

不当な保全処分に基づく損害賠償請求とその審理

栗 田 陸 雄

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ法の概要
 - (一) 責任原因
 - (二) 主張の方法
 - (三) 責任要件
 - (四) 損害賠償請求の裁判官に対する拘束
- 三 検討 日本法への示唆

一 問題の所在

仮差押命令または仮処分命令が、保全手続上の異議もしくは上訴手続により、その実体的要件（被保全権利及び保全の必要性）を欠くものと判断されて取り消されたり、本案訴訟等で被保全権利の存在が否定された場合、その保全命令ないし執行によって損害を被った保全命令の債務者の損害賠償請求権が発生する。債務者は、その

損害の賠償を、債権者に対した場合によっては国家に対しても請求することができる。しかし、その損害賠償請求権の法的性質及び根拠等については、従来から議論がある。

不当な仮執行に基づく無過失損害賠償責任を規定した旧民訴法一九八条二項（現行二六〇条二項）の規定にならい、同種の規定を導入しようとする試みは、「強制執行法案要綱案（第一次試案・昭和四六年及び第二次試案・昭和四八年）、昭和五八年の「仮差押え及び仮処分」の命令及び手続に関する検討事項」において取り上げられてきたが、結局、無過失責任の導入について各界の見解が分かれ、成案を得るに至らなかった。その後、昭和六一年の「仮差押え及び仮処分制度に関する改正試案」において、損害賠償は、原状回復の裁判の一部として規定されたが、その部分は国会の審議において削除された。したがって、不当な保全命令に基づく損害賠償に関する問題状況は、平成元年の民事保全法制定以降も引き続き存在している。

慶應義塾大学の民事訴訟法研究会は、「仮差押え及び仮処分の命令及び手続に関する検討事項」及び「仮差押え及び仮処分制度に関する改正試案」についてそれぞれ研究会を開催し、意見書を作成して提出したが、坂原教授は、その際にとりわけ改正試案に関する研究会の責任者として中心的な役割を果たされた。⁽¹⁾ 本稿は、上記の問題中、右検討事項に対する研究会でも触れられなかった損害賠償訴訟と本案訴訟との関係について、ドイツ法との比較の視野から若干の考察を試みるものである。なお、損害賠償請求訴訟と本案訴訟の関係では、損害賠償請求訴訟の本訴において、被保全権利について、原告が訴訟中の訴えとして中間確認の訴えを提起する、または被告が反訴を提起する訴訟形態があり、この点でも、坂原教授が提唱された「黙示による中間確認の訴え」⁽²⁾の理論が関係している。

二 ドイツ法の概要

(一) 責任原因

ドイツ法においては、この損害賠償請求権は、一八七七年の民事訴訟法制定以降、一般不法行為として扱われていたが、民訴法の改正によって無過失責任が採用されたものである。ドイツ民訴法における右規定の成立及びその後の学説の動向を素描すれば、次のようである。

ドイツ民訴法九四五条前段は、債権者は、仮差押命令または仮処分命令が当初から不当であることが証明された場合に、損害賠償責任を負うべき旨を規定している。⁽³⁾ この規定は、仮執行宣言が取り消された場合に関する民訴法七一條二項の規定と平行関係を有し、両者に関する議論は重なり合う部分が多い。⁽⁴⁾ これらの規定は、一八九八年の改正に基づくが、それ以前には、不当な仮執行または不当な保全命令の問題は、ラント法上の特則が存在しない限りで、一般不法行為法に従って取り扱われた。⁽⁵⁾ 他方、新設された規定によると、保全命令発令後にその実的要件の不存在が証明されたときに、債権者の過失に依存しない損害賠償責任が発生するのであるが、そのような保全命令は、事後的な評価により遡及的に違法となると考えられてきた。この考え方は、客観的違法性説と呼ばれている。大審院は、法改正の前から客観的違法説を採用し、改正の審議においてもこの考え方が見いだされる。⁽⁷⁾ しかし、連邦通常裁判所となつてからは、客観的違法性は、危険責任の要件ではないという見解が浸透し、保全命令を適法としたうえで、損害賠償請求権の性質を債権者の危険責任 (Gefährdungshaftung) として性格づけていると言われている。⁽⁸⁾ 適法に発令された保全命令を、事後的な評価により違法視する考え方に理論上の困難があると感じられたためであろう。また広義の不法行為説及び危険責任説は、損害賠償請求について不法行為地の裁判籍を基礎づけるために主張されるが、ほかにモリスク責任説 (Risikohaftung)、犠牲に基づく補

償責任説 (Aufopferungshaftung) 等、多様な見解が主張されており、性質論から具体的な帰結を引き出すことはできないと言われている。⁽¹⁰⁾

(二) 主張の方法

民訴法九四五条前段に基づく請求権は、通説によれば、別訴、本案訴訟における相殺または反訴により主張されることができる。また直接の規定は存在しないが、本案訴訟における付随的申立てを認める見解もある。⁽¹¹⁾ またこの付随的申立てが適法とされると、別訴による損害賠償請求権の主張は、二重起訴禁止に服するものとなる。しかし、この付随的申立てが実務で実際に認められているかどうかは、はっきりしない。また、保全異議等の手続においては、付随的申立ては許されない。⁽¹²⁾ すなわち、保全異議という略式の裁判手続においては、損害賠償請求権の存否を最終的に判断するに相応しくないと考えられたためであろう。

(三) 責任要件

民訴法九四五条によると、保全命令の実体的要件が当初から存在しないことが証明された場合に、当該の保全命令は当初から不当である。法文は、被保全権利と保全の必要性を区別していないことから、多数説は、保全の必要性の不存在を被保全権利の不存在と同様に扱う。これに対して、少数説⁽¹⁴⁾によると、被保全権利が存在する場合には、保全の必要性の不存在は、損害賠償請求権を発生させるものではない。すなわち、債権者は本案訴訟に時間を要するために保全手続を利用するが、本案訴訟で勝訴したにも拘わらず、保全の必要性不存在を理由に債務者の損害賠償請求権を認めることは、訴訟に時間がかかることの負担を債権者に転嫁するもので許されない⁽¹⁵⁾ことになる。被保全権利は存在するが、保全の必要性が存在しない場合に発生する損害としては、信用毀損による

