

不当な保全処分を理由とする 本案弁護士費用・慰謝料の賠償責任

和田 真 一*

目 次

問題の所在
従来の要件論と賠償範囲
本案弁護士費用・慰謝料の賠償に係る判決例の検討
結 語

問題の所在

不当な保全処分により債務者に損害が発生した場合の不法行為責任に係る従来の主要争点は、そもそも賠償責任が発生するのか、発生するとした場合、無過失責任か過失責任（ただし過失を推定する。）かという点にあった。本稿は、過失責任として損害賠償が認められ得ることは前提に、その場合の妥当な賠償範囲、特に本案弁護士費用や本案に係る慰謝料の賠償の現状を明らかにし、賠償範囲確定の基準について示唆を得ようとするものである。

特にこの点を問題とする理由を述べておきたい。本案の訴えの提起が不法行為となることは、裁判を受ける権利を保障する観点から最小限にとどめるべきであり、結果的に敗訴等で終わったからといって応訴せざるを得ない被告に生じた損害に対して原告が不法行為責任を負うのは極めて限定されるべきである。すなわち、訴えが法律上の根拠がないことについて原

* わだ・しんいち 立命館大学大学院法務研究科教授

告に故意又は重過失があるなど裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く場合でなければ違法性は認められない¹⁾。他方、不当な保全処分の場合には、選択された手続きは暫定的なものであり、他方、保全処分が権利の強制的実現と不可避的に結びついていることから、本案訴訟の場合とは異なり、本案で権利の不在が確定したり、保全の必要性が否定されたりし保全処分が結果的に不当と認められたときには、申請者はより広く不法行為責任を負うことにならざるを得ない。従って、例えば、原告(保全処分の申請者)が本案で敗訴した結果、被告が原告を相手取り保全処分が不当であったとして損害賠償請求されたときであっても、本案に要した弁護士費用、本案応訴に係る事情も含めた精神的苦痛に対する慰謝料は賠償範囲に含めるべきではなかろう。本稿は、この点について現状を明らかにし、判断基準に示唆を得ようとするものである()。その前に、従来の責任要件論と賠償範囲論について簡単に振り返っておきたい()²⁾。

従来の要件論と賠償範囲

1 従来の要件論

(1) 違法性

保全処分を原因とする損害賠償訴訟で違法性が争われることは少ないが、不法行為責任である以上、違法性要件を満たす必要がある。違法性については、「疎明により被保全権利の存在が認められた以上、その保全処分・執行行為は違法とは言えないはずである」との見解もある³⁾。しかし、多くの見解はそうではなく、形式的には適法な保全処分の違法性を、保全処分の当時又は事後に、被保全権利が不在であるか、保全の必要性の不在のいずれかであれば認める⁴⁾。次の(2)で述べる無過失責任をとる場合には、違法性が要件として相対的に重要であった⁵⁾。

（2）故意・過失

無過失責任説

不当な保全処分の不法行為成立要件を巡る最も大きな論点は、その責任が過失責任なのか無過失責任なのかであった⁶⁾。民法709条による責任ならば当然に過失責任であるはずだが、無過失責任が主張されるには理由がある。古碕によるとその根拠は、(a) 仮執行の場合との同一取り扱いが適当であること、(b) 保全処分は十分な防御の機会のないまま行われること、(c) 執行が事実上の事件の生死を握ること、(d) 不法行為責任の動向が無過失責任に動いていること、(e) 制裁よりも損害負担の公平という観点から考える時、債権者に全損害を負担させるのが保全処分制度上公平であることである⁷⁾。(a)は、民事訴訟法260条2項が、裁判所は、仮執行宣言付終局判決を変更する判決において、被告の申立があれば仮執行によって被告が原告に給付したものの返還、および仮執行によってまたはこれを免れるために被告の受けた損害の賠償を原告に命じなければならぬと定め、判決の仮執行の場合に原告の無過失責任を定めているので、それを類推して不当保全処分の申請者にも無過失責任を認めるべきであるとの考えに基づく。これに対しては、仮執行は相手方の上訴権と均衡を図るものであるから、認めなければ提訴行為自体の実効性を失わせる保全処分と同一視すべきではないという指摘もある⁸⁾。しかし、無過失責任説では、保全処分はそもそも正当に実体法上の権利の実現がされるかどうかは別個の問題として、暫定的な処分を許容する以上、仮執行の場合を類推すべきと考えるのである⁹⁾。(d)は無過失責任や過失の厳格化が不当な保全処分の類型にも該当するかが問題であるが、(b)(c)(e)は保全処分制度が暫定的なものであり、そのためのリスクは申請者が負うべきとの理由に基づいている。このような立場からは、法律関係の複雑な場合には、無過失責任とするのは申請者に酷であるという過失責任説の主張は通らず、逆に法律関係が複雑で明確性を欠くにも関わらず権利実現の手段に出た申請者がリスクを負担すべきであるということになる¹⁰⁾。保全処分による本案よりも即効的な解決を評

価し、保全処分を申請するのに委縮効果を及ぼすべきでないという主張も、保全処分の暫定性仮定性を無視して、過大な要求をするものであるとの評価を受けることになる¹¹⁾。保全処分に対する根本的な評価の違いに基づくこの相違は、損害賠償すべき項目や範囲についても影響を及ぼし得るものであった(2)。

過失責任説

過失責任説も、純然たる709条の過失不法行為責任と考えるわけではない。保全の取消しや、本案での被保全権利の不在、保全の必要性の不在の確定により、過失は推定されると考える。これを過失の証明責任の転換と見る説もあるが¹²⁾、経験則に基づく過失の事実上の推定であるという見解が有力であり、判例もこの立場をとるとされる。

その最判昭和43.12.24民集22巻13号3428頁は、大判大正10.4.4民録27輯682頁を踏襲する判例と言われる¹³⁾。原審が過失の「推定」としたにもかかわらず、過失の「推認」という語を用いており、その意味は「事実上の推定」と解されている¹⁴⁾。本件では結果的に過失を否定したが、請求相手方についての錯誤があった事案であり、本来の請求相手との関係で請求権自体は存在したと見られる事案であることから、過失の推定を覆す「相当の理由」が見出しやすかったとされる¹⁵⁾。この点に関わる最高裁判例としてはその後2件がある。最判昭和57.7.1金商681号34頁は、Aのパチンコ店に対するBの申請による営業禁止の仮処分で、原審はAが自己の所有地で営業し、営業許可も得ていることについて十分な調査もせずに仮処分申請したことについてBの過失を認めたのに対し、むしろ原審認定事実の下では、AはBに対して契約上の競業禁止義務に違反してパチンコ店営業をしていると見る余地があるとして、破棄差戻した。これは過失の推定以前に、被保全権利の存否が不明であった事案である。被保全権利の不在が確定したにもかかわらず、過失の推定を覆す相当の理由を認めたのは、最判平成2.1.22判時1340号100頁である。これは、いわゆる「相続させる」趣旨の遺言の意味について錯誤があったために¹⁶⁾、結果として誤った仮処

