の請求」といえるであろうか。

もっとも本件判決においては、境界確定の訴と同時に所有権侵害に基づく損害賠償請求が併合されているので、この点で時効中断を認めたと考えうるとの指摘がある（瀬戸調査宮同判例評訳、法曹）。だが、こう解しても、所有権の主張は損害賠償請求の請求原因とはなっても訴訟物ではなく既判力も生じない。既判力の発生を根拠とした立場では、こゝでも時効中断を認めるのは困難であろう。ただ、判例(3)及び(4)は所有権に基づく引渡請求及び登記抹消請求の訴につき、所有権の取得時効中断の効力を認めた。そしてこの判例の立場が結果において妥当と思われるのは、所有権の判断が夫々の請求権の認定と不可分の関係にあるためであろうか。これらの訴訟と所有権に関する後の訴訟との間には

ツオイナーのいわゆる「目的論的意味関連」が存し、彼の見解ではこの場合の確定判決には理由中の判断であるにも拘らず所有権についても一定の確定力を生ずることになる（Zener, Die Objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, S.S. 11-12, 40-45.）。

もしこの見解が妥当であるとすれば、右の請求権の訴における所有権の主張は、これを「裁判上の請求」として、時効中断の効力を認めるに十分な権利主張であるといえる（独民法九四一）
（条参照。）

しかしながら、本件判決の先例と考えられる判例(2)には、このような所有権に基づく訴の併合はなく、もっぱら境界確定の訴につき所有権の取得時効を中断する効果を認めた事例であった。境界確定の訴の性質を地番の境界線を形成するに限る立場を貫けば、「裁判上の請求は民法の法意にそって広義に解べき」だとしても、なお広きにすぎないかとの疑いがある。同判例は、境界確定の判決が確定しても所有権自体については確定力を生じないが、境界は確定するから、これを越えた占有は違法なこと明かだとするが、それでは首尾一貫しない。けだし、境界を越えた占有が違法だというには、境界確定の判決が隣接する土地の所有関係についても、何らかの拘束的判断及至確定力を含んでいるとの前提に立っているからである。そこで、むしろ積極的に単に、行政区劃としての地番と地番の境界を確定することを目的とする境界確定の訴だけでなく、これと別に所有権の境界を確定するための境界確定の訴を認めることができるであろうか。できるとすれば、これは同一地番内の所有権の境界を定めることもできようし（この種の訴の場合には、取得時効の主張も考慮すべきことになり、大審昭和九年八月十日民五判決民集三三卷六一、一七頁と同じ立場となる。村松雑考二四八頁参照。兼子判例民訴法七六頁は反対）、各地番の帰属については争いなく、ただ境界線が不明である一般の事例では、地番の境界の確定は同時に所有権の境界の確定ともなることを認めうる。そしてこの種の訴の確定判決については、所有権の境界が確定するのであるから、そのいわば反射的な作用として、隣接所有権の帰属関係についてもある種の拘束力乃至確定力を認めることも、その非訟事件としての本質から見て一向に差

支えないのではあるまいか（同旨吾妻同判例評釈判例民）（なお共有物分割の訴訟についても）。こうした方が、殆んどの境界確定の訴において、主として所有権を推論させる双方の占有状態を考慮して境界を確定している現状（村松、雑考二）にも適していると思われる。もし仮に境界確定の訴をこのように解することができれば、判例(2)のように、これに時効中断の効力を認めることができる。しかしそのためには、更に充分な論証を要することになる。

そこで、仮に境界確定の訴には、判例(2)の事案では、取得時効中断の効果を認め難いとしよう。それでもなお、本件判決の結果を認める余地は存する。両者は事案を異にするからである。つまり、判例(2)では、境界確定の確定判決がなされて、数年後に、所有権に基き明渡請求権が訴えられたが、本件では境界確定訴訟の係属中に所有権確認の訴に変更されたのである（ここでは訴取下の解釈という難問を後述に譲）。後者の場合には、各地番の所有権の主張を伴う境界確定の訴につき、これが所有権確認の訴訟にうけつがれることを条件として、時効中断の効力を認めうると解する。その理由は、催告との関連で民法が認める時効中断の根拠に求められねばならない。そもそも、民法が催告につき六ヶ月内の訴の提起等を条件として時効中断を認めたのは、単に広く権利の主張あれば時効中断ありとしたのではなく、将来一定期間内にこの権利関係を訴訟上確定するための前提、及至手段として訴の提起と同質のものを認めただけならに他ならないと解する。けだし、時効中断の本質を、永年の事実状態の継続を破るためには単に権利主張だけでは充分でなく、これに続いてこの権利が公権的に確定されることを要求すると考えるからである。民法の時効中断に関する諸規定は、この限度内で時効中断の効果を認めているのである。境界確定の訴が所有権の主張を伴って提起される場合には、たとえこの訴で所有権が確定されなくとも、この権利の主張は単に当争者適格の基礎としてだけでなく、将来境界が一応明かになり、所有権の対象として確定できる見込がいついたときに、所有権確認乃至所有権に基づく返還請求を訴える前提乃至手段としての意味を含むと考えることができる。事実、多くの境界確定の訴の場合に

