

損害保険契約における 「利得禁止原則」否定論(1)

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 (以上本号)
第2章	利得禁止原則をめぐるドイツの議論(以下次々号)
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

はじめに 現状と問題の所在

(1) わが国の商法は、保険契約を、損害保険契約と生命保険契約とに分類している。しかし、損害保険の定義(629条)は、保険事故の客体については何も触れず、単に「損害填補」という保険金の支払い方法に着目したものである。これに対して、生命保険の定義(673条)は、保険事故の客体について、これを人とし、かつ、「一定の金額の支払」という保険金の支払い方法にまで着目した複合的なものである。そこで、商法が同様の基準によって保険を二分していないことから、支払保険金の額の決定方法に着目する場合には、損害保険と定額保険とが対立される¹⁾。他方で、商法上は生命保険の定義のみが少し触れているように、保険事故の客体に着

目する場合、物保険、財産保険、人保険という分類もなされる。

損害保険、定額保険という分類と、物保険、財産保険、人保険という分類との相互関係が、学説上どのように理解されているかといえば、およそ以下のようなと思われる。すなわち、損害保険という場合には、暗黙裡に物・財産保険が想定され、定額保険という場合には、暗黙裡に人保険が想定されている²⁾。立法当時より、物ないし財産保険は、一般に、保険事故発生により生じる実損害額に応じて保険金を支払う損害保険として、また、人保険とりわけ生命保険は、一般に、一定の金額を支払う定額保険として行われてきたという事実を前提にすれば、このような想定もわからないではない。しかし、わが国の学説においては、さらに一歩進めて、「定額保険契約とすることができる保険契約は人に関する保険契約であることが大前提であり、物ないし財産に関する保険契約は、定額保険契約とすることはできない」(したがって、損害保険契約で行わなければならない=筆者注)というのが通説とされている³⁾。このように、保険契約は、損害保険か定額保険かのいずれか一方に分類され、物・財産保険は、損害保険でなければならないというのが、伝統的二分法の考え方であった。それゆえ、物・財産保険では、従来、「実際に生じた損害金額のみを支払う」という意味で、「実損填補」がいわれてきたのである。

ところが、近年、物・財産に関する保険が、現在のような内容の損害保険としてしか存在しえないことを疑問視する見解が、再び現れてきた⁴⁾。すなわち、これは、損害填補以外の物・財産保険も有効かという議論である⁵⁾。換言すれば、伝統的二分法のもとに明確に峻別されてきた損害保険と定額保険との境界線に疑いをかけ、従来の損害保険(物・財産保険)はどこまで定額保険に近づくことができるのかという議論といえよう⁶⁾。他方、従来の定額保険(人保険)は、場合によってはどこまで損害保険に近づかなければならないのかという議論もある。これは、保険代位の議論と関連して、従来、本質的に定額保険方式が許されるとされてきた人保険についても、治療費等、相対的には算定の容易な損害についての保険は、損

害保険そのものである必要はないが、生命保険のように利得を問題としない定額保険とすることは許されないのではないかと、という議論から生まれてきた⁷⁾。

このように、物・財産保険の定額保険化、人保険の損害保険化に関する議論の鍵となるのが、「保険法における利得禁止原則」である。というのは、前者の問題について、上述の通説（物ないし財産に関する保険契約は、定額保険契約とすることはできない）の根拠は、強行法としての利得禁止原則であるともされているからである⁸⁾。また、後者の問題に関しても、学説には、「狭義の利得禁止原則」を、「事故により利得が生じるという一般の倫理観に反する結果を極力防止するためのもの」と捉えなおした上で、これを物・財産保険のみならず、傷害・疾病保険の利得防止をはかるための根本原理としてはどうかという見解が存在するからである⁹⁾。

ところで、損害保険と定額保険とを二つに明確に峻別する従来の二分法的理解を修正する議論¹⁰⁾は、突き詰めていくと、そこで二つの方向性を考えることができると思われる。一つは、損害保険と定額保険との区別を完全に取っ払ってしまう方向である（一元論¹¹⁾。もう一つは、損害保険と定額保険とを両極端に位置させ、損害保険の定額保険化、あるいは定額保険の損害保険化というそれぞれの要請に応じて、両者の中間に、純粋な損害保険でも、純粋な定額保険でもない第三類型の保険概念を創出する方向である（三分法¹²⁾。

損害保険の定額化の議論に絞った場合、近時の学説には、上記二つの方向性をそれぞれ示唆すると思われる見解が対立している。その対立原因は、やはりこの問題の鍵となる「利得禁止原則」の理解の相違である。

近時、利得禁止原則の意味内容を明確化する動きから、これを「広義の利得禁止原則」と「狭義の利得禁止原則（ないし最狭義の利得禁止原則）」とに区別して考える理解が示されている¹³⁾。保険法における利得禁止の根拠は、一般に、保険の賭博化やモラル・ハザードの防止といった「公序政策的要請」と、損害保険契約における保険給付は損害の填補でしかありえ

ないという意味での「損害填補性」に求められることが多いと思われる¹⁴⁾。このような状況を前に、公序政策的要請を実質的理由とする利得禁止原則を「広義の利得禁止原則」と理解し、損害填補性(の確保)を実質的理由とする利得禁止原則を「狭義の利得禁止原則」と理解する見解もある¹⁵⁾。

純粋な損害保険ではない第三類型の保険概念を創出する方向性を示唆する見解と、損害保険と定額保険との区別を取り去る方向性を示唆する見解との相違は、損害填補性という意味での「狭義の利得禁止原則」を強行法的なものとするか¹⁶⁾、それとも、これまでは強行法として要求されず、公序政策的要請という意味での「広義の利得禁止原則」しか強行法的なものとして存在しないとみるか¹⁷⁾の違いにある。

そこで、「損害填補以外の物・財産保険も有効か、それは、定額保険か、それともまた違う保険類型か」という議論¹⁸⁾について、公序という意味での「広義の利得禁止原則」しか強行法として存在しないと見る見解に立てば、公序に反しない限りは、物・財産保険が損害填補性をはずした定額保険とされてもよいことになり、物定額保険も理論上可能になると思われる¹⁹⁾。一方、損害填補性という意味での「狭義の利得禁止原則」も強行法とみる見解に立てば、物・財産保険において、損害と全くかけ離れた給付は認めないことになるので²⁰⁾、損害の発生、その大小如何にまったく関係のない給付をなす純粋な定額保険となることはできず、物定額保険は理論上も不可能になると思われる。従来いわれてきた実損害填補の方式をとる保険を純粋な損害保険とするならば、「損害の評価を定額化するも、損害の発生が全くないのに給付を行い、実際の損害額と全くかけ離れた給付をする定額保険とは別である」という意味での「違う保険類型」を承認するのが精一杯と思われる²¹⁾。なお、近時、損害評価の定額化に理解を示す見解の背景には、損害保険の理論が損害概念と必然的に結びついている事実を認めつつも、他方で、損害概念が確固不変のものではない、という考え方があろうである²²⁾。

(2) ところで、既述の諸問題解明の基礎となる「保険法における利得禁

止原則」は、今日まで必ずしも十分な議論がなされてきたものではない²³⁾。とりわけ、根本的な問題、すなわち、「この原則は、具体的法命題（法原則）なのか、それとも指導理念にすぎないのか」という性質論の問題は、手付かずのままである。

わが国の利得禁止原則の議論に、枠組を提供してきたのはドイツ法であるとされ²⁴⁾、ドイツにおける判例・通説は、「絶対的、強行法的な具体的法命題（法原則）」としての利得禁止原則を承認しているとされてきた²⁵⁾。それゆえ、わが国の学説においても、利得禁止原則は強行法ないし強行法規として、具体的法命題（法原則）としての利得禁止原則が理解されている²⁶⁾。

しかし、ドイツ連邦通常裁判所（以下、BGH と記す）1997年12月17日判決は、「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²⁷⁾。さらに、BGH 2001年4月4日判決は、原審が伝統的な支配的見解に基づきドイツ保険契約法（以下 VVG と記す）55条から、一般的、強行法的利得禁止原則を導き出し、事案の解決にあたったのに対し、「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、原審は、BGH の新しい判決に注意を払わないでいる」と、その違法を指摘した上で、上述1997年判決の見解を踏襲する姿勢を示した²⁸⁾。ドイツの学説に関していえば、この判決を受け、反対に、「拘束力をもつ法原則（Rechtssatz）としての利得禁止原則は存在しない」という見解が、今日における支配的見解になったともいわれている²⁹⁾。

(3) 本稿は、わが国の利得禁止原則の議論に枠組みを提供したとされるドイツ法を参照し、以下の論点について検討を加え、日本法への示唆を得ることを目的とする。

第一に、損害填補性という意味での「狭義の利得禁止原則」は、法原則かどうかである。後述のように、ドイツにおいては、強行法原則としての利得禁止原則が否定されるにあたり、以下の批判が加えられた。すなわち、

「利得禁止原則は、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おらず、また、法的安定性に基づき要求されなければならない、拘束力を有する法適用に必要な輪郭線（Konturen）が欠けるため、形式的にも内容的にも法原則としての仕上げを欠いている」³⁰⁾というものである。翻って、強行法、強行法規または強行法原則として、ある一定の具体的な法規範性を承認し、適用が予定された存在として利得禁止原則を理解するわが国の学説は、その場合に必然的に問題となるであろうこの法原則の適用範囲（とりわけ、どのような場合に利得があるかというのか）およびその場合における固有の法的効果に関して沈黙している。

第二に、損害填補性という意味での「狭義の利得禁止原則」は、強行法的性質のものか否かである。換言すれば、「狭義の利得禁止原則」を、当然に公序の観点から基礎づけることができるかである。これについては、損害填補性は、公序良俗に沿うものであるが、当然のものではないという考え方と、損害填補性は、「広義の利得禁止原則（公序良俗）」に沿うための具体的な存在であり、とりわけ物・財産保険においては必然のものであるという考え方がありうるように思われる。

第三に、時価を基準とする利得禁止原則（「最狭義の利得禁止原則」）が存在するかどうかである。これについては、従来、商法638条1項との関係で、時価により評価された損害を填補するという意味での利得禁止原則が、強行法として存在すると考えられてきたという³¹⁾。

第四に、そもそも損害填補性と利得禁止原則は概念上同義の関係で結ぶことができるのかどうかである。これについて、従来、わが国では、損害填補性ないし実損害填補原則と利得禁止原則とは、同列に理解されることが多い³²⁾。

第1章 利得禁止原則をめぐる我国の議論

第1節 利得禁止原則に関する理解

1. 序 説

利得禁止原則については、必ずしもその意義・内容が明確でないという評価がある³³⁾。それにもかかわらず、現在、わが国における保険法の体系書ならびに論稿等において、「利得禁止原則」という表現は、しばしば目にするところである³⁴⁾。

ところで、現行の明治32年商法施行後から昭和初期までは、「利得禁止」という表現、および、それが「原則である」という積極的記述に、なかなか出会えない³⁵⁾。しかし、その後、利得禁止原則という積極的記述が現れてきた³⁶⁾。その点からすれば、利得禁止原則は、意外に新しい存在かもしれない。

本章においては、現在の学説が理解する利得禁止原則の実体を、意義、法源と法的性質、目的、適用および法的効果といった観点から検証し、その理解の問題点を指摘する。

2. 利得禁止原則の意義

(1) 定 義

従来、被保険者に損害が発生したときに、現実には被った財産損失以上の保険給付を受けることができないことをもって、利得禁止原則と理解するものがあった³⁷⁾。伝統的に、わが国やドイツの保険法において利得禁止といわれる場合、それらは「損害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」という意味で用いられてきたとされる³⁸⁾。このように、わが国において、利得禁止原則と実損填補原則とは、同列に理解されることがあるが、これに関して、近時、損害填補性、損害填補の原則、利得禁止原則などが、それぞれ異なるものかどうか明らかでないという疑問も提

示されている³⁹⁾。いずれにしても、上述の学説においては、従来、利得禁止原則は、損害概念と結びつく損害保険に妥当するものとして理解されてきたと思われる。

しかし、近時、利得禁止原則の意味内容を明確化する動きから、損害填補性という意味での利得禁止原則を「狭義の利得禁止原則」とし、これとは別に、「広義の利得禁止原則」という概念を導入し、両者を区別して理解する学説が現れた⁴⁰⁾。それによれば、「広義の利得禁止原則」は、保険という制度が、ある種の偶然な出来事が発生する可能性により脅かされている経済生活の不安定に対処することを目的とする制度であるから、この制度を通して利得することは、そもそもあるべきではないという内容の原則であり、それゆえこの原則は、保険の種類を問わず、あらゆる保険について妥当するとされる⁴¹⁾。他方、「狭義の利得禁止原則」は、「広義の利得禁止原則」を実現するための、より具体的な原則であるとされ、損害保険

正確には物・財産保険に妥当するとされる。また、現実に被った財産損失以上の保険給付を受けることができないという意味で、従来理解されてきた利得禁止原則（実損填補原則）は、商法638条1項との関係で、そこにいう損害を時価損害とし、したがって、損害保険においては、時価損害を超える保険給付は行えないという内容で理解されてきたのではないかとともにされる⁴²⁾。これに関して、近時、商法638条1項が予定している時価を基準とした損害填補しか許されないという意味内容をもつ原則（「最狭義の利得禁止原則」）と、損害保険契約の保険給付は損害填補しか許されないが、損害評価については、商法の規定するような時価を基準とするものだけでなく、それ以外の評価も許されるとする、やや緩やかな禁止の意味内容をもつ原則（「狭義の利得禁止原則」）とを区別する学説が現れている⁴³⁾。

(2) 「狭義の利得禁止原則」と相対説

ところで、この「広義の利得禁止原則」と「狭義の利得禁止原則」との区別に関連して、いわゆる相対説は、「狭義の利得禁止原則」を導くのに

成功しておらず、むしろ「広義の利得禁止原則」のレベルの問題であるともいわれる⁴⁴⁾。従来、通説的立場から、損害保険における利得禁止原則は、被保険利益論の表裏問題と理解され⁴⁵⁾、損害保険契約における保険給付が損害の填補でしかありえない(そのことをもって利得禁止という)のは、損害保険契約の目的が被保険利益であることの論理的帰結と理解された⁴⁶⁾。要するに、この立場からは、被保険利益が、損害保険において付保されるものであり(したがって、これが絶対に必要になる)、これが同時に損害を量的にも確定する機能を有し、その損害のみを填補することを称して、利得禁止と理解してきたといえよう⁴⁷⁾。これに対して、いわゆる相対説は、被保険利益を文字どおり付保されるものとは考えず⁴⁸⁾、したがって、これを損害保険契約において絶対的に要求せず⁴⁹⁾、他方で、その理念としては、被保険利益に具体的損害を決定する技術的機能を必然には求めないがゆえに⁵⁰⁾、被保険利益が欠缺する場合においても損害填補がなされるとする。被保険利益の減損をもって損害とし、これを填補することをもって「狭義の利得禁止原則」と理解するならば、この意味での原則と、被保険利益に関して理解を異にする相対説(少なくとも、その理念)とは、相容れないように思われる⁵¹⁾。もっとも、相対説にも二段階ある。すなわち、相対・主観主義的被保険利益論と被保険利益完全否定論である。両者の相違は、保険を賭博から区別する場合に目印となる利益概念(本質的利益概念)を、なおかつ保険法上に特殊な規範として留めるか、それとも、賭博との区別の問題や賭博とされた場合の効力の否定などは一般取引法規範に委ねうるとし、保険法上の特殊規範性を否定し切るかにあるとされる⁵²⁾。かつて、わが国で唱えられた相対説は、基本的に前者の理解に立ちつつも、この目的を担保するために、さらに一步絶対説に近づいて、被保険利益にもう一つの利益概念(技術的利益概念)までも、便宜性からか損害保険理論の説明において承認してきた⁵³⁾。したがって、後者の相対説理論ならともかく、わが国において主張されたような前者の理論において、まったく「狭義の利得禁止原則」を観念する余地がなかったかといえれば、そうでないよう思

