

# 損害保険契約における 「利得禁止原則」否定論 ( 2・完)

土 岐 孝 宏

はじめに	現状と問題の所在
第1章	利得禁止原則をめぐるわが国の議論
第1節	利得禁止原則に関する理解
第2節	利得禁止原則に関する理解の問題点
第3節	小 括 (以上第291号)
第2章	利得禁止原則をめぐるドイツの議論 (以下本号)
第1節	はじめに
第2節	学 説
第3節	判 例
第4節	小 括
第3章	結 論

## 第2章 利得禁止原則をめぐるドイツの議論

### 第1節 はじめに

ドイツ保険契約法 (VVG) 1条1項1文は、損害保険契約において、保険者は、保険事故の発生後、保険契約者に、それによって発生した財産的損害を、契約の定めに従い填補する義務を負う、と規定する。損害保険契約の総則規定 (VVG 49-68a 条) 中、51条が超過保険規制を、59条、60条が重複保険規制を、67条が保険代位を規定する。また、55条は、保険金額が、保険事故発生時の保険価額より高額であっても、保険者は、損害の金額を超えて填補する義務を負わない、と規定する。このように、損害保険契約には被保険者の超過填補を阻止する一連の諸規定が存在する。この

ことが、損害保険契約における利得禁止の考え方の基礎にある<sup>151)</sup>。ところが、わが国の商法と同様、現行 VVG にも、海上保険に適用される現行ドイツ商法（HGB）にも、利得禁止は、明示的に規定されていない<sup>152)</sup>。もっとも、歴史的には、1794年プロイセン一般ラント法（ALR）1983条が、利得禁止を明示的に規定していたとされる<sup>153)</sup>。それゆえ、従来の有力説により、損害保険における利得禁止は、上述の諸規定から推論される不文の強行法原則と考えられてきた<sup>154)</sup>。しかし、上述のように、現在、この見解は、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）によって明確に否定された<sup>155)</sup>。学説上も、この見解は、もはや支配的地位を失っているとされる<sup>156)</sup>。

現在、有力な見解は、利得禁止を法原則といった具体的法命題ではなく、さらに、個別規定による具体化を必要とする指導理念であるという<sup>157)</sup>。この有力説によれば、利得禁止は、法的安定性に基づき要求されなければならない、拘束力を持つ法の適用に必要な輪郭線を欠いているとされる<sup>158)</sup>。もっとも、利得禁止は、それを根拠になんらかの決定を行うのに、あまりに一般的で、不明瞭にすぎ、法律の原則として使用できない、という批判は、古くから存在した<sup>159)</sup>。さらに、近時の否定論によれば、保険法上の利得禁止原則が存在するかどうかの背後に隠れる問題は、利得禁止原則から、保険契約に関して直接的な法的効果が導き出せるかどうかであるとされ<sup>160)</sup>、新価保険における疑いのない利得を前に、これを許容する利得禁止原則は、法的効果を有していないとされる<sup>161)</sup>。また、この見解は、この原則の強行法規性について、相当性の原則（とりわけ、本稿にいう必要性の原則）に一致するか疑わしいとする<sup>162)</sup>。そのほかにも、強行法原則否定論者からは、VVG、HGB、そして実際の保険約款上の規定のうち、利得可能性を内在する諸規定の存在を指摘して、一般原則性への懐疑が表明される<sup>163)</sup>。

本稿第 1 章において、利得禁止原則の適用基準の不明確性、法的効果が存在しないという問題や、強行法規性または一般原則性が疑わしいという

問題が、わが国における理解にも妥当することを指摘した。従来、わが国において、利得禁止は、具体的法命題（法原則）か、それとも指導理念ないし指針にすぎないのかは、詳細に議論されてこなかった。一方、ドイツでは、古くから、この性質論をめぐって、見解が対立してきた。利得禁止を指針にすぎないとする解釈は、近時の有力説であり、上述の諸問題に一つの解決策を提供しうる考え方である。

本章では、従来の通説と近時の有力説との出発点の相違を明確にし、とりわけ新価保険との関係で、ドイツにおいて利得禁止原則が否定されるに至った過程を、学説・判例の順に検討する。

## 第2節 学 説

### 1. 伝統的見解と利得禁止原則否定論

ドイツにおいて、利得禁止に関する見解は、伝統的に2つの主要なグループに分けられるという<sup>164)</sup>。一方の見解は、利得禁止を、個々の法律規定を超え、上位に置かれ、そして拘束力のある法原則（Rechtssatz）であると理解する<sup>165)</sup>。他方の見解は、利得禁止を、単なる指導理念（Leitidee）または指針（Leitlinie）、あるいは主義（Maxime）にすぎないと考え<sup>166)</sup>、この指導理念が、VVG ないし約款の具体的な規定の中で取上げられ、そして実施されている場合にだけ拘束力をもつにすぎないと解する<sup>167)</sup>。

上述の見解の相違は、現行 VVG が、超過填補（利得）を阻止する具体的規定（例えば VVG 55条、59条、67条）と並存して、反対に、超過填補を許容する規定（例えば、評価済保険規定である VVG 57条、保険価額不変更主義を規定した VVG 140条）も含んでいるという事実と直面し、生じる。立法者が、VVG 起草にあたり、損害保険に関する一部の規定において、利得禁止の考え方を出発点としたことは、いずれの学説においても承認されている<sup>168)</sup>。しかし、実際に起草された VVG の諸規定を観察すれば、その意思是、一部の規定に現れているが、VVG 全体に貫徹されな

かった。この事実に関する立法者意思の解釈にあたり、見解の相違が生じる。

法原則としての利得禁止原則を承認する見解は、利得を阻止する特別の諸規定は、超過填補を阻止する（利得を禁止する）包括的な法律意思の「不完全な表現」である、と解釈し、この意思は、それゆえ、損害保険全体において顧慮される必要があるとする。この理解から、利得を阻止する個別規定に基づいて、それらの上位に位置する一般的な利得禁止原則が推論される<sup>169)</sup>。

これに対して、法原則としての利得禁止原則を否定する見解は、以下のよう考える。まず、「利得を禁止する包括的意思の不完全な表現」という解釈に対しては、以下のように批判する。すなわち、上述のプロイセン一般ラント法の例が示すように、仮に立法者が、実際にも損害保険全体に通じる一般的な利得禁止に効力を得させようと意図する場合、利得禁止に代えて、単に法的に異なった内容を伴う個別規定のみを規定するのではなく、利得禁止それ自体を規定することを容易に思いつくであろう<sup>170)</sup>。このことから、利得を阻止する特別の諸規定は、超過填補を阻止する部分的（特別）な法律意思の表現にすぎない、と解釈し、一部の具体的規定においてのみ、超過填補を阻止する立法者の意思が実現された、と解釈する。それゆえ、この意思は、VVGが、実際にも超過填補を阻止している規定に即してのみ顧慮されれば足り、これらの規定を超え、一般性をもって適用される不文の法原則は存在しないという<sup>171)</sup>。

利得禁止に法原則の地位を与えるか、それとも、これを否定し（場合によっては）指針としての地位しか与えないか、その出発点の相違は、法解釈に際して、以下の特徴的差異を生ぜしめる。法原則の性質を承認する見解は、利得禁止原則それ自体の具体的な適用、そして、その場合の固有の法的効果にも言及する<sup>172)</sup>。反対に、これに、指針ないし指導理念という性質しか認めない見解は、いずれにしても、利得禁止それ自体が、固有の法的効果を展開するものとは考えておらず、それについての独自の法律効

果を認めていない<sup>173)</sup>。

## 2. 伝統的見解における利得禁止原則の理解

### (1) 利得禁止原則の意義

伝統的見解は、利得禁止原則を、具体的需要充足の原理ないし填補原則に還元する<sup>174)</sup>。それゆえ、この見解にいう利得禁止原則の定義は、VVG 1条1項1文と同様の内容となる。すなわち、損害保険契約において、保険者は、保険事故発生後、保険契約者に、それによって発生した財産的損害を、契約の定めに従い填補する義務を負うことが、利得禁止原則とされる。なお、後述するように、この見解のいう損害は、時価損害を意味する<sup>175)</sup>。

他方で、この見解は、利得禁止原則の内容として、填補原則とは異なる意義を与えている<sup>176)</sup>。それによれば、利得禁止原則は、人保険は、これを定額保険として営むか、それとも損害保険として営むかの選択の余地があるが、非人保険、とりわけ物保険は、損害保険の形式しか採用できないという規則に関わるという。

### (2) 利得禁止原則の法源と法的性質

この見解は、利得禁止原則の法源を、とりわけ、VVG 1条1項1文、同55条に求め、これらの規定から「損害保険が利得となることは許されない」という法原則(Rechtssatz)が推論されるとし、超過保険(VVG 51条)、重複保険(VVG 59条)、賠償請求権の移転(VVG 67条1項1文)に関する諸規定も、填補原則(Entschädigungsprinzip/*principle of indemnity*)を確認しているという。あるいは、たとえ1条1項1文、55条(そして51条、59条といった個別規定)に拠り所を求めない場合でも、損害保険が、利益(利得)をもたらしことは許されない、という(不文の)国際保険法原則を語るができるとする。

利得禁止原則の法的性質については、最上位の原則、すなわち、損害保険が利得となることを禁止する絶対的に強行性をもった法原則(Rec-

htssatz)が存在するという<sup>177)</sup>。

### (3) 利得禁止原則の目的

利得禁止原則は、保険とゲームないし賭博との区別を目的とし、さらには、仮に保険事故が、填補だけでなく利得さえも導く場合、有責の保険事故招致が増大するので、主観的危険の減少をも、その目的としているという<sup>178)</sup>。

### (4) 利得禁止原則の適用とその法的効果

#### 適用範囲

利得禁止原則を法原則として承認する見解は、本原則が具体的に適用されることを当然の前提として、その適用範囲について以下のように説明する<sup>179)</sup>。

需要充足の種類に対応し、VVG 1条1項1文の損害保険(具体的需要充足の保険)と、同項2文の定額保険(抽象的需要充足の保険)とが対置される。具体的需要充足と抽象的需要充足との区別だけが、保険の統一的概念枠組みにおける損害保険と定額保険との不可欠の境界付けを可能にする。この区別にしたがい、利得禁止原則は、具体的需要充足の原理に基づく損害保険にのみ適用され、抽象的需要充足の原理に基づく定額保険には、適用されない。なお、少なくともVVGにおいて抽象的需要充足の保険として予定される人保険でも、それが具体的需要充足の原理に基づいて営まれる限りで損害保険となり、したがって、ここでも利得禁止原則は適用されるという<sup>180)</sup>。

ところで、この見解は、既述のように、利得禁止原則のもとで、人保険は、定額保険形式も、損害保険形式も選択できるが、非人保険、とりわけ物保険は、損害保険の形式しか採用できないという規則を理解する。この見解によれば、非人保険の場合、常に、具体的需要充足を提供することが命令され、非人保険は、必然的に損害保険となるという。例えば、物保険、信用保険、抵当保険、利益保険、責任保険、そして再保険が非人保険とみなされ、これらの保険は、利得となってはならず、そこでは、合意によっ

ても変更できない保険法上の利得禁止が妥当するという。

このような理解の背後には、以下の事情があるものと思われる。VVG 1 条 1 項が、損害保険と人保険とを対置していることに基づいて、その 2 文において、人保険は定額の給付をなす義務を負う保険であるとするが、それはあくまで人保険に関する規定であって、非人保険に関する規定ではない。そうすると、2 文に規定されていない非人保険は、1 文の対象となるという理解が選択肢として考えられる。そのような解釈から、一歩進んで、非人保険は、1 文に規定される保険類型（損害保険）からの逸脱が禁止されるとするのが、上記の考え方である<sup>181)</sup>。

#### 法的効果

この見解は、利得禁止原則の法的効果について、以下のようである。保険法の領域において、絶対的に強行性をもった、合意によっても変更できない利得禁止原則の違反が、保険契約上の合意の無効または部分的無効を引き起こす<sup>182)</sup>。しかし、一方で、民法 (BGB) 134 条にいう、無効の制裁を伴う法律上の禁止は問題とならない<sup>183)</sup>。この意味するところは、必ずしも明らかでない。BGB 134 条は、法律上の禁止に違反する法律行為は、当該法律により、別段の結果を生ぜざる限り、これを無効とする、と規定している。この見解から、利得禁止原則は、法律上の禁止と理解されているので、BGB 134 条の適用がひとまず予想される。しかし、この見解は、VVG 55 条から、いわゆる利得禁止原則を推論するがゆえに、法律上の禁止である利得禁止原則違反の場合についても、VVG 55 条が、その場合の効果を明らかにしていると解釈するのであろう。つまり、法律上の禁止の根拠規定である VVG 55 条が、損害填補を超えて給付義務を負わないことを規定するから、これが無効とは異なる別段の結果を生ぜしめている場合に該当すると解釈するのであろう。それゆえ、VVG は、多くの強行法規を含んでおり、保険約款が強行法規から逸脱する場合、例外なく無効の効果が生じるのではなく、契約の修正が行われ、保険法上の利得禁止原則の違反も、通常、結果として“保険契約者は自己に生じた損害よりも多くの

填補を受領しない(まさに VVG 55条)”ことだけを伴うとされる<sup>184)</sup>。つまり、利得禁止原則という強行法原則は、契約上の合意の無効という法的効果を生じさせるとしながらも、利得禁止の違反により例外なく無効の効果が生じるのではなく、通常は、単に「保険契約者は自己に生じた損害よりも多くの填補を受領しない」という形で契約の修正が行われるとする。

ここで注意しなければならないのは、利得禁止原則という最上位の原則をもち出さなくても、この結論は導けることである。さらに詳言すれば、この見解は、上位にある利得禁止原則という法原則(大前提)から、法律要件の事実認定を通して(小前提)、合意の無効を生じさせる(法的効果)という法的三段論法の過程を想定している。しかし、実際には、上位にある利得禁止原則という法原則を語り(大前提)、要件事実の認定を通して(小前提)、“保険契約者は自己に生じた損害よりも多くの填補を受領しない(損害填補性) = 利得禁止原則<sup>185)</sup>”という結果(すなわち大前提)を再び語っている。つまり、利得禁止原則は、大前提であり、また効果(結果)でもあるという循環論に陥っている。

この論法は、VVG 55条および超過保険、重複保険、保険代位に関する個別規定を通して、損害保険契約における保険給付は、「結果として利得禁止になっている」という損害保険契約の損害填補性の説明にはなりえても、利得禁止原則という個別規定の上位に位置する法原則(法命題)が適用され、その結果、個別規定とは異なる独自の法的効果(例えば、この見解が理解する契約の無効)を導き出すことの説明について、回答できる論法ではない。結局、この見解において、個別規定の上位に位置する利得禁止原則を観念し、さらにこの性質を強行法原則とすることの意義は、これを具体的法命題とし、法的紛争解決のための準則とすることにあるのではなく、VVG が予定する保険給付に際しての損害填補性の実現に資する VVG 55条・67条等の個別規定の強行法規性を根拠付け、保険金の支払い方についてこれらの諸規定からの逸脱を許さないことにより、損害保険契約における損害填補性を固定的に維持・保全することにしかなかったので

はないだろうか。

さて、このような見解は、いかにして利得禁止という結果が生じるか、あるいは、それが実現されているかの説明について、以下の法律構成を提供する<sup>186)</sup>。それによれば、法律は、保険契約者が、損害の金額を超えて填補を要求することができないことに配慮する諸規定(例えば、重複保険については59条1項、最終的な超過保険に関しては55条<sup>187)</sup>)によって利得禁止という結果を実現しているという。そして、損害保険に基づく填補請求権は、損害が欠如する限りで、そのことを理由に、(または、その程度に応じて)原因(causa)を欠くという。なぜなら、保険者は、保険契約者に対し、損害の金額を超えて填補する義務を負わないからである(VVG 55条)。したがって、仮に、損害が欠如する場合には、その限りで、法律上の原因を欠くことになるので、超過支払金額は、BGB 812条1項1文(不当利得)に基づき、返還請求できるという。

このような理解に立てば、保険契約によって、保険契約者が、損害なく填補を要求すること、または、彼が損害を超える填補を要求することは、有効に協定できないことになる。しかし、例えば、VVG 57条のように、損害が部分的に欠如する場合も存在し、この見解に立てば、実際の保険価額を超える部分(もっとも、著しい超過でないことが要求される：VVG 57条2文)は、不当利得として返還される必要がある。損害がないにもかかわらず、不当利得の対象とされず、したがって、結果として損害額を超えて填補がおこなわれることを、この見解では、以下のように構成する。すなわち、原則として、損害がなければ原因を欠き、不当利得返還の対象とされるが(VVG 55条)、しかし、VVG 57条あるいはVVG 140条が法律上の原因を提供しており、したがって、そこでなされる損害額を超える給付(利得)は、「法律上の原因なくして」というBGB 812条1項1文の要件を満たさず、返還対象にならないとする。

この種の例外は、利得禁止原則の部分的逸脱(Die Durchbrechungen)と称される。不当利得返還構成をとるこの見解に依拠しても、損害額を超

える填補に関する「契約上の合意」という“原因”が存在する場合、同じく「不当利得返還の対象とならない」という結果を導きうる。しかし、この見解によれば、このような利得禁止原則の部分的逸脱は、VVG 57条、VVG 140条といった成文法に基づくことが要求され、その限りでのみ利得禁止原則の例外が許されるとする。そして、利得禁止原則の部分的逸脱は、契約（契約上の合意）により、現行法の例外規定以上には拡張できないという<sup>188)</sup>。

### 3. 利得禁止原則否定論による批判 利得禁止原則の崩壊過程

以下では、上述の伝統的見解による強行法原則としての利得禁止原則が、学説上崩壊するに至った過程を、否定論の主張とともに検討する。

ドイツにおいて、近時、とりわけ新価保険をめぐる議論の中で、利得禁止原則が否定された背景には、大きく分けて3つの要因が関係する。第一は、伝統的学説が利得禁止原則の法源とした VVG 55条にいう損害概念が、時価損害以上に拡張されたことである。損害概念のこの変化は、新価保険の法的構成に関する問題と深く関係して生じた。これによって、時価を超える保険給付は許されないという伝統的学説のいう利得禁止原則が否定された。

第二は、学説・判例によって実際に使用される利得禁止原則の具体的内容の検討を通して、利得禁止原則が、法規範（法命題）としてそれが備えるべき要件を欠いている事実が明らかにされたことである。これによって、具体的法命題（法原則）としての利得禁止原則が否定された。

第三は、上記の法命題性の否定とも関連し、利得禁止原則が有する機能（目的）が、相当性原則（必要性の原則）の観点から疑問視されたことである。これによって、強行法規としての利得禁止原則が否定された。

以下では、上述の要因を順に検討していく。

#### (1) VVG 55条の損害概念変化と利得禁止原則の否定

##### VVG 55条の基本的理解

VVG 55条は、「保険者は、保険金額が保険事故発生時における保険価額より高額るときでも、保険契約者に、その損害の額を超えて填補する義務を負わない」と規定する。従来通説は、この規定から、損害保険が利得となることは許されないという法原則が推論されるとしてきた<sup>189)</sup>。これによれば、VVG 55条の使命は、損害保険において、保険者の給付を損害の填補に制限することにあるという。換言すれば、保険者に、最高でも、積極保険の場合には被保険利益の減損の程度と一致する、そして消極保険の場合には発生した債務の程度と一致する範囲でのみ義務を負わせる、という使命である。また、VVG 55条は、すでに同法1条1項1文に含まれる命題、すなわち、「保険者は、損害保険においては、保険事故の発生後、それにより引き起された財産損害を填補しなければならない」という命題を補足する規定であるという。ここにいう「補足」の意味は、1条1項1文の命題が、保険金額が保険事故発生時の保険価額を上回る場合、したがって、保険事故の時点で、超過保険が存在する場合にも適用されるということである。

このように、損害保険契約の損害填補性が、VVG 1条1項および55条から読み取れること、そして、保険価額を有する積極保険においては、被保険利益の減損が損害であるとする保険損害の理解は、利得禁止原則否定論者のそれも同様である<sup>190)</sup>。後述するように、利得禁止原則を否定する最近の学説は、基本的に損害保険契約の損害填補性（非定額保険性）を承認しつつも、損害概念（被保険利益概念）の拡張をみとめることによって、利得禁止原則を否定する。

ところで、VVG 55条は、VVG 68a条において、相対的強行法規としても列挙されていない。しかし、従来通説によれば、VVG 55条には利得禁止が滲み出ており、同条はこれを理由に、合意によっても排除できない絶対的な強行法規であると解されてきた<sup>191)</sup>。他方、強行法としての利得禁止原則を否定する見解にあっても、VVG 55条の強行法規性は承認されているといわれる<sup>192)</sup>。しかし、当然ながら、これらの見解がVVG 55条

を強行法規とする理由は、利得禁止原則ではない。学説には、VVG 55条の強行法規性は、“保険者の損害填補義務が、損害保険契約の必然的な構成要件に該当する特徴である”という事情から明らかになるというものがある<sup>193)</sup>。それによれば、保険者が、異なった、とりわけ損害填補を超える給付義務を負う契約は、損害保険契約でないという。しかし、VVG 55条が、ある契約を損害保険契約と性質決定する機能を有するとしても、それを根拠にして、本条の強行法規性まで導けるか、なお検討の余地がある。なぜなら、私法領域において、当事者意思に基づく典型契約からの逸脱は、自由を本則とするからである。したがって、典型契約からの逸脱が強行的に禁止される根拠が、明らかにされる必要がある。しかし、これらの見解において、その根拠まで明示的に説明する者は少ないように思われる。しかしながら、これらの見解の基礎には、保険契約でない（すなわち、損害填補ないし利益填補を超える給付義務を負う）契約は、法的に承認される非典型契約になるのではなく、ただちに賭博契約になるという考え方がるように思われる。つまり、VVG 55条の損害填補性は、賭博との区別に資し、本条の利益要件によって区別される賭博は、公序則に照らして許されないという理由から、本条を強行法規と理解しているように思われる<sup>194)</sup>。したがって、このような見解は、利得禁止ではなく、むしろ賭博との区別を理由に、VVG 55条を強行法規としているといえよう。

上述のように、保険と賭博との区別を目的に、VVG 55条、ひいては損害填補性（非定額保険性）を強行法規とするのであれば、仮にその他の基準により、保険と賭博との区別が行える場合、VVG 55条を強行法規とする必然性は必ずしもないように思われる。同様に利得禁止原則を否定したうえで、この見解に立つのがゲルトナーであろう<sup>195)</sup>。ゲルトナーは、VVG 55条を任意法規とし、当該条項は、保険契約当事者が、単純な損害填補ないし価値補償に向けられた契約を締結した前提でのみ適用されるといふ。ゲルトナーは、保険と賭博との区別に関して、“経済的まじめさ”という基準によって保険契約という性質決定が可能であるとする。ゲルト

ナーは、定額給付をおこなう物定額保険を許容する。しかし、このような物定額保険も、これをゲームや賭博と一線を画すために上限があるとし、“経済的なまじめさ”を判断基準として、結局のところ定額給付でありながらも、生命保険に認められるような完全に自由な定額協定を許す趣旨ではない。ここでゲルトナーが賭博との区別の基準としてあげる「経済的なまじめさ」は、実は内容的にみて、広い意味での損害填補性である。というのは、その見解によれば、保険契約締結のもとで、価額(Wert)と一定の金額(Summe)との間に相違が存在しても、ただそれだけで、ゲーム取引にはならないという。ゲーム取引というためには、ゲームの動機が証明されなければならない。保険契約締結時において、当該一定の金額の設定が、“実際に存在する価値”を基準に判断される場合、常にその動機が欠けるという。“実際に存在する価値=経済的なまじめさ”は、客観的観察者のもとで、当該価値に代わって、依然として代替の等価物と見られる場合に承認される。つまり、保険者の給付が、保険事故によって損なわれた価値に代わる、代表物または代替の等価物とみなされ得ることを前提にしている。

それゆえ、利得禁止原則を承認し、VVG 55条を強行法規とする見解、利得禁止原則を否定し、VVG 55条を賭博との区別ゆえに強行法規とする見解、同様に利得禁止原則を否定し、VVG 55条を任意法規とする見解は、一見すると相当異なるが、内容的に以下の共通点を見出すことができる。すなわち、いずれの見解も、少なくとも賭博との区別という観点から、とりわけ物保険における損害填補性を(程度の差こそあれ)基本的には維持することで共通する。他方、このことをVVG 55条によって根拠づけるか、あるいは別の観点(経済的なまじめさ)で根拠づけようとするかで、VVG 55条の法的性質に見解の相違が生じるとまとめることができよう<sup>196)</sup>。さらに、利得禁止原則を否定する見解が、VVG 55条を強行法規と理解する場合が多いことから分かるように、利得禁止原則を承認するか否かは、VVG 55条の法的性質をどのように理解するのかと直接に関係しない。伝

統的学説のように、VVG 55条から強行法としての利得禁止原則を導くか、もはや VVG 55条からこの種の強行法命題を導けないとするかは、結局、本条にいう「損害の填補(利益要件)」をどのような内容で理解するかの差異から生じる。以下では、利得禁止原則否定の足がかりになった VVG 55条の損害概念変化の過程を、新価保険との関係で紹介する。

#### 新価保険とその法的構成

##### a) 新価保険

新価保険のもと、保険者は、保険事故に際し、保険契約者に、減価控除をせず、新しい同種の物の購入金額を自由に使用させる義務を負う<sup>197)</sup>。ここにいう新価に関し、保険実務では、ほとんど例外なく、以下の定義が採用されているという<sup>198)</sup>。「“新旧”間の差引計算をせず(ohne Abzug “neu für alt”),同種・同質・同機能の新しい物を、保険事故時点における費用を基準として、再調達しまたは修復するために必要な金額」が、新価である。ohne Abzug “neu für alt”とは、保険の目的について減価償却(減価控除)をしないことを意味する<sup>199)</sup>。

