

賠償責任保険契約における故意免責（2）

——弁護士賠償責任保険における「他人に損害を与えることを
予見しながら行った行為」に関する考察——

山 田 拓 広*

目 次

- I はじめに
- II 専門家責任保険の意義
 - 1 専門家責任保険とは
 - 2 専門家とは
 - 3 弁護士の責任
 - 4 弁護士賠償責任保険の約款の構造・機能・免責事由
- III 裁判例の検討
 - 1 東京高判平成10年6月23日金判1049号47頁
 - 2 大阪高判平成19年8月31日金判1334号46頁
 - 3 高松高判平成20年1月31日金判1334号54頁
 - 4 大阪地判平成21年10月22日判タ1346号218頁
 - 5 大阪地判堺支平成25年3月14日金判1417号22頁
 - 6 東京地判平成28年1月27日判時2323号125頁
 - 7 大阪高判平成28年2月19日金判1488号40頁
 - 8 東京地判平成31年1月22日金判1572号42頁
- IV 学説の検討
 - 1 故意免責と同義とする見解
 - 2 認識ある過失であるとする見解
 - 3 認識ある過失かつ重過失である場合とする見解
 - 4 認識ある過失説の検討
 - 5 私見について

* やまだ・たくひろ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程 弁護士

I はじめに

前稿¹⁾では、自動車保険における賠償責任条項に規定された故意免責条項適用の可否を中心に検討してきた。自動車保険の賠償責任条項は、契約関係にない第三者に対して被保険者が負担する法律上の賠償責任(不法行為に基づく損害賠償責任)を前提とし、また、そこでの被保険者は不特定多数の一般人を想定するものである。ここで問題となる保険事故の対象行為も、保険対象車両の「所有、使用または管理」といった精神的作用としての判断等ではなく、事実行為を前提としている。

他方、本稿では上記と異なり、契約上の義務に基づき職務を遂行する際の専門家責任保険約款適用の場面、とりわけ弁護士賠償責任保険における学説・判例の考察を通じて、前稿で提示した仮説についての検証を進めることとする。

弁護士賠償責任保険約款を取り上げるのは、同約款には故意免責条項と並列して、「他人に損害を与えることを予見しながら行った行為」を免責とする条項があることから、当該免責条項を分析することで、仮説についての検証に資すると考えるからである。

II 専門家責任保険の意義

1 専門家責任保険とは

専門家責任保険とは、専門家が専門家としての業務(professional service)を行うにあたって法律上の損害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保険をいう²⁾。プロフェッショナル・ライアビリ

1) 拙稿「賠償責任保険における故意免責(1)——保険契約における故意免責条項の序論的考察——」立命館法学395号(2021年)314頁。

2) 落合誠一「専門家責任保険」別冊 NBL28号(1994年)113頁、平沼高明『専門家責任』

ティ・インシュアランス (professional liability insurance) あるいは職業的責任保険といわれることもあり³⁾, 専門家が専門家として活動するにあたり契約の相手方または第三者に対して債務不履行責任ないし不法行為責任を負う場合の責任を担保する。したがって, 専門家責任保険は, 保険でカバーされる対象が法律上の賠償責任である点で一般の責任保険と異ならないが, 責任の主体が専門家であり, 責任の対象となる行為が専門家としての行為である点にその特色がある。そのことから, 専門家の意義が問題となる⁴⁾。

2 専門家とは

(1) 専門家の要素

専門家 (profession) の意義は, 例えば, 法律に基づいて一定の資格が認められ, 契約の相手方である依頼者に対し, 特殊領域の高度な情報を提供することを業とするもの⁵⁾とか, ① 仕事の質が高度で専門的であること (skilled and specialised), ② マニュアルな作業よりも精神的・判断的作業が中心となること (mental rather than manual), ③ 専門家集団によってレベルが維持され, 資格を要求されることも多いこと, ④ 高い社会的身分, の4つの要素を特徴とする, と説くものがある⁶⁾。

また, プロフェッションとは, もともとヨーロッパでは聖職者, 医師, 弁護士の三大職種 (いわゆる知的プロフェッション learned profession) として生まれ, その後, さまざまな職種にも用いられるようになったものであり, 次の5つの条件に集約されると説くものもある⁷⁾。

↘ 保険の理論と実務』(信山社, 2002年) 1頁。

3) 平沼・前掲注 2) 1頁。

4) 落合・前掲注 2) 113頁。

5) 川井健『「専門家の責任」と判例法の発展』川井健編『専門家の責任』(日本評論社, 1993年) 4頁。

6) 能見善久「専門家の責任」別冊 NBL28号 (1994年) 4頁, 平沼・前掲注 2) 4頁。

7) 西島梅治「プロフェッショナル・ライアビリティ・インシュアランスの基本問題」有泉亭監修, 石田満=宮原守男編『現代損害賠償法講座 (8) 損害と保険』(日本評論社, 1973年) 148頁～。

ア その業務について一般原理 (principle ないし science) が確立しており、この理論的知識に基づいた技術を習得するのに長期間の高度の教育と訓練が必要であること。

これにより業務の安全確実性が保障され、クライアントの要求が充足される。

イ 免許資格制が存在すること

高度の技術水準に到達したことを公的に明示して、低水準の者を排除し、その職種全体の社会的信用を確保し、あわせて一般のクライアントが無資格者や低能力者による被害に遭うことを回避する必要がある。

ウ 団体の結成と自律性が確保されていること

団体形成により外部に対しプロフェッション性の存在の承認を要求すると同時に、団体内部において、会員の質と能力を保持しその行動に一定の規律を加える。特にプロフェッションの権力従属体制からの解放や利益志向からの解放を目指す場合には、団体による内部統制が厳格であることが不可欠である。

エ 営利性の排除

利他主義つまり公共の利益促進を第一にし、報酬額如何にかかわらず、最大限の知識と能力を使ってクライアントの利益に奉仕する。

オ 独立性

プロフェッションとしては、その業務上の判断や措置について、クライアントや雇主ないし上司から指揮、監督、命令を受けてはならないし、これに盲従することは許されない。プラクティスの実施にあたってはプロフェッション本人の幅広い裁量権が尊重されるべきであり、クライアントはこれに介入する能力もないし、介入することは許されない。プロフェッションはもっぱら自己の良心に従って忠実に意思決定しなければならず、いやしくも経済的動機や政治的配慮のために判断がゆがめられてはならない。

カ まとめ

以上をまとめて、プロフェッションとは、科学または高度の知識に裏づけられそれ自身一定の基礎理論をもった特殊の技能を、特殊な教育または訓練によって習得し、それに基づいて不特定多数の市民の中から任意に呈示された個々のクライアントの具体的要求に応じて具体的活動を行い、よって社会全体の利益のためにつくす職業である、と定義される⁸⁾。

(2) 専門家責任の非定型性

このような専門家の責任を特徴づける要素として指摘されるものとして、「なす債務」である、という点がある。さらにそれだけではなく、専門家の提供するサービスは、顧客の多様な要望に応じて与えられる「非定型性」に特徴があるとされる。同じ「なす債務」であっても、すでに用意されたメニューのなかから一定のサービスを提供するものとは異なり、顧客の多様な要求に応じてサービス内容が異なる非定型性が専門家に裁量を与えると同時に債務不履行の判断にも困難が伴うことになる。ここに、専門家責任を問題とする一つの意義があるとされる⁹⁾。さらに、そもそも「なす債務」における契約責任は実は内容が「ない」、つまり、当事者間の合意はあるにしても、例えば医師と患者の間に病気の治療をするという合意があるにしても具体的にどのような治療行為をするのかについて詳細な合意がない場合もあり、専門家の義務内容は合意だけで決まるものでもないとの指摘もある¹⁰⁾。むしろ、専門家が能力を十分に発揮するためには、相当の裁量の余地を認め、自由な判断・処理を可能にしておかなければなら

8) 西島・前掲注 7) 154頁。上記 5つの条件をすべて具備したものが、full or true profession といわれ、その一部が欠如しているものを、semi-or new profession と呼ぶ。医師、歯科医師、弁護士、公認会計士、建築家は前者、税理士、図書館司書、ソーシャル・ワーカーなどは後者とされる、同154頁。

9) 能見・前掲注 6) 5～6頁。

10) 川井健ほか「〔座談会〕『専門家の責任』法理の課題」法時67巻2号(1995年)40頁〔森島昭夫発言〕。

らないとの指摘もある¹¹⁾¹²⁾。

(3) 情報格差の存在

専門家とそうでない者との間での契約関係には情報の格差・偏在が存在する。このことから専門家とそうでない者との間における取引においては対等な当事者による交渉という前提を取ることができない。情報偏在下での取引は不正な結果をもたらす可能性が高いため、顧客の契約自由を回復する必要がある¹³⁾。このことは、偏在する情報を専門家からそうでない者に提供させる必要性和、専門家でない者の不足する知識や誤った判断を専門家が是正する必要性を導く¹⁴⁾。

(4) 専門家の注意義務の内容

以上のような専門家の提供する債務の非定型性(なす債務、手段債務性)、専門家と非専門家間における情報格差・偏在および冒頭で述べた専門家の要素¹⁵⁾から導かれる専門家の注意義務の内容に対しては種々の分析が行わ

11) 鎌田薫「専門家責任の基本構造」『新・現代損害賠償法講座 第3巻 製造物責任・専門家責任』(日本評論社, 1997年)299頁。同書では、この文脈から、古い時代のヨーロッパ法における専門家責任論は、専門家の自由な能力の発揮を確保するという観点から、専門家には重大な過失のあるときしか責任を負わないとすることに力点が置かれていたことが紹介されている。

12) 他方、なす債務、すなわち、結果保証を伴わない「手段債務性」は、専門家責任においてアプリアリなものではなく、専門的であっても結果の達成が相当程度確実なものもあり、引き受けられた債務が手段債務か結果債務かは当事者の合意内容の解釈問題であって専門家一般を対象とするのは適切ではない、との指摘もある。河上正二「『専門家責任』と契約理論」法時67巻2号(1995年)9頁。

13) 河上・前掲注12)9頁。

14) 鎌田・前掲注11)305頁。

15) 冒頭で述べた専門家の要素のうち、一般原理の確立とそれに基づく教育及び訓練の必要(ア)、免許資格制度の存在(イ)及び団体の結成と自律性(ウ)については、プロフェッションの高度の専門的能力と技量の修得・維持に関するものであり、営利性の排除(エ)と独立性(オ)については、依頼者の最善の利益のために行動する職業倫理に関するものと整理される。森島昭夫「建築家の専門家責任」別冊 NBL28号(1994年)90頁。

れているが、概ね次の3点に集約できるのではないと思われる。

第1に、専門家は、自己の専門領域においては最低基準を満たす能力を有することを保証しており¹⁶⁾、素人よりも高度の能力・技能を発揮することが期待されている¹⁷⁾ことから、①客観的に高度な注意義務が課されている。

