

弁護士費用ファイナンスの微視的考察

—各自負担・敗訴者負担・片面的敗訴者負担の正当化根拠を吟味する—

山城 崇 夫

- 1 はじめに
- 2 各種の弁護士費用負担方式の構造と機能
- 3 各種の弁護士費用負担方式の正当化根拠
- 4 正当化の限界。あるいは一般化の困難について
- 5 結びに

補論 各種の弁護士費用負担方式の構造と機能の比較のための経済分析
について

1 はじめに

民事訴訟において、弁護士に訴訟委任すれば、その費用は依頼者たる当事者が負担しなければならない。実体法上の観点からみれば、弁護士は準委任契約に基づき依頼者に報酬請求権を持つことから、依頼者にその支払い義務があるのは当然であるとされよう。しかしながら、このいわゆる各自負担（原則）方式に対し、弁護士費用を訴訟費用化して敗訴者負担を原則化するべきであるという批判がある。これまでの二者対立の図式はおおむね、一方が「なぜ勝訴者が自己の弁護士費用を負担しなければならないのか」と尋ね、

「それは公平ではない」と言い、他方が「なぜ敗訴者が勝訴者の弁護士費用までも負担しなければならないのか」と尋ね、「それは公平ではない」と主張する形で推移してきたといえよう。問題はそれぞれがいうところの公平の中身である。これについての議論は出つくしているという評価もあろう。しかし、近年、訴訟政策の視点から片面的敗訴者負担制を提唱する論者や、経済学的分析を用いて説明を試みようとするなど新しい展開とでも見られそうな動きがあり、より一層論点は多岐にわたりかつ複雑さを増しているのが現状である。

そこで、本稿は、各種の弁護士費用負担方式の正当化根拠をそれぞれいま一度洗い出しこれらの限界を指摘することにより、弁護士費用負担方式問題をめぐる今後の論点となりそうな事項を整理してみたいと思う。もっとも、ここでの視野はきわめて狭い。本来、弁護士費用負担方式は弁護士制度、弁護士報酬制度、弁護士依頼者関係、訴訟制度、法律扶助、訴訟技術などもろもろの法的社会学的経済的要因と複雑に絡み合っている⁽¹⁾。これらの要因を包括した視野を用意してこそ正しい理解に達するのであろうが、私の力量を超えてしまう。

取り上げる各種の負担方式は、わが国の原則的ルールでありまたアメリカ合衆国においても同様に原則とされている各自負担方式、イギリスや大陸ヨーロッパの国々で支配的な敗訴者負担方式（勝訴者まるとり方式ともい

1) たとえば、弁護士報酬制度ひとつ取ってみても、弁護士の法的サービスについての報酬原理と当事者間のコスト分配原理の絡みは明らかであろう。だれがどれだけの費用を負担するかが問題である。すなわち、Who だけでは片手落ちであり、How much を抜きにしては問題を正確に捉えきれない。その意味では、本稿はきわめて限定的である。なお、だれが負担するかが決定されるとそのこと自体がどれだけの額を負担するかを含意することを示唆するものとして、Rowe, Jr., "The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview", 1982 Duke L. J. 651, at 666-7, 78 (以下、Rowe, Attorney Fee Shifting という)。ヨーロッパ諸国の弁護士費用負担問題を包括的に扱っている、Pfennigstorf, "The European Experience with Attorney Fee Shifting", 47 Law & Contemp. Prob. 37 (1984) (以下、Pfennigstorf, European Experience という) も報酬原理と分配原理の複雑さを指摘している。

う)、さらに、アメリカ合衆国の多数の連邦法で採用されている片面的敗訴者負担方式である。

なお、分析の単純化を図るため、特に明示しないかぎり給付訴訟を中心とし、当事者双方に弁護士代理がなされているものとする。

2 各種の弁護士費用負担方式の構造と機能

a 各自負担 原告被告の別なく依頼者が自己の弁護士費用を負担する。もちろん、勝敗はこれとは無関係である。わが国とアメリカ合衆国がこの方式を原則とする（しかし、弁護士報酬制度に大きな違いがある点に注意を要する）。

この方式では、当事者は勝敗にかかわらず弁護士を雇えば必ず費用の負担を覚悟しなければならないので、訴訟の帰趨について確実な予測をもっているといなどにかかわらず、提訴応訴の意志決定に際して、弁護士費用額は常に当事者にかかってくるものとして認識させられる。したがって、当事者は訴訟の結果手に入るものと予測できる価値から自己の弁護士費用を引算することによって実際に取得できる純価値を勘定することができる。要するに、訴訟結果と弁護士の役割を一応切り離し、依頼者と弁護士のあいだの契約による報酬請求の権利義務の問題として捉えるだけでよい（実体法上の準委任契約である）⁽²⁾。弁護士に払わねばならない費用が不安の種である者にとって、この方式では、弁護士報酬額の合理的な基準設定自体が残される問題になろう⁽³⁾。

b 敗訴者負担 原告被告の別なく敗訴した当事者が相手方の弁護士費用

2) 報酬支払い特約付きの委任契約（準委任）（民法648条1項）である。新堂・民事訴訟法127頁、三ヶ月・民事訴訟法（全集）201頁、注釈民法（旧）16巻165頁、来栖・契約法505頁、我妻・債権各論（中の2）687頁参照。

を負担しなければならない。もっとも、この方式を採るイギリスをはじめ、大陸ヨーロッパの国々の法域ごとに弁護士報酬の算定基準は異なっていること、敗訴者が負担すべき弁護士報酬の範囲も異なること、そしてだれがその範囲を決定するのかそれともあらかじめ敗訴者負担部分が定額化されているのかなどに違いがあるため、これらを一括して取り扱うことは多少危険であろう⁽⁴⁾。しかしながら、さしあたりこれらの相違には目を瞑ることにする。

この方式では、敗訴した当事者は相手方の弁護士費用までも負担しなければならないので、訴訟結果リスクいかに提訴応訴の意志決定に大きな要因のひとつとして働く。したがって、根拠薄弱な請求を訴訟に持ち込んだりあるいは同様な防御活動を展開することは経済計算上損失になるため抑制され、勝訴の見込みの高い事件は提訴誘引になると考えられている。

c 片面的訴訟者負担 上記の敗訴者負担が原告被告にかかわりなくいわば双面的敗訴者負担であるのに対し、これは原告か被告かで敗訴者負担のあり方に差をつけるものである。これはつぎのように理論上ふたつに分類できる。

3) なお、旧民事訴訟費用法では、訴訟費用とは同1条の「権利ノ伸張又ハ防御ニ必要ナル限度ノ費用」であり、同15条の「本法ニ定メサル必要ノ費用ハ其实費ニ依ル」に弁護士費用を含める解釈を採る少数説（椎木「弁護士費用を敗訴の当事者に負担させることの可否」自由と正義11巻4号2頁）もあったが、現行法は旧法の1条および15条に相当する規定がないので、このような解釈はできない。なお、小山ほか編・演習民訴111頁（青林，昭62，内田執筆）参照。

4) 大陸ヨーロッパ諸国の敗訴者負担も、国ごとに相当差がある。敗訴者負担を原則としているのはオーストラリア、フランス、西ドイツなど、裁判所の裁量で当事者間に分担を認める国として、ベルギー、スペイン、スイス、イギリスなどである。もっとも、ベルギーは実務上常に敗訴者負担であるようだ。範囲についても、限定的な国はフランス、オランダ、スペイン、スイスである。勝訴者の申し立てによるか職権によるかの区別もあろう。これらについて、Pfennigstorf, *European Experience*, supra note 1 は各国の法規を包括的に取り上げている。または PFENNIGSTORF, *LEGAL EXPENSE INSURANCE: EUROPEAN EXPERIENCE IN FINANCING LEGAL SERVICES*, p39 (ABF, 1975) に簡単な表がある。世界的な規模で見ると、さしあたりカペレッテイ編（小島＝谷口編訳）・裁判紛争処理の比較研究（上）（日本比較法研究所，昭58）で輪郭をつかめよう。

① 片面的原告有利負担 第一は、原告に有利な負担方式である。これは、原告が勝訴すれば、被告が原告の弁護士費用を負担し、原告が敗訴したときは、各自負担と同様に、それぞれが自己の弁護士費用を負担する。アメリカ合衆国の市民的自由、環境、および知的所有権などの領域に関しては連邦法で特にこうした負担方式を規定したものが数多く見られる（正確に言うと、多くは、規定の文言上は敗訴者負担であるが、實際上原告有利な片面的敗訴者負担として扱われている）⁵⁾。後で正当化根拠を論じる際にも言及するつもりであるが、注意を要するのは、公共利益の実現を目的とした訴訟の経済的基礎の確保の方策としてこれが採用される場合、直接的には国や大企業である被告の負担とするが、最終的には公衆に負担が還元されることになる。いわゆる第三者負担といってよい。

なお、わが国では、不法行為に基づく損害賠償請求の領域で、原告の弁護士費用を本来の損害と因果関係にあるものとする判例が確立されており、実質的に原告有利な片面的敗訴者負担を取り入れたものとする評価がある。もっとも、原告が請求した弁護士費用のうち裁判所は2割ないし3割を認めるにすぎないようである。問題は、なぜ不法行為の領域だけが実体法的処理でもって現行弁護士費用負担制度の修正を容認されるのであろうか。ここで

5) たとえば、市民的自由に関する弁護士費用裁定法 (The Civil Rights Attorneys Fee Awards Act of 1976, 42 U. S. C. 1988) は「(市民的自由の諸法) を実現するための訴えもしくは手続きにおいて、裁判所は裁量により、勝訴当事者 (アメリカ合衆国を除く) に適正な弁護士費用の回復を許す」としており、文言上は原告に有利な片面的敗訴者負担ではない。しかし、裁判上、この文言は通常勝訴原告に回復を許し勝訴被告については否定するものと解釈されている。また裁量となっているが解釈上義務的とされている。以上について、さしあたり Dobbs, "Awarding Attorney Fees Against Adversaries: Introducing The Problem", 1986 Duke L. J. 435, at 448 (以下, Dobbs, Awarding Attorney Fee という)。なお、原告有利な片面的敗訴者負担を明示するものとして、パテント法 35U. S. C. 285 (1982), Securities Act (詐欺) 15U. S. C. 77k (e) がある。なお、連邦裁判所における弁護士報酬回復規定を網羅したものとして、GOODSTEIN, ATTORNEYS FEES: WINNING A RECOVERY IN FEDERAL COURT, (Mjchie 1985) が簡単に展望できる (弁護士を対象とした実務的なもの)。

