

債務不履行と弁護士費用賠償

萩野奈緒

- I はじめに
- II 日本における議論状況
 - 1. 不法行為の場合
 - 2. 債務不履行一般の場合
 - (1) 判例の状況
 - (2) 学説の状況
 - (a) 不法行為と債務不履行との相違
 - (b) 弁護士費用の性質
 - 3. 金銭債務の不履行の場合
 - (1) 判例の状況
 - (2) 学説の状況
 - (a) 419条の適用範囲の限定
 - (b) 弁護士費用の性質
 - 4. 小括
- III CISG74条と弁護士費用賠償
 - 1. Zapata 事件
 - 2. 学説における議論
 - (1) 否定説
 - (2) 肯定説
 - (3) CISG 諮問会議の意見
 - 3. 小括
- IV むすびに代えて

I はじめに

債務者がその債務を任意に履行しない場合、債権者は債務者に対し、債務不履行から生じた損害の賠償を請求することができる（民415条）。では、債権者が弁護士に委任して債務者に対する損害賠償請求訴訟を提起した場合、その訴訟追行にかかる弁護士費用は、債務不履行から生じた損害として賠償

されうるのだろうか。

わが国の民事訴訟制度が弁護士強制主義を採用しておらず、弁護士に委任しなくても訴訟追行ができることからすれば、債権者が自らの判断で弁護士に訴訟追行を委任したからといって、その費用が当然に賠償されうる損害にあたるということとはできないだろう。しかし、弁護士に委任せずに十分な訴訟追行をすることは事実上困難である場合も多く、不法行為の分野では、不法行為による損害賠償請求訴訟の追行に要した弁護士費用は、相当と認められる額の範囲内のものに限り、「不法行為と相当因果関係に立つ損害というべき」だとするのが確立した判例である（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。）。また、近時、安全配慮義務違反の場合にも、訴訟追行に要した相当額の弁護士費用は「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」だとする判例が現れた（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。）。そうすると、債務不履行による損害賠償請求訴訟においても、少なくとも一定の類型については、弁護士費用賠償が肯定されてよいように思われる。

もっとも、弁護士費用賠償を肯定すべき類型にあたるか否かをどのような基準によって判断すべきかは、必ずしも明らかではない。また、民事訴訟制度との整合性からすれば、弁護士費用賠償を肯定することについては謙抑的であるべきだとの指摘もある¹⁾。敗訴者負担とされる「訴訟費用」(民訴61条)に当事者が自由に選任した弁護士費用が含まれない以上(民事訴訟費用等に関する法律2条参照)、一定の類型に関してのみ、しかも片面的な弁護士費用の敗訴者負担を認めることには合理的な理由がないというのである。

以上の状況をふまえ、本稿では、弁護士費用賠償を肯定すべき類型にあたるか否かを決する基準を具体的に検討する前提として、債務不履行と弁護士費用賠償に関する従来の議論を整理することを通じて問題の所在を明らかにすることを試みたい。その際、わが国における議論だけでなく、国際物品売

1) 道垣内弘人ほか「訴訟におけ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(2018年)161頁〔山本和彦発言〕。

買契約（CISG）74条にいう「損失」に弁護士費用が含まれるかという問題に関する議論も参照する。後者は、弁護士費用の償還は手続法上の問題だとして弁護士費用賠償を否定した判決を契機に展開されたものであり、これを参照することによって問題の所在がより明確になる可能性があるからである。

II 日本における議論状況

わが国において、債務不履行による損害賠償として弁護士費用賠償が認められるかという問題は、昭和44年判決が出されて以降は、不法行為の場合には弁護士費用賠償が認められることを前提としつつ、それと対比する形で論じられることが多かった。そこで、以下では、まず不法行為と弁護士費用賠償に関する実定法の状況を確認したうえで（1）、債務不履行と弁護士費用賠償に関する議論を整理する（2）。ただし、債務不履行の中でも、金銭債務の不履行については、判例が、民法419条を根拠に、弁護士費用の賠償を否定しており（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。）、学説上も、利息超過損害として弁護士費用の賠償を請求することができるかという形での議論がある。そこで、金銭債務の不履行については、債務不履行一般とは区別して取り上げることとしたい（3）。

1. 不法行為の場合

不法行為による損害賠償請求については、昭和44年判決以前から、不当訴訟等に対抗するために必要となった弁護士費用の賠償は肯定されてきた（濫訴型²⁾。もっとも、それ以外の場合には、弁護士費用賠償は原則として否定されており³⁾、学説上も、不法行為の被害者が訴訟を提起するために要した弁護士費用は訴訟によって生じた損害であって、当該不法行為によって通常

2) 大判昭和16年9月30日民集20巻20号1243頁、大判昭和18年11月2日民集22巻23号1179頁等。

3) 大判明治32年10月7日民録5輯9号58頁、大判大正3年3月2日刑録20輯221頁、大判昭和18年8月16日民集22巻19号870頁等。

生ずべき損害でも特別事情によって生じた損害でもない等として、賠償を否定する見解が有力に主張されていた^{4) 5)}。

そのような中、一般論として、不法行為による損害賠償請求訴訟の追行に要した弁護士費用の賠償を認めたのが、昭和44年判決である。同判決は、「わが国の現行法は弁護士強制主義を採ることなく、訴訟追行を本人が行なうか、弁護士を選任して行なうかの選択の余地が当事者に残されているのみならず、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のである。したがって、相手方の故意又は過失によつ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」と判示した。

昭和44年判決の事案は、違法な根抵当権実行に対抗するために抵当権設定登記の抹消登記手続を求める訴訟を提起した際の弁護士費用の賠償を請求したというものであって、濫訴型として処理することも不可能ではなかった。それにもかかわらず、最高裁は敢えて一般論として、不法行為自体と相当額の弁護士費用との間の因果関係を肯定する立場を明らかにしたのである⁶⁾。