第2に、専門家は、その裁量的判断にも信頼を置かれており、例えば、医師の治療行為についていくつかの選択肢がある場合に、患者は医師の専門家としての判断を信頼して治療行為の選択を医師に委ねる場合や、法律の素人である依頼者が、弁護士に判断を委ねる場合、患者や依頼者には、医師や弁護士が自己の利益のために行動してくれるであろうとの信頼がある。ここから、専門家に委ねられた裁量的判断が依頼者の利益のために適切に行われたかが問題となり、これは英米法上の「duty of fiduciary」に相当するもので、②「忠実義務」と表現される。厳密には、英米法における duty of fiduciary の中心をなすのは利益相反禁止であるが、論者は、ここに不誠実行為を行わない義務も含めて以下の3つの類型に分けて忠実義務を構成している¹⁸⁾。

(a) 利益相反行為

(b)-1 不誠実行為として「期待の裏切り」（例えば、医師の輸血の際の血液型判定の過誤や弁護士の控訴期限徒過等）

(b)-2 不誠実行為としての「裁量権の不適切行使」（自己決定権の侵害、例えば、乳がん患者が部分切除を望んでいるのに乳房全体を切除した医師の行為とか、控訴の授權があったのに勝訴の見込みがないとして依頼者に確認せずに控訴しなかった場合等）

(c) 情報開示・説明義務違反

前述の高度注意義務を客観的義務、忠実義務を主観的義務とする指摘も

16) 能見・前掲注 6) 6頁。

17) 鎌田・前掲注 11) 298頁。

18) 能見・前掲注 6) 6頁、8～9頁。

ある¹⁹⁾。

そして、以上に加えて、第3として、依頼者に対して有効な情報を提供し、依頼者が適切な判断をなし得るように配慮すべき義務(説明・助言義務)を負う、とする見解がある²⁰⁾。これは、依頼者が素人で、専門的な知識に欠ける場合には、専門家に対する依頼内容が曖昧であったり、不適切であって、専門家がこれを補正しなければならない場合があり、さらに、専門家は法令遵守義務その他の公益を尊重すべき義務を負っていることがあり、依頼内容が違法な場合には依頼者の希望をそのまま実現することができない場合もある。そのような場合に専門家は、依頼者の知識の不足を補ったり、誤った判断を正して、その意思形成を適正に行わせるために、専門的立場から、③説明や助言を与える義務があるとされる²¹⁾²²⁾。

これに対しては、高度注意義務と忠実義務とを典型的に分けることの妥当性について疑問を呈する見解や²³⁾、高度注意義務違反型と忠実義務違反型を分けること自体にそれほどの意義はないとの指摘もある²⁴⁾。この指摘は、義務違反の種類を類型化しても、高度注意義務違反と忠実義務違反との間で差を見出すことは困難であるという²⁵⁾。しかしながら、高度注意義務違反と忠実義務違反を類型化することで、漠然とした専門家の責任の内容をより厳密に具体化することが期待されるし、忠実義務の枠組みでしか捕捉できない義務違反もないとはいえない²⁶⁾と解されるので、類型化には

19) 鎌田・前掲注11)303頁。

20) 鎌田・前掲注11)303頁。

21) 鎌田・前掲注11)305頁。

22) もっとも、前述のとおり、能見・前掲注6)9頁においても、「情報開示・説明義務違反」が忠実義務違反の一類型として挙げられている。

23) 川井ほか・前掲注10)46頁〔下森定発言〕。

24) 川井ほか・前掲注10)52頁〔潮見佳男発言〕。

25) 川井ほか・前掲注10)53頁〔潮見佳男発言〕。

26) 例えば、能見・前掲注6)8頁では、医師が白血病患者の治療にあたり、患者の脾臓細胞組織に研究上興味があり、その培養によって金銭的利益が得られる場合、医師個人のメ

一定の意義があるものと考えられる。

3 弁護士の責任

(1) 弁護過誤の種類

弁護士が依頼者に対し善管注意義務を負うことに異論はなく²⁷⁾、弁護過誤の内容は様々な視点で整理されているが、代表的なものとして、「不誠実型」、「単純ミス型」、「技能不足型」の3つの分類が参考になる²⁸⁾²⁹⁾。

(2) 誠実義務に関する論争

弁護士が善管注意義務を負うことに加えて、忠実義務を負うか否か及び誠実義務（弁護士法1条2項）の法的性質をどのように捉えるかが議論されている。

まず、忠実義務については、これまで述べてきたとおり、弁護士は典型的なプロフェッションとしての5つの要素を備えていること、債務の内容が非定型的でありその判断には相当広い裁量が存在すること、依頼者との間で情報・知識の格差や偏在が存在することから、依頼者に対し、忠実義務を負うものと考えられる³⁰⁾。

さらに、それに加えて、誠実義務（弁護士法1条2項）を負うかが問題となる。誠実義務に関しては、法的な規範であり善管注意義務を加重すると

ㄨ利益と患者の利益が相反し、医師の判断が歪められる可能性がある。そのような場合に医師が利益相反を開示しないで治療行為として脾臓組織を切除した場合、治療行為は成功したとしても忠実義務違反を認め、何らかの損害賠償責任が生じると考えるべき、とされる。

27) 加藤新太郎「弁護士の責任」『新・現代損害賠償法講座 第3巻 製造物責任・専門家責任』（日本評論社、1997年）347頁。

28) 加藤新太郎「弁護士の責任」川井健＝塩崎勤編『新・裁判実務体系8 専門家責任訴訟』（青林書院、2004年）60頁～。加藤・前掲注27) 356頁。その他の分析として、小林秀之「弁護士の専門家責任」別冊 NBL28号（1994年）79頁～等参照。

29) 加藤新太郎『弁護士役割論 [新版]』（光文堂、2000年）79頁。

30) 加藤・前掲注27) 348頁は、弁護士が依頼者に対して負う忠実義務は、弁護士・依頼者の関係それ自体に由来し、その法的根拠は弁護士法1条2項であると指摘する。

する見解³¹⁾と、単なる倫理規範であるとする見解³²⁾があり、前者の善管注意義務加重解が通説的とされる³³⁾。もっとも、後者の倫理規範説が指摘するように、弁護士³⁴⁾の注意義務は弁護士であるが故にそれにふさわしい程度に高度化されるのであって、誠実義務に関する弁護士法1条2項の効果として弁護士の注意義務が加重されると解する必要はないとも解し得る。

この議論のなかで誠実義務違反に該当し得るものとして想定された3つのケース³⁴⁾をここで紹介し、後に、弁護士賠償責任保険における免責事由との関係で改めて振り返ることとしたい。

(3) ケース①

弁護士が一審限りの訴訟追行の授権しかされていない場合において、受任した事件について敗訴判決の正本の送達を受けたときの措置として、依頼者の控訴利益を確保することは誠実義務でしか説明できないか。

(4) ケース②

弁護士が人身損害賠償案件を受任した場合において、請求すべき損害の構成について個別損害項目積み上げ方式とするか慰謝料中心の方式とするかを検討し、前者の方が後者よりトータルとして若干損害額が多いかもしれないが、必ずしもそうとも限らないので、自己が多忙であることを考慮し、証拠収集の手間や調査にかかる時間が少なくすむことを動機として後者を選んだ場合に、誠実義務違反があるといえるか。

31) 加藤・前掲注29) 10~12頁, 353頁。

32) 鈴木重勝「弁護士の民事責任」篠原弘志編『判例研究 取引と損害賠償』(商事法務研究会, 1989年) 256頁, 鎌田薫「わが国における専門家責任の実情」別冊 NBL28号 (1994年) 72頁。

33) 加藤・前掲注29) 353頁~。日本弁護士連合会調査室編著『条解 弁護士法〔第4版〕』(弘文堂, 2009年) 13頁および高中正彦『弁護士法概説〔第5版〕』(三省堂, 2012年) 24~25頁も善管注意義務加重説を採っているものと解される。

34) 加藤・前掲注29) 358~361頁参照。

(5) ケース③

水準以上の能力・技能を有する弁護士が手を抜いて、平均的な弁護士の能力・技能をもって執務したために、依頼者に損害が発生した場合には、善管注意義務違反で責任を追及できるか。

(6) 検 討

上記ケース①は善管注意義務違反で、②も善管注意義務違反ないしは忠実義務違反でそれぞれ説明できると考えられ、ここでは詳述は避けるが、問題はケース③である。そもそも、弁護士の善管注意義務の水準は平均的弁護士を基準にすれば良いとすれば³⁵⁾、当該弁護士と依頼者が水準以上の能力・技能をもって執務する特別の合意を結ばない限りは弁護士の責任を追及できない、というのが論理的帰結ではある。しかし、弁護士はそのような出し惜しみが許されるか。このような場合をいかにして規律すべきか。

このような場合、手抜きとはいえないものの、プロフェッションたる弁護士が、能力・技能の出し惜しみを行い、これにより依頼者等に損害が発生することの予見可能性があったのであれば、当該弁護士には義務違反があると見ることはできるであろう。ゆえに、善管注意義務の水準を平均とするならば、ここで誠実義務を根拠にすることは一考ではある。

もっとも、弁護士が出し惜しみをすることなく最善を尽くすことは、依頼者との弁護士委任契約に明示されていなかったとしても、当事者の合理的意思解釈として契約の内容を構成すると考えることは可能と解される。すなわち、注意義務の水準を考えるにあたり、その弁護士の専門分野等を考慮して相対的に考えれば³⁶⁾、「水準以上の能力・技能を有する」という

35) 幾代通著・徳本伸一補訂『不法行為法』(有斐閣, 1993年)40頁, 窪田充見編集『新注釈民法(15)債権(8)』[橋本佳幸](有斐閣, 2017年)327頁。

36) 幾代・徳本・前掲注35)48頁。最三小判昭和63年1月19日集民153号17頁の伊藤正己裁判官補足意見等。

のはその分野を専門とする者とすることもでき、その場合は専門性を発揮することが弁護士委任契約の内容を構成し、注意義務の内容となると解して善管注意義務違反として理解することもできそうである。よって、ケース③を想定してみても、善管注意義務を加重するものとして誠実義務概念が必要と断定するには至らないと解される。

もっとも、能力・技能の出し惜しみケースは、その義務違反性をどのように説明するかは別にして、弁護士賠償責任保険の免責条項該当性を検討する上で有用と思われる(弁護士が能力・技能を出し惜しみして平均的な事件処理を行い依頼者に損害が発生した場合に賠償責任保険は免責されるか)ことから、後に改めて検討したい。

4 弁護士賠償責任保険の約款の構造・機能・免責事由

(1) 約款の構造

弁護士賠償責任保険は、過失と懈怠を対象とするエラーズ・アンド・オMISSIONズ・ライアビリティ・インシュアランスであり、弁護士が提供する役務の過誤によって、依頼者等の第三者の一般財産に損害が生じた場合に負担すべき賠償責任を担保している³⁷⁾。

約款の構造は、基本的共通事項を定める普通保険約款と、担保する危険の内容に応じた特別約款とで構成される³⁸⁾。弁護士賠償責任保険における保険事故は、請求事故方式(クレイムズ・メイド方式)が採られているが³⁹⁾、保険期間中に遂行した業務に起因するものに限られる。

