



成年後見監督人に選任された弁護士の任務懈怠と 弁護士賠償責任保険における免責条項適用の可否

共栄火災海上保険株式会社 弁護士¹⁾ 藤本 和也

本保険法・判例研究会は、隔月に保険法に関する判例研究会を上智大学法学部で開催している。その研究会の成果を、本誌で公表することにより、僅かばかりでも保険法の解釈の発展に資することがその目的である。

したがって本判例評釈は、もっぱら学問的視点からの検討であり、研究会の成果物ではあるが、日本共済協会等の特定の団体や事業者の見解ではない。

上智大学法学部教授・弁護士 甘利 公人

平成25年3月14日大阪地方裁判所堺支部第1民事部判決
＜甲事件＞平成22年（ワ）第2795号損害賠償請求事件
＜乙事件＞平成23年（ワ）第1836号保険金請求事件
控訴

金融・商事判例 No. 1417/2013年6月1日号22頁

1. 本件の争点

甲事件は、原告Xの成年後見人（当時）らが原告の預貯金を横領したことにつき、後見監督人であった被告Y弁護士に対しては後見監督人としての善管注意義務違反により債務不履行を根拠に、被告国に対しては家事審判官による後見事務監督の違法により国家賠償法1条1項を根拠に、連帯して損害金4479万3458円及び平成23年1月30日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

乙事件は、Y弁護士がXに対し賠償責任を負担することによって被る損害につき、被告保険会社Z（株式会社損害保険ジャパン）に対し、弁護士賠償責任保険契約に基づく保険金として甲事件で原告から請求されている金額の支払を求めた事案である。

本件の争点は、①Xに生じた損害につきY弁護士は善管注意義務違反の責任を負うか、②担当家事審判官の後見監督は国家賠償法上違法として国は責任を負うか、③Zは本件免責条項により免責されるか、④損害額の算定、であった。なお、紙面の関係上、本稿では争点③に絞って論ずる。

2. 保険金請求に至る事実の概要

(1) 原告の状況

X（昭和28年生）は、脳性小児麻痺により幼児期から重度の知的障害と運動障害を有し、話し言葉を通じて物事を理解し表現することは全くできず、筆談その他の方法によっても意思を伝えることができ

ない状態にあり、単独での生活は不可能で全面介助が必要であった。

(2) 後見開始に至る経緯

平成11年12月19日：Xの父死亡。

平成12年4月：Xは障害者支援施設Aに入所した。

平成13年8月25日：Xの母死亡。他に相続人がいなかったため、Xが父母の資産をすべて相続した（なお、Xに推定相続人はいない）。

平成14年10月23日：梅子（Xの母の弟の妻（大正10年生））は、Xの母死亡後、Xの預金払戻しができなくなったことなどを契機として、奈良家庭裁判所葛城支部に対し、自らをXの成年後見人候補者とする成年後見開始の申立てをした。

平成14年11月～平成15年4月：家庭裁判所調査官は、Xの生活歴、心身等の状況、家庭状況、資産等及びその管理状況等の調査をしたところ、Xは亡父名義の自宅土地建物に加え、19口座の預貯金（合計9187万9245円）を有し、そのうち1口座（130万9318円）はAが管理しているが、その余は梅子が管理していること、原告の入所に要する費用は主にAが管理する口座に入金された障害基礎年金でまかなっていることなどを把握した。

平成15年4月8日：調査官は調査報告書を作成し、Xにつき後見を開始した。成年後見人としては、AにおいてXの保証人となっておりXの財産を管理していた梅子がよいと思われるが、同人が高齢であるため同人の長男である太郎（昭和22年生。梅子と太郎を併せて「成年後見人ら」という）も成年後見人として共同で職務を行わせるのが相当であるとした。なお、後見開始申立書の表紙には、「実際の後見事務担当は 丙川太郎の娘 丙川花子」と記載された付箋が貼付されている。実際、成年後見人らは、太郎の長女である花子（昭和52

