HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	保険と契約上の権利の調整
Author(s)	山本, 哲生
Citation	北大法学論集, 52(4), 1-71
Issue Date	2001-12-21
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15098
Type	bulletin (article)
File Information	52(4)_p1-71.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

保険と契約上の権利の調整

山本哲生

目次

一　はじめに
二　一般的評価
三　取引類型による評価
四　検討

一　はじめに

保険金請求権以外に被保険者が保険の目的物に関連する契約上の権利（債務不履行による損害賠償請求権は除く）を有する場合には、保険金と契約上の権利との関係が問題になる。たとえば、抵当権者が自己の利益を付保したとき、保険金と被担保債権との関係が問題になる。アメリカではこの問題は一般的には保険の目的物について複数の利害関係者がいる場合（multiple interests）の問題、保険の目的物について限定的な利益（limited interest）をもつ者が複数いる場合の問題として論じられている。[1] このような場合に、取引当事者間で保険金の帰属等につき合意がなされることもあるが、本稿は、そのような合意の効力ではなく、合意がない場合における適切な処理のあり方、適切に処理するための保険契約の妥当な構成に関する議論を対象とする。[2] まず、このような場合における保険者と被保険者、第三者の関係についてのアメリカにおける議論を概観し、これらの場合に保険金と契約上の権利の調整はどのような形が望ましいか、このような場合の保険契約はどのように構成するのが妥当かについて若干の検討を行う。

このようなことが問題となる具体的状況としては種々の場面が考えられるが、本稿ではアメリカで典型的にとりあげられる mortgage と不動産売買を扱う。mortgage では担保権者（mortgagee）が自己の利益についての保険契約を締結した場合に、保険金と担保権設定者（mortgagor）＝債務者に対する権利との関係が問題になる。不動産売買では典型的には売主の保険と代金債務との関係が問題になる。

ただし、担保権者が自ら自己の利益の保険に加入したり、不動産売買に当たって売主が自己の利益の保険に加入しているだけというのは、これらの取引の典型例ではない。アメリカでは抵当権者と設定者あるいは売主と買主の両者の利益の保険契約が締結されているのが典型例とされている。[3] また、mortgage でも不動産売買でも、当事者が保険金の配

分について何らかの合意をしていれば、それが尊重されるので、[4] いかなる内容の合意でも基本的にはそれに応じて保険金は配分される。したがって、取引の両当事者の利益を付保する保険契約もなく、保険金の配分についての合意もない場合に、本稿が対象とする保険と契約上の権利の調整の問題が生じる。したがって、取引に慣れていない者同士による取引、専門家を介さない取引について、これから扱う問題は起こりやすい。

アメリカの状況を見る前に参考のため、日本ではどういう処理がなされているかを簡単に確認しておくと、mortgageに相当するのは抵当権や譲渡担保などであるが、抵当権者が自己の利益について付保するものとしては、債権保全火災保険がある。これによると、抵当物への損害発生を保険事故として保険金が支払われ、被担保債権については約款によって保険者が取得すると規定されている。[5] 抵当保険における被担保債権の保険者への移転の法的性質については議論があり、このような保険を被担保債権の価値についての保険とする立場では、被担保債権の移転は残存物代位、あるいは保険委付として理解できるとする説がある。[6] これに対して抵当保険を目的物に対する抵当権者の利益についての保険とする立場では、被担保債権の移転は法律上当然には出てこないので、保険契約で債権譲渡を特に定めたものということになる。[7] いずれにせよ、抵当権者の利益についての保険では、被担保債権は保険者が取得するという処理がなされている。

譲渡担保では、担保権者は所有者利益についての保険に加入することが認められているが、[8] この場合には担保権者に支払われた保険金は清算の法理によって、被担保債権に充当されると解されている。[9] この場合、担保権設定者が担保権者の保険により利益を受けることになる。

次に、不動産売買については、典型的に問題になるのは目的物が滅失したのに代金債権は残るというケースであるから、買主が危険負担する場合である。そして、売主の保険が問題であるから、買主が危険負担しつつ、かつ、売主に所

有者としての被保険利益が認められる場合に、本稿で扱う問題が生じる。ただし、そもそも買主危険負担のときに売主に所有者としての被保険利益があると認められるのかが問題になる。[10] この点は、所有権移転の時期や買主が危険負担する時期をどう考えるか、それらと被保険利益の関係はどうかについての議論によることになり、ここでは省略するが、[11] いずれにせよ、買主危険負担のときに売主の保険が有効であれば、売主の保険金請求権について買主は代償請求権をもつと解されている。[12] すなわち、買主は売主に対して保険金請求権を引き渡すことを求める請求権を有する。実際には売主は代金債権をもっているので、相殺されることになる。この場合、買主が売主の保険により受益することになる。

ところで、不動産売買については、目的物の譲渡の場合に売主の保険契約上の権利が買主に移転することが推定される（商六五〇条二項）。また、目的物譲渡の場合は保険者に通知しないと保険者免責とする約款との関係も問題になるが、詳しくは後述する。[13]

（1）ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW 350 (1988); SPENCER L. KIMBALL, CASES AND MATERIALS ON INSURANCE LAW 171 (1992); Edward Godfrey, Some Limited-Interest Problems, 15 L. & CONTEMP. PROB. 415 (1950).

（2）合意の効力についての議論とまったく無関係というわけではないが、位置関係としては、合意の効力の前段階の議論といえよう。

（3）KEETON & WIDISS, supra note 1, at 327.

（4）WILLIAM R. VANCE, HANDBOOK ON THA LAW OF INSURANCE 777 (3d ed. 1951). Bruce v. Jennings, 10 S.E.2d 56 (Ga. 1940).

（5）債権保全火災保険についての解説として、遠藤一治「債権保全火災保険」石田満編・保険と担保一七五頁（文眞堂、一九九六年）、松村寛治「損害保険と担保」別冊ＮＢＬ一〇号・担保法の現代的諸問題二一三頁（一九八三年）、南出弘＝棚

田良平・保険担保の法律と実務二三七頁（金融財政事情研究会、一九七二年）等。

(6) 石井照久＝鴻常夫・海商法・保険法二一六頁（勁草書房、一九七六年）、野津務・新保険契約法論三九二頁（中央大学生協出版局、一九六五年）。反対、田辺康平「抵当保険契約の損害填補契約性（一・完）」新潟大学法経論集五巻三号五頁以下（一九五六年）、同「抵当保険契約の本質と法律構成」法学二〇巻四号一三三頁以下（一九五六年）。

(7) 松本烝治・保険法一二六頁（有斐閣、一九一五年）、鴻常夫「抵当保険の法律構成」私法一一号九〇頁、九五頁（一九五四年）。これらの議論につき、鴻常夫「抵当保険の効力と性質」商法の争点Ⅱ二七九頁（一九九三年）参照。

(8) 最判平成五・二・二六民集四七巻五号一六五三頁。

(9) 高木多喜男・担保物権法（新版）三三二頁（有斐閣、一九九三年）。また、設定者は被担保債権額と保険料を支払うことにより、譲渡担保権者に対して保険金請求権の譲渡ないし取得した保険金の引渡を請求できる。同書三三二頁。大判昭和八・一二・一九民集一二巻二六八〇頁（売渡担保について）。

(10) 小野秀誠・反対給付論の展開四〇六頁（信山社、一九九六年）、半田吉信・売買契約における危険負担の研究四五二頁（信山社、一九九九年）、浜上則雄「代償請求権について（上）（中）（下）」ＬＳ三九号六四頁、四一号四〇頁、四二号三五頁（一九八一―一九八二年）、三九号七一頁、四二号三九頁、沢井裕・判批・民商五七巻一号一二六頁（一九六七年）。

(11) 危険負担等と被保険利益の関係について検討するものとして、田辺康平「不動産の売買における被保険利益の所在」保険法の理論と解釈四一頁（文眞堂、一九七九年）。

(12) 小野・前掲注10四〇六頁、半田・前掲注10四五七頁、甲斐道太郎「代償請求権と不当利得」谷口知平教授還暦記念・不当利得・事務管理の研究（3）一六六頁（有斐閣、一九七二年）、浜上・前掲注10四二号三九頁等。

(13) 四参照。

二　一般的評価

1　序

このような問題の処理としては、アメリカで三つの方法があげられることが多い。被保険者が保険金と第三者からの給付の両方を取得すること、保険金を支払った保険者が契約上の権利に代位すること、第三者が保険により受益することである。[1] しかし、一般的には被保険者の二重取りは否定されており、[2] 代位か第三者受益かが主たる問題となる。代位は典型的には第三者に対する損害賠償請求権について認められるものであり、損害とは関係のない契約上の権利について保険者の代位は少なくとも当然には認められるものとはされていない。[3] なお、第三者受益として第三者の保険者に対する保険金請求権が認められるのは例外的である。原則としては、被保険者が保険者に対する保険金請求権を有し、第三者は保険金を取得した被保険者に対して保険金額相当の支払等を求める権利をもつというような形で受益が認められる。[4]

この問題の捉え方として二つの見方がなされているようである。一つは保険が対象とする利益をどのように理解するか、他人の利益を対象とする保険により第三者の利益もカバーされると理解するかどうかという点から問題をとらえるものである。[5] たとえば、mortgage であれば、担保権者の自己の利益のための保険は設定者の利益も対象とすることはないのかというような形で議論する。もう一つの視角は、物の損害に関連して保険者と第三者が債務を負っている場合に、保険者と第三者のいずれが主たる責任を負うかという点から問題を捉えるものである。[6] これはそもそも保険者の債務と第三者の債務を実質的に何の関係もないものとは理解しないので、第三者の受益を認める場合にも、第三者が実質

的にまったく無関係な保険により利益を受けるということにはならない。

この視角の違いはアメリカにおいて自覚的に論じられているわけではなく、第三者の受益の是非の議論において考慮する要素やその比重にはほとんど違いはない。したがって、この視角の違いによる現実的影響はほとんどないといえる。(7) そこで、以下では、この視角の違いにはこだわらず、アメリカにおける議論をみていくことにする。

(1) John C. McCoid, Allocation of Loss and Property Insurance, 39 IND. L. J. 647, 648 et seq. (1964); Cecil G. King, Subrogation Under Contracts Insuring Property, 30 TEX. L.REV. 62, 71 (1951); 4 GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION 351 (1978); Notes, Subrogation of the Insurer to Collateral Rights of the Insured, 28 COLUM. L. REV. 202, 203 (1928).

(2) 否定の理由は損害てん補原則（principle of indemnity）に反すること、保険の賭博化防止、事故招致防止、不当利得（unjust enrichment）である。McCoid, supra note 1, at 649-650; William F. Young, Some "Windfall Coverages" in Property and Liability Insurance, 60 COLUM. L. REV. 1063, 1067-1068 (1960); King, supra note 1, at 71; John G. Fleming, The Collateral Source Rule and Contract Damages, 71 CAL. L. REV. 56, 72 (1983).

なお、一般論としては被保険者の二重取りを認めるべきではないことには異論はないが、判例では結果的に被保険者が損害額以上の給付を受けることを認めるものもある。Dubin Paper Co. v. Ins. Co. of North America, 63 A.2d 85 (Pa. 1949); Vogel v. Northern Assur. Co., 219 F.2d 409 (3d Cir. 1955). そのような場合は被保険者は保険者にも第三者にも対価を払っているので、二重取りを認めないとどちらかに windfall が生じるという考え方が強いようである。McCoid, supra note 1, at 649.

(3) Note, Liability of Conditional-Sales Vendee Who Assumed Risk of Loss Is Reduced by Proceeds of Vendor's Fire Insurance, 72 HARV. L. REV. 1380 (1959); Notes, supra note 1, at 202; 1 JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE 268 (4th ed. 1995). 伝統的には代位が認められるには、代位者が他人の債務を履行し、代位の対象となる債権の債務者が代位者と比べて主たる（primary）義務を負っていることが必要であり、契約上の権利への代位についてはこれらの点が問題となる。しかし、契約上の権利に対する代位が否定されているわけではなく、損害賠償請求権に対す

る代位とは異なることは意識されつつも、同じ代位の問題として処理されている。アメリカにおける代位の要件等につき、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）」法学五七巻五号八三頁以下、九四頁（一九九三年）参照。

（4）Mortgageと不動産売買についての判例参照。第三者の保険者への直接の請求を一般的に認めるものとして、Banks McDowell, Insurable Interest in Property Revisited, 17 CAPT. U. L. REV. 165, 185 (1988).

（5）John D. Ingram, Valuing an Insurable Interest in Property Where the Insured Is not the Sole Owner, 17 IDAHO L. REV. 523, 524-525 (1981); McDowell, supra note 4, at 170; McCoid, supra note 1, at 647; Edward Godfrey, Some Limited-Interest Problems, 15 L. & CONTEMP. PROB. 415, 415-416 (1950).

（6）Stephen I. Langmaid, Some Recent Subrogation Problems in the Law of Suretyship and Insurance, 47 HARV. L. REV. 976, 987 et. seq. (1934); King, supra note 1, at 76; 4 PALMER, supra note 1, at 368; Morton C. Campbell, Non-Consensual Suretyship, 45 YALE L. J. 69 (1935); Notes, supra note 1, at 209; Fleming, supra note 2, at 56-57.

（7）視角の違いによって生じうる差異としては、後者からは保険者と第三者で責任を分担するという見解が生じる。Langmaid, supra note 1, at 991-992. また、後者からは、第三者の受益を認める場合に、第三者が保険者よりも先に債務を履行したときには、第三者が被保険者の保険者に対して有する権利に代位するといわれることがある。EDWIN W. PATTERSON, ESSENTIALS OF INSURANCE LAW 151 (2d ed. 1957); 4 PALMER, supra note 1, at 348. ただし、分担や第三者による代位を認めるのはごく少数の学説であり、判例ではそのような結論はとられていない。McCoid, supra note 1, at 652.

2　被保険者の保険金請求

この議論は基本的には第三者が受益するか、保険者が代位するかという形で論じられる。しかし、第三者に対して契約上の権利を有する被保険者が保険金請求できるかどうかが論じられることがある。訴訟としては被保険者が保険者に

対して保険金請求するという形で、第三者が当事者にならずになされることもあることから、判例ではこのような形で議論されることも珍しくない。第三者受益の議論との関係についていえば、被保険者の保険金請求を認めることは第三者受益の是非には直結しない。被保険者に対する第三者の保険金引渡請求権が認められるのであれば、第三者が受益するが、保険者が代位するのであれば第三者は受益しない。したがって、これらの点について判断されず、単に被保険者の保険金請求だけが認められたとしても、第三者受益については結論はでない。ただし、被保険者の保険金請求が否定された場合には、第三者は受益しないことを意味する。(1) そこで、この点についての議論をここでみておくことにする。

この問題は主に判例において、被保険者の保険金請求権が確定する時期の問題としてとりあげられ、ニューヨーク・ルールとウィスコンシン・ルールに分かれている。ニューヨーク・ルールは、被保険者の保険金請求権は損害発生時に確定するのであって、その後の事情は保険金請求権には影響しないというものである。このルールにより、被保険者が第三者に対して契約上の権利を有していても、それにより被保険者が給付を受けられるという事情は保険金請求権には影響しないとされる。(2) これに対して、ウィスコンシン・ルールは保険金請求権は損害発生後の事情に影響されるとするものであり、被保険者が第三者に対して契約上の権利を有する場合には、後に第三者から給付を受けられるという事情を考慮して、被保険者の保険金請求権を否定するということになる。(3)

判例の多数はニューヨーク・ルールを支持しているが、(4) 理由としては保険者は保険金支払に見合った保険料を収受しているのであるから、保険者の責任を否定すべきではないことがあげられる。(5) この保険料の議論はアメリカではよくみられるものであるが、この論拠の妥当性については後に代位についての議論の箇所でとりあげることにする。(6) 第三者受益との関係では前述のようにウィスコンシン・ルールの妥当性が問題になるが、ウィスコンシン・ルールに対する批判としては、契約上の権利が存在していても結果的に給付がなければ被保険者は損害を被っているという見地から、契約

上の権利の履行期が損害発生のかなり先であるような場合には被保険者の損害の有無が不明確なままになり、保険者の責任も不明確になる[7]、あるいは保険者は自己の責任が明確になるまで支払を拒むので保険金支払が遅れるという批判がある[8]。損害発生時に確実な契約上の権利のみを考慮すべきとの見解もあるが[9]、一定の場合には保険者の責任が不明確になることは避けられないであろう[10][11]。代位についての理論的問題を除けば、第三者受益を否定するのであれば代位方式をとるのが妥当である[12]。以下では、第三者受益か代位かの議論をみていくことにする。

(1) 第三者の保険者に対する直接の保険金請求権を認めるのであれば、この場合でも第三者は受益しうる。ただし、前述のように、一般的には判例・学説において第三者の保険金請求権は認められていない。

(2) Roger A. Bixby, The Vendor-Vendee Problem: How Do We Slice the Insurance Pie? 19 FORUM 112, 118 (1983); Banks McDowell, Insurable Interest in Property Revisited, 17 CAPT U. L. REV. 165, 168 (1988); John D. Ingram, Valuing an Insurable Interest in Property Where the Insured Is not the Sole Owner, 17 IDAHO L. REV. 523, 528 (1981).

(3) McDowell, supra note 2, at 169; Ingram, supra note 2, at 528.

(4) 4 GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION 346 (1978); Bixby, supra note 2, at 118. mortgage についてはウィスコンシン・ルールがとられる傾向があるとされる。これは火災後に被担保債権が弁済等で消滅した場合に担保権者の保険金請求が認められないことが多い（3 GEORGE G. COUCH, COUCH ON INSURANCE§42:32 at 44 (3d ed. 1995)）ことを指す。この点は mortgage の担保権者の利益についての保険は担保物件自体（property）ではなく、担保権者の担保物件についての利益を付保するとされることが多いことからすれば、理解できる。

(5) ニューヨーク・ルールに対する批判として、被保険者に損害額以上の保険金請求を認めることで、被保険者のモラル・ハザードが問題になるといわれることがある。McDowell, supra note 2, at 172 et. seq; Notes, The Double Recovery in Indemnity Insurance, 35 S. C. L. REV. 501, 502 (1962). ただし、ニューヨーク・ルールは必ずしも被保険者が損害額以上に利得することを認めることまでも含意するものではない。すなわち、代位や被保険者が第三者に保険金を引き渡す義務を負うことまで

も否定するものではない。しかし、現実には被保険者の利得を認める結果となることもあるとの指摘もある。たとえば、不動産売買ケースで売主と保険者間の訴訟で売主が勝訴した場合、売主は買主からも代金を得ることになるといわれる。Ingram, supra note 2, at 531-532.

被保険者の保険金請求を認め、かつ保険者の代位を認めることはウィスコンシン・ルールに含めて論じられることもあるが（Ingram, id, at 534; Allen P. Fineberg, Risk of Loss in Executory Contracts for the Sale of Real Property, 14 COLUM. J. L. & SOC. PROBS. 453, 480 (1979). ニューヨーク・ルールは代位を含まない）、少なくとも判例では一般的にはそのような位置付けはされていない。

(6) 後掲3注27、38と本文参照。

(7) Ingram, supra note 2, at 534, 536; Bixby, supra note 2, at 123. また、損害額が不明確であるときには、評価が困難な損害額の立証の負担を被保険者に課すよりは、被保険者に利得させる可能性があっても保険金は支払われるべきであるといわれることもある。Emlin McClain, Insurance of Limited Interests Against Fire, 11 HARV. L. REV. 512, 518 (1898).

