

〔民集未登載 最高裁判事例研究 四三〕

本訴の提起が不法行為に当たることを理由とする反訴について、本訴に係る請求原因事実と相反することとなる本訴原告自らが行った事実を積極的に認定しながら、本訴の提起に係る不法行為の成立を否定した原審の判断に違法があるとされた事例

損害賠償請求本訴、同反訴事件（最高裁平成二一（受）第一五三九号、平成二二年七月九日第二小法廷判決、破棄差戻）（判例時報二〇九一号四七頁、判例タイムズ一三三二号四七頁）

〔事 実〕

被上告人会社（ X_1 ）で経理を担当していた上告人（ Y ）が、約七〇件の横領等を行ったとして、 X_1 から約二七二二万円、 X_1 の代表取締役である被上告人 X_2 から約六九三万円、 X_2 の子である被上告人 X_3 から約一二六万円、同じく X_2 の子である被上告人 X_4 から約四〇三万円の、不法行為に基づく損害賠償を請求された（本訴請求）。被上告人らが主張する横領行為等の行為態様は、 Y が、① X_1 の業務に係る支払いに充当する名目で小切手や約束手形を無断で作成したり、偽造したりして、これを現金化した上で小切手金等を領得した、②被上

告人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。

第一審は、被上告人らの請求をいずれも棄却する判決を下した。

これに対して、被上告人らはこれを不服として控訴を提起したところ、上告人が、被上告人らによる本訴提起が不法行為に当たるとして、損害賠償を求める反訴を提起した。

原審は以下のような理由により、本訴請求を棄却した。それによると、 X_1 における小切手等の振出しは Y が所要事項を記入した小切手用紙に X_2 が X_1 の銀行届出印を押捺して行われ

ていたこと、X₂は同印章を外出時に妻に預けるほか常に携帯していたこと、X₂はX₁の振り出す小切手等の控えを入念に点検していたほか、会計事務所の担当者が毎月行う会計帳簿の点検の際も立ち会っていたが、前記点検によっても使途不明金が発見されるなどの問題が生ずることはなかったことを認定した。そして、本件横領行為を認めることはできないとするにとどまらず、被告原告らがYにおいて無断で作成し、また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、そのほとんどを、X₂が自らYに指示したもので、Yにおいて小切手等を現金化し、また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の業務の支払い等に充てられたことを積極的に認めた。

他方、原審は、反訴請求も棄却した。それによると、本訴の請求原因事実である本件横領行為を全体的にみれば、X₂が自己の主張する権利または法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであることを知りながら、また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までは認めることができない、というものであった。

これに対して、Yが上告受理の申立てを行った。
最高裁判所は、原判決中、Yの敗訴部分を破棄し、当該部

分を原審に差し戻した。

〔判旨〕

「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである上、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といえるのにあえて訴えを提起したなど、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認められるときに限られるものと解するのが相当である（最高裁判昭和六〇年(オ)第一二二号同六三年一月二六日第三小法廷判決・民集四二卷一頁、最高裁判平成七年(オ)第一六〇号同一一年四月二二日第一小法廷判決・裁判集民事一九三号八五頁参照）。
原審の認定するところによれば、被告原告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、被告原告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、同被告原告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、被告原告X₂は、自らが行った上記事実と相反する事実に基づいて原告人の横領行為等を主張したことになるのであって、同被告原告人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、同被告上告人は、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。加えて、原審は、被告上告人 X₁ が本訴の提起に先立ち原告人により五億円程度の小切手が無断で振り出されたとして告訴したが、原告人は小切手金約三四万円の業務上横領の嫌疑で逮捕勾留されたものの勾留期間満了前に釈放されたことを認定していることや、その後提起された本訴の請求金額が合計約三九〇〇万円に達することなども考慮すると、なおさらである。以上によれば、被告上告人 X₁ 及び X₂ の本訴の提起は、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとみる余地が大きい。また、被告上告人 X₃ 及び X₄ についても、被告上告人 X₂ の子であって、同被告上告人の主張に依拠して本訴を進行していることがうかがわれることからすれば、これと同様に解することができる。

しかるに、原審は、請求原因事実と相反することとなる被告上告人 X₂ 自らが行った事実を積極的に認定しながら、記憶違い等の上記の事情について何ら認定説示することなく、被告上告人らにおいて本訴で主張する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

