

不当提訴の違法性

西 牧 駒 藏

目 次

第一章 序 論

第二章 不当提訴の違法性に関する判例学説

第三章 不当提訴の違法性に関する戦後の判例

第四章 結 語

注

第一章 序 論

不当に訴訟を提起された被告が勝訴し、弁護士費用を不当提訴の不法行為に基づく損害賠償（民七〇九条）として原告に請求できることは判例学説の認めるところである。⁽¹⁾つまり不当提訴を民法上の不法行為と解したわけである。⁽²⁾

さて不当提訴がどのような場合に民法上の不法行為と見られるかにつき、「請求の無理由に加え公序良俗に反するか信義誠実に戻る場合」（末川⁽³⁾）といっても、具体的なケースに即して詳しい検討が必要となる。「裁判を受ける権利」（日本国憲法三二条）と被告の受ける経済的・精神的負担の一定程度」との調和点をどこに見つけるかがポイント

論

以上の問題点をめぐる判例学説を整理することが本稿の目的である。なお弁護士費用とは民事訴訟費用等に関する法律に定める印紙代郵券代その他の手続費用を除いたいわゆる弁護士に対する報酬である。弁護士報酬は手数料（着手金）と謝金にわかれ、手数料は事件受任にあたって支払われるものであり謝金は事件が成功裡に解決されたとき支払われる。したがって事件に成功しなければ弁護士は謝金を支払われない。弁護士報酬は訴訟費用に含まれない。⁽⁵⁾

第二章 不当提訴の違法性に関する判例学説

一、訴の提起が私法秩序に関して具体的な紛争を有する者によりなされても、その紛争の法律的な解決即ち訴訟上の結果がどうなろうと、それ自体直ちに違法となることはない。⁽⁶⁾ 訴が不適法でありその請求に理由がないとき訴は却下され請求が棄却されることがあるが、訴の提起そのものは一般に違法性が認められない。しかも訴の提起はたとえ相手方に損害を加えることがあるにしてもそれ自体としては違法性を帯びることはない。⁽⁷⁾ 相手にとり多くの場合に迷惑であり、或は、相手方に何らかの損害を及ぼすことは必然だともい得るのだから、単に相手方に損害を加えるという点において違法の要素を求めることもできない。

一般に不法行為の成立には権利侵害という要件が求められている（民七〇九条）。加害行為の違法なるべきことを表わそうとしたものであると解してよく、決して個々の場合に具体的にいかなる権利が侵害されたかを明らかにしなければならぬという程の意味を有するものではない。⁽⁸⁾ 先ず訴の提起が違法であるためにはその訴において審判の対象とせらるべきだとして原告が主張するところの請求が実体的に理由のないものであることを要する。請求が理由あ

りと認容せられるに値いする限り訴の提起に何ら違法の要素を見出すことはできぬからである。しかし請求の無理由だからといって訴の提起が必然に不法行為を構成するに足る違法性を帯有しているとはいえない。請求の無理由に加えて更に別個の事実がなければならぬ。それは今日条文となつてゐる顯現的法規によつて明示されてゐるところではない。⁽¹⁰⁾結局公序良俗に反するとか信義誠実にもとるかという理念基準から判定されるほかはない。⁽¹¹⁾或は今日広く認められてゐる権利の濫用に比擬して考へるならば、理由がないのに訴を濫りに起して他人に損害を加えるという意味で、いわゆる訴の自由若くは可能を濫用したといひ得る如き場合において違法なものを認めることができる。⁽¹²⁾こうした違法は、自己の請求が理由のないものであることを知りながら、専ら他人に損害を加えまたは自己に不当な利益を得ようとして、訴を提起する如き事情の下において最も明らかにこれを認め得るであらう。即ち自己に正当に主張す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えあわよくば一儲けしようとする如きことは、それによつて他人のいかなる権利が侵害されるかを問うまでもなく法の根本理念に照ら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。⁽¹³⁾なお、また、そういう場合の違法性は、具体的な諸般の事情に即して公序良俗という如き規準に従つ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つ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はずであるのに過失によつて知らなかつたような場合においてもこれを認め得ることがある（尤も過失によつて理由のない訴を提起したことが違法だと評価されるについては、四囲の事情から察して極めて重大な過失があつたと認められるような場合であることを要するのが普通であらう⁽¹⁴⁾）。訴の提起は右に述べた如き事情の下において違法であることであるが、そこにいわゆる故意過失は、違法性を認めるについで、いわば客観的要素としてこれを観たのである。しかしそれはまた同時に主観的要件をも充たすこ

説
ととなるのだから、かかる訴の提起によって相手方に損害を生ずるならば、不法行為が成立するものといわねばならぬ。⁽⁶⁾以上の末川説は、大判昭和十一年一月三十一日民集一五卷二号一一六頁の評釈に述べられている。同事案は、

論

甲が乙に対し其の所有地上に無権限で建物を所有すると主張し建物収去土地明渡の訴を提起し、乙に借地権があるため敗訴した後、控訴審に於てその主張を改め乙は元來賃借人であったが賃料支払延滞で賃貸借は解除されたと称し甲が勝訴した。乙が上告。上告人乙が家屋三棟を三名に賃貸し毎月賃料支払を受けていた所甲が乙と上記三名の借家人にも訴訟で家屋から退去を求め三名の借家人が訴訟に係る煩累に堪へずまた不測の損害をおそれて家屋から退去し他に転居した。そこで被告上告人甲は本訴提起にあたり土地明渡を求める権利がないことを知っていたか少なくとも過失によってこれを知らなかったのだから、賃借人の家屋退去によって上告人乙が被った損害を賠償すべき義務がある。そこで右の損害賠償債権と土地延滞賃料債務とを対等額において相殺したので、被告上告人甲主張の解除は無効だと上告人乙は抗弁した。(原審(控訴審)は、訴の当否は口頭弁論終結当時の訴訟資料を基礎とすべきものであり、起訴時に理由がなかった訴と雖も、控訴審における口頭弁論終結当時まで理由があるに帰したときには、その訴求自体は結局正当であったといふべきだから、被告上告人甲の本訴提起が不当なることを前提として損害賠償債権を取得したとする上告人乙の主張が失当であると判定して上告人乙の抗弁を排斥し、被告上告人甲の本訴請求を認容した。)(上告人乙の上告理由は、延滞賃料債務との相殺に供した反対債権は被告上告人甲の不法な訴訟行為によって被った損害の賠償を求める債権である。訴訟の提起並にその遂行に関する訴訟行為が他人の権利を侵害する不法行為であるか否かは、本案請求自体の曲直とは関係のない問題であるから、別に訴訟行為各個について果してそういう事実があるか否かを判断しなければならぬ。またいわゆる判断の標準時期における判断で被告上告人の請求を結局正当であるとしても、

それは被告人の爲した出訴以来の訴訟行為全部を遡って合法化する効果を有するものではない。なお借家人が家主と地主との紛争を避けて他に転居したと地主の不法な訴訟との間には相当因果関係があるのだから、不法行為は成立する、とした。

