

弁護士報酬敗訴者負担制度に関する意見書

2003年3月10日
日本弁護士連合会

第1 弁護士報酬敗訴者負担制度に関する日本弁護士連合会の基本的見解

日本弁護士連合会は、弁護士報酬敗訴者負担制度について、司法アクセスを促進する見地から、一般的な導入には反対し、個別具体的に司法アクセスの促進に寄与するか否かを検討し、司法アクセスの促進に寄与する場合にはその導入に賛成し、そうでない場合には反対する。

弁護士報酬敗訴者負担制度についての日本弁護士連合会の基本的立場は次のとおりである。

日弁連は司法制度改革審議会意見書（以下、単に「審議会意見書」という。）を基本的に尊重し、その実現を目指している。この立場は弁護士報酬敗訴者負担制度に関しても何ら変わることはない。

審議会意見書の種々の個別提言は、もとより、その表面的文言だけから解釈されてはならず、審議会意見書が目指す司法制度改革の理念や目的に従って理解され、審議会意見書の基本的理念や目的を実現するものとして制度設計がなされなければならない。

審議会意見書は、同意見書が担う司法制度改革の根本的な課題を「法の精神、法の支配がこの国の血肉と化し、『この国のかたち』となるために、一体何をなさなければならないか」を明らかにすることと設定し、法の精神、法の支配がこの国の血肉と化すこととは、法（秩序）があまねく国家社会に浸透し、国民の日常生活において息づくようになることであるとした。そして、こうした審議会意見書の基本理念・目的を実現するための司法制度の仕組みを検討したとして、「国民の期待に応える司法制度」との章をおき、「国民が司法制度に期待するものは端的に何かといえば、それは国民が利用者として容易に司法へアクセスすることができ」ることであると、その章の「第1」の「7. 裁判所へのアクセスの拡充」の箇所に「イ 弁護士報酬の敗訴者負担の取扱い」という項目を設けて、弁護士報酬敗訴者負担制度を議論している。

このような審議会意見書の司法制度改革の理念・目的や審議会意見書の基本理念とこれに従った弁護士報酬敗訴者負担の取扱いに関する論述にみれば、同意見書は、法が国家社会に浸透し、国民の日常生活において息づくようになるための司法制度の仕組みとして、裁判所へのアクセスの拡充

が必要とし、その司法アクセス拡充のための方策として弁護士報酬敗訴者負担制度を議論していることが理解できる^{*1}。

従って、日弁連は、こうした審議会意見書の基本理念に従い、司法アクセスを促進する見地から、一般的な弁護士報酬敗訴者負担制度の導入には反対し、個別具体的に司法アクセスの促進に寄与するか否かを検討し、司法アクセスの促進に寄与する場合には本制度の導入に賛成し、そうでない場合には反対するものである。

第2 審議会意見書の弁護士報酬敗訴者負担制度目的とその検討基準について

審議会意見書の弁護士報酬敗訴者負担制度の導入目的は司法アクセス促進にあり、その制度導入の可否判断は、司法アクセスの促進を唯一の判断基準として行われなければならない。

1 審議会意見書の弁護士報酬敗訴者負担の制度目的と検討基準

上述のような審議会意見書の基本理念とそれに基づいた弁護士報酬敗訴者負担制度目的に従えば、審議会意見書の提言する弁護士報酬敗訴者負担制度の具体的な制度設計は司法アクセスの拡充に寄与するか否かという観点、審議会意見書のことばを借りれば「訴訟を利用しやすくさせる見地から」、それを唯一の判断基準として本制度の導入の可否が検討されなければならないことは明らかである。

本件制度導入の可否判断のメルクマールはあくまで司法アクセスを促進させるのか、あるいは萎縮させるのかという点であり、今後の個別具体的検討においては本制度導入が司法アクセスの拡充に寄与するか否かという見地から判断されなければならない。

この検討会は正に「司法アクセス検討会」なのである。

2 弁護士報酬敗訴者負担制度設計と公平論等について

しかるに、本検討会のこれまでの議論を見るに、その導入論拠を公平論やいわゆる権利目減り論に置く議論が見受けられ、本検討会の使命・目的がきちんと見定められていない感がある。

*1 佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁『司法制度改革』（有斐閣、2002年）において、佐藤は、弁護士報酬敗訴者負担の取扱についての論議は「もともと裁判所へのアクセスの拡充を図ろうという文脈で出てきた問題なのです」と述べている（94頁）。

公平の実現や権利の目減り是正は、先に述べたとおり、本検討会における今次の弁護士報酬敗訴者負担制度導入目的ではない。今次の敗訴者負担取扱いの目的は司法アクセスの拡充であって、公平論や権利目減り論等の検討は本検討会における敗訴者負担制度検討の埒外にあるのである。

しかも、公平論等の議論は、後述のとおり、既に、民訴費用制度等研究会において学者等により十分に検討済みであり、結論も出ていることであって、その結論に従えば、現在なお、その結論を変更して公平論等を理由に敗訴者負担制度の導入をなし得る社会状況にないことを付言しておきたい。

しかるになお、審議会意見書が弁護士報酬敗訴者負担を取り扱おうとしたのは司法アクセスを促進させようという観点からに他ならない。

民訴費用制度等研究会の結論と審議会意見書の弁護士報酬敗訴者負担の議論

弁護士報酬敗訴者負担制度については、既に、平成9年1月31日の民訴費用制度等研究会報告（以下、単に「研究会報告」という。）において議論されている。そこにおいて、公平論やいわゆる権利目減り論、その他敗訴者負担制度に関する賛成反対両方の立場のおよそ全ての論拠が検討された。そして、次のような結論が出された。

即ち、国民の一般的な意識を調査・検討する作業を不可欠^{*1}とし、現時点で立法化作業に着手すべきであるとの意見は少数であったとして、「弁護士人口の増加が進み、法律扶助制度の充実等関連諸制度の整備や新民訴法の施行による弁護士業務の変化がある程度収束した段階において、弁護士費用の一部に関する敗訴者負担制度について、本格的検討が行われるべきである」^{*2}としたのである。

このように、公平論や権利目減り論による議論は、本検討会で行うまでもなく既に尽くされ、その上で、未だ導入の時期にあらずとの結論が出されているのである。

そして、いうまでもなく、当時、研究会報告の指摘した「弁護士人口の増加が進み、法律扶助制度の充実等関連諸制度の整備や新民訴法の施行による弁護士業務の変化がある程度収束した段階」に、未だ現在、至っていないことには争いはないであろう。

従って、本検討会において、あらためて公平論や権利目減り論からの

*1 民訴費用制度等研究会報告書33～34頁「弁護士費用の（一部）敗訴者負担は、我が国の司法に及ぼす影響が少なくない。したがって、他の制度との関連で導入の可否を検討すべきところがある。訴訟救助、法律扶助のほかにも、例えば、新民訴法の施行による弁護士業務の変化、弁護士人口の増加問題等とも関連させて検討しなければならない。この点についての国民の一般的な意識を調査・検討する作業も不可欠であろう。」