われる。しかし、相対説が、そもそも保険一元論を志向する理論であるがゆえに、「狭義の利得禁止原則」を導くのに成功していないのではなく、政策論としてこれを考慮に入れる余地を残しつつ⁵⁴⁾、あえて「狭義の利得禁止原則」まで成功させる意図はなかったと理解するほうが、むしろ適切であろう(「利得禁止の法則」⁵⁵⁾)。

3. 利得禁止原則の法源と法的性質

わが国の商法に、明文をもって利得禁止原則が規定されているわけではない。そのためか、利得禁止原則を認める者も、その法源まで言及するものは甚だ少ない。しかし、近時、利得禁止原則を承認する見解は、現行商法における損害保険の諸規定から、このような原則の存在が推論されるとする⁵⁶⁾。これらの見解から、利得禁止原則は、適用が予定された強行法ないし強行法規であると理解されている⁵⁷⁾。後述するように、利得禁止原則が超過保険、重複保険、保険代位に関する諸規定から推論されるが、しかし、この原則自体は、不文の強行法原則であるという理解は、ドイツにおける従来の支配的見解と同様である⁵⁸⁾。他方、「狭義の利得禁止原則」の強行法規性を否定する学説も存在する⁵⁹⁾。

4. 利得禁止原則の目的(実質的根拠)

(1) 概要

後述するように、わが国における相対説の出現以降、学説は、相対説にいう「利得禁止の法則」の影響を、少なからず受けたように思われる。注目すべき影響は、損害保険における利得禁止原則の目的(実質的根拠)に関する理解である。すなわち、この原則の目的を、保険の賭博化防止およびモラル・ハザード(主観的危険)防止に求める理解が定着し、これが、わが国における伝統的理解となった⁶⁰⁾。ところが、近時の学説は、この2つの実質的理由に一定の理解を示しながらも、他方でこれに修正を試みる。これには、大きく2つの対立した流れがあるように思われる。すなわち、

いずれの考え方にも、何らかの形で、損害保険における利得禁止原則（とりわけその強行法規性まで）を、上述の2つの目的から根拠づけることに限界を感じている。その上で、第一の考え方は、「狭義の利得禁止原則」の目的として、(伝統的目的に代え)新たな理由を追加し、なおかつこの原則の強行法規性を維持する⁶¹⁾。この見解は、保険が賭博類似のものとして行われることもあった時代とは異なり、「保険の賭博化」が、およそ現実味をもたない現代においては、「狭義の利得禁止原則」の意義・目的も、保険の賭博化阻止にかえて、保険が健全な経済制度として運営されるために保険を通じて一般の倫理観に反する結果が生ずるのを防ぐこと(すなわち賭博目的の有無にかかわらず、保険契約・保険事故によって利得が生じないようにすること。これが保険制度の一般的信用を維持することにつながる)にある、というようにとらえ直すべきであろう、とされる⁶²⁾。第二の考え方は、従来、損害保険に適用される利得禁止原則の目的とされてきた公序政策内容を、この保険だけでなく、あらゆる保険に妥当する「広義の利得禁止原則」の目的とし、賭博禁止、モラル・ハザード防止といった社会的要請を内容とする「広義の利得禁止原則」は強行法的な原則であるが、損害填補性という意味での「狭義の利得禁止原則」は強行法規でないとする⁶³⁾。以下では、現在、学説によって損害保険における利得禁止原則の目的として挙げられる「保険の賭博化防止」、「モラル・ハザード防止」、「一般の倫理観に反する事態の防止=保険制度の一般的信用維持」について、内容的整理も含めて具体的に検討する。

(2) 利得禁止原則の実質的根拠

(a) 保険の賭博化防止

学説において、損害保険における利得禁止原則の実質的根拠として保険と賭博との関係が言及される場合、その内容として2つの異なった意味が理解されているように思われる。第一は、賭博とは区別されるべき損害保険制度の適法性を一般的、技術的に担保するという意味で保険の賭博化防止が理解され(保険と賭博との区別の必要性)、これが利得禁止原則の実

質的根拠の一つと考えられている⁶⁴⁾。この理解の前提には、賭博と保険とは、構造的に同種の射倂契約であり、その区別にあたっては、不労利得の獲得そのことが目的とされるか(賭博)否か(保険)という当事者の主観でしか判断できないとする理解がある⁶⁵⁾。しかし、この区別が不明確な主観というものに依存するしかない場合、同様の行為であっても、その当事者の時々の主観によって、それが保険にも、あるいは賭博にもなるということでは、甚だしく法的安定性を欠くことになる。それゆえ、“不労利得を生じる可能性そのもの”が客観的に存在しない場合(利得が禁止されている場合)、保険加入者には、不労利得獲得の動機介在余地がないと「推認」でき、本来主観に依存する区別の困難性を(推認という形ではあるが)不問に付すことができるという。反対に、利得が生じる可能性がある場合(利得が禁止されていない場合)、上述の推認機能は働かず、場合によっては、それが「保険である」と言いきれない場合もあることになろう。この理解は、利得禁止の法則(利得が禁止されている)が、保険制度それ自体を賭博から区別する機能を有していると見ているのであり、いうなれば、賭博と区別されるべき保険制度それ自体の適法性担保に利得禁止の法則の主眼が置かれているといえよう。近時の学説にも、「賭博との明確な区別が行えるのであれば、利得禁止原則は必要ない」という趣旨を背後にもつ見解がみられるが⁶⁶⁾、ここでは、上記の意味で「保険の賭博化防止」が理解されているように思われる。

第二は、賭博目的で保険が利用(悪用)されることを防止するという内容で、保険の賭博化防止が理解され(賭博保険防止)、これが利得禁止原則の実質的根拠の一つと考えられている⁶⁷⁾。換言すれば、保険を賭博の手段として用いてはならないという内容になろう。第一の理解では、技術的に保険制度が賭博契約類型に評価されることを防止する意味で、保険の賭博化防止が理解されていたのに対し、第二の理解では、実際にも保険が、当事者の主観において賭博として行われることを防止するという意味で、保険の賭博化防止を理解しているように思われる。既述の利得禁止原則の

実質的根拠を修正する議論との関係で、第二の意味で保険の賭博化防止を理解する見解は、この意味での保険の賭博化(賭博保険化)は、今日、およそ現実味をもたないとし、これに代えて新たな実質的根拠を挙げている(後述)⁶⁸⁾。

ところで、保険の賭博化防止(保険と賭博との区別の必要性)と、賭博禁止は異なる。現代法秩序のもとで、賭博は、刑法185条以下において禁止され、その行為の私法上の効果も、公序良俗違反として無効とされる(民法90条)⁶⁹⁾。したがって、いかなる保険契約においても、賭博禁止の要請は当然に作用するのであって、「狭義の利得禁止原則」の強行法規性を否定する前述の見解が、保険の賭博化防止ではなく、賭博禁止を保険契約全体に妥当する「広義の利得禁止原則」の実質的根拠とすることは、ある意味で適切である⁷⁰⁾。

(b) モラル・ハザードの防止

次に、モラル・ハザードの防止は、しばしばこの原則の実質的根拠の一つにあげられる⁷¹⁾。

広義のモラル・ハザード(moral hazard)は、モラール・ハザード(morale hazard)と狭義のモラル・ハザードに分類される。前者は、「保険加入者が保険に加入することにより、心理的に事故予防のための注意力が減退する危険(事故発生に対する放任的態度)」を意味し、後者は、「保険加入を奇貨として、積極的に不当な利得を得ようとする危険(故意の事故招致)」を意味する⁷²⁾。利得のある保険であれば、相対的に狭義のモラル・ハザードが発生しやすい傾向を生じるといえる⁷³⁾。一方、保険代位の問題をめぐってなされる利得禁止の議論においては、第三者の関与という商法662条の法律要件上、とりわけ前者の危険(モラール・ハザード)が重視される⁷⁴⁾。ある見解は、物・財産保険、例えば車両保険契約の場合、事故当事者はお互いに未知の第三者であり、被保険者と賠償義務者が共謀して事故を招致する危険はなくとも、被保険者に二重の利得を認めると、制限速度を守って走行する自動車は極めて少なく、しかも一瞬の不注意から車両事

故が発生すること、車両事故は事故当事者の双方に過失が認められるときが多いことを考慮すると、少なくとも衝突事故の発生に対して放任的態度をとらしめる誘因となるため、物・財産保険契約に対して、利得禁止原則は強行法規的に働くとされる⁷⁵⁾。もっとも、モラル・ハザード防止を利得禁止原則の実質的根拠にあげる見解であっても、この概念が相対的であることから、この危険を防止する他の手段によった代替策が講じられるのであれば、当該原則の緩和も許容されるという柔軟な理解が示されている⁷⁶⁾。

(c) 保険制度の信用維持

最後に、一般の倫理観に反する事態の防止 = 保険制度の一般的信用の維持という目的も、保険代位の議論との関連で、利得禁止原則の実質的根拠として挙げられる⁷⁷⁾。法と道德との関係をいかに理解するかについての現代の動向は、総じて、法と道德の原理的分離を前提にしつつも、様々な形での道德の基礎付けを試み、それに照らして法の在り方をも考え、法と道德の相互に緊張した関係を保持することにあるとされる⁷⁸⁾。すなわち、法的関係は、道德的なものから区別されながら、しかし道德的なものと協働すべきと考えられている。したがって、法解釈にあたって、道德的ないし倫理的な判断をもってなすこと自体は妨げられない。しかし、ここにいう協働をどのような形で実現するかについては、種々の議論があると思われる。

この見解は、保険を賭博の手段として用いてはならない(賭博保険防止)という(前述第二の)意味での保険の賭博化防止が現実味をおびないとし、「狭義の利得禁止原則」の実質的根拠は、保険の賭博化防止にかえて、一般の倫理観に反する事態の防止(保険制度の一般的信用維持)にあるとされる。ところで、この見解は、保険の賭博化防止にかえてとされており、一見すると利得禁止原則の実質的根拠として、もはや保険の賭博化防止は顧慮されないかにみえる。しかし、代替の根拠として挙げられる「保険制度の一般的信用維持」と、(前述第一の意味での)保険の賭博化防止(保険と賭博との区別の必要性)とが、内容的に類似することにも、注

意する必要があると思われる。依然として、保険の賭博化防止を「狭義の利得禁止原則」の実質的根拠とする見解が、なぜ、保険と賭博との区別の必要性を説くのかといえ、それは賭博が反公序的とされるため、これと区別して保険制度が運営されなければならないと考えるからであろう。この意味での保険制度の一般的な適法性担保は、他方で、保険制度の一般的信用維持にもつながっていると考えることができよう。そうであれば、この見解は、利得が生じないようにすることによって、「保険である」という推認機能を働かせ、保険制度の一般的信用維持を図ろうと考えていることになる。他方、より直接的に、保険制度の一般的信用維持を「狭義の利得禁止原則」の実質的根拠としてあげる見解でも、保険契約によって利得が生じないようにすることが、保険制度の一般的信用維持につながるとされる。したがって、いずれの理解も、利得が生じないことに、保険制度の一般的信用維持を担保させる機能を見出していることで共通する。直接的に保険制度の一般的信用維持をあげる見解からは、賭博目的の有無にかかわらず、保険契約・保険事故によって利得が生じないようにすることが、保険制度の信用維持につながるとされる。これは、利得が生じない場合には、保険であると推認して、賭博目的の有無を不問に付すという理解を反対から規定したものになる。

(3) 利得禁止原則に関する絶対説と相対説の理解の相違

以上が、近時、学説において利得禁止原則の実質的根拠とされる諸観点であるが、かつての絶対説と相対説の対立における利得禁止原則の議論において、利得禁止原則がなぜ存在するのかという実質的根拠の検討が、なおざりになりがちであったともいわれる⁷⁹⁾。絶対説は、損害保険契約は損害の填補それ自体を本質的内容とする契約であって、その法律的性質から利得禁止原則がいわば論理必然的に生じると理解してきたという⁸⁰⁾。また、この立場からの利得禁止原則は、損害保険契約の目的が被保険利益であることの論理的帰結と評価されてきたという⁸¹⁾。要するに、絶対説のいう利得禁止原則は、保険契約の目的が被保険利益であることの、単なる結果の

表現にすぎなかった。換言すれば、この契約の本質が、被保険利益の減損としての損害を填補する契約であり、損害の填補であるから“結果として利得禁止になっている”というにすぎない。したがって、絶対説からすれば、利得禁止原則の根拠は、損害填補性になろうが、ここにいう根拠は、利得禁止原則がなぜ存在するのかという実質的根拠(目的)まで述べる性質のものではない⁸²⁾。この絶対説による限り、利得禁止原則の実質的根拠の検討がなおざりにされる。他方、相対説によれば、この契約の本質は、金銭給付契約であるとし、必然的に、被保険利益に具体的損害確定機能(技術的利益概念)を見出さず、被保険利益の減損がなくとも損害が填補されうる可能性を認める。したがって、理論上、絶対説のように、被保険利益を媒介とした損害填補性に基づき、“結果として利得禁止になっている”とはいえないことになる⁸³⁾。この見解は、絶対説のいう利得禁止原則を、保険初期形態が教会法理の影響を受け、被保険利益の売買契約を仮装せざるを得なかったことに起因する「射倖的利得禁止の原則(教会法の利得禁止原則)」と位置づけ、この原則は、およそ契約自由の原則が支配する現代において、妥当するものでないとする⁸⁴⁾。その上で、この立場から、「教会法上の利得禁止原則」とは区別されるべき「利得禁止の法則」を保険法上の特殊規範として承認するにあたり、「保険の賭博化防止」と「主観的危険の防止」という“実質的根拠”が重要となった⁸⁵⁾。

