

判例研究

土地の売買契約に基づく債務の履行請求訴訟等に支出した弁護士報酬を債務不履行に基づく損害賠償として請求することの可否

—— 最判令和3年1月22日判時2496号3頁 ——

西 垣 怜 央^{*}

- I 事案
- II 検討
- III 補論

I 事案

1 事実関係の概要

Yらは、平成26年7月23日、A社との間で、A社の所有する土地（以下「本件土地」という）を買い受ける旨の売買契約（以下「本件売買契約」という）を締結し、A社に対して手付金を支払った。本件売買契約において、残代金の支払期限は同年9月末日とされ、残代金全額の支払時に本件土地の所有権がYらに移転するものとされ、A社は、本件土地につき、A社の費用で、地上建物を収去し、担保権等を消滅させ、境界を指示して測量した上で、残代金の支払と引換えに引き渡すものとされた。なお、各当事者が自らの債務を履行しない場合、その相手方は、本件売買契約を解除して売買代金の10パーセント相当額の違約金の支払いを請求することができるものとされた。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第21巻第3号2022年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科特任助教

平成26年8月5日、A社は営業を停止し、その代表者が行方不明となった。Yらは、同月、本件売買契約におけるA社の債務の履行を求めるための事務等をB弁護士（以下「B」という）に委任した。

Bは、Yらの代理人として、以下のような事務（以下「本件各事務」という）を行った。

Bは、本件土地について、平成26年8月、処分禁止の仮処分を申し立て、これを認容する旨の決定がされた後の同年9月、A社に対して所有権移転登記手続を求める訴訟を提起した。同訴訟においてYらの請求を認容する判決がされ、平成27年5月、本件土地について、Yらに対する所有権移転登記がされた。

Bは、本件土地について、同年9月、A社に対して地上建物を取去して明け渡すことを求める訴訟を提起した。同訴訟においてもYらの請求を認容する判決がされ、Bは、平成28年6月、上記判決に基づいて強制執行を申し立て、上記建物の解体撤去工事を行った業者に同工事の代金を支払った。

Bは、平成27年8月、本件土地に設定されていたA社を債務者とする根抵当権を消滅させる等し、その費用を支払った。また、Bは、本件土地の測量等を土地家屋調査士に依頼し、平成28年6月、その費用を支払った。

Xは、平成28年5月17日、A社に対して有する委託に基づく求償金債権を請求債権として、本件売買契約に基づきA社がYらに対して有する売買代金債権を差し押えた上で、平成28年9月14日、Yらに対して取立訴訟（以下「本件訴訟」という）を提起した。

Yらは、本件訴訟において、YらがBに本件各事務を委任したことによる弁護士報酬（以下「本件弁護士報酬」という）その他Yらが負担した費用について不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償債権を有すると主張して、Xに対して、同損害賠償債権と本件売買契約の残代金債権とを対当額で相殺する旨の意思表示をした。

2 下級審判決の概要

第一審（京都地判平成30年2月23日金判1621号19頁）は、A社に不法行為が成立するとした上で、「Yらは、A社の不法行為により、本件各土地の本件

売買契約に基づく所有権取得を進めるために……Bに訴訟委任せざるを得なくなったというべき」とし、A社の不法行為と相当因果関係のある限度で本件弁護士報酬を請求できるとした。そして、Yらは、A社の営業停止により本件各土地の所有権取得が困難になったことを認識しながらも、本件売買契約を解除した上で手付金の返還及び違約金の支払いを請求することなく当初の計画を進めたといえるため、本件各事務に係る費用は、「Yら自身の選択ないし判断で発生した拡大損害であることを必ずしも否定できない」とし、A社の不法行為と相当因果関係のある弁護士報酬は120万円を超えることがないと判示した上で、Xの請求を一部認容・一部棄却した。これに対して、Yらが控訴した。

控訴審（大阪高判平成31年2月1日金判1621号17頁）は、A社に債務不履行が成立するとした。その上で、Xが、最判平成24年2月24日判時2144号89頁を挙げて、弁護士費用の賠償が認められるためには、「不法行為に基づく損害賠償請求の場合と同様に、債務者の義務を特定し、かつ、義務違反の該当する事実を主張立証するために専門的な能力が必要となる」ことを要すると主張したのに対して、同判決について、「弁護士に委任しなければ十分な権利行使が困難な類型に属する請求権」であることを要するとしたものとどまると理解し、Bが行った本件各事務は、「弁護士の有する専門知識と訴訟代理権限が不可欠のものであって、弁護士に委任しなければその実現が著しく困難であったと認められる」とし、A社の債務不履行と本件弁護士報酬の間の相当因果関係を認めた。そして、本件各事務の難易度等に照らせば、A社の債務不履行と相当因果関係のある弁護士報酬は972万円8600円を下ることはないと判示し、Xの請求を棄却した。これに対して、Xが上告受理申立てをした。

3 判旨

破棄自判。

「契約当事者の一方が他方に対して契約上の債務の履行を求めることは、不法行為に基づく損害賠償を請求するなどの場合とは異なり、侵害された権利利益の回復を求めるものではなく、契約の目的を実現して履行による利益を得ようとするものである^①。また、契約を締結しようとする者は、任意の履行がされない場

合があることを考慮して、契約の内容を検討したり、契約を締結するかどうかを決定したりすることができる②。

加えて、土地の売買契約において売主が負う土地の引渡しや所有権移転登記手続をすべき債務は、同契約から一義的に確定するものであって、上記債務の履行を求める請求権は、上記契約の成立という客観的な事実によって基礎付けられるものである③。

そうすると、土地の売買契約の買主は、上記債務の履行を求めるための訴訟の提起・追行又は保全命令若しくは強制執行の申立てに関する事務を弁護士に委任した場合であっても、売主に対し、これらの事務に係る弁護士報酬を債務不履行に基づく損害賠償として請求することはできないというべきである。

したがって、本件各事務のうち訴訟の提起・追行並びに保全命令及び強制執行の申立てに関する各事務に係る弁護士報酬については、YらがA社に対して債務不履行に基づく損害賠償債権を有するということとはできない。

また、本件各事務のうちその余の事務は、Yらが自ら本件土地を確保し、利用するためのものにすぎないから、同事務に係る弁護士報酬についても、YらがA社に対して債務不履行に基づく損害賠償債権を有するということとはできない。」

