

保険事故の招致

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2013-05-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 坂口, 光男 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/14154

保險事故の招致

坂 口 光 男

- 一 はしがき
問題の所在
 - 二 保險者免責規定の理論構成
 - 三 保險事故招致者の範圍
 - (一) 自己責任原則
 - (二) 第三者の保險事故招致と保險者免責の法的基礎
 - (イ) 履行補助者責任説
 - (ロ) 代表者責任説
 - 四 むすび
- 一 はしがき
問題の所在

商法六四一条は、保險契約者もしくは被保險者(一)の悪意(二)もしくは重大な過失によつて生じた損害につき保險者の給付免責が生ずると規定し、これに相当する規定は火災保險に関する商法六六五条、海上保險に関する商法八二九

条一号にも存するが、これらの規定は保険者の免責事由に関する規定として重要な意味を有する。そして、保険契約者の招致した保険事故につき、保険者の給付免責を規定した商法六四一条の規定の法的性質・理論構成については様々な方法での試みがなされているが、その試みにもかかわらず学説は依然として多岐にわたり、必ずしも明確であるとはいえない。後にものべるように、この規定の法的性質・理論構成に関しては見解が対立し、それに応じてこの規定の適用範囲・法効果にも差異——とくに保険契約者と法律上・事実上何らかの関係にある第三者の保険事故招致の場合に保険者の給付免責を肯定すべき否か、その法的基礎を何に求めるか——を生ぜしめる(3)。

ところで、本稿のごとき問題をとりあげるにあたっては次のような疑問ないしは問題意識から出発している。すなわち、まず第一に、保険契約者によって招致された保険事故につき、保険者の給付免責を規定する商法六四一条の規定はいかなる法的性質を包含した規定であると理解すべきかということである。この規定の法的性質については、保険契約者の保険事故不招致義務の承認の下に、保険者の給付免責はこの義務違反の効果とみる義務説、保険事故の不招致を保険者の給付義務のための消極的前提とする義務説、保険事故の偶然性の欠缺を根拠とする技術説、民法上の条件を援用する条件説、危険除斥説等の対立が存する。しかし、保険契約者を保険事故不招致義務の債務者とみなし、保険者の給付免責にかかる義務違反の効果と構成することが妥当か否か、保険契約の締結によって保険契約者はかかる義務を負担し、保険者に対してかかる義務の債務者たる地位に立つと解すべきか。また、保険事故招致に関する規定を義務で基礎づけることが、保険事故招致と義務に関する規定の法的性質、法効果との関連において妥当か。あるいは、悪意または重過失によって招致された保険事故は事故の偶然性を欠き、保険事故の要件たりえないのか、もしそうであるならば、保険事故の偶然性とはある事実の発生がある人の心意に無関係であることを意味するのか。いったい保険事故の偶然性という概念にいかなる意味が付与されるべきか。さらに、商法六四一条の規定の法的性質を民

法上の条件の援用によつて解明すること、とくに、商法六四一の規定をドイツ民法一六二条二項の条件招致の規定の法則の一適用場合⁽⁴⁾、と理解することが、両規定の性質、要件との関連において妥当か。そもそも保険事故の招致、その際の悪意または重過失とはいかなる意味を有するのか。右のような疑問点を解明することは保険契約の基本構造ないしは特殊の性格を明らかにするためのひとつの手がかりとならう。第二に、保険事故招致によつて保険者の給付免責が生ずべき事故招致者の範囲は保険契約者、被保険者であることは商法六四一条の規定するところであるが、これらの者と法律上・事実上何らかの関係にある第三者の保険事故招致の場合にも保険者の給付免責を肯定すべきか否かということの結論において、また、その理論構成において学説の対立が存する。もつとも、かかる第三者の有責事由を保険契約者のそれと同視して保険契約者が責に任じなければならぬか否かの問題は、保険契約者の告知義務違反(商法六四四条)、保険契約者または被保険者の責に帰すべき事由による危険の著しい変更・増加(商法六五六)、被保険者の損害防止義務違反(商法六六〇条)等の場合にも生ずる。したがつて、保険契約者と法律上・事実上何らかの關係にある第三者の有責事由を保険契約者のそれと同視することができるか否かの問題の検討にあつても、保険事故招致の場合をも含めて、これらの義務の法的性質との関連において論ぜられるのであり、それ故これらの義務の法的性質を個別的に検討することが重要である⁽⁵⁾。ただ本稿での考察では、かかる第三者による保険事故招致の場合の保険者の給付免責の問題を中心とする。

要するに、保険事故招致に関する商法六四一条の規定の法的性質を解明することは一方では、この規定を統一概念の下に把握するために、また統一的・合理的に解釈するために重要である。ただし、商法六四一条の規定がどのような基本的な考えを基礎としているか、あるいはどのような基本的姿勢の下に保険事故招致に関する問題を取り扱おうとしているかを明らかにすることによつて、この規定の解釈にも影響してくると思われるからである。他方では、こ

の理論構成上の問題が実際上の意味を有するのは、保険契約者と法律上・事実上何らかの関係にある第三者の保険事故招致の場合、保険者の給付免責を肯定することができるか否かという点に存する。換言すれば、保険事故招致に関する商法六四一条の規定の法的性質・理論構成の問題も主として第三者の保険事故招致の場合の保険者の給付免責の有無との関連において、あるいはそれを素材として取り扱われるのである。右のような問題の考察が本稿の目的である。

(1) もっとも、大森「保険契約の法的構造」一九八頁、二〇一頁、二四六頁は自己責任原則の立場から、損害保険における保険契約者と被保険者、生命保険における保険契約者、被保険者、保険金受取人とが別人である場合には、その各自の事故招致は理論的にはある程度異なる意味を有するとされ、保険事故招致によって保険者の理論上当然の免責の生ずるのは、被保険者(損害保険)、保険金受取人(生命保険)のごとく保険の利益享受者の事故招致であるとされるが、本稿では損害保険を中心とし、かつ、保険契約者と被保険者が同一人である自己のためにする保険契約の場合を前提として議論を進める。

(2) ここにいう「悪意」は「故意」と同義か否かにつき、大森「保険法」一四八頁、田中(誠)「新版保険法」一七九頁、野津「新保険契約法論」二四三頁、加藤「海上損害論」二六頁はこれを肯定し、今村「海上保険契約論」(中巻)一一七頁は反対に解する。

(3) この問題に *Ascari Pincknele, Die Herbeiführung des Versicherungsfalls (1966)* は比較法的考察の見地から詳細な検討を加えているが、本稿もこの論稿に負うところが多い。

(4) 学説がわが民法一三〇条の類推適用または契約の解釈によってドイツ民法一六二条二項と同一の結果をみとめていることは後述のとおりである。

(5) このような見地からの最近の一連の研究として、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——」(上智法学論集一〇巻一号)五五頁以下、同「保険法上の Obliegenheit たらむ」(保険

学雑誌四三七号) 一頁以下、同「保険契約法における損害発生のお知らせ義務」(創立三十五周年記念損害保険論集) 二六九頁以下等。

二 保険者免責規定の理論構成

一 損害回避義務 (Schadenverhütungspflicht) または真正義務説 (Verbindlichkeit)。まず、保険事故招致に関する規定は、損害の回避に向けられた保険契約者の法定義務を包含していると主張する立場が存し、このような主張の論拠としていくつかの理由があげられる。すなわち、損害回避義務は保険事故招致に関する規定の、危険増加の禁止に関する規定 (VVG. 23ff., 32)、損害防止義務に関する規定 (VVG. 62, 日商六六〇条) との関連から生じ、損害回避義務は危険状態保持義務と損害防止義務 (Gefahrstands- und Schadenabwendungspflicht) の中間に位置づけるべきであるとし、また、危険団体を避けるべき損害から保護するという、危険団体の思想から推論すべきであるとす。そして、保険者の給付免責はこの義務違反の効果であると構成するのである。

しかし、保険事故招致に関する規定に損害回避義務という「義務性」をみとめ、保険契約者は保険契約の締結によってかかる義務を負担するとの構成は否定されねばなるまい。

まず、この見解からすれば、保険契約者の損害回避義務に対応する保険者の訴権、その違反に対する損害賠償請求権がみとめられねばならないであろうが、法律の規定形式からみても、保険事故招致の場合、保険者は単純に給付義務を免れるにとどまり、保険者にかかる訴権、損害賠償請求権を決してみとめているものではない。仮りに保険者に損害回避義務に対する訴権、その不履行に際しての損害賠償請求権をみとめるとしても、そのことはとくに保険者の利益保護に役立つものではない。反対に、保険制度の目的に反する保険契約者の保険事故招致に対しては、保険者の

給付免責によって保険者の保護がはかられるべきである⁽³⁰⁾。また、保険事故の招致は保険者に対する関係において不法行為や債務不履行を構成するものではなく、保険の目的に対する純粹の事実行為である。もちろん、保険事故の招致によって保険者の給付免責が生ずるためには、保険契約者の悪意または重過失が要件とされる。しかし、保険契約者側のこの主観的要件は保険者に対して向けられているのではなく、法的義務 (Rechtspflicht) の違反に際しての有責事由と何ら関連するものでもなく⁽³¹⁾、自己の所有に属する保険の目的を經濟目的に反する方法で取り扱うということに対してのみ向けられているのである⁽³²⁾。したがって、保険の目的を任意に (nach Belieben) 取り扱うことができるといふ保険契約者の地位は、保険契約の締結によって何ら影響を受けろべきものではなく、保険契約の締結によって保険契約者に特別の配慮が要求されると考へるべきものでもない⁽³³⁾。保険契約者に損害回避義務をみとめることは行き過ぎである⁽³⁴⁾。要するに、商法六四一条の規定を損害回避義務の立場から理論構成することが妥当でなからずはすでに多くの學者の指摘するところである。

— 法 律 論 叢 —

- (一) Gerhard-Hagen, Kommentar zum Deutschen Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, S. 287; Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB (Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 58), S. 273; Ritter, Das Recht der Seeverversicherung, Bd. 1, S. 553-554, 556-557, 562; Ders., Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 107, S. 259; Ders., Vorsätzliche Verursachung eines Schadens durch den Versicherungsnehmer (Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1914), S. 354; Ritter は、保険契約者の保険事故不招致義務は保険者の危険負担義務適正化の支柱であるとするが、この点につき、瀬戸弥三次「商法八一五条と第八二九条第一号との関係」(損害保険研究第二二卷第三号)六一二頁参照。Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden (Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1909), S. 721; Ders., Versicherungsrecht, 2 Hälfte, S. 201, 203; Otto Hagen, Versicherungsrecht (Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 81), S. 634, 636 は、真正義務とした

がってそれにもとづく保険者の損害賠償請求権をも否定している。Protss, *Versicherungsvertragsgesetz*, (13 Aufl.), S. 236, ただし、その一五版以後では損害回避義務を否定し、支配の見解で同じく主観的危険除斥説に従っている (Vgl. 17 Aufl.), S. 283)。最近の判決につき Vgl. *Neue Justiz*, (1960), S. 252; なお、高橋勝好「故意による保険事故と保険金の支払」(財政経済弘報第三四五号)四一五頁は、保険契約者等、保険の当事者は互助救済を目的とする保険団体の構成員の一人として損害発生を極力防止すべき義務のあること、保険事故招致は信義誠実の原則に反するとされる。しかし、保険団体を「互助救済」を目的とする団体として把握すること自体問題であるのみならず(大森・法的構造一八六頁以下、三一七頁以下、同・「保険制度と信義則」(保険契約法の研究)一一一二頁、近藤文二「保険学総論」九〇頁以下参照)、それを根拠として損害回避義務を承認するのであれば替成できない。

- (2) Ehrenzweig, *Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles* (Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1923), S. 35, 40; Ders., *Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht*, S. 173; Bruck, *Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag*, S. 228; Schneider, *Die Bedeutung des § 278 BGB im Versicherungsrecht* (Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, 1910), S. 104; Josef, *Die schuldhafte Verursachung des Brandes durch Vertreter des Versicherungsnehmers* (Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, 1907), S. 492; Koenig, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, (1968), S. 301; Koellj, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, S. 193; Schuppisser, *Die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach Art. 14 Abs. 2 VVG* (1964), S. 23; RGZ 135, 371; BGHZ 11, 123; エントン保険契約法の成立過程と義務説が否定されたことについて Vgl. Josef, a.a. O.S. 484; Gerhard-Hagen, a.a. O.S. 287; Pinnkernelle, a.a. O.S. 4, 48; 大森・法的構造一〇六頁、一三四頁、同・保険法一四八頁、今村・前掲中巻一一三頁、野津・前掲一三七頁、小町谷「海上保険法各論(一)」(海商法要義下巻七)九九頁、同「海上保険における事故招致の研究」(損害保険研究第二〇巻第四号)三頁、加藤・前掲二四頁、大審院昭和七年九月一四日第三民事部判決(民集一一卷一九号)一八一五頁以下。なお、フランスでこのような義務説が判例、学説上主張

かれいんなつじつひき' Vgl. Pinnkernelle, a.a.O.S. 17.

(3) Pinnkernelle, a.a.O.S. 5.

(4) Koenig, a.a.O.S. 302.

