

請求権代位の存在意義

——保険における損害概念の再考——

岡 田 豊 基

はじめに

第1章 請求権代位の存在意義に関する理論

第1節 はじめに

第2節 伝統的理論

第3節 最近の理論

第4節 小括

第2章 請求権代位に関する法制度の変遷

第1節 はじめに

第2節 日本法にみる変遷

第3節 フランス法およびイタリア法にみる変遷

第4節 小括

第3章 請求権代位の構造と機能

第1節 はじめに

第2節 賠償者の代位の構造と機能

第3節 賠償者の代位と請求権代位との構造と機能における比較—小括に代えて

第4章 請求権代位の存在意義

第1節 はじめに

第2節 被保険者の利得禁止の理由

第3節 第三者の免責阻止の理由

第4節 保険者の権利取得の理由

第5節 総括

おわりにかえて

はじめに

1. 問題の所在

本稿は、保険における利得禁止原則とその基礎となる損害概念を再考することによって、請求権代位の存在意義（根拠ないし趣旨）について検討するものである。

さて、近年における著しい金融の自由化に伴い、保険の状況は大きく変わりつつある。かかる変化は、保険と外部との関係を巡る変化と保険内部の変化とに分けられ、前者では、保険の金融商品化が⁽¹⁾、後者では、物・財産保険（損害保険）の定額保険化と人保険（定額保険⁽²⁾）の損害保険化がみられる（以下、保険内部の状況変化を保険の融合化と称する⁽³⁾）。

-
- (1) 保険の金融商品化については、他の金融機関が取り扱う商品と同じような構造ないし機能を持つ保険契約が現れ、伝統的な保険法の論理では十分な対応が難しい状況が生じている。ここでは、いわゆる変額保険契約を巡る状況が顕著である（山下友信『保険法』30頁～32頁，185頁～189頁，199頁～201頁（有斐閣・2005年）を参照）。この局面では、保険と他の金融商品との法的性質に違いに基づき、保険契約に対する適用ないし準用規定を明らかにするという課題があるゆえに、保険契約の法的性質（本質論）を検討しなければならない。保険契約の法的性質の再検討を試みるものとして、今井薫『保険契約における企業説の法理—イタリア保険学説の研究—』（千倉書房・2005年）がある。とりわけ、同書第1章（同11頁以下）、第2章（同22頁以下）、第3章（59頁以下）を参照。

筆者は、拙稿「保険本質論の法的再検討—保険契約と他の契約との区別を目的として—」神戸学院法学25巻1号109頁（1995年）、同「保険からみた変額保険」保険学雑誌557号37頁（1997年）において、変額保険契約の法的性質を検討するにあたり、保険契約は、保険契約者側から保険者に移転された静態的かつ純粋危険を危険団体の中で分散するという経済的制度に基づく契約である、と解している。

- (2) 物・財産保険と人保険については、山下・前掲注(1)40頁を参照。
- (3) 物・財産保険の定額保険化については、損害保険と定額保険という二分法を疑い（中西正明他「私法学会シンポジウム・保険契約法と民事理論の交錯」私法56号156頁（上柳克郎発言）（1994年））、従来の物・財産保険はどこまで定額保険に近づくことができるかということが議論されている

請求権代位の存在意義

かかる変化のうち後者には、所得補償保険が対象とするような相対的⁽⁴⁾には算定が容易な損害に関する保険は、損害保険そのものである必要はないが、生命保険ほどの利得を問題としない定額保険とすることは許される⁽⁵⁾とするか否か、という問題がある。さらに、傷害や疾病による治療費や入院費等の医療費を補償する保険について、医療費は見方によっては、所得補償保険における所得の喪失以上に損害額の算定が可能であり、かかる損害については損害保険以外の保険は許されないという考え方もありうるが、いかなる医療を受けるかは保険がどのくらいかかっているかにも左右されることであって、定額保険とすることが一概には許されない⁽⁶⁾というまでいう必要はないのではないか、という問題がある。

(西島梅治『保険法(第3版)』310頁(悠々社・1998年))。ここでは、いわゆる積立型損害保険を巡る状況が顕著である。積立型損害保険については、水島一也「積立型損害保険をめぐる問題」国民経済雑誌158巻2号1頁(1988年)を参照。

これに対して、人保険の損害保険化については、洲崎博史「保険代位と利得禁止原則(1)(2・完)」法学論叢129巻1号1頁以下、129巻3号1頁以下(1991年)、同「人保険における累積原則とその制限に関する一考察」法学論叢140巻5・6号224頁以下(1997年)、山下友信「保険契約と民事責任」『現代の生命・傷害保険法』296頁～297頁(有斐閣・1999年)(初出「Ⅱ 保険契約の類型と民事責任」商事法務1330号7頁(1993年))(山下友信教授は、損害保険と定額保険の間にもう1つの保険の範疇を設けることも必要であろうが、具体化は相当に難しいとされる。)、土岐孝宏「損害保険契約における『利得禁止原則』否定論(1)」立命館法学291号218頁～219頁(2003年)を参照。

- (4) 所得補償保険の構造については、石田満=佐藤公平「所得補償保険の構造」田辺康平=石田満編『新損害保険双書 3 新種保険』379頁(文真堂・1985年)を参照。
- (5) 保険約款の中に請求権代位の規定を持たない所得補償保険について、それを損害保険契約であると解した上で請求権代位の規定が及ぶとした最高裁平成元年1月19日判決(判時1302号144頁)を巡ってさまざまな批判があることから(神田秀樹「判批」損保百選(第2版)70頁(1996年)を参照)、請求権代位について定める商法662条の規定がこれに関する規定のない保険について適用ないし準用されるか否か、という問題が生じている。

このような保険の融合化をみると、これまでの伝統的理解では認められなかった定額給付型の物・財産保険が出現することも考えられないこともない。⁽⁷⁾それゆえに、損害保険と定額保険、物・財産保険と人保険という従来からの分類を整理し直すことも必要になっているのではなからうか。

2. 本稿における検討の概要

保険の融合化という保険内部の状況変化に関する議論を検討するにあたり、その鍵となるのが保険法における利得禁止原則⁽⁸⁾である⁽⁸⁾と考える。というのは、最近の議論によると、後述のように、利得禁止原則はすべての保険に共通の基本原則として位置づけられた上でさらに細分化されており、それに基づけば、損害保険と定額保険との区別が可能になると考えるからである。

利得禁止原則を考察するにあたり、この原則が反映する保険者の請求権代位（商法662条）に視座を定める。伝統的理論によると、請求権代位は損害保険契約に固有の法制度である⁽⁹⁾と解されており、それはつまり、第三者の行為に起因して損害が発生した場合、被保険者が取得した損害填補請求権（保険金請求権）と損害賠償請求権（以下、両請求権ということがある。）を二重に行使することは認められないという利得禁止が妥当するのは、損害填補を行う損害保険契約だけであるとされるゆえに、請求権代位について定める商法662条が適用ないし準用される保険契約

(6) 山下・前掲注(3)296頁～297頁。

(7) この可能性を述べる中出哲「損害てん補と定額給付は対立概念か」保険学雑誌555号67頁以下（1996年）に対しては、本論文は、損害概念の多義性を指摘し、これを踏まえて商法が規定する損害填補方式以外の保険給付方式の可能性を示唆するとして、物定額保険までも容認する趣旨であろうかという疑問が提起されている（山下・前掲注(1)391頁）

(8) 土岐・前掲注(3)219頁。

(9) 山下・前掲注(1)546頁。

請求権代位の存在意義

は損害保険契約に限定され（商法683条を参照）、その枠に入らないものが定額保険契約となる、と解されることから、請求権代位の検討が両保険契約の境界を明らかにすることができる、と考えられるからである。

請求権代位の検討対象には、存在意義、法的性質、適用基準ないし適用範囲等があるが⁽¹⁰⁾、本稿では、請求権代位の存在意義を検討の対象とする。損害保険会社を取り扱う保険で約款に請求権代位に関する規定がない保険契約について、当該契約に商法662条が適用ないし準用されるか否かという問題も生じており（注（5）を参照）、この問題の解決は実務上の重要な課題の1つである。そこで、これに対応するためにも、請求権代位の適用基準に基づいて適用範囲を確認する必要がある、これらを明らかにするためには、その前提として、請求権代位の存在意義および法的性質を検討すべきであるとする。というのは、本稿において存在意義を検討するにあたっては、保険における利得禁止原則を巡る議論をその対象にすることにするが、前述のように、利得禁止原則を検討することによって損害保険と定額保険の区別が可能となり、それに基づいて請求権代位の適用基準ないし適用範囲が明らかになると考えるからである。さらに、その存在意義が請求権代位論において基礎として位置づけられるものと考えられるからである。

(10) これらの問題は、今後、損害保険の定額保険化が進行した場合、検討すべき課題となろう。

請求権代位については、本文に示した項目の他に、移転する権利、移転の要件および効果、被保険者の権利保全義務（保険利益享受約款を巡る問題：最判昭和43年7月11日民集22巻7号1489頁（判批：落合誠一・損保百選（第2版）72頁（1996年）を参照。）、同昭和49年3月15日民集28巻2号222頁（同74頁）、同昭和51年11月25日民集30巻10号960頁（判批：谷川久・損保百選80頁（1980年）を参照。）等。また、拙稿「被保険者による賠償請求権の保全と保険者による代位権の放棄」神戸学院法学28巻2号37頁（1998年）を参照。）、第三者が同居の親族の場合における請求権代位の取扱等が問題となる（拙稿「請求権代位における第三者の範囲」神戸学院法学27巻1・2号41頁（1997年）を参照。）。

また、請求権代位の存在意義についてこれまで議論が重ねられている⁽¹¹⁾が、このうち、被保険者の利得禁止の理由を考える場合、伝統的理論では被保険利益概念を中心にして損害填補原則が基本原則とされているのに対し、最近の理論では利得禁止原則を基本原則として展開されていることから、請求権代位の存在意義を検討することが前述の諸状況の変化を検討するためには有益である、と考える。

3. 本稿における結論

以上のような観点に基づき、請求権代位の存在意義について検討するわけであるが、本稿において到達すべき結論をあらかじめ明らかにしておく。

伝統的理論によると、請求権代位は損害保険契約に固有の法制度であると解されているが、筆者は、これまで請求権代位に関する問題点を検討してきた過程⁽¹²⁾において、次のような疑問を持つに至った。すなわち、定額保険には生命保険、傷害保険、疾病保険等があり、これらは損害額との関連を問題としない限りいずれも定額給付型の保険であるが⁽¹³⁾、死亡給付と傷害給付・疾病給付とでは、同じ定額給付型の保険でありながら態様が異なっていることから、定額給付型の保険における利得禁止原則を検討するにあたっては、両者を分けて考察する必要があるのではないかという疑問を抱いている。これは人保険の損害保険化の局面の1つであるが、これについては利得とは何かを検討する必要があり、利得とな

(11) 田辺康平「請求権代位の制度の趣旨—修正絶対説による根拠付け—」『保険契約の基本構造』250頁（有斐閣・1979年）（初出「保険者の請求権代位の制度」『創立三十五周年記念損害保険論集』177頁（損害保険事業研究所・1969年））を参照。

(12) 2つの拙稿（前掲注(10)）の他に、拙稿「請求権代位の法的性質（1）～（3・完）」『損保研究』62巻2号1頁（2000年）、同3号133頁（同年）、同4号93頁（2001年）を参照。

(13) 山下・前掲注(1)483頁。

請求権代位の存在意義

場合を判断しうる基準として損害を位置づけたい。

この限りにおいて、保険における損害とは保険契約者側に発生する経済的損失をいい、保険事故が発生する前後における保険契約者側の財産状態の変化である、と解する。そうであるとすると、一般的に損害保険に含まれると解される物や財産の滅失・毀損に起因する損害を填補する保険は当然この損害概念が妥当しよう。さらに、傷害や疾病による医療費を支払うことになれば、それは保険契約者側にとって経済的負担の発生であって、ここでいう損害になるのではなかろうか、と解する。このような解釈に基づき、保険における利得禁止原則は、損害填補型の保険において妥当する最狭義および狭義の利得禁止原則と、定額給付型の保険に妥当する広義および最広義の利得禁止原則が存在し、利得禁止原則に関するかかる理解を前提として、請求権代位の存在意義を考えると、請求権代位は、保険契約における利得禁止原則と民事法における損害賠償原則とを交錯させることによって考案された制度であり、被保険者の利得禁止および第三者の免責阻止を実現するためには、保険契約に固有の危険移転という性質に基づき、保険者に権利取得させることが政策上望ましいと立法者が考えたことによるものである、と解する。

以下、請求権代位の存在意義に関するこれまでの理論を整理し（第1章）、請求権代位に関する法制度の変遷（第2章）およびその構造と機能を概観した後（第3章）、請求権代位の存在意義に関する検討を行いたい（第4章）。

第1章 請求権代位の存在意義に関する理論

第1節 はじめに

請求権代位とは、商法上、損害が第三者の行為により生じた場合ににおいて、保険者が被保険者に対してその負担額を支払ったときは、支払った金額を限度として、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制度をいう（商法662条・815条^(14・15)2項）。そして、損害

保険の約款では、商法662条と同旨の規定が挿入されていることが多い。⁽¹⁶⁾

損害が第三者の行為によって生じた場合において、当該損害が保険事故により生じたものであれば、被保険者（被害者）は、第三者に対して損害賠償請求権を、保険者に対して損害填補請求権（保険金請求権）を取得する。両請求権の関係につき、被保険者はこれらを併有するが重疊的に行使することはできず、第三者が被保険者に対し損害賠償を行ったときは、損害填補の範囲と重複する部分について保険者は免責され、保険者が第三者の損害賠償に先立ち被保険者に対して保険金を支払ったときは、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が保険者に移転する、と解されている。⁽¹⁷⁾

請求権代位の存在意義を明らかにするにあたっては、一般的に、なぜ被保険者は両請求権の行使によって利得することを許されるべきではないのか（被保険者の利得禁止）、第三者の被保険者に対する損害賠償に

(14) 商法662条の解説については、大森忠夫『保険法（補訂版）』182頁以下（有斐閣・1991年）、坂口光男『保険法』163頁以下（文眞堂・1991年）、田辺康平『新版 現代保険法』139頁以下（文眞堂・1995年）、石田満『商法Ⅳ（保険法）（改訂版）』204頁以下（青林書院・1997年）、西島・前掲注（3）181頁以下、山下・前掲注（1）545頁以下を参照。損害保険契約法改正試案（以下、損保改正試案とする。）662条に関する解説については、損害保険法制研究会編『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』70頁以下を参照（損害保険事業総合研究所・1995年）。

(15) 損保改正試案662条は被保険者の第三者に対する権利だけを規定している（『損保改正試案理由書』前掲注（14）70頁）。現行の商法662条の規定では問題があることについて、西島・前掲注（3）187頁を参照。本稿では、被保険者の第三者に対する権利に限定してこの問題を検討する。

(16) 住宅火災保険普通保険約款（平成2年4月1日改定）20条、海外旅行傷害保険普通保険約款（平成8年11月1日改定）29条2項、運送保険普通保険約款（平成元年4月1日改定）19条1項、家庭用総合自動車保険普通保険約款（一般条項）23条1項、船舶保険普通保険約款（平成2年4月1日改定）33条等を参照。

(17) 坂口・前掲注（14）164頁～165頁。

請求権代位の存在意義

より保険者は保険金支払責任を免除されるのに、なぜ第三者は保険者の損害填補により被保険者に対する損害賠償責任を免除されてはいけないのか（第三者の免責阻止）、なぜ保険者の権利取得が認められるのか（保険者の権利取得）、について合理的な説明が必要であるとされている⁽¹⁸⁾。

請求権代位の存在意義については、このような共通理解に基づいてこれまで多くの理論が展開されてきたが、いずれの理論も広く理解を得られていない。これらに対して、最近提唱されている理論は、保険契約法における利得禁止原則について本質的な検討を行い、その成果を基礎として論理構成されており⁽¹⁹⁾、伝統的理論と近時の理論とでは、その視座に違いがあると考えられる。

以下、これらの理論を概観する。

第2節 伝統的理論

1. 絶対説による説明⁽²⁰⁾

この理論は、請求権代位の存在意義を被保険者の利得禁止に求め、被保険者が両請求権を重疊的に行使することを禁止することに重点を置く⁽²¹⁾。

(18) 坂口・前掲注(14)163頁、西島・前掲注(3)181頁～182頁等。

(19) 笹本幸祐「被保険利益論争—利得禁止原則の検討の方向性—」法時71巻7号62頁（1999年）。

(20) 西島・前掲注(3)121頁を参照。

(21) 青山衆司『保険契約論上巻』296頁～297頁（巖松堂・1920年）、加藤由作『火災保険論』69頁（新紀元社・1950年）、伊沢孝平『保険法』297頁（青林書院・1957年）、石井照久『商行為法・海商法・保険法』331頁～332頁（勁草書房・1971年）（石井照久博士は、保険者の請求権代位は民法422条の賠償者の代位と同一の精神であるとされる（332頁））。山下友信教授は、請求権代位の存在意義に関する理論には一長一短があり、いずれも完全なものとはいえないとして、多少の非論理性は甘受した上で絶対説による説明を支持される（山下友信「火災保険における保険者代位」田辺康平＝石田満編『新損害保険双書 1 火災保険』385頁（文真堂・1979年））。

絶対説による説明に対する批判について、鈴木辰紀「保険代位の根拠に

2. 相対説による説明⁽²²⁾

この理論は、請求権代位を巡る論議は、第三者の免責阻止と被保険者の利得禁止という命題を前提とすると解した上で、被保険者について利得が禁止されるのは、利得の期待が被保険者をして保険事故を招致せしめたり、保険事故の発生を放任せしめたりする弊害を誘発するおそれがあると認められる場合であり、いかなる利得が否認されるべきかも、利得の期待可能性ないし確実性や、その額の程度等の事情を考慮に入れて政策的見地から決せられるべき問題であることから、被保険者の重疊的請求権を否認するのは、かかる見地から慎重を期するためである、とする⁽²³⁾。

3. 衡平説

この理論は、被保険者に両請求権の重疊的行使を許し、利得を黙認することは、損害保険契約の損害填補契約性および民法の損害賠償制度の

について」『火災保険研究（増補版）』167頁（成文堂・1969年）（初出・早稲田商学182号39頁（1965年））、田辺・前掲注(11)252頁、256頁、260頁、山下・前掲382頁、西島・前掲注(3)182頁を参照。

(22) 西島・前掲注(3)122頁を参照。

(23) 大森忠夫「保険者の求償権」『続保険契約の法的構造』103頁～104頁（有斐閣・1969年）（初出・損保研究15巻4号20頁～21頁（1954年））。大森忠夫博士の理論につき、大森博士は、①被保険者の利得禁止、②第三者の免責阻止、③保険者の権利取得について明確な説明をされず、終局的に公序政策を論拠とされるが、文脈からすると、②③については、保険金給付義務と損害賠償義務とは法律原因および義務内容が別個独立のものであるため、保険金が支払われたからといって第三者が免責されるはずがなく、公序政策上、やり場のない請求権を保険者に取得させるより他に仕方がないと説明されている、との指摘がある（西島・前掲注(3)185頁注(5)）。

相対説による説明に対する批判について、伊沢・前掲注(21)298頁～299頁、鈴木・前掲注(21)146頁、田辺・前掲注(11)253頁、257頁～258頁、259頁、260頁、西島・前掲注(3)182頁～183頁、186頁注(9)、倉沢康一郎「保険代位について」『保険契約の法理』140頁（慶応通信・1975年）（初出・法学研究40巻11号35頁（1967年））、山下・前掲注(21)384頁等を参照。

趣旨から否定すべきであり、請求権代位の存在意義に関する問題は、損害負担の最終責任を、対価を得て損害填補責任を負った保険者と、自己の行為により責任を負うに至った第三者のどちらに負担させるのが妥当かつ衡平であるかの比較衡量の問題に帰着し、この点については、有責の第三者が、他人の締結した保険契約の存在によって免責されるべきでないとするのが一般に妥当と解されるので、損害に対する最終責任は第三者に負担させるとするのが妥当であり、衡平であるとの結論になる、とする⁽²⁴⁾。

4. 損益相殺説

この理論は、第三者が被保険者に対する損害賠償義務を履行する前に保険者が損害填補する場合、それは被保険者に生じた確定損害に対して填補するのであり、この場合には、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を保険者に移転することを要するとして、これは損益相殺の保険法上の変容であり、ここに請求権代位の基礎がある、とする⁽²⁵⁾。

(24) 鈴木・前掲注(21)169頁以下。石山卓磨教授は、損害負担の最終責任を保険者と第三者のいずれに負担させるべきかという比較衡量の場において、第三者が他人の締結した保険契約の存在により免責されないとするのが一般的に妥当と解されるので、第三者が損害を最終的に負担することが妥当、かつ、衡平なのであって、この場合、結果的には、保険者に無償の利得を許すことになるがやむを得ないと立法者が相対的に価値判断した政策的所産であると思われる、とされる（石山卓磨「保険金と損害賠償額との調整—近時の最高裁判決を中心にして—」法学研究22巻2・3号34頁（1978年））。

衡平説に対する批判について、田辺・前掲注(11)259頁、同「保険代位の趣旨」『商法の争点（第2版）』255頁（1983年）、西島・前掲注(3)183頁、186頁注(11)、山下・前掲注(21)384頁を参照。

(25) 石田満「保険者代位と損益相殺」『保険契約法の論理と現実』202頁（有斐閣・1995年）（初出・石田満編『田辺康平先生還暦記念 保険法学の諸問題』20頁（文眞堂・1980年））。

5. 不真正連帯債務説

この理論は、被保険者に対して、保険者が負担すべき保険金支払債務と第三者が負担すべき損害賠償債務とは不真正連帯債務の関係にあり、衡平の見地から、保険金出捐という損害を負担する保険者に被保険者の第三者に対する権利を取得させる、とする。すなわち、損害保険契約を損害填補契約と解するならば、被保険者が取得する両請求権の客体となる損害は同一であって、どちらか一方の権利行使により損害が填補されると、そのことにより損害が減縮し、他方の請求権が減縮する。この場合、ある損害について填補義務が競合し、各義務の原因は別個独立ではあるが、一方の義務の履行が他方の義務の客体を減縮させるという不真正連帯債務の関係にあり、それゆえに、保険金給付を受けた被害者がその限りで損害賠償請求をなしえないのは利得禁止の問題ではないと解され、請求権代位は損益相殺が認められることの前提の下に、保険金支払による第三者免責の不当性を前提とするゆえに、保険金の收受により損害が減縮している被保険者に不当利得をさせるべきではなく、保険金出捐という損害を負担している保険者に第三者に対する権利を取得させることが公平にかなう、とする。

(26) 倉沢・前掲注(23)141頁以下、同「損益相殺と保険代位」相馬勝夫博士古稀祝賀記念論文集刊行会編『相馬先生古稀記念 現代保険学の諸問題』485頁(専修大学出版局・1978年)。倉沢康一郎教授は、民法学者が、他人の家屋を焼いた者の不法行為に基づく賠償義務と保険会社の保険金支払義務とを不真正連帯債務の典型的な一例として指摘している点(我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』443頁(岩波書店・1973年))を引用される(倉沢・前掲注(24)145頁、同・前掲「損益相殺」485頁)。また、棚田良平教授は、不法行為者の損害賠償支払義務と保険者の保険金支払義務とが不真正連帯債務であるとか、偶発的数債務であるとかという性質決定議論は無用としながらも、2つの義務の連帯性を認め、しいて性質決定するならば、連帯保証債務に近似するといふべきか、とされる(棚田良平「不法行為者の損害賠償支払義務と保険者の保険金支払義務との関係」南出弘博士記念論集刊行会編『自動車・責任保険の諸問題—南出弘博士在職30年記念—』251頁～252頁(保険研究所・1967年))。

6. 修正絶対説による説明⁽²⁷⁾（不確定損害肩代わり説）

この理論は、請求権地位は、保険者が被保険利益に生じた減失額相当の保険金を給付するとともに、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を取得するという方法において、被保険者に生じた不確定損害（蓋然損害）を利得を生じさせる余地なく救済する制度である、と解する。すなわち、第三者の賠償義務が被保険利益の減失額相当の確定損害を賠償すべき義務であるのに対し、保険者の填補義務は、被保険利益の減失額相当の保険金を支払うとともに、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を取得すべきことを内容とする義務であり、履行不確実な賠償請求権を保険金で肩代わりする救済義務であるゆえに⁽²⁸⁾、両請求権の内容に差があるため被保険者が両請求権を重疊的に行使することは両請求権の性質に反するから、これを認められず、両請求権の性質に差があることにより、被保険者による両請求権の重疊的行使の禁止が理由づけられるだけでなく、第三者の義務履行が保険者を免責させること、保険者の義務履行が第三者を免責しないこと⁽²⁹⁾の理由も説明できる、とする。

不真正連帯債務説に対する批判について、石田・前掲注(25)202頁、203頁を参照。

(27) 修正絶対説の支持者は、損害保険契約の本質は契約の実態から機能的に把握すべきであり、損害保険契約は、損害が発生している蓋然性がある場合ないし損害が発生すべき蓋然性がはなはだ高まった場合においても、損害の確定を待たずにその一歩手前において、原則として被保険者を利得せしめない措置を講じることによって、かかる不確定損害に対する救済を与えることをも含む意味における救済契約である、と解する（田辺康平「損害保険契約の本質—填補原則の例外現象を吟味しての考察—」前掲注(11)『基本構造』35頁以下、同・前掲注(11)247頁、260頁）。

(28) 田辺・前掲注(11)261頁。

(29) 田辺・前掲注(11)262頁～263頁、西島・前掲注(3)184頁以下。なお、青山衆司博士の説明は不確定損害肩代わり説に通ずるものであろう（青山・前掲注(21)160頁～161頁）。