(8) Ingram, supra note 2, at 534, 536; Bixby, supra note 2, at 123. Paramount Fire Ins. Co. v. Aetna Cas. & Surety Co., 353 S.W.2d 841 (Tex. 1962).

(9) McDowell, supra note 2, at 172. この説は損害発生時に第三者の債務の存在さえ確実であれば確実なものとして評価するようである。第三者の資力のような要素は考慮しないとするものであろう。

(10) たとえば、McDowell は売買契約が締結され、当該州で equitable conversion の法理が採用されているのであれば、買主の代金債務は確実なものとする。McDowell, supra note 2, at 172. 買主の代金債務の有無の議論については、三2参照。しかし、現実には売主と買主のどちらが危険負担するかについて争われることもあり、そのような場合には少なくとも現実には、危険負担についての結論が出るまでは保険給付から代金債務を控除するかどうかの判断は下せない。

(11) ウィスコンシン・ルールに対する別の批判として、保険者が保険金額より少ない額の支払しかしないことで保険者に windfall が生じるとするものがある。ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW 352 (1988).

(12) ウィスコンシン・ルールの適用については種々の議論がある。第三者が給付した後かどうか、第三者が給付義務を負っ

ているかどうかなどの点から適否を判断すべきであるとの見解もある。McDowell, supra note 2, at 172; Notes, supra note 5, at 503-505. ただし、判例は第三者の給付後か否かに関わらずウィスコンシン・ルールを適用している。Ingram, supra note 2, at 533.

3　第三者受益と代位

(1) 第三者受益否定論

一般論としては第三者受益を否定的に評価するものが多いようである。[1] その理由として、もっともよくあげられるのが保険契約の人的契約（personal contract）としての性質に反することである。[2] 人的契約という言葉は、この議論においては、不正請求の点から保険契約では被保険者の性格が重要な意味をもつという意味で使われることが多い。[3]

アメリカでは一般論としては保険契約が人的契約としての性質をもつことは認められている。人的契約であることの具体的な効果としては、assignment of insurance policies には保険者の同意が必要とされる。[4] 不正請求の危険は被保険者の性質に基づくものであるから、この危険の有無・程度を判断するために保険者には被保険者を確認する機会を与えるべきであるということである。[5] また、火災保険では約款に、保険者の同意なしで assignment of insurance policies をした場合には保険契約は無効となるとの条項があるのが通例であり、この約款の効力も一般的には有効と解されている。[6] このように一般論としては人的契約性は認められており、この点から第三者受益を否定する説もある。[7]

しかし、人的契約性を貫徹することに対しては疑問も提起されている。まず、記名被保険者以外の第三者のリスクを引き受ける保険契約が存在していることからすると、人的契約性の実際の意義には疑問があるといわれる。[8] また、判例

では、後述する不動産売買を始め、その他にも、たとえば、賃貸借で賃貸人の保険につき賃借人が受益することを認めるものが数多くあり、このことからすると、人的契約性だけでは第三者受益を否定する根拠としては十分とはいえないともいわれる。[9] なお、assignment of insurance policies と第三者の受益は異なるのであって、たとえば、第三者が保険の利益を享受する旨の契約は有効であるから、第三者の受益も問題はないとされる。[10]

また、assignment of insurance policies につき保険者の同意を必要とする約款は前述のように一般的には有効とされているが、判例は一律に有効と解しているわけではない。たとえば、火災保険では、assignment of insurance policies をしても実際に危険が増加しない限り保険契約は無効にはならないとする判例や保険者は assignment of insurance policies に通常同意するから無効とはならないとする判例がある。[11] このように人的契約性は一般論としては承認されているが、具体的な適用に当たっては、この性質に基づく法原則が貫徹されているわけではない。

なお、人的契約という言葉は、保険契約が目的物自体をてん補するものではなく、目的物についての被保険者の利益をてん補するものであるという意味で用いられることもある。[12] 保険金が目的物の代物であるとみれば、保険契約の当事者ではないが目的物に対する権利をもつ者が保険金に対して権利をもつことを説明しやすくなる。しかし、保険金が被保険者の利益をてん補するものであれば、保険契約の当事者でない者が保険金につき利益をもつことは説明しにくい。人的契約という語はこのような形で用いられることもある。[13]

これに関連して、第三者受益は保険契約の当事者ではない者に不当な利得を与える、あるいは、第三者は契約上自己が負っている債務を履行するのであって、保険の利益について取引しておらず保険料を負担してもいない第三者に保証されていない利益（unwarranted benefit）を与えるべきではないといわれる。[14][15]

なお、モラル・ハザードに関連して、第三者に受益を認めることで、第三者が非効率な活動をすることが促進されな

いようにする必要があるとの指摘がある。単純にいえば、他人の保険により保護されることで、危険に注意しなくなるということである。これは第三者が保険料を負担している場合のように、第三者にコストが転嫁されるのであれば生じない。[16] 特に第三者が目的物を占有している場合には、第三者は損害発生の防止についてよりよい地位にいるから、第三者に主たる責任を課すべきであるといわれる。[17]

さらに、第三者受益に対する批判としては、第三者が受益することは保険者が第三者の損失を負担するのではなくて、保険料を支出している被保険者に第三者の損失を課すことであるというものがある。[18] この点につき、不動産売買で買主の受益を認める判例には保険料の調整を求めるものがあるが、そのような調整では不十分であるとの指摘もある。判例で買主の受益を認める際に保険料の調整を行うということは損害が発生したときにのみ調整を行うということであり、損害が発生しない場合は被保険者が保険料を全額負担することになる。これでは保険料負担の調整としては不十分ということである。[19]

次に、被保険者が自己を被保険者とする保険契約を締結していることにより損失負担のルールを変えることへの批判がある。この批判は二つに分けられる。一つは合理的付保が困難になるというものである。これは、売主の保険につき買主が受益するとしながら、売主と買主の両方が保険に加入するとすれば超過保険となり、経済的に浪費となるということである。[20] ただし、動産売買について、統一商事法典は売主の不完全履行、買主の受領遅滞のときの危険負担ルールとして、実際の保険の有無を考慮したルールを設けている。義務違反者が危険負担するが、相手方が保険に加入している場合には、その限度で相手方が危険負担する。[21] もっとも、この規定には多くの批判がある。[22] もう一つの批判は当事者または法が定めた損害負担のルールを保険の存在で変えることは妥当ではないというものである。[23]

別の批判として、第三者が別個に保険に加入していたときの、それぞれの保険の負担額をどう考えるかという複雑な

問題が生じるので、この問題に対する手当てがなされていなければ受益を認めるべきではないというものがある。[24]

この他、第三者受益の要件として、保険者の保険金支払処理が困難にならないこと、記名被保険者が第三者に受益させるかどうかで恣意的な扱いができないこと、記名被保険者が第三者のために保険契約を締結することあるいは第三者が自己の利益のために保険料につき責任を負うことが想定される関係であること、記名被保険者の損害てん補の期待を不当に害しないことなどがあげられる。[25]

第三者受益に対する批判としては、以上のようなものがある。第三者受益を否定する場合には保険者の代位を認める説が多いが、[26] 代位を認めるべき積極的理由としては、保険料は保険者が代位により回収した総額を反映した net loss により算定されているので、代位を認める方が保険料の低下につながり、保険契約者全体の利益になることがあげられる。[27] また、被保険者に過度の保険金が支払われることを避けつつ迅速な保険金支払を実現することがあげられる。[28]

なお、保険契約に代位条項がある場合は第三者受益との関係が問題になる。しかし、この点がいかに解されているかは定かではない。一般論として、代位条項の有無が重要であるといわれ、[29] 判例でも代位条項の有無が根拠とされることもあるが、[30] 第三者受益を認める場合に代位条項との関係はあまり明確には論じられていない。[31] 理論的には、保険契約の解釈として、あるいは法律上当然に第三者の受益が認められるのであれば、代位は認められないことになる。ただし、不動産売買等の取引当事者間で保険金の配分につき合意がなされ、その効力として第三者受益が認められるのであれば、代位権との関係が問題になる。後者の場合も保険金配分の合意の効力が認められ、代位権との関係で合意を無効とするような見解はないようである。[32]

(2) 第三者受益肯定論

これに対して、第三者受益を認めるべき理由としては、第三者受益か保険者の代位かは損害を保険者と第三者のどちらに負担させるかの問題であるから、資力からすれば保険料を取得している保険者は常に十分な資力を有することがあげられることがある。[33] 保険者は特定のリスクを引き受けているのに対し、第三者はリスクについては意識していない場合は保険者の責任を主たるものとすることもありうるといわれる。[34] また、社会における個々人の金銭的困難を最小限にすることが社会の利益であり、この社会的利益が保険者に損失負担させることを正当化するほど強ければ第三者受益が認められるとの主張もある。[35] さらに、被保険者の不当利得（unjust enrichment）という見地から、その不当利得が保険者と第三者のいずれの費用によるかの問題であり、第三者の費用による不当利得であれば第三者受益が認められるとの説もある。[36][37] 代位を認めることへの批判としては、まず、代位を認めることは保険者への windfall になるというものがある。これは保険料は契約上の権利の存在を考慮せずに算定されていることを前提とする。[38] また、代位を認めることにより代位権侵害で被保険者が害されることもいわれる。これは被保険者が第三者と和解することが代位権侵害になり、被保険者が保険給付を受けられなくなるような事態が起こりやすくなるということである。[39] ただし、代位が単に被保険者の二重取りを防止するためのものではなく、選択された損失分配を達成するために確立した手段であるとすれば、代位権を害した被保険者は不利益を受けるに値するとの指摘もある。[40] また、代位制度のコストも指摘される。[41]

（3）各要素の相互関係

第三者受益と代位のいずれが適切かについて、考慮の要素となるものをあげてきたが、最後に、各学説がこれらの要素の比重をどのようにとらえているかをみておく。まず、第三者の不当利得、モラル・ハザード、代位の効用（保険料低下）から、一般的に第三者受益を否定する見解がある。[42]

この他の説は、一般論としては第三者受益に否定的なものであっても、取引類型に応じて受益を認める余地を残している。契約外の第三者が受益することは一般的には妥当ではないとしつつ、保険によるリスク分散の効果が優る場合には受益を認めてよいとするものがある。[43] また、人的契約性を第三者受益否定の根拠とすることには否定しつつ、第三者受益は第三者の損失を被保険者に課すことになることを強調し、さらに保険の存在により損失負担を変えることの不当性などから一般論としては第三者受益に否定的である説がある。[44] しかし、この説も保険によるリスク分散の妥当性が否定要素に優るときには受益は認められるとし、具体的には不動産法などの個々の取引に関する法に委ねられるとする。[45]

第三者受益の要件として、保険者の保険金支払処理が困難にならないこと、記名被保険者が第三者に受益させるかどうかで恣意的な扱いができないこと、記名被保険者が第三者のために保険契約を締結すること、あるいは第三者が自己の利益のために保険料につき責任を負うことが想定される関係であること、第三者の権利を認めることで保険者が引き受けた危険（道徳危険を含む）が増加しないこと、記名被保険者の損害てん補の期待を不当に害しないこと、第三者の利益のための別の保険契約が存在しているときに複数の保険者間で責任を分配する方法が確立していることをあげる説がある。具体例としては、受寄者の保険に対する寄託者の権利があげられている。[46]

また、第三者受益と代位はいずれも損害てん補原則を守る方法として有用であるとし、どちらが妥当かは、人的契約性、保険者への不当利得、被保険者の合理的期待をどのように調整するかによるとしたうえで、一般論としては、人的契約性については柔軟に解した方がよいとする説がある。[47] 最後に、第三者受益か代位かは被保険者の二重取りによる不当利得の問題であるとして、不当利得が第三者の費用であれば第三者が受益し、保険者の費用であれば代位が認められるとするものがある。[48]

（4）理論構成

以上は実質的な議論であるが、判例では理論的には第三者受益の適否は保険金が目的物の代物であるか否かの点から説明されることが多い。代物であれば、保険契約の当事者ではなくても目的物に対して権利を有する第三者の受益が認められるが、代物ではなく、保険契約は被保険者の目的物に対する利益を付保するものであれば、保険契約の当事者ではない第三者が受益することはないことになる。[49] ただし、その場合でも第三者を黙示の被保険者として受益を認めるという理論構成もある。[50] 冒頭で述べたように、問題の捉え方として、他人の利益を対象とする保険により第三者の利益もカバーされるかという視角と保険者と第三者のいずれが主たる債務を負うかという視角がある。[51] 後者の見解が、保険者と第三者の債務がともに同じ目的を有していると解するのであれば、特に代物等の構成は不要であり、主たる責任を負う方が最終的に損失を負担することになる。しかし、このようにみる見解は少なく、[52] 理論的には他人の保険から第三者が利益を受けることの根拠づけが問題となるようである。

一般論としては以上のような議論がなされており、このレベルでは第三者受益を否定的に評価するものが多いようである。しかし、この一般論が個々の取引の場面で貫徹されているわけではなく、類型的考察の必要性も説かれている。[53] そこで、次にこの問題において典型的にとりあげられる取引である、モーゲージと不動産売買のケースでいかなる解決がなされているかをみることとする。

（1）John D. Ingram, Valuing an Insurable Interest in Property Where the Insured Is not the Sole Owner, 17 IDAHO L. REV. 523, 536-537 (1981); John C. McCoid, Allocation of Loss and Property Insurance, 39 IND. L. J. 647, 664 (1964). McCoid は第三者が明らかに保険料を負担しているときは例外とする。

(2) ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW 352 (1988); Edward Godfrey, Some Limited-Interest Problems, 15 L. & CONTEMP. PROB. 415, 419 (1950). 安藤次男「イギリスの不動産売買における危険負担と保険制度の関連」望月礼次郎＝樋口陽一＝安藤次男編・広中俊雄教授還暦記念・法と法過程七四六頁、七五〇頁（創文社、一九八六年）。

(3) KEETON & WIDISS, supra note 2, at 354; Ingram, supra note 2, at 530; Roger A. Bixby, The Vendor-Vendee Problem: How Do We Slice the Insurance Pie? 19 FORUM 112, 1184 (1983); Notes, Subrogation of the Insurer to Collateral Rights of the Insured, 28 COLUM. L. REV. 202, 204 (1928). See also William F. Young, Some "Windfall Coverages" in Property and Liability Insurance, 60 COLUM. L. REV. 1063, 1064, 1067 (1960).

(4) KEETON & WIDISS, supra note 2, at 297. 安藤・前掲注2七四六頁、七五一頁、石田満「アメリカ法における保険の目的の譲渡」保険契約法の諸問題一一三頁（一粒社、一九五二年）。一般的に保険者の同意が必要であるとされているのは、assignment of insurance policies であるが、これは物保険では、保険契約関係の譲渡に近いようである。See KEETON & WIDISS, id. at 298.

(5) Ingram, supra note 1, at 530.

(6) KEETON & WIDISS, supra note 2, at 298. ただし、不動産売買に関する判例では必ずしもそのような扱いはされていない。後掲注11と本文参照。

(7) Ingram, supra note, at 535. また、第三者が保険の利益を受けるには保険者の同意に基づく assignment of insurance policies を必要とすることの合理性として、保険者が実質的利益当事者（real party in interest）と交渉することが可能になることで簡明になること、第三者が保険契約上の義務、特に注意義務を負うようになることがあげられている。Allen P. Fineberg, Risk of Loss in Executory Contracts for the Sale of Real Property, 14 COLUM. J. L. & SOC. PROBS. 453, 479 (1979).

(8) McCoid, supra note 1, at 656. 具体的には、受寄者を記名被保険者とする保険によって寄託者の利益が付保される場合があげられている。もっとも、このような保険は記名被保険者が目的物を占有・管理している場合に限られているので、未知の第三者を付保することによるリスクは最小限に限られているとされている。石田・前掲注4一一二頁参照。

(9) McCoid, supra note 1, at 659; KEETON & WIDISS, supra note 2, at 354.

(10) WILLIAM R. VANCE, HANDBOOK ON THE LAW OF INSURANCE 780 (3d ed. 1951); 4 GEORGE E. PALMER, THE LAW

OF RESTITUTION 352 n.19 (1978). 前述のように、不動産売買や mortgage では、保険金の配分についての当事者間の合意が尊重される。ただし、理論的には、第三者に保険の利益を与える合意には代位との関係で問題もある。Sidney P. Simpson, Legislative Changes in the Law of Equitable Conversion by Contract: II, 44 YALE L. J. 754, 767 (1935). 後掲注32参照。

(11) Bixby, supra note 3, at 122. See also Godfrey, supra note 2, at 420. KEETON & WIDISS も、不動産売買等 limited interest の問題が起こる状況では、実際にモラル・ハザードの増加が問題になることはほとんどなく、保険者もこの場合にモラル・ハザード対策に力を入れているわけではないとする。KEETON & WIDISS, supra note 2, at 355. 安藤次男「アメリカ動産売買法における目的物滅失の危険負担（二）」法学四八巻一号六六頁（一九八四年）、石田・前掲注4一二四頁。

(12) もともとはこのような意味であったようである。KEETON & WIDISS, supra note 2, at 354; McCoid, supra note 1, at 655.

(13) 契約当事者（privity）の問題、すなわち契約当事者ではない者に契約上の利益を与えることの問題とするものとして、Fineberg, supra note 7, at 479. なお、後述するが、第三者の受益を認める理論の一つとして、第三者を黙示の被保険者とするものがある。この理論につき、第三者受益と人的契約性とを調和させるものとする評価があるが、人的契約性をこのようにとらえているのであろう。James. M. Fischer, The Presence of Insurance and the Legal Allocation of Risk, 2 CONN. INS. L. J. 1, 13 (1996).

(14) Ingram, supra note 1, at 537, 545, McCoid, supra note 1, at 659; Bixby, supra note 3, at 116; 2 GEORGE RICHARDS, RICHARDS ON THE LAW OF INSURANCE§12.6 at 368 (6th ed. 1990); EDWARD H. RABIN & ROBERTA ROSENTHAL KWALL, FUNDAMENTALS OF MODERN REAL PROPERTY LAW 1039 (3d ed. 1992).

(15) 第三者の受益について、第三者が自己を被保険者とする保険として契約しているものあるいは合理的に期待できるものを超える保険保護を、他人の保険からの受益を認めることで与えるべきではないとの見解もある。典型的には、たとえば、賃借人の損害賠償責任について、賃貸人は賃貸物をカバーする保険契約を利用するが、賃借人が損害賠償責任について利用するのは責任保険であるというときに、担保範囲、保険者免責の範囲、ディダクティブルの範囲等で両者に違いがあるときは責任保険で認められる保護を超えて、賃貸人の保険につき賃借人に受益を認めるべきではないということである。Fischer, supra note 13, at 15.

(16) Fischer, supra note 13, at 48-49.

(17) Note, Liability of Conditional-Sales Vendee Who Assumed Risk of Loss Is Reduced by Proceeds of Vendor's Fire Insurance, 72 HARV. L. REV. 1380, 1381 (1959); McCoid, supra note 1, at 659. ただし、判例は第三者が占有している場合に第三者受益を認めることもある。たとえば、賃貸人の保険者の賃借人に対する権利についての代位を否定する判例が多い。Id, at 659.