年日生。太郎、梅子及び花子の3名を併せて「太郎ら」という。)に事実上財産管理の後見事務を担当させていた。

平成15年6月18日：Xについて成年後見を開始するとともに、成年後見人として梅子のほか太郎を選任し、両名が共同して権限を行使するよう命ずる旨の審判がなされた。

平成15年8月8日(～平成20年8月1日までの間)：太郎ら(主に花子)は、X成年後見人太郎・梅子名義の預金口座及び原告名義の預貯金口座から、合計9197万7000円を出金し、そのうち7451万2918円を不正に着服した。

平成15年11月14日：審判官は第1回後見監督事件を立件した。

平成15年11月27日：担当書記官は、太郎及び花子に対し、財産目録、不動産登記簿謄本、預貯金通帳のコピー、年金資料、金銭収支表の提出を求めた。

平成15年12月22日：財産目録、不動産登記簿謄本、預貯金一覧、預貯金の通帳・証書のコピー、納税証明書、金銭出納帳が提出された。

平成16年1月21日：花子は、平成15年6月から同年11月分までの収支計算書を裁判所に提出した。

平成16年1月22日：審判官は、第1回後見監督事件を終了させた。このとき以降、本件裁判所から太郎らに対し、財産目録の提出等を求めたことはない。

平成16年7月1日以降：弁護士法人B法律事務所はZとの間で、弁護士賠償責任保険契約(「本件保険契約」)を締結した。その内容は以下のとおりである。

- ア Zのてん補責任(弁護士特約条項1条)
Zは、被保険者が弁護士法に規定される弁護士の資格に基づいて遂行した同法3条に規定される業務に起因して、法律上の賠償責任を負担することによって被る損害をてん補する。
- イ 被保険者 Y弁護士を含む弁護士法人B法律事務所勤務する弁護士
- ウ 保険期間 毎年7月1日から翌年7月1日まで
- エ 保険金額 1請求あたり2億円(保険期間中6億円)
- オ 免責(弁護士特約条項3条)
Zは、直接であると間接であるとを問わず、普通約款第4条(免責)各号に掲げる賠

償責任のほか、被保険者が次の各号に掲げるいずれかの賠償責任を負担することによって被る損害をてん補しない。

「(1)被保険者の犯罪行為(過失犯を除きます。)または他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為(不作為を含みます。)に起因する賠償責任(以下「本件免責条項」という。)」

平成16年7月5日：成年後見人らは、戊原弁護士を代理人として、裁判所に対し、成年後見人らが取締役を務める株式会社CがXから3000万円を借り受ける旨の金銭消費貸借契約を締結するため、Xにつき特別代理人選任の申立てをした。

平成16年7月23日：成年後見人らは、戊原弁護士を代理人として、Xにつき後見監督人選任の申立てをした。

平成16年9月13日：成年後見人らは、後見監督人選任の申立てを取り下げた。

なお、同申立てにかかる本件裁判所保管の事件記録の表紙には、特別代理人の選任が認められないので、後見監督人選任の申立てをした旨の担当書記官が記載したとみられるメモ書きと、太郎を解任した上で弁護士を成年後見人に選任し、梅子を身上監護のみとする旨の審判官が記載したとみられるメモ書きが貼付されていた。

平成16年11月15日：成年後見人らは、特別代理人選任の申立てを取り下げた。なお、戊原弁護士は、申立書において、Cが原告に対して定期性預金以上の利息を支払うことにすれば、Xのために利益になり、また、太郎所有の不動産に第1順位の抵当権を設定するので、回収不能の危険もないことなどを述べていた。

平成16年11月16日：家事審判官は、第2回後見監督事件を立件した。

平成16年12月3日：太郎の審問がされ、太郎は、花子が通帳を管理していること、Xの財産からの借入れを今後は考えるつもりがないことなどを述べるとともに、太郎を成年後見人から解任して別の人を選任することを考えているとの審判官の説示を了承した。

平成16年12月8日：審判官は、太郎の解任を見込んで、奈良弁護士会に対しXの成年後見人候補者として弁護士の推薦を依頼した。

平成16年12月13日：戊原弁護士は太郎の代理人とし

て、同月3日の審問期日において太郎は審判官から「そもそもお金を借りようという考えが浮かぶことが後見人としてふさわしくないので後見を降りてもらいます。」などと言われたが、太郎は特別代理人選任の申立てにつきXに損害を与えることを全く意図しておらず、十分な担保提供を予定していたのであるから、太郎に後見人解任事由は存せず、Xの療養・監護のためには親族である太郎が後見事務を継続する必要があるなどの意見書を裁判所に提出した。

