

# 請求権代位における第三者の範囲

岡 田 豊 基

はじめに

第一章 請求権代位に関する規定

第二章 第三者の範囲

第一節 論点の整理

第二節 加害行為者の範囲

第一款 一般原則

第二款 他人のためにする損害保険契約における保険契約者

第三款 責任保険普通保険約款における代位条項の解釈

第三節 加害行為者に代わって責任を負担する者

第四節 損害保険契約法改正試案六六二条四項を巡って

おわりに

## はじめに

保険事故による損害が第三者の行為によって発生した場合、保険者は被保険者に対して保険金を支払ったときは、その金額を限度として、保険契約者または被保険者が第三者に対して有する権利を取得する（商法六六二条一項）。これを保険者の請求権代位という（以下、請求権代位とする<sup>(1)</sup>）。近年、請求権代位について、これまでとは違った視点に基づく検討が求められている、と考える。その理由として次の三点を提示することができる。

第一に、所得補償保険契約（以下、所得補償保険とする<sup>(2)</sup>）につき、解釈上請求権代位を認める旨の判決を下した最高裁判平成元年一月一九日判決を契機として、請求権代位を巡る問題点を検討する必要性が再び認識されるに至った、と解するからである。同判決は、所得補償保険は被保険者が就業不能という保険事故で被った実際の損害を填補することを目的とした損害保険契約（以下、損害保険とする）であり、被保険者に保険金を支払った保険会社は、商法六六二条一項に基づき、その金額を限度として被保険者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得するとした。同普通保険約款には請求権代位の規定がなかったため、水戸地裁昭和五四年三月九日判決<sup>(4)</sup>以後、同保険に商法六六二条の適用を認めるか否か、およびその根拠を巡って様々な理論が提唱されているが<sup>(5)</sup>、とりわけ前述の最高裁判決を契機として、新しい類型の保険契約に関して請求権代位を巡る問題点を検討する必要性が生まれている、と考える。

第二に、損害保険会社が取り扱う保険契約（以下、保険とする）と生命保険会社のそれとの融合ないし競合が進んでいる結果、損害保険会社は請求権の代位行使を控えることになるのではないかと、と解するからである。一九九六年四月一日に施行された保険業法は、第三分野の保険について保険会社本体での相互参入を認める（業法

三条四項・五項）とともに、子会社方式による生損保の相互参入を認めた（業法一〇六条）。このような経営環境の変化に伴い、たとえば、生命保険会社が一九九二年一月より就業不能保障保険（定額給付型）として所得補償保険を取り扱っているように、生保・損保の各会社が競合する種類の保険を販売する機会が今後ますます増えるものと予想される。この結果、定額保険では請求権代位は存在しえない、と解されているゆえに、前述の最高裁判決に依拠すれば、保険事故をほぼ同じくする保険でありながら、一方では損害填補型の保険であるがゆえに請求権代位が認められるのに対し、他方では定額給付型の保険であるがゆえにそれが認められない、ということになり、この点だけに注目すれば、保険契約者等は後者の保険を愛好する可能性が高まるであろう。その限りにおいて、損害保険会社は請求権代位を放棄する行動を指向しかねない。しかし、保険契約者等の利益を保護する視点からみれば、この行動は望ましくないと考える。すなわち、保険者が請求権を代位行使すれば、被保険者に対して支払った保険金を第三者から回収することになり、その結果、統計的評価が可能となることから、保険者は事業経費を低減でき、ひいては保険料の減額化のみならず、補償額の増額化をも図りうる、と解されている。<sup>(6)</sup> そうであるならば、請求権代位につき費用面に関してメリットがあると判断した保険会社が請求権を代位行使すれば、保険契約者等の利益を保護するという効果もたらされうる、と解することができる。したがって、保険会社が請求権を代位行使することが望ましい、と考えるからである。

第三に、定額保険においても被保険利益が存在し、請求権代位が機能しうるのではないか、と考えるからである。<sup>(7)</sup>

以上のような理由により、請求権代位を巡る問題は多面的であるがゆえに、これらの問題を各方面から検討する必要があり、と考える。請求権代位に関するこれまでの有益な研究はその法的性質（法的本質論）および代位

権の範囲について検討するものが多いが、前述のことから、請求権代位につき従来の諸研究とは別の視点から検討することも必要とされるのではないかと考える。そこで、請求権代位の法的性質に関する検討は別稿に譲ることにして、本稿では以下に掲げる理由によって、請求代位における第三者の範囲について検討する。

- (1) 大森忠夫・保険法〔補訂版〕(有斐閣・一九九一年)一八二頁、坂口光男・保険法(文真堂・一九九一年)一六三頁、西島梅治・保険法〔新版〕(悠々社・一九九二年)一八七頁、田辺康平・新版現代保険法(文真堂・一九九五年)一三九頁、石田満・商法IV〔保険法〕〔改訂版〕(青林書院・一九九七年)二〇四頁等。
- (2) 同保険の構造等については、参照、石田||佐藤公平「所得補償保険の構造」田辺||石田編・新損害保険双書(三)新種保険(文真堂・一九八五年)三八二頁以下、東京海上火災保険(株)・損害保険実務講座(第七卷)新種保険(上)(有斐閣・一九八九年)一五八頁以下等。
- (3) 判時一三〇二号一四四頁、判夕六九〇号一一六頁。参照、西島・判例批評・判時一三二八号二二〇頁、瀬戸正義・判例批評・ジュリ九三二号七四頁、吉田明・判例批評・ジュリ九五七号一〇九頁、吉川栄一・判例批評・ジュリ一〇二二号一〇五頁、神田秀樹・判例批評・損害保険判例百選〔第二版〕七〇頁等。
- (4) 判時九三三五号八九頁。
- (5) たとえば、石田||佐藤・前掲論文三九四頁以下。
- (6) V. Antigono Donati, *Trattato del diritto assicurazioni private*, vol. II, Milano, 1954, pag. 466.
- (7) 請求権代位を検討する理由として、これらの他に、団体定期保険に関する約款改正をあげる。すなわち、同保険に関する一連の提訴(参照、本間昭光・団体定期保険と企業社会〔日本経済評論社・一九九七年〕、今井薫「わが国における企業団体生命保険に関する一考察」座大法学三〇巻三||四号二二〇頁(一九九七年)等)を契機として、同保険の普通保険約款の条項が改正され、その中に、使用者団体(保険契約者)の死亡退職金規程・弔慰金規程等の内

容に依りて保険金額が決定される旨の規定が新設された(参照、日本生命保険(相)・総合福祉団体定期保険普通保険約款六条一項・二項)。もし保険金額のうちこれらに相当する部分は、被用者である被保険者の死亡時における使用者団体の経済的損失危険を具体的に考慮したものである、と解することができるならば、第三者の行為で被保険者が死亡した場合、使用者団体につき、民法七〇九条に基づいて第三者に対して損害賠償請求権(遺族のそれとの競合が問題とされよう)の取得が認められると、同団体に対して保険金を支払った生命保険会社(同約款七条の解釈上、同団体が保険金受取人となりうる、と解する)は、同団体の第三者に対する損害賠償請求権を取得して、それを代位行使しようということが理論的に可能になるのではないかと解するからである。

(8) 参照、大森・前掲書一八二頁〜一八三頁、坂口・前掲書一六三頁〜一六七頁、西島・前掲書一八七頁〜一九一頁、田辺・前掲書一四〇頁〜一四一頁、石田・前掲書二〇五頁〜二〇六頁等。最近の研究として、参照、山下友信「火災保険における保険者代位」田辺∥石田編・新損害保険双書(二)火災保険(文眞堂・一九八二年)三七五頁、洲崎博士「保険代位と利得禁止原則(一)(二・完)」法学論叢二一九卷一号一頁・三頁(一九九一年)、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)〜(三・完)」法学五七卷五号六七頁・五八卷一号一〇〇頁・四号九三頁(一九九三年〜一九九四年)、同「保険代位に関する一考察(一)(二・完)」北大法学論集四七卷二号六九頁・三号四三頁(一九九六年)、中出哲「保険代位制度について―機能面から見た制度の本質―」九州大学経済学研究六二卷一号〜六号四八七頁(一九九六年)、同「損害てん補と定額給付は対立概念か―保険学雑誌五五五号六四頁(一九九六年)等。なお、中出「残存物代位制度について―損害保険研究五八卷四号一四一頁(一九九七年)は、残存物代位について代位制度の本質を考察する。

## 第一章 請求権代位に関する規定

請求権代位は商法六六二条に定められており、損害保険の普通保険約款には同旨の規定を有するものがある<sup>(1)</sup>。請求権代位の趣旨は損害保険における被保険者の利得禁止および第三者の免責阻止にあるという認識でほぼ一致している<sup>(2)</sup>。そして、その要件として、第三者の行為に起因する保険事故によって被保険者に損害が発生したこと（損害の発生）、保険契約者<sup>(3)</sup>または被保険者が第三者に対して法律上の損害賠償請求権を取得したこと（損害賠償請求権の発生）、保険者が被保険者に対して保険金を支払ったこと（保険金の支払）を要する。これらの要件が充足されれば、保険者は被保険者に支払った保険金の額を上限として、保険契約者または被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権を法律上当然に取得する、と解されている<sup>(4)</sup>。

商法六六二条は本稿の検討対象である第三者の範囲に関して明示していないので、その内容は解釈に委ねられる。それゆえ、賠償関係において責任を負うべき第三者を個々に確定する必要があり、その場合、民法あるいは商法の規定に深く関わることになる。また、有責の第三者ではあるが、商法六六二条一項の第三者に該当しない者もいる。現行商法はこの点についても定めていないが、損害保険契約法改正試案（以下、試案とする。）<sup>(5)</sup>六六二条四項は次のように定める。第三者が被保険者の同居の家族その他被保険者と生計を共にする者である場合には、保険者はその代位取得した権利を行使することができず、被保険者がこの第三者に対して権利を放棄したときも、保険者はその範囲で損害填補責任を免れない。ただし、この第三者の故意による事故招致の場合については、保険者は代位して権利を行使することができる、と。これらの内容はいずれも外国の立法例を参酌して定められたものであり、結果的に約款条項を追認するものとなっている。したがって、商法六六二条、試案六六二条

および各約款条項を解釈するにあたっては、試案が参考にした外国の立法規定を解釈を参考にすることが有用である。

そこで、本稿は、立法例のうち、請求権代位を定めたイタリア民法一九一六条の規定を検討の対象とする。なぜならば、同条に関しては学説および判例が豊富に存在し、それらを検討することによって得られるに違いないイタリア法の法理は、われわれに重要な指針を与えてくれるであろうと、期待されるからである。

イタリア法においては、民法一九一六条が請求権代位の原則を定め、航行法典五〇条が海上保険、同一〇〇条が航空保険における請求権代位をそれぞれ定めている。ただし、同法において請求権代位の法理を検討する場合には、その一般原則を定めた民法一九一六条が主たる対象となる。同条は次のように定めている。

第一九一六条（保険者の代位権）「損害填補金を支払った保険者は、その額を限度として、責任を負うべき第三者に対する被保険者の権利を代位する。」

故意の場合を除き、損害が子、準養子<sup>(8)</sup>、尊属、被保険者と常に同居するその他の血族もしくは姻族、または家事使用人によるものであるときは、代位は生じない。

被保険者は、代位権に与えた損害につき、保険者に対して責任を負う。

本条の規定は労働災害保険および傷害保険に対しても適用される。」

イタリアにおいては、民法一九一六条の解釈を巡ってこれまで優れた理論が提示され、多数の判決が下されている。そこで、わが国の商法六六二条、試案六六二条四項および各約款条項について第三者の範囲を解釈するにあたり、イタリア民法一九一六条一項・二項に関する学説および判例がおおいに参考になろう。そこで、以下、その法理を探りながら、請求権代位における第三者の範囲について検討する。

