

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（一）

メタデータ	言語: 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, 勲, Tamaki, Isao メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2262

不当保全処分による損害賠償責任(一)

玉城

勲

序論

第一章 被保全権利の決却と損害賠償責任

第一節 違法性、故意・過失、過失の推定(以上本号)

第二節 過失責任説と無過失責任説

第三節 被保全権利の事後的欠却

第二章 保全の必要性の欠却その他と損害賠償責任

第一節 保全の必要性の欠却

第二節 訴訟要件の欠却、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

序論

保全処分（仮差押・仮処分）が発令され執行されたが、のちにそれが真実は被保全権利または保全の必要性を欠く不当なものであったことが判明したとき、その保全処分の利用は（広義の）不法行為として、それにより債務者に生じた損害につき債権者の賠償責任が問題となる。これが従来、不当保全処分による損害賠償責任として論じられてきた問題である⁽¹⁾。

保全処分制度にとって不当保全処分の生じる危険は必然的であり、むしろ制度自体が不当保全処分の生じうることを当然の前提としている。保全処分の発令要件は、被保全権利と保全の必要性の存在の証明ではなく、疎明で足りるものとされている（民訴法七四〇条二項）。しかもその疎明さえも裁判所の裁量により債権者の立保証で代替・補充しうることを法は認めている（民訴法七四一条二項三項）。したがって、のちになって真実は被保全権利または保全の必要性の欠缺していたことが、すなわち不当保全処分であったことが明らかとなることありうることは、保全処分の発令要件において当初から予定されているのである。

なるほど、保全処分の発令要件として、被保全権利ならびに保全の必要性の疎明ではなく証明を要求するならば、不当保全処分の生じる危険はない。しかし、保全処分は、通常訴訟での証明による勝訴を待っていたのでは債権者に著しい損害が生じるのを防止するために（保全の必要性）、被保全権利を疎明すれば、もしくは裁判所の裁量により債権者が保証を立てれば、暫定的な保護を与えようという制度なのであるから、保全処分の発令要件として被保全権利の証明を要求することは矛盾であり、保全処分制度の否定を意味する⁽²⁾。保全の必要性については、このような証明の要求を多く保全処分制度の否定という関係は存しないが、保全の必要性についても、証明を要求することは保全処分の迅速性を害するものとして、被保全権利と同じく疎明で足りるものとされている。

このように、保全処分が正当であるための要件、すなわち被保全権利ならびに保全の必要性の存在の証明をもって保全処分の発令要件とすることはできないのであるから、不当保全処分がある程度発生することは、保全処分制度自体が当然予定しているうえに、⁽³⁾実際の運用において、不当保全処分の発令を恐れるあまり、被保全権利および保全の必要性の高度の疎明を要求することも、保全処分制度の否定に連なるものとして許されないといわねばならない。⁽⁴⁾この意味では、不当保全処分のある程度の発生は、保全処分制度の除去されるべき副作用ではなく、必要悪であるということができる。⁽⁶⁾このある程度必要悪である不当保全処分をいかに規律するかは、保全処分制度を有している以上、当然の制度的課題でなければならない。

不当保全処分により債務者に生じた損害を誰が負担すべきかは、その損害が保全処分制度の利用によって生じたものであるために、制度の利用・運用のあり方いかんに重大な影響を及ぼさざるを得ず、⁽⁶⁾一般の不法行為のごとき「損害の公平な分担」なる基準は、ここでは唯一の基準ではありえない。

不当保全処分により債務者に生じた損害は、債務者が甘受するか、債権者が全部または一部賠償するかしかない。これに対し、立法論ないしは理想論として、その損害は国家が負担すべきであるとの考えが存する。柳川真佐夫氏の所説がこれであり、沢田直也氏も、これに「共感を感じずにはいられないのが、おそらく凡ての人の感慨であろう。⁽⁷⁾」と述べておられる。

柳川氏は次のように説かれる。「本来保全処分制度は、訴訟遅延と自力救済の禁止の矛盾の救済として認められたものであり、その危険は本来国家が負担すべきものであると解するならば、不当保全処分の責任は、国家が負担し、国家において損害を補償するのが適当ではあるまいか。これによって裁判所は債権者に保証を供せしめずして適当な保全処分を発令し得べく、無資力な債権者も等しく法の実質的保護を受け得ることになるし、無資

力ならずとも、負担や責任の重い為に保全処分申請をちゅうちよするが如き、保全制度の機能の阻害を排除し得る効果を無視することはできないであろう。債務者の保護は、責任者が国家である為に万全である。」⁽⁸⁾

なるほど福祉国家の理念を強調すれば、このような考えも成り立ち得ないではない。しかし、保全処分発令時における立保証の問題はともかくとして、⁽⁹⁾ 不当保全処分により生じた損害（しかもそれは時として莫大な額に昇りうる）は、国家の設営した制度の利用によるものとはいえ、所詮は私的紛争を機縁に生じたものであるから、その当事者たる私人によって負担されるべきもので、当該の紛争の局外者たる一般国民の負担とすることは福祉国家理念の誇張といわねばならないであろう。⁽¹⁰⁾ また実際問題として、国家財政への圧迫を恐れるあまり、裁判所の保全処分発令が慎重になりすぎるといふ弊害が生じないかも懸念される。したがって、右の発言に賛意を表することはためらわれるが、ただこの発言に、不当保全処分による損害賠償責任をいかに規律すべきかについての実務家の苦悩を見てとることができよう。

不当保全処分による債権者の損害賠償責任をめぐる従来の議論の中心は、賠償責任の発生要件として債権者の故意・過失を要するか否かであった。ドイツ民法（ZPO）九四五条は無過失責任を定めている。わが国の民法は、仮執行に関してはその一九八条二項で無過失責任を規定しているが、保全処分についてはまったく規定を欠いている。そのため、保全処分の特殊性を理由に、また仮執行に関する一九八条二項の類推により債権者は無過失責任を負うべきだとする無過失責任説と、債権者の過失を推定するにとどめるべきだとする過失責任説が学説上激しく対立し、近時は無過失責任説が優勢であるが、過失責任説も依然として力を失っていない。

判例は、賠償責任の発生要件として債権者の故意・過失を要求するが、古くから債権者の過失を推定するものが見られ、戦後の判決（ほとんどが下級審判決）では過失を推定するものが圧倒的に多い。唯一の最高裁判決

(最判昭和四三年二月二十四日民集二二卷一三三三頁)もこれを認めた。この中にあって、さらに無過失責任を認めるふたつの判決(福岡地小倉支判昭和四二年二月二十六日判例時報五二八号六九頁、東京地判昭和四五年五月三〇日判例時報六一号四五頁)が現われたが、逆に判決理由中で無過失責任を明らかに否定する判決も多い。立法の動向としては、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)は無過失責任説を採用していたが(第三三七)⁽¹¹⁾、昭和五二年公表の民事執行法案要綱では、保全処分に関しては今回の改正の範囲を保全処分の執行手続に限定することとなったため、この点も立法化は見送られることになった。

