

訴え提起の違法性判断要素としての「重過失」

和田 真 一*

目 次

- はじめに
- I リーディングケース——昭和63年判決
- II 判決当時の議論
- III その後の判例の展開
- 結びに代えて

はじめに

民事訴訟を提起したものの、結果的には法的根拠がないとされ、敗訴判決が確定しても、その提訴自体がただちに被告に対する不法行為とならないことは言うまでもないことである。しかし、極めて例外的な場合のみ、最高裁は訴えの提起が不法行為となる可能性を認めてきた。それは、最判昭和63・1・26民集42巻1号1頁（以下、「昭和63年判決」という）をリーディングケースとし、最判平成11・4・22判時1681号102頁（以下、「平成11年判決」という）、最判平成21・10・23判時2063号6頁（以下、「平成21年判決」という）、最判平成22・7・9判時2091号47頁（以下、「平成22年判決」という）と続く4つの判決である¹⁾。

学説は、昭和63年判決が「故意または重過失」ある場合にのみ訴え提起の違法性を認めたものと理解し、おおむねこの判決を支持した。昭和63年判決に続く3つの判決にもその都度評釈の類等はあるが、昭和63年判決の判断基準を踏襲しているため、昭和63年判決当時ほどには議論を呼

* わだ・しんいち 立命館大学大学院法務研究科教授

んできたわけでもない。

にもかかわらず、小稿でこの問題を取り上げる目的は、学説が不法行為成立要件としてきた「重過失」を再度検討することにある。その理由として、まず、判例自体は、「重過失」とは述べていないにもかかわらず、「重過失」が要件であるとされたものの、どのような義務の、重大な違反があれば違法性が存在するのかがもう一つ明らかではなかったきらいがあるからである。また、平成21年判決まではいずれも不法行為責任を肯定した高裁判決に対し、責任否定の文脈で昭和63年判決の基準が適用されてきた。しかし、直近の平成22年判決は、逆に、責任を否定した高裁判決に対し、はじめて昭和63年判決の基準が満たされる可能性を示した。憲法32条で保障されている裁判を受ける権利をどのように保障するかに係る問題であり、改めて、不法行為責任の成立要件を検討しておく必要があると考えるところである²⁾。

もっとも、本稿の結論は、すでに昭和63年判決の評釈で、吉田邦彦教授によって強調されている。すなわち、訴え提起の不法行為責任成立要件は、「過失の問題として扱っているというよりも、むしろ端的に言って、通常の過失不法行為と異なり、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——であると見るべきである」³⁾。本稿は、昭和63年判決に続く最高裁判例を顧みながら、このような考えの正しさを再確認しようとするものである。そして、平成21年判決に係る判例紹介での自らの見解は修正するものである⁴⁾。

以下では、まず議論の出発点となる昭和63年判決の示した判断基準を確認し(Ⅰ)、次に、この判決を受けて現れた当時の議論を概観し(Ⅱ)、その後の判決が昭和63年判決をどのように踏襲したのかを検討していきたいと思う(Ⅲ)⁵⁾。

I リーディングケース——昭和63年判決

1 事実の概要

Xは、Aを通じてB会社に土地を売却したが、Aを売主とする売買契約が締結された。それは、Xがこの土地を取得した際に、Aを所有者とする所有権移転仮登記が行われていたためである。Xは、Aが土地の面積を実測面積より少なくし、B会社が支払う代金との差額をAとB会社で折半するとの情報を得たので、B会社に対して土地の所有者がXであること等を確認する書面を交付した。B会社は、売買の際にAの仲介で土地家屋調査士Yに測量を依頼したが、YはAの指示に従って測量した。この測量に疑問を持ったXが、別の専門業者に測量させたところ、正しい土地の面積は先のYによる測量より720坪多かった。Xは、B会社に対し正しい面積に基づいて土地代金の清算を求めたが、B会社が応じなかったため、代金差額分の損害を被ったとして、XはYに損害賠償を求める訴えを提起した。しかし、Yに測量を依頼したのはXではなく、B会社であったため、控訴審において訴えが取り下げられた。Yは、Xのこの訴えの提起は不法行為を構成するとして、応訴に要した弁護士費用80万円⁶⁾と慰謝料120万円⁷⁾を請求した。前訴が取り下げられたので、後に続く事案と異なり反訴によらず、別訴で請求された⁸⁾。

2 原審の判断

前訴の提起に先立ち、まず、Y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うべきところ、Xがこのような措置を採っていれば、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、Y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うべきであるのに、Xは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Yに対する不法行為になる、とした。

3 最高裁の判断

① 判断基準

昭和63年判決が示した判断基準は、次のようである。

裁判を受ける権利は最大限尊重されるべきであるから、原則として、訴えの提起は正当行為であり、敗訴の確定判決を受けたことのみによってはただちに違法と言えない。ただし、応訴者に不当な負担を強いる結果を招く訴えの提起は違法であるとの考えに立ち、そのうえで、訴えの提起が不法となる場合とは、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であるとする。そして、そのような場合の例示として、「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」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得たのにあえて訴えを提起した」場合を挙げる。

