

アメリカにおける責任保険者の防衛義務(一)

広瀬 裕樹

- 一 はじめに
- 二 防衛義務の有無を判断するための基準
 - 1、防衛「義務」を定める約款の規定とその意義
 - 2、伝統的な立場 〈ブリーディングテスト〉
 - 3、カリフォルニア州最高裁での変革 〈可能性テスト〉
 - 4、検討
- 三 保険者の防衛義務違反
 - 1、防衛義務違反の効果
 - 2、防衛義務違反を回避するための方策 (以上本号)
- 四 責任保険者と被保険者の利害対立
- 五 日本法への示唆
- 六 おわりに

一 はじめに

アメリカの責任保険においては、一般に、第三者からの損害賠償責任の追及につき、保険者が被保険者に代わって防衛することを保険者の義務とする旨の定めが、約款の中に存在する。例えば、自動車事故が発生し、被害者が加害者たる被保険者に対して損害賠償責任訴訟を提起したような場合に、保険者は、当該訴訟における防衛に関する一切の事務を引き受ける義務を負う。訴訟代理人の選任も、その義務の中に含まれる。こうした義務の履行を、保険者は自らの計算で行わなければならない。

アメリカにおける保険者の防衛義務 (duty to defend) の利点としては、次に掲げるようにいくつかを挙げることができる。まず、被保険者の事務負担が軽減する点を挙げることができる。被保険者は、有能な弁護士を探すことなどの防衛に関する面倒な雑務に煩わされることはない。⁽²⁾次に、通常、法律に関しては素人である被保険者よりも、責任保険の専門家である保険者は、防衛に関して知識も経験も豊富であろうから、質の高い防衛のなされることが期待できる点を挙げることができる。さらに、質の高い防衛のなされることによって、被保険者が負担する損害賠償額の低減を期待することができるため、保険者が支払う保険金の額を減少させることが可能となる点も挙げることができる。支払われる保険金の額が減少すれば、当然、保険料の低減化を達成することができるため、防衛の質が高まることは、保険制度全体から見望ましいことであるといえよう。

理論的には、損害賠償責任は、被害者と加害者たる被保険者との間の責任関係において確定するものである。その責任関係においては、保険者はあくまでも第三者に過ぎない。しかしながら、かりに、保険者が責任関係に全く関与できないとすればどうなるであろうか。おそらく、法外な額の損害賠償責任が承認されてしまう危険性が高い

であろう。なぜなら、被保険者は、損害賠償額が保険金額内であれば、自らは事実上負担しないも同然となるため、金額を適切なものにとしようと努力するインセンティブに乏しい一方、被害者には、金銭をなるべく高くしようとするインセンティブが働くと考えられるからである。また、最悪の場面として、被保険者と被害者が共謀し、損害賠償責任自体を捏造することも考えられる。こうした状態を放置することは、保険者の利益を著しく害する。そればかりでなく、それは、保険金の過大な流出を意味し、保険制度の崩壊を招くことにもなりかねない。アメリカでは、防御義務の定めによって、被害者からの請求に対する防御について、保険者は排他的な管理権を有することができると解されているため、⁽³⁾ 防御義務は、非常に重要な意味を有している。

一方で、アメリカにおいて、保険者の防御義務は大きな問題をも孕んでいる。具体的には次の二つの問題がその中心に位置している。

第一に、いかにして防御義務の有無を判断すればよいかの問題となる。保険者が防御することについて利益を有するのは、その行為が保険金の支払に関係するからである。それゆえ、約款においても防御義務の範囲は保険者の損害填補義務 (duty to indemnify) と関連するように規定されている。この規定の反対解釈からは、損害填補義務が発生しないような場合には防御義務は生じないといえそうである。しかしながら、そのような構図が必ずしも成り立つわけではない。例えば、被保険者に対する損害賠償の訴えが根拠のない不当なものであった場合を想定してみよう。保険者は、その請求を排斥することに利益を有する。それゆえ、この場合、保険者の防御は、積極的に認められてしかるべきである。一方、その防御が成功し、被保険者の訴えが排斥されれば、当然、保険者は保険金を支払う必要がないことになる。すなわち、損害填補義務が生じなくとも、防御義務は存在しうるのである。したがって、このようなケースを考慮して、約款では、不当な請求に対しても保険者は防御義務を負うと定められている

(第二章第一節参照)。

一方、被保険者への訴えが、保険の担保範囲内には含まれないため、または、保険者の免責事由に該当するため、被保険者に損害填補義務が生じないような場合にまで、防御義務は及ばない。しかしながら、その境界を画することは容易ではない。なぜなら、保険者の損害填補義務の有無は、損害賠償に関する紛争が確定し、かつ、保険契約上の抗弁が存在する場合にはそれに関する争いが確定した後、ようやく明らかとなるが、防御義務の有無はこうした争いの当初に判断されなければならないからである。したがって、防御義務の有無を判断する際には、これらの争いの結論を予測しなければならぬという困難が存在する。被保険者に対して負担する義務であるから、保険者が判断を誤り、防御の提供を拒絶した場合、後に保険者は、義務違反の責任を問われうることになる。

したがって、不当な訴えがなされたときなどの必要な場合には防御を広く認めつつ、不要な場合には防御を提供しなくとも義務違反を問われないようにするために、いかなる基準をもつて防御義務の有無が判断されるべきかは重要な問題となる。

第二に、保険者と被保険者との間に利害対立 (conflict of interests) が存在する場合、防御がどのようになされるべきかが問題となる。例えば、当該事案が保険の担保範囲内に入るか否かが微妙な場合、保険者と被保険者の利害は対立することがありうる。なぜなら、そのような場合、保険者は、保険の担保範囲外になるように防御することに利益を有するのに対して、被保険者は保険の担保範囲内になるように防御することに利益を有し、両者の利害は相反するからである。その結果、防御に関する方針の決定などの場面において、著しい不都合が生じうる。また、保険者の管理権は、単に訴訟における防御に留まらず、示談や和解など、当該事案を解決するための種々の事柄に及ぶため、⁽⁵⁾ 示談や和解などにつき、被保険者に不利な結論を導くような選択を保険者がしうるような場合も、その

一例となる。この場合、訴訟における防衛と並び、こうした解決も保険者の義務と解されているため（「解決義務 (duty to settle)」）、利害が対立する状況から保険者は容易に抜け出す事はできない。したがって、保険者と被保険者との間に利害対立がある場合、防衛において、いかにして両者の利害調整を図るべきかは重要な問題となる。

アメリカにおいては、上記の二つの問題に関して、相当数の裁判例が生み出され、議論も多く蓄積されている。防衛義務に関する問題は、保険契約法上の主要な論点の一つとなっているのである。

これに対し、わが国においては、最近まで、保険者の防衛「権」の必要性の観点から考察した論稿は存在したものの、⁽⁶⁾以上に示した問題点についてはほとんど認識されてこなかった。⁽⁷⁾わが国の責任保険契約においては、防衛義務が一般的ではないことにその要因があると思われる。しかしながら、わが国で普及率の高い損害保険の一つである任意自動車保険⁽⁸⁾においては、保険者の示談の代行が義務とされている。⁽⁹⁾この義務はまさしく、アメリカにおける防衛・解決義務にほかならない。また、近時、この義務の有無について争われた裁判例も登場した。⁽¹⁰⁾それゆえ、防衛義務に関して、わが国においても問題は生じうるか、生じうるとすれば、いかにしてその問題の解決を図るべきであるか、ということを考察する必要がある。

こうした状況において、近時、アメリカの法状況を広範かつ詳細に紹介する論稿も現れた。⁽¹¹⁾しかしながら、この論稿では、わが国における問題点が主要な検討対象とされていない。また、アメリカ法の評価も、筆者と必ずしも一致するわけではない。それゆえ、なお、アメリカの法状況から示唆を得ることのできる余地は十分に残されているものと考ええる。そこで、本稿では、防衛義務に関するアメリカの法状況を検討することによって、わが国への有益な示唆を模索してみたい。