(18) McCoid, supra note 1, at 665. この観点からすれば、第三者が保険料を負担しているときには受益を認めてもよいといえる。Id, at 666. また、判例はそのような場合に受益を認める傾向にあるとの指摘がある。後述するmortgageではそのような処理がなされている。また、賃貸人の保険につき、賃借人の受益を認める判例が多いが、そのような判例の理由の一つは賃借人は賃料の支払において保険料を負担していることである。Fischer, supra note 13, at 8, 13.

もっとも第三者を被保険者に加えることによっては保険料の額は変わらないであろうとの指摘もある。SPENCER L. KIMBALL, CASES AND MATERIALS ON INSURANCE LAW 172 (1992).

(19) Young, supra note 3, at 1067.

(20) McCoid, supra note 1, at 669-670; F. Carlton King, UCC Section 2-510 - A Rule Without Reason, 77 COM. L. J., 272, 277 (1977). See also, Fischer, supra note 13, at 48.

(21) UCC§2-510. 1JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE 261 et. seq. (4th ed. 1995). 半田吉信・売買契約における危険負担の研究四四四頁（信山社、一九九九年）、小野秀誠・危険負担の研究三七〇頁（日本評論社、一九九五年）。

(22) 占有者に危険負担させることで占有者に効率的活動をさせるというUCCの構造と合わない点、効率的に契約を破ることを阻害する点などが批判されている。King, supra note 20, at 277; Note, Risk of Losses in Commercial Transactions: Efficiency Thrown into the Breach, 65 VA. L. REV. 557 (1979); A Task Force of the A.B.A. Subcommittee on General Provisions, Sales, Bulk Transfers, and Documents of Title, Committee on the Uniform Commercial Code, An Appraisal of the March 1, 1990, Preliminary Report of the Uniform Commercial Code Article 2 Study Group, 16 DEL. J. CORP. L. 981, 1153 (1991); Mitchell Stocks, Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510, 87 N. W. U. L. REV. 1415 (1993).

(23) McCoid, supra note 1, at 670-672; Bixby, supra note 3, at 122. See also ROBERT H. JERRY, UNDERSTANDING INSURANCE

LAW 324 (2d ed. 1996). これに対しては、売主の保険加入によって売主が補償を受ける複数の権利を有することになるのであるから、売主の保険加入は新たな要素であるとの反論がある。4 PALMER, supra note 10, at 351. 当事者の合意を変更するという点については、一方の当事者が保険契約を締結しているという事実を当事者の意思解釈の要素とすることも問題となる。さらに、情報不足の状況下での合意には法が介入する余地がある、あるいは社会的に重要な活動についてはリスクを負担する者に十分な保険保護を与えることが法システムと調和するとの見解もある。Fischer, supra note 13, at 47-48.

(24) Young, supra note 3, at 1065; McCoid, supra note 1, at 656. これに対しては保険者間の責任ルールが確立すれば問題はないとの反論もある。Banks McDowell, Insurable Interest in Property Revisited, 17 CAPT. U. L. REV. 165, 185 (1988). また、判例では両者付保の場合は別のルールとされているとするものもある。Fischer, supra note 13, at 10. 確かに、そのような判例はあるがそのような扱いが確立しているとはいえないようである。後掲三2注40参照。

(25) Young, supra note 3, at 1064-1065. 恣意性とは、第三者が保険者に直接請求する権利はないとすれば、被保険者が保険金を請求しない限り第三者は受益できないことになりうることを指す。ただし、Dubin Paper Co. v. Ins. Co. of North America, 63 A.2d 85 (Pa. 1949) は、不動産売買の売主の保険についての買主の権利が問題となったものであるが、売主が保険金を取得しなかった場合に、買主が売主の保険契約に基づいて保険者に直接請求することを認めた。JOHN E. CRIBBET & CORWIN W. JOHNSON, PRINCIPLES OF THE LAW OF POPERTY 199 (3d ed. 1989). 被保険者の期待については、KEETON & WIDISS, supra note 2, at 351-355.

(26) 安藤・前掲注2七五二頁参照。なお、理論的には、ウィスコンシン・ルールによる処理も可能である。

(27) Ingram, supra note 1, at 533, 537; McCoid, supra note 1, at 655; Notes, supra note 3, at 209. ただし、後掲注38参照。See also 1 WHITE & SUMMERS, supra note 21, at 271.

(28) Ingram, supra note 1, at 537.

(29) Note, supra note17, at 1382; 4 COUCH ON INSURANCE§65:92 (3d ed. 1996); 1 WHITE & SUMMERS, supra note 21, at 272.

(30) mortgagee の利益の保険で、代位条項がないことを設定者の受益の要件の一つとしたものとして、Pendleton v. Elliott, 35 N.W. 97 (Mich. 1887); In re Future Manufacturing Coop., 165 F.Supp. 111 (D.C.Cal. 1958) (動産所有権留保売買について)。代位条項の存在により代位を認めたものとして、Mann v. Glens falls Ins. Co., 541 F.2d 819 (9th Cir. 1976).

(31) 物保険では通常代位条項があるとされているが（KENNETH S. ABRAHAM, INSURANCE LAW AND REGULATION 201 (2d ed. 1995)）、第三者受益を認める判例においては代位条項との関係が議論されることはほとんどない。

(32) VANCE, supra note 10, at 780. 代位権との関係を指摘するものとして、Fineberg, supra note 7, at 484; Bixby, supra note 3, at 117. Bixby は不動産売買につき買主受益を認めることは免責合意を認めるのと同じ効果をもつとする。ただし、これらは第三者受益により代位権が認められなくなると指摘するだけである。また、保険者の代位権は被保険者の不当利得を防ぐために保険者と被保険者間で認められるものにすぎないから、取引当事者間での保険金分配についての合意により代位権は消滅するとの見解もある（ただし、代位条項がある場合には代位条項が優先するとする）。Emlin McClain, Insurance of Limited Interests Against Fire, 11 HARV. L. REV. 512, 524 n.1 (1898).

第三者受益を認めることは第三者の免責を認める免責合意と同じ機能をもつと指摘されているが、免責合意は第三者の責任を免除することの是非と保険者の代位権侵害の点から問題になる。いわゆる保険利益享受約款についても同様の問題がある。VANCE, supra note, at 795. 前者の観点からすれば、第三者の損害賠償責任の免責についてはその是非が問題になるが、不動産売買における代金債務の免責のような場合にはそれほど問題はない。ただし、後者の代位権侵害の観点からすれば、どちらにおいても問題となりうる。本文で述べたように、実際には不動産売買のような場合には代位権侵害は問題とはされていない。保険者の代位の根拠の一つとして第三者の免責阻止があることからすれば、第三者の免責が認められる場合には代位権侵害もそれほど問題にする必要はないという意味では、このような扱いは理解できる。ただし、アメリカでは約定代位が認められており、約定代位の効力との関係では、どのような場合に代位権侵害を問題にしなくてよいかは不明確である。なお、取引類型によっては、第三者の損害賠償責任の免責の合意も判例上有効とされることが多い。たとえば、賃借人の損害賠償責任を免責とする合意を有効とする判例は多い。Fischer, supra note 13, at 9-10.

(33) McCoid, supra note 1, at 654.

(34) John G. Fleming, The Collateral Source Rule and Contract Damages, 71 CAL. L. REV. 56, 82 (1983). このように保険者と第三者を比較して保険者の方が責任負担に適するという議論があるが、前述のように、保険者に負担を課すことは被保険者の負担が増加することであるとすると、このような比較は妥当ではなくなる。

(35) Fineberg, supra note 7, at 487. 不動産売買についてこの見地から買主の受益を認めてよいとする。一般的に保険のリスク分

散機能から保険者の責任を主たるものとみることを示唆するものとして、Note, supra note 17, at 1382.

(36) 4 PALMER, supra note 10, at 351. 不動産売買に即して買主の受益を肯定する。

(37) 契約を効率的に破ることを促進すべきという観点からの第三者受益の正当化を検討するものとして、Fleming, supra note 34, at 62. 結論としては否定的である。

(38) Ingram, supra note 1, at 527, 532; Notes, supra note 3, at 204; Harry W. Vanneman, Risk of Loss, in Equity, Between the Date of Contract to Sell Real Estate and Transfer of Title, 8 MINN. L. REV. 127, 138 (1923). 保険料については種々の議論がある。Mortgage について後掲三一注26参照。不動産売買につき、Notes, supra note 17, at 1382.

(39) McCoid, supra note 1, at 660-661.

(40) Id, at 661.

(41) 4 FOWLER. V. HAPER , FLEMING. JAMES & OSCAR S. GRAY, THE LAW OF TORTS§25.23 (2d ed. 1986); John G. Fleming, The Collateral Source Rule and Loss Allocation in Tort Law, 54 CAL. L. REV. 1478 (1966). この議論に対しては、実際には紛争は裁判外で解決されることが多いので、代位のコストは重視するほどではないとの反論もある。1 WHITE & SUMMERS, supra note 21, at 272.

(42) Ingram, supra note 1, at 544-545.

(43) Fineberg, supra note 7, at 488. 具体的には不動産売買があげられている。

(44) McCoid, supra note 1, at 653 et. seq.

(45) Id, at 669.

(46) Young, supra note 3, at 1064-1065.

(47) KEETON & WIDISS, supra note 2, at 352-355.

(48) 4 PALMER, supra note 10, at 351.

(49) 前者につき、Note, supra note 17, at 1382. 後者につき、Ingram, supra note 1, at 534.

(50) Mortgage に関する判例参照。黙示の被保険者の理論には、被保険者としての権利をどの程度認めるのかという問題があり、この点からの批判もある。黙示の被保険者の理論は賃貸借において賃貸人の保険につき賃借人の受益を認めるために

も用いられているが、そこでも、黙示の被保険者が保険契約上の義務を負うとすれば、その者の行為により保険者免責となるというような問題が指摘されている。Milton R. Friedman, Landlords, Tenants And Fires-Insurer's Right of Subrogation, 43 CORNELL L. Q. 225, 228 (1957). 現実には判例では、代位を認めないという範囲に限って被保険者の地位を認めている。John D. Ingram, Should a Tenant Receive the Benefit of a Landlord's Insurance? 47 FED. INS. CORP. COUNCIL Q. 235, 241(1997). See also, ABRAHAM, supra note 31, at 216. しかし、むしろ、被保険者としての地位は擬制が必要な範囲に限るべきことを強調し、黙示の被保険者を積極的に評価するものもある。Fischer, supra note 13, at 16.

(51) 1参照。

(52) 第三者が先に弁済した場合の第三者の代位を認める説はこのような理解ではないか。1注(7)参照。

(53) Godfrey, supra note 2, at 429; Young, supra note 3, at 1066; Note, supra note 3, at 204. ただし、類型的考察の必要性は認めながらも類型ごとにあまりに統一性のない解決がなされているとして、一般理論の必要性を訴えるものもある。McCoid, supra note 1, at 662-663. 具体的にはモーゲージと不動産売買での結論の違いがあげられている。三3参照。なお、KEETON & WIDISS, supra note 2, at 350-351.

三　取引類型による評価

1　mortgage

(1) 序

まず、mortgage の担保権者と設定者間での保険金に関する権利関係について概観する。最初に担保権者と設定者の被保険利益についての考え方をみておくと、担保権者は担保権者として被保険利益を有し、設定者は所有権者として被

保険利益を有するとされている。[1] 担保権者の被保険利益の額は被担保債権額の程度に限られる。[2] ただし、担保権者の被保険利益は物について担保権者が有する利益であって、被担保債権が被保険利益ではないとされる。これは具体的には、担保物件の滅失・毀損によって被担保債権の回収に影響がでないときにも担保権者は保険金請求できるという点に現れる。[3] 設定者は物の価額全体につき被保険利益を有する。[4]

mortgage では設定者に付保義務が課されることが通常であり、[5] 設定者は standard mortgage clause のある保険契約を締結するのが通常である。[6] この条項の下では担保権者を被保険者とする独立の保険契約が存在するのと同様の状態になるとされ、したがって、設定者と担保権者の両者の利益が付保されていることになる。[7] この場合には担保権者には被担保債権額相当の保険金が支払われるが、[8] これは被担保債権に充当され、支払われる保険金の残額は設定者に支払われる。[9] standard mortgage clause の下では、仮に設定者の義務違反等で設定者の保険契約は解除されても、担保権者に対しては契約は存続する。[10] 担保権者についてだけ保険契約が存続している場合には、担保権者に被担保債権額相当の保険金を支払った保険者は被担保債権に代位する。[11] これが mortgage における通常の保険契約の形態であるが、担保権者が自己の利益のみを付保する保険契約を締結することもある。いかなる事情によるのかは定かではないが、設定者が保険料負担できるかどうかが危ぶまれるような場合に権利者が当初から自己の利益についてのみ保険契約を締結することもあるようである。[12]

（2）判例

本稿の対象とする問題は担保権者が自己の利益だけを被保険利益とする保険契約を締結したときの、保険契約と設定者の関係である。[13] この点については、判例は、保険金は被担保債務には充当されず、担保権者に保険金を支払った保険

者が被担保債権に代位することでほぼ一致している。[14] 理由は、この保険契約は担保権者の利益を付保するものであり、設定者の利益を付保するものではないから、設定者がこの保険契約により利益を受けることはないということのようである。[15] また、保険金は目的物の代物ではなく、被保険者の目的物に対する利益を付保するものだからということもいわれる。[16] これはおそらく、保険金が目的物の代物であれば、被担保債権が弁済された残りの金額については担保物件の所有者である設定者が権利をもつことになるが、保険金は代物ではないからそうはならないということであろう。保険金が目的物の代物ではないとされる点は不動産売買のケースと対照的である。

このように原則として保険者の代位が認められているが、例外として、設定者が保険料を負担しているときには、保険金が被担保債権に充当されることが認められている。その結果、保険者が被担保債権に代位することもない。設定者が保険料を負担する場合は例外であることについても判例はほぼ一致している。[17][18] 理論的には、この場合には設定者の利益も付保されているとされる。すなわち、設定者は黙示の被保険者であり、保険者は被保険者に対する権利には代位しないから、この場合も代位はないとされる。[19] 黙示の被保険者とされるが、設定者の保険者に対する保険金請求権が認められるわけではない。保険金の被担保債権への充当を正当化する限りで被保険者としての地位が認められるに過ぎない。[20][21]

このときに設定者が保険料を負担することの意味が問題とされることがある。担保権者と設定者の間で設定者が保険料を負担する旨の合意が成立しているだけでは足らず、実際に、設定者が保険料を支払っている、あるいは担保権者が設定者に請求していることが必要とする判例がある。[22] これに対して、合意が成立していれば足りるとする判例もある。[23] 前者に対しては、担保権者の意思が自己の利益だけを付保するというものであれば設定者に保険料負担を求める条項を設けなかったであろうから意思解釈としては不当である、あるいは担保権者が設定者に保険料を負担させるか、保険者に代位権を与えるかの決定を損害発生までしないことを許容するのは不衡平であるとの批判がある。[24]

（3）学説

学説においても、このような判例の態度は妥当なものとされている。[25] 実質的な理由としては、設定者は通常目的物を占有しているので、担保権者の保険からの受益が常に認められるとすると設定者の行動についてのリスクが高くなることなどがあげられている。[26] 損害賠償請求権に対する代位と比較して、設定者には過失がないのに代位を認めていいかは問題となりうるというような指摘もあるが、[27] 結果としては判例の態度は支持されている。ただし、King は判例に正面から反対する見解を述べている。そこでは、保険者は十分な保険料を得ているが、設定者は自己の財産に損害を受けていること、設定者は無過失であるのに保険者から代位による請求を受けるのは非常に酷であること、設定者は通常は被担保債権についての利率の増加という形で直接または間接に保険料を負担していることが主張されている。[28]

（1）3 GEOGE G. COUCH, COUCH ON INSURANCE§42:29,§42:32 (3d ed. 1995); Ronald A. Lev, Mortgagees and Insurers: the legal nuts and bolts of their relationship, 12 FORUM 1012 (1977). 鴻常夫「抵当保険の法律構成」法協七一巻六号二八頁、三四頁注(1)（一九五四年）、清原泰司「抵当保険契約の法的構成に関する一考察」和大経済理論一七五号五三頁（一九八〇年）。

（2）3 COUCH, supra note 1, §42:32 at 43, 12 COUCH ON INSURANCE§178:53 at 67 (3d ed. 1998); WILLIAM R. VANCE, HANDBOOK ON THE LAW OF INSURANCE 772 (3d ed. 1951); 4 GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION 367 (1978); Edward S. Godfrey, Some Limited-Interest Problems, 15 L. & CONTEMP. PROB. 415, 421(1950); John W. Steinmetz, Stephen E. Goldman & Daniel F. Sullivan, The Standard Mortgage Clause in Property Insurance Policies 33 TORT & INS. L. J. 81, 89 (1997); Lev, supra note 1, at 1012. なお、鴻・前掲注1二八頁、清原・前掲注1五三頁。

（3）Godfrey, supra note 2, at 418. 清原・前掲注1五六頁。しかし、被担保債権が消滅すれば担保権者の被保険利益は消滅する。3 COUCH, supra note 1, §42:32 at 44; VANCE, supra note 2, at 772. もっとも、このような保険の被保険利益につき議論があることについて、鴻・前掲注1三〇頁、清原・前掲注1五五頁。

(4) 3 COUCH, supra note 1, §42:29, 12 COUCH, supra note 2, §178:58; Lev, supra note 1, at 1012. 清原・前掲注一五三頁。

(5) 4 COUCH ON INSURANCE §65:6 (3d ed. 1996).

(6) 12 COUCH, supra note 2, §178:60; ROBERT H. JERRY, UNDERSTANDING INSURANCE LAW 311 (2d ed. 1996); VANCE, suopra note 2, at 773; Steinmetz, Goldman & Sullivan, supra note 2, at 83; James R. Dwyer & Carey S. Barney, Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy in THE STANDARD MORTGAGE CLAUSE PROTECTING ALL PARTIES (ABA eds. 1984) 3. 鴻・前掲注一三三頁、清原・前掲注一五六頁。かつては standard mortgage clause 以外のものがよく用いられていた。loss payable clause 等である。この条項では被保険者はあくまで設定者であり、担保権者は単に保険金を受け取る権限を与えられたに過ぎない（agent for collection, appointee とされたに過ぎない）。したがって、設定者の行為により保険者が免責された場合には当然担保権者も保険金についての権利はもたない。保険金は被担保債権額まで担保権者に支払われるが、これは被担保債権に充当される。4 COUCH, supra note 5, §65:15 -§65:31; JERRY, id, at 311; Steinmetz, Goldman & Sullivan, id, at 82; Dwyer & Barney, id, at 2. 鴻・同論文三三頁、清原・同論文五八頁。

(7) 4 COUCH, supra note 5, §65:32 ; Steinmetz, Goldman & Sullivan, supra note 2, at 83; Dwyer & Barney, supra note 6, at 3. 鴻・前掲注一三四頁、清原・前掲注一五九頁。

(8) 4 COUCH, supra note 5, §65:36 at 54; JERRY, supra note 6, at 308; Steinmetz, Goldman & Sullivan, supra note 2, at 89; Dwyer & Barney, supra note 6, at 37; Robert J. Brennan, Measure of the Mortgagee's Recovery Under the New York Standard Mortgage Clause, in THE STANDARD MORTGAGE CLAUSE PROTECTING ALL PARTIES (ABA eds. 1984), 123.

