慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔下級審民訴事例研究六八〕停止条件付売買契約において停止条件が不成就で契約が消滅したときは、一切の金員の請求をすることができない旨の合意がされた場合、この合意に違反して訴訟を提起したことが債務不履行に当たるとされた事例(東京地裁平成二四年七月一九日判決)
Sub Title	
Author	工藤, 敏隆(Kudo, Toshitaka) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.1 (2014. 1) ,p.100- 112
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140128-0100

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔下級審民訴事例研究 六八〕

停止条件付売買契約において停止条件が不成就で契約が消滅したときは、一切の金員の請求をすることができない旨の合意がされた場合、この合意に違反して訴訟を提起したことが債務不履行に当たるとされた事例

東京地裁平成二四年七月一九日判決（平成二三年(ワ)二七〇九五号・三一四二二号、損害賠償請求・同反訴請求事件）判例時報二一六六号六九頁

〔事　実〕

X（本訴原告・反訴被告）はY（本訴被告・反訴原告）との間で、本件土地が更地状態となったとき以降にXがYにその旨を通知すれば、同通知の到達をもって停止条件が成就したものとして契約が発効すること、及び、この停止条件が成就したときは、その日から一月以内のYが指定する日において、Xは本件土地等をYに売り渡し、Yはこれを買い受けること等を内容とする、本件不動産の停止条件付売買契約を締結した。

その後、本件不動産について担保不動産競売開始決定がされ、XはYとの間で、前記停止条件付売買契約の変更契約を締結した。この変更契約においてXとYは、前記の停止条件につき、Xが前記競売手続において本件不動産の所有権を完全な状態で取得する旨に変更することに加え、「売主の確約」として、「停止条件の成就で本件売買が決済された場合は無論、不成就で契約が全て消滅した場合でも（Yが、X以外の者から本件土地若しくは本件土地及び上記物件を購入する場合などを含む。）、XはYに対し、仲介料、企画料その他一切の金員（経済的利益）を請求することができないことをXは確約し、この確約は本契約が消滅しても、効力を維持する」旨を合意した（以下「本件特約」という。）。訴外Aは、前記競売手続に入札して本件不動産を競落し、代金を納付して本件不動産の所有権を取得した。また、Yの子会社である訴外Bは、その直後に、本件不動産について、売買等を原因とす

る所有権移転仮登記、及び訴外Aを債務者とする根抵当権設定仮登記を了した。

Xは、Yとの間で、Xが本件不動産を訴外Aから譲り受け、または競売手続によるなど手段を問わずしてその所有権を取得し、Yに売却することを合意し（以下「本件合意」という。）、Yは訴外Aとの交渉は専らAに任せ、Y自らが本件不動産の所有権を取得しないという債務を負っていたにもかかわらず、Yは、本件不動産の代金を納付することができる資産状況にない訴外Aに対し七億円を貸し付けるとともに、Yの子会社である訴外Bが所有権移転仮登記及び根抵当権設定仮登記を了することによって実質的に本件不動産の所有権を取得したものであり、Yの行為は債務不履行に該当する旨を主張して、Yに対し、債務不履行に基づく損害賠償として金一億二〇〇〇万円の支払を求める訴えを提起した。

これに対し、YはXに対し反訴を提起し、①主位的請求として、Xは、Yとの間で締結した本件特約において、停止条件が不成就で契約が全て消滅した場合、Yに対して一切の金員を請求することができない旨を合意したにもかかわらず、本訴を提起したことは債務不履行に該当すると主張し、債務不履行に基づく損害賠償請求として金一二六〇万円（内訳は、Yが訴訟代理人との間の訴訟委任契約に基づき支払を約束した着手金及び成功報酬の合計額）の支払を求め、②予備的請求として、Xによる本訴提起がYに対する不法行為を構成すると主張し、不法行為に基づく損害賠償請求として金一二六〇万円の支払を求めた。

