

訴えの提起と不法行為法

——最高裁判決を契機として——

上
野
達
也

目次

- 一. はじめに
 1. 問題意識
 2. 検討の対象
 - 二. 最高裁判決の状況
 1. 昭和六三年判決 (最判昭和六三年一月二六日民集四二巻一号二頁)
 2. 平成一一年判決 (最判平成一一年四月二二日裁時一二四二号一頁)
 3. 平成二二年判決 (最判平成二二年一〇月二三日)
 4. 検討
 - 三. 学説の状況
 1. 概観
 2. 従来 of 学説において考慮されていた要素について
- (1) 違法性——末川博

一. はじめに

1. 問題意識

私人が自らの権利の保護あるいは紛争の解決を求めて裁判所に訴えを提起できるということは、憲法三二条において「裁判を受ける権利」として保障されている。この「裁判を受ける権利」は、近時の司法制度改革⁽¹⁾において示されているように、「過度の事前規制・調整型社会から事後監視・救済型社会への転換」が図られ、司法の役割の重要性が飛躍的に増大する二一世紀の日本社会においては、極めて重要な意味を持つことになる。しかし他方で、私人間で争われる民事訴訟においては、被告とされた私人は否応なく訴訟に関与させられることになり、様々な負担を強いられることになる。それゆえ、裁判所に訴えを提起することは、「裁判を受ける権利」として憲法上保障されているとはいえ無制

(2) 故意——平井宜雄

(3) 故意——吉田邦彦

(4) 不法行為の成否が判断される際に応訴者について考慮される要素

(a) 訴訟にかかわらしめられないという法律生活の平穏ないし自由(平穏生活権)

(b) 人の財産状態ないし経済活動一般に対する不利益

3. 従来 of 学説において十分考慮されていなかった要素について

(1) 裁判制度の趣旨目的

(2) 裁判を受ける権利

(3) 訴えが提起されることにより損なわれる応訴者の利益(権利)

四. おわりに

約に認められるものではなく、不当な訴えの提起（不当訴訟）として評価され、一定の制約を受けることもありうる。訴えの提起に対する制約が民事訴訟においてどのような形で現れるかという点、それには二つの場合が考えられる。一つは、訴権の濫用として訴えが却下されるという場合である^②。もう一つは、訴えの提起が被告に対する不法行為と評価される場合である。前者の場合であれば、民事訴訟法という手続法の問題として処理されるにとどまることになるのに対して、後者の場合は、（不当な）訴えを提起した原告と被告との関係が、実体法たる民法の不法行為という制度の枠内で把握・評価されることになり、憲法・民事訴訟法・民法の規範がそれぞれ密接に絡み合うこととなる。本稿は、この後者の場合について、憲法・民事訴訟法・民法の規範がどのように関わり合うのか、民法の不法行為という制度においてどのように位置づけられるのか、ということについての手がかりを得ようとするものである^③。

2. 検討の対象

訴訟に関する行為による不法行為の成否が問題となる状況には、①仮差押え・仮処分の執行を受けた債務者が、債権者のした申請および執行が不法行為にあたりと主張する場合、②訴えを提起されて応訴した被告が、原告の訴えの提起が不法行為にあたりと主張する場合（不当提訴の場合）、③提訴した原告が、被告の応訴が不法行為にあたりと主張する場合（不当応訴の場合）^④などが考えられ、①の不当な保全処分の場合については、昭和四三年の最高裁判決（最判昭和四三年一月二四日民集二二卷一三号三四二八頁）において特別な法理が認められている^⑤。本稿で検討の対象となるのは、②の不当提訴についてである。

以下では、不当提訴に関する最高裁判決の状況を概観し、これまでの学説においてこの問題がどのように議論されていたかを整理した上で、憲法・民事訴訟法・民法の規範がどのように関わり合うのか、不法行為という制度においてど

のように位置づけられるのか、という視点から分析・整理をしたい。

註

- (1) 二〇〇一年六月二日に公表された司法制度改革審議会の「司法制度改革審議会意見書——二一世紀の日本を支える司法制度——」(<http://www.kantei.go.jp/jp/house/ido/report/ikensyo/index.html>)を参照。
- (2) 最判昭和五三年七月一〇日民集三二卷五号八八八頁参照。
- (3) とりわけ不法行為法については、「不法行為法の新時代」(浦川道太郎ほか「不法行為法の新時代を語る」法律時報七八巻八号四頁(二〇〇六年))とも呼ばれるような学説の展開がみられており、本稿が取り上げるような、憲法や民事訴訟法と違った他の法領域が交錯する問題について分析を加えることは有益であると思われる。
- (4) この整理は、瀬戸正義「訴えの提起が違法な行為となる場合」最高裁判所判例解説昭和六三年度五頁(法曹会・一九九〇年)による。また、加藤新太郎は、裁判制度の不当利用の形態を①不当提訴、②不当応訴、③不当な保全処分・執行、④不当な強制執行の四つに分類している(加藤新太郎「不当訴訟と弁護士責任」同『弁護士役割論』(弘文堂・一九九二年・初出一九九一年)一六八頁)。
- (5) 最判昭和四三年二月二四日民集二三卷一三三三三二四二八頁は、「仮処分命令が、その被保全権利が存在しないために当初から不当であるとして取り消された場合において、右命令を得てこれを執行した仮処分申請人が右の点について故意または過失のあつたときは、右申請人は民法七〇九条により、被申請人がその執行によつて受けた損害を賠償すべき義務があるものといふべく、一般に、仮処分命令が異議もしくは上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において原告敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段の事情のないかぎり、右申請人において過失があつたものと推認するのが相当である」と判示している。