II 検討

1 前提

弁護士費用は、原則として「訴訟費用」（民事訴訟法 61 条）には含まれないと理解されている。このため、弁護士費用の賠償の可否について、損害賠償の範囲の問題として捉えることで解決する試みがなされてきた。同費用の賠償を認めた最高裁判所の判例として、不法行為と相当因果関係にあるとした最判昭和 44 年 2 月 27 日民集 23 巻 2 号 441 頁（以下「昭和 44 年判決」という）、安全配慮義務違反を理由とした債務不履行と相当因果関係にあるとした最判平成 24 年 2 月 24 日判時 2144 号 89 頁（以下「平成 24 年判決」という）等がある一方、同費用の賠償を認めなかったものとして、金銭債務の不履行の場合には利息超過損害の賠

償が認められないことを理由とした最判昭和 48 年 10 月 11 日判時 723 号 44 頁（以下「昭和 48 年判決」という）がある。もっとも、その他の種類の訴訟における弁護士費用の賠償の可否については明らかではなかったところ、本判決は、金銭債務以外の契約上の債務の履行請求に支出した弁護士費用の賠償の可否について、最高裁判所として初めて判断したものである。

2 従来の議論状況

(1) 第一期の判例・学説

ここでは、昭和 44 年判決が下されるよりも前の判例・学説について論じる。

初期の判例¹⁾は、他人の訴え提起等それ自体が不法行為となる場合（以下「不法訴訟類型」という）には、応訴に支出した弁護士費用の賠償を認めていた。こうした中、大判昭和 11 年 2 月 28 日民集 15 卷 4 号 300 頁は、不法訴訟類型とは別に、不法になされた抵当権設定登記の抹消登記手続請求訴訟に支出した弁護士費用の賠償を認めたため、これに対して幾つかの学説が応答した。

末川博は、弁護士費用は相手方の応訴により支出を余儀なくされたものであるため、不法行為と弁護士費用の間の相当因果関係は認められず、応訴それ自体に不法行為が成立しない限り賠償は認められない（以下「不当抗争説」という）とする²⁾。一方、末延三次は、弁護士費用の支出は治療費の支出と異ならない「普通生ずべき損害」、いわゆる通常損害であるとして、不法行為又は債務不履行と弁護士費用の間の相当因果関係を一般的に認める³⁾。

これに対して、川島武宜は、それまでの判例を不法訴訟類型とその類型に該当しないものに分類し、前者の場合には、不法行為の直接の結果として、後者の場合には、弁護士費用の支出の原因となった不法行為が犯罪行為ないし強度の違法

-
- 1) 大判昭和 8 年 5 月 30 日新聞 3563 号 8 頁、大判昭和 16 年 9 月 30 日民集 20 卷 20 号 1243 頁、大判昭和 18 年 11 月 2 日民集 22 卷 23 号 1179 頁。不法訴訟類型に関する最高裁判所の判例としては、最判昭和 63 年 1 月 26 日民集 42 卷 1 号 1 頁、最判平成 22 年 7 月 9 日判時 2091 号 47 頁がある。
 - 2) 末川博「判批」民商 4 卷 2 号 175 頁、178-179 頁（1936）、同「判批」民商 20 卷 1 号 19 頁、23 頁（1944）。
 - 3) 末延三次「判批」判民昭和 11 年度 76 頁、81 頁（1937）。

性を帯びる場合にのみ同費用の賠償が認められているとした上で、この区別は具体的衡平の指導原理に基づくという⁴⁾。一方、契約上の債務の不履行の場合には、債務の内容が具体的に明確であり、債権者も担保設定等の将来の履行を確保するための手段を準備できるとして、弁護士費用の賠償の可否につき不法訴訟類型や不法行為訴訟⁵⁾の場合と区別する⁶⁾。

もっとも、同判決は事例判決の性質を有するに過ぎず、大審院時代の判例法理は、不法訴訟類型における弁護士費用の賠償を確立していたに過ぎなかった。また、債務不履行訴訟における弁護士費用の賠償については、同費用が民事訴訟費用法の規定の範囲外にあることを理由に否定した大判大正4年5月19日民録21輯15巻725頁⁷⁾があるのみであり、不法行為又は債務不履行訴訟一般における弁護士費用の賠償の可否については不明確なまま⁸⁾であった。そして、戦後の学説⁹⁾も、そのような戦前の学説を継承・発展させたにとどまる見解が多い。

以上のような諸見解は、弁護士費用の賠償の可否を損害賠償の範囲の問題として捉えるものである。これに対して、戦前期から、弁護士費用が実質的には訴訟費用に含まれると解釈する見解があった¹⁰⁾が、その当時も同費用は原則として訴訟費用たる性質を有しないとするのが通説であった。ただし、6で述べるよう

4) 川島武宜「判批」判民昭和16年度356頁、360-363頁(1944)。

5) 弁護士費用の賠償を請求する形式としては、霧島甲一「不法行為による損害と弁護士費用」判タ238号84頁、87頁(1969)が指摘するように、同費用を支出した訴訟において同時に請求するものと別訴において請求するものがある。もっとも、何れの形式にしても、弁護士費用の賠償の可否を損害賠償の範囲の問題として捉える点は同じである。したがって、不法訴訟類型は別として、弁護士費用の賠償の可否を判断するにあたり、その因果関係の始点、つまり、弁護士費用の支出の原因を不法行為と捉えている場合には不法行為訴訟、債務不履行と捉えている場合には債務不履行訴訟と表現することにする。

6) 川島武宜「判批」判民昭和18年度219頁、224頁(1955)。

7) 同判決の事案は、前訴である土地の追奪訴訟において支出した弁護士費用を、その土地の買主たる原告が、売主たる被告に対して、債務不履行に基づく損害として賠償請求したものである。なお、雄本朗造『判例批評録 第三巻』303頁(内外出版印刷、1929)は、土地の売買と追奪訴訟の間に存在する因果関係が、弁護士への自由意思に基づく委任により中断されるために弁護士費用の賠償が認められないとする。