右の学説・判例の状況および立法動向を見ると、不当保全処分による債権者の損害賠償責任をいかに規律するかは、近時ますます重要な課題となっていることが痛感される。しかも注意すべきことは、右の状況は単に過失責任か過失は推定されるか無過失責任かという図式では把握することができないため、この課題の追求は容易ではないということである。例えば無過失責任説の内部でも、本案訴訟で債権者が敗訴した場合に限り無過失責任とする説が有力であり⁽¹²⁾、先の強制執行法案要綱案(第二次試案)第三三七もこれに従っていた⁽¹³⁾。この立場では、保全の必要性の欠缺の場合、および被保全権利欠缺でもそれが本案訴訟で確定されていない場合(本案訴訟が未提起の場合あるいは提起されていても債権者敗訴判決が確定していない場合)には過失責任とされる。不当保全処分のうち被保全権利の欠缺と保全の必要性の欠缺を区別する実質的理由ありや否や、また被保全権利欠缺でもそれが本案訴訟で確定されたか否かで区別する合理的理由ありや否や、が問われなければならない。この説は、無過失責任を債権者が本案訴訟で敗訴した場合に限る理由として、仮執行に関し無過失責任を規定する民法一九八条二項の類推をいう。一九八条二項の責任の発生要件は、仮執行宣言の附された判決の上訴審における取消・変更という形式的な要件であり、仮執行宣言当時の訴求請求権の実体的欠缺というような実質的な要件ではない

(本稿では前者を形式主義、後者を実質主義と呼ぶ)。これに対し、不当保全処分による損害賠償責任の発生要件は、従来、被保全権利または保全の必要性の欠缺、というように実質主義により理解されてきた。(14) 右の説は、一九八条二項の効果(無過失責任)を類推するためにその限りにおいて要件(形式主義)をも類推しなければならぬ、というもののようにも解せられる。(15) また判例には、先の昭和四三年の最高裁をはじめ、過失の推定を本案訴訟債権者敗訴や保全処分取消にかからせるものが少くない。これらの事情から、不当保全処分による債権者の損害賠償責任を論じるためには、実質主義・形式主義の問題とも関連して、本案訴訟債権者敗訴ないし保全処分取消と賠償責任の関係をも考察する必要がある。

従来の学説・判例・立法動向、とりわけ判例の情況を見ると、それ以外にも検討すべき多くの論点が提示されていることに気づく。例えば、被保全権利や保全の必要性が事後的に消滅した場合の責任要件いかに、被保全権利や保全の必要性の欠缺のほか、起訴命令不遵守による取消(民訴法七四六条二項)、先行仮処分との抵触、訴訟要件の欠缺等も債権者の損害賠償責任を生ぜしめるか、本案訴訟債権者敗訴が被保全権利欠缺を確定しない場合があるか、保全訴訟における判決の既判力は損害賠償請求訴訟にも働くか、給付を命じる仮処分に基づいて債権者の受けた給付の返還(原状回復)の要件、等々。

本稿は、以上の事情にかんがみ、不当保全処分による債権者の損害賠償責任の発生要件と、それに関連した諸問題を総合的に考察することを目的としている。これに対し、保全処分を機縁とする債権者の損害賠償責任ではあっても、保全処分の執行方法が違法なためのそれは本稿の対象外とする。これは保全処分の執行に限らない強制執行一般に共通の問題だからである。(17)

以下、第一章と第二章では、従来の一般的な理解である実質主義によりつつ、不当保全処分による債権者の損

害賠償責任の発生要件を論じる。

まず第一章で、不当保全処分のうち被保全権利欠缺によるもののみを扱う。従来の議論は主としてこの場合を念頭においており、判例もこれが圧倒的に多い。しかも学説上、被保全権利の欠缺と保全の必要性の欠缺とで區別するものが存するほか、判例も過失の推定を被保全権利欠缺の場合に限っているとの指摘もなされている。したがって、保全の必要性の欠缺には被保全権利欠缺には見られない特殊性が存するかも知れず、両者を一応別個に考察するのが適当と考えるからである。

第二章では、保全の必要性の欠缺の場合を論じるほか、いわば広義の不当保全処分として、被保全権利の欠缺と保全の必要性の欠缺以外に債権者の損害賠償責任を生じる場合があるかを検討する。訴訟要件の欠缺、抵触保全処分、起訴命令不遵守により取消された保全処分等が対象となる。

第三章では、保全訴訟・本案訴訟と損害賠償請求訴訟の関係をめぐる諸問題を論じる。先の実質主義・形式主義の問題のほか、保全訴訟における判決の既判力は損害賠償請求訴訟にも働くか、損害賠償請求権を保全訴訟中で行使することができるか、訴訟物論や既判力の基準時との関連で本案訴訟債権者敗訴が被保全権利欠缺を確定しない場合があるか等がこれである。

第四章では、特殊問題として、給付を命じる仮処分に基づいて債権者の受けた給付は、仮処分取消のみで直ちに債権者に返還されるべきか、返還の手続や返還の範囲いかに、を考察する。保全訴訟の訴訟費用や保全執行の執行費用の返還についてもここで論じよう。

不当保全処分による債権者の損害賠償責任の問題は、実体法と訴訟法の微妙に交錯する難問のひとつである。本稿がこの問題の解明に一步なりとも近づくことができるのなら幸いである。

注

- (1) この問題を論じたわが国の文献の主なもの、中川毅「不当仮差押仮処分と無過失損害賠償責任」司法研究報告書二〇輯二、吉川大二郎「保全処分に関する損害賠償責任に関する諸問題」保全処分の研究四三七頁以下、斎藤秀夫Ⅱ 桜田勝義「保全処分と損害賠償責任」吉川大二郎博士還暦記念保全処分の体系上巻一三頁以下、古崎慶長「違法な仮処分と損害賠償責任」松村俊夫裁判官還暦記念仮処分の研究上巻三〇七頁以下、松浦馨「仮差押え及び仮処分の改正について」〔四〕判例時報八三六号三頁以下八三七号三頁以下。
- (2) Vgl. Henrici, Über die Verpflichtung des Arrestlegers zur Erstattung des durch ungerechtfertigten Arrest verursachten Schadens nach gemeinem Rechte, Gruchots Beiträge Bd. 32 (1888) S. 191
- (3) Vgl. Fritz Baur, Studien zum einseitigen Rechtsschutz (1967), S. 99
- (4) しかし実務は、保全処分が債務者に与える不利益が大きい場合は、高度の疎明を要求しているといわれる。この実務の運用方法につき学説上賛否両論がある。これにつき、野村秀敏「保全訴訟と本案訴訟」(二・完)「民商法雑誌七九巻四号五〇二頁以下参照。
- (5) 松浦馨Ⅱ 太田勇「仮差押・仮処分の実態」(一)「ジュリスト五五二号一〇八頁注(4)は「正常な仮差押・仮処分制度の運用は、不法な仮差押・仮処分がある程度発生することを当然予定しているのであって、これが余りに少ないことになれば問題である。」とする。
- (6) 吉川・前掲四三七頁。
- (7) 沢田直也・保全執行法試釈六三頁。
- (8) 柳川真佐夫・保全訴訟(補訂版)一九頁。

