

# 弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究

——フランス新民事訴訟法七〇〇条をめぐる問題点について——

堤 龍 彌

一 はじめに

二 フランスにおける弁護士制度と訴訟費用について

三 衡平に基づく弁護士費用の償還命令（フランス新民事訴訟法七〇〇条の紹介）

(一) 従来のやり方

(二) 改正法成立のいきさつ

(三) 改正法の内容―その検討と問題点

(1) 七〇〇条による支払義務の根拠概念たる衡平の意義

(2) 七〇〇条の適用要件

(3) 不衡平と認定されうる状況―その類型化

(4) 実際に認容されている償還額ほどの程度か―判例の整理

(5) いかなる裁判所において七〇〇条が適用されうるか

弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究 堤

〔田中氏註〕

- Baudouin* (J.), *Observations*(1) sous Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 4 avril 1978 et Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 23 mai 1978, J. C. P. 1978. II. 18917; *Observations*(2) sous Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 19 juillet 1978, J. C. P. 1978. II. 18971.
- Bertin*, Le grand Noël du procureur, Gaz. Pal. 1976. 1. 424.
- Blanc* (Emmanuel) et *Viatte* (Jean), Nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles, t. II, pp. 444—448, 1979.
- Boccarda* (Bruno), La condamnation aux honoraires (Article 700 du nouveau code de procédure civile), J. C. P. 1976. I. 2828.
- Brunois* (Albert), Note sous Trib. gr. inst. Digne (ord. réf.) 24 octobre 1978, D. S. 1979. J. 179.
- Damien* (André), Note sous Rennes (2<sup>e</sup> ch.) 29 novembre 1978 et Versailles (1<sup>re</sup> ch.) 30 octobre 1978, Gaz. Pal. 1979. I. 134; La jurisprudence de la Cour d'Aix et l'art. 700 (*observations* à propos de ses arrêts du 26 mars 1980 et 13 mai 1980), Gaz. Pal. du 30 oct. 1980. D. p. 2.
- Delamarre* (Gérard), Note sous Paris (22<sup>e</sup> ch.) 14 juin 1976, Gaz. Pal. 1976. 2. 502.
- Goudot* (Gérard), Répertoire de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd. v<sup>o</sup> Frais et dépens.
- J. V.*, Note sous Gass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 3 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980. 2. 267.
- L. B.*, L'art. 700 nouveau Code de procédure civile est-il applicable en matière d'intérêts civils devant la juridiction répressive, Gaz. Pal. 1978. 2. 494.

*Loyer-Larher* (Christiane), L'article 700 du nouveau code de procédure civile et le remboursement des frais non compris dans les dépens, D. S. 1977. chron. 205.

*Martin* (Raymond), De l'abus du droit d'action à l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, J. C. P. 1976. IV. 6630.

*Massol*, *Conclusions* sous Cons. d'Et. (4<sup>e</sup> sect.) 7 mars 1980, Association, Gaz. Pal. du 2 octobre 1980. J. p. 5.  
*R. D.*, *Note* sous Rennes (1<sup>er</sup> ch.) 5 mai 1976, Gaz. Pal. 1976, 2. 502.

*Ranby* (Jean-Paul), *Plaidoyer* pour un article 700, Gaz. Pal. 1977. 1. 160.

*Schmidt* (D.), *Note* sous Trib. inst. Strasbourg 12 mai 1977, Gaz. Pal. 1977. 2. 537.

*Viatte* (Jean), *Note* sous Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 13 juin 1979, Gaz. Pal. 1979. 2. 562.

*Vincent* (Jean), *Procédure civile*, 19<sup>e</sup> éd. 1978, nos 778—788.

## 一 ちゅうめい

わが国では、弁護士費用の敗訴者負担に関する制度が欠如していること<sup>(1)</sup>から、それに伴う様々な弊害が指摘されてきた<sup>(2)</sup>(本人訴訟の増加、訴訟の非効率、訴訟遅延、上訴の断念等<sup>(3)</sup>—裁判を受ける権利を、実質上阻害している一つの大きな要因といえなくもない)。

ところで、この問題に関して、わが国と同じく、厳密な意味での弁護士強制主義を採っていないフランスにおいて、近時これに対処する一つの可能な(妥当かどうかは別に)解決のやり方が、立法上示唆された。新民事訴訟法七〇〇条が、それである。

以下において、そのやり方を紹介することにより、今後のわが国における弁護士費用の訴訟費用化についての議論・立法の参考に供しようというのが、本稿の目的である。

この措置はかなり大胆なもので、そこに、近時の改正作業に一貫している裁判官の職権主義強化の波をみる思いがする（このような観点から、この新法を考察、研究することも一つの興味あるアプローチであるが、それは本稿の当面の目的ではない。が、絶えずそのような観点を入れながらこの制度の紹介を試みるつもりである）。

本制度の紹介に先立って、簡単にフランスにおける弁護士制度と訴訟費用について説明を加えておかなければならない。それは、わが国と同じく弁護士強制主義を採っていないとはいっても、先に「厳密な意味で」と断わったとおり、弁護士によってなされる一定の裁判事務（主に、従来の代訴士（*avoué*）と呼ばれる者が行っていた仕事）については弁護士の関与が強制されており、その報酬についても法律によって一定・一率化され、訴訟費用化されているという複雑な関係にあるからである。従って、現在のフランスにおいては、結局のところ弁護士費用は二分化されており、(一)訴訟費用化されている部分と、(二)そうでない部分（つまり、フランスの裁判上 “*frais irrepétibles*” と呼ばれている費用）とが存在するわけである。

本稿で論じようとするのは、後者の訴訟費用化されていない部分についてのフランス的処理のやり方であって、前者については当面の対象ではないが、その全体が、合わさって今日のフランスにおける一つの可能な弁護士費用の敗訴者負担制度を形作っていると考えるべきものである以上、前者についても最少限の説明は要するであろう（とはいえ、訴訟費用の個々の詳細な説明は避け、当面に必要な程度の記述に止めることにする）。

(1) わずかに、裁判所が特別に弁護士を選任したような場合にのみ訴訟費用の中に含めているにすぎない(民訴法二二五條二項、人訴法三條二項、三項、四項——民訴費用法二條一號)。

(2) この問題に關しては、斎藤秀夫編著注解民事訴訟法(2)——二頁の文獻欄に列挙されている文獻、及び日弁連司法制度調査會資料「弁護士強制と弁護士費用敗訴者負担制度」(第一輯)(一九六九)(未見)、菅野國夫「弁護士費用敗訴者負担の理論と實際」盛岡短期大学研究報告第二〇号(一九六九)、櫻田勝義・判例弁護士法の研究・一四七頁以下(一九七〇)、花岡巖「弁護士報酬をめぐる問題」講座現代の弁護士3・二八〇頁以下(一九七〇)、山木戸克己「社会状勢の推移には一致」自由と正義二一巻七号一頁以下(一九七〇)及び同書中の座談會「弁護士費用の敗訴者負担の是非」七頁以下、抜山映子「弁護士報酬について(1)(2)」判例時報五九五号一四頁以下、五九七号四四頁以下(一九七〇)、別冊判例タイムズ第三号・現代社会と弁護士所収の各論文(一九七七)参照。

(3) 逆に、敗訴しても、相手方の弁護士費用を負担する義務はないことから、それが他面では、濫訴・濫上訴の原因ともなっている。

## 二 フランスにおける弁護士制度と訴訟費用について

まず、フランスにおける弁護士制度については、一九七一年に大改正があり、従来の代訴士・弁護士の二元制から新しい弁護士職の統合がなされたことは周知のところである。<sup>(1)</sup>

次に、訴訟費用の点であるが、新民訴法六九五條によってその範圍が列挙されており、当面の我々の関心事である弁護士費用については、その六号と七号に規定されている。

六号 公証官吏又は裁判所付属吏の報酬<sup>(4)</sup>

弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究 堀

統合後も残る控訴院代訴士、コンセイユ・デタ・破毀院弁護士(いずれも裁判所付属吏 (officier ministériel) に当る)の役務に対する報酬がこれに当る。<sup>(5)</sup>原則としてその代理が強制されており、<sup>(6)</sup>その報酬もデクレによって法定化されている。<sup>(7)</sup>

#### 七号 法定額の範囲内における弁護士の報酬(弁論手数料を含む)

主に、大審裁判所の民事訴訟手続における新弁護士の強制的な代理・訴訟手続行為に対する報酬がこれに当る。<sup>(8)</sup>従来、その役務は代訴士が行っていたものである。その報酬については、前述一九七一年の新弁護士法一〇条にそれに関する規定がおかれており、<sup>(9)</sup>それを受けた一九七二年八月二五日デクレ七八四号一条によって、当分の間は暫定措置として、従来の代訴士についての報酬規程 (tarif) が適用されることになっている。<sup>(10)</sup>

なお、裁判援助 (aide judiciaire) 事件に関与した弁護士の報酬も本号に含まれるものとされており、<sup>(11)</sup>それについては、別にデクレによって定められた報酬規程 (barème) に従って補償を受けることが予定されている。<sup>(12)</sup>

さらに、本号には「弁論手数料を含む」との文言が一九七八年一月のデクレ<sup>(13)</sup>によって付加されているが、これは、弁護士が生み出す報酬というよりは、むしろ弁護士の退職年金基金のために各弁論ごとに当事者により支出される費用であって、訴訟費用に含まれているとはいっても本稿の対象である弁護士の報酬とは若干性格を異にする。<sup>(14)</sup>

以上の六号、七号に当る行為が具体的にどのような行為かは、その報酬額を定めた前述の報酬規程等を参照していただくほかないわけであるが、一般的には、それらは、当事者を代理する行為 (representation) であり、<sup>(15)</sup>それには当事者の名で訴訟(行為)文書を作成、提出することを含み、<sup>(16)</sup>主に申立書 (conclusion) の提出を目的とす

る行為である<sup>(17)</sup>。伝統的には、手続進行行為 (postulation) と呼ばれてきたものであり、強制かつ独占とされているのがその特徴である。

以上、新民訴訟法六九五条六号、七号に規定された弁護士費用のみが現在のフランスでは訴訟費用化されており、原則として敗訴当事者の負担となるものである<sup>(18)</sup>。

そこで、当事者が弁護士の活動に対して支出する費用のうち残るものといえば、上述代理行為以外の弁論・補佐 (plaidoirie et assistance) (これには、法律問題に関する助言 (conseil et consultation) 及びその攻撃防御方法を口頭又は書面で展開することを含む)<sup>(19)</sup>、並びに、その関与が法上強制されていない事件及び裁判所における代理その他の補佐活動に対する謝礼 (honoraires) がそれである。これらの費用は、従来から、勝訴当事者が敗訴の相手方から償還することのできる訴訟費用とはされておらず、従って一応たてまえては、各自自己負担すべきことが当然視されてきた (依頼者負担主義)。また、その額についても、専ら弁護士と依頼者との間の自由な合意に任せられてきたものであった。

一九七一年一月の新弁護士法においても、「助言及び弁論の謝礼は、弁護士と依頼者間の合意により定める」<sup>(21)</sup> (一〇条) として、従来の立場を維持している。

本稿で以下検討の対象にしようとするのは、この訴訟費用に含まれない、それ故敗訴当事者から訴訟費用としては償還しえない弁護士報酬 (honoraires) の一見大胆ともいえるフランス的处理のやり方である。

(1) Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (河原

中川＝更田・後掲一九六頁以下にこの抄訳が載っている。

従来のフランスにおける弁護士制度及びこの度の改正については、以下の文献を参照されたい。

- ① 従来の弁護士制度とその問題点については、石川良雄「フランスの司法制度」司法研究報告書一三輯二号一五五頁以下(一九六二)、小山昇「フランスの弁護士制度」三ヶ月章他・各国弁護士制度の研究・二八五頁以下(一九六五)、三ヶ月章「フランスの司法制度について」、「弁護士制度の比較的研究」、「外国の弁護士制度の実態と日本の弁護士制度の問題点」民事訴訟法研究四卷一〇三頁以下、二六五頁以下、三三三頁以下(一九六六)、木川統一郎「フランスにおける弁護士二元制の史的展開」、「弁護士二元制の動態」比較民事訴訟政策の研究・二一七頁以下、二四三頁以下(一九七二)、江藤价泰「司法書士制度について」(41)―(43)「日本司法書士連合会会報七五―七八号(未見)。
- ② 改正後の弁護士制度については、江藤价泰「フランスの司法制度改革」東大社研編・戦後改革4(司法改革)四八四頁以下(一九七五)、河原正和＝中川登＝更田義彦「フランスの弁護士制度改革の背景と新制度」第二東京弁護士会編・諸外国の弁護士制度・一一七頁以下(一九七六)、山口俊夫・概説フランス法上・二八六頁以下(一九七八)、兼子一・竹下守夫・裁判法(新版)法律学全集34・三二六―三二七頁(一九七八)。
- ③ フランスにおける訴訟費用については、江藤价泰「フランスにおける訴訟費用」日弁連司法制度調査会資料・前掲・一〇頁以下の他、フランス民法の教科書の該当箇所「Frais et dépens」を参照されたい。なお、詳細については、前掲引用文献のうち Bertin, Blanc et Viatte, Goudot の各文献参照。
- ④ 弁護士費用についての用語には、現在次の三つがよく使われているが、厳密には、それぞれ次のように区別すべきものである。すなわち、「rémunérations」というのは一般的に弁護士等の報酬を指すときに使用し、「émoluments」は、そのうちとくにその額が公定化された報酬を指し、そうでないフリーな報酬(従来からとくに謝礼といわれてきたもの)を「honoraires」と呼ぶ(Goudot, n° 14)。



(4) 以下、条文の邦訳については、谷口安平・若林安雄・上北武男・徳田和幸・注釈フランス新民事訴訟法典・法務資料第 四三四号(一九七八)を主として参考にさせていただいたが、必ずしもそれに従ったわけではない。

(5) 一挙に全弁護士・代訴士を一つに統一することに伴う弊害を考慮して、とくに複雑、特殊なこれら上級審での改革統合は見送られた。それ故、今後も当分の間、控訴院においては、控訴院代訴士と新弁護士の二元制が維持される。破毀院については、従来どおり、それ専門の弁護士がその役割を行うことに変りはない。