二、最高裁判決の状況

訴えの提起が不法行為と評価される場合があることは、すでに大審院時代から認められており、戦後の下級審判決においても、訴えの提起が不法行為にあたるとして損害賠償を認めたものが多数存在していた。⁽⁷⁾⁽⁸⁾しかし、この問題を扱った最高裁判決は（少なくとも公表されたものとしては）今のところ三つしか存在しない。以下では、検討の出発点として、この一連の三つの最高裁判決の概要を確認することとする。

1. 昭和六三年判決（最判昭和六三年一月二六日民集四二巻一号一頁）⁽⁹⁾

不当提訴に関して最高裁が初めて判断を下したのが、この昭和六三年の判決である。

Y（前訴原告）はA所有の土地をBを介して購入し、Cに転売した。転売する際の価格は、実測面積にもとづいて決定するものとした。土地家屋調査士であるX（前诉被告）は、Cの依頼を受け、Bの指示に従って測量を行った。その際Xは、隣接地所有者の立会を求めて境界を確認してからでなければ測量できないと言って断ったが、Bに「測量図は取引の資料にするに過ぎない」などと言われたため、Bの指示どおりに測量した。その後Yは、独自に専門業者に依頼して測量を行い、Xの行った測量結果が約七二〇坪狭いものであることが判明した。YはCに残代金の精算を求めたが、CはXの測量結果を盾にとって応じようとしなかったため、YはXに対して、Xに測量を依頼したのはYであることを前提として、その測量結果に誤りがあったため損害を被ったことを理由に、損害の賠償を求める訴えを提起した（前訴）。しかし、Xに測量を依頼したのはCであってYではないことを理由として、Y敗訴の一番判決が言い渡され、確定した。その後、XはYに対して、Yの理由のない不当な訴えの提起により弁護士費用の支払を余儀なくされ、

かつ、精神的損害を被ったとして、不法行為による損害賠償を求めて訴えを提起した。

これに対して原審は、前訴の提起に先立ち、まず、Xに対し測量図等が何人のどのような指示に基づいて作成されたかについて事実の確認をすることが通常人の採るべき常識に即した措置といふべきところ、Yが右のような措置を採っていたれば、容易に測量図等が作成されるまでの経過事実を把握することができ、Xに対して損害賠償を請求することが本来筋違いであることを知りえたものといふべきであるのに、Yは右の確認をすることなくいきなり前訴を提起したのであるから、前訴の提起はXに対する不法行為になるとし、YはXに対し、Xが前訴の追行を委任した弁護士に支払った報酬等相当の八〇万円を損害賠償として支払う義務がある旨判示した。

Yの上告を受け、最高裁は次のように述べて、原判決を破棄してXの請求を棄却した。

「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求めることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事柄であるから、裁判を受ける権利は最大限尊重されなければならない。不法行為の成否を判断するにあたっては、いやしくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされることは当然のことである。したがって、法的紛争の解決を求めて訴えを提起することは、原則として正当な行為であり、提訴者が敗訴の確定判決を受けたことのみによつて、直ちに当該訴えの提起をもつて違法ということはできないといふべきである。一方、訴えを提起された者にとつては、応訴を強いられ、そのために、弁護士に訴訟追行を委任しその費用を支払うなど、経済的、精神的負担を余儀なくされるのであるから、応訴者に不当な負担を強いる結果を招くような訴えの提起は、違法とされることのあるものやむをえないところである。」以上の観点からすると、民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、右訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係（以下「権利等」という。）が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通

常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である。ただし、訴えを提起する際に、提訴者において、自己の主張しようとする権利等の事実的、法律的根拠につき、高度の調査、検討が要請されるものと解するならば、裁判制度の自由な利用が著しく阻害される結果となり妥当でないからである。」「これを本件についてみるに、…Xに対して測量図等が何人のどのような依頼や指示に基づいて作成されたかという点につき更に事実を確認しなかつたからといって、Yのした前訴の提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くものとはいえず、したがって、Xに対する違法な行為とはいえないから、Xに対する不法行為になるものではないというべきである。」

2. 平成一一年判決（最判平成一一年四月二二日裁時一二四二号一頁）

その後、昭和六三年判決で示された判断を踏襲する判決が平成一一年に出された。この事件の概要は次の通りである。

Y（本訴原告）の子AとX（本诉被告）は自動二輪車に同乗していたが、普通乗用車と衝突し、Aが死亡した。捜査機関は、自動二輪車の運転者はAであると認定した。Yは、捜査機関がこのような認定をしたことを知っていたが、自動二輪車の運転者はXであったとして、Xに対して自賠法三条にもとづく損害賠償を求める訴え（本訴）を提起した。これに対してXは、かかる訴訟の提起は公序良俗に反し不法行為にあたるとして、弁護士費用および精神的損害の賠償を求める反訴を提起した。

原審は、自動二輪車の運転者はAであったと認定した上で、Yらは、専らXに損害を与えることのみを目的として本

訴を提起したとまでは認められないものの、本件自動二輪車の運転者がXであったと特段の根拠もなく思い込み、被害感情に駆られ、本件事故の捜査を担当した警察署が運転者はAであったと認定し、事件送致を受けた検察庁においても早晚同じ判断がされることを十分予想したにもかかわらず、これを覆すに足りる的確な証拠を持たず勝訴の見通しもないまま、Xに対して本件提訴をしたものであるから、本訴の提起は裁判を受ける権利の正当な行使とはいえず不法行為に当たると判断して、Xの反訴請求を認容すべきものとした。