8) 昭和44年判決よりも前の下級審裁判例は、不法行為訴訟一般については、賠償を肯定するものと否定するものに分かれ、債務不履行訴訟一般については、相手方の応訴が不法行為と認められる場合に限り賠償を肯定する傾向があったことにつき、岡本詔治『損害賠償の範囲Ⅰ(総論・売買)』222頁、228-230頁(一粒社、1999)。

に、昭和 20 年代から昭和 40 年代にかけて提唱された立法論において、弁護士費用の敗訴者負担制度の導入が盛んに論じられるようになった。

(2) 第二期の判例・学説

ここでは、昭和 44 年判決が下された後から平成 24 年判決が下されるよりも前の判例・学説について論じる。

2(1)で述べたように、弁護士費用の賠償の可否に関する判例・学説が錯綜していたところ、二つの判例法理が昭和 40 年代に確立した。

まず、昭和 44 年判決は、違法な競売申立てに基づく根抵当権の実行を阻止するために提起した根抵当権設定登記抹消登記手続請求訴訟に支出した弁護士費用につき、「わが国の現行法は弁護士強制主義を採ることなく……弁護士費用は訴訟費用に含まれていないのであるが、現在の訴訟はますます専門化され技術化された訴訟追行を当事者に対して要求する以上、一般人が単独にて十分な訴訟活動を展開することはほとんど不可能に近い……従って、相手方の故意又は過失によって自己の権利を侵害された者が……自己の権利擁護上、訴を提起することを余儀なくされた場合においては、一般人は弁護士に委任するにあらざれば、十分な訴訟活動をなし得ない……現在においては、このようなことが通常と認められるからには、訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、右不法行為と相当因果関係に立つ損害というべき」と判示して賠償を認めた。

次に、昭和 48 年判決は、利息超過損害の賠償が否定されるという民法 419 条

9) 末延の見解を継承するものの、弁護士費用を「特別の事情によって生じた損害」、いわゆる特別損害とするものとして石井良三『民事法廷覚え書』217 頁（一粒社、1962）、川島の判例の分類を継承した上で末川と同様の不当抗争説に基づくものとして加藤一郎『不法行為（増補版）』223 頁（有斐閣、1974）がある。そのような不当抗争説につき、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（下）』539 頁（青林書院、1985）は、応訴それ自体に不法行為が成立することを要するため被害者保護に欠けると批判する。この不当抗争説の難点を解消するために、磯村哲編集『注釈民法（12）債権（3）』198 頁〔北川善太郎〕（有斐閣、1970）は、485 条の類推により弁護士費用の賠償を認める。

10) 平野義太郎「判批」判民大正 10 年度 566 頁、570-571 頁（1923）。

の解釈を前提に、金銭債務の不履行の場合の弁護士費用その他の取立費用の賠償を認めなかった¹¹⁾。

これらの2つの判決の内、昭和48年判決は、金銭債務の不履行の場合に対する個別的な判断であった。これに対して、昭和44年判決は、不法訴訟類型に準ずる理論構成も可能な事案であったにも拘わらず、不法行為訴訟一般について、現代の訴訟の専門化・技術化により弁護士への委任なき単独での訴訟追行が困難になっているということを理由に、不法行為と一定の範囲の弁護士費用の間の相当因果関係を認めたものと評価された¹²⁾。

そのような昭和44年判決に対する評価を前提とする学説は、弁護士費用の賠償を債務不履行訴訟一般において認める見解、一定の種類の債務不履行訴訟に限って認める見解に分かれた。

前者は、昭和44年判決の判示の内、専門化・技術化された現代の訴訟においては弁護士への委任なき訴訟追行が困難になっているとの判示を重視し、債務不履行訴訟一般における弁護士費用の賠償を認める¹³⁾。後者は、不法行為と異なり債務不履行の違法性の強弱は様々であること¹⁴⁾、債権者が債権債務の発生に自らの意思に基づき関与していること¹⁵⁾、契約上の債務については賠償額の予定・担保設定等の将来の紛争を予測した措置が可能であること¹⁶⁾等を挙げ、医

11) また、同判決は、「金銭債権の取立費用は民法四八五条所定の弁済費用にあたらぬ」と判示しているため、前掲注9)の北川の見解をとることは困難になったといえる。同様の指摘について、岨野悌介「弁護士費用の損害賠償」鈴木忠一＝三日月章監修『新・実務民事訴訟講座4』103頁、125頁（日本評論社、1982）。

12) 小倉顕「判解」最判解民事篇昭和44年度167頁、186-188頁（1972）。これに対して、石外克喜「判批」民商62巻1号78頁、87頁（1970）は、同判決が不当抗争説に基づく解決をし得たのに一般論を判示したことについて、この理論構成は、自動車損害賠償保障法の適用を前提とした交通人身事故を対象としたものであるとして疑問を呈する。これについて、小川善吉ほか「交通事故による損害賠償請求訴訟の諸問題」判タ191号17頁、21頁〔鈴木潔発言〕（1966）も参照。

13) 桜田勝義「最高裁と弁護士費用論」法セ160号42頁、46-47頁（1969）、於保不二雄『債権総論（新版）』140頁（有斐閣、1972）。

14) 小泉博嗣「債務不履行と弁護士費用の賠償」判タ452号47頁、57頁（1981）。

15) 斎藤清實「弁護士費用の賠償を求め得る限度」判タ254号54頁、57頁（1971）、小泉・前掲注14) 57頁。もっとも、斎藤・同56頁は、不法行為訴訟一般についての弁護士費用の賠償の可否を判断したとする昭和44年判決の評価に反対する。

療過誤や労働災害における損害賠償請求訴訟のような不法行為責任と競合する類型に限り弁護士費用の賠償を認める¹⁷⁾。

次に、そのような昭和44年判決に対する評価に反対し、不法行為訴訟や債務不履行訴訟といった訴訟類型毎の類型的判断を重視しない見解が存在する。

伊藤眞は、損害賠償の一部として弁護士費用を回復させることが、その性質上原告たる債権者のみに認められるため当事者間の公平に合致しないという問題意識の下、弁護士費用の賠償は、不法行為訴訟と債務不履行訴訟の何れかを問わず、被侵害法益の重大性又は侵害行為の違法性の程度を考慮して公平に合致する場合に限り認められるとする¹⁸⁾。