〔判　旨〕

本訴請求棄却・反訴主位的請求一部認容

「前記前提事実のとおり、Xは、本件特約において、Yに対し、停止条件が不成就で本件変更契約が全て消滅した場合でも、仲介料、企画料その他一切の金員（経済的利益）を請求することができないことを確約しており、Xが本件合意の債務不履行に基づく損害賠償を請求する本訴を提起したことは、本件特約に違反するものとして債務不履行を構成するものと認められる（この債務不履行は不当提訴の不法行為と実質を同じくするものと考えられる）。

そのため、Xは、Yに対し、上記債務不履行と相当因果関係のある損害を賠償する義務を負うところ、Xによる本訴提起を受けYが訴訟代理人を選任したことによって負担する弁護士費用のうち相当と認められる範囲内のものは、上記債務不履行によって通常生ずべき損害として相当因果関係があるものというべきである。

そして、《証拠略》によれば、Yは、本訴の請求額に照らし、Y訴訟代理人に対して計一二六〇万円（着手金四二〇万円及び成功報酬八四〇万円）の報酬支払を約したことが認められるが、他方、本件訴訟は五回の口頭弁論で終結し、Y訴

訟代理人が提出した書面は反訴状を含めて五通にとどまること、本件の争点は複雑なものではないこと等、本件に係る一切の事情を考慮すると、相当因果関係が認められる弁護士費用として、六〇〇万円をもって相当と認める。そして、このことは予備的請求における相当因果関係の判断にも妥当する。

したがって、Xは、Yに対し、本件特約の債務不履行に基づき、六〇〇万円及びこれに対する反訴状送達の日の翌日である平成二三年一〇月一日から支払済みまで商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払義務を負うものと認められ、この点に関するYの主張はこの限度で理由があり、その余は理由がない。」

〔評　釈〕

判旨に賛成する。

一　本判決の意義

本判決は、原告と被告が訴訟前に締結していた停止条件付売買契約において、停止条件不成就で契約が消滅したときは、一切の金員を請求することができない旨の合意がされており、現に条件不成就で契約が消滅したにもかかわらず、原告が当該合意に違反して提起した金員請求の本訴に対し、被告が、原告の本訴提起が債務不履行に当たると主張して提起した損害賠償の反訴請求を一部認容したものである。[1]

民事訴訟の提起が被告に対する不法行為を構成する要件については、判例及び学説で古くから議論されてきたが、最三小判昭和六三年一月二六日民集四二巻一号一頁（以下「昭和六三年判決」という。[2]）が従前の議論を整理し判断枠組みを明確化した。昭和六三年判決の判断枠組みは、その後の判例でも踏襲され、判例理論として確立している。[3]これに対し、当事者間で「一切の金員を請求をすることができない」旨の合意が存在したにもかかわらず、金員請求の訴えを提起された被告が、原告に対し債務不履行に基づく損害賠償を請求することの可否は、これまで学説でほとんど議論されておらず、先行裁判例も見当たらない。本判決は公刊物に掲載された初めての裁判例として注目に値する。

二　権利不行使の合意に違反して訴えを提起したことによる債務不履行責任

1　本件特約の性質

本判決の事実摘示によれば、XY間で停止条件付の不動産売買契約が成立していたが、本件特約により、停止条件が成就して売買契約が効力を生じその履行が完了した場合、または、停止条件不成就により売買契約が消滅した場合に

おいて、XはYに対し「一切の金員（経済的利益）を請求することができない」旨、及び「本契約が消滅しても、効力を維持する」旨が合意されている。すなわち、本件特約の性質は、特定の権利または法律関係につき、裁判上と裁判外を問わず、将来に渡り権利行使を行わない不作為義務を生じさせる契約であり、いわば権利不行使の合意である。[4]

そうであるとすれば、XのYに対する本件訴えの提起は、少なくとも外形的事実としては本件特約によって生じた不作為義務に違反する行為とみられるが、このことにつき債務不履行に基づく損害賠償責任は認められるであろうか。訴えの提起を受けた被告から原告に対する損害賠償請求の根拠としては、債務不履行（民四一五条）に加え、不法行為（民七〇九条）が考えられ、本件でもYは反訴予備的請求として不法行為に基づく損害賠償請求を定立している。訴えの提起が不法行為を構成するかについては古くから議論があるが、前述のとおり、現在では昭和六三年判決が採用した判断枠組みが判例理論として確立している。そこで、訴えの提起が不法行為を構成する要件についての議論が、権利不行使の合意に違反した訴えの提起による債務不履行責任に対し、何らかの影響を有するか否かについて、以下検討する。