*2 同研究会報告書34頁。

敗訴者負担制度の可否を検討することは妥当でない。

なお、この研究会報告と審議会意見書との関係について、佐藤幸治審議会会長は、研究会報告の指摘した弁護士報酬敗訴者負担制度導入のための前提諸条件を拡充していく全体のシステムの中で、弁護士報酬敗訴者負担制度導入の議論があるとしている^{*1}。

なるほど、審議会意見書は「その負担の公平を図って訴訟を利用しやすくする見地から」本制度の取扱いを検討するとし、公平の語を使っている。

しかし、その意は、公平を図ることにより司法アクセスを促進させようということ述べているのであって、審議会意見書にいう公平は、単なる公平をいっているのではなく、司法アクセスの寄与につながる公平をいっているのである。従って、司法アクセスの促進・萎縮に関わる公平は検討さるべきであるが、司法アクセスの寄与に関係のない公平は審議会意見書の意図の埒外に位置する。

なお、もとより、司法アクセス促進のための公平の検討において検討されるべき公平は形式的公平であってはならない。そこで検討されるべきは実質的公平である。

訴訟当事者間には、証拠や情報の偏在、証拠収集能力や情報収集能力の優劣、訴訟に費やしうる時間量の格差、そして、資力の格差等々の紛争対応能力における実質的不公平が現在する。とりわけ、訴訟に要する費用の負担感は当事者の資力によって大きく左右され、経済的弱者にとっては、一層、弁護士報酬敗訴者負担による司法アクセスへの影響の大きいことが注意されなければならない。

こうした実質的不公平の諸事情は、もともと司法アクセス障害となっているものである。

このように本検討会で検討されるべき司法アクセスのための公平は、こうした実質的公平でなければならない。実質的公平を図って司法アクセスを促進する敗訴者負担の制度こそが検討されなければならないのである^{*2}。

ところで、「訴訟に勝ったものの費用を負けたものに負担させるのが公平である」との議論がある。

*1 第151回国会衆議院法務委員会(H13.6.20)会議録16頁。同委員会において、佐藤は、研究会意見書との関係を質問されて次のように答えている。「先ほど申しましたように、これからの話であります。これから法曹人口をふやし、それから法律扶助制度も、既にできましたけれども、さらに拡充していただく、そういう全体のシステムの中でこの部分があるとうことを御理解賜りたいと思います。」

*2 紙谷雅子によれば、アメリカ合衆国においては、経済社会的な状況の違いに関わらず人々に司法へのアクセスを保障する必要を認め、1976年に片面的敗訴者負担を前提とする「市民的権利と自由に関する弁護士報酬算定に関する法」が、1980年に、実際には片面的敗訴者負担制度として解釈適用されている「裁判への平等なアクセス法」が制定されている(同「弁護士報酬の負担転換Fee Shiftingに関する一考察」、学習院大学法学会雑誌38巻1号36~38頁)。

しかし、公平だけで導入の可否を判断してはならないのは前述のとおりであるが、そもそも、法解釈や法適用の幅、証拠の偏在や立証責任、裁判官の自由心証主義、裁判官の独立性等の裁判制度の本質に鑑みれば、裁判所の判断が無謬であるとは限らない。三審制度など裁判制度自体がそのことを当然の前提としている。

まして、国民が裁判制度を利用するということは、国が国民に対し自力救済を禁じる代わりに保障した裁判を受ける権利（憲法32条）を行使することである。

してみれば、国民が憲法上の権利として保障された裁判制度を利用して負けたからといって、勝訴者が敗訴者に自己の弁護士報酬を負担させることが公平であるとは言い得ないというべきである¹¹²。

これに対し、裁判が無謬でないとしても、そもそも裁判制度というのは裁判手続を経て出された裁判の結果に一応は従うという約束事＝制度なのであるから、そうした制度の下においては、勝ちを収めたものが敗訴者に自己の弁護士報酬を負担させるのが公平であるとの見解もある。

しかし、そうであろうか。

受益者負担的な見地からは、弁護士報酬は裁判により権利の実現を図るためのコストであり、自らの権利実現のためのコストは自ら負担するのが公平であるという立場もあろう。こうした見地からは、弁護士報酬は依頼した者自身が自ら負担するのが当然であるということになる。

また、勝訴・敗訴の結果は、紛争解決という点では両当事者が等しく受ける利益であり、弁護士報酬をこうした両当事者が受ける利益の共益費と見れば、それぞれが負担するのが実質的公平に適うという考え方もある¹³。

*1 伊藤眞は次のとおり指摘している（「訴訟費用の負担と弁護士費用の賠償」『判例民事訴訟法の理論（下）』、有斐閣、1995年）。

訴訟費用は敗訴者負担原則がとられているが、民事訴訟法旧90条は勝訴者が支出した費用のうち権利伸長に不要な費用は勝訴者が負担する旨規定していることから、民事訴訟法旧89条の費用は権利伸長に必要な費用ということになると解される。しかし、「民事訴訟における裁判所の判断は、両当事者から提出された証拠を裁判所が自由心証にもとづいて総合的に評価し、最終的には証明責任の原則にもとづいてなされることを考慮すれば、結果としての判決における勝敗を根拠として敗訴者にすべての訴訟費用を負担させることが公平に合致するものとは思われない」（93頁）。このように、そもそも、訴訟費用の「敗訴者負担原則自体の合理性に疑いがあり、弁護士費用をも敗訴者負担とすることは、その疑いを増幅するもの」（107頁）であるとする。

*2 紙谷論文によれば、アメリカ合衆国最高裁判決は「訴訟（の結果）は（最善の場合でも）予測できないので、訴訟を提起した、あるいは防御したというだけで制裁を課されるべきでなく、敗訴の制裁に相手方当事者の弁護士報酬まで含まれるのであれば、貧困にあえぐ者は自らの権利を擁護するため訴訟を開始することを不当にも思いとどまされることになる」としている（前出4頁紙谷論文31頁）。

*3 伊藤眞は訴訟費用について次のように述べる。「紛争解決という点では、勝訴・敗訴の両当事者が等しく利益を受けるとというのが原則であり、訴訟費用もそれぞれが負担するというのが公平にも合致し、また、実質的公平にも沿う。」（前出5頁伊藤論文94頁）。

このように公平論によって弁護士報酬の負担者を定めるとしても、何を公平と見るか、或いは、どの公平論を取るかによって弁護士報酬の負担者の決定の仕方が変わってくる。

結局、公平論を前提にしても、畢竟、弁護士報酬を誰に負担させるか決定する基準を何に置くかという制度・政策の問題に帰着する。

そして、審議会意見書が提言した弁護士報酬敗訴者負担の制度設計目的、政策目的は、公平を実現しようとするところにあるのではなく、司法アクセスを促進するというところにあるのである。

また、権利目減り論に対しては、理論的には、実体的権利と訴訟手続上の訴訟費用とは法的性格と異にし、訴訟手続のために費用を要したとしてもその故に実体的権利が削減されたといえないであろう^{*1}。

また、仮に、算術的に手に入れることができた財産的価額が弁護士報酬の負担によって減じたとしても、それは当該実体的権利実現のためのコストであり、こうした実体的権利の実質自体が、そうしたコストを差し引いた残額であったとも観念できるのである。