② 結 論 破棄自判。Xは、Yに対する損害賠償請求の訴えを提起する時点で、自己の請求が事実的、法律的根拠を有しないことを知っていたわけではないから、故意は問題にならず、過失、つまり、通常人であれば容易にそのことを知り得たかどうかの問題となる。この点について、判決は、Xは実質的にAを代理人として売買契約及び測量を依頼したと考える余地もないではないこと、Xの土地残代金の清算請求に対し、B会社はYの誤った測量の結果を根拠に清算に応じようとしなかった等の事情を考慮すると、「XがYに対して損害賠償請求権を有しないことを知っていたということはできないのみならず、いまだ通常人であれば容易にそのことを知りえたともいえないので、Y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ったからといって、X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ない」とする。

4 検 討

原審は、訴え前に測量契約の当事者が誰であるのか調査義務が存在するとし、それを怠った本件では不法行為責任が成立するとした。

これに対し、昭和63年判決は、そのような事前調査義務には極めて慎重である。

裁判を受ける権利が保障されることを前提とし、その上で被告の応訴負担も考慮して、違法性が認められるのは、「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」であるとする。Ⅱで見ると、この部分の説示によるのか、公序良俗違反、権利濫用といった基準により、違法性を判断すべきという学説も生じた。

昭和63年判決は、その「裁判制度の趣旨に照らして著しく相当性を欠くと認められるとき」はどのような場合かを例示している。すなわち、「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」場合で、かつ、「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のにあえて訴えを提起した」ときである。前者は「事実的、法律的根拠を欠く」という客観的要素であり、後者はそれを「知りながら」故意に行ったか、「通常人であれば容易に知り得た」のに知り得なかったという主観的要素である⁹⁾。

学説は、これもⅡで見ると、この部分を捉えて「故意または重過失」が成立要件になると見ている。故意や過失の前提としての、認識ないしは予見すべき対象は、判決理由にあえて見出せば、被告の応訴者負担であろう。法律上保護されるべき利益の観点から言い換えれば、応訴せずにごす利益の侵害ということにならうか。もっとも、違法性判断のレベルでは、この利益の内容は非常に抽象的なものであるから（ほとんど実質的な意味を持たないレベルであろう）、故意または重過失の存否に比重はかからざるを得ない。

故意に裁判制度が原告の権利の実現や紛争解決の意図とは別に利用されるときに違法性が認められるのは異論がないであろう。問題は重過失の方

である。どのような結果回避義務が存在し、どのような場合にこれに重大な違反をしたと評価するのかである。この点について、原審は、原告にとっては事後的に判明した真実の契約関係は、事前の調査で容易に判明し得たとして責任を肯定した。最高裁は、原審とは逆に、原告が、自らが測量契約の契約当事者であったと誤認しても仕方がない事情もあったことを指摘し、それ以上、原告の訴え時点での認識が本当に正しいのかどうか、確認する義務は認めていないといえる。

しかし、訴え提起前に、基本的な契約関係を確認することは、そう時間や費用を要するものでもないとの見方もあり得る。したがって、この程度の義務すらも課されないとしてよいのかと、学説では疑問が呈された。次に当時の議論を概観する。

II 判決当時の議論

1 問題の限定

昭和63年判決は、訴え提起が不法行為になるか否かを決めるのは、不法行為要件の違法性の問題であると位置づけた。しかし、その具体的な判断対象は「故意または重過失」と理解されたため、当時の不法行為要件論の問題関心（いわゆる違法性一元論や過失一元論等）を刺激し、「故意または過失」が違法性の判断要素に含まれるのかが、この判決を素材にしても論じられたようである¹⁰⁾。しかし、本稿の問題関心は、「故意または重過失」の不法行為要件体系上の位置づけではなく、要求される過失の程度、過失を構成する注意義務の内容である。

2 義務違反の程度をめぐる議論

(1) 「故意または重過失」説

まず、昭和63年判決と同様、故意または重過失を成立要件とする説である。この判決を受けて、多数の学説は昭和63年判決の判断基準に支持を表

明した¹¹⁾。もっとも、3の注意義務の内容に見るように、学説は重過失を違法性判断の基準とする一方、重過失判断の前提として措定される結果回避義務(注意義務)については、判例より高い水準で求めている観がある。そうすると、判例と同様に「重過失」を要件としても、結果的には、判例よりも広く不法行為の成立を認めてしまうおそれを生じる。

(2) 「故意または過失」説

裁判を受ける権利と応訴者負担を衡量にかけ、違法性判断基準を定立しようとする点は「故意または重過失」説と同様である。しかし前説とは逆に、応訴者に負担を生じさせないことをより重視し、過失の場合でも不法行為責任の成立を認めようとする見解である¹²⁾。この見解からは、昭和63年判決のように、自己の訴え提起に有利な認識に専ら依拠できれば、それ以上の注意義務はないとみるのは問題で(信じる者は救われないのである)、むしろ、昭和63年判決の原審のように、相手方被告の負担を考慮すれば、一定の事実確認の義務が課されるべきで、これを懈怠した場合には、責任を免れないと考えることになる。

(3) 「権利濫用・故意」説

過失説とは逆に、訴えの不法行為責任が認められる場合につき、訴え提起者の主観的態様を重視し、より限定的に判断する説である。すなわち、「原告が、相手方(被告)を害し又は困惑させ、或いは、不当に自己の利益を得ようとする動機・目的で、訴えを提起して敗訴したような場合」や「原告が、その訴訟で、自己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、そのことを知りながら敢えて訴えを提起した場合」に限定されると言う¹³⁾。2つの場合が挙げられているが、前者は、いくばくかの事実的法律的根拠があったとしても困惑させる目的で訴えを提起して敗訴した場合であり、訴えの目的という主観的態様を問題とする¹⁴⁾。後者は、昭和63年判決の故意の場合と同様を述べるものである。

