

## 損害てん補にかかわる諸法則といわゆる利得禁止原則との関係

～ドイツにおける利得禁止原則否定後の評価済保険規整、重複保険規整、請求権代位規整の

議論を手掛かりとして～

中京大学 土岐孝宏

### 1. 問題の所在

損害保険においては、保険契約により保険加入者が利得することは許されないという利得禁止原則が存在し、当該利得禁止原則は強行法であるというのが、わが国の伝統的な損害保険契約法理論である<sup>1</sup>。もっとも、「被保険者は、保険給付により利得してはならない」といった内容の明文規定が保険法（平成 20 年改正前商法を含む）に存在するわけではないので、上記利得禁止原則は、保険法の諸規定から推論される不文の強行法規とされている<sup>2</sup>。そして、利得禁止原則の推論根拠とされる損害保険の具体的諸規定については、それらの規定の趣旨は同原則にあるとされ、当該規定の解釈を利得禁止原則との関係で議論することが行われている<sup>3</sup>。

さて、その利得禁止原則については、その意義・内容を明らかにする研究が進められている<sup>4</sup>。もっとも、それは、利得禁止原則があること（その存在）を所与とする議論である。

しかし、不文の法といわれている時点で、既に、それが存在するという根拠は薄弱である。また、仮に、「損害保険における被保険者の利得を禁止する」という具体的法命題が絶対的強行規定であるならば、保険法制定の過程でその規範が明文で示されてしかるべきところ<sup>5</sup>、それがなされていないという状況も、不可解である。さらに、わが国の保険法学、とりわけ、利得禁止原則にかかる議論に大きな影響を及ぼしてきたドイツ法では、伝統的理論を否定した連邦通常裁判所の 1997 年 12 月 17 日判決<sup>6</sup>が契機となって、もはや、強行法としての利得禁止原則は存在しないという考え方が、通説となっている<sup>7</sup>。

<sup>1</sup> 山下友信『保険法』389 頁（有斐閣 2005 年）参照。

<sup>2</sup> 山下友信＝竹瀆修＝洲崎博史＝山本哲生『保険法〔第 3 版〕』77 頁（有斐閣 2010 年）。

<sup>3</sup> 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）は、改正前商法における超過保険規定、重複保険規定、請求権代位規定から利得禁止原則を推論されている。保険法における規定と利得禁止原則の関係については、萩本修編著『一問一答・保険法』128 頁、140 頁、123 頁（商事法務 2010 年）参照。

<sup>4</sup> 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・同 3 号 1 頁、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・3 号 43 頁、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 頁 79 頁、山下友信「利得禁止原則と新価保険」竹内先生追悼『商事法の展望』721 頁（成文堂 1999 年）、笹本幸祐「保険給付と利得禁止原則」奥島先生還暦『近代企業法の形成と展開〔第 2 巻〕』597 頁（成文堂 1999 年）。

<sup>5</sup> 例えば、1908 年保険契約法（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、プロイセン一般ラント法（ALR）第 1983 条は、「保険によって被保険者は、損害だけをてん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（Barthholomäus, Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot, 1997, S.113）。

<sup>6</sup> BGHZ137,318, VersR1998,305.

<sup>7</sup> 土岐孝宏「損害保険契約における『利得禁止原則』否定論（1）（2・完）」立命 291 号 217 頁、239 号 256 頁。ドイツの議論については、（2・完）256 頁以下。

このような状況のもと、利得禁止原則なるものを安易に推論し、さらに、そのような原則を根拠として損害保険の諸規定を説明、解釈していくことに問題はないか。このような問題意識から、本報告では、まず、わが国の議論の現状・到達点を明らかにし、損害保険の諸規定から強行法（公序命題）としての利得禁止原則が推論されるといわれてきた伝統的理論の当否ないし説得性について、検証を行う。

そして、強行法としての利得禁止原則が説得的には推論されない（利得禁止原則は、存在しない）との結論（仮説）を得て、従前、伝統的理論から利得禁止原則の推論根拠とされてきた損害てん補にかかわる諸法則、諸規定の趣旨を、客観解釈のもと、利得禁止原則とは無関係に説明し、その法意ないし趣旨の再構成を試みることにする<sup>8</sup>。

## 2. 利得禁止原則に関する諸学説の整理

### （1）利得禁止原則の意義に関する諸学説

前述のとおり、わが国では、近年、利得禁止原則なる強行法原則を所与の存在とし、その意義ないし内容を明らかにする研究が盛んである。そこで、まずは、そのようにして進められてきたわが国の議論の到達点を確認しておきたい（なお、報告者は、後述するように、利得禁止原則が推論されるという、そもそもその前提に懐疑的立場をとっている）。

利得禁止原則の意義に関して展開される諸学説は、その存在を肯定する立場にあっては、利得禁止原則をいくつかに分けて理解するアプローチを採用するのが通例であり、それぞれの見解は、大要、以下のとおり、整理・分類することができる<sup>9</sup>。

#### 2 分説

2 分説は、利得禁止原則を、狭義の利得禁止原則と広義の利得禁止原則に分ける考え方である。この 2 分説は、両原則の法規の性質をめぐる理解の相違に応じてさらに分説することができ、a) 保険によって利得すべきでないという原則は保険種類を問わずに妥当し、これを広義の利得禁止原則とし、一方、損害保険においては実損害を超える給付が禁止されるという原則があり、そのもとで超過保険、重複保険などの諸規制がなされ、それを狭義の利得禁止原則として両者を分け、両者をともに強行法的な原則と位置づける説<sup>10</sup>と、b) 損害保険における損害てん補は、保険制度を運営する上で適合する損害概念に基づいていて、損害保険特有の各種法制度はそうした損害概念に適合するてん補方式を導く態様規制であり、狭義の利得

<sup>8</sup> このような検討は、損害保険、なかでも、とりわけ利得禁止原則に囚われ、支配されてきた物保険、財産保険において、どのような“損害”保険給付がなされるのかを検討するための前提作業として行われるものである。

<sup>9</sup> 学説の整理については、中出哲「『損害てん補原則』とは何か」大谷先生古希『保険学、保険法学の課題』441 頁以下（成文堂 2011 年）を参考とさせてもらった。

<sup>10</sup> 洲崎・前掲（注 4）（1）1 頁以下。洲崎教授は、定額給付方式の引受も許容されていることとの均衡から、人保険に対しては、（それが損害保険の場合でも）重複保険規制や保険代位制度の適用を強制することはできないとの立場をとられる関係で（同 3 号 30 頁）本文にいう「損害保険」の意味を、「正確には、物・財産保険というべきである」とされた上で（同 1 号 2 頁）物・財産保険においては、実損てん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（狭義の利得禁止原則）が考えられ、これは、広義の利得禁止原則（＝保険という制度は、ある種の偶然の出来事の発生の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ものであるから、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、きわめて素朴な意味での利得禁止である）を実現するための、より具体的な制度であるとされる（同 1 号 2 頁）。なお、実損てん補原則の貫徹とは、「当然に、商法 631 条、632 条、633 条、662 条の各規定が（すべて）強行法的に適用されること」を意味するものとされる（同 3 号 29 頁参照）。

禁止原則は、広義の利得禁止原則によって禁止されない枠組においては任意性のあるものと見る説<sup>11</sup>がある。

### 3 分説

3 分説は、利得禁止原則を、広義の利得禁止原則、狭義の利得禁止原則、最狭義の利得禁止原則に分ける考え方である。

この説は、利得禁止原則を広義と狭義に分けて議論することの妥当性を評価する一方、利得禁止原則が強行法的に妥当する範囲を広義の利得禁止原則のみとすることは妥当ではなく、損害保険には定額保険と異なる意味での利得禁止原則が妥当するとして、損害保険における保険給付は損害のてん補しか許されないが、損害の評価については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し、前者を狭義の利得禁止原則として強行法的原則としながらも、時価を基準とする利得禁止命題を最狭義の利得禁止原則とし、それは任意法規的に位置づける説である<sup>12</sup>。

### 4 分説

4 分説は、2 分説ないし 3 分説を一定の範囲で承認して、広義と狭義を分け、狭義を、狭義と最狭義とに細分する理論を支持しながら、加えて、広義の利得禁止原則については、これまで提唱された理論とは異なる解釈をすべきとし、最近の理論による広義の利得禁止原則は、定額給付型の保険にも妥当するのであるが、この定額の意味を考えると、定額給付型の傷害保険・疾病保険のうち、傷害給付・疾病給付の部分を射程範囲とする「広義の利得禁止原則」と、生命保険・傷害保険・疾病保険の死亡給付の部分を射程範囲とする「最広義の利得禁止原則」に分けられるとする説である<sup>13</sup>。

11 中出哲「保険代位制度について 機能面から見た制度の本質」経済学研究 62 巻 1-6 号(1996 年)487 頁、同「損害てん補と定額給付は対立概念か」保険学雑誌 555 号 81 頁(1996 年)。

