慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	被保険利益の契約法的機能： 譲渡担保権設定者の被保険利益を契機として
Sub Title	Insurable interest and its contractual validity
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.9 (1965. 9) ,p.54- 89
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650915-0054

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.

被保険利益の契約法的機能

——譲渡担保権設定者の被保険利益を契機として——

倉沢康一郎

一　問題の機縁——岐阜地裁昭和三四年三月二三日の判決とその反響
二　被保険利益の契約法的機能
（一）損害保険契約の目的と被保険利益
（二）目的の可能と被保険利益
（三）目的の確定と被保険利益
（四）所有者利益の意義
三　譲渡担保権設定者の被保険利益

一

自己の所有する不動産を譲渡担保に供した債務者がその物の所有者として火災保険契約を締結した場合に、その契約が目的である被保険利益を欠き無効であるか否かは、「譲渡担保」および「被保険利益」の両概念がそれぞれ多くの問題をかかえているために、見解が分れ得るところである。昭和三四年三月二三日の岐阜地方裁判所の判決[1]は、この点につき無効であ

るとの判断を示したが、はたして多くの学者による批判を浴びている。[2] 批判の大部分は、右判決が被保険利益概念に対して与えている判断ないしは判断方法に反対するものである。私は、この判決に対しては結論的には反対の見解を有するものであるが、しかしこれまでに現われている学説の多数とは異なって、被保険利益概念に対するこの判決の考え方自体には賛成であり、むしろ問題は譲渡担保概念に対する判断にあると考えている。

事件の概要は次の如きものである。すなわち、原告Xは、被告Y保険会社との間に、X所有の家屋ならびに家財を保険の目的として、昭和三〇年一一月一七日および昭和三一年三月二日の二度にわたり、合計保険金額金二〇〇万円・保険期間一カ年とする火災保険契約を、いずれも普通約款にもとづいて締結したところ、昭和三一年三月七日、右保険の目的である家屋と家財は自火により全焼した。ところが、これより先昭和二九年一一月に、Xは訴外Aより金一二万円を借り受け、その担保の趣旨で本件家屋の所有権を右債権者に売買の形式で移転し、その所有権移転登記手続をすでに結了していたのである。

Xは本件訴訟を提起して保険金の支払をもとめたが、Y会社はこれに対して、次のごとき理由を挙げて請求棄却の判決をもとめた。すなわち、本件保険契約中家屋を保険の目的とする部分については、Xがその家屋につき有する所有権者としての利益を契約の目的としたのであるが、Xは本件保険契約締結当時すでに本件家屋をAに売り渡し、その所有権移転登記手続を結了していたのであつて、本件家屋の所有権者ではなかつた。すなわち、Xは本件火災保険契約締結当時本件家屋につき所有権者としての被保険利益をもつていなかつたのである。従つて、本件各火災保険契約中本件家屋を保険の目的とする部分は契約の目的を欠如し無効のものというべきである、とするのである。

これに対して、裁判所は右のY会社の主張を全面的に受け容れ、譲渡担保設定者にはいわゆる所有者利益がなく従つて本件契約中のその部分は無効であるとして、原告を敗訴せしめた。少し長くなるが、問題の機縁として本件判決理由を引用すると次のとおりである。

「XとAとのいわゆる内部関係が如何ようなものであつても、少くとも本件家屋の所有権自体は完全にAに移転しており、ただ場合によつてAがその所有権行使を債権担保という目的によつて拘束されることがあるに過ぎないと解すべきである。すなわち本件家屋の所有権は、右売買によつて訴外Aに移転し、Xは前記所有権移転登記手続の結了によつて、確定的に本件家屋の所有権を喪失したものというべく、唯場合によつてXはAの本件家屋の所有権行使を債権担保という目的によつて債権的に拘束し得る法律上の地位を有し得るに過ぎないといわねばならない。ところで本件各火災保険契約中、本件家屋を保険の目的とする部分はXが本件家屋の所有権者としてその申込をなし、Yにおいてその申込を承諾して成立したものであること、すなわち、本件家屋の所有権者としての利益を被保険利益として成立したものであることは当事者間に争のないところである。そして一般に不動産である建物の上には所有権者としての利益のみならずその他の法律上あるいは事実上の利益が重複交錯して存し得るのであり、それらが金銭に見積り得る限りそれらの利益をそれぞれ火災保険契約の目的となし得ることは多言を要しないところである。しかし被保険利益は火災保険契約の目的であり、従つてこれが異れば契約自体類型を異にする別個のものになるのであるから、火災保険契約関係において、具体的に被保険利益が選択、特定されれば、その被保険利益によつて特定された火災保険契約の被保険利益の有無に関する問題は、右特定された被保険利益についてのみ生ずるのであつて同一目的物上に存し得る他の類型の被保険利益にまで及ぶものではないというべきである。この関係を本件についていえば、本件家屋を保険の目的とした各火災保険契約が被保険利益を欠如するか否かの問題はXが本件家屋の所有権者であるか否かの点に帰着し、Xが所有権者としての利益以外の利益をもつていたかどうかの点にまで及ぶものではないということになる。ところでXは前叙のとおり本件火災保険契約締結当時すでに本件家屋の所有権を債権担保のため、Aに譲渡し、且つその移転登記手続を了していたのであるから、Xは本件家屋につき所有権者としての利益を失つていたものというべきである。もつとも右債権担保のための所有権譲渡がXにおいて債権者であるAの本件家屋の所有権行使を債権担保

という目的から拘束し得る場合であつたとすれば、Xがなお本件家屋につき、何等かの法律上の或は経済的な利害関係を有することは考えられる。しかしそれとても所有権者として有する利害関係とは全く異る類型のものであることは明白である。してみれば本件火災保険契約中本件家屋を保険の目的とする部分は、保険契約の目的である被保険利益を全く欠如し無効というべきである。」

現行法上損害填補契約として規定されている損害保険契約においては、被保険者は、一定の事故により損害をこうむるべき金銭に見積り得る利益を、保険の目的につき有していなければならない（商法六三〇条）。わが商法はこの被保険利益を損害保険契約の目的としてとらえ、被保険利益を欠く契約を無効なものとする。本件は、火災保険普通保険約款に準拠した契約であるが、その場合における被保険利益が、特約のない限り、保険の目的たる家屋・家財に対する所有者としての利益――いわゆる所有者利益――であることは疑がないとされている。[3] そこで、被保険利益の有無をめぐつて契約の効力が争われた本件においては、Xが本件家屋につきいわゆる所有者利益を有するか否かが争点となつたことは当然である。そして、裁判所は、Xの本件家屋についての所有者利益の有無を判断するにあたつて、もつぱら本件家屋の所有権の帰趨を認定し、Xに所有権なしとした上で本件契約の効力を否定したわけである。

譲渡担保をめぐる被保険利益については、さきに昭和一二年六月一八日の大審院民事第二部の判決[4]があり、そこでは、本件とは逆に、保険会社が譲渡担保権者の所有者利益を争つているが、ここでも裁判所は、担保権者に保険の目的たる家屋の所有権が帰属することを認定した上で、被保険利益の有無すなわち契約の効力を判定している。すなわち、「債権者が債権担保の目的を以て債務者より一旦建物の所有権の移転を受けたる以上、債務完済前に於ては依然其の所有権を保有せるを以て、仮令当該建物に付移転登記手続を了せざるときと雖も、建物の滅失毀損に付緊密の利害関係を有するが故に、上叙の如き担保権者は右登記未了前該建物の所有権者として火災保険契約の締結に付ては所謂被保険利益を有すること論を俟たず。

而して今原審の確定するところに依れば、被上告人（被保険者）は外村与三吉に対する貸金及立替金債権担保の目的にて同人より内外共に本件建物所有権の移転を受け、債務完済せられたるときは該建物の所有権が当然右債務者に復帰すべき約旨の下に、其の所有権を取得し、右取得登記手続前、該建物の所有者として上告会社と本件火災保険契約を締結したるものなりというに在るを以て、被上告人は前叙の理由に依り右締結に付所謂被保険利益を有するや多言を要せず」とする。

このように、所有権の帰属＝所有者利益の有無、という判断のプロセスは両判決同一であるが、所有権が有るから所有者利益が有るという場合と、所有権が無いから所有者利益が無いという場合とでは、それぞれの概念の外延に差があれば、同一に論じるわけには行かないものであることは当然である。それにもまして、もし、「所有権」概念と「所有者利益」概念とが、もともと異なつた・無関係のものであるとすれば、そもそも右のような判断のプロセス自体が無意味なものとなろう。

はたして、南出氏は、「このような問題の提出の仕方は適当でない。何となれば、ここで争いとなつているのは、Xが所有権者としての被保険利益を有するか否かを抽象的に論じているのではなくて、Xがそのようにして締結した火災保険契約が有効か無効かという問題との関連においてこれを論じなければならないからである」[5]と批判される。この場合には、契約の効力に関連して被保険利益の有無が具体的な争点となつているのであるから、氏の批判は、所有権の帰属から契約の効力が直結的に断定されるべきではないとする趣旨に理解される。長谷部判事は、この点をさらに明確に、「所有者としての被保険利益があるかないかは、もつぱらこれを経済的見地から決すべきであつて、これを法律的立場から決すべきではないことに注意しなければならない。保険は被保険者の経済的損失の塡補を目的とするものであつて、保険者は目的物に関する権利関係につき有効な取引関係に立つものではなく、その権利関係自体の存否につき直接の利害関係を有するものではないからである」[6]と批判されるのである。