平成16年12月24日ころ：Yは裁判所に対し、Xの成年後見人として選任されることについて承諾書を提出した。なお、Yは平成10年に法曹資格を取得した奈良弁護士会所属の弁護士であり、弁護士法人B法律事務所の社員である。

平成17年2月24日ころ：審判官はYに対し、成年後見人としてではなく後見監督人として選任することでもよいか確認したところ、Yは承諾した。Yは成年後見人や保佐人の職務経験はあったが、後見監督人に選任されるのは初めてであった。

平成17年3月25日：審判官は結局太郎を解任せず、職権によりYをXの後見監督人に選任する旨の審判をし、監督区分や次回立件時期を定めることなく第2回後見監督事件を終了させた。

平成17年4月11日：Yは一件記録の謄写をしたが、利益相反取引を希望する旨の連絡を受けない限り当面何もしなくてもよく、定期的な財産状況等の報告は本件裁判所から成年後見人にさせているものと認識し、太郎らに対しXの財産状況等の報告を求めたりすることは全くなかった。

平成20年8月13日ころ：裁判所担当書記官はYに対し、Aから成年後見人と連絡が取れないとの連絡があった旨を伝えた。このとき、Yは、平成15年12月ころを最後に成年後見人からXの財産状況、収支状況の報告等がされていないことを知った。

平成20年8月20日：Yは太郎に対し、Xの財産に関する報告を求めた。

平成20年9月25日：Yは事務所において太郎及び花子と面談し、花子から提出された預貯金通帳等により、後見開始時点で9000万円以上あった原告の預貯金が金庫に保管している現金約345万円と預貯金残高約4000円しか残されていないことなどを知り、太郎らによる横領が発覚した。

平成20年9月26日：Yは裁判所に対し、太郎につい

て成年後見人解任の審判を申し立てるとともに、職務執行停止及び職務代行者選任の審判前の保全処分を申し立てた。

平成20年10月1日：家事審判官は太郎の職務執行を停止し、Yを職務代行者に選任する審判をした。

平成21年2月24日：後見の任務に適しない事由があるとして太郎を成年後見人から解任するとともに、Yの後見監督人の職を解いた上で成年後見人に選任する審判をした。

平成21年6月9日：YはXの法定代理人成年後見人として、太郎及び花子を被告とする不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を奈良地方裁判所葛城支部に提起した。

平成21年6月18日：Yは奈良地方検察庁に対し、太郎及び花子を業務上横領罪で告訴した。

平成21年6月22日：YはZに対し、本件に関する保険事故の発生を通知し、関係資料を送付するなどした。

平成22年1月8日：YはXの成年後見人を辞任し、本件訴訟の原告法定代理人が原告の成年後見人に選任された。

平成22年2月24日及び3月17日：奈良地方検察庁は、業務上横領罪により花子を奈良地方裁判所に起訴したが、太郎については3月26日に不起訴処分とした。

平成23年9月27日：ZはYに対し、求められるべき後見監督人業務を果たしていなかったことから本件免責条項に該当し保険の対象外と判断する旨通知した。

3. 判旨

(1) 結論

甲事件については、XのYに対する請求は、4094万1404円及びこれに対する訴状送達日の翌日である平成23年1月30日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるとしてこれを認容し、その余は理由がないとして棄却した。被告国に対する請求は理由がないとして棄却した。

乙事件については、YのZに対する請求は、XのYに対する本判決が確定したときに保険金3794万1404円及びこれに対する平成23年1月30日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるからこれを認容

し、その余は理由がないとして棄却した。

(2) Zは本件免責条項により免責されるか

本件免責条項は、弁護士倫理観に反する行為についてまで補償の対象とすべきではないという趣旨から設けられているものと解されるから、『他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為（不作為を含みます。）に起因する賠償責任』とは、他人に損害を与える蓋然性が高いことを認識しながら行為し、又は行為をしなかったことを意味するものと解すべきである。

