

慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resources

Title	〔商法 四四二〕代位求償権不行使条項の効力
Sub Title	
Author	鈴木, 達次(Suzuki, Tatsuji) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2004
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.5 (2004. 5), p.105- 128
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20040528-0105

〔商法 四四二〕 代位求償権不行使条項の効力

〔判示事項〕

一 代位求償権不行使条項は、賃借人が賃貸人のために借家について火災保険契約を締結した場合において、事故が発生して保険金を支払った保険会社が賃借人に求償することになれば、保険をつけた賃借人の目的が達成されないことになり、また、賃貸人が貸家について火災保険契約を締結する場合も、保険料は通常家賃の一部に含まれていると考えられることから、賃借人が保険契約者である場合と同様に扱い、賃借人に故意又は重大な過失がない限り、代位によって取得した債務不履行に基づく損害賠償請求権を行使しないことにするのが相当であるとの考慮によるものである。

平成二十一年一月二八日東京高等裁判所判決
平成二十一年(保)第二八五三号、求償金請求控訴事件、控訴棄却(確定)
金融・商事判例一〇九九号二九頁

二 代位求償権不行使条項に定める「重大な過失」とは、失火責任法の「重大ナル過失」と同様、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解すべきである。

三 賃借人に代位求償権不行使条項に定める「重大な過失」がなかったとすれば、賃借人が賃貸人のそれとは別に火災保険契約を締結していたとしても、保険者が代位によって取得した賃借人に対する損害賠償請求権を行使できないという結論を左右しない。

〔参照条文〕

商法六六二条・民法四二二条・四九九条・五〇〇条・五

〇一条・失火責任法。

〔事 実〕

X 保険会社は、A との間で、埼玉県大宮市所在の六世帯用の共同住宅建物（以下「本件建物」という）等を「保険ノ目的」として、火災保険契約（住宅総合保険、以下「本件保険契約」という）を締結した。

Y は、A から、平成七年八月五日、本件建物の二〇一号室（以下「本件戸室」という）を賃借し、Y も B 保険会社との間で火災保険契約を締結していた（その契約内容は不明）。Y が右賃貸借契約に基づいて本件戸室に居住していたところ、本件保険契約の保険期間中である平成九年五月一八日、本件戸室内で火災を発生させ、これによって本件建物の一部等を焼失させた（以下「本件火災」という）。

そこで、X は、平成九年七月二三日、A に対し、本件保険契約に基づく保険金として合計二四五一万〇三九三円を支払い、—— Y に失火責任法および代位求償権不行使条項（後述）にいう重過失があることを前提に——、右保険金の支払によって A の Y に対する債務不履行および不法行為に基づく各損害賠償請求権を代位取得したとして、Y に対

し二四五一万〇三九三円およびこれに対する遅延損害金の支払を求めて訴えを提起した。

これに対して、Y は、重過失はなかった等として損害賠償責任の負担を否定し、また本件保険契約の約款には「この条項の付帯された普通保険約款の代位に関する規定により、被保険者が借家人（中略）に対して有する権利を、当会社が取得したときは、当会社はこれを行使しないものとします。ただし、借家人の故意または重大な過失によって生じた損害に対し保険金を支払った場合は、この限りではありません」という特約条項が付帯されていたところ（代位求償権不行使条項、以下「本件特約」という）、Y には右特約条項にいう重過失はないから、X は代位求償権を行使できない等と主張した。

第一審判決は、Y には重過失があったとは認められない等として X の請求を棄却し（東京地判平成一年四月一五日・金融・商事判例一〇九九号三一頁）、X はこれに不服があるとして控訴した。

〔判 旨〕 控訴棄却

（前註）控訴審判決は、第一審判決を引用する形式で判決を下しているが、下記判旨一・二の部分については付加・訂正はなく第一審と全く同一である。これに対して判旨三

の部分は控訴審において付加されたものである。」

一 「本件特約は、質借人が質貸人のために借家について火災保険契約を締結した場合において、事故が発生して保険金を支払った保険会社が質借人に求償することになれば、保険をつけた質借人の目的が達成されないことになり、また、質貸人が貸家について火災保険契約を締結する場合も、保険料は通常家賃の一部に含まれていると考えられることから、質借人が保険契約者である場合と同様に扱い、質借人に故意又は重大な過失がない限り、代位によって取得した債務不履行に基づく損害賠償請求権を行使しないこととするのが相当であるとの考慮によるもの」である。

二 「失火責任法と同様の要件であることからすると、本件特約の『重大な過失』とは、失火責任法の『重大ナル過失』と同様、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解すべき」である。しかし、Yには「右のような意味での重大な過失があった」とは認められないから「本件特約により、Xは、Yに対し、代位によって取得した債務不履行に基づく損害賠償請求権を行使することは

できない」

三 YはBとの間に火災保険契約を締結していたが、Yには「本件特約に定める『重大な過失』があったとは認められない以上、右保険契約の存在が（代位によって取得した損害賠償請求権を行使できないという）前示の結論を左右するものではない」

〔研究〕 判旨に反対

一 本件は、被保険者（質貸人）Aに火災保険金を払ったため、商法六六二条の請求権代位（求償権代位）に基づき、保険者Xが質借人Yに対して損害賠償の支払を求めたものである。

本件当事者間で直接の争点とされたのは、代位求償権行使条項にいう「重大な過失」の意義である。しかし、請求権代位に関する六六二条が強行規定であるとすれば、同条項が有効か否か、有効であるとしてその拘束力がXY間に及ぶか否かということをまず検討しなければならない。これが確認された上で、同条項にいう「重過失」の意義が考察の対象とされることとなる。

二 周知のように、学説の多くは、請求権代位の根拠を被保険者の利得禁止と第三者の免責阻止の二点に求めており、その限度ではおおむね争いが無いといつてよい（田辺康平

「請求権代位の制度の趣旨―修正絶対説による根拠づけ―」
 保険契約の基本構造(有斐閣・昭五四)二四九頁、西島梅
 治・保険法「第三版」(悠々社・平一〇)一八一頁、山本
 哲生「保険代位の根拠と保険契約類型からみた代位の適用
 基準(一)」法学五七巻五号七〇頁、同「保険代位に関す
 る一考察(一)」北大法学論集四七巻二二号四七三頁。しか
 し、さらにこれを掘り下げて検討するという段になると、
 ―損害填補を損害保険契約の内在的本質と見るかどうか
 という点にもかかわり―、見解が鋭く対立しているところ
 である。本判決では争点とはされていないが、念のため
 若干論しておく、まず、損害填補を損害保険契約の内在
 の本質と理解しない学説(相對説)によれば、保険金と損
 害賠償金とを被保険者がともに取得することは論理必然的
 に否定されるものではない。しかし、もしこれを認めた場
 合には「積極的に被保険者の事故招致を誘発せしめる危険
 性はないとしても、少くとも第三者による事故発生につき
 被保険者をして放任的態度をとらしめる可能性」がなくは
 ない(大森忠夫「保険者の求償権」続・保険契約の法的構
 造(有斐閣・昭三二)一〇三頁以下)。そこで、このよう
 な事態を防止する趣旨で慎重を期すために被保険者の重畳
 の権利取得を否定したものであるとされる。また、修正絶