注

- (1) 保険法に関する論稿においては、「保険契約者」という用語を使用するのが一般的である。しかし、本稿では「保険契約者」ではなく「被保険者」という用語を中心に用いている。なぜなら、「第三者のためにする責任保険」の場合、保険契約者は保険者が防衛をする対象とはならないからである。通常「保険契約者」と「被保険者」は同一人物であるが、「第三者のためにする責任保険」の場合は、「保険契約者」と「被保険者」は一致しない。それゆえ、保険者が「保険契約者」の代わりに防衛をする、とは必ずしもいえない。
- (2) I ROWLAND H. LONG, THE LAW OF LIABILITY INSURANCE § 5.01 at 3 (release No. 54 1996).
- (3) *Id.*; ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW § 9.1 at 989 (Practitioner's ed. 1988).
- (4) James M. Fischer, *Broadening the Insurer's Duty to Defend: How Gray v. Zurich Insurance Co. Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance*, 25 U.C. DAVIS L. REV. 141, 143 (1991).
- (5) LONG, *supra* note 2, § 5.01 at 3; KEETON & WIDISS, *supra* note 3, § 7.8 at 875.
- (6) 西島梅治「責任保険法の研究」一〇〇頁(同文館、一九六八年)、同「責任保険—不当請求の防衛を中心として—」松坂・西村・舟橋・柚木・石本先生還暦記念『契約法大系V特殊の契約(1)』二八五頁(有斐閣、一九六三年)、同「責任保険者の防衛権」大森先生還暦記念『商法・保険法の諸問題』五〇二頁(有斐閣、一九七二年)。
- (7) 西島梅治「家庭用自動車保険約款と保険法」交通法研究第四号『損害賠償額の算定・保険会社の示談代行』六九頁以下(有斐閣、一九七五年)では、示談代行権の濫用の問題に関して、アメリカの状況の一部がごく簡単に紹介されている。
- (8) 例えば、一九九八年三月末における、任意自動車保険の対人賠償保険の普及率(自動車保険料率算定会調べ)は、六九・九%である。『ファクトブック'98日本の損害保険』一三三頁(日本損害保険協会、一九九八年)。
- (9) 示談代行に関しては、シンポジウム「家庭用自動車保険約款における示談代行」交通法研究第四号『損害賠償額の算定・保

險会社の示談代行」三一頁以下(有斐閣、一九七五年)、平田善之「水野貞「示談代行をめぐる問題」金沢理ほか編「新種・自動車保険講座Ⅱ自動車責任保険」二四四頁(日本評論社、一九七六年)、寺部孝平「保険者の示談代行」田辺康平ほか編「新損害保険双書2自動車保険」一三六頁(文眞堂、一九八三年)、児玉康夫「示談代行の問題点」加藤一郎ほか編「自動車事故の損害賠償と保険」五六〇頁(有斐閣、一九九二年)を参照。これらの論稿においては、主に弁護士法七二条(非弁護士の方事務の取扱等の禁止)との関係が問題とされている。その問題意識の根底にあるのは、保険者が被保険者に代わって被害者に対峙することによって、被害者が不利な立場に置かれるのではないか、という懸念である。

(10) 大阪地判平成八年六月六日自動車保険ジャーナル一一九一号二頁。

(11) 原和朗「責任保険者の防衛義務と利益相反」損害保険研究五九卷三号九三頁(一九九七年)。

二 防衛義務の有無を判断するための基準

1、防衛「義務」を定める約款の規定とその意義

防衛義務に関する定めは、制定法上ではなく、約款上に存在する。周知のごとく、約款の規定は一樣ではないが、典型的な防衛義務の規定は、次の通りである。⁽¹⁾

「当社には、「本保険の対象となる」身体的損害および財産的損害に関する損害賠償を求めて被保険者に対してなされるいかなる訴えについても防衛をする権利および義務があります。たとえ、その主張が根拠のないもの

(groundless)、虚偽のもの (false)、または詐欺的なもの (fraudulent) であったとしても同様です。」「(「内筆者」これは、アメリカにおいて代表的な責任保険である CGL (Comprehensive General Liability「包括的総合責任」) 保険の、ISO (Insurance Service Office)⁽²⁾ 一九七三年版標準約款 (policy)⁽³⁾ に挿入されている規定である。

この規定において問題とすべき点は二つある。第一点は、後段の「たとえ…」以下の文言であり、第二点は、防御に関する権利と義務が並列されていることである。

第一点である後段の一文が挿入されたのは次のような理由によるものと考えられる。すなわち、「たとえ…」以下に挙げられているような請求は不当なものであり、被保険者にとっても、保険者にとっても排除されることが望ましい。それゆえ、そのような不当な請求がなされたときこそ、適切な防御が必要となるといえる。一方、防御が成功して、請求が棄却され、被保険者には損害賠償責任が無いことが確定したとすると、責任保険において填補されるべき損害が発生しなかったことになる。保険者の防御義務は損害填補義務と連関するものであることに鑑みると、損害填補義務が発生しない場合にまで防御義務が生ずるのか否かについては若干疑問を挟むことのできる余地がある。したがって、後段の文言は、その疑問の余地を封印し、保険者は、不当な請求に対しても防御する義務があることを明示的に定めたものといえることができる。⁽⁴⁾

ただし、責任保険の約款の中には、そのような文言がないものもある。例えば、現行の CGL 保険一九八八年標準約款 (ISO 版) には、「たとえ…」以下のような文言は存在しない。しかしながら、裁判所は、「たとえ…」以下の文言がない約款であっても、そのような文言があるかのように解釈することが多いといわれている。⁽⁶⁾ 約款の解釈は、作成者である保険者に不利なようになされ、必ずしも明文の根拠を必要とするわけではない。⁽⁷⁾

このように、保険金が支払われない場合であっても、防御義務が存在する場面は十分ありうることになる。それ

ゆえアメリカには、「防衛義務は損害填補義務 (duty to indemnify) よりも広い」という法諺も存在する。⁽⁸⁾ もっとも、防衛義務の有無の判断に関しては、その義務の範囲が広いことが問題を多発させているといえよう。なぜなら、義務の範囲が狭ければ、それだけ義務違反を問われる余地が小さくなるからである。

第二点に関しては、このように規定することによって、保険者は防衛に関する管理権を有することができる、という意義がある。すなわち、この規定があることによって、防衛に関する弁護士を選任、攻撃防衛方法の選択、原告からの示談等の申し込みに関する決定権、または上訴に関する判断などを保険者がすることができるようになる。⁽⁹⁾ 損害賠償責任訴訟の対応に関しては、被保険者よりも保険者の方がより経験豊富であり、かつ能力的に優れていることが一般的であろう。⁽¹⁰⁾ それゆえ、保険者に防衛に関する管理権を与えることは、適切な防衛によって損害賠償の金額が適切なものとなることを期待するという意味で、責任保険制度全体から見ても望ましいと思われる。

ところで、このような保険者による防衛の意義は、保険者が排他的な権利を有するということのみで十分達成されるはずである。⁽¹¹⁾ それでもなお、このような義務が存在するのはなぜであろうか。この点について、Halsey教授は、歴史的経過をたどり、防衛義務が現れた背景について次のように論じている。⁽¹²⁾

かつて、責任保険の約款には防衛義務は存在せず、保険者には責任訴訟の防衛に関する排他的な管理権があるのみであった。それゆえ、保険者は、被害者からの請求に対し、必要な場合には被保険者に先んじて防衛を行うことができた。また、防衛をしなかった場合には、別訴において改めて損害填補義務の有無を争うことができた。ところが、この点に関する判例法理に重要な変革が発生した。その結果、保険者が防衛の提供を拒絶した場合、防衛権は「排他的に」被保険者に移転し、判決効 (res judicata) または争点効 (collateral estoppel) の法理によって、損害賠償責任訴訟の結論が保険関係に及ぶと解されるようになったのである。それゆえ、保険者は、損害填補義務の有

無につき争えるように、責任訴訟における防御に積極的に関与せざるを得なくなった。一方で、責任保険自体の意義が、現実の損害の補償 (indemnification against actual out-of-pocket loss) から賠償責任の補償 (indemnification against liability) へと変わったことも大きく影響した。この変化は、責任保険自体が、旧来の先履行型 (indemnity policy)、すなわち、保険金の支払には被害者への現実の支払が条件となる形態から、自動車保険の分野において発達した被害者保護の要請に関する判例法理の影響を受けて、責任負担型、すなわち、保険金の支払は確定判決の存在で足りるとする形態に変化したことにより生じた。その結果、保険者は、より深く訴訟に関わることが求められるようになったのである。

Fisher教授は、こうした判例法理の展開により、保険者の防御権は、義務への変質を強いられ、それが約款上明確化されるに至ったとしている。¹⁴³ しかしながら、この見解によつては、保険者が裁判所との関係において防御権の広範な行使を強いられるということは説明できても、なぜ保険者が被保険者との関係において防御権の行使を義務として約したのかを説明しきれないように思われる。¹⁴⁴