たとはいえないなどとして、被告上告人らの上告人に対する本訴提起に係る不法行為の成立を否定しているのであるから、この原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は上記の趣旨をいうものとして理由があり、原判決中、原告人敗訴部分は破棄を免れない。

そして、不法行為の成否について更に審理を尽くさせるため、本件事案の内容及び審理の経過等にかんがみ、同部分につき、本件を原審に差し戻すこととする。』

〔研究〕

判旨に賛成する。⁽¹⁾

一 本判決の意義

訴えの提起は、本来、憲法上保障された権利であるが、一定の場合には不法行為を構成することがあるとする点では、学説および判例は古くから一致を見ていた。⁽²⁾ しかし、その要件については明文の規定がないことから、かねてから議論のあるところであった。⁽⁴⁾ そのなかで、昭和六三年に最高裁は、訴え提起が裁判制度の制度趣旨に照らして著しく相当性を欠く場合には不法行為となし、具体的には、⁽⁵⁾

① 当該訴訟において提訴者の主張した権利等が事実的・法律的に根拠を欠くものであり、かつ、② 提訴者が権利等に

ついで事実的・法律的根拠を有しないことを知りながら、または通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのにあえて訴えを提起した場合には訴え提起が不法行為となるとし、その要件を示した。⁽⁶⁾このうち、「提訴者が主張した権利又は法律関係などが事実的、法律的根拠を欠く」ことが相当性判断の客観的要件、また、「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といえるのにあえて訴えを提起した」ことが相当性判断の主観的要件であると、それぞれ解されている。⁽⁷⁾その後の最高裁もこれに従っており、この判断枠組みは実務上定着したといえる。⁽⁸⁾

本判決も、この昭和六三年の最高裁判例を踏襲し、⁽⁹⁾「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」場合には不法行為に該当するとして、前記二要件の適用を行った。本判決を含めて最高裁は、いずれも原審とは異なる結論に至った点で共通性がある。しかし、本判決は、これまでの三件の最高裁判決とは、異なる点がある。すなわち、これまでの三件の最高裁判決は、いずれも、原審は訴え提起が不法行為となると判断したが、これを破棄し不法行為の成立を否定したものである。これに対して、本判決は、原審が不法行為の成立を認めなかった結論を否

定したものである。その際、提訴者の本訴請求を基礎づける事実のうち提訴者が経験した事実に基づく主張や供述が斥けられるだけでなく、反対事実が積極的に認められる場合には、提訴者が記憶違いや通常人にもあり得る思い違いをしていたなどの事情がない限り不当訴訟になる可能性があるとして、このような提訴者の主観的事情について具体的に考慮をすることを求め、差し戻した判決である。

二 不当訴訟に関する判例の立場

戦前の代表的な判例とされる大審院民事連合部昭和一八年一月二日判決は、⁽¹⁰⁾それまでの判例を整理したといわれ、「不当二訴ヲ提起セラレ不得已弁護士ニ委任シテ応訴シタル被告ハ其訴カ目的其他ニ於テ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル虞アリ不法行為ヲ構成スルニ於テハ応訴ノ為メ委任シタル弁護士ニ支払ヘル相当範囲ノ報酬手数料其他ノ費用ニ付キ民法不法行為ニ関スル規定ニ従ヒ之カ賠償ヲ原告ニ請求スルコトヲ得ヘシ」として、訴え提起が公序良俗に反する場合に不法行為に該当するとしていた。

戦後は、相当数の下級審裁判例が公刊されている。⁽¹¹⁾それらの判決では、提訴者が権利を有しないことを知りながら、相手に損害を与える目的で、あるいは当該紛争を解決する

目的以外で提訴した場合に不法行為が成立することは認められていた。⁽¹²⁾しかし、提訴者が、自身が無権利者であることを知らなかった場合について不法行為が成立するののか否か、成立するとしたらどのような要件の下においてなのかについては見解が分かれており、権利の存否の調査が不十分で訴訟を提起した原告の態度が世間の常識から著しく非難に値するほどの「重大な過失」によって無権利であることを知らずに訴えを提起した場合に限るとの立場⁽¹³⁾、提訴者が無権利であることを比較的容易に知り得べき事情にあるにもかかわらず、軽率・不十分な調査のまま訴えを提起する場合のように訴えの目的その他の諸般の事情から、それが反社会的、反倫理的と評価され、「公序良俗に反する」ものであることを要するとの立場⁽¹⁴⁾、あるいは、自己が無権利者であることを容易に知り得べき事情があるのに、軽率、不十分な調査のままあえて提訴した場合に、「過失(単なる過失)」があるとして不法行為責任を認める立場⁽¹⁵⁾、などがあった。しかし、これらの見解の相違が實際上結論に大きな影響を及ぼすといえるのか疑問があるとの見解も呈されていた。⁽¹⁶⁾このように、下級審裁判例は、不当訴訟は不法行為に該当するとしながらその判断基準としてさまざまな表現が用いられてきた中で、最高裁は昭和六三年にその判

