

# 被保険者による賠償請求権の保全と 保険者による代位権の放棄

岡 田 豊 基

はじめに

第一章 請求権保全義務の理論的根拠および法的性質

第一節 総 説

第二節 請求権保全の意義

第三節 理論的根拠

第四節 法的性質

第二章 請求権保全義務違反の要件

第一節 総 説

第二節 請求権保全義務者の範囲

第三節 要 件

第四節 請求権保全義務の負担期間

第五節 保険事故発生前の請求権保全義務

第三章 請求権保全義務違反の効果

第一節 保険者の被保険者に対する権利の発生

第二節 消滅時効

第四章 保険者による代位権の放棄

おわりに

はじめに

保険事故による損害が第三者の行為によって発生した場合、保険者は被保険者に保険金を支払ったときは、その金額を限度として、保険契約者または被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権を取得する（商法六六二条一項。保険者の請求権代位）。そして、保険事故の発生後、保険金が支払われるまでに、被保険者が第三者に対する請求権の保全を怠ったり、保険者の同意を得ないでこれを放棄をしたときは、保険者は、当該請求権が行使されていたならば取得することのできたと認められる額について、損害でん補を免れる。それゆえに、被保険者等は第三者に対する請求権を保全する義務を負うものと解されている。<sup>(1)</sup> このことは商法に明文の規定はないものの、損害保険契約法改正試案（改正試案）六六二条三項はこの旨を明記しており、普通保険約款（約款）にも保全義務を定める条項を含むものがある。<sup>(3)</sup>

保全義務に関する問題はこれまで、いわゆる保険利益享受約款（インシュアランス・クローズ）をめぐる最高裁判所の三判決を契機にして議論がなされ、それは主として、保険利益享受約款の効力、最高裁判決の理由付けの比較等に集中している。<sup>(4)</sup> <sup>(6)</sup> しかし、請求権保全については、そもそも、なにゆえに被保険者は第三者に対する請

求権という自己の権利を、保険者という他人のために保全する義務を負い、これに違反すれば保険金の不払・減額あるいは返還という制裁を受けるのか、という疑問がある。これを検討する場合、筆者は、保険契約を、保険者を買主、保険契約者または被保険者を売主とする売買契約に擬制して考察すれば、その理解が容易になり、論理的整合性を見いださるのではないかと考える。すなわち、保険契約を、代金は契約締結後のある時点で支払うものとし、売主（保険契約者または被保険者）が目的物の占有権を有し、それを引き続き使用・収益するといふことを内容とする売買契約に擬制すれば、被保険者が保全義務を負担する根拠、ひていは請求権代位のそれを理解することが容易になるのではないだろうか。

また、保険者が請求権の代位取得を放棄し、あるいは取得した請求権を行使しないことを被保険者との間で合意することは、必ずしも被保険者に利得を与えることにはならず、かつ、故意による第三者の損害賠償責任をも免責することにならない限りでは有効であると解されている。<sup>(7)</sup> 保険者による代位権放棄の妥当性につき、利得禁止原則に関連させながら確認することも必要であろう。<sup>(8)</sup>

このように、被保険者による請求権保全および保険者による代位権の放棄をめぐる種々の課題が見られるゆえに、本稿においては以下の問題につき検討する。

第一に、保全義務の理論的根拠および法的性質は何か。そして、被保険者がこの義務に違反した場合、保険者が給付義務を免れるという効果が発生する法的根拠はいかように説明されるのか。この問題は、請求権代位の理論的根拠・法的性質をどのように解するのかに密接に関連する。<sup>(9)</sup> 筆者は、保全義務の理論的根拠につき、保全義務とは、損害保険契約における被保険者の利得禁止の原則を基礎としながら、それが有責第三者の免責阻止という一般法上あるいは社会的要請に結びついたことよって派生する義務であると解する（第一章第三節）。さらに、

保全義務の法的性質につき、保全義務の履行は、被保険者が保険者に保険金の支払を請求するための前提要件であると解する（同第四節）。

第二に、被保険者等が請求権を放棄した場合、如上の効果の発生にはいかなる要件を必要とするのか。この場合、客観的要件、主観的要件、および義務違反と保険者の損害との間の因果関係が主たる検討対象となろう（第二章第三節）。

第三に、保険利益享受約款に関連して、被保険者が保険事故発生前に請求権を放棄している場合にも、事故発生後に放棄している場合と同様の法理に基づいて保険者の給付免責を導き出すことができるのか。筆者は、事故発生後の放棄に関する法理を類推適用することが認められうると解する（同第五節）。

第四に、被保険者が保全義務に違反した場合、いかなる法的効果が発生するのか。法的効果は理論的根拠・法的性質と密接に関連しているので、これらとのかねあいにおいてそれを検討する必要がある（第三章）。

第五に、保険者が代位権を放棄した場合、請求権代位の趣旨と代位権の放棄を定める約款の条文との整合性、および代位権放棄の範囲等を確認する必要がある（第四章）。

これらに焦点をあてながら保全義務を検討するが、それは次のような方法による。すなわち、商法六六二条あるいは約款の規定等を解釈するにあたっては、比較法的考察が有効である。保全義務に関する比較法研究として、坂口光男教授によるドイツ法に基づく詳細な研究がすでに公表されているので、本稿は保全義務を定めたイタリア民法一九一六条三項<sup>(13)</sup>に関する解釈を参考にする。同条項に関しては学説および判例が豊富に存在し、かつ、その理論は、イタリアの保険取引において実際に発生した問題を解決するために提唱されたものであるがゆえに、また、ドイツ法とは異なった理論構成がなされているがゆえに、それらを検討することによって得られるであろう

うイタリヤ法の法理は、われわれに有益な指針を与えてくれるものと期待できる。そこで、これら学説および判例を概観したうえで、その法理を参考にしながら被保険者による請求権保全および保険者による代位権の放棄に關する前掲の論点を検討する。その際、現行法の解釈を中心とするが、改正試案の内容をも検討する。また、本稿は損害保険会社の取り扱っている保険のみを対象とする。なぜならば、生命保険会社のそれは定額保険であり、わが国ではこの保険には請求権代位の制度は及ばないと一般的に解されているからである。<sup>(14)</sup>

(1) 通説。被保険者の請求権保全または保険者による代位権放棄について論ずるおもな論文は、以下のとおりである。田邊康平「保険者の請求権代位」損害保険事業研究所創立四十周年記念・損害保険論集二三五頁（損害保険事業研究所・一九七四年）、山下友信「火災保険における保険者代位」田邊||石田満・新損害保険双書(一)火災保険三七五頁（文眞堂・一九八二年）、坂口光男「保険者の代位と請求権放棄」保険契約法の基本問題一三二頁（文眞堂・一九九六年）等。

(2) 損害保険法制研究会・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（一九九五年確定版）七一頁（損害保険事業総合研究所・一九九五年）。

(3) 末尾資料「損害保険約款の分類」を参照。

(4) 最判昭和四三年七月一日民集二二卷七号一四八九頁、同昭和四九年三月一五日日民集二二八卷二二二三頁、同昭和五一年一月二五日日民集三〇卷一〇号九六〇頁。

(5) 保険利益享受約款について論ずるおもな論文は以下のとおりである。川又良也「運送契約中の保険利益享受約款に關する三つの最高裁判決について」法学論叢一一〇卷四||五||六号三三三頁、倉澤康一郎「保険利益享受約款の効力について」法学研究五〇卷一二号二〇五頁、山本豊「インシュアランス・クローズの解釈・効力と保険代位——三つ

の最高裁判決の検討を中心として——」判例タイムズ四九九号一三頁等。なお、椿弘次「保険利益約款について——アメリカの判例理論——」葛城照三博士古稀記念損害保険論集一四五頁（損害保険事業研究所・一九七六年）、重田晴生「約款における免責約款の効力」神田博司先生追悼論文集・取引保護の現状と課題三三〇頁（蒼文社・一九八九年）を参照。

(6) 坂口・放棄一三三頁～一三三三頁。

(7) 山下・代位三九二頁～三九三頁。

(8) 保険業の自由化に伴ない、「人身傷害補償保険」と称する自動車保険の販売が予定されている（朝日新聞・一九九八年七月一六日（木）朝刊）。この保険では、保険契約者（＝被保険者）が被害者になった場合、損害保険会社は保険金を全額支払った後、加害者側の保険会社から保険金を回収するとされる。それゆえに、この保険は傷害保険に関して請求権代位を認めたものであると解しうる可能性がある。

(9) 坂口・放棄一三三頁、川又・前掲論文四七頁注（17）。

(10) 坂口・放棄一三三頁。

(11) 坂口・放棄一三三頁～一三四頁。

(12) 坂口・放棄一三三頁。

(13) 民法一九一六条（保険者の代位権）「損害てん補金を支払った保険者は、その額を限度として、責任を負うべき第三者に対する被保険者の権利を代位する。」

故意の場合を除き、損害が子、準養子、尊属、被保険者と常に同居するその他の血族もしくは姻族、または家事使用人によるものであるときは、代位は生じない。

被保険者は、代位権に与えた損害につき、保険者に対して責任を負う。

本条の規定は労働災害保険および傷害保険に対しても適用される。」

(14) 坂口・保険法二八五頁(文真堂・一九九一年)、田邊・新版現代保険法三三四頁(文真堂・一九九五年)、西島梅治・保険法(第三版)三〇九頁(悠々社・一九九八年)等。

## 第一章 請求権保全義務の理論的根拠および法的性質

### 第一節 総説

保全義務の理論的根拠および法的性質を検討する。これらは義務違反の効果の解釈(第三章)と密接に関係している。

これらを次の三つにわけて検討する。第一に、意義について確認する(第二節)。というのは、請求権保全制度の枠組みないし内容を確認しておくためである。また、意義に関する現行の理解の中に、課題を検討する場合のヒントを見出しうるのではないかと考えるからでもある。第二に、理論的根拠を検討する(第三節)。この場合に検討すべきは、①第三者に対する請求権を保全する義務があるのか否か、②もしこの義務を負担しなければならないと解すれば、その主体は誰なのか、さらに、③現行法に関する理論によると被保険者がこの義務を負担すべき者と解されているが、そうであるとして、被保険者がそもそも自己に帰属している請求権を、保険者という他人のために保全しなければならないとするのはいかなる根拠によるのか、という三点であろう。第三に、法的性質について検討する(第四節)。法的性質は、とりわけ義務違反の効果と密接に関連するので、次のどちらの解釈をとるのかを明らかにする必要がある。それは、①保全義務を真正の義務ととらえ、その違反が保険者につき損害賠償請求権を生ぜしめるものと解するのか、または、②この義務の履行を保険金支払の前提要件ととらえ、

その違反により保険者は保険金の支払を免れる、あるいは支払済みの保険金の返還を請求できると解するのか、という点である。

## 第二節 請求権保全の意義

請求権保全の意義について、日本法およびイタリア法の解釈をもとにしながら検討する。

まず、これに関するわが国の解釈は、本制度の効果に関する表現の違いに基づいて分類すれば以下のような。すなわち、

① 請求権保全制度とは、被保険者が、保険事故発生後、保険金を受領するまでの間に、その権利の保全手続を怠り、または保険者の同意を得ないで権利を譲渡・放棄するなどの処分を行った場合、保険者が第三者から取得できたであろうと認められる額についててん補を免れると解する説<sup>(15)</sup>、または、保険者は、損害賠償請求権を譲渡・処分するという被保険者の行為がなければこの者が第三者から取得できたであろう額を、保険金の中から控除して支払うことができると解する説<sup>(16)</sup>。

② 被保険者が第三者に対する権利を譲渡・放棄した場合には、保険者は保険金の支払前であれば、その額を控除して支払えば足り、すでに保険金を支払った後であれば、代位取得できたであろう金額につき損害の賠償を被保険者に対して請求できると解する説<sup>(17)</sup>。

③ 請求権保全制度とは、被保険者が、保険事故発生後、損害てん補を受けるまでに、その権利の保全手続を怠り、またはその権利を譲渡・放棄するなどの処分を行った場合、保険者が請求権の額の限度において、損害てん補を免れるか、または被保険者に対して損害賠償請求権を取得し、損害てん補義務と相殺することができる制度



をいうと解する説。<sup>(18)</sup>

このうち、①説の二つの見解は同じ趣旨であると解される。というのは、保全義務違反の効果について、前者では、保険者は被保険者の第三者に対する請求権の限度においててん補義務を免れるとしているのに対し、後者では、保険者はその限度において控除できるとしている。これらはともに、保険金として被保険者に支払われる金額が減額されるということを別々のことばで表現したものであると解されるからである。そして、②説は、保険者が保険金を支払った後の効果の表現において、①説とは異なる。すなわち、保険者が保険金を支払った後、被保険者について保全行為を怠った事実が判明し、第三者が保険者に損害賠償金の支払を拒絶した場合、②説は、保険者が被保険者に対して支払い済みの保険金の全部または一部の返還を請求しうるが、その理由として、被保険者の行為により保険者が第三者に請求できなくなったことより保険者に損害が発生したとして、被保険者に対し、損害賠償請求権を取得するからであると解している。この点に②説の特徴がある。②説では、被保険者が請求権保全を怠った場合の効果における損害賠償請求権の内容を明確にする必要がある。そして、③説は①説および②説を総合的に表現したものと解することができる。

つぎに、イタリアの学説では、被保険者による請求権保全の意義（内容）につき、一般的に、被保険者の責めに帰せられる作為または不作為の行為に起因して、保険者が被保険者の第三者に対する賠償請求権を全部または一部を行使できなくなったために、保険者が被保険者に損害賠償を請求する制度をいう、と解することではば一致している。<sup>(19)</sup>

請求権保全の意義に関する日本法の解釈とイタリア法のそれとを比較すると、イタリア法では、請求権保全制度を保険者が被保険者に損害賠償を請求する制度と解することに、その特徴があるといえよう。というのは、イ

タリア法では保全義務につき、同民法一九一六条三項において、被保険者は代位権に与えた損害につき保険者に對して責任を負うと定められているゆえに、後述するごとく、被保険者は保険者に対し損害賠償責任を負うと解される限りにおいて、同項を合理的な範囲内において解釈しなければならないとの制約があるということに起因しているのではないかと解されるからである。

また、前述の②説は、請求権保全の効果の解釈において、イタリア法のそれと共通する点を有するといえる。

②説を主張される石田満教授および坂口教授は、請求権保全に関していずれもドイツ法を比較法研究の対象とされておき、前述の見解はその有益な成果の一つである。このことから、ドイツ法やイタリア法という大陸法系の保険法理論には、そもそも請求権保全、ひいては請求権代位について各制定法に共通した認識が存在し、それを基礎として前述のような解釈がなされているのではないかと考える。そうであるならば、その共通した認識を確認する必要があるであろう。そして、請求権保全の効果に関し、日本法の解釈とイタリア法のそれとにおいてみられる違いは、保全義務の理論的根拠および法的性質をどのように解するかということに起因するのではないかと解する。このように、請求権保全の意義を検討することによってその効果の解釈を明らかにすることが、重要なポイントの一つであるということを確認することができる。

請求権保全の意義を解釈する場合には、請求権保全の内容をあらかじめ明らかにしておく必要があるが、本稿において論を進める都合上、請求権保全の意義については、とりあえず、被保険者が、保険事故発生後、保険金を受領するまでにその権利の保全手続を怠り、または保険者の同意を得ないで権利を譲渡・放棄するなどの処分を行った場合、保険者が第三者から取得できたであろうと認められる額について、てん補を免れるとするものであるとする①説に立ちたい。ただし、①説が、②説が示すところの、保険者が保険金を支払った後の効果をも含

んだうえで、前述のような表現をしているか否かは明らかではないが、この場合、保険者が被保険者に対して損害賠償請求権を取得すると解することはむしろかしいのではないかと解するので、とりあえず示した前述の意義の中には、そのことを含むものではない。

- (15) 西島・前掲書一九七頁～一九八頁、江頭憲治郎・商取引法(第二版)四〇一頁注(4)(弘文堂・一九九六年)。
- (16) 大森忠夫・保険法〔補訂版〕一八五頁(有斐閣・一九九一年)、田中誠二・原茂太一・新版保険法(全訂版)一九六頁(千倉書房・一九九六年)。判例として、最判昭和四三年七月二一日(前掲注(4))。
- (17) 坂口・保険法一七四頁、石田・商法IV(保険法)〔改訂版〕二二一頁(青林書院・一九九七年)。
- (18) 田邊・代位二五四頁。
- (19) Antigono Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, pag. 477; Vittorio Salandra, *Dell'assicurazione in Commentario al Codice Civile diretto da Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1955, pag. 324; Giulio Santi, *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1965, pag. 416.

### 第三節 理論的根拠

#### 一 総説

被保険者が第三者に対する請求権を保険金の受領前に放棄するなどして、保険者が第三者に対して請求権を行使できなくなった場合、保険者は当該請求権の額を限度として保険金の支払を免れる。このことから、被保険者は、請求権を保険者のために保全する義務を負担していると解されているが、それはいかなる理論的根拠(趣旨)によるのであろうか。

この点を検討するにあたっては、損害防止義務（商法六六〇条）の理論的根拠を参考にすることが有益であると考え。なぜならば、これと保全義務とはいずれも、保険契約者または被保険者が負担するものであるという共通点を有する。さらに、損害防止義務は、保険者が支払うべき保険金増額の阻止という目的、保全義務は、第三者に求償しうる金額をできる限り多く確保するという目的をそれぞれ有するが、これらには、被保険者に支払う保険金の額の低減化という共通の意図があると解することができる。また、約款には、保全義務を損害防止義務と同じ規定の中に定めているものがあり、保全義務は損害防止義務の「機能の延長上にある」と解する説もある。その限りにおいて、これら二つの義務には密接な関連があると解しうるからである。

そこで、以下、被保険者に請求権保全を義務づけることの理論的根拠に関する日本法の解釈（二）およびイタリア法の解釈を概観した（三）後に、損害防止義務の理論的根拠に関するわが国の見解を探り（四）、請求権保全の理論的根拠に関する検討を行う（五）。

## 二 日本法の解釈

保全義務の理論的根拠につき、わが国の解釈は次の三つに大別されよう。

### ① 損害防止義務と解する説

この説は、被保険者が第三者に対する請求権を保険金受取前に放棄することは、私法の一般原則に徴すれば適法であるが、これを保険法上の問題としてとらえるときは、被保険者は、「保険法上いわゆる損害防止義務（保険者の填補すべき損害を防止軽減するようにつとめるべき義務）を負わされているから、右の損害賠償請求権が」被保険者自身の権利であっても、この者は損害防止義務者として損害の軽減防止につとめるべきだからであると

解する。<sup>(22)</sup>この説に対し、損害防止義務は、事故発生後の損害拡大防止につとめるべきことが本来の目的であり、事前に約款で免責を定めることを含めて、保全義務違反が直接的に損害防止義務違反にあたるか否かは疑問の余地があるとの指摘がある。<sup>(23)</sup>また、この義務違反が問われるのが、被保険者の不作為により損害が発生・拡大した場合であるのに対し、保全義務は、被保険者の作為または不作為の行為により、第三者に対する請求権の全部または一部が消滅した場合にその義務違反が問われることから、これら二つの義務には要件において違いがみられる。<sup>(24)</sup>これらのことから、保全義務を損害防止義務の特殊形態と解することはむずかしいのではないかと考  
える。

② 請求権保全を保険者の利益と解する説

代位制度にあつて、保険者は、損害てん補により取得する権利が保全されることにつき、当然のまたは正当な利益を有すると解する説がある。<sup>(25)</sup>さらに、保険者は一定の基準に従い損害賠償請求権を取得することが認められているが、保険金支払時までには期待権にとどまっており、この期待権を保護する趣旨で権利保全義務が課されていると解する説、<sup>(26)</sup>また、保険者は被保険者の第三者に対する請求権について代位できることを前提として、当該保険の引受をしていることに根拠を求める説がある。<sup>(27)</sup>

③ 責務と解する説

理論的根拠は明らかにされていないが、被保険者が保全義務を負担する責務があると解する説がある。<sup>(28)</sup>これについては、イタリヤ法の解釈との関連において後で(五)検討する。

これら②説および③説から、保全義務の理論的根拠を考察する場合には、保険者がかかる利益を有するとされる理由、あるいは被保険者がかかる責務を負担しなければならない理由等にも注意を向け、かつ、それらを明らかに

かにしなければならぬということがわかる。

### 三 イタリア法の解釈

イタリア法では、被保険者が負担する保全義務の理論的根拠につき、二つの説に分類することができる。

#### ① 民法の委任原則に基づいて判断する説

Santi は、代位の効力が発生すれば第三者は保険者に対して損害賠償責任を負担するので、被保険者は第三者に対する請求権を保全する善良なる家父の注意義務 (*diligenza del buon padre di famiglia*)<sup>(29)</sup> を負担すると解し、保全義務の理論的根拠を民法の委任の原則に求めている。<sup>(30)</sup>

#### ② 保険者が損害賠償請求権の取得につき利益を有すると解する説

Donati は次のように解している。保険金を支払った保険者が第三者に対して行使する請求権は、そもそも被保険者に帰属していたものであり、その根源は、第三者が自己の行為によって被保険者に損害をもたらした結果、この者に対して法律上の賠償責任を負担したこと<sup>(31)</sup>にあり、その限りにおいて、保険者の第三者に対する請求権は派生的性質を有するものであるがゆえに、被保険者がその権利を侵害した場合には保険者が損害を被るので、損害をもたらした被保険者が法律上その責任を負担すると解している。<sup>(32)</sup> この説がイタリアの通説である。<sup>(33)</sup> また、La Torre は Donati とほぼ同じ見解をとっている。すなわち、彼は、保険者は第三者に対する請求権を派生的な権限として取得するので、この取得を期待する状況にあるから、被保険者は保険者がこの権利を取得するまでこれを侵害してはならないと解している。<sup>(34)</sup>

#### ③ 保険の技術的性質に基づき、損害防止義務と共通点を有すると解する説

Sotgia は保険契約の技術的な性質に焦点をあてながら、次のように解している。保険契約が技術的性質を有するゆえに、保険者は、被保険者が保険契約上負担すべき義務の履行状況を把握する必要がある。なぜならば、その状況が保険者の保険金給付義務の負担の是非またはその内容に影響するからである。そこで、保険者がこの義務を負担するにあたっては、保険関係 (*status assicurativo*) に関連した情報を収集し、その内容を把握する必要がある。それゆえに、被保険者は保険者に対して、この情報を提供する義務と、保険者が保険関係の処理に具体的に介入するまで保険関係を保全する義務とを負担し、このうち後者の義務の中に保全義務が含まれると解している。<sup>(35)</sup>

Donati および La Torre の説は、前述したわが国の②説に相応するものであろう。それらによれば、保険者は第三者に対する請求権を取得することについて利益を有しているので、被保険者はそれを保全する義務を負担すると解される。また、Santi は、保全義務の理論的根拠を委任という民法の一般原則に求めており、Donati, La Torre および Sotgia らの説とはその趣を異にするだけでなく、わが国では見られない説でもある。それゆえに、Santi 説はイタリア保険法の理論の背景を理解するための端緒になるものと考ええる。