それでは、何故、保険者は、約款の中に「義務」を挿入しなければならなかったのであろうか。この点に関しては、アメリカにおいて責任保険が訴訟保険 (Litigation Insurance) に変化したことが少なからず影響を与えたものと考えられる。すなわち、責任保険の意義が、単に損害賠償債務を支払ってもらえることから、損害賠償の請求から守ってもらえることに変わったのである。¹⁴⁵ こうして、現在では、これから保険を購入しようとするものにとつて、防御義務の存在が重要な購買動機となつているといわれる。¹⁴⁶ このような状況においては、保険者が防御義務を負担しないことは、保険商品の魅力の低下に結び付きかねない。¹⁴⁷ それゆえ、激しい販売競争の中、防御を義務とする条項を、保険者は自らの約款の中に挿入せざるを得なかつたのではないかと思われる。判例法理の展開も見逃すこと

はできないものの、防御「義務」が一般化した最大の要因は、責任保険の社会的な位置づけの変化であると推測される。

2、伝統的な立場 (フリーディングテスト)

防御義務の有無を判断する際に、訴状 (complaint) における被害者たる原告の主張 (allegation) のみを考慮するのが伝統的な立場である。⁸⁸⁾ この立場によれば、防御義務の有無は、原告の訴状に記載されている主張と、当該責任保険の約款の文言とを照らし合せて上で判断されることとなる。すなわち、訴状の記載内容が真実であるとすれば、保険者に損害填補義務が発生するような場合に、防御義務が存在することになる。⁸⁹⁾ この判断基準は「フリーディングテスト (pleading test)」と称されている。⁹⁰⁾ フリーディングテストにより、保険者に防御義務があることになれば、後に損害賠償訴訟の結論として損害填補義務がないことになっても、防御義務が存在しなかった、ということにはならないと解される。⁹¹⁾

フリーディングテストは、訴訟の開始時において、防御義務の有無を客観的にかつ簡易に判断することができるという利点を有する。遅くとも一九五〇年代には、アメリカにおいて判例法たる地位を獲得するに至ったようである。⁹²⁾

もつとも、この基準に全く問題が存在しないというわけではない。第一に、訴状内容に保険の対象外となるような要因と対象内となるような要因が並列して記載されるような場合はどのように処理されるべきかが問題となる。例えば、訴状に、訴訟原因 (cause of action) として一次的には故意が、二次的には過失が記載されている場合であ

る。損害が被保険者の故意によって生じたならば、通常、保険者は免責されることになる一方、過失によって損害が生じたならば保険者は免責されないから、そのような記載がなされているときには、防御義務の有無を一義的に解することはできない。このような場合でも、その全ての訴訟原因について保険者は防御義務を負うと解される。なぜなら、そのような訴えは、最終的に損害填補義務を発生させるものであるし、また現実において、費用などを訴訟原因毎に案分することが難しいからである。

第二に、訴状に記載されていることから防御義務の有無を判断しがたい場合をどのように処理するのかということが問題になる。例えば、次のような事例の場合である。ある店舗で買い物をしていた顧客が、売り主の不注意により、エレベーターの穴に落ち、外傷を負った。それゆえ、売り主は顧客に対して損害賠償責任を問われることとなった。一方、売り主の加入している責任保険契約では、エレベーターの「使用」に関係する損害は保険者の免責事項とされていた。しかし、損害がエレベーターの「使用」に関係しているか否かについては、訴状の記載内容によつて明確に判断することは困難であった。この場合に防御義務の有無については、どのように解されるのであるか。裁判例においては、こうした場合にも防御義務があると解するのが大勢である。その根拠は、約款の文言の適用範囲が曖昧な場合は、約款作成者不利 (contra profertem) の原則が適用される、という点に集約される。すなわち、訴状に記載されている事柄が十分ではない場合に防御義務の有無をどのように判断するかについては、約款には規定がなく、曖昧であることができる。このような場合には、約款作成者不利の原則が適用され、被保険者には有利になるように、防御義務に関して積極的に解されることになる。

このように、訴状の記載事項からは防御義務の有無を一義的に判断することができない場合、訴状に記載されていない事実関係は全く考慮されないと見える。その意味で、訴状の記載事項のみを考慮するというプリーディング

テストの核心部分は維持されている。

第三に、訴状中の記載と客観的な事実関係が相反する場合には、結果の妥当性が問題になることもある。フリーディングテストによれば、訴状の記載内容が保険契約の対象外を示している限り、たとえその記載内容が誤りであることを保険者が認識していたとしても、防御義務は発生しないこととなる。この結論は妥当なものとはいえないであろう。なぜなら、被害者である原告の訴状に記載されている内容が虚偽のものであることによって、保険者に防御を提供してもらえなくなった被保険者は、期待を大きく裏切られることになるからである。そのため、こうした場合において、フリーディングテストを採用せず、防御義務の発生を認めた裁判例も存在する。

その一例として、*Loflin v. United States Fire Insurance Company* 事件判決²⁹⁾を挙げることができる。この事件の事案はおおむね次のとおりである。Aは、Xの車(本件自動車保険の対象車)を、Xの許諾を得て運転していたところ、事故を起こしてしまい、同乗者であるBが被害を被った。Bは損害賠償請求訴訟を提起したのであるが、その被告には、Aだけでなく、Xらも含まれていた。そこで、Xは、保険者であるYに、訴訟を提起された旨を通知し、防御の提供を要請した。しかしYは、訴状の記載によればAとBはXの被用者であると判断できるところ、当該保険の約款によれば、被用者間の侵害行為に関する損害賠償責任は保険者免責事項であることを理由にして、防御の提供を拒絶した。これに対し、Xは、再三Yに対し、AとBは自己の被用者ではないことを知らせた。その後、損害賠償請求訴訟において、XがAとBの雇用者でないことが認められ、被告から除外されたため、XはYの防御義務違反の責任を追及する訴訟を提起した。

このような事案につき、ジョージア州控訴裁判所はYの防御義務違反を認定した。そのように解した主要な根拠は、被保険者に各種の通知義務があることに鑑みると、保険者は被保険者からの情報も重要視すべきであり、それ

ゆえ、防御義務の有無を訴状の記載のみで判断することは妥当ではない、という点であった。また、本件で問題となっていた請求は、まさしく約款の文言にある「根拠のない、虚偽の」請求であるというべきであるから、約款の文言からは、そのような請求にも防御義務が及ぶと解釈されるべきである、とも判示している。

Loflin v. United States Fire Insurance Company 事件判決は、フリーディングテストと責任保険の約款の解釈が相いれない場合もありうることを示している。このような場合にはフリーディングテストの修正が行われる可能性が十分ありうるということである。

このように、フリーディングテストによって、必ずしも妥当な結論が導かれるとはいえない。それゆえ、場合によっては、防御義務の有無が、訴状の記載内容だけでなくその他の様々な事情に鑑みて判断されることもありうる。そのような場合を、「例外的」にフリーディングテストの修正が行われている、と位置づけることも可能であろう。しかしながら、時代が移り変わり、状況が変化することによって、フリーディングテストの適用に問題が生じる場合を単なる「例外」として処理するには困難が生じてきた。それは、次の二つの事情に基づくものである。

第一に、フリーディングの制度が大きく変化したことである。かつては、訴状に事実関係を相当詳細に記載しなければならなかった。⁶⁰しかし、請求の原因となる事実関係を明らかにするという役割は、訴状ではなく、ディスクヴァリ (discovery) などが果たすようになった。⁶¹さらに、訴状の記載内容について容易に変更が認められるように、アmendメント (amendment) の法理が発達した。⁶²それゆえ、請求において訴状に記載される事実関係は、正確なものである必要はなくなり、訴状の記載内容の重要度は薄れてしまった。⁶³したがって、訴状には防御義務の有無を判断するために重要な事実関係が記載されない可能性が非常に高くなったわけである。

第二に、懲罰的損害賠償制度が発生したことである。周知のごとく、懲罰的損害賠償の金額は多額である。それ

ゆえ、被害者は、懲罰的損害賠償を得るために、責任原因として、加害者である被保険者の故意を主張する傾向にあるといわれている。⁶⁴ 被保険者の故意は保険者の免責事由に該当するが、もとより、懲罰的損害賠償の責任も保険者の免責事由に該当する。したがって、フリーディングテストによれば防御義務が発生しない可能性が高くなる。

この二つの事情に鑑みれば、フリーディングテストの「例外」に該当する場合は少なくともないものと思われる。保険者がフリーディングテストに従って防御義務の有無を判断しても、後に防御義務違反の責任を問われうる危険性は、無視できないほど大きくなったということができよう。それゆえ、フリーディングテストは、防御義務の判断基準としては、義務違反の責任を免れうるという意味において大幅に後退することとなった。