分を遺産に対して行った事案であり、当時、この遺言の意味内容は一義的に定まったものではなかったものと言え、権利の不在が認定されたにもかかわらず、過失に相当性があったとされたものである¹⁷⁾。最後の事例にみられるように、過失責任説の実質的な論拠の一つは、事実関係が複雑又は法律判断が微妙な場合に保全処分申請人に一方的にリスクを負担させるべきではないという所にある¹⁸⁾。しかし、無過失責任説がこの論拠に正反対の評価を与えることはすでに指摘した。

2 賠償範囲

(1) 確定基準

民訴法260条2項類推適用説

仮執行の場合と同様に無過失責任と見る学説には、かつては賠償範囲についても仮執行に倣うという見解もあった¹⁹⁾。そして、仮執行に関する賠償範囲については、「仮執行による一切の損害に及ぶものではなく、仮執行により一旦相手方に移転した執行の目的物の機械的復元とそれに要した直接の失費に限られ、それ以外の例えば営業上の損失や精神上的の損害は含まれず、これについては、仮執行をした原告の故意・過失を要する」（大阪高判昭和37.11.19高民集15巻9号654頁）ことを前提にすると、無過失責任説では「直接の失費」に限ってのみ賠償されるということに帰結し得た。しかし、最判昭和52.3.15民集31巻2号289頁は、「民訴法198条2項[当時]にいう仮執行により被告の受けた損害とは、仮執行と相当因果関係にある財産上及び精神上的のすべての損害をいう」とし、709条の賠償範囲の一般論に従うことを示した。これを前提とすると、仮執行類推適用といっても次の民法416条類推適用説との差はない。

民法416条類推適用説

民法709条の損害賠償の範囲について、416条を類推適用したリーディングケースとして知られる最判昭和48.6.7民集27巻6号681頁は、不当保全処分の事例である。この判例は、不当な仮処分（ただし、本案確定により

被保全権利の不在が認められたのではなく、起訴命令があったにもかかわらず本案を提起せず、自ら仮処分の執行取消し申請をした。)を理由とした損害賠償請求に対し、財産損害及び慰謝料が416条2項の特別損害に当たるとし、仮処分申立て人が損害の発生した特別の事情を予見せずかつ予見することができなかつたとして、損害賠償請求を棄却した原審判決を維持した。すなわち、合資会社の無限責任社員の1人が、会社財産に処分禁止の仮処分命令を得たため(債務者を困惑させ何がしかの金員を得る目的であったという。)、原告が仮処分対象となった財産に担保等を設定できなくなったことによって営業上の利益、信用を失ったこと等によって生じた損害について、処分禁止の仮処分であるから損害賠償請求訴訟原告が換価、担保に供する利益を失うことは当然に予知していたもの推認することができるが、原告が主張するような東京進出計画に寄与するため、本件土地を担保に供する事実やこれによって得べかりし利益があった事実、右計画の頓挫により原告が主張するような信用失墜や精神的苦痛を受けるべき事実を具体的に了知したり了知すべき状況にあったと認める事実はないという²⁰⁾。この判決の後、不当保全処分と損害との因果関係について判断した最高裁判例としては、最判昭和49.3.15金商407号5頁、金法717号40頁がある。この事件は、総額560万円余の融通手形4通について、手形受取人以外の第三者による支払請求に対し、支払いを拒絶し、不渡りによる取引停止を免れるため銀行に額面額を預託したところ、預託金返還請求権に対して仮差押が行われたという事案である。債務者は支払い能力があったから、仮差押に理由はなく、この仮差押により少なくとも50万円の損害を被ったと認めた原審を破棄した。融通手形であることを理由に支払いを拒絶することはできないから、拒絶の事実があれば、取引先から敬遠、警戒され、まして融通手形の発行額が相当に上り、被融通者に資力がないことが判明した場合には一層であるとしつつ、本件では、手形の支払い拒絶が行われた時点で、被融通者には銀行取引停止処分が行われており、本件仮差押の有無にかかわらず金融機関が警戒、敬遠し、手形割引を拒否する等

の措置をとることはあり得ることであり、本件仮差押によりその結果を招来したというには特段の事情が存在することが必要であるが、原審は特段の事情を認定することなく因果関係を認定した理由不備の違法があるという。銀行取引停止の原因が他にあると認められており、事実的因果がそもそも否定されたとみるべきである。

（２）弁護士費用，慰謝料の損害性

不法行為訴訟において，訴訟に要した弁護士費用が賠償費目に入るのかどうかは，弁護士強制主義が採用されていないためにかつては争われたが，今日では認容される（最判昭和 44.2.27 民集23巻 2号441頁²¹⁾）。保全処分を不法行為であるとして損害賠償請求する場合にも，弁護士費用が損害項目として挙げられることは他の不法行為訴訟と同様であり，慰謝料が一般的には認められ得ることもまた同様である。

3 小 括

不当保全処分に基づく損害賠償請求訴訟では，保全処分の暫定性から申請者の無過失責任も主張されるが，判例を始め過失の事実上の推定を認める考え方が有力である。いずれにしても，損害賠償の範囲について，最高裁判例としては，416条の類推適用を前提に，不動産に対する不当な保全処分により事業展開ができなかったことによる損害等は特別損害とした例があるに止まる。本案訴訟の弁護士費用や本案に関わる慰謝料の賠償基準については，不明なままである。

本案弁護士費用・慰謝料の賠償に係る判決例の検討

1 仮差押え

仮差押の場合には，解放金の提供によって執行を解くことも可能であるから，仮処分とは一応区別して，それぞれについて本案弁護士費用を認容したか，あわせて慰謝料を認容したかによってさらに分類し，どのような

場合に本案弁護士費用が認容され、何について慰謝料が認容されるのか、下級審判決例を見ておきたい。

(1) 本案弁護士費用肯定

慰謝料肯定

【1-1-1】 鳥取地判昭和 49.5.29 判時759号91頁

本案は和解。弁護士費用(本案の応訴)30万円、慰謝料30万円認容。

[事実] Yが、A会社の代表取締役Xより、A会社への運転資金の融通依頼を受け、その貸付金の支払を担保するため、X所有の不動産について担保差入証書の提供を受けたが、A会社が休業状態となって、資金回収に不安が生じたため、融資を断った。しかし、YはXより預かった担保差入証書を利用し、A会社に対してYが有する既存の売掛代金債権の回収を考え、Xがこの売掛代金債権の個人保証をしたと主張し、X所有の不動産に対して仮差押命令を得て執行し、さらに保証債務支払請求訴訟を提起した。