被保険利益については後にふたたび吟味したいと思うが、ともかくそれは金銭を以て塡補することの可能な損害を生じ得

る利益であれば足りるものであるから、オリジナルな「被保険利益」概念としてはたしかにそれは付保物に対する法律的な権利関係そのものではない。通常の場合には権利者にそのような損害可能性が帰属することが多いであろうが、権利者でない者も当該目的物について損害を生ずることもあり得ることである。また、一個の目的物につき、種々の損害可能性が重畳的に存在する場合もあり得よう。

しかしながら、何らかの損害可能性すなわち経済的な利益概念としての被保険利益を有するということは、単に、何らかの損害保険契約を締結する余地があるということを意味するだけであつて、特定の損害保険契約が有効に締結されるための目的の確定としては不充分である。すなわち、被保険利益の問題としては、いかなる額の損害が可能であるか（契約の要件的にいえば、目的の可能）という経済的な価値判断のほかに、いかなる種類の損害が可能であるかの判断が要請される。そして、その場合に、経済的な損害可能性の分類・確定につき、何をそのメルクマールとして用いるかが問題なのである。

いわゆる所有者利益（Eigentümerinteresse）とは、一般に説かれているところによれば、保険の目的物と被保険者との関係に着目し、その間における経済的な所有者としての利害関係あるいは保険の目的物が所有者に対する関係で有している財産的価値をいうものであつて、本来、かならずしも所有権の帰属を要すべきものではないとされている。[7] いうまでもなく、経済的な所有者としての利害関係は、被保険者が保険の目的物に対して所有権を有する場合がその典型的なものである。しかし、その場合にも、保険による保護の目的は、その所有権の回復にあるのではなくて、その目的物に化体している財産的価値の回復にあるとされる。[8] すなわち、所有者利益とは、所有権者が普通の状態において一般に有する利益[9]——すなわちその物の有する交換価値の全体、full value において利害関係を有することを指称するものとここでは解されている。それゆえ、この立場では、本件における契約の効力すなわち被保険利益の有無の問題は、Xが、本件家屋につき、火災によるその焼失によつてその家屋の full value において損失をこうむる関係にあつたか否かの判断に係るべき事柄となる。

そこで、右のような見解によれば、昭和一二年の大審院判決のいうように、「所有権者であるから所有者利益あり」とすることが論理的に成立するとしても、本件判決のいうように、「所有権者ではないから所有者利益なし」とすることは成立し得ないことになるであろう。実は、本件判決に対する反対評釈のほとんどすべてが、このような立場から批判を加えているのである（もつとも、本件においては、Y会社が本件火災保険契約はXの所有権者としての利益を被保険利益として締結されたものである旨主張したところ、Xの側でこれを争つていないのである。Xの自認している事実がいわゆる所有者利益ではなくてそれとは別の視点であるところの法律上の所有権の帰属関係を本件契約における被保険利益としたとするものであるとすれば、その意味は、Xが所有権者としてのみ本件家屋につき所有者利益を有することをみずから主張しているものであつて、このような事実を前提とする以上、本件判決が問題をもつぱらXの本件家屋に対する所有権の有無に限定して判断していることは、所有者利益の意義いかんにかかわらず、妥当とせねばならないであろう。もとより、本件契約は普通約款にもとづくものであるから、約款の効力についての考え方によつては、本件契約の目的である被保険利益の内容の認定が職権調査事項であるか否かの問題あるいは釈明権行使の適否の問題が遺るであろうが、それはいわゆる先決問題であることが明らかにされるべきである。ともかく、本件判決は、所有権の帰属のみが本件被保険利益に関しての争点となつていることを前提にして判断しているのである。本件判決につきなされている判例批評を見ると、この点につき、すでに判決と異なつた前提に立つており、判例批評としてはやや正鵠を射ていないものがあるように思われる。長谷部判事は、「保険においては、法形式上の所有者であるかどうかは必ずしも決定的な問題ではない。譲渡担保をその法形式のみによつて解決しようとするのは、譲渡担保が本来債権担保という経済的目的達成の一手段であることを忘れた態度といわなければならない。譲渡担保の経済的機能はその法形式にかかわらず担保の供与であり、したがつて担保設定者は依然として所有者としての経済的利益を有し、これを被保険利益として火災保険契約を締結しうる」[10]とし、また西島教授は、「本件損害保険契約の有効無効は、被保険者が保険者に対して目的物の所有権をもつて対抗できるか否かということから直接に決定されるのではなく、被保険者が当該物件について所有者利益を有するか否かという実質によつて決定されるべきである」[11]とするが、これらはいずれも譲渡担保設定者が所有者利益を有するか否かを問題としており、判決が、当事者の自白によつてもはや争点が所有権の有無の問題に還元されてしまつているとしているのに対し、異なつた前提に立つているのである）。

損害保険契約の目的は、条件附損害塡補の約束すなわち危険負担の給付であるが、その契約の有効要件である目的の可能および確定のために、被保険利益の存在及び確定が必要であるとするのが私の基本的理解である。そして、いわゆる所有者利益概念の内容を、所有者が通常有するであろう利益すなわち保険の目的物につきその full value における利害関係を有することとする通説的見解が、いかなる額（範囲）の損害が可能かという問題といかなる種類の損害が可能かという問題とを、いいかえれば目的の可能の問題と目的の確定の問題とを混同するものであり、かつ、射倖契約においては常に契約の目的と給付の条件の目的とがまったく独立であるにもかかわらず、射倖契約の一種である損害保険契約において、可能な損害の対象（被保険利益）と事故の対象（保険の目的）という二個のまったく独立の目的を誤って関連づけていることから生ずる謬見であると考えるものである。

そして、結論的には、損害保険契約の目的の確定のために被保険利益を分類し、所有者利益というカテゴリーが成立するとすれば、そこでは所有権が目的とされて居り、従って、それは可能な損害の対象である被保険利益と事故の対象である保険の目的物に対する所有権とがたまたま一致する場合を指称するものとして理解する。保険保護の目的が所有権の回復ではなく、その有する価額と同額の金銭による塡補であるということは、決して、喪失したものが法律的権利関係ではなくその有する経済的価値であるということを意味するものではない。喪失したものはまさに所有権であり、ただその損害塡補が経済的価値にしたがってなされるということであり、これは、現在の損害賠償法をつらぬく一般的な法理であって、損害保険法の特色ではない。

本稿においては、被保険利益の契約法的意義を検討し、さらに譲渡担保設定契約の効果についての私見を述べ、譲渡担保設定者の被保険利益について考察したいとおもう。

（1）下級民集一〇巻三号五二八頁。

（2）大隅・法学論叢六六巻四号九八頁、三宅・商事法務研究二一四号九頁、長谷部「判例金融取引法」昭和三二――三五年度二〇八頁、西島・ジュリスト二四七号七三頁、同三〇〇号二三二頁。なお、田辺「他人の物の保険」福岡大学創立三〇年記念論集九五頁以下。判旨に賛成のもの、南出・損害保険研究二二巻二号八七頁、同「保険担保の法理と実際」二七〇頁以下、青谷・インシュアランス一九五一号。

（3）南出・前掲損保研究九三頁。

（4）民集一六巻九四四頁。

（5）南出・前掲損保研究九三頁。

（6）長谷部・前掲二一二頁。

（7）加藤由・「改訂海上被保険利益論」五三頁、今村「被保険利益概念の生成とその概念的特徴」（三）損害保険研究二四巻三号四八頁、Klieb. *Handbuch des Privatversicherungsrecht*, Bd. III, 1922, S. 96.

（8）通説。

（9）"Das Eigentümerinteresse ist nicht das Interesse des Eigentümers, sondern das Interesse, wie es unter gewöhnlicher Umständen ein Eigentümer hat."—Ritter, *Das Recht der Seeversicherung*, Bd. I, 1922, S. 88.