は、この判例の位置づけをめぐる議論が分かれる旨を述べるにとどめる⁽⁶⁾。

この方式では、敗訴者負担に比べて原告に有利になっているので、原告は敗訴のリスクについては自己の弁護士費用だけを勘定に入れて提訴の意志決定をすればよく、双面的敗訴者負担に比べて敗訴のリスクが緩和される。勝訴の見込みが高い場合は弁護士費用の負担の心配が解消するので提訴誘引になると考えられている。したがって、この方式は、特定領域の事件類型が極端に少なかったりするような訴訟分布に歪みがある場合これを適正な分布状況に調節する手段のひとつになることが考えられる。

② 片面的被告有利負担 第二は、被告に有利な負担方式である。これは、原告が敗訴すれば、原告が被告の弁護士費用を負担し、被告が敗訴したときは、各自負担と同様に、それぞれが自己の弁護士費用を負担する。特にこの方式を採用する例は知らない（もっとも、アメリカ合衆国のフロリダ州において医療過誤訴訟でこの型の片面的敗訴者負担が採用されている旨の指摘はあるが⁽⁷⁾、私はこれについて調べていない。）

この方式は、上記の原告有利な片面的敗訴者負担の裏返しであるから、もちろん敗訴のリスクは大きくなり、勝訴の見込みが高くても自己の弁護士費用を常にかぶらなければならない。そこで、この方式は提訴抑制に働くと考えられる。したがって、特定領域の事件類型が極端に多かったりするような訴訟分布に歪みがある場合これを適正な分布状況に調整する手段のひとつとして考えることができよう。

6) さしあたり、小島・民事訴訟法判例百選（3版）27事件解説。

7) Shavell, "Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", 11 J. Legal Stud. 55, at 56 (note) (以下、Shavell, Allocation of Legal Costs という)。

3 各種の弁護士費用負担方式の正当化根拠

ここでは、各種の弁護士費用負担方式の正当化根拠を包括的に列挙する作業を行なう。この中には本稿の限定的視野からすれば省いてもいいものや根拠として若干明確でないものもすべて含まれる。なんらかの一定の基準で分類して示すわけでもない。その意味ではきわめて大雑把にすぎるが、問題状況を把握するうえではむしろ整理前の混沌を認識しておいたほうがよいと思うからである⁽⁸⁾。

a 各自負担方式の正当化根拠

わが国の原則的方式である各自負担制度の原理的な基礎づけは、これまで驚くことに、きわめて曖昧であったように思える。実体法上の弁護士依頼者関係として把握する以外になにもわざわざ訴訟法的ルールを置く必要を感じていないので、ここで正当化根拠をうんぬんするまでもないと考えていたからかもしれない。各自負担方式擁護者は、専ら敗訴者負担方式の限界を指摘

8) 弁護士費用負担方式の正当化について述べる論文は厩大な数に上る。ここでは、そのなかの一部をあげる。内田「わが国民事訴訟における弁護士報酬についての一考察」早稲田法学37巻1・2号143頁、田中「上訴権の濫用とその対策」法曹時報6巻1号1頁、桜田「最高裁と弁護士費用論」法学セミナー160号42頁、花岡「弁護士報酬をめぐる問題」(講座現代の弁護士3巻308頁所収)、石井「敗訴者不利益負担制度による民事裁判の強化」(同・民事法廷覚え書203頁所収)、松代「弁護士報酬合理化の方向」(東京弁護士会・司法改革の展望411頁所収)、小杉「アメリカ法の視点からみたわが国の弁護士報酬制度」別冊判例タイムズ3号168頁、同「私人による法の実現と弁護士費用の敗訴者負担」判例タイムズ326号50頁、河合「弁護士報酬と賠償請求」司法研修所論集18号105頁、小泉「債務不履行と弁護士費用の賠償」判例タイムズ452号53頁、小島・弁護士報酬制度の現代的課題、同・法律扶助弁護士保険の比較法的研究、菊井「弁護士費用問題」ジュリスト211号11頁、中野「弁護士費用の敗訴者負担」ジュリスト388号83頁(同・過失の推認所収)、小島「弁護士報酬と訴訟政策」判例時報720号23頁、齊藤「弁護士費用の賠償を求め得る限度」判例タイムズ254号54頁、田邨「弁護士費用」(実務民訴講座2巻165頁所収)、染野「弁護士費用と弁護士強制」・「訴訟費用と弁護士費用」(同・裁判法理論の展開115・135頁所収)、岨野「弁護士費用の損害賠償」(新・実務民訴講座4巻103頁所収)、林屋「不当提訴による賠償請求」ジュリスト908号53頁、小林「民事訴訟の経済分析(上)」判例タイムズ501号10頁、山田「弁護士費用」法律時報49

することに主眼を置き、いわば消極的に各自負担方式の正当化が図られてきたと言ってもよい一面があった。

まず第一に、これまで各自負担の基本的な拠り所とされていたのは、弁護士強制主義を採用していないかぎりでは弁護士に訴訟を依頼するかいなかは各自の自由であり、各自依頼した弁護士の費用を各自が負担するのが公平であろうという点である。この理由の出発点は、弁護士を訴訟代理人として雇うことは贅沢であると考え、それゆえ勝訴者であろうともその弁護士費用は贅沢費であるからこれを敗訴者の負担とするのは不当であるというにある。また換言すれば、正義を主張する者は自らコストを負担するのが公正であるというのと等しいであろう。

第二に、敗訴者負担では、弱気の当事者は敗訴のリスクに過剰に反応して提訴を抑制することになるが、各自負担では勝ち負けにかかわらず当初から自己の弁護士費用だけを負担すればよいとする確実性および安心感がある。換言すれば、敗訴者負担の場合、訴訟結果について不確実な当事者の大多数

卷3号6号、田代「不当行為における被害者側弁護士費用の加害者負担に関する諸問題」財政経済広報1361/1363/1366/1368号のほか、前注3および6、後注9の文献など多数。

アメリカ合衆国における議論はわが国をまさる量である。そのなかで特に本稿で有益な示唆を受けたものは、Rowe, Attorney Fee Shifting, supra. note 1; Shavell, Allocation of Legal Costs, supra note 7; Mause, "Winner Takes All: A RE- Examination of the Indemnity System" 55 Iowa L. Rev. 26 (以下、Mause, Winner Takes All という); Rowe, Jr., "Predicting the Effects of Attorney Fee Shifting" 47 Law & Contemp. Prob. 139 (以下、Rowe, Predicting the Effects という); DOBBS, HANDBOOK OF THE LAW OF REMEDIES : DAMAGES- EQUITY- RESTITUTION (west 1973) (以下、Dobbs, Remedies という); Dobbs, Awarding Attorney Fee, supra. note 5; および Leubsdorf, "Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery" 47 Law & Contemp. Prob. 9である。このなかで、最初に掲げた Rowe の論文は特に有益であり、本稿の枠組みを構成するうえで参考になった。彼は、弁護士費用の転嫁を基礎づける理由として、公正、補償、制裁、私設司法長官理論、力量の相対化、および一般経済的誘引を挙げ、転嫁の理由は多元的であり、これらに対立することなく程度を異にして転嫁を基礎付ける旨論じる。きわめて巧みな分析である。

にとって敗訴リスクの大きさは提訴の意志決定のきわめて重要なファクターになるということであろう。したがって、各自負担では、資力の劣る貧困者にこうしたリスクを取り除いて裁判所へのアクセスを保障することができる。若干ニュアンスは違うが、正義の実現のために戦う者に相手方の弁護士費用を負担するリスクを冒せというのは公正ではないのではないかと、ともいう。

第三に、訴訟の勝ち負けに道義的意味の侵入を認めやすいわが国の国民性を考慮すれば、敗訴者負担ではなく各自負担のほうがよい（これを主張する論者は続けて、わが国で訴訟に持ち込まれる事件は一刀両断的に白黒を決することが困難な事件が大半であり、その意味では仲裁と同じ役割を裁判所が果たしていると考えられるので、費用は折半にすればよいとするから正確には各自負担の正当化をいうのではないかもしれない）⁽⁹⁾。

第四に、敗訴者負担にすれば、負担の額をめぐり争いが生じ、裁判の効率をさまたげることである。これは裁判所に対する効果を問題とする。

第五に、敗訴者負担にすれば、負担額をだれかが決定しなければならない。仮に、裁判所が裁量で決定することにしよう。そうすれば弁護士は裁判所の統制を事実上受けることになり弁護士自治が侵害されることにならないか。また弁護士は敗訴者から報酬を取り立てるのが難しいであろうし、弁護士ごとに報酬の相場が異なる現状ではいびつな結果になろう。このような弁護士に対する効果を問題にした敗訴者負担の不合理性を各自負担論者は指摘する。

最後に、弁護士人口の過少および偏在という現状では実質的に敗訴者負担を採用することに無理があるという。

他方、同様に、各自負担制（アメリカン・ルール）を採るアメリカ合衆国における正当化を代表的な判例からみておこう⁽¹⁰⁾。そのまず第一は、訴訟は不確実だから、単に勝ち負けを理由として弁護士費用負担の罰をうけるべ

9) 棚瀬「司法運営のコスト」(講座民事訴訟1巻191頁。特に208頁以下を参照)。

10) *Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing* 386 US 714 (1967).