大審院判決理由は「被告原告(控訴審での)ノ勝訴ハ原審口頭弁論終結當時ノ状態ニ依リ此ノ新事実(賃料不払に因る土地賃貸借の解除)カ肯定セラレタル結果ニシテ被告原告人カ第一審ニ提起シタル旧訴ノ理由アリシ故ニハアラス原判決ハ此ノ區別ヲ弁セサルモノ違法ト云ハサルヘカラス……被告原告人甲ノ請求ノ法律上到底成立ツヘクモアラサルノ消息ニ通セル丙ハ現下ノ有様ニ於テ其ノ勝算ノ歴々タルヲ自信セルモ又一面ニ其ノ力ヲ役シ其ノ時ト財トヲ費シ而モ當時者主義ノ民事訴訟ニ在リテ殊ニ起訴後ニ於ケル事情ノ推移変遷ニ因リ敗訴ノ決シテ必無ヲ保スヘカラサルヲ想ヒ他ニ転宅スルコトヲ以テ萬全ノ策ト為スハ丙トシテ有リ得サルノ事態ニ非ス……甲トシテ少ク意ヲ加ヘシナラハ其ノ請求ハ起訴當時尚ホ未生ナルコトヲ知り得タリシニ拘ラス前後ノ顧慮無ク敢テ訴ヲ提起シタリトセムカ甲タルモノ丙ノ立退ニ付キ同人ニ対シ過失ノ責ニ任セサルヘカラサルハ勿論若シ前記事由ノ如キ立退ノ為メ乙トシテ当該家屋賃貸ノ機会ヲ失ヒシナラハ乙ノ之ニ因リテ被リタル損害ニ対シテモ亦其ノ責ヲ辞スヘカラサル場合ノ有ルヘキハ寧ろ賭易キノ道理ナラスンハアラス」⁽¹⁶⁾

つまり、控訴審判決が「訴訟ノ進行中請求原因ヲ変更シタルコトニ因リ始メテ当該請求ノ理由アルニ歸シタリトスルモ其ノ請求自体ハ結局ニ於テ正當ナリシモノ」といい、訴の提起當時に遡及して訴が全面的ニ正当化される如くに論じているが、大審院判決は、甲の訴の提起が違法なる限り甲の不法行為は控訴審の判決のいかん(勝訴敗訴)に拘らず成立してその責任は独自に存続すべきであるのでこれを甄別しない原判決は失当であるという。正当と評すべき

であろう。次に甲の訴の提起と乙の損害即ちその借家人たる丙等の立退きにより乙が被った損害との間に相当な因果関係が認められ得るか否かが問題となってくる。原審では丙等が賃借家屋から退去した当時の訴訟段階においては乙や丙に対する甲の本訴請求は理由があるとはいえなかったのだから、丙等が「家屋ヨリ立退クヘキ客観的通常ノ事由ハ存セザリシモノト謂フノ外ナク」それにも拘らず丙等が訴訟の煩に堪えぬとか後日不測の損害を被むるかもしれないかというので立退いたのは、丙等の「主観的ナル事情ニ基キタルモノト謂フ」べきであつて、丙等の退去と甲の本訴提起並にその維持との間には「客観的ニ相当ナル因果ノ関係アリト為スヘカラサルヤ論ナシ」と判断する。しかし、いわゆる客観的相当因果関係説に依らうとして「客観的事情」と「主観的ナル事情」とを分けて考えた積りのようであるが、その「主観的ナル事情」が更に客観的に―社会一般の通念に従つて―いかに評価されるべきかということについて考慮しなかつたようである。大審院判決がこの点を衝いている。たとえ請求の理由がないにしても訴を起されて退去を求められた賃借人（殊に法律上の専門的知識を持たぬ者）が事態の紛糾を避けて家屋を立退いたのは、賃借人の主観的事情にでたにしても、そういう事情に置かれたならば通常の人が立退くのも無理からぬと客観的に認められるに足るときには、そこに「立退クヘキ客観的通常ノ事由」が存するといえる。⁽¹⁷⁾ こうして、不当提訴の有無は、かなり複雑な判断となる。

二、上述の如く、何ら請求がないものにも拘らず単に他人に損害を加えまたは自己が不当な利益を得るといふような許すべからざる―即ち公序良俗に反したり信義誠実に背いたりする如き―目的で訴を提起すれば、そこに違法性が認められて不法行為が成立することになる。これは仮処分申請その他においても同様であり、次のようなケースがある。⁽¹⁸⁾ 未成年者から財産奪取をもくろみ親権者（実母）の親権停止の訴を提起した事案である。上告人（原告）が別段

親権を濫用したという事実はないにも拘らず被告(原告)は原告の親権喪失の訴を提起し且つ親権停止の仮処分を申請したのであり、しかもそれは親権に服する未成年者の財産を被告等において奪取するというような許すべからざる不純な目的に出ているのであるから、そこには当然違法な行為が認められる。即ち訴の提起や仮処分の申請が訴訟や執行の上でどう取扱われようという結果になっていようとも、本件のような場合、正当な理由がないのに不当な目的の為に訴えや仮処分をいわば利用—寧ろ濫用—している違法な行為があるのであって、そのために相手方に損害を与えれば不法行為が成立するものといわねばならない。被告側からの不法行為不成立の主張に対して「仮令親権行使ニ付不当ノ点アリト思料シタル事実アリトスルモ稔雄(未成年者)ノ財産ヲ奪取スル手段トシテ：訴及仮処分申請ヲ為スヘキ權利ハ断シテ之ヲ有スルコトナキモノト云ハサルヘカラス蓋シ斯ノ如キハ単ニ民法八百九十六条(現八三四条)所定ノ權利ノ行使タルカ如キ外観ヲ有スルニ止マリ實質上公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル行為ニシテ權利ノ濫用タルコト一目瞭然タルヲ以テ」。

三、ところで不当な訴を提起された者が応訴のために弁護士に支払う報酬や手数料を、違法行為によって生じた損害として全額賠償を請求し得るか。本件(大判昭和一九・九・三〇)判旨第二点は必ずしも全額に及ばず、「事件ノ難易訴訟物ノ価額其ノ他諸般ノ具体的事情ニシテ行為当時予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノヲ基本トシ当該事件ノ処理ニ対スル報酬及手数料トシテ相当ナル金額ヲ量定シテ之ヲ決ス」べき旨を明らかにしている。被害者と弁護士との間の報酬や手数料の約束される金額は、必ずしも客観的に相当だと思われる額に決められるとは限らない。不当に多額の約束がされることもあり、その全額がすべて不当な訴の提起のごとき違法行為によって生じたとはいえぬ。即ち違法行為を原因として生じたといえるのは、客観的に判断してその行為との間に相当因果関係(民四一六条)があ

説

ると認められる範圍の損害である。被害者が賠償を請求することができるのも、その範圍の損害にとどまる。⁽²⁰⁾ 本件で請求額九百円の内五百円が認容された。また、被害者が手数料等の金額を定め支払う約束が弁護士と成立して債務を負担すれば、まだ弁済していなくても既に損害が生じたものとして賠償を請求できるとする。⁽²¹⁾

論

四、訴の提起が不法行為となるということを、「其訴カ目的其他ニ於テ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル處アリ不法行為ヲ構成スルニ於テハ……民法不法行為ニ関スル規定ニ従ト」と、訴の自由ないし可能とか具体的な権利の侵害とかいう如きに拘泥することなく、公序良俗に反するという理念的な規準に標識を求めて不法行為の成立を認める旨が判例で明らかにされた。⁽²²⁾ 即ち不法行為の要件たる権利の侵害は違法性の徴表であつて具体的にいかなる権利が侵害されたかという如きは必ずしも問題とすべきではないのだから、請求の理由がないことを知りながらなお且つ専ら他人に損害を加えまたは自分が不当な利益を得ることのみを目的としていわば訴の自由を濫用したというような事情がある場合には、訴の提起は公序良俗に反するの故をもつて違法とせられ不法行為を構成する。⁽²³⁾ そして、訴が不法行為の要件を備える以上これに対し民法七〇九条の適用を除外すべき法文上の根拠なく「訴訟費用ニ関スル訴訟法ノ規定ハ勝訴者カ敗訴者ニ対シ故意過失ノ有無等ニ関係ナク訴訟法所定ノ手續ニ従ヒテ取立ヲ為スコトヲ得ヘキ訴訟費用ノ範圍ヲ定メタルニ過キス此訴訟法ノ規定ニヨリ民法ノ適用カ左右セラルルモノトハ做シ難シ」とする。⁽²⁴⁾ 「弁護士報酬が民事訴訟法（従つてまた民事訴訟費用法）にいわゆる訴訟費用に属せぬことは今日学説判例の一般に認めているところであつて、本判決（大判昭和一一・二・二八民集一五卷四号三〇〇頁、三〇三頁、三〇四頁）も亦それは『民事訴訟法ニ規定セル訴訟費用ニハ非サルモ』』といつてその点は明かにしている。そしていわゆる訴訟費用を当事者に負担せしむることは、財政上の理由に加うるに、一方では現代の法制が自力救済を禁圧したことの代償を成すものであり、

