

《判例研究》

労働契約上の安全配慮義務違反を理由とする 損害賠償請求と弁護士費用

田 口 文 夫

最高裁判所第二小法廷平成24年2月24日判決，一部破棄差戻・一部上告棄却
(平成23年(受)第1039号，損害賠償請求事件)
(判時2144号89頁，判夕1368号63頁，金判1388号29頁)

【事案の概要】

Y(被上告人)は、屑類製鋼原料の売買を業とする株式会社であり、X(上告人)は、平成13年3月にYに雇用され、同18年4月からチタン事業部に所属していた。Xは、同年11月22日、チタン事業部の工場に設置されていた400tプレス機械を操作してチタン材のプレス作業に従事していたところ、プレス機に両手を挟まれて両手指挫減創の傷害を負い、両手の親指を除く4指ずつを失う後遺障害を負うに至った。

Xは、訴訟追行を弁護士に委任したうえ、平成21年1月27日、本件訴えを提起し、本件事故はYが機械操作に習熟していないXに対する安全教育・指導や危険防止措置をとることを怠った等の安全配慮義務違反(債務不履行)または不法行為によって生じたと主張し、逸失利益や後遺障害慰謝料等の損害賠償金—第一審では7,745万円余(うち弁護士費用700万円)、原審では5,913万円余(うち弁護士費用530万円)、および本件事故日より支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

第一審(大津地彦根支判平成22年5月27日金判1388号38頁)は、Yの安全配慮義務違反を認めたとうえで、過失相殺をし(Xの過失4割)、Yに対し3,733万円余(うち弁護士費用340万円については、Yの安全配慮義務違反と相当因果関係のある損害として認めるのが相当と判示)および本件事故日からの遅延損害金の支払を命じた。

原審（大阪高判平成23年2月27日金判1388号34頁）は、Yの安全配慮義務違反を認めたとうえで、過失相殺をし（Xの過失6割）、Yに対し1,876万円余および訴状がYに送達された日の翌日（平成21年2月1日）からの遅延損害金の支払を命じたものの、「法人であるYに対する不法行為の請求については、Xの主張・立証によってもこれを肯認し得る事実は認めるに足りない」から、Xの弁護士費用請求の主張は失当であるとした。そこで、Xより上告受理申し立て。

【判 旨】

「弁護士費用の請求を棄却した原審の上記判断は、是認することができない。その理由は、次のとおりである。

労働者が、就労中の事故等につき、使用者に対し、そ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を請求する場合には、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合と同様、その労働者において、具体的事案に応じ、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（最高裁昭和54年（オ）第903号同56年2月16日第二小法廷判決・民集35巻1号56頁参照）、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いうことができる。

したがって、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を請求するため訴えを提起することを余儀なくされ、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、上記安全配慮義務違反と相当因果関係に立つ損害というべきである（最高裁昭和41年（オ）第280号同44年2月27日第一小法廷判決・民集23巻2号441頁参照。）」

以上によれば、原審の前記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決中、債務不履行に基づく損害賠償請求のうち弁護士費用に関する部分につき、190万円及びこれに対する訴状送達の日

を棄却した部分は、破棄を免れない。そして、弁護士費用の額について審理を尽くさせるため、同部分につき本件を原審に差し戻すこととする。なお、その余の上告については、上告受理申立て理由が上告受理の決定において排除されたので、棄却することとする。」(裁判官全員一致)

【研究】

I 弁護士費用を損害として請求することの必要性

周知のごとくわが国では、民事訴訟に関する訴訟費用は原則として敗訴者が負担すべきものとされている⁽¹⁾ (民事訴訟法61条)。その趣旨ないし理由については、一般に、権利実現のために要した費用は一種の結果責任として敗訴者に負担させるのが公平に適う⁽²⁾、あるいは、権利伸長の費用である訴訟費用を勝訴者に負担させるのは不合理であるから⁽³⁾、と説かれている。そして、訴訟費用の内容等については法令(民事訴訟費用法および民事訴訟費用規則)の定めるところによるが、弁護士費用(手数料および報酬金)は原則として訴訟費用に含まれないというのが(民事訴訟費用法2条10号参照)、判例⁽⁴⁾および通説⁽⁵⁾の立場でもある。その理由は、民事訴訟においては弁護士強制主義がとられておらず、弁護士を選任するか否かは本人の自由とされていること、したがって弁護士費用は権利救済のために必要不可欠とはいえないからだとされている。

しかし、一方で訴訟事件の複雑化・専門化に伴って弁護士に訴訟追行を依頼することが迫られるという実情があり、他方で弁護士費用が訴訟に費やす経費の大部分を占め、かつ法定の訴訟費用に比して高額なことから、たとえ勝訴しても弁護士費用を最終的に自己負担せざるをえないとすれば、少なくとも実質的・経済的には「訴訟による権利実現は必然的に減殺される⁽⁶⁾」ことになる⁽⁷⁾。制度上は弁護士費用が訴訟費用に含まれないとしても、それは、勝訴者が自己の支出した弁護士費用を敗訴者である相手方から回収する機会をすべて奪われることを必ずしも意味するものではなからう⁽⁸⁾。勝訴者としては弁護士費用を相手方から被った損害の一部として賠償請求することによって回収する途がなお残されてしかるべきであり、しかも勝訴者にとってその必要性は大きいといわねばならない。従来裁判例は、限られた種類の訴訟事件に関してではあるが、勝訴者からの弁護士費用の請求を一定の条件のもとに認める傾向にある。その法的構成は、不法行為または債務不履行を理由とする損害賠償請求を通してであるが、判例として

の理論的な透明性およびその射程距離の点で必ずしも疑義なしとしないように見受けられる。

本最高裁判決は、そうした状況のなか、労働契約上の使用者の安全配慮義務違反（債務不履行）を理由とする損害賠償請求訴訟において、被害労働者からの弁護士費用の請求を最高裁として初めて（明示かつ積極的に）認めたものである⁽⁹⁾。安全配慮義務違反が肯定される場合の弁護士費用の請求については、すでに多くの下級審裁判例がこれを認容しており、本判決は、そうした傾向を最高裁として確認したものだ⁽¹⁰⁾と評することはできよう。とはいえ、本判決は、あくまでも労働契約上の安全配慮義務違反に関するものであり、その射程距離—他の契約上の安全配慮義務違反の場合にも当然に及ぶか、また、安全配慮義務違反以外の債務不履行の場合にも及ぶか—は、検討項目の一つになろう。

本判決の検討に先立ち、まずは、広く弁護士費用の請求に関する従来判例および学説を概観しておく⁽¹¹⁾。

II 不法行為に基づく弁護士費用の請求

(1) 判例の動向

(イ) 不当提訴および不当抗争・応訴の場合　大審院によれば、(イ) 不当な提訴または不当な仮差押え・仮処分等を受けたために応訴を余儀なくされた場合（すなわち、相手方の提訴等それ自体が不法行為とされる場合）には、応訴に要した弁護士費用は不法行為による損害として賠償請求しうるとされている—①大判昭和8年5月30日⁽¹²⁾、②大判昭和13年11月7日⁽¹³⁾、③大判昭和16年9月30日⁽¹⁴⁾、④大連判昭和18年11月2日⁽¹⁵⁾など。また、(ロ) 不当抗争・不当応訴（たとえば、権利者からの請求を理由なく争って提訴を余儀なくさせたり、虚偽の陳述・証拠等を用いて応訴する場合）も独立の不法行為となり、被害者の支出した弁護士費用は賠償請求しうるとされている—東京高判昭和30年1月21日⁽¹⁶⁾、東京高判昭和33年8月25日⁽¹⁷⁾など。なお、上記①判決は、訴訟費用に関する民事訴訟法の規定等とはかような場合の弁護士費用の賠償請求を排除するものではない旨を述べ、③判決は、賠償請求しうる弁護士費用の範囲については、「事件ノ難易訴訟物ノ価額ノ他諸般ノ具体的事情ニシテ行為当時予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノヲ基本」としつつ「当該事件ノ処理ニ対スル報酬及手数料トシテ相当ナル金額ヲ量定シテ」決定すべき旨を述べる。また、注目されるべき点として、④

