



# 弁護士賠償の免責条項における 「予見しながら行った行為」の意義

上智大学名誉教授・弁護士 甘利 公人

上智大学法学部では、もっぱら学問的視点から保険法に関する判例研究を行うために、保険法研究会を隔月で開催している。本判例評釈はその研究会の成果であり、これを本誌で公表することにより、僅かばかりでも保険法学の発展に資することができれば幸甚である。

上記のとおり、本判例評釈は、学問的視点からなされたものであり、研究会の成果物ではあるが、日本共済協会や評釈者が所属する特定の団体・事業者等の見解ではない。

保険法研究会代表・上智大学法学部教授 梅村 悠

東京地裁平成31年1月22日判決 平成30年第4518号 保険金請求事件 金融・商事判例1572号42頁

## 1. 本件の争点

本件は、弁護士であって弁護士賠償責任保険契約（以下、弁護士賠償という）の被保険者が、別件訴訟の確定判決において1470万円の損害賠償金と遅延損害金の支払を命じられたことについて、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したものであり、保険約款所定の保険金支払事由に当たると主張して、保険者に対して弁護士賠償に基づく保険金として1470万円と確定遅延損害金の合計1708万2205円並びにうち1470万円に対する平成29年9月17日（別件訴訟の判決確定の日から30日を経過した日）から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払を求めたが、保険者は弁護士賠償の職務起因性と免責を主張した事案である。弁護士賠償については、これまでに裁判例の蓄積があり、免責事由の「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」の意義について検討する。

## 2. 事実の概要

(1) X（原告）は弁護士であり、Y（被告）は損害保険業等を目的とする株式会社である。Xは、平成25年6月25日以前から、保険契約者を全国弁護士協同組合連合会、保険者をY、保険期間を1年とする弁護士賠償責任保険契約（以下「本件保険契約」という）に被保険者として加入していた。本件保険契約は、保険期間の始期を毎年7月1日

として更新されていた。

本件保険契約の適用約款には、次の定めがある。  
ア Y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に対して、保険金を支払う（弁護士特約条項1条1項）。

イ Yは、直接であると間接であるとを問わず、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に対しては、保険金を支払わない（賠償責任保険普通保険約款4条1号、弁護士特約条項3条1号）。

(ア) 被保険者又は保険契約者の故意によって生じた賠償責任

(イ) 被保険者の犯罪行為（過失犯を除く。）又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（不作為を含む。）に起因する賠償責任（以下、本件免責条項という）

(2) XとAは、共に弁護士である。Bは、C会社の代表取締役であった者であり、その株式を保有していたものである。C会社は、定款に株式の譲渡制限の定めのある株式会社である。D会社は、会社経営のコンサルタント業務等を行っている株式会社である。Eは、平成25年5月17日、D会社の代表取締役に就任し、それ以降その役職にあった者であるが、それより前から実質的に代表権を行使していた。

Aは、平成24年6月から7月にかけて、B及びD会社に対し、合計2000万円を貸し付け、Bからその保有するC会社の普通株式に係る株券34通

(以下「本件株券」、本件株券に係る株式を「本件株式」という)をその担保として預かった。その後、Aは、同年9月、B及びD会社に対し、100万円を追加で貸し付け、貸金は合計2100万円(以下、併せて「本件各貸金」という。)となった。

D会社はC会社に対し、Bから本件株式を譲り受けたとして、その承認等を求めたが(会社法137条)、C会社は、D会社に対し、上記譲渡を承認しない旨の決定を通知し(会社法139条)、その後売買価格の協議が調わなかったため、平成24年11月5日、横浜地方裁判所に対し、D会社を相手方として売買価格の決定の申立て(以下、この手続を「価格決定手続」という。会社法144条2項)をした。

D会社において、価格決定手続に先立ち、本件株券を供託する必要が生じたことから(会社法141条3項)、Aは平成24年10月16日、後に価格決定手続においてD会社の代理人となった弁護士であるXに対し、本件株券を預け、その際B、D会社及びXとの間で株券受渡合意書(以下「本件合意書」という。)を取り交わした。

本件合意書には、次の条項(なお、「甲」はBを、「乙」はD会社を、「丙」はAを、「丁」はXをそれぞれ指す。)が定められていた(以下、本件合意書に係る合意を「本件合意」といい、このうち第4条に係る約定を「本件約定」という。)

「第2条(確認) 本件株券は、甲乙丙間の平成24年6月15日付覚書に基づき、甲乙の訴訟等の活動支援資金貳千万円(無利息)(後日金百万円増額)の担保として丙が預り保管中であることを、甲乙丙丁は確認した。

