

近時のドイツの権利保護保険における費用軽減義務を巡る展開
—連邦通常裁判所 2019 年 8 月 14 日判決を題材として—

應本 昌樹

アブストラクト

権利保護保険では、保険給付の対象となる弁護士費用等について見解の相違が生じることがあり、損害防止義務の規律によってその解決を図ることが考えられる。ドイツでは、権利保護保険における損害防止・軽減義務を巡って、多くの裁判例が蓄積されてきたところ、近時、連邦通常裁判所が、透明性原則や代表者責任論などに依拠して、普通保険約款の費用軽減条項や帰責条項を無効とする判断を示すに至り、実務に大きな影響を与えている一方、請求権代位の枠組みで権利保護保険者により弁護士に対する多くの損害賠償請求訴訟が提起されている。こうしたドイツの展開から、わが国における問題解決の実務的アプローチとしては、損害防止義務によるのではなく、保険事故や給付範囲の明確化によることが適切であることが示唆される。

キーワード

権利保護保険、損害防止義務、請求権代位

1 序論

権利保護保険において、保険者と被保険者やその委任した弁護士との間で、弁護士費用等の適否ないし妥当性について、見解の相違が生じることがある。権利保護保険は損害保険にあたり、弁護士費用等はその意味での損害にあたるため、損害保険の被保険者は損害の防止に努める義務を負うというのが比較法的にも普遍的な原則となっており¹、わが国の保険法にも損害防止義務が定められている（保険法 13 条）。そこで、権利保護保険において、被保険者やその委任した弁護士の行為が原因で、余計な弁護士費用等が生じたような場合には損害防止義務違反が問題となる可能性がある。もっとも、わが国において、損害防止義務を扱った裁判例は極めて少なく²、権利保護保険に関するものは未だ見当たらない。

他方、権利保護保険の普及が進んでいるドイツにおいても、その保険契約法には、損害防止・軽減義務（救護義務）が定められているうえ（保険契約法 82 条）、権利保護保険において実務上よく使用されるドイツ保険協会作成による標準約款にも費用軽減義務の定めがあ

¹ 山下友信『保険法』（有斐閣、2005 年）412 頁。

² 東京地判昭和 31 年 9 月 11 日下民 7 卷 9 号 2462 頁、大判昭和 7 年 9 月 14 日民集 11 卷 1815 頁、大判明治 29 年 12 月 12 日民録 2 輯 11 卷 81 頁。

る (ARB 2010 第 17 条 1 項 c) bb) など)。この費用軽減義務を巡っては、従来、多くの裁判例が蓄積されてきたが³、2009 年、連邦通常裁判所により、上告手続における期日呼出の中で、権利保護保険における費用軽減条項と弁護士行為を保険契約者に帰責する帰責条項の有効性に懸念が表明され、実務に大きな影響が生じていたところ、2019 年、ついに同裁判所はその判決によりこうした条項を無効と判示するに至った。

そこで、以下では、この連邦通常裁判所判決において取り上げられている問題を中心に、近時のドイツの権利保護保険における費用軽減義務を目巡る判例や文献の動向を明らかにし、わが国の権利保護保険における保険給付の対象となる弁護士費用等の適否ないし妥当性に関する見解の相違の問題について、解決への示唆を得るものとした。

2 連邦通常裁判所 2019 年 8 月 14 日判決⁴

(1) 概要

本件は、被告権利保護保険者における被保険者である原告が、交通違反による過料裁定事件における弁護を弁護士に委任し、同弁護士が被告の指定とは異なる報酬の高い鑑定人に鑑定を依頼したところ、被告が鑑定報酬差額の填補を拒んだことから、被告に対し鑑定報酬差額の免脱を求めて訴えた事案である。第一審、原審とも訴えを退け、原告が上告した。

連邦通常裁判所第 IV 民事部⁵は、被告主張の根拠となった権利保護保険普通約款 (ARB 2010)⁶における損害軽減条項 (17 条 1 項 c) bb)) は不透明であり、帰責条項 (同条 7 項)

³ Cornelius-Winkler, in Harbauer, Rechtsschutzversicherung 9. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 71-89.

⁴ BGH, Urteil vom 14.8.2019 – IV ZR 279/17, BGHZ 223, 57 = NJW 2019, 3582. 連邦通常裁判所第 IV 部の裁判官であり本判決にも関与した Felsch (r+s 2020, 301, 305) は「これまで権利保護保険者はその保険契約者に法律の万能選手を見ていたわけでは決してない。保険契約者に費用軽減の負担を責務として課す真の理由は、たぶん—損害軽減条項に明示的に書き込まれてすらある—実際には保険契約者サイドにいる弁護士の行為の問題であり、その行為と帰責事由は保険契約者が責を負わなければならないとの期待にあった。」と述べている。Rixecker (WuB 2019 Heft 12, 613, 615) は、弁護士がその依頼者に誤った助言をしたことにより依頼者に余計な費用が生じた場合、これに基づく依頼者の弁護士に対する損害賠償請求権は、保険契約法 86 条 1 項により保険者に移転することを指摘する一方、弁護士の行動の問題が、初めから認識できる高額な権利保護要求の「過剰」にはなく、かえって理解できる依頼者の利益が追及されている場合、すなわち、一部請求を放棄したり、確認の訴えの代わりに給付の訴えをしたり、より高い鑑定人に依頼する場合、こうした請求権移転はあまり役に立たないとも述べる。本判決に批判的な評釈として、Schons, AnwBl 2019, 685.

⁵ 相続法および保険法を管轄する。なお、第 IX 民事部が弁護士責任を管轄する。
https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Geschaeftsverteilung/SachlicheZustandigkeit/Zivilsenate/zivilsenate_node.html.

⁶ その邦語訳につき、應本昌樹『権利保護保険：法的ファイナンスの規範論序説』(成文堂、2016 年) 219-254 頁参照。

は不相当に不利益であるから、いずれも民法典 307 条により無効である旨⁷などを判示して、原判決を破棄し、第一審判決を変更して原告の訴えを認めた。

(2) 事実関係

原告は、被告における権利保護保険契約の共同被保険者である。この契約は、次の定めのある権利保護保険普通約款（以下「ARB」という。）に基づいている。

「第 17 条 権利保護事故発生後の行為

(1) 権利保護事故の発生の後、保険契約者の法的利益の擁護が必要である場合、保険契約者は次に掲げることをしなければならない。

…

c) 保険契約者の利益が不当に害されない限り、

…

bb) 保険契約法 82 条にいう損害の軽減に努めること。すなわち、法的追及の費用を可能な限り低く抑えなければならない。たとえば、次のような方法で（列挙は限定的なものではない）、保険契約者は複数の可能な行為のうちからもっとも費用のかからないものを選ばなければならない。

- 一つの手続でより費用をかけずに目的を達せられる場合、複数の手続を行わないこと（たとえば、請求を併合することまたは共同訴訟人として連帯債務者の主張をすること、別訴を提起する代わりに訴えを追加すること）
- 現状において必要ないかまたは未だ必要となっていない（追加的な）請求の趣旨申立を断念すること
- 訴え提起の前に、意図する法的紛争に対し事実上または法律上の意味を持つ可能性のある他の裁判上の手続の確定を待つこと
- あらかじめ請求の適当な部分につき訴求し、場合によっては必要となる残余の請求の裁判上の主張を、一部請求についての裁判の確定まで控えること
- 訴え提起または法的救済の申立までに短い期間しかないすべての事件において、弁護士に裁判前の活動をも含む無制限の手続委任を与えること

