

Title	委付による保険金支払の損害填補性： 株券郵送事故損害をカバーするための保険契約の提唱を契機として
Sub Title	Nature of indemnity of insurance payment by abandonment
Author	倉沢, 康一郎 (Kurasawa, Yasuichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1964
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.10 (1964. 10) ,p.20- 53
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19641015-0020

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

委付による保険金支払の損害填補性

——株券郵送事故損害をカバーするための保険契約の提唱を契機として——

倉 沢 康 一 郎

- 一 問題の機縁
- 二 株券運送保険の被保険利益
- 三 株券郵送事故損害をカバーするための保険契約の構想
- 四 損害保険契約における損害填補の意義とその例外の検討
- 五 委付による保険金支払の損害填補性

一

株券の郵送事故についての保険は、現在、郵送株券を目的物とする盗難不着危険担保郵便物特別約款付の、運送保険契約を以てなされている。⁽¹⁾ そして、保険金額は、株券発送日前日の株式の時価(市場取引のあるものについては後場の終値、場外取引のものについては店頭気配)によるものと約定されている。この約定内容から見れば、株券の郵送事故による損失が、その株券の表彰する株式の価値とひとしいものと当事者によつて観念されていることは確かである。

ところが、昭和三六年九月二六日の大阪簡易裁判所の決定は、「申立人（保険会社）と申立外K（契約者・郵送株主）間の運送保険契約の目的となつたものは、その株券の表彰する株式そのものではなくて、株式を表彰する券面、換言すれば紙片そのものである。このことは右保険契約の内容から勘案すれば自明の事である」と判示した。

この決定に対して保険会社は抗告をしたが、その抗告審である昭和三八年二月一九日の大阪地方裁判所決定は、右の大阪簡裁の原決定とまつたく対立する判断を示した。すなわち、「記名株券は株主権を表彰する有価証券であるから、これを運送保険に付した場合における保険の目的は、単なる紙片だけではなく、右の意味における有価証券であり、換言すれば株主権の化体した証券である。もつとも株主は記名株券を喪失したからといって、ただちに株主権を失うわけではない。しかし喪失株券が善意取得者の手に入り株主権を失うおそれは極めて強い。そうでなくても株式の譲渡ができないため迅速な株式取引の商機を失する不都合も生ずるのみならず会社に対する名義書換請求に支障を来す等種々の不便、不都合が生ずるのであつて、しかも右障害避止のための、権利行使手段の回復は決して容易なことではないのであるから広く社会経済的な観点からすれば株券の喪失によつて株主の受ける損害は一応株主権の喪失に匹敵するものといふことができる。そうであるから、株券の運送保険においては通常株式の時価相場を以て協定保険価額とされており、本件株券の運送保険についても同様であると考えられるのであつて、保険価額を右のような基準で定めたとしても何ら賭博的利得を目的とするものでないから、超過保険を以て律すべき限りでない」とするのである。

同一事案に対する原審と抗告審の両決定が、このようにまつたく対立した判断をなしている点に、株券運送保険契約の目的の問題性があるわけだが、私はすでに綜合法学第六卷第一〇号（昭和三八年一〇月）誌上に、「有価証券運送保険の被保険利益」と題する論文を発表し、現行株券運送保険契約の目的は株券であつて株式ではあり得ぬことを論証しようとした。

しかしながら、現在の保険取引における実際の需要は、株券の郵送事故に際して、その株券の表彰している株式の価値が

保険金として支払われるところにある、といわれる。⁽⁴⁾はたしてそうだとするならば、それは現行の運送保険契約を以てしては理論的に不可能である以上、他の新種保険制度が構想されなければならない。

その場合に問題となるのは、先ず第一に、経済的ないしは経営的な制度論として、株券を郵送事故によつて喪失した株主に對しその株券の表彰する株式の価値と同額の金錢を給付するという制度が、損害保険制度であり得るかどうかということである。その点については、損害保険の本質論とからみ合つて、右の給付が株券喪失者にとつていかなる機能的意義をもつか——損害を填補しているのか、あるいは入用を充足しているのか、等々——が問題となり、また、右の給付が保険関係の範囲内で決済し得るか——料率算定、事後の計算、等——が問題となる筈である。

そして、第二の問題として、そのような制度を構成するための契約は、どのような内容のものであるべきかということと、特に、右の契約が損害保険契約として構想することが可能であるか否か——損害填補性を有するか否か——ということが採り上げられなければならない。何となれば、たしかに保険契約は保険制度を形成するための契約であつて、保険制度の存在しないところには保険契約はあり得ず、その意味で制度に先行性があるのではあるが、法がその制度を形成するための契約について定義規定を置いていゝる所以は、決して単に契約の一類型を提示しているのではなくて、目的的にその制度を限定しようとするところにあるからである。当事者間の衡平・公序の維持その他の法理念に内在する目的が、社会制度を法的に限定し得るのは当然である。

右に挙げたうちの第一の問題については、それを展開することは本論稿の目的となつていず、また私の能力を超えることもある。ここでは、前提的に、保険取引の實際的需要というそのことを、制度論としては可能ということとして理解する。ただ指摘できることは、保険契約法上の問題を別にすれば、現行株券運送保険においても、少なくとも当事者は郵送事故に際して株券の表彰する株式の価額を保険金として支払うことを予定して居り、且つ現実に支払つて来て居ること、そし

て、そのような制度として保険料率の算定がなされて居り、かりに当事者の子期どおりに保険者代位権の行使によつて残存株式について保険者がその権利を取得できるとするならば、それによつて制度的に完結するものであつた、ということである。

結局、右の前提をとれば、問題は第二の点、すなわち損害保険契約として構想することの可否に吸収されることとなる。私は、前述の綜合法学誌上において、株券上の権利自体の損害は第三者による善意取得によつて発生するものであるから、第三者の善意取得を保険事故とする損害保険契約においてはじめて株式が契約の目的となるものである点を指摘した。しかしながら、株券郵送事故をカバーするための保険制度についての実際の需要は、株券の紛失・滅失によつて株式に対する手段的価値の経済的効用が停止したことを、損害——しかも株式の価値と同価値においての損害——と観念するところから発する。いいかえれば、株券の喪失後第三者の株式善意取得の確定までの間、株券の手段的価値の経済的効用が停止していることが、株式自体の損失と同じほどに耐えられないというわけである。

結局、問題解決のためには、郵送途中における株券の紛失・滅失を保険事故とすること、保険契約の目的を株式自体とすることとの間に、損害保険契約の本質において、調和点が見出だされるか否かであり、本論稿はまさにこの点の研究を目的とする。

そして、結論的には、契約の目的を株式とし、保険事故を第三者による善意取得にもとづく権利喪失とし、且つ郵送途中における株券の紛失・滅失に際しては、当事者においてあらかじめ株式の譲渡を特約することによつて、そのことを前提として保険金が支払われるものとするところの損害保険契約を提唱せんとするものである。

私の提唱のポイントは、海上保険において実定法上認められている委付の制度を、通説に反して陸上保険に導入せんとするところにあるが、この点については、債権保全火災保険——いわゆる「狭義の抵当保険」——における債権譲渡の特約に

つきすでに各種の議論のあるところである。⁽⁵⁾ たしかに、発生史的にいつて委付は海上保険特有の制度であり、また委付制度の拡大はともすれば道徳的危険と結びつき易いが、委付制度の本質の解明、なかならず委付制度に内在する限界の解明がもしなされ得て、その結果、委付が本質的に海上保険にのみ認められるべき必然性がなく、且つその制度に内在する限界内において委付の特約がなされるとすれば、今日において、委付制度の陸上保険への導入は認められてよいであろう。そこで、私の提唱する株券の郵送事故損害をカバーすべき新種保険の適法性の吟味は、委付の本質の研究にかかつて来る。そして、問題は損害保険契約の本質論——殊にその損害填補契約性をどのように考えるのかということ——に結局つらならざるを得ない。

問題は困難であつて、私の能力を超えるところにあるかも知れないという虞れはあるが、私なりの理解にもとづいて敢えて提唱し、識者の御叱正を得たいと考えている。以下において、先ず、現行株券運送保険においては、その契約の目的は株券であり保険金額は株券が証券紙片として有する価値でしかあり得ぬことを、前述の綜合法学発表論文の論旨をくり返えし且つある点については補足して述べ(第二節)、つぎに、株券郵送事故損害をカバーするための新種保険の構想を具体的に述べ(第三節)、さらに、損害保険契約の損害填補契約性ならびにいわゆる損害填補原則に対する例外現象を検討して(第四節)、株券喪失に際し株式を移転することによつて保険金を支払う旨の特約の適法性を、委付の本質とその内在的限界の解明により、委付制度の導入として論ずる(第五節)こととする。