(5) Ehrenzweig, Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles, S. 35; Ders., Deutsches (Österreichisches) Versicherungsrecht, S. 266; Möller, Zu den Normen über die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles (Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift, 1929), S. 554.

(6) 大森・法的構造 二〇六頁' Proiss, a.a. O. (17Aufl.), S. 285; Siebeck, Die Schadenabwendungs- und -minderungspflicht des Versicherungsnehmers, (1963), S. 21; Koenig, a.a.O.S. 301; Pinnkernelle, a.a.O.S. 4; したがって、いかに悪意または重過失という概念も、不法行為、債務不履行におけるいかに非難可能性 (Vorwerfbarkeit) の意味におつて問題となるのではなから Vgl. Pinnkernelle, a.a.O.S. 42; 同様 Vgl. Ehrenzweig, Deutsches (Österreichisches) Versicherungsrecht, S. 264; Siebeck, a.a.O.S. 18.

— 法 律 論 叢 —

二 消極的前提の意味での責務説 (Obliegenheit)。この立場の主張者によると、保険事故を招致しないという保険契約者の責務が、保険事故招致に関する規定の基礎になっているとし、保険事故の不招致が保険者の給付義務をみとめるための前提 (Voraussetzung) であるとする。換言すれば、保険事故の不招致をもって保険契約者の真正義務とみるのではなく、保険者の給付義務のための消極的前提とみるのである。しかし、このような主張は責務と保険事故招致に関する規定との間に根本的な差異の存することを看過しており、学説上でも批判を受けている (Koenig)。

ところで、保険法上における Obliegenheit の法的性質、種類、その違反の場合の法効果等については議論が存し、わが国でも論ぜられる問題となつてゐる。そして、Obliegenheit の法的性質をいふことは前提理論 (Voraussetzungstheorie)、『真正義務理論 (Verbindlichkeitsstheorie)』、法律強制理論 (Rechtswangstheorie) の対立が存

するが(3)、保険事故招致に関する規定と責務とは嚴格に區別すべきであるとする学説が主張されているのである(4)。すなわち、これをたとえば、Obliegenheit のひきこまれる危険の減少または危険増加の防止義務(SVVG. 29)、危険増加の通知義務(VVG. 23 = 日商六五七条)に関する規定と、保険事故招致に関する規定とを比較してみると、その間には要件、効果において様々の点で差異の存することが理解できる。まず、要件の差異につき検討してみると、危険増加に関する規定は危険増加のみを前提としており、危険増加の結果として保険事故が発生しない場合にも適用される。そして、危険の増加が保険契約者の行為にもとづかない客観的事実によってひきおこされた場合にも、危険増加に関する規定は適用される。これに対して、保険事故招致に関する規定は保険事故の発生を前提とし、保険事故発生の原因として保険契約者の一定の行為、つまり保険契約者の一定の行為と事故発生との間に因果関係の存在することが必要とされる。また、効果の差異についてみるに、主観的危険増加の場合には保険契約の当然失効(商法六五六条)、客観的危険増加の場合には保険者の解除権(商法六五七条一項)、保険者に対する通知義務(商法六五七条二項)という効果が生ずるのに対して、保険事故招致の場合にはこのようなことは問題とならず、保険者の給付免責が問題となるにとどまるのである。

要するに、これらの責務は保険事故発生前に遵守すべき義務であり、危険状態の恣意的な変更に対して保険者を保護すべき一定の危険状態の維持に関するものであり、保険事故の発生の有無とは何ら関連するところはない。これに対して、保険事故招致に関する規定は、人為的危険に対する保険者の危険負担を制限し、それによって保険者の給付義務を限界づけるものである。換言すれば、保険事故招致に関する規定は保険事故の有責的招致の効果にのみ関係するのである。保険事故招致に関する規定を責務で説明することが不当であることは、責務の一種とされる告知義務の例を考へるならばさらに明らかとなる(5)。右のような理由から、保険事故招致に関する規定は消極的前提の意味

における責務を包含していると主張する立場は否定すべきである。

- (1) Pinckmelle, a.a.O.S. 6.
 - (2) 野津・前掲三七頁。なお、スイス保険契約法一四条の規定の理論構成につき、有力説は危険除斥説に従っているが(Vgl. Pinckmelle, a.a.O.S. 15) Koenig, a.a.O.S. 302 は保険事故不招致を保険者の給付のための消極的責任前提 (negative Haftungsvoraussetzung) とし、Roelli, a.a.O.S. 194-195 は保険者の責任のための消極的な法律上の責任前提、法律上の請求権条件 (gesetzliche Haftungsvoraussetzung, gesetzliche Anspruchsbedingung) とす。
 - (3) この点の諸学説については、石田・前掲上智法学論集五五頁以下、同・前掲保険学雑誌二頁以下、同・前掲損害保険論集二六九頁以下参照。
 - (4) Koenig, a.a.O.S. 302-303; Roelli, a.a.O.S. 195-196; Pinckmelle, a.a.O.S. 6-7; また、保険事故招致に関する規定と危険増加に関する規定との間の限界については Vgl. Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechts, Bd. 2, S. 558-561.
 - (5) 今村・前掲中巻一一二頁。
- 三 また、保険契約者の悪意または重過失によって招致された保険事故は、保険事故の一要件としての偶然性を欠くとする保険の技術的見地から保険者の給付免責を説明する議論が存する。すなわち、この説は、保険事故の要件として保険事故はその発生が偶然であることを要し、偶然とは保険契約者の心意・意図にもとづかないことを意味し、したがって保険契約者の悪意または重過失によって招致された保険事故は事故の偶然性を欠くと主張するのである。
- この立場はわが国でも現在かなり有力に主張されている。もっとも、この立場においても商法六四一条の前段の規定と後段の規定との関係をどのように理解するかについては考えが分かれ、多くの学説は保険事故の偶然性の欠缺とい観点の下に統一的に解釈している⁽¹⁾。しかし、かかる主張に対して、商法六四一条前段と後段の規定における保険者の免責は同一の根拠にもとづくものではなく、保険者免責に関するの一事をもって両者を同一条文中に規定するの

は必ずしも当をえたものではないとの異論が存する(2)。このように、商法六四一条の規定の前段と後段との関係の理解について見解が分かれるのみならず、後段の規定による保険者免責の根拠を保険事故の偶然性の欠缺に求める学説が存するのである。それ故、保険事故の偶然性の意味の検討が重要な出発点となる。

まず、水口博士は保険事故の要件につき(3)、保険事故は偶然に発生することを要すること、偶然とは Zufälligkeit を意味し、当事者が故意に発生させた事故は保険事故たりえないとされ、そして保険事故の招致につき(4)、保険事故として保険者が損害填補の責に任ずる事故は、保険契約者または被保険者の意思にもとづかない偶然な事故であることを要するとされる。また、小町谷博士は(5)、被保険者の悪意の事故招致につき、偶然性の欠缺と公序維持の必要を、被保険者の重過失または保険契約者の悪意もしくは重過失による事故招致につき、公序維持または保険技術の要求を基礎として保険者の免責事由とされている。わが商法も(六二九条)損害保険契約につき保険者の填補する損害が偶然な一定の事故によって生ずることを要すると規定し、学説上でも保険事故の偶然性の要請がのべられ、したがって保険の本質上、保険事故が偶然性を有しなければならぬという点において共通している。それでは保険事故の偶然性の意味は何か、換言すれば、保険契約者の行為に起因する保険事故は事故の偶然性の欠缺を意味し、本質的に保険事故たりえないか。

ところで、保険事故の偶然性とは保険契約の成立当時において(6)、保険事故が発生するか否かが不確定であること、したがって発生不可能な事故、または発生が必然的に確定している事故は保険事故たりえないということの意味する。ただし、発生不可能な事故、または発生が必然的に確定している事故に対して保険保護を付与するということは適しないからである。これらの事故に対して保険契約を締結することは論理的に不可能であり(7)、このような事故は「危険」とはなりえず、保険の対象から排除される。それ故、保険法上の危険にとつては、事故の発生、不発生

のいずれもが可能であることが本質的な重要性を有する(8)。

もつとも、商法六四二条は「保険契約ノ当時当事者ノ一方又ハ被保険者カ事故ノ生セサルヘキコト又ハ既ニ生シタルコトヲ知レルトキハ其契約ハ無効トス」と規定しているので、この規定の反対解釈として、その事実を知らなかったときは保険契約は有効なので、商法上、事故の不確定性は必ずしも客観的であることを要せず、主観的不確定性で足りる。もちろん、客観的に観察し、因果法則に従つて判断するならば、すべての事故はその原因を有し、この意味において必然的なものであろう。しかし、人間には過去、現在、未来における事物の因果関係に関する全智はとうてい望みうべくもないので(9)、保険契約締結当時の主観的不確定性をもって満足しなければならない。それ故、保険契約の締結当時に右のごとき不確定性ないし主観的不確性が存するかぎり、保険事故としての要件は充たされ、保険事故の偶然性は存するのであり、その後には保険事故がいかなる事由によつて発生するかは事故の偶然性という見地から問うところでない。この意味において、保険契約者の悪意または重過失によつて招致された保険事故は、保険の技術的要請としての保険事故の偶然性とは何ら関連するものではない(10)。要するに、保険事故の偶然性とは、ある時点におけるある事実の客観的不確定性または主観的不可測性の意味を有するにとどまり、ある事実の発生がある人の心意に無関係であることを意味するのではない(11)(12)。保険事故の偶然性の意味を当事者の意思にもとづかない事故の意味に解し、この見地から商法六四一条の規定を説明する見解には替成できないのである。

(1) 三浦「補訂保険法論」二〇八頁、近藤(民)「法人の理事の放火と火災保険金請求権」(損害保険研究第一巻第一号)二五四頁、栗谷「損害保険契約法」(新損害保険実務講座「1」)三〇八頁、石井「商法Ⅱ」三〇四頁、鈴木「新版商行為法・保険法・海商法」九一頁。なお、松本「保険法」九七頁は前段の規定はつき、保険の目的の固有の性質により生じた損害とし、後段の規定につき、自ら招いた損害につき保険者に填補責任なしとする。また、加藤「海上保険新講」一一一頁は保険の目

的の性質または瑕疵による損害といえども危険の性質を有するとし、これらは保険の目的の内部から発生する損害で被保険者が負担するのが当然とし、野津・前掲三三〇頁、二三五頁は前段の規定につき、保険の目的の当然の性質による損害であり被保険者が当然に予想し得べきものとし、大森・保険法一四七頁、一四九頁は前段の規定につき偶然性の欠缺ではなく(反対田中(誠)・前掲一七八頁)、普通の損害とされる。

- (2) 大森・法的構造二二五—二二六頁。
- (3) 水口「保険法論」二〇九頁。
- (4) 水口・前掲五三頁、同「産業組合理事の放火と保険金請求権」(法律論叢第一二卷第二二号)一一五頁。
- (5) 小町谷・前掲各論(九七一—九八頁、同・前掲損害保険研究一頁、なお、志木政信「火災保険の理論と実際」(大正一五年)七頁参照。また、最高裁昭和四二年一月三一日(民集二卷二号)七七頁以下は、保険金受取人による被保険者の故殺の事案につき、偶然の欠缺をひとつの理由として保険者免責を肯定しているが、この点につき、青谷「保険金受取人の被保険者故殺と商法六八〇条一項」(生命保険文化研究所報一五号)五三頁以下参照。なお、Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 324も危険事故(Gefahrthatsachen)は脅かされている者(Betroht)の意思にもとづかないという意味での偶然な事(zufällige)その発生または発生の時期が予め定まらないう意味での不確定なもの(unglückswise)である旨をPatterson, Essentials of Insurance Law, (1957) p. 257 47 "...the insured event is a fortuitous one, i.e., one not designedly brought about by the insured とし、保険事故の偶然性の要請を説いている。フランスでのこのような学説につき、野田「フランスの責任保険法」(法学協会雑誌五六卷二号)九四頁参照。しかし、偶然性の意味を保険事故発生が保険契約者の意思にもとづかないことと求めるのであれば替成できないことにつき後述参照。
- (6) もっとも、小町谷・前掲各論(一一〇—一一頁、同・前掲損害保険研究四頁は、保険期間を通じて被保険者の意思によって左右しえない、不確定な事由とされる。
- (7) Koenig, a.a.O.S. 159;

(8) Koenig, a.a.O.S. 159, 160; Möller, a.a.O.S. 550-551; なお Kisch, a.a.O. は「保険事故の概念的特徴として、それが可能なものでなければならぬこと (S. 50)」、不確定なものでなければならぬこと (S. 53) を掲げるとともに「事故発生が当事者の意思にもとまぬかぬという意味での偶然性 (Zufälligkeit) は保険事故の概念的特徴を構成するものではないとする (S. 64)」。なお Vgl. Jürgen Lohmar, *Rechtserfüllung der Vorteilsausgleichung im Versicherungsrecht*, (1968), S. 34; 大森・法的構造二二頁、今村・前掲中巻二〇頁以下、同「危険の概念について」(保険学雑誌三九一号) 一七頁参照。

(9) 今村・前掲中巻一七頁、Koenig, a.a.O.S. 161; Kisch, a.a.O.S. 51.