断基準を明らかにし、以後、この昭和六三年判決ルールが定着していくこととなった。以下では、最高裁判例を紹介する。

① 最判昭和六三年一月二六日民集四二卷一頁一頁⁽¹⁷⁾(不当訴訟に該当せず)

土地の売買契約を巡って不動産の測量結果に誤りがあったとして原告は、測量を実施した被告に賠償を求めたところ、裁判所は、測量実施を依頼したのは原告ではないとして請求を棄却した(前訴)。その後、前诉被告は、前訴提起以前からこのことを繰り返し説明してきたにもかかわらず、前訴原告が提訴に踏み切ったのは前訴提起が理由のない不当なものであることを十分知りまたは知り得たにもかかわらずならざるなされたものであり、不法行為に該当するとして損害賠償を求めた。原審は、前訴の提起は不法行為に該当するとして、賠償を認めた。

これに対して最高裁は、次のように述べて不法行為には当たらないとした。すなわち、「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係(以下「権利等」という。)が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、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

知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、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認められるときに限られるものと解するのが相当である」とし、本件では、前訴原告が前诉被告に損害賠償請求権を有していないことを知っていたといえる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得たともいえないので、前诉被告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、前訴原告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、とした。このように、昭和六三年最高裁判決は、訴え提起が不法行為となるための判断枠組みとして相当性の基準を違法性の判断枠組みとして採用した。これは、「原則として正当とされる行為について不法行為の成否を問題とする場合であるので、まず、どのような場合に違法となるのか」を判示し、違法性の枠組みの中で判断するものと理解されている⁽¹⁸⁾。そして、客観的要件（権利等が事実的・法律的に根拠を欠くこと）と主観的要件（客観的要件を知っていた、または通常人であれば知り得た）の要素をもとに判断することを示し、その相関的な評価によって、訴え提起が裁判制度の趣旨や目的に

照らして著しく相当性を欠くか否かを判断していくことになる⁽¹⁹⁾。本件では、原審は不法行為の成立を認めたものの、最高裁は主観的要件が充足されていないとしてこれを否定した。

② 最判平成一一年四月二二日判時一六八一号一〇二頁⁽²⁰⁾
（不当訴訟に該当せず）

二人乗りのオートバイが乗用車と衝突して、うち一名が死亡した。警察は死亡者がオートバイを運転していたとして被疑者死亡による不起訴処分とした。その後、遺族は、バイクの同乗者が運転者だったとしてバイクの同乗者と乗用車の運転者を相手に自動車損害賠償保障法三条などに基づく損害賠償請求訴訟を提起した（本訴）。これに対して、同乗者が、警察の捜査によって事故の真相が解明されたにもかかわらず、微弱な証拠によって相手に損害を及ぼそうとする不当訴訟であるとして損害賠償請求を求める反訴を提起した。原審は、本訴提起は不当訴訟として不法行為に該当するとした。

最高裁は、昭和六三年判決の判断基準をもとに、同乗者が運転していたという目撃証言があること、死亡者の供述は得られないことから同乗者の供述を遺族が容易に信用せずに本訴に踏み切った心情は無理からぬものがあること、

事故の状況から運転者の特定が困難であり原審と第一審とで計三回の鑑定を行い、本訴原告の主張に沿う鑑定意見もあつたことから、捜査機関が死亡者を運転者と認定したことを知っていたからといって、本訴原告が同乗者に対する「損害賠償請求権を有しない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は認められない」として、不当訴訟には当たらないとした。本件も、原審は、訴え提起が不法行為に当たると判断したが、最高裁は昭和六三年ルールにおける主観的要件を充足していないとして、これを破棄したものである。

