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

Title	保険代位について
Sub Title	On the Insurers' right of subrogation
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1967
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.40, No.11 (1967. 11) ,p.23- 55
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19671115-0023

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.

保険代位について

倉沢康一郎

一　問題提起
二　商法六六一条・同六六二条の立法経過
三　求償権代位の本質
四　残存物代位の本質
五　商法六六一条の解釈と提言

一

わが商法における保険代位には、保険の目的物につき被保険者が有する権利の代位と、第三者に対し保険契約者または被保険者が有する権利の代位とがある。すなわち、商法六六一条は「保険ノ目的ノ全部カ滅失シタル場合ニ於テ保険者カ保険金額ノ全部ヲ支払ヒタルトキハ被保険者カ其目的ニ付キ有セル権利ヲ取得ス但保険価額ノ一部ヲ保険ニ付シタル場合ニ於テハ保険者ノ権利ハ保険金額ノ保険価額ニ対スル割合ニ依リテ之ヲ定ム」と規定し、同六六二条は「損害カ第三者ノ行為ニ因リテ生シタル場合ニ於テ保険者カ被保険者ニ対シ其負担額ヲ支払ヒタルトキハ其支払ヒタル金額ノ限度ニ於テ保険契約者又

ハ被保険者カ第三者ニ対シテ有セル権利ヲ取得ス（二項）保険者カ被保険者ニ対シ其負担額ノ一部ヲ支払ヒタルトキハ保険契約者又ハ被保険者ノ権利ヲ害セサル範囲内ニ於テノミ前項ニ定メタル権利ヲ行フコトヲ得」と規定している。

このような二種の保険代位の規定につき、わが国の学説の大半は、それが立法の根拠を同じくするものと解しているようである。すなわち、野津博士は、「損害保険において、被保険者が保険者から塡補金の支払を受けながら、保険の目的であつた物に関しなお何等かの権利を保有するものとすれば、被保険者の損害が塡補金より多額の場合を除き積極的に利得することとなる。これをみとめれば、公益上有害であるから、『保険によつて利得すべきではない』ということが古くから基本原則とされている。（中略）保険のような公共性に富むものについては、公序良俗維持の立場から損害保険の損害塡補性を原則的な目的乃至本質に高めて居り、ひいては保険代位もその適用の一場合にほかならない。保険代位には、次の二つの場合がある」[1]として、右の二種を説明され、また伊沢博士は保険代位の認められる理由を包括的に説明されたあとで、「保険者代位には、保険者が取得する権利の種類によつて、二つの態様が認められている」[2]と述べられ、右の二種が取得する権利の差異であるものとされる。大森博士もまた、「保険事故たる事実が被保険者の財産に対し別の方面でどのような影響をおよぼしたかは、保険契約上の法律関係には当然には関係がないはずである。けだし、法律的には、保険金の支払は、保険料の支払に対する反対給付としての危険負担の具体化にほかならないからである。しかし、被保険者が保険事故の発生に際して保険金を受けることにより、その全財産関係上却つて利得を受ける結果となることは、保険制度の経済上の機能を超えるものと考えられ、またかかる結果を無制限に是認するときは、保険が不労の利得のための賭博的行為に悪用される危険をともなう。このような見地から、商法は、保険者が被保険者に対して保険金を支払つたときは、一定の要件の下に、被保険者の有するある種の権利が保険者に移転する、とする法則を設けている。通常これを保険者の代位という」[3]として、統一的に説明される。

商法が保険の目的物についての権利の代位と第三者に対する権利の代位とを並べて規定しているという形式的な法典の構成からすれば、その立法の根拠を統一的に把握することにも充分な理由がありそうである。しかしながら、それぞれの立法の過程を見て来ると、必ずしも両者が同一の根拠から派生した法規制とも考えられない要素が多分にある。さらに、契約の本質的構造においてわが国と同様である諸外国の損害保険契約法にあつて、第三者に対する権利の代位についてはほぼ同趣旨の規定がそれぞれ置かれているのに対し、保険の目的物についての権利の代位が損害保険契約の一般的効果として規定されるということはむしろ異例に属する。これらの点からしても、保険の目的物についての権利の代位と第三者に対する権利の代位の根拠について、実質的・理論的に検討すべき余地が充分にある。

これまでのわが国における諸学者の研究においては、第三者に対する権利の代位の根拠につき、フランスにおける一九世紀以来の学説、判例の成果をとり入れて充分な検討がなされて来ている。(4) これに対し、保険の目的物についての権利の代位に関しては、必ずしもその検討が充分ではないといつてよいかと思われる。もとより、その根拠の如何にかかわらず、わが国においてはいわば立法的解決によつて両種の代位が認められているわけであるが、立法的根拠の明確化は、将来に対する立法論的な示唆ばかりではなく、現行法規の解釈に対しても重要な手がかりを与えるべきものである。

私の結論を先に提示すれば、商法六六一条と同六六二条とは、それぞれ根拠をまったく異にする規定であり、前者は保険者が損害塡補給付をなすための技術的制度であるのに対し後者は被保険者に対する不真正連帯債務者間における利害調整＝衡平のための制度であると解する。いうまでもなく、保険代位の根拠の理解は損害保険契約の本質論から演繹される反面、損害保険契約の本質論は現行の制度たる保険代位から帰納的な検証を受けざるをえないという関係にある。(5) 損害保険契約の本質の研究という困難な問題は、私自身が選んだ課題であり、これまでいくつかの検討を試みて来たが、(6) ここでも損害保険契約の損害塡補性をその本質と解した上で、以下において、商法六六一条ならびに同六六二条の立法過程・外国法上の制度

との比較・わが民法との関連の諸点から保険代位の根拠をさぐり、それを手がかりに両条の解釈論を試みてみたいと思う。

（1）野津務「新保険契約法論」二六二～三頁。
（2）伊沢孝平「保険法」三〇三頁。
（3）大森忠夫「保険法」一七九～八〇頁。
（4）大森「保険者の求償権」続・保険契約の法的構造八二頁以下。野津「保険代位」損保事業研究所創立三〇周年記念論集六一頁以下。鈴木辰紀「保険代位の根拠について」早稲田商学一八二号三五頁以下。金沢理「損害保険者の代位権の法的性質」保険と民事責任の法理一五五頁以下。
（5）例えば、田辺康平教授は、保険代位を損害塡補原則に対する「質的例外」と把握される――田辺「損害保険契約の本質」損害保険研究二五巻三号四四頁以下。
（6）倉沢「火災保険普通保険約款二条二項の意義について」本誌三六巻七号五一頁以下、特に五九頁以下。同「委付による保険金支払の損害塡補性」同三七巻一〇号二〇頁以下、特に三九頁以下。同「被保険利益の契約法機能」同三八巻九号五四頁以下、特に六二頁以下。同「被保険利益と権利」保険学雑誌四三七号一九頁以下。

二

わが国における近代的な商法典としてはじめて公布されたものは、明治二三年（一八九〇年）四月二七日法律第三二号のいわゆる旧商法であるが、これは、ドイツ人ロエスラーが起稿・完成（明治一七年）した草案を修正したものである。ロエスラー草案には、すでに第三者に対する権利の代位の規定が見られる。

第七百二十条　保険者ハ被保険者ニ保険額ヲ支払フタルニ於テハ損害ノ為メニ他人ニ対シ被保険者ノ有スル要求権ヲ受得シ要求権保険ノ場合ニ於テハ殊ニ負債者ニ対スル債主権ヲ受得ス被保険者ハ此場合ニ係リ保険者ニ損失ヲ加フ可キ行為ノ責ニ任スル者トス

そして、この規定の理由としてロエスラーは次のように述べている。「此規則亦タ普ク是認ヲ得タルモノニシテ（和蘭商法第二百八十四条白耳義千八百七十四年ノ法律第二十二条独逸商法第八百八条）是レ被保険者ニシテ併セテ加害者ニ対シ要償スルヲ得ルニ於テハ理由ナク自カラ富マスニ至ルカ為メニ設クルモノナリ而シテ此要求権タル必スシモ被保険者ノ譲渡アルヲ要セス

其保険額ヲ仕払フタルヤ直ニ保険者ノ所得トナル又被保険者ハ権利棄捐ヲ為シ或ハ期満得免ニ至ラシムル等ヲ以テ保険者ヲシテ其加害者ニ対スル要償権ヲ失ハシム可ラス以テ其行為ニ由テ保険者ニ加ヘタル損害ニ就テハ自ラ其責ニ当ラサルヲ得ス此ニ至リテ其已ニ保険者ヨリ賠償ヲ得タルノ故ヲ以テ要求権ニ付テ一モ利害ヲ有セサルヲ口実トシ其責ヲ免レント欲スルモ得ヘカラサルナリ。」[1] すなわち、この規定が外国法――殊に大陸法――上かなり普遍的な制度を母体としていることおよび被保険者の利得禁止をその根拠とするものであることが明らかにされている。もつとも、ドイツ商法八〇四条においては、要求権（債権）保険における債主権（債権）の代位は規定されて居らず、しかも、この規定の趣旨が文字どおり債権を被保険利益とする保険契約における代位を意味するのであれば、後述のように、それは第三者に対する要償権（求償権）の代位とは本質を異にするもので注目されよう。