2　訴えの提起が不法行為を構成する要件

訴えの提起が被告に対する不法行為を構成する場合があり、その場合に被告が応訴に要した弁護士費用の相当額につき損害賠償責任が認められることは、判例が早い時期から承認していた。[5] 大連判昭和一八年一一月二日民集二二巻一一七九頁は、訴えが目的その他において公序良俗に反することを不法行為の成立要件としたが、[6] その後の下級審裁判例[7]や学説[8]は、公序良俗違反の具体的要件について、長らく帰一しない状態が続いた。[9]

訴えの提起が不法行為を構成する要件を具体的に明示したリーディング・ケースである昭和六三年判決は、訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、「当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係……が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である」と判示した。昭和六三年判決が示したこの要件は、その後の最高裁判例（最一小判平成一一年四月二二日判タ一〇〇六号一四一頁、最二小判平成二一年一〇月二三日判タ一三一

三号一一五頁、最二小判平成二二年七月九日判タ一三二二号四七頁）においても踏襲され、判例理論として定着している。なお、昭和六三年判決の事案は、原告敗訴判決が確定した後に、被告が前訴の提起を不法行為と主張して損害賠償請求の後訴を提起した事案であるが、その後の最高裁判例は、いずれも、反訴において本訴の提起が不法行為と主張された事案であり、この点の相違は判断枠組みに影響しないことが明らかにされている。

昭和六三年判決が示した、「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こと」の要件（以下「相当性要件」という。）は、通常よりも高度の違法性の具備を要求するが[10]、故意・過失については通常の程度で足りるとの理解[11]が多数を占める。昭和六三年判決はその前提として、不法行為について権利侵害に代えて違法性を要件とし、違法性は被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係によるとする相関関係説[12]を採用するものと見られる[13]。これに対しては、相当性要件は故意または重過失を要求する趣旨と理解する学説や[14]、昭和六三年判決の判旨の一部に反対し、「原告の主張した権利又は法律関係が、事実的、法律的根拠を欠くものである上、原告が、通常人であれば容易にそのことを知り得たのに、あえて訴えを提起した」ということだけでは、「訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く」場合に該当せず、相手方を加害または困惑させ、あるいは自己の利益を得ようとする動機や目的を要すべきとする学説[15]が主張されている。

私見は、訴えの提起が不法行為を構成する要件については、昭和六三年判決の判断枠組みによることが相当であり、相当性要件は、判示文言及びその評価根拠事実となっている具体的考慮要素[16]に照らし、主観的な故意や過失ではなく客観的な違法性の要件であると解する。以下ではこのことを前提に論を進める。

3　権利不行使の合意に違反した訴えの提起が債務不履行を構成する要件

権利不行使の合意に違反した訴えの提起が債務不履行を構成する要件は、通常の債務不履行とは異なるのであろうか。例えば、昭和六三年判決が示した相当性要件のように、債務不履行の成立を限定する要件が加えられるべきかについて、以下検討する。

(1)　権利不行使の合意と不当訴訟の成否

昭和六三年判決は、不法行為の成立に高度の違法性を要求する実質的理由について、提訴者の裁判を受ける権利の尊重と、応訴者の不当な応訴負担回避[17]との調和を図り、裁

判制度の利用を不当に制限しないための配慮である旨を説示している。このような提訴者と相手方との利益調整の必要性は、権利不行使の合意が存在する場合にも認められる。しかしながら、権利不行使の合意がされていた場合、提訴者は自らの意思で相手方に対し権利不行使の不作為義務を負担していたのであるから、裁判制度の利用を制約しないという要請は後退を余儀なくされる反面、相手方が得ていた権利行使を受けない地位は一定の法的保護に値する。したがって、提訴者の損害賠償責任は、当事者間に何ら合意が存在しない場合に比べて容易に成立することが、むしろ公平に適うようにも考えられる。[18]