③ 最判平成二十二年一月二三日判時二〇六三号六頁²¹⁾
(不当訴訟に該当せず)

特別養護老人ホームの入所者に対して虐待が行われているとの施設職員からの情報をもとにした記事が掲載されたことにつき、同ホームを経営する法人が、名誉が損なわれたとして職員に対して慰謝料を求める本訴を提起した。これに対して、職員側が本訴請求は不当訴訟に当たるとして損害賠償を求める反訴を提起した。原審は、本訴提起が不法行為に当たるとして施設職員への賠償を認めた。

これに対して最高裁は昭和六三年判決をもとに判断し、虐待に關与したとされる職員が全面的に虐待を否定してい

ること、虐待の痕跡が認められないこと、市の調査によつても虐待を特定することができなかったこと、などから「その主張する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」とした。本件も、原審は不法行為の成立を認めたものの、最高裁は昭和六三年ルールにおける主観的要件を充足しないとして、不法行為の成立を否定した。

このように判例は、訴訟が不法行為と認められるための要件として、「訴えの提起等が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くこと」を要求し、この規範的要件の評価根拠事実として「当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係（以下権利等という。）が事実的、法律的根拠を欠く」として「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えたといえるのにあえて訴えを提起した」ことを総合的に評価して判断することになる。²²⁾

三 学説の状況

今日、訴えの提起が不法行為を構成する場合があり得ることは、民法²³⁾、民事訴訟法の教科書類では広く一般に認め

られている。もつとも、その理論構成については見解の相違がある。

一つ立場は、違法性の問題として扱う見解であり、伝統的通説の支持するところである。⁽²⁵⁾たとえば、末川博士は、訴え提起が不法行為を構成するという意味で違法であるためには、原告主張の請求が実体的に理由のないことが求められるが、それだけで訴え提起が違法性を有するとはいえず、公序良俗に反すると信義誠実にもとるといった理念から判断せざるを得ないと述べる。また、山木戸教授は、⁽²⁷⁾訴えの提起が違法であるためには訴えの提起が理由のないものでなければならぬものの、請求に理由のないことと程度にも差異があり、このような程度の相違は、故意・過失の認定にも関係するが、むしろ違法性の判断に際して現れると述べる。このように、通説は、故意・過失の問題と違法性との問題を二元的に分けた上で、違法性の問題として扱うものである。

他方で、もう一つの立場は、この問題を、故意・過失と違法性に二元的に切り分けず、一元的に扱おうとする見解である。たとえば、吉田教授は、⁽²⁸⁾提訴者の故意・過失と違法性が不可分に評価されるのであるならば、条文に素直に故意またはそれに準ずる場合（不当提訴といった特殊な類

型であるがために重過失）にのみ不法行為が認められるとする立場が適切であるとし、違法性の要件を用いない。また同じく、一元的な立場ではあるが、反対に、違法性判断に過失判断が吸収されるとする見解も徳本教授によつて主張されている。⁽²⁹⁾この見解は、人の行動の判断として違法性と過失を截然と区別することは困難であるとし、違法性の要件そのものが過失の要件を統合した形で組み立てられていることから、「違法性のフォーミュラが、過失のそれとオーバーラップするかぎりにおいては、重ねて過失の成否を問題にする必要性は存在しない」とする。そして、訴え提起による不法行為については、自己に権利等がないことを「知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえた」ことを違法要件にしているため、過失の成否を問う必要はないと述べる。

このような議論があるものの、現在では、昭和六三年最高裁判決の立場が、判例のみならず学説においても定着していると評価することができよう。⁽³⁰⁾

四 検討

最高裁の基本的立場は、訴えの提起が不法行為に該当するのは、「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に限る」として、限定的な場面に限っている。その理由は本判決で述べられていないが、本判決が引用する昭和六三年判決が、「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求めることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事項であるから、裁判を受ける権利は最大限尊重されなければならない、不法行為の成否を判断するにあたっては、いやくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされることは当然のことである。」と述べていることに求められると考えられる。裁判を受ける権利は憲法上保障されていることから、裁判所において終局的な紛争解決を求める権利はできる限り尊重され、訴え提起が不法行為を構成する場合は例外的であると一般的に理解されており、その基本的立場は支持されるべきである。