きではないこと。第二に、敗訴の当事者に相手方の弁護士報酬を負担させるペナルティーを科すことになれば、貧困者は敗訴のリスクを考えて訴えを起すことを躊躇することになり、したがって権利実現が不当に阻害されること。第三に、敗訴者負担にすると、負担すべき合理的な弁護士報酬が何かをめぐって裁判運営上大きな負担がかかってくること（たとえば、費用額をめぐって第二の訴訟が提起されたり、費用の証明が難しいこと）、が指摘されている。

もっとも、アメリカ合衆国とわが国の各自負担制の内実は相当に異なることに注意を要する。まず第一に、彼の国では、陪審による裁判の場合陪審員は本来の賠償額に弁護士費用を上乗せして賠償額を認めていること⁽¹¹⁾。第二に、片面的敗訴者負担立法が多数制定され、また判例法上も Bad Faith Exception や Common Fund/Common Benefit Exception などに⁽¹²⁾より、い

11) 田中=竹内・法の実現における私人の役割（東大出版会 昭62）25頁。Dobbs, Remedies, supra. note 8, at 197, n. 41 に、損害評価に弁護士費用を含める必要があることを陪審に説示することが許された事件が引用されている。

12) Bad Faith Exception は、故意による提訴応訴、または訴訟中の悪意による行動を行なった不誠実な敗訴者から相手方が弁護士費用の回復を認められるコモン・ロー上の原理である。代表的な判例として、Hall v. Cole, 412 US 1 (1973) がある。この概略は、Prosser=Keeton, LAW OF TORTS, p889-900 (west 1984) で得られる。その基準は多様であり、取るに足りない事件や合理的な請求から訴訟目的が勝つことのないものまでこの Bad Faith 基準は幅広く理解されているようだ。

Common Fund Exception は、原告が当該訴訟を通じてファンドを創り、維持し、守る場合、訴訟から利益を得る人々のすべてに原告の弁護士費用を分担させるコモン・ロー上の原理である。代表的な判例として、Trustees v. Greenough, 105 US 527 (1881); Sprague v. Ticonic Nat' l Bank, 307 US 161 (1939) がある。厳密にはアメリカン・ルールと同様に把握できることに注意。この例外ルールを論述したものとして、Dawson, "Lawyers And Involuntary Clients: Attorney Fees From Funds" 87 Harv. L. Rev. 1597が詳しい。本文で後述する私設司法長官理論もこのルール発展上に捉えることができる。

なお、Substantial Benefit Exception というコモン・ロー上の原理がある。これは、原告の訴訟が事件の当事者でない人に重要な利益をもたらす場合、原告に被告から弁護士費用を回復することを認める。この場合、被告は原告の勝訴から利益を得る人々で構成される組織でなければならない。代表的な判例として、Mills V. Electric Auto- Lite Co., 396 US 375 (1970) がある。

わゆるアメリカン・ルールはいまやぼろぼろに蚕食されているという評価が可能なこと。第三に、全面成功報酬制 (Contingent Fee Arrangement) が認められる領域では敗訴した場合に弁護士費用の負担を免れるという意味でアド・ホックな保険装置が働いていること。第四に、公共利益弁護士事務所によるプロ・ボノ活動や貧困者のための近隣法律事務所の存在により貧困者は無料で法的サービスを得ることができ、また、ストアー・フロント形式の廉価低料金を売り物にする弁護士事務所の発展により費用の不安を緩和していること、そして中間所得者をねらいにしたグループ・リーガル・サービスズによりコスト拡散方策が発展途上にあることなど、わが国と対照的である。

b 敗訴者負担方式の正当化根拠

わが国の敗訴者負担導入論者も細かく見ればその構想にかかる構造上の差があるが、ここではこのような差に目を瞑ろう。さて、敗訴者負担制支持者は、弁護士費用は現代の訴訟では現実の必要費に属するという基本認識に立つ。そこで、訴訟費用は敗訴者負担とされているのに、弁護士費用が訴訟費用に含まれない結果、勝訴者は訴訟に要するコストの中で最大の弁護士費用を負担せねばならず、これは何人の目にも不合理にみえようという。この不合理の具体的中身は以下のように分類される。

なお、わが国では、弁護士強制主義を採用していないから敗訴者負担方式を採れないという批判にたいしては、弁護士強制と敗訴者負担とは無関係にそれぞれ成立するものであるとしたり (イギリスの例をあげればよい)、歴史的に見ればわが国の弁護士の数の少なさから当初は各自負担でいくけれども、将来的には敗訴者負担に移行する予定であり今はその過渡的段階にあると把握して、各自負担方式それ自体に固有の正当化を見いだせないと論じる者がある⁽¹³⁾。

まず第一に、敗訴者が勝訴者の弁護士費用を負担するのが正義にかなうと

13) 染野 (前注 8) 論文125—6 頁。

する、いわゆるきわめてシンプルな公正あるいは公平原理である。これは、勝訴という事実自体を公正の基準とする結果責任である。正義はゼロ・コストで実現されるべきであるという考え方もここにいう公正あるいは公平の原理に基づく。

第二は、勝訴者は自己に権利が存在することあるいは相手に存在しないことの判決を得るために余計な出費をしたのだからその回復を敗訴者に要求できるはずであるとする、いわゆる補償による基礎づけである。各自負担方式では、たとえ勝訴しても判決額から弁護士費用を差し引いた金額を得ることになり、権利が希釈される。被告勝訴の場合も同様である。これは、公正原理と同様に結果責任であるが、実体法上の救済ルールとの首尾一貫性、すなわち敗訴者の有責性を支えとする点で異なる。

第三は、訴訟前の交渉で義務者は権利者に履行すべきであるのにこれを拒否したため提訴に到らしめた点が非難されるべきであるから、これに対する制裁として敗訴者は勝訴者の弁護士費用を負担するべきであると考ええる。

第四は、濫訴、濫上訴および訴訟引き延ばし戦術の抑制を図るものとして、第三の根拠と同様に制裁による基礎づけから敗訴者負担を導くものである。各自負担方式では、敗訴のリスクは自己の弁護士費用に限定されるから、一か八かの訴えや敗訴確実な被告が訴訟を引き延ばして本来直ちに弁済すべき自己資金を運用して利益をあげることも可能である。そこでこれは、濫訴や訴訟引き延ばし戦術の結果敗訴した者に対する制裁であると同時に、濫訴や引き延ばし戦術の予備軍たる潜在的当事者群に危険を認識させることによって裁判所の負担軽減を図る点に根拠が求められている。上記の三つの根拠との違いは、潜在的当事者群や裁判所に対する効果を射程に入れている点である。もっとも、訴えあるいは応訴それ自体が不法行為を構成する場合、判例では、実体法的処理により弁護士費用を損害として請求できることになっている。

第五は、敗訴者が負担するのであれば、自己に権利があることまたは相手に権利がないことを確信する者は自己の弁護士費用について心配することな

く裁判所を利用できるので、市民の権利意識を向上させるという。これはまた、これまで正義は自分にあっても経済的にその実現を阻まれていた者を裁判所に進んで向かわせることができることになり、貧困者の裁判所へのアクセスを保障できる。各自負担論者が敗訴のリスクが回避できるため裁判所へのアクセスの確保ができることを正当化とするのに対し、ここでは勝訴の場合の全面的な回復に焦点を置いている。この正当化には、提訴奨励効果が睨まれているであろう。これも上記第三の根拠に含まれているのと同様に、潜在的当事者群に対する効果を射程に入れているのだが、前者が提訴抑制あるいは裁判所の負担軽減効果を狙っているのに対し、後者は提訴奨励効果を機能的正当化とする点で異なる。一見矛盾する正当化にみえようが、いずれも訴訟結果の確実性を前提としたうえで、敗訴者負担方式を採用した場合の効果の方向が多面的であることを示すものといえよう。

第六に、弁護士報酬すべてを敗訴者の負担とするのではなく、たとえば手数料（着手金）と実費だけを範囲とし謝金部分は各自の支弁とすることにより、あるいは訴額の10%とする定額化により、訴訟の回避あるいは訴訟の投機化を避けられるとする。

第七に、各自負担擁護論者がいうように弁護士人口の過少や偏在という現状では、さしあたり大都市に限定した敗訴者負担でよいとする。

c 片面的敗訴者負担方式の正当化根拠

①原告有利方式 この方式は他の方式に比べて提訴の誘引が大きく、アメリカ合衆国において専ら公共利益の実現へのインセンティブを高める目的で用意されている場合がよく知られている。そこで、根拠づけのまず第一は、公共利益の実現における私人の役割の強化に求められる。第二は、この方式は原告が被告に比べて資力などの力量が劣る場合に、原告が敗訴する場合のリスクを小さくし勝訴の場合は完全なる回復を用意することで、力量の平等化を図ることに正当性が見いだされる。すなわち、これらを総合すれば、社会一般の公益利益にかかわる請求だが個別バラバラでは経済上のリスクが大きいと感ずる人々に提訴へのインセンティブを用意することに根拠が求めら

れる。

もともこの方式は、アメリカ合衆国で判例上発展した、私設司法長官理論 (Private Attorney General Doctrine) に基礎を置く⁽¹⁴⁾。これは、個々バラバラの訴訟になればそのコストを負担することが困難な人々を集合して代理することにより、公共の利益を実現させようというものであり、この提訴者たる原告を私設司法長官という。したがって、弁護士費用をだれが負担すべきかという問題とは別のいわゆる法の実現における私人の役割のいわば装置として理論化されたものである。しかし、この装置の前提として、私設司法長官のファイナンスをどこに求めるかが問題になってくる。これには、たとえば、この訴訟の結果利益を受ける人びとにコストを転嫁するコモン・ファンドの考え方 (Common Fund Exception)、自らファイナンスを用意する公共利益弁護士事務所、勝訴した場合に限り回復額の一定割合 (たとえば3割り) を報酬とすることをあらかじめ取り決めておき敗訴の場合は弁護士自ら費用をかぶる全面成功報酬制 (Contingent Fee Arrangement)、そして最後に、ここで論じる制定法による片面的敗訴者負担の方策がある。公共利益の実現を求める訴訟では、おおむね被告は国や大企業などの大きな組織体であり、原告勝訴の場合直接的に被告に費用を負担させ最終的に公衆に分担させていくことになる。したがって、当事者以外の第三者負担制となる。アメリカ合衆国に制定法上の片面的敗訴者負担制があることは周知のことであ

14) 最近、私設司法長官理論の別の側面を検討する論文がある。Cofee, Jr., "Rescuing The Private Attorney General: Why The Model of The Lawyer As Bounty Hunter Is Not Working" 42 Maryland L. Rev. 215 (1983); Cofee, Jr. "Understanding The Plaintiff's Attorney: The Implication Of Economic Theory For Private Enforcement Of Law Through Class And Derivative Actions" 86 Columbia L. Rev. 669 (1986). これらによると、私設司法長官と賞金狩りはコインの裏表の関係に立つ。法の実現においてどこまで私人に頼ることができるか。伝統的には黙示の請求原因という構成に立つが、最近では弁護士の食物にされているという批判 (弁護士がフリー・ライダー化している) がある。こうした背景で、弁護士報酬の裁定について裁判所は厳しい立場をとり始めている。そこで、私設司法長官を基礎付けている基本的な政策 (誘引構造) 前提と現実のディスタンスを測定することがすぐれたアプローチになるという。

