

中出 哲 提出  
博士学位申請論文審査報告書

# 損害保険における損害てん補の本質

— 海上保険を中心としたイギリス法との比較考察 —

## I 本論文の趣旨と構成

### 1. 本論文の趣旨

本論文は、損害保険の特徴である「損害てん補」を種々の視点から考察して、その本質を解明しようとする損害保険の契約理論の研究である。

わが国の保険事業は、保険業法に基づき実施される免許事業で、その事業免許は、生命保険業免許と損害保険業免許に分けられる（保険業法3条2項）。損害保険業免許における損害保険とは、「一定の偶然の事故によって生ずることのある損害をてん補することを約し、保険料を収受する保険」をいう（同条5項）。すなわち、損害保険会社が引き受ける損害保険は、「損害をてん補すること」を約するものでなければならない。

また、保険法は、保険契約を「損害保険契約」「生命保険契約」「傷害疾病定額保険契約」に分けて適用する規律をそれぞれ示し、損害保険契約を「保険契約のうち、保険者が一定の偶然の事故によって生ずることのある損害をてん補することを約するものをいう」（保険法2条）と定義する。

このように、損害保険の事業運営および保険法の適用にあたり、保険が「損害をてん補する」ものであるかが決定的な要素となっており、「損害をてん補する」とは何かが問題となる。この問いは実務上も重要である。損害てん補の保険でない保険を損害保険会社が販売したり、損害てん補の保険を生命保険会社が販売することは、保険業法違反となる。また、保険法の適用においては、当該保険契約が「損害をてん補するもの」であるか否かによって適用される規律が異なってくる。

戦後の長きにわたり、わが国の損害保険事業は、保険商品の内容についても細かく規制されてきたが、1995年の保険業法の全面的な改正（1996年施行）以降、保険商品の自由化が進んでいる。損害保険の枠組みにおいてどこまでが自由であるかは、商品開発面においても重要なテーマとなっている。

損害保険の本質を探究する研究は、わが国では、伝統的には、海上保険の研究者を中心に保険法研究者によって進められてきた。被保険利益概念を損害保険の本質論の中核に置いたうえで、そこから損害てん補に特有の制度・規律を体系的に整理する理論が構築された。こ

これらの研究は、財物の保険である海上保険を中心として深められた成果であるが、その後重要性が増した責任保険や傷害保険等によって疑問が提示され、被保険利益の概念とその位置付けをめぐる学説は、現在においても定説をみない状況にある。

論文提出者は、こうした学説の状況を踏まえ、被保険利益の研究から損害保険の本質を説明していく伝統的な方式をひとまず離れて、損害てん補という具体的な給付方式の内容を観察して、そこから損害てん補の特徴を捉えるとともに、損害保険契約に求められる被保険利益の意義を考えていく方法をとっている。

損害保険には様々な種類があるが、損害てん補という点で最も典型的な保険は財物に対する保険であり、その中でも海上保険はこれまで研究の蓄積がある。そのため、考察は海上保険を中心に展開される。もっとも海上保険における議論は、損害保険に共通する部分が多く、本論文では、必要に応じて陸上保険についても触れられている。しかしながら、人の傷害や疾病に関する損害保険については、人保険として異なる考慮が必要であるとの理由から、考察の射程範囲から除かれている。

考察の方法としては、以下がとられている。

第1に、実際に利用されている保険約款等をもとに、論点を洗い出し、基礎理論における仮説を導き、仮説が妥当するか、各種制度・規律を検証していく方法である。損害保険は生きた商業制度であり、その本質を考察する上では、実際の運営実務を押さえておく必要がある。本論文では、論文提出者が損害保険の保険金支払いの実務に長く携わるなかで蓄積した経験や問題意識が活用されている。

第2は、外国法との比較である。本研究では、広く示唆を得るために、主としてイギリス法との比較が行われている。本研究で中心対象として扱う海上保険では、ロンドンの保険約款が国際的に利用され、わが国でも、外航の海上保険では、イギリスの法と慣習に準拠する契約が一般的となっていることから、イギリス法を研究して比較対象とすることに実際上の意義が認められる。更に、視野を広げる点から、論文では、ヨーロッパ保険契約法原則（以下、PEICLという。）とその解説が参照されている。PEICLは、イギリスを含むヨーロッパの著名な保険研究者が、EUのあるべき保険契約法のモデルとして作り上げた最新の研究成果である。PEICLとわが国の制度を比較することは、わが国の制度の立ち位置を理解するうえで有益といえる。もっとも、外国の法制度は、わが国とは前提が異なる部分が存在するので、単純に比較・評価することは適当でない。そこで、比較研究から得られた事項を理論上の示唆として整理したうえで、その視点を踏まえつつ、わが国の制度・規律を考察する方法がとられている。

第3に、本研究では、考察から得られた事項を仮説としてまとめ、それが各論においても妥当するかを検証している。序論において問題設定を行い、第I部で損害てん補の一般理論の考察を行い、そこで得られた事項を仮説としてまとめ、第II部では、損害てん補に関する

各種制度を考察して仮説を検証し、終章で全体を総括する構成をとっている。

第4に、本論文における理論的考察が、現行の保険法の解釈論として調和するかを検証している。また、設例等を示して理論が具体的事象に対する解決を与えるかも検証している。

本論文による結論としては、以下を挙げることができる。

第1は、損害保険における損害てん補の本質についての結論である。本論文は、以下の理解が相当であると導く。すなわち、損害保険における損害てん補とは、保険制度上の1つの給付方式（様式）であり、損害保険契約は、損害てん補方式という保険の給付制度の利用を合意している契約として理解し、保険法における損害保険契約に関する規律は、この方式（制度）を利用する契約類型に対して適用される規律を示すものとして位置付けられる。この損害てん補という給付方式は、経済制度・保険制度としての合理性に加え、社会的健全性を内包し、本論文は、この方式を確保するための各種規範を「損害てん補原則」と呼ぶ。すなわち、損害てん補原則は、経済合理性と社会的健全性の両面を織り込んだ制度方式の骨格となる考え方を示すものとして位置付けられる。経済合理性とは、事前に保険料を合理的に算定して支払いを効率的に行うことができる制度であることなどの保険技術と商業制度としての合理性である。一方、社会的健全性とは、損害保険が社会的に健全な制度として運営されるために、損害てん補給付という方式において織り込まれていると理解される要素である。しかし、この社会的健全性は、損害てん補の給付において一般的・客観的に問題ないといえる水準を前提にしたものであるので、個別具体的な経済主体の状況に照らした場合に、そこからの逸脱が直ちに禁止されるべきとまでは導けない。すなわち損害てん補原則は、十分条件として位置付けられる。損害保険における損害てん補に関する各種制度・規律（保険価額、約定保険価額、重複保険、残存物代位、請求権代位などの制度とそれに関する法律規定）は、いずれも上記の損害てん補原則に照らして理解することが相当であるとされる。