不確定損害肩代わり説に対する批判について、山下・前掲注(21)384頁、坂口・前掲注(14)166頁、石田・前掲注(25)202頁、鈴木辰紀「田辺教授の

7. まとめ

このように、請求権代位の存在意義について提唱されている複数の理論は、損害保険契約の損害填補契約性をその出発点にしているものの、損害保険契約における損害および被保険利益の概念等において理解を異にしているだけでなく、各理論において、損害概念ないし被保険利益概念がそれほど明確にされていないように思える。また、被保険利益概念は保険契約の目的としての論理的帰結を有するにすぎないとの指摘もあり⁽³⁰⁾、その現代的意義は次第に薄くなっていると考えられることから、請求権代位の存在意義を探る際には、被保険利益概念とは異なるものを検討の指針とする必要があるともいえる。さらに、修正絶対説による説明が、保険者の請求権代位を利得防止措置を講じることによる蓋然損害に対する救済であると把握するこの説の当否は、その前提となっている損害概念の把握の当否にかかっているとも指摘される⁽³¹⁾。そこで、伝統的理論が依拠してきた2つの概念のうち、損害概念が重要ではないかと考える。

以上のことから、請求権代位の存在意義を確認するためには、保険における損害概念を明らかにした上で、この概念に基づいて検討する必要があると考える。

『修正絶対説』について』『損害保険研究』35頁～36頁（成文堂・1977年）（初出・日本保険学会『日本保険学会創立三十周年記念論文集』164頁～165頁（1971年））、石山・前掲注(24)34頁等を参照。

(30) 笹本・前掲注(19)63頁、同「重複填補の調整—保険給付と損害賠償の調整—」沢野直紀＝高田桂一＝森淳二郎編『企業ビジネスと法的責任』311頁（法律文化社・1999年）、同「保険給付と利得禁止原則」奥島孝康教授還暦記念論文集編集委員会編『近代企業法の形成と展開—奥島孝康教授還暦記念第二巻—』585頁（成文堂・1999年）。

(31) 坂口・前掲注(14)166頁。

第3節 最近の理論

1. 利得禁止原則を分類する理論

(1) 広義・狭義に分類する理論

最近、保険法における利得禁止原則を広義と狭義に分ける理論が有力に提唱されている。それによると、前者は、保険制度は、不測の事象の発生の可能性により脅かされている経済生活の不安定に対処することを目的とするものであるから、この制度を通して利得すべきではないというものであって、保険種類を問わず、すべての保険に妥当するものであるのに対して、後者は、前者を実現するためのより具体的な原則であり、損害保険法において、被保険者に対し実損額を超えて給付してはならないという原則の下に超過保険（商法631条）、重複保険（商法632条～635条）等の諸規制がなされるというものであり、実損填補原則とも称される、とする（1(1)a⁽³²⁾説とする。）。この理論は、請求権代位の争点につき、それは、保険料という対価を得て保険を引き受けた保険者が第三者に対する損害賠償請求権を取得する理由をいかに説明するかにあり、この点に着目すれば、やむを得ないまたは衡平であるとして実質的な理由付けを放棄する説と、⁽³³⁾当事者の合理的意思によるという実質的な理由をあげる説（不確定損害肩代わり説）とに分けられるとして、⁽³⁴⁾これら2つの説に基づいて、商法662条1項の強行法規性を検討する。⁽³⁵⁾

(32) 洲崎・前掲注(3)法学論叢129巻1号1頁，129巻3号1頁。洲崎博史教授は、損害賠償によって被害者が利得してはならないという意味における利得禁止原則を損害賠償法における利得禁止原則とし、保険法におけるそれと区別される（洲崎・前掲注(3)法学論叢129巻1号2頁）。

(33) 利得禁止原則を絶対的強行法規と解するドイツの諸理論は、利得禁止原則を保険契約の賭博化を阻止し、保険関係者による事故招致を防止するために損害保険において不可欠の原則であると説明していることから、相對説に近いとされる（洲崎・前掲注(3)法学論叢129巻1号13頁注(3)）。

(34) 洲崎・前掲注(3)法学論叢129巻3号2頁本文および注(1)。

(35) その結果、利得禁止原則を物・財産保険に通じる強行法的原理と見る限りは、商法662条1項は、被保険者に請求権の重疊的行使を許さないと

つぎに、広義と狭義に分類し、請求権代位の意義を損害填補方式とい(36)う形の保険金支払方式を確保することに見出す理論がある(1(1)b説とする)。それによると、損害とは価値の減少であり、価値は絶対的でない以上、その減少である損害は価値判断に基づく相対的な概念である。したがって、損害は制度的な概念であり、損害とは、各種の社会経済制度の理念に基づいて認識され、実際に計測されるゆえに、保険商品として損害概念の機能に着目すれば、いかなる場合にいかなる損害について金銭が支払われるのかが明確に把握できなければならず、損害の概念はかかる取引の要請にかなうものでなければならぬ(37)。そして、保険における損害填補とは、保険制度において保険金を給付する上での1つの支払方式であって、それ自体、制度的なものとして理解し、その方式は、保険が経済制度として機能し、商品として提供されるという状況においてできあがったものであることからして、請求権代位制度の本質は次のようになる。すなわち、本制度において興味を持つべきは、保険金の支払によって保険制度外にある被保険者の権利が保険者に移る点であり、本制度の本質に関係する基本的要素の1つ目である被保険者の利得禁止について争いはないが、利得について考えると、認めるべきでないと考

いう意味において物・財産保険に関する強行規定と見るべきであるが、加害者の免責阻止という目的については、損害賠償法上、賠償請求権を行使するか否かが被害者の裁量に委ねられている以上、加害者を免責するような特約も原則として許されるべきであり、保険種類においては、請求権代位により損害賠償請求権が保険者に移転した場合であっても、保険者はその権利を放棄する旨等の規定が約款に挿入されているが、その効力を認めてよい、とされる(洲崎・前掲注(3)法学論叢129巻3号4頁)。

(36) 中出哲氏による請求権代位に関する一連の論文には、前掲注(7)保険学雑誌555号64頁の他に、「保険代位制度について—機能面から見た制度の本質—」経済学研究62巻1～6号487頁(1996年)、「損害保険者の損害填補義務—保険制度における損害填補の特徴とその可能性—」前掲注(30)『企業ビジネス』288頁がある。

(37) 中出・前掲注(36)経済学研究62巻1～6号493頁。

(38) 中出・前掲注(36)経済学研究62巻1～6号494頁。

える部分を利得と称する場合が多く、それが不当であるといい切れるかは疑問であり、2つ目の加害者の免責阻止は、本制度が副次的に持つ効果であるが、かかる機能は保険制度に本質的に要請されるものかは疑問である。⁽³⁹⁾ 以上のことからして、本制度は、保険における損害填補という考え方を確保するために利用されてきたものであり、そこに実際的な機能を見出すべきであり、⁽⁴⁰⁾ 本制度をこのようにとらえると、排除されるべき利得とは実損害を超える超過給付状況となる場合を指す、ということになる。⁽⁴¹⁾

(2) 広義・狭義・最狭義に分類する理論

前述の理論に対して、請求権代位を巡る論争の過程において利得禁止原則を2つに分類する前述の理論を評価した上で、新価保険に関する考察に基づき、⁽⁴²⁾ 狭義の利得禁止原則を狭義と最狭義に細分化する理論が提唱されている(1(2)説とする)。それによると、損害保険契約の保険給付は損害填補しか許されないが、損害の評価については商法が規定するような時価を基準とするものだけではなく、それ以外の評価も許されるとする、やや緩やかな意味における利得禁止原則を狭義の利得禁止原則といい、商法が予定している時価を基準とした損害填補しか許されないという意味での利得禁止原則を最狭義の利得禁止原則という。そして、法律が評価済保険その他の最狭義の利得禁止原則からは説明できない処理をしていることについて、最狭義の利得禁止原則があるといいつつ法

(39) 中出・前掲注(36)経済学研究62巻1～6号499頁～501頁。

(40) 中出・前掲注(36)経済学研究62巻1～6号501頁、503頁。それゆえに、請求権代位制度を持つ保険制度は健全な制度として運営されることが社会的にも求められるから、少なくとも広義の利得禁止原則は貫かれなければならない、とされる(中出・前掲注(36)経済学研究62巻1～6号503頁注(64)、同・前掲注(7)保険学雑誌555号81頁)。

(41) 中出・前掲注(36)経済学研究62巻1～6号502頁～503頁。

(42) 山下友信「利得禁止原則と新価保険」岩原伸作＝神田秀樹編『竹内昭夫先生追悼記念論文集・商事法の展望—新しい企業法を求めて—』721頁(商事法務研究会・1998年)、同・前掲注(1)392頁。

定の例外があるというよりは、最狭義の利得禁止原則までは強行法として存在せず、評価済保険等も容認される保険法特有の損害評価方法の一例を示したものとして説明するのが妥当である、とする。⁽⁴³⁾

2. 利益概念に基づく見解

請求権代位における被保険者の利得禁止を検討する場合、請求権代位の局面において問題とされる利得を検討する理論がある⁽⁴⁴⁾（2説とする）。この理論は、かかる利得について、被保険者が損害額以上の利益を得るという利得を利益とし、同一損害の填補を目的とする複数の給付を得ることによる不当利得を重複補償の不当利得と解した⁽⁴⁵⁾上で、請求権代位の存在意義について次のように解している。すなわち、請求権代位は、第三者の免責が不当であることを前提として被保険者に重複補償の不当利得が生じるときに、第三者に対する権利を保険者と被保険者のどちらに帰属させるべきかを衡量した結果、保険者に帰属させることにした制度である。したがって、請求権代位は政策的な制度という側面を持つが、重複補償の不当利得が生じることが前提となるので、保険契約の性質がそのようなものでなければ、請求権代位を正当なものと評価すべき理由^(46・47)はない。

(43) 山下・前掲注(42)『商事法の展望』723頁。請求権代位の存在意義に関する山下教授の立場については、前掲注(21)を参照。

(44) 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(1)(2)(3・完)」法学57巻5号67頁(1993年)、同58巻1号100頁(1994年)、同58巻4号93頁(1994年)、同「保険代位に関する一考察(1)(2・完)」北大法学論集47巻2号69頁(1996年)、同47巻3号43頁(1996年)。

(45) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号74頁。この理論は、利益禁止という意味での利得禁止原則は少なくとも保険代位の局面ではないが、その他の局面では別に考えるべきであるとされるが、損害保険が損害填補契約でなければならないとは考えないという方向性を示す(山本・前掲注(44)北大法学論集47巻3号81頁～83頁)。

(46) この結果、この理論は、代位が適用される保険契約は損害填補を目的

3. まとめ

これらの理論のうち、1(1)a説は、保険における利得禁止原則を広義と狭義に分けて分析し、それに基づいて、請求権代位の適用範囲について最終的には人保険に請求権代位が及ぶかにつき検討するものであり、利得禁止原則を基準にしていることに特徴がある。1(1)b説は、損害保険の実務を背景に持ち、これまでとは異なる視点から検討している。また、1(2)説は、利得禁止原則を細分化している点において、今後の議論に一定の指針を示したものであると評価される⁽⁴⁸⁾。2説は、被保険者が損害額以上の利益を得るという利得を利益と解する点が興味深い。

これらの理論による検討によって、利得禁止原則の本質的根拠について検討すべき課題が明確化され、このことは、絶対説・相対説の対立を超えた形で、損害填補性概念の理解、および、利得禁止原則の存在理由に関する手がかりを提供したと評価できる⁽⁴⁹⁾。すなわち、伝統的理論とは視座を変えて、利得禁止原則に重点を置いて検討しているとともに、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が保険契約外の権利であることから、別々の制度である損害賠償制度と保険制度との交錯をどのように捉えるのかという点に着目していることに注目すべきであろう。

とするものであり、かつ、保険契約が対象とする損害と損害賠償が対象とする損害とが同一であることが確定できるものでなければならず、人保険には代位は適用されない、とする（山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号70頁）。

(47) 山本哲生助教授は、さらに、重複補償の不当利得にかかわらず、公序政策上、被保険者が利益を得ることを禁止すべき理由があるときには、請求権代位を認めるべきことになり、請求権代位の存在意義としては、重複補償の不当利得に基づく構成と利益に基づく構成がありうるが、一般的には前者の構成で考えるべきであろうとして、請求権代位は被保険者について重複補償の不当利得を防ぐ制度である、とされる（山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号116頁）。

(48) 笹本・前掲注(19)63頁。

(49) 笹本・前掲注(19)63頁。

これらのことから、請求権代位の存在意義を確認するにあたっては、利得禁止原則に視座を定めることが有効であると考えられる。

第4節 小括

伝統的理論を概観した結果、請求権代位の存在意義を確認するためには、保険における損害概念を明らかにした上で、この概念に基づいて検討する必要があるという結論を得た。そして、最近の理論を概観した結果、請求権代位の存在意義を確認するにあたっては、利得禁止原則に視座を定めることが有効であるという結論に至った。

かかる結論は矛盾しているようにみえるが、その内容は同じではないかと考える。というのは、利得禁止原則を検討するにあたっては、利得概念を確定することが必要であり、利得とはある一定の枠を超えて利益を得ることであると解されることから、利得であるのか否かの基準を明確にしなければならない。その基準として、とりあえず、損害保険においては損害を見出すことができる。これらのことから、損害概念を明らかにするという事は利得の確認に繋がることになるので、前述の2つの結論の内容は同じことになるのではないかと考えるからである。

以上のことから、請求権代位の存在意義を検討する場合には、損害概念と利得禁止原則の解釈について検討する必要があるのではないかと考える。

第2章 請求権代位に関する法制度の変遷

第1節 はじめに

請求権代位の存在意義を検討するという本稿の目的からすれば、請求権代位制度に関する法制度の変遷をみることが有益であろう。というのは、通常、新法の制定あるいは法改正にあたっては、その立法理由が明らかにされるゆえに、請求権代位に関する規定についてもまた、この中に、制定者が理解していた請求権代位の存在意義を見出しうるのではな

請求権代位の存在意義

いかと考えるからである。さらに、少なくとも立法理由の中から、検討の視点として、請求権代位の存在意義となる要素を見出すことができるのではなからうか。また、わが国の近代法の歴史をみれば、保険法の分野も含めて、ヨーロッパ各国の制定法を取り入れたものであるから、わが国が参考としたヨーロッパ各国の保険契約法に関する制定法の規定は、これらの規定が制定されるまで保険実務上培われてきた慣習や、保険契約の根拠とされた保険証券の中に挿入された規定を取り入れたものであるとされることから、この点は、わが国の保険契約法の制定過程にはみられない事実であろう。したがって、ヨーロッパ各国における請求権代位制度に関する法制度の変遷、とりわけ、制定法の起源をみることは、本制度が制定法に取り込まれる形で制定されるに至った理由を探ることとなり、本稿の目的に合致すると考える。⁽⁵⁰⁾

第2節 日本法にみる変遷

請求権代位に関する制定法の規定は明治23年4月27日法律32号のいわゆる旧商法658条が初めてであるが、それに先立ち、いわゆるロエスレル草案720条にもみられる。⁽⁵¹⁾ロエスレルは、本条が大陸法において普遍的な制度を母体としていること、被保険者について、両請求権を行使することによって不当な利得がもたらされることを禁止することをその根拠とするものであることを明らかにしている。⁽⁵²⁾

(50) わが国における請求権代位に関する制定法の規定の変遷を探るにあたっては、倉沢康一郎教授の「保険代位」前掲注(23)が有益な指針となる。以下、それを辿りながら変遷を探る。

(51) ロエスレル草案「第七百二十條 保險者ハ被保險者ニ保險額ヲ支拂フタルニ於テハ損害ノ為メニ他人ニ對シ被保險者ノ有スル要求權ヲ受得シ要求權保險ノ場合ニ於テハ殊ニ負債者ニ對スル債主權ヲ受得ス被保險者ハ此場合ニ係リ保險者ニ損失ヲ加フ可キ行為ノ責ニ任スル者トス」。

(52) 『ロエスレル氏起稿 商法草案 下巻(復刻版)』148頁(新青出版・1995年)。倉沢・前掲注(23)131頁を参照。ロエスレルは、さらに、被保険者は第三者に対する損害賠償請求権を侵害してはならないこと、侵害した

ロエスレル草案720条は修正され、旧商法658条の規定になった。⁽⁵³⁾ 本条とロエスレル草案720条との内容の違いは、保険者による請求権代位の範囲が保険者の支払った額を限度とする旨が明記されている点にあるが、本条の根拠は、被保険者が両請求権を行使することによって生じる不当な利得の禁止であるということが分かる。⁽⁵⁴⁾

そして、この旧商法は新商法（明治32年3月9日法律第48号）に代替された。⁽⁵⁵⁾ その草案324条は現行商法662条1項とほぼ同様の規定であるが、本条の立法理由として、被保険者が損害填補を受けた場合には、第三者に対してさらに損害賠償を請求できないのは当然のことであり、二重の取得になるとして、被保険者の不当な利得禁止を根拠があげられている。⁽⁵⁶⁾

場合には保険者に対して損害賠償を負うべきことを明らかにしている（『ロエスレル』前掲148頁～149頁）。現行商法662条はかかる趣旨の規定を持たないが、改正商法662条3項はロエスレル草案720条と同旨であると解される（『損保改正試案理由書』前掲注(14)70頁以下を参照）。

(53) 旧商法「第六百五十八條 保險者ハ被保險者ニ被保險額ヲ支拂ヒタルトキハ損害ノ生シタル為メ被保險者力第三者ニ對シテ有スル請求額ヲ當然取得シ殊ニ債權ノ保險ノ場合ニ於テハ債務者ニ對スル債權者ノ權利ヲ當然取得ス但其支拂ヒタル額ヲ限トス

被保險者ハ此事ニ関シ保險者ニ害ヲ加ヘタル行為ニ付キ責任ヲ負フ」。

(54) 磯部四郎『商法（明治23年）釈義 第一編第十章～第十一章（第五八二條～第七五二條）日本立法資料全集 別巻 15』2689頁（信山社・1996年）。磯部四郎博士の説明では、被保険者の利得禁止は損害保険契約に固有の原則（「保険上ノ原則」）であるとされており、この点は注目すべきであろう。また、保険者の代位取得の範囲が支払った保険金の額を限度とする旨が明定されていることにつき、磯部・前掲2690頁～2691頁を参照。

(55) 「第三百二十四条 損害力第三者ノ行為ニ因リテ生シタル場合ニ於テ保險者力被保險者ニ對シ其填補ヲ為シタルトキハ其填補シタル限度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者力第三者ニ對シテ有スル權利ヲ取得ス」（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査會 商法委員會議事要録 日本近代立法資料叢書19』496頁（商事法務研究会・1985年）、損害保険事業研究所「志田鉦太郎博士現行草案審議筆記（四）」損保研究24巻1号266頁（1962年））。

(56) 損害保険研究所・前掲注(55)266頁～267頁。

請求権代位の存在意義

ただ、岡野敬次郎博士の説明について次の3点は注目すべきであろう。すなわち、同博士は、①保険者から損害填補を受けた被保険者は第三者に対して賠償請求できないが、第三者は、保険者が損害填補をした場合であっても、加害者として免責されるものではないことを明記していると解しうる、②保険者は保険契約に基づいて被保険者に生じた損害を填補するが、被保険者に支払った保険金を第三者に対して代位請求しうることを前提としていると解しうる、③被保険者の損害賠償請求権が保険者に帰属するのは、公益の観点から当然であると解しうる、とされている⁽⁵⁷⁾。ただ、同博士は、第三者の行為により被保険者に損害が発生した場合、保険者は保険契約に基づき被保険者に保険金を支払うと、被保険者の利得禁止、第三者の免責阻止および公益上の理由からして、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が、当然に保険者に移転すると解されているといえなくもない⁽⁵⁸⁾。

第3節 フランス法およびイタリア法にみる変遷

損害保険契約において、損害が第三者の行為に起因して生じた場合、被保険者は両請求権を併有することになるが、ヨーロッパ各国では、そもそも、被保険者が両請求権を行使することは、損害額を超える金額を受領することになることから損害填補原則に反する結果に至るとということが共通に認識されていた。それゆえに、請求権代位に関する制定法の規定がなかった時代には、保険証券の中に、被保険者は、保険契約の範囲内で、自己が第三者に対して有するすべての権利（diritto）および訴権（azione）を保険者に譲渡しなければならない、とする旨の規定が設

(57) 法務大臣官房・前掲注(55)497頁。

(58) 法典調査会は、第三者の不法行為によって被保険者に損害が生じた場合、被保険者は、本条の規定によって初めて不法行為責任の追及をなさずに保険金の支払を請求しうると解しているのではないかと推測する（法務大臣官房・前掲注(55)497頁）。倉沢・前掲注(23)133頁～134頁を参照。

けられ、損害填補原則に反する事態を回避していた。しかし、かかる規定はすべての保険証券の中に挿入されていたわけではなかったので、かかる規定がなければ第三者は免責されることから、請求権代位について利益を有していた保険者は、損害填補原則を維持するべく、第三者に対する被保険者の権利および訴権を保険者に移転させるために、様々な手段を講じていたとされるときにも、判例・学説もそのような動きを支えていた。⁽⁵⁹⁾

このことについて、フランスにおける経緯が興味深い。フランスでは、請求権代位に関する制定法の規定は1930年7月13日法が制定されるまで存在しなかったため、海上保険では請求権代位が慣習として認められ、それに従って処理されていた。⁽⁶⁰⁾ 当時、海上保険が損害填補契約性を有するものであると固定的に考えられていたことからすれば、⁽⁶¹⁾ 被保険者の利得禁止に重点を置いていたと考えることができよう。これに対して、陸上保険では、海上保険のごとき慣習がなかったことから、代位に関する民法1251条の規定を準用する方法によるか、⁽⁶²⁾ 保険者を第三者の行為による被害者として位置づけ、保険者に直接請求権を付与する方法によっていた。かかる背景には、保険契約には、保険者が固有の権利として第三

(59) Antigono Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private II*, Milano, 1954, pagg. 463-464.

(60) Emerigon, *Traité des Assurances*, 1783, Tome Premier, p. 482, Donati, *op.cit.*, pag. 464. 大森忠夫「人保険と保険者代位」『保険契約法の研究』132頁以下(有斐閣・1969年)(初出・生命保険文化研究所所報10号38頁以下(1963年)), 金沢理「損害保険者の代位権の法的性質—フランスにおける学説・判例を中心として—」『保険と民事責任の法理』159頁以下(成文堂・1967年)(初出「損害保険者の代位権の法的性質(1)(2・完)」損保研究27巻3号43頁(1965年), 28巻1号56頁(1966年)), 笹本幸祐「フランスにおける保険代位制度の立法および解釈論の展開について」文研論集105号175頁(1993年)を参照。

(61) 笹本・前掲注(60)175頁。

(62) 金沢・前掲注(60)162頁～163頁。

請求権代位の存在意義

者に対する損害賠償請求権を行使することが認められる性質があるという解釈があった。⁽⁶³⁾このような解釈は、保険者が第三者に対して求償をなすべきであるという衡平の見地から認められたものであるが、19世紀後半に人保険の意義が高まるにつれて、生命保険のみならず、損害保険についても破毀院判決によって否定されるに至った。⁽⁶⁴⁾また、陸上保険では、保険証券に明示の代位条項 (clause subrogatoire) を挿入されることもあった。⁽⁶⁵⁾やがて、1930年法36条において、損害保険に関する請求権代位の規定が定められ、⁽⁶⁶⁾同55条において、人保険に関する請求権代位を除外する規定が定められるに至ったが、その後、改正され、現行法として1992年7月16日法L. 121-12条が損害保険に関する請求権代位について、そして、同L. 131-2条が人保険に関する請求権代位について定めている。⁽⁶⁷⁾

また、イタリアにおいても、フランスと同じような状況がみられたが、⁽⁶⁸⁾1882年商法典 (Codice Commerciale) において請求権代位に関する規定

(63) Donati, *op.loc.cit.*, 金沢・前掲注(60)167頁～169頁, 笹本・前掲注(60)175頁～177頁。

(64) 金沢・前掲注(60)169頁～193頁を参照。

(65) 金沢・前掲注(60)164頁～167頁, 笹本・前掲注(60)179頁～180頁。

(66) 1930年法が制定された当時、保険者が第三者によって惹起された保険事故を考慮して保険料を算出していたことを立証できるならば、第三者による保険事故の発生によって保険者が保険金を支払うことについて、保険事故の発生と保険金支払との間に因果関係が認められ、保険者は直接損害を被っていると解釈する見解があった、とされる (笹本・前掲注(60)178頁～179頁)。

(67) L. 131-2条は人保険について請求権代位を否定するが(1項)、傷害保険について、当該保険契約が損害填補性を有する場合には請求権代位を認める。同条について、笹本・前掲注(60)183頁以下、武知政芳=今井薫監訳・フランス保険研究会訳『フランス保険法典 I 保険契約法 (法律・政令・省令) 1997年段階』18頁, 30頁 (生命保険文化研究所・1998年)を参照。

(68) Donati, *op.cit.*, pag. 464.