では、どのような場合に訴え提起が不法行為を構成することになるであろうか。学説においては違法性を不要とする見解も主張されているが、訴訟の勝敗は当事者にとつて事前に不分明であることも多いと考えられる。そのような場合に、敗訴判決が下されるかも知れないとの認識のもとで訴訟を提起し、実際に敗訴判決が下された場合に、過失を肯定し不法行為の成立を認めるとしてしまうと、訴訟に

よる紛争解決制度が立ちゆかなくなってしまうと考えられる。そこで、故意・過失といった要件の他に、違法性も要求する見解が適切ではないかと考えられる。この点について、最高裁は昭和六三年判決で、「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、①当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係……が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、②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えたといえるのにあえて訴えを提起したなど、③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（番号は引用者が補充）」としている。この要件は、違法性として位置付けられ、①と②のあとに「など」で③に続いていることから、③が中心となる規範的命題であり、①と②はそれぞれ③を認定する際の客観的要件と主観的要件を示すものと解される³¹⁾。

もともと訴え提起それ自体は正当とされる行為である。このような本来正当とされる行為について不法行為の成否が問題となる場合には、いったい如何なる場合が違法となるのかということを、まず①の要件によって外形的に判断することが可能となる点で、基準としての明確性を確保できる利点がある。もつとも、訴訟を提起したものの客観的

に権利がないことが判明した場合に、権利不存在の事由のみをもつて不法行為が成立するとすると、原告が敗訴した場合には、つねに不法行為が成立することとなるため妥当ではない。そこで、主観的要件を設定することで、不法行為として救済する適切な範囲を設定しようと試みる中で、学説・判例が議論を展開してきたわけであり、最高裁が昭和六三年ルールで客観的要件と並んで主観的要件を設けているのはもとより適切である。その際、②の要件の「通常人であれば容易にそのことを知りえた」が何を指すのかは、必ずしも明らかではない。というのも最高裁は過失や重過失といった表現を用いていないからである。この点については、過失で足りるとする見解と、重過失を意味するとの見解が表明されているが、私は、以下の点から重過失と解したい。まず、この場合に、かりに過失でも不法行為を構成するとすると、紛争解決のために訴訟を提起しようとするインセンティブを殺ぐことになり、国家による紛争解決手段の利用を妨げることになりかねない。私人による裁判制度の利用をためらわせないためには、主観的違法要素としては過失では不法行為が成立するケースが広がりすぎると考えられるため、重過失を要求するのが適切であろう。また、昭和六三年判決は「著しく」相当性を欠く場合に不

法行為の成立を認めるとしていることからすれば、単なる過失では不法行為が認められる範囲が広がりすぎるおそれがある。さらに、会社法八四六条において、会社の組織に関する訴えを提起した原告が敗訴した場合に原告が被告に賠償責任を負うためには、「原告に悪意又は重大な過失」が要求されている。この条文とのバランスを考慮する必要があると考えられる。

本判決の中心となる点は、前記②の主観的事情に関する部分である。すなわち、「原審は、請求原因事実と相反することとなる被告₁ X₁ 自らが行った事実を積極的に認定しながら、記憶違い等の上記の事情について何ら認定を示すことなく」、提訴者₂ X₂ が、無権利者か、あるい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はいえない、として不法行為の成立を否定した原審の判断を問題にした。これまでの最高裁の事案では、いずれも、原審が訴え提起が不法行為に当たるとした判断をしてきたのに対して、今回のケースは反対に、原審が不法行為の成立を否定した判断を覆したわけであるが、その際に、原告側の本訴請求の請求原因事実と異なる事実が認定された場合に、原告によるそのような事実主張が「通常人にもありうる思い違い・記憶違い」であるか否かが、問わ

れることとなった。そして、この「通常人にもありうる思い違い・記憶違い」が認められる事実は、主観的要件であるところの、「提訴者が権利につき事実的・法律的根拠を欠くことを知っていた、あるいは通常人であれば容易に知り得た」、との判断を妨げる事情ということになる。⁽³⁵⁾思うに、訴訟において主張をなすに際しては、通常は当事者は慎重になると考えられるが、それでも思い違いや記憶違いに基づく言動が起こりうることは、日常の生活における場合と大きく異なるものではないといえよう。その点で、「通常人にもありうる思い違い・記憶違い」に基づく主張がなされた場合には、不法行為の成立を否定するとの姿勢を最高裁が明確に示した点は評価に値すると考える。本件では、第一審裁判所が、「何らかの不当な目的のため訴訟手続を利用しようとする悪質な濫訴といふべきものである」と判断するのが相当である⁽³⁶⁾などと述べていることから、差戻し審において、「通常人にもありうる思い違い・記憶違い」が認定される可能性は低いと考えられる。

