

[ ← | [目次](#) | [文献略語](#) | → ]



民事訴訟法講義

## 訴 え 2

関西大学法学部教授  
栗田 隆



### 4 訴え提起後の措置（137条－139条）

#### 文献

- [栗田\*2013a] = 栗田隆「文書提出命令の機能の拡張 —— 文書作成命令等を含む提出命令と 訴訟係属前の提出命令 ——」 関西大学法学論集62巻4=5号（2013年1月30日）553頁－591頁

#### 4.1 訴状審査（[137条](#)）

訴状が提出されると、予め定められた基準に従って、事件が裁判機関（合議体または単独裁判官）に配点される[3]。裁判機関が合議体の場合には、そのうちの一人が裁判長となる。単独裁判官の場合には、その裁判官が裁判長の職務を行う。訴状は被告に送達されるべきものであるが、送達前に、裁判長が必要的記載事項が記載されているかを審査する。

裁判長の権限とされた理由として、次のことをあげることができる：訴状送達前の段階では裁判所\*・原告間の訴訟法律関係のみが存在すること（訴状送達後は、被告を含めた三者間で訴訟法律関係（訴訟係属）が生じ、裁判所（合議体）が訴えについて裁判するとの原則がある）；訴状に必要的記載事項が記載されているか否かの審査は、比較的形式的な事項の審査であること；裁判長が訴状に不備がないと判断し、訴状が被告に送達された後でも、合議体が訴状に不備があると判断すれば、合議体は140条により補正を命じ、補正されない場合には判決により訴えを却下することができること（したがって、裁判長は、判断に迷う場合に、合議体の判断に委ねることもできること）。

注\* この裁判所は、合議体と裁判長を区別しない意味での裁判所である。

#### 補正の促し（[規56条](#)）

審査の対象となるのは次の事項であり、不備がある場合には、裁判長は原告に補正を促す。裁判所書記官に命じて補正を促すこともでき、通常そうしている（[規56条](#)）[31]。

- a. 訴え提起の手数料相当額の収入印紙の貼付（民訴費用法3条）
- b. [133条](#)2項所定の事項（必要的記載事項）[22]
- c. 規則で記載すべきとされている事項（準必要的記載事項）

**被告情報の入手についての裁判所の協力** 原告が相当の努力をはらったにもかかわらず被告の住所・居所・最後の住所（以下「住所等」という）を把握することができないために訴状の記載に不備が生じている場合には、裁判所は、原告からの求めがあれば、次のような方法で、被告の住所等の情報の入手について、原告に協力をすべきである。

- 151条1項6号の規定による調査の囑託（[186条](#)） 151条は、規定の位置からしても、本来は訴状送達後に適用されるものであるが、同条1項柱書の中の「訴訟関係」の中には「被告を特定するのに必要な情報」を含めてよく、その適用範囲を訴状送達前の段階に拡張すること（類推適用）も許されよう[41]。
- 文書提出命令 文書提出命令に関する規定（[219条](#)以下）の適用範囲を訴状送達前の段階に拡張して、第三者に対して、被告の特定に必要な情報を記載した文書の提出を命ずること（同

条の類推適用)も許されるべきである(〔栗田\*2013a〕)。

### 訴状の補正命令と却下命令(137条)[30]

原告が上記aとbについて補正の促しに応じない場合など訴状が補正されるべき状態にある場合には、裁判長は補正命令を発する(137条1項)[9]。原告が補正命令に応じない場合には、裁判長が訴状を却下する(137条2項)。裁判長の訴状却下命令に対して、原告は即時抗告をすることができる(137条3項。抗告状には却下された訴状を添付する。規57条)[11]。補正命令の当否は、訴状却下命令に対する即時抗告の中で判断すれば足りるので、補正命令に対する独立の不服申立ては認められていない。

一般に、手数料不納付の申立書であっても、上級審において追納されれば当初に遡って有効となる[36]。したがって、手数料の納付を命ずる裁判長の補正命令を受けた者が、当該命令において定められた期間内にこれを納付しなかった場合においても、その不納付を理由とする却下命令が確定する前にこれを納付すれば、その不納付の瑕疵は補正され、申立書は当初に遡って有効となる[37]。この理は訴状にも妥当する[38]。同様なことは、申立書の記載内容の補正を命ずる裁判にも妥当すると解すべきである。

## 4.2 第1回口頭弁論期日までの手続

### 第1回口頭弁論期日前における参考事項の聴取(規則61条)－原告側

訴状審査に並行して、裁判長は原告から訴訟進行に関する参考事項を聴取する。例えば、〔最高裁\*1997b〕48頁に挙げられた「訴訟進行に関する照会書」では、次の事項が聴取される。

- 被告について 郵便による送達の見込み、公示送達の見込み、被告出頭の見込み。なお、被告への送達場所(103条)について情報を求めることも有益であろう。
- 事案について 被告との事前交渉の有無[10]
- 進行について 文書送付の嘱託(226条)等の申請予定の有無、和解の希望の有無。なお、和解の希望・見込みを聴取項目とすることについては、慎重論もあるが、肯定してよい。
- その他 具体的内容は、各裁判所のローカル・ルールとして定められる。

この聴取は、裁判所書記官に行わせることができる(規則61条2項)。これらの聴取事項を参考にして、裁判所は、実質的に争いのある事件とそうでない事件とをある程度まで振り分け、後者については調書判決(254条)で裁判することを前提にして手続進行の予定を立てることができるようになる。

### 訴状の送達(138条)

訴状審査に合格すると、被告に訴訟の開始を確実に知らせるために、送達(98条以下)という特別な方法で、訴状が被告に送り届けられる(138条1項)[25]。訴状の送達は、原告から提出された訴状副本(訴状の写し)によってなす(規58条1項)。訴状と共に、訴状の添付書類の写しも一緒に送るのが通常である。訴状が送達できない場合には、裁判長は補正命令を発し、補正されなければ訴状を却下する(138条2項・137条)。送達不能の理由としては、次のことがある。

- 被告の現在の住居所の不明等 ただし、この場合には、原告は裁判所書記官に公示送達を申し立てることができる(110条1項。訴状の公示送達は職権(110条2項)でなされるべきものでないことに注意(〔注釈\*1993a〕609頁(下田))。
- 送達費用の予納がないこと
- 被告が日本の裁判権に服さないこと

### 第1回期日の指定と期日への呼出し(139条)

訴状を却下する場合を除き、裁判長は、速やかに口頭弁論の期日を指定して、当事者を呼び出す(139条)。ただし、次の場合は、この限りでない。

- 事件を弁論準備手続に付す場合 なお、弁論準備手続に付すか否かの振り分けは、第1回口頭弁論期日を開いてから行うのが原則であり、第1回口頭弁論期日を経ることなく弁論準備手続に付すためには、当事者に異議がないことが必要である(規60条1項ただし書内のカッコ

- 書)。
- 書面による準備手続に付す場合 第1回口頭弁論期日前にすることについて、「当事者に異議がないときに限る」との制約はない。

最初の口頭弁論の期日は、特別の事情のある場合を除き、訴え提起の日から30日以内の日に指定しなければならない(規60条2項)。被告に対する期日の呼出状は、訴状とともに送達するのが通常である。訴訟代理人のいる原告に対しては、電話により連絡して確認のファックスを送り返してもらおうといった、簡易な呼出方法がとられることが多い(94条1項の「その他相当と認める方法」と2項「期日の呼出しを受けた旨を記載した書面」の提出。後者の書面は、実務では、「期日請書」と呼ばれる)。

