

判例研究 商法判例

弁護士賠償責任保険による免責と現物出資価額証明責任[大阪高裁平成28. 2. 19判決]

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2019-01-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 岡田, 陽介 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/19835

【判例研究】 商法判例 商法研究会(監修)

弁護士賠償責任保険による免責と 現物出資価額証明責任

—— 大阪高判平成28年2月19日
判時2296号124頁 ——

岡 田 陽 介

目 次

I 事実の概要

II 判 旨

III 研 究

- 1 本判決の意義
- 2 本件免責条項の解釈
- 3 弁護士賠償責任保険のてん補対象と現物出資価額証明責任

I 事実の概要

A(株式会社セイクレスト)は、株式会社ジャスダック証券取引所の上場廃止を避けるため、原審甲事件被告Y1(合同会社カナヤマ)から和歌山県西牟婁郡白浜町所在の山林8万4031,04㎡(以下「本件山林」という。)による現物出資を受け、募集株式の第三者割当てによる増資をすることとした。

A会社は、顧問弁護士であったB弁護士に対し、現物出資に伴う検査役による価額の調査に代わる会社法207条9項4号に基づく証明を求め、Bは、本件山林の価額を20億円とすることが相当である旨の証明(以下「本件証明行為」という。)をした。

A 会社は、平成 23 年 5 月 23 日午前 10 時、大阪地方裁判所において破産手続開始決定を受け、破産管財人に選任された X（塩野隆史。原審甲・乙事件原告、被控訴人）は、合同会社 Y1 に対しては会社法 212 条 1 項 2 号に基づき、B 弁護士に対しては同法 213 条 3 項に基づき（以下「価額証明責任」という。）、それぞれ上記不足額である 15 億円のうち 4 億円及び商事法定利率による遅延損害金の支払いを求める甲事件を提起した。

B 弁護士は、原審係属中の平成 26 年 9 月 12 日、X との間で、本件証明行為をしたことによる価額証明責任額を 3 億 4800 万円とする裁判上の和解（以下「本件和解」という。）をし、同弁護士は 4800 万円を支払った。

B 弁護士は、Y2 株式会社（株式会社損害保険ジャパン。現在の商号は損害保険ジャパン日本興亜株式会社（以下、Y2 という）。被告、控訴人。）との間で、B を被保険者として、B が賠償責任を負った場合に Y2 が保険金を支払うことを定めた弁護士賠償責任保険契約（本件保険契約）を締結していた。本件保険契約には、「保険契約者又は被保険者が損害賠償責任の全部または一部を承認しようとするときは、あらかじめ保険者の承認を得なければならず、正当な理由がないのにこれに違反したときは、保険者は、損害賠償責任がないと認めた部分を控除してん補額を決定する」旨定められている。また、免責事由として、「故意によって生じた賠償責任」（故意免責条項）および「他人の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）」（本件免責条項）が定められていた。

そこで、X は Y2 に対し、B 弁護士に代位して、本件保険契約に基づき、B 弁護士が Y2 に対して有する保険金請求権 3 億円および商事法定利率による遅延損害金の支払いを求める乙事件を提起し、甲・乙両事件は併合審理された。

原審（大阪地判平成 27 年 2 月 13 日金判 1470 号 51 頁）は、X の乙事件請求のうち、保険金 3 億円及び本件和解により定められた支払期日の翌日である平成 27 年 1 月 1 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いを求める限度で認容した。そこで、Y2 が控訴した。

なお、X の A に対する甲事件請求は、全部認容されたが、A は控訴しなかったため、原判決が確定した。

II 判 旨

控訴棄却（上告受理申立て）。

1 本件免責条項の解釈

「本件保険では、弁護士特約3条1号において、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に起因する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旨を定めている（本件免責条項）ことが認められる。

そして、上記本件免責条項の規定内容及び本件保険契約中の弁護士特約条項の規定内容等を勘案すれば、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。

そこで、被保険者であるB弁護士が、本件証明行為をした当時、これによって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か、また、一般的な弁護士としての知識、経験を有する者として、上記認識をすべきであったかどうかについて、以下検討をする。」

「不動産の鑑定評価、すなわち不動産の経済価値を判定し、その結果を価額に表示するという手法としてみた場合には、不当なものというべきであるが、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。したがって、D鑑定における鑑定評価につき、上記のとおりのおりのおり不当な点があったとしても、B弁護士が、本件山林が20億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というべきである。」

