

過失の一応の推定の意義

— 保全処分 of 不当執行に関する判例を中心に — (1)

町村泰貴

目次

- I. 問題の所在
- II. 保全処分 of 不当執行における損害賠償請求の法状況
 - (1) 実定法の規定
 - (2) 無過失責任説と過失責任説の対立
- III. 戦前の判例の検討
 - (1) 初期の判例
 - (2) 明治 41 年大判とその後の判例
 - (3) 大正 10 年判決とその定着
 - (4) 小括 (以上本号)
- IV. 戦後の判例
- V. 理論的位置付けの試み

I. 問題の所在

講学上いわゆる「一応の推定」とは、特に不法行為訴訟における過失の立証について判例上形成されてきた概念であるが、その意義内容についての理論的な位置付けには見解の対立がある。近時の主要な文献に限って見ると、まずこの問題についてエポック・メイキングな中野教授の論文においては、過失の「一応の推定」を経験則の適用による事実上の推定にほかならないとしつつ、過失事実の抽象的・不特定の認定の許容とその認定を妨げる特段の事情についての反証責任との 2 点において特殊性が見られると位置付けられた¹⁾。これに対して渡辺教授²⁾は、ドイツにおける表見証明 *Anscheinsbeweis* の理論を検討対象

1) 中野貞一郎「過失の『一応の推定』について」曹時 19 卷 11 号, 12 号 (昭和 42 年) (同『過失の推認』(弘文堂) 所収。以下では同書から引用する)。

とされた上で、中野教授の「一応の推定」の理解に疑問を指摘され、「表見証明は、立証困難を前提とし、実体的利益考量にもとづき、相手方にも一定の反証提出責任を負わせることにより、挙証者の立証負担を軽減するもの」³⁾とまとめられた。また太田助教授は、過失の「一応の推定」を法的価値判断と位置付けられ、疑似結果責任の定立と過失を基礎付ける事実群の証明責任分配との機能をもつとされた⁴⁾。さらに最近、藤原判事は、過失の「一応の推定」が問題となるケースのそれぞれにつき予想される経験則に考察を加えられた上で、過失の「一応の推定」は証明責任の転換そのものであると結論付けられている⁵⁾。

このように学説の理解が対立する中で判例は、特に保全処分 of 不当執行により生じた損害の賠償を不法行為として請求するケースについて、戦後の下級審判決を中心にかなりの量の蓄積がある。「一応の推定」の意義を論じるには、この判例自体についての検討をしておくことも有用であろう⁶⁾。またこの問題については証明度や証明責任との関連の外に、実体法上の不法行為成立要件との関連も指摘されるが、その当否も含めて判例を通じた損害賠償義務成否の基準が検討さるべきようにも思われる。

そこで本稿では、過失の「一応の推定」のうちとりわけ多数の判例の蓄積が

-
- 2) 渡辺武文「表見証明と立証軽減」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践』(法律文化社・昭和56年)下139頁、特に153頁以下参照。
 - 3) 渡辺・同前157頁。直接には表見証明を対象とされるようであるが、それ以前の論述内容から見て、「一応の推定」の理解にも及ぶものであろうと思われる。
 - 4) 太田勝造『裁判における証明論の基礎』(弘文堂・昭和57年)192頁以下参照。
 - 5) 藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」竹下=石川編『講座民事訴訟』5巻(弘文堂・昭和58年)127頁以下。
 - 6) これまでも吉川大二郎「保全処分に因る損害賠償責任に関する諸問題」同『保全処分の研究』(弘文堂・昭和12年)437頁以下所収、斎藤秀夫=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(法律文化社・昭和40年)13頁以下、上北武男「判例研究」同志社法学23巻1号80頁以下などで、多くの判例が検討されていたが、これらはいずれも過失の要否が主な検討対象で、「一応の推定」の意義に焦点を絞ったものではない。西ドイツの表見証明との比較法的アプローチでは、特に中野・前掲書(注1)および渡辺・前掲論文(注2)が詳細である。

見られる保全処分の不当執行のケースを取り上げて、実体法・訴訟法の両面における意義を再検討することとする。以下、考察の前提となる保全処分の不当執行とその損害賠償をめぐる法状況⁸をとりまとめ（Ⅱ）、戦前の判例の流れを検討する（Ⅲ）。ここでは過失の「一応の推定」と呼ばれる法理がいつから、どのような形で形成されてきたのかという歴史的な考察が中心となる⁷。そのあとで戦後現在に至るまでの判例の傾向と意義をまとめ（Ⅳ）、これを理論的にどう位置付けるべきかについての私見を呈示する（Ⅴ）。

Ⅱ. 保全処分の不当執行における損害賠償請求の法状況

(1) 実定法の規定

我が国の現行民法・民訴法においては、仮差押や仮処分などの保全処分による執行の後、本案訴訟において保全処分の執行債権者が敗訴したり、上訴により保全処分が取り消された場合に、執行債務者が受けた損害の填補を目的とする直接の規定は見当たらないので、その損害は一般の不法行為として賠償を求めることができるにとどまる。そこで債権者の過失が要件となるが、周知の通り、ここでは無過失責任を認めるべきだとする見解がむしろ多数を占めており、過失の「一応の推定」はこの多数説の見解を取らないという前提でのみ問題となりうる。もっとも過失の証明責任転換は無過失責任への志向と密接に結び付く問題であるから、「一応の推定」の理解においても無過失責任論にふれておく意味があろう。

7) なおその場合、「一応の推定」の登場した時期を探るにはあらかじめ「一応の推定」がどのようなものかの概念が前提となるところ、前提たるべき概念の意義自体も判例から検討しようとするものであるから、トートロジーとなる可能性がある。これを回避するために、さしあたり通常的心証形成過程でなされる事実上の推定とは区別しうることを「一応の推定」の仮定的なメルクマールとする。

8) 保全処分については、法改正が進行中であり、その内容いかんによっては本稿の問題に大きな影響を持つと思われる。本稿は現行法の下での判例の意義を明らかにするものであるので、その前提となる法状況も昭和63年までの立法および改正準備資料にとどめられる。法改正はⅤにおいて、今後の展望として若干の指摘をする。

無過失責任論の背景として、仮執行宣言付判決の変更の場合の民訴法 198 条 2 項を挙げなければならない。この規定は、大正 15 年の民訴法改正の際に、それ以前の旧 510 条 2 項⁹⁾が給付物の返還のみを定めて損害賠償を規定していなかったところを改めたものだが、立法過程の審議ではもっぱら損害賠償請求のために別訴を提起する手間が省けるという点に力点が置かれ、過失の要否には言及されていなかった¹⁰⁾。しかしながら大正 15 年改正法案の起草を担当した松岡義正博士の注釈書¹¹⁾では、現行 198 条 2 項について、当時のドイツ¹²⁾における学説を豊富に参照して、危険負担の結果として課される無過失責任と説明されており、立法者としても仮執行の場合は無過失責任を課すとの認識が前提にあったように推測される。現在この損害賠償義務が無過失責任と解されることに学説判例上異論がない¹³⁾。

なおドイツ法では、仮執行の場合¹⁴⁾の外に保全処分についても、ZPO 945 条¹⁵⁾が損害賠償義務を定めている。そしてこれらの規定による損害賠償義務の成立には執行債権者の過失 *Verschulden* が不要と解されている¹⁶⁾。

