

# 債務不履行による 損害と弁護士費用 —最高裁令和3年1月22日判決

弁護士 永井 弘二

## 1 はじめに

現在の民事訴訟費用等に関する法律上、弁護士費用は訴訟費用には入っていないため、訴訟費用の負担として相手方に請求することはできない。

古くは法的根拠のない不当訴訟に应诉せざるを得なかった被告は、应诉に要した弁護士費用を損害として不法行為に基づく損害賠償請求ができるとされ(大判昭和16年9月30日民集20巻20号1243頁ほか)、その後、交通事故などでも一定程度の弁護士費用が被害者の損害として認定されるようになった。最判昭和44年2月27日(判時548号19頁)は、無効な根拠権を実行したことが不法行為であるとして損害賠償請求した事案で一定程度の弁護士費用の賠償を認めた。現在では、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、その訴訟遂行のための弁護士費用は一定程度損害として認められる実務が定着しているといえる(概ね損害額の1割程度)。

他方、担保目的で不動産の所有権を譲り受けた者が約定に反して不動産を第三者に売却してしまったという事案で、譲渡人(厳密には損害賠償請求権の譲受人)の譲受人に対する損害賠償請求訴訟において、大審院は弁護士費用の賠償を否定した(大判昭和18年8月16日民集22巻19号870頁)。講学的には、この大判は債務不履行に基づく損害賠償請求においては、弁護士費用は損害とはならないとの判断であるとされているようである。

しかし、その後の実務では、医療訴訟や建築紛争などでは、不法行為とならんで債務不履行による損害賠償請求がなされ、そうした債務不履行による損害賠償請求の場合にも、一定程度、弁護士費用が損害として認められてきている。最判平成24年2月24日(判時2144号89頁)は、就労中に負傷した労災事案において、債務不履行としての使用者の安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求訴訟において、弁護士費用を損害として認める判断をした。

このように、現在では、不法行為に基づく損害賠償請求にとどまらず、一定の類型の債務不履行に基づく

損害賠償請求においても、弁護士費用が損害として認められている。

こうした中、最判令和3年1月22日は、土地の売主が所有権移転登記や土地の引渡義務を履行せず、買主がその実現のために弁護士に委任していくつかの訴訟等をせざるを得なかったという事案において、買主の売主に対する債務不履行に基づく損害賠償請求では弁護士費用を損害として認めないという判断をした。

## 2 従前の判例等の状況

上記のとおり、最判昭和44年2月27日(判時548号19頁)は不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、一定程度の弁護士費用を損害として認定している。その判断は以下のとおりである。

「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のである。従つて、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。」

また、最判平成24年2月24日(判時2144号89頁)は、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認めているところ、その判断は以下のとおりである。

「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卷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行うことが困難な類型に属する請求権であるといえることができる。

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えるべきである(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卷2号441頁参照)。」

このように、最判は、「専門化され技術化された訴訟追行」が必要となることや、債務不履行としての安全配慮義務違反に基づく請求は、不法行為に基づく請求と異なる立証等が要求されることなどを根拠として、不法行為、一定類型の債務不履行に基づく損害賠償請求において、一定程度の弁護士費用が損害として認められると判断した。

### 3 最判令和3年1月22日

上記のとおり、最判令和3年1月22日は、土地の売主が所有権移転登記や土地の引渡義務を履行せず、買主がその実現のために、弁護士に委任していくつかの訴訟等をせざるを得なかったという事案において、買主の売主に対する債務不履行に基づく損害賠償請求において、弁護士費用を損害として認めないという判断をした(厳密な事案は、売買契約の履行前に売主が行方不明となり、売主の債権者が売主に対する売買代金請求権を差し押さえて買主に対して取立訴訟をしたという事案で、買主は権利実現のためにいくつかの訴訟等を弁護士に委任して処理したので、その弁護士費用も売主の債務不履行による損害賠償請求の損害となり代金債務と相殺できると主張したという事案である)。その判断は以下のとおりである。

「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。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。

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。

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、被上告人らが本件会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えることはできない。

また、本件各事務のうちその余の事務は、被上告人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、被上告人らが本件会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えることはできない。」

### 4 若干の検討

これまで不法行為や、医療訴訟、建築紛争、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求などにおいて弁護士費用が損害として認められてきたのは、「権利侵害等による被害回復のための訴訟」は、「専門化され技術化された訴訟追行」が必要となることなどを根拠として、専門家としての弁護士の助力が必要であることが根拠とされてきたと言える。

他方、契約が不履行となり、「その実現のための訴訟等の手続」は、不法行為等における類型とは異なり、権利関係が明確で権利実現の手続が必要となるに過ぎない場合もあり得る。上記の令和3年最判も、売主が行方不明となっており、訴訟等は全て公示送達による欠席判決となっていた事案であり、そのような事例として整理できる。

もちろん、令和3年最判の事案でも、買主は土地について保全処分をしたり、担保権者と交渉して債務を弁済して担保権を抹消してもらったりなど、種々の手続を余儀なくされており、こうした手続を弁護士に委任せずに自ら行うのは簡単ではなかったと考えられ

る。しかし、そうであるにしても、仮に、こうした事案での買主の弁護士費用を売主の負担とすることを認めると、結果として、多くの事案で権利実現のための一定程度の弁護士費用を債務者側に負担させることを認めることとなり、ある種の弁護士費用の片面的な敗訴者負担制度を創出するに等しくなる可能性がある（債務者側が勝訴しても不当訴訟といえない限り債権者側に債務者側の弁護士費用の負担を求めることはできないのに対し、債権者側が勝訴の場合にのみ債権者側の弁護士費用を債務者に負担させることを認めることになる可能性がある。）。こうした片面的な弁護士費用の敗訴者負担制度の当否については、立法的な議論などが必要となるのではないかと考えられ、判例法によりこうした制度を創出したのと同様の結果となることは、必ずしも適当とは考えられない。上記の令和3年最判の判断の背景には、こうした考慮もあったのではないかとも思われる。

上記の昭和44年最判、平成24年最判、令和3年最判によれば、権利侵害等による被害回復のために訴訟手続が必要となった場合には一定程度の弁護士費用が損害として認められ、他方、権利関係が明確で権利実現のために訴訟手続が必要となるに過ぎない場合には、そのための弁護士費用を相手方に負担させることはできないとの結論となると考えられる。

では、権利実現のための訴訟において、相手方が種々の抗弁等に基づいて強く争ったような場合はどうであろうか。令和3年最判のような不動産売買の事案においても、例えば、売主が買主による詐欺を理由に契約取消を主張するような場合はあり得る。この場合は、権利関係が明確であるとは言い難く、令和3年最判の射程外となるとの考え方もあり得るかもしれない。ただ、この場合も片面的な敗訴者負担制度を認めることになる可能性は残ることになる。

上記のこれまでの最判等を前提に考えると、一定程度の弁護士費用を相手方に負担させることが認められるのは、一定の権利侵害が生じその回復を求めるための損害賠償請求のような場合となるのではないかと考えられるが、その外縁は必ずしも明確ではなく、さらに事例の集積が必要と思われる。