は、原告の意図としても、自己の所有地を不法に占拠する相手方を立退かせるために、先づ境界の確定を求める場合であろう。このような所有権訴訟の前提としての訴の提起に、「裁判上の請求」として時効中断力が認められたのであると解する。従って境界が一応明かになりその点について所有権の訴を提起できる見込がつくまで、この中断の効果は維持され、所有権訴訟の提起によって有効にうけつがれ、やがて確定判決によって確定的になることになる。境界確定の訴を、所有権確認の訴と別に民事訴訟として認める根拠として、「当事者が境界確定の訴を先に起して、先づ経界線を定めてもらった後に、所有権の確認の訴を起したとすれば、（中略）多くの場合おそらくは、直ちに所有権確認を起す場合よりも有利な判決を受けることになる」（村松、雑考）（二一九頁） ことを前提とすれば、右の取扱いは当然であろう。

同様のことは金銭債権の明示の一部請求についてもいえるであろう。判例通説は、金銭債権の成立及び額の立証が不確かな場合に、訴訟費用を節約するために、勝訴の見込がつくまでその一部についての試験訴訟を認めるが、これは国民の権利を保護するという政策的目的からして妥当であると思う（同旨、村松「金銭債権の一部請求」雑考七八頁以下、「法律学全集」一〇七頁）。ところで、判例(1)のように、一部請求の係属中に残部について拡張された場合、既に時効期間が経過しているとして残部の時効消滅を認めるとすれば、切角右手で与えた権利保護のための便法を左手で奪うことになる。このような試験訴訟において、百万円の債権中十万円を請求するという主張は、それ自体として残額九〇万円の権利主張を含み、やがてこれを訴訟において確定し実現するための前提であり手段である。この意味において、明示の一部請求の訴訟自体を、全額についての「裁判上の請求」として、その勝敗の見込が明かになるまでは、これに時効中断の効果を認めるべきであろう。この時効中断の効果は、判例(1)のように残部についての請求拡張によって有効に維持され、勝訴判決によって確定的となるのである（同旨原島前掲。藤田裁判官の少数意見も、その結論と推論の方向において、右のように理解することができる。）。右の結論が

是認できるとするならば、一部請求や境界確定の訴によって一旦生じた時効中断の効果は、その係属中に請求の拡張乃至所有権確認の訴が提起された場合にのみ維持されると限る必要もないことになる。というのは、本来この時効中断の効果は、残額や所有権の訴の見込がつくまでの暫定的なものであった。この見込が訴訟の係属中には明かとならず、確定判決をまたねばならぬ事情があれば、その後相当相間内に、夫々残額や所有権についての別訴が提起されても、時効中断の効果を持できるとする余地も考えられる（我妻教授の見解に近くなるが、六ヶ月内とする必然性はない。の不断的継続という構成をとらず、「裁」）。
 判上の請求」に当ると解するからである。

いずれにしても、訴訟上の権利主張を右の意味で「裁判上の請求」として、これに時効中断の効果認めるとは、単に広く権利主張だけでは不充分であり、更に、この権利主張を伴う訴の提起がそれ自体この権利関係を将来裁判上確定し実現するための前提乃至手段としてなされている限度でなければならぬことになる。このことが時効中断についての民法の諸規定の認める限界である^(三)と考える。従って、同様に訴訟上の権利主張であっても、「裁判上の請求」とするために、訴の提起に準ずるものであるを要し、単に「原告の主張に対する単純なる抗弁」にすぎないものはこれを含まないことになる（大審大正九年九月二十九日民^(三)三判民録二六卷一四三二頁）。又、原告の権利主張でも、これを伴う訴の提起が、後訴におけるこの権利実現の手段と考えられる場合に限り、単なる攻撃防禦方法としての権利主張では、「裁判上の請求」とはいえないとすべきであろう。訴の提起に準ずる点では、逆に、債権不存在確認の訴において、被告の債権につき「裁判上の請求」ありとして時効中断を生ずるのは、判例がいうように（大審昭和十四年三月二十二日、現に被告が債権の存在を拡弁として主張したときではなく、むしろ不存在確認の訴の提起されたときと解する立場（山田、判例批評民事訴訟「体系」一七九頁、三ヶ月「法律学全集」三三二頁。我妻法協五〇卷七号二九頁以下は反対））と考え方において共通である。この点では、時効中断ではないが、出訟期間に関する最近の最高裁判所の判決が示唆的である（最高昭和三十七年二月二十二日一小）。完地買収計画取消請求の訴にお