第3条(株券の受渡) 丙は、甲乙丁同席のもと、甲が本件株券を供託する必要上、その手続のため、本日丁に引渡し、丁は甲より要請を受けて供託手続を受任し、丙より本件株券を受領した。株券の供託手続は、丁が丙と連絡しつつ行う。

第4条(弁済) 供託した株券に対し、代価が支払われた時は、甲乙丁は丙に対し上記支援資金を最優先して弁済する。

第5条(協力) 甲乙丙丁は上記を了承し、今後共連絡を密にし、相協力して行う。」

Xは、平成24年10月19日、D会社において本件株券を供託するに当たり、供託先の横浜地方法務局まで本件株券を持参した。その後、Xは、同年

11月、価格決定手続についてD会社から委任を受けて、その代理人として活動し、平成25年7月23日に上記価格を定める決定がされ、同決定が確定して、価格決定手続が終了したため、D会社は、同年8月9日、横浜地方法務局から、C会社から供託された本件株式の代価として3116万0500円の払い渡しを受けた。しかし、Xは、Aに対し、平成26年4月10日までその旨の通知をしなかった。他方で、その間Aにおいても、Xに対し価格決定手続の進捗について尋ねるなどしてこれを確認することをしなかった。そうした状況の下で、Eは、D会社の代表者として、上記代価の払渡しを受けながら、Aに対し、上記代価を本件各貸金の弁済に充てることなく、これを他の用途に費消したものであり、Bから価格決定手続について尋ねられても、まだ決定が出ていないなどと虚偽の回答をしていた。

Aは、平成26年4月10日、Xから既に価格決定手続が終了し、上記代価が支払われた旨の通知を受けた。そこで、Aは、同月22日付け書面をもって、B及びD会社に対し本件各貸金の返済を催告したが、その返済はされなかった。

Aは、平成26年5月、B及びD会社に対しては消費貸借契約に基づく貸金返還請求として、Eに対しては不法行為又は会社法429条1項に基づく損害賠償請求として、Xに対しては債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求として、2100万円及びこれに対する遅延損害金の連帯支払を求める訴訟を、東京地方裁判所に提起した。

東京地方裁判所は、平成28年9月29日、B及びD会社に対する請求並びにEに対する不法行為に基づく損害賠償請求を全部認容し、Xに対する債務不履行に基づく損害賠償請求を、1470万円及びこれに対する平成26年6月21日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余の請求を棄却する旨の判決を言い渡した。

これに対し、X及びAがそれぞれの敗訴部分につき各控訴をしたものの、東京高等裁判所は、平成29年8月3日、上記各控訴をいずれも棄却する旨の判決(以下「別件判決」という。)を言い渡し、同月18日、別件判決は確定した。

別件判決の理由の要旨は、次のとおりである。(ア) 本件約定の存在について、Xに要素の錯誤が

あったとまで認めるに足りない。本件約定の内容は、価格決定手続終了後、D会社に対して本件株式の代価が支払われたときに、Xにおいて、その代価が本件各貸金の弁済に優先的に充てられるよう協力することをAに約したものと解するのが、当事者の合理的意思に合致すると認められる。本件約定がこうした内容の条項として効力を有することは否定できない。

(イ) Xは、Aに対し、本件約定に基づき、価格決定手続終了後、D会社に対して本件株式の代価が支払われたときには、その代価が本件各貸金の弁済に優先的に充てられるよう協力する義務があったというべきである。

Xは、価格決定手続についてD会社から委任を受けてその代理人として活動し、その手続の終了の有無について最もよく知り得る立場にいたところ、Xとしては、本件株式の売買価格決定がされれば、本件約定の趣旨に従って、Aに速やかにその旨通知すべきは当然のこととして、同決定が確定すれば、D会社において、法務局から本件株式の代価の払渡しを受けることができるようになるから、D会社の代表取締役であったEに対し、本件株式の代価から本件各貸金に最優先で弁済することを助言・指導するなどの措置を講ずるべき義務があった。しかるに、Xにおいて、本件株式の代価が本件各貸金の弁済に充てられるように特段の措置を講じた形跡はうかがえないから、Xは、本件約定に基づく履行を怠ったものとして債務不履行責任を負う。

そして、Xにより、上記の時点で、こうした措置が講じられていれば、Aにおいて、上記代価3116万0500円から本件各貸金2100万円の弁済を受けることができた可能性が高いというべきところ、かかる措置が講じられなかった結果、無資力であるB及びD会社から、本件各貸金の全額について、これを回収することが困難な状況にあるから、同額の損害を被ったということができる。