が初めて定められ⁽⁶⁹⁾、その後、1942年民法典（Codice Civile）1916条に請求権代位に関する一般規定が定められた⁽⁷⁰⁾。本条の規定の特徴は、労働傷害保険（assicurazioni contro gli infortuni）および災害保険（assicurazioni contro le disgrazie accidentali）において請求権代位が認められることを明示している点にある⁽⁷¹⁾。

現在、各国の制定法において請求権代位が認められているが⁽⁷²⁾、請求権代位の存在意義、法的性質、適用基準等について問題が生じており、多⁽⁷³⁾

(69) 1882年商法438条「①保険の目的物の損害または喪失について填補した保険者は、損害の発生を理由として被保険者に帰属する損害賠償請求権につき、第三者に代位する。被保険者は、自己の行為によって損害賠償請求権にもたらされた侵害について責任を負う。

②損害の一部が賠償された場合には、被保険者および保険者は、自己に帰属する範囲内においてその権利を行使することができる。」

(70) 栗田和彦＝今井薫「イタリア保険法の逐条的研究（5）」関西大学法学論集42巻6号308頁以下（1993年）（今井筆）を参照。

(71) この背景には、1882年商法の制定以後、同法には傷害保険契約に関する規定が定められていなかったことにより、傷害保険契約の準用規定を確定するために、その法的性質に関する論争がなされてきたという事実がある。今井薫「イタリア法における傷害保険理論の展開（I）」損保研究45巻1号141頁～142頁、145頁～146頁（1983年）を参照。

(72) ドイツ商法804条、同保険契約法67条（洲崎・前掲注（3）法学論叢129巻1号8頁以下を参照）、スイス保険契約法72条、ベルギー1992年6月25日法41条（Marcel Fontaine, *Droit des Assurances*, 2 ed. LARCIER, 1996, p. 254 et s.）（1874年6月11日法を改正した新保険契約法の概要については、山野嘉明「現代社会と生命保険契約法—ベルギー新陸上保険契約法の分析を中心に—」文研論集117号221頁以下（1996年）を参照。）等がある。また、イギリス法については、笹本幸祐「イギリスにおける保険代位制度をめぐる理論の展開について」法学ジャーナル62号45頁（1994年）、中出哲「イギリス法における保険代位の概念と法律根拠」損保研究57巻3号125頁（1995年）、同「損害保険における損害てん補の意味—英国高等法院判決The Wind Starが提起する問題—」海事法研究会誌132号1頁（1996年）、アメリカ法については、山本・前掲注（44）、とりわけ、法学57巻5号67頁、同58巻1号100頁、同58巻4号93頁を参照。

(73) 拙稿「法的性質（1）～（3・完）」前掲注（12）を参照。

請求権代位の存在意義

くの学説や判例が存在する。

第4節 小括

これらのことから考えるに、請求権代位には、構造上、被保険者について、保険者に対する損害填補の局面と第三者に対する損害賠償の局面とがみられるが、請求権代位の存在意義となりうるものをあげてみると、被保険者の不当利得の禁止、第三者の免責阻止および公益があろう。請求権代位の制定過程の変遷を概観すると、これらのうち、被保険者の不当利得の禁止が請求権代位の存在意義を巡る共通の認識であったと考えることができる。そうであるとする、請求権代位に関する制定法の規定ないし保険証券の中に挿入されていた規定を通じて、損害保険の損害填補契約性（損害填補原則）を維持することが主たる目的であったように思える。

以上のことから、請求権代位の存在意義を検討する場合には、少なくとも、損害保険の損害填補契約性およびそこから派生する被保険者の利得禁止を中心に据えるべきであるということが再確認できるのではないかと考える。

第3章 請求権代位の構造と機能

第1節 はじめに

請求権代位の存在意義を検討するにあたり、その構造と機能を概観する。ただし、それに先立ち、賠償者の代位（民法422条）の構造と機能を概観し、請求権代位との比較を試みる。というのは、賠償者の代位は、債権者が損害賠償として債権の目的である物または権利の価額の全部を受けたときは、債務者は物または権利につき当然債権者に代位する制度であるゆえに、⁽⁷⁴⁾請求権代位制度に類似すると解されることから、⁽⁷⁵⁾請求権

(74) 民法は債務不履行についてのみ賠償者の代位を定めているが、これは損害賠償制度の目的からする当然の帰結であるので、不法行為その他を原

代位の存在意義や法的性質を探る上で、この制度に関する検討が参考になるのではないかと考えるからである。

第2節 賠償者の代位の構造と機能

賠償者の代位の構造は、たとえば、受寄者（債務者）が第三者により受寄物を盗まれた場合に、寄託者（債権者）に対して目的物の価額を全部賠償したときは、受寄者がその物の所有権を取得するというものであり、効果としては、債権の目的である物（の所有権）または権利が法律上当然に債権者から賠償者に移転し、それゆえに、移転のためには譲渡行為（意思表示）も対抗要件も必要としないと解されている（通説⁽⁷⁶⁾）。

因とする損害賠償にも適用されると解する説もある（於保不二雄『債権総論（新版）』157頁（有斐閣・1976年）、奥田昌道『債権総論（増補版）』216頁（悠々社・1992年））。最高裁は、労働基準法79条に基づく遺族補償義務を履行した使用者は、民法422条の類推により、遺族に代位して第三者に対して賠償請求権を取得すると判示しており（最判昭和36年1月24日民集15巻1号35頁）、通説もこの立場をとる（我妻・前掲注(26)149頁、加藤一郎『不法行為（増補版）』263頁（有斐閣・1975年）、幾代通『不法行為』325頁（筑摩書房・1977年）、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』88頁（良書普及会・1979年））。

(75) 拙稿「法的性質（3）」前掲注(12)損保研究62巻4号115頁以下を参照。

(76) 我妻・前掲注(26)149頁、於保・前掲注(74)156頁～157頁、奥田・前掲注(74)216頁、潮見佳男『債権総論（第2版）I』404頁（信山社・2003年）。これに対して、民法177条・178条・467条がすべての権利移転において第三者保護を目的とするものであることを理由に、かかる規定は賠償者の代位にも適用される、とする説（近藤英吉＝柚木馨『注釈 日本民法（債権編総則）（上巻）』233頁（巖松堂書店・1934年））、民法467条は、499条2項のような規定がない限り、法律上の権利移転である賠償者の代位には適用なく、178条も物権の譲渡についてのみ適用され、すべての物権の得喪・変更について登記を要求しているから、代位による移転の場合にも同条は適用される、とする説（勝本正晃『債権総論（上巻）』476頁（巖松堂書店・1930年））、そして、代位によって債権が賠償者に移転する場合には対抗要件を具えるべきである、とする説がある（奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）』724頁（有斐閣・1987年）（能見善久筆））。最後の理論は、

請求権代位の存在意義

賠償者の代位の趣旨は、債権者が填補賠償を受けながら、債権の目的である物または権利を保有することによる債権者の二重利得を防ぐためであると解するのが一般的である。⁽⁷⁷⁾これは同時に、賠償者の代位の機能でもある。機能としてはこの他に、次のようなものが指摘される。すなわち、債権者が債務者から賠償を受けた以上は、債権の目的である物または権利が当然に債務者に移転することとして、賠償を行った債務者について債権者の無資力の危険を回避する、さらに、民法422条は、不真正連帯債務関係における求償権制度の欠陥を補充する機能を果たし、⁽⁷⁹⁾また、被害者たる債権者に保険給付した者が加害者に対して求償する場合にも類推適用されることから、請求権代位に関する制定法の規定がない場合にも機能する、とされる。⁽⁸⁰⁾

第3節 賠償者の代位と請求権代位との構造と機能における比較—小括に代えて

賠償者の代位に関する前述の理解を踏まえて、請求権代位の構造と機能を概観しながら賠償者の代位と請求権代位とを比較する。

まず、構造面においてみると、商法662条によれば、請求権代位の構造には2つの段階があるといえる。第1に、第三者の行為に起因した保

請求権代位の法的性質を検討する上で重要な指針となると考える（拙稿「法的性質（3）」前掲注(12)損保研究62巻4号118頁）。

(77) 我妻・前掲注(26)149頁，於保・前掲注(74)156頁～157頁，星野・前掲注(74)88頁，奥田・前掲注(74)216頁，潮見・前掲注(76)404頁。

(78) 星野・前掲注(74)88頁，林良平（安永正昭補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論（第三版）』162頁～163頁（青林書院・1996年）。無資力回避機能の理由について，奥田・前掲注(76)717頁（能見筆）を参照。

(79) 於保・前掲注(74)158頁。不真正連帯債務の属性として求償権が認められるとする説につき，椿寿夫「連帯債務論の若干の考察」民商34巻3号363頁（1956年），山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号104頁注(122)を参照。

(80) 奥田・前掲注(76)718頁（能見筆）。

陳事故により被保険者に損害が生ずると、被保険者は被害者として加害者である第三者に対して損害賠償請求権を取得すると同時に、保険者に対して保険契約に基づく損害填補請求権を取得する。この段階では、被保険者（被害者）と第三者（加害者）との間に損害賠償関係、被保険者と保険者との間に具体的な損害填補関係が発生する⁽⁸¹⁾。第2に、保険者が被保険者に対して損害填補義務を負担すると、保険者は被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を取得することとなる。この段階において、保険者と第三者との関係が発生する。それゆえに、請求権代位においては、保険者、被保険者および第三者が3角形の頂点に位置し、各辺がそれぞれの関係を表し、それぞれの関係はその発生の時期を異にすることができる。このことから賠償者の代位と請求権代位とを構造において比較すれば、受寄者（債務者）が保険者に、寄託者（債権者）が被保険者にあたり、第三者との関係も含めると、賠償者の代位と請求権代位とはほぼ同じ構造を持つということが出来る。また、後者では、被保険者に保険金を支払った保険者は被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を取得することから、両者はその効果においても類似する。

請求権代位ではかかる効果がみられることから、次のような機能が發揮される。すなわち、第三者の損害賠償金の支払に先立ち、保険者が被保険者に対して保険金を支払った場合には、被保険者は第三者に対する損害賠償請求権を失うので、被保険者について、損害填補と合わせた二重の賠償による利得が阻止されるとともに、損害賠償責任を負担すべき対象者が被保険者から保険者に代わるものの、第三者は引き続き損害賠償責任を負担するという免責阻止の機能がみられる。さらに、かかる機能の他に、保険料の減額と補償額の拡大という機能がある旨を主張する理論がある。すなわち、保険者は支払った保険金を限度として第三者か

(81) 当然のことながら、第2の段階は、保険者と保険契約者との間で、第三者の行為により損害を被った者を被保険者とする損害保険契約が締結されていることを前提とする。

請求権代位の存在意義

ら償還されるので、1つには、保険者をして統計的評価が容易となり、保険料が減額され、1つには、責任準備金を同じくする保険契約に関する多数の被保険者のために全体の補償額が拡大する、とする。⁽⁸²⁾この点については後述するが(第4章第4節2(1))、とりあえず、第三者からの償還によってどれだけの保険料が減額されるかを検討する必要があるものの、その効果において十分であるとはいえず、この機能は派生的なものに過ぎないと考える。

また、第三者が被保険者に対して損害賠償を負担すれば、賠償額を限度として被保険者の損害が減少し、保険者が負担すべき範囲が縮小するゆえに、保険者の損害填補義務は副次的な機能を果たす。これに対して、保険者が第三者の損害賠償に先立って損害填補を先に行う場合には、第三者の支払能力に左右されることなく被保険者に対して確実に補償を提供する機能がみられる。⁽⁸³⁾これは被保険者について第三者の支払不能の危険を回避する機能であるといえ、その目的は被保険者の利益を保護することにあると理解できる。すなわち、保険契約者が保険事故の発生に先立ち保険契約を締結することにより様々な効果が発生するが、その1つに、第三者の支払能力の有無に関係なく補償を得ることができることになり、当該保険契約の被保険者についてその経済的負担という危険を回避することが可能となる。したがって、一時的ではあるが、かかる危険は保険者が負担することになるのであり、次の段階において、第三者に求償することによって保険者はかかる危険を第三者に移転することができる。

これらのことから機能面において賠償者の代位と請求権代位とを比較

(82) イタリア法の学説としては、以下のものがある：Donati, *op.cit.*, pag. 466. Cfr. Antonio La Torre, Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore, *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, pagg. 215-216; Saverio Toffoli, *Le assicurazioni*, a cura di Antonio La Torre, Milano, 2000, pag. 201.

(83) Anteo Genovese, Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore, in *Assicurazioni*, 1968, I, pag. 28.

すると、前者における債権者と後者における被保険者について二重の利得を防ぐことについては共通するが、前者における債権者の無資力回避機能および求償権制度を補充する機能は後者にはみられない。そして、商法上、662条が適用されるのは損害保険に限られることから（商法683条1項）、請求権代位に関する制定法の規定のない場合には、民法422条が類推適用されるとすることで代位が及ぶ範囲が広がることも考えられる。それゆえに、賠償者の代位と請求権代位とは類似する点が見られるが、異なる点も多いことから、構造と機能の面からみると、これらは別個の制度であるといわざるを得ない⁽⁸⁴⁾のではないかと解する。

以上のことから、請求権代位の存在意義を検討する場合には、請求権代位の独自な点に注目する必要がある。

第4章 請求権代位の存在意義

第1節 はじめに

請求権代位の構造は、前述のように、2つの段階で成り立っているということからすると、請求権代位の存在意義を明らかにするにあたっては、やはり、被保険者の利得禁止、第三者の免責阻止、保険者の権利取得という3要素がその根拠となり、それぞれをいかに合理的に説明するかということが課題⁽⁸⁵⁾になる。ただ、請求権代位の存在意義に関する前述の諸理論によれば、3要素についてその検討の度合いが異なっている。また、請求権代位は、法政策上、これまでは損害填補概念に基づく被保険者の利得禁止に主眼が置かれ、運用されてきたといえるのではなからうか。

これらのことから、以下、請求権代位の存在意義について検討するに

(84) 大森忠夫「保険金と損害賠償額」前掲注(60)217頁（初出・京大大学商法研究会編『大隅先生還暦記念・商事法の研究』36頁（有斐閣・1968年））。

(85) 坂口・前掲注(14)163頁、西島・前掲注(3)181頁～182頁等。

請求権代位の存在意義

あたり、前述の3要素について順を追ってみていく。

第2節 被保険者の利得禁止の理由

1. はじめに

請求権代位の存在意義を検討するにあたり、まず、被保険者の利得禁止について考察する。被保険者の利得禁止は損害保険において当然のこととしてとらえられているが、請求権代位の存在意義を探る局面においては、まず、利得とは何か、そして、そこから派生する利得禁止とは何かを明らかにした上で、請求権代位において、なぜ被保険者につき利得が禁止されなければならないのかを説明する必要があるだろう。

保険契約を巡る諸現象を説明するための判断基準として被保険利益概念がある。それゆえに、請求権代位において被保険者の利得禁止の理由を探るにあたって、この概念が有益であるかもしれない。しかし、この概念によることには限界があるとの指摘がみられるし、また、最近の議論では、利得禁止原則に基づいて保険契約における諸現象を説明することが増えている。とはいうものの、請求権代位において被保険者の利得禁止の理由を探るために被保険利益概念に依拠する可能性もあるのではないかと考えられるので、まず、被保険利益概念による検討を行い、その後、利得禁止原則に基づいて検討していくことにする。

2. 被保険利益概念による検討

(1) 伝統的理論にみる被保険者の利得禁止の理由

請求権代位の存在意義を説明する伝統的な理論をみると、被保険者の利得禁止に関する理由について、損害填補原則およびその前提となる被

(86) 被保険利益の要件自体は柔軟に解釈されているので、実際の損害保険ニーズがあるにもかかわらず、被保険利益の要件のゆえに実現できないことはほとんどないといってよく、被保険利益に関する議論の意義は失われている、と指摘される(山下・前掲注(1)248頁～249頁)。

保険利益を基礎とする諸理論がある。すなわち、絶対説による説明では、被保険利益を損害保険契約が存立するための絶対的要件であると解するゆえに⁽⁸⁷⁾、衡平説は、被保険者に両請求権の重疊の行使を許し、利得を黙認することは、損害保険契約の損害填補契約性および民法の損害賠償制度の趣旨から否定すべきであると解するゆえに⁽⁸⁸⁾、それぞれ損害填補概念と被保険利益を基礎として請求代位の存在意義を説明する。そして、損益相殺説によれば、第三者の損害賠償義務が履行されていない場合には、第三者に賠償義務があっても被保険者は確定損害を被ったのであるが、損害保険契約は損害填補契約であるから、被保険者が両請求権を行使することによって利得を得るようなことがあってはならないために請求権代位の制度があると解するゆえに⁽⁸⁹⁾、前2説と同じ結論になろう。

さらに、修正絶対説による説明（不確定損害肩代わり説）によれば、損害保険契約の本質を契約の実態から機能的に把握するべきであるとして、損害額の決定前に被保険者の利得禁止措置を講ずることによって、不確定損害に対する救済を与えることも含む救済契約であると解することから⁽⁹⁰⁾、絶対説と比して損害填補に関する理解を異にするものの、被保険利益概念に依拠することについては、絶対説による説明と同じくする⁽⁹¹⁾。

これらに対して、相対説は、被保険利益を損害保険契約が悪用されることを防ぐための公序政策的判断から要請される外面的前提ととられる理論であるが⁽⁹²⁾、相対説による説明もまた被保険者の利得禁止の理由につ

(87) 西島・前掲注(3)121頁。

(88) 鈴木・前掲注(21)169頁以下。

(89) 石田・前掲注(25)201頁～202頁。

(90) 田辺・前掲注(27)35頁以下、同・前掲注(11)247頁、260頁。

(91) 不真正連帯債務説が唱える被保険者の利得禁止の理由については、倉沢・前掲注(23)141頁、145頁、同「損益相殺」前掲注(26)485頁を参照。

(92) 大森忠夫「保険契約における被保険利益の地位」『保険契約の法的構造』81頁（有斐閣・1969年）（初出「保険契約に於ける『被保険利益』の地位」法学論叢37巻2号27頁（1937年））。

いて被保険利益概念によるものであるといえる。

これらのことから、被保険者の利得禁止に関する理由について、請求権地位の存在意義を説明する伝統的な理論はいずれも、損害填補概念と被保険利益概念を基礎としていることが分かる。

(2) 被保険利益概念によることの限界

被保険利益⁽⁹³⁾とは、一般的に、保険事故が発生することにより被るおそれのある経済的利益と解され、その存在は損害保険契約において不可欠のものであり、商法上、被保険利益の存在しない保険契約は無効とされている⁽⁹⁴⁾（商法630条）。それゆえに、被保険利益は、保険契約の成立段階

(93) 被保険利益について論ずる主要な研究として、加藤由作『被保険利益の構造』（巖松堂・1939年）、木村栄一「被保険利益概念について」保険学雑誌398号1頁（1957年）、今村有「被保険利益概念の生成とその概念的特徴（1）～（5・完）」損保研究24巻1号1頁（1962年）、同24巻2号55頁（同年）、同24巻3号39頁（同年）、同24巻4号78頁（同年）、同25巻1号135頁（1963年）、青木時雄「物上被保険利益」保険学雑誌424号111頁（1964年）、石田満「保険契約における被保険利益の地位」『保険契約法の諸問題』17頁（一粒社・1974年）（初出・法学セミナー164号24頁（1969年））、生命保険における被保険利益について、今田益三「生命保険における被保険利益について」保険学雑誌474号1頁（1976年）、潘阿憲「生命保険契約における被保険利益の機能について—英米法および中国法の視点から—」文研論集129号125頁（1999年）を参照。

最近の比較法研究として、ドイツにおける被保険利益概念の変遷について、木村栄一「被保険利益の概念と海上保険」損保研究65巻1・2号合併号（創立70周年記念号（I））3頁以下（2003年）を参照。この中で、木村栄一博士は、海上保険における被保険利益の概念について、次のような理由で、弾力的に解釈・運用されていると指摘される。すなわち、損害保険契約の締結時には、特定の被保険者が、特定の目的物に対して、いかなる種類の関係にあるかを明らかにする必要があるが、海上保険では、不特定人のためにする保険や予定保険があることなどにより、これらの特定が不明確だからである（木村・前掲20頁～22頁、25頁）。V. Karl Sieg, Die Auflockerung des juristischen Interessebegriffs in der Seeversicherung, in VR, 1986, S. 1137 ff..

(94) 消極保険と被保険利益の関係について、西島・前掲注(3)132頁～133

において利得が生ずる可能性を事前に排除するための原則であると理解することができる。⁽⁹⁵⁾すなわち、被保険利益は、損害保険契約をいわゆる賭博から峻別するとともに、モラル・ハザードを抑止する機能を果たすと同時に、損害保険契約における被保険者を特定することによって保険の目的やそれに関する種々の価値関係の存在を表し、保険給付が何かを確定する機能を果たす。その結果、被保険利益は、保険事故が発生した場合、実際に損害を被った人にその損害を填補することを可能にする⁽⁹⁶⁾とともに、損害に関して経済的評価をすることにより、保険給付の額を決定⁽⁹⁶⁾するというをも可能にする機能を持つ。

従来から、かかる機能を有する被保険利益について議論が形成されていたが、その内容は、損害保険契約における被保険利益の地位に集中していたのではないと思われる。すなわち、これらの議論の中心が損害保険契約に絶対的に必須の構成要素か否かという点にあったがために、利得禁止の本質的要素を突き詰めるという作業が手薄になったのではないか。というのも、これらの議論からは、保険における利得禁止原則がなぜ存在するのかということについて適切な答えを導き出せないからである。⁽⁹⁷⁾したがって、被保険利益概念はもはや保険契約の目的としての論理的帰結を有するにすぎないとの指摘も⁽⁹⁸⁾あり、その現代的意義は次第に薄くなっているといえる。

頁を参照。

(95) 山下・前掲注(1)247頁。

(96) 木村栄一『海上保険』9頁～11頁(千倉書房・1978年)、西島・前掲注(3)117頁～118頁、山下・前掲注(1)249頁。

(97) 笹本・前掲注(19)62頁。かかる議論の結果、現実の保険に対応するために被保険利益概念が広がったこともあり、絶対説と相対説は互いの違いを明確にすることが難しくなったとともに、商法の規定のない新価保険等について具体的な議論がなされなくなった(山下・前掲注(1)248頁注(1))。

(98) 笹本・前掲注(19)63頁、同・前掲注(30)『企業ビジネス』311頁、同・前掲注(30)『近代企業法』585頁。

請求権地位の存在意義

また、被保険利益概念は、保険契約における位置づけにおいてその解釈が変容してきたと同時に、近時の立法レベルにおいても同様の傾向がある。たとえば、中国保険法⁽⁹⁹⁾は、財産保険および人身保険に共通して、保険契約者が保険の目的について被保険利益を有する旨を規定する（中国保険法11条1項⁽¹⁰⁰⁾）。さらに、人身保険では、保険契約者は、本人、配偶者、子、父母、扶養関係を有するその他の家族の構成員、近親者について被保険利益を有する旨を規定する（同52条1項）。その結果、同法11条と52条との関連において被保険利益概念の解釈を巡り争いがみられ、解釈の違いは財産保険の被保険利益と人身保険のそれとを同じく解するか否かにある⁽¹⁰¹⁾。さらに、オーストラリアでは、1984年保険契約法（Insurance Contract Act 1984）が、損害発生時に保険の目的物に被保険利益を有していなければならないという趣旨から、被保険者が損害填補を受けるためには、目的物の滅失・損傷の結果として被保険者が金銭的・経済的損害を被れば十分であると規定する⁽¹⁰²⁾。これに伴い、法改正委員会⁽¹⁰³⁾が1909年海上保険法（Marine Insurance Act 1909）の改正法案を作成し⁽¹⁰⁴⁾、海上保険において被保険利益要件の廃止・修正が明示された⁽¹⁰⁵⁾。この動きの背景には、被保険利益概念に関する伝統的な理解では対応できない問題が生じているゆえに、それを解決するという実務上の要請があり、そ

(99) 中国保険法の概要について、沙銀華「中国保険法の概要—保険契約総論の解説を中心に—」生保経営64巻3号133頁（1996年）、同『中国保険の理論と実務』（中央経済社・1998年）、千森秀郎「中国の人身保険契約における被保険利益と被保険者の概念」文研論集134号（第1分冊）163頁（2001年）等を参照。

(100) 千森・前掲注(99)165頁。

(101) 千森・前掲注(99)168頁～169頁。

(102) 松田和也「オーストラリアの海上保険法改革案—『被保険利益』要件の廃止、最大善意義務の見直し、等々—」損保研究63巻3号56頁（2001年）。

(103) 松田・前掲注(102)35頁～37頁。

(104) 松田・前掲注(102)56頁～58頁を参照。

(105) 被保険利益の帰属時期は契約締結時に限定されていないゆえに緩やか

ここでは被保険利益概念が拡張されている。⁽¹⁰⁶⁾

これらのことから、請求権代位において被保険者の利得が禁止される理由を考える場合、被保険利益概念に基づくことは適切でないといえることができる。それは次のような理由である。第1に、被保険利益概念の機能が被保険者の利得禁止の理由を十分に説明できないからである。すなわち、請求権代位において被保険者の利得禁止が問題となるのは、第三者の行為に起因して保険事故が発生し、その結果、被保険者が両請求権を併有するに至ることから、保険事故発生後の保険給付のあり方を検討する際に利得禁止の問題が発生する。そうであるならば、被保険利益の存在の要求は、1つには、保険契約成立段階において利得が生じる可能性を事前に排除するための原則であり、1つには、保険事故によって被保険者に損害が生じた段階において、保険金の帰属先を確定するための原則であることから、被保険利益は保険金の額を具体的に決定することについては絶対的な機能を果たしているとはいえ、たとえ被保険利益概念に基づいたとしても、請求権代位において被保険者が二重の利得が禁止される理由を直接的に説明することができないからである。第2に、評価済保険（商法639条）や商法の規定のない新価保険等のように、実損填補でない損害保険では被保険者が保険の目的について有する被保険利益の枠を超えた填補がなされるだけでなく、被保険利益の存在が疑問視されている責任保険においても請求権代位が機能する可能性があるなど、⁽¹⁰⁷⁾概念が拡大されている被保険利益では説明できない場合があるか

に解することができるので、契約の締結に関する実務上の要請に応えることができる」とされる。

(106) 1909年海上保険法22条は被保険利益と保険価額とを直結していないので、被保険利益概念がなくとも保険価額の説明に窮することはない（松田・前掲注(102)60頁）。

(107) たとえば、倉庫業者が責任保険契約を締結していたとき、第三者の行為によって倉庫に保管していた物に損害が発生した場合、保険者が被保険者である倉庫業者に保険金を支払い、倉庫業者が第三者に対して有する

らである。

以上のことから、請求権代位において被保険者の利得が禁止される理由を考える場合、被保険利益概念に基づいたとしても、十分に説得力のある結論を導き出すことができるかは疑問であると考ええる。