**答弁書の提出期間の指定と告知(162条)**

裁判長は、被告の最初の準備書面である答弁書の提出期間を指定する(162条。事案により異なるが、たとえば、第1回口頭弁論期日の1週間前)。提出期間の告知は、通常は、期日呼出状に記載して、訴状副本と共に被告に送達する方法により行われる。第1回口頭弁論期日を指定しないで、書面による準備手続に付した場合には、別の方法で答弁書提出期間を告知することになる。

**第1回口頭弁論期日前における参考事項の聴取(規則61条) - 被告側**

被告側についても、必要に応じて、参考事項の聴取を行う。第1回口頭弁論期日への出頭の予定、和解の希望などが聴取の対象となる。

## 5 訴え提起の効果 - 訴訟係属

### 文献

- [井上\*1971a5b] = 井上直三郎「訴訟の繫属時点」『破産・訴訟の基本問題』(有斐閣、昭和46年)81頁。初出は、法学論叢23巻1号(昭和5年)。
- [井上\*1971a5c] = 井上直三郎「再び訴訟の繫属時点について---細野、野中の両氏に答ふ」『破産・訴訟の基本問題』(有斐閣、昭和46年)89頁。初出は、法学論叢23巻6号(昭和5年)。

### 5.1 訴訟係属の意義と効果

**訴訟係属の位置付け**

訴え提起の最大の効果は、裁判所がそれを無視することは許されないということである。国民から訴えが提起されたにもかかわらず、裁判所がそれを無視すること(司法拒絶)は、憲法32条違反である([小山\*1998a]88頁)。裁判長が訴状を無視することも、司法拒絶であり、許されない。国民の司法に対する信頼の第一歩は、ここにある。

訴え提起の効果には、次のものがある。

	訴状提出の時点で生ずる効果	訴状が被告に送達された時点で生ずる効果
実体法上の効果	◆期間遵守の効果(147条) <ul style="list-style-type: none"> <li>● 時効完成猶予の効果(民法147条1項1号)</li> <li>● 法律上の期間(出訴期間その他の除斥期間)の遵守(民法201条・426条・745条・746条・747条2項・777条・787条ただし書、会社法828条1項・831条1項・832条、民訴法342条1項・2項、行訴法14条・40条、公職選挙法203条1項など)*</li> </ul>	◆善意占有者の悪意擬制(民法189条2項) ◆手形法上の償還請求権の消滅時効の進行開始(手形70条3項・77条1項8号)
		◆訴訟係属の発生 ◆訴訟係属の発生に伴う効

<p>訴訟法上の効果</p>	<p>◆裁判所と原告との間の訴訟法律関係の発生</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● 裁判所は訴状を無視できない（裁判長が訴状を審査する）。</li> <li>● 手続進行のために適切な措置をとらなければならない（<a href="#">137条</a>以下）。</li> </ul>	<p>果</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● 裁判所の審理・裁判義務</li> <li>● 請求の趣旨・原因の変更は、<a href="#">143条</a>の規制に服す</li> <li>● 訴訟告知（<a href="#">53条</a>）や反訴の提起（<a href="#">146条</a>）など、訴訟係属を前提とした訴訟行為が可能となる</li> <li>● 重複訴訟の禁止（<a href="#">142条</a>）</li> <li>● 当事者照会をなしうる（<a href="#">163条</a>）</li> </ul>
----------------	--	--

注＊ 出訴期間の遵守は、職権調査事項である（最判昭和35年9月22日民集14巻11号2282頁（自作農創設特別措置法47条の2の出訴期間について））。それゆえに訴訟上の効果と理解すべきであるとする見解もある（〔中野＝松浦＝鈴木\*新民訴v3〕185頁注1〔堤龍弥〕）。他方、伝統的な見解は実体法上の効果と位置づけている。訴訟政策上の理由に設けられた期間については、その遵守は訴訟法上の効果に分類すべきであろうが、ここでは便宜的に一律に実体法上の効果に分類した。

### 訴訟係属の意義

訴状が被告に送達されることにより、訴訟は被告を巻き込んだ新しい段階に入る。この段階に入ったことを「裁判所に訴訟が係属した」という[\[40\]](#)〔[CL1](#)〕。訴訟係属後は、裁判長ではなくて裁判所が事件を審理し、判決で裁判する（例外は[141条](#)）。

### 実質的定義から形式的定義へ

訴訟係属の定義の仕方には、次の2つがある。

- A. 実質的定義 裁判所が事件について審理・裁判すべき状態を訴訟係属という[\[1\]](#)。事件の中核をなすのは訴えであり、第一審においては、訴訟係属は、裁判所が訴えに対して法で定められた手続を経て裁判（原則として判決、例外的に決定）でもって応答すべき状態を意味する。上訴審においては、上訴に対して応答すべきことが訴訟係属の内容に追加される。
- B. 形式的定義 訴状が被告に送達されることにより、訴状に記載された事件（紛争）について、裁判所と両当事者間に訴訟法律関係が成立し、この法律関係が存続している状態を訴訟係属という（〔伊藤\*民訴v3.2〕189頁）[\[6\]](#)。

伝統的な定義は、実質的定義である。この講義でも従来（1999年6月28日まで）は、実質的定義を採用してきた[\[5\]](#)。しかし、実質的定義では、次の2点を簡潔に説明することができない。

- 第一審裁判所が判決を言渡した時点で第一審裁判所の審理・裁判は終了しているのだから、実質的定義では、訴訟係属は消滅することになるはずであるが、通常はそのようには考えない。判決言渡し後も上訴期間内は、第一審裁判所に訴訟が係属し、上訴提起により訴訟係属が上訴審に移転すると説明されている[\[7\]](#)。
- 実質的定義では、訴訟係属により始めて裁判所が事件について審理裁判すべき状態が成立するので、それ以前に裁判所が事件について判決することはできない。そして、訴訟係属の発生時点は訴状送達の時点である。したがって、裁判所が140条により訴えを却下する場合でも、訴状を被告に送達してからすべきことになる。ところが、[最高裁判所平成8年5月28日第3小法廷判決（平成7年（行ツ）第67号）](#)は、訴状を被告に送達せずに訴えを判決により却下できる場合があることを認めた。

以上のことを考慮すると、「裁判所が事件について審理・裁判すべきこと」を訴訟係属概念の中に含めることをやめて、訴訟係属の効果の一つと位置付ける方が、説明が簡潔となる。