保険契約者は損害の軽減のため保険者の指示を得て、これに従わなければならない。弁護士にはその指示に応じて委任しなければならない。

…

(6) 故意により第 1 項…に挙げられた義務に違反した場合、保険契約者は保険保護を喪失する。重過失による義務の違反にあつては、保険者は保険契約者の過失の重さに応じた割合で給付を減じる権利を有する。…

(7) 保険契約者は、責務の履行において、その委任した弁護士が保険者に対する権利保護事故の事務処理を引き受けた限りで、同弁護士の認識および行為につき責めを負わなければならない。

⁷ そのほか、上告手続に関する訴訟法上の問題についての判示がある。

…」

原告は必要な先行車両との間隔を守らなかったとして、原告に対し過料裁定がなされた後、原告は弁護士にその弁護を委任した。同弁護士は被告に費用の填補承認を求めたところ、被告は次のように述べてこれを与えた。

「〇〇弁護士殿、…

当社は、約款に従い、鑑定費用保護を認めます。

これについては、〇〇鑑定会社に依頼してください…

これは、当社の保険約款および保険契約法の意味での指示とお考えください。」

原告の代理人弁護士は別の鑑定人に依頼して、同鑑定人は税込みで 711.80 ユーロを請求した。被告は 500 ユーロを填補した。被告の見解によれば、これを超える報酬の免脱については、被告が指定した鑑定会社に依頼したとすれば、税抜きで 400 ユーロの発生にとどまったはずであるとの理由で、被告は義務を負っていない。

原告は、訴えにより、被告が利息を付して 211.80 ユーロの法律上の鑑定費用を免脱させる旨の判決を求めた。区裁判所は訴えを棄却し、地方裁判所は原告の控訴を棄却した。原告は上告により訴えの要求を続行した。

(3) 判旨

「…

III …

…原告より委任を受けた弁護士が被告により指定された鑑定人以外の者に依頼したという事情は、…ARB 第 17 条 1 項 c) bb)によっても（下記 1.および 2.）、保険契約法 82 条 3 項によっても（下記 3.）、被告の給付免責の結果をもたらさない。

1. ARB 第 17 条 1 項 c) bb)は不透明であり、このことからすでに同条項による被告の給付免責は生じない。

a) 権利保護事故後に履行すべき責務により何を求められているのかを理解しようと努める平均的な保険契約者には、保険契約法 82 条にいう損害の軽減に配慮しなければならず、その損害は法的追及の費用にあり、これは可能な限り低く抑えるべきものと認識される。同保険契約者は、どのような費用が問題となるのかを調べる。ARB 第 5 条に挙げられた給付範囲から、自分のために活動する弁護士の法律上の報酬、さらには裁判所費用、証人の補償、斡旋手続の手数料、行政官庁の手続における費用、鑑定人の報酬、旅費および相手方の費用が問題となることを察する。それゆえ、保険契約者は、幅広い費用リスト、報酬リストおよび手数料表を含む数多くの費用法上の規定を参照する。求めに従い、複数の可能な処理方法のうち最も費用上有利なものを選ぶために、その権利保護事故の基準となる費用規定を調査したうえ、先を見越して、どの費用が法律上の利益の保護のために客観的に必要であり、どれが避けられるものかを判断しなければならない。さらに、問題となる処理方法が複数ある場合、保険契約者の利益が不当に侵害されない範囲で、最も費用上有利ではない可能性の

選択を除外することを考慮に入れなければならない。

さらに、理解に努める保険契約者が同条項に挙げられた—限定的ではない—例に取り組み場合には、そこから、そこに挙げられた事案において、保険契約者の利益が不当に侵害されない範囲で、都度、最も費用上有利な可能性を選択しなければならないことを推測する。その判断を可能とするためには、一方で、より費用上有利な処理が期待可能であるかどうかの法的な衡量が求められる。他方では、様々な行為準則のうち、どれに拘束されるのか、たとえば、訴えを追加する基準を守るか、あるいは—ほかの例が同様に喚起するように—未だ必要ではない追加的な訴えの申立てを控え、他の裁判手続の確定を待つかを決定しなければならない。最後に、分別のある保険契約者は、保険者の指示を得て、これに従わなければならないが、指示に従って弁護士に委任しなければならないこと、しかも都度損害の軽減のためにそうしなければならないことを認識する。その後、保険契約者は前述のすべての衡量の尺度に従って損害の軽減に配慮しなければならない範囲に限り、指示を重要とみなすことになる。

b) 同条項は、こうした内容により、民法典 307 条 1 項 2 文の十分な透明性の要請を満たさず、それゆえ無効である。

aa) 透明性原則によれば、普通保険約款の作成者は、信義誠実の原則に従い、その契約相手の権利義務を可能な限り明確かつ見通しやすく表現しなければならない。そこでは、条項が表現形式において平均的な保険契約者にとってわかりやすいことが問題となるだけではない。むしろ、信義と誠実は、経済的な不利益や負担を、状況により求めることができる程度に、幅広く認識させることを命じている…。

bb) この要求を同条項は満たしていない…。理解に努める保険契約者は、その保険給付の請求権を危険にさらさないために、どのような特定の行為が求められているのかを認識することができない。どのような要件で費用が発生するのか、その費用はどの程度か、また、どのようにしてその権利保護の目標を費用上有利な方法で達成するのかを認識することは不可能である。加えて、費用上より有利な処理方法で目指す権利保護の目標が達成されるか、あるいは、より高い費用のかかる処理に、保険者が保険契約者の利益を不当に侵害することなく、費用上より有利な代替手段を提示することができないといえるほどの重大な利点があるかを判断することができるように、様々な代替性のある処理方法を考慮に入れて、それぞれの効果を法的な観点で評価し、相互に衡量しなければならない。平均的な保険契約者には、幅広く詳細に及ぶ法的な考慮や評価が求められることになるが、通常、法的な専門知識を持ち合わせていないから、通常はそのような状況にはない。それゆえ、結局、責務を履行するために、何をしなければならないか、何をしてはならないかはわからない。

このことは、同条項が、損害の軽減のために、保険者の指示を得て、これに従い、その弁護士に指示に従って委任することを保険契約者に求めていることによっても、平均的な保険契約者にとっては変わらない。分別のある保険契約者は、この行為準則を守るとすれば、その利益は不当に侵害されないため保険者の指示を顧慮しなければならないか、あるいは、

他の法的追及には、保険者の要求する行為と比べて、目指す権利保護の目標の効果的な実現に重大な利点があり、それゆえ保険者の指示は保険契約者の正当な利益を無視するものであり、これに従うことは期待され得ないから、それを優先することが許されるかを、同じように決定しなければならない。ここでは、理解に努める保険契約者は、通常は不可能な、法的な考慮をしなければならない。

cc) 平均的で、法的な教育を受けていない保険契約者は権利保護事故の発生後通常弁護士による助力を求めるということによつて、変わるところはない。このことから、理解の可能性を判断するうえで、弁護士の知識、あるいは弁護士の助言を受けた保険契約者の知識を基準とするべきであるということにはならない…。むしろ、透明性原則は、普通保険約款が、保険契約者に対し、すでに契約締結の時点で、どのような範囲で保険保護が得られるのか、また、どのような状況で保険保護が危険にさらされるのかを明らかにすることを求める。提示された保険保護を受けるか否かを決定するのは、その時だけである…。それゆえ、基準となるのは契約締結の時点であり、その時点では、通常、保険契約者は弁護士によつて代理されてはいない…。

dd) …ARB 第 17 条 1 項 c) bb) は保険契約法 82 条を参照しており、立法者が同規定の制定において示した以上の言語表現上の正確さを、条項作成者に要求することは許されないといったところで、変わるところはない。