#### 四 損害防止義務の理論的根拠

保全義務の理論的根拠の検討にあたっては、前述のように、損害防止義務のそれに関する解釈を参考にすることが有益であると考えるので、以下、それらを概観する。

損害防止義務の理論的根拠に関する解釈は、わが国では次のような四つに分類することができる。すなわち、

- ① 公益保護に求める説<sup>(36)</sup>
- ② 保険者と被保険者との衡平に求める説<sup>(37)</sup>
- ③ 保険者に対して被保険者が守るべき信義則

に求める説<sup>(38)</sup> および④保険事故発生の偶然性(商法六四一条)を損害の範囲にも及ぼしたものと解する説(通説)<sup>(39)</sup>である。このうち、②説および③説は、保険者は、損害防止に最適の地位にいる被保険者が損害防止につとめることを前提として、保険契約を締結し保険料を決定していることから、被保険者が損害の発生ないし拡大を拱手傍観することは信義則に反すると解している点で共通する。さらに、これらは、保険事故発生<sup>(40)</sup>の通知義務と損害防止義務とは保険契約の善意契約性に由来するものであると解するところに特徴をもつと解されよう。これに対して④説は、被保険者がみずから招致した保険事故には保険事故の要件としての偶然性が欠けているゆえに、これによる損害に対して保険者はてん補責任を負わない(商法六四一条)という法則を、保険事故発生後の損害の発生・拡大にまで及ぼし、損害防止義務は、被保険者の不作為によって発生しまたは拡大した範囲の損害に対して保険者はてん補責任を負わない、という趣旨による制度であると解している。

## 五 検 討

保全義務および損害防止義務の理論的根拠に関するわが国およびイタリアの理論を概観したが、これらをもとに、とりわけ、責務と解する説を中心としながら保全義務の理論的根拠について検討する。

被保険者には責務として請求権保全を負担すると解する説がある。これによれば、被保険者がこの責務に違反した場合には、保険者に対して損害賠償責任を負担するという効果が発生すると解される。そもそも、第三者に対する請求権は、保険金を受領するまでは被保険者に帰属しているものであるから、被保険者はその時まで自己の権利を他人である保険者のために保全する責務を負担することになる。しかし、そうであるとするならば、請求権保全に関し、被保険者はいかなる理由によって、第三者に対する請求権という自分の権利を保険者に無断で



処分することを拘束され、もしこれに違反すれば損害賠償責任を負担するのであろうか、という素朴な疑問が浮かぶ。

これを解く鍵として、保全義務の理論的根拠に関する Sauti 説をあげる<sup>1)</sup>ことができる。Sauti は、被保険者は第三者に対する請求権を保全する善良なる家父の注意義務を負担すると説く。それによると、被保険者と保険者との関係はイタリア民法一七〇三条<sup>1)</sup>の定める委任関係になる。つまり、保険契約を締結した結果、被保険者は保険者に対して受任者として行動せざるをえなくなるのである。このことは保険契約を売買契約に擬制すれば理解が容易になるのではなからうか。すなわち、保険契約が締結された場合、保険者を買主、保険契約者または被保険者を売主とする売買契約が締結されたものとみなす。その内容は、売買代金（保険金）は約定の事象（保険事故）が発生した後に支払い、売主（保険契約者または被保険者）は他人である買主（保険者）に帰属した目的物につき占有権を有し、引き続きこれを使用・収益するものとする。この結果、売主（保険契約者または被保険者）は買主（保険者）に対して、売買の目的物（保険の目的）の保管につき善良なる家父の注意義務を負担することになる。その後、第三者の行為に起因して売買の目的物（保険の目的）に損害が発生した場合には、所有者である買主（保険者）が第三者に対して損害賠償請求権を取得するが、買主（保険者）は売買の目的物（保険の目的）に直接的な支配を及ぼしえないゆえに、買主（保険者）が売主（保険契約者または被保険者）に売買代金（保険金）を支払うまで、売主（保険契約者または被保険者）は買主（保険者）に代わって、買主（保険者）のために、第三者に対する損害賠償請求権を保全する。売主（保険契約者または被保険者）が買主（保険者）に売買代金（保険金）を支払うと、この売買契約はその時点で終了するとともに、これを支払った売主（保険契約者または被保険者）は第三者に対する損害賠償請求権を直接的に支配することになり、売買代金（保険金）の額に相当する金

額につき、第三者に対して損害賠償を請求することができる状況になる。また、場合によっては、売主（保険契約者または被保険者）みずから当該請求権を行使することによって、第三者から取得した損害賠償金を売買代金（保険金）の全部または一部として受領することもある。しかし、もし売主（保険契約者または被保険者）が第三者に対する損害賠償請求権の保全行為を怠る等の行為を行った場合には、善良なる家父の注意義務に違反したものと解され、その結果、この者は義務違反を理由に買主（保険者）に対して損害賠償責任を負担する。その限りにおいて、被保険者（売主）は保険者（買主）に対して第三者に対する請求権を保全する義務を負うと解することができる<sup>(42)</sup>と考えることができるが、もし *Santi* 説がこのような背景をもつとするならば、あくまでも推測ではあるが、「近代的保険」は売買を仮装していた時代の取引の構造を受け継いでおり、イタリア保険法の理論はこのことを背景にしているのではないかと解することができる。その限りにおいて、被保険者は責務として保全義務を負担するといふ *Donati* らの説は、*Santi* 説に基礎を置いているのではないかと考えられる。すなわち、被保険者が第三者に対する請求権という自己の権利の保全義務に違反して損害賠償責任を負担するという理論は、他人に帰属するとみなされる物が他人により侵害された場合においてのみ、その整合性が確保されるのではなからうかと解するからである。しかしながら、わが国の法律ないし理論には、*Santi* 説のように、保険契約法の理論において、保険契約を売買契約に擬制することにより、被保険者が他人の物を管理するという発想があるとはいえないのではなからうか。その限りにおいて、被保険者は責務として保全義務を負担すると考えることはむずかしい。

また、損害防止義務の理論的根拠に関するわが国の前掲①②③各説は、いずれも保険の外的要因からその理論的根拠を導き出したものであるのに対し、通説とされる④説は保険の技術的性質という内的要因に基づいている

のではないかと解する。このことから、損害防止義務と保全義務には相違点がみられるものの類似点も存在するゆえに、保全義務の理論的根拠についても同様の考え方が可能ではなからうか。そこで、以下、請求権代位における保全義務の地位を検討したうえで、その理論的根拠の独自性を際立たせた理論を導き出したい。

すなわち、そもそも請求権代位とは、商法六六二条一項あるいはイタリヤ民法一九一六条一項によれば、被保険者に対して保険金を支払った保険者が、その額を限度として被保険者の第三者に対する請求権を取得し、被保険者に代わって第三者に対し賠償請求することができるという制度であり、保全義務の意義は前述のとおりである。これらのことから次のように考える。請求権代位は、Donati が説くように、派生的性質を有するとともに、Sotgiu が説くように、保険契約の技術的性質上、被保険者は、保険者が保険関係の処理に具体的に介入するまで、保険契約上の法律関係を保全する義務があると解することができる。このことは、とりわけ損害保険契約において厳格に要求される。すなわち、請求権代位の目的には、損害保険契約における被保険者の利得禁止と加害者である第三者の免責阻止との二つがあると解されている。<sup>(45)</sup> それゆえ、このうち前者の目的を確保するために、保険金を支払った保険者が被保険者の第三者に対する請求権を取得し、<sup>(46)</sup> 後者の目的を確保するために、保険者に対して当該請求権を行使することになると解し、請求権代位が派生的性質を有するものであると解されるがゆえに、保険契約の技術的性質上、被保険者は第三者に対する請求権を保険者のために保全する義務があると解することができる。この限りにおいて、保全義務とは、損害保険契約における被保険者の利得禁止の原則という保険技術上の派生要因を基礎としながら、それが加害者である第三者の免責阻止という一般法上あるいは社会的な要請に結びついた請求権代位制度において、保険金を支払った保険者が被保険者の第三者に対する請求権を取得するという利益を確保するという趣旨（理論的根拠）から派生する義務である、ととらえることができるので

はなかるうか。それゆえに、私見は理論的根拠に関するわが国の解釈のうちの②説に近い立場であるといえる。

(20) 船舶保険普通保険約款二四条、貨物海上保険普通保険約款一四条、運送保険普通保険約款一四条等。末尾「分類」を参照。

(21) 大隅健一郎・河本一郎・判例コンメンタール一三(下)商法Ⅲ(下)(保険・海商、有限会社法)六七四頁(岩崎稜筆)(三省堂・一九七七年)。

(22) 村田治美・判例批評・民商法雑誌六〇巻三号四四三頁〜四四四頁。同旨、加藤由作・海上損害論三四一頁、四二四頁、四二六頁(巖松堂書店・一九三五年)、小町谷操三・海上保険法各論(四)(海商法要義下巻九)六五二頁、六五五頁(岩波書店・一九六八年)、今村有・海上保険契約法論下巻六一七頁(損害保険事業研究所・一九八〇年)。川又・前掲論文四七頁。なお、東條敬氏(判例評釈・ジュリスト五六六号八六頁、判例解説・最高裁判例解説民事篇昭和四十九年六頁)および戸田修三教授(判例評論一八九号三三頁(判例時報七五三号一四七頁))は、荷主が貨物保険契約締結後に運送人と保険利益享受約款の挿入された運送契約を締結した場合には、危険の変えないし損害防止義務の問題が生ずるとされる。

(23) 倉澤一港灣運送における保険利益享受約款の解釈」保険契約法の現代的課題二五八頁(成文堂・一九七八年)、落合誠一・判例批評・商法(保険・海商)判例百選(第二版)五一頁、同・判例批評・損害保険判例百選(第二版)七三頁。

(24) 坂口教授は、ドイツ法の比較法研究の成果として、損害防止義務の規定と保全義務の規定とは構造上異なっていること、損害防止義務の対象は保険損害のみで、保全義務の対象とは異なること、および損害防止義務の開始時期と保全義務のそれとは異なること等の理由で、この説に反対される(坂口・放棄一三七頁〜一三九頁)。

(25) 田邊・代位二五四頁、西島・前掲書一八八頁、江頭・前掲書四〇一頁。

- (26) 山下・代位三九三頁。同旨、伊澤孝平・保険法三〇九頁（青林書院・一九五七年）。
- (27) 落合・保険・海商百選五一頁、同・損保百選七三頁。同旨、島十四郎・判例批評・昭和五二年度重要判例解説（ジュリスト六六六号）一〇四頁。最判平成元年一月一九日判例時報一三〇二号一四四頁を参照。
- (28) 坂口・放棄一三九頁、石田・前掲書二二頁。
- (29) 民法一七一〇条（受任者の注意義務）一項「受任者は善良なる家父の注意をもって委任を実行しなければならぬ。ただし、その委任が無償である場合には、過失に対する責任はより緩やかな厳格さをもって評価される。」Cfr. Pietro Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro Quarto, 2a ed., Bologna, 1991, pag. 1229 e seg.
- (30) Santi, *op. cit.*, pag. 416.
- (31) 拙稿「請求権代位における第三者の範囲」神戸学院法学二七卷一一二号四一頁を参照。
- (32) Donati, *op. cit.*, pag. 477; Nicola Gasperoni, La c. d. surroga dell'assicuratore, in *Assicurazioni private (Scritti giuridici)*, Padova, 1972, pagg. 421-422.
- (33) Gaetano Castellano e Sergio Scarlattella, *Le assicurazioni private: Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, 2a ed., Torino, 1981, pag. 434.
- (34) Antonio La Torre, Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore, in *Scritto di diritto assicurativo*, Milano, 1979, pagg. 238 e 260; Gianguido Scaffi, *I contratti di assicurazione: L'assicurazione danni*, Torino, 1991, pagg. 254-255.
- (35) Sergio Sotgia, Surroga dell'assicuratore ed atti pregiudizievoli dell'assicurato, in *Assicurazioni* 1948, II, 65, pag. 67.
- (36) 青山衆司・保険契約論上巻二五六頁（巖松堂・一九二〇年）、田中＝原茂・前掲書一八九頁。

- (37) 加藤・前掲書七九頁、小町谷「損害防止義務について」損害保険研究一二巻四号五頁。小町谷博士は、衡平の他に信義則および公益保護をもその理由にあげられる。
- (38) 野津務・新保険契約法論二五五頁（中央大学生協出版局・一九六五年）、伊澤・前掲書二八三頁、大森・前掲書一七〇頁、石田・保険法一七三頁等。石田教授は衡平をもその理由にあげられる。
- (39) 石井照久「鴻常夫・海商法・保険法」二〇九頁（頸草書房・一九八四年）、坂口・保険法一四六頁～一四七頁、田邊・保険法一五八頁～一五九頁、西島・前掲書二〇四頁、古瀬村邦夫「損害防止義務（一）」法政論集四九号一五頁～一六頁、大沢康夫「損害防止義務とその違反の効果」商法の争点II二七四頁（有斐閣・一九九三年）等。なお、これに関するイタリア法の通説は、損害防止義務を被保険者の利益の実現の要件として位置づけている（栗田和彦「今井薫」イタリア保険法の逐条的研究（五）」関西大学法学論集四二巻六号三〇六頁（今井筆））。
- (40) 石田・前掲書三八頁～三九頁。
- (41) 民法一七〇三条（概念）「委任は、それによって当事者の一方が他方のために一個または数個の法律行為をなすべき義務を負担する契約である。」Cfr. Perlingieri, *op. cit.*, pag. 1193 seg.
- (42) このような構成は譲渡担保に類似すると理解しうるかもしれない。このような構成を前提とすると、請求権代位は、保険がいわゆる売買を仮装してなされていた時代の取引においてみられたものが、形を変えて近代的保険制度の中で存在し、機能している、ということができないであろうか。もしそうであるとすれば、請求権代位の法的性質に関する不特定損害肩代り説（田邊・保険法一四〇～一四一頁）は、このような背景をもつ請求権代位の構造を保険契約法の論理で説明したものであると解することができる。
- (43) 水島一也・現代保険経済（第五版）三四頁～三五頁（千倉書房・一九九七年）を参照。
- (44) 大森・前掲書一八二頁、坂口・保険法一六三頁、西島・前掲書一八七頁、田邊・保険法一三九頁、石田・保険法一一〇四頁等。Donati, *op. cit.*, pag. 465; Salandra, *op. cit.*, pag. 319; Santi, *op. cit.*, pagg. 401-402; Scalfi,

*op. cit.*, page. 234.

(45) 大森・前掲書一八二頁、坂口・保険法一六三頁、西島・前掲書一八七頁～一八八頁、田邊・保険法一四一頁、石田・保険法二〇五頁～二〇六頁等。

(46) 通説。神戸地判昭和四五年四月一四日判例タイムズ二八八号二八三頁等を参照。

#### 第四節 法的性質

##### 一 総説

保全義務の法的性質を検討する。というのは、これが、被保険者が保全義務に違反した場合の効果を考察するための前提となるからである。そして、この場合、保全義務を保険者に対する真正の義務ないし責務と解し、被保険者はそれに違反した場合には保険金請求権を失わず、保険者について被保険者に対する損害賠償請求権が生ずべきであるとするものなのか、あるいは、保全義務を被保険者が保険者に対して損害を請求するための前提要件と解し、それに違反した被保険者は保険金請求権を失うことになるのが問題となり、保全義務の法的性質は立法論上においても重要な点であると解されるからである。<sup>(47)</sup>

保全義務の法的性質を検討するにあたっては、損害防止義務のそれに関する理論を参考にすることが有益であると考えられるので、以下、保全義務の法的性質に関する日本法の解釈(二)およびイタリア法の解釈を概観した(三)後に、損害防止義務の法的性質に関するイタリアとわが国の理論を探り(四)、請求権保全の法的性質に関する検討を行う(五)。

二 日本法の解釈

保全義務の法的性質に関して、わが国にはつぎの三つの理論がある。

① 損害防止義務と解する説

この説は、保全義務を損害防止義務ととらえ、被保険者は損害防止義務を負わされているので、第三者に対する請求権の放棄等は損害防止義務違反として保険者に対する債務不履行となり、保険者は被保険者に対して損害賠償請求権を取得し、保険金支払債務をこれと相殺することができる<sup>(48)</sup>。

これに対しては、保全義務の理論的根拠を検討する場合に示した批判がみられる<sup>(49)</sup>。また、他人のためにする損害保険契約では、契約当事者でない被保険者が債務不履行責任を負担することになり、この説によっては保全義務違反が問われるすべての場面を合理的に説明できないのではなからうか。それゆえに、保全義務を損害防止義務の特殊形態ととらえることはむずかしいと解する。

② 前提要件と解する説

保全義務を、被保険者が保険者に対して損害を請求するための前提要件である解する説がある<sup>(50)</sup>。これについては、責務と解する説との関連において後で(五)検討する。

③ 責務と解する説

保全義務を、被保険者が第三者に対する請求権を放棄しないという内容の責務ととらえ、保険者が保険金の支払前であれば、保険者はその額を控除して支払えば足り、すでに保険金を支払った後であれば、代位取得すべかりし金額につき、被保険者に対して請求できると解する説がある。この説は、責務の法的性質の理解の違いにより保全義務に義務性を負わせ、被保険者がこれに違反した場合には、保険者は損害賠償を請求することができる



と解する説と<sup>(51)</sup>、被保険者が第三者に対する請求権を放棄しないことが、保険者に対する保険金請求権の取得しない保持のための前提であると解する説と<sup>(52)</sup>に細分することができる。また、後者の立場をとられる坂口教授は、被保険者が請求権を放棄するならば、保険者は被保険者の責務違反を理由として、請求権から賠償をうべかりし程度において被保険者に対する給付義務を免れるゆえに、被保険者が保険者に対して「損害填補を請求するための前提要件」、「保険者は、保険者代位を予想して填補する」<sup>(54)</sup>、あるいは、保険者は「代位できることを前提として、当該保険の引受をしている」<sup>(55)</sup>と解する諸見解も、この説と同旨ないし類似のものであると説かれる<sup>(56)</sup>。これについては、イタリア法の解釈との関連において後で(五)検討する。

### 三 イタリア法の解釈

保全義務の法的性質につき、イタリアでは、真正の義務と解する説と責務と解する説との二つが存在する。

#### ① 真正の義務と解する説

Sotgia<sup>(57)</sup>、前述のように、保険者が保険金給付義務を負担するにあたっては、保険関係 (*status assicurativo*) に関連した情報を収集し、その内容を把握する必要がある、それゆえに被保険者は保険者に対して、この情報を提供する義務と、保険者が保険関係の処理に具体的に介入するまで保険関係を保全する義務とを負担し、被保険者がこの義務を履行するためには、保険者に対する保険事故発生のお知らせ義務の履行をも伴うので、保全義務は通知義務と同様に真正義務であると解している<sup>(57)</sup>。

真正義務と責務との相違点について、坂口教授は、行動規範の履行について存在している利害状況に関し、真正義務の場合、保険契約者等によるその履行は保険者の利益になるのに対して、責務の場合には、保険者は保険

契約者が責務を履行することについて利益を有しない。なぜならば、保険契約者が責務を履行しなければ保険者は給付免責されるゆえに、保険契約者による不履行は保険者の利益を侵害するのではなく、保険者の地位をより有利なものにする効果をもたらす。反対に、責務の履行により利益を有しているのは保険契約者である。なぜならば、保険契約者は責務の履行により保険金請求権を取得ないし保持しうるのであり、責務を履行しない保険契約者は、自己の利益に背いて行動しており、みずから不利益を招いているからであると説かれる。<sup>58</sup> 同教授は真正義務と責務との相違点を考察する場合、行動規範の履行に存在している利害状況に着目されるが、保険者は保険契約者が責務を履行することにつき利益を有しないとされている点が、請求権代位の場合には必ずしも妥当しえないのではなからうか。すなわち、この場合、被保険者は請求権保全という行動を要求されているゆえに、この者がこれを履行しなかつた場合には、保険者は保険金の額を減額できるので利益を有するだけでなく、被保険者が履行した場合には、第三者に対する請求権を取得・行使することにより、第三者から損害賠償金を受領することができるといふ利益をも享受する。それゆえに、被保険者の保全義務の履行・不履行のいずれの場合においても、保険者は広い意味において利益を獲得するということになるからである。ただし、この義務を履行しない被保険者は自己の利益に背いて行動しており、みずから不利益を招いているという点からみれば、保全義務は真正義務ではなく責務に近い概念ではないかと解されるので、真正の義務と解することはむずかしいと考える。

## ② 責務と解する説

Donati は、保全義務は真正の義務 (obbligo) ではなく、損害防止義務 (民法一九一四条・一九一五条)<sup>59</sup>と同様に責務 (onere) ととらえ、被保険者はこれに違反した場合には保険金請求権を失うものではないが、たとえ保険金を受け取ったとしても保険者に償還 (rimborso) しなければならない。なぜならば、保険金を支払った保険

者は第三者に対する請求権を代位取得することで、被保険者に支払った保険金を第三者から回収することができるゆえに、保険金の支払額が減少することになるので、被保険者によるこの義務の履行は損害防止義務と同じ効果をもたらす限りにおいて、保全義務の法的性質については、損害防止義務のそれと同様に解すべきであるからである<sup>(60)</sup>。

Donati によれば、obbligatio とは、もっぱら訴訟によって債務者にその不履行を強制できるものである（たとえば民法一九〇一条三項<sup>(61)</sup>）のに対し、onere は、その不履行に対して訴訟によっても強制しえない債務というべきであるとする。すなわち、obbligatio と onere とはいずれも、これらを負担する債務者が不可能な（impossibilita）という受動的関係にあり、人格（personalita）の制限であるとともに、その履行により他人の利益が保護される。そして、obbligatio と onere との違いは、その不可能さの程度の違いにある。すなわち、obbligatio では、債務者は自己の利益の自主的犠牲（＝履行）とその強制的犠牲（＝不履行）とのどちらかを選択することになり、この者が後者を選択した場合には、債権者は訴訟による強制が可能となる。これに対して、onere では、債務者は自己の利益の犠牲（＝履行）と自己の他の利益の犠牲（＝不履行）とのどちらかを選択することになるが、債務者が後者を選択した場合には、この者が取得するはずであった権利（diritto）もしくは権限（facolta）の不発生、またはすでに取得していたそれらの失効という効果が生ずるにすぎない。したがって、債務者に対する制約が obbligatio なのか onere なのかを判断する基準は、この者がこれらの制約に違反した場合において、債権者が債務者に対して裁判による強制をなすうる（この場合は obbligatio）のか、あるいはその強制を行うことができず、債務者について権利等が喪失するという効果が発生するにとどまる（この場合は onere）のかという点にある<sup>(62)</sup>。したがって、Donati は、onere は、権利者（たとえば、保険契約者または被保険者）がそれを遵守すれば権利を取得したり、

