

琉球大学学術リポジトリ

不当保全処分による損害賠償責任（三）

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 玉城, 黙, Tamaki, Isao メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2252

不当保全処分による損害賠償責任(三)

玉城

勲

序論

第一章 被保全権利の欠缺と損害賠償責任

第一節 違法性、故意・過失、過失の推定（以上二六号）

第二節 過失責任説と無過失責任説（以上二八号）

第二章 保全の必要性の欠缺その他と損害賠償責任

第一節 保全の必要性の欠缺

第一款 ドイツの学説・判例

第一項 損害算定における区別説、責任発生についての区別説

第二項 過失の要否についての区別説

第三項 区別説に対する批判

第二款 わが国の学説・判例

第三款 考察

第一項 仮差押理由の概念と過責主義

第二項 「任意履行」理論、「早すぎた執行」理論

第三項 保全の必要性の意義

第四項 結論（以上本号）

第二節 訴訟要件の欠缺、抵触保全処分

第三節 起訴命令不遵守による取消

第三章 保全訴訟・本案訴訟と損害賠償請求訴訟

第一節 保全処分取消・本案訴訟債権者敗訴と損害賠償責任

第二節 保全訴訟と損害賠償請求訴訟

第三節 本案訴訟と損害賠償請求訴訟

第四章 原状回復義務と損害賠償責任

第二章 保全の必要性の欠缺その他と損害賠償責任

第一節 保全の必要性の欠缺

一 本節では保全の必要性が欠けていた場合を取扱う。保全の必要性が欠けていた場合といつても、同時に被保全権利も欠けていた場合は被保全権利の欠缺として扱えばよいので、ここでは保全の必要性が欠けていた場合は被保全権利は存するが保全の必要性が欠けていた場合を意味するものとする。

被保全権利が欠けていた場合については前章で論じたので、本節ではこれと保全の必要性が欠けていた場合とはまったく同じように規律されるべきか否かを考察することにする。

二 学説は一般にこの二つの場合を同等に扱い共通に論じている。⁽¹⁾しかしそれは両者を同等に扱うべきか否かを明確に意識したうえで同等に扱うべきであるとの結論に達したというのではなく、両者を同等に扱うことをいわば当然視しているためであるにすぎない。⁽²⁾

三 右の事情はドイツにおいても異なる。⁽³⁾しかしドイツでは両者を区別して扱うべきだとする少数説の存在が認められる。すなわち、被保全権利が欠けていた場合は債権者は無過失責任を負うが保全の必要性が欠けていた場合は過失責任を負うにとどまるとする説、債権者が賠償責任を負う債務者の損害の算定において被保全権利が欠けていた場合と保全の必要性が欠けていた場合とを区別すべきであるとする説が存するほか、保全の必要性が欠けていた場合は債権者の損害賠償責任は生じないとするもののように思われる説が存する。もっともこれらの少數説はブルンスの論文を除けば、体系書や注釈書に結論のみが記されているにすぎず、その具体的な内容や論拠は明らかではない。ただすでにその結論自体から、これらの少數説はいずれも次の発想に基づいていることが明らかである。それは被保全権利は真実存したことを重視するという発想である。

四 わが国ではこのような発想に基づき両者を区別する説はまったく見られない。しかし、別の理由により両者をある意味で区別する結果となる説、理由は明らかでないが両者を区別する説は存する。

前者は、被保全権利不存在による本案訴訟敗訴の場合のみ債権者は無過失責任を負い、その他の場合は過失責任を負うにとどまるとする斎藤一桜田説である。⁽⁴⁾(昭和四三年に公表された強制執行法案要綱案第二次試案第三三七⁽⁵⁾はこの説に従っていたことを思えば、この説は単独説ながら有力説ということができる)。その理由として、民訴法一九八条二項の類推と保全訴訟の裁判には既判力がないことを挙げている。この説は被保全権利の欠缺と保全の必要性の欠缺とで区別すべきであるということを根拠とするものではないし、また両者を全面的に（すな

わち、被保全権利が欠けていた場合は常に無過失責任が生じ、保全の必要性が欠けていた場合は常に過失責任が生じる、というように区別する結果となるわけでもないが、保全の必要性が欠けていた場合は被保全権利が欠けていた場合と異なり常に過失責任のみが生じるという意味で両者を区別する結果となっている。

後者は末延三次博士が判例評釈でのべられた見解であり、保全の必要性の欠缺については被保全権利の欠缺と異なり、債権者の過失を推定すべきではない、とする。しかしその理由は明らかにしておられない。⁽⁶⁾

ちなみにこの点につき、判例上保全の必要性の欠缺については過失の推定を明言したものはない、との学者の指摘が見られる。⁽⁷⁾しかし最近の裁判例では過失の推定を明言するものも現われている。⁽⁸⁾

五 ところで斎藤—桜田説が被保全権利が欠けていた場合と保全の必要性が欠けていた場合とをある意味で区別する結果となる点を松浦教授は次のように批判しておられる。「右学説が被保全権利が欠けた場合のみをとらえ、保全の必要が欠けた場合を問題としていないのは、保全の必要が、被保全権利と並ぶ対等の、保全処分の要件であり、保全処分の内容を決定する際にも、被保全権利と同様に決定的作用を営むことや、被保全権利はあっても、保全の必要がない⁽⁹⁾になされた保全処分によって債務者が重大な損害を蒙る場合があることを考慮すると、不十分と評するほかない。」これは従来漠然と当然視されてきた被保全権利の欠缺と保全の必要性の欠缺の同等扱いを理論的に正当化したものとして注目に値する。松浦教授は被保全権利の欠缺についても保全の必要性の欠缺についても過失責任説に立たれるのであるが、無過失責任説の立場でも教授のこの論拠を採用することがむろん可能である。またこの松浦教授の所説は末延博士の見解に対する批判ともなりうることはいうまでもない。

六 しかしドイツの少数説、すなわち被保全権利は真実存したことを見重視するという発想に基づいて、債権者の損害賠償責任につき、被保全権利が欠けていた場合と区別する説が存することを思えば、被保全権利の欠缺と保

全の必要性の欠缺とを区別しない従来の理解が妥当か否かを探究することは意義のあることであろう。とりわけ、被保全の必要性が欠けていた場合について無過失責任を認めた判例はまだ現われていないことを考えれば、この問題を明確な問題意識をもって論じることは急務であるといえる。

七 保全の必要性の欠缺と被保全権利の欠缺とを債権者の損害賠償責任において同じに扱うべきか区別すべきか、これが本節のテーマである。ドイツの少數説が教えるところによれば問題は三つある。ひとつは過失の要否について区別すべきかであり、ひとつは損害の算定において区別すべきかであり、ひとつは責任発生自体について区別すべきかである。各々につき、区別すべきだとする説を区別説、区別すべきでないとする説を（保全の必要性の欠缺を被保全権利の欠缺に等置するという意味で）等置説と呼ぶことにする。

八 まずはわが国およびドイツの学説・判例の情況を見てみることにしよう。学説・判例の情況といつても、学説・判例で圧倒的に支配的な、問題意識なしに漠然ととられている等置説は、支配的であるという事実以外には参考にならないので、いちいち紹介することはしない。紹介するに値する学説・判例は、問題意識をもって等置説あるいは区別説をとるものと、問題意識はもたないが区別する結果となるものに限られ、その数は非常に少ない。まずはドイツから見てみるとしよう。

注

- (1) 兼子一・判批・判例民事法昭和二三年度二二五頁以下、菊井維大・民事訴訟法〔三九五頁〕、中川毅「不当仮差押仮処分と無過失損害賠償責任」司法研究報告書〔一〇輯〕・四八頁、古崎慶長「違法な仮処分と損害賠償」仮処分の研究上巻三一一页、加藤一郎・不法行為（増補版）一〇三頁一〇四頁、桜田勝義・保全処分判例百選一七〇頁など。

- (2) もうひとの兼子・前掲は被保全権利と保全の必要性の存在によって生じる具体的な仮差押権なるものを観念しており、それらの両者の回答扱いが正確ではない。長谷川編著の「民法総論」によれば、
- (3) Stein-Jonas-Grunsky, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 19. Aufl. (1971) § 945 Anm. II. 1. b. ; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Zivilprozeßordnung 40. Aufl. (1981) § 945 Anm. 2. A. ; Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 10. Aufl. (1978) s. 247 ; Othmar Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht 15. Aufl. (1980) s. 137 ; Zöller-Scherübl, Zivilprozeßordnung 12. Aufl. (1979) § 945 Anm. II など。
- (4) 斎藤秀夫・桜田勝義「保全処分と損害賠償責任」保全処分の体系上巻(四頁)。
- (5) 判例タイムス一九九零一六六頁。
- (6) 末延三次・判批・判例民事法昭和六年度四一五頁四一六頁。
- (7) 篠原弘志・注釈民法(一六六頁)、加藤雅信・判批・法学協会雑誌八七巻六号七七一頁七七三頁。
- (8) 東京地判昭和四三年六月一四日判例時報五四一号四六頁、横浜地判昭和四六年九月三日判例時報六六六号七二頁。
- (9) 松浦馨「仮差押え及び仮処分の改正について(四)」判例時報八三七号六頁。
- (10) 被保全権利の欠缺については、近時、無過失責任を認めるふたつの下級審判決が現われた。これについては前章第一節(琉大法学一八号)三三三頁以下)を見よ。