(1) 南出「株券の郵送と保険」(座談会) 商事法務研究二五八号三六頁。山一証券調査部「増資の実務」二二三頁以下参照。

(2) 商事法務研究二五八号五〇頁。

(3) 商事法務研究二七五号九頁。

(4) 南出前掲。

(5) 鴻「抵当保険の法律的構成」私法二二号八三頁、同法学協会雑誌七一巻六号四九五頁。田辺「抵当保険契約の本質と法律構成」法学(東北

二

現在の株券運送保險契約締結の、通例の態様は次のとおりである。すなわち、保險会社所定の「運送保險申込書」というフォームの所定欄に従つて、被保險者・荷受人・危險開始日・運送方法・發送地・到着地・保險の目的・契約の種類・保險金額・保險料率・保險料が記入され、申し込まれる。その際使用されるフォームは、普通の貨物の運送保險と同じものであつて、且つ、運送保險普通保險約款の各条項を承認して運送保險を申し込む旨の不動文字が印刷されている。株券運送保險契約の他の普通の貨物の運送保險契約からの特殊性は、單に、保險の目的が株券なる有価証券であることならびに契約の種類として分損担保・盜難不着危險担保・郵便物特別約款であることのみである。

もつとも、株券のうちでも、特に会社設立ならびに増資の際の新株券については、発行株数・引受株主数が非常に巨大である点から、通常の運送保險においては予定されていないいわゆる「異常危險」發生の可能性があり、これまでの実務上のやり方であるところの右に述べたような普通運送保險契約を以てしては、保險会社の負うリスクが過大になる虞れがある。そこで、かねてから損害保險料率算定会において特別約款の制定が検討されていたが、その後、新株券特別約款として成文化され、昭和三七年七月一〇日から実施されることとなつた。⁽¹⁾ただし、この特別約款は、株券・運送保險の特約たる地位を有し(すなわち新種保險ではない)、その主な内容は、即時払い保險金の限度額設定(同約款第一条第二項)にあり、保險契約の目的・保險の制度的態様については変化を与えるものではない。

運送保險の目的物は運送品である。そして、運送保險契約はいうまでもなく損害保險契約なのであるから、約定の保險事

故に因つて損害の生ずる虞れのある財産的価値を、被保険者が当該保険契約の目的物について有していなければならない。わが商法は、この保険事故に因つて損害の生ずる虞れのある財産的価値を、利益としてとらえている(商法第六三〇条)。

もつとも、損害保険契約を損害填補契約としてわが商法が定義していることに對して、「損害填補」という要件は、実は損害保険契約に本来内在すべき絶対的な要件ではなく、被保険者が偶然的の事件によつて利得することを禁ずる趣旨の政策的外面的要件の一徴表と解する学説もあり、また、「損害填補」原則に對する保険法上の例外現象を損害保険契約の本質の中にとり入れて、損害保険契約を以て救済契約を含むものと見る学説もあらわれるにいたつて居り、それらの立場においては——前者の立場においては端的に被保険利益の地位の相對化により、後者の立場においては「蓋然的利益」概念の導入による被保険利益概念自体の相對化により——、被保険利益の存否も当然には契約の効力もしくは成否に拘束を与えるべきではないことになる。

私は、被保険利益は損害保険契約の効力につき、絶対的な地位を有するものと考えている。このことは、一つには損害保険契約の「損害填補」契約性の理解にもとづくものであり、その点については、後に(第四節)見解を述べたいと思う。被保険利益の地位につき相對説をとる論者は、わが商法が被保険利益を以て損害保険契約の目的であるとしている(商法第六三〇条、同第六三一条等)ところから、「契約の目的」の存在は契約が有効なためのいわば絶対的な要件であり、従つて被保険利益の全部または一部を欠く保険契約はその全部または一部につき絶対的に無効である筈であるのに拘わらず、保険法上必ずしも無効として遇されていない点を指摘する⁽⁶⁾。右の論理は、保険契約の目的という語の用語法が、「法律行為の目的」(民法第二一条第一項第三号、同第三九条、同第九〇条等)と同意義においてではないという点を指摘する限りにおいて正しいと思われる⁽⁷⁾。わが国の法典上、契約に關して「目的」という語はかなり多元的に用いられて居り(例えば、民法第五三四条、同第五二一条等は「法律行為の目的」と同義であるが、同第五四二条は当事者の動機を含めた概念であり、同第五二一条第一項、同第五六〇条等は目的物の意味

である、その意義は常に必ず契約の内容という意味での「目的」と同義に解さなければならぬものではなく、その規定の内容の実質的考察から意義が定まつて来るべきである。

そこで、問題は、被保険利益を欠く保険契約（いわゆる超過保険）の無効が、いかなる法意のあらわれであるかを考察せねばならない。かりに、一般に説かれていく如く、超過保険は賭博行為と同一の結果をもたらすから無効とされるものであるとすれば、その場合には公序的色彩が強く、契約法の本質的内在的理念であるよりはすぐれて外面的政策的なワクと解し得よう。しかしながら、仔細に見ると、超過保険において賭博的な結果の生ずるおそれは、保険者の違法な保険金支払の側面にのみ存する。保険者は本来実損害額を根拠として保険金を支払うべきであり（商法第六三六条、同第六三九条）、また、実損害額にもとづいて保険金が支払われる以上、たとえ超過保険においても賭博的な利得は存し得ない。一方、もし超過保険を有効とするならば、保険契約者は、反対給付があり得ない部分についても保険料を一方的に支払わねばならないこととなる。このような結果の不当性を排除する法理念は、決して公序的要請ではなくて、衡平の原則である。すなわち、被保険利益は、それを欠けば保険者側の給付があり得ないことになるといふ意味において、損害保険契約の効力につき絶対的な地位を有するものと解されるのである。⁸⁾

商法第六三七条は、契約成立後保険期間中に保険価額が「著シク」減少したときに保険金額・保険料の減額を請求し得る旨定め、また、同第六三九条は、評価済保険の場合に保険者は其の価額が「著シク」過当なことを証明しなければ填補額の減額を請求し得ない旨定めている。これらの場合には、たしかに、被保険利益の存在していない部分についても保険金の支払われる場合があり得るわけである。しかし、これらの規定の趣旨は、被保険利益を欠く部分について損害保険契約は無効なのであるが、その無効の確定についての技術的な困難を回避し無用の混乱を避けるために、無効の主張に対して、それが明確な場合にだけなし得ることに限定していることにあることはあきららかである。実体的には無効である法律関係につい

て、法が、法律関係整理のために、その実体的な無効を主張することに対して一定の限界を定める例はめずらしくない(その最も典型的なものは、株式会社をめぐる法律関係の無効についての商法の規制である)。

のみならず、先に挙げた大阪簡裁および同地裁の両決定の間における対立は、被保険利益の内容をめぐるものであつて、損害保険契約における被保険利益の地位をめぐるものではない。何となれば、簡裁の原決定はいうまでもなく株券の証券紙片として有する利益に着目して居り、また、これに反対する地裁の抗告審決定においても、運送保険の目的物たる株券の有する利益を超えて保険金給付が約束されているとするのではなくて、被保険利益たる株券の有する利益が「広く社会経済的な観点からすれば」株主権に「匹敵するものといふことができる」と認定しているのである。

一般に、有価証券は私法上の権利をその証券に化体しているといわれている。しかしながら、そこで「権利化体」といわれているのは、権利の行使・移転にその証券を要すること、そしてそのことから派生するところの権利の所在と証券の所在との一致の蓋然性に着目して、証券の所在に或る特定の法的な効力が与えられていることを譬喩的にいうものに過ぎない⁽¹⁰⁾。本来、証券とそれが表彰する権利との間の法律的な関係は、各個別の証券あるいは権利について具体的な法規制がなされているものであつて、或る特定の証券が有価証券であるか否かということとは、その証券ないしは権利についての個別具体的な法規制に着目してカテゴライズされた結果なのであり、その証券を有価証券に分類したところで、分類自体からあらたな性質ないしは効果が生じて来るべきものではない。かりに、ある証券の有価証券性から政策論ないしは目的論的にひとつの解積論あるいは立法論が提唱されることがあつたとしても、それは依然として個別具体的な法規制についての解積論あるいは立法論としての意味を有するのであつて、「権利化体」という譬喩から直接的に当然に或る効果が演繹されて来るべきものではないのである⁽¹¹⁾。

