

不当提訴と弁護士費用に関する一考察

——反訴による応訴に要した弁護士費用の賠償請求について——

山城 崇 夫

はじめに

- 1 問題の整理
- 2 判例に見る違法性評価基準の確立
- 3 違法性評価基準再考—紛争成熟モデルを含む
- 4 反訴による弁護士費用の請求を認める場合の理論的問題
- 5 比較法的に見た不当提訴の扱い方——Malicious Prosecution から Bad Faith Exception ルールへ

はじめに

不法行為の被害者が加害者に対して提起した損害賠償請求訴訟の遂行に要した弁護士費用は、本来の不法行為と相当因果関係に立つ損害としてこれは請求できるものとされている。このことは、周知のように、最高裁昭和44年2月27日判決（民集23巻2号441頁）で示された。この判決についての評価は、不法行為の被害者の救済に前進をもたらし、弁護士費用の敗訴者負担制への一里塚になるとして、おおむね好意的にうけとられた⁽¹⁾。

1) 桜田「最高裁と弁護士費用論」法セ160号42頁、霧島「不法行為による損害と弁護士費用」判タ238号84頁など。なお、岨野「弁護士費用の損害賠償」新・実務民訴講座4巻所収103頁（日本評論社 昭和57）参照。

しかしながら、すでに指摘されているように、この取り扱いでは不法行為の被害者である原告だけが救済されるという片面性の問題が残る⁽²⁾。すなわち、被害者である原告は勝訴すれば本来の不法行為に基づく損害とともに弁護士費用をも通常の損害として同時に回復できるのに対し、被告が勝訴した場合、被告が応訴に要した弁護士費用は、原告の提起した訴えが不当提訴であるという評価を受ける場合に限り救済される。この場合、被告は応訴に要した弁護士費用を損害として回復できることは古くから判例で認められてきたところであるが、きわめて重大な過失または故意が認定できる場合は別段、不当提訴の評価はなかなか厳しいようである。さらに、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟では、原告は弁護士費用を通常の損害として回復できるのに比べ、被告は自己の弁護士費用を回復するためには自ら訴えを提起しなければならない。この点がバランスを失した扱いを受けている感がする。

そのうえ、この弁護士費用賠償請求は、多くの裁判例からみるところ、前訴が原告敗訴の確定判決に終わったのちに提起されており、いかにも不当提訴の条件として前訴原告敗訴の確定判決を要求しているかのようである。とすれば、被告は本訴において不当な応訴負担の賠償としてこれに要した弁護士費用の回復を反訴で求めることはできないのであろうか。もしこれが可能なら、後訴によるよりも経済的である。

本稿はこのような認識のもとに、不当提訴と弁護士費用について若干の考察をするものである。もちろん弁護士費用負担に関する問題は不当提訴のみにかかわるわけではない。立法論としての敗訴者負担という現在膠着した感のある大問題がある。しかし、本稿ではこれに立ち入らない⁽³⁾。

2) 小島「不法行為訴訟における弁護士費用」民訴判例百選(2版)所収72頁。もっとも、小島教授は政策的考慮から片面的敗訴者負担を支持される。同・弁護士報酬制度の現代的課題(鳳舎昭49)67頁。

3) 敗訴者負担、各自負担、および片面的敗訴者負担の合理的根拠を検討し、一般的に、いずれのファイナンスの方法も優位性を持たないことを分析したものとして、拙稿「弁護士費用ファイナンスの微視的考察——各自負担・敗訴負担・片面的敗訴者負担の正当化根拠を吟味する」山経37巻5・6号395頁。

まず、はじめに、議論を進めるにあたって問題を整理する。つぎに、不当提訴に関する判例の変遷および近時の最高裁判例の検討を通じて判例上確立されたと見られる違法性評価基準を概観する。第三に、不当提訴の違法性評価基準を吟味し、原告敗訴の確定判決は不当提訴を理由とする賠償請求の条件ではなく、さらに本訴請求の理由あるなしとも無関係に、被告との関係で原告の裁判制度の不当利用行為（紛争未成熟のまま訴えを提起したこと）に違法性を求めることを提案する。第四に、反訴による本訴の応訴に要する弁護士費用請求にかかわる問題を検討し、最後に、若干の比較法的視点から反訴による不当提訴賠償について紹介をかねて考えてみたい。

1 問題の整理

イ 確認事項

議論を進めるにあたって、次の事項を確認しておこう。

① わが国では、原則として弁護士費用は訴訟の結果にかかわらず原告および被告の各自が負担する。

② 不当提訴とは、訴えの提起それ自体が不法行為を構成する場合である。なお、不法行為の成立要件に関して近年諸説入り乱れており、そもそも筆者の力の及ぶ範囲ではない⁴⁾。ここでは、違法性の評価の基準としてもっぱら侵害行為の態様を念頭に置いている。違法性の判断の際に故意過失の要素はこの中に取り込まれていると考えている。被侵害利益については後述（第三節）する。

③ 不当応訴とは、本来の争いとは別個に、加害者（債務者）が不当に応訴することそれ自体が不法行為を構成する場合である。論者によっては、不

4) さしあたり、沢井「不法行為法学の混迷と展望」法セ296号72頁、錦織「違法性と過失」民法講座6巻所収133頁、星野「権利侵害」ジュリ882号64頁など参照。

当抗争ともいう。一般にこれが認められるにはよほど違法性が明らかでなければならぬとされる⁽⁵⁾。

不当提訴と不当応訴をあわせて不当訴訟という。もっとも、不当訴訟をもっぱら不当提訴の意味で使う論者もいる。

④ 不法行為に基づく損害賠償請求訴訟では、被害者である原告の弁護士費用は本来の損害と相当因果関係にある通常損害として処理される。

⑤ 債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟では、判例は、債権者である原告の弁護士費用は本来の損害と相当因果関係に立たないとする⁽⁶⁾。なお、本稿はこの点について立ち入った検討をする予定でない。念のために付言すれば、債務不履行に基づく損害賠償訴訟それ自体が不当提訴にあたることもあれば、またその被告の応訴が不当応訴を構成することがあるのはもちろんである。

⑥ 以下の議論では、事件の規模・内容にかかわらず、常に被告は弁護士に訴訟委任し、着手金を支払っているものとする。統計上は、原告に比べて被告側は本人訴訟の割合が大きい⁽⁷⁾ので、事件の規模や内容いかんでは、以下の議論が実態を無視した暴論に見えるかもしれない。しかしながら、本稿のねらいは、反訴による弁護士費用の回復を認めることの理論化にある点を汲みとってもらいたい。なお、後で明らかになるように、このことは敗訴

5) 末川博士は、加害者が争うから訴訟になるのであり、弁護士費用は副次的第二損害であり、不当に抗争した場合に成立するという。なお、博士は、弁護士費用を本来の不法行為による損害と相当因果関係にある通常損害と見ることに反対される。民商法雑誌4巻2号421頁。加藤・不法行為(有斐閣 昭和49)312頁は、不当提訴と不当応訴を統一的に理解し、不当応訴は不当に抗争したことに反論的反社会的な強度の違法性が認められる場合に成立を認める。

6) 裁判昭和48年10月11日判時723号44頁。民法419条を根拠にする。しかし、新堂・民事訴訟法(筑摩)611頁はこれについて異見。岨野(前注1)は債務不履行と不法行為の競合する場合における通常損害を模索する。なお、小泉「債務不履行と弁護士費用の賠償」判タ452号53頁参照。

7) 最高裁事務総局「昭和62年度民事事件の概況」によると、地裁の場合、第一審通常民事事件では、双方とも弁護士訴訟は44・8%、一方のみが弁護士訴訟は原告側35・5%、被告側3・2%である。法曹時報40巻118頁。

者負担の実質化をねらったものではないことも付言する。

不当提訴および不当応訴の場合における損害として弁護士費用だけを取り上げ、それ以外の損害（無形の損害）については本稿では切り捨てる。

⑦ 弁護士費用は必要費かそれとも贅沢費かという議論があり、それが弁護士費用を損害として把握していく場合に考慮の要素と考えられないわけではない⁽⁸⁾が、本稿では、原則として一般に訴訟遂行における弁護士の助力を必要なものとみて、ここでの議論の枠のなかでは常に損害とする。

ロ 弁護士費用回復の手段

上記イの②③④について、それぞれ弁護士費用を回復する手段としては次のような方法がある。

不当提訴の場合、まず、前訴が不法行為を構成するとして前诉被告が後訴原告となって前訴の弁護士費用の賠償を損害として求めることができることについては問題がない。もっとも、この場合、前诉被告（後訴原告）は二度の訴訟遂行をしなければならない。なお、後訴の原告が再び弁護士に訴訟を委任している場合、当該弁護士費用は本来の損害（前訴において応訴に要した弁護士費用）と相当因果関係にある通常の損害として請求できよう。