Yは、本件裁判所が後見監督を必要と認めて後見監督人に選任されたことや、謄写した一件記録から原告に多額の流動財産があり、太郎が自らの経営する会社のためにXから金銭を借り受けようと考えていたことなどは認識していたといえるが、それ以上に太郎らの横領等が疑われる事実は認識しておらず、このような認識を前提にすれば、Yにおいて、太郎らが不正行為に及んでXに損害を与える蓋然性が高いと認識していたとまでは認められない。

Yが後見監督人に選任された際、審判官は、太郎らが不正行為に及ぶ蓋然性が高いと認識していなかったからこそ、最終的に太郎には解任事由がないと判断していることも考慮すると、Yが、太郎らが不正行為に及ぶ蓋然性が高いと認識し得る前提事実を認識していたものと認めることは困難といわざるを得ない。Yは、後見監督人に選任された後も、定期的な財産状況等の報告は本件裁判所が成年後見人らにさせており、自らは成年後見人らから利益相反取引を希望する旨の連絡が来た場合に対応すれば足りるなどと誤認していた結果、太郎らの不正行為が窺われる情報に全く接していなかったものであり、Yの認識する事実関係を前提とする限り、平均的な知識をもつ弁護士を基準にしても、太郎らが不正行為に及ぶ蓋然性が高いと認識していたものと認めることはできない。

したがって、Yにおいて、Xに損害を与えるべきことを予見しながら、後見監督を怠っていたものとは認められない。よって、Zは、本件免責条項により保険金の支払義務を免れることはできない。

4. 評釈

(1) 弁護士賠償責任保険の概要

弁護士賠償責任保険は、被保険者が弁護士法に規

定される弁護士の資格に基づいて遂行した業務に起因して法律上の賠償責任を負担することによって被る損害を填補するものであり、専門家賠償責任保険の一種目とされる。専門家賠償責任保険は、「専門家である医師や弁護士が専門的業務の遂行により生ずる賠償責任の危険を担保するための保険」であり、「賠償責任保険普通保険約款にそれぞれの専門家のリスクに応じた特約条項を付けるという方法により引き受けるという方式」が採用されている²⁾。

Yの所属弁護士法人が加入していた「弁護士賠償責任保険」は、保険者をZ、保険契約者を全国弁護士協同組合連合会³⁾、加入者を弁護士協同組合員である弁護士または弁護士法人、保険期間を毎年7月1日午後4時から1年間とする団体保険契約であった。

(2) 問題の所在

太郎らの横領によりXに生じた損害につき、後見監督人であったYの善管注意義務違反による賠償責任が認められたことから、本件において保険事故該当事実の発生は認められる。しかし、本件保険契約における弁護士特約3条1号は、「(1)被保険者の犯罪行為(過失犯を除きます。)または他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為(不作為を含みます。)に起因する賠償責任」を免責とする⁴⁾。本件判決は、本件免責条項における「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為(不作為を含みます。)」の意義を、「他人に損害を与える蓋然性が高いことを認識しながら行為し、又は行為をしなかったことを意味するものと解すべきである」としたが、このような理解は妥当であろうか。

「弁護士賠償責任保険」には賠償責任保険普通保険約款が適用される⁵⁾、普通保険約款は被保険者または保険契約者の故意によって生じた賠償責任を免責とすることから⁶⁾、本件免責条項が故意免責を明確にした規定なのか、それとも異なる趣旨で規定されたのかが問題となる。

(3) 検討

① 本件判決は、本件免責条項における「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為(不作為を含む。)」の意義を、認識ある過失に起因していることとした。ただ、本件判決がこのように理解した根拠は明確ではない(原告側が本件