第一款 ディマンの学説・判例

区別説のうち過失の要否についての区別説を唱えるのはブルンスのみである。しかし彼はこれを立法論に立てる

めている。解釈論としてはブルンスは損害算定における区別説をとっている。その他の少数説は損害算定における区別説ないし責任発生についての区別説であるが、そのいずれかは明らかでないものがある。まずは解釈論として主張されている損害算定における区別説ないし責任発生についての区別説を見ることにしよう。

第一項 損害算定における区別説、責任発生についての区別説

一 損害算定における区別説なのか責任発生についての区別説なのか明らかでないものがある。また損害算定における区別説であることが明らかなものも、その具体的な内容、すなわち具体的にいかなる損害において区別するのかを明らかにしているものは存しないので、責任発生についての区別説との差異は不明である。なぜなら損害算定における区別説を徹底すれば責任発生についての区別説に到達するはずだからである。そこで本項では当該の説が損害算定における区別説なのか責任発生についての区別説なのかの断定や推測を省略し、損害算定における区別説ないし責任発生についての区別説を単に「区別説」と呼ぶことにする。

二 さて学説における区別説に先立つて区別説はまず判例上現われた。これが学説上の区別説を生み出したことはいうまでもない。

(1) 判例一(一九〇七年一月五日ライヒスゲリヒト決定 (RG 65, 67))

事案は、河川からの引水を禁じた仮処分がZPO第94条の要件が説明されていないとの理由で取消されたので、債務者がZPO第945条により債権者に対し損害賠償を請求して訴えを起こしたが、債権者は本案訴訟で決着がつしまでの訴訟の審理を停止すべきことを求めたというもので、原審の停止命令をライヒスゲリヒトは次の理由で是認した。

「不当な執行により相手方にどれほどの損害が生じたかは、そのために妥当する一般の規定によって決められるべきである。被保全権利の確認だけでは損害賠償から免れるに十分でないことは州上級裁判所も認めている。しかし正当にも州上級裁判所はさらに次のことも気づいている。すなわち、執行により生じた損害の可能性は、処置の内容が損害賠償義務者（すなわち仮処分債権者——筆者注）が自分に属する権利により請求できることを越えた場合にのみ与えられる、ということを。これに対し、請求権が不作為に向けられており、相手方には仮処分によって、彼が負っている不作為義務に違反しないという以上のことは課せられなかつた場合は、裁判所の命令の遵守により不作為義務者に生じた損害というものは概念的にまったくその余地がない。それどころか反対に、禁止をしたことは相手方にとつてむしろ利益をもたらすものである。というのは、もし相手方が不作為義務に違反し、不作為義務が後に判決によって確認された場合は、債権者に対し事情によつては判決前に行なつた違反行為につき損害賠償義務を負わされることもあるからである。それゆえ、本案訴訟においてし（債権者——筆者注）が訴えている不作為請求権の存否につき裁判があれば、今の損害賠償訴訟も直ちにかたがつくのであり、それゆえふたつの訴訟はZPO一四八条で要件となつてゐる先決関係が存するとした州上級裁判所の判断は正当である。」（傍点——筆者、以下同じ）

(2) シュタイン

「仮処分、特にそれが禁止を含んでいいる場合は、本案訴訟で被保全権利が確認されれば損害の発生を否定することが生じる。これに対し、仮差押では被保全権利の確認は早すぎた執行の違法性に影響しない。^[1]」

シュタインは仮処分については区別説を、仮差押については等置説をとるもののようにある。

(3) ゴルトショミット

「仮差押が履行期前になされたとか、被保全権利の範囲を越えてなされたのでない限り、仮差押理由が欠けていただけの場合は損害賠償請求権は生じえない（反対、RG 11, 430。私見と同様、RG 65, 68（判例一
筆者注））。Stein-Jonas, Nr. II. 2. zu § 945 せの決定の判断を仮処分にのみ適用されよいかの問題が、その理由は明確でない」。」

彼は保全処分一般について別説をとる。

ところで、被保全権利は存したが保全の必要性は欠けていた場合に被保全権利は真実存したことと重視すべきか否かが争われた裁判例は、先の判例一のほかにもうひとつある。それは右に見たショットンおよびガルネショットの叙述後に現われた次の判決である。これは等置説を述べるのであるが便宜上この二つを紹介する。

(4) 判例一（一九三四年一月八日ライヒスゲリヒト判決 (RG 143, 118))

事案は、仮差押が仮差押理由（仮差押における保全の必要性）なしとの理由で取消されたので、債務者はZP-O九四五条に基づき、仮差押執行による精神的ショックによる財産的損害の賠償を求めて債権者を相手取って訴えを起こした。ところでもののどおり、主たる争点はこのような損害もZP-O九四五条のいう損害に当たるかといふ点にあつたが、副次的に今の我々の問題に関係する点も争点となつた。原審は精神的ショックによる損害はZP-O九四五条のいう損害に当たらないとの理由で債務者の請求を退けたが、補足的な理由として、たとえこのような損害もZP-O九四五条の損害に含まれるとしても、債務者には過失があつたので過失相殺により債務者の損害賠償請求権は（全面的に）否定される、とした。「その理由は、被告（債務者——筆者注）は主たる債務者の支払不能の際には自分は保証人であるから銀行（債権者——筆者注）からの請求を知っていた。たとえ彼が自分の保証の意思表示は無効であると考えたとしても、法律状態の疑わしい時は、銀行に弁済できるような状

態にとどまるために予防手段を構じなければならなかつた。あるいは銀行から彼に対してなされた和解の提案に乗らねばならなかつた。彼は自分の保証債務の支払いを拒んだので、仮差押訴訟とその執行による損害という事態になつた。これらすべての結果は、彼が自分の債務を弁済すれば避けられた。したがつて彼は損害の発生につきもつぱら自分のせいにせねばならず、債権者に損害賠償請求をする余地はない。」

これに対しライヒスゲリヒトは債務者の上告を容れて原審判決を破棄し差戻した。その理由は、ZPO九四五条の損害とは仮差押執行と相当因果関係にあるすべての損害を意味し、本件のような損害もそれに含まれる、というにあるが、原審の補足的理由についても次のように批判している。「債務者は少くとも銀行の自分に対する保証債権は存しないと確信している場合は、自分に対する執行可能な判決の発令前に自分の保証債務の額の現金を準備したり、銀行の和解提案を受け入れる義務はなかつた。また彼は例えば銀行が自分に対し………不当な仮差押をするであろうことを計算せねばならなかつたからとの理由でそういうことをせねばならないものでもない。」

なお債権者は上告審で、債務者は自分の支払遅滞ということにより仮差押の発生につき責があるので債務者の損害賠償請求権は生じない旨の主張を追加したが、この点についてもライヒスゲリヒトは次のように答えた。「債務者が支払遅滞にあつた場合は、彼は債権者に対しBGB二八四条以下、特に二八六条一項により責を負うが、しかし債務者の遅滞………は銀行に、遅滞効果として、不当な仮差押により被告を圧倒する権利をまだ与えはしなかつた。」

さて本件で問題となつたのは被債権者すなわち債務者の自己過失の有無である。なるほどZPO九四五条においても過失相殺がありうることは学説・判例上争われていない。しかしそれは被保全権利あるいは保全の必要性が

真実は存在しないのに存在するものと債権者に誤信させたことについての債務者の過失や、損害の発生についての債務者の過失を自己過失とする過失相殺である。⁽³⁾ところが原審は、債務者が債務を弁済しなかったことや、弁済の準備をしなかったことをもって債務者の自己過失として過失相殺を肯定した。そしてそこには被保全権利は真実存したことを見重視するという発想が見られるのである。これは法律構成の点を度外視すれば区別説と異ならないといえよう。これに対し、債務者のこのような自己過失を否定するライヒスゲリヒトは仮差押につき等置説をとった。もつともこのには同一に帰する。シュタインの説いたようにライヒスゲリヒトは仮差押につき等置説をとった。もつともこの判決は仮差押につき常に等置説をとるのかは明らかでない。⁽⁴⁾

(5) ブローマイヤー

彼は判例一と判例二をともに支持して、シュタインと同様、仮処分については区別説、仮差押については等置説をとる。

「損害賠償請求権の範囲は個々的にBGB一四九条以下によって決まる。その額に関しては、債権者が履行期に達した債権を有していたか否かが問題となる。判例は仮処分が不作為請求権を保全した場合は債務者の損害を否定した。」「取消された仮差押が履行期に達した給付請求権を保全していた場合に、債権者は債務者に対し、債務者は期日通りの履行を任意にするためにも財産の処分をしなければならなかったのであり、それを仮差押が生じさせたにすぎないから債務者には損害は生じていない、と異議を唱えることはできない。」⁽⁵⁾