判例の「通常人が容易に知り得た」場合が除かれていることになる。多くの学説とは逆に、「重過失」の場合に違法性を認めるべきでない理由は、「原告の主張した権利又は法律関係が、事實的、法律的根拠を欠くものである上、原告が、通常人であれば容易にそのことを知り得た場合」であっても、「原告の認識した当該事情の下で、原告が真に自己に権利があると信じて、自己の考える権利保護を求めて、訴えを提起する」ことに責任を生じる余地を残すことは、「裁判を受ける権利を最大限尊重する趣旨に反し、裁判制度の利用を不当に制限する結果となると考えられるからである」¹⁵⁾。

「権利濫用・故意」説の主眼は、「故意または過失」説とは逆に、昭和63年判決の「裁判制度の趣旨に著しく反する場合」を判例以上に限定しようとするところにある。確かに「重過失」でも不法行為の成立を認めるとする見解は、一見、責任成立要件を厳格に絞っているように見えるが、結果回避義務（注意義務）の措定の仕方次第では不法行為責任の成立範囲を不当に拡大してしまいかねない。そうしたことの抑止には、故意または故意を前提とした濫用に絞るのも一手段である。今日でもこのような見解に支持がある¹⁶⁾。

どの程度の過失によって違法性を認めるかという議論の方向は、過失への緩和よりは、重過失、さらには故意への限定に向かう傾向にあったように見える。それ自体は肯定されるべきことである。次に、重過失を成立要件に残すならば、何を重過失とみるかが問題となる。

3 注意義務の内容をめぐる議論

(1) 事前調査義務

成立要件について、「故意または重過失」説と「故意または過失」説の違いもさながら、どのような結果回避義務（注意義務）を訴え提起前の原告に求めるかによる結論の差に大きいものがある。昭和63年判決の原審は、測量契約の相手を間違い、ひいては被告を誤って訴えを提起した場合に、誤りを知るのは容易であったとして責任を肯定した。学説でも、普通

ならあり得ない訴えであるとして、事前の調査義務違反を肯定し、しかも重過失を認めてよいという見解もなくはなかったのである¹⁷⁾。しかし、多数は、昭和63年判決の重過失要件を肯定するだけでなく、重過失を認めないという結論も支持していた。従って、みずから誤信を疑い、何らかの確認を事前に行う義務はないという立場である。原告と被告の事実認識の違いにより生じる紛争というものも大いにあり得るし、それを是正しないまま、訴えの提起に及んだからと言って、違法であると非難されるべきではないと考えるのである¹⁸⁾。

(2) 事前交渉義務

学説では、事前調査義務と並んで、訴えの提起前に被告とする者と交渉をする事前交渉義務があるのかを問うものもあった。いきなり訴訟にもち込んだことが事前交渉義務違反となり、裁判の目的に著しく反する要因となり得るかという問題提起である¹⁹⁾。確かに、昭和63年判決は、被告ともう少し事前交渉が行われておれば、訴訟相手として被告が不当であることが容易に判明し得た事例であるかもしれない。しかし、最高裁はもちろん事前交渉義務を認めるものではない。

(3) 弁護士への訴訟委任と本人の注意義務

このほか、学説では、法律には素人の原告が、専門家である弁護士に訴訟を委任した場合、本人の注意義務にどのような影響を及ぼすかも比較的議論された。この点については、大別3つの見解があったようである。一つは、原告本人が法律の専門家でないときは、弁護士という専門家に訴訟を委任したのだから、本人は注意義務を免れるというものである²⁰⁾。次に、本人が一切責任を免れるわけではないが、本人自らが訴訟を遂行する場合よりは、注意義務違反はより慎重に認められるべきとする見解である²¹⁾。最後に、最初の見解とは逆に、弁護士を訴訟代理人とすることは、本人の注意義務とは無関係とする見解である。この見解は、弁護士の活動

は、委任契約に基づくのだから、本人の意思に従うことを職責とすることを強調する²²⁾。

昭和63年判決の事案でも、契約相手方誤認のままの訴えは本人訴訟ではなく、原告に訴訟代理人がついていた。そのことがどのように影響しているのかは判決理由には明らかではない。しかし、判決の判断基準は、訴訟代理人の存否、言動の内容を問うことなく、本人につき確立された違法性判断基準だと見るのが妥当だといえよう。訴訟代理人の責任は、原告の被告に対する責任の内部分担の問題として、または、本人との関係で特に訴訟代理人の行為が不当訴訟を提起するうえで関与的であったような場合に、被告に対する直接の責任が、単独または本人と連帯した責任として問われうる²³⁾。しかしそもそも、この義務の程度が非常に低い水準であり、結果回避義務違反を認めない方向に向いている昭和63年判決を前提とすれば、本人と訴訟代理人の義務の分担、責任の分担はあまり現実的な意味のある議論ではなかったと思われる。

4 小 括

昭和63年判決の「提訴者の主張した権利又は法律関係が、事實的、法律的根拠を欠く」場合で、かつ、「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のにあえて訴えを提起した」場合を、「故意又は重過失」を要件とするものと理解することは十分可能である。

