

仮処分と本案の満足度のパラドックスについて

荒井 弘毅

要旨：

近年、民事訴訟における、仮の地位を定める仮処分の申し立てが頻発している。この仮処分に関しては、本案の上訴率と比べ、不服申立て率も取消率も低い。本稿は、この要因につき訴訟遂行にかかる費用の点から当事者は本案を求めることが多くないことを示し、上級審での勝訴の確率を考慮した上での訴訟当事者の意思決定の性質の点から検討した¹。

キーワード：仮処分，上訴率，アンカリング，サンクコスト

1. イントロダクション

最近、大きな仮の地位を定める仮処分(満足的仮処分)の申し立てが相次いで行われ、その特別訴訟化(本案代替化)の傾向が進行するとともに、仮処分とその本質をめぐる議論が法律家の世界を超えて注目を集めているとされる。本稿は、こうした状況の原因を訴訟費用と勝訴確率の観点から模式化して経済学的に説明するとともに、人間行動の必ずしも合理的ではない部分の存在をモデルに組み込んだ上で、その影響を分析するものである。

瀬木(1999,2001)での指摘とこれを主題とした座談会(2005)によって、この問題が大きな注目を受け、「事件類型化論や立法論を超える議論の萌芽が現れた」とされるこの時点で、「なぜ仮処分命令手続では不服申立てが少ないのか」という問いに対して、訴訟当事者の訴訟に携わることによる期待と費用の観点からこれを説明するメカニズムを提供することは、今後の事件類型化論や立法論を行う上での基盤となるものであり、また、各関係者の主張の背景を明確にする上でも大きな意義を有するものとする(予備的差止め命令に関する先行研究としては Lanjouw and Lerner (2001)がある.)。

以下本稿では2. において仮処分制度と「特別訴訟化」について説明し、3. において特別訴訟化のメカニズムを仮処分終了時点での本案に進むかどうかの期待利得と本案終了時点の上級審に進むかどうかの期待利得との比較というモデルを設定する。4. においてモデルから説明できる当事者の行動を、瀬木(1999,2003)の提言とそれへの応答の背景について言及する。さらに、5. において人間行動の非合理的な部分を指摘している。

¹ 本稿作成に当たって、田中隆一（大阪大学社会経済研究所講師）、福井康太（大阪大学法学研究科助教授）、藤澤尚江（大阪大学法学研究科博士後期課程）から有益な御指摘・御貢献、御助力を頂いた。ここに記して感謝の意を表したい。

2. 仮処分制度と「特別訴訟化」

本稿で取り扱う仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化については、上記座談会(2005)での瀬木の説明によると「満足の仮処分の特別訴訟的側面が顕在化し、その仮処分命令手続が紛争解決のための手続として第一次的に選択されることが多くなるとともに、右手続において審理が尽くされた事件については本案訴訟の提起される例が少なくなっている現象」である。この保全に関しては、社会の理解も以前よりは深まったことが本案と保全とでの大きな差がなくなって、「解決できる紛争は保全で解決してしまおうという弁護士同士のコンセンサス」が生まれているともされている（瀬木，1999，6頁）。

3. モデル

この特別訴訟化に関して、次のとおり、訴訟提起から仮処分が申し立てられる案件、本案のみの案件と分けて、それぞれの確率と利得を考える。ここで考える利得とは、経済的利益だけを考えているものではなく、人格的利益も含めた実体的価値に関する当事者の総合評価を示すものであって、単なる利益だけでなく、納得を得られる最終的な留保分といった意味で用いる用語であることには注意が必要である。

なお、以下の検討において、仮処分と本案との証明度は異ならないと考えている。

本案の勝訴敗訴の確率を、それぞれ p 、 $1-p$ とする。

勝訴の場合の利得を x 、敗訴の場合の利得を 0 とする。これは勝訴したときに得る「利益」ではない。人格的な権利・社会的な威信・満足度をも含んだ総合的に得られるものとしての概念を「利得」という用語で表している。

