

請求権代位の適用基準と適用範囲

岡 田 豊 基

はじめに

第1章 判例にみる検討視座

第1節 はじめに

第2節 最高裁の判例にみる検討視座

第2章 各視座に基づく判例と学説

第1節 判例

第2節 学説

第3章 請求権代位の適用基準

第1節 はじめに

第2節 適用基準の解釈

第3節 損害填補に関する解釈

第4章 請求権代位の適用範囲

第1節 はじめに

第2節 損害保険

第3節 生命保険

第4節 定額給付型の傷害保険・疾病保険等

おわりに

はじめに

請求権代位につき、その存在意義⁽¹⁾および法的性質⁽²⁾について別稿におい

(1) 拙稿「請求権代位の存在意義——保険における損害概念の再考——」
神戸学院法学35巻2号1頁（2005年）。

(2) 拙稿「請求権代位の法的性質（1）～（3・完）」損保研究62巻2号1

て検討した。その内容をまとめてみると、次のようになる。存在意義については、保険における利得禁止原則および損害概念について検討したうえで、請求権代位を巡って、被保険者の利得禁止および有責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ものである、と解するに到った。⁽³⁾ 法的性質については、請求権代位は、被保険者の有責第三者に対する損害賠償請求権を保険金の支払を条件として保険者が取得するという特殊な法定代位であるが、保険契約に無関係な有責第三者の立場を考える限り、債権譲渡に類似したものととらえ、保険者は、有責第三者に対して、被保険者に保険金を支払った旨を通知し、かつ、損害賠償請求権を行使する旨を表示しない限り、有責第三者に対してこれを行使することができない、と解するに到った。⁽⁴⁾

請求権代位の検討対象として重要であると思われる問題点として、これら請求権代位の存在意義・法的性質の他に、適用基準・適用範囲がある⁽⁵⁾と考える。そこで、本稿において、存在意義・法的性質について検討した前述の成果に依拠しながら、適用基準・適用範囲について検討する。

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。まず、被保険者が損害賠償請求権と損害填補請求権とを併せて行使するとしても、この者について利得が生じなければ、保険者が被保険者の有責第三者に対する損害賠償請求権を代位取得することはないゆえに、請求権代位の適用基準は、当該保険が被保険者に利得が生じると考えられる損害填補型の保険である、と解する。つぎに、個々の保険について請求権代位の適用範囲を考えると、まず、請求権代位は損害保険において機能す

頁（2000年）、62巻3号133頁（2000年）、62巻4号93頁（2001年）。

（3） 拙稿・前掲注（1）100頁～101頁。

（4） 拙稿・前掲注（2）「法的性質（3・完）」損保研究62巻4号124頁。

（5） 拙稿・前掲注（1）5頁、102頁。

請求権代位の適用基準と適用範囲

るゆえに（商法662条）、たとえ人保険であっても、それが損害填補型の保険である限り、商法662条が適用され、請求権代位は機能する。そして、損害填補型の保険において、請求権代位を放棄する旨の約款規定があるが、このような規定は、被保険者に利得をもたらさず、かつ、故意による有責第三者の損害賠償責任をも免責することにならない限り有効である、と解する。これに対して、損害保険に関する規定を生命保険に準用する旨を定めた商法683条には、請求権代位を定める商法662条が明示されていないことから、そして、生命保険には損害填補性を認めることができないことから、生命保険には商法662条が適用ないし準用されない。とはいうものの、契約当事者間において、保険金受取人の有責第三者に対する損害賠償請求権が保険金の支払を条件として保険者に移転するという合意が債権譲渡に類似する法律行為であるという解釈によれば、生命保険において約定により請求権代位を認めることができる、と解する。さらに、定額給付型の傷害保険・疾病保険の死亡給付については、損害填補性が認められないので、被保険者が傷害・疾病に起因して死亡した場合については請求権代位を否定するが、かかる傷害保険・疾病保険の死亡給付を除いた部分については、損害填補性が認められると考えるので、請求権代位を認めることができる。そして、約定代位の可否については、生命保険と同様の解釈ができる、と解する。