12 山下・前掲(注 1) 391 頁～393 頁。山下友信教授は、a)説の分類を念頭に、b)説等が出てきた背景について、「利得禁止原則の根拠とされてきた賭博禁止ということは広義利得禁止原則を維持すれば十分達成できそうであるから、狭義の利得禁止原則の根拠はモラル・ハザードの抑止ということに求められるであろうが、そうであるとすれば狭義の利得禁止原則は論理必然のものではなく政策的なものであるということになるから、狭義の利得禁止原則を任意法規的な原則として位置づける試みがなされるようになったのは自然なことである」と評されながらも、「利得禁止原則が強行法的に妥当する範囲が広義の同原則のみであって、かつ損害保険契約と定額保険契約とで共通の原則であるという考え方については、現行の商法の解釈論としては明らかに無理があるし、商法の解釈論を離れて保険契約法理論として考えてみた場合にもいささか行き過ぎがあるのではないかと考えている。これは、一般論として、モラル・ハザードは依然として過小評価すべきでないと考えるためである」とされる(同・391 頁～392 頁)。また、最狭義と狭義との区別について、「このような最狭義の利得禁止原則と狭義の利得禁止原則の区分により、たとえば、新価保険のごときは最狭義の利得禁止原則からいえば同原則に合致する保険給付をするものが否かは疑問となるが、最狭義の利得禁止原則は任意規定に過ぎないから同原則により無効となることはない。狭義の利得禁止原則に反するかどうかは、新価基準による損害評価が損害の評価方法として容認されるかどうか次第ということになるが、損害の評価基準は多様なものでありうるのであって、少なくとも新価基準のようなものであれば被保険者が目的物の再調達ニーズが現にあるのであって、新価基準による損害の評価は容認されることで問題はないと考える」とされ、主に損害評価の問題として(換言すれば、改正前商法 638 条、639 条<現行保険法 18 条参照>の問題として)両原則が位置づけられている。

13 岡田豊基『請求権代位の法理 保険代位論序説』52 頁～53 頁(日本評論社 2007 年)。岡田教授は、保険金の額の多少を判断する明確な基準を見出し難い死亡給付とは異なり、「死亡給付を除いた傷害保険・疾病保険における治療費・入院費等の医療費については、約款規定に従って定額給付がなされるが、保険契約者側が医療機関に対して医療費を支払うとすれば、実際に医療費として支払った金額が存在するわけであるから、それが、保険会社が保険金受取人に給付した金額の多少を判断する明確な基準とな」り、「そ

### 利得禁止原則否定論

利得禁止原則否定論は、利得禁止原則という法概念の存在を否定する説である。ドイツにおける学説の展開等を踏まえて、平成 20 年改正前商法の諸規定から推論されるといわれてきた利得禁止原則は、仮にそれを観念するとしても、所詮、ドイツ法の議論にいうところの、主義ないし指導理念に相当する存在に過ぎないとし、いわゆる利得禁止原則と呼ばれているものの固有の法的効果の不存在ないし一貫性の欠如、具体的適用における基準の不明確性から、最狭義、狭義の利得禁止原則は、そのいずれも、法原則、法規範、法命題の形式を備えるものではないとして、利得禁止原則という法規範は存在しないとしている（なお、広義の利得禁止原則についても、公序則とは別にそのような法原則を観念する必要があるのか疑問としている）<sup>14</sup>。

### （2）既存学説を二分する大きな見解の対立点

～狭義の利得禁止原則と損害てん補にかかわる諸法則との関係性如何：損害てん補という保険給付の方式は、公序により命じられたものなのか？～

利得禁止原則の内容については、上述のとおり、分類の仕方の相違から諸説に様々な理解があるが、a)説・ 説・ 説は、共通して、「損害保険における保険給付は、損害のてん補しか許されない（狭義の利得禁止原則は、強行法規である）」という考え方をとっている。

これに対して、b)説・ 説は、損害保険における保険給付は、契約当事者が損害てん補を合意した当然の結果（契約の効果）であって、そのような当然の結果に、何故、「許されない」という当為的評価が付着することになるのか理解できない（結局、狭義の利得禁止原則といわれるものも、強行法規でない）としている<sup>15</sup>。

---

れゆえに、医療機関に支払われた医療費が外制要因として機能しうるので、保険会社が給付した額がかかる医療費に比して不当に高額である場合には利得禁止原則が働き、保険会社側は保険金受取人に対して何らかの主張をなすことができるのではなからうか」とされる（同 53 頁）。

<sup>14</sup> 土岐・前掲（注 7）（2・完）330 頁以下。なお、私見は、とりわけ、説においてなお強行法規とされる「狭義の利得禁止原則」の存在を否定するにあたり、「損害保険契約の保険給付が損害のてん補であるのは（保険法 18 条参照）損害てん補を内容とした当事者意思の効果に過ぎない」と反論し、また、「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、または社会的容認の有無が同原則の適用基準であるとし、同原則により、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しているが、同適用基準は、広義の利得禁止原則の適用基準である公序良俗に反することと区別することができず、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がない」と主張している（同（2・完）336 頁～337 頁）。なお、私見が、現在議論している狭義の利得禁止原則なるものは、仮にそれを観念するとしても、所詮、「ドイツで称されている主義(Maxime)ないし指導理念(Leitidee)に該当するに過ぎない」と主張していることの意味は、それが、例えば物保険に関する指導理念（立法論的考慮）にはなりえることがあるとしても、何らかの法的効果を発する類の法規範(Rechtssatz)になることはないという意味である。例えば、岡田・前掲（注 13）53 頁に論じられているが如く、あたかも利得禁止原則が給付制限という法的効果を発する規範となって、例えば、裁判所が、不文の利得禁止原則を適用（適用規範として）して、「 円のみ支払え」という判断が下せるとは考えないという意味である。

<sup>15</sup> 中出・前掲（注 9）445 頁、土岐・前掲（注 7）（2・完）336 頁～337 頁。中出教授は、利得禁止原則（ドイツでは、その用語 < Bereicherungsverbot > で議論が進化したとされる）と損害てん補原則（イギリスでは、その用語 < principle of indemnity > で議論が進化したとされる）とは、もともと視座の異なる原則で

a)説・ 説・ 説の考え方と、 b)説・ 説の考え方との間では、(狭義の)利得禁止原則と損害てん補にかかわる諸法則(損害てん補原則)との相互関係性の理解について、見解の相違が認められる。すなわち、前者の考え方は、利得禁止原則と損害てん補の諸法則(損害てん補原則)とを同義のものとしており、結果、その同義概念を(当然であるがともに)強行法命題として理解している。他方、後者の考え方は、利得禁止原則と損害てん補の諸法則(損害てん補原則)とは異質のものであるとする理解を前提にしており(正確には、説は利得禁止原則の存在すら認めていない)損害てん補の諸法則(損害てん補原則)を強行法命題という性質で理解すべきでないとしている。なお、これが後者の考え方の共通認識であるが、詳細に見る場合、後者の考え方は同じでなく、損害てん補原則とは異質の概念である利得禁止原則という法規範の存在そのものはなお認めるものとして、これに保険法における公序政策論を付託する立場(b)説)と<sup>16</sup>、利得禁止原則と命名されていても、それは単純に保険給付に利得がある場合にそれを禁止する法的効果を発動する法規範ではないし(仮にそれを肯定するにしても、せいぜい、それは、立法論における考慮要素的なものに過ぎない)公序という抽象論の域を超えての具体的法規範としての機能を未だ見いだせていない概念を観念することは、不要である以上にかえって混乱を招くとし、利得禁止原則という観念そのものを否定すべきであるとし、結局、保険法における公序政策論を、利得禁止原則という概念に付託して論じていくことも否定する立場(説)<sup>17</sup>に分かれている。

以上のように、既存学説を二分している大きな見解の対立点は、「損害保険における保険給付は、損害のてん補である」という損害保険契約の当事者の意思からして当然の結果に、さらに、“禁止”といった特定の価値判断を加えることとし、そのような保険給付の方式“しか許されない”という公益上の当為(保険法における公序政策論)まで読み込んで、損害てん補の諸法則を理解していくべきか否かである。その回答如何は、以下のような差異をもたらすであろう。

a)説・ 説・ 説のように考える場合、損害保険における保険給付は、損害の額を基準に行われると

あるとされ、それが混同されている可能性があるわが国の今後の議論の在り方としては、両原則の意義をわけて理解する方向性、具体的には、利得禁止原則は、保険制度に対して外部的・一般的に作用する法規範(契約自由の制限規範)としての意義を見出して、損害てん補の限界を画する考え方を導く場合や、保険代位やその他の重疊的給付状態の調整を考える理論にするとともに、他方で、損害てん補原則は、損害保険契約という典型契約における当事者の合意の論理的結果と位置づけて、それは、損害てん補契約としての特徴あるいはその論理的結果を示すための原則であるとして、この原則を、損害保険関係の内部的な原則で強行法規性のない原則として理解していくという方向性が望ましいとされている。この見解の基礎には、損害てん補の原則に、当然のこととして、“許されない”という当為的評価は付着するものではないという考え方があるものと思われる。また、同趣旨において、坂口光男『保険法学説史の研究』389頁～390頁(文真堂2008年)も、「利得禁止原則における利得禁止の内容につき、保険者の給付義務は被保険利益の価額及び損害額によって制限され、保険者はその範囲内でしか給付義務を負わないと説明する立場と、保険契約者は利得してはならないと説明する立場がありうる。両者は、その観点を異にしている。すなわち、後者の立場は、保険契約者の側に着眼して、保険の賭博目的への悪用防止と保険事故招致の可能性という公序政策を基軸とし、そこから利得禁止を導きだしている...しかし、公序政策から利得禁止ということを出しうるか否かということである。...また、保険契約者は利得してはならないという意味における利得禁止原則が現行法に存在しているといいうるか否かである」とされた上で、「公序はすべての法律関係ないし法律の全体を支配する普遍的な上層の理念である。しかし、その具体的内容は時とともに変化し、その判断基準も判断する者・時・場所により異なり、限界事例について困難な問題が生ずることは避けられない。保険法における公序政策論も然ることながら、利得禁止の問題は、保険価額及び損害額が保険者の給付義務の範囲を限界づけるという、損害保険に固有な法理の枠内で検討されるべき問題ではないかと考えられる」(下線部は報告者)と結論されている。