このような利害状況は、権利不行使の合意が当事者の自発的意思に基づいて行われ、かつ合意の内容が訴え提起を含む権利行使の禁止であることが一義的に明確であったことを前提とする。他方で、合意の文言が不明確なために訴えの提起を含めた権利不行使の合意か否か一義的ではない場合、[19]合意がされた当時に前提となっていた事情が変化し、合意の効力を維持することが必ずしも相当でないと認められる場合、あるいは、当事者間に著しい交渉能力の格差がある場合など、[20]権利不行使合意の有無や有効性につき、当事者が提訴によって裁判所の判断を仰ぐことが「裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとはいえない」場合には、昭和六三年判決の趣旨を及ぼし、債務不履行責任を否定すべきものと解する。

(2) 債務不履行責任の成立要件

昭和六三年判決が示した相当性要件につき、多数説は、前記2のとおり不法行為の成立要件の一つである違法性に関する要件と解しているが、債務不履行において相当性要件はどの要件に位置づけるべきか。

伝統的な民法学説は、債務不履行の要件として、本旨不履行という客観的状態に加え、主観的要件である帰責事由（債務者の故意・過失または信義則上それと同視すべき事由）と、客観的要件である違法性を必要とする。[21]権利不行使の合意に違反して提訴された事案について見ると、合意の効力が否定された場合には、債務不履行責任は当然に否定される。一方、合意の効力が結果的に肯定された場合でも、前記(1)で述べたとおり、「裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとはいえない」と認められる事情が存在する場合には、例外的に違法性が阻却されるものと解する。通説は、債務不履行責任において債務者側が証明責任を負う違法性阻却事由として、明文上の履行拒絶事由である同時履行の抗弁権や留置権を挙げており、[22]相当性要

件はこれらとは異質であるが、昭和六三年判決が説示した裁判制度の趣旨に基づき、解釈上認められる違法性阻却事由に位置づけることが可能と解される。

なお、最近の民法学説は、債務不履行責任の根拠を過失責任原則ではなく、契約の拘束力によって説明する。この立場を採る学説の中でも、債務不履行の要件構成については諸説が存在するが[23]、債務者が債務を負っている以上、不履行の客観的状態が存在すれば原則として帰責性が存在し、例外的に免責事由がある場合にのみ債務不履行が否定されるとする判断枠組みを基本としており、故意・過失や違法性の概念は用いていない。免責事由の内容は債務の性質によって異なるとされ[24]、不可抗力や、債権者または第三者の行為による場合が想定されており、不作為債務では、多くが事実としての不履行のレベルでの判断となり、免責事由が問題となることはほとんどないと解されている[25]。しかしながら、前述の昭和六三年判決の趣旨に鑑み、相当性要件を例外的に免責事由の一つに位置づけることは可能と思われる。

以上のとおり、私見は、権利不行使の合意に違反した訴えの提起による債務不履行の成否は、債務不履行一般の判断枠組みによって判断され、提訴者側が、「裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く」とはいえないことを基礎づける例外的事情（前記3(1)）の立証に奏効しない限り、債務不履行責任が認められると解する。

本件の判旨は、債務不履行責任の成立要件については特に論じていないが、かっこ書きで「この債務不履行は不当提訴の不法行為と実質を同じくするものと考えられる。」と付言している。このかっこ書きの趣旨は必ずしも判然としないが、権利不行使の合意に違反した訴えの提起にかかる債務不履行責任についても、昭和六三年判決の相当性要件の趣旨が及ぼされる旨を含意するのであれば、私見と同旨であり賛成したい[26]。

4　本件における債務不履行の成否

Xによる本件訴えの提起は、本件特約による権利不行使の合意に違反するものであり、本旨不履行の客観的状態は認められるが、例外的に債務不履行の成立を否定する、「裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く」とはいえない事情の有無について検討する。