このように、絶対説のいう利得禁止原則(教会法上の不労利得禁止)と、相対説のいう利得禁止の法則とは、異なったものであった。例えば、被保険利益を欠いた場合を考えると、両者において利得を排除する根拠が異なってくる。前者では、原始的無効となって利得が排除されるが⁸⁶⁾、後者では、(場合によっては)公序良俗に反して無効となる⁸⁷⁾。同じく効果が無効であっても、この点において両者は異なると思われる。しかし、この相違は、従来あまり明確に意識されてこなかったのではないかと思われる、時として、保険契約の目的が被保険利益であることの論理的帰結としての利得禁止原則(被保険利益を媒介とした損害填補性の説明)と、公序良俗

論としての利得禁止の法則に混交が見られるようにも思われる⁸⁸⁾。なお、後述のように、ドイツにおいて利得禁止の問題は、その目的ないし実質的根拠から議論され、わが国の相対説の理解に近い存在肯定論が永らく支配してきたが⁸⁹⁾、最近、そのような利得禁止の法則の基本的な考え方が否定されるに至ったことが注目される⁹⁰⁾。

5. 利得禁止原則の適用とその法的効果

損害保険における利得禁止原則を承認する見解は、この原則の適用を予定している⁹¹⁾。したがって、必然的に、この原則がいかなる保険種類に適用されるのかという適用範囲の問題と、この原則がいかなる場合に適用されるのかという適用基準の問題が生じる。まず、適用範囲について、利得禁止原則が適用されるのは損害保険契約であって、定額保険契約には適用されないとする理解が一般になされている。ある見解によれば、利得禁止原則は、利得の前提である損害の概念を前提としており、物・財産保険等の典型的な損害保険および損害填補型傷害保険に適用されるが、定額給付型傷害保険を含めて、損害の概念を前提としない定額保険には、この原則の適用はないとされる⁹²⁾。わが国においては、具体的被保険利益の減損としての損害を填補することをもって利得禁止原則と理解されてきたので、少なくともこの技術的意味での被保険利益を観念できない定額保険契約において、この原則の適用余地はないと理解されてきたと考えられる。このことから、損害保険契約に、利得禁止原則の適用が可能であること、反対に、定額保険契約には適用がそもそも不可能なことが理解できる。近時の学説では、さらに一歩進んで、損害保険契約に利得禁止原則の適用が可能であることから、この種の保険には、必然的に利得禁止原則の適用がなされるべきかどうか議論されている。保険代位に関する662条の適用をめぐる議論において、人保険一般に強行法としての利得禁止原則は適用されず、たとえこの保険が損害保険形式で営まれたとしても、利得禁止原則は任意法規として働くにすぎないという見解もある⁹³⁾。もっとも、その他の

見解にあつては、生命保険に利得禁止原則の適用がないとすることは明らかであるが、損害保険として営まれる人保険について、これを具体的にどのように考えているのか必ずしも明らかでない⁹⁴⁾。

次に、適用基準の問題である。実際にも利得禁止原則を適用するにあつては、この原則の構成要件事実である利得の内容を明らかにする必要がある。

一般に、利得禁止原則における利得の判断においては、保険価額を超える給付が利得であると考えられる⁹⁵⁾。638条1項が、損害が生じたる時の保険価額をもって、保険者が填補すべき額と規定することもあって、従来、時価を超える保険給付がなされれば、利得が生じると理解され⁹⁶⁾、それは利得禁止原則上許されないと考えられてきた⁹⁷⁾。近時、この解釈をめぐつて、本条の時価評価はあくまで例則にすぎず、時価を超える保険給付が禁止されるという意味での利得禁止原則を「最狭義の利得禁止原則」とし、現在ここまで厳格な利得禁止原則は強行法として存在しないとする解釈がある⁹⁸⁾。もっとも、これらの見解からは、損害評価として、社会的必要性ないし社会的容認を超える保険給付は行えないという意味での「狭義の利得禁止原則」は、なお強行法として存在するとされる。したがって、この見解において、強行法としての「狭義の利得禁止原則」といわれる場合、そこにいう利得とは、時価を超える給付を意味するのではなく、社会的容認が得られない保険価額評価(損害評価)を超える給付を意味する。この観点から、新価保険においては利得があるとしつつ(「最狭義の利得禁止原則」にいう利得)、「狭義の利得禁止原則」には反しないと解釈される⁹⁹⁾。

他方、保険価額を超える保険給付を保険法上禁止される利得と理解せず、その意味で「狭義の利得禁止原則」の強行法規性を否定する見解においても、あらゆる保険に強行法規的に要請される「広義の利得禁止原則」は妥当するとされる¹⁰⁰⁾。この見解において、強行法としての「広義の利得禁止原則」といわれる場合、そこにいう利得とは、保険価額から判断されるのではなく、保険事故前後の経済主体の全体的財産状況から判断され、経

済の必要を超える給付を意味する¹⁰¹⁾。

最後に、利得禁止原則ないし強行法規としての「狭義の利得禁止原則」が適用された場合、当然、この法原則固有の法的効果が生じることになる。しかし、筆者の知る限り、利得禁止原則を承認する見解において、この原則固有の法的効果を述べるものはない。もっとも、ある見解は、物・財産保険については、「狭義の利得禁止原則」を適用することが可能であり、したがって、これらの保険は原則として商法629条にいう損害填補の保険として行わなければならない、実損害の填補という原則を実質的に担保する同法631、632、633、662条の各規定は、これらの保険に関して強行法規として働き、これらの規定の趣旨に反する特約は無効と解すべきとされる¹⁰²⁾。しかし、ここでも、強行法規としての「狭義の利得禁止原則」それ自体の法的効果が無効であると述べられるわけではなく、強行法規とされるこれらの諸規定に違反した場合、無効になるとされるにすぎない。したがって、ここにいう特約の無効は、この見解から強行法規と考えられている諸規定違反の法的効果である。

第2節 利得禁止原則に関する理解の問題点

1. 強行法規性

(1) 法原則性(具体的法命題性)

近時の学説において、損害保険における利得禁止原則は、適用が予定された具体的な法原則と理解されている。法原則は、通常それに違反した場合、いかなる法的効果を生じさせるかが、問題となる。しかし、わが国の学説は、利得禁止原則という法原則それ自体の法的効果に関して沈黙している。仮に、利得禁止原則に固有の法的効果がないとすれば、そもそもこれに法原則という性格を与えることは適切であろうか。近時の学説が、利得禁止原則の法的効果について沈黙しているので、これに関して可能な限りの推論を加えるしかない。

超過保険(631条)、重複保険(632条、633条)、請求権代位(662条)の

諸規定が、利得禁止原則の現れであるという考え方¹⁰³⁾、または、この原則自体は不文のものであるが、損害保険の諸規定から、このような原則の存在が推論されるという考え方¹⁰⁴⁾を分析すれば、およそ、それらは損害保険の個別規定より上位に、損害保険における利得禁止原則を觀念し、上位にある原則が、個々の規定に現れていると理解しているのではないだろうか。そして、利得禁止原則の法的効果は、実質的には損害保険の個別規定の効果と理解されているのではないだろうか。このような理解をうかがわせるものとして、例えば、評価済保険の協定の拘束力が絶対的なものでないこと(639条)からみて、ここでも利得禁止原則が適用されているとする見解がある¹⁰⁵⁾。このような表現からすれば、個別規定である639条の著しく過大な協定の無効化を、利得禁止原則が適用された場合の法的効果と理解されているようにもとれる。しかし、これらは、あくまで成文法に基づく個別規定の法的効果にすぎず、これを不文の法原則としての利得禁止原則固有の法的効果とすることはできないであろう¹⁰⁶⁾。仮に、個別規定の法的効果をもって、この原則の法的効果とみても、これらは一貫した内容のものにならないという問題が生じる。例えば、超過保険の無効(631条)と、評価済保険における著しく過大な協定の無効化(639条)とは、同様に利得禁止原則が適用されているとしても¹⁰⁷⁾、その法的効果は、前者では、損害額(ただし、潜在的損害額というべきものであるが)を超える部分の無効という効果となり、後者では、損害額を“著しく超える部分”の無効、逆に著しく超えない部分は有効という効果になる。法的効果が一貫性をもたない具体的な法原則は、ありえるのだろうか。このように、利得禁止原則の固有の法的効果の不存在ないし不統一性は、この原則の「具体的な法原則性(法命題性)」を疑わせるものとなる。

さらに、利得禁止原則の法原則性を疑わせるものとして、この原則の適用をめぐる実効性の欠如という問題がある。上述のように、近時の学説において、強行法としての「狭義の利得禁止原則」といわれる場合、そこにいう利得とは、時価を超える給付を意味するのではなく(これは、「最狭

義の利得禁止原則」の利得概念である)、社会的必要性がなく、それゆえ社会的容認も得られないような保険価額評価(損害評価)を超える給付が利得として理解されている。したがって、この見解にしたがい、強行法規とされる「狭義の利得禁止原則」を実際に適用するにあたっては、まず、時価以上では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、後者にのみこの法原則を適用することになる。これらの見解によれば、「狭義の利得禁止原則」の適用基準は、社会的必要性と社会的容認であるが、このような抽象的基準でもって、具体的法命題としての利得禁止原則が適用される場合とそうでない場合とを区別することができるのか、疑問である。他の見解にあっては、そもそも、利得禁止原則は、物・財産保険契約に対して強行的に適用されるが、同原則をいかなる方法によって実現・維持するのか、その方法までは同原則の知るところでないといわれる¹⁰⁸⁾。この見解は、保険法上の利得禁止原則は、公序政策的要請に基づくものと理解されるようであり、そうであれば私見の指摘に対して、公序則等の一般条項の適用に際しても、適用範囲の不明確性という同種の問題があり、保険法上の利得禁止原則についても同様であるとする反論もありえよう。しかし、この原則の「適用」を考えると、少なくともこの原則の具体化をまったく不問に付すことは、適切でない。仮に、利得禁止原則を、公序則の損害保険法的具現と理解するならば、公序則と利得禁止原則との関係は、およそ一般条項と損害保険法における特別法規範という関係になろう。このような理解に立ちながらも、利得禁止原則の適用範囲の不明確性の問題に対して、一般条項にありがちな問題が生じているにすぎないと反論するとすれば、逆に、それではなぜ、公序則とは別に、損害保険法上の特別法規範としての利得禁止原則を観念する必要があるか、という再反論にさらされよう。というのは、通常、特別法規範は、一般規範を具体化・明確化するものである。にもかかわらず、特別法規範の適用基準について、一般条項と同様に不明確なままで確固たる回答を与えられないような事態を承認す

るとすれば、そのことは他方で、特別法規範の存在(利得禁止原則の觀念)自体の無意味性を承認することにつながるからである。

このように、利得禁止原則の具体的適用をめぐる基準の不明確性は、この原則の「法原則(法命題)としての実効性」を疑わせるものとなる。もっとも、この問題は、損害保険法における損害概念の検討、したがって利得概念の検討によって、ある程度克服可能な問題かもしれない¹⁰⁹⁾。しかし、問題は、強行法規とされる利得禁止原則にいう「利得」の捉え方が、一般に利得といわれる場合の認識と異なり、非常に理解しづらいということである。例えば、新価保険のように、利得が生じているとしながらも、(狭義)利得禁止原則に反していないと評価される矛盾めいた分かり難さである。ここに言われる「狭義の利得禁止原則」が、もはや「許されない利得だけを禁止する」という内容に限定して理解されているならば、この原則は、利得それ自体を禁止する原則ではないようにも思われる。にもかかわらず、利得の定義を変え、依然としてこれを利得禁止原則と表現することは、はたして適切であろうか。後述するように、ドイツにおいては、時価を超える給付を禁止する利得禁止原則(わが国の学説にいう「最狭義の利得禁止原則」)が否定されたことで、保険法における利得禁止原則は存在しないとされた。ここでは、一般的な利得概念と、損害保険法における利得禁止原則といわれる場合の利得概念とが、同一基準(時価)で判断されている。

以上をまとめると、近時の学説では損害保険における利得禁止原則は法原則として理解されているが、この原則固有の法的効果の不存在ないし一貫性の欠如が、この原則の「具体的な法命題性」を疑わせ、さらに、具体的適用にあたっての基準の不明確性が、この原則の「法命題としての実効性」を疑わせる。

(2) 強行性

近時の学説において、利得禁止原則は、強行法規として理解される場合がある。これに関して、強行規定違反の行為の効果が無効であることに、

異論はないともされる¹¹⁰⁾。利得禁止原則を、とりわけ強行法規として理解する学説は、このことを当然の前提として、この原則固有の法的効果に関して沈黙しているのかも知れない¹¹¹⁾。わが国では、相対説により、「利得禁止の問題は、これに反する約定の有効性の問題であり、保険者は実際に生じた損害よりも大きなものを填補する義務を引受けてはならず、この原則に反する制度はすべて不適法であり違法とされる」というこの問題の基本的な考え方が紹介され、これが保険契約にもとづく約定自由の限界づけの問題として理解された¹¹²⁾。このような私的自治の制限の問題としての利得禁止の捉え方が、後の学説において、この原則を強行法規と理解させる基礎を与えたように思われる。

それでは、損害保険における利得禁止原則は、当然に無効という法的効果を生じさせる強行法規であろうか。以下では、民法学説における公序良俗論¹¹³⁾との関係で、この問題を考える。

近時の民法学説は、一貫した視点なく、公序良俗違反の類型をただ雑然と羅列する公序良俗論を批判し、適切な理論的枠組みを確立し、再構成しようとする¹¹⁴⁾。この見解は、公序良俗規範の守備範囲の拡張、および、その要件・効果等の内実の変化といった近時の諸現象を前にして、このような公序良俗論の変化の意味を理解し、正当に評価できる理論的枠組みの確立を意図している¹¹⁵⁾。そして、具体的に公序良俗論の理論的枠組みを確立するにあたっては、公序良俗論をどのように構成するのかという構成問題と、その構成をもとに衡量をどのようにおこなうのかという衡量問題¹¹⁶⁾があるとされる。構成問題は分類論となり、衡量問題は、例えばどのような基準で判断をおこなうのかといった方法論となる。

このような民法学説の議論を取り入れて、損害保険における利得禁止原則を検討する。

第一に、構成問題からのアプローチを試みる。この見解は、契約自由の制限を正当化しうる「理由」の違いに着目し、「誰が どのような実質的理由にもとづき」契約自由を制限するのかという形で、 裁判型 政策