(9) 4 COUCH, supra note 5, §65:90, 12 COUCH, supra note 2, §178:60; Dwyer & Barney, supra note 6, at 38.

(10) 4 COUCH, supra note 5, §65:8 at 17, §65:48-§65:62; ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW 308 (1988); JERRY, supra note 6, at 308; Steinmetz, Goldman & Sullivan, supra note 2, at 93-102; Dwyer & Barney, supra note 6, at 3. 鴻・前掲注一三四頁、清原・前掲注一五九頁。

(11) 4 COUCH, supra note 5, §65:36 at 54; KEETON & WIDISS, supra note 10, at 308-309; JERRY, supra note 6, at 308; Dwyer & Barney, supra note 6, at 44; John P. Reale, Subrogation Under the Standard Mortgage Clause, in THE STANDARD MORTGAGE CLAUSE PROTECTING ALL PARTIES (ABA eds. 1984) 93.

(12) KEETON & WIDISS, supra note 10, at 313. In re SPG of Schenectady, 833 F.2d 413 (2nd Cir. 1987); First National Bank v. Stering, 419 N.Y.S.2d 220 (S. 1979). なお、清原・前掲注一五六頁。

(13) アメリカでは不動産の担保権者は、設定者の利益の保険について日本の物上代位のような権利は認められていない。これは、保険契約は被保険者に対して personal なものであるということを理由とする。4 COUCH, supra note 5, §65:2, §65-9, §65:3. もっとも、設定者が付保義務違反を犯している場合には、担保権者は設定者の利益の保険金について equitable lien をもつ。4 COUCH, id, §65:82 et. seq.; JERRY, supra note 6, at 320; Dwyer & Barney, supra note 6, at 9. 清原・前掲注一五四頁。

(14) 4 COUCH, supra note 5, §65:3, §65:91; 4 PALMER, supra note 2, at 368; Godfrey, supra note 2, at 421; Emeric Fischer, The Rule of Insurable Interest and the Principle of Indemnity: Are They Measures of Damages in Property Insurance? 56 IND. L. J. 445, 456 (1981). 鴻・前掲注一一頁、清原・前掲注一五五頁。Garrison v. Great Southwest Ins. Co., 809 F.2d 500 (8th Cir. 1987); Industrial Indemnity Co. v. Great American Ins Co., 686 P.2d 1216 (Alaska 1984); Miller v. Hartford Fire Ins. Co., 412 So.2d 662 (La.App. 1982) aff'd 422 So.2d 1142 (La. 1982); City of New York Ins. Co. v. Abraham, 20 So.2d 183 (La.App. 1944); Mann v. Glens Falls Ins. Co., 541 F.2d 819 (9th Cir. 1976); Twin City Fire Ins. Co. v. Hannnah, 444 S.W.2d 131 (Ky.App. 1969); Wreidt v. Beckenhauer, 159 N.W.2d 882 (Neb. 1968); Gainsville Nat. Bank v. Martin, 1 S.E.2d 636 (Ga. 1939); Le Doux v. Dettmering, 43 N.W.2d 862 (Ill.App. 1942).

なお、動産所有権留保売買についてのものであるが、代位を否定した著名な判決として、In re Future Manufacturing Co-operative, 165 F.Supp. 111 (D.C.Cal. 1958).

(15) Miller v. Hartford Fire Ins. Co., 412 So.2d 662 (La.App. 1982), aff'd 422 So.2d 1142(La. 1982); City of New York Ins. Co. v. Abraham, 20 So.2d 183 (La.App. 1944); Wriedt v. Beckenhauer, 159 N.W.2d 822 (Neb. 1968).

(16) Twin City Fire Ins. Co. v. Hannah, 444 S.W.2d 131 (Ky.App. 1969).

(17) 16 COUCH ON INSURANCE§224:24 (3d ed. 2000); VANCE, supra note 2, at 775. Employers' Fire Ins Co. v. British America Assur. Co., 131 S.E.2d 36 (N.C. 1963); Pendelton v. Elliott, 35 N.W. 97 (Mich. 1887). なお 動産所有権留保売買の売主の保険についての判例であるが、Eastern Restaurant Equipment Co. v. Tecci, 196 N.E.2d 869 (Mass. 1964) は売主が保険料を買主に請求する権利があるときは保険金の債務への充当を認めるとする。

ただし、代位条項がある場合には保険者は代位するとされる。VANCE, id, at 775.

(18) ニューヨーク州では、N. Y. Real Property Law §254(4) を根拠として、権利者がかけた保険は設定者の利益も付保するものと解されている。§254 (4) は、設定者が担保物件を付保するとの約定の解釈に関する規定であり、設定者は New York standard mortgage clause のついた保険契約を締結するべきなどとされている。設定者が付保義務に違反した場合に担保権者が加入する保険についても規定されており、保険料は設定者に請求できること、保険金は被担保債務に充当されることなどが規定されている。判例は、この規定が設定者に保険料の支払義務を課していることは担保権者の締結した保険契約は担保権者と設定者の両方の利益についての保険（dual interest policies）となることの証拠であり、担保権者の利益についてだけの保険契約につき設定者に保険料を負担させることは不衡平であるから、担保権者の利益のみについての保険とする解釈は妥当ではないとする。In re SPG of Schenectady, 833 F.2d 413 (2nd Cir. 1987). See also, Falchook Markets v. Warner Reciprocal Insurers, 388 N.Y.S.2d 100 (S. 1976), modified 369 N.E.2d 1169 (N.Y. 1977); First National Bank v. Stering, 419 N.Y.S.2d 220 (S. 1979).

この解釈によると、mortgage の当事者間で設定者が保険料を負担するとの合意がなく、実際に担保権者が保険料を支払っていても、法により設定者に保険料負担義務が生じ、担保権者がかけた保険は両者の利益の保険と解釈されるようである。このような解釈は設定者が保険料を負担する場合には保険金は被担保債権に充当されるとの枠組みに反するとはいえないが、法律上設定者に保険料負担義務を認める点で特殊である。また、担保権者が自己の利益の保険契約を自ら締結するのは、設定者が保険料を支払えないという事情に基づくこともあるようであり、そのような場合は事実上担保権者が保険料を負担することも起こりうる。前記判例参照。

(19) In re SPG of Schenectady, Inc., 833 F.2d 413 (2nd Cir. 1987); Pendleton v. Elliott, 35 N.W. 97 (Mich. 1887).

(20) John D. Ingram, Should a Tenant Receive the Benefit of a Landlord's Insurance? 47 FED. INS. CORP. COUNCIL Q. 235, 241(1997).

(21) マサチューセッツ州ではかつては担保権者が保険金と第三者からの給付の両方を取得することが認められていたが、後に州法により保険者の代位が規定された。VANCE, supra note 2, at 773; 4 PALMER, supra note 2, at 367 n. 3; Cecil G. King, Subrogation Under Contracts Insuring Prperty 30 TEX. L. REV. 62, 72. 鴻・前掲注1三一頁。

(22) Le Doux v. Dettmering, 43 N.W.2d 862 (Ill.App. 1942).

(23) 動産所有権留保売買についてのものであるが、Eastern Restaurant Equipment Co. v. Tecci, 196 N.E.2d 869 (Mass. 1964).

(24) King, supra note 21, at 75-76.

(25) 4 COUCH, supra note 5, §65:91; VANCE, supra note 2, at 772-773; Morton C. Campbell, Non-Consensual Suretyship, 45 YALE L. J. 69, 100 (1935). 理由は、設定者が被保険者でなければ保険金は被担保債権には影響せず、そうだとすると、代位を認めなければ被保険者である担保権者が保険金と被担保債権を二重取りすることになるということのようである。KEETON & WIDISS, supra note 10, at 311-312. しかし、設定者が被保険者でなければ保険金は被担保債権に影響しないということは、保険契約は被保険者の personal な利益を付保するものであって、物自体を付保するものではないと構成することが前提となっている。したがって、これは形式的な理由である。

(26) 4 PALMER, supra note 2, at 368; William F. Young, Some "Windfall Coverages" in Property and Liability Insurance, 60 COLUM. L. REV. 1063, 1073-1074 (1960). Young はモラル・ハザードの問題の他に、設定者も別の保険に加入していたときの処理の困難さ、担保権者の恣意的処理の可能性を強調する。その点から、当初は設定者と担保権者の両者の利益のための保険であったものが、設定者については契約解除されたような場合には、担保権者についての保険につき設定者が受益することは問題がないとする。

また、Palmer は目的物の占有の点では不動産売買の買主も同様の地位にあるが、買主は不動産が滅失すると代金債務の対価を得られないのに対し、mortgage では債務者は被担保債務の対価は取得している点で異なるとする。詳しくは3参照。

なお、保険者の代位が認められていることからすれば、担保権者の利益だけの保険と担保権者と設定者の両者の利益の保険の保険料を比べると、前者の保険料の方が代位の分低くなると考えられるが、実際にはそうはなっていないとの指摘がある。ただし、この点については、担保権者の利益だけの保険が利用されるということは設定者に資力等の点で問題があるということであり、したがって、代位による回収額はそう多くはないので、保険料に影響しない、あるいは保険料の差は小さいので、保険料を区別する経営コストの方が大きくなるので保険料を区別しないでも許されるとの説明がなされている。KEETON & WIDISS, supra note 10, at 312-313.

(27) 4 PALMER, supra note 2, at 368.

(28) King, supra note21, at 76.

2　不動産売買

(1) 序

ここでは不動産売買における売主と買主間での保険金に関する権利関係について概観するが、[1] まず、前提として、売主と買主の被保険利益についての考え方をみておくこととする。

売主と買主のどちらが危険を負担するかに関わらず、売主は売買代金が全額支払われるまで被保険利益を有し、買主は契約締結時から被保険利益を有するとされている。[2] これは不動産物権変動の理解に関連する。アメリカでは、不動産売買契約締結時には権原は移転しない。権原の移転は deed の引渡時である。[3] ただし、契約締結によって法的権原 (legal title) は移転しないが、衡平法上の権原 (equitable title) は買主に移転するとされている (equitable conversion)。[4] 売主の法的権原の保有には売買代金の担保としての意味があり、売主は売買の目的物について代金の担保としての被保険利益をもつとされる。[5][6] このように売主の地位を担保権者として説明することが多いが、[7] 被保険利益の額が代金債権額に限られるとは解されていない。目的物の価額が代金額を超える場合には価額相当の被保険利益が認められている。[8] 買主の被保険利益は契約締結時から衡平法上の権原をもつことから認められている。[9]

不動産売買における通常の付保の形態は売主と買主の両方の利益を付保する保険契約を締結するというもののようである。[10] 売主には代金債権額相当が支払われ、残額は買主に支払われる。[11] 売主に支払われた保険金は代金債権に充当され、保険者が代金債権に代位することはない。[12] しかし、不動産売買でも、このような形の保険契約が締結されていないこともある。たとえば、売主は売買契約締結以前から保険に加入していたが、買主の利益を付保する保険契約が存在しないことがある。

（2）買主危険負担時の買主受益の原則

本稿の対象は、典型的には被保険者が契約上の権利を有する場合であるが、まず、売主を被保険者とする保険契約と買主との関係についてみる。買主が危険負担する場合[13]には買主の受益を認めるのが原則である。理論的には擬制信託（constructive trust）が用いられる。これは前述の equitable conversion の理論に基づいている。すなわち、売主は法的権原を有するので保険金を取得できるが、衡平法上の権原は買主にあり、保険金は目的物の代物であるから、保険金について買主が衡平法上の権原を有するのであり、売主は買主のために保険金を保持し、買主は売主から保険金相当額を取得する権利をもつ[14][15]。売主は保険者に対する関係では所有者であるが、買主に対する関係では所有者は買主であるともいわれる[16]。買主が売買代金を払っていない場合には保険金が代金債務に充当されるという形になる。また、目的物の価額が売買代金より高い場合、その差額についても買主が受益するというのが判例の多数である[17]。後述のように、買主の受益を認めるべき実質的理由についてはいくつかの考え方があるが、理論的には擬制信託が用いられる。

擬制信託により買主の受益を認めることは今日の判例では原則として認められているが、かつてはこの点はそれほど明確ではなかった。イギリスの判例は受益を否定しており、アメリカでも判例は分かれていた。その後、イギリスでは制定法により買主の受益が認められたが、アメリカでは判例法理により買主の受益が認められるようになった[18]。

このように不動産売買において買主が危険負担する場合には買主の受益を認めるのが原則であり、mortgage とは異なった扱いがなされている。前述のように、mortgage では設定者が保険料を負担している場合にのみ受益が認められているが、不動産売買では買主の保険料負担は受益の要件ではない。しかし、保険料については事後的な調整をする判例もある。つまり、買主の受益を認める場合に、売主が負担した保険料相当の売主への補償を認めるものもある[19]。

なお、買主が受益するとは原則としては買主が売主に対して保険金の引渡を請求する権利を持つこと、または保険金

が代金債務に充当されることであり、買主が保険者に対して保険金支払を請求する権利は否定されるのが通例である。[20][21]また、不動産売買当事者と保険金をめぐる訴訟としては、訴訟当事者、保険金と代金の支払い状況等によって種々の形の訴えがなされている。[22]なお、買主の受益を否定する判例もある。[23]

(3) 買主危険負担時の買主受益の範囲

(ア) 学説

買主が危険を負担する場合に売主の保険についての買主の受益を認めるべきことについては、学説も肯定的に評価している。[24]ただし、受益を認めるべき根拠をどう捉えているかに応じて、受益を認めるべき範囲については学説では多少見解が分かれているように思われる。まず、受益の根拠を危険負担ルールの不合理さに求める説がある。アメリカでは不動産売買においては契約締結時から買主が危険負担するのが判例の多数ルールである。[25]このルールについては学説は早くから批判していた。保険との関係でいえば、目的物の引渡前に買主に保険に加入することを期待するのは酷であるといわれている。[26]このように危険負担ルールが不合理であるとの理解を前提にして、この不合理さを修正するものとして買主の受益を認めるという考え方である。この説によれば、買主が危険を負担することが不合理な場合にのみ受益を認めれば足りることになる。具体的には、目的物の引渡後は買主は損失リスクについては無知とは思えず、損害発生防止にも適した地位にあり買主が危険負担することは妥当であるとするのが一般的な評価であり、[27]したがって、引渡後の事故については買主の受益を認めるべき理由はないことになる。[28][29]また、実質論としては、この立場からすれば、買主が自ら保険契約を締結していた場合には買主受益を認める必要はないことになる。[30]

次に、不動産売買の実務では保険は不動産に附属するものであるとの意識があるため、法律論を現実に合致させるた

めに保険金を不動産の代物とみるとの説もある。[31] この点だけからすれば、引渡後の事故についても買主の受益を認めるようにも思われる。ただし、このような見解の代表的学者であるVanceは、売主の保険の約款における、保険者の同意なしに権原の移転をすれば保険契約は無効になるとの条項の解釈として、売買契約を締結しただけでは無効にはならないが、占有移転すれば買主は保護する必要がなく売主の保険は無効としてよいとしており、[32] この点からすれば結果的には占有移転後の買主の受益は認められないことになる。[33]

また、保険金は不動産の代物だから、equitable conversionで買主の受益が認められるとだけ述べるものもあるが、[34] 占有移転との関係でどのように解するものか定かではない。理論上当然という趣旨であれば、占有移転とは関係ないことになる。

別の見解として、売主の不当利得を理由とするものがある。つまり、売主に保険金請求権を認め、また代金債権も行使できるとすると、売主に不当利得が生じるということである。[35] この理由であれば、危険負担ルール自体は合理的であっても売主に保険金請求権があり、買主が代金債務を負う場合であれば受益を認めるということにつながるようにみえる。なお、この見地から目的物の価額が代金額を上回るときの差額につき買主が受益するべきではないとするものもある。[36]

（イ）判例

以上のような観点から判例を検討する。まず、判例は買主の危険負担が不合理である場合にのみ買主の受益を認めているわけではない。引渡後の事故であっても買主の受益を認める判例がみられる。たとえば、売買代金が分割払いであるときには、法的権原が移転するのは代金完済時であるが、引渡はそれ以前になされることが多い（land contract, land

installment contract)[37]。このような場合に引渡後、代金完済前の事故のときに、買主の受益を認める判例がある[38]。しかし、引渡後の事故について買主受益を認めない判例もある[39]。また、売主と買主の両者が保険契約に加入しているときには買主受益を認めない判例もある[40]。さらに、買主の受益を否定する判例の中には、受益否定の結論との関係は定かではないが、買主の危険負担が不合理ではないより具体的な事情が認定されているものもある。

Crawford v. Powers 判決[41]では、分割払契約締結・引渡から約一ヶ月後の事故であるが、買主は不動産売買取引において保険保護について自分を守れるほどの十分な知性があり、以前に mobile home を割賦払で購入したことがあり、税金と保険料も払っていたという事実が認定されている。もっとも、判旨の法律論ではこれらのことはまったく触れられず、結論として買主の受益を否定している。

Whitley v. Irwin 判決[42]では、分割払であるが conveyance は代金完済前になされる契約で、conveyance の一二日後の、引渡前の事故であるが、売買の closing 時に売主買主間で保険契約を買主に移転するかが話し合われ、そのときに買主が即座に払える金がなかったので、そのときに結論は出されず、その後買主は保険契約について何の措置もとっていないことが認定されている。また、買主は事故発生後も保険金についての権利主張を何もなさず、売主が保険者に対して保険金支払を求めて提訴したことを知っても何の行動も起こさず、提訴から八ヶ月後に訴訟に参加したという事案である。判旨は、これらの事実から、売主が保険金の支払請求をなしたことは少なくとも部分的には買主の沈黙を信頼したためであり、買主の沈黙は衡平上の禁反言の根拠となるとして、買主の保険金に対する権利を否定した。

このように買主に危険を負担させることが買主にとって酷ではないと認められる具体的な事情がある事案において、買主の受益を否定する判例がある。右の事例では買主が保険保護を受けるための何の措置もとらなかったことについて、買主自身に何らかの非難されるべき事由があるというような事情がある[43]。この点と関連して、売買契約において買主に

付保義務が課されているにも関わらず、買主が保険に加入しなかった場合がどうなるかが問題となる。買主の付保義務違反を理由に受益を否定したとの評価がある判例もあるが[44]、買主の受益を認める判例もある[45]。また、買主が代金債務につき債務不履行となった場合に、買主が危険負担するとした上で買主の受益を否定した判例がある[46]。また、事故発生につき買主に責めに帰すべき事由があるような場合にどうなるかも関連するが、この点は定かではない。

ところで、買主が危険負担する場合であっても、買主には事実上の損害はないから受益を認めるべきではないとの議論がなされることがあるが、判例はこのような議論はあまり認めないとされている[47]。事実上の損害がない場合としては、土地と建物の売買取引において、買主は土地にしか興味はなく、買った後で建物を取り壊す予定であった場合に、建物が火災で滅失したというようなものがあげられている。売主と買主のどちらが損害を被ったか、損害に相当する補償を与えるべきかを判断するために、買主が履行したときの両当事者の状態から判断することが衡平な解決であるとして、受益に否定的な見解もある[48]。

