

イタリアにおける不当訴訟に対する手続的責任の追及

——敗訴当事者の加重責任制度について——

中 村 壽 宏

- 一 はじめに
- 二 イタリア民事訴訟法における敗訴当事者の手続的加重責任
- 三 判決手続における請求・抗弁の濫用（一項）
- 四 実体法上の権利を欠く執行手続等（二項）
- 五 根拠のない本案前の抗弁
- 六 手続的加重責任に関する裁判の申立時期と管轄権
- 七 二〇〇九年改正による手続の簡易化（三項）
- 八 おわりに

一 はじめに

1 問題の所在

ほとんどの場合、実体法上の権利関係または法律関係について利益の衝突を認識している関係当事者間におい

ては、具体的な紛争の発生ないし訴訟手続の開始は、ある意味必然的なものとして理解され、受け止められるだろう。しかし、しばしば、訴えの提起において被告として指名されたものにとって、なぜ訴訟が始まるのか、またはなぜそもそも自分が被告とされているのか、という点において理解に苦しむ訴訟がおきることがある。例えば、些細なトラブルが生じはしたが、損害賠償請求権を持つことになった被害者としては騒ぎ立てるほどのものではないと認識して放置していたところ、突如として相手方から「債務不存在確認の訴え」が提起された、などというケースがそれである（しかも訴状には「訴訟費用は被告の負担とする」などと書かれている。）。

理論的側面から考えれば、そもそも被告側から何らの実体法上の権利に基づく請求がない、つまり法的な紛争それ自体が存在しない以上、このような確認訴訟は適法性を欠くだろうということは明らかである。しかし、現実的側面から見れば、被告とされた者にとっては精神的にも迷惑だけではなく、具体的に被告としての行動を起こさなければならぬとすれば、通信費、交通費あるいは弁護士費用など、本来する必要のない支出が生じることが珍しいことではない。この問題を単に訴えの利益の問題と単純化したうえで対応としては不適法却下で足りるとするわけにはいかないのは、不当な訴訟行為は場合によっては被告側からにおいても生じ得るからであり、また実質的に生じた損失をどう填補するのかという点にこれは答ええないからである。

また、いわゆる不当訴訟と比べてよりカジュアルに生じうると思われる訴訟上の信義則に反する訴訟行為があった場合についても、信義則違反の訴訟行為それ自体についてはその効力の問題として処理するのは当然として、それとは別に、そのような信義則違反の訴訟行為によって損害が発生したときに、これに関して損害賠償責任を認めるべきであるかどうかは、また別の問題として検討する必要があると思われる。なぜなら、信義則違反が問題となる場合には、すくなくとも訴訟行為の基礎となるべき実体法上の権利関係ないし法律関係は存在しているはずであるからである。

2 不当訴訟に関する最高裁判例と最近の裁判例の傾向

この、一般に「不当訴訟」あるいは「不当な訴訟活動」と呼ばれるものに関しては、昭和六三年一月二六日最高裁判決⁽¹⁾がそのアウトラインについて基本的な答えを出している。ここでは、憲法が国民に裁判を受ける権利を保障していることを前提とするとしても、場合によってはなお訴えの提起それ自体が不法行為を構成することもあり得るとの認識が示され、その要件として、(1)その訴訟において提訴者たる原告が主張した権利または法律関係が事実的・法律的根拠を欠く、(2)原告が故意または重過失によって訴えを提起するなど、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、という二点が列挙された。

また、不当な強制執行の事例としては、昭和六三年最高裁判決に先だって、昭和四四年七月八日最高裁判決⁽²⁾において、確定判決に基づいて強制執行がなされた場合であっても、その確定判決が原告が被告を害する意図で被告の手續関与を妨害したりあるいは虚偽事実の主張によって裁判所を欺罔する等して得られたありうべからざる内容のものであったときは、この原告の確定判決の騙取は不法行為を構成するので被告は原告に対し損害賠償を請求することができる、というアウトラインが示されている。

このように、現在では、訴えの提起や強制執行についても、一定の要件を満たす限り不法行為を形成しうるということが判例理論として確立されていると言うことができ、その理論によって実際に不法行為の成立が認められる例も少なくない。⁽³⁾

公刊されているごく最近の判例ないし裁判例について概観すると、訴えの提起や仮処分申立などを不当なものと認定して不法行為の成立を認めるパターンとしては、(1)訴えの提起等についてその原因たる「権利関係や法律関係がもとと存在しない」かまたはありうべき「抗弁によって否定されることが明らか」であるという場合⁽⁴⁾、(2)すでに裁判所の判断によって否定されている権利関係や法律関係について「単に蒸し返しを図るだけの訴訟」

であるという場合、(3) 訴えの提起等についてその原因たる権利関係や法律関係は存在しているが、そのことを奇貨として「訴訟制度を権利関係等の確定以外の目的に利用しようとした」という場合、⁽⁶⁾ などがある。

3 イタリアにおける不当訴訟に対する損害賠償制度を紹介する意義について

しかし、不当訴訟に対して損害賠償を請求することができる場合があるとしても、訴えの提起という事実それ自体について客観的に不当性の程度を形式論から確認することはそれほど難しいことではないだろうが、法廷における当事者の具体的な振るまいがその不当性の深化に寄与しているような場合には、その当事者の行為そのものを受けたか少なくとも目撃した裁判官でなければ、行為の不当性の程度を正確に認定することが困難であるといえることもできる。したがって、原告の訴え提起が不当である場合には、被告は当該訴訟手続において損害賠償請求の反訴を提起することが最も有効であろうし、被告の抗弁が不当である場合には、原告が訴えの追加的変更をすることが便宜であろう。

ところで、イタリア民事訴訟法には、このいわゆる不当訴訟に対する同一訴訟手続内での損害賠償請求の可能性が明文で規定されている。例えば、ある訴訟手続において一方当事者により不当な訴えの提起や不当な抗弁がなされた場合には、相手方当事者の申立により（そして最近の法改正により職権によっても）、原則として当該訴訟手続を審理する裁判所が本案の裁判と併せて損害賠償の支払いを命じることになっている。わが国の訴訟手続において、不当訴訟に対して損害賠償を請求する方法として反訴または訴えの追加的変更をする場合は、「敗訴当事者の手続的加重責任」と呼称されるこのイタリア民事訴訟法の制度を利用した場合と似た状況が生じると言えるだろう。わが国における不当訴訟に対する対処方法に関しては、いくつかの報告や理論的な考察が行われているが⁽⁷⁾ 数は決して多くなく、このイタリアの制度を紹介することによってこの議論に一つの刺激を与えることが