ものが典型的な例としてあげられるが、この損害は民法九四五条の問題ではなく、一般の不法行為責任によると解されている⁽¹⁶⁾。

なお、民法九四五条に基づく損害賠償請求権は、保全命令自体ではなく、その執行によって生じた損害を対象とすることについては、判例及び学説において一致している⁽¹⁷⁾。また、被保全権利は、命令の時点において存在しなければならぬとするのが通説である⁽¹⁸⁾が、実体的権利状態との調和を重視する観点から執行の時点であるとする見解もある⁽¹⁹⁾。しかし、保全命令発令時を基準とする限り、保全命令発令時には被保全権利が存在していなかったが、執行時には存在していた場合には、民法九四五条に基づく責任は生じないことになる⁽²⁰⁾。また反対に、被保全権利が保全命令発令時には存在していたが、執行の時点で理由がないことが証明された場合については、議論がなされていないようであるが、学説上は、債権者は、その執行が実体的権利状態と矛盾しかつ誤った名義に基づいて執行した場合に本条の責任を負担する。しかし、債権者は、被保全権利の消滅事由が、保全命令の送達後に初めて発生している場合には、本条によらず、過失責任を負うべきであるとされる⁽²¹⁾。

民法九四五条の要件が充足される限り、債権者は、過失に依存しない損害賠償責任を負担する。

(四) 損害賠償請求の裁判官に対する拘束

(1) 保全裁判所の裁判の基準性

(a) 前提

損害賠償請求は、保全命令が異議・上訴の手続で取り消された場合、または本案訴訟において請求棄却判決がなされ、確定した後に提起されるのが通常である。しかし、判例によれば、そのような先行の裁判が存在しない場合でも、債務者は、損害賠償請求を提起することができる。その場合、損害賠償請求の裁判官は、保全の実体

的要件を自由に審査することができる。⁽²²⁾

(b) 保全命令を取り消す裁判

従来の判例⁽²³⁾によると、保全裁判所が、異議または上訴に基づいて被保全権利ないしは保全の必要性を当初から不存在であると判断して保全命令を取り消したとき、その裁判は、損害賠償請求を審理する裁判官を拘束する。その際、大審院判例⁽²⁴⁾は、取消しの事実のみでなく、保全命令の実体的要件の不存在の判断を問題とするのであり、連邦通常裁判所もこの系統に連なる。たとえば、連邦通常裁判所の判例⁽²⁵⁾によると、保全異議等の手続で債権者が欠席し、債務者の申立てによって取消しの裁判がなされた場合、その裁判は損害賠償請求の裁判官を拘束しない。また、保全命令の取消しの裁判が、損害賠償請求の裁判官と異なる法的見解に依拠して行われた場合にも、その裁判の拘束力が認められる。⁽²⁶⁾なお、疎明不十分または訴訟要件の欠缺を理由とする保全命令取消しの裁判は、保全命令の実体的要件の存否に関して、損害賠償請求の裁判官を拘束しない。⁽²⁷⁾

本案訴訟において請求認容の判決が下されたが、保全異議等の手続において被保全権利の不存在を理由に保全命令が取り消された場合、保全取消しの裁判は、損害賠償請求の裁判官を拘束するとの判決がある。⁽²⁸⁾しかし、この判決に対しては、本案訴訟と保全手続の関係を誤解したものとして強い批判がある。⁽²⁹⁾

通説は、判例と同様に、保全命令が取り消されていない場合には、損害賠償請求の裁判官の自由な判断を認める。しかし、保全裁判所が、異議または上訴に基づいて被保全権利の存在を否定した場合には、その保全裁判所の裁判に拘束力を認める。また保全の必要性不存在を理由としてなされた取消しの裁判にも、同様に拘束力を認める。しかし、反対説は、保全取消しの裁判には、本案の判決が下されるまでの暫定的な基準性のみを付与する。その際、被保全権利の不存在を理由とする場合でも、保全の必要性の不存在を理由とする場合でも、違いはない。その根拠は、保全手続が略式の裁判であることである。⁽³⁰⁾保全手続上の裁判は、形式的に確定した場合でも、後訴

に対して既判力の作用を持つことはできない。すなわち、略式の裁判は、常に十分な審理構造を有する本案訴訟の判決によって凌駕されることが認められなければならない。しかし、不正競争法上の特殊な事案に関してはあるが、その点で、本案訴訟が提起される状況が存在しない場合には、保全取消しの裁判に基準性を付与する見解もある。⁽³¹⁾

(c) 保全命令を確認する裁判

判例及び通説によると、保全裁判所が、異議等の手続において保全命令を確認した場合には、保全の必要性に関する判断は、拘束効を持つが、被保全権利に関する判断は、通常の訴訟手続に留保されるために、拘束効を有しない。⁽³²⁾しかし、この見解に対しては、首尾一貫しないという批判がある。⁽³³⁾

(d) 拘束効の根拠

判例が保全裁判所の判断に拘束効を認める根拠としては、訴訟経済が指摘されるであろう。しかし、特異な見解として、保全訴訟が損害賠償請求訴訟と比べてより事案との近さを有し、また時間的に近接しているという理由で、その裁判に拘束力を認めるものがある。しかし、これは理論性に欠ける点で、強い疑念にさらされている。⁽³⁴⁾通説は、保全裁判所の裁判に拘束力を認める限度で、判例と同様の根拠に基づくものであろう。しかし、反対説は、保全手続と本案訴訟の関係として前者を後者に対して一種の中間的裁判と捉えることができること、また保全手続の裁判の効力を通常の訴訟手続における判決の既判力と同視することができないこと等から、その拘束力を否定する。⁽³⁵⁾理論上は、反対説が、直接実定法を根拠としている点で優位にあるように思われる。