(6) 新民訴訟八九九条一項(「当事者は、反対の規定のない限り、代訴士を選任しなければならない。」、同九一三条一項(「代訴士は、当事者を代理しかつ当事者の名で申立てを行うについて固有の資格を有する。」)参照。

(7) Vincent, n° 784—III ; Goudot, n°s 292—299 参照。その報酬規程(tarif)は、絶えずデクレによって改定されているが、Décret n° 80—608 du 30 juillet 1980 fixant le tarif des avoués près les cours d'appel (J. O. 2 août 1980, D. S. 1980. L. 327, J. C. P. 1980. III. 50245)が最新のもののため。この内容については、Vasserot, Le tarif des avoués près les cours d'appel, D. S. 1980. chron. 273 参照。

なお、破毀院への手続行為については、Décret n° 79—941 du 7 novembre 1979 portant réforme de la procédure en matière civile devant la Cour de cassation et modifiant certaines dispositions de procédure civile (J.O. 9 novembre 1979, D.S. 1979. L. 372, J.C.P. 1979. III. 49171, Gaz. Pal. 1979. 2. 609), Art. 3 により規定されるに至った新民訴訟九七三—一〇三二条を参照されたい(徳田和幸(訳)・フランス一九七九年一月七日デクレ第九四一号・法曹時報三三卷六号五一頁以下にこの邦訳が載っている)。

(8) 新民訴訟七五一条一項(「当事者は、反対の規定がない限り、弁護士を選任しなければならない。」)参照。  
Vincent, n° 784 の言葉を使えば、「当事者を代理して訴訟手続を進め、裁判所に対して準備書面等により当事者の主張を申し立てる(postuler, conclure et mener la procédure)」行為を指す。

- (9) 新弁護士法一〇条一項前段「手続進行行為及び訴訟行為の手数料は、民事訴訟手続に関する規定の定めるところによらる。」
- (10) Décret n° 72—784 du 25 août 1972 relatif au régime transitoire de rémunération des avocats à raison des actes de postulation et à la taxe—Décret n° 60—323 du 2 avril 1960 portant règlement d'administration publique et fixant le tarif des avoués. 44頁 Décret n° 75—785 du 21 août 1975 relatif aux droits et émoluments alloués à titre transitoire aux avocats à raison des actes de procédure 参照。詳しうて Vincent, n° 784—IV; Gondot, nos 98—318; 河原—中川—更田・前掲・一七二頁〔中川〕参照。
- (11) Loi n° 72—11 du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire, Art. 19 参照。
- (12) Décret n° 72—809 du 1<sup>er</sup> septembre 1972 portant application de la loi du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire, Art. 76 et s. 参照。Blanc et Viatte, p. 445 参照。
- なお、この新しい裁判援助法については、更田義彦「裁判援助制度」河原—中川—更田・前掲・一七八頁以下、名内正晴「フランスの新しい訴訟扶助制度（外国・法の動き フランス）」法学セミナー三二〇号—二二〇号—二二二頁以下（一九七四）、中川登「河原正和「各国法律扶助の諸法制について—フランスの場合」自由と正義二八卷一—四九頁以下（一九七七）及びそこに引用の文献参照。
- (13) Décret n° 78—62 du 20 janvier 1978 portant application de la loi n° 77—1468 du 30 décembre 1977 instituant la gratuité des actes de justice devant les juridictions civiles et administratives, Art. 19.
- (14) 弁論手数料について Décret n° 65—379 du 19 mai 1965 portant règlement d'administration publique relatif aux droits de plaidoirie des avocats 参照。

このデクレによって、現在のところ、その額は三〇円と定められている。これについては Vincent, n° 784—V; Gou-

doi, nos 345—354 参照。なお、旧弁護士制度の下での弁論手数料については、小山・前掲・三七六頁以下に詳しく。

(15) 新民訴訟一九条（当事者は、法律が許容し又は命じるところに従って、代理させるためにあるいは弁論に出席させるために、自己の弁護人を自由に選ぶことができる。）参照。

(16) 新民訴訟四一一條（裁判上の代理権は、委任者の名で訴訟（行為）文書を作成、提出する権利及び義務を含む。）参照。

(17) Vincent, n° 371.

(18) 新民訴訟六九六条本文（敗訴当事者は、訴訟費用の支払いを命じられる。）。

(19) 新民訴訟法四一二条本文（裁判上の補佐の職務は、当事者に助言をしかつその防御をなす権利及び義務を含む。）参照。

(20) 次章三でも、七〇〇条の機能を、主として勝訴当事者が敗訴当事者から、その支出した弁護士費用等を回収するための制度として論じていくが、これは、本稿の視点上、主としてそのような角度からのみ論じていくだけであって、七〇〇条自体にはそのような限定はないことをお断わりしておかなければならない。むしろ、事情によっては、敗訴当事者が勝訴当事者から自己の弁護士費用を取り立てよう機能することもありうることは、訴訟費用についての新民訴訟法六九六条但書（「ただし、裁判官が、理由を付した裁判によって、その全部又は一部を相手方当事者の負担とする場合は、この限りではない。」）と同様であって、そのことは、以下の説明でも明らかとなる。

(21) Damien, note, p.136 参照。

もっとも、実際は、各弁護士会が非公式に作成する報酬基準規程 (barème) がその一応の基準となっており、依頼者と弁護士との間で謝礼についての争いが生ずれば、その申立てを受けた弁護士会長は、この報酬基準規程を大いに参考にするものと予想されている。この点及びこの非公式の報酬基準規程の拘束性につき、これが、一九七一年の新弁護士法一〇条と矛盾するものではないことについては、Goudot, n° 17 参照。

なお、未見だが、次の文献がある。Sillard (J.) et Damien (A.), Tarif de postulation et honoraires des avocats.

### 三 衡平に基づく弁護士費用の償還命令（フランス新民事訴訟法七〇〇条の紹介）

#### (一) 従来のやり方

改正法については、後に(三)で詳しく紹介することとして、その前に、一応、この七〇〇条が新設されるまでのいきさつについて、簡単に触れておこうと思う。

まず、本節では、従来のフランスの学説・判例がこの弁護士費用の問題についていかなる処理をしてきたのかを概観する。

たてまえとして、それが各当事者の自己負担となることの不当性は、とくに相手方の故意・過失により不必要な提訴又は応訴を余儀なくされた場合などに顕著であろう。このような場合、フランスにおいては、権利濫用の法理(règle de l'abus de droit) を使って、民法法一三八二条・一三八三条(いずれも不法行為に関する規定)、ときには同一一四七条(債務不履行)を根拠に、そのやむなく支出した弁護士費用の償還(損害賠償という名目で)を認めてきたのである。

ところで、このやり方には、一つの大きな難点があった。それは、賠償を得ようと望む当事者の方で、その相手方の過失(faute)を証明しなければならなかったことである。訴えの提起又はその応訴を過失行為と認定することの困難さは、(その明瞭な場合ならばともかく)非常に大きなものがあろうと思われる。勝訴の確信を持たずに

訴えを提起し又は応訴する行為も、そのみでは過失を構成するものでないことはいうまでもない<sup>(1)</sup>。このような角度からすれば、厳密には損害賠償責任を発生させる過失とはいえないような過ちから、害意を含んだ態様のものまでその程度は様々であり、損害賠償責任を発生させる過失と認定しうる行為とそうでない行為との境界線は、かなり曖昧で不確定なように思われる<sup>(2)</sup>。

もっとも、判例によって、一応次のような基準が明らかにされていた。すなわち、「訴訟行為は、もしそれが、悪意、不誠実な行為又は少くとも詐欺にも匹敵すべき重大な誤りを構成する場合にのみ損害賠償の原因となりうる過失に變ずるのである<sup>(3)</sup>。」

学説は、訴訟行為も権利濫用の法理の対象となりうることを「裁判契約 (contrat judiciaire)」の觀念を使って説明してきた。訴訟も一つの当事者間の相互的な拘束関係であり、ここでも当事者がその権利行使に當って負うべき誠実さが強調されてきた。契約が誠実に履行されなければならないのと同様<sup>(4)</sup>、訴訟も善意をもって開始され追行されなければならないというのである<sup>(5)</sup>。

このような事情から、この損害賠償の申立ての頻繁さに比較して、その認容されることの僅少さが目立っていた。さらに、この最初の障害を越えることができた場合でも、裁判官は、訴訟に付随して現実に生ずる諸費用(とくに弁護士費用)を無視するかのよう<sup>(6)</sup>に、その認容額の低さが指摘されてきた。レンヌ控訴院の判例について一九七三年に公表された調査によると、不当な訴訟行為に対して、平均で五〇〇Fの支払いがやっとこの裁判所によって認容されたことが明らかにされている<sup>(7)</sup>。裁判費用のより完全な償還の必要性が感じられてきていた。

このように不十分なものとはいえ、一応の救済方法は用意されていたわけであるが、それでもなお、勝訴当事者が相手方の過失や権利の濫用を全く証明できず、それ故（今日では非難の意味を含めた裁判上の特殊語である）「償還請求できない費用 (frais irrépétibles)」と呼ばれている費用を自己の負担に帰せざるをえないような場合の手当てが残された問題とされていたのである。<sup>(8)</sup>

## (二) 改正法成立のいきさつ

この改正法に先立つ一九七四年二月八日の草案は、「訴訟に付随する費用の全部又はその一部を訴訟費用の中

に含める」権能を裁判官に付与していた。<sup>(9)</sup> これも思い切ったやり方ではあったが、採用されるには至らなかった。その後、一九七五年二月五日デクレ<sup>(10)</sup>によって成立した新民事訴訟法典により、ようやく従来から望まれていた処理を可能にする規定が新設されるに至ったのである。

ところが、一九七五年二月九日付官報が出るとすぐベールを脱いだ七〇〇条は、予期に反して、弁護士会の非常に強烈な非難を惹き起こしたのである。すなわち、当初、七〇〇条は、次のように規定されていた。

「訴訟費用に含まれない報酬及びその他のすべての費用をその当事者の負担とすることが不衡平であると思われる場合には、裁判官は、その定める金額をその当事者に支払うよう他の当事者に命じることができる。」<sup>(11)</sup> (傍点筆者)

問題とされたのは、とくに右の法文中に「報酬 (honoraires)」という言葉を使用した点であった。これが、遠

回しな方法で、将来弁護士報酬の裁判官による査定・公定化という弁護士職にとって好ましからざる手段の足掛りにされるのではないかという危惧であり、自由であるべき弁護士職の独立を侵されることに對する反発であった。<sup>(12)</sup>つまり、いくら弁護士報酬が依頼者と弁護士間の自由な契約により定まると規定され、そう言ってみても、この七〇〇条を援用して弁護士報酬の償還を求める際に、妥当だと思われる金額を裁判官が決めることから、事実上その金額が当該弁護士の報酬額としては適当なところであろうとの印象を持たれ易いのは道理であり、弁護士を道徳的・経済的に苦しい立場に追い込む危険がある、と非難したのである。この非難は、些か被害妄想などころもあるように思われるが、<sup>(13)</sup>反面、とくに依頼者に対して及ぼす事実上の影響を無視することもできないであろう。

このような弁護士会等の抗議の結果、一九七六年七月二十九日デクレは、この元の文言の代わりに、「当事者の一方によって支出された訴訟費用に含まれない金額」という文言を置くに至った。<sup>(14)</sup>すなわち、七〇〇条は、次のような条文になったのである。

「当事者の一方により支出された訴訟費用に含まれない金額をその当事者の負担とすることが不衡平であると思われる場合には、裁判官は、その定める額をその当事者に支払うよう他の当事者に命じることができる。」<sup>(15)</sup>（傍点筆者）

この修正は、弁護士報酬の公定化への道を防ぎ、また上述のような印象をとくに依頼者等に持たれないようにとの配慮から、「報酬」という言葉を廃止しただけのものなのか、あるいは、さらにその報酬という言葉を排除することにより、事実上でも査定の恐れを無くするために、依頼者の利益を考慮することなく、専ら弁護士サイドで、七〇〇条の救済から弁護士報酬を排除させる意図をも藏していたのであろうか。

いずれにしても、この修正は、問題の本質を何ら変更するものではなく、単なる字句の訂正にすぎないとする見方が一般的であるように思われる。<sup>(16)</sup>

このように、成立の当初から歓迎と反発の入り混じった反応を呼び起こした規定ではあるが、これがそれまでの弁護士報酬自己負担の不当を多少なりとも是正する役割を担って登場したものであることは疑いなく、後述のように問題点は多々あるものの、同じような悩みを持つわが国の参考にもなる。

以下では、その内容を、できる限り要件化、類型化して紹介、検討してゆくことにしたい。

### (三) 改正法の内容―その検討と問題点

#### (1) 七〇〇条による支払義務の根拠概念たる衡平の意義

まず、七〇〇条による支払義務の根拠として法文上明記されている「衡平 (equité)<sup>(17)</sup>」について、以下その意味及び指摘されている問題点について検討する。<sup>(18)</sup>

この支払義務の適用規準として衡平という概念を使ったことに対しては、裁判規準としては非常にその内容が曖昧、不明瞭で、それ故非常に不安定かつ主観的な概念であり、裁判官に対する実質的な拘束規準たりえないとして、法律による裁判を強調する立場からは批判されている。<sup>(19)</sup> たしかに、裁判官が、「不衡平であると思われる場合には」、



法・文・上・はそれ以外のいかなる要件の認定も要求されずに、償還命令を言い渡さうものとされているのであるから、それが、自由裁量権の名の下に、裁判官の恣意的な判断を許す可能性は十分ありえよう。そして、かりにそれを法規等により事前に規制する（適用要件を法文上明確にする）ことができないとしても、問題は、その不当を事後的にチェックできるかどうか（すなわち、裁判官の衡平による判断の当不当を上級審が審査しうるかどうか）である。<sup>(20)</sup> これらの点については、後に改めて検討する（後述、三(三)(2)(ハ)参照）。