判決は、弁護士強制主義がとられておらずとも、訴訟で攻撃防御の方法を尽くして自己の利益を擁護するためには弁護士に委任しなければ困難な場合が多いことに言及したうえで、不当提訴に対してやむをえず応訴する場合の弁護士費用は「該訴ニヨリ通常生スヘキ損害ト云フヲ得ヘキ」と判示する⁽¹⁸⁾。ところで、上記(イ)・(ロ)のいずれの場合においても、相手方の不当提訴または不当抗争・応訴が敗訴という判決結果から直ち不法行為とされるわけではないから、いかなる要件を充足するときに不法行為とされるか(たとえば、公序良俗違反の有無によるとされる場合はその判断基準を何に求めるかなど)は、なお問題とされることになる⁽¹⁹⁾。

(ii) 通常の不法行為の場合 大審院は、上記(i)の場合とは異なる通常の不法行為においても、被害者が違法状態の排除を求めて提訴したときは当該訴訟追行に要した弁護士費用は賠償請求しうるとする。たとえば、⑤大判昭和11年2月28日⁽²⁰⁾は、虚偽の抵当権設定登記を経由したYに対し、X(抵当物件所有者)が抵当権設定登記の抹消を求める訴訟で勝訴した後、別訴により右訴訟に要した弁護士費用を賠償請求した事案につき、Yの故意による不法登記を排除するためXが弁護士に委任して提訴やむなきに至ったという場合、「Xノ弁護士ニ支払ヒタル報酬ハ民事訴訟法ニ規定セル訴訟費用ニハ非サルモ不法行為ニ因リテ生シタル損害トシテYニ於テ之カ賠償ノ責アリ」と判示する。しかし他方、大審院は、不法行為による損害賠償請求権の譲受人が右債権の支払請求訴訟のために支出した弁護士費用については、その賠償請求を否定する。すなわち、⑥大判昭和18年8月16日⁽²¹⁾は、Yによる山林横領により被害を受けたAから右不法行為による損害賠償請求権を譲り受けたXがYに対して右請求をするにつき支出した弁護士費用について、「右失費ハ不法行為当然ノ結果生シタルモノニアラスシテX自身ノ譲受ケタル権利実行ノ費用トシテ要シタルモノナル点ヨリ考察シ、特段ノ事情ナキ限り右失費ト右山林横領行為トノ間ニハ法律上ノ因果関係無キモノト解スルヲ相当トス」と判示する。同判決は、判旨自体が不鮮明だけでなく一仮に損害賠償請求権の譲受人であるXではなく被害者Aが訴訟提起した場合であれば、Yの加害行為とAの提訴に要した弁護士費用との間の因果関係が認められるとでもいうのであろうか⁽²²⁾(もしそうだとすると、提訴者が違うことで結論を異にすることになって不可解である)一、⑤判決との関係ないし判例上の意義の点においても釈然としない印象を受ける⁽²³⁾。推測をまじえて評すれ

ば、弁護士費用はまさに「権利実行ノ費用」であって、不法行為に起因する損害として賠償請求しうるものでないことを暗に示唆しているのであろうか⁽²⁴⁾。

不法行為に基づく弁護士費用の賠償に関する大審院の考え方（とりわけ上記⑤判決、⑥判決、および前記④判決の相互関係）にある種の「揺れ」が見られ、戦後の下級審裁判例においても当初は見解の対立があった⁽²⁵⁾ものの、そうした争いはつぎの最高裁判決によって一応の終止符が打たれたかのようなのである。すなわち、⑦最判昭和44年2月27日⁽²⁶⁾は、Yから無効な根抵当権に基づく競売申立てがなされたため、XがYに対して右根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めるとともに、右競売申立てが不法行為であるとして本訴追行に要した弁護士費用を請求した事案につき、Yには右競売申立てにさいし根抵当権の不存在について少なくとも過失があり、Xにおいて「抹消登記手続をを求める本訴提起に及んだことも、けだしやむをえない手段というべき」と認定したうえで、つぎのように判示する。「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」が、「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損害賠償義務者たる相手方から容易にその履行を受け得ないため、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のである。そして現在においては、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である。」この最高裁判決については、不法行為被害者の支出した弁護士費用について「敗訴の当事者の負担とすべき一指標を打ちだしたことになり、不法行為の被害者救済に大きく前進を示した⁽²⁷⁾」との高い評価が示されているほか、従来の大審院判決が用いたような手法つまり、不法行為による違法状態を回復するために提訴を余儀なくされたとか、不当な競売申立てが強度の違法性を帯びるとか、あるいは不当提訴に応訴する場合に準ずるとか等、当該具体的事案に結びつけたうえでの解決の仕方一がとられているというよりは、むしろ不法行為訴訟一般に妥当する指針を提示することを意識したものだ⁽²⁸⁾とも評されている⁽²⁹⁾。

かくして、上記⑦判決を契機に、その後の最高裁判決⁽³⁰⁾においても、不法行為の被害者が自己の権利擁護のために弁護士に委任して訴訟提起を余儀なくされた

場合には、右訴訟に要した弁護士費用は当該不法行為と相当因果関係に立つ損害として賠償請求しうることが確認され、他方、下級審裁判例の多くにおいても—とりわけ交通事故、公害、医療事故に関する損害賠償請求訴訟ではそのほとんどの場合に—弁護士費用の賠償が認められる傾向にあり⁽³¹⁾、「弁護士費用の賠償請求が相当額の範囲内でなかば当然のこのように認容されるという傾向が、実務上完全に定着した⁽³²⁾」とされている。

(2) 学説の概況

不当提訴または不当抗争・応訴の場合（正確にはこれらが不法行為の要件を充足する場合）に、これへの応訴または提訴を余儀なくされたために要した弁護士費用を右不法行為による通常損害として賠償請求しうることについては、学説上も異論は聞かれない。しかし、右以外のケース（一般の不法行為）において、不法行為に対する救済ないし権利擁護のために訴訟提起した場合に右提訴に要した弁護士費用と当該不法行為との間に相当因果関係が認められるか否か⁽³³⁾については、従来つぎのような学説の対立が見られた。

(i) 否定説 末川教授は、単に他人に損害を加えるような許すべからざる目的を持った不当提訴等に応訴するために要した弁護士費用であれば賠償請求しうるとしても、それ以外の一般の不法行為において、被害者が支払った弁護士費用を当該不法行為による損害であると解するならば、かなり広範囲にわたって敗訴者の賠償責任を認めることになり、健訟濫訴の風を助長するのみならず、敗訴者にとって酷にすぎるとされ、もし弁護士費用につき敗訴者の賠償義務を認めることが政策上妥当とするならば、弁護士費用を訴訟費用に加えるという原則を確立するとともに、その標準額を法定すべきであると主張される⁽³⁴⁾。

(ii) 肯定説 末延教授は、訴訟費用に関する規定は民法適用の範囲を制限するものではないとしたうえで、弁護士費用は「当該不法行為から普通生ずべき損害と言い得るのではあるまいか。他人から傷つけられた人が、加害者が医者を呼ぶ等の手段を講じない為、止むを得ず自ら医者の治療を請ひ、是に報酬を支払うのと本質的に異なるだろうか。」と述べ、弁護士費用を不法行為それ自体と相当因果関係に立つ通常損害と認めてさしつかえないとされる⁽³⁵⁾。

(iii) 折衷説（具体的衡平説） 川島教授は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において弁護士費用の支出が必要となった場合、「(イ) 不法行為が犯罪行為ないし強度の違法性（反社会性、反倫理性）をおびる行為であるときには、弁護