そこで、株券の郵送途中にそれを喪失するに至つた株券所有者(株主)のこうむる損害を個別的に考察することにより、

株主が株券自体について有する利益が分明となるはずである。

第一に問題となるのは、公示催告申立費用あるいは再発行費用である。有価証券であることの利益は、権利者がその証券を占有することによつて有する資格（推定）にあるのであるが、有価証券を喪失した場合にその資格を獲得するためには公示催告を申し立て、除権判決を得なければならない（民事訴訟法第七八五条参照）。また記名株式の場合、これを他に譲渡しあるいは質入れするためにはそれを表彰する株券の交付を必要とする（商法第二〇五条、同第二〇七条参照）から、株券を紛失すればその限りで株式の処分・利用方法をうしなうことになり、それを回復するためには、やはり公示催告を申し立て除権判決を得た上で、株券の再発行を得なければならない（商法第二三〇条）。このような手続は、有価証券の喪失によりうしなわれた手段的価値の回復を目的とするものであるから、これに要する費用は本来単なる紙片としての価値のほかに手段的価値を有する有価証券を喪失したことによつて生ずる損害であり、換言すれば有価証券そのものの有する利益にはかならない。

第二に問題となるのは、第三者によつて株式が善意取得される虞れのあることである。株券の喪失によつても株主は権利を喪失しないが、第三者に善意取得されることによつて権利が喪失することはあり得る。それゆえ、その場合には、株主は株式そのものについて損害をこうむるわけである。

しかしながら、この損害は、第三者による善意取得にもとづく損害であつて、株券の喪失による損害ではない。殊に、記名株式の場合には、裏書の連続が善意取得の要件であつて（商法第二二九条、同第二〇五条、手形法第一六条、小切手法第二一条）、善意取得が成立するためには譲渡者（拾得者・盗取者）が裏書を偽造することが必要であり、また白地式裏書のある株券についても、拾得者・盗取者の自己のためにする意思にもとづく占有が前提となり、それらはともに不法行為を構成するが、その不法行為における違法性は、ともに無権利の譲渡人が株券喪失者に対してその権利を侵害する点にもとめられるものである。もしかりに、株券喪失者の第三者による善意取得にもとづく株式喪失が株券の喪失自体をその原因とするものであれ

ば、株券を譲渡した無権利者に対しては、株券喪失者としては不法行為にもとづく損害賠償請求ができないこととなつてしまふであろう。すなわち、株券喪失は、第三者の善意取得による株式喪失にとつては相当因果關係に立つ原因でない、あるいは遠因でしかあり得ない。⁽¹²⁾

先に挙げた大阪地裁の抗告審決定においては、「喪失株券が善意取得者の手に入り株主権を失うおそれは極めて強い」として、このことを以て、「株券の喪失によつて株主の受ける損害は一応株主権の喪失に匹敵する」という判断の一事由としている。けれども、かりに第三者の善意取得の可能性が右決定の述べるように極めて強かつたとしても、喪失のおそれにさらされているのは株式であつて、運送保険の目的である株券については、すでに約定事故は発生しそれに因る損害は現実化しているのであつて、その点からも右の決定には問題がある。すなわち、現実の損害発生ではなく、損害の蓋然性の発生によつても例外的に保険金が支払われ得ることを認めて、そして株券喪失の場合もそれにあたるとしても、株式の価額が保険金として支払われるためには、その保険契約の目的物が損害発生のおそれにさらされているその利益——株式——でなければならぬ。

損害保険契約の「損害填補」原則の例外現象として、損害の現実発生がないにもかかわらずその可能性の生じたことにより損害発生と同一の効果の生ずる典型的な場合として、英国海上保険法における「推定全損」(constructive total loss)が挙げられるが、その場合においても、損害保険契約の目的物に現実の全損(actual total loss)が生じた場合の損害填補を原則とし、さらにその上に、例えば船舶が行方不明になつて相当期間を経過した場合のように、保険の目的物について現実の全損の蓋然性が大きい特定の場合に、その目的物につき全損を擬制して処理するのである。しかるに、株券運送保険の目的物が株券であることは明白であり(前記の決定もそのことを前提としている)、郵送途中の紛・滅失によつて当該契約上の事故はすでに発生し、損害が現実化している場合なのであるから、その余の損害の可能性——しかも、当該契約上の保険事故ではないこと

るの、第三者の善意取得による損害の可能性——を問題にすることは当を得ないものといわなくてはならない。

今かりに、株券の表彰する株式を契約の目的とし、第三者の善意取得を保険事故とする損害保険契約を構想して見よう。この場合にこそまさに、株券の紛失は損害の可能性の発生を意味する。右に構想した保険と、株券を契約の目的とし郵送事故によるその喪失を保険事故とする株券運送保険との対比から考えても、抗告審の判断に問題のあることはあきらかである。

また、大森教授は、上述の抗告審決定と同様に証券の喪失をもつて権利自体の喪失という損害として把握することも可能だとされ、盗難保険の場合に、目的物が盗難にかかれば保険金は支払われるのであつて、所有権の喪失の有無は問題にされないということ为例に挙げて居られる⁽¹³⁾。しかし、ここでも私の誤解でなければ論理の混同が見られ、右の例は例として適切でない点があるように思われる。いうまでもなく、株券運送保険においても、郵送事故による株券の喪失があれば、株主のその株券に対する所有権の帰趨を顧慮することなく保険金は支払われるべきであり、この点まったく差異はない。問題は飽くまでも、目的物が事故に遭遇することによつて生じる損害は何かということであつて、通常の動産を喪失した場合には所有者はその物の利益についての事実上の支配を喪失し、そのことがこの場合の損害であるのに対し、株券喪失者は株式に対する事実上の支配を当然には喪失しないゆえに、株式喪失をもつて損害であると構成するわけには行かないのである。

第三に問題となるのは、株券を喪失している間は株式の処分が不可能であるため、商機を逸して損害をこうむる虞れのあることである。このこともまた、抗告審決定の一事由とされているが、株式の利用価値は株式そのものの経済的価値の一面ないしはそれから生ずる附随的価値であつて、株券という証券紙片がそのものにおいて有する価値ではない。

また、株式の利用価値以外の転売利得（転売の可能性という利用価値ではなくて、転売の結果としての剰余価値）を問題にするのであれば、このような投機的な利得は、そもそも保険契約の目的たり得るものではない。もしかりに、抗告審決定を文字通り

に読んで、転売利得が株式の価額と匹敵する場合があるとするれば、その場合というのは、転売後当該株式の価額がゼロになった場合か、あるいは転売のとき価額が二倍になっていた場合かである。このような利得を保険の目的とすることは、結局株価の浮動というリスクを保険者が負担することになつて、実際上もはなはだ不当である。

結論的にいつて、私は、現行の株券運送保険における保険契約の目的は、証券——その手段的価値、すなわち公示催告申立費用・再発行費用——であると理解している。

保険契約締結時における目的物の評価——約定保険金額——の現実のあり様から考えても、現在の保険取引の実際においては、当事者の意図は株式をもつてその目的としていることは疑いない。しかし、被保険者が株式を喪失しないにもかかわらずそれと同額の保険金支払を受けることは、まさに典型的な超過保険となり、この場合には、「損害填補」について相対主義を採る学者といえどもこれを有効な損害保険契約と見ることはできないであらう。

いうまでもなく、この場合に超過保険にあたらぬとする立場は、保険金支払後、株式については保険者が被保険者から代位取得し得るものと解しているわけである。しかしながら、保険者代位は「被保険者カ其目的ニ付キ有セル権利」についてなし得ることは法の明定するところであつて、例えば、火災保険における焼残りの木石等に対する所有権その他の物権を指すものであることはその立法理由から見て疑いが¹⁴⁾ない。株券運送保険の目的物は運送品、すなわち株券であつて、この場合には、一応、喪失株券の所有権が問題となるのみであるが、しかし、有価証券はその機能からしてそれ自体独立の所有権の対象となるものではなく、証券所有権は証券上の権利に法律上当然に附随すべきものであつて、権利者に当然に帰属すべきものであるから、株券所有権の代位取得ということも意味をなさないものと解すべきである(株券運送保険における保険金の支払は、被保険者の公示催告申立を前提条件とするから、除権判決前に喪失株券が再発見された場合には公示催告手続の中止——民事訴訟法第七七〇条——となり、すでに株券再発行費用が保険金として支払われていれば、それは返済されるべきこととならう)。