4) 末川博「判批」民商4巻2号(1936年)175頁、同15巻4号(1942年)81頁、同20巻1号(1944年)19頁、同20巻2号(1944年)49頁。

5) これに対し、弁護士費用の賠償を肯定する見解も主張されていた(末延三次「判批」判民昭和11年度18事件〔通常損害だとする〕、石井良三『民事法廷覚え書』(一粒社、1962年)217頁以下〔特別損害だとする〕)。また、具体的衡平の理念を重視して、濫訴型以外の場合には、行為の違法性の強弱によって賠償の肯否を決すべきだとする見解もあった(川島武宣「判批」判民昭和16年度79事件、同18年度51事件)。

6) 小倉顕「判解」曹時21巻9号(1969年)154頁参照。

その翌年には交通事故の事案についても弁護士費用賠償が認められるに至り⁷⁾、不法行為自体と因果関係にある損害として弁護士費用の賠償が一般的に認められることが明らかになった。

現在では、不法行為による損害賠償に関しては、損害額（厳密に言えば、弁護士費用以外の損害を積算し、過失相殺や損益相殺等による調整をした後の請求可能金額）の1割程度を弁護士費用賠償として認める実務が定着しているといつてよい⁸⁾。

2. 債務不履行一般の場合

(1) 判例の状況

債務不履行による損害賠償一般については、弁護士費用の賠償を否定する古い判例があるものの⁹⁾、昭和44年判決以降に、一般論として弁護士費用の賠償を肯定ないし否定した判例は見当たらない。

もっとも、既に指摘したとおり、安全配慮義務違反の場合については、平成24年判決が、弁護士費用の賠償を認めるに至った。同判決は、「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……、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

7) 最判昭和45年4月21日判時595号54頁。

8) 交通事故訴訟につき、日弁連交通事故相談センター研究研修委員会編『交通事故損害額算定基準〔26訂版〕』（2018年）62頁、日弁連交通事故相談センター東京支部編『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準〔第47版〕』（2018年）65頁参照。

ただし、損害額が極めて小さいあるいは極めて大きい場合には、この基準を上回るまたは下回る金額が弁護士費用相当額とされる場合がある。前者の例として、京都地判平成20年9月16日WLJPCA09169004〔損害額10万円／弁護士費用相当額10万円〕を、後者の例として、東京地判平成21年12月4日判時2072号54頁〔損害額約105億1212万円／弁護士費用相当額2億円〕を挙げることができる。

9) 大判大正4年5月19日民録21輯725頁。土地の買主が目的土地を第三者に追奪されたため、売買契約を解除し、売主に対して代金等とともに、前訴たる追奪訴訟において買主が支払った訴訟費用等を売主の債務不履行による損害として賠償請求したという事案について、民事訴訟費用法の規定の範囲外でその賠償を求めることはできないとした。

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行うことが困難な類型に属する請求権であるということが出来る」から、「労働者が、使用者の安全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」という。安全配慮義務違反による損害賠償請求訴訟と不法行為による損害賠償請求訴訟における原告の訴訟活動の類似性に着目し、前者も「弁護士に委任しなければ十分な訴訟活動を行うことが困難な類型に属する請求権」だとして、弁護士費用賠償を肯定していることからすれば、同判決の射程は、その他の（不法行為と類比することの難しい）事案類型には及ばないものと思われる¹⁰⁾。

以上からすれば、債務不履行による損害賠償一般について、弁護士費用の賠償が認められるか否かに関する判例の立場は未だ明らかでないということができよう¹¹⁾。

(2) 学説の状況

(a) 不法行為と債務不履行との相違

昭和44年判決が出される以前の学説の多くは、不法行為の場合と債務不履行の場合とを区別することなく、弁護士費用賠償の肯否を論じていた¹²⁾。も

10) 他方、医療過誤訴訟のように、債務不履行による損害賠償と構成するか不法行為による損害賠償と構成するかによって原告が主張立証すべき事実ほとんど相違がないような類型については、弁護士費用の賠償が認められうるだろう（同旨、白石友行「判批」民商146巻6号（2012年）616頁）。

11) 下級審裁判例については、医療過誤や労働災害のような場合を除き、債務不履行の場合には弁護士費用の賠償を認めない傾向が強いことが指摘されている（岡本詔治『損害賠償の範囲I（総論・売買）』（一粒社、1999年）231頁以下）。

12) たとえば、否定説にたつ末川博士は、不法行為の場合に一般的に弁護士費用の賠償を認めるならば「債務不履行がある場合にも同様に解せられなければならない」としつつ、そのような帰

つとも、その後の学説をみると、同判決の趣旨をおし進めるならば債務不履行の場合も弁護士費用賠償を肯定せざるを得ないとの指摘がされる一方で¹³⁾、実務家の多くは、債務不履行の場合には弁護士費用賠償を制限すべきだとの見解を表明した¹⁴⁾。昭和44年判決を前提としつつ債務不履行の場合に弁護士費用の賠償を制限することを正当化するためには、不法行為と債務不履行との相違が明らかにされなければならないが、この点については、次のような説明がされていた。すなわち、「債務不履行については、その原因となる債権債務の発生に関し、権利者自らの意志により関与しているという事実がある……が、不法行為の被害者は、自己が好むと好まざるとにかかわりなく、即ち自己の意思とは無関係にある被害を受けてそのために債権者たる地位に立たざるを得なくなったものである。従って、債務不履行にあっては、弁護士に依頼しなければならない事態になったとしても、それは自ら播いた種を刈り取るためのものに過ぎないのに対し、不法行為にあっては、それとはまったく逆に、他人の播いた種を刈り取るために弁護士を頼まざるを得なくなったものといえることができる」¹⁵⁾、「前者〔取引法関係〕においては通常当事者間に信頼関係が存するのであるから紛争が生じるとまず当事者間の話

結は敗訴者（特に債務不履行の場合の債務者）にとって酷にすぎるといふ（末川・前掲注（4）（民商4巻2号）180-182頁）。また、末延博士も、不法行為者が賠償を拒否したために被害者が提訴した場合に応訴が不法行為に該当しなければ弁護士費用の賠償を認めないのは勝訴者たる被害者に酷にすぎるとして肯定説にたつことを明らかにしたうえで、「債務不履行についても何等異なつた扱ひをすべき理由はなさそうである」といふ（末延・前掲注（5）81頁）。