他方では訴や応訴の自由（可能）に基づく濫訴を防止するという司法政策的の理由に出ているのだから、訴訟費用は当事者の故意過失の有無を問わないで負担せしめられる。従つて訴訟費用の負担は故意過失による不法行為や債務不履行に基く実体法上の損害賠償責任と両立し得るのだから、民事訴訟法所定の訴訟費用負担とは別に弁護士の報酬について賠償責任を認めるところの従来⁽²⁵⁾の判例―従つて本判決―の態度は、この点では是認してよい。」上にいう従来⁽²⁵⁾の判例とは、大判昭和八・五・三〇、昭和八年（オ）第七六五号新聞三五六三号・八頁である。事案は、田の売買契約が締結され手付金二百五十円が支払われたが、上告人により田に故意または過失によりならぬ理由なき仮差押がなされ、買主は契約解除を申し出て売主（被上告人）との間に合意解除され、売主は手付金を返還し損害金百五十円を支払う旨約し、支払った。そこで売主（被上告人）は不法な仮差押（並本訴請求）の提起により被上告人の支払った百五十円を、不法行為による損害賠償として上告人に請求し認容されたのである。上告人は訴訟費用に制限があると反論した。「不法行為ヲ為シタルモノハ其ノ損害賠償ノ責任アルコト又債務不履行ヲ為シタルモノハ債務不履行ニ因リ生シタル損害賠償ノ責任アルコト勿論ナリト雖モ其ノ不法行為若クハ債務不履行ニ関シ提起シタル訴訟ニ於テ其ノ權利ノ伸張又ハ防禦ノ必要上弁護士ニ訴訟ヲ委任シタル場合ト雖モ該訴訟ニ関シ要シタル訴訟費用ハ民事訴訟法第九十条ト民事訴訟費用法規定ノ範圍ニ於テ裁判所カ相当ナル權利伸張若クハ權利防禦ニ必要ナリト認メタル範圍ニ限リ敗訴者ニ於テ負担スヘキモノナリ本件ニ於テハ訴訟費用トシテ上告人ノ負担スヘキ額ハ乙五号證タル訴訟費用確定決定ヲ以テ立證スル如ク金三十八円一錢以外ニハ負担ノ責任ナキモノナリ又相手方ヨリ違法ノ訴ヲ受ケ之ヲ防禦スル為メ弁護士ニ委任シ勝訴ノ判決トナリ訴訟費用決定以外ニ弁護士ニ対スル手数料並ニ報酬金等多額ニ支払ヒタルニ付其ノ金額ハ相手方ノ違法ナル訴訟提起ヲ受ケタル為メ被ムリタル損害ナリト主張シ違法ノ訴ハ民法上ノ不法行為ナレ

ハ之ヲ原因トシテ弁護士ニ支払ヒシ金額ヲ損害賠償トシテ請求シタル時ハ右支払金ハ権利防禦ニ必要ナル費用ニアラサルモノト決定シ居ルコトハ御院判決の是認スルトコロナリト」と。これに上告審が判決して曰く「故意又ハ過失ニ因リテ何等理由ナキ訴ノ提起又ハ仮差押ノ申請ヲ為シタル結果相手方ヲシテ之ニ応訴スルヲメテ弁護士ニ訴訟代理ヲ委任シ因テ民事訴訟費用法所定ノ費用以外ニ費用ヲ支出スルノ止ムナキニ至ラシメタルトキハ其ノ費用ハ即不法行為ニ因リテ生シタル損害トシテ相手方ニ対シ之ヲ賠償スヘキ義務アルコト当然ニシテ訴訟費用ノ負担ニ関スル民事訴訟法ノ規定及民事訴訟費用法ノ規定ハ右ノ如キ損害ノ賠償責任ヲ排除スル趣旨ニアラス」(27)。本件では(大判昭和八・五・三〇) 弁護士費用を損害賠償として請求していなくて、不法な仮差押による百五十円の出費を損害賠償として請求していた。そして、上告人が、訴訟費用以外に別の損害賠償負担の責任なしとの主張を根拠づける理由として、不法提訴に応じ弁護士費用を出しても、権利伸張若くは権利防禦に必要な費用でない故、損害賠償として請求できないと主張したにすぎない。

五、また本件(大連合判昭和一八・一一・二)は、「弁護士ヘ支払フ報酬手数料等の費用はどの範囲まで不法の訴を原因として生じた損害といえるか。『不法ノ訴ニ対シ不得己応訴シタル被告ノ弁護士費用ハ該訴ニヨリ通常生スヘキ損害ト云フ』(28)ことが出来る旨が明かにせられている。素人が弁護士に委任しないで訴訟上攻撃防禦の方法を尽し自己の利益を擁護することはむづかしくまた實際上弁護士を代理人として訴訟するのが通常である。即ち弁護士に委任するか否かは当事者の自由であるにしても、今日普通の実状からいって判示のように解することは当を得ており、したがって已むを得ないで応訴して弁護士に支払った相当範囲の費用は不法の訴を原因として通常生ずべき損害といえる」とする(29)。四三頁参照。

六、なお、「訴の提起が不法行為を構成すると判定するについては公序良俗に反するという如き理念的基準が標識とせられるだけに、審理は極めて慎重になされることを要するのであって、ただ原告において「自己カ債権者ニ非ス且其事実ヲ知り乍ラ債権者ナリト称シテ弁済請求ノ訴ヲ提起シタル」如き事実があるだけで直ちに不法行為の成立を速断することはできない⁽³⁹⁾。とくに応訴の態度も不当である場合にはあらゆる事情を考慮して熟考の上判断すべきである。これを明言するのが、大判民事部連合昭和一一・一一・二民集二二卷二三号一一七九頁である。事案は、訴外Aは被上告人（被控訴人・原告）甲外五名に対して連帯で貸付けた元金三千円の債権を有していたが、Aはこれを訴外Bに、Bは訴外Cに譲渡した。上告人（控訴人・被告）乙はCからこの債権を譲受けたと云ってその内一千円のみを支払を求めため被上告人に対して支払命令の申請を為し、裁判所により支払命令が送達された。そこで被上告人甲外五名は、弁護士に訴訟代理を委任して右の支払命令に対し異議を申立てた結果、訴訟（貸金請求事件）となった。訴訟では抗弁として第一、Cと上告人乙との間の債権譲渡は被上告人乙に対して訴訟行為を為すことを目的とし信託法第一条により無効である（「信託ハ訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ為スコトヲ得ス」）、第二、右譲渡は取立委任を目的とするものでその委任はCにより解除されたから上告人乙は管理権を喪失していると主張した。その訴訟の第一審では第二の抗弁が採用されて上告人の請求は棄却されたので上告人乙の側で控訴したが、控訴審では第一の抗弁の方が採用され控訴棄却となり、その判決は確定した。そして被上告人甲等はこの訴訟で弁護士に第一・二審の着手金として各五十円また成功報酬として各百円合計三百円を支払うべき契約をしたのであるが、この金額は相当だと認められた。こういう事情に基づいて被上告人甲等は、上告人乙がその債権譲受の無効なことを知りながら（又は過失により知らずに）弁済を請求したの不法行為であって、弁護士に支払を約した三百円は上告人の斯