## 効 果

訴訟係属の主要な効果は、次のことである。

- 裁判所は訴えに対して審理し、判決により応答すべきである。訴訟係属の最も重要な効果である。ただし、裁判所の判決権限は、訴訟係属後にのみ発生するものではない。訴訟係属前でも、不適法な訴えであることが明白で、被告を訴訟法律関係に加えるまでもなく訴えを却下すべき場合には、裁判所は判決で訴えを却下することができる。
- 重複起訴の禁止 訴訟係属後は、原告のみならず被告も同じ事件について別訴を提起することができない（[142条](#)）。2人の当事者が同じ事件について同時期に訴えを提起する場合に、訴状提出の時を基準にするのではなく、訴状の送達の時を基準にして、いずれの訴えが重複起訴にあたるかが判定される。すなわち、後で提起された訴えではなく、後で訴訟係属が発生した訴えが重複起訴となる。
- 請求の趣旨・原因の変更は、訴えの変更になり、[143条](#)の規制に服する。訴状送達前であれば、単なる書直しであり、143条の規制に服さない。
- 反訴の提起、訴訟告知などをなす。ただし、それぞれ時期的な制限がある。
- 当事者照会をなすことができる（[163条](#)）。当事者照会制度の濫用を防ぐために、訴訟係属前の当事者照会は認められていない。なお、提訴前の資料収集を容易にするために、異なる要件規制の下で、提訴前における照会の制度（[132条の2](#)以下）が設けられている。

## 5.2 訴訟係属の発生・移転・消滅

### 訴訟係属の発生時期

形式的定義に従えば、訴状送達時が訴訟係属の発生時点であることは、訴訟係属概念の定義の一部である。

しかし、実質的定義に従えば、かならずしもそうではない。次のような見解の対立がある。

- 訴状送達時説 訴状が被告に送達された時とする説。これが現在の通説である[17]。
- 問題区分説 起訴に結びつけられる個々の効果から帰結して個別的に論じるべきで、これと離れて抽象的一般的に論じる実益はないとする説（[新堂\*1998a] 193頁）。
- 訴状提出時説 原告が裁判所に訴状を提出した時とする説。かつて主張された見解であり、現在では支持者はいない。

実質的定義に従った場合には、訴訟係属の時点論ずる主要な意義は次の点にあり、いずれの点からも訴状送達時説が妥当である。

- 裁判長と裁判所の役割分担 訴訟係属前は裁判長が対応し、訴訟係属後は裁判所が対応する。裁判所が訴えに対して判決で応答するためには、口頭弁論を開かなければならないのが原則である（[87条](#)参照）。その前提として、被告に訴状が送達されていることが必要であり、訴状送達前には訴訟係属を認める必要はない。訴状送達前には裁判所・原告間の関係しかないから、裁判長が形式的事項に不備がないかを審査し、不備があった場合に原告がそれを是正しないことを理由に手続を終了させる措置（訴状却下命令）を裁判長がとるのである。
- 重複起訴の禁止 前述（5.1）の説明参照

### 訴訟係属の移転

訴訟係属は、次の事由により他の裁判所に移転する。

- 移送 同級審への移転（[16条](#)以下[8]）、または、上級審から原審・原々審以外の下級審裁判所への移転（[309条](#)・[325条](#)1項）。
- 上訴 上級裁判所への不服申立て（[281条](#)の控訴・[311条](#)の上告）により、訴訟係属は上級審へ移転する。
- 差戻し 上級裁判所により原判決が取り消されあるいは破棄されて差し戻されると、訴訟係属は下級審（取り消され又は破棄された裁判をした裁判所）に移転する。

### 訴訟係属の消滅

訴訟係属は、次の事由により、訴えに対して裁判所が応答する必要が確定的になくなった時に消滅す

る[2]。

- 訴えに対する判決の確定 訴訟係属が消滅するのは、判決言渡しの時ではなく、訴えに対する判決（本案判決あるいは訴訟判決）が確定する時である。なお、上告審判決は言渡しと同時に確定する。第一審判決・控訴棄却判決・上告棄却判決の流れの場合には、上告審判決が確定すると同時に控訴審判決が確定し、これと共に第一審判決も確定することにより訴訟係属が消滅する。第一審裁判所が終局判決を下せば、第一審裁判所における手続は終了するが、上訴の余地がある限り事件はなお第一審裁判所に係属し、上訴の提起により、訴訟係属が上級審に移転すると考える（[兼子\*1967a] 173頁）。
- 訴え却下決定（141条）の確定
- 訴えの取下げ（261条） 訴えの取下げにより訴訟係属が遡及的に消滅する（262条）。取下げ前に下された判決で未確定のものは、取下げにより効力を失う。
- 訴訟上の和解あるいは請求の放棄・認諾の調書への記載（267条）

### 5.3 裁判所による応答

訴状送達により被告との間にも訴訟法律関係が発生（訴訟係属が発生）する。その後は、裁判所が原則として判決により応答する（例外は141条・345条）。裁判長による訴状却下は、もはや許されない。例えば、訴状に申立手数料相当額の印紙が貼用されていない場合、あるいは訴訟物が特定されているとはいえない場合でも、訴訟係属発生後は、裁判所が補正を命じ、補正されなければ判決で訴えを却下する。

もっとも、訴状が実際には被告に送達されていなくても、裁判所が被告に送達されたと認めれば、口頭弁論が開始され、被告不出頭のまま原告勝訴判決が下されることがある。この判決は、上訴（上訴期間経過後は上訴の追完）または再審の訴えにより取り消される余地が広い（338条1項3号の類推適用）。しかし、訴状が被告に送達されていないことを理由に当然に無効になるわけではない。

#### 訴訟係属発生前の訴え却下判決

訴状に必要な記載事項が記載されていて、申立手数料も納付されており、訴状を却下すべき事由がない場合には、裁判所が訴えに応答することになる。この場合に、原告の訴えが被告の主張を聴くまでもなく不適法であることが明白であり、原告の訴訟活動により適法とすることが全く期待できないときには、裁判所は、訴状を被告に送達することなく訴えを却下することも許される（140条により口頭弁論を経ずに却下する。最高裁判所平成8年5月28日第3小法廷判決（平成7年（行ツ）第67号）[4]）。訴状の被告への送達は、被告に应诉させるためになされるのであり、被告が应诉する必要のない不適法な訴えについて、訴状送達の必要はなく、また、送達すれば、被告に無用な負担（特に精神的負担ならびに弁護士への訴訟委任の負担）を課すおそれがあるからである。この訴え却下判決は、訴訟法律関係が裁判所と原告との間でのみ生じている段階でなされるので、被告に送達しなくてもよい[18]。前掲最判は、次のような事件において、この取扱いを肯定した：通算老齢年金の支給裁定の変更を求める請求を棄却した第一審判決が上告棄却により確定した後で、その訴訟の原告が、再審事由に相当する事実を主張することなく確定判決無効確認の訴えを提起した事件である。

## 6 重複起訴の禁止（142条）

### 文 献

- [中野\*2001a4] =中野貞一郎「一部請求論の展開」民事訴訟法の論点 II

#### 初めの1歩

XがYを被告にして、ある不動産について所有権確認の訴えを大阪地裁に提起した（第1訴訟）。その訴状がYに送達された後に、YがXを被告にして、その訴訟の係属中に、同一不動産について所有権確認の訴えを東京地裁に提起した（第2訴訟）。

- Yは、第2の訴えを提起する必要ないし利益があるか。
- 第2の訴えを適法として審理・裁判することを許せばどのような問題が生ずるか。
- 第2の訴えを適法として審理・裁判することは許されるか（142条）。
- 第2の訴えは、どのように処理されるか。

