

## 不当な民事訴訟の提起と損害賠償

——オーストリア民事訴訟法四〇八条を素材として——

田 處 博 之

### 一 はじめに

裁判を受ける権利は、日本国憲法三二条にも明文化された基本的人権の一つである。このことは、民事事件では、自分の権利が侵害されたと考える者は、裁判を通じてのその救済を国家に対して要求できることを意味し、国家は、訴訟要件を満たすかぎり、これに応じなければならない(裁判を拒絶できない)<sup>〔1〕</sup>。相手方となる被告はどうか。訴えに応じて訴訟活動を展開しないと、原告の主張を認めたものとして、原告の訴えが認容されてしまうおそれがある(民事訴訟法一五九条、自白の擬制)。したがって、訴えられた相手方としては、請求を認めたくなければ、原告の訴えに応じて、訴訟活動を展開しなければならない。弁護士を立てれば弁護士費用がかかるし、そもそも、時間や手間がか

かるといった煩わしさや精神的負担を負うことになる。原告の訴えに理があれば、被告となった相手方は、こうした負担を甘受しななければならないのは当然だが、原告の訴えに理由がなく、裁判の結果、訴えがしりぞけられた場合はどうか。被告は不法行為として、応訴負担<sup>2</sup>を金銭に評価して原告に対し損害賠償を請求できるか。<sup>3</sup>

訴えることに理由がないことを承知しながら、なにかしらの目的であえて訴えを提起したとか、あるいは、訴えに理由があると自分では思っていたが、客観的には訴訟をしても勝てそうになく、自分に理があると思ってしまうことについて過失があったとかであれば、訴え提起者の不法行為責任<sup>4</sup>を認めてもよさそうだが、そうした解釈をとると、訴えを提起することへの萎縮効果が懸念され、裁判を受ける権利が基本的人権の一つとして保障されていることとの関係で問題がありそうである。

わが国では、すでに大審院時代以来、多数の裁判例の積み重ねがあり（一つの不法行為類型を形成しているときえいわれる<sup>5</sup>）、その集大成ともいえるべき判断を昭和六三年に最高裁が下し、さらに近年、平成二二年には実際に訴え提起者の不法行為責任を肯定する方向での判断を下した最高裁判決があらわれた。

すなわち、最高裁は、昭和六三年一月二六日判決<sup>6</sup>（以下、昭和六三年最判という。）において、私人が訴えを提起できることは法治国家の根幹にかかわる重要な事柄なので、訴え提起が違法かどうかの判断にあたっては、私人の裁判制度の利用を不当に制限することのないよう慎重な配慮が必要であり、その一方で、応訴を強いられる相手方は、弁護士費用を含めて経済的・精神的負担を余儀なくされるので、その負担が不当であるような訴えの提起は違法とされることもやむをえないとして、この二つの要請の調和として、「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」とし、その理由として、自分の主張の事實的・法律的根拠につき高度の調査・検討が必要とされると、裁判制度の自由な利用が著しく阻害され妥当でないとする。この事案では訴え提起者の不法行為責任は否定されたが、平成二年七月九日判決<sup>7)</sup>（以下、平成二年最判という。）では、訴え提起者の不法行為責任を否定していた原判決が破棄され、その成立の可能性が判示された<sup>8)</sup>。

裁判を受ける権利を尊重して不法行為の成立を限定的に解する最高裁のこうした態度は、学説によっても一般的に支持されているが、不法行為責任を認める幅（広狭）をめぐることは異論もみられる<sup>9)</sup>。すなわち、裁判を受ける権利を最大限尊重する立場から、不法行為の成立には、重過失や故意に近い過失があつたことのみではならず、相手に害する等の動機や目的がある場合に限るべきであるとして、訴え提起が不法行為になる場合を極めて制限的に解するもの<sup>10)</sup>がみられる一方で、裁判を受ける権利には、訴え提起者が自己の主張に対する国家の支持を求めるといふ権力行使的側面と、応訴者の不当な裁判に巻き込まれないという自由権的側面とがあり、両者は同一レベルで比較考量されなければならないとして、原告の権利を被告の権利よりも優越視することや、不法行為成立に、過失とは明確に区別された重過失を要求することに反対するものも他方でみられる<sup>11)</sup>。

わが国ではこの問題について直接、規定した条文はなく、訴え提起による不法行為の成否は解釈に委ねられているが、諸外国を見回してみると、いくつかの国では立法による規制がされている<sup>12)</sup>。そのうちオーストリアでは民事訴訟法 (Zivilprozessordnung) が四〇八条において、

(1) 裁判所は、敗訴当事者が明らかにいわれなく (muthwillig) <sup>13)</sup> 訴訟を進行したと認めるときは、勝訴当事者の申立  
てに基づき、敗訴当事者に対し、相応の賠償額の給付を命じることができる。