(10) 大森・法的構造二二三頁、同・保険法六一一六二頁、野津・前掲三三七—三三八頁、今村・前掲中巻二六頁、一〇九頁、加藤・前掲海上損害論一九頁、青谷・前掲八一頁、田中(誠)＝原茂「例解保険法・海商法」六三一—六四頁、松岡(誠)「重過失による事故招致」(ジュリススト・保険判例百選) 一〇二頁、Möller, a.a.O.S. 441; Koenig, a.a.O.S. 161-162, 293 Anm. 2; もともと Koenig, a.a.O.S. 159-161 は「危険の概念につき、事故の不確定性の外に将来性をも要するとするが、偶然は事故の将来性を意味するものではないことにつき、今村・前掲中巻一九頁、大森・法的構造二〇七頁注(5)、二二四頁注(5)、Kisch, a.a.O.S. 65」これはスイス保険契約法が適及保険を例外的にのみみとめる (SVVG, 10-) ことによるものであろう。

(11) 大森・法的構造二二三頁。

(12) なお、保険法の母としての海上保険制度発生初期の段階において、保険の概念的特徴として保険者は偶然の保険事故に「つづのみ (nur für zufällige Versicherungsfälle) 填補責任を負担する」という点に存し、偶然とは被保険者の過失にもとまぬことを意味するところ、歴史的沿革の説明については Vgl. Ehrenzweig, *Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles*, S. 34; Ehrenberg, a.a.O.S. 421; Bruck, a.a.O.S. 227; Gerhard-Hagen, a.a.O.S. 284; Roelli, a.a.O.S. 192; Pinckernelle, a.a.O.S. 78-79; 大森・法的構造一九六頁以下、加藤・前掲海上損害論二〇頁以下、今村・前掲中巻一〇四頁以下参照。

四 さらに、保険事故招致に関する商法六四一条の規定は民法の条件を基礎としているとの観点から、保険事故招致に関する規定を「条件」の援用によって理論構成を行なおうとする学説が存する。その際、さらに法律行為による

解除条件説 (rechtsgeschäftliche Resolutivbedingung) (17)、法定条件説 (Rechtsbedingung) (18)、条件招致説に見解が分かれるが、ドイツではいずれも少数説にとどまる(19)。

これに対して、わが国では条件招致説が現在かなり有力に主張されているが(4)、必ずしも満足できる解決方法を示しているとは考えられず、学説上でも批判を受けている。したがって、次に条件招致説の概観を通じてこの学説の内容を分析し検討を加えることにする。

まず、大森教授が条件招致説を主張される論理構成について概観すれば次のとおりである。ドイツ民法一六二条二項は、条件の成就によって利益を受くべき当事者が信義誠実に反して条件を成就せしめたときは、条件は成就せざりしものとみなすと規定しているが、これと同じ結論はわが民法一三〇条の類推によってみとめられる。そして、保険契約はこれを全体としてみるならばもとより事故発生を停止条件とする法律行為ではないが、無条件に発生する法律関係のうち、被保険者の取得する地位は発生と否と(稀にはその時期のみ)が不確定なある事実の発生(または到来)によって具体化する期待権的な地位であり、少なくとも条件成就に関するドイツ民法一六二条二項のごとき法則を用すべきか否かの問題として考えるかぎりでは、被保険者の右のごとき地位を本来の条件付権利と同様に扱うことが信義則または当事者意思の合理的解釈として当然である。被保険者の事故招致の問題も、条件の成就によって利益を受くべき当事者が信義誠実の原則に反して条件を成就せしめたときは、相手方はこれを成就せざるものとみなすことができるという法則の一適用として理解される。その結果、被保険者の保険事故招致に関する問題を、保険契約の特殊性から由来する契約当事者間の信義誠実、または合理的意思解釈の観点、さらにその最後の限界づけとしての公序良俗適合性の観点の下に統一され、そして結論として、保険事故招致の場合の帰責要件についても故意または重過失という機械的な区別によって一般的・抽象的に論ずることはできず、むしろ故意にせよ重過失にせよこれによる

事故について保険者に責を負わせることが具体的に信義則または公序良俗に反するか否かによって特約の有効無効を定むべきであるとされる。結局、この説の基礎には、保険者の金銭給付または金銭的価値ある給付は保険事故発生を停止条件としている、それ故条件に関する民法の規定が基礎とされうる、という考えが存していることは明らかである(6)。

ところで、わが民法にはドイツ民法一六二条二項に該当する直接の規定は存しないが、契約の解釈によって、または民法一三〇条の類推適用によって同一の結論に達しうることは学説の承認するところである(6)。そして、厳密な意味での定義は別として、被保険者の保険金請求権は保険事故の発生に条件づけられた条件付権利であるということができる(7)。しかし、右のことを承認することは、保険事故招致に関する商法六四一条の規定の理論構成につき、条件招致説ののべるごとき立場の承認に導くものではなく、条件招致説にはいくつかの理由から難点が存すると考えられ、にわかに替成することには疑問を感じる。とくに、商法六四一条の規定の法的性質を解明するためにドイツ民法一六二条二項の規定を援用することが、両規定の性質、要件との関連において妥当か否かの検討がなされなければならない(8)。もしそうであるならば、まず第一に、保険事故招致に関する商法六四一条の規定と条件招致に関するドイツ民法一六二条二項の規定との間に存する根本的な性質上の差異に着眼しなければならない(9)。すなわち、帰責要件につき、商法六四一条は明らかに保険契約もしくは被保険者の「悪意」もしくは「重大な過失」による損害の発生を要件としているのに対して、条件招致に関するドイツ民法一六二条二項は条件が「信義誠実に反して」(wider Treu und Glauben)成就せしめられた場合に関するものである。實際上、信義誠実違反はほとんど常に故意を把握するであろう。しかし、反対にあらゆる重過失が信義誠実違反を意味するとはかぎらない。したがって、保険者は信義誠実違反の存しない場合にも給付免責をみとめられる場合がある。このように、帰責要件ないしは帰責の程度に

おいて兩規定の間には差異が存しているものであり、この差異を軽視することはできないのではなからうか。それにもかかわらず、条件招致説はこの差異を重視することなく、故意または重過失ということよりも、保険事故招致の場合に保険者に填補義務をみとめることが具体的に信義則または公序良俗に適合するか否かの見地から、保険事故招致に関する規定を信義誠実原則の一適用場合と理解するのである。第二に、条件招致に関するドイツ民法一六二条二項の規定によると、条件の成就によって利益を受くべき当事者の条件招致が問題とされる。このことから条件招致説の論者は、保険事故招致によって保険者の給付免責が生ずべき保険事故招致者の範囲を、保険の利益享受者（損害保険の被保険者、生命保険の保険金受取人）に限定し、いわゆる自己責任原則（Selbstverschuldungsprinzip）を主張する。しかし後述するように、保険契約者と法律上・事実上何らかの関係にある第三者の保険事故招致にあたって、保険者の給付免責を肯定すべき場合の存することを条件招致説では説明できない⁽¹⁶⁾。

要するに、この説は保険事故招致と条件招致に関する規定との間に根本的な差異の存することを看過し⁽¹⁷⁾、保険事故招致に関する規定にもっと具体的な根拠のあることに目を閉じて、信義則違反、公序良俗適合性という上層概念に結論を求めたものである⁽¹⁸⁾。したがって、この説は保険事故招致に関する商法六四一条の規定の法的性質の具体的説明を断念したものであるといわざるをえないと考える。

(17) Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 739; 〃〃〃 Gierke 〃〃〃
 44家畜保険 (Viehversicherung) に関する規定 (VVG, 125) 〃〃〃¹⁶ Mals, Rechtsprechung in nicht
 maritimen Versicherungssachen (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 13), S. 66.

(18) Schneider, Die Versicherung für fremde Rechnung nach dem Gesetzentwurf über den Versicherungsvertrag unter Vergleichung mit dem Handelsgesetzbuch (Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1905), S. 261. (Vgl. Pinckern-

alle, a.O.S. 8)

(3) これらの学説に対するドイツでの批判については、Vgl. Pinckennelle, a.O.S. 7-9.

(4) 大森・法的構造二二七頁以下、同・保険法一四八頁、田中(誠)・前掲一七九頁、伊沢「保険法」二三七頁、鈴木編「被保険者の保険事故招致」(新法律学演習講座商法下巻)一四一頁、青谷・前掲六二頁、八一頁、同「嘱託殺人ないし自殺ほう助と商法六八〇条一項二号適用の有無」(ジュリスト・保険判例百選)一九〇頁、谷川「履行補助者の行為による危険の著増」(ジュリスト・保険判例百選)八七頁、松同(誠)・前掲一〇一頁。民法学者も商法六四一条の規定を条件招致説の見地から説明していることにつき、我妻「新訂民法総則」四一三頁、於保「民法総則講義」二五六頁、末川「全訂民法(上)」一一九頁参照。なお、保険事故招致の問題を広い意味での保険契約の善意契約性、射倖契約性のひとつの現われと説明することにつき、大森・法的構造一七九頁、二二〇頁、同、保険法一四八頁、同「保険制度と信義則」(保険契約法の研究)一〇頁参照。また、倫理性からの説明として、たとえば朝川「保険契約法の強行性と任意性」(保険法研究)五四頁参照。

(5) Vgl. Pinckennelle, a.O.S. 8

(6) 我妻・前掲、於保・前掲、末川・前掲、川島「民法総則」二六〇頁、小出「民法総則」二二一頁。ただし、鳩山「日本民法総論」五三五頁は、民法二二〇条の類推適用の乏しいこと、特別規定のある場合はその規定によること、当事者の意思表示を解釈して決定すべきことを説いている。

(7) 保険事故発生前の当事者の有する法的地位については、大森・法的構造三四頁参照。

(8) 今村・前掲中巻一一五頁が「……本規定の解釈に他の概念を必要とするや否やが問題である。吾人は此の点に就て其の必要なきこと、而してこれを他の法律的性質に類推して解釈することが誤りなることを主張せんとするものである」とし、保険者の負担する事故に対する制限、すなわち免責規定であると説いているのは、本文にのべたことにも妥当しよう。

(9) Pinckennelle, a.O.S. 9; 加藤・前掲海上損害論二五頁。

(10) Pruckmelle, a.O.S. 9; 今村・前掲中巻一一四頁。

(11) 加藤・前掲海上損害論二五頁。

(12) 小町谷・前掲各論(一〇二—一〇三頁、同・前掲損害保険研究五頁。また、Schuppisser, a.O.S.25 が、保険事故招致に關する特別法の規定 (spezialrechtliche Ordnung) はドイツ民法一六二条一項の規定を変更させる旨をのべていることは本文のべたことにも妥当しよう。さらに、瀬戸弥三次・前掲損害保険研究第二卷第三号四頁は、商法八二九条一号の規定につき、ただ民法上の信義則の保険法的規定であると言うのでは保険法の自律性(特異性)に想到しない未熟段階の見解であるといわれている。

五 危険除斥説(Gefahr ausschluss)。保険制度の営む経済的作用を観察するならば、われわれは保険事故招致に關する規定の理論構成につき危険除斥説の承認に到達するであろう(1)。いうまでもなく、保険制度は保険契約者または被保険者に生ずべき損害を、保険料の支払に対して填補することを目的とするのであるが、保険者のこの損害填補義務は保険事故發生の有無にかかっている。この事實は保険契約において詳細に定められ、これに対して保険者は危険を引き受けるのである。換言すれば、保険者が危険を引き受けるにあたっては抽象的に火災とか死亡を定めるのみならず、さらに具体的に危険の範囲が定められる。保険者がいかなる範囲の危険を引き受けるかは個々の保険契約によって決定されるが、法律によってとくに定められる場合もある。そして、保険法は保険契約者の有責行為によって招致された一定の保険事故についても保険者の填補義務をみとめているが、もし保険契約者の有責行為が保険者にとって負担しうると考えられる範囲を超える場合には保険者の填補責任は消滅する。すなわち、保険者は保険契約者の側に存する異常な危険を引き受けることを欲せず、そのために保険者は保険契約者の悪意または重過失という一定の主観的な危険状態の除斥の下においてのみ危険を引き受けるのである。悪意または重過失による保険事故招致の場合

の保険者の給付免責を規定する商法の規定は、この危険除斥を基本姿勢としてしていると解すべく、われわれの当面している問題もこの見地から解決されるべきである。

ところで、危険除斥説はまず Ehrenzweig によって説明され⁽²⁾、その後 Moller が⁽³⁾危険事情を客観的危険事情 (Objektiver Gefahrunstand) と主観的危険事情 [Subjektiver Gefahrunstand] とに区別し、保険事故招致を主観的危険事情の中へ分類することによってさらに発展・深化されたものであり、主観的危険除斥説が現在のドイツにおける支配的見解、判例の立場となっている⁽⁴⁾。