9) 旧 510 条 2 項「仮執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ廃棄若クハ破毀又ハ変更スルトキハ判決ニ基キ被告ノ支払又シ給付シタルモノノ弁済ヲ被告ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ原告ニ言渡スヘシ」

10) 『民事訴訟法改正調査委員会速記録』(法曹会・昭和 4 年) 716 頁以下。

11) 松岡義正『新民事訴訟法註釈』第 5 巻(清水書店・昭和 10 年) 1172 頁以下。

12) 日本の現行民訴法 198 条 2 項には ZPO 717 条 2 項が相当する。

13) 無過失責任であることを示したリーディング・ケースとして、大判昭和 12 年 2 月 23 日民集 16 巻 3 号 133 頁。学説としてはさしあたり兼子=松浦=新堂=竹下『条解民事訴訟法』(弘文堂・昭和 61 年) 582 頁参照。

14) 前注 12) 参照。

15) ZPO 945 条「仮差押若しくは仮処分の命令が当初より不当なことが明らかなき又は命ぜられた処分が第 926 条第 2 項若しくは第 942 条第 3 項に基づいて取り消されたときは、命令を得た当事者は、命ぜられた処分の執行によって又は相手方が執行を免れるために若しくは処分の取消を得るために担保を立てたことによって生じた損害を相手方に賠償する義務を負う。」(法務資料第 426 号『ドイツ強制執行法』中野貞一郎訳による。)

16) Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl., § 945 Rdnr .1. (Grunsky, 1981)

(2) 無過失責任説と過失責任説の対立

こうした状況を背景にして、日本法においても、仮執行に関する198条2項を保全処分の不当執行の場合に類推適用して、無過失の損害賠償責任を認めるべきだとする見解が多数を占めている¹⁷。その論拠は、不法行為理論を損害の衡平な分担という視点でとらえ、その衡平は保全処分制度上、すなわち保全処分が原則として債権者の一方的疎明資料に基づいて、債務者に十分防御の機会を与えないまま発布されることから利益を得た債権者が全責任を負担するときに達せられ、無過失責任を負担することが全責任を負担することになるという価値判断にほぼ集約され、その価値判断が仮執行に関する民訴法198条2項の場合と同等ないしそれ以上に妥当するが故に、類推適用が正当だとされる。このほか仮処分が濫用される傾向にあること¹⁸や、過失を推定すること自体無理な理論構成であるし、推定によっても過失が認められない場合がでてくるが、それでは相手方が不当に保護されないこととなり公平の要求に適わないこと¹⁹なども指摘されている。

これに対して無過失責任を認めない見解²⁰の論拠は、保全処分制度は本案訴訟遅延を補完するために活用されるべきで、無過失責任を課すならば、その目的が阻害され、ひいては裁判制度の利用をも阻害するに至るので適当ではな

17) 主要な文献に限って挙げれば、平野義太郎・判批・判民大正11年度37頁、野田良之・判批・判民昭和11年度18頁、兼子一・判批・判民昭和13年度224頁、斎藤＝桜田前掲論文(注6)13頁、特に18頁以下、古崎慶長「違法な仮処分と損害賠償」村松俊夫裁判官還暦記念論文集『仮処分の研究』上(日本評論社・昭和40年)307頁、特に311頁以下。このほか最近の注釈書では、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法』(3)(第一法規・昭和48年)294頁(小室)、兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲書(注13)581頁(竹下)などが類推適用を肯定している。

ちなみに保全処分の法改正準備の中でも、昭和48年9月に公表された強制執行法案要綱案(いわゆる第2次試案)の第337等ではこの無過失責任を導入する方向が検討されてきた。下記V参照。

18) 古崎・前掲論文(注17)312頁。

19) 野田・前掲判批(注17)21頁。

20) 吉川・前掲書(注6)442頁以下および455頁以下、上北・前掲判例研究(注6)特に101頁以下、松浦馨「仮差押え及び仮処分の改正について(4)」判時837号3頁。

い²¹という外、仮執行との単純な比較ができないこと、つまり仮執行は本案判決を経ており、そこで過失を要求すれば損害賠償責任が肯定される事例は非常に少なくなるが、保全処分の場合には異なること、また仮執行の場合は満足が終局的であるのに対して、保全処分では単に保全の程度にとどまることのほか、無過失責任を課すことは、債権者に権利の存否の判断を義務付けることになるが、被保全権利が存在していても本案訴訟で敗訴する場合はあるので適当ではないこと、濫用を防止するためであれば、過失責任の下でも損害の公平な負担により可能であることなどが指摘されている²²。

両説の対立点は多岐にわたるが、保全処分の不当執行により生じた損害の衡平な分配を損害賠償という形で実現するという基本的な枠組は共通している。その上で何が衡平かという価値判断と、濫用の存否やその抑止に無過失責任主義が有効かどうかの事実認識に、両説の対立点があるように思われる。しかしながら、無過失責任を認めない立場にあっても、少なくとも吉川博士と松浦教授は過失の（一応の）推定を是認されており²³、そこでいわれる「推定」が太田助教授²⁴の指摘するように「疑似結果責任」の定立を意味するのであれば、両説の実質的な帰結はほとんど大差がないということとなろう。

21) 吉川・前掲書（注6）442頁以下。

22) 上北・前掲判例研究（注6）101頁以下。なお松浦・前掲論文（注20）判時837号3頁以下では、保全処分の種類による違いをも考慮した詳細な検討を加えられているが、基本的には立法論として述べられ、無過失責任の導入に反対される論拠として、(a)保全処分の中でも仮の地位仮処分については一方的疎明資料に基づき発布されるわけではないこと、(b)仮の地位仮処分が濫用されているかどうか疑問であるし、その抑止に無過失責任をもって対処することが必ずしも妥当しないこと、(c)衡平という観点からも、常に無過失責任を債権者に課すことが衡平とはいえないこと、(d)民訴法198条2項との権衡論も特に仮の地位仮処分には妥当しない、と指摘される。

23) 吉川・前掲書（注6）455頁以下では、立証責任の転換という。松浦・前掲論文（注20）判時837号6頁では、事実上の推定と法律上の推定（証明責任の転換）とを区別し、理想論として仮差押・係争物仮処分の場合は法律上の推定、仮の地位仮処分の場合は事実上の推定とすることが望ましいとされる。上北教授の見解は明らかではない。

24) 太田・前掲書（注4）192頁以下参照。

なお、民訴法 198 条 2 項については、その損害の範囲について判例通説が仮執行と相当因果関係のあるあらゆる損害が入ると解し²⁵、特に精神的損害の賠償も無過失責任として認めるのに対して、賠償範囲を限定しようとする少数説も唱えられている²⁶。そこで 198 条 2 項の類推適用が問題となっている保全処分の不当執行の場合も、この点が問題となりうるが、ここでは全損害が賠償範囲に入るとの見解に異論はないようである²⁷。