実現型公序良俗， 裁判型 基本権保護型公序良俗， 法令型 政策実現型公序良俗， 法令型 基本権保護型公序良俗，という公序良俗の4つの基本形を示される¹¹⁷⁾。「誰が」という部分に関係する裁判型と法令型との分類基準は，法令が契約自由を制限するという内容の決定を，あらかじめ行っているか否かであるとされる。法令型は，この決定が行われている類型であり，裁判型は，この決定が法令によっては行われていない類型であるとされる¹¹⁸⁾。次に，「どのような実質的理由にもとづき」という部分に関係する政策実現型と基本権保護型との分類基準である。政策実現型は，例えば消費者保護といった政策目的に実質的理由が存在する類型とされる。これに対して基本権保護型は，例えば人身売買のように，これによって侵害されうる基本権を保護することに実質的理由が存在する類型とされる¹¹⁹⁾。利得禁止原則を承認する見解は，この原則が損害保険の諸規定から導かれ，その実質的理由は，保険の賭博化防止，モラル・ハザードの防止，保険制度の信用維持にあるという。したがって，この原則は，「法令」から導かれ，その実質的理由は，上述の「政策目的」にある，と理解していることになる。それゆえ，損害保険における利得禁止原則は，仮にそれが強行法規であるとすれば（以下に同じ），法令型 政策実現型公序良俗に分類されるであろう¹²⁰⁾。法令型 政策実現型公序良俗には，さらに下位の分類がある。それは，契約自由を制限するという立法の基本決定が，個別法令によって行われるか（個別法令型公序良俗）¹²¹⁾，一定の法領域における諸法令の全体の趣旨から，総合的に，この基本決定が導出されるか（総合型公序良俗）によって分類される。強行法規としての利得禁止原則を承認する見解は，利得禁止原則という明文の規定は存在しないが，損害保険の諸規定から利得禁止原則が推論されるとする。それゆえ，法令型 政策実現型公序良俗の下位分類では，「総合型公序良俗」に分類できよう。しかし，法令型といっても法令ですべてが決まっているわけではなく，法令型における契約自由の制限は，第一次的には立法によっておこなわれつつ，それが裁判所において補完されるところに特色があると指

摘される。とりわけ、損害保険における利得禁止原則が属すると考えることができる総合型公序良俗に関しては、最終的に契約を無効とするかどうか、法令を基礎として裁判所が決めざるをえないとされる。それゆえ、利得禁止原則について、裁判所がどのような態度を示しているかが問題となる。前述の大阪高裁判決¹²²⁾は、損害保険の本質上、利得禁止の原則は働くとして、損害保険における利得禁止原則を意識している。仮に、その判決が利得禁止原則を強行法規と理解していたならば、その事件で問題となった車両購入価額と協定保険価額との間の(少なくとも著しい)差額部分は、保険者の減額請求の有無、そしてその立証の成功の有無にかかわらず、「無効」と判示しなければならないことになる。なぜなら、強行法規に反する行為の効果は、無効とされるからである。同判決は、保険者の減額請求に基づき、事実認定を通して、結果的に車両購入価額分の請求のみを認めた。しかし、ここでは、強行法規違反による無効という理由付けがなされたのではなく、639条所定の減額請求が認められるという理由付けによって、著しい利得部分の給付が結果的に否定されたに過ぎない。仮に、本件で保険者の立証が失敗したとすれば、結論は異なっていた(著しい利得の容認)と考えられる¹²³⁾。このことから、当該裁判所は、損害保険における利得禁止原則を語りながらも、これを強行法規と理解していないのではなからうか。裁判所は、損害填補原則ないし利得禁止原則という表現が散見されるものの、学説上、これらの定義ないし概念が、必ずしも明らかではないため、利得禁止原則という言葉の使用を慎重に避けてきたと思われる¹²⁴⁾。上記の判決は、そのような従来からの態度から一歩出たものではあるが、その内容は、およそこの原則を強行法規としても、また、個別規定の効果とは別に固有の法的効果を有する具体的法命題(法原則)としても理解していないことが分かる。

第二に、衡量問題からのアプローチを試みる。学説上、損害保険における利得禁止原則は、この契約においては、損害填補を超える給付がなされず、利得してはならないという意味に理解されてきた。しかし、損害填補

を超える給付がなされないことは、損害保険契約当事者間になされる約定内容から生じる結果にすぎない¹²⁵⁾。この事実をもって、当然に公序良俗(強行法規)としての利得禁止が、論理的にも導かれるわけではないだろう。実際、上述の判決は、被保険者が被保険利益を大幅に超える保険金を不正に取得する目的で保険契約を締結したことが認められるときには、その契約は公序良俗に反し無効となると考えるべきであるが、実際の保険価額(車両購入価格・365万円)と協定保険金額(800万円)との差が著しいことのみをもって、直ちに当該保険契約が公序良俗に反するとまで判断すべきでないとする¹²⁶⁾。

学説上、損害保険における利得禁止原則は、他方で、物・財産保険は、損害保険形式で行わなければならないという意味に理解されてきた。その内容としては、被保険利益の減損としての損害を填補する原則と理解されるようである。それゆえ、確かに、物・財産保険においては、損害の前提としての被保険利益を観念でき、したがって、損害保険形式で行うことが可能である。その場合には、当事者間の約定内容の結果(法律意思の効果)として、保険金の支払い方法が損害填補となる。しかし、損害保険形式で行うことが可能であるということから、当然に、損害保険形式で行わなければならないという強行法命題が論理的に導かれるわけではないだろう¹²⁷⁾。そもそも損害保険契約という概念は、保険事故発生の客体が何であるか 物であるか財産であるか人であるか とは、直接関係のない概念であり、商法上も、明文によって、物・財産保険の損害保険契約への拘束が指示されているわけではない。仮に、商法典上、損害保険と対置する生命保険が人保険を規定していることから、その反対解釈として、損害保険は、(人保険に対置する)物・財産保険をその対象としていると解釈しても、私法上、典型契約からの逸脱は公序良俗に反しない限り原則として自由である。

まとめれば、物・財産保険契約は、損害保険形式で行うことが可能で、実際にも損害保険形式で行われた場合には、当事者間になされる約定内容

から生じる結果として、損害填補という保険金の支払い方がなされることは理解できるとしても、これらの保険は、損害保険形式でしか行うことができず、損害填補を超える給付を受け、利得してはならないという強行法規は、論理必然的に導かれるものではない。

それにもかかわらず、物・財産保険における保険給付は損害の填補でなければならず、利得してはならないという意味での損害保険における利得禁止原則は、強行法規と考えられる。この考え方によれば、その限りで契約自由が制限されることになる。しかし、この制限は、はたして正当化されるのであろうか。憲法13条に裏付けられる契約自由¹²⁸⁾が原則であって、これを制限する強行法規はあくまで例外であり¹²⁹⁾、たとえ自由を方向付け・支援する公序(強行法規)の積極的活用が指向されるとしても、強行法規の必要のないところへの国家の不当な介入は、避けられなければならない¹³⁰⁾。これに関して、上述の民法学説は、この意味での過剰介入禁止に反しないための判断基準(衡量基準)を提供する¹³¹⁾。

第一は、「均衡性の原則」である。この原則は、法令(損害保険における利得禁止原則)の「目的(実質的根拠)」と、これを実現するための「手段」¹³²⁾とが、均衡を失っていないことを要請する。違反行為の無効というように、制約手段がきびしくなればなるほど、それを正当化する目的の重要性が大きくなければならないとされる。これは、換言すれば、法令目的の重要性という基準である。この見解は、法令目的の重要性は、それぞれの時代に応じて決まるという性格をもたざるをえないとされる。

第二は、「適合性の原則」である。この原則は、手段が目的の達成に適したものであることを要請する。目的の達成に役立たない手段は、採用してはならない。いかにその法令の目的を実現する重要性が大きいたとしても、その実現のための手段として、違反行為の効力を否定することが役立たなければそれを認める意味はなく、その意味で、均衡性の原則は、適合性の原則によって、補完される必要があるとされる。この見解は、違反行為の効力を否定することが、少なくとも現に存する法令違反の状態を除去する

ために役立つば、適合性の原則は満たされるとされる。

第三は、「必要性の原則」である。この原則は、手段が目的の達成にとって必要不可欠であることを要請する。他の、より緩やかな手段によって同じ目的を達成できるならば、当該手段を採用してはならない。この見解は、目的の重要性が認められ、さらには手段の適合性も認められたからといって、ただちに違反行為の効力を否定することは許されないとされる。要するに、法令の目的が実現できればそれで十分であり、他の手段によって同じ目的が達成できるのであれば、違反行為の効力を否定する必要はないとされる。

以下では、上記の三原則に照らして、損害保険における利得禁止原則が、強行法規かどうかを検討する。上述の三原則は、法令の目的と手段(無効)との間の適切なバランスを問題としており、これを強行法規性の前提とする。それゆえ、利得禁止原則が強行法規たりうるためには、この原則の「実質的根拠(法令の目的)」と、(強行法規と理解されているがゆえに)違反行為の無効という「手段」との相関関係が、上述の三原則に適合する必要がある。つまり、損害保険における利得禁止原則の諸目的が、違反行為を無効とするほど重要なものであり(均衡性の原則・目的の重要性)、かつ、これらの目的を実現するために、違反行為を無効とすることが有益であり(適合性の原則・手段の有益性)、かつ、これらの目的を実現するために、違反行為を無効とすることが不可欠である(必要性の原則・手段の不可欠性)ことが、要求される。

仮に、三原則との適合が疑わしい場合、損害保険における利得禁止原則の強行法規性は、疑わしいものとなる。また、それにもかかわらず、なお利得禁止原則を強行法規と解釈する場合、禁止される過剰介入も問題になるう。

この考え方に基づいて、利得禁止原則の目的(実質的根拠)とされる諸観点ごとに検討を加える。

まず、保険の賭博化防止という目的から考える。これには二種類の内容

が存在した。第一は、賭博目的での保険の利用(悪用)を防止するという意味で、保険の賭博化防止が理解される(賭博保険防止)。第二は、賭博とは区別されるべき保険制度の適法性を一般的に担保するという意味で、保険の賭博化防止が理解される(保険と賭博との区別の必要性)。これは、本来主観に依存する保険と賭博との区別の困難性を、利得が生じない状態を維持させることによって、推認という形ではあるが不問に付すという機能を利得禁止原則に見出している。これらの目的は、共に社会的見地から重要性をもつ。したがって、均衡性の原則は、満たされる。しかし、目的の達成に役立つ手段は、採用してはならないという適合性の原則を満たすであろうか。そもそも、違反行為(したがって、物・財産保険における利得)を無効とする「手段」が、賭博保険防止ないし賭博との区別の必要性という目的の達成に役立つといいうるためには、その前提として、利得のある物・財産保険は、ただちに賭博であるという理解が要求される。しかし、利得が少しでも生じることと賭博とは必ずしもイコールと言えないとされる¹³³⁾。そうであれば、この目的による利得禁止原則の強行法規性は、適合性の原則の段階で、疑わしいものとなろう。仮に、適合性の原則が満たされるとしても、この目的に基づく利得禁止原則の強行法規性は、必要性の原則の段階で、さらに疑わしいものとなる。この原則は、手段が目的の達成にとって必要不可欠であることを要請するものであった。すなわち、賭博保険防止ないし賭博との区別の必要性という目的を達成するために、物・財産保険における利得を無効とすることが、必要不可欠かどうかである。まず、賭博保険防止という目的について考える。これに関しては、他方で、賭博好きの人間が投機的利益を得るために保険制度を利用することは稀であり、また、仮にそのような輩がいたとしても、保険会社に賭博保険をさけるだけの能力が備わったとされる¹³⁴⁾。そうであれば、保険会社の自衛という、より緩やかな手段に委ねることが可能であり、また、そうすることが、必要性の原則から要請されるであろう。次に、保険と賭博との区別の必要性という目的について考える。この考え方によれば、確

かに、利得のある物・財産保険では、「賭博でない」という推認機能は働かないことになる。それゆえ、利得のある物・財産保険は、推認機能が働かない以上、「賭博である」可能性も否定できないことになろう。しかし、それが最終的に「賭博である」かどうか、なお判断される余地が残っている。最終的に、「賭博である」という積極的評価が与えられた段階で、それだけを公序良俗に反するとして無効にすればよいのであり、「賭博でない」という、いわば消極的評価を与える段階で、利得のある物・財産保険の約定の効力を、強行法規に反して無効とする「手段」までは、必要でない。

以上より、保険の賭博化防止という目的は、いずれの意味に解したとしても、損害保険における利得禁止原則の強行法規性を裏付けるのか、疑わしい。他方、保険の賭博化防止とは区別される「賭博禁止」は、強行法規とされる¹³⁵⁾。刑法は、賭博を禁止し、違反者を処罰するとしている。これは、健全な勤労観念が麻痺することを防ぎ、社会の秩序を維持するためであるといわれる。この目的を実現するためには、賭博行為を無効とすることが必要不可欠となる。これを有効とすると、賭博行為を助長することになり、賭博行為を禁止した意味がなくなるからである。しかし、これは私法上当然のことであり、民法90条とは別に、この内容をもって、保険法上の「広義の利得禁止原則」を、強行法規として観念する理解¹³⁶⁾まで、必要であろうか。

次に、モラル・ハザード防止という目的を考える。モラル・ハザードが引き起こす結果の重大性から考えると、均衡性の原則は満たされると考えてよいであろう。また、「利得のある物・財産保険ではモラル・ハザードが発生しやすい」という理解を前提にする場合¹³⁷⁾、利得のある物・財産保険の約定の効力を否定することは、この目的の実現に役立つこととなる。したがって、適合性の原則も満たされると考えることが、可能かもしれない。問題は、必要性の原則である。モラル・ハザード防止という目的を実現するために、利得のある物・財産保険の約定の効力を、強行法規に

反して無効とする「手段」は、必要であろうか。民法学説では、他の、より緩やかな手段によって同じ目的を達成できるならば、当該手段(強行法規)を採用してはならないとまでいわれている。強行法規による無効に代わりうる、より緩やかな事前の防止策として、保険会社による約款上、ないし危険選択上の自衛が考えられる。実際、保険会社は、時価以上の填補を受けうるという意味で利得のある新価基準の価額協定保険に関して、減価割合が50%を超える建物は、この種の保険の目的とすることができないという減価条項を導入し、モラル・リスク誘発の危険に対処している¹³⁸⁾。また、このような約款上の自衛策を保険会社が自主的に講じることによって、今まで、特段の問題は生じていないという。このように、保険会社の自衛という代替手段によって、利得のある保険であってもモラル・ハザード防止という目的が実現できているのであれば、この目的のために、利得のある物・財産保険の約定の効力を、強行法規に反して一律に無効とする「手段」までは、必要でない。

逆に、この目的のために、利得のある物・財産保険の約定を、強行法規に反して一律に無効とする「手段」を採用する場合には、別の観点からの矛盾も生じる。

モラル・ハザード防止を目的とする利得禁止原則は、いわば事前規制の問題である。他方、モラル・ハザードに関する事後規制として、商法は、保険者の免責を規定している(商法641条)。すなわち、商法は、モラル・ハザードが実際に発生した場合であっても、「契約の有効」を前提としている。この危険が実際にも発生するかどうか分らない段階、つまり一般的な予防の段階で、実際に発生した場合について商法が予定する処理よりも、あらかじめ強力な効果(無効)を付与してしまう解釈は、理論上、問題があるように思われる。