3. 利得禁止原則による検討

(1) はじめに

被保険者の利得が禁止される理由を考える場合、被保険利益概念ではなく、他の概念または考え方によらなければならないことが分かった。そこで、利得禁止原則に基づいて検討すべきではないかと考える。というのは、とりあえず、利得禁止原則には、保険金受領者が負担すべき額を設定できるという機能があると考えられるゆえに、利得禁止原則が保険事故発生後の保険給付のあり方に関する原則であると解されるからである。⁽¹⁰⁸⁾ また、保険では、広い意味において、利得することを禁止するという原則が必要であるということでは理解が共通している。それゆえに、利得の範疇について何らかの基準としての枠組みが必要であろう。損害保険の場合、被保険利益に連動した保険価額がその大きな枠組みとして機能しているのに対して、定額保険では被保険利益概念が存在しないと解されている限り大きな枠をはめることは難しいが、利得禁止原則が枠組みとして有効ではないかと考えられるからである。

以上のような認識に基づいて被保険者の利得が禁止される理由を考え

損害賠償請求権に代位することが考えられる。具体的には、A損害保険会社がB自動車会社製のトラックが引き起こした人身事故について、事故の主因を自動車部品の欠陥にあると認定し、被害者に対し人身賠償として支払った保険金の全額をB自動車に支払うように請求した（日本経済新聞2004年6月22日（火））。

責任保険においても請求権代位が機能する可能性について、拙稿・前掲注(19)神戸学院法学27巻1・2号69頁以下を参照。

(108) 山下・前掲注(1)247頁。

る場合、利得禁止原則が妥当するかどうか、そして、妥当するとした場合、その内容はいかなるものであるかを検討する。

(2) 利得禁止原則の存在意義

保険において利得禁止原則が存在する理由について、興味深い理論がある。それによると、一般的に、①利得の存在は経済的損失をカバーするという保険の目的に反し、一種の賭博であること、②利得が容認されると、加入者によるモラル・ハザードおよびモラル・ハザードが高まり、保険自体が成立しなくなる危険があること、③保険事故が起こった方が有利となることは一般社会人の倫理観に反すること、があげられるが、しかし、①については、主観的損失・特異な損失を考慮すればいわゆる賭博とはいえず、②については、モラル・ハザードを防ぐルールが存在するし、③については、①と同じ指摘が妥当するので、この法理が強行性を緩和させつつも維持されてきたのは、何か追加的な正当化根拠が存在するのではないかという推論に基づいて検討すると、利得禁止原則は、事後的に判明する保険者の不適切な行動に対する、ある種のパターンリスティックな保護であると捉える余地があり、一定のニーズが存在し、モラル・ハザード等を含めたコストが小さくないと定型的に認められる場合には、利得禁止原則からの逸脱が認められていることから、⁽¹⁰⁹⁾ 利得禁止原則の強行規定性の例外が導かれる、とされる。

この理論は、利得禁止原則の存在意義につき、この原則からの逸脱という例外を設けることについて保険者におけるコストを考慮するなどして、保険制度を維持するものであると解しているといえる。つまり、利得禁止原則を経済的側面を考慮した法政策の1つの現象であると解するとすれば、そこに存在意義を見出すことができると考える。⁽¹¹⁰⁾

(109) 森田果「損害賠償額の予定と違約罰—保険法・運送法との比較から—」法学67巻4号50頁～52頁（2003年）。

(110) その限りにおいて、利得禁止原則は存在意義を有することから、この原則を否定する考え方は支持できない。これを否定する考え方について

(3) 利得禁止原則の分類

わが国の学説では、前述の通り、従来、被保険利益の法的位置づけについて議論が集中し、利得禁止原則には関心が払われることはなかった⁽¹¹¹⁾。しかし、最近、請求権代位の存在意義を論ずるにあたり、請求権代位をしないことに合理的理由がある場合が認識され、請求権代位をすることが被保険者について利得禁止原則の要請であるとするならば、そもそも利得禁止原則とは何かということが探られるようになり、利得禁止原則に関する実質的な議論がなされるようになった⁽¹¹²⁾。

そこで、まず、損害保険契約に関する伝統的な理論における利得禁止原則を概観した上で、最近の理論が示す利得禁止原則を検討する。

a. 損害保険契約に関する伝統的理論が示す利得禁止原則

損害保険契約に関する伝統的理論によれば、損害保険契約においては利得禁止原則が絶対的強行規定として妥当し、被保険利益について発生した損害額を超える保険給付は許されないと解されてきたが、この原則に反する保険給付は量的例外に止まる限り原則に反するものではないと⁽¹¹³⁾考えて、利得禁止原則を柔軟にする理論も提唱された。これに対して、利得がどの程度禁止されるかは政策的判断によって決定されるのであり、損害保険契約の本質に由来する利得禁止原則は存在しないと解しうると⁽¹¹⁴⁾する理論もある。

は、山下・前掲注(42)『商事法の展望』716頁以下、土岐・前掲注(3)を参照。

(111) 山下・前掲注(1)248頁注(1)。

(112) 山下・前掲注(1)390頁。

(113) 田辺・前掲注(28)35頁等を参照。

(114) 大森忠夫「保険法における『利得禁止』について—ケーニッツの所説を中心として—」前掲注(60)243頁(初出「保険における『利得禁止』について」田中誠二先生記念事業会編『田中誠二先生古稀記念 現代商法学の諸問題』69頁(千倉書房・1967年))、同「保険法における『利得禁止』をめぐるスイス学界の議論について」同書278頁(初出・前掲注(11)『創立三十五周年記念』105頁)等を参照。

しかしながら、これらの理論はいずれも利得禁止原則を緩和するものではなく、利得禁止原則に関する実質的な議論をするものではないことから、⁽¹¹⁵⁾ 損害保険契約に関する伝統的理論が示す内容の利得禁止原則に基づいて、請求権代位において被保険者の利得禁止の理由を説明することは難しい。

b. 最近の理論が示す利得禁止原則

前述のように、最近、保険法における利得禁止原則を広義と狭義とに分ける理論が有力に提唱されている。すなわち、これによれば、広義の利得禁止原則とは、保険制度は、不測の事象の発生の可能性により脅かされている経済生活の不安定に対処することを目的とするものであるから、この制度を通して利得すべきではないというものであり、保険種類を問わずすべての保険に妥当するものであるのに対して、狭義の利得禁止原則とは、広義のそれを実現するためのより具体的な原則であり、損害保険法において、被保険者に対し実損額を超えて給付してはならないという原則の下に⁽¹¹⁶⁾ 超過保険、重複保険等の諸規制がなされるというものである、とする。

これに対して、狭義の利得禁止原則を狭義と最狭義に細分化する理論⁽¹¹⁷⁾ は、損害保険契約の保険給付は損害填補しか許されないが、損害の評価については商法が規定するような時価を基準とするものだけでなく、それ以外の評価も許されるとする、やや緩やかな意味における利得禁止原則を狭義の利得禁止原則といい、商法が予定している時価を基準とした損害填補しか許されないという意味での利得禁止原則を最狭義の利得禁止原則という、⁽¹¹⁸⁾ とする。

(115) 山下・前掲注(1)389頁～390頁。

(116) 洲崎・前掲注(3)法学論叢129巻1号2頁。

(117) 山下・前掲注(42)『商事法の展望』721頁、同・前掲注(1)392頁。

(118) 山下・前掲注(42)『商事法の展望』723頁、同・前掲注(1)392頁。

c. 利得禁止原則の再考

以上のように、利得禁止原則に関する最近の理論は、利得禁止原則を広義と狭義に分けて理解することで共通している。かかる理論により、保険における様々な局面において発生する問題を解決することが可能となったと評価できるが、請求権代位の局面における利得禁止原則を検討する場合、利得禁止原則の内容をさらに細分化する必要があるのではないかと考える。

まず、利得禁止原則について、基本的に、これを広義と狭義に分類する最近の理論を支持したい。広義の利得禁止原則とは、保険制度を通して利得すべきではないというものであって、すべての保険に妥当するものであるのに対して、狭義の利得禁止原則とは、広義のそれを実現するためのより具体的な原則である。⁽¹¹⁹⁾したがって、広義の利得禁止原則は、定額給付型の保険および損害填補型の保険のいずれにも妥当するものであるのに対して、狭義の利得禁止原則の及ぶ範囲は損害填補型の保険に限られるわけであるから、この保険を巡る問題については、狭義の利得禁止原則をもって解決できる場合には、広義のそれを持ち出すまでもない。

つぎに、狭義の利得禁止原則につき、損害の評価について商法が規定する時価を基準とするもの以外の評価も許されるとする、緩やかな意味における狭義の利得禁止原則と、商法が予定している時価を基準とした損害填補しか許されないという意味での最狭義の利得禁止原則とに分ける理論を支持したい。⁽¹²⁰⁾この理論によれば、必ずしも厳格な実損填補型の保険とはいえない評価済保険（商法639条）や新価保険等の問題も処理することが可能となろう。⁽¹²¹⁾

(119) 洲崎・前掲注(3)法学論叢129巻1号2頁。

(120) 山下・前掲注(42)『商事法の展望』723頁、同・前掲注(1)391頁～393頁。

(121) 超過保険を巡る利得禁止原則については、土岐孝宏「超過保険規制と

さらに、広義の利得禁止原則については、これまでに提唱された理論とは異なる解釈をすべきではないかと考える。すなわち、最近の理論による広義の利得禁止原則は定額給付型の保険にも妥当するものであるが、この「定額」の意味を考えると、広義の利得禁止原則と最広義の利得禁止原則が存在し、前者の射程範囲は、定額給付型の傷害保険および疾病保険のうち傷害給付や疾病給付の部分までであり、後者は、生命保険および傷害保険および疾病保険の死亡給付の部分に相当する、と解する。⁽¹²²⁾

というのは、定額給付型の傷害保険や疾病保険、および生命保険はいずれも定額保険として分類さえる。しかし、前者と後者において、死亡給付についてそれが定額給付であるということには何ら理解を違える必要はないが、前者のうち、死亡給付を除いた傷害給付や疾病給付の部分について表す定額給付と死亡給付について表す定額給付とは、ともに「定額」という表現であるが、そもそも性質が異なっているのではないかと考える。それゆえに、利得禁止原則が必ずしも同じ意味において妥当しないのではないかと考えるからである。すなわち、死亡給付を除いた傷害保険や疾病保険では、生命保険と同じく、保険事故が発生すれば、被保険者について損害の発生の有無にかかわらず、また、損害額の多少にかかわらず、保険金受取人に対して保険契約の締結時に約定された保険金額が保険金として給付される。生命保険では、保険契約者の保険料負担能力が保険金額ないし保険金の額に対する外制要因として作用するものの、保険契約者側のモラル・ハザードを防ぐ手だては、今のところ、公序良俗違反（民法90条）⁽¹²³⁾により保険契約を無効とするか、約款

『利得禁止原則』立命館法学299号407頁（2005年）を参照。

(122) 利得禁止原則に関するこのような考え方は、保険契約者側の不当な利得を防ぐための外制要因としてかかる原則を活用しようとするものであることから、カウザ論をもとに検討する見解（清水耕一「不相当に高額な生命保険契約の妥当性について—現代フランス法のコーズ論をてがかりとして—」保険学雑誌575号80頁（2001年））と同じ方向性を持つものであると理解することができよう。

請求権地位の存在意義

規定に定められている重大事由による解除に該当するとして、保険契約を解除する方法によること等になる。⁽¹²⁴⁾しかし、これといっても、保険金額ないし保険金の額の多少を判断する明確な基準であるということは難しい。これに対して、死亡給付を除いた傷害保険や疾病保険における治療費ないし入院費等の医療費については、約款の規定に従って定額給付がなされているが⁽¹²⁵⁾、保険契約者側が医療機関に対して医療費を支払うとすれば、実際に医療費として支払った金額が存在するわけであるから、それが保険会社が保険金受取人に対して給付した金額の多少を判断する明確な基準となろう。それゆえに、医療機関に対して実際に支払われた医療費が外制要因として機能しうるので、保険会社が給付した額がかかる医療費に比して不当に高額である場合には利得禁止原則が働き、保険会社側は保険金受取人に対して何らかの主張をすることができるのではなかろうか。

その限りにおいて、広義の利得禁止原則と最広義の利得禁止原則とが存在し、前者は、定額保険ではあるが、傷害保険や疾病保険の死亡給付の部分を除いた傷害給付や疾病給付の部分に妥当するのに対して、最広義の利得禁止原則は、生命保険および傷害保険や疾病保険の死亡給付の

(123) 山本敬三『公序良俗論の再構成』46頁～99頁，202頁～209頁（有斐閣・2000年），同『民法講義Ⅰ総則』231頁～241頁（有斐閣・2001年）を参照。

(124) 有配当終身保険普通保険約款（日本生命保険相互会社）26条（重大事由による解除）（日本生命）を参照。重大事由による解除に関する判例（東京地判平成6年5月11日判時1530号123頁・金商976号29頁等）は保険料を上限とする利得禁止原則に結びつくのではないかと考える。判批：竹瀆修「判批」事例研レポート112号1頁（1995年），松井秀征「判批」ジュリ1130号128頁（1998年）。

(125) 傷害保険普通保険約款6条（後遺障害保険金の支払）・7条（入院保険金および手術保険金の支払）・8条（通院保険金の支払），傷害特約（日本生命保険相互会社。以下，同じ）1条，新災害入院特約1条，新入院医療特約1条等。

部分に妥当する、と解する。

(4) 利得の判断基準

このように、すべての保険について何らかの意味を持つ利得禁止原則が妥当すると解することになると、保険法における禁止されるべき利得概念とは何かを明らかにする必要がある⁽¹²⁶⁾。

請求権代位の存在意義を検討する中で、請求権代位が認められる理由として被保険者の利得禁止の理由を明らかにしなければならないわけであるから、本稿において利得概念を明らかにする場合、その判断基準を確認しなければならない。利得概念は裏を返せば損害概念になりはしまいか。すなわち、保険の命題が利得禁止であるとするならば、一定の損害を超えるのが利得であると解することができる。少なくとも損害保険契約において、いかなる被保険利益があるのか、あるいは、被保険利益があるからどれだけの保険金を支払うのかを考えるのではなく、いかなる損害について保険金を支払うのかを考える必要があるのではないかと考える⁽¹²⁷⁾。したがって、その際、被保険利益の有無を問わないし、被保険利益を超えて保険金を支払うこともありうるであろう。利得禁止原則の内容を確定するためには利得となる限界を示す必要があることから、損害概念がその基準となると考える。

そこで、以下、損害概念の検討を行う。

4. 保険における損害概念の再考

(1) はじめに

(126) 山下・前掲注(3)296頁。

(127) それとは別に、民事責任法と保険法におけるそれぞれの利得概念の関係を整理する必要があるとされる(山下・前掲注(3)296頁)。最近では、損害賠償制度と保険制度との関係を再構築する諸理論が提唱されており、その中で、損害概念にその活路を見いだしている。保険契約のサイドから損害概念を再検討するものとして、今泉敬忠「漁船保険における損害論の研究」前掲注(93)損保研究65巻1・2号合併号71頁を参照。

請求権地位の存在意義

利得禁止原則との関連において問題となる損害については、究極的には、前述した広義と最広義の利得禁止原則が妥当する定額保険について損害概念が妥当するか否かということが課題となろう。

保険の分類に関する現行の理解では、以下に示すように、物損害保険（物保険・財産保険）、人損害保険（傷害保険等）、人定額保険（生命保険・傷害保険・疾病保険等）が存在し、物定額保険は存在しないと解⁽¹²⁸⁾されている。

物損害保険（物保険・財産保険）	物定額保険（なし）
人損害保険（傷害保険等）	人定額保険（生命保険・傷害保険・疾病保険等）

人に関する保険について定額保険を認めた以上は、保険法は保険金ないし損害賠償金について二重の取得も不当な利得とはみないこととしたという考え方に傾くという見解がある⁽¹²⁹⁾。この見解は、生命保険や傷害保険・疾病保険における死亡給付については確かに妥当するが、定額給付型の傷害保険や疾病保険における死亡給付でない傷害給付ないし疾病給付の部分について、果たして完全に妥当するのだろうか。前述のように、この部分については、実際に保険契約者側が医療機関に対して支払う医療費が具体的に存在するゆえに、それと保険会社が保険金受取人に対して支払った保険金の額とを比較することができ、後者が不当に高額であるか否かを判断することが可能である。また、保険契約者側がかかる給付について複数の保険契約を締結している場合には、具体的な医療費と複数の保険契約に基づいて支払われた保険金の総額とを比較して、後者が不当に高額であるか否かが判断できるはずである⁽¹³⁰⁾。このような状況にあって、傷害保険や疾病保険における死亡給付の部分でない傷害給

(128) 山下・前掲注(1)40頁～41頁を参照。

(129) 山下・前掲注(3)296頁。

(130) 請求権地位が問題となるのは、重複補償により損害を超えて補償される不当利得である（山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号116頁）。

付ないし疾病給付の部分についていわれる定額給付は、生命保険および傷害保険・疾病保険における死亡給付についていわれるそれと同じ意味で使われることが果たして妥当するのだろうか。これらの2つの部分について、定額給付の意味を区別する必要があるのではないかと考える。

以上のことから、利得禁止原則との関連において検討すべき損害概念は、人定額保険に妥当するものであるか否かがその判断の分岐点になると考えられる。

(2) 保険における従来の損害理論

保険における損害概念に関して、わが国における主要な理論をまとめると次のようになろう。すなわち、損害には、一般私法上の損害賠償における損害と保険法における損害填補にみる損害とがある。一般に損害とは、法益について被った不利益と解されているのに対して、保険における損害とは、それが存在するのは損害保険契約に限定され、特定危険の発生により、被保険者が特定の被保険利益について被る財産上の不利益であると解され⁽¹³¹⁾、いわゆるドイツ法的な視点で考えれば、被保険利益の否定すなわち消極面を指しているのは積極保険についてであり、消極保険については、ある一定の消極財の発生に対して保険保護が与えられるのであり、かかる消極財の発生が損害であると解されている⁽¹³²⁾。また、損害賠償を検討する場合、一般的に、損害は、財産的損害と非財産的損害（精神的損害）とに大別され、前者は積極的損害と消極的損害を含む。財産的損害は財産に対して加えられた損害であり、非財産的損害は身体・自由または名誉に対する損害をいい（民法710条・711条を参照）、消極的損害は将来の利益の獲得を妨げられたことによる損失とされている⁽¹³³⁾。

(131) 石田満「損害填補義務と損害賠償義務」『保険契約の基本問題』36頁（一粒社・1977年）。

(132) 石田・前掲注(131)37頁。

(133) 奥田・前掲注(74)171頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論』353頁（東京大学出版・1998年）、同『民法Ⅲ 債権総論・担保物権（第2版）』150頁（東京大学出版・2004年）。

請求権地位の存在意義

このうち、非財産的損害は責任保険を除く損害保険に馴染まないとされる。というのは、精神的または感情的な利害関係は被保険利益になり得ないと解されるからである。⁽¹³⁴⁾

これに対して、相対説の立場からは、債務不履行を行った債務者や不法行為の加害者が損害賠償義務を負う場合（民法415条・709条）の損害は、義務内容と範囲を内面的・本質的に規定する機能を有するのに対して、保険者が損害填補義務を負う場合の損害は、保険者の負う金銭給付義務の範囲を外面的・政策的に調整し、決定する機能を有するにすぎないものとみるべきではないか、と説く。⁽¹³⁵⁾

両者の損害に関する理解の違いは、保険における損害填補の位置づけに関する理解の違いにあると考えられるが、損害概念は損害保険契約に固有の概念であると解している点においては共通する。また、前者の理論によれば、損害とは、特定危険の発生により被保険者が特定の被保険利益について被る財産上の不利益であると解される。それゆえに、損害

最近の損害概念に関する解釈について、内田・前掲『民法Ⅲ』149頁～150頁、潮見佳男「人身損害における損害概念と算定原理（1）（2・完）—「包括請求方式」の理論的再検討—」民商103巻4号509頁以下（1991年）、同5号709頁以下（同年）、同『不法行為法』213頁以下（信山社・1999年）、山田卓生「第1章 不法行為の基礎」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 第1巻 総論』1頁（日本評論社・1997年）、淡路剛久「第1章 差額説・相当因果関係説による不法行為損害論の近時の動向」淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座 第6巻 損害と保険』1頁（日本評論社・1998年）、高橋眞「損害論」星野英一編『民法講座 別巻1』205頁（有斐閣・1990年）、同「第2章 損害概念」前掲『新・現代損害賠償法講座 第6巻』29頁、岡本智子「第4章 人身損害・物的損害・経済的損害」同書101頁を参照。

(134) 石田・前掲注(131)38頁。

(135) 大森忠夫「損害保険契約の『損害填補』契約性」前掲注(23)5頁以下（初出・浅井清信編『末川先生還暦記念論文集 民事法の諸問題』308頁以下（有斐閣・1953年））、同「保険金支払義務と損害賠償義務」前掲注(60)175頁以下（初出・法学論叢82巻2・3号18頁（1968年））を参照。

の有無を判断する場合には、一般的に、被保険利益の侵害の有無を基準にしているといえる。

(3) 新損害填補説にみる損害概念

a. はじめに

本稿において提示する保険における損害概念は、これまで理解されてきた概念よりも柔軟なものにしたい。それには、イタリアの学説が参考になる。というのは、イタリアでは、周知の通り、保険契約 (contratto dell'assicurazione) の本質に関する議論が展開された過程において、⁽¹³⁶⁾ 損害概念を柔軟に解する理論が提唱されているからである。

イタリアにおいて保険契約の本質論に関する学説の中で、ひとときわ有方に唱えられた学説として新損害填補説 (nuova teoria indennitaria) が

(136) イタリアにおける保険契約の法的性質に関する議論については、今井・前掲注(1)、拙稿・前掲注(1)神戸学院法学25巻1号117頁以下を参照。

ところで、イタリアにおいて提唱された保険契約の法的性質に関する理論は、それぞれ明らかにすべき具体的な目的を持っていることに注意すべきである(拙稿・前掲注(1)神戸学院法学25巻1号131頁以下)。たとえば、保険といわゆる賭博を区別するため、あるいは、傷害保険契約に適用される制定法の規定を確定するためなどである。本文において紹介する新損害填補説は後者の目的をもって提唱された。すなわち、この理論が生まれた20世紀前半には、当時の現行法であった1882年商法典が傷害保険契約に関する規定を持っていなかったことから、傷害保険契約に適用ないし準用されるのは、損害保険契約に関する規定なのか、あるいは生命保険契約のそれなのかを明確にするという目的があった。そこで、この理論の支持者は、傷害保険契約の法的性質を検討する作業を行った結果、すべての保険契約を損害填補契約とし、傷害保険契約には損害保険契約の規定が適用ないし準用される、と解するに至ったのである。1942年民法典制定後における傷害保険契約の法的性質に関する理論について、今井・前掲注(1)70頁以下、106頁以下、197頁以下を参照。

このように、イタリアにおける各理論はそれぞれ別の次元において検討されているゆえに、保険契約の本質論あるいは法的性質に関する理論を理解するにあたっては、それぞれの背景の違いを念頭に置いて作業を進めなければ、正確な結論を導くことが難しい。

⁽¹³⁷⁾ある。この理論は、保険契約は不測の損害 (danno) を回避することを目的とするという事実に保険契約の統一的機能を認め、その目的のため、損害概念は新たな入用 (bisogno) を生じさせる事故を含むものとし、換言すれば、損害概念は入用概念と、それゆえに、死亡や生存とも相関関係を持ち、新たな入用発生を決定する行為が損害事故である限り、イタリア民法典1882条⁽¹³⁸⁾に定める生命に関する事故もまた損害であるとする⁽¹³⁹⁾ものである。

この理論の損害概念を構成している入用概念は、ゴッビ⁽¹⁴⁰⁾ (Ulisse Gobbi)⁽¹⁴¹⁾によって経済学的に深化され、フェッラリーニ⁽¹⁴²⁾ (Sergio Ferrarini) やヴィテルボ⁽¹⁴²⁾ (Camillo Viterbo)らが法律概念に転換した。それによれば、人の死亡や生存を契機として経済的入用を生じ、入用を充足させる必要の予見が保険契約の締結を促すのであるとする⁽¹⁴³⁾。かかる概念に基づき旧来の損害填補説を修正する理論を提唱したのがアスカレリ⁽¹⁴³⁾ (Tullio Ascarelli)であり、ブッタロ⁽¹⁴⁴⁾ (Luca Buttaro)を経て、ドナーティ⁽¹⁴⁴⁾ (Antigono Donati)で結実し、新損害填補説と称されるに至った。この

(137) 木村栄一「損害説の新展開と人保険における被保険利益」ビジネス・レビュー5巻2号57頁以下(1957年)、窪田宏『第二版 保険法(商法講義Ⅳ)』42頁～43頁(晃洋書房・1993年)等を参照。

(138) 栗田和彦＝今井薫＝岡田豊基＝小櫻純「イタリア保険法の逐条的研究(一)」関西大学法學論集39巻2号204頁以下を参照。

(139) Giovanna Volpe Putzolu, *L'assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria del contratto di assicurazione*, Milano, 1968, pagg. 11 e 12.

(140) Ulisse Gobbi, Osservazioni sulla relazione fra contratti economici e caratteri giuridici dell'assicurazione, in *Assicurazioni* 1936, I, 254; Id., *L'assicurazione in generale* (Ristampa della seconda edizione), Roma (Istituto Nazionale delle Assicurazioni), 1974, pagg. 13-93. 拙稿・前掲注(1)神戸学院法学25巻1号136頁～137頁, 138頁注(12)。

(141) Sergio Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione*, Pisa, 1935, pagg. 5 e seg.

(142) Camillo Viterbo, Il contratto d'assicurazione, in *Rivista del diritto commerciale*, 1932, I, pagg. 40 e seg.