このときにかかる費用を 1 とする（弁護士費用・機会費用）。また、仮処分後本案判決までに掛かる訴訟費用を kl とし、仮処分を得るときの訴訟費用を $(1-k)l$ とする。

また、上訴（控訴・上告）時の勝敗確率が本案の勝敗確率と異なるときのその変化率を d とし、最高裁では更に d が指数的にかけられるものとする。すなわち次のとおりとなる。

高裁での勝敗の確率は、 dp と $1-dp$ 、

最高裁での勝敗の確率は d^2p と $1-d^2p$ 。

仮処分敗訴時の本案により見込まれる期待利得(PI)は

$$PI = px + (1-p)\{dpx + (1-dp)(d^2px - l) - l\} - kl \quad (1)$$

になり、他方、本案のみの案件での本案敗訴時の上訴(MC)により見込まれる期待利得は

$$MC = dpx + (1-dp)(d^2px - l) - l \quad (2)$$

である。これを整理すると、

$$PI = d^3xp^3 - (d^3x + d^2x + dx + dl)p^2 + (d^2x + dx + dl + x + 2l)p - (2+k)l \quad (3)$$

$$MC = -d_3xp^2 + (d_2x + dx + dl)p - 2l \quad (4)$$

PI と MC の大小関係を調べると、

$$PI - MC = d_3xp^3 - (d_2x + dx + dl)p^2 + (x + 2l)p - kl \quad (5)$$

これが正のときには、仮処分敗訴の時点で本案を行う方が、本案敗訴の時点で上訴を行うよりも高い利得を期待できることになる。

4. 解釈・議論

確率 p ($p \in \{0, 1\}$) を横軸に採って、また各種パラメータの変化に応じた期待利得の差の変動状況を見ると付録の図 1 ～ 12 のようになる(予稿では図は省略)。

図 1 ～ 4 によると、仮処分が緊急性のものであることを差し引いても、訴訟費用が高い場合には、仮処分決定時に本案をすることが本案敗訴時に上訴することよりも期待利得が小さくなり、その後の訴訟遂行は行われにくいことを示している。裁判当事者にとって、本案を遂行して得られる利得よりも、仮処分で終わらせておいたときの利得の方が高くなっているのである。

今、 $d=1$, $x=1$, $k=1$ のときの $0 < p < 1$ での l の大きさによる $PI - MC$ の符号を解析してみると次のとおりとなって、 $E(x)$ は $p=(1+2l)/3$, l で極値をとる。

$$E(x) = p^3 - (2+l)p^2 + (1+2l)p - l \quad (6)$$

$$E'(x) = 3p^2 - (2+l)p + (1+2l) = \{3p - (1+2l)\}(p-1) \quad (7)$$

$l < 1$ のとき、最小値は $p=0$ のとき $E(x) = -l$ 、最大値は $p=(1+2l)/3$ のときになる。

ここで x を 1 としていたので、 l (訴訟費用)は x (利得)に対する比率で表すものとなり、

$$0 < p < 1 \text{ の範囲で、} E(x) < 0$$

すなわち、訴訟費用の期待利得に占める割合が、期待利得が負になる割合を示しており、訴訟当事者にとっての弁護士費用・機会費用・割引率を勘案した上での訴訟費用が期待利得の 5 割を超えていることが、仮処分による決着を引き起こしている原因と考えられる。法律家による実体的真実の解明による権利関係の確定の観点からの議論では、司法利用者の訴訟費用を組み込んだ意思決定は想定されにくいことが、この種の問題がパラドキシカルに見えてしまう背景にあると思われる。

これらを基に瀬木(1999,2003,2005)での提言の方向を再評価すると、仮処分による決着の推進は、訴訟費用を負担に感じる当事者にとっては積極的に評価できるものとなっていよう。また、訴訟増加を負担に感じている裁判所にとっても、当事者の納得を得られる上に迅速な解決が図られるのであるから高く評価すべきものとなろう。他方、この推進が図られると、弁護士費用は減ることが想定できるので、弁護士からの全面的な賛同は得にくいであろう。究極的な決着に至らないまま暫定的な結論で公表されないものも多くなる可能性もあるため、学界としても、諸手を挙げての賛同は得にくいかもしれない。