- 第2の訴えについて先に本案判決が下されて確定すると、第1の訴えはどうか。

## 6.1 制度趣旨

裁判所に係属する事件について当事者は、更に訴えを提起することができない（[142条](#)）。根拠：

- 訴訟経済（異別の訴訟手続で重複審理するという無駄の防止）
- 既判力のある判断の矛盾の防止
- 二重に訴訟追行することを強いられることになる後訴の被告の不利益の防止（前訴の原告が後訴の被告となる場合も含める\*）。ただし、この根拠はそれほど重要ではなく、時に省略されることもある[20]。

\* この講義では、従前（1999年11月30日以前）は、制度根拠 c を「二重に应诉することになる被告の不利益の防止」と説明し、前訴の原告が後訴の被告となる場合については妥当しないと説明してきたが、妥当範囲を根拠aやbとできるだけそろえるために、説明を変更することにした。

どのような場合に上記の制度趣旨が妥当するかを、場合を分けて考えてみよう。

	別の訴訟手続で審理されるように訴えを提起する場合（別訴の場合）	同じ訴訟手続で審理されるように訴えを提起する場合（訴えの追加的変更あるいは反訴の場合）
原告が重ねて同じ内容の訴えを提起する場合	3つの制度趣旨が妥当し、重複起訴の禁止に違反する。 原告は二重に勝訴判決を得る利益を有しないという理由でも訴えは不適法であり、却下される。	3つの制度趣旨は妥当しない。 しかし、原告は二重に勝訴判決を得る利益を有しないので、後の訴えは却下される。
同一不動産について、XがYに対して所有権確認の訴えを提起した後で、YがXに対して所有権確認の訴えを提起する場合（設例の場合）	3つの制度趣旨が妥当し、重複起訴の禁止に違反する。 同一の訴訟手続で審理されるための措置がなされなければ、後の訴えは却下される。	3つの制度趣旨は妥当しない。また、Yはこの訴え（反訴）を提起する必要があるため、後の訴えは許される。

## 6.2 要件

[142条](#)の適用要件は、次の3つに分けることができる。

(a) **主観的要件** 当事者が同一であること。当事者が異なれば、原則として既判力の抵触のおそれはなく、また、二重应诉による被告の不利益も問題とならない。しかし、当事者が異なっても、115条1項2号等により既判力が拡張される場合には、既判力ある判断の矛盾が生ずる可能性があり、また二重に審理する必要はないので、主観的要件は充足される。

(b) **客観的要件** 係属中の事件と同一の事件であること。これについては、次の3つの見解がある。2番目の見解が現在の通説と見てよいが、3番目の見解も有力である。

- 訴訟物が同一であること。
- 訴訟物たる実体法上の権利または法律関係が同一ないし密接に関連すること（同一物に対する紛争当事者双方からの所有権確認請求）。
- 請求の基礎（143条）[19]が同一であるか又は主要な争点が共通すること（[新堂\*1998a] 195頁）、あるいは、請求の基礎となる社会生活関係が同一であり主要な法律要件事実を共通にすること（[伊藤\*民

### 用語上の注意

この講義では、客観的要件について、「事件の同一」という用語を用いた。これに対して、重複起訴禁止の要件を「事件の同一」とした上で、客観的要件について次の用語を用いている教科書もある[16]。  
「訴訟物の同一」  
「事件の対象の同一」  
「審判の対象の同一」



訴] 183頁)。

(c) 後訴の提起態様 係属中の訴訟とは別個の訴訟手続で審理される結果をもたらす訴え(別訴)であること(独立の訴えでも、別訴訟における訴え変更による新訴・反訴でもよい)。もっとも、この要件は無視されることが多い[34]。次の点に注意が必要である。

- 重複起訴の禁止は、異なる訴訟手続での重複審理を禁止するものである。同一訴訟における反訴あるいは訴えの変更は、係属中の訴訟手続内での審理をもたらす、したがって重複審理や判断の矛盾を生じさせないので、142条の対象外となる。しかし、同一訴訟手続内で審理される場合であっても、同一原告が重ねて同じ訴えを提起するような場合には、訴えの利益がないので、却下される[13]。
- ある訴訟の終了後に同じ事件について訴えを提起する場合には、重複起訴の禁止の問題ではなく、既判力あるいは訴えの利益や訴訟の蒸返し禁止の法理の問題である。

既判力ある判断の矛盾の防止という制度趣旨の点から、上記(a)(b)の要件を見ておこう。例えば、冒頭の設例において、大阪地裁がXの請求を認容する判決を下し、東京地裁もYの請求を認容する判決を下し、両判決がこの順番で確定したとしよう。その後にXが当該不動産について所有権に基づく明渡請求権を主張して、明渡しの訴えを提起した場合に、最後の訴訟の裁判所は、「Xに所有権がある」という判断と「Yに所有権があり、同一物に二重に所有権は存在しないから、Xに所有権がない」という矛盾した判断に拘束されることになる、裁判ができなくなる。そこで、確定判決の既判力の維持のために、[338条](#)1項10号が、後で確定した判決が前に確定した判決と抵触することを再審事由としている。後で確定した判決は、再審の訴えにより取り消されるべきである。しかし、再審の訴えにより取り消されるまでは、後で確定した判決が先に確定した判決に優先するという原則が解釈により採用されている。ともあれ、こうした混乱を回避することが[142条](#)の制度の趣旨の一つである[23]。逆に、既判力が及ばない者の間の訴訟には142条は適用されない(例えば、XがYに所有権確認の訴えを提起するとともに、ZもYに所有権確認の訴えを提起する場合)。重複審理の無駄を省くという意味では、併合審理が望ましいが、各当事者の行動の自由も尊重されなければならない。[39条](#)参照)。

複数の請求が密接に関連する場合でも、異種の訴訟手続で裁判されるべき請求については、別訴が許される(ただし、訴えの利益の有無が問題にされることがある)。例:

- 同一内容の標章についてXとYの双方が別個に商標権の登録を受けている場合に、その標章を使用しているXからの請求に基づきYの商標登録を無効とする審決が下され、これに対しYから審決取消しの訴えが提起され、その訴訟(行政訴訟)が係属中であっても、Yは、Xの商標権の不存在確認および抹消登録手続の請求(民事訴訟)をすることができる([最高裁判所 昭和39年11月26日第1小法廷判決](#)(昭和38年(オ)第491号))。

### 6.3 いくつかの例

(a) 訴えの利益の不存在 次の場合には、別訴の提起も、訴訟係属中の新訴の提起も許されない。第2の訴えで得ようとする利益は、第1の訴えで勝訴することにより得られるから、第2の訴えには、訴えの利益がないからである。

- 給付訴訟の係属中における、被告からの給付義務不存在確認の訴え

(a') 債務不存在確認訴訟の係属中に、その被告からの同一債務の給付の訴えが提起された場合かどうか。判例は、適法に提起された先訴の訴えの利益が後訴の提起により消滅すると解している([最高裁判所 平成16年3月25日第1小法廷判決](#)(平成13年(オ)第734号,平成13年(受)第723号)[29](ただし、反対の見解もある)。債権者が給付の訴えを反訴の形で提起する場合には、この解決でも不当な結論が生ずることはない。しかし、債権者が給付の訴えを別訴で提起する場合はどうか。債務不存在確認訴訟の審理がかなり進んでいる場合、特に第一審の請求認容判決に対して控訴が提起された後で、債権者が別訴を提起する場合は問題になる。この場合に、給付の訴えが提起されたことを理由に、債務不存在確認の訴えを単純に却下することは明らかに不当である。債権者は、給付の訴えを反訴の形で提起すべきである。それを強制するためには、まず142条が適用される