本判決の摘示によれば、YがXの本件特約違反による債務不履行を主張したのに対し、Xは単に「否認ないし争う」と主張するのみで、具体的理由を明示していない。そこで、本判決において裁判所が認定した事実に基づいて検

討すると、まず、本件特約は、契約の文言上、権利不行使の合意であることが一義的である。また、本件特約は、Xに権利不行使の義務が生じる場合として、かっこ書きで「Yが、X以外の者から本件土地若しくは本件土地及び上記物権を購入する場合などを含む」と明記している。このことは、本件の事実経過のようにYがX以外から本件土地を取得することは織り込み済みであることを示しており、Xが本件特約時に予測できなかった事情変更にあたるとはいえない。加えてXは、不動産売買及び仲介を業とする者であり、不動産取引についてYとの間に交渉能力の格差が存在したとは認められず、その他、本件特約の効力を維持することを不相当とする事情は認められない。

したがって、Xにつき債務不履行に基づく損害賠償責任を認めた判旨は妥当と考える。

三　因果関係及び損害賠償の範囲

本判決は、XはYに対し、債務不履行と相当因果関係のある損害を賠償する義務を負うとした上で、本訴提起を受けたYが訴訟代理人を選任したことによって負担する弁護士費用のうち相当と認められる範囲内のものは、債務不履行によって通常生ずべき損害として相当因果関係が認められるとした。

不法行為の被害者が損害賠償請求訴訟の提起を弁護士に委任した場合に、相当と認められる範囲内の弁護士費用が損害に含まれること[27]、及び、不法行為においても民法四一六条が類推適用されること[28]を前提に、訴えの提起が不法行為に該当する場合に、被告が応訴に要した相当額の弁護士費用が損害に含まれることは、古い時代から判例・学説上争いがない[29]。昭和六三年判決後に、訴え提起が不法行為を構成するとして損害賠償請求を認容した下級審裁判例も、訴額や事案の複雑性などの事情を考慮して認定した相当な弁護士費用を、賠償すべき損害額としている[30]。

判例[31]及び伝統的通説[32]は、民法四一六条は相当因果関係を定めた規定と解しており、本判決も相当因果関係説を採っていることが判示文言から窺われる。損害賠償における因果関係、賠償すべき損害の範囲、及び損害賠償額の算定に関しては、保護範囲説[33]の提唱を契機に、判断枠組みについて活発な議論が行われているが、さしあたり相当因果関係説を前提とすれば、判旨が期日の回数、提出書面数、及び争点の複雑性を考慮した上で相当因果関係ないし損害額を認定した手法、並びに認定額の具体的結論ともに妥当なものと思われる。

なお、債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟において、債権者が同訴訟の追行に要した弁護士費用を損害として請求できるかについて、最高裁判例は、債務の内容等の事案の性質によって結論を異にしている。[34] ただし、それらの判例は、権利不行使の合意以外の債務不履行によって発生した損害の賠償を求めて訴えを提起した事案であり、本件のように、権利不行使の合意が存在するため、訴え提起自体が債務不履行を構成する事案とは異なる。

（1） 本判決の評釈として、丸山昌一「判批」NBL九九九号八六頁（二〇一三年）がある。

（2） 調査官解説として、瀬戸正義「判解」昭和六三年度最判解民事篇一頁。評釈として、小林秀之「判批」法セ四〇七号一一二頁（一九八八年）、中島弘雅「判批」法教九六号九〇頁（一九八八年）、林屋礼二「判批」ジュリ九〇八号五三頁（一九八八年）、吉村徳重＝松尾卓憲「判批」判タ六七二号四七頁（一九八八年）、工藤祐巌「判批」NBL四二三号一一頁（一九八九年）、栂善夫「判批」昭和六三年度重判解一一九頁（一九八九年）、島田清次郎「判批」判タ七〇六号（昭和六三年度主要民事判例解説）九四頁（一九八九年）、須藤茂「判批」金商八二九号四七頁（一九八九年）、吉田邦彦「判批」判例セレクト（法教一〇一号別冊付録）八八号二二頁（一九八九年）、同「判批」判評三六二号四〇頁（判時一三〇〇号二〇一頁）（一九八九年）、加藤新太郎「判批」民訴百選Ⅰ（別冊ジュリ一一四号）二四頁（一九九二年）、同「判批」民訴百選Ⅰ〔新法対応補正版〕（別冊ジュリ一四五号）二四頁（一九九八年）、松岡勝実「判批」創法二二巻二号一二九頁（一九九三年）、水元宏典「判批」民訴百選〔第三版〕（別冊ジュリ一六九号）八八頁（二〇〇三年）、西川佳代「判批」民訴百選〔第四版〕（別冊ジュリ二〇一号）七八頁（二〇一二年）。