（10）長谷部・前掲二一三―四頁。

（11）西島・前掲二四七号七五頁。

二

（一）近代保険契約法の特質は被保険利益概念の形成にあるといえるとされ、あるいはまた、被保険利益は保険契約法の小宇宙をなすといわれ、保険契約法における中心概念に据えられて来ている被保険利益については、その地位の重要性のゆえに数多く論じられかつそれぞれの理論の間に鋭どい対立を見ている。

しからば、被保険利益が保険契約法においてこのような中心概念としての地位を得る意義はどの点にあるかといえば、種々の見方があろうが、大きく分けて、第一にそれが損害填補ということの本質的要素である点と、第二にそれにより保険の目的物から独立に保険保護の対象が把握され得る点が挙げられよう。(1)

第一の点は、いわゆる「利益なければ損害填補なし」ということであつて、このことから、保険者の給付義務の範囲が定まり、また賭博から保険を峻別し、超過保険・一部保険の把握も可能となる。また、第二の点の確立によつて、物の所有者以外の者に対する保険保護が理論的に説明可能となるわけである。そして、多くの国の実定法は、被保険利益をもつて損害保護契約の目的として規定する。[2] もつとも、契約の目的という観念は、通常の用語法においては契約の内容を意味するものであり、[3] 損害保険契約において約束される給付は危険負担すなわち条件附損害填補の引受であるから、[4] その限りでは被保険利益を損害保険契約の目的とすることは正しくない。しかし、条件附損害填補の引受ということは、損害填補の本質からして損害の可能性の存在を必須の前提とするものである。損害の可能性があらかじめ存在しないところにおいて条件附損害填補の引受ということはあり得ない。それゆえ、被保険利益は損害保険契約の目的である危険負担給付の要素をなすものであり、被保険利益を欠けば契約の目的が成立し得ないという意味で、被保険利益が損害保険契約の目的と表現されているものと理解すべきである。かくて、現代における学説の多数は、被保険利益を、少なくとも損害保険契約の本質的要素として扱うのである。[5]

しかしながら、これに対して、被保険利益を損害保険契約の目的としていわば内在的な本質的要素としては認めない考え方も、有力に展開されている。その一つの立場は、損害填補についてのいわゆる相対主義であつて、損害保険契約の損害填補性を単なる公序的要件としか見ず、損害保険契約をもつて本質的には損害填補から独立の条件附金銭給付契約と見る立場からの帰結である。[6] 相対主義にあつては、損害保険契約の目的は条件附金銭給付であるから、このこと自体については損害の可能性の存在は必須の前提ではなく、ただ、金銭給付の条件の設定について公序的政策的に損害填補を超えるものが禁じられているに過ぎない。この立場では、いかなる契約が損害保険契約として存在し得るかが、もつぱら政策決定の問題となり、「被保険利益の存在は賭博保険の防止という見地から要求され、その意味で保険（少くとも損害保険）契約法理上重要な機

能を果すべきことは承認されなければならない」[7]が、それは公序的政策的要請であつて、損害保険契約の内在的な本質的要素ではなく、そのことは、商法六四二条・同六三七条・同六三九条等において、被保険利益を欠く場合にも必ずしも契約の無効を来さない場合がみとめられることからも明らかであるとする結果、被保険利益概念の効用のうち、右に述べた第一の点はその本来の意味をうしなうことになる。そして、第二の点については、大森教授は、同一の物について数個の各別の保険契約が存在しうること、従つてその各契約における保険金額の総計が保険価額を超えるときでもいわゆる重複保険とはならぬことは、「物自体をもつて契約の目的とする誤つた考え方を全面的に否定しこれを念頭におかなければ」「結局は『保険契約が有効であるがためには被保険利益の存在を必要とする』という一般的な命題に還元されうるし、またそれで足る」[8]点をするどく指摘されるが、その場合に、相対主義の立場においては右の一般的な命題は公序的政策的要請をあらわすものであるから、結局、同一物について重畳的に数個の各別の保険契約が存在しうるか否かの判定は、それらの当事者が条件成就した場合に約定の金銭給付を受けることが公序に反するか否かの判定の問題となる。そして、問題は、いうまでもなく、第一の点および第二の点を通じて、被保険利益の存在の要請が公序的政策的要請であるかどうか、従つて、その前提となる損害塡補性が、損害保険契約において単に外在的政策的要件であるかそれとも内在的本質的要件であるか、の理解にかかつて来るわけである。

私は、損害保険契約の本質は損害塡補契約であると考えている。このことは、一つには実定法の与えている定義規定の解釈により、一つには保険者と個々の契約者との間になされる個別的な保険取引の実質に対する考察により、そのように把握されるべきものと信じられる。

すなわち、現代の各国実定法は、そのほとんどが損害保険契約をもつて損害塡補契約として規定しているが、もしその定義における損害塡補という要件が公序的な外面的な枠であるとすれば、これらの規定はまつたく無内容なものとなり、とく

に新たに何も規定していないこととなる。[9] 公序的条件というものは、あらゆる法律行為あらゆる制度に対して原則的一般的に課せられているものであつて、それが保険契約において重ねて個別的に示されるということは、契約の定義規定としては無益なことをなしていることになり、ほとんど他に例がないことのように思われる。この立場では、損害保険契約の意義は、わが国では商法第六二九条からではなくて、経済的な保険制度の一環たるところから演繹されて来なければならないとするが、[10] 保険契約の経済的な本質・機能が保険制度から定まつて来なければならないのは当然のことであつて、しかるに、ここでは、その経済的制度の法律的表現——法形式たる側面における保険契約の意義が問題なのであるから、右のような提案は意味をもち得ないというべきであろう。

さらに、保険者と契約者との間の保険取引は、危険負担を目的とする有償的取引であると解される。[11] そして、保険者のなす出捐であるところの危険負担の実質は、万一相手方に損害が生じた場合にそれを填補することを引き受けることである。すなわち、損害填補は損害保険契約の目的である危険負担給付の現実化・具体化である。それゆえ、この点からも、損害保険契約は本質的に損害填補契約であるといい得る。

あるいは、一人対一人の孤立的な損害填補契約は損害保険契約ではないといわれ、あるいは損害保険契約における当事者の出捐の対価性は大数の法則の下において全契約につき認められるべきであるといわれるが、いずれも、損害保険契約そのものにとつては内的本質の問題ではない。すべての私的財産的取引は経済的制度の一環としてなされ、それゆえ経済的効果と結びついていることは当然のことである。法形式的な問題は、その制度を形成すべく当事者によつてなされる契約の意義・本質なのであつて、すなわちここでは、損害保険制度の要素としてなされるところの、保険者・契約者間における契約についてである。いうまでもなく、このように考えることは、孤立的な損害填補契約が損害保険契約とはならないこととか、契約者の給付すべき保険料が基本的には確率的に定められるべきこととといつた、いわば制度的な条件が契約の要件となるこ

とを排斥することを意味するものではない。ただ、制度的な条件が契約要件となるとき、その要件こそまさに契約にとつて外的な枠なのである。すなわち、条件附金銭給付を引き受ける射倖契約は、その給付が損害填補であるかぎり当然に公序的要件を充たすというものではない。なぜなら、金銭給付の条件が偶然の事故であるかぎり、それを引き受けた者は常に条件不成就による不労の利得をなす可能性を有するのである。一定の事故を条件として生じた損害を填補する契約も、それ自体は射倖契約として公序に反する場合があり得る。ただ、右の如き射倖契約が、損害保険制度の一環としてなされるとき、はじめて公序的条件を充たすものである。つまり、損害保険契約にとつて、当事者の効果意思の内容である損害填補の引受は、契約の本質的要素であり、損害保険制度から演繹される制度的条件こそ、外的な公序的な要件であると解すべきである。そして、ここでは、損害保険契約の本質を問題としている。

したがつてまた、損害保険契約にもとづいて支払われる損害保険金も、その経済的な意味合いがどのように把握されるにせよ、保険者のなす給付である危険負担の実質が条件附損害填補の引受であるから、その契約的な意味合いは、条件が成就した場合の危険負担の現実化すなわち損害填補にほかならない。

（二）損害保険契約の本質的な内容すなわち損害保険契約の目的は、損害が生じた場合におけるその填補であつて、決してそれ以外ではない。損害保険契約の目的としての被保険利益は、「不可侵のドグマ」（unantastbares Dogma）であるとされて来ているが、[12] 損害填補より以前にあるいは損害填補をはなれて被保険利益がドグマティックに要請される必然性はない。[13]

ただ問題となるのは、損害填補契約が有効であるがためには、損害の可能性の存在することが必須的前提であるということである。損害の可能性が存在しない限り損害填補ということは起り得ず、しかも損害填補は損害保険契約の目的である危険負担給付の現実化なのであるから、その場合には、契約の目的が原始的に不能なのであつて、その契約は効力を発生することができない。わが民法においては、目的の不能が契約を無効たらしめるという明文の規定はないが、学者は当然の事理

としてこのことを認めている[14]（ドイツ民法三〇六条、スイス債務法二〇条等はこのことを明言する）。

そして、伝統的な学説における被保険利益の存在の要請は、利益概念が損害保険契約の要素である損害の前提条件と解されているところから来る。先に述べたように、被保険利益の効用として常に「利益なければ損害填補なし」という諺が挙げられることが端的にこのことを物語つている。すなわち、「保険の目的は、特定の事故が起らないことにつきその人の有する経済的な利益である。何となれば、その事故がその人にとつて財産的損失すなわちその人の有する財産の減少をもたらすから」[15]とされ、それゆえ、利益は生ずべき損害の積極的反面と称ばれ[16]、損害発生の前提条件として把えられるのである。

そこで、先ず基本的に確かめて置かれなければならないのは、損害保険契約の要素としては損害の可能性の存在が本質的に要請されているのであつて、それとは離れて利益の存在が要請されているのではないということである。何となれば、「利益」は常に必らず「損害」の前提条件であるとはいえないからである。すなわち、損害とは、ひと言でいえば財産の不利益な変更である。ここでは、財産というものが損害以前に考えられているとはいい得る。しかし、財産の不利益な変更とは、変更ということの本質からして、或る二つの時点における現状財産の比較において、後の時点における現状財産が前の時点におけるそれよりもマイナス化していることを示す。何となれば、負債の減少はここでは損害と見られないことは明らかだからである。とすれば、この比較においては、前の時点における現状財産がプラスの存在としてあることは何等エセンシャルなことではない。もともと、「損害」という概念は、いわゆる元素的概念(einfacher Begriff)であり範疇そのもの(Urbegriff)なのであるから、「利益」概念をその構成分子ないしはメルクマールとして有する筈がないものである。[17]