右の草案は次のように修正されて旧商法の規定となつている。

第六百五十八条　保険者ハ被保険者ニ被保険額ヲ支払ヒタルトキハ損害ノ生シタル為メ被保険者カ第三者ニ対シテ有スル請求額ヲ当然取得シ殊ニ債権ノ保険ノ場合ニ於テハ債務者ニ対スル債権者ノ権利ヲ当然取得ス但其支払ヒタル額ヲ限トス

被保険者ハ此事ニ関シ保険者ニ害ヲ加ヘタル行為ニ付キ責任ヲ負フ

この規定とロェスラー草案との相違は、字句の修正を除き、保険者の代位取得が支払つた保険金額を限度とする旨明定されていることである。この点につき磯部四郎博士の註釈書では、「保険者カ当然被保険者ノ第三者ニ対シテ有スル請求権ヲ取得スルモノハ被保険者ニ対シテ被保険額ヲ支払ヒタルニ基因スルヲ以テ其被保険額ニ超過シタル請求ヲ為シ得ヘキニアラス何トナレハ斯ノ如キモ亦是レ理由ナクシテ自ラ富マスモノト云ハサルヲ得サレハナリ」[2] とされている。

また債権の保険については、被保険利益を定める規定が、ロェスラー草案では、

第六百八十八条　総テ所有主又ハ債主タルカ為メ又ハ其他ノ名称若クハ義務ニ由テ被保険者其保存ニ係リ正当ノ利害ヲ有スル物件ニ就テ

ハ皆保険ヲ受クルヲ得

とされていたのに対し、旧商法では、

第六百二十七条　所有権、債権其他ノ権利名義又ハ権利関係ニ基因スル財産上ノ利益ニシテ此ニ関スル危険ノ起生ニ因リ被保険者ニ直接ニ損害ヲ加フ可キモノハ保険ニ附スルコトヲ得ル利益トス

と明確化され、従つて六五八条の「債権ノ保険」とは債権を被保険利益とする保険契約を指すものであることがあきらかになつたものともいいえよう。そうだとすれば、債権保険における債権の取得は、第三者に対する求償権の代位ではなくして、保険の目的の代位であるから、債権保険についてだけはすでにそれが法定されていたことになる。(3)

ただし、右のように理解すると、求償権代位の規定の文言中に「殊ニ」と例示するにしては余りに異例な事柄となるとも考えられる。債権保険においても、「債務者ニ対スル債権者ノ権利」の意義いかんによつては、目的の代位とはならない場合もありうる。そもそも債権そのものについての損害をカバーすべき損害保険にあつては、例えば指図債権が第三者に善意取得されるがごとき、あるいは特定物の給付を目的とする債権においてその特定物が滅失するがごとき、債権そのものの滅失損害が危険である。そのような危険が現実化した場合に、それが第三者の裏書偽造・特定物の毀滅のような不法行為に基因するものであるときは、保険者はもちろん求償権代位により加害者に直接請求しうる。ところが、債務者の債務不履行は、そのような債権保険における危険ではない。被保険利益が債権そのものであれば、債務不履行の事実は債権そのものには何らの消長も与えず、従つて債権者は債権そのものについては損害を蒙むつてはいないのである。それゆえ、その場合には、債務不履行によつては保険金の支払がなされることはなく、代位の前提を欠くことになる。

これに対して、履行保証保険等のいわゆる信用保険にあつては、債務不履行の事実が約定危険であり、従つてその事実が起れば保険金が支払われるが、この場合にも、債権者（被保険者）は、危険の発生と同時に、債務者に対し債務不履行にも

とづく損害賠償請求権を取得している（民法四一五条）。そして、「債務者ニ対スル債権者ノ権利」が右の損害賠償請求権を意味するのであれば、それは第三者に対する求償権の代位であり、この規定は、求償権代位の要件たる第三者の行為が不法行為にはかぎらないことを注意的に定めていることとなる。[4] これに対し、被保険者が債務者に対して有していた原債権が代位され、従つて、保険金支払により保険者が新債権者となることを意味するものとすれば、それは目的についての権利の代位の規定であることになる（前述のような債権そのものを目的とする保険契約といわゆる信用保険契約とでは、もとよりその法構造を異にするが、それは、被保険利益において相違するのではなく、約定危険の相違と考えられる）。

ところで、旧商法六五八条に規定されている債権の代位取得はいかなる意味であろうか。この点の説明として磯部博士は、「殊ニ第六百二十七条ニ掲ケタル債権ヲ保険ニ付シタル場合ニ於テ被保険者既ニ被保険額ノ支払ヲ受ケタルトキハ債務者ニ対シテ有スル債権者ノ権利ハ当然保険者ニ移転シ保険者ハ被保険者ノ諾否如何ニ拘ハラス法律上其権利ヲ取得スヘキモノトセリ是レ他ナシ保険者ノ支払ヒタル被保険額ハ即チ之レ債務者ニ代ハリテ其債務ノ弁済ヲ為シタルニ異ナラサレハナリ故ニ保険者ハ新債権者ト為リ債務者ニ対シテ其弁済ヲ請求スル権利ヲ生スヘキモノトセリ」[5] と述べておられる。この記述上直接には約定危険は不明確であり、かつ、保険者が債務者に代わつて被保険債務の弁済をなすという表現は保険給付の理論からすれば不正確ではあるが、文意からすれば、第三債務者の債務不履行を危険とし、保険金の支払によつて保険者が原債権そのものを代位取得するものと解していることはあきらかであるといえよう。そうだとすれば、旧商法においては、求償権代位の規定の中に、債権についてだけ目的物代位の制度が混在していたことになる（後述第四節参照）。

この旧商法は、周知のように、法典論争の結果、新たな立法者による新商法（明治三二年三月九日法律第四八号）にとつて代わられることになる。ところで、新商法編纂のための法典調査会に提示された草案は、第三者に対する権利の代位につき次のように規定していた。

第三百二十四条　損害ヵ第三者ノ行為ニ因リテ生シタル場合ニ於テ保険者ヵ被保険者ニ対シ其塡補ヲ為シタルトキハ其塡補シタル限度ニ於テ保険契約者又ハ被保険者ヵ第三者ニ対シテ有スル権利ヲ取得ス[6]

この規定につき、起草委員の岡野敬次郎博士は、これが旧商法の六五八条と九六一条とを併せた規定であると説明して居られる。[7] 旧商法の九六一条は、「損害ヲ賠償ス可キ保険者ノ義務ハ被保険者ヵ其損害ニ付キ船長其他ノ人ニ対シテ賠償請求ノ権利ヲ有スルヵ為メニ之ヲ免カルル事ヲ得ス」と規定して居り、これはロェスラー草案の一〇一六条と瑣小な字句の修正を除きまつたく同一の規定であるが、[8] ロェスラーはこれがドイツ商法八二四条を母法とするものであることを理由書において明言している。そうすると、第三者の不法行為によつて被保険者に損害が生じた場合には、被保険者は、本条の規定によつて、はじめて不法行為責任の追及を為さずに保険金の請求をなしうることとなる。法典調査会の「商法委員会議事要録」では、岡野博士は、「通常ハ第三者其者ニ対シ損害ノ請求ヲ為スモノナリ然ルニ第三者ニ対スル賠償ノ請求権アルニ拘ハラス之ヲ放任シテ保険者ニ賠償ヲ為サシムルコトヲ得ヘシ、若シ第三者ノ損害ヲ加ヘタル行為ニシテ保険者ノ負担シタルモノニ非サレハ本条ノ責任関係ハナカルヘシ而シテ保険者ヵ契約ニ因リ第三者ノ加ヘシ行為ニ付キ塡補ノ責任ヲ負フトキハ第三者ノ負担スヘキ責任ニ保険者ハ代ハリタル者ナルヲ以テ法律ノ規定ヲ俟チ始メテ保険者ニ義務ヲ負ハシムルヲ得ヘキナリ」[9]（傍点倉沢）と説明されたことになつている。ところが、志田鉀太郎博士の筆記によると、岡野博士の説明は、「被保険物ヲ第三者ヵ損シタルトキハ所有者ハ之ニ向テ賠償スル権利アリ而シテ……塡補ヲ求ムル事ヲ得之ハ云ハサルモ可ナリ若シ第三者ノ行為ヵ負担スヘキモノニアラサレハ保険者ハ賠償ノ義務ナシ若シ保険者ノ引受タル責任ノ範囲内ナルトキナレハ保険者ハ塡補ノ義務アリ」[10]（傍点倉沢）とされている。はたして岡野博士がどのような説明をしたかは、さらに他の資料をえて考証をすべき問題ではあるが、両資料ともに、同博士が、本条を以て全体としては旧保険総則には存在しなかつたものであり、海上保険の九六一条と一部は総則六五八条に存在した規制とを併せたものであると説明している点では一致して居り、その