- (1) 住宅火災保険普通保険約款二〇条（一九九五年二月一日版）、自動車保険普通保険約款一般条項二三条（一九九三年四月一日版）等。
- (2) 参照、大森・前掲書一八二頁〜一八三頁、坂口・前掲書一六三頁、西島・前掲書一八七頁〜一八八頁、田辺・前掲書一四二頁、石田・前掲書二〇五頁〜二〇六頁等。
- (3) 保険契約者を含めるべきか否かについては、立法論上問題があるとされる。参照、西島・前掲書一九三頁、田辺・前掲書一四二頁。損害保険契約法改正試案（参照、後掲注（5））六六二条一項は被保険者の権利だけを対象としている。
- (4) 大森・前掲書一八五頁、坂口・前掲書一六八頁、西島・前掲書一九三頁以下、田辺・前掲書一四二頁〜一四三頁、石田・前掲書二〇七頁等。
- (5) 損害保険法制研究会・損害保険契約法改正試案 傷害保険契約法（新設）試案理由書（一九九五年確定版）・損害保険事業総合研究所（一九九五年）。参照、鴻常夫「損害保険契約法改正試案理由書（一九九五年確定版）」等の完成―試案・理由書の序論的解説―「損害保険研究五八巻三号一頁（一九九六年）。山下「損害保険契約法改正試案理由書（一九九五年確定版）」の解説―総則「火災保険―」同二二頁、江頭憲治郎「傷害保険契約法（新設）試案理由書（一九九五年確定版）」の解説」同五八巻四号一頁（一九九七年）。
- (6) 試案理由書七一頁〜七二頁。
- (7) イタリア民法典には残存物代位を定めた規定は存在しない。
- (8) 準養子とは特定の条件に基づいて付託された未成年者（民法四〇三条〜四二三条）をいうが、本制度は一九八三年五月四日法律一八四号七七条で廃止され、養子制度に含まれた。そもそも民法四〇三条によれば、公的扶助施設は特別法の規定に従い、そこに収容されてる未成年者（一八歳未満の者（民法二条一項）。一九七五年までは二才未満の者（一九七五年三月八日法律三九号一条で変更）の養育を誠実な人に付託することができる。付託を受けた者



は、付託から三年が経過した時、自己の居住地の後見判事に対してその未成年者を準養子にすることを請求することができ、同様の資格は、施設から付託された者ではない未成年者の養育開始後三年が経過している者にも与えられる。  
V. Giacomo Calendo, *Dizionario Giuridico, a cura di Piero Pajardi*, Milano, 1990, pagg. 24-25.

## 第二章 第三者の範囲

### 第一節 論点の整理

請求権代位における第三者の範囲を検討するにあたり、その論点をあげると次のようになる。請求権代位の要件として、前述のように（参照、第一章）、第三者の行為に起因する保険事故によって被保険者に損害が発生したことが求められるので、まず、加害行為者である第三者の範囲を確定する必要がある（論点①）。参照、第二章第二節第一款（一）、第二款、第三款）。ただし、たとえば、第三者の行為が違法性を阻却するものである場合（民法七二〇条）のように、加害行為者である第三者が被保険者等に対して賠償責任を必ずしも負担しないこともあるので、加害行為者の範囲を検討するにあたっては、この者が賠償責任を負担しない場合またはその一部のみを負担する場合をもあわせて確認する必要がある（論点②）。参照、第二章第二節第一款（二）。つぎに、たとえば、加害行為者が未成年者の場合には、その監督義務者等が被保険者等に対して責任を負う（民法七二四条）ことがあるように、加害行為者でない者がこの者に代わって被保険者等に対して賠償責任を負担する場合があるので、加害行為者に代わって責任を負う者の範囲を確認する必要がある（論点③）。参照、第二章第三節）。そして、試案六六二条四項またはイタリア民法一九一六条二項が規定するように、各条項に明示されている者は、た

とえ加害行為者であっても試案六六二条一項またはイタリア民法一九一六条一項における第三者とはみなされない場合がある。そこで、このようなケースもまた確認しておく必要がある（論点④。参照、第二章第四節）。以下、各論点について検討を行うことにする。

## 第二節 加害者行為者の範囲

### 第一款 一般原則

#### （一）賠償責任の態様に基づく加害行為者の範囲の一般原則

被保険者に発生する損害は保険者の担保危険の具象化であり、損害の発生は保険者の具体的な填補責任が発生するための停止条件である。それゆえに、損害の内容は各保険契約のそれに依拠するものであるから、各保険約款の条文（例・住宅保険普通保険約款一条）等に基づいて確定されることになる。そして、その損害が第三者の行為に起因する場合において、被保険者に対して保険金を支払った保険者が被保険者等の加害行為者に対する賠償請求権を代位行使するためには、加害行為者の被保険者に対する賠償責任の態様との関連において、第三者である加害行為者の範囲を検討しなければならない（論点①）。なぜならば、保険者が賠償請求権を代位行使できる客体は、被保険者等がそれを行使できる客体とほぼ同一である、と解されるからである。

まず、イタリア民法一九一六条一項の第三者に関して、学説は一般に、損害を被った被保険者に対して賠償責任を負担する者をいう、と解している。<sup>①</sup>これについてジェノヴェーゼ (Genovese) は、第三者が有責であるのはこの者が被害者に対する賠償義務を負担するゆえである、とする。すなわち、第三者責任の態様は様々であるが、第三者がその責任を負担する理由は、自己の故意または過失をきっかけとして損害事故の原因関係に主体と

して関与するという他のに、法律または契約を原因として有責であるという事実であり、それゆえに、第三者の範囲は法律または契約内容によって決定されると解される、としている。<sup>(2)</sup>

イタリアの判例の態度もまた同様である。すなわち、たとえば、破産院一九七六年二月二日判決四七一〇番<sup>(3)</sup>は、民法一九一六条一項にいう第三者とは、契約、不法行為、または他の法律上の義務を原因として保険事故の発生について責任を負担する主体で、かつ、行為者およびその者の行為について責任を負う者という、と判示している。ラ・トルレ (La Torre) は本判決に関して、疾病保障相互金庫 (原告) が引き受けていた共済の加入者を被保険者とする不特定人のためにする傷害保険契約 (contratto di assicurazioni contro gli infortuni per conto di chi spetta) の保険会社 (被告) は、原告が当該共済契約で引き受けた共済事故に関して有責の第三者ではないし、法は保険者を請求権代位の能動的主体としてとらえてはいるが、他の保険者が請求権を代位行使する対象 (受動的主体) になることは想定していない、と解して、本判決を支持している。<sup>(4)</sup> それゆえに、イタリア法によれば、民法一九一六条一項の加害者 (第三者) 責任の態様とは、契約上の責任 (responsabilità contrattuale: イタリア民法一一一八条)<sup>(5)</sup>、不法行為に基づく責任 (responsabilità aquiliana: 同二〇四二条以下)<sup>(6)</sup> およびその他の法律上の責任をいう、と解することができよう。<sup>(7)</sup>

つぎに、わが国の学説は、商法六六二条一項における第三者の責任は法律上の賠償責任である、と解することではほぼ一致している。すなわち、これには債務不履行に基づく損害賠償責任 (民法四一五条)、不法行為に基づく損害賠償責任 (同七〇九条)、およびその他の法律上の責任 (自動車損害賠償保障法三条、製造物責任法三条等) がある、と解されている。<sup>(8)</sup> この点に関して、大審院は明治四四年五月一六日判決<sup>(9)</sup>において、旧商法四一六条一項 (現行商法六六二条一項) は被保険者に対する損害賠償責任の発生事由につき、損害が第三者の行為によつ

て生じた場合と規定するにとどまり、第三者の行為の種類を制限していないので、不法行為に限定する必要はないとして、被保険者等が第三者に対して有する賠償請求権の中には、共同海損債務者に対する共同海損分担請求権をも含む、と判示している。また、名古屋高裁は昭和四四年三月二五日判決<sup>(10)</sup>において、延焼防止のための家屋破壊消防行為は、損失補償のもとに許される破壊消防を定めた消防法二九条三項に該当するとして、消防行為の責任者である村役場が、破壊消防行為により建物を破壊された被保険者に対して負担する補償責任について、被保険者に火災保険金を支払った保険会社の代位請求を認めている。以上のように、被保険者等の第三者に対する賠償請求権の態様は、債務不履行責任、不法行為責任およびその他の法律上の責任とに基づくものであると解され、このことは比較法的にみても共通した理解であるといえることができる。

これらの責任のうち、まず、その他の法律上の責任の内容は、各責任に違反することによって派生する賠償請求権の態様を定めた各法律の条文解釈に依拠することになる。それゆえに、その具体的内容は各法律の解釈に委ねられることになるが、原則として、自己の過失に基づいてかかる損害賠償責任を負担した者は商法六六二条一項の第三者にあたりと解される、ということが出来る。

つぎに、債務不履行責任および不法行為責任に関して定めた民法の条文を参照しながら、かかる責任の概要をみることにする。それにより、商法六六二条一項の第三者（加害行為者）の範囲を把握することができると考えるからである。

はじめに、債務不履行に基づく損害賠償責任の要件として、民法四一五条によれば次の二つが提示される。すなわち、第一に、債務の本旨に従った履行がなされなかったことを必要とする。その具体的な内容は、履行遅滞（民法四一二条）、履行不能（同四一五条後段）および不完全履行である。第二に、その不履行が債務者の帰責

事由によることを必要とする。その具体的な内容は、一般に、債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき場合をいう、と解されている<sup>(11)</sup>。債務者の債務不履行が以上の要件を充足した場合、債務者は債権者に対してその損害を賠償しなければならない(同四一五条前段)。したがって、もし債権者が保険契約により被保険者として保険金を受領した場合には、商法六六二条一項に基づき、保険金の額を限度として、被保険者が債権者として債務者に対して有する損害賠償請求権が保険者に移転し、保険者は被保険者である債権者に代って当該請求権を債務者に対して行使することになる。

さらに、一般の不法行為責任が成立するためには、その原則を定める民法七〇九条によれば、責任能力ある者が故意または過失によって他人の権利もしくは利益を違法に侵害し、その行為によって損害が発生したことを要する<sup>(12)</sup>(通説)。そして、賠償請求が認容されるためには、この他に、被害者に生じた損害が加害者に賠償させるのが妥当と認められる範囲に含まれていることを必要とする、と解されている<sup>(13)</sup>。したがって、もし被害者が保険契約により被保険者として保険金を受領した場合には、商法六六二条一項に基づき、保険金の額を限度として、被保険者が被害者として加害者に対して有する損害賠償請求権が保険者に移転し、保険者は被保険者である被害者に代わって当該請求権を加害者に対して行使することになる。

- (1) Donati, *op. cit.*, pag. 473; Anteo Genovese, Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore, in *Assicurazioni* 1968, I, 15, pag. 23; Sergio Solgia, Soggetto passivo dell'azione di surroga assicurativa, in *Assicurazioni* 1952, II, 2, pag. 171.
- (2) Genovese, *op. cit.*, pagg. 24-25.
- (3) Cassazione civile, 22 dicembre 1976, n. 4710, in *Assicurazioni* 1977, II, 2, 213. 本件の概要は次のよう

である。文部省 (Ministero Pubblica Istruzione) が保険契約者となり、アッスイクラトリーチェ・イタリアーナ (L'Assicuratrice Italiana) 社 (以下、A I社とする) との間で、学生を被保険者とする不特定人のためにする傷害保険契約を締結した。一人の学生が負傷したが、この学生は独自にナポリ県手工業者疾病保障相互金庫 (Cassa Mutua Provinciale Malattie Artigianato di Napoli) の引き受ける傷害共済に加入していたので、A I社から傷害保険金が給付される前に、同金庫から給付金を受領した。その後、同金庫は共済金給付を理由として、この学生がA I社に対して有する傷害保険金支払請求権を代位行使して、同保険金の支払をナポリ地裁に訴求した。同地裁はA I社は民法一九一六条一項の第三者にあたらなと判示したため、同金庫が破毀院に上告した。破毀院は、本文に示した第三者の概念は被保険者に保険金を支払った保険者の給付内容と同じものを負担する義務のある他の保険者をも含むものではないので、A I社は同条項の第三者に該当しないと判示して、請求を棄却した。なお、本件は社会保険と私保険との競合に関する問題をも含んでいる。この問題に関しては、参照：Giulio Partesotti, *Rapporto italiano sul i tema, in Assicurazioni* 1974, I, 434, pagg. 438-441, 446°。