[判決] 「訴えの提起が健全な社会良識に照らし著しく非難されるべき程度に至らない限り、相手方に生ぜしめた訴訟費用を負担する(民訴法第89条[当時])ことで、それ以上の損害の賠償責任を負うことは、現行法上は原則として認められていない。」「相手方は自己の権利を保全し防禦するためには応訴することが必要であり(民訴法第140条[当時])、したがって、法律上無関係な第三者に対し、又はその主張について理由のないことを知りながら(故意に)、あるいは当然知りうべきであるのに(重大な過失により)敢て訴えを提起した場合は、応訴により相手方に生ぜしめた損害について賠償する責めを負うものといわなければならない。」「被告がした本件第1、第2仮差押により、原告所有の不動産(宅地・家屋・田及び畑)全部が仮差押され、話題に乏しい山村であってみれば、不名誉な噂話が広がったこと、原告所有の右不動産に仮差押の登記の記載がされたこと、等により原告が精

神的に相当の苦痛を蒙ったことが認められ」る。

【1-1-2】東京地判昭和 59.3.29 判タ528号198頁，判時1139号55頁

本案に反訴提起。仮差押解放金金利相当額304万円，弁護士費用（異議申立て＋本案の応訴）300万円，信用損害150万円認容。

[事実] Xの日本での代表者Aは，XがYに売り渡した鋼材の代金が未払いであるとして，有体動産仮差押命令を得た上，Yの工場機械及び材料にその執行をし，さらに売掛代金請求訴訟を提起したほか，仮差押命令についてYの異議により仮差押申請を却下する判決がなされたにもかかわらず，控訴した。

[判決] 「Aは，昭和56年9月末ころ，本件売買契約に基づく履行完了分の代金債権は既に弁済により消滅したことを認識していたもの，もしくは少なくとも，容易に認識することができたのに過失により認識しなかったものというべきである。してみると，Aのなした反訴請求原因5の各訴訟行為は，不法行為を構成するものというべきであって，Xは，その日本における代表者であるAがその職務を行うにつきなした右不法行為によってYが被った損害を賠償する責任を負うべきである。」「右差押えの執行により，昭和56年10月9日から同月13日まで操業の一時停止を強いられ，その間，注文主に対しては，他の同業者から製品を購入してこれを販売するなどして，本来の収益を上げることができず，また，Yは材料の代金を支払わないから仮差押の執行を受けた旨の噂が流れ，Yの材料の仕入れ先から，右噂の真偽についての問い合わせを受けるなど信用上の損害を被った（もっとも，右噂は，Yが仮差押え解放金額を供託することにより右仮差押えの執行が取り消され，操業が再開されてからは沈静化した）ことが認められ，右認定を覆すに足る証拠はない。」

慰謝料認容なし

【1-1-3】 東京地判昭和 56.5.8 判夕465号151頁

本案確定。弁護士費用（本案の応訴）25万円認容。慰謝料請求なし。

[事実] Yは、不動産売買の会社であり、Xは不動産建築、売買を行う会社である。Yは、昭和51年10月1日、訴外Aとの間で、Xが本件土地上に本件建物を建築することを停止条件として、これらの土地建物をXから取得した上、Aに対して売り渡す契約をした。他方、Yは、昭和51年10月26日、Xとの間で本件建物が建築されることを停止条件として、本件不動産を購入する契約をした。本件土地はもともと訴外Bの所有であったが、Yの仲介により、Xが買受け、Aが代金の一部について住宅ローンを組む都合上、昭和51年12月20日、本件土地について中間省略によりBからAに所有権移転登記がなされ、本件建物については、昭和52年2月5日、Aを所有者とする表示登記がなされた。ところが所定の期日にYがXに支払うべき残金1100万円の支払がなされなかったため、Xは催告したが、支払いがなおなかったため、XY間の売買契約を解除した。これに対し、YはAへの転売ができなかったことにより477万円の損害賠償請求権をXに有するとして、これを被保全権利として本件仮差押申請に及んだ。

[判決] 過失の推定を覆す特段の事情はないとし、応訴弁護士費用について、「仮差押の債務者でありかつ本案訴訟の被告である原告が仮差押に対する対応措置ともに本案訴訟の応訴をも依頼し、依頼を受けた弁護士において本案訴訟に応訴し勝訴することによって仮差押の取消しをうけることが相当と判断しその対応が適切であると認められるところであるから、右弁護士に対し支払われた費用全部を本案訴訟にのみ費やされたものとして本件仮差押と因果関係を欠くものであるということはできない。」

【1-1-4】 大阪地判平成 9.3.28 判タ970号201頁

仮差押え取消し，本案確定。仮差押え商品につき商事利率による損害金425万4305円，会社の慰謝料300万円，別件（本案の応募）における弁護士費用のうち400万円，本件訴訟弁護士費用のうち200万円認容。

[事実] Y₂ は，弁護士 Y₄ を代理人として，X（亜鉛めっき鋼板製造会社）の元社長 A に対する 1 億2000万円の貸付金と利息の支払い債務を X が引き受けたとして，X を債務者とする動産仮差押の申立てをし，仮差押決定を得て，仮差押が執行されたが，その後提起された本案では請求棄却の判決が確定し，仮差押の申立が取り下げられ，仮差押の執行が取消された。X は，仮差押の申立，仮差押執行の申立，本案訴訟の提起，追行は，Y₁（Y₂ の夫），Y₂，Y₃（Y₂ の母）が共謀し，被保全権利が存在しないことを知りながらした不法行為であり，Y₄ も弁護士としての注意義務を怠った過失があるとして，Y らに対し不法行為に基づく損害賠償として金倍価格の金利相当分，取引量減少分，弁護士費用，慰謝料を請求した。

[判決] Y₂，Y₃ は貸付金の不在を知って提訴，仮差押の申請，執行を行ったと認めしたが，Y₁ については共謀を認めず，責任を否定した。Y₄ についても，「違法な提訴又は申立てであることを容易に認識できるのに，漫然とこれを看過したような場合に初めて，相手方に対する不法行為責任を負うことになるというべきである」とし，不法行為責任を否定した。「別件訴訟事件における弁護士費用のうち，Y₂ 及び Y₃ が不法行為による損害として賠償すべき額は，訴額，事案の困難性などを考慮すると，400万円とするのが相当である。なお，別件仮差押事件の仮差押決定に対する異議手続の争点等は，本案である別件訴訟事件と共通であるから，右事件に関する弁護士費用は，別件訴訟事件の弁護士費用に含まれると解するのが相当である。」