(2) 機能

弁護士賠償責任保険の機能としては、専門家責任保険一般にも妥当する

37) 小池良一「専門職業人の賠償責任保険」金判933号(1994年)190頁。

38) 峰島徳太郎「弁護士賠償責任保険」平沼高明先生古稀記念論集『損害賠償法と責任保険の理論と実務』(信山社, 2005年)362頁。

39) 峰島・前掲注38)367頁等。

ことではあるが、主たる機能は、専門家を保護し、活動が委縮することを防止する点が重要であり、副次的な機能として被害者救済、さらに、保険料はリスクに見合って決定されるのが一般的であるから、事故防止機能も認められるとされる⁴⁰⁾⁴¹⁾。

(3) 免責事由

免責事由としての故意は普通保険約款に規定され、それとは別に特別約款にて、「被保険者の犯罪行為（注1）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ことを予見しながら行った行為（注2）に起因する賠償責任」が免責事由として規定されている。ここでは、損害保険ジャパン株式会社の約款を参考しているが、（注1）は、「犯罪行為」を、「過失犯を除きます。」とし、（注2）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ことを予見しながら行った行為」を「不作为を含みます。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みます。」とされている⁴²⁾。

以下では、上述してきた専門家の責任の根拠や注意義務の内容や程度を踏まえて、弁護士賠償責任保険における「他人に損害を与えることを予見しながら行った行為」について判断した裁判例及び学説を概観したうえで、検討を進める。

40) 弥永真生「専門家責任と責任保険」『新・現代損害賠償法講座 第3巻 製造物責任・専門家責任』（日本評論社、1997年）379頁～。

41) 金岡京子「判批」損害保険研究72巻3号（2010年）275頁。

42) 「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みます。」の文言は、2019年7月改訂の際に付加された。この点について、土岐孝宏「判批」法学セ780号（2020年）113頁は、「予見していた」という文言に照らし、本人の具体的予見（認識）のないところまで免責範囲を拡張する解釈は、困難というべきであろう、と指摘する。

Ⅲ 裁判例の検討

- 1 東京高判平成10年6月23日金判1049号47頁(原審:東京地判平成10年1月29日金判1049号47頁。以下控訴審判決を「裁判例①」という)

(1) 事案の概要

AはB社に対し、平成4年1月16日、所有する本件土地を資材置き場とすることを目的とし、建物等の建築を一切しないとの約定で賃貸していたが、B社は平成4年中には、Aに無断で本件建物を建築し、事務所、倉庫及び作業場として本件建物を使用していた。そこで、Aは、平成5年3月頃、X弁護士に対し、本件土地を更地にして返還するように請求して欲しいと依頼し、Xはこれを受任した。Xは昭和36年に法曹資格を取得した経験豊富な弁護士である。XはB社に対し、平成5年4月22日、特約違反を理由に賃貸借契約を解除する旨の意思表示をし、横浜地方裁判所に建物除去土地明渡等請求訴訟を提起した。そして同訴訟において、AとB社は、平成5年7月21日に、本件土地についての賃貸借契約を合意解除する、AはB社に対し、本件土地の明渡しを平成6年3月末日まで猶予する、B社はAに対し、平成6年3月末日限り本件土地を明け渡す、B社は本件建物の所有権を放棄し、Aにおいてこれを任意に処分することに異議はない、との条項を含む和解が成立したが、建物明渡しの給付条項がなかった。その後、B社は平成6年3月末日を経過しても本件土地を明け渡さず、Xが再三にわたり明渡しを求めても応じなかったため、Xは和解調書に基づき執行官に強制執行を委任したところ、建物明渡しの給付条項がないため建物明渡しの強制執行はできないと指摘された。そこでXは同年7月に解体業者であるC社に対し、本件建物の解体を依頼した。その後、いったんはB社から同年7月中旬までに明け渡すので待って欲しいと言われてC社への依頼を取り消したが、B社が7月中旬までに明渡しを履行しなかったため、Xは、平成6年9月1日及び同月2日の両日に、本件建物を解体撤去

し、本件建物内の動産を廃棄処分した。本件建物の解体に際し、C社はB社に対し、本件建物の解体日時を予告した上で、同年9月1日の午前3時頃までに解体を終了し、翌2日に解体した廃材及び建物内部に存在していた動産類を搬出・処分して更地にした。Xは、9月1日は解体現場に立ち会ったが、高価な動産類は存在しないであろうと速断し、建物内に入って動産類の確認はしなかった。また、Xは、初日の解体作業終了後、B社従業員に対し、翌日午前9時までに必要な動産類を現場から搬出するよう警告したが、翌日、それが搬出されたかは確認しなかった。B社は、本件建物の解体に伴い、建物内部に置いてあった桐ダンス、桐クロゼット、桐木材、自動カンナ、自動仕上機、その他機械類、木材等の建築資材、机等の事務所備品を勝手に処分されたことによる損害1140万円をXに請求した。そこで、Xは、B社に対し法律上の損害賠償責任を負担したとして、Y損害保険会社に対し、弁護士賠償責任保険金を請求した。1審はXの請求を棄却したため、Xが控訴した。

(2) 判旨 (控訴棄却)

「本件保険契約においては、『賠償責任保険普通保険約款』の第四条(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』の第三条(免責)において、右『第四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。)。Xの主張はその前提が誤りであって、本件免責条項の趣旨を解釈するに当たって、故意免責条項に関する議論を参考にすることはできない。」

「当裁判所は、本件建物内に存在していた動産類全部の具体的内訳、数量は不明であって、桐タンスなどの木工品や高価な木材が存在したものと直ちに認めることはできないと判断する。そして、仮にこれらの動産が存在したとすれば、その廃棄、処分による損害についても、Xはこれを与えるべきことを予見していたということができ、本件免責条項の適用があると解するのが相当である。すなわち、本件建物内に存在した動産類の廃棄、処分による損害を与えるべきことを予見していたというためには、その動産類全部の内訳、数量や価格までも逐一具体的に認識していたことは必要ではなく、本件建物内に価値ある動産が存在することを認識しながら、これをすべて搬出処分することを指示した以上は、通常は全く予想することができない動産が存在したような場合は格別、現実に存在していたすべての動産の廃棄、処分による損害について、これを与えるべきことを予見していたというべきである。そして、本件建物は、木造建物の建築等を業とする会社であるB建設が事務所、倉庫、作業所として使用していたのであるから、桐タンスなどの木工品や高価な木材が存在したとしても何ら異とするには足りないものであって、B建設の業務と本件建物の使用状況を認識していたXにとって、これらの動産が存在することが全く予想外であったとはいえない。」

「Xは、解体工事の二日目にB建設が現場から動産類を搬出したかどうかを確認していないのであるから、本件建物内の動産類がすべて搬出されたと考えるべき状況にはなかったといわざるをえず、B建設に損害を与えるべきことを予見していたことには変わりがない。X主張の予告ないし警告の事実は、XがB建設に損害を与えるべきことを予見していたという判断を左右するものではない。」

(3) 若干の検討

本件は、弁護士Xが債務名義によらずに、違法に自力執行した事案である。本判決は、「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とし、故意免責条項に関する議論を参考にするにはできない判示している。また、動産類全部の内訳、数量や価格までも逐一具体的に認識していたことは必要ではない、とも指摘しており、これらの点が特徴的である。

本判決は、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故意行為は別個の行為と判断しているが、その理由として、普通保険約款の故意免責条項とは別に特約条項で本件免責条項が定められていることを指摘するのみで、それ以外の理由には言及されていない。事案の解決として、免責事由を適用したのは妥当と解される。

2 大阪高判平成19年8月31日金判1334号46頁（原審：大阪地判平成18年9月1日金判1334号50頁。以下控訴審判決を「裁判例②」という）

(1) 事案の概要

Xは、弁護士経験20年の弁護士でありA社と顧問契約を締結する顧問弁護士である。Aは、Bとの間で昭和61年5月に大阪市北区所在のビルの地下部分（以下「本件建物」という）について賃貸借契約を締結し、同契約に基づき引き渡しを受け居酒屋を経営していた。昭和63年頃から本件建物の壁や柱から湧水、排水溝のつまりによる水漏れなどが発生しAはBに修補を求めたが、Bは根本的な修理工事を行わなかった。そこで、Aは平成10年1月、Xに対し、Bへの対応を委任し、Xはこれを受任した。XはBを交渉に着かせるための戦術として平成10年1月分以降の賃料の支払いを停止することとした。Bは、Aに対し、平成10年12月11日、同年1月分から

11月分までの未払い賃料及び共益費等の合計1114万9739円の支払いの催告をするとともに支払いがない場合、催告から10日の経過をもって本件賃貸借契約を解除するとの意思表示をしたが、Aは未払い賃料を支払わなかったため本件賃貸借契約は解除された。平成12年10月18日、Bを原告、Aを被告とする訴訟において、本件建物の明渡しと未払い賃料の支払いを命ずる判決がなされた。その後、平成15年11月25日、Aを原告、Xを被告とする訴訟において、Xに対し、明け渡し訴訟におけるXの弁護過誤に基づく損害2666万6000円の支払いを命ずる仮執行宣言付の判決がなされた。XとAは、平成15年12月16日、Xが暫定的に2000万円を支払うことで仮執行に基づく強制執行を行わないこと、控訴審の結果を待って清算することを合意し、XはAに対して2000万円を支払った。XとAは、平成16年6月3日、損害額を2000万円とする内容で訴訟上の和解を行った。以上を前提に、Xは、Y損害保険会社に対し、弁護士賠償責任保険に基づく保険金の支払いを求めた。1審はXの請求を棄却したためXが控訴した。

(2) 判旨 (控訴棄却)

「本件保険契約上定められた弁護士特約条項3条1号後段が、被保険者が『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』を免責の対象としていることは、前記争いのない事実等(2)のとおりであるところ、上記行為は、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することを意味するものと解される。そして、このような行為のうち、作為とは、直接他人に損害を与える行為をすることを意味するのに対し、不作為とは、法令、契約、慣習又は条理に基づき他人に損害が発生することを防止すべき作為義務を負う者が当該損害の発生を防止する行為をしないことを意味するものと解される。」「他人に損害を与える蓋然性が高いことの認識の有無につき検討する。Xが、Aと顧問契約を締結した平成10年1月27日の時点で、Aから相談を受け、Bに本件建物の修繕をさせるため、Bを交渉の席に着かせる手