抽象的一般的法律における不特定な法的概念の使用の許容性は、直ちに、約款使用者が具体的な契約関係における権利義務を一方的に定める普通取引約款や保険約款における規律に転用できるものではない。法律上の概念の使用は、普通取引約款が法律の文言を全体として繰り返す場合に許される…。法規定を再現するだけで、あらゆる点でこれと一致するいわゆる宣言的条項は、内容規制を免れる（民法典 307 条 3 項 1 文）。しかし、普通保険約款における法律上の規律の単なる再現は、法律上の規律を超えて無視できないさらなる教示が保険契約者に必要な場合には、少なくともその透明性の審査に服する。条項が法律により空けられた余地を埋めることや引用された規定が補充を要することが初めから明らかであることにより、条項が法規定を補足し、あるいはこれを補充する場合、作成者が法律を補足したか、そして、その態様はどうかはが統制され得る…。

ここではそれが当てはまる。ARB 第 17 条 1 項 c) bb) は、確かにその第 1 文において保険契約法 82 条を引き合いに出しており、第 4 文において保険契約法 82 条 2 項 1 文に準拠している。しかし、同条項は法律を繰り返しているだけでなく、これを具体化している。そこで、たとえば第 1 文における保険契約法 82 条への依拠は、これに続く文により固有の規律を持っており、これによれば損害軽減とは法的追及の費用は可能な限り低く抑えなければならないことをいうとされ、そのために第 3 文により複数の可能な処理方法の中から最も費用上有利なものを選ばなければならない。第 4 文によれば保険契約者は、損害の軽減のために、保険者の指示を得て、これに従わなければならないのであり、…これも、単に保険契約法 82 条 2 項 1 文の法律文言を再現しているのではなく、冒頭文において、詳しい言

及により具体化された損害軽減を引き合いに出している。したがって、ARB 第 17 条 1 項 c) bb)は、単なる法律の再現として、全体として内容規制を免れるものではない。…言語表現および内容のうえで分割可能で、その有効性において分離して判断すべき、内容規制を部分的に免れる個別の規律における条項の分割は問題とならない…。

2. 原告は ARB 第 17 条 6 項にいう有責な行為をしていないから、被告が ARB 第 17 条 1 項 c) bb)により給付免責となることもない。原告ではなく、弁護士が、弁護士に対して指定された鑑定人以外の者に委任したのである。そこにおける弁護士の瑕疵があっても、原告が、被告との関係で、一般原則によっても (下記 a)、ARB 第 17 条 7 項によっても (下記 b)、その責めを負う必要はない。

a) aa) 民法典 278 条は、保険法上の責務には適用されない…。

bb) …、弁護士は原告の代表者ではない…。権利保護保険において、物保険におけるような狭義のリスク管理は問題とならない。弁護士が一本件におけるように一幅広く保険者との契約関係の世話にあたることではなく、個別事件における法的利益を擁護することを委任されている場合、契約管理にもあたらない。これは代表者の地位の引受には十分ではない…。

cc) 了知の代理および了知表示の代理…は、被告により指定された鑑定人とは異なる者に依頼するという弁護士の行為の帰責のためには、問題とならない。本件において、特定の事実関係の了知の帰責または表示の帰責は問題とならない。

b) ARB 第 17 条 7 項によれば、保険契約者は責務の履行において、委任した弁護士が保険者に対する権利保護事故の清算を引き受ける範囲で、その了知および行為につき、責を負わなければならないところ、この条項は無効であるから、同条項による帰責は排除される。同条項は、民法典 278 条の帰責モデルを保険契約者の責務に転用するものであり、したがって、保険契約者が第三者の行為と知識につき責めを負うのは狭い範囲に限られ、第三者の代表者資格は特段の要件のもとでのみ肯定されるとする判例と矛盾する。保険契約者の広範な責任は、最上級審の判例は、常に、これを拒絶してきた…。ARB 第 17 条 7 項は、これに反し、こうした要件にかかわらず、無制限の帰責を定める。それゆえ、同条項は、判例および学説が解釈、類推または法形成により個別の法律上の規定から導き出したすべての法理も属する法律上の規律の本質的な基本理念…と相容れず、民法典 307 条 1 項 1 文、2 項 1 号により無効である…。

3. 被告は保険契約法 82 条 3 項によっても給付免責とならない。

a) …保険契約法 82 条は、原則として損害保険としての権利保護保険に適用され得る…。鑑定費用においては、法的利益の保護の費用として、保険契約法 82 条にいう損害が問題となる…。

b) しかし、原告には、可能な限り損害の軽減に努め (保険契約法 82 条 1 項)、期待可能な範囲でこれに関する被告の指示に従い、状況が許せば指示を得る (保険契約法 82 条 2 項) 責務があり、これに違反すれば、被告は保険契約法 82 条 2 項により給付免責となる。ARB

第 17 条につき上述したことは (2.)、その点で同様にあてはまる。法律上の責務もまた、保険契約者に向けられたものであり、その弁護士の瑕疵の責めを保険契約者が負う必要はない…。これによれば、本件において、帰責はなされない。」

3 権利保護保険における費用軽減義務

(1) 法的枠組み⁸

権利保護保険普通約款における費用軽減条項は、保険契約法上の責務 (Obliegenheit) を定めるものであり、わけても契約上の責務にあたる。

通説によれば、責務とは、真の直接強制可能な拘束ではなく、各保険契約者が保険請求権を得ようとする場合に自律的に守らなければならない単なる行為規範である (要件説)⁹。独立の反対給付ではなく、不履行の場合に提訴可能性や損害賠償請求権をもたらず法的義務でもない¹⁰。

法律上の責務と契約上の責務との区別があり、後者だけに保険契約法 28 条¹¹が適用される¹²。法律上の責務の例としては、すべての保険部門に適用のある契約前の「告知義務」(保険契約法 19 条 1 項) や保険事故の通知義務 (保険契約法 30 条 1 項) ならびに「情報義務および証拠義務」(保険契約法 31 条 1 項) のほか、損害保険だけに適用のある損害防止軽減義務 (救護義務) (保険契約法 82 条 1 項、2 項¹³) が挙げられる¹⁴。

契約上の責務は当事者間で契約により合意された責務であり、保険契約法 28 条はこれを、保険契約法 32 条 1 文により、片面的強行的に当該責務の違反の場合に約定された法的効果を保険契約者の有利に制限する¹⁵。法律上の責務が普通保険約款の中に変更されることなく取り入れられた場合には保険契約法 28 条の適用を受けないが¹⁶、法律上の責務が構成要件面において普通保険約款の規律により補充または変更される場合は、その適用がある¹⁷。その違反は保険契約者に対する全部または一部の保険者の給付免責という顕著な法的効果

⁸ なお、ドイツの弁護士報酬制度および権利保護保険における保険給付の範囲につき、應本・前掲 (注 7) 44-46 頁、62 頁参照。民事訴訟代理の弁護士報酬は訴額に応じて法定されており、権利保護保険では法定報酬までの給付が約定されるのが通例である。

⁹ Marlow in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 13 Rn. 4.

¹⁰ Ebenda.

¹¹ 条文の邦訳につき、新井修司＝金岡京子共訳『ドイツ保険契約法 (2008 年 1 月 1 日施行)』(日本損害保険協会＝生命保険協会、2012 年) 17 頁参照。

¹² Marlow in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) Rn. 5.