「又は重過失」の場合に不法行為責任を問うのは妥当ではなく、「故意」の場合に限定すべきという見解もあり得よう。しかし、どのような内容の注意義務が原告には訴え提起の前に課されるのかを議論することなく、単なる過失で良いのか重過失に限定されるのかを論じることは、この判決が慎重な判断を要請した趣旨に反してしまう危惧がある。

従って、どのような注意義務が課されているのかについて論じる場合に、事前調査義務を課すこと、それより高度な注意義務を課すことも選択

肢としては考えられるが、その場合には、たとえ「重過失」を要件としても、昭和63年判決が要求した注意の水準よりも、かなり高い水準の注意を要求することになることには自覚的であるべきである。昭和63年判決は、契約関係の勘違い、ひいては訴えの相手方を誤るという、かなりの事実関係の誤信に対してさえも、その誤信を生じさせた事情もある場合ならば、それに依拠して訴えを提起してもよく、その誤信を解くための調査義務を認めていないからである²⁴⁾。

昭和63年判決に基づく学説の議論に係らず、最高裁は平成11年判決、平成21年判決で同じ判断基準を踏襲し、最近の平成22年判決では、昭和63年判決の趣旨をさらに明確にしたように思われる。

Ⅲ その後の判例の展開

1 平成11年判決

(1) 事実の概要

AとYは、オートバイを2人乗りしていたところ、対向車線から前方不注意で右折してきた乗用車と衝突して路上に投げ出され、Aが死亡、Yは全治10日間の軽傷を負った。警察は、捜査の結果、Aを事故当時のオートバイ運転者であると判断した。しかし、Aの両親Xらは、独自の証拠収集活動を行い、Yが運転者であると主張した。警察から、Xらの活動が行き過ぎであり、Yへの誣告となる可能性があると言われたが、Xらは受け入れず、Yと衝突自動車の運転手Zに対し、自賠法に基づく損害賠償請求の訴えを提起した。この訴え提起後、検察庁は、運転者はAであるとして、本件事故を被疑者死亡による不起訴処分とした。Xらの訴え提起に対し、Yは、Xらの訴え提起は、運転者はAであることを容易に知り得べき事情があったのに、単にYに損害を与えることを目的として行ったものであるとして、Xらに対し、不法行為に基づき、慰謝料と弁護士費用135万円の損害賠償を求める反訴が提起された。

(2) 原審の判断

オートバイ運転者がY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晩同じ判断がされることを十分予想し得たにもかかわらず、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、Y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した。

(3) 最高裁の反訴に対する判断

① 判断基準 昭和63年判決を踏襲する。

② 結論 破棄自判。Xは警察の認定事実(Aがオートバイ運転者である)を知りつつ、これと異なる事実を前提に提訴したが、しかし、(a)事故の目撃者のうち2人は、Xらが前提とする事実に沿う証言をしており、(b)本件事故は科学的に運転者を特定することが相当困難な事案であり、現に3回の鑑定のうち1回は運転者はYであるとしていたこと、(c)本件事故ではAのみが死亡しており、Yや一緒に行動していた友人らの供述をXらが容易に信用せず、本件提訴をしたことには無理なからぬものがあることの3点を挙げて、Yに対する損害賠償請求権が有しないことを「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」とした。

(4) 検討

警察の捜査結果に反する事実認識に基づいて提訴された事案である。しかし、Xらが自己の主張が正しいと信じる事情も、昭和63年判決の事案より明確に存在する。(a)のYが運転者であったという証言、そして(b)の3回中1回の鑑定である。(c)は、平成11年では昭和63年と異なり、Xらの認識に反する事情としてYらの供述も存在したので、にもかかわらず誤った認

識を継続してもやむを得なかったという事情が補足されたものと思われる。しかし、(b)の専門家の運転者はYだという鑑定のような、Xらが訴えの提起に踏み切る「有力な」根拠がある以上、Xらの訴えの提起が違法であると認められないことは、昭和63年判決の事案と比較すれば、より当然の結論であったと思われる²⁵⁾。

2 平成21年判決

(1) 事実の概要

社会福祉法人X経営の特別養護老人ホームが、入所者への虐待の疑いで札幌市の立ち入り調査を受け、その後、緊急職員会議の開催、投書箱の設置をして虐待行為の有無が調査された。その中に、職員Yらによる、職員Aが虐待をしているとの投書があった。施設長がAを面談したが、Aは虐待の事実を全面否定した。全職員対象に個人面談が行われ、施設長は、Yらを面談した者からの報告と、先にYらから受けた報告や投書の内容とに違いがあることを不審に思った。その後、施設長は、Yら同席のもと、Aに事実の有無を確認したが、Aは否定した。そこで、施設長は、全職員の面談の結果、複数の職員からAの暴行の目撃供述を得たものの、入所者の身体に暴行の痕跡があったとの確たる記録もなく、虐待の事実はないと確信した。

B新聞社は、Yらの情報提供等を端緒として、本件施設における虐待行為等に関する記事を、Bが発行する日刊新聞に掲載した。そこで、Xは、Yらが虚偽の事実を報道機関に提供した結果、新聞記事によりXの信用及び名誉が毀損されたとして、連帯して1000万円の損害賠償金の支払いを求める本訴を提起した。札幌市による立ち入り調査等でも、最終的には、個別の虐待事例について、行為者や行為等を証拠によって特定するには至らなかった。