- (4) Antonio La Torre, *Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore, in Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, pag. 243; Donati, *op. cit.*, pagg. 473 e segg.
- (5) イタリア民法二二一八条(債務者の責任)「負担した給付を正当に履行しない債務者は、不履行または遅滞が自己の責に帰しえない事由で生じた履行不能によって起こったものであることを立証しない場合には、損害を賠償すべき義務を負う。」
- (6) イタリア民法二〇四三条(不法行為による損害賠償)「他人に違法な損害を惹起する故意または過失ある行為の行為者は、損害を賠償すべき義務を負う。」
- (7) 同旨、破毀院一九七八年六月二六日判決三二二六番 (Cassazione civile, 26 giugno 1978, n. 3136, in *Repertorio generale della giurisprudenza italiana* 1978, voce «Assicurazione(contratto di)» n. 282) 破毀院一九八八年一

- 二月三日判決六五六〇番 (Cassazione civile, 3 dicembre 1988, n. 6560, in *Il Codice Civile commentato con la giurisprudenza*, 6a ed., Piacenza, 1997, pag. 1816)。
- (8) 大森・前掲書一八三頁、坂口・前掲書一六七頁、西島・前掲書一九三頁、田辺・前掲書一四一頁～一四二頁、石田・前掲書二〇六頁～二〇七頁。法律上の損害賠償責任の類型については、参照、東京海上・前掲書二七二頁～二七三頁。
- (9) 民録一七輯二八七頁。本件の事実関係については、参照、本件控訴審判決である名古屋控訴院年月日不詳判決・新聞六九〇号一九頁。
- (10) 下民集二〇卷三〓四合併号一二九頁。
- (11) 奥田昌道・債権総論(増補版)(悠々社・一九九二年)一二三頁以下、平井宜雄・債権総論(第二版)(弘文堂・一九九四年)四四頁以下、野村豊弘・栗田哲男・池田真朗・永田真三郎・民法Ⅲ債権総論(第二版)(有斐閣・一九九五年)四四頁～四七頁等。
- (12) 加藤一郎編・注釈民法(一九)(有斐閣・一九六五年)一九頁以下(加藤筆)、四宮和夫・不法行為(事務管理・不当利得・不法行為(中巻・下巻))(青林書院・一九八八年)二七三頁以下、平井・債権各論Ⅱ不法行為(弘文堂・一九九四年)一九頁、遠藤浩編・基本法コンメンタール債権各論Ⅱ(第四版)(日本評論社・一九九六年)三二頁以下(伊藤進筆)等。
- (13) 藤岡康宏・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄・民法Ⅳ債権各論(第二版)(有斐閣・一九九五年)二三〇頁～二三二頁。
- (二) 賠償責任の不発生または軽減の場合
- 請求権代位の要件として、第三者の行為に起因する保険事故によって被保険者に損害が発生したことが求めら

れるので、前述のように、加害行為者である第三者の範囲の原則を検討した。ただし、この第三者が被保険者等に対して賠償責任を負担しないこともあるので、加害行為者である第三者の範囲を検討するにあたっては、この者が賠償責任を負担しない場合、または負担するとしてもその一部のみを負担する場合をもあわせて確認する必要がある（論点②）。これには、加害行為者が責任無能力者である場合（後掲（a））とこの者に違法性阻却事由のある場合（後掲（b））とがある。以下、これら二点について検討する。

（a）責任無能力者

未成年者が不法行為時にその行為に関する責任弁識能力を有していない場合には、この者はその行為に対して損害賠償責任を負担しない（民法七一二条）。未成年者の責任弁識能力の程度は、加害行為の種類、態様や被害行為が利益の種類その他に、この者の発育程度などを考慮して個別的に決められる。そして、心神喪失者もまた責任無能力者とされ、損害賠償責任を負わない（同七二三条）。この場合、行為時における加害行為者の知能ないし判断能力が民法七一二条の責任弁識能力を欠くのと同じ程度の状態にあったことを必要とする、と解されている。<sup>1)</sup>したがって、加害行為者がこのような責任無能力者である場合には、この者の監督者がこの者が第三者に加えた損害をこの者に代わって賠償する責任を負担するので（同七一四条）、後述のごとく（参照、第二章第三節）、被害者である被保険者に保険金を支払った保険者は監督者に対して請求権を代位行使する可能性がある、と解することができる。

（b）違法性阻却事由のある加害行為者

たとえ他人の法益に対する侵害行為であっても、それが社会通念上許される範囲にあると解される場合にはその行為について違法性が阻却され、不法行為は成立しない、と解されている。この違法性阻却事由には、民法典



に規定されているものと解釈上認められているものがある。

民法典に規定されている違法性阻却事由としては、民法七二〇条の正当防衛と緊急避難とがある。正当防衛の場合には他人の不法行為がなければならず、不法行為者以外の者に損害を与えた場合にも正当防衛が成立し、違法性が阻却される（民法七二〇条一項）。これに対して、緊急避難では危険の原因として問題とされるのは物であるから、この場合に違法性が阻却されるのは、危険の原因となった物の毀損行為に限定されることになる（同条二項）<sup>(2)</sup>。これらの要件が充足された場合、第三者の行為はその違法性が阻却されるゆえに、加害行為者である第三者は被害者に対して責任を負うことがないので、被害者である被保険者に保険金を支払った保険者が代位取得すべき請求権は存在しないことになる。

つぎに、解釈上認められる違法性阻却事由としては、自力救済、被害者の承諾および正当業務行為がある。すなわち、たとえ自力救済によって相手方に損害が生じても、賠償責任は発生しないことになる<sup>(3)</sup>。被害者があらかじめ自由な判断（公序良俗に反していない承諾）により自己に対する権利侵害（法益侵害）を承諾している場合には、その者の権利（法益）がみずから処分されたことになるため、被害者に不法行為法上の保護を与える必要がないので、加害行為の違法性が阻却される。そして、社会的に正当な業務行為について違法性が阻却される場合には、被害者の承諾と同じく公序良俗（民法九〇条）が基準となる。また、被害者が具体的に被害を受けることを承諾したわけではないが、危険の存在を認識しながら意識的に危険にさらされたことよって損害を被った場合も、違法性が阻却される可能性がある、と解されている<sup>(4)</sup>。以上の場合には、加害行為者の行為についてその違法性が阻却されるゆえに、加害行為者に責任が発生しないので、被保険者に対して保険金を支払った保険者が代位取得すべき請求権が存在しないことになる。

ところで、イタリア民法二〇四五条は、加害行為者が人身に対する重大な損害という現在の危険から自己または他人を救済する必要上やむをえなかったときで、かつその危険がその者により任意に惹起されたのではなく、またそれが他の方法では避けられなかった場合（緊急状態 *stato di necessita*）には、この者は被害者に対し、その額について裁判官の公平な評価に一任された賠償額を負担する、と定めている。この場合、被害者である被保険者に保険金を支払った保険者が裁判官の認定した賠償金に対して代位請求することができるか否か、という点が裁判で争われた。まず、加害行為者の責任を定めた同条の内容をみると、緊急状態における加害者の行為（緊急行為 *fatto necessitato*）とは、具体的な行動形態が何であるかを問わず、人身に対する重大な損害という危険を回避するために行われた作爲または不作為の行為をいい、この行為の結果、人身または第三者の財に対して重大な損害がもたらされたことを要する、と解されている。<sup>5)</sup>そして、賠償責任は緊急行為の行為者である加害者が負担するが、その賠償金の額は同条に基づき裁判官が決定する。以上のように解釈される民法二〇四五条に基づいて算定された損害賠償金に対して民法一九一六条一項の請求権代位が及ぶか否かにつき、トリノ控訴院は一九六八年五月一七日判決<sup>6)</sup>において、緊急状態において損害が発生した場合には加害者の責任が阻却されるので、保険者は民法一九一六条一項に基づき、裁判所が民法二〇四五条に従って算定した賠償金に対して償還を請求することができない、と判示した。すなわち同判決は、緊急事態による損害については、当該行為者が有責であるための要件である債務不履行および故意・過失の存在は確認できず、また、民法二〇四五条に基づいて裁判官の判断に委ねられる賠償金は被害者のみに向かうべきであるから、加害行為者の負担すべき義務は社会保護の必要性から強要された犠牲の正当な承認であると解し、その限りにおいて、賠償金の評価が裁判所に委ねられているのは明かであり、加害行為者の責任概念が排除されるゆえに、このような場合には民法一九一六条一項

は適用されない、とした。

しかし、この判決に対して、ロビーナ (Lobina) は次のように批判する。緊急行為の行為者については、金銭による賠償責任が裁判官によって認定されるゆえに、民法一九一六条一項の請求権代位の対象となる。すなわち、緊急行為は緊急である限りにおいてその違法性が阻却されるが、当該行動の結果、民法二〇四五条に基づき裁判官の公平な評価に一任された限度において権利・義務関係が生ずるゆえに、加害行為者は金銭による損害賠償を負担する。そして、緊急状態について民法一九一六条一項が適用されるためには、緊急行為者についてある種の責任を認めることが求められる。一般に、責任は債務関係においてつねに存在し、損害を生じさせた行為とそれを介して生じた損害との因果関係の存在から生ずる法的効果であると解されるが、緊急状態における損害はこのような原則に服するものではない。すなわち、緊急行為が決定するのは損害賠償金の給付を内容とする法的関係を構成する変化であり、かかる関係の権利者は緊急行為者に対して金銭賠償の履行責任を求める。その限りにおいて、緊急行為者に対して損害賠償金の支払に基づく責任の負担が求められ、緊急行為に起因する賠償金は民法一九一六条一項の請求権代位の対象となりうる、と主張する。<sup>(7)</sup> この理論によれば、緊急状態では緊急行為の違法性が阻却されるが、被害者保護の視点より、緊急行為者について裁判所の認定した賠償金を支払う義務を負担する限りにおいて責任があると解される、ということになる。<sup>(8)</sup>

トリーノ控訴院判決とロビーナの見解との結論の違いは、民法二〇四五条の緊急状態に起因して加害者が負担することになった損害賠償金 (indennità) の性質に関する理解の違いにある、と解する。すなわち、控訴院判決は、緊急行為者である加害行為者についてその責任 (responsabilità) が阻却されるので不法行為は成立しないが、加害行為者は被害者保護という社会的公平性に基づいて裁判官が判断した賠償金を支払うと解しているの

に対して、ロビーナは当該行為について違法性 (antigiuridicità) が阻却されるが、緊急行為者は金銭賠償という責任を負担する限りにおいて、民法一九一六条一項が適用されると解している、という点に違いがあるのではないかと考える。ロビーナの解釈に従えば、民法二〇四五条の規定は行為者の責任の軽減に含まれる場合であると解することができると解することができる。