点からすれば、被保険者は本条の規定によつてはじめて不法行為者に賠償請求をすることなく保険金の支払を請求しうることとなるものと解していたように推測される。

そして、第三者に対する賠償請求権を保険者が代位する根拠としては、「純理ヨリ云ヘハ第三者ノ行為ニヨリテ損害ヲ生スルモ其行為ノ為メニ保険者カ損害ヲ蒙ムリタリトハ云フ事能ハス而シナカラ第三者カ損害ヲ加ヘタル時保険者ノ賠償ノ権利ナシトスルハ公安ニモ関係アリ故ニ此ノ如ク定メタリ」[11]として、保険者の被害者（被保険者）に対する損害塡補により、加害者が免責されることの不当性を挙げている。岡野博士によれば、「被保険者モ亦被保険物ニ起リシ塡補ヲ保険者ヨリ得タルカ故ニ再ヒ第三者ニ対シ賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得サル」ことが当然とされているからである。

この規定の旧商法六五八条との実質的相違は、被保険者が第三者に対して有する権利のほかに、新たに保険契約者の有する権利も代位されるものとされていることである。商法修正案参考書では、「此二者ニ付キ区別ヲ設クヘシ理由ナシ」[12]とのみ述べられている。

この草案に対しては、「塡補ヲ為シタル」「塡補シタル限度」という文言が、損害防止のための必要有益費用を含むか否かについて疑義を生じうるという意見が委員から出され[13]、結局現行のように「負担額ノ全部ヲ支払ヒタルトキハ其支払ヒタル金額ノ限度ニ於テ」と修正され、決議された[14]。そして負担額の一部を支払つた場合を区別し、その場合には保険者の権利に制限を附して、二項に規定されるに至つた。

以上見て来たように、第三者に対する求償権代位の規定は、大陸法を母法として、旧商法以来その原則は一貫して維持されて来ているものであるが、これに対して保険の目的についての権利の代位は、新商法に至つてはじめて採用されたものである。しかも、法典調査会の審議の対象となつた草案中にもこの種の規定は見られず、また、明治三〇年二月二四日に配付された法典調査会の「商法決議案」の中にも見当らない。現在のところ私にはこの規定の立法の経過をあきらかにすること

はできないが、その立法理由については、法典調査会の「商法修正案参考書」に明確な説明がなされているので、それを左に記載する。

「本条ハ既成商法中ニ存セサルトコロナリ抑モ保険ナルモノハ損害ノ塡補ヲ以テ旨趣トスルモノナルヲ以テ此旨趣ヲ貫徹セント欲セハ仮令目的ノ全部カ滅失シタル場合ト雖モ保険ノ目的カ危険ノ発生前ニ有シタル価格ト其目的ニ付キ危険発生後被保険者カ有スル利益ノ価額トヲ精密ニ比較シテ其差額ヲ塡補スヘキモノトス然レトモ此ノ如キハ徒ラニ其計算ノ費用ト時日トヲ空費シ保険ノ効用ヲ減殺スルノ結果ヲ生スヘシ是レ啻ニ被保険者ニ不利益ナルノミナラス保険者ノ利益ニモアラサルヘシ是レ本案カ既成商法第六二八（ママ）条ト同一ノ旨趣ニ基ツキ新タニ本条ヲ設ケ保険者カ保険金額ノ全部ヲ支払ヒタルトキハ被保険者カ其目的ニ付キ有スル権利ヲ取得スルコトト定メ同一ノ理由ニ依リ一部保険ノ場合ニハ保険金額ト保険価額トノ割合ヲ以テ其権利ヲ取得スルコトト定メタル所以ナリ」[15]

右の説明は、保険の目的についての権利の代位が、損害塡補原則に対する、制度運用面における技術的例外として認められるものであることをあきらかにしている。さらに、起草委員たる岡野博士の参考書では、「保険者カ被保険ノ請求ニ因リ或ハ法律ノ定ムル所ニ従ヒ若クハ契約ノ定ムル所ニ依リ全損ノ原則ニ従ヒ保険金額ノ全部ヲ支払ヒタルトキハ被保険物ノ上ニ存スル権利ノ全部若クハ一部ハ保険者ニ帰ス（独商法第八百五十九条第二項ハ之ヲ明定ス）」[16]（傍点倉沢）と説明されて居り、ドイツ商法八五九条は、後に詳述するが、海上保険契約における「損害の範囲」（Umfang des Schadens）に関する章のうち、「全損の場合」（im Falle des Totalverlustes）に関する規定である。全損の場合には保険者は保険金額の全額を支払わなければならず（ドイツ商法八五八条）、第三者の不法行為による損害における損害賠償請求権と保険金請求権との選択的競合とはいちじるしく場合を異にする。ただ、わが商法には損害の範囲に関する規定が欠けているので、保険者による権利の当然取得という効果の面に着目して、第三者に対する権利の代位に次いで右の規定が置かれたものと解せられる。

（1）ロエスレル氏起稿「商法草案」下巻二四八～九頁。
（2）磯部四郎「商濠釈義」一〇編二六八九頁。

(3) 田辺「商法六六一条の適用対象と保険の目的の全部滅失の意義」民商法雑誌五五巻三号三八三頁註(2)。
(4) 通説、後述第四節参照。
(5) 磯部・前掲二六九〇頁。
(6) 法典調査会「商法委員会議事要録」(日本学術振興会版) 七巻九六丁、損害保険事業研究所「志田鉀太郎博士現行草案審議筆記(四)」損害保険研究二四巻一号二六六頁。
(7) 法典調査会・前掲九七丁、損害保険事業研究所・前掲二六六頁。
(8) 一〇一六条「損害ヲ賠償スヘキ保険者ノ義務ハ被保険者ノ該損害ニ就テ船長又ハ其他ノ者ニ対シ賠償要求ノ権アルカ為メニ消滅スルコトナシ」——ロエスレル氏起稿・前掲四二五〜六頁。
(9) 法典調査会・前掲九七丁。
(10) 損害保険事業研究所・前掲二六六頁。
(11) 同右。
(12) 法典調査会「商法修正案参考書」(日本学術振興会版) 第三篇一一一丁。
(13) 法典調査会・前掲「議事要録」九七丁、損害保険事業研究所・前掲二六七頁以下。
(14) 商法決議案(明治三〇年二月二四日配付)三五五条——法典調査会「商法決議案」(日本学術振興会版) 五七丁。
(15) 法典調査会・前掲「修正案参考書」一一〇〜一丁。
(16) 岡野敬次郎「商行為法及保険法」五八三〜四頁。

三

保険代位に関するわが国の研究においては、これまで第三者に対する求償権代位の根拠の点につき議論が集中されて来ている。[1] そこで、先ずこの点から検討して行きたい。

例えば、第三者により不法行為がなされた場合に、被害者がその行為によつて毀滅せしめられた物あるいは利益につき保険契約を締結しており、かつそれが保険事故に該当するときには、その不法行為により、被害者に、第三者に対する損害

賠償請求権と保険者に対する保険金支払請求権とが同時に発生する。もつとも、債権の有する利益性からして、損害賠償請求権の有する利益の額についてだけは保険金請求権は排除されるのが本来であるとする見解もある。田辺教授は、「もし、債権を、当然その額において、そのまま利益であると解するならば、この場合における実損害額は保険事故によつて消滅した被保険利益の額と、同じく事故発生の結果取得したところの第三者に対する債権額との差額においてのみ認められるべきことになり、通常は保険者の塡補責任は生じないことにならざるをえない。しかし、すでに述べたように、権利としての債権自体と、かかる権利を有することにおいて認められる経済的利益とは明確に区別されなければならない。したがつて、かかる債権を有することにおいて認められうる利益は、具体的な種々の条件を考慮したうえでの、現実に弁済を受けうる額であり、必ずしも当然には債権額に一致するものではない。そこで、厳格に『損害塡補』を要求するならば、少なくとも理論的には、このようにして算出された利益の額だけは被保険利益の毀損額から控除して塡補額を定めなければならないはずである」とされ、現行法上この場合にも保険金給付がなされることを前提にして保険代位が認められるのは、「損害の生じていない（またはその可能性のある）範囲についても、保険者の保険救済行為を要求するものにほかならないからである」(2)（傍点倉沢）とされる。前節で見たように、新商法の立法者は、求償権代位を定める四一六条の規定が、単に旧商法の求償権代位の規定をうけついでいるだけではなく、保険者の義務は被保険者がその損害について船長その他の人に対し損害賠償請求権を有するがために免がれることはない旨規定する九六一条の趣旨をも併せ定めるものであるとしている。(3) そうだとすれば、この場合の保険者の義務は、現商法六六二条によりはじめて発生するという理解も可能とはいえよう。