ろう。とくに、1975年、アメリカ合衆国最高裁判所がアラスカ・パイプライン事件において私設司法長官理論に基づく敗訴者負担の主張を否定して以来、飛躍的にその数を増やした⁽¹⁵⁾。

②被告有利方式　この方式は提訴障害に働くので、これを一般的に採用することは裁判を受ける権利の実質的な否定につながるおそれがある。そこで、部分的に一定類型の事件の提訴抑制の手段として認めることができるかが問題である。原告有利方式の場合は、一定事件類型の提訴奨励が正当化のひとつとして提示されたが、被告有利方式の場合は微妙であろう。たとえば、医療過誤訴訟が濫訴の状態になっていると判断し、これは医師の医療活動や生活に危機を招き、ひいては市民の健康に対し重大な影響を及ぼすことを考慮して、この型の訴訟では被告有利方式を採るとしよう。ここで問題なのは、医療過誤訴訟が濫訴状態であることが社会的に是認しがたいという評価であり、こうした評価がきわめて微妙な問題を孕むことは理解できよう。もっとも、このように考えるならば、原告有利負担方式も同様に一定事件群の動員という訴訟政策の目的評価の問題に向かわざるをえない。これについては後で述べよう。結局、被告有利負担方式の正当化は、一定事件群をなぜ抑制しなければならないかという政策目的の評価を克服しない限り、難しい。

4 正当化の限界。あるいは一般化の困難について

弁護士費用負担方式の正当化根拠はそれぞれ法原理的説明、すなわち公平、

15) *Alyeska Pipeline Service Company v. The Wilderness Society* 421 US 420 (1975). この著名な事件について、飯島弁護士による紹介がある。アメリカ法1977—1。片面的敗訴者負担立法史については数多くの論文があるが、さしあたり Berger, "Court Awarded Attorneys' Fees: What is Reasonable" 126 U. Pennsylvania L. Rev. 281(1977). 特に、p303—15に多くの法律とともに状況の概観が得られる。

補償、制裁などの用語で記述されるものと、ある方式を採用した場合の効果や機能、すなわち提訴奨励、提訴抑制（裁判所の負担軽減）に着目してこれらを訴訟政策の目的とすることにより当該弁護士費用負担方式の手段的合理性に求めるものに一応分類できよう。もっとも、法原理的正当化根拠と手段的合理性を厳密に分けることができるかは問題である。むしろ前者と後者は相互規定の関係に立つとみるのが素直な見方であろう。しかしながら、後で述べるように、また一部は前節で示唆したように、法原理的正当化根拠が事件の内容（勝訴の蓋然性いかん）、当事者の属性など個別的な状況ファクターに踏み込んで検討されるときどうしても一面的な正当化が困難である。このような問題を意識してのことであろうが、近年、訴訟政策の視点から訴訟類型ごとに弁護士費用負担方式を分析する必要性を提唱する意見がしだいに注目されつつある⁽¹⁶⁾。したがって、ここではとりあえず大きく分けてふたつの正当化根拠について別々に吟味する。この過程で、弁護士費用負担方式をめぐる論点が明らかになろう。

a 法原理的正当化根拠の限界について

(1) 公平・公正 まず、公平、そして公正の点から検討してみよう。各自負担も敗訴者負担も公平、あるいは公正もしくはこの双方を根拠とする。これらの限界をみきわめるためには、弁護士費用が贅沢費かそれとも必要費かという古い議論から始める必要があるようだ。必要費か贅沢費かという問い方自体が曖昧なことは否めないが、一般に個々人にとって贅沢であるものと考えられるもののファイナンスは他のだれでもなくそれを欲する者の負担に帰すのが公正である。では、必要なもののファイナンスはどこに求めるのが公正であろうか。現代社会では弁護士の助力を得なければ十分な訴訟遂行ができないから弁護士費用は必要費であるといっても、このことから直接に敗訴者負担を基礎づけることはできないし、必要だから常に自己負担であるともいえない⁽¹⁷⁾。したがって、これだけをもって公平や公正を基礎づけるこ

16) 小島（前注8）の諸論文が代表的である。

とはできない。そこで、訴訟の結果が正義の在処を示していると考えて、勝訴者に正義があるから敗訴者が負担するのが公正であるという説明がでてくる。しかし訴訟結果が必ず正義であるといえようか。きわめて困難な問いであることは確かである。単純な訴訟であれば、すなわち権利義務の関係が明確であれば勝者に正義があるといつてよいが、訴訟対象以外の訴訟手続き上の駆け引きで勝敗が決まったり、複雑な事実関係を持つ現代型の訴訟や権利義務の関係が一義的に明らかにならない訴訟では、勝訴者に正義があると単純には言い切れない側面が残ろう。白黒のはっきりしない事件では、各自が負担するのが公平であるというのも説得力がある。また、片面的敗訴者負担と公平・公正の関係はどうであろうか。公共利益の実現を目的とした訴訟では最終的に恩恵にあずかった者が負担すべきであること、いわゆるフリー・ライダーを認めないことは確かに公正なように見えよう。その意味では説得力は大きい。しかしながら、片面的であるとは相互性を否定するものである⁽¹⁸⁾。各自負担は別として、敗訴者負担の相互性と比較すると、片面的敗訴者負担は公平ではないようにみえる。仮に、公共利益の促進という面から正当化を図るにしろ、公共利益とは何か、なぜ公共利益をめぐる訴訟の奨励を図る必要があるのかという目的評価の難問にであらう。すなわち手段的合理

17) たとえば菊井（前注8）論文7－8頁は「弁護士の選任を提訴または応訴の際の必要事、従って弁護士費用も必要費であって奢侈費でないと認めることを正当とすれば、依頼者がその訴訟において勝訴した場合においても、何故に勝訴の依頼者が各自負担しなければならないか、という疑念が沸き起るのは当然であろう」と述べるが、何故、敗訴者が負担しなければならないかはここからはでてこないはずである。続けて「なぜならば、民事訴訟法は訴訟費用を敗訴の当事者の負担とする立前をとりながら、当事者が訴訟に要する費用の大部分を占めるといわれている弁護士費用が原則として訴訟費用に含まれないとされているからである」という。事実の問題としては弁護士費用が障害になっていることを理解できるが、この考え方はすでに敗訴者負担方式に囚われているといつてよいであろう。

18) Mause, *Winner Takes All*, supra. note 8, at 41. 最近では、片面的敗訴者負担が憲法違反の疑いがあるという議論は、市民的自由に関する訴訟において司法上片面的取り扱いの肯定の結果として沈黙しているようであると指摘するのは、Dobbs, *Awarding Attorney Fee*, supra. note 5, at 448.

性からの正当化が可能かという問題であるが、これは後にゆずる。

(2) 補償 つぎに、敗訴者負担の根拠としていわれている補償について考えてみよう。これは勝訴者はすべてを回復されるべきであるという点で公正による根拠と区別が難しいが、実体法上の有責性との首尾一貫性がある点では、公正根拠より説得的に思える。不法行為や債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟で勝訴した原告の立場を説明するには都合がよい。しかし、有責性という点で、たとえば不当利得に基づく利得返還請求を考えれば、必ずしも補償で説明できない部分が残ろう。とりわけ、補償の限界は、被告勝訴の場合になぜ被告の弁護士費用を敗訴した原告が負担しなければならないかの説明に窮することにある。

(3) 制裁 また、同様に、制裁の限界を検討しよう。不法行為を構成する不当提訴・応訴にあたる訴訟や手続き上の不当な戦術と評価される場合（民訴法90条・同91条参照）に罰として敗訴者に弁護士費用を転嫁することは説得力がある。しかしながら、不当提訴類型におさまらない根拠薄弱な請求や取るに足らない請求の行使であるとか、提訴前に義務者が誠実に対応すべきなのにそれを怠ったがために提訴を余儀なくされた、といった制裁を理由づける評価は、当事者の主観的評価とずれがあり、いちがいに訴訟の固執を責めることができないこともある。¹⁹⁾ また、白黒のつけにくい事件や法的な争点がいまだ判例上固まっていない未解決な状態では、制裁による基礎づけはなじまないといえよう。さらに、訴訟技術上不当な戦術であるものを弁護士ではなく当事者が負担しなければならないのであろうか。とりわけ制裁の限界は、制裁の目的を敗訴者の弁護士費用の負担だけで達成できるのか、という点である。罰としての制裁であれば、十分に罰に値する制裁でなければならないはずであろう。二倍三倍賠償を認めるようなアメリカ合衆国の懲

19) 弁護士に依頼した時に、正当な権利行使と取るに足りないものかの振り分けがなされ、依頼者がこれに従うであろうことを仮定するなら、敗訴者負担はうまく機能するといえよう。しかし、これはあまりに楽観的な人間把握であろう。これについて、Dobbs, Remedies, supra. note 8, at 202.