ところで、「不当な訴訟提起や不当な応訴については、敗訴者に勝訴者の弁護士報酬を負担させて然るべきである」との意見がある。

もっともである。しかし、かかる不当訴訟や不当応訴については、既に、敗訴者に勝訴した者の弁護士報酬を負担させるとする判例がある^{*2}。

それは、不当訴訟や不当応訴を不法行為とし、弁護士報酬をそうした

*1 前出5頁伊藤論文94頁、勝訴者の訴訟費用が権利伸長に必要なという前提にたったうえで、「判例において確定される実体権そのものと、訴訟費用の負担は、別個の権利関係であり、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法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」(前出5頁伊藤論文94頁)。

*2 最高裁判所昭和63年1月26日判決「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求めうることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事柄であるから、裁判を受ける権利は最大限尊重されなければならないが、不法行為の成否を判断するにあたっては、いやしくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされることは当然のことである。したがって、法的紛争の解決を求めて訴えを提起することは、原則として正当な行為であり、提訴者が敗訴の確定判決を受けたことのみによつて、直ちに当該訴えの提起をもつて違法ということはできないというべきである。一方、訴えを提起された者にとつては、応訴を強いられ、そのために、弁護士に訴訟追行を委任しその費用を支払うなど、経済的、精神的負担を余儀なくされるのであるから、応訴者に不当な負担を強い結果を招くような訴えの提起は、違法とされることのあるのもやむをえないところである。以上の観点からすると、民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、右訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係(以下「権利等」という。)が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である。けだし、訴えを提起する際に、提訴者において、自己の主張しようとする権利等の事実的、法律的根拠につき、高度の調査、検討が要請されるものと解するならば、裁判制度の自由な利用が著しく阻害される結果となり妥当でないからである。」

不法行為により被った損害として敗訴者に負担させるものである。

従って、そうした事例に対処するために本制度を導入する必要性はない。

むしろ、弁護士報酬敗訴者負担制度が適用されれば、これまで認められてきた敗訴者に負担させるべき金額が減じられることになる^{*1}。

第3 審議会意見書の提言と弁護士報酬敗訴者負担制度導入の検討のあり方

敗訴者負担制度の導入は、司法アクセス拡充の観点から、現行の各自負担制度を変更して敗訴者負担を導入する場合について具体的に検討すべきであり、原則例外の別なく、個別具体的に各自負担か敗訴者負担かが検討されなければならない。

1 審議会意見書の提言の趣旨と敗訴者負担制度導入の検討のあり方

審議会意見書の要旨の記載を理由に、本検討会では、弁護士報酬敗訴者負担制度の一般的導入を前提にして、敗訴者負担を導入しない訴訟の範囲及びその取扱いの在り方を検討すべきであるとの意見がある。

しかし、これは正しく審議会意見書を理解するものとは思われない。

審議会意見書は、その本文において次のように述べている。

「弁護士報酬の一部を敗訴者に負担させることが訴訟の活用を促す場合もあれば、逆に不当にこれを萎縮させる場合もある。弁護士報酬の敗訴者負担制度は一律に導入すべきではない」との「基本認識」に立ち、「勝訴しても弁護士報酬を相手方から回収できないため訴訟を回避せざるを得なかった当事者にも、その負担の公平化を図って訴訟を利用しやすくする見地から、一定の要件のもとに弁護士報酬の一部を・・・敗訴者に負担させることができる制度を導入すべきである」と述べる。

かかる審議会意見書の記述のあり様に鑑みれば、審議会意見書の「基本認識」は、敗訴者負担の効果は司法アクセスの促進と萎縮の両面あるとして一律に導入すべきでないとし、導入が原則であるとも例外であるとも記述するものでない。むしろ、審議会意見書の記述ぶりは、そうした一律に導入すべきでないとの「基本認識」に立ち、現行の各自負担を前提に司法アクセス促進の観点から導入すべき場合の「一定の要件」を検討すべきと

*1 ロウ（デューク大学ロースクール教授）は、「この場合には、一方の当事者がなした訴訟追行には過失を要するのであって、一般的な補償に関する原則とは異なる規律に服するべきである」とする（「弁護士費用は誰が負担すべきか（下）」N B L 723号57頁）。

の趣旨に解しうる。

審議会の佐藤幸治会長も、国会において、「原則例外」はないとし、どのような範囲で、どういう要件の下で導入するかを司法制度改革推進本部において具体的に検討すべきと述べている^{*1}。

一方、弁護士報酬敗訴者負担の取扱いについては、審議会の中間報告書の記載が世論の大きな反響を引き起こし、それによって審議会の態度が変更され、記述が変更された。

また、いうまでもなく、わが国の現行の弁護士報酬負担制度は、アメリカ合衆国と同じく各自負担を原則としている。

かかる審議会意見書の本文部分の記述、そして、審議会意見書の提言の形成経過、そして、現行制度が各自負担制度であることなどの事実に鑑みれば、一般的に導入し、導入しない場合を除外ケースとして検討するとの見解は審議会意見書を正しく理解する検討のあり方ではないと言ふべきである。

むしろ、制度導入の検討のあり方としては、司法アクセスを拡充する観点から、現行の各自負担制度を変更して敗訴者負担を導入する場合について具体的に検討すべきであり、原則例外の区別なく、個々の類型ごとに、各自負担か、敗訴者負担かを検討すべきである。

2 審議会意見書提言の前提事実の存否及びその程度と弁護士報酬敗訴者負担制度導入の検討のあり方

審議会意見書の上記の「基本認識」に立てば、まず何よりも、審議会意見書の提言の出発点となった次の点が検討されなければならない。

蓋し、審議会意見書が、司法アクセスの拡充の見地から敗訴者負担の取扱いを発想した原点たる事実の有り様は、正に、制度導入の検討のあり方に大きな意味を持つからである。即ち、審議会意見書の制度導入提言の動機となった事情が大きな存在でないとすれば、少なくとも、原則的な敗訴者負担制度の導入は考えられないからである。

a. 審議会意見書の指摘する「勝訴しても弁護士報酬を相手方から回

*1 第151回国会衆議院法務委員会(H13.6.20)において、佐藤は、「(中間報告書の記載が)どうも原則導入、例外はわずかというように受け取られて、私どもの真意とちょっと離れた受け止め方をされたなという反省がございまして、最終的に、最終意見書のような表現で、一定の要件の下で導入する、しかし、一律には導入しませんよそれでその範囲についてはいろいろ考えなければならない、という書きぶりになった……」と述べ(法務委員会会議録15頁)、第151回国会参議院法務委員会(H13.6.28)において、「一律に導入しないようにということは強調しているわけです。一定の要件のもとでという、そのどういう要件のもとでかというのはこれもまた推進体制の方で具体的に御検討いただく中でお考えいただくことでありまして、一定の要件のもとで敗訴者負担のことを考えますよ、しかし、これは一律に導入しないようにしましょう……ということを書いてあるわけです」と述べている(同会議録18頁)。