Yの上告を受け、最高裁は次のように述べて、原判決を破棄してXの反訴請求を棄却した。

「法的紛争の当事者が紛争の解決を求めて訴えを提起することは、原則として正当な行為であり、訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである上、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である（最高裁昭和六〇年（オ）第一二二号同六三年一月二六日第三小法廷判決・民集四二巻一号一頁参照）。」「これを本件についてみるに、……本件において、Yが、捜査機関が運転者をAと認定したことを知っていたからといって、Xに対する損害賠償請求権を有しないことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たのにあえて本訴を提起したとは認められないから、Yの本訴提起は、いまだ裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くものとはいえず、Xに対する違法な行為とはいえないというべきである。」

3. 平成二二年判決（最判平成二二年一〇月三日）¹⁰⁾

社会福祉法人Xは、特別養護老人ホーム（以下、「本件施設」という）を設置・経営していたが、本件施設において

職員が入所者に対して虐待行為を行っている疑いがあるとして、札幌市の立ち入り調査を受けた（最終的には、個別の虐待事例について、行為者やその行為を証拠等により特定するには至らなかった）。これを受けて本件施設では、上記虐待行為の有無についての調査を継続して行うこととなり、その結果、職員の入所者に対する暴行について、本件施設に勤務していた介護職員Yが本件施設の施設長Aに報告した他、本件施設の介護職員であるBが入所者に対して暴行を行っていることを指摘する投書が複数人からなされた。

Aは、Bに対する聞き取り調査を行わせ、虐待の事実を全面的に否定するBの供述を得たが、それ以上に、投書の内容を指摘するなどして具体的にBの弁解を聞くことはなかった。またAは、全職員を対象とした個人面談を行ったが、Y以外の複数の職員からBの入所者に対する暴行を目撃したとの供述が得られたものの、入所者の身体に暴行の痕跡があったとの確たる記録がなかったことから、そのことを主たる理由として、虐待の事実はないと確信した。

その後、入所者家族説明会において、YはBによる虐待の事実をAに申し出たことなどを話し、Aは虐待を目撃した第三者がいけないことなどを説明し、Bは暴行行為はしていないと弁明した。

また、Cは、Yらの情報提供行為等を端緒として、本件施設における入所者に対する暴行行為等に関する各記事を新聞に継続的に掲載した。

Aらは、Yらに対して怒鳴ったり緊急職員会議に出席させなかったりするなど多くの嫌がらせ行為を行い、また、Xは本訴を提起し、Yらが本件施設において入所者に対する虐待が行われている旨の虚偽の事実について報道機関に情報提供した結果上記各記事が掲載され、Xの信用および名誉が損なわれたとして、Yらに対し不法行為による損害賠償請求権にもとづき、連帯して一〇〇〇万円の慰謝料を払うことを求めた。

これに対してYらは、Xの被用者が上記情報提供等をしたYらに対し数々の嫌がらせ行為をした上にXが上記のよう

な本訴を提起したことが不法行為にあたるとして、損害賠償を求める反訴を提起した。

なお原審において、B等の複数の介護職員が入所者へ暴行行為を行っていたこと、Aらの嫌がらせ行為やXの本訴の提起はXのYらに対する計画的な嫌がらせ行為として組織的に行われたものではなかったこと、が認められている。

以上の事実関係にもとづき、原審は、「本訴は、権利の存在につきわずかな調査をしさえすれば理由のないことを知り得たにもかかわらずこれを怠って提起されたものということができ、違法性が認められるから不法行為にあたり」、「上告人による本訴の提起は、A施設長らによる前記嫌がらせ行為と一体として不法行為を構成」するとして、反訴請求を認容すべきものとした。

Xの上告に対し、最高裁は次のように述べた上で、原判決中反訴請求に関する部分を破棄し、被上告人Yらの慰謝料の額につき更に審理を尽くさせるため同部分を原審に差し戻した。

「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求め得ることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事項であるから、訴えの提起が不法行為を構成するか否かを判断するに当たっては、いやしくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされる。このような観点からすると、法的紛争の当事者が紛争の解決を求めて訴えを提起することは、原則として正当な行為であり、訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである上、提訴者がそのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である（最高裁昭和六〇年（オ）第一二二号同六三年一月二六日第三小法廷判決・民集四二卷一頁、最高裁平成七年（オ）第一六〇号同一年四月二二日第一小法廷判決・裁判集民事一九三号八五頁参照）。報道により信用又は名誉が損なわれたとして救済

を求める場合、訴えの提起は、紛争解決のための数少ない手段の一つであるから、報道の自由等に配慮する必要があることは当然としても、訴えの提起が不法行為を構成するか否かを判断するに当たっては、上記のとおり、慎重な配慮をもって望むべきである。」

「これを本件についてみるに、前記事実関係によれば、Bの入所者に対する暴行については複数の投書や目撃供述が存在していたものの、A施設長は、簡略なものとはいえBから虐待の事実を全面的に否定する供述を得、被上告人Y同席の下で、Bに事実の有無を確認するなどしたが、その供述は一貫してこれを否認するものであったほか、A施設長は、被上告人YのBが行った暴行の目撃状況についての報告内容自体にも矛盾する箇所があるように感じており、本件施設の入所者の身体に暴行のこん跡があったとの確たる記録もなく、後に公表された札幌市の調査結果においても、個別の虐待事例については証拠等により特定するには至らなかったというのである。そうすると、上告人が、特段の根拠もないまま入所者に対する虐待がなかったものと思いついたこととはできず、その主張する権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであることを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たのにあえて本訴を提起したとまでは認められないというべきである。なお、前記事実関係によれば、本訴の提起は、被上告人らに対する計画的な嫌がらせ行為として組織的に行われたものともいえない。」