罰的損害賠償制度の考え方や法律制度がわが国ではきわめて例外的に存在するだけなので、制裁を正当化の根拠としても制裁ということばの中身は希釈されてこざるをえない。

(4) 裁判所へのアクセス　　こんどは、裁判所へのアクセスによる正当化について検討してみよう。一般に、弁護士費用障害のために裁判所へのアクセスが阻まれてはならないことについて一致した意見が得られよう。この裁判所へのアクセス保障を正当化とすることは、各負担方式いずれも主張できるように見えるので厄介である。そこでまず、裁判所へのアクセス障害のファクターである資力の不均衡と弁護士費用負担のあり方がどのような関係にたっているかを考えてみる（貧困者は弁護士費用の負担方式いかんで裁判所へのアクセスが妨げられるか。さらに、少額請求の場合も含めて）。ついで、訴訟遂行の力量の格差と弁護士費用負担のあり方について考える。

イ 資力の不均衡　　まずこの問題を、資力の点に関する個性を度外視して、抽象的な分析枠組みを用意してかかったほうが理解しやすいであろう。問題設定が異なるが、小島教授が提唱されている提訴採算点・応訴採算点という分析枠組みを借用してみよう⁽²⁰⁾。但し少額請求を集合的に把握するようなクラス・アクションは当面除いて考える。

ひとまず提訴採算から考えておこう。各自負担方式では、原告は勝訴を予測して判決額から弁護士費用部分を差し引いても黒字になるとすれば訴えを提起するが、赤字になると予測するなら訴えを断念するものという経済的な合理性を基準にした裁判行動を仮定する。原告の提訴判断の決め手になるのは、勝訴確率と訴訟対象の価値のふたつであることがわかる。すなわち、勝

20) 小島「正義の総合システムのなかの民事訴訟」法学セミナー279号37頁。多数の共通請求が特定の債務者に向けて集中する場合、原告側の採算点と被告側の採算点の間に構造的な格差が生じるため、消費者が訴えを提起した場合に、応訴採算点の高い企業の強力な抵抗にあって手続きコストが上昇し、この種の訴訟はほぼ必然的に大幅な赤字訴訟にならざるをえないのである、とする。この分析枠組みは、弁護士の法的サービスに関しても応用される。同・弁護士—その新たな可能性(学陽昭56) 14・127頁。

訴の見込みが十分たちかつ判決額から弁護士費用を差し引いても黒字になる場合のみ提訴に踏み切る。少額請求の場面では⁽²¹⁾、勝訴確率が高くても赤字になる場合があるので、各自負担では提訴を断念することがある。敗訴者負担方式では、勝訴の見込みが十分であるか否か、すなわち勝訴確率のみが提訴判断の決め手になろう。訴訟対象たる価値は無関係である。少額請求者も勝訴の見込みが高ければ提訴に踏み切る。ふたつの方式に共通して言えることは、原告は勝訴の蓋然性が大きいと予測しなければ裁判所を利用しないことである。勝訴の見込みが不十分な灰色領域の事件では、いずれもリスクに直面し、リスクの受けとめ方いかん（たとえばリスク回避的に）では提訴行動が左右されよう。

以上の考え方を基礎として、つぎに貧困者原告対富裕被告の場合を想定しよう。資力の不均衡は訴訟に投入できる資金の不平等に導く。したがって、富裕な被告は訴訟を引き延ばすことができれば、貧困原告を息切れに追い込むことができるし、このような戦術を使わなくても訴訟に要する時間が大幅にかかってくれば自滅してしまう。各自負担ではこの場合無力である。たとえ原告勝訴の確率が高くても、原告は訴訟に資金を投入（訴訟投資）することにより現在の自己の富を減少させてしまうリスクを冒せないという場合がある（経済学の用語を使えば、機会費用の問題というのであろうか？）。被告の対応いかんにかかわるが、和解、訴えの取り下げ、そして請求の放棄も含めた裁判行動が原告にとって富の減少を最も小さくする方策になる場合だって考えられよう。敗訴者負担では、若干事情が異なる。勝訴の確率が高

21) 少額請求の場合、本文で述べたことはあまりに単純すぎるといえよう。より慎重で多様な視点からの吟味を要する。たとえば、スウェーデンでは、少額事件の場合、原則である敗訴者負担を採用しないこと、あるいはアメリカ合衆国の一部の少額裁判所において弁護士代理を全面的に禁ずる方策が採られていることなど比較法的考察も必要である。カペレット編・裁判紛争処理の比較研究（上）（前注4）68頁、125頁。なお、棚瀬「少額裁判所へのアクセスと弁護士の役割」民商法雑誌76巻1号3頁2号161頁、小島・訴訟制度改革の理論（公文堂 昭52）167頁（社会政策的考慮の導入の提唱）などが示唆的である。

ければ、弁護士費用のリスクを無視できるから貧困原告のアクセスは確保される。しかし、訴訟に長期間を要する場合や被告が訴訟引き延ばしにできれば、各自負担の問題と同様に現在の富を失うリスクに直面しよう。結局、表面上、敗訴者負担は勝訴確率の高い請求をもつ貧困者に富裕者との関係で資力の平等化を達成できそうだが、富裕当事者の訴訟投資いかん（貧困者と富裕者の耐久力競べ）でこれは崩れてしまう可能性がある⁽²²⁾。なお、原告有利な片面的敗訴者負担方式では、敗訴のリスクは双面的敗訴者負担に比べて小さいため、この点ではよりアクセス確保になると思われる。しかし、貧困者原告の場合は上述したようにたとえ勝訴確率が高くても訴訟中に投入できる資力の限界を超えてしまうことが予想される。結局、資力不均衡の場合、弁護士費用負担のあり方を組み替えることにより、理論上アクセスの確保ができそうに見えても、訴訟とは時間の経過とともに投資決定に変化が生じるものという視点をもちだせば、訴訟結果だけからアクセス確保と弁護士費用負担方式を考えることには問題がありそうだ。

貧困者が被告の場合も考えてみなければならぬであろう。負担方式ごとに応訴採算を検討することになる。各自負担方式では、貧困被告の勝訴の蓋然性が大きい場合、弁護士費用として投資できる資金を用意できるかいなが鍵であろう。勝訴の蓋然性が小さい場合、応訴自体が無駄である。敗訴者負担方式では、勝訴確率いかんで応訴採算は異なろう。片面的敗訴者負担方式の場合、原告有利方式では各自負担と同様に、被告有利方式では勝訴の蓋然性が大きい場合に応訴採算になろう。もっとも、このように考えてみても、上述したように、たとえ貧困被告の勝訴蓋然性が大きいときでも富裕原告の引き延ばしなど訴訟投資いかんを考慮すると貧困被告のアクセスは妨げられることが予想される⁽²³⁾。

ロ 訴訟遂行の力量の格差 つぎに、訴訟遂行の力量の格差についてすこ

22) この点についてわかりやすい説明は、HAZARD, Jr., CIVIL PROCEDURE 3d, ed. (Little Brown 1985) p293 で得られる（以下、Hazard, Civil Procedure という）。

し触れておこう。恐らく周知の分析枠組であろうが、ワン・ショット・リテイガント (One-Shot Litigant) 対レピート・プレイヤー (Repeat Player) の力量の不均衡は前者にとって裁判所へのアクセス障害になる⁽²⁴⁾。そこで、やはり力量の対等化を狙った弁護士費用負担のあり方が模索されよう。これは上述の資力の対等化の論点と大部分は重なり合いそうだが、違いもある。一市民対国、一市民対大企業といった規則的に格差が存在するとき、力量の劣る側に有利な弁護士費用負担方式を採用することにより、力量の相対化を図ろうというものである。規則的な格差はあらかじめ力量の劣る側に有利な措置をとることでアクセスの確保ができよう。したがって、ここでは各自負担も敗訴者負担もともに整合しない。市民原告の場合、原告有利片面的敗訴者負担がこれに合う。但し、この方式では市民が被告の場合に勝訴したときが問題として残る。この問題についての興味深い解決方策として、アメリカ合衆国の Equal Access To Justice Act がある⁽²⁵⁾。市民とアメリカ合衆国政府が対立当事者になる場合、市民が原告になると被告になるとを問わず、市

23) 問題の局面を変えて言及する必要があると思われるのは、敗訴者負担方式を採用した場合、貧困者原告が敗訴したとき、相手方は実質上弁護士費用を回復できないのではないかと考えられる点である。いわゆるジャッジメント・プルーフの場合、貧困者の相手方にこのリスクを負わすのは不公平ではなかろうかという疑問がでてきそう。そこで、敗訴者負担でいくなら、弁護士費用の担保提供を要求できないであろうか (敗訴者負担を採る国々では、原告が訴訟提起に先立って相手方の費用に関し担保を提供しなければならないことがある。後注24の文献8頁)。現行の各自負担方式においても、たとえば株主総会決議無効確認訴訟の事案で、東京地裁は「(原告)の本件訴の提起は……ことさらに(被告)を困らせる意図の下になされたものと推認することができるから、商法第252条、249条、第106条第2項所定の[訴の提起が悪意に出たとき]に該当すると解」し、被告が要した公告費用16万円および弁護士費用100万円の計116万円の担保を命じた (東京地裁決定昭和53年7月14日判例タイムズ370号156頁)。しかし、会社法上の担保提供規定は株主権の濫用や会社荒らしの防止という政策目的のゆえであり、ジャッジメント・プルーフと同列に扱えない。目を転じて、イタリア民事訴訟法98条がこうした場合の担保提供規定を置いている。しかし、1960年の憲法裁判所の判決はこれを憲法違反であるとした。Mause, Winner Takes All, supra. note 8, at 52. 資料イタリア民事訴訟法典の翻訳 (安井=飯塚) 上智法学論集14巻2号56頁注6参照。

民の側が勝訴したとき、政府がその立場や活動が実質的に正当なものだと証明しないかぎり、市民の弁護士費用を政府が負担しなければならないとしている。ここまで徹底すればいいのだろうが、政府は財政上の予算措置を必要とし、最終的にはそれが国民の負担となる点をどう評価すればよいかという問題が残らざるをえない。

b 手段的合理性の限界について

手段的合理性とは、ある特定の政策目的を実現するために特定の弁護士費用負担方式の採用を理由づけることとする。たとえば、小島教授が弁護士費用負担の問題を訴訟類型ごとに政策的観点から考察する必要性を示唆され⁽²⁶⁾、あるいは若干誤読の恐れがあるが、棚瀬教授が「人々の裁判利用—正義購買行動に、その負担する訴訟コストを操作することによって影響をあたえ、全体としての正義産出パターンを最適化していくことが、コスト政策の基本である」と述べておられるのも⁽²⁷⁾、ひとまず法原理的正当化と離れて弁護士費用負担方式を手段としての視点から検討する趣旨であろう。ここではとりあえず、政策の内容を幅広く捉えて、提訴奨励政策と提訴抑制政策に分け、手段的合理性の限界を探ってみたい。

(1) 提訴奨励政策の限界　まず提訴奨励政策から検討しよう。これは、潜

24) さしあたり、カペレットイ=ガス (小島訳)・正義へのアクセス—権利実行課のための法政策と司法改革 (有ひかく 昭56) 13頁。

25) この法律の目的はつぎのように述べられている。「一定の個人や小企業は費用が障害となって不当な政府の活動の審判を要求したりあるいは防御することが妨げられている。政府の活動を争うための経済的障害は、これらの個人と政府のリソースや専門知識の不均衡により、より拡大される。法案の目的は、政府の活動が実質的に正当化されないかぎり、一定の勝訴当事者に合衆国に対して弁護士費用、専門家証人費用などを負担させる資格を与え、よって経済的障害や力量の不均衡を小さくすることである」。HOUSE REPORT No.96-1418 (US CODE CONGRESSIONAL AND ADMINISTRATIVE NEWS 1980 96th Congress 2nd session p4984). 28USC2412 および 5USC504(a)(1)の改正である。なお、議会の予算局のコスト見積もりは、1981年—9200万\$, 1982年—1億900万\$, 1984年—1億2900万\$であった (同上 p5000)。