「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E鑑定士がE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20億円よ

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」とした。

2 てん補対象性について

「現物出資に当たり、弁護士等の価額証明をすることができるのは、弁護士、弁護士法人、公認会計士、監査法人、税理士又は税理士法人に限られている（会社法 207 条 9 項 4 号）。その理由は、当該価額証明が現物出資財産の価額に関する会社法 207 条 1 ないし 8 項所定の検査役による調査に代わるものであることから、その職務内容に照らし、的確にそのような証明を行う能力を有していると考えられる財産評価の専門家に限定したものであると解される。したがって、弁護士が行う上記証明は、弁護士としての資格に基づき行われる業務というべきである。

このように、弁護士等の価額証明は、弁護士等一定の資格を有する財産評価の専門家が行うものであるが、現物出資財産が不動産の場合には、上記の証明に加え、不動産鑑定士の鑑定評価が要求されている（会社法 207 条 9 項 4 号）。このような定めからすれば、会社法は、証明をする弁護士に対し、単に当該不動産の経済的価値の判定そのものではなく、不動産の鑑定評価（不動産の鑑定評価に関する法律 2 条 1 項）を行う不動産鑑定士（同 3 条）の鑑定評価を踏まえ、法律専門家としての知識・経験に基づく確かな判断をすることが期待されているものというべきであって、これは、上記のとおり、弁護士法 3 条が規定する弁護士業務と何ら性質を異にするものではない。

……そして、価額証明責任は、債務不履行責任と比較し、立証責任が転換されており、注意を怠らなかつたことを証明できない場合には、評価価額と現物出資財産の実際の価額との差額をてん補すべき義務を課すものである。すなわち、価額証明責任は、弁護士等の価額証明行為に基づき法律上課せられる責任であり、その意味で法律上の賠償責任というべきであるから、本件保険の対象から除外すべき理由はない」として、「B 弁護士の X に対する価額証明責任に基づく損害は、本件保険契約の対象に含まれる」とした。

【参照条文】

会社法 207 条 9 項 4 号・212 条 1 項 2 号・213 条 3 項、保険法 17 条

Ⅲ 研究

判旨には疑問がある。

1 本判決の意義⁽¹⁾

弁護士賠償責任保険の免責条項における「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」の意義については数多くの裁判例があるが、本判決はこれらの裁判例とは異なり、同条項の意義の解釈として、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」、及び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」の2つがあるとした初めての裁判例であることに第一の意義がある。そして、現物出資の際の弁護士の価額証明行為も弁護士賠償責任保険の対象となるとした点に第二の意義がある。

意義の第二点目については賛成するが、第一点目については疑問がある。

2 本件免責条項の解釈

(1) 問題の所在

弁護士賠償責任保険とは、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弁護士法3条に規定される業務に起因して、弁護士が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ものであり⁽²⁾、専門家賠償

(1) 本判決の評釈として、山下典孝「判批」新・判例解説 Watch19号147頁（2016年）、井上健一「判批」ジュリスト1503号103頁（2017年）、高橋陽一「判批」判例評論700号23頁（2017年）、松田真治「判批」税務事例49巻7号47頁（2017年）、山下徹哉「判批」私法判例リマックス55号（2017下）98頁（2017年）、山本哲生「判批」損害保険研究78巻4号349頁（2017年）、松嶋隆弘「現物出資規制」石山卓磨監修『検証判例会社法』178頁（財経詳報社、2017年）、加藤新太郎「判批」NBL1117号70頁（2018年）がある。また、原審判決の評釈として、塩野隆史「判批」法律時報87巻10号86頁（2015年）、酒巻俊之「判批」税経システム研究所 Monthly Report79号11頁（2015年）、弥永真生「判批」ジュリスト1487号2頁（2015年）、勝野真人「判批」共済と保険58巻2号30頁（2016年）、清水真希子「判批」ジュリスト1492号（平成26年度重要判例解説）113頁以下（2016年）がある。

(2) 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713頁（2008年）、同「弁護士賠償責任保険契約に関する一考察」保険学雑誌606号138頁（2009年）。

責任保険の一種である。弁護士賠償責任保険に関する約款は、まず専門家賠償責任保険普通保険約款（以下、普通保険約款という）として専門家賠償責任保険に関して共通する事項が規定され、それに弁護士特約条項が付される、という構造になっている。