(2) 本案弁護士費用否定

慰謝料肯定

【1-2-1】 東京地判昭和 45.9.11 判時627号57頁

本案確定。弁護士費用(異議申立のみ)12万円,信用毀損による慰謝料8万円,過失相殺の上18万円認容。本件訴訟の弁護士費用は否定。

[事実] YがXの無権代理人Aとした保証契約による債権に基づきXの建物に仮差押え執行をしたが,間もなくXの抗議によりY自らが取り下げ,仮差押決定が取り消された。

[判決] 「Xが大田区農協から貸金の返済を請求されたのは本件仮差押が原因となったものであり,一般に金融取引において与信者は受信者に対して差押,仮差押などの事実が発生したときは,これを一種の信用不安の徴表と見て融資についての期限の利益を喪失させる特約を交わしていることを合わせ考えれば,本件仮差押によって大田区農協はXの信用に不安をいだき,その限りでXの信用が害われたというべきである。しかし,右信用の毀損状態はYの仮差押取消しにより短期に終了し,容易に回復されたものというべきである。」「相手方の不当な訴訟によりやむなく応訴しあるいは相手方の不当な抗争によってやむなく訴訟を提起したばあい,かゝる応訴あるいは起訴について弁護士費用を支払った者は,相手方の不当な訴訟の提起あるいは不当な抗争そのものが不法行為を構成する限り,相当因果関係の範囲内で,相手方にその費用の賠償を請求し得る。」しかし,本件では事実関係が微妙であり,本訴請求に対しYが抗争したからと言って不法行為とはならない。

【1-2-2】 東京高判昭和 47.4.7 金商312号13頁

本案和解。信用毀損による慰謝料50万円認容。被保全権利の不在ではなく,保全の必要性がないとした事案。

[事実] 手形の所持人(控訴人Y。銀行)が,手形債務者(被控訴人

X）が手形の不渡り処分に対する異議申立提供金の資金として、支払銀行に預託した預託金を仮差押した。

[判決] YがXの資産状況について十分な調査をしなかったことについて、過失の推定を覆す特段の事情はないとし、「Yによって前叙預託金返還請求権の不当な仮差押がなされたため、Xは取引銀行である株式会社富士銀行板橋支店等に不安感を与えて信用を失い、現に、昭和44年12月頃、同銀行同支店に手形割引の依頼をしたのに断られたことがあるなど、一時非常に金融上の束縛打撃を受けた。」「Xは従来その下請けである岩崎製作所に対して150日の約束手形による支払をしており、岩崎製作所はその取引銀行であるYの支店でX振出の右手形を毎月金100万円程度の割引を得ていたのであるが、本件仮差押後は約5か月の間、Y銀行本店審査部による指令のため、割引をして貰えなかったので、Xは右の期間岩崎製作所に対して現金で支払いをせざるを得ず」、少なくとも金50万円程度の損害を蒙った。

【1-2-3】 東京地判昭和 53.1.30 判時896号57頁

Xの起訴命令の申立てにより本案提起、本案確定・異議確定。弁護士費用（異議77万円、本件訴訟23万円）認容。本案応訴の弁護士費用は認めない。慰謝料50万円認容。

[事実] Xは訴外Aが金融機関であるYから年末一時融資として100万円を借入れるに際し、AY間の取引約定書に連帯保証人として記名捺印してYに差し入れていたが、この融資金は返済された。ところがこれとは別途、Yは複数回にわたりAに3000万円を貸し付けており、返済されないままAは倒産した。Yの担当者Bは、本件約定書によりXが3000万円についても連帯保証しているものと解し、その一部を被保全債権としてXに不動産仮差押を行った。

[判決] 仮差押について過失を覆す特段の事情はないとしつつ、Yが本案を提起したことについては、「裁判所の判断を求めるために訴えを

提起する権利は、みだりに制限すべきではな」く、「原告が自己の主張に根拠のないことを知悉している場合、または自己の主張を裏付ける証拠が皆無に近いのにその主張が理由があるものと軽信したというような」場合に不法行為となるに留まるとし、本件では取引約定書があり、Yにつきこの要件を満たさないとする。「Xは自己所有の建物(略)全部について仮差押を受け、しかもその被保全債権額が2963万5853円のうち1000万円ということであったので、非常な精神的衝撃を受け、心痛のあまり昭和45年9月から睡眠障害、頭重感が生じ、昭和49年12月頃まで病院通いを続けていたこと、Xが代表者をしていた株式会社吉田商会は、本件仮差押当時、金融機関からの借入額を3500万円から5000万円程度に増額して営業規模の拡大を意図していたが、X所有の不動産を新たに担保に提供できなかつたため、これを断念せざるを得なかつたこと、そのため新しい機械設備の導入も思うにまかせず、同業者との競争においても不利な立場に立たざるを得なかつたこと、その間、Xはじめ吉田商会の役員の苦勞は極めて大きいものであった。」

【1-2-4】 東京地判昭和 61.1.30 判夕620号119頁

本案提起なし。解放金借入(1000万円)金利相当額23万円、弁護士費用(執行取消し、異議)50万円認容。経済的信用の毀損300万円(請求500万円の6割)認容。被保全権利の不在ではなく、保全の必要性がないとされた。

[事実] X(建築木材販売会社)は、昭和58年3月、取引先の木材・建材などの卸業者Y₁会社から、木材、建材などの売買代金債権約1273万円に基づく強制執行を保全するために申請して得た仮差押命令に基づき、商品である建築木材に仮差押の執行を受けた。Xは、仮差押解放金を供託し、執行取消しの申立てをして取消しを受けた。異議訴訟の審理中にY₁は仮差押の申請を取り下げたが、Xは、Y₁とその代表

取締役 Y₂ が共謀し、X 及び連帯保証人は一切不動産を所有せず、また X は数億円の債務を負担しているため保全の必要性がある旨の虚偽の疎明資料を提出して仮処分命令を得たものであるから、X に対する不法行為が成立するとし、約698万円の損害賠償を請求した。

[判決] 「Y の被用者である A は、故意又は少なくとも過失によって、X 及び連帯保証人らに不動産はなく、しかも X は数億円の負債を負っている旨の、事実と反する報告書を疎明資料として提出して、本件仮差押命令を得たものであるから、Y はこれによって X が被った損害を賠償すべき責任があると言うべきである。」「動産仮差押、ことに債務者の営業の対象である商品を仮差押するについては、債務者に与える損害の重大性に鑑み、特に高度の必要性を要すると解すべきである。本来理論的には、債権者はまず仮差押申請だけをして、債権者のために債務者の一般財産に対し仮差押できることを内容とする仮差押命令を得た後において、執行期間内に、これを債務名義として任意選定した債務者の財産を指示してその執行の申立ができるものである。しかし、実務上は、仮差押命令の申請と同時にその申請が認容される場合を予想してその執行の申立が附加してされ、仮差押命令に執行の目的財産を特定掲記するのを慣例としている。実務慣例は右の通りであり、Y はこれを前提として動産仮差押の申請をしているのであるから、不動産仮差押などと比較して、より高度の必要性の疎明が要求されるものといわねばならない。」

【1-2-5】 東京高判平成 10.1.20 判時1683号106頁

本案確定。738万円請求されたが本案応訴費用は認めず、仮差押え執行取消しの弁護士費用30万円、慰謝料70万円認容。

[事実] 亡父の遺産を相続した Y が、共同相続人である A と、相続税の支払いのために相続した不動産の売却を X に委任し、X はその委任事務を完了した。しかし、その後、Y は、X が不動産売却金の一部を渡