(2) 本案の裁判の基準性

(a) 前提

債務者は、保全命令の取消しの裁判後に、または直接に損害賠償請求を提起することができる。その際、本案

訴訟が係属している場合とそうでない場合がある。判例によれば、損害賠償請求の裁判官は、保全裁判所の裁判に一定限度で拘束されつつ、本案訴訟の存在を考慮して裁判をしなければならぬ。保全の必要性不存在を理由とする取消しの裁判が先行している場合、損害賠償請求の裁判官は、被保全権利の存在を認定したときにも、また本案訴訟において請求認容の判決が下されるときにも、判例及び通説の文脈では、保全の必要性不存在の裁判に拘束されて、請求認容の判決をしなければならないことになり、その結果を肯認する連邦通常裁判所の裁判⁽³⁶⁾が存在する。しかし、それによって、損害賠償請求に関する裁判は、実体法と重大な評価矛盾に陥ることになる。すなわち、もともと債務者の履行遅滞に基づいて保全命令が発令され、かつ被保全権利の存在が確定されているにも拘わらず、保全の必要性が存在しないという理由で損害賠償請求権を認めることは、実体法秩序と背反すると解されるからである。この問題は、保全の必要性不存在を理由とする取消しの裁判に拘束力を認めない場合でも、保全の必要性が損害賠償請求権の要件とされる限りは、不可避免的に生じる。すなわち、損害賠償請求の裁判官が、被保全権利の存在を認定しつつ、保全の必要性の不存在を認定すると、請求認容の判決に至らざるをえないからである。

なお、連邦通常裁判所の判例には、損害賠償請求の前提として保全裁判所または本案の裁判所の取消しを要求するものがある⁽³⁷⁾。

(b) 本案判決

判例及び通説によると、本案訴訟において請求棄却の判決が確定している場合、損害賠償請求の裁判官は、当該判決の既判力に拘束される（民訴法三三二条一項）。しかし、本案判決が事実審の口頭弁論の終結時点基準時とすることから、債権者は、損害賠償請求の訴訟において、被保全権利が保全命令発令の時点で存在したと主張⁽³⁸⁾することができる。

なお本案訴訟が訴訟判決で終了した場合、損害賠償請求の裁判官は、被保全権利について独自に判断することができるが、本案訴訟が訴訟終了宣言で終結した場合は、確定判決と同様に扱われる⁽³⁹⁾。

保全の必要性が問題となる場合、保全裁判所の裁判官が存在している場合には、通説及び判例によると、損害賠償請求の裁判官は、その裁判に拘束されるが、それが存在しない場合には、独自に保全の必要性について判断することになる。保全の必要性は、本案訴訟では審理されないからである。しかし、反対説によれば、損害賠償請求の裁判官は、保全裁判所の裁判が存在している場合でも、保全の必要性について独自に判断すべきことになる。

(c) 訴訟の並行

本案の裁判と損害賠償請求の訴訟が並行する場合、判例及び通説がどのようにして損害賠償請求の訴訟進行を図るのかは、判然としない。可能性としては、損害賠償請求の裁判官は、迅速性を重んじて本案訴訟と無関係に手続を進行させるか、または法的確実性を重視して本案訴訟の裁判を顧慮することが考えられる。学説上、本案の裁判が存在する限り、たとえ未確定であっても、損害賠償請求の裁判官は、被保全権利について審理すべきでないという見解⁽⁴⁰⁾が主張されている。その理由は、本案訴訟が別訴に対して先決関係に立つところ、事後的な論理的矛盾の発生をあらかじめ防止する必要性にあらう。また本案訴訟で被保全権利について上訴することなく損害賠償請求訴訟においてそれを争うことは、上訴の体系を乱すことになろう。本案訴訟における上訴体系を乱すという指摘もなされている。その際、損害賠償請求の裁判官は、民訴法一四八条に基づき、他の訴訟の完結するまで弁論を中止することができる。またそれに伴って、裁判官は、二重起訴禁止の法理を介在させることなく、本案における付随申立てまたは反訴の提起を示唆すべきであるとされる⁽⁴¹⁾。しかし、この方法によるときは、損害賠償訴訟における従前の弁論ないし証拠調べは、本案訴訟に引き継がれないことになろう。

さらに、本案訴訟が係属していない、または係属しているが、判決に至っていない可能性もある。その場合に

ついて、損害賠償請求権は、請求を棄却する本案判決の確定を解除条件とする、または損害賠償義務に関する判決は、本案判決の確定前には確定しないとする見解がある⁽⁴²⁾。この見解は、被保全権利が二つの訴訟で問題になるときに、判決の論理的矛盾の可能性を被保全権利に関する本案判決を基準として解決を図る試みである。しかし、それによって、先行した損害賠償請求に関する訴訟が無駄に終わる場合が生じることも認めなければならないであらう。

三 検討 日本法への示唆

現在、日本法においては、判例が、一般の不法行為を損害賠償請求権の責任原因として規定し、この考え方が実務上の基準となっている。学説上は、過失責任説⁽⁴⁴⁾の他に無過失責任説⁽⁴⁵⁾も存在する。