（4）売主危険負担の場合

以上に関連して、売主危険負担の場合をいかに解するかが問題となる。まず、売主危険負担のときの売主の保険契約につき買主の受益が認められるかという問題がある。この場合に買主が受益するということは、買主が代金を全額払う代わりに、保険金に対する権利を認めるということである[49]。この点を論じる学説はあまりないが、買主の受益を不当利得から捉える立場から否定するものがある[50]。また、現実的要請から保険金を代物とするべきとの見地から否定するものもある[51]。判例は数が少ないので、どちらが主流とはいえないが、否定するものも肯定するものもある[52]。

また、売主危険負担の場合に、買主の保険契約について売主の受益を認めるべきかという問題もある。学説は否定的

である。[53] 判例でも否定されている。[54] 売主が危険負担するので、買主が代金債務から免れるとすると、この場合に買主が保険金を取得できるのであれば、買主は代金債務を免れたうえに保険金も取得できることになる。売主の受益を否定したときに、買主の保険金請求権をいかに解するかについては、そもそも買主には損害がないので保険金請求できないとの見解がある。[55] 判例の傾向は定かではない。[56]

しかし、買主に付保義務違反がある場合には売主は買主の保有する保険金につき衡平法上の lien をもつとされている。[57] ただし、これは擬制信託による受益とはまったく別の次元の問題とされているようである。[58]

このように一般的には不動産売買において売主の保険について買主が受益することは認められているが、買主の受益が認められる場面をどう理解するかには若干の違いがある。判例の傾向は、買主の受益については比較的広く認めるが、売主の受益は認めないといえる。買主の受益は買主危険負担であれば占有等の事情とは無関係に認められることが多い。また、売主危険負担のときにも認めるものもある。売主の受益は売主危険負担でも認められない。この判例の傾向ともっとも整合的な理論は保険金を不動産の代物とみて、不動産に対する権利をそのまま当てはめるというもののように思われる。学説では前述のような議論のあるところである。

(1) 半田吉信・売買契約における危険負担の研究四四五頁以下（信山社、一九九九年）。

(2) 3 GEORGE G. COUCH, COUCH ON INSURANCE §42: 62 (3d ed. 1995). ただし、代金支払後でも売主の被保険利益は認められるとするものもある（買主の受託者としてであるが。この点については注14、15と本文参照）。Sidney P. Simpson, Legislative Changes in The Law of Equitable Conversion By Contract: II, 44 YALE L. J. 754, 760 (1935). また、保険会社の扱いとしては、代金返還の問題も起こりうるため代金支払後も売主の被保険利益を認め、保険金は支払われるとの調査もある。安藤次男「アメリカ動産売買法における目的物滅失の危険負担（一）（二・完）」法学四七巻一号一頁（一九八三年）、四八巻一号一

頁（一九八四年）、四八巻一号六七頁。3 COUCH, id, §42:63 at 79-80. しかし、代金支払後には売主の保険金についての権利を認めない判例もある。Lloyd v. Foremost Ins. Co., 478 So.2d 1152 (D.C.Fla. 1985); Smith v. Hardware Dealers Mut. Fire Ins. Co., 33 N.W.2d 206 (Wis. 1948).

(3) 太田知行・当事者間における所有権の移転一四七頁（勁草書房、一九六三年）。

(4) Harry W. Vanneman, Risk of Loss, in Equity, Between the Date of Contract to Sell Estate And Transfer of Title, 8 MINN. L. REV. 127, 128 (1923). 太田・前掲注3一二六一頁。

(5) 3 COUCH, supra note 2, §42:62 at 73; Vanneman, supra note 4, at 137; Robert B. Holland, Risk of Loss And Insurance in Contracts For the Sale of Real Estste, 5 TEX. L. REV. 249, 258 (1927); Roger A. Bixby, The Vendor-Vendee Problem: How Do We Slice The Insurance Pie? 19 Forum 112, 115 (1983). Board of Trustees of First Congregational Church v. Cream City Mut. Ins. Co., 96 N.W.2d 690 (Minn. 1959); Milwaukee Mechanics Ins. Co. v. Maples, 66 So.2d 159 (Ala.App. 1953) cert. d. 66 So.2d 173 (Ala. 1953)（なお、これらの判決は保険者の代位権を否定している。買主の受益については判断していない）。

損害発生後に売買代金が全額支払われても売主の保険金請求は認められる。前述のニューヨーク・ルールからすれば、理論的には当然である。Springfield Fire & Marine Ins. Co. v. Boswell, 167 So.2d 780 (Fla.App. 1964); Tiemann v. Citizens' Ins. Co., 78 N.Y.S. 620 (App.Div. 1902).

売主の保険金請求を認めないものとして、Tauriello v. Aetna Ins. Co., 82 A.2d 226 (N.J.Super. 1951). 損害額二二六五〇ドル、売買代金二〇五〇〇ドルで火災後に代金は支払済のケースである。

(6) 売買代金が全額支払われた時点で、権原を移転することが多いが、代金が全額支払われる前に権原が移転されることもある。このような場合には法的権原を担保とみるという説明は妥当しないが、いずれにせよ、代金が全額支払われるまでは売主の被保険利益は認められている。3 COUCH, supra note 2, §42: 63 at 76-78.

(7) Vanneman, supra note 4, at 128, 135; Holland, supra note 5, at 258. 太田・前掲注3一二六一頁。しかし、一二六二一一二六四頁参照。

(8) 4 GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION 346 (1978); Bixby, supra note 5, at 115. この点で mortgage の権利者とは違った扱いがなされている。Hendricks v. M.C.I., Inc., 448 N.W.2d 289 (Wis.App. 1989); First National Bank v. Boston Ins. Co., 160 N.E.2d 802 (Ill. 1959).

代金債権額相当の被保険利益しか認めなかった判例として、Koppinger v. Implement Dealers Mut. Ins. Co., 122 N.W.2d 134 (N.D. 1963). 損害額が二三三九・九三ドルで、残代金額が一四七五ドルのときに、保険金額四〇〇〇ドルのうち代金分の一四七五ドルの保険金支払を認めた。州法で vendor's lien が認められているが、売主は lien の程度で被保険利益をもつと判示している。ただし、買主への deed の引渡が済んだ後の損害のケースである。

また、売買契約締結後に売主が保険契約を締結した場合には保険者の責任は代金額に限られるともいわれるが、判例は必ずしもそうではないようである。4 PALMER, id, at 349.

(9) 3 COUCH, supra note 2, §42: 62 at 73, §42: 65; Simpson, supra note 2, at 760; Vanneman, supra note 4, at 137; Holland, supra note 5, at 258.

(10) 5 COUCH ON INSURANCE §68: 4 at 7 (3d ed. 1996). なお、安藤次男「イギリスの不動産売買における危険負担と保険制度の関連」望月礼次郎＝樋口陽一＝安藤次男編・広中俊雄教授還暦記念・法と法過程七六三頁（創文社、一九八六年）。

(11) 5 COUCH, supra note 10, §68: 4 at 7.

(12) Id. §68: 4 at 7.

(13) 危険負担という言葉を用いているが、英米法における危険負担（risk of loss）の問題は日本における危険負担とは異なる。すなわち、英米法では危険負担の問題は物の滅失の場合に売主が代金を取得できるかどうかの問題であり、売主の債務と買主の債務の牽連関係の問題ではない。危険負担はあくまで代金債務の問題であり、売主の債務の問題は別の法理により処理される。安藤・前掲注24七巻一号八頁以下。

(14) 5 COUCH, supra note 10, §68: 5 at 9; ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW 324 (1988); ROBERT H. JERRY, UNDERSTANDING INSURANCE LAW 325 (2d ed. 1996); Vanneman, supra note 4, at 138; Notes, Subrogation of the Insurer to Collateral Rights of the Insured, 28 COLUM. L. REV. 202, 205 (1928).

(15) Equitable conversion の理論は specific performance の議論と関連している。Specific performance が可能である場合、すなわち売主が権原の移転を履行できる状態である場合にのみ、買主は衡平法上の権原を取得する。Vanneman, supra note 4, at 133; Holland, supra note 5, at 250; JOHN E. CRIBBET & CORWIN W. JOHNSON, PRINCIPLES OF THE LAW OF PROPERTY 191 n.18 (3d ed. 1989). したがって、specific performance が不能である場合には買主は保険金に対する権利をもつこともない。た

だし、後述のように、specific performance が不能であれば買主は危険負担もしないので、買主に不利な結果にはならない。

(16) Edward S. Godfrey, Some Limited-Interest Problems, 15 L. & CONTEMP. PROB. 415, 420 (1950).

(17) KEETON & WIDISS, supra note 14, at 325 n.9; Bixby, supra note 5, at 120. この点については議論もある。4 PALMER, supra note 8, at 352 et seq. 差額につき買主の受益を認める判例として、Davis v. Skinner, 474 So.2d 1136 (Ala.App. 1985); National Security Fire & Cas. Co. v. Miller, 394 So.2d 31 (Ala.App. 1980) cert. d. Ex parte National Sec. Fire & Cas. Co., 394 So.2d 33 (Ala. 1981); Ins. Co. of North America v. Alberstadt, 119 A.2d 83 (Pa. 1956); Dubin Paper Co. v. Insurance Co of North America, 63 A.2d 85 (Pa. 1949); Cheatwood v. De Los Santos, 561 S.W.2d 273 (Tex.App. 1978); Berlier v. George, 607 P.2d 1152 (N.M. 1980); Chaplin v. North American Acceptance Corp. 544 P.2d 682 (Ariz.App. 1976).

(18) 売主の保険金に対する買主の権利を否定したイギリスのリーディング・ケースが Rayner v. Preston, (1881) 18 Ch. D. 1 であり、その上で保険者の代位権を認めた判例が Castellain v. Preston, (1883) 11 Q. B. D. 380 である。WILLIAM R. VANCE, HANDBOOK ON THE LAW OF INSURANCE 777 et. seq. (3d ed. 1951). 安藤・前掲注10七五〇頁以下、半田・前掲注1四三六頁、四四五頁以下、石田満「アメリカ法における保険の目的の譲渡」保険契約法の諸問題一二四頁（一粒社、一九五二年）参照。なお、イギリスの制定法が買主の保護の点では不十分であった点につき、安藤・同七五五頁以下。

(19) Alabama Farm Bureau Mut. Ins. Service v. Nixon, 105 So.2d 643 (Ala. 1958); Davis v. Skinner, 474 So.2d 1136 (Ala.App. 1985); Gilles v. Sprout, 196 N.W.2d 612 (Minn. 1972); Berlier v. George, 607 P.2d 1152 (N.M. 1980). JERRY, supra note 14, at 325.

(20) Alabama Farm Bureau Mut. Ins. Co. v. Meyers, 516 So.2d 661 (Ala.Civ.App. 1987); Alabama Farm Bureau Mut. Ins. Service v. Nixon, 105 So.2d 643 (Ala. 1958); Walker v. General Ins. Co., 107 S.E.2d 836 (Ga. 1959); Wohlt v. Farmers' Home Hail, Tornado & Cyclone Ins. Co., 238 N.W. 809 (Wis. 1931)（ただし、買主は訴訟当事者ではない）。

買主の保険者に対する保険金請求を認めたものとして、Wilson v. Fireman's Ins. Co., 269 N.W.2d 170 (Mich. 1978); Acree v. Hanover Ins. Co., 561 F.2d 216 (10th Cir. 1977)（ただし、保険者は原審で責任を認めており、本判決では売主と買主の間で保険金に対する権利が争われている。したがって、判決段階で買主の保険者への直接の請求が認められても保険者には不利益はない）; Dubin Paper Co. v. Insurance Co of North America, 63 A.2d 85 (Pa. 1949).

(21) 直接請求が認められないということは、買主は売主に対して保険金相当額を請求することになる。この点につき、買主

の受益の可否は売主の意思次第となるから、このような状況は買主の受益を認めるには適さないとするものがある。William F. Young, Some "Windfall Coverages" in Property And Liability Insurance, 60 COLUM. L. REV. 1063, 1067 (1960). もっとも、結論的に受益を否定するわけではない。

(22) 典型的な訴訟の形は、保険金を取得した売主が買主に対して売買代金の支払を求めるもの、代金を払った買主が売主から保険金相当額の補償を求めるもの、買主が保険金相当額の売買代金の減額と共に specific performance を求めるものというような売買当事者間でのものであり、保険者が直接に関与するものは多くないとの指摘がある。John D. Ingram, Valuing an Insurable Interest in Property Where the Insured Is not the Sole Owner, 17 IDAHO L. REV. 523, 529 (1981). 安藤・前掲注10七五一頁。See also, 4 PALMER, supra note 8, at 348.

買主と売主間の訴訟で、①売主に保険金支払済のときに買主が保険金の代金充当（と超過分の引渡）ないし特定履行を求めたものとして、Davis v. Skinner, 474 So.2d 1136 (Ala.App. 1985); Reed v. Foulks, 675 S.W.2d 695 (Mo.App. 1984); Skelly Oil Co. v. Ashmore, 365 S.W.2d 582 (Mo. 1963); Cheatwood v. De Los Santos, 561 S.W.2d 273 (Tex.App. 1978); Berlier v. George, 607 P.2d 1152 (N.M. 1980); Chapline v. North American Acceptance Corp., 544 P.2d 682 (Ariz.App. 1976); Gilles v. Sprout, 196 N.W.2d 612 (Minn. 1972); ②売主に保険金と売買代金が支払われた後で、買主が保険金の引渡請求をしたものとして、Standard Oil Co. v. Dye, 20 S.W.2d 946 (Mo.App. 1929); Brady v. Welsh, 204 N.W. 235 (Iowa 1925); Gard v. Razanskas, 85 N.W.2d 612 (Iowa 1957); 買主が特定履行を求めたものとして、Raplee v. Piper, 164 N.Y.S.2d 732 (Ct.App. 1957).

買主と売主・保険者間の訴訟で、①売主に保険金支払済のときに保険金請求したものとして、Wilson v. Fireman's Ins. Co., 269 N.W.2d 170 (Mich. 1978)（支払われた保険金は代金相当で超過分の支払を求めたもの）; ②代金支払後に保険金請求したものとして、Indiana Lumbermens Mut. Ins. Co. v. Metro Material Marketing, 646 S.W.2d 547 (Tex.App. 1982); William Skinner & Sons Shipbuilding & Dry-Dock Co. v. Houghton, 48 A. 85 (Md.App. 1900).

売主と保険者間の訴訟で、①売主・買主間では保険金の配分につき合意があり、売主が保険金請求したものとして、National Security Fire & Cas. Co. v. Miller, 394 So.2d 31 (Ala.App. 1980) cert. d. Exparte National Sec. Fire & Cas. Co., 394 So.2d 33 (Ala. 1981)（当初は買主が売主と保険者を訴えたものであった）; ②売買代金支払後に、売主が保険金請求したもの（保険者は代金分の責任しか認めず、超過分を含めた支払を求めたもの）として、Ins. Co. of North America v. Alberstadt, 119 A.2d 83

(Pa. 1956)（両者付保で、買主は自己の保険者を訴えている）; Vogel v. Northern Assurance Co., 219 F.2d 409 (3rd Cir. 1955)（両者付保で、売主は自己の保険金請求権を買主に譲渡し、買主が売主の保険者と自己の保険者を訴えたもの）.

その他として、Alabama Farm Bureau Mut. Ins. Co. v. Nixon, 105 So.2d 643 (Ala. 1958); Dubin Paper Co. v. Ins. Co. of North America, 63 A.2d 85 (Pa. 1949); Miller v. National Union Fire Ins. Co., 386 S.W.2d 668 (Mo.App. 1965); Gunsch v. Gunsch, 71 N.W.2d 623 (N.D. 1955).

(23) 後述のような問題となるような事情がないにも関わらず、買主受益を否定した判例として、Birmingham Fire & Cas. Co. v. Lewis, 133 So.2d 876 (Ala. 1961). 分割払いで、売主が火災時まで占有していたケースで、買主が売主と保険者を訴えた事例であるが、判旨は、mortgage 等と比較した上で、保険契約は property を付保するものではなく、被保険者の利益を付保するものであるとして買主の受益を否定した。

なお、買主受益を否定したものとして著名な判決として、Brownell v. Board of Education of Inside Tax Dist., 146 N.E. 630 (N.Y. 1925). ただし、本判決は一般論として買主の受益を否定しているが、事案としては、売買当事者間の合意により売主が危険負担していたものである。VANCE, supra note 18, at 778 n.8.

(24) VANCE, supra note 18, at 777; Bixby, supra note 5, at 127; Emeric Fischer, The Rule of Insurable Interest and the Principle of Indemnity: Are They Measures of Damages in Property Insurance? 56 IND. L. J. 445, 471,487 (1981); 3A ARTHUR L. CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS §670 at 201 (1960). Young は、第三者の利益のための保険となることが想定される点、買主の受益を認めることで売主の損害てん補の期待が不当に害されない点（代金債務相当は回収できる）、引渡前はモラル・ハザードの問題も少ない点で不動産売買ケースは第三者受益のための要件を満たす点が多いとする。Young, supra note 21, at 1067. 問題点として、注21参照。Young の第三者受益の要件については二参照。また、Keeton & Widiss はこのように解しても売主にも不利益はない点を詳細に示している。KEETON & WIDISS, supra note 14, at 325. Contra. Holland, supra note 5, at 256.

(25) このルールは equitable conversion の理論に基づいている。7 SAMUEL WILLISTON, WILLISTON ON CONTRACTS §929 (3d ed. 1963); Vanneman, supra note 4, at 127-128; ROGER A. CUNNINGHAM, WILLIAM B. STOEBUCK & DALE A. WHITMAN, THE LAW OF PROPERTY 703 (1984). 安藤・前掲注10七四九頁。これ以外の危険負担ルールとしては、権原移転までは売主が危険負担するというマサチューセッツ・ルールがある。また、Uniform Vendor and Purchaser Risk Act では目

的物の占有か権原が買主に移転するまでは売主が危険負担することとされており、これは Uniform Land Transactions Act でも採用されている。Uniform Vendor And Purchaser Risk Act §1, Uniform Land Transactions Act §2-406. Allen P. Fineberg, Risk of Loss in Executory Contracts for the Sale of Real Property, 14 COLUM. J. L. & SOC. PROBS. 453, 456 et seq. (1979); Bixby, supra note 5, at 112 et seq; KEETON & WIDISS, supra note 14, at 321 et seq. 太田・前掲注3二三二頁以下、小野秀誠・危険負担の研究三七七頁（日本評論社、一九九五年）、半田・前掲注1一〇九頁。

なお、契約締結時から買主危険負担とする多数ルールの下でも例外的に売主が危険負担する場合がある。買主危険負担ルールは equitable conversion に基づいているので、equitable conversion が生じない場合には買主が危険負担することもない。つまり、specific performance ができない場合等には売主が危険を負担する。3A CORBIN, supra note 24, §667 at 195. equitable conversion と specific performance の関係については注15参照。

(26) 7 WILLISTON, supra note 25, §942; 3A CORBIN, supra note 24, §667 at 194; CUNNINGHAM, STOEBUCK & WHITMAN, supra note 25, at 704.