第2は、損害てん補と利得禁止の関係である。損害てん補原則は、一般的な水準としての健全性を織り込んだものであるため、保険の種類や被保険者の状況などの個別具体的な状況をもとに、損害てん補原則からの逸脱は認められるものとされる。しかし、際限なく契約当事者に契約自由が認められることは適切でなく、禁止される限界は存在するとされる。保険は、賭博保険の流行の中でそれから峻別するために制度を深化させてきた長い歴史があり、また、モラル・ハザード等の保険の弊害が生じやすい制度である。そのため、本論文では、当事者の契約自由は、民法90条によって契約が無効となるレベルでなくても、保険という制度を利用する以上は、その社会的健全性を確保するために、民法90条より更に厳しいレベルの制限が必要であると主張されている。本論文では、損害保険制度および損害保険契約という法形式を利用する限りは守らなければならない契約自由を制限する限界を導く強行法的な規律を「利得禁止原則」と称している。この禁止原則は、現行の保険法の中にも解釈原則として存在し、その考え方は、18条2項（保険価額を著しく超える約定の無効）などの

規定に現れていると主張される。

利得禁止原則は、損害保険契約と損害保険契約以外の保険契約、各種共済、損害賠償請求権、物権などの各種の制度における権利や給付が併存する場合においても適用されるべき原則として示されている。ただし、この原則は、保険制度における利得禁止原則として、原則が適用される領域は、保険契約が介在する場合として示されている。

以上を保険法の解釈に適用すると、約定保険価額、重複保険、残存物代位、請求権代位は、いずれも利得禁止原則に触れない範囲において（片面的強行規定の適用の問題は別に存在するとして）、契約自由が認められてよいということになる。

第3は、損害てん補と被保険利益の関係である。わが国の保険契約理論は、損害保険の損害てん補を被保険利益から説明し、被保険利益を中核において損害保険契約の全体を体系的に説明する立場を長くとってきた。しかし、論文提出者は、本論文における考察により、保険給付における給付の態様に関する問題と契約の有効性の問題とは切り離して理解することが適切であり、契約の有効性を判断するうえでは、損害が発生する可能性があるかどうか（すなわち、リスクの存在）が問題であり、そこに利益概念の意義が認められるとする。この考え方によれば、損害が発生するためには損害が生じる原因となる利益状況が必要であるが、損害を利益のマイナスとして表裏一体の関係として捉えて、数値化する必要もないということになる。損害てん補は給付の態様として、被保険利益は損害発生的前提として契約の効力要件として位置付ける体系が相当であり、この考え方は、新たに制定された保険法の体系に照らしても整合的と主張されている。被保険利益とてん補する損害とを分離するうえで最も重要となるのは、理論的には、保険価額概念となるが、保険価額について保険法が示した定義は、条文上は損害てん補と被保険利益を切り離す形になっているので、本論文の理論は、保険法条文に整合的であるということが示される。

第4は、損害保険に関する新たな理論体系の構築への示唆である。本論文は、損害てん補の契約自由の範囲とその理由を理論的に示したものである。損害保険契約においては、損害てん補原則に基づく給付方式がデフォルト・ルールとして契約上の合意内容となるが、その損害てん補原則は、個別の契約において具体的に何を損害として認識するかまでも示すものではない。何を損害としててん補するかという具体的な給付内容は、被保険利益概念から演繹的に示されるものではなく、何を損害と認識し、いかなる基準でそれを量的に計測して保険金として支払うかを契約において明確化する方式によって達成されるべき事項として示されている。そして、そのような損害が発生する利益関係が実際に存在するかどうか（すなわち、リスクの存在）によって、その契約の効力が認められるかどうかが決まるとされる。

伝統的学説における理論体系は、中心に被保険利益概念が存在し、それをもとに損害てん補の給付を説明していく体系といえる。すなわち、論理の流れとしては、「被保険利益 → 契約で対象とする被保険利益の明確化 → その利益の経済的評価額（保険価額）の算出

→ (利得禁止原則等による制限) → 保険価額に照らした損害てん補」となる。一方、本論文における理論によれば、契約の有効性と給付の態様規整は切り離してよい問題となるので、契約締結時においては、「てん補対象とする損害とその評価についての契約上の明確化 → 利得禁止原則に基づく制限 → その損害を受ける利益関係が実際に存在するか」を問題とし、事故が生じた場合には、「契約で対象とした損害が発生しているか → 契約で合意しているてん補方式(変則的状況における各種の調整制度を含む)の適用 → 被保険者の状況において利得禁止原則に照らして更なる調整が必要であればその適用」という流れになる。被保険利益は、契約の効力要件としてその意義を認めることになる。

本理論から得られる実務運用面の意義としては、以下が考えられる。

まず、本理論は、現行の保険法の解釈論において、損害てん補に関する各種規律の趣旨が問題となる場合の指針となりうる。例えば、約定保険の契約自由の範囲の認定、重複保険における調整とその特約の有効性、残存物代位や請求権代位に関する調整や特約の有効性などの解釈においては、規律の趣旨が問題となり、規律が対象とする制度に存在する理論をいかに理解すべきかが重要となるので、保険法等の解釈問題等に本論文の理論を生かすことができる。

第2に、本理論は、保険金といった給付ではない、各種サービスなどの位置付けなど、これまで保険契約の研究において解明されていない問題に対しても、考え方の枠組みを提示するものである。損害保険商品には、各種のサービスが付帯されている場合が多いが、それらのサービスと保険給付との関係は必ずしも明確とはなっていない。本論文の理論は、各種サービスの損害保険契約上の扱いを明確するうえで、有益な理論となる。

第3は、新たな保険商品の開発に向けた理論的なフレームワークとなることである。わが国の保険法は、損害てん補と定額給付という給付の態様を基準として、契約類型を分類するが、物・財産についての定額保険は契約類型としては存在しない。したがって、定額給付方式で給付を行う物・財産の保険(商品)が保険契約として認められるか、認められるとすれば保険法および保険業法上いかなる扱いになるかが問題となる。本論文の理論に基づけば、以下の整理となろう。まず、保険制度という枠組みを利用する以上は、民法90条のほかに、保険における利得禁止原則が強行的に適用される。そこで、まず、物・財産の定額保険が利得禁止原則に照らして有効といえるかが問題となる。経済主体に生じる財政的状况に全く関係せずに自由に保険給付額を設定できるという意味での定額保険は、利得禁止原則に触れることは明らかであるので、保険制度として行うことは認められないということになる。しかしながら、経済主体に発生する経済損失の存在が明らかで、給付がそれに対応して充当される性格を有している場合は、利得禁止原則に照らしてみた場合には許容されると考えてよいことになろう。次に、その保険が損害をてん補するものといえるかどうかとなるが、本論文の理論に基づけば、損害てん補の対象たる損害の概念は多様性があり、それをいかに認識し

てん補額を算定するかは契約に委ねてよく、柔軟性があるということになる。実際に生じた損害額を算定して損害てん補する方式ではなくても、損害に対する給付を与える制度であり、かつ、利得禁止原則に触れない運営が確保されていれば、損害保険契約として理解することに問題がないということになる。

以上のとおり、本論文で示した理論は、損害保険の契約理論として、保険法の解釈において基礎的な指針となるとともに、各種の保険商品や制度を生み出していくうえでも、その意義を認めることができるものである。

## 2. 本論文の構成

本論文の構成は、以下のとおりである。

### 序章

1. 問題の所在
2. 考察の射程範囲
3. 研究の方法

### 第I部 損害保険における損害てん補に関する基礎理論

#### 第1章 損害保険における保険給付の態様とそれに関する規律

1. はじめに
2. 損害保険における給付額の算出方式
  - (1) 損害の種類についての限定
  - (2) 損害原因による限定
  - (3) 損害の量的評価
  - (4) てん補額の量的制限
  - (5) てん補額に加算される費用
    - ①損害額算定費用
    - ②損害防止費用
  - (6) 付帯サービス
3. 損害てん補給付にかかる調整制度
  - (1) 一部保険
  - (2) 超過保険
  - (3) 重複保険
  - (4) 残存物代位
  - (5) 請求権代位