まず、Ehrenzweig の見解の要旨を概観してみるならば、保険事故の招致は保険者に対する関係において不法行為や債務不履行を構成するものではなく、純粹に事実行為である。その際の故意または重過失は保険者に対するものではなく、保険の目的を経済目的に反して取り扱う (die wirtschaftswidrige Behandlung) ことに対する有責のみを意味する。そして、保険経済上の理由から確立された危険除斥にあたっては、元来危険管理に選任された人 (Zur Risikoverwaltung berufene Person) の有責任為を保険者の填補責任から除斥することである⁽⁵⁾。この際、危険除斥はまず保険契約者について問題となる。保険契約法六一条は単に保険契約者のみをのべるにとどまるが、これは保険契約者が危険管理者としてかつ、被保険者である自己のためにする保険契約という通常の場合を前提としているからである。これに反して、他人のためにする保険契約においては被保険者が危険管理者として前面に現われるべきであり、この場合保険契約者の有責任為が危険除斥となるのは、保険契約者が保険の目的を占有し、危険管理者であった場合にかぎられる。同様に、生命保険契約における被保険者の自殺 (VVG. 169) による保険者の免責も危険除斥に属する⁽⁶⁾。けだし、被保険者は危険管理者だからである。

また、保険事故招致に関する規定が危険除斥説にもとづいているということが最も明らかにされるのは、保険契約

法一三一条一項（日商八二九条三号）の規定によつてである。保險契約法一三一条一項は、運送保險につき、荷送人または荷受人がその資格において、故意または過失によつて生ぜしめた損害についての保險者の給付免責を定めている。本来これらの者は保險に關係なき人（*Versicherungsfremde Personen*）であるが、事実上積荷と密接な關係を有し、危險管理者として活動する故に、その者の保險事故招致につき保險者の給付免責が定められているのであるとされる。

次に *Möller* の主張の要旨をきかう。*Möller* はまず保險契約法における危險概念の特徴を分析・検討した後、多くの危險事情の下に、その原因に從つて客觀的危險事情と主觀的危險事情とを區別する。前者は保險契約者の知力（*Gehirn*）・意思にもとづくかない危險事情であるのに対して、後者は保險契約者の知力・意思にもとづく危險事情である。⁽⁶⁾ しかも主觀的危險事情は保險契約者の責に帰すべき場合と然らざる場合とに區別されることを要するが、保險事故の有責的招致は正に前者の場合である。ところで、保險者は保險契約者の側に存する異常な危險（*anormale Risiken*）を引き受けることを欲しないのであり、それ故保險者が危險を引き受けるにあたっては危險事情の除外条項（*Gefahrnstandsausschlussklausel*）の下に一定の有責な主觀的危險事情を除外する。換言すれば、故意または重過失による保險事故招致の場合の保險者の給付免責は、保險者によつて引き受けられた危險を法律上制限すること（*eine gesetzliche Beschränkung der vom Versicherer übernommenen Gefahr*）である。そして、他人のためにする保險契約においては被保險關係（*Versicherte Beziehung*）つまり保險事故の發生によつて損害を被るのは被保險者であり、それ故被保險者による保險事故招致は保險者を給付免責させる。もちろん、保險契約法六一条は保險契約者のみを規定するにとどまる。しかし、これは自己のためにする保險契約という通常の場合を予定した規定である。保險契約法六一条の法文の規定形式からすれば、他人のためにする保險契約の場合、保險契約者の保險事故招致

も保険者の給付免責を肯定すべきことになるが、立法論的には疑問である。けだし、他人のためにする保険契約では被保険関係は保険契約者には欠けているからである。それ故、他人のためにする保険契約では、保険契約者の危険事情は主観的危険事情ではなく、客観的危険事情に属するとする⁽¹⁰⁾。

ところで、この問題検討のための前提としてわれわれは、保険者の給付免責の要件としての保険事故の招致と、悪意または重過失という各々の要件の法的性質を吟味してみなければなるまい。前にものべたごとく、保険事故の招致は保険者に対する関係において不法行為、債務不履行を構成するものではない。反対に、保険の目的を滅失・毀損するということは純粹の事実行為に属することである。もちろん、保険事故の招致によって保険者の給付免責が生ずるためには、さらに保険契約者の悪意または重過失という主観的要件が必要である。しかし、この主観的要件は不法行為や債務不履行の場合と異なり、保険者に対して向けられているのではなく、自己の所有に属する保険の目的を経済目的に反して取り扱うということに対してのみ向けられているのである⁽¹¹⁾。この意味において、保険契約が締結されている目的物とそうでない目的物とにより保険契約者の有責事由の性質につき差異が生ずるものではない。それ故、保険契約を締結したために、締結しなかった場合よりも不注意に行動してもよいことはみとめられないと同時に、反対に保険契約を締結しなかった場合以上の配慮が要求せられるということもみとめられないことは明らかである。

したがって、保険事故招致にあたっての保険契約者の悪意または重過失という有責事由も本来の意味での非難可能性を意味するものではないのである。ところで、保険契約者は通常保険の目的の管理者として保険の目的について事実上密接な関係を有しており、保険契約者の有責行為は保険者にとってとくに危険なものであり、かかる危険は保険者によって引き受けられるべきものではない。保険者は保険契約者の側に存する異常な危険を引き受けを欲せ

ず、それ故法律または契約によって危険の除斥条項が用いられ、保険者は保険契約者の側に存する一定の主観的有責的危険事情の除斥の下においてのみ危険を引き受けるのである。商法六四一条は、保険者による引き受け危険の法律上の制限を定めた規定であると解すべきである⁽¹²⁾。商法六四一条は主観的危険事情の除斥条項 (Subjektive Gefahrumstandsausschlussklausel) を基礎とした規定であると解すべく、このような構成は商法六四一条の法文の規定形式にも適合する。商法六四一条は保険契約者または被保険者の一定の行為に対する保険者の危険負担の制限、給付免責という一定の法効果を結びつけているにとどまり、それ以上の法概念を予定しているとは考えられない。これを、損害回避に向けられた保険契約者の法的義務で構成する義務説、あるいは保険事故の不招致をもって保険者の給付義務のための消極的前提とみる義務説、保険事故の要件としての偶然性の欠缺を理由とする技術説、民法上の条件を援用する条件説等はいずれも商法六四一条の規定の理論構成につき他の法概念を用いたものであるが、そのような法概念を用いることが適切でないことはすでに論証されたところである。商法六四一条の規定は危険除斥説を基本的な姿勢とし、かかる見地から保険事故招致に関する諸問題を取り扱おうとしているとの承認によってはじめて保険事故招致に関する法律上の諸問題、とくに保険契約者と法律上・事実上何らかの関係にある第三者の保険事故招致の場合の保険者の給付免責の有無、その法的基礎づけの問題が矛盾なく解決されると考える。

- (1) Gefahrausschluss, Risikoausschluss, Gefahrumstandsausschluss などの表現がそれぞれ同一の意味を有するものではない。Vgl. Pinckernelle, a.a.O.S. 11 Anm. 71.
- (2) Ehrenzweig, Die schuldhaftige Herbeiführung des Versicherungsfalls, S. 34-48.
- (3) Möller, a.a.O.S. 549-562, 以下 S. 553 以下参照。
- (4) Pinckernelle, a.a.O.S. 10-12; Proß, (17 Aufß.), S. 283; Bruck, a.a.O.S. 228; Bruck-Möller, Kommentar zum Versicherungs-

- ngsvertragsgesetz, 8 Aufl. (1958), S. 189; Ehrenzweig, Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 264; Siebeck, a.a.O.S. 17-18; Karl-Heinz Hellwig, Der Schaden, 4Aufl. (1968), H17; 最近の判例として BGHZ 11, 120, 47 L 123 44 [§ 61 VVG normiert vielmehr nur einen Risikoausschluss] 47 L 123. なお Vgl. OLG Köln vom 9. 11. 1966 (Versicherungsrecht, 1967, S. 273); OLG Düsseldorf vom 8. 2. 1966 (Versicherungsrecht, 1966, S. 820); 加藤・前掲海上損害論二三頁、二五頁は、過失による事故につき責任制限または危険制限とし、故意による危険を保険者が負担しないのは危険が違法の性質を有すべきでない当然の結果とし、今村・前掲中巻一一五頁は保険者の負担する事故に対する制限すなわち免責規定とし、野津・前掲二四〇頁は主観的危険排除説によられる。なお、野津「保険法における信義誠実の原則」(昭和四〇年)一四八頁参照。条件招致説によられる大森教授も危険除斥説を否定されていないのであり(法的構造二〇八頁)、教授は「具体的危険除斥」の問題として考察すべきであるとされているのである(法的構造二二五頁)。なお、わが国の学説に おいても危険除斥説の内容については余り具体的には説明されていないように思われる。
- (5) Ehrenzweig, Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls, S. 34-36; Ders., Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 264.
- (6) それ故、Ehrenzweig はこの基本思想から出発して法定代理人、共有、公表会社 (offene Handelsgesellschaft)、株式会社等における危険管理者を中心として、保険者の給付免責が生ずべき事故招致者の範囲を論じている。
- (7) Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls, S. 38; Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 417-418; 同前、野津「保険契約法論」(昭和一七年)四三〇頁。
- (8) Möller, a.a.O.S. 549ff. insbe. 553ff.
- (9) Siebeck, a.a.O.S. 18 は客観的危険事情の例として、戦争危険(Kriegsgefahr)、坑道危険(Minengefahr)、内乱の危険(Gefahr inner Unruhen)、官の処分 (Verfügung von hoher Hand) を、主観的危険事情の例として、保険事故招致を掲げる。なお、朝川「保険法における prima facie Beweis」(保険法研究) 一〇〇—一〇一頁参照。

(10) このよつて、Ehrenzweigによれば危険管理に選任された者の保険事故招致が問題とされるのに対して、Möllerによれば被保険関係に結合してゐる者の保険事故招致が問題とされる。両説の理論構成上の差異は第三者の保険事故招致の場合の保費の給付免責の有無の問題にあつても生ずるが、この点については後述参照。なお、Vgl. Pinckernelle, a.a.O.S. 11 Anm. 74.

(11) Ehrenzweig, Die schulhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls, S. 35 ff. nur ein „Verschulden“ gegenüber dem wirtschaftlich behandelten Schadensobjekt „Vgl.“ Möller, a.a.O.S. 554 ff. Das Verschulden... besteht dabei in einer regelwidrigen Behandlung der versicherten Beziehung „Vgl.“
 (12) Pinckernelle, a.a.O.S. 10ff.; Möller, a.a.O.S. 554ff.

三 保險事故招致者の範圍

商法六四一条、八二九条一号の規定によると、保險者の給付免責が生ずべき保險事故招致者の範圍として、保險契約もしくは被保險者と定められ、海上保險に関する商法八二九条三号の規定によると、積荷保險、希望利益保險について傭船者、荷送人、荷受人の保險事故招致の場合に保險者の給付免責が生ずると定められている。

ところで、ここで問題となるのは、保險契約者と法律上・事実上何らかの關係にある第三者の保險事故招致を保險契約者の保險事故招致と同視して保險者の給付免責を肯定すべきか否か、換言すれば、保險契約者にかかる第三者の保險事故招致を自己の保險事故招致と同視して責に任じなければならぬか否かということである。この問題は、保險事故招致に関する商法六四一条の規定の法的性質・理論構成をいかに行なうかという見解の対立との関連において理論的、實際的にも重要な問題であるとされている⁽¹⁾。そして、かかる第三者の保險事故招致の場合に保險者の給

付免責を肯定すべきか否か、いかなる範囲の第三者の保険事故招致の場合に保険者の給付免責を肯定すべきか、いかなる理論的基礎づけの下に保険者の給付免責される第三者の範囲を確定するか等の問題において困難が生じ、学説、判例上で争われ、この論争は現在なお進行中であるといつてよい。

もちろん、この問題の考察にあたって明らかにしておかなければならない点の第一は、かかる第三者の選任・使用・監督につき保険契約者自身にも責に帰すべき事由が存する場合には、保険契約者自身の行為と同視して保険契約者が不利益を受けなければならないのは当然であり、別に問題はない(3)。ここで問題となるのは、保険契約者自身に責に帰すべき事由が存しない場合にも、保険契約者にかかる第三者の保険事故招致を自己の保険事故招致と同視して責に任じなければならぬか否かに関する。第二に、商法六四一条の規定は強行規定ではないので、当事者の合意によつて、保険契約者は広い範囲において第三者の保険事故招致の場合にも保険金給付を受けること、または保険者は契約上引き受けた危険の範囲を越えては第三者の保険事故招致の場合には責に任じないと定めることも可能であるが、かかる特約が存する場合(4)はまた別問題である。ここで問題とするのは、かかる特約が存しない場合にも商法六四一条の解釈論として第三者の保険事故招致を保険契約者の保険事故招致と同視して保険者の給付免責を肯定すべきか否かに関するのである(4)。

(1) この問題については Gierke, Versicherungsrecht, 2 Hälfte, S. 153 以下、およびその責任説 (Selbstverschuldungstheorie) 前提説 (Voraussetzungstheorie) 義務説 (Verbindlichkeitsstheorie) の立場からの解決が存するとして、各々の学説の批判・検討を行なつてゐる。

(2) Gerhard-Hagen, a.a.O.S. 286; Otto Hagen, a.a.O.S. 532; Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 722; 今村・前掲中巻二二八頁、大森・法的構造三三三頁。なお、スイス保険契約法一四條三項はこのこと

を明定し、「保險契約者または保險金請求権者 (Anspruchsberechtigte) と家族的共同生活をする者、または保險契約者もしくは保險金請求権者がその者の行為につき責を負うべき者が故意または重大な過失により事故を招致し、かつ保險契約者または保險金請求権者がその者の監督、選任または使用につき重大な過失を犯したものであるときは、保險者は保險契約者または保險金請求権者の過失の程度に応じて給付を減額することができる」として、自己責任原則の立場に従っているが、この点に(1) Vgl. Roelli, a.a.O.S. 202; Koenig, a.a.O.S. 298.