ところで、衡平というものは、フランスにおいては、少しも新奇な観念ではなく、法律のあちこちに散見されるのである。まず、法律が、その意図的な曖昧さをもって消極的に（黙示的に）その内容を明確にする権能を判例に留保したような場合が挙げられよう（例えば、仏民法一三三二条及び一三八四条における過失という極めて多義多様な概念の使用／＼一般条項の背後に衡平の観念が息づいている√や、同一二四四二条二項などがその例）。そして、この七〇〇条同様、稀ではあるが、法律自身が、積極的に（明示的に）衡平に依拠すべき旨裁判官に要求しているいくつかの例も見受けられるのである（その代表的なものとして、仏民法五六五条、一一三五条、一五七九条、一八五四条等<sup>(21)</sup>）。このように、衡平概念への委任は、新奇なものでも先例のないものでもないものである。

もっとも、指摘されるとおり、たしかに、「常識、つまり一種の自明の理」ともいえる衡平の、不明瞭かつ主観的な性格はどうしても残るであろう。そして、「それは、いかなる学問的な態度とも適合せず、かつその認定はひとり直感のみ依拠する、そういう道理に適用とはいえ感情的な概念である。」<sup>(22)</sup>「しかし、それにもかかわらず、いやそれどころか、知覚が直接的であるために直感の正しさを承認するに困難ということではなく、……やはりそれは

信頼できるものである。いやそれどころか、衡平は、その不明確かつ変動的な輪郭故に、すなわちその非常な柔軟さ故に、逆に、法律に反してではなく、その行う委任の適切な範囲内において、あらゆる変化に適合できる利点を示すのである。<sup>(23)</sup> さらに、自由裁量権の内在的制約という面も考慮する必要があるであろう。

結局のところ、七〇〇条という衡平とは、両当事者の具体的状況（相手方の態度、被った損害の程度、当事者の経済状態等）を比較考量して、その間に生じている金銭的な不均衡を是正するための重要な規準として機能しうることを予定された概念といえることができる。<sup>(24)</sup>

以下、七〇〇条の適用に当って問題となる点を、順次検討してゆこうと思う。

## (2) 七〇〇条の適用要件

以下では、主として判例によって七〇〇条の適用の際に問題となったいくつかの要件について順次検討することにより、判例・学説の大よその傾向を明らかにしたうえで、現段階での一応の概観を試みることにする。

### (イ) 報酬等償還命令の申立ての要否

この点に関し、かような償還を欲する当事者からの特別の申立てがなくとも、裁判官が、「不衡平であると思われる場合には」職権でそのような償還命令を発せようとする考え方が「法文上疑う余地のない」として出され

ている。<sup>(25)</sup>

これに対して、破毀院は、新民訴法四條<sup>(26)</sup>、五條<sup>(27)</sup>を理由に、七〇〇條の適用は、申し立てられなければならないと判示した。<sup>(28)</sup> もっとも、さらにこれに対しては、原告の不当訴訟に対し、被告が、民法一三二條（不法行為）に基づいて、その防御上やむなく支出した、訴訟費用に含まれない諸費用の賠償を請求してきたのに対し、原告の誠実さを認めてこの一三二條による申立てを斥ける場合でも、新民訴法一二條<sup>(29)</sup>を適用することにより、裁判官が、七〇〇條に基づいてかような諸費用の償還命令を言い渡すことは妨げないとする判例が出ている。<sup>(30)</sup>

要するに、償還を求めようとする諸費用の当事者による支払い申立てと、それを基礎づけるに適切な事実の主張は必要であるが、<sup>(31)</sup>それを根拠づける法的観点の主張は必要でなく、また裁判官も、当事者の主張する法的観点には何ら拘束されずに償還命令を言い渡しようとするのが判例の見解であると思われる。

(四) 当事者によるその相手方の過失、損害及びその金額並びに状況の不衡平性の主張・証明の要否<sup>(32)</sup>（当事者による理由づけの必要性）

まず、相手方の過失であるが、この点については既に三・(一)、(二)で述べたように、この点の証明を問題にしないで当事者が償還命令を獲得しようにしようというのが七〇〇條成立のいきさつでもあり、その一つの大きな根拠ともなったものであるから、当然のこととして、当事者によるこの点の主張・証明は必要でないと解されるべきであろう。<sup>(33)</sup>

もつとも、相手方の過失が、後で検討する状況の不衡平性の証明に際してその重要な要素として考慮されうることはいうまでもなく、<sup>(34)</sup>それ故事実上の効果として過失の証明が裁判官による状況の不衡平性の認定に大きく影響することは避けられないであろう。<sup>(35)</sup>また、實際上、当事者もまず相手方の過失を主張・証明しようとするのが通常の場合であろうと思われるが、だからといって、それが、七〇〇条適用による償還命令の一要件とされているわけではないのである。

次に、実際に申立人に損害の生じたこと、及びその具体的な金額の当事者による主張・証明が必要かどうかという点であるが、この問題は、この七〇〇条に対する捉え方・考え方によって大いに結論が分れるものと予想される。<sup>(36)</sup>

これらの点に関するいかなる主張・証明も必要でなく、専ら裁判官の専権 (pouvoir souverain) 的、自由裁量 (discretionnaire) 的な判断に任せうるとする立場は、<sup>(37)</sup>七〇〇条を裁判官による裁量処分的な特別手続 (一種の仲裁的手続) と考えるものであって、民事訴訟法上の一般原則の適用を受けない職権的手続を規定したものとみえる。

これに対しては、他方で、これらの点に関する当事者からの何らかの理由づけは必要とする立場が対峙する。そして、この立場の中でも、それ以上にどの程度の具体的内容の主張・証明までを要求するかで、さらに見解が分れている。一方では、弁護士報酬などは、「一度事件が終了し、かつその結果をみてでなければ、実際に支出された額を終局的に確定することができないから、そのような報酬額を主張・証明することは、おそらく必要でもないし当を得たものでもない」として、簡単な概算額の主張とそれを一応推定せしめうるような証拠資料があれば十分と

する考え方があり、他方では、より厳格に、その正確な支出金額の主張・証明までも要求する考え方が<sup>(39)</sup>ある。

最後に、償還命令を正当化する状況の不衡平性の当事者による主張・証明が必要かどうかであるが、<sup>(41)</sup>まず、この点についての当事者による主張・証明は不必要であるとする説が考えられるが、実際にこの説を明確に述べたものは見当らない。<sup>(42)</sup>

次に、七〇〇条の法文上からはこの点に関する探究権能（及びその責任）は裁判官にあることを認めたい（そういう意味では、どちらかというところの初めの分類に入れるのが適當ではないかと思われるが）、実際の取り扱い上、かなりな程度の証明を当事者に要求する考え方が出されている。<sup>(43)</sup>

そして、もっとも厳格な考え方は、当事者による状況の不衡平性の主張・証明がなされない限り、裁判所はその申立てを斥けるべきであるとする立場である。<sup>(44)</sup>

償還命令が下される状況の不衡平性とはどの程度のものか、それにはいかなる態様のものがあるかの分類については、次の(ハ)及び三(三)③のところで詳しく検討することにする。

(ハ) 裁判官による当事者の過失、損害及びその金額並びに状況の不衡平性の認定の要否（裁判官による判決の理由づけの必要性）<sup>(45)</sup> 裁判官の専権・自由裁量権の有無——上級審の審査権の有無

まず、当事者の過失の点であるが、これは(ロ)で検討したところと裏腹の問題であって、当事者の過失の存在が七〇〇条適用の要件とされない以上、裁判官も、その点の認定は必ずしも必要ではない。<sup>(46)</sup> もっとも、不衡平性の判

断の正当性を示すための一要素として、判決理由で当事者の過失に触れることは望ましい処置であろう。<sup>(47)</sup>

次に、損害の発生及びその金額の認定の問題に入るが、これは、後述の償還額の決定とともに、既述の裁判官による弁護士報酬の査定問題とも絡んで議論の多いところである。

一説は、損害発生の事実の認定はともかく、かような損害額の個々具体的な認定は不必要であるとする。<sup>(48)</sup> その理由として、償還額の決定は裁判官の専権事項であることを強調する。仮に、実際に支出された金額を当事者が証明しえ、かつ裁判官もそれを承認しえたとしても、それが即償還額としてその相手方当事者に対してその支払いを言い渡さねばならないようなものではなく、そのような損害額を認定した場合でも、償還命令を言い渡すかどうか、またいかなる程度の償還額の支払いを命ずるかは全く裁判官の自由であるから、仮に詳しい実損害額の認定をしてみても、それが償還命令の理由づけに直接結び付くものでもないからである。<sup>(49)</sup> また、弁護士報酬の総額は、訴訟が終了してみないと正確に認定しえないこともこの説を擁護するものであろう。<sup>(50)</sup>

これに対し、破毀院判決の多くは、現実に出された額の認定(その判決理由への記載)を裁判官に要求している。<sup>(51)</sup> これは、裁判官による恣意的な取り扱いを恐れたものと解すべきか。

最後に、状況の不衡平性の認定であるが、この要件の要否については改めて検討するまでもないであろう。

七〇〇条が、明文をもってその不衡平であることの認定を裁判官に要求しているからである。問題は、どの程度の認定があれば裁判官は七〇〇条を適用して償還命令を言い渡しうるかであるが、これは言い換えれば、裁判官は不衡平性の認定についてのどの程度の裁量権を持っているかの問題である。それはまた、裁判官はその判決にどの程度

の理由づけをしなければならぬか、その点について上級審の審査権がどの程度及ぶかとも関連する問題でもある。償還額の決定についても同様のことが問題となりうる。それ故、以下では、便宜上この点をも含めた裁判の理由付記義務の程度について検討してゆくことにしたい。

この点について、七〇〇条は、全く裁判官の自由裁量に委ねたものであり、理由づけも不要で、破毀院の審査権も及ばないとする考え方が Damien によって紹介されている。<sup>(52)</sup>

この立場は、必ずしも判決の正当化・理由づけを要求せず、それが専ら裁判官の「正及び善なるものに従った (ex aequo et bono)」判断であることを明らかにすれば足りるとする。この考え方は、実は民法改正委員会<sup>(53)</sup>の立場をその解釈論の中に引き継いだものであって、Damien によると、改正委員会は、七〇〇条起草に当って次のような動機を有していたのである。すなわち、「改正委員会は、不当な訴訟行為に対する損害賠償事件において、その賠償の言い渡しの不十分な理由づけ故の多くの破毀申立てによって神経質になっていた。それ故、委員会は、気難しい理由づけを何ら要求せず、事実審裁判官の専断的な判断によって、相手方当事者の不当訴訟又は不当な抗争に対し別訴を提起することなく勝訴当事者に損害賠償金を与えることを容認しうるような、そういうより柔軟でより非形式主義的な装置をこの法典に導入することを望んでいたのである。」

この見解に対しては、「判決には理由を付さなければならない」とする新民訴訟法四五五条一項及び四五八条の明文規定を無視するものであること、手続違背は破毀開始事由の一つであり、この点で破毀院の審査権が及ばないとするのは、あまりにも事実審裁判官の独断を許す結果になろう、との批判が出されている。<sup>(56)</sup>

学説・判例は、七〇〇条は裁判官に自由裁量権 (pouvoir discrétionnaire) を与えたものではなく、詳細な理由づけはともかく、ある程度の理由づけは必要であるとする。但し、その不衡平性の判断及び償還額の決定に際しては、専ら事実審裁判官の専権 (pouvoir souverain) に属するものと解し、理由づけが全く無いなど形式的審査が可能なものを除いて、その判断・決定の正当性に関しては、破毀院のコントロールには服さないと解している。<sup>(58)</sup>問題は理由付記義務の程度であるが、これについては、それを必要とする判決間でも様々であり、ここで統一な分類をすることは困難である。<sup>(59)</sup>学説には、この場合もできるだけ具体的に裁判官の推論を明らかにしうる理由づけが必要であるとして、七〇〇条を特別視せず、できるだけ従来の民訴法体系との接合を保ってゆこうとする見解が散見されるに止まる。<sup>(60)</sup>

## (二) 訴訟の勝敗（又は訴訟費用負担義務）との関連

七〇〇条は、訴訟費用について規定した新民訴法六九六条本文のように、訴訟の勝敗という結果に直接結び付く規定ではなく、その適用は専ら衡平という要件によって正当化されるものである。<sup>(61)</sup>

こういう意味では、訴訟費用のように敗訴当事者が必ずそれを負担しなければならないというようにわゆる自働性 (automatisme) はないわけであることから、これが弁護士費用の敗訴者負担制度の一翼を担うものであるとはいえないのではないかと指摘も予想されるところであるが、実際にその申立てを行い、また裁判所が認容するもの、そのほとんどが勝訴当事者であり、また衡平という基準からしてもこの規定がそのように働くことを期待



されたものであることはほぼ間違いない。<sup>(62)</sup>

但し、例外的に勝訴当事者でも訴訟費用の負担に任ずる場合があり（新民訴法六九六条但書）、このときはむしろ勝訴当事者がしなくてもよい訴訟をしたというような勝訴当事者側に問題のある場合であって、この場合には、衡平の要請はむしろ敗訴当事者に有利に働くであろうと思われる。

このようにみえてくると、結局のところ、七〇〇条に基づく償還命令は訴訟費用の負担・分配と対応関係にあるということができよう。<sup>(63)</sup>

以上、七〇〇条の適用に際して問題となりうるいくつかの要件を逐一検討してきたわけであるが、この法文の特徴は、これらの要件を全て満しても尚且つ償還命令を言い渡すかどうかは裁判官の裁量に任されているというその任意性（*faculté*）にある。<sup>(64)</sup>

もつとも、これとてどこまでそれを貫徹しうるかは問題であり、裁判官が、一方で不衡平であると認定しておきながら、他方で償還命令の言い渡しを差し控えるというような取り扱いが果して現実に可能かどうか、妥当かどうかである。すなわち、衡平の要求と自由裁量との衝突であり、そのどちらを優先させるべきかの問題である。<sup>(65)</sup>

この対立はずっと理論的なものというべきで、実際は、いくら自由だとはいえ不衡平な状況を認定すれば裁判官はこの償還命令を言い渡すべきであろうし、上級審のコントロールもあること故それほど無制約な裁判をすることもなく、ある程度常識的な解決がなされうるものと期待してもよいであろう。<sup>(66)</sup>