(27) Fineberg, supra note 25, at 464; 3A CORBIN, supra note 24, §669. CUNNINGHAM, STOEBUCK & WHITMAN, supra note 25, at 704は、equitable conversion による危険配分は少なくとも短期の earnest money contract については疑問であるとする。

(28) Fineberg, supra note 25, at 477, 481; Bixby, supra note 5, at 122; Young, supra note 21, at 1072. なお、引渡の前後での区別については、買主が占有していない時点での損害につき買主に受益を認めても、占有していない買主が事故招致する恐れは比較的小さいとの指摘もある。Young, id, at 1067; John C. McCoid, Allocation of Loss And Property Insurance, 39 IND. L. J. 647, 656 (1964). 引渡との関係をどう捉えるかは明らかではないが、買主受益を買主に損失を負担させることの過酷さから捉えるものとして、Stephen I. Langmaid, Some Recent Subrogation Problems in the Law of Suretyship And Insurance, 47 HARV. L. REV. 976, 993 (1934); Cecil G. King, Subrogation Under Contracts Insuring Property, 30 TEX. L. REV. 62, 77-78 (1951); Vanneman, supra note 4 at 138; Notes, supra note 14, at 205.

(29) Jerry は危険負担の所在と保険契約の所在が一致していないときの問題であるとする。JERRY, supra note 14, at 322 et seq.

(30) Bixby, supra note 5, at 127-128; Young, supra note 21, at 1070 n.29. これに対して、未履行期間中に保険に加入するという先見の明をもつ買主が受益を認められず、そうでない買主には受益が認められるとすると、法がいい加減な者に報い注意深い

者を罰するという結果になること、買主の保険では保護が十分でない場合や売主の保険だけでは保護が十分ではないことがあるので、両方の保険から保護を受けられるとすることも魅力的であるとの主張もなされている。Fineberg, supra note 25, at 482-484. ただし、受益否定説は買主の保険では保護が十分ではないときも受益を否定する趣旨かどうかは定かではない。判例について、後掲注40参照。また、半田・前掲注1四四六頁。

なお、Jerry は複数の保険契約が存在しているときの保険者間での負担の調整の困難さから、買主が自ら付保していた場合は区別すべきとする。JERRY, supra note 14, at 326.

(31) VANCE, supra note 18, at 780-781; Simpson, supra note 2, at 765. この点につき、以下のように述べられている。法技術的見地からすれば、火災保険契約は property ではなく、被保険者の目的物に対する利益を付保するものであるから、売主の被保険利益は担保利益であり、保険金を支払った保険者は代金債権に代位することになるが、これは law であるとしても、エクイティという一般人の見解ではなく、市場における保険取引の意味を無視するものである。取引実務では保険は不動産自体を表すと考えられている。また、売買契約が存在することで保険者の責任を免除することは少なくとも一般人からすれば完全な windfall である。保険者が引き受けるリスクには何の変化もなく、保険者は給付を約束した損害について給付するのであるから、保険者が負担することを約束した損害を不幸な買主に転嫁するべき理由はない。

(32) このような解釈は判例の支配的見解であった。VANCE, supra note 18, at 834; Simpson, supra note 2, at 763.

(33) Simpson, supra note 2, at 763.

なお、保険約款には、moral hazard clauses といわれるものがあり、不動産売買との関係では、unconditional and sole owner 条項も問題となる。これらは一九四三年にニューヨーク火災保険標準約款から除去されたが、それまでも何らかの形で修正して解釈がなされることも多く、売買により当然に保険契約が無効になるとは限らなかった。KEETON & WIDISS, supra note 14, at 328; Simpson, id, at 761. 安藤・前掲注2四八巻一号六六頁、半田・前掲注1四四二頁。また、これらの約款に違反した場合も、通常は保険者は黙って保険金を払っていたともされる。安藤・前掲注10七六一頁。

(34) OLIN L. BROWDER, ROGER A. CUNNINGHAM, GRANT S. NELSON, WILLIAM B. STOEBUCK & DALE A. WHITMAN, BASIC PROPERTY LAW 984 (5th ed. 1989).

(35) 4 PALMER, supra note 8, at 350-351; EDWARD H. RABIN & ROBERTA ROSENTHAL KWALL, FUNDAMENTALS OF

MODERN REAL PROPERTY LAW 1039 (3d ed. 1992); CUNNINGHAM, STOEBUCK & WHITMAN, supra note 25, at 707-708. 売主に不当利得が生じるとしても、次に、その不当利得が誰の費用で生じたかが問題となる。この点については、Palmer は、保険契約はリスクの引受を目的とするものであるが、不動産売買契約は権原の取得を目的とするものであり、危険の負担は買主が危険を負担するという合意によるものではなく、法律上のルールによるものであり、また、目的物の滅失は買主が売主との対価交換で取得するはずであった価値についての損害を引き起こすものであるから、買主の費用による売主の利得とみることができるとする。

(36) 4 PALMER, supra note 8, at 353-355. Palmer は売主を買主の受託者とみることについて、これはもともとは買主が specific performance の権利を持つことを示すための便法に過ぎなかったのに、その目的を超えて一般化されていると批判する。4 PALMER, id, at 356. See also, Fischer, supra note 24, at 458.

(37) Robert L. Flores, A Comparison of the Rules and Rationales for Allocating Risks Arising in Realty Sales Using Executory Sale Contracts and Escrows, 59 MO. L. REV. 307 (1994).

(38) Davis v. Skinner, 474 So.2d 1136 (Ala.Civ.App. 1985); Alabama Farm Bureau Mut. Ins. Service v. Nixon, 105 So.2d 643 (Ala. 1958); Cheatwood v. De Los Santos, 561 S.W.2d 273 (Tex.App. 1978); Gunsch v. Gunsch, 71 N.W.2d 623 (N.D. 1955).

引渡の有無は定かではないが、分割払不動産売買契約に関する事例としては、National Security Fire and Cas. Co. v. Miller, 394 So.2d 31 (Ala.Civ.App. 1980) cert. d. Ex parte National Sec. Fire & Cas. Co., 394 So.2d 33 (Ala. 1981)（売買契約締結から約一年一〇ヶ月後の事故）; Berlier v. George, 607 P.2d 1152 (N.M. 1980)（売買契約締結から約一年半後の事故）; Cheatwood v. De Los Santos, 561 S.W.2d 273 (Tex.Civ.App. 1978)（売買契約締結から約一年七ヶ月後の事故。保険料を買主が負担しているが、判旨はその事実は重要ではないとしている）。なお、このような判例につき、もともとは売買契約締結後引渡前の事故の場合の問題であったことを意識していないと評価するものもある。Note, Liability of Conditional-Sales Vendee Who Assumed Risk of Loss Is Reduced by Proceeds of Vendor's Fire Insurance, 72 HARV. L. REV. 1308, 1318 (1959).

(39) Raplee v. Piper, 164 N.Y.S.2d 732 (Ct.App. 1957) では、引渡後の事故の事案につき、結論としては買主受益を認めたが、判旨は買主はすでに引渡を受けているが、保険料を負担しているという理由で受益を認めている。Gilles v. Sprout, 196 N.W.2d 612 (Minn. 1972) では、引渡後の事故で買主受益を認めたが、権原の調査の遅れのため予定より契約の終了が遅れたという

事情から売主と買主のどちらが保険契約を締結すべきだったかは判断しずらい状況であったとしている。また、半田・前掲注1四四六頁、安藤・前掲注10七四七頁。

(40) Paramount Fire Ins. C. v. Aetana Cas. & Surety Co., 353 S.W.2d 841 (Tex. 1962). 本件は買主の保険により損害額が全額てん補される事案である。両者付保の場合にも買主の受益を認める判例もあるが、以下の判例はいずれも買主の保険では損害額に満たない事案である。安藤・前掲注10七七二頁参照。受益の結果、買主が両方の保険金を取得することを認めるものとして、Dubin Paper Co. v. Ins. Co. of North America, 63 A.2d 85 (Pa. 1949); Vogel v. Northern Assur. Co., 219 F.2d 409 (3d Cir. 1955). 売主の保険と買主の保険での按分とするものとして、Ins. Co. of North America v. Alberstadt, 119 A.2d 83 (Pa. 1956); Mut. Benefit Ins. Co. v. Goschenhoppen Mut. Ins. Co., 572 A.2d 1275 (Pa. Super. 1990).

(41) 419 F.Supp. 723 (D.C.S.C. 1974), aff'd sub nom. State Farm Fire & Cas. Co. v. First Provident Corp., 538 F.2d 1043(4th Cir. 1976).

(42) 465 S.W.2d 906 (Ark. 1971).

(43) Bixby, supra note 5, at 120.

(44) Long v. Keller, 163 Cal. Rpur 532 (Cal.App. 1980). YがXに自己所有の土地・建物を賃貸していたが、この賃貸借契約ではXに土地・建物を買うオプションが与えられており、Xがこのオプションを行使した。代金は一三〇〇〇ドルの分割払いであった。Xはこの後、土地・建物を第三者に転貸していたが、escrow の開設の七日後に建物が火災で全焼した。賃貸借しているときから、Yは火災保険に加入していたが、Xは保険には加入しておらず、また、売買契約ではXに付保義務があったが、オプション行使後もXは保険に加入していなかった。Yは保険者から保険金一四〇五三ドルを取得していたが、XがYに対し、保険金の代金充当を伴う specific performance 等を求めて訴えた。判旨は、火災保険金は代物ではない、保険金の代金充当は買主への windfall であり、売主は被保険利益があり、保険契約を締結し、保険料を払っているのであるから、windfall はないとして、代金充当を否定した。

ただし、この判決には種々の評価がある。まず、そもそも危険負担について、カリフォルニア州は統一法（Uniform Vendor and Purchaser Risk Act）を採択しており、火災当時占有は買主にあったことを当事者が認めているので、危険負担は買主にあるとしている。したがって、危険負担の不合理さは問題にならないケースである（ただし、転貸されていたことで問題がないわけではない。RABIN & KWALL, supra note 35, at 1041）。付保義務違反については判旨の結論部分では触れられ

ておらず、また、買主に付保義務があるのは売買契約によってであり、escrow 開設後すぐの火災であることから、実質的には付保義務違反の不当性はそれほどないようにも思われるが、判旨は買主は賃貸借中に自ら保険契約を締結していなかったが、買主は自らが独自の被保険利益を有していることを認識していたと述べている。また、本判決では買主の受益の有無が争われており、右記のように危険負担は買主にあるとされているが、原審では、買主が契約を解除して頭金の返還を求めることは認められており、この点からすると、実質的には危険負担は売主にあるとされたケースとみることもできる。See KEETON & WIDISS, supra note 14, at 325.

また、付保義務違反の事例ではないが、買主に付保義務が課せられていたことを理由の一つとして、買主受益を否定した判例として、Hanson v. Hamnes, 460 N.W.2d 647 (Minn.App. 1990). 買主は付保義務通りに保険契約を締結し、売主も保険契約を締結していた。買主の保険については保険金を代金債務に充当し、残りは買主が取得することで売買当事者間で合意が成立しており、判決の時点ではその通りの扱いがなされていたようである。買主の保険の保険金額は一五〇〇〇ドルで、残代金は一〇一八四・六六ドルであり、保険金のうち代金債務を超える部分の四八七〇・二七ドルは買主が取得した。本判決では売主の保険につき売主と買主のどちらが権利を有するかが争われている。判旨は買主の受益を否定し、売主に保険金二八九七四ドル全額の取得を認めたが（目的物の価額は不明）、受益を認めた判例とは本件では買主に付保義務があり、買主が保険契約を締結している点で区別している。このように代金債務を超える保険金についての受益が問題となったケースである。

なお、買主の受益否定ではなく、買主の受益を認める要素の一つとして、売主に付保義務が課せられていることをあげる判例もある。Fellmer v. Gruber, 261 N.W.2d 173 (Iowa 1978) は、引渡まで売主に付保義務が課せられており、そのことからすると、売主は買主の利益のために保険に加入していたとして、売主に支払われた保険金に対する買主の権利を認めた。

(45) 付保義務違反の場合に買主の受益を認める判例として、Berlier v. George, 607 P.2d 1152 (N.M. 1980); Gunsch v. Gunsch, 71 N.W.2d 623 (N.D. 1955).

(46) Flath v. Bauman, 722 S.W.2d 125 (Mo.App. 1986). Contract for deed を締結した買主が、建物の引渡後、八千ドルかけて改築したところ、分割払いの最後の支払ができずに不履行となった後で洪水により損害を被った。売買代金は七千ドルであるが、売主は自己の洪水保険により一六五〇〇ドルの保険金の支払を受けていた。買主は specific performance か、売買代金と

改築費の restitution を求めて訴えたものである。判旨は、買主の債務不履行により買主は衡平上の利益をもたないとし、また、改築費についても、改築費は買主が負担するという理解が当事者間でなされていたとして、買主の請求を認めなかった。

(47) Fineberg, supra note 25, at 485. Skelly Oil Co. v. Ashmore, 365 N.W.2d 582 (Mo. 1963) があげられているが、正確にはこの判決は危険負担は売主にあるとしたうえで、売主の保険についての買主の受益を認めたもののようである。後掲注52参照。
　また、同様の状況で売買代金を得ている売主の保険金請求を否定した判例として、Westfall v. American States Ins. Co., 334 N.E.2d 523 (Ohio App. 1974).

(48) Fineberg, supra note 25, at 485-487. 不当利得の観点から、このような場合に買主の受益を認めるのは不当利得であるとするものとして、4 PALMER, supra note 8, at 355. もっとも、Palmer は買主危険負担の問題として論じているわけではない。4 PALMER, id, at 359 n.40.

(49) Bixby, supra note 5, at 121. このようなときに買主受益を認める実益は売買代金より保険金の方が高い場合や、たとえば土地と建物の売買で、買主が建物よりも土地を欲しているような場合に認められる。多治川卓朗「代償請求権と売買契約における危険負担」熊法八九号七一頁（一九九七年）参照。
　なお、買主が保険金を取得するとするのは誤りで、売主が保険金を取得し、買主が保険金額と一致する程度の代金の減額を得ているとの指摘がある。これは売主には不利益はないことを示す趣旨のようである。RABIN & KWALL, supra note 35, at 1040. しかし、保険金が売買代金を超えるときなどはこれだけの問題ではない。

(50) 4 PALMER, supra note 8, at 359-360.

(51) VANCE, supra note 18, at 780; Simpson, supra note 2, at 764.

(52) 否定するものとして、Phinizy v. Guernsey, 36 S.E. 796 (Ga. 1900) は、売買代金の方が保険金より高いケースで、売主の保険金を買主が取得することを否定した。ただし、売買代金の減額は認めている。Poole v. Scott, 46 S.E.2d 145 (N.C. 1948) は、売買代金の方が保険金より高いケースであるが、買主は一〇〇〇ドルかけて改築している。改築費の点では保険金は必要だったともいえる。
　肯定するものとして、Pruitt v. Meyer, 467 P.2d 364 (Wash.App. 1970). 土地・建物の売買で建物が滅失し、建物についての

保険金が問題となった事案である。保険金より売買代金の方が高い。判旨は危険負担が売主か買主かについては判断せず、売主危険負担であっても買主は解約を強制されず、契約を存続させたうえで損害額の補償を求めることもでき、また、買主危険負担であれば買主が売主の保険につき受益するとして、いずれにしても結果的には保険金は代金債務に充当されるとした。Skelly Oil Co. v. Ashmore, 365 S.W.2d 582 (Mo. 1963) は、土地・建物の売買につき、売主は土地を利用する目的で、建物は後に取り壊して別の建物を建てようと計画していたときに、建物が火災で滅失し、保険金の帰属が問題になったケースである。売買代金は二万ドルで、建物についての保険金の一万ドルが売主（及び担保権者）に支払われており、買主が売主に対して specific performance を求めて訴えを提起した。ここで保険金が売買代金に充当されるか、あるいは売買代金が減額されるか等が問題となった。判旨は、まず、危険負担につきマサチューセッツ・ルール（注25参照）に従うとしたうえで、しかし、本件における問題は買主が建物なしで土地を買わねばならないかではなく、買主は建物の代物である保険金と共に売買契約の履行を求める権利があるかどうかであるとして、結論として、保険金と土地についての買主の権利を認めている。本判決の位置付けについてはいろいろな評価があるが、危険負担は売主にあるとしたうえで、買主に売主の保険についての受益を認めたものとみてよいと思われる。See also, RABIN & KWALL, supra note, at 1040. Acree v. Hanover Ins. Co., 561 F.2d 216 (10th Cir. 1977).

(53) 5 COUCH, supra note 10, §68.10 at 17; VANCE, supra note 18, at 781; CUNNINGHAM, STOEBUCK & WHITMAN, supra note 25, at 709. 売主には付保の機会があり、危険負担の不合理性はないといわれる。CRIBBET & JOHNSON, supra note 15, at 199; Bixby, supra note 5, at 121-122. See also, Simpson, supra note 2, at 767.

(54) Bixby, supra note 5, at 115, 121. Phillips v. Bacon, 267 S.E.2d 249 (Ga. 1980) は、売主が権原を移転することができないため、売主が危険負担するとされた場合に売主の受益を否定したものである。買主の保険者は買主への支払を拒絶しているが、買主自身の保険金請求権については判断されていない。

ただし、例外的に認められる場合はある。買主が目的物の修理義務を負うような場合には買主は保険金を売主のために保有するとの見解がある。See 64 A.L.R.2d, at 1415-1416; KEETON & WIDISS, supra note 14, at 326.

(55) Bixby, supra note 5, at 121; KEETON & WIDISS, supra note 14, at 326; CUNNINGHAM, STOEBUCK & WHITMAN, supra note 25, at 708.

(56) Sanford v. Breidenbach, 173 N.E.2d 703 (Ohio App. 1960) は、売主が specific performance できないから売主が危険負担するとしたうえで、買主は契約の遂行を望んでいないから買主には損害はないとし、買主の保険者は買主にも支払う必要はないとした。Lampesis v. Travelers Ins. Co., 143 A.2d 104 (N.H. 1958) は、買主に解約権がある場合に、買主の保険金請求を認めている。ただし、保険者は、買主が解約権を行使しつつ保険金を取得することによるモラル・ハザードの問題を知りながら引き受けた事案であるから、判旨の結論は驚くべきものではないとの指摘がある。Young, supra note 21, at 1067-1068.

(57) 5 COUCH, supra note 10, §68:10 at 16.

(58) 4 COUCH ON INSURANCE §65:82 et. seq. (3d. ed. 1996).