保険法は、損害保険契約の保険者が免責されるのは、保険契約者または被保険者の故意または重過失によって生じた損害の場合であるとしているのに対し（保険法 17 条 1 項前段）、責任保険契約の保険者が免責されるのは、保険契約者または被保険者の故意によって生じた損害の場合に限定している（同 17 条 2 項）。責任保険契約の保険者の免責事由から重過失が除外されているのは、責任保険契約には被害者のための保険という機能があり、被保険者の重過失による事故招致について保険者免責が認められてしまうと被害者の救済が図られないという政策的な理由や、実務上も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いわれているからである⁽³⁾。弁護士賠償責任保険も責任保険の一種であるところ、免責事由については、普通保険約款 4 条 1 号が「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」については保険会社が責任を負わないとする故意免責条項を定める一方で、弁護士特約 3 条 1 号は「被保険者が、他人に損害を与えることを予見しながら行った行為に起因する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」と規定している。そのため、被保険者である弁護士の行った行為が免責事由に該当するか否かを判断する場合には、普通保険約款 4 条 1 号の故意免責条項と弁護士特約 3 条 1 号の免責条項（以下、本件免責条項という）の両方を斟酌する必要がある。しかしながら、本件免責条項の適用要件に「予見」という被保険者の主観的要素が用いられているため、これと故意・重過失との違いがまず問題となり、さらに具体的にいかなる場合に本件免責条項が適用されるのかも問題となる⁽⁴⁾。

(3) 萩本修編著『一問一答 保険法』120 頁（商事法務、2009 年）、石山卓磨編著『現代保険法（第 2 版）』221 頁（成文堂、2011 年）[梅津昭彦]、坂口光男（陳亮補訂）『保険法（補訂版）』218 頁（文真堂、2012 年）、江頭憲治郎『商取引法（第 7 版）』458 頁（弘文堂、2013 年）、山下友信＝永沢徹編『論点体系保険法 1』177 頁（第一法規、2014 年）[大野澄子]、山下友信ほか『保険法（第 3 版補訂版）』201 頁（有斐閣、2015 年）[山本哲生]、甘利公人ほか『ポイントレクチャー保険法（第 2 版）』120 頁（有斐閣、2017 年）、岡田豊基『現代保険法（第 2 版）』229 頁（中央経済社、2017 年）、潘阿憲『保険法概説（第 2 版）』104 頁（中央経済社、2018 年）など。

(4) 山下（徹）・前掲注(1)99 頁、加藤・前掲注(1)72 頁。

（2）裁判例

本件免責条項の解釈が問題となった裁判例としては、以下のものが挙げられる。

東京高判平成 10 年 6 月 23 日金判 1049 号 44 頁（裁判例①）は、本件免責条項は「故意免責とは別に定められていることから、故意による行為と別個の行為を免責する」趣旨であるとし、本件免責条項中の「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「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」であるとして、「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」とする。大阪高判平成 19 年 8 月 31 日金判 1334 号 46 頁（裁判例②）は本件免責条項の趣旨には言及していないが、「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」を「通常の弁護士の知識を前提としたうえで損害発生の蓋然性が高いことを認識しながら行った行為」であると解している。高松高判平成 20 年 1 月 31 日金判 1334 号 54 頁（裁判例③）も本件免責条項の趣旨には言及していないが、「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」を「他人に損害を与えることになることを予見したうえで、あえて行った行為」と解している。大阪地判平成 21 年 10 月 22 日判タ 1346 号 218 頁（裁判例④）は、本件免責条項の趣旨を「商法 641 条（保険法 17 条に相当——筆者注）の趣旨を踏まえ、モラルハザードを防ぐ目的で、被保険者には重大な過失がある場合を除外している」ものであるとして、「他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った」を「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る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」と解している。大阪地判平成 21 年 12 月 22 日 LEX/DB 文献番号 25462555（裁判例⑤）は、本件免責条項は「故意免責とは別に定められているので、免責の対象を被保険者の故意により生じた賠償責任に限るものではないが、平均的な弁護士に求められる職業倫理や法律専門家としての知識、素養に著しく反すると認められる行為から賠償責任については、これらを弁済保険の対象から除外することが弁護士法の趣旨にかなう」としたうえで、「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、「平均的な弁護士の立場に立った上で、被保険者が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った行為」と解している。大阪地堺支判平成 25 年 3 月 14 日金判 1417 号 22

頁（裁判例⑥）は、本件免責条項を「弁護士倫理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もうけられているものと解される」としたうえで、「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「平均的な知識をもつ弁護士を基準に、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」と解している。