第1章 判例にみる検討視座

第1節 はじめに

請求権代位の適用基準・適用範囲に関する検討視座を整理するため、これに関する判例を概観する。判例の中には、請求権代位の適用基準・適用範囲に限って判示するものもあるが、これと損益相殺の可否等とをあわせ、保険と損害賠償との交錯について広く判示するものが下級審判決を含めて数多く見られる。これらについては、つとに有益な検討がなされているので、本稿では、保険と損害賠償との交錯に関して判示した⁽⁶⁾

最高裁の判例に絞ってそれを概観することにより、請求権代位の適用基準・適用範囲に関する検討視座を探るものとする。

第2節 最高裁の判例にみる検討視座

1. 判例の概観

最高裁の判例には、時系列的に見ると、生命保険、火災保険、生命保険の付帯特約、所得補償保険、自動車保険の搭乗者傷害条項に関するものがみられる。

①最二小判昭和39年9月25日民集18巻7号1528頁（生命保険）⁽⁷⁾

生命保険の保険金は保険料の対価たる性質を有し、不法行為の原因と関係なく支払われるべきものであるから、不法行為により被保険者が死亡したために保険金が給付されたとしても、これを不法行為による損害賠償額から控除すべきいわれはない、と判示された。

②最三小判昭和50年1月31日民集29巻1号68頁（火災保険）⁽⁸⁾

火災保険の保険金は保険料の対価たる性質を有し、第三者が所有者に対し不法行為・債務不履行に基づく損害賠償義務を負う場合においても、損害賠償の算定に際し、損益相殺として控除されるべき利益にあたらぬと解するのが相当であるが、保険金を支払った保険者は、請求権代位により、支払った保険金の限度において被保険者の第三者に対する損害賠償請求権を取得する結果、被保険者たる所有者は保険者から支払を受けた保険金の限度で第三者に対する損害賠償請求権を失い、第三者に対して請求しうる賠償額が支払われた保険金の額だけ減少することとなる

(6) 大森忠夫「保険金と損害賠償」『保険契約法の研究』202頁（有斐閣・1969年）を参照。

(7) 本件に関する解説・評釈等は、拙稿「保険契約と損害賠償との調整——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106頁注(1)（2001年）を参照。

(8) 本件に関する解説・評釈等は、拙稿・前掲注(7)107頁注(2)を参照。

にすぎない、と判示された。

③最一小判昭和55年5月1日判時971号102頁（生命保険の付帯特約）⁽⁹⁾

生命保険の特約に基づく傷害給付金・入院給付金は保険料の対価たる性質を有し、第三者が受傷者に対し不法行為・債務不履行に基づく損害賠償義務を負う場合においても、損害賠償額の算定に際し、損益相殺として控除されるべき利益にあたらぬと解するのが相当であり、各給付金については請求権代位の適用はないと解するのが相当であるから、被保険者たる受傷者は保険者から支払を受けた限度で第三者に対する損害賠償請求権を失うものではない、と判示された。

④最一小判平成元年1月19日判時1302号144頁（所得補償保険）⁽¹⁰⁾

本件約款には、請求権代位の規定はないが、(i) 被保険者が傷害・疾病を被り、就業不能になったときに、被保険者が被る損失について保険金が支払われるものである、(ii) 保険金の額は、就業不能期間1か月につき、保険証券記載の金額・平均月間所得額の小さい方である、(iii) 原因・時を異にして発生した身体障害による就業不能期間が重複する場合、重複期間については重ねて保険金を支払わない、(iv) 重複して所得補償保険を締結してあり、保険金の支払われる就業不能期間が重複し、かつ、保険金の合算額が平均月間所得額を超える場合には、保険金を按分して支払う、(v) 約款に規定しない事項については日本国の法令に準拠する、との趣旨の規定があることから、本件保険は、被保険者の傷害・疾病そのものではなく、被保険者の傷害・疾病のために発生した就業不能という保険事故により被った実際の損害を保険証券記載