かる不法行為によつて生じた損害であると主張して、その賠償を請求した。第一審と第二審では被告原告人甲等の請求は認容されたが、大審院では原判決は審理不尽の不法がある故をもつて破毀された。以下は大審院の判断である。提訴が不法行為であると認定しつつも、「被告原告人カ支出シタ弁護士費用ノ全部ヲ原告人ニ賠償セシムヘキ理由ノ説明未タ充分ナラス……原告人ハ第一審以來前訴カ提起セラレタルハ被告原告人カ訴外Cニ対シテ負担シタル債務ヲ弁済セサル為メナルコト即被告原告人ノ責ニ帰スヘキ事由ニヨリタルコトヲ主張シ居ルモノナルカ故ニ原審ハ此点ニ付キ審理ヲ為ササルヘカラス蓋若シ原告人ノ右主張ニシテ眞実ナルニ於テハ被告原告人ノ債務不履行ナカリセハ前訴ノ如キハ恐ラクハ逃起セラレサリシナルヘク又其カ提起セラレタル後ニ於テモ被告原告人ハ眞ノ債権者（原告人ノ前訴ニ於テ主張シタル債権讓受カ有効ナレハ原告人、無効ナレハ讓渡人）ニ弁済ヲ為スコトニヨリ弁護士ニ委任シテ応訴スル等ノ費用ハ之ヲ免レ得タルヤモ知ルヘカラス若シカカル場合ナリトセハ本訴ニ於テ被告原告人カ賠償ヲ請求スル損害ノ如キハ被告原告人カ徒ニ自己ノ違法行為（債務不履行）ヲ継続センカ為メ支出シタル費用タルニ帰シ之ヲ原告人ニ転嫁セントスルカ如キハ或ハ全然許サレザル場合モ考ヘ得ヘク然ラストスルモ所謂過失相殺ハ当然考慮セラルヘキ處ナレハナリ然ルニ原審カ想ヲ茲ニ致サス被告原告人ニ責ムヘキ債務不履行ノ事實無カリシヤ被告原告人カ弁護士ニ委任シテ迄^{キヤス}応訴シタルコトカ果シテ相当ナリシヤ過失相殺ヲ為スヘキ場合ニ非サリシヤ等ニ付キ何等審理スル處ナクシテ^{キヤス}被告原告人ノ請求全部ヲ是認シタルハ審理不尽ノ違法アルモノト云フノ外ナシ⁽¹⁾。まったく請求が許されないか、過失相殺は当然考慮される場合だと認定している。まさに上告審で逆転したのである。債務不履行で訴訟を誘発し、眞実の債権者に弁済せずに応訴し、その上弁護士費用までも賠償請求する被告原告人側の態度に、信義誠実の原則違反の違法性をみてとれるといわざるを得ないのである。こうして事実認定如何も勝敗の結果に影響することになる。

七、執行文付与申請行為の違法性については、執行文付与申請はいわば強制執行の準備行為であるが、不当な執行文付与申請を不法行為としてこれを排除するために要した弁護士費用の賠償を請求することは、これを類型的にみれば、不当執行の問題というより不当訴訟の問題に属する（不当な仮差押・仮処分も同じ）。

ところで名古屋高判昭三七・一〇・三一高裁民集一五卷九号六四八頁の事案は（判例時報第二八五号二三頁）、不当な執行文付与申請行為に対する異議訴訟の、弁護士費用の賠償請求に関する。原告 X_1 X_2 X_3 （被控訴人・上告人）は被告 Y （控訴人・被上告人）から所有地を賃借し、昭和三二年六月ごろ Y と X_1 X_2 X_3 との間に各々従前どおり借地する旨の調停が成立し、その条項には賃料は Y が月末に X_1 らの住所に赴いて取り立てるが、 X_1 らが支払えない場合には翌月五日までに Y 方に持参または送金して支払う旨、賃料は公租公課の増減、土地の価格その他一般経済事情に応じて増減する旨、三カ月分以上の賃料延滞があれば賃貸借契約は当然解除となる旨が規定されていた。ところが昭和三三年四月頃 Y は賃貸土地の固定資産税増額を理由に賃料増額を請求。同年七月ごろ当事者間で協議したが話がつかず、 Y は以後増額賃料支払を受けられる見込がないとして取立に行かず、 X_1 らも Y に受領意思がないとし従前の賃料額を供託してきた。 Y は賃料不払を理由に前記調停調書につき執行文付与申請をなし昭和三三年一月ごろその付与を受けた。 X_1 らは賃料は Y が受領を拒んだので供託し不履行はないと強制執行停止申請をなし執行停止決定を受けるとともに、執行文付与に対する異議の訴を提起して昭和三五年四月六日 X_1 ら勝訴の判決を得て、この判決は確定した。理由は賃料増額請求は賃借人が承諾せず協議が整わない場合にはその効力を生じないことらしかった。（判例時報二五頁上段参照）。 X_1 らは異議事件に弁護士に手数料および報酬を各自が二万五千円支払った。 X_1 らは Y の執行文付与申請を不法行為であるとし、弁護士費用の支出による損害の賠償を求め本訴を提起した。第一審は X_1 らの請求を認容し

た。Y控訴。控訴審は控訴理由ありと認めた。理由は執行文付与申請が不法行為として違法性を具備するかにつき、公序良俗に反し社会通念上容認できない程度の違法性を具備しているとは認め難い。ただし「賃料増額請求は適正な額である限り意思表示到達と同時にその効力を生ずるが、その適否について公権的判断がなされるまで被控訴人X₁らは少なくとも従前の賃料を提供または供託すれば不履行の責任または債務を免れる。X₁らは供託しており、Yのなした執行文付与申請は、三カ月以上の賃料不払による賃貸借契約の当然終了の事実が存しないのに拘らずなした理由のないもので、訴訟提起または執行文付与申請が不法行為として違法性を具備するには、理由を欠くことと訴訟行為をなす権利の濫用であること、つまり、自己の主張が理由のないことを知りながら、専ら相手方を害し、または自己に不当な利を得ることを目的として行動する場合である。右増額請求は増額が適正である限り直ちに効力を生ずるが、公権的判断があるまでは、X₁らにおいて従前の賃料を提供または供託すれば債務不履行の責任または債務を免れるものであるとの法律的知識をYが有していたとの事実は証拠上認められず、そこでYが賃貸借は当然終了し強制執行をなしうると判断しても別段奇とするに足らず、むしろその方が自然である。また司法書士から被控訴人等の供託は不合法である、との意見を聞き同人にその手続を依頼した事実が認められるから、控訴人Yが自己の申請が理由ないことを知悉しながら専ら被控訴人X₁らを害し或は不当に自己を利する目的で右申請をなしたとは認められず…。Yに多少軽率且つ不穩当であったことは否定出来ないが、不法行為としての違法性を完全に具備しておらず……。それ以上故意過失などの責任条件が在したか否かを判断するまでもないとした。以上の控訴審判決にX₁らが上告し名古屋高裁は上告を認容し、破棄差戻した。(上告理由は、執行文付与申請が理由なしと判示されているから、原判決が申請に違法性なしとしたのは不当である。かりに権利の濫用であることを要するとしても、被告人は金融業者であって訴訟行