<sup>16</sup> 中出・前掲(注9)444頁以下。

<sup>17</sup> 土岐・前掲(注7)(2・完)336頁～337頁、坂口・前掲(注15)389頁～390頁。

いうことに加えて、仮に評価済保険が利用されても著しい価額差がある場合には時価調整が生じ、また、重複保険がある場合にはその給付調整が生じ、また、残存物がある場合ないし被保険者債権がある場合にはその保険者への移転が生じるといふ、法律が用意したフルスペックの損害てん補の給付方式が全体として強行法命題となり、そこから逸脱することは、強行法規違反（狭義の利得禁止原則違反）として、許容されないことになる<sup>18</sup>。

他方、b) 説・ 説のように考える場合、評価済保険の価額調整にかかる規整、重複保険規整、保険代位規整は、それぞれ任意法規であるから、保険給付は、損害の額を基準にして行う（損害保険）という基本合意を行うとともに、他方、法律が用意している諸規整を、必要やニーズに応じて個別的に排除していくことを許容する余地も残している。

では、いずれの立場によるべきかであるが、これに論理的解決を与えて決着をつけることは困難であるといわざるを得ない。というのも、a) 説・ 説・ 説が、至極当然の契約上の効果に、それからの逸脱は許容できないとする公益上の当為（保険法における公序政策論）まで読み込んで、そのような内容で損害てん補の諸法則を理解していくべきとする根拠は、“モラル・ハザードを過小評価すべきでない”<sup>19</sup>とか、“偶然の事象によって被保険者にかえって利得が生じるといふ一般の倫理観に反する事態を防止すべき”<sup>20</sup>といった点に求められているが、かたやそのような見方に対しては、例えば、モラル・ハザード防止については、既に法律がその対策として、遡及保険規定（保険法 5 条 1 項）、故意の事故招致免責規定（保険法 17 条）、重大事由解除規定（保険法 30 条）、そして異論もありうるが、事故発生通知義務規定（保険法 14 条参照）という明文の法規範を用意しており、それに加えて不文の強行法なるものを観念しなくてもよいであるとか、保険者自身が約款上の工夫で十分にモラルリスクに対応できるのに、不文の強行法による保護を与えるのは過剰保護になるといった反論<sup>21</sup>が可能であるし、倫理観に反するといっても、単なる棚ぼた利益ではなく、補償の対価を支払っていたがために得ることになった利益まで不当視すべきでないという反論<sup>22</sup>があり得るのであって、結局のところ、判断者の価値判断ないし倫理観次第で、各々回答が異なり得る事態に陥ってしまうからである。この思考形式による限り、議論は平行線をたどることになり、これ以上の議論の深化は望めないのである。

### 3. 強行法規としての利得禁止原則の推論？

#### （1）原点を見つめ直すというアプローチの必要性

利得禁止原則の存在を所与のものとして、それがなぜ存在するのかという従前のアプローチでは、ある特定の価値判断・倫理観が圧倒的に支持されるような事態でも起こらない限り、問題（狭義の利得禁止原則は強行法規か否か）は解決されず、議論は平行線をたどり、デッドロック（膠着状態）に陥る。まさに

<sup>18</sup> 最狭義の利得禁止原則と狭義の利得禁止原則とを区別する見解（ 説）も、損害の評価方法の事由を認める形の利得禁止原則の緩和を図っているだけであり、商法・保険法が用意している損害てん補にかかわる諸法則（重複保険規定、保険代位規定等）の適用を排除する緩和まで行う立場ではないと考えられる（仮にそうであれば、それは、既に、狭義の利得禁止原則も任意法規であるという立場であろう）。

<sup>19</sup> 山下・前掲（注 1）392 頁。

<sup>20</sup> 洲崎・前掲（注 4）（2・完）3 頁参照。

<sup>21</sup> ドイツにおける利得禁止原則否定論を先導してきた論者は、モラル・ハザードの防止は、保険者の自己責任に委ねられる問題であり、強行法による保護は不要であるという論を展開してきた。代表して、Römer/Langheid, VVG, 1997 § 55Rn.10 (Römer), Prölss/Martin, VVG, 26. Aufl., 1996 § 55Rn.24-28 (Kollhoser). その議論については、土岐・前掲（注 7）（2・完）287 頁。

<sup>22</sup> Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., Bd , 2008 § 1Rn.92u.93 (Baumann).

それが、現在、わが国の学説が直面している課題であろう。

確かに、そうであれば、ある特定の価値観が圧倒的優位になるまで、当該議論には手をつけず、膠着状態のままとして、問題解決を先送りしておくという判断はありえよう。

他方、この議論の膠着状態は、利得禁止原則という概念の存在を所与のものとし、その存在意義を検討する結果、そこに相反する価値判断、倫理観があるがゆえにおこっているところ、仮に、利得禁止原則はそもそも存在するのか(所与のものとしてよいか)という「原点を見つめ直すアプローチ」によるならば、(その回答次第ではあるが)この問題(狭義の利得禁止原則は強行法規か否か)を論理的に解決することもできるのであって、デッドロックの打開を図るべく、当該アプローチによる検討を進めていくべきではないという判断もありえよう。

いずれの判断もがありうるとして、どのように議論を進めていくべきかであるが、上述のごとく、ドイツのような国では、強行法としての利得禁止原則の存在が否定されるに至ったのであり、その事実に鑑みれば、利得禁止原則はそもそも存在するのかという、上記「原点を見つめ直すアプローチ」は、単に問題解決の目的で採用される手段の域を超えて、真理の探究のために行うべき検討のプロセスであるともいうことができよう。

したがって、「損害保険の諸規定から不文の強行法としての利得禁止原則が推論される」とされてきた原点を今一度見つめ直して、それを再検証することは、避けて通ることができないし、意図的にそれを避けるとすればそれは問題ではないかという結論が導かれよう。

既に、説は、平成 20 年改正前商法の諸規定を考察して、利得禁止原則が推論されるのかという問題を検討しているが<sup>23</sup>、その後、保険法が新たに制定され、推論根拠とされる諸規定の内容にも変更がある。そこで、本稿では、新しい保険法の規定から(それでもなお)不文の強行法としての利得禁止原則が推論されるのかという問題を改めて検討することとしたい。

## (2) 再検証 ~ 保険法の規定から強行法としての利得禁止原則は推論されるのか ~

わが国では、損害保険において、保険契約により保険加入者が利得することは許されないという強行法としての利得禁止原則が、保険法の諸規定、より具体的には、平成 20 年改正前商法 631 条の超過保険規制、同 632 条乃至 633 条の重複保険規制、同 662 条の請求権代位規整から推論されるといわれてきた<sup>24</sup>。この論法は、ドイツの伝統的理論によって提唱されてきたものであり<sup>25</sup>、それがそのままわが国にも輸入さ

<sup>23</sup> 土岐・前掲(注7)(1)235頁以下。

<sup>24</sup> 山下ほか・前掲(注2)77頁、洲崎・前掲(注3)236頁。洲崎教授は、「損害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が無効とされ(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、上記の諸規定から利得禁止原則を推論される。

<sup>25</sup> Bruck/Möller/Sieg, VVG, 8. Aufl. Bd. 1, 1980, § 55 Anm. 6u. Vor § § 49-80. Anm. 45. ドイツでは、旧 VVG 55 条(保険金額が保険事故発生時の保険価額よりも高額であっても、保険者は損害の金額を超えててん補する義務を負わないと規定していた)旧 59 条(重複保険規定)旧 67 条(請求権代位規定)のような、超過てん補(利得)を阻止するいくつかの規定は、超過てん補を阻止する(利得を禁止する)包括的な法律(立法者)意思の「不完全な表現」であり、その意思は、(たとえ、旧 VVG 57 条評価済保険規定のような存在があるとしても)損害保険法全体において顧慮しなければならず、それを顧慮する存在が、拘

【平成 25 年度全国大会】

第 II セッション

レジュメ：土岐 孝宏

れたものと考えられる。

さて、いずれにしても、この論法は、新しい保険法のもとで、批判を受けざるを得ない。というものの、強行法という本質で禁止を命じる〈一般的〉法命題を“説得的に”推論する根拠は(その資格があるのは)何らかの禁止を命じている行為規範であって、その違反に対して無効という法的効果を明示しているような〈個別の諸〉規定でなければならないと考えられるところ、損害保険に関する保険法の諸規定を見渡しても、そのような規定が、もはや見当たらないからである。