(ウ) 他方で、Aにおいても、自ら上記代価から弁済を受ける利益を確保するため、本件合意書第5条に従って、価格決定手続の代理人であるXに対し、その進捗状況等について尋ねるなどして、連絡を取り合う立場にあったというべきで

あり、そうした対応をとっていれば、上記代価から弁済を受ける機会を失わなかった可能性が高いと認められる。しかるところ、Aがこうした対応をとっていた形跡はうかがわれないから、この点について、Aにも相応の過失があったというべきであり、かかるAの過失の内容、程度に照らすと、その過失割合を3割と認めるのが相当である。そうすると、過失相殺後の損害額は、1470万円となる。

(3) そこでXは、別件訴訟の確定判決において1470万円の損害賠償金及びこれに対する遅延損害金の支払を命じられたことについて、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したものであり、保険約款所定の保険金支払事由に当たると主張して、Yに対して上記保険契約に基づく保険金として1470万円及びこれに対する確定遅延損害金の合計1708万2205円並びにうち1470万円に対する平成29年9月17日(別件訴訟の判決確定の日から30日を経過した日)から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

### 3. 判旨(請求棄却)

「上記のとおり、本件約定に基づき、XがAに対して負う義務は、XがD会社の委任を受けて価格決定手続の代理人弁護士として活動し、その手続の終了の有無について最もよく知り得る立場にいたことを前提とするものであり、Xによる本件約定違反の債務不履行は、Xが弁護士としての資格に基づき、当事者の依頼によって非訟事件に係る事務処理を遂行する過程において発生したものであるから、弁護士法3条に規定される業務に起因するものであると解される。」

「しかしながら、A及びXは、正にそのような行為を防止し、本件各貸金の弁済の履行を確保するために、本件合意書を取り交わしたのであって、一般的な弁護士としての知識、経験を有する者であれば、Xが何らの措置もとらなければ、Eが本件株式の代価を費消し、Aが損害を被る蓋然性が高いことを当然に認識することができ、Xは、そのような状況の下において、価格決定手続が終了した後も、Aに対する通知やEに対する助言・指導等の措置を何ら講じなかったというのであるから、Xは、他人に損害を与えるべきことを予見しながら作為義務を怠った

ものと評価せざるを得ない（なお、本件の事案における弁護士業務の在り方としては、Eに対する助言・指導等により、まず、本件株式の代価をXの預り金口座に入金させ、そこからXの弁護士報酬額とAに対する本件各貸金の弁済額とを差引き、しかる後に、その残額をD会社に交付する取扱いとするのが通常であろう。）」

#### 4. 評釈（判旨は疑問である。）

本判決は、弁護士賠償の免責条項である「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」について、(ア)他人に損害を与える蓋然性が高いことを認識して行った行為及び(イ)一般的な弁護士としての知識、経験を有する者が、他人に損害を与える蓋然性が高いことを当然に認識すべきである行為を指すものと解される、と判示した。このような2つの判断基準は、従来の裁判例でも示されたものであり、新たな判断をしたものではない。しかし、これらの判断基準については、学説からは痛烈に批判されており、なお検討する意義がある。

##### (1) 従来の裁判例

弁護士賠償の「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」の裁判例には、①東京地判平成10・1・29判夕985号284頁〔免責肯定〕、②東京高判平成10・6・23金商1049号44頁〔免責肯定〕（①の控訴審）、③大阪地判平成18・9・1金商1334号50頁〔免責肯定〕、④松山地判平成19・6・25金商1334号62頁〔免責肯定〕、⑤大阪高判平成19・8・31金判1334号46頁〔免責肯定〕（③の控訴審）、⑥高松高判平成20年1月31日金商1334号46頁〔免責肯定〕（④の控訴審）、⑦大阪地判平成21年10月22日判夕1346号218頁〔免責肯定〕、⑧大阪地判平成21・12・22（LEX/D B 25462555）〔免責肯定〕、⑨東京地判平成24年5月9日（LEX/D B 25494165）〔免責肯定〕、⑩東京地判平成24・9・10（LEX/D B 25496836）〔免責否定〕<sup>1)</sup>、⑪大阪地判支判平成25・3・14金商1417号22頁〔免責否定〕<sup>2)</sup>、⑫大阪地判平成27年2月13日判時2296号134頁〔免責否定〕<sup>3)</sup>、⑬東京地判平成28年1月27日判時2323号125頁〔免責否定〕、⑭大阪高判平成28年2月19日判時2296号124頁〔免責否定〕（⑫の控訴審）がある。