「以上によれば、本訴の提起は、いまだ裁判制度の趣旨的に照らして著しく相当性を欠くものとはいえず、被上告人らに対する違法な行為とはいえないというべきである。」

4. 検討

以上の三つの最高裁判決においては、いずれも同じ定式が用いられている。すなわち、「法的紛争の解決を求めて訴

えを提起することは、原則として正当な行為であり、「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られる」との昭和六三年判決の定式が、その後もそのまま踏襲されており、「訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるとき」という定式をどのように解するかということが、解釈問題として残されることになる。⁽¹⁾

本稿の問題関心からとりわけ注目されるのは、昭和六三年判決において、一方で、「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求めうることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事柄であるから、裁判を受ける権利は最大限尊重されなければならない、不法行為の成否を判断するにあたっては、いやしくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされる」と述べ、他方で、「訴えを提起された者にとつては、応訴を強いられ、そのために、弁護士に訴訟追行を委任しその費用を支払うなど、経済的、精神的負担を余儀なくされるのであるから、応訴者に不当な負担を強いる結果を招くような訴えの提起は、違法とされることのあるものやむをえないところである」と述べていることである。この対立する二つの要素をそれぞれのように理解するのか、その関係をどのように理解するのか、ということが問われることになるのである。これについては、平成二二年判決において、「報道により信用又は名誉が損なわれたとして救済を求める場合、……報道の自由等に配慮する必要があることは当然としても」、との表現が上記の定式に加えてなされており、訴えを提起された者に関する考慮要素が、経済的・精神的負担だけでなく、報道の自由等も含まれることを示している。

(6) 大連判昭和一八年一月二日民集二二卷一一七九頁等。昭和一八年大審院連合部判決は、「訴カ目的其他ニ於テ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル処アリ不法行為ヲ構成スルニ於テハ応訴ノ為委任シタル弁護士ニ支払ヘル相当範圍ノ報酬手数料其他ノ費用ニ付キ民法不法行為ニ関スル規定ニ從ヒ之カ賠償ヲ原告ニ請求スルコトヲ得ヘシ」と述べ、訴えの提起が公序良俗に反しているか否かによって不法行為の成否が判断されることを示している。

(7) 戦後の下級審判決について整理しているものとして、島田礼介「不法提訴」林良平中務俊昌編『判例・不法行為法』(有信堂・一九六六年)一二九頁、伊藤敏孝「訴えの提起が違法な行為となる場合」法学研究六二巻四号一四七頁(一九八九年)、吉田邦彦「訴えの提起が不法行為となる場合」判例時報一三〇〇号二〇二頁(一九八九年)、中村隆次「訴えの提起と不法行為の成否」判例タイムズ七一八号二二頁(一九九〇年)、後藤勇「訴え提起による不法行為成立の具体的要件」判例タイムズ八七五号九頁(一九九五年)がある。また、昭和六三年判決以降の下級審判決について、菊池定信「不当訴訟に関する判例」国士館法学三九号一三九頁(二〇〇七年)がまとめている。

(8) 吉田・前掲注(7)二〇二頁は、「不当訴訟(不当提訴)に関しては、戦後に入って七〇近くもの下級審判決例が蓄積されており、一つの不法行為類型を形成していると言っても過言ではない(むしろ今まで最高裁判決が出なかったのが不思議なくらいである)。」と述べている。

(9) 本判決の評釈として、前掲注(7)で挙げた文献のほか、小林秀之「訴えの提起が違法な行為として賠償責任を生じさせる場合」法学セミナー四〇七号一二頁(一九八八年)、瀬戸正義「訴えの提起が違法な行為となる場合」ジュリスト九一八号七六頁(一九八八年)、中島弘雅「訴えの提起が違法な行為となる場合」法学教室九六号九〇頁(一九八八年)、林屋礼二「不当提訴による賠償請求」ジュリスト九〇八号五三頁(一九八八年)、吉村徳重・松尾卓憲「訴えの提起が違法な行為となる場合」判例タイムズ六七二号四七頁(一九八八年)、工藤祐巖「訴えの提起が不法行為に当たる場合」NBL四二二号一頁(一九八九年)、梶善夫「訴えの提起が違法となる場合」昭和六三年度重要判例解説一一九頁(一九八九年)、島田清次郎「訴えの提起が違法な行為となる場合」判例タイムズ七〇六号九四頁(一九八九年)、須藤茂「訴えの提起が不法行為となる場合」金融・商事判例八二九号四七頁(一九八九年)、吉田邦彦「訴えの提起が違法な行為となる場合」判例セレクト八八・二二頁(一九八九年)、加藤新太郎「判批」別冊ジュリスト一一四号二四頁(一九九二年)、同「判批」別冊ジュリスト一四五

号二四頁（一九九八年）、松岡勝実「提訴行為の違法性」創価法学二二巻二号一二九頁（一九九三年）、水元宏典「訴え提起と不法行為——訴訟上の権能の濫用」別冊ジュリスト一六九号八八頁（二〇〇三年）がある。