可能であると思われるので、ここに紹介することにした。

- (1) 最判昭六三・一・二六民集四二卷一号一頁＝裁時九七六号一頁＝判時一二八一号九一頁＝判タ六七一号一一九頁＝金法一一九九号二三頁＝金判八〇〇号三頁。
- (2) 最判昭四四・七・八民集二三卷八号一四〇七頁＝裁時五二七号一頁＝判時五六五号五五頁＝判タ二三九号一四五頁＝金判一七六号二頁。
- (3) 不当訴訟に関する判例の状況を分析するものとして、菊池定信「不当訴訟に関する判例」国士館三九卷(二〇〇八)一三九頁以下、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(一九九五)九頁以下、がある。
- (4) たとえば、
 - (1) 市議会議員であった者がある発言をした者に対して名誉毀損に基づく損害賠償請求の訴えおよび控訴の提起したことに對して、それが不当提訴にあたるとして発言者が市議会議員に損害賠償を請求した事案において、前訴の原告(市議会議員)は被告(発言者)に有効な抗弁事実が存在すること(発言者の発言が専ら公益を図る目的に出たものであること。)を知りながら敢えて訴えおよび控訴を提起したとして、不法行為の成立を認めた事例(青森地弘前支平二〇・三・二七判時二〇二二号一二六頁)、
 - (2) 元患者が医師に対して診察時のセクハラおよび医師が雑誌記者に對してした元患者の名誉毀損・プライバシー侵害発言を理由とする謝罪広告掲載等請求訴訟を提起したことに対して、この訴え提起および控訴の提起が不当提訴であるとして損害賠償を請求した事案において、被告である元患者が原告である医師の診察に不満を持ち、医師がメディアに注目されたことを奇貨として診察から二年半も経過した後自ら週刊誌に對する情報提供に及んだことなどから元患者の訴え提起は虚構の事実に基づく著しく不当なものであり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であるとして、不法行為の成立を認めた事例(東京地平一七・三・一四判時一八九三号五四頁＝判タ一一七九号一四九頁)、などがある。
- (5) 確かに存在する実体法上の権利を単に訴訟上主張できなくなったというケースもありうるので、この類型は権利

関係等がもとも存在しないという類型とは微妙に異なる。この類型にあたるものとしては、たとえば、

(1) 原告が提起した本訴は関連訴訟の確定判決等により認められなかった請求と実質的に同一の請求を行うものであることを理由として、訴訟提起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事案において、この本訴の訴訟提起行為は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であるとして、不法行為の成立を認めた事例 (東京地平一〇・九・三〇裁判所判例検索システム搭載裁判例 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20081002095755.pdf>)、

(2) すでに前訴で敗訴の確定判決を受けた当事者が当事者および訴訟物を同一にする後訴等を提起した事案において、請求等に事実的・法律的根拠がないことを認識しながらあえて後訴を提起したとして、不法行為の成立を認めた事例 (東京地平一八・二・二七判タ一二三五号二三六頁)、などがある。

(6) たとえば、

(1) 原告が法人を被告とした第一次訴訟につき裁判上の和解が成立した後、法人の従業員に対してさらに第二次訴訟を提起したところ、その第二次訴訟の被告らから第二次訴訟が不当訴訟であるとして損害賠償を求める第三次訴訟が提起されたので、原告がさらに第三次訴訟の被告代理人に対しその第三次訴訟が不当な提訴であるとして第四次訴訟を提起したという事案において、第三次訴訟の提起は第二次訴訟の遂行妨害を目的としていたと認定して、訴訟代理人の不法行為責任を認めた事例 (千葉地平一九・一一・三〇先物取引裁判例集五〇号三八一頁)、

(2) 書籍の執筆・出版が名誉毀損であるとして損害賠償と出版差止めを求める訴訟が提起されたことに對し、この提訴は請求が認容される余地のないことを知悉しながらあえて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、不法行為の成立を認めた事例 (東京地平一七・三・三〇判時一八九六号四九頁)、などがある。

(7) たとえば、判例評釈以外のいわゆる論説について最近のものを挙げれば、菊池・前掲注(3)、後藤・前掲注(3)のほか、加藤新太郎「不当訴訟と弁護士責任」ジュリスト九七三号(一九九二)八九頁以下、工藤祐巖「訴えの提起が不法行為に当たする場合」NBL四二三号(一九八九)一一頁以下、などがある。

二 イタリア民事訴訟法における敗訴当事者の手続的加重責任

1 規定の構造

イタリア民事訴訟法第一編第三章第四節は、「訴訟費用および訴訟上の損害についての当事者の責任」という表題のもと、九一条から九八条までの八条で構成されている。九一条は訴訟費用の敗訴者負担を一般原則として定め、九二条から九五条までは九一条の特別規定として訴訟費用の負担方法をケースに分けて細かく規定している。次の九六条が本稿が取り上げる「敗訴当事者の加重責任」の規定である。続く九七条は、共同訴訟における費用および本稿で取り扱う九六条の損害賠償の分担を定めている。九八条は費用の担保に関する規定であるが、違憲判断がなされているので現在は無効な規定ではない。

問題の九六条は、以下のような規定である。

民事訴訟法九六条 敗訴当事者の加重責任 (*Responsabilità aggravata*)

敗訴した当事者が、相手方を害する意図または重過失により訴えを提起しまたは訴訟上の請求を争ったことが明らかであるときは、裁判官は、相手方当事者の申立により、その者に対して、訴訟費用に加えて、職権により評価した損害賠償の支払を判決において命じる。

Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell' altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

保全執行、訴訟上の請求の登記もしくは訴訟上の抵当権の登記⁽⁹⁾または強制執行の着手もしくは実行の根拠となる実体法上の権利が存在しないことを確認した裁判官は、これにより損害を受けた当事者の申立により、過失のある原告また

は執行等の申立債権者に対して、損害賠償の支払を命じる。この損害額の算定については、前項の規定を準用する。

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

九一条の規定により訴訟費用の負担の裁判をするときは、裁判官は、⁽¹¹⁾職権によっても、相手方当事者の利益のために敗訴当事者に対して衡平により決定された金額の支払を命じることができる。

In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.

一項は、訴訟手続において一方当事者が相手方当事者に損害を与える目的を持っているか、その意図は欠いているが主張自体が事実無根であることについて過失的ともいえる無自覚がある場合にこれを重過失と評価し、いわば無謀ともいべき訴訟行為によって相手方当事者になんらかの具体的な損害を発生させたケースを想定している。その訴訟行為の種類や質について限定がない点で、手続的加重責任の一般規定である。

それに対して、二項は、実体法上の権利がないにもかかわらず、その架空の権利関係を原因として執行手続等を仕掛けた者に対して、相手方に発生した損害に対する責任を追及するものである。対象となる執行行為等の範囲が限定されている点で、一項に対する特別規定という位置づけとなる。⁽¹³⁾

イタリアにおいてもいわゆる裁判を受ける権利は憲法二四条によって保障されており、とくにその一項が文言上「何人も自己の権利の正当な利益の保護のために訴えを提起することができる」と表現しているため本条の合

憲性が問題となるが、九六条の規定が合憲であることは破毀院において確認されている。⁽¹⁴⁾

2 加重責任の本質

この規定は、原告による訴訟上の請求および被告による抗弁が濫用され、あるいは当事者が実体法上の根拠を欠く権利関係または法律関係を原因として執行手続に着手したなど、いわゆる不当な訴訟行為がなされ、結果としてその訴訟行為をした当事者が敗訴しかつ相手方当事者に損害を発生させたときに、敗訴当事者がその責任として損害賠償義務を負うことを定めている。⁽¹⁵⁾