(143) 今井・前掲注(1)65頁。

理論は保険契約を統一的に解するために損害概念を定額保険にも拡張して解釈する理論であることから、限界が指摘されてはいるものの、その内容は利得禁止原則を理解するための指針を与えてくれるものであると考えるので、前述の三者の見解をみながらこの理論を概観し、要点を探りたい。

b. アスカレッリの理論

アスカレッリの理論の特徴は、損害の態様を、保険事故 (sinistro) 発生後に具体的評価による給付 (prestazione concreta) が可能な実損害 (danno emergente) と、事前の抽象的評価による給付 (prestazione astratta) が行われる狭義の逸失利益 (lucro cessante in senso stretto) および期待利益 (profitto sperato) の喪失とに分け、後二者 (以下、広義の逸失利益 (lucro cessante in lato sensu) と称する。) については、保険金 (indennità) の額を保険契約の当事者間で事前に約定することになり、この結果、すべての保険において損害填補 (risarcimento del danno) がなされると考えるべきである、としている点にある。⁽¹⁴⁶⁾

アスカレッリは、損害の評価について次のように述べている。すなわち、狭義の逸失利益の評価は、狭義の逸失利益が将来損害 (danno futuro) であるがゆえに、蓋然性 (probabilità) の基準で対応することになることから、保険金の額を事前評価しておくことは当然であり、保険事故発生時に損害額の立証が困難であれば、事前評価の程度は強まるゆえに、広義の逸失利益については損害の事前の抽象的評価が具体的評価に代替する。⁽¹⁴⁷⁾ さらに、狭義の逸失利益の場合、損害を客観的に評価する可

(144) 今井・前掲注(1)63頁～64頁。

(145) Volpe Putzolu, *op.cit.*, pag. 11; Gianguido Scalfi, *Il contratto di assicurazione: L'assicurazione danni*, Torino, 1991, pagg. 12 e segg.

(146) 拙訳「トゥッリオ・アスカレッリ著『保険契約の統一概念について』」神戸学院法学24巻3・4号20頁(1994年)。

(147) Tullio Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione, Saggi giuridici*, Milano, 1949, pagg. 413-414 (拙訳・前掲注(146)42頁～43頁)。

請求権代位の存在意義

能性は低くなるものの存在するが、期待利益の場合には、損害を具体的に評価すること自体が不可能であり、これらの場合、一方では、事前の抽象的評価が具体的評価に代わって選好され、他方では、実損害に関連して、事前評価された保険金の額を否認する可能性はなくなる、とする⁽¹⁴⁸⁾。

以上のことから、アスカレリは評価の限度枠について次のように述べている。すなわち、事前の抽象的評価が可能となるのは、1つには、期待利益の喪失が重要な意義を有する場合であり、この場合、法定の最高限度額に左右されない事前の抽象的評価が必要とされる。1つには、たとえ保険金の額が高くても不利益を被る人が事象により保護される場合である。したがって、人身事故に関する事前の抽象的評価が認められるのは、損害の査定に際し、広義の逸失利益を支配するリスクが存在する場合と、事象の非財産的側面において重要なリスクが存在する場合である、とする⁽¹⁴⁹⁻¹⁵⁰⁾。

(148) Ascarelli, *op.cit.*, pag. 415 (拙訳・前掲注(146)44頁)。

(149) Ascarelli, *op.cit.*, pagg. 415-416 (拙訳・前掲注(146)44頁～45頁)。アスカレリは、実損害に関する保険種目として、物損害保険 (ass. contro i danni di cose materiale), 婚資保険 (assi. delle spese in caso di matrimonio), 民事責任保険 (assi. della responsabilità civile) 等を、逸失利益または期待利益に関する保険種目として、傷害保険 (assi. contro i infortuni), 死亡保険 (assi. per il caso di morte), 他人のためにする保険 (assi. a favore di un terzo beneficiario), 社会保険 (assi. sociale), 生存保険 (assi. di sopravvivenza) 等をあげている (Ascarelli, *op.cit.*, pagg. 416 segg. (拙訳・前掲注(146)45頁以下))。

(150) アスカレリは請求権代位の及ぶ範囲について、次のように解している。損害の評価は、有責第三者に対して保険金受領者が有する損害賠償請求権について、保険者がこの者に代位する可能性の問題に関連する。損害の評価が具体的に行われるならば、そして、保険金受領者に支払われる保険金が損害額に対応するならば、代位されなければならない。そうでなければ、被害者は二重の補償を受け取ることになるからである。しかし、保険者が保険金を支払えば、実際の損害額以上を填補することもありうる。というのは、被害者は第三者に対して損害賠償請求権を有するからである。したがって、損害の評価が抽象的に行われるならば、保険金受領者は第三

c. ブッタロの理論

ブッタロは、保険契約の統一的把握を試みるにあたり、利益 (interesse) 概念をその中心に据えて議論を展開している⁽¹⁵¹⁾。すなわち、ブッタロは人の生命にも被保険利益が存在すると認めた上で、生命保険 (assicurazione sulla vita) では、生命という財 (bene) が滅失する限りにおいて、それによる入用、つまり、損害は肯定される、とする⁽¹⁵²⁾。

ブッタロは、損害保険契約の定義を定めるイタリア民法典1904条はすべての保険契約に共通した原則であるとして、利益とは何かを検討する⁽¹⁵³⁾ ⁽¹⁵⁴⁾

者に対する権利を有することを妨げられるものではない。抽象的評価の可能性が認められると、この可能性は質的制限を持たない。それゆえに、保険金の支払は第三者に対する損害賠償請求権を否定しないことから、傷害保険について、これに関する法規がない場合、当事者は、傷害保険を生命保険と分類した場合であっても、請求権代位の存否を合意することができる、とする (Ascarelli, *op.cit.*, pagg. 442-443 (拙訳・前掲注(146)75頁~76頁))。

(151) 今井・前掲注(1)67頁~68頁。

(152) Luca Buttaro, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, 1954, pagg. 293-298 (拙訳「ルカ・ブッタロ『保険利益論(3・完)』」神戸学院法学35巻1号227頁~231頁(2005年))。ブッタロの見解については、さらに、Id., *Assicurazione (contratto di)*, *Enciclopedia del diritto III*, Milano, 1958, pagg. 455 e seg. を参照。

(153) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 293-295 (拙訳・前掲注(152)頁)。

(154) 民法典1904条「損害保険契約 (contratto di assicurazione contro i danni) は、保険の開始時において損害填補につき被保険者 (assicurato) の利益がなければ、効力を生じない」。本条の内容については、栗田和彦=今井薫「イタリア保険法の逐条的研究(4)」関西大学法学論集41巻4号205頁~211頁(1991年)(今井筆)、拙訳「民法典(1942年3月16日勅令第262号)」神戸学院法学27巻4号65頁(1998年)を参照。

(155) ブッタロは、民法典1904条に類する規定が人保険 (assi. di persone) に存在しない理由は、人保険では、利益が契約の性質に生来のものだからである、とする。というのは、損害保険では、保険申込人と保険の目的物との関係を欠くことは可能であるが、自己の生命の保険 (assi. sulla propria vita) では、利益の存在は明らかであり、他人の生命の保険 (assi. sulla vita altrui) では、法は利益の存在の立証を要求するか、存在を推定させる

請求権代位の存在意義

ことから始める。すなわち、目的、つまり、カウザ (causa) を示すときにも、関係 (relazione) を示すときにも利益が使われ、主体 (soggetto) が財を保有するときとか、相手からの給付について利害関係を有するときがこれにあたる。⁽¹⁵⁶⁾このうち、主体と財との関係を示す利益において、保険では、法が契約の効力要件として被保険者 (assicurato) に利益を求めることにより、主体と保険の目的物 (bene assicurato) との間に、保険事故の発生時にその結果が被保険者の資産に及ぶという関係が存在することを前提としている。これらのことから、損害は利益の侵害であるといえる。というのは、主体と財との関係を妨害し、財が主体にもたらしてきた効用を減少または消滅させることが損害だからである。かかる意味を持つ利益は、すべての保険の類型に共通である。というのは、保険では、被保険者の財に対する利益、自己の生命または完全性 (integrità) ⁽¹⁵⁷⁾に対する利益を脅かす危険 (pericolo) に対して保護されるからである。これらのことから、利益は、損害をもたらす事象が契約の締結時および継続中に契約に影響する結果を生じさせる何か (quid) であるということができ、保険事故により侵害される利益であることから、その侵害に対して保険の損害回復機能 (funzione riparatoria) が働く、とする。⁽¹⁵⁸⁾

ブッタロは、人保険 (assicurazione di persone) における損害を利益に関連させて次のように解している。イタリアの学説では、傷害保険 (assicurazione privata contro gli infortuni) に損害填補性が認められて

工夫を施してきたからである、とする (Buttaro, *op.cit.*, pagg. 11-12 (拙訳「ルカ・ブッタロ『保険利益論(1)』」神戸学院法学34巻2号188頁～189頁(2004年))。生命保険に損害填補機能はないとする理論に対する反論について、Buttaro, *op.cit.*, pagg. 293-294 (拙訳・前掲注(152)228頁)を参照。

(156) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 1-3, 5-7 (拙訳・前掲注(155)180頁～182頁, 184頁～185頁)。

(157) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 11-12 (拙訳・前掲注(155)188頁～189頁)。

(158) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 35-38 (拙訳・前掲注(155)208頁～210頁)。

いるが、この場合、保険者は、被保険者の実損額に関係なく約定の保険金額を支払う責任を負う。また、アスカレリのごとき、人保険を期待利益保険 (*assicurazione dei profitti sperati*) の特殊なケースと解するとすると、かかる意味において、死亡は、人がその人生を展開し続け、期待していた収入を確保することを妨げる限りにおいて損害となり、生命保険の損害填補性は確定される。また、死は、何らかの価値を有しており、具体的に決定することは難しいが、人であるということを否定する限りにおいて損害である⁽¹⁵⁹⁾。そして、損害概念は、生命保険という保険の種類において抽象的に決定される。つまり、契約において移転されるリスクは被保険者自身の死というリスクであり、保険者は、生命の喪失に伴って生ずる損害を填補しなければならない。これに対して、生存保険 (*assicurazione di sopravvivenza*) の場合、損害は一定の年齢における生存である。すなわち、資力を偶発的に欠くのではなく、損害を構築し、填補に対する債務を発生させる生存という事実である⁽¹⁶⁰⁾。

ブッタロは、以上のことから、保険契約の統一的把握について結論を次のように導く。被保険者が保険事故が発生しないことに対して利益を有していなければならず、このことは、心配されていた事象が具体的に発生した場合には、この者について、不測の事象に起因する損害を引き起こすことを意味する⁽¹⁶¹⁾。保険者の給付は、保険事故が発生しないことに対する被保険者の利益を配慮することを引き受けることに中に存在し、かかる前提において、契約の目的と機能を決定するためには、保険契約では保険者が保険料の受領と引き換えに被保険者に危険負担 (*sopportazione del rischio*) を提供する、と結論づける⁽¹⁶²⁾。

(159) Ascarelli, *op.cit.*, pagg. 372 e seg. (拙訳・前掲注(146)20頁)。

(160) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 256-259 (拙訳・前掲注(152)197頁~199頁)。

(161) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 260-263 (拙訳・前掲注(152)200頁~203頁)。

(162) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 263-264 (拙訳・前掲注(152)203頁~204頁)。

(163) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 154, 265-266 (拙訳「ルカ・ブッタロ『保険利益論(2)』」神戸学院法学34巻4号328頁(2005年)、同・前掲注(152)205頁

以上のように、ブッタロによれば、生命保険において、人と身体との間に抽象的経済関係 (astratta relazione economica) を肯定すべきであって、生命も利益の対象になりうる、とする。つまり、死亡は人としての能力が喪失されることであるから、それによる入用、つまり、損害の発生が認められ、そこでは市場価値にないものが当事者の意思で付保されることになるが、それによって保険制度を脅かす危険性が生じる場合は、その限りにおいて規制されるにすぎず、危険性の少ない生命保険では、他人の生命の保険 (assicurazione sulla vita altrui) などを除いて、かかる考慮がなされる必要がないということである、とする。⁽¹⁶⁴⁾

d. ドナーティの理論

ドナーティは前二者の理論を精緻化することによって、新損害填補説⁽¹⁶⁵⁾を結実させている。すなわち、ドナーティは、保険契約の類型を考察するための方法論として、客観的な法により認められ、保護される経済的機能 (カウザ) に注目する必要があるとして、カウザと目的は機能と構造という法律関係の客観的な2つの側面であることから、これらを確認すべきである、とする。⁽¹⁶⁶⁾かかる前提に立って、ドナーティは、入用充足説 (teoria del bisogno) に着目し、財が、物であれ、人の身体であれ、人の主観的入用を充足するものであるとするならば、経済的入用 (bisogno economico) とは、主観的入用 (bisogno soggettivo) を客観的に充足するのに適した財の要求 (desidero)、つまり、その欠乏 (mancanza)

～206頁)。

(164) 今井・前掲注(1)66頁。

(165) ドナーティの理論に関しては、今井薫教授による詳細な紹介と検討がなされている (今井・前掲注(1)67頁以下)。本文中指摘したように、ドナーティの理論は新損害填補説を結実させたものであるとともに、長年にわたりイタリアにおける保険法理論の最大の支柱となっていた。したがって、本稿においても、筆者なりの理解に基づいてこの理論を紹介し、検討することとする。その際、今井教授が検討の対象とされた文献と重複することもあることから、表現等が重なる部分があることをお断りする。

(166) Donati, *op.cit.*, pagg. 5-6.

ということになる。そして、利益を主体と財との関係ととらえ、損害とは、現存する利益の侵害（実損害）、または、予見された利益の侵害（逸失利益の侵害）であると解し、それゆえに、入用と既存の充足手段との関係を変える事象が、後者を減少させる場合には（現状の悪化）、利益が直接的に侵害されたことになり、前者を増大させる場合には（現状の拡張的变化）、利益が間接的に侵害されたことになり、いずれの場合も、経済的入用を生じさせる事象は経済的損害をもたらすことになる、とする。

以上のことから、客観的な意味における経済的入用と損害とは同一概念であり、損害は、現在または将来の財産の減少であると解され、損害概念の行き着く先は賠償可能性（risarcibilità⁽¹⁶⁷⁾）であるゆえに、法律家として損害填補説に戻るべきである、とする。そして、リスク（損害の可能性（possibilità di danno））が、保険者の給付義務履行の積極的期待可能性に対置される消極的履行可能性であると考え、保険は保険期間中、保険事故の発生不発生にかかわらず損害に対する保護、つまり、リスクの移転機能を果たすと解さなければならない、としている。⁽¹⁶⁸⁾

これらのことより、ドナーティは、保険事故発生前の保険の機能について次のように述べている。①物損害保険（assicurazione contro i danni di cose materiale）では、保険事故は損害（実損害・逸失利益）をもたらすものに限る、②人保険（傷害保険・疾病保険（assicurazione contro gli malattie）等）では、身体を損なう事故は実損害（治療費（spese di cura））および逸失利益（現在または将来の所得の中断）の他に、自己の身体に利益（肉体的完全性（integrità fisica）、健康（salute））を有する被保険者自身について、身体に関する実損害をもたらす、③死亡保険では、生命の滅失および葬儀費用（spese funerale）について生ずる損害の他に、現在または将来の所得の中断（逸失利益と期待利益）をもたらす

(167) Donati, *op.cit.*, pagg. 19-20. 今井・前掲注(1)67頁を参照。

(168) Donati, *op.cit.*, pagg. 20-21. 今井・前掲注(1)67頁～68頁を参照。

請求権地位の存在意義

らす、④生存保険では、婚資保険などの例外的費用、老齢による稼得能力の低下などが損害となる、⑤生死混合保険（assicurazione sulla vita c.d. mista）では、生存または死亡によって、一方の保険事故発生が他方の損害発生を排除しながら損害が生じる。これらのことから、すべての保険において保険事故は損害を生じさせ、すべての保険契約は危険移転機能を果たしている、とする。⁽¹⁶⁹⁾

そして、保険者の保険金支払義務が生ずることについて、次のように解している。傷害保険・疾病保険では、物損害保険のごとき、実損害の範囲内で保険金支払義務が履行され、被保険者について被保険利益および損害の証明を要求するという厳格さは緩和され、生命保険では、その影を潜めている。つまり、後者では、保険者は保険事故の発生によって損害が実際に生じなかったり、損害額が保険金額よりはるかに小さくとも、保険金受取人に被保険利益または損害の証明を要求することなく、所定の保険金を支払う義務を負う。このことの説明は、損害およびその排除に関する法の一般原則に言及することによって行い、保険の填補性を維持しようとしている。⁽¹⁷⁰⁾

さらに、損害の存在につき、傷害保険や疾病保険では、損害は保険事故に生来するので、法律上当然に（*juris et de jure*）推定される。つまり、全損の評価は一括でなされ、分損はその程度においてなされる。したがって、重複填補を認めるか否かは抽象的に理解され、請求権地位権が排除されたり、認められたりする。死亡保険でも、損害は保険事故に生来するので、法律上当然に推定されるが、締結時に要求された利益は、保険金受取人に関して事故発生時には要求されない。また、被保険利益の爾後評価が難しいので、つねに保険金額による事前評価がなされる。そして、生存保険では、予定期日に生存することは老年であるがゆえに

(169) Donati, *op.cit.*, pagg. 21-22. 今井・前掲注(1)68頁を参照。

(170) イタリア民法典の規定を全般的に検討した上での推定について、Donati, *op.cit.*, pagg. 22-25; 今井・前掲注(1)14頁～15頁を参照。

生来の損害であるので、法律上当然に推定され、これにおいても損害の存在が度外され、事前評価がなされる、とする。⁽¹⁷¹⁾

これらのことから、ドナーティは、保険は損害填補の領域で機能し、段階的な相違性をもつ保険種類であるのであって、その機能は不測の損害 (danno eventuale) を除去することにある、としている。⁽¹⁷²⁾

(4) 保険における損害概念の再考

保険において広く利得禁止原則を適用するという考えによれば、当然

(171) Donati, *op.cit.*, pagg. 25-26. 今井・前掲注(1)68～69頁を参照。

(172) Donati, *op.cit.*, pagg. 26-27. 今井・前掲注(1)70頁を参照。

筆者は、新損害填補説にみるごとく概念が拡大された損害概念に基づいて、搭乗者傷害保険において損益相殺が可能であるか否かについて検討している(拙稿「保険契約と損害賠償の調整—搭乗者傷害保険における損益相殺の可否を中心として—」神戸学院法学31巻2号99頁(2001年))。すなわち、搭乗者保険における損益相殺の可否の問題を判断する基準は、加害者の免責と被保険者の利得との均衡をいかにはかるのかという点にあると考える。まず、被害者が保険契約者である搭乗者保険では、被害者が付保している自動車保険に基づいて被害者に搭乗者保険金が支払われた限りに関して損害賠償金が減額されると、つまり、損益相殺を認めると、加害者に不当な利得をもたらすことになる。それゆえに、被害者が保険契約者である搭乗者保険においては、損益相殺が認められない、と解する。つぎに、保険契約者が加害者となった場合にも、同じ結論が導かれる。たとえば、傷害保険のみが付されている場合には、加害者は当該保険金を損害賠償金に充当することを考えるであろうし、加害者と被害者との均衡を考慮しても、損益相殺を認めることができる。また、搭乗者保険を損害保険ととらえる理論によっても、その損害填補性のゆえに、賠償金からの控除が認められる。しかし、自動車保険の現状を見ると、搭乗者保険金は加害者の責任の有無にかかわらず支払われ、かつ、他の保険金との重複が認められているゆえに、損益相殺を認めることはできないであろう。また、加害者・被害者間に損害額から保険金分を控除する合意については、搭乗者保険の損害填補性および自動車保険のセット販売の現状からすると、これを認めることはできない、と解する。また、慰謝料を算定するにあたり搭乗者保険金の受領を斟酌しうるか否かについては、慰謝料が精神的損害を賠償するものであるゆえに、および、慰謝料および搭乗者保険の損害填補性のゆえに可能であると考え(同141頁～142頁)。

請求権地位の存在意義

のことながら、定額保険にも利得禁止原則が及ぶことになる。本稿では、利得の限界を示す基準として損害概念を提示しようとするものであるが、しかし、保険における損害概念に関する従来の理解は、前述のように、損害保険契約に限定されたものであり、定額保険に及ぶものではない。これに対して、本稿における考え方によれば、定額保険についても損害概念でとらえられる範囲を確認することができるのではないかと考える。これらのことから、保険における損害概念に関する従来の理解とは異なり、定額保険も含めた領域において損害概念を理解すべきであると考えられる。

そこで、以上のような理解によれば、新価保険のように、保険事故発生時に生じた実損額以上の保険金が支払われる可能性のある保険では損害の有無を判断する場合、いかなる基準に従うことになるのかという疑問が生じる。ただ、この場合、被保険利益の解釈を変えることによって対応することができるかもしれない。とはいうものの、前述のように、利得禁止原則を検討するにあたり、被保険利益概念に基づくことには限界があると解されるし、また、損害概念を考察するにあたっては、被保険利益概念によればその範囲が限定されることになるから、同じように限界があると考えられる。したがって、保険における損害概念に関する従来の理解によることは難しい。

それでは、新損害填補説によることが可能であろうか。この理論は、保険契約はすべて、被保険者側に発生した損害を填補する契約であると解することによって、人の生死を保険事故とする生命保険についても損害填補でとらえるものであるから、きわめて柔軟な損害概念を提示するものである。それゆえに、この理論によれば、わが国における損害概念に関する従来の理解が示す損害概念よりも広く解することができるわけであるが、この理論に対しては次のような批判がある。すなわち、この理論は、生命保険などの実損填補性の著しく希薄な保険まで損害填補型の保険の中に包含しようとしたため、損害概念の内包を著しく拡大する

ことになった。⁽¹⁷³⁾つまり、老化や死は人の身体や生命の存在形態 (modo di essere del corpo e della umana) であり、状態に内在する自然の劣化は損害概念を構成しないと考えるからである。主観的には、老化や労働能力の低下は経済的入用を生じるが、かかる事態に対処するために、貯蓄あるいは生命保険などが生活保障手段として考慮される。そこで、かかる目的の生命保険にまで損害填補的性質を認めることは、それ自身が損害概念を構成しない内容を含んでいるゆえに、保険法的にも、かつ、⁽¹⁷⁴⁾法の一般理論の見地からしても理論的に不当である、とする。

このような理解の下において、保険における損害概念を再検討する際の基本的姿勢を確認したい。それは、「保険」は、法律制度である保険契約と経済的制度である保険制度とで成り立っているということ、つま

(173) Volpe Putzolu, *op.cit.*, pag. 11.

(174) 今井・前掲注(1)80頁～82頁を参照。新損害填補説に対しては、本文に示した批判の他に、次のような批判がある。すなわち、生命に関連する事象の発生は、生命保険では、損害保険における保険事故とは異なり、既存の利益には影響しない。それゆえに、生命保険では、資金を自由に使うという偶発的入用のみが生じるのに対して、損害保険では損害填補という入用が生じる。その結果、損害保険では、価値が賠償すべき損害額に一致するのに対して、生命保険では、被保険者の要求、資金の可能性(支払いうる保険料の額)を考慮して契約内容(資金または年金の額)を自由に決定する。生命保険契約では、被保険者および保険金受取人の決定のみならず、保険金額の決定までも保険契約者の裁量に委ねている。これに対して、損害保険契約では、利益の評価は損害の填補に対置している(民法典1904条)。それゆえに、この理論は次のような批判がなされる。①生命保険における生存・死亡は資産形成に関連する射倖行為であり、損害填補に関連しない、②法律は、生命保険契約の前提として填補に対する利益の存在を要求していない、③損害概念とリスク概念の接合は損害保険だけである、と(Scaffi, *op.cit.*, pagg. 31-32)。批判については、さらに、以下を参照：Giuseppe Fanelli, La «summa diviso» delle assicurazioni private: riflessioni su un vecchio problema, in *Studi in onore A. Asquini*, I, Padova, 1965, pag. 409; Nicola Gasperoni, Voce «Assicurazione contro i danni», *Novissimo Digesto Italiano*, 12, 1957, UTET, pag. 1136.