免責条項の意義を争わなかった可能性もある。)。
この点、東京高判平成10年6月23日判決⁷⁾は、本件免責条項を普通保険約款における故意免責と異なる趣旨で規定されたものと理解した。「賠償責任保険普通保険約款」の第4条(免責)において故意免責条項等が定められているほか、「弁護士特約条項」の第3条(免責)において、右「第4条各号に掲げる賠償責任のほか、被保険者が次に掲げる賠償責任を負担することによって被る損害をてん補する責めに任じない」として、本件免責条項等が定められていることが認められるから、この両条項が同趣旨のものであると解することができないことは明らかである(なお、「故意」とは、第三者に対して損害を与えることを認識しながらあえて損害を与えるべき行為に及ぶという積極的な意思作用を意味するのに対し、「他人に損害を与えるべきことを予見しながらなした行為」とは、他人に損害を与えるべきことを予測し、かつこれを回避すべき手段があることを認識しつつ、回避すべき措置を講じないという消極的な意思作用に基づく行為を指すものであり、故意による行為とは別個の行為を意味すると解されるのであって、この両者は異なるものである。)。としたのである。これは、本件免責条項を「認識ある過失」を免責とするものと捉える理解といえよう⁸⁾。

しかし、故意免責を定める普通保険約款4条に加えて、弁護士特約3条において本件免責条項が定められているという形式的理由のみで両条項を異なる趣旨の規定とすることには疑問が残る。

「普通保険約款の免責条項に加えて特別約款で免責事由を定めるものもあれば、特別約款のみにおいて免責事由を定めるものもあり、普通保険約款の免責条項に加えて特別約款で免責事由を定めているからといって、それだけで直ちに両者の免責条項の趣旨が異なることにはならない」からである⁹⁾。

- ② そこで、「他人に損害を与えるべきことを予見しながらなした行為」の意義を「認識ある過失」と理解する考え方は¹⁰⁾、弁護士の倫理観とは相容れないことから故意免責とは別に本件免責条項が定められたとする点を実質的理由とする。「認識ある過失」を有責とすることは弁護士の倫理観とは相容れないとした場合、弁護士の倫理観を体現する平均的な知識を持つ弁護士を基準として「他

人に損害を与えるべきことを予見」可能か否か判断すべきことになり、平均的知識を有する弁護士であれば他人に損害を与えることを予見出来る場合には免責とすることになるのであろう¹¹⁾。

しかし、弁護士法や弁護士職務基本規程によって示される弁護士倫理違反は、法律上の賠償責任を認めるための注意義務違反と同義ではない(前者の方が広いであろう)。また、弁護士の倫理観に反する行為に対する処分を通じた弁護士の行為の適正化は、弁護士会による懲戒等を通じてなされるべきものであり、弁護士賠償責任保険における免責条項の適用を通じてなすべきものではない。あくまで、弁護士賠償責任保険は弁護士の行為により損害を被った被害者の救済を実現するための保険商品であり、弁護士倫理を維持するために存在しているわけではない。さらに、「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為(不作為を含みます。)」という文言において、「他人に損害を与えるべきことを予見」する主体は、実際に損害を与える行為を行った個別具体的な弁護士であり、抽象的な平均的知識を有する弁護士ではない。仮に、平均的知識を有する弁護士を予見主体とした場合、本件免責条項は、「平均的な知識を有する弁護士であれば遂行するはずの任務を、個別具体的な弁護士が怠った場合」を免責にする条項だということになるが、果たして「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為(不作為を含みます。)」という約款文言から、例えば、「平均的な知識を有する弁護士であれば他人に損害を与えることを予見出来るにもかかわらずなした行為」とする解釈を容易に導けるのか疑問である。そして、弁護士は司法修習を経た法律の専門家であることを前提とすれば、「平均的な知識を有する弁護士であれば遂行するはず」という基準を用いると、免責となる場合が過度に広がり、被害者保護を目的とする弁護士賠償責任保険の目的達成に支障がでる懸念も生じる。

以上より、弁護士の倫理観とは相容れないことをもって本件免責条項を認識ある過失と理解する考え方は妥当ではない。

- ③ 一方、本件特約条項3条1号は、「普通保険約款上の故意のみでは、その範囲が不明確なので英米約款で使われているmalicious act(悪意の行為)を参考として、このような表現になった」として、