以上に対し、川島博士は、不法行為の場合には、損害額が具体的に明確でなく、その確定に裁判所の介入が必要であるのに対し、契約上の債務の不履行の場合にはそのような事情は存在しないと、両者を区別している（川島・前掲注（5）（判民昭和18年度）224頁）。もっとも、これに対しては、債務不履行の場合にも、権利実行のためには債務名義が必要であり、債務名義を取得するためには訴えによらなければならないのだから、債務不履行の場合と不法行為の場合とを区別することはできないとの反論がある（石井・前掲注（5）217-218頁）。

13) 桜田勝義「最高裁と弁護士費用論」法セ160号（1969年）47頁。

14) 学説は、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という留保を付けるものもあるが（我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）126-127頁）、一般には、債務不履行の場合にも不法行為の場合と同様に、弁護士費用の賠償が認められるとしていた（於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972年）140頁）。

15) 斎藤清實「弁護士費用の賠償を求め得る限度」判タ254号（1971年）57-58頁。

合いから出発しかつこれに期待できる度合が高いのに対し、後者〔救済法関係〕においては、……当事者の関係は加害者、被害者の関係から始まって日常の信頼関係は存しない。このような生活関係において話し合いに期待する度合が低い。自然と訴訟に走ることになる¹⁶⁾、「債務不履行を原因とした請求のなかには、…種々のものがあり、しかも、その債務不履行が債務者の責に帰すべき事由によるとはいえ、必ずしも債務者の強度の違法性（反社会性、反倫理性）を帯びた行為に基因しないもの…もある¹⁷⁾」、「第三類型の〔金銭債務ではなく、不法行為と競合しない〕契約上の債務は、その内容が予め契約当事者間で定められて具体的に明確であり、不履行の場合の履行利益の損害賠償額は予測可能であり、かつ、予め将来の紛争を予測した措置（担保設定、賠償額の予定）を講ずることが可能である¹⁸⁾」といった点が指摘された。

もっとも、仮に、債務不履行の場合には弁護士費用賠償を制限すべきだとの結論が裁判実務における経験に照らして納得できるものであるとしても、上記のような説明が理論的に十分説得的であるかについては疑問なしとしない¹⁹⁾。近時の学説をみても、債務不履行と不法行為とで弁護士費用の賠償について異なった取扱いをする意味は乏しく、弁護士費用相当額の賠償に関して、債務不履行独自の法理を立てる必要はないとされている²⁰⁾。

(b) 弁護士費用の性質

以上に対し、そもそも弁護士費用は「債務不履行ないし不法行為による損害賠償制度において、実体法上本来賠償の予定された損害ではなく、実体法上の右損害の賠償を訴訟手続を通じて実現するために必要となる経費であっ

16) 東孝行「弁護士費用の賠償」判タ281号（1972年）58-59頁。

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

18) 山本矩夫「債務不履行と弁護士費用の賠償」判タ466号（1982年）52頁。

19) 岨野悌介「弁護士費用の損害賠償」鈴木忠一＝三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座4』（日本評論社、1982年）126-127頁参照。

20) 潮見佳男『新債権総論I』（信山社、2017年）522頁。潮見教授によれば、「今日の学説も、ほぼ異論なく、不法行為におけるのと同様の要件のもと、弁護士費用相当額の全部または一部を債務不履行による損害として認めている」。

て、両者はいわば次元を異にする性質のもの」だとの指摘も根強く存在する²¹⁾。このような指摘は、弁護士費用を権利追求費用ないし紛争解決費用ととらえるものだといえよう²²⁾。このように考えるならば、弁護士費用賠償と訴訟費用敗訴者負担制度との間には連続性が認められることとなり、債権者勝訴の場合にのみ弁護士費用賠償が肯定され債務者勝訴の場合には弁護士費用賠償は認められないことや、債務者が応訴することに相当の理由がある場合にも弁護士費用賠償が認められることの当否が問題とされうる²³⁾。

以上のような観点からすれば、弁護士費用賠償を認めるべきか否かは、そもそも弁護士費用を敗訴者に負担させるべきか否か、また、債権者勝訴の場合にのみ敗訴者負担とすること（片面的敗訴者負担）を正当化することができるか否かにかかっていると考えることができる。このうち前者については、民事訴訟法の分野において、そもそも訴訟費用敗訴者負担原則自体の合理性に疑問を呈する見解が現れていることが興味深い。すなわち、敗訴者負担原則の背後には権利既存の観念が存在するが、勝訴者が判決確定前から権利を有しており敗訴者はその権利を争うべきではなかったというのは結果論にすぎないから、敗訴という結果のみを根拠に相手方の訴訟費用の負担を強いることは合理的でない。また、訴訟費用は実体権をめぐる紛争解決にかかる費用として位置づけられるべきものであり、紛争解決という点では両当事者が勝訴・敗訴にかかわらず等しく利益を受けるのであるから、訴訟費用もそれぞれが負担するのが公平だというのである²⁴⁾。なお、後者に関しては、権利侵害を受けた被害者は侵害によって受けた損害につき相手方から完全な補償

21) 山本・前掲注(18)52頁。

22) なお、このほか、弁護士費を「取立費用」ととらえ、「弁済費用」(485条)と構成することを示唆する見解もある(磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』(有斐閣、1970年)197-198頁〔北川善太郎〕、奥田昌道編『新版注釈民法(10)Ⅱ債権(1)債権の目的・効力(2)』(有斐閣、2011年)568頁〔能見善久〕)。もっとも、少なくとも金銭債権の取立費用については、昭和48年判決が、485条にいう弁済費用にはあたらないとの判断を示している。

23) 小泉・前掲注(17)57頁。

24) 伊藤眞「訴訟費用の負担と弁護士費用の賠償」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣、1995年)92-94頁。

を受ける地位が補償されるべきだとの「完全補償の原則」が片面的敗訴者負担制度を理論的に支えることができるとの主張がある一方で²⁵⁾、実体法上は不合理な結果とはいえなくとも勝訴被告の側からみれば一方的な負担を課されるという不満を持つのは当然だとの指摘もある²⁶⁾。