(6) ヴィーグツォレク・コンメンター

「被保全権利が存在する場合は、存在する被保全権利を越えて執行されたことによる損害のみが賠償されるべきである。したがって真実存在した不作為請求権の場合は損害賠償請求権は生じない。しかし仮差押が履行期前

に執行された場合は損害賠償請求権が生じる。⁽⁶⁾

これは「ハルトマン同様、保全処分一般にても同説をいるものとハドーム。

(7) ブルンバ

「例えば RG 143, 118 (判例) ——筆者注) がしたよりも注意深く損害問題を考えねばとは妨げない。債務者が履行期に達した被保全権利の満足 (または少くとも保全) のために支出しなければならなかつた出費はその損害から控除されねばならない。それゆえ、右のライヒスゲリヒト判決が考えたように、債権者の遅延損害それは相殺の方法で主張できるのみが顧慮されるべきではなく、義務に従つた行動をとるなら債務者がしなければならなかつた労苦は、執行により生じた損害から除かれ (その限りでは RG 65, 68 (判例) ——筆者注) と同じ)。私はいつかいひむどもしてゐるが、これらの規定の基礎におおむね正統性の堅持 (Richtigkeitsgedanke) は十分になされたことになると思ふ。…………形式的な損害根拠はどうせ常にひんむだある。それは…………強制げんこつが、債務者に期待される任意の出費の限界を超えた干渉をめたはした場合に意味がある。…………損害の因果関係に鋭く迂回せねばならない」⁽⁷⁾。

保全処分一般について区別説を述べて置く。

注

- (1) Gaupp-Stein, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich 6/7 Aufl. § 945 Anm. II. 2.
- (2) James Goldschmidt, Zivilprozeßrecht Bd. II. 2. Aufl. (1932) § 112. 4.
- (3) vgl. Stein-Jonas-Grunsky, a. a. O. § 945 Anm. I. 3. a.

(4) 「今へいの履行の目的に対する保証権利は存しないも確信している場合せ」 あるのであり、確信してこなる場合は「べきねお思ひなじだ。

- (5) Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren) (1963) s. 670.
- (6) Wieczorek, ZPO GVG 2. Aufl. § 945 Anm. B. III. b. 2.
- (7) Rudolf Bruns, Schadensersatz und Rechtskraftfragen des § 945 ZPO, ZZP Bd. 65 s. 72f. など Bruns-Peters, Zwangsvollstreckungsrecht 2. Aufl. (1976) s. 277 並参照の如く。

第一項 遺失の要約についての区別説

一 遺失の要約についての区別説や習べるのばトルンベのみやある。その論理はいふる難解である。ブルンベは曰く、「返差押理由の意義は疑義がある。返差押命令時の（被保全権利におけるもの）その存在（Existenz）は要求わねど（RGZ 67, 365 ペ. 及び 367—372）。学説はむべてこれに従つてゐる。むろん返差押発令時の、申請人と裁判所どないのとの確証（Evidenz）（返差押命令時の眞諦ある（verständig）眞諦）のみが要求されれど、このから出発」——引用したライベケリヒト判決はその限りで必ずしも此によつて私には思われる——、N.P.O.R.I.—I条一一項による返差押理由の確証は立保証により代替わねつるといふ。債務者は被保全権利の履行期後は裁判所の強制力（Zwangsgewalt）（もと遅延を彼は即ち）と有利に援用できないことを顧慮すれば、カルトナハ・マーテルヘルム（被RG 65, 68（判例）——筆者注）の引用はむろん根拠が確実でない、履行期に達した被保全権利が存在する場合は、返差押理由の欠缺はN.P.O.R.I条による損害賠償根拠も認じはならないだらう。ふつづRG 11, 430 以後、返差押理由と被保全権利が返差押要件として機械的に等置

された——むじむRG 67, 365 ff. では区別されど「が——ことは、ゴルトシュミットの立場は立法論として主張であるのみであるといふ、学説においてもほとんど反対されていない一致した実務の解釈を導いた。しかしこのあきらめる確認の前に、理論的な情況が正確に特徴づけられねばならない。ZPO九四五条の意味での仮差押理由に関し、たとえ“事物の性質”において根拠づける正当性考慮(Richtigkeitserwägungen)からドームにせよ、支配的な解釈により、“過責主義”(Verschuldensprinzip)が法規に反して、少くとも法規を越えて、その規定に持ち込まれたことは疑うことができない。仮差押理由を——申請人が“良識ある人”である限り——申請人の主觀的な恐れ(Besorgnis)に減縮することは、理論的には絶対に誤りであるといわねばならない。他方、“過責主義”は、概念のこの解釈に純粹には入り込んでいない。申請人の特別な認識能力に関し帰責可能性の要素は欠けている。申請人の人の恐れが良識あるものでないならば、彼は常に損害につき責を負わねばならないだろう。もちろんこれは過責非難のニーナンスにすぎないが、しかし——実際的にはそうではないが——理論的には重要なニーナンスである」「たとえ仮差押理由の欠缺が客觀的な損害賠償根拠として規定されなくとも、相手方はBGB八二三一条、八二六条により保護されるだろう。しかしその場合は完全な過責非難が必要である。現行の法状態ではどいちみち半分の(halber)“過責非難であるが——」このようにブルンスはその途中の表現にもかかわらず、これを結局は立法論として主張するにすぎない。

なおブルンスは先に見たゴルトシュミットの説を保全の必要性の欠缺についてZPO九四五条は適用されないとする説と見て、その限りで自説と同じであるとするもののようにある。

二 それはさておき、ブルンスの区別説の論拠は二つあるようである。ひとつは、通説・判例の仮差押理由(仮差押における保全の必要性)概念には過責主義が持ち込まれてゐる、ということであり、彼は右の叙述のほとん

じのスペースをこの論拠のために費している。一番田は、仮差押理由の疎明は立保証で代替できることであり、三番田は、債務者は被保全権利の履行期後は裁判所の強制力にないわけである。最後のものは、被保全権利は真実存したことと重視する、という発想によるものであることはいつまでもなかろう。

三 さて、右の三つの論拠のうち一番田のものについて一言すると、ブルンスは通説・判例の仮差押理由の概念を問題にしているが、一方ではこれは必ずや正しいとしながら、他方では理論的には絶対に誤りであるとしている。これは通説・判例の仮差押理由の概念には過責主義が持ち込まれていて理論的には誤りだが、結果的には過失責任説をとるのとほとんど異なる結果となっているのでは妥当である、というものようである。そうだとすると、これは区別説の主たる論拠というよりも、通説・判例も区別説とそく異ならない結果となつてゐるという指摘であり、その限りで補足的な論拠であるにすぎない。主たる論拠は、ブルンスによれば通説・判例はそれにより仮差押理由の概念に過責主義を持ち込んだところの、事物の性質において根拠づける正当性考慮であり、それは一番田ないし三番田の論拠であるのであらう。そういうても、通説・判例も過失責任説をとるのとほとんど異なる結果になつてゐるという指摘は、もしこの指摘が正しいのであれば、我々にとっても重要な示唆を与えるものである。

注

(1) Bruns, a. a. O. s. 70 f たゞ Bruns-Peters, a. a. O. による画論のべふれい。

第三項 区別説に対する批判

一 区別説に対する通説の反応はほとんど見られない。これは区別説の内容や論拠が不明確であるためであろう。ただ内容が明確で論拠が比較的詳細なブルンスの過失の要否についての区別説は、これを括弧や注で「立法論としてはブルンス」というかたちでコメントなしで引用する体系書や注釈書が存するのみである。^[1] それのみが通説は被保全権利の欠缺と保全の必要性の欠缺と同じに扱う理由についてもほとんどふれておらず、いわば当然視している。ただバウアーとミネロープのみが等置説の理由を述べている。

二 バウナーは「学説と判例の一一致した見解は、被保全権利の欠缺に保全の必要性の欠缺を等置する。これは正当である。すでに法規の文言もこの解釈を支持するが、意味内容からしてもそうである。なぜなら仮差押債務者の損害（例えば信用毀損）は、債権者が自己の——存在する——権利を必要がないのに保全するために略式手続を不當に選んだ場合に典型的に生じうる。」とのべ、ミネロープは「不當仮処分において被保全権利と保全の必要性が同等に扱われるには、仮処分の内容を決定する際の両者の共働（Mitwirkung）に対応する。」とのべている。先に見た松浦教授の等置説は両者を引用している。

ちなみに、バウナーもミネロープも反対説としてブルンスとゴルトシュミットの名前を挙げている。これは後者を責任発生についての区別説と見て^[4]、前者とともに保全の必要性の欠缺はZPOの九四五条の責任を生じさせないとする立法論ないし解釈論として批判しているのであろう。

三 これに対し、損害算定における区別説に対する通説の批判は見られない。ただ区別説の内部で、仮差押については区別扱いを否定する説からこれをも肯定する説に対する批判が存するので紹介しておこう。ブローマイヤーの所説がそれであり、次のように言う。「遅延賠償は、給付が期日通りなされることについての債権者の利益

不当保全処分による損害賠償責任(三)(玉城)