ところが実際には、Aを含む複数の介護職員が入所者への暴行行為を行っていた。Yらは、Xに対して、名誉毀損を理由とする損害賠償の訴え

の提起が不法行為に当たるとして、各100万円の慰謝料の支払いを求める反訴を提起した。

(2) 原審の判断

原審は、Yらの報道機関への情報提供内容の主たる部分は真実であり、Xは、Aから虐待の事実を全面否定する簡略な回答を得ていたものの、投書内容を指摘する等して具体的弁解を聞くことはなく、合理的な根拠なく虚偽と決めつけ、わずかな調査で理由がないと知り得たにもかかわらず本訴の提起に及んでおり、違法性があるとした。

(3) 最高裁の反訴に関する判断

① 判断基準 昭和63年判決を踏襲する。

② 結論 破棄差戻。A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、施設長は、簡略なものとはいえAから虐待の事実を全面的に否定する供述を得、Yら同席の下で、A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、施設長は、Aが行った暴行に対する目撃状況についてのYら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。そうすると、X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ひ込んだということではできず、その主張する権利又は法律関係が事實的、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。

(4) 検 討

平成11年判決が破棄自判であるのに対して、本件が破棄差戻しである

のは、反訴請求の棄却は変わらないが、本訴請求の X の慰謝料額について審理を尽くさせるためである。

A 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としても、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から、Y らの主張が誤っていると、新聞社への告発を名誉毀損行為として訴えることを正当化する事情は存在した。虐待を行っている A 自身がその事実を否定することはあり得ることであるから、その主張をそのまま受け入れたり、原審の言うように全職員対象の面談がより突っ込んだものであれば、最初から A による虐待の事実は明らかにできた可能性はある²⁶⁾。しかし、昭和63年判決によるならば、自己の認識を根拠づけるような事実があれば、それを否定するような事実があったとしても、それ以上の調査が義務付けられているわけではない。その意味で、平成11年判決と同様、平成21年判決の事案も、昭和63年判決の、訴えの提起が違法となる基準を全く満たしていないと評価して過言でない。「X 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ひ込んだということはできず」という結論は当然のものなのである²⁷⁾。

では、どのような事実があれば「提訴者の主張した権利又は法律関係が、事實的、法律的根拠を欠く」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得たのにあえて訴えを提起した」場合に該当し得るのか。その一例を示したのが、次の平成22年判決である。

3 平成22年判決

(1) 事実の概要

X1 会社らが、X1 会社の経理事務を担当していた Y による横領等があったと主張して、Y に対して不法行為に基づく損害賠償等を請求する本訴を提起したが、X1 会社らの請求をいずれも棄却する第 1 審判決があったた

め、これを不服として控訴をしたところ、Yが、原審において、X1会社らによる本訴の提起が不法行為に当たるとして、損害賠償を請求する反訴を提起した。

X1会社らは、本訴の請求原因事実として、Yによる約70件の横領行為等を主張し、X1会社は約2721万円、X2(X1会社代表)は約693万円、X3(X2の長男)は約126万円、X4(X2の二男)は約403万円の損害賠償をそれぞれ請求した。X1会社らが主張する横領行為等の行為態様は、Yが、(a)X1会社の業務に係る支払に充てるなどの名目で小切手等(2件については約束手形)を無断で作成し、又は偽造して、これを現金化した上、同小切手金等を領得した、(b)X1会社らの預貯金を無断で払い戻したり、解約したりして、払戻し等に係る金員を領得した、というものであった。

本件もX1らに対する反訴によって損害賠償請求されている。請求額は、慰謝料450万円のほか、本訴の応訴、控訴の応訴に対する着手金、報酬などの弁護士費用として1200万円余り、合計1650万円を超える。前3判決と比較して一桁多い金額となっている。

(2) 原審の判断

横領行為等を認めるに足りないとするにとどまらず、X1らが、Yにおいて無断で作成し、又は偽造したと主張する小切手等の振出しや預貯金の払戻し等については、そのほとんどが、X2が自らこれをYに指示したもので、Yにおいて小切手等を現金化し、又は預貯金の払戻し等を受けた現金は、その多くをX2がYから受領し、その他についてもX1会社の業務に係る支払等に充てられたことを積極的に認め、本訴請求についてはこれを棄却すべきものとした。

反訴請求については、本訴の請求原因事実である本件横領行為等を全体的にみれば、X2が自己の主張する権利又は法律関係が事実的、法律的根本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など、本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認めることができない、とのみ述べただけで棄却した。

(3) 最高裁の反訴に関する判断

① 判断基準 昭和63年判決を踏襲する。

② 結論 破棄差戻。X1らが主張する本件横領行為等に係る小切手等の振出しや預貯金の払戻し等のほとんどについて、X2が自らこれを指示しており、小切手金や払戻し等に係る金員の多くを、X2自身が受領しているというのである。

そうであれば、本訴請求は、そのほとんどにつき、事実的根拠を欠くものといわざるを得ないだけでなく、X2は、自らが行った上記事実と相反する事実に基づいてYの横領行為等を主張したことになるのであって、X2において記憶違いや通常人にもあり得る思い違いをしていたことなどの事情がない限り、X2は、本訴で主張した権利が事実的根拠を欠くものであることを知っていたか、又は通常人であれば容易に知り得る状況にあった蓋然性が高く、本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と認められる可能性があるというべきである。