弁護士費用を権利追求費用ないし紛争解決費用ととらえる場合には、不法行為の場合と債務不履行の場合とで根本的に異なる取扱いをする理由はなさそうである。とはいえ、既述のとおり、いずれの場合にも一般的に弁護士費用賠償を認めると、勝訴被告の不公平感は増幅するし、そもそも敗訴者負担原則自体の合理性にも疑問が呈されている。伊藤眞教授は、こうした認識から、「被侵害法益または侵害行為の態様に着目して、弁護士費用という権利実現に要する費用までも回復させ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ものか、それとも債務不履行によるものかを問わず、弁護士費用の賠償を認め、それ以外の場合には、たとえ不法行為であってもこれを否定するのが合理的である」とする。具体的には、第1に、人身損害が生じている場合には、より手厚い保護を与えるという趣旨から、損害回復のために支出された弁護士費用も賠償範囲に含めるべきであり、第2に、非人身損害の場合であっても、侵害行為の違法性が強度の場合には、弁護士費用賠償を認めることが当事者間の公平に合致するという²⁷⁾。

3. 金銭債務の不履行の場合

(1) 判例の状況

金銭債務の不履行については、昭和48年判決が、「弁護士費用その他の取立費用」の賠償を明確に否定している。もっとも、その理由は「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

25) 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)」NBL723号(2001年)55-56頁。

26) 伊藤・前掲注(24)107頁。

27) 伊藤・前掲注(24)107-108頁。

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」というものであるから、同判決の射程は、金銭債務以外の債務不履行の場合には及ばない。

(2) 学説の状況

昭和44年判決の趣旨からすれば債務不履行の場合も弁護士費用賠償を肯定せざるを得ないと考えつつ、昭和48年判決の結論を是認するならば、金銭債務の不履行とその他の債務の不履行とで異なる扱いをすることになるが、それでは一貫性を欠くのではないか。そのような問題意識から、債務不履行一般について弁護士費用の賠償を認めるべきでないとの指摘がある一方で²⁸⁾、金銭債務の不履行の場合にも弁護士費用賠償を認めるべきだとの見解も主張されている。これを認めるためには、弁護士費用について419条の適用を否定するほかないが、大きく分けると2つの方向性が模索されている。一方は、弁護士費用を損害賠償の問題だと捉えつつ419条の適用範囲を狭めようとするものであり、他方は、弁護士費用は本来損害賠償の問題ではないと考えることで419条の射程から外そうとするものである。前者によれば、弁護士費用が賠償されるか否かは416条によって決せられることとなるのに対し、後者によれば、弁護士費用が償還されるか否かは416条とは別のルールによって規律されるべきこととなる。

(a) 419条の適用範囲の限定

金銭債務の不履行の場合にも弁護士費用の賠償を認めるべきだとする学説の多くは、419条の適用範囲を限定することにより、416条の適用を認めることで、弁護士費用の賠償を肯定しようとする。419条の適用範囲の限定の仕方にはいくつかの考え方があがるが、たとえば、419条1項は通常損害に關す

28) 小泉・前掲注(17)57頁。

る規定であって、特別損害(416条2項)の証明ができれば、その賠償請求を認めるべきだとする見解²⁹⁾や、419条は利息による遅延損害金に関する特別であって、債権者はその限りで損害の証明をする必要がなく債務者は不可抗力の抗弁を提出できないが、それ以外の損害については、債権者はその発生を証明すれば賠償請求を妨げられることはない一方、債務者は自らの「責めに帰することのできない事由」によることを主張立証して免責されることができるとする見解³⁰⁾が主張されている³¹⁾。

(b) 弁護士費用の性質

これに対し、弁護士費用はそもそも損害賠償の問題ではないとして、419条の射程から外すことを示唆する見解もある。窪田充見教授は、「弁護士費用は、債務不履行がもたらした損害ではなく、債務不履行によって生じた紛争がもたらした費用であり、その費用の配分については、賠償とは別のルールによって規律される」とし、「弁護士費用は、債務不履行によって生ずる『実損害』の典型ではなく、異なった衡量を必要とする特殊な性格を有する損害」だという。このように考えるならば、金銭債務の不履行の場合に弁護士費用賠償が認められるかという問題は、債務不履行と弁護士費用賠償という問題全体の枠組みの中に位置づけられることになる³²⁾。

弁護士費用賠償には、「本来的な損害賠償請求権が別に存在し、それが訴訟上行使されているときに、そのために要する弁護士費用の賠償がそれに付随して請求される場面」(付随的弁護士費用賠償)と、「訴訟提起または応訴に要する弁護士費用それ自体が賠償されるべき損害に当たるとして、その賠償が独自に請求される場面」(本来的弁護士費用賠償)という2つの異質な

29) 奥田昌道『債権総論 [増補版]』(悠々社、1992年)50頁。

30) 前田達明『口述債権総論 [第3版]』(成文堂、1993年)214頁。

31) 従来の議論状況については、奥田編・前掲注(22)142頁以下〔潮見佳男=北川善太郎〕、567頁以下〔能見善久〕、窪田充見「金銭債務の不履行と損害賠償—問題分析の視角—」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題(下)』(成文堂、1995年)327頁参照。

32) 窪田・前掲注(31)354-356頁、369-370頁。

ものがあるとして、それぞれ別に論じるべきだとする長野史寛准教授も³³⁾、付随的弁護士費用については、窪田教授の見解に賛同している。長野准教授によれば、付随的弁護士費用賠償はおよそ法律上の請求一般について等しく問題となり得るものであるから、債務不履行に基づく損害賠償とは理論的に別個のものとして理解すべきであり³⁴⁾、419条の射程はこれに及ばない³⁵⁾。付随的弁護士費用賠償がいかなる要件のもとで認められるかについては、判例法理を前提とする限り、訴訟追行の困難性を規準とすることになるという³⁶⁾。