(3) たとえば、わが国の火災保險普通保險約款五条一項一號、二號、二項、船舶保險普通保險約款三条六號、七號、自動車保險普通保險約款二條一號、二號等。(以上は新損害保險実務講座第一〇巻約款集による)。

(4) Gerhard-Hagen, a.a.O.S. 289; Pinckernelle, a.a.O.S. 47, 56; 今村・前掲(中巻)二二九—二三〇頁、大森・法的構造二三—二頁。

(一) 自己責任原則 被保險者(生命保險契約における保險金受取人)以外の第三者の保險事故招致は当然には保險者免責の事由とはならないとする原則を自己責任原則という。

まず、ドイツ保險契約法六一條は「保險契約者」の故意または重過失による保險事故招致の場合の保險者の給付免責を規定するとどまり、保險契約者(1)以外の第三者の保險事故招致の場合を規定していないという法文の規定形式から、Schneider はいわゆる自己責任原則を推論できると信じ(2)、その結果、保險契約者自身に第三者の選任・監督につき責に帰すべ事由が存しないかぎり、第三者による保險事故の有責的招致につき保險契約者は責に任じないと主張する(3)。同様に Josef は(4)、保險契約者の代理人 (Vertreter) が火災を有責に招致した場合に保險者は損害填補義務から免れるかという問題についての判例(5)を概観した後、その論述においていわゆる自己責任原則を提唱する。Josef は、火災が保險契約者の代理人によって招致された故に保險者の給付免責が生ずるという結論は保險契約の法制度 (Rechtswesen) から生ずることなく、保險契約者としては、自己が財産の管理 (Obhut) を委ねた者

の有責事由に対しても保険保護を享受することを欲していると主張する。また、代理人の有責事由に対する保険契約者の責任を、履行補助者の過失に対する債務者の責任を規定したドイツ民法二七八条の規定に根拠を求めることもできない。けだし、保険契約者は火災の有責的招致を回避すべき義務 (Verbindlichkeit) を保険者に対して負担するものではないからである。そして、被後見人 (Mündel) (未成年者、禁治産者) の財産が保険につけられている場合、保険契約者は被後見人であつて後見人ではなく、被後見人が火災を有責に招致した場合にのみ保険者の給付免責が生ずる。同様に、保険の目的が破産財団 (Konkursmasse)、遺産 (Nachlass) に属し、または被保険家屋 (das versicherte Gebäude) が強制管理 (Zwangsverwaltung) 下にある場合、破産者 (Gemeinschuldner)、相続人 (Erbe)、schuldnerischer Eigentümer による火災の招致が保険者を免責させる。これに反して、破産管財人 (Konkursverwalter)、強制管理人 (Zwangsverwalter)、遺産管理人 (Nachlasspfleger)、遺言執行者 (Testamentsvollstrecker) のごとき代理人の有責事由は問題とならないとする。右のごとき説明から判断して、Schneider, Josef がともに自己責任原則を主張する立場に属することは明らかである。

さらに、商法六四一条の規定につき条件招致説の見地から理論構成を行なう学説も、自己責任原則を主張する(6)。すなわち、条件招致説は条件の成就によって利益を受ける当事者が信義誠実の原則に反して条件を成就せしめた場合、条件は成就せざりしものとみなすという一般原則から、保険事故発生によって保険金を受くべき地位にある者の保険事故招致が保険者の当然の給付免責を生ずるとし、かかる地位を有しない者の保険事故招致は当然には保険者免責の理由とはならないとする。その際、この結論は保険制度の趣旨としてとくに被保険者の保護を強調する目的論的見地からも是認されうるのである。そして、他人のためにする保険契約の保険契約者、生命保険契約の被保険者、家族・同居人、被用者・雇人、被保険者の任意または法定代理人、法人の機関の保険事故招致は当然には保険者

の給付免責を生ぜしめるものではないが、ただ、これらの者による保険事故招致の場合には一応被保険者にも共謀・教唆・監督懈怠などの責任があるものと推定して保険者の免責を生ずるものとし、とくに被保険者の側で共謀・教唆・監督懈怠などの事実のなかつたことを立証したときは保険者の免責は生じないとし、結局立証の困難の除去という實際問題を解決するための政策論に外ならないとされる。したがって、保険事故招致者が被保険者とのような法律上の関係にあるか、とくに被保険者の法定代理人、法人、法人の（代表）機関、家族、被用者、雇人、保険契約者などであるか否かということは積極的にも消極的にも問題解決のための理論的根拠にはならないとされるのである。しかし、右のごとき自己責任原則に対しては様々の理由づけの下に異論が唱えられる。

まず第一に、ドイツ保険契約法六一条の法文の規定形式を根拠として自己責任原則を主張する Schneider の見解に対して、もし立法者が厳格な自己責任原則を要求したのであるならば、このことを明瞭に規定したのであるとの反論がなされている（7）。すなわち、ドイツ保険契約法六一条が「保険契約者」と規定し、わが商法六四一条が「保険契約者もしくは被保険者」と規定しているから、同条の適用があるためには保険契約者、被保険者において自ら保険事故を招致したことを要し、それ以外の第三者の行為は包含せられないとすることはいかにも形式的、概念的なものであるといわざるをえない。第二に、保険契約者が一定の他人に事実上保険の目的の管理を委ね、この他人が保険契約者に代って保険の目的を管理する場合、この他人の行為による保険事故招致の効果に対して保険契約者が事実上無関係でありうるということは全く不可能である。

換言すれば、保険契約者が保険の目的の管理を放棄し、その管理を他人に委ねることによって保険者の法的地位を本質的に悪化するということは保険契約者に自由ではありえない（8）。危険団体は、保険契約者の身代り、代表者の側で危険管理が誠実に実行されることにつき利害を有しているのであり、それ故、保険契約者と法律上・事実上何ら

かの関係にある第三者の保険事故招致を保険契約者の保険事故招致と同視して保険者の給付免責を肯定すべく、たんに形式的に保険契約者以外の第三者の保険事故招致につき保険者の給付免責の効果は生じないとする議論は保険取引の實際を無視するのみならず、⁽⁹⁾、衡平の理念にも反する。すなわち、保険契約者と法律上・事実上何らかの関係にある第三者が保険の目的を保険契約者に代つて管理する場合、かかる事情から生ずる危険は保険契約者自ら負担すべく、これを保険者に転嫁することは許されない。この結論は衡平の理念からみてむしろ当然であるのみならず、もしこの結論をみとめないならば、経済的必要またはその他の理由によって保険の目的を自ら管理する保険契約者よりは、第三者に管理せしめる保険契約者の方が優遇されることになり、保険契約者間に不均衡が生ずることになる。保険事故の有責的招致の場合に、保険者の給付免責が生ずる保険事故招致者の範囲を保険の利益享受者に限定するいわゆる自己責任原則は、不当な、危険団体にとって耐え難い結果となり、危険団体の利害状況にも適合しないものとなる⁽¹⁰⁾。第三に、いわゆる自己責任原則を条件招致説の立場から推論する見解にも疑問が存するように考えられる。前述のごとく、条件招致説は商法六四一条の規定を、信義誠実の原則に反する条件招致の効果の法則の一適用場合と理解し、かくして保険事故発生によって利益を受ける地位にある者の保険事故招致についてのみ保険者の当然の給付免責を肯定するのであるが、商法六四一条の規定は主観的危険除斥説の見地から理論構成すべく、条件招致説に替成できないことはすでに明らかにされたところである。したがって、自己責任原則を推論すべき前提自体に疑問が存すると考えられる。

また、条件招致説は、保険事故招致者が被保険者とのような法律上の関係にあるかということだけでは問題解決の理論的根拠とはならないとともに、いかなる第三者の保険事故を問題としてとり上げるべきかは、もっぱら事実上いかなる第三者の事故招致の場合に被保険者の共謀・教唆・監督懈怠等の事実が存する可能性とその立

証の困難性が多いか、という實際を基礎として決せられるべきであるとすると、かかる説明に対しても疑問が存する(11)。すなわち、保険契約者と保険事故招致者とがどのような法律上の関係にあるかによって保険事故招致の意味も異なっているのではあるまいか。これをたとえばわが国の普通保険約款の規定についてみると、被保険者と同じ世帯に属する親族の故意によって生じた損害につき被保険者は保険金支払の責に任じないと規定するとともに、但書として、被保険者に保険金を取得させる目的でなかった場合はこのかぎりでない⁽¹²⁾と定める約款が存する(12)。これらの約款の規定からすれば、被保険者と同じ世帯に属する親族による保険事故招致は實際上、被保険者を利得せしめようとする動機が伏在する場合が多く、しかもこのような動機の伏在の立証が困難であるため、一応このような動機が存在を推定し、これに対する反対の立証をみとめたものであるとの条件招致説の主張にも相当の理由がある。しかし他方では、わが国の普通保険約款においてはこれとは別に保険契約者、被保険者の法定代理人(保険契約者または被保険者が法人であるときは、その理事、取締役または法人の業務を執行するその他の機関)の保険事故招致の場合には被保険者は損害填補責任を免れる旨の規定だけを有し(13)、前述のごとき但書の規定は存せず、被保険者に保険金を取得させる目的があつたか否かを問わないのである。したがって、約款上では被保険者と世帯を同じくする親族と、法定代理人、理事、取締役、その他の業務執行機関とを区別して規定していると解すべきであり(14)、保険事故招致者と保険契約(被保険者)の間の法律関係の如何によって保険事故招致の意味も異なっていると解すべく、条件招致説の主張のごとく立証責任の問題としてのみ解決することはできないのではあるまいか(15)。換言すれば、条件招致説の主張は、被保険者と世帯を同じくする親族の保険事故招致については承認されるとしても、その他の第三者の保険事故招致にまでかかる考えを拡大することには疑問である。

要するに、保険契約者と法律上・事実上何らかの関係にある第三者の保険事故招致の場合、保険者の給付免責を肯

定すべきであり、法文の規定形式から推論するにせよ、あるいは商法六四一条の規定の理論構成につき、条件招致説の立場からするにせよ、いわゆる自己責任原則の承認には疑問が存する⁽¹⁶⁾。

- (1) もっとも、他人のためにする保険契約においては被保険者の保険事故招致を含むと解すべきこと⁽¹⁷⁾。Vgl. Otto Hagen, a. a. O. S. 711; Möller, a. a. O. S. 559; Ehrenzweig, Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls, S. 36; Ders., Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 264.
- (2) Schneider, a. a. O. S. 97-106; Ders., Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag (1908), S. 249 (Vgl. Pinckernelle, a. a. O. S. 47); Schneider のその本文の主張に対する批判として、たゞ Vgl. Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 723-729; Pinckernelle, a. a. O. S. 47.
- (3) この点に regard Ehrenberg, a. a. O. S. 423 も同旨である。なお、三浦・前掲二〇八頁参照。
- (4) Josef, a. a. O. S. 483ff.
- (5) 一八九五年一〇月二二日判決 (RGZ 37, 149)；一九〇一年一〇月二八日判決 (RGZ 51, 20)；一九〇三年四月二二日判決 (Gruchot 47, 991)；第一の判決は、火災保険に付された打穀機 (Draschmaschine) が所有権留保付で売却され、買主の息子によって焼失された事案、第二の判決は、商人である保険契約者が旅行中、その妻が保険の目的である商品に火災を重過失で招致した事案、第三の判決は、保険契約者が管理人 (Inspektor) に保険の目的の独立の管理を委ねた事案に関する。かくして裁判所は第一、第三の判決において保険者の給付免責を肯定した。その理由は、保険事故招致者が保険契約者の代表者としての地位を有しているか否かに存する。
- (6) 大森・法的構造二二三頁以下、同・保険法一四八頁、田中(誠)・前掲一八〇頁、伊沢・前掲二三八—二三九頁、鈴木編・前掲一四二頁、窪田「法人の専務理事の放火の事故招致」(ジュリスト・保険判例百選)五九頁、同・「法定代理人の事故招致」(前掲百選)六一頁、朝川「放火と火災保険」(時の法令三七四号)一三頁、なお、フランス法における自己責任原則につき、野田・前掲九七頁、現代外国法典叢書・仏蘭西商法「一」四二頁参照。

- (7) Pnckernelle, a.a.O.S. 47; Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 734-735.
- (8) Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 735; Kisch, a.a.O.S. 496; 又、瀬戸弥三
次・前掲損害保險研究第二三卷第一号二〇—二二頁参照。また、危險の増加 (Gefahrhöhung) の問題に關して、危險団体
の思想から同様の主張を述べらるるものあり。Vgl. Manfred Werber, Die Gefahrhöhung im deutschen, schweizerischen,
französischen, italienischen, schwedischen und englischen Versicherungsvertragsrecht (1967), S. 40.
- (9) 石田・前掲上智法学論集九八一—〇九頁は、第三者の保險事故招致 (Obiegenheit) の違反につき自己責任原則を批判され
らる。
- (10) Bruck-Möller, a.a.O.S. 209, 218; Pnckernelle, a.a.O.S. 47.
- (11) 石田・前掲上智法学論集一〇七一—〇八頁参照。
- (12) 火災保險普通保險約款五条一項二号、月掛火災保險普通保險約款七条一項二号、小口火災保險普通保險約款四条一項、住
宅総合保險普通保險約款五条一項二号、店舗総合保險普通保險約款五条一項二号、自動車保險普通保險約款二条一項等。
- (13) 火災保險普通保險約款五条一項一号、月掛火災保險普通保險約款七条一項一号、小口火災保險普通保險約款四条一項、店
舗総合保險普通保險約款五条一項一号、自動車保險普通保險約款二条一項等。
- (14) 石田・前掲上智法学論集一〇七一—〇八頁。
- (15) なお、後述のごとく、法定代理人と法人の機関の保險事故招致につき、前者については保險者の給付免責を否定するの
に、後者については反対に解する學説が存するが、このことも法定代理人と法人の機関の保險事故招致を各々別異の意味に
解することによるのであり、条件招致説のごとく單純に立証責任の問題としては解決できないことを意味しているのではな
からうか。

(16) Pnckernelle, a.a.O.S. 47.