以上より、モラル・ハザード防止という目的も、とりわけ、必要性の原則との関係で、利得禁止原則の強行法規性を裏付けるのか、疑わしい。

最後に、一般の倫理観に反する事態の防止 = 保険制度の一般的信用維持

という目的を考える。経済社会における保険制度の有用性を考える場合、保険制度の一般的信用維持を図り、この制度の現存と持続的発展を促すことは重要である。したがって均衡性の原則は満たされると考えることができる。利得のある物・財産保険の約定の結果、保険事故後に焼け太りのような状態が生じる場合、このことが一般の倫理観に反し、ひいては保険制度に対する信用が失墜するという理解を前提にする限りで、利得のある物・財産保険の約定の効力を否定することは、この目的の実現に役立つことになる。したがって、適合性の原則も満たされると考えることができる。しかし、必要性の原則を満たすであろうか。この目的を実現するために、利得のある物・財産保険の約定を、強行法規に反して一律に無効とする「手段」は、必要であろうか。確かに、利得のある物・財産保険の約定を強行法規に反して無効とすれば、いわゆる焼け太りといったような一般の倫理観に反する事態を防止することができ、そのことが保険制度の一般的な信用維持につながるのかもしれない。しかし、強行法規による無効が唯一の手段ではない。そもそも、この目的に関して本来使命を負うべきは、「商法上の利得禁止原則」ではなく、保険業法であろう。まさに、保険業法1条は、同法の目的として保険制度の一般的信用維持を謳っているように思われる¹³⁹⁾。また、実際に保険制度の信用維持という目的を利得禁止原則の目的とされる見解においても、この原則が保険監督の局面で機能し、具体化されるものであると考えられるようである¹⁴⁰⁾。保険制度の一般的信用維持という目的は、具体的には保険業法4条、123条、128条、132条、133条等により、国家と保険会社との関係で実現されうる。それゆえ、追加的に、保険会社と保険契約者との私法関係においてもまた、利得のある物・財産保険の約定を、強行法規に反して一律に無効とする「手段」までは、必要ない。

以上より、一般の倫理観に反する事態の防止 = 保険制度の一般的信用維持という目的も、必要性の原則との関係で、利得禁止原則の強行法規性を裏付けるのか、疑わしい¹⁴¹⁾。

以上をまとめると、損害保険における利得禁止原則は強行法規として理解される場合があるが、強行法規を補完して解釈すべき立場にある裁判所は、この原則を強行法規として理解していない。また、利得禁止原則のいずれの目的も、(強行法規と理解されるがゆえに)違反行為の無効という手段との関係で、契約自由を制限するための正当化基準(均衡性の原則、適合性の原則、必要性の原則)を満たさないように思われる。それゆえ、物・財産保険における保険給付は損害の填補でなければならず、利得してはならないという意味での損害保険における利得禁止原則の強行法規性は、疑わしい。

2. 一般性

近時、被保険利益の減損を填補するという意味での利得禁止原則の強行法規性を根拠づけるには、モラル・ハザードの防止といった観点を強調せざるを得ないという見解がある¹⁴²⁾。これらの見解から、損害保険における利得禁止原則は、被保険利益が観念できる物・財産保険“一般”に適用される強行法規と考えられている¹⁴³⁾。しかし、モラル・ハザードの防止を強調するのであれば、この原則をもって物・財産保険の一般原則とする考え方には問題がある。なぜなら、物・財産保険であっても、この種の危険がさほど問題にならない保険が存在するからである。例えば、地震、落雷、雹など地殻変動ないし天候に起因する損害を填補する保険において、人為的作用は、ほとんど介在しえない。地震保険は物保険であり¹⁴⁴⁾、落雷、台風、雹等による損害を保険事故とするレジャー・サービス施設費用保険¹⁴⁵⁾は、財産保険である。上述の見解は、モラル・ハザードがさほど問題にならない保険であっても、物・財産保険というだけで利得禁止原則が強行法規として適用されると考えるのであろうか。逆に、そうでないと考えるならば、利得禁止原則の物・財産保険に関する一般原則性は疑わしいことになる。

保険代位に関する利得禁止原則の議論において、モラル・ハザードの防

止という目的が語られる場合、主としてモラル・ハザード（事故発生に対する放任的態度）が問題とされている¹⁴⁶⁾。ある見解によれば、車両保険契約においては、車両事故の当事者はお互い未知の第三者であろうが、被保険者に二重の利得を認めると、制限速度を守って走行する自動車は極めて少なく、しかも、一瞬の不注意から車両事故が発生してしまうこと、車両事故は事故当事者の双方に過失が認められることが多いことを考慮すると、少なくとも衝突事故の発生に対して放任的態度をとらしめる誘因となり、したがって、物・財産保険契約に対しては、利得禁止の原則は強行法的に働くとされる。しかし、このような理解の基礎には問題があるように思われる。

まず、被保険者に二重の利得を認めると、制限速度を守って走行する自動車が極めて少なくなるかは疑問である。というのは、制限速度違反には一定の行政上の制裁も加えられるから、二重の利得と速度違反との因果関係は疑わしい。さらに、実際にも速度違反の結果事故が発生した場合、仮に車両事故においては双方の過失が認められることが多いとしても、速度違反は、過失割合の付加要素となる。速度違反が大きければ、それに反比例する形で第三者に対する損害賠償請求権による利得は減少し、速度違反が原因で多発するセンターライン・オーバーの事故にいたっては、過失割合は10対ゼロとなる¹⁴⁷⁾。ここでは、第三者に対する損害賠償請求権は発生せず、代位がなかったとしても利得の可能性はなくなる。

次に、衝突事故の発生に対して放任的態度を取らしめる要因になるかも疑問である。例えば、自動車の運転中に動物が飛び出した場合、本能的にハンドルをきって回避するという経験を多くのドライバーがもっているであろう。また、警察の事故調査では、ブレーキ痕の長さから事故当時の車速を計る実務慣行があるように、多くのドライバーは、衝突事故の発生を回避しようとして、ブレーキを踏むのである。上述の見解は、他方で、定額給付の人保険に利得禁止原則が適用されない理由として、人は自らの生命および身体の完全性について、これを保全しようとする本能に根ざした

意思をもっており、自分の生命・身体を賭博の対象にしたり、それを犠牲にしてまで利得を得たいという人はそれほどいないことを挙げられる¹⁴⁸⁾。一般論として、モラル・ハザードのおそれ、人保険と比べて物保険(車両保険)の方が大きいといえるかもしれない。そして、確かに車両保険は物保険である。しかし、その車両を運転する者は、そのような身体の完全性を保全する本能に根ざした意思をもち、車両事故が時として自己の身体や生命をも奪うことを認識する人間である。道路上の動物を回避しようとして、とっさにハンドルを切ることや、危険に即して道路に痕跡をのこすほどのパニックブレーキをかけることは、そのような本能の徴表である。もっとも、例えば、駐車場などにおいて、他車が自己の車両に気づかずバックしてくるなど、死亡結果まで招かない低速の衝突事故の場合には、そういった本能は働かず、二重取りの思慮も働きうるかもしれない。しかし、その場合には、車両保険を使用することによる来年度における3等級分高額の保険料負担、軽微な事故になりやすいことによる免責金額での不担保の危険、煩雑な事後処理手続による精神的・時間的な負担も併せて生じうるのであり、理性が好ましくない思慮を相殺し、クラクションを鳴らす、あるいは安全なスペースに避難するなど、被保険者をして衝突事故を回避させる行動をとらせるとされる(実際には、二重取りの思慮や衝突回避に向かわせる理性が働く時間的余裕さえなく、衝突されるケースも多いだろう)¹⁴⁹⁾。

いずれにしても、より重要な問題は、この議論が自動車車両保険における代位の局面での利得禁止原則の議論であり、分野・局面ともに、ごく限定されたものであるということにある。すなわち、ここから、物・財産保険一般に適用される強行法規を簡単に導き出してよいかは疑問である。保険代位に関する新たな議論の中でも、ここで懸念されているケースのような公序良俗違反につながりうる場合が典型的に抽出できるとすれば、それ以上に、ここから、物・財産保険一般に適用される原則が承認されることの合理性が問われている¹⁵⁰⁾。仮に、代位の議論において、むしろ例外的

事情を根拠に、一般原則が語られているとすれば、それは本末転倒の議論ということになるだろう。

以上まとめると、近時の学説から損害保険における利得禁止原則は、物・財産保険一般に適用されると理解される場合があるが、これらの保険に関して当然に一般性をもつ原則となりうるかについて、なお疑問の余地がある。

第3節 小 括

近時の学説において、損害保険における利得禁止原則は、適用が予定された存在として理解される。その意味で、この原則は、具体的な法命題として理解されているように思われる。さらに、この法命題の性質は、強行法規であるとする理解が有力である。しかし、固有の法的効果の不存在ないし一貫性の欠如が、具体的な法命題性を疑わせ、具体的適用にあたっての基準の不明確性が、この原則の法命題としての実効性を疑わせる。少なくともある裁判例は、損害保険における利得禁止原則をもって、損害保険の個別規定とは別に独自の法的効果を有する法命題とも、違反行為の効果は無効とする法的効果を有する強行法規とも考えていない。また、強行法規による契約自由の制限を行う際に顧慮しなければならない、過剰介入禁止に照らして損害保険における利得禁止原則を検討した場合、現在学説によって主張されるこの原則の目的（実質的根拠）から、当該原則の強行法規性を導けるか疑問である。

ドイツにおいて、従来の支配的見解は、わが国の近時の学説と同様、損害保険契約における利得禁止原則が強行法原則（具体的法命題）であることを承認してきた。この見解は、強行法規としての利得禁止原則違反から、保険契約上の協定の無効または部分的無効という法的効果が生じるとしてきた。これに対して、近時の有力な見解は、利得禁止は、立法者が依拠した損害保険法の指導原理ないし指針にすぎず、これ自体、独自の法的効果を有する具体的法命題ではないという。ドイツにおいて、損害保険法にお

いて利得禁止原則が存在するかどうかは、時価を基準に議論され、新価保険をめぐる議論のなかで、一般的な強行法原則としての利得禁止原則が否定された。法原則としての利得禁止原則を否定する立場は、利得禁止原則に関して、利得という当該原則の構成要件に法的効果が結びついていないこと、法原則としてこの法命題を適用する場合の基準が不明確なことから、具体的法命題としての性質を否定し、さらに、利得がある保険契約に対して、伝統的見解が主張する無効という効果が結びついていないこと、契約自由を制限する場合に顧慮されなければならない相当性の原則に照らして疑問があることから、この原則の強行法規性を否定する。

次章においては、このようなドイツ学説・判例における利得禁止原則の理解を検討する。

- 1) 西島梅治『保険法〔第三版〕』308頁(悠々社 1998年)[以下、西島・保険法と記す]
- 2) 損害保険(物・財産保険)という表現は、その典型である。もっとも、傷害・疾病保険等では、人保険であり、かつ損害保険でもあると理解される保険が存在することには、注意する必要がある。
- 3) 山下友信『現代の生命・傷害保険法』(弘文堂 1999年)260頁。反対、大森忠夫「損害保険契約と定額保険契約」『保険契約法の研究』88頁(有斐閣 1969年)[以下、研究と記す]
- 4) 中西正明ほか「私法学会シンポジウム・保険契約法と民法理論の交錯」私法56号91頁〔山下友信報告〕(1994年)[以下、中西ほか・シンポジウムと記す]
- 5) 山下友信ほか「私法学会商法ワークショップ・保険代位」私法60号167頁(1998年)[以下、山下ほか・ワークショップと記す]。ここでは、「損害填補以外の物・財産保険も有効となるか、それは定額保険か、それともまた違う保険種類か」という問題提起がなされている。
- 6) 中西ほか・シンポジウム156頁〔上柳克郎発言〕参照。西島・保険法310頁は、従来、損害保険においては、実損填補方式だけがみとめられ、定額給付方式は採用されないと解されてきたが、損害額の評価の手数と費用を省略するために給付額の定式化をはかり、この場合には実損填補方式が厳格にはつらぬかれないことになるがこれも適法であるとされ、今後、そのような例外が増加すると予測されるので、定額保険と損害保険との峻別原則が、次第にくずれていくものとみられる、とされる。
- 7) 中西ほか・シンポジウム90頁〔山下友信報告〕、洲崎博史「保険代位と利得禁止原則(1)(2・完)」論叢129巻1号1頁以下、129巻3号1頁以下[以下、洲崎・保険代位(1)(2)と記す](2)33頁(1991年)。
- 8) 洲崎・保険代位(2)5頁。そのほか、木村栄一「新価保険の適法性」今村古希『損害

保険契約の基本問題』208頁(損害保険事業研究所 1967年)[以下、木村・新価保険と記す]参照。

- 9) 洲崎・保険代位(2)33頁。もっとも、このような見解に対しては、この種の人保険の利得の排除は、損害保険契約における利得禁止原則というような強行法原則により実現されるのではなく、より柔軟に保険契約当事者間の私的自治(実質的には保険会社の自衛措置)を通じて実現されるべきであるとする見解もある(中西ほか・シンポジウム90頁[山下友信報告]参照)。
- 10) 中西ほか・シンポジウム・156頁[上柳克郎発言]。
- 11) 大森忠夫「損害保険契約と定額保険契約」『研究』77頁以下参照。ここで紹介されている、スイスのBurenの立法論は、これにあたると思われる。
- 12) 中西ほか・シンポジウム90頁[山下友信報告]。なお、損害保険を定額化する要請の根拠は、現代における保障ニーズの多様化にあると思われる。土方薫『総解説 保険デリバティブ』29-39頁(日本経済新聞社 2001年)によれば、証券化を介した地震保険デリバティブでヘッジされるリスクは、伝統的な地震利益保険でもカバー可能なリスクとされる。しかし、保険には、実際に生じた損害を填補するという「実損填補原則」、および「損害と保険事故との相当因果関係」という制約があり、前者により、支払金額が不明確となり企業が適切な資金計画を立てられない、あるいは損害査定により支払いまでの時間を要し、緊急の資金需要に対応できないといったデメリットが生じ、また後者の制約により、企業の財務諸表に直接影響を与えることが多い間接的リスクがすべて因果関係的に説明可能なものばかりではないことから、保険商品によりカバーされるリスク領域にはおのずと限界があるといったデメリットが生じるとされる。これに対して、保険デリバティブでは、実際に発生した損害の有無、ないしその大小如何(実損填補原則)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るので、支払金額や時間の明確性、間接リスクの保障といった、企業の求める保障ニーズに適切に対応できるとされ、それゆえ、現在注目が集まっているとされる。

伝統的な損害保険においてもカバーできるリスクを、あえてデリバティブというオプション取引でヘッジする企業の動向は、“もはや、現代における保障ニーズが、物・財産に関するリスク(保険)は、実際に生じた損害を填補するという実損填補方式(損害保険)により補償されなければならないという枠組みの中で満たされていないこと”を、端的に示していると思われる。
- 13) 洲崎・保険代位(1)2頁、山下友信「利得禁止原則と新価保険」竹内追悼『商事法の展望』721頁(商事法務研究会 1998年)[以下、山下・新価保険と記す]。
- 14) 山本哲生「保険代位に関する一考察(1)(2・完)」北法47巻2号69頁以下、3号43頁以下[以下、山本・保険代位(1)(2)と記す](1)77-85頁(1996年)、中出哲「損害てん補と定額給付は対立概念か」保険学雑誌555号79頁(1996年)[以下、中出・損害てん補と定額給付と記す]。
- 15) 中出・損害てん補と定額給付81頁。
- 16) 山下・新価保険724頁、笹本幸祐「保険給付と利得禁止原則」奥島遷曆『近代企業法の形成と展開[第2巻]』597頁(成文堂 1999年)[以下、笹本・保険給付と記す]。