¹³ 条文の邦訳につき、新井＝金岡・前掲 (注 11) 33 頁参照。

¹⁴ Marlow in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) Rn. 6.

¹⁵ Marlow in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) Rn. 7.

¹⁶ Ebenda.

¹⁷ Marlow in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) Rn. 8.

に結びつくため、明示の規律を有効要件とし、明確かつ一義的に、個別に何が求められているかを認識させるものでなければならず、平均的な保険契約者の理解がその尺度とされる¹⁸。

(2) 権利保護保険普通約款における費用軽減条項

1) ARB 2010 第 17 条の概要

ARB 2010 第 17 条のうち、特に、1 項および 5 項は権利保護事故発生により保険保護を受けるために保険契約者が何をしなければならないかを規律し、6 項は保険契約者がこれらの責務を守らなかった場合の制裁を定めている。7 項は帰責規範であり、これによれば保険契約者はその委任した弁護士らの行為の責を負わなければならない¹⁹。これらは、いずれも契約上の責務であり、保険契約法 28 条が適用される²⁰。

2) 費用軽減条項 (ARB 2010 第 17 条 1 項 c) bb))

a 連邦通常裁判所の指摘

すでに、本条項の前身である ARB 2000 第 17 条 5 項 b) cc)²¹の「一般的損害軽減義務」に対し、2009 年には連邦通常裁判所により懸念が表明されていた²²。すなわち、連邦通常裁判所は上告手続における指摘 (Beschl. v. 22.5.2009 – IV ZR 352/07) において、「その利益が不当に侵害されない範囲で、…不要な費用増加または相手方によるその償還の困難化を起因する可能性のあるすべてのことを避けなければならない…との保険契約者に課せられた責務は、透明性原則および旧保険契約法 6 条、62 条の模範に反し、民法典 307 条により無効である可能性がある。弁護士の帰責事由を保険契約者に帰責することは、責務に対する違反が問題となる範囲では、いかなる観点からも許されない。」旨を述べた²³。その実務上の影響は保険事故に関する新しい連邦通常裁判所の判例 (「三本柱理論」および「原告判

¹⁸ Marlow in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) Rn. 9.

¹⁹ Herdter in Looschelders/Paffenholz, ARB, 2. Aufl., § 17 ARB 2010 Rn. 1-3; vgl. Schneider in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 1.

²⁰ Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 19.

²¹ ARB 2000 第 17 条 5 項 c)は、権利保護事故発生後の行為として、保険契約者に、「その利益が不当に侵害されない限り、

aa) 訴え提起および上訴提起の前に保険者の同意を得ること

bb) 訴え提起に先立って、当該法的紛争に法律上または事実上影響を及ぼす他の裁判上の手続の確定を待つこと

cc) 費用を不必要に増加させるか、または相手方からのその償還を困難にする可能性がある一切のことを回避すること」を課していた。日弁連リーガル・アクセス・センター『権利保護保険にかかるドイツ・イギリス現地報告書』(2010 年) 225 頁参照。

²² Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 21.

²³ Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 22. なお、この問題に関する連邦通常裁判所第 IV 民事部の裁判官である Wendt の見解が文献等で公表されている。Wendt, r+s 2010, 221, 228; MDR 2010, 1168, 1171; r+s 2012, 209, 211.

例) 24に匹敵するとされ 25、ドイツ保険協会は、その 2010 年版の標準約款 (ARB 2010) において、初めて明示的に保険契約法 82 条を指摘した損害軽減義務と保険者の指示権を定めるとともに (1 項 c) bb)、保険契約者にその委任した弁護士による責務違反を帰責する (7 項) ものとした 26。各高等裁判所においてもこの連邦通常裁判所の見解に沿った判決が下され 27、文献では新たに次のような問題が提起されていた 28。

- ・ ARB 2010 の新版により損害軽減義務は十分に透明になったのか？
- ・ 新たに導入された第 7 項により、弁護士の帰責事由の帰責が生じるのか？
- ・ 保険者は、初めて導入された指示権により、弁護士の事件処理に影響を与えることができるのか、またこれがそもそも権利保護保険に相応しいのか？

b ARB 2010 第 17 条 1 項 c) bb) の解釈

(a) 不当な利益侵害がないことの留保 (1 項 c) 柱書)

権利保護保険に加入しておらず、費用の考慮を心配する必要のない者が、当該保険契約者と同じ状況において、どのように行動するかが基準であり、その境界は、保険契約者の行為が、資金的な考慮が重要ではない合理的な保険に加入していない者の行為とは一致しなくなったところに引かれるとされていた 29。

(b) 複数の訴訟の追行 (1 項 c) bb) 第 1 点)

保険契約者は、費用上より有利に一つの訴訟で目標を達成できる場合、まずは二つ以上の訴訟を追行してはならない。例として、請求の併合や共同訴訟人としての連帯債務者の主張のほか、別個の二つ目の訴え提起に代わる訴えの追加が明文で挙げられている 30。

(c) 追加的な請求の趣旨申立の放棄 (1 項 c) bb) 第 2 点)

保険契約者は、当面の状況において必要ないか、または未だ必要のない追加的な訴えの趣旨申立を放棄するものとされる。これに相当する旧規定のもとで、労働者の請求権の行使が解雇制限訴訟 (および継続雇用請求) との関係で費用軽減義務に違反するのかが、特に争われていた 31。

(d) 待機義務 (1 項 c) bb) 第 3 点)

24 應本・前掲 (注 7) 77-91 頁、應本昌樹「権利保護保険における保険事故に関する一考察：法違反の主張を支える三本柱のレシピについて」大谷孝一博士古稀記念『保険学保険法学の課題と展望』(成文堂、2011 年) 503-531 頁参照。

25 Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 21.

26 Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 20. なお、ARB 2012 では個別の損害軽減義務の具体化は廃止されている (4.1.1.4 項参照)。

27 OLG Frankfurt Urt. v. 1.3.2012 – 3 U 119/11; OLG München VersR 2012, 313; OLG Celle r + s 2011, 515; OLG Stuttgart VersR 2016, 1439; OLG Karlsruhe SVR 2012, 111.

28 Cornelius-Winkler, in Harbauer aaO (Fn. 3) Rn. 23.

29 Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 52 mwN.

30 Herdter in Looschelders/Paffenholz, aaO (Fn. 19) Rn. 67; vgl. Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 59.

31 Herdter in Looschelders/Paffenholz, aaO (Fn. 19) Rn. 68; vgl. Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 60.