ここでいう不当な訴訟行為とは、単に当事者の訴訟上の行動・態度や選択が不当・怠慢であるということではなく、実体的権利関係にかかわる不当な主張が請求や抗弁の形で訴訟手続に投影されたという意味である。⁽¹⁶⁾特に、一項が規定する事実審理における請求・抗弁の濫用は、イタリア法学においてはしばしば「temeritas（無謀・軽率妄動）」というラテン語によって表現されており、それゆえ一項の対象を通常は「無謀な訴訟行為」と呼称する。

また、この損害賠償の金額の算定については、いわゆる「衡平」に基づくことが許されている。⁽¹⁷⁾これは、不当な訴訟行為によって発生する損害はその正確な総額を当事者において証明することが通常は困難であり、むしろ訴訟制度の適正利用という観点から当事者の具体的な行動の不当性の有無ないし程度を判断するのは裁判所の権限に属するだろう、という判断に基づくものであるといわれている。⁽¹⁸⁾ただし、後述するように、現時点では、これはこの損害を基礎づける事実に関する当事者の証明責任を全く免除するという趣旨ではない。⁽¹⁹⁾

3 一般不法行為責任との関係

本条と一般不法行為責任との関係について、この民事訴訟法九六条は一般不法行為責任を規定する民法二〇四三条の特別規定であると理解されており、特殊な不法行為のタイプであるという趣旨で「手続的不法行為」と呼称されることもある⁽²¹⁾。

そして、敗訴当事者の手続的加重責任を検討するための「無謀に基づく不当な訴訟行為」を認定するための基準は画一的であることが望ましいため、敗訴当事者の手続的加重責任を理由として損害賠償を請求するときは、民法二〇四三条の適用は完全に排除される⁽²²⁾。それゆえ、仮にあるひとつの訴訟手続において、九六条が対象としている不当な訴訟行為と、そうではない一般的な不法行為に属する訴訟行為が同時に生じていた場合であっても、裁判所が訴訟行為ごとに両規定を選択して適用することも、当事者によって適用すべき規定を選択することも認められない⁽²³⁾。

(8) わが国の実務と異なり、不法行為に基づく損害賠償の場合に限らず、弁護士費用は原則として訴訟費用に含まれることが明文で規定されている。

(9) イタリア民法二六五二条は、不動産に関する権利の設定・移転・変更に関する行為について、同条所定の訴訟上の請求(たとえば、権利設定契約の解除を求める請求など)がなされた場合には、そのことについて登記をしななければならないと定めている。

(10) イタリア民法二八一八条は、一定額の金銭の支払またはその他の債務の履行およびそれらに付随する損害賠償を求める訴訟において認容判決がなされたときは、その判決を原因として被告の財産上に抵当権の設定をすることができると定めている。

(11) 本項は、Legge 18 giugno 2009, n. 69, “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la com-

- petitività nonché in materia di processo civile.” 「民事訴訟事件における経済活動の簡素化および競争に関する法律」によつて二〇〇九年一月に新たに追加された。
- (12) Virgilio Andrioli, Commento al codice di procedura civile Vol.I (Jovene, 1954), p.267; Cass. 19 marzo 2003, n.4052; Cass. 8 gennaio 2003, n.73; Cass. 3 giugno 1983, n.3799; P Monza 17 giugno 1996, OGL 758.
- (13) 一方で、それ以外のすべての問題は一項の規定に委ねられるべきである (Crisanto Mandrioli, Corso di diritto processuale civile Vol.I (Giappichelli, 2007), p.358; Piero Pajardi, La responsabilità per le spese e per i danni del processo (Giuffrè, 1964), p.364.)。
- (14) Cass. 18 gennaio 1983, n.477.
- (15) Mandrioli, *op. cit.*, p.356.
- (16) Roberto Vecchione, Spese giudiziali (Diritto processuale civile), Nuoviss. Digesto Italiano, XVII (1970), p.1140.
- (17) イタリアにおける裁判官の衡平判断による損害賠償額の算定については、拙稿「民法改正要綱試案第七の二とイタリアの損害額の裁量的算定制度」法学政治学論究二二三号（一九九四）一一七頁、参照。
- (18) Cass. 10 ottobre 1996, n.8857; Federico Carpi-Michele Taruffo, Commentario breve al codice di procedura civile 6ed. (CEDAM, 2009), p.342.
- (19) 現時点では、としたのは、後述「七」で説明するように、二〇〇九年に新設された本条三項が九六条による損害賠償の申立当事者の証明責任を免除する規定と読めなくもないからである。この点においては今後の判例の蓄積で運用が明らかになると思われるが、実際には申立当事者がその損害賠償請求の基礎となる事実を全く主張しないという運用は想定しにくく、この点の事情については、Carpi-Taruffo, *op. cit.*, pp.342 ss.に詳し。
- (20) Cass. 23 aprile 2004, n.5734; Cass. 12 gennaio 1999, n.253; Cass. 23 aprile 1997, n.3534; Cass. 18 gennaio 1983, n.477.
- (21) Mandrioli, *op. cit.*, p.364; Girolamo Bongiorno, Responsabilità aggravata, Enc. giur. XXVI (Vallardi, 1991), p.2; Francesco Cordoparti, Responsabilità processuale aggravata, Enc. Dir. XXXIX (Giuffrè, 1988),

p.1482.

(22) Cass. 23 aprile 2004, n.5734; Cass. 24 maggio 2003, n.8239; Cass. 12 marzo 2002, n.3573.

(23) Cass. 24 luglio 2007, n.16308; Cass. 9 giugno 2006, n.13455; Cass. 17 ottobre 2003, n.15551.

三 判決手続における請求・抗弁の濫用（一項）

1 性質と要件

九六条一項は、判決手続における当事者の無謀な訴訟行為に対して、その損害賠償責任を追及する規定である。ここでいう無謀とは、原告の請求や被告の抗弁が実体法上の根拠を欠くかまたはその解釈を歪めるなどの方法によって行使され、それについて当事者に意図的な侵害行為または意図しない侵害行為についての重過失が認定され、それがためその当事者が敗訴した、という意味である。²⁶⁾

それゆえ、一項の適用に際しては、まず、規定の文言から、無謀な訴訟行為をした当事者が完全に敗訴したという事実があることが前提となる。その上で、一方当事者の訴訟上の請求または抗弁に相手方当事者を害する意図があった、または意図していなかったとしても重過失があった、という事実が主観的要件となる。権利行使についての実体法上の根拠の欠缺やこじつけ的な法律解釈の主張といった事実は、この主観的要件に吸収される。次いで、そのような事実を含む無謀な訴訟行為の結果として、相手方当事者に具体的な損害が発生したという客観的事実が必要である。

2 主観的要件…相手方を害する意図または重過失

まず、一項を適用するための主観的要件として、無謀な訴訟上の請求または抗弁をした当事者に相手方を害する意図または重過失があることが求められている。

これらの無謀な訴訟行為は、当然、損害賠償を請求する当事者によって主張され立証される必要がある⁽²⁶⁾。問題は、どのような事実を主張・立証すれば訴訟行為の無謀性を明らかにしたと言い得るかであるが、規定の文言から、単に実体法上の権利関係の欠缺等の事実のみの主張では足りず、さらに積極的な害意またはそれと同視する重過失についての主張までも要求していると考えられている⁽²⁷⁾。