「普通保険約款の故意免責と実質において異なるものではない」とする指摘がある¹²⁾。また、本件特約条項3条1号における予見の対象は「他人に損害を与えるべきこと」であるところ、「損害を与えるべきこと」が「損害を与える高度の蓋然性があること」を意味するとすれば、本件特約条項3条1号は、「他人に損害を与える高度の蓋然性」を予見しながら、すなわち「未必の故意」をもって行為した場合を免責とする規定となる¹³⁾。さらに、本件特約条項3条1号を、「重過失」免責を定めたものと位置づける見解もある¹⁴⁾。

このように、本件特約条項が多義的に解釈可能であるならば、そのような条項は約款使用者に不利益に解されてもやむを得ないのではなかろうか。また、弁護士賠償責任保険は一般消費者を対象とするものではないが、被害者救済を役割とする賠償責任保険の一種であり、被害者保護に疑問が残る解釈は避けるべきである¹⁵⁾。本件特約条項の免責趣旨および約款文言が十分に明確とであるとはいえないとすれば、本件特約条項を「未必の故意」を免責とする規定であると解釈する余地もあると思われる¹⁶⁾。

- ④ なお、本件免責条項の意義を、弁護士としての業務遂行における弁護士の重過失を意味するものと解する余地もあるが、そのような理解は妥当ではないと思われる。

本件免責条項が「故意」を明確にしたものであり過失を意味しないとの理解については上述のとおりである。また、本件免責条項は「予見し得べき」と規定しているわけではなく、あくまで「予見しながら」と規定しており、他人に損害を与えるべきことの認識を有することが前提となるからである。さらに、保険法17条1項は保険者の免責につき、「保険者は、保険契約者又は被保険者の故意又は重大な過失によって生じた損害をてん補する責任を負わない」とし、2項において、責任保険契約については「故意又は重大な過失」を「故意」に限定する。2項により責任保険契約における免責の主観的要件が「故意」に限定されたのは、「①被保険者が不法行為等により損害賠償責任を負う場合に備えて締結されるものであるから、重過失があった場合に保険給付が行われなければ、保険契約を締結した目的が十分に達成できなくなること、②責任保険契約は被害者救済の機能

もあるから、重過失の場合でも保険給付を行うこととしたほうが被害者の保護に資すること、③実務上も重過失を保険者の免責事由としていない契約が多いこと」¹⁷⁾などの理由による¹⁸⁾。なお、保険法17条は任意規定であるため、約款上、「重過失」を免責とすることは可能であるが、本件免責条項が重過失を意味するのであれば、端的に約款に「重過失」の文言を規定すべきところであり、「重過失」の文言を規定していない以上、本件免責条項は重過失を除いた趣旨（故意を意味する）であると理解すべきことになるとと思われる。

ちなみに、専門家責任においては、その注意義務の高さもしくは高度の注意義務が求められることから、通常の一般人においては「軽過失」と評価されるものであっても、専門家の過失として加重され、「重過失」と評価される可能性もある。一般人であれば「軽過失」と評価されるものが専門家の責任判断においては「重過失」と評価されるのであれば、仮に本件免責条項が重過失免責を意味とした場合、弁護士賠償責任保険における免責の範囲が過度に広範となりかねず、被害者保護を目的とした弁護士賠償責任保険の趣旨が没却されてしまう懸念がある。

いずれにせよ、本件免責条項を、重過失免責を定めたものとすることは出来ない。

(4) 本件免責条項の理解

本件特約条項が多義的に解釈可能であり、そのような約款条項は約款使用者に不利益に解されてもやむを得ないと考えられる。そして、弁護士賠償責任保険は被害者救済を役割とする賠償責任保険の一種であり、被害者保護に疑問が残る解釈は避けるべきである。

本件免責条項における「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為（不作為を含む）」との文言が示す予見の対象は「他人に損害を与えるべきこと」であるが、この文言を「他人に損害を与える高度の蓋然性があること」を意味するものと解することは不可能ではない。「他人に損害を与える高度の蓋然性があること」を予見して行為した場合とは、すなわち「未必の故意」をもって行為した場合である。そうであれば、本件免責条項は、「未必の故意」を免責とする趣旨の規定であると解釈すべきであろう。