士費用の賠償が肯定され、(ロ)然らざるときには弁護士費用の賠償は否定される。」とされ、この区別は、民法416条が予定する予見可能性の有無には対応せず、具体的諸事情を考慮に入れての社会倫理的な合目的判断に基づくこととされる⁽³⁶⁾。

(ii) が不法行為に基づく弁護士費用の賠償を原則的に認める立場をとるのに対して、(i) は原則的に否定する立場をとり、また、(iii) は一折衷説と称されるものの一弁護士費用の賠償が認められる場合をかなり厳格に絞る立場をとることから、(i) と (iii) は連続線上にあるように思われる。ともあれ、こうした学説間の対立は戦後も引き継がれることになり、全体的には、否定説⁽³⁷⁾に立つものもかなり見受けられたが、しだいに折衷説⁽³⁸⁾および肯定説⁽³⁹⁾に立つものが多くなり、とりわけ交通事故訴訟の分野においては肯定説に立つものが大勢を占めるようになった⁽⁴⁰⁾とされている。

Ⅲ 債務不履行に基づく弁護士費用の請求

(1) 判例の動向

(i) 金銭債務の不履行の場合 債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟においても、弁護士費用を損害として敗訴者に請求しうるかが問題となるが、それが金銭債務の不履行である場合については、最高裁はこれを明確に否定する。すなわち、最判昭和48年10月11日⁽⁴¹⁾は、手形金等の請求にさいし、弁護士費用その他の取立費用を債務不履行から生ずる損害であるとして請求した事案に関するが、「民法419条によれば、金銭を目的とする債務の履行遅滞による損害賠償の額は、法律に別段の定めがある場合を除き、約定または法定の利率により、債権者はその損害の証明をする必要がないとされているが、その反面として、たとえそれ以上の損害が生じたことを立証しても、その賠償を請求することはできないものというべく、したがって、債権者は、金銭債務の不履行による損害として、債務者に対し弁護士費用その他の取立費用を請求することはできないと解するのが相当である。」と判示する。学説の多くも、金銭債務の不履行の場合に弁護士費用の賠償を認めることは民法419条に真正面から抵触することになるとして、判例に同調する⁽⁴²⁾。

(ii) 非金銭債務の不履行の場合 金銭債務以外の債務の不履行の場合については、上告審の判例としては、大判大正4年5月19日⁽⁴³⁾があるのみである。すなわち、Yから土地を買い受けたXが、後日第三者から右土地につき追奪訴

訟を提起されたため、Yとの契約を解除したうえ、Yに対し、買受代金のほか、右追奪訴訟に要した弁護士費用等を請求した事案につき、「債務不履行ノ結果提起セラレタル訴訟ニ於テ、ソノ権利ノ伸長又ハ防御ノ必要上弁護士ニ訴訟代理ヲ委任シタル場合ト雖モ、債務者ハ民事訴訟費用法ノ規定ノ範囲外ニ於テ賠償ノ責ニ任セサルヲ以テ、弁護士ニ支払ヒタル報酬及ヒ手数料ハ之ヲ賠償スルノ要ナキモノトス」と判示し、Xからの弁護士費用の請求を棄却した。その後の大審院判決で右判決を正面から変更したものはないようであり⁽⁴⁴⁾、また、最高裁の態度もいまだ示されていない。そうしたこともあって、右判決に対しては、大審院時代を通じて生き残り続けたことの意義を評価するものがある⁽⁴⁵⁾一方、訴訟費用の範囲とは関わりなく弁護士費用を不法行為に基づく損害賠償に含ませることを認める判例が確立されている現在、右判決の意義は大きくないと見るものがある⁽⁴⁶⁾。

他方、下級審裁判例においては、債務不履行が人身損害を生ぜしめる場合とそうでない場合とでは、弁護士費用の賠償請求の可否について異なった傾向が示されている。まず、非人身損害に関する事例は、裁判例が少なく、かつ肯定または否定のいずれの立場が多数を占めているともいい難い。肯定例として、東京地判昭和46年2月12日⁽⁴⁷⁾は、Y（貸金庫の貸主）が無断で貸金庫を第三者に閲覧させたのは貸金庫契約上の債務不履行（秘密保持義務違反）にあたるとして、X（借主）から慰謝料と併せて弁護士費用を請求した事案につき、提訴前の交渉過程においてYから何ら誠意ある態度が示されなかった以上、Xが弁護士に委任して本訴に及んだことは「Xの損害賠償債権実現のため通常必要とするところというべきである」から、Xの支払った弁護士費用はYの債務不履行と相当因果関係のある損害であるとするのに対し、売買契約上の債務不履行に基づく損害賠償請求事案に関する東京地判平成元年3月29日⁽⁴⁸⁾は、弁護士費用の賠償を認めるにあたり、たんに不法行為との均衡を理由に挙げるにとどまる。また、否定例として、大阪高判昭和48年11月28日⁽⁴⁹⁾は、注文者から請負人に対して請負工事の欠陥を理由に損害賠償を請求した事案に関し、一般に債務不履行に基づく損害賠償請求の場合は、「その債務不履行が著しく反社会的、反倫理的なものであるとき（例えば、列車事故による乗客の死傷）を除いて、右請求をするのに要した弁護士費用はその債務不履行と相当因果関係のある債権者の損害には該当しない」と判示する。以上に対して、人身損害に関する事例は、裁判例が多く、しかも弁護

士費用の賠償請求を肯定するものが数多く散見される。これについては項を改めて概観しよう。

(iii) 債務不履行によって人身損害を生ぜしめた場合　まず、否定例⁽⁵⁰⁾として、つぎの4件について、これらの判決が弁護士費用の賠償を否定した理由を簡潔に紹介する—①は診療契約上の債務不履行に関するが、その他は安全配慮義務違反に関する—。①名古屋地判昭和49年4月4日⁽⁵¹⁾ (Y医院での手術中にショック死した患者の遺族Xらが診療契約上の債務不履行または不法行為に基づいて賠償請求した事案に関する)は、「契約上の債務不履行に基づく損害賠償請求は、契約当事者たる債権者においてなしうるものであり、本件診療契約の当事者でないXらは、(弁護士費用を)損害として請求する根拠を有しない」とする(ただし、不法行為に基づく請求について「弁護士費用は通常生ずべき損害といふべき」として認容)。②東京高判昭和55年2月27日⁽⁵²⁾ (同僚自衛隊員の運転ミスにより死亡した自衛隊員の遺族Xらが国に対して安全配慮義務違反に基づいて賠償請求した事案に関する)は、「Xらにおいて債務不履行による請求権を選択して請求し訴訟を進行した以上これに要した弁護士費用を損害として賠償請求し得べき理由はない」とする。③宮崎地判昭和57年3月30日⁽⁵³⁾ (訓練中に転落死した消防署特別救急隊員の遺族Xらが地方公共団体に対して安全配慮義務違反または不法行為に基づいて賠償請求した事案に関する)は、「債務不履行による損害賠償請求については、その債務不履行が……不法行為に匹敵するほど反倫理的で……不当抗争、不当応訴にあたるなど特別の事情の予見可能性が存在する場合のほか、右請求に要した弁護士費用は債務不履行と相当因果関係にある債権者の損害に該当しない」とする(また、Xらの本訴請求の順序に従い債務不履行責任について判断を加えた以上、不法行為に基づく弁護士費用の賠償の有無を論ずることはできない、とも判示する)。④東京地判昭和58年3月25日⁽⁵⁴⁾ (訓練飛行中に気象条件の悪化により墜落死した航空自衛隊員の遺族Xらが国Yに対して安全配慮義務違反に基づいて賠償請求した事案に関する)は、Xらは弁護士費用を「Yの不法行為により蒙った損害であるとして請求するものようであるが、金銭債務の不履行による損害は民法所定の遅延損害金によって填補せられるべきもの(民法419条2項)と解するのが相当である」とする。