また、そもそも、フリーディングテストによれば、保険者と被保険者との間の権利義務関係が契約外の第三者に左右されることになるが、そのような解釈は、アメリカにおける契約の解釈には馴染まないという指摘もある。⁶⁵ 第三者による訴状の記載内容の操作可能性に鑑みると、その乖離はますます大きいものとなろう。

現在でも、フリーディングテストを原則として採用としている法域(州)はいくらか存在しているといわれる。⁶⁶ しかしながら、上述のような問題から、フリーディングテスト自体の妥当性に関する議論は、ますます激しくなってきたといわれている。⁶⁷

3、カリフォルニア州最高裁での変革 (可能性テスト)

前節で述べたとおり、防御義務の有無を判断するために、訴状の記載内容のみに頼るのでは、妥当な結論を導くことはできない。それゆえ、訴状に記載されていない情報も、判断材料として考慮することが望ましい。しかしな

がら、その方向で考えると、次に、どのような場合にどのような情報が判断材料となるのかが問題となろう。このような状況の下で、カリフォルニア州最高裁は、判断基準につき重大な変革をもたらす判断を下した。それが、Gray v. Zurich Insurance Company 事件判決である。

この Gray v. Zurich Insurance Company 事件の事案は次のようなものである。被保険者である X は、X の故意を責任原因とする損害賠償請求訴訟を提起された。X が保険者である Y に通知をしたところ、Y は、故意が原因の損害は保険者の免責事由に該当することを理由に、X に防御の提供をすることを拒否した。そのため X は、訴訟において自力で防御をしなければならなかった。その結果、X は敗訴し、損害賠償責任を負担することとなったが、その損害の原因は X の故意か否かについては明確にされなかった。そこで X は、Y に対して、Y の防御義務違反を理由に、X の被った損害賠償責任の填補とともに必要となった防御費用の給付を求めて訴えを提起した。これに対し Y は、損害賠償請求訴訟の訴状の記載内容によれば防御義務は発生していないなどと主張して争った。なお、当該責任保険の約款における防御義務に関する規定は、第一節に示した一九七三年版 CGL 標準約款の文言とほぼ同じである。

以上の事案につきカリフォルニア州最高裁は、Y の防御義務違反を認定した。その理由の概要は以下に示すとおりである。

附合契約 (adhesion contract) である保険契約においては、法律の素人 (layman) である被保険者の「合理的な期待 (reasonable expectation)」に沿う解釈がなされることになる。また、約款の記載内容、記載方法などに曖昧な点や不確実な点が存在する場合には、「作成者不利の原則」が適用され、被保険者に有利に解釈されることとなる。こうした観点から本件事案をみるに、本件約款の文言によれば、防御義務は、損害填補義務があるような場合に存

在することとなる。しかし、訴状の記載内容によれば保険者が免責されるような場合であったとしても、そのまま確定するとは必ずしもいえないため、訴訟提起時に損害填補義務があるか否かが確実に定まっているとはいえない。近時のプリーディング制度の変革に鑑みると、その不確実性はさらに増したものと思われる。そのような状況であるにも拘わらず、本件約款中からは、そうした不確実性を回避するための文言を見出すことは出来ない。したがって、約款には曖昧かつ不確実な点が存在するため、この点に関しては被保険者に有利なように解釈されなければならぬ。一方、保険の担保範囲に関する本件の約款の規定は簡易でも明確でもないため、素人が担保範囲を一義的に解することは困難である。また、たとえ不当な請求であっても防衛する義務があるという文言の存在は甘言となり、さらに被保険者の理解をゆがめている。以上に鑑みると、被保険者は、訴状の記載内容だけでなく様々な事情に鑑みて、保険の対象となる可能性 (potential) が存在する場合に防衛義務は存在する、と合理的に期待しているものと考えべきである。⁴⁰⁾

カリフォルニア州最高裁は、判断基準としてプリーディングテストを採用することを否定している。そして、新たに、保険の対象となる「可能性」を判断基準として提示した。この基準は「可能性テスト (potentiality test)」と呼ばれる。⁴¹⁾ Gray v. Zurich Insurance Company 事件判決が出されるまでも、プリーディングテストによらず、訴状の記載以外の事実をも加味して防衛義務の有無を判断した裁判例は存在した。例えば、前節で紹介した Loftin v. United States Fire Insurance Company 事件判決がその一例である。しかしながら、そういった裁判例は、プリーディングテストを排斥して、新たな判断基準を導く先例たる地位を得ることが出来なかった。⁴²⁾ Gray v. Zurich Insurance Company 事件判決によって、新しい判断基準が萌芽したと評されている。⁴³⁾

可能性テストは、その基礎となる約款論とともに、カリフォルニア州において判例法たる地位を得た。⁴⁴⁾ しかし一

方で、可能性テストには問題が存在した。どの程度「可能性」が存在する場合に防御義務は肯定または否定されることになるのか、少なくとも *Gray v. Zurich Insurance Company* 事件判決の論旨からは、明確ではない。極論すれば、ある責任保険には一見全く関係のない事案であっても、フリーディングの過程において訴えの内容が大きく変更され、その結果当該保険と関係のある事案になってしまうという事態も生じうる。どんなに些細な「可能性」でも防御義務を肯定できるということになれば、理論上、防御義務の範囲はあらゆる場合に及んでしまいかねない。⁴⁶⁾ その意味で、*Gray* 事件判決の示した可能性テストは、「可能性」の存在自体は推定されているといってもよい。それゆえ、どの程度まで「可能性」を否定できればよいのか、という点が問題となる。

この点につき、*Gray* 事件判決を受けて、まず、*Fire Insurance Exchange v. Jiminez* 事件判決⁴⁷⁾において、カリフォルニア州控訴裁判所は、「争いのない事実 (uncontradicted evidence)」によれば明らかに保険の対象外であることが判明する場合には「可能性」はない、と判示した。次に、*Montrose Chemical Corporation of California v. Superior Court* 事件判決⁴⁸⁾において、カリフォルニア州最高裁は、「争われていない事実 (undisputed fact)」によって保険の対象外であることを証明できれば、「可能性」は否定され、したがって防御義務も存在しないこととなる、と判示した。これら二つの裁判例の判旨からすれば、「争いのある事実」によっては「可能性」を否定することはできない、ということがいえる。これらのうち、「争いのない事実」によって明らかに保険の対象外であることが判明するような場合には、争いになることは稀であろう。⁴⁹⁾ また、「争いのある事実」は、訴状に記載されているものであるため特定されやすいと思われる。

一方、「争われていない事実」とは、訴状に記載されていない不特定の事柄を指すものと考えられるから、「可能性」を否定するために、保険者は、広範に事実関係を調査する必要がある。それゆえ、「可能性テスト」によれば、

保険者には事実上の調査義務 (duty to investigate) が存在することとなる。⁵⁹ ただし、調査をすればよいというわけではない。State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Flynn⁶⁰ 事件判決において、カリフォルニア州控訴裁判所は、次のように判示している。

保険者が、防衛義務の有無を判断する際に「被保険者から知った、および自らの調査によって知った事実を考慮しなければならぬのであれば、保険者は、約款に基づく責任の可能性が存在しないことを：あらゆる情報源より知った事実を総合して決定する：であろう。このことは保険者自らの危険においてなされる。もし後に、約款に基づく責任が：明らかとなった場合には、保険者は、被保険者に対して：責任を有するとされよう。」⁶¹

可能性テストの登場により、保険者は、防衛義務を否定するために、相当の重荷を背負わなければならないのである。

4、検討

防衛義務の有無が争われる場合、保険者は防衛義務の無いことについて、被保険者は防衛義務のあることについて立証する責任がある。フリーディングテストの場合、訴状の記載内容によればよいから、立証責任は両者ともそれほど重くないといえる。ただし、訴状の記載内容に反する結論を導こうとするためには、相当に重い立証責任を負わなければならないであろう。一方、可能性テストの場合、可能性が推定されているため、被保険者の立証責任は無いに等しいが、保険者は相当に重い立証責任を負っているといえる。したがって、フリーディングテストと可能性テストの違いは、保険者と被保険者のそれぞれが負担する立証責任の内容の違いであると言え換えることがで