ただ、損害の可能な額に上限がある場合には、その額を超えて損害填補を引き受けても、その超えた部分については目的の不能として契約の無効を生来するわけであり、契約のときに、可能な損害額の上限というものが認識されることが望ましい。その場合には、二つの時点における財産のマイナス化し得べき部分（可能な差額）それ自体を積極的に評価し得る。今

日、被保険利益として把握されているものは、実はこのような可能な損害額であるといつてよい。それゆえ、この立場では、被保険利益が利益として地位を保ち得るのは、損害の可能性に上限が存するような構造を有する契約に限られる。例えば、田辺教授は、「保険契約には、すべて保険保護の対象としてのなんらかの利益が認められるが、なお、それには、本質的に評価可能な確実な利益または確実に近い高度の蓋然性ある利益すなわち被保険利益と認められるものと然らざるものとがあり、一部保険・超過保険および重複保険の観念の存する構造を有するものは、評価可能な利益を保険保護の対象とするものに限られる。（中略）しかして、被保険利益は認められないが、事故発生の結果生ずべき損害蓋然性の認められる外延が認識可能な範囲において行なわれる損害保険契約としては、責任保険・費用保険などのいわゆる消極保険がそれに該当し、そこには利得禁止原則は行なわれるが、一部保険・超過保険・重複保険あるいは分損の観念は存しない」[18]（傍点倉沢）とされ、また、被保険利益の本質として関係説を採る Möller も、消極保険（Passivenversicherung）においては、損害の発生は非価値関係（Unwertbeziehung）の発生であり、人と財産財（Gut）との価値関係である利益概念の存する余地のないことを指摘している。[19]

責任保険・費用保険等のいわゆる消極保険においても、それが損害保険であるかぎり、損害の可能性を前提的に必要とするものであることはいうまでもない。そして、被保険利益という概念が、その可能な損害の積極的反面であれば、それが存しないということはあり得ない。ただ、右のような見解は、いわゆる消極保険においては、可能な損害額にあらかじめ定められるべき上限というものがなく、従つて、契約の目的の可能という点からいえば、すべての約定保険金額が理論的には可能なのであつて、被保険利益概念が特別の機能を有しないことを指摘しているものであると解される。

責任保険における損害が、被保険者の全財産関係におけるものであるところから、[20]その被保険利益が被保険者の全財産であるとする見解がある。[21]この意味が、被保険者の所有する積極的な全財産を指称するのであれば、それは明らかに誤りであろう。何となれば、責任保険における損害が被保険者の全財産関係におけるものであるというのは、被保険者が契約所定の

事実によつて第三者に対し財産的給付をなすべき法的責任を負担したことをいつているのであり、いわば、マイナスの財産の新たな発生のことで、被保険者が契約時に所有しているプラスの財産たる具体的な財物の滅損ではないことをいつているものであるからである。

われわれの経済的財の損失を塡補すべき保険の中には、物保険（Sachversicherung）と財産保険（Vermögensversicherung）とがあり[22]、そのうち、前者は現在するプラスの財産たる物の滅失という損害を塡補すべきものであるから、可能な損害額はその物の価値を限度とし、従つて保険者の給付義務もまたその物の価値を限度とするのに対し、後者は全財産関係のマイナス化という損害を塡補すべきものであるから、可能な損害額は理論的には無限大であり、従つて保険者の給付義務もまた内在的な限界を有しない。

結局、被保険利益の存在が損害保険契約の有効要件として要請されるのは、契約の目的の可能という点からいえば、損害の可能性が損害塡補ひいては危険負担の前提条件であるということであり、そしてそのかぎりでは確かに有効要件であるが、いわゆる消極保険においては特にファンクショナルな意義は認められないことになる。

（三）　さて、以上は被保険利益が債権契約たる損害保険契約において、どのような意味で要素であるかを、契約の目的の可能という契約要件の側面から見て来たものである。これに対して、債権法上の契約のもう一つの有効要件、すなわち契約の目的の確定の面から見て、被保険利益はどのような意義を有するものであろうか（なお、ここで一言すれば、契約の目的についての要件は、目的の可能・目的の確定のほかに、目的の適法が挙げられる[23]。損害保険契約の目的の適法の問題は、いわゆる相対主義においては、特定の具体的な条件附保険金給付の内容が公序に反するか否かの判断であるから、それはまさに被保険利益の有無の問題となろう。これに対して、私の考えでは、被保険利益を欠けば危険負担給付というものがそもそもなし得ないのだから、右の問題は、被保険利益の存在を前提として具体的になされた条件附損害塡補の引受が、損害保険制度の一環としてなされたものであるかどうかの問題となる）。

損害保険契約の目的である条件附損害填補の引受（危険負担）の確定について、被保険利益はどのような意義を有するか。すなわち、一個の物を保険の目的として締結された一個あるいは数個の損害保険契約につき、その各契約の内容を確定するために被保険利益は機能的地位を有するかどうか。この点の検証のためには、被保険利益の本体の把握が先ず必要である。

現在にいたるまで、被保険利益の本質をめぐる議論はまさに汗牛充棟の観があり、しかも、それらがいずれかの一点に向って収斂して行くという予測すらもつかない。ただ、学説を極く大ざっぱに分類すれば、関係説と財産財ないしは価値説に分類し得るとすることについては、それほど異論のないところであろうと思われる。(24)

もともと、或る主体と付保物たる客体との間の、その物の滅失・毀損によって主体が損害をこうむる関係のうち、もっともプリミティブなものは、その主体がその物の所有者であるときである。しかしながら、損害保険における保険保護は、経済的損害であるかぎりすべて可能であり且つ必要であるから、付保物の滅失・毀損により生ずる損害のうち、特に所有者の損害だけに保険保護の対象を限定するいわれのないことは当然のことである。かくて、保険契約の目的としての被保険利益概念の生成によって、同一の付保物についての種々の利益を、超過保険・重複保険に陥いることなく、数多の保険に付することが理論的に可能となり、また同一物についての数多の保険における利益の分別によってそれが技術的にも可能となり、あるいは、他人の物について自己のためにする保険・逆に自己の物についての他人のためにする保険等の理論的説明も可能となって来るとされている。(25)

このように、一個の付保物について、その所有権は一個であるにもかかわらず（一物一権主義）、多数の主体が利益をもってその物に参加し得るその利益は何かというとき、いうまでもなく、関係説はその物とそれぞれの主体との間の関係に着目するものであるし、財産財説ないしは価値説は、その物がそれぞれの主体に対して物自身の中に化体的に保有している財産財ないしは価値に着目するものである。ここで判ることは、両説ともに、左右両極に主体たる被保険者と客体たる付保物と

をそれぞれ配置し、その間に、あるいは「利益」といつてもよいしあるいは「権利」といつてもよいしあるいは「財」といつてもよい何物かが、その付保物とは独立に描かれるという図式的な共通性である。ただし、その何物かが、関係説においては主体・客体間における媒体ないしは仲介者であつて、[26] 被保険利益はその媒体によりその場に作り出された主体・客体間の関係そのものであるのに対し、財産財説によれば、その何物かがまさに保険契約の目的たる被保険利益であることになるのである。[27]

しかし、ここで被保険利益概念をもう一度「不可侵のドグマ」の地位からひきずり下ろして考えて見ると、損害保険契約の目的は条件附損害塡補の引受なのであるから、それぞれの主体において財産的損害が生じ得るかぎり、その塡補が約束され得、さらに現実に損害が生じたかぎりその約束に従つて塡補がなされ得るのは当然のことである。その場合の問題は、損害の可能性が存するか否か、しかも契約の目的の確定の問題としては、どのような損害の可能性が存するか、でしかあり得ない。それゆえ、或る物の所有権者はその所有権を失うおそれがあり、担保権者はその担保権を失うおそれがあり、債権者はその債権を失うおそれがあるということで、本来からいえば、充分なはずである。

ただ、ここで問題を生ぜしめているのは、それぞれ損害の可能性を有する各主体に対して、同一の一個の付保物が存在していることである。そして、関係説は、それぞれの主体が所有権・担保権・債権等を媒体としてその一個の付保物との間に生じているそれぞれの関係を保険契約の目的と見、財産財説は、それぞれ所有権・担保権・債権等が有する価値を、その一個の付保物が各主体に対して自己の中に化体して保有しているものと見ている。保険契約の目的が物そのものであるとする考え方は被保険利益概念の生成によつて超克されて来ているが、しかし、右の両説のいずれにおいても、なお、付保物は保険保護の客体たる地位の中に留まつてとらえられている。