さらに、弁護士費用の賠償の可否は、そもそも損害賠償の範囲の問題ではないとする見解も存在する。

平井宜雄は、昭和44年判決について、損害の保護範囲の判断に仮託して弁護士費用の賠償の可否という司法制度ないし司法政策上の問題を判断したものと位置付ける¹⁹⁾。一方、窪田充見は、前述の昭和48年判決を克服するために平井の見解を参照しつつ、弁護士費用の賠償の可否について、損害賠償の範囲の問題ではなく債務不履行における弁護士費用等の負担に関する問題として位置付ける²⁰⁾。そして、この窪田の見解と同時期に、6で述べるように、民訴費用制度等研究会報告書によって弁護士費用の一部の敗訴者負担制度の導入が提唱されており、弁護士費用の賠償の可否に関する解釈論が同費用の負担に関する立法論へと接近していることが窺える。

16) 山本矩夫「債務不履行と弁護士費用の賠償」判タ466号49頁、52頁(1982)。これは、前掲注6)の川島の見解を継承したものである。同様の見解として、東孝行「弁護士費用の賠償」判タ281号58頁、58-59頁(1972)。

17) 小泉・前掲注14) 57-58頁、山本・前掲注16) 53頁、小島武司「判批」新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選(第2版)』72頁、73頁(1982)。

18) 伊藤眞「訴訟費用の負担と弁護士費用の賠償」中野貞一郎古稀『判例民事訴訟法の理論(下)』89頁、106-107頁(有斐閣、1995)。

19) 平井宜雄『損害賠償法の理論』454頁、467頁(東京大学出版会、1971)。

20) 窪田充見「金銭債務の不履行と損害賠償——問題分析の視角——」奥田昌道選『民事法理論の諸問題(下)』327頁、354-356頁(成文堂、1995)。

(3) 第三期の判例・学説

ここでは、平成24年判決が下された後から本判決が下されるよりも前の判例・学説について論じる。

平成24年判決は、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訴訟に支出した弁護士費用につき、「その労働者において……損害の発生及びその額のみならず、使用者の安全配慮義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張立証する責任を負うのであって……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。そうすると、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権は、労働者がこれを訴訟上行使するためには弁護士に委任しなければ十分な訴訟活動をすることが困難な類型に属する請求権である」と判示して、安全配慮義務違反と一定の範囲の弁護士費用の間の相当因果関係を認めた。

同判決は、労働契約上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訴訟について、義務の内容及び義務違反に該当する事実につき主張立証しなければならないという点、つまり、その主張立証事実が不法行為に基づく損害賠償請求訴訟と同質的であるために訴訟追行の困難性が存在するとして弁護士費用の賠償を認めたものと評価された²¹⁾。そして、同判決の射程は、労働契約以外における安全配慮義務違反の事案²²⁾や、主張立証の負担の程度に関して同様と認められる医療過誤等の事案にも及ぶとされている²³⁾。

一方、学説においては、弁護士費用の賠償の可否を損害賠償の範囲の問題とし

21) 白石友行「判批」民商146巻6号121頁、125頁(2012)、中田裕康「判批」リマークス46号26頁、29頁(2013)、吉政知広「判批」重判平成24年度(ジュリ臨増1453号)73頁、74頁(2013)、田口文夫「判批」専法118号89頁、106頁(2013)、小笠原奈葉「判批」山形44巻1号63頁、74頁(2013)、辻博明「判批」法時85巻11号109頁、112頁(2013)。これに対して、木戸茜「判批」北法64巻5号138頁、123頁(2014)は、同判決が訴訟追行の困難性ではなく債務不履行責任と不法行為責任が競合する事案であることを重視したとする。これは、注(17)の小泉らの見解と類似する。

22) 白石・前掲注21)616頁、中田・前掲注21)29頁、田口・前掲注21)107頁、小笠原・前掲注21)74頁、辻・前掲注21)112頁。

23) 白石・前掲注21)616頁、田口・前掲注21)107頁、小笠原・前掲注21)74頁、辻・前掲注21)112頁。

てのみ捉える見解は少なくなっている。

長野史寛は、それまでの判例を、本来的な損害賠償請求権の訴訟上の行使に要する弁護士費用の賠償を求める付随的弁護士費用賠償の事案と訴訟提起又は応訴に要する弁護士費用の賠償を求める本来的弁護士費用賠償の事案に分類する²⁴⁾。その上で、後者については、損害賠償の範囲の問題として基本的に支出した費用の全てが賠償されるべきとする²⁵⁾が、前者については、窪田の見解を継承しつつ、損害賠償に限らない法律上の請求一般について問題となるものとして、債務不履行における弁護士費用等の負担に関する問題として理解する²⁶⁾。

一方、荻野奈緒は、弁護士費用の賠償に関する訴訟当事者間の公平の要請²⁷⁾と、権利侵害を受けた被害者が相手方から完全な補償を受ける地位にあるとする完全補償原則²⁸⁾の調和を図ることで、後者の原則が強く妥当する生命又は身体侵害を理由とする損害賠償請求訴訟の場合や、契約当事者間とは異なり前者の要請が強く妥当しない不法行為訴訟の場合における弁護士費用の賠償の正当化を図る²⁹⁾。

24) 長野史寛「相続預金の払戻拒絶と弁護士費用の賠償——大阪高判平 26.3.20 を中心に——」金法 2052 号 6 頁、11 頁 (2016)。この長野の判例の分類を承認し、付随的弁護士費用賠償については取立費用の回収と捉え、本来的弁護士費用賠償については完全性利益の侵害を理由とする損害賠償の範囲の問題とする見解として、潮見佳男『新債権総論 I』523 頁 (信山社、2017)。

25) 長野・前掲注 24) 11 頁。

26) 長野・前掲注 24) 15 頁。さらに、長野は、長野史寛『不法行為内容論責任序説』197-198 頁 (有斐閣、2017) において、弁護士費用を含めた権利追求費用の賠償について、損害賠償法とは別の「法治国家における手続保障」の観点に基づく「実体法上独立の制度」として構想すべきとする。