- (1) 藤岡他・前掲書二六八頁～二六九頁。
- (2) 四宮・前掲書三六七頁・三七〇頁、遠藤・前掲書一〇七頁～一〇八頁(執行秀幸筆)等。
- (3) 要件として、法的に執行可能な司法上の権利保護を目的とし、緊急やむをえない場合、手段が救済に必要・相当なものであることがあげられる(遠藤・前掲書一〇九頁(執行筆))。
- (4) 遠藤・前掲書一〇九頁以下(執行筆)。
- (5) Pietro Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Zanichelli, 1991, pag. 1820.
- (6) Appello di Torino, 17 maggio 1968, in *Assicurazioni* 1969, II, 2, 140; in *Foro Padano* 1968, I, col. 984.  
 本件の事実関係は次のようである。訴外Aが控訴人I N A M (Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro le Malattie)との間で疾病保険契約を締結していた。被控訴人Bの従業員の行為によりAが損害を被った。Aに疾病保険金を支払ったI N A Mは、Bに対し民法一九一六条一項に基づいて請求権を代位行使したが、Bは本件加害行為は緊急状態に基づくものであるから、民法二〇四五条に基づいて賠償額は裁判所が決定するものであり、その賠償金には代位請求権が及ばないと主張した。
- (7) Angelo Lobina, *La responsabilità nel comportamento necessitato*, in *Foro Padano*, 1968, I, col. 984.
- (8) ジェノヴェーゼは緊急行為者を第三者から除外してごまかすように解されるが (Genovese, *Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore*, in *Assicurazioni* 1968, I, 15, pag. 23, nota 9) その後、第三者の責任

が法律で制限されると解される場合を明示し、その中に民法二〇四五条を示している (Genovese, *op. cit.*, pag. 24)。これを好意的に解釈すれば、ジェノヴェゼもまたロビーナと同じ立場にあると解することができる。

第二款 他人のためにする損害保険契約における保険契約者

(一) 問題の所在

たとえば、家屋の賃借人が賃貸人のためにする火災保険契約を締結する場合には、保険契約を締結する保険契約者と被保険利益の帰属者である被保険者とが異なる損害保険契約を他人のためにする損害保険契約（以下、本款では本保険という）という（商法六四七条）。本保険では、保険契約者はもっぱら契約上の義務を負担し、被保険者は契約の効果として保険者に対して保険金請求権を取得する。そこで、賃借人の過失によりその家屋が焼失した場合、賃借人は賃貸人に対して損害賠償義務を負担する可能性がある<sup>(1)</sup>ので、本保険において、保険事故による損害が保険契約者の行為によって生じ、被保険者がこの者に対して損害賠償請求権を有する場合がある限り、保険者が被保険者に保険金を支払ったときに、保険契約者を商法六六二条一項にいう第三者とみなすことにより、被保険者が当該保険契約者に対して有する権利は保険者に移転するか否か（論点①<sup>(2)</sup>）、という点を考察することが必要となる<sup>(2)</sup>。

(1) 田辺「保険者の請求権代位」創立四〇周年記念損害保険論集（損害保険事業研究所・一九七四年）二三八頁。

(2) 中西正明「他人のためにする損害保険契約における商法第六六二条の適用」民商法雑誌四四卷四号五九五頁（一九六一年）。

## (二) イタリア法の解釈

イタリア民法一九一六条一項にいう第三者とは、前述のごとく、損害を被った被保険者に対して賠償責任を負担する者をいう、と解されている。<sup>(1)</sup>しかし、個々の学説の表現は微妙に異なっている。すなわち、ドナーテイー(Donati)は、同条の第三者とは、保険契約の当事者(保険契約者)でも保険給付に対する権利者(被保険者)でもない者をいうとしている。<sup>(2)</sup>また、ジェノヴェーゼは、同条の第三者とは、保険契約の当事者および関係者以外の者、すなわち保険者、被保険者および保険契約者(stipulante)以外の者をいうとしている。<sup>(3)</sup>これら二人の解釈はほぼ同じ内容であるといえる。これに対して、ソトジャ(Soglia)は、同条の第三者とは保険契約者以外の者をいうと判示したミラノ地裁一九五一年四月一九日判決<sup>(4)</sup>に対する批評の中で、次のように述べている。同条の第三者とは、被保険者に生じた損害について主観的かつ客観的に帰責事由のある者を行い、他人のためにする保険(assicurazione per conto altrui)では、被保険者ではない保険契約者が同人に損害を生ぜしめる可能性<sup>(5)</sup>があるから、この者も同条の第三者と解しうるので、ミラノ地裁判決の表現は不適切であると批判している。これら三人の言葉を文字通り解すれば、前二者の理論は、本保険の保険契約者は一九一六条一項にいう第三者に該当しないと解しているのに対して、後者の理論は該当すると解していることになる。しかし、ウォルベ・プッツォール(Volpe Putzolu)はかかる見解の違いを次のように説明している。すなわち、ドナーテイーらは、本保険は、間接的にはあるが、被保険者に対する保険契約者の責任という危険を保障する機能を生来的に備えており、責任保険契約(以下、責任保険とする)の機能をも本来的に併せ持つてしていると解していると解釈すべきである。これに対して、ソトジャは、本保険と責任保険とを機能面において別個にとらえたうえで、本保険の保険契約者は、被保険者に対する自己の責任という危険について本保険により有効に保障されるものであるから、それが確実に

行われるためには、請求権代位を回避する必要があるので、保険約款または保険証券の中にあらかじめ請求権代位放棄約款 (clausola di rinuncia dell'assicuratore al diritto di surrogazione) を挿入しておかなければならないと解していると解釈すべきである。と説明している。<sup>(6)</sup> これらのことから二つの理論の違いは、本保険の性質ないし機能に関する理解の違いにその根拠がある、と解することができる。そこで、以上のような理解をもとにして、本保険に関するイタリア法の解釈をみることにする。

本保険はイタリア法において、特定の他人のためにする保険 (保険契約の締結時に、保険事故発生時の被保険者があらかじめ知られており、その者のために契約を締結することが明示された保険) と不特定の他人のためにする保険契約 (被保険者が定かではないが、少なくとも保険契約者ではないことを認識してする保険) とに分類される。<sup>(7)</sup> さらに、保険事故発生時の被保険者が保険契約者をも含み明らかでない保険が不特定人のためにする保険 (assicurazione per conto di chi spetta)<sup>(8)</sup> とされる。本保険の法的性質について、本保険が誕生した一四世紀の海上保険においては取次契約であると解されていた。<sup>(9)</sup> しかし、この種の保険が普及した一九世紀になってからは、被保険者による保険金の直接請求は当該契約に不可欠なものとなり、もはや取次契約説を維持することは不可能となったので、通説は、「per conto altrui」の本来の意味である「他人の計算による」という文言を残しつつ、この契約の法的性質を第三者のためにする契約 (contratto a favore di terzi) と解するようになった、とされている。<sup>(10)</sup>

ドナーティーは、本保険の性質ないし機能について、前述のように、保険契約者は本保険により利益を享受している。なぜならば、保険契約者は被保険者に対する自己の責任を本保険によって保障されるからである、と解している。<sup>(11)</sup> すなわち、この理論によれば、次のように解することができる。本保険の保険契約者が自己の軽過失

または重過失（明示の規定がある場合に限り）による行為によって、被保険者に対して損害を生ぜしめた場合には、被保険者は本保険に基づき保険金を受領することができる。この結果、保険契約者は被保険者との内部関係において、被保険者に対する自己の責任につき本保険によって保障されたことになる。このような場合、本保険は間接的にはあるが、保険契約者について責任保険と同様の機能を果たすゆえに、本保険は特定または不特定の他人の利益の保険ではあるが、同時に保険契約者について責任保険と同様の効果をもたらすものであるから、本保険は責任保険の機能を生来的に併せ持っているといえる。しかし、このような場合に責任を負うべき保険契約者は当該保険契約の当事者であるから、保険者の請求権代位の客体になりえないといえるということになる、と解することができる。

これに対して、ソトジャは本保険の性質ないし機能については詳論していないが、その理論は次のように解することができる。すなわち、責任保険は保険契約者が他人に対して負担するに至った責任について保障するものであるから、その目的は保険契約者自身の利益を保障することにある。これに対して、本保険はその起源ないし変遷をみると、そもそも保険契約者にとっては他人である被保険者の利益を保障することを目的とするものであり、保険契約者自身の利益を保障するという機能はあくまでも付随的なものにすぎない。したがって、これら二つの保険の機能は別個のものであり、本保険においても、保険契約者を第三者と解することにより保険者の請求権代位は可能である、と解することができる。ただ、ソトジャは本保険においてその可能性を認めながらも、保険者が請求権を代位行使すると保険契約者の被保険者に対する責任という危険が保障されないこととなり、それでは保険契約者の利益が害されてしまうので、それを回避するためには、普通保険約款または保険証券の中に請求権代位放棄約款をあらかじめ挿入する必要がある、と主張している。<sup>12)</sup>



- (1) Donati, *op. cit.*, pag. 473; Genovese, *op. cit.*, pag. 23; Sotgia, *op. cit.*, pag. 171.
- (2) Donati, *op. cit.*, pag. 474.
- (3) Genovese, *op. cit.*, pag. 21.
- (4) Tribunale di Milano, 19 aprile 1951, in *Assicurazioni* 1952, II, 2, 170.
- (5) Sotgia, *op. loc. cit.*
- (6) Giovanna Volpe Putzolu, *L'assicurazione*, in *Trattato di diritto privato*, UTET, 1985, pag. 125. 上の場合の放棄約款は、保険者が被保険者の第三者に対する賠償請求権を取得しないという意味であらうと解される。
- (7) Donati, *op. cit.*, pag. 470.
- (8) この保険については、参照、窪田宏「不特定人の為にする保険契約（一）（二）（三）」損害保険研究一一卷一一三―四合併号二四頁、一二卷一五―一頁、一二卷二一―〇二頁（一九四九年―一九五〇年）。なお、この保険は本保険と同じ範疇に入ると解されるので、本稿では後者のみを検討の対象とする。
- (9) 本保険の起源は、一三七〇年八月一六日にベンヴェヌート・ディ・ラパッロ (Benvenuto di Rapallo) のために、バルトロメオ・アスピラーノ (Bartolomeo Aspirano) が締結したものが最初であるとされる (Donati, *op. cit.*, pag. 471)。
- (10) Donati, *op. cit.*, pag. 473. 今井薫「イタリア法における『他人のためにする保険』と assicurazione a favore di terzi（一）」産大法字三三卷三二―四号四頁（一九八八年）。
- (11) Donati, *op. loc. cit.*; Donati=Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, 3a ed., Milano, 1987, pag. 115.
- (12) Sotgia, *op. loc. cit.*

## (三) 日本法の解釈

わが国の学説では、商法六六二条は本保険にも適用されるものであることが自明の前提となっている、と解されている。<sup>(1)</sup> 商法六六二条が本保険に適用される形態としては、一つには、損害が本保険契約に無関係の者（以下、<sup>(2)</sup> 第四者とする）の行為によって生じた結果、保険者がこの第四者に対する保険契約者または被保険者の権利を取得する場合がある。もう一つは、保険事故が三角関係の一角をなしている保険契約者の行為によって生じ、それにつき被保険者が保険契約者に対して損害賠償請求権を有する場合である。そこで、後者の場合、前述のごとく、保険者が被保険者に保険金を支払ったときに、被保険者が保険契約者に対して有する権利は商法六六二条一項に基づいて保険者に移転するか否か、という点を考察することが求められる。<sup>(3)</sup>

この点に関して、中西正明教授は、商法六六二条の基礎となる被保険者の利得禁止および第三者の免責阻止という思想を基にして、これらの視点から保険契約者は同条一項の第三者にあたるか否かについて、次のように解されている。まず、被保険者の利得禁止の思想に関して、被保険者が保険金受領後も保険契約者に対する権利を保有・行使しうるとすれば、被保険者に利得が生じるが、このことは被保険者が第四者に対して権利を保有・行使する場合と同じである。したがって、被保険者の利得禁止の意味において第四者に対する権利の保有・行使を認めないのであれば、被保険者の保険契約者に対する権利の保有・行使も否定すべきである。つぎに、第三者の免責阻止の思想について、ある人が保険契約者として本保険を締結した場合、それによって当然に保険に付されたことになるのは、その他人の利益だけであって、保険契約者の何らかの利益も当然にあわせて保険に付されたことになるものではない。したがって、本保険において、保険契約者が当然に保険の利益にあずかることは予定されていない。それゆえに、保険から当然に利益を受けることが予定されていないという点では、保険契約者は