いつたい、所有権・担保権・債権というそれぞれ別個の目的が、その保有者たるそれぞれの主体に対してその滅失・毀損

が損害を生ぜしめ得るものである場合に、それらがたまたま例えば一戸の家屋に関しているからといつて（例えば、或る特定の家屋に対する所有権・抵当権・賃借権のごとく）、それぞれの損害保険契約の目的の間において、相互に制肘し合うべき理由が存するものであろうか。

この問題が、Ehrenberg や Kisch、わが田辺教授等のいわゆる「競合利益」（Konkurrenzinteressen）の問題であるが、[28] 私の考えでは、一個の付保物に対する複数の被保険利益が、その付保物の価額を最上限として相互に制約し合うか否かという、この問題提起そのものに誤りがあるように思われるのである。すなわち、ここでは、被保険利益の額の最上限が付保物の価額を超えることがないとするドグマが前提になつているのであるが、これは、保険契約の目的たる被保険利益と、保険の目的たる付保物との間になお混同が存在していることを示しているものと解される。

私の見解では、一個の付保物について複数の損害保険契約が締結された場合にも、個々の契約において、付保物とは全く独立に、各被保険者につき約定の如き損害の可能性が存するか否か、すなわち被保険利益の有無という原則的問題が生ずるだけである。損害の生ずる可能性の存するかぎり、条件附損害塡補の約束がなされ得ることはむしろ当然といえよう。例えば、一戸の家屋の価額が五百万円であり、また債権者がその家屋につき百万円の限度で抵当権を有している場合を想定すれば、家屋所有者は五百万円まで損害が可能なのであるから、その家屋の火災保険契約において五百万円の価額の家屋という被保険利益を有し、また抵当権者の締結し得る保険の本質は被担保債権の保険であつて、抵当権者は被担保債権の滅失につき百万円の価額の債権という被保険利益を有する。そして、その家屋が焼失した場合には、家屋所有者は五百万円の損害補塡を受け、抵当権者は特約により被担保債権を保険者に譲渡して百万円の支払を受ける。すなわち、ここには、全く独立に、五百万円の家屋の所有権と百万円の被担保債権とがあつて、それぞれを目的として、独立の火災保険契約と抵当保険契約が存するのであり、競合の問題は生じるはずがない。

この点については、田辺教授は、「（抵当権者の被保険利益が）単なる債権利益であるならば、弁済期において、債権の弁済受領不能という事実が発生したことを保険給付の要件と解しなければならず、（中略）したがつて、債権の不弁済という事実の発生に条件づけられているところの、抵当物を換価して弁済を受けうる権利の内容としての不確定利益が、ここにいう抵当債権者のいわば被保険利益であると解しなければならないと考える。もし、そうであるとすれば、かかる利益につき、約款が債権利益であるという建前を採つているということだけで、所有者利益とはまつたく別の平面にある、したがつて、競合問題などおよそ生ずる余地のない利益であるということはできないであろう」[29]と批判される。田辺教授の立場では、いわゆる競合利益は、付保家屋の全焼により所有者・抵当権者の両者に現実に生じた損害額の合計が常に家屋の価額という一定額であり、その中で、両者の利益の割合が、家屋所有者たる抵当権設定者[30]の財産状態によつて、浮動的・不確定的なものであるという意味である。しかし、ここには、債権が現存しているにもかかわらず、債務者においてその債権の弁済に引き当てるべき財産が存しなくなつたことをもつて、直接に債権の損失として見ているところに問題があると思われる。家屋が全焼した場合に、そのことによつて喪失した価値を金銭的に評価してしまえば、そこにあらわれて来るのは、家屋の所有者の損害額のみであつて、債権そのものについての損害は未必なのであるから、抵当権者の実損害額というものはあらわれては来ない。したがつて、所有者・抵当権者の実損害額の合計といつても、それは所有者の実損害額であつて、それゆえに、それは常に家屋の価額という一定額なのである。

抵当保険が債権保険であるとする立場は、必然的に、債権そのものの損失という損害を填補することを目的とする契約としてこれを構成することになるのであり（もし債権の実行不能の虞れを損害とするのであれば、それは信用保険あるいは貸倒れ保険契約の目的である）、したがつて本来は債権の滅失によつてはじめて保険金の支払がなされるべきものであるが、ただ、その債権が被担保債権であるということにより附有しているいわば被担保価値が、担保物の滅失によりうしなわれたときに、その附

有的な価値の損失を填補するための技術的な手段として、担保物をうしなつた債権の譲渡の特約があらかじめなされ、そしてそれが実行されるのである。[31] この場合に、保険の目的とされている家屋の全焼という保険事故が発生したとしても、家屋所有者たる債務者の債務には消長を来さないのであり、ただ債権の譲渡がなされるだけである。

担保物の滅失は、被担保債権にとつてたしかに損害をもたらす。しかし、その損害は、債権そのものの額の減少ということではなく、その債権の被担保性ともいうべき期待的価値であり、それは被担保債権がそのものの中に附有する価値であるが、独立に評価はなし得ないものである（それゆえ、被担保性そのものを損害保険契約の目的とはなし得ない）。そこで、右のような損害を填補するために、保険者が債権を券面額で買うことによつて、債権の被担保性と等しいものを給付する手段が採られるのである。したがつて、その場合の保険金の実質は債権譲渡における対価であり、損害填補の機能は、その対価たる金銭の附有する債権の被担保性と等しい価値において果されている。

右に見て来たように、抵当保険契約の例においては、契約の目的たる被保険利益は被担保債権であつて、保険の目的たる家屋とは別個のものであることは明らかであつて、価値的な面で競合するはずがないのである。被保険利益は損害の可能な目的であつて、保険の目的からは全く独立であり、その意味では、家屋所有者の火災保険契約においても、保険の目的たる家屋と、その滅失毀損が財産上の損害をもたらすところのすなわち被保険利益たる家屋とは、本来は別個独立のものである。

しからば、保険契約において、いわゆる保険の目的はどのような意義を有するか。

加藤（由）博士は、損害保険における危険事故を二段階に分け、例えば家屋の火災保険において、家屋の焼失を「第一の危険事故」、それに因る家屋所有権の喪失または家屋についての抵当権の喪失を「第二の危険事故」と分析される。[32] すなわち、家屋は第一の危険事故の客体であり、家屋所有権・抵当権はそれぞれ第二の危険事故の客体である。そして、いわゆる

保険の目的は「第一の危険事故」の客体がこれに該当するわけである。この分析が、保険契約における保険の目的の有する意義を適確に指摘しているものと思われる。すなわち、損害保険とは、一定の偶然の事故により特定の被保険利益に生じた損害を塡補することが約束されることによつて、経済的不安を除去する制度であるが、右の分析における「第一の危険事故」は、損害ないしは損害の可能性には直接関与せず（損害を生ぜしめるのは「第二の危険事故」である。そのため、加藤博士は、第一の危険事故を単に「危険事故」と称び、第二の危険事故を「損害事故」とも称ばれる）、一定の偶然事故すなわち危険の特定に関与しているものなのである。

危険の特定は、いうまでもなく危険率を定め保険料率の算定を可能にするための、保険制度の技術的基礎であり、いかなる危険にもとづく損害を保険者が塡補するかは、あらかじめ約定されていなくてはならない。そして、損害保険契約における保険の目的は、危険の客体であつて、発生した事故が約定の保険事故であるか否かをアイデンティファイするための一要素である。例えば、自動車賠償責任保険において、生じ得る損害は不法行為にもとづく損害賠償債務の発生であつて、保険の目的たる自動車とはまつたく無関係である。一方、保険者は、被保険者のあらゆる不法行為責任について保険金を支払うものではなく、保険の目的たる自動車の運行事故によつて生じた責任についてのみ塡補するわけである。このような危険の特定によつてのみ、合理的な損害保険制度は形成され得る。

つまり、保険の目的は危険の特定のための目的であつて、それはそれとして損害保険契約の一要素であるが、被保険利益関係における客体たる地位からは解放されなくてはならない。損害保険契約の効果として具体的に保険金が支払われるためには、約定の事故による損害の発生を要するが、その場合に、約定の事故は損害の契機となるだけであつて、塡補されるべき損害の内容は、契約の目的として別に約定されているのである。そして、損害保険契約において、このように二つの独立の目的が要素となるのは、契約の構造に由来する。損害保険契約の目的は、条件附損害塡補の引受すなわち危険負担であ

り、保険者は危険負担をなすことによつて給付を了しているものであるが、しかし、万一事故が発生した場合には、右の給付は損害填補すなわち保険金支払として現実化されなければならない。このように、損害保険契約においては、給付が二元的であり、そのことから、二元的な目的が要素となるものと思う。

この点については、夙に、Koenig が「給付の目的」と「事故にさらされた目的」とを区別しているが、これに対して、Möller は「それは保険契約においてのみ存在意義を持つに過ぎず、保険契約法を債権法から孤立せしめることになる」として反対している。[33] しかしながら、私の考えでは、実はこのような目的概念が二元的に存在することは保険契約固有の特質であるのではなくて、射倖契約一般の特質であると思われる。射倖契約とは、契約の一方当事者が確定的な給付を約束するのに対して、相手方が条件附の給付を約束するものであるが、その場合に、給付の条件つまり給付の現実化の契機は、当然にその契約の要素として特定されているものである。例えば、賭博契約において、賞金支払の契機は当事者間で約定されて居らなければならず、そこに、条件附賞金支払の引受というその契約の目的とは別に、賞金支払の契機の目的が必然的に存在するのである。