問題は、不当提訴にあたる訴えである本訴において、被告が反訴をもって応訴に要する弁護士費用を不当提訴に基づく損害として回復できるか、である。仮にこれが可能であれば、本诉被告は一度の訴訟遂行で目的を達成できるというメリットがある。もっとも、不当提訴の要件に前訴において原告が敗訴したことの確定判決が要求されるなら（訴えの取り下げも含めてよい）⁽⁹⁾、この方法は不可能である。

不当応訴の場合、前訴の原告が前訴の被告に対し、後訴において前訴にお

8) 山田「弁護士費用」法時49巻3号157頁は、弁護士費用を必要費と考えれば、不当提訴という枠組みは不適切であるという。

9) たとえば、鳥取地判昭和49年5月29日判時759号91頁。前訴取り下げ後、不当提訴による請求を認容。

ける被告の応訴が不法行為を構成するとして前訴での弁護士費用の回復を求めることができよう。この場合、原告は二度の訴訟遂行をしなければならない。なお、後訴の訴訟遂行に要する弁護士費用は不当応訴による損害と相当因果関係にある損害としてこれを求めることができよう。

また、不当応訴の場合、原告が本訴の請求に合わせて同一訴訟で被告に弁護士費用を請求できるか。これを認めると審理が複雑化するとか、また理論的にも適切でないという問題が指摘されている⁽¹⁰⁾。もっとも、下級審では、同一型の訴訟が多いという指摘がある⁽¹¹⁾。

不法行為に基づく損害賠償請求訴訟では、被害者である原告は本来の損害とともに当該訴訟において自己の弁護士費用を通常損害として請求することができる。すなわち、二度の訴訟遂行は必要ではない。また、前述したように、本来の請求が不法行為に基づく場合、原告の弁護士費用は相当因果関係にある通常損害とする判例の確立により、限定的ではあるが、不当応訴による弁護士費用の賠償は實際上、ここに取り込まれることになる。霧島教授は「(不当応訴に基づく請求)の同一訴訟による請求の一般化が、不当抗弁論から因果関係論への脱皮を導き出したということもできよう」という⁽¹²⁾。

ところで、不当応訴の場合これまでは不当提訴に比べてその認定が困難とされていたが、前述したように、本来の請求が不法行為に基づく損害賠償請求に限れば、原告弁護士費用が本来の不法行為と相当因果関係にあるとする判例が確立したので、不当応訴を主張するまでもなくなったという一面があるろう。そこで、不法行為の被害者は一本の訴訟で適正な額を請求してさえすればまず間違いなく弁護士費用を回復できる⁽¹³⁾のに対し、不当提訴の場合は、原告敗訴の判決の確定が条件と考えれば、本訴被告は弁護士費用の回復のために二回の訴訟を遂行しなければならないことになる。そのうえ、前

10) 霧島(前注1)89頁。

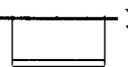
11) 前注同所。

12) 前注同所。

13) 幾代・不法行為(筑摩)287頁参照。

訴が違法な訴えの提起であることを主張立証しなければならず、本来の不法行為と相当因果関係にある損害であることを主張するのに比べ、困難な面が大きいといえよう。昭和40年代までは、不当応訴の認定は困難とされ、不当提訴類型に比べ、不法行為のひとつの類型としての確立は遅ちとしていた（もっとも、被告の犯罪的行為にかかわる場合には比較的認められているようだが、不当提訴類型ではたとえば誣告のような犯罪的行為を超えて大審院時代の昭和初期にひとつの不法行為類型として確立を見ているのである）。それが本来の不法行為との相当因果関係論の一般化により逆転した側面があるといつてよい。

以下の表は上記の事柄をまとめたものである。弁護士費用の回復を求める当事者を x とする。＝が弁護士費用を求める請求である。

類 型	本 訴 (前訴)	後 訴	要 件
不当提訴	$x \text{ — } x$ $x \text{ = } y$ (反訴)?	$x \text{ = } y$	y の訴えの提起が不法行為
不当応訴	$x \text{ — } y$ $x \text{ = } y$	$x \text{ = } y$	y の応訴が不法行為
不法行為に基づく通常損害	$x \text{ — } y$ 	不 要	本来の不法行為との相当因果関係

2 判例に見る違法性の評価基準の確立

(1) 不当提訴類型の認知

イ 不当提訴類型の判例上の確立

大審院時代に不当提訴に関する判例が一応の確立を見た。

大判昭和 8 年 5 月 30 日 (新聞3563号 8 頁) がその最初の判例である (もっ

とも、これまでも、誣告により被告人となった者がその弁護士費用を損害として請求した時に認めた例がある⁽¹⁴⁾。これは、民事上故意または過失により何ら理由のない訴えの提起または仮差押えの申請をした結果、相手方がこれに応訴するため弁護士を委任しなければならないとき、その費用を不法行為による損害とした初めての判例であるといわれている。

また、大判昭和16年9月30日（民集20巻20号1243頁）は、不法に親権喪失の訴えおよび親権停止の仮処分の申請を受けた者がこれに応訴し仮処分の取り消しを求めるのに要した弁護士費用を不法行為による損害とした。

次に、大連合部判昭和18年11月2日（民集22巻23号1179頁）において不当提訴類型についてはほぼ確立されたものと見られている。事案は、債権譲渡を受けた者がその債権の取り立てを求めた前訴で、当該債権譲渡は訴訟行為をなす目的であるから信託法11条に違反して無効であるとの理由で請求が棄却された後、前訴被告が応訴に要した弁護士費用を求めて本訴に及んだものである。連合部は「不当ニ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処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——（略）——我訴訟法ハ弁護士ノ代理ヲ強制セスト雖訴訟ニ於テ完全ニ攻撃防御ノ方法ヲ尽シ自己ノ利益ヲ充分擁護センニハ弁護士ニ委任スルニ非サレハ困難ナル場合多ク實際ニ於テモ訴訟ノ当事者カ自身訴訟行為ヲ為スコトナク弁護士ヲ代理人トシテ訴訟ヲ遂行セシムルヲ通常トシ従テ不法ノ訴ニ対シ不得已応訴シタル被告ノ弁護士費用ハ訴訟ニヨリ通常生スヘキ損害ト云フヲ得ヘキカ故ナリ——」と判示した。そして本件事案に即して、前訴の原告である債権譲受人が訴えの提起に及んだのは、前訴の被告（本件原告）が債務を弁済しなかったからだと主張を続けており、この点につき原審は審理を尽くしていないとし、「蓋若シ上告人（前訴原告・債

14) たとえば、大審院判大正10年11月18日民録27輯1971頁など。

権の譲受人)ノ右主張ニシテ真実ナルニ於テハ被上告人(本訴原告)ノ債務不履行ナカリセハ前訴ノ如キハ恐ラクハ提起セラレサリシナルヘク又其カ提起セラレタル後ニ於テモ被上告人ハ真ノ債権者——ニ弁済ヲ為スコトニヨリ弁護士ニ委任シテ応訴スル等ノ費用ハ之ヲ免レ得タルヤモ知ルヘカラス若シカカル場合ナリトセハ本訴ニ於テ被上告人カ賠償ヲ請求スル損害ノ如キハ被上告人カ徒ニ自己ノ違法行為(債務不履行)ヲ継続センカ為メ支出シタル費用ニ帰シ之ヲ上告人ニ転嫁セントスルカ如キハ或ハ全然許サレサル場合モ考ヘ得ヘク然ラストスルモ所謂過失相殺ハ当然考慮セラルヘキ処ナレハナリ——」と述べる。さらに最後に、当院民事部および刑事部のこれまでの判決に上記の判旨と趣旨を異にするものがあるので連合部をもって審理したことを付け加えている。

当初、この連合部判決について、特に最後の判示部分から、弁護士費用の賠償責任に関する統一的な原理を提供したものとする見方があった⁽¹⁵⁾。しかし、すでに不当提訴類型については原則的に大審院で弁護士費用の賠償を認めているのであり、連合部判決はこれを追認したにすぎないのではないかという疑問がでるにおよび、この判決の先例的意義は、むしろ判旨後段部分にあるとみる見解がでてきた。川島教授は、判旨は「x(前诉被告)が債務を弁済していなかったためにyの訴提起があったのだとすれば、xは債権者に弁済しさえすれば本訴で請求されている弁護士費用を免れ得たはずなのだから、xはその賠償を請求する権利を有しない、と判断しているのである。そうして、この点こそ判旨の先例的意義を考える上で重要なのである。というのは、xに右のような事情がある場合には、yの前訴提起が[理由のないもの]として棄却されたとしても、[不法行為]であったと認むべきかどうか、そもそも問題となるはずだからである」と述べている(下線筆者)⁽¹⁶⁾。すなわち、本来の請求が理由がないとして棄却されても、ただそれだけでそれが不当提訴であるという判断に結びつかないということである。同様に、