あるいは権利の全部または一部を失効させないための前提 (presupposto) であると解している。<sup>(63)</sup>

また、Fanelii もまたほぼ同様に解しているが、<sup>(64)</sup>彼の解釈は Donati のそれよりも obbligo と onere とに差を持たせている。今井薫教授によれば、Fanelii の理論は次のようである。すなわち、obbligo においては債務者は被保険者であるが、onere における被保険者の地位はその遵守を条件にするとはいえ、保険給付の債権者である。したがって、被保険者による onere の遵守を、債務者たる保険者にその給付を完全になさしめるべき前提と位置づけている。そして、obbligo とは、他人の利益を保護するために課される行為義務であるのに対し、onere とは、自己の利益を保護するためになすべき行為義務、あるいは自己の利益を達成するための付随的行為である。したがって、Fanelii は、onere の違反は、所定の行為がなされなかったことに伴う自己利益の単なる不実現であって、obbligo の違反が侵害された他人の利益が強制的に実現されるという効果をもたらすのとは異なると解している<sup>(65)</sup>と説かれる。そして、同教授は、民法一九一四条では損害防止義務 (obbligo di salvataggio) の語が用いられているにもかかわらず、Donati らがこれを損害防止責務 (onere di salvataggio) として解説しているのは、まさにこれもやはり権利実現の前提であるからに他ならないと考えられると説かれる。<sup>(67)</sup>

#### 四 損害防止義務の法的性質

保全義務の法的性質を検討するにあたっては、損害防止義務のそれに関する理論を参考にすることが有益であると考えられるので、以下、この法的性質に関するわが国の理論を概観する。<sup>(68)</sup>この法的性質は、これに違反した場合の効果と密接に関連するので、この効果をもあわせてみることにする。

わが国では、損害防止義務の法的性質に関して、これを①真正の義務または責務と解する説、②一種の前提要

件として、保険者のてん補責任の範囲を画するものであると解する説、そして③損害防止義務の理論的根拠からその効果を把握する説とがある。

①説は、損害防止義務違反があつても被保険者は保険金請求権を失わないという前提に立ち、義務違反の効果は被保険者の保険者に対する損害賠償責任の発生であり、保険者は被保険者の保険金請求権と自己の損害賠償請求権とを相殺して差額を支払うべきものと解する。ただ、被保険者の損害賠償義務の発生原因については、債務不履行説(通説)<sup>(69)</sup>、不作為による不法行為説、義務の履行は訴求および履行の強制に親しまないが弱い効力をもつ義務(責務)である以上、その違反による損害の賠償責任が生ずると解する説とに分かれている。<sup>(70)</sup>

②説は、保険者は被保険者が損害防止義務を尽くすことを前提として保険責任を負担しているのであり、義務違反があつた場合には、それにより発生・拡大した損害部分についてはてん補義務が免れると解する。<sup>(72)</sup>

③説は、損害防止義務は、作為または不作為によって拡大された損害の範囲については、保険者はてん補責任を負わないという趣旨を、被保険者の義務ということばで表したものと解されるので、被保険者がこれに違反した場合には、保険価額の範囲内でその金額を控除されると解する。<sup>(73)</sup>

## 五 検 討

保全義務に関するイタリアおよびわが国の理論、ならびに損害防止義務の法的性質に関するわが国のそれを概観したが、これらをもとに、以下、保全義務を責務と解する説を中心にしながら、この義務の法的性質に関して検討する。

保全義務を被保険者が第三者に対する請求権を放棄しないという責務ととらえる説がある。この説は、前述の

ごとく、責務の法的性質の理解の違いにより、保全義務に義務性を負わせる説と、被保険者による保全義務の履行が保険者に対する保険金請求権の取得ないし保持のための前提であると解する説とに細分される。そこで、両説の違いに焦点をあてながら保全義務を責務ととらえる理論を検討する。これらはいずれもドイツ法の比較法研究の成果として提唱されたものであるが、それとの比較のために、まず、イタリア法の責務の解釈について探る。

#### a イタリア法における解釈

Donatiらは、前述のように、保全義務を被保険者の *onere* と解する。そこで、保全義務の法的性質を検討するにあたり、これを *obbligo* あるいは *onere* のどちらに解するのにより、前提および効果においていかなる差異が存するのかがという点に着目しながら考察する。

まず、これらの効果における差異について、Donatiらの説によれば次のようになろう。保全義務を *obbligo* と解すれば、被保険者はこれに違反しても、保険金請求権を喪失することなく保険金を受け取ることができるが、保険者に対して賠償責任を負うので、保険者に損害賠償金を支払う。これに対して、保全義務を *onere* と解すれば、これに違反した被保険者は、もしこれを履行していたならば享受するはずであった利益（保険金請求権）の全部または一部を喪失する。このことから、被保険者が保険金を受け取った後にこの者の保全義務違反が判明したという前提における効果の差異をみると、次のようになる。まず、*obbligo* と解すれば、被保険者は保険者に対して、保険者が賠償請求権を代位行使していたならば第三者から受領することができたはずの額を、損害賠償金として支払わなければならない。つきに、*onere* と解すれば、被保険者は前述の額を保険金から控除して支払わなければならない。したがって、この前提では、保全義務の法的性質をどのように解しても、被保険者は受け取った保険金の全部または一部を保険者に返還することになるがゆえに、保全義務の法的性質に関する理解の違い

は、理論的には義務違反の効果において違いをもちますが、実際上の差異はほとんど見い出せないのではないかと解する。これに対して、被保険者が保険金を受け取る前に、この者の保全義務違反が判明したという前提においては、被保険者が保険金として受け取る額に差異が生ずる。すなわち、*onere* と解すれば、保険者はこの者に支払うべきであった保険金と、保険者が第三者から受領することができたはずの額とを相殺した額を保険金として被保険者に支払うことになるが、*obbligo* と解すれば、被保険者は保険金の全額をいったん受け取った後に、前述の額を賠償金として保険者に支払うことになる。このように、この前提では、理論的には義務違反の効果において違いが生ずるが、被保険者が最終的に受領する金額はこの場合においても差異はないと解する。

つぎに、*obbligo* と *onere* との前提の差異について考察する。これを検討する場合には、*obbligo* と *onere* に関する Fanelli の見解が参考となろう。彼によれば、*obbligo* とは、他人の利益を保護するために課される行為義務であるのに対し、*onere* とは、自己の利益を保護するためになすべき行為義務、あるいは自己の利益を達成するための付随的行為である。<sup>(74)</sup> すなわち、行為者がある行為の履行を負う場合、その行為により保護されるべき対象が行為者以外の他人の利益であれば、その行為の履行は *obbligo* であるが、自己の利益であれば、それは *onere* ということになる。これこそが *obbligo* と *onere* との前提に存在する差異であるといえよう。ひるがえって保全義務の内容をみると、保全義務の履行によって保護されるべき利益は、被保険者の第三者に対する請求権である。すなわち、保険者は被保険者に対して保険金を支払うことによりこの請求権を取得し、行使する利益を有するが、被保険者が負担する保全義務は、保険者が代位取得するまでは自己に帰属している第三者に対する賠償請求権を他人である保険者のために保全するという義務である。このように自己の権利を他人のために保全するという点に保全義務の特徴がみられる。*obbligo* と *onere* との前提の違いから判断すると、保全義務の法的性

質は *obligo* ではなく、*Donati* の主張するように *onere* であると解するのが妥当ではなからうか。

このように、イタリア法における *onere* の法的性質に関する解釈を探ると、その義務性はきわめて希薄であるといえよう。

b わが国における解釈

このような理解に基づいて、責務の義務性に関するわが国の解釈を検討する。この義務性を主張される石田教授によると、保険契約の付随義務として *obliegenheit* をとらえるとき、そこに真正の義務と異なる諸義務群があることが認識できる。しかも、これは保険の技術的制度として具体化されたものとみるべきである。そうであるならば、*obliegenheit* に義務性を承認しなければならない。ただ、その場合、弱き効力を有する義務としてとらえるべきであり、*obliegenheit* は債権者≡債務者の関係としてとらえられるのではなく、保険者の利益のみならず、保険契約者の利益がこれに併存していること、さらに、保険団体の利益の併存をも否定することができない。そして、損害賠償の制裁を有さず、既存の権利喪失、法的地位の変化を伴う点において義務性を認めるといふ考え方は正当であると説かれる。<sup>(76)</sup> これに対し、坂口教授は次のように主張される。責務の履行は、他人、すなわち保険者の利益のためではなく、自己、すなわち保険契約者の利益のために行われると解されるゆえに、責務の履行には、他人の利益の助長という契機は認められず、その結果、責務の義務的性格は否定される。そして、責務は、他人の利益の助長、義務、違法・不法の領域とは接点を有しない概念であり、結局、責務の履行は権利の取得ないし保持、権利喪失の防止のための前提である。したがって、責務の法的性質については、前提理論が妥当ではなからうかと説かれる。<sup>(76)</sup>

このように、保全義務を責務ととらえる場合、それに義務性をもたせるか否かにより見解が別れることが認識



できる。筆者は保全義務に義務性をもたせる必要はないのではなからうかと考える。すなわち、義務性をもたせれば、行為者である被保険者に何らかの強制をもたらすことになる。しかし、請求権保全の場合、前述のように、保険者は被保険者による保全行為の履行・不履行にかかわらず利益を享受する。被保険者は請求権代位という保険制度の枠内においてこれを保全しなければ、保険金を受領できなくなる、あるいは第三者に対する請求権を放棄した場合には、補償を享受する可能性を失う等の不利益を被ることになる。そうであるならば、保全義務に義務性をもたせなくとも、この履行が被保険者をして強制することになるのではないだろうか。さらに、この義務を責務としながらも、保険金を取得するための前提要件と解するという理論をとる必要もないと解する。保全義務は、坂口教授が説かれる前述の責務概念の枠の中に収まりきれない部分を有する。また、被保険者は第三者に対する請求権を自由に処分することができるはずであるが、保険制度上、その保全を求められている。保険契約を売買契約に擬制すればこのことの説明が容易になることは前述した。それゆえに、責務に関するイタリヤの通説は、このような歴史的背景をもちながら、保全義務を定めた民法一九一六条三項の規定を合理的に解釈するという制約の中で提唱されたものではないかと解する。しかし、このような歴史的背景があるとはいいがたいわが国では、かかる解釈を受け入れることはむずかしいのではないかと考える。したがって、保全義務の法的性質に関する結論は別にして、それを責務と解する説は支持できない。

この限りにおいて、次のように考える。Donati は、保険契約の中で保全義務を位置づける場合、保険事故の発生後に被保険者らが遵守すべき損害防止義務の一つとしてとらえていると解することができる。さらに、損害防止義務に関するわが国の理論の中には、この義務を一種の前提要件として保険者のてん補責任の範囲を画するものと位置づけるものが有力説として存在する。<sup>(78)</sup>この理論の根拠は、保険者は被保険者が損害防止義務を尽くすこ

とを前提として保険責任を負担していると解することにあるが、保険者が契約締結時に代位権の取得を放棄していない限り、保全義務についても同様のことがいえるであろうから、Donatiの前述の解釈はこの理論に矛盾するものではあるまい。それゆえに、損害防止義務および保全義務のいずれをも onere と解している Donatiの理論と、損害防止義務を保険金請求の前提であると解しているわが国の有力説とは、ほぼ同じ内容であると解することができよう。さらに、保全義務を責務としたうえで、保険金請求の前提要件であるという解釈をとるよりも、ストレートにそれを前提要件と解するほうが、保全義務の内容を素直に表現しているのではないかと考える。したがって、被保険者について第三者に対する請求権の保全を求める保全義務は、「義務」と表現されているが、保険者のてん補責任の範囲を画する前提要件であると解することができる。

なお、改正試案六六二条三項は「保険者は、手続の懈怠または権利の放棄がなければ第三者から支払を受けることができたと認められる額については、損害をてん補する責任を免れる」と定めているが、本条項は、保全義務を、被保険者が保険者に対して保険金の支払を請求するための前提要件と位置づけており、その結果、これに違反した被保険者は保険金請求権を失うという効果をもたらすものであると解する。さらに、保全義務違反の効果<sup>(79)</sup>を定める約款規定の多くもまた、改正試案と同様の趣旨であると解することができる。

(47) 田邊・代位二五四頁。

(48) 村田・前掲批評四四三頁、四四四頁。同旨、加藤・前掲書三四一頁(注)、四二四頁(注)、四二六頁、今村・前掲書六一七頁、小町谷・各論六五二頁、六五五頁注(5)、戸田・前掲評釈三三三頁。川又教授は、被保険者が保全義務に違反した場合、保険者は、被保険者に対して、代位することができた金額の返還を損害賠償として請求できると解する場合、この損害賠償請求権は、損害防止義務との類推からして、債務不履行による損害賠償請求権とみるべきであ

るとされる(川又・前掲論文・四七頁注(17))。

(49) 前掲注(23)を参照。

(50) 田邊・代位二五四頁。西島教授は、保険契約者や被保険者が第三者に対する請求権の行使または保存に必要な手続を怠った場合について規定を設けている約款は、請求権代位制度を基礎として事故発生時の被保険者等の協力義務を定めたものであると説かれる(西島・前掲書一八八頁〜一八九頁)が、保全義務の理論的根拠の解釈から推定すると、この説と同旨であろう。

(51) 石田・保険法二一一頁。

(52) 坂口・保険法一七四頁、同・放棄一三九頁。

(53) 田邊・代位二五四頁。

(54) 伊澤・前掲書三〇九頁。

(55) 島・前掲批評一〇四頁、落合・保険・海商百選五一頁、同・損保百選七三頁。

(56) 坂口・放棄一三九頁。

(57) Sotgia, *op. cit.*, pag. 68. Cfr. Virgilio Andrioli, *Surroga legale dell'assicuratore e successione nel rapporto litigioso*, in *Assicurazioni* 1948, I, 8. 現行一九四二年民法の旧法である一八八八年商法四二八条一項(「保険に付された物の損害または滅失について保険金を支払った保険者は、第三者に対して、その損害を原因として被保険者に帰属する権利を代位する。被保険者は自己の行為によりこの権利にもたらしたすべての侵害について責任を負う。」)に関する判例であるが、この説と同旨のものと比べ、Appello di Milano, 4 febbraio 1941, in *Assicurazioni* 1942, II, 98; Appello di Napoli, 30 giugno 1941, in *Assicurazioni* 1942, II, 165.

(58) 坂口・保険者免責の基礎理論三〇頁(文眞堂・一九九三年)。

(59) 拙訳「民法典(一九四二年三月一六日勅令第二六二号——イタリア保険法典(五))——」神戸学院法学二七巻四号

- 六八頁、および栗田＝今井・前掲論文(五)三〇五頁以下(今井筆)を参照。Cfr. Perlingieri, *op. cit.*, pag. 1532 e seg.
- (60) Donati, *op. cit.*, pag. 478. 一八八八年商法四三八条一項に関するものであるが、Donatiと同じくFerrariniの見解がある(Sergio Ferrarini, Sul dovere dell'assicurato di salvaguardare l'azione contro il terzo responsabile del danno, in *Assicurazioni* 1942, II, 2, 166.)
- (61) 拙訳・前掲六四頁、栗田＝今井＝岡田豊基＝小櫻純・前掲論文(二)二三頁以下(小櫻筆)を参照。Cfr. Perlingieri, *op. cit.*, pag. 1501 e seg.
- (62) Donati, *op. cit.*, pagg. 387-388; Santi, *op. cit.*, pag. 389.
- (63) Donati, *op. cit.*, pag. 390.
- (64) Giuseppe Fanelli, Considerazioni sugli oneri nell'assicurazione, in *Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1971, pag. 208.
- (65) 栗田＝今井・前掲論文(五)三〇四頁(今井筆)。
- (66) Donati, *op. cit.*, pag. 416.
- (67) 栗田＝今井・前掲論文(五)三〇三頁、三〇六頁(今井筆)。
- (68) イタリアでは、一九一四条では損害防止義務(obbligo di salvataggio)と規定するが、その文言から明らかでないに、これは被保険者の利益の実現の要件としてなすべきことが要求されているのであるから、被保険者が自己の名にならざるべしる契約上の責務でもなく解する(Cesare Vivante, *Del contratto di assicurazione in Il codice di commercio commentato*, Torino, 1936, pag. 252; Donati, *op. cit.*, pag. 416; Castellano e Scarlattella, *op. cit.*, pag. 354; Alfredo De Gregorio e Giuseppe Fanelli ed Antonio La Torre, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, pag. 137.) のが通説である。

- (69) 小町谷・各論五七五頁、伊澤・前掲書二八八頁、大森・前掲書一七二頁等。
- (70) 野津・新二五八頁、田中Ⅱ原茂・前掲書一九〇頁。
- (71) 石田「保険法上の *obligation* に（い）」保険契約法の諸問題五九頁以下（一粒社・一九七四年）。石田教授は、責務の違反ないし不履行がただちに損害賠償の問題を発生させるのではなく、これによって主たる債権Ⅱ債務関係に解除・失効・解約等の効果を生ぜしめ、さらに保険者に対して損害を生ぜしめたときにおいては、損害賠償の請求をなしうる場合があることは否定できないとされる（石田・前掲論文・六〇頁）。
- (72) 田邊・保険法八二頁（ミネルヴァ書房・一九七〇年）。東京控判昭和一四年六月一七日民集一九卷三二七頁は、傍論において、保険者に保険金支払義務が発生するのは、被保険者が損害防止義務を履行した場合に限られると判示する。
- (73) 石井Ⅱ鴻・前掲書二〇九頁～二一〇頁、田邊・保険法（注14）一六〇頁（田邊教授は自説を②説から③説に改められている）、西島・前掲書二一〇頁、古瀬村邦夫「損害防止義務及び損害防止費用について」私法一八号六〇頁、坂口・保険法一五一頁等。この説に対して、石田教授は、損害防止義務は保険契約に伴う付随義務であり、被保険者による一定の行為を求めているのであり、この違反にはある効果がはたらくのは当然であると批判される（石田・保険法一七七頁）。
- (74) Fanelli, *op. cit.*, pag. 307.
- (75) 石田「保険契約法における *Obliegenheit* の法的性質に関する研究序説——ドイツ法を中心として——」保険契約法の基本問題八九頁～九〇頁、一一七頁（一粒社・一九七七年）。
- (76) 坂口・放棄三一頁～三二頁。
- (77) Donati, *op. cit.*, pag. 411.
- (78) 西島・前掲書二一六頁、古瀬村・私法五八頁～五九頁、坂口・保険法一五一頁等。

(79) たとえば、船舶保険普通保険約款二四条四項、自動車保険普通保険約款(BAP)一般条項一五条三項等をみると、わが国の約款は、その対象がいわゆる企業保険であるか家計保険であるかを問わず、保全義務の履行を被保険者が保険者に保険金の支払を請求するための前提要件と位置づけていると解することができる。末尾「分類」を参照。

## 第二章 請求権保全義務違反の要件

### 第一節 総説

保険者が被保険者の行為を原因として第三者に対する請求権を行使できなくなった場合、被保険者は保全義務違反を問われるが、この者に義務違反を問うための要件を確認する必要がある。というのは、わが国にはこれに関する法律の規定がなく、また、たとえば医療費用保険普通保険約款二八条二項は、保険契約者および被保険者に対して、第三者に対する請求権の保全および行使、ならびにそのために保険会社が必要とする証拠および書類の入手について協力義務を定め、これに違反すれば、保全義務違反の効果が発生する旨を定めるが、同項は義務違反の要件を示しておらず、その内容については解釈によらざるをえないからである。

保険契約の締結から保全義務違反の効果が発生するまでの過程をわが国の理論に従って概観すると、次のようになる。まず、保険者と保険契約者との間で保険契約が締結される。そして、保険期間中に第三者の行為に起因する保険事故が発生し、被保険者に損害が生ずると、この者は第三者に対して請求権を取得する<sup>(81)</sup>。しかし、被保険者が請求権を放棄するなどの行為により、保険者がそれを代位取得ないし行使できなくなった場合、保険者は当該請求額を限度として、被保険者に対する給付義務を免れるという効果が発生する。この場合、かかる行為を

行った被保険者は保全義務の違反を問われる。そこで、被保険者がこの義務に違反し、これに起因する効果が発生するというためには、被保険者の行為に関する客観的要件、主観的要件、被保険者の行為と保険者の損害との間における因果関係の存在、および立証責任とをそれぞれ検討する必要があるが(第三節)<sup>(82)</sup>、その前に、保全義務を負担する主体を確認する(第二節)。そして、これらの要件を検討した後、保険事故発生前の損害賠償請求権の放棄を中心として、被保険者が保全義務違反を問われる時間的範囲について検討する(第四節)。

(80) 末尾「分類」を参照。

(81) 保険契約者も第三者に対して請求権を取得すること(商法六六二条一項)は立法論上問題があるということについては、拙稿「第三者の範囲」四八頁注(3)を参照。

(82) 坂口・放棄一三三頁。

## 第二節 請求権保全義務者の範囲

### 一 はじめに

被保険者が第三者に対して損害賠償請求権を取得した場合、請求権を保全する義務を負担するのは被保険者であるという解釈で一致しているといえよう。また、改正試案六六二条三項は、被保険者のみが保全義務を負担する旨を明示する<sup>(83)</sup>。これに対して、たとえば、貨物海上保険約款一四条二項前段は「保険契約者、被保険者またはこれらの者の代理人もしくは使用人は、第三者に対して、損害の賠償、補償その他の給付を請求することができる場合にはその請求権の行使または保存に努めなければなりません」と定める。同項は保全義務を定めたものと解されるが、これによれば請求権の保全義務者の範囲がきわめて広くなり、保険契約者・被保険者側は請求権を

保全することに関して厳格な責任を負うことになる。現行法の解釈や改正試案の規定とは異なるこのような約款の内容は、どのように解釈すればいいのであろうか。また、本稿ではこれまで被保険者が保全義務を負担するとの前提で論を進めてきたが、その範囲を明らかにしていない。そこで、以下、保全義務者の範囲を検討する。

## 二 約款の規定

わが国の約款の中には、前掲の貨物海上保険約款一四条二項前段のように、保全義務の負担を求める旨を明記するものがある。おもな約款規定を保全義務者の範囲の違いによって分類すると、次のようになる。<sup>(84)</sup>

- ① 被保険者とするもの
  - 債権保全火災保険約款二一条（権利の保全および行使に関する義務）等
- ② 保険契約者および被保険者とするもの
  - 住宅火災保険約款二〇条（代位）二項等
- ③ 保険契約者または被保険者とするもの
  - 船舶保険約款二四条（損害防止義務）三項等
- ④ 保険契約者または被保険者（これらの者の代理人）とするもの
  - ファミリー交通傷害保険賠償責任危険担保特約条項六条（事故の発生）一項等
- ⑤ 保険契約者、被保険者またはこれらの者の代理人もしくは使用人とするもの
  - 貨物海上保険約款一四条（損害防止義務）二項前段等
- ⑥ 保険契約者、被保険者および救済者費用等保険金を受け取るべき者とするもの



傷害保険特約・救済者費用等担保特約条項一〇条（代位）二項等

⑦ 保険契約者、被保険者および保険金を受け取るべき者（これらの者の代理人）とするもの

医療費用保険約款二九条（代位）二項等

これらの規定は、保全義務者につき、（一）被保険者とするもの（①）、（二）保険契約者および／または被保険者とするもの（②・③）、（三）保険契約者、被保険者、これらの者の代理人／使用人とするもの（④・⑤）、（四）保険契約者、被保険者および保険金を受け取るべき者とするもの（⑥・⑦）とに大別することができる。