対説によれば、被保険者が第三者に対して損害賠償請求権
 を有する場合には、いまだ損害は未確定である(蓋然損
 害)。ただ、損害保険契約は蓋然損害に対する被保険者の
 救済を含むものであり、請求権代位とは「保険者が被保険
 利益に生じた滅失額相当の保険金(括弧内略)を給付する
 とともに、被保険者の第三者に対して有する請求権を(給
 付保険金額の限度において)取得するという方法において、
 被保険者に生じた蓋然損害を、利得を生ぜしめる余地なく
 救済する制度なのである」といわれる(田辺・前掲「請求
 権代位の制度の趣旨」二六一頁、同「保険者の請求権代
 位」損害保険事業研究所創立四〇周年記念・損害保険論集
 (損害保険事業研究所・昭四九)二二六頁以下。修正絶対
 説ではないが、同旨、西島・前掲書一八四頁)。
 思うに、商法六二九条が損害保険契約の目的を「損害ヲ
 填補スル」ことであると定めている以上、損害の填補が損
 害保険契約の内在的本質であるといわざるをえない(絶対
 説。ただし、損害保険契約の意義については争点ではない
 ので詳述しない)。この点で相對説には疑問がある。かり
 にこの点を捨象するとしても「第三者によつて生ぜしめら
 れる事故についての被保険者の放任的態度を誘致するとい
 うことは、あまり考えられない」のではなからうか(田

辺・前掲「請求権代位の制度の趣旨」(二六〇頁)。したがって、相對説による前述のような理由づけには賛成しがた。また、修正絶対説に対しては、そもそも「被保険者が第三者に対して損害賠償請求権を有していても被保険者の填補すべき実損害は未確定であるわけではない」と批判される(石田満「損害填補義務と損害賠償義務」保険契約法の基本問題(一粒社・昭五二)五一頁、同「保険者代位と損益相殺」保険契約法の論理と現実(有斐閣・平七)一九〇頁・二〇一頁、倉澤康一郎「保険金額と損害賠償額」保険契約法の現代的課題(成文堂・昭五三)一九二頁、同「損益相殺と保険代位」相馬古稀・現代保険学の諸問題(専修大学・昭五三)四八三頁)。これを敷衍すれば「被保険利益関係につき、被保険者に(…生じた)財産上の不利益」(大森忠夫・保険法「補訂版」(有斐閣・昭六〇)一五一頁)ないし「事故発生前の利益状態と事故発生後の利益状態との差」(西島・前掲書一一八頁)が損害であるとすれば、たとえ第三者に対する損害賠償請求権が生じているとしても、保険事故(「火災」など)の発生により、そのような不利益ないし利益状態の差(「建物所有権の喪失」あるいは「焼失前の建物の完全な状態と焼失後の状態との差」)は既に生じているのであるから損害自体は確定的に

生じているといわざるをえない。また、そのように理解しないと被害者が損害保険契約を締結していた場合には有責第三者に対する損害賠償請求権も未確定であるということになってしまふであろう。かりにこの点をしばらく措くとしても、損害保険契約概念に「蓋然損害しか生じていない被保険者に対する救済」を含むものであるとすれば商法六二九条に反する。すなわち「もし、被保険利益につき損害が不確定であるものとすれば、未必な状態にある(括弧内略)損害と保険事故との間の相当因果関係の有無は判断されるべくもないから、保険者は損害の確定をまつてはじめて保険金の支払をなすべきであり、不確定損害を保険金をもって肩代わりするという義務は、商法六二九条によつて定型化されている当事者の意思効果として生ずることはありえない」のである(倉澤・前掲「損益相殺と保険代位」四八三頁。なお、田辺博士の見解を「保険の内部関係とその外部との関係を混同した結果」であると批判するものとして、鈴木辰紀「田辺教授の『修正絶対説』について」損害保険研究(成文堂・昭五二)三六頁)。したがって、修正絶対説による前述のような理由づけにも賛成できない。これに対して、損害填補を損害保険契約の内在的本質と理解する絶対説を前提とすればどのように説明されるか。

この点、保険者が権利を取得することについては衡平の理念にこれを求める学説が多いが(野津務「保険代位」特に第三者に対する賠償請求権について)、保険法論集第一巻・保険法における信義誠実の原則及び保険法関係論文(野津務保険法論集刊行委員会||中央大学生協・昭四〇)三〇九頁、鈴木辰紀「保険代位の根拠について」火災保険研究「増補版」(成文堂・昭五三)一六九頁、倉澤康一郎「保険代位について」保険契約の法理(慶応通信・昭五〇)一四五頁など)、その具体的説明は多岐にわたる(なお、前述の相対説、修正絶対説によるものも含めわが国の学説の詳細については、山下友信「火災保険における保険者代位」新損害保険双書Ⅰ・火災保険「補正版」(文眞堂・平六)三八一以下、山本・前掲「保険代位に関する一考察(一)」四七一頁以下などを参照)。例えば、その中でも比較的有力と思われる見解は以下のように説明する。すなわち「損害保険契約を損害填補契約と解するならば、被害者が取得する保険金請求権すなわち損害填補請求権と不法行為にもとづく損害賠償請求権とのそれぞれの客体たる損害は同一なのであって、どちらか一方の権利行使により損害が填補あるいは賠償されれば、そのことにより損害が減縮し、したがって他方の請求権が減縮する。……保険金請求

を受けた被害者がそのかぎりでは損害賠償の請求をなしえないのは、決して『利得禁止』の問題ではない。被害者が損害の賠償を請求するかぎりでは、利得の生ずる余地はないのである。ただ、問題としてのこるのは……加害者が免責されることの不当性である(傍点原著者)。そこで、「当事者間の利益衡量にもとづく衡平の理念」から民法四二二条の損害賠償者の代位と同様、本来的には消滅するはずの損害賠償請求権を保険者に移転させるのである、といわれる(倉澤・前掲「保険代位について」一四一頁以下、一四五頁、同・前掲「保険金額と損害賠償額」一九六頁以下、同「搭乗者傷害保険金と損害賠償」鈴木(辰)還暦・保険の現代的課題(成文堂・平四)四〇〇頁以下)。

しかし、この見解に対しては、有責第三者を免責させることの不当性はともかく、損害賠償請求権を保険者に移転させるのが果たして衡平といえるか、あるいは「損害が減縮」する理論的根拠を損益相殺に求めているが(倉澤・前掲「保険代位について」一四〇頁、同・前掲「保険金額と損害賠償額」一九七頁)、この場合には損益相殺は生じないのではないか、などと批判されている。