- (9) 松浦「仮差押え及び仮処分の改正について(二)」判例時報八二〇号一三頁は、保全処分発令時にはほとんど常に立保証を命じるわが國の実務の運用は疑問だとする。
- (10) ことがらは大部異なるが、第三債務者に対する取立訴訟は國家機関が行ない敗訴した場合の訴訟費用も執行債権者に過失なき限り國家が負担することにしてはどうかとの松浦警教授の質問に対し、フリッツ・パウア教授は、そうなると大蔵大臣は驚いて両手を頭上で叩くだろう、したがってこれは実現の見込みがない、そういう考えは社會國家原理の誇張である、と答へ、中田淳一博士も、この考えは社會國家というものをもってしても根拠づけられない、と述べた(「討論・パウア教授」金銭執行における優先主義と平等主義)について「民事訴訟雑誌一五号六九頁以下)。
- (11) 「第三三七 裁判所は、本案訴訟において被保全権利の不存在を理由とする債権者敗訴の判決をするときは、債務者の申立てにより、その判決において仮差押えの執行により債務者が受けた損害の賠償を債権者に命ずることができるものとする。ただし、債務者は、損害賠償の請求につき別訴を提起することを妨げられないものとする。 (民訴一九八ZPO九四五)」(判例タイムズ二九九号一六六頁。また、浦野雄幸「強制執行法案要綱案(第二次試案)」ジュリスト五五二号一〇二頁参照)
- (12) 齋藤||桜田・前掲二四頁以下。
- (13) 前述注(1)参照。
- (14) しかし一九八条二項の解釈上、この意味での形式主義は貫徹されていない。鈴木正裕「判決の法律要件の効力」山本戸克己教授還暦記念実体法と手続法の交錯下巻一六二頁以下参照。
- (15) これを明確に述べるものは、松岡義正・保全訴訟要論四二二頁。ちなみに、ZPO九四五条の「保全処分が当初より不当なことが証明された時 (Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt)」の意味に「キドマンの通説も本文のように解している。これを明確に述べ

をめぐりて Rudolf Bruns, Schadensersatz und Rechtskraftfragen des §945 ZPO, ZZP Bd.65 (1952) s. 67 ff; Stein-Jonas-Grunsky, Kommentar zur ZPO 19. Aufl (1971), § 945 Anm. II. 1. a. 反対 Georg Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile (1908), s. 27 ff. 保全処分命令が当初より不当との理由で取消されたことを意味するところ。

- (16) もっとも要件の類推といっても、一九八条二項のように執行名義の取消を要件としないために、ことからは複雑である。
- (17) 吉川・前掲四三八頁、古崎・前掲三二三頁。反対、中川・前掲一五四頁。保全処分は非常手段であるから執行方法の違法についても本執行と異別に扱うべし、という。

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

保全処分が発令され執行されたが、のちにそれが真実は被保全権利を欠く不当なものであったことが判明したとき、債権者の損害賠償責任が発生するためには債権者の故意・過失を要するかどうかにつき、学説・判例上争いがあり、これについては次節で論じるが、その前に本節で、この場合の違法性や債権者の故意・過失、過失の推定につき、若干の理論的考察をしておくのが適当であろう。

一、違法性

被保全権利が当初から欠けているにもかかわらず保全処分を申請し執行することは違法である。なるほど保全処分の執行は裁判所の保全処分命令に基づいているが、このことにより、保全処分の利用はあらゆる関係で適法

で債権者の損害賠償責任は生じる余地がない、とすることはできない。法は当事者の利益を多方面から考慮して、それに応じた権利保護手段を提示する責務を負っており、それで様々な権利保護手段が当事者の利用に供される。しかし、提示された権利保護手段を利用するかどうかは当事者の決意にかかっているのであり、法は権利保護手段を提示したからといって、それにより、それを利用した当事者におよそ損害賠償責任が生じないことを請け合っているとはいえない⁽¹⁾。

保全処分の利用は、債権者の損害賠償責任の関係では、被保全権利が真実存在する場合にのみ適法な行為であり、被保全権利が欠けていれば違法行為として債権者の損害賠償責任の問題を生じる。法は保全処分の目的からして、発令要件として被保全権利の存在の証明を要求することなく、疎明で足りるものとしている。さらに疎明を債権者の立保証で代替させる余地を認めている。しかしそれでも、保全処分の利用が、債権者の損害賠償責任の關係で適法行為か否かは、被保全権利が真実存在するか否かにかかっている⁽²⁾。裁判所は保全処分発令の際に被保全権利の存在の証明を債権者に要求することはできないのであるから、債権者は、裁判所の保全処分命令に基づいたことをもって自己の行為を正当化することはできない⁽³⁾。

このように、保全処分がのちに被保全権利を欠く不当なものであったことが判明した場合、その保全処分を利用した債権者の行為は違法行為と評価される。そして、それは不法行為であると解されている。なぜなら、「我法制の立前としては、損害賠償責任は特別の規定なき以上は債務不履行に因る責任か不法行為に因る責任かの二者何れかに限られるのであるが、保全処分に因る賠償責任が前者でないことは言を俟たないから⁽⁴⁾」である。判例も不法行為と解している⁽⁵⁾。不法行為とすると、損害賠償責任が生じるためには、加害行為の違法性のほか、なお加害者の故意または過失あることを要し、しかもその故意・過失は被害者側が立証責任を負うのが原則である。

しかし判例は、保全処分の特殊性にかんがみ、この場合の債権者の過失を推定しているものが多く、学説も過失責任説はほとんどがこれに賛同していることは、のちに見る通りである。

ところで、不当保全処分の利用はその多くが不法行為だとしても、例外的に債務不履行となることがないではない。それは、債権者債務者間にすでに契約関係等の法律関係が存し、保全処分債権者が保全処分によらずに直接行動によつたなら債務不履行と評価されることを保全処分により実現した場合である⁽⁶⁾。土地の賃貸人が自己に解除権があり有効に解除したものと誤信して、賃貸借契約解除に基づく建物収去・土地明渡請求権を被保全権利として建物現状変更禁止の仮処分をした、という事案において、債権者は賃貸人として賃借人の土地使用を妨げなくてはならない義務を負っているのに、本件仮処分によりその義務に違反したもので債務不履行になる、債権者は自己に過失がなかったことを立証しない限り損害賠償義務を免れない、とした判決が最近現われた(東京高判昭和五三年一月三〇日判例時報八八五号一一九頁)。この判決は、本件不当仮処分は債務不履行になるから、その債務の債務者すなわち仮処分債権者に無過失の立証責任がある、としたもので、保全処分の特殊性からこの結論を導いたのではない。のちに見るように、不当保全処分における判例の過失の推定は、債権者に無過失の立証責任を課すところのいわゆる法律上の推定ではなく、事実上の推定^{II}立証の必要の転換にすぎないと解されていることから、この判決が不当保全処分による債務不履行を認めた、したがって立証責任の転換を認めたことはそれなりの意義がある。のみならず、本件では債権者側は損害賠償請求権を不法行為によるものとして三年の消滅時効(民法七二四条)の完成を予備的に主張しているが、この点も債務不履行とすれば消滅時効期間は一〇年(民法一六七条二項)ということになる(本判決は消滅時効の完成を認めていないが、その理由については判示していないので、この理由によるものかは明らかでない)。

この判決が当該の場合につき債務不履行として構成したことは正当である。⁽⁷⁾ 今後も同旨の判例が出ることを期待されるが、どのようなケースまで債務不履行と評価できるか、仮差押についてもそのような評価が可能な場合があるか、については今後十分な検討が必要である。