### 三 検 討

第三者に対する請求権の保全義務を負担する者の範囲を検討する場合、この義務を認める理論的根拠を基礎とする必要がある。筆者はその根拠につき、保険契約における被保険者の利得禁止の原則という保険技術上の派生要因を基礎としながら、それが加害者である第三者の免責阻止という一般法上あるいは社会的な要請に結びついた請求権代位制度において、保険金を支払った保険者が被保険者の第三者に対する請求権を取得するという利益を確保するというものであると解している（第一章第三節）。それゆえに、保全義務を課した理由は請求権代位を維持することであろうから、そのためには義務者の範囲を広げることが求められる。このことは保険者の利益を優先する結果となるが、その反面、義務者側の負担が増えることにもなるので、両者の利益の均衡をはかる必要がある。

約款規定をみると、損害防止義務の規定の中に保全義務を定めているものがある<sup>(85)</sup>。そうであるならば、損害防止義務者と同じ者が保全義務を負担することになるのであろうか。しかし、そのようには考えられないであろう。

すなわち、双方の義務は、被保険者等に義務を課すものであるが、保全義務の内容が被保険者の第三者に対する請求権の保全という法律行為であるのに対して、損害防止義務の内容は損害の防止・軽減であり、事実行為を中心とする点において、双方に違いがみられる。それゆえに、損害防止義務者と同じ者が保全義務を負担することになるということはできない。しかし、損害防止義務を他人のためにする損害保険契約における保険契約者にも負担させると解する場合、いくつかの問題点が指摘されているが、その一部が保全義務にも妥当する。すなわち、他人のためにする損害保険契約において、CIF売買等のように、保険契約者が目的物に接着しているとはいえない場合がある。また、請求権の保全とは、第三者に対する請求権という被保険者に帰属する権利を、保険者という他人のために保全することであるが、この義務を履行することにつき、保険契約者に法的必然性があるのかという疑問がある。さらに、保険契約者は保全義務を履行したとしても、何ら利益を享受するわけではない。この義務を履行しなかった場合、保険金を受領できなかった被保険者から損害賠償を請求される可能性はあろう。

これらのことから、保全義務は、権利の保全という法律行為を対象とするものであるから、保全義務者の範囲は基本的には狭く解すべきであろうと考える。第三者に対する請求権の主体は被保険者であるから、この者が保全義務を負担することは当然である。そして、権利処分権は本人またはその代理人に帰属するので、被保険者の代理人にも保全義務があると解する。つきに、当該権利の主体でない保険契約者は他人の権利を放棄する権限はないのであるから、保全義務はないといえるが、保全に必要な事実行為を行う義務は負担するものと解する。約款の規定は、保険契約者・被保険者側に保全義務を履行することについて注意を喚起するものであり、現行法に関する解釈では、保全義務者は被保険者に限定されると解する。立法論としては保全義務者を被保険者に限定し、

保険契約の形態の違いにより、解釈上、それを広げることも可能であろう。それゆえに、改正試案の立場が妥当であると解する。

(83) 理由書七〇頁・七一頁を参照。

(84) 末尾「分類」を参照。

(85) 末尾「分類」を参照。

(86) 損害防止義務を定めた商法六六〇条一項の解釈論としては、被保険者限定説(田中||原茂・前掲書一八九頁、戸出正夫「損害防止義務について」保険学雑誌四五四号一〇九頁、西島・前掲書二〇六頁)と保険契約者包含説(小町谷・海上保険法総論(二)(海商法要義下巻五)五五四頁(岩波書店・一九五四年)、伊澤・前掲書二八四頁~二八五頁)とがある。また、たとえば倉庫業者が受寄物について他人のためにする保険契約を締結し、受寄物が彼らの支配下にある場合に被災した場合には、保険契約者である倉庫業者が損害防止に最適の地位にあるから、立法論としては保険契約者をも義務者の中に加えている改正試案六六〇条一項が妥当とされる(西島・前掲書二〇五頁~二〇六頁、理由書六六頁)。

(87) 西島・前掲書二〇六頁注(2)。

### 第三節 要件

#### 一 客観的要件

被保険者は第三者に対する請求権を保全する義務を負う。そして、保険事故発生後、保険金を受領するまでの間に、被保険者がこの義務に違反した場合(要件)には、保険者はてん補責任を免れるか、または被保険者に対

して損害賠償請求権を取得し、損害てん補義務と相殺できる（効果）と解されている。<sup>(88)</sup> 改正試案六六二条三項は、このような場合、保険者はてん補責任を免れる旨を明らかにしている。そこで、保全義務違反の客観的要件として、この違反に該当する被保険者の行為の範囲を検討する。

（一）客観的要件（被保険者の保全義務違反行為の範囲）

義務違反行為とは、客観的には、請求権の全部または一部の消滅をもたらす、または請求権の全部または一部の実現を妨げる被保険者のあらゆる行為をいうと解されよう。<sup>(89)</sup>

坂口教授は、ドイツ法の理論に基づいて第三者に対する請求権の放棄という視点に立ちながら、放棄に該当する行為として、免除、和解、他人への譲渡、弁済期の猶予等をあげ、次のように説かれる。請求権の放棄とは、第三者に対する請求権に関して、保険者の地位が回復しえないように悪化ならしめられている場合、すなわち、保険者にとって第三者に対する請求権の回収が困難な場合をいう。しかし、被保険者が放棄と引き替えに第三者から反対給付を取得しているか否か、被保険者が請求権を他人に譲渡した場合、請求権が譲受人から買い取られているか否か、および、被保険者が第三者との和解によって生じた請求権の減額のために第三者から信用を取得しているか否かは問わないと説かれる。<sup>(90)</sup> さらに、同教授は、請求権の放棄とは作為によって請求権を消滅させることであると解されるので、放棄概念に基づいて考察する場合、被保険者の不作为による請求権の消滅も放棄にあたるか否かが問題になる。ドイツ法では、このことは、請求権を故意に時効消滅させることも放棄といえるか否かという問題との関連で議論されており、その通説・判例は被保険者の作為による請求権の消滅のみを放棄とすると解していると説かれる。<sup>(91)</sup> しかし、これについて同教授は、その論旨から推察すれば、請求権の放棄とは請求権の消滅をもたらす、または請求権の実現を妨げる被保険者の行為を意味すると解し、<sup>(92)</sup> 被保険者の不作为によ

る請求権の消滅も放棄にあたると解されているといえよう。

坂口教授がこのような論理を展開されるのはおそらく、同教授が比較法研究の対象とされるドイツ保険契約法六七条一項が、保険者が給付義務を免れる前提として、被保険者による第三者に対する請求権を放棄した場合を定めていることに依拠しているからではなからうか。それゆえに、放棄がそもそも作為概念であるので、放棄概念に基づいて検討する場合には被保険者の不作为による請求権の消滅をあらためて検討しなければならぬことになる。<sup>(93)</sup>しかし、わが国の商法六六二条あるいは改正試案六六二条三項の規定等を解釈する場合には、放棄概念よりも義務違反行為概念に基づいて検討するほうが素直であるように思える。

この点に関して、イタリアの学説は民法一九一六条三項の文言に関連させながら、被保険者の義務違反という概念に基づいてこれに該当する行為を検討している。その中であって、Donaは具体的な違反行為を次のように二つに大別する。第一に、第三者の責任の発生を妨げる行為として、第三者に責任がない旨あるいは被保険者自身に責任がある旨の承認がある。第二に、第三者の責任を消滅させる行為として、作為のそれには、第三者の責任の免除 (remissione)、請求権の放棄 (rinuncia)、第三者との和解 (transazione) 等があり、不作为のそれには、第三者に対する請求権の失効期間あるいは時効期間の徒過等があるとしている。<sup>(94)</sup>

そして、イタリアの判例は、たとえ被保険者が第三者の責任を免除する等の行為をした場合においても、その行為がつねに義務違反に該当するわけではないと解している。<sup>(95)</sup>破毀院は一九七九年一〇月一九日五四四二番判決<sup>(96)</sup>において、次のように判示する。被保険者の被った損害の原因が複数にわたり、保険事故がその一つにすぎない場合には、代位は付保危険に関連する損害についてその効果が発生するにすぎず、被保険者が付保危険に関連する損害についてのみ保険金の支払を請求する場合には、たとえこの者がそれ以外の原因による損害に関する第

三者の責任を免除する等の行為をしたとしても、この者の行為は保全義務に違反したことはないとはならないと判示する。

判例はさらに、第三者に対する請求権につき、保険者にもたらされた損害は具体的なものでなければならぬとしている。<sup>(97)</sup>これについて破毀院は、一九六七年五月三〇日八四四番判決<sup>(98)</sup>において、次のように判示する。民事上の損害賠償請求訴訟が係争中であることから、第三者の被保険者に対する責任の範囲がまだ確定していない場合には、保険者が代位取得する請求権の内容も確定していないゆえに、たとえ被保険者が刑事裁判上認定された仮払金 (provisionale) を受領しても、その金額が、保険者が代位取得する請求権を行使した場合に第三者から償還されうる金額をいちじるしく侵害する程度でない限り、保険者の損害はいまだ潜在的なものであるにすぎず、保険者は損害を被ったことにならないと判示する。<sup>(99)</sup>

これらのことから、保全義務違反の客観的要件に関して次のように解する。まず、被保険者が第三者に対する請求権の権利者であり、第三者が義務者であることを要する<sup>(100)</sup>。というのは、保険者が請求権を代位取得した後に被保険者が第三者から賠償金を取得した場合には、被保険者は他人の権利を侵害することになり、保全義務の本旨とは逸脱するからである。したがって、被保険者が保険金の受領前に第三者から弁済を受けた場合、それは損害賠償債権関係に基づくものであるから、その金額相当分について被保険者の損害が減少したにすぎないので、弁済受領行為が義務違反に該当するものではない。

つぎに、被保険者の保全義務違反行為とは、第三者に対する請求権の全部または一部の消滅をもたらす、またはその実現を妨げる被保険者のあらゆる行為をいうと解されよう。そして、これには第三者の責任の発生を妨げる行為とその責任を消滅させる行為があろう。というのは、たとえ第三者の行為と被保険者のそれとが競合して

保険事故が発生したとしても、被保険者が第三者との間で自分だけに責任がある旨を合意する可能性もあり、これは社会的にみて妥当ではないと解されるからである。したがって、Donati が説くように、第一に、第三者の責任の発生を妨げる行為、たとえば第三者に責任がない旨あるいは被保険者自身に責任がある旨の承認がある。第二に、第三者の責任を消滅させる行為として、作為のそれには第三者の責任の免除、請求権の放棄、和解等があり、不作為のそれには請求権の失効期間<sup>(10)</sup>あるいは時効期間の徒過等がある。そして、これらの行為が、保険金を支払った保険者が代位取得しうる請求権に関連するものでなければならず、保険者の利益を具体的に侵害するものであることを要すると解する。

(二) わが国の約款にみる被保険者の保全行為

被保険者は、以上のような違反行為に該当しない行為を遂行することが求められる。わが国の約款の条文には保全行為を明示しているものがあるが、それらを分類すれば、保全行為は次の二つに分けることができる。①第三者に対する請求権の保全および行使、ならびに、そのために保険会社が必要とする証拠および書類の入手に協力すること(住宅火災保険約款二〇条二項、自動車保険約款(BAP)一般条項一四条等)と、②損害賠償責任に關し訴訟を提起したときは、ただちに保険会社に通知すること(内航貨物賠償責任保険特別約款一二条一項、自動車保険約款(BAP)一般条項一四条等)<sup>(10)</sup>である。

このうち、②について、解釈上、被保険者は第三者に対して損害賠償請求訴訟を提起する義務を負うか否かという問題が生ずる。この点に關して、イタリアの学説・判例は次のようである。すなわち、Scalfi は、被保険者は保険者の要求がない限り、第三者に対する訴訟を提起する義務はないが、訴訟を提起した場合には、訴訟の基本的要素を確保しておかなければならない。そして、この義務は保険者が請求権を代位取得するまで継続する。

なぜならば、たとえ保険者は保険事故発生のお知らせを受けたとしても、いまだ権利者でないがゆえに請求権を保全しうる状態にないからであるとする<sup>(103)</sup>。また、判例も、被保険者は第三者に対して賠償請求を行う旨を通知するだけで足り、保険者からの依頼もないまま第三者に対して訴求する義務はないと解している<sup>(104)</sup>。

この点に関して次のように考える。保全義務は、被保険者について、保険金を支払った保険者が請求権を行使することができる状況にしておくように義務づけることにその目的が存する。それゆえに、被保険者の最小限の行為として、第三者に対して賠償請求を行った旨を保険者に通知し、それに関する保全行為の遂行を求めているものであると解することができる。また、約款の文言からしても、被保険者が訴訟を提起する義務を負うと解するのはむしろかしいであろう。それゆえに、②の趣旨を定めている約款の規定は、保険者と被保険者との間に特段の合意がない限り、被保険者は第三者に対して損害賠償請求訴訟を提起する義務を負わないが、もし訴訟を提起した場合には、保険会社はその旨を通知する義務を負う旨を定め、それに関連する保全行為の遂行を求めたものであると解することができる。

## 二 主観的要件

被保険者の行為が客観的に保全義務違反行為に該当し、保険者が給付義務を免れるためには、主観的要件として、被保険者に帰責事由が存在していることが必要とされる<sup>(105)</sup>。この問題に関し坂口教授は、被保険者の請求権放棄に際し、この者にいかなる程度の帰責事由が存在することを要するかという点について検討する必要があるとされ、これに関するドイツ法の理論を次のように分析される。

第一に、故意または重過失が存在することを要すると解する理論がある。この理論の基礎は、被保険者の保全



義務を損害防止・軽減義務（ドイツ保険契約法六二条）の特殊な場合と解し、放棄における被保険者の帰責事由も損害防止・軽減義務違反のそれと同様に判断されると解することにある。しかし、坂口教授は放棄禁止を損害防止・軽減義務の特殊な場合と解することに疑問を抱かれている。<sup>(107)</sup>

第二に、被保険者の軽過失でも足りると解する理論がある。この理論は、請求権は損益相殺によって控除される利益として保険者のてん補義務の判断にあたって考慮されること、放棄に関する問題は損益相殺の法理で判断されることなどから、放棄に際しての帰責事由にはあらゆる帰責事由が含まれると解している。<sup>(108)</sup>

第三に、故意による放棄の場合にのみ給付義務が免れると解する理論がある。これがドイツの通説であり、坂口教授は次のような理由でこの理論を支持される。①保険契約法六七条一項三文にある放棄概念は、暗黙裡に、故意という意味が含まれていると解しうる。放棄概念は放棄される権利を放棄することについて知っていることを意味するのであり、過失で権利を失っている者は権利を失っているが、放棄者ではない。②請求権を放棄した場合に保険者は給付義務を免れるという規定・法理の背景には、「自己の以前の行動に反して振る舞うことの禁止」(venire contra factum proprium)という考え方があられる。それゆえ、放棄した被保険者が保険金の支払を請求することは保険者に対する誠実義務違反となる。そうであるならば、放棄した場合の給付免責を判断する基準は、被保険者に故意があるか否かに求めるのが妥当であると解されている。<sup>(109)</sup>坂口教授は主観的要件についても放棄概念に基づいて検討されているので、理由①を主張されるのは当然のことであろう。

これらのことから、被保険者の主観的要件について、筆者は次のように考える。

まず、保全義務は損害防止義務の特殊な場合であると解することができないので（第一章第三節）、損害防止義務と同じ主観的要件を求める理論は支持できない。

つぎに、保全義務の理論的根拠および法的性質を振り返ると、筆者は、保全義務とは、保険契約における被保険者の利得禁止の原則という保険技術上の派生要因を基礎としながら、それが加害者である第三者の免責阻止という一般法上あるいは社会的な要請に結びついた請求権代位制度において、保険金を支払った保険者が、被保険者の第三者に対する請求権を取得するという利益を確保するという理論的根拠から派生する義務であると解する(同第三節)。それゆえに、保全義務は請求権代位制度を維持するための手段の一つであるともいえる。そして、その法的性質は、保険者のてん補責任の範囲を画する前提要件であると解するので(同第四節)、保全義務の履行は被保険者が保険金を受領するための前提要件であるとも解することができる。また、請求権代位においては、保全義務の対象は第三者に対する請求権であるから、被保険者は、保険者という他人のために、自己に帰属する権利を保全しなければならず、この義務に違反した場合には、保険給付を受けられないという不利益を被るという立場にある。これに対して保険者は、給付義務を免れるか、あるいは支払済みの保険金の返還を被保険者に請求できるうえに、被保険者が保全義務を履行した場合には、第三者に対する請求権を取得・行使することにより、被保険者に支払った保険金相当額を第三者から回収できるという立場にある。たとえ第三者の資力が乏しいゆえに回収が不可能または不十分の場合であっても、保険者は保険契約において保険金の対価をすでに取得しているわけであるから、保険制度上、経済的な不利益を被っているとはいえない。このように請求権保全制度にあっては、被保険者における保全義務違反の有無を問わず、保険者は経済的に多大な不利益を被ることはないのではないかと考える。また、たとえ保全義務の法的性質を責務と解する理論(同第四節)によっても、保全義務の義務性はきわめて稀薄であり、イタリアの学説はこの点において顕著である。

これらのことから、保全義務違反に関する被保険者の主観的要件の範囲については、請求権代位における被保

險者の立場を考慮する限りにおいて、限定的に解釈する必要があるのでないかと解する。それゆえに、被保険者に軽過失があれば足りるとする理論によれば、この者にきわめて厳しい義務を課することになるので、この理論を支持することはできない。したがって、客観的に保全義務違反行為を行ったとされる被保険者につき、原則として故意があつた場合にのみ、この者に対して保全義務違反を問うことができるものと解する。そして、ここでいう故意とは、他人の権利を侵害する際の故意ではなく、被保険者が自己の権利を放棄する等の行為を行うことつまり請求権を喪失させることについての故意であるので、請求権を放棄する等に関する故意であると解される。<sup>(11)</sup>

また、被保険者等が「正当な理由なくして」請求権を放棄した場合等において保全義務違反を問うと定める約款があるが、<sup>(12)</sup>「正当な理由なくして」とは、被保険者等の故意と同一視することのできるものであると解する。

### 三 因果関係の存在および立証責任

保険者が給付を免れるためには、被保険者の保全義務違反行為と保険者の損害との間に因果関係の存在を必要とするか否かという問題、そして、もし因果関係を必要とすると解する場合、立証責任の問題について検討する必要がある。

#### (一) 因果関係の存在

被保険者の義務違反行為と保険者の損害との間における因果関係の存否に関して、坂口教授は、責務の一般原則によれば、責務違反行為とその結果との間に因果関係が存在する場合のみ保険者は免責されるので、被保険者による請求権放棄と保険者の損害との間に因果関係が存在することを要するとされ、以下のように説かれる。す

なわち、責務の一般原則を定めるドイツ保険契約法六条三項二文において因果関係の存在が問題となるのは重過失による責務違反のみであり、故意による責務違反は因果関係を問うことなく保険者免責となる。これに對して請求権放棄の場合（同法六七条一項三文）には、放棄という被保険者の故意の場合にも因果関係の存在が問題とされるので、同法六条三項二文と同法六七条一項三文とに違いがある。それゆえに、故意による責務違反は因果関係を問うことなく保険給付の全部免責を認めるのがドイツ保険契約法の基本的枠組みなので、同法六七条一項三文は特異な規定であると考えられると説かれる。<sup>114</sup>

このように、坂口教授は、保険者が給付を免れるためには、被保険者の請求権放棄と保険者の損害との間に因果関係が存在することを必要とされている。同教授は責務の原則に基づいた検討をされているが、他の考え方によっても、同じ結論を導き出すことができると考える。すなわち、主観的要件を検討する場合においても述べたように、請求権代位制度において、被保険者は保険者という他人のために、自己に帰属する権利を保全しなければならぬ。しかし、保険者は、被保険者の義務違反の有無にかかわらず経済的に多大な不利益を被ることはありえないのではないかと考える。したがって、義務違反に関する被保険者の主観的要件については、本制度におけるこの者の立場を考慮する限りにおいて、故意の場合にのみ保険者は免責されると解したが、因果関係の存否を検討する場合においても、これらの点、とりわけ本制度における被保険者の立場を考慮することが求められると考える。というのは、本制度における被保険者の立場と保険者のそれとを比較すれば、後者のほうが有利であると考えるからである。そうであるならば、保険者について、その給付免責を認める状況を制限するという解釈が望ましいのではないであろうか。したがって、坂口教授と同じく因果関係の存在を求める必要があると考える。つぎに、坂口教授は以下の場合には、損害が発生していないので因果関係がなく、保険者は給付義務を免れな

いと判断される。それは、①第三者の支払不能で保険者が賠償を受けられない場合、②請求権を放棄したが、保険者が第三者から賠償を受けた場合、③請求権の弁済猶予期間の満了時に、保険者が第三者から賠償を受けている場合、④被保険者が連帯債務を負う第三者の一人の債務を免除したが、保険者が免除を受けた連帯債務者以外の債務者から全額の賠償を受けた場合である。<sup>(15)</sup>②～④においては、いずれも保険者が第三者から賠償を受けているので、そもそも保険者につき損害が発生しているとはいえないとされる場合ではなからうか。これに対して、①の場合には、保険者が賠償を受けられないとされる原因は被保険者の行為ではないので、たとえ損害が発生しているともなされても、それと被保険者の行為との間には因果関係が存在せず、保険者は給付義務を免れないと解される。

(二) 立証責任

被保険者の義務違反の立証責任は、被保険者の行為により損害を被ったことについて保険者が負担するものと解する。この点をイタリア法にみると、ナポリ地裁は一九五七年三月一日判決<sup>(16)</sup>において、保険者が、被保険者の行為が第三者に対する請求権について具体的な損害を自己にもたらしたことを立証しえない場合には、被保険者は保全義務に違反したとはいえないと判示しており、学説もこの立場を支持している。<sup>(17)</sup>破毀院は一九五八年六月二七日二二九六番判決<sup>(18)</sup>においてこの立場を支持するが、その理由として、保険関係が被保険者と第三者との間の賠償関係とは法的に別個のものであると解されるからであると判示している。すなわち、民法一九一六条一項において保険者が被保険者に保険金を支払うのは、保険者が保険契約上の債務を履行するためであり、第三者の被保険者に対する賠償債務を代位弁済するためではない。それゆえに、保険関係と賠償関係を区別する必要がある。なぜならば、保険関係は、保険者と被保険者との間で締結された保険契約に基づく金銭債務の性質 (natura

del debito di valuta) を有するものであるのに対し、賠償関係は、被保険者と第三者との間に発生した関係に基づく価値債務の性質 (natura del debito di valore) を有するものであるがゆえに、これら二つの関係にはその原因と債務の範囲とについて違いがみられるからであると判示している。

この判旨に基づいて検討すると、保険者は、第三者の行為により被保険者に損害が発生したことを原因として被保険者に保険金を支払うわけであるから、この点において、賠償関係と保険関係とは密接な関係を有するが、原因と債務の範囲とは判旨のとおり違いがみられる。それゆえに、保険者が第三者に対して賠償請求する場合には、両者をリンクさせなければならない。請求権地位に関するこのような前提によれば、被保険者の行為を原因として消滅等の効果が発生するのは賠償関係であるから、これに直接関係のない保険者が被保険者に義務違反を問うためには、保険者が立証責任を負担する必要があると解される。