5. 上級審での勝訴の確率を考える場合

以下では、高裁での勝訴の可能性が地裁よりも減る場合（そして最高裁でも同じ比率で減る場合）を考える（ $d < 1$ の場合）。

このときは、上級審で勝ちにくい場合の図 8，9 で表されているとおり、期待利得が正になる部分が大きくなっている。

これは、客観的に見たときには、上級審では、より勝ちにくいため、とりあえず本案をやったときの勝訴する確率が高くなっているものが効いていて、仮処分決定時の利得の方が高くなる部分が多くなっている。しかし、訴訟当事者の主観的な見方としては、次の 2 とおりの考え方から、本案判決時に期待利得を見誤ってしまうかもしれないと考えられる。

- ① 本案が行われて判決が出たときには、本案の遂行に投下した資源が既に大きくなってしまっており、次の手続でその回収を図らなければならないと考えてしまうもの（Framing effect のうち sunk cost に係る判断のゆがみ：損が大きくなるとリスクを求める行動）、
- ② 本案の判決が出るまでの間、主張を尽くす中で勝訴の期待がふくらみ、敗訴判決が出て修正しきれないという考え方（Anchoring：言い続けると信じてしまう）

上記 1 の考え方は、本案判決時点での意思決定に含めてはいけいはずである本案を遂行してきたときに既に掛かった費用を意思決定に含めて考えてしまつて、「既に 1 だけの損をしてしまっているのだから、これを取り返すためには何としても勝訴しなければならない」として上訴のステージに進んでしまうというものである。

これは、本案判決時に既に 1 の費用がかかっているのて、この 1 の費用を得るまでは訴訟を止めないと思ふることによつて、自らそのコストの幾分かを積極的に評価し直すことによつて、上訴以降の期待利得もその分だけ上昇したと思ひ直す主観的認識を抱いてしまうことがその一つの原因となつていよう。これを表したものが本案判決時に既存費用を正の利得として評価し直したときの図 10 である。

このサンクコスト効果に関しては、行動経済学でのプロスペクト・セオリー(Kahneman and Tversky, 1979)から様々な説明がなされており、心理学的側面から裏付け(Arkes and Blumer, 1983)や、公正性の判断に当たつての他者のサンクコストの考慮(Carmichael and MacLeod, 2003)ほか多くの検討がなされている。

これは例えば、図 14 に見られるように、第一審での既済事件での終局区分の分布における判決の割合よりも控訴審での終局区分における判決の割合が多いことから見ることもできる。もちろんこじれた事件が控訴され判決が求められることが多いのかもしれないが、訴訟当事者としては第一審よりも控訴審では、そこまで費やしたサンクコストが大きくなっているため、双方の歩み寄りによる和解よりも権威的な決着である判決を求める気

運が高くなっていると考えられることもできよう。

上記2の考え方は、客観的な d の値は1未満であるのに対して、主観的な d の値が1以上となって、付録の $d=1.2$ の場合の図11のとおり、仮処分決定時よりも本案判決時点の方が期待利得が大きくなってしまっているという主観的認識を抱いてしまうことがその一つの原因となっていよう。

このアンカリング効果に関しても、行動経済学でのリスク又は不確実性の下での決定が、これまでの思いこみに固定的で適応が十分でないとする指摘(Tversky and Kahneman, 1974)ほか、激化する状況での行動の理解(Staw and Ross, 1989)、その他、例えばオンライン・オークションでの行動での検証(Dodonova and Khoroshilov, 2004)など様々な面で確認されている。

これは例えば、図15に見られるように、第一審での既済事件に関する審理期間の分布よりも控訴審での期間の分布の方がより長い時間が掛かっていることから見ることもできる。もちろん難しい事件が控訴されているから時間が掛かっている要素はあるが、控訴審にいったときには既に当事者としては自らの主張を第一審での間行い続けた後であるだけに、より詳細な、固執した主張を繰り返し広げて時間が掛かることになっている一つの要因と考えられよう。