(二) 第三者の保險事故招致と保險者免責の法的基礎

保険契約者と法律上・事実上何らかの關係にある第三者の保険事故招致を保険契約者の保険事故招致と同視して保
 險者の給付免責を肯定すべきことは右の検討から明らかにされたが、この際生ずる問題は、保険者の給付免責を肯定
 すべき法的基礎を何に求めるか、いかなる範圍の第三者の保険事故招致の場合に保険者の給付免責を肯定すべきか
 ということである。保険事故招致に関する規定の理論構成との関連において論ぜられる問題であるが、いわゆる自己責
 任原則を否定し、一定の第三者の保険事故招致の場合に保険者の給付免責を肯定する立場においても問題の困難性が
 指摘されている⁽¹⁾。そして、ドイツではこの問題は主として履行補助者責任説 (Erfüllungshelfenfahung) と代
 表者責任説 (Repräsentantenfahung) を主張する立場から争われているのである。

(1) 履行補助者責任説 ドイツ保険契約法六一条(日商六四一条)の規定の理論構成につき損害回避義務説を主張
 する見解は、法定代理人または履行補助者の過失に対する債務者の責任を規定したドイツ民法法二七八条の規定を直
 接に適用し、保険契約者は彼の法定代理人または履行補助者の保険事故招致につき、自己の保険事故招致と同視して
 責に任じなければならぬとする⁽²⁾。

しかし第一に、保険契約者が保険者に対して損害回避義務を負担するという構成自体が承認されないことはすでに
 明らかにされたところであり、したがって、ドイツ民法二八七条を直接に適用するための前提が存在しないのであ
 る。すなわち、保険契約者は保険契約の締結によって保険者に対して損害回避義務、保険者に対して履行すべき真正
 の法的義務 (echte Rechtspflicht)⁽³⁾ を負担するものではなく、それ故保険契約者をドイツ民法二七八条の「債務者」
 と解することはできないのである⁽⁴⁾。第二に、ドイツ民法二七八条の規定の直接適用は保険契約によって追求され
 ている保険契約者のための保護目的を強力に減少させることになり、保険契約者の利益保護に適合しない。

その適合しない理由を示せば次のとおりである。商法六六二条は、損害が第三者の行為によって生じた場合、保険

者が被保険者に支払うべき保険金を支払ったときは、その支払金額の限度で保険契約者または被保険者が第三者に対して有する権利を取得する旨を規定している。そして、保険事故による損害が被保険者の家族員など被保険者と共同生活を営む者によって生じた場合、これらの者は商法六六二条の「第三者」には包含されないと解すべく、ただ、これらの者が故意に損害を生じさせたときは一般の場合と同じく保険者の代位をみとめるべきであるが(5)、この結論は保険契約者と共同生活を営む家族員の有責事由は通常保険契約者の有責事由と同視されないということを前提としている。しかし、もし履行補助者の保険事故招致の場合に、ドイツ民法二七八条をそのまま適用して保険者の給付免責を肯定するならばこの解釈は不可能となる。ただし、家族員は通常、ドイツ民法二七八条の履行補助者に属するからである(6)。要するに、ドイツ民法二七八条の直接適用は、商法六六二条の解釈と調和せず、また、保険契約者の利益保護にも適合しない。

このにおいて *Gierke* は(7)、ドイツ民法二七八条の直接適用を否定するとともに、過失相殺に関するドイツ民法二五四条二項後段がドイツ民法二七八条の規定を準用していることに着眼し、保険事故招致に関する規定の範囲でドイツ民法二七八条の準用を正当化しようと試みる。すなわち、保険契約者が保険事故を招致した場合の保険者の給付免責を過失相殺の理論で説明するとともに、保険契約者の保険事故不招致義務にドイツ民法二七八条を準用することによって、保険契約者の代理人、履行補助者の保険事故招致の場合に保険者の給付免責を肯定しようとする。しかし、ドイツ民法二七八条の規定をそのまま適用するならば、保険契約者の第二次的補助者 (*untergeordnete Hilfspersonen*) の保険事故招致の場合にも保険者の給付免責が生ずることになり、このことは保険契約者のための保険保護とも一致しない。それ故、*Gierke* の立場においても、当事者が保険契約によって追求している保険契約の安定化目的 (*Sicherungszweck*) を考慮して、支配的見解によって「代表者」と表現される者の保険事故招致についてのみ保

險者の給付免責を肯定しようとする(8)。しかし、Gierkeの主張する過失相殺の理論も一般責任論の特殊の一態様に外ならないこと、ドイツ民法二五四条二項後段は例外規定であり、保険事故招致の範囲においては適用されず、それ故ドイツ民法二七八条の準用も正当でない⁽⁹⁾とされてゐる(10)。

また、R. Schmidtは彼の法律強制理論(Rechtswangstheorie)の見地から(11)、すべての履行補助者ではなく、「職務により制限された履行の雇人(funktionsbedingte Erfüllungsdienner)」の保険事故招致につき、ドイツ民法二七八条の準用によって保険者の給付免責を肯定しようとする。R. Schmidtの主張する「職務により制限された履行の雇人」という概念は明らかでないが、代表者責任説を承認する支配的見解と同一の結論に帰するとされている(12)。

なお、履行補助者責任に関する規定の直接適用、準用が正当でないと同様、使用者責任に関する規定(日民七一五條、日民八三二條)の援用によって、第三者の保険事故招致につき保険者の給付免責を根拠づけることにも替成できない(13)。とくに、保険事故招致と不法行為に関する規定の要件、効果との間には多くの点で差異が存する。まず、民法七二五条には「或事業ノ為メニ他人ヲ使用スル」と規定されているが、保険契約者は保険事故を招致しないという事業のために他人を使用したのではない。第三者が保険契約者の被保険物に違法に損害を加えたとしても、そのことによって保険者に対する関係で民法七〇九條(日民八三三條)による法益侵害は存せず、違法性も存しない。また、使用者責任に関する規定は本人の損害賠償義務を根拠づけるのに対して、第三者の保険事故招致に際しては保険者の給付免責の有無のみが問題となり、保険者に対する保険契約者の損害賠償義務が問題となるのではない。右のような理由からしても、第三者の保険事故招致の場合の保険者免責の法的基礎を、使用責任論に求める見解には替成できない(13)。

(1) たとえば、近藤(民)・前掲二五〇頁、二五六頁、同「保険契約者の法定代理人の事故招致」(損害保険研究第九卷第三、

四号)一六七頁、田中(耕)「法人の理事の行為と法人の火災保険金請求」(判例民事法昭和七年度)四九一頁、升本「法人

- の理事の放火と火災保険金支払請求（商法三九六条）（法学新報四三卷三号）一〇五頁等。
- (2) Riter, Das Recht der Seeversicherung, S. 556-557; Gerhard-Hagen, a.a.O.S. 286-287; Präjs, a.a.O. (13 Aufl.) S. 236, Ders., a.a.O. (17 Aufl.) S. 284; その他「學說」判例及び「Vgl. Pinckernelle, a.a.O.S. 48 Anm. 8, 9.
- (3) もっとも「ドイツ民法二七八条にいう義務の履行行為は、主たる給付義務(Hauptleistungspflicht)はもろろん、付随義務(Nebenschlicht)」注意義務(Treupflicht)（たとえば、売買の目的物または賃借物の保管に関する）をも包含することは學說の承認するところである(Esser, Schuldrecht, (1960), S. 217; 北川「履行補助者の過失」(判例演習債權法)二八頁参照)。
- (4) Hagen, a.a.O.S. 636; Bruck-Möller, a.a.O.S. 210; Pinckernelle, a.a.O.S. 48; オーストリにおつても、第三者の保險事故招致の場合「履行補助者責任に関する民法一三三三条の規定の適用が否定されてゐる」といふ「Vgl. Ehrenzweig, Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 154, 267
- (5) ドイツ保險契約法六七条二項、スイス保險契約法七三条三項、フランス保險契約法三六条三項等、小町谷「保險者の求償權代位に関する各論」(損害保險研究第二八卷第三号)二六—二七頁、田中(誠)・前掲一九四頁は解釋論としてこれを承認し、伊沢・前掲三〇六頁、大森・保險法一八三頁、野津・新保險契約法論二七九頁、同「保險代位」(創立三〇周年記念損害保險論集)八二頁は、商法六六二条は立法論として考慮を要するとされ、これに対して、鈴木編・前掲一四七頁は本文のごとき立場に対して解釋論としては疑問であるとされる。
- (6) Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 742; 北川・前掲二九頁。なお「Vgl. Bruck-Möller, a.a.O.S. 210.
- (7) Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 738; Ders., Versicherungsrecht, S. 154, 204.
- (8) Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 741-743; Ders., Versicherungsrecht, S. 154, 204; なお「Vgl. Pinckernelle, a.a.O.S. 49; 瀬戸弥三次・前掲損害保險研究第三卷第一号四頁、同・前掲損害保險研究第三卷第三号二八一—二九頁参照。

- (9) 大森・法的構造二五五頁、Bruck-Möller, a.a.O.S. 210; Pinckemelle, a.a.O.S. 49.
 (10) この点については、石田・前掲上智法学論集八二頁、Bruck-Möller, a.a.O.S. 188-189 参照。
 (11) Bruck-Möller, a.a.O.S. 210; Pinckemelle, a.a.O.S. 50.

(12) Bruck-Möller, a.a.O.S. 211; Pinckemelle, a.a.O.S. 50-51; 大森・法的構造二五三頁、今村・前掲中巻二二二頁。

(13) なお、スイス保険契約法一四條三項は、保険契約者または保険金請求権者は一定の要件の下に「家族的共同生活をする者」または「その者の行為につき責を負うべき者」の保険事故招致につき責に任じなければならないと規定しているが、いかなる者が後者の人的範囲に属するかについて学説が対立し、履行補助者責任を規定する債務法一〇一條の規定を援用する学説と、使用者責任を規定する債務法五五條を援用する学説が存するが、後説が支配的見解である (Roelli, a.a.O.S. 204; Koenig, a.a.O.S. 297)。

(d) 代表者責任説 以上にのべたところによって、保険契約者と法律上・事実上何らかの関係にある第三者の保険事故招致の場合に保険者の給付免責を肯定する理論的根拠を履行補助者責任論、使用者責任論に求めることの適切でないことが明らかにされた。しかし、このことから反対に、右のごとき場合に保険者の給付免責を否定することを意味するのではないこともまた明らかである。ここにおいて、ドイツでは古くから、理由づけの方法において一定の差異の存することは別として、支配的見解は第三者による保険事故の有責的招致にあたっての保険者の給付免責を、代表者責任論 (Repräsentantenhafung) によって法的に基礎づけてきたのであり、わが国でも代表者責任論が有力に主張されている(一)。

ところで、代表者責任の思想はすでに一七九四年六月一日のプロイセン一般ランナ法 (ALR) §§ 2215, 2278 II8 の規定に見い出され、また代表者なる表現は一八六五年六月二四日のプロイセン普通鉱業法 (Preuß. Allgem. Berg Ges.) § 17ff. 一八七一年六月七日のライヒ責任法 (RHpfL. G.) § 2^r 一九一一年七月一九日のライヒ保険条例

(RVO) § 899 の中のべられているとされる。しかし、代表者責任概念はドイツ保険契約法にはその法的基礎を有せず、保険契約法草案の段階でも代表者責任概念についての態度決定はなされていなかった。反対に、代表者責任概念はすでに保険契約法施行前にも大審院判例によって発展させられてきたのであり、その後の発展は判例、学説に委ねられていた。それ故、代表者責任概念は裁判官による法創造 (richterliche Rechtsschöpfung) 判例による制度的な法形成 (institutionelle Rechtsfortbildung) の一例であり、慣習法としての承認を受けたものであるとされている⁽²⁾。次に代表者責任理論における「代表者」とはいかなる標準の下に、いかなる範囲の者を包含するかについて検討する。まず、ドイツの大審院判例が代表者概念につき二つの段階を経て発展してきたことについて概観する⁽³⁾。