15) 判例民事法昭和18年度66事件291頁 川島執筆。

岨野裁判官は「——この判決が、弁護士費用の賠償請求を認めることができるかどうかを決めるもととなる行為の違法性の認定について慎重であるべきことを要求しているのは、確かであるといえよう。すなわち、一見すると原審の認定判断の審理不尽を咎めただけとみられるこの判決の事案に即した判示部分に、実はかなり重要な意味があったといえるのであって、当該訴訟提起を弁護士費用の賠償請求を是認しうる不当提訴であると評価するについては慎重であることを求めることによって、一般的に弁護士費用賠償請求を認めるには慎重であるべきであるとの考え方を示したものとみうる」と述べる⁽¹⁷⁾。

□ 違法性評価の基準——下級審判例から

戦後、下級審判決は、連合部判決に従い、訴えがそれ自体違法性を帯びるか否かについておびただしい数の裁判例を積み重ねてきている。これらの詳細な分析はすでに行なわれており、私は専らそのうわずみをすくいあげる幸運に恵まれた⁽¹⁸⁾。

下級審が違法性ありとの判断要素としたものは、以下に分類される。ただし多くは原告敗訴判決を前提としている⁽¹⁹⁾。

第一に、提訴が不当な動機や目的で行なわれたこと。

第二に、請求が理由のないものであることを認識しながら提訴に及んだこと。

第三に、不注意から請求に理由がないことを知らずに訴えに及んだり、提

16) 川島「弁護士費用の賠償」判例百撰（ジュリ200号）84頁は、前注の評価を変更した。なお、末川博士は、不当提訴の成立要件として、原告の請求が実体的に理由を欠くこと、および訴えの自由もしくは可能を濫用したといえる場合とする。同・判批民商法4巻1号186頁。（大審院判昭和11年1月31日民集15巻2号116頁の批評として）。

17) 岨野（前注1）111頁。

18) さしあたり、岨野（前注1）113頁以下、および山田（前注8）は網羅的である。なお、吉村＝松尾・判例評釈 判タ672号47頁など。

訴前に原告が調査すれば容易に請求に理由がないことを知り得たにもかかわらず訴えを提起したこと。

代表的な裁判例には、これらを列挙しているものがある。すなわち、「——訴が不法行為の要件を具備しているというためには、それが目的その他諸般の事情からみて著しく反社会的、反倫理的なものと評価され、公の秩序善良の風俗に反していると認められる場合、すなわち訴がそれ自体として違法性を帯びている場合でなければならないと解すべきである。単に訴訟の結果訴訟物たる権利がなかったのに、これあるものとして訴を提起しただけで、この要件を具備したというには十分でなく、権利がないことを知りながら被告を害するため、又は其の他紛争の解決以外の目的のため、あえて訴の手段に出たという場合か、権利の存否について深く調査もせず、訴訟という手段に出る際の原告の態度としては誰がみても軽率に過ぎ、世間の常識上著しく非難されるに値するほどの重大な過失によって権利のないことを知らずに訴を提起したというような場合でなければならない。訴訟は一定の権利ないし

19) もっとも、裁判例のなかには、本訴で勝訴しながら〔自創法上農林大臣の許可が必要な土地売り渡しであるにもかかわらずそれに違反したとして登記の抹消を求めた訴訟〕、訴訟に至る原因が原告（国）の過失による（登記官吏のミス）として応訴に要した弁護士費用の賠償を求めたものがある。大津地判昭和36年1月26日下民集12巻1号104頁。

なお、「敗訴者は反証なき限り、その訴提起につき一応過失ありと推定されるべきであって——」と述べる裁判例がある。東地判昭和40年6月15日判時421号44頁。これについて、山木戸「不当訴訟と訴提起者の過失の認定」法時38巻5号87頁は、「不法行為の成立は加害行為が故意・過失によってなされ、かつそれが違法であるときに認められる。もっとも一般には、加害行為と故意・過失および違法性はそれほど概念的に明確に区別しないままに不法行為の成立を論じることが少なくないようである。しかし違法性は対象の評価であり、加害行為と故意・過失は違法性判断の対象をなす、とみるのが理論的であると思われる——ところで、不当訴訟による不法行為における過失とは、訴えが理由のないことを知りうべきであるのにそれを知らずに訴えを提起し、これを遂行したということであり、したがって一定の注意義務を前提とする。——訴えの提起にあたって尽くすべき注意としては、何よりも事件を事実面および法律面から調査し検討することであろう。——」と述べ、単なる敗訴という事実だけで過失を推定することは無意味であると批判される。

は法律関係の存否に関して紛争が生じた際に、これを解決する手段として設けられた制度であるから、そこに真の紛争と見うるものがある限り、たとえ訴訟の結果は原告の敗訴に帰したとしても、ただちにこれを責むべき理由ありとはいえないのである」(下線筆者)⁽²⁰⁾。

ハ 違法性評価の慎重性——裁判を受ける権利との調整

不当提訴の判断は慎重でなければならないとされている。前述したように、大審院もこのことを認識していた。本来の請求が単に理由がなかったというだけでは違法性を基礎づけることができないのは当然としても、違法性の認定につき基準をゆるやかにすれば裁判を受ける権利と衝突する恐れがあると考えられてきた。一般論として裁判を受ける権利に配慮すべきことを述べた、次に掲げる判示が代表的である。すなわち、「裁判を受ける権利は憲法上国民に与えられた基本的人権であるから、民事訴訟の提起、遂行が不法行為になるか否かの判断にあたって、その判断が裁判を受ける権利を不当に制限する結果にならないように十分に配慮すべきであって、請求が認容されなかったことをもって直ちに訴提起に過失があったと推定することが不当であるのはもとより、たんに敗訴の可能性を認識していたことをもって訴提起に過失があったとすることも相当ではないが、請求に理由がないことを知りながらあえて訴を提起した場合や、あるいは容易に認識することができる立場にありながら、これを認識することなく訴を提起した場合においては、そのような故意、過失による、理由のない訴の提起、遂行は、相手方に対する不

20) 東高判昭和43年3月30日判時519号54頁。

なお、正義衡平の原則から賠償を認めた例がある。すなわち、「——不当訴訟ないし不当応訴が成立しない場合でも、勝訴者は、自己が弁護士に支払った費用等の償還を敗訴者に請求できないものであろうか。現在日本における取扱いは、その請求を否定するが、当裁判所は、その見解に対して大きな疑問を有する」とし、「——弁護士費用というものは、勝訴者の負担すべきものではなく、須らく敗訴者の負担とすべきものであって、それが民事訴訟の根本の理念に適合するものであり、それは、正義衡平の原則や信義誠実の原則ないし条理の一適用の外ならないとすることができる」。熊本地宮地支判昭和42年4月28日下民集18巻3・4号484頁。

法行為を構成すると解すべきである」⁽²¹⁾。

ある状況の下では、原告が自己の権利の存在を誤信したことについて非難できないとして不法行為の成立を認めないとする場合も当然にある。もちろん、それと反対に、たとえば訴え提起前に交渉の経過から自己に権利がないことを知り得る十分な機会があったとして不法行為の成立を認める場合もありえよう。いずれにしる、事実認定の問題に還元されてこようが、裁判を受ける権利との調整基準をどこに求めるかが難しく、きわめて微妙な領域になってくる。

(2) 最高裁判決 (第三小) 昭和63年1月26日 (民集42巻1号1頁) の違法性評価基準

イ 事件の経緯

前訴が不法行為にあたるとして損害賠償を求めた。第一審棄却。控訴審認容。上告審で破棄自判。

ロ 事実の概要

本件土地はW会社所有の土地であったが、同社破産のため破産管財人の管理するところであった。Y(前訴原告、本訴被告、被控訴人、上告人)は、破産管財人から本件土地の処分を委ねられていた訴外Zから、転売を目的としてこれを1億500万円で買い受けた。これをZはYの承諾の下に、訴外V会社との間で、代金を1億500万円とするが、坪当たりの価格を5713円とし、後日実測のうえ精算するとの約定で本件土地につき売買契約を締結し、V会社は同日手付金として金額9000万円の小切手をZに交付し、ZはこれをYに交付した。Zが自己の名で契約を締結したのは、本件土地にZ名義の所有権移転仮登記がされており、Zが破産管財人との関係を慮って、そうすることを主張したからであり、また、代金をYが取得した価格と同額としたのは、実測した場合、いわゆる縄延びが予想され、そこから相当の利を得ることができると判断されたからであった。ところで、この実測について、V会社は、Zからの申し入れに基づきZの承諾を得たうえで、V会社の測量の大半を担当している土地家屋調査士X(前訴被告、被控訴人、本訴原告、控訴人、被上告人。V会社代表者の義弟)にV名義で依頼した。