保険契約者は、企図する法的紛争に対し事実上または法律上の意義を持つ他の裁判手続の確定を待たなければならない。当該法的紛争の要素となる事実問題または法律問題が判断される場合がこれにあたる。係属中のモデルケースの結果を待つ場合が含まれる³²。

(e) 一部請求義務 (1 項 c) bb) 第 4 点)

保険契約者は請求権の相当な部分だけを提訴し、残りの請求権の裁判上の主張を、一部請求に対する裁判の確定まで保留する旨を定める。一部請求の提起には、被告が消極的確認の訴えにより応じ、提訴された部分を超えては請求権がないと主張するリスクや、提訴されなかった部分が消滅時効にかかるリスクがある。保険契約者の不当な侵害の判断のためには、費用の問題を心配しなくてよい、権利保護保険に加入していない権利保護を求める者が、同じ状況におかれたとすれば、どのように行動するかが基準となるとする判例準則を前提とすると、一部請求の提訴が保険契約者にとって意味がある場合というのは、およそ考え難いとの指摘があった³³。

(f) 無条件の訴訟委任 (1 項 c) bb) 第 5 点)

保険契約者は、訴えの提起までに短い期間しかない事件において、弁護士に裁判外の活動をも含む無条件の訴訟委任を与える義務がある。解雇制限訴訟は 3 週間以内に提起されなければならないという労働法においてよく問題となる状況に関連している。この責務が目論んでいるのは、保険契約者が弁護士にまず裁判外の利益擁護を委任することをさせないことである。これは、手続手数料に加算される追加的な業務手数料が発生することにつながり得るのに対し、保険契約者が弁護士に即時の訴え提起を委任した場合、手続手数料に裁判外の活動も含まれる。これに相当する旧規定のもとで、どのような個別事案において弁護士がまず裁判外で合意に努めることが正当化され得るのか、またそもそもそうした短期間で円満な合意が達成できるのかが、争われてきた³⁴。

4 普通保険約款に対する内容規制

(1) 概要

普通保険約款とは、通常は、保険者の普通取引約款をいい、民法典 305 条以下による規制の対象となる³⁵

民法典 307 条ないし 309 条および 310 条 1 項、3 項 3 号による規制が内容規制と呼ばれ、

³² Herdter in Looschelders/Paffenholz, aaO (Fn. 19) Rn. 69; vgl. Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 61-65.

³³ Herdter in Looschelders/Paffenholz, aaO (Fn. 19) Rn. 70; vgl. Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 66-69.

³⁴ Herdter in Looschelders/Paffenholz, aaO (Fn. 19) Rn. 71; vgl. Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 70.

³⁵ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, VVG - Kommentar, 5. Aufl. Vorbemerkung B. Rn. 2.

その目的は使用者（通常は保険者である）の契約相手を、使用者が、その法律行為の形成力を濫用することから守ることにある³⁶。判断基準となる時点は契約締結の時点である³⁷。

民法典 307 条 1 項、2 項、308 条、309 条による内容規制に完全に復するのは、法律上から逸脱するかまたはこれを補充する規律を含む条項のみであり、その他の条項は民法典 307 条 1 項 2 文および 1 項 1 文によりその透明性についてのみ規制される（民法典 307 条 3 項 2 文）³⁸。

そのため、法律上の規律を繰り返すだけであらゆる点においてこれと一致する宣言的な普通保険約款は透明性規制のみに服する。もっとも、保険契約法の総則の規定、たとえば 28 条を特定の適用事例のために仕立てる普通保険約款は、法律上の規律を具体化、補充するものであり、宣言的なものとどまらないから、規制を免れない³⁹。

（2）民法典 307 条 1 項 1 文⁴⁰、2 項⁴¹の尺度：「不相当に不利益」

民法典 307 条 1 項 1 文は、無効の結果を使用者の契約相手が信義則に反し不相当に不利益となることと結びつける。この一般条項は、民法典 307 条 2 項 1 号、2 号などによって具体化される。不利益は、「使用者が、初めから契約相手の利益を考慮することなく、信義則に反し一方的に自己の利益を契約相手のコストで追及しようとする」場合、不相当である。この不利益は、保険者の利益との比較において、一定の重大性がなければならない。民法典 307 条 2 項 2 号の意味での契約目的は、何らかの給付限定があるだけで危険にさらされるのではなく、その制限により給付が空洞化する可能性があり、したがって保険契約が保険に付されたリスクとの関係で目的を果たさなくなる場合に初めて危険にさらされる。他方、民法典 307 条 1 項 1 号の尺度は、法律上の規律がないところでは用いられない。しかし、判例により形成された原則もこれにあたり、たとえば、第三者の故意による行為をこの原則を超えて帰責させ、これにより事実上代表者責任を拡張する規定は、代表者責任と相容れないとされる⁴²。

（3）民法典 307 条 1 項 2 文⁴³の尺度：いわゆる透明性原則

民法典 307 条 1 項 2 文によれば、不相当な不利益は、規定が明確かつ分かりやすすくない

³⁶ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, aaO (Fn. 35) Rn. 37.

³⁷ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, aaO (Fn. 35) Rn. 38.

³⁸ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, aaO (Fn. 35) Rn. 39.

³⁹ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, aaO (Fn. 35) Rn. 44.

⁴⁰ 「普通取引約款における規定は、それが使用者の契約相手を信義誠実の原則に反し不相当な不利益を与える場合、無効である。」

⁴¹ 「不相当な不利益は、疑わしいときは、当該規定が次のいずれかにあたる場合に認められる。

1. 逸脱した法律上の規律の本質的な基本理念と相容れない場合

2. 当該規定が、契約の性質から生じる本質的な権利義務を、契約目的の達成を危うくするほどに制限する場合」

⁴² Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, aaO (Fn. 35) Rn. 49.

⁴³ 「不相当な不利益は、当該規定が明確かつ分かりやすすくないことから生じ得る。」

ことから生じ得る。実質的な規律内容ではなく、規範化の態様や方法が審査されるから、形式的規制とも呼ばれる。形式的規制は、民法典 307 条 3 項 1 文により実質的規制を免れるものを含め、すべての普通取引約款に及ぶ（民法典 307 条 3 項 2 文）⁴⁴。明確性またはわかりやすさが欠ければ、条項は不透明である。連邦通常裁判所が求めているのは、使用者の契約相手の権利義務が、可能な限り「明確かつ見通しやすく」表現されているということである⁴⁵。あらゆる不透明性が直ちに信義則に反する不利益とはならないものの、不透明な条項は保険契約者に権利を行使することを妨げ得ることからも、不透明性だけで無効につながることもあり得る⁴⁶。

（４）費用軽減義務条項（ARB 2010 第 17 条 1 項 c) bb)）の透明性

この点について、従来、裁判例や文献において、争いがあった。

1) 本条項は不透明であるとする見解⁴⁷

a Lensing の見解⁴⁸

まず、第 3 文の例示カタログは、複数の可能な行為態様から最も費用上有利なものを選ぶという、抽象一般的な責務を説明しているに過ぎず、これによっても、広く、輪郭がない不特定の一般条項のままである。費用縮減の目標が定められているだけで、行為規範が定められていないため、保険契約者を自身が何をしなければならないかについて不明確な状態に置く。個別訴訟の代わりに集団訴訟を提起する責務を規定するなどして、保険契約者に、原則として一部請求の提訴の義務があると信じ込ませるものであり、法的状況が不適切に述べられている。

b Cornelius-Winkler の見解⁴⁹

ARB 2010 第 17 条 1 項 c) bb) 末文における指示権につき、この権利保護保険にとってまったく新たな責務は、保険契約法 82 条 2 項の模造であるが、権利保護保険には適さない。保険契約法 82 条によれば、保険者の指示を取得しなければならないのは、それが保険契約者に期待可能であり、状況がそれを許す場合に限られるところ、これが本条項に使用される概念「不当な利益侵害」と同一であると考えない限り、保険契約者の不利益に逸脱するため、保険契約法 87 条（片面的強行性）により無効となる。さらに、保険者が特定の「指示」を与えて、これに保険契約者やその弁護士が同意しない場合がどのように解決されるべきなのかという問題がある。これに対しては、保険者は平均的な保険契約者と異なり法的知識を運用することのできる抗弁があるかもしれないが、そうなると、委任関係への許されな

⁴⁴ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, aaO (Fn. 35) Rn. 50.

⁴⁵ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, aaO (Fn. 35) Rn. 51.

⁴⁶ Pohlmann in Looschelders/Pohlmann, aaO (Fn. 35) Rn. 52.