(10) 判例集未登載。この判決（事件番号平成二〇年（受）一四二七号）は、裁判所ホームページ（<http://www.courts.go.jp/>）にて確認することができる。

(11) また、昭和六三年判決は、前訴において原告敗訴の判決が確定した場合に、前訴の訴えの提起が不法行為であると後訴において主張された事例であるのに対して、平成一二年判決および平成二一年判決は、訴えの提起が不法行為であるとの主張が反訴によってなされている事例であり、後訴であるか反訴であるかで違いはないことが明らかにされている。

三. 学説の状況

以上のような理解を前提として、以下では、訴えの提起と不法行為法に関する議論がこれまでどのようなようになされていたかを概観する。その際には、上記で述べたような、提訴者（不当な訴えを提起した者）に関して考慮される要素と、応訴者（不当な訴えを提起された者）に関して考慮される要素とが、それぞれどのように把握されていたのかという視点から眺めてみることにする。

1. 概観

当初、不当提訴に関する問題は、弁護士費用の賠償に関する問題と密接に関連して議論されていた。わが国の民事訴訟において、弁護士費用は訴訟費用に含まれないとされているため、弁護士費用の賠償が認められる例外的な場合として、不当訴訟が問題とされていたのである。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

その後、不法行為法理論が時代に応じて展開される中（「権利侵害から違法性へ」、そして「不法行為法学の混迷」⁽¹⁴⁾の時代へ⁽¹⁵⁾）、不当訴訟に関する議論のほとんどは、その不法行為法理論を反映する形でなされてきた。すなわち、訴えの提起が不法行為と評価されるための要件として求められるのは公序良俗違反なのか、故意なのか、重過失なのか、過失なのか、違法性なのか、という形で議論し、下級審判決を分類するのである⁽¹⁶⁾。しかしながら、下記で述べるように、このような議論のほとんどは、不当提訴と不法行為の問題を考察するにあたり、考慮しなければならない要素を十分に拾い上げることができていなかったように思われる。

これに対して、「不法行為法の新時代」⁽¹⁷⁾とも呼ばれる近時の学説の展開を視野に入れるならば、これまで十分考慮されていなかった要素（民事訴訟法や憲法といった他の法領域との関係など）を不法行為法の枠内に位置づけることの必要性が意識されるのである。

以下では、まず、従来の学説において、提訴者および応訴者のどのような要素が考慮されていたのかを、この問題について論じている代表的な論者に絞って確認した後、そこでは十分に考慮されていなかった要素について検討を加えたい。

2. 従来の学説において考慮されていた要素について

(1) 違法性——末川博⁽¹⁸⁾

不法行為一般について、権利侵害要件を違法性に読み替えるという違法性理論を提唱した末川博は、訴えの提起が不法行為を構成するための要件として加害行為の違法性を要求し、具体的にどのような権利が侵害されたかということを明らかにする必要はないとする。そして、訴えの提起によって不法行為が成立するか否かという問題においても、相手

方についてのどのような権利が侵害されたかを問題にする必要はないと述べる。また、末川によると、一般に私人が訴えを提起して具体的な紛争についての法律的な解決を求めることができるという法治主義——したがってまた民事訴訟制度——の根本理念からは、不法行為の違法性について自ずから大きな制約が加えられ、訴えの提起そのものについて一般に違法性を認めることはできず、原告が主張するところの請求が実質的に理由のないものであることだけでなく、さらに別の事情が加わらなければ、訴えの提起が違法とされることはない。しかし、訴えの提起が違法とされるための別の事情というのは、条文上明らかにされているわけではなく、公序良俗に反するとか信義誠実にもとるといったような理念的な規準から判定されるほかない。ここで末川は、「自己に正当に主張し得べき権利がないことを知りつつなほ敢て理由のない訴を提起して他人に損害を加へあわよくば一儲けしようとする如きことは、それによって他人のいかなる権利が侵害されるかを問ふまでもなく、法の根本理念に照して許されぬところであるから、そこに違法性を認めることができる⁽¹⁹⁾」と説明し、さらに、「斯ういふ場合の違法性は、具体的な諸般の事情に即して公序良俗といふ如き規準に従って認定せらるべきであるから、訴を提起した者がその請求の理由がないことを知っていた場合のみならず、相当の注意をすればそれを知り得た筈であるのに過失によつて知らなかつたやうな場合においても、これを認め得ることがある⁽²⁰⁾」としている。

(2) 故意——平井宜雄

過失不法行為と故意不法行為と明確に区別する平井宜雄⁽²¹⁾は、故意または故意不法行為を、「損害を加えようとする意思（加害の意思）またはそのような意思を以て損害を生じさせる行為」として定式化するべきであるとした上で、「故意の存在が認められるならば、損害の発生および因果関係の存在の要件が充たされている以上、行為の危険性または被侵害利益の重大さの程度如何を問わず、常に不法行為が成立すると解すべきである」とする。そして、上記の昭和六三

年判決において示された定式について、「権利の正当な行使行為の典型である訴訟の提起行為も故意があれば不法行為となる」と理解するべきだとする。

(3) 故意——吉田邦彦

吉田邦彦も不当訴訟について、「端的に言って、通常の過失不法行為とは異なり、故意またはそれに準ずる場合（重過失）にのみ不法行為が認められる類型——その意味で、現代的に重要な「意図的不法行為」の一場合（その他には、取引的不法行為（第三者の債権侵害）、表現行為による不法行為（名誉毀損・プライバシー侵害）が重要である）——であるとみるべきではなからうか」と述べている。そして、このような限定的要件が採られる実質的根拠・考量に関しては、「裁判を受ける権利」と応訴を強いられる者の経済的・精神的負担に対する配慮との調和として、とくに「裁判を受ける権利」の憲法的要請が絡むことがここでの判断枠組の特殊性を示しているとする。