きる。

立証責任の観点からすれば、可能性テストは保険者に酷な判断基準であり、フリーディングテストは、可能性テストと比較すれば、被保険者に酷な結論を導きやすい判断基準であるといえる。どちらに酷か、ということは結局、防御が必要とされる損害賠償請求訴訟提起時において損害填補義務の有無を判断することの不確実性から生ずる不利益を保険者と被保険者のどちらが負担すべきか、ということである。それゆえ、防御義務の有無の判断基準につきフリーディングテストと可能性テストのどちらが採用されるかは、この不確実性から生ずる不利益を保険者と被保険者にどのように配分させればよいか、という裁判所の判断に基づいているといえる。

この判断を大きく左右したのが、約款解釈論の展開である。旧来からフリーディングテストを支えていたのは、契約文言の厳格な解釈であった。Leonard v. Maryland Casualty Company 事件判決⁶³においてカンザス州最高裁は次のように述べている。

フリーディングテスト以外の「規範であるならば、訴えの基礎や原因が完全に保険約款の対象外となるものであったとしても、あらゆる被保険者に対してなされたあらゆる形態、性質の訴訟について保険者は防御しなければならぬことになる。この結論は免責の条項を無効にし、それゆえ、結果として、当事者間に新しい契約を創出させることになる。もちろん我々はそうすることを許されていない。」⁶⁴

こうした厳格な解釈からすれば、保険約款が不確実性から生ずる不利益を被保険者に負担させるような構造になっている場合には、それ以上その点に立ち入ることは不可能である。

約款解釈論の展開は、保険約款への裁判所の大胆な介入を可能とした。約款作成者不利の原則から導かれた被保険者の「合理的な期待」保護の解釈原理は、その一翼を担っている。被保険者の「合理的な期待」に沿わなければ、

たとえ契約中の文言であつてもその効力は無視される。いうまでもなく、附合契約における消費者保護の観点がその重要な基礎を占めている。⁶⁵ それゆえ、ここに至つて、防御義務の有無の判断に関する不確実性から生ずる不利益は保険者に負担させるべきだ、とする価値観が創出されたといふことができる。⁶⁶

一方で、可能性テストによつてもたらされる、不確実性の保険者負担は、あまりにも保険者に酷な結論を招くのではないかという指摘もされている。なぜなら、前節で述べたとおり、この不確実性を完全に否定することは不可能であるから、可能性テストによると、保険者が防御義務を拒絶することができる余地はほとんど無くなりかねないからである。これに対し、総合的にみれば、可能性テストのもたらす結論によつても、保険者はそれほど不合理な立場には立たされないとする見解も存在する。この見解は次のような論拠に基づくものである。⁶⁷

一般に、金銭の給付を求める被害者と、賠償責任の保険者負担を求める被保険者は、保険の対象内になるように責任関係を結論づけることに利害が一致するといえる。一方、保険者にとつて、最終的に損害填補義務があることとなれば、防御義務があろうとなかろうと、損害賠償金額と防御費用の支払をすることには変わりがない。それゆえ、保険者が広範に防御に関わることになれば、訴訟技術に優れている分、訴訟費用の軽減になるであろうし、また、不当な訴訟が排斥される可能性も高くなろう。さらに、防御義務違反に関する争いにかかる費用の削減を図ることもできる。それゆえ、総合的には、保険者のコストは軽減する、という。

確かに、コストの低減は、本来、保険者が自主的に達成すべきものであろう。しかしながら、保険者の任意に頼るばかりでなく、裁判所が一定の結論を強制することは、求めるべき目的達成手段として有意義なことであると思われる。⁶⁸

このような結論を不当と考へる保険者は、約款の中に、明確に防御義務の範囲を制限する規定を置けばよい。⁶⁹ そ

のような約款が一般的ではないのは、恐らく、第一節で述べたように、広範な防衛義務が一種のセールスポイントとして定着したことが大きな要因になっているのではないかと思われる。保険者は、激しい販売競争の中で、防衛義務に関する規定を縮小することができなかつたのではないだろうか。しかしながら、仮にそうであるとしても、そのような責任保険を商品として販売している保険者は、約款の解釈論が上述のように保険者に不利に展開していること、および約款の規定のあり方に問題があることを認識しているはずであるし、また、認識すべきである。

以上のように考えれば、上述のような約款の規定を採用している保険者は、防衛義務の有無の判断基準に関する不確実性に関して十分に認識した上で、自らその不確実性から生ずる不利益を負担することを選択したものと考えるべきである。したがって、不確実性から生ずる不利益を保険者に負わせることになるカリフォルニア州の判例法理の傾向は、少なくとも防衛義務の有無の判断基準に関しては一定の評価を与えてよいものと思われる。

注

- (1) I ROWLAND H. LONG, *THE LAW OF LIABILITY INSURANCE* § 5.01 at 3 (release No. 54 1996).
- (2) アメリカにおいては、保険者が自ら独自に保険料率を設定することは稀であり、保険料率算定機関 (rating bureau) に頼ることが多い。保険料率の算定とは、保険の対象となるリスクを見積ることであり、それは保険商品の性質に大きく依存することになるため、保険料率算定機関のなすサービスは、通常、保険料率の算定にとどまらず、約款内容の作成などにまで広く及ぶ。こうした保険料率算定機関のうち、損害保険の分野において最も主要な地位を有しているといわれているのが ISO である。したがって、ISO の作成した標準約款は、アメリカにおける標準的なものと考えられることができる。See 2 ROWLAND H. LONG, *THE LAW OF LIABILITY INSURANCE* § 10.03 at 11 (release No. 56 1997). ISO のホームページにアクセスすれば、業務内容を詳しく

く知ることができるとある (URL : <http://www.iso.com/>)。このサイトには英語以外の言語による紹介ページもあり、日本語版も存在する。

- (3) policy は「保険証券」とも訳されており、正確には、そのような用語を使用すべきであろう。しかし、本稿では、日本法との用語の統一性に鑑み、あえて訳語として「約款」を使用した。
- (4) ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, *INSURANCE LAW* § 9.3 at 1021 (Practitioner's ed. 1988).
- (5) CGLの名称は、一九八六年「Commercial General Liability Insurance」(企業総合賠償責任保険)に変更された。名称が変更されたのは、CGL保険に関する変革の一環である。もっとも、自動車保険などの特定の損害賠償責任を対象とする保険によつては填補されない損害賠償責任を、包括的に対象とするというCGLの根本的な位置づけは変わっていない。See LONG, *supra* note 2, § 10.03 at 12-13.
- (6) KEETON & WIDISS, *supra* note 4 § 9.3 at 1022; KENNETH S. ABRAHAM, *INSURANCE LAW AND REGULATION: CASES AND MATERIALS* 572 (2nd ed. 1995).
- (7) KEETON & WIDISS, *supra* note 4 § 9.3 at 1022. 約款の解釈論については、本章第四節を参照。また、山下友信「普通保険約款論—その法的性格と内容的規制について—」(三)(四)「法学協会雑誌九六巻—二—号—一五六九頁(一九七九年)、九七巻—一—号—三—七頁(一九八〇年)参照。
- (8) E.g., LONG, *supra* note 1, § 5.01 at 4; KEETON & WIDISS, *supra* note 4, § 9.1 at 989.
- (9) E.g., KEETON & WIDISS, *supra* note 4, § 9.1 at 989.
- (10) LONG, *supra* note 1, § 5.01 at 3.
- (11) Cf. *id.*; Nandorf, Inc. v. CNA Insurance Company, 134 Ill. App. 3d 134, 479 N.E.2d 988 (1985). 参照：原和朗「責任保険者の防衛義務と利益相反」損害保険研究五九巻三—一〇六頁(一九九七年)。

- (12) James M. Fischer, *Broadening the Insurer's Duty to Defend: How Gray v. Zurich Insurance Co. Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance*, 25 U.C. DAVIS L. REV. 141, 146-150 (1991).
- (13) *Id.* at 149.
- (14) 原和朗・前掲注(10)論文一〇二頁においても、Fischerの研究では「何がこのような権利から義務への変容をもたらしたかについては、必ずしも明らかに論証されていない」と指摘されている。もっともこの論稿においては、「保険約款の防御義務規定は、裁判所の政策的・創造的機能による判例法の発展によって保険者に課せられた義務を明示したものに過ぎないということもいえる」(同二一六頁)と結論づけられている。
- (15) Fischer, *supra* note 12, at 145; Marc S. Mayerson, *Insurance Recovery of Litigation Costs: A Primer for Policyholders and Their Counsel*, 30 TORT & INS. L. J. 997, 1000 (1995).
- (16) Montrose Chemical Corporation of California v. Superior Court, 6 Cal. 4th 287, 24 Cal. Rptr. 2d 467, 471 (1993); see Brohawn v. Transamerica Insurance Company, 276 Md. 396, 347 A.2d 842, 851 (1975).「被保険者を防御するという約束は、損害填補の約束と同様、保険料の支払の対価として被保険者が受け取る約因である。……こうした形態の保険は、責任保険と称されていることが大変多いが、それはまた「訴訟保険」でもある……」
- (17) KEETON & WIDISS, *supra* note 4, § 7.6 at 865.
- (18) LONG, *supra* note 1, § 5.02 at 16.1; 14 GEORGE J. COUCH, COUCH ON INSURANCE 2d § 51 : 42 at 453 (Mark S. Rhodes, Rev. ed. 1982); KEETON & WIDISS, *supra* note 4, § 9.3 at 1007; C. T. Drechsler, Annotation, *Allegations in Third Person's Action Against Insured as Determining Liability Insurer's Duty to Defend*, 50 A.L.R. 2d 458, 465 (1956).
- (19) COUCH, *supra* note 18, § 51 : 42 at 453; Maryland Casualty Company v. Moritz, 138 S.W. 2d 1095, 1097 (Tex. Civ. App. 1940, writ *ref'd*).