為の一切を自らなし、本件執行文付与申請の不当であることを熟知しており、権利濫用である。また弁護士にも相談しないでこのような執行文付与を受けるのは少なくとも甚しい過失であるのに、故意過失の判断をしないのは不当である。上告審判決理由は以下の如し。原審では、(一)上告人らに賃料不払の事実ありとして被告Yは判決執行文付与の申請をなし該執行文の付与を受けた事実、(二)上告人らは適法に供託したとして異議の訴と強制執行停止の申立をなし勝訴し、該判決は確定した事実、(三)上告人らが弁護士に原判示のような費用を支払った事実、を確定し、被告Yの執行文付与申請と上告人X₁らの弁護士費用支出という財産上の損害との間に相当因果関係があるとしたが、Yの執行文付与申請行為には権利濫用の事実なく違法性はないとした。しかし、一般的に不法行為の客観的要件たる行為の違法性の有無を論ずるには行為者の意思その他主観的事情を考慮することなく客観的基準において判断すべきものと解すべきところ、被告Yは異議の訴訟において敗訴し該判決は確定したから、結局被告Yの執行文付与申請は実体上の権利を欠くことに帰着し、かかる申請行為は公序良俗に反するものというべく、不法行為の要件としての違法性を具備するものと断ぜなければならない。原審が申請行為にたやすく違法性を具備せよとしたのは、法令の解釈を誤ったのである。申請行為と上告人らの財産上の損害との間に相当因果関係が存する以上、進んで主観要件として故意過失があったかどうかを審理判断しなければならないのに、原審がこの点の審理を省略したのは明らかに審理不盡、理由不備といわなければならない。尤も原判決によれば、被告Yに賃料増額請求という形成権行使の法律的效果の解釈につき錯誤があったとしても法律的知識を有しない者として奇とするに足りないとし、また司法書士から上告人らの賃料供託は不適法であるとの意見を聞いた上で付与申請の手続をしたのであるからいわゆる権利濫用とはならないとし、一見被告Yの故意または過失の有無につき審理判断しているようであるが、被告Yの故意また

説

論

は過失を論ずるにはまず何をおいても被告が原告らに対してなした賃料増額の請求額を確定しなければならぬ。それが客観的にみて著しく過大にして不相当な請求額であれば被告の故意または過失を推定すべき重要な事項であるし、反面それが客観的にみて相当でありまた著しく不相当でない請求額であれば被告の過失をも否定すべき重要な事項であるからである。しかしこの点につき審理判断した形跡のない原判決はやはり審理不尽くいて理由不備のそしりを免れない³³⁾。

評すれば山木戸説にもあるとおり、付与申請行為の違法性判断の要素について異なる見解がある。すなわち原判決は申請が理由のないことを知りながら相手方を害し或は不当に自己を利する目的で執行文付与申請をなすことをもつてこの場合の加害行為であるとし、これに反して本判決は、単に理由のない執行文付与申請をなすことをもつて加害行為であるとしている。換言すれば、諸般の事情から理由のない訴の提起や執行文付与申請をしたことが無理からぬと認められる場合に、原判決の見解からすれば違法性がないことになるが、本判決の見解によればなお公序良俗に反し違法性を有することになる、という差異がある。要は、違法性の評価がこのような事情の存否によって影響を受けらるかどうかということであり、この点こそ原判決と本判決との見解の相違があるのではあるまいか。判例には訴が理由なく原告が敗訴すれば当然に訴の提起が違法であると説いているかにも見えるものがあるが(たとえば、大判大正一四・七・九民集四卷九号四一八頁、杉之原・判民六五事件)、「其訴が目的其他ニ於テ公の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」相当額の弁護士費用の賠償を請求することができるが、債権者がその債権譲渡が信託法一条に違反するため敗訴した場合でも、その訴の提起は債務者の債務不履行のためであり、債務者が真の債権者に債務を弁済しさえすれば弁護士費用を免れ得たとみられるときには、弁護士費用のごときは「原告人〔債務

者」ガ徒ニ自己ノ違法行為(債務不履行)ヲ継続センガタメ支出シタル費用ニ帰シ、之ヲ上告人〔債権〕ニ転嫁セントスルガ如キハ或ハ全然許サレザル場合モ考ヘ得ベク、然ラズトスルモ所謂過失相殺ハ当然考慮セラルベキ処」である、とする見地に立つのが大たいの傾向である(大判(民刑連合部)昭和一八・一一・二民集二二卷二三号一一七九頁、本判例研究は末川・民商二〇卷二四九頁、川島・判民昭和一八年六六事件、同「弁護士費用の賠償」ジュリスト二〇〇号判例百選八四事件)。また学説も訴が理由がなく原告が敗訴してもその訴の提起が当然に違法となるわけではない、とする見解が有力(支配的)である。たとえば末川博士は原告が訴の理由なきことを知りながらまたは重大な過失によって知らないで、専ら他人に損害を加えまたは自己に不当な利益を得ようとして、訴を提起するといった事情のある場合に、その訴の提起が違法性を帯び、また同時に故意過失の主観的要件をも充たし、不法行為が成立するといわれる。その他にも同様の見解をとる学説がみられる(来柄・判民昭和一一年度八事件評釈。谷口。「応訴行為の違法性」(判批)民商三七卷四号一二八頁参照³⁴⁾)。不法行為の違法性の判断は、被侵害利益の性質と侵害行為の態様との相関関係においてなすべきである(我妻・事務管理不当利得・不法行為(新法学会全集)一二五頁、加藤・不法行為一〇六頁)。被侵害利益は訴訟にかかわらず認められないという法律生活の平穩ないし自由とも称すべき利益である。違法性とはっぱら加害行為の態様にに基づき判断される。そして訴の提起が違法であるためには、訴の請求が理由のないもの(事実・証拠の欠缺または請求の定立その他原告の法律判断の不当などにより)でなければならぬが、訴訟の通例として請求の無理由にもいわば程度の差があり、理由のないことが客観的に相当明瞭な場合から、別異の請求を定立しておれば認容され得た場合、或は裁判所の事実認定における心証とか法律の見解のいかんによっては直ちに帰結を異にしうるような微妙な場合に至るまで、その間にいわば段階的に様ざまの態様がありうる。このような無理由

説の程度の差は、故意・過失の認定にも関係するが（故意・過失の認定の難易ないし過失の程度の差）、むしろ違法性の判断にあたってその程度の差（強弱）（有責性の判断または賠償額の法定につき斟酌されるべき事情となる）として発現するものと考えるべきである。⁽³⁵⁾

論

要するに請求が理由のない訴の提起は違法であるが、その違法性の強い場合にのみ弁護士費用や精神上の損害について訴を提起した原告に賠償責任があり（換言すれば、訴の提起に相当の理由があつて、無理からぬと認められるときは、弁護士費用や慰藉料については賠償責任はない）、かつ、その賠償責任ある場合においても賠償額は具体的事情に基づき衡平の理念にしたがい判定すべきである（原告の請求が一部認められた場合にも、著しい過大請求であつた場合には、同じように弁護士費用の賠償を肯認すべきであらう）というふうに解するのが正当である。（反対、山主「弁護士費用の賠償」（判例演習債権法2、二七二頁は、特殊な高度の違法性を考える必要はない、とされる）。このことは本件のような執行文付与申請についても同様である。⁽³⁶⁾

「本件で原審がYの執行文申請の具体的態様を問題としたことは正当であるが、供託の効果に関する法律知識の欠缺ないし司法書士の意見を聞いたことから直ちに違法性がないと認定したことは審理不尽の感がある。破棄差戻には賛成するが、Yが弁護士費用の賠償責任を負うには、この執行文付与申請が理由を欠くこと以外にYがこの申請をしたことにも相当の理由があるという事情のないことを要するかにつき明瞭に判示すべきだった。判旨はこれを故意・過失の問題として斟酌する趣旨であらう（判法の通例では、訴の提起は一応もつともであるという事情を無過失の認定の資料としている、たとえば東高判昭和三五・九・一〇判例時報二三九号二二頁参照）。しかし、本件解除の無効が過大催告でなく、訴訟上の判断あるまで従前の賃料の供託で足ることに基づくとすれば、賃料増額の請求額が著し