4. 損害保険契約の目的
  - (1) 契約の成立と被保険利益
  - (2) 被保険利益と損害てん補の給付方式との関係
5. まとめ

## 第2章 損害保険における損害てん補をめぐる学説の考察

1. はじめに
2. 損害保険における「損害てん補」をめぐる学説
3. 損害てん補の位置付けをめぐる学説の検討
  - (1) 絶対説についての考察
  - (2) 修正絶対説についての考察
  - (3) 相対説についての考察
  - (4) 3つの学説の関係
4. まとめ —論争からの示唆—

## 第3章 損害てん補原則と利得禁止原則

1. はじめに
2. 損害保険にかかわる各種損害てん補原則
  - (1) 損害てん補原則
  - (2) 実損てん補原則
  - (3) 直接損害てん補の原則
  - (4) 3つの原則についての検討
3. ヨーロッパ保険契約法原則における損害てん補原則
  - (1) ヨーロッパ保険契約法原則における位置付け
  - (2) PEICL に対する若干の考察
4. イギリス法における損害てん補原則
  - (1) 辞書等における「損害てん補原則」の理解
  - (2) 法学者による損害てん補原則に対する説明
  - (3) 判例法理
  - (4) イギリス法についての考察
5. 利得禁止原則
  - (1) PEICL とイギリス法からの示唆
  - (2) わが国における利得禁止原則に関する議論
  - (3) 利得禁止原則に対する考察

6. 損害てん補原則と利得禁止原則の調整に向けた仮説

- (1) 損害てん補原則と利得禁止原則の関係
- (2) 仮説の提示

7. まとめ

第4章 直接損害てん補の原則

1. はじめに

2. 直接損害てん補の原則とは何か

- (1) 直接損害てん補の原則の意味
- (2) 本原則と商法規定の関係
- (3) 直接損害・間接損害に係る他の用法
- (4) 直接損害てん補の原則に対する批判
- (5) 小括と問題提起

3. 損害と被保険利益の関係

- (1) 直接損害てん補の原則における被保険利益と損害の関係
- (2) 損害と利益との対応関係
- (3) 類型についての評価

4. 貨物・船舶に対する事故によって生じる損失

- (1) 保険の目的物の損害と経済主体の損失
- (2) 貨物の損害と経済主体の損失
  - ①貨物に損害が生じた場合
  - ②貨物に損害は生じていないが輸送用具等に損害が生じた場合
- (3) 船舶の損害と経済主体の損失
- (4) 小括

5. 海上保険における間接損害の分析

- (1) 損害防止費用
- (2) 共同海損分担額に対する支払責任
- (3) 貨物の継搬費用
- (4) 船舶運航に伴う各種賠償金
- (5) 損害額算定費用

6. 海上保険における損害と利益についての考察

- (1) 間接損害とその利益関係
- (2) 海上保険における損害と利益の関係
- (3) 商法条文等との整合性

(4) 直接損害てん補の原則の意義

7. まとめ

第5章 損害保険における損害と利益の関係についての考察

1. はじめに

2. 損害とは何か

(1) 損害の態様についての問題提起

(2) 損害に関する異なる次元の認識

3. 損害保険における損害の認識

(1) 損害の認識

(2) 損害の認識における特徴

(3) 損害と利益の関係

(4) 利益を通じて損害を説明する利点

4. 損害てん補方式をとる理由の考察

(1) 保険技術面の要請

①保険は金銭によって運営される制度であること

②保険は団体性に立脚した制度であること

③保険は将来に生じる事象についての制度であること

④危険負担に対する対価を算出できる制度であること

(2) 商業制度としての要請

①ニーズの存在

②商業制度としての効率性

(3) 社会的な健全性の確保

5. 損害てん補方式の強行性

(1) 損害てん補方式の変更可否

(2) 利得の意味

(3) 利得禁止の理由

(4) 利得禁止を議論する場合の2つの次元

6. まとめ：損害保険の契約理論に関する仮説

第Ⅱ部 損害てん補給付にかかる各種制度の考察

第6章 保険価額

1. はじめに

2. 保険法における「保険価額」と従来の学説

- (1) 保険法における保険価額
  - (2) 従来の学説と保険法条文に対する問題指摘
  - (3) 保険法の定義の妥当性について
  - (4) 保険法におけるいくつかの価額の概念
3. 外国法からの示唆
- (1) イギリス
  - (2) ドイツ
  - (3) ヨーロッパ保険契約法原則
4. 保険価額概念の意義についての考察
- (1) 保険価額の機能
  - (2) 損害保険理論において保険価額概念が有してきた意義
  - (3) 損害と利益の関係
  - (4) 利得禁止原則との関係
  - (5) 保険法における保険価額の定義の意義
  - (6) 保険法における各種価額の解釈
5. まとめ

## 第7章 約定保険価額

1. はじめに
2. 保険価額の約定と問題設例
  - (1) 保険価額の約定の実務
  - (2) 約定保険価額と保険価額が乖離した事例
    - ①市況・為替の変動による保険価額の下落【事例1】
    - ②時価とは異なる観点から保険価額を約定している場合【事例2】
    - ③安売り業者で安く購入していた事件【事例3】
    - ④主観的な価額と客観的な価額との乖離【事例4】
3. わが国における判例と学説
  - (1) 判例
  - (2) 学説
    - ①改正前商法についての解釈論
    - ②保険法18条2項の立法趣旨
    - ③「著しく過当」の解釈論
    - ④18条2項但書の趣旨と法的性格
  - (3) 小括

4. ヨーロッパ保険契約法原則における約定保険価額
  - (1) ヨーロッパ保険契約法原則における扱い
  - (2) ヨーロッパ各国法の状況
  - (3) 考察
5. イギリス法における約定保険価額
  - (1) 1906年海上保険法の規定
  - (2) 約定保険価額の効力に関するイギリス判例法
  - (3) 各例外事由の内容
    - ① 錯誤
    - ② 詐欺
    - ③ 告知・通知義務違反
    - ④ ワランティ違反
    - ⑤ 賭博禁止
  - (4) イギリス法についての考察
6. 考察
  - (1) PEICL 及びイギリス法との比較から得られる示唆
    - ① 拘束力が否定される事由
    - ② 乖離を問題とする根拠
    - ③ 著しい超過の基準
  - (2) 保険価額の約定の効果
    - ① 一部保険となって比例てん補が適用されることの回避
    - ② 超過保険の回避
    - ③ 保険価額の算定における紛争回避
    - ④ 変動リスクの転嫁
    - ⑤ 物損害以外の損害のてん補
    - ⑥ 担保利益の保全
  - (3) 約定による弊害
    - ① 実際の保険価額より低い価額を協定していた場合
    - ② 約定保険価額が保険価額を上回る場合
  - (4) 約定の合法性
  - (5) 約定保険価額の効果を否定する根拠
  - (6) 著しく超過する場合の考え方
    - ① モラル・ハザード
    - ② 損害保険に対する社会通念

(7) 利得禁止原則との関係

(8) 問題事例に対する所見

- ①市況・為替の変動による保険価額の下落【事例 1】
- ②時価とは異なる観点から保険価額を算定している場合【事例 2】
- ③一般的な調達コストと実際の取得コストの相違【事例 3】
- ④主観的な価額と客観的な価額との乖離【事例 4】