27) 道垣内弘人ほか「訴訟による権利回復のための経費と損害として認められる範囲」論ジュリ 26 号 152 頁、161 頁 [山本和彦発言] (2018) は、前掲注 18) の伊藤の見解と同じく、弁護士費用の敗訴者負担制度をとらない現行法下では、原告の勝訴の場合だけ弁護士費用の賠償を認める現在の判例法理を拡大すると、弁護士費用の敗訴者負担や各自負担と比較して訴訟当事者間の公平を害すると指摘する。

28) トーマス・D・ロウ・ジュニア (三木浩一訳)「弁護士費用は誰が負担すべきか (下)」NBL 723 号 54 頁、55 頁 (2001)。

29) 荻野奈緒「債務不履行と弁護士費用賠償」同法 71 卷 1 号 563 頁、585 頁 (2019)。

(4) 小括

以上の判例・学説をまとめると次のようになる。

まず、判例法理については、不法訴訟類型とは別に、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟及び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訴訟における弁護士費用の賠償を認めるとするものが確立している。このとき、昭和44年判決及び平成24年判決において見られるように、訴訟追行の困難性の有無を共通の基準として不法行為又は債務不履行と弁護士費用の間の相当因果関係の存否を判断しているように思われる。一方、契約上の債務の履行請求を含むそれ以外の類型の訴訟における弁護士費用の賠償の可否については、金銭債務の不履行の場合を除き明らかとはいえない。

次に、学説については、弁護士費用の賠償の可否を損害賠償の範囲の問題として捉える見解が主流であったものの、弁護士費用とその他の損害の間の性質の相違、訴訟当事者間の公平等が意識されるようになり、その手法の限界が指摘されるようになってきている。そもそも、弁護士費用については、第一期から、敗訴者負担制度の導入が立法論において盛んに論じられていた。つまり、弁護士費用の賠償の可否については、同費用が原則として訴訟費用には含まれないという我が国の現状に対応するため、立法論とは別に損害賠償の範囲の問題における解釈論が並立して発展してきたものの、後者が前者に接近しつつあるように思われる。

3 判旨の分析

本判決は、①において、契約上の債務の履行請求と不法行為に基づく損害賠償請求等を区別する。ここでは、請求の対象が、後者では「侵害された」権利利益とされているのに対して、前者では「契約の目的を実現」する際の履行による利益とされている。つまり、両者の違いとして、請求の対象が債権者自らの意思に基づき設定されたかどうか重視されているといえる³⁰⁾。ここでは、前者の場合における弁護士費用は、債権者自らの意思に基づき設定した利益の実現に必要な費用といえるため、その者の負担とすべきであるとの考えが窺える³¹⁾。

30) 匿名記事「判批」判時2496号3頁、4頁(2021)、林耕平「判批」民商157巻6号108頁、111頁(2022)。

次に、②において、契約当事者は、任意の履行がされない場合を考慮し、契約の内容の検討や契約を締結するかどうかの選択といった事前のリスク回避が可能であるとされている。ここでは、不法行為の場合等と異なり、契約当事者は、弁護士費用を含む取立費用の負担に関する特約の付加といったリスク回避措置が可能であるとの考えが窺える³²⁾。

もっとも、②は、そのよう特約の付加が契約当事者には可能であるということを経直接的に指摘しているわけではなく、以下のように第一審の判断構造と比較することで、更なる示唆を読み取ることができる。

第一審は、A社に不法行為が成立するとした後、弁護士費用の賠償の範囲を判断するにあたり、Yらが本件売買契約を解除した上で違約金条項に基づく損害賠償請求をせずに同契約の本来の内容の実現を目指したことを重視する。つまり、契約の本来の内容の実現を目指す契約上の債務の履行請求は、違約金条項等のリスク回避措置を契約当事者が事前に合意していた場合には、それを取って選択しなかったという側面があり、そのような請求に支出された弁護士費用の賠償の必要性は低いとの考えが窺える。②の「任意の履行がされない場合があることを考慮して、契約の内容を検討……できる」との判示も、そのような違約金条項等の様々なリスク回避措置が可能であることを指摘したものと理解できる。このとき、契約当事者はかかる措置が可能である以上、それを行わないまま契約上の債務の履行請求をした場合、又は、行ったとしても契約の本来の内容の実現を取って選択した場合に支出した弁護士費用の賠償の必要性は低いとの考えが窺える。

さらに、③において、本件のような土地の売買契約に基づく債務の内容は同契約から一義的に確定するとして、訴訟追行の困難性の有無が着目されている。そして、その訴訟追行の困難性の有無を判断するにあたり、控訴審が契約の本来の内容の実現について相手方の協力を得られなかった等の本件固有の事情に着目しているのに対して、③は、請求権の主張立証の負担の程度に着目している³³⁾。

31) 林・前掲注30) 111頁。

32) 加藤新太郎「判批」NBL 1201号 101頁、104頁(2021)、匿名記事・前掲注30) 4頁、林・前掲注30) 111頁、坂口甲「判批」重判令和3年度(ジュリ臨増1570号) 64頁、65頁(2022)。

このため、③は、請求権の主張立証の負担に関して訴訟追行が困難であるとされる場合、例えば、契約の成立という事実から直ちに債務の内容が確定するわけではない場合には、弁護士費用の賠償が認められ得ることを示唆する。

本判決は、以上のような①ないし③の理由付けにより、Yらの契約上の債務の履行請求に支出した弁護士費用につき、「債務不履行に基づく損害賠償として請求することはできない」とする。昭和44年判決及び平成24年判決は、弁護士費用が「相当因果関係に立つ損害」であるために賠償が認められると判示してその根拠を明示していたのに対して、本判決は、弁護士費用の賠償を認めなかった根拠を明示していない。もっとも、第一審及び控訴審において、A社の不法行為又は債務不履行と本件弁護士報酬の間の相当因果関係の存否が一貫して問題となっていることからすれば、本判決は、A社の債務不履行と本件弁護士報酬の間の相当因果関係を認めなかったものと理解できる。