注

- (1) Henrici, a. a. O. s. 190
- (2) Henrici, a. a. O. s. 167; Th. Wolff, Der Ersatzanspruch wegen Vollziehung eines unrechtmäßigen Arrestbefehls oder einer unrechtmäßigen Zwangsvollstreckung ohne und nach Leistung einer Sicherheit, Gruchots Beiträge Bd. 38 (1894) s. 118
- (3) Henrici, a. a. O. s. 172; 吉川・前掲四四三頁、大判明治二八年一月二日民録一輯三卷四六頁。
 なお斎藤＝桜田・前掲二三頁は、不当保全処分の利用を「適法行為による違法行為」とするが、「適法行為による違法行為」なる概念を認めるか、違法概念の多元性により不法行為の面では違法行為とどうかは重要でない(加藤一郎・不法行為三八頁参照)。
 ドイツでも無過失責任を規定したZPO九四五条の新設(一八九八年)前は、過失責任説であれ無過失責任説であれ、不当保全処分を不法行為と理解することに異論はなかったようである。vgl. Pauner, Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich erlangten Arrestes (1893), s. 3ff. ZPO九四五条新設後は、債権者の損害賠償責任を民法規定によって根拠づける必要がなくなったためか、違法性を否定する見解が現われたが(例えば Hellwig = Örtmann, System des Zivilprozessrecht, Bd. II (1919) s. 452 は、保全処分の執行は裁判所の命令により許

なされているので違法とらうことはできな(らう)。この立場でも民法の不法行為の多くの規定を類推適用している。
vgl. Stein-Jonas-Grunsky, a. a. O. § 945 Anm. I. 1.

(4) 吉川・前掲四四一頁。同旨、斎藤||桜田・前掲一八頁。

(5) 例えば先の昭和四三年最高裁判決も「申請人は民法七〇九条により、被申請人がその執行によって受けた損害を賠償すべき義務がある」とする。

(6) ドイツでは、不当仮執行につき無過失責任を規定するZPO七一七条二項(わが国の民法一九八条二項はこれに倣ったものである)新設(一八九八年)前は、不当仮執行についても過失責任か無過失責任か争いがあり、ライヒスゲリヒトは過失責任としていたが、不当仮執行により債務者の契約上の権利を侵害した場合は債権者に無過失の立証責任を課した(RG-Gruchot 33. 935; RG JW 1894. s. 157 Nr. 37) vgl. Hans Peter Pecher, Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung (1967), s. 36 Note 3; Th. Wolff, a. a. O. s. 128

(7) 不当保全処分ではないが、医療過誤について、過失の立証責任や消滅時効期間の点で被害者に有利になるよう債務不履行責任と構成すべしとするものとして、加藤一郎「医師の責任」我妻先生還暦記念損害賠償責任の研究上巻五〇七頁以下。

二 故意・過失

不当保全処分を利用したことが債権者の不法行為となる場合であれ債務不履行となる場合であれ、立証責任の所在いかんはともかくとして、不法行為や債務不履行の一般原則からするならば、不当保全処分を利用した債権者の故意または過失が必要である。その故意・過失は、被保全権利を欠くにもかかわらず保全処分を利用したことに ついての故意・過失、つまりところ被保全権利欠缺についての故意・過失である、と解することにつき現在では 異論がないようである。むしろこの理解を当然の前提として議論しており、この点をあえてことわっているもの

は学説上ほとんど見当たらないほどである。⁽¹⁾判例上も同様であるが、次のように明言するものも存する。「債権者が被保全権利または保全の必要性が存しないのに故意または過失によりこれありとして仮差押を申請し、よって発せられた仮差押の執行により債務者に損害を与えたときは、債権者は、その損害を賠償する義務を負うこともちろんである。」(東京地判昭和四六年六月一八日判例時報六四四号六九頁)このように、債権者が被保全権利の欠けていることを知っていれば故意ありということになり、知らないが知りうべきであったなら過失ありということになる。

この被保全権利欠缺についての故意・過失のほか、それとは別個に、債務者の利益を侵害することについての故意・過失は問題とならない。なぜなら、被保全権利が欠けていたことがすなわち債務者の利益を侵害したことになるのであるから、⁽²⁾後者についての故意・過失は前者についてのそれに帰着するからである。

かつて学説はこの点を誤解していた。わが国で初めて無過失責任説を提唱された平野義太郎博士は、判例は一般に「仮差押に因って財産に対する侵害を為したそのことに付て過失ありや否やに拘らず、遡って権利ありと誤解したことの過失から更に引戻って財産侵害に付ても過失あるものと見るのを当然とし、従って損害賠償責任を認めるのである。これは通常不法行為論の過失の観念よりも余程広い過失を認めているものではないか。」と評し、続けて「だから、いっそ仮差押、仮処分者が権利ありと誤解して不法に仮差押仮処分した時は、無過失責任を負ふと言いつてもよいのである。又それが正しいのである。」⁽³⁾との結論を導いた。

しかし、博士の引用される判例⁽⁴⁾は被保全権利を欠く場合に債権者の過失を推定したものであるが、博士のいわれるように被保全権利欠缺についての過失と財産侵害についての過失を別個のものとして前者から後者を擬制し

たものではない。殊に博士は、処分禁止仮処分により目的物の転売が禁じられたことによる損害の賠償を命じた大判大正一〇年四月四日民録二七輯六八二頁につき、転売利益の侵害についてまで故意・過失が推定されていると評されるが、⁽⁵⁾ 不法行為の故意・過失とは損害発生についての故意・過失ではなく、損害発生のもととなる権利侵害ないしは違法な事実の発生についての故意・過失であり、⁽⁶⁾ この故意・過失ある限り、違法行為と相当因果関係にあるすべての損害につき賠償責任を負わねばならないのであるから、当該の転売利益の侵害が不当保全処分と相当因果関係にある限り、その点についての故意・過失はそもそも問題とならないのである。また当該の転売利益の侵害が相当因果関係にないときは、特別事情による損害として特別事情につき予見可能性が必要であるが、これは賠償されるべき損害の範囲の問題であり、不法行為の成立要件としての故意・過失の問題ではない。もつともこの判決当時は判例は不法行為につき民法四一六条は適用されないと解していたので、この判決も当該の転売利益の侵害が不当保全処分と相当因果関係にあるか云々に考慮を払っていないのであるが、⁽⁷⁾ この点の不当を論じるならともかく、不法行為の成立要件としての故意・過失を被保全権利欠缺についてのそれとは別個に財産侵害について観念し、これを前提にこの判決を評することはできない。

このように判例は決して「通常不法行為論の過失の観念よりも余程広い過失を認めている」わけではなく、したがってそこから無過失責任説を導くことはできない。⁽⁸⁾

平野博士と同様の誤解は他の学者にも見られた。⁽⁹⁾ 例えば吉川大二郎博士は「この場合の故意・過失は申請人が保全処分の前提要件の欠缺を知り、又は過失により知らずして之を利用したという点のみならず、之に因り他人の利益を侵害するに付ての故意・過失も亦問題とせらるべきである。しかし、保全処分の特殊性を顧慮し、危険責任の理論を加味するならば、保全処分の要件の有無に付故意・過失さえあればその執行に因る利益侵害に付て