Yは、ZがV会社に働きかけて本件土地の実測面積を実際より少なくしその分の代

21) 東高判昭和58年5月18日判タ501号141頁。

金相当額を両者で折半しようとしているとの情報を得たので、Zとの間で所有権の確認をしたり、V会社に残り代金をYに支払って欲しい旨を通知するなどした。

現地での測量に立会ったのはZおよびV会社の代表者だけであったので、Xは隣接地所有者の立会を求めて境界を確認してからでないといふと測量はできないといふ断った。ところが、Zから「測量図は取引の資料にするにすぎないので、取りあえず指示する測点に従って測量し、その中に食い込む形になる某所有の土地についてはその公簿面積を差し引くという方法で本件土地の面積を算出して欲しい。隣接地との境界は後日確定する」と言われたので、XはZの指示どおりに測量し、V会社に測量図および面積計算書を交付した。

その後、YはV会社を通じて測量図を手に入れたが、いくつかの疑問点があるとして、改めて独自に専門業者に依頼して測量してもらったところ、Xの測量結果よりも約720坪多かったため、V会社事務所にY、X、V会社代表者らが参集した席上、上記担当した業者にXの採った測量方法が当を得ていないことを説明させ、Xもこれを認めたので、V会社に対し残代金の精算を要求した。ところが、V会社はXの測量結果を楯にとってこれに応じようとしなかった。

そこで、Yは、Xに測量を依頼したのはYであることを前提として、その測量結果に誤りがあったことを理由に500万円の支払いを請求したが、Xは、測量はV会社の依頼に基づきZの指示にしたがって実施したもので、Yとの間に直接のかかわりが無いことを理由にこの請求を拒絶した。Yは、XがYの依頼に基づいて本件土地の測量図を作成したさい過小に測量したため、実際の面積より不足する分の土地代金544万5000円をもらえず同額の損害を被ったとして、Xに対して損害賠償を求めたのが前訴である。なお、ZとV会社の間では別の業者による測量の結果に基づいて、Yには内密に残代金の精算が行なわれていた。

前訴第一審は、Xに測量を依頼したのはV会社であってYでないとしてYの請求を棄却し、この判決はYの控訴取り下げにより確定した。

このような事実関係の下に、XがYの前訴提起に対して防御のためやむなく弁護士に支払った費用80万円と誤測量の濡れ衣をきせられたことによる精神的損害120万円の賠償を求めたのが本訴である。Xは、本件土地の測量はYから依頼されたものではなくV会社から依頼されたものであり、測量の結果がかりに実際の面積と事なるとしてもそれはZの指示が悪いからであり、誤った測量をした事実はないとし、このことを前訴の提起前からくりかえし説明しているのであって、Yは前訴提起が理由のないことを十分知りまたは知り得たのにあえて前訴を提起した、と主張した。これに対しYは、V会社の代表者がXを推薦したので、V代表者にXに測量を依頼することを委任し、それに基づいてV代表者がXに測量を依頼したものであくまでYが依頼者である。そして、測量業者は、その業務を誠実に行ない、測量成果の正確さの確保に努めなければならないのに、Xの方法は誤っていた、と主張した。

本訴第一審は、Yが測量の依頼主であることはもちろんであり、Yがそのような信じていたことに過失はないとし、「Xは——測量の直後からひとたびZ、V以外に実質上の売り主たる利害関係人のYが出現しているのであるから、土地家屋調査士制度の趣旨すなわち——（不動産それ自体の物理的客観状況を明らかにすること）に寄与すること、従って、その業務は公共的正確を有し公正誠実を旨とすべきであるこ

とに鑑み同測量にこだわらずその時点で正確な測量を実施し土地家屋調査士の職務を全うすべきであった」と判示し、Xの請求を棄却した。

Xが控訴した。控訴審は、第一審の事実認定と異なり、Xに測量を依頼したのはV会社であって、XとYとの間には委任、請負などの契約関係は存在せず、しかもXはZの指示するところに従いZとV会社の売買の資料として使われるにすぎないとの認識の下に測量を実施したものであり、YがXに契約上の責任はもとより不法行為上の責任も問えないことは明らかであるとし、「——Yは、前訴の提起当時、——Xに対する本件土地の測量の依頼もV会社を通じてYがしたものであるとの認識を持っていたことが認められるが、しかし、これは——Yの全くの主観的認識にすぎず、現にYは、——本件土地の測量について、Xに対し何人が、どのような依頼や指示をしたかについてさえ、ほとんど客観的な事実認識を有していなかった——。そうだとすれば、Yは前訴の提起に先立ち、まず、Xに対し——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であり、そのような措置を採っていれば、——Xに対し本件土地の測量につき損害賠償の請求をすることは、本来、筋違いであることを知り得たものというべきである。それにもかかわらず、Yは——いきなり前訴提起の拳に出たものであって、Yは、前訴の提起当時、事実確認の措置を怠らなければ、Xに対する請求が理由のないことを知り得たものであるから、Yによる前訴の提起はXに対する不法行為を構成し——」と判示したうえで、弁護士費用のみを賠償すべき損害とした。

そこで、Yが上告した。上告審は、原判決を覆しY敗訴部分を破棄し、Xの控訴を棄却した。

ハ 判旨

「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うることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事柄であるから、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つては、いやし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。したがって、法的紛争の解決を求めて訴えを提起することは、原則として正当な行為であり、提訴者が敗訴の確定判決を受けたことのみによって、直ちに当該訴えの提起をもって違法ということはできないというべきである。一方、訴えを提起された者にとっては、応訴を強いられ、そのために、弁護士に訴訟追行を委任しその費用を支払うなど、経済的、精神的負担を余儀なくされるのであるから、応訴者に不当な負担を強いる結果を招くような訴えの提起は、違法とされることのあるものやむをえないところである。

以上の観点からすると、民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、右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。けだし、訴えを提起する際に、提訴者において、自己の主張しようとする権利等の事実、法律的根拠につき、高度の調査、検討が要請されるものと解するならば、裁判制度の自由な利用が著しく阻害される結果となり妥当でないからである。

これを本件についてみるに、——（略）——実質上、ZがYの代理人として売買契約及び測量依頼をしたものと考え余地もないではないこと、Yが、Zにおいて訴外V会社に働きかけて本件土地の面積を実際の面積よりも少なくし、その分の代金相当額を訴外V会社と折半しようとしているとの情報を得て、訴外V会社に対し、本件土地の所有者はYであるから残代金を支払って欲しい旨の通知をしていたのに、訴外V会社がYの測量結果を楯にとって精算に応じようとしなかったことなどの事情を考慮すると、YがX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得たともいえないので、Xに対して測量図等が何人のどのような指示や依頼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、Y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ず、したがって、Xに対する違法な行為であるとはいえないから、Xに対する不法行為になるものではないというべきである」(下線筆者)。

二 本判決の違法性判断基準

一応、大審院以来戦後下級審判決が積み上げてきた不当提訴の違法性判断基準を確認したものといえよう⁽²²⁾。そこで、この判決について判旨に即し

て論理の運びを見ていくことにする。

第一に、判決は前訴が敗訴の確定判決を受けたことのみで当該訴えの提起が違法であることにはならないという。すなわち裁判制度の利用を不当に制限しないよう裁判を受ける権利の最大限の尊重をはかる必要があり、法的紛争の解決を求める訴えの提起は原則として正当な行為であるという。このことはすでに判例上認識されていたことでもある。

ところで、判決は、応訴者に精神的経済的負担がかかることを指摘したうえでそれは訴訟制度上いたしかたのないものとする。この点を示したのは、次の第二の内容の伏線になっている。すなわち、被告の通常の応訴負担を超えるような、明らかに不法な場合まで裁判を受ける権利が尊重されるものではないということである。

第二に、応訴者に不当な負担を強いる結果を招く訴えは違法であるという。すなわちここで、裁判を受ける権利の尊重と応訴者の「不当な負担」を招くことは許されないという二つの理念を掲げることによって、その調整の基準を提示しなければならないことになる。