日本における立法の試みが無過失責任説を基調としていた背景としては、ドイツ民訴法に無過失責任の規定があり、またそれが日本の学説にも影響を与えていたという事情を指摘することができるであらう。また、判例の一般不法行為説によると、責任原因としての過失の認定が実践的にも理論的にも重要な問題となる。大審院判例⁽⁴⁶⁾は、不当な保全命令における債権者の過失の認定について一応の推定法理と呼ばれるものを形成してきた。一応の推定は、特定の推認事実から一挙に過失（評価規範）を認定し、実質的に証明責任を転換する、またはそれに等しい作用があるとして、学説上問題視されてきた経緯がある⁽⁴⁷⁾。最高裁は、昭和四三年二月二四日の判決⁽⁴⁸⁾によって一応の推定説から事実上の推定説へと移行したものと認められるが、学説の中には、この判例の検討を通じてそれまで優勢であった無過失責任説に対し過失責任説の意義を確認するとともに、立法の議論に合わせて保全命令の類型によって法律上の推定規定の導入を提唱する傾向が生まれている⁽⁴⁹⁾。おそらく右の学説は、今後の解釈

論の動向にも影響力を有するであろう。

さて、無過失責任を採用するドイツ法は、以上の問題については、立法資料としての関係を有するのみであるが、責任原因の捉え方、損害賠償請求訴訟における保全取消しの裁判の拘束力及び本案訴訟の判決の拘束力の問題については、日本法と共通する部分が多く、日本法の解釈論としても参考となると思われる。以下において、ドイツ法上の議論の素描に基づいて、日本法における問題点について若干の検討を行うものである。

(1) 責任原因

ドイツ民法九四五条は、過失に依存しない債権者の損害賠償責任を規定している。すでにこの規定の存在により、損害賠償請求権の性質論は、理論上の利得は別として実益を有しないとされているのであるが、しかし、その性質論を巡る議論は、日本法においては有用である。すなわち、不法行為責任の要件としての違法性の問題について、適法に発令された保全命令が、事後的な判断で濫及的に違法と評価されるという、いわゆる客観的違法性説⁽⁵⁰⁾が定説化している。しかし、ドイツにおいては、客観的違法性説に理論的な一貫性があるか否かについて長い間議論されてきた結果、適法行為説への傾斜ないし転換が生じたからである。この事情は、日本法においても、責任原因を再検討すべき原因を与えるものと思われるのである。もちろん、日本においても新しく違法性の問題を検討する志向が生まれているが、それは、右のドイツ法の議論とは異なり、その違法性を別の視角から基礎づけようとするものである。この方向も一つの可能性として指摘しておかなければならない。

なお、不当な保全命令に基づく損害は、日本法上は、執行によるものが事例として現れてきたため、執行による損害を中心に議論されてきたが、保全命令自体による損害も理論上は否定されていない。しかし、ドイツ法では、民法九四五条の責任としては、執行による損害であると解することに争いが無い。

(2) 損害賠償請求権行使の方法について

日本法においては、別訴によるのが通常である。本案に付随する申立ては、仮執行に関する民訴法二六〇条二項に規定されているが、不当な保全命令に基づく損害賠償責任については規定がなく、右法条を類推する運用はなされていない。予備的反訴に関する特則規定も存在しないが、予備的反訴自体は適法と考えられており、損害賠償請求との関係では、その個別的要件が充足されるか否かが問題である。当事者が同意する等事案によっては、認められる可能性もあろう。

ドイツ法においても、別訴によるのが通常である。不当仮執行に関する民訴法七一二条二項は、本案に付随する損害賠償の申立てを認める規定であるが、同種の規定は、保全取消し手続についても、民訴法九四五条の損害賠償請求についても存在していない。この規定を民訴法九四五条の場合に類推適用する見解もあるが、実務の状況については、不明である。反訴による損害賠償請求権の行使は、一般的に認められているようである。

以上を比較すると、日本法でもドイツ法でも規定の状況は同様であるが、その運用面では、かなりの違いがあるように思われる。ドイツにおいて、法の積極的な運用により本案訴訟と損害賠償請求訴訟を一体的に解決しようとする努力は、日本法においても参考にされるべきであらう。

なお、予備的反訴について付言しておきたい。これに関する規定新設の提案は、検討事項に対する各界の意見において、消極的な評価を受けた。その理由は、本案訴訟の審理内容と損害賠償請求のそれは相当に異なり、本案訴訟の遅延を招くというものである。⁽⁵²⁾ たしかに、債権者の過失を問題としないドイツ法に比べると、日本法では、反訴に伴う弁論の併合は、より審理の時間や労力を必要とする可能性が高い。しかし、それは、最初から両訴を併合提起する可能性もあることを考慮するならば、絶対的なマイナス要因とは言えない。また裁判所は、弁論の制限によっても審理の効率化を図ることができるのであり、現状では、規定の導入は困難であるとしても、

個別的な運用により紛争を一体的に解決する方法として考慮されるべきである。

(3) 被保全権利と保全の必要性

日本法においては、保全の必要性は、被保全権利と並ぶ保全命令の実体的要件と解されているが、損害賠償請求権の要件であるか否かについては、判然としないところがある。損害賠償請求訴訟において被保全権利の存在が認定されるにも拘わらず、保全の必要性が存在しないと判断された場合、損害賠償請求権は基礎づけられるであろうか。保全の必要性を被保全権利と同等の実体的要件と解すると、保全の必要性のみが認められる場合でも、損害賠償請求権は肯定されるという結論が導かれる。しかし、その結論は、実体法の評価と矛盾することになる。

この問題について、ドイツ法の解釈は分かれる。多数説は、保全の必要性の不存在を独立の責任原因とするが、それを責任原因から外す見解も主張されているところである。またそれを責任原因と解しても、むしろ被保全権利に関する実体法上の評価基準との整合性を重視する見解が優っているのではないかと思われる。日本法の解釈としても、右の保全の必要性の不存在を責任原因から除外する見解に顧慮を払うべきものと思う。

(4) 取消しの裁判の拘束力

日本法の解釈として、保全裁判所による保全命令を取り消す裁判の拘束力は、これを認めないのが一般的な学説であろう。しかし、保全異議等の手続が通常訴訟のそれと比べて略式であるといえ、実質的にはそれほど異ならないとの認識のもとに、異議等の手続における裁判に事実上の基準性を認める見解が主張⁽⁵³⁾されている。またこの事実上の基準性は、本案訴訟の既判力も、保全命令発令の時点との関係では事実上の拘束力しか有しないという文脈で使用されており、両者の等質性が認められている。