段として、賃料不払を行っていることを認識していたが、その一方で、Aは、本件建物の瑕疵にかかわらず、本件店舗の営業をすることができており、Bの修繕未履行によって、Aが賃料の支払を拒めるのは、賃料額の半額程度であろうと認識していたことは、上記（１）ア及びイ認定のとおりである。そして、その後、Aが、約11か月もの間、本件店舗の営業を続けながら、賃料の支払をしなかった結果、平成10年12月11日に、未払賃料等合計1114万9739円を10日以内に支払わなければ、本件賃貸借契約を解除するという本件催告がされるに至ったことは、上記（１）エ認定のとおりである。かかる事実によれば、本件催告がされた当時、Xが、AがBに対し、本件催告に応じて、速やかに相当額の支払ないし供託をしなければ、本件賃貸借契約が解除されてしまう可能性があることを認識していたことは明らかである。そして、Xに対するAの依頼が、Bに本件店舗の修繕をさせることを狙いとするものであったことからすれば、Aが、本件店舗からの撤退を望んでおらず、本件賃貸借契約の解除が、本件店舗で営業を行っているAに損害を与えるものであることを、当然に認識していたと認めることができる。問題は、Aが損害発生の蓋然性が高いことを認識していたとまでいえるか否かであるが、通常の弁護士知識水準を前提として、特定の措置（すなわち、賃料の支払又は供託）を講じない限り依頼者が損害を被る（すなわち、解除に至る）蓋然性の高い状況下において、当該特定の措置を講じることを指導助言しなかったというのであるから、Xが損害発生の蓋然性が高いことを認識しながら行為したと評価せざるを得ない。」

「他人に損害が発生することを防止すべき作為義務違反の有無について検討するに、〈1〉Xが、Aと顧問契約を締結し、かつ、Aから本件賃貸借契約について相談を受け、賃料全額不払いという戦術を指導していたこと、〈2〉本件賃貸借契約の解除による本件店舗の撤退という損害がAに発生することを防止する手段は、本件催告期間内に賃料（修繕義務未履行により賃料の一部の支払を拒めるのであれば、その残額部分）の支払又は

供託をすることであり、弁護士であるXは、当然にそのことを認識していたと認められることからすると、Xは、顧問契約又は先行行為に基づき、少なくとも、本件催告についてAから相談を受けた際に、上記支払又は供託をしない限り本件賃貸借契約が解除され、本件建物を明け渡さなければならぬ旨説明し、可能な限り賃料を工面するように促す作為義務を負っていたものと認められる。これに対し、Xは、賃料を支払わなくても明渡訴訟において敗訴する見込みが高いとは認識しておらず、解除が権利濫用に当たるとして争った場合に敗訴するかどうか分からなかった旨供述するけれども、司法修習終了後十数年間継続的に一般民事事件処理を含む法律事務を取り扱ってきた弁護士の供述としては措信し難い。そして、Xは、Aに対し、一般的抽象論として、賃料の支払を停止すれば本件賃貸借契約が解除されるおそれがあるという説明はしたものの、本件催告により解除が現実の危機となっており、本件催告に応じなければ本件賃貸借契約が解除され、本件店舗を明け渡さなければならぬ旨説明して、事態の緊急性と重大性を認識させた上で、金策の具体的可能性を問うようなことをせず、C(※著者注、Aの代表者)との間で、上記(1)エ認定の程度の会話をを行うことしかなかったのであるから、前記作為義務に反する不作為があったものと認められる。」

(3) 若干の検討

本件は、弁護士が、賃貸借契約が解除される危険があることを認識しながら、依頼者に賃料不払い戦術を指導したことにより依頼者に損害が発生した事案である。

本判決は、裁判例①とは異なり、「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、「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することを意味するもの」とした点に特徴がある。裁判例①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」と述べ「予測」で足りるとしているが、本判決は予測では足りず、損害発生に対する高い認識（高度の蓋然性）を要求したものと解することができるであろう。この点の判旨は妥当であり、事案の判断としても、賃料不払い戦術は損害発生の高度な蓋然性があると解されることから免責判断は妥当な結論と解される。

3 高松高判平成20年1月31日金判1334号54頁（原審：松山地判平成19年6月25日金判1334号62頁。以下控訴審判決を「裁判例③」という）

(1) 事案の概要

弁護士であるXは、恐喝罪で起訴されたBの刑事弁護人として平成7年3月27日、Bの保釈を請求したところ、裁判所は保釈保証金5000万円で保釈を許可する決定をしたので、Xは、Bが出捐した5000万円をX名義で納付し、同日Bは保釈された。その後、Xは、Bから本件保釈金のうち1500万円はAが資金提供しているので、Bの刑事事件終了後、1500万円をAに返還して欲しいとの依頼を受け、同年8月31日、X名義で納付した本件保釈金のうち、1500万円をBの刑事事件終了後にAに返還することを約束するB宛ての覚書を作成してBに交付した。平成9年10月27日、松山地裁はBの刑事事件につき懲役4年の実刑判決を下したが、Xら弁護人は即日控訴し、平成12年3月28日、高松高裁は原判決を破棄してBに対し執行猶予付きの有罪判決を言い渡した。その後、Bの依頼を受けて、Xは、本件保釈保証金の還付を受けたが、Bは本件覚書の記載を取消し、本件保釈保証金を全額Bに返還して欲しいと依頼したため、Xは本件保釈保証金を全額Bに返還した。これに対して、Aが、Xの行為は、AとBとの間の代理受領委任契約上のAの利益を侵害得る不法行為を構成すると主張し、高松高裁がこれを認め、Xに対し、1500万円及びこれに対する遅延損害金をAに支払うように命じ、Xは上告及び上告受理申立てを行うも、上告は棄却、上告受理申立ては不受理とされ高松高裁判決が確定した。Xは平成18年2月頃までに、高松高裁判決に従いAに損害金元本1500万円と遅延損害金の

合計1725万円及び応訴費用として代理人弁護士に弁護士費用150万円を支払った。そこで、XはY損害保険会社に対し、弁護士賠償責任保険契約に基づき保険金を請求したが1審はXの請求を棄却したため、Xが控訴した。

(2) 判旨 (控訴棄却)

「Xは、遅くとも平成7年8月31日までに、BとAの間において、Aが出捐した1500万円の同人への返還を确实なものとするため、本件保積金がXに還付された時点で、本件保積金の中から1500万円をAがXから直接支払を受ける権限をBがAに付与する合意が成立していることを認識した上、本件保積金の中から1500万円をAに直接返還することをAに対し承諾したと認められることからすると、Xが、1500万円の代理受領権限を有するAの意向を確認することなく、Bからの依頼のみに基づき、漫然と本件保積金の全額をBに返還した行為は、AとBとの間の1500万円の代理受領に関する合意上のAの利益を侵害するものといわざるを得ない。そして」
「Xは、本件保積金の出捐者がA、C建設及びDであり、同人らがXに対し、本件保積金還付の時点で本件保積金の中から直接Aらに支払うよう求めていることを認識していたほか、遅くとも平成7年8月31日までに、BがAに1500万円の受領権限を付与したことを認識した上でAに対しこれを承諾し、本件覚書(甲4)にも自署、押印しながら、他方で、平成11年6月28日にBから誓約書(甲13)の差入れを受け、本件保積金全額をBに返還した際もBから誓約書(甲16)の差入れを受け、しかも、上記各誓約書の記載内容(本件保積金の出捐者)が従前のXの認識と異なることを当然知っていたと考えられることからすると、Xは、本件保積金全額を出捐者であるA、C建設及びDではなくBに返還すれば、Aらが出捐額と同額の損害を被り、控訴人とAら出捐者との間で紛争が生じるであろうことを認識した上、現実に紛争が生じた場合にはBに全責任を負わせることによりXの責任を免れる意図の下、あえて本件保積金全額をBに返還したと認めるのが相当である。」

「そうだとすると、前件高裁判決でXが負うとされた本件賠償責任は、少なくとも、本件保釈金全額をBに返還すればAに出捐額1500万円相当の損害を与えるべきことをXが予見した上で、あえて本件保釈金全額をBに返還したという行為に起因するものと認められ、本件特約条項3条1号にいう『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（中略）に起因する賠償責任』に当たると認めるのが相当であるから、Yは、本件賠償責任によって被ったXの損害について、これをてん補すべき義務を免れるというべきである。」

「Xは、本件特約条項3条1号にいう『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』とは、同号で定める過失犯を除く『犯罪行為』と同列に扱っていることに照らし、故意犯と同視できるほどの過失、すなわち、損害の発生を予見し、これを認容すること（認容ある過失）が要求され、また、犯罪行為と同程度の強度の違法性が要求されると解すべきである旨主張する。しかしながら、本件特約条項3条1号の文言解釈上、Xが主張するような解釈をすることには疑問が残るが、その点はともかく」

「Xは、Aが本件保釈金の中から1500万円をXから直接支払を受ける権限をBから付与されていることを認識し、Aに対しこれを承諾しながら、その後、Bから誓約書（甲13、16）の交付を受けていたのであり、そのような事実関係の下において、Xが本件保釈金をBに全額返還すれば、Aに対し損害を与えることになることを予見し、かつ、そのことを認容していたというべきであるから、控訴人が本件保釈金全額をBに返還した行為は、本件特約条項3条1号にいう『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』に当たるといわざるを得ない。」

(3) 若干の検討

本件は、保釈保証金の返還先について、元々の返還先とされていた資金提供者Aの確認を取ることなく、依頼者Bの申告に従って、依頼者Bに全額の返還を行い、資金提供者Aが損害を被ったとされる事案である。

本判決は、「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」についての明示的な解釈論は示していないが、Xが故意と同視できるほどの過失、すなわち、損害の発生を予見し、これを認容すること（認容ある過失）が要求されると主張した点について、約款の文言解釈上疑問が残る、としている。Xの主張する「認容ある過失」の意味は明らかではないが、損害の発生の予見と認容を要求するとの文言からは、未必の故意をいうものと解される。このような前提に立てば、本判決は、「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」を未必の故意と同視することには疑問があるとの立場と解することができるであろう。

本件では結果的にBがAに1500万円を返還しなかったが故にXがAの損害を賠償したということと解されるが、BがAに返還しないことについての程度の認識を求めめるかによって結論は変わり得るものと考えられる。XにおいてBがAに1500万円を返還しない蓋然性をどの程度認識していたかは判決文からは明らかでなく、AとBの属性や人間関係、結果的にBは刑事事件の控訴審で執行猶予が付いたことがXの認識に影響を与えるものと思われるが、本件では判然とせず、損害発生の高度な蓋然性の認識まではなかったと解する余地もあったのではないと思われる。

4 大阪地判平成21年10月22日判タ1346号218頁（「以下裁判例④」という）

(1) 事案の概要

Xは社会福祉法人であり、Aは弁護士であるが、平成10年4月8日頃、XはAに対し、大阪府から交付される補助金の管理を依頼し、Aは同年5月18日、特別養護老人ホーム建設に伴う補助金の一部である5億8219万2000円をA名義の預り金口座に預かった。Aは、管理契約に基づいて、老人ホーム建設費を保全する目的で補助金を管理しており、同目的以外に流用させない義務を負っていたのに、委任契約上の注意義務に反し、Xの理事長であるBの母Cの横領を確実に予見しつつ、Xの口座に2億6755万円を送金した。Xは、大阪地裁にAに対し、債務不履行に基づく損害賠償を