く過大にして不相当であつたことから、このような解除の無効を不注意のため知らなかつたということを推定できるかは疑問がある。⁽³⁷⁾

八、訴訟が請求理由なしに訴提起者の敗訴となり、訴提起者に故意過失があるとその訴提起ないし訴訟追行は不法行為を構成する。⁽³⁸⁾ところで、過失の認定につききわめて微妙なものがあり、「敗訴者は反証なき限り、その訴提起につき一応過失ありと推定さるべきであつて、本件の場合被告援用の証拠によつては右推定を覆えずに足りないから、結局被告の提起した前記訴訟は不当訴訟として不法行為に該当することを免れず」とする判例がある。⁽³⁹⁾本判例をとり上げてみたい。不法行為の成立は加害行為が故意過失によりなされ、かつ違法であるときに認められる。違法性は対象の評価であり、加害行為と故意・過失は違法性の判断の対象をなすとみるのが理論的である。⁽⁴⁰⁾不当訴訟による不法行為における過失とは、訴が理由のないことを知りうべきであるのにそれを知らずに訴を提訴し、これを追行したということであり、したがつて一定の注意義務を前提とする。そして一般の不法行為における過失は、抽象的過失を意味し、通常人・一般人としてなすべき注意を尽くさないことである、とされる。訴の提起にあたり尽くすべき注意としては、何よりも事件を事実面および法律面から調査し検討することであろう。もちろんその調査や検討の方法ないし程度は通常人を標準とするともに、調査や検討の結果が訴を理由となしうべきを要しないのであつて、勝訴の見込みがないわけではないといった程度でさしつかえない(民訴一一八条参照)。したがつて不当訴訟について訴提起者の過失の有無を認定するについて、事案の内容や訴提起について原告がなした調査・検討の方法や程度いかんが重要な資料となる。⁽⁴¹⁾山木戸評釈では、先例として東京高昭和三五・九・一〇事件⁽⁴²⁾、名古屋高昭和三七・一〇・三一事件⁽⁴³⁾を引用する。前者の事案は、賃貸人が賃貸中の建物をなら賃借権の負担がなく、買主が即時これを使用できる

ものとして売却し、これを信じた買主（国）が職員をこれに入居させたために、賃借人がその経営にかかる旅館営業を妨害されたとして買主および賃借人に損害賠償訴訟を提起した。第一審では一部勝訴したが第二審では損害の点の立証がない（第一審判決前に、買主との間で調停が成立し、建物明渡、賃借権放棄、移転料七十五円の支払、がなされた）として敗訴した。そこで賃借人はこれを不当訴訟であるとして賃借人に損害賠償を請求した。東京高裁判決は、賃借人に賃貸借契約上の債務不履行責任があること、前訴の提起およびその後の訴訟追行につき弁護士に訴訟委任していること、第一審では一部勝訴し、二審の敗訴は損害の点に立証がない、賃借人の賃借権、旅館営業権の消滅と賃借人の債務不履行との間に因果関係がないとの理由であることを考え、賃借人の前訴の提起および訴訟追行には過失があったと認めることはできない、さらに、実体上の権利を有しないのに賃借人から金銭を取ろうとする不法な目的で前訴を提起し追行したのではない、と判旨。後者の名古屋高昭和三七・一〇・三一の事案は上述既済（四三頁）であるので詳細は略するが、賃料増額請求につき、賃借人の故意または過失を論ずるには、まず何をおいても賃料増額の請求額を確定すべく、それが客観的に著しく過大にして不相当であれば故意または過失が推定されるとしている。以上、二件の事案には、かなり事実面と法律面で、原告に実体上の権利を有するかの判定に微妙な部分があり、訴の提起に過失があったかは、人により見方が分かれることもあろう。そこで元の本件事案（東京地昭和四〇・六・一五）に移り検討しよう。原告Xは訴外Aに立替金債権（三〇五万円）を有し、被告Yが所有建物にAのため物上保証し被担保債権を三〇〇万円とする抵当権を設定し翌日登記した。Yは詐欺ないし錯誤に基づく等の理由で六カ月後Xを相手に抵当権設定登記抹消請求訴訟を提起。Xの申立により抵当権実行の競売手続が開始され、Yは仮処分で競売手続を停止せしめた。右訴訟は第一審で請求棄却、控訴審も控訴棄却となり確定した。右仮処分も執行取消法定があ

った。そこでXがYに本訴を提起し不当訴訟の提起・継続および不当な処分による損害として、(1)自ら落札予定最低価格金三三万円の、執行取消まで法定利率五分の金利七万円余、(2)再鑑定が必要となりはじめの競売予納金一万円余の徒費による金額、(3)前訴の応訴のための弁護士費用(報酬および手数料)一〇万の内一万八千円、の支払を求めた。Yは反論した。A会社代表取締役Bの実母のYは会社が手形不渡りを出し不況にあえいでいたので、Xが会社再建の援助手段を講じてくれることを条件として物上保証人となった。しかしXは援助の条件を履行しなかったため、Yは前訴を提起し仮処分を申請した。自衛上やむをえず訴の提起および仮処分申請の拳に出たのであり他に途はなかった。Yの敗訴に確定してもその結果だけで直ちにYに過失があったとすることはできないと。東京地判は弁護士費用についてのみ請求認容した。「敗訴者は反証なき限り、その訴提起につき一応過失ありと推定されるべきであって、本件の場合被告援用の証拠によっては右推定を覆えずに足りないから、結局被告の提起した前訴は不当訴訟として不法行為に該当することを免れず、また前記仮処分申請(執行停止の)も、その本案訴訟が不当訴訟として非難を受くべき以上、これまた不当仮処分として不法行為を構成する」。前訴では『本件抵当権設定契約はA会社の代表取締役B(Yの実子)について詐欺、錯誤等の原因は存しないから結局Yは代理人の行為に従って責任を負担すべきである、との理由で棄却された』ことが認められるところ、「仮りに被告本人に錯誤等があっても被告はすべからず前訴提起にあたり、実子Bより事情を聴取し徒らに相手方に不測の損害を与えることのなきよう考慮すべきであり、仮りにBより真実の事情を聴取し得なかったとしても、少なくとも訴訟の経過中にはこれを窺知し得たであろうことは推測に難くないから、被告は前記訴訟につき過失の責を免れず、仮りにしからずとするも少なくとも訴訟抗争継続の点につき過失の責任を脱却し得ない。仮処分についても同様とする」。損害中(1)と(2)は認めない。(3)の弁護士費用一〇万円は

相当で、その内一万八千円余の支払は認められた。以上が本判決（東京地昭和四〇・六・五）だが、①弁護士の見意見を徴したか、及び抵当権の設定の経緯について、具体的な事実認定がある、②敗訴者はその訴提起につき過失ありと一応推定されるべきであるとするが……不当訴訟による損害賠償請求訴訟では、前訴の事案は大たい判明しているから、敗訴者の過失を一応推定するとしても、それはむしろ事案の内容をもあわせて考慮した上でなされるのが常で、単に敗訴という事実のみに基づいて過失を推定することはあまり意味をもたない、とする評釈がある。⁽⁴⁴⁾つまり周囲の事情や経緯を具体的に検討すべきであると思われ、過失を認定するのにこれを主要な判断材料にするか等に見方も分かれてくるという困難を示唆する一事例であろう。弁護士費用一〇万円を相当額としながらも、なぜその内一万八千円余のみ請求したか不明である。⁽⁴⁵⁾なお、不当保全処分による不法行為について学説上無過失責任とする見解が有力であり、判例は債権者の過失を推定して立証責任の転換を認めている。⁽⁴⁶⁾

第三章 不当訴訟の違法性に関する戦後の判例

不当訴訟の違法性を根拠に、勝訴した被告が応訴に要した弁護士費用や精神的損害に対する慰謝料等を講求した戦後の判例は多いが、下級審判法が圧倒的であり、最判はわずか一件である。⁽⁴⁷⁾

こうした戦後の判例について四つに分類する。⁽⁴⁸⁾

①訴えの提起が違法性を帯びて不法行為に該当するため、前訴原告が権利のないことを知りながら紛争解決以外の目的のため訴えを提起した場合のほか、権利のないことを比較的容易に知り得べき事情にあるのに、軽率、不十分な調査のまま敢えて訴えを提起した場合のように、訴えの目的その他諸般の事情からみて、それが反社会的、反倫理