4. 小 括

わが国における議論状況は、次のようにまとめることができよう。

まず、判例は、結論としては、不法行為および安全配慮義務違反の場合には弁護士費用賠償を肯定しており、弁護士費用賠償が認められるか否かは、「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」であるか否かにより判断されている。また、金銭債務の不履行の場合については、419条を根拠に、弁護士費用賠償を否定している。このことは、判例が、少なくとも形の上では、弁護士費用を債務不履行から生じた損害と

33) 長野史寛「相続預金の払戻拒絶と弁護士費用賠償—大阪高判平26. 3. 20を中心に—」金法2052号(2016年)10-11頁。付随的弁護士費用賠償は、一定類型に限り本来的な損害賠償請求の要件とは別に特段の要件を要することなく認められる反面、賠償範囲は相当額に限定されるのに対し、本来的な弁護士費用賠償は、相手方の裁判を受ける権利に配慮して厳格な要件のもとでのみ責任が認められる反面、応訴等に必要不可欠な弁護士費用がすべて賠償されることになるという。

34) 長野准教授は、弁護士費用等の権利追求費用は、損害賠償請求に限らずおよそあらゆる私法上の請求について問題となるところ、行使される権利の内容が損害賠償である場合にのみ、その費用の賠償をも併せて請求できるとするのは不均衡であるとする。そして、権利追求費用の賠償は権利行使一般についての「実体法上独立の制度」として損害賠償法とは切り離して構想すべきであると主張し、その際には、「法治国家における手続保障」という観点から独自の解釈を展開する必要があるとする(長野史寛『不法行為責任内容論序説』(有斐閣、2017年)197-198頁)。

35) 長野・前掲注(33)15頁。

36) 長野・前掲注(33)16-17頁。なお、判例法理を前提としない場合には、行為の違法性や相手方の帰責性を考慮することも否定されていない。

とらえていることを示すものである。もっとも、実際の裁判において弁護士費用として賠償が認められる「相当と認められる額」は、請求可能金額の1割程度でしかない。これは、(旧)日本弁護士連合会「報酬等基準規定」³⁷⁾はもちろん、法テラスの代理援助立替基準³⁸⁾に比べても低額であるから、弁護士費用賠償が認められたとしても、債権者が現に支出した弁護士費用つまり実損害が填補されたとは到底いえない。また、弁護士費用賠償が認められるか否かの基準である訴訟追行の困難性については、事案ごとに個別に弁護士選任の必要性を判断することが要請されるのではなく、類型的な判断が予定されている。こうした判断の仕方は、個別の事案ごとに証拠に基づいて因果関係の有無を判断し損害額を算定するという、損害賠償請求訴訟における通常の判断構造とは異なっているところ、損害賠償という構成は仮託にすぎないと考える余地もあるだろう。

学説をみると、債務不履行の場合に弁護士費用賠償を広く認めることについては、実務家を中心に異論が出されていたものの、不法行為と債務不履行とで根本的な相違はないとの指摘が説得力を増している。その一方で、弁護士費用を損害ととらえるのではなく、権利追求費用ないし紛争解決費用ととらえることによって、損害賠償の範囲とは別の観点から、解釈論を展開しようとする動きがあることが注目される³⁹⁾。このようなとらえ方を前提とするならば、弁護士費用は損害賠償の問題ではないと考えることになり⁴⁰⁾、訴訟費用敗訴者負担制度との連続性が強調されて、民事訴訟制度との整合性が問題となる。すなわち、わが国では、弁護士費用は訴訟費用に含まれないから、

37) 民事の「訴訟事件」の着手金は、事件の経済的利益の8%（経済的利益の額が300万円以下の場合。最低額は10万円）から2%+369万円（3億円を超える場合）と、報酬金は、事件の経済的利益の16%から4%+738万円と定められていた。

38) 「交通事故、その他損害賠償請求、金銭請求事件」の着手金の基準額は、訴額に応じて64,800円（訴額が50万円未満の場合）から237,600円（訴額が1,000万円以上の場合）であり、報酬金の基準額は、現実に入手した金銭が3,000万円まではその10%とされている。

39) 反対に、弁護士費用賠償が認められる「類型」について、損害賠償の範囲という観点から理論的な説明を試みる見解も示されている（中田裕康「判批」リマ46号（2013年）29頁）。

40) このように考えるならば、昭和48年判決の論理を維持することはできないだろう。

損害賠償請求以外の訴訟においては、弁護士費用は各自負担となる（No-Way Rule）。他方、仮に弁護士費用の敗訴者負担制度を導入すると、弁護士費用は原告勝訴の場合にも被告勝訴の場合にも、敗訴者が負担することになる（Two-Way Rule）。これらの考え方によれば、民事訴訟制度としてどちらがより優れているかはさておき、いずれにせよ訴訟当事者間の公平は害されない。これに対し、敗訴者負担制度を導入することなく弁護士費用賠償を認めると、損害賠償請求訴訟のみについて、かつ原告勝訴の場合にだけ、弁護士費用を敗訴者が負担することになる（One-Way Rule）。つまり、訴訟当事者間の公平が害されるのである。このような観点からすれば、弁護士費用賠償が認められる領域を一般的に広げていくべきではない⁴¹⁾、あるいは一定類型の不法行為および債務不履行に限って弁護士費用賠償を認めるべきだとの民事訴訟法学説による指摘⁴²⁾には首肯すべきものがある。民法学説の中にも、弁護士費用について権利追求費用ないし紛争解決費用というとらえ方をするものがあるが、その主たる帰結として想定されているのは、弁護士費用賠償を419条の射程から外し、金銭債務の不履行の場合にも弁護士費用賠償の可能性を開くことであり⁴³⁾、損害賠償請求とそれ以外の請求との間の不均衡や訴訟当事者間の不公平という問題提起に十分に応答できているとはいえないように思われる⁴⁴⁾。

41) 道垣内ほか・前掲注（1）座談会161-162頁〔山本和彦発言〕。

42) 伊藤・前掲注（24）107頁。

43) 弁護士費用賠償の可否を決する規準としては、紛争の複雑性や訴訟追行の困難性が挙げられる（窪田・前掲注（31）356-357、369-370頁、長野・前掲注（33）16-17頁）。