- (1) 南出「新株券の運送保険特別約款について」商法務研究二五二号六頁以下。
- (2) 大森「損害保険契約の『損害填補』契約性」統保險契約の法的構造五頁以下。
- (3) 田辺「損害保険契約の本質」損害保険研究二五卷三号一頁以下、同四号一四九頁以下。
- (4) 大森「保険契約における被保険利益の地位」保険契約の法的構造八頁以下、特に一一二頁。
- (5) 田辺前掲損害保険研究二五卷四号一八八頁。「蓋然的利益」といつても、その本質は所詮蓋然性であつて、利益ではないであらう。
- (6) 大森前掲「被保険利益の地位」一〇二頁。
- (7) 拙稿「有価証券運送保険の被保険利益」綜合法学六卷一〇号二四頁。
- (8) 拙稿前掲二五頁。なお、大森教授も「一般に、超過保険の効力をみとめるときは保険事故の発生により当然に被保険者が利得することとなつて不都合である」と説くのは必ずしも正確でないと思う。ただ、保険料は保険金額に応じて定められるのを通例とするから、不必要に高い保険金額を定めるときは却つて保険契約者が不必要に高い保険料を支払わねばならぬ、という不都合を生ずる」点を指摘される——「保険法」一〇五頁(一)——。
- (9) 田辺前掲損害保険研究二五卷四号一五八頁。
- (10) 鈴木「手形法小切手法」九頁。Jacobi, *Wechsel- und Scheckrecht* (1956), S. 34 ff.
- (11) 拙稿「拾得株券と株式」(判例研究)本誌三四卷二二号一〇一頁。
- (12) 大審院昭和一〇年一月七日判決民集一四卷二〇号一八二頁。「按スルニ株券ハ株主権ヲ表彰スル証券ナレトモ株券発行前ニ於テモ既に株主ハ存在シ株主ハ会社ニ対シ株券ノ交付ヲ請求スル権利ヲ有スルモノナレハ株主カ株券ヲ喪失シタル場合ニ於テ定款ノ規定ニ従ヒ再交付ヲ請求スルトキハ会社ハ其ノ再交付ヲナスヘキ義務アルモノト謂フヘシ故ニ株券ノ喪失ハ株主権ノ消滅ヲ来スモノニ非サルコト明ナリ然ラハ則チ何等ノ権原ナクシテ株券ヲ占有スル者カ自己ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ株券ヲ滅失セシメ株主ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ株主ノ請求シ得ヘキ賠償額ハ株券其ノモノノ時価ニ依ルヘキモノニ非スト謂ハサルヲ得ス」
- (13) 大森「株券の郵送と保険」(座談会)商法務研究二五八号四四頁。
- (14) 鴻前掲私法九〇頁。東京地方裁判所昭和二年七月四日判決、石田前掲四頁以下による。
- (15) 大審院昭和十一年一〇月二〇日判決新聞四〇六四号一四頁、「一ノ社員権タル株式ヲ表彰スル記名株自体ハ即チ一葉ノ紙片ナリ動産タルニ紛レ無シ而モ此ノ動産所有権ハ株主ニ追隨スルコト猶ホ債權證書ノ所有権ガ當該債權ニ伴ハレテ其行クトコロニ行クト扱フトコロナシ」。拙稿前掲「拾得株券と株式」一〇二頁。

三

これまでたびたび述べて来たように、株券を郵送する株主がそれを保険に付するにいたる動機は、その株券の喪失によつてその表彰する株式が第三者に善意取得され株式を喪失する虞れの生じることと、株式の価値の利用の停止することの二点がその主たるものである。ところが、現行の株券運送保険を以てしては、右の損害はカバーされ得ない。

株券運送保険契約の目的は運送品、すなわち株券であり、保険事故は郵送事故による株券の紛失・滅失であることは明白であるから、実は、締結される契約の内容と締約当事者の右に述べた動機との間には、本質的なくい違いがあることが気付かれなくてはならない。当事者の意図に沿つた契約であるためには、第一に、郵送中の株券喪失によつてその表彰する株式が第三者に善意取得され株式を喪失するという危険をカバーしようとする当事者の動機を契約内容に忠実に反映させて、損害保険契約の目的を当該郵送株券の表彰する株式そのものとし、保険事故から第三者による善意取得そのこととすべきである。株式はもとより金銭評価の可能な利益であり、且つ第三者による善意取得によつて右の利益が前主のもとからうしなわれるのであるから、右の如き保険契約は可能である(但し、第三者による善意取得にもとづく損害の点のみからいえば、その危険の蓋然性から考えても、株券喪失者が保険を付ければ足りるのであろう)。

ところで、第二の、株券喪失後第三者による善意取得の確定によつて保険金が支払われるまで、株主が株券不所持ということによつて株式の利用手段を喪失していることの不利益については、右の保険を以てしてはカバーされない。また、株式の利用手段喪失の不利益というものは、株式の利用価値がその交換価値から独立の価値ではない点から、本質的に金銭評価の不能なものであつて、それ自体を目的とする保険契約は不可能である。

ただ、ここで考えるべきことは、株式の利用手段の喪失という不利益は、利用価値というものが本来流動的な目的におけ

る価値であるから、その株式と同額の金銭の有する利用価値に等しく、それを給付することによつて填補し得るといふことである。すなわち、株式の利用価値と株式そのものの価額とは異なるものであつて、株式の利用手段の喪失による損害の填補としては、その株式と同額の金銭の給付は損害填補を超えることになるが、株式と同額の金銭の有する利用価値だけを給付し得るものとすれば、それは損害填補と考えられるであらう。そこで問題は、そのようなある特定額の金銭の有する利用価値だけの給付ということが、どのような構想によつて可能となるかという点にかかるといふことになる。

先ず考えられることは、金銭を貸付けることである。金銭貸付の経済的な意義は、典型的なその金銭の有する利用価値の給付である。そして、このことを字義どおりに行なつていふものが、いわゆる Loan Form による貸付金の制度であるといふは考へてゐる。すなわち、株券の喪失に際して即時に保険金を必要とする者のために、保険会社宛に貸付金領収書を提出することによつて、貸付金勘定で保険金相当額の仮払を受け得るとする制度である。これは、提出されるべき貸付金領収書の文言からもあきらかなように、無利息の金銭貸付であつて、第三者の善意取得による株式の喪失が確定すれば、それが条件となつて、右の貸付金が保険金に転化して——貸付金の返済並びに同額の保険金の支払——被保険者に確定的に支払われるわけである。なお、被保険者が運送人・盗取者・無権利の譲渡人その他の第三者から損害賠償を得たときは、その正味回収金額分だけ保険金より貸付金の額が大きくなるから、その分は貸付金の返済として保険会社に交付しなければならぬ。ただし、この場合においても、現行運送保険契約を以てすればその目的が株券であることに依然として問題がある。右の如き貸付——株式の利用価値の喪失損害の填補——を被保険者がなすためには、その制度を形成するための契約は、株式をその目的とせねばならないのである。

右のような貸付金による株式の利用価値と同額の金銭の利用価値の給付は、非常に巧妙な構成ではあるけれども、当事者の意図からすれば、それが貸付金である限りにおいてなお難点がある（被保険者は消費貸借契約上の義務をすべて負ふことになり、

且つ給付された金銭の上に絶対的な支配権をもたないことになる。

保険取引の実際的需求からすれば、株券の喪失によるその株式の利用価値の停止に際して、株式の価額と同額の金銭が、保険金として支払われることが望まれているといわれる。ただし、いうまでもなく株式の価額とその利用価値とは同額ではないから、右に述べた方法においては、株式の価額と同額の金銭を貸付けることによつて、その利用価値だけを給付することを考えたのであるけれども、問題は、貸付ではなくて、株式と同額の金銭の所有権を完全に移動することによつてなお利用価値のみを給付することとなる方法がないかということである。

株式と同額の金銭を貸付けることによつて、その株式の利用価値の喪失に対する損害填補と考えたことは、株式というものの流動性に着目し、株式と同額の金銭との間に経済的同一性ないしは代替性を認めた結果であるといえよう。そこで、今かりに、株券を喪失した株主が、その利用手段をうしなつた株式をその株式の価額——時価——で売れるものとするならば、株主はうしなつた利用価値を回復することになるであろう。そして、株式をその目的とする損害保険契約の被保険者から、その被保険者のこうむつた利用価値喪失という損害の発生を契機として、それを表彰する株券が喪失したところの株式を被保険者が買うとするならば、それは損害填補といひ得るものであると思う。

このような理論構成は、決して「損害填補」概念について新たな構想を提起したことを意味するものではない。何故なら、ここで損害填補としてとらえられているのは、保険者のなした株式と同額の金銭の被保険者に対する給付にあるのではなくて、保険者と被保険者との間において、利用手段をうしなつた財産財と同額の利用手段を有している財産財との交換がなされていること——給付されているものは両者の間の剰余分、すなわち喪失したものと同価値である利用価値そのものであること——だからである。