Ⅲ. 戦前の判例の検討²⁸

(1) 初期の判例

「一応の推定」を示した判決として引用される²⁹明治 41 年の大審院判決（後掲【7】）以前の判例状況を見ると、まず次の【1】が挙げられる。

【1】大判明治 35 年 12 月 5 日民録 8 輯 11 卷 26 頁

事案は不明だが、仮差押の不当執行による損害賠償が求められ、民訴法 741 条 2 項の

-
- 25) 兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲書（注 13）583 頁以下および同書引用の文献参照。判例としては最判昭和 52 年 3 月 15 日民集 31 卷 2 号 289 頁が、「仮執行により被告の受けた損害とは、損害のうち特定のものに限定されるものではなく、仮執行と相当因果関係にある全損害をさすものと解する」と判示している。ただしこの判決は別訴で損害賠償を請求した事案である。
- 26) 宮川種一郎「仮執行の宣言」総合判例研究叢書 民事訴訟法(3)（昭和 36 年）39 頁、坂原正夫＝中出一雄・判批・法学研究 51 卷 7 号 133 頁、林順碧「仮執行に基づく損害賠償の範囲」菊井先生献呈論集『裁判と法』下（昭和 42 年）1113 頁、特に 1128 頁以下、清田明夫・判批・判時 874 号 156 頁、同・判例解説・ジュリスト昭和 52 年度重要判例解説 121 頁。
- 27) 198 条 2 項類推による無過失責任説の立場から、損害の範囲について比較的詳しく検討しているものとして、古崎・前掲論文（注 17）319 頁以下、斎藤＝桜田・前掲論文（注 6）27 頁以下などが挙げられるが、いずれも損害の範囲について一般の不法行為と同様に解すべきとされている。なお古崎・前掲論文（注 17）319 頁では、仮執行に関する 198 条 2 項の損害の範囲が限定されることを判例の立場であると解した上で、類推適用に際して損害範囲の点は修正するとの見解を採られている。
- 28) なお判決文の引用等にあたり、当事者名は記号に直し、句読点を補うとともに、旧漢字も同一性を損なわない限り（例えば權→権）新漢字に置き換えた。
- 29) 中野・前掲書（注 1）7 頁、藤原・前掲論文（注 5）131 頁など。

「損害」の意義が問題となった。原判決は同条項の「損害」を訴訟法上の損害、すなわち訴訟費用・執行費用に限定し、それ以外は不法行為法に基づく賠償請求が可能であるが、そのためには仮差押債権者のYの故意・過失が必要なところ、Xはその証明をしていないとして請求を棄却した。Xは仮差押が不当である以上故意・過失が推定されるとして上告。

上告棄却。741条2項の「損害」には訴訟費用・執行費用以外のものも含まれるが、いずれにせよ賠償請求は不法行為法に基づくので、「原告トシテ債権者ノ為シタル仮差押カ其故意又ハ過失ニ出テタルコトヲ立証シ得タル上ニ非サレハ民法ノ規定ニ基キ債権者ニ賠償責任ヲ生セシムルヲ得ス。如何トナレハ債権者ノ為シタル仮差押カ民事訴訟法上不当トシテ取消サレタリトモ其仮差押カ常ニ必スシモ債権者ノ故意又ハ過失ニ原因シタルモノト云フコトヲ得サル可ク、此ノ如キ場合ニ於テ法律上債権者ニ故意又ハ過失アリト推定シタル規定ナケレハナリ。是ヲ以テ此趣旨ニ基キタル原判決ハ挙証ノ責任ヲ不当ニ移転シタル不法ナシ」

これに続いて【2】東京控判（判決年月日不明）明治37年（ネ）443号新聞227号19頁は、事案・結論とも不明であるが、仮差押取消の場合に訴訟費用・執行費用の賠償は当然与えられるが、それ以上の損害は民法上のもので故意・過失を要件とし、仮差押が本案訴訟の結果取消されただけでは過失を認めるに足りないと判示しており、棄却事例と思われる。

これらの判決では、損害の範囲について問題があるものの、一般の不法行為として賠償請求する限り故意・過失が要件となり、その証明責任は保全処分債務者にあり、さらに保全処分が不当であることのみによっては過失の推定がなされないとする点で一致している。もっともこの時期においても既に過失の推定が主張されていたことは注目に値しよう。次の【3】も同様だが、過失の推定ができない理由として【1】は単に明文規定がないというのみであるのに対して、訴訟における処分権主義を持ち出している点で興味深い。

【3】長野地判（判決年月日不明）明治39年（レ）87号新聞379号11頁

事案は訴外Aの遺産財団に対してXが強制執行を開始したところ、Yがその配当前に

仮処分を申請・執行して配当を遅延させたというもので、Yが本案訴訟で敗訴したためXが配当実施の予想される日から利息相当額の賠償を請求した（その他の事案詳細は不明）。争点は損害発生の起算日の当否とYの過失の有無で、原判決は請求を認容した。

原判決廃棄，請求棄却。民訴法上に損害賠償を当然に認める法条がなく，不法行為として故意・過失が要件となることを指摘した上で，「XはYが右仮処分の本案訴訟に於て敗訴したりとの争なき事実を以てYの仮処分申請行為の過失に因るものなることを証し得たりと推断せんとするが如きも，右推断は失当なりと謂はざるべからず。何んとなれば仮処分申請と基本案訴訟とは全く別箇の行為にして，而して訴訟行為に関し民事訴訟法に於て当事者処分権主義を採用したるを以て，当事者は訴訟の必勝を期し得べき場合と雖も猶其意思の如何に依り敗訴者と為り得べきものとす。如斯場合に敗訴したる事実のみに依り直ちに敗訴の当事者が訴訟行為を過失に因りて為したるものと謂ふを得ず。然ば則ち訴訟行為と別箇に存する仮処分申請行為を本案訴訟に於て敗訴したる為め過失に因るものと直ちに推断するを得ざること一層明瞭なるべきなり。」故に過失の立証をしないので棄却。

以上の請求棄却事例に対して，認容事例としては【4】大判明治37年2月10日民録10輯5巻179頁が，仮処分につき被保全権利なしとして本案訴訟で敗訴した場合の例として挙げられるが，ここでは過失の有無が争点となっていない。下級審では【5】東京控判明治40年3月21日最近判1巻55頁およびその終局判決である【5'】東京控判明治41年5月23日最近判3巻33頁が，当時の水難救護法³⁰に基づき公売に付された沈船の抵当権者Yが競落人Xに対して保全処分を執行し，かつ競売手続を開始したところ，その抵当権が公売により

30) 水難救護法(明治32年3月29日法律95号)は，遭難した船舶の救護を市町村長の事務と定め(1条)，その費用は船長または船舶所有者が支払うものとしていた(16条)が，一定の期間内に救護費用が納付されない場合は救護された船舶および積荷等を公売に付すこと(17条)，最終的に不納付となればその公売による代金から救護費用を回収すること(19条2項)としていた。しかし19条1項には，「救護其ノ効ヲ奏セサルトキハ救護費用ハ国庫ヨリ之ヲ支給ス」と定められており，【5】では救護の効を奏した場合かどうかはまず争われていた。さらに水難救護法による公売がなされると，船舶登記法1条の準用する不動産登記法29条および148条が適用され，その船舶に設定されていた先取特権，質権，抵当権の登記は抹消される。

消滅していたため保全処分も競売手続開始も取り消され、その間に船と備品が朽廃した損害の賠償をXがYに対して請求したという事案において、賠償請求を認容しているが、ここでもYの過失が証拠により認められており、過失の推定はなされていない³¹⁾。

このように初期の判例においては、損害賠償の認容事例でも棄却事例でも、故意・過失を要件として、その立証を原告＝保全処分債務者に要求していた。その中で次の【6】の一般論は注目に価する。