第四者と同じ地位にあるので、第四者が免責を阻止されるのだから、保険契約者も同様である。以上のことから賠償義務者が保険契約者自身である場合と第四者である場合とで、商法六六二条はその適用上一に取り扱われるべきであり、言葉の通常の用法から離れるが、保険契約者も商法六六二条一項にいう第三者たりうると解すべきではないか。この限りにおいて、本保険において、保険事故による損害が保険契約者の行為によって生じ、保険者が被保険者に保険金を支払ったときは、保険契約者は商法六六二条一項にいう第三者であり、保険者は同条項により被保険者の保険契約者に対する権利を取得すると解すべきである、と説かれる。<sup>1)</sup>

本保険の性質ないし機能に関する中西教授の理解は、前述のドナーティーのそれとは異なるものではなく、本保険について請求権代位を認めるか否かという結論において差異が生じていると解することができる。すなわち、両者とも、本保険において保険に付されたのは他人の利益であつて、保険契約者の利益は当然にあわせて付保されてはいないとされている、と解することができるからである。

筆者は中西教授の理論を支持する。すなわち、本問題を検討するにあたり、商法六六二条の基礎となる被保険者の利得禁止および第三者の免責阻止という思想に基づく必要がある。まず、本保険において被保険者が保険金受領後も保険契約者に対する権利を保有・行使しうるとすれば、被保険者に利得が生ずる可能性があるので、利得禁止の原則に基づきこれを阻止する必要がある。本保険において保険契約者を第四者と同視することにより、第三者の免責阻止の原則に基づき保険契約者の免責も阻止される必要がある、と解するからである。

この限りにおいて、本保険に関するドナーティーの結論に依拠しない限り、本保険における保険契約者もまた請求権代位の客体と解することができる。もつとも、本保険の性質ないし機能、または保険契約者の意図を配慮するという視点からすると、保険契約者が保険者による請求権の代位請求を回避するために、ソトジャの主張する

ように、保険約款または証券の中にあらかじめ請求権代位放棄約款を挿入しておく必要がある、と解する。この点に関して、田辺康平教授は本保険における保険契約者の意図に注目して、次のように説かれる。すなわち、他人の物の保管者が他人のために保管の目的物につき本保険を締結するのは、本保険を責任保険の代わりにする意図に基づく場合が多いと考えられる。そして、その場合、もし目的物の所有者の保管者（保険契約者）に対する損害賠償請求権に対して保険者の代位が行なわれるとすると、本保険を締結した保管者の意図はくつがえされてしまう。しかし、この場合に、もし保険者の代位が認められないとすると、目的物の所有者は保険者に対する損害填補請求権と保管者に対する損害賠償請求権とを併有することになり、したがってまた、保管者が免責されないことは変わりはない。それゆえ、保管者が本保険を責任保険の代わりに締結し、自己の責任を保険でカバーしようとする場合には、保険者との間で、保険者が被保険者たる目的物の所有者の保管者に対する請求権を代位取得はするが、その取得した権利を行使しない旨を特約しておかなければならない、と説かれる。<sup>(5)</sup>さらに、本保険に関するドナーティの見解によれば、本保険は責任保険的機能を本来的に併有しているから、本保険では保険契約者を第三者とはみなされないことになる。しかし、ソトジャの見解によると、本保険と責任保険とはその性質ないし機能において異なり、保険契約者が被保険者に対して責任を負担する場合がある限り、本保険においてもまた保険契約者を第三者とみなすことができるので、保険契約者は前述の措置を講じておく必要がある、と解することができる。ソトジャのこのような理解は、田辺教授の説かれるものとはほぼ同旨であるといえるので、請求権代位放棄約款の妥当性に関する議論に関する詳細な検討は別稿に譲ることとして、本稿では、本保険において保険契約者が請求権代位を回避する意図を有する場合には、保険約款または保険証券の中に請求権代位放棄約款（条項）をあらかじめ挿入しておくか、少なくとも田辺教授の主張されるように、保険者がその取得した権利を

保険契約者に対して行使しない旨を特約しておく必要があるのではないか、と解する。

(1) 中西・前掲論文(第二章第二節第一款(一)注(2)) 五九二頁。

(2) 中西・前掲論文五九四頁。

(3) 中西・前掲論文五九四頁～五九五頁。

(4) 中西・前掲論文六〇三頁～六〇五頁。同旨、田辺・前掲論文(第二章第二節第二款(一)注(1)) 二三八頁。

(5) 田辺・前掲論文二三九頁、山下・前掲論文(はじめに注(8)) 三九五頁、石田「保険者代位と損益相殺」保険

法学の諸問題(文真堂、一九八〇年) 一四頁。

### 第三款 責任保険普通保険約款における代位条項の解釈

責任保険(自己のためにする責任保険に限定する)では、一般的に、請求権代位の可能性は否定されると解されている。というのは、責任保険において保険者が填補するのは、被保険者が第三者に対して一定の財産的給付をなすべき法的責任を負担することにより被る損害であるから、責任保険の被保険者が加害者となった場合には、請求権代位の問題は生じない、と解されるからである。商法および試案には、以上のような理由から、責任保険における請求権代位に関する規定は存在しない。しかし、たとえば、賠償責任保険普通保険約款二三条一項(一九八五年八月一日改定実施)は、被保険者が他人から損害の賠償を受けることができる場合に、保険会社がその損害を填補したときは、保険会社はその填補した金額を限度として、かつ被保険者の権利を害さない範囲内で、被保険者がその者に対して有する権利を代位取得する、と規定している。<sup>(3)</sup> 同条項は商法および試案の中に根拠条文を持たないゆえにその合法性を検討しなければならないが、ただ、請求権代位を規定する商法六六二条および

試案六六二条は、損害保険第一節総則第一款に挿入されているゆえに、損害保険に位置づけられる責任保険にも適用される、と解することができる。さらに、請求権代位の基本的思想である被保険者の利得禁止と加害者の免責阻止という二つの原則に基づくと、責任保険においても請求権代位の可能性が認められるべきである、と解することができるので、同条項は合法であるとらえることができる。以上のような認識に基づいて賠償責任保険普通保険約款二三条一項の内容をみると、当該責任保険の保険事故が第三者の行為により発生したゆえに、被害者に損害賠償義務を負担する被保険者に対して保険者が保険金を支払った場合、保険者は被保険者が加害者である第三者に対する賠償請求権を代位取得することができる、と解しうる。そこで、同条項に関して、被保険者が賠償請求権を取得するとされる第三者の範囲を明らかにする必要がある（論点①）。

この問題に関して、イタリア破毀院一九七〇年二月三日判決二五四六番<sup>(4)</sup>が一定の指針を示していると解するので、その内容をみることにする。まず、事実の概要は次のようである。スフォルツァ・チェザリーニ・トルローニア (Sforza Cesarini Torlonia) 商事会社（以下、SCT社とする）の所有する自動車<sup>(5)</sup>を同社の指示で運転していた者がスクーターと衝突し、その運転手を負傷させた結果、SCT社は民法二〇五四条三項に基づいて被害者に対して運転者とともに連帯して賠償責任を負うに至った。SCT社との間で自動車損害賠償責任保険契約を締結していたアッスィクラツィオーニ・ディターリア (L'Assicurazioni d'Italia) 保険会社（以下、AI社とする）が同社に対して保険金を支払った後に、民法一九一六条一項に基づいて請求権を代位行使して、加害者である付保車両の運転者に対し保険金相当額の支払を訴求した。そこで、付保車両の被保険者・所有者であるSCT社の指示でその者のために運転していた者が、責任保険に関して同条項にいう第三者とみなされるか否かについて争われた。なお、本件普通保険約款は運行に関する定義を明示していなかった。ローマ地裁は一九

六八年三月一七日判決<sup>(6)</sup>において、運転者は本件契約について第三者と解しうるとして、A I社による請求権の代位行使を認めた。そして、運転者側の控訴を受けたローマ控訴院は、一九六八年三月三〇日判決<sup>(7)</sup>において次のように判示した。本件責任保険は運転者の過失により生じた第三者に対する責任に起因する損害を填補するものであるので、たとえ付保車両の所有者でなくとも、この者の指示およびこの者のために運転していた者に対しては、保険者は請求権を代位行使することができない。なぜならば、このような運転者は所有者の締結した保険契約の当事者ではないが、同契約に基づく保険金給付の受益者であるので、当該契約については第三者とはみなされえない。その限りにおいて、A I社は同条項に基づき、本件付保車両の運転者に対して、保険金の額を限度とする償還を請求することはできない、と。その後、保険会社側から上告を受けた破毀院は、次のような理由で保険会社の請求権代位を認める判決を下した。すなわち、本件の運転者のごとく、付保車両の所有者でも被保険者でもない者は、被保険者がこの者に対しても責任保険保護をもたらすという旨の特別な意思を表示しない限り、同保険から生ずる利益を享受することはできない。本件普通保険約款または保険証券の中には、そのような趣旨の文言が表示されていないし、また、同約款は運行の定義も示していないので、所有者でない運転者は本件保険契約に関して第三者とみなされる。したがって、被保険者であるS C T社はこの者に対して損害賠償請求権を取得することが認められるので、A I社はこの請求権を代位取得することができる、と。

以上のように、本件運転者の第三者性について、ローマ控訴院判決と破毀院判決とは結論を異にしているが、その違いは、責任保険の性質ないし機能に基づく担保範囲に関する解釈の違いにある、と解することができる。それを詳細に検討する前に、本件の事実関係を請求権代位に関連させながら振り返ってみる。まず、S C T社が締結した本件責任保険の普通保険約款には自動車の運行に関する定義がなかった。被保険者であるS C T社の指

示で、かつその者のために付保車両を運転していた者の行為によって第三者に損害が発生し、民法二〇五四条三項に基づきこの第三者に対して責任を負担したSCT社に保険金が支払われた。そこで、民法一九一六条一項が本件に適用されるか否かを検討するためには、付保車両の運転を指示した被保険者が、法律上、当該車両の運転者に対して損害賠償を請求しうるか否か、ということを検討しなければならないことになる。

まず、ローマ控訴院判決は自動車損害賠償責任保険の性質または機能に関し、次のように解しているといえる。<sup>(8)</sup>すなわち、本件のごとき責任保険において、付保車両の所有者でも被保険者でもない運転者の過失行為に起因して第三者に損害が発生した場合には、当該運転者に自動車を運転させていたその所有者は被害者に対して損害賠償責任を負担することになり、保険者は被保険者に対して保険金を支払う。なぜならば、責任保険の保護は、付保車両の運転者が被保険者であるか否かを問わず、運転者の過失ある運行行為により発生した責任のすべてについて及ぶからであるし、また、被保険者は、通常、自己の指示で自己のために付保車両を運転する者についても保険保護をもたらそうと意図する、と解されるからである。したがって、責任保険の内部関係において、被保険者（保険契約者）でない者は同契約の当事者ではないが、この者の行為を原因として保険金が支払われる可能性がある限り、この者は同保険から利益を享受しているといえるので、当該保険契約に利害関係を有している者であるとして解している、ととらえることができる。以上のことから、ローマ控訴院は、被保険者は自己の指示で自己のために付保車両を運転していた者に対しては損害賠償を請求することができず、この者は民法一九一六条一項の第三者にはあらたないと判示している、と解することができる。すなわち、控訴院判決によれば、たとえ保険金支払の前提となる運行の定義が約款等に存在しない場合であっても、被保険者でない者が被保険者の指示でこの者のために付保車両を運行中に生ぜしめた責任もまた保険保護の対象となり、このことは責任保険の生来的性



質ないし機能であり、被保険者の意図にも合致する。したがって、たとえば、盗取した付保車両を運転していた者は保険保護利益を享受しえないが、被保険者と何らかの有機的關係にある者が運転者であれば、たとえこの者の資格ないし立場が約款等に明記されていなくても、この者は責任保険から当然のごとくその利益を享受することができ、被保険者に対して損害賠償責任を負担するものではないということになる。