第一の発展段階における判例によれば⁽⁴⁾、保険契約者は被保険危険が属する業務において、代理またはその他の関係にもとづいて彼の代りに立つ第三者の行為を、自己の行為と同視して責に任じなければならぬと表現されている。しかし、それは意思表示ではないので本来の意味における代理法理は問題とはならない。そして、かかる第三者の行為に対する保険契約者の責任の正当化のためにのべられた理由は、保険契約者が保険の目的を放棄し、その管理 (Obhut) を他人に委ねることによって保険者の法的地位を本質的に悪化することは保険契約者には自由であつてはならないということであつた。

第二の発展段階において⁽⁵⁾、第三者に対する保険契約者の責任の制限が行われ、それによって、保険契約者のために、問題となる業務の範囲内において保険契約から生ずる権利と義務の管理 (Wahrnehmung) を含めて独立に法律行為をなす権限が代表者に存しなければならない、とされた。

第三の発展段階では⁽⁶⁾、法律行為上の代理権の必要性の保持の下に、保険関係が関連する業務、少なくとも相当

の重要性 (von einiger Bedeutung) を有する業務の規模が存し、その業務の範囲内において第三者が保険契約者の代りに立つ場合にのみ代表者概念を適用すべきであるとされた。それ故、保険契約者自ら業務を管理することができず、またその意図のないこと、そして事情により公正に考えて (billigerweise) 保険契約者による管理が期待されることのできない場合が存しなければならぬ。すなわち、代表者に対する一定の必要性が存し、その必要性に応じて事実上と法律上の状態 (Verhältnisse) が構成される場合が存しなければならぬとされた。

このように、判例の立場には歴史の変遷が存し、その変遷過程においてその意味するところも必ずしも一貫しないが、その変遷のあとを要約するならば、代表者概念の決定につき、法律的に保険契約者と代理権関係にあるか否かを重視する立場から、次第に事実上、被保険危険の管理者たる地位にあるか否かを重視する立場に移ってきているといえよう。なお、地方裁判所 (Landgerichte)、上級地方裁判所 (Oberlandesgerichte)、ならびに連邦裁判所 (BGH) の判決も原則的に大審院判例に従っている⁽⁶¹⁾。

次に学説による代表者責任論の概念規定を要約的に検討する。

Ehrenzweig は自ら進んで代表者についてのべることはなく、反対に「危険管理における身代り (Ersatzmann in der Gefahrverwaltung)」についてのべている。すなわち、保険契約者が危険管理者たる地位をのがれ、危険管理における身代りとしての第三者の背後に完全に退く (völlig zurücktreten) ならば、かかる第三者の有責行為に対して危険除斥が及ぶとする⁽⁶²⁾。しかし、**Ehrenzweig** による「危険管理における身代り」と、支配的見解の「代表者」とは実際には同一のことを意味するといわれている⁽⁶³⁾。

次に **Bruck-Möller** の見解の要旨をあげよう⁽⁶⁴⁾。それによると、代表者とは「保険契約者が彼の代りに、保険の目的につき必要な継続的管理 (notwendige laufende Betreuung) を行うべき地位においた者である」とされる。ま

ず、利益状況の分析からして明らかなことは、代表者責任を原則として肯定すべきであり、個々的には保險の目的が継続的管理を必要とするか否かによる。そして、保險の目的の継続的管理の必要性 (Notwendigkeit) についての問題は、その時々各場合に依りてのみ判断せらる。その際、危險管理、保險の目的の管理の下に、法律行為の着手についてではなく、事實行為 (tatsächliches Verhalten) について考えるべきである。ところで、保險契約者が必要な継続的管理を完全に放棄 (Völligentschlagen) するならば、かかる行動の中に有責の責務違反 (Obliegenheitsverletzung) (または保險事故招致さえも存しうる。保險契約者がこの結果を避けようとするならば身代り、代表者を選任しなければならぬが、この選任は第三者に危險管理についての純粹に事実上の引渡し (die rein faktische Aufgabe der Risikoverwaltung) が委ねられることによつて直ちに行われる。それ故、これは代理權授与 (Bevollmächtigung) ではない。そして、危險団体のために代理人側での危險管理の実行が前提とされねばならず、代理人の行動と有責事由は保險契約者自身のそれと同視される。右のごとき基本姿勢から Bruck-Möller の代表者概念が導かれていとみてよからう。

さらに、代表者責任理論を提唱するわが国の学説も、一方では保險契約者の損害回避義務の承認を拒否するとともに、他方では未成年者の法定代理人、法人の機関の保險事故招致を、法定代理人の代理權關係、法人の代表權限、法人の不法行為理論の見地から検討されるべきでないとする。そして、第三者の保險事故招致による保險者の給付免責の問題を、被保險危險の管理者的地位にある者の保險事故招致の見地から考察することを要するとの立場から「保險關係に付き保險契約者又は被保險者を全面的に代表すべき地位にある者即ち部分的代理關係ではなく全面的に代表すべき地位に在る者は商法六四一条の適用に於ては其の本人と同視する法意であると説明したい(註)」とし、また「親権者、後見人、法人の理事、乃至は一定の場合に於ける支配人等の如く、主として永続的に本人に代りて保險の目的

を管理する者が、其管理者としての立場に於て保険事故發生の因を興へた如き場合、略言すれば社界見解上本人の必然的延長者と観らる可き現実の代表者が其資格に於て保険事故を招来せしめたる如き場合に限らる可きを至当と思ふ⁽¹²⁾とされ、さらに「代表者責任の理論においては、委託の有無を問わず、事実上被保険者のために保険の対象を管理する者は、被保険者の身代り、すなわち代表者であり、その者の事故招致に因り、被保険者は免責されるものとする。ただし、その者が危険管理者であるからである⁽¹³⁾」とされる。

ところで、保険事故招致に関する規定の法的性質を危険除斥説の立場から理論構成したことに対応して、第三者の保険事故招致による被保険者の給付免責の問題も危険除斥説の立場から検討することを要する。さきにも明らかにしたごとく、保険事故の招致は、保険の目的に対する純粋の事実行為であり、保険の目的をその経済目的に反する方法で取り扱うということに存する。かかる行為は自己の所有物に対して向けられている行為であり、被保険者に対する関係で債務不履行、不法行為の要件を構成するものではない。そして、かかる行為は保険の目的の占有・管理に關与する者について問題となるが、もし被保険契約者が危険管理者としての地位を完全に退き、その代りに第三者が保険の目的について事実上危険管理者としての地位に立つならば、この第三者を被保険契約者の代表者、危険管理者と解すべく、法律上の危険除斥は必然的にこの第三者の有責行為に対して向けられなければならない。その結果として被保険者の給付免責を肯定すべきである⁽¹⁴⁾。すなわち、第三者が事実上被保険契約者から全面的に被保険危険の管理を委ねられている場合に、この第三者を被保険契約者の代表者と考へ、この第三者の保険事故招致を被保険契約者の保険事故招致と同視して被保険者の給付免責を肯定すべきである。そして、代表者責任理論は法律上の基礎を欠いているとしても、相互に對立する利害關係を適正に考慮した被保険契約の目的と本質から (aus dem Zweck und dem Wesen des Versicherungsvertrags unter billiger Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen) 推論できようし、また危

險団体の思想から (aus dem Gedanken der Gefahrgemeinschaft) も正当化すべきよう⁽¹⁵⁾。けだし、危険団体は代表者の側で誠実な危険管理が行われることについて利害関係を有しているからである。

そして、代表者責任理論は商法、普通保険約款の規定とも一致する。商法八二九条三号は海上保険において傭船者、荷送人、荷受人の悪意もしくは重過失による損害を保険者の免責事由と規定する。これらの者は元来保険契約と関係なき者であるが⁽¹⁶⁾、事実上積荷と密接な関係を有し、代表者、危険管理者たる地位を有する故に、傭船者、荷送人、荷受人がその資格において保険事故を招致した場合に保険者の給付免責が生ずることを定めたのである⁽¹⁷⁾。また、わが国の普通保険約款においては⁽¹⁸⁾、保険契約者または被保険者の法定代理人、これらの者が法人であるときはその理事、取締役または法人の業務を執行するその他の機関の故意もしくは重大な過失または法令違反によって生じた損害に対して保険者は填補しないと規定されているが、これらの約款の規定も代表者責任理論のあらわれであるように考えられる。けだし、保険事故の招致は法律行為ではなく、保険の目的に対する純粹の事実行為であり、それ故保険の目的の事実上の管理者の保険事故招致が問題となるが、保険の目的の事実上の管理を全面的に委ねられている法定代理人、法人の機関は無能力者、法人の代表者とみられ、全面的代表者の典型的なものであると考えられるからである。したがって、法定代理人、法人の理事、取締役、業務執行機関の保険事故招致が保険者の給付免責となるか否かも、これらの者が事実上保険の目的を管理する者であるか否かの見地から判断することを要し、純形式的に危険の管理者としての地位にあるか否かを問わず保険者免責の効果を生ぜしめることは疑問である⁽¹⁹⁾。

右にみてきたごとく、第三者の保険事故招致の場合の保険者の給付免責の問題は代表者責任理論の見地から考察することを要するが、このような代表者責任理論は、義務説の立場からドイツ民法二七八条の適用によって、第三者の保険事故招致につき保険者の給付免責を肯定する考えとは異なる。ところがこの点につき、義務説の趣旨とするとこ

ろは代表者責任論の趣旨とするところと相通すること、代表者責任論を承認することは結局義務説と同じくドイツ民法二七八条の適用をみとめるのと同様の結果になること、代表者責任論をみとめるほどならドイツ民法二七八条の精神の類推適用をみとめる方が率直であるとして「義務説を否定する論者がドイツ民法二七八条の適用を否定しながらしかも代表者責任論によりこれが適用されるのと同様の結果を是認することは、徒らに形式的詮索を弄するものにすぎない」との学説が存する⁽²⁰⁾。もちろん、第三者の保険事故招致の場合に保険者の給付免責を肯定すると結論において、義務説と代表者責任論には相通するものがある。しかし、その理論構成とそこから生ずる法効果においては差異が存する。まず、義務説は保険契約者を「損害回避義務」の「債務者」と構成し、かくしてドイツ民法二七八条の適用によって法定代理人、履行補助者の保険事故招致を保険契約者の保険事故招致と同視して保険者の給付免責を肯定するが、代表者責任論はかかる「義務」の存在を承認しないのであり、この点において根本的な差異が存する。また、この理論構成上の差異は、保険者の給付免責となる保険事故招致者の範囲においても差異を生ぜしめる。すなわち、義務説に従ってドイツ民法二七八条の規定をそのまま適用するならば、保険契約者の第二次的補助者の保険事故招致の場合にも保険者の給付免責を肯定すべきことになり⁽²¹⁾、その結果、保険契約者の下男(Dienstbote)、家族(Familienangehörige)等の保険事故招致に際しても保険者の給付免責が生ずることになるが、この結果は保険契約者のための保険保護を強力に減少させることになり、保険契約者の利益保護に適合しない。この結果を避けるため、義務説は保険関係の特殊性と保険契約の安定化思想(Sicherungsgedanke)を考慮し「保険契約者を高度に代表する者(ein höherer Vertreter)」の保険事故招致についてのみ保険者の給付免責を肯定するのである⁽²²⁾。その肯定された結論において代表者責任論と相通するものがある。それはともかくとして、ドイツ民法二七八条の規定を適用する場合と代表者責任論を適用する場合とは保険者の給付免責となる保険事故招致者の

範圍において差異が存すると考えられる。要するに、義務説と代表者責任理論はその理論構成の点において、また、保険者の給付免責となる保険事故招致者の範圍の点において差異が存すると解すべく、この差異を軽視することはできないのではなからうか⁽²³⁾。

右にのべたことから明らかなように、第三者の保険事故招致の場合の保険者の給付免責の問題は代表者責任理論の見地から判断されることを要するが、次に判例上問題となつた具体的事例について検討を加える。

(一) 法定代理人。未成年者⁽²⁴⁾、または禁治産者の法定代理人が保険事故を招致した場合、保険者の給付免責を肯定すべきか否かにつき見解が分かれる⁽²⁵⁾。これを肯定するとしても、保険事故の招致は法律行為ではないので單純に代理権理論から論ぜられることはできない。この点につき、政策的解決説ともいふべき学説は⁽²⁶⁾、任意または法定代理人の保険事故招致の場合、代理権限授与の原因たる事実關係の如何によつては代理人の保険事故招致の場合に被保険者自身にも故意、過失等の責ある場合が多く、しかもその立証が困難なこと、また實際上、被保険者を利得せしめようとする動機が伏在する場合が多く、しかもその立証が困難である点を考へて、保険者の免責をみとめ、ただ被保険者が反対の立証をなした場合には保険者の免責は生じないとし、實際上生ずるであろう不都合・不便を除く・防止するという政策的見地から解決されるべきであるとする。しかし、被保険者と同じ世帯に属する親族の保険事故招致にあつては被保険者に保険金を取得させようとする動機の存在が推定されるとしても、これと法定代理人とを同視してよいか否か疑問であるのみならず⁽²⁷⁾、商法六四一条は保険契約者もしくは被保険者の「悪意」、「重大なる過失」と規定し、保険金取得の目的・動機を問わないのに、その他の第三者の保険事故招致についてはかかる目的・動機を問題とするのは均衡を失すると思へられる⁽²⁸⁾。