##### (2) 賠償責任保険普通保険約款4条1号と弁護士特約条項3条1号の関係

弁護士賠償の約款構成は、他の専門家賠償責任保険と同様に、一般の賠償責任保険普通保険約款に特約条項を付加するものである。普通保険約款4条1号は故意による損害を免責としており、特約は「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」による損害を免責とする。この特約の免責が、被保険者の主観的要素を用いた表現がされていることから、故意・重過失との違いや具体的にどのような事由がある場合に特約の免責が適用されるのかが問題となり、これまで議論されてきたのである<sup>4)</sup>。

##### ① 本件免責条項についての学説

###### 1) 同質説

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は、普通保険約款の故意免責を具体的かつ明確にしたに過ぎないと解するのが同質説である<sup>5)</sup>。

###### 2) 異質説

異質説は、故意が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行った行為」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、認識ある過失を意味するという<sup>6)</sup>。また、本件免責条項は、認識ある過失では免責の範囲が広くなり過ぎることから、重過失がある場合に限定すべきであるという見解もある<sup>7)</sup>。上記の裁判例において、異質説を明言する裁判例（②、⑧、⑬）もあるが、端的に「予見しながら行った行為」であるか否かのみに判断している裁判例が多数である。

これらの異質説の見解は、本件免責条項は、故意とは別個の事由を免責事由とするものであり、両条項の適用範囲は異なるのであるが、もっとも各説の故意・過失概念の理解は一致したものとはいえず、その限りで、文言上対立しているように見えるが、実質的な相違は大きなものでなく、たとえば、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故意の一種と位置付けるとすれば、当てはめにおいて両説に違いはなく、そうすると予見には損害発生の高度の蓋然性の認識を要するが、損害発生の特容までは要しないと整理することができる<sup>8)</sup>。

結局、損害発生の特容的認識ではなく損害発生の高度の蓋然性の認識を要求する点、損害発生の特容までは要求しない点において学説はほぼ一致するが、学説で理解が分かれるのは、

(i) 損害発生の高度の蓋然性を被保険者が現実に認識していたことを要求するか (ii) 平均的な知識水準の弁護士であれば損害発生を具体的に認識し得たといえれば足りるか、ということになる<sup>9)</sup>。そして、従来の裁判例で平均的な知識水準の弁護士を基準とするもの(⑤および⑧)の趣旨は明らかではなかったが、平均的な知識水準の弁護士なら認識していたといえる場合に被保険者の現実の認識を推認するに過ぎないものと理解すれば(αの理解)、平均的な知識水準の弁護士の認識可能性は、あくまで(ア)を認定するための判断材料の一つに過ぎず、結論として(ア)が認定できない限り、本件免責条項による免責は認められないはずであり、そのため、(ア)に当たらなくても(イ)に当たれば免責を認める上記裁判例の④は、αの理解を超えて、βの理解(被保険者が損害発生の高度の蓋然性を現実に認識していなくても免責を認める)を明示的に採用し、従来の裁判例から一歩踏み出したものと評価されている<sup>10)</sup>。

### (3) 「予見しながら行った行為」の意味

上記裁判例の④は、(ア)被保険者が損害の発生の高度の蓋然性を認識して行った行為と(イ)一般的な弁護士としての知識、経験を有する者が損害発生の高度の蓋然性を当然に認識すべきである行為とを区別し、各行為が免責事由に該当するとした点に従来の裁判例にない特色がある<sup>11)</sup>。異質説は、本件免責条項は弁護士の倫理観に反する行為を免責とする趣旨であり、平均的な弁護士であれば、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具体的に予見でき得るにもかかわらず行為することを意味するというのである<sup>12)</sup>。標準的な弁護士が当該状況において当然に形成するであろう認識を、被保険者が現実に形成していた認識を推認する間接事

実として用いることは事実認定の手法として一般的であり、決しておかしいものではないが、(イ)を「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」と解釈するのは、本件免責条項を文言解釈の域を超えて、拡大解釈することにほかならず、免責条項を拡大解釈することは、理論的には当事者間の保険契約を実質的に一部無効とするに等しく、現実には保険の被害者保護機能を低下させるものとなるので、その限りで合理性はなく、不都合のみ生じさせる解釈である<sup>13)</sup>。

### (4) 本判決の評価

本判旨は、一般的な弁護士としての知識、経験を有する者であれば、Xが何らの措置もとらなければ、Eが本件株式の代価を費消し、Aが損害を被る蓋然性が高いことを当然に認識することができ、Xは、そのような状況の下において、価格決定手続が終了した後も、Aに対する通知やEに対する助言・指導等の措置を何ら講じなかったというのであるから、Xは、他人に損害を与えるべきことを予見しながら作為義務を怠ったものと評価せざるを得ない、と判示した。一般的な弁護士を判断基準としているので、異質説に与するものと思われる。