これに対して、破毀院は次のような解釈を示している、ととらえる。すなわち、付保車両の所有者でも被保険者でもない運転者は責任保険を締結していないし、また、付保車両の所有者は、このような運転者の行為についても保険保護を及ぼすという意図で責任保険を締結しているとは必ずしもいえない。それゆえに、責任保険による利益を被保険者ではない運転者にまで拡大する場合には、その旨が約款等に明示されていなければならぬと解している、ということができる。<sup>(9)</sup>したがって、破毀院判決によれば、責任保険による保護は、原則として、同保険における被保険者に対して及ぶものであるにすぎず、付保車両の所有者でも被保険者でもない運転者は、同契約の当事者による特別な意思表示がなければ保険契約上の利益の享受者になることはできない。そして、このような運転者の行為に起因して第三者に損害が発生した場合、その損害は付保車両の運行に起因するものであり、かつ被保険者は民法二〇五四条三項に基づき被害者に対して運転者と連帯して責任を負担するから、その責任は責任保険の対象となるので、被保険者は保険金を受領することができる。しかし、このような運転者は本来的に責任保険の保護を享受できる立場にないゆえに、被保険者に対して賠償責任を負担すると解され、民法一六一六条一項の第三者に位置づけられる、ということになる。

ここでは責任保険の性質ないし機能について詳論しないが、加害行為者の保護という点に関しては、ローマ控訴院判決のほうが破毀院判決よりも優れているといえる。ただ、前者によれば、被保険者と特別な利害關係を有

する者の概念の解釈について多少の曖昧さが残るので、約款等に明示された者のみが責任保険の保護という利益を享受できるとする破毀院判決のほうが明快であるといえる。しかし、どちらの解釈によるとしても、責任保険に関連して保険者が請求権を代位取得するという可能性は生ずる。そして、その内容から前述した賠償責任保険普通保険約款二三条一項における第三者の範囲を確認することができる。すなわち、同条にいう第三者とは、前述のローマ控訴院判決および破毀院判決を参考にすれば、被保険者と特別な利害関係を有していない者（参照、第三節）で、その行為により保険事故が発生して他人に損害をもたらした結果、被保険者がこの被害者に対してその損害を賠償することにより生じた損害について、保険者が保険金を支払った場合の加害行為者をいう、と解することができる。したがって、被保険者は損害の惹起者に対する賠償請求権を取得するので、被保険者に保険金を支払った保険者はこの者の当該権利を代位取得することができる、ということになる。

(1) 大森・前掲書二二五頁、坂口・前掲書二二五頁、西島・前掲書二六六頁、田辺・前掲書一九八頁、石田・前掲書二二〇頁等。

(2) 他人のためにする責任保険において保険契約者が保険事故を惹起させた場合には、前述のごとく、保険者は被保険者の保険契約者に対する損害賠償請求権を代位取得することが可能となろう。

(3) 同保険については、参照、大羽宏一「賠償責任保険の約款構成とその種類」金沢理―西嶋梅治―倉沢康一郎編・新種・自動車保険講座（第一巻）責任保険（日本評論社・一九七五年）七三頁以下、日産火災海上保険（株）・賠償責任保険の理論と実務（海文堂・一九七八年）五一頁以下、東京海上・前掲書二六一頁以下。

(4) Cassazione 3 dicembre 1970, n. 2546, in *Assicurazioni* 1970, II, 2, 227.

(5) イタリア民法二〇五四条（車両の運転）三項「車両の所持人、またはこの者に代わり用益権もしくは所有権留保

付約款の取得者は、車両の運行が自己の意思に反してなされたことを立証しない場合には、運転者と連帯して責に任ずる。」

- (9) Tribunale di Roma, 17 marzo 1968, in *Assicurazioni* 1970, II, 2, 227, 228.
- (7) Appello di Roma, 30 marzo 1968, in *Temi Romana* 1968, 343.
- (8) V. Cassazione 3 dicembre 1970, *op. cit.*, pagg. 229-230.
- (6) Cassazione 3 dicembre 1970, *op. cit.*, pagg. 227-228.

### 第三節 加害行為者に代わって責任を負担する者

たとえば、被保険者に損害をもたらした加害行為者が責任無能力者であった場合には、前述のように（第二章第二節第一款（二））、法定監督義務者が被害者に対して責任を負担するように（民法七二二条〜七二四条）、加害行為者でない者がこの者に代わって、被保険者等に対して賠償責任を負担する場合がある。そこで、請求権代位との関連において、加害行為者でない者が商法六六二条一項の第三者とみなされる場合があるか否か、そしてあるとすればその者の範囲を確認する必要がある（論点③）。

イタリア民法一九二六条一項に規定される第三者の範囲につき、学説は一般に、被保険者に対して損害賠償義務を負担するすべての者をいうのであり、保険事故を実際に生じせしめた者だけではない、と解している<sup>(1)</sup>。判例では、たとえば、前述の破毀院一九七六年二月二二日判決<sup>(2)</sup>において、第三者とは加害行為者またはこの者の行為について責任を負う者をいう、と判示されており、この立場が一般的である。これらのことから、イタリア法では加害行為者でない者もまた請求権代位に関する第三者とみなするという解釈で一致している、

ということが出来る。

つぎに、わが国の学説は一般に、保険事故を生ぜしめた第三者と被保険者が請求権を有する相手方である第三者とは必ずしも同一人である必要がないから、商法六六二条一項にはこの者に対して被保険者が有する請求権も含まれる、と解している。<sup>(3)</sup> また、判例では、たとえば、大審院が明治四四年五月一六日判決において、旧商法四一六条（現行商法六六二条）一項は、加害行為者である第三者とその行為によって債務を負担した第三者とが同一人である場合に限らず、その人を異にする場合にも適用がある、と判示しており、これが判例に共通した立場である。したがって、わが国においてもまた、加害行為者でない者が被保険者に対し加害行為者に代わって責任を負担する場合があるので、加害行為者でない者を商法六六二条一項の第三者とみなしうる、と解されているということが出来る。このような理解は、請求権代位の基本的思想である被保険者の利得禁止および加害者の免責阻止の観点からしても妥当なものである、と評価しうる。

そこで、以下、加害行為者でない者が第三者とみなされる具体的な場合を考察するが、その場合、民法等の一般原則に関連させながら検討する。

(a) 履行補助者を使用する債務者

債務者が自己の債務を履行する場合に使用する履行補助者の作為・不作為によって債務不履行が生じた場合、帰責事由の存否は何人について判断すべきかということが問題とされる。<sup>(5)</sup> まず、わが国の民法典には履行補助者に関する規定がないので、この者または債務者の責任については解釈によることになる。<sup>(6)</sup> そこで、民法理論を簡単に整理すると次のようになろう。すなわち、①狭義の履行補助者（債務者がみずから履行する際に自己の手足として使用する者）に故意・過失がある場合、債務者はこの者の選任・監督上の過失の有無にかかわらず債務不

履行につき責任を負う。②履行代行者の使用が明文上(民法一〇四条・六二五条二項・六五八条一項・一〇一六条一項)、または特約上および債務の性質上許されないものでありながらこれを使用した場合には、債務者は代行者の過失の有無を問わず責任を負う。③履行代行者の使用が明文上または債権者の承諾により許されている場合には、債務者はこの者の選任・監督につき過失があった場合にみに責任を負う旨が明文で定められている(同一〇五条・六五八条二項・一〇一六条二項)。ただし、明文がない場合にもこれと同じように解するべきかは、意見が分かれている。④履行代行者の使用につき明文上または特約によっても禁止もされず許容もされていない場合には、この者の使用が給付の性質上可能であるかどうかを考慮して決める。⑤賃借人の家族や同居人の故意・過失により目的物の保管義務の履行が不完全なし不能となったときは、債務者である賃借人がその責任を負う。⑥債務者の法定代理人は履行補助者と同視すべきである、と解されている。これに対して、商法典においては、運送取扱(商法五六〇条)<sup>(8)</sup>、物品運送(同五七七条)<sup>(9)</sup>、旅客運送(同五九〇条・五九二条)<sup>(10)</sup>、倉庫(同六一七条)<sup>(11)</sup>および海上運送(同七六六条)<sup>(12)</sup>について、履行補助者の行為に関する債務者の責任が認められている。

このように、債務者が債務の履行に履行補助者を使用した際、この者の行為が原因となって債務不履行が生じた場合には、一般に、実際の加害行為者ではない債務者が債権者に対して賠償責任を負担する。したがって、債権者が保険金を受領した場合、商法六六二条一項に基づいて当該債務者を第三者とみなし、保険金を支払った保険者は、被保険者である債権者の債務者に対する賠償請求権を代位取得することができる、と解しうる。

(b) 責任無能力者の保護者等

未成年者が不法行為時に責任弁識能力を備えていなかった場合には、その行為に対して損害賠償の責任を負わず(民法七一二条)、心神喪失者もまた同様であり(同七二三条)、これらの者が免責される場合、その監督者は

監督義務の履行を怠っていないことを証明しない限り、被害者に対して賠償責任を負担しなければならない（同七一四条一項）、ということとは前述のとおりである（参照、第二章第二節第一款（二））。そこで、賠償責任を負担する監督者の範囲を確認する必要があるが、この者として監督義務者（同七一四条一項）および代理監督者（同条二項）が定められており、代理監督者に該当する者の範囲は解釈に委ねられることになる。<sup>(13)</sup>したがって、被害者が保険金を受領した場合、商法六六二条一項に基づいて監督義務者等を第三者とみなし、保険金を支払った保険者は、被保険者である被害者が有する加害行為者の監督義務者等に対する賠償請求権を代位取得することができる、と解しうる。

### （c）使用者

ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の遂行につき第三者に加えた損害を賠償する責任を負う（民法七一五条<sup>(14)</sup>）。この使用者責任が問われる場合にもまた、保険金を支払った保険者は、商法六六二条一項に基づいて、実際の加害行為者ではないがこの者の使用者に対する被害者の賠償請求権を代位取得することができる、と解しうる。

ところで、ミラノ控訴院は一九五四年七月二三日判決<sup>(15)</sup>において、他人の使用人が被保険者に一時的に雇用されていたとき、被保険者所有の車両を運行中に当該車両を損壊させた事件について、次のように判示している。すなわち、この運転者は、一時的にしろ被保険者の支配下において、この者のために任務を遂行中に本件事故を発生させたものであるから、被保険者は使用者責任を定めた民法二〇四九条<sup>(16)</sup>に基づいて、運転者の継続的雇用者に対して車両の損傷につき損害賠償を請求できないゆえに、車両保険金を支払った保険者が代位取得しうる請求権は発生しない、と判示した。本判決によれば、被保険者は、他人の使用人を一時的にしろ自己の支配下において

自己の利益のために事業を執行させていた際に発生した損害に関し、他人に対してその使用者責任を問えないのであるから、民法一九一六条一項において代位取得の客体となる請求権が発生しない、と解することができる。

また、車両の運行に限定すれば、自己の使用人等の運行行為が原因となり他人を害した使用者等は、わが国では、自動車損害賠償保障法三条により責任を負担する限りにおいて、実際の加害行為者ではないが請求権代位の客体となる、と解することができる。<sup>(17)</sup>

(d) 共同不法行為者

共同不法行為責任者（民法七一九条）もまた、商法六六二条一項の第三者として位置づけることができる、と解する。すなわち、共同不法行為責任の特徴は、損害が加害者の共同の不法行為によってなされたことを要するものを共同不法行為とし、各加害者が被害者に対して連帯して責任を負担することにある。<sup>(18)</sup>したがって、この責任が問われる場合には、加害行為者でない者もまた連帯責任を負担するので、被害者である被保険者に保険金を支払った保険者は、この者が有する当該責任者に対する賠償請求権を取得することができる、と解しうる。

(1) V. Genovese, *op. cit.*, pag. 23; Sotgia, *op. cit.*, pag. 171.