思うに、保険者の保険金支払義務と第三者の損害賠償義務とは、同一の損害を填補するという同一の給付を目的と

し、しかもこれらに主観的関連性はないから不真正連帯の
 関係に立つ（我妻榮・民法講義Ⅳ・新訂債権総論（岩波書
 店・昭三九）四四三頁、於保不二雄・債権総論〔新版〕
 （有斐閣・昭四七）二四七頁、松坂佐一・民法提要・債権
 総論〔第四版〕（有斐閣・昭五七）一六四頁、船越隆司・
 実定法秩序と証明責任（尚学社・平八）七三七頁など民法
 学上の通説。保険法學上これを認めるものとして、倉澤・
 前掲「保険代位について」一四一頁、同・前掲「保険金額
 と損害賠償額」一九八頁、同・前掲「搭乗者損害保険金と
 損害賠償」四〇〇頁、同・判批・判例評論三五七号五八頁
 （判例時報一二八五号二二二頁）など。それゆえ、どちら
 か一方が債務を履行すると、弁済の絶対効により他方の債
 務もその分だけ消滅する。先に述べた有力説はこの点の理
 論的根拠を損益相殺とするが（倉澤・前掲「保険代位につ
 いて」一四〇頁、同・前掲「保険金額と損害賠償額」一九
 七頁）、これに対しては異論も多いところであり「両請求
 権の関係を不真正連帯債務とみる以上、（弁済の絶対効に
 より根拠づけられるのであるから）そのようにいう必要は
 ない」であろう（船越・前掲書七三八頁注（85））。先に述
 べたように、一般に請求権代位の趣旨は被保険者の利得禁
 止と第三者の免責阻止の二点にあるとされるが、このよう

な理解を前提とすれば、請求権代位以前の問題として「被
 害者が損害の賠償を請求するかぎりでは、利得の生ずる余
 地はな」く（傍点原著者。倉澤・前掲「保険代位につい
 て」一四一頁、同・前掲「保険金額と損害賠償額」一九八
 頁）、請求権代位の趣旨としては被保険者の免責阻止とい
 う観点だけが残るといことになる。

このような見解を前提とすると、保険者が先に保険金を
 給付した場合には損害賠償債務も消滅してしまい、有責第
 三者が免責されてしまうのではないかという疑問が生じよ
 う。そこで、これらの債務者間に求償関係があるか否かを
 検討しなければならない。なぜなら、もし保険者が有責第
 三者に対する求償権を持つとすれば、第三者の免責は生じ
 ないからである。この点、一般に不真正連帯債務者相互間
 には求償権がないといわれるが、これは「当然」には生じ
 ないということであって、これがあるか否かは不真正連帯
 債務の「内部的法律関係にしたがって」定まる（於保・前
 掲書二四九頁）。そこで、本件のような場合はどのように
 解されるかであるが、保険事故発生を理由として保険者が
 保険金を支払った場合には、有責第三者に対して不当利得
 返還請求権（民法七〇三条）を持つ——これが求償権とな
 る——ものと考ええる。

というのは、まず、被保険者に対する金銭（保険金）の支払が保険者にとって損失であることは間違いない。この点、収支相等の原則がある以上保険金の支払によっては保険者には損失は生じないとか、保険金は保険料の対価であるからその支払によつて保険者に損失が生じたとはいえないとかという批判もある（研究会の席上、そのようなご批判をいただいた。なお、損害保険事業研究所「志田鉦太郎博士現行商法草案審議筆記（四）」損害保険研究二四卷一號二六六頁の岡野発言、大森・前掲「保険者の求償権」八九頁、鈴木（辰）・前掲「保険代位の根拠について」一五五頁参照）。しかし、まず前者については保険団体の収支として払込保険料総額と支払保険金総額とが等しくなるように計算されていることと、個別にみて、ある保険事故の結果、保険者が保険金を支払ったことを法的にどう評価するかということとは別問題である。また、後者については「保険者は保険契約に因り保険料の対価として危険を負担し、保険事故の発生に因りその危険が具体化したにすぎないのであって（野津・前掲「保険代位」三二三頁。同旨、倉澤・前掲「保険金額と損害賠償額」一九八頁以下、同・判批・判例評論三五七号五八頁Ⅱ判例時報一二八五号二一二頁。なお、鈴木（辰）・前掲「保険代位の根拠について」

一五八頁参照）、保険金が保険料の対価であるという表現は法的には正確性を欠く。くわえて「損害填補の原因は保険料の支払にあることを仮りに認めるとしても、第三者の過失行為がなかったならば、保険者の危険負担が具体化しなかったであろうことは否定できない」のであるから「第三者の過失に因り保険者は保険金支払という現実的金銭的損失を受けた」といふべきである（野津・前掲「保険代位」三二三頁。なお、三〇九頁でも「第三者が損害を生ぜしめなかったならば、保険者は填補金支払を免れたであろうとの意味に於て、保険者は損害を受けている」と述べている）。

他方、保険金の支払によつて（因果関係）、有責第三者の損害賠償債務が消滅するとすれば、これは有責第三者に対して利得を与えるものである（受益）。

そこで、この場合「法律上ノ原因」(causa)の有無が問題となるが、これを欠くといわざるをえないであろう。周知のように、不当利得における「法律上ノ原因」の有無をどのように判断するかといった点については学説は多岐に分かれており、ここでその詳細を論ずることはできない。しかし、本件のような場合に「法律上ノ原因」を欠くということは民法学説上一般に認められているように思われる

（我妻榮・民法講義Ⅴ・債権各論下巻Ⅰ（岩波書店・昭四七）一〇四五頁以下、松坂佐一・事務管理・不当利得「新版」（有斐閣・昭四八）一七五頁以下、四宮和夫・事務管理・不当利得（青林書院・昭五六）二〇二頁以下など参照）。とりわけ、これを明確に述べられるのは四宮和夫博士である。すなわち、同博士の分類によれば、本件は「負担帰属法型不当利得」のうちの「求償型」に該当する。負担帰属法型不当利得とは「負担帰属の法則に反して財産的利益の移動がなされたことよって成立する不当利得」であり、そのうち求償型とは「他人の負担に帰すべき債務を自己の出捐によつて消滅させたことよつて成立」する。

負担帰属法型では「法律上ノ原因」は「基礎的法律関係（例、契約）なくして負担帰属の法則（括弧内略）に反すること」によつて欠けるとされる。この「負担帰属の法則」に反するものにも様々な態様があるが「同一内容の債務を多数者が負担する場合」で「債務の順位または段階を異にする場合」のうちの段階型（二つの義務の発生原因のちがいのために両者が異なる段階に位置しているとみられる場合、すなわち、発生した損害に対し近く位置する者Aと遠く位置する者Bとがいる場合）の典型例として「Aの放火により家屋を焼失した者が保険者Bに対して保険金

請求権を取得する場合」が掲げられているのである。この場合には「終局的に責任を負うべき者はBではなくしてAであるから、Aが先に履行すればすむが、Bが履行した場合には、Aは免責されず、Bは被害者のAに対する損害賠償請求権を取得する（賠償者代位（四二二条類推）・保険者の代位（商六六二条））、といわなければならぬ」とされている（四宮・前掲書二〇二頁以下・二〇五頁以下）。このほか、必ずしも具体例として掲げられてはいないが、松坂博士も次のようにいわれる。すなわち、同博士の分類によれば、本件のような事例では「給付以外の事由による不当利得返還請求権」が問題となる。そのうち「支出利得返還請求権」（利得が損失者の給付にも利得者の侵害にもよらないで実現される場合）に該当し、さらにその中で「求償利得返還請求権」と呼ばれる事例である。ここでは「損失者の支出が他人をしてその第三者に対する債務から免れさせた場合には、求償利得返還請求権が生ずる。他人の債務の弁済（四七四条）および他人が究極的に負担しなければならぬか、または持分に依じて共に負担しなければならぬ債務に対する共同責任に基づく請求がこれに属する。ここでは、免責は法律に適った究極的負担の分配に矛盾するが故に不当とされる」といわれている（松