さて、ここで吟味すべき問題は、第一には、有価証券に化体している権利であるところの株式を、その証券の占有の移転

を伴わずに譲渡することが可能かどうかという点であり、さらには譲渡し得るとしても對抗要件を欠くことはあきらかであるから、その法律関係をめぐる善後処置をいかにすべきかという点であり、第二には、右のような利用価値の給付は、損害保険の目的とどのように結びつけられるべきか——郵送株券が表彰する株式をその目的とする損害保険契約に対して、別個の独立の契約の目的を形成するかどうか——という点である。

第一の点は、有価証券法上の困難な問題の一つであるが、いずれにしても、株券の交付なしに株式を物権的に移転する手段はないといわざるを得ない。ただし、有価証券に化体している権利も、当事者間においては、その証券の交付なしに移転し得るものと考える点においては学説上特に問題はないものと思われる⁽²⁾。そして、譲受人は譲渡人に対し、その譲り受けた権利にもとづいて、資格を付与すべきことを請求し得る。そこで、この場合には、被保険者が株券を喪失した株式を保険者に譲渡しても、保険者に証券上の資格は移転し得ず公示催告申立権は被保険者のもとに留まるので、被保険者はみずからの証券所持人たる資格にもとづいて公示催告を申し立て（但し、費用は受益者である保険者の負担とすべきである。このことによつて、結果的に株券運送保険契約の目的もこの保険の中で達せられることとなる。なお、実際上は、保険者が被保険者の公示催告申立を代理して行なうのが適当であろう）、株券が発見された場合にはその株券を、さもなければ除権判決を得て再発行を受けた株券を、保険者に裏書ないしは譲渡証書附きで交付すべき義務を負うこととなる。この義務の根拠は、被保険者の損害防止義務（商法第六六〇条）などと同じく、「信義誠実」の原則である⁽³⁾。

第二の点については、第三者の善意取得を保険事故とする損害保険契約の目的である株式は、本来その利用価値を附有するものであつて、また、善意取得による株式の喪失損害が現実には発生した際支払われる保険金は、保険の目的である株式の附有する利用価値と同額の利用価値を附有するからこそ、喪失したものと新たに給付されたものの価値がひとしくなり、損害填補であり得るのである（喪失した株式と同額の金銭であつても、何等かの事情で利用手段が停止している金銭を給付したのでは損害填補

にはなり得ない)。それゆえに、株式の利用価値は、株式を保険契約の目的となした際にすでに契約の目的の一部を形成して居り、株券の郵送事故によるその利用価値の喪失は、株式を目的とする損害保険契約において、譬喩的にいえば、分損を構成する(独立の利益として積極的に財産の一部であるのではないから、純粹の分損ではないが)⁽⁴⁾。この損害を保険者が填補するためには、保険者が株式と同額の金銭を貸付けることによつても可能であるし、また、保険の目的の譲受によつても可能である。そして、保険の目的の譲渡がなされると、被保険者の保険契約上の権利は保険者に移り(商法第六五〇条)、その余の契約上の権利・義務は混同の法理によつて消滅することになる。

以上のような経済的意味合いを有する損害保険制度として、現在の実際取引の需要に合致すべき郵送株券の危険をカバーする保険を構成するための保険契約においては、契約の目的は郵送株券の表彰する株式であり、その保険事故は株式の喪失であつて、且つ郵送事故による株券の喪失の場合には被保険者は一方的に喪失株券の表彰する株式を保険者に譲渡し得ることを特約し、その譲渡に対して保険者は保険金額を支払う。その場合の保険金額の支払の本質は、保険の目的の譲渡における対価の給付である。

保険の目的の移転を前提として、一定の場合に、損害が未必であるにもかかわらず保険金が支払われる制度として、海上保険における委付、債権保全火災保険における債権譲渡があり、右に構想した制度も本質的にそれらと同一のものであるが、これらを、損害の蓋然性の発生によつて直ちに保険金が支払われる制度として、損害填補原則の例外現象として把握するのが通常の態度である。しかしながら、私の考えでは、そこにいわゆる損害の蓋然性の発生する場合というのは、実は、保険契約の目的が附有する或る種の経済的利益について損害が現実に発生する場合であり、またその限りでのみ認められるべきであり、しかも、その利益も本来保険契約の目的に組み込まれているものであつて、保険者は、その損害を填補するための手段として、特約によりその利益を喪失している目的物を譲り受けるものであると構成し得るものと思う。次節において、

損害保険契約の本質を考察し、その中で以上の事柄につき検討を加えて見たい。

- (1) 山一証券調査部前掲二三九頁参照。
- (2) 大隅「株式の譲渡」株式会社法講座二卷六五二頁。
- (3) 野津「保険法における『信義誠実の原則』」参照。
- (4) Arnold は、委付の原理と代位の原理との区別を、前者が全損の場合においてのみ効果を有し、後者はすべての損害填補契約ならびに損害が分損・全損にかかわらず填補すべき当事者によつてそれが回復されるすべての場合に適用される点にもとめる。——Arnold, *On Marine Insurance*, 15th ed. by Chorley and Balhaache, 1961, p. 1193——。この点については、利用価値が目的物から独立の価値ではないことから説明し得る。

四

損害保険契約は、商法第六二九条の規定からあきらかなように、損害填補契約である⁽¹⁾。しかしながら、実際の損害保険法制の中には、損害填補原則に対する例外現象のあることが学者によつて指摘されている。そして、損害保険契約本質論は、これらの損害填補原則に対する例外現象を、損害保険契約の中にどのように位置づけるかをめぐつて展開されている。

現在のわが国における多数説は、損害保険契約の本質を損害填補契約であるとし、そしてただその損害填補概念に弾力性を与え、現在の法制上に存する程度の例外現象を例外として許容し得るものとなす⁽²⁾。

このような多数説の立場に対しては、損害填補概念に弾力性を与えるというそのことが、すでに損害填補原則の相対化のあらわれであるとする聴くべき批判がなされているが、さらに、田辺教授は「損害保険の本質——填補原則の例外現象を吟味しての考察——」において、損害保険制度における損害填補原則の例外現象の中には、右に述べた多数説の立場で許容し得る「量的例外」現象の他に、その立場を以てしては説明し得ない「質的例外」現象のあることをするどく指摘している。すなわち、「これ（量的例外現象）に対し『填補原則』の例外の第二の形態は、保険代位、保険委付、責任保険における被保険

者の責任免脱、抵当保険などにおいて見られるものであつて、これは被保険利益に損害が生ずべき、または生じている蓋然性があるが、それがまだ確定的でない場合に、損害の確定を待つことなく、それが不確定であるままで、しかも利益を与えない方法でこれを救済するという保険救済方法である。(中略) 損害蓋然性は増大したが、まだ損害は必ずしも確定的に発生しているとはいえない場合においては、もちろん、確定損害が生じた場合におけると同様な方法で保険救済をなすことはできない。なぜならば、かかる場合には、損害が発生していない可能性はなお存在するのであり、これに対し無条件に保険金を給付することは、明らかに損害不発生の場合における被保険者の利得の余地を残す結果になるからである。それゆえ、かかる損害の不確定な場合には、損害蓋然性が大きいという状態を被保険者が肩代わりするという方法において救済することが必要である。すなわち具体的には、被保険者に確定損害が生じた場合に給付すべき額の保険金を給付するとともに、損害が発生した蓋然性の大きい保険の目的を被保険者が取得し(たとえば保険委付における場合)、または被保険者が第三者に対して有する請求権の移転を受け(たとえば保険代位、抵当保険における場合)、あるいは被保険者に対し保険金を給付するという方法ではなく、被保険者の債務負担という法的責任を、被保険者が代わつて弁済することにより、免責させるという方法(責任保険における場合)などによつて行なわれる。このような保険救済の付与は、被保険者に利得の余地を残すことなく、しかも損害の終局的確定を待たずに、その不確定なるままに救済するものである。以上の意味において、この保険救済方法は、確定損害をその限度で填補することを意味する『填補原則』に対し、いわばその質的例外をなすものとして把握されなければならない」として、損害が生じた場合に「損害填補」がなされるがただその損害の範囲に弾力性が与えられるところの「量的例外」現象に対して、損害が生じないにかかわらずその蓋然性の増大だけで保険金の支払われる「質的例外」現象は、単に被保険利益概念の弾力性をもつてしては説明し得ないとする。そして、それゆえに、「この点において、絶対説は『填補原則』の質的例外の存在を無視して損害保険契約の本質を規定しようとするものであるという非難を免れえないことになる」と断

ずる。

右にいわゆる「質的例外」現象を、損害保険の本質内において把握するための理論構成は、多かれ少なかれ、損害保険契約の損害填補契約性に対する疑問の提示ないしはその超克をその骨子としている。