このように、新価保険は、保険事故発生の際における同種・同質の物の再調達価額を保険価額(填補価額)とする保険である。また、新価保険においては、すでに契約締結時において、新品の価値がなかった物(中古品)でも、新価で保険されうる<sup>200)</sup>。

新価保険の発展をその歴史的起源に遡ると、この保険は、20世紀の成果ではなく、陸上保険の端緒にまで遡り、当時、今日と同様に、物保険の通常形態になっていたという<sup>201)</sup>。減価償却を行わないという点で時価保険と区別される新価保険は、すでに中世の火災ギルドによって実施されていたといわれる。火災ギルドは、火災によって破壊された建物の復旧を、現物復旧(Naturalherstellung)を通して保証した。それゆえ、ここでも、古い物に代えて新しい物という差引計算(減価償却評価)は、行われなかった<sup>202)</sup>。この手法による新価保険は、17世紀における貨幣経済の浸透とともに、金銭填補が現物復旧に代わるまで、実施された。金銭填補の浸

透は、単に保険給付を受領することだけに利用される“投機火事(Spekulationbränden)”を増加させた。このような弊害を除去するために、新価保険は廃止された。その結果、1833年段階で、新価保険を再び採用したハンブルク火災金庫は例外として、他の公的・私的保険者は、1920年代まで時価についてのみ保険を引受けていた。しかし、この時代に新価填補が行われなかった原因は、その保険が許容されなかったことにあるのではなく、新価填補に対応する需要がなかったことにあるという。なぜなら、時価填補と新築費用との差額は、その時の自己資金によるか、あるいは借入れによるか、いずれかによって調達できたからだという<sup>203)</sup>。

新価保険ニーズが欠如した社会状況は、有形資産を除き、大半の資本備蓄を使い果たした第一次世界大戦、およびその後続くインフレといった社会変動により変化した。保険契約者は、もはや、復旧費用と時価填補との差額を埋め合せる状況になくなった<sup>204)</sup>。それゆえ、不足する資金は、異なった手法により埋め合わす必要が生じた<sup>205)</sup>。

ところが、その後まもなくして、新価保険の許容性に異議が唱えられた。1925年、ライヒ保険監督庁は、火災保険会社から提出された新価保険約款の認可を、利得禁止違反を理由に認めないとする決定を行った。監督庁は、以下のように新価保険の不適法性を説明した。すなわち、保険者は、実際に発生した損害の填補についてのみ義務を負うことが許されるが、新価保険において、保険者は、このことと矛盾して、損害金額を超える物価値の維持(Sachwerterhaltung)を引き受けなければならない。それゆえ、新価保険は、保険法上の利得禁止、つまり強行法規とみなされるVVG 55条に対する違反を理由に、法的に許されない。しかし、その理論的な新価保険の非許容性・不適法性は、実際の経済ニーズにより覆され、監督庁も1928年に、早々とその見解を変更し、まもなく新価保険約款に認可を与えたという。

b) 新価保険の法的構成をめぐる見解の相違

新価保険の必要性を認識し、許容性を承認した後、学説に残された課題

は、この保険にいかなる法的構成を与えるのかという、法による事後追認作業であった。新価保険の法的構成に関し、ドイツでは、3つの異なる見解が主張されたという<sup>206)</sup>。

コンビネーション理論によれば、新価保険は2つの保険、つまり、時価損害を填補する物保険と、再調達にあたり、新価と時価との差額の程度で発生する実際に必要な諸費用を填補する費用保険との組み合わせによって構成されるという<sup>207)</sup>。この構成は、保険契約者は、例えば、家屋の火災により、現在資産（Aktivum）だけを侵害されるのではなく（建物の時価損害）、彼にとって、建物を再築するという実際の必要性から生じる負債（Passivum）（新価と時価との差額損害）も発生するという考え方に基づく。

この構成の長所は、保険法上の利得禁止原則に反することなく、新価保険を損害保険とみなしうる点にあるとされる<sup>208)</sup>。したがって、この見解は、新価保険を利得禁止原則の表見的例外とし、利得禁止原則を破るものではないとする<sup>209)</sup>。

このような従来の通説に対しては、まず、根本的に非常に不自然であり、理解しがたいと批判される。例えば、決して、経営学者ないし経済学者も、コンビネーション理論という単一契約の分解を理解していないという<sup>210)</sup>。次に、保険実務に一致する構成でないと批判される。コンビネーション理論という消極保険は、概念上、時価と新価との相違の程度で発生した負債も、保険者から填補されることを前提とする。しかし、実際の新価保険における填補価額は、損害の日における価格に左右され、後に、実際に必要となった復旧費用は、常に問題にならないという<sup>211)</sup>。さらに、物保険の作為的・人工的分解は、一部保険における填補計算を困難にすると批判される。それによれば、時価保険と新価保険との二分割を通して、“分割”した填補計算が必須のものとなり、そのような計算は困難であるばかりか、その計算に、時価保険金額（Zeitwertversicherungssumme）という前提が、欠如するという<sup>212)</sup>。

この批判は、以下の説例より明らかになろう<sup>213)</sup>。例えば、時価80万ユーロの建物に関し、100万ユーロの新価保険金額が設定されていたが、保険事故が発生した場合に当該建物の実際の新価が120万ユーロであった場合を考える。全損時に、仮に、新価保険を一体の物保険と考えると、保険金額(100万)が、新価(120万)と対比され、その填補額計算は、 $120万 \times 100/120$ となる。その結果、均一に、一部保険が時価部分に関しても生じる(ラングハイド(Langheid)方式/一括方式)。しかし、新価保険を物保険と費用保険との2つの保険に分類する構成をとる場合(コンビネーション理論)、時価(80万)と新価差額(40万)とは、別物とみなさなければならない。それぞれに対応する別々の保険が存在するからである。その場合、新価保険金額(100万)は、分離された時価部分(80万)を超え、したがって、物保険に関しては全部保険となろう。それに対して費用部分は、時価を超える保険金額(20万)の時価を超える保険価額(40万)の割合で填補されることになる。その填補計算は、 $80万(全部保険) + 40万 \times 20/40$ となる。結局、一部保険は、費用保険のみに生じることになる(マルティン(Martin)方式/上乘せ方式)<sup>214)</sup>。しかし、単純に、物保険部分につき100万という新価保険金額を前提に全部保険とすることができるだろうか。これはあくまで新価保険金額であって、時価保険金額ではない。仮に2つの保険が存在するというならば、物保険金額(時価保険金額)と費用保険金額とが必要なはずである。時価保険金額という前提が欠けるという批判は、このことを述べているものと思われる<sup>215)</sup>。

より広範なコンビネーション理論に対する反論は、再調達費用、すなわち復旧費用は、実際に必要な費用・支出であり、それを民法の損害概念で捉えうとする想定が、常に妥当するわけではないことにあるという<sup>216)</sup>。保険契約者は、度々、等価値の中古品を再調達でき、その場合には、新旧間の差額の程度での、強制された費用は問題とならない。そして、積極消極保険としての新価保険の法的分類の成否は、新価と時価填補との差額の程度でのマイナスの発生にかかっているが、多くの場合、新しい物の調

達が不可欠であるかどうか非常に疑わしいとすれば、新調達のために支出される費用は、伝統的・典型的にマイナスと同視される実際に必要な費用ではないという。それゆえ、新調達に対する費用は、通常、自発的な出捐であり、ただ単に、支出することになった原因が、不本意な原因に過ぎず、この種の支出は、コンビネーション理論支持者によって主張された損害概念の外にあるという。

次に、慣習法理論の支持者は、新価保険の許容性を、「法律違反の（*praeter oder contra legem*）慣習法」に求める。

この見解によれば、新価保険は、VVG 55条に違反して、慣習法上許容されるという<sup>217)</sup>。新価保険における利得は、物保険の枠組において、慣習法上許容され、経済的に正当化される。なぜなら、その利得は、保険契約者にとって、予定されない、そして彼に保険事故を通して押し付けられた支出の填補のみをもたらすからである<sup>218)</sup>。さらに、この見解において、新価保険は、ただ、従来の慣行の範囲でのみ、慣習法上正当化されると考えられている<sup>219)</sup>。

この見解に対しては、以下のような批判が唱えられる<sup>220)</sup>。新価保険の許容性を慣習法にもとめる学説は、新価保険それ自体に慣習法という性格を与えており、VVG 55条の損害概念の変更が、慣習法上許容され、合法化されたと理解しない。この相違は、新価保険それ自体が慣習法であって、許容されると理解するのか、それとも、新価保険それ自体は慣習法でなく、いふならば慣習法によって VVG 55条の損害概念が変化した結果、新価保険も許容されていると理解するかにある。新価保険それ自体を慣習法と理解することの問題は、以下のことにある。すなわち、新価保険といっても、その具体的な態様は様々であり、その態様が今までの慣行の範囲でのみ正当化されると考えるのであれば、新価保険の内容上の発展は事実上不可能となる。このように、慣習法としての新価保険には、長期の慣行の必要性を理由に甚だしい固定性が付着し、とりわけ、この静的結論は、使い物にならず望ましいものでもないという<sup>221)</sup>。

あるいは、慣習法は、明晰な線引きができないために、どのような前提条件のもと、新価保険が許容されるのかについて、使用可能な基準を提供できないと批判される<sup>222)</sup>。

最後に、一元物的物保険理論(Raiser-Berndt理論)によれば、新価保険は、当事者が填補価額として被保険物の新価を協定するという、特別の評価協定をともなった純粋な物保険であるという<sup>223)</sup>。これが、現在における支配的見解であろう<sup>224)</sup>。

この構成に対しては以下の批判がなされた<sup>225)</sup>。確かに、法律は、VVG 52条から逸脱する協定を許容し(例えば、VVG 86条)<sup>226)</sup>、当事者に価額評価に関する協定の可能性を認めるが、一元物的物保険理論の主張者は、価額協定に対する資格制限の程度を誤解している。損害保険領域における契約上の協定は、評価方法(評価基準)に関してのみ許容され、評価の時期に関しては許容されない。VVG 52条、およびVVG 55条は、とりわけ強行法的に保険事故の時点の評価時期として定めている。ところが、新価は、その物が以前に有していた価額である。それどころか、現在においての同種の新しい物の仮定的価額に過ぎない。法律は、当事者が、物の評価のもと、それが過去に有していた価値を基礎にすることを許容する根拠を与えていない。その結果、所有者利益は、絶えず、その物が現在有している価額に過ぎず、それゆえ、新価による評価は、保険事故の時点とは異なった時点(新品の状態の時点)での評価であり、許されない方法で物の関係から引き剥がされる。この批判は、所有者利益は、現在その物が有している価値であり、(それ以上に、契約当時、すでに中古品であっても、新価で填補されることを問題とし)中古品の所有者の利益は、中古品としての利益であり、それ以上に新品としての所有者利益を持ち得ないという。

一元物的物保険理論の支持者の反論は、次のようである<sup>227)</sup>。VVG 52条から、当事者を拘束する評価方針は、推察し得ない。この規定は、任意法規だからである。そのこととは対照的に、VVG 55条は強行法規であり、同条は被保険利益の評価時期として、保険事故の時点を定めている。

この点に関し、パートホロモイスは、一元的物保険理論に向けられる批判の基礎を承認する。しかし、次の二点において、この批判が妥当でないという。第一は、新価保険が、過去にその物が有していた価値を評価の基礎にする保険であり、保険事故の時点の評価時期と定める55条に違反するという批判についてである。それに対して、新価保険の場合にも、保険価額は、損害の日において定められ、その利益の評価時期に関して VVG 55条からの逸脱はないという。第二は、価額算定の時期は、保険事故の時であることから、保険事故の時点における物の価値は、常に物の時価であるという結論が導かれる、とする理解についてである。それに対して、物それ自体ではなく、物の利益が保険の目的（Gegenstand）であることは、一般的に承認されており、それゆえ、填補給付の基礎は、現在における物価値ではなく、現在における保険にかけられた利益の価値（Wert）であるという。現在における保険価額（被保険利益の評価額）が、必然的に、現在における物の価値（時価）と一致するという場合、確かに一般的語法と一致するものの、そのような考えは、「物それ自体が保険にかけられる」という、もはや使い物にならない見解に基づくものであるという。

#### 新価保険の法的構成と VVG 55条の損害概念との関係

利得禁止原則を否定する近時の見解は、新価保険につき、一元的物保険理論を採用する。新価保険の法的構成に関し、コンビネーション理論および法律違反の慣習法理論を採用する学説と、一元的物保険理論を採用する学説とでは、VVG 55条の損害概念の理解に相違が見られる。コンビネーション理論を採用する見解は、VVG 55条にいう損害を時価損害と考える<sup>228)</sup>。法律違反の慣習法理論を採用する見解も、同様である<sup>229)</sup>。この理論では、新価保険について、VVG 55条に違反するが、慣習法によって許されると説明するからである。仮に、VVG 55条にいう損害が、時価損害以上を含んでいると理解している場合、“法律違反（55条違反）”の慣習法を持ち出す必要はない。これに対して、一元的物保険理論を採用する見解は、VVG 55条にいう損害につき、時価損害以上のものを理解している。

なぜなら、時価損害以上の填補をもたらすことにつき異論のない新価保険を前に、この理論は、コンビネーション理論のように VVG 55条の直接的な適用をうけない保険（つまり保険価額のない消極保険）を媒介とし、物の時価損害以上の填補（＝利得）の抜け道を作る構成をとらず、一本の物保険構成をとるので、そのような積極保険において直接問題となる VVG 55条の損害には、時価以上のものを必然的に含まざるをえないからである。

以下では、近時支配的と思われる「一元的物保険理論」を採用する見解が、VVG 55条の損害をどのように捉えているのか、具体的に考察する。

まず、この見解は、VVG 55条を強行法規と理解しているため、本条が、保険者の給付義務の最高限度を定めていることを出発点とする<sup>230)</sup>。すなわち、この見解は、損害保険契約の損害填補性については維持しているのである。それによれば、保険契約者の損害は、被保険利益の減損であり、損害の最高金額は、被保険利益の完全価値と一致するという<sup>231)</sup>。保険者は、損害の填補よりも多額の填補給付について有効に義務を負うことができなとする。もっとも、このような理解にありながら、何が保険にかけられた利益（被保険利益）であり、損害と理解されなければならないか、解釈によって探り出す必要があるという<sup>232)</sup>。それによれば、VVG 55条は、元来、時価損害概念を想定していたとしても、それは、今日、体系適合的法創造に基づき、新価損害も含んでいるという<sup>233)</sup>。

VVG 55条の元来の損害概念、および保険法におけるその変更に関しては、以下のようにも説明される<sup>234)</sup>。損害という表現が、今日、保険法において用いられているが、VVG にも、HGB ないし VVG 理由書にも、これらの諸法が、この損害概念にもとづき理解していた“もの”に関する定義は存在しない。それゆえ、欠如した概念規定および、VVG が、BGB のわずか8年後に施行された事実を鑑みて、立法者は、VVG において、新しい損害概念の導入を意図していなかったことが、出発点になる。したがって、1908年 VVG の立法者は、その損害概念のもとで、基本的に、

BGB と同様の損害を理解していた。それゆえ、VVG 55条は、元来、保険者は、BGB 249条以下に基づき判断する、発生した損害以上を支払わなくてもよい、という給付制限を予定していた。このことは、保険者は、常に、持ち合せの財産状況と、損害という出来事を介して生じた財産状況とにおける“差額”だけを填補しなければならないことを意味した。つまり、立法者の理解には、同時に、保険可能な利益（versicherbares Interesse）の制限が存在し、当時、BGB 249条以下の諸規定に従って填補されうる填補価額を超過する利益は、損害保険において、保険可能ではなかった。しかし、今日、保険法における損害概念は、BGB の損害概念と一致せず、この損害概念が、保険法上特別な意義を獲得したという見解の一致が存在する。BGB における損害概念と、他方での保険法における損害概念との決定的に重要な相違は、保険契約の目的（Gegenstand）が、損害、債権、ないし諸権利ではなく、諸利益であるという認識の結果生じる。確かに、保険法における損害は、被保険利益（versichertes Interesse）が侵害された時に存在し、民法における損害も、利益の存在に結びつけられる。しかし、保険法と民法との相違は、利益が保護される範囲にある。保険法において、基本的に、許容される経済的利益ならば、保険可能（versicherbar）であり、それは保険契約を介して保護されうる。一方、BGB における一般の損害賠償法に関して言えば、BGB 249条以下で規制されるように、このことは妥当しない。換言すれば、BGB において、法律は、どのような経済的利益をも保護しているわけではない。

まず、殺人の事例において、犯人は、BGB 844条に従い、一定の者の扶養に関する損害賠償義務を負う。それとは反対に、犯人は、財産のない故人が、殺害される時まで、月賦で弁済を行っていた金銭消費貸借の債権者に対し、賠償義務を負わない。しかし、一方で、金銭消費貸借における債権者は、支払い不能に備えるように債務者の殺害のケースに備えても、彼の債権を保険に付すことができる。それゆえ、彼は、民法の諸規定に基づけば保護されないままの“利益”を、保険に掛けうるのである。

次に、新価保険において、同種・同質の新しい物の再調達費用が、減価控除なしに填補される。この填補範囲は、今日、一般的に是認されており、新価保険も損害保険であることに疑はない。結局、新価保険において、保険法における損害は、新しい物の完全な再調達の水準で生じる。それとは逆に、BGB 249条 2文、251条によれば、時価利益のみが填補されなければならない<sup>235)</sup>。したがって、保険法においては、BGB においても保護される利益だけが、保険可能なわけではない。結局、とりわけ新価保険が承認される現在においては、VVG 立法当時において存在した、保険可能な利益の制限は、もはや VVG 55条の損害概念に存在しないという。

ところで、給付制限としての「保険可能な利益 (versicherbares Interesse)」と「被保険利益 (保険に付された利益 versichertes Interesse)」とは、ここで区別して取り扱われることに、注意する必要がある<sup>236)</sup>。この見解は、保険法における損害最高限度とは、一方で、保険可能な利益の侵害に向けられ、他方で、被保険利益のマイナスないし侵害に向けられる「二重の損害最高限度」であるという。VVG の意味における最大限可能な損害額は、保険可能な利益の価額である。保険可能な価額は、最大で、許容的に保険に付された利益 (被保険利益) の対象 (Gegenstände) になり得るといふ。換言すれば、保険可能な利益 (客観的に評価可能で、経済合理性があると認められる利益) が、最外延をなし、その内側でのみ、実際にも個々の契約によって保険に付された利益 (被保険利益) が存在するというのである。

この見解によれば、VVG 55条から、どのような利益を保険にかけ得るか明らかにならず、それゆえ本条は、本質的利益概念である保険可能な利益の制限 (保険可能な関係に関する種類ないし範囲の制限) を明示的な形で含んでいないという。したがって、損害での制限をもって、VVG 55条は、限定的に、保険者の給付義務を、保険契約上の協定に基づき規範となった (準拠すべき) 保険に付された利益 (被保険利益) の減価に制限しているにすぎないとする。

他方、このこととの関連で、立法者は、被保険利益の概念を多くの規定で使用するが（VVG 51条、57条、68条、80条、87条、105条、187条）、これを定義せず、いかなる利益が保険可能（versicherbar）かを規定していないと主張される<sup>237)</sup>。

このように、VVG 55条は保険可能な利益の制限を直接的には含んでいないという状況を前に、そこにいう損害、それと表裏の関係にある被保険利益の解釈にあたり、当事者がどの価額をもって“保険に付された（versichert）”とみなすことを欲するか自由であるとされる<sup>238)</sup>。同様に、いかなる金額まで保険者が損害填補義務を負わされるのかは、普通保険約款の規定、被保険危険、そして、とりわけその時々における保険の趣旨目的に左右されると主張される<sup>239)</sup>。

このように、VVG 55条にいう損害の意味を、当事者間の契約を基礎に考えるという解釈<sup>240)</sup>は、VVG に適合する解釈であるという。なぜなら、まさに、VVG 1条1項1文は、損害保険において、保険事故によって引き起こされた損害は、“契約の定めに従い”填補されなければならない旨、規定するからである<sup>241)</sup>。

次に、VVG から具体的な保険可能利益の制限は読み取れないとする見解が、どのような利益まで客観的に評価可能で経済合理性の認められる利益と考えているのか、問題となろう。学説上、保険可能利益の外側には賭博が存在するとするものもあり<sup>242)</sup>、この限界の問題は、保険と賭博との区別問題ともなろう。

この限界は、今日の保障ニーズに左右されるともいわれる<sup>243)</sup>。物保険において、すべての財産的価値のある諸利益は、法的に保護に値し、それらの諸利益が違法または良俗違反でない場合、保険可能でもあるといわれる。新価保険について、保険事故により破壊された物の代わりに同種の新しい物を調達するという需要は、保護に値する財産的価値のある利益であり、それゆえ保険可能であるとする。しかし、このような基準をもってしても、保険可能利益の具体的限界は明らかにならないだろう。

しかし、保険可能利益は、静的値ではなく、流動的であることを強調する見解は、おそらく、将来において、従来実現された限度を超過する諸利益が保険可能とされるであろうとし、それゆえに、この諸利益の性質の回答は、ここで与えられる必要はないとさえいう<sup>244)</sup>。

このように、保険可能な利益が、動的とされることは、他方で、この利益の外側にある賭博との区別も動的なものになることを意味する。それゆえ、他方で、保険と賭博との区別は不明確なままであり、このような利益概念について、学説・判例により、さらなる明確化が進められるべきであるとされる<sup>245)</sup>。

#### 時価を基準とする利得概念の共通認識と VVG 55条の損害概念の相違

コンビネーション理論は、新価保険は利得禁止原則に反しないとする<sup>246)</sup>。その理論によれば、新価保険は、時価損害を填補する保険と、時価と新価との差額の費用損害を填補する保険である。全体として、いずれも損害の填補であって、利得禁止原則に反しないとする。

一方、慣習法理論は、新価保険において、利得がないとは考えない<sup>247)</sup>。この点で、この理論は、一元利物保険理論と同様である<sup>248)</sup>。このように、新価保険に利得があるかどうかの評価は、コンビネーション理論と慣習法理論および一元利物保険理論との間で異なるものの、いずれの理論も「利得」という場合には、時価を基準に判断している<sup>249)</sup>。

この共通認識のもと、利得禁止に関し、反対の結論を生じさせる原因は、一方で利得禁止原則を承認するコンビネーション理論および慣習法理論と、他方でこれを否定する一元利物保険理論とが、VVG 55条の損害を、異なって理解していることにある。

コンビネーション理論および慣習法理論は、VVG 55条の損害を時価損害と考える。時価以上の填補をもたらす新価保険を前に、コンビネーション理論は費用保険という VVG 55条が直接適用されない抜け道をつくる。慣習法理論は、利得の慣習法上の許容という構成を採用する。一方、一元

的物保険理論は、VVG 55条の損害は、時価に限られないとする。したがって、新価であっても(さらには、それ以上であっても)、それは、VVG 55条の損害概念に含まれうると構成する。

注意すべきは、これらのいずれの見解からも、VVG 55条が強行法規とされることである。したがって、いずれの見解も、基本的に損害保険契約の損害填補性(非定額保険性)を維持し、損害保険において、保険者は損害填補を超える義務を負わないことを承認する。VVG 55条の損害を時価損害と理解する見解では、保険者は、時価損害を超えて填補義務を負わないことになる。この意味での損害填補性はイコールの関係で利得禁止原則とされた<sup>250)</sup>。つまり、ここでは、VVG 55条の損害を時価と理解するので、その損害の填補であるから、結果的に利得もないという理解がなされる。VVG 55条が強行法規であるので、利得がないということが、利得が禁止されているという評価につながる。

一方、VVG 55条の損害を、時価損害以上のものと理解する見解でも、保険者は、損害の填補を超えて義務を負わないことになる。しかし、この意味での損害填補性は、イコールの関係で利得禁止原則とされない。なぜなら、この見解は、VVG 55条の損害填補性を強行法規としながらも、他方で利得禁止原則を否定するからである。つまり、ここでは、VVG 55条の損害を時価以上に拡張して理解するので、その損害を填補するといっても、結果的に利得がないとはいえないと理解される。それゆえ、VVG 55条の損害填補性が強行法規であるとしても、強行法的に利得が禁止されているとはいえないと評価される。

これは、従来、時価損害概念のもとで述べられてきた、損害填補性イコール利得禁止原則という命題の否定である。

以上のように、学説においては、新価保険の法的構成として、一元的物保険理論が有力となった結果、VVG 55条の損害が、時価からそれ以上のものに変化し、損害保険契約において、そこにいう損害の填補が強行法的に要請されても、利得が強行法的に禁止される状況が否定された。この利

得禁止原則の否定は、いうなれば、わが国において商法638条1項との関係で語られる最狭義の利得禁止原則の否定である。

(2) 法規範性欠如と利得禁止原則の否定

減価制限・復旧条項と利得禁止原則

新価保険は、いずれの法的構成によっても、結果的にその適法性が承認される。新価保険と利得禁止原則との関係について、実際上の争いは、この原則から、新価保険に何らかの制限が生じるのかどうかである。新価保険は、復旧条項(再調達条項)および減価制限、または、そのいずれか一方を有する場合が多いといわれる<sup>251)</sup>。復旧条項とは、保険給付が破壊された物の復旧に使用されなければならないという保険約款上の定めである。それに関して、多くの場合、以下の内容が規定されているといわれる<sup>252)</sup>。第一に、時価損害部分に対してのみ保険給付請求権が発生し、時価填補を超える新価金額の請求権は、損なわれた物の復旧が保証される場合に、初めて発生する<sup>253)</sup>。減価制限とは、状態価値(Zustandswert)としての時価<sup>254)</sup>が、新価の50%、一部では40%を下回らない限りで、保険価額(填補価額)として、その物の新価が合意されるという約款規定である<sup>255)</sup>。この比率は、種類の異なる保険において、さらには、火災保険普通保険約款(AFB)のように同種保険内においても異なり、画一的でない。しかし、多くの場合、50%または40%の減価制限を予定しているといわれる<sup>256)</sup>。