⁴⁷ 以下に掲げる見解のほか、Rixecker in Langheid/Rixecker, VVG 6. Aufl. § 125 Rn. 19; Herdter in Looschelders/Paffenholz, aaO (Fn. 19) Rn. 65 ff.; Looschelders, VersR 2017, 1237, 1245.

⁴⁸ Lensing, VuR 2011, 290, 292.

⁴⁹ Cornelius-Winkler, r+s 2011, 141, 143 f.

い介入の危険が増し、あるいは保険者が、指示の結果に責任を負うことなく、許されない法的助言を与える可能性も認めざるを得ない。

ARB 2010 第 17 条 1 項 c) bb)による損害軽減義務につき、本条項は、冒頭で、保険契約法 82 条に関連付けて、一般的に、法的追及の費用はできる限り低く抑えなければならず、費用上もっとも有利な行為態様を選ばなければならないと定めるが、保険契約者には訴訟法の知識も費用法の知識も期待することはできない。続いて述べられる具体例も、少なくとも、部分的にはかなりの法的知識を前提としている。

適切な解決の端緒として、次のことが指摘される。まず、権利保護保険における損害軽減義務の導入の困難さは、実際には、保険契約者の行為ではなく、保険契約者により委任された弁護士の行為を規律したいということによるが、責務は、権利保護保険の有無にかかわらず、自己の契約上、法律上および職業身分上の規律に拘束される弁護士のような第三者ではなく、契約相手だけに向けることのできるものだから、これは責務の基本理念に反する。しかし、解決策もここにある。弁護士はそうした規律により、二つの同程度に確実な権利追及の選択肢がある場合に明らかに費用のうえで有利な方を選ぶことが義務づけられているからである。例としては、連帯債務者責任の場合は原則として別訴を提起しない義務、可能な限り訴えの追加を利用する義務、および金額を定めない慰謝料もしくは抑えた金額だけを申し立てる義務が挙げられよう。こうした弁護士の義務違反があっても、保険契約者の免脱請求権に対して異議を述べることはできないから、まずは、一弁護士報酬法に対する違反により超過した手数料請求の場合とは異なり一請求書が弁済されなければならない、そのうえで、保険契約者の損害賠償請求権が、保険契約法 86 条 1 項 1 文⁵⁰により保険者に移転する。保険者は弁護士との求償訴訟を迫るべきものとなるが、これは保険契約者が見通しのきかない、負担の重い保険者と弁護士との間の状況に巻き込まれないで済む消費者にやさしい解決策である。他方、弁護士契約から生じる「最も確実な方法の選択」の義務と保険契約上の責務との間の緊張関係を避けるためことは、責務よりも、一次的および二次的危険制限を通じての方が、よりよく解決される。たとえば、解雇制限事件において、訴訟手続になって初めて費用保護が生じることにしたいのであれば、これを給付種類の制限を通じて明らかにすることができる。

2) 本条項は不透明ではないとする見解⁵¹

a Armbrüster の見解⁵²

最終的にはすべての保険契約者の役に立つ費用軽減責務は、たとえば、保険契約法 82 条による法律上の損害軽減義務が示すように、必然的にある程度の抽象性が必要である。加えて、弁護士は委任契約によっても、保険契約者を不要な費用から守る義務がある。

⁵⁰ 条文の邦訳につき、新井修司＝金岡京子・前掲（注 11）34 頁参照。

⁵¹ 以下に掲げる見解のほか、Hillmer-Möbius in van Bühren/Plote, ARB, 3. Aufl., § 17 2010 Rn. 5.

⁵² Armbrüster in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 24.

b Will の見解⁵³

権利保護保険においては、権利保護事故は法律関係から生じるため、火災保険や自動車保険と異なり、保険契約だけでなく、保険の対象も見ることができない。連邦通常裁判所の普通保険約款の解釈に関する従来の方法は、権利保護保険者から、保険契約者との間で不要な費用を避けるための契約上の責務を約定するあらゆる可能性を奪うものであり、保険契約法 82 条において表現されている立法者の意思に反するのみならず、私的自治に関して憲法上の懸念にもある。解決策としては、弁護士の措置や費用結果についての弁護士の教示により、権利保護保険普通約款を注意深く読み、理解したうえで、評価する平均的な保険契約者の理解可能性を基準とすることである。保険契約者は例外なく弁護士の助言を受け、その弁護士は幅広い釈明の義務があるから、こうした基準に保険契約者にとっての不利益はない。

5 責務違反における第三者の帰責

(1) 第三者のための保険契約者の責任

1) 帰責の類型

第三者のための保険契約者の責任において、事実的行為の帰責、了知表示の帰責および了知の帰責の三つの問題が区別されるところ⁵⁴、保険事故の発生防止またはそれから生じる損害を抑制すべき契約上または法律上の責務（保険契約法 26 条、28 条、82 条）の場合には、事実的行為の帰責が問題となり、その解決のために、判例および文献は代表者責任説を展開してきた⁵⁵。

2) 代表者責任

a 基本理念

代表者責任の論拠の出発点は、保険契約者は保険に付された物の世話にあたり自己の帰責事由につき責任があることの確認であり、「保険契約者が保険に付された物を手放し、その監督を拒否することにより、保険者が被保険者の代理人の過失により保険者に生じた損害に対し無防備なままとなって、保険者の状態を本質的に悪化させること」は保険契約者の自由ではない。確かに、責務や主観的な危険除外の規定はもっぱら保険契約者の帰責事由だけを基準としているものの、そこでは保険契約者が保険に付されたリスクを自ら管理するという通例が、前提とされているから、意図されたリスク配分は、保険契約者がリスク管理にあたり第三者に「代替」させる場合には疑問となる。保険契約者がこうした場合に第三者のために介入しなくてもよいとすれば、保険事故の発生が責務違反や「リスク管理者」の重大な帰責事由に基づく場合、保険者の責任は拡張される。そうなると、保険給付と保険料と

⁵³ Will, VersR 2012, 942, 945.

⁵⁴ Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) § 17 Rn. 2.

⁵⁵ Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) § 17 Rn. 3.

の同等性は失われることになる。これに該当する者は、リスクを自ら管理し、それゆえ瑕疵ある行為の場合には保険請求権を危険にさらすすべての保険契約者に対して、有利となる。したがって、代表者責任は保険契約者の均等な取扱いにも資する⁵⁶。

b 一般的要件

(a) 保険契約者によるリスク管理の完全な委譲

第三者が「保険に付された危険が属する業務領域において、代理またはこれに類する関係に基づいて、保険契約者に代わる地位にある」ことを要件とする⁵⁷。代表者責任の内在的な根拠は、自由意思によるリスク管理の委譲である。それゆえ、第三者がリスク管理を保険契約者の意思がないかまたはこれに反して引き受けた場合、責任は除外される⁵⁸。

(b) 客観的な帰責

代表者が保険事故を招致したか、または保険事故の発生を防止すべき責務に違反したすべての場合が含まれる⁵⁹。

(2) 権利保護保険における弁護士の代表者性

この点について、従来、見解の対立があった。

1) 弁護士の代表者性を否定する見解⁶⁰

a Cornelius-Winkler の見解⁶¹

連邦通常裁判所判例が展開してきた代表者責任による帰責は、保険契約者の代わりとなり、「リスク管理または契約管理」を引き受けたものでなければならない。弁護士は、事件処理の枠組みで、保険契約者の代わりになるのではなく、もっぱら弁護士契約から生じる義務の履行に従事するから、その要件が欠けている。弁護士がこれに違反した場合、依頼者のための損害賠償請求権が保険契約法 86 条/ARB 2010 第 17 条 9 項を通じて保険者に移転するが、それは、責務の帰責の問題ではない。

b Looschelders の見解⁶²

弁護士は、リスク管理においても、契約管理においても、代理またはこれに類する関係に基づいて保険契約者の代わりとなるものではなく、その任務領域は個別事件における利益代理に限られる。また、権利保護保険には、保険契約者が法的利益の実現が可能となるようにし、それに伴う費用リスクを取り除くという目的がある。保険契約者が、訴訟追行や損害防止義務における弁護士の過誤につき、責めを負わなければならないとすれば、まさに権利

⁵⁶ Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) § 17 Rn. 32.