(4) 検 討

平成22年判決は、昭和63年判決の違法性判断基準を全く満たしていなかったと思われる前2判決と異なり、昭和63年判決に戻って考える必要がある。つまり、平成11年、平成21年の事案では、提訴した本人が、自らの訴えを正当化するような事情が存在した。昭和63年判決でも、事実経過がやや複雑なもとで、契約相手をそもそも間違えて訴えた事件であったが、それでも誤信する事情が認められると、それ以上の真実を解明する義務はないとして、違法性が否定されたのである。

ところが、平成22年判決の事案では、「X1らが主張する本件横領行為等に係る小切手等の振出しや預貯金の払戻し等のほとんどについて、X2が

自らこれを指示しており、小切手金や払戻し等に係る金員の多くを、X2自身が受領している」と認められている。だとすると、「本訴請求は、そのほとんどにつき、事實的根拠を欠くものといわざるを得ないだけでなく、X2は、自らが行った上記事実と相反する事実に基づいてYの横領行為等を主張したことになるのであって、……X2は、本訴で主張した権利が事實的根拠を欠くものであることを知っていたか、又は通常人であれば容易に知り得る状況にあった蓋然性が高く、本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と認められる可能性がある」というのは、妥当であろう。「横領行為があったとすれば、X1の代表者であるX2において早期にかつ容易に発見が可能な体制にあったこと（X1社の実印の保管、X2による小切手等の控えの点検、会計事務所による定期的な点検などの状況）が認定されており、Yの横領行為はその性質上Xらにとって発見困難な行為とは言い難い。さらに、そのようなX2らの発見可能な体制があったことにより、Yによる横領行為はなかったことが明らかであると言ってよさそうである。加えて、Yが行ったとXらが主張する小切手等の振出しや預貯金の払戻し等はX2自身が行ったと認定されており、Yが行ったとXが考えるのは原則として不合理である」²⁸⁾。

しかし、平成22年判決は、だからと言ってただちに本訴提起を違法なものとしているわけではない。「X2において記憶違いや通常人にもあり得る思い違いをしていたことなどの事情」がXらにあれば、上記のような違法性はないとしている。通常人にあり得る範囲で誤認している場合であれば、客観的には事実はなくとも、なお違法性が認められない場合があり得るのである。学説も、このような事情が反証できるならば、違法性が認められないことを明らかにしたものとみている²⁹⁾。

もっとも、平成22年判決の1審の東京地裁平成19年3月29日〈LEX/DB25463688〉は、「X2がYに濡れ衣を着せようとしていることは明らかである」、「X2の牽強付会の感を免れない」、「本件のXらの主張、提出根拠、Xらの訴訟遂行態度、X2の陳述内容、証人らの証言、Y本人の陳述

その他弁論の全趣旨に照らし、総合的に判断すると、本件訴えは、X2がことさらに問題を作り出してあげつらい、何らかの不当な目的のため訴訟手続きを利用しようとする悪質な濫訴というべきものであると判断するのが相当である」とまで断じている。これに対して、訴え提起の違法性を否定した控訴審が、何らその理由を示していないことが素気無さすぎると感じられるほどである。第1審は、違法性判断基準として、故意又は権利濫用を要件としているようにも読める。平成22年判決は、その見解はとらず、昭和63年判決の基準を踏襲する。課されている注意の水準は極めて低く、その重大な違反と評価される事実誤認状態は、通常人ならあり得ない水準である点で、限りなく故意に近いものと評価できると思われる。

4 小 括

昭和63年判決に始まる4つの最高裁判例のポイントは次の点である。

まず、学説では、重過失を要件とするものが有力となったが、判例は重過失という言葉そのものは使っていない。訴えの事實的、法律的根拠のないことを容易に知り得た場合には、訴えに違法性が認められ得るといっても、自らの訴えを根拠づける事実があれば、それ以上に事実の解明義務が課されているわけではない。重過失だとしても、そもそも注意義務の水準は極めて低い。信じて訴えを提起する者は救われるのである。

昭和63年、平成11年、平成21年判決の原審は、最高裁と異なり、訴えの根拠と矛盾する事実があれば、自分が訴えの根拠とする事実が正当かどうか確認する義務を措定し、その義務違反をいずれも認めている。しかし、昭和63年判決の判断基準に照らせば、平成11年、平成21年の事案は問題なく違法性が認められない事案である。

平成22年判決は、訴えの根拠となる事実と矛盾することを原告自らがしている事実認定されたときには、昭和63年判決の事實的根拠がないことを容易に知り得た場合に当たり得るが、それでも、通常人にあり得る記憶違いや勘違いであれば違法性が認められないことを明らかにした。求めら

れる注意水準の低さがあらためて確認されたのである。

結びに代えて

学説の大勢は、昭和63年判決を「重過失」を要件とするものと受け止めた。「重過失」といえば、注意義務の重大な懈怠であり、学説では昭和63年判決を受けて、どのような注意義務が訴えを提起する際には課されるのかという問題意識が広がったといえよう。