26) 小島 (前注8) 諸論文の各所。

27) 棚瀬 (前注9) 論文208頁。

在的当事者群を対象とした提訴奨励政策を正当化に持ち込もうと考える。すなわち、仮にある弁護士費用負担方式が提訴奨励機能を持つなら、その機能自体から当該の弁護士費用負担方式の正当性が導かれると考える。すなわち、ある負担方式の構造はなんらかの機能を持ち、その機能が一定の政策と整合することに着目すれば、機能が構造自体を規定していく合理化の過程を正当化に持ち込むことができると考える。もちろん、このことは提訴抑制政策の正当化問題にも同様にあてはまる。ただし、すべての事件の奨励あるいは抑制を政策目的とすることは不合理であるから、一定の事件群の動員と抑制に狙いが合わされよう。したがって、つぎに検討することは、まず弁護士費用負担方式がそうした機能を本当に持っているのかいなか。そして、一定事件群とは何を指しており、それは正しい選択かいなかという目的評価の検討であろう。

イ 提訴奨励効果をもつ弁護士費用負担方式 一般的に、提訴奨励効果をもつ弁護士費用負担方式は何か。注目したいことは、敗訴者負担や片面的敗訴者負担の法原理的な正当化根拠と提訴奨励なる政策目的がどうも二重写しの関係になっていることである。提訴奨励を図るためには最低限、原告が赤字訴訟にならない配慮をしなければならず（赤字による提訴断念の回避）、この限りでは補償、制裁、公正、裁判所へのアクセスなどによる敗訴者負担や片面的原告有利な敗訴者負担の根拠づけは提訴奨励政策の基礎と同様の考え方を提供している。したがって、上述したような個別的な事件の状況（勝訴の確実性、予測判決額、当事者の属性など）しだいで法原理的な正当化根拠が一般性を持たないことと同様に、常に特定の弁護士費用負担方式が一般的提訴奨励効果を持っているとはいえないことになろう。片面的原告有利敗訴者負担方式が各自負担や敗訴者負担に比べて、相対的に、提訴誘引に傾いているのは確かなことであろうが、個別的状況ファクターに分解してしまえば、一般的に提訴奨励効果をもつ方式を特定することは留保されなければならない⁽²⁸⁾。

アメリカ合衆国で市民的自由（シヴィル・ライト）に関する訴訟の弁護士

費用の片面的敗訴者負担の立法化以後、飛躍的に訴訟数が増大したという報告がある⁽²⁹⁾。これは片面的敗訴者負担の提訴奨励効果を実証するものであろうか。いなそうではあるまい。シヴィル・ライト訴訟という事件類型に内在する特殊性を離れてただ単に弁護士費用の負担者決定ルールの変更が原因と考えるのは短絡になろう。まずこの種の訴訟においては、結果予測について不確実性から確実性へと変化したと捉える視点を検証してかかったほうがよいのではあるまいか。

なおまた、わが国の弁護士費用負担制度の中では特殊な位置を占める株主代表訴訟における弁護士報酬負担制度は、株主勝訴の場合株主は会社に対しその弁護士報酬額の範囲の中で相当な額の支払いを請求できることとする(商法268条ノ2第1項)。これは本稿で論じている各種の弁護士費用負担方式とは構造を異にするが、こうした仕組みは株主代表訴訟の提訴促進を目的としたものであろう。しかしながら、この型の訴訟が立法以後増えているようには見えない。会社に請求できる額が弁護士報酬の中の一部であること(相当な額)や担保が要求される場合があること(商法267条第4項)、あるいは門外漢の立場では検討はずれになるかもしれないが監督是正権としての株主代表訴訟がわが国の会社制度上うまく機能しないなんらかの株主側の問題点の存在(たとえば株主にとって実質的メリットがないことや多くは株式の法人持ち合いであることなど)なども理由として考えられようが、とにかく弁護士費用負担のあり方を操作することで直ちに提訴頻度が上るものとはいえないのではなかろうか。

28) なお、コスト障害を解消しても提訴への誘引に働かないことについて、弁護士保険を素材として西ドイツの例を指摘するのは、Blankenburg, "Legal Insurance, Litigant Decisions, And The Rising Caseloads of Courts: A West Germany Study" 16 Law & Society Rev. 601, at 604 (1981).

また、敗訴者負担が提訴抑制の決定的要因であるとはいえないことについて、アメリカにおける全面成功報酬制とイギリスの制度を比較して指摘するのは、Mause, Winner Takes All, supra. note 8, at 33.

29) Diamond, "The Firestorm Over Attorney Fee Awards" 69 ABAJ 1420 (1983). これによると、立法後5年間で66%増大した。

ロ 提訴奨励政策の目的評価～検討素材としての公共訴訟 つぎに、一定事件群を対象とした提訴奨励政策の限界，すなわち一定事件群の提訴奨励を目的とする政策それ自体の評価について考えてみる。ここでは一例として公共訴訟を取り上げてみよう。公共訴訟の動員を図る場合ふたつの問題点がありそうだ。ひとつは、公共訴訟の提訴奨励が社会的に必要かという点である。いまひとつは、最終的に国民あるいは消費者の負担とされてくることの当否である。もっとも、両者は本来切り離せない関係にある。

まず第一の点については、小島教授は、公共訴訟とは、対立当事者のわくを超え公共の全部または一部に間接波及効をもたらすものであり、その構造は訴訟当事者間における私的なモメントと第三者との関係での公的なモメントとの交錯を秘めているものという構想を提示されている。実は、教授の考え方はマクロ・ジャスティスの視点から、正義の総和の拡大を論じているのであり、「問題の核心は、訴訟の多少ではなく、権利保護の実質なのである」とされる⁽³⁰⁾。したがって、提訴奨励政策の中身としてモデルとしての公共訴訟を位置づけるものではないと理解することができよう。

では、このようなモデルとしてのいわば括弧付きの公共訴訟理論から、括弧をはずした公共訴訟の提訴促進を図ろうとする場合何が問題となろうか。それは公共訴訟の実質化を問う具体的な事件類型の特定化作業ができるかいなかであろう。単に漠然とした公共訴訟というだけで、それが社会的に提訴が促進されるべきであることにはならない。結局、より個別的限定的な事件類型ごとに訴訟分布の社会的適正度がチェックされなければならないといえよう。かかる作業は個別事件類型ごとに社会的合意を形成させていくことである。実際上の機能は別にして、アメリカ合衆国の連邦法上およそ200にのぼる個別立法による弁護士報酬回復規定（訴訟に限らず行政上の手続きを含めて）にはこうした努力の跡がうかがえよう。あるいは、敗訴者負担を原則とする西ドイツにおいて、消費者団体が原告被告のどちらでも敗訴の場合に

30) 小島「[公共訴訟]の理論」民事訴訟雑誌23号10頁。

訴額引下の申したてを認める立法があるが⁽³¹⁾、これも同様の例に数えてよい。しかし、わが国では、この合意形成が無理なくできるかが鍵になろう。棚瀬教授が「……………特定の事件群の動員効果を高めることを意図したコスト政策（は）、その合理性を吟味していく場合一番問題になるのは、はたしてこの事件群の識別がそこで適確になされうるか否かである」^(31a)とされているのも同様の問題の指摘であろう。

第二の点は、この費用を第三者である国民あるいは消費者一般が負担すべきかという問題である。前述したように、私設司法長官の考え方はコン・ベネフィットの享受者が費用を負担するのが公平であるとするのだが、片面的敗訴者負担の公平性に問題があることは先に指摘したところである。結局、第一の問題と同様、公共性それ自体に正当化を求めざるをえないということになろう。ところが、看過すべきでないのは、第三者である国民や消費者の立場の二重構造的である。第三者は公共原告の背後でその利益を受ける立場があり、他方公共被告の背後で不利益を受ける立場がある。公共利益訴訟はこの矛盾を本質的に抱え込んでいる。一方の立場だけを組み込んだ正当化には無理がある。しかしながら、第三者と当事者の費用負担分配を考慮しないのもこれまた不合理であろう。この点の解明が今後の課題になろう。若干観点は異なるが、棚瀬教授が第三者の資金の分配過程の合理化の観点から、第三者からの統制の必要性を論じられる。片面的敗訴者負担の場合にかかる統制がきわめて困難であり、相手方たる被告が審査機関として「当事者の権利主張を争い論駁を試みることによって根拠のない主張を排除していくことが第三者負担システムを真に公共的な利益にかかわる私的訴追に選択的

31) 不正競争防止法（UWG）23条1項。このほか特許法53条、株式法247条2項・3項、商標法の比較法的鳥瞰や実用新案法にも訴額引下の規定がある。これについてさしあたり、ケッツ「公共利益訴訟」（大村訳）（カペレット編・正義へのアクセスと福祉国家所収 日本比較法研究所 昭62）107頁。西ドイツにおいて、これを民事訴訟に類推適用することができるかいなについて議論がある。これを詳しく紹介しているのは、小島編・各国法律扶助の比較研究（日本比較法研究所 昭58）225—6頁（豊田執筆）。

31a) 棚瀬（前注9）論文219頁。

にてこ入れしていくための合理的な手段たらしめるのである」と述べつつ、第三者がそもそも負担を引き受けるのはそれに固有の利益関心の実現を意図してのことであり、第三者統制はその関心の当然の反映にすぎないともいえる点を指摘される。ここに第三者がそもそもなぜ他者の訴訟遂行の負担を引き受けて援助していかなければならないかという問いに対して、コスト政策に応じて答えていくこともできるが、第三者が国と切り離して漠然とした権利の実現は国の責務であるというイデオロギーにのっかったとき、負担の限界を超えるようになると第三者負担の論理の脆弱さが現れてこようという^(31b)。