- (20) Fischer, *supra* note 12, at 151. ものこの「」の基準に「つらべ」必ずしも「フリーディングテスト」という用語で統一されてい
るわけではなく。他に「文語 (four corners) テスト」と呼ばれるものもある。E.g., BARRY R. OSTRAGER & THOMAS R. NEWMAN,
INSURANCE COVERAGE DISPUTES § 5.02 at 143 (8th ed. 1995). また、訴状の記載内容と約款の文言を比較するものから、「比較テ
スト (comparison test)」と呼ばれる。LONG, *supra* note 1, § 5.02 at 163. 「テスト」とはなべ「ルール」と称されるものもあ
る。
- (21) COUCH, *supra* note 18, § 51 : 42 at 456.
- (22) Drechsler, *supra* note 18, at 465.
- (23) E.g., Superior Insurance Company v. Jenkins, 358 S.W.2d 243 (Tex. Civ. App. 1963, writ ref'd n.r.e.). 類似のものとして「故意によ
る」発生した損害」過失による発生した損害が平行的に記載されたような事案がある。E.g., Maryland Casualty Company v.
Mitchell, 322 F.2d 37 (5th Cir. 1965).
- (24) KEETON & WIDISS, *supra* note 4, § 9.3 at 1010 ; Drechsler, *supra* note 18, at 507 ; OSTRAGER & NEWMAN, *supra* note 20, § 5.02 at 144.
- (25) Union Mutual Fire Insurance Company v. Inhabitants of the Town of Topsham, 441 A.2d 1012, 1015 (Me. 1982) ; LONG, *supra* note 1, §
5.02 at 21 ; KEETON & WIDISS, *supra* note 4, § 9.31010 n. 10.
- (26) Kenneth L. Miller & Christina L. Nargolwala, *The Insurer's Duty to Defend: Overview, Recent Developments and Ethical
Considerations*, in 10TH ANNUAL INSURANCE, EXCESS, AND REINSURANCE COVERAGE DISPUTES 489, 500 (Bary R. Ostrager & Thomas
R. Newman eds., 1993). それゆえ「費用などを配分する」ことが「十分な証拠が存在する場合には」この限りではなるとや
れる。Id. ; OSTRAGER & NEWMAN, *supra* note 20, § 5.02 at 144.
- (27) KEETON & WIDISS, *supra* note 4, § 9.3 at 1020 ; LONG, *supra* note 1, § 5.02 at 20 ; e.g., Lee v. Aetna Casualty & Surety Company, 178
F.2d 750 (2d Cir. 1949). なお、本文中で例として挙げた事案は「この事件の事案を簡単に述べたものである。この事案におい

ては、本文中で述べたように防御義務が肯定された一方で、損害填補義務は否定されており、興味深い。

- (32) Lee v. Aetha Casualty & Surety Company, 178 F.2d 750, 752-753 (2d Cir. 1949).
- (29) Loftin v. United States Fire Insurance Company, 106 Ga. App. 287, 127 S.E.2d 53 (1962).
- (30) 例えば、連邦第九控訴裁判所は、一九七三年に、「オレゴン州の手続法によれば、訴状には請求の原因たる事実が記載されなければならぬ」と述べた。See *Ross Island Sand & Gravel Company v. General Insurance Company of America*, 427 F. 2d 750, 752 (9th Cir. 1973).
- (31) アメリカにおけるフリーディング制度の変遷については、小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、一九九六年）一一五頁以下参照。
- (32) David S. Garbett, *The Duty to Defend Clause in a Liability Insurance Policy: Should the Exclusive Pleading Test be Replaced?*, 36 U. MIAMI L. REV. 235, 259-260 (1982); Comment, *The Insurer's Duty to Defend Under a Liability Insurance Policy*, 114 U. PA. L. REV. 734, 765 (1966).
- (33) そもそも、保険関係において、保険者の損害填補義務の有無を左右する事実が、損害賠償責任訴訟において必ずしも重要であるとは見えなう。See *New Hampshire Insurance Company v. Christy*, 200 N.E.2d 834, 838 (Iowa 1972)。『…フリーディングの作成者 (draftsman) は、通常、保険者の被保険者との間にお互って後に生じる保険担保範囲 (coverage) の問題に利害関係を有しなす…』。
- (34) Garbett, *supra* note 32, at 260.
- (35) Gary A. Schlessinger, *The Evolution of the Rule Determining an Insurer's Duty to Defend*, 6 ENVTL. CLAIMS J., No.3 / Spring 1994, at 327, 328.
- (36) LONG, *supra* note 1, § 5.02 at 16.1.

- (37) *Id.* § 5.02 at 16. フリーディングテストの不当性を指摘する裁判例も存在する。E.g., *New Hampshire Insurance Company v. Christy*, 200 N.E.2d 834, 838 (Iowa 1972). アイオワ州最高裁は、「フリーディングにおける主張は…保険者の防御義務の有無を決定する際の決定的な要因ではなす」と述べた。See also *Burd v. Sussex Mutual Insurance Company*, 56 N.J. 383, 267 A.2d 7 (1970).
- (38) *Gray v. Zurich Insurance Company*, 65 Cal. 2d 263, 54 Cal. Rptr. 104 (1966).
- (39) Xは、通常の損害賠償だけでなく懲罰的損害賠償も追及されていたところ、陪審(jury)は懲罰的損害賠償を認めなかった。それゆえ、明確にXの故意が原因であると認定されていないようである。
- (40) *Gray v. Zurich Insurance Company* 事件判決においてカリフォルニア州最高裁は、本文中で示したとおり、大胆に保険約款の解釈論を展開した。それゆえ、*Gray v. Zurich Insurance Company* 事件判決は、約款解釈論の進展という面から見ても重要な先例的地位にある。約款論の観点からの判決を扱ったものとして、山下友信・前掲注(6) (三) 論文六〇七頁。
- (41) *Fischer, supra* note 12, at 156.
- (42) *Loftin v. United States Fire Insurance Company*, 106 Ga. App. 287, 127 S.E.2d 53 (1962).
- (43) *Fischer, supra* note 12, at 155; *Schlessinger, supra* note 35, at 331.
- (44) *Fischer, supra* note 12, at 156; *Schlessinger, supra* note 35, at 330; see *OSTRAGER & NEWMAN, supra* note 20, § 5.01 at 140.
- (45) *Cf. St. Paul Fire & Marine Insurance Company v. Weiner* 606 F.2d 864 (9th Cir. 1979).
- (46) *Fischer, supra* note 12, at 163. もっとも、当然、法律上無効な場合にまで可能性の範囲が広がることは考えられない。 *Id.* at 168.
- (47) *Fire Insurance Exchange v. Jiminez*, 184 Cal. App. 3d 439, 229 Cal. Rptr. 83 (1986).
- (48) *Montrose Chemical Corporation of California v. Superior Court*, 6 Cal. 4th 287, 24 Cal. Rptr. 2d 467 (1993). もっとも、この事案において最終的には、「可能性」の存在を否定できるほどの十分な証明がなされていないため、保険者には防御義務が存在する。

となれている。

(49) 被保険者が、損害賠償責任訴訟において認めた事実と反するような事柄でもって、保険者に対抗することは、そもそも、禁反言の法理により禁じられるであろう。

(50) Garbett, *supra* note 32, at 284.

(51) State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Flynn, 17 Cal. App. 3d 538, 95 Cal. Rptr. 296 (1971).