収できないため訴訟を回避せざるを得なかった当事者」が存在する
のかどうか。

- b. 仮に存在するとしてどの程度か。即ち、現行制度が各自負担であること、また、本制度のもたらす萎縮効果を考慮したとき、そうした者の存在の程度が、現行制度を改正して弁護士報酬敗訴者負担制度を導入することを必要とするほどのものであるか。

この点について、日弁連は、裁判制度の利用について日頃から観察する機会を多く持つ消費生活相談専門相談員と各弁護士会を訪れた法律相談者を対象に意識調査を行った。回答数は、消費生活相談員は699人、法律相談来訪者は1,994人である。

その結果次のようなデータを得た^{*1}。

勝訴が相当程度確実である場合、各自負担のために訴訟を回避するかという点について、消費者相談員では、「たぶん裁判を起こさないだろう」及び「裁判を起こさない」と答えたものは14%に過ぎず、77%のものは各自負担にもかかわらず「裁判を起こす」あるいは「起こすだろう」と答えている。

法律相談来訪者でも、弁護士から「裁判をすれば、ほぼ勝つことができ、実際に金銭の支払いを受けられるなど、裁判の結果を実現できる」との説明を受けても、各自負担のため「たぶん裁判を起こさないだろう」及び「裁判を起こさない」と答えた者は、訴える側の相談者1,632人のうち12%、本人が裁判をおこしたら勝てると思っている相談者441人のうちで13%、更に、本人からみても弁護士からみても勝訴できると判断される相談者174人のうちでも僅か17人、10%に過ぎない。

以上の結果によれば、消費者相談員のうちでは各自負担を理由に裁判を回避する可能性があるのは14%に過ぎず、法律相談者では、そもそも勝訴が相当程度確実である事案自体が、訴える側の相談者1,632人のうちの僅かに174人、10.6%に過ぎない少数であるうえに、各自負担が司法アクセス抑制に働く場合が、さらにその少数者のうちの17人、わずか10%（訴える側の相談者全体に対しては1%）に過ぎないのである。

してみれば、このような少数事例のために現行の各自負担制度を一般に変更して一般的な敗訴者負担制度を導入すべきであろうか。否である。むしろ、一般的或いは原則的に弁護士報酬敗訴者負担制度を導入しなければならないような立法事実のないことが明らかであろう。

そして、少なくとも、弁護士報酬敗訴者負担制度導入の検討のあり方として、一般的或いは原則的に導入する方向での検討のあり方は正当で

*1 日弁連提出検討会資料14 - 4

ないことが明らかである。

なお、この日弁連調査は、質問の仕方による回答のばらつきに配慮して質問の方法を2通り設定し、それによる回答の変化も分析し、また、統計学的手法を使って結果の有意性も検討しているものであって、調査の恣意性を排除して客観性や科学性の確保に配慮した信頼性の高い調査である。こうした日弁連の調査結果は、研究会報告や審議会意見書が求める市民の一般認識に関する客観的データがない中で、極めて重要な資料というべきである。

審議会意見書がいう「勝訴しても弁護士報酬を相手方から回収できないため訴訟を回避せざるを得なかった当事者」が現に存在するかどうかの点について、本検討会では、検討をせず、そうした者が存することを当然の前提として、具体的検討にはいるべきとの議論がある。

しかし、上述のとおり、この点の検討は本制度の導入の在り方に重大な影響を与える論点である。しかも、審議会意見書が敗訴者負担問題を取り上げた出発点であり、動機であった。そして、現に、日弁連調査によれば「勝訴しても弁護士報酬を相手方から回収できないため訴訟を回避せざるを得なかった当事者」は、審議会意見書の基本的認識に立っても、これまの100年余にわたる各自負担の制度を変更しなければならないほどの存在でないことが見て取れるのである。

してみれば、この点の検討は打ち止めにするどころか、もっと積極的に検討しなければならない事柄である。

そうすれば、日弁連調査と同じく、一般的弁護士報酬敗訴者負担制度の導入が司法アクセスの促進に寄与するものでなく、司法アクセス促進に逆行することが明らかになるであろう。

前述の研究会報告は、「国民の一般的な意識を調査・検討する作業も不可欠」とした。また、審議会意見書は「弁護士報酬の負担の在り方に関する国民の理解にも十分配慮すべきである」としている。

しかしながら、審議会の議論においては、「勝訴しても弁護士報酬を相手方から回収できないため訴訟を回避せざるを得なかった当事者」が現に存在するかどうか等について、裁判制度の在り方に重大な影響を与える重要な制度改革を行うに足るほどの十分な調査検討はなされていないのである。

このため、「勝訴しても弁護士報酬を相手方から回収できないため訴訟を回避せざるを得なかった当事者」が存在するかどうかも不明なまま、それがどの程度の存在かも検討しないまま本制度の導入論議をすることは、角を矯めて牛を殺すのたとえのように、司法アクセスを促進するどころか、審議会意見書が最も畏れる司法アクセスを萎縮させることになってしまうおそれもあるのである。

3 立法技術と制度導入の検討のあり方

なお、立法技術的には、一般的に敗訴者負担制度を導入し、導入除外ケースを定める方法しかないという議論がある。

しかし、アメリカ合衆国における状況に鑑みれば、こうした議論が必ずしも妥当しないことが明らかであろう。

同国においては、弁護士報酬の負担のあり方は、原則として各自負担であり（アメリカン・ルール）、公益の実現や行政の違法状態の是正などを目的とする訴訟（私的司法長官理論Private attorney general theoryの適用される訴訟）や格差是正の必要のある訴訟等々において、例外として制定法や判例により敗訴者負担制度を導入している^{*1*}。そして、こうしたアメリカ合衆国における「弁護士報酬の負担転換という仕組みには、社会において重要な法の遵守と執行を担保するために、関心のある人による訴訟提起を奨励するという意図があり、そのような規定がなければ提起することが困難であろうと思われる訴訟を可能にすることで、これまで市民的権利と自由に関する事件を数多く助けてきたと評価されている。」（紙谷雅子『『勝訴当事者』“prevailing party” - 弁護士報酬の負担転換と触媒理論』、ジュリスト1230号104頁、107頁）。

わが国の現行制度はアメリカ合衆国と同じく各自負担であること、審議会意見書の敗訴者負担制度導入目的がアメリカ合衆国の場合と同じように司法アクセスの促進を目的とするものであることなど同国との共通事情に鑑みれば、わが国においてもアメリカ合衆国の例と同じく、司法アクセスを促進する場合に例外的、個別的に弁護士報酬敗訴者負担制度の導入を法定する方法がより立法技術的にも適しているといえよう。

4 ヨーロッパにおける実情

ちなみに、ドイツ、オランダ、フランスでは、弁護士報酬敗訴者負担制度が採用されている。日弁連は、急遽、これらの国々を訪問調査した。その結果、これらの国々では、もとより制度の在り方は同一ではないが、敗訴者負担制度の背景事情として、a.契約社会で証拠資料が整っており、勝敗見通しが比較的容易であること、b.裁判制度の利用が国民に普及していて、訴訟事件が極めて多いこと、c.法律扶助制度が整っており、また、権利保護保険も普及していること等の共通の事情が存在していることが指摘できる。