請求し、1 審はこれを認容した。A が控訴したが、控訴審において、A が C の指示に基づき X の口座に送金した点に過失があったこと等を認める内容で訴訟上の和解が成立した。A は、X に対し、Y 損害保険会社との間の弁護士賠償責任保険契約に基づく保険金請求権を譲渡したため、X が Y 本件会社に保険金を請求した。

(2) 判旨（請求棄却）

「補助金は、流用が刑罰をもって禁止され、流用された補助金は交付決定を取り消されて返還を命じられることもあるのであるから、補助金が流用されることにより社会福祉法人が被る損害は、いったん補助金が流用された時点において確定的に生じるものであって、仮に流用された補助金が後に返還されたとしても、それは、いったん発生した損害が、事後的に補填されたものにすぎないと評価するのが相当である。したがって、仮に A が流用された補助金が返還されると信じていたとしても、前記のように流用が厳格に禁止される補助金の性質を熟知しながら C に流用を認めた時点において、A は、X に損害を与えることを認識しながら X に損害を発生させたものである。そうすると、A は、補助金の流用により X に損害を与えるべきことを予見していたと認めるのが相当である。仮に、補助金が流用されることによって直ちに損害が生ずるのではなく、流用された補助金が後に返還されないことによって X に損害が発生するという考え方をとったとしても、前記認定判断によれば、A は、補助金が返還されない蓋然性が高いこと、ひいては返還されないことによって X に損害を与える蓋然性が高いことを認識しながら流用を認め、かつ、X との委任契約に基づく弁護士としての職務上の義務として流用を回避すべき権限を有し義務を負っていることも認識していたと認めるべきであるから、いずれにしても、免責条項の解釈適用上『損害を与えるべきことを予見』していたことにあたると解するのが相当である。X は、免責条項の解釈上、A が X に損害を当てるべきことを現実に予見していたことが必要であると主張する。しかし、

免責条項は、損害を『与えるべき』ことを予見していたことを要件としており、『与えるべき』という文言は、必然性ないし可能性を意味し、確定性を意味しないと解するのが自然である。また、弁護士賠償責任保険契約の性質上、弁護士としての職務上の責任をある程度広く保険で補償するように解すべきであるという点では、Xの主張ももっともであると考えられるが、他方で、ほぼ確実に損害が発生することを認識していたといえるほど損害が発生する高度の蓋然性を認識しながら行った行為についてまで補償することとなると、不当に補償の範囲が広がりすぎることになり、保険におけるモラルハザードの危険が生ずることにもなる。損害保険について定める商法641条が、保険者は被保険者の悪意若しくは重大な過失により生じた損害を填補する責任を負わないとしていることも踏まえると、上記免責条項は、商法641条の趣旨を踏まえ、被保険者に重大な過失がある場合を除外することにより、このようなモラルハザードを防ぐ目的で定められたものと考えられる。したがって、上記免責条項の文言や規定の趣旨を踏まえて考えると、上記免責条項の規定の解釈としては、損害が発生することを被保険者が確定的かつ現実に認識していた場合に限られるものではなく、損害を与える蓋然性が高いことを認識していることをもって足りるものと解するのが相当である。」

(3) 若干の検討

本件は、弁護士Aが依頼者であるXからの預り金（大阪府から交付された老人ホーム建設のための補助金）を、Xの理事長の母が私的流用することを認識しつつ、私的流用が可能な状態に置き、実際に私的流用が行われてXが損害を被った事案である。

本判決は、「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」の解釈について、「与えるべき」の文言は、「必然性ないし可能性」を意味し、確定性を意味せず、「損害を与える蓋然性が高いことを認識していることをもって足りる」と説示しており、この点に特徴があるが、その理由

として、上記免責条項は、商法641条の趣旨を踏まえ、被保険者に重大な過失がある場合を除外することにより、モラルハザードを防ぐ目的で定められたものと考えられるとする。この理由付けからは、「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」を重過失と同視しているように見え、認識ある過失と重過失を混同するもののように思われるが、本判決の趣旨としては、本件免責条項を認識ある過失と捉えたものと見るべきであろう。保険法改正後は、責任保険における重過失免責は削除されていることから、上記の理由付けは法改正により妥当性を失うことになるが、本件免責条項を認識ある過失を免責とする趣旨と捉えればその当否については依然として問題となる（私見からは妥当とは解されないが、詳細は後述する）。

5 大阪地判堺支平成25年3月14日金判1417号22頁（以下「裁判例⑤」という）

(1) 事案の概要

本件の原告Xは、脳性小児麻痺により幼少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、単独の生活は不可能で全面介助が必要で、障害者支援施設Aに入所していた。Yは平成10年に法曹資格を取得した弁護士である。Xの母の弟の妻であるBは平成14年10月23日に本件裁判所にXについて成年後見開始の申し立てをした。担当家事審判官Cは平成15年6月18日に成年後見を開始し、成年後見人としてBの他、Bの長男であるDを選任した。B及びDは、平成16年7月5日、E弁護士を代理人として、本件裁判所にB及びDが取締役を務めるF会社が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に特別代理人選任の申し立てをした。しかしB及びDは同年11月15日、同申し立てを取り下げた。他方、B及びDは、同年7月23日、Eを代理人として、本件裁判所に対し、Xについて後見監督人選任の申し立てをしたが、同年9月13日に同申し立てを取り下げた。同年11月16日、本件裁判所の家事審判官Gは、Xにつき後見監督を開始し、同年12月3日にDを審問した。GはDの解任を見込んで、同月8日、奈良弁護士会に成年後

見人候補者の推薦を依頼した。E 弁護士は、同年13日、本件裁判所に対し、Dには解任事由がなく、後見事務を継続する必要がある等とする意見書を提出し、Gは結局、Dを解任せず、職権で後見監督人を選任することとし、平成17年3月25日、弁護士YをXの後見監督人に選任する審判をした。B及びDは、事実上、Dの長女であるHに、Xの財産管理の後見事務を担当させていたが、Dらは、平成15年8月8日から平成20年8月1日までの間に、後見人の肩書のあるB・D名義の口座及びX名義の口座から8986万2945円を出金し、このうち、7451万2918円を不正に着服した。Yは平成20年8月13日頃、本件裁判所の担当書記官から連絡を受け、平成15年12月頃以降、B及びDから財産状況の報告等がされていないことを知った。Yは、平成20年9月25日、Dと面談してDらによる横領が発覚した(Bは平成19年5月1日に既に死去している)。その後、本件裁判所は、審判前の保全処分を経て、平成21年2月24日にDを成年後見人から解任し、Yを成年後見人に選任する審判をした。YはXの法定代理人成年後見人として、同年6月9日、D及びHを被告とする損害賠償請求訴訟を提起し、Dらに損害賠償義務があるとする内容の訴訟上の和解が成立したがDらに資力はない。また、奈良地方検察庁は平成22年2月24日、3月17日にHを業務上横領で起訴したが、Dは不起訴処分とした。Dは平成22年10月23日に奈良地方裁判所に自己破産の申し立てを行った。Yは平成22年1月8日、Xの成年後見人を辞任した。Xには別の成年後見人が選任された。以上を前提に、XがYに対して損害賠償を、Yと弁護士賠償責任保険契約を締結するY2損害保険会社に対して保険金をそれぞれ請求した。

(2) 判旨 (Y2 保険会社に対する請求認容)

「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。」

「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Xに多額の流動財産があり、D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D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、D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。」

「これに対し、Y2は、平均的な知識を有する弁護士であれば、Dらの不法行為を予見し得た旨を主張する。しかし、Yが後見監督人に選任された際、G 審判官は、D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D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、D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、D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、D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、Y2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。」

(3) 若干の検討

本件の事実関係は複雑であるが、要するに、成年後見監督人を務めてい

た弁護士が、成年後見人の横領行為を見過ごした点について、「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」に該当するか否かが争われた事案である。

本判決は、約款解釈として、本件免責条項の趣旨を、「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」とし、「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（不作為を含みます。）に起因する賠償責任」については、「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」とした点に特徴がある。

本件は請求認容事案（有責）であるが、本件におけるYは後見監督人に就任してから約3年6か月の間、後見人に対して財産状況等の報告を求めるなどの行為に出ておらず、この点は問題があったものと思われる。しかし、他方で、本判決は、Yにおいて、後見人が横領行為に出ることを窺わせる具体的な情報に接してはなかったこと等から、上記免責条項該当性を否定しており、妥当な結論と解される。また、本判決は、平均的な弁護士であればDらの不法行為を予見し得たとのY2の主張も排斥していることから、本判決は、単に結果の予見可能性があっただけでは足りず、結果発生の高度の蓋然性が必要と判断したものと解される。なお、Y2の主張は、平均的な弁護士を基準に予見可能性があれば免責が認められるべきとの主張と解されるが、これは認識ある過失にも当たらない、単なる過失を免責とすべきとするもので妥当とは解されない。

6 東京地判平成28年1月27日判時2323号125頁（以下「裁判例⑥」という）

(1) 事案の概要

弁護士であるXは、平成21年4月24日、Aの訴訟代理人として、B社に対し、貸金3億1050万円（以下「本件貸金債権」という）の返還及び遅延損害金の支払を求める訴訟を提起した。同訴訟は平成23年1月25日に第1審判決が言い渡され、上記3億1050万円のうち、1億円及びこれに対する遅延

損害金の限度で認容された。Bは上記1審判決に控訴し、控訴審において、Cが本件貸金債権を債権譲渡により譲り受けたとして独立当事者参加し、Aに対し、上記1億円及び遅延損害金の請求権がCに帰属することの確認を求めるとともに、Bに対して上記1億円の支払いを求めた。Bは本件貸金債権の存否を争うとともに、本件債権の存在及びCに対する債権譲渡が認められるとすれば、BがCに対して有する債権を自働債権として、Cの貸金債権と対当額にて相殺する旨を予備的に主張した。平成24年3月28日に言い渡された控訴審判決は、AからBに対する1億円の貸付、AからCに対する債権譲渡、BのCに対する相殺の主張が認められ、AのBに対する請求、CのBに対する請求がいずれも棄却された。Dは、上記貸金返還請求訴訟で請求された3億1050万円は、うち1億円をDが出捐し、残額をEが出捐し、Aを形式的な貸主としてBに貸し付けられたもので、Xに上記訴訟の提起及び追行を委任したのは実質的にはD及びEであったとして、平成24年6月5日、Xに対して委任契約の債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。DはXがAからCへの債権譲渡について債権譲渡契約書及び債権譲渡通知書の作成を依頼され、Dに意向確認せずに上記依頼に応じ、両者間の債権譲渡契約書への調印に立会い、Dの利益を損なったとして、前訴の控訴審で棄却された1億円、前訴の仮差押えの供託金のうちDが出捐した3360万円のうち、一部請求として1億円の一部の1500万円、供託金の一部である500万円の合計2000万円の支払いを求めた。上記訴訟は、平成25年9月6日に1審判決が言い渡され、Dの請求のうち、1億円の一部の1500万円が認容された。1審判決は、Dの主張を認め、XとAとの間だけではなく、XとD・Eとの間にも委任契約が認められるとしてXがD・Eの意向確認をせずに債権譲渡契約書および通知書の作成に関与したことはD・Eとの委任契約に基づく善管注意義務に違反すると判断した。これに対しXが控訴したところ、平成26年3月20日に言い渡された控訴審は、1審と異なり、XとDとの間の委任契約は否定されたが、Xは本件貸金の資金を提供したのはD・Eであり、Aはダ