(52) *Id.* at 302. なお、十分な調査がなされていないことが主たる根拠となつて、防衛義務違反が認定された裁判例も存在する。

E.g., Mullen v. Glens Falls Insurance Company, 73 Cal. App. 3d 163, 140 Cal. Rptr. 605 (1977).

(53) Leonard v. Maryland Casualty Company, 158 Kan. 263, 146 P.2d 378 (1944).

(54) *Id.* at 380.

(55) 参照、山下友信・前掲注(6)(三)論文一六二三頁。

(56) 一般に、裁判所は、防衛義務が存在するという方向では積極的に、防衛義務が存在しないという方向では消極的に解する傾向にあると指摘されている。KEETON & WIDISS, *supra* note 4, §9.3 at 1008.

(57) Fischer, *supra* note 12, at 178-183.

(58) さらに、この見解は、公益 (public interest) の観点からも、可能性テストを肯定する。それは、第一に、保険に関する二次的な訴訟が減少すること、第二に、被害者への支払が迅速になされることである。*Id.* at 181.

(59) Garbett, *supra* note 32, at 295.

三 保険者の防衛義務違反

1、防衛義務違反の効果

防衛義務は保険契約において保険者が負担した義務であるから、その違反の効果は、通常の契約における義務違反の場合とパラレルに解される。すなわち、防衛義務に違反した保険者は、被保険者に対して損害賠償責任を負うこととなる。また、場合によっては、防衛義務に違反することによって、損害賠償請求訴訟の争点効 (collateral estoppel)「または争点遮断効 (issue preclusion) (以下、両者をまとめて単に「争点効」と称する) が保険者に及び、保険契約上の抗弁が制限されてしまう危険性も存在する。

以下では、損害賠償責任と争点効または禁反言について項を改めて述べることにする。

(一) 損害賠償責任

防衛義務に違反した結果として、保険者に損害賠償責任が発生するのは、当然のことながら、当該違反行為につき、保険者に故意や過失などの何らかの帰責事由が認められる場合に限られる。具体的には、例えば、重要な証拠を見つけられなかったり、効果的であることが明白な抗弁を提出しなかったりしたことにつき、保険者に不注意 (inadvertence) や手抜き (thoughtless omission) が認められる場合に、保険者は損害賠償責任を負う。⁽¹⁾ この点につき、単に防衛義務の有無を判断することとは別異の考慮がなされることになる。⁽²⁾

保険者が支払わなければならない損害賠償額は、主として、「期待利益 (expectation interest)」、すなわち、防御義務が履行されていれば被保険者が得ることができた利益を基準として算定される⁽³⁾。防御義務が履行されていれば被保険者は防御に関する費用を負担することはないといえるから、保険者は、弁護士費用、調査費用など、防御をするために必要となった費用について、責任を負うこととなる。ただし、被保険者に賠償されるべき防御費用は合理的な範囲に限られる⁽⁵⁾。なぜなら、「抑止可能損害 (avoidable consequences) の法理」により、被保険者が不注意により増大したと思われる損害については、保険者は賠償責任を負わなくともよいからである。したがって、保険者は、被保険者の行動が合理的でなかったことを立証できれば、そのかぎりにおいて損害賠償責任の一部を免れることができる。もつとも、被保険者が合理的に行動していれば、たとえ保険者が防御をすればさらに費用の低減を図ることができた場合であっても、損害賠償責任の減額は認められない⁽⁶⁾。

一方、保険者の損害賠償責任が、保険金額の上限を越えても及ぶかは問題とされている。すなわち、被保険者の負担した賠償責任が保険金額を上回っている場合に、防御義務違反を根拠として、その超過部分に関してしても保険者は責任を負うことになるのか、ということである。防御義務違反を契約上の義務の不履行の観点からみると、超過部分に関して保険者は責任を負わない、ということになる。なぜなら、防御義務が適切に履行されていたとしても、保険者は超過部分を負担しないからである。それゆえ、伝統的には、保険者に超過部分を負担させないよう⁽⁷⁾に解釈されていた。

しかしながらこうした解釈は、当初から防御の提供を拒絶している方が、最後まで防御に関わるよりも問われる責任が軽くなる可能性がある、という皮肉な結論を生んだ⁽⁸⁾。例えば、原告から保険金額内の示談または和解の申し出があったが、保険者がその申し出を拒絶し、あくまでも判決にこだわったところ、保険金額を超過する判断が下

された場合、保険者は、解決義務違反の責任を問われた結果、超過部分をも負担しなければならない可能性がある。ところが、伝統的な立場によればこの場合、当初から防衛を拒絶していれば、超過部分を負担する可能性は存在しないこととなる。⁽⁹⁾

こうした結論は妥当であるとはいえないであろう。そこで、上述のようなケースには、保険者は「不誠実 (Bad Faith)」に防衛の提供を拒絶したことを根拠として、超過部分を保険者に負担させようとする傾向にある。⁽¹⁰⁾ すなわち、契約上の責任ではなく、不法行為責任を介在させることによって、問題の解決をはかっているのである。⁽¹¹⁾ したがって、上記のケース以外でも、保険者の防衛義務違反が、超過部分の法律上の原因であると認められる場合には、保険者は超過部分につき責任を負うこととなる。⁽¹²⁾ また、不法行為責任であるがゆえに、精神的損害や懲罰的損害賠償も認められうるであろう。⁽¹³⁾

もっとも、こうした責任の範囲も合理的なものに限られる。被保険者の不注意によって増加した損害については、防衛費用と同様、「抑止可能損害の法理」により、保険者は責任を負わないと解される。⁽¹⁴⁾

(二) 争点効

一般に、争点効が第三者に及ぶためには、次の三つの要件を満たす必要があるとされる。すなわち、第一に、判決が下される論点につき通知があること、第二に、その訴訟に参加することのできる機会があること、第三に、判決が確定すること、である。⁽¹⁵⁾ 被保険者からの通知を受けたうえで防衛を拒絶した保険者は、第一および第二の要件を満たしていると考えてよいであろう。それゆえ、判決が確定していれば、保険者に争点効が及ぶと解される可能

性が高い⁽¹⁷⁾。争点効が認められた場合、保険者は保険関係上の抗弁をもって、損害填補義務を否定することができないこととなる⁽¹⁸⁾。

保険者が防御の提供を拒絶すると、防御に関する管理権は被保険者に戻ると解されるが、その結果、判決が妥当なものではなくなる危険性がある。例えば、被保険者は有能な弁護士を手配できないかもしれない。また、被保険者に弁護士を雇うだけの金銭的余裕がなければ、欠席裁判が下されるかもしれない。さらに、被保険者の雇った弁護士が、保険契約の担保範囲に入るような防御戦略を取るかもしれない⁽¹⁹⁾。争点効が及ぶこととなれば、保険者は、こうした要因によってもたらされる妥当でない結果を甘受しなければならない。

なお、損害賠償責任が判決ではなく、和解や示談などにより確定したとしても、禁反言の法理により、保険者がその結論に抗うことが禁じられる可能性もある⁽²⁰⁾。その際、同様に、その結論が妥当でない危険性は低くないと思われる。

防御義務違反が認められた場合、保険者は、原則として、被保険者の被った防御費用と損害賠償額について責任を負うこととなる。仮に、保険者が誠実に行動していれば、保険金額を超過する責任や、慰謝料などは問われない可能性が高いから、一見、防御義務に違反しようとしまいと、保険者が支払わなければならない額に違いはないようにも思われる。しかしながら、以上見てきたように、防御費用も損害賠償額も保険者が防御に関わるよりも高くなってしまいう危険性が存在しうる。また、争点効の法理が働くことによって、保険関係上の抗弁が制限され、保険者は支払う必要のなかったはずの金額まで責任を負担しなければならなくなる危険性もある。したがって、防御義務違反の効果は、保険者にとって必ずしも無視できるものではない。

2、防衛義務違反を回避するための方策

(一) 「権利留保」と「不放棄合意」

保険者が防衛義務違反によって被る不利益を回避する一つの方策として、被保険者に防衛を提供しつつ、後に保契約上の抗弁を主張することができるような手法が考えられる。それが、「権利留保 (reservation of rights)」および「不放棄合意 (non-waiver agreement)」である。

「権利留保」とは、保険者が、何らかの保契約上の抗弁が存在する可能性があるかと判断した場合に、被保険者に対して、防衛は提供するものの、後にその抗弁によって損害填補義務の有無については争うことを通知することである。²²⁾ 一方、「不放棄合意」は、基本的には「権利留保」と同様の効果を狙ったものであるが、「権利留保」が保険者が一方的になす通知であるのに対して、「不放棄同意」は保険者と被保険者双方の合意によって成り立つ契約である点が異なる。²³⁾