と正確に対応する。債権者はそれを訴える方法でのみ強制である。債務者の財産に對する不當な（自力救済と同様、仮差押による）干渉による損害についても、それゆえ債権者は責を負わねばならぬ。

注

- (1) Stein-Jonas-Grunsky, a. a. O. ; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a. a. O. ; Schönke-Baur, a. a. O.
- (2) Fritz Baur, Studien zum einstweiligen Rechsschutz (1967) s. 104
- (3) Manfred Minnerop, Materilles Recht und einstweiliger Rechsschutz (1973) s. 45
- (4) 前項で見たように、アルヘンバウルムナーハーの説をやのよに解してこらがうだあり、マイツの学説は「アルヘンバウルムナーハーの説を責任発生についての区別説と見てこらがうだ」といふ。やうだむかくアルヘンバウルムナーハーのこつ「被保全権利の範囲を越える」れば、例えば一〇〇万円の金銭債権を被保全権利として仮差押がなされたが眞実は五〇万円の債権しか存しなかつたといふもひだ、被保全権利の一部欠缺を意味するのであひいだ。
- (5) ちなみに、アルヘンバウルムナーハーの説をアルヘンバウルムナーハーの区別説と見るひともできないわけではない。なぜならアルヘンバウルムナーハーの所説はN.P.O九四五条の「メメントとしてのものやあるのド、N.P.O九四五条の損害賠償請求権は生じない」といふのぐたどすが、したがつて民法上の過失責任は肯定する趣意とも見つるからだある。しかしこの見方は決して出でないやおひつ。なぜなら彼は損害算定における区別説をひる判例一を引用してこらがうだおる。
- (6) Blomeyer, a. a. O. s. 670 f.

第二款 わが国の学説・判例

- 一 先に見た斎藤＝桜田説、末延説のはかにも、問題意識は有していると思われるものや、区別する結果となるものが見られる。
- 二 まず損害算定については、赤塚・富越両判事の共同執筆による論文に、「必要性については、仮にその判断が誤ったとしても、被保全権利の認定が正しければ、損害発生と直接に結びつかない場合も考えられる。」という叙述が見られる。
- 三 判例では、東京控訴院昭和一六年三月一四日（法律新聞四七一一号二二頁）が、保全の必要性を欠く仮差押による慰藉料請求事件において、慰藉料額につき、本案訴訟の第一審で債務者は敗訴したことをも考慮していることが注目される。これは被保全権利は存在することを考慮して慰藉料額を低く押さえるということである。そうだとすればこの判決は、損害の算定において被保全権利は真実存したことを重視するという考えに立っていることになり、精神的損害という局面においてではあるが、損害算定における区別説の思考が見られる。
- 四 次に過失の要否ないし過失の推定については、斎藤＝桜田説、末延説のはか、被保全権利の欠缺につき過失推定説を提唱された吉川博士が、保全の必要性の欠缺についても過失を推定すべきかは後日の研鑽にまちたいとして態度を留保しておられたことが興味を引く。¹² 博士がこれについての態度を表明される前に他界されたことが惜しまれる。
- 五 責任発生については問題意識はまったく見られないし、区別する結果となるものも存しない。

注

- (1) 赤塚信雄「富越和厚「債権保全のための仮差押・仮処分手続の実務——総論(下)」NBL—10五号三一頁。
- (2) 吉川大一郎「保全処分による損害賠償責任に関する諸問題」保全処分の研究四五九頁。

第三款 考察

一 保全の必要性の欠缺と被保全権利の欠缺とを債権者の損害賠償責任において同じに扱うべきか区別すべきか、という本節のテーマに関係するドイツおよびわが国の学説・判例は以上の通りである。わが国では問題意識の存在が認められるものや区別する結果となるものは見られるが、区別説を明確にとるものは(理由が明らかでない末延説を除けば)皆無である。これに対しドイツでは明確に区別説をとる学説および裁判例が存するが、通説のこれに対する反応はほとんど見られず、いわば無視に近い待遇を受けている。通説のこの無関心ぶりは、区別説が立法論にとどまっていたり説得力を著しく欠いていることに起因するものと思われる。説得力を著しく欠くとは、区別説がその内容や論拠を十分に明らかにしていないことと並んで、それを解釈論として主張することにより当然に生じるZPOの規定の解釈問題を何ら論じていないためである。すなわちZPO九四五条は「当初から不当であったことが判明したときは」無過失責任を負う、として被保全権利の欠缺と保全の必要性の欠缺とで区別していないので、区別説、とりわけ過失の要否についての区別説や責任発生についての区別説ではこの規定をどう解釈するかが問題となるはずである。そのためであろうか、ブルンスは過失の要否についての区別説を立法論にとどめているが^[1]、しかしそのためにかえって学説の無関心ぶりを招いているようである。また責任発生についての区別説には、保全の必要性の疎明を損害担保のための立保証で代替させる機能を裁判所に認めたZPO九

二二条二項が明らかに障害になる。なぜならこの規定は、保全の必要性の欠缺も債権者の損害賠償責任を生じさせることを前提にしているからである。

二 しかしそれにしても、通説の冷淡ぶりの最大の原因は区別説の内容や論拠が十分に明らかとはいえないことがあるというべきであろう。内容が明らかでないとは、損害算定における区別説なのか責任発生についての区別説なのか、前者だとすれば具体的にいかなる損害項目が「損害」から除かれるのかが明らかでないことである。論拠が明らかでないとは、被保全権利は真実存したことを重視するという発想に基づいていることはすべての区別説に共通するが、それ以上のことはふれられていないか難解であることである。

三 ところで、すべての区別説は被保全権利は真実存したことと重視するという発想に基づいていることでは共通しているが、ブルンスが立法論として主張する過失の要否についての区別説の論拠には、この発想とは異質なものも加わっている。ふたつある。ひとつは、ドイツの通説・判例も過失責任説とそう異なる結果となっているということであり、もうひとつは、仮差押理由の疎明は立保証で代替できるからということである。このふたつの論拠につきまして考察することが、議論の整理のために望ましいであろう。

四 まず後者については、これがなにゆえに過失の要否についての区別説の論拠たりうるのか理解に苦しむ。立保証による代替は債権者の無過失責任を正当化すると考えることはあるいは可能であるが⁽²⁾、逆に過失責任を正当化することは不可解である。特に、被保全権利の疎明の立保証による代替と異なり仮差押理由のそれは過失責任を根拠づけるという理由はまったく存しないと考える。それゆえこの論点は以後の考察の対象から除外する。前者については次項でのべる。

注

(1) ブルンスは立法論としてN.P.O九四五條を "Erweist sich die Anordnung.....als von Anfang an sachlich ungerechtigt....." と修正すべきであるとする。

(2) 前章第一節（琉大法学二八号）111四頁以下参照。

第一項 仮差押理由の概念と過責主義

一 ブルンスは、通説・判例は仮差押理由を、将来の執行が不可能または著しく困難となる恐れであり、その恐れは良識ある人が感じる恐れであると定義づけているが、そこには過責主義が持ち込まれている、と指摘する。なぜなら、たとえ客観的には将来の執行が不可能または著しく困難となる恐れは存しなくても、良識ある人でも将来の執行の不可能または著しい困難を恐れたであろう場合には、仮差押理由は欠けていなかつたことになるからである。このことをもってブルンスは、通説・判例は仮差押理由についてはその存在ではなく確証（良識ある判断）を要求しているにすぎないと表現している。

もうともブルンスがいうには、通説・判例はこの仮差押理由概念により過失責任説をとったのとまったく同じ結果になるわけではない。なぜなら、通説・判例では良識ある人が基準となるので、債権者が特に高い認識能力をもち、しかし彼はこの能力に応じた注意をせずに執行が不可能または著しい困難になる客観的な危険ありと誤信した場合、すなわち彼自身の認識能力を基準にすれば過失があつた場合でも、良識ある人が誤信する場合であれば彼は免責されるからである。

二 それはともかくとして、ブルンスのいふように、はたしてドイツの通説・判例はその仮差押理由概念により

過失責任説をとるのとほとんど異ならない結果となっているであろうか。この指摘に対する通説の反応はまったく見られない。私は以下の理由によりこの指摘は正しくないと考える。

三 (ア) なるほど仮差押理由とは将来の執行が不可能または著しく困難となる恐れであり、その恐れは良識ある(verständig)人が感じるであろう恐れであると表現する学説は多い。¹⁾ そこでもしこの定義が、執行が不可能または著しく困難となる危険が実は存在しなかつたのであっても、良識ある人でも債権者と同様に危険を感じたであろう場合は仮差押理由は存在したことになるとの解釈を導くのであれば、この仮差押理由概念には過失主義が持ち込まれていることになる。しかし学説が仮差押理由を右のように表現するのは、債権者が主觀的に危惧を抱いているということだけでは足らない、ということに主眼があるのであって、むしろ客觀的な仮差押理由概念が意図されているのである。²⁾