確かに、改正前商法のもとには、超過保険、重複保険の超過部分の効力を無効とする規律が存在していたので、そこから強行法命題を推論することは、(例外の存在にかかわらず一般命題を推論してよいかの争いはひとまずおくとして)理論的に不可能でなかった。しかし、保険法 9 条及び 20 条は、超過保険、重複保険を無効とする主義を改め、禁止命題(無効の規律)を廃止した。保険契約の効力を無効とするどころか有効とすることを明言している規定(保険法 9 条及び 20 条)から、何らかの禁止命題を導くことは、説得的でない。

保険法の他の規定についても同様である。既に、強行法として利得禁止原則の推論根拠になりうるか争いがある<sup>26</sup>ともされていた請求権代位規定(保険法 25 条)は、そもそもにおいて、何らかの禁止(例えば、ある保険給付の禁止等)を明示する内容ではなく、当然、何らかの禁止行為に対する違反を想定し、その場合に無効という法秩序を用意した規定でもない。残存物代位(保険法 24 条)についても、この点は同じである。

また、損害額の算定に関する規定としての保険法 18 条についても、未評価保険について定めた第 1 項も、また、評価済保険ではあるが、しかし、協定保険価額が著しい場合に関する第 2 項但書の規定も、その法文言は、「算定する」となっており、例えば、「算定しなければならない」とか、「約定保険価額の合意は、その効力を生じない(保険法 38 条の法文言参照)」といった禁止命題の体裁はとられていない。また、第 2 項の但書は、保険価額(保険の目的“物”の価額と定義される = 9 条)という概念を使用することによって、物保険のみを射程とする規律になっており、例えば、火災保険の臨時費用保険のように定額給付の合意がなされる場合に当該但書が発動できる体裁はとられておらず、そのように、損害保険の中でも物保険契約にのみ使用できるような限定的規律から、損害保険全体に妥当する一般的な法原則(利得禁止原則)を推論することも説得力を欠く。

なお、解釈上の絶対的強行規定と解されることもある保険法 3 条についても、法文言を客観的に解釈すれば、禁止命題とは異質の規定であると考え余地がある。従前、本条を根拠として、例えば、形見の利益は損害保険契約の目的とすることはできないといった解釈が行われてきたが、それは、保険法 3 条(改正前商法 630 条に同じ)の法文言から直ちに理解することができない、読み込み過ぎの解釈であったように思われる。損害保険は損害をてん補する契約であるから、契約の目的が金銭に評価できなければ、事故が起こったときに支払保険金の額を実際に確定できない(契約上の効果の実現が妨げられる)がため、「金銭に見積もることができる利益に限り」それを「損害保険契約の目的(対象)とすることができる」という、いわば、当たり前の理が確認されているにとどまる。なお、定額保険は、利益を裏返した“損害”のてん補を目的としない契約であるから、金銭に見積もることができない利益であっても、契約の目的とす

---

束力を有した具体的法命題としての利得禁止原則であると解されてきた(土岐・前掲(注 7)(2・完) 259 頁参照)。

<sup>26</sup> 洲崎・前掲(注 3) 236 頁。後述するように、請求権代位規定は、利得禁止が根拠でないとする説が存在したためであろう。



ることができるため、定額保険と構成された生命保険、傷害疾病定額保険には、保険法 3 条に相当する規定が置かれていない（保険法 3 条は、当たり前の理を確認する確認規定という以上に、このような体系解釈を導くことに存在意義が認められるべき規定である<sup>27</sup>）。

以上、保険法の諸規定を客観的に考察する限り、それらの諸規定から、被保険者の利得という事柄に関し、「禁止」という評価が織り込まれた公益規範（強行法）を推論することは（もはや）できないのではないという結論に達する。少なくとも、その推論に説得力があるとは思われない。したがって、それが推論されることを所与として展開されてきた議論は、根本から見直される必要がある。そもそも、利得禁止原則など推論されない、存在しないのであるから、学説対立の論点となっている、狭義の利得禁止原則も、結局、存在していない、存在しえないと解される。狭義の利得禁止原則は強行法規ではないとする従前の学説（b）説）とはアプローチの方法は異なるが、狭義の利得禁止原則は強行法でないという結論に至る点は、同じである。

#### 4. 損害てん補の諸法則が意味するもの

##### （1）総論

損害保険の諸規定から利得禁止原則は推論されない。したがって、反対に、損害保険の損害てん補にかかわる諸規定の根拠を、利得禁止原則に求めることもできない。

損害保険の諸規定（損害てん補にかかわる諸法則）は、保険給付に関する禁止命題を定めているものではなく、もっと単純に、保険者は損害額に相当する給付のみを行い、仮に他の給付があるときにはそれを調整して、全体でも損害額だけを被保険者に回復させるという、“損害てん補を合意した契約当事者が欲するであろう標準的な（デフォルトの）効果（標準的契約合意の結果）”を定めているに過ぎないと考えなければならない。損害保険において、損害のみがてん補されるのは（これを裏側から見て利得がないというにしてもそれは）、契約当事者がそれを欲したからにほかならず、その必然ないし当然を、公益的当為による命令の成果と評価すべきでない<sup>28</sup>。

<sup>27</sup> Macom Clarke, Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century, p26-27, 2004 も、「被保険利益の厳格な要求は、当該保険が、損害てん補の保険（indemnity insurance）かそれとも未必利益の保険（contingency insurance：生命保険のようないわゆる定額保険）と呼ばれている非損害てん補の保険（non-indemnity insurance）であるかによって変化する。損害てん補の保険は、実際に測定できる損害（loss）の額に至るまでの支払いを行う。未必利益の保険は、事前に決定した金額を特定保険事故の出来事の上に支払い、そして、その支払うべき総額は、保険事故の性質もしくは重大さ又はそのもとでの金銭喪失の査定によって定まる必然性はない」としている。なお、Winter, Die Verabschiedung des allgemeinen Bereicherungsverbots, Versicherung, Recht und Schaden, Festschrift für Johannes Wälder zum 75. Geburtstag, 2009, ss. 113-114 も、被保険利益の位置づけに関連して、「被保険利益は、VVG において繰り返し規定されているが、しかし、強行法の枠組みの中、保険契約の前提要件（Erfordernis = 必要条件）として言及されていない。もし、被保険利益に、以前、一般に、一般的利得禁止原則に採用されたような類似した制限作用が認められるべきならば、そのことは、明瞭に、VVG の中に表現されなければならないはずである」とし、被保険利益概念を強行法の外側に位置づけている。

<sup>28</sup> 中出・前掲（注 9）444 頁は、イギリスでは、利得禁止原則から損害てん補給付の特徴や各種制度を導く議論は見られず、損害保険における損害てん補の確保は、損害てん補としての契約の合意から導けるとされるが、まさにその方向、その単純な発想において、損害てん補の諸法則が理解されるべきである。また、ドイツでは、かつて、損害てん補の合意に基づく契約上の当然の結果に、公益的当為を読み込み、それを強行法としての利得禁止原則と表現して、それに基づき損害てん補給付の特徴や各種制度を導く議

以下では、この解釈方針にしたがって、これまで、利得禁止原則を根拠に説明されてきた損害てん補にかかわる諸規定が、利得禁止原則とは無関係に、どのような趣旨によるものとして解釈されるべきであるのか、その具体的な検討を行うこととする。

## (2) 各論

てん補損害額に関する規整と契約当事者の意思

てん補損害額の算定基準について、保険法 18 条は、第 1 項において未評価保険に関する評価の方法を、第 2 項において評価済保険に関する評価の方法を定めている。

第 1 項が定めるてん補損害額の評価の方法は、損害てん補を合意した契約当事者が欲するところの標準的効果意思をそのまま表現したものである。それ以上のものではない。ところで、同項（改正前商法 638 条 1 項と同じ）から、損害保険における損害の評価は時価評価しか許されないという最狭義の利得禁止原則なるものを観念する見解が存在する（但し、それは強行法でなく任意法規であるとしている）。しかし、「算定する」であって、例えば「算定しなければならない」といった禁止命題の体裁をとらない法文言から、なぜ禁止命題を導くことができるのか明らかでないし（なお、保険法 19 条では、「額とする」という類似の法文言のもと、同条は任意法規と解されている）その矛盾を回避すべく、この見解は、それを任意法規と位置づけることで辻褄を合わせようとしているが、そもそも任意法規の禁止命題なるものがあるのか、任意法規と解するならばそこに利得「禁止」原則といった禁止命題を考えていること自体がおかしいことにならないかという批判を免れず、いずれにしても説得力を欠いている。

次に、2 項ただし書の解釈である。約定保険価額が保険価額を著しく超えるとき、てん補損害額は保険価額によるという規律であるが、1 項と同様に、法文言は、（立法者意思<sup>29</sup>とは裏腹に）「算定する」となっており、例えば、「算定しなければならない」とか、約定保険価額の合意は、「その効力を生じない」といった禁止命題の体裁はとられていないので、文理解釈上、約定保険価額が合意されたが、にもかかわらずそれが使用されずにてん補損害額が算定されるという規律を、強行法規という性質でとらえることは困難である。反対に、任意法規と解釈するのが、法文言に忠実な客観解釈である。