ドイツ法上の解釈としては、判例は、拘束力を認めるが、学説には反対説が強い。判例の根拠は、訴訟経済にあるが、反対の学説は、保全訴訟の略式性を重視する。日本法の解釈としても、反対説の根拠が基準となると思

われる。保全命令を確定する裁判についても、同様に考えることができよう。

(5) 確定した本案判決

日本では、實際上、損害賠償請求は、本案訴訟の判決確定後に別訴でなされており、本案訴訟の確定判決と損害賠償請求訴訟との関係が問題となる。その場合に、本案訴訟の確定判決が、その既判力の範囲において損害賠償請求の裁判官を拘束することは、当然である。ただし、本案訴訟の判決は、保全命令の発令時点における被保全権利の存否をカバーすることができず、実際には損害賠償請求に対して要件事実的作用を営むに過ぎないこともすでに指摘されている⁽⁵⁴⁾。

ドイツ法においても、この点は、全く同様に説かれている。

(6) 手続の並行

損害賠償請求訴訟の審理において、未確定の本案判決がある場合または本案訴訟が係属している場合には、被保全権利について論理的に矛盾する判断がなされる可能性がある。また損害賠償請求において先決問題として被保全権利の審理がなされる以上、審理の重複も生じる。この場合について、損害賠償請求の審理を一時停止し(実務上認められる弁論期日の追って指定扱いによる)、さらには二重起訴禁止(民訴法一四二条)の法理により事件を本案の裁判所に移送し、弁論の併合を図る措置が考慮されるであろう(後述(7))。

ドイツ法においても、同一の問題状況がある。損害賠償請求の裁判官は、二つの訴訟の並行を避けようとする場合には、民訴法一四八条に基づいて弁論を中止し、本案訴訟の結果を待つか、または原告に本案への付随的申立てないしは予備的反訴の申立てを示唆すべきであるとされるが、後者の方法では、従前の審理の結果が本案訴訟で利用できないことになると思われる。したがって、いずれを選択するかは、二つの訴訟の具体的な進行状況に依存するものと思われる。

日本法の解釈としては、付随的申立てや予備的反訴の利用には、解釈上困難があること、またこの方法ではすでに損害賠償請求訴訟の審理が進行していたとしても、訴訟資料の一元化を図ることができないことから、追って指定扱いとして本案訴訟の結果を待つか、または二重起訴の法理による移送の考え方が実際的であろう。しかし、これらの措置は、裁判所の手続裁量や当事者の同意に依存する意味合いが強く、確実にその目的を達成することができるといふ保証もない。ただし、相当数の事件について一体的解決の可能性もあるわけである。なお、ドイツ民訴法一四八条の弁論の中止規定は、この種の事案のみでなく、広く適用の可能性を持つものであるから、日本法においてもこれを導入すべきである。

(7) 本案訴訟が係属していない場合

(a) 消極的確認請求

日本法では、債務者は、保全手続に際して起訴命令の申立てをすることができる（民保法三七条一項）。債権者が起訴期間を徒過した場合には、裁判所は、債務者の申立てにより保全命令を取り消さなければならない（同条三項）。債務者は、この申立てによって本案訴訟の提起を促すことができるが、債権者はこの起訴期間を徒過したとしても、本案訴訟の提起を妨げられるわけではない。

この状況は、ドイツ法においても変わらない。ドイツ民訴法九二六条一項及び二項に同趣旨の規定がある。またこのような状況において、債務者が、被保全権利の存否の判断について確定を得るために、消極的確認の訴えを提起した実例がある。しかし、この事案においては、連邦通常裁判所⁽⁵⁵⁾は、先行的な取消しの裁判が存在しない限り、消極的確認の訴えは不適法であると判断した。しかし、それは、孤立した判例のようであり、過度に取消しを重視するものとして学説上批判⁽⁵⁶⁾がある。

日本法においても、債務者が被保全権利に関する消極的確認の訴えを提起する可能性はあるが、むしろ損害賠

償請求を提起し、被保全権利については中間確認の訴え（民訴法一四五条）を提起する方法が実用的である。

(b) 中間確認の訴え

債務者は、損害賠償請求の提起に際して被保全権利の存否について中間確認の訴えを提起できるであろうか。中間確認の訴えによるときは、債務者は、被保全権利に関する裁判所の判断についても既判力による確定を得ることが可能である（民訴法一四五条一項、同一四一条一項）。

中間確認の訴えの特別要件として、①先決性、②係争性が必要である。①民訴法一四五条の「裁判が訴訟の進行中に争いとなつて法律関係の成立又は不成立に係るときは」の解釈としては、その法律関係存否の判断が本訴の裁判にとって必要条件であれば足りるとする考え方と十分条件でなければならないとする考え方がある。⁽⁵⁷⁾私見のように損害賠償請求権の責任原因として被保全権利の不存在のみを認める立場では、十分条件説によつても、先決性は認められるが、保全の必要性の不存在をも責任原因とする立場では、十分条件説の条件を充たさないことにならう。すなわち、十分条件説によると、まず保全の必要性の審理がなされ、それが認定された後でなければ、被保全権利は本条の意味における先決性を充たさないことになる。しかし、保全の必要性の不存在が独立の責任原因であるとしても、それが単独で確認請求の対象となるとは考えにくいであろう。また、中間確認の訴えの対象とされた権利関係自体は、その確定に至るのであり、その限度での中間確認の訴えの効用は否定されるべきではない。したがつて、先決性は、一般的には、本来の請求の全部又は一部の判断について存在すれば足りると思われるべきであらう。⁽⁵⁸⁾また②民訴法一四五条の「訴訟の進行中に争いとなつて」ことの意味について、若干の注意が必要である。すなわち、通説が述べているように、この法文の表現は例示に過ぎず、訴訟係属前から争われていた権利関係は中間確認の訴えの対象とならないとするものではなく、中間確認の訴え提起時に争いがあれば足りると解すべきである。