ただし、これらの①ないし③の理由付けが、それぞれ本判決の結論にどのように作用しているかについては議論の余地がある³⁴⁾。

一つの理解としては、本判決の結論を導くにあたり、①及び②に対応するものとして、契約上の債務の履行請求であること（以下「 α 」という）、及び、③に対応するものとして、請求権の主張立証の負担に関して訴訟追行の困難性が認められないこと（以下「 β 」という）の二つの要素が同時に必要であり、お互いに独立に機能しているとするものである。その結果、 β が満たされない場合には、昭和44年判決及び平成24年判決と同様に訴訟追行が困難であるとの理由から弁護士費用の賠償が認められ得る。しかし、そのように理解すると、①及び②を判示する必要性はないように思われる。

もう一つの理解としては、 α によって本判決の結論は導かれ得るものの、 β が

33) 林・前掲注30) 111頁、坂口・前掲注32) 65頁。同様の見解として、住田英穂「判批」速判解29号83頁、85-86頁（2021）、匿名記事・前掲注30) 4頁。これに対して、村田大樹「判批」法教488号138頁、138頁（2021）は、本件において弁護士なしに義務違反等を判断することが、平成24年判決の事案と比較すれば困難とはいえないということを③は指摘しただけであり、本判決は訴訟追行の困難性への直接的な言及を行っていないとする。これと同様の見解として、加藤・前掲注32) 104頁。

34) ①ないし③の理由付けと本判決の結論の結び付きが不明確であることは、村田・前掲注33) 138頁、松尾弘「判批」法セ804号125頁、125頁（2022）でも指摘されている。

満たされない場合には、そのことが①及び②で示唆された契約上の債務の履行請求の特徴を例外的に覆すというものである。 β が満たされない場合、請求の対象が債権者自らの意思に基づき設定されたとするのは困難であるように思われる。例えば、売買契約に基づき、その目的物である複雑な機能を有する機械が売主から買主に対して引き渡された後、その機能が不十分であったとして買主が売主に対して追完請求権を行使した場合が考えられる。このとき、追完請求権の内容を債権者が事前に想定することは困難であったといえ、請求の対象が債権者自らの意思に基づくとは言い難い。そして、そのような場合には、債権者が、事前のリスク回避措置をとることも容易とはいえないと説明できる。このように理解すると、③は、契約上の債務の履行請求における弁護士費用の賠償が例外なく否定されるわけではないことを示すために付加されたものといえる³⁵⁾。

以上からすれば、本判決が①ないし③を判示して結論を導いたことをより適切に説明できるのは後者の理解であるといえる。

この理解を前提とした場合、契約上の債務の履行請求に支出した弁護士費用については、①及び②が示唆する特徴が原則として認められるため、債務不履行と同費用の間の相当因果関係が認められないが、③が示唆するように、請求権の主張立証の負担に関して訴訟追行が困難であるとされる場合には、例外的にその間の相当因果関係が認められることになると思われる。

なお、本判決は、訴訟の提起・追行等の契約上の債務の履行請求に関わるもの以外の事務に支出した弁護士費用の賠償も認めていない。ここでは、そのような支出は、訴訟の提起・追行等の場合と比較してより当事者の選択に左右されるものであるため、更に賠償の必要性は低いとの考えが窺える。

4 本判決の評価

本判決は、契約上の債務の履行請求と不法行為に基づく損害賠償請求等を区別し、前者に分類される土地の売買契約に基づく土地引渡請求や所有権移転登記手続請求に支出した弁護士費用の賠償を否定したものである。

35) 同様の見解として、住田・前掲注 33) 86 頁。

本判決は、不法行為訴訟とそれ以外の訴訟といった区別を行った上で後者における弁護士費用の賠償の可否を類型的に判断する点で、2(2)で述べた第二期の一定の種類の債務不履行訴訟に限って弁護士費用の賠償を認める見解と方向性を同じくする。この見解は、債権者が債権債務の発生に自らの意思に基づき関与していること、及び、契約上の債務については賠償額の予定・担保設定等の将来の紛争を予測した措置が可能であること等を挙げ、債務不履行訴訟一般において弁護士費用の賠償を認めることについては懐疑的であった。そして、これらの二つの特徴は、3で述べたように、契約上の債務の履行請求に関するものとして本判決の①及び②が示唆したものである。

これに対して、本判決と昭和44年判決及び平成24年判決との関係性については議論の余地がある。昭和44年判決及び平成24年判決においては、訴訟追行の困難性が相当因果関係を認めるための決定的な要素となったように思われるところ、本判決は、3の理解を前提とすれば、訴訟追行の困難性が認められないことのみを理由として結論を導いているわけではない。このように、本判決は、従来の判例と異なる論理構造を有しており、3で述べた①ないし③の相互の関係性についても明確とはいえない。

そのような本判決の論理構造の不明確性は、第二期及び第三期の学説の一部も意識するように、弁護士費用の賠償の可否が損害賠償の範囲の問題としてのみではなく司法制度上の問題としても捉えられることに起因する。仮に、本判決が、昭和44年判決及び平成24年判決と同様の結論をとったならば、勝訴した原告にのみ弁護士費用の賠償が認められるという制度が実質的に確立されることになり、訴訟当事者間の公平の要請との衝突が恒常的に問題となる。本判決は、そのような問題を訴訟追行の困難性の有無という共通の基準により判断することを断念したものとといえる³⁶⁾。

36) 本判決の背景には、弁護士費用の賠償の可否が最終的には立法において解決されるべきとの考慮があるとするものとして、永井弘二「判批」Oike Library 53号13頁、15頁(2021)、林・前掲注30)112頁。

5 本判決の影響

(1) 判例法理の整合的理解

4で述べたように、本判決と昭和44年判決及び平成24年判決を比較した場合、結論を導くための論理構造が両者の間で異なっているように思われる。そのため、昭和44年判決及び平成24年判決の論理構造を再評価することで、これらの三つの判決を整合的に理解する必要がある。

昭和44年判決と平成24年判決を比較した場合、訴訟追行の困難性が不法行為又は債務不履行と弁護士費用の間の相当因果関係を認めるための決定的な要素となっている点では共通している。もっとも、この要素は、昭和44年判決においては、現代の訴訟の専門化・技術化により弁護士への委任なき単独での訴訟追行が困難になっているということ、つまり現代の訴訟の一般的な傾向を意味する³⁷⁾のに対して、平成24年判決においては、請求権の主張立証事実が不法行為訴訟と同質的であるということ、つまり不法行為訴訟一般の特徴を意味しており、その内容に変化が見られる。