とりわけ慣習法理論の支持者は、新価保険は、減価制限および再調達条項、または、そのいずれか一方との結合をもってのみ許容されると考え、その根拠として、最終的に保険法上の利得禁止原則を指摘する。このような解釈は、かつて、BGHによっても採用されたことがある<sup>257)</sup>。BGHは、復旧条項を有さない新価保険事例について、55条の利得禁止を顧慮して、補充的契約解釈の手法により、対応する条項を補足しなければならないとした。BGHは、その理由を次のようにいう。新価保険約款は、復旧条項を伴わない場合、規定の欠陥を露呈し、この欠陥のいわれは、利得禁止で

ある。慣習法上許容される新価保険において、利得禁止は、以下の点で重要である。すなわち、時価と新価との間の超過金額は、唯一その金額が、物の復旧ないし再取得に利用される範囲内でのみ、取り決めることが許されることである。そうでない場合、保険契約者は、実際の損害以上の填補を受領し、許容されない方法で利得することになる。

一方、一元的物保険理論に依拠し、利得禁止原則を否定する見解は、基本的に、上述の解釈に反対する。利得禁止原則を根拠に、新価保険と復旧条項ないし減価制限との強行法的結合という制限は導かれられないという<sup>258)</sup>。

近時支配的なこの見解は、利得禁止原則が、減価制限ないし復旧条項との関係で、実際にも機能しているか、または機能しうる前提要件を備えているかを問題とし、そこで明らかにされた利得禁止原則の実態を捉え、法規範（法原則）として、これに備えるべき要件が欠如していることを理由に、この命題の法原則性まで否定する。

以下、その説くところを、復旧条項および減価制限との関連で検討する。

#### 具体的法命題性への批判

##### a) 法的効果の不存在

ある利得禁止原則否定論者は、利得禁止原則が存在するかどうかは、この原則から個別の保険契約に関して、直接的な法律効果が導けるかどうかに依存するという<sup>259)</sup>。

利得禁止原則を根拠に、新価保険は、復旧条項または減価制限との結合をもつてのみ許容されるという慣習法理論は、従来の慣行の範囲でのみ、新価保険を許容する<sup>260)</sup>。家財保険普通保険約款（VHB）84 の登場まで、すべての新価保険約款が復旧条項を有していたといわれる<sup>261)</sup>。したがって、慣習法理論という利得禁止原則は、復旧条項のない新価保険（VHB 84）を、何らかの形で阻止する機能を有するものと思われる。利得禁止原則否定論者からは、この機能が疑問視される<sup>262)</sup>。つまり、慣習法理論の主張者は、VHB 84 は、復旧条項を有さないにもかかわらず、結果的に許容されたという<sup>263)</sup>。それによれば、復旧条項を有さない VHB 84 第18条

2号は、もはや今日となつては慣習法として許容されたといふ<sup>264)</sup>。しかし、これに対して、慣習法による正当化、すなわち相応の長期慣行が明らかに存在しないと批判される。

いずれにしても、利得禁止原則を理由に、復旧条項を伴った新価保険のみ許されるとしながら、復旧条項のない新価保険も許されるという場合、そこでこの理論から主張される利得禁止原則が機能しているのか疑問が生じる。マルティンにしても、復旧条項のないVHB 84が、結果的に今日許容されたとする一方で、復旧条項のないVHB 84が、VVG 55条と完全に調和するか、少し疑わしいともいふ<sup>265)</sup>。マルティンは、20年という期間を慣習法成立に必要な期間と考えている<sup>266)</sup>。マルティンの論法にしたがえば、慣習法は、1986年に成立したことになる。それゆえ、仮にマルティンの論法によつても、強行法とされるVVG 55条の利得禁止原則は、VHB 84登場後2年間、これが当該原則に調和するか疑わしとしながら沈黙をつづけたことになり、結果として、強行法規違反の慣習法の成立を阻止できなかったことになる。

それゆえ、利得禁止原則を否定する見解からは、仮に強行法としての利得禁止原則が存在するならば、VHB 84は許容されないはずであり、それでも、これを許容すると考える場合、なぜ新価保険が復旧条項に依存するのか利得禁止をもって説明できなくなるとされる<sup>267)</sup>。結局、慣習法理論がいう利得禁止原則は、VHB 84の法的許容性に関して、例えば協定の無効といったような法的効果を提供していない(=機能してない)点が批判されているのである。

それ以上に、次のような点が主張される。復旧条項は、保険契約者が、現金形態ではなく、物価値で利得する事態をもたらす。保険契約者が利得することに疑いはなく、保険契約者の利得の有無は、復旧条項の有無に直接関連しないとする批判である<sup>268)</sup>。それによれば、この種の利得は、保険契約者が再建の後(新価填補の受領の後)、彼の建物不動産を売却したときに明瞭に現れるという。また、確かに減価制限の欠如は、それだけで、

直接的に保険者の給付範囲の拡張（裏返せば保険契約者の利得）となるが、復旧条項の欠如は、利得の方法に関してのみ意義を有するため、直接的には保険者給付の範囲の拡張とはならないとする。

利得禁止原則が、新価保険と復旧条項との結合の根拠とされる場合、復旧条項を有する新価保険は、利得禁止原則に違反していないことになり、逆にそれを欠く新価保険は利得禁止原則に違反することになる。しかし、いずれの場合にも利得が生じるとすれば、そこにいう利得禁止原則は、物形態での利得は許され、現金形態での利得は許されない原則となろう。しかし、そのような原則は、決してその名の通り“利得それ自体”を禁止する原則ではないであろう<sup>269)</sup>。それゆえ、新価保険には復旧条項が必要であることの根拠として、利得禁止原則を援用することは無益であり、それ以上に適切でないとして、利得禁止は、（仮にそれが存在するならば）普遍的禁止として、利得形態に関わりなく保険法に関連を有するいかなる財産増加も禁止するであろうとされる<sup>270)</sup>。

このように、たとえ復旧条項を有する新価保険でも利得は生じるという理解を前提として、利得禁止原則は、例えば新価保険のように契約上の企画構成が、この禁止に反し、利得を可能にする場合、どのような法的効果が生じるのかという言明を含んでおらず、利得という当該原則の構成要件に法的効果が付与されていないと批判される<sup>271)</sup>。

#### b) 適用基準の不明確性

利得禁止原則を否定する見解は、とりわけ慣習法理論によって述べられる利得禁止原則が、個別の保険契約に実際にも適用可能な準則たりうるかを疑問視する。

慣習法理論は、一方で、利得禁止原則から40%ないし50%での減価制限を強行法的に要求し<sup>272)</sup>、他方で、減価制限を有さないVHB 84/92等の新価保険も許容する<sup>273)</sup>。それによれば、減価制限を欠くVHB 84は、慣習法的例外、ないしなんとかが承認されうる利得禁止の部分的例外と理解される。

前述のように、仮に40%ないし50%の減価制限が存在する場合でも、利得は、残りの60%ないし50%の水準で発生しうるであろう。さらに、減価制限のない新価保険まで許容すると、ここで利得は限りなく100%に近づきうる。慣習法理論は、利得禁止原則から40%ないし50%の減価制限を強行法的に要求しながら、減価制限のない新価保険も、これの例外として許容し、さらにその外側で利得禁止原則を理解する。

しかし、その場合、ここにいう利得禁止原則の具体的内容が、利得は新価に対して50%しか許容されないのか(減価制限50%の場合)、60%までは許容されるのか(同・40%の場合)、それとも、100%許容されるのか(同・なしの場合)不明確になろう。それゆえ、利得禁止原則は、法的安定性に基づき要求されなければならない拘束力を有する法の適用に必要な輪郭線(Konturen)を欠くと批判される<sup>274)</sup>。結局、利得禁止原則の適用基準が不明確であれば、これを法命題とし、実際にも使用することは困難であると理解する。

他の見解は、強行法的利得禁止の適用が出発点とされる場合、そこから例外は生じず、減価制限は、あらゆる領域で、等しく高くなければならぬと批判する<sup>275)</sup>。なぜなら、強行法的禁止としての利得禁止は、すべての物保険領域に、平等かつ画一的な法的効果をもってはじめて効力を有しうるからだという。一般的、強行法的利得禁止原則を根拠に、例えば50%という減価制限を主張する場合(したがって利得も新価の50%以上認めない場合)、40%というそれ以下の減価制限は許容されないというのである。それでこそ、利得禁止原則は、一般的な原則となりうるし、強行法的な原則になりうるという。

以上のように、近時の有力な学説は、実際に使用される利得禁止原則の実態を観察し、これが独自の法的効果を有しないこと、および、適用基準の不明確性ゆえに、法命題としての利用に問題があることを根拠に、性質論として利得禁止原則を具体的な法命題(法原則)と理解することは、妥当でないという。この利得禁止原則の否定は、わが国においても語られる、

法原則としての利得禁止原則の否定である。

（３）相当性原則の顧慮と強行法規としての利得禁止原則の否定

利得禁止原則を否定する見解は、強行法規としての利得禁止原則は、基本法２条１項１号に保証される契約自由を制限する場合の必要条件を満たすか疑わしく、相当性原則に一致するか疑わしいという<sup>276)</sup>。なぜなら、主観的危険の減少を目的とする禁止は保険者の保護に役立てられるが、保険者は、普通保険約款作成の際に、例えば、減価制限や復旧条項を用いてこの危険を操舵することができ、それによって自分自身を十分に保護するのであるから、その限りで、契約上の企画構成を制限する法原則による保護を必要としないからだという。他の見解によれば、予防的約款コントロール（旧 VAG ５条）の廃止といった自由化（1994年）が、保険者の自己責任に基づく商品形成および料率形成を目的になされており、強行法的利得禁止原則による契約自由の制限は、この自由化に逆行するものであるという<sup>277)</sup>。それゆえ、主観的危険の操舵のために必要な手段（例えば、減価制限ないし復旧条項のほかにも、慎重な引受政策、義務的自己負担額の設定など）の導入は、保険者の自己責任に委ねうるといふ。また、VVG 61条（保険事故招致免責規定）および刑法265条（保険詐欺罪）のように、主観的危険に対処する別の抑止的規定が存在するので、一般的利益の保護規定としての利得禁止原則による契約自由の追加的制限は必要ないという。

以上のように、近時の有力説は、手段が目的の達成にとって必要不可欠であることを要求し、他のより緩やかな手段によって同じ目的が達成される場合、当該手段を採用してはならないという必要性の原則（本稿第１章第２節１参照）との関係で、利得禁止原則を強行法規と考えることには問題があるという。この利得禁止原則の否定は、わが国においても語られる、強行法規としての利得禁止原則の否定である。

### 第3節 判 例

#### 1. 利得禁止に関する従来の判例の展開

すでに、ライヒ裁判所時代の判決例に、保険における利得に否定的と思われる論旨を見ることができる<sup>278)</sup>。もっとも、これらにおいても、利得禁止(Bereicherungsverbot)という明示的表現はなされていない。伝統的見解は、これらの論旨が、この見解から主張される利得禁止原則を意味するものと理解する<sup>279)</sup>。他方、近時の学説によれば、この利得に否定的な言動は、判決において大きな意味をもっていなかったと評価する<sup>280)</sup>。なぜなら、これらは、判決において付随的に言及されたにすぎず、法的紛争の解決に何ら決定的意味を持っていなかったからだという。

このように、戦前のライヒ裁判所における利得禁止の理解については種々評価があるのだが、それではライヒ裁判所は、伝統的見解に理解されてきた絶対的強行法原則としての利得禁止原則(この違反は契約の無効を引き起こすともいわれていた)を承認していたのだろうか。

これに関して注目すべきは、ライヒ裁判所1942年判決である<sup>281)</sup>。本判決は、その後の学説において、利得禁止の存在を明示的に未解決にした判決として評価されている<sup>282)</sup>。

本件は、原告であるドイツの輸入業者が、1939年、満州キビを CIF ハンブルク/ロッテルダム条件で購入した上、これ2船に分けて大連港からそれぞれの目的地まで海上運送する際に、被告保険者のもとで、追加的に付加価値保険を締結していた事例である。第二次世界大戦の勃発により、問題となった船舶は、イギリスからの航海中に拿捕され、当該積荷はイギリスに陸揚げされることになった。本保険では、戦争危険も担保されており、原告は、被告に保険金の支払いを請求した。しかし、原告が、ライヒ穀物監督庁により、貨物到着後の転売条件に関し、事前に転売先およびその際の物価規制(価格上限)を受けていたことから、保険金の支払い額に関する争いが生じた。保険者は、原告は、当該キビをドイツにおいて物価

規制内で転売しなければならなかったのであるから、付加価値もその範囲内にとどまるのであり、世界市場価額を基礎に原告から宣言されたそれを超える付加価値については、被保険利益が適切に存在せず、したがって、この部分に関して保険金の支払い義務はないと主張した。地方裁判所は、原告の請求を認容したが、控訴審裁判所は、保険者の主張を支持し、「損害保険が利益を導いてはならないということは、ある最上の保険法の根本原則（Grundgesetz）である」と述べ、原告の訴えを棄却した。控訴審裁判所によって言及された最上の保険法の根本原則に対して、ライヒ裁判所は、以下のように述べている。「保険が、決して被保険者の利得となることは許されないという内容の最上位の根本原則（Grundgesetz）が、実際にも存在するかどうか、また、この根本原則が海上運送保険にも適用されるかどうか、それ自体を検討する必要はない。そうはいても、これについて、控訴審裁判所によって援用された1911年11月15日判決（RGZ Bd77. S. 301）で、本裁判所が、保険は決して利益となるべきでないと表明したこと（a. a. O. S. 307）が、述べられるであろう。しかし、当時判断されるべき事例に関して、被保険者（当時の被告）は、契約に従い彼に当然に帰するものだけを受領するという根拠をもって、当該保険がこの帰結を有していたことは、否認された。したがって、そのことから、仮に、被保険者が、保険事故を原因として、彼によって締結された保険契約に基づき要求すべきものを超えるものを受領するような場合には、ライヒ裁判所は、それを、保険の本質に合致しないとみなすであろうということだけが、明らかになる。そのときに、どのような結論が、そのような状況から引き出されるべきかということは、未解決である。その論旨をとおして、被保険者の財産状態が、保険契約の締結および保険事故発生の結果として、それがそうでなければ置かれていたであろう状態よりも有利になることが適法か否かという問題は、そもそも論じられていなかった。」ライヒ裁判所は、このようにして、従来から本裁判所においても述べられてきた、利得に否定的な言説の意義を確認している。

その上で、「しかしながら、保険契約の締結、または オープン・カパー (laufenden Police) のもとで、一定の航海における一定の貨物の保険開始時に、保険事故の発生が被保険者の利得とならない可能性が考えられる場合には、このような見解から、ある保険契約が、無効とみなされうることは決してない。そのような可能性は、原告が適切に述べているように、ここに与えられていた。とりわけ、当該船舶が、保険に属する事故により、他の港に寄港しなければならず、その港から、ドイツへ向けての転送が不可能となることが生じた。そのような事例において、当該キビがなお現存する場合、これは、当該他の港において、実際の価値に合致する価格で売却され得……以下省略」とし、最上の保険法の根本原則から当該契約の効力を (部分的に) 否定した控訴審裁判所の判決を破棄し、一般的に付加価値が、ドイツにおける物価制限額以上に存在していたのか、それが、本契約の基礎になっていたのかどうかを確定すべく、本件を控訴審裁判所に差し戻している。

この判決によれば、当時のライヒ裁判所は、確かに損害保険における利得に否定的な論旨を述べていたものの、いまだ伝統的見解が述べる利得禁止原則の内容 (保険が利得となってはならないという最上位の原則が存在し、それに違反する場合に契約が無効になる) を承認しておらず、明示的にこれを未解決の問題としていたことがわかる。

連邦通常裁判所 (以下、BGH) も、1967 年判決<sup>283)</sup>において、保険における利得に否定的と思われる論旨を展開する。この判決は、VVG 67 条 1 項 2 文にいう保険契約者の優先権 (いわゆる Quotenvorrecht) について判示したものである<sup>284)</sup>。本件において、訴外保険者から、車両保険契約に基づき、残存価値と免責金額を控除した上で新価填補を受領した保険契約者 (原告) は、免責金額分については、依然損害が填補されていないとして、加害者 (被告) に当該金額の損害賠償を求めた。なお、加害者は、保険者に移転した損害賠償債務 (VVG 67 条) につき、すでに時価損害の範囲で履行していた。BGH は、「保険契約者との関係において、損害の程

度は、初度登録後１年内の全損の場合、契約上、残存価値を差し引いたカタログ価格に拘束される（自動車保険普通保険約款（AKB）13条４項，２項）。それゆえ、填補が、免責金額を理由に、その金額以下になる場合、保険者は、その限りで（標準化された）損害を填補していない。それゆえ、この範囲において、保険者は、優先権の原則に基づき、彼の保険契約者に求償権を委ねなければならない。」とし、保険契約者の加害者に対する免責金額での賠償請求を認容した。もっとも、すでに加害者は、VVG 67条により車両保険者に移転した求償債務を、時価損害の範囲（彼の義務の程度）で履行していたため、加害者に（保険者に対する）返還請求の余地を残しつつも、他方で加害者は、保険契約者に免責金額の範囲で賠償しなければならないとした。結局、この範囲で、保険者の加害者に対する代位債権は縮減し（保険契約者の優先）、保険契約者にとっては、車両保険者によって填補されなかった免責金額を、保険給付とは別に、さらに加害者に賠償請求することができる。この脈絡において、BGHは、「上述の優先権の解釈は、基礎にある新価保険を実現する AKB 13条の損害算定と同様に、適法でない保険契約者の利得（*unstatthaften Bereicherung des Versicherungsnehmers*）を導かない。」と判示した<sup>285</sup>）。しかし、本判決においても、上述のライヒ裁判所判決と同様、利得禁止という表現、ないし、これが原則であるという説明は、一切なされていない。また、本判決にいう保険における利得に否定的な言説も、いわば付随的に言及されたにすぎず、法的紛争の解決に何ら決定的意味を持っていない。

利得禁止（*Bereicherungsverbot*）という表現が明確になされたのは、BGH 1969年判決である<sup>286</sup>）。この判決は、VVG 67条２項にいう被保険者の家族構成員に向けられる賠償請求権の不移転<sup>287</sup>）について、判示したものである。

本判決は、娘が運転する自動車に同乗中の母が、事故により傷害を被った事例であり、母を被保険者とする（私的）疾病費用保険の保険者（原告）が、加害者（娘・被告）に対して、同約款11条にもとづき、保険代位

により取得したとする損害賠償請求権を行使しようとしたものである。疾病費用保険約款 (MBKK) 11条は、「保険契約者または被保険者が、損害賠償請求権を保険以外の方法で第三者に対して有する場合、VVG 67条による法律上の請求権移転に関係なく、その請求権を、保険契約に基づき費用填補が履行された範囲まで、保険者に、書面によって譲渡する義務が存在する。」と規定している。

控訴審裁判所は、本保険を損害保険でなく人保険であるとした上で、他方、約款11条の譲渡も法的に有効とし、原告の請求を認容し、本件約定地位を肯定した。

これに対してBGHは、以下のようにいう。まず、「控訴審裁判所には、従い得ない。保険契約者(ここでは:被告の母)に、第三者(ここでは:被告)に対する損害賠償請求権が帰属する場合、VVG 67条 1項 1文にしたがい、当該請求権は、保険者が保険契約者にその損害を填補した範囲で、保険者に移転する。しかしながら、VVG 67条 2項により、この権利移転は以下の場合排除される、すなわち、保険契約者の賠償請求権が、彼と共に家庭共同生活を営む家族構成員に向けられる場合　ここで妥当する場合　である。そのもとでは、保険契約者の利益となるように、強行規定(VVG 68a 条)が問題となる。したがって、VVG 67条 2項の要件のもと、保険契約者が、彼の賠償請求権を、契約上の協定、例えば、このことを規定する保険契約約款に基づき保険者に譲渡した場合でも、権利移転は排除される。VVG 67条・68a 条は、損害保険総則におかれ、したがって、損害保険にのみ適用される。それゆえ、争いに決定的なのは、疾病保険が、費やされた健康治療費用の填補が問題となる限りで、損害保険であるかどうかである。」とする。その上で、「疾病保険は、その主たる給付において、真の損害保険である、なぜなら、疾病を通して生じた損害の程度 - これは、発生し、証明資料の提出を通して、正確に証明されうる疾病費用である - が、疾病保険者の給付を決定し、制限するからである。」とする。それゆえ、「VVG 67条・68a 条は、直接適用される。」とする。このようにして、

BGH は、本件約款11条が、VVG 68a 条にいう保険契約者の不利益に変更された協定であるとして、これに基づく保険者の代位を否定した。

本判決において、BGH は、疾病費用保険は確かに人保険であるが、同時に損害保険であると説明する過程で、損害保険における利得禁止（Bereicherungsverbot）の適用を明示的に承認した。「損害保険では、保険者の給付は、損害の程度に応じて決定され、制限される（具体的需要充足）。その限りで、利得禁止が適用され、その実行は、VVG 59条・67条の規定により確保される。利得禁止を知らない、法律にしたがい、生命保険、傷害保険、そして、“その他の人保険種類のもと” でみられる抽象的需要充足の原則が、それに対置する。このことは、抽象的需要充足は、生命保険、傷害保険、そして、その他の人保険のもとでのみ許容されるが、しかし、人保険においても、具体的需要充足を協定することは排除されず、人保険は、定額保険（抽象的需要充足）としてだけでなく、損害保険（具体的需要充足）としても、営まれうることを意味する。……中略……人保険において、保険者の“その他の約定の給付<sup>288)</sup>” が、具体的損害の填補を本質とする場合、損害保険として営まれ、損害保険に関して妥当する諸規定の適用を受ける人保険が存在する。」

このように、BGH は、従来の上級審判決とは異なり、明確に利得禁止に言及した。もっとも、本件の解決にとって、この言及は大きな意味はなく、いわば傍論にすぎない。VVG 67条 2 項の適用の途を開く損害保険としての性質決定のためには、BGHも述べるように、当該保険の主たる給付が、保険契約者によって支出された疾病費用の額により決定されるという事実が決定的となり、かつそれで十分だからである。あえて利得禁止に言及する必要はないといえよう。それゆえ、ここにいう利得禁止は、本件の紛争解決に何ら決定的意義を有さない。それどころか、ここで利得禁止を語る場合、逆に論理矛盾さえ引き起こしかねないものと思われる。

というのは、BGH は、本件疾病保険は損害保険であるとし、他方で、

損害保険には利得禁止が適用されるという。しかし、この論旨から BGH が導いた結論は、逆に、強行法的に代位を否定することで、被保険者（母）に利得の可能性を残すのである。もっとも、争いなどない親族間において、被保険者（母）が、加害者（娘）に対して、追加的に損害賠償を請求することは、実際問題としては想定し難い。しかし、理論的な問題として利得の可能性は、なお存在する<sup>289)</sup>。それゆえ、BGH の論旨は、その根本において矛盾を孕んでいないか、疑問が残る。

ともあれ、BGH は、伝統的見解に依拠し、明示的に損害保険に利得禁止が適用されるとした。

それにつづく、BGH 1981年判決<sup>290)</sup>は、損害保険（正確には物損害保険）における利得禁止を確認し、さらに、これに原則（Grundsatz）という性質を付加して理解した。さらに、本判決は、従来諸判決の状況とは異なり、利得禁止原則が、単に付随的に言及されただけにとどまらず、事案の解決にとって、ある重要な意義を有していた点で、注目すべきものである。

本判決は、自動車車両保険に関するものである。当時の自動車保険普通保険約款（以下、旧 AKB と記す）13条2項は、タクシー等を除く乗用自動車の車両全損害に関して、新価を上限に、時価の25%増しの填補を規定していた。さらに、初年度運行許可後、2年内の車両に関しては、上述の条件にかかわらず、新価が填補された。もっとも、このような時価を超える部分についての填補請求権は、他の自動車の再調達に向けた填補の使用が、填補確定後2年内に保証される場合に限り、発生した（同条10項<sup>291)</sup>）。

本件における原告は、中古車販売業者であり、被保険車両は、原告が修理の上、販売目的で、訴外・他社 A の展示ホールに出展中、火災により滅失した。本件車両保険契約は、もともと他社 A と本件被告保険者との間で締結されたものであるが、保険事故後、A は、保険者の承認を得て、保険金請求権を原告に譲渡している。原告は、上述の旧 AKB 13条2項に

に基づき、時価25%増しの填補を請求した。BGHは、まず時価25%増しの超過填補を可能にする旧 AKB 13条 2 項の許容性について、以下のように述べる。

「……被害者にとって換金（実現）できる破壊された自動車の時価は、実際の費用出費を償い得ない、なぜなら、例えば、同価値の中古車の購入のもとで、共に支払われるべき運命にある取引または販売利益が、顧慮されなければならないからである。しかしながら、被害者は、損害事故を通して、代替調達または再調達もと、通常の商取引において不可避となる費用を自己の財布から支払うことを強制されるべきではない。それゆえ、一般的見解によれば、AKB 13条 2 項の段階的新価優遇措置において、保険法上の利得禁止からの離反はない（BGH, VersR75, 753, 754 und BGHZ, 47, 308, 311f; Bruck/Möller/Johannsen VVG 8. Aufl. Bd V Fahrzeugversicherung Anm. J127 und Bruck/Möller Bd. II Vorbem. 50 vor §§ 49 bis 80）。むしろ、あらゆる物損害保険に適用される利得禁止の原則（Grundsatz des Bereicherungsverbot）は、同条10項において、依然として、特別に具体化されている。……中略……それに応じて、13条 2 項の段階的新価優遇措置の正当性は、第一に、被害者は、追加的な費用支出なくして、同価値の自動車を、損害事故前と同様に用益できないという考慮にある。利得禁止原則の特別の表現としての復旧条項は、経済的に同価値の用益可能性というこの目的に資する。」