- (2) この申立てについての弁論によつて、本案の裁判が中止されることは許されない。
- (3) この賠償額は、裁判所が自由な心証によつて定める。  
と規定する。

本稿は、この規定の意義や、この規定のもとで彼地の裁判例・学説がどのような展開を示しているかをみることで、わが国での今後の議論への示唆を得ようとするものである。

## 二 オーストリア民事訴訟法四〇八条

まずは、この規定の趣旨を理解すべく、立法理由をみることから始めよう。ドウシエネスは一八九五年に「新しい民事訴訟規則と裁判権規定（施行法を含めて）——政府草案理由書、衆議院の恒常委員会、貴族院および共同委員会の報告書を用いて——」と題する著書において、同条につき、大要、以下のように説明する。

本条は、更なる訴訟を回避し、そして、二つの関連する請求について紛争審理を同時に行うことで更なる訴訟の費用を回避することに資する。本条を導入することの核心は、賠償請求を裁判により追求することを簡単にし容易にすることにある。もつとも、実体法上の意義は小さい。なぜなら、悪意的な (Tols) 訴訟追行により相手方に損害を加えた当事者が損害賠償義務を負うことは、一般民法典によれば明らかだからである。しかし、訴訟一体化のもう一つの重要な利益として、裁判をする能力がもつとも優れている裁判官に（なぜなら、いわれの無い訴訟追行は彼の前でなされ、それゆえ、彼は、当該訴訟から、更なる請求につき基準となるすべての事情を知っているから。）裁判が任されることをいうことができる。このことは、審理を内容的にも短くし、必要な立証を著

しく軽減するであろう。明らかにいわれない事例に限られるのは、そうした事例しか裁判官は容易に把握できないからである（過失的ではない訴訟進行は、性質上、その把握が困難である<sup>18)</sup>）。

本条について現時点でどのような理解がされているか、今の時代のコメントールの記述もみてみよう。フチックは二〇〇四年に、フアッシングとコネチニイとの編集による民事訴訟法コメントールの第二版において、同条に対する注釈のなかで、大要、以下のように説明する。

本条は、明らかにいわれない訴訟進行を理由とする損害賠償額の授与を進行中の訴訟のなかで要求する可能性を、勝訴する当事者にのみ認める。これにより、裁判所は、本来の訴訟物を超えて、法的保護要求に由来する損害賠償請求権についても判決する権限を有する。かくして、同条には二重の目的をいうことができ、すなわち、同条は、a) 民事裁判所をいわれない利用から保護し、b) 紛争事例を、損害賠償法上の帰結に関しても処理する。もつとも、同条は民法による損害賠償請求権を前提としていて、新しい損害賠償請求権を創出するものではなく、また、賠償請求権は刑罰や罰金ではない<sup>19)</sup>。

内容的な要件は、被害者の勝訴と、明らかにいわれない訴訟進行とである。訴訟において勝利する者のみが、自分の請求権を本条に依拠せしめることができる<sup>20)</sup>。

ここで、フチックは、いわれないという概念について、民事訴訟法六三条の参照を求める。同条は法律扶助についての規定で、同条一項は、これを受けられるための要件の一つとして、意図された権利追求ないし防御が明らかにいわれないまたは見込みのない(aussichtslos)ものと解されないことを挙げている。いわれないという概念の意味内容を探るため、同じコメントールのなかの同条に対する注釈をみてみよう。ビトゥリンスキは二〇〇二年に、

大要、以下のように説明する。

明らかにいわれない訴訟追行とは、当事者が自分の訴訟上の見解が誤っていることを認識していて、この認識のもとに訴訟に乗り出す場合である。なにゆえそのような行為に及ぶかといえば、和解の道により成果を得ることを望んでであるとか、たとえば支払猶予、相手への憎悪、刺激を求めて、宣伝等々といった法秩序が保護しない目的を遂行すべく、自分の申立てが失敗に終わることをも甘受する意思であるとかである<sup>21)</sup>。

四〇八条に対する注釈に戻ろう。フチックは、前記のように同法六三条の参照を求めたあと、大要、以下のように説明する。

いわれないとは、主張する法の見解が正しくないことの認識をつねに含むので、善意の訴訟追行は、本条による賠償請求権を生ぜしめない。過失で請求権の判断を誤ったことでは、権利追求はいわれないものとはならない。いわれないとは、訴訟追行が正しくないこと以上のことを要求する。権利追求が萎縮的に重く圧迫されなくてはならないのである。裁判所を濫用的に利用したことが証明されなければならない<sup>22)</sup>。