- 17) 中出・損害てん補と定額給付82-83頁は、狭義の利得禁止の本質は、損害填補という保険給付の形の確保にあるもので、この原則の役割が保険給付の態様の規整にあるのであれば、それは必ずしも公序といった観点から直接に導かれるものとはいえず、したがってこの原則を強行法的性格のものとするのは適当でない、とされる。山本・保険代位(1)82頁は、損害填補を目的とするという性質は、損害填補の内容として被保険者に損害填補以上の利益を与えることはないという意味で利得禁止の性質をもっているだけであり、それ以上に被保険者に利益を与えてはならないという要請は損害填補の性質からは出てこない、とされ、山下ほか・ワークショップ167頁〔山本哲生発言〕は、損害保険は、損害填補の契約でなければならないとは考えていない、とされる。
- 18) 山下ほか・ワークショップ167頁。
- 19) それゆえ、このような見解に対して、山下・新価保険733頁は、「このような主張を文字通りに受け止めれば、損害保険と定額保険との区別は消滅しているかのごとくである」とされる。
- 20) 山下・新価保険724頁、笹本・保険給付597頁。
- 21) このような立場の相違は、損害保険契約における被保険利益の地位に関して、いわゆる(修正)絶対説を出発点にするか、相対説を出発点にするかの違いとも深く関係する。(修正)絶対説は、損害保険契約における被保険利益を絶対的要件(強行法的要件、山下友信=竹瀆修=洲崎博史=山本哲生『保険法』71頁〔山下友信〕(有斐閣1999年)[以下山下ほか・保険法と記す])とし、被保険利益がないと保険契約は無効と理解する。被保険利益の減損が損害であると理解するので、まったく損害(被保険利益)のないところに填補をすることは不可能であり、損害の“有無”に関わらず(大小にかかわらないということであれば被保険利益に若干の弾力性を与えることで対処できよう)一定額の給付をなすという物定額保険を認めることは理論上困難であろう。これに対して、相対説は、被保険利益を保険契約が公序良俗に反しないための消極的要件と位置づけ、被保険利益が全くなくとも保険契約が当然に無効になるとは理解しない(大森忠夫「保険契約における被保険利益の地位」『保険契約の法的構造』102-112頁(有斐閣1947年)[以下、法的構造と記す])。それゆえ、(あくまで理論の問題であるが)公序に反しないかぎり、損害の有無にかかわらず、一定額の給付をなすという物定額保険も、理論上封じ込めているわけではないといえる(大森忠夫「保険法における「利得禁止について」『研究』271-272頁」、同「損害保険契約と定額保険契約」『研究』87-89頁)。
- このように、物定額保険の問題は、損害保険契約における被保険利益の地位をどのように理解するかという理論上の問題とも、深く関連する。
- しかし、理論と、物定額保険を実際に導入するかどうかとは、別次元の問題である。物定額保険の理論的可能性を認める相対説も、当該保険の実際の導入にあたっては、この種の保険の効用と弊害とが、政策的配慮として比較考量されなければならないとする。
- 22) 中西ほか・シンポジウム91頁〔山下友信報告〕。山下・新価保険724頁は、保険契約法における損害概念に関する検討、とくに損害の評価方法としてどの程度の幅が認められるかの検討が、今後の課題であるとされる。なお、民法一般の損害概念の議論においても、損害そのものの確定と、損害の金銭評価との間に概念分離がない(賠償範囲に関して、両者

が一体のものとして相当因果関係の制約を受ける) 伝統的差額説の損害概念が批判されている。批判説は、不利益な事実状態(損害事実)の把握と、その金銭的評価とは次元・性質を異にするものであるからこれを区別して理解すべきであり、損害とは、後の次元でおこなわれる金銭評価の対象を明らかにする事実すぎないという(平井宜雄『債権各論 不法行為』76, 110頁(弘文堂 1992年), 潮見佳男『不法行為法』219-221頁(信山社 1999年), 内田貴『民法 債権各論』354-355頁(東京大学出版会 1997年), 高橋眞「損害概念」山田卓生・淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座第6巻 損害と保険』56-57頁(日本評論社 1998年)参照)。批判説にいう損害は、(伝統的差額説のように)そのみで可視的、かつ画一的に賠償範囲まで決定する概念でない。

23) 山下・新価保険721頁。なお、従来、講学上「利得禁止原則」といわれる場合、損害保険契約における利得禁止原則=損害填補性という意味での狭義の利得禁止が想定されてきた(洲崎・保険代位(1)2頁)。

24) 山下・新価保険700頁。

25) 山下・新価保険700頁, 705頁, 洲崎・保険代位(1)8頁。

26) 山下ほか・保険法65頁〔山下友信〕, 同・新価保険724頁, 洲崎・保険代位(2)5頁。

27) BGHZ 137, 318, 326, VersR 1998, 305, 307.

28) VersR 2001, 749, 750.

29) Honsell, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1999, § 55. Rn. 33 S. 907 (Schauer), Guido Holzhauser, Versicherungsvertragsrecht, 1999, Rn. 249 S. 87.

これに関して、97年判決以降、Peter Schimikowsky, Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., 2001, Rn. 312 S. 183, Hubert W. van Bühren, Handbuch Versicherungsvertragsrecht, 2001, § 1 Rn. 169-171, S. 54 (Bühren), Honsell, a. a. O. § 67. Rn. 4 (Baumann). u. § 97. Rn. 9 (Dörner/Staudinger) らが、法原則(Rechtssatz ないし Rechtsgrundsatz)としての利得禁止原則を否定している。Hofmann, Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., § 4. Rn. 4. S. 28 は、VVG 67条(保険代位)による権利の移転を「損害保険契約に適用される利得禁止(Bereicherungsverbot)の効果」としていたが、同 4. Aufl., 1998, § 4. Rn. 4. S. 39 では、もはや利得禁止という文言の使用を避け、これに替えて、「発生した損害に基づかせること(Orientierung am eingetretenen Schaden)の効果」であると説明する。反対, Deutsch, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl., 2000, Rn. 274f.

すでにこの判決以前にも, Sieg, Betrachtungen zur Gewinndeckung in der Seeversicherung, VersR 1997, S. 649u. 650 [Fn7], Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 26. Aufl., 1996, § 55. Rn. 23 (Kollhosser), Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 1997, § 55. Rn. 11 (Römer), Bartholomäus, Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot, 1997, S. 200 u. 214 などが、伝統的通説に反対して、拘束力をもつ法原則としての利得禁止原則を否定していた。

30) Römer/Langheid, a. a. O. § 55. Rn. 10 S. 546 (Römer). Bartholomäus, a. a. O. S. 2. も、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する。

31) 笹本・保険給付585頁, 山下・新価保険722頁。

- 32) そのように理解するものとして、山下ほか・保険法65頁〔山下友信〕、洲崎・保険地位(1)2頁、金澤理『保険法 上巻〔改訂版〕』97頁(成文堂 2001年)[以下、金澤・保険法と記す]、石田満『損害填補義務と損害賠償義務』『保険契約法の基本問題』49頁(一粒社 1977年)[以下、石田・基本問題と記す]、戸田修三・西島梅治編『保険法・海商法』13頁〔西島梅治〕(青林書院 1993年)[以下、戸田ほか・保険法・海商法と記す]、大森忠夫「損害保険契約の「損害填補」契約性」『続・保険契約の法的構造』38頁(有斐閣 1951年)[以下、続・法的構造と記す]、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(1)(2)(3・完)」福岡5巻2号91頁以下、6巻1・2号99頁以下、3号141頁以下(1960-1962年)(1)113頁、同「損害保険契約における「被保険利益」と「損害填補」とをめぐる問題」勝呂還暦『保険理論の新展開』187-188頁、200-201頁(保険研究会 1963年)、ただし、後注39も参照。
- 33) 石田満「損害保険契約における利得禁止(1)」損保37巻2号3頁(1975年)[以下、石田・利得禁止と記す]は、必ずしも利得禁止原則について、詳細な議論がなされておらず、ただ暗黙にこの原則を前提として、保険法の諸原則を理解しているように思われる、とされる。山下・新価保険721頁も、「わが国の文献では、そもそも、利得禁止原則が存在するといいつながら、それが具体的法命題なのか、ドイツ学説(利得禁止原則否定論=筆者注)がいう指導理念ないし原理なのかは、必ずしも判然とせず法解釈がなされてきたのではないだろうか」とされる。
- 34) 例えば、西島・保険法140頁は、保険価額の意義の説明にあたり、「損害保険契約においては、『利得禁止の原則』が適用されるので、利得の有無を判定する基準額が必要であり……」とされる。石田満『商法(保険法)〔改訂版〕』200頁(青林書院 1997年)[以下、石田・保険法と記す]は、「保険者は、保険事故が発生したときに、損害を填補する義務を負うことになるが、保険の目的物に全損が生じてもなお残存物がある(経済的全損)とか、また、被保険者が第三者に対して損害の賠償を請求できる場合に、被保険者にこれらを取得せしめることは妥当ではない(利得禁止の原則)」とされる。しかし、やはり両教授とも、直接に「利得禁止の原則」に関して説明されていない。そのほか、山下ほか・保険法65頁〔山下友信〕、金澤・保険法113頁、岡田豊基『保険法』112頁(中央経済社 2003年)[以下、岡田・保険法と記す]、今井薫=岩崎憲次=栗田和彦=坂口光男=佐藤幸夫=重田晴生『現代商法 保険・海商法〔改訂版〕』94頁〔今井薫〕(三省堂 1994年)、山野嘉朗・山田泰彦編『現代保険・海商法30講〔第5版〕』42頁〔山野嘉朗〕(中央経済社 2002年)、山野嘉朗「判批」判タ1010号70頁(1999年)[以下、山野・判批と記す]、坂口光男『保険法』212頁(文真堂 1991年)[以下、坂口・保険法と記す]、岩崎稜=吉川吉衛=吉見研次=山手正史『セミナー商法』322頁〔岩崎稜・吉川吉衛〕(日本評論社 1996年)、東京海上火災保険株式会社編『損害保険実務講座〔第5巻 火災保険〕』485頁(有斐閣 1992年)[以下、東京海上・損害保険実務講座〔火災保険〕と記す]等。
- 35) これについては、松本蒸治『保険法』(巖松堂 1915年)、青山衆司『保険契約論 上巻訂正版』(巖松堂 1918年)、水口吉蔵『保険法論』(清水書店 1921年)、三浦義道『保険法論』(巖松堂 1922年)、岡野敬次郎『商行為及保険法』(有斐閣 1928年)、田中耕太郎『保険法講義要領』(三秀舎 1929年)、大橋光雄『保険法講義』(有斐閣 1937年)などを参照

した。例えば、近時、利得禁止原則を承認する見解から、請求権代位(662条)[以下、単に代位と記す]の制度は利得禁止原則に基づく制度であるとされるが(洲崎博史「保険取引と法」『岩波講座 現代の法7企業と法』236頁(岩波書店 1998年)[以下、洲崎・保険取引と記す])、661条の残存物代位も含めた代位制度一般について、松本・前掲115-116頁は、「是レ民法四百二十二条同趣旨ノ規定ニシテ……」と説明されるも、それ以上に利得を禁止するという積極的記述は用いられていない(同旨、三浦・前掲199-200頁)。他方、大橋・前掲153-155頁は、同様にこれらの代位を民法422条賠償者代位と同趣旨の制度であるとされるが、「残存物の所有権は、衡平の思想から又被保険者に損害以上に利得せしめざるが為に、損害を填補したる者に帰属せしむるのが妥当である」とされる。水口・前掲563頁も、同様に、請求権代位に関連する二個の権利行使は、「保険力経済上生セル損害ヲ填補スルヲ目的トシ、從テ之カ為ニ二保険ヲシテ利益獲得ノ方法ヲラシメサルヲ原則ト為ス趣旨ニ反スルニ至ル」とされる。ここでは、少なくとも代位制度が利得防止の観点に由来することが説明されているが、利得禁止原則という積極的記述は、やはり用いられていないのである。もっとも、すでにこの当時、青山衆司「保険は到富の道に非ずを論ず」『保険契約法研究』117頁以下(有斐閣 1939年)(初出、岡野敬次郎先生教授在職25年祝賀記念商法論文選第1輯 1921年)[以下、青山・保険は到富の道に非ずと記す]は、「不到富、不獲利の原則」なるものを論じられている。それによれば、この原則を、財産的利益缺損の補正という、保険の個性を徹透させることに由来する格言式原則と定義される。保険の補正という個性を軽視すべきでない理由は、保険をして賭博その他不正の利得の道に接近させ、結果、公安をみだし風俗を害する弊害を防ぐことにあるとされる(122-123頁)。なお、青山博士は、上述の代位の問題に関連して、不到富、不獲利の原則の規制力が、あくまで保険自体からの到富に限定されることを理由に、保険とは別個独立の第三者に対する求償に関して、この原則を援用して、第三者に対する求償権を排除する解釈の不当性を説かれる(142-143頁)。ここで博士は、不到富、不獲利の原則に抵触しないことを理由に、代位の法則を否定されている。したがって、博士の理解された不到富、不獲利の原則と、現在の学説が理解する利得禁止原則は、少なくとも内容的には異なるものといえよう。

- 36) 大森忠夫「保険契約における被保険利益の地位」『法的構造』81頁以下(初出、論叢37巻2号 1937年)、111頁。もっとも、大森博士は、ここにいう利得禁止原則は、かつての教会法のもとに存在したものとされ、およそ契約自由が支配する現代においては妥当しないものとされる(それについては後述する)。野津務『保険契約法論』256頁(有斐閣 1942年)は、保険価額の変遷の説明において、「第二に、17世紀に至り、保険に依り利得すべきでないとの思想を生じ、明確ではないが、被保険利益の概念が生じ、損害保険は物の保険ではなく、利益の保険であると考えられるに至った。この『利得禁止』の原則に基づいて、真の損害額が填補せらるべきものであるとされ、……中略……第三は、19世紀の終より第20世紀に至る時代であり、殊に、独逸保険契約法制定の前後である。この時代には、独逸諸地方法以来、一方に於いて当事者の保険価額の協定を認めるが、他方、明白に利得禁止の原則を規定し、且超過保険を禁止し……以下省略」とされる。そのほか、田中誠二『保険法〔初版〕』181頁(千倉書房 1953年)、伊沢孝平『保険法』123頁(青林書院 1957年)。