(2) 提訴抑制政策～検討素材としての濫（上）訴・迷惑訴訟 つぎに、提訴抑制政策の限界を検討しよう。ここでは濫訴（訴訟引き延ばしのための上訴の提起を含めて）と迷惑訴訟（ニューサンス・ヴァリュエをもつ訴訟）を取り上げることにする。裁判制度の理想からは、一応の根拠ある訴訟の提起は望ましいが、理由のない訴えの提起は望ましくないということができよう。そこで、濫訴や上訴権の濫用を防止するために弁護士費用の負担のあり方を変更する提案がでてくる。これに最も都合のよい負担方式は敗訴者負担である。勝訴の蓋然性はきわめて小さいため、判決は原告（上訴人）敗訴になることが明らかであろうから、この方式を取ることで、濫訴の防止を図ろうというものである。個別実体法的には不当提訴の認定により解決ができる部分も含まれてくるが、あらかじめ敗訴者負担方式を採用することにより潜在的な濫訴当事者群を抑制できるのではないかと考える。効果という点では、敗訴者負担が濫訴防止に最適であることに間違いはなさそうだ。しかし、政策目的である「濫訴は許しがたい」という場合の濫訴の評価が微妙である。実際、判例上、訴権の濫用は裁判を受ける権利との関係で厳格に扱われており、これは実務の鋭敏な判断と評価できるであろう⁽³²⁾。敗訴者負担方式は、請

31b) 棚瀬（前注9）論文221～22頁

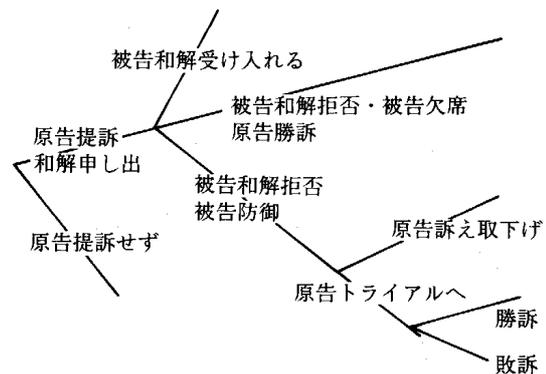
32) 林屋（前注8）論文57頁参照。

求根拠のはっきりしない、いわば善意の当事者に、一步間違えば、裁判所へのアクセスを閉ざしかねないからである。

同様に、迷惑訴訟についてはより一層このことが当てはまる。迷惑訴訟とは、原告が自己の請求の根拠が薄弱であることを知りつつ、被告からなにがしかの金銭を引き出すことを目的とする訴訟（被告に対する迷惑効果を狙っている訴訟）であると定義される⁽³³⁾。わが国では、この型の訴訟について論じられることはあまりない。アメリカ合衆国では、そもそも損害賠償額が不安定であること、証明が蓋然性説にたっているなど被告受難の訴訟制度であり、また、わが国が提訴手数料（印紙代）を訴額基準とするのに対し、一定の比較的安い提訴手数料（ファイリング・フィー）だけで提訴できること、被告が略式判決を申し出るまでは原告はほとんど費用がかからないことなどがこうした訴訟の多いことの原因であろう。各自負担方式では、原告弁

33) 小島・迅速な裁判（中央大出版 昭62）92頁は、弁護士の勧めに応じて運だめしを濫訴と評価することは微妙であるという。

なお、迷惑訴訟について、つぎのような経済分析がある。Rosenberg = Shavell, "A Model in Which Suits Are Brought for Their Nuisance Value" 5 International Rev. Law & Economics 3 (1985). これについて若干述べよう。原告被告は最善の戦略を採り、後でより低い効用の行動に変更しない（逐次的均衡戦略）。原告の提訴費用 (f) 25\$, 原告の弁護士費用 (a) 100\$, 被告の弁護士費用 (b) 200\$, 原告の和解申し出額 (s) > 0, 原告勝訴の確率 (p) 1%, 原告勝訴の判決額 (w) 1000\$ とする前提である。



——被告が防御活動をするなら、原告は訴えを取り下げるが、被告は200\$を上限とする和解を受け入れることにやぶさかではない。すなわち、 $f < b$ なら、原告は常に迷惑訴訟を提起することに利益を見いだす。

——原告の請求に十分な理由があるが、費用が期待判決額を超えるためトライアルに進むと赤字になるときでも、原告は提訴の利益を見いだす。 $p = 70\%$, $w = 300\%$, $a = 250\%$, $b = 200\%$ とすれば、原告の期待判決額は210\$になり提訴をあきらめるようにみえるが、200\$の和解金を獲得できるので、 $f = 25\%$ ならば原告は常に提訴を選択する。

護士はなにがしかの和解と訴えの取り下げという脱出用ハッチのバランスを取ることができるので迷惑訴訟を抑制できない。被告有利な片面的敗訴者負担方式を採用すれば迷惑訴訟を抑制できるであろうが、上述の濫訴の問題と同様に、アクセスとの関係が微妙になってこよう。

5 結びに～論点の整理

各種の弁護士費用負担方式の正当化根拠を吟味していく過程で、一般的に特定の負担方式の優位性を語ることはきわめて難しいこと、各種の弁護士費用負担方式それぞれ正当化の限界に出会うことがわかった。こんなことはすでにだれも知っているといわれればそのとおりであろう。しかし、一般的分析から個別化した状況ファクターを汲み上げて弁護士費用負担のあり方を問うことはまだ端緒についたばかりではないかと思う。さしあたり、今後の論点となりそうな事項をあげておこう⁽³⁴⁾。

まず勝訴の蓋然性（原告と被告の勝訴確率の交差，訴訟中における勝訴確

—— w がきわめて大きい場合，1000\$とする。原告の期待判決額は700\$であり，これは a を超える。したがって，原告は提訴する。この場合，原告は， b (200\$) + 期待判決額 (700\$) = 900\$を和解上限とすることができる。というのは，被告が和解を拒否した場合の期待コストは900\$であるから。したがって， $f < b + pw$ ならば，原告は常に提訴する。

——敗訴者負担では，迷惑訴訟は提起されない。というのは，被告が防御活動を取ることにより被告は勝訴して $b=200$ \$を回復でき， $b=0$ となるから。

結論としてつぎのように述べている。原告は被告が防御活動をしなかり被告敗訴を安上がりを実現できる。一方が他方に開示などの多額の費用を使わせることができれば，いつでも和解交渉ができる。被告はタフネスの評判を得ることで迷惑訴訟から免れる。敗訴者負担の採用を主張するものではない。この論文は，原告が提訴しても被告が防御しなければ，原告が勝訴するというモデルである。これまでのモデルは，原告はトライアルに進んでのみ勝訴できるとしていたのでトライアルに消極的な原告は被告に対し確かな脅威を及ぼすことができない (Cooter, Marks and Mnookin, "Bargaining in the Shadow of the Law" 11 J. Legal Stud. 225)。

率の変化も含めなければならない)、当事者の属性(貧困者対富裕者など)、事件の内容(少額か多額かなど⁽³⁵⁾)を視点においた弁護士費用負担方式の個別的事的分析の必要が挙げられよう。

つぎに、対当事者効果(对原告および対被告)、対潜在的当事者群効果、対弁護士効果(本稿では取り上げていないが、弁護士費用負担方式の変化により弁護士の訴訟行動にどのような影響がでてくるか)、および対裁判所効果を特定することである。

さらに、訴訟をプロセスと見た場合の訴訟投資の変化量と弁護士費用負担方式の関係を明らかにすることも重要であろう⁽³⁶⁾。

34) 弁護士費用負担方式それぞれの効果の特定作業はきわめて困難であろう。アメリカ合衆国においても、1929年の Goodhart の古典的論文(“Costs” 38Yale L. J. 849)から1966年の Ehrenzweig の敗訴者負担導入の提唱(“Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society” 54California L. Rev.)を経て依然として議論が続いており、今後も未解決な領域を残し続けるであろう。Leubsdorf が「弁護士報酬転嫁の効果についての予言の記録はまったくの誤解と矛盾であった」と言い(supra. note 8, at 9), Zemans, “Fee Shifting and the Implementation of Public Policy” 47 Law & Contemp. Prob. 187 (1984) が信念でなく証拠でもって効果を示すべきであるということば(at 209-10)(ゼーマンズは一応の限界として、ひとつは非抗争型事件を挙げ、いまひとつに一般化の難しさを挙げる)は、そっくりわが国に妥当するであろう。

35) 中程度の額の請求について特に本文では取り上げていないが、別途検討しなければならないであろう。ちなみに、Rosenberg, Rient, & Rowe, “Expenses: The Roadblock to Justice” 1981 Judges’J. 16 (1981) は、メデイアムサイズの請求について弁護士費用の転嫁と簡素な手続きの組み合わせを模索する。この関連で、Rowe は、代替的紛争解決方式の開発もさることながら、その基礎に訴訟の場合の費用転嫁があつてこそ意義があるという(supra. note 8, at 149)。

36) 恐らく、訴訟投資のモデルを創ることから始めなければならない。時間単位の弁護士報酬基準が支配的なアメリカ合衆国ではこの重要性は一目でわかる(Trubek=Sarat=Feistner=Kritzer=Grossman, “The Costs of Ordinary Litigation” 31 UCLA L. Rev. 72 [1983]; Kritzer=Sarat=Trubek=Bumiller=McNichol, “Understanding the Costs of Litigation: The Case of the Hourly-Fee Lawyer” 1984 American Bar Foundation Research J. 559; 法と紛争研究会「民事訴訟と紛争解決(続) —ウイソコンシンの理論」(Johnson Jr., “Lawyers’Choice: A Theoretical Appraisal of Litigation Investment Decision” 15 Law & Society Rev. 567 [1980-1]の要約) 神戸法学雑誌33巻2号350頁)。わが国では、どのようなモデルを構想すればよいのであろうか。

最後に、本稿で意識的に避けてきた問題がある。これらを列挙することで終わりにする。

——確認訴訟や形成訴訟（人事訴訟を含めて）についても本稿の考え方が妥当するかいなか。

——経済合理的な行動ではなく、人格をかけた訴訟（人格訴訟）を対象から外したこと。

——法律扶助制度と弁護士費用負担制度の関係を明らかにすること。あるいは弁護士費用保険制度との関係。

——本文中若干言及したわが国における特殊個別的立法のある株主代表訴訟における弁護士費用問題の位置付け。さらに同様に住民訴訟における弁護士費用問題。

——貧困者で弁論能力を欠く当事者について、弁護士附添い命令を得た場合の弁護士報酬が訴訟救助の対象となり弁護士が直接敗訴者から取り立てることができるようになっていること（民訴法135条・同120条2号・同123条）をどのように理解すればよいのか⁽³⁷⁾。