(9) 本件に関する解説・評釈等は、拙稿・前掲注(7)107頁注(3)を参照。

(10) 本件に関する解説・評釈等は、西島梅治・判評368号58頁(判時1318号220頁)(1989年)、吉田明・ジュリ臨増957号109頁(1989年)、瀬戸正義・ジュリ932号74頁(1989年)、同ジュリ増刊(最高裁時の判例Ⅲ私法編(2))41頁(2004年)、吉川栄一・ジュリ1012号105頁(1992年)、神田秀樹・商法(保険・海商)判百(第2版)48頁(1993年)、同・損保判百(第2版)70頁(1996年)等を参照。

の金額を限度として填補することを目的とした損害保険の一種というべきであり、被保険者が第三者の不法行為によって傷害を被り就業不能となった場合において、保険金を支払った保険者は、保険金の限度において被保険者が第三者に対して有する休業損害の賠償請求権を取得する結果、被保険者は保険者から支払を受けた保険金の限度で損害賠償請求権を喪失するものと解するのが相当である、と判示された。

⑤最二判平成7年1月30日民集49巻1号212頁（自動車保険の搭乗者傷害条項⁽¹¹⁾）

本件条項の死亡保険金は、被保険者が被った損害を填補する性質を有するものではない。というのは、本件条項は、保険契約者およびその家族、知人等が被保険自動車に搭乗する機会が多いことに鑑み、搭乗者・その相続人に定額の保険金を給付することによって、これらの者を保護しようとするものと解するのが相当だからであり、そうすると、本件条項の死亡保険金を被保険者の相続人らの損害額から控除できない、と判示された。

2. 検討視座

かかる判例を整理すると、定額保険・人保険に関するもの（判例①③⑤）、損害保険・物保険に関するもの（判例②）、損害保険・財産保険に関するもの（判例④）に分けることができる。これらはいずれも、当該保険金について損益相殺を否定しているが、判例①③⑤は、被害者について損害賠償金と保険金の取得を認めているのに対して、判例②④は、両者の取得を認めている。また、当該保険約款の中に請求権代位に関する規定が存在するもの（判例②）と存在しないもの（判例①③④⑤）とがある。

以上のことから、請求権代位の適用基準について検討する場合の視座

(11) 本件に関する解説・評釈等は、拙稿・前掲注(7)103頁注(2)の他、山口成樹・交通民28巻（索引・解説号）368頁（1995年）を参照。

請求権代位の適用基準と適用範囲

として、法定代位と約明代位、損害保険と定額保険、人保険と物・財産保険に分ける必要がある。ただ、かかる視座のうち、法定代位と約明代位の区分が主たるものであると考えるので、残りの2つの視座は其中に織り込みながら検討する。

第2章 各視座に基づく判例と学説

第1節 判例

前述した最高裁の判例の中で請求権代位について触れているものは、火災保険（判例②）、生命保険の付帯特約（判例③）および所得補償保険（判例④）に関するものである。判例②④は、いずれも当該保険契約を損害保険契約であるとして、請求権代位がなされる旨を認めている。それゆえに、最高裁の立場は、損害填補型の保険契約であることが請求権代位の適用基準であり、適用範囲でもある、と解することができる。これに対して、判例③は、理由を明示しないまま当該保険契約につき商法662条の適用はないと判示している。それゆえに、当該保険契約が定額・人保険契約であるが、判例③が定額保険契約全般に及ぶかどうかについて議論の余地がある^{(13)・(14)}。