そうすると、善意での訴訟追行は、損害を受けた相手方に対する損害賠償義務を生ぜしめることはないのか。否、フチックは、右に続けて、大要、以下のように述べて、一般の損害賠償法による責任が発生し得べきことをいう。

然るべき注意を尽くせば、訴訟で主張する自分の見解が見込みのないことを認識できたであろう者は、本条によつてではないにしても、損害賠償法上、責任を負う。法の見解が擁護可能なものであれば過失非難は生じないが、擁護可能性を欠けば過失非難を生ぜしめる（いわれないとの非難を生ぜしめはしないが<sup>23)</sup>）。

それでは、自分の主張が正しくないことを承知しながら訴えを提起し、いわれない訴訟追行であったと認定され

る場合は、本条による損害賠償責任と、一般の損害賠償法による損害賠償責任とが併存するのか。このことが争われたのが、最高裁一九九五年六月一四日決定<sup>24</sup>である。本条の趣旨を理解するのに好適な裁判例でもあるので、以下に少し詳しく紹介しよう。これは、建物賃貸人が賃借人の契約違反を理由に賃貸借契約を解除した事案についてのものである。契約解除が有効であったことは前訴で認定され、その判決は争われなかった。今回の訴訟では、賃借人が出費の償還、担保の払戻し、損害賠償を主張して、賃貸人に対し一八万五千シリングの支払いを求める訴えを提起し、これに対して、賃借人が反訴を提起して、賃借人は、前訴において、自分の主張が間違っていると分かっているながら(wider besseres Wissen) 契約解除に異議を唱え、これにより自分は建物を賃貸に出すことを妨げられたなどと主張して、賃借人に対し一六万三五〇〇シリングの支払いを求めた。

原審は、いわれのない訴訟追行により生じた損害の賠償請求は当該訴訟においてしなればならず、後日、別訴で一般の損害賠償法規定に基づいてすることは許されないと理解のもとに、本件で賃貸人の請求が認められる(可能性がある)のは、解除の有効性が争われた前訴の第一審口頭弁論終結後の期間にかかる損害についてだけであるとしていた<sup>25</sup>。このような理解は、従来は学説でも一般的であった。たとえば、ファッシングは、みずからが著した民事訴訟法コンメンタールにおいて、一九六六年に、四〇八条に対する注釈のなかで、請求権やその行使にともなつて訴訟当事者間で生じる損害賠償債権を完結的に判断するという同条の訴訟上の機能をいつて、右のような理解を示していた<sup>26</sup>。

しかし、最高裁は、この一九九五年六月一四日決定において、本条の文言もそのような理解を必然ならしめないとして、明らかにいわれのない訴訟追行によって被害を受けた者は、請求を、同条の申立てによってするのか別の訴えによってするのかを選択できるとする。すなわち、最高裁は、大要、



貴族院の恒常委員会および衆議院の恒常委員会の共同報告からこのことにつき読み取れるのは、本条の趣旨は、二つの訴訟を統合して、二つの関連する請求を同時に審理することを許すことで別訴訟の費用の節約に資することであり、より簡潔でより廉価な権利行使の可能性を被害者に認めることに尽きるから、被害者がこの可能性を用いなければならないというものではない、

と述べて、本件賃貸人は、前訴係争中に生じた損害についても、今回の訴訟でもって請求できる可能性があるとして、事件を原審に差し戻したのである。このような理解は、近年、学説でも有力に主張されていたところであった。たとえば、ノヴァクは一九六四年に「民事訴訟法のいくつかの問題」と題する論説のなかで、民事訴訟法四〇八条によらないときは、訴えに代えて単なる申立てで足りるといふ形式の軽減をしてもらえなくなるだけで、請求権そのものを失うわけではないとしていたし、<sup>27</sup>ピトゥリンスキも一九八六年に、「実体上違法な訴訟行為を理由とする損害賠償」と題する論説のなかで、従来の理解は非常に疑わしいとしていた。<sup>28</sup><sup>29</sup>

さらに、民事訴訟法の教科書の記述もみておこう。ペトチェクとシュターゲルは一九六三年に、『オーストリア民事訴訟・体系的叙述』と題する共著書において、本条は、相手方に対する損害賠償請求を主訴訟に結び付け、かくして、主訴訟にかかわる法律関係処理のための裁判所の知識を利用し尽くすことを勝訴者に許容するものであるとし、<sup>30</sup>また、ジモタは二〇一〇年に、『オーストリア民事訴訟法概説・判決手続』と題するレヒベルガアとの共著書の第八版において、本条は、訴訟当事者に真実、完全性および訴訟促進義務を遵守させる手段としての性格を有するとする。<sup>31</sup>