そこで第三に、これを受けてその具体的な違法性評価基準を示している。すなわち、まず、

- ・「敗訴判決の確定」を前提として、
- ・「請求に理由がないこと」、
- ・「そのことを知っていたか又は知らなかったことに過失があること」

の以上三点である。これらは従来から下級審で示されている基準を列挙したものにはすぎない。ところが、さらに以上を例示として「裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとき」というより統一的な表現が使われている。これは何を意味しているのであろうか。

22) 林屋「不当提訴による賠償請求」ジュリ908号53頁。中島「時の判例」月刊法教96号92頁。

ホ 吉村=松尾・判例評釈について

「裁判制度の趣旨目的」の内容については判決は何も述べていないが、これが違法性の評価にかかわることは確かである。吉村=松尾・判例評釈は、この機能的、構造的側面を二つの方向で明らかにしようとする⁽²³⁾。

ひとつの方向は、原告が敗訴した場合にも原則として訴え提起が正当とされるのはそれが被告との関係でも正当化されているからだとし、これを被告との関係での正当化機能と把握する。そして、訴えの提起が被告との関係で正当化機能を持たない場合を裁判制度の趣旨目的から逸脱した提訴であるという。さらに、分析の特色は、この判決は、裁判を受ける権利でもって被告の応訴負担を克服できるといっているのではなく、訴え提起の正当化を「法的紛争」を中間項として介在させることにより原告の裁判を受ける権利が具体化ないし現実化されることを要求しているとして、裁判制度の趣旨目的から逸脱する訴えとは、「法的紛争」が不存在である場合を追求することにはかならないという。手続的には、前訴の手続過程内に訴えの正当化過程を盛り込むべきで、そこで法的紛争の存在が示されなければ不適法として却下されることになるという。

いまひとつの方向は、違法評価に別個の観点を取り込む立場であり、訴え提起が通例被告の手続関与を要求する現行法の下では、応訴負担は不断に発生する以上、これは違法性評価の決め手にならないとして、提訴の態様面から評価を加える方向が出てくるという。それは提訴の際の主観的態様や提訴に至る事情を総合的に考慮することであり、その際、裁判制度の趣旨目的はこれらの事情を違法性判断に取り込む機能を持つとする。手続的には、前訴が正当として進行したところ敗訴に終わっても違法とは言えず、提訴が主観的態様において非難可能性を有する場合にはじめて違法との評価がありうるとする。要するに、これら二つの方向は、機能する場面を異にしていずれも取

23) 吉村=松尾 (前注18) 51頁。

り込まれるべきものであるという。

結局、この考え方は、従来、不当提訴として扱われてきた問題を手続正当化というより広い枠組みのなかに解消させてしまおうとする試みである。具体的には、訴えの利益の機能の再構成を射程にしているのであろうか。不当提訴における弁護士費用の回復の問題は周辺の事柄としての扱いになっているが、反訴提起の可能性の基礎付けという本稿の問題関心と共有できる側面があり、次節で展開する私の違法性評価基準に大きな示唆を得ることができた。もっとも、吉村＝松尾・判例評釈が、原告の訴え提起の正当化を原告の責任において本訴で要求し、被告の応訴負担の最大のものである弁護士費用については後続訴訟の対象と考えているかぎり、真の意味で応訴負担（被告の弁護士費用）は残されるのではなかろうか。

3 違法性評価基準再考（紛争成熟モデルを含む）

イ 本訴原告の敗訴判決の確定が不当提訴認容の条件か？

これまでみてきたように、判例理論によれば本訴請求に理由がない場合にはじめてこれが不当提訴として認められるかいなか問題となるのだから、この疑問は一見奇妙に思えよう。最高裁、および戦後の下級審判例に共通した不当提訴の成立判断の運びは、敗訴判決を前提にして、敗訴判決から直ちに違法であるとはいえないとしたり敗訴判決から直ちに過失を推定することはできないと述べたうえで、違法性評価の中心は、もっぱら請求に理由がないことを知っていたかそれとも過失により知らなかったかといった点においている。いかにも敗訴判決の確定を不当提訴の当然の成立条件と考えているむきがないでない。しかし、これら判例の事案はおおむね前訴の敗訴判決確定後に別訴で弁護士費用の回復を求めたものであることを看過すべきでない。すなわち、多くは前訴がたまたま原告の敗訴で確定した後に前訴被告が

損害賠償を求めたという事実関係にあった。最高裁が「民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合」と述べているのは、本件事案に即した事情と見れば、一般に、敗訴判決の確定が違法性認定の不可欠の要素であるとみる必然性がない、と解することもできよう。

ただし問題として残るのは、請求に理由がないことが違法性評価の要素である限り、敗訴判決の確定が条件になっていないとしても、結局のところ同じことではないかという批判がありえよう。しかし、本稿の問題関心からすれば、これらは全く異なる次元にある。というのは、敗訴判決の確定を条件とすれば、反訴の提起は不適法を免れない。しかし、請求が理由を欠くという要素は、訴訟中の審理を通じて明らかにされるものであるから、反訴を不適法とする理由にならない。

ところで、敗訴判決の確定が不当提訴の条件ではないという点からさらに一步進めて、違法性の評価基準を見直してみたい。というのは、本訴の請求が理由を欠くという要素自体も違法性認定の不可欠の要素ではないののではないかと思われるからである。

□ 違法性評価基準としての「不当な裁判利用行為」への収斂

最高裁は「裁判制度の趣旨目的」から著しく相当性を欠く訴えが不当提訴であるという。いかにも文脈からは、これまでの下級審に見られた違法性の個別的要素をより客観的にかつ統一的な指標を与えようとしたものとみえる⁽²⁴⁾。しかしながら、違法性の評価基準は裁判を受ける権利との関係において常に慎重な取り扱いが要請されてきたことを思い起すべきである。したがって、「裁判制度の趣旨目的」は違法性評価の統一的指標というのではなく、むしろ裁判を受ける権利と従来の違法性判断要素とを統合する基準としての文脈で理解すべきではないか。このように捉えると、裁判を受ける権利

24) このようにみるのは、林屋（前注22）57頁。

は、不当提訴の評価をめぐる局面では、被告との関係で原告の裁判を受ける権利を保障すべきかいなかの問題として位置付けなおす途を開くことができる。すなわち、これから展開する議論は、裁判制度の趣旨目的から外れる不当な裁判利用は、被告との関係では原告の裁判を受ける権利は保障されず、それは被告に対する違法行為であるという点にある。

問題は、被告からみて原告の裁判を受ける権利を保障する訴えとそうでない訴えは、どのようにして区別されるか、である。さらに、裁判を受ける権利を保障されない訴えが不当な裁判利用行為であるにせよ、不当な裁判利用行為がそれだけで被告の損害賠償請求権の発生を基礎付けることができるか、である。前者の問いと後者の問いは別個のものではなく、実のところ不可分であり、その理由は後で述べるように、裁判制度利用の正当性の把握にあると考える。

そこで、まず、吉村＝松尾・判例評釈の考え方を取り上げよう⁽²⁵⁾。これによると、裁判を受ける権利から直ちに被告の応訴負担が克服できるものではなく、「法的紛争」を中間項として介在させることにより原告の裁判を受ける権利が具体化されるという。したがって、正当な訴えの提起とは、法的紛争の解決を求めたものでなければならないという。

裁判所法3条1項で明らかのように、法律上の争訟を欠く訴えは、裁判所はこれを取り上げる必要はない。それでは、なぜ、法的紛争の解決を求めない訴えについて、被告はこれに防御する必要があるのだろうか。応訴強制という訴訟制度を前提とするかぎり、その結果として、この場合被告に損害賠償請求権を認めなければ不公平である。訴えの提起は正当な行為であるから、被告に被侵害利益を想定することは困難であるが、ここに至って被侵害利益の存在を認めることができる⁽²⁶⁾。

25) 吉村＝松尾（前注18）50頁。

26) なお、山木戸「執行文付与申請行為の違法性」民商法50巻6号940頁は、法律生活の平穩ないし自由の利益を被侵害利益と考えている。

では、裁判所を利用して解決するに値する法的紛争の存否の評価はいかになされうるか。私は、訴え提起前の交渉（プロセス）を裁判制度に接続させて法的紛争を把握すべきであると考え。すなわち権利の存否をめぐる対立という一面的な法的紛争把握ではなく、交換的な交渉プロセスの行き詰まりが紛争を相互的に成熟させ、裁判利用の正当性を原告および被告相互が相手方に与えるものと把握する（紛争成熟モデル）*。訴訟2人ゲームという理解は、実体的考察を除外した抽象的理解に立つ限り、原告がゲームの第一手を常に取得していることを考えれば、原告被告の互換性がない場合常に公平なゲームとは言えないのではなかろうかと考えるからである。