これらの判決は、それぞれ異なった事案を前提とするものではあるものの、第一に、弁護士費用の賠償請求を否定することについて説得的ないし十分な説明が

なされているとはいい難い。すなわち、①判決および②判決は、原告が債務不履行に基づいて賠償請求していることを理由に挙げるが、同じく人身損害の賠償を請求するにあたり、契約上の債務不履行（①判決）ないし安全配慮義務違反（②判決）に基づく構成をとる場合と不法行為に基づく構成をとる場合とで、実質的にみて原告側の主張・立証すべき事実にほとんど変わりがない点については、何ら語るところがない。第二に、判例としての理論的な整合性の点で、必ずしも統一性があるようには見受けられない。すなわち、上記の①・②判決が債務不履行構成に基づく弁護士費用の賠償請求を否定するのに対し、③判決では、一転してこれを肯定しつつ、弁護士費用の賠償が認められるのは当該債務不履行が「不法行為に匹敵するほど反倫理的」なものである場合にのみ限定されるとの態度を示し、他方、④判決では、弁護士費用が「金銭債務の不履行による損害」であるとの理由から、その賠償を否定しているのである。また、①判決および③判決は、いずれも債務不履行と不法行為の選択的請求の事案であるにもかかわらず、結論を異にしている—①判決は不法行為に基づく賠償請求については肯定するが、③判決はこれを否定している—のも、不可解に思われる。

他方、肯定例は、医療事故や安全配慮義務違反事例を中心にかなりの数の裁判例が散見されるものの、弁護士費用の賠償が認められる理由について詳しく説くものは少ない。ここでは、理由づけを比較的詳細に述べている裁判例をとりあげる。まず、(イ) 契約上の債務不履行に関するものとして、⑤名古屋地金沢支判昭和53年1月30日⁽⁵⁵⁾ (XがY医師の手術中の過失によって患部に疼痛等を生じ再手術するも全快するまで2年以上を要したとして、診療契約上の債務不履行に基づいて賠償請求した事案に関する)は、「少なくとも本件の如く本来の債務が金銭債務ではなく、かつ、その債務不履行が不法行為をも構成するような場合においては、事案の難易、請求額、認容されるべき額その他の事情を考慮して相当と認められる額の範囲内の弁護士費用は債務不履行により通常生ずべき損害に含まれる」と判示し⁽⁵⁶⁾、また、⑥大阪高判昭和55年8月26日⁽⁵⁷⁾ (Y経営の精神薄弱児施設に入所中の児童A・Bが浄化槽内で死亡したのは右施設の職員Cの殺人によるとして、A・Bそれぞれの両親X1・X2らが—Cを刑事訴追するほか—Yに対して監護教育委託契約(準委任契約)上の債務不履行に基づいて賠償請求した事案に関する)は、Yの安全管理義務違反による債務不履行を認め、かつ、「A・Bが浄化槽内で死亡するに至った原因がYの職員によって殺害された場合

はもとよりそうでない場合においても、Yの責に帰すべからざる事由によって発生したものと認め難く、またYに債務不履行の責任を負わせることが信義則上酷に失すると認められるものは見当たらない」としたうえで、「右債務不履行は不法行為にも比すべき場合に当たるものであるから、右（損害賠償）請求をするに要した弁護士費用はその債務不履行と相当因果関係のある債権者の損害に該当する」と判示する。これらの判決においては、債務不履行が不法行為をも構成する（ないし不法行為にも比すべき）場合であることが、弁護士費用の賠償が認められる要件とされている。

つぎに、(ロ)労働契約上の安全配慮義務違反に関するものとして、⑦東京地判昭和52年6月15日⁽⁵⁸⁾（Y会社が請負工事のダム建設現場において電気発破で飛び散った岩石が従業員Aに命中して死亡したため、Aの遺族XらがYに対して労働契約上の安全配慮義務違反に基づいて賠償請求した事案に関する）は、「使用者が労働契約に付随して……負う保護義務に違背し、損害を加えた場合においても、被害者が、自己の権利擁護のために訴の提起を余儀なくされ、訴訟遂行を弁護士に委任したときには、その弁護士費用は……右債務不履行と相当因果関係のある損害と解するのを相当とする。」と判示し、⑧東京地判平成3年3月22日⁽⁵⁹⁾（航空機の機内クリーニング作業に従事していたXが筋々膜性腰痛に罹患したのは右業務に起因するとして、Y航空会社に対して安全配慮義務違反に基づいて賠償請求した事案に関する）は、「金銭債務の不履行を理由とする損害賠償請求訴訟を提起するために要した弁護士費用は、一般的には、右債務の不履行による損害に含まれると解することはできないが、少なくとも当該債務が債権者の生命又は身体を保護することを目的とするものであるときには、右債務の不履行に基づく損害賠償については、不法行為に基づく損害賠償請求と同様に扱うのが相当である。したがって、……被用者が自己の権利擁護のために訴えの提起を余儀なくされ、訴訟遂行を弁護士に委任したときは、その弁護士費用は……右債務不履行と相当因果関係にある損害と解するのが相当である。」と判示する⁽⁶⁰⁾。⑦判決が「自己の権利擁護のために訴の提起を余儀なくされたこと」を理由に挙げるにすぎないのに対して、⑧判決が、その前提として、当該債務が債権者の生命・身体を保護することを目的としているときは、その債務不履行に基づく損害賠償は不法行為に基づく場合と同様に扱うのが相当である旨を述べている点は、評価されてよからう。

以上のほか、(ハ)労働契約以外における安全配慮義務違反に関するものとして、⑨東京地判昭和55年5月14日⁽⁶¹⁾(自衛隊機が機長の過失によって墜落し同乗中のAが死亡したため、Aの相続人Xが国Yに対して安全配慮義務違反に基づいて賠償請求した事案に関する)は、「Xは直接契約の当事者ではなく、本件弁護士費用はXの負担において支出すべき費用であるが、Xの相続したYの義務違反に基づく損害賠償請求権実現のために要した費用であり、Xを含めた被害者側の支出としてこれを本件損害の中に含ませるのが相当である」とし、また、最近のものとして、⑩水戸地判平成23年6月16日⁽⁶²⁾(Y社の経営する介護老人保健施設に入所中のパーキンソン病患者Aが食事として提供された刺身を食して嚥下障害により死亡したため、Aの遺族XらがY社に対し、介護契約上の安全配慮義務違反があるとして、債務不履行または不法行為に基づいて賠償請求した事案に関する)は、嚥下能力の劣る高齢のAにとって誤嚥する危険性があるにもかかわらず、「Aに刺身を常食として提供したことについて介護契約上の安全配慮義務違反が認められるから、……Yには債務不履行が成立する。同時に、Aに対する不法行為(過失による不法行為)が成立する」としたうえで、Yの本件不法行為と弁護士費用の間に相当因果関係がある、と判示する。⑨判決は、弁護士費用について、(相続取得した)損害賠償請求権実現のための費用で、かつ(被害者自身を含めた)被害者側の支出として損害に含まれる旨を述べるにとどまり、当該安全配慮義務が被害者の生命・身体を目的としていることに触れない(ことさら強調しない)のは、理由づけとして不十分と思われる。他方、⑩判決は、原告からの債務不履行と不法行為の選択的な請求に対し、被告についてそのいずれの成立も認めておきながら、弁護士費用の賠償についてわざわざ不法行為に依拠してこれを認めているのは—債務不履行に依拠するのでは理由づけとして弱いと考えたためと推測されるが—不可解である。

(2) 学説の概況

弁護士費用を債務不履行に基づいて賠償請求しうるかについても、学説は対立する。

(i) 否定説 末川教授は、「弁護士に支払う報酬や手数料が損害賠償の範囲内にはいるということを一般化するについては、訴の提起の違法性をいかに認定するかということと相まって、かなりむづかしい問題がある」としたうえで、「殊にひとしく違法であるとされる債務不履行においては、『債務不履行ノ結果提