坂・前掲書一七五頁)。保険金の支払により有責第三者の損害賠償義務が消滅するとすれば「損失者の支出が他人をしてその第三者に対する債務から免れさせた場合」に該当することは明らかであろう。

もつとも、この場合保険者は保険金支払義務の弁済として保険金を給付しており、かかる義務負担という出捐は保険契約によって給付された危険負担(期待権)の具体化であるから、結局のところ「法律上ノ原因」(causa)は存在するのではないかという疑問もありえよう。たしかに、金銭(保険金)の支払という給付不当利得返還請求権が問題となりうる被保険者に対してはこのように評価できる。しかし、ここでは被保険者に対する保険金の支払の結果、有責第三者が債務を免れたことを受益として、この不当利得を論じるものである。このようにそれぞれ異なった受益について考えているのであるから、その法律上の原因も各別に考察の対象となるといわざるをえない。被保険者が取得する金銭(保険金)という受益に対しては法律上の原因があるとしても(弁済原因 *causa solvendi* あり)、これとは異なる有責第三者の受益(損害賠償義務の消滅)に対してこれが存するか否かは別個の問題なのである。もつとも「被保険者の二個の請求権の重疊的取得が正当化されるな

らば、保険契約の存在が有責第三者の債務免脱の効果を有しないことは明らかであり、したがって……不当利得の法理によって保険者の固有の請求権を根拠づける」ことはできないとする見解もある(金澤理「損害保険者の代位権の法的性質—フランスにおける学説・判例を中心として—」保険と民事責任の法理(成文堂・昭四一)一九二頁)。なるほど「保険契約の存在が有責第三者の債務免脱の効果有」しないことはいうまでもないが、ここでは「保険契約の存在」ではなく、これに基づく保険金の支払によって不当利得返還請求権が生ずるか否かを考察しているのである。したがって、かかる批判はここでの議論に直接妥当するものではないであろう。

これに対して、有責第三者が先履行したとしても、保険者に対する不当利得返還請求権は生じない。ただし、先に述べたように、保険金支払義務負担という保険者の出捐は第三者の有責行為がなければ行う必要はなかったのであるから、これを当該第三者の弁済行為によって免れたとしても「受益」があつたとは評価できないからである。このようにみてくると、不真正連帯債務者である保険者と有責第三者との間では、その負担割合は後者が一〇〇%であり、前者が先履行した場合には——不当利得に基づいて——、

保険者は有責第三者に対して求償権を持つこととなる（於保・前掲書二四九頁は「不真正連帯債務の多くの場合は、各債務者の過失の割合にしたがって負担の割合が定まることになる。例えば、放火者と火災保険会社とは前者が全部負担する……（商六六二条参照）」といわれる。また、倉澤・前掲判批五八頁は「第三者と保険者という不真正連帯債務者間において、第三者の負担部分を一〇〇パーセント、保険者のそれをゼロとして、債務を先に履行した保険者に内部的な求償権をあたえているのである。」としている）。前述したように、一般に請求権代位に関して有責第三者の免責が不当であるといわれるが、これは、法律的にはこれら両者の内部的負担割合が有責第三者の一〇〇%であるともみていることの裏返しであると思われる。また、先に述べたように保険者が権利を取得することの根拠を多数の学説が衡平の理念に求めているが、私見のような立場からすれば、衡平の理念は保険者から有責第三者に対する不当利得返還請求権の成否（とりわけ「法律上ノの原因」の有無）にかかわるものといえよう。

他方、民法四九九条・五〇〇条は、このような求償権確保のために、本来的には消滅するはずの債権（厳密にはその債権のために付せられた担保権を含む）を弁済者に移転

させるものとしている（弁済による代位）。したがって、保険者が有責第三者より先に被保険者に弁済した場合には、これらの条文を根拠として、被保険者が有していた権利を行使しうるのが原則である。しかし、これが保険者によってなされる場合には「保険契約の種類によりその適用範囲が問題となること、および、利得禁止・加害者免責の防止の要請が強く働くことから、（これとは別個に同旨の条文が）商法六六二条にとくに規定された」ともと思われる（船越・前掲書七三七頁。野津・前掲「保険代位」三一九頁（注一）も「保険者の代位については民法五〇〇条の適用に委せても差支ないように見えるが、同条の解釈上多少の議論があり、弁済者が自己の債務を弁済した場合には、債権者に代位し得ないとの見解があり、この見解を採れば、保険者の保険金支払は自己の債務の支払であり、代位し得ないことになるから、また、保険法の沿革からも、特に商法に於て明文規定を設けた」とされ、四宮・前掲書二〇六頁も「（求償型不当利得が成立する場合には）求償権確保のために弁済者の代位が認められることになるわけだが、段階型に関しては、賠償者の代位・保険者の代位によることになる」とされている。また、請求権代位の根拠ないし法的性質を弁済による代位に求める見解は、フランスやイ

タリアでは古くから有力に主張されてきたようである。フランス法については、大森・前掲「保険者の求償権」八五頁以下、金澤・前掲「損害保険者の代位権の法的性質」二〇四頁以下、倉澤・前掲「保険代位について」一四二頁以下、笹本幸祐「フランスにおける保険代位制度の立法および解釈論の展開について」文研論集一〇五号一七五頁以下、イタリア法については、岡田豊基「請求権代位の法的性質(一)」損害保険研究六二巻二二八頁以下、同「請求権代位の法的性質(二)」損害保険研究六二巻三三〇一四七頁以下、同「請求権代位の法的性質(三・完)」損害保険研究六二巻四号一〇六頁以下を参照。なお、わが国の新商法立法時においても「民法二代位弁済モ同一ナリ」(梅発言)「法律上ノ代位ナル」(河村発言)といった弁済による代位を意識したかのような発言がみられるが(損害保険事業研究所・前掲「志田鉦太郎博士現行商法草案審議筆記(四)」二六八頁)、前者は請求権代位が債権譲渡ではないという意味において「代位弁済ト同一ナリ」と述べる趣旨のようであり、いずれにせよこの点についての立法者の見解は明らかではない)。