しかし、その後の判例を見れば、「普通の」(例えば、名誉毀損の責任阻却事由としての「真実と信じるについて相当の理由(最判昭和41・6・28民集20巻5号1118頁)のような)注意義務はおよそ求められていないことが明らかである。訴えの提起が不法行為となる要件として、判例が「重過失」を要件とするという分には間違いではないが、「重大」性は、注意義務の侵害の程度のみではなく、そもそも注意義務水準の低さに基づいている。自分の訴えの根拠となった事実が誤認であったときでさえ、通常人では考えられないような誤認でなければ違法性はないのである。言い換えれば、通常人では考えられないような事実誤認して、訴えに根拠があるとの思い込みをしないという程度の注意が求められるに過ぎない。

このような過失の判断水準のレベルの低さゆえに、学説の「故意または重過失」の場合に訴えの提起が違法となるというまとめ方だけでは、やはり誤解を生じやすいものといえよう。その意味では、冒頭に吉田教授の評釈を引用した通り、訴えの提起が違法となる場合は、故意または、それに匹敵する重過失の範囲に限り成立することを強調しておく必要があると思われる³⁰⁾。

- 1) 昭和63年判決以前の状況については、例えば、島田礼介「不法提訴」林良平＝中野俊昌編『判例・不法行為法』(有斐閣・1966年)129頁参照。
- 2) さらに最近の下級審を見ると、広島地裁福山支判平成25・8・5が不法行為責任を否定

したのに対し、ほぼ同一の事実認定のもとで、広島高判平成 25・12・24 判時2214号52頁は、不法行為責任を肯定している。この事案は、社員に対して横領を理由に提起した訴えの不法行為性が問われた点で、事実関係には「平成22年判決」と似た点があるが、その判断基準に従えば、責任は否定されるべき事案であろう。

- 3) 吉田邦彦・判評362号42頁 (判時1300号204頁)。
- 4) 和田真一・民商142巻2号221頁。詳細は後掲注(26)参照。
- 5) 本稿では、訴えの相手方(被告)に対する当事者(原告)の責任のみを取り上げることとする。原告訴訟代理人の被告に対する責任には触れない。原告訴訟代理人の責任については、加藤新太郎『弁護士役割論【新版】』(弘文堂・2000年)183頁、加藤新太郎「訴訟上の権利濫用(5)——訴え提起と不法行為」別冊ジュリ145号24頁参照。
- 6) 不当な訴え提起を理由とする損害賠償請求のとき、弁護士費用については、一般的には損害として否定されていない(大連判昭和18・11・2民集22巻1179頁。末川博「不当なる訴えの提起と不法行為」民商4巻(1936年)1号47頁)。もっとも、敗訴者負担制度との関係が問題とされてきた。いかに厳格な責任要件のもとでのみ賠償責任が成立するとしても、従って減多に生じ得ないことだとしても、敗訴者負担制度の不在の現行法下で、損害賠償制度がそれと類似の機能を果たすことは問題だからである。
- 7) 慰謝料についていえば、被告(反訴損害賠償請求訴訟原告)の精神的な苦痛は、前訴で自らの主張が認められたことで慰藉される部分もあると考えられる(工藤祐巖・NBL 423号(1989年)15頁)。提訴自体が原則的に許容されているから、応訴の精神的負担をすべて慰謝料の対象とすることも適当ではないであろう。不法行為成立要件の判断と同様、万一責任が肯定されるときでも、損害の判断についても慎重さが求められる。
- 8) 訴えが不法行為であるとする損害賠償請求は、前訴(の敗訴)が確定してから行われるべきとも言える。昭和63年判決のケースは、敗訴確定以前に、訴えの取り下げが行われたので、別訴で損害賠償請求された。そのため問題を生じなかったが、その後の最高裁判決では、本訴の過程で、反訴により本訴の訴えは理由がないとして損害賠償請求が行われた。学説では、反訴による請求も肯定されているといえる(本間靖規「民事訴訟と損害賠償——不当提訴を中心に」民事訴訟雑誌43号(1997年)56頁)。弁護士費用の観点から見れば、前訴の弁護士費用を別途訴訟によって(改めて弁護士費用をかけて)損害賠償請求することはメリットがないとも言える(工藤・前掲注(7)15頁)。反訴として損害賠償請求することに、ある程度のリスクが伴うものであるにしても、その上で反訴原告が判断すればよいことであり、反訴自体を認めないとするまでもないと思われる。なお、田處博之「不当な民事訴訟の提起と損害賠償——オーストリア民法四〇八条を素材として——」札幌学院法学31巻1号1頁以下は、裁判所は、敗訴当事者が明らかにいわれのない訴訟を進行したと認めるときは、勝訴当事者の申し立てに基づき、敗訴当事者に対して相応の賠償額の給付を命じることができると定めるオーストリア民法408条の立法趣旨として、訴訟を行うことで生じる費用の回避と、当該裁判官が不当な訴訟についてもっともよく知る立場にあることを紹介している(同4頁)。この規定による損害賠償の申し立ては多いが、認容例はやはり少ないという(同12頁)。
- 9) 大審院判例では、一般論として、訴えの提起が公序良俗違反である場合には違法性がある

り、具体的には、提訴当時理由がないのに故意に行った場合と、理由がないと知り得るはずなのにあえて行った場合に不法行為責任を認めてきた(加藤一郎編『篠原弘志』『注釈民法(19)』(有斐閣・1965年)158頁参照)。昭和63年判決は、日本国憲法32条で裁判を受ける権利が基本的人権として定められた下で、訴え提起が違法となる基準を、「理由がないと知り得るはず」よりも相当程度を下げたといえる。