このことから、保険者は、被保険者の行為により損害を被ったことについて立証責任を負担する。そして、責任の範囲は、被保険者が義務違反行為を行ったことにより、保険者が第三者に対する請求権を行使しえなくなった結果、この者から保険金の額を限度とする金額の回収ができなくなったということであると解する。

(88) 大森・前掲書一八五頁、坂口・保険法一七四頁、田邊・代位二五四頁、石田・保険法二一一頁等。西島教授は保険者はてん補責任を免れるとのみ明記される(西島・前掲書一九七頁〜一九八頁)。

(89) 同旨、坂口・放棄一三九頁。

(90) 坂口・放棄一四二頁。

(91) 坂口・放棄一四三頁。

(92) 坂口・放棄一三九頁。

- (93) 坂口・放棄一四三頁以下。
- (94) Donati, *op. cit.*, pag. 477.
- (95) Castellano e Scarlattella, *op. cit.*, pagg. 435-436.
- (96) Cassazione civile, 19 ottobre 1979, n. 5442, in *Assicurazioni* 1980, II, mass. n. 9, pag. VIII.
- (97) Castellano e Scarlattella, *op. cit.*, pagg. 434-435.
- (98) Cassazione civile, 3 maggio 1967, n. 844, in *Assicurazioni* 1967, II, mass. n. 45.
- (99) Cfr. Cassazione civile, 27 giugno 1958, n. 2296, in *Assicurazioni* 1958, II, 2, mass. n. 33.
- (100) Donati, *op. cit.*, pag. 477; Santi, *op. cit.*, pag. 416; Castellano e Scarlattella, *op. cit.*, pag. 434.
- (101) たとえば、Y運輸株式会社・宅急便約款(平成三年一月二五日届出)二四条(責任の特別消滅事由)一項は、運送品の毀損に関する運送人の責任は、貨物が受取人に引き渡された日から一四日以内に通知が発せられない場合には消滅すると定める。所定の期間内における運送人に対する請求も保全行為に該当すると解しうる。
- (102) 末尾「分類」を参照。
- (103) Scalfi, *op. cit.*, pag. 256; Castellano e Scarlattella, *op. cit.*, pag. 457; Ferrarini, *op. cit.*, pag. 166.
- (104) Tribunale di Napoli, 22 settembre 1951, in *Assicurazioni* 1952, II, 2, pagg. 24 e 136; Appello di Genova, 8 maggio 1952, in *Assicurazioni* 1953, II, 2, pag. 51; Cassazione civile, 29 luglio 1963, n. 2119, in *Assicurazioni* 1964, II, 2, pag. 61; Tribunale di Salerno, 30 settembre 1977, in *Assicurazioni* 1978, II, 2, pag. 190.
- (105) 坂口・放棄一四四頁。
- (106) わが国では、重過失により保険事故の発生を知らなかった場合については、重過失による義務違反として処理すべきであるとの説(西島・前掲書二〇八頁)がある。
- (107) 坂口・放棄一四五頁。

- (108) 坂口・放棄一四五頁～一四六頁。
- (109) 坂口・放棄一四六頁～一四七頁。
- (110) たとえば、改正試案六六二条三項。
- (111) 船舶保険約款二四条四項は、「保険契約者または被保険者が、故意または重大な過失によつて第三者に対する請求権の行使または保全を怠ったとき」と定める。これに関して、保全義務違反の主観的要件につき被保険者の故意を原則とし、企業保険においてはこの者の重過失をも要件と認めることが可能ではないかと解する。
- (112) 坂口・放棄一五二頁注(57)。
- (113) 自動車保険(BAP)一般条項一五条三項等。
- (114) 坂口・放棄一四七頁。
- (115) 坂口・放棄一四八頁。フェッラーラ地裁は一九六六年四月六日判決(Tribunale di Ferrara, 6 aprile 1966, in *Foro italiano* 1966, I, col. 1419)において、保険を支払った保険者が第三者へ代位権行使の旨を通知した後に、被保険者が第三者の一人について連帯債務を放棄した場合においても、保険者は全債務について償還請求権を有すると判示してゐる。
- (116) Appello di Napoli, 1 marzo 1957, in *Repertorio del Foro italiano* 1958, voce «Assicurazione (contratto di)», n. 170 e seg.
- (117) Castellano e Scarlattella, *op. cit.*, pag. 435.
- (118) Cassazione civile, 27 giugno 1958, n. 2296, in *Giurisprudenza Italiana* 1959, I, 1, col. 1374. Cfr. Tribunale di Genova, 15 gennaio 1958, in *Diritto Marittimo* 1958, pag. 234; Appello di Bologna, 16 gennaio 1959, in *Diritto Marittimo* 1960, pag. 424.



#### 第四節 請求権保全義務の負担期間

##### 一 はじめに

保全義務違反の要件に関連して、負担期間の始期と終期とを検討する。わが国の学説によると、保険事故発生から保険金を受領するまでの間に被保険者がこの義務に違反した場合、保険者はてん補責任を免れると解されており、<sup>(19)</sup>それゆえに、被保険者はこの期間内に保全義務を負担すべきであると解することができる。

しかし、この負担期間に関して次の三つの検討課題がある。第一に、始期に関連して、保険利益享受約款の扱いが問題となる。というのは、この約款は、保険事故発生前に被保険者が債権関係にある第三者の責任を免除するものであるから、その免責を認めることが保全義務違反にあたるか否かが問題となる。それゆえに、義務違反を問うことができるとした場合、被保険者は保険事故発生前にも義務を負担せざるをえないという結果になるからである。本稿ではこれまで、保険事故発生後の保全義務を対象としてきたので、保険利益享受約款に関する問題は別途検討する(第五節)。第二に、イタリア法では終期について多様な解釈が存在しており、解釈の違いにより被保険者の保護に影響を与える可能性があるため、この点に関するイタリア法の理論を検討し(二)、その後、日本法に基づく解釈を行う(三)。第三に、終期に関連して、被保険者が保険金の受領後に第三者の免責を認めた場合の取扱等の問題があるので、この点についても検討する(四)。

##### 二 負担期間の終期に関するイタリア法の理論

イタリア法では保全義務の終期について解釈が分かれ、被保険者が保険者に保険事故発生的事实を通知した時と解する説(保険事故通知時説)、保険者が保険金を支払った時と解する説(保険金支払時説)、および保険者が

第三者から賠償金を償還した時と解する説（償還時説）とが存在する。<sup>(120)</sup>

負担期間に関する破毀院の最初の判決は一九四八年二月一日二四五番判決である。本判決は、保全義務は被保険者が保険者に保険事故の発生を通知したことにより消滅する。なぜならば、保険者はその時点から賠償請求権に関する自己の利益を直接かつ具体的に保全しうる状態になるからであると判示し、原審判決を支持した。<sup>(121)</sup>

ポローニヤ地裁一九五七年八月三十一日判決は、<sup>(122)</sup>この問題に関して詳細な検討を行った。すなわち、荷受人が運送人から積荷を受け取ったところそれが毀損していたので、保険者にその旨を通知し、保険金を受領した。その後、保険者が民法一九一六条一項に基づき加害者である運送人に賠償請求したが、運送人は航行法典四三八条二項<sup>(124)</sup>を援用し、同人に対する賠償請求権は荷受人が積荷を受け取った日から一年で時効消滅したとして、その支払を拒否した。そこで、保険者は荷受人に対し、民法一九一六条三項に基づきこの者の保全義務違反を理由に賠償請求したが、荷受人はこれを拒否するとともに、請求権の不存在を確認する訴えを提起した。本件積荷保険普通保険約款一八条は、加害者に対する賠償請求訴訟は被保険者が提起する旨を定めていた。ポローニヤ地裁は次のように判示した。請求権代位制度は、被保険者を賠償額の確定作業からできる限り迅速に排除することを目的とするものであり、この者の保全義務の履行により、保険者は第三者に対する請求権を確保することが可能となる。また、保全義務の内容は、被保険者の行為が第三者に対する請求権を侵害する原因となることを回避することに限定される。したがって、本件約款一八条の趣旨は、被保険者が保険者の要請に基づき、自己の名前で、しかしながら、保険者の指示、危険および費用によって第三者に対する賠償請求訴訟を提起し、かつ、遂行しなければならぬと解されるものである。したがって、被保険者が保険者に保険事故の発生を通知した場合、保険者は第三者に対する請求権をみずから保全しうる状況に置かれたことになるから、被保険者の保全義務はこの時点で消

減すると判示した。<sup>(126)</sup>

判例のこのような立場に対して学説の多くが批判している。たとえば、Sotgiu は次のように述べている。保険者が給付義務を履行するためには、保険関係を認識したうえで行動することを基本原則とする。これに基づき、被保険者は保険者に情報を提供し、保険者が保険関係に介入するまでそれを保全する義務を負う。これには保険事故発生の通知義務、損害防止義務および保全義務があり、保全義務は、保険者が事実上かつ法律上保険関係に介入できるまで継続する。したがって、その時期は、保険者の基本的義務である保険金の支払時と解すべきであるとして、保険金支払時説の立場をとっている。<sup>(126)</sup> Ferrarini は、保険者は被保険者から保険事故発生の通知を受けたとしても、被保険者の権利を当然に保全する状況に置かれるものではないし、法律上、保険者は保険金の支払後においても、第三者に対して賠償請求しうるにすぎないと述べている。<sup>(127)</sup>

破毀院はその後、一九七八年一月二八日四二一番判決<sup>(128)</sup>において、被保険者が保険金の受領後に第三者から賠償金を受け取った場合であっても、被保険者は保険者に対して民法一九一六条三項の責任を負担しなければならぬとして、償還時説の立場を示した。すなわち、社会保険者である ENPDEP<sup>(129)</sup> との間で傷害保険契約を締結していた被保険者が、加害者の運転する自動車に衝突され負傷した。被保険者は ENPDEP から保険金を受領した後、加害者に対する請求権を ENPDEP に譲渡し、ENPDEP はその旨を加害者およびその保険者 Fondiaria 社に通知した。しかしその後、被保険者は物の損害および自己の傷害に関して加害者との間で和解した。ENPDEP は、この和解は加害者に対する賠償請求権を侵害するものであるとして、民法一九一六条三項に基づき被保険者に対しその賠償を請求したが、被保険者がこれを拒否したので、本件和解が第三者に対する請求権の侵害行為にあたるか否かが争われた。破毀院は、たとえ保険金が支払われた後であっても被保険者につき当該請求権を侵害する

行為があれば、保険者は同項に基づいて被保険者に賠償請求することができる。なぜならば、本件では被保険者は二重の給付を受けているゆえに利得することになるので、それを回避するために保険者の賠償請求を認めることができると判示した。<sup>(130)</sup>

このように、イタリア法において保全義務の終期に関する解釈が別れているのは、請求権代位の法的性質に関する理論が多岐にわたっていることによるのではなからうか。法的性質論を代位の効力発生時期に関する解釈の違いに基づいて分類すると、第一に、請求権代位を法定代位（民法一二〇三条五号）<sup>(131)</sup>と解し、保険者は保険金を支払った時点で法律上当然に請求権を代位取得すると解するいわゆる自動説（法定代位説）と、第二に、請求権代位を債権譲渡（同一二六〇条）<sup>(132)</sup>に類似したものと解し、保険者は被保険者に保険金を支払った旨を第三者に通知した時に請求権を取得すると解するいわゆる通知要件説（債権譲渡類似説）とに大別することができる。<sup>(133)</sup>後者はイタリアにおいて一九五〇年代以後の判例の多くがとる立場である。<sup>(134)</sup>これらのことから、破毀院七八年判決は通知要件説に基づき、保険金支払後においても被保険者を権利者とみなし、保険者はこの者に保全義務違反を問うことができるかと判示したのではなからうか。

保全義務の終期に関するイタリア法の理論のうち、保険事故通知時説にはポローニヤ地裁五七年判決が示すように、第三者に対する賠償請求から被保険者が迅速に解放されるといふ利点がある。しかし、この説によれば、代位の効力発生時期につき自動説をとったとしても、保険者は被保険者に帰属している権利を保全することになる。保険の実務において、保険者が被保険者等から保険事故発生のお知らせを受けて事故調査担当者を派遣して調査させるのは、発生した損害の額を確定したうえで、保険金の額を明らかにすることを主たる目的とするものであり、第三者に対する請求権を保全するための行為を目的とするものではあるまい。この解釈は、とりわけ、家計

保険分野における被保険者保護の視点からすれば望ましいといえようが、保全義務制度の内容または趣旨からすればこの解釈をとることはむずかしいのではあるまいか。また、償還時説をよれば、保全義務を負担すべき期間が長くなるので、被保険者にとってはきわめて酷な結果となる。

### 三 日本法の解釈

わが国の学説によると、前述のように、被保険者は保険事故発生から保険金の受領までの間、保全義務を負担すべきであるということになろう。また、改正試案六六二条三項はこの期間を明示していないが、第三者の行為に起因する保険事故により損害が生じた場合、「被保険者が第三者に対して有する権利」に関する保全行為を怠ったならば、保険者は損害を免れると定めている。保険義務の負担期間を解釈する場合にはその義務内容を見る必要がある。というのは、被保険者が保全すべき権利がポイントとなるからである。被保険者は第三者に対する請求権を保険者のために保全する義務を負担する。すなわち、被保険者が保全すべきは自己に帰属する権利である。したがって、被保険者に義務違反を問うためには、この者が請求権の主体であることを要する。そして、わが国の法解釈上、保険者が保険金を支払った時点で、保険者は法律上当然にこの請求権を取得すると解されているゆえに、<sup>(135)</sup>被保険者は保険金を受領した時点で請求権の帰属者ではなくなり保全義務を免れる。また、イタリア法に関して *Sotgiu* が述べているように、保険の技術的性質からみても、被保険者の義務が継続するのは、保険者が事実的かつ法律的に第三者に対抗できる状態になったといえる保険金の支払時までと解すべきではなからうか。したがって、改正試案においても、被保険者は保険事故発生から保険金受領までの間、保全義務を負担すべきであると解されることになろう。

ところで、わが国の約款は、被保険者等は保険事故発生後（船舶保険約款二四条三項・四項、自動車保険約款一般条項一四条九号等）、または損害発生後（住宅火災保険約款二〇条（代位）二項等）から保全義務を負担する旨を定めている。それゆえに、約款では、その始期は原則として保険事故発生時であると解する。また、約款はその終期を定めていないが、イタリア破毀院四八年判決等の解釈は被保険者に有利であるゆえに、家計保険分野の約款に同判決等の趣旨を盛り込んだ条文を定めることが望ましいであろう。しかし、保全義務の履行を保険金支払の前提要件ととらえると、第三者の行為により被保険者に損害が発生した場合、保険の実務上、被保険者は保険金取得のために保険者に保険事故発生旨を通知し、その後、保険者の指示に従って義務を履行するであろう。それゆえに、保険金を受領するまでは被保険者は保全義務を負担すべきであるとしても、義務負担が被保険者にとって過酷になることはないであろう。以上のことから、わが国の約款の規定は、保全義務の存続期間に関する前述の解釈に合致するということができるではなからうか。

#### 四 保険金受領後の被保険者の侵害行為

被保険者は保険金受領後においても、これに関する第三者の不知を利用して、この者と和解したり賠償金を支払わせることによって、保険者の権利を侵害する可能性があるのです。この場合につき、保険者の賠償請求の可能性を検討する。

イタリア破毀院は七八年判決において、保険者はこのような場合にも民法一九一六条三項に基づいて被保険者に損害賠償金の支払を請求できると判示しているが、前述の理由によりこの立場を支持することはできず、保険者は第三者に償還請求することができると解する。被保険者の保全義務の終期は、前述のように、この者が保険

者から保険金を受領する時と解するからである。したがって、保険者が保険金の支払を第三者に通知した後この者が被保険者に賠償金を支払った場合には、第三者は悪意または重過失であった限りにおいて、保険者からの請求に応じざるをえないであろう。そして、これに応じた第三者は、被保険者に賠償金の返還を請求することができる。しかし、保険者は自己の権利が侵害されたという理由で被保険者に対してはまた賠償請求することができる。ところが、第三者に償還請求する場合のコストと被保険者に賠償請求する場合のそれとを考えると、一般的には後者のほうが前者よりも低いと考えられる。したがって、保険者の利益を考慮すれば、保険金支払後に被保険者が請求権が侵害した場合には、保険者は被保険者に対して賠償請求しうることを認めたとしても、被保険者および第三者のそれぞれの権利を侵害することにはならないであろう。それゆえに、この場合には、保険者は第三者に対して償還請求するか、被保険者に対して請求権代位制度に基づく不当利得の返還を請求する（民法七〇三条）か、という二つの選択肢を得ることができる。その結果、保険者はその利益が保護されることになり、請求権代位制度の趣旨が確保されることにもなる。なお、わが国の約款は、保険金支払後に請求権が侵害された場合については定めていないが、この場合の解釈も同様にならう。

(119) 大森・前掲書一八五頁、坂口・保険法一七四頁、田邊・代位二五四頁、石田・保険法二二一頁、西島・前掲書一九七頁、一九八頁。

(120) Castellano e Scariatella, *op. cit.*, pagg. 437-438.

(121) Cassazione civile, 18 febbraio 1948, n. 245, in *Assicurazioni* 1948, II, pag. 65; in *Foro Italiano* 1948, I, col. 610.

(122) Appello di Napoli, 30 giugno 1941, in *Assicurazioni* 1942, II, 2, pag. 166.

- (123) Tribunale di Bologna, 31 agosto 1957, in *Assicurazioni* 1958, II, 2, pag. 82.
- (124) イタリア航法典四三八条(時効)二項「ヨーロッパまたは地中海沿岸国以外の地を目的地または到達地とする運送の場合、時効は一年をもって完成する。」
- (125) 本判決は控訴審であるフローニヤ控訴院一九五九年一月一六日判決(Appello di Bologna, 16 gennaio 1959, in *Diritto Marittimo* 1960, pag. 424.) を支持された。
- (126) Sorgia, *op. cit.*, pagg. 67-68.
- (127) Ferrarini, *op. cit.*, pag. 166. Cfr. Gasperoni, *op. cit.*, pag. 422; Appello di Napoli, 1 marzo 1957, in *Repertorio Foro Italiano* 1958, voce «Assicurazione (contratto di)», n. 172.
- (128) Cassazione civile, 28 gennaio 1978, n. 421, in *Assicurazioni* 1978, II, 2, pag. 159.
- (129) 民法一八八六条は、規律されるべき特別法に規定がない場合、社会保険にも民法の私保険に関する規定が適用されると定める。本条の内容については、栗田〓今井〓岡田〓小櫻・前掲論文(一)同三九卷二号二二八頁以下(栗田筆)を参照。
- (130) Cfr. Santi, *op. cit.*, pag. 421; Ettore Favara, *Surrogazione legale dell'assicuratore ed obbligo del danneggiato assicurato di non pregiudicare la rivalsa*, in *Assicurazioni* 1978, II, 2, pag. 159.
- (131) 民法二一〇三条(法定代位)「代位は次の場合は法律上当然に行われる。……五 その他法律で定められている場合。」Cfr. Perlingieri, *op. cit.*, pag. 30 e seg.
- (132) 民法二二六〇条(債権の譲渡性)一項「債権者は、その債権が一身専属的性質を有せず、またその移転が法律によつて禁止されていない限り、債務者の同意なくして、有償または無償名義で自己の権利を移転する」ことができる。」Cfr. Perlingieri, *op. cit.*, pag. 147 e seg.
- (133) これらの理論については、栗田〓今井・前掲論文(五)同四二巻六号三二二頁〜三二二頁(今井筆)を参照。Cfr.



Castellano e Scarlatta, *op. cit.*, pagg. 389-398. なお、請求権代位の法的性質の検討は別稿で行う。

(134) Cfr. Castellano e Scarlatta, *op. cit.*, pagg. 394-398.