つぎに、生命保険（判例①）と自動車保険の搭乗者傷害条項（判例⑤）

(12) 所得補償保険の損害填補契約性につき、洲崎博史「保険代位と利得禁止原則（二）・完」法学論叢129巻3号19頁（1991年）は疑問を抱く。

(13) 本判決は生命保険の特約でない傷害保険には及ばないと解するものとして、加瀬幸喜「判批」判タ447号54頁（1981年）。反対：吉川吉衛「生命保険特約に附加された特約による給付金等と商法六六二条の適用の有無」判タ439号175頁（1981年）。

(14) 本保険契約は定額・人保険契約であることから、本判決の射程範囲が定額・人保険契約全般に及ぶかどうか疑問であると解することもできるが、損害填補型傷害保険契約は、人保険契約でありながら請求権代位が機能するものであることから、本判決の射程範囲を見る場合には、定額保険契約における請求権代位の可否に限定するべきであると考え、本文のような表現をした。

に関する判例は請求権代位について触れていない。それゆえに、これらはいずれも定額・人保険であることから、定額保険に請求権代位が適用されるか否かについて、最高裁の立場は完全に明確であるとはいえない⁽¹⁵⁾。

また、約定代位については、自動車共済契約に関する下級審の判例であるが、自損事故条項に基づく給付金を巡る請求権代位規定の効力について⁽¹⁶⁾ 判示したものがある。すなわち、自損事故共済金は定額給付であるゆえに、定額保険における請求権代位規定の効力を巡って争われたケースにおいて、裁判所は、請求権代位規定の趣旨は自損事故の被害者が二重に自損事故共済金を取得することを積極的に認容するものではなく、請求権代位規定が民法90条に反するものとはいえないとして、これを有効と判示した。この判旨が定額保険契約一般における請求権代位規定の効力にまで及ぶか否かは明確ではないが、判旨の論理からして、自損事故条項の趣旨を重視しているように考えられる⁽¹⁷⁾。

また、無保険車傷害保険について、下級審の判例では、請求権代位規定⁽¹⁸⁾の効力を否定するものは見あたらない⁽¹⁹⁾。このことは、本保険の約款規

(15) 山本哲生「保険代位に関する一考察（2・完）」北大法学論集47巻3号46頁（1996年）。

(16) 東京地判昭和57年9月9日判時1064号88頁。本件に関する解説・評釈等は、大塚英明・判タ520号59頁（1984年）、石田満・ジュリ851号137頁（1985年）。鴻常夫編集代表『注釈自動車保険約款（上）』256頁～259頁（有斐閣・1995年）（山下友信筆）を参照。

(17) 山本・前掲注(15)47頁。

(18) 無保険車傷害条項14条「保険金請求権者が他人に損害賠償の請求をすることができる場合については、一般条項第23条（代位）第1項の規定を適用します」（鴻・前掲注(16)325頁～326頁（山下友信筆）を参照）、一般条項23条（代位）1項「被保険者が他人に損害賠償の請求をすることができる場合には、当会社は、その損害に対して支払った保険金の額の範囲内で、かつ、被保険者の権利を害さない範囲内で、被保険者がその者に対して有する権利を取得します」（鴻常夫編集代表『注釈自動車保険約款（下）』162頁～178頁（有斐閣・1995年）（山下友信筆）を参照）。

請求権代位の適用基準と適用範囲

定に本保険が損害保険であることを明示していること、⁽²⁰⁾ 本保険の保険事故が、無保険自動車の所有、使用または管理に起因して、被保険者の生命侵害または身体傷害の直接の結果による後遺障害が発生した事実であると解されていることから、⁽²¹⁾ 当然のことであろう。それゆえに、本保険は損害填補型の傷害保険契約ということになる。⁽²²⁾