の故意・過失も亦当然随伴するものと見て差支へないであろう。」とされた。⁽¹⁰⁾しかし「前提要件の欠缺」が「他人の利益の侵害」との評価を生じさせるのであり、後者についての故意・過失は前者についてのそれにはかならないのであるから、「保全処分の特殊性を顧慮し、危険責任の理論を加味する」必要はない。

平野博士が評釈され、また吉川博士が引用された大判大正一一年二月一七日民集一卷四六頁は、不当仮差押をなしたことにつき過失があれば債権者は仮差押継続中に仮差押の目的物が変質または相場が下落したことによる損害について賠償義務を負う、民訴法七五〇条四項による換価申立をなさなかったことについての過失は必要でない、というものであった。これは不当仮差押と目的物の変質や相場下落による損害との間に因果関係があるとの前提に立っている。しかし、目的物の変質等による損害につき債権者の賠償責任が争われた他の判決例として、不当仮処分の事案において債権者に換価申立の義務なしとして目的物の腐朽による損害につき債権者の賠償義務を肯定したもの(大判大正四年一〇月一六日民録二一輯一七〇九頁)⁽¹¹⁾と、正当な仮差押の事案において債権者に換価申立の義務がありそれを怠ったとして目的物の腐敗による損害につき債権者の賠償義務を肯定したもの(福岡高判昭和三〇年六月二四日下民集六卷六号一一九七頁)⁽¹²⁾とがあり、債権者の換価申立義務については正反対の判断をしながらも、いずれも不当保全処分とこれらの損害との間に因果関係がないことを前提にしているものといえよう。保全処分の目的物の変質等は執行方法に関連するものであって、保全処分が被保全権利を欠くものであったかどうかは無関係といふべきであり、不当保全処分とこれらの損害の発生との間の因果関係(相当因果関係のみならず自然的因果関係も)は否定されるべきである。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

大正一一年の判決が被保全権利欠缺についての過失を認定しそこから仮差押目的物の変質や相場下落による

損害につき債権者の賠償義務を認めたことは、この理由から不当といわねばならず、「保全処分の特异性を顧慮し、危険責任の理論を加味」してこれを正当化することはできない。またこの判決から、判例は一般に被保全権利欠缺についての過失と財産侵害についての過失を別個のものとして前者から後者を擬制している、と見ることでできないことはいうまでもない。

これらかつての学説を除けば、不当保全処分による債権者の損害賠償責任の主観的要件である故意・過失を、被保全権利欠缺についてのそれに見るのが一般である。しかし、実はここにひとつの論点が潜んでいる。それは、被保全権利欠缺を知っていたか否か知りうべきであったか否かは、通常の故意・過失ではなく、違法の認識と認識の可能性の問題ではなからうか、ということである。なぜなら、保全処分の利用を違法とするのは被保全権利の欠缺であるから、被保全権利の欠缺を知りまたは知りうべきであったということは、保全処分の利用が違法であることを知りまたは知りうべきであったということであり、これはすなわち違法の認識と認識の可能性にほかならないとも思われるからである。それでは通常の故意・過失すなわち違法事実の認識と認識の可能性にほかに見出されるかという点、それは保全処分の利用自体についての認識と認識の可能性といわざるを得ず、そうだとすると、債権者が保全処分の利用自体を認識しないということはありえないので、違法事実の認識は常に存することになる。そこで、不法行為の故意ありというためには違法事実の認識があれば足り、違法の認識および認識の可能性は必要でないと考えるならば、不当保全処分においては債権者は常に故意ありとして損害賠償責任を負わねばならないことにならう。一九世紀のドイツでこの種の議論が見られた⁽¹⁵⁾。しかし、この問題は過失責任説と無過失責任説の議論に深く関連しているので次節で扱うこととし、ここでは一応、債権者の故意・過失は被保全権利欠缺についてのそれであるとの前提に立って議論を進めることにする。

注

(1) 債権者の故意・過失は被保全権利または保全の必要性の欠缺についてのそれであると明言するものとして、不動産判例研究会編・判例不動産法「仮差押・仮処分」2二五七頁。「保全処分による損害賠償責任の発生に要求される故意・過失は、債権者が、保全処分の前提要件である被保全権利又は保全の必要性の欠缺を知りながら、又は知りうべきであるのにこれを知らずに保全処分をなすことについて問題とされる。」という。他は、このことを当然の前提として議論している。なお古く中川・前掲四五頁も「併し乍ら無権利者が不法に仮差押仮処分を為し他人に損害を加へても無権利者であることを知り、又は相当の注意を払えば知り得た場合でなければ之が賠償の責に任ぜないとするならば、被害者を救済するに幾多の困難を伴うであろう」としていた。

(2) 小山教授は正当にも次のように述べておられる。「仮処分は仮処分債務者の権利判断に照らすときは債務者に不利益を蒙らせるものである。この不利益は、債務者の権利判断が後日の損害賠償請求訴訟において正当であったと認められるときは、そこで損害と認められその賠償がなされることになるものである。」(小山昇「仮処分訴訟の再構成」法曹時報二九卷一〇号一九頁)。

(3) 平野義太郎・判批・判例民事法大正一一年度四二頁。

(4) 大判明治四一年七月八日民録一四輯八四七頁、大判大正一〇年四月四日民録二七輯六八二頁。

(5) 平野・判批・判例民事法大正一〇年度一六〇頁。

(6) 加藤一郎・不法行為六四頁。

(7) 加藤一郎・前掲一五四頁参照。

(8) もっとも平野博士はこれのみを無過失責任説の根拠とされたのではない。平野・前掲判批・判民大正一一年度四三三頁参照。

(9) 吉川博士のほか、末延博士は判例は「権利についての過失から仮差押についての過失が推定されるとしたのである。」(末延三次・判批・判例民事法昭和六年度四二五頁)とされ、野田博士は「その故意過失は仮差押仮処分そのものの故意過失たるを要せずその前提たる権利についての故意過失を以て足ると謂う事も認められてきた。」(野田良一・判批・判例民事法昭和一一年度一九頁)とされる。

(10) 吉川・前掲四五六頁。

(11) 平野博士は、この判決の実質的な理由は、債権者に換価申立の義務がないからではなく、不当仮処分自体につき債権者に過失がなかったからであり、その点で、不当仮差押自体につき過失があったことを理由に債権者の賠償責任を認めただ正一年の判決と同一の考えに立っている、と説かれる(平野・前掲判批四二頁)。しかし判例集による限り、この判決の事案が不当仮処分自体につき債権者に過失がなかった場合であるとの証拠はなく、かえって、不当仮処分であるから変質等による損害も賠償されるべきであるとの債務者側の主張からして、仮処分自体につき債権者に過失のあった事案と推測される。

(12) 仮差押命令自体の不当はまったく問題となっていないが、被保全権利が実存在したことは明らかな事案である。

(13) 篠原弘志・注釈民法(1)一六五頁は、不当保全処分との相当因果関係を否定するにとどまるようである。これに対し沢田・前掲二三三頁は、債権者の換価申立義務を肯定する立場から、債権者がこの義務を怠った場合はその責任が問題となり、その場合、本案訴訟の帰趨は関係がない、というので、本文同様不当保全処分との自然的因果関係をも否定するものといつてよい。