ミーに過ぎないとの説明を受けたこと、前訴の弁護士費用の着手金はEが支払ったこと、Xは、前訴の資料をDに送付していた時期があったことから、Xは、本件貸金の名義上の貸主であるAが、D・Eの計算で本件貸金の回収を行うもので、AはD・Eに対して本件貸金の回収による経済的価値を帰属させる義務を負うものと理解可能であったとして、XはD・Eとの間で委任契約を締結しなくとも、Aとの訴訟委任契約を継続することにより、D・Eのために事務の管理を始めた者に当たるとして善管注意義務を負うと判断した。Xは上告及び上告受理の申立てを行ったが、平成26年8月11日付で上告棄却及び上告不受理の決定がなされた。Xは平成25年4月9日付で、Y損害保険会社に対し、弁護士賠償責任保険事故報告書を提出していたが、弁護士賠償責任保険契約に基づきY損害保険会社に対して保険金を請求した。

(2) 判旨 (請求認容)

「Yは、XがDに対して賠償責任を負担するとしても、本件免責特約条項によりYは免責される旨を主張する。この点、本件免責特約条項(弁護士特約条項三条柱書及び一号)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』については、その文言及び普通約款四条一号(故意免責)との関係から、故意免責とは別個の行為を意味するものであり、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と解され、上記の他人に損害を与えるべきことの予測については、損害の発生を現実に認識していた場合に限らず、損害を与える蓋然性が高いことを認識していることを含むものと解される。」

「そして、Xに関する上記行為の有無については、AからCに対する債権譲渡契約書及び債権譲渡通知書の作成に関与した際に、D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ていたか否かを検討すべきところ、証拠<略>によれば、Xは、上記債権譲渡

契約書及び債権譲渡通知書の作成に関与した当時、〈1〉別件貸金返還請求訴訟における三億一〇五〇万円の請求のうち、Eが出捐したとされる二億一〇五〇万円はもとより、Dが出捐したとされる一億円についても、立証が困難であるとの認識を有しており、同債権の存否自体が不確定なものであると考えていたこと、〈2〉上記各書面の作成について、A及びCから、CのAに対する債権を保全するための担保として作成されるもので、当面は上記債権譲渡の通知をする予定はない旨及び仮に上記訴訟において請求が認容された場合には、その配分については関係者間で相談する旨を聞いていたこと、〈3〉上記〈2〉の事情をA及びCから聞いた際、債権譲渡についてDの許可を得ているかを尋ねたところ、これに対してAが自分から説明する旨を言われたこと、〈4〉本件貸金債権については、D及びEが出捐したものであっても、D及びEはAの債権者の立場に過ぎず、AがCに対しても債務を負っている状況において、上記貸金債権をどのように処分するかはAの自由意思によるものである、との認識を有していたこと、が認められる。」

「そうすると、上記の事実によれば、Xが上記各書面の作成に関与するに際し、これがDに損害を与えるべきことを予測していたこと、すなわち、損害の発生又は損害を与える蓋然性が高いことを認識していたものとは認められず、かつこれを回避すべき手段があることを認識していたとも認められないというべきである。したがって、Xについて、本件免責特約条項の免責事由に当たるものとは認められない。」

(3) 若干の検討

本件は、貸金返還請求事件を受任した弁護士において、形式的な貸主とされる依頼者が当該債権を譲渡するに際して、実質的な貸主の意向を確認することなく債権譲渡契約書及び債権譲渡通知書の作成に関与したことが、実質的な貸主かつ依頼者に対する善管注意義務に違反するとして損害賠償義務を負ったとして、弁護士賠償責任保険金が請求された事案である。

本判決は、「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」について、故意免責とは別個の行為であり、他人に損害を与えるべきことの予測は、損害の発生を現実認識していた場合に限らず、損害を与える蓋然性が高いことを認識していることを含むものと判示している。高度の蓋然性を求める点で、裁判例②、④、⑤と共通する。

本判決は認容事例（有責）であるところ、Xにおいて、形式的貸主かつ依頼者であるAの言葉を信じて、実質的貸主かつ依頼者であるD・Eに債権譲渡に関する確認を取らなかった点は軽率であったと解されるが、形式的とはいえ、貸金債権者はあくまでもAであり、D・EはAに対する債権者に過ぎないことや債権譲渡通知を予定はないとされていたこと等の事実関係において、損害を与える高度の蓋然性の認識を否定したもので、妥当な結論であると解される。本判決は、高度の蓋然性が認められるための認識の程度を判断する上で、参考になるものといえるであろう。同じく有責判断をした裁判例⑤と同様、確認を怠ったという不作為事案である点にも特徴がある。

7 大阪高判平成28年2月19日金判1488号40頁（原審：大阪地判平成27年2月13日金判1470号51頁。以下、控訴審判例を「裁判例⑦」という）

(1) 事案の概要

破産会社Aは、平成22年3月8日の株主総会において、募集株式の第三者割当発行を行うこと、その払込総額（21億2000万円）のうち、20億円は不動産（以下「本件山林」という）を出資の目的とし、本件山林の価格を20億円とする現物出資の方法によるものとすることを決議し、同月25日に本件現物出資が実行された。しかし、本件山林の実際の価値は平成22年3月25日当時、5億円を上回ることはなかった。Aは平成23年5月2日、大阪地方裁判所において破産手続開始決定を受け、Xが破産管財人に選任された。Xは、現物出資を行ったY1に対し、会社法212条1項2号に基づき、現物出資の不足額15億円のうち、4億円及び遅延損害金の支払を求める訴

訟を提起し、この請求は認容された。他方、弁護士であるBは、平成22年2月15日、Aに対し、本件現物出資に関し、本件山林の価格を20億円とすることが相当である旨の会社法207条9項4号に基づく証明をした(以下「本件証明行為」という)。平成26年9月12日、XとBとの間で、本件証明行為をしたことによる会社法213条3項に基づくBの責任額を3億4800万円とする裁判上の和解(以下「本件和解」という)が成立した。そこで、XはBと弁護士賠償責任保険契約を締結するY2損害保険会社に対し、弁護士賠償責任保険金の上限である3億円の支払いを求めて訴訟を提起した。Bの責任に関する事実関係は次のとおりである。Bは昭和49年に弁護士登録をした弁護士でAの顧問弁護士であったが、Aの決算書類等を見ることはなく、平成21年頃、Aが債務超過であったことや債務超過を解消することができない場合に株式の上場廃止となることは知らなかった。本件山林付近の土地は別荘地として造成、開発、分譲されている部分があり、本件山林は上記本件別荘地内にあったが、本件山林自体は別荘地として開発されておらず、急斜面の土地の割合が非常に高かった。Aの取締役Cは、平成22年1月15日、Bに対し、本件山林を現物出資とする計画があることを説明し、会社法207条9項4号に基づき証明することを依頼した。Cは、不動産鑑定士Dが作成した本件別荘地の鑑定書(評価額105億3000万円)を持参していたが、上記鑑定書は本件別荘地の土地の所有者Eが作成を依頼したものであった。Cは当初、Aの顧問弁護士であること、D鑑定はEの依頼により作成されたものであることを理由に依頼を断った。その後、Dは本件山林の評価額を31億4750円とする鑑定書を作成し、Cは再度Bに証明を依頼したが、BはD鑑定がEの依頼によるものであることを理由に依頼を断った。Cは、宅地建物協会からの照会でF不動産鑑定士に本件山林についてのD鑑定に対して意見表明を依頼した。それを受けて、Bは本件証明の依頼を受任した。Bは平成22年2月4日、本件別荘地に行き、Cから本件山林の現状の説明を受け、急傾斜地が含まれることや、D鑑定に記載の本件山林の現況を確認した。Fが作成した本件山林の試算表では、急傾

斜地を含む本件山林の標準価格として、①取引事例を分析し、上限が21億、下限が18億1000万円、②和歌山県発表の1㎡あたりの基準価格をベースに14億3000万円、③本件山林の路線価を0.8で割り戻した7億8800万円の3つの価格を算定した。Bは、Fが不動産鑑定士協会の会長であることから一定の信用性を認めた上で、③の路線価は参考にならないため除外し、②の基準となった場所は、本件別荘地と比べて海から離れ眺望が悪いとの理由で除外し、①が妥当であると判断し、20億円が相当であると評価した。なお、Dは、平成25年11月7日頃、国土交通大臣から、平成22年1月15日付、同月29日付鑑定において、本件別荘地が宅地分譲されることの実現性に関する十分な分析を行っていない等として、10か月間の鑑定評価等の業務を行うことを禁止する懲戒処分を受けている。1審は、XのY2に対する保険金請求を認容したため、Y2が控訴した。

(2) 判旨 (控訴棄却)

「本件免責条項中の『予見しながら行った行為』とは、被保険者が、その行為によって他人に損害を与えることや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ことや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から、これらの各行為は、本件免責条項に該当すると解される。」

「B弁護士は、本件山林の法律関係について調査をし、現地を検分したが、それらは、いずれもD鑑定の記載と合致することを確認した。また、B弁護士は、現地の検分において、本件別荘地内の分譲された傾斜地や本件山林に近接する傾斜地に別荘が建てられている様子を見て、傾斜地であることは、海に臨む良い眺望が得られ、別荘地として相当の価値をもたらすと認識し、また、同行した破産会社の取締役から、急傾斜地には、老人向けの施設であるシニアマンションを建てる予定であることなどの説明を受けた。」

「B 弁護士は、その後、F 意見書を受け取るとともに、F 鑑定士は、和歌山県不動産鑑定士協会の会長であると聞いてこれを信頼し、F 意見書を参考にしつつ D 鑑定を基にして、本件証明行為をした。」「B 弁護士が本件証明行為を受任するに至った経緯、D 鑑定、現地検分及び F 意見書の検討経過などからすれば、B 弁護士が、本件証明行為によって A 破産会社に損害を与えることやその蓋然性が高いことを認識していたとは、到底認められない。」