しかし、損害賠償請求権と保険金請求権とは、それぞれ独立の原因によつて発生し、しかも被保険利益についての損害はすでに生じているのであるから、賠償請求権が保険金請求権の範囲に影響を与えるとすれば、損益相殺としてである。そして、債権の実質はたしかに利益であるが、その内容は、特定人に対し給付を請求しうる関係あるいは特定人に対し給付を請

求しうる地位との関係であつて、[4] 給付の目的そのものではない。例えば或る人が百万円の金銭債権を有する場合に、百万円の金銭という財貨と特定人に百万円の金銭給付を請求しうる地位という財貨とは異なる。債権者が債権を実行して百万円の金銭給付を受ければ、百万円の金銭を所有することにより利益を受けるが、それ以前には、右の地位を所有する利益を受けるだけである。そして、その地位の評価は、期待的な額としては可能であるが、損益相殺に使用しうる確定的な額としては不可能である。それゆえ、保険金債権の本質が損害塡補請求権であるとする立場においても、それは損害賠償請求権と両立しうるものと解される。[5]

これに対し、両立する請求権のいずれかを行使し、その弁済がなされた場合は問題が異なる。先ず、被害者が先に加害第三者に対し損害賠償請求権を行使してその満足をえたときには、損害が減縮したものとしてそのかぎりで保険者に対する保険金請求権は減縮するものとされている。[6] ただし、この場合にも、約定の保険事故によつて被保険利益につき損害は発生したのである——損害が既必であるからこそ不法行為者に対する損害賠償請求権が生じている——から、損害保険契約の損害塡補性の把握いかんによつては問題が遺る。すなわち、損害保険契約をもつて本質的に損害塡補契約であるとすれば、保険者の負担する給付は損害の塡補義務であるから、損益相殺の原理によつて保険金支払義務は減縮することになるが、これに対して、損害保険契約をもつて約定の事故発生を条件とする一定金額の金銭給付契約であるとすれば、給付の条件が成就した以上は、損害賠償の取得によつて給付の範囲が減縮するいわれは契約の本質上は存しない。後者の立場においては、結局、被保険者に対する約定金額の金銭給付が公序政策的に禁ぜられるべきであるか否かの問題とされるわけである。[7]

他方、被保険者が先ず保険者に対し保険金請求権を行使して満足をえたときには、第三者に対する損害賠償請求権は法理的には本来どのように扱われるべきか。これが第三者に対する求償権代位の根拠の問題であるが、この場合に前提的に確認されなければならないのは、損害賠償法理における損益相殺の原理によつて、被害者の第三者に対する損害賠償請求権はそ

のかぎりで減縮することである。ところがこの点につき、学者の説くところはむしろこれを認めていない。すなわち、被害者が保険金の支払を現実に受けた以上そのかぎりで第三者に対し損害賠償請求権を行使しえない理由を、損害賠償法理からではなく、損害保険契約法理から説明するのがむしろ一般のようである。例えば、大森博士の説明によれば、「被保険者の保険者に対する保険金請求権と第三者に対する賠償請求権とは、それぞれ法律上の原因を異にする別箇の権利である。従つて、何らか特別の理由がない限り、被保険者がこの両者を重畳的に保有・行使しうるとして差支えないはずである」（傍点倉沢）ということを前提とし、「ただこの結果をみとめることを妨げるべき『特別の理由』として問題になりうるのは、損害保険契約の『損害塡補』契約性ないし損害保険契約における『被保険者の利得禁止』の原則の問題である。損害保険契約をもつて文字どおり『損害塡補』そのことを本質的目的ないし内容とする契約と解するならば、『被保険者の利得禁止』の原則はこの契約の法律上の性質そのものからいわば論理的に生ずる要請ということになり、殊に被保険者が第三者に対して損害賠償請求権を有する場合に、これと保険金請求権とを重畳的に保有・行使せしめることは常に当然に損害保険契約の本質と論理的に矛盾することになる」[8]ものとされており、また金沢教授も、いわゆる客観主義ないしは絶対主義の立場においては、代位の制度は、「被保険者の利得禁止」という損害保険契約の本質的要請を充足することを第一義的な目的とするものであると考えておられる。[9]

しかしながら、損害保険契約を損害塡補契約と解するならば、被害者が取得する保険金請求権すなわち損害塡補請求権と不法行為にもとづく損害賠償請求権とのそれぞれの客体たる損害は同一なのであつて、どちらか一方の権利行使により損害が塡補あるいは賠償されれば、そのことにより損害が減縮し、従つて他方の請求権が減縮する。すなわち、この場合には、或る特定の損害についてその塡補義務が競合して居り、それぞれの義務の原因はまつたく別個独立ではあるけれども、一方の義務の履行が他方の義務の客体を減縮せしめる関係にあるいわゆる不真正連帯債務が生じているわけである。[10] それゆえ、

保険金給付を受けた被害者がそのかぎりで損害賠償の請求をなしえないのは、決して「利得禁止」の問題ではない。被害者が損害の賠償を請求するかぎりでは、利得の生ずる余地はないのである。

ただ、問題として遺るのは、被害者がたまたま損害保険契約に加入しておりかつそれにより保険金の支払を受けたがために、加害者が免責されることの不当性である。第三者に対する求償権代位の根拠の問題は、まさにこの点から出発すべきものと考えられる。そして、保険者が第三者に対する求償権を法律上当然に取得する根拠として、弁済者の法定代位・保険者の第三者に対する損害賠償請求権が、これまで特にフランスにおいてとりあげられて来ている。そこで、ここでは、それらの見解を瞥見し[11]、私見を述べてみたい。

弁済者の法定代位が問題とされるのは、有名な一八二九年三月二日のフランス破毀院の判決が、Chambre Civile の判決を承けて、陸上保険の保険者は弁済者の法定代位を定める民法典一二五一条の要件に該当しないと判示したことによる。それ以前から、海上保険においては慣習的に求償権代位が認められて来ていたが、一九世紀初頭からはじまつた火災保険等の陸上保険にあつてはもとより慣習はなく、その根拠として右の規定が主張されたのであるが[12]、裁判所により否定され、学説もまたほとんどこの判決に賛成した。従つて、弁済者の法定代位は、そもそもはじめからネガティヴにとりあげられて来ているものであるといえよう。一八二九年の破毀院の判決理由は、「民法典一二五一条三号は、その目的または原因において同一かつ共通の債務の存在を予定しており、他人の債務を支払つた者に代位の権利をみとめている。しかるに保険者は加害者と共同して、あるいは加害者のために保険金を支払つたのではなく、自らの債務を支払つたのであり、それは保険契約に由来する契約上の債務であつて、被害者に対し有責の第三者の負担する不法行為法上の債務とは相互に全く独立のもので、両債務の間には関連性がない」ものとする。

これに対して、一九四三年一二月一四日の破毀院判決は、信用保険の保険者につき、民法典一二五一条の「他人のために

弁済する利益を有する者」を拡張して、保険者は第三債務者のために弁済をなしたものとみなしうるものと判示している。信用保険は債権を被保険利益とし債務者の不履行を危険とする点で、保険者の地位は保証人のそれと類似しているが、信用保険の保険者もまたみずからの契約上の債務の履行として保険金の支払をなす点では同様であつて、右の判決は立法の不備をカバーするために無理な擬制をあえてしている感は否めない。

わが民法の弁済者の法定代位を定める規定は五〇〇条であるが、そこでは「弁済ヲ為スニ付キ正当ノ利益ヲ有スル者」が要件とされている。そして、正当の利益を有する者とは、保証人・物上保証人・担保目的物の第三取得者・連帯債務者などのように、弁済しないと自身が債権者から執行を受ける地位にある者のほかに、弁済しないと債務者に対する自分の権利が価値を失う地位にある者も含まれるものと解されている。[13] しかし、保険者はこのいずれにも該当せず、また保険者が第三債務者のためにその弁済をなすものと認めることもできないであろう。

弁済者の法定代位の規定を保険者に適用することを否定した一八二九年の破毀院判決は、第三者の不法行為にもとづく保険者の固有の損害賠償請求権を示唆した。そして、一八五二年一二月二二日の判決によつて、これは明示的に承認された。しかし、その後、人保険なかんずく生命保険における賠償額決定の困難性からの批判、ひいては保険金の出捐が保険者の損害であることを否定する学説による批判を受けるにいたつている。すなわち、有償契約たる保険契約において、保険料債務と保険金債務との間に対価性を認め、従つて、支払われた保険金はすでに収得した保険料の価値と交換的に出捐されたものであり、保険者はなんらの損害も蒙つていないものであるとする。[14]

しかしながら、右の批判は、みずからの譬喩的な表現によつて誤つたものと考えざるをえない。たしかに、第三者の行為による損害も、料率計算の中にはあらかじめくり入れられてある。そのことを、保険料と保険金の対価性と表現することは可能である。けれども、保険料債務と確定的な保険金債務とが対価性をもつはずがなく、そこで意味されているのは、約定