*紛争成熟モデル 紛争の成熟とは、一般に X と Y の相互的交渉プロセスにおける誠意ある応答行為の積み重ねを経たうえで、裁判所以外にこれを

(紛争成熟モデル)

図1 (交渉による紛争解決)

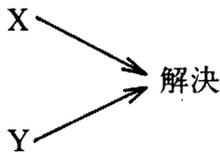


図2 (紛争の相互的成熟)

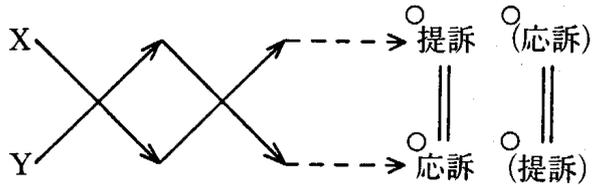


図3 (紛争の相互的未成熟)

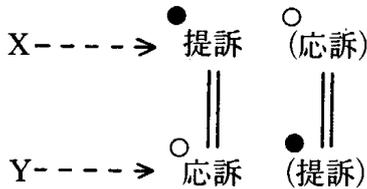


図4 (紛争の片面的成熟)

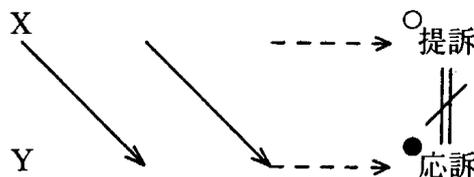
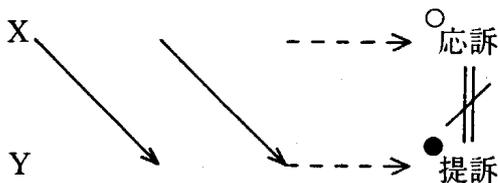


図5 (紛争の片面的成熟)



※記号

- 交渉アプローチ
- ==== XとYの互換性あり
- ≠≠ XとYの互換性なし
- 正当な提訴・応訴
- 違法な提訴・応訴

打開することが困難な手詰まり状態になった場合を指している。なお、XとYの交渉の力量差や資力の差などが成熟性の評価に影響を与えると予想される。しかし、ここでは抽象的なモデルを提示することにとどめる。また、交渉の中身をどのように把握するかという点が未解明であるが、謝罪や謝罪要求や説明要求なども含めて考えてはどうかと今は思っている。この点についてここでは深く立ち入らない。

図1は、交渉が決着した場合である。

図2と図3は原告被告(XとY)が互換的な位置にある場合である。

図2は、交渉が積み重ねられたが(交換的交渉と名づける)、成立せず(相互的成熟と呼ぶ)、裁判所利用の正当性をXにもYにも与える。どちらが原告になろうとも不当提訴にならず、またどちらが被告になろうとも不当応訴にならない。

図3は、交渉を経ないでXあるいはYが提訴に及んだ場合である。XにとってもYにとっても紛争は未成熟であるから、提訴行為は不当である。

図4と図5は原告被告(XとY)に互換性がない場合である。

図4は、一方のみ(X)の交渉アプローチがあるが他方(Y)の応答がなく、前者が提訴に及んだ場合である。片務的交渉と呼ぶ。この場合は、Xからは紛争は成熟したとみることができる(片面的成熟と呼ぶ)。したがって、不当提訴にあたらぬ。問題は、Yの応訴は不法行為にあたるかである。応訴自体は正当な行為であるから原則として違法との評価はできない。被告の裁判を受ける権利は保障されねばならない。しかしここでも、紛争の成熟性という概念が有用である。原告との関係で被告の裁判を受ける権利を引き直して考えると、交渉プロセスにおける被告の誠意ある応答行為の不存在が原告の提訴を誘発し、原告に精神的経済的損害を与えたと構成できる。すなわち、片面的成熟の場合、交渉拒否の側(紛争未成熟の側)に違法性を認める。YはXとの関係では紛争未成熟のままに裁判所を利用する正当性を持たないと考えるからである。

図5は、応答行為をしなかったYが提訴に及んだ場合である。Xからみ

てYは紛争未成熟のままに提訴したのであるから違法である。Xは不当応訴にあたらぬ。このように、応訴についても紛争未成熟の責任を問ひ得るとする。

紛争の成熟性という概念がそれ自体曖昧さを免れないとの批判があろう。今後の検討課題であるが、以下のように考えている。要点は紛争が未成熟な場合である。おおまかには、交渉プロセスを欠く訴えは、紛争が未成熟であり違法である。もっとも、相手が一切交渉に応ぜず、そのことが相手側に非難される要素がある場合、紛争は片面的に成熟し、提訴は正当である。また、形のうえで交渉プロセスがたとえあっても、それが権利実現を目的としないかまたは権利実現を二次的なものとした訴えの提起は、誠実な応答行為の積み重ねとはいえず交渉に正当な評価を与える余地はなく、紛争は未成熟であるとの判断を下すことができる。すなわち、この場合も提訴は不当な裁判利用行為である。

より個別的に列挙を試みよう。まず、権利がないことを認識している場合は当然に違法である。さらに、たとえば事実上法律上の根拠があっても、相手を困惑させ名譽を傷つける目的の場合（嫌がらせ・迷惑訴訟）も含まれる。訴えの利益の有無や訴権濫用の法理の適用は別として、きわめて軽微な取るに足りない請求（不真面目な裁判利用・訴訟狂）であるとか、債権者が債務者に一切の交渉なくしていきなり提訴に及んだりした場合（裁判の濫用）なども違法との評価を受けよう。そのほか、恐らく限界事例は、従来と同様、権利不存在を過失により認識していなかった場合である。具体的な交渉へのかかわりかたがどのように行なわれたかで紛争の成熟性を評価するべきであろう。そうすると、個々の事件の規模、性質、交渉の経緯、提訴者の法的知識、弁護士への相談の有無、および本訴原告が弁護士訴訟であるかないか⁽²⁷⁾などの考慮要素に照らして、紛争の成熟性を評価すればよい。もっと

27) 瀬戸「時の判例」ジュリ918号76頁は、弁護士を委任しているかどうかで違法性の評価がどのように変わるかは今後の問題であるとし、裁判例を紹介している。

も、この場合、紛争の成熟性の評価が微妙な領域になることは確かである⁽²⁸⁾。

ところで、これらの具体例をみると、従来の評価の基準にしたがった場合と大きな差がないように思えよう。では、基準の再考の意図はどこにあるかである。実のところ、私は、こうした違法と評価される訴えそれ自体の請求が認容されることを常に否定するものではない。交渉プロセスを踏まない提訴は、紛争が未成熟であるから本来被告はこれに裁判上かかわる義務がないにもかかわらず、余儀なく被告として防御に努めなければならないという視点（換言すれば、前述した、被告からみた原告の裁判を受ける権利の観点）から、提訴は違法であるとの結論を導いたにすぎず、原告の権利の存否は要素としてはいない。すなわち、原告の対国家との関係での裁判を受ける権利についてはなんら影響を及ぼすものではないといって差し支えない。したがって、被告側からみた訴えの評価とは峻別して、原告の権利の存否についての裁判所の応答の内容を別に考える余地がありうる。要するに、原告の側から見た自己の裁判を受ける権利は被告側からのものとは別に具体化してよいはずである。原告の請求それ自体が認容または棄却されることと被告からみた原告の提訴の違法性判断を切り離したとしても不都合はないのではなからうか。もちろん、場合によっては、本訴が訴権の濫用と判断されたり、ま

28) 實際上、この紛争成熟モデルは権利の存否に関する認識をめぐる交渉過程の評価が問題となる時、きわめて微妙になることは否めない。たとえば前記最高裁判決にかかる事件は、違法性の評価をめぐる二転三転したわけであり、かなり不安定な事実認定を経ている（最高裁の事実即した判断部分も「——の余地もある」というように不安である）。林屋教授が指摘しているように、大きな問題であろう。林屋（前注22）。判例集から知り得る事実だけからという限定を付けたうえで、紛争成熟モデルを当てはめればどうなるか。第1審の認定によれば、xの主張を認めず、yは測量の依頼者であると信じていたことに過失はないとする。すなわち従来の違法性評価基準に従っている。最高裁も同じである。しかし、xが主張しているように、前訴提起前から繰り返し本件測量の依頼者がvである旨説明をしていることを取り上げれば、紛争は片面的に成熟していたと見ることもできよう。控訴審は、yが提訴前に事実の確認をするなどの措置を取るべきであったと言っているのだから、これは紛争の片面的成熟あるいは相互的未成熟と見ることもできよう。