したがって、無謀な訴訟行為はいわゆる訴訟上の信義誠実の原則（イタリア民事訴訟法八八条）がもつめる当事者の誠実さに反することはいうまでもないが、単に信義誠実義務に違反するというだけではこの要件を満たしたことはない⁽²⁹⁾。また、ある種の権利主張の可能性がすでに破毀院判例によって明確に否定されているにもかかわらず当事者がそれと知りつつなおその権利主張をしたというときでも、それだけではこの要件は満たされないとされている⁽³⁰⁾。

また、無謀な訴訟行為は、それが一度なされたというただ一点の事実によって支えられるのではなく、当事者がその無謀な訴訟行為を維持し続けたという継続性が要求されている⁽³¹⁾。一方で学説は、証拠等の偽造はそれだけで無謀性のみならず積極的な害意までも推論できるとしている⁽³²⁾。

3 客観的要件…損害の発生と程度

一項適用のための客観的要件として、相手方当事者に実際に損害が発生したという事実が求められている。

一項に基づいて賠償されるべき具体的な損害の範囲と程度は、訴訟手続とは無関係の損失としての財産の喪失または財産取得の機会の逸失であるとされている⁽³³⁾。たとえば、実体法上の権利がないのに相手方を害する意思を

持つてまたは重過失で原告が無謀な訴えを提起した場合は、相手方当事者には訴訟の被告とされたという事実自体に基づく風評によって取引が減少しあるいは拒絶されることがあるかもしれないが、これはここにいる損害として認められると考えられる。³⁴⁾ また、実体法上の要件を満たさないのに相手方を害する意思を持つてまたは重過失で被告が無謀な抗弁をした場合には、正当な実体法上の権利に基づいて権利主張をした原告には、被告の時間稼ぎによって生じた利益の喪失などが損害として発生するだろう。³⁵⁾

これらの損害は、損害賠償を請求する当事者によって主張され立証される必要があるが、³⁶⁾ 一方で九六条は損害額について職権による衡平に基づく算定評価の可能性も規定しているので、当事者はいかなる損害をどの程度まで主張立証することが求められているのかという点が次の問題となる。

そもそも裁判所が職権で衡平に基づく損害算定を実施できるかどうかは、損害の発生 an *debeatur* だけでなく損害の程度 an *quantum* についても、当事者がそれらの存在を十分に証明したか、あるいは少なくともその主要な要素が無謀な訴訟行為から推定できる程度に因果関係が主張され証明されたか、³⁷⁾ という点にかかっている。このことは、破毀院連合部（日本の大法廷に相当する。）によるものも含め、多数の判例によって繰り返し指摘されている。³⁸⁾

一方で、原告の請求についてそれ自体申立不能であるとする確認宣言判決 *declaratoria* がなされたときは、損害賠償を請求する当事者の主張・立証義務は、その確認宣言判決を前提とした裁判官の自由心証主義に基づく確信によって免除されると考えられており、その結果裁判所は職権による衡平に基づく損害算定にただちに着手しうるとされている。³⁹⁾

4 形式要件…無謀な訴訟行為をした当事者の全部敗訴

一項の損害賠償責任が認められるためには、無謀な訴訟行為をした当事者が「全面的に」敗訴する必要があるとされている。⁽⁴⁰⁾したがって、訴訟費用を原告告間で分担するべき場合、つまりは無謀な訴訟行為を受けた当事者の側にも訴訟費用を一部負担すべき事情が生じているときは、そもそも無謀な訴訟行為をした側の当事者に対して九六条一項の責任を問うことはできないことになる。⁽⁴¹⁾

(24) イタリア語における表現は“*mala fede*”であり、これは単にある事実を知っていたという意味での「悪意」ではなく、相手方を積極的に欺罔する意図を要素とする概念である。

(25) Nicola Picardi, *Codice di procedura civile* 4ed.(Giuffrè, 2008), p.617; Salvatore Satta-Carmine Punzi, *Diritto processuale civile* 13ed.(CEDAM, 2000), p.118.

(26) Cass. 17 marzo 1982, n.1722.

(27) Satta-Punzi, *op. cit.*, p.118.

(28) Picardi, *op. cit.*, p.616.

(29) Vecchione, *op. cit.*, p.1140.

むしろ、九六条一項の要件たる無謀性の存在は、八八条の信義誠実義務違反を強化する事実として作用する。イタリア民事訴訟法九四条は、訴訟において当事者を法定代理または補助する者は、「重大な理由があるとき」は当事者と連帯してまたはその者のみが訴訟費用を負担すると定めているが、この重大な理由を認定する際に九六条一項の無謀性と信義誠実義務違反を組み合わせた判例がある (Cass. 6 ottobre 1988, n.5396.)。

これに対して、九六条が前提としている責任とは八八条の信義誠実義務そのものであるとする見解や (Eduardo Grasso, *Note sui danni da illecito processuale*, Riv.dir.proc. 1959, pp.270 ss.)、九六条は信義誠実義務違反の直接制裁規定であると見る見解 (Carlo Calvosa, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, Riv.trim.dir.proc.civ. 1954, pp.389 ss.) など。

(30) Cass. 7 settembre 1982, n.4846.

議論の余地がないほど判例傾向が確定的である場合でもそうであるとされる (Cass. 16 febbraio 1998, n.1619.)。

(31) このことは、裁判所を積極的に欺こうとする無謀な訴訟行為があつても、それがただ一回限りであり、同じ訴訟行為が裁判所に二度と向けられなかったときには無謀性は認定できないとする判例 (Cass. 15 febbraio 1985, n.1316.) や、訴訟の進行の過程で原告の請求の無謀性が明らかになったとしても、その訴訟が原告によって取り下げられたときは無謀性はもはや認定されない、とする下級審裁判例 (T Bologna 7 gennaio 1986, GDI, p.311.) などから読み取れる。

(32) 例えば、交通事故を原因とする損害賠償請求訴訟において、裁判所に提出された示談書が改竄されていたという事例がこれに当たる (Picardi, *op. cit.*, p.618.)。

(33) Picardi, *op. cit.*, p.617.

ただし、不当な訴訟に巻き込まれたことによって生じた本来支出の必要がないはずの弁護士報酬については、イタリア民事訴訟法はそれをそもそも敗訴者が負担すべき訴訟費用に含めるため (九一条一項)、ここでは特に問題にする必要がない。

(34) Picardi, *op. cit.*, p.618.

(35) Picardi, *op. cit.*, p.618 e p.623.

例えば、賃貸借契約終了に基づいて賃貸人が賃借人に目的物の返還を求めているのに賃借人が理由もなくこれに抵抗する場合には、賃借物の返還の履行遅滞によって生じる主要な損害は民法の解釈理論に基づいて特定したうえで算定される必要がある (Cass. 6 ottobre 1988, n.5373.)。

(36) Cass. 29 maggio 1984, n.3274.

(37) 判例は、常に申立原告にこれにいつの証明責任があると考えつつ (Cass. 19 luglio 2004, n.13355; Cass. 6 febbraio 1998, n.1200; Cass. 10 dicembre 1982, n.6970.)。

(38) Cass. 8 giugno 2007, n.13395; Cass. 15 febbraio 2007, n.3388; Cass. 9 settembre 2004, n.18169; Cass., S.U., 20 aprile 2004, n.7538; Cass. 8 settembre 1983, n.5524; Bongiorno, *op. cit.*, p.6.