本条の趣旨については、無保険車傷害保険は実損填補方式の傷害保険であることを理由に、保険会社の請求権代位が生じることを確認したものであるとする説（鴻・前掲注(16)325頁（山下筆））、実損填補方式の傷害保険であることを前提に商法662条による請求権代位を準用して関係者間の利益調整を行うことを明定しているものであるとする説（平田喜之＝水野貞「無保険車傷害条項をめぐる諸問題」金沢理＝西島梅治＝倉沢康一郎編『新種・自動車保険講座第2巻自動車責任保険』267頁（日本評論社・1976年）、倉八保治＝野崎美樹「無保険車傷害条項と保険者の責任」田辺康平＝石田満編『新損害保険双書2自動車保険』310頁（文眞堂・1983年）等がある。

(19) たとえば、大阪地判昭和59年2月18日判時1122号127頁、判タ525号223頁、交民集17巻1号244頁、京都地判昭和59年9月27日交民集17巻5号1364頁（自動車共済契約の無共済傷害条項に関する判例）、宮崎地判昭和59年12月24日交民集17巻6号1749頁、水戸地裁土浦支判昭和61年4月30日交民集20巻2号320頁、東京高判昭和62年3月31日交民集20巻2号316頁、東京地判平成8年8月27日交民集29巻4号1200頁（水戸地裁土浦支部判決の控訴審）（甘利公人「判批」損保研究59巻3号179頁（1997年）を参照）等を参照。

(20) 「無保険車傷害保険とは、無保険自動車の所有、使用または管理に起因して、被保険者が死亡したこと、または身体傷害の直接の結果として後遺障害が生じたことにより被保険者またはその父母、配偶者もしくは子が被る損害に対して、賠償義務がある場合に限り、保険金を支払う保険である」（自家用自動車総合保険・普通保険約款無保険車傷害条項1条1項（鴻・前掲注(16)265頁～276頁（石田満筆）を参照）。

(21) 鴻・前掲注(18)270頁（石田筆）を参照。

(22) 肥塚肇雄『無保険車傷害保険と保険者免責——人的免責条項の法的性質に関する研究——』148頁（信山社・2001年）。

第2節 学説

1. 法定代位について

(1) はじめに

法定代位については、損害填補型保険と定額給付型保険とに区別して、前者には請求権代位の規定（商法662条）が適用されるという解釈でほぼ一致しているが、後者への適用の可否については説が分かれている。すなわち、これらの説は、以下のように、定額給付型保険への適用を否定する説と肯定する説、人保険への請求権代位を否定する説との3つに大別できる。

(2) 定額給付型保険への請求権代位否定説

請求権代位の規定は定額給付型保険には適用されないと解するのが通説である。しかし、その理由付けは、請求権代位の存在意義の解釈により異なる。すなわち、請求権代位の適否は、当事者間の約定の有無と、これを見込んだ保険料計算方法によるか否かとで決まる、と解する⁽²³⁾説、支払保険金の決定方法に関する当事者の約定の内容が実損填補方式か定額給付方式かによって請求権代位の可否が決まる、と解する説⁽²⁴⁾、請求権代位の可否は利得禁止原則または当該保険の有する目的などから総合的に判断すべきであるとし、定額給付型傷害保険では、被保険者に第三者に対する損害賠償請求権を残しても利得禁止に反することはない、と解

(23) 大森忠夫「傷害保険契約と保険者代位」『保険契約法の研究』172頁～173頁（有斐閣・1966年）（初出・法学論叢76巻1・2号166頁以下（1964年））。鴻常夫「判批」生保百選（増補版）263頁（1988年），龍田節「判批」商法（保険・海商）判百（第2版）14頁（1993年）も同旨。このうち後者は、人保険にも請求権代位を認める。

(24) 西島梅治『保険法（新版）』386頁～387頁（悠々社・1991年），中西正明『傷害保険契約の法理』34頁～35頁，51頁～53頁，77頁～78頁（有斐閣・1992年），山下文「人保険・物保険，損害填補性・定額給付性」豊田太郎編『傷害保険の法理』14頁（損害保険事業総合研究所・2000年）。