【6】大判明治39年10月18日民録12輯23巻1289頁

事案は、動産の売買をめぐる売主Yが代金債権保全のため買主Yの財産に仮差押をして支払請求の本訴を提起したところ、XはYの債務不履行を理由として支払を拒絶し、かつ仮差押による損害の賠償を求めて反訴を提起したというものである。原判決は本訴を一部認容したが、反訴請求については、本訴請求に理由がないことのみによって直ちに仮差押が故意・過失によるものということとはできないとして棄却した。X上告。

上告棄却。「仮差押ヲ為シタル者カ債権アルコトヲ確信シ、而カモ斯克信スヘキ相当ノ理由アリタルカ如キ場合ハ、仮令裁判上其債権ナキニ帰スルモ他ニ特別ノ事由アラサル限りハ其仮差押カ故意若クハ過失ニ出テタルモノト為ス可カラス。故ニ原院ハYカXノ有体動産ニ対シ仮差押ヲ為シタル事実竝ニYノ請求カ理由ナキコトハ之ヲ認メタルモ、果シテ其仮差押カYノ故意若クハ過失ニ出テタルコトヲ認メ難キニ因リXノ主張ヲ排斥シタルモノニテ、毫モ不法ニアラス。」

この判決の解釈は、前段の「相当ノ理由」があるときという限定を重視するかどうかによって分かれる。前段の限定を重視すれば、「相当ノ理由」の立証がない限り過失が肯定されるとの反対解釈が導かれ得る。本判決の結論が請求棄

31) 【5】は原因関係のみ判断した中間判決で、Xの主張がすべて認められ、【5'】において損害額が算定されている。Yの過失も【5】において認定されているが、そこでは書証と証言を「総合すれば右侵害行為はYの過失に出でたることを認むるに足る」というのみで、その内容は明らかでない。

却であることも、Yの仮差押の被保全権利が一部認められていたことから「相当ノ理由」が認められた事案であったとして説明できる。そうだとすれば、ここでは過失のアプリオリな推定が前提とされていたと位置付けることになる。しかし前段の限定をそこまで重視して理解するべきかどうかは疑問であろう。基本的には過失の立証を原告＝仮差押債務者に要求し、その証明がないとして棄却されたもので、これ以前の判例の枠組にとどまっているとの評価も可能であるし、また被保全権利が一部認容されたことをもって「相当ノ理由」ありと評価したとしても、被保全権利が全部不存在の事例においてどのように働くのか、つまりその射程がどこまで及ぶかは明らかとはいえないからである。

(2) 明治41年大判とその後の判例

【7】大判明治41年7月8日民録14輯847頁

事案は、賃貸人Yが賃借人Aと汽缶（ボイラー）の賃貸借契約を締結していたところ、AがXに転貸してYに賃料を支払わなかったため、Yが賃貸借契約を解除して目的物を占有するXにその引渡を訴求し、合わせて保全処分（仮差押か仮処分かは判例集から明らかではない）を申請し、執行したが、相当の期間を定めた催告がなく解除権が発生しないという理由で敗訴した。そこでXがYに損害賠償を求めたところ、原審はYの故意・過失が認められないとして請求を棄却した。X上告。上告理由は前掲【6】を引用し、「左スレハ仮差押ヲ為シタル者カ債権アルコトヲ確信スルモ而カモ斯克信スヘキ相当ノ理由ナキトキハ猶ホ過失ノ責ニ任スヘキヤ当然ノ法理ナリ」という。

破毀差戻。「實際或權利ヲ有セサル債権者カ法律ノ規定ヲ知ラス若クハ之ヲ誤解シテ之アリト確信シ債務者ニ対シテ財産ノ仮差押ヲ為シ之ニ損害ヲ生セシメタルトキハ、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。」本件について、原審には、YがAに契約解除の意思表示をしたのでXの占有に適法に原因なしと信じたと判示したにとどまり、そう信じたことにつき何等相当の理由あることを説示しない点で、理由不備があったとした。

このように【7】は【6】の一般論を、保全処分債権者の確信に「相当ノ理由」がなければまず過失と見るという反対解釈の形で展開し、しかもその判旨

が賠償請求の認容の方向（棄却判決の破毀差戻）に結び付いたという点で、新しいものである。そしてアンダーラインを付した部分から「一応の推定」というネーミングが与えられたことはいうまでもない。しかしながら事案は、動産賃貸借契約の賃料不払いを理由とする解除に催告が必要であることを見過ごしたという比較的単純なミスで、それ自体過失と評価できるもの、あるいは過失を主要事実と位置付けるならば、過失の存在が事実上推定されるに十分であったと考えられる。そうだとすると、判旨は単に法律の不知・誤解を過失と評価できることを示したにすぎないものとも解されよう。

またここでの過失の推定が直ちに判例の主流となったわけではなく、次の【8】は仮執行の事案であるが、【6】を逆の意味で先例として引用している。

【8】大判明治44年6月22日民録17輯424頁

事案は必ずしも明らかでないが、船舶による物品運送契約において、運送人Yが目的地たる大連での陸揚ができなかったため出発地の門司港に戻り、その費用を荷主Xに請求したというものと思われる。これに対してXは、大連での陸揚の困難が契約上指定以外の港に陸揚することの認められる事由に該当しないことなどを主張し、保証金の返還を訴求した³²。第一審はYの請求を認容し、仮執行宣言を付したので、YがXの財産を差押えたところ、その仮執行宣言にかかる判決が控訴審で変更されて差押も取消となったが、Xが求めた損害賠償は認められなかった³³。またXの保証金返還請求も棄却されたようである。そこでXが上告した。上告理由のうち仮執行宣言に基づく差押による損害の賠償にかかわる部分は、原審がYの故意・過失なき限り直ちに不法の差押とはいえないと判示したのに対して、仮執行は後日上級審で取り消されることが当然予想されるものであるので、そのことを予知しながらした差押に故意・過失がないとはいえないというものである。

32) Yの本訴請求に対してXが反訴を提起したものと思われるが、判例集の事件名は「保証金取戻請求ノ件」となっている。

33) この判決は、現行民訴法198条2項と異なり損害賠償を規定していなかった旧510条2項の下での事件であるから、賠償請求は別訴となるはずである（前注9）および10）参照）が、ここでは同一訴訟内で請求されているようである。

上告棄却。「債権者カ自ラ債権アルコトヲ信シテ仮差押ヲ為シタル為メ債務者ニ損害ヲ生セシメタル場合ニ在テ、右ノ債権カ裁判上之ナキニ帰スルモ其仮差押カ故意若クハ過失ニ出テタルモノニ非サル以上ハ債権者ハ其損害ヲ賠償スヘキ責任ナキコトハ、本院判決例（明治39年（オ）第365号明治39年10月18日言渡～引用者注前掲【6】）ノ趣旨ニ依リ明カニ認ムルコトヲ得ヘキ法理ナリ。而シテ其債権者カ採リタル手續カ仮差押ナルト仮執行ノ宣言ニ基キ仮執行ヲ為シタル場合トニ因テ此法理ノ適用ヲ異ニスヘキ理由アルコトナシ。（中略）故ニ原院カ本訴ノ差押ハXニ於テYノ故意又ハ過失ニ因リタルコトヲ主張スルニ止マリ其立証ヲ為ササルモノトシテ本件差押ヲ不法行為ト認ムルコト能ハスト為シタルヲ論難スル本論旨ハ上告適法ノ理由ナシ。」