3　mortgage と不動産売買

mortgage と不動産売買では対照的な結論がとられている。この点については mortgage と不動産売買の区別に合理性があるのかという議論がなされている。アメリカでは、前述のように不動産売買の売主は売買代金債権についての担保権者と同様の地位にあるという考え方がなされており、そのことからすると、一層区別の合理性が問題となる。(1)

不動産売買と mortgage の違いとしてあげられるのは期間の長さである。不動産売買では契約締結から売買終了までの期間は短く、素人の買主では契約締結後すぐに危険が移転するとは分からないが、mortgage の存続期間は長いということである。(2) また、不動産売買では占有はまず売主にあるが、mortgage では設定者が占有するという違いもあげられる。(3) これは占有している者が事故を起こす危険が高いので、占有している者に対しては代位を認めるべきであるが、占有していない者は事故を起こす危険性も少ないので代位を認めずに受益させても問題はないとの考え方に基づくものと思われる。しかし、期間についても占有についても、必ずこのような違いがあるとはいえないとの反論があり、(4) また、

不動産売買について、占有移転後も受益を認めるという判例からすると、このような違いはあまり生じなくなる。[5] 特に売買代金債務につき mortgage が設定されたような場合にはますます違いはなくなってくる。

また、equitable conversion の点で異なるとの指摘もある。売主は法的権原を有するが、担保権者は何らの権原も有していないということである。[6] しかし、equitable conversion は買主が危険負担することの根拠となる法的擬制にすぎず、mortgage では受戻権を有する設定者が危険負担するので擬制の必要がないだけとの反論がある。[7]

これに対して、purchase money mortgage と他の mortgage を区別して、purchase money mortgage は不動産売買ケースと区別するべきではないが、他の mortgage は区別すべきとの見解がある。不動産売買で売主を担保権者とみると、被担保債権は代金債権で、担保の目的物が当該不動産となる。被担保債権は代金債権であるが、債務者の代金債務の対価は、不動産である。つまり、不動産が滅失すると債務者は債務の対価を得られない。しかし、purchase money mortgage 以外の mortgage では債務者は被担保債務の対価は取得している。担保の目的物が滅失しても、被担保債務の対価まで失うわけではない。この点で不動産売買ケースとは異なるとする。[8] この見地からすると、purchase money mortgage でも担保の目的物の滅失により債務者は債務の対価を失うことになり、単なる売買のときと同じことになる。ただし、判例は purchase money mortgage は他の mortgage と同じように処理している。このように mortgage と不動産売買をどう扱うかも問題の一つである。

(1) Stephen I. Langmaid, Some Recent Subrogation Problems in the Law of Suretyship and Insurance, 47 HARV. L. REV. 976, 993 (1934); 1 JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE 267-268 (4th ed. 1995). また、standard mortgage clause における "mortgagee" には land contract の売主が含まれるとする判例もある。4 GEORGE G. COUCH, COUCH

ON INSURANCE §65:42 (3d ed. 1996).

(2) Langmaid, supra note 1, at 993; Cecil G. King, Subrogation Under Contracts Insuring Property, 30TEX. L.REV. 62, 78 (1951). 半田吉信・売買契約における危険負担の研究四五〇頁注32（信山社、一九九九年）。mortgage では担保権者は自己が保護されるような保険（standard mortgage clause 付等）を付保することを設定者に求め、設定者が従ったかどうかを確認することのできる地位にいるので、買主ほど保護の必要はないとの指摘もある。ROBERT H. JERRY, UNDERSTANDING INSURNCE LAW 327 (2d ed. 1996).

(3) Note, Liability of Conditional-Sales Vendee Who Assumed Risk of Loss Is Reduced by Proceeds of Vendor's Fire Insurance, 72 HARV. L. REV.1380 (1959); John G. Fleming, The Collateral Source Rule and Contract Damages, 71 CAL. L. REV. 56, 71 (1983).

(4) John C. McCoid, Allocation of Loss and Property Insurance, 39 IND. L. J., 647, 663 (1964).

(5) 4 GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION 368 (1978). See also, Robert L. Flores, A Comparison of the Rules and Rationales for Allocating Risks Arising in Realty Sales Using Executory Sale Contracts and Escrows, 59 MO. L. REV. 307 (1994).

(6) JERRY, supra note 2, at 327.

(7) McCoid, supra note 4, at 663. ただし、equitable conversion は危険負担を基礎づけることが目的ではないようである。Harry W. Vanneman, Risk of Loss, in Equity, Between the Date of Contract to Sell Estate And Transfer of Title, 8 MINN. L. REV., 127, 134 (1923). 太田知行・当事者間における所有権の移転一六二頁（勁草書房、一九六三年）、安藤次男「イギリスの不動産売買における危険負担と保険制度の関連」望月礼次郎＝樋口陽一＝安藤次男編・広中俊雄教授還暦記念・法と法過程七四九頁（創文社、一九八六年）。いずれにせよ、equitable conversion の目的がこのようなものであるとすれば、この点が保険金の配分につき区別することの合理的根拠といえるかは疑問である。

(8) 4 PALMER, supra note 5, at 369.

4　まとめ

mortgageと不動産売買について以上のような議論があるが、ここで第三者受益についての一般的評価の観点から整理しておく。受益を否定する要素としては種々のものがあるが、それらのうち、契約外の第三者に利益を与える不当性（第三者の不当利得）、第三者が独自に保険に加入することで保険金の分配が複雑になること、被保険者の恣意的処理の可能性、損失負担ルールの変更は、どの取引類型でも問題になることだと思われる。不動産売買において買主受益が認められていることからすると、一般的にはこれらは絶対的なものではなく、他の優先する要素があれば第三者受益を認めてよいと評価されているといえる。次に、これら以外の要素についてみていくこととする。

まず、モラル・ハザードについては、不動産売買については、引渡前であれば買主に受益を認めても、あまり問題にならないとされている。次に、保険によるリスク分散の効用については、危険負担ルールが不合理であれば保険によるリスク分散を認めることは一層意味がある。この点では危険負担することが不合理な場合に受益を認めることにつながる。この二つの要素からは、引渡前に買主の受益を認めるという説が導かれる。mortgageでは設定者が目的物を占有しているので、受益を認めればこれらの点は問題になりうる。したがって、前述のように、この点で不動産売買とmortgageを区別するという議論があり、モラル・ハザードの点とリスク分散の効用は第三者受益を認めるうえで重視されることが多いようにみえる。(1)

また、受益の要件として、被保険者の期待を害さないこと、第三者のための保険となることが予測されることがあげられることがあるが、これらの点も不動産売買では問題ないとされている。(2) mortgageでは後者はおそらく予測されるものとは評価しないと思われるが、前者はmortgageでも同じである。被保険者の期待を害さないことは抽象的には第三者受益の重要な要件であると思われるが、多くの場合はこの要件は満たされるのではなかろうか。

また、被保険者の不当利得から第三者の受益を導く説があるが、不動産売買では売主の利得は買主の費用によるとし、

その点で受益を肯定している。これは mortgage との区別にもつながる。(3)

このようにみれば、不動産売買で買主の受益を認める説が多いことはうなずける。一般論としては第三者受益を否定しつつ、特定の取引については受益を認める場合に、不動産売買と mortgage の例からすれば、モラル・ハザードのおそれの程度とリスク分散の効用の点が受益の要素として大きいように思われる。一般論として、不当利得から第三者受益をとらえる場合には、第三者の費用による利得かどうかが重要になる。

判例は mortgage では設定者が保険料を負担している場合にのみ受益を認め、不動産売買では広く受益を認めているが、これは一般論としては、第三者が保険料負担していない限り第三者受益は否定すべきであり、後は取引ごとの利益調整の問題とする枠組み(4)と整合的とみることもできる。ただし、判例は、不動産売買について、モラル・ハザード、リスク分散、不当利得等の枠組みから認められる以上にかなり広く受益を認めており、mortgage については原則として受益を否定することと区別する合理的な理由は明らかにはされていない。

(1) Allen P. Fineberg, Risk of Loss in Executory Contracts for the Sale of Real Property, 14 COLUM. J. L. & SOC. PROBS. 453, 488 (1979); John C. McCoid, Allocation of Loss And Property Insurance, 39 IND. L. J. 647, 669 (1964); Roger A. Bixby, The Vendor-Vendee Problem: How Do We Slice The Insurance Pie? 19 Forum 112, 120, 127 (1983).

(2) William F. Young, Some "Windfall Coverages" in Property And Liability Insurance, 60 COLUM. L. REV. 1063, 1067 (1960).

(3) 4 GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION 350-351 (1978).

(4) McCoid, supra note 1, at 669.

四　検討

1　一般的検討

アメリカでは、保険の目的物につき複数の利害関係者がいる場合の利害調整の問題、特に保険と契約上の権利の調整の問題は一般論として議論されているが、日本ではこのような議論はあまりみられない。抵当権や不動産売買において、保険金をめぐる当事者の利害調整が問題にならないわけではないが、基本的には取引類型ごとの議論がなされ、保険と契約上の権利の調整の一般論はなされていない。取引類型ごとに当事者間の利害調整を考えるべきことは当然であるが、一般論としての視座を検討することにも意味があると思われる。そこで、ここまでにみたアメリカの議論を参考として若干の検討を行う。

理論的には、保険者が契約上の権利に代位することは当該債権についての保険と構成しない限りは導くことはできない。(1) したがって、保険者の権利取得を認めるのであれば、債権保険と構成して代位を認めるか、債権譲渡を約定することになる。第三者の受益を認める場合には、代償請求権等の法理によることが考えられる。この場合には、保険金を代物とみることが必要とされるかもしれない。以下では、実質論として、代位が妥当か、第三者受益が妥当かについて簡単に検討する。なお、日本においても、この問題は実際には、取引当事者間で何ら保険に関する合意がなされない場合に生じるものと思われる。ただし、一般的な保険の構成を考える際には当事者の合意への影響も考慮する必要がある。

アメリカで第三者受益を否定する根拠としては、まず、人的契約性があったが、日本では被保険者の地位の移転の際に保険者が承諾することは実定法上は必要ではないと解されており、(2) その意味で、保険者が被保険者を確認する機会は

法律上は保障されていない。したがって、被保険者の性質が重要であるというような意味における人的契約性の議論は当然に法律上考慮すべきという形では妥当しない。ただし、たとえば、火災保険の約款では、被保険者が目的物を譲渡した場合には保険者に解除権が認められており（住宅火災保険普通保険約款八条三項等）、第三者受益を認めることは個別の約款との関係では問題になる。この規定が保険金の二重払等の防止のためのものだとすると、第三者の保険者に対する直接の請求権を認めないのであれば、第三者受益とは抵触しない。モラル・ハザード対策であるとすれば、不動産売買について受益を認めることはこの約款の趣旨に反するといわざるをえない。

また、モラル・ハザードとの関係では、第三者受益を認めることで第三者が非効率な行動をすることが促進されるような場合には受益を認めるべきではないといわれる。この点からいえば、受益を認めるときは第三者が保険料を負担する形にすることが必要になる。(3) なお、損害が発生した場合にのみ第三者が保険料を負担するという形であれば、保険料による調整としては不十分になる可能性があるが、完全な調整がなされるのは非効率な行動を保険料が反映していることが前提であるから、現実にはたとえば火災保険の保険料は非効率的な行為によりそれほど変わらないとすれば、そこまでの厳密さを要求する意味はないともいえる。(4) また、第三者が目的物を占有していないときのように第三者が損害防止に適した立場にいないときはこの議論は妥当しない。(5)

次に第三者受益は第三者の不当利得になるとの議論があるが、たとえば、不動産売買における代償請求権や譲渡担保における清算の枠組で処理できるのであれば理論的には問題にならない。第三者が保険料を負担せずに保険保護を受けるという実質的な側面を問題とするとしても、そもそも保険契約者と保険者間の保険契約において第三者が保護されるような形態の保険契約は存在するのであり（他人のためにする保険契約）、したがって、適切な理論構成が可能であれば、それ以上に第三者が保険料を負担していないという意味での実質的に不当な利得であるという点を論じることは法

的には意味がないと思われる。(6)

しかし、被保険者が第三者のために保険料を負担させられるという点は問題となりうる。第三者に受益させる意思のない被保険者が第三者が受ける保険保護についても保険料を負担しなければならないという問題である。不動産売買で保険料の調整を行う判例もあるが、指摘されていたように、事故が発生しないときには保険料の調整はなされないことからすれば、それでは不十分である。もっとも、この問題は微妙でもある。まず、第三者受益を認めることで、代位構成をとる場合よりも保険料が高くなるのであれば、被保険者が不利益を受けることは明らかである。被保険者の負担が売買価格等に転嫁されるのであれば、問題はないが、一般的に転嫁されるとはいえないであろう。この場合は第三者受益には問題がある。(7) しかし、第三者受益を認めても実際には保険料には影響しない場合はどうであろうか。第三者受益といっても、被保険者が保護されないわけではなく、被保険者と同時に第三者も保護される。(8) このときに受益によって被保険者が負担する保険料額は変わらないのであれば、被保険者は不利益を受けているわけではない。(9) したがって、当事者間の衡平の観点から保険料は分担するべきであるとしても、事故が発生しないときは保険料の調整がなされないことが致命的な問題になるとは限らない。(10)

その他の第三者受益への批判としては、合理的付保が困難になるというものがある。(11) 超過保険による経済的浪費については、たとえば不動産売買でいえば、売主も買主も保険に加入する利益があるとするのであれば、保険の種類は別のものにするとしても、売主と買主の両者が保険に加入する事態が起こりうることは売主の保険につき代位を認めたとしても変わらない。代位により売主の保険の保険料が低下するのであれば代位を認める方が有益であるが、そうでなければそれほど変わらないように思われる。(12) すなわち、これは第三者受益が保険料に影響するかどうかと同じ問題になる。また、基本的には当事者間で保険についての合意がない場合に問題となることであり、合理的に保険に加入したいのに

それが不可能になるという問題はあまり重視する必要はないであろう。また、保険の存在で損害負担ルールを変えることを問題とする議論もあるが、保険が存在している場合のルール設定であると解すればあまり問題はない。(13)

なお、当事者の双方が別個に保険契約を締結したときの処理の困難さは、一般的には、ルールを確立すれば解決される問題といえるかもしれないが、たとえば、抵当権や譲渡担保については、後述のように困難な問題が生じる。

また、被保険者の恣意により第三者の受益の可否が影響されないことについては、恣意的処理ができるかどうかは受益の形をどう解するかによる。たとえば、第三者が直接保険者に保険金請求することを認めるのであればこの問題は起こらないが、しかし、その場合には保険者の保険金支払を混乱させるという別の問題が生じる。この点から、第三者の直接の請求は認めるべきではない。このように解すると、被保険者の恣意の余地は残りうるが、なお恣意の余地を認めない構成もありうる。(14) 被保険者の恣意的処理が可能な構成になるとすれば、これは受益を否定すべき要素の一つとなる。

以上からして、一般論としては、第三者受益の問題は基本的には保険料負担の問題であるといえる。保険料負担は、第三者の非効率的活動の見地と被保険者の負担の見地から問題になる。これらが問題にならない場合には、実質論としては、第三者受益を否定するべき理由はない。第三者受益を認める理論構成としては、黙示の被保険者と解することには意思解釈としては無理があるように思われる。(15) 不動産売買等においては、第三者受益を認めるべき場合には保険契約は債権についての保険ではなく、あくまで物についての利益に対する保険であると構成した上で、代償請求権等で処理することになる。(16) しかし、以上のような問題が生じる場合であっても、取引類型ごとの検討によりなお第三者の受益を認めるべき余地があることは考えられる。また、逆に取引に特殊な受益を認めるべきではない理由が存在することもありうる。取引類型ごとの検討を十分に行うことは筆者の及ぶところではないが、不動産売買と抵当権・譲渡担保につき、従来の議論に即してごく簡単に検討してみることとする。

(1) 抵当保険に関する議論につき、一参照。

(2) 保険の目的物の譲渡における被保険者の地位の移転において、対抗要件の要否が議論されているが、基本的には債権譲渡の対抗要件として論じられている。大森忠夫・保険法一七七頁（有斐閣、一九五七年）、西島梅治・保険法（第3版）二一九頁（悠々社、一九九八年）。

(3) しかし、これは第三者が被保険者の保険の存在とそれによる受益を知っていることが前提となる。したがって、当事者間で保険金等についての合意がなされない場合には実際にはそれほど問題とする必要はないように思われる。

(4) 第三者に保険料を負担させるとしても、取引の価格を通じてそれが被保険者に転嫁されるのであれば、これを議論する意味はない。これは取引の状況によるが、不動産売買や mortgage の例については、被保険者に転嫁されるとはいえないように思われる。

(5) 保険金の配分についての当事者間の合意を有効とする場合には、そのことと合意がない場合において第三者の非効率な行動を問題にすることの関係が問題となりうる。非効率な行動が保険料に影響する場合には、後述の注10の議論が妥当する。保険料への影響は別として、第三者の非効率な活動が問題になるときに、第三者に受益させるような当事者間の合意の効力をいかに解するかは困難な問題であろう。ただし、仮に当事者間で合意がなされたときには、合意の効力を認めるとしても、合意がない場合に非効率な活動が起こらないような形にしておくことは意味があると思われる。

(6) たとえば、抵当権者が抵当権設定者を被保険者とする保険契約における保険金請求権に物上代位することは認められている（周知のように議論はある。大森・前掲注2一八七頁、西島・前掲注2二二六頁参照）。また、譲渡担保の担保権者が自己を被保険者とする火災保険契約を締結したとき、担保権者が受領した保険金のうち債権額を超える分は清算により担保権設定者が取得するとされている（高木多喜男・担保物権法（新版）三三二頁（有斐閣、一九九三年））。したがって、このような構成で問題ないのであればそれ以上に第三者の不当な利得を問題にする必要はない。

(7) この場合も、第三者に保険料を負担させても、取引価格を通じて被保険者に転嫁されるのであれば特に問題とする意味はない。

(8) 不動産売買でも mortgage でも、第三者受益はこのような形でなされている。被保険者の期待が害される形であれば、第三者受益は認めるべきではないであろう。

(9) この点についてのドイツの議論につき、半田吉信・売買契約における危険負担の研究四三二頁（信山社、一九九九年）。

(10) 保険料との関係では、当事者間の保険金の配分の合意の効力をいかに解するかということとも関連する。特に、当事者間の合意により第三者が受益することにより、保険料が上昇し、第三者受益の合意をしない被保険者の保険料が高くなるとすると、問題である。このような場合には、第三者受益の合意をしたければ別種の保険に加入するという形にすることが望ましい。しかし、このような形で保険料に影響しないとすれば、残る問題は当事者間の衡平であり、これは当事者間で合意がなされているのであれば、基本的には問題とする必要はないであろう。この点では合意がない場合の第三者受益の問題とは異なる。

(11) 二3注20、23と本文参照。

(12) ただし、代金債権額が目的物の価額より低いときは、目的物についての売主の保険をそのまま売主の利益のために存続させるという方法は、保険料返還などの手当をしない限りは売主に不利になる。

(13) 当事者間の約定を保険が存在している場合をも含めたルール設定と解釈するか、保険が存在している場合については合意がないと解釈するかは契約解釈の問題になる。したがって、これは具体的な取引ごとに問題となることであり、一般論としては、あまり問題とする必要はない。たとえば、一方に付保義務が課されており、その者が危険負担することが約定されていたような場合、さらに、この取引条件が売買価格に反映しているといえる場合には、危険負担者に受益を認める必要はないかもしれない。しかし、このような場合でも、危険負担しない者の保険契約が存在する場合については合意されていないという言い方も可能であり、たとえば、付保義務を課すこと、危険負担させること自体が不合理な場合はこのような解釈も考えられる。また、約款による取引の場合は、その点も考慮されることになる。

(14) 代償請求であれば被保険者が保険金請求するかどうかに受益の可否は影響されないので恣意の余地は残らない。譲渡担保の清算も、設定者の保険金請求権の引渡請求を認めるのであれば（高木・前掲注6三三二頁）恣意の余地はない。