以上の裁判例を総合すると、次のような傾向が読み取れる。第一に、裁判例①が指摘するように、普通保険約款の「故意による行為」と本件免責条項の「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」は異なるものであるとする。この立場は、その後の裁判例でもほぼ一貫して踏襲されている⁽⁵⁾。両者が同一内容であるとする裁判例はない⁽⁶⁾。

第二に、本件免責条項を適用するために必要な被保険者の主観的状態について、損害発生の蓋然性が高いことを認識していることを要求する（裁判例②④⑤⑥）。そして、その高度の蓋然性の認識の有無は、通常の、または平均的な弁護士の知識を判断基準とする（裁判例②⑤⑥）。

(3) 学 説

本件免責条項の意義に関する学説は、本件免責条項は故意免責と同じであるとする見解（故意説）、故意免責とは異なる認識ある過失がある場合の免責であるとする見解（認識ある過失説）、認識ある過失かつ重過失があるといえる場合の免責であるとする見解（重過失説）⁽⁷⁾に大別される。

故意説はさらに、(A) 本件免責条項を文言通りに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、これは通常の故意（未必の故意）であると解する見解⁽⁸⁾と、(B) 本件免責条項は普通保険約款の故意免責を明確化するものであるとする見解⁽⁹⁾に分かれる。

認識ある過失説も、故意免責とは異なることの根拠をめぐって、(A) 弁護士の倫理観と相容れないことに求める見解⁽¹⁰⁾、(B) 故意免責と本件免責条項は両者

(5) 井上・前掲注(1)105頁。

(6) 山下（徹）・前掲注(1)99頁。

(7) 金岡京子「判批（裁判例③）」損害保険研究 72 巻 3 号 286 頁（2010 年）。

(8) 竹濱修「判批（裁判例①）」商事法務 1620 号 32 頁（2002 年）。

(9) 甘利公人「判批（裁判例①）」損害保険研究 61 巻 1 号 218 頁（1999 年）。

(10) 平沼高明「専門家責任保険」平出慶道先生・高窪利一先生古稀記念論文集『現代企業・金融法の課題（下）』768 頁（信山社、2001 年）、同『専門家責任保険の理論と実務』23 頁

をもって商法 641 条（保険法 17 条に相当）の故意または重過失を敷衍化したものであることに求める見解⁽¹¹⁾、(C) 故意免責の対象となる故意を「意図的に保険事故を招致する」意味であると解し本件免責条項を普通保険約款で定められた故意と同意義のみに限定するのは狭きに失することや、弁護士の倫理観とは相容れない「認識ある過失」について保険でカバーするとなると弁護士法で弁護士に対して高い倫理を求めている趣旨が没却されることに求める見解⁽¹²⁾に分かれる。

(C) 説を主張する論者は、この見解をさらに進めて、本件免責条項の「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」の意義を、「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、他人の損害を与えることが具体的に認識し得たにもかかわらず行為にでたもの、……換言すれば、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具体的に予見でき得るにもかかわらず行為をすることを意味するもの」と主張する⁽¹³⁾。この見解は、「予見でき得る」という言葉が使われていることからわかるように、「認識ある過失」をさらに押し進め、「認識なき過失」にまで広く免責を認めるものであるという評価がされており、これに対しては本件免責条項の「予見しながら」という文言に明らかに反すると批判されている⁽¹⁴⁾。

これらの学説の対立は、故意免責条項における故意の意義をどう解するかに帰着することが指摘されている⁽¹⁵⁾。そのため、故意免責における故意の意義についての判例・学説が分かれている現状においては⁽¹⁶⁾、本件免責条項の解釈をめぐっての議論が混乱するのもやむを得ない⁽¹⁷⁾。例えば、裁判例①の示した「他人に損害

（信山社、2002 年）。

(11) 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』373 頁（信山社、2005 年）。しかしながら、峰島弁護士は、本件では Y 社の訴訟代理人として、本判決の判示と同様の解釈を主張している。

(12) 山下（典）・前掲注(2)法学新報 721 頁。

(13) 山下（典）・前掲注(2)保険学雑誌 150 頁、同「法律専門職業人賠償責任保険における一考察」出口正義ほか編『企業法の現在（青竹正一先生古稀記念）』592 頁（信山社、2014 年）。