- 37) 石田・利得禁止 3 頁, 木村・新価保険187頁。
- 38) 洲崎・保険代位(1) 2 頁。
- 39) 山本・保険代位(1) 79頁。このことに関連して, 肥塚肇雄「無保険車傷害保険と請求権代位」損保61巻3号15頁(1999年)[以下, 肥塚・請求権代位と記す]は, 損害額を超えて保険金が支払われる結果を認めることは, 損害保険契約の本質上, 許されず, このことを, 保険者を名宛人とした場合は損害填補の原則となり, 被保険者を名宛人とした場合は利得禁止原則となると理解することも可能であろうとされる。石田祐六「損害保険における損害填補理論の概説」損保23巻1号155頁(1956年)は, 同様に, 損害填補の原則と利得禁止原則との違いは, 名宛人を異にすることに起因する呼称の違いとされるが, 保険者を名宛人とする損害填補原則は, 被保険者の利得禁止以上の命題をも含んでいるとされる。それによれば, 損害填補原則は, 保険者といえども, 実損填補額より削減して払うことにより利得してはならないという内容をも含んでいるとされる。同様の理由から, 1966年にハンブルクで開催された AIDA(国際保険法学会)主催第2回保険法世界会議の総括報告においても, 填補原則(Entschadigungsgrundsatz)と利得禁止(Bereicherungsverbot)という二つの概念を同義に扱うことについて, 異論が唱えられている(Warkallo, Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht, zweiter Band, 1967, S. 6) 田辺康平「損害保険契約における「被保険利益」と「損害填補」とをめぐる問題」勝呂還暦『保険理論の新展開』187-188頁は, ここにいう「利得禁止」と「損害填補」とは同義でないことを注意しなければならない。損害填補とは, 保険事故の結果, 確定損害が生じた場合に, その範囲内においてこれを金銭給付または現物給付などの方法で回復せしめることをいうのに対し, 利得禁止とは, かかる損害填補のほか, 必ずしも損害が確定されない場合であっても, その蓋然性が大であれば, ただちに, 利得を与えない方法によってこれを救済することをも含むものである。したがって, 損害填補は当然に利得禁止を意味するが, 利得禁止は, 損害填補を包含し, なお, これより広い概念である, とされる。博士が, 利得禁止は損害填補を包含しなおこれより広い概念であるとされるのは, 保険代位, 保険委付, 抵当保険における保険給付のように, 確定損害が生じたとはいえないにもかかわらず, そこに保険給付をなすことは厳密に言えば損害填補ではなく(質的例外), その限りで従来の絶対説が理解する損害填補の意味を修正する必要がある, 利得防止の措置を備えた救済契約も含む意味に理解されなければならないという修正絶対説の立場に由来する。それについては, 同「損害保険契約における被保険利益の地位 修正絶対説の立場からの考察」保険法の理論と解釈(文眞堂 1979年)1頁以下も参照。
- 40) 洲崎・保険代位(1) 2 頁。
- 41) さらに, 洲崎・保険代位(1) 14頁によれば, 保険契約のもとに賭博行為が行われてはならないという(非技術的)意味での利得禁止原則が, 広義の利得禁止原則の内容とされる。
- 42) 山下・新価保険722頁, 笹本・保険給付585頁。木村・新価保険187頁も, 保険者が時価以上の保険金を給付すれば, 被保険者は利得し, そのことは, 利得禁止という損害保険の根本原則を犯すと説明される。
- 43) 山下・新価保険721頁。なお, 私見は, 洲崎教授がいわれる「狭義の利得禁止原則」と

山下教授がいわゆる「最狭義の利得禁止原則」とが対応するのではないかと考えているが、両教授の「狭義ないし最狭義の利得禁止原則」概念は、程度の差こそあれ、いずれも損害保険における損害填補性という意味に用いられていることで共通する。以下、本稿において、これらの概念は、損害保険における利得禁止原則（あるいは、単に利得禁止原則）と表記される。なお、引用箇所以外で、必要上、筆者自らが、狭義（最狭義）の利得禁止原則という用語を使用する場合、山下教授の定義内容が念頭におかれている。

- 44) 山下ほか・ワークショップ168頁。
- 45) 石田・利得禁止2頁。
- 46) 山下・新価保険731-732頁。
- 47) まさに、この理解は、「利益なければ保険なし」という考え方に起因すると思われるが、もっとも、このような理解に対して、かつて反論がなかったわけではない。例えば、青山・保険は到富の道に非ず124頁は、「不到富、不獲利に対する保険原則は、保険の個性たる缺損補正の精神を發揮せむとするに出でたるは故より明白なり。従て、其単に缺損の原因を論ずるに当るものとは異なるべく、又其客体を説けるに対するものとは混すべからざるなり。この意味において、“利益なければ保険なし”と云うが如きその他の格言式原則と自ら離隔することとなる」とされていた。すなわち、青山博士は、二つの原則は確かに関連性を有するにしても、保険の効力を論じる「不到富、不獲利の原則」と、契約の要素を論じるに止まる「利益なければ保険なしの原則」とを、区別して論じるべきことを説かれていた（124, 135頁）。
- 48) 大森忠夫『保険法〔補訂版〕』73頁（有斐閣 1985年）[以下、大森・保険法と記す]。それゆえ、被保険利益を、利害関係といった抽象的なものとして定義することは可能とされる（同67-70頁）。
- 49) 大森忠夫「保険契約における被保険利益の地位」『法的構造』112頁。
- 50) 大森忠夫「損害保険契約と定額保険契約」『研究』85頁。岩崎稜「被保険利益論の近代性と限界 学説史研究 ゲルトナアの所論を機縁として」香川大学経済論叢38巻5号1-6頁（1965年）[以下、岩崎・被保険利益論と記す]によれば、定額保険指向的被保険利益概念完全否定論（エンデマン）および相対・主観主義的被保険利益論（大森）は区別をつけがたく、というより、そもそも両者は質的には同一範疇であり、区別すること自体が誤っているとされ、両者の論旨は、“損害という消極概念と外延一致する積極概念”としての利益概念（技術的利益概念）の無用を唱えているとみてよいとされる。もっとも、実際、大森・保険法69頁、206頁などでは、損害保険契約の具体的説明にあたり、外面的・消極的契約有効要件としての被保険利益（本質的利益概念）を使用している筈が、実際には、依然、被保険利益に具体的損害を決定する内面的構造要素（技術的利益概念）を持たせて、これを用いる例が見受けられ、このことは本来あるべき相対説理念との乖離として指摘される（岩崎・前掲5頁）。
- 51) 中出・損害てん補と定額給付82頁注42参照。
- 52) 岩崎・被保険利益論6頁、大森忠夫「保険契約における被保険利益の地位」『法的構造』114頁、同「保険法における「利得禁止」について」『研究』276頁参照。
- 53) 大森・保険法66, 69, 206頁。

- 54) これが、利得禁止原則破棄論には否定的であった実質的根拠である(大森・研究277頁参照)。
- 55) 大森忠夫「保険法における「利得禁止をめぐるスイス学会の論議について」『研究』287, 320-322頁, 同「保険契約における被保険利益の地位『法的構造』118-119頁, 同「新価保険の効力について」『続・法的構造』154頁。
- 56) 山下ほか・保険法65頁〔山下友信〕。洲崎・保険取引236頁も、「現実の損害額を超えて保険金が支払われてはならない(保険によって利得が生じてはならない)」という原則を利得禁止原則といい、保険金額が保険価額を超える場合にその超過部分を無効とされ(631条)、重複保険が生じた場合に按分比例等によって支払保険金の総額が損害額を超えないように調整される(632条, 633条)のは、利得禁止原則の現れであり、異論はあるもののいわゆる請求権代位(662条)も同じく利得禁止原則に基づく制度であると考えられる」とされるので、およそ商法の諸規定から利得禁止原則を推論されているのではないかとと思われる。
- 57) 山下ほか・保険法65頁〔山下友信〕, 同・新価保険724頁, 洲崎・保険代位(2)14-15頁, 笹本・保険給付597頁, 肥塚・請求権代位15-17, 20-23頁, 同「他給付との関係」『傷害保険の法理』220-221頁(損害保険事業研究所 2000年)[以下, 肥塚・他給付と記す], 岡田・保険法112頁。洲崎・保険代位(2)2, 5頁は、わが国において、利得禁止原則が、物・財産保険全般に通ずる強行法的原理であることが明言されることは少ないが、しかし、物・財産保険は損害保険の形態で行わなければならないと一般にいわれるのは、利得禁止原則が強行法規であるということを言い替えているにほかならないであろう、とされる。
- 58) Bruck/Möller/Sieg, Versicherungsvertragsgesetz, 8. Aufl. Bd. II, 1980, § 55 Anm. 6 S. 292 (Möller) u. Vor §§ 49-80, Anm. 45 S. 29.
- 59) 中出・損害てん補と定額給付82-83頁は、狭義の利得禁止の本質は、損害填補という保険給付の形の確保にあるもので、この原則を強行法的性格のものと考えるのは適切でないとされる。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)」福岡6巻3号166-170頁でも、同様の理解がなされている。それによれば、填補原則ないし利得禁止原則の量的例外(評価済保険など)においては、給付保険金額は著しく過当でない範囲においてのみ実損害額を超過することが認められるが、この限界は、直ちに公序不違反の限界と同一視することはできず、またその質的例外(保険代位など)にあっては、被保険者に利得の余地を残さない方法による救済でなければならないが、これをもって直ちに公序不違反の限界と同一視し、利得の余地を残す場合には当然に公序に反することになるものと断定することはできないとされる。したがって、博士は、(例外を含む)損害保険における填補原則ないし利得禁止原則をもって当然に強行法規と理解されていない(あくまで損害保険契約性質決定機能という意義を、これらの原則に認められる)。
- 60) 龍田節「火災保険金と損益相殺」『別冊ジュリ・損害保険判例百選 第二版』(1996年)9頁, 洲崎・保険代位(2)29頁参照。山下・新価保険723頁。
- 61) 洲崎・保険代位(2)29, 33頁, 山下ほか・ワークショップ167頁〔洲崎博史発言〕, 笹本・保険給付595頁。

- 62) 洲崎・保険代位(2)29頁。山下ほか・ワークショップ167頁〔洲崎博史発言〕は、被保険者の事故招致のおそれ、賭博目的での利用、事故発生に対する放任的態度といった説明は利得禁止原則の根拠として十分でなく、一般的な倫理感に反することが物保険における(狭義)利得禁止原則の根拠であるとされる。これに関して、一般の倫理観から強行法の性質のルールを導くことに異議もある(山下ほか・ワークショップ167頁〔山本哲生発言〕)。
- 63) 中出・損害てん補と定額給付81-83頁。
- 64) 山下・新価保険723頁。
- 65) 大森忠夫「保険契約の射倖契約性」『法的構造』141-157頁。
- 66) 山下・新価保険723頁、笹本・保険給付597頁。
- 67) 山下ほか・ワークショップ167頁〔洲崎博史発言〕、洲崎・保険代位(2)29, 33頁。
- 68) 洲崎・保険代位(2)29頁。
- 69) 大村敦志『基本民法 総則・物権総論』87頁(有斐閣 2001年)、山本敬三『民法講義 総則』236-237頁(有斐閣 2001年)、内田貴『民法 第二版補訂版』276頁(東京大学出版会 2000年)、四宮和夫・能見善久『民法総則第6版』273頁(弘文堂 2002年)。
- 70) 中出・損害てん補と定額給付83頁。もっともこの見解が、保険の賭博化防止したがって、保険と賭博との区別をどのように考えられるのか明らかではない。洲崎・保険代位(1)13頁、笹本・保険給付599頁も参照。
- 71) 山下・新価保険723頁、笹本・保険給付595頁、肥塚・請求権代位19頁。保険代位を論じるにあたって、一般の倫理観に反する事態の防止を「狭義の利得禁止原則」の目的とされる洲崎教授にあっても、重複保険規整が問題となる場合の利得禁止では違った考慮が必要とされ、この場合には、モラルハザード防止の視点が重要になるとされる(山下ほか・ワークショップ167頁〔洲崎博史発言〕)。
- 72) 山下ほか・保険法62頁〔山下友信〕。
- 73) 反対に、事故発生前と事故発生後の経済的状況がわからない場合(利得のない保険)であれば、結果として被保険者の財産状況の変化はないので、狭義のモラル・ハザードの危険は減少する。もっとも、例えば家屋という固定資産はあるが、借財等の経済的事情により、その資産の現金化(しかも、足元をみられない効率のいい現金化)が急を要する場合など、利得のない保険であっても、この危険は顕在化しうる。
- 74) 大森忠夫「保険者の求償権」『続・法的構造』103-104頁。
- 75) 肥塚・請求権代位20頁。洲崎・保険代位(2)3頁も、同様に事故発生に対する放任的態度という車両保険におけるモラル・ハザードの危険は無視できないものとされ、被保険者に重畳的権利行使を許すことの実際の結果を考えればそのような特約を許すべきでないといわれるが、他方で、この危険だけでは、662条(利得禁止原則)の強行法規性を根拠付けるのに十分でないともされる(山下ほか・ワークショップ167頁〔洲崎博史発言〕)。
- 76) 山下ほか・保険法66-67頁〔山下友信〕、笹本・保険給付597頁、肥塚・請求権代位19頁。
- 77) 洲崎・保険代位(2)29頁、戸田ほか・保険法・海商法7頁〔西島梅治〕、笹本・保険給付595頁。
- 78) 笹倉秀夫『法哲学講義』42-75頁(東京大学出版会 2002年)。すでにイエーリングは、

実際の社会は、法だけで動いているのではなく、法に表現されていない規範によっても動いているのであり、とりわけ法とは別様の規制をし、法を補完する倫理が重要な意味をもって働いている、と説いたとされる(68-69頁)。