そもそも、そのような訴訟の専門化・技術化が弁護士への委任なき単独での訴訟追行の困難性を齎すということは、昭和44年判決が下されるよりも前の弁護士費用の敗訴者負担制度の導入を支持する見解においてその論拠の一つとされていた³⁸⁾ものであり、不法行為訴訟一般の特徴とされていたものではなかった。その後、2(2)で述べたように、昭和44年判決が不法行為訴訟一般についての弁護士費用の賠償の可否を判断したものと評価され、不法行為責任と競合する類型に限り弁護士費用の賠償を認める見解が登場した。その結果、請求権の主張立証事実が不法行為訴訟と同質的であるということが重視されるようになったと思われる。しかし、本判決は、3で分析したように、請求権の主張立証事実が不法行為訴訟と同質的かどうかのみを判断して結論を導いているわけではない。このため、前述のような平成24年判決の論理構造を維持するのは実質的に困難になっ

37) 小笠原・前掲注21) 73頁。同様の見解として、小林孝一「判批」関東学院25巻1・2号33頁、39頁(2015)。

38) 椎木緑司「弁護士報酬の訴訟費用化に関する諸問題」ジュリ238号14頁、16頁(1961)。

たといえ、昭和44年判決の再評価も必要になる。

まず、昭和44年判決は、その事案につき「自己の権利を侵害された者が……自己の権利擁護上、訴を提起することを余儀なくされた場合」と表現している。この表現は、弁護士費用の支出の原因が債権者自らの意思に基づかない権利侵害である場合の特徴を示すものといえ、不法行為訴訟はその一類型であるに過ぎない。つまり、昭和44年判決は、弁護士費用が債権者自らの意思に基づかない権利侵害を回復するために支出された場合には債務者の負担とするとの考えを示したものと再評価されるべきである。そして、平成24年判決も、実質的には、弁護士費用が身体という完全性利益の侵害を回復するために支出されたという点で昭和44年判決と同質的であるという理由に基づくものとして把握し直されることになる³⁹⁾。

その結果、昭和44年判決及び平成24年判決における訴訟追行の困難性という要素の位置付けが問題となる。この要素は、前述のような考えを昭和44年判決の背後に認めた場合、債権者自らの意思に基づかない権利侵害の事案においては、不法行為等と弁護士費用の間の相当因果関係を認めるための形式的な論拠に過ぎない。これに対して、契約上の債務の履行請求の事案においては、3で述べたように、かかる要素が弁護士費用の賠償を例外的に認めるための実質的な論拠として機能する。

(2) 本判決の射程

本判決は、①及び②において、契約上の債務の履行請求の特徴について、③において、YらがA社に対してその履行請求を行った債務の内容が契約から一義的に確定すると判示し、本件弁護士報酬の賠償を認めなかった。つまり、本判決は、契約上の債務の履行請求の内、その内容が契約から一義的に確定する債務の履行請求に支出した弁護士費用の賠償は認められないということを確立したものといえる⁴⁰⁾。

これに対して、①及び②において示唆された契約上の債務の履行請求の特徴が

39) このような判例法理の再評価は、荻野・前掲注29)の見解に近づくと思われる。

認められない場合や、③において示唆された請求権の主張立証の負担に関する訴訟追行の困難性が認められる場合には、弁護士費用が賠償され得る。

まず、①の判示からすれば、権利侵害の事案という点で昭和44年判決と同質的とされる場合には弁護士費用の賠償が認められ得る。例えば、平成24年判決のような完全性利益の侵害の事案がこれに該当する⁴¹⁾。

次に、②の判示からすれば、弁護士費用等の負担に関する特約が合意されていた場合には、それに基づく弁護士費用の賠償が認められ得る。下級審裁判例としては、管理費等を支払わない区分所有者に対して違約金としての弁護士費用を請求できるとしたマンション管理規約の定めを合理的なものとした上で、同規約に基づく弁護士費用の賠償を認めた東京高判平成26年4月16日判時2226号26頁、損害賠償条項の「合理的な弁護士費用を含む」との文言に基づき弁護士費用の賠償を認めた東京地判平成27年10月27日(LEX/DB文献番号25531913)がある。ただし、そのような合意が認められる場合であっても、当事者間の力関係等を考慮してその有効性を判断すべきである⁴²⁾。

さらに、③の判示からすれば、債務の内容が契約から一義的に確定するわけではない債務不履行訴訟における弁護士費用の賠償は認められ得る。例えば、建築関係訴訟⁴³⁾や知的財産訴訟⁴⁴⁾といった専門性の高い訴訟類型がこれに該当する。

40) 菱田昌義「弁護士費用賠償の法理——判例群からの類型論的考察——」自正72巻13号48頁、51頁(2021)。同様の見解として、永井・前掲注36)15頁、住田・前掲注33)86頁。なお、林・前掲注30)112頁は、③が欠けても本判決の結論は変わらないと考えた場合には、契約上の債務の履行請求一般に本判決の射程が及ぶが、本判決の結論を導くためには①ないし③の何れも必要であると考えた場合には、契約上の債務の履行請求の内、請求権の成立及び内容の主張立証が困難ではない場合にのみ本判決の射程が及ぶとする。ただし、前者の考えをとった場合であっても、3で述べた私見を前提とすれば、本判決の射程につき契約上の債務の履行請求一般に及ぶものではないと理解することは可能である。

41) 他には、旅行契約に付随する情報収集・提供義務違反を理由とした債務不履行に基づく損害賠償請求権について、自己決定権侵害を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求権としても構成できるものであること等を考慮して弁護士費用の賠償を認めた大阪地判平成31年3月26日判時2429号39頁がある。

42) 三苦裕「弁護士費用の賠償請求」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』292頁、293頁(有斐閣、2007)、西島良尚「判批」リマックス51号22頁、25頁(2015)。同様の見解として、菱田・前掲注40)54頁。

43) 福岡高判平成11年10月28日判タ1079号235頁、東京地判平成28年3月30日(LEX/DB文献番号25534594)、東京地判令和3年1月13日(LEX/DB文献番号25587555)。