なお、不当な訴え提起に基づく賠償請求について、反訴によって請求することができるか否かが問題となり得る。この点は、従来から学説⁽³⁷⁾および判例⁽³⁸⁾によって認められており、本件でも最高裁はこれを認めた。⁽³⁹⁾不当訴訟による損害

賠償請求訴訟の提起が、前訴で原告敗訴判決が下された後である必要ないと解すれば、当事者や裁判所が負担する労力が軽減されることになる点でメリットがある。また、本訴と反訴は、統一事件における権利または法律関係の存否の判断と、その根拠となる主張に対する評価であり、両者が一体的に審理そして判断がなされることから統一判断が可能となるため、このような扱いは許されると解すべきであろう。

五 結 論

右に述べたことから、判旨に賛成する。

- (1) 本件評釈・解説として、上野達也「判批」民商法雑誌 一四四巻二号二六八頁(二〇一一年)、二羽和彦「判批」私法判例リマックス四三号一二六頁(二〇一一年)、堀野出「判批」速報判例解説九号一二九頁(二〇一一年)、吉井隆平「判批」平成二二年度主要民事判例解説一三二頁(二〇一一年)、松下淳一「判批」判例タイムズ一三六一号五〇頁(二〇一二年)がある。

- (2) 大審院時代の判決として、たとえば、大判昭和六年四月二四日法律新聞三二七〇号七頁、大判昭和八年五月三〇日法律新聞三五六三号八頁、大判昭和一六年三月二六日法

律新聞四六九八号二六頁がある。

(3) この問題については、明文規定による解決を定めている国もある。イタリアについては、中村壽宏「イタリアにおける不当訴訟に対する手続的責任の追及」法学研究八三卷一号三三一頁(二〇一〇年)。また、本間靖規「民事訴訟法と損害賠償」民事訴訟雑誌四三号三三頁以下(一九九七年)に、オーストリア、フランス、ドイツ、およびアメリカにおける不当訴訟の扱いについて紹介がある。

(4) なお、訴訟提起が権利濫用に当たる場合には、訴権の濫用が問題になる。そこで、訴え提起を理由とする損害賠償と訴権の濫用の関係が問題となるが、概念的には、後者は訴訟提起そのものが権利濫用に当たるとしてその後の手続が許されない場合であるのに対して、前者は、訴え提起そのものは認められたものの、訴訟提起が著しく相当性を欠くがために事後的に賠償請求が認められることになる点で異なるといえる。参照、新堂幸司「民事訴訟法(第五版)」(弘文堂、二〇一一年)二六三頁。なお、林屋礼二「不当提訴による賠償請求」ジュリススト九〇八号五七頁(一九八八年)には、かつての下級審裁判例には不当な訴えと訴権濫用論との密接な連関性を説くものがあつたが、次第に訴権の濫用論を持ち出さずに不法行為の問題へと裁判所の意識が変化していったことが示されている。また、最判昭和四四年七月八日民集二三卷八号一四〇七頁は、確

定判決に基づく強制執行が不法行為となる場合があることを認めるものであるが、本評釈では考察の対象とはしない。

(5) 最判昭和六三年一月二六日民集四二卷一号一頁。

(6) 瀬戸正義「判解」法曹会編「最高裁判所判例解説民事篇昭和六三年度」一一頁。

(7) 加藤新太郎「弁護士役割論(新版)」(弘文堂、二〇〇〇年)一八七頁。

(8) 最判平成二一年四月二三日判時一六八一号一〇二頁、最判平成二一年一〇月二三日判時二〇六三三六頁。

(9) 最判昭和六三年一月二六日民集四二卷一号一頁。

(10) 大民刑連判昭和一八年一月二日民集二三卷二三号一
一七九頁。

(11) 不当訴訟に関する判例分析を詳細に行っている文献として、たとえば、池田辰夫「民事訴訟の提起と不法行為」青山善充ほか編「民事訴訟法理論の新たな構築(上)」(有斐閣、二〇〇一年)四一頁、菊池定信「不当訴訟に関する判例」国土館法学三九号一三九頁(二〇〇七年)、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九頁(一九九五年)(後藤勇「民事実務の研究」(判例タイムズ社、一九九六年)に所収)、吉田邦彦「判批」判例評論三六二号三九頁(一九八九年)がある。