請求権地位の存在意義

り、保険契約が保険制度を権利および義務のシステムとして再構成するための法律形式であることから、保険契約上の問題を検討するにあたって、保険の経済的側面に配慮しなければならないということである⁽¹⁷⁵⁾。それゆえに、保険契約とは、経済的制度である保険制度を法律上の制度として具体化した契約であり、保険とは、保険者が、将来の保険金（損害填補金ないし定額給付金）の支払に備え、あらかじめ保険契約者から徴集した保険料をもって、危険団体の内部で保険契約者側の有する危険（静態的かつ純粹危険）の分散義務を負担する制度であり⁽¹⁷⁶⁾、その限りにおいて、保険における損害概念を考える場合には、保険の経済的観点に立たなければならないのではないかと考える。

一般的に、損害は、前述のように、財産的損害と非財産的損害（精神的損害）に大別され、前者は積極的損害と消極的損害を含む。財産的損害は、財産に対して加えられた損害であり、非財産的損害は身体・自由または名誉に対する損害をいい（民法710条・711条を参照）、消極的損害は将来の利益の獲得を妨げられたことによる損失とされている。新損害填補説の損害概念によれば、人の生存および死亡についても保険における損害になるとしている。すなわち、死亡は、人がその人生を展開し続け、期待する動機を持っていた収入を確保することを妨げる限りにおいて、損害となりうるし、具体的な価値を決定することは難しいが、人であるということを否定する限りにおいて損害であるとしている⁽¹⁷⁷⁾。また、生存については、資力を偶発的に欠くのではなく、損害を構築し、填補

(175) 戸田修三＝西島梅治編『二訂 保険・海商法』23頁～24頁（青林書院・1981年）（倉沢康一郎筆）。同旨、西島・前掲注(3)4頁～5頁、拙稿・前掲注(1)神戸学院法学25巻1号141頁。

(176) 拙稿・前掲注(1)神戸学院法学25巻1号159頁～161頁。Donati, *op.cit.*, pagg. 21-22. 今井・前掲注(1)68頁を参照。保険経済の局面から保険における危険移転ないし分散を考察するものとして、吉澤卓哉「保険制度におけるリスク分散」保険学雑誌586号161頁（2004年）を参照。

(177) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 256-259（拙訳・前掲注(152)197頁～199頁）。

に対する債務を発生させる生存という事実であるということから、損害⁽¹⁷⁸⁾であるとしている。保険は経済的の制度でもあるということから考えると、損害に関する漠然とした一般的な理解によっても、人の生存および死亡そのものが損害になるとは思えない。この点は、この理論に対する批判が指摘する通りである。なるほど、ある者が生存することによって生活費がかかるので、それが経済的損失という意味において損害になるか、あるいは、ある者が死亡したことによってその遺族が生活費に困窮することが損害になるということが出来るかもしれない。しかし、これとて、資産家の生存あるいは要介護者の死亡等によってその損害性が否定されるであろう。この限りにおいて、新損害填補説がいうところの、人の生存および死亡までもが損害になるという考え方は支持できない。

ところで、物損害保険において損害を議論する場合、3つの次元があると見る見解がある。それは、①物自体に損害を認識する場合（物自体についての損害概念）、②物の有する経済主体の利益に損害を認識する場合（利益上の損害概念）、③経済主体の経済状態における変化（財産上の損害概念）⁽¹⁷⁹⁾である。また、積極保険および消極保険の分類によれば、前者が人と財との関係の毀損に関する保険であるのに対して、後者は一定の消極材の発生に対して保険保護を与えるものである、とされる⁽¹⁸⁰⁾。これらのことから、保険における損害には、財の減少と負担の発生があることが分かる。そこで、保険における損害概念を次のように理解すべ

(178) Buttaro, *op.cit.*, pagg. 260-263 (拙訳・前掲注(152)200頁~203頁)。

(179) 中出・前掲注(7)保険学雑誌555号69頁~70頁(1996年)。具体的には、家屋が焼失した結果(①)、所有者は、家屋という価値のある財産利益を喪失し(②)、再建費用等の損害を被った(③)場合が指摘されている。損害保険の実務における保険金の支払をみると、①の段階では保険金を支払うことはないであろうが、②の段階では支払うこともあるし、③の段階になって支払うこともあるであろう。③の段階では、責任保険で見られるように、被保険者が実際に経済的負担を行った後に保険金が支払われることもある。

(180) 石田・前掲注(131)37頁。

請求権地位の存在意義

きはないかと考える。すなわち、保険における損害とは保険契約者側に発生する経済的損失をいい、保険事故が発生する前後における保険契約者側の財産状態の変化であると考え。具体的には、財の減少および経済的負担の発生をいい、財には、現存する利益の侵害（実損害）と予見された利益の侵害がある、と解する。そうであるとする、一般的に損害保険に含まれると解される物や財産の滅失・毀損に起因する損害を填補する保険は当然この損害概念が妥当しよう。さらに、傷害や疾病による医療費を支払うことになれば、それは保険契約者側にとって経済的負担の発生であって、ここでいう損害になるのではなからうか。

つぎに、新損害填補説による損害概念を参考にして損害の評価方法に着目すれば、客観的損害と主観的損害に分類できる。前者が、損害の評価において客観的基準に基づいて具体的に評価するものであるのに対して、後者は、評価の段階において、客観的基準はないものの、保険契約の当事者間で評価の結果について合意（抽象的評価）するものである。人保険である傷害保険や疾病保険では、身体をそこなう事故は医療費の出費という実損害をもたらすことから、その損害額は具体的かつ客観的に評価できるのに対して、現在または将来の所得の中断という逸失利益については、そのような評価が難しい場合があり、抽象的かつ主観的になされることになる。

しかし、保険の実務では、たとえば、傷害保険契約には定額給付型の保険と損害填補型のそれとが存在するが、定額給付型の傷害保険契約では、被保険者に傷害が生じた場合、保険者は傷害保険金の受取人に対して、実際の医療費の額にかかわらず当該契約の締結時に約定した金額を支払うことになり、傷害保険は海外旅行傷害保険契約等を除き、通常、

(181) 傷害保険普通保険約款 7 条（入院保険金および手術保険金の支払）1 項では、1 日につき、保険証券記載の入院保険金日額を入院保険金として被保険者に支払う旨が定められている。また、新傷害特約（日本生命保険相互会社）1 条（災害死亡保険金、障害給付金）1 項では、各被保険者

定額給付型である。定額保険では、損害の有無を問わず、損害があるとしてもその額にかかわらず、保険契約の締結時に約定した額が支払われるものであるとされるわけであるから、損害の評価が問題になることはないはずである。⁽¹⁸³⁾とはいうものの、医療費については、医療機関に対して実際に支払った金額を提示することができることから、客観的にその額を算定できる。したがって、損害填補型の傷害保険も可能になるわけである。これに対して、死亡保険においては、実際に生じた損害額を客観的に算定することができず、生存保険では、満期後に費消するであろう額を推定することはできるが、客観的に算定することはできないはずである。それゆえに、生命保険契約は定額給付型保険に限定されることになる。このように、定額概念につき、傷害保険・疾病保険の傷害給付や疾病給付の部分と生命保険および傷害保険・疾病保険の死亡給付の部分とでは、その内容において、つまり、設定の仕方において違いがあるのではないかと思う。

そうであるとすると、保険における損害を整理すると、以下に示すように、保険には具体的評価が可能な客観的損害と抽象的評価を行う主観的損害がある。そして、前者は、財の現象として物・財産の滅失・毀損を含み、負担の発生として他人に対する損害賠償、費用負担等を含む。これに対して、後者は、財の現象として不労による所得の減少、期待利益の喪失・逸失利益を含み、負担の発生として費用負担を含む、と解す⁽¹⁸⁴⁾る。

について別に定めた（別表12所定の）定額の障害給付金を支払う旨が定められている。

(182) 海外旅行傷害保険普通保険約款7条（治療費用保険金の支払）では、被保険者が治療のために現実に支出した金額で、保険会社が妥当と認めた金額を治療費用保険として被保険者に支払う旨が定められている。

(183) 西島・前掲注(3)309頁。

(184) イタリアの憲法裁判所は、保険者は、第三者に対する代位権を行使する際に、生体的損害（danno biologico）の賠償として第三者が被保険者

請求権地位の存在意義

	客観的損害（具体的評価）	主観的損害（抽象的評価）
財の減少	物・財産の滅失・毀損	不労による所得の減少、期待利益の喪失・逸失利益（所得）
負担の発生	他人に対する損害賠償（商法667条）、費用負担（医療費等）	費用負担（医療費等）

（５）損害概念を広げたことによる効果

以上のように、私見では、損害概念を定額給付型の人保険における死亡給付の部分以外の分野にまで広げるものであることから、損害概念を従来の理解よりも拡大したことに伴う効果を明らかにする必要がある。

新損害填補説によれば、物損害保険では、実際に損害が発生したときに、保険者は実損害の範囲内で保険金支払義務を履行し、その際、被保険者について被保険利益および損害の証明を要求するとともに、保険契約の範囲内において保険金の額を損害の額に均衡させるために、重複保険あるいは請求権地位等の方策が講じられる。これに対して、傷害保険・疾病保険ではこの厳格さは緩和され、生命保険ではその影を潜めてい⁽¹⁸⁵⁾るとする。これに対して、私見によれば、生命保険および傷害保険・疾病保険における死亡給付の部分については損害概念の構築は難しいと解するゆえに、物損害保険についてはこの理論がそのまま妥当するが、傷害保険・疾病保険についてはこの理論とは違う解釈をしたい。つまり、超過保険や重複保険は具体的評価がなされる損害填補型の保険に固有のものであると解されるので、損害填補型の傷害保険・疾病保険であれば、これらの保険のうち死亡給付の部分を除いた傷害保険・疾病保険の傷害

に支払うべき金額をも請求しうる、と定める約款規定は違憲であると判示した（Corte Costituzionale 18 luglio 1991, n.356, in *Foro italiano* 1991, I, 2967）。生体的損害の取扱を巡るイタリア法の解釈およびこの損害論をわが国の解釈論として再構成した場合の理解については、岡本詔治「第5章 人身損害事故賠償のあり方」前掲注(176)『新・現代損害賠償法講座 第6巻』155頁を参照。

(185) Donati, *op.cit.*, pagg. 22-23.

給付や疾病給付の部分については、この理論のいう解釈がそのまま妥当するであろう。さらに、私見でいう損害概念は被保険利益にかからしめるものではないことから、定額給付型の傷害保険・疾病保険については、死亡給付の部分はもちろんのこと、これを除いた傷害保険・疾病保険の傷害給付や疾病給付の部分であっても、損害保険契約に固有の被保険利益に基づく超過保険や重複超過保険に関する規定は及ばないとも解することができる。また、傷害保険・疾病保険については、責任保険と同じように、各保険契約の締結時には保険者が支払う保険金の総額が不明であるわけであるから、保険価額に基づいて判断される超過保険および重複超過保険の問題は生じない、と解することができる⁽¹⁸⁶⁾。しかし、死亡給付の部分についてはそうであると解するが、これを除いた傷害給付や疾病給付の部分については、実際に保険契約者側が医療機関に支払う医療費が存在することから、その額を上限としてきわめて緩やかな上限が存在すると解するので、超過保険的あるいは重複超過保険的な取扱が可能となるのではないかと解することができる。

新損害填補説は、また、次のように述べている。物損害保険において、損害は実際に存在すべきであり、評価済保険等におけるように、被保険

(186) 傷害保険普通保険約款7条(入院保険金および手術保険金の支払)2項では、事故の日からその日を含めて180日を経過した後の期間に対しては、入院保険金を支払わない旨が定められている。また、日額を入院保険金として被保険者に支払う旨が、そして、新傷害特約(日本生命保険相互会社)1条(災害死亡保険金、障害給付金)では、被保険者が不慮の事故を直接の原因としてその事故の日からその日を含めて180日以内の特約の保険期間中に身体障害の状態(別表12)に該当したとき定額の障害給付金を支払う旨がそれぞれ定められている。これらの約款規定によると、障害給付金または入院給付金等については、当該保険契約または特約の締結時に保険金の支払総額が確定することになる。しかし、実際に保険金受取人に対して支払う給付金の総額は締結時に判明しないわけであるから、傷害保険・疾病保険の傷害給付や疾病給付の部分については、当該契約の締結時に支払限度額が約定された責任保険に類似したものと取り扱うことができるのではないかと考える。

請求権代位の存在意義

利益の一括評価が認められる場合でも、損害評価は実際の金額に基づき、損害の填補を実質的に履行するために重複填補は認められず、保険者は第三者に対して代位する。これに対して、傷害保険・疾病保険では、損害は保険事故に生来するので、法律上当然に (juris et de jure) 推定される。つまり、全損の評価は一括でなされ、分損はその程度においてなされることから、重複填補を認めるか否かは抽象的に理解され、請求権代位が排除されたり、認められたりする、とする。人定額保険に請求権代位が及ぶか否かについて、わが国の最高裁は、生命保険契約に付加された傷害特約・入院給付特約に基づく傷害給付金・入院給付金については、その理由を明示しないまま⁽¹⁸⁸⁾、商法662条所定の請求権代位制度は適用されない、と判示している⁽¹⁸⁹⁾。私見としては、とりあえず、傷害保険・疾病保険においては、死亡給付の部分を除いた傷害給付や疾病給付の部分について、客観的評価が可能であるゆえに医療費が具体的に存在するわけであるから、保険事故が発生して具体的な医療費が明らかになった段階において重複填補を認めるか否かは抽象的に理解され、保険者の判断において請求権代位が認められうるのではないかと⁽¹⁹⁰⁾と解する。

(187) Donati, *op.cit.*, pagg. 26-27.

(188) その理由について、中西正明「判例紹介」法学教室 2号89頁（1980年）を参照。

(189) 最判昭和55年5月1日判時971号102頁。判批：中西・前掲注(188)88頁、石田満・判評265号48頁（判時989号186頁）（1981年）、山下丈・昭和55年度重判（ジュリ743号）113頁、同・民商84巻1号99頁（1981年）、加瀬幸喜・判タ447号51頁（1981年）、吉川吉衛・判タ臨増439号174頁（1981年）、鴻常夫・生保百選（増補版）262頁（1988年）。

(190) 広義の利得禁止原則が及ぶ保険において請求権代位は機能する。ただ、政策的判断によるとすると、広義の利得禁止原則だけが及ぶ保険では、必ずしも請求権代位が機能する必要はないのではなからうか。しかし、広義の利得禁止原則が及ぶ保険においては、規定によって排除することを明示する必要があると考える。なお、定額保険についても請求権代位が妥当することの可能性について、鴻・前掲注(189)263頁を参照。

5. 被保険者の利得禁止の理由

(1) 利得の意味

保険において利得禁止を論ずる場合、その利得の意味は保険の種類において異なるので、損害保険と定額保険とに分けて理解する必要があると考える。

まず、損害保険では、被保険利益が存在することによりその評価額である保険価額を設定できる保険については、保険価額を超える給付部分が利得としてとらえることができる。⁽¹⁹¹⁾そして、最狭義の利得禁止原則が及ぶ実損填補型の保険では保険価額が客観的に評価されるのに対して、たとえば評価済保険などの狭義の利得禁止原則が及ぶ保険では、その保険価額は契約当事者間で合意された、いわゆる主観的に評価された保険価額が存在する。ただ、一般的な理解に基づく被保険利益が存在しないことから保険価額を設定できない責任保険においては、保険事故の発生によって、保険契約者側が被害者に対して負担する損害賠償額を超える給付部分が利得にあたる、と解する。

つぎに、私見は定額保険においても部分的ではあるが損害概念を認める。それゆえに、定額保険ではそもそも保険価額が存在しないことも考慮すると、傷害保険や疾病保険等の死亡給付の部分を除いた傷害給付や疾病給付の部分、つまり、私見でいう広義の利得禁止原則が及ぶ部分については、実際の医療費が具体的かつ客観的に存在するのであるから、これを超えて給付される部分が利得になりうると考える。ただし、この場合、利得になるか否かの判断基準は、損害保険の場合におけるそれよりも緩やかにならざるを得ない。これに対して、私見でいう最広義の利得禁止原則だけが適用されるにすぎない生命保険や傷害保険・疾病保険の死亡給付の部分については、利得になるか否かの判断基準が具体的には存在しないゆえに、そもそも利得の想定は難しいが、たとえば、前述

(191) 中出・前掲注(7)保険学雑誌555号78頁。

請求権地位の存在意義

のように民法90条等の一般私法の原則を基準とし、それを超える給付部分が利得になる可能性があると考える。⁽¹⁹²⁾

(2) 利得禁止の理由

保険における損害概念、利得に関する以上のような解釈に基づいて、保険における利得禁止の理由を探ってみる。

損害保険は損害填補の保険であるから、被保険利益の評価額である保険価額を超えて給付を受けることは認められない（商法631条）。この説明は、最狭義の利得禁止原則の説明に妥当するであろう。また、評価済保険や新価保険など狭義の利得禁止原則が妥当する保険については、保険契約当事者の合意による保険価額という給付限度額の設定により、利得の判断基準が設けられると解することができるならば、この説明が狭義の利得禁止原則の説明に妥当することになる。しかし、この説明では、保険価額のない損害保険における利得禁止の理由が明らかにされないし、そもそも保険価額を超えて給付を受けることは認められないとする理由をあらためて説明しなければならない。また、私見でいう広義の利得禁止原則や最広義のその理由を説明することは損害保険の論理的帰結によることは無理であるわけであるから、損害保険の論理的帰結によって説明できない利得禁止の理由を明らかにするためには、この理由の他に、公序政策から導くことが必要とされる。公序政策から考える場合、その理由として、一般的に、①いわゆる賭博の禁止、②道徳的危険（モラル・ハザード）の排除、③保険の存在による注意不足の助長（モラル・ハザード）の排除⁽¹⁹³⁾があげられる。いわゆる賭博の禁止を理由とする場合、賭博の意味を確認する必要がある。賭博であるためには、ある事故により経済的入用が生じる関係のない人に給付がなされるか、給付額が入用額を著しく上回っているかという点にあるとされる。⁽¹⁹⁴⁾ これらを総括すれ

(192) 生命保険の保険金額は、理論上ないし法律上、上限がないが、保険契約者について保険料支払能力が内制要因として作用する。

(193) 中出・前掲注(7)保険学雑誌555号79頁を参照。

ば、ある事象の発生前におけるある経済的主体の財の総体が増えているか否かを基準とし、増えているのであればそれは賭博行為とされると考えられる。そうであるとしても、保険において賭博が許されない理由をあらためて明らかにしなければならないのではないかと考える。

そこで、考えるのが、モラル・ハザードやモラル・ハザードの排除が保険において利得禁止を認めることの基本的な理由となるということである。ただし、これらの排除は私見でいう最広義の利得禁止原則の説明には妥当するであろうが、広義の利得禁止原則、狭義および最狭義のその理由とし、さらに損害填補の理由とするためには、経済主体の総体的な利益状況を基準として、保険給付が経済主体が実際に被ると認識する損害と量的に合致する必要があると解される。⁽¹⁹⁵⁾つまり、保険においてこれらの排除が利得禁止を求める基本的な理由となるという結果、賭博が認められず、損害保険においては技術的な意味において損害填補を遵守しなければならないと解されているということである。なお、上述のように、私見では、広義の利得禁止原則が妥当する傷害保険・疾病保険の死亡給付を除いた傷害給付や疾病給付の部分についても緩やかながらも損害概念が存在すると解するが、これらの部分については、保険契約の締結時において保険契約の当事者間で保険金額が約定されるが、この保険金額は、当事者間において抽象的かつ主観的に評価された損害額と解するものである。それゆえに、ここでいう損害は一般的な解釈による損害よりも柔軟な意味を持つものであり、損害填補も同様の趣旨であると解する。

以上のことから、保険における利得禁止の理由は損害保険の論理的帰結と公序政策から導かれる、⁽¹⁹⁶⁾と解する。

(194) 中出・前掲注(7)保険学雑誌555号80頁。

(195) 中出・前掲注(7)保険学雑誌555号81頁を参照。

(196) 中出・前掲注(7)保険学雑誌555号79頁を参照。

第3節 第三者の免責阻止の理由

1. はじめに

請求権代位の存在意義を探るにあたり、第三者の免責阻止の理由を検討しなければならない。すなわち、第三者が被害者（被保険者）に対して損害を賠償すれば、その限りにおいて保険者は被保険者（被害者）に対して負担すべき保険金支払義務を免除されるが、保険者が第三者の損害賠償に先立ち被保険者に保険金を支払った場合、保険者は被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を取得するので（商法662条）、保険者は被保険者を代位して第三者に損害賠償請求をすることになり、それゆえに、第三者は被保険者に対する損害賠償責任を免除されないからである。

請求権代位において問題とされる被保険者が被った損害は第三者の行為に起因するゆえに、被保険者の保険者に対する損害填補請求権と第三者に対する損害賠償請求権はその発生原因を同じくする。しかし、前者は保険契約上のものであり、後者は損害賠償法上のものであるゆえに、両者は異なった法原則に基づくことから、被保険者は両請求権を行使できるはずであるが、商法は前述のように規定している。

2. 第三者の免責阻止の理由に関する理論

第三者の免責阻止の理由として、免責を阻止すべきであるという理論と、場合によっては免責を認めるべきであるという理論とがある。すなわち、前者には、①被保険者と第三者の関係においては、第三者の損害賠償額を決定するにあたり、第三者は、被保険者が保険金を取得したからといって、いわれなくその責任の額が縮減されるべき地位にないとみる⁽¹⁹⁷⁾のが公平であるとする理論、②不法行為責任の機能には、被害者に対する

(197) 中西正明「いわゆるローン・フォームによる支払と商法第六六二条—自動車保険に関する最近の一判決を機縁として—」前掲注(26)『南出記念』20頁、鈴木・前掲注(21)169頁、竹内昭夫「請求権代位についての立法論的考察」『手形法・保険法の理論』244頁（有斐閣・1990年）（初出・

る損害填補と加害者に対する私的制裁があり、私的制裁機能は不法行為責任の存在が事故の予防効果に繋がることから、第三者の免責は妥当でないとする理論⁽¹⁹⁸⁾、③両請求権は法律的には別個の原因に基づく権利であることから、保険者の保険金支払義務の履行は第三者の損害賠償義務を減減させるものではないと解する理論がある⁽¹⁹⁹⁾。これらに対して、後者には、④第三者に悪意・重過失がなく軽過失があるにすぎない第三者の責任と、保険料という対価を得て損害填補を行うことを業としている保険者の責任とを比較した場合、第三者が最終的に責任を負担することに疑問を抱く理論がある⁽²⁰⁰⁾。

これらの理論のうち④説は、①説～③説までを一步進めた段階で検討しているものであると解することができ、これらと同じく、そもそも第三者は免責されるべきではないということを前提としていることから、

私法36号29頁(1974年)、石田・前掲注(25)193頁、田中誠二＝原茂太一『新版保険法(全訂版)』193頁(千倉書房・1996年)等。石山・前掲注(24)34頁も同旨であろう。

(198) 吉川吉衛『事故と保険の構造—自動車事故の抑止と補償の理論—』354頁以下(同文館・1988年)を参照。

(199) 大森・前掲注(14)182頁、同・前掲注(134)「保険金支払義務」194頁。大森忠夫博士は、第三者による損害賠償義務の履行は保険者の保険金支払義務をそれだけ減減せしめるとしても、それは保険金支払義務の内容そのものが現実の損害額によって定められ、いったん損害の発生によって生じた保険金請求権も第三者から賠償額だけ減減せしめられるという保険金支払義務についての制約によるのであって、両者の債務が内容を同一にするからであるとは必ずしもいえない、とされる(大森・前掲注(134)「保険金支払義務」同所)。

(200) 田辺・前掲注(11)257頁、259頁、同「保険代位の趣旨」商法の争点(第2版)255頁(1983年)、西島・前掲注(3)183頁。第三者(加害者)に故意・重過失による損害は別にして、被保険者(被害者)が保険給付によって満足される限り、第三者は支払保険金の限度において損害賠償責任を免れるものとする方向が望ましいとするものとして、金沢・前掲注(60)211頁、吉川・前掲注(198)361頁。第三者の免責阻止に関する吉川教授の立場は、この注に引用した箇所にあると考える。

請求権代位の存在意義

これら①説～④説はほぼ一様に第三者の免責阻止を認めていると解すべきであろう。また、第三者に免責を認めてよいのであれば、請求権代位制度は廃止すべきことになり、それゆえに、請求権代位は第三者を免責することが不当であることを前提とした制度であると考えられる。⁽²⁰¹⁾この限りにおいて、第三者の免責を阻止する立場を支持したい。

また、①説～③説に共通する点を見出すならば、請求権代位においては、損害賠償請求権と損害填補請求権という異なった法制度に基づく権利が併存しているということが各理論の根底にあると考える。

このような理解に立ってみると、請求権代位における第三者の免責阻止の理由を考えるにあたっては、両請求権が依拠する損害賠償制度と保険契約とを明確に分けて検討すべきではないかと考える。つまり、この問題はすぐれて損害賠償に関するものであると考えるから、損害賠償の原則に基づいて検討すべきであると考え。そうであるとすれば、この問題は加害者の損害賠償責任をどのように考えるかという一般論に帰着する。

3. 第三者の免責阻止の理由

加害者の損害賠償責任が問題となる不法行為制度についてみると、その主たる目的ないし機能は被害者に対する救済（損害の填補）と将来の不法行為の抑止にある。⁽²⁰³⁾前述の②説はこれを根拠とする。不法行為の効果は原則として損害賠償であり（民法709条・722条1項・417条）、損害賠償とは他人に与えた損害を填補することであり、損害賠償の目的は矯正的正義（平均的正義）であり、被った損害に等しい賠償を与えるという原理による。⁽²⁰⁴⁾このような損害賠償制度を前提にすると、加害者の行為

(201) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号72頁。

(202) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号72頁。

(203) 内田・前掲注(133)『民法Ⅱ』299頁～300頁，吉川・前掲注(198)354頁。

(204) 内田・前掲注(133)『民法Ⅱ』379頁，山本・前掲注(44)北大法学論集

は、法秩序ないし社会秩序を破壊するものであるがゆえに、社会全体における利益の維持という社会正義を実現すべきであるということから、加害者は、被害者側に保険契約が存在しているか否かにかかわらず、その責任を損害賠償という形で負担すべきであると解することが妥当であろう。⁽²⁰⁵⁾ それゆえに、請求権代位において第三者の免責が阻止されるべき理由は、第三者が不法行為を含めた損害賠償制度において加害者としてその責任を免除されない理由によるものであると考える。⁽²⁰⁶⁻²⁰⁷⁾

なお、不法行為の機能には、前述のように、被害者救済と加害者の不法行為の抑止があるが、請求権代位制度は加害者の支払能力の有無にかかわらず被保険者に補償を提供する制度であることから、被害者である被保険者の救済は保険金の受取によって十分に確保できる。それゆえに、商法上の制度である請求権代位制度が損害賠償制度と交錯するものである限りにおいて、被害者である被保険者に保険金が支払われた場合には、前述した不法行為制度の機能のうち、被害者救済は保険契約が代替することになる。したがって、保険金を支払った保険者が被保険者の第三者に対する損害賠償請求権に代位する理由は、不法行為制度の目的に限定して考えれば、加害者の不法行為の抑止に止まることにはしな⁽²⁰⁸⁾いか。

47巻2号86頁以下を参照。

(205) 請求権代位の存在意義に関する学説の中で、第三者が、他人の締結した保険契約の存在により、いわれなく免責されるべきでないとするのが一般に妥当と解されるので、損害に対する最終責任は第三者に負担させるとするのが請求権代位の存在意義である、とする説があるが(鈴木・前掲注(21)169頁以下)、この説は、本文にいうところの法秩序ないし社会秩序の破壊行為の不当性という理念がその根底にあるのではないかと考えられる。

(206) 損害賠償は債務不履行に基づくものもあるが(民法415条)、本文で示した第三者の免責阻止の理由は、債務不履行に起因する損害賠償請求権についても妥当すると解する。

(207) イタリア法について、La Torre, *op.cit.*, pag. 216 を参照。

請求権代位の存在意義

また、④説は、第三者に悪意・重過失がなく軽過失があるにすぎない場合には、第三者が最終的に責任を負うことについて疑問を持っており、それゆえに、この場合には第三者が免責される可能性がある。商法662条が強行法規でない⁽²⁰⁸⁾と解される限りにおいて、一定の場合に限り第三者免責を認めてもよい⁽²¹⁰⁾と考える。