——不法行為に基づく損害賠償請求訴訟における実体法的処理に対する評価および債務不履行に基づく場合の実体法的処理の問題点、および今後の動向予測。

——依頼者弁護士関係を軸に、弁護士費用負担方式と弁護士の訴訟行動の関係。また弁護士が自己の報酬を自ら負担すべき場合もあること。

——最も重要な問題として、負担すべき額を適正なものにする方法は何か。適正な額の基準は何か。

——弁護士費用負担方式と和解効果について——特に双方が訴訟結果について不確実性が交差する場合の問題⁽³⁸⁾。

——当事者の一方だけに弁護士代理がなされている場合の弁護士費用転嫁の

37) これについて、五十部「少額請求と訴訟救助・法律扶助の問題点—改革の現実的視点から」（法律扶助協会・法律扶助の歴史と展望 昭57所収）672頁参照。

問題点。弁護士のいない側の当事者が勝訴した場合と弁護士のいる側が勝訴した場合それぞれについて敗訴者への転嫁の構想ができるか。加えて、わが国の弁護士制度（過少・偏在）と弁護士費用負担方式の関係。

補論 各種の弁護士費用負担制度の構造と機能の 比較のための経済分析について

弁護士費用を転嫁すれば提訴行動や和解行動になんらかの影響を与えるのではないか。すなわち、弁護士費用負担方式が裁判行動の関数としてどのような意義をもっているであろうか。このような観点から数式を多用する経済分析がアメリカ合衆国で展開されている。我が国でも部分的に紹介されているが、私はこれについて批判的に検討する能力がない。もっとも、私も数式は使わなくても本文では初歩的ながら経済分析まがいのようなものを下敷きにしている。ただ残念なことに私は数式アレルギーである。しかしながら、このような分析方法を使うことによって、これまでのこの領域における議論の複雑さが単純化し争点の明確化に寄与するという主張を、単なる数式アレルギーで拒否してすむというわけにもいかないように思う。そこで、以下は、アメリカ合衆国におけるこの領域の展開をたどり、経済分析の有用性と限界を若干考えてみたい。

1 恐らく、P. J. Mause, “Winner Takes All: A Re- Examinaiton Of The Indemnity System”⁽³⁹⁾がこの種の最も初歩的な分析のはじめではないかと思う。モースのチャート分析は、係争価格、弁護士報酬額、および勝訴確率

38) 和解は、和解誘引効果を受ける相手との関係で行なわれる。必ず二人が必要である。この二人の和解ポジションは相互的な障害形成（コスト・エスカレーション＝訴訟投資量の拡大）に導く。なぜなら、それぞれが自己の評価を基準として採算性をはじきだすからである。このことを指摘するのは、Hazard, CIVIL PRPCEDURE, supra. note 22, at 289.

39) Supra. note 8.

のファクターを用意し、敗訴者負担方式を採用した場合の提訴判断および提訴後の引き延ばし戦術に対する効果を測定する。

チャート1 係争価格=2万ドル

弁護士報酬=2千ドル(双方に)

| | | アメリカン・ルール | 敗訴者負担 |
|-------|-------------|-----------|-------|
| 原告勝訴 | 原告は右の額を受け取る | 18000 | 20000 |
| | 被告は右の額を失う | 22000 | 24000 |
| 被告勝訴 | 原告は右の額を受け取る | -2000 | -4000 |
| | 被告は右の額を失う | 2000 | 0 |
| 50-50 | 回復の機会 | | |
| | 原告の平均回復額 | 8000 | 8000 |
| | 被告の平均損失額 | 12000 | 12000 |
| | 和解価値 | 10000 | 10000 |
| 75-25 | 回復の機会(原告有利) | | |
| | 原告の平均回復額 | 13000 | 14000 |
| | 被告の平均回復額 | 17000 | 18000 |
| | 和解価値 | 15000 | 16000 |
| 25-75 | 回復の機会(被告有利) | | |
| | 原告の平均回復額 | 3000 | 2000 |
| | 被告の平均損失額 | 7000 | 6000 |
| | 和解価値 | 5000 | 4000 |

チャート2 係争価格=2千ドル

弁護士報酬=2千ドル(双方に)

| | | | |
|------|-------------|-------|-------|
| 原告勝訴 | 原告は右の額を受け取る | 0 | 2000 |
| | 被告は右の額を失う | 4000 | 6000 |
| 被告勝訴 | 原告は右の額を受け取る | -2000 | -4000 |
| | 被告は右の額を失う | 2000 | 0 |

| | | | |
|-------|--------------|-------|-------|
| 50-50 | 回復の機会 | | |
| | 原告の平均回復額 | -1000 | -1000 |
| | 被告の平均損失額 | 3000 | 3000 |
| | 和解価値 | ? | ? |
| 75-25 | 回復の機会 (原告有利) | | |
| | 原告の平均回復額 | -500 | 500 |
| | 被告の平均損失額 | 3500 | 4500 |
| | 和解価値 | ? | ? |
| 25-75 | 回復の機会 (被告有利) | | |
| | 原告の平均回復額 | -1500 | -2500 |
| | 被告の平均損失額 | 2500 | 1500 |
| | 和解価値 | ? | ? |

これらのチャートの説明については、別に高度な数学的知識は不要であろう。モース自ら述べていることだが、一般に、予測賠償額の評価や勝訴確率は、原告被告で異なること、一方の弁護士報酬が他方より多額であったり、弁護士報酬の多様性、原告被告の資力の不均衡、コンチンジェント・フィーなど他のファクターをどのように分析に取り込んでいくべきかという問題の所在をチャートそれ自体が示唆している。

2 著名な Posner の法の経済分析や和解の交渉スパンに関する研究ノートなど⁽⁴⁰⁾にも弁護士費用転嫁についての経済分析がみられるが、さらに発展させたものが、我が国では小林助教授による紹介がある S. Shavell, "Suit,

40) POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2d. ed. 1977) p448-9, p452-53; Posner, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration" 2J. Legal Stud. 399 (1973) ; Note, "An Analysis of Settlement" 22 Stanford L. Rev. 67 (1969) (経済分析により弁護士費用負担方式ごとの和解の交渉スパンを解明した恐らく最初の論文であろう。サンク・コスト=埋没費用の指摘など今でも重要性を失わないといえよう)。

Settlement and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods For The Allocation Of Legal Costs”⁽⁴¹⁾である。すでに紹介されているものであるから、詳しく述べる必要はないであろう。ただし、シャーヴェルのモデル分析について若干の指摘は許されるだろう。分析モデルは、当事者双方が訴えと和解を経済問題としてのみとらえ、原告は提訴判断を費用をかけずに行なうことができるとする。そのうえで、当事者のリスク態度を類型化して、経済分析を試みている。問題点として指摘したいのは、無費用で提訴判断をする点にある。この点について私も本文では言及していないのだが、請求の法的根拠のあるなしや証拠集めなど情報収集にコストがかかるとすれば、問題の局面はおおいに変わってこよう。たとえば、10万円の請求資格があることを知るのに9万円の支出をした場合当事者のリスク態度は修正されてくるのではなかろうか。そうすると、訴訟前情報収集コストいかにがファクターとして重要になってきそうである。

3 訴訟結果は当事者の法的サービスの投入量に関係することを前提にした経済分析は、Braeutigam=Owen=Panzar, “An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems”⁽⁴²⁾である。モデルはリスク中立の各当事者がそれぞれ弁護士のサービス量を操作することにより、それぞれの期待判決額の最大化を求めるとする。基本的な問題の視点は、第一に係争価格の増大は法的サービス消費に影響を与えるか、第二に弁護士のユニット当たりの費用変化が訴訟支出にどう影響するか、第三に事件のメリット（事実と法）が訴訟判断に与える影響、第四に弁護士費用負担方式の変更からなにがおきるか、全体支出はどう変化するか、である。数式的処理を経た結果次のような命題が導かれる。まず、係争価格の増大は、弁護士費用をだれが負担するかとは無関係に当事者双方の支出を大きくする。各自負担方式から被告有利な片面的敗訴者負担方式への変更は、双方の支出の和は増えるが、原告

41) Supra. note 7. 小林（前注8）論文のほか、同「アメリカ民事訴訟の[法と経済学]」アメリカ法1986-1号27頁。

42) Supra. note 8.

の支出が増えるかは不明である。各自負担方式から原告有利な片面的敗訴者負担方式への変更は、双方の支出の和は増えるが、被告の支出が増えるかは不明である。各自負担方式から敗訴者負担方式への変更は、双方の支出の和は増えることになるが、原告被告それぞれ支出増大については不明である。以上の結論について不思議に思うのは、被告有利な片面的敗訴者負担が支出増大になる点であろう。被告有利な片面的敗訴者負担は提訴抑制に働くと想像できるからである。

4 経済分析の有用性と限界を指摘したものが、Thomas D. Rowe, Jr., “Predicting The Effects of Attorney Fee Shifting”⁽⁴³⁾である。要約すると、経済分析の適用が特に実り多いと思われるのは、弁護士報酬転嫁の効果の予測である。ただし、数式の多用はむしろ有能な聞き手の輪をせばめるのでできるだけ翻訳していかなければならない。弁護士費用転嫁の効果に影響を及ぼすと思われるいくつかの変数の特定作業が最も重要である。彼は、紛争当事者の属性、訴訟物価格とコストの関係、事件の強みに関する当事者の認識の三つを状況ファクターとする。こうして記述的な分析がすすめられる。そして経済分析の限界を指摘する。すなわち、ある状況のためのあるモデルのデザインは可能だが、モデルは変数が変化する場合の効果を予測できない。モデルの能力の制限が必要であるという。

5 弁護士費用負担方式をめぐる議論において、各負担方式の効果を特定する作業が重要であり、この点については今後も経済分析が展開されることが望まれよう。当面、アメリカ合衆国の展開を追跡してもよいのだろうが、合衆国の議論のなかで弁護士費用負担方式と和解ヴェクトルの関係についてはわが国とかなり異なった問題が含まれてくる。たとえば、和解促進の意味を持つ連邦民事訴訟規則68条（イギリスのペイメント・インツウ・コートの制度に類似する）開示制度、プリトリアル・カンファレンスなどである。こうした要素を考慮した自前の経済分析が将来期待されよう。

43) Supra. note 8.