(135) 大森・前掲書一八一頁、坂口・保険法一六八頁、田邊・保険法一四二頁、石田・保険法二〇七頁、西島・前掲書一八八頁等。

#### 第五節 保険事故発生前の請求権保全義務

##### 一 はじめに

これまで述べてきた保全義務は、保険事故発生後に被保険者が負担すべきものであった。しかし、保険事故発生前に被保険者が第三者に対する請求権を放棄する場合、保険者に損害を与えることになる。この場合においても、保険事故発生後に保全義務違反行為をなした被保険者に対して義務違反を問うことができるのと同様の効果をもたらすことは妥当ではないかと解されている。<sup>(136)</sup> この問題が生じる場合として、山下友信教授は次の二つをあげられる。第一は、被保険者と第三者との間で損害賠償責任の発生要件を第三者からみて緩和することの可否であり、第二は、いわゆる保険利益享受約款が存する場合である。<sup>(137)</sup> そこで、本稿においても、この二つの場合において、保険事故発生前になされた被保険者の行為を保全義務違反として問うことができるとされる理由を検討する。

二 免責約款と請求権保全義務との関連

(一) 損害賠償責任の発生要件の緩和

損害賠償責任の発生要件の緩和のケースとして、倉庫寄託契約では、倉庫業者は商法六一七条において過失責任を負担するが、倉庫寄託約款三八条はこの者は自己またはその使用人の軽過失による損害について免責されと定めている。<sup>(138)</sup> このような約款条項は、商法の規定との比較において、寄託者（寄託物品に関する物保険の被保険者）と倉庫業者（当該保険の第三者）との間で、損害賠償責任の発生要件を倉庫業者（第三者）からみて緩和しているといえる。その結果、倉庫業者の軽過失により損害が発生した場合、代位との関係でこの規定が有効であるとする。この者は免責されるので、保険者は寄託者に保険金を支払っても、商法六六二条一項ないし保険約款の代位規定に基づいて代位取得しうる請求権が存在しないゆえに、保険金の支払を拒むことができるかということが問題となる。もしこれが可能とされる場合には、被保険者は損害賠償金および保険金を取得できなくなる。東京地判昭和三四年六月二三日下民集一〇巻六号一三二九頁は、この問題について次のように判示した。商法六一七条を任意規定と解して、火災により生ずる損害につき倉庫業者の軽過失を免責し、倉庫業者の故意または重過失の存在についての挙証責任を寄託者に負担させる旨の特約を有効として、保険契約に基づき寄託者に保険金を支払った保険者は倉庫業者の故意または重過失があったことを立証しない限り、代位により倉庫業者に対して損害賠償責任を追及することはできないとした。

同判決につき、山下教授は、被保険者と第三者との間において締結された契約中にかかる特約がある場合、被保険者がこの特約をなすことをもつてただちに保険事故発生後における保全義務違反と同じ効果を認めるべきではないということになると説かれる。<sup>(139)</sup> そうであるならば、同判決は被保険者と第三者との間で締結された契約と

保険契約とをリンクさせ、前者の内容が保険契約にも影響すると解しているといえよう。したがって、被保険者はかかる特約を約定した責任を自分で負担することにもなるが、被保険者保護の観点からは、この場合、保険者はかかる特約の存在を保険事故発生前に知っていたか否かが課題となる。

(二) 保険利益享受約款

運送契約の約款において、荷主が保険金の支払を受ける限度において荷主の運送人に対する損害賠償請求権が消滅する旨を定めたり、あるいは運送品に付けられた保険の利益を運送人が享受する旨を定める特約がある。これがいわゆる保険利益享受約款である。<sup>(40)</sup>このような約款が有効であるとすると、運送人の責任で運送品に損害が生じた場合、保険者は、被保険者である荷主に保険金を支払っても代位取得しうる請求権が存在しないので保険金の支払を拒むであろうし、荷主は運送人に対して賠償請求できないので荷主はきわめて不利となる。そこで、請求権代位との関係において保険利益享受約款の効力が問題となる。最高裁三判決はその効力を制限的または否定的に解しているが、その概要は次のようである。

まず、最高裁昭和四三年判決は、貨物自動車運送契約中の次のような特約の解釈が問題となったものである。<sup>(41)</sup>すなわち、運送人が保険契約者となり、荷送人を被保険者として貨物の全額につき運送保険契約（本件契約は他人のためにする損害保険契約である）を締結し、貨物の損害については右保険契約に基づく保険金のみをもってこれてん補することとし、運送人は保険料負担以上の責任を負わないとするものであった。かかる特約につき最高裁は次のように判示した。荷送人が運送の委託にあたりいっさいの賠償請求権をあらかじめ放棄する趣旨を了承し、保険契約の利益を享受する意思を表示したものととしても、ただちにすべての請求権を放棄したものと解釈することはむずかしい。というのは、もしそうであると解すると、商法六六二条により保険者は給付義務を免

れることとなり、荷主がこのような結果を甘受して請求権をあらかじめ放棄する旨の意思を表示することは、経験上、特殊異例の事象に属し、生起しえないことであり、それゆえに、本件特約は保険金の額を超える損害部分の賠償請求権だけを放棄する趣旨を表示したものと解すべきであると判示した。

つぎに、最高裁昭和四九年判決は、海上物品運送契約の船荷証券中の次のような条項の解釈が問題となったものである。<sup>(142)</sup> すなわち、荷主が被保険者として締結した貨物保険契約によって貨物の損害をてん補された場合には、その限度において運送人に対する賠償請求権は消滅するというものであった。これに関して、最高裁は、このような条項は、荷主が保険者から保険金を給付される限度において運送人に対する賠償請求権をあらかじめ放棄する趣旨のものであって、運送人が右保険を利用することによって、自己の責任を免れる目的を有する特約であると解されるので、この特約は強行規定である商法七三九条に反して無効であると判示した。

そして、最高裁昭和五一判決は、港湾運送契約中の条項の解釈が問題となったものである。<sup>(143)</sup> すなわち、それは、荷役業者は荷送人により保険に付された危険によって生じた貨物の滅失等については損害賠償の責めを負わないというものであった。これに関し、最高裁は昭和四三年判決とほぼ同じ趣旨の判決を下した。

これら判決について、山下教授は次のように総括される。最高裁は、保険利益享受約款を文字どおりに解釈すると保険者の代位しうる請求権が存在しないこととなり、被保険者たる荷送人（荷主）が貨物について損害をすべて自己負担する結果となるので、荷送人（荷主）にとつて不利益であり、そのような結果は是認しがたいとしている。したがって、前提として保険利益享受約款は、その文理解釈としては、被保険者にあらかじめ運送人として損害賠償責任を免れさせるものであると解されるが、そうだとすると、保険者は保険事故発生後の保全義務違反の場合と同じく保険金支払義務を免れることになる<sup>(144)</sup>と理解することになると説かれる。そうであるならば、

最高裁は、保険利益享受約款を解釈するにあたり被保険者の利益を考慮するという論理的解釈をとり、これを強行規定に反するがゆえに無効と解し（四九年判決）、あるいは保険金の額を超える損害部分の賠償請求権だけを放棄する趣旨を表示したものの解すべきであるとしている（四三年判決、五一年判決）のではないかと考える。ただし、後者では、そのような解釈は契約当事者の意図に合致しているのであろうかという疑問が残る。<sup>(145)</sup>

### 三 保険事故発生前の義務違反に関する理論

被保険者と第三者との間で損害賠償責任の発生要件を第三者からみて緩和する場合、および保険利益享受約款が存する場合は、ともに保険事故発生前の被保険者の行為として集約できるので、これらをまとめて検討する。

このような特約を行うことは保険事故発生前に保全義務に違反するものであるとして、保険事故発生後の保全義務違反と同じような効果をもたらすか否かにつき、わが国には次のような解釈がみられる。

まず、加害者免責の約定を保険契約の締結前になした場合は告知義務違反として、そして、締結後になした場合は危険増加として、ともに保険者免責事由となると解する説がある。<sup>(146)</sup>しかし、坂口教授はこれに反対される。<sup>(147)</sup>すなわち、告知事項とは保険事故の発生に影響を及ぼす事項であると解すると、請求権発生の排除は保険事故発生の可能性を高めているわけではないので、告知事項に該当しないと解される。<sup>(148)</sup>これに対して、道徳危険ないし契約危険事実<sup>(149)</sup>をも含めると解する説によると、次のような解釈の可能性がある。すなわち、請求権発生の排除の約定を保険契約締結前にした場合には告知義務違反と構成し、これを保険契約締結後にした場合には、危険増加と構成することによって保険者の免責を認めることができるか否かは、請求権の排除が道徳危険ないし契約危険事実<sup>(150)</sup>に該当するか否かに集約されると説かれる。<sup>(151)</sup>そして、同教授は、請求権発生の排除が道徳危険ないし契約危

險事実の基本的特徴を満たすものではない。というのは、請求権の排除は道德危険ないし契約危険事実とは関連性を有しないと解されるからであると結論づけられる。<sup>(132)</sup> そうであるならば、これらの特約は告知事項ないし通知事項ではないので、これらを含む契約締結の存否およびその内容は保険者が調査すべきことになるのであろうか。つぎに、林靖教授が東京地裁昭和三四年判決の評釈において、免責約款の法的性質を損害賠償債権を主張しないとする合意、あるいは責任免除の合意と解したとしても、免責約款が当事者間で損害賠償請求権の成立を妨げることはないから、保険者は被保険者が有する請求権を代位取得することができるかと解する可能性を示唆されている。<sup>(133)</sup> しかし、山下教授は、請求権代位に関して被保険者が第三者との契約において免責約款を合意することの可否を考察する場合には、免責約款の文言解釈のほかに、保険者が保険契約締結に際して代位による権利取得ないし行使を期待すべき状況にあつたかどうかという点をも考慮に入れるべきであるとして、林教授の意見に対して否定的な立場をとられている。<sup>(134)</sup>

また、最高裁三判決に関し、学説には、当該特約が定型的な運送約款に含まれている場合、および運送人が当該保険契約の契約者である場合には、保険者が黙示に賠償請求権の放棄を認識したと認めるべきであるとして、判例に批判的な見解を示すものが多いとの指摘がある。<sup>(135)</sup> このような学説は、保険契約法の枠内にとどまらず、免責約款の解釈に拘泥することなくかかる免責約款の実際上の必要性を認識したうえで、請求権代位制度において免責約款をめぐる利害関係を総合的に考慮することにより提唱された考え方にはあるまいか。

#### 四 効率性理論

保険利益享受約款の有効ないし無効を判断する場合、山下教授が、前述のような当該免責についての保険者の

認識の有無だけでなく、保険者の代位権放棄による物保険料の上昇および運送人免責による運送貨の低廉化の実際の帰趨いかんという、リスク処理の効率性をも判断すべきであるとする理論を提唱されている<sup>(156)</sup>。それを概観すると以下のようになる。

すなわち、近時、保険に関連して、対価論が経済的にもつ意味を積極的に免責条項の効力論の中に位置づけようとする動きがある。いわゆるリスク処理の効率性という面からは、普通契約約款（AGB）使用者に責任を負わせるよりも、この者は免責とし、顧客の物保険による損害てん補に委ねる方が優れている場合がある<sup>(157)</sup>。

このような法の経済学的分析による命題が妥当するには、AGB使用者が免責により免れた負担分に対応するだけ財・サービスの価格は低く設定されているという前提が備わっていなければならない。この点は次のように説明されうる。つまり、顧客は一般的には自己の物に発生するリスク全般についての保険を必要とし、それゆえにこそ物保険を付する。しかし、使用者の免責を認めないとすると、使用者は自己の責任リスクについて責任保険を付す必要性に迫られ、結果として、責任保険料は価格に上乘せされるのが一般的である。この場合、物保険者は顧客に保険金を支払ったうえで使用者に代位求償しうるから、その分だけ物保険の保険料は低くなるはずであるが、現実には代位求償が困難な場合、そのために相当の費用がかかる場合が多いから、物保険の保険料はそれほど下がらない。結果として、顧客はいずれにせよ通常支払う物保険の保険料に加えて責任保険料に相当する負担を迫られるのであり、それにもかかわらず顧客はとくに有利な状態に置かれるわけでもない。もちろん、このような効率性の面からの検討ですべての問題は処理しえないが、商人取引においては重大な意味をもたせてよいであろう。物保険が通常付されていることに着目するときの通常性と、いずれの当事者の方が効率的に保険を付しうるかに着目するときの効率性とは、実際には重なり合う部分が多い。理論的には、価格との結びつきを問題

とする限り、効率性に着目することが正当であろう。しかし、顧客の物保険の方が効率的ではあっても、物保険の付保は通常行われていない場合を想定すると、使用者の免責を認めると、顧客の損害はてん補されないままで終わるといふ好ましくない結果が生じうる。それを考えれば、物保険付保の通常性に着目する立場も相当の理由が認められる。<sup>(158)</sup>

連邦最高裁判所（BGH）は、保険契約者が通常でない免責を合意することは、保険契約法（VVG）六七条一項三文の趣旨に基づき保険者の給付義務免責の効果を導くとする。保険者の代位求償権の侵害は保険事故発生前の請求権の放棄によっても可能であるから、同条の類推適用を認めることは基本的には正当である。ただ、この場合には、保険者があらかじめ代位求償権の存しないことを知っていたら、そのことを前提に保険料率を設定することができるので、とくに保険者免責の効果を認める必要はない。それゆえに、免責条項が通常用いられているものであれば、保険者は代位求償権を取得しないことを当然に知っていたとみなしてもよいからである。<sup>(159)</sup>

しかし、これが無制限でないことはBGHも認めており、使用者またはそれに準ずる者に重過失の存する場合には保険者は免責されずとする。BGHはこれを保険事故招致を定めるVVG六一一条の趣旨ということから導く。この場合、問題は、VVG六一一条の趣旨を援用することができるとして、なぜに保険者を免責とすべきかということである。この点は、加害第三者⇨使用者にVVG六一一条の趣旨が援用されるような状況を作り出したことに保険契約者⇨顧客も加功しているという点に強い帰責性が認められ、そのような行為の不当性に着眼して、そのような行為が行われることを防止すべく、放棄を禁止、違反に対しては保険者免責の効果が認められると説明できる。<sup>(160)</sup>

そして、保険利益享受約款の効力に関しては、実質的に判断する必要がある。顧客が物保険を付することが通



常でないにもかかわらず同約款の効力を全面的に認めると、顧客は付保するにつきA G B使用者よりも適しているか否かを問わず物保険の付保を迫られる。これは効率性の面からも妥当ではない。使用者の責任を認めたくうえで、その責任保険料が全部転嫁されたとしても、顧客が物保険を付するために必要となるコストよりも低いことがありうるからである。<sup>(10)</sup>と山下教授は説かれる。

この理論は、被保険者または保険契約者が第三者との間で締結した契約の中に免責約款が挿入されていた場合のリスク処理を、社会経済的にみて効率的な方法に委ねるべきであると説くものであると解することができる。

## 五 検 討

保険者の代位権の侵害は保険事故発生前にもおこりうる。というのは、たとえば、荷送人が運送人と運送契約を締結するにあたり、その中に保険利益享受約款を挿入したり、運送人の責任を軽減する条文を定めた後、運送人が貨物保険に加入した場合、このような免責約款の約定が、保険事故発生後の保全義務違反行為と同じく、保険者の代位権を侵害する可能性があるからである。

この場合、かかる免責約款を定める契約の締結を告知義務違反ないし危険増加として、いずれの場合も保険者免責に該当するという説がある。しかし、これらの約定は、坂口教授が説かれるごとく、<sup>(102)</sup>いづれも道徳危険ないし契約危険事実の基本的特徴を満たすものはないと解されるので、この説は支持できない。

つぎに、免責約款の法的性質に関する林教授の理論は、<sup>(103)</sup>保険者が被保険者の請求権を代位取得しうる可能性を示唆している。しかし、東京地裁昭和三四年判決で審理された免責条項や、最高裁三判決における保険利益享受約款の解釈によれば、これらは倉庫業者ないし運送人の責任を免除するものであることは明らかであるが、請求

権代位と関連させて考察すると、三判決が示すように保険者免責になると解さざるをえないので、この理論は支持できない。

さらに、学説の中には、保険利益享受約款等の免責約款が定型的な運送約款に含まれている場合、および運送人が当該保険契約の契約者である場合には、保険者が黙示に賠償請求権の放棄を認識したと認めるべきであると、最高裁三判決の立場に批判的な学説があるが、これらは前述のように解する限り支持できる解釈である。

このような解釈を法の経済的分析に基づき免責約款と保険との関係に関して、より精緻に検討したものが山下理論であろう。すなわち、これは、免責約款の効力を判断する場合、保険者の認識の有無の他にリスク処理の効率性をもその基準とするべきであるとする。たとえば荷送人を被保険者とする貨物保険において保険者が代位権を行使すれば、運送人である第三者から保険金に相当する額を回収できるので、代位を前提とすれば貨物保険料率を抑制することができる。しかし、責任保険を付する必要がある運送人は責任保険料を運送賃に上乘せするであろうから、荷送人は実質的に貨物保険料と運送人の締結した責任保険契約の責任保険料とを合わせて負担することになる。これに対して、もし保険者が請求権を行使しなければ貨物保険料が上昇するが、運送人は免責となるので責任保険を付する必要がなく、その結果、この保険料を運送賃に上乘せすることもないので、これを低廉化できる。それゆえに、山下理論は、いかなるリスク処理が社会経済的にみて効率的であるのか検討したうえで、免責約款の効力のいかんを判断する必要があると説くものであると解することができる。

これらのことから、保険事故発生前の保全義務について次のように考える。免責約款が実務上必要不可欠なものであるとされ、また、実際に使用されているという現実をみると、その有効性は原則として認められよう。ただし、この場合、リスク処理の効率性という経済的な分析基準に基づいて、その妥当性を判断すべきであろう。

そして、免責約款の挿入は、保全義務に関する限り義務違反行為に該当すると解する。というのは、これは保険事故発生後の義務違反行為と同様に、保険金支払請求の前提要件に違反したものと解することができるからである。つまり、山下教授が説かれるように、<sup>(136)</sup>加害第三者（約款使用者）に保険事故招致の趣旨が援用されるような状況を作り出したことに被保険者（顧客）も加担しているという点に帰責性が認められるからである。したがって、保険事故発生前の請求権放棄の合意等を保全義務違反行為とみなし、これに関しては、前述した保険事故発生後の義務違反法理を類推適用することが妥当であると解する。しかし、免責約款を使用することが通常であるような取引において、その顧客が約款使用者との間で契約を締結した後に物保険を付保した場合には、保険者は当該免責約款の存在を認識しているであろうから、保険事故発生後、免責約款の存在を援用して自己の給付義務を免れることはできないと解する。ただし、保険事故の発生が第三者である約款使用者の故意に起因する場合には、この限りではない。

(136) 山下・代位三九三頁。

(137) 山下・代位三九三頁。

(138) 江頭・前掲書三〇八頁。

(139) 山下・代位三九三頁～三九四頁。

(140) 甘利公人「保険者の代位と損害賠償請求権の放棄」損害保険の法律問題・金融・商事判例九三三号七八頁。

(141) 本判決については、石田・判例批評・上智法学論集一二巻一号七三頁、松木太郎・判例批評・判例時報五四四号一二三頁（判例評論一二二号三三三頁）、村田・前掲批評四三三九頁、奥村長生・判例解説・法曹時報二二巻一号一四九頁、

同・判例解説・最高裁判所判例解説民事篇（上）昭和四十三年度七一四頁、中西正和・判例評釈・損害保険判例百選七

六頁、落合・保険・海商百選五〇頁、同・損保百選七二頁、坂口・判例評釈・倉澤康一郎教授還暦記念論文集商法の判例と論理——昭和四〇年代の最高裁判例をめぐって——七四一頁（日本評論社・一九九四年）等を参照。

(142) 本判決については、中村眞澄・判例評釈・判例タイムズ三二四号一一九頁、戸田・前掲評釈三二二頁、東條・前掲評釈八六頁、同・前掲解説一頁、倉澤・判例評釈・昭和四九年度重要判例解説（ジュリスト五九〇号）九八頁、同・判例評釈・金融・商事判例四五二頁（同・課題二三三頁以下に所収）、川又・判例評釈・損害保険判例百選（第二版）七四頁、山下丈・判例評釈・倉澤還暦記念七〇五頁等を参照。

(143) 本判決については、石田・判例評釈・損保企画四号一〇頁、田邊・判例評釈・判例時報八五〇号一四五頁（判例評論二二二号三一頁）、島・前掲評釈一〇二頁、木村惇・判例評釈・法律時報五〇巻五号一四六頁、榎本恭博「港灣運送約款中の免責条項の解釈について」NBL一二九号一七頁、同・法曹時報三二巻六号一二二頁、倉澤・判例評釈・金融・商事判例五二二号二頁（同・課題二五二頁以下に所収）、谷川久・判例評釈・損害保険判例百選八〇頁等を参照。

(144) 山下・代位三九四頁。これらの判決の後、各保険契約者が割増保険料を支払って請求権代位放棄特約を付加するという取り扱いが保険実務上定着しているとされる（山本・前掲論文（注（5））三二頁）。

(145) 甘利・前掲論文八一頁。

(146) 小町谷・各論四六五四頁〜六五五、加藤・前掲書四二六頁〜四二七頁、戸田・前掲評釈三三三頁、中川正「保険契約法（三）現代外国法典叢書（一五）独逸商法（四）一三五頁（有斐閣・一九三九年）等。しかし、加害者免責の約定がいかなる点において告知義務違反または危険増加に該当するかについては、説明されていない。

(147) 坂口教授は、告知事項を危険測定上で重要な事項のほかに保険料算定に対して影響を与える事項と解する説（小町谷・海上保険法総論（一）（海商法要義下巻四）二一八頁頁〜二一九頁（岩波書店・一九五三年））によると、排除は告知義務違反に該当すると解する余地があらうと説かれる（坂口・前掲書一六三頁注（23））。

(148) 坂口・放棄一五八頁。

- (149) 道徳危険・契約危険事実の意義については、中西正明「告知義務と道徳危険に関する事実——ドイツ法の紹介を中心として——」保険学雑誌四八八号三六頁を参照。
- (150) 中西正明・前掲論文三八頁、西島・前掲書四六頁等。
- (151) 坂口・放棄一六〇頁。
- (152) 坂口・放棄一六〇頁～一六一頁、一六六頁。
- (153) 林鳩・判例評釈・損害保険判例百選七五頁。
- (154) 山下・代位三九九頁～四〇〇頁。
- (155) 江頭・前掲書二六一頁注(17)。
- (156) 山下「免責条項と保険」鴻常夫先生還暦記念・八十年代商事法の諸相六四八頁(有斐閣・一九八五年)。江頭教授も同旨であろう(江頭・前掲書二六一頁注(17))。
- (157) 山下・免責六五三頁～六五四頁。
- (158) 山下・免責六五四頁～六五五頁。
- (159) 山下・免責六五五頁～六五六頁、同・代位三九四頁。
- (160) 山下・免責六五六頁～六五七頁。
- (161) 山下・免責六五七頁。
- (162) 坂口・放棄一六〇頁～一六一頁、一六六頁。
- (163) 林・前掲評釈七五頁。
- (164) 山下・免責六五六頁～六五七頁。

## 第三章 請求権保全義務違反の効果

## 第一節 保険者の被保険者に対する権利の発生

## 一 日本法の解釈

被保険者は第三者に対する請求権を保全する義務を負うが、被保険者がこれに違反した場合の効果について商法はなんら定めていないので、解釈によることになる。わが国では、これにつき、保険者は請求権の限度において損害てん補義務を免れるか、または被保険者に対して損害賠償請求権を取得し、損害てん補義務と相殺できると解されている<sup>(166)</sup>。

すなわち、保全義務違反の効果の解釈に関してわが国の学説は二つに分けることができる。保険金の支払前であれば、保険者はその額を控除して支払えたり、すでに保険金を支払った後であれば、代位取得すべしり金額につき損害の賠償を被保険者に対して請求権できると解する説と<sup>(166)</sup>、保険者は保険金支払に際し、代位によって第三者から取得することができたと認められる額をその支払うべき額から控除できると解する説と<sup>(167)</sup>である。両説の違いは、保険者が保険金を支払った後、代位によって第三者から取得することができたと認められる額を被保険者から償還される場合の効果に関する解釈が異なることによる。これは保全義務の法的性質の解釈の違いにあると考える。すなわち、保全義務を被保険者に対する真正の義務ないし責務と解すると、その違反があれば、被保険者は保険金請求権を喪失しないが、保険者に損害賠償債務を負担すべきものとなる。これに対し、この義務の履行を被保険者が保険者に対して損害てん補を請求するための前提要件と解すると、保険者は損害てん補義務を免れ、被保険者は保険金請求権を失う。このように、保全義務の法的性質に関する解釈の違いが、義務違反につ

いて異なった解釈をもたらすといえる。<sup>(168)</sup>

## 二 イタリア法の解釈

イタリア民法一九一六条三項は「被保険者は、代位権に与えた損害につき、保険者に対して責任を負う」と規定するが、同項の解釈に関しては次の二つがある。

まず、同項は被保険者の真正の義務を定めていると解し、義務違反があった場合には被保険者の保険者に対する保険金支払請求権が失効することなく、被保険者は保険者にもたらした損害を賠償する責任を負う旨を定めていると解するものがある。<sup>(169)</sup>

これに対して、Donati は保全義務を責務 (onere) ととらえて、次のように解している。すなわち、この義務は真正の義務ではなく、被保険者はこの義務違反の効果の回避を望むならば、義務を履行すべきであるという意味における義務となる。そして、義務違反の効果は民法一九一六条三項の文言との関連において、被保険者が保険者に対して損害賠償義務を負う。なぜならば、保険金を支払った保険者は第三者に対する請求権を代位取得すること、被保険者に支払った保険金を第三者から回収することができるゆえに、保険金の支払額が減少する限りにおいて被保険者が保全義務を履行した場合には、保全義務について損害防止義務と同じ効果がもたらされるからであると解している。<sup>(170)</sup>そして、具体的な効果に関し、保険者が保険金支払前に義務違反が判明した場合には、損害賠償金は保険金から控除され、<sup>(171)</sup>被保険者が第三者に対する請求権の全体を侵害した場合には保険金債務は消滅する。しかし、義務違反の判明が保険金支払後である場合には、保険者は被保険者に対して損害賠償を請求することができる<sup>(172)</sup>と解している。