(39) Cass. 10 ottobre 1996, n. 8857.

(40) Mandrioli, *op. cit.*, p. 357 nt. 35; Carpi-Taruffo, *op. cit.*, p. 339; Cass. 6 giugno 2003, n. 9060.

判例は、非訟事件手続に対しても、申立が全部棄却された場合には九六条の適用を許しつつ² (Cass. 6 maggio 1974, n. 1251.)。

(41) 判例 (Cass. 20 marzo 2000, n. 3867; Cass. 9 marzo 1982, n. 1531.) は、九二条による原被告間の費用相殺宣言と本条の手続的加重責任の前提条件とは暗黙のうちに排他的関係にあるとする。ただし、反対の見解を示す学説もある (Vecchione, *op. cit.*, p. 1141.)。

四 実体法上の権利を欠く執行手続等 (二項)

1 性質と要件

九六条二項は、保全手続、訴訟上の請求の登記、訴訟上の抵当権の登記、または強制執行の着手と実行の原因となった実体法上の権利が存在しなかった場合に、それらの執行手続等を申し立てた者の損害賠償責任を追及する規定であり、適用範囲が厳格に限定された特別規定である。

この規定に基づいて損害賠償責任を追及するためには、まず執行手続等の根拠として示された実体法上の権利が存在しなかったという事実が必要である。さらに、主観的要件として、そのような執行手続等に着手したことは実行したことについて、執行手続等の申立当事者に過失があることが求められている。そして当然、その不当な執行手続等の結果として相手方当事者に実際に損害が発生したという事実も確認されなければならない。

2 主観的要件…通常の思慮の欠缺

二項の規定を適用するための主観的要件については、一項の要件である意図的な侵害行為または意図しない侵害行為についての重過失までは要求されておらず、実体的権利が存在しないにもかかわらず執行手続等に着手するという「通常人としての当然の思慮を欠く」という点に責任の本質を求めている。⁽⁴²⁾これは、一項が対象としてある判決手続における無謀な訴訟行為を原因とする損害との比較において、二項が想定する通常⁽⁴³⁾の思慮を欠く執行の着手と実行が相手方にもたらす損失は遙かに大きいだろう、と考えられているためである。⁽⁴⁴⁾したがって、ここでの主観的要件は、軽過失でも足りることになる。

3 客観的要件…実体的権利の不存在

一項の適用に関しては、実体法上の権利関係または法律関係の不存在という事実の主観的要件の要素としてその要件に吸収されたが、二項の適用においては、実体法上の権利の不存在を裁判所が具体的に確認することが規定上求められており、むしろこの点が重視されている。実際、判例は、二項の手続的加重責任は実体的権利の不存在という事実のみによって根拠づけられると考える傾向があるとさえいわれている。⁽⁴⁵⁾

また、この要件にいう実体法上の権利関係の不存在とは、文字通り執行手続等の着手および実行の根拠となった権利が手続外において全く存在しないということ意味する。したがって、そういった権利が本案の訴訟手続において確認されていないというだけでは、つまり実体法上の権利の存在が未確定であるのに執行手続等に着手したというだけでは、この要件を満たすことにはならない。⁽⁴⁶⁾

例えば、本案の訴訟に先立つ訴訟上の請求の登記がなされたものの、その後の本案の訴訟手続において訴訟上の請求が却下された場合や、本案訴訟の結果を受けて訴訟上の抵当権の登記がなされたものの、その登記が形式

的申請要件を満たしていなかった場合などは、ここでは問題にならない。ここで問題となるのは、ただ単に登記原因とされる実体法上の権利の不存在だけである。主観的要件との関係においては、登記請求者が平均的な人間としての慎重さを欠いていたかどうかは、この実体法上の権利の不存在に関してだけ問われることになる。⁽⁴⁷⁾

ところで、ここで問題となる実体法上の権利関係や法律関係は、必ずしも不当な執行手続等の申立人と執行を受けた者との間のものに限定される必要はない。したがって、たとえば債権者が物上保証人の財産に対して担保権の実行（二項が規定する強制執行に含まれる。）に着手した場合、債権者と債務者の間に存在するべき債権債務関係がすでに存在していなかったならば、物上保証人は執行債権者に対して二項の責任を追及できる。⁽⁴⁸⁾

4 客観的要件・損害の発生と程度

二項の場合における客観的要件たる損害の発生とその程度に関しては、一項について確認したこととほぼ同様である。二項に関しては、例えば、（根拠がないとはいえず）執行手続を受ければ金融機関における信用評価の低下や融資制限、あるいは貸付金の回収などが生じるだろうし、あるいは契約条項に基づいて期限の利益を喪失するという結果が生じるかもしれない。その結果として財産を損失したり利益を得る機会を逸した場合には、その損害を主張・立証して執行申立者の責任を追及することになる。⁽⁴⁹⁾

(42) Cass. 8 luglio 2004, n.12545.

また、*quantitativa* 量的条件および質的條件はあまり重要ではない（Cass. 23 febbraio 2004, n.5734; Cass. 20 ottobre 1982, n.5470.）。

(43) Cass. 28 novembre 1987, n.8872.

- (44) Cass. 13 marzo 2002, n. 6808; Cass. 17 gennaio 1996, n. 342.

故意の場合は当然、過失についても軽重問わず九六条二項の責任が生じることが判例によっても確認されている (Cass. 28 novembre 1987, n. 8872.)。

たとえば、債権者が破産手続を申し立てた場合においては、倒産法二二条三項は「手続費用および破産管財人の報酬は、過失ある破産手続開始決定の申立により生じた損害の責任を負うべき旨の判決を受けた申立債権者の負担とする」として九六条の適用を暗に要求している。それゆえ、債権の不存在を原因として破産手続が取り消されたときは、申立債権者は軽過失でも責任を負うことになる (Cass. 18 giugno 1982, n. 3723.)。それに対して、破産手続開始決定の要件欠缺による破産手続の取消の場合は、二項ではなく一項の問題となるので、相手方を害する意図または重過失が要求されることになる (Picardi, *op. cit.*, p. 623.)。

- (45) Picardi, *op. cit.*, pp. 620ss.

- (46) Satta-Punzi, *op. cit.*, p. 118.

判例には、実体的権利関係の不存在を原因とするわけではないその他の本案の不備（権利行使のための様式不備など。）だけでは九六条の責任を基礎づけることはできないとするもの (Cass. 22 giugno 1990, n. 6394.) や、例えばすでに係属している本案の訴訟手続について生じた管轄違背の問題のように、それ自身が実体的権利関係から独立している手続的瑕疵もこの要件を満たさなくするもの (Cass. 18 ottobre 1985, n. 5132.) がある。

- (47) Picardi, *op. cit.*, p. 621; Cass. 5 agosto 1983, n. 5265.

- (48) Cass. 12 febbraio 1983, n. 1876.