(2) 参照、第三章第一節注(5)。

(3) 大森・前掲書一八三頁、坂口・前掲書一六七頁、西島・前掲書一九三頁、田辺・前掲書一四二頁等。

(4) 民録一七輯二八七頁。参照、第二章第二節第一款注(9)。

(5) 奥田・前掲書一二六頁、平井・前掲書(総論)八三頁以下、野村他・前掲書四六頁等。

(6) イタリア民法一二二八条は、第三者(履行補助者)の行為を利用する債務者は、原則として、第三者の故意または過失ある行為についてもその責任を負う、と定めている。かかる責任が基礎づけられるのは、債務を履行するにあ

たり、自己と無関係の主体の介入にさらされた債務者は自己の原初責任に依拠するという要請である、と解されている (Perlingieri, *op. cit.*, pag. 57.)。本条おける債務者の責任と使用者責任 (民法二〇四九条) との基本的な違いは、後者は従属した労務関係を前提とするか、少なくとも主人・注文主と使用人・店員との間にある従属的關係を前提とするのに対して、本条では、債務者と履行補助者との関係は重要な要素ではなく、その適用可能性は債務者が履行時に第三者 (履行補助者) の行為を利用し、それについて主導権を有するという事実的状况に依拠する、と解されている。したがって、履行補助者による自発的な履行の場合には本条は適用されないことになる (Perlingieri, *op. cit.*, pag. 58.)。

(7) 奥田・前掲書一二七頁～一二九頁。

(8) 参照、西原寛一・商行為法 (有斐閣・一九七四年) 三四四頁、神崎克郎・商行為法通論 (改訂版)

(同文館・一九八八年) 二二七頁、平出慶道・商行為法 (第二版) (青林書院・一九八九年) 四二二頁、近藤光男・商法総則・商行為法 (第二版) (有斐閣・一九九六年) 一三二頁等。

(9) 参照、西原・前掲書三〇二頁、神崎・前掲書三三九頁以下、平出・前掲書四六七頁、落合誠一 || 大塚龍児 || 山下・商法 I 総則・商行為 (第二版) (有斐閣・一九九三年) 二〇六頁、近藤・前掲書二〇二頁等。

(10) 参照、西原・前掲書三三五頁、神崎・前掲書二五九頁、平出・前掲書五六二頁以下等。

(11) 参照、西原・前掲書三五八頁、神崎・前掲書二七一頁以下、平出・前掲書五八四頁以下、近藤・前掲書二五一頁等。

(12) 参照、落合・運送責任の基礎理論 (弘文堂・一九七九年) 一六二頁以下。なお、商法上、履行補助者の行為による運送人の責任に関しては、民法上の原則よりもその責任を拡大したものと解する有力な見解 (落合他・前掲書二〇六頁) がある。

(13) 四宮・前掲書六七〇頁以下、平井・前掲書 (各論) 二二三頁以下、藤岡他・前掲書三一九頁、遠藤・前掲書六八



頁以下（潮見筆）等。イタリア民法二〇四八条は責任無能力者等に代わって責任を負担する者として、両親、後見人、教師および師匠を明示している。

(14) 四宮・前掲書六八〇頁以下、平井・前掲書（各論）二二三頁以下、藤岡他・前掲書三二〇頁以下、遠藤・前掲書七一頁以下（平野裕之筆）等。

(15) Appello di Milano, 23 luglio 1954, in *Assicurazioni* 1954, II, mass. n. 50, pag. XXXIX.

(16) イタリア民法二〇四九条（主人および雇主の責任）「主人および雇主は、使用される任務の遂行にあたり、その奴婢および雇人の不法行為によって惹起された損害につき責を負う。」

(17) 参照、第二章第二節第三款注（6）。

(18) 遠藤・前掲書九三頁（浦上道太郎∥生田敏康筆）。

#### 第四節 損害保険契約法改正試案六六二条四項を巡って

##### （一）問題の所在

商法六六二条は保険者が代位する賠償請求権の相手方について制限を付していない。しかし、たとえば、損害賠償義務者が被保険者の同居の親族であるような場合、たとえ被保険者がこれらの者に対して賠償請求権を有するとしても、通常、当該請求権を放棄するかまたは行使しないと考えられ、もし保険者が損害賠償請求権を代位取得して行使することになると、被保険者は受領した保険金を実質的に保険者に対して戻さなければならなくなる可能性がある。このような事態は保険制度の機能を減殺させるので好ましくないという視点から、被保険者と同居する親族その他生計を共にする者等に対する賠償請求権については、請求権代位は制限されるべきである、という立法論がある（論点④<sup>①</sup>）。したがって、試案六六二条四項は、第三者が被保険者の同居の親族である場合

には、この者の故意による事故招致の場合を除いて、保険者がその代位取得した権利を行使することが認められず、被保険者が第三者に対して権利を放棄したときも、保険者はその範囲で損害の填補を免れないとしている。<sup>(2)</sup>

そこで、このような条項を設ける場合、検討すべき問題として、これらの者の範囲をいかにするべきか（後掲(二)）、保険者が請求権を代位行使しうる場合として、これらの者の故意の他に重過失の場合をも含むのか（後掲(三)）、これらの者の行為により損害が発生した場合、保険金を支払った保険者について請求権の取得自体を否定するのか、または取得した権利の代位行使を制限するのか（後掲(四)）、という三点を提示することができる。以下、これらの点について検討する。

(1) 参照、田辺・前掲論文（第二章第二節第二款（一）注（1）二五五頁、山下・前掲論文（はじめに注（8））三九二頁。

(2) このような規定のない商法においても、解釈上、同様の効果を認める説（小町谷操三・海上保険各論（四）（岩波書店・一九六八年）六二八頁、田中誠二・新版保険法（全訂版）（千倉書房・一九八七年）一九三頁～一九四頁等）がある。しかし、この解釈が認められるとしても、その親族等の範囲、それらの者の重過失による場合の効果等につき問題が生じるので、明文の規定を設けるべきであろう（田辺・前掲論文二五五頁）。

(二) 加害行為者であるが第三者とされない者の範囲

加害行為者であるが第三者とされない者の範囲については、被保険者の同居の家族に限定すべきか、家族の他、同居の親族、家事使用人をも含めるべきか、さらにはこれに被保険者の一般使用人たる労働者をも含めるべき否かが問題となる。この点に関して、田辺教授は、家計保険と企業保険とは一律に定めえないことに鑑み、法律

の規定としては同一世帯に属する親族に限定するとともに、保険契約者に対し不利益に変更できない片面的強行規定として、約款においてその範囲を拡大しうる余地を残すのが妥当ではないか、と解される。<sup>(1)</sup> 試案六六二条四項もまたこの趣旨に沿ったものであらうとらえることができる。このような立場は妥当である、と解する。

つぎに、試案六六二条四項に示された主体は制限的列挙なのか、あるいは例示的列挙なのかについて検討する。イタリア民法一九一六条二項（参照、第一章）に列挙された主体の中には、被保険者の配偶者が含まれていない。<sup>(2)</sup> 憲法裁判所は一九七五年五月二日判決一一七番<sup>(3)</sup>において、本条項は法の前の平等を定めた憲法三条に違反する<sup>(4)</sup>と判示した。以下、その内容を見るが、憲法裁判所判決は原審であるフェッラーラ法務官裁判所の一九七三年七月一〇日決定をほぼ全面的に認めたものである<sup>(5)</sup>ので、同決定を中心に紹介する。まず、事実の概要は次のようである。I N A M (Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro le Malattie) との間で、自己を被保険者とする傷害保険を締結していた契約者がその配偶者の行為により負傷したので、I N A M に対して同保険金の支払を請求しそれを受領した。その後、I N A M は民法一九一六条一項に基づき、加害行為者である配偶者に対して保険金相当額の損害賠償金の支払を請求した。そこで、被保険者の配偶者が民法一九一六条二項所定の主体の中に含まれると解され、保険者は請求権を代位取得できるか否かについて争われた。フェッラーラ法務官裁判所は次のような決定した。すなわち、被保険者の配偶者は、解釈上、本条項所定の保険者が請求権を代位取得できない者の中に含まれない。本条項は本条一項の例外的規定であるが、一般的に、例外的規定は民法編外章一四条<sup>(6)</sup>に基づき類推適用が認められないゆえに、本条項における主体の列挙は制限的であると解される。したがって、民法一九一六条二項は憲法三条に反する、と決定した。憲法裁判所一九七五年五月二日判決は、このフェッラーラ法務官裁判所決定をほぼ全面的に認めている。これらのことから、例外的規定である本条項は民法編外章一四条

により類推適用が認められないというイタリア法独自の法理からして、イタリアの判例の立場は、民法一九一六条二項に明示された主体の列挙は限定的であると解することができる。前述のように、請求権代位の趣旨は損害保険における被保険者の利得禁止および第三者の免責阻止にあると認識されている（参照、第一章）。しかし、イタリア民法一九一六条二項あるいは試案六六二条四項が、被保険者と同居の親族等が加害行為者である場合には、保険者の請求権代位が制限されると規定するのは、もし保険者が賠償請求権を代位取得して行使することになると、被保険者は受領した保険金を保険者に対して戻さなければならなくなり、このような事態は保険制度の機能を減殺させるので好ましくないという視点に基づくものである。これらの条項は、フェッラーラ法務官裁判所決定が示すように、請求権代位の原則を定めた条項であるイタリア民法一九一六条一項あるいは商法六六二条一項等の例外的規定であると位置づけられる。したがって、保険者の請求権代位が制限される者の範囲を拡大することは、請求権代位の趣旨からして望ましくないであろう、と解する。それゆえに、解釈上、試案六六二条四項所定の主体以外にもまた本条の規定が類推適用されるということは認められず、本条項の列挙は限定的である、ととらえるべきであろう。

ただ、保険契約者に対し不利益に変更できない片面的強行規定として、約款においてその範囲を拡大しうる余地を残すのが妥当ではないかと解する。ただし、企業保険等の約款においてその範囲を拡大する余地を残すとしても、どここの範囲までが妥当なのかについて試みに検討しておく。その場合の基準は、前述したように、もし保険者が損害賠償請求権を代位取得して行使することになると、被保険者は受領した保険金を実質的に保険者に対して戻さなければならなくなる可能性があるか否か、という点になるのであろう。そこで、この基準の従ってその範囲を検討する。

たとえば、ミラノ控訴院は一九四九年二月九日判決<sup>(7)</sup>において、被保険者である会社が所有する機械の使用および管理を委託した従業員および工員については、民法一九一六条二項の被保険者の子供等と同様に保険者の請求權代位は排除されなければならない、と判示している。つぎに、ミラノ地裁は一九五一年四月一九日判決<sup>(8)</sup>において次のように判示した。その事実の概要は次のようである。ある株式会社が締結した自動車損害賠償責任保険の普通保険約款の中に、保険者から代位請求されない者として、「保険契約者のブルー・カラー、支配人、代理商、店員、および保険契約者から給与を受領していないが、傷害事故発生時にブルー・カラーまたはホワイト・カラーと同じ職務に従事し、これを行っていた者」が明示されていた。そして、当該会社の顧問が会社所有の自動車運行中に他人を負傷させたために保険金を支払った保険会社が、この者に対して代位権を行使して保険金相当額の支払を訴求した。そこで、この者が本件約款条項に規定された「保険契約者から給与を受領していないが、傷害事故発生時にブルー・カラーまたはホワイト・カラーと同じ職務に従事し、これを行っていた者」にあたるか否かが争われた。ミラノ地裁は次のように判示した。すなわち、本件約款条項が適用されるためには、法人と保険事故を生ぜしめた者との間に労務または雇用関係の存在を必要とするのであり、独立した協力関係にある知的活動の供給関係だけでは充分ではない。それゆえに、たとえ本件のごとき会社の顧問であっても、独立した職業人は民法一九一六条一項の第三者にあたる、と判示した。さらに、前述のローマ控訴院一九六八年三月三〇日判決<sup>(9)</sup>では、責任保険が運転手の過失により生じた損害に関する責任について保証するものであるから、被保険者の命令および費用で付保車両を運転した運転者は保険給付の受益者であると解されるゆえに、保険者はこの者に対しては代位権を行使することはできない、と判示している。