44) 長野准教授は、損害賠償請求とその他の請求との間の不均衡を問題視し、権利追求費用の賠償は権利行使一般についての「実体法上独立の制度」として損害賠償法とは切り離して構想すべきであると主張しており、注目される（前掲注（34）参照）。その構想の具体的内容の提示が待たれる。

Ⅲ CISG74条と弁護士費用賠償

1. Zapata 事件⁴⁵⁾

CISG74条は、当事者の一方による契約違反についての損害賠償の額を「当該契約違反により相手方が被った損失（得るはずであった利益の喪失を含む。）に等しい額」とすると規定しているが、同条にいう「損失」に弁護士費用は含まれるか。

この問題について大きな議論を引き起こしたのが、Zapata 事件である⁴⁶⁾。同事件は、メキシコの製缶会社である Zapata 社（売主）が、アメリカ（イリノイ州）のクッキー会社である Lenell 社（買主）がクッキー缶の代金を支払わないことを理由に、CISG に基づいて損害賠償等を請求したという事案に関するものである。

第1審（イリノイ北地区連邦地方裁判所）判決は、Lenell 社に対して、未払代金約1,200,000ドルの支払いを命じるとともに、利息損害（CISG78条）に加えて、CISG74条に基づき、弁護士費用および紛争費用約537,000ドルの支払いを命じた。契約違反による訴訟追行のための費用は CISG74条にいう「損失」に含まれるとしたのである。

これに対し、控訴審（連邦控訴裁判所第7巡回区）判決は、Lenell 社の責任は認められたものの、訴訟追行のための費用に関しては、CISG74条にいう「損

45) Zapata Hermanos Sucesores, S. A. v. Hearthside Baking Co., U.S. District Court (N. D. Ill.), Aug. 22, 2001, 155 F. Supp. 2d 969 ; U.S. Court of Appeals (7th Cir.), Nov. 19, 2002, 313 F. 3d 385 ; U.S. Supreme Court, Dec. 1, 2003, 540 U. S. 1068. 同事件の控訴審判決を紹介する邦語文献として、柏木昇「ウィーン売買条約と弁護士費用の請求——CISG と手続法——」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策（下）』（商事法務、2008年）699頁がある。

46) Zapata 事件以前から CISG74条にいう「損害」に弁護士費用が含まれるとの判決も出されていたようであるが（*See*, UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, Article 74, n° 27）、アメリカ以外の多くの国では弁護士費用を敗訴者負担とする制度を採用しているためか、特に大きな問題は生じていなかったようである。

失」に弁護士費用は含まれないとして、第1審判決を覆した。その理由は、概要、次のとおりである。第1に、CISGは契約に関するものであって手続に関するものではなく、敗訴者が勝訴者の紛争費用を負担すべきか否かは、通常、契約法のような実体法上の問題ではなく、手続法上の問題である。CISGは弁護士費用について何ら言及していない。弁護士費用の負担については国内法に委ねられており、アメリカでは、勝訴／敗訴にかかわらず各人負担とするルール（American Rule）が適用される。第2に、CISG74条にいう「損失」に弁護士費用が含まれるとすると、原告勝訴の場合には弁護士費用を相手方に負担させることができるのに、被告勝訴の場合にはそれができないという不合理な帰結を招く。このことは、当事者間の公平の原則に反する。第3に、CISG批准時に、American Ruleが排斥されることが分かっていたならば、アメリカはこれを批准しなかつただろう。アメリカは、訴訟費用は各人負担とするルールを放棄したわけではない。

連邦最高裁判所は上告を受理しなかったため、上記控訴審判決が確定した。

2. 学説における議論

Zapata 事件を受けて、学説では、CISG74条にいう「損失」に弁護士費用は含まれないとする否定説と、含まれるとする肯定説との間で議論が生じた。また、2006年には、この問題に関する CISG 諮問会議の見解も示された⁴⁷⁾。そこで以下では、否定説と肯定説の論拠を概観した後に、諮問会議の見解を確認する。

(1) 否定説

否定説の代表的論者は、Harry FLECHTNER である。FLECHTNER は、次のような理由から、弁護士費用の償還の可否は民事訴訟制度の問題であって CISG の射程外であり、国内法の適用によって解決するのが最善の解決だと

47) CISG Advisory Council, Opinion n° 6, Calculation of Damages under CISG Article 74 (2006), Rapporteur: John Y. GOTANDA.

いう⁴⁸⁾。すなわち、CISG74条の文言は曖昧であり、立法過程で弁護士費用が賠償されるかどうかについて議論された形跡はない。また、同条のもとで弁護士費用の賠償を求めると、勝訴原告のみが弁護士費用の償還を受けることができ、勝訴被告は弁護士費用の償還を受けることができない。弁護士費用を敗訴者負担とする国でも、敗訴者が負担するべき費用に一定の制限を設けている場合があるが、CISGに基づく賠償を認めると、そのような制限が失われてしまう。

(2) 肯定説

肯定説は、弁護士費用賠償を実体法上の問題と捉え、これがCISG74条にいう「損失」に含まれることを前提として、予見可能損害として弁護士費用の賠償を認めている⁴⁹⁾。ここでは、John FELEMEGASの見解⁵⁰⁾と、Bruno ZELLERの見解⁵¹⁾をとりあげよう。

FELEMEGASは、まず、次の理由から、契約違反から生じたすべての予見可能な結果損害が賠償されるべきだとして、弁護士費用も同条にいう「損

48) H. M. FLECHTNER, *Recovering Attorneys' Fees as Damages Under the U.N. Sales Convention (CISG): The Role of Case Law in the New International Commercial Practice*, with Comments on *Zapata Hermanos v. Hearthside Baking*, 22 *Northwestern J. Int'l L. & Bus.* 121, pp.150-155 (2002).