以上に見てきたところによれば、本条の存在意義は、①いわれのない訴訟追行に付き合わされた他方当事者が、被っ



た損害を賠償請求するのに、別訴ないし反訴で訴訟を提起することを不要とすることで(同条によれば訴えを要せず、単なる申立てで足りる。)訴訟にかかるコストを節約し、また、損害賠償請求を容易にすること、②もともとの訴訟と同一の裁判官が、いわれのない訴訟追行による損害の賠償請求を担当することで、審理の短縮や立証負担の軽減を図ること、さらには、③いわれのない訴訟を進行した当事者に損害賠償義務を課することで、実体真実の発見や訴訟の促進を図ることにあるといえよう。

なお、いわれのない訴訟追行による損害の賠償請求を当該訴訟のなかで一緒に扱うこととなると、訴訟の遅延が懸念されるが、その防止のため、同条二項が置かれている。<sup>(32)</sup>

### 三 オーストリアの裁判例

それでは、実際に、この民事訴訟法四〇八条がどのように活用されているか、その実態を裁判例でみてみたい。

本条に基づく損害賠償請求を扱った裁判例は、――網羅的にみることができたわけではないが、それでも――それなりの数にのぼる。古くには請求認容例も若干みられ、たとえば、外国為替が自分に有利なレートになってから支払おうと、請求を争って時間稼ぎしたことをもって、明らかにいわれのない訴訟追行とした裁判例<sup>(34)</sup>がある。また、かつては、インフレによって生じた損害を請求するのに同条が活用されていたとの指摘<sup>(35)</sup>もみられる。しかし、請求をしりぞけた裁判例が多数で、やはり、明らかにいわれのない訴訟追行という要件のハードルの高さがあるようである。近年の裁判例を二つほど紹介しておこう。

最高裁二〇〇三年一月十七日決定<sup>(36)</sup>は、旧東ドイツの国営商事会社の財産に由来する金員をめぐる、この金員が振

り込まれた先の銀行口座の所有者（被告）と、旧東ドイツの承継人であるドイツ連邦共和国（原告）とが、その所有権を争った事案についてのものである。最終的にこの金員の所有権は原告にあるとされたのであるが、原告は第一審の最後の期日において、本事案の処理にかかった人件費として五〇万シリングの賠償義務を被告に課するよう、本条により申し立て、第一審がこれを認容していたところ、控訴審が第一審判決をくつがえして、これをしりぞけた（法秩序の保護しない目的を追求する権利濫用的係争とはいえないので、同条の要件を満たさないと判示したようである。）ため、原告はこれを不服として最高裁に上告した。最高裁は、大要、以下のように述べて、これをしりぞける（なお、被告も、この金員の所有権が原告にあるとする控訴審の判断を不服として上告したが、被告の上告もしりぞけられている。）。

権利濫用的でないとした控訴審の判断は、上告が許される法律問題<sup>37</sup>ではない。修正を要するような控訴審の著しい誤判断を上告は主張していない。裁判所を濫用的に利用したことが、異論なく証明されなければならない。この事案で、最高裁は、法律審であるがゆえに、明らかにいわれない訴訟追行にあたらなさと事実認定したわけではないが、裁判所の濫用的利用の異論なき証明を要求しているところからすると、明らかにいわれない訴訟追行であるとして敗訴当事者に損害賠償義務を課することへの謙抑的な態度をみることができる。

また、最高裁二〇〇七年二月一八日判決<sup>38</sup>は、夫を亡くした妻（原告）が、寡婦年金の支給を拒む年金機構（被告）に対し、その支払いを訴求した事案についてのものである。被告は第一審継続中に原告の年金請求権を認めたので、遅延利息八三五〇・七八ユーロが支払われるべきか否かが問題となった。定着した判例によれば、保険運営者に対し遅延利息を請求することはできないとのことで、原告は本条により右金額の賠償を求めた。第一審は、被告は、原告による提訴前約四年間、まったく行動せず、このことにより訴訟をいわれなく招致したとして、原告の右請求を認容し