BGH は、このように述べた上で、本件における被保険車両は、社会生活一般における用益価値（走行および運送）のもと、保険契約者に所有されていたのではなく、単に販売目的で、所有されていたにすぎず、この用益価値は、結局、当該取引分野における通常取引において得られうる値段、すなわち時価でしかないとし、「この状況において、被害者が、損害事故がなければ得られたであろう販売収益の代わりに、時価と一様に同程度の填補を自動車の破壊に代えて受領する場合、彼は実際の侵害に対して完全

な補償を受領する。そのようなケースにおける時価に上積みした割増金の供与は、それにしたがって、利得禁止違反となるに違いない。」として、結果的に保険契約者の時価以上の填補請求を否定した。

このように、本判決は、損害保険（正確には物損害保険）における利得禁止を確認し、さらに、これに原則（Grundsatz）という性質を付加して理解した。そして、少なくとも本判決において、利得禁止原則は、単に付随的に言及されたにとどまらない、ある重要な意義を有していたことも否定できないように思われる。なぜなら、確かに、本判決が被害者の割増金の填補を否定した直接の法的論拠は、AKB 13条 2 項が規定する25%割増填補に必要な AKB 13条10項の要件（再調達保証）が、当該事案のもとでは、そもそも満たされ得ないということにあったが（それゆえ、時価以上の填補が否定された）、しかし BGH が本項を利得禁止原則の特別の具現と理解することからも明らかのように、本項の当該解釈を導くにあたり、利得禁止原則が背後から影響しているからである。この部分に関する BGH の理論を敷衍すれば、およそ以下のようなになる<sup>292</sup>。BGH は、自動車販売業者とは異なる一般ユーザーは、所有する車両について、継続的にこれを走行させ物資を運搬するという（いわば自動車に付せられた通常の）用益可能性を当初計画しているが、この計画は、保険事故の発生により、追加的費用の支出なくして達成できないものとなり、その場合に初めて、保険によって（追加的費用の支出なくして）、この種の用益可能性を当初の計画通りの実現させる必要が生まれ、そこで与えられる時価以上の割増填補も、その正当性を得るものになるとする。実際にも、当初の計画通り、同種財を継続して用益しようという場合には、再調達がなされ、それが結果として AKB 13条10項の要件を充足することになるので、その限りで割増填補をすることは、利得禁止原則に違反しないとする。これに対して、本件で問題になった販売業者に当初の計画された用益可能性は、（通常の売買であれ、保険金による填補であれ）その方法の如何を問わず、車両に代えての取引金額（BGH は時価とする）が得られることで実現さ

れる。ここでは、当初計画による用益可能性が時価填補をもってしても依然、完全には実現されないという AKB 13条 2 項および10項が想定する状況が欠如する。BGH は、仮に、ここで販売業者が AKB 13条 2 項の割増填補を欲し、そのために再調達をおこなったとしても、これはもはや当初の計画とは関係のない新たな取引となり、AKB 13条10項にいう再調達ではないとする。そして、逆にここで時価以上の割増填補を与える場合、利得禁止原則違反を導くに違いないとする。

このように、本判決に述べられた利得禁止原則は、当該法的紛争の解決にあたって、填補金額を削減する原理として影響した点で、注目すべきものである。

なお、本判決が利得禁止原則と関係して引用する BGH 1975年判決<sup>293)</sup>は、本件と同様、AKB 13条による填補金額について争われた事例である。BGH 1975年判決は、同条10項の解釈をめぐり、「……AKB 13条10項は、保険法上許されない保険契約者の利得 (versicherungspflichtig unzulässigen Bereicherung des Versicherungsnehmer) を回避するために、保険契約者は、AKB 13条 2 項による割増填補の支払の権利を、他の自動車の復旧または再調達のための当該填補の利用が、填補の確定後二年以内に保証される場合に限って有する旨、規定する。」と述べ、保険契約における利得に否定的な論旨を述べている。しかし、本判決以前の BGH 1969年判決において明確に述べられた利得禁止 (Bereicherungsverbot) という文言の使用は避けており、また、1981年判決に理解されたように、これに原則 (Grundsatz) としての地位を明示的に与えていたわけでもなかった<sup>294)</sup>。さらにいえば、1975年判決の判旨に現れた利得に否定的な論旨も、本件の法的紛争の解決に重要な意味を持っていかなかった。反対に、本判決は、これによって「保険契約者の許されない利得を回避するための規定」と理解された AKB 13条10項から、(控訴審裁判所が判断したような) 填補金額を低く見積もる AKB 13条 1 項の規定解釈は、推察されないとしている。

1981年判決以降も、BGHは、VVG 55条との関係で、保険法における利得禁止を語ってきた<sup>295)</sup>。

## 2. 利得禁止原則否定を導いた近年の諸判決

損害保険に利得禁止が適用されると判断した上述の1969年判決は、当時の支配的見解に依拠しており、それは、VVG 55条から強行法としての利得禁止原則を推論する見解であった<sup>296)</sup>。その後のBGH判決には、明確にVVG 55条から利得禁止を理解するものが存在した<sup>297)</sup>。それにもかかわらず、BGH 1996年判決<sup>298)</sup>は、そもそもVVG 55条から利得禁止原則が導かれるかどうか、いまだ明らかでないという態度を示した。

BGH 1996年4月24日判決は、火災新価保険事例である。保険契約者は、農場主であり、農機具等に関して、火災保険普通保険約款(AFB)に基づき10年の期間で火災保険契約を締結していた。この保険の目的のうち、契約当初新品の状態にあったコンバインに関しては、特約により、契約締結後5年間、新価保険とすることが合意された。保険金額は、167,000 DMであった。契約締結後5年が経過したため、保険契約者は、そのコンバインにつき、再び新価で保険されることを欲し、保険者の募集人を通して新たな申込を行った。保険契約者は、この申込において、作業時間が1,000時間のコンバインでも、新価保険として付保可能か、文書において質問している。というのは、保険契約者は、別の保険者から、同状況にあるコンバインでも、新価で引受けるとする申し出(勧誘)を受けていたからである。なお、当該他の保険者の存在も、申込書において文書化されていた。しかし、後の保険証券には、保険契約者の申込による167,000 DMの保険金額が記載されただけで、新価保険によるか、時価保険によるかの記載はなかった。保険者は、募集人を通じて、5年経過後のコンバインは、もはや、新価保険として付保できない旨、伝えたと主張する。保険事故が発生し、保険者は、時価のみを填補し、保険契約者は、時価と新価との差額の支払を要求した。

控訴審裁判所は、証拠内容から新価填補請求権は存在せず、VVG 5条 2項・3項<sup>299)</sup>に基づいても、新価保険は成立しないとし、さらに、保険事故発生時のコンバインの時価が、すでに新価の40%未満に減価していたことを理由に、慣習法上の履行責任または、積極的債権侵害に基づく新価填補請求権も否定した。それによれば、たとえ被告とは別に、新価の40%未満にまで減価したコンバインにも新価保護を与える保険者が存在する状況があったとしても、保険契約者はこのことを援用できないとした。なぜなら、そのような支払実務は、現行法、とりわけ、VVG 55条の利得禁止に違反するからだとした。

これに関して BGH は、「利得禁止の違反をもって、本件の請求棄却は正当化されない。」とし、「本件において、VVG 55条から、そもそも利得禁止が導かれるかどうか、未解決のままでもよい。仮に（これを肯定する＝筆者注）控訴審裁判所の立場を共有するとしても、ここで利得禁止の違反は存在しない。利得禁止に関する BGH の判決において、復旧条項だけが考慮され、減価制限は考慮されていない。復旧条項は、X 保険（問題となった競合保険者）の約款に含まれている。X 保険の新価填補は、コンバインの時価が火災時において新価保険の40%未満となっていたとする理由によってしても、利得禁止に違反するものでない。そのような固定的減価制限は、VVG 55条の規定から読み取れない。保険実務にも、そのような固定的減価制限はない。むしろ、減価制限は、非常に異なって規定されている。」とした。

このようにして、BGH は、保険事故の時点での時価が、新価の40%を下回る保険の目的についても、利得禁止に反することなく新価保険は有効に締結されうるため、本件（38.95%）に関しても、利得禁止の観点から、本件当事者間で新価保険が締結された可能性までは否定できないのであり、他方で、保険契約者は、本件保険者が、新価での補償を与えないつもりであり、そしてそれが、募集人を通して正確に伝えられていたならば、X 保険者による新価保護を受けられたはずであるから、場合によっては損害

賠償の可能性も存在する旨判示する。いずれにしても、これらは、契約締結時における事実関係（保険証券受領後の保険契約者の質問に対する募集人の発言）に依存するとして、原判決を破棄し、差戻しを命じている。

当該判決が未解決にした問題への回答が、その後、BGH 1997年12月17日判決でなされることとなった<sup>300)</sup>。本判決によって、今日、もはや VVG 55条に基づく強行法原則としての利得禁止原則は、明確に否定された。

以下では、利得禁止原則を否定した BGH の理解を知るうえで重要と思われる1997年判決前後の関連諸判決を紹介する。

#### (1) 利得禁止原則否定の兆候が現れた判決

BGH1995年11月8日判決は、填補給付の制限が、VVG 55条の利得禁止だけを根拠として生じるという保険者の解釈に、BGH が従わなかった点で意義を有する。すなわち、本判決において、BGHは、いわゆる利得禁止を純粋に填補原則に還元して理解し、これが、それ以上に、決して、保険関係外の結果的な利得にまで、当然に何らかの効力を及ぼす存在でないことを示唆する点で意義がある。これは、いわゆる利得禁止が、損害保険契約の損害填補原則を離れて、独自の法的効果を有さないことを暗に示している。

【BGH 8.11.1995 VersR 1996,91】

〔事 実〕

本件は、自動車保険普通保険約款（AKB）を契約の基礎とする車両保険の事例である<sup>301)</sup>。

原告の車両は、交通事故により損傷（分損）した。これにより必要な修理費用は、44,826 DM と査定された。同時に、自動車の残存価値は22,000 DM、再調達価額は56,000 DM と査定された。原告は、当該車両を修理することなく25,000 DM で売却した。被告保険者は、再調達価額から、上述の売却益（25,000 DM）および当該契約に協定されていた被保険者自己負担額（650 DM）を差し引いて算出された30,350 DM についてのみ、填補給付として支払った。

原告は、填補給付は必要な修理費用（44,826 DM）を基準に決定されなければならないと主張する。当該金額は、自己負担額650 DM および新旧交換差益78 DM（AKB 13条 5 項参照）の範囲で縮減されるに過ぎないとし、残額分の支払を請求した。

地方裁判所は、主張された利息の一定部分まで請求を認容した。被告の控訴は、成果のないままに終わった。被告が上告した。

上告棄却。

〔理由〕

「被告は、原告に対し、車両の損傷（Beschädigung）を原因として、AKB 13条 5 項に基づき、当該車両の修復に必要な費用を填補する義務を負わされる。被告の填補義務は、その際、AKB 13条 1 項から 3 項により算出される金額に制限される（AKB 13条 5 項 1 文）。本件の填補最高金額は AKB 13条 1 項により決定され、それは車両の再調達価格（56,000 DM = 筆者注）である。金額について争う余地のない修理費用（44,826 DM = 筆者注）は、再調達価格を上回っていない。本件は、車両の分損ケース（13条 5 項 = 筆者注）であり、車両の破壊（いわゆる全損）ケース（同・4 項 = 筆者注）ではない。

AKB 13条 5 項における保険者の給付義務は、はたして、または、どの範囲で修理が実施されたかに依存しない。修復費用に関する填補請求権は、事前の修理の実施を前提としていない。保険者の填補給付の程度は、その点においても、必要な修理費用を基準とする（1985.1.30の法廷 aZR109/83 VersR85,354 2）。

もっとも、AKB 13条 5 項 1 文に規定される、“1 項から 3 項により生じる金額” まででの保険者の填補給付の制限によれば、車両の損傷を原因とする請求権の枠組みにおいても、AKB 13条 3 項 b 号の算入条項（Anrechnungsklausel）は、原則として顧慮されなければならない。というのは、AKB 13条 5 項に、3 項を取り込むことによって、それが、等しく、保険者の填補義務の制限にとって判断基準になるとして、説明

されるからである。

AKB 13条 3 項 b 号によれば、保険契約者に留まる残存部品および旧部品は、売却価額 (Veräußerungswert) により、填補給付の計算にあたって考慮される (結果として、この金額が最高填補給付額 本件では、AKB 13条 1 項に規定される時価再調達価額 から控除される = 筆者注)。したがって、AKB 13条 5 項における修復費用の填補請求権に関して、いったい何が“残存部品および旧部品”という概念のもと、理解されなければならないのかが重要になる。AKB 13条 3 項と関連する AKB 13条 5 項の解釈は、以下のことを明らかにする、すなわち、残存パーツおよび旧部品という概念のもとには、そのように結論的には原審も適切に述べるように、未修理車両の売却ケースの場合であっても、その車両の残存価値も、売却収益も理解され得ない。

普通保険約款 (AVB) は、標準的な保険契約者が、思慮ある評価、注意深い洞察、そして、認識できる意味関係の考慮のもとで、当該約款を、当然に理解するように解釈されなければならない (BGHZ 123,83[85] = VersR 93,957[958])。AKB 13条 5 項をもって、保険者は、いかなる車両の分損の場合にも、通常の事例 (13条 1 項) においては、再調達価額まで、修復費用の填補を約束している。このことは、そのように境界を画定した範囲までは、修復費用が、填補給付の判断基準となることを、保険契約者に明確に説明している。このことは、修理がすでに実施されたかどうかの状況に関係なく妥当する。……中略……残存部品および旧部品のもとで、保険契約者は、むしろこの関連において、以下のような物だけを理解することができる。それは、例えば、車両の修復の為に、それを新しいパーツと取り換えなければならないが故に、修復の後に、保険契約者に留まる物である。

未修理状態の車両売却ケースにあっては別のことが妥当する事を、保険契約者は、上述の約款から推察することができない。保険契約者の修復費用に関する填補請求権は、車両の修理をまったくもって前提条件と

しないので、この填補請求権は、未修理車両の売却によっても影響をうけない。それゆえ、売却ケースにおいては、もはや、車両の残存価値またはその売却収益が、AKB 13条 3 項 b 号にいう“残存部品および旧部品”の価格と看做され得るということに関する保険契約者の手がかりは、AKB 13条 5 項から明らかにならない。したがって、AKB 13条 5 項に基づく填補給付の計算において、車両の残存価値を考慮することは、問題とならない（そのように、すでに1970.6.3の法廷 ZR1046/68 VersR 70,758）。もっとも、車両の全損の場合（AKB 13条 4 項）、全損車両の残存部分の価値は、填補給付の計算にあたって考慮されなければならない（1970.6.3の法廷 VersR 70,578参照）。車両の全損ケースにおいて、AKB 13条の文脈によれば、修理による復旧は問題とならない。まさにそのことによって、全損は、AKB 13条 5 項にいう分損から区別される。それゆえ、車両の全損ケースでは、当該車両の残存部分は、AKB 13条 3 b 項にいう“残存パーツおよび旧部品”とみなされなければならない。というのは、それらの残存部分は、約款にしたがい、復旧の枠組みの中での利用に関して、問題とならないからである。

それゆえ、当該残存部分は、AKB 13条 1 項における通常の場合において、再調達価格に対して、差引勘定されなければならない。

しかし、全損が存在しない場合、たとえ、損傷し、約款に従えば修理に値する自動車が、修理を施すことなく譲渡された場合であっても、AKB 13条の構成にしたがい、その限り（全損の限り＝筆者注）で、判断の基準となる規定（AKB 13条 3 b 項＝筆者注）の適用は、除外される。分損車両は、修理がなされない場合でも、全損車両を意味しない。分損車両は、その売却によっても、全損車両とならない。それゆえ、保険者はこのケースにおいて、保険契約者に、以下のことを指示できない、すなわち、保険契約者の填補給付請求権は、AKB 13条 1 項の場合の中で 車両の残存価値の差引勘定のもとでの再調達価額から明らかになることである。

保険者から AKB 13条 5 項に基づいて提供されうる填補給付と未修理車両の残存価値(または売却収益)との合計金額が、AKB 13条 1 項から 3 項によってその時々が生じる填補の限度 AKB 13条 1 項の場合、再調達価額 を、上回る場合であっても、別のことは妥当しない。AKB 13条は、そのことについての明示的規定を含んでいない。とりわけ、保険契約者は、AKB 13条から、少なくとも、そのような場合においては、全損、すなわち車両の破壊が出発点とされうるべきことを、読み取ることができない。

なぜならば、全損は、いずれにしても、修理費用が、その時々判断基準となる填補限度を超えない場合、存在しないからである。仮に、被告が、ここで問題となっているケースも、全損のようなケースとみなすことを意図し、いずれにしても、控除の権利を AKB 13条 4 項 a 号によって根拠づけることを意図したとしても、この権利は、約款の中に、十分明瞭に現れていない。全損の場合に生じる填補給付額に、保険者の填補給付を制限することにつき、以下のことに拠る所を求めることもできない、すなわち、そうでない場合、被告の考える VVG 55条によって禁止される保険契約者の利得が生じるということである。保険契約者は、保険者の給付によって、損害填補を超える利得を獲得すべきでないということは、AKB 13条の枠組みでは、その10項においてのみ具体化されている(1981.5.13の法廷 aZR 175/80 VersR 81,772,2b 参照)。しかしここでは、AKB 13条10項のケースは存在しない。それ以外のことは、この関連で問題とならない、なぜなら、AKB 13条 5 項に基づく保険者の填補給付によって、保険契約者の(保険法上の)利得はもたらされないからである。車両の復旧の為に修理費用により決定される当該填補給付をもって、保険契約者は、分損によって生じた損害の填補より高額のものを受領しない。

保険契約者が復旧の断念を決心する場合であっても、彼はその地位を、保険者との関係で重要性がある方法によって、より良いものとするわけ

ではない。

その限りでも適用される AKB 13条 5 項の査定基準にしたがい、保険者の填補給付は、ここでも、保険契約者が損害事故によって被った損失だけを填補する（1985.1.30の法廷 VersR 85,354, 3）。分損車両の残存価値は、復旧費用の填補が問題である限り それに関して意義をもたない。

そのことについては、保険契約者が、未修理車両の残存価値を、当該車両の売却によって現実のものとする場合であっても、なんら変更を受けるものではない。売却によって生じる財産増加は、填補されるべき損害を超える保険者の給付によって引き起こされるものではない。」

#### (2) 利得禁止原則の否定を導いた判決

BGH 1997年 6月 4日判決は、保険者が填補すべき損害がどのようなのかは、VVG 55条から明らかにならず、“契約の定めにより”という VVG 1条 1項 1文から、したがって契約当事者の協定（普通保険約款）から明らかになると判断した点で意義がある。

これにより、当事者の協定を介して決定される概念としての保険法上の損害は、民法（BGB）における損害概念から、とりわけその認識時点、およびその範囲に関して解放される可能性を示唆している。また、本判決は、填補すべき損害の範囲について、普通保険約款の内容のみを判断基準とする点で、上述、1995年判決との整合性を保っている<sup>302)</sup>。

【BGH 4.6.1997 VersR 1997,1231】

〔事実〕

コイン等を販売する原告は、被告保険者のもと、強盗等に備え、彼の商品在庫を保険に付した。1993年 2月、強盗が発生し、彼から、コインおよび装飾品等が、盗まれた。これらの盗品は、一部の例外を除き、大部分は、自国ないし外国において、1ヶ月ないし2ヶ月以内に官庁に押収された。もっとも、これらは、犯人の刑事訴訟手続の終了まで官庁の保管下にあり、ようやく1年後に管理状態から解放された。

原告は、それでも、発見された目的物について、これを次々に被告に譲渡することと引き換えに、金銭による填補を請求した。被告は、ただ、再入手に要する費用の填補に向けた前渡し金（Vorschuss）<sup>303)</sup>のみを支払い、原告に対し、目的物押収の公告後の引取りを命じ、場合によっては起こり得る毀損に対しては、これについて金銭填補を行うことを指示した。

被告は、VVG 55条および協定され、問題となった保険事故に関連する装飾商品等 - 行商保険普通保険約款（AVB Reiselager）14号<sup>304)</sup>により、保険契約者は、これについて填補がすでに支払われていた場合に限り（行商保険普通保険約款14.2号・14.3号参照）、金銭填補か回収された物の引取りかの選択が可能であることを援用した。

地方裁判所は、填補請求を認容し、算定された遅滞損害の訴えも大筋で認容した。控訴審裁判所は、回収された物に関する金銭填補の支払および遅延損害金に関する請求を棄却した。原告が上告した。

破棄差戻し。

〔理由〕

「控訴審裁判所は、原告は回収された物に関する金銭填補請求権を有さないという。当該請求権は、確かに、疑う余地なく強盗について協定された350,000 DMの最高責任金額で発生した。盗難され、保険されたすべての物が回収されているわけではないという理由から、強盗によって生じた保険事故も、遡及的に無視されるわけではない。とはいえ、填補請求権は、盗品の大部分が、盗難後、直ちに発見されたことによって変更された。原告は、1994年6月に、再びコインの大部分を預かる立場に置かれ、すでに1994年3月3日以来、装飾品およびプラチナの延べ棒を受取る可能性を有していた後で、元来の保険給付請求権は、VVG 55条から推論される利得禁止により、再び獲得された目的物の価額だけ減少する。盗品の返還により、填補請求権はその限りで問題とならないという。

しかし、控訴審裁判所により、マルティン(Martin, Sachversicherungsrecht 3. Aufl. Z I 8ff. und II 2ff.)を指摘して主張された見解は、法律審の審査に耐えられない。原告は、盗まれたが、後に押収され返還された目的物に関する填補支払請求権を、324,999.99 DMの範囲で保持する。

控訴審裁判所が適切に判断し、そして被告も疑わないように、強奪による目的物の盗難をもって、行商保険普通保険約款にいう保険事故は発生した。保険事故は、押収によっても、盗品の大部分の返還によっても無視されない。盗難に際し、保険事故は、完全な再発見によっても、解除条件付きとはならない(1981.11.17の法廷 a ZR 230/80 VersR82, 135参照)。……中略……しかし、填補請求権は、盗まれた目的物の返還により、その価額の範囲で問題とならないとする点で、控訴審裁判所にしがいが得ない。保険給付請求権が発生する場合、当該請求権は、(履行によることを例外として)事後的には、保険者が、首尾よく、約款により、結果として給付免責をもたらず構成要件を援用しうる場合に限り消滅する(Martin aaO Z I 12参照)。しかし、当事者は、以下のような自動車保険普通保険約款(AKB)13条7項に対応する規定を協定していなかった。すなわち、そこから、保険契約者に、押収され、回収された目的物の引き取りが指示され得、それをもって、依然履行されていない保険者の支払義務が、事後的に消滅することが生じる規定である。

行商保険普通保険約款14.2号、14.3号は、保険者が填補を全部または一部支払っている場合の規定のみを含んでいる。その限りで、保険契約者は期限付きの選択権を有する。しかし、そのことから、盗まれた物が、支払前に回収され、あるいは、それどころか、その物のありかが突き止められたに過ぎない場合に、保険契約者は填補請求権を失うという、保険契約者の不利益は導かれない。むしろ、標準的な保険契約者は、行商保険普通保険約款14.1号の規定から、盗まれた物のありかが突き止めら

れた場合にも、彼は支払請求権を保持するという結論を引き出すことができる。というのも、そうでない場合には、物の権利を保険者に、その請求に基づき譲渡する理由が、存在しないであろう(そのように、Martin aaO Z II 3)。この理由だけでも、本規定から、保険者は、彼が物の権利の譲渡を請求しない場合、自身の填補義務から免れることは推論されない。

保険者は、彼が被保険物の権利の受領と引き換えに、保険契約に従った填補を履行するつもりであるのか、それとも盗まれた財貨につき、回収のための救済(損害防止)費用(Rettungskosten)を支出するつもりであるのか、自由に選択できるとする控訴審裁判所の見解について、行商保険普通保険約款14.1号は、その根拠を提供していない。VVG 62条および63条からも、このことは明らかにならない。

填補請求権は、同様に、原告が、保険事故発生の後、一年以上経って、目的物を再び自由に処分できるようになったことによっても、その範囲に応じて減額されない。VVG 55条から、このことは導かれぬ。VVG 55条によれば、確かに保険者は、保険契約者に対し、損害の金額を超えて填補する義務を負われない。しかしながら、填補されるべき損害がどのようなものかは、VVG 55条からではなく、“契約の定めにより”というVVG 1条1項1文により、すなわち、保険契約当事者の協定から明らかになる(それについて、およびいわゆる利得禁止一般については、現今の Kollhosser VersR 97,521 とりわけ B 参照)。

本件において、当事者は、填補義務の範囲に関し、保険事故発生の時点における状況が判断基準となることを協定している。このことは、同約款5.2号および5.3号の結果として生じる。それにしたがって、保険者は、証明された保険事故発生の時点における保険価額より、多くのものを給付しない。それはたとえば、保険金額が、その保険価額を超える場合であっても、同様である。一部保険であるかどうかの確定に関しても、同様に、保険事故発生時点に照準が合わせられる。事後的に生じた事実が、

填補義務の範囲に影響を及ぼすことに関係する規定は、14号および、その他の行商保険普通保険約款中の規定、およびその他本契約の基礎になっている保険約款にも含まれていない。

填補義務の範囲について、保険事故発生の時点における事情が問題となり、その後が生じた状況は問題とならないとする協定は、VVG 55条に違反しない。むしろこの時点は、保険契約法において、法律に従うものであり(VVG 55条, 56条, 57条参照)、保険実務において、ごく通例のものである(Kollhossler in Prölss/Martin, VVG § 52 Anm. 5, § 55 Anm. 2; Martin, a a O. Q I 53ff. とりわけ 53, 54, 58, Q IV 7, R I 9, II 1, 17 参照。異なって、民法の損害賠償法上は、填補義務範囲の決定時点は、履行時または事実審裁判官のもとでの最終の口頭弁論時に照準が合わせられるPalandt/Heinrichs, BGB56. Aufl. Vorbem. vor § 249 Rnd. 174)。