危険による損害発生を条件とする保険金債務＝危険負担との対価性であることは自明であろう。[15] そして、保険料と対価性を有する危険負担という期待権給付は、すでに保険者によつてなされているのである。確定的な保険金債務は、危険負担の現実化であり、その意味で保険契約を原因とするものであるが、保険料を出捐している保険契約者の全員に対し常に当然に負担するものではない。売買契約において、買主が代金債務負担という出捐をすることがなんら損害でないのは、それが売主の目的物引渡債務と対価性があるからであるが、そのような意味での対価性は保険料と保険金の間にはまつたく存在しない。第三者の不法行為がなければ保険者は確定的な保険金債務負担という出捐をしないですんだのであり、しかも、その場合にも保険者は対価的出捐においてなんら欠けることはないのである。[16]

最高裁判所の昭和三九年九月二五日の判決[17]は、生命保険の場合につき、保険料と保険金との間の対価性を認めて、保険金の収受は加害者の損害賠償の範囲とは無関係である旨判示しており、結論的には妥当な判決と思われるが、この結果は、生命保険契約と損害保険契約との法構造の本質的相違に由来するものと解すべきであろう。生命保険契約の本質の充分な検討については他日を期したいとおもうが、満期払戻式の定額保険契約というものは、本質的に定額の資金備蓄行為であり、ただ資金入用時期の不確定性のために、射倖契約性が加味されているものである。したがつて、右の判決で問題とされた損益相殺の点については、生命保険の保険金によってはなんらの損害塡補がなされるものでもないから、加害者の損害賠償額と無関係であるとする結論は正しい。[18] ただ、生命保険において、満期に保険金が支払われる場合には、累積保険料と保険金とが対価性を有するが、満期以前に保険事故により保険金が支払われる場合には、損害保険におけると同様に、保険者の損害は否めないものとおもわれる。[19]

現在、保険者の有責第三者に対する固有の求償権の理論はほとんど超克されているが、その理由は、損害の間接性あるいは第三者の行為と保険者の損害との間に相当因果関係を欠く点にもとめられるべきものである。[20] ある特定の事件について、

その因果の絆は無限に遡りうるものであるが、民事責任は直接損害に限定される（Limitation de la responsabilité au dommage direct.）[21]。わが民法は、四一六条において、債務不履行の場合に賠償されるべき損害は相当因果関係を有するものにかぎる旨定めているものと解されており、大審院連合部の判決は、この規定は不法行為にも適用ある旨判示している[22]。相当因果関係があるとされるためには、その行為がなければその損害が生じなかつたであろうと認められるだけでは足りず、そのような行為があれば通常はそのような損害が生じるであろうと認められる場合でなければならない[23]。そして、保険者の損害＝保険金支払は、その当事者間における損害保険契約にもとづくものであつて、有責第三者の行為から通常生じるであろうと認められるものではない。

それでは、保険者が第三者に対する求償権を取得する根拠は何か。それは、当事者間の利益衡量にもとづく衡平の理念であるものと解される。すでに民法において、一個の損害につき二人の損害賠償義務者が併存する場合に関し、賠償者の代位権の定めがある。例えば、第三者が寄託物を故意・過失で破壊したときに、受寄者に過失があれば、受寄者もまた債務不履行にもとづく損害賠償責任を負う。この場合に、受寄者が寄託物の価額の全部を寄託者に現実に賠償したときには、寄託者の第三者に対する所有権の侵害を理由とする損害賠償請求権は、当然に受寄者に移転する（民法四二二条）。そして、この規定の根拠として、右のような場合に、第三者に対する損害賠償請求権をなお債権者に帰属させておくときは、債権者が不当利得をするということが挙げられている[24]。債権者が不当利得をするということは、すでに債務者の損害賠償義務の履行によつて債権者の損害は消滅しており、従つて債権者としては本来は第三者に対する損害賠償請求権をうしなつていることを意味する。そして、この場合に、有責第三者が免責されることの不当性を前提として、損害賠償の出捐という損害を負担している債務者に、法は例外的に[25]第三者に対する権利を賦与するのである。

民法四二二条は不法行為にも類推適用されるべきことが、民法学説上ほぼ一致しているが、保険者は契約上の義務として損

害塡補をなすべき者であつて、債務不履行者でも不法行為者でもない。しかしながら、一つの損害をめぐつて第三者と損害塡補義務が併存している点ではまつたく同様である。そして、有責第三者の免責の不当性を前提とするかぎり、すでに保険金の収受によつて損害が減縮している被保険者に不当利得をさせるべきではなく、保険金出捐という損害を負担している保険者に第三者に対する権利を取得せしめることが公平にかなう点も、また同様である。[26] 商法の立法者が、「第三者ヵ損害ヲ加ヘタル時保険者ノ賠償ノ権利ナシトスルハ公安ニモ関係アリ」[27]と説明しているのは、故なしとしないのである。

(1) 第一節註(四)。
(2) 田辺・前掲損害保険研究二五巻三号四八～九頁。なお、伊沢・前掲三〇四頁。
(3) 第二節註(七)。
(4) 倉沢・前掲保険学雑誌四三七号三四～五頁。
(5) ハーゲン・加藤訳「独逸海上保険法」二九四頁。青山衆司「保険契約法」九八頁。田中誠二「保険法」一九二頁。大森「保険法」一八二頁。
(6) 野津・前掲損保研究所記念論集七八頁、伊沢・前掲三〇五頁、田中・前掲一九二頁、等通説。
(7) 大森「保険法」一八二頁。なお、同「損害保険契約の『損害塡補』契約性」続・保険契約の法的構造五頁以下参照。
(8) 大森・前掲「求償権」続構造一〇一～二頁。
(9) 金沢・前掲一五六～七頁。
(10) 我妻栄「新訂債権総論」四四三頁。於保不二雄「債権総論」二二二頁。なお、本稿々了後、この点を特に問題とした、棚田良平「不法行為者の損害賠償支払義務と保険者の保険金支払義務との関係」南出博士記念論集二三九頁以下に接した。
(11) 主として、Marret, Des conséquences des prestations faites à la victime d'un délit par une personne autre que l'auteur du délit, 1934. 及び de Montfort, Nature et fondement du recours contre tiers responsable du débiteur de prestations dues à la victime, 1964. によゝ。このほか、特に Capitant の所説については、大森・前掲「求償権」続構造九七頁以下、Danjon の所説については、野津・前掲「代位」損保研究所記念七四頁以下、Guiho の所説については、金沢・前掲一八〇頁以下に詳しい。
(12) Marret, op. cit., p. 84. なお、Vellieux, De l'application à l'assureur de la subrogation légale de l'article 1251-3° du Code Civil, 1948, p. 73 によれば、海上保険者の代位権は、決して純粋に慣習法起源のものではなく、現在の民法典一二五一条三号の規定に盛られている内容と同趣旨の、革命以前の法原則の適用の結果にすぎないものとのことである――金沢・前掲一六一頁。

(13) 我妻・前掲二五一～二頁。
(14) de Montfort, op. cit., p. 21. 金沢・前掲一九一頁。
(15) 倉沢・前掲本誌三六巻七号五九頁以下。
(16) 野津・前掲「代位」損保研究所記念七五～六頁。
(17) 最高民集一八巻七号二六六頁。
(18) 大森・保険判例百選一一五頁。我妻他「事務管理・不当利得・不法行為」（判例コンメンタール）二三四頁。於保・前掲一三三頁。
(19) 石坂音四郎「民法研究」一巻一六九頁、一七二頁。
(20) Ripert, Droit maritime, 4e éd., t. III., 1953, n° 2796.
(21) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2e éd. par Esmein, t. VI., 1952, n° 541.
(22) 大判大正一五年五月一二日民集五巻三八六頁。
(23) 我妻・前掲一五四頁。加藤一郎「不法行為」一五四頁。
(24) 我妻・前掲一四九頁。於保・前掲一四二頁。
(25) 代位は、本来ならば権利が消滅し（例えば弁済者代位）あるいは権利が存在しない（債権者代位、賠償者代位）ところに権利を認める例外的制度である。
(26) 田中・前掲一八一～二頁。Sicot et Margeat, Précis de la loi sur le contrat d'assurance, 4e éd., 1962, n° 361.
(27) 第二節註（一一）。

四

商法六六一条は、保険の目的の全部が滅失した場合において、保険者が保険金額の全部を支払つたときには、保険者は被保険者がその目的につき有する権利を取得する旨定めている。この保険者の権利取得が、法律上当然の取得であることには今日まつたく異論がない。そこで、保険者の損害塡補による権利の代位取得という点からただちに対比されるのは民法四二二条の規定であるが、[1] 商法六六一条の規定を民法四四二条の用語法に従つて解するならば、そこでいう「其目的ニ付キ有