(c) 利用の強制

中間確認の訴えは、本来の請求に付随する申立てとしてなされるから、本来の請求が係属した後に提起すべきであるが、原告がそれを最初から本来の請求と併合して提起した場合について、大審院がこれを違法とし、むしろ潜在的な中間確認の訴えとして認めた例がある。⁶⁰「潜在的な」という意味は、当該の申立ては、審理開始後に係争性の要件が補充されれば、中間確認の訴えとして適法となるという趣旨である。この判決に対しては、一般の併合要件を充たす限り、客観的併合の訴えとして適法であるとする批判もある。⁶¹しかし、右判決の前提には、先決性のある問題は、中間確認の訴えによってのみ解決されるべきであるという要請があると解される。これについては、中間確認の訴えの機能であるという言い方をするのもできよう。右の判決は、学説上ほとんど顧慮されることはなかったが、判決の論理的矛盾を防止するという観点からは、民事訴訟法の体系的な理解においてもその正当性を主張することができると考えられる。そこで、右の見解によると、損害賠償請求が提起されている場合に、別訴を提起することが許されない結果、原告は、中間確認の訴えを強制され、または被告は、反訴を強制されることになる。しかし、中間確認の訴えないし反訴を利用するかどうかは当事者の意思に係っており、これを利用しないことの不利は、紛争の一体的解決を図ることができないということとどまるであろう。したがって、損害賠償請求について確定判決が下された後に、被保全権利に関する別訴が許されないわけではない。右の考え方を敷衍すれば、中間確認の訴えの制度が存在する以上、本訴が係属している場合には、別訴は訴えの利益を欠くということになるものと思われる。

右のような結論は、二重起訴禁止の考え方によっても達成できる可能性があるが、しかし、二重起訴禁止は、中間確認の訴えの制度と直接に結びついているわけではない。中間確認の訴えは、二重起訴禁止規定の存在とは別にその独自性を主張しうるものと思われる。さらに、判決の論理的矛盾の防止は、二重起訴禁止規定によつて

も達成される可能性はあるが、右の考え方による方が、より直接的であり、また要件としても明確なのではないかと思われる。なお二重起訴禁止規定によるとしても、先決関係が問題となる場合については、適用の可否を巡って肯定説⁽⁶²⁾と否定説⁽⁶³⁾に分かれているのが実情である。

(d) 黙示による中間確認の訴え

中間確認の訴えの利用を活性化させることにより、判決相互の論理的矛盾は相当程度に防止されるが、その制度が利用されなかった場合には、まだ論理的矛盾が発生する余地は残る。もちろん、根本的には、民事訴訟法が各種の訴えについて申立主義を採用し、また申立ての限度で審判がなされるという構造を有しているところで、判決の論理的矛盾を防止するという観点が法的に正当化されるかどうかという問題はある。また民事訴訟法は申立主義を原則としているが、そこから生じる判決の論理的矛盾から生じる当事者にとつての不利益に無関心であるわけではない。まさに中間確認の訴えの存在がその例証であるといえよう。また中間確認の訴えに既述のような機能を認めることは、右の申立主義に反するものではあるまい。

しかし、右のように考えても、申立主義の限界として、判決の論理的矛盾が残る余地はある。

坂原教授は、最判昭和三〇年一月二日の判決を素材として、いわゆる黙示による中間確認の訴えの理論⁽⁶⁴⁾を提唱されている。それは、きわめて入念に構築された理論であり、本稿でその細部にわたって検討することは不可能という他はないが、本稿は、坂原教授の論考により重要な示唆を得ているものである。すなわち、右理論は、先決問題の審判について、たとえ黙示的であるにせよ、当事者の申立てを必要とし、それによって申立てと既判力の範囲を一致させる点で、当事者の主体性を確保し、併せて明示の申立てがなかった場合についても、判決論理的矛盾の余地をより限定する見解として評価されるべきであると考えからである。また坂原教授が指摘される通り、同じ結果は、その主要場面において、争点効理論などの他説によっても導かれると思われるが、右に述

べたように、既判力の範囲の拡張を当事者の申立てに依存させる点に、他説との理論上重要な違いがあると考えられる。しかし、最後に、次の点を指摘しておきたい。右の理論は、判決確定後に後訴の裁判官が黙示による中間確認の訴えがあったと認定し、既判力の拡張を認めることになると思われるところ、当事者の主体性を確保するためには、むしろ訴訟の係属中に、裁判所が黙示による中間確認の訴えの要件充足性を認識した場合には、当事者に対する釈明権行使義務を負うものと解し、当事者が釈明権行使に応じた後は、通常の中間確認の訴えとして扱うという方向も考えられるのではないかとすることである。言い換えれば、黙示による中間確認の理論を評価規範的ではなく、行為規範的に理解する方向である。この問題は、坂原教授の関心方向とは異なるものであるが、私は、かつて伊東乾博士の退職記念論文集に「『法的観点の開示』について―ドイツ民訴二七八条の意義―」と題する小論⁽⁶⁶⁾を寄稿したことがあり、それ以来まず係属中の手続における手続保障及び審理の充実を図ることが重要であると考えている。

(1) 「仮差押え及び仮処分の命令及び手続の改正に関する検討事項」についての意見・民事訴訟法研究会・法学研究五七巻一一号一〇九頁以下（昭和五九年）、「仮差押え及び仮処分制度に関する改正試案」についての意見・民事訴訟法研究会・法学研究六〇巻九号七五頁以下（昭和六二年）。なお、検討事項についての意見において、梅善夫教授は、仮差押え及び係争物仮処分についてのみ無過失責任の規定導入に賛成している。