起セラレタル訴訟ニ於テ弁護士ニ訴訟代理ヲ委任シタル場合ト雖モ債務者ハ民事訴訟費用法ノ範圍外ニ於テ賠償ノ責ニ任セサルヲ以テ弁護士ニ支払ヒタル報酬及ヒ手数料ハ之ヲ賠償スルノ要ナキモノトス』る否定的な見解が妥当であると考えられる。」し、「ひとしく違法といっても、債務不履行と不法行為との間には違法性の種別と段階とに差異がある。」とされる⁽⁶³⁾。また、川島教授は、「不法行為から生じた本来的損害（たとへば毀された物の価額、転売によって得べかりし利益）は、借金債務のように具体的に明確でなく、したがってその具体的金額の確定には一当事者双方の妥協（契約）による確定が成りたため限り一裁判所の介入を必要とする」から、弁護士費用は「不法行為から通常生ずる損害であるといへないことはない」が、「しかしこの事情は契約債務の場合には存在しない。といふのは、そこでは殆ど常に具体的に債務内容が確定されて居り、また債権者は将来の履行を確保するため種々の手段（例担保）を準備することができる」つまり、債務不履行の場合には、その額の確定には裁判所の介入を必要としない—から、これに要する弁護士費用は債務不履行から通常生ずる損害とはいいい難い旨を述べられる⁽⁶⁴⁾。しかし、今日では、両教授に代表される否定説の立場をそのままの形で引き継ぐ学説は見たらないようである。

（ii）肯定説　末延教授は、前記・大判昭和11年（本稿Ⅱ（1）の⑤判決）の評釈において、「本件に於て直接の問題とはなっていないが、債務不履行についても何等異なった扱ひをなすべき理由はなさそうである。不法行為に於ては債務不履行に於けるよりも因果関係を広く認むべきだとすれば別であるが、両者共に因果関係によって律せられるとすると（大判大正15・5・22民集5巻386頁）、是の点によって区別すべき理由は自然に消滅する訳である。そうすると仮令本件の事実からは不法行為ではなく単に債務不履行しか認められないとしても結論は変わらないことになる」とされ⁽⁶⁵⁾、我妻教授も、不法行為に基づく弁護士費用を認めた前記・大判昭和8年（本稿Ⅱ（1）の①判決）に賛成しつつ、「債務者が応訴して争うのも当然だと認められる事情がない場合には、債権者の右費用も責に帰すべき債務不履行から生ずる損害とみるべきものと考え。」とされる⁽⁶⁶⁾。こうした見解は、実務家の支持を得たほか⁽⁶⁷⁾、近時では、奥田教授が、不法行為一般の場合における弁護士費用の賠償を肯定した前記・最判昭和44年（本稿Ⅱ（1）⑦判決）を引用しつつ、「右判旨からすれば、必ずしも不法行為を原因とする損害賠償請求事件のみならず、債務不履行に基づく損害賠償請求事件において

も、右判決の基本思想に合致する限りにおいては、弁護士費用のうちの相当額を債務不履行による損害の一部として請求しうることが是認されうる」とされ⁽⁶⁸⁾、また、新美教授が、「弁護士費用が賠償の対象となるかどうかは、責任の性質が不法行為であるかどうかということによるよりも、弁護士費用の賠償を肯定することが妥当であるかどうかの価値判断に基づいているとの印象を受ける」が、「そのような印象が正しいのならば、安全配慮義務違反を債務不履行と構成しようが、不法行為と構成しようが、同じ結論が導き出されるべきであるし、価値判断としては、肯定説が妥当に思われる。」とされる⁽⁶⁹⁾など、肯定説の立場をとるものが増えつつある。

(iii) 折衷説(限定説) 石井判事は、不法行為に基づく弁護士費用の賠償については右費用を「特別事情による損害」として認めうるとしたうえで、「債務不履行の場合には不法行為の場合とちがって債務額があらかじめ当事者間に明らかになっているのが通常であるとしても、権利実行のためには債務名義が必要なのであって、債務名義を取得するためには訴によらなければならないのであるから、この点から債務不履行の場合と不法行為の場合とを区別することもできない。両者は同列にとり扱われて然るべき」であり、債務不履行の場合の弁護士費用についても「特別事情による損害」として賠償が認められうる、とされる⁽⁷⁰⁾。これと観点はやゝ異なるものの、債務不履行に基づく弁護士費用を「特別事情による損害」と見たうえで賠償が認められうるとする点で同様の立場をとる実務家の見解がある⁽⁷¹⁾。他方、柚木教授は、債務不履行に基づく弁護士費用の賠償も因果関係によって決すべきであるとされつつ、「債務不履行と弁護士費用との間には必ずしも相当因果関係はないから、特別の立証なき限り、債権者は報酬乃至手数料の賠償を請求しえないと解すべきであろう。」とされる⁽⁷²⁾。もっとも、これらの見解においては、いかなる場合に「特別事情による損害」となるのか、また「特別の立証」とは何を対象とするのかが不鮮明であるように思われる。

なお、近時においても、上記の折衷説と同様に、債務不履行に基づく弁護士費用の賠償については何らかの形で限定されべきだと主張する見解が見られる。すなわち、(イ)一般の債務不履行においては、債権者が弁護士に訴訟委任することが「社会通念上相当な行為」とされる場合—換言すれば、当該債務不履行が不法行為をも構成するような強度の違法性(反社会性、反倫理性)を帯び、かつ、債務者が債権者の提訴に応訴して争うことが社会通念上相当でないと認められる

場合にのみ、弁護士費用は債務不履行により通常生ずべき損害としてその賠償が認められるとするもの⁽⁷³⁾、(ロ) 当該の債務不履行が不法行為と競合する場合に限定されるとするもの⁽⁷⁴⁾、(ハ) 同じく債務不履行であっても、「救済法関係」(医療過誤や安全配慮義務違反等が問題となる場合)と「取引法関係」とを区別し、後者の場合に弁護士費用の賠償が認められるのは困難だとするもの⁽⁷⁵⁾、および、(ニ) 被侵害法益または侵害行為の態様に着目して、弁護士費用の賠償をも認めることが公平に合致する場合には、請求原因が不法行為によるか債務不履行によるかを問わず、弁護士費用の賠償が認められ、それ以外の場合にはたとえ不法行為であっても否定されるし、また、人身損害の場合は原則として賠償が認められるが、非人身損害の場合は侵害行為が強度の違法性を帯びることが必要とされるとするもの⁽⁷⁶⁾、などである。

思うに、債務不履行に基づく弁護士費用の賠償に関する基本的な視座ないし立ち位置という点では、上記の学説の中では肯定説が妥当と思われる。第一に、奥田教授も指摘されるように、前記・最判昭和44年の判旨(ないし基本思想)―すなわち、賠償義務者から容易に履行を受け得ないため、自己の権利擁護上提訴を余儀なくされた場合は、弁護士に委任するのでなければ十分な訴訟活動をなし得ない(しかも現在ではそれが通常と認められる)から、その弁護士費用は相当な範囲内で当該不法行為と相当因果関係に立つ損害といえる―は、必ずしも不法行為の場合に限定されず、債務不履行の場合にもあてはまると解すべきであろう。第二に、弁護士費用―それは、違法行為から直接的に生ずる損害結果とはいいい難いとしても、違法行為なくして発生しないという意味で少なくとも事実的因果関係の存在は肯定される―の賠償が認められるかどうかは、違法行為の成立を前提にしたうえでの「賠償範囲の画定つまり相当因果関係の有無」の問題であり、かつそれが法的な価値判断によって決されるとすれば、新美教授も主張されるように、当該違法行為が債務不履行であっても、その訴訟提起に要した弁護士費用の賠償の可否が「相当性」の判断に組み込まれ、かつ原則的には不法行為の場合と同様の結論が導かれてしかるべきであろう。