セル権利」とは、損害塡補の目的そのものについての権利であるから、例えば盗難保険における盗品の所有権・信用保険における第三者に対する債権（債務不履行にもとづく損害賠償債権ではなく、被保険債権そのもの）のごとく、保険金支払後も保険の目的そのものが権利の客体として存在している場合を意味すべきこととなる。しかるに、同条は、その要件として「保険ノ目的ノ全部ヵ滅失シタル場合ニ於テ」と明定しているから、字義どおりに解すれば、この場合に保険の目的物はもはや権利の客体として存在してはいないことになり、盗難保険における危険のごとく、目的物は盗取はされたが、その物自体は滅失していない場合、および信用保険のごとく、目的物の滅失ということが観念的にありえない場合は排除されることになる（殊に、現在のわが国の有力学説のように、本条の代位の目的は目的物についての所有権にかぎるものと解する立場では、有体物についての保険以外には本条は適用されないことを意味しよう。なお、後述第五節参照）。

現在わが国の学説はすべて、本条が、保険の目的物が残存した場合における、その残存物についての権利の代位を定める規定であると解している。例えば、野津博士は「損害保険において保険事故が発生し、保険の目的が大部分滅失毀損し、一部分残つた場合に、その残存価値を控除して保存金の支払をすることももとより妨げなく、実際上そのように処置することも稀れではないが、残存部分の評価・保険等が当事者に困難または煩雑であることもあり、この場合に、これを全損とみなして保険者が保険金全額を支払い、その代りに残存部分について被保険者の有する権利が保険者に移転するものとすれば、当事者にとつて便宜でもあり、また当事者間の衡平を保ち、利得禁止の原則にも合致する」[2]ものとされる。

あるいは、先に挙げた盗品所有権（第三者に対する権利としては物権的請求権）・第三者に対する債権についての代位は、商法六六二条の適用対象に含まれうるものであろうか。この点、ドイツ保険契約法六七条は、「保険契約者が第三者に対し損害賠償請求権を有する場合」と規定しており、またドイツ商法八〇四条も「被保険者の第三者に対する賠償請求権が存在しているところの損害を保険者が塡補したものであるかぎり」と規定していて、それらが第三者に対する賠償請求権の代位であ

ることがともに明白である。また、フランス保険契約法三六条は「自己の行為により損害を発生せしめ保険者の責任を発生せしめた第三者に対して」と規定しているのみであるが、学者はこの規定を民事責任を有する第三者（les tiers responsables）に対する求償権（recours）の代位と解している。[3]

わが国の学説においても、商法六六二条の一般的説明を見るかぎり、これを第三者に対する損害賠償請求権の代位と見ているものと解される。例えば、大森博士は、「保険事故が第三者の行為によつて生じた場合には、被保険者が何人かに対してこれによる損害賠償請求権を取得することが多い。この損害賠償請求権と保険契約による保険金請求権とは、法律的には別個の原因にもとづく別個の権利であり、理論上絶対に両立しえないものではない。しかし、損害保険契約も経済的には被保険者の蒙つた損害の塡補の制度として機能を有する点においては、各種の損害賠償請求制度と実質上は競合する関係にあるため、法は前述したような政策的見地からこの代位の法則をみとめたのである」[4]とされ、また野津博士は、「損害保険において、第三者の過失により損害が生じた場合には、被保険者は、第三者に対する賠償請求権と保険者に対する保険金請求権とを取得する。（中略）保険者がまずその損害を塡補した場合に、第三者はこれがために賠償責任を免れるものとすべきでない。依つて、商法は、第六六二条第一項の規定を定めている」とされる。[5]

また、伊沢博士は、「損害賠償請求権等」[6]とされ、田中（誠）博士は単に「請求権」[7]とされるが、これは、同条の要件たる第三者の行為のうちに、不法行為・債務不履行という違法行為のほかに、共同海損の場合における船長の処分行為等の適法行為をも含ましめられることに対する配慮と考えられ、盗難保険における盗品所有権・信用保険における債権等の保険の目的物自体についての権利を意味するものではないと考えられる。なぜなら、伊沢博士は、「被保険者がその損害について第三者に対して損害賠償請求権等を有するとき」と説明され、田中（誠）博士は、「第三者の行為により損害が発生した場合に、被保険者は保険者に対する保険金請求権とともに第三者に対する請求権をも同時に取得する」（傍点いずれも倉沢）と説

明されるのであつて、文脈上、その中に被保険者が保険の目的物につきすでに有していた権利を含むものではないことはあきらかである。求償権代位の要件たる第三者の行為の例として一般に挙げられるのは、不法行為のほかに、家屋賃借人の失火[8]・海上運送人の帰責事由による運送品の滅失または毀損[9]等の債務不履行および前述の船長の共同海損処分行為[10]等である。右のうち、不法行為・債務不履行により発生するのは損害賠償請求権であるが、船長の共同海損における処分行為により発生するのは分担請求権であつて、損害賠償請求権ではない。しかし、分担請求権は、目的物の滅失によりそれについての権利に代わるものであつて、その性質は損害賠償請求権に準じ、いずれにしろ求償の関係である。従つて、一般に例に挙げられている事項のかぎりでは、盗取者に対する物権的請求権・第三債務者に対する債権等は、商法六六二条の適用対象外ということになる。

岡野博士はこの点を明確に認め、それらの権利は六六一条（旧四一五条）により代位されるべきであるとして、同条が「保険ノ目的ノ全部カ滅失シタル場合ニ於テ」と規定することを、立法の不備であるとされる。すなわち、「我法律ニ於テ単ニ形体的基礎ヲ有スル保険契約ニ付テノミ此原則ヲ掲ケタルハ不備ト謂ハサルヘカラス（中略）債権ヲ保険ニ付シタル場合ニ於テハ保険者ハ被保険者タル債権者カ其債務者ニ対シテ有スル債権ヲ取得セサルヘカラス其債権ノ担保トシテ質権若クハ抵当権ノ存スルアルトキハ保険者ハ亦其担保ノ利益ヲ受ケサルヘカラス我法ハ此点ニ付テ直接ノ明文ヲ設ケスト雖モ第四百十五条ノ精神ヨリ推拡シテ如斯解釈セサルヘカラスト信ス」[11]とされるのである。

そこで、六六一条が、右のごとき保険の目的物自体についての権利と残存物についての権利との代位を含む規定であるものとするならば、そこには、二種のまつたく性質のことなる事項が含まれていることが指摘されなければならない。すなわち、盗難保険において目的物が盗取された場合・信用保険において信用危険＝債務不履行が生じた場合には、約定保険事故によつて被保険者に損害が発生しており、保険金が支払われるのは当然である。そして、当事者間の衡平の見地から、保険

金支払をなした保険者に盗品所有権・債権が法律上当然に移転するものであつて、それは民法四二二条と根拠を同じくし、ひいては商法六六二条と根拠を同じくする。これに対して、残存物が存在する場合には、そのかぎりで損害は未必なのであつて、保険金を支払うことがそもそも便宜的・例外的な取扱であることになる。

すでに第二節で見て来たように、わが商法の立法者は、本条をもつて、残存利益がある場合につき、保険制度の効用を減殺しないための便宜的規定と考えていた。このような趣旨の規定は旧商法には存在せず、また他の立法例を見ても、損害保険一般についてこの種の規定を置く例を見ない。ただ、海上保険契約については、ドイツ、イギリスその他に同趣旨の規定を見ることができる。すなわち、ドイツ商法八五九条は、「全損の場合に、保険金額の支払前に救助された物が存在する（etwas gerettet）場合には、保険金額からこの救助された物の価額（Erlös）を控除するものとする。（下略）（二項）保険金額の支払とともに、保険に付せられている物に対する被保険者の権利は、保険者に移転するものとする。（三項）保険金額の支払後に、全部的救助または一部的救助がなされる場合には、事後の被救助物に対しては、保険者のみ請求権を有するものとする。（下略）」と規定し、またイギリス海上保険法七九条一項は、「保険者が保険の目的の全部のまたは貨物の場合においては保険の目的の可分な部分の全損金を支払つた場合には、保険者は、全損金の支払われた保険の目的に残存することあるべき被保険者の利益を承継する権利を有する。そして保険者はこれによつて、損害を惹き起した災厄の時から保険の目的に在るおよび保険の目的に関する被保険者の一切の権利および救済方法に代位する」と規定する。

そこで、先ずドイツ商法八五九条の規定であるが、これはドイツ商法第四編（海商）第一〇章（航海の危険に対する保険）の第五節損害の範囲（Umfang des Schadens）の中に、全損の規定として置かれてあり、第三者に対する損害賠償請求権の代位を定める八〇四条が同第一節総則の中に置かれていることと、法典の構成におけるいちぢるしい相違を有する。そして、学者もこれを全損の中で論じるのが通例である。[12] わが国においても、加藤（由）博士は、商法六六一条を保険者の責任決定に

関する規定とし、代位とは異なつて論ずべきものとされる。すなわち、「これ保険者の損害塡補責任決定に関する交互計算主義に基く規定である（原註――英法にあつてはかかる場合における保険者の保険の目的に関する権利の取得を代位と称している。しかしわが商法上代位は同法第六百六十二条の場合を指し、第六百六十一条の場合はこれとその意義も効果も異にするから、これを交互計算の制度として論ずべきである）」[13]とされるのである。