(2) 坂原正夫・民事訴訟法における既判力の研究一二頁以下（平成五年、初出「黙示による中間確認の訴え」法学研究五三巻一二号・昭和五五年）。

(3) なお民訴法九四五条の中段は、保全命令が民訴法九二六条一項（提訴期間の不遵守による取消し）により取り消された場合、また後段は、保全命令が民訴法九四二条三項（仮処分認可手続のための期間不遵守）により取り消された場合である。前段における取消しの裁判は、後述するように、常に本案訴訟における被保全権利に関する判断との

整合性が問題とされ、また取消しの裁判が存在しない場合にも、損害賠償請求に関する訴訟が可能である。他方、中段及び後段の場合は、期間不遵守に基づく取消しの裁判によってのみ、損害賠償請求権が発生する。またそれのみによって損害賠償請求権が発生するとするのが通説であるが、その場合でも、実体法との評価矛盾を生じないように、損害賠償請求の訴訟において弁済期にある被保全権利を考慮すべきであると見る見解もある。Stolz, *Einstweiliger Rechtsschutz und Schadensersatzpflicht* 1988 S. 97ff. Stolz の論文は、民訴法九四五条の損害賠償請求権を実体法上の評価基準に基づいて解釈する志向を特徴としている。

(4) ドイツ民訴法には、三〇二条四項、六〇〇条二項その他に同種の規定が存在するが、七二二条二項において論じられるのが通常である。

(5) Stolz, aaO, S. 28.

(9) RG 20. 9. 1882, RGZ 7 S. 374 Nr. 116.

(7) Hahn-Mugdan, *Novelle* 98 S. 393 aE.

(8) 連邦通常裁判所は、未確定の債務名義による執行は、債権者の危険において行われるという一般的な法観念に基づいて言われている。BGH 62. 7 = NJW 74, 642 ほか。Zöller, ZPO §945 Rdn. 2 以下のような判例の考え方を危険責任説ではなく、広義の不法行為説に分類している。また Ahrens, aaO, *Der Schadenserstzanspruch nach §945 ZPO*, *Festschrift für Henning Piper* 1996, S. 33 は、リスク責任説である。

(9) 学説に「*Stolz*, S. 25 を参照」。

(10) Stolz, aaO, S. 26.

(11) A. Blomeyer, *Vollstreckungsverfahren*, §13 I 6, Stolz, aaO, S. 44.

(12) Zöller, aaO, §945 Rdn. 6b を参照。

(13) Baur, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, S. 104 ほか。Stolz, aaO, S. 4 参照。

(14) Goldschmidt, *Zivilprozeßrecht*, §112, 4 ほか。Stolz, aaO, S. 4 参照。

(15) Stolz, aaO, S. 77 参照。なお「近年では」Ahrens, *Der Schadenserstzanspruch nach §945 ZPO*, *Festschrift für Henning Piper* 1996, S. 38 がこれを主張している。

- (16) Stolz, S. 78f. 参照。
- (17) RG Z 143, 118 (123), BGHZ 45, 251 (252), Stolz, aaO. S. 102 参照。
- (18) Stolz, aaO. S. 3 Fn. 2, S. 84 を参照。
- (19) Wiczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengebiete, 1. Aufl. 1958 BIIa zu §945, Stolz, aaO. S. 84.
- (20) Stolz, aaO. S. 84 参照。
- (21) Stolz, aaO. S. 85 参照。
- (22) RGZ 6. 6. 1904, RGZ 58 S. 239 Nr. 61 中か。
- (23) RGZ 58, 236, BGH NJW 1974, 642 中か。
- (24) RG 6. 4. 1904, RGZ 58 S. 236 Nr. 61 = JW 1904 S. 416 Nr. 35. 大審院判決は「損害賠償請求権に関する訴訟において、ほかの裁判所が仮差押裁判所の裁判の当否を審査することは、阻止されるべきである」と述べているが、法政策的な考慮に過ぎない旨指摘されている。Breit, Die Vollstreckung nicht endgültiger Titel als rechtsmäßige, aber zum Schadensersatz verpflichtigende Handlung 1933 S. 119, 参照。なお Breit は大審院判例を詳細に分析しているが、責任原因については「適法行為説を採り、また損害賠償請求権について民法 852 条の消滅時効の規定の準用を認める。S. 23f. 36. 参照。
- (25) BGH, WM 1971, 1129 (1130). Stolz, aaO. S. 5. 参照。
- (26) RG, JW 1937, 2234 (2235), Stolz, aaO. S. 6 参照。
- (27) Zöllner, aaO. Rdn. 10 参照。
- (28) BGH 1992. 3. 26, NJW 1992, 2297, 2298. Ahrens, aaO. S. 36 を参照。
- (29) Ahrens, aaO. S. 35-36. なお、本案訴訟の判決が下された場合には、たとえそれが未確定であっても、保全手続における保全命令取消しの裁判の基準性を失わせる。Häsemeyer, Schadensersatz im Zivilrechtsstreit 1979, S. 114ff. 同註 Stolz, aaO. S. 79.
- (30) Breit, aaO. S. 119. Stolz, aaO. S. 72, 95. Zöllner, §945 Rdn. 9.
- (31) Stolz, aaO. S. 74.