かくて、以上のような私の見解からの帰結としては、被保険利益の本質が、主体と保険の目的との間の関係であるとか、保険の目的に化体されているところの財産財であるという立場は、必然的にこれを採ることはできない。被保険利益が、保険の目的との関係ないしは対比において把えられることの、不必要且つ誤りであることが明らかにされたと思うからである。

本来、損害保険契約の目的は危険負担給付すなわち条件附損害填補の引受にあるのであるから、その目的の確定としては、いかなる内容の損害填補が約束されているかという問題であり、それはとりも直さず、いかなる損害の可能性が存するかによつて確定される。すなわち、損害填補給付の客体たる損害の種類が、被保険利益の種類を確定する。そして、その損

害には、積極的な財の減少と消極的な財の増加とがあるが、損害の客体であるそれらの財が被保険利益の本質である。

「危険事故」の客体と「損害事故」の客体とを分別する関係説において、なお後者は、前者たる保険の目的と主体との間における媒体としてのみとらえられているが、関係そのものは価値的には中性的・無内容的なものであるから、この点が問題であろう。すなわち、もともと価値的にゼロであるところの関係そのものの喪失によっては、どのような損害も生じないことになる。今村博士は、「保険法的に重要なことはその建物の全部滅失によって建物に対する或る人の所有者としての関係が滅失することではなくて、或る人にとって損害を発生すること、即ち財産財が失なわれることである。（中略）一度破壊せられた関係は保険によって復旧することはできない。保険的保護は損害の復旧である」[34]として、右の点を批判される。

この点については関係説では、損害発生は、被保険利益の本質ではなく、本質たる人と物との関係の属性であるとし、被保険利益の評価とは、その属性の評価であるとする。すなわち、加藤博士は次のように述べておられる。「被保険利益は（中略）一定物に一定事故が発生し、之に因り一定人、即ち被保険者に財産上の損害を与うる虞れある、かかる人と物との関係をいうのであるから、被保険利益を見積るとか、被保険利益を評価するとかいうことは、畢竟当該被保険関係に基き、かかる事故の発生に因り一定人に生ずることあるべき損害の最高限度を確定することである。[35]」

しかして、このような生じ得る損害の最高限度というものは、積極的な財の減少の場合においてのみ存在するものであるが、その場合に、それが具体的にはどのようにして定まるかといえば、結局、関係説において媒体として規定された財産的利益――いわゆる損害事故の客体の有する価値――によって規定されることはあきらかである。

客観的な、積極的財そのものの減少・消極的財そのものの増加という事実は損害ではなく、それが或る主体と損害関係を有するときはじめて損害となるという意味で「関係」概念を用いるとすれば、それは損害事故の客体たる財に対する主体の関係（後に述べるように、それはすべて所有関係である）であって、危険事故の客体たる保険の目的との関係ではなく、しかも、損

害保険契約の目的である危険負担給付の内容の確定という機能的意義から見れば、それは右の給付の具体化である損害填補の客体すなわち損害事故の客体によつて（主体との関係は常に所有関係なのであるから）確定され、被保険者はその客体の有する財産的価値における損害が常に可能なのである。そのような損害の可能性が、たとえ、主体と保険の目的との間の関係にとつては属性であるとしても、被保険利益関係においてはそれが客体であり本質であると考えられる。

例えば、一般不法行為にもとづく損害賠償請求の場合、被害者は或る事実（例えば或る物の滅失）の主張・立証と、その事実によつて毀損された自己の利益（例えばその滅失物に対する自己の所有権の財産的価値）の主張・立証とを要する。しかし、ここで損害と考えられているのは後者であつて、すなわち、賠償額の確定のために、価値的な尺度で評価し得るのは毀損された利益であつて、或る外的な事実ではない。客観的な物の滅失という事実は、直接には、損害の契機であつて、民法七〇九条の規定の文言からしても損害賠償請求権発生のための要件ではない。損害賠償請求権の主体に対置される客体は財産的損害で必要且つ充分であり、客体として滅失物まで遡ることは不必要であろう。

（四）　このようにして確定された被保険利益は、その主体に対して、常にその財の有する full value において損害を生ぜしめる可能性をもつ。いわば、被保険者と被保険利益との関係は、常に、主体・客体間の本来の関係である所有関係である。被保険利益を確定するにあたつて、それを所有者利益・担保権者利益・債権者利益のように種類づけるのが通例となつているが、この分類によつて、一個の物につき複数の保険が重複保険に陥いることなく締結され得ることが説明されるとするのは、単に技術的に填補が約束される危険を特定するための契機に過ぎない保険の目的を、被保険利益概念の構成の中に持ち込んで来る結果であろうと思う。

例えば、五百万円の家屋について百万円の抵当権が設定されている場合に、その付保物に対する所有者利益は五百万円であり、その付保物に対する担保権者利益は百万円である、という。また、百万円の運送品の運賃が一万円である場合に、そ

の付保物に対する所有者利益は百万円であり、その付保物に対する債権者利益は一万円であるという。しかしながら、担保権者利益は被担保債権の全額であり、運送賃債権者利益は運送賃債権の全額であつて、保険の目的たる家屋または運送品に対する相対的な地位を以て評価されるべきものではない。すなわち、被保険利益が確定されれば、その利益の有する交換価値の全額により、損害の可能性の限度は必然的に決定されるものである。それは、抵当権者は家屋の所有者ではないが被担保債権の所有者であり、運送人は運送品の所有者ではないが運送賃債権の所有者であるからであり、それゆえ、譬喩的ない方をすれば、すべての被保険利益は所有者利益であるといつてよい。

このように考えて来ると、被保険利益の分類とは、実は損害の客体である財を分類したものであり、しかもその分類のメルクマールとして、その財の法律的な表現である権利が用いられているものと見られる。それゆえ当該契約において、約定の填補さるべき損害が、或る特定物の所有権の喪失によるとき所有者利益であり、或る特定の被担保債権の喪失によるとき担保権者利益となるべきではないか。

先に述べたように、所有者利益の意義に関しては、所有権者の有する利益のみではなくて、「所有権者が通常有するであろうと同様の利益」と解するのが通説である。しかしながらこの見解は、被保険利益の特定が、契約の目的の可能という機能を果たすべきものとするかぎりにおいて正しく、契約の目的の確定という機能を果たすべき面では、あきらかに誤りであると信ずる。所有権はその目的物を絶対的に処分・使用し得る権能であり、同一物についてそれと同様の権能を有する者が他に存在し得るとするのは、所有権概念の存在意義とそもそも矛盾する（因に、Kisch が Eigentumsinteresse といわずに Inhaberinteresse といつているのは、[36] 決して単なる占有者がいわゆる所有者利益を有するという意味ではなく、保険の目的が物――すなわち有体物たる動産・不動産――以外のものである場合があることを顧慮しているがためである）。所有権者が通常有するであろうと同様の利益というのは、その有する利益そのものの同一性ではあり得ず、その有する利益の評価額の同一性を意味するに過ぎない。そこで、もし、その評

価額に着目して被保険利益を分類し、所有権者が通常有するであろう利益すなわちその物に対する full value における利益を所有者利益と称ぶのであれば、それだけでは、被保険利益を確定し得たことにならず、したがつて契約の目的が確定していないこととなろう。

例えば、抵当保険において、被担保債権金額が抵当物の full value と等しいときには（五百万円の家屋につき五百万円の抵当権が設定されたとき）、抵当権者はその物の full value において損害に関与しているが、だからといつて、それは被保険利益たる被担保債権の価額が五百万円であるのであつて、決して抵当物につき抵当権者が所有者利益を有することになるものではなく、ましてや、その被保険利益が抵当物の所有権に変身するものではない。所有者利益を、所有権者が通常有するであろうと同様の利益であると解することは、単なる損害の契機に過ぎない保険の目的に対する被保険者の関与の割合に拘泥して、評価の問題と同一性の問題とを混同するものではなかろうか。

火災保険普通保険約款にもとづく契約における被保険利益が所有者利益であるとすれば、それは右のような意義を有するわけである。かくて、本件契約の有効性の問題として、火災による保険の目的の焼失により原告が本件家屋の所有権を喪失する可能性があるか否かの判断は、問題に対し正当な判断であることになる。

（1）加藤（由）「被保険利益の構造」三頁以下、木村「被保険利益概念の機能と地位」保険学雑誌三九〇号八九頁以下、Kisch, a. a. O, Bd. III, S. 31 ff. ; Picard et Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. II, 1940, n° 7.