もつとも、請求権代位の根拠を弁済による代位に求める見解に対しては批判も多い。まず「保険者の保険金支払は、

自己が引き受けた保険契約にもとづく自己の義務の履行にほかならず、他人の債務の弁済ではない」以上、弁済による代位とは理解できないとする批判がある(大森忠夫「保険金と損害賠償額」保険契約法の研究(有斐閣・昭四四)二一三頁、岡田・前掲「請求権代位の法的性質(三・完)」一〇八頁。なお、大森・前掲「保険者の求償権」八五頁、鈴木(辰)・前掲「保険代位の根拠について」一五五頁以下)。しかし、弁済による代位をなすうるのは純粋な第三者にかぎらず、共同債務者(保証人や連帯債務者など)をも含むものである(鳩山秀夫・日本債権法総論(岩波書店・大五)三五四頁、我妻・前掲債権総論二四七頁以下、松坂・前掲債権総論二二九頁以下、前田達明・口述債権総論「第三版」(成文堂・平五)四七一頁以下など通説)。具体的には、保証人については「実質的には他人の債務」であり、また、連帯債務者については「負担部分以外は他人の債務の弁済たる実質を有し、求償権(四四二条参照)はこの点を根拠とするものであるから」代位を肯定すべきであるとされている(我妻・前掲債権総論二四九頁。なお保証人については民法五〇一条により争いの余地はない)。保険者の義務と有責第三者の義務とが不真正連帯の関係にあり、かつ保険者が有責第三者に対して求償権を持つとす

るならば、この要件を満たすことは間違いないであろう。したがって、かかる見解には賛成できない。また、兩制度は「目的において異なる側面を持つ」とする批判もある。すなわち「代位弁済の目的は、本質的に不当利得返還請求権の属性を有する求償権の効力を確保することにあり、それは債務者の利得を阻止することである。これに対して、…請求権代位は、第三者の利得の阻止だけでなく、被保険者のそれをも目的とするのであり」と主張されている（岡田・前掲「請求権代位の法的性質（三・完）」一〇七頁以下）。しかしながら、前述したように、請求権代位以前の問題として「被害者が損害の賠償を請求するかぎりでは、利得の生ずる余地はない」（傍点原著者。倉澤・前掲「保険代位について」一四一頁、同・前掲「保険金額と損害賠償額」一九八頁）。すなわち、被害者（被保険者）の利得は請求権代位の制度があるから存在しえないのではなく、両債務が給付の内容（目的）を同じくする不真正連帯債務であるがゆえに存在しえないのである。したがって、弁済による代位も請求権代位もともにその趣旨は「本質的に不当利得返還請求権の属性を有する求償権の効力を確保することであり、それは債務者の利得を阻止すること」にあるといつて差し支えないものと考ええる。

以上をまとめると、保険事故が有責第三者の行為によるものであるとしても、損害は確定的に発生し、第三者の損害賠償義務と保険者の損害填補義務（保険金支払義務）とは不真正連帯の関係に立つ。したがって、保険金の支払によつて本来的には有責第三者に対する損害賠償請求権も消滅するはずである。しかし、保険金支払の結果保険者は不当利得を根拠として有責第三者に対して求償権を持つに至る。そこで、これを確保するため、商法六六二条は損害賠償請求権を保険者に移転させるのである（なお、求償権と損害賠償請求権とは、請求権競合の関係となる。四宮・前掲書二〇八頁）。

三 それでは、本件保険契約に付されている代位求償権不行使条項は、以上のような趣旨による商法六六二条に反するであろうか。

もつとも、これを検討する前に、かかる条項はいかなる内容の規定であるか確認しておく必要がある。この点、最終的に賃借人が保険者による請求を受けないという効果からすれば、理論的には①損害賠償請求権が保険者に移転することの否定、②保険者による損害賠償請求権の事前放棄および③保険者が損害賠償請求権を取得するしてもこれを行使しないという債権的拘束を生じさせる合意、の三つの

考え方がありえよう（船越・前掲書七三七頁以下は「代位しない旨……の約定は有効であつて……保険金支払の時に賠償請求権の消滅することを明らかにしたものか、または、保険者に移転すべき賠償請求権の事前放棄（第三者のためにする契約）をしたものと解される」とし、他方「保険金支払の後も……損害賠償請求権を被保険者に留め、損害賠償をも取得させようとする特約は認められない」と述べる。しかしながら、先に述べたように、特約がなくても弁済の絶対効により損害賠償債務の消滅は生ずるのであるから、結局のところ「保険金支払の時に賠償請求権の消滅することを明らかにしたもの」というのは本文の①に帰着するものと思われる）。この点、①および②の考え方は「この条項の付帯された普通保険約款の代位に関する規定により、被保険者が借家人（中略）に対して有する権利を、当会社が取得したときは、当会社はこれを行使しないものとしませう」という文言に適合しない。また、後述するように、同条項は昭和五六年の約款改訂で挿入されたものであるが、その説明として、「従来特約条項という形で明文化されていなかったが、実務対応としては、行使して、いなかったものであり、今回、保険契約者から明文で規定してもらいたいという要請に応えたものである」（傍点筆者）と説明され

ている（森昭彦「改訂火災保険の概要（下）」NBL二四一号三〇頁。同旨、安田火災海上保険株式会社・火災保険の理論と実務「改訂版」（海文堂・昭五七）一五五頁。鈴木克彦「火災保険諸約款の改正について」保険学雑誌四九七号六五頁は「この種の求償権の行使は……極めて稀にしか行われていなかった」とする）。約款は法規ではないから（多数説。法規説も有力だが、約款の法的性質は本稿の目的とするところではないので触れない）、解釈論上約款作成者の側（「安田火災海上保険株式会社」は約款作成者たる保険会社であるし、森昭彦氏の肩書（当時）は「東京海上火災保険火災新種業務部企画第一課長」、鈴木克彦氏のそれは「損害保険料率算定会勤務」である）のかかる説明が立法者の意思と同様の重みを持つとはいえないが、これも根拠の一つたりえよう。それゆえ、これは、その文言通り保険者が取得した損害賠償請求権を賃借人に対して行使しないことを定めたものであると解すべきである。本判決も学説も③の見解に立っているようである（戸出正夫「失火責任と保険」田辺康平・石田満・新損害保険双書Ⅰ「補正版」（文真堂・平六）一一八頁以下、同「失火による賃借人又は借主の責任と火災保険」保険学雑誌五三三三三号七三頁、同「失火による賃借人又は借主の責任の範囲と保険

による責任の転嫁」インシュアランス損保版三四五三号七頁、森・前掲「改訂火災保険の概要（下）」三〇頁、安田火災海上保険株式会社・前掲書一五六頁など）。

ただし、本評釈では、問題点を明確にするため、①および②の理解も含めて考察していく。

まず、①の見解を前提にするとどうなるか。これは保険契約の当事者間の合意によって請求権代位を否定することに帰着する。それゆえ、基本的には商法六六二条に抵触することにならう。ただ、同条の規定が絶対に例外を許容しないものであるかは必ずしも明らかではない。そこで、請求権代位の趣旨をどのように理解するかということを中心として（前掲）、代位求償権不行使条項が——例外として許容されるような——合理性を有しているのか否かを検討しなければならない。

そもそも、かかる条項が昭和五六年約款改定で挿入されたのは、「質借人が質貸人のために借家について火災保険契約を締結した場合において、事故が発生して保険金を支払った保険会社が質借人に求償することになれば、保険をつけた質借人の目的が達成されないことになり、また、質借人が貸家について火災保険契約を締結する場合も、保険料は通常家賃の一部に含まれていると考えられることから、