(14) 高橋・前掲注(1)25 頁。

(15) 清水・前掲注(1)114 頁、高橋・前掲注(1)25 頁。

(16) 山本・前掲注(1)354 頁、加藤・前掲注(1)72 頁。詳細は、山下友信『保険法』374 頁（有斐閣、2005 年）、潘・前掲注(3)104 頁を参照。なお、山下典孝「現物出資の財産価格填補責任と弁護士賠償責任保険」丸山秀平ほか編『企業法学の論理と体系（永井和之先生古稀記念）』1042 頁（中央経済社、2016 年）も参照。

(17) 清水・前掲注(1)114 頁。

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」を故意説は故意の一種と理解し、認識ある過失説は認識ある過失だと理解している⁽¹⁸⁾。そうすると、あてはめにおいて両説に差はなくなり⁽¹⁹⁾、結局のところ、故意説、認識ある過失説は、基本的に本件免責条項を損害発生にかかる認識を要求し⁽²⁰⁾、その認識の程度は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はほぼ一致することになる⁽²¹⁾。

したがって、本件免責条項を適用するために必要な被保険者の認識の程度についての学説は対立していないものと考えられる。学説が対立しているのは、本件免責条項を適用するために必要な被保険者の認識の有無の判断基準である。この点につき多くの学説は、明示的に主張してはいないが、前述の裁判例と同様、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しているように思われる⁽²²⁾。これに対し、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ることを判断基準とする見解もある⁽²³⁾。

(4) 検 討

以上のような裁判例および学説を踏まえ、本判決を検討する。本件免責条項の趣旨について、本判決は言及していない。そのため、本件免責条項の「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」の意義につき、本判決が(ア)「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(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」の2つがあるとした点を検討する。損害発生の蓋然性が高いことの認識を要求する点では、裁判例②④⑤⑥の流れにも沿い、また多数の学説の見解にも合致する。しかし、(ア)(イ)のいずれかに該当すれば免責され

(18) 山下(徹)・前掲注(1)100頁。

(19) 加藤・前掲注(1)72頁。

(20) 高橋・前掲注(1)25頁。

(21) 重過失説についても、当該認識の要求に反対しないようであると評価されている。山下(徹)・前掲注(1)100頁。

(22) 山下(徹)・前掲注(1)100頁。

(23) 山下(典)・前掲注(2)保険学雑誌 150頁、同・前掲注(13)青竹古稀 592頁、同・前掲注(16)1046頁。

るとした点は、これまでにない判断であり⁽²⁴⁾、従来の裁判例に比べ免責範囲が広がっている⁽²⁵⁾。本判決は（イ）で「一般的な弁護士としての知識、経験を有する者」を基準と提示しているが、従来の裁判例も「通常の弁護士」（裁判例②）「平均的な弁護士」（裁判例⑤⑥）の知識水準を持ち出しており、その意味では従来の裁判例の流れにあるともいえる⁽²⁶⁾。しかし、これはあくまで（ア）を認定するための判断材料としての利用にすぎず、結局のところ免責事由の有無は被保険者である弁護士について判断される必要があった⁽²⁷⁾。これに対して、本判決によれば、免責事由の有無は一般的な弁護士として知識、経験を有する者を基準に判断することもでき、（イ）に該当しさえすれば、たとえ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ていないにもかかわらず免責が認められることになる。前述の認識ある過失説C説をさらに押し進めた見解のように、本判決を理論的に裏付ける見解もあるが⁽²⁸⁾、本判決およびこの見解を本件免責条項の文言から導くことはできないと思われる。本件免責条項は「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」と規定しているが、その規定ぶりからすると、通常、本件免責条項を適用するためには、被保険者一般ではなく、その被保険者（弁護士）が損害を与えるべきことの認識を現に有することを要すると解するのが一般的である⁽²⁹⁾。「予見しながら」という要件は事実レベルでの「認識」を問題とするものであるから、本判決の（ア）はまさにこの解釈に合致する。しかし、（イ）は免責事由の有無の判断基準をその被保険者（弁護士）ではなく弁護士一般とし、さらに「予見しながら」という要件については事実レベルの「認識」ではなく「認識すべき」という規範的なものを要求している。このような解釈は本件免責条項の「予見しながら」という文言から導くことはできない⁽³⁰⁾。もし本件免責条項の文言から導くことができるとすれば、それは文言解釈