ていたが、控訴審はこれをしりぞけた。原告は上告したが、最高裁は重要、以下のように述べて、原告の請求をやりしりぞける。

本条適用のための要件の一つとして、敗訴当事者が明らかにいわれなく訴訟を進行したことが必要だが、いわれのないとは、自分が援用する法的立場の正しくないことの認識をつねに含むので、善意での訴訟進行では同条による賠償請求権は生じない。請求権の判断を単に過失で誤ったことは、権利追求をせいぜい過失的なものとするだけで、いわれのないものとはしない。善意での訴訟進行は、かりにそれが正しくなくても、費用負担のリスクをとまうだけである。見解が相異なるときに裁判所の助けを求めることができる国民の権利は、抑圧的な責任を負わされてはならない。自分に対して提起された請求を客観的な根拠から争う者は、有責的に行為していない。その者の訴訟進行は、費用負担義務を負わされる危険を生ぜしめるだけである。かくして、敗訴被告に損害賠償義務が負わされるのは、しかるべき注意を尽くせば自分の訴訟進行の見込みのなさを認識できたはずのときだけであつて、正しくないとかわかっていながら、または、必要な注意の怠りのもとに係争されたというのでなければならぬ。過責の判定に際しては、厳格な基準があてられなければならない。裁判所に訴え出たことは、善意でされたものと推定される。つまり、賠償を求める当事者は、被告は、争うための前提事実がない、または、自分の法的立場が維持できないと認識していた（または、少なくとも認識すべきであつた）ことを具体的に証明しなければならぬ。

もつとも、本件で原告は、訴訟提起前の行政手続におけるいわれのない行為から、自分の賠償請求権を導いているが、本条は、裁判所でのいわれのない訴訟進行のみを対象とし、裁判所での手続より前の行為は対象としない。同条は、いわれのない訴訟進行により被害を受けた者に対し、権利追求を容易にすることを目的とする。そ

の面前でいわれなく訴訟が追行された裁判所は、同条による申立ての審理により裁判が停まることなく、即時に損害賠償を与えることができる。しかし、裁判所がもし敗訴当事者の訴訟前の行為をも、同条による考慮に入れなければならないとしたら、裁判は停まってしまうだろう。訴訟前の行為に基づき損害賠償を請求するのは、同条による申立てではできず、独立してのみすることができる。

この事案でも、最高裁は、裁判所の助けを求めることができるという国民の権利の保護等々から、明らかにいわれない訴訟追行することは限定的であるべきことをいうとともに、訴訟の遅延を防止する趣旨から、（訴訟前の行為ではなく）訴訟そのものがいわれないものであることを要求する。

請求がしりぞけられる理由としては、そのほか、本条による申立ては、勝訴当事者にしか、また、第一審までしか認められない、損害賠償なのだから申立人は損害額を証明しなければならないのに、それがされていない<sup>(41)</sup>、破産手続には同条は適用されない<sup>(42)</sup>、といったことがいわれている。

#### 四 むすびに代えて

以上のささやかな考察から得られるところは限られている。

オーストリアでは、いわれない訴訟追行に付き合わされた相手方当事者による損害賠償請求を容易にする制度が、民事訴訟法四〇八条という明文規定でもって用意されているものの、三にみたように、実態として、そうした相手方当事者を救済するのに、この制度がフル活用されているというわけではないようである<sup>(43)</sup>。とはいえ、この制度を用いての損害賠償請求は、——請求認容にはほとんどないにしても——数多い。

請求認容にほとんどいたらないのは三にみたように本条の謙抑的な運用があるわけだが、それでも、いわれのない訴訟追行に付き合わされた相手方当事者が、被った損害を賠償請求するのに更に訴訟を提起しなければならぬという手間を省き、紛争を一回的に解決することを可能とする制度が条文上、存在することには、訴訟の濫用的利用を戒めるそれなりの宣言的意義をいうことができるのではないか。

敗訴したことだけをもって不当訴訟とすることは厳に慎まなければならないが、故なく訴えを提起すれば（あるいは、相手方からの訴えを故なく争えば）裁判所の手を煩わせるだけでなく、相手方に無用な負担を生ぜしめるわけだから、自分の主張なり立場なりの誤りを認識しながら訴訟をして敗訴した当事者は、損害賠償の責任を課せられることとなってもやむを得ないのではないか。オーストリア民事訴訟法四〇八条が、明らかにいわれのない訴訟追行につき、したがって故意による訴訟追行に限って、損害賠償請求の簡便な方法を用意していることが参考になろう。これに対して、真の事実関係を明らかにし、また、正当な法解釈を得るのが訴訟の場なのだから、事件を裁判所に持ち込み、訴訟として争うこと自体は国民の正当な権利として保障されなければならない。過失により（たとえそれが重過失であっても）誤った事実認識ないし法解釈に基づき係争したことをもって、損害賠償責任を問うことには抑制的であるべきであろう。

(注)

- (1) さしあたり、芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『憲法（別冊法学セミナー）二一〇 新基本法コンメンタール』（平成二三年、日本評論社）二六〇頁（三二二条の注釈、柏崎敏義執筆）、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ 第五版』（平成二四年、有斐閣）五四九頁（野中俊彦執筆）を参照。