(イ) 仮りに、右の仮差押理由概念が過失主義を含み、良識ある人でも債権者同様に危険を感じたであろう場合は、換言すれば債権者に過失がなければ、たとえ客觀的には危険は存在しなかつたとしても債権者は損害賠償責任を負わない、との解釈を許すとしても、それはある事実の存在を前提に、その事実から将来の執行が不可能または著しく困難になるであろうと恐れたことに過失がなければ免責するということであって、その前提としていた事実が実は存在しなかつた場合に、それにつき過失がなければ免責するとの解釈まで許すものではない。「良識ある人」はある事実から仮差押理由を導く際の基準であるにすぎないからである。このように、右の仮差押理由概念に過失主義が持ち込まれているとしても、それは有理性の有無に関してであって、事実の有無に関してではない。これに対し過失責任説では、有理性の面でも事実の面でも過失主義が貫徹する。

(ウ) なるほどブルンスの引用する一九〇八年一月三一日ライヒスゲリヒト判決(RG 67, 365)は右の仮差押

理由概念により、事実の面でも債権者に過失がなければ免責するとしているように見える。^[3]しかしこの判決が結論として言っているのは、中田淳一博士の言葉を借りれば、「いやしくも保全命令を発した時において保全理由の疎明があり、その存在が認められた以上、その保全命令は正当に発せられたものであって、たとえ後日の損害賠償訴訟で新たに提出された資料からすれば、さきの認定が誤認であったことが明らかとなつたとしても、これによって保全命令が不当であつたことにはならず、従つて損害賠償義務は生じない。」^[4]ということである。ドイツの通説・判例は保全訴訟における裁判の損害賠償請求訴訟に対する拘束力につき、保全の必要性については債務者の異議や上訴に基づく認可判決にもこれを認めるが、このような裁判が生じていない場合は損害賠償請求訴訟の裁判官は独自の立場で審理すべきであるとしている。^[5]しかしそうすると、認可判決や取消判決が生じた場合は保全の必要性の有無は仮差押訴訟における疎明により決せられるのに対し、このような裁判が生じていない場合は損害賠償請求訴訟における証明により決せられる、という不均衡が生じる。右ライヒスゲリヒト判決は、認可判決も取消判決も生じていない場合に、疎明があったのだから仮差押理由は存したことになる、として、そのような不均衡が生じるのを阻止した判決として位置づけるべきであると考える。ただこの判決は、このような結論を導くために仮差押訴訟における裁判の損害賠償請求訴訟に対する拘束力を持ち出すことはできなかつた。なぜなら仮差押決定は形式的確定力を有しないからである。そこでこの結論を導き出すために持ち出されたのが、先の仮差押理由概念であった。しかしごとに論じたように、この概念に過責主義が含まれているとしても、それは有理性の有無についてであり、事実の有無についてではない。事実の面で証明ではなく仮差押訴訟における疎明が基準となるべきであるとの結論を導くために、先の仮差押理由概念を持ち出すことはそもそも無理だったのであり、この判決理由には論理の矛盾・混乱あるいはすりかえが見られる。^[6]

それはともかく、この判決の結論は仮差押理由の有無は仮差押訴訟の疎明が基準となるというにあり、それはブルンスの指摘するより過失責任説とは同じ結果になるとはいえない。なぜなら疎明とは事実の証明度あるいは証明手段に関するものであるのに対し、過失とは事実の有無についての債権者の主観的態度に関するものだからである。

ちなみに、学説の中には先の仮差押理由概念につき右判決を引用しているものも見られるが、それがブルンスのいうような過失主義を肯定するものとは思われないことはすでに述べた。

(五) ブルンスのいうように通説・判例は仮差押理由の概念に過失主義をとり込んでいるとするが、例えば異議や上訴に基づき仮差押の取消しが問題となつた場合に、執行の不可能または著しい困難の危険が客観的に欠けてくるとの疎明がなされても、債権者に過失がなければ、仮差押理由ありとして仮差押を認可せねばならないことになる。とりわけ認可判決や取消判決に損害賠償訴訟に対する拘束力を認める判例および通説の立場ではそうである。そもそも認められることは認められず、認められることは認められない。しかし危険の客観的欠缺が疎明された場合にも認可すべきであるとの学説や裁判例は皆無であることはいうまでもない。

以上の理由により私はブルンスの指摘は正しくないと考えぬ。

注

- (1) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a. a. O. §917 Anm. 1. I. A.; Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung 9. Aufl. (1977) §917 Anm. 1.; Schönke-Baur, a. a. O. s. 201; Bruns-Peters, a. a. O. s. 265 など。わが

國でも西山俊彦・保全処分概論〇頁は、「武縄ぬ人の」という表現を用いてゐる。

- (2) 注(1)の文献のうち、Baumbach-Lauterbach-Hartmann は「債権者の個人的な意見がすぐさまそれを決定するのではな」とし、Thomas-Putzo は「客観的な判断である」とし、Bruns-Peters は「もしかするとおおむねに考へる債権者の立場からいえば」など、西山は「単に債権者が債務者の責任財産の減少について主觀的に危惧を抱いてゐる」とだけでは足りない、と述べてゐる。

(3) したがひけ判決理由の次の部分はそのまゝに受け取れる。「保全の必要性の客観的欠缺により危險の心配 (Besorgnis) が誤った場合や、被保全権利が欠けていた場合と完全に等価あるいは九四五條の文言からは命じられてこない。将来の出来事についての推論に基づく人間の観念としての保全の必要性的性格と、その有無が客観的に明確な権利としての被保全権利の性格との間の本質的な差異は、後に明らかとなつた保全の必要性の客観的な欠缺と被保全権利の欠缺とをそのまま保全の等価か否かといふ点、九四五條の拡張解釈にも反映する。」

なお、Cantor, Schadensatz wegen Einwirkung einstweiliger Verfügungen, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 37 (1912) s. 243 もこの判決を引用し、同論を認めてゐる。和訳の論文によれば、本文で述べた如く、本判決は区別説ではないからである。

(4) 中田淳一「保全訴訟の訴訟物と裁判力」保全処分の体系(ト巻四五九頁)。

(5) 例へば Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a. a. O. § 945 Ann. 3. C. を見よ。保全訴訟における裁判の損害賠償請求訴訟に対する拘束力については次章で譲りゆかれておる。

(6) かかる誤解についてなるべくは細略をQ。ただし、トネハベ田嶋「奇怪な離婚命令 (monströse Begriff der Evidenz)」と結しておる Blomeyer, a. a. O. s. 669 Ann. 3 もトネハベの「奇怪だ」とは通常

な表現であるとのべていることを紹介しておくにとどめる。

第二項 「任意履行」理論、「早すぎた執行」理論

- 一 以上の考察から、我々が参考にするに値するドイツの区別説の根拠は、被保全権利は真実存したことを重視するという発想に基づくもののみであることが明らかになった。損害算定における区別説、責任発生についての区別説、過失の要否についての区別説は、いずれもこの発想に基づいており、被保全権利は真実存したことなどを程度重視するか、またいかなる点で重視するかにより、説が分かれていると見るべきである。
- 二 ここで私の立場を明らかにしよう。私はこの発想は正しく、区別説をとるべきであると考える。しかも、少くとも立法論としては徹底した区別説、すなわち責任発生についての区別説（責任否定説）をとるべきであると考えている。その理由を以下に述べる。
- 三 まずドイツの区別説は右の発想に基づいていることは明らかであるが、それ以上に区別説の論拠を十分に示しているとはいえない。しかし、我々が区別説の論拠を探求するための手がかりはすでに存するようと思われる。私はそのうち次の二点に着目したいと思う。ひとつは、判例二の原審が、債務者は債務の「支払いを拒んだので、仮差押訴訟とその執行による損害という事態になつた。これらすべての結果は、彼が自分の債務を弁済すれば避けられた。したがつて彼は損害の発生につきもつぱら自分のせいにせねばならず、債権者に損害賠償請求をする余地はない。」と論じたことであり、ひとつは、ブルンスが過失の要否についての区別説の論拠として、「債務者は被保全権利の履行期後は裁判所の強制力（その遲延を彼は自己に有利に援用できない）にさらされている」と論じたことである。いずれも被保全権利は真実存したことを見重視するという発想に基づいている点では共通す

るが、前者は任意履行との関係から区別説を根拠づけ、後者は強制執行の内部において区別説を根拠づけている点で両者は異なる。私は両者ともに区別説の根拠、しかも（後者をブルンスは過失の要否についての区別説の論拠としているけれども）すでに責任発生についての区別説の根拠たりうると考える。

四 まず前者は被保全権利が真実存した以上債務者は本来任意に履行すべきであったのだからということを区別説の根拠とする。この議論を以下では（あまり適切な表現ではないが）便宜上、「任意履行」理論と呼ぶことにする。