質借人が保険契約者である場合と同様に扱い、質借人に故意又は重大な過失がない限り、代位によって取得した債務不履行に基づく損害賠償請求権を行使しないことにするものが相当であるとの考慮による」ものである（本判決。学説としては、森・前掲「改訂火災保険の概要（下）」三〇頁、鈴木（克）・前掲「火災保険諸約款の改正について」六五頁以下、山下・前掲「火災保険における保険者代位」三九五頁、田辺康平・坂口光男・注釈住宅火災保険普通保険約款（中央経済社・平七）二五頁「戸出正夫」など）。

しかしながら、これに合理性があるか否かは極めて疑わしい。まず、質借人が質借建物を「保険ノ目的」とする火災保険契約を締結するのは、一般的には、自らが負担することあるべき損害賠償責任に関し、あらかじめこれを転嫁しておくためであろう（森・前掲「改訂火災保険の概要（下）」三〇頁、鈴木（克）・前掲「火災保険諸約款の改正について」六五頁）。しかし、そのような場合には、質借人としては「責任保険の付保が予想される」のに（戸出・前掲「失火による質借人又は借主の責任と火災保険」六六頁、同・前掲「失火による質借人又は借主の責任の範囲と保険による責任の転嫁」五頁）、実際には他人のためにする物保険としての火災保険契約を締結している。これは商

品選択を誤っているといわざるをえない。それゆえ、保険金を支払った保険者から損害賠償請求権の行使を受けても仕方がないというべきである。もつとも、この点に関連して「保険契約者の意思が責任利益の付保にあり、保険者もそれを承知しているのは明らかであるから、火災保険といえどもその内容は責任利益の保険である」とする見解もある(戸出・前掲「失火による賃借人又は借主の責任と火災保険」六七頁、同・前掲「失火による賃借人又は借主の責任の範囲と保険による責任の転嫁」六頁)。この見解からすれば、賃借人が商品選択を誤っているとはいえない。しかし、火災保険契約の普通保険約款を見れば、保険事故は「火災」であって(本件で締結された住宅総合保険契約では「落雷」等も保険事故とされているが(一条)、これはそのような保険商品として構成されているというだけであって、ここでの議論とは関係がない)、この学説のいうように「被保険者の責任負担」(戸出・前掲「失火による賃借人又は借主の責任と火災保険」六七頁以下。責任保険の保険事故に関する責任負担説)であるとすることには無理があろう。保険事故が「火災」であることを前提として責任保険であるというためには、これと異なり損害事故説(田辺康平・現代保険法「新版」(文真堂・平七)二

〇三頁、西島・前掲書二七一頁、金澤理・保険法・上巻「改訂版」(成文堂・平一三)二〇一頁など)に立たざるをえない。しかし、そうすると被保険利益が責任利益ということになるが、約款文言上、この場合の被保険利益が損害賠償責任の負担であるとみうる条項はない。何よりも、自己のためにする責任保険であるとすれば、この学説が認めるように請求権「代位の問題は生じ」る余地がなく(戸出・前掲「失火による賃借人又は借主の責任と火災保険」六七頁、同・前掲「失火による賃借人又は借主の責任の範囲と保険による責任の転嫁」六頁)、代位求償権不行使条項は全く意味のない規定になってしまおうであろう。さらに、この見解は「理論上は保険契約者(賃借人でも賃貸人でもよい)が賃貸人のためにする所有者又は所有者利益の火災保険と賃借人のためにする賠償責任利益の火災保険との混合契約を締結したものと解することができる」としているが(戸出・前掲「失火による賃借人又は借主の責任と火災保険」七九頁、同・前掲「失火による賃借人又は借主の責任の範囲と保険による責任の転嫁」八頁)、保険契約を締結するのは賃借人か賃貸人かのいずれかであるのに、なにゆえ物保険と責任保険との混合保険であるとしなければならぬか、はなはだ疑問である。当事者の合理的意思に

も合致しないであろう。

このように考えると、同条項は、賃借人が火災保険契約を締結する場合には何ら合理性がないといわざるをえない。それゆえ、請求権代位を否定する根拠はないというべきである。

これに対して、賃貸人が自己のために火災保険契約を締結した場合には、建物所有者が自ら危険に対処するために保険料を出捐して保険契約を締結しているのであって、まさに前述したような請求権代位の趣旨が妥当する場合である。「保険料は通常家賃の一部に含まれている」とか「保険料の実際的負担者が借家人である」（本判決、森・前掲「改訂火災保険の概要（下）」三〇頁、鈴木（克）・前掲「火災保険諸約款の改正について」六六頁、山下・前掲「火災保険における保険者代位」三九五頁）とかいったことからは、この問題を左右する理由にはなりえない。賃貸人が家賃を決定するにあたっては実際上様々な要素を考慮することになるが、これは法律行為論的には動機に止まるのであって、そこで考慮したことが何らかの法的意味を持つとは思えない。先に述べたように、請求権代位の趣旨が有責第三者の免責阻止にあることを考えると、賃借人が締結した場合以上に請求権代位を否定する根拠はない

というべきである。

それゆえ、いずれにせよ、同条項の意味を請求権代位の否定であるとするならば、これは無効である（代位求償権不行使条項のみ無効となるのか——法律行為の一部無効——、それとも、火災保険契約そのものが無効となるのか、という点についてはここでは触れない）。

つぎに、同条項を②のように損害賠償請求権の事前放棄であるとすればどうか。そもそも、損害賠償請求権は、第三者の違法行為により損害が生じたときに被保険者（賃貸人）が取得するものである。保険事故が生じて被保険者が損害を被らなければ問題とならない。保険者が放棄しうるのは、さらにその後代位が生じてからであり、もし保険契約時にこれをなすとすれば、停止条件附である。しかも、債権の放棄（債務免除）は、債務者である賃借人に対してしなければならないのであるから（民法五一九条）、本件保険契約のように賃貸人が保険契約者である場合にはその効力は生じえないものといわざるをえないであろう（もつとも、これが第三者のためにする契約であるとするれば別論であるが（船越・前掲書七三八頁参照）、約款の文言等からして第三者約款があることは難しいと思われる）。その意味では、賃借人が保険契約者である場合にのみ問題

となりうる。そこで、そのような債務免除が商法六六二条に反しないかであるが、たしかに事前に免除されることによつて、賃借人の尽くすべき注意が散漫になる恐れは否定できないであろう（責任保険に加入したことによつて被保険者に生ずるのと同様の問題）。しかし、重過失の場合に代位が可能であると規定している以上、問題は少ないであろう。先に述べたように、請求権代位の趣旨は、——被保険者の利得禁止とともに——、有責第三者の免責阻止にあるとされるが、学説は常に必ず損害賠償請求権を行使すべきであるとしているわけではない。もちろん代位権行使は保険者の義務ではない。不法行為ないし債務不履行による損害賠償請求権も債権者自身をして放棄することが可能であることをも考え合わせれば、このような合意も許容されるものと思われる（損害賠償請求権の事前放棄をなす特約を有効とするものとして、船越・前掲書七三七頁以下、洲崎博史「保険代位と利得禁止原則（二）・完」法学論叢一二九卷三号四頁。保険者が権利を代位取得した後に放棄することを認めるものとして、肥塚肇雄「無保険車傷害保険と請求権代位」無保険車傷害保険と保険者免責の法理——人の免責条項の法的性質に関する研究——（信山社・平一三）一六〇頁。）。