この判決については、原審の判決内容が明らかでなく、Yの本訴とXの保証金取戻請求の関係や損害賠償請求の方法など、よく分からない点が多いが、判旨の引用部分に限って見れば、【6】を先例として仮差押の不当執行による損害賠償には仮差押債権者の故意・過失が要件となること、そしてその証明責任は賠償請求の原告たる仮差押債務者に帰属することが確認されている。事案が仮執行に関するものであるから保全処分³⁴の不当執行における先例的価値は乏しいが、【6】の保全処分債権者の確信に「相当ノ理由」がある場合という部分に力点を置いた反対解釈をしないことを大審院自ら³⁴が示したのものとして重要である。また【7】の解釈についても、保全処分債権者の過失の立証がなお依然として必要と理解されていたことを暗示するものと思われる。

その後大審院判決は大正10年（後記【17】）までないが、その間の下級審判決では【9】東京控判明治43年7月8日新聞666号16頁（仮処分）、【10】東京控判明治45年2月27日最近判10巻100頁（仮差押）、【11】東京控判大正5年6月29日新聞1166号21頁（仮差押）、【12】東京控判大正10年8月3日法

34) ちなみに【6】と【8】はともに第一民事部の判決である。これに対して【7】は第二民事部の判決であり、これを重視するとすれば、大審院内部での見解の相異ということになる。もっともさきに述べたように【7】の事案では保全処分債権者の過失を評価ないし認定することが容易であったと思われる、一般論の差異は事案の違いに帰せられるべきものであろう。

律評論 10 卷 25 号民法 943 頁（仮差押）の 4 件が被保全権利不存在についての保全処分債権者の故意を認定して賠償請求を認容している。このうち【9】は、家屋の所有者 Y がその家屋に入居していた X に対して所有権に基づく明渡を訴求し、合わせて明渡の仮処分を執行したところ、X の賃貸借契約の存在の主張が認められて本案請求が棄却され確定した事案で、X の損害賠償請求に Y が契約成立を知らなかったと主張したのに対して、判旨が「知らざりし点に付き何等の立証なき本件にありては、Y は故意に右執行を為したものなりと云はざるべからず」として故意を認めているのが目を引く。ただしこの事案では Y 自らが関与した契約の成立の知・不知が問題となっているのであるから、単に事実上の推定が働いていたものであろう。【10】【11】【12】はみな証拠により故意を認定しており、推定は問題となっていないケースである³⁵⁾。

この間に請求棄却事例としては【13】千葉地判大正 2 年 4 月 14 日新聞 870 号 5 頁が唯一挙げられるが、そこでは被告＝仮差押債権者の過失の有無も争点となっているにもかかわらず、もっぱら被告の消滅時効の抗弁を採用して棄却したものであり、過失の推定に関する見解は明らかでない。

ここまで挙げた判決は、仮執行に関する【8】を除いてすべて被保全権利の不存在の事例であるが、保全の必要性がないのに仮差押を申請・執行して上訴により取り消された場合の損害賠償請求事件も、大正に入ってから下級審判決例に登場してくる。【14】大阪地判大正 2 年（ワ）906 号（大正 3 年 4 月 29 日判決³⁶⁾）新聞 950 号 26 頁と【15】大阪地判大正 6 年 7 月 24 日新聞 1308 号 31 頁はいずれも十分な財産を有する債務者に対して財産隠匿のおそれありと偽って仮

35) ただし【12】は証人の証言から故意を認定しているのみで、必ずしも明らかでない。これに対して【10】は仮差押債権者が債権証書を偽造したもので、私文書偽造による有罪判決が確定して服役済みの事件、【11】は仮差押債権者が弁済を受けた後も仮差押を解除しなかったという事件で、いずれも仮差押債権者の故意の認定に問題はない。

36) 掲載された法律新聞には判決年月日の記載がないが、斎藤＝桜田・前掲論文（注 6）35 頁では大正 3 年 4 月 29 日判決として引用されている。

差押を申請したことが証拠により認定され、【14】は謝罪広告の請求認容、【15】は慰籍料請求認容である。次の【16】は過失を認定した事例である。

【16】大阪地判大正12年10月27日新聞2213号5頁

Xの主張事実によると、Yが被保全権利として主張する権利は、騙取された自己所有の株式を証券取引所の現物取引特別代理人たるXが入手し、競売に付してX自らが競落人となって転売したため、Yの有する株券返還請求権が侵害されたことに基づく損害賠償請求権である。この被保全権利の成立自体に争いがあるところ、YはXに直接支払請求をしないで突然仮差押を申請・執行したという事案である。

請求認容。Xの地位と営業状況から客観的に見てYの主張する被保全権利の弁済は容易になしうる状態だったと認定した上で、Xの職業は信用が生命であり、その信用を毀損する恐れのある行動に出るのであれば、「一応其以前Xニ対シテ其請求ヲ為スカ若ハ其他ノ方法ニ渡リテ之カ弁済ヲ受ケルノ方法ヲ試ムルヲ妥当トスヘキニ拘ラス、当事者間争ナキカ如クYハ一回ノ請求ヲモXニ為サスシテ突然之カ仮差押ヲ為シタルコトハYニ於テ仮差押ヲ為スニ付キ要スル相当ノ注意ヲ為スコトヲ怠リタルセノト認メサルヘカラス。」

この【16】で認定されている過失は、Xの資産状態から保全の必要性がないことを調査しなかったという点にではなく、Xの信用毀損という結果を回避するために事前の請求など仮差押以外の方法を試みることを怠ったという点に認められたものであり、保全処分 of 不当執行のケースではユニークな過失のとらえ方といえよう。ここでは仮差押の債務者に与えるダメージの大きさが考慮されていることに注意すべきである。ただし、この意味での過失の認定自体には特殊性があるわけではない。

以上要するに、保全処分 of 不当執行の場合に保全処分債権者の過失が一応推定され、これを覆すには特段の事情を被告側で証明しなければならないという【7】で判示された一般論は、【7】の事案自体から見ても過失が単に事実上推定されること、あるいは法律の不知・誤解を過失と評価できることを指摘したにとどまると解する余地があり、その後の判例においてもそれ以上の意味を持

つ先例として受けとめられたわけではないということができる。ただ【7】以降のものとして挙げた判決は仮執行に関する【8】と消滅時効の抗弁が採用された【13】を除いてすべて損害賠償請求の認容事例であり、【7】以前の判例と結論だけを比較すれば、【7】以降は損害賠償請求が認容されることが多くなったと推測される。もっともこれは判例集に登載されたものだけからの推測であるし、その変化が判例全体の傾向を表しているとしてもその原因が過失の「一応の推定」の登場にあったと見るべき根拠はない。結局この時期までは、過失の「一応の推定」といっても事実上の推定と異なる特殊なカテゴリーを形成していたというには十分でないというべきである。

(3) 大正10年判決とその定着

保全処分 of 不当執行に関する大審院判決は【7】以降しばらく判例集に登場していないが、その間に、「一応の推定」の別の類型として挙げられる他人所有の山林での無断伐採のケースについての大審院判決が大正7年と9年とに二つ現れた³⁷⁾。それらはいずれも大審院の第二民事部の判決であるが、これに続いて保全処分 of 不当執行のケースでも、同じく第二民事部による次の【17】が現れた。