とはいえ、債務不履行に基づく弁護士費用の賠償が不法行為に基づく場合と全く同様に扱われるべきであると解してよいかは、なお問題とされよう。それは、不法行為と債務不履行とでは、①「賠償義務者から容易に履行を受け得ないため、自己の権利擁護上提訴を余儀なくされた」という点では大差はないとしても、不

法行為の場合は、被害者が自己の意思とは無関係に被害を受けたために債権者になるのに対し、債務不履行の場合は、そもそもその原因となった債権債務の発生に権利者自らの意思によって関与しているという違いがあり、また、②「弁護士に委任しなければ十分な訴訟活動をなし得ない」という点については、不法行為の場合は、それが一方的かつ突発的に発生するため、弁護士に委任せざるをえない必要性が一般に大きいのに対し、債務不履行の場合は、事前に何らかの債権債務関係が存在している（それ故、債権者は通常、債務の内容およびその不履行の経緯を知り得る立場にある）ため、医療過誤等の例外的な場合を除けば、弁護士に委任せざるをえない必要性の度合いは不法行為の場合ほどは大きくないというるし、さらに、③被侵害法益についていえば、不法行為の場合は、人身損害を生ぜしめることが多いのに対し、債務不履行の場合は、むしろ非人身損害（取引上の損害）にとどまることのほうが多い、などの違いがあるからである。こうした点からみて、私見としては、債務不履行に基づく弁護士費用の賠償については、何らかの限定がなされるのもやむをえないように思われる。そして、その限定づけは、上記（二）の学説が説くように、原因行為が債務不履行である（ないしは請求原因が債務不履行による）からではなく、当該債務不履行が人身損害を生ぜしめたときは、弁護士費用の賠償は認められるべきだが、非人身損害にとどまる場合は、当該債務不履行が強度の違法性を帯びる場合にのみ限られると解するのが妥当と思われる。

IV 本判決の検討

（1）本判決の論理と判例上の意義

債務不履行に基づく弁護士費用の賠償が問題とされるうち、金銭債務の不履行の場合は別として⁽⁷⁷⁾、非金銭債務の不履行の場合については、本判決以前の上告審判決としては、前記・大判大正4年があるのみであり、右判決によれば、債務者は民事訴訟費用法の定める範囲外は賠償責任を負わないとの理由から、弁護士費用の賠償は否定されていた（Ⅲ（1）（ii）参照）。しかし、かなり多数の下級審裁判例は、非金銭債務の不履行の場合、とりわけ右不履行が安全配慮義務違反から成り、かつそれが人身損害を生ぜしめる場合の弁護士費用の賠償については、これを肯定するというのが顕著な傾向であった。もっとも、そこで示される理由づけは、自己の権利擁護のために訴えを余儀なくされたから、損害賠償債権

実現のために要した費用だから、当該債務不履行が不法行為をも構成するから、あるいは、当該債務が生命・身体を保護することを目的としているからなど、不十分または不統一なものであったといえる（Ⅲ（１）（iii）参照）。本判決は、そうした下級審裁判例の流れを受けてのものである。

（i）本判決の論理　本判決の論理は、つぎのごとくである。すなわち、①労働者が安全配慮義務違反を理由に債務不履行に基づく損害賠償請求をするにさいして主張・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から（最判昭和56年を引用）、②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が困難な類型の請求権であり、③したがって、労働者が右損害賠償を請求するため訴えを提起することを余儀なくされ、訴訟追行を弁護士に委任した場合は、その弁護士費用は相当と認められる限度で当該安全配慮義務違反と相当因果関係に立つ損害というべきである（前記・最判昭和44年を引用）。これを端的に言い換えれば、①主張・立証事実の面での不法行為との同質性、②権利行使のための訴訟活動の困難性（ないし弁護士に委任することの必要不可欠性）、および、③（結論としての）弁護士費用についての相当因果関係性の充足、ということになる。

本判決は、労働契約上の安全配慮義務違反（債務不履行）に基づく弁護士費用の賠償についてこれを明示的・積極的に認めた点で、その意義は小さくないが、判旨中で二つの最高裁判決を引用していることからわかるように、理論上とくに目新しいことを述べているわけではない。しいていえば、安全配慮義務違反と不法行為との間の「共通項」—主張・立証すべき事実の同質性（①）および訴訟活動の困難性（②）—を媒介して結論を導くという手法を最高裁としてとり入れた点に特徴があるといえようか。そうだとすると、本判決によれば、弁護士費用の賠償が認められるかどうかは、つまるところ、当該請求権が上記「共通項」によって括られる類型の請求権である場合にのみ限定されることを意味するようにも思われる。この点に関し、吉政准教授は、本判決は「損害賠償請求権の法的性質を問題とするのではなく、当該請求権にかかる訴訟活動の困難性を基準に弁護士費用の賠償の可否を判断する立場を明らかにしたと評価することができよう。」とされる⁽⁷⁸⁾。損害賠償請求権の法的性質よりも訴訟活動の困難性が重視されるべきであるとの見解それ自体に異論はないものの、本判決が、損害賠償請求

権の法的性質ないし「類型」を離れて、もっぱら訴訟活動の困難性を第一次的（ないし優先的）な基準として挙げている（ないしそうした立場を明らかにした）と見るのは、少なくとも本判決のとらえ方としては正確ではないように思われる。他方、中田教授は、「債務者がどのような債務又は行為義務を負っていたのか」が、弁護士費用が賠償されるべき損害に含まれるか否かを判断するうえできわめて重要であるとされつつ、「本判決が提示する『類型』が紛争類型や訴訟類型ではなく、請求権の類型であることは、このようにして理解することができる」と述べられる⁽⁷⁹⁾。弁護士費用の賠償の可否の判断にさいして、債務者の「債務（または行為義務）の内容」が重要視されるべきであるとの指摘には賛同したいが、右立場からすれば、むしろ逆に、「請求権の類型」を問題にする必要性は乏しいように思われる。なぜなら、たとえば当該の債務（または行為義務）の内容が債権者（または被害者）の生命・身体を保護することを目的としている場合には、当該債務の不履行によって人身損害を生ぜしめたこと自体が問題なのであって、それが、不法行為、安全配慮義務違反、あるいは契約上の債務不履行のいずれの構成によるのかは二次的な問題とというるからである。

（ii）本判決の判例上の意義　本判決に対しては、安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求において不法行為に基づく場合と同じ論理をもって弁護士費用の賠償を認めた点で重要だとするもの⁽⁸⁰⁾、実務に与える影響は大きいとするもの⁽⁸¹⁾、および、弁護士費用が「相当因果関係の範囲内にある損害の一部である」というのは「自明の理」であって、本判決が明快に「常識」を示した意味は非常に大きいとして高評価を与えるもの⁽⁸²⁾、などがある。（i）でも述べたように、本判決の意義は小さくないが、少なくとも理論上は新たな考え方を構築したわけではなく、先例としての前記・最判昭和44年を踏まえつつ、弁護士費用の賠償を認めた従来の下級審裁判例の動向を確認した⁽⁸³⁾にとどまるものといえよう。

（2）本判決の射程距離

本判決は、労働契約上の安全配慮義務違反があった場合の弁護士費用の賠償を肯定したが、その射程距離は、労働契約以外の契約ないし法律関係において安全配慮義務違反があった場合⁽⁸⁴⁾にも当然ながら及ぶものであり⁽⁸⁵⁾、さらに、すでに下級審裁判例の中に肯定例が散見されるように、主張・立証の負担の点で安全配慮義務違反と同様のことがいえる医療事故のケース⁽⁸⁶⁾にも及ぶと考えてよい⁽⁸⁷⁾。問題は、これら（安全配慮義務違反事案および医療事故）以外の一般の