いて、買収対価の不当がその請求原因の一として主張されている場合には、予備的請求としての買収対価増額請求の訴は、出訴期間経過後に提起されたものでも、出訴期間遵守の点において欠くところがない。この場合には、国に對して右対価を争う意思は、実質的には、買収計画取消訴訟提起の時に既に表明されていたものと解しうるから、出訴期間の關係では、この予備的請求も取消訴訟提起の時から提訴されていたものと同様に取扱うのを相当とするからである。しかし、対価を争う意思の表明だけで充分であろうか。訴訟制度の上でも買収対価の不当を請求原因の一として主張する買収計画取消の訴が、やがて対価不当が明かになったときには対価増額請求に切変えるための前提としての一面をもっと認めうる限りでのみ、判決の結論が是認できると思う（鈴木、同判例評釈、民商四七卷四号参照。これに理由とされていないために、この点の主張は期間経過停止の理由とならぬとする。）

三、以上によって、訴の提起において一定の権利主張があるときは、この訴自体が、相当期間内に裁判上当該権利を確定ないし実現するための前提乃至手段である限りにおいて、「裁判上の請求」ありとして時効中断の効力を生ずるということを論証した。

これが催告と異なるのは、「裁判上の請求」として訴訟の終結まで時効中断の効果を持續すること及び訴訟におけるすべての権利主張を含むわけではないということである（訴訟における個々の権利主張を民法上の催告と解し、主張の時点から六ヶ月内に当該権利についての訴の提起あることを条件として時効中断の効果を認める余地は残されよう。但し、催告の繰返しは認められない。大審大正八年六月三十日判決民録二五輯一二〇〇頁）。しかし、ここで訴訟における権利主張を「裁判上の請求」と解することにより、「裁判上ノ請求ハ訴カ却下又ハ取下ノ場合ニ於テハ時効中断ノ効力ヲ生セス」とする民法一四九条との關係が問題になる。このような「裁判上の請求」としての権利主張に一旦認められた時効中断の効果も、訴の却下又は取下があれば、遡及的に失われることになるからである。従って、この一応の時効中断の効果が維持され決定的になるのは、同一訴訟内において当該権利を認容する確定判決（これに相当する認諾や和解調書）ある場合に限られる

ことになる(民法一七四、条の二参照)。これが訴の却下(実体的理由によ請求棄却を含む。大審明治四十三年四月十二日民二)や訴の取下以外にこの訴訟を終結させる唯一の方法だからである。とすれば、訴提起に伴って主張された権利関係が、同一訴訟内においてでなく、別の訴訟手続においてし、か確定されない場合には、この権利主張に時効中断の効果を認めることは全く不可能になるのであろうか。けだし、初めの訴訟は請求認容の判決なき限り、とも角も訴の却下、か取下によって終結させねばなるまいからである。

この点に関して、本件判決の引用する先判例(5)は、貸金債権訴訟中に、別に金銭債権臨時調停法によって、債権の一部認容の調停(同法四条により、裁判上)が成立した場合には、たとえ手続を異にしても、時効中断については当該訴訟事件において裁判上の和解が成立したと同視すべきだとして、この訴提起につき時効中断の効果を認めた。そして、既に訴訟の目的を遂げ単に当該訴訟を形式的に終了させるためになされた訴の取下は、訴訟の目的をとげずに裁判所に対して判決のされないことを求める訴の取下とはその本質を異にし、民法一四九条の趣旨からして同条の訴の取下には当たらないとした(大審昭和十八年六月二十九日、民一判民集二二卷五五七頁)。判旨の前段は、時効中断事由としての「裁判上の請求」たる権利主張は裁判上の確定を条件とするが、これは、必ずしも同一訴訟内においてなされる必要はないということであり、権利の主張が「裁判上の請求」として中断力をもつのは、結局権利関係の確立という点に基くとする立場から異論のないところである(吾妻、同判例批評、判例民。事法昭和十八年度三四件)。とすれば、訴提起に伴う権利主張が、たとえ判例(5)のように訴訟物とはされず、本件判決のように境界確定の訴における所有権の主張にすぎないときでも、この点が別に所有権確認訴訟で確定されるとすれば、この所有権の主張を「訴訟上の請求」として時効中断の効果を認めることも容易に是認できることであろう。そこで問題はもっぱら先例(5)の判旨の後段つまり、民法一四九条における訴の取下の評価に関する。この点で先判例(5)が本件判決と異なるのは、訴の取下が、一方では既に調停(和解)により訴訟目的をと