（3） 訴え提起による不法行為に関する昭和六三年判決後の論考として、山城崇夫「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―」山口経済学雑誌三八巻一＝二号八七頁（一九八九年）、加藤新太郎「不当訴訟と弁護士の責任」同『弁護士役割論』〔新版〕一六八頁（弘文堂、一九九二年）、同『コモン・ベーシック弁護士倫理』二三二頁（有斐閣、二〇〇六年）、後藤勇「訴え提起による不法行為成立の具体的要件」判タ八七五号九頁（一九九五年）、本間靖規「民事訴訟と損害賠償―不当訴訟を中心に―」民訴四三号三三頁（一九九七年）、池田辰夫「民事訴訟の提起と不法行為―不当訴訟認容事例の検証―」新堂古稀（上）四一頁（有斐閣、二〇〇一年）、徳本伸一「訴え提起の違法

性」佐藤進＝斎藤修編『現代民事法学の理論（下）』四〇七頁（信山社、二〇〇二年）、菊池定信「不当訴訟に関する判例」国士舘三九号一三九頁（二〇〇七年）、上野達也「訴えの提起と不法行為法―最高裁判決を契機として―」産法四三巻三号五〇〇頁（二〇一〇年）。

（4）このような条項がよく用いられる契約類型の一つに、特許権など知的財産権のライセンス契約があり、それらの契約類型では「非係争条項」と呼ばれている（梅本吉彦『民事訴訟法』〔第四版〕三二六頁注（一）（信山社、二〇〇九年））。

（5）大判大正八年二月二四日民録二五輯三二八頁、大判昭和一〇年七月一三日判決全集二〇号二五頁、大判昭和一一年一月三一日民集一五巻二号一一六頁、大判昭和一六年九月三〇日民集二〇巻二〇号一二六一頁。

（6）当時の有力学説（末川博「不当なる訴えの提起と不法行為」民商四巻一号七三頁（一九三六年））を採用したものとみられる。

（7）昭和六三年判決以前の下級審裁判例を整理したものとして、島田禮介「不当提訴」林良平＝中務俊昌編『判例不法行為法』一二九頁（有信堂、一九六六年）、西牧駒蔵「不当提訴の違法性」阪経法一九号三七頁（一九八九年）、栂善夫「訴えの提起が違法となる場合」法セ四三六号一二六頁（一九九一年）、同・前掲注（2）一一九頁、中村隆二「訴えの提起と不法行為の成否」判タ七一八号二二頁（一九九〇年）、瀬戸・前掲注（2）六頁、加藤・前掲注（3）弁護士役割論一八五頁、吉田・前掲注（2）判評三六二号四〇頁、中島・前掲注（2）九一頁、島田・前掲注（2）九四頁、工藤・前掲注（2）一一頁、池田・前掲注（3）四一頁。

（8）栗栖三郎「判批」判例民事法昭和一一年度三四頁（有斐閣、一九五四年）、谷口知平「応訴行為の違法性」民商三七巻四号一八二頁（一九五八年）、山木戸克己「不当訴訟と訴え提起者の過失の認定」法時三八巻四号八七頁（一九六六年）、藤岡康宏「判批」判タ三一〇号八七頁（一九七四年）、栂・前掲注（7）一二六頁。