上記の異質説に対する批判について、本件免責条項の解釈基準に関して、当該被保険者を基準とすべきか、一般的な(平均的な)弁護士を基準に判断すべきかに関して議論はあるにせよ、本件事案においてXがA等と締結した本件約定の内容から考えれば、当該被保険者であるXを判断基準としたとしてもXは本件約定の内容に従いAに対して通知等を行わなければAに損害が発生する蓋然性が高いことを認識できたものと考えられ、そのため結論において相違はなく、しかも本件免責条項に関して、2019年7月1日に責任開始に適用される契約において約款改訂がなされ、「被保険者の犯罪行為(過失犯を除く)またはその行為が法令に違反することを認識し、もしく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(不作為を含む。弁護士であれば認識もしくは予見していたと判断できる合理的な理由がある場合を含む)に起因する賠償責任」と変更され、「当該弁護士・被保険者」ではなく「弁護士」とのみ表記されていることから、一般的な(平均的な)弁護士を基準に判断する点を明確化したものであるから、本件免責条項に関して拡大解釈という批判は必ずしも当たらず趣旨解釈がなされたという評価も

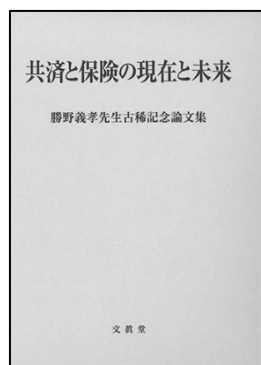
あり得る、という主張がなされている<sup>14)</sup>。

約款改定後はともかくも、本件免責条項における「予見しながら行った行為」という文言からは、異質説の主張する解釈は文言解釈の域を超えているものであり疑問である。また、異質説のいう弁護士倫理の問題は、保険契約における契約法理とは別のものであり、免責条項の解釈としてはいたずらに拡大解釈をすべきではない<sup>15)</sup>。

以上

- 1) 藤本和也・法律のひろば67巻7号65頁。
- 2) 藤本和也・共済と保険2015年1月号27頁。
- 3) 勝野真人・共済と保険2016年2月号34頁。
- 4) 加藤新太郎・NBL1117号72頁参照。
- 5) 拙稿・損保研究61巻1号219頁(1999年)、竹濱修・商事法務1320号33頁(2002年)、李芝妍「弁護士賠償責任保険契約に関する若干の考察」東洋法学53巻2号161頁(2009年)、平田厚・私法判例リマークス48号73頁(2014年)、藤本和也・前掲註(2)27頁、勝野真人・前掲註(3)34頁参照。

- 6) 平沼高明・専門家責任保険の理論と実務23頁(2002年・信山社)、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719頁(2008年)、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(2005年・信山社)参照。
- 7) 金岡京子・損保研究72巻3号286頁(2010年)参照。これらの異質説については、保険法17条2項は任意規定ではあるが、責任保険の主観的免責事由について、故意のみとしており重過失を除外しているの、軽過失と重過失は程度の差にすぎないという趣旨を勘案すると保険法との整合性がとれない。
- 8) 加藤新太郎・前掲註(4)72頁、山下徹哉・私法判例リマークス55号100頁(2017年)参照。
- 9) 山下徹哉・前掲註(8)100頁参照。
- 10) 山下徹哉・前掲註(8)100頁参照。
- 11) 勝野真人・前掲註(3)35頁、山下徹哉・前掲註(8)100頁参照。
- 12) 山下典孝・前掲註(6)713頁参照。
- 13) 加藤新太郎・前掲註(4)73頁参照。
- 14) 本判決のコメント金商1572号46頁参照。
- 15) 藤本和也・前掲註(2)26頁参照。



## 共済と保険の現在と未来 勝野義孝先生古稀記念論文集

勝野義孝先生古稀記念論文集編集委員会 編  
文眞堂  
A5判400ページ  
定価10,000円(税別)  
(2019年2月発行)

勝野先生の古稀祝に23編の珠玉の論文が集結

本書は、弁護士勝野義孝先生の古稀をお祝いして、先生を敬愛する弁護士・保険実務家・研究者などから、共済と保険に関する23編の論文が寄せられたもので、共済と保険を規制する保険法が制定されて10年が経ち、共済と保険における現在の問題点を検証したうえで将来を展望する観点から、各執筆者の見解を論じたものです。