(12) 名古屋高判昭和五二年九月二九日判時八八九号五四頁。

(13) 東京高判昭和四〇年三月九日判タ一七五号一六〇頁。

その他に本説によるのは、東京高判昭和五〇年五月二〇日判時七九九号五七頁、東京高判昭和五八年五月一八日判タ五〇一号一四一頁。

(14) 東京高判昭和四三年三月三〇日高民集二二卷二号一九一頁など。昭和六三年最高裁判決以前は、この立場が主流を占めていると解されていた。中村隆次「判批」判例タイムズ七一八号二三頁(一九九〇年)、吉田・前掲注(11)四一頁。

(15) 東京高判昭和五三年一〇月一日判時九一七号六三頁、東京地判昭和五六年八月三一日判タ四六五号一二四頁。

(16) 瀬戸・前掲注(6)八頁。

(17) 評釈として、伊藤敏孝「判批」法学研究六二卷四号一四七頁(一九八九年)、加藤新太郎「判批」『民訴判例百選 I (新法対応補正判)』二四頁(一九九八年)、工藤祐巖「判批」NBL四二三号一頁(一九八九年)、小林秀之「判批」法学セミナー四〇七号二二頁(一九八八年)、島田清次郎「判批」昭和六三年度主要民事判例解説九四頁、須藤茂「判批」金融・商事判例八二九号四七頁、瀬戸正義「判批」ジュリスト九一八号七六頁(一九八八年)、榎善夫「判批」昭和六三年度重要判例解説一一九頁(一九八九年)、中島弘雅「判批」法学教室九六号九〇頁(一九八八年)、中村・前掲注(14)二二頁、西川佳代「判批」『民事訴訟法判例百選(第四版)』七八頁(二〇一〇年)、林屋・前掲

注(4)五三頁、水元宏典「判批」『民訴判例百選(第三版)』八九頁(二〇〇三年)、吉田邦彦「判批」法学教室一〇一号別冊付録判例セレクト二二頁(一九八九年)、吉村徳重「松尾卓憲」判批」判例タイムズ六七二号四七頁(一九八八年)。

(18) 瀬戸・前掲注(17)七六頁。

(19) そこで、嫌がらせ目的での訴え提起の場合のように主観的な違法性が強い場合には、権利がある場合であっても違法性が認められる場合があると説かれる。加藤・前掲注(7)一八八頁。

(20) 評釈として、今中秀雄「判批」平成一一年度主要民事判例解説二二〇頁(二〇〇〇年)、手塚宣夫「判批」判例評論四九四号一六頁(二〇〇〇年)。

(21) 評釈として、内田勝一「判批」私法判例リマックス四二四号六頁(二〇一一年)、和田真一「判批」民商法雑誌一四二卷二号八三頁(二〇一〇年)。

(22) 加藤・前掲注(17)二五頁。

(23) 幾代通「徳本伸一『不法行為法』(有斐閣、一九九三年)八一頁、内田貴「民法Ⅱ(第三版)』(東京大学出版会、二〇一一年)三八〇頁、大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論(第二版)』(有斐閣、二〇〇五年)二〇八頁、加藤一郎編『注釈民法(一九)』(有斐閣、一九六五年)一五八頁(篠原弘志)、加藤雅信『新民法大系V(第二版)』(有斐閣、