(2) 不当訴訟を受けた相手方の被侵害利益として、山木戸克己「執行文付与申請行為の違法性（特殊判例研究）」民商法雜誌五〇巻六号（昭和三九年）一一八頁は「訴訟にかかわらしめられないという法律生活の平穩ないし自由とも称すべき利益」といい、加藤新太郎『弁護士役割論 新版』（平成二二年、弘文堂）一八七頁は「訴訟に関与させられ生活の平穩を害され、出費を余儀なくされる事態を招来しない利益」という。

(3) 同様の問題は、刑事事件でも生じる。犯罪の嫌疑を受けて検察官から公訴を受けた被告人が、裁判の結果、犯罪事実なしとして無罪となった場合に、裁判にともなう被告人の負担を、国に対して損害賠償請求できるか。身柄の拘束を受けていた場合であれば刑事補償法（昭和二五年法律一号）による補償の対象になるが、身体拘束がなく同法の適用を受けられない場合はどうか。国家賠償法により国の損害賠償責任が問われた裁判例がいくつかある。さしあたり、徳本伸一「訴え提起の違法性」『現代民法学の理論 西原道雄先生古稀記念 下巻』（平成二四年、信山社）四一一～四一七頁を参照。

(4) 訴えの不当提起だけではなく、提起された訴えに対し、故なく抗争するという場合も同様の問題が生じ得る。本稿ではとりあえず、こうした不当応訴の場合の応訴者の不法行為責任も視野に入れながら、「訴え提起者の不法行為責任」と総称することとする。

(5) 吉田邦彦・後掲（注(6)）昭和六三年最判判批・判例評論三六二号（判時一三〇〇号）（平成元年）四〇頁。

(6) 民集四二巻二号一頁、判時一二八一号九一頁、判タ六七一号一一九頁。

(7) 判時二〇九一号四七頁、判タ一三三二号四七頁。

(8) 平成二二年最判が、昭和六三年最判と結論を異にして、不法行為成立の可能性をいうにいたった事情として、松下淳一・平成二二年最判判批・判タ一三六一号（平成二二年）五四～五五頁は、平成二二年最判の事案（会社およびその代表者らが従業員の横領行為等を主張し、損害賠償等を請求したのに対し、従業員が本訴の提起は不法行為であるとして慰謝料等の支払いを求めて反訴を提起、原判決が本訴、反訴とも請求を棄却したので、従業員が上告した。）では、会社側主張の従業員の横領行為等は会社側の支配圏内の出来事であり、仮りにそうした行為等があれば会社代表者等において早期かつ容易に発見可能な体制にあったことから、会社側主張の横領行為等はなかったことが既に明らかであると言つてよさそうであること、従業員が行つたと会社側が主張する小切手の振出しや預貯金の払戻し等は会社代表者自身が行つたと事実認定されていて、従業員が行つたと会社が考へるのは原則的に不合理であること、従業員は小切手の無断振出の件で会社から告訴されていったんは逮捕勾留さ

れたが、勾留期限満了後に釈放されていることなどをいう。

(9) わが国での裁判例の展開については、すぐれた先行研究がすでに多数あるので、本稿では立ち入らない。さしあたり、伊藤敏孝・昭和六三年最判判批・法学研究六二巻四号(平成元年)一五一頁、吉田・前掲(注5)判例評論三二二号四〇(四一頁、中村隆次・昭和六三年最判判批・判タ七七八号(平成二年)二二三(二四、二六頁、後藤勇「訴え提起による不法行為成立の具体的要件(民事実務研究)」判タ八七五号(平成七年)九一六、二二(二五頁、池田辰夫「民事訴訟の提起と不法行為——不告訴認容事例の検証——」、『新堂幸司先生古稀祝賀 民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』(平成一三年、有斐閣)四一(五六頁、菊池定信「不告訴に関する判例(資料)」、『國士館法學三九号(平成一九年)一四五(一七八頁などを参照。

(10) 松下・前掲(注8)判タ一三六一号五四頁は、判例は、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、訴え提起には違法性はなく不法行為にはならないと理解していて、そこには、真実を明らかにするのが訴訟の場であつて、紛争を民事訴訟の場を持ち込むこと自体については、通常人にとつても勝ち目がなないことが容易にわかる場合を除いては、不法行為という否定的評価を原則としてすべきではないという判断が基礎にあるとみる。

(11) たとえば、伊藤・前掲(注9)法学研究六二巻四号一五〇頁は、「通常な手続利用行為の適法性が被告の」「利益侵害を補つて余りあるから、あるいは、通常の手続利用行為に伴う被告の不利利益は訴訟制度が設けられている以上当然に予想されるものであるから訴え提起は不法行為にならない」とし、また、瀬戸正義・昭和六三年最判判批・法曹時報四一卷三三号八一六頁は、法治国家では自力救済が原則として禁止されているので、法的紛争の当事者間では、一方がその解決を裁判所に求めた場合は、相手方は応訴の負担を課されてもやむを得ないとする。