保険契約者が、回収された物を保持したまま、追加的にそれに関する完全な填補を請求し得る場合にのみ、保険契約者は損害の金額(VVG 55条)より多くのもを受領するであろう。しかし、原告は、填補の支払を、被告がここで行商保険普通保険約款14.1号によっても請求できる一つ一つの目的物の譲渡と引き換えに、請求しているに過ぎない。……中略……遅延損害に関する賠償請求の棄却は、もはや維持できない、なぜなら、控訴審裁判所は、不当にも、基礎となる填補請求権を否定するからである。本法廷は、本案判決をなすことができない。なぜなら、遅延時点および履行されなかった支払により発生した損害の範囲に関する不可欠の認定が、欠如するからである。……以下省略……。」

(3) 強行法原則としての利得禁止原則を明示的に否定した判決

1997年12月17日判決は、強行法原則という意味での不文の一般的利得禁止原則は存在しないことを明確に判示した初めての最上級審判決である<sup>305)</sup>。さらに、本判決は、VVG 55条には、明示的にも内容的にも新価保険の許容性および限界は規定されていないと判断し、VVG は新価保険を禁止しているといえないため、この保険は成文法を排除する慣習法ではな

く、契約自由にその正当性を見出すという。これにより、本判決が、新価保険の法的構成について慣習法理論を否定し、一元的物保険理論を採用することが明らかになった。そしてこの立場から、復旧条項および減価制限を伴わない新価保険も許容されるのかという実務上の最大の関心事についても、それも契約自由により許されるという判断を示した点での意義も大きい。

また、BGHは、VVG 55条は、そこにいう損害を時価損害とし、これをもって保険者の填補義務の範囲を一律に時価損害に限定する規定ではなく、ここにいう損害とは、VVG 1条1項1文により、契約内容に従って定まる概念であるから、単に、契約により規範となった損害(保険価額)を保険金額が超過する場合、当該保険者には、超過部分に対応する填補義務がないことを定めているにすぎない規定であると理解する。したがって、填補されるべき損害の範囲については、契約当事者の協定によるという立場につき、上述の2判決との整合性を保つものである。

【BGH 17.12.1997 BGHZ, Bd. 137, S. 318 = VersR 1998, 305】

〔事実〕

本件においては、被告保険者に、1992年11月1日の火災損害に関して、火災保険に基づく保険保護を与える義務があるかどうか争われている。ブランデンブルク州の小規模な自治体である原告は、1991年11月13日、公共およびそれ以外の建物の全資産を、被告保険者のもとにおいて、保険金額スライド方式の新価(1914年での保険金額317,900 DM<sup>306</sup>)、1991年に換算して4,777,400 DM)により、火災、水道水、嵐、電危険に備える保険に付した。

保険証券によれば、契約の基礎は、火災保険普通保険約款(AFB)、一般住宅建物普通保険約款(VGB)、住宅用・営業用・農業用建物に関する保険金額スライド方式新価保険特別約款(SGIN 79a)、そして、水道水・嵐損害普通保険約款であった。

18世紀における木造建築様式の大規模な飲食店兼業旅館屋敷(gro-

sses Gaststättenanwesen)<sup>307)</sup>も、被保険目的物の一部であった。なお、この旅館については、1914年の保険金額として、107,600 DM が協定されていた。

1989年10月に行われた木材保護技術上の鑑定結果によれば、この建物の安定性は、木材の酷い害虫被害が原因で、もはや疑う余地なく保証されなかった。それゆえ、国家建物監督庁は、1989年12月13日に即時の建物閉鎖を命令した。この建物閉鎖は、居住部分を除き、1990年2月19日の決定(Bescheid)を通して、安全対策および日常的監視という条件のもとに解除された。この旅館は、1990年1月1日以来、閉鎖された。

原告により、健全化の目的で指示された建物の現状調査において、劣悪な状態を理由に建物を取壊し、文化財保護上の命令(Auflage)を考慮して、これを新しく建築することが提案された。文化財保護機関は、その1990年5月31日の態度表明において、原告の取壊申請に異議を唱えた。なぜなら、当該建物は適切な費用をもって保存されうるとされたからである。原告は、この健全化を実施することができなかった。なぜなら、原告はそれに関する費用を独力で調達することができず、申請された国家の財政援助は、大筋において拒絶されたからである。原告は、1992年3月30日、旅館の土地<sup>308)</sup>を153,500 DM で売却した。売買契約書には、買主によって実施されるべき修復作業においては、文化財保護官庁の命令を顧慮しなければならないという指示が含まれていた。

1992年11月1日の夜、火災が、旅館を広範囲に破壊した。被告は、1992年11月30日の文書により、原告が被告に劣悪な建物状態を説明(告知)しなかったことを理由に、詐欺に基づく取消、および契約解除の意思表示を行った。被告は、この建物は無価値であり、その結果、保険法上の利得禁止に基づいても、填補義務を負わされないと主張した。

地方裁判所は、協定された保険金額での保険保護の付与に関する確認の訴えを認容し、控訴裁判所は、これを棄却している(被告の控訴認容)。原告の上告が、破棄差戻しを導いた。

〔理由〕

「A. 確認の訴えの許容性についての控訴審裁判所の説明に、異議を述べることはできない。上告に应诉する見解とは逆に、原告は場合によっては給付の訴えを申し立てうるがゆえに、民事訴訟法256条1項にいう確認の利益が欠けるわけではない。保険約款で予定された専門家による手続の機会をここで原告は、AFB 15条、SGIN 79a 4条に従い利用しうる保険契約者は、給付の訴えを指示されるとは限らない(1986.4.16の法廷 aZR210/84 VersR86,675,1)<sup>309)</sup>。

B. . 控訴審裁判所は、その理由につき、まず、被告は、本保険契約を、建築物の保存状態についての詐欺に基づき、有効に取り消したと説明している。しかし、結果的に控訴審裁判所は、当該詐欺に、請求棄却の抛り所を求めている。なぜなら、結局、このことは問題にならないとするからである。すなわち、被告の填補義務は、少なくとも、AFB 3条1項1文の利得禁止およびVVG 55条に反し、発生しない。旅館“X”は、損害事故発生に際して、すでに持続的に価値を下げており、事実上、もはや財産的価値はなかった。AFB 3条1項1文は、産業および商業上の新価保険特別約款(NWIG 80)によっても、SGIN 79a(住宅用・営業用・農業用建物に関する保険金額スライド方式新価保険特別約款=筆者注)によっても失効させられないので、本件新価保険は、原告の許されない利得を導く。もっとも、新価保険は、慣習法上、基本的に許容されると考えられている。しかし、このことは、時価が新価の50%、多くとも40%未満に低下しない場合にのみ妥当する。ここでは、10%未満の時価が出発点とされうるという。

. 利得禁止を理由にした請求棄却は正当ではない。

1. 本件契約は、新価填補の請求権を制限する諸規定を有していない。填補を損害事故発生時の価額に限定するAFB 3条は、本件ではSGIN 79aに基づく保険金額スライド方式の新価保険協定によって効力がない。要約すれば、AFB 3条は以下のような内容を有する：

“〔 § 3 填補価額，一部保険〕

- (1) 本保険が利得となることは許されない。填補に関して判断の基準となるのは、損害事故発生時の保険価額である（填補価額）……。
- (2) 填補価額の基準：
  - a) ……建物の場合：建物の状態，とりわけ年数および消耗と一致する金額の控除のもと，その土地で慣行となっている建物の価額。建物および機械の場合，それらが損害事故発生前に，すでに持続的に価値を下げているという状況から，より少ない価額が明らかになるときは，当該より少ない価額が填補価額とみなされる。

そのことから，AFB 3 条は，全体において時価保険にのみ関係し，当該条項の適用は，原告に与えられた新価保険約束に矛盾することが明らかになる。一般的見解によれば，AFB 3 条は，新価保険にはもともと適用されない（Kollhosser in Prölss/Martin, VVG25. Aufl. § 3 AFB Anm. 3; Martin, Sachversicherungsrecht, 3. Aufl. Q III 25, R I 4）。むしろ，判断の基準となるのは，新価保険の協定，本件では SGIN 79a である。

SGIN 79a には，前文として以下のことが記されている；

“住宅用・営業用・農業用建物に関する保険金額スライド方式の新価保険については，建築における費用変更に対応する目的で，以下に続く普通保険約款および新価保険に関して協定された特別約款との相違が認められる：”

このことから，標準的な保険契約者の理解にもとづき，SGIN 79a は，その適用範囲において排他的な適用を要求し，その限りで他の普通保険約款を排除することが推論されなければならない。SGIN 79a 第 2 条 2 項によれば，一部保険でない限り，算出される新価填補が完全に履行される。それ以上の制限は，SGIN 79a に列挙されていない。

NWIG 80 第 1 条に含まれる減価条項を，SGIN 79a に基づき算出された新価填補の制限のために援用できるかどうかは（この問題については，Kollhosser aaO § 2 SGIN 79a Anm. 1, § 1 SGIN 79a Anm. 1; Martin aaO Q III 17ff., 26 und 28, S IV 11f.; OLG HammVersR 86, 670 を参照），未解決の

ままにできる。NWIG 80 は、本保険証券において、契約の基礎として記載されていない。

2. VVG 55条も、ここで協定された新価保険に矛盾しない。

a) もっとも控訴審裁判所は、以下のような、学説において依然、支配的である見解に依拠するという。すなわち、VVG 55条、または同条および VVG におけるその他の諸規定（例えば、VVG 51条3項、59条、67条）の根本思想に基づいて、確かに新価保険は禁止されないが、しかし、とりわけ減価制限に拘束されるとする強行法原則という意味での一般的利得禁止を推論する見解（Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl. vor §§ 49bis 80 Anm. 45, § 55 Anm. 6ff.; Kollhosser aaO § 55 Anm. 1 m. w. N.; Martin, aaO J13）である。BGH の判決においても、少し前まで、VVG 55条との関連で利得禁止が語られてきた（それに関しては、4）。

b) VVG 55条によれば、保険者は、保険金額が、保険事故発生時の保険価額より高額の場合であっても、保険契約者に対し、損害額を超える金額を填補する義務を負わない。しかし、この規定によって、明示的にも、意味的にも、新価保険の許容性と限界は規制されていない。

aa) VVG 55条は、一般的に保険者の填補義務を扱っているのではなく、保険者との契約の中での超過保険の場合だけを扱っている。確かに、“保険金額が、保険価額より高額である場合であっても”という表現は、その文言からすれば、超過保険が存在する場合とともに、超過保険が存在しない場合も理解されるべきことを否定するものではない。しかし、そのような理解は、法律の体系と調和しない。というのは、VVG 56条が、一部保険における損害についての保険者の責任を規定し、VVG 59条1項は、ある超過保険の特別形態であって、保険契約者は、全体としては、損害の金額を超えるものを、もはや要求できないという重複保険の場合を規定しているからである。そのことから、以下のことが推察されなければならない。すなわち、VVG 55条は、単純な超過保険の場合に関して、あることだけを述べようとしている。

保険者の給付義務に関する一般的規定は、すでに VVG 1 条 1 項に見られる。それに従い保険者は、損害保険の場合には、保険事故の発生によって、保険契約者にそれを通して引き起こされた財産損害を填補する義務を負い(1 文)、一方で、人保険の場合には、協定された金額、またはそれ以外に協定された給付をもたらさなければならない(2 文)。それに応じて、本法廷は、1997 年 6 月 4 日判決(IV ZR 163/96 VersR 97, 1231 [既述 = 筆者注])において、何が填補されるべき損害かは、VVG 55 条から明らかにならず、“契約の定めにより”という VVG 1 条 1 文に基づき、したがって保険契約当事者の協定から明らかになると述べている(BGH 1993.6.28 II ZR 99/92 VersR 94,91 も参照)。

この解釈は、VVG 公布に際しての考えとも調和する。草案理由(Verhandlungen des Reichstags XII. Legislaturperiode I. Session Bd. 241. zu Nr. 364 Berlin 1907)において、“VVG 55 条・56 条”という表題のもと、双方の規定の説明が統合されている。そこで、VVG 55 条については、以下のように書き留められている。すなわち、VVG 55 条は、VVG 1 条に補足的に、さらに特別に、超過保険の場合にも、保険者は、損害額を超える金額を填補する義務を負わないことを強調しているという。これ以上に、VVG 55 条に対しては言及されておらず、その後一部保険の注釈が続いている。このことは、両方の規定によって、一方で(VVG 1 条に)補足的に超過保険の場合が、そして他方で、一部保険の場合が規定されるように定められていたことを推論させる。

そのゆえ、内容的には、VVG 55 条に含まれる填補義務の制限(その限りで、利得禁止という言葉が用いられるのかもしれない)は、保険価額と損害との関係ではなく、保険価額と保険金額との関係にかかわる。VVG 55 条は、この関係について、保険者が、保険価額と、それよりも高額な保険金額との差額を支払う義務を負わないことを規定する。反対に、VVG 55 条から、保険者に、物の時価が保険価額より少額の場合、全損害に際して当該保険価額より少額な履行をなし、それに応じ、部分

損害に際して比例的な縮減をなす権利が与えられるように定められていることは、推察され得ない。

法律の構想によれば、物の保険価額は時価であり(VVG 52条, 前述の草案理由, 1条について12頁, 51条について65頁参照), この保険価額は、おこりうる最高損害と一致する(Kollhosser aaO § 52 Anm.1; Bruck/Möller, aaO § 52 Anm. 9 参照)。それによれば、保険価額と損害との不一致は、全損害の場合、生じ得ない。それゆえ、VVG 55条には、ある全損害の場合に、保険価額より低い金額へと填補請求権を縮減し、また、部分損害の場合には、比例的に、これを縮減する手がかりは存在しない。どのような場合に、そのような縮減をなすことが許されるかは、それに続く一部保険に関する VVG 56条で述べられている。

bb) それゆえ、重要な問題は、VVG 55条は、発生史および体系に基づき上述のように理解されるべき規制内容を越えて、保険者に対し時価填補を超える約束を禁止しているかどうかである。それは、実情と異なる。

確かに、1908年の立法者は、損害保険において、保険者の給付は損害の範囲により制限され、そしてとりわけ欠如した実際の需要を理由に、保険者の義務である給付の金額を、単に当事者の決定に委ねることは適当でないという思想に左右されている(詳細に、前述の草案理由, 1条について12頁参照)。他方で、草案のいくつかの箇所、以下のことが明らかになる。すなわち、草案は、実務ないし学問上の支配的見解と一致し、法律は、実務ないし学問上の法創造の邪魔になるべきでないということである(前述の草案理由, 52条・53条について67頁, 55条・56条について68頁, 1条について12頁)。その時々において実務に必要とされるものに関する立法者の解放性(それについては、Schmidt-Salzer in Festschrift für Egon Lorenz 1994 S. 587, 617 参照)は、時価を超える保険給付の問題に関し、法律自体にも現れている。VVG 1条1項1文にしたがい、保険者は、損害保険のもとで、財産損害を契約の定めに基づい

て填補する義務を負わされる。物保険においては、諸状況から、異なった事情が生じない場合だけ、物の価額が保険価額とみなされる(VVG 52条)。

立法者の考えによれば、保険価額は、まず、第一に、契約の内容にしたがい、疑わしい場合だけ物の価額にしたがう(前述の草案理由, 51条について66頁, 52条について67頁)。VVG 57条は、明示的にも、保険価額をある評価額にすることを許容し、それゆえ時価を超える填補を約束することを許容している。そのことから、VVG 55条は、填補の範囲を時価に限定せず、法律は、新価保険に関する許容性と、場合によっては起こりうる制限の問題を未解決のままにしていることが、推論されなければならない。

cc) それに応じて、本法廷は、すでに、VVG 55条は、新価填補の請求権を減価制限に結び付けていないと判示している(1996.4.24判決

IV ZR71/95 VersR 96,845 II 2 [既述 = 筆者注])。それ以上に、VVG 55条から、新価割当分の請求権は、復旧またはその保証を前提条件とすることも推察され得ない。保険実務にも、相当な範囲で、このような制限をもたない新価保険が存在する(それについては Kollhosser VersR 97, 521 C I 3 und Römer Römer/Langheid, VVG § 55. Rdn. 5)。

3. 強行法として新価保険を制限する法原則という意味での不文の一般的利得禁止は存在しない(そのように、今では Kollhosser VersR 97, 521 も; 同様に Römer aaO § 55. Rdn. 2ff.; Sieg in Festschrift für Egon Lorenz aaO S. 643, 647 も参照)。

今日、保険価額として物の新価も協定されうことは、一般的に承認されている。BGH は、すでに1953年判決が以下のことを決定し、そして絶え間ない判例のなかで、このことに固執してきた。すなわち、新価保険の時価保険に対する特性が、保険にかけられた物を復旧するために、保険契約者は時価よりも高額の金額を使用しなければならないことにより、彼に生じる損害も、そのもとでは、もと通り填補されることだけに

ある新価保険は、一つの許し得る損害保険の形態である(BGHZ 9,195 [203] = VersR 53,192 [194]; それ以後の判決,1974.10.9 IV ZR146/73 VersR 75,31.....以下省略.....)。

60年以上も前から、とりわけ建物保険において実際に行われてきた新価保険の許容性は、一般的な強行法としての利得禁止の支持者からも、基本的にはもはや疑われていないが、それにもかかわらず、(新価保険の=筆者注)慣習法上の例外という性格を理由に、利得禁止から、減価制限および復旧の要求という形態での制限が生じるとされる(Bruck/Möller aaO §§ vor 49 bis 80 Anm. 50, § 52 Anm. 28 und 56; 従来のKollhosser aaO § 55 Anm. 1; Martin aaO Q III 9 und 17ff., R IV 9ff.)。

しかし、新価保険の慣習法上の制限は、具体化が欠けること(fehlenden Konkretisierung)を理由とするだけでなく、利得禁止原則を根拠にしていることからしてすでに、承認されるべきものでない。

法律は、新価保険を禁止していないので、新価保険は、その正当性を、成文法を排除する慣習法ではなく、契約自由に見出す(Kollhosser VersR 97,521[522B III 2])。それに従って、以下の場合において、保険者は、異なった契約当事者ごとに、彼の給付約束に拘束される。その場合とは、強行法規定が妨げない場合、あるいは、法律または契約上の規定が、保険者に対しその約束から免責される可能性を開いていない場合である。

不文の利得禁止による保険者のさらなる保護は必要でもない。保険者は、彼の利益を、事物に即した危険審査、ならびに減価制限および復旧条項を伴う普通保険約款の協定によって維持することができる。保険契約者が危険の著しい状況を秘密にする場合、法律は、保険者に対し、保険契約を解除する機会、あるいは、保険者の承諾意思表示を詐欺に基づき取消す機会を与えている(VVG 16条以下, BGB 123条)。

4. BGHの従来の判例は、本件において、本法廷により支持された結論と矛盾しない。利得禁止が、かつての判例において、理由付けのために

援用された限りでいえば、新価保険における減価条項および復旧条項の解釈が問題となり(1990.2.21判決 IV ZR 298/88 VersR 90,488 m. w. N, その証明は, Römer aaO Rdn. 4), そして1988年2月8日第2民事部判決(BGHZ 103,228, [232ff.] = VersR 88,463[464])では、普通保険約款に復旧条項が欠如していた場合の補充的契約解釈が問題となった<sup>310)</sup>。

しかし、BGHは、拘束力のある契約自由を制限する法原則という意味での、一般的、保険法上の利得禁止が存在するとは述べていない。もし、以前の判例から別種の事柄(強行法としての利得禁止原則=筆者注)が推察されうるならば、判断する法廷(第4民事法廷=筆者注)および第2民事法廷は、それが問い合わせに対して伝えたように、そのこと(強行法としての利得禁止原則=筆者注)に固執しない。

C. 原審におけるさらなる手続きのために、本法廷は、さらに以下の助言を与える。

これまでの原審の認定によれば、VVG 22条、BGB 123条に基づく詐欺を理由とする取消、およびVVG 20条に基づく解除の要件は満たされない。……中略……原告は、建物の状態を要約して適切に述べ、彼の契約締結前の告知義務(オプリーゲンハイト)を、さしあたって履行しているといえるであろう。個々の物事を問い質し、証拠書類を提出させることは、今や、被告の責務(Sache)であろう(1984.11.20の法廷 IV aZR 39/83 VersR 85,154 III und BGHZ 117,385 = VersR 92,603参照)。……以下省略……」。

(4) 利得禁止原則の否定を再確認し、理解の徹底を求めた判決

2001年4月4日判決は、1997年12月17日判決が示した、強行法原則という意味での不文の一般的利得禁止は存在しないとする理解を再度確認し、徹底を図るよう注意を促した判決であり、この理解によるBGHの立場を一層明確にし、確定的にした判決として意義を有する。

注目すべきは、本件が物保険に関する事例でも、また新価保険に関する

事例でもない、費用保険事例であったことである。ドイツにおいて、従来、利得禁止の問題は、もっぱら物保険、その中でもとりわけ新価保険との関連で議論されてきたとされる。というのは、かつて、利得禁止原則の推論の根拠とされた VVG 55条は、保険価額を有する物保険（積極保険）にのみ意義を有する規範であり、保険価額を有さない費用保険などの消極保険には直接適用される規範ではないと考えられていたからである。1997年判決は、物保険における新価保険事例であった。それについて BGH は、VVG 55条の解釈を通して、強行法として新価保険を制限する法原則という意味での不文の一般的利得禁止は存在しないと判示した。しかし、場合によっては、この判決の射程が VVG 55条と関連をもつ物保険（ないし新価保険）の議論に限定されるものであると解釈される可能性もあろう。それゆえ、同じく損害保険ではあるが、物保険でない本件において、同様の理解を確認した事実は、BGH が、上述の限定なく、より広く損害保険一般に妥当する論理として、この立場を採用することを示している。

なお、本判決は、いわゆる間接損害リスクに関わる事例である。わが国においては、間接損害リスクについて、保険よりも補償ニーズに優れるとされるデリバティブが活用されつつあるともいう。本判決は、今後のこの種の費用保険領域における保険金支払のあり方について、重要な示唆を含んでいるようにも思われるので、長くなるがその部分についても紹介することにする。

【BGH 4.4.2001 VersR 2001,749】

〔事 実〕

当事者は、営業中断保険（利益保険＝筆者注）における原告の請求権の範囲に関して争っている。

原告は養豚場を営営し、家畜伝染病の危険に備えて保険契約を締結した。

保険給付は、定額の最高填補額として、飼育豚一頭あたり 1,000 DM に固定され、頭数は1,200頭に限定された。被保険損害および被保険危

険の表記について、保険証券には、付加的な別の協定の参照が含まれていた。その協定において、“13.1号に基づく”損害ないし危険のみが、保険されると定められていた。13.1号は、以下のように規定していた。

本保険の保護は、以下の場合に対して存在する。その場合とは、家畜伝染病法10条に基づき届出義務のある伝染病を原因として、官庁の家畜医療上の命令に従い、企業の家畜在庫が、全部または一部、屠殺された場合である。当該給付義務は、屠殺が実行された時に負わされる。

家畜伝染病法上の行政処分に従い、原告の全部の豚（1,085頭）が、保険契約によって担保されていた伝染病を理由に、屠殺された。

原告は、州の家畜伝染病保険組合から、901,035.93 DM の家畜喪失補償、および 23,361.30 DM の費用補償を受領した。

損害の程度に関し、当事者は、“鑑定人および裁定人の任命”という表題の書式に署名した。鑑定人は営業中断に起因する全損害として 967,114 DM を認定した。

被告は、利息と共に、この金額での支払を履行した。

原告は、それぞれの飼育豚（一頭）あたり 1,000 DM、そして、1,085頭という疑う余地のない屠殺された飼育豚の数を基礎にして、1,085,000 DM 全額の支払を求めた。

地方裁判所は、請求を認容し、控訴審裁判所は、請求を棄却した。原告が上告した。

破棄自判。

〔理由〕

「第一に、控訴審裁判所は、法的にも適切に、協定保険の場合には、VVG 116条にいう動物保険は問題とならないことを出発点としている。その結果、VVG117条も適用できない、なお、本条によると原告は、彼が家畜の喪失と引き換えに州の家畜伝染病保険組合から受領した金額を、保険者の給付から差し引かれることとなろう。むしろ、伝染病に起因する営業中断によって、原告のもとで発生する損害の危険を取り除く保険

が問題となる。

控訴審裁判所は、適切にも、当事者が保険給付として VVG 57条にいう評価額を協定した家畜伝染病 - 営業中断保険が存在することを認定している。そのことに関して、当事者は、もはや上告手続において争っていない。

さらに、控訴審裁判所は、契約によって義務を負わされたある定額を基準とする保険給付の支払は、本件において、VVG 55条、57条2文により許されないという。強行法としての利得禁止が、上述の給付を妨げる。本件で協定された評価額は、実際の保険価額を著しく上回るという (VVG 57条2文)。

しかし、このような解釈は、上告における法律審査に耐えられない。

控訴審裁判所は、VVG 55条より、一般的な強行法としての利得禁止を導き出す。立法者は、その限りで、保険契約者が保険事故の発生によって利得することを阻止する保険者の給付義務の最高限度を固定した。利得禁止原則は、支配的見解により強行的である。それゆえ、保険者は原則として、有効には、損害填補を超える義務を負い得ない。定額の保険金額が協定されていた場合であっても、合意によっても変更できない VVG 55条の利得禁止は、すべての保険者の給付義務に妥当するという。