結局、これらの国々では、審議会意見書が目指す司法アクセスの拡充が既の実現し、審議会意見書が目的とする法の支配が国の隅々まで行き渡っており、むしろ、訴訟を抑制する必要さえあって、正に、弁護士報酬敗訴

*1 前出3頁研究会報告24～25頁。

*2 前出4頁紙谷論文31頁以下。同「弁護士費用の敗訴者負担制度」（法律扶助協会、リーガルエイドジャーナル78号9頁）。

者負担制度は訴訟抑制の機能を果たしている。

しかも、本制度導入により生ずる弊害に対しては、研究会報告が制度導入の前提条件とする法律扶助制度等の充実普及により十分な対処がなされているのであって、わが国と全く事情を異にするのである^{*1}。

第4 個別具体的検討の手続について

弁護士報酬敗訴者負担制度検討に当たっては、国民の意識調査のため、弁護士報酬敗訴者負担制度と司法アクセスとの関係についての関係者からのヒアリングが行われるべきである。

前述の研究会報告は、国民の一般的な意識を調査・検討する作業も不可欠であろうとしているし、審議会意見書も、「この検討にあたっては、
・ ・ ・ ・ ・ 弁護士報酬の負担の在り方に関する国民の理解にも十分配慮すべきである」(審議会意見書29頁)としている。

してみれば、弁護士報酬敗訴者負担制度導入の個別具体的検討においては、その制度導入の司法アクセスに与える影響について関係者からのヒアリング調査が是非とも必要である。

第5 具体的検討のあり方

1 個別具体的検討は、次のような類型化によってを行うのが相当である。

A 請求の性格の違いから a 行政訴訟 b 民事訴訟・人事訴訟

B 当事者の属性の違いから、民事訴訟・人事訴訟において、
a 個人対個人 b 個人対事業者 c 事業者対事業者

* 個人とは、事業のため訴訟当事者となるものを除く。

* 事業者とは、事業のため訴訟当事者となる団体及び個人をいう。

また、ここにいう事業者には私的経済活動の当事者としての国、公共団体その他これに準ずる団体を含む。

2 Bにおいては、更に、その類型の中でも、司法アクセスの観点か

*1 前出2頁『司法制度改革』において、竹下は、アメリカの学者の講演を紹介して「この[敗訴者負担の]問題だけを切り離して議論するのではなく、これを取り巻くさまざまな制度・条件、例えば、訴訟費用保険の普及度、法律扶助制度のあり方、その国の伝統、一般国民の意識などとの間連で、それぞれの国が自分の国にふさわしい制度設計をすべきだ、ということでした。」と述べている(93頁)。

ら特に検討を要する種類の訴訟について慎重な検討がなされるべきである。

検討対象とする個々のケースは一定の類型化を図って行うことになる。その場合、次のような指標によって、その類型化が行われるのが相当である。

A 請求の性格の相違によって、次のように分けるのが相当である。

- a 行政訴訟
- b 民事訴訟・人事訴訟

aは専ら適法な行政の確保実現という公共的公益の実現を目的とするものであるのに対し、bは直接的には個人的権利・利益を目的とするものであり、そうした請求内容の性格から、取扱いが異なってくるであろうからである。

B 更に、民事訴訟・人事訴訟については、訴訟当事者の属性によって、次のように分類されるべきである。

- a 個人対個人
- b 個人対事業者
- c 事業者対事業者

* 個人とは、事業のため訴訟当事者となる個人を除く。

* 事業者とは、事業のため訴訟当事者となる個人及び団体をいう。

また、ここにいう事業者には私的経済活動の当事者としての国、公共団体その他これに準ずる団体を含む。

蓋し、当事者の属性による類型化は、司法アクセスに与える影響が、訴訟当事者間に存在する証拠収集能力や情報収集能力の優劣、訴訟に費やしうる時間量、そして、資力の格差等々の紛争対応能力の格差によって等差を生じ、司法アクセスの見地から個別具体的に検討するためには、こうした当事者の属性を考慮する必要があるからである。

第6 訴訟類型などによる個別具体的検討

1 行政訴訟

この訴訟類型には国家賠償請求事件、国等に対する損失補償請求事件を含めるが、弁護士報酬敗訴者負担制度は司法アクセスの拡充に逆行し、また、裁判の法創造機能を損ない、導入すべきでない。

むしろ、司法アクセス促進のため、個人が原告の訴訟において片面的敗訴者負担制度を導入すべきである。

2 民事訴訟・人事訴訟

個人対個人の訴訟においては、弁護士報酬敗訴者負担制度は

訴訟結果予測の不確実性のために司法アクセスの拡充に逆行し、裁判の法創造機能を損なうことになり導入すべきでない。また、訴訟の種類によっては、勝敗の観念にそぐわないものもある。

個人対事業者の訴訟においては、弁護士報酬敗訴者負担制度は訴訟結果予測の不確実性のため、そして、当事者間の訴訟対応能力の格差のために司法アクセスの拡充に逆行し、また、裁判の法創造機能を損なうことになり導入すべきでない。

事業者対事業者の訴訟においては、原則として、弁護士報酬敗訴者負担制度は司法アクセスの拡充に逆行し導入すべきでない。

但し、弁護士報酬を事業活動のコストとして吸収しうる事業者、例えば、資本金5億円以上又は負債の合計金額が200億円以上の株式会社同士の間の訴訟は、敗訴者負担によっても萎縮効果が少ないと考え得るが、敗訴者負担が司法アクセスの促進につながるかどうか事業者の意識を十分調査したうえ、司法アクセスを促進すると認められる場合は、敗訴者負担制度を導入することも考えられる。

3 不法行為に基づく損害賠償請求訴訟

この類型の訴訟については、確定した判例理論として、原告の要した弁護士報酬の一部を損害として被告に負担させることになっており、敗訴者負担制度を導入する必要性はない。むしろ、敗訴者負担制度導入により、これまで認められてきた程度の弁護士報酬の回収が認められなくなるおそれがある。

4 不当訴訟・不当応訴

不当訴訟・不当応訴は、現在でも、確定した判例によって、不法行為による損害として敗訴者に勝訴者の弁護士報酬敗訴者負担を負担させることになっており、弁護士報酬敗訴者負担制度を導入する必要性はない。

5 片面的敗訴者負担制度の導入

司法アクセスを拡充するためには、むしろ、訴訟結果が公共的利益をもたらす訴訟については片面的敗訴者負担制度を導入すべきである。

1 行政訴訟

この類型の訴訟には国家賠償請求事件、国等に対する損失補償請求事件も含めるが、これらの訴訟は既存の勝訴見通しの予見が極めて難しく、勝

訴率も低い。従って、敗訴者負担制度の導入は司法アクセスを萎縮させる方向に強く働く。原子力発電所を巡る訴訟は16連敗の後に（2003年2月12日付朝日新聞）、名古屋高裁における高速増殖原型炉「もんじゅ」設置許可無効確認訴訟での勝訴があった。敗訴者負担制度の下ではかかる勝訴判決はなかっであろう。

また、議員定数更正訴訟では連敗を重ねているが、それが法律改正につながっているし、原告適格や行政処分性の評価判断についても、裁判例は、多くの敗訴判決を経て順次拡大評価してきている。行政訴訟における裁判の法創造機能も重要である。