一方で、債権者が正当な執行手続として民事訴訟法五四三条の第三者占有物に対する執行 *espropriazione presso terzi* に着手した場合においては、債務者の財産を占有する第三者が不当な方法で執行を妨害しても、規定の文言から九六条二項は適用されない。この場合は、一般不法行為責任に関する問題となるに過ぎなく (Picardi, *op. cit.*, p. 621.)。

- (49) Picardi, *op. cit.*, p. 617.

五 根拠のない本案前の抗弁

1 本案前の抗弁に対する九六条一項の類推適用

以上見たように、九六条は、無謀な訴訟行為の実施または通常の思慮を欠く執行手続等の着手・実行という、ある特定の手続内での当事者の個々の行動をターゲットにして、そこに手続的加重責任の根拠を求めている。これまで見てきたように、ここでは、一項の場合であるか二項の場合であるかを問わず、必然的に実体法上の請求権の不存在が制度適用の前提となっていた。

しかし、特に一項の要件である無謀な訴訟行為が常に実体法上の請求権の存否の問題と結びつけなければならないとするならば、被告側からわが国でいうところのいわゆる本案前の抗弁が濫用的に行使された場合に問題が生じる。つまり、たとえそれが理由なしとして却下されたとしても、その根拠のない本案前の抗弁によって原告側に損害が生じるかもしれない、にも関わらずそれは実体法上の権利の不存在の問題ではないので九六条を適用して損害賠償を命じることはできないということになるからである。

そのため、現在では、この規定はもつと大きな視点から、実体法上の請求権とは全く別次元の問題である手続制度そのものの不正利用に対しても適用できると考えられるようになって⁽⁵⁰⁾いる。

2 根拠のない裁判権の規整の申立⁽⁵¹⁾の例

たとえば、イタリア民事訴訟法三七条は、被告が（または行政事件においては裁判官が職権で）指摘すべき裁判権の欠缺について規定しているが、これについて争いが生じたときは四一条によって「裁判権の規整の申立」*re-golamento preventivo di giurisdizione*」を破毀院連合部にすることが⁽⁵²⁾できる。破毀院にこの申立がなされると

本案の訴訟手続は中止される(三六七条)ため、本案の訴訟手続において無益な抵抗を企図する被告が、理由がないにもかかわらずこの申立をして時間稼ぎをはかり、その結果原告に損害を発生させる可能性がある。このような場合には、九六条一項を類推適用して、根拠のない裁判権規整の申立をした被告に対して損害賠償を命じることができるとされている。⁽⁵²⁾ また、この場合においては、裁判権規整の申立に対する却下判決(イタリア民事訴訟法においては、この場合に出される判決は「手続続行不能の確認の宣言判決 *declaratoria di improcedibilità*」と呼ばれる。)において却下理由として申立の無謀性が指摘されていれば、再開された本案の訴訟手続において裁判所はそののみを根拠として九六条一項の主観的要件は満たされたと考えて良いとされている。⁽⁵³⁾

ただし、このケースにおいて原告に発生した損害については、判例は、根拠のない本案前の抗弁という被告の無謀な行為が原因となった具体的な財産や機会の逸失を問題にするのではなく、被告の無益な裁判権規整の申立とそれに続く破毀院での無駄な弁論に原告が耐えなければならなかったという点を重視して、純粹に訴訟手続に関する支出のみに損害の原因を求めることとしている。⁽⁵⁴⁾ つまり、ここでの損害は、原告に生じたあらゆる種類の訴訟費用および弁護士等に支払った報酬のみを意味することになる。そのため、このケースにおいては、原告が被告の正当事由がない申立に対して争うことを余儀なくされたことによる損失に関しては、訴訟手続外で生じた事情は全く考慮する必要がないので、裁判所が経験則に基づいて推論することも可能となる。⁽⁵⁵⁾ またそれゆえ、本案における無謀な訴訟行為に関する九六条一項の場合のように、当事者が具体的な損害を証明することは必要ない。⁽⁵⁶⁾

(52) Mandrioli, *op. cit.*, p.357; Picardi, *op. cit.*, p.619; Eduardo Grasso, *Della responsabilità nelle spese, Commentario del codice di procedura civile a cura di Enrico Allorio* (UTET, 1973), p.103.

- (51) 類似案件として、管轄権規整の無謀な申立も考えられる (Cass. 26 luglio 1985, n.4340; Cass. 14 febbraio 1983, n.1142.)。
- (52) Cass. 21 aprile 1982, n.2472; Cass. 2 marzo 1982, n.1280.
- (53) Cass. 20 luglio 1983, n.5000.
破毀院において裁判権の規整の申立が却下されたとき、却下理由それ自体が九六条一項の手続的加重責任の要件を満たすとされた例としては、問題を発生させた者の無謀な人間性が指摘された例 (Cass. 28 gennaio 1983, n.766.)、まったく利益が認められない明らかな遅延戦術目的を指摘された例 (Cass. 16 gennaio 1987, n.309.)、および明らかに許可されないことが分かっているにもかかわらず同一の申立を再度提起したことに對して明らかな悪意を指摘された例 (Cass., ordinanza, 17 luglio 1992, n.550.) などがある。
- (54) Cass. 4 luglio 1989, n.3199.
- (55) Cass. 28 gennaio 1983, n.766.
不適法却下を宣言するオルディナンツァによっても賠償命令の判決がなされる (Cass. ordinanza, 19 febbraio 2002, n.2420; Cass. ordinanza, 19 dicembre 1988, n.125.)。
- (56) Picardi, *op. cit.*, p.618.

六 手続的加重責任に関する裁判の申立時期と管轄権

九六条が規定する手続的加重責任に基づく損害賠償は、いつ、いかなる裁判所に対して申し立てることができるのか、が次の問題である。

1 審級関係と九六条による損害賠償請求の申立

まず、一方当事者が一項の対象である無謀な訴訟行為を行った場合においては、当然、相手方当事者はその訴訟行為が行われた判決手続の事実審理裁判官⁽⁵⁷⁾に対して九六条一項の適用を求めることができる⁽⁵⁸⁾。この場合、相手方当事者は本案について必要な弁論を行い、事実審理裁判官の面前における口頭弁論の終結に際して実施される主張の明確化⁽⁵⁹⁾の段階において、初めて九六条の適用を申し立てることもできる⁽⁶⁰⁾。一方で、相手方当事者が受け入れられるか否かにかかわらず、別訴提起による九六条一項の請求は認められない⁽⁶¹⁾。

九六条の手続的加重責任に関する審理においても当事者の反論権は保証しなければならないので、例えば被告によつて九六条の申立がなされた期日に原告が欠席していたときは原告にその申立書を送達しなければならず⁽⁶²⁾、これを怠れば不適法な申立として却下されることになる⁽⁶³⁾。

また、一項の適用を求める当事者が第一審の口頭弁論において相手方当事者の訴訟行為の無謀性を明確に主張していたときは、その事実に基づいて(相手方当事者がまたしても無謀に提起した)控訴審において初めて九六条の適用を申し立てることが許される⁽⁶⁴⁾。ただし、九六条により損害賠償請求が認められるためには損害の発生とその程度が主張されなければならないので、第一審における九六条の手続的加重責任に関する弁論において損害の発生のみを論じたときは結果として申立は却下されることになるが、このとき、第一審でした損害の発生に関する弁論を前提として控訴審で損害の程度の審理を新たに求めることはできないとされている⁽⁶⁵⁾。