【17】大判大正10年4月4日民録27輯682頁³⁸⁾

事案の詳細は明らかでないが、電話加入権の帰属をめぐる争いとなり、Yの先代Y'が電話加入名義人Xに対して、電話加入権の処分禁止の仮処分を申請・執行し、あわせて電話加入名義変更を求めて本案訴訟を提起したが敗訴したというもので、Xが電話加入権を転売できなかったことによる利益の喪失を損害として賠償を訴求した。判決文のまとめた上告理由によれば、原判決は本案訴訟でY'の請求が棄却されたことのみを理由としてY'の過失を認めて請求を認容したが、Yはこれでは過失に該当する事実がないと上告した。

37) 大判大正7年2月25日民録24輯282頁および大判大正9年4月8日民録26輯428頁。

38) 評釈として、平野義太郎・判批・判民大正10年度158頁。

上告棄却。「Y'」カ本件ノ電話加入権ヲ有セサルニ拘ラス正当ノ電話加入権者タルXニ対シ仮処分ヲ執行シテXノ電話加入権ヲ侵害シタル事実ハ原判決ノ認定セル所ナルヲ以テ其侵害行為ニ付キテハ反証ナキ限り先代Y'ニ少クトモ過失アリト推定スルヲ相当トス。」

ここではY'の過失を認めるべき具体的事実が全く現れておらず、単に本案請求の棄却ということから仮処分執行における過失を推定している。従って少なくとも判決文から見ると限りでは、それまでの過失の積極的な認定の上で反証のないことを指摘する判断枠組とは異なると位置付けることができる³⁹⁾。ただしこれは判決文のみを見た限りでの位置付けであり、原審がもっと詳しい認定事実を挙げていたことは考えられる。また【7】において考えられたように、保全処分債権者に単純な法律の誤解があってそれ自体を過失と評価できるケースがあったかどうか、ここでは明らかでない。

これに続いて【18】大判大正11年2月17日民集1巻2号46頁⁴⁰⁾が挙げられるが、原判決が被保全権利の存在を誤信したことを仮差押債権者の過失と認定しており⁴¹⁾、その点は上告理由で取り上げられておらず、大審院の判断も示されていない⁴²⁾。

次の【19】【20】では保全の必要性の不存在についての過失に推定が認められた。

39) 平野・前掲判批(注38)159頁は「仮処分執行者が故意又は過失ありと推定せられ立証責任が顛倒された」と位置付けている。

40) 評釈として、平野・前掲判批(注17)37頁、薬師寺志光・判批・法学志林25巻3号120頁。

41) 時計用ガラスの売買契約において、買主Yの転売先から品質規格の指定と異なるとの苦情が出た場合は売主Xが損害賠償責任を負担するとの特約の存在をYが主張して、Xに損害賠償を訴求し、合わせてXの所有財産に仮差押を執行したが、実はそのような特約は存在しなかったという事案であり、Yが自ら関与した契約内容についての誤信が過失と評価されたようである。

42) 上告理由で取り上げられた争点は、損害として主張された仮差押物件の品質低下が、換価処分の申立(旧民訴法750条4項)をしなかったXの過失によるもので過失相

【19】大判昭和6年11月13日民集10巻12号999頁⁴³

事案は砂糖豆の商標をめぐる同業者間の争いである。Xは自己の製造販売する砂糖豆に「安積豆」という商標を登録していたが、同業者のYも類似の名称を用いており、Xが類似商品に注意せよとの広告や告訴をなしたため、Yの請求によってXの登録商標無効の審判が下り、確定した。そこでYは、Xの行為を不法行為による営業妨害だとして仮差押を申請・執行するとともに損害賠償と謝罪広告を訴求し、第一審では一部勝訴したが、控訴審・上告審ともYの敗訴となった。なお仮差押についてはXの担保提供によって解放されていた。今度はXが逆に不当提訴と仮差押の不当執行を不法行為として損害賠償を請求した。第一審は不当提訴につきYの無過失を認定して請求を棄却したが、仮差押の不当執行については過失の有無を問題とせず、「仮差押申請者カ本案ノ請求立タスシテ敗訴スル時ハ不当ニ他人ノ財産ヲ差押ヘタルモノトシテ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノト解スルヲ相当トス」と判示して損害賠償請求を認容した。控訴審【19'】宮城控判昭和6年2月24日新聞3253号7頁では、不当提訴につき無過失である以上不当仮差押についても特別の事情がない限り無過失だとして、全部棄却した。X上告。上告理由は本案訴訟の提起と仮差押の執行とは別個であり、とくに仮差押については保全の必要性の要件があるので、その必要性の存否と過失につき審理すべきとしている。

破毀差戻。被保全権利の不存在につき無過失だとしても保全の必要性（「仮差押ノ理由タル事実」）の不存在に故意・過失があれば不法行為が成立するとした上で、「右ノ仮差押ニ付債権者ニ故意又ハ過失ナキ故ヲ以テ不法行為ノ責ナシト為スニハ単ニ本案請求ノ主張ニ関シ故意又ハ過失ナキ旨ヲ判示スルヲ以テ足レリトセス、尚仮差押ノ理由タル事実ノ主張ニ付テモ故意又ハ過失ナキ旨ヲ判示スルコトヲ必要トスルモノニシテ、本案請求ノ主張ニ関シ故意又ハ過失ナキノ故ヲ以テ直ニ特別ノ事情ナキ限り仮差押ノ理由タル事実ノ主張ニ付テモ故意又ハ過失ナカリシモノト推認シ得ヘキニ非ス。」

殺をなすべきかどうかである。なお、平野・前掲判批（注17）41頁以下では、この【18】で誤信を過失としたことに関連して【7】および【17】を引用し、「通常不法行為論の過失の観念よりも余程広い大きい過失を認めている」と評価した上で、それなら無過失責任を負うというべきで、かつそれが正しいとしている。

43) 評釈として、末延三次・判批・判民昭和6年422頁。

【20】大判昭和9年6月15日民集13巻15号1164頁⁴⁴

事案は、A所有の建物甲にBが抵当権を有し、その抵当権を譲渡されたXが競売を開始して自ら競落人となって不動産引渡命令を得たが、その以前に建物甲は焼失して、その焼け残りの材木に新材料を加えてAの息子Cが建物乙を建築し、C名義の保存登記もなされ、さらにYのために抵当権の設定登記がなされていたので、Yが競落許可決定の後に処分禁止の仮処分を申請・執行し、さらにXの不動産引渡命令の執行停止の仮処分を執行して本案訴訟を提起したというものである（本案請求の内容は不明⁴⁵）。主たる争点である建物甲と乙との同一性が認められ、Xの抵当権が建物乙にも及ぶとされてYの本案請求は棄却されたので、Xが執行停止の仮処分執行を不法行為として損害賠償を求めた。第一審・控訴審ともにYが無過失であるとして請求棄却。Xの上告理由は、原判決において抵当権の効力の誤認も無過失であることの理由が示されていないというにある。