7. まとめ

## 第 8 章 重複保険

1. はじめに

2. 重複保険の態様と事例

(1) 重複保険の態様

- ①同種の保険種目間の重複
- ②異なる保険種目間の重複
- ③重複する損害保険契約間における価額に関する相違
- ④重複保険の扱いに関する契約上の合意内容の相違
- ⑤準拠法が異なる場合

(2) 損害保険類似制度における給付との併存

(3) 設例

- ①価額の約定がない複数の火災保険の重複【事例 1】
- ②責任保険契約の重複【事例 2】
- ③貨物海上保険と倉庫保険の重複【事例 3】

3. わが国の重複保険に関する規律

(1) 改正前商法

- ①重複保険の定義
- ②改正前商法の重複保険の規律の内容
- ③改正前商法における法理論
- ④改正前商法の規律に対する批判
- ⑤実務運営
- ⑥重複保険の規律と保険料の関係

(2) 保険法の規律の概要

- ①保険法における新たな規律
- ②被保険者のてん補損害額に対する権利の確保
- ③対象とする損害保険契約

- ④規律の性質
- ⑤保険料の返還
- ⑥保険者間の求償ルール
- (3) 保険法における規律の意義と理論面の問題提起
  - ①保険法における重複保険規律の立ち位置
  - ②重複保険の定義とその概念
  - ③求償権の本質
  - ④任意規定性
  - ⑤利得禁止原則との関係
- (4) 小括
- 4. イギリス法における重複保険
  - (1) 重複保険に関するイギリス法
  - (2) 重複保険の定義
  - (3) 被保険者の請求権
  - (4) 分担請求権
    - ①法的性格
    - ②分担請求権の発生時期
    - ③分担義務、分担請求権が生じない場合
  - (5) 分担の基準
  - (6) 保険約款上の特約の効果
  - (7) 分担請求の対象契約
  - (8) 分担と代位の相違
  - (9) 保険料の返還
  - (10) 小括
- 5. ヨーロッパ保険契約法原則における重複保険の規律
  - (1) 規定内容
  - (2) PEICL における重複保険の規律についての考察
    - ①重複保険の規律の条文配列上の位置
    - ②保険金額の概念が利用されている点
    - ③保険金請求の限度
    - ④損害防止費用の扱い
    - ⑤分担基準
    - ⑥保険料返戻
- 6. 重複保険の法理についての考察

- (1) 保険法における重複保険の規律の意義
- (2) 損害てん補を超える給付の禁止
- (3) 重複保険規律の趣旨に関する学説とその疑問点
- (4) 重複保険と利得禁止
- (5) 重複保険と契約当事者の意思内容
- (6) 重複保険と保険料の返戻
- (7) 重複保険の法理の趣旨
- (8) 重複保険の法理の任意法規性
- (9) 重複保険とは何か
- (10) 代位との異同
- (11) 事例に対する回答
  - ① 価額の約定がない複数の火災保険の重複【事例 1】
  - ② 責任保険契約の重複【事例 2】
  - ③ 貨物海上保険と倉庫保険の重複【事例 3】

## 7. まとめ

## 第9章 残存物代位

1. はじめに
2. 残存物代位に関する保険法の規律と残存物代位制度の趣旨
  - (1) 条文
  - (2) 要件
  - (3) 保険者の権利取得
  - (4) 残存物代位の趣旨に関する学説
3. イギリス法における残存物代位
  - (1) 制度の呼称
  - (2) 残存利益取得の制度の概要
    - ① 適用領域
    - ② 法律根拠
    - ③ 残存利益取得の制度の特徴
    - ④ 小括
  - (3) 残存利益取得と代位
  - (4) 残存利益取得と委付
    - ① abandonment の言葉の意味
    - ② 保険契約法における abandonment の法理

- ③ abandonment と notice of abandonment の識別
- ④ 解釈全損の法理とその適用領域
- (5) イギリス法における残存利益取得の制度とその示唆
  - ① 残存利益取得の制度の本質
  - ② 日本法との対応関係
  - ③ イギリス法から得られる示唆
- 4. 日本法における残存物代位の考察
  - (1) 利得防止説と技術説の検討
    - ① 全損の事由における保険給付の在り方
    - ② 利得の意味
    - ③ 利得禁止の根拠
    - ④ 利得防止説と技術説の対立点
  - (2) 残存物代位制度の本質に関する論点
- 5. 残存物代位制度の考察
  - (1) 全損の意味と機能
  - (2) 保険法 24 条の意義
  - (3) 残存物代位と委付
  - (4) 全損と権利移転
  - (5) 残存物代位と利得禁止
    - ① 利得の意味
    - ② 利得禁止の根拠
  - (6) 残存物代位制度の本質とその位置付け
- 6. まとめ

## 第 10 章 請求権代位

- 1. はじめに
- 2. 請求権代位に関する保険法の規律
  - (1) 保険法の規律
  - (2) 請求権代位制度と他の制度との異同
  - (3) 請求権代位に関する約款規定
    - ① 海上保険契約の普通保険約款における条項例
    - ② 代位権不行使特約及び損害賠償請求権放棄承認条項
  - (4) 請求権代位に関する論点
    - ① 代位権の範囲に関する問題

- ②保険者による代位権の放棄
- 3. 請求権代位の趣旨
  - (1) 保険法制定前の伝統的議論
  - (2) 近時の議論
- 4. ヨーロッパ保険契約法原則における請求権代位
  - (1) 条文の内容
  - (2) PEICL に対する考察
    - ①代位権の趣旨
    - ②被保険者の権利と保険者の権利の関係
- 5. イギリス法における請求権代位の概念と法律根拠
  - (1) イギリス法における請求権代位の概念
    - ① subrogation の語義
    - ②判例法における subrogation の概念
      - (a) 保険における subrogation の定義
      - (b) 不当利得の法からみた保険における subrogation の概念
      - (c) 判例法における subrogation の概念についての考察
    - ③制定法における subrogation の概念
    - ④イギリス法における保険代位の概念
    - ⑤日本法における概念との対応関係
  - (2) イギリス法における請求権代位の根拠
    - ①意義
    - ② subrogation の根拠をめぐる学説の展開
      - (a) 契約上の黙示条項説の展開
      - (b) *Napier and Ettrick* 事件の上院判決とその意義
  - (3) 請求権代位の対象：対応原則と利息の扱い
    - ①対応原則
    - ②利息の扱い
  - (4) イギリス法からの示唆
    - ① subrogation の概念
    - ②権利自体が移転しないことが特徴である点
    - ③ doctrine of subrogation の本質
    - ④代位の法源
    - ⑤保険者の権利としての代位
    - ⑥代位と利得禁止