そのように、文理解釈上、任意法規と考えられる 2 項ただし書の趣旨は、（当然、強行法としての利得禁止原則ではなく）約定保険価額を合意する根拠となった損害査定<sup>29</sup>の困難性にかかる問題が保険事故後に確定的に生じなくなったという事情変更を受け、損害てん補という契約当事者が欲した合意の効果を、より忠実に実現することにあると解する。

保険法 18 条 2 項ただし書は、保険事故の後、実際の保険価額が明らかになっている状況を想定した規定となっている（そうでなければ、著しく超えるか否かの判断はできない）。約定保険価額の合意は、保険の目的物が保険事故前に有していた価額に関する証明責任（＝保険事故によるてん補損害額の証明責任）の

---

論が永らく展開されてきたが、近時、損害保険の給付が損害てん補給付であることが認められる一方、利得禁止原則の存在は否定されたことにより、もはや、利得禁止原則（禁止命題）から損害てん補給付の特徴や各種制度を導くという論法が、理論的に維持できなくなっている。禁止命題（利得禁止原則）から離れて損害てん補の諸法則を理解していかなければならない状況に置かれたわけであるが、それは経験してしかるべき変化であったと考える。

<sup>29</sup> 萩本・一問一答 123 頁参照。

【平成 25 年度全国大会】

第 II セッション

レジュメ：土岐 孝宏

軽減を一義的目的として行われるとされているが<sup>30</sup>、保険法 18 条 2 項ただし書が想定している状況は、価額証明が困難で、場合によってはそれが行い得ないという契約当初の予想に反する状況、すなわち、保険の目的物が保険事故前に有していた価額の証明を行おうとすればできる状況を意味している。損害てん補を合意しながらも、その額の確定の困難さゆえに約定保険価額を利用しているとすれば、事故後にその困難が克服される状況（事情変更）に至れば、それができないことを前提に取り決めていた価額（約定保険価額）に固執する理由はなくなる（当事者もそれを欲しない）がゆえ、基本（未評価）に立ち返って、てん補損害額の調整を行うとするのが、ただし書の本質である<sup>31</sup>。

もっとも、保険の目的物が保険事故前に有していた価額の証明を行おうとすればできる状況に至れば、常に基本（未評価）に立ち返るものとすれば、保険契約者としては、その状況が事後的に生じたことで、保険価額を証明しなくてよいという利益を直ちに（無条件）奪われる結果になり、保険価額に関する紛争可能性が事前に回避されているという期待（事故時の証明コスト不要に対する期待、約定保険価額が支払われることに対する期待等）が、突然、裏切られることになる。そこで、バランス論として、その期待ないし利益は、一定の範囲で保護されるべきとの判断で、価額差が著しくない場合には、事情変更に至っても、それによるてん補損害額の変更までは行わないものとされている。

以上のように、私見は、利得禁止原則といった公益上の命令ではなく、損害てん補を合意している契約当事者の（標準的）意思を中心として、ただし書にかかる調整の規律を理解していくべきと考えるが、そのように、調整の根拠を公益上の理由をはなれて理解していく方向性については、ドイツ法の議論が一定程度参考になるものと思われる。

ドイツでは、わが国の保険法 18 条 2 項ただし書に相当する VVG76 条 2 文後段の規律<sup>32</sup>が、任意規定であるとする議論<sup>33</sup>と、なお、強行法規であるとする議論<sup>34</sup>とが対立している。しかし、いずれの立場も、BGH2001 年 4 月 4 日判決<sup>35</sup>を引用し、実際に「著しく超えるとき」になるかは、保険の種類・目的、当事者が約定保険価額を合意した理由に左右されるとしている<sup>36</sup>。すなわち、いずれも、“契約当事者による合意の経緯”を精査しなければ「著しいか否か」の、したがって、「拘束力が維持されるか否か」の決定ができないという法理は承認するのであって、約定保険価額（Taxe）の拘束力が維持されるか否定されるかの

<sup>30</sup> Bruck/Möller,VVG,9.Aufl., Bd ,2010 § 76Rn.5 (Schnepp), Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl.,2010 § 76Rn.1(Armbrüster), Römer/Langheid/Rixecker, VVG,3.Aufl.,2012§76Rn.1 (Langheid).

<sup>31</sup> 旧法下で、著しい相違がある場合、それが著しくない範囲に減額されるのか、それとも実際の価額まで減額されるのかの議論において、後者が支持され、また、保険法でもその理が確認されているが、なぜ、著しくない範囲の価額（例えば、時価 + 10%の価額）ではなく、実際の価額（保険価額）とされるのかについては、本文に示した趣旨でただし書を理解することにより、うまく説明できるであろう。

<sup>32</sup> VVG76 条： 保険価額は合意によりこれを一定の額（協定保険価額）に定めることができる。協定保険価額は、保険事故発生の際において被保険利益の有する価額ともみなす ただし、協定保険価額がその時における実際の保険価額を著しく超えるときは、この限りでない。 保険金額が協定保険価額よりも少ない場合には、その協定保険価額よりも少ない場合には、その協定保険価額が著しく高いときであっても、保険者は損害につき、保険金額の協定保険価額に対する割合に応じてのみてん補する義務を負う。なお、条文の訳語は、新井修司 = 金岡京子共訳『ドイツ保険契約法（2008 年 1 月 1 日施行）』278 頁によった。

<sup>33</sup> Römer/Langheid/Rixecker,VVG,3.Aufl.,2012§76Rn.7(Langheid), Winter,a.a.O.,S.106.

<sup>34</sup> Bruck/Möller,VVG,9.Aufl., Bd ,2010 § 76Rn.46 (Schnepp), Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl.,2010 § 76Rn.18 (Armbrüster).

<sup>35</sup> BGH VersR2001,749.同判決の内容については、土岐・前掲（2・完）320 頁以下。

<sup>36</sup> Römer/Langheid/Rixecker,VVG,3.Aufl.,2012 § 76Rn.2, Bruck/Möller,VVG,9.Aufl., 2010 § 76Rn.46 (Schnepp).

判断は、公益上の理由によってではなく、契約当事者の意思ないし動機如何によって左右されるとしているのである<sup>37</sup>。また、ドイツでは、上記のとおり、当事者が約定保険価額を合意した理由等によって著しいか否かが決まるため、固定的な限界はないとされながらも、かねてから、一般論としては 10%の相違が一つの目安になるということがいわれてきた<sup>38</sup>。しかし、新価保険等が許容されている事情などに鑑みて、わずか 10%の相違で調整が生じるという処理（保険法 18 条 2 項ただし書に相当する規律）の根拠が、公益上の理由にあるとする説明は、実質的な説得力を欠くものであろう。けれども、上に理解されているように、契約当事者の損害を補填の合意を基礎として、当該調整の法理を考えるものとするれば、たった 10%の相違でも調整が生じることの説明は行えるであろう。

#### 重複保険規整と契約当事者の意思

保険法 20 条は、1 項において、ある損害保険契約（a）によりてん補すべき損害について、他の損害保険契約（b）がこれをてん補することとなっている場合においても、（a）の保険者は、てん補損害額の全額について保険給付を行う義務を負うとし、2 項は、その 1 項を前提として、重複保険契約に関係する保険者の各々の給付は、他の保険者（a が給付する場合は b、b が給付する場合は a）に共同の免責をもたらすことを前提とした規律を置いている。

1 項が規律する全額主義は、損害をてん補を合意した契約当事者が欲するであろう標準的效果意思を表現しているにとどまり、その規律が利得禁止原則を根拠にするものでないことはいうまでもない（全額主義は、保険者の給付を縮減する規律ではなく、保険給付に制約を加えることに反対するという意味で、むしろ利得禁止原則とは対極にある考え方である）。ある契約（a）を締結する契約当事者は、通常、別の契約（b）がないことを前提として、すなわち、（a）契約の保険者のみとその被保険者の損害をてん補する責任を負うとする前提で、契約を締結し、その様な内容の（a）契約の維持に必要な補償対価も支払っている。そのため、実際、（a）契約にかかる危険負担（補償）が問題になる場面で、偶然、別の契約（b）が存在していたとしても、それがないことを前提として計算された保険料を支払い、反対に受領してきた契約当事者には、別の契約（b）が偶然存在していることを奇貨として、その別の契約から損害の回復をすべきであるという抗弁は受けないであろうし、その様な抗弁をするつもりはないという意思があり、そのような契約当事者の標準的な効果意思が、1 項の規律に示されているに過ぎない。

次に、2 項では、ある保険者（a）の給付により他の保険者（b）が免責される結果、被保険者が、当該他の保険者（b）から保険給付を受けられなくなるという共同免責の法理を前提に、規律が整備されている。確かに、共同免責の法理は、別の保険者（b）の保険給付の制限に作用するから、利得禁止の考え方、あるいはそれを一歩進めて、強行法としての利得禁止原則が、当該共同免責の法理の根拠にあると考える余地がないわけではない。但し、そのように考える法文上の根拠を欠くことは、これまで述べてきたとおりであり、保険法 20 条は、例えば、「被保険者は、全体で、損害を超える給付を要求できない」といった<sup>39</sup>、保険給付の制限を積極的に“命令”する行為規範を用意することで、共同免責を定めているわけではない。

<sup>37</sup> なお、強行法規律を含むとしている Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., Bd. 1, 2010 § 76 Rn. 68 (Schnepp) も、VVG 76 条は、原則任意法規であるから、契約当事者は、VVG 76 条 2 文後段の意味にいう著しい相違に関する、“ある一定の%を合意することができる”としている。

<sup>38</sup> Römer/Langheid/Rixecker, VVG, 3. Aufl., 2012 § 76 Rn. 2 (Langheid), Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., 2010 § 76 Rn. 13 (Armbrüster).