破毀差戻。抵当権は目的不動産の占有も使用収益権も含まないので、「縦令何人カカ無権原ニ当該不動産ヲ占有シ其ノ使用収益ヲ為シタリトテ之カ為メ例ヘハ抵当物ソノモノヲ損壊シ其価格ヲ低減スル虞アルカ如キ場合ヲ外ニシテ抵当権ハ何等増損セラルルコト無キハ多言ヲ俟タス。従ヒテYカ単ナル抵当権者トシテ本件仮処分命令ヲ申請シタルカ如キハ特別ノ事情無キ限り客観的ニハ毫モ其ノ必要ヲ見サルトコロニシテ、専門的知識ノ欠缺真ニ已ムヲ得サルモノアリテ其責任ノ除去セラルルニ非サルヨリハ、主観的ニモ不相当ナル所為ト云ハサルヘカラサルニ拘ラス」原判決がYの抵当権取得を認めただけで「相当ノ挙信」としたのは理由不備を免れないとした。

これまで保全の必要性がないのに保全処分を申請・執行したことを不法行為と認めた例のうち【14】と【15】は、はっきり故意の認定が可能なケースであったし、【16】でも過失の内容に特異性があるもののその認定には問題がなかった。これに対して【19】および【20】は、保全の必要性不存在についても無過失であることの立証がなければ賠償責任を免れないと見るように見える。【19】

44) 評釈として、菊井維大・判批・判民昭和9年275頁、田中和夫・判批・民商1巻2号79頁。

45) 田中・前掲判批(注44)83頁では不動産引渡の差止請求訴訟であろうとされている。

は被保全権利不存在に関する過失が認められないことから直ちに必要性不存在についても無過失であるとの原判決の理由が不備だとして破毀差戻としたものであるから必ずしも明らかではないが、積極的に認定すべき立証テーマが過失ではなく無過失であることを暗示するものであろう。これに対して【20】では、抵当権に基づく妨害排除請求権により第三者の占有を排除できるかどうかが保全の必要性の問題とされたもので、大審院が抵当権の効力範囲を見誤ったこと自体を過失と評価できるとのニュアンスを示しているが、紛争経過から見ても、また抵当権の妨害排除請求権の解釈に関連して現在でもなお問題があるところであり⁴⁶、直ちに過失と評価することは疑問である。結局【19】【20】は、積極的に無過失を基礎付ける事情がない限り過失を推定することを明らかにしたと位置付けられる。

なお、【19'】では不当提訴の関連でYを無過失だとした第一審の認定が仮差押の不当執行の関連で支持されている。Yの無過失を基礎付ける事実として第一審判決が指摘するのはYがXの登録商標無効の審判確定により遡及的に商標独占権が消滅するという見解を弁護士より得ていたこと、YのXに対する不法行為訴訟で第一審はYの一部勝訴となっていたこと、控訴審でもYの請求は消滅時効を理由として棄却されたのであって請求権自体は認められていたことなどである。この点について【19】は判断していない。次の【21】は被保全権利の存在についての過失に関するものである。

【21】大判昭和13年5月7日民集17巻10号867頁⁴⁷

これも商標をめぐる同業者間の争いである。Yはタオル・ハンカチ類の製造販売にアラビア文字による商標を登録し、かつ意匠権も登録していたが、Xが類似する紋様をタ

46) 我妻栄＝福島正夫「抵当権判例法」(昭和10年)我妻栄『民法研究IV-2』所収、特に211頁以下および小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成(1)」西南学院大法学論集14巻1号6頁以下参照。

47) 評釈として、兼子・前掲判批(注17)224頁、美濃部達吉・判批・国家学会雑誌52巻10号1498頁、平田慶吉・判批・民商8巻5号864頁。

オル地に使用していたため、Xの在庫商品を第三者に保管させる仮処分を申請・執行したところ、他の者からの請求によりYの意匠権無効の審決がなされ、登録が抹消された。そこでXが仮処分の不当執行による損害の賠償を求めて本訴を提起し、これに対してYが商標権侵害による損害賠償請求の反訴を提起した。第一審、控訴審はいずれも本訴・反訴とも棄却。本訴棄却の理由はYの故意・過失が認められないというにある。

破毀差戻⁴⁸。商標権には意匠権を包含せず、Xのタオル製造販売がYの商標権侵害に当たらないと判断した上で、「凡ソ仮処分ヲ為スヘキ正当ノ事由ナキニ拘ラス之ヲ為シタル者ハ特別ノ事情ナキ限り少クトモ過失ノ責ニ任スヘキモノト解スルヲ相当トスルコトハ（当院明治41年（オ）第92号同年7月8日判決参照）、裁判所カ仮差押又ハ仮処分ヲ命スルニ当リ債務者ニ生スヘキ損害ノ為債権者ニ相当ノ保証ヲ立タシメ得ル点ヨリ観ルモ容易ニ了解シ得ヘキ所ナリ。サレハ原審ノ更ニ認定セル如クYハ（中略）Xカ本件紋「タオル」ヲ輸出販売セントスルヲ発見シ右商標権ヲ侵害スルモノト誤信シテ本件仮処分ニ及ヒタルモノトスルモ、既ニ右ノ誤信ニ過失ナカリシモノト即断シ難ク、原審カ他ニ特別ノ事情アリタルコトヲ説示セスシテ輒クYニ故意又ハ過失ノ責アルモノト認メ難シト為シ、因テXノ本訴請求ヲ排斥シタルハ主張及立証ノ責任ヲ顛倒シタル違法アルモノト云フヘク……」

ここでは商標権によって保護される範囲という法律問題と、そもそもXの製造販売する紋タオルの模様がYの登録商標と類似性を有するかどうかという事実問題とのいずれにおいても判定困難な事例であり、その点につき判断を誤ったことが直ちに過失と評価できるものではないことは明らかである⁴⁹。それにもかかわらず過失を推定して、無過失の立証がない限り不法行為責任を免れないというのであるから、過失の推定が特殊であるのはもちろん、それを越えて過失・無過失の判断基準にも特殊性があるように思われる。ただし無過失を

48) なお本件では原審の反訴棄却に対してYも附帯上告をしており、これに対しては上告が棄却されているが、この部分は省略する。前注引用の評釈のうち美濃部博士のものはもっぱらYの附帯上告棄却に関するものである。

49) Yの附帯上告棄却に関して、兼子・前掲判批（注17）228頁以下は疑問を提起しており、Xのタオル地の模様がYの商標権侵害になると解する余地は十分あったと思われる。

基礎付ける事実は、原審では商標権侵害の成否の判定困難を指摘するにとどまり、それ以上にYがどのような調査をしたかは現れていないので、例えば【19】の第一審に挙げられているような専門家の意見への依拠がそれに該当するかはなお明らかでない。

この後、下級審でもはっきりと過失の推定を判示するものとして次の【22】がある。

【22】東京地判昭和16年1月25日法律評論30巻3号民訴法78頁

土地所有者Aから土地を賃借したBはその借地権をXに無断譲渡したので、Aを相続したA'からXに建物収去土地明渡の訴訟が提起され、そこでは裁判外の和解契約が成立して取下となった。その後A'はその土地をYに譲渡した。和解契約によって賃借人の地位を取得したXがその借地上に「大物干」を設置したところ、YはAB間の賃貸借契約上の特約に反するとして契約を解除し、仮処分の申請・執行の上で明渡訴訟を提起して第一審では勝訴したが、AB間の契約上の特約はA' X間の契約に受け継がれないという見解の下で控訴審はYの敗訴となり、確定した。そこでXが、仮処分により転貸が不能になったことの損害の賠償を求めた。