(3) 不衡平と認定されうる状況—その類型化

以下に述べる諸状況は、あくまでも不衡平性認定の際に考慮さるべき、重要ではあるが一要素たるにすぎず、それらの状況を認定しうるからといって即不衡平との結論に至るわけのものではない。これらの諸状況が複雑に絡んでいる場合や、その他の配慮が必要となる場合には別の結論になるかもしれない。そして、これらの諸状況は、もちろんこれまでに検討してきた諸要件が充足されることをその前提とするものであることはいうまでもない。さらに、ここに列挙する諸状況は、あくまでも上記引用文献に挙げられている不衡平状況の諸例を借用したものにすぎず、網羅的なものでないことを予めお断わりしておかなければならない。

(4) 当事者の経済状況

まず考へうるのは、例えば弁護士報酬の負担が堪え難いものであると思われる場合、又は貧乏な当事者にとって非常に重荷になると思われる場合などには、とくに相手方の態度如何に拘わらず、まさにそのこと故にその者のために七〇〇条に規定された償還命令が正当化されうるであろう。他面からいえば、このような弁護士費用を、それが現実の重荷として立ち現われる当事者の負担とするよりも、むしろそういうような費用が理論的な負担として計算上処理されるにすぎないような当事者（例えば、銀行、保険会社その他の大企業等）の負担とするのがまさに衡

平であるように思われるのである。<sup>(67)</sup>

(D) 報酬と訴訟利益 (Intérêt du litige) の不均衡

同様に、七〇〇条に規定されている償還命令は、比較的僅少な訴訟利益（例えば、小審裁判所における五〇〇〇F以下の少額訴訟事件などの場合）と、いかにそれが少額であろうと常に一定の最低限を持っている弁護士報酬との間に明らかな不均衡があるような場合にも、衡平上正当化されうるであろう。<sup>(68)</sup>

(E) 不当訴訟 (témérité)

① 不当訴訟とされるのは、まず第一に、以前からの常套手段として、金銭の一定額の支払い、土地又は家屋の明渡し等の義務の履行をできるだけ遅らせることに利益を有する側の当事者によってなされる不当な応訴活動又は控訴の濫用（たいていは防御、例えば猶予期間の抗弁等）である。このような場合は、仮に不法行為責任の面では明白にその悪意又は過失を肯定することが困難な場合でも、この償還命令の面では裁判官もその態度の不当性を認定することは比較的容易であろう。このような事件においては、重大な争いの欠如（つまり通常の訴訟のようにお互いに自己の言い分が正当だと信じて争うようなことがこの場合は欠如している）が、七〇〇条の償還命令の非常に有力な支えとなりうるのである。<sup>(69)</sup>

② 敗訴当事者に悪意が全然存在しないような場合でも不当訴訟と認定しうる場合がある。すなわち、この場合

の訴訟は、単に当事者の一方が訴訟マニアであるとか、その代理人が展開する新奇な小難しい法律論争故に生じているものなのである。もちろん、ときには判例変更を生ぜしめるようなある種の大膽な議論もあり、それはそれで正当に尊重されなければならないであろうが、ただ無益な空論やず太さが、不当訴訟の理念に照して七〇〇条によって規定された償還命令を正当に根拠づけうる原因となることもありうるということは指摘しておかなければならないであろう。<sup>(70)</sup>

③ 以上は、主として訴訟中の当事者の行為(態度)を問題にしたものであるが、さらに、その者の訴訟以前の不当な行為(態度)の結果、提訴を余儀なくさせられた当事者のためにも償還命令が正当化されうるであろう。<sup>(71)</sup> すなわち、次のようなことがありうるのである。被告は、訴訟中の振舞いは何ら非難さるべきところはなかったが、それ以前の彼の振舞いすなわち不当な抗争のおかげで、原告をしてやむなく訴えを提起せしめ、その結果弁護士費用を支出せしめるに至ったような場合である。このような訴訟以前の当事者の態度が、判例によって斟酌されるようになってきたのである。<sup>(72)</sup>

(4) 実際に認容されている償還額はどの程度か—判例の整理<sup>(73)</sup>

本稿は、主として弁護士費用の償還を問題にしているものであるが、先にも示したとおり、七〇〇条自体は「当事者の一方によって支出された訴訟費用に含まれない金額」の償還をその対象としていることから、以下紹介する

判例によって認容されている金額の中には、若干弁護士に対する謝礼以外の費用も含まれているかもしれない。その点が明白な場合（例えば七〇〇条に基づいて旅費だけを認容しているものなど）には、とくに弁護士費用として認容された金額のみを挙げたことはいうまでもないが、その金額の具体的な内訳が不明なものについてはその金額を挙げざるをえなかった。ただ、これらもそのほとんどが弁護士費用に当てられているものであらうと思われる。

まず、判例の列挙に先立って、それらの判例間に、判決年度・裁判所地・事件の難易等による特徴のようなものが認められるかどうかであるが、調べた限りではそのようなものはとくになさそうに思われる。ただ通じて言えることは、事件の難易・当事者の経済状況・申立額の多寡・当事者側の証明の程度・各弁護士会の報酬基準規程の参照如何等がその決定額に影響を与えている重要な要素となっているように思われる。

また、以下の認容額は平均して約一五〇〇F (1F≒50円) であり、Martin<sup>(75)</sup> の予想通り、従来慣行的に認められていた損害賠償額よりもその償還額は高くなっているものの、Loyer-Larher<sup>(76)</sup> の批判するように、「弁護士報酬の算定は、不当訴訟に対する損害賠償の一環としてであれ、七〇〇条の一環としてであれ、いつも控え目であり全く現実には添わないものとなっている。」<sup>(77)</sup>

〔認容額一覧表〕

800F—Rennes (5<sup>e</sup> ch.) 4 févr. 1976, Loyer-Larher, pp. 208, 210.

3000F—Aix-en-Provence 10 mars 1976, Martin, p. 288.

弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究 堤

750F—Trib. inst. Coulommiers 15 mars 1976, Gaz. Pal. 1977. I. 171 (750Fの申立て—債務者の不当抗争を考慮—必要をなすなから出費として750Fの申立ては十分根拠があるを認定。但し、申立額がそのそも低すぎるもの Pouby, p.160 の基準を参照)。

1000F—Aix-en-Provence (1<sup>re</sup> ch.) 18 mars 1976, Loyer-Larher, p.212.

5000F—Aix-en-Provence (1<sup>re</sup> ch.) 28 avr. 1976, Loyer-Larher, p.212.

1500F—Aix-en-Provence (1<sup>re</sup> ch.) 13 mai 1976, Loyer-Larher, p.212.

4000F—Aix-en-Provence 20 mai 1976 (Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 23 mai 1978, Bull. civ. I, n° 202, p.162 参照。—損害賠償として75000Fの事件)。

1000F—Aix-en-Provence (1<sup>re</sup> ch.) 25 mai 1976, Loyer-Larher, p.207.

500F—Paris (22<sup>e</sup> ch.) 14 juin 1976, Gaz. Pal. 1976. 2. 502.

4000F—Bastia 15 juin 1976 (Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 26 avr. 1978, Bull. civ. I, n° 155, p.122 参照)。

1000F—Rennes 1<sup>er</sup> juill. 1976, Loyer-Larher, p.212.

1000F—Rennes (4<sup>e</sup> ch.) 8 oct. 1976, Loyer-Larher, pp. 208—209.

2500F—Bordeaux 4 janv. 1977 (Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 19 juill. 1978, Bull. civ. I, n° 277, p.216 参照)。

2000F—Aix-en-Provence 8 mars 1977 (Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 16 oct. 1979, Bull. civ. III, n° 177, p.138 参照)。

1000F—Paris 27 juin 1977 (Cass. soc. 3 oct. 1979, Bull. soc. V, n° 672, p.494 参照)。

1000F—Montpellier 12 oct. 1977 (Cass. soc. 11 janv. 1979, Bull. soc. V, n° 32, p.23 参照)。

1000F—Lyon (2<sup>e</sup> ch.) 2 mars 1978, J. C. P. 1980. II. 19289 (損害賠償請求としては証明不十分だが、700条に基づき

1000Fを判示し(註)。

100F—Trib. inst. Clermont-Ferrand 10 mars 1978 (Cass. 1<sup>re</sup> ch. 14 nov. 1979, Bull. civ. I, n° 282, p. 229 と認容—1500Fの申立ト).

1000F—Aix-en-Provence 16 mars 1978 (Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 3 janv. 1980, Bull. civ. III, n° 1, p. 1 と認容).

700F—Trib. inst. Châteauroux 24 mars 1978 (Cass. soc. 20 juill. 1978, Bull. soc. Y, n° 629, p. 469 と認容).

800F—Paris 6 juill. 1978 (Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 13 févr. 1980, Bull. civ. I, n° 56, p. 47 と認容).

2000F—Dijon 10 oct. 1978 (Cass. com. 22 juill. 1980, Bull. com. IV, n° 319, p. 257 と認容—訴訟の状況及び手続の長期性を考慮).

500F—Trib. gr. inst. Digne (ord. réf.) 24 oct. 1978, D. S. 1979, J. 179 (500Fの申立ト—十分証明がなされつつあり認め).

2000F—Rennes (2<sup>e</sup> ch.) 29 nov. 1978, Gaz. Pal. 1979, 1. 134 (1000Fの申立ト—損害賠償としては証明不十分だが、七〇〇条に基づいて申立トとして認容。認容額算定に当たっては、弁護士会の最低報酬基準規程及び事件の困難性を考慮)。

1500F—ibid. (3000Fの申立ト—事件が少し軽微と認定)。

1500F—ibid. (1500Fの申立ト—一丁の申立トは過度の差をひきだすと認定)。

2000F—ibid. (1500Fの申立ト)。

1500F—ibid. (3000Fの申立ト)。

500F—Rouen (1<sup>re</sup> ch.) 27 févr. 1979, Gaz. Pal. 1979, 1. 167 (1000Fの申立ト—裁判所は敗訴者の家庭事情(金銭的困難)と差を考慮したものと認められた)。

2000F—Versailles (3<sup>e</sup> ch.) 14 mars 1979, Damien, obs., p. 3.

2500F—Versailles (1<sup>re</sup> ch.) 20 mars 1979, Damien, obs., p. 3.

- 2000F—Versailles (3<sup>e</sup> ch.) 5 avr. 1979, *Damien, obs.*, p. 3.  
1000F—Versailles (3<sup>e</sup> ch.) 7 juin 1979, *Damien, obs.*, p. 3.  
500F—Versailles (11<sup>e</sup> ch.) 21 août 1979, *Damien, obs.*, p. 3.  
500F—Paris (21<sup>e</sup> ch. sent. A) 20 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980. 1. 128 (1000Fの申立)。  
2500F—Aix-en-Provence (4<sup>e</sup> ch.) 26 mars 1980 et 13 mai 1980, *Damien, obs.*, p. 4 (明白かたされた事件の重要性と困難性を考慮)。

(5) いかなる裁判所において七〇〇条が適用されうるか

この問題について個々の検討に入る前に、二つの点について確認しておかなければならないであろう。

まず第一に、裁判所について区別なしという原則について。事実、七〇〇条は、全ての裁判所に共通な規定を定めた民訴法の第一巻の一部をなしているのである。法典の中で占めるその位置を考慮すれば、この規定は、特則又はその性質自体がこの規定の適用を排除するような一定の裁判所の特殊性を留保して、司法の運用に当る全ての裁判所において理論的には適用されうる資格を備えていることは疑う余地がない。そして、この法文の目的が裁判へのよりよい接近を私人に実現することに存する以上、このように原則として裁判所間で区別を置かない理解こそがその目的達成に適うものといえよう。<sup>(78)</sup>

第二に、人について区別なしという原則について。同様に、その代理若しくは補佐が弁護士に強制若しくは独占



されているような事件又は裁判所における弁護士の弁論活動に対してはもちろんのこと、そうでない事件又は裁判所における弁護士若しくは弁護人の代理若しくは補佐（弁論活動）に対しても、原則として七〇〇条の適用が認められると解すべきである。この適用を弁護士にのみ制限する合理的な理由がないからである。<sup>(79)</sup>

以上のことから、通常裁判所たる大審裁判所における弁護士費用については改めて検討するまでもないであろうから、以下では、その性質が七〇〇条の規定と両立しうるかどうか若干問題となりうる主として例外裁判所について検討してゆこうと思う。<sup>(81)</sup>

(イ) 小審裁判所 (Tribunal d'instance)

新民訴訟法八二七条は、この小審裁判所について次のように規定している。すなわち、「当事者は、本人で防御するものとする。当事者は、補佐又は代理してもらうことができる。」

初めにみた一般原則が、ここでも確認されうるであろう。<sup>(82)</sup> 但し、この裁判所においては、代理人は、もし弁護士でなければ次の八二八条<sup>(83)</sup>にいう家族集団に専ら属する者でなければならないという特殊性を伴っていることに注意すべきである。

(ロ) 商事裁判所 (Tribunal de commerce)

同じく新民訴訟法八五三条は、商事裁判所について次のように規定している。すなわち、「当事者は、本人で防御

するものとする。当事者は、その選択する全ての者により補佐又は代理してもらうことができる。代理人が弁護士でない場合には、その者は、特別の権限を証明しなければならない。」

初めに確認した一般原則が、この場合もそのまま適用されうるであろう。すなわち、特別権限を備え、当事者を代理し、その職務を遂行する弁護士でない代理人も、明らかに七〇〇条の適用領域内に含まれることを認めなければならぬ。従って、その関与した範囲内で彼に支払われる報酬その他の費用も、かくして七〇〇条による償還の対象となりうるであろう。<sup>(84)</sup>

(ハ) 労働裁判所 (Conseil de prud'hommes)

労働法 R 五一六―四条は、「当事者は、本人で出頭しなければならない。但し、正当な理由ある場合は代理してもらうことができる。当事者は、補佐してもらうことができる。」と規定し、同 R 五一六―五条は、<sup>(85)</sup>当事者を代理しうる者の限定的なリスト（もちろんその中には弁護士も含まれている）を明らかにしている。

ここでも、やはり原則として七〇〇条の適用があるであろう。但し、ここでは、右の法文にあるように、代理してもらう場合にはその代理人の範囲が限定されているうえに、正当な理由のある場合でなければならぬとされている。それ故、七〇〇条の適用に際しては、先に詳しく検討した一般的要件 (三)(2) 以外に、この場合はさらに主張された正当事由の適法性の補充的な審査が必要となるであろう。<sup>(86)</sup>