⑦第三者の免責阻止

⑧代位権の対象

6. 請求権代位の趣旨に関する考察

(1) 利得の意味

(2) 不当性についての疑問

(3) 加害者の免責阻止

(4) 請求権代位制度の本質

①運営面から見た請求権代位制度の本質

②保険者が権利を取得する根拠

③請求権代位の強行法規性

④請求権代位制度が支持されてきた理由

⑤請求権代位の本質に関する小括

(5) 重複保険との異同

(6) 対応原則の本質

(7) 遅延利息の扱い

7. まとめ

第11章 損害保険における付帯サービス

1. はじめに

2. 保険商品における各種サービスの態様

(1) 現在提供されている各種サービスの例

①自動車保険の例

②住宅総合保険の例

③海外旅行保険

(2) 海外における例

①企業分野の各種サービスの例

②個人分野の例

(3) 損害保険の歴史からみたサービスの提供の例

①ロンドンの保険会社による消火活動

②ガラス保険

③ボイラー保険

④海上保険における各種保証

⑤賠償責任保険における示談代行

⑥ロイズにおける情報提供サービス

3. 損害保険におけるサービスの類型
  - (1) サービスの発動要件をもとにした分類
  - (2) サービスと保険金との関係
  - (3) サービスの実施主体
  - (4) サービスの利用料
4. サービスと損害保険の保険給付との関係
  - (1) サービスとは何か
  - (2) 保険商品とは何か
  - (3) 保険商品とサービスの関係
  - (4) 保険給付としての要件の確認
5. 損害保険における損害てん補とは何か
  - (1) 偶然の事故
  - (2) 損害のてん補
  - (3) 現物給付とは何か
6. サービスと保険における利得禁止原則
7. まとめ
  - (1) 考察から得られる結論
  - (2) 各種サービスの意義と課題

## 終章

1. 本論文から導かれる結論
  - (1) 損害保険における損害てん補の本質
  - (2) 損害てん補と利得禁止の関係
  - (3) 損害てん補と被保険利益の関係
  - (4) 損害保険に関する契約理論
  - (5) 実務運用面における意義
2. 残余の研究課題

## 参考文献

## Ⅱ 本論文の概要

本論文は、序章、第Ⅰ部、第Ⅱ部及び終章から構成される。それぞれにおける内容は、以下のとおりである。

## 序章

序章は、問題の所在、考察の射程範囲、分析の方法、本論文の構造からなる。

損害保険の特徴は、損害てん補という給付方式をとることにあり、それが事業認可上の損害保険の要件であり、保険法における損害保険契約の要件となる。保険の自由化が進むなかで、損害保険とは何かという問いは、きわめて今日的テーマとなっている。

損害保険は多岐にわたるが、傷害や疾病などの損害保険は、人の保険としての考察も必要であるため、本論文は、考察の対象を、海上保険を中心とする物・財産の保険としている。わが国の損害保険本質論の研究は海上保険を対象として深化してきた歴史があることから、海上保険を中心として損害保険の理論を考察することに合理性がある。

また、序論では研究の方法として、約款例や実例を材料とすること、イギリス法及びPEICLとの比較考察を行うこと、理論を仮説として整理して各論において検証すること、理論が保険法条文と整合するかの検証を行うことが示される。

## 第I部 損害保険における損害てん補に関する基礎理論

第I部は、一般理論の考察と仮説の提示に当たる部分で、全5章から構成される。

第1章では、損害保険契約における保険給付の額がいかん算定されるかを示すことによって、損害てん補という給付制度の内容とその規律が明らかにされる。

損害てん補としての給付額は、損害の種類限定、損害原因限定、損害の量的評価、てん補の量的制限を経たもので、損害てん補方式といえる給付である。この給付方式を確保するためには、変則的な場合においても一定の調整が必要となる。調整の制度としては、一部保険、超過保険、重複保険、残存物代位、請求権代位が存在する。これらはいずれも損害保険に特有の制度であるが、そのうち、一部保険と超過保険は、損害てん補の給付方式を本質とする制度とはいえないとの考え方が示される。また、損害てん補がなされるのは契約が有効である場合に限られることから、損害保険契約の効力要件として被保険利益の問題が存在することが示される。

本章では、損害保険契約における損害てん補という給付の方式と変則的な事態においてもそれを確保する制度の全体をもって「損害てん補」という保険制度上の給付方式として理解すべきこと、および損害てん補は被保険利益を前提とすることが示され、本論文で損害てん補という給付制度を指す場合の具体的な射程範囲が明らかにされる。

第2章は、重要な先行研究として、損害保険の本質についてわが国で過去に展開された論争を分析して論争の今日的意義を考察するものである。わが国では、損害保険契約における損害てん補の本質と被保険利益の位置付けをめぐる、絶対説、相対説、修正絶対説の立場が表明され、それぞれの立場から各種制度が説明されていた。本章では、これらの学説を分析し、それぞれの学説は必ずしも視座を同じとする学説とはいえず、それぞれが制度の本質

に対する分析として有用であることが示される。分析の結果、損害保険の損害てん補における損害とは何かを抽象的に定義することは難しく、またそれを厳密に定義付ける必要があるとは考えにくいこと、利益概念を用いて契約の成立から損害てん補の量的規律までを体系化して説明することには無理があること、公序といった外的規範が損害てん補に関係しているとしてもそのことだけで損害てん補の具体的給付方を説明することはできないことが示される。過去の学説の分析から得られた示唆は、第5章における仮説の構築において重要な骨格になる。

第3章は、わが国の保険学・保険法学に繰り返し登場する損害保険の基本原則を取り上げてその本質を考察するものである。重要な原則としては、損害てん補原則、実損てん補原則、直接損害てん補の原則、利得禁止原則について、それぞれの内容が考察される。続いて、外国における状況を知るうえで、PEICLとイギリス法が分析される。その結果、わが国で定着している保険における利得禁止原則が、イギリス法には存在せず、PEICLでも対応する原則は示されていないことなどが示され、それらを示唆として、わが国では、損害てん補原則と利得禁止原則との間で概念の重複が生じていて両者を再構成する必要があることが示される。そして、損害てん補という給付の態様を規整する原則を「損害てん補原則」として、これを任意性のある原則として、一方、公序の観点から強行法的に適用されるべき禁止原則を「利得禁止原則」と称して、2つの原則を調和的に再整理する方向性が示される。

第4章は、海上保険分野で伝統的に利用されている「直接損害てん補の原則」に関する考察である。この原則の本質は、損害てん補という給付の態様に関する規範ではなく、被保険利益と損害てん補の関係を示すところにある。この原則は、被保険利益からてん補する損害の種類を導くところに意義が認められ、商法816条（保険者の損害てん補責任）の規律を合理的に適用する上で有用性が認められるが、間接損害の位置付けをめぐる論争があったものである。本章では、損害と被保険利益の関係を詳細に分析して、両者の関係についていくつかの類型を示し、それを船舶保険、貨物保険の実例を当てはめて、直接損害てん補の原則が理論として妥当といえるかが考察される。考察の結果、てん補する損害の種類毎に種類の異なる利益が別々に存在すると認識することは相当ではなく、被保険利益を損害の種類に対応して認識する方法は、損害を裏返した観念的な方式であり、問題は、いかなる種類の損害をてん補の対象として契約で合意するかにあり、被保険利益の意義は、そのような損害が生じるリスクが存在しているか、そのリスクの根拠となる具体的な利益関係が存在しているかを問う上での根拠となることに見出されるとの考え方が示される。そのうえで、損害保険契約の前提として求められるべき利益の存在の問題（強行法の問題）と、てん補の対象とする損害の種類の問題（任意法の問題）とは、必ずしも連動するものではなく、両者を切り離して理解することが適当であるという仮説が導かれる。加えて、従来、利益と損害とを結び付けるうえで重要な機能を有していた制度として保険価額という概念があり、保険価額とは