- (32) RG 17. 1. 1910, WarnRspr. 1910 Nr. 182 S. 179 ほか。Stolz, aaO. 6 参照。
- (33) Fischer, aaO. S. 89, Zöller, aaO. §945 Rdn. 10 参照。
- (34) Ahrens, aaO. S. 38 参照。なおこの「事案の近き」は、Fischer, Festschrift für Merz, S. 81, 90 の表現である。
- (35) Stolz, aaO. S. 79ff, 65ff.
- (36) BGH 1992. 3. 26, NJW 1992, 2297, 2298. Ahrens, aaO. S. 36 を参照。
- (37) Wurzer は、保全裁判所はまさに保全命令の適法性を審査すべき裁判所であるとして、そのように主張していた。しかし、従来から、損害賠償請求につき審理する裁判官が保全命令の実体的要件について独自に判断するという見解が一般的であった。Goldschmidt, aaO. S. 4, Breit, S. 110.
- (38) 早へから認識されていたことである。Breit, aaO. S. 120-121, なお Zöller, aaO. §945 Rdn. 11b. 参照。
- (39) Zöller, aaO. §945 Rdn. 11b. 参照。
- (40) Stolz, aaO. S. 42f. 参照。
- (41) Stolz, aaO. S. 44 参照。
- (42) Häsemeyer, aaO. S. 83, Stolz, aaO. S. 42, 48.
- (43) 最判昭和四三年一月二四日民集二二卷一三三三四二八頁、最判昭和五七年七月一日金商六八一三三四頁、最判平成二年一月二二日判時一三四〇号一〇〇頁等。
- (44) 吉川大二郎・保全処分の研究四四二頁(昭和十二年)が過失責任説として重要な役割を果たしたものと思われる。なお、原田保孝「違法な保全処分による損害賠償」判タ七一〇号二八頁以下(昭和六四年)は、過失責任説の立場から判例を分析したものである。
- (45) 兼子一・増補強制執行法一四九頁昭和三七年、平野義太郎・判例民事法大正一一年度九事件、野田良之・判例民事法昭和一一年度五事件、古崎慶長「違法な仮処分と賠償請求」村松俊夫裁判官還暦記念論文集上昭和四〇年三〇七頁ほか。なお検討事項に対する意見では、梅善夫が無過失責任説をとる。前出法学研究五七卷一一号一一七頁参照、斉藤秀夫・桜田勝義「保全処分と損害賠償責任」保全処分の体系・吉川大二郎博士還暦記念一三頁以下・昭和四〇年。

- (46) 大判明治三五年二月五日民録八輯一一卷一号二六頁。町村泰貴「過失の一応の推定の意義(一) 小樽商大商学討究三九卷四号一一〇頁(昭和六四年) 参照。この論文の分析によると、前出大判大正一〇年四月四日が初めて本案訴訟における確定した請求棄却判決自体から反証のない限り、債権者の過失を認定したものである。
- (47) 一応の推定に伴う間接反証が、通常の反証なのか、または証明責任の転換を伴うのかについて議論がなされてきたが、通常の反証であると考えたい。伊東乾・弁論主義一八二頁以下(昭和五〇年) 参照。
- (48) 最判昭和四三年一月二四日民集三二卷一三三三三二八頁。判例の分析としては、加藤雅信「判批」法協八七卷六号八一頁(昭和四五年) が重要である。なお、事実上の推定説として、中野貞一郎・過失の推認一頁以下(昭和五三年)、中西正「過失の推定」鈴木正裕先生古希記念論文集五八一頁以下(平成一四年)、事実上の推定説ではあるが、証明責任の転換を伴うとする藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」講座民事訴訟法五二二七頁以下(昭和五八年) をあげておきたい。
- (49) 松浦馨「仮差押え及び仮処分の改正について」(三) 判時八三六号三頁以下参照(昭和五二年) 及び上田徹一郎「不当保全処分と損害賠償責任」民事保全法の基本構造(平成七年) 一六五頁以下。
- (50) 吉川大二郎(前出注44) 四四七頁、原田保孝(前出注44) 二九頁参照。
- (51) 山田文・「判批」法学五五卷五五四頁参照。これは、違法な訴え提起に関する最判昭和六三年一月二六日民集四二卷一号一頁を基礎として、不当な保全処分及び違法な訴え提起による損害賠償請求を裁判を受ける権利の概念に包摂し、統一的な違法の基準の策定を示唆するものである。
- (52) 山崎潮「仮差押え及び仮処分の命令及び手続に関する検討事項に対する各界意見の概要」中NBL三〇九号一六頁(昭和五九年)。
- (53) 松浦馨「仮差押え及び仮処分の改正について」(四) 判時八三七号三頁以下(昭和五二年)。
- (54) 松浦馨・(前注53) 参照。
- (55) BGH 1992. 3. 26, NJW 1992, 2297, 2298.
- (56) Ahrens, aaO. S. 36 を参照。
- (57) 両説の紹介として、法律実務講座民事訴訟編第二卷一八八頁以下参照(昭和三三年)。

- (58) 法律実務講座民事訴訟編第二卷 (前出注 57) 一八八頁及び兼子・松浦・新堂・竹下・条解民事訴訟法八六一頁 (昭和六一年) は本案の請求の全部又は一部の先決関係で足りるとしている。
- (59) 法律実務講座民事訴訟編 (前注 57) 一八九頁。兼子・松浦・新堂・竹下・条解民事訴訟法 (前出注 57) 八六〇頁。
- (60) 大判昭和八年六月二〇日民集一二卷一五九七頁。この判決は、本案請求の先決関係にある過去の権利関係についての確認請求を本案請求に併合提起した事案において、これを中間確認の訴えとして先決性の観点から過去の権利関係についても中間確認の利益を認めたものである。
- (61) 法律実務講座民事訴訟編第二卷一七五頁 (昭和三十三年)。
- (62) 新堂幸司・民事訴訟法第三版補正版七〇二頁。
- (63) 兼子一・新修民事訴訟法体系増補版三七九頁 (昭和四二年)。
- (64) 最判昭和三〇年一月一日民集九卷一三九一七頁。
- (65) 坂原正夫・(前出注 2)。
- (66) 栗田陸雄「法的観点の開示」について—ドイツ民訴二七八条の意義—・法学研究五九卷一二号・伊東・林脇・阿久澤教授退職記念論文集三二三頁以下 (昭和六一年)

(平成二二年八月稿)