(14) ここでついでに債権者の換価申立義務を認めるべきかについて一言しよう。民訴法七五〇条四項は債権者債務者双方に申立権を与えているものと解されている(執行官については争いがある)。しかし通説は、いずれも申立をなすべき義務を負うべきではないとする(菊井維大・民事訴訟法(1)三四五頁、西山俊彦・保全処分概論一四三頁、時岡泰・注解強制執

行法(4)三七五頁など)。これに対し沢田直也氏は、債権者債務者ともに申立義務を負うべきだと説かれる。債権者については、仮差押物件の価値がゼロになりそうだとことが判って放置し、のちに他の財産に対し執行することは許されるべきでないし、債務者についても、自己に保管を任せられた仮差押物件が危殆に瀕しても、己の所有物だからという理由で放置することは許されるべきではない、というのである(沢田・前掲二三三頁以下)。

ところで、申立義務を否定する通説の論拠は何であろうか。多くは、民訴法七五〇条四項は債権者債務者に換価命令の申立権を与えているにすぎず申立の義務ありしたものではない、との形式的論拠を説示したにとどまる前出の大正四年の大審院判決を引用するにすぎないが、菊井博士は実質的論拠を挙げ、「いずれも申立義務を負わないのは、各自が自由に利益を擁護できるからである。」といわれる。これは、債権者の申立義務についていえば、債務者は換価命令の申立権を有するからそれを行使することにより目的物の価額の減少を防止することができるから、申立義務を認める必要はない、との意味であろう。債務者の申立義務についても同様である。この考えに立てば、目的物の価額の減少につき、どの方向であれ賠償問題は生じないことになろう。これに対し、沢田説によれば、いずれにも申立義務があり、故意または過失により申立義務を怠った方が損害を負担すべきことになる。むろん過失相殺はありうる。

債権者債務者双方が換価命令を申立てず、その結果目的物の価額が著しく減少した場合、常に双方の帰責性は同程度とはいえず、また同程度であればむしろ双方で損害を分担すべきものであるから沢田説に賛成する。この立場では、目的物の変質等による損害は執行方法の違法であることによる損害ということになり、不当保全処分とかような損害との間には因果関係なしとの本文の論旨がより明確になろう。

(5) Hans Karl Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859), s. 368; Henrici, a. a. O. s. 163 ff

三、過失の推定

不当保全処分の利用が債務不履行と評価できる場合があり、そのときは保全処分債権者の側で無過失を立証しない限り責を免れないことはすでに述べた。しかし、保全処分の利用を常に不法行為と見る従来の理解においても、保全処分の特殊性を理由に債権者の過失（または故意・過失）を推定する判例が多く、過失責任説に立つ学説もこれを支持している⁽¹⁾。

判例は当初、過失の推定ということをおろそかにせず、その中には明らかに過失の推定を否定するものもあったが、大判明治四一年七月八日民録一四輯八四七頁が過失を推定してから過失を推定するものが増え⁽²⁾、殊に戦後の下級審判決ではこれが判例の主流となった⁽⁴⁾。すでに述べたように、昭和四三年の最高裁判決もこれを認めた。

ところで右の最高裁判決は、「一般に、仮処分命令が異議もしくは上訴手続において取消され、あるいは本案訴訟において原告敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段の事情のないかぎり、右申請人において過失があったものと推認するのが相当である。」⁽⁴⁾といい、過失の推定を執行後の保全訴訟や本案訴訟の運命にかからせているように見える。同趣旨の判決は少くない。しかし他方では、「思うに、被保全権利が存在しないのに、存在するものとして仮差押の申請をし、その結果なされた仮差押命令の執行によって、仮差押債権者に損害を与えたら、特段の事情のない限り、仮差押債権者に過失があったものと推定するのが相当であろう。」⁽⁵⁾（東京地判昭和四四年一月二五日判例時報五八五号六一頁）⁽⁶⁾といって、被保全権利欠缺から直ちに過失を推定するものもあり、数の上ではこれが多い⁽⁶⁾。これは損害賠償請求訴訟と保全訴訟・本案訴訟の関係をいかに理解すべきかという問題の一環であり、詳細は第三章で述べるが、結論のみを示せば、被保全権利欠缺（違法性）の認定過程により過失の推定の有無が区別される理由はないので、後者の立場を是としなければならない⁽⁶⁾。また前

者の判示部分はすべて傍論にすぎないともいえる。⁽⁷⁾したがってここでは一応、判例は被保全権利欠缺から直ちに過失を推定しているものと仮定して議論を進めることにする。

被保全権利欠缺の場合に債権者の過失を推定するのが判例の主流であり、過失責任説に立つ学説もこれに賛同するが、過失を推定する理由は何であろうか。判例はこれを明示しないものが多いが、戦後の下級審判決にはこれを明示するものが若干あり、いずれも、「一般に仮処分は口頭弁論を経ずに一応の疎明だけに基づいてなされており、又実体上の請求権の存否の確定を本案訴訟に譲り乍ら、債権者の責任に於て権利の保全を図り、且つ相手方の受忍によって自己の利益を得るところの簡易、迅速、暫定的にして然も強力な措置なのであるから、後に権利がないとされた以上、原則として債権者に過失があるものと推定するのが相当である。」(山形地判昭和三八年五月一日判例時報三五六号四六頁)とか、「仮差押命令は一応の疎明に基づいて発せられ、債権者はこれによって簡易、迅速に権利の保全を図ることができるのであるから、……当事者間の公平の観点から当該仮差押の申請につき債権者に過失があったものと推定するのが相当である。」(東京地判昭和四六年六月一八日判例時報六四四号六九頁)というように判示している。⁽⁸⁾要するに、保全処分の特殊性にかんがみて、債務者を一般の不法行為の被害者よりも保護するのが当事者間の衡平にかなうものだというのである。判例を支持する学説もつとに過失の推定の理由をそこに見出し、例えば吉川大二郎博士は、「保全処分が権利実現保全の為に簡易・迅速に与へられる暫定的な而も強力な措置であるという本質の故に、保全処分の違法なりし場合、之を利用する債権者の賠償責任を……拡大することがやがて「損害の公平なる分担」の理想にも合致する所以である。」⁽⁹⁾といわれる。過失の推定の理由を明示しない判決も同一の理由によるものと見てよいであろう。学説も判例の過失推定の理由

を一般にそのように解している。⁽¹⁰⁾

ところで無過失責任を認める近時の判決の論拠も、「仮処分は、実体法上の権利の存在を終局的に確定することなく、疎明だけで裁判所の判断を受け、申請人の一方的利益のために、被申請人の受忍の下に行うものであるから、申請人はその執行から生ずる損害を賠償すべき全責任を負担することが妥当である。」(福岡地小倉支判昭和四二年一月二六日判例時報五二八号六九頁)というのであって、右に見た過失の推定の理由と基本的には同一の考慮に基づいている。無過失責任説に立つ学説も同様で、例えば野田良之博士は、「思ふに仮差押仮処分手続は簡易迅速に執行者の利益を保全する強力手段である。かかる非常手段によって、執行者は利益を得る事の大なるだけ、それだけ又責任も大なる事が至当である。」⁽¹¹⁾とされる。このように、保全処分の特殊性にかんがみて、債権者を一般の不法行為の被害者よりも保護するのが当事者間の衡平にかなう、という発想に基づいている点で、過失推定説も無過失責任説も共通しており、ただ次節で見ると、債権者の保護として債権者の無過失責任を認めるのと過失の推定にとどめるのとでいずれが適当か、無過失責任とすると保全処分制度の利用を不当に躊躇させることにならないか、解釈論として無過失責任を認めることができるか等で両説に分かれているにすぎない。⁽¹²⁾