(二) 農事實貸借同数裁判所 (Tribunal paritaire des eaux ruraux)

労働裁判所と同様の考察が、新民訴訟法八八三条及び八八四条を参照することによってなされうるであらう。<sup>(87)</sup><sup>(88)</sup>

なお、以上の民事司法裁判所以外に、刑事裁判所又は行政裁判所にも七〇〇条の適用がありうるかについて簡単に触れておくことにする。

(b) まず、七〇〇条が刑事裁判所における付帯私訴 (action civile)<sup>(89)</sup> 事件に対して適用されうるかについてであるが、Loyer-Larher は、次のような判例の一般原則を根拠にこの適用可能性を承認している。すなわち、「判例は、『刑事訴訟法により規律されていない事項については、手続問題に共通な法であるところの民事訴訟法に依拠すべきである。』」ことを認めている (Crim. 11 févr. 1932, Gaz. Pal. 1932. 2. 601)。但し、『それらの事項が、刑事訴訟を支配する諸原則と相容れないものであるとき』はこの限りではない (Crim. 27 avril 1934, D. H. 1934. 302)。それ故三つの条件が必要とされる。すなわち、刑事訴訟法規の不十分さ、引用される民事訴訟法規の一般的な性格、この法規と刑法の諸原則との両立性がそれである (Merle et Vitu, Traité de droit criminel. t. 2, n° 804 et s.)。七〇〇条は、これら三つの条件を満しているように思われる。すなわち、この事項については「刑事訴訟法に」何らの規定がなく、刑法のいかなる原則もこの損害賠償請求人 (partie civile) に彼が支出せざるをえなかった費用を償還することを妨げるものではないからである。それどころか、不法行為の被害者の明らかな状況においては、この者がその利益の擁護に必要とした費用を負担するのは妥当でない。このこと

は、この法文の精神とくに衡平に依拠している点に合致しているように思われる。<sup>(91)</sup>

しかしながら、L. B. は「新民訴法典第一八編第一章において問題の七〇〇条が占める位置を考慮しなければならぬ。そして、この章は、民事裁判所における訴訟費用の負担のみを取り扱っていることを想起すべきである。<sup>(92)</sup>」(傍点筆者)として、否定的な見解を述べている。<sup>(93)</sup>但し、裁判官は、刑事訴訟におけるその主導権を利用して、損害賠償額を高く見積ることに、結局は弁護士費用も不法行為に基づく損害賠償に含めて妥当な解決に導きうるであろうとする。

これらに対し、近時、破毀院は、形式的に、「償還しえない費用に関する新民訴法七〇〇条は、軽罪裁判所(Tribunal correctionnel)においてなされる手続には適用されない。」と判示した。<sup>(94)</sup>

(4) 次に、七〇〇条は、行政裁判所における手続にも適用されるかという問題であるが、現在のところこれについて論じた文献はなく、次のようなコンセイユ・データの否定的な判決のみが筆者の目に止まったにすぎない。<sup>(95)</sup>

これには論告担当官(Commissaire du Gouvernement)である Massot の論告(Conclusions)が付されているが、<sup>(96)</sup>ここではこの論告の要旨及びコンセイユ・データの判旨のみを紹介して、それ以上の詳しい検討は差し控えるようと思う。

すなわち、Massot によると、コンセイユ・データによる伝統的な判例は、「行政裁判所に提起された訴訟に関しては、原告は、当該訴訟に付随して生ずる訴訟費用の支払い以外にその前払金の償還を請求することはできない。」

としていた。従って、訴訟費用に含まれない弁護士費用は、当然のこととして原告の自己負担とされていたのである。これに対し、新民訴訟法七〇〇条の出現がこの伝統的な判例を修正するかについて、Massot は、一般的にはその可能性を承認しながらも、行政裁判所に七〇〇条を適用することには消極的である。この判例変更は、むしろ七〇〇条が依拠する衡平の原理を直接活用することによって可能であることを示唆する。すなわち、これ以前にも、既にコンセイユ・デタは、国によって不当な召換を受けた者に対し、その被った損害の賠償を認めたことがあるが、本件もこのような例外的な場合に該当するといふのである。それ故、本件でもそういう召換の濫用的な面を考慮して二五〇〇Fの金額を国が賠償するのが適切であろうと結論づけているわけであるが、七〇〇条の適用については、否定的な（又は留保する）立場を採っている。七〇〇条を適用しないことについての積極的な論拠は明らかでないが、Massot の論告は、従来の伝統的な判例を全面的に変更させないで、当該事件限りでの具体的な妥当性を狙ったもののように思われる。

これに対して、コンセイユ・デタは、次のように述べて原告の請求を斥けた。すなわち、「行政裁判所において、当事者の一方によりその弁護士に支払うべき報酬は、その当事者の負担に属する。」

一般的には、コンセイユ・デタは、七〇〇条の行政裁判所における手続への適用を否定したものと解しえようか。<sup>(97)</sup>

(一) Mazeaud et Tunc, *Traité Responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, n° 591, 1965; Boccara, n° 7; Loyer-Larher, p.

206 参照。

(2) 現代外国法典叢書(6)仏蘭西民法「財産取得法」(2) Art. 1382・311頁(谷口知平執筆)(一九五六)には、この過失行為を次のように列挙している。「害意又は苦しめる意思(詐欺に相当する粗野な錯誤によってさへも)を以てする司法上の救済手段を執ること、頑固な理由なき防禦方法を執ること(Req. 5 juin 1926, S. 1926, 1, 202; Civ. 30 juillet 1930, D.H. 1930, 539)、苦しめるため、延ばすためにする単に無謀な控訴等は濫用として損害賠償義務を生ぜしめる。」

(3) Solus (H.) et Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, t. 1, nos 117—119, 1961 及びその引用されている判例並びに文献参照。

Martin, p. 287; Boccara, nos 6—10 参照。

(4) 仏民法一三四条三項〔合意は誠実に履行されなければならない。〕。

(5) Martin, p. 287 参照。

(6) Loyer-Larher, p. 205 参照。

従って、これは、現実には被った損害の賠償というよりは、むしろ懲罰的な意味合いを帯びているものといってもよからう(Martin, *ibid.*)。

なお、一九七八年一月二〇日デクレ一四条により挿入された新民訴法三二一条によって、裁判所が、「裁判上遅延的又は濫用的に訴訟する」当事者に対して一〇〇Fないし一〇〇〇Fの民事罰金を命ずることができるようになったが、これがため訴権濫用に対する伝統的な損害賠償の請求が妨げられるものでないことは、Vincent, n. 783 の指摘するとおりである。

(7) もっとも、この損害賠償というやり方にも、理論上次のような利点がある。すなわち、この不法行為法等により回復しうる損害には、単に訴訟によって引き起こされる気苦勞その他のあらゆる種類の精神的な損害のみでなく、訴訟以前に生じた損害をも含みうることである。ところが、次に紹介する七〇〇条も、このような点まではカバーできないとされている(Loyer-Larher, p. 211; Baudoin, *obs.* (2) 参照)。従って、新法後も、この損害賠償というやり方が、相合わって使用

これらのように想われている (例えは、Trib. inst. Coulommiers, 15 mars 1976, Gaz. Pal. 1. 171 ; Versailles (1<sup>re</sup> ch.) 30 oct. 1978, Gaz. Pal. 1979. 1. 134)。なお、Bertin, p. 427 参照。

また、七〇〇条は、訴訟を原因として支出された訴訟費用に含まれない費用に対してのみ適用があり、その他の例えは、訴訟進行上やむなく銀行から借りた金銭の利子分まわられる回復されるわけではなく (Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 20 nov. 1979, Bull. civ. III, n° 208, p. 162. 同、Loyer-Larher, p. 211)。

現在のわが国は、ほぼ従来のフランスのやり方と同じレベルと見てよいであろう。これについては、逐一挙げながら、わが国の文献を参照された。

(8) 今後は、次のようなやり方が可能である。すなわち、「当事者の一方による、その相手方の不当な抗争を理由とする損害賠償請求 (第一申立て) を排斥しつつ、その全てを申立人の負担にするのが不衡平であると思われる訴訟費用に含まれない費用を考慮して、新民訴訟七〇〇条を援用して一定の金額を請求する第二の申立てに応じることは妨げられない。」(Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 6 nov. 1979, J. C. P. 1980. IV. 24)。

(9) Loyer-Larher, p. 205 参照。

(10) Décret n° 75—1123 du 5 décembre 1975 instituant un Nouveau Code de procédure civile.

(11) 原文は次のとおり。

«Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les honoraires et tous autres frais non inclus dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer la somme qu'il détermine.»

(12) Bertin, p. 427 ; Rouby, p. 160 ; Boccara, n° 15 ; Danien, obs., p. 2 参照。

なお、Delamarre, note は、裁判官の裁量を尊重しながらも、他方、弁護士自由・独立を確保するためには、裁判官がその償還額を決める際に、弁護士会によって公表されている報酬基準規程を大いに参考にすべきことを提唱している。ま

た、R. D. note は、従来よりも弁護士報酬等訴訟費用に含まれない費用の償還の範囲を拡大しようとするあまり、かえって、この条文が難題を持ち込んだと非難している。そして、この条文が裁判官の恣意 (arbitraire) に利用されることを警戒しているのである。

(13) というのは、後にも述べるように、この規定は、裁判官が諸般の事情を考慮したうえで、かなり自由な裁量をもって弁護士報酬を含む訴訟費用に含まれない諸費用の全部又はその一部(いずれにするかは全く裁判官の自由)を衡平の観点から償還せしめる権限を裁判官に与えているだけであって、常に必ず現実に出すべきであった弁護士報酬額を査定して、その全部の償還をさせることを裁判官に要求しているものではないからである。従って、裁判官により償還が認められた金額とあるべき弁護士報酬額との相関関係は、法文上は何ら存在しないところである。

(14) Décret n° 76—714 du 29 juillet 1976 modifiant certaines dispositions du Nouveau Code de procédure civile, Art. 5 (J. O. 30 juillet 1976, Gaz. Pal. 1976. 2. 530, J. C. P. 1976. III. 44619).

これは、一九七六年三月一三日の弁護士会長の修正決議案がそのまま立法者によって採用されたものである (Rouby, p. 160 参照)。

(15) 原文は次のとおり。

《Lorsqu'il parait inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine.》

(16) Loyer-Larher, p. 205 ; Rouby, p. 160 ; Blanc et Viatte, p. 448 参照。

それ故、かような修正を受けたとはいえ、「当事者の一方によって支出された訴訟費用に含まれない金額」のもっとも大きな部分を弁護士報酬が占めることに変わりがなく(なお、Dantien, obs., p. 3 参照)、今後の運用が大いに期待されることになる。



もっとも、七〇〇条の申立てが、後にみるように徐々に増えてきているとはいえ思ったより少ないのは、なお弁護士会の危惧・反発があるためであろうか。そうでなければ、七〇〇条の申立て、適用が原則的なものとなるはずである (Boccarra, n° 40)。

(17) Jestaz (Rép. civ. Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., v° Equité) は、衡平を次の三つに分類している。すなわち、「上位の衡平、既成の法規範を覆そうとする衡平及び補充的な衡平である。上位の衡平は、法の根拠として現われる。なぜなら全ての法規範は、自身公平であろうとするからである。しかしながら、全ての法規範が専ら衡平なものとしてのみ規定されていると考えるのは少くとも間違っているであろう。とくに社会秩序に基づく別の配慮が重要となってくる。従って、法の厳格な適用が全く不公平な解決に帰着することがありうるのである。それ故、既成の法規範を覆そうとする衡平は、一定の場合においては、わざと法律を無視することによってその法律の不公平を是正しようとするのである。既成の法規範を覆そうとする衡平による解決は、判例を形成するためになされるものではなく、特殊な場合に限られるのである。最後に、第三番目の意味の衡平は、それに依拠しようとする法律を完成させるものである。これが七〇〇条の場合である。」(Loyer-Larher, p.206)。

(18) 七〇〇条による支払義務の根拠を、別に、かつての「裁判契約」理論を使って訴訟当事者の善意又は誠実 (bonne foi) 義務を持ち出し説明することも試みられているが (七〇〇条の準契約的説明—Martin, p.287)、『その過度な擬制的性格故に承認し難いものであり、また一般的な責任根拠 (すなわち過失) を持ち出すことも、かえって七〇〇条の意義を殺ぐものであろう。その他、無過失責任 (とくに危険責任) にその根拠を求める説などが明らかにされているが、詳しくは Loyer-Larher, pp. 206—207 を参照されたい。』

(19) Bertin, p.427 ; Rouby, p.160 ; Boccarra, n° 17 参照。

(20) 「フランス法体系のように、法律 (loi) の優越に依拠している司法制度において、裁判官が公然と衡平に基づいて裁判できるというのは極めて稀なことである。裁判官達が、もし、それ〔法律によらずに衡平に基づいてのみ裁判すること〕を

行えば、その判決は破毀されることになるであろう（但し、七〇〇条が適用される場合は、その可能性はなくなるであろう）。」(Rouby, p.160)。

(21) なお、同様に、*équité* という言葉はないけれども、新民訴訟法一二条五項（前掲・注釈フランス新民訴訟法典・四二頁参照）、民法法四条（Rouby, p.160 参照）も、裁判官に対し衡平に依拠すべきことを求めた規定であると解せらるる。

(22) *Jestaz, op. cit., n.º 7* (Boccarra, n.º 23 参照)。

(23) *Boccarra, ibid.*

同様な指摘は、Rouby (p.160) によってもなされている。すなわち、「衡平は、法 (*droit*) の厳格性、すなわち厳格な法への批判を呼び起こすものである。それは、規律から解放された法であり、各場合に応じた実質的な解決、各人に応じた個別的な解決を探究する法である。」(同前、Loyer-Larher, p.209)。

(24) なお、七〇〇条に基づく申立の性質に関して、Rouen (1<sup>re</sup> ch.) 27 févr. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, I, 167 は、要約次のように述べている。すなわち、七〇〇条に基づく請求金額は、訴訟開始後に生ずるものであり、またその性質は主たる請求に付随するものであること、さらにその法典上の位置から訴訟費用と同様の扱いをするのが適当である等の理由から、事物管轄の基礎となる訴額には算入しない。