一般的な敗訴者負担制度の導入は司法アクセスの促進に逆行するのであり、また、裁判の法創造機能を喪失させるものである。

むしろ、こうした訴訟は行政の適法化を図るという公益性を有し、こうした訴訟へのアクセスを促進する意義は大きい。前述のとおり、アメリカ合衆国では、こうした訴訟については「私的司法長官の理論」に基づいて司法アクセスを促進するため原告たる個人が勝訴した場合のみ被告の行政庁に原告の弁護士報酬を負担させる、いわゆる片面的敗訴者負担制度を導入している。司法アクセスの促進のために敗訴者負担制度を導入しようとする審議会意見書の目的に照らせば、正に、こうした訴訟類型においてこそ片面的敗訴者負担制度を導入すべきである。

わが国の現行法においても、敗訴者自身が負担するものではないが、勝訴者が要した弁護士報酬を回収できるという意味で類似の制度の例がある。例えば、地方自治法第242条の2第12項（住民訴訟）である^{*1}。

2 民事訴訟・人事訴訟

個人対個人の間訴訟

1) 勝訴見通しの不確実性による司法アクセス萎縮効果

まず、一般的に、前述の日弁連調査に明らかとなっており、勝訴を確信している当事者でさえ、その中で敗訴者負担でないことを理由に訴訟を回避せざるを得なかった当事者は少数である。即ち、各自負担制度は、さほど司法アクセスを萎縮させる方向に作用していない。

従って、司法アクセスを促進する観点から、現行の各自負担制度を変更しなければならない立法事実はないといえる。

それでは、新たな敗訴者負担制度の導入は司法アクセスを促進する方向に作用するであろうか。

勝訴が明らかないケースを例にあげて、これを肯定する議論もある。

*1 なおこの点について、原田尚彦は、行政訴訟につき、自治法242条の2第12項の定めに関連した制度が考慮されるべきとするものもあるとする（原田尚彦『行政法要論（全訂第4版増補版）』392頁、学陽書房、2002年）。

しかし、裁判というのは、当事者双方にそれなりの言い分があるために紛争が発生するのであり、そもそも、そうした当事者間の言い分の相違に決着をつけることが裁判の紛争解決機能であって、裁判はそのため提起されるものである^{*1}。

また、裁判というのは、証拠に基づき、立証責任というルールの下で、裁判官の自由心証により行う裁判官の判断過程であるが、そうした裁判過程での新たな証拠の発見や提出、証拠及び情報収集状況の変容、個々の裁判官による事実の見方や法の解釈適用の幅などにより裁判結果が左右される。

しかも、法化社会といえないわが国においては、特に個人や中小零細事業者においては、約束事が契約書の作成などのように客観的証拠化されておらず、裁判における判断は主観的供述に頼ることが多い。まして、最近では、訴訟の迅速化が叫ばれ、その供述証拠さえ、裁判官の面前での証言でなく陳述書という書面によって提出される。そうした裁判では、裁判官の自由心証の幅が広いものになっている。

こうした原因で、訴訟を始めるに当たって、勝訴が明らかな事例などというのは極めて希であり、殆どの事例において裁判を始めるにあつての勝敗予測は困難なのである。

このことは、前述の日弁連調査によっても明らかである。各地の弁護士会に相談に訪れた法律相談者のうち訴える側の1,632人のうち、本人から見ても弁護士から見ても勝訴できると判断されるケースは174名でわずか10.7%に過ぎなかった。

このような訴訟を始めるに当たつての勝敗見通しの不確実性のため、敗訴者負担制度は司法アクセスを促進する方向には働かない。

むしろ、このように大半の訴訟において勝敗見通しが不確実である事情の下では、弁護士報酬敗訴者負担制度は訴訟提起や応訴を抑制する方向に作用するのである^{*2}。

蓋し、こうした大多数の勝敗見通しの不確定な事案において、弁護士報酬敗訴者負担制度の下では、原告や被告は、勝敗見通しが確定的でないため勝訴のことばかりでなく敗訴の可能性も考え、その両面を考えた当事者は、敗訴のリスクを考慮して、これを回避しようと行動することになり、結局、弁護士報酬敗訴者負担は司法アクセスの抑制

*1 阿部泰隆「基本科目としての行政法・行政救済法の意義（六）」、自治研究78巻1号、19～20頁。

*2 ロウは「敗訴者負担原則に公正さを感じるかどうかは、特定の法制度の下における司法手続の結果に対する予測可能性の認識によっても左右される。……こうした[結果に対する予測可能性の]不確実性は、敗訴という事実のほかこれといった付加的な理由がないときは、敗訴者負担原則に対する疑問をより一層高めることになる。」と指摘する（前出7頁ロウ論文56～57頁）。

に働くのである^{*1}。

訴訟を提起しようとするものはもとより、被告として応訴しようとするものも敗訴を恐れて理不尽な支払や裁判によらない妥協を強いられることになる^{*3}。

紙谷教授も「双方向に(弁護士報酬の)負担転換の可能な仕組みは、資力の乏しい人だけでなく、危険を回避しようとする慎重な傾向の人にとっても、訴訟の結果の不確かさを倍増させるので、司法へのアクセスを促進することにはつながらない。司法へのアクセスを促進し、紛争解決のために裁判所の使い勝手を向上させるためであるとすれば、弁護士報酬の敗訴者負担という提案はその目的を達成することにはなりそうもない」とする(前掲「弁護士報酬の負担転換に関する一考察」55頁)^{*4}。

してみれば、少なくとも、敗訴者負担制度導入による司法アクセス阻害の弊害に対する対策、例えば、勝訴見通しの予測可能性を高める事前の証拠開示制度や経済的負担を軽減する法律扶助制度の充実などの諸制度が充実していないわが国の現段階では、司法アクセスの見地からみて未だ敗訴者負担制度を導入すべきでないことが明らかである。前述のとおり、研究会報告もこの結論であった。

なお、勝敗が明らかなケースでは、相手に資力があるときは、訴訟に至るまでもなく相手が請求に応じて訴訟にならないであろう。にもかかわらず、訴訟が提起されるのは相手に資力がない場合が多い。しかし、そのような事件では、弁護士報酬どころか認容された請求自体実現ができないだろう。従って、訴訟が回避されるのは、弁護士報酬を敗訴者から回収できないためではなく、そもそも請求自体実現しな

*1 我妻学「英国における1999年司法へのアクセス法」(都立大法学41巻1号60頁)は、法律扶助制度がわが国よりは充実しているイギリスの敗訴者負担の状況について、「敗訴しないように弁護士が過剰な訴訟活動を行う要因ともなっている。……訴訟費用を自分で負担できる大企業か、資力の乏しい法律扶助の受給者しか訴訟を進行できなくなっている。……法律扶助の受給資格要件が引き上げられたため、……一般市民の裁判へのアクセスを阻害している。」と述べる。

*2 日弁連のドイツ、オランダ、フランス調査において、敗訴者負担制度を導入しているこれらの国々においても、同制度が訴訟抑制に働いていることは先に紹介したとおりである。