結論をのべるならば、保険事故の招致は法律行為ではなく事実行為であるので、ここで問題なのは法定代理ではな

く保険の目的の事実上の管理に關与する者、つまり危険管理である。然るに、無能力者の法定代理人は無能力者に代つて保険の目的、それとともに被保険危険をも管理するのであり、そのかぎりでは法定代理人は危険管理者である。それ故、法定代理人の保険事故招致を本人の保険事故招致と同視して保険者の給付免責を肯定すべきである(29)。

(ii) 法人の機関 無能力者の法定代理人の保険事故招致の場合に保険者の給付免責を肯定する見解が存する(30)。その根拠として、法人の機関による保険事故招致(30)の場合に保険者の給付免責を肯定する見解が存する(31)。その根拠として、法人の機関の行為は法人の行為であるとか、法人は機関によって行動するとか、法人の機関は保険契約者または保険金請求権者とみなされる、と説明される。しかし、法人の代表機関がその代表権限内において法人の名においてなした法律行為の効果は法人に帰属するという理論、あるいは法人の理事その他の代理人がその職務を行うにつき、他人に加えた損害は法人自身の不法行為として法人が賠償の責に任ずるという理論(民四四条)から、法人の機関の保険事故招致を法人自身の保険事故招致と同視して保険者の給付免責を肯定することはできない。けだし、保険事故の招致は保険の目的についての事実行為であり、法人の法律行為、不法行為とは何ら關係するところがないからである。したがって、法人の法律行為理論、不法行為理論からこの問題は論ぜられることはできないのである。また、政策的解決説の見解に(32)疑問が存することはすでに明らかにされたところである。そして、保険契約者が公法上の法人である場合、あるいは株式会社、社団法人、財団法人のごとく私法上の法人である場合、その機関たる理事、取締役、法人の業務を執行するその他の機関の保険事故招致について問題となるが、保険事故招致に關する規定の理論構成につき危険除斥説に従ったことに対応して、法人の機関の保険事故招致の問題に關しても、何人が保険の目的、それとともに被保険危険を保険契約者に代つて管理する立場にあるかという見地から考察されることを要する。それ故、これらの法人において何人に危険管理者としての地位が託されているかが探求されねばなるまい。然るとき、たとえば株式會

社では、株主は業務執行から排除され、その代りに取締役が保險の目的の管理者に選任される。したがって、取締役が保險の目的の危險管理者であるかぎり、これらの者の保險事故招致は株式会社の保險事故招致と同視して保險者の給付免責を肯定すべきである(33)。

また、法人の機関の範圍は代表機関にかぎるか、それとも代表権限はないが法人の内部において業務を執行する機關をも含むかが問題であるが、前述のごとく、保險事故招致は事実行為であり、法人の代表行為を伴うものではないから、代表機関にかぎらず、法人の業務を執行し、それ故保險の目的の管理者であるかぎり、保險者の給付免責を肯定すべきである(34)。

- (1) たとえば、水口・保險法論五四六頁、近藤(民)・前掲損害保險研究第一卷第一号、同・前掲損害保險研究第九卷第三、四号、升本・前掲、野津・新保險契約法論一四五—一四八頁等。
- (2) Pinckernelle, a.a.O.S. 51, 55; なる Pinckernelle, a.a.O.S. 55, Pröls, a.a.O. (17 Aufl.), S. 73 以下; なる Gewohnheitsrecht ところのみ。
- (3) Vgl. Bruck-Möller, a.a.O.S. 214-215; Pinckernelle, a.a.O.S. 52-53; Pröls, a.a.O. (17 Aufl.) S. 73-74; なる 大森・法的構造二六五—二六七頁、石田・前掲上智法学論集一〇三—一〇四頁参照。
- (4) RGZ 9, 118; RGZ 37, 149; RGZ 51, 20; RGZ 83, 43; RGZ 117, 327; RG 22.4.1903 (JW 1903, S. 251)
- (5) RG 8.2.1929 (VA 1929, S. 269-270 Nr. 2028—JRPV 1929, S. 102); RG 4.10.1929 (VA 1929, S. 335-336 Nr. 2085 = JRPV 1929, S. 366); なる RGZ 135, 370 は未成年者たる保險契約者の父による放火の事案において、代表者概念につき本文の「」とき表現を明確に打ち出している。
- (6) RGZ 149, 69; RG 14, 2.1936 (JW 1936, S. 1968); RGZ 157, 314
- (7) Vgl. Bruck-Möller, a.a.O.S. 215; Pinckernelle, a.a.O.S. 53; なる BGHZ 11, 122 は自動車車両保險(Kraftfahr-Kasko-

- versicherung) の事案なることより、この点を明確にすべき。極く最近の判決に、Vgl. Urteil des BGH v. 1. 10. 1969 (Versicherungsrecht, 1969, S. 1086); 以下 Vgl. Deutsches Versicherungsrecht, Rechtsprechung der Jahre 1943-1953, S. 161.
- (8) Ehrenzweig, Die schuldhaftige Herbeiführung des Versicherungsfalles, S. 34ff.; Ders., Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 153-154, 268-269.
- (9) Pinckemelle, a.a.O.S. 55.
- (10) Bruck-Möller, a.a.O.S. 216-217; 以下 Vgl. Manfred Werber, a.a.O.S. 39-40.
- (11) 近藤(民)・前掲損害保険研究第九卷第三、四号一六九頁。
- (12) 升本・前掲一〇五頁。
- (13) 野津・新保険契約法論二四七頁。なお、石井・前掲三〇四頁は未成年者の法定代理人を未成年者の「身代り」とされる。
- (14) Ehrenzweig, Die schuldhaftige Herbeiführung des Versicherungsfalles, S. 34ff.; Ders., Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 268.
- (15) Pinckemelle, a.a.O.S. 56; Bruck-Möller, a.a.O.S. 216; Kisch, a.a.O.S. 495-496.
- (16) これらの者が保険契約者または被保険者であれば商法八二九条一号によって保険者の給付免責が生ずる(大森・保険法二三四頁、野津・新保険契約法論五一七頁、Pross, a.a.O. (17 Aufl.) S. 507.
- (17) 大森・保険法二三四頁は「保険の目的を管理する地位にある者」とし、野津・新保険契約法論二四五頁は「危険管理者」とされる。なお、加藤・海上損害論三一一三三頁は、商法八二九条三号の傭船者、荷受人を保険契約者または被保険者の代表者としつつ、「代表者責任は全く例外である」とされ(なお、小町谷・前掲各論一一八頁参照)、また、同・海上危険論三三八—三三九頁は代表者責任を否定し、船長その他の船員の行為による危険の変更または増加は保険契約に影響を及ぼさないとされる。

(18) 前述三(一)の注(17)参照。

- (19) 石田・前掲上智法学論集一〇八頁。
- (20) 大森・法的構造二六九—二七〇頁。なお、石田・前掲上智法学論集一〇二頁参照。Pincemelle, a. a. O. S. 55も、代表者責任論は實際上ドイツ民法二七八条の思想であるということ是否定すべきでない旨をのべている。この点の学説上の論争に關しては、Vgl. Pincemelle, a. a. O. S. 64
- (21) Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 741-742; Ders., Versicherungsrecht, S. 153; Pincemelle, a. a. O. S. 56; ヌベツト BGHZ 11, 123 は、このことを明示している。それ故、たとえば義務説を主張するGerhard-Hagen, a. a. O. S. 287-288 は第三者の範囲を最も広く解している(升本・前掲一〇五頁参照)。
- (22) Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 741-743; Ders., Versicherungsrecht, S. 154, 203-204; なお、瀬戸弥三次・前掲損害保険研究第二三卷第三号二八一—二九頁、同・前掲損害保険研究第二三卷第一号四頁参照。なお、Vgl. Bruck-Möller, a. a. O. S. 210.
- (23) たとえば、義務説の下にドイツ民法二七八条の準用によって代表者責任理論に従う Gierke も RG の基本思想は適切であるとしつつも、自説は代表者概念と全く一致するわけはない旨をのべていることは、(Versicherungsrecht, S. 154) 本文にのべたことにも妥当しよう。
- (24) 未成年者の法定代理人たる後見人の教唆による保険事故招致につき、大審院昭和一八年六月九日判決(法律新聞四八五一号五頁)は保険者の給付免責を肯定しているが、その理由として、後見人が事実上危険管理者たる地位にある事実を重視している。この判決につき、近藤(民)・前掲損害保険研究第九卷第三、四号一六五頁、窪田・前掲六〇—六一頁の研究、解説がある。
- (25) 否定説 Josef, a. a. O. S. 483ff.; Müller, a. a. O. S. 560; Roelli, a. a. O. S. 210-211; 今村・前掲中巻二二九—一三〇頁、小町谷・前掲各論一一三頁、同・前掲損害保険研究一一三頁。
- (26) 大森・法的構造二五七頁、二八〇頁、同・保険法一四八頁、田中(誠)・前掲一八〇頁、伊沢・前掲二四二—二四四頁、

窪田・前掲六一頁。

(27) わが国の約款がこれを区別して規定していることは前述のとおりである(石田・前掲上智法学論集一〇七一—一〇八頁参照)。

(28) 田中(耕)・前掲四九五頁。これに対して、大森・法的構造二八〇頁、二八二頁は保険の利益享受者自身の事故招致の場合には不当の動機の有無は問題とならず、第三者の事故招致の場合には不当の動機の有無が最も重要な意味を有するとされる。

(29) 近藤(民)・前掲損害保険研究第九卷第三、四号一六九頁、升本・前掲一〇五頁、水口・保険法論五四二頁、五四六頁、野津・新保険契約法論一四六頁(Ehrenzweig, Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 268; Kisch, a.a.O.S. 492; Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, S. 741; Ders., Versicherungsrecht, S. 154

(30) 法人の機関たる理事の保険事故招致につき、昭和七年九月一四日第三民事部判決(民集一巻一八号一八—一五頁)がある。法人の理事が自己の犯跡を隠蔽する目的で、これを包蔵する保険の目的たる建物を放火焼失させた事案において、判決は保険者の損害填補責任を肯定したが、その理由として、理事のかかる行為は専ら個人たる資格における行為であり、法人自身の行為とはいえないという点に存する。この判決については、田中(耕)・前掲、近藤(民)・前提損害保険研究第一巻第一号、升本・前掲、水口・前掲法律論叢、窪田前掲五八頁以下の研究、解説が存するが、田中、近藤、升本、水口はいずれも代表者責任理論によられる。

(31) Möller, a.a.O.S. 560; Roelli, a.a.O.S. 212-213; 今村・前掲中巻一二七頁、小町谷・前掲各論一一二頁、同・前掲損害保険研究一一頁。

(32) 大森・法的構造二七六頁、二八〇頁、田中(誠)・前掲一八〇頁、伊沢・前掲二四二—二四四頁、窪田・前掲六一頁。

(33) Ehrenzweig, Die schuldhaft e Herbeiführung des Versicherungsfalls, S. 44-45; Ders., Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, S. 269; 野津・新保険契約法論一四六頁。なお、取締役会に出席するだけで会社の常務に関与しない取締役の保険事故招致は保険者の免責事由にならないとの見解も存する(小町谷・前掲各論一二二頁、同・前掲損害保険研

究二二頁)。

(34) 大森・法的構造二二二頁、小町谷・前掲各論一二二頁、同・前掲損害保険研究二二頁、Ehrenzweig, Die schuldhaftige Herbeiführung des Versicherungsfalls, S. 45

四 む す び

以上において、保険事故招致に関する商法六四一条の規定を中心として考察を進めてきたが、ここであらためて要約するならば、商法六四一条の規定の法的性質・理論構成については危険除斥説に、第三者の保険事故招致の場合の保険者の給付免責の問題については代表者責任理論の承認にそれぞれ到達した。

もつとつ、Pinckernelle の詳細な比較法的検討によつて要約されたところ(5. 22-23, 64-65)、一方では、保険事故招致に関する規定の法的性質・理論構成につき、フランス法、イギリス法に対してスイス法、ドイツ法において多くの争いが存し、かくしてドイツ法においてこの問題解決がとくに重要な意味を有するのは、第三者の保険事故招致の場合にドイツ民法二七八条の規定が適用されるか否かの判断との関連においてであること、他方では、第三者の保険事故招致の場合、ドイツ保険契約法の解釈上、代表者責任理論が貫徹されている反面、スイス法、フランス法、イギリス法においては自己責任原則が支配しているのであり、本稿のごとき問題の取り扱いにあつてもこれらの法制度との比較・検討が重要であることはいうまでもない。本稿ではわずかにドイツ法の理論を中心に考察を進めてきたのであるが、その到達した結論において現在のわが国の有力説に対して異論を提示した部分もあり、おそらく

様々の批判が存すると思われるが、不十分な点は今後の研究によって補っていききたいと考えている。

(一九七〇・一・二〇)