債務不履行の場合にも及ぶかである。本件の評釈者の間でも意見が分かれるところだが⁽⁸⁸⁾、訴訟活動の困難性に加えて、当該債務不履行によって人身損害が生じている限りは、積極的に解してよいと思われる⁽⁸⁹⁾。

注

- (1) もっとも、新堂幸司『新民事訴訟法・第2版』(弘文堂、2001年)848頁によれば、現行制度を利用して敗訴者に訴訟費用の償還を求めることはほとんどなされておらず、訴訟費用敗訴者負担は貫徹されていないことが指摘されている。
- (2) 山木戸克己「社会情勢の推移には一致」自由と正義21巻7号(1970年)1-2頁。
- (3) 伊藤眞「訴訟費用の負担と弁護士費用の賠償」中野古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣、1995年)92頁参照。
- (4) 大判昭和12年9月22日(民集16巻1448頁)、後注(20)の大判昭和11年2月28日、後注(26)の最判昭和44年2月27日など。
- (5) 兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店、1954年)360頁、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣、1959年)358頁、新堂幸司『新民事訴訟法・第5版』(弘文堂、2011年)984頁など。
- (6) 我妻学「判批」別冊ジュリストNO.169(民事訴訟法判例百選・第3版、2003年)248頁。
- (7) これに対して、伊藤・前注(3)94頁は、「実質的・経済的にはともかく、法律上では、勝訴者が費用を負担することがその実体上の権利を一部減縮する効果を持つものではない。訴訟費用の負担は、実体権そのものにかかわるものではなく、むしろそれをめぐる紛争解決の費用として位置づけられるべきものである。」と述べる。
- (8) 同旨、田邨正義「弁護士費用」『実務民事訴訟講座2』(日本評論社、1969年)154頁。
- (9) なお、同じく安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求訴訟(ただし、じん肺についての国の安全配慮義務違反に基づく国賠法上の責任が問われたもの)において、弁護士費用の賠償を認めた原審判決を是認するものとして、最判平成6年2月22日(民集48巻2号441頁)、最判平成16年4月27日(民集58巻4号1032頁)がある。
- (10) 林昭一「本件・判批」判例セレクト2012〔Ⅱ〕(法学教室NO.390、2013年)25頁。
- (11) 従来の判例・学説を整理・分析する文献のうち、披見したなかで詳細かつ要を得ているものとして、小泉博嗣「債務不履行と弁護士費用の賠償」判夕452号(1981年)47頁以下、岨野悌介「弁護士費用の損害賠償」『新・実務民事訴訟講座

- 4』(日本評論社、1982年)103頁以下。
- (12) 新聞3563号8頁(不当な仮差押えの申立てを受けた事案に関するが、不当提訴についても言及)。
- (13) 判決全集5輯1118頁(不当な仮差押えについてのみ判示)。
- (14) 民集20巻20号1243頁(不当な親権喪失の訴えおよび親権停止等の仮処分申立てを受けた事案に関する)。
- (15) 民集22巻23号1179頁(無効な貸金債権譲渡の譲受人からの貸金請求訴訟=不当提訴に应诉した事案に関する)。
- (16) 下民6巻1号68頁。
- (17) 下民9巻8号1672頁。
- (18) ただし、右判示部分は一般論・原則論として述べたものであって、判決は、本件事案においては、もしもX(借主)が債務を弁済していなかったためにY(債権譲受人)の提訴があったのだとすれば、Xは債権者(債権譲渡が有効であればY、無効であれば譲渡人)に弁済しさえすれば应诉に要した弁護士費用を免れた(したがってXは弁護士費用を請求する権利を有しない)可能性がある旨を述べ、原審に対して審理不尽の違法ありとして差し戻している。この点を含め、④判決の判例上の位置づけに関し、川島武宜「弁護士費用の賠償」ジュリスト200号(1960年)85頁、岨野・前注(11)109頁以下(同・111頁で、④判決は一般的に弁護士費用の賠償請求を認めるには慎重であるべきとの考え方を示したものだ、と評する)、参照。
- (19) この点につき、最判昭和63年1月26日(民集42巻1号1頁)は、「訴えの提起は、提訴者が当該訴訟において主張した権利または法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである上、同人がそのことを知りながらまたは通常人であれば容易にそのことを知りえたのにあえて提起したなど、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限り、相手方に対する違法な行為となる。」とする。
- (20) 民集15巻4号300頁。なお、同判決は、訴訟提起委任に要した弁護士費用の賠償を認容した最初の裁判例であるといわれている。小倉顕・最判解説(民)昭和44年度(上)174頁、小泉・前注(11)48頁参照。
- (21) 民集22巻19号870頁。
- (22) 川島武宜・判例民事法昭和18年度五一事件評釈219頁以下は、⑥判決はそうした立場をとったのだと評する。
- (23) ちなみに、大審院は、初期の段階では、加害行為の悪質性が強い場合(相手方による誣告・不実の告訴や犯罪行為がなされた場合)には弁護士費用の賠償をいわば例外的に認めるものの(大判明治33年5月31日刑録6巻5号84頁、大判大10年11月18日民録27輯1971頁、大判大2年3月26日評論2巻刑訴19頁など)、そうでない場合には否定しており(大判明治32年10月7日民録5輯9巻58頁、大判大3年3月2日刑録20巻221頁など)、⑥判決は、これら初期の判例と基本的立場を同じくするようにも思われる。

- (24) 岨野・前注(11)107頁は、⑥判決について、当該事案のような「損害賠償請求訴訟提起に要した弁護士費用を、不法行為と相当因果関係に立つ損害とは原則として認めない趣旨を明らかにしたものと理解すべきではないか」と述べる。さらに、同・112頁では、不法行為と弁護士費用との因果関係を認めるかにみえた上記⑤判決は、この⑥判決によって実質的に覆され、しかも⑥判決の消極的態度を前記④判決が事実上追認したことにより（この点につき、本稿・前注(18)参照）、「結局、大審院は、弁護士費用の賠償請求を限定した範囲でしか認めない見解に落ち着いたといえる。」と評する。
- (25) この点について、小倉・前注(20)176頁以下参照。
- (26) 民集23巻2号441頁、判時548号19頁、判夕232号276頁。
- (27) 桜田勝義「最高裁と弁護士費用論」法学セミナー160号（1969年）46頁。
- (28) 小倉・前注(20)187頁以下、同・「判批」法曹時報21巻9号154頁。同旨、岨野・前注(11)114頁。
- (29) なお、石外克喜「判批」民商62巻1号（1970年）87-88頁は、本最高裁判決は、上記のような一般論とは裏腹に、本件事案に即した叙述部分では、「結局、右出損は上告人Yの違法な競売申立の結果、被上告人Xに与えた通常生ずべき損害である」としており、一般論とその前提をなす事実関係との間にくい違いがあるのではないか、また、同判決のいう「違法な競売申立」の違法とはむしろ重過失の意味に解しうるから、その点でも事実と理論構成とのくい違いがある、と述べる。
- (30) 最判昭和44年3月6日（裁判集民94号543頁）一課税処分取消訴訟に要した弁護士費用と違法な課税処分との間の相当因果関係を肯定、最判昭和45年7月14日（判時602号54頁）一権利回復のために支出した弁護士費用と詐欺行為との間の相当因果関係を肯定、および、交通事故に関する最判昭和45年4月21日（判時595号54頁）一加害者の使用者に対する請求事案、最判昭和57年1月19日（民集36巻1号1頁）一保険会社に対する請求事案、最判昭和58年9月6日（民集37巻7号901頁）一運行供用者に対する請求事案、など。
- (31) 奥田昌道『債権総論・増補版』（悠々社、1992年）208頁参照。
- (32) 岨野・前注(11)115頁。なお、こうしたとらえ方に対する疑問を投げかけるものとして、伊藤・前注(3)100-101頁。
- (33) なお、田邨・前注(8)157頁は、「もし、かかる見解が肯定されるとすれば、応訴・抗争行為自体の不法を問題にする必要はないわけである」と述べる。
- (34) 末川博「不当なる訴の提起と不法行為」民商4巻1号186頁、同「弁護士の報酬と不法行為の損害」民商4巻2号421頁、同「不法行為に因る損害と弁護士費用」民商20巻1号19頁など。
- (35) 末延三次・判例民事法昭和11年度一八事件評釈80頁以下。ほかに、平野義太郎・判例民事法大正10年度一六七事件評釈571頁（ただし、弁護士費用も実質的に訴訟費用に含まれるとみる）。