⁵⁷ Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) § 17 Rn. 36.

⁵⁸ Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) § 17 Rn. 50.

⁵⁹ Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) § 17 Rn. 51.

⁶⁰ 以下に掲げる見解のほか、HK-VVG/Felsch 4. Aufl. § 28 Rn. 133; HK-VVG/Münkel 4. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 19; Rixecker in Langheid/Rixecker, aaO (Fn. 47) § 127 Rn. 4; Wendt, r+s 2012, 209, 212.

⁶¹ Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 137.

⁶² Looschelders in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) § 17 Rn. 83.

保護保険の目的は危険にさらされる。

2) 弁護士の代表者性を肯定する見解⁶³

a van Bühren の見解⁶⁴

ほぼすべての権利保護保険に付されている事件処理において、弁護士は填補約束の取得、すべての情報の供与および支払事務の処理を弁護士が引き受ける。判例および注釈において展開されてきた定義によれば、代表者は「保険に付された危険が属する業務領域において、代理またはこれに類する関係に基づいて、保険契約者の代わりにを務める者」である。リスク管理は、自律的にまったく無意味とはいえない範囲で保険契約者のために行為をする権能を必要とする。代表者は「リスク論的に」保険契約者の代わりにを務めなければならない。弁護士が一通常どおり一権利保護保険者とのすべての連絡を引き受ける場合、弁護士は、保険に付されたリスク—権利の追及または防御の費用—を独立の責任をもって引き受けたうえ、当該リスク領域においても自律的に保険契約者のために行為をするのであるから、その範囲で保険契約者の代表者とみなされる。判例および注釈における要求に対応して、権利保護保険に付された事件処理において、弁護士が「主人公」である一方、保険契約者は自ら責務を守ることを原則として放棄する。

(3) 帰責条項 (ARB 2010 第 17 条 7 項) の有効性：「不相当な不利益」

この点についても、従来、見解の対立があった。

1) 「不相当な不利益」にあたる見解⁶⁵

a Bauer の見解⁶⁶

判例は、常に、広範に及ぶ保険契約者の責任を拒否している。それゆえ、旧保険契約法 61 条は逸脱可能であるにもかかわらず、保険契約者の責任を代表者ではない者に拡張する普通保険約款の規律は無効である。模範機能を有する本質的な基本理念は、原則として保険契約者が責を負うということ、ならびに他人の行為と了知は代表者責任および了知表示の代理の狭い限界内においてのみ帰責され得るということである。

b Herdter の見解

連邦通常裁判所は、いかなる弁護士の帰責事由の帰責も拒否してきており、こうした「判例法」も、民法典 307 条 2 項 1 号の意味での不相当な不利益の概念にあたる⁶⁷。保険者はこうした考えによって権利のない状態にはならない。弁護士が保険契約者との内的関係で

⁶³ 以下に掲げる見解のほか、Armbrüster in Prölss/Martin, aaO (Fn. 52) Rn. 45; Hillmer-Möbius in van Bühren/Plote, aaO (Fn. 51) Rn. 1; Lensing in Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. § 27 Rn. 69.

⁶⁴ van Bühren, r+s 2016, 53, 57.

⁶⁵ 以下に掲げる見解のほか、Cornelius-Winkler in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 139; ders., r+s 2011, 141, 142; ders., VersR 2012, 1224, 1225; Looschelders, VersR 2017, 1237, 1246; Maier, r+s 2013, 105, 110; HK-VVG/Münkel, 3. Aufl. § 17 ARB 2010 Rn. 19; Rixecker in Langheid/Rixecker aaO (Fn. 47) § 127 Rn. 4; Schmitt in Harbauer aaO (Fn. 3) Einl. Rn. 63; Wendt, r+s 2012, 209, 213.

⁶⁶ Bauer, VersR 2013, 661, 664 f.

⁶⁷ Herdter in Looschelders/Paffenholz, aaO (Fn. 19) Rn. 134.

費用軽減義務に違反すれば、弁護士はたいてい契約上（保険契約者との弁護士契約により）、損害賠償の義務がある。そうした損害賠償請求権が弁護士・保険契約者間において生じ、保険者がすでに給付した場合、その保険契約者の弁護士に対する請求権は、9項により保険者に移転する。そうならば、保険者はその請求権を直接弁護士に対し主張することができる⁶⁸。

2) 「不相当な不利益」にあたらぬとする見解⁶⁹

a Armbrüster の見解⁷⁰

新たに導入された17条7項により明示的に定められた弁護士の帰責事由の帰責には、確認的機能が認められるに過ぎない。一見して限定的な「〔保険契約者により委任された弁護士が〕保険者に対する権利保護事故の処理を引き受けた範囲で」との付加は、帰責を、たとえば権利保護事故の清算についての独自の弁護士の保険者に対する義務の引受にかからせるものではない。そのようなものは通常存在しない。むしろ、弁護士が、保険者との必要な連絡の処理を委任されたことで十分である。これにより、弁護士はリスク管理者となり、保険者に対する保険契約者に該当する責務に関し、保険契約者の代わりとなる。

b Obarowski の見解⁷¹

弁護士がその活動を本来の受任事務に限定し、保険保護の協議を保険契約者に委ねる場合、弁護士の了知と行為を契約による損害軽減義務の枠組みで帰責させることは、確かに不可能である。しかし、弁護士が保険者に対する権利保護事故の清算を引き受けた場合は、別の判断となるべきである。保険契約者はすべての権能を弁護士に委ねたのであるから、これにより要件とされるリスク管理がある。それゆえ、ARB 2010 第17条7項の有効性に対し呈された疑義は理由がない。そこでは、帰責されるのは、あらゆる弁護士の活動ではなく、保険契約者に代わって填補約束を取得することやその他の権利保護事故の清算を行うことを対象とするものだけであることが見過ごされている。

6 権利保護保険者による弁護士に対する求償請求の可能性

(1) はじめに

費用軽減義務とは別に、弁護士の義務違反により増加した費用への対処につき、保険契約法86条1項による求償によりこれを取り戻す方法が文献では推奨されており、実際、権利保護保険者は、この可能性を利用している⁷²。近時は、毎月のように、こうした弁護士の権

⁶⁸ Herdter in Looschelders/Paffenholz, aaO (Fn. 19) Rn. 136.

⁶⁹ 以下に掲げる見解のほか、Hillmer-Möbius in van Bühren/Plote aaO (Fn. 51) Rn. 29; Lensing in Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. § 27 Rn. 69.

⁷⁰ Armbrüster in Prölss/Martin, aaO (Fn. 52) Rn. 45a.

⁷¹ Obarowski in Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO (Fn. 9) § 37 Rn. 512.

⁷² Wendt, r+s 2012, 209, 213.