(12) そのほか、不法行為の成否を最高裁のように違法性要件のもとで判断することの当否をめぐつても議論がある。さしあたり、水元宏典・昭和六三年最判判批・民事訴訟法判例百選(第三版)(平成一五年)八九頁を参照。

(13) 後藤・前掲(注9)判タ八七五号一九、二五頁。

(14) 浅野有紀「最高裁判例にみる『裁判を受ける権利』——判例解説——(特集 法哲学者が最高裁判例を読む)」法律時報七五巻八号(平成一五年)三三(四〇頁。なお、村上正子「民訴法学からみた司法権の発動と行使 浅野論文・宇佐美論文に対するコメント——解説論評——(特集 法哲学者が最高裁判例を読む)」法律時報七五巻八号(平成一五年)五三(五四頁は、訴訟を受ける権利からは、裁判によらずに自己の意思に反して、自己の権利を否定されたり自己の義務が確定されることはない



いうこと（裁判を受ける権利の消極的内容）はいえるものの、不当な裁判への強制的参加を拒否する自由は、訴訟上の信義則の一態様としての訴訟上の権能の濫用禁止から導かれるものであって、裁判を受ける権利からこの自由を導出するのは困難であるとして、浅野のいう裁判を受ける権利の「自由権的側面」に疑問を呈する。もともと、村上も、応訴負担の正当化根拠については改めて考える必要があり、被告の応訴負担回避の利益の十分な考慮を求める浅野の指摘は傾聴に値するとする。

(15) このことについての先行研究として、本間靖規「民事訴訟と損害賠償——不当提訴を中心に——」民事訴訟雑誌四三三号（平成九年）三三〇～三七一頁がある。これによれば、本稿でみるオーストリア以外にフランスでも規定があるとのことである。

(16) この語にどのような訳語をあてるべきかは悩ましい。国松孝二編者代表『独和大辞典 第二版』（平成九年、小学館）一五八頁では、「思ひ上がった、気まま勝手な、悪ぶひの・故意の・軽率な」と訳され、「eine mutwillige Beleidigung いわれのない侮辱」「[m. mutwillig weh tun 気まぐれから…を痛い目に合わせる] という用例が挙がっている。本稿ではとりあえず「いわれのない」とか「いわれなく」と訳出することとした。ちなみに、松村和徳「近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価（一）」山形大学法政論叢一号（平成六年）三〇頁では「故意による」と、本間・前掲（注⑤）民事訴訟雑誌四三三号三六頁では「悪意で」とか「悪意ある」と訳出されている。

(17) オーストリアの民事訴訟法を研究する一般的な意義について、さしあたり、松村・前掲（注⑩）山形大学法政論叢一号二～六頁を参照。

(18) Friedrich Duscheneis, Die neue Zivilprozess-Ordnung und Jurisdiktionsnorm: sammt den Einführungsgesetzen: mit Benützung der Motive des Regierungsentwurfes, der Berichte des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses, der Permanenzcommission des Herrenhauses und der gemeinsamen Commission, 1895, S.349-350.

(19) Robert Fucik, in: Hans W. Fasching und Andreas Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.3, 2. Aufl. 2004, § 408 Rn.1.

(20) Fucik, in: Fasching und Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.3, 2. Aufl. (注⑩), § 408 Rn.3.

(21) Michael Bydliński, in: Hans W. Fasching und Andreas Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd. 2 Teilbd.1, 2. Aufl. 2002, § 63 Rn.19.

(22) Fucik, in: Fasching und Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.3, 2. Aufl. (注⑩), § 408 Rn.3-4.