(25) *Goudot, n.º 450 ; Loyer-Larher, p.209* 参照。

このような法規の文言とともに、訴訟費用との類似性、その補充という観点（本条が訴訟費用の負担 (*La charge des dépens*) という章に入っているという法典上の位置）を強調すれば申立ては不要という結論に至るであろうが、仮に不法行為等に基づく損害賠償との類似性を重視すれば、あるいは申立てを要するという解釈も成り立ちえようか (Loyer-Larher, *ibid.*)。

なお、控訴審における弁護士費用の償還については、同様に、付帯控訴の要否が問題となりうるが、この点については、

Paris (21<sup>e</sup> ch. sect. A) 20 nov. 1979, Gaz. Pal. 1980. 1. 128 参照。この判決は、原告(被控訴人)が付帯控訴(appel incident)により、七〇〇条に基づく償還請求をしたのに対し、相手方の主たる控訴が不受理故に本来ならば原則として同様の運命を迎へべきはずのこの付帯控訴に関して、次のように述べている。すなわち、「そのような〔七〇〇条に基づく〕申立ては、主たる控訴が不受理故に同様不受理となるべき付帯控訴を必要とせず、反訴請求、控訴における新たな請求又は不当訴訟に対する損害賠償請求の性質をも有しない。これは、その判断が裁判官に委ねられているところの当事者の個人的な状況を理由とする連帯責任及び衡平の観念に訴えるものなのである。」

(26) 新民訴訟四条。「訴訟の対象は、当事者の相互の申立てによって定められる。この申立ては、訴訟開始文書及び答弁書により確定される。但し、訴訟の対象は、十分なつながりによって元の申立てに関連する付帯請求により変更されることができぬ。」

(27) 新民訴訟五条。「裁判官は、請求された全ての事項について、また、請求された事項についてのみ裁判しなければならぬ。」

(28) Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 5 avril 1978, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 151, p.118, J. C. P. 1978. IV. 186 (「このような償還命令を言う渡すに際し、〔原告〕によって援用された諸損害の賠償としてでなく、新民訴訟七〇〇条の適用が申し立てられていないのに衡平を理由としてなした控訴院は、訴訟関係を変更するものであり、〔新民訴訟四条、五条〕の法文に違反するものである。」)。なな、同旨の判例として Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 4 avril 1978, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 149, p.116, J. C. P. II. 18917, obs. J. Baudoin 参照。

(29) 新民訴訟二二条。「裁判官は、それに適用される法の規定に従って紛争を解決する。裁判官は、当事者がそれについて提出した呼称にかかわらず、係争事実及び文書に正確な性質決定を与え、又は、これを修正しなければならない。裁判官は、当事者によって援用された法的理由がどのようであれ、純粹に法律上の攻撃防御方法を職権で顧慮することができる。但し、

裁判官は、当事者が、明示の合意により、かつ、自由に処分できる権利に関して、欲する性質決定又は法的観点に弁論を限定することによって裁判官を拘束する場合には、呼称又は法的理由を変更することができない。発生した紛争の両当事者は、前項と同一事項につきかつ同一案件の下に、仲裁人として裁判する任務を裁判官に付与することがまた同様に行われる。但し、この場合にも、当事者は、その放棄を明確にしないならば、控訴できる。」

(98) Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 19 juillet 1978, Bull. civ. I, n° 277, p. 216, J. C. P. 1978. II. 18971, obs. J. Baudouin (「被告らが支出せざるをえなかった訴訟費用に含まれない重要な費用を彼らに賠償するよう求めた被告らによる損害賠償の申立書を受理した第二審の裁判官は、新民訴訟法一二条を適用することによって、防御権を侵すことなく、同七〇〇条の規定に基づいてその支払の言い渡しを根拠づけることができる。」。同旨の判例として Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 9 oct. 1979, J. C. P. 1979. IV. 369; Trib. inst. Bergerac 30 nov. 1976, Gaz. Pal. 1977. I. 171 ㊦一般論としてかような取り扱いを認めよう。なぞ、Rennes (4<sup>e</sup> ch.) 5 mai 1976, Soc. Diemo C/Molle, n° 319 (Loyer-Larher, p. 206) 参照。

Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 13 juin 1979, Gaz. Pal. 1979. 2. 562, note J. Viatte (「弁論の必要性」故に生じた一定の金額を「被告」から「原告」に支払うよう申し立てることにより、「原告」は、新民訴訟法七〇〇条に従って、訴訟費用に含まれない費用の負担を軽減されるべきことを「裁判所に対して」黙示的に申し立てたものと解すべきである。」「本件は、被告の不当な控訴及び弁論の必要性を理由に、原告が追加的な損害賠償の付与を請求した事案である。」。なお、評釈者である Viatte 自身は、次のように述べている。すなわち、「当事者によってなされた請求を、準不法行為責任の領域から衡平の領域にみなし変えるようなこの解釈は、不謹慎なものであると考えることができよう。しかしながら、この解決は、明白な実務上の利点を示すものであり、結局七〇〇条の起草を鼓舞した衡平の考慮を満足させるものであることを認めなければならない。」「同旨、Loyer-Larher, p. 210 参照。

そして、最初に挙げた判例は、このような取り扱いをしてもそれによって不利益を被る当事者の防御権を侵すものではない。

いと判示しているが、この点はそう簡単に決めつけてよいかは問題となりえよう。少くとも、民法法二三八二条は過失の証明・認定を明文上要求しているのに対し、新民訴訟法七〇〇条はそうではないなど、その適用要件・効果等が異なるからである。それ故、例えば、過失の点を争って勝ちそうだと思っていた当事者が、判決されてみると不衡平を理由に敗訴させられることは、その者の防御権を侵害するものといえそうである。前述 Cass. 1<sup>re</sup> ch. 19 juill. 1978 でも、その破毀申立理由の一つに防御権の侵害が挙げられている。すなわち、「仮に、裁判官が職権で法律上の攻撃防御方法を顧慮することができるとしても、それは弁論の再開を命じたうえで、その防御方法の提出を当事者に認めるといふ条件付のものなのである。従って、弁論の再開を命ずることなく、職権で新民訴訟法七〇〇条による方法を用いた控訴院は、防御権を侵害したものである。」

なお、近時、この新民訴訟法一二条三項は、対審の原理 (principe de la contradiction) を侵すものとして、コンセイユ・デタの判決により無効とされるに至った(この点についての詳細は、北村一郎・フランス判例研究④・判例タイムズ四三五号六六頁以下参照)。

もっとも、この問題は、七〇〇条の特殊な性格が多分に作用しそうであって、一概に結論を下すことはできない (Baudouin, obs. (2) 参照)。この点は、わが国での新旧訴訟物論争とも関連する難しい問題である。なお、フランスにおける防御権理論については、徳田和幸「フランス民事訴訟における防御権理論—最近のフランス民事訴訟法改正の一断面—」(一)「民商法雑誌七五巻六号四頁以下、七六巻一号三三頁以下(一九七七)、同「フランス民事訴訟における防御権と法適用」民事訴訟雑誌二六号三二頁以下(一九八〇)、同「法領域における手続権保障」吉川追悼論集・手続法の理論と実践・上巻一二五頁以下(一九八〇)を、フランスにおける訴訟物論争については、前掲・注釈フランス新民訴訟法典一二頁以下を、それぞれ参照された。

なお、近時、民法法二三八二条に基づく損害賠償の申立てに對し、新民訴訟法七〇〇条を根拠に排斥した小審裁判所の判決  
弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究 堤 (四九九) 六七

(控訴院)の判決を維持)を破毀した破毀院判決が出づる (Cass. 1<sup>re</sup> ch. 11 mars 1980, Bull. civ. I, n° 80, p. 66, J. C. P. 1980. W. 205)。これは、先の例とは逆に、相手方の過失を主張して損害賠償請求をしてきたのに対して、裁判所が勝手にこれは新民訴法七〇〇条の問題であると判断したうえで、初めの原告の申立事項について何ら判断することなく、状況の不衡平性は認められないとして、この申立てを七〇〇条に基づいて斥けた下級審判決を破毀したものであるが、この場合もやはり、新民訴法四条、五条の処分権主義の問題とともに、原告の防御権の尊重が重要となつてこよう。

(31) 新民訴法四条、六条 (「その申立ての根拠として、当事者は、その基礎となる事実を主張する責任がある。」)。

(32) 以下の検討に先立って、次のことをお断わりしておかなければならない。すなわち、これらの点についてのわが国でいう主張・証明責任が当事者にあるのか(弁論主義)、あるいは単なる主張・証明の必要に止まるのか(職権探知主義)が、フランスの学説・判例上非常に不明確であるように思われる。それ故、以下のような区分が果して明確になされうるかどうか筆者自身の理解不足とともに問題の存するところではあるが、一応の分類をしておくことにする。なお、フランスにおける主張・証明責任については、若林安雄「フランス法における立証責任(序説)」判例タイムズ三三四号一九頁以下(一九七六)参照。

ところで、職権探知主義的手続といえども当事者側の証明活動も非常に重要であり、理論的には証明の現実的必要に止まるといえども、実際上は証明責任を負っている場合とそれほど変らない場面がありうること、並びにこの場合でも当事者の手続権保障は尊重されねばならないことについて、谷口安平教授は、次のように述べている。「職権探知主義は弁論主義の対立概念として説明されるがその差を過大視すべきではない。職権探知のもとでも当事者の主張・立証権能は十分尊重されねばならない。違いは自己責任の緩和にある。職権探知といえども裁判所は証拠に頼れない事実を認定できないし、また裁判所は全能でないからすべての必要な証拠を職権で調べうるわけでもない。そこでは当事者の活動に依拠する部分が大きい。」(月刊法学教室六号「演習」九〇頁(一九八一))。

(33) 後注(46)の学説・判例参照。

(34) Rouby, p.160 参照。

言い換えれば、より広い衡平概念をもって過失概念に代えたとしてもいいえようか。従って、何度も述べるように、今後は、従来の仏民法一三八二条等に基づいて損害賠償請求のように相手方の過失を証明・認定しなければならぬというような狭い枠組の中に当事者も裁判官も閉じ込められることなく、より広い、過失をも包摂する概念である衡平(不衡平)の証明・認定へと問題の中心が移行するよう思われる(Loyer-Larher, pp. 206, 210 参照)。

(35) Boccard, nos 25, 33; Loyer-Larher, p.207.

(36) 民事訴訟における当事者主義(処分権主義・弁論主義)の原則をこの場合も維持して考えるか(仏新民訴訟五条、六条、九条参照)、七〇〇条は裁判官による裁量処分的な特別手続(職権探知主義的手続)だとみて、職権主義的な取り扱いを是認するか(同一〇条、一四三条参照)の対立である。あるいは、一歩進んで、七〇〇条を非訟的な手続と考えることもあながち不可能ではなからう。

なお、民訴法改正の精神を紹介したものとして、次のような言葉(G. Cornu et H. Motulsky)が示唆的である。すなわち、「実際不平等は人間の習性である。即ち、一方は金持ちで、他方は貧乏であることがわかる。当然、弁護士を利用して、できないかの問題が起る。この問題を克服するために裁判官は受働的から能働的にならねばならない。そのために裁判官は職権主義的にならねばならないのかとの疑問を出す。できる限り職権主義的にならないで、裁判官を能働的にするために裁判官の役割を制限するのが、この巻頭規定を設けた理由である。」(若林安雄〈紹介〉「Claude Parodi, 'L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile」, 民事訴訟雑誌二四号二四頁(一九七八))。

〈参考〉新民訴訟九条。「その申立ての認否のために必要な事実を法律の定めるところに従って証明することは、各当事者の負担とする。」

同一〇条。「裁判官は、法律上認められる全ての証拠調べを職権で命じる権限を有する。」  
同一四三条。「紛争の解決の基礎となる諸事実は、当事者の申立て又は職権により、法律上認められる全ての証拠調べの対象とする必要がない。」

(37) 実際はこの立場を明確に述べたものはないが、Aix (4<sup>e</sup> ch.) 26 mars 1980 et 13 mai 1980, Gaz. Pal. du 30 oct. 1980. D. p.2 は、大部分の事項にわたって裁判官の自由裁量に委ねようとしており、Damien, obs. (2) の批判の対象となっている。

もっとも、仮にこの立場を採っても、当事者側からの損害額の具体的な主張・証明が七〇〇条の発動を促すために事実上重要な要素となることを否定するものでないことは、過失の点の主張・証明と同様であって、すぐ後に述べる状況の不均衡性の主張・証明についても全く同様のことが指摘しよう。(Boccard, n° 25 ; Loyer-Larher, p.210 参照)。

(38) Boccard, n° 40, 59 ; Loyer-Larher, p. 211 参照。

なお、判決文からは明らかでないが、Baudoin, obs. (1), (2)によらる Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 4 avr. 1978 も当事者による金額の提示を要求しているものと解している。これと同趣旨の判例として Cass. soc. 11 janv. 1979, Bull. soc. V, n° 32, p.23.