たは訴えの利益を欠くとして不適法却下されることもあろう。反訴請求が認容される場合の多くは一般に本訴請求を否定することになる。が、私はそうした本訴請求の理由ありなしとは無関係に、反訴において本訴提起の違法性を主張できること、すなわち、本訴被告が応訴するに要した弁護士費用を反訴として提起する場合について、本訴提起の違法性を不当な裁判利用に収斂させるということを述べたいのである。したがって、実際はともかく、本訴は認容されたが、同時に反訴も認容される可能性を認めてもよいと考えている。もっとも、反訴の要件面で、こうした考え方は障害に出会うのだが、これについては次節に譲る。

局面を変えて、本訴請求が原告勝訴に終わった場合、前訴を不当提訴であるとする別訴は適法であろうか。一般に、この場合、請求に理由があるとされたのだから、前訴の提起自体が違法であるとの評価はできないとされてきた。たとえば注釈民法によれば、「原告勝訴の確定判決は、いうまでもなく請求の正当性を前提とするものであるから、不法行為の主張を許すことは、当然無効の判決を認めるにひとしく、法的安定を阻害する。それゆえ、学説の多くは、再審で取り消されないかぎり不法行為を主張しえないものと解している」という⁽²⁹⁾。しかしながら、指摘したように、裁判制度の不当利用に違法性を求めるなら、前訴が原告の勝訴に終わっていても、別訴で不当提訴として弁護士費用を求める余地がある。この場合、後訴を認容しても前訴の判決を無効ならしめるものではない。というのは、後の訴えは前訴の本案に関する当否とは無関係に前訴提起の違法性を主張するものであるからだ。もっとも、前訴で、被告が訴え提起の違法性を主張し原告が正当な訴えであるとして主要な争点を形成していた場合、後の訴えにおいていわゆる争点効が及ぶかは別の問題として認識しておきたい。

29) 注釈民法(旧)709条159頁(篠原 筆)。

4 反訴による弁護士費用の請求を認める場合の理論的問題

イ 反訴の要件を満足するか。

反訴の要件は、本訴の目的たる請求又は防御方法と関連があるときに限定される（法239条）。

まず、本訴の目的たる請求との関連性があるか。この場合、反訴請求は本訴の提起行為自体を不当提訴であると主張するのだから、本訴の訴訟物たる権利の内容またはその発生原因事実において共通するところはない。しかし、反訴請求の理由は、本訴原告の反訴原告に対する裁判利用の不当性にあり、関連性を肯定しうる射程にはいってこよう。この場合、同一手続を利用させるのが公平であるからである。⁽³⁰⁾

つぎに、反訴請求が本訴の防御方法と関連しているかどうかである。下級審判例に、これを根拠にして肯定したものがある。事案は、原告が被告が山林立木を不法に伐採したとして損害賠償を求めた本訴において、被告が原告の本訴提起は濫訴にでたものであるとして反訴により損害賠償を請求したものである。裁判所は、原告が自ら売却し代金を受領している山林立木を被告が不法に伐採したと主張して訴えを提起したものであるとの認定をし、次のように述べた。すなわち、「一般の場合起訴者の請求が理由があるか否かは終局判決の確定をまたねば判明しないことであり、仮りに起訴者が敗訴して

30) 学説は、不当提訴を理由とする反訴についてははっきりと論じる者はあまりないように思える。兼子ほか・条解民事訴訟法（弘文堂 昭和61）892頁は、不当提訴に基づく賠償請求を反訴で行なうことを認める。また、岨野（前注1）は「——原告敗訴の場合に被告の側に生じる弁護士費用の損害は、依然として、被告が別訴を提起し（原告が提起した訴訟を利用するにしても反訴を提起し）、その別訴（ないし反訴）において原告の提起した前訴（ないし本訴）が不当提起と評価されてはじめて、回復されるにとどまる——」（122頁）とし、反訴による請求の可能性を認めているように思われる。これらの学説が反訴を肯定するにせよ、不当提訴の成立要件については恐らく本文で述べた私の考え方とは異なったものであろう。

も証拠の不十分とか、訴訟技術の拙劣に困る場合もあって、起訴者の訴提起自体を以て濫訴に出たものとはなし難いであろう。しかしながら、起訴者が不実虚構のことを主張して訴を提起したため、これにより応訴を余儀なくせられたとする者は、反訴によって起訴者に対し損害賠償を請求しうると解すべきである。けだしこの場合本訴の防御方法と反訴請求の証拠方法とは牽連し、反訴提起の要件を具えるのみならず、必らず本訴の終局をまって別訴を提起すべきであるとする事は、迂遠であり訴訟経済に合致する所以でないからである⁽³¹⁾。しかしながら、裁判利用の不当性に反訴を根拠づける考え方をとれば、反訴請求は本訴の請求を理由なからしめる抗弁事由の関係には立たない。というのは、本訴請求の理由の有無とは無関係に反訴請求が基礎づけられるからである。

□ 反訴を認める実益

そもそも被告は紛争が成熟しないうちに訴訟に応訴しなければならず、これに勝訴しても弁護士費用は自己負担である。この費用を回復するためにいま一度訴訟を遂行しなければならないとすれば、その負担はあまりに大きい。また裁判所にしても、実際、一般に争点を共通にする審理を二回しなければならない。そこで、反訴による弁護士費用の賠償を認めるなら、訴訟経済に寄与することになる。また反訴を認めれば、根拠を欠く訴訟の本訴原告は相手の弁護士費用を負担しなければならないというリスクが働くので、請求の放棄、取り下げ、和解になる割合が高まり、裁判所の負担を軽減すると同時に、一般に根拠を欠く訴訟を抑制できるのではなかろうか。このことは本訴原告が当初より請求に理由を欠くことを知っていたときのみならず（この場合は提訴手数料の自己負担は覚悟のうえでなにがしかの金銭を絞り取るか相

31) 岡山地津山支判昭和37年12月3日下民集13卷12号2422頁。他に反訴による賠償を認容した裁判例として、札幌地判昭和43年4月18日判時538号68頁、前橋地判昭和46年5月28日判時653号104頁。

手を精神的に混乱させる意図を持ついわば確信犯的存在なので、相手方の弁護士費用だけがリスクとなる)、審理の途中で自己の権利が不存在であることを知った場合も同じである。

ハ 反訴を認めた場合の審理上の問題

本訴が違法に提起されたことを主張立証する反訴請求と本訴請求の当否に関する審理とが錯綜してしまうのではないかという問題が出てきそうである。とくに反訴の根拠を裁判の不当利用に置くと、交渉過程の評価をめぐる本訴の請求をめぐる主張立証以上に複雑困難になり、裁判所に余計な負担になるのではという疑問がだされよう。しかし、権利義務の争いの芽は交渉過程の中身に存在し、そこから権利義務をめぐる争いが明確な形を整えてくるとみることができ、したがって、實際上、本訴の請求をめぐる攻防を評価するうえで役に立ちこそすれ錯綜させるものではないと考えられよう。そこで、二つの類型を立ててこの問題を考えることにする。

まず、反訴が本訴のはじめから提起された場合である。この場合は、反訴請求についてははじめに審理すればよい。事件の全貌がより早期に明らかになる。おおむね、本訴の反訴請求に理由があるとの判断と訴えの利益を欠くという判断が矛盾なく出ることが多いだろう。もっとも、反訴請求の理由を肯定する一方で本訴の訴えの利益を認め請求を認容する判断がでてくることも否定できない。

次に、反訴が本訴審理の途中から後半にかけて提出されたときである。この場合は、本訴の理由の当否に審理が進んでいるので、確かに複雑になる恐れがあろう。しかしながら、前述したように、本訴請求と反訴請求を全く別個に取り扱うことを認めるなら、反訴請求については本訴の審理を終了するまで停止しておく方法または弁論を分離する方法を取ればよい。したがって、本訴の認容と同時に反訴認容の両立の可能性がある。

二 別訴と反訴の選択にかかる問題

通例、別訴と反訴は当事者の選択にかかるといわれている。そこで、まず、従来どおり、前訴の原告敗訴が確定してから後訴でもって不当提訴を理由に弁護士費用の請求ができる。これまでの議論からわかるように、前訴が原告の勝訴に確定しても、前訴被告の不当提訴を理由とする後続の賠償請求がこれをもって直ちに不適法とはならない。たとえば、前訴が被告の欠席による原告勝訴の場合に、前訴被告が後の不当提訴を理由とした訴えで後訴の弁護士費用を通常損害として賠償請求できることが可能である。もっとも、前訴が実質審理されて、提訴が違法かいなか争点になっていれば、後訴において争点効が働くかどうかは別の問題であろう。