強行法として、合意によっても変更できない利得禁止に関する想定された支配的見解の採用にあたって、控訴審裁判所は、BGH の新しい判決に注意を払わないでいる。そのように説明される利得禁止が存在し、それは、VVG 55条から生じるとする見解の承認は、適切ではない (詳細は、Römer Römer/Langheid, VVG 1997 § 55 Rdn. 2ff. m. w. N. 参照)。

BGH は、いくつかの判決において、想定される利得禁止の問題に対する立場を明らかにしてきた。

すでに、1995年11月8日判決 (BGHZ 131, 157 [161f.] = VersR 1996, 91 [92] [既述 = 筆者注]) において、BGH は、以下のような保険者の抗弁を認めなかった。その抗弁とは、車両保険において、未修理車

両の譲渡の場合、この車両の残存価値が保険給付に際して控除されなければならない、なぜなら、そうでない場合 VVG 55条によって禁止された保険契約者の利得が生じるからであるというものであった。填補給付の計算にあたり、BGH は、保険者が、保険事故における彼の給付を詳細に約束した自動車保険普通保険約款の諸規定のみを基準にした。これらの諸規定は、車両の残存価値が顧慮されずに(保険契約者に=筆者注)とどまることを阻止していなかった。それに応じて、BGH は、1997年6月4日判決(IV ZR163/96 VersR 1997,1231 [既述=筆者注])において、填補されるべき損害は、VVG 55条から明らかにならず、VVG 1条(1項=筆者挿入)1文によって“契約の定めにより(したがって普通保険約款から)”明らかになると判示している。

1997年12月17日判決(BGHZ 137,318 = VersR 1998,305 [既述=筆者注])において、BGH は、新価保険事例にあたり、以下のように詳述した。VVG 55条は、保険者の給付義務一般を扱っているのではなく、保険者との契約における超過保険の場合だけを扱っている。確かに、“保険金額が、保険価額より高額である場合であっても”という表現は、その文言からすれば、超過保険が存在する場合とともに、超過保険が存在しない場合も理解されるべきことを否定するものではない。しかし、そのような理解は、法律の体系と調和しない(BGHZ 137,318 [323] = VersR 1998,305 [306])。VVG 55条は、保険者に対し、時価填補を超えて約束することを禁止していない。強行法的な、新価保険を制限する法原則という意味での不文の一般的利得禁止は、存在しない(BGHZ 137,318[326] = VersR 1998,305[307])。

それに従って、以下の場合において、保険者は、異なった契約当事者ごとに、彼の給付約束に拘束される。その場合とは、強行法規定が妨げない場合、あるいは、法律または契約上の規定が、保険者に対しその約束から免責される可能性を開いていない場合である。不文の利得禁止による保険者のさらなる保護は必要でもない。保険者は、彼の利益を、事

物に即した危険審査, および普通保険約款の協定によって維持することができる (BGHZ 137, 318[327] = VersR 1998, 305[307])。

問題となっているケースも例外でない。保険者は, 彼が契約上約束したことを履行しなければならない。法律が明確に異なったことを規定している場合は別として, 保険者は, いわゆる利得禁止を援用して, 彼の約束から免れることはできない。VVG 55条をもって, その場合 (法律が明確に異なったことを規定している場合 = 筆者注) とはならない。

法律上の給付制限は, VVG 57条2文から生じる。それによれば, 評価額協定が, 実際の保険価額を著しく上回る場合, その評価額協定は無効となる。

控訴審裁判所は, 当該無効要件が存在することを承認する。控訴審裁判所は, 実際の保険価額として, 鑑定により確定された 967,114 DM の金額を出発点とする。その額を100%として, 控訴審裁判所は, 全部で 1,085,000 DM という評価額に基づく金額に対する差, すなわち 12.189%の差を, VVG 57条2文にいう著しい相違とみなしている。理由付けにあたって, 控訴審裁判所は以下のように説明する。評価額または定額 (概算額) に基づき決済することは, 他の場合 (評価額協定がない場合 = 筆者注) には懸念されうる VVG 55条の利得禁止の空洞化を理由に, 評価額が実際の保険価額を著しく上回らない場合に限り可能である。上記の相違は, 大規模に許容されてはならない。もっとも, 原告は, 適切にも, 新価保険は, 利得禁止の許された例外として認められていることを指摘する。しかし, この例外は, 問題となっている保険に転用できない。協定を用いて, ひどく不安定な豚価格の予測不可能性が調整されるべきことは, VVG 57条2文, および利得禁止の適用を排除しない。強行法として, 利得禁止は, 当事者が意図的ないし明示的に異なった協定をなした場合でさえ, 顧慮されなければならない。上記の相違が, 実際の損害が固定している場合に認められる格別の利益は, 見て取れないとする。

本件において、協定された評価額が著しく実際の保険価額と相違するという控訴審裁判所の評価は、明らかに、強行法として一般的に効力を有する利得禁止の解釈から生み出されている。しかし、前述したように利得禁止は、このような形では存在しない。結論的にも、控訴審裁判所に賛成し得ない。

判例および学説において、いかなる場合に著しい相違が存在するのかという問題が、様々に回答されている(Kollhosser in Prölss/Martin, VVG26. Aufl. § 57. Rdn. 3. ....以下省略.....参照)。大部分において、10%を超える相違が、著しいと考えられている。このことは、多くのケースにおいて、同様に妥当するであろう。しかしながら、10%という基準に固定することは、すべての事例において適切とはならない。決定的なのは、保険の種類および目的、ならびに当事者がその時々において評価額を協定した動機である。したがって、固定的で、ある硬直的なパーセンテージで表わされた限界を、すべての事例のためのものと予定することはできない(Römer in Römer/Langheid, aaO § 57 Rdn. 2 参照)。さらに、保険者から支払われるべき損害填補の範囲の確定を容易にするというVVG 57条の目的が、顧慮されなければならない(Motive zu § 57 VVG)。このような目的は、評価額協定の確実性に対する当事者の利益が顧慮されない場合、危険にさらされるであろう。したがって、VVG 57条2文によって、評価額は、保険契約者の著しい利得が生じる場合に初めて、もはや効力を失うことを、57条の目的に慎重に考量して対照させなければならない。著しい利得によって、主観的危険も著しく増大されるであろう。これらの基準は、本件において、協定された評価額の無効を導かない。

実際の保険価額が鑑定人 N. の鑑定に応じて 967,114 DM になるとする控訴審裁判所の認定を出発点としても、被告が 1,085,000 DM を支払わなければならないという協定評価額は、当該実際の保険価額を著しく上回るものではない。

屠殺された飼育豚一頭につき 1,000 DM とする定額の損害填補協定によって、当事者は、損害の程度の確定を容易にする目的を追求していた。当該保険契約によれば、控訴審裁判所も適切に認定したように、評価額に基づく給付をもって、家畜の死亡を介して直接発生する喪失の危険は保険されていなかった。家畜伝染病 - 営業中断保険の目的に応じて、むしろ、その原因が飼育の中断にある間接損害の危険の保護が問題であった。間接損害は、契約締結時には詳細に予測できない、多くの要因によって左右される。例えば、その局面で非常に様々な諸状況に左右されうる営業中断の期間は、予測することができない。

そのように、本件においては、汚染された水肥の除去が短期間には可能でなく、それによって飼育営業の再開が遅れた。その他の、場合によっては起こりうる損害を左右する要因は、飼育された家畜の売却値と同様に、追加購入しなければならない飼育家畜の仕入値である。当事者の中で、仕入値が著しい変動に影響されることは議論の余地がない。原告によれば、雌豚の特別市場で、価格変動は、300%にまで達すると言われている。この背景を前に、当事者が、填補を家畜の喪失に結びつけ、そして飼育豚一頭につき 1,000 DM を協定することを通して、営業中断損害を一括判断する場合、当事者は、そのことをもって、損害の具体的確定にあたり、損害を左右する多くの要因およびその評価が原因となって必然的に生じる困難性を回避することを意図する。この定額協定によって、被告の給付義務は、どのくらいの家畜が屠殺されたのか、およびそれによって営業中断が生じたのかという認定だけに結び付けられる。

当事者は契約締結にあたって、実際の具体的損害が、協定額と比べ、本質的に少なくなり得ることも、また、本質的に多くなり得ることさえも認識していた。まさに損害を確定する要因の多さ、および個々にその要因が発生することの不確実性ゆえに、すでに契約締結に際して、実際の損害が著しい変動幅の中で揺れ動くことは確実であった。しかし、

実際の損害が予測できる範囲にとどまった場合に、保険契約者の請求権を、VVG 57条2文の観点のもと制限することは正当化されない。実際の価値が、著しく協定評価額と異なるかどうかの判断にあたっては、むしろ、以下のことが顧慮されなければならない。それは、当事者が、概算額からの甚大な相違が起ることを考慮に入れていたか、または、状況に応じて、考慮に入れるはずであったが、それにもかかわらず、概算額に結び付けられるメリットを理由に、概算額を協定したのかである。ここで問題となっている実際の損害と協定評価額との差額は、この背景の外にはない。そのとき、原告も、被告が彼に約束した概算額(定額)による給付の提供を期待することは、当然である。とりわけ、損害原因、つまり家畜の発病の特殊性ゆえに、主観的危険はもともと少ないと思われるので、この差額は、主観的危険が高まると考えることに役立つものともならない。

当事者が飼育豚一頭につき 1,000 DM とする概算額(定額)を、最高金額として協定したことは、この考慮と矛盾しない。その結果、被告は、単に、彼によって引き受けられた危険を、上に向かって(概算額を上限として=筆者注)限定したにすぎない。……以下省略……」

#### 第4節 小 括

ドイツにおいて、損害保険における利得禁止の問題は、これが具体的法命題(法原則)であるのか、それとも、損害保険法における個別規定のほか、独自の法的効果など有さない単なる主義ないし指導理念にすぎないのかという形で、今日まで議論が進んできた。この理解の相違は、立法者意思解釈の相違に由来した。

従来の支配的見解は、一方で利得禁止原則を不文の強行法原則であると理解し、他方でこれを VVG 55条に規定される損害填補性に還元して理解してきた。この見解は、VVG 55条にいう損害を時価損害と理解し、その損害を填補することが損害保険契約における保険給付の方法(VVG 55条)

であると解してきたので、論理的には利得が禁止されていると理解することが可能であった。同時に、VVG 55条は強行法規である理解するので、時価を超える保険給付は許されたいという内容で強行法的利得禁止原則が維持されてきた。

一方、近時の支配的見解、およびこれを承認する判例も、損害保険契約における保険者の義務が損害填補義務であることを出発点にする。それゆえ、VVG 55条に規定される損害填補性に一定の意義を認め、損害保険契約における保険者の義務が、(わが国の相対説がいうように)いわゆる金銭給付義務であるとまでして利得禁止原則を否定するものではない。しかし、そうであっても、VVG 55条の損害が、時価損害に限定されるわけではなく、同条にいう損害とは、一次的には当事者の合意により決定される概念であり、今日では、この概念のなかに新価損害も含められるとする。それゆえ、損害保険契約における保険者の義務が、VVG 1条1項1文およびVVG 55条から損害填補になるとしても、時価を超えるの填補協定も、当事者の合意によりこれらの条項に適合的になされる結果、もはや利得を禁止している原則があるという評価は与えられないとする。それゆえ、論者によってはVVG 55条が強行法規とされても、そのことが強行法的利得禁止原則まで導くものではないという。

このように、近年のドイツでは、時価損害概念のもとでは維持可能な、損害填補性イコール利得禁止原則という定式が否定された。

さらに、近時の判例・学説は、損害保険一般に拘束力を有する、法原則、とりわけ強行法としての利得禁止原則は存在しないことで一致する。

近時有力な学説は、利得禁止は、それ自体として法的効果を有する具体的法命題ないし法準則でなく、単なる指導理念であるという理解を基礎にする。この見解は、たとえ復旧条項ないし減価制限を有する新価保険といえども利得は生じるのであり、これに対して利得禁止原則は、いかなる法的効果が生じるかという言明を含んでおらず、法原則(法命題)としての形式要件に欠け、また、法的安定性に基づき必要な輪郭線を欠くことから、

法原則としての実質要件が欠けると批判する。

BGH も、1997年12月17日判決で、法原則としての利得禁止原則を明確に否定した。第3節においては、ライヒ裁判所判決から近年のBGH判決まで時系列を追って裁判所における利得禁止の理解を探ってきた。これらの中で、裁判所は損害保険における被保険者の利得に否定的立場をとり、時として利得禁止原則を語ってきた。しかし、学説とは対照的に、裁判所は利得禁止の性質論について、明確な判断を避けてきた。すなわち、利得禁止は、損害保険法全般に拘束力を有する絶対的法原則か、それとも、利得防止の意図が現れる規定についてのみ、その限度に限って配慮されれば足りる相対的指針、ないし指導理念にすぎないのかという問題に、RGおよびBGHは、正面から回答を与えてこなかった。そして、拘束力を有する絶対的法原則という意味での利得禁止原則を否定した1997年12月17日判決を迎えた。その時々学説に影響された本判決までのBGHが、利得禁止の性質論に関していずれの立場に立脚していたかを正確に判断することは困難である。

しかしながら、1997年12月17日判決のなかで、BGHは、従来の判例において、利得禁止は、とりわけ復旧条項等の解釈に関して単に理由付けのためだけに用いられてきたとする。

これを文字通り受け止めれば、BGHは、場合によっては利得禁止を否定論という主義ないし指導理念として理解してきたのではないかという推論も十分成り立ちうるであろう。つまり、「理由付けに使う」ということの意味である。BGHは、例えば自動車保険普通保険約款(AKB)13条10項の復旧条項の解釈に際して、これをAKB13条2項の割増填補との関係で、利得禁止の特別の具体化と理解する(BGH, VersR, 75, 753f., VersR, 81, 722f., VersR, 96, 91)。しかし、このように理解される利得禁止は、AKB13条2項および10項以外の条項の解釈にあたって、当然に顧慮されるものではないとしている(AKB13条1項の解釈につきBGH, VersR, 75, 753, 754頁, AKB13条5項の解釈につきVersR 1996, 91, 92頁参照。反対に、

VersR, 81, 722f, 723頁では、まさに AKB 13条 2 項および10項の解釈が問題となり、利得禁止を顧慮した当該条項の解釈がなされた。BGH の当該解釈態度は、利得禁止を単なる主義ないし指導理念と理解する学説の理解構造と軌を一にする。この学説は、旧火災保険普通保険約款（AFB）3 条 1 項のように、普通保険約款が利得禁止に言及している場合でも、ある主義（Maxime）以外、何もかも問題にならならず、当該主義は、それが具体的個別規定の中に置かれている場合にのみ効力を有する、したがって、すべての個別契約に直接的効果を伴う一般的利得禁止は存在しないと理解していた<sup>311</sup>。すなわち、一定の利得防止の思想があり（利得禁止）、それが一定の個別規定（AKB 13条10項）に具体的に現れたことを、当該規定の解釈にあたって説明することが、すなわち「利得禁止を理由付けに使う」ことを意味するのである。しかし、具体的に利得禁止が現れた条項以外（AKB13条 1 項、5 項）では、利得禁止は顧慮されないのである。

いずれにしても BGH は、今日、いわゆる利得禁止が、VVG および保険約款の個別規定の効果を離れて独自の法的効果を有する法原則（法準則）ではないとする。これは、例えば、2001年判決が、保険者は、損害保険法における個別規定以外に、（独立のものとしての）利得禁止を援用して給付義務を免れえないとすることからも明らかである。

このように、近年のドイツにおいては、性質論として、法命題（法原則）としての利得禁止が否定された。また、近時の学説判例は、保険者は、独自に主観的危険に対処することが可能で、強行法による保護を必要としないことから、相当性の原則（とりわけ必要性の原則）の顧慮のもと、この種の契約自由の制限を否定し、強行法規としての利得禁止を否定する。

### 第3章 結 論

#### 1. 利得禁止原則の否定

わが国において利得禁止原則を承認する見解は、ドイツの伝統的見解に

いう強行法原則としての利得禁止原則を出発点としている。超過保険，重複保険，保険代位等の諸規定から不文の法原則が推論され，その実施がこれらの諸規定により確保されているという考え方や，この原則が強行法であるという理解は，まさにその象徴である。しかし，とりわけ近時の議論は，強行法原則を出発点にするも，利得禁止原則否定論と内容的に一致する。いずれも，時価損害を超える損害填補も許容されると考える。

ここで両者の相違は，損害填補性をもって利得禁止原則と理解するか否かにある。ドイツにおける利得禁止原則否定論は，VVG 55条を強行法規として損害填補性は維持するが，利得禁止原則は否定する。つまり，損害填補性と利得禁止原則は，もはや同義の関係にない。

一方，わが国の議論は，同様に損害填補性を維持するが<sup>312)</sup>，そのことを同義の関係で，依然として，(狭義の)利得禁止原則と評価している。

従来，わが国では，「損害填補の原則，ないし利得禁止原則」という理解から，両者は同義の関係で論じられ，填補原則は利得禁止原則に還元して理解されてきた。これは，ドイツの伝統的見解にもみられた。ドイツの伝統的見解は，VVG 55条の損害を時価損害と理解して，損害の填補であるから利得はないと理解してきた。これに対し，近時のドイツの判例，多数説は，損害の填補であっても利得は生じると理解し，損害填補性と利得の有無は別であることを示している。もっとも，このことは，すでに既述のライヒ裁判所判決によっても指摘されていた。すなわち，被保険者は，契約の定めにしたがい彼に当然帰属するものだけを受領するという根拠(損害填補性)をもってしても，いわば当然に保険が利得となるべきではない(利得禁止原則)という帰結を有しているものではないとしていた。

ドイツにおける利得禁止の議論において，「利得」は，時価を基準に判断されていた。近時の判例，多数説は，損害概念が，時価損害以上に膨らむものであることを承認する結果，損害の填補であっても，利得が禁止されているとはいえない状況にあると判断し，VVG 55条の損害填補性を強行法としながらも，強行法としての利得禁止原則は否定する。

このように、ドイツにおいては、いまだ損害という消極概念と外延が一致する積極概念としての被保険利益概念（技術的利益概念）を維持するが、他方で損害概念を弾力的に捉え、これを時価損害以上に膨らませる立場からも、利得禁止原則は否定されている。反対に、時価損害を超える損害を填補するという内容での損害填補性をもって、依然、利得が禁止される原則があると評価するのが、わが国の議論である（狭義の利得禁止原則）。しかし、このように理解される狭義の利得禁止原則も、例えば新価保険のように、結果として損害保険における利得を許容する原則である。それゆえ、ここに理解される狭義の利得禁止原則は、被保険者の財産状態が、保険契約の締結および保険事故発生の結果として、それがそうでなければ置かれていたであろう状態よりも有利になるという意味での「利得（財産増加）」を、もはや問題にしていない（新価保険においては、復旧条項および減価制限が設けられていても、この意味での利得は発生する）。このような内容の原則に、利得禁止原則という名称を与えることは、はたして適切であろうか。そこにいう利得禁止原則とは名ばかりで、もはや「利得」という構成要件だけでは、当該原則の適用如何を判断できないのである。それゆえ、このような内容の命題を、利得禁止という文脈で語ることは、混乱は招いても、それ以上に有用性はないといわなければならない。正面から、これは、損害保険における損害填補性の問題と捉えて議論すべきであろう。近時のドイツ判例・学説が理解するように、損害保険における損害填補性に何らかの意義を認めるとしても（損害保険契約における保険者の義務が損害填補であるとしても）、時価以上の損害評価を許容するのであれば、もはや当該意味での損害填補性と利得禁止原則は同義のものとして議論しうる状況にはないと考えべきであろう。

このように考えれば、一方で損害保険法には利得禁止原則が強行法として存在するといいいながら、他方で評価済保険や新価保険の説明にあたって、実際には利得が生じる保険も許容されているとする矛盾した説明は、不要になるであろう。すなわち、損害填補性に何らかの意義を認めるのであれ

ば、これらの保険も、損害填補の保険であるとのみ説明すればよいであろう。

ところで、わが国の学説は、この矛盾を解決するために、損害保険における利得禁止原則を最狭義の利得禁止原則と狭義の利得禁止原則とに分けて議論し、最狭義の利得禁止原則は強行法でないとする。その前提として、損害保険における利得禁止原則の存在自体は疑わないのである。他方で、ドイツの学説判例は、評価済保険等の例外が明文によって許容されていることに、利得禁止原則の存在自体を見直す契機が内在すると考える。そして、損害保険法体系に与えられた利得防止の思想に（それとは異なる思想と矛盾なく）正当な評価を与えるべくして、一方で損害填補性は維持しながらも、他方で利得禁止原則の存在は否定している。

さらに、ドイツにおいて、利得禁止原則が否定された背景には、これが、従来理解されてきたような法原則として備えるべき要件を欠いているという批判が存在した。それによれば、利得という構成要件に法的効果が付加されていないため、形式的に法原則となりえないだけでなく、法的安定性のために要求される、拘束力をもつ法の適用に必要な輪郭線が欠けるため、内容的にも法原則の形に仕上げられないという。このような利得禁止原則否定論は、利得禁止それ自体が固有の法的効果を生じさせるものではないという立場に立脚するものである。

ドイツの利得禁止原則否定論が述べるように、利得禁止原則を損害保険の個別規定の上位におかれる法原則とする場合には、必然的に問題となるその原則の固有の法的効果、ないしその具体的適用についての基準を明確にしなければならないものと思われる。とりわけ、これが強行法原則であるならば、法的安定性の確保は重要な問題であろう。もっとも、利得禁止原則が強行法原則であるとする学説は、その法的効果は当然に無効であると考えて、利得禁止原則の法的効果など、あえて語る必要はないと考えてきたのであろう。

利得禁止原則を強行法規と理解してきたドイツの伝統的見解も、利得禁

止原則違反は、契約の無効、または部分的無効を導くとしてきた。しかし、この見解にあっても、個別規定である VVG 55条の法的効果の説明に終始し、結局、無効といった個別規定を離れた利得禁止原則独自の法的効果は、通常の場合、填補原則に還元される形で修正されることを認める。利得禁止原則を填補原則に還元して理解するが故に、循環論に陥り、ここに利得禁止原則という具体的法命題（法原則）固有の法的効果を見ることはできないのである。それでも、わが国の学説が、利得禁止原則を具体的法命題、とりわけ強行法規と理解するのであれば、近時の公序論において問題となっている、法的効果に関する全部無効、一部無効の問題、あるいは、適用基準に関する当事者の主観的事情の問題等にまで、立ち入って、当該法原則固有の法的効果に回答を与える必要がある。さらに、具体的適用にあたっての基準の明確化も必要である。狭義の利得禁止原則は依然強行法原則であるとする見解は、それでも損害保険における「利得」を禁止していない。したがって、なによりもまず、狭義の利得禁止原則という場合の「利得」の定義から確立しなければならないであろう。

いずれにしても、これについて近時の学説は回答を怠っている。反対に、最上位の原則を語り、あるいは語っているようでありながら、損害保険における個別規定の効果しか語らず、したがって利得禁止原則の固有の法的効果を展開せず、評価済保険や新価保険の説明にあたって柔軟に利得禁止原則の適用を考えるわが国の学説は、むしろドイツの否定論という主義ないし指導理念としての利得禁止を語っているのではないかとも思われる。損害保険における利得禁止原則に言及するわが国の裁判例も、ドイツの判例と同様に、損害保険の個別規定の理由付けのためにこれを用いても、それ以上に、これが当該個別規定の法的効果を離れて独自に固有の法的効果を有する法命題（強行法規）であるとまでは考えていないことが伺える。

少なくとも、わが国の学説がこれらに明確な回答を与えられないのであれば、不文の法原則が推論されるという非常に不安定な基礎のもと、具体的法命題、とりわけ強行法原則としての利得禁止原則を語ることは妥当で

ないと思われる。

以下では、わが国の学説がいう最狭義の利得禁止原則、狭義の利得禁止原則、そして、物・財産保険においては実損填補原則が貫徹されなければならないという意味での利得禁止原則<sup>313)</sup>が、法原則、とりわけ強行法原則であるのか、具体的に検討する。

## ２．最狭義の利得禁止原則の検討

まず、最狭義の利得禁止原則が強行法原則となりうるかについて検討する。これは、商法638条１項の規定より、「時価損害を超える保険給付は許されない」と定義される原則であった。当該原則が強行法規か否かは、新価保険を有効とするかどうかにかかるといえる。新価保険における時価を超える保険給付は、経済的に有用なものであり、わが国の学説においても、これを根本から否定するものはないであろう。もっとも、実際にわが国で提供されている新価保険には、復旧条項が存在しないものもあり<sup>314)</sup>、その場合には利得禁止原則上問題であるとする見解がある<sup>315)</sup>。しかし、ドイツの議論が示しているように、復旧条項が存在しても、保険契約者に利得（財産増加）は生じる。それゆえ復旧条項の有無と、保険契約者の利得の有無とは、直接関連性をもたない。それゆえ、復旧条項を利得禁止原則との関連で論じることは適切でない。

新価保険は、時価を超える損害の填補を可能にする。新価保険が有効であるとするならば、最狭義の利得禁止原則の強行法規性は否定されなければならない。今日、時価を超える保険給付を行う新価保険が、数多く販売されている。そもそも商法も、評価済保険を許容することで、時価を超える保険給付の許容性を確認している。仮に例外のない原則はないとしても、例外が大きすぎる強行法原則を維持することには大いに疑問である。第１章第２節で検討した契約自由の制限基準に照らしても、時価を基準とする利得禁止原則の強行法規性は、もはや維持できないものと思われる。さらに、最狭義の利得禁止原則が、はたして、学説のいうように、商法638条