げた後になされたのに、他方では訴の（交換的）変更において更に（境界確定と異なる）所有権についての確認を求め
 るためになされた点である。つまり、本件判決における訴の取下は、旧訴たる境界確定の請求については、あくまで
 裁判所に対してこの点の判断を求めず、この点についての訴訟の終了を目ざす通常の訴の取下である。従って、本件
 判決がいうように、「裁判所の判断を求め断念して旧訴を取下げたとみるべきではない」というためには、
 「本件係争地域がXの所有に属することの主張は終結変ることなし」として、所有権の確定という目的に重点が置か
 れねばならない。境界確定の訴を所有権の限界を劃し、その帰属関係についても拘束力乃至確定力をもつとする見解
 に立たない限り、これと所有権確認の訴とを實質上何ら差異のない権利関係を目的とするものと考えすることはできな
 い（（原審は、「旧訴で形成される実体上の権利関係と、新訴で確認される権利関係とは、その間に殆んど何ら差異がない」点を重要
 な論拠とする。上告審判決がこの部分を除き「Xの所有に属することの主張は終結変ることなし」として原審を認めたのは重要
 である。））。そこで残された方法は、境界確定の訴における所有権の主張に「裁判上の請求」として時効中断の効果を認め
 るのは、これが所有権確認訴訟の前提であるという意味においてであるという立場だけであると思われる。ただし、
 この立場では、重要なことは、所有権の主張のもつ所有権確認訴訟の前提としての役割であり、境界確定の訴自体の
 運命は、この点にとってはそれ程決定的な意味をもたない。民法一四九条が訴の却下又は取下がある場合に時効中断
 の効果を否定する趣旨は、裁判上の権利主張に時効中断の効果を認めるには、この権利が裁判上確立されることを条
 件とするという点にあり、訴の取下又は却下ある場合には一般にその余地がないと考えたためであると解する。とす
 れば右の場合には、所有権の主張の点については、まさに裁判上の確立が予定されている場合に他ならない。所有権
 確認の訴への交換的変更における旧訴の取下は、この点に着目すれば、まさに形式的であって、「裁判所の判断を求
 めることを断念して旧訴を取下げたものとみるべきではないから、訴の終了を意思する通常の訴の取下とはその実質
 を異にする」ことになる。以上のような推論を通じて初めて、本件の如き訴の交換的変更（旧訴の取下）が、民法一

四九条の訴の取下に当たらないとする結論が正当化されると考える。

注(一) 少数意見は、従来の判例も、「裁判上の請求」は必ずしも訴の提起たるを要せず、訴訟においてその権利の存在を主張するをもって足るとし、又必ずしも訴訟係属と必然的な関係にあるものと見ていないことを示すために次の判例をあげる。(イ) 船沈没によって生じた損害について、沈没当時の船舶価格を基礎とする積極的損害賠償の請求の訴は、価格騰貴及び使用不能による利益喪失の消極的損害賠償債権の消滅時効を中断するとする判例(大審大正十一年七月十日民二二、(ロ) 債権不存在確認訴訟において、被告として債権の存在を主張することも、「裁判上の請求」に準ずるものとして時効中断の事由とする判例(大審昭和十四年三月二十二日、民聯判民集一八卷二三八頁)。(ハ) 保険契約関係確認の訴の提起は、その後生じた保険事故に基く保険金請求権の時効を中断するとした判例(大審昭和五年六月二十七日、民二判、民集九卷六一九頁)。

注(二) この点の問題が解決するならば、「この見解は多数の同調を得るに難くない」として、民法一四九条や一五七条二項との関係で論理的に生ずる問題を指摘するものとして、金銭債権の明示の一部請求と時効中断についての判例批評、川添調査官、法曹時報一一卷四号七六頁。三淵調査官、法律時報三一卷七号七〇三頁参照。これらの点につき、原島「一部の請求と時効中断」判例演習(民法総則)二五九頁以下参照。なお、本件判決は、民訴二三五条との関係での上告理由に直接には答えていない。この点については、判例(1)の藤田裁判官の少数意見の説明が参考になる。

注(三) 大審院判決(注(一)の(ハ)の判決)は、基本的法律関係存在確認の訴は、この基本的法律関係より発生した権利を、実現する手段であるため、この手段をとった以上は権利の上に眠るといふことはできず、この権利の消滅時効を中断するとするが、これはまさに本文の考え方と共通である。もっとも、この判例を詳細に見れば問題は残る。つまり、基本的法律関係とされる保険契約存在確認といっても、これは単に事実関係にすぎず、法律上は、事故発生を条件として生ずる債権(事故不発生の場合には満期債権)の期待権と考えて、初めて確認訴訟の対象となる。してみれば、係属中に事故が発生した以上、この期待権は現実に債権となり、裁判所は釈明してこの債権の確認訴訟に訴を変更するか否かを明かにすべき事例であろう。