とすべきであり、その上で、反訴の形で提起された給付請求について本案判決がなされることにより、債務不存在確認の訴えは、訴えの利益が確定的に消失するので却下されるべきものとなる、と説明すべきである。なお、給付請求の反訴が何らかの理由で不適法として却下される場合があることを考慮すると、債務不存在確認請求の本訴の却下の裁判は、反訴についての本案の裁判とともに、一つの判決の中ですべきである。

(b) 別訴の禁止 次の場合には、係属中の訴訟における新訴の提起 (143条以下の訴えの変更・中間確認の訴え・反訴の提起) は許されるが、別訴の提起は許されない。

- 所有権確認訴訟の係属中における、被告からの所有権確認の訴え
- 所有権に基づく引渡請求訴訟の係属中における、原告または被告からの所有権確認の訴え

(c) 別訴の許容 次の場合には、多数説によれば、別訴も許される。

- 所有権に基づく引渡訴訟において賃貸借の抗弁を提出した被告が提起する賃借権確認の訴え。ただし、別訴ではなく反訴によるべきであるとする見解も有力である ([新堂\*1998a] 196頁など)。

## 6.4 相殺の抗弁が関係する場合

### 単純相殺 (非予備的相殺) の場合

被告が原告主張の債権を認めて相殺する場合に、その相殺に供されている反対債権を別訴で訴求することは許されない。相殺についての判断は理由中の判断であるが、相殺を認めて請求を棄却する場合でも、反対債権の不存在を理由に請求を認容する場合でも、相殺に供された債権の不存在について既判力が生ずるからである (114条2項)。

### 予備的相殺の場合

被告が相殺の抗弁を予備的になすとともに、同一自働債権を別訴により訴求することが重複起訴の禁止に触れるか否かについては、争いがある[R35a]。原告の訴求債権が当初から不存在あるいは弁済により消滅していると判断され、相殺の抗弁について判断する必要がないこともあるからである。次の2つに場合分けされる[15]。

#### 抗弁先行・別訴後行型

被告が原告の債権を争いつつ予備的に相殺の抗弁を提出し、その後に自働債権を別訴で訴求する場合。
(1) X----->Y 予備的相殺の抗弁
(2) X<-----Y 自働債権を訴求：これは許されるか？

#### 別訴先行・抗弁後行型

先に係属した別訴で訴求中の債権を、後で相手方が提起した訴えにおいて、予備的相殺の自働債権に供する場合。
(1) X<-----Y 自働債権を訴求
(2) X----->Y 予備的相殺の抗弁：これは許されるか？

後行の別訴または抗弁が許されるかについて、見解は次のように分かれている。

- A. 全面否定説 抗弁先行型、別訴先行型のいずれにおいても、142条を適用ないし類推適用して、後行の別訴あるいは抗弁は許されないとする見解。相殺が予備的に主張されているとしても既判力の抵触の可能性のあること、審理の重複が生ずることを理由とする。
- B. 全面肯定説 抗弁先行型、別訴先行型のいずれにおいても、142条の適用も類推適用も否定して、後行の別訴あるいは抗弁は許されるとする見解。判決で斟酌されるかどうか不確定な反対債権につき重複起訴の禁止に準ずる制限を設けることは、被告の防御の自由を実質的に害する結果となることなどを理由とする[14]。
- C. 折衷説 抗弁先行型の場合には、被告は反訴により反対債権を訴求すべきであることを理由

に142条の類推適用を肯定する。他方、別訴先行型の場合には、相手方の行為により既判力の抵触の可能性等の問題が生じたのであり、別訴を取り下げなければ相殺の抗弁を提出できないのでは相殺の担保的機能が阻害されることなどを理由に、類推適用を否定する[44]。

判例は、現在では、全面否定説であると見てほばよい。

- 抗弁先行型について、[大阪地判平成8.1.26判時1570-85](#)、東京高判平成8.4.8判タ937-262。最高裁の公刊先例はまだない。
- 別訴先行型について、福岡高判昭和50.5.27判タ328-270、[最判昭和63.3.15民集42-3-170](#) [百選\*1998a] 80事件、[最判平成3.12.17民集45-9-1435](#)。
- ただし、同一債権の一部が別訴により請求され、残部が相殺の抗弁に供される場合には、重複起訴の禁止の適用を受けないとする方向にある。別訴先行・抗弁後行型の場合につき、[最高裁判決平成10年6月30日](#)は、特段の事情のない限り許されるとする[12]。

学説は、従前は全面肯定説が多数説であったが、現在では全面否定説が多くなってきている。しかし、肯定説もなお有力であり（[中野\*2001a4] 92頁以下・100頁）、また、折衷説が多数であるとする文献もある（注44参照）。いずれが多数説かは、現段階では判然としない。

同一債権が訴求債権でありかつ自働債権となっている場合にも、それが同一の訴訟手続において審理裁判されることが原則的に予定されているときには、重複起訴禁止規定の趣旨は及ばない。例：

- 本訴において訴訟物となっている債権の全部又は一部が時効により消滅したと判断されることを条件として、本訴原告が、反訴請求に対して、当該債権のうち時効により消滅した部分を自働債権として相殺の抗弁を主張することは許される。[最高裁判所 平成27年12月14日 第1小法廷 判決](#)（平成25年（オ）第918号）。
- 本訴において予備的に相殺の抗弁に供された債権について反訴を提起することも許される（146条1項の「防御の方法と関連する請求」の典型例である）。

ここで「同一の訴訟手続において審理裁判されることが原則的に予定されているとき」との限定句を付したのは、[最判平成3年](#)が、「2つの訴訟が152条により併合された場合」にも重複起訴の禁止の趣旨は及ぶとしているためである[39]。

## 6.5 重複起訴の禁止に触れる訴えの取扱い

### 重複起訴禁止の消極的効果

重複起訴の禁止に服する複数の請求については、弁論の分離や一部判決は許されず、1個の判決で裁判すべきである。また、上訴が提起された場合、控訴審においてもすべての請求が同一手続で審理されるべきである（上訴不可分の原則の内容的拡張としての同時審判原則）。重複起訴の禁止に違反する別訴を弁論の併合により適法とした場合でも同様に、弁論の分離や一部判決は許されないとすべきである。しかし、判例は分離可能であるとする（[最判平成3.12.17民集45-9-1435](#)の事案では、控訴審で一旦併合されたが後に分離され、同日に判決が言い渡された。正当とは思われない）。

### 重複起訴禁止の積極的効果

重複起訴の禁止にふれる場合には、裁判所は、被告の抗弁を待たずに、職権で次の措置をとる。

(a) 同一の訴えの繰返しの場合のように訴えの利益が欠ける場合には、そのことを理由に訴えを却下する。

(b) その他の場合 見解は次のように分かれるが、併合説をとるべきである。いずれの見解をとるべきかは、弁論併合後に弁論分離を禁止することができるかと関係する。

- A. 併合説 弁論併合後の分離を禁止できることを前提にして、(α) 同一裁判所に係属する場合には、弁論を併合すべきである。(β) 異別の裁判所に係属する場合には、可能な限り移送して、受送裁判所で弁論を併合すべきである（移送された事件が受送裁判所に先に係属している事件と併合審理されるかは、受送裁判所が決めることになり、弁論の併合がなされなければ