上告審においては、破毀院に対する無謀な破毀申立に起因する損害に関しては、破毀院において原審の判決の合憲性の審理が行われているときでも、相手方当事者への申立書の送達によつて反論の機会を保証する限り⁽⁶⁶⁾、九六条の申立と審理が可能である⁽⁶⁷⁾。しかし一方で、控訴審においてなされた不当な訴訟行為に対する手続的加重責任を原因とする破毀院に対する新たな申立ては、合憲性の審理に加えて控訴審において生じた事実に関する審理

が必要となるので、許されないとされている。⁽⁶⁸⁾

2 不当な執行手続等に対する九六条二項の場合

二項の適用の場合には、執行手続等の着手と実行に関する裁判に管轄権を有する裁判所に申立をする必要がある。⁽⁶⁹⁾したがって、二項に基づく損害賠償請求は異議手続において審理されるべきであり、別訴を提起することはできない。⁽⁷⁰⁾ただし、訴えの提起や本案の弁論に無謀性がない至極まっとうな第一審の判決が言い渡されたとき、それに基づく仮執行が通常の思慮を欠いていたという場合には、その本案訴訟の控訴審において九六条の請求を提起することができる。⁽⁷¹⁾

3 破産手続の場合

債権者がした破産手続開始の申立について九六条の適用を求める場合においては、ケースによって九六条の審理を管轄する裁判所が異なる。

債権者の申立により破産手続開始決定がなされたがそれに破産原因がなかったという場合は、破産者は破産裁判所に破産取消の異議訴訟（倒産法一八条）を提起できるので、申立債権者に対する九六条の賠償請求はその手続において破産裁判所において審理され、異議訴訟の判決においてあわせて裁判される。⁽⁷²⁾

一方、債権者による破産手続開始の申立が要件の欠缺により却下されたとき（倒産法二二条）は、申立債権者は却下決定に対して抗告できるが、破産者には破産裁判所に提起できる手続がない。そのため、この場合には、債権者による破産手続開始の申立の結果生じた損害の賠償請求については、通常訴訟として新たに別訴を提起するべきとされている。⁽⁷³⁾

(57) イタリアの判決手続は、本案の事実審理については事実審理裁判官が口頭弁論を指揮し、そこで審理が尽くされれば事実審理裁判官は事件を合議体に回付し、最後に事実審理裁判官から審理内容についての説明を受けた合議体が判決を作成する、という形式になっている(九〇年代初頭の民事訴訟手続改革によって導入された、事実審理と裁判の両任務を一人で負う単独裁判官 *giudice unico* は、一九九八年の民事訴訟法改正によって通常事件の審理においては置かれなくなった⁵⁹⁾)。

(58) *Satta-Punzi, op. cit., p. 119.*

(59) 事実審理裁判官が指揮する口頭弁論と合議体による裁判という二段階審理構造において、事実審理裁判官が事件を合議体に回付するときには、合議体に報告する事実審理の結果を明確化するために当事者を呼び出し(民事訴訟法一八九条)、また合議体への事件回付が行われた後六〇日以内に原告は「結論趣意書」を提出し、さらにその後二〇日以内に被告は「反論の覚書」を提出しなければならない(同一九〇条)。

(60) *Cass. 19 marzo 1999, n. 2532.*

(61) *Cass. 29 marzo 1999, n. 2967; Cass. 15 dicembre 1986, n. 7503.*

また、本案の請求に関する審理から九六条の手続的加重責任に関する弁論を分離することもない(*Cass. 9 aprile 1984, n. 2266.*)。

(62) イタリアの民事訴訟手続においては、訴えの提起(原告から被告に対する呼出状の送達によってなされる。)の場合も含めて、原則として送達は送達すべき文書を作成した当事者の責任で(執行官に送達を委託する方法で)行わなければならない(民事訴訟法一三七条)。

(63) *Cass. 3 agosto 2005, n. 16256.*

(64) *Cass. 17 febbraio 1987, n. 3610.*

ただし、九六条の適用の申立が控訴提起によって初めてなされた場合には、その申立において第一審の訴訟手続において生じた無謀の訴訟行為についてきちんと言及しなければ、その控訴審における九六条の申立によって賠償の対象となる損害は、第一審の判決が原因となった損害(その主要なものは相手方当事者の無謀な控訴提起によって引き起こされた損害であろう。)のみに制限されなければならないとされる(*Cass. 21 aprile 1999, n. 3967; Cass. 16*

marzo 1981, n.1470.)。

(65) 第一審の口頭弁論において相手方当事者の訴訟行為の無謀性を明確に主張したことはならないからである (Cass. 14 giugno 1982, n.3610.)。

(66) したがって、口頭弁論の場において初めて九六条の申立を提起する⁽⁷⁴⁾とは許されない。もともと Cass. 13 giugno 1985, n.3552. はこの考え方であり、一方 Cass. 17 febbraio 1990, n.1173. は提起を認める趣旨の判断であったが、破毀院連合部判決 Cass. S. U., 19 gennaio 1991, n.522. によって申立の提起は認められないという判断に統一された。

(67) 控訴審で生じた事実について審理する必要があるからである (Cass. 14 ottobre 2005, n.19976; Cass. 17 marzo 1999, n.2389.)。

(68) Cass. 16 aprile 1982, n.2320.

(69) Cass. 30 gennaio 1985, n.547.

(70) Cass. 15 dicembre 1990, n.11936.

(71) Cass. 17 febbraio 1987, n.3610.

(72) イタリア倒産法一九条および二二条三項の規定で処理する (Cass. 26 giugno 1999, n.6637.)。

(73) Cass. 8 febbraio 1990, n.875.

七 二〇〇九年改正による手続の簡易化 (三項)

ところで、イタリア民事訴訟法は二〇〇九年に一部改正がなされ、本条にも新たに第三項が追加された。⁽⁷⁴⁾

この規定は、裁判官が民事訴訟法九一条(訴訟費用敗訴者負担の原則規定)により訴訟費用の裁判をするときは、裁判所は、勝訴した当事者が負担した手続費用と弁護報酬等の償還命令に加えて(これらについての敗訴者負担原

則については九一条が規定している。)、職権によつても、裁判所による衡平な算定に基づく損害賠償を不当な訴訟行為を行つた敗訴当事者に対して命じ得ることを規定している。つまり、この新规定によつて、一項および二項の規定の適用には当事者の申立が前提となる、という制限が外されたことになる。

この規定は、要するに、当事者の行動が一項または二項の適用要件を満たすと考えられる場合には、その当事者は常に裁判所から制裁を受ける可能性がある、ということを確認するものである。注目すべきなのは、この規定は「口頭弁論が終結し、裁判官が一方当事者の全部敗訴の判決を書き、最後に訴訟費用の負担について具体的な決定をする」その瞬間に機能するという点である。つまり、それについての相手方当事者による具体的な損害の主張も立証も要求されていないことになる。