また、弁護士報酬の伝統的な秘匿性を尊重する立場から、その具体的な報酬額の証明は必ずしも必要でないと考える方が出されている(レンヌ控訴院による一連の判決[同一日付の五つの判決]—Rennes (2<sup>e</sup> ch.) 29 nov. 1978, Gaz. Pal. 1979. 1, 134, note A. Damien. この判決は、その認容額の決定に際し、レンヌ弁護士会の最低報酬基準規程を参照して(29)。

他方、現実に出した報酬額を主張・証明しなくても、それをそのまま認容することが、かえって相手方当事者に不均衡となる場合もありうるのである(例えば、非常に単純・軽微な事件なのに、著名な弁護士に依頼するような場合—Damien,



note, p.136 参照)。

(39) Martin, p.288 参照。

Versailles (1<sup>re</sup> ch.) 30 octobre 1978, Gaz. Pal. 1979. I. 134, note A. Damien (「新民法七〇〇条は、裁判官に自由裁量権を与えたものではなく、また、その適用を求める当事者にも、この者がその償還を請求する金額の「現実の」支出を証明するよう義務づけているものである。本件において、この条文に基づいて二〇〇〇Fの付与を申し立てている「被告」は、何ら「これを」証明しうる参考資料の提示を伴っていない。それ故、その請求は結局認容することができない。」。なほ、Damien, obs., p.2 参照。

(40) 以上のような考え方が示されているが、實際上償還命令を求める当事者としても、その損害及び一応の額を提示してその請求をしてくるのが通常であろうから(検討の対象としたほとんどの事案がそうである)、問題は、まさにその証明の程度如何に掛かってくるわけであるが、これも裁判官の専権的な認定・決定権能との対応上、実際はかなり緩やかに解されているものと思われる。

(41) この中には、先に検討した過失、損害及びその額等の諸要素がその総合的な判断資料として当然含まれるものと考えられるが(従って、過失、損害額の証明が、同時に状況の不平衡性の証明にもなっているというような関係にある)、本稿では、その中でもとくに重要な要素である相手方の過失、損害額等を別途に検討し、これにその他の諸要素をも含めたものとして、以下状況の不平衡性という範疇で検討してゆくことにした次第である。従って、かなりの程度その検討のうえで交錯する部分がありうることを御諒承いただきたい。

(42) ただ、行間から当事者による状況の不平衡性の証明は七〇〇条適用の要件ではないと考えられていると思われる破毀院判決がある(Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 27 févr. 1980, Bull. civ. II, n° 45, p.32)。

ところで、七〇〇条の法文上、状況の不平衡性の認定は、専ら裁判官の主観的な判断に委ねられているのであるから、そ

の要件事実(一般条項)の証明を当事者に要求してみても、他の要件事実と同じようには律しえないであらうと思われる。また、後でも問題にするが、この不衡平かどうかの判断及びその償還認容額の決定は、専ら事実審裁判官の専権事項と考えられてゐるのであるから、文字通りの弁論主義の適用はならぬと考へるべきであらう。それにもかかわらず、以下の諸説は、民法法の原則通り(民法訴訟法五条、六条、九条)やはり、この場合も、その判断の基礎となりうる諸々の事実群を当事者が主張・証明すべきものと考へてゐるのであらうか。

(43) *Boccarra*, n° 25 ; *Loyer-Larher*, p. 210 参照。

(44) *Rennes* (1<sup>re</sup> ch.) 5 mai 1976, *Gaz. Pal.* 1976. 2. 502, note, R. D.

(45) 判決書の理由付記がこうだが、次のような文献がある。Chevallier, *La motivation des actes juridictionnels, thèse Rennes*, 1974 (未訳) ; *Touffait et Tunc*, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, *Rev. trim. dr. civ.* 1974, 482.

(49) *Delamarre*, note ; *Vincent*, n° 785 ; *Goudot*, n° 450 ; *Boccarra*, n° 33 ; *Blanc et Viatte*, p. 448.

*Cass.* 3<sup>e</sup> ch. civ. 14 juin 1978, *Bull. civ.* III, n° 248, p. 189 (「当事者の一方によつて支出された訴訟費用に含まれた金額がこの者の自己負担となつた」との不衡平であると思われる場合に、他方の当事者に対しその者にこの金額を支払うべき命令を認めようとする新民訴訟法七〇〇条を適用する控訴院は、過失の存在を明らかにする必要はない。」) ; *Cass.* soc. 21 févr. 1979, *Bull. soc.* V, n° 159, p. 113 ; *Cass.* soc. 3 oct. 1979, *Bull. soc.* V, n° 672, p. 494. 以下「同趣旨の判例」として次のようなものがある。 *Cass.* 1<sup>re</sup> ch. civ. 26 avr. 1978, *Bull. civ.* I, n° 155, p. 122 ; *Cass.* soc. 20 juin 1979, *Bull. soc.* V, n° 555, p. 407 ; *Cass. com.* 26 nov. 1979, *Bull. com.* N, n° 303, p. 240 ; *Cass.* 3<sup>e</sup> ch. civ. 3 janv. 1980, *Bull. civ.* III, n° 1, p. 1 ; *Cass.* 2<sup>e</sup> ch. civ. 21 juill. 1980, *Bull. civ.* II, n° 189, p. 129 ; *Trib. gr. inst.* Paris (1<sup>re</sup> ch. 3<sup>e</sup> sect.) 2 nov. 1976, *J. C. P.* 1977. II. 18696.

(47) *Boccara*, n° 28, 33 ; *Loyer-Larher*, p.207 ; *Roubry*, p.160. 上の例と同じく Trib. inst. Coulomniers 15 mars 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 1, 171 (債務者の不当な抗争を考慮すれば、原告会社はその債権回収のためやむをえず支出した弁護士報酬をこの会社の自己負担とすることは不衡平であると思われる。従って、原告会社は、新民訴訟法七〇〇条を援用して七五〇Fにのぼる債権回収費用の償還を請求する十分な根拠を有する。)

もっとも、次の言葉は重要である。すなわち、「おそろく、衡平は、全ての過失が罰せられるべきことを望むであらうが、七〇〇条は、支払いを命じられた当事者の態度を考慮しないで、それによって利益を受ける者の状況のみに関心を抱くのである。こういうわけで、七〇〇条によって認められた金額は、懲罰的な性格を帯びていなく。」(*Loyer-Larher, ibid.*)。

(48) *Blanc et Viatte*, p.448 ; *Boccara*, n° 40.  
*Cass.* 1<sup>re</sup> ch. civ. 13 févr. 1980, *Bull. civ.* 1, n° 56, p.47 ; *Cass.* 2<sup>e</sup> ch. civ. 20 févr. 1980, *Bull. civ.* II, n° 37, p.27.

(49) 七〇〇条は、「裁判官は、その定める額を……支払うよう……命じることができらる。」と規定している。

この立場からは、フランスの弁護士会等によって懸念されている弁護士報酬の査定への恐れは無用なものである。とされる。つまり、右にみたように、裁判所が命じた償還額が実際に支出された費用、あるいは慣行化されている報酬額等と必ずしも一致しない法文上のためまでであり、その決定が裁判官の自由な判断によるものであることを、この際改めて十分認識すべきである。そして、このような認識が徹底すれば、七〇〇条が裁判官による弁護士報酬の査定となるというような見方もなくなるであろう。(Boccara, n° 48, 54, 55. 同前 Blanc et Viatte, p.448)。

もっとも、下級審の裁判官は、実際は、その属する地の弁護士会が作成・公表している報酬基準規程等をかなりの程度参照して行うのである(例えば *Rennes* (2<sup>e</sup> ch.) 29 nov. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 1, 134 参照)。これに関して、七〇〇条は裁判官に自由裁量権を与えたものではなくとする判例が参考となる(*Cass.* 3<sup>e</sup> ch. civ. 4 avril 1978, *Bull. civ.* III,

no 149, p.116°.

なす、現実の償還認容額については、後述、三(四)参照。

(5) Boccard, nos 40, 59; Loyer-Lather, p.211 参照°。

(15) Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 4 avril 1978, Bull. civ. III, no 149, p.116, J. C. P. 1978. II. 18917, note J. Baudoin (「新民訴法七〇〇条は、裁判官に対して、当事者の一方により支出された訴訟費用に含まれない金額をこの当事者の自己負担とすることは不衡平であると思われる場合には、その定める額をこの当事者に支払うよう他の当事者に命じうることを認めているが、これは、裁判官に対して自由裁量権を与えたものではなく、また、その裁判を理由づける義務及び援用された費用がその償還を求めている当事者によって実際に支出されたことの認定(判決理由への記載)を免除したものでないものである°」); Cass. soc. 11 janvier 1979, Bull. soc. V, no 32, p.23, Gaz. Pal. 1979. I. 229. なす、同旨のものとして、Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 3 janvier 1980, Bull. civ. III, no 1, p.1; Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 4 mars 1980, J. C. P. 1980, W, 195. (52) Damien (obs. p.2) は、その評釈の中で、Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 13 févr. 1980, Bull. civ. I, no 56, p.47 et. 1<sup>er</sup> juill. 1980 (Damien, obs. p.4) がこの立場を採っているものと解しているものがあるが、筆者は、むしろこれらの判例も次の学説・判例の立場に入れるべきもののように思われる。また、Damien (obs. p.3) によると、主として償還額の決定に対してについてはあるが、Aix (4<sup>e</sup> ch.) 26 mars 1980 et 13 mai 1980 (Damien, obs. p.4) がこの立場に近いものであるとすることが、純粹にこの立場かどうか判決文からは不明確であり、その他調べた範囲ではこの立場を明らかにしたものもないところからすれば、この立場は次の考え方と対比するための一つの理念型と考えた方がよさそうである。このような決めつけをする Damien の論旨は、主として償還額の決定に関し、他の裁判所のように各地の弁護士会が作成・公表している報酬基準規程に依拠することとせず、その決定を全く裁判官の自由裁量に委ねているようなエクス・クト訴訟院(前掲)の立場は、弁護士報酬額の裁判官による間接的な査定についてはその公定化につながるとして、自由・独立たるべき弁護士職擁護の立場から

の批判がその中心をなしている(同旨「Loyer-Larher, p.212 参照」。その恐れは十分に解るものの、このような批判が必ずしも当らないことについては、前注(49)参照。

なお、このような立場は、七〇〇条を職権主義的な特別手続と解して、訴訟費用と同列に取り扱ってゆこうとする考え方である。

(53) Damien, obs. p.2.

(54) 新民訴訟四五五条一項。「判決は、当事者各々の申立て及びその攻撃防御方法を簡潔に摘示しなければならない。判決は、理由を付さなければならぬ。」

(55) 新民訴訟四五八条。「四四七条、四五一条、裁判官の氏名の記載に関して四五四条、四五五条(一項)及び四五六条の規定が遵守されない場合は、判決は無効となる。(但書省略)」

(56) Loyer-Larher, pp. 210, 211 参照。

現実にも、破毀申立理由として、この四五五条一項違反を主張するものが多い。

(57) 従って、もちろん控訴の受理可能性は承認されている(Boccarra, n°29, 30)。

(58) Boccarra, n°s 26—28; Blanc et Yatte, p.448; Roubly, p.163; Loyer-Larher, pp. 210, 211 [「客観的な」基準というようなものは何ら存在せず、主観的な判断が問題となるのである。このような状況の下では、破毀院が、そういう事実状況が誤って「事実審」裁判官には不衡平に思われたなどというようなことを審査することは不可能であり、それ故かような理由から、このような場合行使する必要のない審査権を破毀院が行使することを不可能ならしめる判決理由の不十分さを、「その不十分さ故に」非難する(sanctionner)ことはできないであらう。]。

判例としては、次のものが一応この立場を採っているものと思われる。

① Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 4 avril 1978 (前注(5))参照。

② Cass. soc. 11 janvier 1979, Bull. soc. V, n° 32, p.23, Gaz. Pal. 1979. I. 229 (「当事者の一方に対し一〇〇〇 Fを支払うより他方の当事者を命ずる判決において、原審は、その根拠としてこの償還命令が七〇〇条に依拠するものであることを述べているはず、それ故このような判決は、右引用の法文の適用要件〔理由付記義務〕を満していなう。』)

③ Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 23 mai 1978, Bull. civ. I, n° 202, p.162, J. C. P. 1978. II. 18917, obs. J. Baudoin (「原告により支出された本来償還請求すべきない費用に相当する四〇〇〇 Fの支払を被告に対して命ずる根拠として、明示的に新民訴法七〇〇条を挙げている以上、控訴院は、これらの費用が原告の自己負担となることの不平衡性を默示的に承認したものと考へるべきである。それ故、控訴院は、このような形でその裁判を法律上正当化したものといへる。』); Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 16 oct. 1979, Bull. civ. III, n° 177, p.138; Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 14 nov. 1979, Bull. civ. I, n° 282, p.229; Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 21 juill. 1980, Bull. civ. II, n° 189, p.129; Cass. com. 22 juill. 1980, Bull. com. IV, n° 319, p.257.

④ Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 19 juillet 1978, Bull. civ. I, n° 277, p.217, J. C. P. 1978. II. 18971, obs. J. Baudoin (「控訴院は、その専権的な判断権限を用いて、当事者の一方によりその防御のために支出された一定の金額をその相手方の当事者の負担とすることが衡平であると認定することにより、その裁判を法律上正当化した。』); Cass. com. 26 nov. 1979, Bull. com. IV, n° 303, p.240; Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 20 févr. 1980, Bull. civ. II, n° 37, p.27; Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 5 mars 1980, Bull. civ. II, n° 48, p.37; Cass. soc. 3 oct. 1980, J. C. P. 1980. IV. 405.

一々挙げないが下級審の判決も、そのほとんどがこの立場であると思われる。

(59) 七〇〇条に言及するだけでいいとするものから、かなり詳細な点までの理由づけを要求するものまで多彩である。ただ、大まかに言えることは、前注(58)引用の判例の中でも、破毀院の民事第一部及び第二部は比較的柔軟に、第三部及び社会部は厳格に解する傾向にあるように思われる (Damien, obs. p.2; Blanc et Yatte, p.448) が、例外もあり、他方、むしろ前注(52)に入れた方が適切であるのかもしれないような判例もあるなど、その判決理由の簡潔さ故に分類に苦しむところ

らある。

J. V. (note) は、かくしての破毀院判決はともかく、最近の実務は、事実審裁判官の準自由裁量権 (pouvoir quasi discrétionnaire) を尊重する傾向にあり、衡平の觀念に訴えること、七〇〇条への言及だけで十分と判示している。そして、このように少し放任主義的な解釈に道を開いたのが、前掲一九七八年七月一九日民事第一部判決(前注(58)④参照)であると説明している。

(60) Loyer-Larher, p. 211 ; Boccara, n° 28.

(61) Boccara, n°s 25, 31 ; Loyer-Larher, p. 207 ; Martin, p. 288.

(62) 前記引用文献の多くが、七〇〇条は主として勝訴当事者が敗訴当事者から自己の支出した弁護士報酬等の償還を得る手段であることを当然の前提のようにして、その論を進めていることから、このことが伺える。

(63) Martin, p. 288 ; Rouby, p. 162.

Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 3 janvier 1980, Bull. civ. II, n° 1, p. 1, Gaz. Pal. 1980. 2. 267, note J. V. (「新民訴法七〇〇条の法文の結果、訴訟費用の全部又はその一部を負担する当事者のみが、他方の当事者に対して、この者により支出された訴訟費用に含まれない金額を支払うよう命じられるのである。』。七〇〇条は、もともと、訴訟費用では賄えない費用を回復させる目的で新設されたものであることを想起すべきである。

(64) 七〇〇条は、明白に「……べき (peut)」と規定している。

(65) Boccara, n°s 31, 32 ; Rouby, pp. 160, 161.