(24) 高橋・前掲注(1)25頁、山下（徹）・前掲注(1)100頁、加藤・前掲注(1)73頁など。

(25) 山下（徹）・前掲注(1)100頁、山本・前掲注(1)361頁。

(26) 井上・前掲注(1)105頁。

(27) 山下（徹）・前掲注(1)100頁。加藤新太郎教授も、「標準的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方法として一般的であり、決しておかしな方法ではない」と指摘する（加藤・前掲注(1)73頁参照）。

(28) 加藤・前掲注(1)73頁は、山下典孝教授の見解をこのように評価する。

(29) 山本・前掲注(1)360頁、高橋・前掲注(1)26頁、山下（徹）・前掲注(1)101頁。

(30) 以上につき、山本・前掲注(1)360頁、高橋・前掲注(1)26頁。

ではなく拡大解釈であろう⁽³¹⁾。したがって、本件免責条項の解釈については、本判決を支持することはできない⁽³²⁾。

もっとも、本判決の認定によれば、本件免責条項につき(3)で挙げたいずれの学説を採用しても、また本判決のような基準を採用しても、保険者の免責は認められない。結論においては妥当と考えるが、約款の解釈という点では、大いに疑問が残る。

3 弁護士賠償責任保険のてん補対象と現物出資価額証明責任

(1) 価額証明は弁護士責任賠償保険の対象となる業務か

弁護士特約は、保険者の被保険者である弁護士に対するてん補責任の範囲に関して、保険者は、被保険者である弁護士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⁽³³⁾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とし(弁護士特約1条1項)、前項の業務には、後見人、保佐人、補助人、財産管理人、清算人、検査役、管財人、整理委員、個人再生委員又はこれらに準ずる資格において法律事務を行うことを含む(同条2項)と規定する。保険者がてん補しない損害については弁護士特約3条各号に列挙されているが、現物出資に際しての弁護士等の価額証明(会社法207条9項4号)は、これに含まれていない。

したがって、弁護士賠償責任保険の対象となるためには弁護士特約1条1項の「弁護士の資格に基づいて遂行した弁護士法3条に規定される業務」に該当する必要があるが、弁護士が行う価額証明がこれに該当するか否かは明らかではないため、本件でも争点となっていた。

本判決は、価額証明行為は「弁護士としての資格に基づき行われる業務というべき」と判示し、弁護士賠償責任保険の対象となる業務であることを肯定した。その理由としては、現物出資に当たり弁護士等の価額証明をすることができるのは、弁護士、弁護士法人、公認会計士、監査法人、税理士または税理士法人に限られてい

(31) 加藤・前掲注(1)73頁。

(32) この争点に関する本判決の判示に反対するものとして、山本・前掲注(1)361頁、高橋・前掲注(1)76頁、山下(徹)・前掲注(1)101頁、加藤・前掲注(1)73頁。なお、松嶋・前掲注(1)183頁は、「判旨は妥当として是認できるように思われる」とするが、本判決の約款解釈を妥当とするのか、結論を妥当とするのかは明らかではない。

(33) 弁護士法3条「弁護士は、訴訟事件、非訟事件及び審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立事件に関する行為その他一般の法律事務を行うことを職務とする。」

る（会社法 207 条 9 項 4 号）こと、価額証明が現物出資財産の価額に関する会社法 207 条 1～8 項所定の検査役による調査に代わるものであることから、その職務内容に照らし、的確にそのような証明を行う能力を有していると考えられる財産評価の専門家に限定したものであると解されることが挙げられている。

これに対しては、価額証明行為は不動産の経済価値を判定しその結果を価額に表示することというべきものであって、通常、法律上の権利義務に関する紛争の処理を指す弁護士が行う法律事務とは全く性質を異にするものであることを理由に、価額証明行為は「業務」に該当しないことを主張するものや（本件の控訴人 Y2 の主張）、会社法 213 条 1 項の取締役等の責任は、検査役等の調査を経ている場合にはてん補義務を負わないこととなっている（会社法 213 条 2 項 1 号）が、会社法 213 条 3 項の証明者の責任は、過失責任主義に基づき、証明者が自らの過失がなかった点を立証できない限りは不足額をそのままてん補することになること、会社法においては、検査役に価額証明責任は課されていないこと、証明者は会社との間での契約に基づき証明を行うという点も検査役とは大きく異なることを理由に、本判決に反対する見解がある⁽³⁴⁾。

しかし、控訴人 Y2 の主張は、弁護士の業務をあまりに限定的に捉えすぎているきらいがある。また、本判決に反対する学説の主張も、現物出資の検査役調査に費用も時間もかかることから現物出資をしやすくするために検査役調査を不要としたことの趣旨を没却すると考えられる。そのため、本判決に反対する見解はその根拠が妥当ではない。