何かについて改めて考察することが必要であることが示される。

第5章は、第1章から第4章の考察をもとに、損害保険における損害てん補の本質を考察して、本論文の理論を仮説として提示する章である。本章では、まず損害とは何かについての問題意識が示され、その認識には複数の方式があること、損害保険における損害の認識に一定の特徴があること、及び損害保険における損害と利益の関係が示される。続いて、こうした損害てん補方式をとる理由が考察され、その理由として、保険制度の技術面と利得の制度ではないことを確保することが挙げられるとして、利得禁止との関係が明らかにされる。考察から得られた事項は、損害保険の契約理論における仮説として提示されている。

本章で提示される契約理論のポイントとしては、(i) 損害てん補における損害とはリスクを生むところの利益関係の存在を前提とするが、損害の種類毎に異なる種類の利益が実際に存在するとみる必要はなく、契約の前提としての被保険利益の問題（強行法的问题）と損害てん補の態様規整（当事者の合意による問題）を切り離すことが適当であること、(ii) 損害てん補という給付方式は保険技術面と社会的健全性に基づく保険制度としての方式であり、そこには社会的健全性が織り込まれているが、そこからの逸脱が認められない限界を示しているものではなく、この方式には契約自由が認められること、(iii) 一方、当事者が合意したとしても、保険制度を利用する場合に超えてはならない限界が存在し、その限界を規定する原則を利得禁止原則として理解し、禁止されるべき利得の問題は、保険給付の態様に直接連動する問題ではなく、給付によって被保険者に生じる財政状況に基づいて判断されるべき問題として位置付けるべきであること、(iv) 利得禁止原則は、民法90条により契約無効となるレベルでなくとも、保険という制度を利用する以上は適用されるべきもので、この限界は、保険制度の規律である保険法に存在すると考えることが相当であることなどが提示される。

## 第Ⅱ部 損害てん補給付にかかる各種制度の考察

第Ⅱ部は、損害てん補に関する各種制度の考察で各論にあたる。ここでは、損害保険契約に特有の各種制度と規律が考察され、第Ⅰ部で示した仮説が適合するかが検証される。

第6章は、保険契約理論における重要な法的概念である保険価額の考察である。わが国では、伝統的に、被保険利益を中核において損害保険の契約理論を体系化して、契約の有効性の問題（被保険利益の存在の問題）から損害てん補の各論まで説明する方法が採られてきたが、両者を結びつけるうえでは、保険価額の概念が重要な機能を果たしていた。学説上、保険価額は「被保険利益の評価額」として理解され、それによって被保険利益は、量的概念に変換されて給付の量的規整まで支配する概念となった。

第Ⅰ部では、利益の存在の問題と保険給付の態様規整を分離して理解する理論体系が相当であるとの仮説が提示されているが、本章は、この仮説が、保険法における保険価額の概念

から見ても相当であることを立証するものである。保険法は、保険価額について、伝統的定義を踏襲せずに「保険の目的物の価額」と定義した。この定義には批判があり、問題点も存在するが、この定義の結果、契約の前提となる強行法的な利益の存在に関する規律と一定の柔軟性があるよい給付様式の規律を切り離すことが条文上も可能となった。このような被保険利益と損害てん補の態様規整の分離は、イギリス法、ドイツ法及び PEICL の体系とも整合的である。本章は、本論文で仮説として提示した契約理論の体系が保険法の条文の解釈としても整合的であることを立証するものである。

第7章は、約定保険価額の考察である。保険法において、損害保険における損害てん補は時価が基準となるが、当事者が保険価額を約定した場合には約定した価額が基準となる。ただし、約定保険価額が保険価額を著しく超えるときは、てん補損害額は保険価額によって算定される。すなわち、保険法においては損害てん補の基準が法定されていて、それと異なる合意が認められるものの、著しく超過する場合には認められない。てん補の基準の設定をどこまでも自由とすれば、定額給付に近くなる。保険法は著しく超える場合に約定の効果は認めないが、その限界はいかに理解されるか。この問題は、実務上も問題となるが、損害てん補の限界に関する問題で、理論上も重要である。本章は、保険価額の約定に関する実務を確認して問題となる具体的事例を示し、わが国の判例と学説を押さえたうえで、PEICL とイギリス法における扱いを整理し、そこからの示唆を得て、保険価額の約定の効果と弊害を分析し、約定の効果を否定する根拠を考察して著しく超過する場合の基準も示す。約定保険価額の拘束力に関する考察から、時価基準の任意性ととともに、禁止される限界が存在していることが、保険法の条文からも示されること、すなわち、損害てん補原則と利得禁止原則の2つの原則から損害てん補を説明する本論文の仮説は、保険法の条文に整合的であることが示される。

第8章は、重複保険の考察である。重複保険の場合、契約者は各契約の保険料を全部支払っているにもかかわらず、なぜ保険給付額が調整されるか、また、いかなる状態を重複とみるか。重複保険の法理論は、伝統的には利得禁止から説明されてきた。本章は、最初に重複保険に関する多様な事象を示したうえで、わが国の改正前商法とそれを改正した保険法の規律を分析する。そのうえで、保険法で設けられた新たな規律の問題点等を明らかにして論点を明確化する。続いて、イギリス法及び PEICL における扱いを示して、それらとの比較によって、なぜ損害てん補を超える給付が禁止されるか、利得禁止、当事者の意思内容、保険料の返還などの点を踏まえた考察がなされる。考察の結果、わが国の保険法は、重複保険を被保険利益の問題から切り離して単純に給付の重複の問題と整理していること、保険法の重複保険の法理は、他に保険契約が存在しても契約の有効性には影響を与えることなく請求ができることを可能とし、余分に支払った保険者に他の保険者に対する求償権を与えるが、イギリス法や PEICL で示されている損害てん補を超える給付を受け取ることができないことがわ

が国の保険法の重複保険の条文には織り込まれていないことが示される。損害てん補を超える給付の禁止は、損害てん補の基準（保険法18条）から導くことになり、その結果、利得禁止原則に抵触しない限りは、重複保険の規律は任意法として位置付けられることを導く。重複保険の規律も損害てん補原則と利得禁止原則から説明することができ、本論文で示した理論は保険法条文に整合することが示される。

第9章は、残存物代位の考察である。残存物代位は、全損金の支払いによって保険者が保険の目的物の所有権などの物権に当然に代位するもので、損害てん補としての保険給付が物の物権を被保険者から保険者に法律効果として移転させるところに特徴がある。本章では、最初に残存物代位に関するわが国の保険法の規律と保険約款における扱いを確認して、この制度の趣旨を巡っては、利得防止説と技術説の対立があり、その理論が妥当であるか問題が提起される。そのうえで、比較の対象として、イギリス法における扱い（PEICLには該当する規定はない。）を確認して、日本法と同じ次元の制度はなく、物権の移転は保険給付の効果としてではなく、保険者の選択によって生じることが示される。イギリス法を示唆として、わが国の制度を考察し、この制度は、全損処理という給付形態を示すとともに、被保険者の目的物に対する利益関係を終了させるところに意味があるが、物権自体の移転は当事者の意思に任せてよい問題であることが示される。本章の考察により、残存物代位制度は、損害てん補方式という給付の態様を規律する制度であるので損害てん補原則に従うものであるが、この制度もまた利得禁止原則の範囲において任意性が認められることが明らかにされる。また、本章では、海上保険における委付制度と残存物代位との異同も考察して、商法の委付に関する規定は、全損と同じ処理を行う事由をデフォルト・ルールとして示したことに意義が認められるが、物権の移転を被保険者の単独行為として生じさせる点に問題があり、その点は理論的にも妥当とはいえないことが示される。