損害填補原則の質的例外の典型的な場合である委付による保険金支払が、損害保険契約の効果として何等の例外現象ではないとする一つの立場は、損害保険契約を以て偶然の事故を条件とする一定の金銭給付契約とし、「損害填補」を単に公序的政策的要件であるとするいわゆる相対主義である。大森教授は、「損害保険契約の『損害填補』契約性をいわば論理的な本質と見る立場を固守すれば、委付の制度は全く便宜にもとづく一大特例といわなければならぬ。しかし、損害保険契約の『損害填補』契約性はむしろ損害保険契約により被保険者の不労の利得をあたえることなからしめるための政策的要請にほかならないと見る立場からすれば、委付の制度の合理性も容易に是認されうるのである⁽⁴⁾」とされる。すなわち、相対主義の立場では、保険者の契約上の義務は、「一般の損害賠償義務のように実損害自体を償うことそのことを本質的内容とするものではなく、それは保険事故が発生した場合に被保険者に対してある金銭の支払をなすべきことを本質的内容とするものである」と解せられ、「損害」は、「この義務の程度や範囲をいわば政策的・外面的に規定し・制約するという機能をもつにすぎない⁽⁵⁾」から、被保険者に不当な利得をあたえない限り、現実損害の填補から見れば例外的な委付による保険金支払も、本来損害保険制度内のものであることになるわけである。

しかしながら、実定法上の個別的な契約の定義規定が、公序的要件をその内容として規定するということは極めて異例のことであり、そのみならず、そのような内容は、定義規定としては本来無意味であるように思われる。なぜなら、契約の目的が公序良俗に反することは、特に個別的な規定に俟つまでもなく許されないことであつて(民法第九〇条、商法第六二九条がそのような内容の規定であるとすれば、それはあらたに何も規定していないのと同じことになる。「損害填補」を右の

ように解すると、民法第九〇条と重複する部分を捨象すれば、商法第六二九条は単に「損害保険契約とは射倅契約である」と定めるに過ぎないこととなるが、損害保険契約と射倅契約とはまったく同一のものではなく、射倅契約であるといつただけでは損害保険契約を特定したことにはならないから、契約の性質としてはともかく、契約の定義としては無意味であるといわざるを得ないように思われる。⁽⁶⁾

商法第六二九条の立法趣旨として、右のような公序的政策的要請の存することについては特に異論はないけれども、問題は、偶然的事故を機縁とする射倅契約のうちどのような内容のものを損害保険契約として法が認めるかという、立法において具現化された結果なのであり、換言すれば、同条にいう「損害填補」によつて損害保険契約の内容が特定されなければならない筈であるから、損害填補概念を相対化し公序的要請にまで還元することは、解釈論の埒内においては許されないものと考えないわけには行かない。⁽⁷⁾一方、商法第六二九条によつては損害保険契約と認められるものであつても、なおその目的が公序良俗に反する契約は無効であるべきであるから、公序的要請が契約の定義規定の中で完結してしまふことはその面からも問題である。

損害填補概念についての法律的視点からの相対主義に応ずる経済学説の一つとして、大野栄三氏の立場⁽⁸⁾がある。すなわち、大野氏は、先ず保険関係を、「機能資本家がその運用する資本価値を不可抗力の偶発的事故によつて喪失することを免れるために、その資本を具体的姿態において、一時的に、保険資本家たる無機能資本家(その資本機能を自ら負担しないところの)に売却し、再び買い戻すまでの間、その資本の新所有者たる無機能資本家を出資者 (commencator) とし自己を資本機能の受託者 (trustee) とする commenda 関係を形成する関係」⁽⁹⁾としてとらえ、「実損害填補なるものは、被保険物件の売却、買戻し代金の相殺差額の別名」であるとする。そして、委付の本質は、被保険物件再売買(買戻し)の抛棄であることから、「買戻し価値の評価に関連して何らかの理由により買戻し¹¹再売買を放棄して一方的な売却、買取りに終るといふことも、商品取引関係においては起りうることであり、必ずしも異とすべきものではない」⁽¹⁰⁾として、委付の例外性を否定する。

右の立場は、「損害填補」が保険関係終了の場合でしかない点で、ちやうど損害保険契約法理論における相対主義に應ずるものであるが、この立場を以てしては、通常の買戻し特約附の売買契約——法律的にも売買——による危険の移転もまた保険であることとなつてしまい、保険制度の特質はまつたく捨象されているといわざるを得ない。さらに、この立場では、当事者の買戻し権の抛棄によつて、被保険者は保険事故の発生にまつたく関係なく無限定的に保険金請求が可能となる結果をもたらずものであつて、このような結果は是認し得ない。

また、大野氏は、委付における被保険物の所有権移転については、「所有権の移転は保険関係形成のための必須条件であり、それは保険関係形成の当初から既に保険者の手に移転しているもの」と考えるところから、それが保険関係において何等の矛盾現象ではないとする。しかしながら、保険関係形成の当初から所有権が保険者に移転しているという見方は、純粹に経済的な視点に立つてはじめていえることであつて、保険契約によつて形成された法律関係にとつては、單なる譬喩以上のものではあり得ない。これに対して、委付における所有権の移転は法律的な権利變動であつて、保険者が危険負担をしていることについての譬喩を以てしては、あらたになされた所有権移転の法律行為を説明することはできないものというべきである。

委付による保険金支払などに見られる損害填補原則の「質的例外」現象を、損害保険契約の本質内において把握するも一つの場合は、損害保険契約を以て「利得を禁止する救済」を含むところの契約と解する田辺教授の学説である。

田辺教授の提唱される「救済」概念は、損害が未必であるがその蓋然性の存する場合に、その未必の損害に対する「事前的救済」⁽¹⁾を内容とするものである。ここにおける問題は、右のような「救済」概念が、「損害填補」概念の範囲外にあるものとすれば、それはやはり、それを損害保険契約の要素と認める限りにおいて、損害填補概念の相対化と同一の結果をもたらすものではないのかという点であり、そしてそれゆゑに、損害保険契約の本質が具体的に限定し得るかという点である。

右の点につき田辺教授は、「救済」概念に内在する限界——すなわち救済がなされるべき「損害蓋然性」の限界——を、次のように示される。すなわち、「保険委付、保険代位および抵当保険において見られるところの、保険者が保険金を給付して保険の目的について有する権利または第三者あるいは債務者に対して有する権利を取得するという保険救済方法が、被保険者に利得の余地を与えることなく、しかも完全な保険救済でありうるのは、そこに生ずべき損害蓋然性の範囲が、船舶・保険の目的物・債権の被担保額において具体的に画されていることによるものであり、云々」⁽¹²⁾とされるわけである。

しかしながら、損害保険契約の本質的限界の問題としては、実は、「損害の蓋然性の増大」という概念の相対性に問題があつたのである。すなわち、被保険利益概念の確立とその喪失に因る「損害」概念の確定性に比して、「損害の蓋然性の増大」という概念はそれ自体相対的・不安定的なものであり、結局は保険関係において何等の拘束的機能を保ち得ない。損害の蓋然性の増大ということは、いかなる事情によつても生じ得るから、結局被保険者は、保険の目的の範囲内で——利得さへ予想されなければ——恣意的に保険金請求を為し得ることと同一の結果をもたらし、例えば委付原因が商法上限定されていることなどの説明がつかないこととなるらう。

私は、損害保険契約を以て損害填補契約であると考えている。そして、前節において、株券の郵送事故における損害をカバーすべき保険契約として、保険契約の目的を株式とし、保険事故を第三者の善意取得による株式喪失とし、郵送事故によつて株券が喪失した場合において、被保険者が保険者に対し保険の目的——株式——を移転することを前提条件としそれに対して保険金額が支払われることによつて、実際取引の需要に応じ得るとする構想を提唱した。

この場合の株式の移転は、抵当保険における債権譲渡⁽¹³⁾とならんで、委付制度の陸上保険への導入である。そして、私は、委付による保険金支払もまたその本質は損害填補であると解するものであつて、このような構成は、損害保険契約の本質に對する考え方に由来することはいふまでもないが、さらに、いわゆる「質的例外」現象である委付制度において内在的な限

界として機能し得るものであると信じている。すなわち、委付による保険金支払は、その本質が損害填補である限りにおいてのみ認められ、またその限りにおいてであれば他の保険にも導入が可能である、と考えるのである。

(1) ノランズ保険契約法 (Loi du 13 juillet 1930) 第二八条「財物に関する保険は損害填補契約である」(L'assurance relative au biens est un contrat d'indemnité.)。ドイツン保険契約法 (V.V.G.) 第四九条「保険者は金銭を以て損害填補を給付しなければならぬ」(Der Versicherer hat den Schadensersatz in Geld zu leisten.)。イギリス海上保険法 (M.I.A.) 第一条「海上保険契約は保険者が海上損害すなわち海上冒険に附随する損害に対して被保険者の損害を填補することを引き受ける契約である」(A contract of marine insurance is a contract whereby the insurer undertakes to indemnify the assured, . . . against marine losses, that is to say, the losses incident to marine adventure.)