- 二〇〇五年) 二二一頁、川井健『民法概論四(債権各論〔補訂版〕(有斐閣、二〇一〇年) 四一五頁、北川善太郎『債権各論(第三版)』(有斐閣、二〇〇三年) 二五六頁、潮見佳男『不法行為法Ⅰ(第二版)』(信山社、二〇〇九年) 一九一頁、四宮和夫『不法行為』(青林書院、一九八五年) 三四九頁、平野裕之『不法行為法(第三版)』(信山社、二〇一三年) 一九二頁、広中俊雄『債権各論講義(第六版)』(有斐閣、一九九四年) 四六二頁、藤岡康宏『民法講義Ⅴ不法行為法』(信山社、二〇一三年) 二八一頁、前田達明『不法行為法』(青林書院新社、一九八〇年) 一〇八頁、前田陽一『債権各論Ⅱ(不法行為法)』(第二版)』(弘文堂、二〇一〇年) 三八頁。
- (24) 参照、秋山幹夫ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ(第二版)』(日本評論社、二〇〇六年) 七頁、伊藤眞『民事訴訟法(第四版補訂版)』(有斐閣、二〇一四年) 三三七頁、上田徹一郎『民事訴訟法(第七版)』四五頁(法学書院、二〇一一年)、兼子一ほか『条解民事訴訟法(第二版)』三二頁(新堂幸司・高橋宏志・高田裕成) (弘文堂、二〇一一年)、河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣、二〇〇九年) 一五一頁、川嶋四郎『民事訴訟法』(日本評論社、二〇一三年) 二七七頁、小島武司『民事訴訟法』(有斐閣、二〇一三年) 五九頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法(第七版)』(弘文堂、二〇一二年) 七五頁、三木浩一ほか『民事訴訟法(第二版)』(有斐閣、二〇一五年) 一五三頁、三宅省三ほか編『注解民事訴訟法Ⅰ』(青林書院、二〇〇二年) 四九頁(山本浩美)。
- (25) 後掲の末川説、山木戸説の他にたとえば、谷口知平『判批』民商法雑誌三七巻四号二三四頁(一九五八年)などがある。
- (26) 末川博『判批』民商法雑誌四巻一号一九一頁(一九三六年)。
- (27) 山木戸克己『判批』民商法雑誌五〇巻六号九五頁(一九六四年)。
- (28) 吉田・前掲注(17) 二二頁。
- (29) 徳本伸一『訴え提起の違法性』佐藤進・齋藤修編『現代民事法学の理論——西原道雄先生古稀記念——(下)』(信山社、二〇〇二年) 四一八頁。
- (30) 前掲注(23) および(24) の諸文献を参照。
- (31) 加藤・前掲注(22) 二四頁。
- (32) 加藤・前掲注(7) 一八九頁。
- (33) 伊藤・前掲注(17) 一五二頁、大村・前掲注(23) 二〇八頁、榎・前掲注(17) 一一九頁、吉田・前掲注(11) 二〇四頁。
- (34) なお、本判決が出される以前の三つの最高裁がいずれも不法行為の成立を否定していることから、提訴前の原告による事実確認・調査の程度がかなり低くても訴え提起に

違法性はなく、不法行為とはならないと理解されていたのではないかとの指摘がなされている。松下・前掲注(1) 五四頁を参照。

(35) この点は、提訴者の側で主張・立証を要すると解される。二羽・前掲注(1) 一二九頁。

(36) 東京地判平成一九年三月二九日 LEX/DB 文献番号 25463688。

(37) 兼子ほか・前掲注(24) 八四九頁〔竹下守夫 上原敏夫〕、本間・前掲注(3) 五六頁。

(38) なお、昭和六三年判決は、前訴で原告敗訴の確定判決が下された場合における、後訴での賠償請求をめぐる問題であるため、本訴提起が不法行為に当たることを理由とする反訴請求の問題には触れていない。しかし、調査官解説は、反訴による賠償請求の可能性を肯定していた。瀬戸・前掲注(6) 一二頁。その後の、最高裁(最判平成一二年四月二二日判時一六八一号一〇二頁、最判平成二一年一〇月二三日判時二〇六三号六頁)は、いずれも反訴による賠償請求訴訟を適法と解していると考えられる。

(39) 下級審裁判例において、本訴請求が不法行為に当たるとして本訴被告による損害賠償を求める反訴請求を認容した事案には、たとえば次のものがある。①名古屋地判平成七年一月二二日判時一五六三号一二六頁、②東京地判平成一三年六月二九日判タ一一三九号一八四頁、③さいたま

地判平成一九年九月二八日 LEX/DB 文献番号 28132344、④東京地判平成二〇年九月三〇日 LEX/DB 文献番号 28142031、⑤東京地判平成二三年二月二七日労働経済判例速報二〇九七号三頁、⑥高知地判平成二四年七月三十一日判タ一三八五号一八一頁、⑦広島高判平成二五年一月二四日判時二二一四号五二頁、⑧奈良地判平成二六年七月一日 LEX/DB 文献番号 25504572 など。

芳賀 雅顯