「権利留保」も「不放棄合意」も、争点効などの拘束を避けつつ、義務違反の責任を免れうるという意味で、保険者が不利益を回避するための有効な手段となりうる。しかし、そのことは逆に被保険者の利益が損なわれるということでもありうる。そこで、これらの方策の効力が発生するための条件と、その効力が及ぶ範囲については、被保険者の利益について十分な注意が払われなければならない。

最低でも、いずれにおいても、保険者が後に保契約上の抗弁によって争う可能性につき、適時、被保険者に十分に情報を開示することが要求される。²⁴⁾ 具体的には、保険者の置かれている立場、留保する抗弁権とその理由、問

題となる事実や約款の規定、防御に関する戦略などを明確に、曖昧ではないように、書面に明示し、適時、被保険者に提示しなければならぬとされている。²⁰³なお、この書面に記載しなかつた事柄には判決効が及び、後に保険者が別異の主張をすることは許されないと解される。²⁰⁴

また、単なる通知で良いのか否かが問題となろう。なぜなら、保険者の一方的な意思表示により、被保険者の利益が大きく損なわれる危険性がある場合も十分考えられるからである。この問題については、「権利留保」の一方的な通知で十分であるとする見解と、被保険者の承認が必要であるとする見解に分かれている。²⁰⁵問題となるのは、保険者と被保険者との利害が対立している場合であると思われるため、この問題については、次章において再び取り扱う。

(二) 宣言的救済判決

防御義務違反に関する不利益は、損害賠償訴訟が提起された際に、または訴訟係属中に、防御義務の有無に関する司法的判断が下されれば、回避することができる。それゆえ、保険者が採ることのできるもう一つの方策は、「宣言的救済判決 (declaratory judgment)」を求めることである。実際に、防御義務の有無に関して宣言的救済判決が求められた裁判例は数多く存在する。²⁰⁶

宣言的救済判決によれば、防御義務の有無を比較的早期に確定することができるといえる。しかしながら宣言的救済判決によって、必ず問題が解決することができるとはいえない。その理由として、第一に、時間がかかってしまう可能性があることを挙げるができる。²⁰⁷とりわけ、主要な争点が事実に関する問題であるときに顕著で

あるといわれる。⁶⁰ その審議が、損害賠償請求訴訟よりも長引くような場合、宣言的救済判決を求めた意味は全く無くなるであろう。また、争点となつていゝ問題が、損害賠償請求訴訟において重要な論点となつていゝ場合、裁判官が判断を下すためにはその結論を待つ必要があるかもしれない。⁶¹ それゆゑ、第二の理由として、宣言的救済判決においていかなる論点をも扱うことができる、とは必ずしもいえない点を挙げるべきであろう。

以上のうち、第一の点に関しては、仲裁 (arbitration) によつて解決を計ることができよう。仲裁によれば、結論が出るまでの期間はわずか数週間であり、数ヶ月から数年かかる訴訟とは比べ物にならない。⁶² またその判断の効力は、裁判所の判断に匹敵するといわれている。⁶³

いづれにせよ、以上のような手続を踏むことは、保険に係する訴訟と損害賠償請求訴訟の二重の手続を踏まなければならぬという意味で、効率的であるとはいえないであろう。⁶⁴ そうしたコスト面の理由から、通常、宣言的救済判決が利用されるのは、争われている事案の金額が大きい場合に限られるといわれている。⁶⁵

なお、宣言的救済判決に関して被保険者が要した費用は、契約上または制定法上に別段の定めがなければ、通常、保険者が補償することにはならないと解される。⁶⁶ しかし、例えば、保険者が「不誠実」な行爲をしたと認められるような場合には、保険者は被保険者の分の費用をも負担しなければならぬ。⁶⁷

注

(1) ROBERT E. KEITON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW § 9.3 at 1026 (Practitioner's ed. 1988).

(2) *Id.* at 1026.

(3) 防衛義務違反の場合、「信頼利益 (reliance interest)」および「現状回復利益 (restitution interest)」はそもそも問題になりにく

いと思われる(原和朗「責任保険者の防衛義務と利益相反」損害保険研究五九巻三号一三〇頁注一二九(一九九七年)。なお、アメリカにおける契約違反による損害賠償責任に関しては、樋口範雄『アメリカ契約法』六三頁以下(弘文堂、一九九四年)、木下毅『アメリカ私法』一九二頁以下(有斐閣、一九八八年)参照。

- (4) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 9.5 at 1048.
- (5) *Id.* at 1048; I ROWLAND H. LONG, THE LAW OF LIABILITY INSURANCE § 5.05 at 61 (release No.54 1996); New Hampshire Insurance Company v. Christy, 200 N.W.2d 834, 840 (Iowa 1972).
- (6) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 9.5 at 1052.
- (7) LONG, *supra* note 5, § 5.05 at 55.
- (8) *Id.* § 5.05 at 57; Robert E. Keeton, *Liability Insurance and Responsibility for Settlement*, 67 HARV. L. REV. 1136, 1160 (1954).
- (9) LONG, *supra* note 5, § 5.05 at 57. 参照: 樋口範雄・前掲注(3)書七八頁。
- (10) 保険契約においては、一般に、保険者は被保険者に対して「誠実かつ公平な取り扱い (good faith and fair dealing)」をしなければならぬ義務を負うと解される。See KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 6.2 at 623-627.
- (11) LONG, *supra* note 5, § 5.05 at 58-60.
- (12) 樋口範雄・前掲注(3)書七八頁。樋口教授は、このような不法行為責任の利用が、契約を破らせないための救済として機能しつゝると指摘する。
- (13) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 9.5 at 1051.
- (14) 樋口範雄・前掲注(3)書七八頁。
- (15) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 9.5 at 1052.
- (16) *Id.* § 9.5 at 1050.

アメリカにおける責任保険者の防衛義務(一) (広瀬)

- (17) *Id.*
- (18) LONG, *supra* note 5, § 5.01 at 54-55.
- (19) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 7.6 at 853.
- (20) LONG, *supra* note 5, § 5.01 at 53.
- (21) *See id.* § 5.01 at 51.
- (22) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 6.7 at 704. なお, Gray v. Zurich Insurance Company 事件判決においてカリフォルニア州最高裁は、「もし保険者が、後に不担保の抗弁を主張する権利を適切に留保したならば、保険者は判決に拘束されない。」と判示した。Gray v. Zurich Insurance Company, 65 Cal. 2d 263, 54 Cal. Rptr. 104, 114 (1966).
- (23) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 6.7 at 704.
- (24) Rhodes v. Chicago Insurance Company, 719 F.2d 116, 120 (5th Cir. 1983).
- (25) LONG, *supra* note 5, § 5.04 at 5-35; KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 7.6 at 844. 記載内容や時期の面で不適切な「権利留保」の通知は、その法律上の効果を認めることが出来なるとした裁判例も存在する。Meirthev v. Last, 376 Mich. 33, 135 N.W.2d 353 (1965).
- (26) LONG, *supra* note 5, § 5.04 at 38.
- (27) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 7.6 at 845.
- (28) *E.g.*, Superior Insurance Company v. Jenkins, 358 S.W.2d 243 (Tex. Civ. App. 1963, writ ref'd n.r.e.); Montrose Chemical Corporation of California v. Superior Court, 6 Cal. 4th 287, 24 Cal. Rptr. 2d 467 (1993).
- (29) KEETON & WIDISS, *supra* note 1, § 7.6 at 850.
- (30) *Id.*

(31) *Id.* § 7.6 at 851 ; Northland Insurance Company v. Heck's Service Company, Inc., 620 F. Supp. 107 (D. C. Ark. 1985).

(32) KEELTON & WIDISS, *supra* note 1, § 7.6 at 852.

(33) *Id.* なお、個別的な論点につき、仲裁によつて問題解決を計る旨の条項をあらかじめ約款に挿入しておくことは、立法によつて有効とされており、近時ますます仲裁の活躍する範囲が広がってきているといわれている。*Id.* § 9.6 at 1059-1079.

(34) 原和朗・前掲注(3)論文一三七頁。

(35) LONG, *supra* note 5, § 5.04 at 42.

(36) *Id.* § 5.04 at 46.

(37) New Hampshire Insurance Company v. Christy, 200 N.E.2d 834, 845 (Iowa 1972).