(4) 不法行為の成否が判断される際に応訴者について考慮される要素

(a) 訴訟にかかわらず認められないという法律生活の平穏ないし自由（平穏生活権）⁽²⁴⁾

山木戸克己⁽²⁵⁾は、違法性の判断を被侵害利益の性質と侵害行為の態様との相関においてなすことを前提として、訴えの提起によって不法行為が成立する場合には、被侵害利益は訴訟に関わらなければならないという法律生活の平穏ないし自由とも称すべき利益であろうから、その違法性はいまさら加害行為の態様にもとづいて判断されることになるという。

他方、潮見佳男⁽²⁶⁾は、不法行為法を権利保障の体系として把握することを前提に、次のように述べている。「訴えの提起は、相手方に対する『訴訟にかかわらず認められないという法律生活の平穏ないし自由』を侵害することにもなる。相手方としては応訴を強いられ、これにともないさまざまな経済的・精神的負担を負うことになる。また、訴えの提起が

相手方の営業活動・職業活動その他の行動に制約をもたらすこともある。さらに、訴えの提起が裁判を受ける権利として認められているとはいえ、権利の行使が濫用とされる場合には、権利者には権利行使による効果が与えられるべきでない。このようなことから、一定の場合には、訴訟の提起が、被告との関係で名誉・人格権侵害の不法行為となる。」

(b)人の財産状態ないし経済活動一般に対する不利益

幾代通⁽²⁷⁾は、「営業権というよりはさらに抽象的な、すなわち特定主体の財産状態ないし資産状態一般に不利益を与えるような行為についても、不法行為の成立が問題となることがある」として、「不当訴訟（不当な提訴または応訴）によって相手方に弁護士費用その他の費用負担を余儀なくさせる行為は、不法行為となりうる」と述べている。⁽²⁸⁾

3. 従来の学説において十分考慮されていなかった要素について

上記では、訴えの提起が不法行為と評価されるか否かを判断するに際して、従来の学説がこの問題をどのように把握しているのか、提訴者・応訴者それぞれについてどのような要素を考慮しているのか、ということを観した。一見して分かる通り、それぞれの学説において考慮されている要素には大きな違いがある。例えば、応訴者に関する要素についてはみてみると、末川と平井においてはそもそもそれを考慮する余地はないし、考慮する他の論者においてもその内容は様々である。また、提訴者に関する要素についても、「裁判を受ける権利」に対する態度には濃淡がみられ、それが不法行為の成否を判断するに当たってどのように位置づけられ、調整されているのかも定かではない。このように、それぞれの論者が前提とする不法行為法体系の枠組みを取り払って横断的にみてみると、従来の学説の不十分さが浮き上がってくる。

以下では、従来の学説では不十分しか考慮されていなかった提訴者・応訴者それぞれに関する要素について、若干

の検討を加えることとする。

(1) 裁判制度の趣旨目的

この点でまず注目に値するのが、加藤新太郎の論考である。⁽²⁹⁾ 加藤は、昭和六三年判決を前提として、不当訴訟における不法行為責任の要件事実（請求原因事実）の構造を次のように整理している。

① 被侵害利益の存在（訴訟に関与させられ生活の平穩を害され、出費を余儀なくされる事態を招来しない利益）

② 権利侵害の事実＝違法性（訴えの提起等が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くこと）

③ 故意・過失

④ ②と⑤との間の因果関係

⑤ 損害発生事実とその数額

加藤は、昭和六三年判決が明らかにしたのは違法性の内容（②）であるとした上で、昭和六三年判決の定式⁽³⁰⁾のうち、（a）「**提訴者主張の権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであること**」が客観的違法要素、（b）「**提訴者の（a）に対する認識又は認識可能性があること**」が主観的違法要素となるとし、その相関的評価によって、訴えの提起等が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くか否かが判定されると理解する。

その上で加藤は、「例えば、一般人が全く勝訴見込みはないが、和解を狙って提訴するケースをどのように評価すべきかについては、裁判制度の趣旨目的をいかに理解するかとの関連で、より正確に言えば、民事訴訟目的論としてどの立場をとるかによって、その判定を異にする余地が生じ得る。すなわち、権利保護説の立場からは保護されるべき権利は存在しないのであるから違法性を肯定する方向に傾くであろうが、紛争解決説の立場からは解決に値する紛争が生じている以上違法性ありとは評価しないであろう⁽³¹⁾」、と述べている。

このように加藤は、「裁判制度の趣旨目的」を「民事訴訟目的論」と関連づけ、違法性の評価に直接影響を与えようとする。しかし、「民事訴訟目的論」をこのように不法行為の成否に直結させることについては疑問がある。

最高裁が上記の定式を用いる際には、「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求めうることは、国家の根幹にかかわる重要な事柄であるから、裁判を受ける権利は最大限尊重されなければならない」、不法行為の成否を判断するにあたっては、いやしくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされる」との提訴者の利益（権利）への配慮と、「訴えを提起された者にとつては、応訴を強いられ、そのために、弁護士に訴訟追行を委任しその費用を支払うなど、経済的、精神的負担を余儀なくされるのであるから、応訴者に不当な負担を強いる結果を招くような訴えの提起は、違法とされる」ことがあるとの応訴者の利益（権利）への配慮との調整が図られているのであって、その中身は極めて実体的なものである。ここでまず最初に問題とするべきなのは、「訴えの提起を不法行為と評価すること」の意味、すなわち、不法行為制度の目的をどのように理解するのか、ということであると思われる。⁽³²⁾