(2) 伊沢「保険法」一三〇頁。田中(誠)「新版保険法」一四一頁。石井・鈴木編「保険法・海商法」新法律学演習講座四四頁。

(3) 田辺前掲損害保険研究二五卷四号一八三頁。

(4) 大森「保険法」二四六頁。

(5) 大森前掲統法的構造一二頁。

(6) 拙稿前掲綜合法学二五頁。

(7) "La règle que le contrat d'assurance est un contrat d'indemnité reste donc en vigueur." Ripert, *Droit Maritime*, 4ème éd. 1953, t. III, n° 2364.

(8) 大野「委付の本質」久留米大学商学部創立十周年記念論文集一八五頁以下。

(9) 同一八九頁以下。

(10) 同一九七頁。

(11) 田辺前掲損害保険研究二五卷四号一八六頁。

(12) 同一九〇頁。

(13) いわゆる抵当保険の法律的構成については、種々の学説が存しそれぞれの間に対立がある。ただ、現行の債権保全火災保険契約の内容は、抵当権者が自己のために抵当物につき火災保険契約を締結するものであるが、抵当物の火災滅失に際して抵当権者(被保険者)が保険者に対して被担保債権を譲渡し得ることをあらかじめ合意し、そして現実に債権譲渡があつた限りにおいて保険金額が支払われるものであつて、これは、債権保険において目的たる債権の被担保性という利益喪失に際して委付制度を導入したものであると解される——湯前掲私法九四四頁参照。

五

委付（保険委付）は、歴史的に、海上保険に特有の制度である。⁽¹⁾これは、海上企業に附随する危険の特殊性⁽²⁾からして必然的な制度であるといわれている。すなわち、船舶の行方が相当長期間知れなくなつた場合や、船舶や積荷が捕獲され又は官の処分によつて押収され相当長期間返還されずにいる場合のように、全損の蓋然性が非常に大でありながら、被保険者にとつてその証明が困難または不能の場合があり得る。これらの場合においては、保険の目的物についての実体的な損害というものは未必であるが、被保険者は保険の目的物を経済的に利用または処分し得ず、従つて被保険者がその物について有する経済上の利益はまつたくうしなわれたのと同様の結果をもたらすといえる。しかしながら、実体的な損害の未必を理由に、この場合に保険金が支払われないとすると、そのことは、企業に投ぜられた資本がそのような状態が継続する間眠ることを意味し、企業に参加している者にとつては、その危険が海上企業にあり得るものでありながら、その損害は償われる手段のないものとなつて、ひいては海上企業精神に対しても有害な影響を及ぼさざるを得ない。⁽³⁾

このような場合の被保険者の救済として、かつては推定主義が採用され、いつたん被保険者に対して保険金が支払われ、被保険者が後に目的物を回復した場合には、その限りにおいて被保険者は保険金を返還するものとされていたが、しかしこの制度においては、被保険者が受け取つた保険金について右のような拘束を受けるわけであるので、それを排除するべく、一六世紀以来、各国海上保険において委付制度が採用されるにいたつたのである。

しかしながら、目的物について実体的な損害が未必であるにもかかわらず保険金が支払われるということは、損害保険契約の「損害填補」契約性とは矛盾するものと考えられることは当然である。⁽⁴⁾保険契約は本質的に射倖契約の一種であつて、それが他の射倖契約と区別されるのは、契約上の給付たる保険金支払の実質が「損害填補」である限りにおいてである。そ

れゆえに、損害填補原則の例外を認めることには、道徳的危険と結びつく虞れの常に存することを考慮せねばならない。いかえれば、例外的制度をたとえ認め得たとしても、その例外においては、それ自身に内在する例外の許容性の根拠の中に、明確な限界づけがあきらかにされていなければならない。さもないと、その例外を許容したことが突破口となつて、他の類の場合に無限に拡張される危険が生ずる。かりに、委付制度が拡大されると、航海中に船舶や積荷といつた保険の目的物の市価が下落した場合に、むしろ海難に遭遇して損害をこうむり、これを委付して保険金を取得することにより、保険者が投機的危険を負担することも考えられよう。現に、*Guidon de la mer* においては、積荷の価額が運賃よりも少額となつたときにこれを委付し得る旨の規定が存する（第七章第二条）が、このような内容をもつた契約が、船舶や積荷を被保険利益とする損害保険契約として認め得ないことは、多言を要するまでもない。

他面において、海上保険における委付制度はその實際的必要に應じて発生し、それが損害保険制度として認められる以上、委付とまつたく同一の性質を有し且つ同様に實際的必要性がある制度がもしあるとするならば、これもまた認められるべきである。そのためにもまた、委付の本質があきらかにされなければならない。

わが商法は、その第八三三条において、委付の原因として、次の五つの場合を挙げている。

- 一 船舶カ沈没シタルトキ
- 二 船舶ノ行方カ知レサルトキ
- 三 船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルトキ
- 四 船舶又ハ積荷カ捕獲セラレタルトキ
- 五 船舶又ハ積荷カ官ノ処分ニ依リテ押収セラレ六ヶ月間解放セラレサルトキ

また、英国海上保険法 (*Marine Insurance Act. 1906*) においては、推定全損の生じた場合に、被保険者が自己の選択によつ

て、その損害を現実の分損として保険金の支払を受けることもあるいは保険の目的を保険者に委付して「それをあたかも現実の全損であるかのようにその損害を処理する」(treat the loss as if it were an actual total loss) こともできる旨の規定を置いている(第六十一条)。そして、推定全損の定義としては、保険の目的についてその全損が避け難く見える場合と、保険の目的の価額を超える費用を支出しなければ現実の全損が必然的に発生する場合 (it could not be preserved from actual total loss without an expenditure...) とを挙げている(第六〇条第一項)。

これらの場合は、一般的に、損害の蓋然性が大きい場合といわれているが、しかし仔細に見ると、わが商法上の委付原因のうち、船舶の沈没および修繕不能の場合と、英国海上保険法における保険の目的の価額を超える費用を支出しなければ現実の全損が必然的に発生する場合などは、これは実は現実の全損発生の問題として構成すべき場合であつて、委付制度の目的からしても、純粹の委付の原因としては損害の発生が未必の場合に限られるべきである。すなわち、船舶の沈没の場合などは、委付は実は被保険者の立証を緩和する手段として用いられて居り、その本質は保険の目的についての実体的損害填補であつて、委付そのものではない。委付が認められるべき場合は、保険の目的自体について実体的損害が未必であるために、委付制度によらなければ現に発生している経済的損失が填補されるべき手段がない場合である。すなわち、典型的な委付の原因は、船舶の行方不明および捕獲・押収・抑留等であつて、これらの場合のみを委付の原因として挙げているドイツ商法(第八十一条)の規定は、委付制度を純化している点ですぐれている。

わが商法第八三条が掲げる委付の原因は、損害の蓋然性をそのメルクマールとするならばそれだけに限られないはずであつて、特にその場合に限つて例外的に委付が認められる根拠はあきらかにされ得ないものといえよう。あるいは、法定の委付原因を単に沿革的なものと見る立場もあり得るが、歴史的には、委付が非常に広汎に認められた時代が先行するのであつて、委付制度の発生当時あるいはそれ以後の時代から見ると、今日の法定の限定的委付原因は委付制度の純化によるもの

であつて、右の見解は當を得ないものと思われる。のみならず、實際取引の需要に應じて委付制度が発生したという沿革に徴して見れば、委付の原因について、後にこれを法定的限定的に定めて實際取引の需要に対してチェックを加えていることは、委付制度の本質からする内在的限界が存在すること、すなわち法が委付の本質に反するものを委付原因から排除して来ていることを意味する。

先に述べたように、委付制度は、ヨーロッパにおいてはやくも一六世紀後半にはすでに存在していたといわれる。そして、その起源は、或る一定期間船舶が消息を絶つた場合にそれを理由として保険金を請求することができる旨の特約 (*clause obligatoire l'assureur à faire un paiement provisoire de l'indemnité, si on ne recevait aucune nouvelle dans un certain délai*)⁽⁵⁾ にあり、後にその慣例が海商法上一般に認められるに至つたものである。