請求権代位の適用基準と適用範囲

⁽²⁵⁾する説⁽²⁶⁾などがある。

これに対して、利得禁止原則から判断して次のように説く近時の有力説がある。すなわち、この説は利得禁止原則から請求権代位を導くものであり、定額給付型保険では利得禁止原則が機能しないことから、請求権代位は生じない、とする⁽²⁷⁾。また、請求権代位に基づいて保険者に移転する被保険者の損害賠償請求権は利益に対応する部分に限られるという対応の原則を認め、それゆえに、定額給付型保険では具体的損害項目と離れて一定額が給付されることから、どの部分の権利が移転するのか確定できないとするとともに、定額給付型保険のうち人保険では、利得禁止原則が強行法的には機能しないゆえに⁽²⁸⁾、請求権代位の規定の適用を認める⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾。

(3) 定額給付型保険への請求権代位肯定説

まず、傷害保険における後遺障害保険金と医療保険金については、保険給付により被保険者の損害が填補され、請求権代位が認められる、とする説がある⁽³¹⁾。すなわち、損害額が無限大とは措置できないものであつ

(25) 石田満『商法Ⅳ（保険法）』357頁（青林書院・1978年）。

(26) この他の説について、山本・前掲注(15)43頁注(51)に示されているものの他に、中西・前掲注(24)53頁、山下（丈）・前掲注(24)14頁等を参照。なお、笹本幸祐「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』321頁（法律文化社・1999年）は、所得補償保険を定額給付性を有する人保険と解し、請求権代位を約定することは保険者の自由に委ねてよいと解されている限り、請求権代位の規定の適用は否定する立場であろう、と解する。

(27) 洲崎・前掲注(12)11頁～15頁。定額給付型保険では利得禁止原則が機能しない理由について、同「保険代位と利得禁止原則（一）」法学論叢129巻1号（1991年）3頁～4頁、前掲注(12)11頁を参照。

(28) 洲崎・前掲注(12)12頁。

(29) 洲崎・前掲注(12)13頁～15頁、28頁。

(30) 洲崎・前掲注(12)14頁～15頁、29頁～30頁。

(31) 倉沢康一郎「保険代位について」『保険契約の法理』145頁（慶応通信

て、技術的理由で定額給付がとられている保険では、被保険者の有する社会状況についての何らかの指標に基づき、保険契約の効力が画されるというものが⁽³²⁾ありえてよいのではないかとする。そして、かかる傷害保険の保険金が死亡保険金と異なる法理に基づいているものであれば、かかる傷害保険の保険金が本来の意味での損害の補償機能を持ちうる可能性⁽³³⁾がある、とする。

つぎに、段階的定額給付の傷害保険には、請求権代位の規定を置くべきである、とする説がある。すなわち、後遺障害保険金の保険金額は、当該保険契約者が自己のいわば入用の充足を考慮して約定したものなのだから、保険事故による入用の現実化は、その者にとって、その者が算定し、保険者も認めていたいわば損害が発生したといえるのではないだろうか。そうだとすれば、障害の程度による給付金の差異は、ここでいう⁽³⁴⁾いわば損害の額と連動するものとみることができる。かかる形で、後遺障害の場合の損害額を把握することができれば、その額を基礎として、被保険者につき保険金と賠償金の重複填補ないし二重取りが不合理であると判断できるので、その相互調整は不合理とはいえず、請求権代位が⁽³⁵⁾認められる、とする。

しかし、これらの説に対しては、損害賠償が対象とする損害と体験による給付が対象とする損害との同一性が確定されなければならない、あるいは、それぞれにおける請求権代位の存在意義の理解と対応の原則との⁽³⁶⁾関係を考える必要がある、との批判がある。