(66) 別の観点からの疑問を出しておく。それは、要件が備っていることの認定がなされているのに法文上からは償還命令を下さないことをも許容するこの七〇〇条の規定は、当事者側の権利を裁判所側から記述した実体規定なのか、それとも専ら裁判所の職務上の権能だけを定めた訴訟規定なのかという疑問である。おそらく、後者なのであろうと思われるが、このよ

うな理解は、七〇〇条を当事者側から申し立てうる権利として弁護士報酬の回復に際し、訴訟費用を補充するものとして大いにその活用を図らうとする立場からは、その効用を減じるものといえよう。それ故、相手方当事者の過失を証明できる場合には、民法法一三八二条等に基づく損害賠償請求で行く方がよいとする一部の考え方 (Berth, p.5) も、それなりに頷かなければならぬ。

(65) *Boccara*, n<sup>os</sup> 34, 35; *Loyer-Larher*, p.208; *Rouby*, p.160.

これらに対し、反対に、敗訴当事者の経済状況を考慮して、勝訴者たる原告の七〇〇条による償還命令の申立てを斥けてくる判例がある (*Trib. inst. Bergerac* 30 nov. 1976, *Gaz. Pal.* 1977. 1. 171)。

(66) *Boccara*, n<sup>o</sup> 36.

(67) *Boccara*, n<sup>o</sup> 37; *Loyer-Larher*, p.208; *Rouby*, p.160.

(68) *Boccara*, n<sup>o</sup> 37; *Martin*, p.288.

(69) *Boccara*, n<sup>o</sup> 39; *Loyer-Larher*, p.208.

(70) *Aix-en-Provence* (1<sup>re</sup> ch.) 18 mars 1976, *Fanelli C. Gentil* (*Loyer-Larher*, p.208.)

但し、その出費が、その者にとってやむをえないものであることが必要であろう。それ故、一応事件が単純・軽微で、当事者に十分な訴訟追行能力があり、わざわざ弁護士を頼む必要のないような場合には、七〇〇条の適用はないものとされる場合がありうるであろう (*Trib. inst. Strasbourg* 12 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977. 2. 537, note D. Schmidt) が、このような一般的な基準が具体的な事件でどう機能しうるかは問題であり、これを一般化することには躊躇を覚える(これに従えば、弁護士代理が強制されていない事件及び裁判所においては、原則として弁護士不要という風潮を招き易く、弁護士職の将来にとっても好ましくない傾向を招来しかねないからである)。

(71) *Loyer-Larher* (p.211) の次のような指摘は重要である。



すなわち、「認容額の総額は、實際上無視できない重要性を示す。勇敢な諸計画がよく座礁するのも、まさにこの実際の運用のレベルにおいてなのである。奇異なようだが、両極端「高低」のどちらを過度にしても七〇〇条のより少ない活用という同じ結果をもたらすであろう。このような言い方は、非常に少ない金額についてみれば、七〇〇条の実務的な効用を奪うことになる故に説明するまでもないであろう。反対に、非常に高額な償還額は、七〇〇条に例外的なものという性格を与えてしまうであろう。従って、避けるべき二重の障壁が存在する。」

(74) フランスにおいては、弁護士に対する謝礼以外に、重要なものとしては次のような費用が、いまだ訴訟費用には含まれていない。

① 私的な法律顧問、鑑定人等に対する報酬  
② 訴訟書類の作成費用（調査研究費用、複写費用等）

③ 訴訟手続遂行上必要とされるその他の費用（訴訟資料収集に要する費用及び旅費等）

(75) 但し、五〇〇〇〇Fを認容した Montpellier 10 janv. 1978 の判例は、特殊な事例として算定の基礎から省いた。この控訴院判決を認容した破毀院判決は、次のように述べている。「事件の状況に鑑み、問題の金額を「原告」の『自己負担とすることは、全く不衡平であろう。』と判断して破毀申立ての対象たる当該償還命令を言い渡した控訴院は、ただ新民法によって与えられた権限を行使したにすぎないのである。結局、提出された申立書からも控訴院判決からも、「原告」が損害賠償として及び七〇〇条に基づいて請求した償還額を「被告」が争った形跡は、何ら認められない。」(Cass. com. 26 nov. 1979, Bull. com. N, n° 303, p.240)。

このような破毀院の態度は、裁判所が当事者の主張を無視するなど法律違反がない限り、認容額の決定については、事実審裁判官の専権に任されているものと解している故であり、また、この五〇〇〇〇Fには、判決文からは明らかでないが、おそらく弁護士報酬以外の訴訟費用に含まれない諸費用も含まれていたものと推定される。

(76) Martin, p.288 参照。

(77) Loyer-Larher, p.212. これに続けて、さらに次のように述べている。すなわち、「認容額の低さは、各弁護士会さもなければ弁護士職をして、裁判官によるものであれ、国によるものであれ、職権による「報酬額の」公定化を避けるための一つの良い方法と思われる最低報酬基準規程 (barème minimum) を作成するに至らしめるであろう。実際、報酬基準規程の存在は、たとえ裁判官に対して強制力を持たなくとも、彼に対し明確な指針を与え、認容額の算定を容易にするであろう。」(同旨、Damien, note, p.136)。

また、「パリ弁護士会は、『一九七九年度の通常事件における報酬の決定に関するパリ控訴院付属弁護士団体の新たな勸告』を公表した (Bulletin du bâtonnier de janvier 1979)。[これによると] レフュレにおける原告弁護士の報酬は、特別な難事件以外の通常事件では、一八〇〇Fを下まわることとはできなう。」(Brunois, note, p.180)。

思うに、弁護士報酬の自由さや事件、著名度等による違いは解るものの、七〇〇条によって償還しうる弁護士費用の一定の基準があつてしかるべきである。実際の依頼者がその弁護士に支払う報酬額は、当事者・弁護士間の自由な契約に任せるとしても、それを相手方から取りうる場合には、やはり報酬基準規程等の限度で認めるのが妥当なところであろうと思われる。それ故、このような基準規程等を一般によく知らしめ、当事者にも金額的な不安をなくして依頼し易くするとともに、他方敗訴した場合の償還額の限度を予め知らせることにより敗訴当事者に不測の損害を生ぜしめない配慮も必要であろう。

(78) Rouby, p.161.

(79) Rouby, p.161.

Cass. soc. 21 février 1979, Bull. soc. V, n°159, p.113 (「労働事件においては、弁護士又はその他の代理人による代理行為は義務的でないが故に、問題となっている申立ては、「申立人」が無理に弁護士費用を支出したものとみるべきであること」)。従つて訴訟費用のみが敗訴当事者の負担とされるべきものであること、の理由により認容され難いものである。」

との破毀申立てに對して、破毀院は次のように述べて控訴院の判決を推持した。すなわち、「新民訴訟法七〇〇条は、弁護士による代理が義務的なものであるかどうかにかわりなく適用されうるものである。」。

(80) なお、レフェレ(急速審理手続)について若干の問題がある。

この手続における裁判は既判事項の權威を有しておらず(新民訴訟法四八八条)、また訴訟費用の裁判も必要でなく(旧法下では明文の規定がなかったのでこのように解されていたが、新民訴訟法四九一条二項は、明文をもってその必要性を規定している。それ故、現在では、この理由づけはその根拠を失っている)、またこの裁判は主たる訴訟のそれと運命を共にするものであるとの理由から、七〇〇条の適用がないとの説もあるが(Rouby, p.162)、判例は、この場合も七〇〇条の適用を認め、請求額(五〇〇F)全額を認容)する(Trib. gr. inst. Digne (ord. réf.) 24 oct. 1978, D. S. 1979. J. 179, note Albert Brunois)。同旨 Cass. 3<sup>e</sup> ch. civ. 19 nov. 1980, J. C. P. 1981. IV. 51.

〔参考〕新民訴訟法四八八条。「レフェレの命令は、本案に關して既判事項の權威を有しない。レフェレの命令は、新事情が生じた場合にのみ、レフェレの手続によりこれを修正又は取り消すことができる。」

同四九一条二項。「この裁判官は、訴訟費用について裁判する。」

(81) なお、フランスにおける例外裁判所については、とりあえず山口俊夫・前掲・三〇八頁以下及び早川武夫・村上淳一・稲本洋之助・稲子恒夫・外国法の常識〔第二版〕二八五頁以下〔稲本〕参照。

(82) Rouby, pp. 162, 163.

例えは Trib. inst. Coulomniers 15 mars 1976, Gaz. Pal. 1977. 1. 171 及び 七〇〇条に基く弁護士費用の償還請求を認容している。

(83) 新民訴訟法八二八条。「当事者は、次の者がこれを補佐又は代理することができる。——弁護士、配偶者、直系の血族又は姻族、三親等内の傍系の血族又は姻族、当事者の個人的業務又はその事業に専任で務める者。国、県、市町村及び公けの営

造物に関しては、それらに属する官公吏又は職員がこれを代理又は補佐することができる。代理人が弁護士でない場合には、その者は、特別の権限を証明しなければならない。」

(84) Rouby, p.162.

(85) 労働法R五一六一五条。「労働事件において当事者を補佐又は代理する資格をもつ者は、次の者である。同一の作業部門に属する労働者又は使用者、労働者側又は使用者側の組合組織の常設的又は非常設的な代表者、配偶者、弁護士。使用者はまた、企業又は営業所の一員により補佐又は代理してもらうことができる。控訴院においては、当事者はまた、代理人に より代理又は補佐してもらうことができる。」

(86) Rouby, p.163.

本人訴訟を原則的な形としているのは、労働裁判所と次の農事貸借同数裁判所である。小審裁判所や商事裁判所では、代理についての正当な理由は必要とされていない(新民訴法八二七条、八五三条参照)。

(87) 労働法R五一六一四条の規定と同文である。

(88) 新民訴法八八四条。「当事者を補佐又は代理する資格をもつ者は、次の者である。―弁護士、執行吏、当事者の家族の一員、農事職業組織の一員。」

(89) Rouby, p.163.

(90) 付帯私訴については、山口俊夫・前掲・二七八―二七九頁参照。

(91) Loyer-Larher, p.209.

(92) L. B, p.494.

(93) 同註「Trib. gr. inst. Limoges 23 juin 1980, D. S. 1980. J. 590, note Catherine Pipat-Giraudel (「かような〔七〇〇条に基く〕償還は、民事事件においてのみ認められるものである。このことは、新民訴法七〇〇条に関する学説・

判例の等しく認めらるべきである。』。

- (94) Cass. crim. 2 juin 1980, J. C. P. 1980. N. 312; Cass. crim. 9 déc. 1980, J. C. P. 1981. N. 78 (「刑事訴訟手続は、憲法三四条により、法律事項とされているが故に、行政命令的な性格を有する新民訴訟法七〇〇条の規定は、刑事裁判所における手続には適用されない。』)。

- (95) Conseil d'Etat 4<sup>e</sup> sous-section contentieux 7 mars 1980, Association de défense des intérêts des étudiants de l'université Paris XIII et autres, Gaz. Pal. 1980. 1. 5, conclusions M. Massot.

- (96) 行政訴訟の審理については、兼子仁・現代フランス行政法・五八頁以下(一九七〇)参照。

- (97) これに対して、リヨン行政裁判所は、一九七九年三月一日の判決(Trib. adm. Lyon 1<sup>er</sup> mars 1979, ville de Belle-ville-sur-Saône, n<sup>o</sup> 21. 805)において、次のような原則を述べている。すなわち、「公役務の構造又はその作用状況から引き出されるいかなる考慮もその妨げとならない範囲においては、単にこのような諸原理「衡平等」ばかりでなく、場合によっては、民法の法文自体を公法に用いることも妥当性を欠くものとは思われない。」そして、この判決は、さらに新民訴訟法七〇〇条を適用して、二〇〇〇Fの弁護士費用の償還を原告に認めた(Massot, conclusions, p. 6 参照)。

#### 四 おわりに

書き残した問題は多々ある(個々の検討に際して触れた重要な基本的テーマ―処分権主義、弁論主義と職権探知主義、主張・証明責任、訴訟物論、防御権、裁判の理由付記義務等)。その他の問題についても、一応の検討はしたものの、疑問な点も多い。

新民訴訟法七〇〇条は、様々な問題を蔵しながらも多数の学者・実務家によって、現在その正しい活用が望まれて

いるところである。<sup>(1)</sup>

実際、弁護士費用をどのような形で処理したらよいのか、仮に訴訟費用のように敗訴者に負担させるとしてもどの程度のものにしたら適当か等、これは、もちろんフランスだけの問題ではなく、裁判手続を擁する各国に共通の悩みであろう。弁護士強制主義を採り、弁護士費用を公定化して、敗訴すれば必ず相手方の弁護士費用をも負担しなければならぬとするドイツ的なやり方も、たしかに一の明快な手続と評しうるかもしれないが、そのように硬直的にしないで、主として衡平という規準により具体的事案ごとに調整するフランス的なやり方も、案外一の利点を示しうるかもしれない。<sup>(2)</sup>

本稿は、初めにも記した通り、フランスにおける弁護士費用の処理手続に関し、とくに最近の改正により新設されるに至った新民訴訟法七〇〇条をめぐる問題点について種々検討してきたわけであるが、その正確な紹介の任を果したかどうか自信の限りではない。とりわけ、補足的な形で取り扱ってきたフランスにおける近時の職権主義強化に対する疑問点については、その指摘にのみ終らざるをえなかったところも多い。これらについては、今後の研究課題として、さらに検討を重ねてゆきたいと考えている。

(1) 初めは限定的であった七〇〇条の申立ても、次第に普及し始めてきた (Aix-en-Provence 司法調査研究所及び Rennes 司法情報処理及び社会学センターによって示された調査結果—Loyer-Larher, pp. 205—206)。

(2) 従来、手続法は、できるだけ裁判官の自由裁量に任せる方向と、反対にこれを拘束する方向の両面を持ってきたが、筆者は、手続法の本領とすべきは、まさに後者の領域に存するものと考えている。このような観点よりすれば、このフランス的なやり方は、大いに疑問とせざるをえない。