(15) ただし、安藤次男「危険負担における債権者主義」奥田昌道他編・民法学5三八頁（有斐閣、一九七六年）。

(16) もっとも、後述のように、不動産売買について基本的には第三者受益を認めつつ、それを一定の範囲に限定しようとする場合には理論構成は非常に困難になる。

また、抵当権者等の利益の保険について、原則的に清算で処理する形をとったとき、例外的に代位的処理をするには、

担保取引当事者の合意と担保権者と保険者間の合意の二つが必要となる。これに対して、代位型の保険を原則として例外的に第三者受益を認めるには、保険者の権利取得を債権譲渡特約とした上で担保取引当事者間の合意を優先とする解釈が可能な形にしておけば、担保取引当事者間の合意のみで足りる。このことからすれば、代位型に大きな問題がなければ、一般的な形としては代位型にした方が便利であろう。

2　取引類型ごとの検討

(1) 不動産売買

日本では冒頭でみたように抵当権については約款で代位的処理がなされており、譲渡担保では清算による第三者の受益が認められている。また、不動産売買では代償請求権が認められている。アメリカと比較すると、mortgageと抵当権では同様の処理がなされているが、譲渡担保と比較すると違いが出てくる。不動産売買については、アメリカで擬制信託によって第三者の受益が認められる場合と、日本で代償請求権が認められる場合は同様の処理がなされているようであるが、いかなる場合にこれらが認められるかには議論がある。

(ア) 代償請求権

まず、日本での議論についてであるが、代償請求権の根拠については一般的には衡平の観念などといわれるが、[1] 細かくいえば根拠と認められる範囲については見解が分かれている。アメリカにおける議論との対比との観点から、不動産売買における危険負担との関係から整理すると、第一に、所有権の帰属と危険負担による損失の帰属が異なる場合の調整としてとらえる見解がある。[2] この見解は損害賠償請求権や被保険利益の帰属は所有権と一致すると理解しているもの

と思われる。そして、所有権の帰属（すなわち損害賠償請求権や保険金請求権の帰属）と危険負担による損失の帰属がずれた場合の調整として代償請求権を認める。典型的には売主に所有権があるが、危険負担は買主という場合に代償請求権を認める。[3] 売主危険負担だが買主が付保という場合も代償請求権は認められる。[4]

第二に物の滅失による損害を負担するのは給付危険を負担する者であるという観点から、代償請求権により損害賠償請求権の帰属の調整を行う見解がある。これは売買代金と物の価額がずれている場合の処理をどうするかという問題意識に基づくもので、たとえば、売買代金より価額の方が高い場合に、価額の賠償を受けるべきなのは買主であると考える。[5] また、買主が賠償を受けるべきであるとしても、買主は回収の危険を負ったうえで代金支払を義務づけられるのは妥当ではないので、買主に選択権を認めるべきであるとする。[6] 具体的には売主危険負担で、売主が付保している場合も、買主は代金全額を払って保険金請求権を売主から取得する権利を認めるべきとする。[7] また、売主危険負担で買主が付保している場合に、単純に売主が代償請求権をもつのではなく、買主は保険金請求権を売主に委ねつつ代金債務を免れるか、保険金請求権を行使しつつ代金を支払うかの選択権をもつとする。[8]

第三に双務契約における双務性の貫徹という観点から代償請求権をとらえる見解がある。[9] この説も売主危険負担のときの売主の保険について、買主が代金を全額払って保険金請求権につき代償請求することを認める。[10] また、引渡により所有権も危険負担も買主に移転した場合の売主の保険につき、代金が全額支払われるまでは売主は被保険利益を有するのであり、[11] この保険金請求権につき買主は代償請求できるとする。[12] おそらく他の見解は引渡により所有権も危険負担も買主に移転した後は、売主の被保険利益は認めないと思われる。[13] この説が認める理由は、この見解は引渡により売主の保険が買主に移転することに対する反対として述べられたもので、このように解することで同時履行の抗弁権を確保することができるとする。[14] また、保険料について、代償請求権が認められる場合には、請求者が保険料を負担すべきとす

る見解もある。[15] なお、保険金請求権は代償請求権の対象とはならないとの見解もある。[16]

（イ）検討

ここで第三者受益の範囲について若干の検討を行う。まず、前提として、代償請求権が認められることを第三者受益として扱うことが適切かどうかが問題になる。代償請求権は債権的権利であり、買主が保険金を他の債権者から優先的に取得するという効果はなく、[17] 擬制信託とは異なる。[18] しかし、機能的にみれば、少なくとも保険料負担の問題については、他の債権者に対する優先権はないとしても、売主の保険金請求権につき買主が当然に代償請求権をもつことからすれば、同じ問題が生じるとみてよいように思われる。

代償請求権が問題になりうるものであるとして、取引当事者間の衡平という意味での被保険者の保険料負担の問題は取引類型に関係なく生じる。取引ごとの問題としては、受益を認めることによる保険料額への影響、非効率的行動との関係が問題になる。保険料額については、定かではないが、不動産売買では、不動産売買向けの保険契約があるわけではなく、一般的な火災保険が問題になることからすると、不動産売買で受益を認めることによる保険料額への影響はそれほどないように思われる。

非効率的行動については、買主が損害防止に最も適した地位にあるといえるのは引渡後であるから、引渡前についてはそう問題にする必要はない。また、目的物譲渡の通知義務を定める約款における譲渡の意義を引渡と解すれば、引渡前に通知義務違反の問題は起こらない。これらのことからすれば、引渡前の事故につき買主に受益を認めることにはあまり問題はない。引渡後をどう考えるかが問題となる。前述のように約款をモラル・ハザードの観点から理解した上で有効であると解することを前提とすれば、買主の受益を認めることには問題が[19][20]ある。

引渡前について第三者受益否定の要素としては被保険者の保険料負担の問題が残る。もっとも、事故発生時のみの第三者の負担でよければ問題はない。仮にこれを否定の要素とみるとすると、第三者受益を認めるべき理由があるかどうかが問題となる。不動産売買取引についての従来の議論からすると、まず、買主危険負担のときは買主は代金債務を負うのだから、できるだけ買主に対価を与える方がよいという考慮が考えられる。これはアメリカの判例の姿勢に近いが、買主が危険負担するということは少なくとも代償がなければ反対給付を受けられない地位にあるということであり、したがって、危険負担自体が合理的かどうかを捨象していえば、買主に受益させるべきでない積極的理由があるときにそれでも代償請求を認める理由としては弱いように思われる。次に、アメリカの学説でみられるように、買主危険負担が買主に不合理な危険を与えるものであるときは、それを緩和するために受益を認めるべきであるということが考えられる。[21] また、買主は物の価額に応じた賠償を受けるべきであるという議論もある。これは損害賠償請求については妥当するかもしれないが、保険金については売主が独自に保険契約に加入したために保険金があるのであるから、第三者受益に否定的要素があることを前提とすれば、それほど重視するべきではないようにも思われる。いずれにせよ、結論を導くには、不動産売買取引についてのより個別・具体的な検討が必要であるから、ここでは立ち入らないが、これらのことが衡量の要素となる。なお、これらはいずれも買主危険負担の場合の問題であるから、これ以外に考慮の要素がないとすると、売主危険負担で買主付保の場合には売主の受益は認める必要はないことになる。[22] ただし、買主には所有権があるから被保険利益があるとしてしまうと、調整として売主の代償請求権を認めざるをえない。[23] また、仮に第三者の受益を認めることが保険料に影響するとしたときにも、これらのこととの衡量が問題になる。

(2) 抵当権・譲渡担保

抵当権者の利益の保険契約についての抵当権設定者の受益の是非については、抵当権設定者が担保物件を占有・管理していることから、モラル・ハザード、非効率的行為が問題となる。また、保険料への影響については、抵当権者の利益の保険は、独立した種類の保険とされるであろうことからすると、代位構成か第三者受益構成かで保険料に違いが出てくる可能性もある。また、一般的問題として、当事者間の衡平の観点からの被保険者の保険料負担の問題もある。これらのことからすると、抵当権者の利益の保険については原則としては抵当権設定者の受益を認めないことは妥当である。保険料負担に応じて設定者の受益を認めるのは解釈論としては困難であろう。したがって、一般的に代位構成は妥当であると思われるが、譲渡担保権者の利益の保険との違いが問題となる。譲渡担保権者の利益の保険については清算による設定者の受益が認められている。この保険も代位構成とすることはありえるが、目的物の価額すべてにつき譲渡担保権者は被保険利益を有することを前提とすると、目的物の価額が債権額を超えるときに全部保険としたような場合には担保権者は物の価額全額につき保険金を取得できるが、このときに保険者は被担保債権を取得するとしても、保険金のうち債権額を超える部分については清算にゆだねるしかない。そうすると、その部分については第三者である設定者の受益を認めることになる。したがって、譲渡担保権者は目的物の価額全額につき被保険利益を有することを前提とする限り、担保権者の二重取りを防ぐためには第三者受益は認めざるをえない。また、譲渡担保権者の利益の保険は特別な種類のものではなく、通常の火災保険が利用されていることからすると、保険料に影響が出る可能性は低いであろう。これらの点で抵当権者の利益の保険とは別の扱いとすることに合理性がないわけではない。しかし、抵当権者の利益の保険においても保険料に影響はないとすると、抵当権者の利益の保険の構成を変えることも考えられる。(24)

ところで、不動産売買において買主の代償請求権を認め、抵当権者の利益の保険では代位構成をとるとすると、両者の区別の合理性の問題はどう考えられるであろうか。典型的には売買の目的物上に抵当権を取得した売主が抵当保険に

加入した場合と売主が所有者利益についての火災保険に加入している場合で違う扱いとなることの合理性が問題となる。[25]また、所有権留保売買で売主の保険についての買主の受益を認めるとすると、それとの均衡も問題になる。売買の目的物につき抵当権を設定した場合とそうではない場合で買主の受益の有無について区別する合理性があるかが問題である。ただし、当然のことながら抵当権者の利益の保険は不動産売買の売主を抵当権者とする場合にのみ利用されるわけではないから、このような比較から抵当権者の利益の保険の構成が直ちに導かれるわけではない。他の取引との均衡も考慮要素の一つといえるにすぎない。いずれにせよ、抵当権等についても、個別具体的な検討が必要である。

(1) 衡平の観念、物上代位、賠償者代位、弁済者代位などの制度があること、民五三六条二項の趣旨などがあげられる。沢井裕・判批・民商五七巻一号一二四頁（一九六七年）、甲斐道太郎・判批・判評一〇二号（判時四八〇号）一一頁（一九六七年）、同「代償請求権と不当利得」谷口知平教授還暦記念・不当利得・事務管理の研究（3）一六一頁以下（有斐閣、一九七二年）、多治川卓朗「代償請求権と売買契約における危険負担」熊法八九号一〇一頁、一二二頁（一九九七年）。

(2) 小野秀誠・反対給付論の展開四〇〇頁、四〇六頁（信山社、一九九六年）。

(3) 小野・前掲注2四〇四頁以下。また、甲斐・前掲注1判批一三頁、半田吉信・売買契約における危険負担の研究二〇六頁（信山社、一九九九年）。

(4) 小野・前掲注2四〇〇頁。

(5) 多治川・前掲注1一二〇頁。

(6) 多治川・前掲注1一三一頁。

(7) 多治川・前掲注1一三二頁。ただし、具体的には損害賠償請求権に即した議論であって、保険金請求権について同じ結論であると明示しているわけではない。なお、半田・前掲注3二〇七頁。

(8) 多治川・前掲注1一三二頁。

(9) 浜上則雄「代償請求権について（上）（中）（下）」LS三九号六四頁、四一号四〇頁、四二号三五頁（一九八一―一九八二年）、三九号六七頁。
(10) 浜上・前掲注9三九号七二頁、沢井・前掲注1一二三頁。
(11) 浜上・前掲注9四二号四〇頁注（30）。
(12) 浜上・前掲注9三九号七一頁、四二号三九頁。また、半田・前掲注3四五七頁。
(13) 瀬戸正二・判批・曹時一九巻四号一四八頁（一九六七年）、甲斐・前掲注1判批一二頁。また、沢井・前掲注1一二七頁参照。
ただし、目的物の引渡により売主の保険契約上の権利の買主への移転が推定される（商六五〇条）。火災保険の約款では目的物の譲渡の際には保険者への予めの通知がなければ通知を受けるまで保険者は免責されるとされているが（住宅火災保険普通保険約款八条二項）、不動産売買についての判例は、この通知は譲渡後遅滞なくなされればよいとしている（最判平成五・三・三〇民集四七巻四号三三八四頁）。したがって、移転の推定が破られるか、あるいは約款で求められる保険者への遅滞のない通知がなされない場合以外は、結果として買主が保険の利益を享受できる。
なお、引渡前に売買代金が支払われたときの、売主の被保険利益に関して、売主の保険金請求権を認め、さらに買主の代償請求権を認める説がある。安藤次男「危険負担における債権者主義」奥田昌道他編・民法学5三七頁（有斐閣、一九七六年）。
(14) 浜上・前掲注9三九号七一頁。
(15) 浜上・前掲注9四二号四〇頁。また、星野英一・判批・法協八五巻一号九四頁（一九六七年）。
(16) 大森忠夫・保険法一八七頁（有斐閣、一九五七年）。判例は保険金請求権についての代償請求権を認めている。最判昭和四一年一二月二三日民集二〇巻一〇号二二一一頁。この点につき、星野・前掲注15九四頁。
(17) 星野・前掲注15九四頁、浜上・前掲注9四二号四〇頁、甲斐・前掲注1論文一六八頁、高橋眞「代償請求権と物上代位」法教一八七号五四頁（一九九六年）。
(18) 松坂佐一・英米法における不当利得一八〇頁（有斐閣、一九七六年）。なお、谷口知平「Constructive Trust（擬制信託）の法理の輪郭と不当利得」不当利得の研究四六五頁（有斐閣、一九四九年）。

(19) 逆に、受益を認めるべきであるとすれば、その点から、この約款の効力が問題となる。浜上・前掲注9四二号三九頁。

このように、約款の効力自体について検討する必要はあるが、ここでは立ち入らない。

仮に、約款との関係では問題がないとして、第三者受益の前提として、そもそも引渡後に売主の保険が有効に存続するか（買主に保険契約上の権利が移転することなしに）という問題がある。現実には、買主への権利移転の推定が破られた場合、保険者への通知が遅れた場合に問題となる。売主の保険を有効とするのであれば、譲渡担保の場合のように売主には事実上の所有者利益があるなどの説明をするほかはないであろう。

(20) ただし、所有権留保売買について引渡後でも売主に所有者としての被保険利益があり、この場合には買主に代償請求権を認めるという考え方からすると（小野・前掲注2四一三―四一五頁）、受益を認めた方が均衡がとれる。もっとも不動産の所有権留保は、宅地建物取引業者が売主となって割賦販売をする場合については禁じられている（宅地建物取引業法四三条）。自動車の所有権留保特約付売買については、買主に被保険利益を認める裁判例がある。大阪地判昭和五五・五・二八判時九八〇号一一八頁、名古屋高判平成一一・四・一四金商一〇七一号二八頁。学説は分かれている。買主に認めるものとして、西島梅治・保険法（第3版）一三四頁（悠々社、一九九八年）、甘利公人・判批・損保研究六二巻二号一五一頁（二〇〇〇年）等。売主に認めるものとして、大浜正二＝小野塚平太「車両保険の損害てん補」田辺康平＝石田満編・新損害保険双書2三一六頁（文眞堂、一九八三年）等。

(21) 日本では危険負担の不合理さは危険負担自体の問題として議論されることが多い。半田吉信「危険負担」星野英一編集代表・民法講座5八二頁（有斐閣、一九八五年）。また、保険の存在から危険負担についての合意を導き出すことができるとの見解がある。すなわち、売主が保険をかけている場合には、保険金受取人の名義を買主に変えるまでは売主が危険を負担する趣旨と解釈できるとする。内田貴・民法Ⅱ六七頁（東京大学出版会、一九九七年）。また、星野英一・民法概論Ⅳ五七頁（良書普及会、一九八六年）参照。もっとも、まったく危険負担等につき約定がなされないような不動産売買において、このような意思解釈が妥当かどうかには疑問もある。保険料負担が妥当かどうかが問題となる。

(22) 第三者受益に否定的な要素があるとすれば、危険負担と保険の所在がずれているだけで受益を認めるのは適切ではない。

(23) 実質的には以上のような要素が考えられるが、保険金請求権についての代償請求権の法解釈論において、これらをどう取り入れていくかは困難な問題である。たとえば、危険負担が不合理であることを正面から解釈の要素とすることが妥当

かどうかには問題もある。また、代償請求権の趣旨を、たとえば、所有権と危険負担のずれの調整と理解するとして、その上で保険金請求権への代償請求権を基本的には認めつつ、その範囲を制限することを一定の論理で理論化するのは困難であるように思われる。

(24) もっとも、抵当権や譲渡担保について第三者受益を認める構成をとると、担保権者と設定者が共に別個の保険契約を締結したときの処理が大きな問題となる。譲渡担保に関する判例によれば保険金額による按分の処理がなされるが（最判平成五・二・二六民集四七巻二号一六五三頁）、この場合には、担保権者が予期していた保険保護を受けられないとの周知の問題が生じる。したがって、判例を前提とすれば、担保権者の保護のためには代位的構成が妥当である。

(25) 引渡前に代償請求権を認める場合には、抵当権の設定が引渡の前であるときに問題が生じうる。引渡後にも代償請求権を認める立場であれば、常に比較は問題になる。

本稿は平成一一年度・一二年度文部科学省科学研究費（奨励研究A）による研究成果の一部である。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 52 No. 4 (2001)
SUMMARY OF CONTENTS

Multiple Interests Problems in Property Insurance

Tetsuo YAMAMOTO*

1 Introduction
2 General Problem
3 Sales of Real Property and Mortgages
4 Examination

When an insured has a claim against his or her insurance company and likewise a claim against a third party, the double recovery problem arises. In the United States if the latter claim is a tort claim, the insurer's right of subrogation is accepted. But if it is a contractual claim, a complicated issue arises. Basically three solutions are possible. First, the insured may be allowed to get a double recovery. Secondly, loss may be allocated to the insurer (the third party may escape from his or her liability). Thirdly, loss may be allocated to the third party (the insurer may be subrogated to the insured's right against the third party).

Generally on this point many factors should be considered. Some of them are, for example, that a contract of property insurance is a personal contract, that the reasonable expectation of the insured should be protected, that an inefficient act of the third party should be prevented, that the burden of loss should be spread, and who contributes the premium.

*Associate Professor

This issue arises in various transactions, Typically it arises in mortgages and sales of real property. In the former the problem is whether an insurer's payment of insurance proceeds to a mortgagee under a mortgage-only insurance discharges the mortgage debt to the extent of the amount paid. Generally this is denied except when a mortgagor pays its premium. In the latter the main argument concerns whether a vendee is entitled to a vendor's insurance proceeds. Generally this is accepted. In this background there is the consideration that the vendee bears a risk of loss even though neither possession nor title has been transferred. But courts in the United States seem to hold that the vendee is entitled to the vendor's insurance proceeds after possession has been transferred. Furthermore it has been argued whether the difference between the solutions in mortgages and sales of real property is reasonable. The vendor is often considered to be like the mortgagee. It is submitted that the financing seller and the financing mortgagee are often in same positions economically. Generally speaking the significant factors which deny the second solution are the burden of premium and the prevention against an inefficient act of the third party.