- 79) 山下・新価保険731頁以下、笹本・保険給付593頁。
- 80) 洲崎・保険代位(1)13頁、大森忠夫「保険者の求償権」『続・法的構造』102頁。
- 81) 山下・新価保険732頁、大森忠夫「保険法における「利得禁止」について」『研究』243頁、同「保険法における「利得禁止」をめぐるスイス学界の論議について」『研究』278頁。
- 82) 山本・保険代位(1)82頁(本稿注17参照)。青山・保険は到富の道に非ず124頁も、これと同様の理解がなされていたのではないだろうか。例えば、今村有「新価保険の適法性とその法的構造」『創立30周年記念 損害保険論集』258頁(損害保険事業研究所 1965年)は、保険契約における損害填補の原則、したがって利得禁止の原則が賭博保険の禁止および道徳的危険の防止を目的とするもの、すなわち保険の公序性を保つために存在するものとの見解があるが、損害保険における損害填補の原則および利得禁止の原則は、損害保険制度そのものの本質的要求である、とされる。
- 83) 大森忠夫「保険法における「利得禁止」をめぐるスイス学界の論議について」『研究』287頁。
- 84) 大森忠夫「保険契約における被保険利益の地位」『法的構造』92-121頁(とりわけ97, 111, 118頁)、同「保険契約の射俵契約性」『法的構造』151頁、同「保険契約法理に対する教会法の影響」『続・法的構造』157-176頁。不労利得の典型である利息を禁止した教会法上の利息禁止令は、同様に不労的利得の発生可能性のある保険契約もまた、神の摂理に反する反道徳的行動とみる傾向があったとされる。ようするに、100万円の船舶(被保険利益)が沈没した場合に、これを120万円で(仮装)売買する行為は、被保険者をして20万円の不労利得を発生させるため、神の摂理から当然に禁止されるという内容とみてよいであろう。教会法理が影響した結果、填補原則が、海上貸借より中世に発達した保険契約の基礎に据えられたとする大森博士の歴史観は、教会法の作用を過大視するものであり正当でないという批判もあるが(北村五良「被保険利益について」国民経済雑誌92巻5号21-23頁(1955年))、利得禁止をテーマにした第2回世界保険法会議の総括報告は、大森博士の史観を承認する(Warkallo, a. a. O. S. 5u. 6)。
- 85) 大森忠夫「保険契約における被保険利益の地位」『法的構造』118頁、同「新価保険の効力について」『続・法的構造』154頁、同「保険法における「利得禁止」について」『研究』277頁、同「保険法における「利得禁止」をめぐるスイス学界の論議について」『研究』278頁、320-321頁。
- 86) 西島・保険法121頁参照。内田貴『民法〔債権各論〕』47頁(東京大学出版会 1997年)によれば、双務契約における一方の債務が原始的不能になった場合、他方の債務も無効になる(=契約そのものが無効になる)とされる。したがって、(仮装)売買契約において、目的物(売る物=船舶=現在にいう被保険利益)がない場合、その契約は原始的不能となり、無効となる。
- 87) 大森忠夫「損害保険契約と定額保険契約」『研究』86頁。
- 88) なお、修正絶対説にいう(例外を含む)利得禁止の原則も、直ちに公序良俗の問題では

ないとする点で、相対説にいう利得禁止の法則とは異なる(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)」福岡6巻3号168-170頁参照)。それ以上に、この見解は、「相対説は「填補原則」の例外として認められる限界を直ちに公序不違反の限界と同一視し、これを基礎として損害保険契約の本質を断定している点において難点がある」と批判する。したがって、修正絶対説のいう填補原則の例外を逸脱する射倖契約の一般私法上の効力(許容性)に関しては、(それが損害保険契約と性質決定されないにしても)修正絶対説は、相対説より寛容な理解を示しているとも考えられる。

- 89) 洲崎・保険代位(1)13頁。Bruck/Möller/Sieg. a. a. O. Vor §§ 49-80. Anm. 45. S. 29.
- 90) わが国の相対説は、損害保険契約の賭博化や事故招致の危険に対する防止機能を果たすものとして、利得禁止の法則(特別の制約)が是認されなければならないとし、この危険について、保険者の自衛的措置に委ねておけば足りるという利得禁止原則放棄論は、楽観的にすぎ、これには賛成できないとしてきた(大森忠夫「保険法における「利得禁止」について」『研究』276-277頁)。近時のドイツ判例・学説は、事故招致の危険について、それは保険者の自衛措置に委ねれば足り、強行法としての利得禁止原則(特別の制約)は必要ないと理解する。
- 91) 山下ほか・保険法66-67頁〔山下友信〕、西島・保険法140頁、洲崎・保険代位(2)15頁、笹本幸祐「重複填補の調整」『企業ビジネスと法的責任』318頁(法律文化社1999年)、肥塚・他給付220頁。
- 92) 肥塚・他給付220-221頁。
- 93) 洲崎・保険代位(2)14-15頁。同旨、肥塚・他給付220頁。
- 94) 山下・新価保険724頁、笹本・保険給付600頁。
- 95) 西島・保険法140頁、中出・損害てん補と定額給付78頁。
- 96) 木村・新価保険187頁。
- 97) 山下・新価保険722頁。
- 98) 笹本・保険給付597頁、山下・新価保険723頁。
- 99) 山下・新価保険720頁、722頁、笹本・保険給付597頁。
- 100) 中出・損害てん補と定額給付82-83頁。
- 101) 中出・損害てん補と定額給付78, 81, 83頁。企業会計における保険差益の例などをもとに、保険価額を基準に利得と捉える部分が、経済主体からみて常に利得と認識されるとは考えられないとされ、経済主体の全財産状況から判断する広義の利得禁止原則の範囲内で、損害保険契約における各種原則の修正を認めてよいとされる。
- 102) 洲崎・保険代位(2)28頁。
- 103) 洲崎・保険取引236頁、同・保険代位(2)28頁。
- 104) 山下ほか・保険法65頁〔山下友信〕、肥塚・請求権代位14頁。
- 105) 西島・保険法144頁。
- 106) 大阪高判平10・12・16判タ1001号213頁は、自家用自動車総合保険(SAP)契約に自動付帯する車両価額協定保険特約に基づく協定保険価額が、実際の車両購入価額の2.1倍であったケースである。裁判所は、「損害填補という損害保険の本質上、利得禁止の原則は働くのであり、少なくとも本件保険が評価済保険である以上、商法639条が適用され、協

損害保険契約における「利得禁止原則」否定論(1)(土岐)

定保険価額が著しく過大であれば、保険者は損害填補額の減少を請求することができる」と判示した。しかし、ここでは、利得禁止の原則が働いた結果(その法的効果として)保険者の減額請求が認められたわけではない。単に639条の個別規定がそのように規定しているから、減額請求が認められたにすぎない。ここで利得禁止の原則を持ち出さなくとも、「減額請求が認められる」という同様の結果を導くことは可能である。この事例において、利得禁止の原則は、せいぜいのところ理由付けのために持ち出されたにすぎず、やはり、ここでも639条にいう「著しく過大な協定の無効化」を、不文の法原則としての利得禁止原則の法的効果とみることとはできないであろう。

- 107) 岡田・保険法112頁, 131頁, 144-145頁。
- 108) 肥塚・他給付220頁, 同・請求権代位22頁。
- 109) 山下・新価保険724頁。
- 110) 大村敦志『消費者法』110頁(有斐閣 1998年), 山本敬三『公序良俗論の再構成』83頁(有斐閣 2000年)。
- 111) 洲崎・保険代位(2)28頁は、この理解を基礎にされていると考えられなくもない。
- 112) 大森忠夫「保険法における「利得禁止」について」『研究』247-248頁。
- 113) 強行法規の問題を、単純に公序良俗論として論じてよいかは、争いがありえる。なぜなら、学説には、「強行法規違反の行為は無効」という命題を、民法90条とは別に、民法91条の反対解釈から導くのか(二元論), それとも、この命題も民法90条の一内容とみて、民法90条から一元的に導くのか(一元論)という基本的な対立が存在するからである。しかし、近時の学説では、伝統的な二元論(通説)に対して、一元論が有力に唱えられる(大村敦志『契約法から消費者法へ』195-198頁(東京大学出版会 1999年), 山本敬三『公序良俗論の再構成』83頁)。山本・前掲83頁は、民法90条がある以上、とくに「強行法規違反の行為は無効である」という命題を立てる必要はなく、個々の強行法規は、それぞれの場合についてとくに立法者自身が90条を具体化したものとみれば足りる、とされる。このような一元論において、強行法規の問題は、単純に公序良俗(民法90条)の問題と同視される。
- 114) 山本敬三『公序良俗論の再構成』1-109頁。
- 115) 山本敬三『公序良俗論の再構成』1-4頁。
- 116) 公序良俗違反の具体的内容は、あらかじめどこかに定まっているのではなく、関連する原理や価値の衡量の結果にすぎないとされる。
- 117) 山本敬三『公序良俗論の再構成』57-58頁。
- 118) 契約自由の制限が立法によって行われていないにもかかわらず、裁判所が当該制限をすする根拠として、自然法上の価値=契約正義などが挙げられる(山本敬三『公序良俗論の再構成』54頁参照)。
- 119) 基本権保護型公序良俗は、憲法の私人間適用が問題になる類型とされる(山本敬三『公序良俗論の再構成』63-64頁参照)。この問題の通説・判例である間接適用説の内容(民法90条のような一般条項を、基本権の価値を考慮するように憲法の趣旨をとりこんで解釈・適用する)が、まさに基本権保護型公序良俗の内容とされる。
- 120) 山本敬三『公序良俗論の再構成』75-77頁。

- 121) 個別法令型公序良俗には、違反した契約を無効にするという決定が明文の形で行われる「明文型 個別法令型 (= 明文の強行法規・例えば商法226条3項)」と、契約の無効を定めた直接の規定はないが、その法令の趣旨から無効が導かれる「不文型 個別法令型」があるとされる。後者の「不文型 個別法令型」には、「公法型 不文型 個別法令型」(= 取締法規・例えば食品衛生法4条)と、「私法型 不文型 個別法令型」(= 不文の強行法規・例えば民法349条)があるとされる(山本・前掲77-78頁)。
- 122) 注106。
- 123) 実際に、本件の原審である大阪地判平10・5・28金判1047号30頁は、保険者の立証の失敗から、協定保険価額での填補請求を認めており、本件もこの考え方を基礎にしていることが伺える(判タ1001号218頁)。
- 124) 金澤理・判批・判タ325号121頁(1975年)参照。例えば、最判平元・1・19判時1302号144頁。
- 125) 大森忠夫「保険法における「利得禁止」について」『研究』253-254頁。
- 126) 金判1047号33頁、判タ1001号217頁。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)」福岡6巻3号143, 168-170頁でも、同様に理解されている。このように、公序良俗違反の判断について、法律行為の内容だけでなく、当事者の主観的事情も含めた締結前後の諸事情が重要な意味をもつようになったことは、上述の公序良俗論の変容の一例としても挙げられる(山本敬三『公序良俗論の再構成』2頁)。
- 127) 大森忠夫「損害保険契約と定額保険契約」『研究』88頁。
- 128) 山本敬三『公序良俗論の再構成』24-31頁。
- 129) 大村敦志『基本民法 総則・物権総論』69-70頁(有斐閣 2001年)、山本敬三『民法講義 総則』233頁(有斐閣 2001年)、同『公序良俗論の再構成』32頁。
- 130) 山本敬三『公序良俗論の再構成』35頁, 75頁。
- 131) 山本敬三『公序良俗論の再構成』239-266頁, とりわけ, 252-259頁の「法令型公序良俗における衡量基準」を参照。ここでの判断枠組みは、取締法規を前提に展開されているものではあるが、取締法規が属する不文型 - 個別法令型公序良俗(公法型)も、利得禁止原則が属すると思われる総合型公序良俗も、上位分類では同様に法令型 - 政策実現型公序良俗に分類されるので、利得禁止原則が取締法規が否かは別として、当該判断枠組みを利得禁止原則の検討にも用いることは特段問題ないものと思われる。それについては、同251頁参照。
- なお、ここでの判断基準は、ドイツに由来する比例原則が模範となっている(同252頁)。それによれば、ドイツにおいて、この比例原則は、法令の違憲審査の一般的基準として判例・学説により承認され、とくに最近ではこの原則にしたがって、民事立法の違憲性が問題とされる例が増えているのが注目されるとされる。
- 132) 損害保険における利得禁止原則を強行法規とすれば、ここにいう手段は、違反行為の無効となる。
- 133) 山下ほか・保険法67頁〔山下友信〕。
- 134) 損害保険法制研究会編『損害保険契約法改正試案・傷害保険契約法(新設)試案理由書〔1995年確定版〕』3頁(損害保険事業総合研究所 1995年)。

損害保険契約における「利得禁止原則」否定論(1)(土岐)

- 135) 山本敬三『民法講義 総則』236-237頁(有斐閣 2001年)。
- 136) 中出・損害てん補と定額給付83頁。
- 137) 肥塚・請求権代位20-21頁。
- 138) 東京海上・損害保険実務講座〔火災保険〕316-318頁。なお、この場合でも、現有資産の2倍まで、利得は可能である。姉崎義史「モラルハザードと損害保険約款」損保63巻2号55頁(2001年)は、保険契約へのモラルハザードの抑制や排斥について、各種約款は一部の例外を除き、総じて商法よりも強化した対応を示している、とされる。
- 139) 保険業法1条は、以下のように規定している：この法律は、保険業の公共性にかんがみ、保険業を行う者の業務の健全かつ適切な運営及び保険募集の公平を確保することにより、保険契約者等の保護を図り、もって国民生活の安定及国民経済の健全な発展に資することを目的とする(傍点筆者)。
- 140) 洲崎・保険代位(2)30-33頁。それによれば、「保険制度の信用維持」という意味で、狭義の利得禁止原則を理解することは、-狭義の利得禁止原則を、物・財産保険だけでなく、傷害・疾病保険においても、利得防止をはかる上での根本原理として働かせ、これらの保険は、完全な損害保険の方式(実損害填補方式かつ、重複保険規制・保険代位等の利得が生じないような仕組みを備えた保険)で行わなければならない-という今後の立法論を考える上で有益であるとされる。そしてこのような立法論を具体化するにあたっては、特に商法改正によって医療保険を実損填補方式に限定してしまうことまでは必要なく、行政庁の保険監督を通じて、現行実務を徐々に実損填補の方式の保険に統合してゆくというやり方でも十分であろうとされる。
- 141) 山下ほか・ワークショップ167頁〔山本哲生発言〕も参照。もっとも、保険制度の信用維持という目的は、契約自由を制限してでも実現されるべき重要な目的であり、かつ、利得のある物・財産保険の私法上の効力まで否定しなければ、この目的が絶対に実現できない、とまで言い切れるのであれば、損害保険における利得禁止原則を、いわゆる業法上の効力規定類似のものと解釈し、これに反する約定の私法上の効果まで否定する解釈が、とれないわけではないだろう。
- 142) 山下ほか・保険法72-73頁〔山下友信〕肥塚・他給付220頁。
- 143) 山下ほか・保険法65-66頁〔山下友信〕、肥塚・他給付220頁、同・請求権代位20頁。
- 144) 地震保険に関する法律2条2項1号参照。地震保険については、竹濱修「震災と地震保険契約」民商112巻4・5号200頁以下(1995年)参照。
- 145) レジャー・サービス施設費用保険普通保険約款第1条参照。
- 146) 洲崎・保険代位(2)3頁、肥塚・請求権代位20頁。
- 147) 東京三弁護士会交通事故処理委員会編『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準』133頁(東京三弁護士会交通事故処理委員会 2002年)。
- 148) 肥塚・請求権代位21頁。
- 149) 鈴木竹雄・鴻常夫ほか「私法学会シンポジウム・損害保険契約法の改正」私法36号64-65頁(1974年)において、星野英一教授は、「率直に申しまして、保険法は、あまりにも、保険契約者・顧客が保険を乱用して利得を得ることを防がなければならないという考え方でできすぎているという感じを抱かされるのです。いわば、保険契約者性悪説のもと

に保険契約法ができていているという感じです。」と発言されている(もっとも超過保険に関連しての発言である)。

モラル・リスクはあくまで異常な事態であるから、解釈論としても、過度に特殊な人間像を前提にすることについては、慎重にあるべきと思われる。

150) 山本・保険代位(1)84頁。