ところで近時の学説には、不当保全処分につき判例の認める過失の推定は、いわゆる法律上の推定⁽¹³⁾立証責任の転換ではなく事実上の推定⁽¹⁴⁾立証の必要の転換にすぎない、と解するものが少なくない。今の場合、立証責任の転換と立証の必要の転換の差異は、前者では、通常不法行為における過失の立証責任をこの場合には転換して債権者に無過失の立証責任を課し、したがって過失の有無が真偽不明ということになれば債権者は敗訴となるが後者では、過失の立証責任は動かさず、過失を一応推定するけれども債権者はそれに対し反証を挙げて真偽不明

に持ち込めば敗訴を免れる点に存する。⁽⁶⁴⁾なるほど過失を推定する判例の多くは、「一応ハ債権者ニ過失アルモノト見ル可ケレトモ然レトモ債権者ノ茲ニ出テタル相当ノ理由アル場合ニハ過失アリト云フヲ得ス」(大判明治四一年七月八日民録一四輯八四七頁)「他に特段の事情のないかぎり、右申請人において過失があったものと推認するのが相当である。しかしながら、右申請人において、その挙に出るについて相当な事由があった場合には、右取消の一事によって同人に当然過失があったものといふことはできない。」(前出の昭和四三年最高裁判決)というのであり、「過失があったものといふことができない」との表現から立証の必要の転換にすぎないと思われる。⁽⁶⁵⁾したがって、事実上の推定という概念が推定の本質いかんを問わず、その推定の結果、立証の必要の転換を生じるすべてのものを包摂するのであれば、判例のいう過失の推定は事実上の推定といふことができよう。

しかし一般に事実上の推定という概念は、自由心証主義における事実認定の過程そのもの、あるいはそこにおける論理則、経験則の適用の結果、との意で用いられるのが普通である。⁽⁶⁶⁾過失の事実上の推定についていえば、経験上、これこれの事実があれば通常は過失があるはずだという蓋然性がある場合に事実上の推定が生じるときされる。不当保全処分における債権者の過失の推定は、この普通の用語法における事実上の推定といいうるのであるか。すなわち、被保全権利を欠くにもかかわらず保全処分を利用した債権者には、被保全権利欠缺を知らなかったことにつき過失があったということが蓋然性をもって推認できるであろうか。

学説でこれにふれるものは、ほとんどがこれを否定する。「事の蓋然性のみから見るときは権利なくして仮差押を為す者の多くが過失だとは、必ずしも言い得ないことである。⁽⁶⁷⁾」というのである。被保全権利欠缺を知ることができたはずだという蓋然性が被保全権利欠缺自体から生じるはずはなく、当然に否定される。また、すでに

見たように、判例の過失推定の理由は保全処分の特種性を考慮しての当事者間の衡平にあるが、「事実上の推定は飽く迄事物の蓋然性に基く純然たる事実判断の法則であり、……衡平の要求乃至は合目的考慮等に対しては白紙なるものである。裁判官は事実認定に際しては当事者間の具体的衡平を考慮すべきではない。」という立場からは、これが事実上の推定でないことは疑う余地がない。また、たとえ当事者間の衡平をも加味するとしても、事物の蓋然性を基礎とする限り、不当保全処分における債権者の過失の推定を事実上の推定ということではできないであろう。況や、学者のいういわゆる一応の推定や表見証明が、事物の高度の蓋然性に基くとされる限り、一応の推定や表見証明に当たらないこと多言を要しない。

このように、不当保全処分における判例の過失の推定は、事物の蓋然性に基くかずに立証の必要を転換するものであり、通常の用語法における事実上の推定とは異なる。それは、自由心証主義における事実認定の過程そのもの、あるいはそこにおける論理則、経験則の適用の結果、ではなく、すでに立証責任の領域に踏み込んでおり、立証責任を一部転換するものである。そして判例中には、同じく保全処分の特殊性を理由に立証責任を全部転換すると見られるものもすでに現われている。東京地判昭和四一年七月二〇日判例時報四六一号四二頁は、「ところで保全処分は迅速に債権者の権利を保全するために疎明という比較的簡単な立証で利用できるものであるが、その一方債務者に対する影響は極めて甚大なものがある。従ってかような便宜な制度を利用した以上、この仮処分には瑕疵があり、債務者に損害を与えた場合は、この仮処分の申請及び執行につき故意過失がなかったことを債権者自ら主張立証しない限り、その責任は免れえないと解すべきである。」と判示している。

不当保全処分につき判例の認める過失の推定を事実上の推定と解する学説が、判例は被保全権利欠缺自体から事物の蓋然性により債権者の過失を推定している、というのであれば、以上の理由により誤りであるといわねば

ならない。⁽²⁶⁾これに対し、判例は被保全権利欠缺から一般的に債権者の過失を推定しているのではなく、当該の事案の具体的事実を審理・認定してそこから事物の蓋然性に基づく事実上の推定をしているにすぎない、というのであれば考慮に値する。⁽²⁶⁾しかし、判例は判決理由において不当保全処分につき一般的に債権者の過失を推定していること、過失の推定の理由を明示しているものはそれを当事者間の衡平に求めていること、同一の理由により立証責任の転換さらには無過失責任を認める判決も現われていることから、この判例認識は成り立ち得ないと思われる。

過失推定説に立つ学説のいう過失の推定が多くの判例のように立証の必要の転換にとどまるものか立証責任の転換を認めるものかは明確でない。⁽²⁷⁾

判例の多数が立証責任の転換まで行かずに立証の必要の転換にとどまった理由は明らかでない。債務者の保護としてそれで十分と考えたためか、それとも当初は明文の規定なしに立証責任の転換まで行くことがためらわれたためか、はたまた事実上の推定の紛飾をまとうためか。いずれにせよ判例のいう過失の推定は事物の蓋然性に基づくものではなく、保全処分の特殊性にかんがみて債務者を一般の不法行為の被害者よりも保護するのが当事者間の衡平にかなうという考慮に基づいていること、立証責任の転換さらには無過失責任説との連続面を有していることを看過してはならない。⁽²⁸⁾