さないでいるのではないかという疑念を持ち、Xに対する預かり金返還請求権を被保全債権とする仮差押えを申請し、差押命令を得て、X所有の不動産に対し仮差押の執行をし、本案訴訟として、預かり金の返還を求める訴訟を提起したところ、敗訴判決が確定した。そこで、Xは、仮差押の申請、執行、訴えの提起はいずれも不法行為に当たるとして損害賠償を求めた。

[判決] 「本件本案事件は、YとXとの間の委任契約に基づく事務処理に起因する紛争であって、委任者のYが、その記憶に不確かなところがあるため、受任者のXに対して当該事務処理の顛末について説明を求めること自体は不自然ではなく、当該事務処理が終了してから8年近くが経過していたとしても、委任者の受任者に対する委任契約に基づく引渡請求権などの消滅時効が完成し、かつ、受任者において消滅時効を援用することが明らかであるような場合は格別、委任者が、受任者の説明が十分でないとして、委任契約に基づく引渡請求権の行使として裁判を提起することを違法というべきものとは解されない。」他方、保全申請については、1審を覆し、過失の推定を覆す特段の事情は認められない。「Xは、本件本案事件の応訴に要する弁護士費用として738万円を支出したと主張するが、本件本案事件の提起それ自体は、Xに対する不法行為を構成するものではないから、その応訴に要したという弁護士費用の賠償を求め得る余地はない。」慰謝料については、「Xから本件本案事件を提起されたこと自体は甘受すべきものであったとはいえず」、保全事件の申請、執行に係り発生した慰謝料請求として認める。

【1-2-6】 秋田地判平成 15.3.6 金商1171号28頁

保全の必要性がないのに、原告に対する調査もなく被告の対応は拙速とした事案。仮差押解放金を運用できなかったことによる損害として25万円認容。

[事実] X₁（合名会社）は融資業者Yから300万円借り受け、X₂（X₁代表）は、これを連帯保証した。Xらは、A弁護士に対し、Yに対する債務について利息制限法に基づく債務整理を委任したところ、Yは、利息制限法の適用に否定的な態度をとり、A弁護士が債務整理を行ったことにより期限の利益喪失を主張した。Xらは、Yからの借入債務について140万1351円を超えて存在しないことの確認を求めるとともに、Yの言動に関する不法行為に基づく150万円の損害賠償の請求をした。これに対しYは、Xらに対し貸金300万円の支払いを求める訴えを提起するとともに、貸金300万円のうち100万円を被保全債権として、X₁の複数銀行の預金債権について仮差押えの申立てを行い、仮差押の決定を得た。しかし、X₁は、仮差押解放金100万円を供託し、執行取消しの決定を得た。XとYとの間で、貸金請求などについては和解が成立したが、仮差押の必要がない（X₁には資力がある）ことが判明したのに速やかに取り下げなかったことが不法行為になるとして、X₁が500万円、X₂が150万円の損害賠償を請求した。

[判決] 被保全債権には保全の必要性がなかったとして、不法行為の成立を認め、仮差押解放金が運用できなかったこと等による損害として、X₁に25万円を認容する。X₂がX₁という人的会社の代表であったとしても、X₂個人に損害が生じるとは認められないとして、X₂の請求は棄却した。

慰謝料認容なし

【1-2-7】 札幌地裁昭和 57.9.29 判時1074号130頁

本案の反訴。弁護士費用（異議）15万円認容。本案の反訴の弁護士費用、慰謝料は否定。

[事実] Xは、XのAに対する貸金の連帯保証人としてYに保証債務の履行請求する本訴を提起したところ、Yは保証の事実を否認した上、反訴として、本訴及びXの有体不動産仮差押の申請、執行が不法行為

に当たるとして、仮差押に対する異議申し立ての弁護士費用、慰謝料の支払いを求めた。

[判決] 「Yに対しては不法な貸金請求の提起に対し、これに応訴し、不当な請求を退けようとするについて、もとより訴訟活動自体は必要であるが、弁護士を選任して防御に当たることは、前記の通りのXの立証活動よりするならば、消極的な活動でほぼ足りるところであり、必須的なものとまではいえず、かかる消極的防御で足りるといえる場合に限っては、それでも訴訟提起時にはかく判断できず、弁護士による訴訟活動を必要とすると考えられる通常の事態が認められるときを除き、弁護士費用は、不法な訴えによる相当な損害になるとはいえないと考えられる。」

【1-2-8】 仙台高判昭和 59.11.19 金商714号29頁

本案確定・異議確定。弁護士費用（異議）28万円認容。解放金の金利相当額、本案応訴の弁護士費用は否定。

[事実] Y（被告・控訴人）は、X（原告・被控訴人）と訴外A会社の間で締結された山林売買契約が、Xの債務不履行で解除され、A会社がXに対して561万5000円の既払代金返還請求権を取得したが、Yがこれを譲り受けたとして、これを被保全債権としてX所有不動産に仮差押えを申請するとともに、債権の支払いを求める本案訴訟を提起した。これに対し、XはYの仮押え申請に対して異議申し立てをし、仮差押取消判決を得て確定したので、Yのした不動産の仮差押、執行が不法行為に当たるとして、仮差押解放金に対する供託の日から取戻の日までの金利相当額の請求、本案応訴、仮差押異議申し立ての弁護士費用の請求をした。

[判決] 「不動産の仮差押によって生じる処分禁止の効力は、その処分をもって債権者に対抗できないという相対的なものであって、債務者が仮差押後に処分すること自体はもとより可能であり、また、債務者

はその不動産の使用，収益も妨げられない。そのため，仮差押解放金額を供託して不動産仮差押執行処分の取消を得る必要は，債務者においてその物件を他に処分する場合のほかには存しない（前期のとおりその場合にも取消しを不可欠とするものではない）のである。然りとすれば，仮差押解放金を供託したことによって生じた金利相当分の損害は，違法な不動産仮差押によって通常生ずべき損害とはいいい難く，特別の事情によって生じた損害というべきであるが，仮差押債権者たる被控訴人が，その仮差押の申請及び執行に際し，これを予見し，又は予見しえたものであることは，控訴人の主張立証しないところである。」「仮差押債権者が提起した本案訴訟に应诉することは，当該仮差押決定の取消を得るために通常必要なものではなく，これについては不当訴訟による不法行為の法理により別途に処理されるべきものである。」

2 仮処分

(1) 本案弁護士費用肯定

慰謝料肯定

【2-1-1】 東京高判昭和 47.10.20 判時694号64頁

本案確定。弁護士費用10万円，慰謝料5万円認容。ただし，過失相殺あり。

[事実] Xは土地，建物を所有し，Yに建物を売却したが，土地についてはそうでなかったところ，Yが昭和26年10月12日Xより土地も買い受けたと称し，昭和39年4月9日の仮処分決定を得て，4月15日，仮処分執行として仮処分登記がなされた。その後Yは，Xを被告とする土地所有権移転登記手続請求の訴えを提起したが，昭和44年12月Yの敗訴が確定した。