と評価され、公序良俗に反するものであることを要するとし、不法行為の成立を肯定したものと否定したもの（肯定・名古屋高判昭和二八・九・一下民集四卷九号一頁、高地地判昭和三八・一一・一三判時三五九号五四頁、東京地判昭和四〇・六・一五判時四二一四四頁、東京地判昭和四三・三・六判時五二四号五四頁、大阪地判昭和四三・三・七判時五四四号六二頁、大阪簡判昭和四六・一二・二二判時六七〇号八六頁、東京地判昭和四七・九・一六判タ二八八号三二八頁、東京地判昭和四八・二・二六判時七一四号二〇六頁、水戸地判昭和五〇・九・九判時八一〇号七六頁、東京高判昭和五二・二・二一判タ三五二号一八八頁、東京地判昭和五六・八・三一判タ四六五号一二四頁、東京地判昭和六〇・三・二〇判タ五五六号一四六頁、否定・東京高判昭和四三・三・三〇判例時報五一九号五四頁、判タ二二三号一六六頁、東京地判昭和四五・五・三〇判時六一号四四頁、大阪地判昭和四六・一一・五判時六七五号七二頁、広島地判昭和四九・二・二〇ジュリスト五六六号六頁、名古屋高判昭和五二・九・二九判時八八九号五四頁、東京地判昭和五六・一〇・二二判タ四六六号一三六頁、東京地判昭和五七・九・一六ジュリスト八〇二号六頁、東京地判昭和五九・一〇・二六判タ五四三号二二二頁）。

②前訴請求に理由のないことを知らなかったことに重大な過失があるとして不法行為の成立を認めたもの（東京高判昭和四〇・三・九判タ一七五号一六〇頁）。

③権利のないことを知らなかったことに過失がないとして不法行為の成立を否定したもの（東京高判昭和三五・九・一〇判時二三九号二二頁、広島高判昭和四一・一二・二〇判タ二〇〇号、東京高判昭和四七・一〇・二〇判時六九四号、東京高判昭和四八・六・一九判時七一四号一九二頁。逆に、過失を肯定したのは、新潟地裁長岡支部昭和三九・七・八判例時報三八二号三八頁）。

④権利のないことを容易に知り得べき事情にあるのに、軽率、不十分な調査のまま敢えて訴えを提起した場合に、当該訴えの提起につき過失（単なる過失で足りる）があるものとして不法行為の成立を認めたもの（東京高判昭和五三・一〇・一一判時九一七号六三頁、東京地判昭和五六・八・三一判タ四六五号一二四頁、東京地判昭和五七・二・九判タ四七四号、東京高判昭和五八・五・一八判タ五〇一号一四〇頁）。

最判昭和六三・一・二六のケースは、右の分類に依ると①の否定例に属する。⁽⁴⁹⁾

参考に損害賠償認容額（弁護士報酬等）を記す。

①の肯定ケース。名古屋高判昭二八・九・一は、不動産所有権移転登記請求の本案訴訟につき、手数料六千五百円、報酬は三万円。

高地地判昭和三八・一一・一三は、強制執行に対する第三者異議の訴につき、手数料一万五千円、成功報酬二万円、鑑定料、旅費等合計四万七、七七〇円。

東京地判昭和四〇・六・一五は、抵当権設定登記抹消請求につき、手数料報酬一〇万円の内一万八千、三四四円。

東京地判昭和四三・三・六は、建物収去土地明渡の訴につき、前訴及び本訴につき手数料報酬は、一五万円の内一〇万円。

東京地判昭和四三・三・七は、賃料相当額の不当利得返還請求訴訟につき、手数料報酬は一二万円で、一〇万五千円。

大阪簡判昭和四六・一二・二一は、家屋明渡の訴につき、着手金（払済）と報酬額（未払）一二万円。

東京地判昭和四七・九・一六は、金額不明。

東京地判昭和四八・二・二六は、建物収去土地明渡の訴と仮処分につき、弁護士費用一八万円、一三二万円（工事代金・慰謝料）。

水戸地判昭和五〇・九・九は、建物収去・土地明渡の訴訟につき、手数料五万円、成功謝金五万円。

東京高判昭和五二・二・二一は、所有権移転登記手続を訴求したことにつき、約束した弁護士報酬四〇万円。

東京地判昭和六〇・三・二〇は、手術が原因の損害賠償請求につき、着手金五三万七千円（支払済）と成功報酬三〇万円（約定）の内、四一万円。

②のケース。東京高判昭和四〇・三・九は、不動産所有権移転登記抹消登記手続請求の訴につき、手数料と成功謝金として二六万円を支払い、全額認容。

③の肯定ケース。新潟地裁長岡支部昭三九・七・八は、不動産所有権移転登記抹消請求の訴につき、手数料と成功謝金二六万円の内、二〇万円。

④の肯定ケース。東京高判昭五三・一〇・一一は、仮処分と不動産移転登記抹消登記手続請求の訴で、弁護士報酬五〇万円の内四〇万円、及び慰謝料一五万円。

東京地判昭和五六・八・三一は、金額不明（本件は、重過失まで要しないとする）。

東京地判昭和五七・二・九は、更正登記手続請求訴訟と仮処分についてであり、金額不明。

東京高判昭和五八・五・一八は、売買契約履行請求訴訟について、着手金成功報酬が九二〇万円の内四二〇万円、諸経費五八万円余の内二〇万円、法人の無形損害一〇〇万円。

以上認容された請求内容には弁護士費用の金額が半額までとか、訴額の一割（不動産の価格の一割）とか、弁護士

報酬規程に相当する金額が認容されている。これはよろこばしいことである。弁護士費用敗訴者負担の原則をとらぬ日本のあり方として、当面はこの方向が望ましいことであろう。

論

さらに弁護士費用以外に、慰謝料、諸経費、法人の無形損害にまでその救済の範囲を拡大しつつある。不当訴訟を不法行為と把握するのなら、損害賠償の相当なる範囲内にとりこまれてきたのは当然のこととして賛意を表したい。不当訴訟の不法行為成立要件たる過失を、重大なる過失から単なる過失にまで広げたことは、不当訴訟の成立をより容易にしたと理解してもよいであろう。仮処分と併用された本案訴訟には、単なる過失で足りるとし、従来の重過失の枠をはずしてしまったようである。上述の東高判昭和五三・一〇・一一がこのケースだった。

第四章 結 語

不当提訴の違法性につき、請求理由のないこと及び公序良俗に反することと判定基準が戦前に確立されて後、戦後は下級審判決の助けで請求範囲（金額）の拡大、請求項目の拡大、重過失から単なる過失へと構成要件の緩和化の流れにのって、不当訴訟の違法性の判定基準の舟が動きつつあるような観を呈している。

本稿では、不当応訴はとり上げなかった。弁護士費用の敗訴者負担の原則も本稿の背景をなしているがふれ⁽⁵⁰⁾ない。

(一九八九・一) 終り

注

(1) 大判明治三三・五・三二刑録六輯五卷八四頁（不法告訴）、大判昭和八・五・三〇新聞三五六三号八頁（仮差押への応訴—民事事件で初めて）、大判昭和一一・一一・七大審院判決全集五輯二二号一九頁（不当仮差押）、大判昭和一六年九月三〇日民

集二〇卷一二四三頁、大判民刑連合部昭和一八・一一・二民集二二卷一九号五三頁（二二卷一一七九頁）（不当提訴—破棄差戻、結果的に不当提訴に基づく損害賠償認容の可否は不明）など。最近では最判昭和六三・一・二六（不当提訴、結果的に不法行為にあたらなと判決）がある。

学説は、末川博「不当なる訴の提起と不法行為」民商四卷一號一九〇頁（以下前掲Aという）、川島武宜「弁護士費用の賠償」ジュリスト二〇〇号八四頁、同・判民昭和一六年度七九事件、加藤一郎・不法行為〔増補版〕二二二頁、篠原弘志・注釈民法(19)一五八頁。