（9）ただし、要件に関する文言上の差異は、実質的な結論の差異を生じさせていないとの指摘もある（加藤・前掲注（3）弁護士役割論一八六頁、中島・前掲注（2）九二頁）。

（10）中島・前掲注（2）九二頁、吉村＝松尾・前掲注（2）五一頁、水元・前掲注（2）八九頁、西川・前掲注（2）七九頁、中村・前掲注（7）二四頁。

（11）ただし、違法性に関する要件を具備すれば、故意・過失も当然に充足するものと解されている（瀬戸・前掲注（2）一三頁、加藤・前掲注（3）弁護士役割論一八九頁）。

（12） 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集）』一二五頁（日本評論社、一九三七年）、加藤一郎『不法行為』〔増補版〕一〇六頁（有斐閣、一九七四年）。

（13） 瀬戸・前掲注（2）一〇頁は、昭和六三年判決と同時期の判例は相関関係説に立っており、昭和六三年判決は、「（故意）過失によって権利を侵害し損害を発生すること」を一元的に違法性と把握する違法性一元説（前田達明『民法Ⅵ2（不法行為法）』一二二頁（青林書院、一九八〇年））に立つものではないとする。

（14） 吉田・前掲注（2）判評三六二号三九頁は、相関関係説に批判的な立場を前提としている。なお、栂・前掲注（2）一二一頁及び浅野有紀「最高裁判決に見る『裁判を受ける権利』」法時七五巻八号三六頁（二〇〇三年）も重過失を要求しているとの理解に立つ。

（15） 後藤・前掲注（3）二一頁。

（16） 加藤・前掲注（2）百選Ⅰ〔新法対応補正版〕二五頁、同・前掲注（3）弁護士役割論一八七頁及び同・前掲注（3）コモン・ベーシック弁護士倫理二三三・二三四頁は、違法性は規範的要件であり、昭和六三年判決前段の要件は客観的違法要素、同判決後段の要件は主観的違法要素のそれぞれ評価根拠事実であり、両者の相関的評価によって違法性が判断されるとする。

（17） 被侵害利益の法的な位置づけについて、①名誉権ないし人格権に含まれる「訴訟にかかわらしめられないという法律生活の平穏ないし自由」とする見解（潮見佳男『不法行為法Ⅰ』〔第二版〕一九一頁（信山社、二〇〇九年））、②裁判を受ける権利の自由権的側面とする見解（浅野・前掲注（14））、③弁護士費用の支出による財産的損害とする見解（内田貴『民法Ⅱ債権各論』〔第三版〕三八〇頁（東京大学出版会、二〇一一年）が主張されている。

（18） 松本博之「最近の西ドイツにおける訴訟契約論の動向—Hans-Jürgen Hellwig Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 78) 1968 の紹介を中心として—」民商六四巻一号一四一頁（一九七一年）は、副題のとおり、一九六八年に公刊されたヘルヴィヒの訴訟契約論に関する論文の内容を邦語で詳細に紹介した論稿であるが、ヘルヴィヒは同書において、訴訟契約の違反による損害賠償責任の成否に関し、「契約責任による場合は、一般不法行為理論による場合よりも、責任の基礎をなす違法性・過失は比較的緩やかに判断される。けだし、『違法な』訴訟行為の存在は、訴訟が権利行使の場であることに鑑み、厳格に判断されるのに対し、契約責任の基礎たる違法性・過失は、訴訟契約により具体的に定められている消極的処分効に従った行動に出るべき契約上の義務に従って判

断されるからである。」と述べている（同一五〇頁）。

（19）この点は、慶應義塾大学民事訴訟法研究会において、加藤新太郎判事より受けた示唆に基づく。

（20）当事者間の交渉能力や取引上の地位に格差がある場合には、相手方の権利主張を不当に抑圧する結果を避けるために、合意の趣旨及び経緯、事案の性質や状況等の事情を考慮の上、合意成立や有効性を慎重に判断すべきである（非係争条項につき、梅本・前掲注（4）三二七頁、不起訴の合意につき同旨、新堂幸司『新民事訴訟法』〔第四版〕二四九頁注（一）（弘文堂、二〇〇八年））。