[判決] 保全権利の不在について過失を否定する特段の事情はないとし，仮処分執行及び訴えの提起はYに対する不法行為となる。しかし，Y

が土地についても売買契約が成立したと確信するようになったのは、X自らが調停申立書に土地および建物を56万円で売渡し、内金20万円を受領したという記載をしたからであるとして過失相殺し、訴訟物価格の2割の弁護士費用20万円の半額、慰謝料についてもこれを考慮し5万円を認めるのが相当であるとした。

【2-1-2】 東京高判昭和 53.10.11 判夕374号105頁，金商566号26頁，判時917号63頁

本案確定，異議確定。弁護士費用（異議，本案の応訴）40万円，慰謝料15万円認容。

[事実] 昭和48年1月，姉の死亡により姉所有の不動産を相続した父がさらに9月に死亡したことにより，Yがこの不動産を相続したとして，同年3月にこの不動産を父から買い受けて所有権移転登記を経由したXを相手として，10月に不動産処分禁止の仮処分，12月に登記の抹消登記手続きを求める訴えを提起した。しかし，Yの敗訴が確定した。

[判決] Y自ら訴外Aに委任状を渡し，売却代金によって自らの負債の処理をしようとしており，Aへの不信の念から委任が無効と考え，不動産を取り戻そうと考えるにいたったことはAとの内部関係ではともかく，Xとの関係では抹消登記手続きを求める理由にならないことは容易に知り得たとして，重過失を認定した。

慰謝料認容なし

【2-1-3】 東京地裁昭和 54.7.17 判夕398号133頁，判時948号69頁

本案確定。弁護士費用（起訴命令・本案の応訴）300万円認容。慰謝料請求なし。

[事実] Aは，昭和50年9月に死亡，相続人Bは，11月6日，本件土地の相続を原因とする所有権移転登記手続きを経由した。Yは，Aが生存中の昭和49年1月にその所有財産全部をYに遺贈する遺言をしていたとして，Bに対し本件土地の処分禁止仮処分を申請し，11月27日に

決定を得、28日執行した。さらに、Y及び遺言執行者C（Yの実兄）は、Bの申立てに対する裁判所の起訴命令を受けて、Bを被告として本件土地所有権移転登記請求訴訟を提起した。Bが継続中に死亡したため、Xが訴訟承継したが、遺言作成当時Aが遺言能力を欠いていたため無効であるとされ、C敗訴（Yは訴えの取り下げ）となり、確定した。そこで、Xは仮処分申請、本案提起が不法行為になるとして、弁護士費用の一部300万円の賠償を請求した。

[判決] YはAと姉妹であり、同居し、Aの世話にも従事していたから、遺言作成当時「自己の行為の結果を弁識し判別する能力を備えた上でなされたものでないことを容易に知り得たものである。然るにYは右の点を看過して本件仮処分申請をなしたのであって、過失の推定を覆すに足る特段の事情のあるものとは到底いえない」とし、本件でもやはり本訴の提起を不当と見るだけの重大な過失が指摘された。本件土地の価額は6819万2000円ほどであり、東京弁護士会弁護士報酬規程で支払うべき報酬額は標準額で365万5000円を下らず、現に諸手続きの謝金も含めてXは800万円の支払をしているから、Yに損害賠償できる金額は300万円を下らないとする。

【2-1-4】 盛岡地裁平成 20.9.2 判時2070号109頁，判タ1325号201頁

本案確定，仮処分取消し。根抵当による競売手続き停止仮処分に故意を認定。財産損害8000万円に加えて，弁護士費用400万円を認容。慰謝料請求なし。

[事実] X（銀行）は、Y（物上保証人）所有の複数の不動産について、Yが代表者を務めるA会社を債務者とする銀行取引等によって不特定の債権を被担保債権とする根抵当権を設定し根抵当権設定登記を経由していた。Xは、裁判所に対し、根抵当権に基づく競売を申立て、これにより不動産競売開始決定がなされ、競売手続きが開始された。これに対し、Yは、競売手続きの停止を求める仮処分を申し立て、競売

手続きを停止する仮処分が行われた。Yは、自己の意思に基づかず根抵当権設定登記がされたと主張し、根抵当権抹消登記手続きを求める訴えを提起したが、結局敗訴が確定した。そこで、Xは、Yの不当な仮処分により、不動産売却価格の下落分及び売却代金の運用利益相当額の損害を被ったとして損害賠償請求した。

[判決] 「本件競売手続きを停止させることが違法となることにつき、Yには、過失はいうに及ばず故意をも認めることができる」とし、競売手続きで物件が1億6000万円程度で売却された蓋然性が高いが、本件競売手続きの売却許可決定では1億1199万5526円との差額約4800万円、1億6000万円の配当額を年利4%で6年2カ月にわたり運用できなかったことで3940万円程度を逸失したとすると、損害合計額が原告請求の8000万円を超えるため、8000万円を認容した。弁護士費用として認容額の5%に当たる400万円(財産損害について本案確定までの損害であり、弁護士費用についても本案確定まで含まれているのではないか)を認容する。

(2) 本案弁護士費用否定

慰謝料肯定

【2-2-1】 東京地判昭和 51.10.25 判時856号60頁

本案確定。慰謝料45+45万円。原告が弁護士であり、過失相殺を認める。本案の応訴費用は認めない。塀の維持、修理費用は認めない。

[事実] YらはX₁に土地を賃貸し、X₁(弁護士)は借地上に事務所兼居宅(妻X₂と同居)を所有していた。Yらは、X₁が建物の無断増改築をしたとして、借地契約解除に基づく建物取去土地明渡請求権を被保全権利とする地上建物の占有移転禁止の仮処分命令を得て執行し、その後、本案訴訟を提起した。しかし、Y₁は訴えを取り下げ、Y₂については敗訴確定したため、XらはYらに対し、地上建物及び塀の維持費用、修理費相当額、建物の一部の賃貸が不能になったこ

不当な保全処分を理由とする本案弁護士費用・慰謝料の賠償責任（和田）

とによる逸失利益， 本案訴訟応訴のための弁護士費用， 弁護士である X_1 ， 民生委員などの公職にある X_2 の名誉毀損があったとして， X_1 は ないし につき1800万円， X_2 は につき535万円の損害賠償請求をした。

[判決] Yらの過失を覆す特段の事情はないとしつつも， については仮処分によって不能になったものではなく， については損害の発生の証明がない， の本案弁護士費用については仮処分執行による損害ではない上， 他の弁護士に訴訟委任しなげばならなかった必要性が認められないとして相当因果関係を否定し， についてのみ， 建物東側の塀の内側に執行のための板札が立てられ， 建物内部の6畳の間に公示書が貼られたが， 訪問客らに眼の触れる場所ではなかったとして， Xら各人に50万円の慰謝料を認めた。しかし， 仮処分異議， 取消訴訟により早期に解決を図らず， 本案においても（本案の事情も考慮している）積極的に進行を促すことがなかったとして1割の過失相殺が妥当とし， 結局45万円（ X_1 ， X_2 とも）を認める。