注

- (1) 吉川・前掲四五八頁、田中和夫・判批・民商法雜誌一卷二八二頁、千種達夫・判批・民商法雜誌四卷一号一六三頁、我妻榮・事務管理・不当利得・不法行為(新法学全集)一一五頁。
- (2) 大判明治三五年二月五日民録八輯一一卷二六頁。過失を推定する規定がないことを理由とする。
- (3) 大判大正一〇年四月四日民録二七輯六八二頁、大判昭和九年六月一日日民集一三卷一一六四頁、大判昭和一三年五月七日民集一七卷一〇号八七六頁など。
- (4) 戦後の下級審判決で被保全権利欠缺の事案において過失を推定するものは、岐阜地判昭和二年七月二日下民集五卷七号一〇二六頁など約一八件、過失を推定しないものは、東京地判昭和四五年一月一七日判例時報六二五号六二頁など四件。
- (5) 戦後の下級審判決で前者に属するものは約六件、後者に属するものは約一件。
- (6) 結果同旨、松浦・前掲・判例時報八三六号四頁。
- (7) 事案はすべて保全処分取消または本案訴訟債権者敗訴があったと見られる。
- (8) ほかに、東京地判昭和三九年八月一七日判例時報三八九号六八頁、大阪地判昭和四〇年一月二五日判例タイムズ一八五号一七頁、東京地判昭和四一年七月二〇日判例時報四六一号四二頁など。
- (9) 吉川・前掲四五七頁。同旨、前述注(1)の文献。
- (10) 判例の過失推定の理由は保全処分の特異性を考慮した当事者間の衡平であると見るものは、吉川・前掲四五八頁、田中和夫・前掲判批・同所、千種達夫・前掲判批・同所、中川・前掲八二頁、斎藤Ⅱ桜田・前掲一六頁、古崎・前掲三一六頁、我妻ほか編・判例コンメンタールⅥ事務管理・不当利得・不法行為一五六頁(四宮和夫)、桜田・判批・保全判例百選一七一頁、判例の過失推定の理由は当事者間の衡平であるとは明言しないが、そうであるべきだとするのは、我妻・前掲一

- 一六頁、兼子一・判批・判例民事法昭和一三年度二二六頁、平野・前掲判批四三頁、末延・前掲判批四二五頁。
- (11) 野田・前掲判批二二頁。他もほぼ同様である。
- (12) 例えば千種達夫・前掲判批一六二頁以下は、元来ならば過失の有無を問わず債権者にその危険を負担させるのが妥当であるが、現行法の解釈としては少し行き過ぎたような感がないので過失を推定する判例に賛成である、と述べ、吉川・前掲四三三頁以下は、無過失責任説には多く頷くべきものがあるが、無過失責任を絶対に貫くと保全処分の利用を不当に躊躇させるから判例に賛成である、という。
- (13) 兼子編・判例保全訴訟下巻九〇九頁、川村俊雄・判批・民商法雑誌六一巻五号八四三頁、加藤雅信・判批・法学協会雑誌八七巻六号七七三頁、松浦・前掲・判例時報八三六号四頁。これに対し立証責任の転換と見るものは、桜田・前掲判批一七一頁、篠原弘志・注釈民法(19)一六五頁、「事実上の立証責任の転換」と表現するものは、我妻ほか編・前掲判例コンメンタール一五六頁(四宮)、古崎・前掲三一五頁。
- (14) 松浦・前掲五頁。なお、ここでいう法律上の推定は推定規定なしの推定であり、準法律上の推定ともいうべきものである。法律上の推定という用語の定義につき、賀集唱(司会)「証明責任論とその周辺」判例タイムズ三五〇号五四頁以下(特に倉田発言)参照。
- (15) 中野教授もこれらの判決を引用して、これらは債権者側に無過失の立証責任を課したのではない、といわれる。中野貞一郎「過失の「一応の推定」について」過失の推認八頁。
- (16) 兼子「推定の本質及び効果について」民事法研究一卷三〇〇頁以下、岩松三郎「経験則論」民事裁判の研究一五六頁以下、田中和夫「事実上の推定について」裁判官特別研究叢書一九号一頁以下、円山雅也「過失の推定について」司法研修所創立十周年記念論文集上(民事編)四七〇頁以下、新堂幸司・民事訴訟法三五五頁など通説。反対、牧野英一「法律的方法としての推定」法律における価値の論理一九四頁以下。事実上の推定は蓋然性よりもむしろ衡平の原則に基礎をおく

ものだとする。

(17) 我妻・前掲一一五頁一六頁。同旨、野田・前掲判批二一頁、兼子・前掲判批二二六頁、円山・前掲四六七頁注(2)、中野・前掲四九頁注(59)。これに対し、千種達夫・前掲判批一六三頁は、過失の推定の理由を保全処分の特殊性を考慮した当事者間の衡平に求めつつ、「蓋然性の上からもこの推定を無理だとは思わない。」という。

ちなみに、兼子・前掲判批は過失の蓋然性を否定するとどまらず、無過失の蓋然性を肯定されるようである。「かかる蓋然性は寧ろ否定すべきであり、却って兜も角債権者は一応仮差押(仮処分)の要件を疎明して、其の命令を得た上で為すのであるから、債権者の善意な限り過失はないものと推測するのが常識的であろう。」という。しかしこれは行き過ぎであろう。

(18) 兼子・前掲三〇四頁。同旨、円山・前掲四七一頁。

(19) 前述注(17)。

(20) 中野・前掲四七頁は、いわゆる一応の推定を事物の高度の蓋然性に基づかせながらも当事者間の衡平なども考慮に入れるが、四九頁注(59)では不当保全処分における債権者の過失の推定については一応の推定を否定するようである。

(21) 通説。反対、渡辺武文「表見証明に関する二・三の問題」愛媛法学五号一二七頁以下。

(22) 前述注(20)参照。

(23) 我妻ほか編・前掲判例コンメンタール一五六頁(四宮)、古崎・前掲三一五頁が、判例のいう過失の推定を「事実上の立証責任の転換」と表現するのはあるいはこの趣旨か。

ちなみに、立証責任の領域に踏み込んで以上、過失の推定をしないことが上告理由となることは当然である。大判昭和一三年五月七日民集一七卷八六七頁はこれを認める。

(24) 同旨、東京地判昭和四三年六月二四日判例時報五四一号四六頁。

㉔ 兼子・前掲、川村俊雄・前掲判批は「事実上の推定」というのみであり、それが通常の用語法における事実上の推定を意味するものかは明らかでない。これに対し、加藤雅信・前掲判批、松浦・前掲は明確に「蓋然性に基づく事実上の推定」と述べている。もっとも松浦教授は「仮の地位仮処分で債権者の利益のためになされたのではないものにあつては、過失の事実上の推定を働かせるべきではないのもちろん、むしろ無過失の事実上の推定を働かせることも考えられる」(判例時報八三七号六頁)といわれるので、教授のいう事実上の推定は、事物の蓋然性よりもむしろ当事者間の衡平に重点があるようである。松浦・書評「中野貞一郎著過失の推認」民商法雑誌七八巻六号八六〇頁八六一頁も参照。

㉕ 加藤雅信・前掲判批七七二頁はこの趣旨か。しかし七七二頁では、法律構成を抜きに検討すると判例は不当保全処分自体から事物の蓋然性により過失を推定しているということがある程度はいえるとし、七七七頁では、多くの場合は不当保全処分自体から事物の蓋然性により過失が推定されるとする。

㉖ 例えば吉川・前掲四四〇頁以下には「立証責任の転換」なる語句とともに「賠償義務者に過失の反証を許しつつ」なる語句も見られるため、これを立証責任の転換を主張するものと解するか(加藤雅信・前掲判批・七七七頁注(一))、立証の必要の転換を主張するものと解するか(松浦・前掲・判例時報八三六号六頁注(15))は微妙である。前述注(1)の他の文献についても同様である。ちなみに判例にも同様に明確でないものが存する。例えば東京地判昭和四三年六月二四日判例時報五四一号四六頁。

㉗ ちなみに、近時、立証責任分配論争が活発であるが、通説たる規範説を批判する立場からは、不当保全処分における判例の過失の推定を自説に有利に採用できるであろう。しかしいまだこれに触れたものは見当たらない。