<sup>39</sup> ドイツ VVG 78 条 1 項参照。但し、このような規律があっても、ドイツでは、その強行法規性を否定する見解が多数説である（後述）。

そのことから、2 項が規律する共同免責の法理は、利得禁止原則により命じられた結果（公益的当為）ではなく、損害てん補を合意している契約当事者が重複保険関係という特殊状況下に置かれれば有するであろう標準的な効果意思に基づき、損害てん補合意を処理する場合の、その結果（契約意思による必然）そのものであると解すべきであり、それが 2 項の規律の前提に採用されていると考えるべきである。すなわち、保険法 20 条 2 項は、ある保険者（a）以外にも保険者（b）がいるという特殊状況下、保険者（a）の側としては、通常は、偶然にも、自分以外に、被保険者の損害の穴埋めを法的に義務付けられる保険者（b）が出現・登場した場合には、先に（いわば単独で）損害てん補を約束しているとはいえ、その後に出現する保険者（b）と協力して、（いわば共同で）被保険者に生じた損害をてん補することで足りることになると考えており（なお、保険法 20 条 2 項が前提とする共同免責の法理は、他の保険者と協力して被保険者の損害を埋め合わせれば、保険者が単独でしかも全額で負担していたはずの損害てん補義務を履行したもものとして扱うという考え方が基礎に横たわっている）、他方、被保険者の側としても、通常の場合には、すべての保険者からの給付を得る需要もないことから、そのような特殊状況下になれば、保険者が共同して、発生した一つの損害のてん補にあたることで足りるという“損害てん補を合意した契約当事者が特殊状況下で有するであろう標準的な効果意思（損害てん補を合意した当事者のデフォルト意思）”を、共同免責の法理という仕組みのなかで制度化して、それを前提とした求償のルールを用意する規定と解される。

なお、保険法 20 条 2 項は、その規律内容からも明らかなように、上記、契約当事者の標準的な効果意思に沿う共同免責の法理を規律することを主眼としているわけではなく、1 項の全額主義を規定するだけではなお起こりうる、重複保険者間の責任のなすりつけあいを回避する目的において、求償についての規律を用意したことに意義が認められる規定であり<sup>40</sup>、この観点からしても、いわゆる利得禁止原則とは距離のある規定である。

以上のように、私見は、利得禁止原則といった公益上の命令ではなく、損害てん補を合意している契約当事者の標準的な意思を中心として、重複保険にかかる調整の規律（共同免責の法理）を理解していくべきと考える。

ところで、ドイツにおける重複保険に関する議論では、保険契約者が全体で損害の額を超えて請求できないことを規定した VVG78 条 1 文の規律<sup>41</sup>の強行法規性如何に議論があり、一方で、保険者の給付として、

<sup>40</sup> 仮に、(a) 契約でてん補すると合意された損害の内容と (b) 契約でてん補すると合意された損害の内容とが、同一である場合には（1 項では、ある契約でてん補すべき損害について、他の損害保険契約がこれをてん補することとなっている場合という要件が設定されていることに注意されたい）、(a) または (b) のいずれかによる当該損害のてん補が被保険者の損害の消滅を導くことになる。そのため、意図的に「後」の保険者になることで、てん補すべき損害がないという抗弁が可能になるから、保険事故後に重複保険者 (a)(b) 双方がにらみ合って、責任のなすりつけ合いをしようとする危険がある。そこで、支払の前後で負担額がかわることがないという求償の規律をあらかじめ用意しておくことが有益である。

なお、ドイツでは、求償権規定の意義は、重複保険にかかわる保険契約者が、保険事故後に、例えば事故発生時の通知義務違反等、故意にオプリーゲンハイト違反をおかし、特定の保険者との関係で給付免責を意図的に得る行動に出るなどして、債権者（保険契約者）が、特定の保険者をターゲットに、その保険者の重複保険の利益（一部しか支払う必要がなかった）を恣意的に奪う行為を阻止し、重複保険による副次的利益に保険者が平等にあずかれるよう導く機能があるという議論もみられる（Römer / Langheid/Rixecker, VVG, 3. Aufl., 2012 § 78Rn.18 (Langheid)）。

<sup>41</sup> VVG78 条： 一個の利益につき同一の危険に対する保険契約が数人の保険者と締結された場合において、保険金額の合計額が保険価額を超えるとき、または、その他の理由から各保険者が他の保険がないものとして支払うべきてん補額の合計額が総損害額を超えるときは（重複保険）保険者は各自の契約に基づき支払うべき金額について連帯債務者として責任を負う、但し、保険契約者は合計で損害の額を超えて請

【平成 25 年度全国大会】

第 II セッション

レジュメ：土岐 孝宏

発生した損害を超える給付を与えることはできないという限りで強行法規であるとする見解<sup>42</sup>と、他方で、BGH1997 年判決が、強行法としての利得禁止原則を否定している以上、そのような強行法規を理解する根拠はなく、保険約款に特別の合意をすることで、保険契約者が、重複保険の場合に、重複てん補によって、単なる損害を超えるてん補を受領する約定も可能であるとする見解<sup>43</sup>が対立している。後者の理解が有力のようであり、少なくとも、それは、調整の根拠を公益上の理由に求めない点において私見と同じ方向にあるといえるが、もっとも、私見のように、重複保険規整の根拠を当事者意思の効果に求める論法をとることとするか否かは、必ずしも明らかでない<sup>44</sup>。

保険代位規整と契約当事者の意思

a) 残存物代位

保険法 24 条は、保険の目的物が全部滅失する事故（全損事故）に保険給付を行った保険者が、当該保険の目的物の所有権その他の物権を、法律上、当然に取得するという規律を用意している（残存物代位）。

全損保険金を得ながら、残存物の価値もとどめるという事態を回避する制度であるから、ひとまず、本条の定める保険者への当然の権利移転が、利得禁止原則といった強行法命題を根拠にするものであるか否かが問題となりうるが、従来から広く行われているように、残存物代位の趣旨は、強行法としての利得禁

---

求することはできない。各保険者は、その相互間においては、各自の契約に基づいて保険契約者に対し支払うべき金額を基準とする負担部分につき義務を負う。当該保険のうち外国法の適用を受けるものがある場合には、その外国法の適用を受ける保険者は、自己の準拠法上みずからも求償義務を負担するとき限り、他の保険者に対して求償権を行使することができる。以下省略。なお、条文の訳語は、新井 = 金岡・前掲（注 32）282 頁によった。

<sup>42</sup> Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., 2010 § 78 Rn. 27 (Armbrüster), Looschelders/Pohlmann, VVG 2. Aufl., 2011 § 78 Rn. 167 (von Koppenfels-Spies).

<sup>43</sup> Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., Bd. , 2010 § 78 Rn. 166 (Schnepp), Römer/Langheid, VVG, 2. Aufl., 2003 § 59 Rn. 17 (Römer), Römer/Langheid/Rixecker, VVG, 3. Aufl., 2012 § 78 Rn. 29 (Langheid), Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG-Handkommentar, 2009, § 78 Rn. 22 (Brambach) も、保険者の給付として、発生した損害を超える給付を与えることはできないという限りで強行法規であるとする見解は、利得禁止原則が否定された以上、もはや維持できないとする。同様に、Langheid/Wandt, VVG, Bd. , 2010 § 78 Rn. 31 (Halbach) も、利得禁止原則は存在しないので、複数の保険者から全体で実際の損害額以上のものを受けないことにに対して反対することについては、何の懸念もないとしている。また、Winter, a. a. O., S. 106 も、VVG 78 条はいわゆる全額主義をとり、個々の保険者における保険給付を根本的に狭めるものではなく、そのような VVG 78 条は強行法としての規律を含まず、これから逸脱することができるとしている。なお、新 VVG 政府法案理由書も、VVG 78 条 1 文 2 文は、任意規定であり、そのもとで、保険法上の強行法としての利得禁止原則は放棄されていると述べているところである（政府法案理由については、新井 = 金岡・前掲（注 32）283 頁参照）。

<sup>44</sup> Römer/Langheid/Rixecker, VVG, 3. Aufl., 2012 § 78 Rn. 18 (Langheid) は、立法者は、重複てん補の見込みに関連した故意の保険事故招致の危険（主観的危険）を抑制するために保険者てん補を合計で損害の金額に制限しているとして、重複てん補の調整の仕組みの趣旨を理解している。しかし、BGH 判例にしたがって、主観的危険の抑止は、強行法によって実現されるものではなく、保険者の自衛に委ねられる問題であるという認識で、その調整の仕組みの任意法規性を導くようである（同・Rn. 29 参照）。他方、Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., Bd. , 2008 § 1 Rn. 89 (Baumann) は、重複保険の問題に限らず、損害てん補の諸法則全般の理解として、74 条から 87 条の規定から、損害保険の法律上の理想像（模範）< das gesetzliche Leitbild der Schadensversicherung > が明らかにされ、それによって、損害保険における損害てん補義務が明らかにされているとしながら、しかし、この理想像は、通常、契約上の規定（普通保険約款）を通して実効化が必要である、と述べている。すなわち、VVG 78 条の重複保険の規律を含む損害てん補の諸法則は、契約、すなわち、合意によってはじめて契約中に導入されることになる規律と理解しているのであり、重複保険規整の根拠を契約当事者の意思に求める私見と、同様の理解にあると思われる。