これに対して、本判決や学説のように、同条項は、保険者が取得した損害賠償請求権を行使しないことを約したものの（上述の③）であるとすればどうか。いうまでもなく、この場合権利の移転そのものは生じており、保険契約当事者間で「保険者は取得した権利を賃借人に対しては行使しない」という内容の債権的拘束を生じさせるにすぎない。そうであるとすれば、これが六六二条に直接抵触することにはならない。ただ、先に述べたような請求権代位の趣旨がかかる債権的拘束をも許容しないほど強固なものであれば、これに基づいて無効とされる余地もあろう。この点、債務免除すら適法であるとすれば、これについても同様に適法とせざるを得ないものと考ええる（「有効性については全く問題はない」と述べるものとして、山下・前掲「火災保険における保険者代位」三九五頁。なお、洲崎・前掲「保険代位と利得禁止原則（二）・完」四頁は「請求権行使の個別的放棄」が許されるといわれる。権利「行使の……放棄」というコトバの意味するところはややわかりにくい。これが権利は放棄せずに、ただそれを行使しないというのであれば本文と同旨のことを述べていることになる。）。

もっとも、その具体的適用については微妙な問題がある。まず、火災保険契約が賃借人との間で締結された場合には

格段の問題を生じない。かかる合意の効果として賃借人に抗弁権を付与することとなる（「抗弁事由」となることを認めるものとして安田火災海上保険株式会社・前掲書一五六頁。なお、私見のように、請求権代位の前提として不真正連帯債務者間の求償関係を認める立場を採用すれば、内部的求償権の行使もまた同様に制限されることになるものと思われる）。これに対して、火災保険契約が賃貸人との間で締結された場合には問題である。ただし、賃借人は契約当事者ではない以上、かかる合意の効力は賃借人には及ばないからである（この場合、第三者のためにする契約であるとすれば別であるが、約款の文言等からして第三者約款があるものとすることはできないであろう）。したがって、賃貸人が保険契約者である場合には、——かかる約款が有効であるとしても——、保険者は賃借人に対して損害賠償請求権を行使できる。この場合には、賃貸人との間で債務不履行を生ぜしめることはいうまでもないが、いずれにせよ、賃借人が代位権の行使を拒否することはできないのである（これに対して、前述したように、安田火災海上保険株式会社・前掲書一五六頁は請求を受けた賃借人の「抗弁事由」となることを認めるが、そこでは賃貸人が契約者となった場合と賃借人が契約者となった場合とを区別

していない）。ただし、A・Y間の賃貸借契約に伴って「たとえ火災が発生してもAはYに対して、損害賠償請求権を行使しない」というような特別の合意があった場合は別論である。これと本件特約との両方がある場合には、一種の二重無権的構成が可能であると思われる。

これを本件に当てはめると、本件保険契約は、賃貸人であるAと保険者Xの間で締結されたものである。そうであるとすれば、代位求償権不行使条項の存在にかかわらず、——「たとえ火災が発生してもAはYに対して、損害賠償請求権を行使しない」というような合意があった場合を除き——、XはYに対して損害賠償請求権を行使できる。したがって、Xの請求は認容されるべきであり、この点において既に本判決には賛成できない。

四 もつとも、このような結論を認めることに対しては、具体的妥当性を欠くといった批判も予想されよう（実際、研究会の席上多くの方からそのようなご批判を賜った）。しかし、結論の妥当性といっても、利益衡量を行うかぎりいずれの立場からもそれなりに説得的な立論は可能である。そうであるとすれば、結局は水掛け論となってしまうであろう。以下この点を特に論じてみよう。

そもそも、私見のような立場に対しては、本判決と同様

に「保険料は通常家賃の一部に含まれている」とか「保険料の実質的負担者が借家人である」とかいった点から代位を認めるべきではないとする批判が強いものと思われる(実際、研究会の席上でもそのような指摘が多かった)。しかし、これに対しては、次のような反論が可能である。すなわち、本件では、Xとの間で本件保険契約を締結したのは賃貸人たるAである。Yはこれに直接関与していない。換言すれば、本件保険契約は賃貸人が火災という危険に対処するため自ら締結したものである。それゆえ、その結果有責第三者であるYが保険者Xから代位求償権の行使を受けることになったとしても仕方がない。むしろ、これは商法六六二条が想定する典型的場面であり、自らの責に帰すべき事由によりAに損害を生ぜしめたYの免責を許さないほうが法律の趣旨に適った結論である。もし、かりにYの側でこれを避けたければ同人自身が責任保険契約を締結しておけばよい。この点、本件保険契約では「(Aの所有する)埼玉県大宮市所在の六世帯用の共同住宅建物」が「保険ノ目的」とされており、そのうちの二〇一号室に住むYには、借家人賠償責任担保特約条項の付された火災保険契約(建物内の家財を「保険ノ目的」とする)を締結することが可能であった。本判決で明確な認定はないものの、B

保険会社との間でYが締結していた火災保険契約とはこれではないかと推測される。そうであるとすれば、XからYへの損害賠償請求権の行使は何ら不当な結果を招来するものではない。この行使を受けても、Yが保険契約者として締結している火災保険契約に基づいて、保険者Bに危険を転嫁できるのである、と(判旨三において「Yの締結した」右保険契約の存在が(代位によって取得した損害賠償請求権を行使できないという)前示の結論を左右するものではない」というのは、かかる意味において結論的には首肯できよう)。

このようにみてみると、前述したように利益衡量を行うかぎりではどちらの立場もそれなりに説得力を有する。それゆえ、これにはとらわれず、先に述べたような理論的帰結を採用すべきである。

もっとも、それでも本件と異なり賃借人が締結できる責任保険がない場合には問題であるとの批判も予想されよう。これは本判決の評釈の範囲を逸脱するものであるが、一応ここで検討しておきたい。

つとに指摘されているように、もともと昭和四三年認可の団地保険および同五六年約款改定によって挿入された借家人賠償責任担保特約条項以外には、建物賃借人が火災に

基づく損害賠償責任に備えて責任保険契約を締結する途はなく、これらは建物賃貸借契約がなされる場合を網羅するものではなかった。前者は鉄筋コンクリート等の耐火造共同住宅のみを対象とし（森昭彦「改訂火災保険の概要（上）」NBL二三九号一四頁、安田火災海上保険株式会社・前掲書一八四頁以下、三井住友海上火災株式会社・損害保険講座テキスト・火災保険論「二〇〇二年版」（損害保険事業総合研究所・平一四）一三四頁）、後者は区分所有権の対象となっていない共同建物の一部を対象としていた（森・前掲「改訂火災保険の概要（下）」三一頁）。その後、後者については昭和六〇年になって一戸建てが加えられるなど対象が拡大されたが、依然として全ての賃貸建物ではなかった（なお、引受制限の詳細については、戸出・前掲「失火責任と保険」一二〇頁以下、一二二頁の追記四、同・前掲「失火による賃借人又は借主の責任と火災保険」七二頁、同・前掲「失火による賃借人又は借主の責任の範囲」と保険による責任の転嫁「六頁参照）。それゆえ、その途のない賃借人に残された選択肢としては、他人のためにする——物保険としての——火災保険契約を締結するか、あるいは保険による対処をあきらめるかしかなかった。もしかりに前者を採用した場合には、——代位求償権不行使