慰謝料否定

【2-2-2】 広島地裁呉支判昭和 47.11.27 判時705号93頁

異議確定。営業上の逸失利益346万円認容。慰謝料は否定。

[事実] Xは， 大手の土木機械販売業者Aから， 砂利採取作業に使用するため中古品のドーザーショベルを購入して引渡しを受けた。ところが， このドーザーショベルは， 製造元であるYがBに所有権留保付き月賦販売契約により売渡したもので， 代金一部未払いのままBからAに譲渡されたものであったため， YはXがAから引渡しを受けた後に， Xに対し所有権を被保全権利として， 執行官保管の断行の仮処分を執行した。Xは， 右機械の即時取得を理由に仮処分異議申立てを行い， この申立てが認められたため， XはYの仮処分執行が被保全権利を欠く違法なものであるとして， 機械を砂利採取に利用できなかったこと

による逸失利益と慰謝料の請求をした。

【判決】「Yは、XがAとの売買により引渡しを受けたのではないかと
いう疑念を一応もちながら、この点についてXに直接調査、確認する
ことを全く怠って仮処分申請に及んだものであって、過失の責めを免
れず、Xが1カ月40万円の販売純利益を失ったとし、8か月20日間
の逸失利益を認容する。慰謝料については、一般的にはXのような法
人にも認められるとしつつも、X代表者の尋問からは仮処分によりX
の信用がどのように毀損され、営業活動に悪影響を及ぼしたか明ら
かでないとして認容しなかった。

3 小 括

(1) 仮差押事例

(a) 本案弁護士費用

不当な仮差押事件で本案についての弁護士費用の賠償を認めた判決は、
いずれも訴えの提起が故意又は重過失に基づく不法行為に当たると認定し
ている(【1-1-1】【1-1-2】【1-1-4】)。このような弁護士費用の賠償を否定
する場合も、判断基準は同様であると見られる(【1-2-1】【1-2-2】
【1-2-3】【1-2-4】【1-2-5】【1-2-6】【1-2-8】)。

これに対し、本案応訴のための弁護士費用を認めた【1-1-3】は、仮差
押の取消し手続きを行わずに、本案勝訴判決を得て取消しを行おうとした
事案であり、そのため本案の弁護士費用の一部を、取消し手続きを行った
場合には認められる費用請求の範囲で相当性があると認めたものである。
実質的には本案の弁護士費用を認容するものではない。【1-2-7】は、本案
原告の立証活動から見て、弁護士に委任しなければならないような積極的
な立証活動は必要でなかった場合であるとし、弁護士費用との相当因果関
係が否定された。

不当保全処分を不法行為とする損害賠償請求訴訟においても、本案提起
に対する応訴費用の認容は、原則的に、本案の提起が故意又は重過失によ

る場合に限定される。

(b) 慰謝料

慰謝料は総合判断により額が定められるから、本案応訴に係りどの程度慰謝料が認められているのか否かは必ずしも明らかではない。その中で、【1-2-5】は、本案応訴に対する慰謝料は認められず、仮差押の申請、決定、執行に係る慰謝料のみ認められると明言する。

不当な保全処分も含めた慰謝料について見ると、個人の信用毀損にとどまるのか営業活動や社会的活動への具体的な影響があるのかによって、そして判決年代によっても異なってくるであろう（昭和40年代から最近までの開きがあり、その間に慰謝料の相場は一般的に上がってきていると思われる）。金額でみると数万円程度（【1-1-1】昭和49年，【1-2-1】昭和45年），5か月間取引銀行から割引を受けられなかった事例で50万円（【1-2-2】昭和47年），仮差押により不動産を担保に供することができず，営業拡大，同業者との競争にも影響があったと認められた事例で50万円（【1-2-3】昭和53年），商品（動産）の仮差押で直接的な営業への影響があったと見られる事例で300万円（【1-2-4】昭和61年），営業への影響が認められない事例で70万円（【1-2-5】平成10年）の例がある。

(c) その他

仮差押に対する取消し，異議に係る費用は通常損害であろうが，仮差押解放金を供託したことにより，その資金を運用できなかった損害が生じたとして賠償を求めているものが2件ある。1つは，【1-2-6】であり，預金債権仮差押の解放金が運用できなかったことによって生じた損害として25万円を認容する。他方，【1-2-8】は，不動産の仮差押は処分の禁止であり，使用収益は可能であるから，にもかかわらず支出された仮差押解放金が運用できなかったことによって生じた損害は，不当な仮差押と相当因果関係を欠くという。

なお，仮差押が「不当」とされる理由は，本案で被保全権利の不在が確定した事件が多いが，【1-2-2】【1-2-4】【1-2-6】は保全の必要性が認めら

れなかった事例である。

(2) 仮処分事例

(a) 本案弁護士費用

仮処分は件数が少なく、【2-1-1】は弁護士費用10万円を認容するものの理由付けは判然としないが、本訴の応訴部分を含む弁護士費用40万円を認容した【2-1-2】、300万円を認容した【2-1-3】は、権利の不在を容易に知り得たとして重過失を認定している。係争物件が高額であることにより400万円を認容した【2-1-4】は、過失は言うに及ばず故意を認定することができるとする。

弁護士費用を認めなかった判決のうち、【2-2-2】はそもそも本案弁護士費用の請求がなされておらず、【2-2-1】は本人自身が弁護士であり、他の弁護士に委任する必要がなかったとして不当な仮処分との相当因果関係を否定した事案である。

仮差押の場合と同様に、原則的に、本案弁護士費用は故意又は重過失ある場合に限り認容されるとみられる。

(b) 慰謝料

仮処分の場合でも仮差押えと区別して考える必要はないと考えるが、結果的に個人的な名誉毀損にとどまる【2-1-1】【2-1-2】では5万円(昭和47年)、15万円(昭和53年)、弁護士としての信用、その妻で民生委員等を務める妻の信用毀損で各45万円(昭和51年)の例があり、【2-2-3】は具体的な信用毀損、営業への影響が証明されていないとして否定した。

【2-1-3】【2-1-4】は慰謝料の請求がされていない。【2-1-3】では弁護士費用の賠償請求のみである。【2-1-4】は仮差押により競売手続きが阻害されたことによる財産損害の賠償請求事件である(8000万円と400万円の弁護士費用(その5%)を認容)。

結 語

1 本案弁護士費用と慰謝料の賠償の基本枠組み

416条の類推により、不当保全処分と相当因果関係にある損害が賠償され、しかし、本案に要した弁護士費用や慰謝料は、本案の提起に故意又は過失が認められる場合にのみ、相当性の判断対象になり得る。不当保全処分とその後の本案の提起は一連の不法行為であり、各行為から相当因果関係にある損害の賠償が命じられるのは妥当であろう。本案の提起を不当訴訟として賠償請求した場合との比較で言えば、認容の際には本案提起について故意又は重過失を要求している点で共通であるが、なお留意点が残ろう。最後に付言しておきたい。