1項から導けるかは問題である。ドイツにおける議論は、同条に対応するVVG 55条の損害概念に、新価損害も含まれると理解した。ここでは、「その時の価額」という表現を、単純に時価とは理解していない。わが国の火災保険新価保険実務のように、一元的物保険理論を前提とし<sup>316)</sup>、かならずしもコンペネーション理論、ないし商法638条1項とは異なる慣習法の成立を承認しないのであれば、同条は、新価損害概念も含めて理解されなければならないであろう<sup>317)</sup>。結局、仮に「その時の価額」を単純に時価としても、その概念は、例えば再調達時価なのか、それとも、売却可能時価なのか、さらに約款等によって詳細を規定しなければならない規範的評価が入り込む余地のある概念であろう<sup>318)</sup>。その規範的評価の一つとして、新価という「その時(保険事故発生時)」の価額の評価も入りうると考えられる。したがって、これを単純に時価とし、時価を基準とする最狭義の利得禁止原則が、同条から当然に生じるとは解されない。このように考えれば、同原則は、その基礎から疑わしいことになるう。

### 3. 狭義の利得禁止原則の検討

次に、狭義の利得禁止原則が強行法原則となりうるかについて検討する。これは、損害保険の保険給付としての損害填補は、時価を基準とするものだけでなく、当事者の合意によりそれ以外の評価も許容され、それを超える保険金の支払を禁止する原則である。それゆえ、最狭義の利得禁止原則より、ゆるやかな原則である。ところで、そもそも損害保険契約の保険給付が損害の填補であるのは、損害填補を内容とした当事者意思の効果にすぎない(商法629条)。損害填補性(填補原則)は、損害保険契約としての性質決定要素として重要なメルクマールであり、その限りでこれが維持されなければならないにしても、そのことが直ちに強行法命題になるかは疑問である<sup>319)</sup>。

既述のライヒ裁判所判決が、仮に被保険者が保険事故を原因として、保険契約に基づき要求すべきもの(すなわち損害填補)を超えて受領する場

合、それは保険の本質に合致しないとみることはできても、そのときに、どのような結論が、その状況から引き出されるべきかは未解決であるとしていることも参考になろう。

狭義の利得禁止原則が強行法であるとする見解は、社会的必要性の有無<sup>320)</sup>、または社会的容認の有無<sup>321)</sup>が、同原則の適用基準であるとする。すなわち、強行法とされる狭義の利得禁止原則により、社会的必要性のない、または社会的容認の得られない保険給付は行えないという。

他方でこの見解は、狭義の利得禁止原則だけでなく、より上位に、「公序良俗に反する保険給付は許されない」という内容の利得禁止原則(いわゆる広義の利得禁止原則)を理解している。本原則も、強行法と理解されている。

さて、狭義の利得禁止原則の適用にあたって、この見解から法律要件とされる「社会的必要性がないこと、または社会的容認が得られないこと」と、広義の利得禁止原則の適用にあたって、同様にこの見解から法律要件とされる「公序良俗に反すること」とは、はたして異なった意味を持ち得るであろうか。筆者には同義に思われる。社会的必要性がなく、社会的容認が得られないとは、結局、公序良俗に反するといっているに等しい。そうであるならば、広義の利得禁止原則と狭義の利得禁止原則とは、区別できない。同義でないというならば、その区別を明確にすべきであろう。そうでなければ、別々に観念される両原則の適用は困難である。さらに広義の利得禁止原則の内容が、端的に「公序良俗に反しないこと」にあるならば、民法90条が存在する限り、広義の利得禁止原則すら、同条とは別に観念する必要もないだろう。仮に、狭義の利得禁止原則が(あるいは広義の利得禁止原則も)、民法90条をより具体化する原則であるならば、その限りで狭義の利得禁止原則は有用な法的概念になりうるが、いまだそのような状況にはないといわなければならない。

いずれにしても、この見解にいう強行法としての狭義の利得禁止原則を適用するにあたっては、時価以上であるが、社会的に容認される範囲の許

される利得と、社会的に容認されない許されない利得とを区別し、その上で後者にのみ、当該法原則を適用する必要がある。しかし、少なくとも現状では、このような抽象的基準しか存在しないので、当該原則を具体的法命題として使用するための具体的要件の定立が欠けている。それゆえ、未だこのような原則を、民法90条とは異なる具体的法命題（法準則）として理解することはできないように思われる。

#### 4. 物・財産保険の検討

最後に、物・財産保険においては実損填補原則が貫徹されなければならないという意味での利得禁止原則が、強行法原則となりうるかについて検討する。

確かに、物保険等において、実損填補原則を貫徹し、利得が生じないようにすることは、当該取引における賭博性を排除することに役立つ（保険と賭博との区別）。また、場合によっては、主観的危険の減少にもつながりうるのかもしれない。しかし、本稿第1章第2節で述べたように、この意味での利得禁止原則を強行法規とすることはできない。なぜなら、物保険等において、実損填補を超えて給付がなされ、利得が生じることと、賭博とは、必ずしもイコールでないからである<sup>322)</sup>。また、近時の金融取引をみれば、射倖契約類型に対する社会的必要度あるいは積極的利用価値が看取できる。単純に射倖性と利得との関係を問題にする場合、例えば、10倍近くのレバレッジが効く外国為替証拠金取引など、よほど賭博性を問題とすべき金融商品も一応合法と考えられている<sup>323)</sup>。それゆえ、物保険等において実損填補をはずれて保険給付がなされ、利得が生じたとしても、なお賭博であるかどうか、許容されるかどうか判断される余地が残されているのであって、「賭博でない」という消極的評価のみを与えるにすぎない、物保険等における実損填補原則を強行法規とする必要性まではみてとれない。これを強行法規とする場合には、必要性の原則上、問題が生じよう。主観的危険の減少についても同様である。ドイツの議論が示している

ように、保険者の自衛という代替策によってこの目的が実現されるのであれば、ここに強行法規を持ち出すことは、法治国家の精神たる相当性の原則（必要性原則）に違反するおそれがある。

さらに、実損填補原則だけでなく、より広がりをもつ概念としての損害填補原則も含めて考えて、これらが物・財産保険に貫徹されなければならないという強行法原則が存在するかどうかも、微妙な問題ではあるが、保険領域だけでなく、隣接する領域の商品状況をも勘案する限りでは、消極的に解すべきものなのかもしれない。伝統的な損害保険の外側で、保険金に相当する補償金は、損害保険でも付保可能な物・財産リスクに関して、伝統的な損害填補とは相当異なる方法で支払われている。

例えば、火災物保険類似の共済ないし見舞金制度では、損害額にかかわらず、条件（保険事故）の発生のみに関連付けられた定額の支払がなされているし<sup>324</sup>、同じく、費用保険類似の保険デリバティブでも、実際に発生した損害の有無、ないしその大小如何にかかわらず、契約時に設定されたトリガー（基準値）と実勢値との差を基準に、定額の支払がなされている。物・財産に関する保険給付は損害の填補しか許されないと原則が強行法規であるとするならば、これらの取引は、違法性を帯びるものとなる。なぜなら、強行法規は、基本的に、それが問題となる商品が保険であれ、見舞金であれ、デリバティブであれ、同一基準をもって妥当しうる社会一般のルールだからである。確かに、商品の性質の差異などにより、場合によっては、これが同一基準に妥当するとまで言い切れない場合もあろう。しかし、このように理解した場合、以下の問題が浮かび上がる。すなわち、これらの派生取引は、伝統的損害保険でも付保可能なリスクを扱っており、その意味では、リスクに対処する者の側で、その手段の自由な選択を認めているといえる。それにもかかわらず、実際にデリバティブ等が選択された場合には、物・財産リスクに関して損害填補という支払い方からの逸脱が許容され、損害保険が選択された場合には、強行法的にこれが許容されないことになる。これは、論理整合性を欠いていないだろうか。互換性を

有する取引間において、派生前商品に強行法原則があるという場合に、経済的には同様の効果をねらって、しかし仕組みは変えた派生取引を行うことのみで、その適用を免れるとすることには問題があろう。それゆえ、保険という概念があることが、類似の経済的行為の自由をどれだけ規制できるかという問題も生じるのであろう<sup>325)</sup>。

物・財産保険は損害填補の保険でなければならないという原則が、保険領域に存在するという出発点から、今一度、検討しなおすべきであろう。

- 151) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45.
- 152) Meinert, Das Bereicherungsverbot im deutschen Seeversicherungsrecht, 1998, S. 45. Bartholomäus, a. a. O. S. 13.
- 153) Meinert, a. a. O. S. 45. Bartholomäus, a. a. O. S. 11, 13. それによれば, ALR 1983条は, 「保険によって, 被保険者は, 損害だけを填補されなければならない, これを通して利得してはならない」と規定していたとされる。なお, ALR は, 1908年 VVG 公布まで, ドイツ私保険に関する唯一の法的効力をもつ法規集であった。
- 154) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45. u. § 55. Anm. 6 (Möller).
- 155) Schwintowski, Verbraucher und Recht, 1998, 305, 308. Weyers/Wandt, Versicherungsvertragsrecht, Aufl. 3, 2003, S. 149.
- 156) Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 33 (Schauer), Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 2 (Römer).
- 157) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 11 (Römer).
- 158) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 (Römer).
- 159) Schultz, Grundsätze der versicherungsrechtlichen Vorteilausgleichung, 1934, S. 36.
- 160) Bartholomäus, a. a. O. S. 2.
- 161) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 (Römer).
- 162) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 (Römer). Honsell, a. a. O. § 67. Rn. 4 (Baumann) も参照。
- 163) Bartholomäus, a. a. O. S. 170u. 172, Meinert, a. a. O. S. 70u. 104ff.
- 164) Bartholomäus, a. a. O. S. 19.
- 165) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45. u. § 55. Anm. 8 (Möller).
- 166) Prölss, Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, Aufl. 6, 1950, § 55. Anm. 1. Mericas, Versicherung des imaginären Gewinns beim Seetransport im Verhältnis zur Güterversicherung, 1981, S. 43, Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 11 (Römer). なお, Sieg, Betrachtungen zur Gewinndeckung in der Seeversicherung, VersR, 1997, S. 649f. によれば, オランダ, スイス, アメリカ, スウェーデン, ノルウェーでも, 利得禁止(填補原則)の意味につき, 拘束力をもつ法原則ではなく, 単なる指針(Leitlinie)として理解されているという。Meinert, a. a. O. S. 164 によれば, イギリス判例も, 利得禁止(填補原則)を, 強行法原則ではなく, 指針と理解しているという。

- 167) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 11 (Römer), Prölss/Martin, a. a. O. § 55. Rn. 22-23 (Kollhosser), Meinert, a. a. O. S. 112. Prölss, a. a. O. § 55. Anm. 1 は、すべての個別契約に直接的効果を伴う一般の利得禁止は存在しないとする。
- 168) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45, Prölss/Martin, a. a. O. § 55 Rn. 22 (Kollhosser).
- 169) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55. Anm. 6 (Möller).
- 170) Prölss/Martin, a. a. O. § 55. Rn. 22 (Kollhosser), Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 33 (Schauer).
- 171) Prölss/Martin, a. a. O. § 55. Rn. 22 (Kollhosser), Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 11 (Römer), Meinert, a. a. O. S. 47u. 112.
- 172) Bruck/Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Erster Band, §§ 1-48 VVG, 8. Aufl. 1961, § 1. Anm. 23-24, Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 2-3, 45u. 54.
- 173) Bartholomäus, a. a. O. S. 28f.
- 174) Bruck/Möller, a. a. O. § 1. Anm. 24, Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55. Anm. 6 (Möller).
- 175) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 50 (Möller).
- 176) Bruck/Möller, a. a. O. § 1 Anm. 26, Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 3.
- 177) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45 u. § 55. Anm. 6u. 8 (Möller) による。
- 178) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45 による。
- 179) Bruck/Möller, a. a. O. § 1. Anm. 23-26, Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80 Anm. 2-3 による。
- 180) このような理解について、ジークは以下のような疑問を呈示する（Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 67. Anm. 16-17 による）。契約当事者は、人保険のもとで、これを定額保険として企画構成するか、あるいは損害保険として企画構成するか自由に選択できる。当事者は、これを定額保険として企画構成することによって、利得禁止原則を容易に回避できるのであり、このような状況のもとで、損害保険だけに向けられる利得禁止原則は、信憑性と説得力を失うのではないかという。また、傷害保険における保険給付が自動的に航空機保有者の損害賠償義務を減じる航空交通法50条3項を例に挙げ、定額保険と損害保険との間の不動の境界線が引かれ得ないことを理由に、損害保険に向けられる利得禁止の正当性は疑わしいという。
- しかし、このような批判を前にしても、メラーは、人保険であっても、損害保険であれば、利得禁止原則が妥当するという一貫した姿勢を崩さない（Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 59. Anm. 3 (Möller) による）。それによれば、疾病費用が、重複して填補される場合、主観的危険が、ひどく高められるからであるとする。しかし、ジークは、疾病費用保険が、入院手当保険という定額保険でも代替可能であることを問題にしているのであり、メラーの反論が、的を得たものか、なお疑問が残る。メラーの論法は、疾病費用保険が定額保険（入院手当保険）とされた場合に、それだけで、主観的危険は、もはや考慮しなくてよいことになりそうであるが、現実問題として、その状況に変わりはないように思われる。
- 181) この理解について、パートホロモイスは、以下のように批判する（Bartholomäus, a. a. O. S. 43 による）。損害保険と人保険は、単に、VVG 起草時に、実務界で、もっとも頻繁に見受けられた債務契約、すなわち、“保険”の種類に過ぎない。したがって、仮に、

VVG 1条1項1文が規定する損害保険契約は、単に債務契約形態の下部種 (Untertyp) に過ぎないということが明らかになるならば、原則として、この損害保険という規格化・類型化 (Typisierung) と異なることも (逸脱することも) 可能になるであろう。つまり、債務法における定説に、契約当事者は、原則的として、特別の合意を介して、法律上の規則正しい標準形 (いわゆる典型契約) から離れ、非典型契約を合意することができる、という見解の一致が存在する。このことから、合意における私法的効果にとって、その合意が、法律上規則正しい類型から逸脱するということは、さしあたり、取るに足らないことであって、(VVG 1条1項1文、2文の) 類型の記載自体、依然として、逸脱する合意に関する法的許容性を、何一つとして言い表していない。

ブルルスも、VVG 1条1項における類型的記述は、決して2つの契約種類の法的許容性に関して述べていないとする。ただし、結論的には、非人保険においては、定額保険は許容されないという。その理由は、そうでない場合、相応の計画のもとで覆い隠された賭博が存在し得るので、(その限りで) 禁止されるだけでなく、(賭博をするという) 主観的動機を顧慮せず 危険共同体を通してなされる望ましくない、そして保険の機能と矛盾する経済的に根拠のない給付を阻止するためにも禁止されるという (Prolss/Martin, a. a. O. § 1. Rn. 28. u. 28a による)。

- 182) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45.
- 183) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55. Anm. 8 (Möller). BGB 134条は、わが国の民法91条に対応するとされる (柚木馨・高木多喜男『現代外国法典叢書(1) 獨逸民法〔1〕民法總則〔復刻版〕』(有斐閣1955) 215頁参照)。本稿注113も参照。
- 184) Bruck/Möller, a. a. O. Einl. Anm. 30.
- 185) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55. Anm. 6 (Möller) は、利得禁止原則と損害填補性 (填補原則) を同列に扱う。
- 186) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45. § 55. Anm. 8u. 10 (Möller) による。
- 187) Möller は、BGB 134条にいう無効の制裁をとまなう法律上の禁止は問題とならないという立場から、すべての超過保険または重複保険が、部分的または全部無効になるわけではないと説き、逆に、そのような超過 重複保険も、経済的に、非常に有益にさえなりうるとして、その効用を承認する。法律は、むしろ詐欺的な意図をもつ保険契約者のもとのみ無効を予定している (51条3項, 59条3項) としたうえで、詐欺的でない超過保険に関しては、当然にその時点 (契約締結時点) で無効とせず (この時点では、仮に超過保険であろうが、保険事故が発生するまでは利得は実現しない)、保険事故が発生し、保険者の填補義務が現実のものとなった時点で、最終的な超過保険規定である VVG 55条により、損害額以上の填補が支払われないことで対処するという。このように、Möller は、VVG 51条および VVG 55条とともに超過保険規定であり、結局、両規定の決定的な違いは、超過保険が認識される時点の相違にあるとする。すなわち、両規定ともに、保険価額と保険金額との関係を問題とする超過保険規定であるが、51条の場合には、初期価額 (Anfangswert) と保険金額との関係が問題となり、55条の場合には、填補金額 (Ersatzwert) と保険金額との関係が問題となるという解釈をとる (Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55. Anm. 5)。

のように VVG 55条を一種の超過保険規定と捉える見解は, Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 (Römer) にも見られ, BGH 1997.12.17 VersR 1998 S. 305,306でも, 採用されている。これによれば, VVG 55条は, VVG 56条（一部保険規定）と一体のものであり, 両規定は, 共に填補時における保険価額と保険金額との関係を扱う規定であるという。すなわち, 保険金額が填補時における保険価額を上回る場合（超過保険）を VVG 55条が, 反対に, 填補時における保険価額を保険金額が下回る場合（一部保険）を VVG 56条が規定するという。

- 188) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55. Anm. 40 (Möller).
- 189) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55. Anm. 3. u. 6 (Möller) による。
- 190) Prölss/Martin, a. a. O. § 55. Rn. 1 (Kollhosser) は, 保険契約者の損害は, 被保険利益の減損にあり, 損害の最高金額は, 被保険利益の完全価値と一致するとする。Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 (Römer), Bartholomäus, a. a. O. S. 108, Meinert, a. a. O. S. 43.
- 191) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. 55. Anm. 40 (Möller).
- 192) Bartholomäus, a. a. O. S. 73. これに関して, 近時は, Prölss/Martin, a. a. O. § 55. Rn. 1 (Kollhosser), Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 31 (Schauer), そして, パートホロモイス自身も, VVG 55条は, 強行法規であるとする (S. 108)。反対に, Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 12 (Römer) は, VVG 55条を任意法規であるという。
- 193) Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 31 (Schauer).
- 194) 例えば, Bartholomäus, a. a. O. S. 107f. は, VVG 55条は, 保険者の強行法的給付制限を意味し, 本条は, 単に, ゲームないし賭博からの必要的区別から明らかになる利益要件 (Interesseerfordernis) を復唱しているに過ぎないとする。したがって, VVG 55条の損害填補性 (利益を填補するということ) について, それ以外の場合には賭博になるという思想が窺える。一方で, レーマーは, 同様に, 利得禁止の主義が採用された VVG 55条等は, 賭博との区別に資するかも知れないとしながらも, VVG 55条は任意法規であるとする。それゆえ, レーマーは, 本条からの逸脱が, ただちに賭博になるという解釈までは, 採っていないように思われる。
- 195) Gärtner, Bereicherungsverbot, 1970, ss. 39, 49, 57, 63, 66, 70, 79-81 による。それについては, Bartholomäus, a. a. O. S. 27f. も参照。
- 196) Bartholomäus, a. a. O. S. 207 も, 填補は, 依然, 保険事故によって破壊された価値と等価値のものと看做されうることがあるとし, 賭博との区別にあってはゲルトナーと同様の基準を用いる。しかし, VVG 55条の法的性質という点では, パートホロモイスとゲルトナーとの見解が反対になる。内容的には変わらないが, VVG 55条の法的性質においては見解が対立する原因は, いったい何であろうか。それは, おそらく新価保険の理解の相違にあると思われる。ゲルトナーのいう物定額保険は, 物の新価保険を想定している (Gärtner, a. a. O. S. 28-29)。ゲルトナーは, 新価保険を, もはや損害填補の保険とみることができないと考えた。それは, もはや損害填補性を維持した定額保険であると考えた。これは, VVG 55条の損害填補性ないしは損害概念を厳格に考えた場合に生じうる考え方である。これに対して, パートホロモイスは, 新価保険を (損害概念を拡張し) なお損害填補性を維持した損害填補の保険と考える (これがむしろ, 近時のドイツでの通常の理解であ

ろう)。

したがって、新価保険はいずれにしても許容されるという前提の下、パートホロモイスの立場では、VVG 55条をなお強行法規とすることが可能である。これに対してゲルトナーは、損害概念の拡張という手法をとらず、新価保険を定額保険と考え、かつそのような保険が許されるとするためには、VVG 55条を任意法規として、その逸脱の可能性を作らざるをえなかったといえよう (Schweitzer, Das versicherungsrechtliche Interesse (im Binnen versicherungsrecht), 1990, S. 168f. も参照)。

なお、Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 12 (Römer) が、VVG 55条は任意法規であるというが、これについて、Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 31 (Schauer) は、以下のように評価する。すなわち、レーマーの解釈は、従来の支配的見解が述べてきたように“利得禁止を理由に” VVG 55条を強行法規とすることを否定するのであり、レーマーにあっても、VVG 55条は強行法規であるという立場に立つと評価する。

- 197) Prölss/Martin, a. a. O. § 55. Rn. 2 (Kollhosser).
- 198) Bartholomäus, a. a. O. S. 121.
- 199) Sieg, Betrachtungen zur Neuwertversicherung, Recht und Ökonomie der Versicherung Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag, 1994, [以下, Sieg, FS と記す] S. 644f. によれば、時価は、保険事故の時点における減価償却価値と一致し、新価保険において、保険者は、古い物に代えて新しい物という差引を放棄するので (= ohne Abzug “neu für alt”), この保険における保険事故では、関係する物の減価償却は無用であるという。
- 200) Sieg, FS. S. 643.
- 201) Bartholomäus, a. a. O. ss. 122-125 による。
- 202) Bartholomäus, a. a. O. S. 12. Fn. 41 によれば、20世紀初頭とは対照的に(後述) 利得禁止との調和に関する問題は、当時、見られなかったという。
- 203) 新価保険の許容性の根拠として、時価填補のみでは復旧にとって十分でないことが、しばしば挙げられる。例えば、Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 50, Sieg, FS. S. 644.
- 204) 私見によれば、新価保険ニーズを考えるにあたって、インフレを基礎に考えることは重要と思われる。時価填補だけでは、再調達に必要な費用に足りないことは容易に理解できる。しかし、そもそも、耐久使用財における物価値低下は、予見可能であり、経済合理的な人間であれば、その差額に対する引当金を貯蓄という手法で積むであろう。したがって、そのような準備が可能にもかかわらず、契約締結時に新品でなくとも保険事故が発生すれば新価の填補を受けられるという形で物価値を維持することは、ことによると、不公平感も生じよう。ところが、インフレ期のように社会基盤が動的である場合、このような理論は通用しない。貯蓄は意味をなさない。したがって、火災に際し発生する時価と新価との差額の貯蓄は、その選択自体が逆に経済合理的でなく、また、何年後かにおける潜在的火災危険に起因する時価と新価との差額は、未確定である。これに際して、契約締結時の水準で保険価額(填補価額)を固定する評価額協定は無力である。もっとも、評価額をあえて過大に評価するという手法もありうるが、反対に著しい相違があれば時価填補になるというリスクおよび保険料の無駄が生じるという副作用がある。保険契約者は新価保険を

締結することにより、その時の再調達価額を填補されるのであるから、その意味で社会変動リスク（間接損害）を回避する効用が生まれる。間接損害をヘッジする手段として新価保険を考えた場合、これは、その目的において、現代新種デリバティブと共通した基盤をもつと思われる。

- 205) 新価保険導入の第一歩は、1920年に認められた建物更正保険（Hauslebensversicherung）であったという。この保険は、その時まで慣例であった物保険とは対照的に、年数経過や財物の自然的使用に起因して生じる損害に対する保険保護を与え、そして保険契約者に必要な修理費用を填補するというものであったという。
- 206) Bartholomäus, a. a. O. ss. 127-143, Prölss/Martin, a. a. 55. Rn. 4-6 (Kollhosser), Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 36 (Schauer) による。なお、現在、わが国において、新価保険の法的構成に關し、定説はないとされる（東京海上・損害保険実務講座〔火災保険〕316頁）。
- 207) この見解を主張するものとして、Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 50.
- 208) Sieg, FS. S. 646 によれば、コンビネーション理論は、新価保険から利得の汚名を取り除く努力から生まれたとされる。
- 209) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 50. なお、ここにいう、表見的例外とは、外見的には例外に見えるが、しかし実際には例外でないという意味である。
- 210) Sieg, FS. S. 646.
- 211) Schweitzer, a. a. O. S. 165f. より根本的に、費用損害があるというためには、実際に再調達をなすことが要求されるが、保険実務には、再調達条項を有さない新価保険も存在する。例えば、家財保険普通保険約款（VHB）18条を参照。
- 212) Hasselmann, Versicherungswirtschaft, 1969, S. 317, 318.
- 213) Honsell, a. a. O. § 97. Rn. 25 (Dörner/Staudinger), Bartholomäus, a. a. O. S. 131. Fn. 449, Matzen, Die moderne Neuwertversicherung im Inland und Ausland, 1970, S. 110f., Hasselmann, a. a. O. S. 318 による。
- 214) Matzen, a. a. O. S. 111, Hasselmann, a. a. O. S. 318 によれば、新しい新価保険約款では、従来の上乗せ方式を放棄し、一括方式が採用されているという。もっとも、最初の新価保険約款（VA 1929, S. 141）も、一括方式を採用していたという。Honsell, a. a. O. § 97. Rn. 25 (Dörner/Staudinger) は、55条について変更された判例を前に、そのような分離は、新価保険の利得禁止との調和可能性を説明するためにも、もはや必要でないとして、一体の物保険構成による一部保険の処理を採用する。同旨、Sieg, FS. S. 651。
- 215) Hasselmann, a. a. O. S. 318 によれば、スイスの新価保険約款には、時価保険金額が存在するという。なお、この批判に対して、Matzen, a. a. O. S. 111 は、根本においては、時価保険金額と費用保険金額が存在するが、実務的な理由から単に一つの金額に統合されているという。
- 216) Bartholomäus, a. a. O. S. 131f. u. Schweitzer, a. a. O. ss 164-166.
- 217) Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 25. Aufl. 1992, § 55. Rn. 1. (Kollhosser), Deutsch, a. a. O. Rn. 275. なお、Kollhosser は、後に、見解を変更している（Kollhosser, VersR, 1997, S. 522, Fn. 12, Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 11 (Kollhosser)）。
- 218) Martin, Sachversicherungsrecht, 3. Aufl. 1992, Q III Rn. 9.