この点をどのように考えるにせよ（相関関係理論を前提とするとせよ、権利論を前提とするとせよ）、その次に考慮されなければならないのは、訴えを提起することについて提訴者が有する利益（権利）と、訴えが提起されることにより損なわれる応訴者の利益（権利）である。従来の議論には、この点に関する分析が不足していたと思われる。

以下では、この点に関する近時の議論をみてみることにする。

(2) 裁判を受ける権利

訴えを提起することについては、まず提訴者の主観的態様と切り離して分析する必要がある。従来の議論では、提訴者の主観的態様に焦点が当てられ、憲法上の権利である「裁判を受ける権利」そのものが私法秩序においてどのような

位置づけを占めているのかの検討が十分ではなかった。

ここでは、この点について考察を加えている浅野有紀の論考⁽³³⁾を取り上げてみることにする⁽³⁴⁾。

浅野によると、権利を法による私人への権限付与とみるならば、国家機関による権力行使と私人による権利行使との間に截然とした区別を行うことはできない。そのため、私人の権利行使も、国家の権力行使と同様に、他の私人の自由を侵害するおそれがあり、その範囲を明確に限定する必要がある。とりわけ民事訴訟の場合には、原告の訴えに対して応訴を強いられる被告が存在するのであり、「裁判を受ける権利」には、原告の権利のみならず、不当な裁判にまきこまれない被告の権利（自由権的「裁判を受ける権利」）も含意しているとみることができるともいえる。これを前提に昭和六三年判決をみると、訴訟提起行為は、応訴を強いられる者にとつては基本的に負担となるにも関わらず、原則としては正当で、ごく例外的な場合にのみ違法と判断されることになっている。とすると、昭和六三年判決は、もともとと提訴者の側に優越的な権利・利益を認めた上でその優越を覆す特別な要件を論じているものと理解することができる。しかし、国家の権力行使と同様、私人の権利行使に対しても、その対象となる他の私人の自由権の保護の必要性を従来より強く認識する必要がある、原告における「裁判を受ける権利」の重要性から直ちに被告の側の広範な応訴義務を引き出すことはできない。

浅野はこのように述べ、被告側の自由権をより重視していく方向が望ましく、過失とは明確に区別された重過失を常に必要とすると考えることには疑問が残る、としている。

この見解に賛成するか反対するかはともかく、「裁判を受ける権利」がどのように位置づけられているかを明らかにした上で、不法行為の成否の議論に結びつけている点で一つの参考になると思われる。

(3) 訴えが提起されることにより損なわれる応訴者の利益（権利）

訴えが提起されることにより損なわれる応訴者の利益（権利）についても、従来の学説では適切な位置づけがなされていなかったと思われる⁽³⁵⁾。問題となる状況を適切に類型化して、問題となる応訴者の利益（権利）を同定する作業が必要であろう。

このような作業は、近時の知的財産に関する紛争の展開からも必要とされていると思われる。例えば、知財高判平成一九年五月二九日⁽³⁶⁾では、特許権者が、競業者の取引先を相手方として特許権侵害訴訟を提起すること等が、不正競争防止法における不正競争として違法な行為といえるかが争われており、単なる財産損害や、平穩生活権の侵害ではとらえることのできないものが問題となっている⁽³⁷⁾。

また、東京地判平成一七年三月三〇日判例時報一八九六号四九頁では、消費者金融業者が書籍の出版社に対して提起した訴訟について、それが批判的言論を抑圧する目的で行われたものであるとして、不法行為の成立が認められており、応訴者の表現の自由が問題となっている点で注目に値する。

註

(12) 潮見佳男『不法行為法』（信山社・一九九九年）二六五頁を参照。

(13) 大審院時代において、これらの議論は主に川島武宜と末川博による判例評釈によって展開された。末川による判例評釈として、末川博「不当なる訴の提起と不法行為」民商法雑誌四卷一四七頁（一九三六年）、以下では末川①として引用）、同「弁護士報酬と不法行為の損害」民商法雑誌四卷二四七頁（一九三六年）、同「不法行為を構成する不当なる訴と損害賠償の範囲」民商法雑誌一五卷四号八頁（一九四二年）、以下では末川②として引用）、同「不法行為による損害と弁護士費用」民商法雑誌二〇卷一号一九頁（一九四四年）、同「不法の訴に対する勝訴者と其の弁護士費用の賠償請求」民商法雑誌二〇卷二号四九頁（一九四四年）がある。川島による判例評釈として、川島武宜「不法なる訴に勝訴するため、又は不法なる仮処分を取消するため、弁護士に事件を委任した場合において、不法行為に基く損害賠償として請求し得る弁護士報酬の範囲」判