2 不当提訴を理由とする事案との若干の比較

(1) 故意又は重過失があれば十分なのか

不当提訴を理由とする事案についての詳細な検討は別の機会に譲りたいが、さしあたり最高裁判決のある事案、つまり、平成 11.4.22 昭和 63.1.26 民集42巻 1号 1頁（以下「事件」という。）、最判平成 11.4.22 判時1681号102頁（以下「事件」という。）、最判平成 21.10.23 判タ1313号115頁（以下「事件」という。）に照らすと²²⁾、事件は弁護士費用80万、慰謝料120万の請求に対し、原審は弁護士費用80万のみ認容し、事件は慰謝料100万、弁護士費用（着手金のみ）35万の全額を原審は認容し、判決は慰謝料100万の請求の全額を原審が認容したのに対し、にもかかわらず、全件で最高裁は提訴に違法性なしとした。いずれもが事件の故意又は重過失等裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く場合に限り違法性が認められるという基準を採用し、しかしながら請求を認めなかったのである。最高裁は請求認容の文脈でこの基準を適用していない。もっとも、不当保全処分を理由とする本案弁護士費用の認容事例には「故

意」をも認定できるとされているものもあり、下級審がより緩やかに重過失を認定して本案提訴による損害の賠償を認めているとも言い切れない。

(2) 本案弁護士費用について

不当保全処分で本案提訴を原因として財産損害が請求されるのは、本案弁護士費用についてのみであり、この点は不当提訴を理由とする損害賠償請求事件と変わらない。

(3) 慰謝料について

【1-2-5】のように、明白に本案提訴にかかわる慰謝料を認めないとする判決もあり、また、判決の原審が弁護士費用の賠償のみを認容した理由は、本案提訴による精神的苦痛は本案での勝訴、本案弁護士費用の賠償を認められることにより慰謝されるという点にあった(民集42巻1号26頁)。これに対し、事件や事件では、慰謝料が(とりわけ事件では慰謝料のみが)請求され、原審は全額認容している。不当提訴を理由とする請求の場合には、それに至る原告との交渉経過も考慮され、慰謝料請求の余地があるように思われる。不当保全処分を理由とする慰謝料も、不当保全処分とその間の経緯に照らして認容されることはあるが、それに続く本案の提訴それ自体については、通常は相当性が否定されると見ることが妥当であると思われる²³⁾。

- 1) 内田 龍「訴訟活動と不法行為責任」山口和男編『裁判実務体系(16)』(1987年・青林書院)349頁、和田真一「信用・名誉毀損訴訟の提起と民法709条の違法性」民商142巻2号221頁。
- 2) 不当に得た判決での強制執行(大刑連判大正2.3.31刑録19輯430頁、最判昭和44.7.8民集23巻1407頁)、確定判決に基づいて執行したが、執行方法が不当な場合(大判大正7.7.10民録24輯1365頁)、執行官の行為による国家賠償責任事例等は検討対象外である。なお、訴え提起、保全手続、執行手続等、訴訟活動行為に不法行為責任が問われる場合について、一般的な法状況は、内田 龍・前掲注(1)344頁以下参照。
- 3) 右近建男「本案訴訟で敗訴した仮処分債権者の不法行為責任」民商102巻6号140頁、山田 文・法学(東北大学法学会)55巻3号555頁。本案訴訟における被告の応訴負担と同様、保全の申立てに伴う一定部分を債務者に負担させるべきであるという。
- 4) 吉川大二郎『保全処分の研究』(1937年・弘文堂書房)446頁以下、古碓慶長「違法な仮処分と損害賠償制度」『村松俊夫裁判官選暦記念論文集 仮処分の研究上巻』(1965年・日

不当な保全処分を理由とする本案弁護士費用・慰謝料の賠償責任（和田）

本評論者）309頁，原田保孝「違法な保全処分による損害賠償責任 過失の推定を覆すべき「相当な事由」と損害賠償の範囲」判タ710号29頁。

- 5) 斎藤秀夫＝桜田勝義「保全処分と損害賠償責任」『吉川大二郎博士還暦記念 保全処分の体系上巻』（1965年・法律文化社）22頁。
- 6) 玉城 勲「不当保全処分による損害賠償責任(一)」琉大法学26号（1980年）103頁以下，「同(二)」琉大法学28号（1981年）223頁，「同(三)」琉大法学32号（1983年）85頁以下は，まず被保全権利が不在の場合と，保全の必要性が不在の場合を分けて検討する。
- 7) 古碕・前掲注(4)311頁。
- 8) 山田・前掲注(3)556頁。
- 9) 兼子 一『増補強制執行法』（1951年・酒井書店）148頁。
- 10) 川村俊雄・民商法雑誌61巻5号838頁，846頁。
- 11) 斎藤＝桜田・前掲注(5)18頁。
- 12) 吉川・前掲注(4)455頁以下，坂原正夫・法学研究（慶応大学法学研究会）43巻7号117頁。
- 13) 千種秀夫・最判解説（民事）（昭和43年度）1401頁。過失の推定を覆す相当の事由について詳細には，原田・前掲注(4)29頁以下参照。
- 14) 加藤雅信・法協87巻6号771頁。
- 15) 千種・前掲注(13)1401頁。
- 16) 小粥太郎・別冊ジュリスト177号（民事執行・保全判例百選）258頁。
- 17) この判例の評釈類においても，判例の立場は過失の事実上の推定であるという見方が強い。例えば，浦川道太郎「仮処分命令の本案訴訟における原告敗訴判決の確定と仮処分申請人の過失」ジュリ臨増980号83頁。
- 18) 昭和47年判決に係り，加藤・前掲注(14)775頁は，このような立場から，典型例として，大判昭和10.7.9裁判例（九）民法197頁の，免許を受けずに株式取引所員としてふるまっていたAに，Bがあずけた株の返還請求訴訟を提起し，仮差押したが，取引所法違反の契約は無効であり，契約に基づく返還請求が認められなかった場合を指摘する。平成2年判決に係り，梅 善夫・法学セミナー430号120頁も同様に法律関係の複雑な場合の申請者のリスクを問題とする。
- 19) 古碕・前掲注(4)319頁，後藤勇「仮差押・仮処分の取消と損害賠償」判タ774号9頁。
- 20) 1審である神戸地裁昭和37.6.28判決（民集27巻6号694頁）。
- 21) 小倉 顕・最判解説（民事）（昭和44年度）167頁，祖野悌介「弁護士費用の損害賠償」鈴木忠一＝三ヶ月 章監修『新・実務民事訴訟法講座4』（1982年・日本評論社）103頁参照。
- 22) 事案の概要については，和田・前掲注(1)民商142巻2号223頁以下参照。
- 23) 原田・前掲注(4)34頁，後藤・前掲注(19)10頁。