- 219) Martin, a. a. O. Q III Rn. 33.
- 220) Bartholomäus, a. a. O. S. 142f., Kollhoser, VersR, 1997, 521f.
- 221) Bartholomäus, a. a. O. S. 143.
- 222) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 7 (Römer). レーマーは、許容性基準としての慣習法は、保険実務が 最近の10年、新価保険を用いて 新領域を開拓したところでは、なおのこと挫折せざるを得ないとし、慣習が、「異なったもの(慣習法)」になるその時までに限られる発展が、はじめから遮断されることは許されないという。Prolss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 11 (Kollhoser) も、慣習法理論は、変化しやすいニーズに対応し、保険市場に絶え間なく生じる新価保険の新しい変種の採用を説明できないとし、そのような変化の許容性に関して、慣習法理論は、“生成中の法律違反の慣習法”が問題となっているという解釈しか、提供できないという。
- 223) Raiser, Kommentar der Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen, 1930, § 3. Anm. 1.
- 224) Sieg, FS. S. 646, Prolss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 9 (Kollhoser), Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 36 (Schauer), Bartholomäus, a. a. O. S. 140, Schimikowsky, a. a. O. Rn. 312, Holzhauser, a. a. O. Rn. 249. なお Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 11. u. 13 (Römer) も、新価保険をそのように理解すると思われる。
- 225) Matzen, a. a. O. ss. 26-28.
- 226) VVG 52条は、「保険が物に関係する場合、特段の事情が生じないかぎり、物の価額が保険価額とみなされる。」と規定し、VVG 86条は、「家庭およびその他の日用品、工作機械においては、新旧の相違から生じる低価値の妥当な考慮のもと、同種の物を購入するのに必要な金額が、保険価額とみなされる。」と規定する。Matzen, a. a. O. S. 27 は、52条にいう価額のもので、売却価値を理解し、86条においては、(価値減価を控除しての)購入価値(時価使用価値)を理解する。
- 227) Bartholomäus, a. a. O. S. 135f による。
- 228) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 50 は、物利益は、保険事故の時点で明らかになる単なる時価に過ぎず、それゆえ、物保険の枠組みにおいて、填補は、最大限、時価の程度で履行されることが許されるという。
- 229) Bartholomäus, a. a. O. S. 22 も、そのように理解している。
- 230) Prolss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 1 (Kollhoser), Bartholomäus, a. a. O. S. 108, Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 33 (Schauer).
- 231) Prolss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 1 (Kollhoser), Bartholomäus, a. a. O. S. 99.
- 232) Prolss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 1 (Kollhoser), Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 33 (Schauer).
- 233) Prolss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 8 (Kollhoser).
- 234) Bartholomäus, a. a. O. ss. 94-108 による。
- 235) これに関しては、一般民事法に基づき、放火犯人であっても、建物の完全な再築費用の支払を要しないとするリーディングケース (BGH 1959. 3. 24. BGHZ. Bd. 30. ss. 29-36) も参考になろう。これについては、Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55. Anm. 33 (Möller).
- 236) 木村栄一「被保険利益の概念と海上保険」損保65巻1・2号1頁(2003年)参照。それ

によれば、ドイツにおいて、利益は、可保険利益（versicherbares Interesse）と保険に付せられた利益、すなわち被保険利益（versichertes Interesse）とに峻別されているとされる。本稿でも、これにしたがい、原典に忠実に保険可能な利益と保険にかけられた利益（被保険利益）とを区別している。なお、同13頁によれば、わが国においては両者が区別されず、いずれも被保険利益と呼ばれているとされる。

- 237) Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 8 (Kollhosser). によれば、立法者は、むしろ、その時々々の需要と一致するように定義することを、判例・学説に委ねたという。
- 238) Bartholomäus, a. a. O. S. 107.
- 239) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 13 (Römer).
- 240) その意味では、損害概念の決定を、契約自由に基づいて当事者に委譲することになる。
- 241) Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 11 (Kollhosser). 保険契約の新価協定は、この1条にいう許容される基準であるとする。同旨、Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 33 (Schauer), Bartholomäus, a. a. O. S. 137.
- 242) Bartholomäus, a. a. O. S. 207.
- 243) Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 9 (Kollhosser), Bartholomäus, a. a. O. S. 137.
- 244) Bartholomäus, a. a. O. ss. 138, 198, 205.
- 245) Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 35 (Schauer).
- 246) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 50.
- 247) Martin, a. a. O. Q III Rn. 9, Prölss/Martin, a. a. O. 25. Aufl. § 55. Anm. I. (Kollhosser).
- 248) およそ、新価保険との関係で、利得禁止原則を否定する学説は、新価保険において利得の存在を承認する。とりわけ、Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 5 (Römer)。
- 249) 一元的物保険理論に依拠する Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 8 (Kollhosser), Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 5 (Römer), Bartholomäus, a. a. O. S. 98. u. 108 は、時価を基準に、利得の有無を判断する。新価保険における時価損害を超える部分について、費用保険構成を採用するコンビネーション理論が、新価保険から利得という汚名を取り除くための理論であるならば（Sieg, FS. S. 646）、ここでも時価を基準に利得が判断されていることになる（本稿注228も参照）。慣習法理論は、一方で VVG 55条の損害は時価損害であるとし、新価保険は VVG 55条の利得禁止原則に違反するが慣習法上許容されるという立場をとるので、やはりここでも、時価を基準に利得が判断されている。
- 250) とりわけ、Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 50u. § 55. Anm. 6 (Möller).
- 251) Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 12-20 (Kollhosser) による。
- 252) Bartholomäus, a. a. O. S. 147, Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 14 (Kollhosser).
- 253) なお、時価損害を超える填補に際して必要な復旧の保証は、ある一定期間内になされなければならない。例えば、火災保険普通保険約款（AFB 87/2001）11条5項は、保険事故発生後、3年内の復旧の保証を要求する。住宅火災保険普通保険約款（VGB 88）15条4項、産業および商業上の新価保険特別約款（NwIG 80）7条1項も同様に3年内の復旧保証を要求する。
- 254) これについては、保険事故が発生する直前の保険の目的の価額（時価）が基準とされる（火災保険普通保険約款（AFB 87/2001）5条1項b号参照）。鈴木克彦「欧米における

新価保険 ( 1 ) ( 2 ) ; 保険学雑誌425号61頁以下, 426号73頁以下 ( 1964年 ) [ 以下, 鈴木・新価保険 ( 1 ) ( 2 ) と記す ] ( 1 ) 69頁も参照。

- 255) Bartholomäus, a. a. O. S. 167, Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 13 (Kollhosser). 火災保険普通保険約款 ( AFB 87/2001 ) 5 条 1 項は, 建物の保険価額として, a)号において新価を, b 号において時価を, c 号において通常価額を規定し, 11条 1 項 a 号において, いわゆる全損の場合に, 保険事故発生直前の保険価額 ( 5 条 ) が支払われると規定する。5 条 1 項 b 号において, 保険価額が, 新価の40%未満 ( 農業用建物の場合は50%未満 ) の金額となる場合, または, 保険が, 時価でのみ合意された場合には, 時価が建物の保険価額とされる。それゆえ, 保険事故発生時における時価が, 新価の40%以上であれば, 新価金額が填補金額として支払われるが, 40%未満である場合, 時価金額しか支払われない。なお, 建物を取壊す決定がなされ, それ以外にも, 持続的に建物価値を下げる場合 ( 当該建物が, その建物の目的に, 一般的に, ないし, 保険契約者の営業において, もはや使用されえない場合が例示されている ), または, 保険が通常価額でのみ合意された場合, 保険契約者が獲得可能な建物ないし廃物の売却価格としての通常価額が保険価額とされる ( 5条 1 項 c 号 ) 。

なお, このパーセンテージは, 保険契約締結時において, 新価保険としての付保条件の一応の目安ともされているようである。Prölss/Martin, a. a. O. Aufl. 25. NwIG § 1 (Kollhosser) によれば, 新価の40%または50%の限界は, すでに契約締結時に下回ることができず, ある建物につき減価制限をすでに下回っていることを保険者が認識できる場合, 彼は, ( 近々の修理が計画されない場合には ) 申込人に対し, 忠告して新価保険を思いとどまらせなければならないという。さもなければ, 保険者は, 無駄に使用された保険料の範囲で損害賠償義務を負うか, または, 黙示の不正確な情報を理由に, NwIG 80第 1 条 2 項 ( 時価填補規定 ) が失効させられた場合と同様の責任さえ負うという。したがって, 例えば40%といった基準は, 契約締結時の保険の目的の時価により判断される新価保険引受要件であり, さらに罹災時の保険の目的の時価により判断される新価填補要件でもある ( 鈴木・新価保険 ( 1 ) 69頁も参照 ) 。

- 256) Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 13 (Kollhosser).
- 257) BGH 1988. 2. 8. BGHZ Bd. 103 S. 228, 234. もっとも, 現在, BGH はこのような立場に立っていない。それについては後述する。
- 258) Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 21 (Kollhosser), Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 7. u. 10 (Römer), Honsell, a. a. O. § 55. Rn. 37 (Schauer), Bartholomäus, a. a. O. S. 165, 173, Schimikowsky, a. a. O. Rn. 312. もっとも, Sieg, FS. S. 648 は, 一元物保険理論を採用しながら, 時価が新価の40%にまで低下する場合, 新価保険は, 時価保険に変化するという方向で, 補足されるべきであろうとするが, その理由は明らかでない。
- 259) Bartholomäus, a. a. O. S. 2.
- 260) Martin, a. a. O. Q III Rn. 33.
- 261) Bartholomäus, a. a. O. S. 152.
- 262) Bartholomäus, a. a. O. ss. 155-157 による。
- 263) Martin, a. a. O. R IV Rn. 13.

- 264) VHB 84 第18条に対応する VHB 66/74 第5条3項は、損害を蒙った物と同一の保険の目的の再調達まで、厳格に要求していなかった。それによれば、時価を超える新価部分の填補の要件としての再調達の保証は、“家財またはそのほかに関係する物”の再調達の保証で十分であった。復旧条項を有さない VHB 84が、今日、慣習法的に許容されているというマルティンは、この種の柔軟な再調達条項しか規定されなくなった1966年を、慣習法成立要件の長期慣行の時間的基点とし、その継続の流れの中で、明示的に復旧条項を失った VHB 84にまで、慣習法の正当性を与える。
- 265) Martin, VersR, 1986, S. 563.
- 266) Martin, a. a. O. R IV Rn. 13.
- 267) Bartholomäus, a. a. O. S. 157.
- 268) Bartholomäus, a. a. O. S. 157, Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 24 (Kollhosser), Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 5 (Römer), Meinert, a. a. O. S. 50.
- 269) これは、減価制限についても同様であろう。確かに、減価制限の欠如は、それだけで、保険者の給付範囲の拡張になるとされている (Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 24 (Kollhosser))。仮に40%の減価制限の存在が利得禁止原則から強行法的に要求されるとする場合でも、利得は残りの60%の程度で発生しうる。したがって、この論法による利得禁止原則とは、新価に対して60%の利得は、利得禁止原則に違反せず禁止されないが、新価に対して61%の利得は、利得禁止原則に違反して禁止されるという原則にならう。そうであれば、ここにいわれる利得禁止原則も、決して、その名の通り“利得それ自体を禁止する”原則ではない。せいぜい、ある一定水準以上の利得を禁止する原則にすぎない。
- 270) Bartholomäus, a. a. O. S. 157f.
- 271) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 (Römer).
- 272) Martin, Q III Rn. 18. u. 20. それに従う高裁判決例として、例えば VersR, 1993, 553, VersR, 1993, 349, 350 がある。
- 273) Martin, a. a. O. Q III. Rn. 33, Prölss/Martin, a. a. O. Aufl. 25. VHB § 18. Anm. 3 (Knappmann).
- 274) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 (Römer).
- 275) Bartholomäus, a. a. O. S. 170, 172.
- 276) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 (Römer).
- 277) Prölss/Martin, a. a. O. 26. Aufl. § 55. Rn. 24-28 (Kollhosser).
- 278) RGZ Bd. 15, S. 83, 93, RGZ Bd. 35 S. 48, 63, RGZ Bd. 77. S. 301, 309.
- 279) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45.
- 280) Meinert, a. a. O. S. 48, Bartholomäus, a. a. O. S. 30.
- 281) RGZ Bd. 169 S. 368ff.
- 282) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45, Prölss, a. a. O. § 55. Anm. 1.
- 283) BGHZ, Bd. 47, 308ff.
- 284) VVG 67条 1項 2文は、保険代位による請求権移転は、保険契約者の不利益に行使できない旨、規定する。
- 285) あるいは、別の箇所でも、「保険法上許されない利益 (versicherungrechtlich unzulass-

siger Vorteil)」とも表現される。

- 286) BGHZ Bd. 52 S. 350ff.
- 287) VVG 67条2項は、保険契約者の賠償請求権が、彼と家庭共同生活を営む家族構成員に向けられる場合、当該構成員が損害を故意に引き起こした場合は例外として、請求権移転は、排除されると規定する。なお、VVG 67条は、同68a条により、保険契約者の不利益に変更できない半面的強行法規とされている。
- 288) 「die sonst vereinbarte Leistung」。これについては、VVG 1条1項2文参照。
- 289) このようなケースにおいて、被保険者の二重利得の根拠を奪うため、保険者に権利は移転するが、保険者はこれを行使できないとする規定方法もある(例えば、わが国の損害保険改正試案662条4項)。しかし、VVG 67条2項は、権利移転それ自体を否定している(. . . ., so ist der Übergang ausgeschlossen)。
- 290) VersR, 81, 722f.
- 291) Prölss/Martin, a. a. O. 22. Aufl. 1980, AKB § 13, S. 1020f. 参照。
- 292) VersR, 81, 723 参照。
- 293) BGH, VersR, 75, 753f.
- 294) これに関して、1975年判決の原審(OLG München, 1974. 9. 17)は、「物保険において、ある損害は、通常、保険契約者の利得を導くことは許されないという一般の原則(allgemeinen Grundsatz)」を理解していたようである(BGH, VersR, 75, 753f, 753 参照)。しかし、いずれにしても、原審がこの一般の原則の考え方に合致するとして行なったAKB 13条1項の解釈は、BGHによって破棄され、差し戻されている。
- 295) BGHZ Bd. 103, S. 228ff, 232, BGH, VersR, 1990, S. 486f., 487. 法律上の利得禁止(gesetzliches Bereicherungsverbot)を理解するものとして、BGH, VersR, 1994, S. 91f. 92.
- 296) Bruck/Möller/Sieg, a. a. O. § 55, Anm. 6 (Möller).
- 297) BGHZ Bd. 103, S. 228ff, 232, BGH, VersR, 1990, S. 486f.
- 298) BGH, VersR 1996, S. 845f., 846.
- 299) VVG 5条は、その1項において、「保険証券の内容が、申込または関係する合意と異なる場合、保険契約者が、保険証券の受領後一ヶ月以内に、書面により異議を述べない場合、この相違は、同意されたとみなされる。」と規定し、2項が、この同意条項が適用されるための前提条件(保険証券交付のもとでの保険契約者への通知など)を規定し、3項が、保険者が2項の規定に反した場合の相違の取り扱い(保険契約者にとって拘束力をもたず、保険の申込内容が、その限りで合意されたとみなされる)について規定する。
- 300) 当時のBGH 裁判長判事 Schmitz は、VVG 55条に基づく利得禁止が、近年、批判されていることを認識しつつ、1996年判決において、BGH は、利得禁止から距離を置いたと回顧する。その上で、守秘義務に配慮しながらも、1997年12月に、より明確な判断が下されることを示唆していた。Schmitz, Akutuelle Fragen des Versicherungsrecht, 1998, S. 24.
- 301) AKB 92, 13条は、およそ以下のように規定していた。

〔填補給付〕

1. 本保険において、保険者は、以下の条項において異なった定めがない限り、損害の日における被保険車両またはそのパーツの再調達価額の範囲まで損害を填補する。再

調達価額とは、保険契約者が同等の中古車両または同等のパーツを得るために支出しなければならない購入価格である。

2. 料率規定にいう乗用自動車 タクシー等を除く のもと、当該車両の初度運行許可（初度登録）の後、最初二年内に発生した損害に関して、給付限度は、当該車両の新価に上昇する。但し、当該車両が保険事故発生の際に、新車として直接ディーラーまたはメーカーから購入した者の所有にある場合に限る。新価とは、保険契約者から支出されるべき保険に付された仕様での新しい車両の購入価額である。なおその車両型式がもはや製造されていない場合、同様の仕様での同質のタイプの車両の購入価額となる。

3. a) 給付限度は、すべての場合において、損害日におけるメーカーによる拘束力を有さない推奨価額である。

b) 残存部品および旧部品は、保険契約者に帰属する。それらは、売却価額により、填補給付の計算にあたって考慮される。

4. a) 車両の全損（Zerstörung）または喪失（Verlust）の場合、保険者は、1項から3項に基づき算出される最高填補を与える。

b) 3項と関連する2項1文による最高填補は、以下の場合には、料率規定にいう乗用自動車の分損（Beschädigung）のもとにも与えられる。その場合とは、当該車両が保険事故発生の際に、新車として直接ディーラーまたはメーカーから購入した者の所有にある場合で、かつ、修復にとって必要な費用が、初度登録後1年内的の場合については当該車両新価の80%、同2年内の場合については、同70%に達するか、または、当該比率を超える場合である。

5. その他のすべての車両分損（Beschädigung）の場合、保険者は、1項から3項に基づき生じる金額まで、修復に必要な費用、およびこれに関して必要な運搬費用を填補する。車両部品の全損、喪失、損傷の場合も同様である。代替部品および塗装の費用から、経過年数と消耗に対応した控除がなされる（新旧交換差益控除）。当該控除は、オートバイ、乗用自動車およびバスについては初度登録後4年が経過するまで、その他の車両については同3年が経過するまでは、タイヤ・バッテリーおよび塗装に限定して実施される。

10. 3項と関連する2項に基づく填補給付の計算が、3項と関連する1項に基づく再調達価額を利用する場合よりも高額になる場合、保険契約者は、再調達価額を超える填補部分の支払請求権を、以下の場合に限り獲得する。その場合とは、修復または他の車両の再調達に向けた填補の使用が、填補確定後、2年以内に保証される場合である（Prölss/Martin, a. a. O. 25. Aufl. 1992, AKB § 13, S. 1493ff. (Knappmann) 参照）。

302) なお、時系列的には、(1)判決と(2)判決との間に、既述の1996年4月24日判決（VersR 1996, S. 845f.）が位置する。

303) 保険者の責任金額（BGH 認定）の10分の1にも満たない金額が、ここで支払われたもようであり、保険者は、この前渡し金を、被保険物の滅失毀損による填補としてではなく、あくまで損害防止費用（Rettungskosten）という認識で、支払ったもようである。

304) この規定は、以下の内容を有していた。

〔14号 回収された物〕

- 14.1 盗まれた物,または(その他)紛失された物の所在が突き止められた場合,保険契約者は,保険者に対し,遅滞なく書面を持って通知しなければならない,請求に応じて,保険者にその物の権利を譲渡しなければならない。
- 14.2 回収された物が,その完全な保険価額によって填補されていた場合,保険契約者は,彼の選択により,その填補を返済するか,または,その物を保険者に自由に処分させなければならない。保険契約者が,二週間以内に,保険者の催告に応じて,これに関して決定しない場合,当該選択権は保険者に移転する。
- 14.3 回収された物が,その保険価額の一部をもってのみ填補されていた場合,保険契約者は,その一部分の填補を返還して,その物を保有することができる。保険契約者が,保険者の催告後2週間以内に,これについて承諾の意思表示をしない場合,その物は,保険者と協力して,公的に最高価で売却されなければならない。売却費用を差し引いた収益金から,保険者は,彼から支払われた一部分の填補に対応する取り分を受領する。

なお,(私有)貴重品普通保険約款(AVBSP)11条にも,同種の規定が存在する。

- 305) Honsell, a. a. O. § 67. Rn. 4 (Baumann) は,本判決を,強行法としての利得禁止原則を否定した指導的判例(リーディングケース)として位置づける。
- 306) 本保険において,1914年の保険金額とは,1914年段階での当該建物の新築価額を意味する。これが保険料計算の基礎とされる(SGIN 79a, § 1u. 3 参照)。なお,填補は,1914年の基本保険金額を限度になされるのではなく,保険事故発生時における当該土地の慣行の価額(新価)でなされる(SGIN 79a, § 2)。保険金額スライド方式(Die gleitende Neuwertversicherung)の詳細は,鈴木・新価保険(1)71-73頁。
- 307) 古い居酒屋(Alte Dorfkrug),ないし料理店を兼ねる宿屋(Gasthof)とされている。なお,これは,1976年以来,旧東ドイツにおいて文化財保護をうけており,そして新しいブランデンブルク州においても,同様に文化財保護をうけていた。
- 308) 建物は,土地(Grundstück)の同体的構成部分である。BGB 94条参照。
- 309) なお,事実によれば,原告は,すでに保険事故の7ヶ月前に旅館を売却したとされるが,なぜ,本事案で訴訟当事者(原告)になっているのか,その詳細については明らかでない。
- 310) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 4 (Römer) によれば,BGH は,今日まで,利得禁止のもとで,排除されえない一般的に拘束力を有する法原則が問題となることを述べていないとする。例えば,欠如した復旧条項を補充する判断をおこなったBGHZ 103,228,については,「時価と新価との間の超過金額は,この金額が,その物の復旧または再調達に使用される場合にのみ,保険契約者とどまることが許される」ということに関する理由付けのためだけに,付随的に利得禁止が,援用されたという。ここで,合意によっても変更できない法原則に基づくものとしての利得禁止が語られたのではないとする。
- 311) Prolss, a. a. O. § 55. Anm. 1, Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 11 (Römer)。なお,現行のAFB87/2001において,旧AFBには存在した明示的利得禁止(本稿BGH17.12.1997参照)は,もはや存在しないという(Bartholomäus, a. a. O. S. 13)。
- 312) 山下・新価保険724頁によれば,損害填補性(狭義の利得禁止原則)は,なお強行法と

して考えられるようである。笹本・保険給付597頁も、同様に、損害填補性は、強行法規性を有するものであると考えられる。

- 313) 洲崎・保険代位（１）2頁。
- 314) 例えば、住宅火災保険契約等に付帯される価額協定保険特約には、復旧条項がない（東京海上・損害保険実務講座〔火災保険〕316頁参照）。
- 315) 坂口・保険法212頁。
- 316) 東京海上火災保険・損害保険実務講座〔火災保険〕317頁。
- 317) なお、火災保険における価額協定特約は、保険契約締結時に保険の目的の価額を新価基準で評価し、それに基づいた保険金額を設定するが、保険事故発生時に再度、新価基準で損害査定を行うものである。したがって、新価保険であるが、評価済保険ではない（東京海上火災保険・損害保険実務講座〔火災保険〕312頁）。一方、自動車保険における車両新価特約では、保険契約締結時に、被保険自動車についての評価済価額が協定され、全損時には、復旧を条件に、原則として当該協定価額が支払われるという評価済保険構成がとられる。この特約は、車両の初度登録後、37ヶ月以内の車両に限定して提供されている。東京海上火災保険株式会社 TAP 平成15年12月改定版、株式会社損害保険ジャパン ONE-do 平成16年1月改定版、三井住友海上火災保険株式会社 MOST 平成15年11月改定版参照。
- 318) 再調達時価とは、同種・同質の中古品を再調達するために必要な価額であり、売却可能時価とは、当該中古品を売却した場合に得られる価額（通常価額）である。AFB87 5条1項参照。なお、わが国における火災保険・自動車保険実務では、時価という場合、再調達時価が、保険の目的評価の基礎とされている（東京海上火災保険・損害保険実務講座〔火災保険〕487頁、〔自動車保険〕595頁）。
- 319) 田辺康平「損害保険契約における「填補原則」の例外について（３・完）」166-170頁。填補原則の例外として認められる限界点は、直ちに公序不違反の限界点ではないとされる（本稿注59，注88参照）。大森忠夫「損害保険契約の「損害填補」契約性『続・法的構造』44頁も、具体的な「損害填補」契約性は、必ずしも保険契約にとって絶対的・論理的な要請とみるべきではなく、単にこの契約が不法の賭博化するのを防ぐという公序の見地からする・相対的政策的要請とみるべきであるとされる。それゆえ、損害保険における填補原則（損害填補性）を、強行法といった硬直的・絶対的命題に結びつけることまでは意図されていない。
- 320) 山下・新価保険724頁。
- 321) 笹本・保険給付597頁。
- 322) 大阪地判平・10・5・28金判1047号30頁は、「本件保険契約においては、その目的の価額が330万円程度であるのに保険金額はその2倍を超過する800万円と設定されており、右は、強度の投機的性格を有するものであり、本件保険契約は保険制度の趣旨を著しく逸脱するものであって、全体として公序良俗に反して無効である」とする被告保険者の主張に対し、裁判所は、「保険金額と保険価額に差があったとしても、それはせいぜい2倍程度であり……直ちに本件保険契約が公序良俗に反して無効であるとはいえない」としている。
- 323) 金融デリバティブと賭博との関係について、銀行や証券会社が金融デリバティブに従事できることが、業法（例えば保険業法98条1項8号，銀行法10条2項14号等）に規定され

ているので、賭博罪の構成要件に該当するが、法令行為として、刑法35条にいう違法性阻却要件が満たされ、正当化されるという解釈が有力であるという(金融法委員会「金融デリバティブ取引と賭博罪に関する論点整理」国際商事法務28巻6号701頁以下(2000年)参照)。

- 324) 例えば、財団法人郵政弘済会の災害救済制度の商品説明では、「災害救済は、相互扶助による見舞金制度であるため、民間の建物の時価の評価額保障ではなく、全焼の場合には契約金額(16万円×加入口数)をそのまま支払う制度である」とされている。
- 325) 山下・新価保険725頁。