- (23) Fucik, in: Fasching und Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.3, 2.Aufl. (注⑤), § 408 Rn.4-5.
- (24) SZ Bd.68 (1995) Nr.115, S.709-715 = JBl 1996, 48-51.
- (25) 民事訴訟法四〇八条による請求は、遅くとも第一審の口頭弁論終結時までにしなければならないと解されている。そのあたりに Fucik, in: Fasching und Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.3, 2.Aufl. (注⑥), § 408 Rn.6 を参照。したがって、この時点以降に生じた損害については、別訴での請求を認めざるを得ない。
- (26) Hans W. Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.3, 1966, § 408 Anm.1, S.670. これは、ノマインメントにネチニエとの編集による民事訴訟法コンメンタールの第三版(注⑦)の初版である。このような理解を支持した裁判例として、OGH, 30.9.1970, EyBl 1971 Nr.138, S.240 = JBl 1972, 144-145 mit Anm. von Theo Mayer-Maly.
- (27) Franz Novak, Einige Probleme des Zivilprozessrechts, JBl 1964, 1-17, 57-69 [57].
- (28) Franz Bydinski, Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen, JBl 1986, 626-639 [628].
- (29) そのほか、すでに一九三六年に、ヴォルフが『オーストリア民事訴訟法概説』と題する著書において、理由づけはならが別個の訴えをもって賠償を請求せざることをうたった (Karl Wolff, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 1936, S. 130)。
- (30) Georg Petschek und Friedrich Stigel, Der österreichische Zivilprozess. Eine systematische Darstellung, 1963, S.262.
- (31) Daphne-Ariane Simotta, in: Walter H. Reehberger und Daphne-Ariane Simotta, Grundriß des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 8.Aufl. 2010, Rn.745, S.412. なお、オーストリアの民事訴訟法は、比較法的にみれば、訴訟の迅速性・経済性の点でもっとも成功した立法であるといわれる。そのあたり、松村・前掲(注⑩)山形大学法政論叢一四四頁、同「わが国におけるオーストリア民事手続法の受容——「手続集中」理念と大正民事訴訟法改正——」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察——(早稲田大学比較法研究所叢書41)』(平成二六年、成文堂)二一五頁、上田理恵子「大正期の法律家によるオーストリア民事訴訟法の受容過程——大正15年における民事訴訟法改正と雑本朗造——」一橋研究(三卷一号(平成一〇年)八二頁を参照。
- (32) Fucik, in: Fasching und Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.3, 2.Aufl. (注⑥), § 408 Rn.10.
- (33) OGH, 16.1.1924, SZ Bd.6 (1924) Nr.17, S.35-39 [36-37].

- (34) そのほか、請求認容例として、OGH, 13.6.1923, SZ Bd.5 (1923) Nr.157, S.410-413 = ZBl 1923 Nr.241, S.544-546; OGH, 4.7.1923, SZ Bd.5 (1923) Nr.181, S.463-464 なるなか、うちれも、そのよきな事情をもつていわれぬ訴訟進行せられたのか、事案の詳細な掲載誌からなつてれぬ。
- (35) Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.3 (注⑧), § 408 Anm.1, S.670. せつした裁判例として、前掲 (注⑧) OGH, 13.6.1923, SZ Bd.5 Nr.157, S.410-413 = ZBl 1923 Nr.241, S.544-546; 前掲 (注⑧) OGH, 4.7.1923, SZ Bd.5 Nr.181, S.463-464.
- (36) 70b271/02g. 掲載誌は不明だが、<http://www.ris.bka.gv.at/Jus/Jr/Content.aspx?ContentID=70b271/02g> (年月日と事件番号 (Geschäftszahl) とにより検索する)。以下、掲載誌を示していない裁判例につき同。
- (37) 民事訴訟法五〇二条一項は、控訴裁判所判決に対して上告が許されるのは、控訴裁判所が最高裁判所の判例から離れていゝとか、最高裁判所の判例が存在しないまたは不統一であるとかで、法的統一性、法的安定性または法の発展を守るのに重要な意義を有する実体法上のまたは訴訟法上の法律問題の解決いかんに裁判がかかっている場合だけであると規定する。
- (38) EYBl 2008 Nr.89, S.454-455 = JBl 2008, 465-467.
- (39) OGH, 9.6.1994 (60b544/94); OGH, 5.10.1994 (70b569/94, 70b570/94); OGH, 25.9.1996 (90bA2218/96h).
- (40) OGH, 17.4.1923, SZ Bd.5 (1923) Nr.84, S.226; OGH, 10.7.1957, JBl 1957, 566; OGH, 24.11.1966, JBl 1968, 208; OGH, 29.6.1988 (90bA137/88); OGH, 30.3.1999 (30b330/98w); OGH, 31.01.2012 (10b187/11y).
- (41) OGH, 4.7.1923, SZ Bd.5 (1923) Nr.182, S.464-466.
- (42) OGH, 16.1.2008, SZ 2008 Nr.4, S.19-21 = JBl 2009, 47-49; OGH, 7.8.2008, SZ 2008 Nr.104, S.126-135 = EYBl 2009 Nr.18, S.128-131 mit Anm. von Andrea Wall = JBl 2009, 111-115 mit Anm. von Hubertus Schumacher; OGH, 28.7.2010, JBl 2011, 800-801 mit Anm. von Hubertus Schumacher.
- (43) その意味では、一般の損害賠償規定（民法）のもとでの実態をみるのが欠かせないが、筆者の能力の限界から本稿では、きなかつた。今後の課題としたい。彼地での裁判例の展開を考察したものととして、少し古いが、Bydliński(注⑧)), JBl 1986, 626-639 がある。

（平成二六年一〇月二八日脱稿）