（2）商法六三〇条、ドイツ商法七七八条、スイス保険契約法四八条、フランス保険契約法（一九三〇年七月一三日法）三二条、等参照。

（3）神戸「契約総則」一〇二頁――「元来契約ノ内容ナル語（der Inhalt des Vertrags）ハ学問上ノ語ニシテ法典上ノ語ニアラス我民法法典ハ之ヲ目的ト称スルモノト解スルヲ正当トス我民法ハ目的ナル語ヲ甚タ多クノ条文中ニ用ヒタリ（五三四条、五四二条、五五一条、五五二条、五六〇条――下略）而シテ其意義ハ極メテ種々ニ用ヒラレタレトモ其中或条文ニ存スル目的ナル語ハ正ニ法律行為若シクハ契約ノ内容ヲ意味スルモノト解セサル（カラス（一二条、三九条、九〇条、二八〇条、五三四条、五五二条――下略）」

（4）拙稿「火災保険普通保険約款二条二項の意義について」法学研究三六巻七号五一頁以下特に五九頁以下。

(5) 伊沢「保険法」一三〇頁、田中(誠)「新版保険法」一四〇頁、等。
(6) 大森「保険契約の法的構造」一〇二頁以下。
(7) 同右一〇五頁。
(8) 同右。
(9) 拙稿「委付による保険金支払の損害填補性」法学研究三七巻一〇号二〇頁以下特に三九頁以下参照。
(10) 大森「保険法」三五—六頁。
(11) 拙稿・前掲「二条二項」五九頁以下参照。
(12) Bruck, *Das Privatversicherungsrecht*, 1930, S. 476.
(13) Vgl. Ehrenzweig, *Deutsches Versicherungsvertragsrecht*, 1952, S. 199 ff.
(14) 末川「契約法」上 六〇頁。
(15) Lewis, *Lehrbuch des Versicherungsrechts*, 1889, S. 35.
(16) Hagen, *Der Versicherungsrechtliche Interessenbegriff*, ZfGVW., 7, S. 15. 今村・前掲(一)損害保険研究二四巻一号二五頁参照。
(17) Ehrenzweig, a. a. O, S. 199.
(18) 田辺「保険契約における『被保険利益』と『損害填補』とをめぐる問題」勝呂博士記念論集二〇〇—一頁。
(19) Bruck-Möller, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, 8. Aufl., Bd. I, 1953, §1 Anm. [29]. なお、木村「被保険利益概念について」保険学雑誌三九八号六頁以下参照。
(20) 大森・前掲「保険法」二一六頁。
(21) 加藤(由)・前掲「構造」二二五頁。
(22) Vgl. Koenig, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 1951, S. 180.
(23) 末川・前掲六〇頁。
(24) 木村「被保険利益学説の展望」ビジネスレビュー二巻三号七〇頁。
(25) 注(1)参照。
(26) 加藤(由)・前掲「構造」三九頁、同四四頁以下。
(27) 今村・前掲(二)損害保険研究二四巻二号七八頁以下。
(28) この問題につき、田辺「いわゆる『競合利益』について」保険学雑誌四二四号八七頁以下。

(29) 同右九五頁。
(30) 同右一〇一頁六行目の「抵当権者」は「設定者」の誤植か。
(31) 損害・前掲「委付による保険金支払」参照。
(32) 加藤(由)・前掲「構造」四四頁以下。
(33) 木村・前掲「概念について」一三頁による。
(34) 今村・前掲（二）八九―九〇頁。
(35) 加藤(由)・前掲「構造」一二三頁。
(36) Kisch, a. a. O., Bd. III, 1922, S. 84.

三

譲渡担保権設定者が、その設定契約の目的物に対して所有者利益を有するか否かという問題についても、私は、所有者利益の右に述べたような意義からして、設定者が目的物につき所有権を保有するか否かがポイントであると考える。しかし、学説の多数は、設定契約により目的物の所有権は譲渡担保権者に移ることを前提とし、その上で、所有者利益が経済的な利益概念であり法律的な所有権の帰趨とは必ずしも一致せず、設定者は所有権者ではないが所有者利益を有するものとする。

長谷部判事は、「譲渡担保をその法形式よりするときは常に所有権の移転を伴うから、その形式にこだわるかぎり所有権は譲渡担保権者に帰属し、その反面において担保設定者は所有権を失うものといわざるをえず、したがって、従来の所有者はもはや目的物を所有者として火災保険に付する被保険利益を有しないものと認めざるをえない。（中略）しかし、譲渡担保をその法形式のみによって解決しようとするのは、譲渡担保が本来債権担保という経済的目的達成の一手段であることを忘れた態度といわなければならない。譲渡担保の経済的機能はその法形式にかかわらず担保の供与であり、したがって担保設定者は依然として所有者である。（中略）すなわち、担保設定者は譲渡担保設定後もなお依然として所有者としての経済的

利益を有し、これを被保険利益として火災保険契約を締結しうる」[1]とされ、さらに三宅氏も、「X（設定者）こそ家屋の焼失による損害を全面的に蒙る立場にあったものというべきであり、A（担保権者）はXが無資力となり、ために債権回収の見込みを失って初めて損害を蒙るに過ぎないこと、抵当権者の場合と殆んど異らない。この関係――実質的経済関係――から見れば、Xは完全なる所有者としての被保険利益を有しており、Aはむしろいわゆる債権保全的な被保険利益しか有していない、というべきように思われる」[2]とされる。

これに対して、大隅教授は、譲渡担保設定契約における当事者の経済的目的を分析し、「債権者は債権担保の目的の範囲内で目的物に対する処分権を有し、債務者はその余の点で目的物に対する支配権を有するとするのが、当事者間の関係を最も忠実に反映するものといえる。（中略）従って、ここでは保険の関係から見ても、厳密にいえば、担保の目的物についての完全な所有者としての被保険利益は債権者及び債務者のどちらもが有していないというべきであり、逆にいえば、不完全な形における所有者としての被保険利益は債権者及び債務者のどちらもが有するものといえるのである」[3]とされた上で、担保権者・設定者ともに、同一目的物につきそれぞれ完全な所有者利益を有し、ただ被保険者が不当な利得をなすことを防止することだけが問題であるとされる。

さらに、田辺教授は、譲渡担保権者と設定者との有する利益の関係を、担保権者は「債権の任意弁済を受けえない場合にはそれを換価して弁済を受けうるという……いわば停止条件附の不確定利益」を有し、一方、設定者は「その目的物が唯一の財産であり、しかも負担する債務の任意弁済が将来にわたっても不可能であるような場合には、……目的物の減損は実質的損害とはならない。したがって、……いわば解除条件附の利益」を有し、「両者の利益を合すれば完全所有利益になる」ものと把握される[4]。

私は、右の三つのいずれに対しても疑問をもつものである。長谷部判事・三宅氏の見解に対しては、前章までに述べて来

たように、所有権者以外に、所有権者と同量の利益を或る目的物に対し有するものは存在し得ても、同種・同一の利益を有するものは他にあり得ず、被保険者が所有権者と同量の利益を有するということだけでは、当該保険契約において確定された契約の目的を有することにはならないと考える。

大隅教授の見解については、債権者の目的物に対する処分権・債務者の目的物に対する支配権といわれるものの実質が不明で、これが所有権にどの様な影響を与えるかが判らない。すなわち、その処分権・支配権が物権であるとすれば、これは物権の本性に反するもので認められないと思われ、またこれが債権的な権利であるとすれば、当事者間における債権的拘束を意味するだけであつて、所有権の帰属には影響を与えないこととなろう。しかもその場合に、何らかの債権的拘束を受けている所有権者といえども完全な所有者利益を有する一方、そのような債権的な権利を有する者は、その権利の有する財産的価値そのものを被保険利益として有するのであつて、決して所有者利益を有するものではないと解される。要するに、これは、所有権者の所有権行使に債権的な拘束がある場合についての譬喩的な説明に過ぎず、しかも、所有権者に対して債権的な拘束をなし得る者は、その拘束の有する価値が何らかの契機によつて滅失せしめられたとき損害を生じ得るものであれば、そのものとして被保険利益となり得るのであるから、所有者利益と構成する必要はなく、また契約の目的を異にすることになるから、その余地もない。さらに、損害保険契約を損害塡補契約と解する私の立場からすれば、損害の可能性のないかぎり損害塡補の約束は契約の目的の不能として無効になるのであつて、被保険者の利得防止の問題ではない。それよりも、両者に完全所有者利益を認めることは、どちらかにおいて、もともと保険金給付のあり得ぬ部分について保険者が保険料を収取する結果を容認することとなろう。(5)

田辺教授の見解については、弁済に引き当てられるべき財産の有無が直接に債権の損害とされている点に疑問をもつ。もしそうだとしたら、契約において特定されている危険ではない事情が、塡補の目的である損害とされることになり、保険の

計算の基礎が崩れることになりはしないだろうか。また、そもそも、契約の目的以外の全財産的な計算において損害を判定することにも、目的の確定の点で、問題があるように思われる。

譲渡担保設定者（mortgagor）の被保険利益につき明示的な規定を有するのは、英国海上保険法（Marine Insurance Act, 1906）である。すなわち、その第一四条一項は次の如く規定する。

保険の目的に譲渡担保権が設定された場合には、設定者はその全額において被保険利益を有し、担保権者はその譲渡担保権の下にある支払われるべきまたは支払われるべきものとなる金額について被保険利益を有する。

Where the subject-matter insured is mortgaged, the mortgagor has an insurable interest in the full value thereof, and the mortgagee has an insurable interest in respect of any sum due or to become due under the mortgage.