ば、受送裁判所で後訴を142条違反として却下することになる。受送裁判所において弁論が併合される余地がある限り、後訴の裁判所は移送すべきである）[43]；しかし、移送ができない場合には却下せざるを得ない（例えば、給付義務不存在確認訴訟が控訴審に係属している段階で別訴提起された給付請求の訴え。この場合には、債権者は控訴審において反訴を提起すべきである）。なお、併合された別個の事件について、原告と被告が別々に上訴を提起した場合には、同一判決（同一の判決書に併合された判決）に対する上訴として、同一の裁判官に事件が配点されるようにすべきである（異別に配点された場合には、弁論を再度併合すべきである）。

- B. 却下説（判例） 弁論を併合した後の分離を阻止できるとは限らないことを前提にして、併合することなく却下すべきである（[最判平成3.12.17民集45-9-1435](#)）[27]。

重複起訴の禁止に触れることを看過して後訴について本案判決がなされた場合には、その判決は上訴により取り消されうる。しかし、後訴の本案判決が先に確定した場合には、係属中の前訴の裁判所が後訴の確定判決に拘束される（重複起訴の禁止違反は再審事由（[338条](#)）ではないことに注意）。

## 6.6 別訴禁止との区別

例えば、人事に関する紛争は、（α）一つの手続で（β）一回で解決することが望ましいという政策的配慮の下に、

1. 訴訟係属中にあるのは、訴えの変更や反訴提起の要件が緩和され（[人訴法18条](#)）
2. 判決確定後にあるのは、前訴において訴えの変更や反訴の提起の方法により提起することができた請求についてさらに訴えを提起することが禁止されている（[人訴法25条](#)）。

上記2を別訴禁止の原則と言う。これは、上記（β）の政策的配慮に基づくものである。重複起訴の禁止は、そのような配慮を含まない。

## 6.7 練習問題

**Q** Xは、Yに対して1000万円の売掛代金債権を有している。その債権の一部であることを明示して、Xが400万円の支払請求の訴えを提起した。これを前提にして、次の2つの場合について、142条の適用または類推適用の有無を検討しなさい。なお、それぞれの事例は独立であるとし、（2）の場合には（1）の別訴はないものとする。

- （1） その訴訟の係属中に、Xが別訴で残りの600万円の支払請求の訴えを提起した。
- （2） その訴訟の係属中に、YがXに対して600万円の請負工事代金債権を主張して別訴を提起した。Xは、Yの債権を争いつつ、予備的に、Yに対する債権の残額600万円で相殺すると抗弁した。

## 7 時効完成猶予の効力（[147条](#)）

平成29年民法（債権法）改正の前には、「時効中断」という概念が用いられていた（改正前147条）。同年の改正により、この概念が「時効完成猶予」（民法147条1項・148条1項）と「時効の更新」（同各条2項）に分化した。完成猶予のみを認めれば足り更新効を認める必要のない事由（民法149条から151条）があり、逆に更新効のみ認めれば足りる事由（民法152条）があるからである（民法153条がこの関係をよく示している）。また、改正前には「時効の停止」の概念もあった。これは、断固たる権利行使があったことを根拠とするものではなく、権利者がそうした権利行使をとることが困難な状況にあることを根拠とするものである。両者は、「時効完成猶予」に一本化された。

なお、この講義において、平成29年改正前の判例や文献を紹介する場合に、「中断」の語を用いることもある。それは、概ね「時効完成猶予」に読み替えることができる。

## 7.1 訴え提起による時効完成猶予の根拠

訴え提起は、[民法147条](#)1項の時効完成猶予事由のうちの「裁判上の請求」にあたる。時効完成猶予効が認められた根拠は、訴えの提起が断固たる権利主張であり、原告は権利の上に眠る者ではないからである[45]。

## 7.2 時効完成猶予の範囲

### 訴訟物をなす権利関係

訴訟物をなす権利関係について、訴え提起により原告のために時効完成猶予の効果が生ずる。さらに、被告の応訴行為が訴訟物についての自己の権利主張を含む場合には、応訴行為により被告のために時効完成が猶予される。債務不存在確認の訴えに対して被告が債権を主張して応訴する場合がそうである。

一部請求の場合については、議論が分かれている。判例は、(α) 明示の一部請求の場合には当該部分のみが訴訟物となり、残部請求も許されるが、(β) 黙示の一部請求の場合には請求権全体が訴訟物となり、請求認容の場合でも残部の追加請求を認めないことを前提にして、訴訟物となった部分についてのみ時効完成猶予を認める。

- 黙示の一部請求の場合 [最判昭和45.7.24民集24-7-1177](#)は、時効期間満了後に請求が拡張された場合に、拡張部分についても起訴による時効中断の効力は及んでいるとした。
- 明示の一部請求の場合 [最判昭和34.2.20民集13-2-209](#)・[紹介](#)は、不法行為により生じた損害について明示的に一部請求がなされた場合に、残部には時効中断の効力は及ばないとした[35]。判決理由中で、総債権額が認定され、残部の存在が認められている場合でも、残部に時効中断効は及ばない。しかし、明示の一部請求の訴えは、特段の事情がないかぎり、残部については裁判上の催告となる([最高裁判所 平成25年6月6日 第1小法廷 判決](#) (平成24年(受)第349号))。

### 判決理由中で判断される先決的法律関係

訴訟物となっていない権利関係が訴訟において主張された場合には、裁判上の請求に準じた時効完成猶予効が認められる。

被告からの権利主張について、下記の先例 a・b・cがある。先例 a は、当該権利関係が判決理由中で肯定された場合(さらには、引換給付を命ずる主文中の引換部分に掲記された場合)でも、催告(民法旧153条・新150条)に準じた時効中断効(裁判上の催告)のみを認めた。しかし、これは、後掲先例 b・c により黙示的・実質的に変更されたと見るべきであろう。

- a. [最\(大\)判昭和38.10.30民集17-9-1252](#) 株券の所有権に基づく引渡請求に対して被告が留置権の抗弁を提出して、その被担保債権を主張した事案において、この主張に催告([民法153条](#))に準じた時効完成猶予効を肯定した。しかし、[民法174条の2](#)の類推適用はなく、権利者は訴訟終了後6月以内に、他の強力な時効中断措置を取らなければならないとした。
- b. [最\(大\)判昭和43.11.13民集22-12-2510](#) 所有権に基づく登記手続請求の訴訟において、被告が自己に所有権があることを主張して請求棄却の判決を求め、その主張が判決によって認められた場合には、右主張は、裁判上の請求に準ずるものとして、原告のための取得時効を中断する効力を生ずる。
- c. [最判昭和44.11.27民集23-11-2251](#) 抵当債務者の提起した抵当権設定登記抹消登記手続請求訴訟において被告が被担保債権を主張した場合に、この主張には裁判上の請求に準ずるものとして時効中断の効果が認められる。