イタリア法の解釈には、保全義務の法的性質に関してそれを真正の義務と解する説と責務と解する説とがあるが、違反の効果においては違いはみられない。すなわち、両説とも、保全義務に程度の差こそあれ義務性をもたせており、被保険者はこれに違反した場合、保険者に対して損害てん補請求権を有するが、違反の効果として損害賠償責任を負担する。このような解釈は、保全義務を定めるイタリア民法一九一六条三項の文言に拘束されるものであろうと解される。

### 三 損害防止義務違反の効果

保全義務違反の効果を検討するにあたっては、損害防止義務違反のそれに関する理論を参考にすることが有益である。

Donati は保全義務違反の効果を損害防止義務違反のそれと同じように扱っているが、わが国では、被保険者が損害防止義務に違反した場合、損害の額から防止または軽減することのできたと認められる額を控除した残額を損害の額として決定することができる<sup>(17)</sup>と解されている。

このような効果を把握する場合、わが国の学説には二つの考え方があつて、一つは、損害防止義務違反があつても被保険者は保険金請求権を失わないという前提のもとに、義務違反の場合、保険者は観念的に被保険者に対して損害賠償請求権を有し、被保険者は保険者に対して賠償義務を負うとして、保険者が保険金支払債務と損害賠償債権との相殺をなしうると解する説である。その理論的構成は債務不履行説<sup>(18)</sup>と不法行為責任説<sup>(19)</sup>とに別れている。もう一つは、損害防止義務を保険者の損害てん補責任を問うための前提要件、または作為または不作為によって拡大された損害の範囲については、保険者はてん補責任を負わないという趣旨を、被保険者の義務ということば



で表したものであると解したうえで、義務違反によって発生ないし拡大した損害について、保険者はその限度で損害てん補責任を免れることができるかと解する説である。<sup>(176)</sup>

#### 四 検 討

これらのことから、保全義務違反の効果として次のように考える。保全義務の法的性質を真正の義務ないし責務と解すると、保全義務違反の結果、保険者は第三者に対する請求権を侵害されたことになり、被保険者は損害てん補請求権を失うことはないが、原則として、被保険者は請求権の限度において保険者に対し観念的に損害賠償責任を負担する。したがって、保険金支払前に義務違反が判明した場合には、保険者は保険金の額から損害賠償額を控除して被保険者に支払うのに対し、義務違反の判明が保険金支払後の場合には、損害額として請求額を被保険者に返還請求することができるかと解される。

しかし、筆者は、保全義務の法的性質に関して、前述のとおり（第一章第四節）、これを真正の義務ないし責務と解するのは妥当でなく、保険者のてん補責任の範囲を画する前提要件であると解しており、その限りにおいて、保全義務の履行は被保険者が保険金を受領するための前提要件であるともいえる。それゆえに、被保険者が保全義務に反する行為をした場合、被保険者は保険者からの保険金支払の前提要件を欠くことになる結果、保険事故が発生したにもかかわらず、保険者の保険金支払債務は消滅する。これは、この行為が判明した時点が保険金支払の前か後かを問わない。したがって、義務違反の具体的な効果について、解釈上、次のように分類することができる。保険金支払前に義務違反が判明した場合には、原則的に、保険者は第三者に請求できたはずの賠償金の額を保険金から控除した額を保険金として支払う。<sup>(176)</sup> それゆえに、保険金の額が賠償金のそれを上回る場合には、

その差額が被保険者に支払われ、逆の場合には、そもそも保険金支払債務は発生しないから、保険者から被保険者に対する金銭の移転は生じない。これに対して、保険金の支払後に義務違反が判明した場合には、保険者は第三者が負担すべき賠償金額に相当する金額について、被保険者に対して返還を請求することができる。<sup>(17)</sup>

改正試案六六二条三項は、「保険者は、手続の懈怠または権利の放棄がなければ第三者から支払を受けることができた」と認められる額については、損害をてん補する責任を免れる」と定める。同項は保全義務を被保険者が損害をてん補を請求するための前提要件と位置づけていると解されるゆえに、義務違反があった場合、同項によれば、保険者が第三者に対して有する権利を行使することによって取得することができたと認められる額を控除した額を保険金として支払うことになる<sup>(18)</sup>と解されよう。

また、約款には、保険契約者や被保険者が第三者に対する請求権の行使または保存に必要な手続を怠った場合について、改正試案六六二条三項と同旨の規定を設けているものがある<sup>(19)</sup>。ただし、火災保険約款二一条二項、住宅火災保険約款二〇条二項は保全義務違反の効果に関する規定を設けていない。しかし、これらにおいても、義務違反があった場合には、保険者が求償可能額を控除できるという効果が生ずると解される<sup>(19)</sup>。

(165) 田邊・代位二五四頁。このよう効果が発生する根拠について、林教授は、債権者が担保を喪失または減少させた場合の法定代位者の免責を認める民法五〇四条の類推が可能ではないかとされる(林・前掲批評七五頁)。

(166) 伊澤・前掲書三〇九頁、石井・鴻・前掲書二二三頁〜二二四頁、坂口・保険法一七四頁、石田・保険法二二二頁。  
(167) 野津・保険契約法論一七五頁(有斐閣・一九四二年)、今村・前掲書五二二頁、大森・前掲書一八五頁、田中・原

茂・前掲書一九六頁、田邊・保険法一四七頁、西島・前掲書一九四頁〜一九五頁、落合・保険・海商百選五一頁、同・損保百選七三頁、中西正和・前掲批評七七頁、最判昭和四三年七月一日(前掲注(4))。

- (168) 田邊・代位二五四頁。
- (169) Virgilio Andrioli, *Surroga legale dell'assicuratore e successione nel rapporto litigioso*, in *Assicurazioni* 1948, II, 48; Sotgia, *op. cit.*, pag. 68.
- (170) Donati, *op. cit.*, pag. 478; Ferrarini, *op. cit.*, pag. 171; Raffaele Russo, *In tema di pregiudizio recato dall'assicurato ai diritti di surroga dell'assicuratore*, in *Rivista del diritto navigazione* 1942, II, pag. 121.
- (171) Cfr. Salandra, *op. cit.*, pag. 312.
- (172) Donati, *op. loc. cit.*
- (173) 大森・前掲書一七二頁、小町谷・総論二二五七五頁、加藤・前掲書三四三頁、石田・保険法一七六頁等。
- (174) 野津・新二五八頁、田中||原茂・前掲書一九〇頁等。
- (175) 石井||鴻・前掲書二〇九頁~二一〇頁、田邊・保険法二六〇頁、西島・前掲書二一〇頁、古瀬村・私法六〇頁、坂口・前掲書一五一頁等。批判、石田・保険法一七七頁。
- (176) Salandra, *op. cit.*, pag. 312.
- (177) Donati, *op. loc. cit.*
- (178) 自動車保険約款(BAP)一般条項一四條六号・八号・九号、運送保険約款一四條二項前段、船舶保険約款二四條三項、貨物保険約款一四條二項前段、医療費用保険約款一九條二項、介護費用保険約款三二條二項等。末尾「分類」を参照。
- (179) 西島・前掲書一九〇頁注(2)。

## 第二節 消滅時効

前述のように、保全義務違反の判明した時期が保険金支払の前か後かによって、保全義務違反の効果の内容が変わると解する。支払後であれば、被保険者に対して保険金の返還を請求することになり、この場合、返還請求権に関して消滅時効の問題が発生する。

イタリヤ法では、この時効につき三つの説がある。第一に、民法一九一六条三項が被保険者の保全義務違反の効果として、保険者に被保険者に対する賠償請求を認めていると解し、この請求権を被保険者の債務不履行に基づく賠償請求権ととらえ、これに関する時効は普通の時効を定めた民法二九四六条<sup>(186)</sup>に基づいて一〇年であると解する説があり、破毀院および下級審の一部がとっている。第二に、五年の短期消滅時効を定めた民法二九四七条<sup>(183)</sup>一項によると解する説がある<sup>(184)</sup>。第三に、保全義務違反に関する時効は、保険契約から生ずる権利の時効について定めた民法二九五二条二項<sup>(185)</sup>に基づいて一年であると解する説がある。その理由は、De Marco によると、一九一六条一項において、保険者が取得する第三者に対する請求権が被保険者と第三者との間における損害関係に依拠しているのに対し、同条三項において保険者が義務違反に基づき被保険者に対して有する請求権は、事実上かつ排他的に保険契約に依拠するからであるとされる<sup>(186)</sup>。この解釈は下級審の多くおよび学説がとっている<sup>(187)</sup>。

この点に関して、わが国の法解釈は次のようになろう。消滅時効の問題が発生するのは保全義務違反が保険金の支払後に判明した場合であるから、この場合、保険者は被保険者に支払った保険金の返還請求権に関する時効の問題を検討することになる。保険者の返還請求権は保険契約に基づくものであるから、イタリヤ法の解釈におけるように、その時効は保険契約に関するものであるととらえられる。そこで、商法の規定をみると、商法六六三条が保険に関する時効を定めるが、その内容は保険金支払義務および保険料返還義務（二年）、ならびに保険料

支払義務（二年）に関するものなので、同条は保険者の被保険者に対する保険金返還請求権には適用されず、それゆえに、商行為または契約一般に関する時効の規定に依拠せざるをえなくなる。すなわち、保険株式会社が締結した保険契約の場合には、商事時効を定めた商法五二二条に基づいて五年、保険相互会社の場合には、一般債権の消滅時効を定めた民法一六七条一項に基づいて一〇年とすることになろう。この期間の長短は、比較法的にみれば被保険者に不利であると解されるので、保険者の返還請求権を一年の短期消滅時効の対象とする法律の規定が必要とされよう。なぜならば、商法六六三条の定める時効のうち一年とされる保険料支払義務は、他の二つとは異なり保険契約者または被保険者にとって出捐となるものであり、保険金返還請求も被保険者にとり同じく経済的不利益をもたらす性質であるので、保険契約上の公平性から一年の消滅時効が妥当であると解するからである。したがって、現行法の解釈では、商法六六三条を類推適用することにより、保険者の被保険者に対する保険金返還請求権は一年の消滅時効にかかると解する必要がある。

改正試案六六三條四項は、「保険契約から生ずるその他の請求権は、権利を行使できる者が請求権の発生を知つた時から一年を経過した時に、時効によって消滅する。請求権が発生した時から五年を経過したときも同様とする」と規定する<sup>(189)</sup>。したがって、イタリア法の解釈でみたように、保全義務違反に起因する保険金返還請求権を「保険契約から生ずるその他の請求権」であるとみなせば、返還請求権に本条項の規定が適用され、その消滅時効は一年になると解することができよう。保全義務違反の効果からみれば、その内容は妥当なものであると考える。

また、消滅時効の起算点に関して、イタリアの学説は保険者が被保険者による侵害行為を認識した時と解することではば一致しており<sup>(190)</sup>、これは「時効は権利が主張されうる日から進行し始める」と定める民法二九五三条の規定に合致した解釈である。そして、イタリア破毀院は一九八〇年四月一五日二四四五番判決において次のよう

に判示している。保険者が被保険者に保険金を支払った後、第三者に代位権行使の通知をする前に、<sup>(182)</sup>被保険者が第三者から新たに賠償金を受け取った場合には、保険者は民法一九一六条三項に基づいて被保険者に対して保険金の返還を請求できるとしたうえで、この請求権は保険契約およびそこから派生する義務に依拠するものであるから、一年の消滅時効にかかるとした。そして、消滅時効は第三者が行った支払通知の日から進行すると判示している。すなわち、この日は保険者が被保険者による保全義務違反の事実を知り、かつ、この者に対してその権利を主張しうる日であるという理由による。

わが国の法解釈においても、保険者の被保険者に対する保険金返還請求権の時効は、保険者が被保険者の義務違反の事実を知った時に開始すると解することができる。そして、改正試案六六三条四項は時効期間の起算点につき、「保険契約から生ずるその他の請求権は、権利を行使できる者が請求権の発生を知った時から一年を経過した時」と定めるが、この規定についてもまた、消滅時効の起算点は保険者が被保険者の義務違反の事実を知った時であると解されよう。

(180) 民法二九四六条(普通の時効)「法律がそれと異なつて規定している場合を除き、権利は一〇年の経過をもって時効により消滅する。」Cfr. Perlingieri, *op. cit.*, Libro Sesto, 2a ed., pag. 609 e seg.

(181) Cassazioni civile, 23 giugno 1977, n. 2669, in *Giustizia Civile* 1977, I, pag. 1922 ed in *Assicurazioni* 1978, II, mass. n. 4, pag. IV.

(182) Appello di Genova, 8 maggio 1952, in *Assicurazioni* 1953, II, 51.

(183) 民法二九四七条(損害賠償に関する権利の時効)第一項「不法行為から生じた損害賠償に関する権利は、その行為が生じた日から五年で時効により消滅する。」Cfr. Perlingieri, *op. cit.*, pag. 611 e seg.

- (87) Carmelo De Marco, *La prescrizione nell'assicurazione private*, Milano, 1982, pagg. 130-131.
- (88) 民法二九五二条（保険に関する時効）二項「保険契約から生じざるや他の諸権利は一年で、また再保険契約から生じざるは二年で、その権利が基礎づけられる事実の発生した日から時効にかかろ。」Cfr. Perlingieri, *op. cit.*, pag. 629 e seg.
- (89) De Marco, *op. cit.*, pag. 131.
- (90) Tribunale di Chiavari, 1 settembre 1950, in *Assicurazioni* 1951, II, mass.n. 9, pag. VII; Appello di Genova, 8 maggio 1952, in *Assicurazioni* 1953, II, 2, pag. 51.
- (91) Luca Buttaro, Termine di prescrizione dell'azione contro l'assicurato che ha pregiudicato la surrogazione dell'assicuratore verso il responsabile del danno, in *Assicurazioni* 1953, II, 2, pag. 51; Aldo Durante, *L'assicurazione di responsabilità civile*, 3a ed., Milano, 1964, pag. 346; Santi, *op. cit.*, pag. 419; Gasperoni, *op. cit.*, pag. 423; La Torre, Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore, in *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, pag. 264 e seg.
- (92) 理由書七〇頁を参照。
- (93) De Marco, *op. cit.*, pag. 131.
- (94) Cassazione civile, 15 aprile 1980, n. 2445, in *Assicurazioni* 1980, II, mass.n. 88, pag. LXVIII.
- (95) 本件判決もまた通知要件説に立つてこれをと解せられた。

## 第四章 保険者による代位権の放棄

## 一 はじめに

保険者が請求権の代位取得を放棄したり、代位取得した請求権を行使しないことを合意することは、被保険者に利得をもたらさず、かつ、故意による第三者の損害賠償責任をも免責することにならない限り有効であると解されており、わが国では、このような合意は、求償権不行使特約として、または約款中にその旨の条項を折り込むことにより行われている<sup>(193)</sup>。たとえば、自動車保険約款(BAP)自損事故条項二二条は、「当会社が保険金を支払った場合であっても、被保険者またはその法定相続人がその傷害について第三者に対して有する損害賠償請求権は、当会社に移転しません」と定め、請求権の代位取得を放棄している<sup>(194)</sup>。また、同一般条項二三条二項本文は、「前項の損害賠償の請求が車両損害に関するものである場合に、当会社は、正当な権利により被保険自動車を使用または管理していた者に対しては、その権利を行使しません」と定め、保険者が代位取得した請求権の不行使を明示している<sup>(195)</sup>。ただ、この条文は、たとえば、イタリア民法一九一六条二項あるいは改正試案六六二条四項が定めるところの、保険者が代位取得した権利を行使しないとする有責第三者の範囲に関する問題と密接に関連するのではないかと解する<sup>(196)</sup>。したがって、代位取得した請求権の放棄については、請求権代位における第三者の範囲の法理と重複する可能性があるし、この問題としてとらえることも可能であろう。また、請求権の放棄を考察する場合、その代位取得の放棄と取得した請求権の不行使とを明確に区別して検討する必要があると考えるので、本稿ではこれらをまとめて考察する。

請求権代位の趣旨は、損害保険契約における被保険者の利得禁止と有責第三者の免責阻止にあるという認識で



ほぼ一致している<sup>(197)</sup>。したがって、保険者が請求権を放棄するとこの趣旨が阻害される可能性があるにもかかわらず、約款には前述のような規定が定められている。そこで、請求権代位の趣旨と請求権放棄を定める約款の条文との整合性(一)、および請求権放棄の範囲等(二)を確認する。

## 二 放棄の有効性

請求権の放棄とは、保険金を支払った保険者が請求権の代位取得を放棄すること(請求権の取得放棄)、および取得した第三者に対する賠償請求権の行使を放棄すること(請求権の不行使)をいうと解する。

放棄の有効性を判断する場合には、Castellano は、放棄が被保険者のために行われるとする場合と、第三者のために行われるとする場合とに分けて検討する必要があるとする<sup>(198)</sup>。

まず、被保険者の利益において放棄が認められる場合は次のようになる。保険者が請求権を放棄したならば、すでに保険者から保険金を取得している被保険者は、第三者から損害賠償金を取得する可能性がある。それゆえに、このような結果は被保険者に利得をもたらせることとなり、損害てん補原則に反するゆえに、放棄は無効であると解する説がある<sup>(199)</sup>。しかしながら、イタリアの通説・判例はこれを有効と解している。そのように解されるのは、損害てん補原則の枠内において、被保険者に保険金と損害賠償金とを取得することが認められる場合に限るとする説<sup>(200)</sup>と、被保険者が保険者に償還する目的で被保険者をして第三者に請求することを認める場合に限るとする説<sup>(201)</sup>があるが、前者が有力である。また、損害てん補原則は保険関係の機能において保険者の利益においてのみ認められるものであると解し、放棄の有効性を認める見解がある<sup>(202)</sup>。このように、請求権放棄を被保険者の視点からみると、請求権取得の放棄を認めようとする場合には、被保険者に利得の可能性があるので、い

にして損害てん補原則を克服するか、が検討課題となる。

つぎに、放棄の効果は第三者の利益になるとする場合、有責である第三者は免責されるので、これを無効と解する説<sup>(203)</sup>があるが、一般的には、この場合においても放棄は有効であると解されている<sup>(204)</sup>。そのように解する理由として、約款に定められた放棄条項は、当該保険を他人のためにする保険 (assicurazione a favore di un terzo; *assicurazione per conto altrui*) とする構成要因になると解する説がある<sup>(205)</sup>。しかし、Donati は、このような結論に到達するのは、他人のためにする契約を締結することに関して契約者の明白な意思表示が存在する場合に限られるが、保険の實際上、放棄条項が存在している場合、つねにそのような意思表示が確認できるわけではなく、それゆえに、放棄の効果は第三者の利益になると解する場合には、放棄条項が約款もしくは特約に挿入されると、第三者は保険者の代位権に影響を受けることなく免責による利益を享受する可能性があるという意味において、放棄条項は有効であると解する<sup>(207)</sup>。また、ポローニヤ法務官裁判所一九六〇年六月一日判決は Donati と同じ理解に立ち、この場合、民法一四一一條二項<sup>(208)</sup>により、第三者がそれから利益を得ようとする意思を表示するまでは放棄条項の撤回または変更は可能であり、もし撤回または変更がなされれば、保険者は第三者に対して償還請求することができる<sup>(209)</sup>と判示している。しかし、Magliello は本判決を批評して、放棄は、第三者の利益享受に關する意思表示の存否にかかわらず、保険者による一方的な明確な意思表示により効果を生ずるものであり、不知の第三者に対しても効力を及ぼすものである<sup>(210)</sup>ので、放棄条項を他人のためにする特約と位置づけることができないと主張している。

これらのことから、放棄の検討にあたっては、被保険者および第三者の利益という視点に立つ必要があるといえる。まず、これを被保険者側からみると、損害てん補原則をいかにして克服するか、が検討課題となる。つぎ

に、第三者側からみると、保険者の放棄により第三者は利益を得るので、放棄（とりわけ不行使）は第三者のためになされると解することができるが、この場合には、第三者の免責の程度を検討することが求められよう。イタリヤ法において、放棄を認める理由を第三者側からみる場合、放棄条項を他人のためにする契約条項とみなす見解がある。しかし、第三者が賠償金の支払債務を負担せずすみ、そのことによつて利益を享受するのは、保険者が請求権を放棄したこと（とりわけ不行使）の結果であるにすぎない。したがつて、被保険者および第三者のそれぞれの利益という視点に立つことは、放棄の有効性を認める場合の制約要因を検討することについては有益であるが、放棄の有効性を認める理由になることはむしろかたしではないかと考える。

そこで、この理由を検討する場合、その他の視点を探す必要があるが、筆者はそれを保険者が第三者に対して代位請求する場合の費用（コスト）という経済的な理由に求めたい。請求権代位の趣旨は、損害保険契約における被保険者の利得禁止および有責第三者の免責阻止にあると解されている。そして、保険者が保険金を支払つて請求権を取得し第三者に対してこれを行使すれば、理論上、保険者は被保険者に支払つた保険金の額を限度として第三者から償還することができるので、経済的にみれば、保険者は出捐を低く抑えることができるゆえに、保険料率を低く設定することができることとされ、その限りにおいて、請求権代位は保険契約者にとつて有益な制度であるといえる。しかし、むしろそれは保険者のためにある制度であるといえるのではなからうか。<sup>212</sup>そこで、保険者は代位権を行使すれば右のような結果を享受できるにもかかわらず、請求権を放棄する場合は、これを行使するために費用がかかる、あるいは、たとえ行使しても必ずしも十分な成果が得られるものではないといふことが、主要な理由の一つにあるのではないかと考える。Canovese が、請求権の放棄は被保険者が保険者に償還する目的で被保険者をして第三者に請求することを認める場合に限ると解しているのも、このような理由によ

るからではなからうか。<sup>(20)</sup> すなわち、實際上、たとえ被保険者から請求権を代位取得しても、第三者に対して行使するのに少なからざる費用がかかる。この費用はおそらく保険料率の算定に影響するであろう。そして、たとえこれを行使しても、第三者の経済状況によってはこの者から充分な償還を得ることができず、行使費用が償還額を上回る場合すらあると考えられる。このことは、とりわけ第三者が自然人である場合には顕著であろう。そうであるがゆえに、請求権代位の趣旨が前述のようであるにもかかわらず、請求権を放棄する合意をしているのではないかと考える。保険者が営利を目的とする私企業である場合、このような経営行動をとることは十分に理解できる。また、保険者が請求権を放棄する場合、被保険者は保険金を取得できるので、被った損害はその額についてん補されるゆえに経済的な損失を被ることはない。そして、第三者は、取得放棄の場合、被害者Ⅱ被保険者に対して債務を負担する可能性はあるが、行使放棄の場合には、保険金の額を限度として免責される可能性を享受しうるので、経済的な損失を少なくすることができるであろう。このように、保険者の放棄によって、被保険者および第三者は経済的な損失を抑えることができるかと考えうる。それゆえに、代位の放棄は、たとえ約款条項に定められていても、保険者の一方的な意思表示によって効力を生ずると解される限りにおいて、<sup>(21)</sup> 放棄の有効性を認める理由は、保険者が第三者に対して代位請求する場合に多額の費用がかかる可能性があるからである、という経済的な理由にあるのではないかと考える。