なお、本件免責条項が故意免責を定めた規定であると考えた場合、弁護士倫理に反する行為についても有責となり、「平均的な知識を有する弁護士」の負担のもとに「平均的な知識を有していない弁護士」を救済することになり妥当ではないとの批判もあり得る。この点については、多義的に解釈可能な本件免責条項を約款変更により明確化することや、事故者の保険料負担を重くすること等を通じて対処すべきであろう。

(5) まとめ

以上のとおり、本件判決の結論には賛成であるが、「本件免責条項は、弁護士の倫理観に反する行為についてまで補償の対象とすべきではないという趣旨から設けられているものと解されるから、『他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為（不作為を含みます。）に起因する賠償責任』とは、他人に損害を与える蓋然性が高いことを認識しながら行為し、又は行為をしなかったことを意味するものと解すべきである。」として、「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為（不作為を含みます。）を普通保険約款における「故意」と異なるとした本件判決の理解には反対である。

「他人に損害を与える蓋然性が高いことを認識しながら」という場合、これが仮に、Yが後見監督人の職務を全うした（書類等を提出させた）ことにより、Yが太郎らの横領の事実を認識したことを意味するのであれば、「後見人による横領の事実の存在」は被後見人に対して直ちに損害を及ぼすものである以上、そのような認識はすなわち「故意」を意味するはずである。Yが後見人らによる横領の事実を認識していなかった以上、Yに「故意」は存在しないのであり、裁判所は端的に、「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為（不作為を含みます。）」には該当しないとして、免責を否定すべきであった。また、裁判所が、「Yの認識する事実関係を前提とする限り、平均的な知識をもつ弁護士を基準にしても、太郎らが不正行為に及ぶ蓋然性が高いと認識していたものと認めることはできない」とした点は妥当ではない。平均的な知識をもつ弁護士を基準とすべきでないことは上述のとおりである。

本件免責条項の意義は、多義的に解釈することが可能である。これまで多様な解釈が示されてきたのは、本件免責条項の文言が曖昧だからであろう。仮

に、弁護士の倫理観から許されないような行為により生じた損害を免責とするのが約款作成者の意図だとすれば、そのような趣旨が容易に読み取れる約款文言に変更することにより対処すべきである。

以上

* * * * *

- 1) 筆者は共栄火災海上保険株式会社コンプライアンス部法務グループに所属しているが、本稿における見解は筆者個人のものであって、所属組織の見解ではない。
- 2) 甘利・福田・ポイントレクチャー保険法85頁、125頁、146頁（有斐閣、2011）参照。
- 3) 全国弁護士協同組合連合会のホームページによれば、全国各地にある単位弁護士協同組合を会員とする組合であって、昭和59年に中小企業等協同組合法に基づき設立され、現在、全国すべての弁護士会に47組合が設立されており、そこに所属する組合員総数は約31,000名、加入率は93%とのことである。
- 4) 平成25年7月改定の「弁護士賠償責任保険」における弁護士特約3条も、同様の免責事由を定めている。すなわち、「当会社は、直接であると間接であるとを問わず、普通約款第4条（保険金を支払わない場合）①から⑧までに掲げる賠償責任のほか、被保険者が次の①から⑩までに掲げるいずれかの賠償責任を負担することによって被る損害に対しては、保険金を支払いません。」とし、1号は、「①被保険者の犯罪行為（過失犯を除きます。）または他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為（不作為を含みます。）に起因する賠償責任」を免責とする。
- 5) 普通保険約款10条は、「この特約条項に規定しない事項については、この特約条項の趣旨に反しないかぎり、普通約款の規定を適用します。」とする。
- 6) 本件保険契約に適用される平成13年当時の普通保険約款の内容は判旨から定かでないが、平成25年7月改定の約款内容と同様と思われるため、本稿では最新の約款における免責条項の内容を前提として議論する。なお、平成25年7月改定の「弁護士賠償責任保険」における普通保険約款4条1号は、「①被保険者または保険契約者の故意によって生じた賠償責任」を免責事由としている。
- 7) 金融・商事判例1049号44頁、商事法務1620号29頁。弁護士であり弁護士賠償責任保険の被保険者たる原告が、受任した建物収去土地明渡請求事件について相手方との間で訴訟上の和解を成立させたが、相手方が和解条項を履行しなかったため建物の取壊しを断行したところ、相手方から不法行為に基づく損害賠償請求を受けたとして、保険者である被告に対し弁護士賠償責任保険契約に基づく保険金の支払を請求した事案である。
- 8) 普通保険約款4条の「故意」は、保険法17条における「故意」の意義と同義と考えられるところ、保険法17条における「故意」は、一般に、「一定の結果を発生させる意思をもって行為した場合だけでなく、一定の結果の発生を認識し、かつそれを容認して行為した場合の未必の故意も含まれるが、保険金を取得する意思があるかは問われない。」とされる（甘利・福田（前掲註2）115頁）ことから、「認識ある過失」とは、一定の結果の発生を認識しているが、それを容認していない場合を意味することとなる。