そして、右のような委付の制度が一旦認められると、あたかも堤防を破壊した如くこれが拡張されるようになり、例えばフランスにおける一六八一年の *Ordonnance* においては漂着した海岸が遠い場合にも委付を認めるといつたように、「極端な救済」 (*un extrême remède*) と化して、ついには、学者によつてその不当性が強く指摘され、損害保険の本質に反するものとして委付制度廃止論が主張されるに至つた。⁽⁷⁾ しかしながら、一九世紀の末葉から二〇世紀にかけて、委付制度の必要性があらためて認識され、現行のように、一定の場合に限つて委付権を認める制度として確立されたのである。

このような沿革を眺めて見ると、委付制度の発生およびその拡大は、通信・計算・鑑定等の技術的な未開性に附随するものであつて、その意味においての委付制度は、今日のように技術の発達した時代においては、もはや歴史的な意義しか有しないものというべきであろう。これに対して、その後の委付制度の必要性の認識は、もっぱら海上企業に投下された資本の活用に着目するものであつて、⁽⁸⁾ この間において、委付制度そのものが変質——純化——されたものと見るべきではないかと考えられる。すなわち、今日のように委付の原因を限定的に認める機縁となつたものは、一面からは、損害保険の本質から

する委付制度の濫用に対する反省であり、一面からは、企業資本がその利用手段を喪失していることの損失の認識であるからである。

委付による保険金支払の本質を、保険契約の目的につき、その有する利用価値の喪失という現実の損害の填補として把握し、それゆえ、委付の原因を、損害の蓋然性ではなくて、保険契約の目的の有する利用価値が現実に喪失した場合として把握することにより、委付制度に内在する限界がはじめてあきらかにされるのではなからうか。

たしかに、或る特定の財産権の有する利用価値というものは、積極的にはその財産権そのものの価値から独立している価値ではない。しかしながら、財産権そのものの喪失は未必でありながら、その利用価値の喪失は現実化しているということはある。そして、その損害の填補ということも当然考えられるわけであるが、利用価値が積極的にはその財産権そのものの価値から独立の価値ではない点で、利用価値自体を保険の目的とすることはできない（株券運送保険の問題性はここにあるわけである。なお、運送契約の客体である独立の物としての株券は、株式の利用価値そのものではない）。利用価値自体を保険契約の目的とすることの不当性は、その損害額算定の困難さのほかに、当該財産権の損害は未必なのであるから損害不発生蓋然性も存在し、損害不発生が確定化してその財産権を取り戻したときは、それに附随して当然に利用価値も回復するため、利用価値の喪失に対する保険金の給付は損害填補を超える結果となる、という点にもとめられる。このような結果は、或る財産権の利用価値が財産権そのものの価値に附随するという本質からして、その利用価値についての損害の填補は、当該財産権そのものを目的とする損害保険契約においてははじめて考えられ得ることを意味する。他面、利用価値が独立の価値ではない点から、その損害填補のためには、利用価値を喪失した目的物の譲渡が、手段として必要である。委付をこのような目的をもつた行為としてとらえることにより、委付行為の内容および効果についてひとつの帰結が出て来る。

委付行為の効果については学説上の対立がある。すなわち、第一説は、委付の意思表示から生ずる効果 (Willenswirkung)

を被保険者の保険金請求権の発生とし、目的物の移転は法規にもとづく効果 (Gesetzeswirkung) であるとする⁽⁹⁾。第二説は、委付の意思表示から生ずる効果は目的物の移転にこれをもとめ、被保険者の保険金請求権発生を以て法規にもとづく効果であるとする⁽¹⁰⁾。第三説は、両効果ともに意思表示上の効果であるとする⁽¹¹⁾。

第一説においては、委付行為における意思表示の内容は保険金の支払請求であるが、本来、保険金請求権は事故の発生を条件として居り、事故の発生未必であるにもかかわらず被保険者が保険金の支払請求をなし得べき根拠はないものといわなければならない⁽¹²⁾。

第二説においては、意思表示の内容は保険の目的の移転であつて、それは目的物を抛棄することによる損害の現実化としての意味合いを有し、それゆえ、損害発生の効果として保険金請求権が発生することになる。このような構成は、たしかにその沿革的な意義と適合する面を有するが、ただ問題とすべきことは、保険事故は偶然性がその本質的要素であつて、当事者の行為にもとづく損失というものは本来保険により填補されるべきではない点である。ここでも、当事者が投機的な利得を目的として恣意的に目的物を抛棄する危険が遺されて居ることが指摘されなければならない。すなわち、右のような委付行為の構成においては、委付制度に内在すべき本質的限界があきらかにされ得ない。

かりに、委付制度自体にはそこに内在的な本質的限界などというものは存在せず、実定法上の委付原因の限定は理論的なものではなくて、単にカズイスタックな立法政策の結果であるとするならば、そのことはかえつて委付制度の例外性を絶対化することを意味し(そのときこそ「例外は嚴格に解すべし」という原則が生きて来る)、⁵ 抵当保険の法律構成などにおいてなされて来たところの、解釈論の範囲内における委付制度の陸上保険への導入のための理論的努力の結果を否定し去ることになる。

私の考えでは、委付制度は、利用価値等目的物が附有する経済的価値が偶然の危険によつてうしなわれた場合において、

その損失を填補する手段として右の附有的な価値の喪失した目的物を保険者に譲渡することをその目的とするものであるから、委付行為の実質は有償行為であり、支払われた保険金額の実質は目的物の対価である。それゆえ、目的物の移転・保険金額の支払ともに、意思表示にもとづく効果であると解される。また、右の有償行為が損害填補であり得るのは、附有的な価値の喪失した目的物をその物の価額で譲り受けるところにあり、すなわち、保険金額の支払に対する対価的給付の目的は保険契約の目的物であるから、被保険者が第三者に対して有する権利(例えば損害賠償請求権)等は、委付の直接の効果として保険者に移転するものではないこととなる。⁽¹³⁾

損害填補手段としての有償行為である委付は、偶然的危険によつて保険契約の目的が有する附有的な価値の喪失という損害が現実が発生したことを前提とし、それが喪失した附有的な価値の回復という損害填補である限りにおいて存在し得る。そして、それが損害填補である限りにおいて、何等の道德的危険もなく、損害保険制度の本質に背馳するものではないから、一般に損害保険契約上ひろく認められるべきである。今日の、債権保全火災保険契約における債権譲渡の特約の合法性の根拠もここにあり、またこのような構想によつて、株券の郵送事故に遭遇した株主の実際的需要もカバーし得るものと考へられる。

(1) わが国における文献・藤本「委付ノ性質並ニ其効果ヲ論ズ」鳥賀陽「保険委付を論ず」商法研究第三卷二二三頁以下。小町谷「保険委付ノ意義」海商法研究第一卷四一三頁以下。松波「保険委付の拡張論」法学志林一三卷八・九号四二四頁以下。窪田「保険委付」民事法学辞典下巻一八七五頁以下。

(2) 小町谷教授は、海商法の特色として、「航海に伴ふ危険(危険性)及び海上運送企業が大資本を要すること(大資本性)、並に海洋の広大なること(広大性)」を指摘される——「海商法の独立性」海商法研究第二卷一頁以下。

(3) 田中(耕)「海上保険」法律学辞典一巻二〇二頁。伊沢前掲四四五頁。

(4) 委付が海上保険において例外的性格(caractere exceptionnel)を有することは各学者によつて指摘されて来て、Ripert, *op. cit.*, n° 2797. 藤本前掲一九頁。

- (5) Ripert, op. cit., n° 2798.
- (6) *ibid.*
- (7) V. Émerigon, *Traité des assurances*, t. II, p. 210
- (8) Desjardin, *Traité de droit commercial*, t. VII, p. 167.
- (9) 烏賀陽前掲三三六九頁。森「海商法原論」三八七頁。野津「保険契約法論」三七二頁。
- (10) 加藤(正)「海商法講義」五二〇頁。大森前掲保險法二五二頁。石井「商法Ⅱ」三五八頁。
- (11) 加藤(由)「海上保險新講」二二六頁。伊沢前掲四五〇頁。田中(誠)前掲二三七頁。石井・鈴木編前掲二二四頁。窪田前掲一八七七頁。
- (12) 伊沢前掲四五〇頁。
- (13) 同旨・松本「保險法」(三版)二〇七頁以下。小町谷判例民事法昭和二年度三四七頁。野津前掲三七〇頁。大森前掲保險法二五三頁。伊沢前掲四四九頁。反対・藤本前掲一三七頁以下。大審院昭和二年七月七日判決民集六卷四五五頁。田中(誠)前掲二四二頁。

追記 本論稿は昭和三十九年度慶應義塾学事振興資金にもとづく研究費補助による研究の一部を成すものである。