請求認容。「本件ノ如ク基本権利ナクシテ仮処分ニ出テタルカ如キ場合ニアリテハ、反証ナキ限りYニ少クトモ過失アリト推認スルヲ相当トスルトコロ、Yニ於テ過失ナキ旨抗争シ種々主張立証スルトコロアルヲ以テ右反証ノ有無ニ付検討スルニ…」以下上記のような紛争経過を挙げ、XY間の賃貸借関係成立の複雑な経過、一定の書証（内容は明らかでないが、本判決の認定に反する部分は措信しがたいとされている）があること、さらに前の明渡訴訟の第一審でYが勝訴した事実だけでは無過失と断じ得ないと判示した。

ここでは過失の推定が実にあっさりと判示されており、その定着ぶりが感じられる。またYの本案訴訟の第一審で勝訴したという事実があることから、やはりYの被保全権利たる明渡請求権の成否判定はかなり微妙なものであったということが窺われるが、これでも無過失を基礎付けるに十分でないとして【19】の過失・無過失の評価基準よりも厳しくなっているようである。

なお、昭和10年代でこの外に保全処分の不当執行が問題となった判決例は、

大審院レベルで【23】大判昭和10年7月9日裁判例(9)民事198頁(仮差押・取消となった事情は不明),【24】大判昭和11年1月28日民集15巻1号69頁(仮処分・被保全権利なし)⁵⁰,【25】大判昭和13年12月7日判決全集6輯1号11頁(仮差押・被保全権利なし),【26】大判昭和17年5月12日法学12巻2号133頁(仮処分・被保全権利なし),【27】大判昭和17年11月14日法学12巻5号423頁(仮差押・保全の必要性なし),【28】大判昭和18年9月7日法学13巻6号390頁(仮差押・保全の必要性なし)があるが,このうち事案の全く明らかでない【28】を除くと,【24】と【27】が保全処分債権者の過失を認定している外は過失の有無が争点となっておらず,損害の有無・範囲や因果関係の存否が争われているものである。そして過失を認定している【24】と【27】にあっても,通常の過失を認定するに十分な事実が現れているので⁵¹,特に問題はなさそうである。また下級審レベルでも,【29】東京控判昭和16年3月14日新聞4711号21頁(仮差押・保全の必要性なし)および【30】東京控判昭和16年12月27日新聞4780号13頁(仮差押・保全の必要性なし)があつて,いずれも損害賠償請求を認容した事例であるが,相当の資産と信用を有する債務者に対する仮差押であり,その調査を怠ったことを過失と評価した点に問題はない。

(4) 小 括

以上の戦前の判例から,次の事実が確認できる。

まず,被保全権利不存在にもかかわらず保全処分が申請・執行された場合,

50) 評釈として,野田・前掲判批(注17)18頁。この判決では仮処分決定に十分足りる疎明資料を提出し得たのであるから,過失はないという主張が排斥されている。

51) 【24】では仮処分債務者の借地権の存在について,土地譲受人たる債権者が十分調査をしたと主張されているが,実際には土地の売主に問い合わせをしたのみであり,占有している仮処分債務者には一度も問い合わせしていなかったと認定されている。【27】は外国の保険会社とその日本における代理店に仮差押をしたもので,債務者の資産信用について疑惑を持ったというだけでなんらの調査もせず,また長年代理店関係があつて資産信用が十分なことは知りえたはずと認定されている。

その損害賠償を不法行為法に基づいて請求する余地があることは、明治30年代以来認められてきたが、当初は損害の範囲について若干の混乱が実務上もあった。【1】の原審および【2】は、いずれも下級審で、保全処分執行により債務者が直接被る訴訟上の損害（訴訟費用・執行費用）については民訴法741条2項に基づいて請求できるが、それを越える損害は不法行為法に基づいて故意・過失の認められるときにのみ請求可能と解していたようである。これを逆にいうなら、訴訟費用・執行費用などは無過失でも賠償しなければならないことになるであろう。もっとも大審院レベルではそうした立場は採られず、【1】のように全部の損害が不法行為法に基づいて、故意・過失を要件として賠償請求の対象となると解されていた。そこで不法行為における過失の立証が問題となるが、この点でも当初より過失の推定が主張されていた。そして判例で過失の（一応の）推定が認められたのは、一般には明治41年の【7】が、リーディングケースとされているが、判例の流れから見ても、また【7】の事案自体から見ても、この位置付けには疑問がある。むしろ過失について単なる事実上の推定を下し得ること、あるいは具体的事実で過失ありとの評価が下し得ることを指摘したものと見るべきである。このことは逆に、「一応の推定」の意義を論じるに当たって【7】の事案と判断を念頭におく限り、それが通常の実事認定で用いられる事実上の推定となんら異ならないとの結論に結び付くのは当然ということになる。これに対して大正10年の【17】以降においては、事実上の推定とは明らかに異なる意味で過失の推定が登場する。そこでは被保全権利の不存在について過失と評価するに足る具体的事実ないしは過失を事実上推定するに足る具体的事実が現れていないにもかかわらず、本案訴訟の請求棄却ということから、反証のない限り過失ありと認められている。【17】自体は判決文が短いので必ずしも明確ではないが、その後の【21】【22】などでは、より明確にこの判断枠組が現れている。

被保全権利不存在のケースに対して、保全の必要性不存在のケースで損害賠償を請求した事件は、【14】以下、大正に入ってから登場するが、ここでも当初は故意・過失の積極的な認定の上で請求を認容していた。無過失の積極的な立

証を被告＝保全処分債権者に要求したと見うる判決は【19】【20】である。これらは被保全権利も不存在であったケースであるし、しかも【19】は被保全権利不存在につき無過失ということから直ちに保全の必要性不存在にも無過失だったとはいえないとして破毀差戻したものであるから、必ずしも明確でないが、【20】は明らかに過失ありとの認定が困難な事例であったと思われる。

【17】以降は、過失の推定が下級審も含めて定着していたと推測されるが、さらにその事案は過失の認定が困難というのみならず、逆に無過失と評価してもおかしくないほどに、複雑な事実関係と微妙な法律問題が絡んだものがあった。特に商標権侵害に関する【21】⁵²が典型的である⁵³。そのような場合になお無過失と認め難いとするのであれば、無過失の立証に必要な事実は極めて高い程度の注意を尽くしたことが要求されるということになる。つまりここでは実体法上の価値判断の存在が指摘できる。問題はその価値判断をもたらす要因であるが、少なくとも【21】の事案では仮処分債務者の営業を事実上停止させるような措置（在庫品を第三者の占有下におく）が採られていることから、被侵害利益の重大性が考慮されていたのではないかと推測できる。これに関連しては【16】も同じような思考様式で過失の評価を下していたことが想起される。ただしこのことはわずか一例からした推測にとどまる。その当否をも含め、次に戦後の多数にのぼる判例を検討する。

52) 【19】も商標権侵害が関係するが、そこでは登録商標権者による類似商標排除の行動を不法行為として損害賠償を求めた相手方の仮差押が問題とされ、しかもその必要性の不存在についての過失の有無が問われているので、商標権侵害のケースといってもそのことから特徴が見いだせるものではない。

53) なお【20】においても、大審院は専門知識の欠如が真にやむを得ないものとは言いがたいとしているが、紛争経過からも法律問題としても、通常であれば過失と評価することが困難な場合ではないかと思われる。