（21）我妻栄『新訂債権総論』一〇〇頁、一〇五頁、一一一頁、一四五頁、一五三頁（岩波書店、一九六四年）、於保不二雄『債権総論』〔新版〕九三頁、一〇七頁（有斐閣、一九七二年）。

（22）我妻・前掲注（21）一一一頁。これら以外の違法性阻却事由として、緊急避難（於保・前掲注（21）一〇八頁）、履行猶予の抗弁や正当防衛（北川善太郎『債権総論』〔第三版〕一一二頁（有斐閣、二〇〇四年））、取立債務で取立てがないこと（川井健『民法概論3債権総論』〔第二版補訂版〕七六頁（有斐閣、二〇〇九年））を挙げる学説もある。

（23）帰責事由に関する最近の議論について、森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」同『契約責任の帰責構造』一頁（有斐閣、二〇〇二年）、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ一三一八号一一七頁（二〇〇六年）、荻野奈緒「契約責任における不可抗力の位置づけ」同法五八巻五号三五三頁（二〇〇六年）、潮見佳男『プラクティス民法債権総論』〔第三版〕六〇頁、一一一頁（信山社、二〇〇七年）、山本敬三「債務不履行責任における「帰責事由」法セ六七九号一〇頁（二〇一〇年）、中田裕康『債権総論』〔第三版〕一三三頁（岩波書店、二〇一三年）。

（24）例えば、目的債務と手段債務に分けて検討する見解（潮見・前掲注（23）一一〇頁）は、結果債務の場合は、通常、約束された結果の不実現を立証すれば、債務不履行責任の発生が基礎づけられるとして（保証責任と表現する）、債務者が不可抗力に相当するような履行障害事由によることを立証すれば、免責が認められることになる。これに対し手段債務の場合は、約束された行為＝具体的な行為義務違反があれば、債務不履行責任が認められ（過失責任）、通常は帰責事由の有無を問題とする余地はないとする。なお、金銭債務の場合には、明文規定により、不可抗力は免責事由として考慮されない（民四一九条三項）。

（25）中田・前掲注（23）一三五頁。

（26）この点は、慶應義塾大学民事訴訟法研究会において、

加藤新太郎判事より受けた示唆に基づく。

(27) 最一小判昭和四四年二月二七日民集二三巻二号四四一頁。

(28) 最一小判昭和四八年六月七日民集二七巻六号六八一頁。

(29) 中島・前掲注（2）九一頁。なお、本件を含め多くの事案では弁護士費用のみが損害として認定されているが、慰謝料を認めた裁判例もある（例えば、東京高判昭和五八年五月一八日判時一〇八四号七九頁、東京地判平成二年一二月二五日判時一三七九号一〇二頁）。

(30) 例えば、名古屋地判平成七年一一月二一日判時一五六三号一二六頁、東京地判平成一八年二月二七日判タ一二三五号二三六頁。

(31) 大判大正一五年五月二二日民集五巻三六八頁。

(32) 我妻・前掲注（21）一二〇頁。

(33) 平井宜雄『損害賠償法の理論』一三五頁（東京大学出版会、一九七一年）。

(34) 否定例として、大判大正四年五月一九日民録二一輯七二五頁は、買主から売主に対する損害賠償請求訴訟において、買主が第三者からの追奪訴訟に応訴するために支出した弁護士費用の賠償を否定した。また、最一小判昭和四八年一〇月一一日集民一一〇号二三一頁は、債権者は、金銭を目的とする債務の不履行による損害賠償として、債務者に対し弁護士費用その他の取立費用を請求できないとした。

一方、肯定例として、最二小判平成二四年二月二四日民集二三巻二号四四一頁は、労働者が使用者の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求の訴訟追行を弁護士に委任した事案において、「労働者が主張立証すべき事実は、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合とほとんど変わるところがない」ことを理由に、弁護士費用も相当因果関係のある損害として請求することを認めた。

工藤　敏隆