そして、Arnould では、この点につき、次のように説明されている。すなわち、「設定者には衡平法上の権原が留保されており、その衡平法上の権原が、設定者における被保険利益であり、設定者は独立の保険によりそれを保護し得るのである」(the equitable title that still remains in the mortgagor is, in him, an insurable interest which he may protect by a separate insurance)[6]と。

Mortgage は、初期コモンローにおいては、所有権者による絶対的な不動産の移転を意味していたが、一七世紀に至つて、設定者の衡平法上の権利が確立された。そして、その伝統に従い、コモンロー裁判所では「権原理論」(title theory)が採られ、衡平法裁判所では「留置権理論」(lien theory)が採られて来たが、今日では、留置権理論がすべての裁判所に行き渡る趨勢にあるといわれる。[7]

アメリカにおいては、未だ「権原理論」を採る州もあるが、その場合にも、設定者は全額において被保険利益を有するとされている。そして、その理由は、Couch によれば、「mortgage には、取戻権が必然的に附着しているから、設定者は担保物の保存に利害関係を有する」[8]とされている。この場合に注意されなければならないのは、取戻権(right of redemption)というの

が債権ではなくて物権的な権利であり、大陸法的にいえば、所有権留保と同一の意味合いをもつことである。

いずれにしても、英米法における mortgage では、権原（title）の帰趨はともかく、われわれの観念における所有権は設定者に留まるものと解され、それゆえに、設定者が所有者利益を有するものと理解すべきである。

しからば、わが国において慣習法的に発生して来た譲渡担保権設定契約においては、所有権の帰属はどのように解すべきであろうか。これは、もとより契約の実体的効果の問題であり、従って当事者の意思解釈から演繹されて来なければならない問題である。

譲渡担保の経済的目的はもとより担保であるが、その目的が、単に当事者の動機に過ぎず、効果意思は所有権移転にあるとすれば、所有権移転の効果が生ずるのは当然である。しかし、それはいわゆる売渡担保の場合であり、いわゆる狭義の譲渡担保においては、当事者の効果意思の内容が、抵当的・清算的・留保的であると解されている。[9] そこで、そのような当事者の効果意思が、いかなる法律効果と結び付けられるべきかが問題となる。

判例は、譲渡担保契約の当事者間の関係と第三者に対する関係とにおいて、同一物に対する所有権が異なって帰属することがあることを認める立場（いわゆる関係的所有権）に立つ。すなわち、明治四四年から四五年にかけての東京控訴院民事第一部における六件の判決[10]において関係的所有権の存在が認められ、それが明治四五年七月八日の大審院第二民事部の判決[11]において採用されて以来、当事者の意思に従い、対内的には設定者のもとに所有権は留保されるが、対外的には所有権が移転する効果も可能であるとする（ただし、大正一三年一二月二四日の大審院連合部の判決[12]は、そのような権利の分属は異例のことであり、「当事者ガ法律行為ヲ為スニ当リ異例ノ事態ハ通常其ノ生ゼシメザル所ナルガ故ニ（中略）其ノ何レナルヤ当事者ノ意思明カナラザル場合ニ於テハ、其ノ意思ハ内外共ニ財産権ヲ移転スルニ在リト推定スルヲ相当トス」として、挙証責任を転換した）。

これに対して、学説は挙つて、右のようないわゆる関係的所有権はわが民法の認めないところであり、そのような関係の

設定を目的とする意思表示は物権法定主義（民法一七五条）に反するものとして無効であるとする。[13] そして、むしろ、判例のいう対内的な所有権留保というものは、譲渡担保において担保権者に移転した所有権を設定者が債権的に制約し得ることの「たとえ」であるとして理解する。[14]

関係的所有権を認める判例の立場も、これに反対する学説の立場も、いずれも、当事者の意思表示における用語あるいは当事者が履践している法形式にしたがつて、契約の内容が即時の所有権移転であることを前提にしている点に問題があるのではないかという疑問を私はもつ。

民法学上、意思表示における表現手段としての用語は、通常の用法に従つて客観的意味をもつべきであるとするいわゆる表示主義の優勢が久しいが、しかし、その表示の内容を用語の客観的意味に従つて信じた第三者との間の争の問題の解決における合理性としてそれは意味をもつのみであつて、当事者双方が、或るタームの特異な用法に従つて共通の理解に達している場合に、なお法がそれを客観的な意味により、契約の内容を両当事者の共通の理解以外のところに定める必要も合理性もない[15]（政策的に必要がある場合には、その契約を要式行為として規制し、一定の効果を法が結びつけるであろう。その場合には、意思効果と法定効果とが、原則的に等しくなるはずである）。ただ、遺るのは、取引の安全の問題であるけれども、それは一般に誤解性ある表現をした者が、それを信じるにつき正当な理由のある第三者に対し責任――一種の表見責任――を負うという、法の公理たる「帰責性」（Veranlassungsprinzip）の問題であろう。このように解することは、意思表示における内容についての客観的基準がなくなり、一種のアナーキズムに陥いる虞れがあるとする反論が予想されるが、しかし、譲渡担保はすでに慣習的に原則的内容が確立されている取引行為であり、譲渡担保設定契約における当事者の効果意思も、その原則的な内容がひろく認められているものなのである。

契約の当事者が、錯誤でもないかぎり、目的を超越した契約を締結することは考えられない。通常の譲渡担保権設定契約

における当事者の効果意思が、抵当的・清算的・留保的であるということは、その契約の目的が担保の設定であり、即時の所有権移転ではないことをあきらかにしている。ただ、所有権移転であるかのような誤解性ある表現をした当事者は、それを信じ且つ信ずるについて正当な理由のある第三者に対しては、形式的な表示内容に従つた責任を負うべく verantwortlich であるが、保険会社は所有権取引の第三者たる地位に立つものではないから、所有権の帰趨には影響を及ぼさない。

「なお、対抗の問題を本件の決め手とする人があるが、契約の有効・無効は純粋に実体的な問題であつて、たとえ登記を有していても所有権がなければ所有者利益を欠き契約は無効であり、所有者利益によつて目的の確定されている保険契約の効力について、対抗要件は問題となる余地がない。最高裁判所の昭和三六年三月一六日の判決[16]は、建物の二重譲渡が行なわれ、その両方の譲渡人がそれぞれ同一建物につき火災保険契約を結んだ場合において、無効な取得登記を有するに過ぎない方の譲受人の所有者利益を否定している。この判決について、西島教授は、「ここでは登記の有無が所有者利益の有無を決定する絶対的な規準と考えられているわけである」[17]とされるが、誤解であろう。すなわち、二重譲渡の場合においては、両譲受人の間において所有権がどちらに帰属するかがまさに対抗要件の有無にかかつており、登記の有無は所有権の有無の規準として用いられているのであつて、右の判決は、所有権を有しない者に所有者利益なしとしているに過ぎない。岐阜地裁の判決でも、登記を了していることを認定しているが、これは、本件家屋につき第三の所有権者が存在したとしても、譲渡担保権者は対抗力を有して居りその意味で所有権が確定的なものであることを仮定的に説示するに過ぎず、判決の結果を左右すべき認定ではないであろう。

以上要するに、被保険利益が経済的な利害関係であり必ずしも法律的権利関係を要しないという通説的表現は、損害の可能性を有するものは何等かの保険保護を受け得るという意味で正しいが、契約の内容を確定するためには、そのような経済的な利害関係を或るメルクマールに従つて分類せねばならず、それは結局、その経済的利益の法律的表現である権利をメル

クマールとしてするほかないこと、これが私の基本的理解である。この点は、従来あまり論じられていないが、結果的には通説的結果と著しく異なるものであり、あるいは個々の場合についてかえって問題を生起せしめるかも知れないことが恐れられる。大方の御叱正に俟つ所以である。

(1) 長谷部・前掲二二三—四頁。
(2) 三宅・前掲一二頁。
(3) 大隅・前掲一〇一—二頁。
(4) 田辺・前掲「他人の物の保険」九五—六頁。
(5) 拙稿・前掲「委付による保険金支払」二七頁参照。
(6) *Arnould's The Law of Marine Insurance and Average*, 15th Ed. by Lord Chorley and Bailhache, v. 1, 1961, p. 323.
(7) Simonton, *Mortgage, in American Law and Procedure*, v. 5, 1923, pp. 229–.
(8) Couch, *Cyclopedia of Insurance Law*, 2nd Ed., 1964, § 24:69.
(9) 勝本「担保物権法」下　二四七—九頁。
(10) 東控判明四四月日不詳新聞七一八号二五頁、同明四四・九・二六新聞七五四号二一頁、同明四五・三・一四新聞七八五号二一頁、同明四五・六・二二新聞八二〇号二二頁、等。
(11) 民録一八輯六九一頁。
(12) 民集三巻五五五頁。
(13) 松本(烝)「売渡抵当及動産抵当論」商法解釈の諸問題五五四頁。同旨、柚木「担保物権法」三九五頁、我妻「担保物権法」二二八頁。
(14) 柚木・前掲。
(15) 内池「無意識的不合意と錯誤との関係について」神戸先生記念論集一八七頁以下特に二一七頁以下参照。
(16) 民集一五巻五一二頁。
(17) 西島・前掲三〇〇号二三二頁。