「D 鑑定士は、後に、D 鑑定及び本件別荘地を対象とする別の鑑定書が不当な鑑定評価であったとして、国土交通大臣から懲戒処分を受けたが、その処分理由には、本件別荘地ないし本件山林につき、個々の画地別にみた個別的要因の分析及びそれを踏まえた鑑定評価方式の適用を行うことなく評価を行ったこと、対象不動産は、急傾斜の現況山林部分が多く介在するのに、宅地として分譲する想定を置きながら、具体的な分譲事業に係る想定が曖昧なまま、その実現性に係る十分な分析を行うことなく評価を行ったこと、対象不動産の一部について、具体的な裏付けのないまみりゾートマンションや店舗の立地を想定し、合理的な理由のない増価修正を施した評価を行ったこと、試算価格の再吟味及び説得力に係る合理的な根拠がないまま鑑定評価額を決定したことなどが挙げられたことが認められる。しかしながら」「不動産の鑑定評価そのものを業ないし専門分野とするものではない弁護士にとって、容易に理解できる事項であるとは、にわかに認められるものではない。」「B 弁護士が、本件山林が二〇億円よりも著しく低額であることやその蓋然性が高いことを認識していたとまでは認めることができない」「D 鑑定士が作成した D 鑑定に加え、本件山林が所在する場所である和歌山県不動産鑑定士協会の会長である F 鑑定士が F 意見書を作成しており、本件別荘地では傾斜地を利用して別荘が建てられている状況などがあったのであるから、これらの事情からすると、一般的な知識、経験を有する弁護士が、本件山林が二〇億円よりも著しく低額であることやその蓋然性が高いことを当然に認識することができたとは認められない。」

(3) 若干の検討

本判決は、これまでの裁判例の流れと異なり、「予見しながら行った行為」の意義について、①被保険者が、その行為によって他人に損害を与えることや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および、②一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ことや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も含まれると判示した点に特徴がある(前掲裁判例⑤では②の解釈は否定されている)。

本判決は、結論として、B弁護士には、A破産会社に損害を与えることやその蓋然性が高いことを認識していたとは認められないし、一般的な知識、経験を有する弁護士が、本件山林が二〇億円よりも著しく低額であることやその蓋然性が高いことを当然に認識することができたとは認められないとして、当該免責条項の適用を否定しているが、予見しながら行った行為に、②をも含めた点には批判が強い。②の事実から、当該被保険者である弁護士の①に該当する事実を推認するというのであれば、理解できないはないが、本判決は、①と②を個別に検討している(それも、先に①該当性を否定した上で②の検討をしている)、②から①を推認したと見ることもできない。

②は、結果発生の見込みがなくとも、結果発生の見込み可能性があれば免責事由に該当するとするものであり、認識ある過失にも当たらない、単なる過失を免責とするものと解される。これでは免責の範囲が広がりすぎるものと考えられるため妥当とは解されない。判旨が免責条項を適用しなかった事案の結論には賛成であるが、②の解釈は妥当でない。

8 東京地判平成31年1月22日金判1572号42頁(以下「裁判例⑧」という)

(1) 事案の概要

Aは、平成24年6月から7月にかけて、B及びD社に対し、2000万円を貸し付け、Bからその保有するC社の普通株式(譲渡制限株式)に係る株

券34通(以下「本件株券」といい、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月にB及びD社に対し、100万円を追加で貸付け、貸金は合計2100万円となった。D社は、C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社は、D社に対し、上記譲渡を承認しない旨の決定を通知した(会社法139条)。その後、売買価格の協議が整わなかったため、平成24年11月5日、C社は、D社を相手方として、横浜地裁に対し、売買価格の決定の申立て(以下「価格決定手続」という。会社法144条2項)をした。D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社、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がある。「第2条(確認)本件株券は、B・D社・A間の平成24年6月15日付覚書に基づき、B・D社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Aが預り保管中であることを、B・D社・A・Xは確認した。第3条(株券の受渡)Aは、B・D社・X同席のもと、Bが本件株券を供託する必要上、その手続きのため、本日Xに引渡し、XはBより要請を受けて供託手続きを受任し、Aより本件株券を受領した。株券の供託手続きは、XがA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、B・D社・XはAに対し上記支援資金を最優先して弁済する。第5条(協力)B・D社・A・X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社において本件株券を供託するため、F地方法務局に持参した。Xは同年11月、価格決定手続についてD社から委任を受け、平成25年7月23日に上記価格を定める決定がなされ、同決定が確定したため、D社は同年8月9日にF地方法務局からC社から供託された本件株式の代価として3116万0500円の払渡を受けた。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。

Aにおいても、Xに対し、価格決定手続の進捗について確認しなかった。D社の代表取締役Eは、上記代価の払渡しを受けながら、Aからの本件貸金の弁済に充てることなく他の用途に消費した。Eは、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等と虚偽の回答をした。Aは平成26年4月10日にXから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、Aは同月22日付書面をもってB及びD社に対し本件貸金の返済を督促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社に貸金返還請求訴訟、Eに対して不法行為又は会社法429条1項に基づく損害賠償請求訴訟、Xに対して債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起し、1審、控訴審ともにAの主張が認められた。Xとの関係における判決の理由は次の通りである。Xは、Aに対し、価格決定手続終了後、D社に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、Xは同決定が確定すれば、D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、というものである。ただし、Aにおいても、Xに進捗の問い合わせ等をしていなかったことから、Aの過失割合を3割として過失相殺した。そこで、Xが、Y損害保険会社に対し、弁護士賠償責任保険契約に基づき保険金を請求した。

(2) 判旨 (請求棄却)

『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』とは、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、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。そして、このような行為のうち、作為とは、直接他人に損害を与える行為をすることを意味するのに対し、不作為とは、法令、契約、慣習又は条理に基づき、他人に損害が発生することを防止すべき作為義務を負う者が、当該損害の

発生を防止する行為をしないことを意味するものと解される。」

「Xは、実際に価格決定手続においてD会社の代理人となっており、平成25年7月23日に売買価格決定がされ、同決定が確定して、価格決定手続が終了したことを当然認識していたというべきである。にもかかわらず、Xは、平成26年4月10日に至って初めて、既に価格決定手続が終了し、本件株式の代価が支払われた旨をAに通知したのであって、それまでの間、上記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。このことからすると、Xは、本件約定に基づく義務、すなわち、本件株式の売買価格決定がされれば、Aに対し、速やかにその旨を通知するとともに、Eに対し、上記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を、何ら履行していなかったといわざるを得ない。」

「Xは、Eの犯罪行為によってまんまとEの策略に乗ってしまったために、損害を与える蓋然性が高いとの認識を持っていなかったと主張するが、その犯罪行為とは、Eが本件株式の代価を費消したことを指すものと解される。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。」

(3) 若干の検討

本件も、前掲裁判例⑦と同様、「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、「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」を含めて解すべきであると判示している。

この解釈が、単なる過失を免責とするものであり妥当でないことは前述のとおりであるが、本判決は、XがAに対する通知やEに対する助言・指導等の措置を講じなかったという不作為をもって、上記免責事由に該当すると判断しておりこの点にも疑問がある。判決文を見ても、Xにおいて、Eの着服を認識していたことを窺わせる事情は見当たらず、一般的な弁護士であればEの着服を認識し得たことを窺わせる事実も見当たらない。

結局、Xの事案放置という過失をもって免責事由に該当すると判断したものと考えられ、判旨の結論には疑問がある。

IV 学説の検討

「他人に損害を与えることを予見しながら行った行為」(以下「本件免責条項」ということがある)の解釈に関する学説は、概ね以下のように分類できる。

1 故意免責と同義とする見解

この見解は、同じ趣旨の条項が普通保険約款と特約条項に存在していたとしても特に問題が生じるものではないこと、本件免責条項を文字通り読めば、他人に損害を及ぼすはずであることを知りながら問題の行為をするという意味になるので、通常は故意(未必の故意を含む)と解されること⁴³⁾、公認会計士職業賠償責任保険の免責事由である「被保険者の犯罪もしくは不誠実行為または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(不作為を含む)に起因する損害賠償責任」は故意に基づき発生した賠償事故を免責とするものとされており、「予見しながらなした行為」は、例えば、積極的に被監査会社と通じて粉飾決算を認めた場合のみなら

43) 竹濱修「判批」商事法務1620号(2002年)32～33頁。

ず、被監査会社の窮状からやむをえず粉飾決算を見逃した場合を含め事情を知って行われた行為などが想定されていること⁴⁴⁾、公認会計士賠償責任保険の特約条項は、英米約款の malicious act を参考にした表現が採用されていること⁴⁵⁾⁴⁶⁾、後述の認識ある過失説では免責の範囲が広がり過ぎ、被害者保護機能を低下させるし、弁護士賠償責任は弁護士倫理を維持するために存在しているわけではな⁴⁷⁾等を根拠とする。

2 認識ある過失であるとする見解

認識ある過失説の論拠として、① 弁護士の倫理観とは相容れないことから、故意免責とは別に定められたものであるとの指摘⁴⁸⁾、② 普通保険約款の故意は本来の故意を意味し、特約条項における予見しなごらなした行為は認識ある過失を意味し、両者をもって旧商法641条の「故意若しくは重過失」が敷衍化されたものと解することができるとする指摘⁴⁹⁾、③-1 故意免責にいう「故意」概念とは、意図的に保険事故を招致する意味であるから、これによれば認識ある過失は保険上有責となるが、これでは弁護士自治を広く認める代わりに弁護士法1条2項及び56条1項で弁護士に高い職業倫理を求めている法の趣旨が没却され、免責事由が故意に限定されると、保険金を利用して、依頼者に懲戒請求を回避するように説得がなされる可能性があること等からも、本件免責条項は弁護士の職業倫理に著しく反する行為を免責とする趣旨で設けられたものであるとの指摘⁵⁰⁾⁵¹⁾、③-2

44) 魚部皓「公認会計士職業賠償責任保険の解説」商事法務573号(1971年)25頁。

45) 竹濱・前掲注43)32頁。

46) 甘利公人「判批」損害保険研究61巻1号(1999年)219頁。李芝研「弁護士賠償責任保険に関する若干の考察」東洋法学53巻2号(2009年)160~161頁。

47) 勝野真人「判批」共済と保険2016年2月号34頁。

48) 平沼・前掲注2)24頁。

49) 峰島・前掲注38)374~375頁。

50) 山下典孝「弁護士賠償責任保険に関する一考察」保険学雑誌606号(2009年)149~150頁。

51) 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(2008年)ノ

職業倫理に著しく反する行為に関しては、他の善良な加入者である被保険者全体が翌年以降の保険料増加についての負担を強いられることから弁護士倫理の観点から著しく問題となる行為は免責の対象とされるべきであるとの指摘⁵²⁾等がなされている。そして、③の論者は、本件免責条項は、平均的な知識を持つ弁護士からみて、ある行為を行えば、又は、ある行為を行わなければ、他人に損害を与えることが具体的に認識し得たにも関わらず行為にでたものと解することになる⁵³⁾、とも指摘する。

3 認識ある過失かつ重過失である場合とする見解

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、この解釈を基礎にすべきであるとする。そして、改正前商法641条が重過失を法定免責としていたのに対し、保険法17条2項が故意のみを法定免責とした趣旨を踏まえ、認識ある過失をすべて免責とするならば本件免責条項の免責範囲が広くなり、契約目的を危殆化させる可能性が懸念される、とする⁵⁴⁾。