また、3でも述べたような追完請求訴訟等の「契約の内容に適合しないもの」であることの主張立証を要する場合には、請求権の主張立証の負担に関して訴訟追行が困難であるともいえるため、本判決の射程が直ちに及ぶとはいえない⁴⁵⁾。さらに、債権者は、履行に代わる損害賠償、いわゆる填補賠償を請求することができる。この請求は、契約の本来の内容が実現されていた場合に得たであろう利益を金銭で填補することを目的とする点で契約上の債務の履行請求と同質的である。このため、本判決の射程が一般的に及ぶとも考えられ得るが、填補賠償請求の場合には、契約の成立の他に債務の履行が不能である等の事実を主張立証する必要があり、債務の内容が契約から一義的に確定しないこともあり得る。したがって、填補賠償請求においても、弁護士費用の賠償の可否は個別的に判断されることになるとと思われる⁴⁶⁾。

Ⅲ 補論

2で述べたように、弁護士費用の賠償の可否については、それを損害賠償の範囲の問題として捉える解釈論とは別に、その敗訴者負担制度の導入を求める立法論が展開してきた。本判決も、4で述べたように、この問題を訴訟追行の困難性の有無という共通の基準により判断することを断念したものと評価され得る。そこで、弁護士費用の敗訴者負担制度の導入に関する従来の議論を確認しておくことにする。

弁護士費用の敗訴者負担制度の導入に関する議論が活発になった最初の時期は、昭和20年代から昭和40年代にかけてである。まず、訴訟の完結を遅延させる目的の上訴権の濫用を防止するために、上訴をして敗訴をした者に対して弁護士費

44) 知財高判平成27年3月25日(LEX/DB文献番号25447212)。

45) 住田・前掲注33)86頁。ただし、東京地判令和3年7月2日(LEX/DB文献番号25600636)は、請負契約の債務不履行に基づく損害賠償として追完工事費用等と共に弁護士費用の支払いを請求した事案について、「被告が負うべき責任は契約に由来することに鑑み、相当因果関係のある損害とまでは認められない」としてその賠償を認めなかった。

46) 填補賠償請求に支出した弁護士費用について、東京地判平成元年3月29日判タ717号160頁は、不法行為訴訟との均衡を理由としてその賠償を認めた。ただし、同書161頁は、同判決が不法行為訴訟としても理論構成できた事案であることを示唆している。

用を負担させるべきとする見解があった⁴⁷⁾。次に、敗訴者負担制度を導入しなければ、勝訴者に対して与えられるべき実体法上の権利の内容が減殺されるという不当な結果を齎すとする見解があった⁴⁸⁾。また、訴訟の専門化・技術化により弁護士への委任なき単独での訴訟追行が困難となっており、弁護士費用は訴訟における必要的費用といえるところ、その費用を敗訴者負担とするのが国民感情に合致しているとする見解もあった⁴⁹⁾。

これらの弁護士費用の敗訴者負担制度の導入を支持する見解は、1997年の民訴費用制度等研究会報告書（以下「報告書」という）でも挙げられている⁵⁰⁾。報告書では、前述の見解の内、後二者が主たる論拠とされ⁵¹⁾、かかる制度の導入を図る目的が国民の権利及び法的地位を実質的に保障することにあるという点が明確になっている。そして、報告書は、一方の当事者が自由に決めた弁護士費用の全額を相手方に転嫁することは行き過ぎである⁵²⁾等の理由から、同費用の一部の敗訴者負担制度の導入を提唱した。

こうした動きに対して、報告書が挙げた前述の論拠を支持して賛成する見解⁵³⁾がある。また、弁護士費用の一部の敗訴者負担制度は、有利な判決を得れば得るほど、当事者にとっては支出額が少なくなり、弁護士にとっては弁護士報酬が多くなるという結果を齎し、当事者と弁護士の間の訴訟追行上のインセンティブの乖離を防ぐ長所があるとしてその導入に賛成する見解⁵⁴⁾もある。一方、敗訴者負担制度は、敗訴者が既に存在していた権利の実現を妨げたに過ぎないという評価を前提⁵⁵⁾とし、勝訴の見込みが高ければ訴訟提起を促進し、その見込みが低ければ訴訟提起が抑制されるという結果を齎す⁵⁶⁾ため、かえって国民の

47) 田中耕太郎「上訴権の濫用とその対策」曹時6巻1号1頁、30-31頁(1954)。

48) 中野貞一郎「弁護士費用の敗訴者負担」ジュリ388号78頁、78頁(1968)。

49) 椎木・前掲注38)16頁。

50) 「民訴費用制度等研究会報告書」ジュリ1112号57頁、70頁(1997)。

51) 前掲・注50)71頁。

52) 前掲・注50)71頁。

53) 森脇純夫「報告書をめぐって——敗訴者負担積極論の立場から——」ジュリ1112号47頁、48-49頁(1997)。

54) 太田勝造「弁護士報酬をめぐって」ジュリ1112号31頁、39頁(1997)。

55) このような評価に対して疑問を抱くものとして、伊藤・前掲注18)93頁があった。

56) 太田勝造「裁判手数料と弁護士費用について」名法147号652頁、623頁(1993)。

裁判を受ける権利が保障されにくくなったり、勝訴の見込みが典型的に高くないとされる政策形成訴訟等の提起が抑制されたりするとしてその導入に反対する見解⁵⁷⁾がある。そして、実務家の多くは、そのような見解に基づき敗訴者負担制度を一律に導入することに反対⁵⁸⁾しており、国民の司法アクセスを促進するために、行政訴訟といった訴訟結果が公共的利益をもたらすような訴訟類型における片面的敗訴者負担制度の導入を提唱していた⁵⁹⁾。

このように、弁護士費用の敗訴者負担制度の導入に対しては賛否両論あるものの、同制度の導入に反対する見解が指摘するように、かえって国民の司法アクセスを萎縮させることがあってはならない。そうだとすれば、前述のような片面的敗訴者負担制度の充実を図ることが先決である。

57) 杉井巖一「弁護士費用の敗訴者負担の問題点」ジュリ 1112号 41頁、42-43頁（1997）。

58) 日弁連「『弁護士報酬敗訴者負担の取扱い』に関する日弁連意見」13-14頁（2003年8月22日）。

59) 日弁連「弁護士報酬敗訴者負担制度に関する意見書」15頁、22頁（2003年3月10日）。