- 9) 甘利・福田（前掲註2）126頁参照。
- 10) 平沼高明『専門家責任保険の理論と実務』23頁、峰島徳太郎「弁護士賠償責任保険」平沼高明先生古稀記念『損害賠償法と責任保険の理論と実務』374頁、山下典孝「弁護士賠償責任保険における免責条項」法学新報114巻11・12号718頁・719頁）参照。
- 11) 山下典孝「法律専門職業人賠償責任保険における一考察」出口＝吉本＝中島＝田邊編『企業法の現在』（2014年・信山社）592頁は、本件特約条項を「平均的な知識を持つ弁護士であれば、法律の専門家として規範的認識として他人に損害を与えることを予見でき得るにもかかわらず行為すること、又は行為しないことを意味する」ものとする。
- 12) 甘利・福田（前掲註2）126頁、127頁参照。
- 13) 甘利公人「判批」損害保険研究61巻1号219頁、竹濱修「判批」商事1620号33頁参照。
- 14) 金岡京子「弁護士賠償責任保険約款における「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行為」の意義」損害保険研究72巻3号287頁は、「本件免責条項は、少なくとも、平均的または通常の弁護士の知識と技能を前提としたとき、他人に損害を与える蓋然性が高いことを認識したうえで行った行為であることを求めていると解することができるので、この解釈を基礎として、任意規定ではあるものの…保険法17条2項で故意のみを法定免責とした立法趣旨を踏まえた解釈を行うべき」として、本件特約条項3条1号を重過失と位置づける。
- 15) 山下典孝（前掲註11）593頁は、専門職業人賠償責任保険への加入義務づけや保険制度とは別の基金を用いた補償制度の創設等による被害者救済の可能性を示す。
- 16) 金岡（前掲註14）287頁は、「本免責条項の解釈としては、いずれの学説によることもできると考える。」として、特約条項が故意免責と異なる趣旨の免責事由とも故意免責の一種であるとも解し得る余地を指摘する。また、同289頁は、「特約3条1項は弁護士の職業倫理に反する特定の行為を免責する趣旨で定めた認識ある過失を意味すると解する場合、平均的または通常の弁護士が現在の特約3条1項の文言からそのような趣旨と解釈を導き出すことは必ずしも容易でないことを考慮し、免責趣旨を明確化し、その免責趣旨に対応した約款に変更されることが要請される」と指摘する。
- 17) 甘利・福田（前掲註2）116頁参照。
- 18) 遠山聡「責任保険契約」甘利＝山本編『保険法の論点と展望』（2009年・商事法務）186頁は、「責任保険約款では、保険事故招致に関する保険者の免責事由を広範に認めると、責任保険の効用を減殺することになることを考慮して、保険契約者や被保険者の重過失を免責事由としないのが通例である」とする。また、萩本一問一答120頁は、「責任保険契約は、被保険者が不法行為等により損害賠償責任を負った場合に備えて締結されるものであり、保険契約者等に重過失があった場合に保険給付が行われないことになると、保険契約を締結した目的が十分達成できなくなること、被害者のための保険としての機能もあり、保険契約者等に重過失がある場合でも保険給付を行うこととしたほうが被害者の保護に資すること、実務上も保険契約者等の重過失を保険者の免責事由としていない契約が多いこと」が故意に限定された理由であるとする。