- (36) 川島武宜・判例民事法昭和16年度七九事件評釈358頁以下、同18年度五一事件評釈225頁以下、同18年度六六事件評釈291頁以下など。
- (37) 加藤一郎『不法行為法』（有斐閣、1957年）222頁、於保不二雄『債権総論』（有斐閣、1972年）129頁、谷口知平「判批」民商37巻4号608頁など。
- (38) 河合伸一「弁護士報酬と賠償請求」司法研修所報18号107頁以下。
- (39) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）127頁、石井良三「敗訴者不利益負担制度による民事裁判の強化」『民事法廷覚え書』（一粒社、1962年）217頁、田邨・前注（8）158頁、桜田・前注（27）45頁など。
- (40) 岨野・前注（11）121頁参照。
- (41) 裁判集民110号231頁、判時723号44頁。
- (42) 我妻・前注（39）138頁、田邨・前注（8）158頁、小泉・前注（11）50-51頁、岨野・前注（11）124頁、滝渾孝臣「安全配慮義務違反に基づく損害賠償当事者の拡大」『現代民事裁判の課題7「損害賠償」』（新日本法規、1998年）215頁など。なお、これに反対する少数説として、東孝行「弁護士費用の賠償」判タ281号59頁（弁護士費用を特別損害とみる）。
- (43) 民録21輯725頁。
- (44) 斎藤清貴「弁護士費用の賠償を認め得る限度」判タ254号56頁、田邨・前注（8）158頁、小泉・前注（11）50頁など参照。
- (45) 岨野・前注（11）107-108頁。
- (46) 伊藤・前注（3）102頁。
- (47) 金法626号32頁。なお、控訴審の東京高判昭和47年8月31日（金法678号31頁）も右判決を是認する。
- (48) 判タ717号160頁。
- (49) 判時738号75頁、判タ307号191頁。
- (50) なお、否定例として、以下に挙げるもののほか、東京地判昭和54年4月23日（訟務月報25巻8号2096頁）、東京高判昭和55年2月29日（判時961号80頁）、東京地判昭和56年1月23日（訟務月報27巻3号456頁）など。
- (51) 判時784号92頁、判タ308号253頁。
- (52) 判タ413号94頁。
- (53) 判時1061号97頁。
- (54) 判時1058号67頁。
- (55) 判時889号57頁、判タ362号320頁。
- (56) これに対し、同じく診療契約上の債務不履行に関する、甲府地判昭和46年10月18日（判時655号72頁）は、Y市立病院での麻酔注射により呼吸困難になって窒息死した患者の遺族XらがY市に対して診療契約上の債務不履行に基づいて賠償請求した事案につき、「主張整理及び証拠収集の困難性など、本件訴訟の遂行状況に照らすと右（弁護士費用）はいずれも、本件死亡と相当な因果関係があり、右費用

はYにおいて賠償すべき損害である」と判示するにとどまる。

- (57) 判時997号121頁。
- (58) 判時862号10頁。
- (59) 判時1382号29頁。
- (60) これとほぼ同様の理由づけをするものとして、大阪地判平成10年4月30日（判時1685号68頁）一運送会社の従業員が腰痛の発症について会社に対して安全配慮義務違反に基づいて賠償請求した事案に関する。
- (61) 判時971号75頁，判夕424号131頁。
- (62) 判時2122号109頁。
- (63) 末川「不法行為を構成する不当な訴と損害賠償の範囲」民商15巻4号87頁。
- (64) 川島・前注（22）224頁。
- (65) 末延・前注（35）81頁。
- (66) 我妻・前注（39）126頁。
- (67) 桜田・前注（27）47頁は，前記・最判昭和44年（本稿Ⅱ（1）の⑦判決）の「趣旨をおし進めるならば，不法行為と債務不履行の若干のニュアンスの違いはあるにせよ，早晚債務不履行の場合の弁護士費用も認めざるをえないことになるであろう」とする。また，田邨・前注（8）158頁は，論理的には消極説（否定説）が正当とされつつも，「弁護士費用が訴訟費用に算入されない現状では，衡平の見地から積極説（肯定説）を是認せざるをえないのではなからうか」とする。このほか，河合・前注（38）104頁参照。
- (68) 奥田・前注（31）108頁。
- (69) 新美『安全配慮義務の存在意義』再論』法律論叢60巻4＝5号612頁。
- (70) 石井・前注（39）217頁以下。
- (71) 斎藤・前注（44）57頁以下，東・前注（42）59頁。
- (72) 柚木馨『判例債権法総論（上）』（有斐閣，1951年）155頁。
- (73) 小泉・前注（11）57頁。
- (74) 山本矩夫「債務不履行と弁護士費用の賠償」判夕466号53頁，難波孝一「安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の種類とその範囲」『現代民事裁判の課題7 [損害賠償]』（新日本法規出版，1998年）200頁。
- (75) 岨野・前注（11）125頁
- (76) 伊藤・前注（3）107-108頁。
- (77) 金銭債務の不履行による損害賠償については，民法419条の特則が置かれてい
る関係上，弁護士費用の賠償は認められないというのが，判例であり（Ⅲ（1）
（i）参照），多数学説もこれに同調する。なお，民法419条1項は通常損害に限定
され，特別損害については立証により請求しうるとする見解があり（山中康雄『債
権総論』（巖松堂書店，1953年）103頁，石田喜久夫『債権総論』（青林書院，1993
年）44頁），右見解に立てば，弁護士費用等の取立費用は特別損害にあたるとして，

その賠償請求が可能である旨を主張する少数説として、東・前注(42)54頁。

- (78) 吉政知広「本件・判批」ジュリスト1453号74頁。
- (79) 中田裕康「本件・判批」私法判例リマークス46号(2013年〈上〉)29頁。
- (80) 中川敏宏「本件・判批」法学セミナー692号(2012年9月号)128頁。
- (81) 河津博史「本件・判批」銀行法務21 NO.744(2012年5月号)63頁。
- (82) 夏井高人「本件・判批」判例自治354号108頁。
- (83) 林・前注(10)25頁。
- (84) たとえば、本稿Ⅲ(1)(iii)で考察したなかでは、介護契約上の安全配慮義務違反(前記・⑩判決)、および、自衛隊員に対する国の安全配慮義務違反(前記・⑨判決)、など。
- (85) 林・前注(10)25頁、中田・前注(79)29頁、宗宮英俊「本件・判批」NBL NO.983(2012年8月15日)94頁。
- (86) 本稿Ⅲ(1)(iii)で挙げた前記・⑤判決、および、前注(56)の甲府地判昭和46年など。
- (87) 白石友行「本件・判批」民商146巻6号616頁。
- (88) 白石・前注(87)616頁は、「訴訟追行の困難性を出発点に据えた本判決の論理は、契約利益の不実現にかかわるケースにおいても意味をもつことになろう。」として、肯定的な立場をとる。これに対し、林・前注(10)25頁は、「単に主張立証の困難な事例であるという理由だけでは、通常の債務不履行事件にその射程は及ばないとの見方が可能」とする。なお、本判決に関する判例時報2144号90頁の匿名コメントも、否定的な見方をする。
- (89) Ⅲ(1)(iii)で挙げた前記・⑥判決(監護教育委託契約上の債務不履行に起因する死亡事案)は、その一例となろう。