4 認識ある過失説の検討

上記学説の対立に対しては、結局この対立は故意をどのように捉えるかに依存する⁵⁵⁾、との指摘や、各見解がその前提とする故意・過失概念の理

、719頁。

52) 山下典孝「法律専門職業人賠償責任保険における一考察」青竹正一先生古希記念『企業法の現在』(信山社, 2014年) 592頁。

53) 山下(典)・前掲注50) 150頁。

54) 金岡・前掲注41) 287~289頁。この論者は、本件免責条項の適用において、弁護士の誠実義務違反を判断要素に取り入れる場合には、弁護士法1条2項の誠実義務が弁護士の善管注意義務を加重又は拡大するものか、それとも単なる倫理規範にとどまるのかの学説上の対立を考慮する必要があると指摘する。

55) 清水真希子「判批」ジュリ1492号(2016年) 114頁。

解が一致しておらず、各見解の主張は、表面的には異なっているけれども、実質的な相違はそれほど大きくなく、損害発生の確定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、損害発生の認容までは要求しない点で学説はほぼ一致する⁵⁶⁾⁵⁷⁾⁵⁸⁾、とも指摘されている。

しかしながら、認識ある過失説は、過失行為を免責とするという点を出発点とするものであるから、必然的に、「平均的な知識を持つ弁護士からみて、ある行為を行えば、又は、ある行為を行わなければ、他人に損害を与えることが具体的に認識し得たにも関わらず行為にでたもの」にまで免責範囲を拡大(以下、この部分を「拡大免責部分」ということがある)する余地が生じることになる。この拡大免責部分は、認識なき過失を免責とするものに他ならない⁵⁹⁾。

「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」も本件免責条項に含めると判示した裁判例^⑦、^⑧の出現も、認識ある過失説の影響というべきであろう。

このように、認識ある過失説は、免責範囲の拡大を導くもので、実質的な判断に重大な影響を与えるものであるから、これを故意・過失概念の単なる定義・分類の問題として整理するのではなく、保険法独自の観点から、故意と過失の区別基準をどこにおくべきかを議論すべきである⁶⁰⁾。

56) 山下徹哉「判批」私法判例リマークス55号(2017年)100頁。

57) 岡田陽介「判批」法律論叢91巻1号(2018年)374頁。

58) 加藤新太郎「判批」NBL1117号(2018年)72頁。

59) 高橋陽一「判批」判評700号(2017年)25頁も同様に、上記拡大免責部分は認識なき過失についてまで広く免責を認めることになると指摘する。

60) 刑法学において故意と過失を分かつ基準が厳密に議論されるのは、故意犯と過失犯とで成立する罪に大きな違いがあるからであり、他方、民法学においてこの点が刑法学ほど議論されないのは、故意・過失によって生じる法的効果にほとんど差がなく、実益がないからである。そうすると、本件免責条項適用の場面は、認識ある過失という「過失行為」に免責の効果が発生するか否かの局面であるから、本件免責条項の対象が故意なのか過失なのか、もしくはそれ以外なのかは厳密に議論される必要がある。

ここで改めて強調されなければならないのは、「認識ある過失」は単なる過失に過ぎず、損害発生結果の予見可能性があるに過ぎない場合であるという点である⁶¹⁾。前述のとおり、弁護士は、典型的なプロフェッションであり、専門家として高度な注意義務を負い、場合により法的な誠実義務を負うとされる立場であって、手抜きや出し惜しみは、法的か倫理的かは置くとしても、許されない。しかし、だからといって単なる過失行為に過ぎない認識ある過失を保険保護から除外する必要はないというべきである。むしろ、高い注意義務を課され、懲戒制度によって規律されていることからすれば、主観的リスクは典型的に低いともいい得る。単なる過失行為に保険保護を与えてもモラル・ハザードの危険はなく、弁護士倫理の弛緩を導くこともない⁶²⁾。

認識ある過失説は、弁護士の職業倫理に著しく反する行為を免責とする趣旨と指摘するが、本件免責条項を通じて弁護士倫理維持を図る必要はなく、弁護士倫理の維持は、倫理研修や懲戒制度等で担保すべきであろう。このことは、弁護士賠償責任保険を含む専門家責任保険が取扱う専門家は、必ずしも高度な職業倫理が特に求められる職種に限定されているわけではなく、保険者において必ずしも専門家の職業倫理維持機能を想定しているとは解されないことから根拠付けることができる⁶³⁾。

61) 刑法学上の定義ではあるが、過失とは「犯罪事実の認識・予見がないがその可能性がある場合」であり、認識ある過失とは、「犯罪事実が一旦は行為者の意識に上がったが結局それを否定した場合」、認識なき過失は「犯罪事実が行為者の意識に上がらなかった場合」とされる。山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣, 2016年) 214頁。刑法学上の概念を保険法の解釈に援用することの妥当性については、拙稿・前掲注 1) 339~340頁。

62) 山下(徹)・前掲注 56) 101頁が指摘するとおり、保険の存在が直ちに法律知識等の涵養の懈怠を助長し、モラル・ハザードなどの問題を起こすことは考えにくい。顧客からの信頼を維持するために、賠償責任保険頼みというのでは、そもそも依頼を獲得できないであろう。

63) 小池・前掲注 37) 187頁によれば、損害保険実務においては、専門職業人として取扱う要件として、① 公的資格を有し特定業務を行う者(医師、弁護士等)、② 公的資格を有する者を使用し、かつ業務を遂行するのに国または地方公共団体の免許もしくはそれへの登録を法律上必要とされている業者(旅行業者、不動産鑑定業者等)が挙げられている。

そして、認識ある過失説の主張する免責範囲の拡大は、賠償責任保険の機能を低下させることにもなる。よって、認識ある過失説は妥当ではなく、この説を採ることはできない。

5 私見について

(1) 蓋然性説

認識ある過失説が採れない以上、認識ある過失かつ重過失説も当然採れないため、故意説を採るべきということになるが、故意説を採用するにあたって問題となるのは、約款の文言である。すなわち、「他人に損害を与えることを予見しながら行った行為」という文言を厳密に読めば、「認識」のみで足り、「認容」を含まないと読めるので、通説的な故意概念を前提とすれば、確定的故意にも未必の故意にも当たらないことになる。したがって、通説的理解に基づく故意概念を前提とする限り、文理解釈上の難点が残る。他方、故意概念について、蓋然性説⁶⁴⁾⁶⁵⁾を採れば、分離解釈上の難点は克服できる。私見としては本件免責条項適用の場面においても、故意概念について認容を必要としない蓋然性説を採用すべきと考える。

(2) 私見からの検討

前稿では、故意概念について、認容を要しない蓋然性説を前提に、故意の認識対象については、原則として原因行為及び損害結果の両方に必要であると、例外的に、損害結果発生の高度の蓋然性があり、かつ、原因行為の不法性が強い場合には、損害結果の認識がなくとも故意免責の効果を

64) 蓋然性説とは、結果発生の高蓋然性を要し、そのことを認識していた場合に故意を認める考え方であり、認容を要しない。山下友信『保険法』（有斐閣、2005年）375頁、拙稿・前掲注1）329頁。

65) 塩野隆史「判批」法時87巻10号91～92頁は、故意に関する蓋然性説を採用すれば、故意説が妥当ということになると指摘する。ただし、論者は故意説を採らず、故意、過失、認識ある過失などの概念で説明することは困難であり、かつ、むしろ誤解を招くもので不適切であるという。

及ぼすことができる、とする仮説を提示した⁶⁶⁾。

本稿で検討した裁判例①から⑧(①, ②, ③, ④及び⑧は免責, ⑤, ⑥, ⑦は有責)のうち, 裁判例③(保釈保証金の返還先について, 元々の返還先とされていた資金提供者に確認を取ることなく, 依頼者に全額の返還を行った事案)と裁判例⑧(株式の代価が返還されたことの通知を怠り, 着服を招いた事案)はいずれも免責とされた事案であるが, 疑問があるところである。疑問の理由は, いずれの事案も, 被保険者において, 損害結果発生の高度の蓋然性の認識がなかったのではないかと考えられるからである。

私見からは, 損害結果発生 of 蓋然性に対する認識がない場合に故意免責を適用するためには, 損害結果発生 of 客観的な蓋然性が存在し, かつ, 原因行為の不法性が強い場合でなければならないが, 裁判例③, ⑧ともに, 被保険者に不法目的があったとは解されないため, 有責判断とすることもあり得る事案であったと思われる。

(3) 弁護士の誠実義務について

弁護士の誠実義務に関して, 3つのケース(ケース①:1審の授権しかない場合に控訴利益を確保すべきか, ケース②:多忙のため, 証拠収集の手間や調査にかける時間が少なくすむことを動機として損害額が若干少ない法律構成を選んだ場合。ケース③:水準以上の能力・技能を有する弁護士が手を抜いて, 平均的な弁護士の能力・技能をもって執務した)を取り上げたが, これらのケースに本件免責条項を適用できるか。

認識ある過失説に立てば, これらはいずれも結果発生 of 予見可能性があるとして免責判断に至る可能性がある。しかしこれらはいずれも結果発生 of 高度な蓋然性があるとまではいえず, 不法目的があるともいえないので, いずれも保険保護の対象とされるべきである。弁護士が高度な注意義務を負い, 仮に善管注意義務を加重するような法的な誠実義務を負うとし

66) 拙稿・前掲注1)350頁。最三小判平成5年3月30日民集47巻4号3262頁は, 損害結果に対する故意も必要との立場である。

ても、そのことを理由に保険保護の範囲を狭めるべきではない。本件免責条項は弁護士倫理維持機能とは切り離されるべきである。上記のようなケースに本件免責条項を適用するとなれば、単純ミス型（認識なき過失の場合）以外の弁護過誤は常に本件免責条項が適用される可能性が生じ、賠償責任保険の機能低下を招くことになり、そのような結論は妥当でないと解する。

(4) 私見の射程について

以上述べてきたとおり、私見は故意概念について蓋然性説を前提とするものであり、自動車保険における賠償責任保険条項の検討を出発点としていた。この考え方は、故意免責の範囲を拡張する機能を有するが、本件免責条項（他人に損害を与えることを予見しながら行った行為）に応用した場合、免責の範囲を制限する結果となった。これにより結論の妥当性を担保し得るものとなったと考えられる。

したがって、本稿で取り上げた弁護士賠償責任保険においては、免責の趣旨や結論の妥当性の観点から、故意免責と本件免責条項を統一的に理解することが可能であると解する。しかしながら、私見は、伝統的な故意概念とは異なる前提に立っており、伝統的故意概念に立脚すれば、本件免責条項を故意と同義と解することは、分離を離れた解釈であることは否めない。それ故、私見が他の賠償責任保険約款においても同様に妥当するかにについては、なお慎重な検討を要するものとする⁶⁷⁾。

67) 文言の通常の意味を離れた他の解釈を採用することには相当に慎重であるべきと指摘するものとして、山下（徹）・前掲注 56) 101頁参照。また、そこで引用される中西正明「判批」民商法雑誌57巻2号（1967年）260～261頁は、自己の見解を基礎として明白な法文の解釈を動かそうと試みるについては、相当に慎重であることを要し、法文をはなれた他の解釈にも相当な理由があるという程度でたやすく法文の文理解釈をすてるのであれば規定の意義は失われる、と説く。