第10章は、請求権代位の考察である。保険事故によって被保険者は保険金請求権を取得するとともに第三者に対して債権を取得する場合がある。その場合に、その両方から給付を得れば損害を超えるてん補を受けることになる。保険金請求権とその他の債権を調整する制度が請求権代位である。この制度もまた損害てん補という給付を調整するもので、複数の債権間において保険給付を行った保険者は被保険者が有する債権に法律上当然に代位するところに、制度の特徴がある。

本章では、最初に、請求権代位に関する保険法の規律と約款例、制度の趣旨に関する学説を確認して、この制度も、損害てん補という保険給付と利得禁止をいかに考えるかが論点となることが示される。また、代位の対象の問題について、対応原則を取り上げたくうえで、例として遅延損害金の扱いの問題が示される。続いて、請求権代位の趣旨を考察する上で、比較の対象として、PEICLを確認したうえで、イギリス法における代位の概念、法律根拠を詳細に分析し、加えて遅延損害金（遅延利息）の扱いについても確認することで、イギリス

法における代位の考え方を示す。以上の方法によって、イギリスでは請求権代位を損害てん補原則から説明する理論が採られていることを確認する。これらを材料として、わが国の請求権代位の趣旨を考察し、この制度の本質は損害てん補方式の給付の態様を確保するものであり、利得禁止原則に触れない限りにおいて任意性のある原則と理解することが適当であることが示される。また、対応原則も損害てん補原則に沿った解釈原則であることを明らかにされる。更に、重複保険との比較考察も行い、重複保険と請求権代位は、いずれも保険金請求権と他の債権が重複した場合の制度として共通し、変則的な状況において損害てん補方式を確保するための方式であり、重複保険では、同種の債権の重複において分担調整のための求償権が認められ、請求権代位の場合は異なる制度における債権との重複であるので、他の制度における債務に影響を与えることなく（すなわち、債務の減免等の変動が生じることなく）損害てん補方式を確保するところに違いがあることが示される。そして、両者を、ともに損害てん補原則を確保するための制度として整合的に理解することが適切であることが示される。以上の考察から、損害てん補原則と利得禁止原則に関する仮説が妥当であることが示される。

第11章は、損害保険における付帯サービスに関する考察である。損害保険の商品には、各種のサービスが付帯されている場合が多い。付帯サービスについては法律にも規定がなく、保険給付との関係についても明確になっていない。PEICL やイギリスの保険法の文献でも、この問題は特に明らかにはなっていない。本章では、損害保険において提供される各種サービスについて、損害保険の損害てん補の本質の理論を利用して、その位置付けを明らかにするものである。本章では、最初に、各種サービスの事例が紹介されて、発動要件、保険金との関係、実施主体、利用料の切り口から分類がなされる。続いて、サービスと損害保険の保険給付の関係を明らかにするために、サービスの本質、保険給付とサービスの関係、現物給付の本質等について、損害てん補とは何かという点から考察が加えられる。考察においては、損害てん補原則と利得禁止原則を利用して、各種のサービスを、(i) 損害てん補原則が適用される損害保険給付の対象と認められるサービス、(ii) 利得禁止原則の範囲内で保険給付の対象と認められるサービス、(iii) 保険給付とは別の制度におけるサービス、に分けて規律を適用させていく方向性や留意すべき事項が示される。本章は、本論文における損害保険の契約理論が、新たな問題を解明していくうえでも有益であることを示すものである。

## 終章

終章は、本論文によって明らかになったことと残された課題を示すものである。本論文では、損害保険における損害てん補という本質論について、過去の論争、現在の学説、実務などを踏まえて理論を考察し、そこから導かれることが仮説として示された。また、PEICL

を利用してヨーロッパにおける研究の方向を確認したうえで、イギリス法を詳細に比較研究して考察すべき論点を明確化して考察が加えられた。考察の結果、損害保険の損害てん補は、保険制度としての給付の態様であり、保険制度としての経済合理性と利得を排除する社会健全性にに基づいていることが明らかになった。しかし、この方式は、利得禁止という限界線を示すものではなく、利得禁止原則の範囲内で任意性がある方式であることが示された。また、損害てん補の法理論は、有効な契約の前提となる被保険利益の存在の問題とは切り離して理解することが適切であることも示された。この考え方は、伝統的な損害保険の契約理論とは異なるが、イギリス法や PEICL とも調和し、かつ、保険法の条文とも整合的であることが示された。この考え方は、損害保険の各種制度を合理的説明できることに加え、付帯サービスといった新たな事象の解明にも有益であり、保険商品の枠組みや骨格として有効な理論としていえることが示された。

しかしながら、残された課題として、以下の点が終章で示されている。

まず、本研究では、損害てん補という給付の方式から理論を構築して、そこから被保険利益の意義を示しているが、被保険利益とは何かという問題に対する回答は直接的には示していない。本論文の結論からは、被保険利益は、てん補対象とする損害が発生するかどうかのリスク状況が存在するか、その根拠となる利益関係を指すものとして、その利益関係がなければ、損害発生リスクが存在しないことから、契約は原始的に無効となるという考え方が導かれる。しかしながら、被保険利益の意義については、更に研究すべき課題として示されている。

第2に、本論文で示した理論は、基本的には、種類を問わずに損害保険契約に共通してあてはまるものと考えられるが、生命、傷害、疾病などの人に関する損害保険については別の考察が必要である。損害てん補原則の適用のある損害保険契約という外形をとりながらも、その経済的実質は、人の保険として、定額給付の保険と変わらないと考えられる場合があるためである。人の分野については、本論文の理論を利用しつつも、別な視点からの考察も必要であり、この点も今後の課題として提示されている。

第3に、本論文で導かれる考え方によれば、損害てん補における損害概念は柔軟性があってよく、その限界が利得禁止原則ということになる。損害概念を柔軟化させていけば、損害とは経済的な必要という範囲に向けて広がっていくが、その結果、損害保険と定額保険の境界はあいまいになっていく。一方、本論文では、利得禁止原則は、社会的な禁止原則であり、禁止を正当化するためには、被保険者の財政状況を基礎として、その実態を根拠とすべきとされている。その結果、利得禁止原則の発動は具体的事実関係によって判断されるべきこととなる。これらの結論をもとにすれば、物・財産の保険においても、利得禁止原則に抵触しない範囲においては、定額給付方式を採用することに理論的に問題はないということになるし、逆に、定額給付方式の人の保険についても利得禁止原則に触れる状況は存在し得るとい

うことになる。生命保険契約について利得禁止原則は存在するか、その場合には、いかなる状態を禁止の対象とするかは、更に検討を深める必要がある。同じことは、保険デリバティブにおいても問題となりえる。この点も、課題として示されている。

### Ⅲ 審査結果の要旨

本論文の審査結果は、以下のとおりである。

#### 1. 本論文の長所

本論文には、以下の長所が認められる。

(1) 本論文は、損害保険の本質を探究する高度な理論研究として評価できる。論文提出者は、「損害てん補とは何か」というテーマに真正面から取り組み、損害保険の契約理論の本質的な問題について、実務やイギリス法などをもとに考察を深め、わが国の伝統的な考え方の問題点を明らかにし、新たな理論を提示するもので、本論文はオリジナリティーの高い理論研究として高く評価できる。損害保険契約に関する法理論は、従来、被保険利益を中心に、そこから損害てん補を説明するアプローチがとられ、その方法論上で各種学説が展開されていた。本論文は、そのようなアプローチとはらずに、損害てん補の態様を具体的に観察することによって、損害てん補の本質の解明を試みている。こうした方式により、被保険利益の本質についても、伝統的な考え方に疑問があることを明らかにしている。また、従来の理論研究は、主としてドイツなどの大陸法における学説を参照して展開する方式が多かったが、本論文は、イギリス法という体系が異なる法を利用しながら、わが国の理論の特徴や限界を明らかにして理論を考察する手法においても、独自性が高い。