五 次に後者はその意味するところ必ずしも十分に明らかであるとはいえないが、これを私なりに展開すれば次のようになる。

通常訴訟による権利保護はかなりの日時を要する。それは裁判内容の適正をはかるためにある程度やむをえないことである。しかしそれはこのようにやむをえないのであって、かなりの日時を要すること自体になんらかの価値があるわけではない。実体法上客観的に義務を負っている者がかなりの日時を経過した後でなければ義務の履行を強制されない結果になるのは、あくまで結果であって、かなりの日時を経過した後でなければ義務の履行を強制されないという保護されるべき利益が彼に帰属するからではない。さて、通常訴訟による権利保護がかなりの日時を要することから生じる債権者の危険を防止するために保全処分制度が設けられている。それにより通常訴訟による権利保護よりも時間的に早い権利保護が与えられる。保全処分の発令要件は被保全権利と保全の必要性の疎明であるから、後の証明によれば被保全権利は実は欠けていたとか保全の必要性は実は欠けていたといふことが生じる。しかしその場合、被保全権利の欠缺と保全の必要性の欠缺とを等置することはできない。前者は保護される権利が存在しないということであるが、後者は権利は存在し、ただその権利を緊急に保護する必

要はなかつたということである。前者では債務者はまったくわれのない強制執行を受けたことになるが、後者では早すぎた執行を受けたにすぎない。しかしすでにのべたように、実体法上客観的に義務を負っている者にはかなりの日時を経過した後でなければ義務の履行を強制されないという保護されるべき利益は帰属しない。それゆえ前者と後者を等置することはできない、と

この「早すぎた執行」は債権者の損害賠償責任を生じさせないという議論を以下では（やはり適切な表現ではないが）便宜上、「早すぎた執行」理論と呼ぶことにする。

六 私は区別説は右にのべた「任意履行」理論と「早すぎた執行」理論によって根拠づけられると考える。すなわち「任意履行」理論のみでは、債務者は任意履行におけるとは異なる損害を受けることを受忍すべきであることを十分には正当化することができないので、それと並んで「早すぎた執行」理論が必要である。

七 ところで、この「任意履行」理論および「早すぎた執行」理論は、不当保全処分と並ぶ不当執行の典型である不当仮執行に関するドイツの議論においても、その存在を認めることができる。

ZPO七一七条二項は「仮執行宣言の付された判決が取消されまたは変更された場合は、原告は判決の執行または執行回避のためになした給付により被告に生じた損害を賠償する義務を負う。」と規定している（わが国の民訴法一九八条二項はこれにならつたものである）。この規定の解釈をめぐっては近時議論が多い。^[1]論点は多岐にわたるが、そのうち次の点に注目しよう。それはこの規定の文言によると、仮執行宣言の付された判決（本案判決）が訴訟上の理由（訴訟要件の欠缺その他の訴訟上の瑕疵）により取消された場合も債権者は損害賠償義務を負うことになるが、それははたして妥当かである。^[2]近時、ペッヒャーは、債権者の損害賠償責任の発生根拠は本案判決の取消しや変更自体ではなく、それによって本案判決が取消されまたは変更されたべきであったところ

の理由の中に見出されねばならない、という立場から、債権者の損害賠償責任を生ぜしめるのは債権者が追行している実体法上の請求権（訴求請求権）の欠缺のみであり、訴訟要件の欠缺その他訴訟上の瑕疵は債権者の損害賠償責任を生じさせない、と論じた。⁽³⁾ このペッヒャーの説は基本的にはその後若干の学説によって受け入れられ、有力説となっている。

ハ さてペッヒャーは訴訟要件その他の訴訟上の瑕疵は損害賠償責任を生ぜしめない理由につき次のように言つ。「訴訟的な権利保護付与の制度的な要件は義務者の実体法上の責任の制限を根拠づけない。債権者の権利はそれが原告の権利として訴訟という媒介物を通して初めて効力を生じるというものではない。給付の義務ある被告は義務があるからそれを行なわなければならないのであって、形式的に瑕疵のない方法で給付を請求されたからではない。それにより給付義務が決められるところの私法秩序は、それにより訴訟上の権利追行が当事者間の関係で正当であつたり不当であつたりするところの基準にほかならない。権利追求の方法に訴訟上の瑕疵が存するにすぎない場合は、債務者には”不法”は行なわれておらず、執行による損害の結果は不当ではない。」「債務者が自己の義務を任意に履行しない場合、債権者は請求すれば裁判所による救済が与えられる。正しい権利主張にのみ裁判所による救済が与えられることに奉仕する被告の訴訟上の保護は、実体法的な利益評価の平面には属せず、それゆえ、正当な給付請求権に対する実体法的な留保を含まない。債権者が有効な裁判所における権利保護手続の方法で取得した執行による侵害は、たとえ訴訟上の瑕疵、それは債務者が被告としての立場で事件についての終局的な裁判をさらに長引かせることを可能にするが、そういう訴訟上の瑕疵が認識手続に存しても、実体法的にはまさしく正当である。」⁽⁶⁾

ここには「任意履行」理論および「早すぎた執行」理論が詳細にのべられている。

九 またペッヒャーは自説の擁護のためにZPO七一七条二項の草案の理由書も引き合いに出しているが、実はそこでもすでに次のように「早すぎた執行」理論が述べられていた。

「仮執行が単に法定の要件を欠いているために取消され、实体自体においては (in der Sach selbst) 判決は原告に不利に変更されていない場合は、草案は損害賠償義務を許さない。もし原告に、最終的に裁判でもって承認された彼の請求権の満足を、訴訟の通常の進行におけるよりも早く得したことに対し責を負わせようとするなら、それは原告に対する正当化できない厳しさであろう。」⁽⁸⁾

十 もうとも理由書の右に引用した箇所については、ペッヒャーとは異なった解釈も存する。⁽⁹⁾ 「实体自体において (in der Sach selbst)」とは本案判決のことを意味するのであって、理由書は仮執行宣言のみの取消しは債権者の損害賠償責任を生じさせないことの理由をのべたにすぎない、というのである。この解釈によると、我々にとってますます興味深い論点が浮かび上がってくる。仮執行宣言は仮執行の必要性がある等の要件が存する場合に付せられるが、後にその仮執行宣言が取消されても、それは単に執行が早すぎたというだけのことであるから、債権者はそれだけでは損害賠償責任を負わない、というのなら、保全処分における保全の必要性についても同じことが妥当すべきではないか、という問題がそれである。保全の必要性については立法過程でこの種の議論はまったく見られなかつたのは不可解である。

十一 「早すぎた執行」理論はさらにヘンケルの所説にも見出される。ヘンケルはペッヒャーの説をいくつかの点で批判しているけれども、債権者の損害賠償責任を生じさせるのは訴求請求権の欠缺のみであるという点では終局的にはペッヒャーと同じである。⁽¹⁰⁾ すなわちヘンケルは、訴訟上の理由による取消しも債権者の損害賠償責任を一応は生じさせるが、それは訴求請求権の欠缺を推定させるからにすぎず、したがつて後に新たな訴訟で債権

者の請求が認容されれば債務者の損害賠償請求権は消滅する、とする。⁽¹¹⁾

彼は言つ。「ZPO七一七条二項の損害賠償義務は手続の瑕疵を理由とするものであれ、仮執行可能な裁判の取消しに結びついているのであるから、我々はこの取消しはいかなる目的に任えるものかを問わなければならぬ。この取消しは手続規定の孤立した独自の価値のために生じるのではなく、請求権の内容的に正しい確定のため、法規によって定められた保証が欠けているがゆえに生じるのである。それゆえ訴訟的な瑕疵のある判決による執行は違法である。なぜなら、そのような裁判は請求権の内容的に瑕疵のない確定を保証しないから。それゆえ原告はそのような瑕疵のある裁判の執行から生じた損害を賠償せねばならない。しかしその瑕疵が訴訟手続に従つた新たな裁判により除去された場合は、最初の仮執行可能な判決により原告に与えられた権利保護は原告に実際に帰属すべきものだった、ということが事後的に証明されることになる。最初の仮執行可能な判決は、瑕疵のない手続においても彼に与えられなければならなかつたものを与えたのである。それゆえ執行法規（ZPO七一七条二項——筆者注）により被告に与えられた保護は仮の保護である。それは訴訟的に瑕疵のある裁判により被告に不法がなされるということから彼を守るためのものである。しかしそのような不法は、そのため執行されたところの請求権が実際に存在し、かつ適法に確定された場合には被告になされてはいない」⁽¹²⁾。「新たな裁判がなされれば原則として被告の損害賠償請求権は消滅する。このことは、手続規定は、存在する請求権のゆえに強制処置を忍ばねばならないということに対しては被告を保護しない、ということの中に理由をもつ。手続規定はむしろ、被告が不当に要求されるということに対してものみ被告を保護する。」⁽¹³⁾

以上のベッヒャーやヘンケルの「任意履行」理論や「早すぎた執行」理論に対する有力な批判はまだ現われていないようである。

十一 わで以上見たよつて、「任意履行」理論および「叫喚した執行」理論は不当仮執行をめぐる議論においても見られるのであり、これを不当保全処分において主張することは何ら怪しむに足らないのである。とりわけ、訴訟要件の欠缺は債権者の損害賠償責任を生じさせないと解されている保全処分においては、これらの理論はすでに部分的には通説によつても支持されてゐるとわざふれるのである。なぜなら、訴訟要件を欠いた保全処分は本来発令されぬべきではなかつたはずであるが、通説もこの場合を不当保全処分とは見ていないからである。