てん補範囲が弁護士が行う法律事務に限定されているのは、担保範囲の外延の確定のためであり、弁護士が行う法律事務の質を問題にするものではない⁽³⁵⁾。また、保険者がてん補しない損害について列挙する弁護士特約 3 条各号に価額証明責任が挙げられていない以上、価額証明は「業務」に該当すると解するのが約款の自然な解釈であろう⁽³⁶⁾。

したがって、価額証明行為を弁護士としての資格に基づき行われる業務とする本判決の立場は、妥当であると考えられる。

(34) 山下（典）・前掲注(1)150 頁。

(35) 山本・前掲注(1)363 頁。

(36) 松嶋・前掲注(1)183 頁。

(2) 価額証明責任は「法律上の賠償責任」に該当するか

価額証明行為が弁護士特約 1 条 1 項の「業務」に該当するとしても、現物出資の価額証明をした者のてん補責任（会社法 213 条 3 項）が本件保険のてん補対象となるためには、これがさらに弁護士特約 1 条 1 項にいう「法律上の賠償責任」に該当する必要がある。この点についても明らかではないため、本件では争点になっている。この問題について判示した裁判例は見当たらないため、学説における議論を参照しながら検討する。

現物出資価額証明責任の法的性質について、これを会社と弁護士との契約に基づく債務不履行責任とは異なる法定の担保責任であるとする見解がある。一般の債務不履行責任との相違点は、価額証明責任は、過失責任主義に基づき、証明者が自らの過失がなかったことを証明できない限りは不足額をそのままてん補することになる点である⁽³⁷⁾（この点で立証責任が転換されている）。また、価額証明をする弁護士が支払う損害の範囲は、募集事項において定められた現物出資の価額（会社法 199 条 1 項 3 号）に対する現物出資財産の不足額そのものであるが、弁護士の過誤と相当因果関係にある損害に限られていない点でも、一般の債務不履行責任と異なる⁽³⁸⁾。この見解は、現物出資をした者と金銭出資をした者との公平性を強調し⁽³⁹⁾、会社法 213 条の規定する価額証明責任は現物出資により株式を引き受けた者の責任（同 212 条）を補完するものであり、取締役等が現物出資財産の価格の決定にあたって慎重を期すことを求める趣旨のものであるという会社法立案担当者の見解⁽⁴⁰⁾にその根拠を求める⁽⁴¹⁾。本件控訴人 Y2 は、このような理解を前提として、価額証明責任は弁護士賠償責任保険が想定するリスクとは別のリスクであることを理由に、「法律上の賠償責任」に該当しない旨を主張する。

(37) 山下（典）・前掲注(16)1032 頁。

(38) 山下（典）・前掲注(16)1033 頁。

(39) 会社法の下においてもなお、会社債権者保護にもその理由を求める見解もある。酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法 第 3 巻』107 頁（中央経済社、2009 年）〔梅本剛正〕、神田秀樹編『会社法コンメンタール 5 株式(3)』161 頁（商事法務、2013 年）〔小林量〕。

(40) 相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法千問の道標』214 頁（商事法務、2006 年）。

(41) 山下（典）・前掲注(16)1028 頁。なお、価額証明責任は平成 14 年商法改正により新設されたものであり、法定の担保責任と解されていたが、平成 17 年会社法制定前はその根拠を資本充実・維持の観点に求めると解されていた。山下友信編『会社法コンメンタール 2・設立』16 頁（商事法務、2014 年）〔川村正幸〕参照。

この見解以外の学説は見当たらなかったが、本件の被控訴人Xの主張は注目に値しよう。すなわちXは、価額証明責任の本質を「一種の瑕疵担保責任を前提とした関係者責任であり、会社が本来払い込まれるべき現物出資の額に相当する株式の発行を対価とし、得べかりし利益を損害としててん補賠償させるもの」であると解し、価額証明責任は「法律上の賠償責任」に該当する旨を主張する。Xが主張の前提とする一種の瑕疵担保責任とは、会社法212条1項2号の規定する現物出資者の責任である。これは一種の瑕疵担保責任と解され、無過失責任とされているが⁽⁴²⁾、価額証明責任をこれを前提とした関係者責任と解しているのである。