利保護保険者に対する責任に関する裁判が公となっており、その背景には、敗訴の場合にシステマティックに弁護士への責任追及を試みるという一部の権利保護保険者による動きがあると指摘されている⁷³。

(2) 移転可能な請求権

移転可能なのは、保険契約者のすべての費用償還請求権であり、どのような法的原因に基づくものであるかを問わない⁷⁴。瑕疵のある代理ないし訴訟追行による保険契約者の弁護士に対する損害賠償請求権も移転可能であり、その例としては、消滅時効にかかった債権の裁判上の主張や、管轄のない裁判所への訴え提起、明らかに誤りのある費用決定に対し弁護士が即時抗告をしなかったことなどが挙げられ、連邦弁護士法 49b 条 5 項⁷⁵による積明義務の違反による保険契約者の弁護士に対する損害賠償請求権もこれにあたる⁷⁶。

(3) 請求権移転の要件

ARB 2010 第 17 条 9 項、保険契約法 86 条による請求権移転のための要件は、権利保護保険者が、たとえば、弁護士や裁判所といった保険契約者の費用債権者の債権につき、保険契約者のために支払を行ったこと、および、保険事故の清算の枠組みにおいて、第三者が一定の法的な原因に基づいて保険契約者にまさにその費用の全部または一部を賠償しなければならぬことである⁷⁷。

(4) 請求権移転の範囲：いわゆる対応原則

請求権移転の範囲については、保険に付されたリスクに該当する損害に対応する保険契約者の償還請求権だけが移転する対応原則の適用があり、たとえば、保険者が弁護士費用のみを支払い、保険契約者には、それにもかかわらず、費用確定決定において、償還が弁護士費用のみならず、裁判所費用についても認められた場合、保険者がその間にそのほかの費用債権者（裁判所を除く）への支払をしたとしても、保険契約者の償還請求権は、弁護士費用の額においてのみ権利保護保険者に移転する⁷⁸。

⁷³ Weinbeer, AnwBl 2020, 26; vgl. Dallwig, r+s 2020, 180.

⁷⁴ Schneider in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 160.

⁷⁵ 「徴収すべき報酬が訴額によって定められる場合、弁護士は受任の前にその旨を指摘しなければならない。」

⁷⁶ Schneider in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 162.

⁷⁷ Schneider in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 167.

⁷⁸ Schneider in Harbauer, aaO (Fn. 3) Rn. 169. 以下に挙げたもの以外の裁判例として、LG Gera Urt. v. 15.5.2020 – 6 O 581/17, BeckRS 2020, 12365; LG Gera Urt. v. 17.1.2020 – 6 O 1229/17; OLG Jena Urt. v. 31.1.2020 – 9 U 845/18, BeckRS 2020, 9286; OLG Köln NJW-RR 2020, 673; OLG Jena AnwBl 2020, 44 = BeckRS 2019, 24215; LG Köln Urt. v. 15.8.2019 – 15 O 120/19.

(5) 近時の裁判例

移転した権利に基づく弁護士に対する損害賠償請求事案として、文献で紹介されている裁判例としては、次のようなものが挙げられる⁷⁹。

1) ケルン高等裁判所

三つの裁判⁸⁰において、弁護士の義務違反による権利保護保険者の弁護士に対する損害賠償請求に関し、訴訟や上訴に成功の見込みがないことを指摘する弁護士の義務を認めた。

権利保護保険が填補約束を訴訟のために与えた場合で、その填補約束が誤った説明などによって得られたものではないときは、完全なリスク教示があれば訴訟を進行しなかったとの依頼者に有利な表見証明は、原則として妥当しないが、弁護士が初めから見込みのない訴訟追行を思いとどまるよう助言しなかった場合は、この限りではないなどと判示したうえで、結論としては、三つの裁判すべてにおいて、損害賠償請求を認めた。

2) ベルリン地方裁判所⁸¹

争われたのは、消費貸借撤回事件において、弁護士により追加的になされた土地債務の抹消の申立であり、これにより訴額が著しく上昇した。裁判所は、権利保護保険者はこれに対応する申立を伴う訴えのための填補約束を与えているうえ、弁護士の助言瑕疵はなかったとして、権利保護保険者の弁護士に対する損害賠償請求権を否定した。

7 結びに代えて：わが国への示唆

ドイツ連邦通常裁判所 2019 年 8 月 14 日判決における判示内容からは、権利保護保険において、保険契約者に費用軽減の行為責任を負わせることを拒否する強い姿勢が窺える。今後、権利保護保険の実務において、保険契約者自身、あるいはその委任した弁護士の行為が原因で、余計な弁護士費用等が生じ得るという問題を、普通保険約款上の費用軽減条項や法律上の損害防止・軽減義務の枠組みで処理できる余地は、極めて限定されたように思われる。もとより、これにより、弁護士の行為の責任が不問に付されるわけではなく、一旦保険給付を行った権利保護保険者が、移転した弁護士に対する損害賠償請求権を主張して、その求償訴訟の場で、弁護士と争う機会が増えていくことが予想される。

保険者の給付免責と結びつく費用軽減の責を、必ずしも十分な法律知識を持ち合わせていない一般市民である保険契約者に負わせれば、権利保護保険の司法アクセスを支える機能は大きく後退するおそれがあることや、弁護士による法律事務は、専門的裁量に基づくものであるうえ、とりわけ独立性に高い価値を置くものであるから、これを保険契約上の責務として規律することは相当ではないこと、主として弁護士の判断ないし行為が問題となる

⁷⁹ Schneider, NJW 2020, 2158, 2163.

⁸⁰ OLG Köln Urt. v. 23.5.2019 – 24 U 122/18, BeckRS 2019, 12371; 24 U 123/18, BeckRS 2019, 12614; 24 U 124/18, BeckRS 2019, 12616.

⁸¹ LG Berlin Urt. v. 8.7.2019 – 16 O 22/19.

紛争の解決の場として保険訴訟は相応しいとはいえないことなどからすると、ドイツにおける上記のような選択は、相応の理由のあることのように思われる。

法制度などの違いを考慮した精査が必要ではあるものの、こうした近時のドイツにおける展開をみる限り、わが国の権利保護保険においても、法律上の損害防止義務や普通保険約款における損害防止条項によって問題解決を図ることは、実務上のアプローチとして有望とはいえないように思われる。他方、保険事故や給付範囲を約款に明確に定めておくことで、不必要な費用の抑制や紛争防止に資するとともに、有効な紛争解決の指針を得ることができる。この面では、わが国の保険者にも更なる工夫の余地があるかもしれない。

従来、弁護士報酬を含む弁護士の職務を巡る紛議には、弁護士会における紛議調停がその解決の場を提供してきているところ、2018年1月には、日弁連において、弁護士費用保険に関する紛争を解決するための機関（略称「弁護士費用保険ADR」）が設置され、運営が開始された⁸²。その対象となる主な紛争は、①保険金給付義務の有無に関する紛争と②弁護士費用保険の対象となる弁護士費用等の適否または妥当性に関する紛争である。手続を主宰する裁定委員会は、原則として保険精通者・日弁連リーガル・アクセス・センターが推薦する弁護士・学識経験者の3名で構成される。受任弁護士が、契約者等の代理人としてではなく、独立した当事者となる点にもその特徴がある。2018年1月から2019年7月末時点の累計で、18件の申立がなされており、うち、8件が保険会社、9件が弁護士、1件が契約者・被保険者による申立である⁸³。この弁護士費用保険ADRは、法律事務と保険にわたる知見を備えた手続主催者を擁しているうえ、弁護士自らが当事者となることができ、この種の紛争に相応しい解決の場を提供しているものといえよう。今後の更なる活用・発展が期待される。

⁸² 日本弁護士連合会『弁護士白書〔2019年版〕』（2019年）29頁。

⁸³ 同上。