したがって、被告の権利については、その主張が裁判上なされた時に時効完成が猶予され、当該権利関係を積極的に肯定する判決が確定した場合には訴訟終了時に時効期間が新たに進行する(時効更新効。民法旧157条・新147条2項の類推適用)。その他の場合には、時効更新効は生ぜず、時効完成猶予効のみが訴訟終了時から6月間だけ残る[21][26]。これには、次の場合が含まれる。

- 予備的相殺の抗弁が出され、請求債権の不存在を理由に相殺の抗弁について判断がなされなかった場合



- 先決的法律関係を理由中において肯定した判決が訴えの取下げにより効力を失った場合。訴え却下により効力を失った場合も、原告の訴求債権についても更新効が生ずる余地がないこととのバランス上、同様とすべきであろう。
- 先決的法律関係が理由中で否定された場合。その理由中の判断に既判力が生ずる場合（[114条2項](#)）には時効中断の効力を問題にする必要はもはやないが、それ以外の場合には、なお、催告による時効完成猶予の効力を認めておく実益がある（その主張は否定されたが、他の主張が認められて被告が勝訴した場合に重要となる）。

原告が先決的法律関係を主張した場合にも、同様に、その先決的法律関係について裁判上の請求に準じた時効完成猶予効を認めるべきである（ただし、実際上の例は少ないであろう）。

#### 訴訟物と密接に関連するが原告の主張しなかった権利関係

原告については、さらに、明示的に主張されていない権利関係に関し、それが訴訟物と密接な関係がある場合（典型的には請求権競合の関係にある場合）には、訴えの提起に裁判上の催告としての時効完成猶予効が認められている（裁判上の催告の説明の後で詳説する）。

#### 主観的範囲

時効完成猶予事由の生じなかった者の時効の利益を保護するために、時効完成猶予の効果は、原則として、完成猶予事由の生じた当事者および承継人にも及ぶ（民法153条1項・2項。同趣旨規定として、手形法71条、小切手法52条がある）。しかし、次の例外が民法で規定されている：

- [457条](#)1項（主債務者に生じた時効完成猶予効及び更新効の保証人への拡張） [[33](#)]
- [396条](#)（被担保債権の債務者との関係で時効を中断すると、抵当権を設定した物上保証人との関係でも被担保債権の不消滅・抵当権の不消滅の効果が生ずる）
- [292条](#)（要役地が共有に属する場合の地役権の消滅時効の完成猶予効・更新効の拡張）

なお、連帯債務者の一人に対する請求の絶対効に関する規定（[H434条](#)）は、平成29年民法改正により廃止されたが、債権者と各連帯債務者との合意により、請求あるいは催告による時効完成猶予効を他の連帯債務者に及ぼすことは可能と考えられる。

### 7.3 時効完成猶予の効果の発生時期（[147条](#)）

時効完成猶予に必要な裁判上の請求の効力は、次の時点で生ずる（[147条](#)参照）。

- 訴えの提起が訴状の提出によりなされる場合には、訴状を裁判所に提出した時（[133条](#)）。口頭起訴の場合には、裁判所書記官の面前で訴えの申述をした時（[271条](#)、規則1条2項）。
- 訴訟中の訴え提起の場合には、訴状に準じた書面が裁判所に提出された時（訴えの変更について[143条](#)2項、選定者にかかる請求の追加について[144条](#)3項、中間確認の訴えについて[145条](#)3項、反訴について[146条](#)3項、当事者参加について[47条](#)2項・[52条](#)2項）。
- 被告の応訴行為が裁判上の請求に準じて時効完成猶予事由となる場合には、被告が自己の権利を明確に主張した時。例えば、債務者からの債務不存在確認請求に対して、被告である債権者が請求棄却判決を求める答弁書を裁判所に提出した時。

民事調停法による調停の申立てにも時効完成猶予効が認められている（民法147条1項3号）。調停が成立して権利関係が確定すれば、成立した調停に従った権利関係について新たに時効が進行する。他方、相手方の不出頭その他の理由により調停が成立しない場合（権利関係が確定しない場合）には、調停手続終了の時点から6ヶ月間 時効完成猶予効が存続する（民法147条1項柱書内のかつこ書。以下「1項かつこ書」という）。民訴法275条1項の和解（いわゆる即決和解）、家事事件手続法による調停についても、同様である。

裁判所以外の公的機関による調停の申立てについても、類似の規定が置かれていることがある。

- 男女雇用機会均等法18条による調停の申請につき、同法24条。規定の文言によれば、この調停申請に時効完成猶予効がないことを前提にして、「時効の完成猶予に関しては、調停の申請の時に、訴えの提起があつたものとみなす」と規定されている。提訴期間は、「（調停打ち切

- の) 通知を受けた日から30日以内」である。
- 公害紛争処理法による調停の申請について、同法36条の2。

## 7.4 時効完成猶予の効果の消滅・維持・承継、時効の更新

時効完成猶予の効果の帰趨は、次のように場合分けされる。

- 判決で権利が認められる場合には、時効完成猶予は訴え提起後・判決確定時まで持続し、判決が確定した時から新たに時効が進行する；時効の更新である（民法147条2項・169条1項）。
- 訴えが却下あるいは取り下げられたときは、時効完成猶予効は、却下判決の確定又は取下げの効力が生じた時から6ヶ月間存続する（民法147条1項かつこ書）[46]。
- 給付請求や所有権確認請求が棄却された場合には、訴求された権利の不存在が既判力をもって確定されるのが通常であり、当該権利について時効の完成猶予や更新を問題にする必要はない[42]。
- 債務不存在確認請求を棄却する判決が確定した場合には、被告主張の債権の存在が確定するので、民法147条2項の適用があり、判決確定の時から新たに時効が進行する。
- 抵当債務者の提起した抵当権設定登記抹消登記手続請求訴訟において被告が被担保債権を主張した場合に、[最判昭和44.11.27民集23-11-2251](#)は、この主張には裁判上の請求に準ずるものとして時効中断の効果が認められるとした。中断効には時効更新の効力も含まれるのであるから、この先例の趣旨を尊重すれば、平成29年改正後にあつては、次のように解されるべきである：被担保債権の存在は確定判決又はこれと同一の効力を有するものによって確定されたわけではないが、147条2項を類推適用して時効の更新を認めるべきである。

### 裁判上の催告

平成29年民法改正前には、訴えが却下されあるいは取り下げられたときは、時効中断の効果は、当初から生じなかったことになるが（[民法旧149条](#)）、それでも、催告（[民法旧153条](#)）以上に強力な権利主張があつたことには変わりはなく、この権利主張に催告より強力な時効中断効を認めるのが適当である。そこで、この権利主張は、訴えが取下げあるいは却下されるまでは継続的になされておき、より強力な中断措置をとるべき6カ月の期間（[民法旧153条](#)）の起算点は、訴え取下げの時又は却下判決確定の時であると考えられていた。このような催告は、民法旧153条の催告の特殊なものとして、[「裁判上の催告」と呼ばれていた](#) [24]。

### 言葉の遊び

民法153条の催告も時効完成猶予事由としての履行の請求（民法457条1項）の一種である[32]。この点を強調して、「裁判外の請求」と言うことがある。「裁判上の催告」における「催告」をこれで置き換えると、「裁判上の裁判外の請求」という奇妙な表現になってしまう。