第4節 保険者の権利取得の理由

1. はじめに

請求権代位の存在意義として、被保険者の利得禁止、第三者の免責阻止についてその理由を検討し、それぞれの結論を得ることができた。そこで、請求権代位において保険者の権利取得の理由について検討することとする。

保険者の権利取得の理論的説明の考え方には、これまで政策的考慮と法理論上の理由として求償権に関する議論とがある⁽²¹¹⁾。そこで、本節では

(208) このことは、保険者の権利取得について後述するように、保険契約を売買契約として理解していた時代における請求権代位制度の仮定論においても、妥当するのではないかと考える。

(209) 損保改正試案662条は、保険契約者側の不利益に変更することを許さない半面的強行規定であると解されている（『損保改正試案理由書』前掲注(14)72頁）。

(210) 保険者が代位取得した損害賠償請求権を行使しないことより、第三者免責の効果が生ずる場合として、損保改正試案662条4項は、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、保険者は取得した権利を行使することができず、損害を填補する責任を免れないが、保険事故がこれらの者の故意によって生じたときは、この限りではない旨を規定している（『損保改正試案理由書』前掲注(14)70頁・72頁）。この問題については、拙稿・前掲注(10)37頁を参照。

(211) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号97頁。請求権代位において保険者の権利取得の理由を探るにあたっては、山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号が有益な指針を与えてくれる。以下、これを参照しながら検討を進める。

それぞれの考え方について検討するが、もしこれ以外の考え方があるならばそれについて検討する。

2. 理論の検討

(1) 政策的考慮に基づく理論

保険者の権利取得について政策的考慮を根拠する理論は、次のように大別できる。すなわち、①被保険者の利得禁止と第三者の免責阻止を達成するためには、保険者に権利を移転するしかなく、そうすることによって、当事者間の衡平を保つと同時に、保険により不当利得の結果を生じることを防止しているという説⁽²¹²⁾、②保険者は代位で得られる利益を保険料計算で考慮しているとする説⁽²¹³⁾、③代位制度は、保険者については、その迅速確実な保険金給付義務の履行に対する報償、被保険者については、不労の利得を目的とする保険制度の悪用の防止ならびに保険料の低廉化、第三者については、その免責阻止といったように、すべての利害関係者の損益調整と保険制度の機能の円滑化という役割を果たしているとする説⁽²¹⁴⁾、④保険者は保険金支払により損失を被っていることを理由と

(212) 藤田仁「損害保険契約と保険者代位」損保研究30巻2号85頁～86頁(1968年)。しかし、この①説に対しては、被保険者の利得禁止と第三者の免責阻止から、当然のごとく保険者の権利取得を正当化しうるとはいえないのではないか、との批判がある(山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号98頁)。

(213) 大森・前掲注(60)144頁～145頁、同「傷害保険契約と保険者代位」同書172頁以下(初出・法学論叢76巻1・2号166頁以下(1964年))、金沢理「人保険の求償権—フランスにおける学説・判例を中心として—」前掲注(61)『民事責任』213頁(初出・保険学雑誌431号63頁(1965年))、岩崎綾「保険料支払義務規定の立法論に関する補足」『創立四十周年記念損害保険論集』110頁注(3)(損害保険事業研究所・1974年)、吉川吉衛・判タ439号昭和55年民事主要判例解説176頁(1981年)。

(214) 金沢・前掲注(213)209頁。しかし、この③説に対しては、代位を認めることが迅速な給付の保障として機能しているかは疑問であり、重複取得に対する批判の回避は保険者に権利取得させる理由になりうるが、かかる

請求権代位の存在意義

する説である。⁽²¹⁵⁾また、⑤政策的考慮以外の考え方ではあるが、この考え方に含まれるものとして、保険者の合理的意思から権利取得を理由づける説がある。⁽²¹⁶⁾

これらのうち、②説として、損害保険では、損害填補契約性を厳密に解し、被保険者の保険金と損害賠償金の重複的取得を不当視し、かかる結果を避けるために、第三者による事故の発生の場合にも保険者が保険金を支払う約束をするものの、このときの保険者の出捐は保険料によつ

批判は保険業に対する信頼を害するほど重大ではない、と批判される（山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号99頁）。

(215) この④説は、損害のとらえ方の違いによって細分化される。すなわち、保険料支払に対する対価は保険者の危険負担であることを前提に考える説（野津務「保険代位」『創立三十周年記念損害保険論集』75頁～76頁（損害保険事業研究所・1965年）、倉沢・前掲注(23)143頁以下）、保険事故の発生により、保険者が特定の被保険者に対して保険金を支払うことは、無数の保険契約者から徴収した保険料で形成された保険金基金を減ずることであって、事実上、保険者に損害を与えているとする説（小町谷操三『海上保険法各論四』597頁～598頁（岩波書店・1968年））、第三者が損害を生じせしめなかったならば保険金支払を免れたであろうという意味で損害を被っているとする説（倉沢・前掲注(23)143頁以下）等に細分化される。しかし、この④説に対しては、保険者は保険金の対価として保険料を得ているから、保険金を支払っても損害を被っていない（金沢・前掲注(60)191頁、石山・前掲注(24)32頁）、あるいは、保険者は、事故発生率ないし損害発生率を基礎として、それに見合う保険料を取得しているのであるから、この場合の保険者の損害なるものは、少なくとも、その埋め合わせが法律上当然に行われるべき性質のものではない（田辺・前掲注(11)259頁）、との批判がある。

(216) 西島・前掲注(3)185頁、382頁。この説は請求権代位の存在意義についていわゆる不確定損害肩代わり説をとるが、保険者の保険金支払義務は被保険者の有する賠償請求権を考慮に入れつつ暫定的に不確定損害を対象とするものであり、被保険利益の滅失額相当の保険金を支払うとともに、被保険者の第三者に対して有する賠償請求権を取得すべきことを内容とする義務であるとする（西島・前掲注(3)184頁）。しかし、本文でいうところの合理的意思の内容が明確でないとの批判がある（山本・前掲注(45)北大法学論集47巻2号101頁）。

てではなく、第三者に対する求償権の実現によってまかなわれるということ
 を前提として保険料の計算が行われていることを保険者の権利取得
 の根拠としていると説くものがある。⁽²¹⁷⁾

この②説について検討すべき点として、代位の利益が保険料に算入さ
 れているのか、算入されているとしても、保険料に影響を与えるほどの
 意味があるのか、ということがあげられる。⁽²¹⁸⁾ 前者については、代位の利
 益の算入を認める説もあるが、⁽²¹⁹⁾ 実際にはそうした前提は存在しないので
 はないかという指摘もある。⁽²²⁰⁾ また、保険者が代位権を行使するのは費用
 がかかるので、実効性はないとする指摘もある。⁽²²¹⁾ さらに、損害保険一般
 に関しては、代位の利益は個々の保険契約者の保険料に影響を及ぼす程
 のものではないとの指摘がある。^(222・223)

この②説を突き詰めると、保険料の軽減に繋がるという議論に至る。⁽²²⁴⁾

(217) 大森・前掲注(60)144頁～145頁。

(218) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号99頁。

(219) 金沢・前掲注(213)242頁、後藤茂之「貨物保険者の代位求償をめぐる
 諸問題について(1)」損保研究49巻2号107頁(1978年)。

(220) 金沢理「保険者の代位権の法的性質」私法30号167頁(1968年)。し
 かし、特約で代位権または求償権の放棄がなされていることを考えると、
 保険契約では代位を行うことが前提とされているということはある(山
 下・前掲注(21)396頁注(5))。

(221) 加藤一郎「総論一重複填補の問題点」交通法研究10・11号14頁(1982
 年)、吉川吉衛「災害補償と損害賠償」損保研究46巻1号67頁(1984年)、
 同・前掲注(198)359頁。

(222) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号99頁。

(223) さらに、代位の利益が保険料に算入されているとする説は、計算上、
 保険者が権利取得しても不当に利益を受けることはないことの説明にすぎ
 ず、権利取得の理論的な根拠にはならないと指摘される(西島・前掲注
 (3)186頁注(9))。この批判に対する批判として、山本・前掲注(44)北大
 法学論集47巻2号99頁を参照。

(224) 大森「傷害保険契約」前掲注(213)172頁～173頁、同・前掲注(60)128
 頁、岩崎・前掲注(213)110頁、吉川・前掲注(189)176頁。イタリア法にお
 いても同様の見解がある。イタリア法に関する判例として、Cass. 5 otto-

請求権代位の存在意義

これによると、保険者が被保険者から取得した第三者に対する損害賠償請求権を代位行使して、被保険者に対する給付額を求償することができれば、保険技術上、保険料の額を軽減することが可能となり、責任準備金を同じくする保険契約に関するすべての保険契約者のために保険料を減額することができるという⁽²²⁵⁾。すなわち、保険技術上の要請として、保険者が被保険者から引き受けたりスクと費用の相互分配の原則に関連するものであり、保険者について、第三者の行為に起因して生じた事故に関する給付金を回収することによって、当該保険種目の事業経費を削減することが可能となり、その結果、保険料の減額が可能であるとする。しかし、イタリア法に関する判例の中には、請求権代位に関する保険料の軽減機能は、請求権代位の規定の解釈の目的において存在し、利用されるものの、その曖昧さゆえに、保険関係の特別な内容と被保険者の損害の完全な賠償請求権とを適切に考慮することとの対比において認められないとして、保険料の軽減機能を請求権代位の存在意義とすることを否定する考えをとるものもある⁽²²⁶⁾。また、請求権代位が機能するのは、被保険者に生じた損害が第三者によってもたらされた場合に限られる。したがって、そうでない場合、たとえば自然災害の場合や、保険契約者側の過失により損害が生じた場合には請求権代位の問題は生じない。それ

bre 1992 n.10873, in *Notizianariogi giurisprudenza del lavoro*, 162; Cass. 19 luglio 1994 n.6730, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali* 1994, II, 120 等がある。これらの判例は、強制労働災害保険 (assicurazione obbligatoria contro gli infortuni) の料率に関連して、代位および求償権の行使によって保険会社が傷害コストを償還することは、国内の平均料率および特定企業の料率に影響すると判示する。学説として、La Torre, *op.cit.*, pag. 216, Antigono Donati=Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 6a ed., Milano, 2000, pagg. 164-165 等がある。フランス法の状況について、大森・前掲注(60)144頁～146頁を参照。

(225) La Torre, *op.cit.*, pagg. 216 seg.

(226) Cass. 20 giugno 1992 n.7577, in *Foro italiano* 1993, I, 3134. ドイツ法の状況について、洲崎・前掲注(3)法学論叢129巻3号12頁を参照。

ゆえに、被害者に生じる損害の原因には自然災害等いろいろなケースが考えられるので、統計に基づくきわめて厳格な料率算定をしない限り、請求権代位により第三者から損害填補に相当する金銭が償還されることに伴う保険料の削減は請求権代位の効果の1つになりうるかもしれないが、その存在意義とすることは難しいと考える。

以上のように、保険者の権利取得について政策的考慮を根拠する前述の学説のうち、保険者は代位で得られる利益を保険料計算で考慮しているとする説に焦点をあてて検討したが、この説は技術的な性質を持つ説であるものの説得力に欠けるといわざるを得ない。また、この説以外の説についても批判がなされており⁽²²⁷⁾、その限りにおいて、保険者の権利取得に関する根拠を探る上では、政策的考慮を根拠する学説だけでは十分な理解が得られないのではないかと、といえる。

(2) 求償権に基づく理論

請求権代位において保険者の権利取得を認める理由として、請求権代位は保険者の第三者に対する求償権を確保するための制度であることをあげる説があるが⁽²²⁸⁾、これに含まれる有力な考え方は、保険者の求償権を事務管理の費用償還請求権とみる説と不当利得返還請求権とみる説に大別できる⁽²²⁹⁾。

まず、前者について検討する。保険者の第三者に対する求償権が事務管理の費用償還請求権に該当するためには、民法の規定からして、保険

(227) 注(213), (215), (216), (217)を参照。

(228) 棚田・前掲注(26)246頁, 於保・前掲注(74)249頁, 四宮和夫『事務管理・不当利得(事務管理・不当利得・不法行為上巻)』206頁(青林書院・1991年), 船越隆司「実定法秩序と証明責任(31)」判評431号14頁(1995年)。

(229) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号102頁。山本哲生助教は、この他の理由として、第三者だけが終局の責任者と認められることがあるとされるが(同102頁)、そのことだけで保険者の求償権を導くのは妥当ではないとされる(同105頁)。

請求権代位の存在意義

者がなした保険金の支払という事務が他人の事務でなければならない⁽²³⁰⁾（民法697条）。これについて、保険者は保険契約に基づいて保険金支払債務という自己の債務を弁済したわけであることから、また、保険者は加害行為をした第三者のためにその負担すべき債務を保証しているものでもなく、保証する意思も有していないわけであることから、他人である第三者の債務を弁済したのではないと解すべきであろう。⁽²³¹⁾したがって、保険者の第三者に対する求償権が事務管理の費用償還請求権に該当しない、と解する。⁽²³²⁾

つぎに、保険者の第三者に対する求償権を不当利得返還請求権とする説についてみると、この説の中には2つの説が含まれる。すなわち、①保険者の保険金支払義務と第三者の損害賠償義務という2つの義務の発生原因に違いがあるために両者が異なる段階に位置しているとみられる場合には、すなわち、請求権代位についてみれば、被保険者に生じた損害に対して近くに位置するのは第三者であり、遠くに位置するのは保険者であることから、最終的に責任を負うべきは第三者であり、第三者が先にその債務を履行すればそれですむが、保険者が先にその債務を履行した場合には、保険者は実質的に他人の債務を弁済したとみるべきであり、それゆえに、第三者は免責されず、この場合には、第三者に対する不当利得返還請求権が発生し、保険者は被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を取得するとする説、⁽²³³⁾②不真正連帯債務における求償権の基

(230) 内田・前掲注(133)『民法Ⅱ』512頁。

(231) 伊沢・前掲注(21)300頁、野津・前掲注(215)66頁～67頁等。

(232) 事務管理の成立の可否について、保険者と第三者の債務との間には保証債務と主たる債務のような主従関係はないが、保険者と第三者の負担部分に差があると解する場合には、事務管理が認められる可能性もあるとする説があるが（山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号102頁。四宮・前掲注(229)14頁注(2)を参照）、負担部分を決める要素として指摘される論理が保険者と第三者との関係にそのまま妥当するかは疑問であるから、この説は支持できない。

(233) 四宮・前掲注(229)206頁。

礎となる負担部分を決める要素として、各債務者の過失割合、過失割合および結果発生に対する加巧度ないし原因力、過失割合ないし公平の見地をあげ、かかる学説を請求権代位にあてはめることによって、保険者の権利取得の根拠を不当利得返還請求権に求めることが可能ではないかとする説がある⁽²³⁴⁾。

これらの2つの説のうち、まず、②説については、第三者の行為によって損害を被った被保険者に対してそれぞれの債務を負担する法的な根拠は、保険者については保険契約であり、第三者については不法行為または被保険者との間で締結された契約であることから、その法的な根拠を異にするゆえに、過失割合の論理がそのまま妥当するかは疑問である。さらに、公平の見地から終局的に負担すべき者を確定するという点については、公平さを判断する基準を明確にする必要があり、この要素だけでは保険者の権利取得の根拠を不当利得返還請求権に求めることが難しい⁽²³⁵⁾。

つぎに、①説のうち、保険者の損害填補義務と第三者の損害賠償義務とは異なる段階にあるとする説（①a説とする。）について検討する。この説には、前述のように、両者が異なる段階に位置しているとみられるとする点と、保険者は実質的に他人の債務を弁済したとみるべきであるとする点に特徴がみられる。前者の点について考えると、保険者と第三者の義務は順位があるのと類似の関係にある、つまり、第三者が終局的に責任を負うべきであるとする以上は、保険者の責任は二次的なものであると捉えているといえる⁽²³⁶⁾。この①a説に類似する考え方がイタリア法に関する解釈として2つみられる。1つには、ある人が、第三者の行

(234) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号103頁。

(235) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号103頁。

(236) 保険者の損害填補義務と第三者の損害賠償義務とは異なる段階にあるとする考え方と負担部分に差があるとする考え方とは、この点において共通点を見出すことができる（山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号103頁）。

請求権代位の存在意義

為に起因する入用の充足手段を損害賠償として獲得する場合、保険という手段を介してしまうと、もはや他の充足手段を獲得する理由はなく、この意味において保険と損害賠償とは矛盾するが、保険は他方が終了しなければ開始しないものの、損害賠償請求権は賠償責任者が支払能力を持たないというリスクを内包することから、保険契約者が他人によって損害をもたらされるというリスクに対して保険を使って準備することは適切であるとして、保険者の責任を二次的に捉える説（①b説とする。）⁽²³⁷⁾がある。そして、同様の考え方を保険の機能から導き出す説を2つ目にあげることができる。すなわち、この説は、保険事故が第三者により惹起された場合、被害者である被保険者の第三者に対する損害賠償債権が保険金債権に代替するゆえに、保険者が填補すべき損害が抽象的に消滅し、その結果、保険による填補は賠償メカニズムにおいて充足されない部分に対応するように機能するという意味において、保険者の損害填補義務は副次的な機能を展開する、と解している（①c説とする。）⁽²³⁸⁾。さらに、同じくイタリア法に関する理論であるが、保険の論理的メカニズムの中で展開される諸利益の調整に注目するものがある。それによれば、損害および保険による補償が生ずるのは第三者による賠償がなされない場合であるが、保険の機能は迅速かつ正確な補償を提供することにあることから、その意味において、保険者の果たす機能は補助的に過ぎず、それゆえに、第三者が被保険者に損害を生じせしめ、責任を負う場合、保険者が支払う保険金は、賠償メカニズムにおける不足分相当額、つま

(237) Ulisse Gobbi, *L'assicurazione in generale* (opera pubblicata per la prima volta nel 1898 e da ultimo ristampa a cura dell'INA), Roma. 1974, pagg. 126-127.

(238) Genovese, *op.cit.*, pag. 28. この説は、保険者は、第三者の不確実な支払能力に比して、確実に直接的な支払能力を提供すると解しており、請求権代位が被保険者に支払った保険金を回収する機能を果たすとともに、保険者は第三者の支払不能リスクをカバーするゆえに、保険契約者による保険料の支払は十分に正当化されると解している (*Id.*, *op.cit.*, pag. 32)。

り、第三者が債務の履行を遅延した部分または債務不履行の部分に相当するものであることから、保険者が第三者の損害賠償に先立って保険金を支払った場合には、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を承継することになる、と解する（①d説とする。⁽²³⁹⁾）。

これら①a説から①d説の4つの考え方に共通しているのは、保険者の義務を第三者の義務に比して二次的なものとして捉えている点にある。有責性の観点から保険制度をみると、たとえば、火災が落雷等の自然災害で発生した場合、火災損害について有責者は存在しないので、保険者は有責者の有無を調べることなく被保険者に対して保険金を支払う。これに対して、第三者の行為に起因して火災が発生した場合には、有責者の取扱が問われることになる。すなわち、有責者である第三者が保険金の支払に先立って損害賠償金を支払えば、被保険者の保険者に対する権利はその限りにおいて消滅するのに対して、保険金が先に支払われた場合には、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権は被保険者に支払われた保険金の額を限度として保険者に移転する（商法662条）。これが請求権代位制度である。⁽²⁴⁰⁾このように、第三者の行為に起因して損害が発生した場合には、被保険者について、第三者には損害賠償義務が、保険者には損害填補義務が生じることになり、これら2つの義務の発生原因には違いがあるゆえに、①a説は、損害に対する遠近をもとにして両者の

(239) Sergio Ferrarini, *Le Assicurazioni Marittime*, 3a ed., Milano, 1991, pagg. 445-446.

(240) この制度は、①b説が指摘しているように、第三者の支払能力不足というリスクを回避することができ、被保険者の利益保護に優れている。すなわち、たとえ第三者が支払能力を十分に持っていない場合には、被保険者のこの者に対する損害賠償請求権を代位取得した保険者は第三者から保険金を回収することができなくなるが、被保険者に支払った保険金は、保険契約者から收受した保険料を含め、保険数理に基づいて算定された結果であることから、また、損害について有責者の存在しない自然災害の場合と同じ結果となり、当該保険契約に基づく保険金回収に関するリスクは吸収できるのではないだろうか。

請求権代位の存在意義

義務について段階の違いを示しており、また、①c説は段階の違いを説明するにあたり、賠償メカニズムに根拠を求め、①d説は保険の論理的メカニズムの中で展開される諸利益の調整に注目していると考えられる。

保険者の保険金支払義務と第三者の損害賠償義務との間には主従の関係があるか否かについて考えると、そもそも存在しないと解するのが一般的ではなからうか。⁽²⁴¹⁾その理由は、2つの義務はそれぞれの法的根拠を異にするということにある。2つの義務の発生原因が違うということと保険者の責任は二次的であるということとは、法理論上、必ずしも直接的には結びつかない。また、請求権代位を定める商法662条の規定は生命保険には準用されないゆえに（商法683条）、たとえ生命保険契約の被保険者が第三者の行為によって死亡したとしても、保険金を支払った保険者は、被保険者側の第三者に対する損害賠償請求権を代位取得できないと解されている。それゆえに、この場合にも、保険金支払義務と損害賠償義務とが併存するが、2つの義務の間には主従の関係はないと解さざるを得ない。したがって、たとえかかる主従の関係があり、保険者の義務は二次的であることが認められるとしても、それはすべての保険に固有のものではなく、損害保険に限って妥当するものであるといわざるを得ない。さらに、①b説も含め、保険者の義務を第三者の義務に比して二次的なものとして捉えているこれら3つの説の根底には、第三者は被保険者に生じた損害に関する有責者として免責されるべきではないという私法上の原則があるように思える。そうであるとすると、保険者の義務は二次的であるということの根拠は、①a説のごとく、損害の発生原因の違いに限定できなくなる。すなわち、この根拠を説明するためには、損害の発生原因の違いの他に、損害保険の損害填補性に基づく被保険者の利得禁止原則と第三者の免責阻止という原則とを併せて検討すべきではなからうか。したがって、保険者の義務は二次的であるという理

(241) 野津・前掲注(215)67頁。この場合の保険金支払義務は、定額保険における義務も含むと解するべきであろう。

由は請求権代位の存在理由として全体的な事柄を説明することについては機能するかもしれないが、保険者の権利取得の理由としては、この理由だけでは説明し尽くせないといえる。

また、① a 説が、保険者は実質的に他人の債務を弁済したとみるべきであると解している点についても疑問がある。すなわち、前述のように、保険者の保険金支払義務と第三者の損害賠償義務はその法的根拠を異にするものであることから、被保険者に対して保険金を支払った保険者は、法律上、自己の債務を弁済したと解さざるを得ない。それゆえに、請求権代位が肯定される場合には、保険者は実質的に他人の債務を弁済したことになるという解釈が可能であるかもしれないが、法律上の解釈として肯定することは難しいのではないかと考える。

3. 新しい視点による説明

保険者の権利取得の理由を説明するために、政策的考慮と法理論上の理由として求償権に関する議論とを検討したが、いずれも十分な説明が難しいのではないかと考えるので、これまでの考え方とは違った視点による説明が必要であろう。そこで、保険の性質に基づいて考えてみたい。というのは、請求権代位制度は法的制度である保険契約上のものであるが、前述のように、保険契約は法的制度であるものの経済的制度としての保険制度を基礎にするものであることから、請求権代位における保険者の権利取得の根拠についても保険の性質が影響するのではないかと考えるからである。

このような考え方にに基づき検討を試みると、イタリア法の学説の中に、保険の性質に基づき、被保険者が第三者に対して有する債権が保険者に帰属することを根拠にして、保険者の権利取得を説明する説がある。それによると、保険は、目的物およびリスクに関連した財産状態の中において、保険者が被保険者に完全に代替する制度であることから、この状態が保険者に対して目的物について生じた損害の負担をもたらす、目的

請求権代位の存在意義

物の滅失または毀損に関連する権利を帰属させるとする。⁽²⁴²⁾しかし、この説に対しては次のような批判がある。すなわち、もしこの保険の性質に関する前提が正しいとすれば、第三者に対する損害賠償請求権の移転が保険の性質の中に生来のものとなり、法律による授権をする必要がないことになることから、この前提は受け入れられない。というのは、保険者は、保険契約に基づいて被保険者に帰属する危険と事故に起因する損害を填補する義務とを引き受けることにより、保険事故に起因して損害が発生した場合には被保険者について補償するが、しかし、保険者は被保険者の財産状態の中において被保険者に代替するのではなく、その損害を填補するものの、目的物の所有権を取得するものでもないし、このことが妥当するのは保険委付の場合⁽²⁴³⁾だけである、と批判している。⁽²⁴⁴⁾

(242) Vittorio Salandra, *Dell'assicurazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 3a ed. (rist.), Bologna-Roma, 1969, pag. 346.