- 10) 徳本伸一「訴え提起の違法性」西原道雄先生古稀記念『現代民事法学の理論下巻』(信山社・2002年)403頁、中島弘雅「訴えの提起が違法な行為となる場合」法教96号(1988年)90頁は、原告が権利の不存在を知りながら、または容易に知り得るのに敢えて訴えを提起したという、従来多くの下級審、学説が支持していた考え方を取るが、あえてこれを例示とし、「裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く」という客観的、違法性要件の問題に置き換えているという。現在でも、不平等な訴え提起は、典型的な侵害行為態様から違法性判断が行われる例として挙げられる。この場合は、有責性としての故意・過失は違法性と同時に認められるとの見方(故意または重過失は二元的に置かれる違法性、有責性のいずれの判断要素でもある)もある(例えば、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』(有斐閣・2001年)158頁以下)。

本稿は、709条が権利侵害又は法律上保護される利益の侵害を成立要件として要求している以上、応訴者の利益侵害はもちろん必要であるが(藤岡康宏『民法講義V不法行為法』(信山社・2013年)282頁)、本文で述べたように、故意または過失の判断においては非常に抽象的なレベルで考えれば足りるため、違法性判断に大きな影響は与えないと考えられるものである。もちろん、訴えの提起が被告の生活や名誉の侵害を具体的に発生させれば、それが侵害態様に加えて違法性判断で斟酌される場合を否定するものではない(不当な訴えによる権利侵害、法益侵害について、潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』(2009年・信山社)190頁以下)。

- 11) 伊藤敏孝・法学研究(慶応義塾大学法学研究会)62巻4号152頁、小林秀之・法セ407号(1988年)112頁、瀬戸正義・ジュリ918号(1988年)76頁、梅善夫・ジュリ臨時増刊935号119頁、林屋礼二・ジュリ908号176頁、松岡勝実・創価法学22巻2号等。下級審を含めた、不法行為責任を認めたケースとそうでないケースの重過失判断の分析については、菊池定信「不当訴訟に関する判例」国士館法学39号(2007年)139頁参照。
- 12) 浅野有紀「最高裁判例に見る『裁判を受ける権利』」法時75巻8号33頁。
- 13) 後藤勇「訴え提起による不法行為成立の具体的要件」判タ875号9頁、19頁。
- 14) 実際には、多少なりとも根拠があった場合には、相手方を困惑する目的で提訴したと認められることは少ないであろう。これに係る問題として、権利が存在する(と考えられる)場合にしか訴えは提起してはならないのかという指摘がある。交渉の戦術として、例えば、自己に有利な流れを作るために訴えの提起をしてみることが許容されるのかである。この点については、加藤新太郎「訴訟上の権利濫用(5)——訴え提起と不法行為」別冊ジュリ145号24頁参照。
- 15) 後藤・前出注(13)21頁。
- 16) 不当な訴え提起の違法性を、潮見・前出注(10)191頁は権利濫用、藤岡・前出注(10)281頁は裁判という権利実現制度の目的に反した濫用という枠組みで捉えている。

- 17) 鳥田清次郎・判タ706号95頁。
- 18) 吉村徳重=松尾卓憲・判タ672号53頁。
- 19) 本間・前出注(8)53頁。
- 20) 後藤勇「訴え提起による不法行為成立の具体的要件」判タ875号9頁, 21頁, 堀野出・速報判例解説(法学セミナー増刊)9号129頁。
- 21) 工藤・前出注(7)14頁。
- 22) 中村隆次・判タ718号22頁, 25頁。
- 23) 訴訟代理人の被告に対する責任については注(5)の文献参照。
- 24) 注意義務違反をもう少し高度なレベルで論じようとするれば、両当事者の利益や提訴の局面に応じた判断要素を検討することになる。このような問題意識から検討するものとして、上野達也「訴えの提起と不法行為法——最高裁判決を契機として——」産大法学43号(2010年)3・4号26頁参照。ただし、Ⅲで見ると、私見では、判例はこのような不法行為責任に通常の注意義務は問うていないと思われる。
- 25) 今中秀雄・判タ1036号120頁, 手塚宣夫・判時1700号194頁(判評494号16頁)。
- 26) 和田・前掲注(4)221頁。この判例紹介では、原告の調査義務につき、「十分な水準の義務設定の下に違反の重大さが判断されるべきで」であり、その際に「応訴者負担が労働者個人と使用者間では相互的とはいえない上に、告発の社会的意義をも考慮すべき」とした。昭和63年判決や平成11年判決よりも注意義務の水準を引き上げるべきであり、重過失を認める判断に傾くべき趣旨を述べたが、現在は、そこで述べた注意義務設定は「高度すぎる」と考えている。上記の特殊性はあるが、訴えの提起の違法性判断では考慮されるべきではないだろう。内田勝一教授の指摘(私法判例リマークス42号49頁)に従いたい。
- 27) 内田・前掲注(26)46頁以下, 蛭川明彦・別冊判例タイムス32号144頁も、結論的に、訴えの提起に不法性を認めないことを妥当とする。
- 28) 松下淳一・判タ1361号50頁, 54頁。
- 29) 上野達也・民商144巻2号88頁, 二羽和彦・私法判例リマークス43号126頁, 堀野・前掲注(20)129頁, 131頁, 吉井隆平・別冊判タ32号132頁。
- 30) 本稿「はじめに」の注(3)参照。