なお、FLECHTNERは、その後も、Joseph LOOKOFKYとともに、*Zapata* 事件控訴審判決に賛成する論考を公表している (H. FLECHTNER and J. LOOKOFKY, *Viva Zapata! American Procedure and CISG Substance in a U.S. Circuit Court of Appeal*, 7 *Vindobona J. Int'l Com. Law & Arb.* 93 (2003). *See also*, J. LOOKOFKY and H. FLECHTNER, *Zapata Retold! Attorneys' Fee Are (Still) Not Governed by the CISG*, 26 *J. L. & Com.* 1 (2006-2007))。

49) 本文で挙げる見解のほか、Peter SCHLECHTRIEMも、弁護士費用等の権利追求費用は、契約締結時に予見可能であり、引き受けられたリスクの一部だといえるとして、肯定説に立っている (P. SCHLECHTRIEM, *Attorney's Fees as Part of Recoverable Damages*, 14 *Pace Int'l L. Rev.* 205 (2002); *Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law*, 26 *J. L. & Com.* 71 (2006-07))。

50) J. FELEMEGAS, *An Interpretation of Article 74 CISG by the U.S. Circuit Court of Appeals*, 15 *Pace Int'l L. Rev.* 91 (2003).

51) B. ZELLER, *Interpretation of article 74 - Zapata Hermanos v. Hearthside Baking - Where next?*, *Nordic J. Com. Law*, issue 2004 #1 ; *Attorney's Fees - Last Ditch Stand?*, 58 *Villanova L. Rev.* 761 (2013).

失」に含まれるとする⁵²⁾。すなわち、CISGにおいて明示的に解決されていないものについては、同条約の基礎を成す一般原則に従って解決することが求められているところ（7条2項）、〔CISG最終草案についてのUNCITRAL〕事務局の注釈によれば、「損害賠償の請求に関する基本的な考え方は、被害当事者を契約が履行されていたならば置かれていたであろうと同じ経済的地位に置くこと」にあり、契約違反により被った損失の額は、「状況において最適の方法で算定されなければならない」。また、同注釈は、予見可能性要件を「契約違反をしていない当事者が、被った損害全額の賠償を請求することができるという原則」に対する制限と位置付けている⁵³⁾。このように、FELEMEGASは、全部賠償原則から弁護士費用の賠償を肯定しているが、その上で、勝訴被告がCISG74条に基づいて弁護士費用を回収することができないという問題は考慮に値するとし、敗訴原告による弁護士費用の賠償を認めるべきだと主張する⁵⁴⁾。すなわち、CISGの下では、契約違反による救済手段は、売主と買主とで同じように設計されている。そして制度上の平等という観点からすれば、売主・買主つまり原告・被告間に弁護士費用の負担について不平等が生じることは立法者の想定するところではないだろう。この点、契約上の誠実義務が存在すると考えることで、のちに裁判所に基礎を欠くと判断されるような訴訟を提起することが前記義務違反にあたることをすることができる。このように考えると、敗訴原告は契約上の誠実義務に反したといえ、相手方はCISG74条に基づいてそれにより被った損害の賠償を請求することができる。

ZELLERも、全部賠償原則によれば弁護士費用は賠償されるべきだし、予見可能性は肯定されうるとする⁵⁵⁾。訴訟になる前後で問題の性質が異なる一

52) FLEMEGAS, *supra* note (50), 122-125.

53) CISG最終草案に関するUNCITRAL事務局の注釈については、吉川吉樹〔訳〕＝曾野裕夫〔補訳〕『注釈ウィーン売買条約最終草案』（商事法務、2015年）を参照〔本文該当箇所は、245-246頁、248頁〕。

54) FLEMEGAS, *supra* note (50), 125-127.

55) ZELLER, Interpretation of article 74, *supra* note (51), n° 4.

一訴訟前は売買契約当事者（売主・買主の二者）間の問題であるのに対し、提訴後は紛争当事者（原告・被告・裁判所の三者）間の問題である——として、訴訟になれば契約違反と弁護士費用という損害との間の因果関係が切断されるとの見解⁵⁶⁾に対しては、契約違反がなければ訴訟にもならなかったのであって、当事者の関係性が変化するからといってなぜ因果関係が切断されるのかという疑問を呈している⁵⁷⁾。ZELLERも、被告勝訴の場合に弁護士費用の償還が認められないことが問題視されていることに言及するが、FELEMEGASとは異なり、敗訴原告による弁護士費用の賠償を認めるべきだとはしていない。被告勝訴の場合には契約違反がないのだから CISG74条の問題は生じず、そもそも CISG は適用されないから、国内法により解決されるべき問題だと指摘するにとどまっている⁵⁸⁾。

(3) CISG 諮問会議の意見

CISG 諮問会議は、被害当事者は、CISG74条に基づいて、契約違反にかかる紛争に関する費用の賠償を得ることはできないとした。

もっとも、Zapata 事件控訴審判決や FLECHTNER の見解とは異なり、弁護士費用賠償が手続法上の問題だという理由で CISG の適用を否定したわけではない。CISG 諮問会議によれば、ある問題が実体法と手続法のいずれに属するのかは司法制度により、また個別事件の状況次第でもあるから、その区別に基づいて弁護士費用賠償の可否を決することはできない⁵⁹⁾。

56) Milena ĐORĐEVIĆ, “Mexican Revolution” in CISG Jurisprudence and Case-Law: Attorneys’ Fees as (Non)Recoverable Loss for Breach of Contract, *in* Private Law Reform in South East Europe: Liber Amicorum Christa Jessel-Holst, 199 (2010).

57) ZELLER, Attorney’s Fees – Last Ditch Stand?, *supra* note (51), 768–769.

58) ZELLER, Interpretation of article 74, *supra* note (51), n° 6; Attorney’s Fees – Last Ditch Stand?, *supra* note (51), 765–766.