(243) 保険委付とは、保険の目的物が全部滅失したと同視すべき一定の場合に、被保険者が保険の目的物について有する一切の権利を保険者に取得させ、保険者をして保険金額の全額を支払わせる行為をいう（商法833条・839条）。保険委付が法律行為であり単独行為であり、保険委付権が形成権であることについては、学説が一致する（田中＝原茂・前掲注(197)239頁）。このように、保険委付は、保険の目的物が全部滅失したと同視すべき一定の場合に、保険の目的物に関する所有権を含め、被保険者が目的物について有する一切の権利を保険者に移転させるものであるから、請求権代位制度よりも残存物代位制度（商法661条）に近い制度である。

海上保険においては、通常、保険の目的物の損害の証明が困難であり、また、損害額の計算が繁雑であって多大の費用と日時とを要するので、これを避けるために法律上全損と同様の場合にはこれを全損と同視し、被保険者をして直ちに保険金額の全額を請求させ、同時に被保険者が保険の目的物につき有する権利を移転させるのが便宜であることから、保険委付は当事者の便宜のために海上保険について特に認められた制度であると解されている（田中＝原茂・前掲注(197)239頁～240頁）。

保険委付制度は、当初、保険の目的物に全損ありと推定しうべき一定の事情（一定期間の船舶・貨物の行方不明など）があるときは、保険者は被保険者に保険金全額を支払うが、後に被保険者が目的物を回復したときは、保険金の返還を要するという条件付のものであり（推定主義）、その後、

この保険の性質に基づいて保険者の権利取得を説明しようとするこの説は全面的には支持できないが、保険は保険者が被保険者のリスクに代替する制度であるという考え方に基づいている点には注目すべきである。

思うに、保険について考えると、保険制度において多数人による危険の分散が必須の条件であり、これが保険制度の本質である⁽²⁴⁵⁾。すなわち、経済的制度である保険を法律上の制度として具体化したものが保険契約であり、保険とは、保険企業が仲介者として機能し、将来の保険金の支払に備えて、あらかじめ保険契約者から徴収した保険料をもって、保険契約者側に帰属する危険（静態的かつ純粹危険）が危険団体に移転され、その内部において分散される制度であると解する⁽²⁴⁶⁾。

これらのことから、請求権代位において保険者が権利取得する理由を考える場合、保険では危険の移転がなされると解しうる点に視座を定めたい。

ところで、近代的保険の起源であるとされる仮装売買においては、売買により目的物の所有権が買主（保険者）に移転したと擬制されるゆえに、第三者の行為に起因して売主（被保険者）に損害が発生した場合、金融商人あるいは買主（保険者）が、目的物の所有者として第三者に対して損害賠償を請求することが可能であったと仮定することができはしまいか⁽²⁴⁷⁾。かかる仮定を請求権代位制度にそのまま適用することはできな

今日の委付制度が確立するに至ったとされる（重田晴生＝中元啓司＝志津田一彦＝伊藤敦司『海商法』288頁～289頁注（1）（青林書院・1994年））。保険委付の起源については、木村・前掲注(96)217頁～219頁を参照。

(244) La Torre, *op.cit.*, pag. 218.

(245) 拙稿・前掲注(1)神戸学院法学25巻1号159頁。

(246) 拙稿・前掲注(1)神戸学院法学25巻1号161頁。

(247) 近見正彦教授は、その大著『海上保険史研究』（有斐閣・1997年）において、14・15世紀地中海時代における海上保険契約法理の中で損害防止義務について考察するにあたり、当時は、損害防止義務はむしろ被保険者の権利とされていた点に問題があり、ここに、海上保険契約に関する基本的観念において、現代とは異なるきわめて中世的な保険契約観が見出され

る、と指摘される。すなわち、14・15世紀においては、保険者が危険を負担することは、保険者自らが被保険者の地位に立ち、被保険者があたかも消滅するかのごとく、被保険者にとって代わることであって、保険の目的物は保険者の危険負担とともに、その所有が保険者に移転するかのように考えられていたとされ、その旨は、ギドン・ドゥ・ラ・メール (Guidon de la mer) に掲げられた保険様式等で確認することができるが、かかる考え方は、ジェノヴァ (Genova) における売買契約に仮装された保険契約の影響を受けているといえるかもしれない、ボスコ (Bartolomeo Bosco) のように、保険契約は売買契約であり、売買契約では買主が契約後すべての危険を負担するから、目的物が船舶所有者の詐謀ないし奸計によって失われたことが証明された場合を除き、保険者も一切の危険を負担するということであり (Enrico Bensa, *Il contratto di assicurazione nel medio evo*, Genova, 1884, pp. 73-75, 塙浩「E・ベンサ『中世における保険契約の研究』」『ヨーロッパ商法史 (塙浩著作集 7 [西洋法史研究])』270頁 (信山社・1992年) (初出「E・ベンサ『中世における保険契約の研究』(1)」産大法学16巻4号148頁 (1983年)), 保険者の危険負担について包括責任主義をとる根拠は保険契約が売買契約とみなされる点にあり、それはおそらく、ジェノヴァにおいて行われていた売買契約に仮装された保険契約と同じ思想から導き出されたと思われる、それゆえに、損害防止義務を被保険者の権利としたのは、保険契約を売買契約と同様に扱い、保険の目的物の所有権が契約とともに保険者に移転するかのごとく考えた、はなはだ奇異な中世的保険契約観に基づくものであった、と指摘される (近見正彦『海上保険史研究—14・5世紀地中海時代における海上保険条例と同契約法理—』338頁～340頁 (有斐閣・1997年))。

保険契約が売買契約を仮装していたとされる時代 (13世紀から14世紀) には、冒険貸借 (foenus nauticum, prêt à la gross aventure) の貸主が船舶または貨物の買主となり、また、冒険貸借の借主が売主となり、買主が売主に代金を支払うが、航海が無事に終了すれば売買契約は解除され、代金 (実際は借入金) が返済されるという形をとり、航海の途中で海難にあった場合には、売買契約は解除されず、売主 (実際は借主) は代金の返済を要しないことになるとされ、具体的には、1370年7月12日付けの、カディスからスレイスまでの貨物保険では、保険者が被保険者の有している貨物を買入れ、その代金は6ヶ月以内に支払うことを約束するが、貨物が目的地で安全に陸揚げされたときは、売買契約は無効となり、代金の支払は要しない (したがって、海難の場合には支払われる) という形をとっていた、とされる (木村・前掲注(96)2頁～4頁, 同『ロイズ保険証券生成

史』124頁～135頁（海文堂・1979年）。また、松島恵『海上保険論（改訂第8版）』10頁～11頁（損害保険事業総合研究所・2001年）を参照。

ところで、たとえば、仮装売買の目的物である船舶（本船）が停泊中に他船が衝突し、本船または仮装売買の目的物である貨物に損害が生じた場合のように、本船またはそれに積み込まれていた貨物に関する損害が第三者の行為を原因として生じたときには、本船または貨物の所持人（仮装売買の売主）、それらの所有者（仮装売買の買主）および他船の所有者（第三者）間におけるそれぞれの権利関係はどのように処理されていたのであろうか、という疑問が生じる。

すなわち、海上保険契約が売買契約を仮装していたとされる時代には、他船の乗組員の過失等で他船が本船に衝突し、その結果、本船または貨物に損害が生じた場合、本船または貨物について2つの請求権が生じる。つまり、それは、仮装売買の買主が他船の所有者である第三者に対して有する損害賠償請求権と、仮装売買に基づき、仮装売買の売主が仮装売買の買主に対して有する代金支払請求権である。この場合、保険契約は売買を仮装していたということから、次のような2つのケースを示すことができる。すなわち、①衝突事故の発生した場所が売買契約を締結した場所から離れている場合などでは、仮装売買の売主が買主の代理人として、加害者である第三者から損害賠償金相当額を取得すれば、仮装売買の買主（保険者）は、売主（被保険者）に対してもはや売買代金（保険金）を支払う必要はなくなる。というのは、仮装売買の売主は買主を代理して第三者から損害賠償金相当額を受領したことにより、本船または貨物について生じた損害の程度に応じた売買代金を仮装売買の買主から取得したことと同じ結果になるといえるからである（第1のケース）。これに対して、②第三者が仮装売買の売主に損害賠償金相当額を支払う前に、仮装売買の買主が売主に対し、売買契約に基づいて売買代金（保険金）を支払った場合には、仮装売買の売主は本船または貨物の所有者ではないことから、この者には第三者に対する損害賠償請求権は帰属しないが、仮装売買の買主は、売買契約に基づき本船または貨物の所有者であることから、これらについて生じた損害について、加害者である第三者に対して所有者として賠償請求することができる（第2のケース）、という仮説が可能である。

これらのうち、第2のケースでは、請求権代位と類似した構造を見出すことができる。すなわち、この場合、仮装売買の売主（被害者）と買主（保険者）との関係、仮装売買の売主と第三者（加害者）との関係、そして、仮装売買の買主と第三者との関係が存在する。それゆえに、仮装売買の買主から売主に対して売買契約に基づいて売買代金が支払われれば、売

主は第三者に対して損害賠償金の支払を請求することはないはずである。というのは、前述の通り、仮装売買の売主は本船または貨物の所有者ではないゆえに、第三者に対する損害賠償請求権を有していないからであり、この結果、仮装売買の売主について、2つの請求権を二重に行使することによる利得を防ぐことができる（利得禁止）。つぎに、仮装売買の買主は、本船または貨物の所有者として、加害者である第三者に対して損害賠償を請求することによって、仮装売買の売主に支払った売買代金（保険金）の回収をはかることができ、この結果、第三者は免責されないこととなる（免責阻止）。

海上保険契約が売買契約を仮装していた時代において、仮装売買の目的物につき、第三者の行為に起因して損害が発生した場合の当事者間の権利関係の処理について以上のような仮説を立てたが、請求権代位と比較すると、その類似点と相違点を確認することができる。すなわち、売買契約に仮装された場合には、被害者である仮装売買の売主（被保険者）について利得禁止が確保でき、加害者である第三者について免責を阻止することができる点において、請求権代位と共通するが、仮装売買では、加害者に対する損害賠償請求権の代位取得（権利移転）がないという点において請求権代位とは異なる。というのは、この場合、本船や貨物の所有権が、売買契約の締結によって事故の発生する前に仮装売買の買主（保険者）に移転していることから、第三者に対する損害賠償請求権が買主（保険者）に移転する余地はないからである。

仮装売買の目的物である本船または貨物について、第三者の行為に起因して損害が発生した場合、その権利関係の処理については、以上のような理由付けが可能となろう。とりわけ、第2のケースの理由付けを請求権代位におけるそれと比較すれば、仮装売買における利得禁止は請求権代位における被保険者の利得禁止にあたり、免責阻止は同じく第三者の免責阻止にあたり、権利移転は、その根拠および時期は異なるものの、保険者への第三者に対する損害賠償請求権の移転にあたと解することができる。これらのことから、次のように愚考する。すなわち、海上保険契約が売買契約を仮装していた時代における権利関係の処理制度が、いわゆる近代的な保険契約の発生後（木村・前掲注(96)4頁以下、水島一也『現代保険経済（第7版）』33頁以下（千倉書房・2002年）を参照）、保険契約を巡る権利関係の処理にあたっても取り込まれ、請求権代制度として継続しているといえるのではなからうか、と。

このように、第2のケースと請求権代位は、損害を巡る権利関係を処理することにおいて構造が類似しており、効果の点においては同じである。

いが、応用することは可能であろう。すなわち、保険契約の締結によって保険契約者側の危険が保険者に移転すると考える結果、第三者の行為に起因して被保険者に損害が発生した場合には、保険者が引き受けた危険が現実のものになり、保険者は保険金を支払うことにより具体的に危険を負担したこととなる。保険契約が締結されていない場合には、かかる危険は損害を被った者が第三者に賠償請求する等も含めて自分で負担しなければならないはずであるが、保険契約が締結された効果として、そして、危険移転の効果として、保険者が契約上の責任として保険金を支払うことによってかかる危険を被保険者に代わって負担したこととなるゆえに、第三者に求償することができるのではないかと考える。これを法的に説明すると、保険契約が締結されたことにより、保険者は保険契約者側の危険を負担する義務が生じる。つまり、保険事故が発生するまでは、保険者の負担する保険金支払義務は抽象的であるが、保険事故発生後は具体的な義務になることから、抽象的保険金支払義務は保険事故発生が発生すれば保険金を支払うという停止条件付の義務である。抽象的保険金支払義務という法律上の義務の発生が、保険契約者側の危険の移転という経済的概念に一致するということになる。また、被保険者が先に第三者から賠償金を取得した場合には、賠償金の金額について

そうであるとする、あくまでも推測の域を出るものではないが、近代的な保険契約が考案されたとき、それまでに運用されていた権利処理の制度がなくなり、まったく新しい制度に生まれ変わったとは考えられず、法的にみれば、売買契約に仮装されていた保険契約が近代的なものとして考案されたことにより、その性質が売買契約から危険移転ないし分散の契約に変わったものの（木村・前掲注(96)3頁を参照）、権利処理制度はそのまま継続され、その結果、請求権代位の存在意義を説明するにあたり、被保険者の利得禁止および第三者の免責阻止についてはほぼ理解を共有することができるが、保険者が権利を取得することについては見解が分かれている、と考えることはできないであろうか。たとえかかる考えが成り立つことは難しいとしても、かかる考えは、請求権代位制度が創設された背景として立論が可能であるといえないであろうか。

請求権代位の存在意義

保険者の具体的な保険金支払という危険は消滅するので、保険金請求権は消滅する、と考える。

ただし、危険の移転だけでは保険者の権利取得を完全に説明し尽くせないし、危険の移転に伴う効果が生命保険と損害保険とは異なる。そこで、他の要素を合わせて説明せざるを得ない。すなわち、保険契約が締結されると、保険である限り危険の移転がなされる。しかし、生命保険（定額保険）では、私見でいう広義・狭義・最狭義の利得禁止原則が妥当しないゆえに、被保険者ないし保険金受取人には利得禁止がいえないので、危険の移転に起因する具体的な負担に伴う権利は被保険者に移転することはないのに対して、損害保険では、私見でいう最広義の利得禁止原則があてはまらないゆえに、被保険者には利得禁止が妥当するので、危険の移転に起因する具体的な負担に伴う権利は被保険者に帰属することになる、と考える。

以上のことから、請求権代位において、被保険者に保険金を支払った保険者が被保険者の第三者に対する賠償請求権を取得することの理由は、保険者による危険負担という保険に固有な性質に基づき、他の要素を含めた説明がなされなければならない、と解する。

第5節 総括

1. はじめに

請求権代位の存在意義を明らかにするにあたっては、前述のように、一般的に、被保険者の利得禁止の理由、第三者の免責阻止の理由、保険者の権利取得の理由について合理的な説明が必要であるとされている⁽²⁴⁸⁾。本稿においても、かかる考え方に従って各理由を個別に検討してきた。

そこで、以下、これまでの個別の検討を集約することによって、請求権代位の存在意義を明らかにするという最終的な作業を行う。

(248) 坂口・前掲注(14)163頁、西島・前掲注(3)181頁～182頁等。

2. 本稿の整理

これまで概観したように、請求権代位の存在意義に関する伝統的理論は、絶対説による説明、相対説による説明、衡平説、損益相殺説、不真正連帯債務説、修正絶対説による説明（不特定損害肩代わり説）に分類される（第1章第2節）。しかしながら、これらの理論は、前述のように、損害保険契約の損害填補契約性をその出発点にしているが、損害保険契約における損害および被保険利益の概念等において理解を異にしており、また、各理論において、損害概念ないし被保険利益概念が明確ではないように思える。それゆえに、請求権代位の存在意義を確認するためには、保険における損害概念と利得禁止原則を明らかにする必要がある、と考えた（第1章第4節）。

つぎに、請求権代位の制定過程の変遷を概観すると、損害保険の損害填補契約性およびそこから派生する被保険者の不当利得の禁止が請求権代位の存在意義を巡る共通の認識であったと考えることができることから、この存在意義を考察する場合には、被保険者の利得禁止を中心に据えるべきではないか、と考えた（第2章第4節）。

そして、請求権代位と賠償者の代位を比較すると、請求権代位の構造には2つの段階があり、第1段階では、被保険者・第三者間の損害賠償関係、被保険者・保険者間の損害填補関係が発生し、第2段階において保険者・第三者間の求償関係が発生することから、請求権代位と賠償者の代位とはほぼ同じ構造を持つといえる。しかし、両者を機能面において比較すると、賠償者の代位における債権者と請求権代位における請求権代位における被保険者について二重の利得を防ぐことについては共通するが、前者における債権者の無資力回避機能および求償権制度を補充する機能は後者にはみられない等の点において両者は異なる。それゆえに、両者は類似する点がみられるが、異なる点も多いことから、請求権代位の存在意義を検討する場合には、その独自の点に注目する必要がある、と考えた（第3章第3節）。

請求権代位の存在意義

これらの検討結果に基づき、請求権代位において、被保険者の利得禁止の理由（第4章第2節）、第三者の免責阻止の理由（第4章第3節）、被保険者の権利取得の理由（第4章第4節）について検討を行った。

3. 請求権代位の存在意義

最近、請求権代位の根拠について、これは、第三者の免責が不当であることを前提として、被保険者に重複補償の不当利得が生じるときに、第三者に対する権利を保険者と被保険者のどちらに帰属させるべきかを衡量した結果、保険者に帰属させることにした政策的な制度である、とする学説が有力に提唱されている⁽²⁴⁹⁾。

この学説をまとめると次のようになろう。すなわち、第三者の免責の不当性だけからは権利主体が保険者となるべきという結論は出てこないゆえに、第三者に対する権利の主体として保険者と被保険者のどちらが適切かを、⁽²⁵⁰⁾ 衡平ないし政策的観点から検討する必要がある。従来も請求権代位は政策的総合的な考慮によるという見解はあったが、⁽²⁵¹⁾ 従来は主として保険者の権利取得を根拠づける方向での議論がなされ、否定要素の抽出はなされておらないことから、⁽²⁵²⁾ 肯定要素とあわせて否定要素も検討すべきである。否定要素として、⁽²⁵³⁾ 訴訟の増加、被告（第三者）の負担の増加、⁽²⁵⁴⁾ 和解の困難さが考えられるが、いずれも否定要素と評価できる。肯定要素として、①保険者の支払能力確保の要請、②被保険者に損害賠償請求権を行使させると、被保険者が保険金と損害賠償金のどちらを先に取得するかで、⁽²⁵⁵⁾ 取得金額が異なるという点がある。①については、保

(249) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号116頁。

(250) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号106頁，111頁。

(251) 大森忠夫「傷害保険契約と保険者代位」前掲注(60)173頁，石田・前掲注(14)357頁，石山・前掲注(24)34頁。

(252) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号111頁。

(253) 山本・前掲注(44)法学58巻4号101頁以下

(254) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号114頁。

険企業は経営の安全性を維持し、保険金支払を確保するという保険加入者の信頼と期待に 대응できるようにしておかなければならないという点からすれば、請求権代位の利益は保険者に与えた方が有効に利用されよう。②については、被保険者の権利取得を認めるとした場合、先に賠償金を取得すると、保険金は取得できないことになることから、権利行使の順序によって結果が異なる方が妥当であるものの、これらの要素も代位の肯定要素であるが決定的な意味を持つものではない。⁽²⁵⁶⁾このように、請求権代位の有無を考える際に考慮すべき要素はいずれも決定的でなく、また、否定要素が深刻な問題ではないとすれば、権利行使の順序による結果の相違から代位肯定としてよいとした上で、⁽²⁵⁷⁾この説は請求権代位の根拠について冒頭のような解釈を示している。⁽²⁵⁸⁾

請求権代位の存在意義を明らかにするために、本稿においてもこれまで、被保険者の利得禁止、第三者の免責阻止、保険者の権利取得についてそれぞれの理由を個別に検討してきた。それぞれの理由についてはその検討過程において示しているので、ここでは概略を確認することにとどめる。すなわち、被保険者の利得禁止は保険契約における利得禁止原則に基づくものであり（第4章第2節5(2)）、第三者の免責阻止の理

(255) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号114頁・115頁。

(256) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号115頁。

(257) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号115頁。

(258) 山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号116頁。なお、山本哲生助教授は、したがって、請求権代位は政策的な制度という側面を持つが、重複補償の不当利得が生じることが前提となるので、保険契約の性質がそのようなものでなければ、代位を正当なものと評価すべき理由はない、とされる。ただし、重複補償の不当利得にかかわらず、公序政策上被保険者が利益を得ることを禁止すべき理由があるときには、代位を認めるべきことになる。このように代位の根拠としては、重複補償の不当利得に基づく構成と利益に基づく構成の2通りの構成がありうるが、後者の代位は問題とすべき理由はなく、一般的には前者の構成で考えるべきである、とされる(同所)。

請求権代位の存在意義

由は、第三者が不法行為を含めた損害賠償制度において加害者としてその責任を免除されない理由によるものであり（第4章第3節3）、保険者の権利取得の理由は危険の移転という保険の本質に基づくものである（第4章第4節3）、と解する。

以上のことから、請求権代位の存在意義について総括しなければならぬわけであるが、しかし、これらの個別理由のうち、とりわけ、保険者の権利取得の理由については論理的必然性だけでは説明しきれないので、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を保険者と被保険者のどちらに帰属させるべきかを衡量すべきであるとする前述の学説と同様に、政策上の理由も必要ではないか、と考える。

そこで、民法の学説をみると、政策的な理由を根拠とするものがある。まず、請求権代位が加害者・被害者間だけでなく、別途、利益支払者も含めて合理的解決を図ろうとするものである、と解する説がある。⁽²⁵⁹⁾さらに、保険会社は、契約上、保険金を支払う義務を負っており、その額は、リスク計算に基づいて算出された保険料の対価としての性質を有するが、そうだとすると、請求権代位を認めることは、計算上、保険会社が保険料分だけ得をすることになり、このように考えれば、請求権代位が保険制度に論理的必然性に伴うものとは解し難く、むしろ、被害者の重複填補を避けるための損害保険特有の制度と説明するほかないであろう、とする説がある。⁽²⁶⁰⁾これらはいずれも、請求権代位の存在理由を政策的なものであるととられている、と解することができる。また、保険者が権利を取得する理由として保険料の軽減を指摘する学説によるものであるが、請求権代位は、保険者の立場を軽減するために、保険の社会的目的に合致するように立法者が押し進めてきた政策の1つである、と解する説がある。⁽²⁶¹⁾

(259) 加藤・前掲注(221) 5頁, 14頁。

(260) 内田・前掲注(133)『民法Ⅱ』416頁。

(261) Emilio Pasanisi, Opinioni su un problema discusso: la surroga assicura-

これらのことから、請求権代位の存在意義について次のように考える。請求権代位は、損害保険契約における利得禁止原則と民事法における損害賠償原則とを交錯させることによって考案された制度である。それゆえに、第三者の行為に起因して被保険者に損害が生じた場合には、すでに締結されている保険契約という既存の局面の他に、損害賠償という新たな局面が発生することになるから、この場合の法的な利害関係が合理的な帰結に至るためには、2つの局面の内容と整合させながら2つの局面を組み合わせた処理を行わなければならない。すなわち、保険契約の局面では、損害保険契約においては保険事故によって被保険者に生じた損害が填補されるわけであるから（商法629条）、損害の額を超えて填補されることは被保険者に損害が発生する以前の状態を上回る結果を生じさせることになり、利得が生じるので、超過した部分は無効となる（商法631条）。これについては、保険契約において私見でいうところの最狭義の利得禁止原則を除いた利得禁止原則が妥当するということが根拠となる⁽²⁶²⁾。つぎに、損害賠償の局面では、たとえば、落雷によって被保険者の家に火災が発生し、損害が生じた場合には、損害の原因は自然災害であるので、被保険者は家屋の火災損害について賠償を請求しうる相手が存在しないが、放火のように第三者の行為により保険事故が発生し、被保険者の家屋に損害が生じた場合には、法律上、被保険者（被害者）が賠償を請求できる相手として第三者が存在することとなることから、被害者保護および加害者の行為の抑止という社会的に容認された不法行為制度の目的に従って、第三者は被保険者にその損害を賠償することとなる。そして、第三者の損害賠償の弁済に先立ち、保険者が保険金を支払った場合には、保険者は、その金額を限度として、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権に代位するが（商法662条）、それは、被保険者の

tiva, in *Diritto e pratica nell'assicurazione*, 1976, pag. 79-80.

(262) このことは、重複補償の場合であれ、単独契約の場合であれ、ともに妥当すると考える。山本・前掲注(44)北大法学論集47巻2号116頁を参照。

請求権代位の存在意義

利得禁止および第三者の免責阻止を実現するためには、保険契約の危険移転という性質に基づき、保険者に権利取得させることが、政策上望ましいと立法者が考えたことによる、と解する。ただし、被保険者の利得禁止および第三者の免責阻止は必ずしも絶対的なものではないから、被保険者の利得禁止および第三者の免責阻止を認める必要がないと判断される場合には、請求権代位を認めないことも可能であり、かかる場合を定めた約款規定は有効である、と解する。⁽²⁶³⁾

おわりにかえて

請求権代位の存在意義について、前述のような結論を得ることができたが、本稿では、その検討過程において、保険における損害概念の検討を試みた。すなわち、請求権代位において被保険者の利得禁止の理由を考える場合、利得とは何かを確認する必要があったからである。その結果、利得禁止原則は、損害填補型の保険に限って妥当する最狭義および狭義の利得禁止原則と、定額給付型の保険について妥当する広義および最広義の利得禁止原則が存在するとした。そして、保険における損害とは、保険契約者側に発生する経済的損失をいい、保険事故が発生する前後における保険契約者側の財産状態の変化であると考えた。具体的には、財の減少および経済的負担の発生をいい、財には、現存する利益の侵害（実損害）と予見された利益の侵害がある、と解する。そうであるとすると、一般的に損害保険に含まれると解される物や財産の滅失・毀損に起因する損害を填補する保険は当然この損害概念が妥当しよう。さらに、傷害や疾病による治療費や入院費を支払うことになれば、それは保険契約者側にとって経済的負担の発生であって、ここでいう損害になるのではなからうか、と考えた。そして、損害をその評価方法に着目して整理すると、保険には具体的評価が可能な客観的損害と抽象的評価を行う主

(263) 海外旅行傷害保険普通保険約款29条1項（代位を否定）および2項（代位を肯定）を参照。

観的損害がある。そして、前者は、財の現象として物・財産の滅失・毀損を含み、負担の発生として他人に対する損害賠償、費用負担等を含む。これに対して、後者は、財の現象として不労による所得の減少、期待利益の喪失・逸失利益を含み、さらに、負担の発生として費用負担を含む、と解する。

おわりに、請求権代位の検討対象として重要であると思われるものには、その存在意義の他に、法的性質⁽²⁶⁴⁾、適用基準ないし適用範囲等があるが、筆者としては、これらのうち、請求権代位の適用基準ないし適用範囲について検討するという課題が残っている。この問題を検討するにあたっては、本稿において検討した利得禁止および損害概念に基づくのみならず、請求権代位の法的性質をもあわせれば、この請求権代位の適用基準ないし適用範囲という問題について明確な結論を導き出せるのではないかと考える。

(264) 拙稿「法的性質(1)～(3・完)」前掲注(12)を参照。