(2) 弁護士費用請求の法的根拠を必要説その他にとる説（民法四八五条類推）がある。

東京地判昭和四一・二・二六判タ一九〇号一八五頁、大阪地判昭和四四・三・二八判時五五九号六五頁、北川善太郎・注釈民法(2)一九八頁、山田紘一郎弁護士「弁護士費用」法律特報四九卷三号一五七頁、法律時報四九卷六号一五四頁・一四三頁。衝平説もある。熊本地裁官地支部昭和四二・四・二八下民集十八卷四号四八四頁。

(3) 末川・前掲A一九二頁。

(4) 末川・前掲A一九〇—一九一頁、林屋礼二「不当提訴による損害賠償—最三小判昭和六三・一・二六一」ジュリスト九〇八号五六頁、最判昭和六三・一・二六判タ六七一号一九九頁。

(5) 昭和四六年に廃止された民事訴訟費用法に関する論議で民法八九条「訴訟費用は敗訴の当事者の負担とする」の訴訟費用に弁護士費用が含まれぬと判例（大判昭和一五・八・一四民集一九卷一三七〇頁等）、通説（兼子一・民事訴訟法大系三六〇頁、菊井維大「弁護士費用問題—論点の整理—」ジュリスト二一一号八頁、中野貞一郎「弁護士費用の敗訴者負担」ジュリスト三八八号八〇頁等）は解するが少数の肯定説がある（平野・判民大正一〇年度一六七事件評釈、椎木緑司「弁護士費用を敗訴の当事者に負担させることの可否」自由と正義一一卷四号二頁、釘沢一郎「訴訟費用に関する問題点」判タ二〇一號一三三四頁）。

(6) 末川博「不当なる訴と不法行為」民商四卷二號六六頁（以下前掲Bという）、七〇頁。

(7) 末川博・前掲B七一頁。

(8) ここでいう損害とは、訴訟にかかわらしめられないという法律生活の平穩ないし自由とも称すべき利益（山本戸「執行文付と申請行為の違法性」民商五〇卷六号九四〇頁、九五〇頁）の侵害により受ける損害で、財産上の損害（弁護士費用を除く）

- ・弁護士費用（報酬および手数料を含む）・精神上的の損害（山木戸・同上・九五二頁）である。
- (9) 末川・前掲B七一頁、我妻栄「債權法（不法行為）」現代法学全集三七卷四一六頁以下、末川・權利侵害論。
- (10) 末川・前掲B七二頁。
- (11) 末川・前掲B七二頁。
- (12) 末川・前掲B七二頁。
- (13) 末川・前掲B七三頁。判例は末川「權利侵害論」四四七頁以下、四五三頁以下。
- (14) 末川・前掲B七三頁。大判大正一四・七・九民集四卷四一八頁（質權の實行を妨害する為めに質物について何等の權利を有していない者が訴を提起して損害を加えた場合に「訴訟提起行為ハ故意若ハ過失ニ基因シタルモノトス」といって不法行為の成立が認められている。末川・前掲B七三頁）。
- (15) 末川・前掲B七三頁。
- (16) 末川・前掲B七四頁〜七五頁。
- (17) 末川・前掲B七六頁。
- (18) 大判昭和一六・九・三〇民集二〇卷二〇号一二四三頁。末川「不法行為を構成する不当なる訴と損害賠償の範圍」民商一五卷四号八四頁（四二〇頁）。
- (19) 大判昭和一六・九・三〇民集二〇卷二〇号一二六六頁、一二六七頁。旧八九六条「父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ檢察官ノ請求ニ因リ其親權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得」
- (20) 末川「不法行為を構成する不当なる訴と損害賠償の範圍」民商一五卷四号八六頁（四二二頁）。川島・判民法昭和一六年度七九事件評釈三六一頁。川島説は犯罪行為乃至強度の違法性（反社会性・反倫理性）を帯びる行為に賠償責任ありという。
- (21) 大判昭和一六・九・三〇民集二〇卷二〇号一二六一頁。
- (22) 大判民刑事連合部昭和一八・一一・二民集二二卷二三号一一七九頁。末川「不法の訴に対する応訴者と其の弁護士費用の賠償請求」民商二〇卷二号四九頁、五二頁。
- (23) 末川・前掲A一九二頁。
- (24) 末川「不法の訴に対する応訴者と其の弁護士費用の賠償請求」民商二〇卷二号五三頁、大判昭和一八・一一・二民集二二卷

- 二一三号一七九頁(五三頁)、一一八六頁(六〇頁)二行目。
- (25) 末川「弁護士報酬と不法行為の損害」民商四卷二号四二一頁、四二九頁(大判昭一一・二・二八日民集一五卷四号三〇〇頁の評釈)。
- (26) 民事訴訟費用法(昭和四六年廃止)一条「民事訴訟法ノ規定ニ於ケル訴訟費用ハ權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナル限度ノ費用トシ以下數条ノ規定ニ從ヒシヲ算定ス」。民事訴訟法九〇条「訴訟費用ハ敗訴ノ当事者ノ負担トス」。
- (27) 大判昭和八・五・三〇新聞三五六三九頁、十頁。
- (28) 大判民事連合昭和八・一・一一・二民集二二卷二三号五三頁、六〇頁七行目。
- (29) 末川「不法の訴に対する心証者」と其の弁護士費用の賠償請求」民商二〇卷二五三頁―五四頁。
- (30) 末川「不法の訴に対する心証者」と其の弁護士費用の賠償請求」民商二〇卷二五三頁―五四頁。引用文中の判決文は、大判民事連合昭和八・一・一一・二民集二二卷二三号一一八六頁(六〇頁)十一行目。
- (31) 民集二二卷二三号一一八七頁(六一頁)。なお、川島「弁護士費用の賠償」ジュリスト二〇〇号八四頁。
- (32) 山木戸「執行文付与申請行為の違法性」民商五〇卷六号九四〇頁(以下前掲という)、九四八頁。名古屋高判昭和三七・一〇・三一高裁民集一五卷九号六四八頁の評釈である。
- (33) 山木戸・前掲九四〇頁〜九四四頁。
- (34) 山木戸・前掲九四九頁〜九五〇頁。
- (35) 山木戸・前掲九五〇頁〜九五二頁。
- (36) 山木戸・前掲九五二頁。
- (37) 山木戸・前掲九五二頁。
- (38) 大判昭和八・五・三〇新聞三五六三三号八頁。
- (39) 東京地裁昭和四〇・六・一五判例時報四二二二号四四頁。山木戸「不当訴訟と訴提起者の過失の認定」法律時報三八卷三三号八七頁。
- (40) 山木戸・前掲九四八頁。
- (41) 山木戸「不当訴訟と訴提起者の過失の認定」法律時報三八卷三三号八七頁。

- (42) 判例時報二三九号二二頁。
- (43) 高裁民集一五卷九号六四八頁、山本戸前掲評釈。
- (44) 山本戸「不当訴訟と訴提起者の過失の認定」法律時報三八卷五号八九頁。
- (45) 山本戸「不当訴訟と訴提起者の過失の認定」法律時報三八卷五号八九頁。
- (46) 山本戸「不当訴訟と訴提起者の過失の認定」法律時報三八卷五号八八頁、齊藤||桜田「保全処分と損害賠償責任」保全処分の体系(吉川還曆祝賀)上巻一三頁、注釈民法(9)一五八頁、一六四頁)。
- (47) 最判昭和六三・一・二六判タ六七一号一九九頁。
- (48) 本分類は判タ六七一号一九九頁の分類に依拠した。
- (49) 最判昭和六三・一・二六第三小法廷、一部破棄自判、第一審静岡地判昭和五九・三・二三、第二審東京高判昭和五九・一〇・二九。
- (50) 山田絃一郎「弁護士費用」法時四九卷三号・六号に文献リストがある。