もつとも、商法六六一条を、交互計算主義ないしは準損益相殺の規定としてとらえても、その効果として、保険金を支払つた保険者に残存物についての権利が当然に移転するにはちがいはないのであるから、そのことを代位と称ぶかぎりにおいては、それは用語上の問題として誤りであるとはいえないであろう。問題は、損害の範囲したがつて保険者の義務の範囲に関する法の決定である。すなわち、先に見たように、第三者に対する求償権代位および盗難保険における盗品所有権・信用保険における被保険債権のごとき保険の目的物自体についての権利の代位の場合においては、被保険利益につき損害は現実に発生しており、保険者は義務にもとづいて保険金の支払をなしていることはあきらかである。

保険者が義務にもとづかずに保険金の支払をなしたときには、被保険者はそのかぎりで法律上の原因なくして利得をしているから、利益の存する限度で保険金を返還しなければならない（民法七〇三条）。したがつて、残存物が存する場合に、その残存利益の部分については保険者の保険金支払義務が発生しないものであるとすれば、保険金の全額が支払われたときには、被保険者はその部分の保険金につき返還義務を負うのであつて、代位の生ずる余地はない。代位のためには、保険者に保険金全額についての支払義務の認られることが前提である。

ドイツ商法は、八五四条ないし八五七条において全損の意義を定める。例えば船舶および貨物につき、「船舶または貨物の全損は、船舶または貨物が滅失（zugrunde gegangen）した場合、またはそれらが沈没して救助できない（unrettbar gesunken）かもしくはその固有の状態を破壊したかもしくは捕獲宣言がなされた場合のように被保険者に回復の見込のない場合に、存

在するものとする。難破船体の破片または属具の破片が救助されたことにより、船舶の全損が否定されることはない」（八五四条）と定めており、これらの規定から、全損の意義は、一般的にいえば、保険の目的物がその物として存在しなくなつたとき、とされている。[14] そして、八五八条において、「全損の場合には、保険者は保険金額の全額を支払わなければならない」旨を定めた上で、その「全損の場合」にかぎつて代位を認めている。すなわち、保険者は、みずから進んで保険金の支払をなして、保険の目的物の上に存する被保険者の権利を代位することはできない[15]（八四一条三項）。しかも、全損の場合であつても、保険金の支払前に救助された残存物が存在する場合には、その価額は保険金額から控除されるのであつて、結局、代位がなされるのは、全損の場合でかつ保険金全額の支払後に救助されあるいは救助されるかも知れない物についての権利であることになる。

イギリスの海上保険法においても、代位を定める七九条は、損害の範囲（五五条ないし六六条）および保険者の責任の範囲（六七条ないし七八条）の規定に次ぐ位置に置かれている。そして、七九条一項の場合には、全損に対する保険金額の支払を要件としている。しかしながら、その保険金の支払が義務にもとづいてなされた場合にかぎられるかどうかは必ずしもあきらかではない。すなわち、Chalmersは、七九条の注釈として、「代位権は実損害塡補契約の必然的な附随条件（incident）であり、塡補される損害を軽減することができるかまたは軽減された一切の権利および救済方法の上に生じる[16]」と述べ、さらに、一八九六年のKing v. Victoria Ins. Co. 事件において、Privy Councilは、「保険契約にもとづきなされた請求の履行として保険者によりなされた善意の支払は保険者に代位権を与えるのに充分であつて、第三者が保険者の権利に異議を唱えてその支払は保険契約にもとづき現実に義務の履行としてなされたものではないと訴えることはできない（a payment bona fide made by insurers in satisfaction of a claim made under the policy is enough to give the insurers a right of subrogation, and it is not open to a third party to object to the insurer's right to sue that the payment is not actually due under the policy.）[17]」と

宣言し、現実に義務にもとづかない保険金支払によつても代位のなされうることをあきらかにしている。

かりに、義務にもとづかない保険金の支払によつて代位が可能であるならば、それは、被保険者の利得禁止のたてまえからして、代位が保険金支払の前提となる——代位を条件として保険金支払を認める——ことを意味し、その場合には代位の機能は委付とひとしくなる。しかしながら、委付の場合には、推定全損を条件とし、被保険者の選択ならびに一定の行為によつてはじめて保険金の支払が可能なのであり（六一条、六二条）、もしかりに保険者があらゆる場合に恣意的に代位を前提として保険金支払をなしうるものとすると、両制度のバランスはまつたく崩れてしまうであろう。そもそも委付は、推定全損が発生した場合に、その被保険利益を保険金額を対価として保険者に譲渡することの中に損害塡補性を有することによつて、損害保険の制度として認めうるものと考えられ[18]、委付が限定的な条件のもとにおいて認められているということこそ、かえつて保険者の恣意的な保険金支払が認むべからざるものであることの根拠となる。

代位は、一八八二年の Burnand v. Rodocanachi 事件の判決において Lord Blackburn の述べるように、すでに損害塡補者が義務にもとづく額を支払つてしまつている場合に、その損害を縮減するものがその額の支払を受けた人の手に入るときの衡平法上の処理であつて[19]、保険者の義務は代位からは独立の他の条件から定まる。そして、その条件は全損——現実全損（五七条）——である。先にあげた一八九六年の Privy Council の宣言は、善意弁済者保護の趣旨を述べるものであり、その趣旨から出て来ることは、義務にもとづかない保険金支払であることにつき悪意の保険者が権利取得をなしえないことはもちろん、善意の場合にも、保険者の側から義務にもとづかない弁済（非債弁済）であることの主張はできるということであろう。

イギリス海上保険法は、現実全損の意義につきドイツ商法と解釈上同趣旨の規定を置き（五七条）、さらに全損の場合の損害塡補義務の範囲を明定し（六八条）た上で、その義務にもとづく保険金支払を条件として[20]残存物代位を認めるものと解す

ることができ、ドイツ商法上の制度と同一である

このように、残存物についての保険代位制度を見て来ると、それが保険法的な損害塡補義務範囲の決定における事後処理的機能の地位を占めるものであることが判る。残存物代位は保険制度を効用あらしめるための便宜的制度といわれているが、実は、それは、残存物が存在するにもかかわらず保険者に保険金全額の支払義務を認める「全損」の制度がそうなのである。

保険法上の「全損」の観念は、「損害」概念の本来の内容からすれば、かなり制度的なものである。[21] その点で、それは、一般損害賠償法理における義務の範囲の法則から孤立する。すなわち、全損の意義については、あるいは「保険の目的の変革」[22]といい、「固有の性質を損われた」[23]といい、「従来の用法における経済的価値の全滅」[24]といわれている。しかしながら、損害あるいは利益とは、本来は、物理的な物の性状・存否からは自由な、ある特定の財貨と利益主体たる人との関係であり、[25] 損害額あるいは利益額とは、その関係の有する経済的価値の表示である。それゆえ、ある特定の財貨が、それを化体する物の物理的な性状の変更にもかかわらず、依然として財貨として利益主体と関係づけられているならば利益は存するのであつて、逆に、財貨たることをやめたならば、残存物についての利益ということはなく、従つてそれについての権利ということもありえない。それゆえ、右に挙げたような全損の意義は、損害概念の保険制度的な拡張を意味する。その意味では、Arnould のなすごとき、「保険法にいう全損は、これがために被保険者が保険者からその引受金額の全額を回復しうるところのものである」[26]という形式的な定義づけこそが正しいといえよう。

（1）松本烝治「保険法」一一五頁。田中・前掲一九一頁。
（2）野津・前掲「法論」二六三頁。
（3）Sicot et Margeat, op. cit., n° 361.

(4) 大森・前掲「保険法」一八二頁。
(5) 野津・前掲「代位」損保研究所記念七八～九頁。
(6) 伊沢・前掲三〇四頁。
(7) 田中・前掲一九二頁。
(8) 同右一九三頁。
(9) 小町谷操三「保険者の求償権代位に関する各論」損害保険研究二八巻三号五頁。
(10) 同右五頁。大森・前掲「保険法」一八三頁。田中・前掲一九三頁。
(11) 岡野・前掲五八四頁。
(12) ハーゲン・加藤訳・前掲三一六頁。
(13) 加藤由作「海上保険新講」二一五～六頁。なお、加藤博士は、「海上損害論」四〇二頁以下では、これを「準損益相殺」として論じられ、しかも「所謂代位（倉沢註、求償権代位）も其の本質は準損益相殺の場合に属する」とされる。
(14) ハーゲン・加藤訳・前掲三〇七頁。
(15) 岡野・前掲五八三頁。
(16) Chalmers, Marine Insurance Act, 1906, 5th Ed. by Holden & Drover, 1956, 879. 葛城照三・今泉敬忠訳二四二頁。
(17) Arnould, The Law of Marine Insurance and Average, 15th Ed. by Chorley & Bailhache, 1961, V. 2, p. 1192.
(18) 倉沢・前掲本誌三七巻一〇号四六頁以下。
(19) Arnould, op. cit., pp. 1191-2.
(20) Vance, Handbook of the Law of Insurance, 3rd Ed. by Anderson, 1951, pp. 791-2.
(21) ハーゲン・加藤訳・前掲三〇八頁。今村有「海上保険契約論」下巻一八頁。
(22) ハーゲン・加藤訳・前掲三〇六頁。
(23) 窪田宏・民事法学辞典下巻一一三〇頁。
(24) 田中・前掲一九一頁。
(25) 倉沢・前掲保険学雑誌四三七号三三頁以下。
(26) Arnould, op. cit., p. 1023.