## 【平成 25 年度全国大会】

### 第 II セッション

レジュメ：土岐 孝宏

止原則ではなく、損害てん補にかかる技術的要因(技術説)<sup>45</sup>を根拠とする制度であると解すべきである<sup>46</sup>。

すなわち、物に関する損害保険契約(24条の射程は物保険のみである)は、物に生じる損害てん補を目的とする契約であるから、仮に、その物の経済的効用が全滅してもなお残存する別途(変形)の経済的価値がある場合、又は、盗難後の発見のように、その経済的効用が回復する可能性がある場合には、その価値を考慮しながら“被保険者の損害の回復”を実現するよう、給付の調整を図っていくことが、保険契約者・保険者間の“損害てん補”という契約意思に整合的な(標準的)処理となる。したがって、一方で、“損害てん補”を約束した当事者が、他方で、別段の意思を示して残存物代位を排除しない限り(なお、実務上は、代位を排除する特約がなされるのがむしろ通例である<sup>47</sup>)、契約当事者の効果意思として、“損害てん補として”経済的効用の全滅に対する経済的評価額から残存物価値を控除した額の給付を行うという合意が成立しているとの前提に立つことになるが、仮にそのデフォルトの契約意思に従ったてん補損害額の計算(差し引き計算)を(しかも正確に)行おうとすれば、いたずらに時間を浪費し、迅速な保険給付が実行できない。そこで、24条は、一方で、契約当事者が欲した(標準的)内容の損害てん補合意を実現させなければならないという要請と、保険給付を迅速に行わなければならないという要請とを同時に適える便宜的制度、すなわち、時間のかかる正確な控除計算は行わないで、保険者にひとまず全損保険金を支払わせるかわりに、残存物の所有権は当該保険者に移転させるという制度を設けている。これが24条の趣旨であり、いずれにしても強行法としての利得禁止原則が、本条の趣旨にあるわけではない<sup>48</sup>。

#### b)請求権代位

保険法25条は、損害てん補としての保険給付を行った保険者が、保険事故による損害が生じたことで被保険者が取得することになった債権を、法律上当然に取得するという規律を用意している(請求権代位制度)。

請求権代位制度の趣旨については、学説上、様々な理解があり、その見解が華々しく対立しているが<sup>49</sup>、

<sup>45</sup> 商法修正案理由書347頁～348頁、倉澤康一郎『保険契約の法理』155、158頁(慶應通信1975年)。

<sup>46</sup> なお、技術説は、損害てん補の結果を便宜的に利得防止と表現する場合には、確かにその意味における利得防止の趣旨を含む(田辺康平『新版現代保険法』134頁～135頁(文真堂1995年)。しかし、その利得防止説は、強行法としての利得禁止原則を觀念してする利得“禁止”説とは明らかに異質の説である。というのも、当該技術説の論者、田辺博士は、保険代位制度など、損害てん補の質的例外にあっては、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ていたからである(田辺康平「損害保険契約における『てん補原則』の例外について(3・完)福岡6巻3号」)。利得“禁止”説は、そこにいう利得禁止が強行法としての利得禁止原則であるなら、公序規範を基礎にする説ということになるが、上の意味での利得防止の趣旨を含む技術説は、代位制度がもたらす結論にそこまでの規範性を読み込んでいないから、利得“禁止”説と、技術説ないし利得“防止”説とは、正確には異なる考え方とみななければならない。

<sup>47</sup> 損害保険料率算出機構・自動車保険普通保険約款・車両条項第12条3項、同機構・住宅総合保険普通保険約款34条1項、東京海上日動社・船舶保険普通保険約款<平成22年4月1日改正>31条1項。

<sup>48</sup> 商法修正案理由書347頁～348頁参照。強行法としての利得禁止原則ではなく、契約当事者の効果意思の実現をもって残存物代位制度を理解するならば、実務に広く行われている“代位しない旨の合意”の有効性を、矛盾なく説明できよう。代位しない旨の合意がある場合には、残存物があってもその価値を考慮しないで“損害”の額を觀念し、それをてん補するとの合意が当該契約における“損害てん補合意として”成立しているとみればよい。

<sup>49</sup> 従来の学説の整理として、岡田・前掲(注13)19頁以下参照。

【平成 25 年度全国大会】

第 II セッション

レジュメ：土岐 孝宏

その中には、強行法としての利得禁止原則がその趣旨であるとする見解<sup>50</sup>があり、保険法（本条）の立案者も、「請求権代位の制度はいわゆる利得禁止原則を根拠として説明されることが一般的である」との理解に立って、本条を起案したとしている<sup>51</sup>。

もっとも、既に、不真正連帯債務説は、被害者が取得する保険金請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権とのそれぞれの客体たる損害は同一であり、どちらか一方の権利行使により損害がてん補あるいは賠償されればそのことにより損害が縮減し、他方の請求権が減少する関係にあるとして、それゆえ、保険金給付を受けた被害者がその限りで損害賠償請求をなしえないのは、（損害の縮減ゆえであり）決して「利得禁止」の問題ではないとしていたし<sup>52</sup>、また、請求権代位制度は、迅速な保険保護のために被保険者に生じた不確定な損害を保険者が肩代わりする制度である（第三者から得られるであろう賠償金の額が確定し損害額が確定する前段階で肩代わり給付をする制度）と構成する不確定損害肩代わり説も、保険者の権利取得の背後に被保険者の利得を制約する思想があることを認める場面にあつて、利得禁止原則という概念は使用せず、利得防止というその意味としては公益規範と同義でない概念を使用しているように<sup>53</sup>、これまでも、請求権代位制度の趣旨を強行法としての利得禁止原則に求めない見解は唱えられてきたところである。

加えて、近時、請求権代位制度と利得禁止原則との関係についての議論が深化し、その議論を通じて、請求権代位の趣旨・根拠として、強行法としての利得禁止原則を考えることの正当性・説得性に、大きな疑問がもたれるようになっている<sup>54</sup>。

利得禁止原則の存在そのものを認めない私見としても、利得禁止原則から離れて請求権代位制度を理解

<sup>50</sup> 損害てん補の裏返しの理屈としての単なる利得防止ではなく、強行法（公序）としての利得禁止原則を請求権代位の趣旨としている見解として、大森忠夫『続・保険契約の法的構造』101-104 頁（有斐閣 1951 年）がある。

<sup>51</sup> 法制審議会保険法部会・第 4 回会議議事録 14 頁から 15 頁、萩本・前掲（注 3）140 頁参照。そこにいう利得禁止原則を強行法としてのそれと捉えていたかは明らかでない。

<sup>52</sup> 倉澤・前掲（注 45）141 頁。倉澤博士は、請求権代位の根拠は、損害が縮減するというあたりまえの（消極的）効果を出発点にするのではなく、被害者がたまたま保険に加入していたがために加害者が免責されることの不当性（有責第三者の免責阻止）を出発点として理解すべきとされ、当事者間の利益衡量にもとづく衡平の理念が、保険者が求償権を取得する根拠であるとされている（同 141 頁、145 頁）。

Winter, a. a. O., S. 106 も大体同旨であり、保険者への権利移転は、保険法における利得禁止の問題ではなく、全体損害の分配の問題であるとしている。

<sup>53</sup> 前注 46 参照。

<sup>54</sup> 山下・前掲（注 1）549 頁は、利得禁止原則は、賭博禁止やモラル・ハザード抑止のための政策的法原則であるという前提で、「重複取得があることをもって保険が賭博化するとは一般論としていえないであろうし、被保険者の故意の事故招致が問題となる局面とは異なり代位が問題となるのは第三者による事故招致なのであるから、被保険者におけるモラル・ハザードは、一般論として小さいということができるとされ、「損害保険契約においても代位がないとする特約の効力を絶対的に否定しなければならない理由はないということには説得力がある」、また、「代位に関する限りは強行規定の原則である狭義の利得禁止原則を厳格に適用する必要が小さいことは確かである」とされる。

他方、陳亮「保険者の請求権代位と利得禁止」法学研究論集 23 号 35 頁は、請求権代位を認めないと、結果的には同一の損害について被保険者が二重の賠償を受けることになるので保険制度の経済上の機能を超えているのみならず、社会通念上も妥当ではなく、また、主観的危険の増加の可能性も全くないとはいきれないとされ、同「請求権代位の人保険への適用 所得補償保険をめぐる議論を中心として」法学研究論集 25 号 165 頁では、商法 662 条は（物財産保険だけでなく人保険にも）強行規定であり、同条で定められている内容を契約当事者の合意によって変更・修正する余地はなく、第三者に対する被保険者の権利が保険者に移転しない旨の特約の効力は、認められないとされる。