このような控訴人Y2、被控訴人Xの主張に対し、本判決は「価額証明責任は、債務不履行責任と比較し、立証責任が転換されており、注意を怠らなかったことを証明できない場合には、評価価額と現物出資財産の実際の価額との差額をてん補すべき義務を課すものである。すなわち、価額証明責任は、弁護士等の価額証明行為に基づき法律上課せられる責任であり、その意味で法律上の賠償責任というべきである」と判示した。本判決は、Y2やXの主張する価額証明責任の法的性質論に触れることなく、結論を導き出していることがわかる⁽⁴³⁾。

本判決を検討するに当たり、そもそも弁護士特約の「法律上の賠償責任」の意義をどのように解釈すべきであろうか。「法律上の賠償責任」を不法行為責任や債務不履行責任に限定して解釈したり⁽⁴⁴⁾、控訴人Y2、被控訴人Xの各主張のように、約款を責任の法的性質という抽象的な法的性質論から解釈するのではなく⁽⁴⁵⁾、弁護士賠償責任保険によりカバーすべきリスクであるか否かという観点から解釈するのが妥当であると考え。その際には、合理的あるいは平均的な顧客、すなわち合理的・平均的な弁護士の理解可能性を基準として約款を解釈すべきである⁽⁴⁶⁾。このような観点から価額証明責任が「法律上の賠償責任」に該当するかを検討する。弁護士の価額証明行為それ自体は平成2年商法改正以来弁護士に課されてい

(42) 江頭憲治郎『株式会社法（第6版）』777頁（有斐閣、2015年）。なお、同書第7版787頁（有斐閣、2017年）では、民法改正を受けて、現物出資者の責任の性質を一種の物の不適合の担保責任（民法562条1項）と解される、としている。

(43) この点につき松田・前掲注(1)51頁は、「裁判所が約款の文言や構成を重視し、実質的な填補対象性を考慮することに消極的であるとの評価が可能であろう」と指摘する。

(44) 峰島・前掲注(11)366頁。

(45) 山本・前掲注(1)365頁。

(46) 山下（友）・前掲注(16)118頁。

る商法・会社法上の職務であり、価額証明責任は弁護士の価額証明行為により過大評価された現物出資によって会社に発生した損害をてん補するために弁護士に課される責任として平成 14 年商法改正により導入されたものである。このような経緯の責任であるので、本件当時においても、価額証明責任の制度は導入されてから約 10 年弱が経過しているため、弁護士が負う法律上の責任として、合理的・平均的弁護士が通常想定するリスクではないかと考えられる。

価額証明責任を「法律上の賠償責任」に該当すると解することについては、弁護士賠償責任保険では特別なリスクに対応して「個人情報漏えい特約（対応費用）」、「未成年後見業務に関する追加条項」等別途設けている趣旨に反するという批判がある⁽⁴⁷⁾。しかし、前述したようにそもそも価額証明責任は「特別なリスク」ではないと解されるため、このような批判は妥当ではない。

また、弁護士は（準）委任契約に基づいて価額証明行為を行うことから、会社法 213 条とは別に、証明者は会社に対して一般的な債務不履行責任を負う余地もあることが指摘されている⁽⁴⁸⁾。価額証明責任を「法律上の賠償責任」に該当しないと見る見解に立つとしても、一般的な債務不履行責任であれば、「法律上の賠償責任」に該当し、弁護士賠償責任保険のてん補対象となることは間違いまいであろう。しかし、価額証明責任と一般の債務不履行責任とでは、前述のようにその要件や証明者が支払うべき金額に差が生じることこそあれ、てん補されるリスクの本質が異なるものではない。そのため、これらの責任の法的性質の違いのみから「法律上の賠償責任」に該当するか否かが判断されることもまた妥当ではないと思われる⁽⁴⁹⁾。

（本稿は、平成 28 年 11 月 12 日に開催された明治大学商法研究会での報告に加筆し、修正を加えたものです。席上ご意見をいただいた先生方に、この場を借りて厚く御礼を申し上げます。なお、ありうべき誤謬は、すべて筆者の責めに帰すものです。）

（愛媛大学法文学部准教授）

(47) 山下（典）・前掲注(16)1033 頁。

(48) 始関正光編著『Q&A 平成 14 年改正商法』291 頁（商事法務、2003 年）、江頭憲治郎＝中村直人編著『論点体系会社法 2』165 頁（第一法規、2012 年）[小林俊明]。

(49) 山本・前掲注(1)365 頁は、この 2 つの責任の性質が大きく異なるものとは思われないと指摘する。