59) まず CISG の射程から明らかに排斥されているか否かが検討されなければならない、排斥されているのであれば、次に、条約の基礎を成す一般原則に従って解決されるべきか、またはそのような原則がない場合であって国際私法の準則により適用される法に従って解決されるべきかが検討されなければならないとする。そして、74条は紛争費用について明示的に規定しないが、その賠償を禁じているわけでもないとして、同条の解釈または他の規定の類推適用によっ

CISG 諮問会議は、全部賠償原則からすれば、被害当事者を回復させるために、紛争費用も賠償されなければならないようにも思えると認めたとうえで、しかしながら、そのような解釈は、CISG45条・61条に示される売主・買主間の平等の原則に反するとして、弁護士費用の賠償を否定した⁶⁰⁾。すなわち、CISG74条の下で損害賠償請求ができるのは契約違反に基づくところ、勝訴被告はその紛争費用を原告から回収することができない。救済手段は契約法の中核であるところ、CISG74条について売主・買主間で損害の填補につきに不平等が生じるような解釈を採用することはできない。もっとも、このことは、当事者間で別段の合意がある場合や、他の適用可能なルールにより認められている場合に、裁判所が弁護士費用を勝訴者に与えることを妨げるものではない、というのである。

3. 小 括

Zapata 事件判決とその後の議論は、次のように整理することができよう。

まず、Zapata 事件控訴審判決は、債権者が不履行債務者に対して訴訟を提起し勝訴判決を得た場合における弁護士費用の負担の問題を、実体法上の問題ではなく手続法上の問題だとして、弁護士費用賠償を否定した。これに同調する見解も存在するものの、多くの見解は、否定説を採るものも含め、これを実体法上の問題と捉えている。

弁護士費用賠償が実体法上の問題なのだすると、債務不履行による損害賠償の賠償範囲に弁護士費用が含まれるかが問題となるが、これを肯定する根拠とされているのが、全部賠償原則である。つまり、債権者は債務不履行によって生じた損害全部の賠償を得ることができるのが原則であり、また債権者が弁護士費用を支出することは予見可能であるから予見可能性要件も満たすというのである。これに対して、弁護士費用賠償を否定する見解が強調するのは、売買契約の当事者間の平等ないし相互性という原則である。弁護

て解決するべきだという (CISG Advisory Council, Opinion n° 6, *supra* note (47), 5.2)。

60) CISG Advisory Council, Opinion n° 6, *supra* note (47), 5.4.

士費用賠償を認めると、原告勝訴の場合にのみ紛争費用の償還を認めることになり、当事者の扱いに不平等を生じることになるという⁶¹⁾。

IV むすびに代えて

弁護士費用賠償は、実体法と訴訟法の交差するところに位置する問題である。

一方で、弁護士費用が債務不履行によって債権者が被った損害の一部であることは否定できない。そして、実体法の観点からすれば、債務不履行による損害賠償が、債務不履行がなければ債権者が置かれていたであろう仮定的事実状態を金銭により実現することを目指すものだと考える以上は、弁護士費用賠償を認めるべきだと考えることになろう。これが認められなければ、債権者は、上記の仮定的事実状態を実現するために要した費用は自ら負担しなければならず、結果としてその権利の実現が十分に図られないからである。このような全部賠償原則に基づく要請が働くのは損害賠償請求訴訟において原告が勝訴した場合に限られるところ、それ以外の訴訟類型においても弁護士費用賠償を認めるべきか、あるいは原告敗訴の場合にも被告に弁護士費用の償還を認めるべきかといった問題については、同原則から一定の結論を導くことはできない⁶²⁾。

他方で、弁護士費用に権利追求費用ないし紛争解決費用という側面があることも否定できない。そうすると、損害賠償請求についてのみ弁護士費用賠

61) See, Troy KELLY, How Does the Cookie Crumble? Legal Costs Under a Uniform Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *Nordic J. Com. Law*, issue 2003 #1, § 6.2 (b).

もっとも、このような分析に対しては、契約当事者間の公平が問題となっているとはいえないとの批判もある。売主と買主の双方に、相手方に契約違反があったことを前提として、弁護士費用賠償を含む損害賠償請求権が認められている以上、CISGの意味における不公平は生じておらず、American ruleを採用する国において手続法に起因する不公平が生じているだけなのである (ĐORĐEVIĆ, *supra* note (56) pp. 211-212)。

62) 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 (上)」NBL720号 (2001年) 16頁、同・前掲注 (25) 55-56頁参照。

償を認めることの不均衡や、原告勝訴の場合にのみ弁護士費用賠償を認めることの不公平という考慮も無視することはできないだろう。訴訟法の観点からすれば、弁護士費用の敗訴者負担を損害賠償請求訴訟についてのみ、かつ片面的にのみ認めることを民事訴訟制度との関係で正当化できるかという問題を避けて通ることはできない。また、実体法の観点からみても、当事者の一方にのみ紛争解決費用の償還を認めることが、当事者間の公平に反するのではないかという問題が生じ得よう。

以上からすれば、弁護士費用賠償を認めるべきか否かを決するにあたっては、まず、全部賠償原則が貫徹されるべき要請と当事者間の公平の要請をどのように調和すべきかが検討されなければならないように思われる。弁護士費用賠償を一般的に肯定することには反対しつつ、生命または身体の侵害による損害賠償請求の場合にはこれを認めるべきだとの主張は⁶³⁾、全部賠償原則が貫徹されるべき要請が強い事案類型においてのみ弁護士費用賠償を認めるものと位置づけることができる。また、契約当事者間における紛争解決費用の分担にかかるデフォルト・ルールを公平に構築すべきだとの要請が働くからといって、不法行為の加害者・被害者間でも同様の要請が働くとは限らないとすれば、債務不履行の場合と不法行為の場合とで結論が異なることを正当化することもできるかもしれない。さらに、実務において、実損害額よりも相当低額の弁護士費用賠償しか認められていないことは、全部賠償原則と当事者間の公平との間でバランスをとったものだと考える余地もあるかもしれない。

残された課題は多く、いずれにしても紛争類型に応じた具体的検討が必要であるが、これについては他日を期したい。

* 本稿は、JSPS 科研費（課題番号15H01924）による研究成果の一部である。

63) 伊藤・前掲注(24)107頁。山本和彦教授は、生命または身体の侵害の場合に被害者をより強く保護するという思想が平成29年改正民法における時効の規定（改正後167条、724条の2）等にあらわれていると指摘して、この見解に理解を示している（道垣内・前掲注（1）163頁〔山本和彦発言〕）