注

- (1) 鈴木正裕「判決の法律要件的効力」実体法と手続法の交錯下巻一四九頁以下は法律要件的効力の角度からの議論を整理した秀作である。
- (2) 通説による出附化の様々な論などゝござ。Hans Peter Pecher, Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung (1967) s. 131 ff. 参照。
- (3) 前注のハケルの譯文。
- (4) Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 19. Aufl. (1968) § 717 Anm II. ; Wolfram Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht (1970) s. 263 ff. ; Arwed Blomeyer, Zivilprozeßrecht (Vollstreckungsverfahren) (1975) s. 39 ff. ; Bruns-Peters, Zwangsvollstreckungsrecht (1976) s. 27 f. なれば本文の「趣本的立せ」も表珉した理由は後述注(5)を参照。
- (5) Pecher, a. a. O. s. 168
- (6) Pecher, a. a. O. s. 171

- (7) Pecher, a. a. O. s. 163
- (8) Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 8 (1898) s. 135
- (9) vgl. Pecher, a. a. O. s. 172
- (10) 「ハケンは実体法上の請求権だけが債権者の行為の適法性の基準ではなべくトライヒャーを批評す。Henckel, a. a. O. s. 257 ff. しかし彼はこの命題が無制限に妥当であるのは訴訟上の瑕疵が除去でもなく「場合に限る」からだ。訴われる証拠手段だけでは実体法上の請求権の発生要件を満たす事實を証明できない場合のみを挙げてゐる。しかしO. Henckel, a. a. O. s. 264
- (11) これはハーコーネルも債権者の損害賠償責任を肯定するのである。この場合はむしろ実体法上の請求権は存しないべきである。
- (12) 11)の文献はすべて同上を認めてねど、このやうな債務者の仮の保護を（損害賠償にはこゝは）認めないとトライヒャーは認めない。
- (13) Henckel, a. a. O. s. 265
- (14) 同説である。参看は Stein-Jonas-Grunsky, a. a. O. § 945 Anm II. 1. b. cc.
- 第三項 保全の必要性の意義**
- しかしこの立論に対しては次のよつた批判が予想される。保全の必要性の欠缺を一般の訴訟要件の欠缺に等置するのではない、後者で取つて「早やあた執行」理論を承認する所で、前者では、保全の必要性の欠缺を保全処分を單に執行が早やあただけじ見る所ではない、と。

この批判はもともとある。保全処分は本執行を保全するものであり、その内容は本執行のそれと一致せず、被保全権利と保全の必要性の双方が相まって保全処分の内容を決定するのだから、保全の必要性を欠いた保全処分を単に執行が早すぎただけと見ることはできない。等置説の論拠のうち、ミネロープの「不当仮執行において被保全権利と保全の必要性が同等に扱われる」のは、仮処分の内容を決定する際の両者の共働(Mitwirkung)に対応する」という議論、および彼を引用する松浦教授の「保全の必要は………保全処分の内容を決定する際にも、被保全権利と同様に決定的作用を営む」という議論は、そのままこの点の批判となる。

これに対し、保全の必要性は被保全権利とともに保全訴訟の訴訟物を構成するから、ということは、「早すぎた執行」理論により区別説を根拠づけようとする私見に対する有効な批判たりえない。保全の必要性を訴訟要件と見るか実体要件と見るかと、不当保全処分における債権者の損害賠償責任につき区別説をとるべきか等置説をとるべきか、とは必然的な結びつきはない。²⁾

二　さて、なるほど保全の必要性を欠いた保全処分を単純に執行が早すぎただけと見ることはできない。しかし保全処分のうち被保全権利の内容を仮りに実現する満足的仮処分についてはどうであろうか。この場合も「満足的」という内容を決定する際に保全の必要性が被保全権利と同様に決定的作用を営んでいることはいうまでもないが、その結果として本執行と同様に被保全権利が(仮りにではあれ)満足を受けている。それゆえ、被保全権利が真実存した以上、保全の必要性を欠いた満足的仮処分は執行が早すぎただけであるといふことができる。判例が不作為請求権を被保全権利とする満足的仮処分につき区別説をとったことは、このようにして正当化される。

三　このように、保全処分のうち満足的仮処分については「早すぎた執行」理論により区別説を根拠づけること

ができるとすると、それとの均衡論からして満足的仮処分以外の保全処分についても区別説をとらねばならないであろう。なぜなら、保全処分のうちその実際的効果において最も強力な満足的仮処分、保全の必要性が特に高いとして認められた満足的仮処分において区別説をとり、それ以外の保全処分では等置説をとるのでは著しく均衡を失するからである。

それゆえ、満足的仮処分について「早すぎた執行」理論により区別説をとるべきであるなら、「早すぎた執行」理論によることができないそれ以外の保全処分も満足的仮処分との均衡論により区別説をとるべきである。また「任意履行」理論は満足的仮処分以外の保全処分にも妥当することはいうまでもない。

四 もっとも保全の必要性を欠いた満足的仮処分以外の保全処分も「早すぎた執行」と説明できないわけではない。というのは、満足的仮処分以外の保全処分は被保全権利をそのまま実現するものではないが、被保全権利から派生する権利の実現、換言すれば被保全権利の質的一部の実現を目的とするものであるともいいうからである。

これにつき、処分禁止仮処分などの一種の不作為を命じる仮処分については、これを被保全権利から派生する付隨的不作為請求権 (Unterlassungsnebenansprüche) の実現を目的とするものと説明する学説がすでに存する。例えばバウアーは「買主に所有権を移転する義務の中には、買主のその所有権移転請求権を危険にさらすすべてのことを行なわない義務、したがって特に第三者に処分しない義務が含まれている。そのように見れば、処分禁止の仮処分はこの実体法上の不作為義務の履行をもたらすともいえる。…………処分禁止の仮処分は債権者の部分的な (punktuell) 満足をもたらしうる」と述べている。³⁾

私は満足的仮処分以外のすべての保全処分を付隨的義務の実現を目的とするものと説明することは可能である

と考える。むろんこの付隨的義務の実現、換言すれば被保全権利の質的一部実現は、その必要性、すなわち保全の必要性が存するときのみ本来許されるべきである。しかし満足的仮処分という被保全権利の全部的実現は保全の必要性を欠いていても「早すぎた執行」にすぎないのなら、この場合も「早すぎた一部執行」にすぎないとすべきである。

このことは仮差押についても異なるところはない。なるほど仮差押においては、被保全権利は金銭の給付を請求する権利であるのに対し、保全処分の内容は金銭に限らずすべての責任財産のいづれかにつき処分を禁じるというものである。したがって後者を前者から派生する権利と見たり、前者の質的一部実現と見ることは不可能のようにも見える。ドイツの区別説の中には仮差押については等置説をとるものが存するのはそのためであろう。

しかしバウアーは仮差押についても付隨的不作為請求権の実現と解しうるとしているし⁽⁵⁾、また仮差押は金銭債権の強制執行における最初の段階を先取りするものであるという意味では、これこそかえって「一部執行」というふさわしいのである。

五 このように保全の必要性を欠いた満足的仮処分以外の保全処分も「早すぎた執行」と説明できないことはないが、重要なことは満足的仮処分との均衡論である。繰り返すが、満足的仮処分について区別説をとり、他の保全処分については等置説をとるのは著しく均衡を失しよう。

六 保全の必要性の欠缺を訴訟要件の欠缺に等置することに対しては、さらに次のような批判もありうるだろう。なるほど訴訟要件については、それは実体法上の請求権の内容的に正しい確定のために要求されているということにより、その存在が発令要件として要求されていることと、その不存在が債権者の損害賠償責任を生じさせないことを予盾なく説明できるかも知れない。しかし保全の必要性は実体法上の請求権の内容的に正しい確定とは

まったく関係しないのであり、保全の必要性はそれとは無関係な独自の意義を有するはずである。それならば、一体いかなる理由により、保全の必要性の発令要件としての有意義性と責任発生根拠としての無意義性とを矛盾なく説明できるのか、と。

七 なるほどこの批判ももつともである。私はこれに対し次のように答えよう。

なるほど責任否定説では被保全権利の有無のみが重要である。しかし発令時には被保全権利の有無は未確定であるので、不当執行、すなわち被保全権利なき執行を債務者が受ける危険性がある。この場合、後に債権者の無過失責任で後始末をしさえすれば債務者に損害を被らせてもよいというものではないので、被保全権利なき執行を債務者が受ける危険性の確率を低下させるために、被保全権利の疎明が発令要件として要求されている。⁽⁶⁾しかしその確率は疎明によって決してゼロにはならない。論理的にいえば被保全権利が真実は存しない確率は常に五〇パーセントである。そこで、このように債務者を被保全権利なき執行の危険にあえてさらすためにはそれ相応の必要性が存することが必要である。保全の必要性、すなわち仮りに被保全権利が真実存するとすればそれはある危険にさらされている、ということが債務者を被保全権利なき執行の危険にあえてさらす必要性を基礎づける。このように保全の必要性は債務者を被保全権利なき執行の危険にあえてさらす必要性を基礎づけるために発令要件とされているにすぎないから、後に被保全権利は真実存したことが明らかになれば、債務者を被保全権利なき執行の危険にさらす必要性があつたか否かは問題にならないのは当然である、と。