条項が用意されていないとすれば——結局保険者から求償権の行使を受けることになる。しかし、自ら代位求償権の行使を受けることを承知の上で火災保険契約を締結したものであるから——あるいは必ずしも承知していなかったとしてもそのような保険商品を購入したのであるから——、賃借人がこれを甘受すべきことは当然であろう。また、この場合でも、例えば保険者が「この火災保険に入っておけば、自分の責任で借家を焼失させても全て保険で賄えますよ」といったセールス・トークを用いたような場合には、禁反言則からして、保険者は代位権を行使できないと解する余地がある（さらに、この点を一歩押し進め「保険者がかかる賠償危険の付保を勧誘する実態の下、責任利益を被保険利益とする火災保険の付保を否定し、あくまで所有者ないし所有権者利益の火災保険であることを主張することとは、信義則から見ても許されざる事」である、という学説もある（戸出・前掲「失火による賃借人又は借主の責任と火災保険」六七頁注一三）。なお保険者ではなく、募集人の独断でそのような説明をした場合には、代位権の行使は禁反言則には触れないが、他方において保険者の使用者責任は否定できないこととなる）。ただし、いずれにせよ、現行約款では代位求償権不行使条項があり、かつ前述

したように、私見によっても賃借人が保険契約者の場合にはこれを根拠に求償権の行使を拒絶できる。これに対して、後者の場合、すなわち代位求償権行使を受けるならば保険契約を締結しても意味はないとして無保険状態で過ごしたとすればどうか。この場合には結局保険事故が生ずれば賃借人に酷になるという意見もあろう。しかし、先に述べたように、自らの責に帰すべき事由によって火災を生じさせないかぎり責任を負うことはないのだから、同人に酷であるとの批判は必ずしも妥当しない。かりにこの点を捨象するとしても、適当な保険商品が存在しない以上、——国による政策のあり方を非難することはできても——これは仕方のないことである。妥当な責任保険を提供していない保険会社には、道義的責任はあるものの法的には責任はないといわざるをえない。けだし、社会において何らかの危険が存在しているとしても、それに見合った保険商品を売り出すか否かは、私的な存在である保険会社の自由だからである。

実は、従来より、保険会社は「保険契約者の責任利益付保の意思を知りながら、より有利な責任利益火災保険の付保を認めず、所有者ないし所有権者利益火災保険に中身をすり変えて」きたと批判されている（戸出・前掲「失火に

よる賃借人又は借主の責任と火災保険」六六頁、同・前掲「失火による賃借人又は借主の責任の範囲と保険による責任の転嫁」六頁）。もしこれが事実であるとすれば、このようなすり変えを露見させないためには代位求償権を行使するわけにはいかない。実際「実務対応としては、行使していないかった」し、五六年の約款改訂時に「保険契約者から明文で（不行使を）規定してもらいたいという要請」があったのも肯けるのである（森・前掲「改訂火災保険の概要（下）」三〇頁）。このような事情を前提とすれば、保険会社の態度が社会的に非難を浴びるのは当然であるし、代位求償権の行使を認める必要はないという利益衡量論にも一定の説得力を与えないわけではなからう。しかしながら、このような点をとらえて、いわば「保険会社性悪説」に立ち、これに対する一種の制裁として代位求償権の行使を認めるべきではないと主張するならば、これは法解釈として誤りであることはいうまでもない。さらに、もしかりにこのような理由から代位求償権の行使を認める必要はないという立場を採用した場合には、事実上、保険の中身のすり変えを継続させ、責任利益の付保を望む賃借人に対して、他人のためにする火災保険契約を売りつけることを認めることになる点に注意すべきである。なぜなら、結局のと

ころ賃借人が求償されない仕組となっている以上、反対説のいうところの「結論の妥当性」には反しないからである。しかし、賃借人に責に帰すべき事由がない場合にも保険金が支払われるような種類の保険を、賃借人自身の計算において締結させることが、果たして反対説の真に意図するところと一致するのであろうか。疑問なしとしない。

五 前述したように、本件で直接の争点とされているのは代位求償権不行使条項の「重大な過失」の意義である。これについて、本判決は「失火責任法と同様の要件であることからすると、本件特約の『重大な過失』とは、失火責任法の『重大ナル過失』と同様、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解すべきである」とする。しかし、同条項は第三者の損害賠償責任の有無を決めるものではなく、保険者が請求権代位の効果として取得した損害賠償請求権を行使するか否かにかかわるのであるから、その意義を「失火責任法と同様」に理解する必要はない。そもそも、約款は合意内容を示すものであるから（前述したように法規説もあるが、ここでは触れない）、その解

釈は究極的には当該約款文言についての「加入者たるべき顧客圏の一般的な合理的理解」を基礎としてなされなければならない（倉澤康一郎「保険約款に対する司法的規制」保険契約の法理（慶応通信・昭和五〇）二四二頁、同・保険法通論（三嶺書房・昭五七・復刻・新青出版・平一六）二二頁注六）。その意味からすれば、失火責任法は明治三二年制定・施行という非常に古い歴史を持つものであり、代位求償権不行使条項における重過失の意義を失火責任法と同様のものとして「顧客圏」が「一般的」に「理解」するであろうと推断することはあながち不当ではなからう。しかし、約款は全体で一つの合意内容を構成するのであるから（複数の保険契約が一つの保険商品と構成されている場合には複数だが、ここでの議論とは関係ない）、顧客圏の一般的な理解」といっても、約款全体の合意内容として「顧客圏」が「一般的」にどのように「理解」するかということも忘れてはならない。その意味では、約款の構成やこれに占める当該条文の位置づけも無視できないであろう。この点「借家人等が保険契約者である場合で、これらの者の故意・重過失のときには、免責となるからこの条項の適用はない。借家人等が保険契約者でない場合には、これらの者の故意・重過失のときにも保険金が支払われることが

ある。かような場合に借家人を救済することは、公序則上、問題があるので、ただし書によってこれを排除したのである」という指摘がある(鈴木(克)・前掲「火災保諸約款の改正について」六六頁)。このような指摘からすれば、同条項の「重大な過失」の意義については、保険者が免責されるのと同様の要件、すなわち、商法六四一条の「保険契約者……ノ重大ナル過失」または約款二条の「保険契約者……の……重大な過失」と同様に解釈すべきであるということになる。ただし、これらの意義についても争いがあり「質的に軽過失と異なり、故意に準ずるものと解する見解と、……量的に軽過失より重いものと解する見解」とある(田辺康平・坂口光男・注釈住宅火災保険普通保険約款(中央経済社・平七)七五頁〔坂口光男〕)。

鈴木 達次