*3 紙谷論文によれば、敗訴者負担制度のイングランドでは、敗訴者負担制度が「『戦略的な取引の手段』として用い」られ、和解拒絶がもたらすかも知れない弁護士報酬の負担の転換を恐れて不当に僅かな金額の和解提案を承諾する例が多いこと、「銀行口座の残高の多少が裁判所へのアクセスを規定し、裁判を受けるという重要な権利を左右している、つまり、資金的に豊かな当事者に有利に働いているという指摘もある。」ことが紹介されている(前出4頁紙谷論文40頁)。

*4 紙谷論文に紹介するアメリカ合衆国最高裁判決は「『訴訟(の結果)は(最善の場合でも)予測できないので、訴訟を提起した、あるいは防御したというだけで制裁を課されるべきではなく、敗訴の制裁に相手方当事者の弁護士報酬まで含まれるのであれば、貧困にあえぐ者は自らの権利を擁護するため訴訟を開始することを不当にも思いとどまらされることになる』」としている(前出4頁紙谷論文31頁)。

いため訴訟が回避されるのである。

2) 裁判の法創造機能

とりわけ、法の解釈適用について裁判所の判断が分かれているような事例、未だ形成過程にあるような権利・利益を対象とする訴訟、新たな社会秩序や社会的価値の創造に関する訴訟については、敗訴者負担制度を導入してはならない。

司法には法創造機能がある。審議会意見書も司法の役割について「これ(司法)をつうじて法の維持・形成を図ること」を期待している(同意見書5頁)。

裁判例の蓄積により、抽象的な法律規定についての具体的解釈適用基準が明確化され、あるいは、法律の形式的解釈とは異なる新たな判例法理が生み出されてきた。法規範は不変ではあり得ず、時代の流れや社会の発展に応じて法律の解釈や適用基準も変遷する。むしろ、社会の変化に応じてこれを修正していくことが司法に求められた役割である。

裁判の法創造機能の具体的な例は後述の各訴訟の種別ごとの箇所で述べるが、個人対個人の訴訟においても、土地建物賃貸借契約の解除における信頼関係破壊の判例理論や「有責配偶者の離婚請求」についての最高裁判例の破綻主義傾向への変更、セクシャルハラスメントを人格権侵害の一類型として承認する近年の裁判例、交通事故による女子の死亡逸失利益算定における男女差を否定する下級審裁判例などなど、裁判による法創造機能の例は枚挙に暇がない。

こうした裁判の法創造機能を触発するような訴訟は、それまでの前例は敗訴事例が殆どであり、訴訟を始めるに当たっての勝訴見通しは絶望的であって、敗訴者負担制度が導入されると訴訟提起は殆ど不可能となる^{*1}。

司法の法創造の役割を失わせないためにも、むしろ、審議会意見書が期待するように司法が社会の法秩序の形成発展に寄与する契機を増大させるためにも、こうした法の解釈適用について裁判所の判断が分かれているような事例や未だ形成過程にあるような権利・利益を対象とする訴訟、新たな社会秩序や社会的価値の創造に関する訴訟などについては、積極的に司法アクセスを促進すべきであり、政策的にも弁護士報酬敗訴者負担制度は導入してはならない。

3) 勝敗の観念にそぐわない訴訟

離婚等の人事訴訟や賃料の増減額請求訴訟のような訴訟は、裁判の勝ち負けというより、むしろ、当事者間にある紛争について法的ルールに則って一定の解決を図ろうとするものであり、その判断は微妙な

*1 前出16頁阿部論文20～21頁。

価値判断を含み裁判官による判断の相違を生みやすく、勝訴見通しの予測が困難であり、敗訴者負担制度の導入は司法アクセスを萎縮する方向に作用する。

とりわけ、離婚訴訟における破綻主義的判断の傾向に鑑みれば、勝訴敗訴という観念になじみにくく、従ってまた、敗訴者負担制度になじまない。

4) 少額事件

請求額を上回る弁護士報酬を負担しなければならないような小額事件、或いは少なくとも、弁護士報酬が請求額の半額を超えるような少額事件では、確かに、勝訴確実であっても、勝訴しても相手方から自分の弁護士報酬を回収できなければ、訴訟を提起することをあきらめるかもしれない。

しかし、前述のとおり、勝訴が確実と言えない場合が多く、とりわけ、少額事件であればあるほど客観的証拠が不備であって勝訴見通しが困難であり、提訴、応訴の萎縮効果が大きいであろう。とりわけ、少額事件における敗訴したときの負担は訴額に比して過大であり、敗訴者負担制度の導入については慎重ならざるを得ないであろう。

個人対事業者間の訴訟

1) この類型の訴訟においても、前記 の1)及び2)に述べた勝訴見通しの不確実性による萎縮効果や裁判の法創造機能にかかる問題が妥当する。

2) 訴訟対応能力の格差による司法アクセス障害

更に、個人対事業者間の訴訟では、情報力、専門知識の保有量や質、人的・財政的負担能力等訴訟対応能力において不平等があり、その結果、個人側においては、そうでなくても、それら不公平は司法アクセスを阻害しているのに、更にその上、敗訴者負担制度が導入されると一層司法アクセスを阻害することになる。

3) 以下、特徴的種類の訴訟について述べる。

a. 消費者契約^{*1}に関する訴訟、消費者取引に関する不法行為に関する訴訟

とりわけ、こうした訴訟については、当事者間に情報の質・量及び交渉力その他訴訟対応能力の看過し得ない実質的不平等があり(消費者契約法第1条)、また、同一事案で裁判官の価値判断によって判断が分かれる事案が多く、消費者側からの勝訴見通しの予見が難しく、また、資力の格差は訴訟対応能力の格差となり、敗訴者負担制度の導入は司法アクセスを阻害する。

*1 消費者契約の定義については、消費者契約法第2条第3項。

また、こうした訴訟においては、とりわけ、多くの敗訴判決を累々と積み重ねながらようやく成果を切り開いてきた裁判の法創造機能が果たしてきた役割は大きい。土地建物賃貸借契約における信頼関係破壊の判例理論の形成、利息制限法の解釈適用に関する最高裁判例の変遷、割賦販売における抗弁権の接続についての裁判例の集積と割賦販売法第30条の4の制定、製造物責任における欠陥の認定に関する裁判例の集積と製造物責任法の制定、商品先物取引・証券取引における違法性認定判断の判決例の変遷や金融商品販売法の制定、欠陥住宅訴訟と住宅品質確保促進法の制定、シックハウス訴訟は敗訴したがデパート・学校などでのホルムアルデヒド濃度測定義務などを定めるビル衛生管理法の改正など、幾多の敗訴判決の積み重ねが裁判の法創造機能を発揮させてきた例は枚挙にいとまがない。

こうした訴訟はもともと勝訴見込みが極めて低く、敗訴者負担制度の下では確実に萎縮効果が働き、こうした規範の発展は成し遂げられなかったであろう。

b. 労働関係に関する訴訟

こうした訴訟についても、当事者間に前記のような情報量や証拠収集能力その他の訴訟対応能力に看過し得ない実質的不平等があり、労働者側からの勝訴見通しの予見が難しく（例えば就業規則改訂・制定による労働条件不利益変更事件では「合理性の有無」の「総合判断」の枠組みの下で同一事件についてさえ一審・控訴審・上告審で判断が分かれるものがいくつも存在する）、また、特にこの類型の訴訟では労使の資力の格差は訴訟対応能力の格差となって、労働者側の司法アクセスを著しく阻害する。