これらのことから、イタリア民法一九一六条二項の被保険者の使用人とは、被保険者の支配下において活動す

る者であり、かつ、もし保険者が賠償請求権を代位取得して行使することになると、被保険者は保険者から受領した保険金を実質的に保険者に対して払い戻さなければならなくなる可能性がある者をいう、ととらえることができる。イタリア民法一九一六条二項は請求権代位に関する例外的規定であると位置づけられる限りにおいて、このような解釈は妥当である、と解する。それゆえに、この原則は試案六六二条四項の解釈にもあてはまるものであり、さらに約款の規定はこの原則に基づいて作成されかつ解釈されるべきである、と解する。

(1) 田辺・前掲論文(第二章第二節第二款(一)注(1))二五六頁。イタリア民法一九一六条二項は排除不能の規定を定める同一九三二条(参照、栗田和彦∥今井「イタリア保険法の逐条的研究(六・完)」関西大学法学論集四三卷三号三二五頁以下(栗田筆)(一九九三年))に明示されていないので、民法一九一六条二項の規定に定められた者以外の者を、約款において加害行為者であるが第三者とされない者として規定することは可能であろう、と解されてゐる(V. Sotgia, *op. cit.*, pag. 173)。

(2) 同条の立法理由は前述のわが国の理解とはは同くである(V. Giulio Santi, *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1965, pag. 399; Pretura di Ferrara, 10 luglio 1973, in *Assicurazioni* 1974, II, 2, 185; Corte Costituzionale, 21 maggio 1975, n. 117, in *Assicurazioni* 1975, II, 2, 221)。

(3) Corte Costituzionale, 21 maggio 1975, *op. loc. cit.*

(4) 参照、樋口陽一∥吉田善明・解説世界憲法集(第三版)(三省堂・一九九四年)一四二頁(井口文男筆)。

(5) Pretura di Ferrara, 10 luglio 1973, *op. cit.*

(6) イタリア民法編外章一四条(刑事的および例外的法律の適用)「刑事的法律および一般的規定または他の法律に例外をなす法律は、これに考慮されている場合および時を除いては適用されない。」

(7) Appello di Milano, 9 dicembre 1949, in *Foro Padmo* 1950, II, col. 16.

(80) Tribunale di Milano, 19 aprile 1951, in *Assicurazioni* 1952, II, 2, 170.

(81) Appello di Roma, 30 marzo 1968, in *Temi Romana* 1968, 343. なお、本判決は破毀院に破棄された (Cassazione civile, 3 dicembre 1970, n. 2546, in *Assicurazioni* 1970, II, 2, 227)。

(二) 損害賠償義務者の主観的要件

損害賠償義務者の主観的要件として、故意のない場合にのみ代位による権利の取得ないし制限を否定すべきか、それとも故意または重過失のない場合にも否定すべきかについて見解が分かれている。

被保険者と同一世帯に属する親族等の故意により保険事故が発生した場合には、たとえそれが被保険者に保険金を取得させる目的によらない故意の事故招致であっても、被保険者の事故招致者に対する賠償請求権に対する被保険者の代位は認められる、と解する。なぜならば、その場合、被保険者と事故を招致した親族等とが構成するいわゆる家族共同体はすでに破壊されており、被保険者の権利行使が予想されるからである。<sup>(1)</sup> 試案六六二条四項

もまたこのような理由で、故意によらずに生じた損害賠償義務についての被保険者の権利行使が制限されるとする。<sup>(2)</sup> ここでいわれる故意とは、加害行為者において被保険者に保険金を取得させる意図を持たない故意の事故

招致の場合をいうものである。なぜならば、被保険者に保険金を取得させる目的で事故を招致した場合には、被保険者免責が認められるべきであつて、請求権代位の問題は生じない、と解されるからである。<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>

つぎに、被保険者と同一世帯に属する親族等の重過失について、田辺教授は次のように説かれる。商法が重過失に対して悪意と同一の効果を定めているのは、悪意の立証が困難であるゆえに、悪意の場合における挙証の困難性を緩和する趣旨である。したがって、重過失に対し悪意と同一の効果を定めることは認められるべきである

う。約款ではこのことが強く要求されるであろうし、本条項を片面的強行規定とする場合には重過失につき前述のごとき例外を認めないとすると、これを約款で変更できないことになるので、重過失を故意と同視することが妥当である、とされる。<sup>(5)</sup>

筆者もこの見解を支持する。それは次のような三つの理由による。第一に、田辺教授の説かれるように、商法が重過失に対して悪意と同一の効果を定めるのは、悪意の立証の困難性を緩和する趣旨であると解されること。

第二に、試案六六二条四項は請求権代位に関する例外的規定であると解されること。第三に、被保険者と同一世帯に属する親族等の重過失による行為については、被保険者にも責任の一端がある場合もありうると解されることである。その限りにおいて、約款にこれらの者の重過失の場合には、故意の場合と同様に保険者は免責され、保険金が支払われない旨を定めることができる、と解する。

(1) 田辺・前掲論文(第二章第二節第二款(一)注(1))二五六頁。

(2) 試案理由書七二頁。

(3) この場合には、法人の専務理事による事故招致に関して判示した大審院昭和七年九月一四日民集一一卷一八一五頁(参照、近藤・判例批評・損害保険判例百選(第二版)五二頁等)の論理が妥当しよう。

(4) 田辺・前掲論文二五七頁注(2)。

(5) 田辺・前掲論文二五七頁。

#### (四) 保険者による代位請求権行使の可否

被保険者が自己と同一世帯に属する親族に対して損害賠償請求権を有する場合につき、代位する保険者の権利



取得自体を否定すべきか、あるいは取得そのものは認めるが、その行使が否定されるか否かが問題となる。

イタリア民法一九一六条二項は、故意の場合を除き、損害が被保険者と同一世帯に属する親族等の行為による場合には代位は生じない、と規定する（参照、第一章）。この条文の解釈について明確に論じている学説や判例はないが、その文言から、本条項は保険者の権利取得自体を否定する趣旨ではないか、と推察する。なぜならば、代位には本人に代わって権利を取得し行使することが含まれる、と解するからである。この問題に関して田辺教授は保険者の権利取得自体が否定されるべきである、とされる。すなわち、被保険者が賠償請求権を放棄した場合、保険者の免責が認められることになるという不当性を理由とされる。<sup>(1)</sup>これに対して、試案六六二条四項は保険者の権利行使のみを制限するが、被保険者が賠償請求権を放棄した場合には保険者は免責されないことを明文化しているので（同条三項）、その点では差異はない、とされている。<sup>(2)</sup>田辺教授はまた、この規定は被保険者がその賠償請求権を少なくとも行使しないであろうことを前提としているので、保険者の代位権自体が生じないものとするべきであろう、とされている。しかし、イタリア民法一九一六条二項あるいは試案六六二条四項は、請求権代位に関する例外的規定であること、また、被保険者と同一世帯に属する親族等が故意によらないで保険事故を招致した場合であっても、この親族等と被保険者との間において家族共同体が破壊されている場合には、被保険者がこの者に対して損害賠償を請求する可能性もあろう。したがって、このような場合には、請求権代位制度の趣旨の一つである被保険者の利得禁止の原則の視点から考えれば、賠償請求権が保険者に移転すると解釈するほうが妥当ではないか、と解する。ただし、その前提として、試案六六二条三項のように、被保険者が賠償請求権を放棄した場合には保険者は免責されない旨を定めておくことが求められよう。

(1) 田辺・前掲論文（第二章第二節第一款）（一）注（一）二五七頁。

(2) 山下・前掲論文(はじめに注(8))三九九頁注(26)。

### おわりに

以上のように、請求権代位における第三者の範囲について検討してきたが、第二章第一節で提示した四つの論点について総括する。

第一に、加害行為者である第三者の範囲を確定する必要がある(論点①)。商法六六二条一項における第三者の責任は法律上の賠償責任であり、これには債務不履行に基づく損害賠償責任、不法行為に基づくそれおよびその他の法律上のそれがある、と解する。このうち、その他の法律上の責任の内容は、各責任に違反することによって派生する賠償請求権の態様を定めた各法律の条項の解釈に依拠することになる。そして、もし債権者・被害者が保険契約により被保険者として保険金を受領した場合には、その額を限度として、被保険者が債権者・被害者として債務者・加害者に対して有する損害賠償請求権が保険者に移転し、保険者は被保険者である債権者・被害者に代わって債務者・加害者に対し当該請求権を行使することになる。

さらに、他人のためにする損害保険において、保険事故による損害が保険契約者の行為によって生じ、被保険者が保険契約者に対して損害賠償請求権を有する場合がある限り、保険者が被保険者に保険金を支払ったときに、保険契約者を商法六六二条一項という第三者とみなすことにより、被保険者が当該保険契約者に対して有する権利は保険者に移転する、と解する。というのは、請求権代位の第三者の免責阻止の原則に基づき、本保険において保険契約者を第四者と同視することにより、この者の免責も阻止される必要がある、と解するからである。ただし、保険契約者が本保険を責任保険の代わりにする意図を持つ場合には、保険契約者につき請求権代位を回避

するために、本保険の保険約款または保険証券の中に請求権代位放棄約款（条項）をあらかじめ挿入しておくか、あるいは保険者がその取得した権利を保険契約者に対して行使しない旨を特約しておく必要があるのではないかと解する。

また、責任保険において請求権代位を定める約款条項（たとえば、賠償責任保険普通保険約款二三条一項）における第三者とは、被保険者と特別な利害関係を有していない者で、その行為により他人に損害をもたらした結果、被保険者がこの被害者に対して損害を賠償することにより生じた損害について、保険者が保険金を支払った場合の加害行為者をいう、と解する。

第二に、加害行為者の範囲を検討するにあたり、この者が賠償責任を負担しない場合またはその一部のみを負担する場合をも確認する必要がある（論点②）。これには、加害行為者が責任無能力者である場合と加害行為者に違法性阻却事由のある場合とがある。このうち違法性阻却事由には、民法典に規定されている正当防衛と緊急避難とがあり、解釈上認められる違法性阻却事由としては、自力救済、被害者の承諾および正当業務行為がある。第三に、加害行為者に代わって被保険者等に対し賠償責任を負担する者の範囲を確認する必要がある（論点③）。保険事故を生ぜしめた第三者と被保険者が請求権を有する相手方である第三者とは必ずしも同一人である必要がないから、商法六六二条一項にはこの者に対して被保険者が有する請求権も含まれる、と解する。この者としては、履行補助者を使用する債務者、責任無能力者の保護者等、使用者、共同不法行為者をあげることができる。そして、もし被害者が被保険者として保険金を受領した場合には、その額を限度として、被保険者が被害者としてこれらの者に対して有する賠償請求権が保険者に移転し、保険者は被保険者である被害者に代わってこれらの者に対し当該請求権を行使することが可能になる。

第四に、加害行為者であっても試案六六二条一項またはイタリヤ民法一九一六条一項の第三者とはみなされない場合を確認する必要がある（論点④）。この点に関して、まず、法律の規定としては同一世帯に属する親族に限定し、保険契約者に対し不利益に変更できない片面的強行規定としておき、約款でその範囲を拡大しうる余地を残すのが妥当である。そして、約款で拡大できる者の範囲は、被保険者の支配下において活動する者であり、かつ、もし保険者が賠償請求権を代位取得して行使することになると、被保険者は保険者から受領した保険金を保険者に対して払い戻さなければならなくなる可能性がある者までをいう、と解する。つぎに、保険者が請求権を代位行使しうる場合として、これらの者の故意の場合の他に重過失の場合をも含む、と解する。そして、これらの行為により損害が発生した場合、保険金を支払った保険者は請求権を取得するが、取得した権利の代位行使を制限されるものである、と解する。

（脱稿・一九九七年七月三一日）

（追記・本稿は平成九年度科学研究費補助金基盤研究（C）（2）によるものである。）