(2) 第2の長所として、本論文の論理構造が明確である点を挙げるができる。序論で問題提起をしたうえで、第I部では、損害保険の契約理論を種々の観点から考察し、そこから導かれることを一般理論における仮説としてまとめ、そのうえで、第II部において損害てん補を実現するための各種の制度（各論）を分析して仮説の妥当性を検証している。本論文は、長大な論文であるが、全体の論理構造は明確である。また、各章における構成も、それぞれ論理的に明快であり、保険法等の規律、実務などを示したうえで、それらの解釈上の論点や実際に生じている問題点を明確化し、ヨーロッパ保険契約法原則（PEICL）やイギリス法から示唆を得て、保険法の規律や契約理論を考察する流れとなっている。精緻な議論を展開しつつ、論理的に明快な構造がとられていることから、説得力の高い論文となっている。

(3) 長所の第3は、理論と実務のバランスの良さである。一般に、本質論についての考察は、理論のための議論となって現実の実務から遊離する危険性を伴うが、本論文は、実務の状況や現実に生じている事象を出発点として、その中から論点を抽出し、取引の現実を十分に踏

また理論の構築を図っている。実務から問題意識を醸成して理論を考察していく手法は、特に、第4章と第5章の一般理論の構築において顕著であるが、各論においても常に意識されている。豊富な実例等の裏付けによって、理論を説得力のあるものとしている。この点は、論文提出者が損害保険の保険金支払実務に長く携わっていたことから、その経験も生かした部分といえる。

(4) 長所の第4は、イギリス法に対する研究の深さである。本論文は、理論の考察のために、比較の対象としてイギリス法を詳細に考察している。グローバルな貿易取引や金融取引等においては、イギリスの法律や取引実務が重要な影響力を有しているが、特に、海上保険などの国際的な損害保険については、イギリス法が世界標準となっており、グローバル・スタンダードとの比較考察から示唆を得ることは重要である。本論文では、多くのイギリスの文献や判例等に当たって詳細かつ深い研究がなされているが、これは、論文提出者の長年のイギリス法研究によって蓄積された知見を反映したものと見える。本論文は、イギリス保険法の研究としても優れた研究として評価できる。

## 2. 本論文の短所

(1) 本論文は、損害てん補という給付の本質を考察することによって損害保険の本質に切り込んでいる。分析は被保険利益の本質にまで迫り、被保険利益を損害発生的前提として理解する新たな理論体系の方向性も示している。この利益概念は、伝統的な学説とは異なるものであるだけに、この概念については、諸外国の理論の比較研究を含めて、更に研究が必要である。特に、わが国の保険法は、損害保険契約は、金銭に見積もることができる利益に限り、その目的とすることができると規定し、利益に契約の目的としての地位を与えている。そのため、契約の目的たる利益を損害発生的前提として位置付けることが適切といえるかなど、更に研究が必要である。

(2) 本論文は、損害てん補を保険制度における給付方式として位置付け、その契約自由の限界を示す原則として「利得禁止原則」を挙げている。しかしながら、本論文では、この利得禁止原則を損害保険に固有の原則として位置付けているのか、生命保険にも共通して保険契約に適用される原則として捉えているのか、その射程範囲が明確には示されていない。本論文は、人の損害保険のほか、生命保険の領域も考察の対象外としているために、利得禁止原則の本質をいかに捉えているかがわかりにくい面がある。この関係で更に付言すれば、利得禁止原則が契約自由の原則の限界を画する、すなわち、契約条項の無効等の法的効果を生じさせるとする点について、民法90条の公序則・民法1条2項の信義則との関係の整理を含めてその実定法上の根拠につき更なる検討が必要であろう。

(3) 本論文では、イギリス法について詳細に考察しているが、イギリス法に関する説明の深さについては、各論となる規律・制度によってややばらつきがある。残存物代位や請求権

代位の考察においては、イギリスの判例法における裁判官の判決文まで遡る詳細な検討が加えられているが、約定保険価額や重複保険などの考察においては、そこまでの詳細は示されていない。事項の重要性に連動している面はあるが、その点は、ややばらつき感を与える。また、イギリス法の精緻な説明によって議論が複雑化し、論文の本筋の理解を難しくさせている面があるといえなくもない。

### 3. 結論

本論文には、以上のような短所も見受けられるが、本論文の長所と比較するとき、決して本論文の優秀性を損なうものではない。いずれの短所も、今後の更なる研究の課題といえるものである。本論文は、損害保険における損害てん補の本質を種々の観点から考察して新たな契約理論を打ち立てようとする独自性の高い論文であり、損害保険の理論研究における重要な研究として高く評価されるものである。

論文提出者・中出 哲は、1981年に一橋大学商学部を卒業後、東京海上火災保険株式会社（現東京海上日動火災保険株式会社）に入社して28年間勤務し、海上保険の損害サービス部門、法務部門、東京海上ホールディングスの法務部、同経営企画部で、保険の実務や法務に携わった。その間、ロンドン大学L.S.E. (London School of Economics and Political Science) に留学して法学修士(LL.M)、ケンブリッジ大学大学院に留学して法律学研究ディプロマ(Diploma in Legal Studies)を取得している。また、九州大学経済学部にて2年間出向して、同大学の客員准教授として、保険学講座を担当している。2004年から2009年までは、勤務の傍ら、明治学院大学法科大学院で保険法の非常勤講師を務めている。さらに、2009年から早稲田大学商学大学院准教授、2013年から同教授として、保険論、海上保険論等の科目を担当し、早稲田大学に着任後、本論文提出までの5年半の期間に、論文14本、共著書(分担を含む)10冊以上、9回の学会発表など、精力的な研究活動を行っている。その専門的貢献に対して、2012年には、山縣勝見賞(著作賞)、住田正一海事技術奨励賞を受賞(いずれも共同受賞)している。また、同氏は、世界保険法学会(AIDA)海上保険部会の副会長として国際的にも活躍している。さらに、保険の専門家としての社会活動も精力的に進め、水産庁の漁船保険・漁業共済事業に関する検討会委員、損害保険事業総合研究所の研修講師や東京商工会議所のビジネス実務法務検定1級の試験委員などを歴任している。同氏は、海上保険やイギリス保険法の専門家として、わが国を代表して国際的にも活躍し、また、保険実務にも精通している稀有な研究者であり、今後、更なる活躍が期待される。

以上の審査結果に基づき、本論文提出者・中出哲は、「博士(商学)早稲田大学」の学位を受けるに十分な資格があると認めるものである。

2015年6月10日

損害保険における損害てん補の本質

(主査)	早稲田大学教授	博士(商学) 早稲田大学	太田 正孝
	早稲田大学教授	博士(商学) 早稲田大学	李 洪茂
	早稲田大学名誉教授	博士(商学) 早稲田大学	大谷 孝一
	東京大学名誉教授		落合 誠一