更に、この類型の訴訟には、未だ形成過程にあるような権利・利益を対象とする訴訟、新たな社会秩序や社会的価値の創造に関する訴訟も多く含まれる。例えば、前記のセクシュアル・ハラスメントに関する訴訟では、事業主に職場環境調整義務を課す判例理論が形成・定着する中で1999年の男女雇用機会均等法の改正（21条事業主の配慮義務）が行われたし、いわゆる「過労死」の労災認定基準の度重なる改定や「過労自殺」に関する認定基準の新設も、数あまたの業務外認定取消訴訟の積み重ねによるものである。このように、労働関係に関する訴訟が新たな法規範の形成や職場環境の改善に果たしてきた例は、これまた枚挙にいとまがない。

c. 公害・環境・薬害その他事業者活動による個人の権利・利益侵害に対する訴訟

こうした訴訟についても、当事者間に実質的不平等があり、被害を受けた個人の側からの勝訴見通しのあらかじめの予見が難しく、このため敗訴者負担制度の導入は司法アクセスを阻害する。

まして、この類型の訴訟は、法の解釈適用について裁判所の判断が分かっているような事例、未だ形成過程にあるような権利利益を訴訟対象とする訴訟、新たな社会秩序や社会的価値の創造に関する訴訟の類型に該当することが多い。人格権等新たな社会状況に応じた権利概念の確立や共同不法行為論の発展、キノホルム訴訟・H I V 訴訟等の訴訟による行政の発展など、このような訴訟が、多くの敗訴判決を重ねた後にもたらした法規範の発展、社会の発展に果たしてきた成果は数多い。

d. 医療過誤訴訟

この訴訟においても、当事者間に証拠の偏在や専門知識や情報の量的・質的格差など実質的不平等があり、被害を受けた個人の側からの勝訴見通しの予見が難しく（医療過誤訴訟の勝訴率は40%前後である。）、このため敗訴者負担制度の導入は司法アクセスを阻害する。

また、この訴訟においても、医師の注意義務の程度や必要とされるインフォームドコンセントの内容など、度重なる敗訴判決を経て判例が変更されてきており、敗訴者負担制度の下ではこうした判例の発展はなかったであろう。敗訴者負担制度はこのような裁判の法創造機能を損なう。

事業者対事業者の訴訟

この類型の訴訟でも、敗訴者負担制度の導入による訴訟萎縮効果や法創造機能に関する前述（の1）及び2）は妥当する。とりわけ、中小零細事業者における事情は個人と変わらないであろう。

商工ローン訴訟における利息制限法に基づく元金充当利息の範囲に関する高等裁判所の判断が全く正反対に対立していることなどは、訴訟見通しが不可能に近い代表的な例であろう。

またここでも、法創造機能の実例は枚挙にいとまがない。仮登記担保や譲渡担保に関する判例の変遷と仮登記担保法の制定、抵当権に基づく明渡請求に関する最高裁判例の変遷等々である。

ただし、弁護士報酬を事業者活動のコストとして吸収しうる事業者、例えば、資本金5億円以上又は負債の合計金額が200億円以上の株式会社（株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律第1条参照）同士の間の訴訟は、敗訴者負担によっても萎縮効果は少ないと考え得るが、敗訴者負担が司法アクセスの促進につながるかどうか事業者の意識を十分調査したうえ、司法アクセスを促進すると認められる場合は、敗訴者負担制度を導入することも考えられるであろう。

3 不法行為に基づく損害賠償請求訴訟

この類型の訴訟については、確定した判例理論として、原告の要した弁護士報酬の一部を損害として被告に負担させることになっている。こうした判例によれば、被告の過失を前提とするが、原告の要した弁護士報酬の多くの部分を損害として被告に負担させ、公正の確保を図っているのである。

なお、近時、債務不履行による人身損害の賠償請求訴訟においても、医療過誤事件などにおいては原告の弁護士報酬を損害と認めて被告に負担させる下級審判決例が現れている。

従って、こうした訴訟分野に敗訴者負担制度を導入する必要性はないし、むしろ、敗訴者負担制度の導入により、こうしたこれまでの判例法理により認められてきた原告の負担の回収の程度が減縮されるようなことがあってはならないことを注意しておきたい。

4 不当訴訟・不当応訴

国民の裁判を受ける権利や民事訴訟法の定めに照らしても、これを濫用すると認められる不当訴訟・不当応訴については、現在でも、確定した判例によって、敗訴者に相手方の弁護士報酬を負担させることになっており、弁護士報酬敗訴者負担制度を導入すべき必要のないことは先に述べたとおりである。

5 片面的敗訴者負担制度について

そもそも、審議会意見書は、「国民の一人ひとりが、統治の客体意識から脱却し、自立的でかつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由に公正な社会の構築に参加」すべきであるとしている。即ち、私人による法の実現が求められているのである。

してみれば、訴訟結果が公共的利益をもたらすような訴訟については、原告が勝訴した場合のみ敗訴した被告に原告の弁護士報酬を負担させようといういわゆる片面的敗訴者負担の制度が導入されるべきである。

蓋し、そうした訴訟では、その請求の直接的内容は個人的権利・利益を目的とするものであるが、その訴訟の成果は一般的に事業活動の適正化を図るといふ公益性があつて、私人による法の実現という側面があり、審議会意見書の理念を実現するためには、そうした訴訟について司法へのアクセスが促進されなければならないからである。しかも、そうした訴訟においては、当事者の立場に互換性がなく、事業者は、本来自ら違法状態を是正すべき社会的責務があるし、その訴訟によって是正される以前の違法状態下での事業活動により利益を得ているからである。

前述のとおり、アメリカ合衆国においては、弁護士報酬の各自負担の原則を取りながら、いわゆる私的司法長官理論により、公益的利益の実現に

寄与する類型の訴訟については司法へのアクセスを促進するために片面的敗訴者負担の制度が個別に取り入れられている。

これまで再々述べてきたように、審議会意見書は、国民の一人ひとりが統治主体として社会の構築にかかわり、司法アクセスを拡充するために弁護士報酬敗訴者負担制度を提言した。

そうだとすると、先述した行政事件のほかに、次のような類型の訴訟などにおいて、そのような片面的敗訴者負担制度を導入させるべきである^{*1*}。

- a. 独占禁止法違反の一定の不公正な取引方法による利益侵害又はそのおそれに対する侵害停止又は予防請求訴訟（独禁法24条）
- b. 取引約款の無効を主張する訴訟（消費者契約法10条）
- c. 公害・環境に関する訴訟のうち環境侵害行為の差し止め訴訟

以 上

*1 紙谷は「原告に有利な片面的負担転換は、・・・訴訟においてはアクセスを促進する可能性が高い。」とする（前出4頁紙谷論文55頁）。

*2 前出16頁阿部論文25頁。