そして、実際には、訴訟費用がある程度高い(累積的に高くなる)場合であって、サンクコストの積極的評価し直しも若干あり、また、わずかに主観的な確率も期待利得が大きくなるという見通しを持ってしまうような、幾つかの要素が組み合わさって判断が下されることになる。このとき、図12で示されているとおり、仮処分終了時点より本案終了時点の方が期待利得が大きくなっているように感じられて、本案終了時に上訴する行動が採られていると考えられる。

6. 結論

訴訟費用を考えると、仮処分の有効性は訴訟当事者により支持されてきている。また、上級審の勝訴確率を考えると、本案の訴訟当事者が上訴にこだわるのには2種類の行動経済学的な説明として、サンクコスト（既存の投資への執着）・アンカリング（既存の期待への固執）がその要因として考えられ、それは統計的にも見て取ることができた。

今後の課題としては、訴訟という、一般人にとっては非日常的な活動においても訴訟費用の認識が訴訟継続にあたっての鍵となっていることを踏まえつつ、サンクコスト・アンカリングなどの非合理的行動の面からも納得を得るような公正な装いを持った訴訟システムの検討が必要とされていよう。そのためにも仮処分の本案化に係る立法論は、単なる効

率化達成だけでなく、役割分担（冷却期間としての本案を残した上での迅速手続の活性化）を図ろうとするものであり、高く評価できる。その推進に当たって、本稿の枠組による分析の貢献を期待したい。

References:

- 現代民事法研究会, 座談会(2005)「仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化 その現状と未来」判例タイムズ, 1172, 4-29
- シンポジウム報告及び討論(2000)「民事保全の理論と実務」民事訴訟雑誌, 46, 35-93
- 瀬木比呂志(1999)「仮の地位を定める仮処分の本案代替化現象——特別訴訟的側面の顕在化に伴うその紛争解決機能・領域の拡大, 保全と本案の役割分担の流動化——」判例タイムズ, 1001, 4-19
- (2003)「仮の地位を定める仮処分(満足的仮処分)の特別訴訟化再論 その根拠, 関連の立法論及び保全の審理対象論との関わり」判例タイムズ, 1105, 4-24
- 萩屋昌志(2001)「仮処分の機能についての一考察——井上説・瀬木説の検討を通して——」龍谷法学, 34(2), 30-89
- 長谷部由起子(2000)「保全訴訟と本案訴訟——両社の機能分担を中心として——」学習院大学法学会雑誌, 35(2), 1-44
- Staw, Barry M. and Ross, Jerry (1989) “Understanding Behavior in Escalation Situations,” *Science*, 246, 4927, 216-220
- Dodonova, Anna and Khoroshilov, Yuri (2004) “Anchoring and Transaction Utility: Evidence from on-line Auctions,” *Applied Economics Letters*, 11, 307-310
- Carmichael, Lorne and MacLeod, W. Bentley (2003) “Caring about Sunk Cost: A Behavioral Solution to Holdup Problems with Small Stakes,” *Journal of Law, Economics, & Organization*, 19(11), 106-118
- Arkes, Hal R. and Blumer, Catherine (1983) “The Psychology of Sunk Cost, Organizational Behavior and Human Decision Processes,” 35(1), 124-140
- Lanjouw, Jean O. and Lerner, Josh (2001) “Tilting the Table? The Use of Preliminary Injunctions,” *Journal of Law and Economics*, 44, 573-603
- Kahneman, Daniel and Tversky, Amos (1979) “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk,” *Econometrica*, 47, 263-291.
- Shavell, Steven (1982) “Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs,” *Journal of Legal Studies*, 11, 55-81
- Tversky, Amos and Kahneman, Daniel (1974) “Judgment under Uncertainty : Heuristics and Biases,” *Science*, 185, 1124-1131