- 例民法昭和一六年度七九事件(有斐閣・一九四四年)、同「弁護士費用の賠償請求——譲渡担保の約旨に反し期限前に担保物を処分した債権者に対する損害賠償請求訴訟の弁護士費用」判例民法昭和一八年度五一事件(有斐閣・一九五五年)、同「不法の訴に対する勝訴者とその弁護士費用の賠償請求」判例民法昭和一八年度六六事件(有斐閣・一九五五年)がある。それ以外の論者によるものとして、平野義太郎「判批」判例民法大正一〇年度二六七事件(有斐閣・一九三三年)、来栖三郎「判批」判例民法昭和一一年度八事件(有斐閣・一九三七年)、末延三次「不法行為——弁護士の報酬は不法行為に因る損害か」判例民法昭和一一年度一八事件(有斐閣・一九三七年)がある。
- (14) 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望——違法性と過失」法学セミナー二九六号七二頁(一九七九年)。
- (15) 不法行為法学の展開について、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から——」法学論叢一五四卷四四五―六号二九二頁(二〇〇四年)を参照。
- (16) 前掲注(7)および注(9)で挙げた文献の他、谷口知平「応訴行為の違法性」民商法雑誌三七卷四号一二八頁(一九五八年)、山本戸克己「執行文付与申請行為の違法性」民商法雑誌五〇卷六号一〇八頁(一九六四年、以下では「執行文」として引用)、同「不当訴訟と提起者の過失の認定」法律時報三八卷五号八七頁(一九六六年)、藤岡康宏「判批」判例タイムズ三一〇号八七頁(一九七四年)、梅善夫「訴えの提起が違法となる場合」法学セミナー四三三六号一二六頁(一九九一年)、中野哲弘「判批」判例タイムズ二〇六五号四六頁(二〇〇一年)、徳本伸一「訴え提起の違法性」西原道雄先生古稀記念『現代民法学の理論下巻』(信山社・二〇〇二年)四〇三頁を参照。
- (17) 前掲注(3)参照。
- (18) 以下の説明につき、末川・前掲注(13)末川①七〇頁以下。また、末川・前掲注(13)末川②八四頁以下も参照。
- (19) 末川・前掲注(13)末川①七二頁。
- (20) 末川・前掲注(13)末川①七三頁。ただし、過失によって理由のない訴えを提起したことが違法だと評価されるのは、極めて重大な過失があったと認められるような場合であることを要するであろうと述べている(七三頁)。
- (21) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂・一九九二年)六九頁以下。
- (22) 吉田・前掲注(7)二〇一頁。
- (23) 山本戸・前掲注(16)「執行文」九五〇頁。

- (24) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社・第二版・二〇〇九年）一九〇頁。
- (25) 山木戸・前掲注（16）「執行文」九五〇頁。
- (26) 潮見・前掲注（24）一九〇頁。
- (27) 幾代通『不法行為法』（筑摩書房・一九七七年）七九頁。
- (28) 内田貴も同様に、不当訴訟について、「被侵害利益は通常の財産損害であるが（損害は弁護士費用等の費用の支出、侵害の態様が特殊な形態である）」としている（内田貴『民法Ⅱ 債権各論』（東京大学出版会・第二版・二〇〇七年）三五七頁）。
- (29) 加藤・前掲注（4）一六八頁、同『コモン・ベージック弁護士倫理』（有斐閣・二〇〇六年）二二二頁以下。
- (30) 「民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、右訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係（以下「権利等」という。）が事後的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である。」
- (31) 加藤・前掲注（4）一七四頁。
- (32) この点につき、浦川ほか・前掲注（3）、山本・前掲注（15）の論考を参照。
- (33) 浅野有紀「最高裁判例にみる『裁判を受ける権利』」法律時報七五巻八号三三頁（二〇〇三年）。
- (34) これ以外にも、手続的な観点からこの問題をとらえようとする興味深い論考があるが（吉村＝松尾・前掲注（9）、山城崇夫「不当提訴と弁護士費用に関する一考察——反訴による応訴に要した弁護士費用の賠償請求について——」山口経済学雑誌三八巻一＝二号八七頁（一九八九年）、詳しい検討は他日を期したい）。
- (35) 例えは、大村敦『基本民法Ⅱ 債権各論』（有斐閣・第二版・二〇〇五年）二〇八頁は、被侵害利益に着目して不法行為を類型化するとしながら、不当訴訟を「その他…故意不法行為」に位置づけ、「以上の分類に収まりにくいもの」としている。また、潮見においても、「平穩生活権」を侵害すると述べる一方、営業活動・職業活動その他の行動への制約や、名誉・人格権侵害も問題となるとしており（潮見・前掲注（24）一九〇頁以下）、それらの関係がどのように整理されるのか不明である。
- (36) 判例集未登載。この判決（事件番号平成一八年（ネ）第一〇〇六八号、平成一八年（ネ）第一〇〇七三号）は、裁判所

ホームページ (<http://www.courts.go.jp/>)にて確認することができる。

(37) また、ここでは、提訴者・応訴者の利益とは直接には結びつかない要素（例えば「競争秩序」といった要素）も考慮される可能性があるが、これは不法行為制度の目的をどのように理解するかという議論と密接に結びつくであろう。

四. おわりに

本稿では、訴えの提起と不法行為法に関する問題について、従来の議論の問題点を指摘するにとどまり、具体的な提案を行うには至らなかった。この問題を検討するにあたっては、民法だけではなく、憲法や民事訴訟法といった他の法領域についても目を配ることが必要とされる。今後の課題としたい。

本稿は、平成一九一二年度科学研究費補助金・若手研究（B）による研究成果の一部である。

本稿は、二〇〇九年一月二一日（土）に行われた関西若手民事判例研究会における報告を大幅に修正したものである。研究会では参加者の方々から多くのご教示を頂いた。ここに記して謝意を表する次第である。