【平成 25 年度全国大会】

第 II セッション

レジュメ：土岐 孝宏

していくという方向性には、もちろん賛成である。具体的に、請求権代位による保険者への権利移転の法理は、利得禁止原則により命じられた結果（公益的当為）ではなく、損害てん補を合意している契約当事者が保険者以外に賠償義務者等が存在するという特殊状況下に置かれれば有するであろう標準的な効果意思に基づき、損害てん補合意を処理する場合の、その結果（契約意思による必然）そのものであると解すべきである<sup>55</sup>。すなわち、保険法 25 条は、保険者以外にも賠償義務者がいるという特殊状況下、保険者の側としては、偶然にも、自分以外に、被保険者の損害の穴埋めを法的に義務付けられる賠償義務者等が出現・登場した場合には、先に（いわば単独で）損害てん補を約束しているとはいえ、その後に出現する賠償義務者と協力して、（いわば共同で）被保険者に生じた損害をてん補することで足りるのではないかと考えており<sup>56</sup>、他方、被保険者の側としても、

通常の場合には、保険者と賠償義務者との双方から給付を得る需要もないことから、そのような特殊状況下になれば、保険者と賠償義務者とが共同して、発生した一つの損害のてん補にあたることで足りるとして<sup>57</sup>、仮に先に保険給付を受けた場合には（25 条が想定している状況である）一つの損害の穴埋めにとって不要となる超過部分の権利を手元に残しておく意図はないという、“損害てん補を合意した契約当事者が当該特殊状況下で有するであろう標準的な効果意思（損害てん補を合意した当事者のデフォルト意思）”を、保険者への権利移転という仕組みのなかで制度化しているものと解する<sup>58</sup>。

そのように、私見は、損害てん補を合意している場合には、（代位を排除する）特別の合意をしなければ、上述の標準的な意思のもと、請求権代位が生じると構成するものである。それは、一方で、損害てん補を合意しながらも、他方で（代位を排除する）特別の合意をすることによって、請求権代位の適用を排除できる可能性を意図的に残している。

当事者の合意によって請求権代位の適用を（とりわけ二重のてん補を受ける可能性を開く形で）排除で

<sup>55</sup> 中出哲「保険代位制度について 機能面から見た制度の本質」九州大学経済学研究 62 巻 1～6 号 499 頁以下では、請求権代位制度は、損害保険における保険給付が損害てん補であるという契約の趣旨に基づくものとされるので、契約上の意思をもとに請求権代位制度を理解する見解である。また、山下・前掲（注 1）549 頁も、「損害保険契約を、損害てん補を目的とする契約とするという当事者の契約意思と論理的な整合性を保つために原則的には代位があることが合理的であるが、代位がないこととする特約の効力を否定すべきでない」とされ、やはり、契約意思を根拠に代位制度を理解され、その意思如何で当該制度の適用の有無を考えられる。

Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., Bd ., 2008 § 1Rn.92u.93 (Baumann)も、法定譲渡（請求権移転）は、利害関係者集団（beteiligten Kreise）における憶測される意思と一致する作用であるとして、保険契約者・保険者の効果意思を根拠に、代位という現象が起こっているものと理解している。

<sup>56</sup> なお、保険法 25 条 1 項が規律している差額説は、保険者が賠償義務者と協力して被保険者の損害全部を埋め合わせることで、保険者において、本来単独で負担していたはずの損害てん補義務を履行したものと扱おうという思想を、色濃く反映した仕組みである。

<sup>57</sup> 有責第三者の賠償は、被保険者の損害を縮減させる。田辺康平『新版保険法』140 頁、倉澤康一郎『保険契約の法理』141 頁。

<sup>58</sup> 本文のように考えることで、利得禁止原則という趣旨だけでなく、有責第三者の免責阻止という趣旨も否定している。これは、標準的な処理が起こる場合の反射効にすぎない。有責第三者の免責阻止を積極的趣旨としないのは、そもそも被害者が損害賠償請求権を放棄することもできる法制において、免責阻止が絶対的に要請されるも価値かどうか、明らかでないためである。この点、私見は、保険者と賠償義務者とが協力して被保険者の損害てん補・賠償にあたり、それぞれのとん補ないし賠償が実施されれば、被保険者のもとにある損害の消滅を導く関係になるとする点で、不真正連帯債務説の考え方を基本とするが、衡平の観点から有責第三者の免責阻止を根拠にするものではない点（権利移転の根拠を契約当事者の純粋な意思に求めている点）で、それと同じ考え方ではない。

【平成 25 年度全国大会】

第 II セッション

レジュメ：土岐 孝宏

きるかは争いがあり得<sup>59</sup>、この点は、利得禁止原則が否定されたドイツでも同様に争われている<sup>60</sup>。

ドイツでは、かつて、わが国と同様、請求権代位規定（旧 VVG67 条、現在の VVG86 条）は、強行的利得禁止原則の現れとされ、その廃止の可能性それ自体が強行法違反として否定されてきたが、強行法としての利得禁止原則を否定した BGH1997 年判決を受けて、強行法としての利得禁止原則が明確に否定されるならば、一貫性を持って、86 条の強行法規性も否定されなければならず、保険契約者 = 被害者は、保険によるてん補に加えて、第三加害者に損害を請求することができる（保険者が、第三加害者に対する請求権の移転と第三加害者に対する求償とを、約款で排除する商品を提供することは、考えうる）という見解が唱えられる一方<sup>61</sup>、二重の権利行使を認めれば、保険契約者にとって、理性的な経済的需要に合致しない事態が生じることを懸念して、保険契約者が保険給付のほかに、第三者に対する損害賠償を要求できることが可能になるという意味での廃止（別段の合意）が許容されるかどうかは、強行法としての利得禁止原則が否定されたとしても、なお議論の余地があるとする慎重な見解<sup>62</sup>、さらにそれを進めて、それはできないとする見解<sup>63</sup>も唱えられている。そのように、ドイツでは、強行法としての利得禁止原則の存在が否定されたことで、代位しないという特約の有効性の議論が、利得禁止原則の問題をはなれて議論される段階に至った。利得禁止原則があるがゆえに二重の請求権取得が認められないという議論ではなく、利得禁止原則とは関係なく、保険契約者の経済需要に合致する、あるいはしないがゆえに、認められ、あるいは認められないかという議論が展開されているのである<sup>64</sup>。そして、実は、強行法としての利得禁止原則の存在がいまだに肯定されているわが国でも、既にその議論が起こっている<sup>65</sup>。その状況は、わが国において、利得禁止原則は、あるとされながらも、既に有名無実化してしまっていることを示している。そのような利得禁止原則という概念とは、早期に決別することが、賢明であろう。

<sup>59</sup> 近時の学説でも、陳・前掲（注 54）25 号 165 頁は、これを否定され、また、岡田豊基「請求権代位に関する規律の現代的意義」損保 73 巻 2 号 81 頁も、被保険者に利得をもたらす形での請求権代位の放棄はできないとされている。また、江頭憲治郎『商取引法〔第 7 版〕』475 頁（弘文堂 2013 年）も、請求権代位は、被保険者が保険金請求権と損害賠償請求権の双方を取得することを禁ずる点については強行法規とされる。

<sup>60</sup> なお、フランス法について、笹本幸祐「保険代位に関する議論の推移と保険法改正」中西先生喜寿・竹瀧 = 木下 = 新井編『保険法改正の論点』170 頁（法律文化社 2009 年）は、フランス保険法典 L.121-12 条は、L.112-2 条によって強行規定性を否定されており、その点からは、少なくとも、フランスでは、損害保険契約において代位がないという特約も理論上は認められることになると指摘される。

<sup>61</sup> Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., Bd. , 2008 § 1Rn.92u.93 (Baumann). この見解は、その別段の合意によって保険契約者の利得が導かれるが、その利得は、それに対応する保険料を支払っていることで正当化されるとし（反対に、請求権代位により保険者が得てきた偶然の利益が、棚からの牡丹餅であるとする）また、そのように請求権代位を規定しない損害保険は、定額保険に接近するが、そのような保険商品が BGB762 条にいう投機取引でもないとしている。なお、この見解は、私見と同様に、VVG86 条の請求権代位規律は、契約、すなわち、合意によってはじめて契約中に導入されるという理解を前提としている。

<sup>62</sup> Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., 2010 § 86Rn.60 (Prölss).

<sup>63</sup> Looschelders/Pohlmann, VVG2. Aufl., 2011 § 86Rn.95 (von Koppenfels-Spies).

<sup>64</sup> なお、代位が生じる根拠を、契約当事者の意思の作用とみて、また、結果的に二重の権利取得を認めている Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., Bd. , 2008 § 1Rn.92u.93 (Baumann) も、請求権移転の作用は、利害関係者集団 (beteiligten Kreise) の理性的・思料のある意思に合致するものとして、その標準的作用に合理性を認めている。Winter, a.a.O., S.106 も、請求権代位規整は、特殊な全体的状況のもとで機能的な要求に合わない保険保護の拡張を阻止する規定であるとするので、代位があるという標準的作用に、基本的な合理性を認めている。

<sup>65</sup> 山下・前掲（注 1）549 頁～550 頁は、「例外的に代位がない特約はそうするだけの合理的な理由がある場合に限定して効力を認めるのが合理的な政策判断であると思われる」とされている。