### 三 放棄の制約要因

いかなる範囲内において放棄が認められるのか、その制約要因を検討しておく。

保険者が被保険者に保険金を支払った後に、たとえば約款の条文に従って第三者に対する請求権の取得を放棄

した場合、被保険者は第三者に対して賠償請求する可能性を持ち続ける。これに対して、第三者は、保険者が取得した請求権の不行使の意思を表示した場合を除き、被保険者に対して賠償債務を負担する。それゆえに、取得放棄があれば、被保険者について、保険契約に基づく損害てん補原則が放棄を認める場合の制約要因となると解される。したがって、取得が放棄された場合には、保険者に移転されなければならなかった請求権が移転することなく被保険者に留保されるので、原則として、保険金の額と損害賠償額との合計額が被保険者の被った損害額を超えない場合にのみこの放棄は有効であり、被保険者は第三者に対して請求権を行使することができると解す<sup>(24)</sup>。これに対して、第三者については、保険者が取得を放棄し、かつ、被保険者が請求しなかった場合、および行使放棄の場合において、有責者の免責阻止がその制約要因となろう。これは法律の一般原則あるいは社会正義に基づいたものと位置づけることができる。そうであるならば、第三者については、第三者が故意に保険事故を引き起こした場合には、保険者は請求権を行使することができる<sup>(25)</sup>と解することができる。

このような解釈は、イタリア民法一九一六条二項あるいは改正試案六六二条四項の規定との整合性から判断しても、妥当ではないかと考える。

(193) 山下・代位三九四頁～三九五頁。

(194) 自動車保険約款の自損事故条項、搭乗者傷害条項および傷害保険約款には、このような条文を定める約款が多い。末尾「分類」を参照。

(195) 航空機保険約款は求償権不行使特約を挿入している。借家を目的とする火災保険契約には代位求償権不行使条項が自動的に付帯されることについては、山下・代位三九五頁を参照。

(196) 拙稿「第三者の範囲」八八頁以下を参照。

- (197) 大森・前掲書一八二頁〜一八三頁、坂口・保険法一六三頁、田邊・保険法一四一頁、石田・保険法二〇五頁〜二〇六頁、西島・前掲書一八一頁等を参照。
- (198) Castellano e Scariatella, *op. cit.*, pag. 439.
- (199) Adriano De Cupis, Sulla rinuncia alla surroga assicuratoria, in *Assicurazioni* 1951, II, 2, 72.
- (200) Ferrarini, Appunti sulla rinunciabilità della surroga assicuratoria, in *Assicurazioni* 1951, I, 406; Donati, *op. cit.*, pag. 483; Santi, *op. cit.*, pag. 410.
- (201) Anteo Genovese, Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore, in *Assicurazioni* 1968, I, 15, pag. 39, nota 26.
- (202) Cfr. Castellano, La rinuncia al diritto di surroga nell'assicurazione della responsabilità civile, in *Foro italiano* 1960, I, col. 1844 seg.
- (203) Ferrarini, *op. cit.*, pag. 402; Gasperoni, *op. cit.*, pag. 416.
- (204) Donati, *op. cit.*, pag. 482; Castellano e Scariatella, *op. cit.*, pag. 440.
- (205) この保険に関するイタリヤ法の解釈については、今井「イタリヤ法における『他人のためにする保険』と assicurazione a favore di terzi (I)」産大法季三三卷三二四号一頁を参照。
- (206) Genovese, *op. cit.*, pag. 40, nota 26; Tribunale di Torino, 18 giugno 1962, in *Giurisprudenza Italiana* 1964, I, 2, col. 342.
- (207) Donati, *op. cit.*, pag. 483; Santi, *op. cit.*, pag. 410.
- (208) 民法一四一一条(第三者のためにする契約)二項「反対の約定がある場合を除き、第三者はその特約の効果により、諾約者に対して権利を取得する。ただし、この特約は、第三者が諾約者に対する関係においても、それから利益を得ようとする意思を表示する場合は、要約者によつて撤回または変更される」とが「ある」。Cfr. Perlingieri, *op.*

- cit.*, Libro Quarto, pag. 643 e seg.
- (209) Pretura di Bologna, 11 maggio 1960, in *Foro Italiano* 1960, col. 1844 ed in *Foro Padano* 1961, col. 1361; Santi, *op. cit.*, pag. 411.
- (210) Ugo Maiello, Incompatibilità della stipulazione a favore altrui con la rinuncia dell'assicuratore alla surrogazione verso il terzo danneggiante, in *Foro Padano* 1961, col. 1361.
- (211) 保険契約を売買契約に擬制することにより請求権代位を考察すると、本文のようならえ方はより説得力を増すであらう。
- (212) Genovese, *op. cit.*, pag. 39, nota 26.
- (213) Donati, *op. cit.*, 483.
- (214) これが生じるケースには、Donatiによれば、たとえば、第三者の責任に限度額がある場合、第三者の資産が充分でない場合、および一部保険の場合等がある。Donatiは、傷害保険の場合のように、損害額が相対的な事前評価方法で評価される場合をもこれに該当するとしているが、傷害保険における請求権代位については別稿で検討する。なお、民法一九一六条四項は、請求権代位を定める「本条の規定は労働災害保険および傷害保険にも適用される」と定め、またイタリア保険業法にあたる一九九五年三月一七日政令一七五号は付表A項目で傷害保険を損害保険会社が引き受ける保険としているので（拙稿「一九九五年三月一七日政令第一七五号——イタリア保険法典（二）——」神戸学院法学二六卷四号一四八頁）、Donatiの解釈は現行法においても妥当するものであらう。
- (215) 同旨、山下・代位三九四頁～三九五頁。

## おわりに

被保険者による第三者に対する賠償請求権の保全と保険者による代位権の放棄について、以上のような検討を行った。その際、保険契約を売買契約に擬制して考察すれば、請求権保全に関するイタリア法の理論の解釈が容易になるのではないかと思うに至った。しかし、わが国の法律ないし理論にはそのような背景があるとはいえないのではないかと解されるので、イタリア法あるいはドイツ法といった大陸法と同じような論理構成をとるのはむずかしい場合があると考ええる。請求権保全に関するこのような認識に基づき、以下のように総括する。

第一に、被保険者が第三者に対する請求権を保全すべき義務を負うとされる理論的根拠につき、保全義務とは、損害保険契約における被保険者の利得禁止の原則という保険技術上の派生要因を基礎としながら、それが加害者である第三者の免責阻止という一般法上あるいは社会的な要請に結びついた請求権代位制度において、保険金を支払った被保険者が被保険者に対する請求権を法律上取得するという利益を確保するという趣旨（理論的根拠）から派生する義務であると考えられる（第一章第三節）。そして、保全義務の法的性質につき、保全義務の履行は被保険者が保険者に保険金の支払を請求するための前提要件であると解する（同第四節）。

第二に、保全義務を負担する主体は被保険者であると解する（第二章第二節）。そして、保全義務違反の客観的要件としては、第三者に対する請求権の全部または一部の消滅をもたらす、またはそれらの実現を妨げる被保険者のあらゆる行為の存在を必要とし、主観的要件としては、義務違反行為に際して被保険者に故意が存在することを必要とする。さらに、義務違反と保険者に生じた損害との間に因果関係の存在が必要とされると解する（同第三節）。



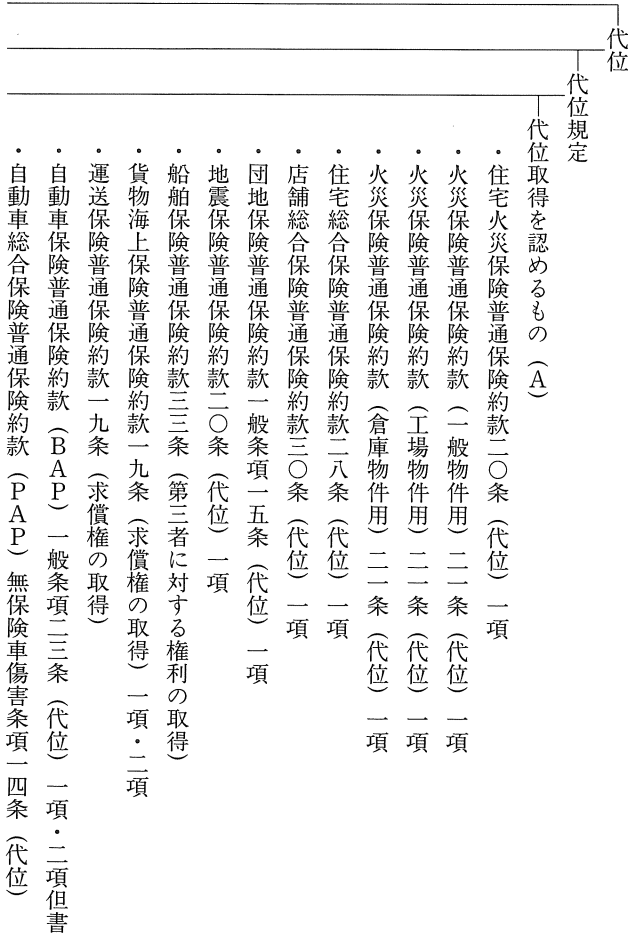
第三に、被保険者が保全義務を負担するとされる期間は、第三者の行為に起因して保険事故が発生した時から保険金を受領する時までと解する。そして、被保険者が保険金を受領した後であっても、これに関する第三者の不知を利用するなどして、保険者の請求権の行使を侵害したとされる場合には、保険者は第三者に対して償還請求するか、被保険者に対して請求権代位制度に基づく不当利得の返還を請求するか、という二つの選択肢を有するものと解する（同第四節）。保険利益享受約款に関連して、被保険者が保険事故発生前に請求権を放棄している場合にも、保険事故発生後に放棄している場合の法理を類推適用することにより保険者の給付免責を導き出すことができるかと解する。しかし、免責約款を使用することが通常であるような取引において、その顧客が約款使用者との間で契約を締結した後、物保険に加入した場合には、保険者は当該免責約款の存在を認識しているであろうから、保険事故発生後、免責約款の存在を援用して自己の給付義務を免れることはできない。ただし、保険事故の発生が第三者である約款使用者の故意に起因する場合には、この限りではないと解する（同第五節）。

第四に、被保険者が保全義務に違反した場合には、保全義務の履行は被保険者が保険金を受領するための前提要件であると解することができるので、被保険者が保全行為を怠るといふ義務違反行為をした場合、この者は保険者による保険金支払の前提要件を欠くことになる結果、保険事故が発生したにもかかわらず、保険者の保険金支払債務は消滅すると解する。保険者が保険金未払のうちに被保険者について義務違反が判明した場合には、原則的に、保険者は保険者が第三者に請求できたはずの賠償金の額を保険金から控除した額を保険金として支払う。これに対して、保険者が保険金を支払った後に被保険者の義務違反が判明した場合には、保険者は第三者が負担すべき賠償金額に相当する金額について、被保険者に対して返還を請求することができるかと解する（第三章）

第五に、保険者が代位権の取得を放棄した場合、被保険者に利得をもたらさず、かつ、故意による第三者の損

害賠償責任をも免責することにならない限り有効であると解する(第四章)。

〔資料〕 損害保険約款の分類



- ・自動車総合保険普通保険約款（PAP）一般条項二三条（代位）一項・二項但書
- ・自家用自動車総合保険普通保険約款（SAP）無保険車傷害条項一四條（代位）
- ・自家用自動車総合保険普通保険約款（SAP）一般条項二三條（代位）一項・二項但書
- ・自動車運転者損害賠償責任保険普通保険約款一般条項一九條（代位）
- ・自動車損害賠償責任保険普通保険約款一八條（代位）一項・二項
- ・傷害保険特約・遭難捜索費用担保特約条項七條（代位）
- ・傷害保険特約・携行品損害担保特約条項一二條（代位）
- ・傷害保険特約・救援者費用等担保特約条項一〇條（代位）一項
- ・傷害保険特約・留守宅家財盗難担保特約条項一二條（代位）
- ・交通事故傷害保険賠償責任危険担保特約条項一一條（代位）一項
- ・海外旅行傷害保険普通保険約款一二條（代位）二項
- ・海外旅行傷害保険特約・携行品損害担保特約条項一一條（代位）
- ・海外旅行傷害保険特約・旅行取消費用担保特約条項一一條（代位）
- ・海外旅行傷害保険特約・旅行短縮費用担保特約条項一一條（代位）
- ・賠償責任保険・医師特別約款五條（代位）但書
- ・賠償責任保険・公認会計士特別約款九條（求償権の不行使）但書
- ・賠償責任保険・建築家特別約款七條（代位）但書
- ・賠償責任保険・クリーニング業者特別約款六條（求償権の不行使）但書
- ・傷害保険特約・傷害保険賠償責任危険担保特約条項一一條（代位）一項
- ・傷害保険特約・賠償責任危険担保特約条項一〇條（代位）一項

- ・ 家族傷害保険特約・家族傷害保険賠償責任危険担保特約条項一〇条(代位) 一項
- ・ ファミリー交通傷害保険賠償責任危険担保特約条項一〇条(代位) 一項
- ・ 所得補償保険賠償責任危険担保特約条項一一条(代位)
- ・ 海外旅行傷害保険特約・賠償責任危険担保特約条項一〇条(代位)
- ・ 海外旅行傷害保険特約・救済者費用等担保特約条項一〇条(代位) 一項
- ・ 賠償責任保険普通保険約款二三条(代位) 一項
- ・ 会社役員賠償責任保険普通保険約款二七条(代位)
- ・ 労働災害総合保険普通保険約款二四條(代位) 一項
- ・ 医療費用保険普通保険約款二九条(代位) 一項
- ・ 介護費用保険普通保険約款三二条(代位) 一項
- ・ 航空機保険約款・一般条項一八条(代位)
- ・ 航空機保険約款・求償権不行使特約但書

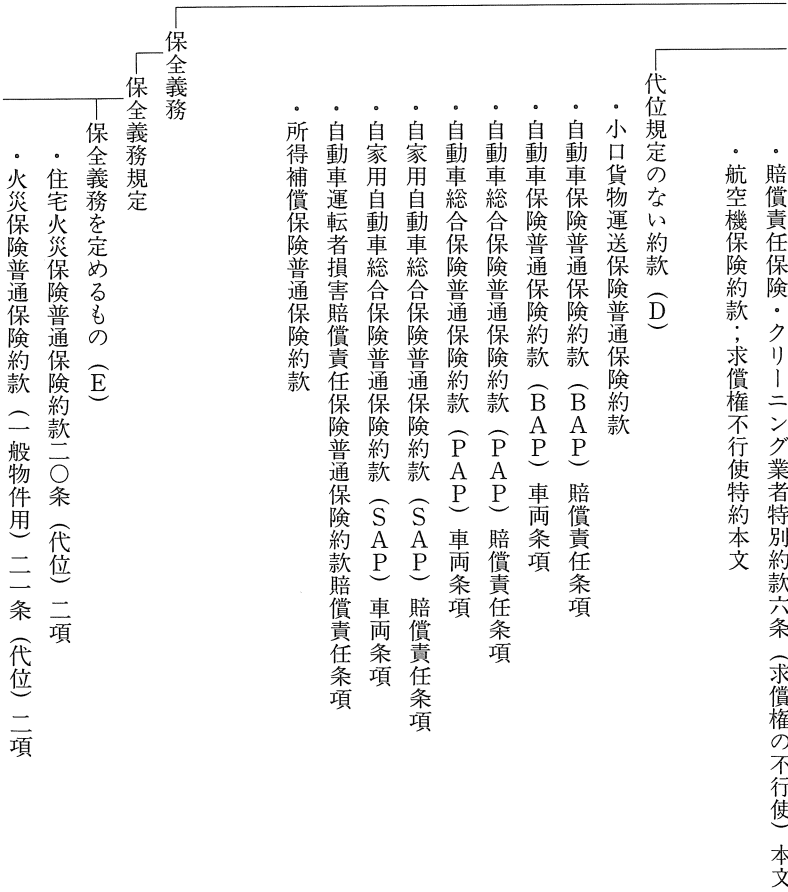
― 代位取得を放棄するもの (B) ―

- ・ 自動車保険普通保険約款 (BAP) 自損事故条項一二条(代位)
- ・ 自動車保険 (BAP) に固有の特約・搭乗者傷害危険担保特約自損事故条項一四條(代位)
- ・ 自動車総合保険普通保険約款 (PAP) 自損事故条項一二条(代位)
- ・ 自動車総合保険普通保険約款 (PAP) 搭乗者傷害条項一三条(代位)
- ・ 自家用自動車総合保険普通保険約款 (SAP) 自損事故条項一二条(代位)
- ・ 自家用自動車総合保険普通保険約款 (SAP) 搭乗者傷害条項一三条(代位)

- ・自動車運転者損害賠償責任保険普通保険約款自損事故条項一二条（代位）
- ・自動車運転者損害賠償責任保険の特約。搭乗者傷害危険担保特約一五条（代位）
- ・海外旅行傷害保険普通保険約款二九条（代位）一項
- ・傷害保険普通保険約款二八条（代位）
- ・家族傷害保険普通保険約款三二条（代位）
- ・交通事故傷害保険普通保険約款二七条（代位）
- ・ファミリー交通傷害保険普通保険約款二九条（代位）
- ・積み立てファミリー交通傷害普通保険約款三六条（代位）
- ・所得補償保険・傷害による死亡。後遺障害担保特約条項一三条（代位）
- ・賠償責任保険・ゴルフアー傷害担保特約条項七条（代位）
- ・賠償責任保険・ハンター傷害担保特約条項九条（代位権の放棄）
- ・賠償責任保険・テニス特別約款・テニスプレイヤー傷害担保条項七条（代位権の放棄）

代位の行使を放棄するもの（C）

- ・自動車保険普通保険約款（BAP）一般条項二三条（代位）二項本文
- ・自動車保険普通保険約款（PAP）一般条項二三条（代位）二項本文
- ・自動車保険普通保険約款（SAP）一般条項二三条（代位）二項本文
- ・賠償責任保険・医師特別約款五条（代位）本文
- ・賠償責任保険・公認会計士特別約款九条（求償権の不行使）本文
- ・賠償責任保険・建築家特別約款七条（代位）本文



- ・ 火災保険普通保険約款（工場物件用）二二条（代位）二項
- ・ 火災保険普通保険約款（倉庫物件用）二二条（代位）二項
- ・ 住宅総合保険普通保険約款二八条（代位）二項
- ・ 店舗総合保険普通保険約款三〇条（代位）二項
- ・ 団地保険普通保険約款一般条項一五条（代位）二項
- ・ 地震保険普通保険約款二〇条（代位）二項
- ・ 債権保全火災保険普通保険約款二一条（権利の保全および行使に関する義務）
- ・ 船舶保険普通保険約款二四条（損害防止義務）三項
- ・ 貨物海上保険普通保険約款一四条（損害防止義務）二項前段
- ・ 運送保険普通保険約款一四条（損害防止義務）二項前段
- ・ 内航貨物賠償責任保険特別約款一二条（被保険者の義務）一項
- ・ 貨物賠償責任担保特別約款（被保険者の義務）一項
- ・ 自動車保険普通保険約款（BAP）一般条項一四条（事故発生時の義務）
- ・ 自動車総合保険普通保険約款（PAP）一般条項一四条（事故発生時の義務）六号・八号・九号
- ・ 自動車総合保険普通保険約款（SAP）一般条項一四条（事故発生時の義務）六号・八号・九号
- ・ 自動車運転者損害賠償責任保険普通保険約款一般条項一〇条（事故発生時の義務）四号・六号・七号
- ・ 自動車損害賠償責任保険普通保険約款一八条（代位）二項
- ・ 傷害保険特約・救済者費用等担保特約条項一〇条（代位）二項
- ・ 交通事故傷害保険賠償責任危険担保特約条項一一条（代位）二項
- ・ 海外旅行傷害保険普通保険約款二九条（代位）三項

- ・ 傷害保険特約・ 傷害保険賠償責任危険担保特約条項二一条 (代位) 二項
- ・ 傷害保険特約・ 賠償責任危険担保特約条項一〇条 (代位) 二項
- ・ 家族傷害保険特約・ 家族傷害保険賠償責任危険担保特約条項一〇条 (代位) 二項
- ・ ファミリー交通傷害保険賠償責任危険担保特約条項一〇条 (代位) 二項
- ・ 海外旅行傷害保険特約・ 救済者費用等担保特約条項一〇条 (代位) 二項
- ・ 賠償責任保険普通保険約款二三条 (代位) 二項
- ・ 労働災害総合保険普通保険約款二四条 (代位) 二項
- ・ 医療費用保険普通保険約款二九条 (代位) 二項
- ・ 介護費用保険普通保険約款三二条 (代位) 二項
- ・ ファミリー交通傷害保険賠償責任危険担保特約条項六条 (事故の発生) 一項
- ・ 航空機保険約款・ 一般条項一二条 (事故発生時の義務) 一項六号・ 九号・ 一〇号

〔保全義務違反の効果をも定めるもの (F)〕

- ・ 船舶保険普通保険約款二四条 (損害防止義務) 四項
- ・ 貨物海上保険普通保険約款一四条 (損害防止義務) 二項後段
- ・ 運送保険普通保険約款一四条 (損害防止義務) 二項後段
- ・ 内航貨物賠償責任保険特別約款一二条 (被保険者の義務) 二項
- ・ 貨物賠償責任担保特別約款五条 (被保険者の義務) 二項
- ・ 自動車保険普通保険約款 (BAP) 一般条項一五条 (事故発生時の義務違反) 一項・ 三項・ 四項
- ・ 自動車総合保険普通保険約款 (PAP) 一般条項一五条 (事故発生時の義務違反) 一項・ 三項二号・ 四項



- ・ 自家用自動車総合保険普通保険約款(SAP)一般条項一五条(事故発生時の義務違反)一項・三項二号・四項
- ・ 自動車運転者損害賠償責任保険普通保険約款一般条項一一条(事故発生時の義務違反)一項・三項二号・四項
- ・ 医療費用保険普通保険約款二九条(代位)三項
- ・ 介護費用保険普通保険約款三二条(代位)三項
- ・ ファミリー交通傷害保険賠償責任危険担保特約条項六条(事故の発生)二項
- ・ 航空機保険約款一般条項一三条(事故発生時の義務違反)一項・三項・四項

本分類を作成するにあたり、損害保険事業総合研究所の刊行による以下の約款集を参照した。

自動車保険・自動車保険約款集一九九七年版(一九九七年八月)

船舶保険・船舶保険約款集平成八年四月版(一九九七年六月)

火災保険・火災保険普通保険約款集平成七年二月一日版

貨物保険・貨物保険約款集(一九九七年六月)

新種保険・新種保険約款集一九九七年版(一九九七年六月)

ただし、所得補償保険は、新種保険約款集一九九五年版(一九九五年六月)を参照した。特約条項は、代位規定のあるものみを対象とした。

(一九九八年八月二〇日脱稿)

(追記・古稀を迎えられた古瀬村邦夫先生に本稿を捧げる。本稿は平成一〇年度科学研究費補助金基盤研究(〇)(2)によるものである。)