次に、本訴係属中に別訴で不当提訴を理由に賠償請求ができるであろうか。本訴原告敗訴の確定が要件ではないのでこれは可能である。二重起訴にあたるかどうかであるが、訴訟物は異なるので、二重起訴には該当しない。しかし、併合審理を行なうのが合理的である。争点の共通する場合にも二重起訴の適用を広げる考え方を採っても、請求の趣旨が異なるから却下されず併合審理になろう。

5 比較法的にみた不当提訴の扱い方——Malicious Prosecution から Bad Faith Exception ルールへ

イ 敗訴者負担制と不当提訴

敗訴者負担制を採る場合は、敗訴者が勝訴者の弁護士費用を負担する。理由を欠く訴えは敗訴するから、一般に、被告は当該事件の応訴に要した弁護士費用を回復できる。したがって、わが国のように（各自負担制を採る）、提訴行為を不法行為と構成して、弁護士費用を損害とみる必要はない。もっ

とも、常にそういえるかはやや心許ない。弁護士費用以外の損害については当然に賠償請求を構成するであろうが、弁護士費用についても、通常の事件における敗訴と訴えが違法な場合の敗訴とでは敗訴の質が異なるから、たとえ敗訴者負担制を採ろうとも、提訴行為が違法な場合について別途の救済を考えられないか。ここでは、現在筆者の力のおよぶところではないので、疑問を記するに止める。

ロ アメリカン・ルールの下では

わが国と同様に、各自負担を原則とするアメリカ合衆国では（アメリカン・ルールという）、この問題をどのように扱っているかは興味深い。なにがしかの参考になろうから、以下簡単にその状況を紹介しておこう。

端的に言うと、この領域は、アメリカン・ルールの例外としての Bad Faith Exception（不誠実な場合の例外）ルールが働く余地があるので、損害として後続訴訟に救済を求める必要がないのではないか。わが国と同様に、Malicious Prosecution (Wrongful Civil Proceedings) と呼ぶ不当提訴に基づく損害賠償請求の枠組みがあるが、Bad Faith の拡大適用によりこれを克服する方向にあるように見える。

ハ Malicious Prosecution

本来は、この Malicious Prosecution は誣告など理由を欠く刑事訴追の救済として始まったが、しだいに不当な民事手続きの提起の領域に拡大された⁽³²⁾。現在、Special Damage の証明が必要かいないかが法域ごとに異なるが、その要件は、第一に、本訴が原告敗訴で終了したこと、第二に、本訴が相当な理由 (Probable Cause) を欠くこと、第三に、本訴原告に被告に対する害

32) Prosser and Keeton, Torts, fifth ed. p889 (west 1984) (以下 Prosser and Keeton という)。

意 (Malice) があることである。第三の要件は第二の要件該当から推認されるようである⁽³³⁾。

Special Damage を必要とするかは、政策の問題である⁽³⁴⁾。必要とするのは、裁判上の救済を求める正直な当事者を報復から守ること、そして迅速かつ終局的な訴訟による解決に根拠を求める。不要とするのは、根拠を欠く訴訟を防止することが必要であり、被害者である被告に損害を回復させるのが公正であることに求める。いずれにしろ、後続の不法行為訴訟を救済手段とする点で変わりはない。

ある論者は⁽³⁵⁾、根拠を欠く訴訟を防止するには、Malicious Prosecution は、結局、後続のサンクションだけを頼る点に問題があり、第二次的な防止機能として構想されたものであるという。そこで、内部的サンクションを再び取り込むことが必要であるという。ひとつの方法は、裁判所の裁量でコストの評価を通じてサンクションを構成していく方法である。これについては、ここでは取り上げない。いまひとつは、被告に反訴として Malicious Prosecution の主張を許すことであるという。しかしながら、本訴請求が終了していることが要件とされており、したがって、反訴は早熟として却下になる。すなわち終了要件が反訴を排除する。多くの法域も反訴を認めていない。そこで反訴の理論化が要求される。論者は、強制反訴（連邦民訴規則13a）の活用を提唱し、これを三つの段階に分けて説明する。第一は、本案と相当な理由の欠如が一致する段階であり、反訴の訴訟原因は成熟するとみる。反訴原告は本訴の理由が不十分であることを証明する。第二の段階は、裁判官が相当な理由に関する争点の判断からその欠如を認定できないなら、本案の

33) Prosser and Keeton, *supra* note 32, at 889. Dobbs, *Remedies*, p196 (west 1973) (以下は Dobbs という)。Note, "Groundless Litigation and the Malicious Prosecution Debate: A historical Analysis" 88 *Yale L. J.* 1218, at 1219 (1979) (以下は *Groundless Litigation* という)。

34) *Groundless Litigation*, *supra* note 33, at 1220.

35) *Id.* at 1230-35.

判断に移り、反訴は目的を達成できない。第三は、損害賠償額の判定にかかわり、被告は、故意による裁判所の濫用的利用など（相当な理由のあるなしにかかわらず）制裁的損害賠償を要求しても腹立たしい事情を立証することができる。

ただし、こうした試みも Bad Faith による防御が被告に与えられるので、これにより Malicious Prosecution の目的の大半は達成できると見るのが一般的である⁽³⁶⁾。もっとも、Bad Faith によるコストの裁定ができない場合は反訴により Malicious Prosecution が許されるべきであるとする。特に、裁判所の濫用的利用 (Abuse of Process) については反訴が認められていることが指摘される⁽³⁷⁾。

二 Bad Faith Exception ルール

アメリカン・ルールの例外としてコストの裁定を得られるのが、このルールである。このルールの適用要件は、第一に、ルール適用の申立人が勝訴していること。すなわち相手の請求が根拠を欠くこと。第二に、相手の請求が Bad Faith に基づくことである。Malicious Prosecution の要件と比較すると、前者は、相当な理由を欠くこと (Probable Cause) に類似し、後者は、害意 (Malice) に類似する。しかし、前者は、請求が理由を欠くことだけでなく、濫用的裁判所利用、不誠実な訴え、取るに足りない請求、いやがらせのための訴訟など不当な訴えを包括的にこの Bad Faith に取り込むので、相当柔軟

36) Comment, "Court Awarded Attorney's Fees and Equal Access to the Courts" 122 U. Penn. L. Rev. 636, at 652 (1974). Posner, *Federal Courts: Crisis and Reform*, p137-8 (Harvard 1985). Dobbs, *supra* note 33, at 196.

37) Prosser and Keeton, *supra* note 32, at 892 (Malicious Prosecution は適法な申し立ての形式を備え、相当な理由を持ちおよび原告勝訴に終了した事件では救済できないが、それにもかかわらず訴訟の目的が隠された裏の目的の達成のためである場合は、Abuse of Process として救済が与えられる。at 897, 892 n 43)

問題は、害意という主観的要件の証明にあらう。市民的自由 (Civil Right) をめぐる事件では制定法上裁量によるコストの転嫁が認められているが、連邦に運用でき、Malicious Prosecution に比較して適用の幅がはるかに大きい⁽³⁸⁾。

最高裁は主観的証明を要求せず、取るに足りないもの、非合理的なもの、もしくは請求が根拠を欠くといった客観的な違法の証明で足りるとした⁽³⁹⁾。これに比べて、Bad Faithルールは主観的要件が存在するので、この側面を後退させ、客観的な要件化を求めていく必要がある。その意味で、Equal Access to Justice 法が「政府は実質的正当化なくして相争う地位に立つ」場合に弁護士費用を負担しなければならないとしているが、要件を緩やかにする試みとして注目に値する。これを Bad Faith ルールに導入することを模索してもよいとする提案がある⁽⁴⁰⁾。

最後に、いまひとつの問題として、Bad Faith ルールは、反訴による Malicious Prosecution と異なり、本訴の本案とは峻別して扱われるため、同一訴訟内部の処理に違いないが、本案が熟すまではこれを申し立てることができず、訴訟経済という面ではそれほど寄与するものではないかもしれないということである⁽⁴¹⁾。

38) Comment, "Bad Faith and Awards of Attorneys' Fees" 128 U. Penn. L. Rev. 468, at 472 (1979). Dobbs, "Awarding Attorney Fees Against Adversaries: Introducing Problems" 1986 Duke L. J. 435, at 441 (以下は Awarding Attorney Fees という)。

39) Christiansburg Garment Co. v. EEOC 434US412, at 420-22 (1978).

40) Awarding Attorney Fees, supra note 38, at 443. Posner, supra note 36, at 137. なお、拙稿(前注3)頁参照。

41) Green, "From Here to Attorney's Fees: Certainty, Efficiency, and Fairness in the Journey to the Appellate Courts" 69 Cornell L. Rev. 207, at 280.