同様のことは、保全処分の内容を決定する際の保全の必要性の機能についてもいえる。「任意履行」理論および「早すぎた執行」理論からすれば常に満足的仮処分を発令できることになりそつだが、そうではない。満足的仮処分だと、被保全権利なき執行において債務者が受ける損害が大きくなる。債権者の無過失責任で後始末をし

されすれば債務者に損害を被らせてよいところのものではないので、仮りに被保全権利なき執行だとしても債務者の受けける損害が大きくならないよう配慮することが必要である。そのためには、被保全権利が仮りに真実存在するトスレバそれがもたらされている危険を除去するに必要かつ十分な内容にとどめるべきである。しかしむろん危険の種類によっては満足的仮処分も許される。

八 以上により、私は債権者の損害賠償責任の局面で保全の必要性を一般的の訴訟要件と等置することは結果的に正当であると考える。

結局、私の見方によれば、区別説をとるか等置説をとるかは、「任意履行」理論および「早すぎた執行」理論を承認するか否かにかかっている。逆にいえば、発令要件は常に責任発生要件である、と考えるべきか否かにかかっている。これは実体法上の請求権以外の発令要件の実体法的意義を問う問題であり、実体法と訴訟法の関係を問うものとして理論的にも実際的にも重要な問題である。⁽¹⁾私はペッヒャーおよびヘンケルに従い、実体法上の請求権以外の発令要件の実体法的意義を否定する立場をとる。⁽²⁾これはまた常識にも合致した帰結であると私は考える。

注

- (1) Henckel, a. a. O. s.269 は不当保全処分につき「保全の必要性以外の訴訟上の瑕疵は執行を違法にしない」とのべている。彼は保全の必要性を特別に扱うことの理由を示していないが、あるいはこのような理由によるものか。なお Pecher, a. a. O. はむしろ不当仮執行を対象としており、保全の必要性については觸及していない。
- (2) ヘイツでは保全の必要性を訴訟要件と解するのが通説であるが (vgl. Otto Teplitzky, Arrest und einstweilige

Verfügung, Jus 1981 Heft 2 s. 123 Anm. 16.)' 図柄器は機器な少數器だね。

- (3) Fritz Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz (1967) s. 49 f. 図柄 Ohmar Jauernig, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen ZZP 79. 328 ; Bruns-Peters, Zwangsvollstreckungsrecht 2. Aufl. (1976) s. 279

(4) Jauernig, a. a. O. はた隨的不作為請求權は原則として独立して認められるべきだ。Baur, Bruns-Peters も同意する。

(5) Baur, a. a. O. s. 50

(6) 小山昇「仮処分訴訟の再編成」法曹時報[九卷]〇号一九頁参照。

(7) もうとも前述注(二)参照。

第四項 結論

— やい、私は以上の理由により区別説を支持し、しかも少くとも立法論としては徹底した区別説、すなわち責任否定説に賛成である。しかしこれを解釈論として主張することに対しても、現行法規の情況が明らかに障害になる。たとえば、N.P.O九四五条のような規定がなく、無過失責任説の条文上の正当化のために不当仮執行に関する民訴法一九八条二項が類推されていることは、責任否定説を解釈論として主張するにとってむしろ都合がよい。なぜなら民訴法一九八条三項は仮執行宣言のみの取消しを損害賠償責任根拠と認めていないからである。しかし、保全の必要性の疎明を損害担保のための立保証で代替わせる機能を裁判所に認めた民訴法七四一条二項、また疎明ありたるときも立保証を命じることができるとした同条三項は、責任否定説を解釈論として主張するこ

とを妨げる。なぜならこれらの規定は、保全の必要性が欠けていた場合も債権者の損害賠償責任が問題となることを前提としているからである。したがって解釈論としては、債権者の損害賠償責任の発生の余地を否定する説はとりえないことになる。したがって解釈論としては責任否定説を断念せざるをえないと考える。しかし右の規定を無意義にしない範囲内で、責任否定説にできるだけ近づく解釈をすべきである。「任意履行」理論および「早すぎた執行」理論はすでに責任否定説を根拠づけているが、これを責任否定説まではゆかない区別説の根拠として利用することは、大は小を兼ねるのでむろん許されよう。

二 私は解釈論としては次のように解したい。まず債権者の主觀的態度に関しては、債権者は保全の必要性の欠缺につき悪意の場合にのみ責を負う。私見では理論的にはそもそも悪意であっても債権者は責を負うべき理由はないのであるから、過失責任まで認めるべきではない。

次にこの悪意責任についても、損害算定において被保全権利が欠けていた場合と異なって扱うべきである。ドイツの損害算定における区別説は、そこでいう「被保全権利の範囲」を具体的に明らかにしていなために、内容が明らかでなかった。私はこの点につき、直接損害と間接損害で区別したい。すなわち、例えば仮差押において目的物の処分が禁じられたことにより直接に生じた損害は「被保全権利の範囲」内にあるとして債権者が責を負うべき損害とは見ない。これに対し、信用毀損による損害や精神的損害は間接損害であり「被保全権利の範囲」外にあるとして、債権者が悪意の場合には債権者は賠償責任を負う。

三 ところで私が立法論として責任否定説を主張することは、解釈論の障害となつてゐる民訴法七四一条二項三項を立法的に修正すべきことを主張するにほかならない。まず二項については、保全の必要性の疎明があつた場合には立保証を命じることはできないことにすべきである。問題は二項であるが、保全の必要性の疎明がないと

きは損害担保のための立保証ではなく、疎明代用の立保証または宣誓（民訴法二六七条一項）によるべきものとすべきである。結局、立法論としては、民訴法七四一条二項三項の「仮差押ノ理由」なる文言は削除すべきである。ちなみに、保全の必要性の疎明がないのに保全処分を発令することは適当ではない。保全訴訟では保全の必要性の審理に重点が置かれるべきである。オーストリア強制執行法三九〇条は保全の必要性の疎明については立保証による代替を認めていないことを思うべきである。^[1]

四 以上私は立法論としては責任否定説を、解釈論としては悪意責任説および損害算定における区別説をとる。しかしこれはドイツの区別説がいうように、被保全権利が履行期に達している場合に限る。「任意履行」理論および「早すぎた執行」理論は被保全権利の履行期が到来していることを前提としている。したがって、被保全権利の履行期が到来していない場合は別に考えねばならない。私はこの場合は、被保全権利と保全の必要性の双方が備わって初めて債務者に対する干渉の権利を生じさせるのであって、保全の必要性は被保全権利と同価値の意義を有すると考える。^[2]したがってこの場合は等置説をとるべきである。すなわち私の立場では無過失責任説をとるべきである。

五 また被保全権利の履行期が到来している場合でも、「任意履行」理論は債務者が任意に履行しないために執行がなされたことを区別説の根拠とするものであるから、債権者が債務者に任意履行を請求しさえすれば債務者は直ちに任意履行をしたであろうに、債権者は請求をすることなくいきなり保全処分におよび、債務者は保全処分執行後に直ちに任意履行をしたという場合は、任意履行を請求しさえすれば債務者は直ちに任意履行をしたであらうことにつき債権者に故意または過失があれば損害賠償責任を負うと解すべきである。^[3]もっともこれは保全の必要性の有無にかかわりない。

六　さて私は被保全権利の欠缺については無過失責任説をとった。のことと、本節でのべた立法論とは予盾しない。むしろ、被保全権利の有無を重視し、これが欠けていれば常に債権者がすべての損害を負担し、これが存するのなら常に債務者がすべての損害を負担することで両者は整合的である。

七　また私は被保全権利の欠缺について、発令の迅速性を重視したが、保全の必要性の欠缺につき責任否定説をとることは発令の迅速性を阻害しない。保全の必要性を欠いた保全処分は不当ではないのであり、債務者を被保全権利なき執行の危険にさらす必要があるか否かを一応審理するために保全の必要性の疎明が要求されているにすぎないから、発令裁判所はこれの審理にそれほど慎重になる必要はない。とはいっても保全訴訟では保全の必要性の審理に重点が置かれるべきではある。

八　以上、私見を開陳したがまだ試論の域を出ない。諸先生方の御批判をまって、さらに考察を深めたい。しかし仮りに私見がゆきすぎであるとしても、保全の必要性が欠けていた場合に無過失責任を認めるのもこれまたゆきすぎであるといわねばならないであろう。

注

(1) 松浦馨・判批・判例タイムズ三一五号一三七頁参照。

(2) 本節序論注(2)の兼子博士の「実体的仮差押権」はこの場合にのみ肯定せらるべきである。

(3) 大阪地判大正一二年一〇月一七日法律新聞二二二三号五頁は、保全の必要性が欠けていたことを認め、しかしそれについての債権者の過失について認定することなく、一回の請求をもなさず突然仮差押をおよんだのは仮差押をなすにつき要する相当の注意を怠つたものであるとの理由で債権者に損害賠償を命じたものである。

※第一章第三節被保全権利の事後の欠缺は都合により削除した。読者諸氏の御有想を乞う次第である。