平成29年改正では、裁判上の催告の理論から引き出される帰結が明文化されたので（147条1項かつこ書・148条1項の各かつこ書）、「裁判上の催告」という解釈理論は、その重要性をそれだけ低下させたが、不要になった訳ではない。この解釈論（150条の解釈論）により解決されるべき問題がまだ残されている。

### 訴えの取下げの繰返し

裁判外での催告については、再度の催告（時効完成猶予をもたらず催告がなされた後6ヶ月内になされる催告）は時効完成猶予効を有しないことが明文化されている（民法150条2項）。他方、従前の裁判上の催告の理論を明文化した民法147条1項かつこ書については、民法150条2項に相当する規定は置かれていない。したがって、次の問題が生ずる：例えば時効完成猶予をもたらず訴えが取り下げられた後6ヶ月内に再度提起された訴えまた取り下げられた場合に、時効はいつ完成するのか；(1) 最初の訴えの取下げの時から6ヶ月を経過した時か、それとも (2) 再度の取下げの時から6ヶ月を経過した時か。裁判外での催告と裁判上請求との違いを重視し、150条2項に相当する規定がないことを重視すれば、第1の選択肢がとられるべきであり、貫徹されなかつた裁判上の請求は裁判外の催告に類似すると考えれば、150条2項を類推適用し、第2の選択肢がとられるべきでことになる。後者の選択肢が採られるべきであろう。

### 裁判上の催告の拡張

裁判上の催告による時効完成猶予の範囲は、旧訴訟物理論を前提にした場合には、訴訟物たる権利関係に限定されない。訴えの提起により、訴訟物たる権利（ $\alpha$  請求権）と密接に関連する権利（ $\beta$  請求

権)が明示的に主張されていなくても、後者について、訴訟係属中、時効完成猶予事由としての催告が継続していたと評価される。

- 拡張肯定例 [最判平成10.12.17平成6年\(オ\)第857号](#)： 金員の着服を原因とする不法行為に基づく損害賠償請求権 ([民法旧724条](#)により時効期間3年)を訴訟物とする訴えは、その金員の不当利得返還請求権 ([民法旧167条](#)1項により10年)について時効中断事由としての裁判上の催告の効力を有する。
- 拡張否定例 [最高裁判所平成11年11月25日第1小法廷判決](#) (平成8年(オ)第718号)： 建築請負人が注文者に対し提起した建物所有権保存登記の抹消登記手続請求は、請負代金の裁判上の請求に準ずるものではなく、また、これにより請負代金の支払を求める権利行使の意思が継続的に表示されていたということもできないから、この訴えを提起して追行しても、請負代金債権の消滅時効は中断しない(時効期間経過後に請負残代金支払請求に変更したが、請求が棄却された事例)。

明示の一部請求の場合の残部の時効完成猶予についても同様である。

- [最高裁判所平成25年6月6日第1小法廷判決](#) (平成24年(受)第349号)： 明示の一部請求の訴えが提起された場合、債権者が将来にわたって残部をおよそ請求しない旨の意思を明らかにしているなど、残部につき権利行使の意思が継続的に表示されているとはいえない特段の事情のない限り、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の催告として消滅時効の中断の効力を生ずるといふべきであり、債権者は、当該訴えに係る訴訟の終了後6箇月以内に民法153条所定の措置を講ずることにより、残部について消滅時効を確定的に中断することができる[28]。ただし、この事例では、明示の一部請求の訴えが裁判外での催告により時効の完成を阻止した後の6ヶ月内の訴えであったため、たとえ裁判上の催告によってであれ、再度の催告により残部の時効完成を妨げることはできないとされた(裁判外の催告について改正前は解釈により認められていたことであるが、改正後は150条2項で明規されている)。

なお、裁判上の催告の理論に頼るのではなく、既判力対象となる権利関係と経済的利益が同一の範囲で裁判上の請求としての時効中断効を肯定すべきであるとの見解も有力である(〔梅本\*民訴v4〕288頁)

### 裁判上の承認

被告が原告の請求権を争う際に、前提となる法律関係(請求権の発生基礎となる債権債務関係や所有権)を承認している場合には、訴訟中に態度変更がなければ、その承認は口頭弁論終結の時まで継続していると認められ、原告の請求を棄却する判決が確定した場合でも、前提となる法律関係については口頭弁論終結後に時効期間が再進行すると判断される。(東京高等裁判所平成13年12月19日第20民事部判決(平成12年(ネ)第5379号)の事例参照。復旧工事債務の履行が遅滞していることを理由に提起された履行に代わる損害賠償請求訴訟(前件訴訟)において被告が復旧工事債務の存在を認めた上で損害賠償債務の発生を争った場合に、後訴において、これは復旧工事債務の消滅時効の中断事由たる債務の承認あたるとされた事例である)

### 時効完成猶予効の承継

次の場合には、時効完成猶予効が、猶予効を生じさせた訴訟の当事者以外の者に承継される。

1. 訴訟参加・訴訟引受の場合 この点を明確にする規定が置かれている([49条](#)・50条3項・51条)。
2. 任意的当事者変更の場合 常にといいわけではないが、旧当事者と新当事者との特殊な関係に基づきおおむね時効中断効は維持されるべきである。

### 時効完成猶予効の維持

次の場合には、訴えが却下あるいは取り下げられたときでも時効完成猶予効が維持される(既述のことではあるが、再度確認しておくことは有意義である)。

1. 重複起訴の状態になったため前訴を取り下げて後訴を維持した場合には、前訴の提起により生じた時効中断(時効完成猶予効)の効果は後訴に引き継がれる。[最判昭和50.11.28民集29-10-1797](#)では、「この場合の訴えの取下げは、権利行使を中止するという意思を含まないから

である」と説明されたが、平成29年改正後は、民法147条1項かつこ書の適用として説明される。

2. 訴えの変更の場合 訴訟物を細分してとらえる旧実体法説においては、訴え変更前の旧請求と変更後の新請求とが密接な関係にある場合に、時効完成猶予効の維持を認める必要がある（追加的変更の場合にも交換的変更の場合にも認める必要がある）。この場合の時効完成猶予効の維持は、裁判上の催告の理論を用いて承認することができる（[最判平成10.12.17平成6年（オ）第857号](#)参照）。

**Q** 次の2つの場合について、訴訟物および時効完成の有無を論じなさい。

(1) Yが1980年5月にXの5000万円相当の有価証券を着服した。Xは、そのことに直ちに気が付き、Yに損害賠償を求めて交渉を続けたが、不調に終わった。Xは1988年5月に不法行為を理由に損害賠償請求の訴えを提起し、その訴訟の係属中である1993年5月に不当利得返還請求を追加した。

(2) XはYが製造した商品を購入した。その商品の欠陥によりXの自宅が1980年5月1日に全焼した。1982年5月に、XはYに対して、損害額は5000万円であるが、さしあたりそのうちの一部である2000万円の損害賠償を求めて、不法行為による損害賠償請求の訴えを提起した。その訴訟係属中である1985年5月に請求を拡張して、5000万全額の賠償を命ずる判決を求めた。

---

[< | [目次](#) | [文献略語](#) | >]

1998年7月2日 - 2019年4月25日

---