五

わが商法六六一条は、代位の要件として、「保険ノ目的ノ全部カ滅失シタル場合」と規定する。そしてこの意味を、学説は一致して「全損の場合」と解しているが、そうだとすればこの規定の文言は問題である。すなわち、「保険の目的」は、保険契約の目的すなわち被保険利益とは異なるものであるから、その滅失と損害すなわち被保険利益の滅失とは異なる。保険の目的が損害保険契約の要素となるのは、事故の客体としてであつて、(1) したがつてその滅失は危険の発生のみを意味し、損害の範囲とは直接には無関係である。その両者がたまたま一致する場合もあるが、それは、有体物についての所有者利益を被保険利益とする契約においてのみである。しかしながら、有体物についての所有者利益の保険は、今日の時代的要請からすれば、損害保険の一部を占めるに過ぎないことはいうまでもない。そして、保険代位がその一部にのみ限定されるべきものとすべき理由のないことは、先に挙げた信用保険の場合一つをとつて見てもあきらかであろう。

このような法の不備は、商法六六一条の解釈にも影響を与える。すなわち、わが国の多数説は、本条の効果として代位される権利は所有権のみにかぎられるものとする。(2) これは、保険の目的の全部滅失がそのまま全損となる場合には、正しい。しかし、用益権・債権等を被保険利益とする場合、あるいは盗難保険のように目的物の滅失が約定危険ではない保険を考えれば、右の解釈のように限定することは正しくないものと思われる。(3)

代位の要件を全損と解することはもとより正当であるが、しかし、わが商法の体系に則して検討すると、解釈の根拠の点でさらに問題が生じる。すなわち、わが商法は、保険者の塡補義務の範囲については、原則的にその評価の基準を定めるのみである（六三八条「保険者カ塡補スヘキ損害ノ額ハ其損害ヲ生シタル地ニ於ケル其時ノ価額ニ依リテ之ヲ定ム（二項略）」）。右の規定によれば、あくまでも実損害額が算定されるべきこととなり、「全部滅失」といいうるがためには、その時における被保険

利益の価額と損害の価額とがひとしくならなければならない。そして、残存利益が評価されうるかぎり、被保険利益の価額と損害の価額とひとしくなることはありえない。そこで、商法六六一条を残存物代位の規定と解するならば、同条が、残存物がある場合にも全損として保険者が保険金全額の支払義務を負う趣旨を含む規定と解すべきこととなる。現代のわが国の学説は、ほとんどが右のように理解しているようである。(4)

先に述べたように、残存物代位は保険制度の効用を減殺しないための便宜的規定といわれているが、実は、残存物がある場合にも全額において保険者の塡補義務を認める「全損」制度の中に、右の目的は包含されており、代位はその制度からの必然的な事後処理である。そして、ドイツ・イギリス等の法制は、保険者の塡補すべき損害の範囲を法律上限定し、残存物代位をその中に位置づけ、そして、現行の代位の規定は、盗難保険における盗品所有権・信用保険における被保険債権のように、被保険利益の滅失にもかかわらず保険の目的が存在する場合、および第三者に対する求償権が存在する場合に限定すべきである。

このような提案は、決して単に形式的な不備のみを問題とすることではない。すなわち、法規の文理上代位を定める規定の中から保険者の義務の範囲をもとめることは、代位を前提として保険金の支払を可能ならしめるとする誤つた解釈を生む。保険者の義務を前提とし、保険者が保険金全額をその義務にもとづき支払つた場合にのみ残存物代位がなされうると解するかぎり、保険者の義務＝損害の範囲＝被保険利益は、残存物代位の可否とはまつたく無関係な、いわば先決問題であるはずである。

私は、かつて株券運送保険契約における被保険利益の問題をとりあげ、現行の株券運送保険契約をもつてしては、株式についての損害塡補を目的とする当事者の意思に副わない旨を主張して、(5)光栄にも多くの学者の批判を受けた。(6)運送保険と株式の喪失という損害を塡補すべき保険とは、単なる契約の名称・型体ばかりではなく、保険期間・保険事故その他の契約条

件ならびに効果をまつたく異にするものであつて、諸学者の御教示にもかかわらず私は未だ見解を改めるにいたつていない。しかし、私自身の主張はすでに尽くしているので、ここでは、本問題に関して次の点のみを指摘したい。

株券運送保険における被保険利益が株式であるとすると、約定危険の発生によつては被保険者には損害が生じない。従つて、その場合に保険金を支払うことは損害塡補を超えることになるのであるが、この点につき、多くの学者が、保険者が株式を代位取得をすることによつて弊害が避けられるものとされている。[7] このような見解においては、結局、代位の可否が保険者の義務の有無に根拠を与えているわけである。しかし、前述のように、保険者の義務は代位の先決問題であり、株式が代位されるがためには、株式についての「全損」が要件である。そして、株券の滅失によつては株式自体には何らの消長もなく、代位がなされることはありえない。[8]

さらに、実際上、当事者間の特約をもつて、損害が全損に近いとき（例えば五分の四以上の損害があつたとき）は全損とみなす旨定めることがしばしば行なわれるといわれるが、学説は、この特約を有効なものとする。[9] このような特約がなされるのは、損害の範囲を定める規定を欠くわが商法の不備に由来するものとおもわれる。損害保険契約の本質からして、当事者が全損を擬制して、全損でない場合にも保険金支払がなされるものとすることは問題であろう。保険者の義務は損害塡補給付であるから、すでに全損が保険制度の効用を減殺しないための便宜的・例外的制度であり、従つて、当事者が全損に該当しない場合をも全損とみなしうるものとすれば、それは、右の制度目的をも超えた部分について例外を認めるということになる。保険法上の他の規定とのバランスからいつても（例えば、評価済保険にあつても、保険者が約定評価額の著しく過当なことを証明すれば塡補額の減少を請求しうるのである）、そのような恣意的な約定を認める根拠はないものといわねばならないであろう。

右のごとき特約は、当事者の意思表示によつて保険金額の支払がなさるべき点で、むしろ本質は委付に近い。そして、委付の場合には条件が法定されており、蓋然的損害の発生を前提とし、保険金額を対価として目的を移転することがその蓋然

的損害の塡補であるかぎりにおいて認められているのである。この点からも、右のごとき特約は認めえない。かつて、委付が恣意的に多用されたがために委付の否定論が行なわれたが、[10] 右のごとき恣意的な特約を認めることもまた、弊害の原因となりうるものであろう。

それゆえ、全損擬制の特約は、それが全損の範囲内であるかぎりにおいてのみ、（無益ではあるが）有効とさるべきである。ドイツ海上保険普通約款は、その七一条二項で全損を擬制するが、それが有効であるのは、その場合もともと擬制は存しないからである。[11] わが商法の不備は、この場合にも問題を生ぜしめる。すなわち、右のごとき特約がどの範囲まで有効であるか（全損擬制特約の有効性を認める学者といえども、無制限にこれを認めるわけではないであろう）の基準が、法により与えられないことである。

（1）倉沢・前掲本誌三八巻九号六九頁以下。
（2）大森・前掲「保険法」一八二頁。田中・前掲一九一頁。伊沢・前掲三〇四頁。
（3）野津・前掲「法論」二六六～七頁。
（4）同右二六四頁。
（5）倉沢「有価証券運送保険の被保険利益」綜合法学六巻一〇号。同・前掲本誌三七巻一〇号。
（6）大隅健一郎・商事法務研究三五五号三六頁。小町谷・ジュリスト三三九号一二五頁。保住昭一・法律論叢三八巻二号七七頁。河本一郎・保険判例百選七五頁。青谷和夫「記名式株券の運送保険の被保険利益・等」法学論集（鹿児島大）二号二九頁。
（7）大隅・前掲三七頁。保住・前掲八三頁。青谷・前掲二九頁。
（8）田辺・前掲民商法雑誌三九七頁。
（9）伊沢・前掲三〇四頁。田中・前掲一九一頁。
（10）V. Émerigon, Traité des assurance et des contrats à la grosse, Nouvelle éd. par Boulay-Paty, 1827, t. II., p. 210.
（11）ハーゲン・加藤訳・前掲三〇七～八頁。