この三項の追加は、単純に九六条の手続的加重責任による損害賠償の制度の実効性を高める、という点に立法理由があるとされている。⁽⁷⁵⁾ というのは、不当な訴訟行為の被害を受けた当事者が九六条の規定の適用のために具体的な損害について証拠を充分に準備することが実際にはかなり困難であるということが、具体的な事例において多数見受けられるからだという。その結果、ある種の人間は不当訴訟の実施をためらわなくなりつつあると考えられ、これに対処する必要があるということであろう。

ただ、一般論として、裁判所が損害賠償の支払を命じる前提として、その基礎となる事情を当事者が全く主張しないということは容認できるはずもなく、一項および二項の運用に関して積み重ねられてきた判例の趣旨との整合性を保つためにも、実際には裁判の段階で突如として九六条の手続的加重責任が裁判所によつて指摘されるということはないと考えられる。⁽⁷⁶⁾ その意味で、この三項の趣旨については、手続的加重責任の要件、つまり損害の発生とその程度を明らかにする事実について、なお基礎的な事情については当事者の弁論を求めつつ、そこに要求される証明度が裁判所の考慮によつて低めに設定されるという程度に理解すべきと思われる。

(74) 前掲注(11) 参照。

(75) Carpi-Taruffo, *op. cit.*, p.342.

(76) *ibid.*

八 おわりに

以上見てきたように、イタリア民事訴訟手続における不当訴訟に対する損害賠償の制度は、多数の判例によりかなり理論的に細部が詰められており、少なくとも一項および二項については適用要件の検討などがほぼ完成の域にあるといつてよい。ただ、二〇〇九年に新たに追加された三項が今後どのように機能していくのかという点については、現時点では全く分らない。おそらく、具体的な事例の積み重ねにおいて一項および二項の運用との整合性が図られていくと思われるが、案外「取り敢えずやってみて駄目なら改める」というイタリアの法制度設計の暗黙の原則にしたがつて、数年後には三項は再び削除されるかもしれない。

いずれにせよ、このイタリア民事訴訟法の制度をひとつの参考として、わが国において検討すべきことは以下の三点であろう。

まずその第一は、不当訴訟の要件の精査である。今日においても、わが国における不当訴訟に関する判例ないし裁判例は、その多くが昭和六三年最高裁判決が定立した二つの要件を判決理由に引用して判断の基盤にしている⁽⁷⁷⁾。しかし、個別具体的なケースが積み重ねられていく過程で様々な解釈がこの二つの要件に生じてきたはずであり、それらを体系的に解明する検討作業が続けられていくべきであると思われる。

さらに、第二として、不当訴訟の被害者に具体的に発生した損害について、わが国の民事訴訟手続においてはどの程度の主張・立証を求めるのか、という点を明確にする必要があると思われる。この点に関しては、わが国においては不当訴訟に基づく責任はいまのところ一般不法行為責任とするしかないため、民法七〇九条の解釈の枠内でこの問題を論じるしかないと思われるかもしれない。しかし、損害の発生についてはともかく、損害の程度の認定については、民事訴訟法二四八条がイタリアにおける裁判所による損害額の衡平算定をわが国においても実現する可能性を内包していると考えられ、その検討を深める必要があると思われる。

しかし最後に、第三として、第一および第二の検討によってもたらされるかもしれない不当訴訟に対する賠償責任認定の容易化あるいは厳罰化に一定の限界を設定するという意味において、不当訴訟の認定と憲法の要請である裁判を受ける権利との関係について、まずは慎重に検討する必要があるだろう。すなわち、民事訴訟手続における手続的デュー・プロセスを規定していると考えられる憲法三二条との関係で、いったいいかなる当事者の行為が憲法の人権保障を受けることすらできない不当な行為と評価されるのかという点について、具体的に明らかにしていく作業は不可欠であると思われるからである。

例えば、解釈ではなく存否の問題として実際には全く存在しない実体法上の権利をそれと知りながら訴訟物に据えて訴えを提起する行為は、ほとんどの場合において悪質性を帯びるだろうということは理解できる。一方で、判例理論または法解釈上でできないとされている権利主張をそれと知りながら敢えてする訴えの提起について、その目的のいかんを問わず一様に許されないとするのだろうか。そうだとすると、例えば非嫡出子の法定相続分の格差を争う訴訟は、平成七年の最高裁決定⁽⁷⁸⁾によって合憲性が確認されて以来、形式的には一貫して合憲判断が貫かれているように見えるが、このとき、それでも敢えて非嫡出子の法定相続分の格差の違憲性を実質的な争点とする訴訟を提起すると、これは最高裁において一貫して否定されている権利主張をそれと知りながらしたとして

不当訴訟という扱いになるのだろうか。あるいは、一見、形式的には合憲判断が貫かれているように見えるが、実質的には合憲判断に対して常に反対意見が付されていること、また国民の家族観の変化や非嫡出子の増加などにより社会が変化しつつあることを考慮すれば⁽⁸⁰⁾、なお正当に権利主張をする余地が残されていると考えるのだろうか。

このように、不当訴訟の認定については、形式的に要件を満たしたかどうかという判断だけではなく、裁判を受ける権利とは何であるのかという議論をベースとして、当事者がその訴訟行為を選択するに至った背景や事情といったものを不当訴訟の要件の認定においてどのように解釈し反映させるべきなのか（あるいはそうすべきではないのか。）という点について、さらなる検討が要求されていると考えるのである。

(77) 公刊されている最近の判例ないし裁判例を見ても、昭和六三年最高裁判決を引用して不当訴訟の問題を解決した事例は、認容事例と棄却事例をあわせて平成一〇年以降に絞っても五〇件を超える。

(78) 最大決平七・七・五民集四九卷七号一七八九頁Ⅱ家月四七卷一〇号二三頁Ⅱ裁時一一五〇号一頁Ⅱ判時一五四〇号三頁Ⅱ判タ八八五号八三頁Ⅱ金判九八〇号三頁Ⅱジュリ一〇七四号二〇八頁。

(79) 非嫡出子の法定相続分の格差を合憲とする最高裁判断は、最高裁平成七年判決以降、(1)最判平一二年一月二七日裁時一二六〇号六頁Ⅱ判時一七〇七号一二一頁Ⅱ判タ一〇二七号九〇頁Ⅱ金法一五八四号七七頁、(2)最判平一五年三月二八日家月五五卷九号五一頁Ⅱ裁時一三三六号一〇頁Ⅱ判時一八二〇号六二頁Ⅱ判タ一一二〇号八七頁、(3)最判平一五年三月三一日家月五五卷九号五三頁Ⅱ裁時一三三七号一頁Ⅱ判時一八二〇号六四頁Ⅱ判タ一一二〇号八八頁、(4)最判平一六年一〇月一四日裁時一三七三三三頁Ⅱ判時一八八四号四〇頁Ⅱ判タ一一七三三三号一八一頁Ⅱ金法一七四〇号三一頁、と続く。

(80) 最判平一六年一〇月一四日（前掲注（79）の才口裁判官の反対意見は「多数意見が引用する大法院決定後、既に九年以上が経過し、その間、男女の結婚観等も大きく変わり、非嫡出子が増加傾向にあるなど、立法当時に存した

本件規定による相続差別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、大きく変動しており、現時点では、もはや失われたのではないかとすら思われる状況に至っている」と述べている。