・1975年) 参照。

(32) 倉沢康一郎「生命保険、傷害保険と被害者補償制度」ジュリ691号126頁(1979年)。

(33) 倉沢・前掲注(32)127頁～128頁。

(34) 吉川・前掲注(13)176頁、同「シンポジウム傷害保険契約法」私法45号170頁(1983年)、同「災害補償と損害賠償」損保研究46巻1号69頁(1984年)。

(35) 吉川・前掲注(34)損保研究46巻1号65頁を参照。

(4) 人保険への請求権代位否定説

人保険では請求権代位は考えなくともよいとする説がある。この説は、人保険で定額保険を認めた以上、保険法上は、保険金と損害賠償金との重畳取得も不当利得ではない、という考え方に基⁽³⁷⁾づいている。

つぎに、近時の有力な説は、対象とする損害を特定できる損害填補を目的とする保険契約でなければ請求権代位の規定は適用されないと解したう⁽³⁸⁾えで、人保険には請求権代位の規定は適用されないと解釈することもありうると思われる、とする。その理由として、重複補償の不当利得が生じるのは契約が損害填補を目的とする場合と解するためであるとする。そして、保険契約の類型に関していわゆる中間的な保険についてもまた、保険契約の目的が損害填補か否かが問題になるが、中間的であるということは、目的が損害填補かどうかを判断するのが困難になるという限りにおいて問題となるのであり、請求権代位の根拠が保険者と被保険者のどちらに権利を取得させるべきかの比較衡量にあるとすれば、損害填補を目的とするか否かの判断が困難であることを請求権代位否定の要素として評価することもありうる、と解⁽³⁹⁾している。

さらに、定額給付型の人保険契約は、損害の発生の有無、および、その額とは無関係に保険事故の発生によって約定の保険金額を支⁽⁴⁰⁾払う契約であるから、請求権代位を適用する根拠はない、とする説がある。

(36) 洲崎・前掲注(12)12頁、山本・前掲注(15)56頁。

(37) 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(弘文堂・1999年)(初出・私法56号89頁～90頁(1994年))、同『保険法』551頁(有斐閣・2005年)。

(38) 山本・前掲注(15)81頁。

(39) 山本・前掲注(15)81頁～82頁。

(40) 肥塚肇雄「他給付との関係」豊田・前掲注(24)、同・前掲注(22)161頁。

2. 約定代位について

損害填補型保険において請求権代位を否定する約款規定の効力、定額給付型保険において請求権代位を認める約款規定の効力について、議論が分かれている。

まず、約定の有無を重視するので、損害填補型と定額給付型の基準にかかわらず、約定により自由に請求権代位の有無を定めることができる、とする説がある。⁽⁴¹⁾

つぎに、傷害保険では、定額方式か実損方式か、賠償請求権を移転するかについて、契約当事者に自由な選択が許されているとしつつ、医療実費を対象とする部分については、当事者の選択は認められず、実損填補の法則が適用される、とする説がある。⁽⁴²⁾

さらに、近時の有力説として、請求権代位の根拠である利得禁止原則は、物・財産保険に通ずる強行法的原理であり、物・財産保険では請求権代位を否定する特約は違法であるのに対して、人保険では、利得禁止原則は強行法的には働かないので、損害填補型か定額給付型かにかかわらず、請求権代位の有無は約定で定めうる、とする説がある。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

また、請求権代位制度は、保険契約が損害填補を目的とすることから必要となる利益調整のための制度であるとの立場に立って、損害填補型保険において請求権代位を否定する約款規定の効力、および、定額給付型保険において請求権代位を認める約款規定の効力は、原則として、有効となる、とする説がある。⁽⁴⁵⁾すなわち、請求権代位は、保険契約が損害

(41) 大森・前掲注(23)173頁。

(42) 西島・前掲注(24)386頁。この説に対する批判として、田辺康平「保険契約の分類」『保険契約の基本構造』21頁以下（有斐閣・1979年）、同『現代保険法（新版）』232頁（文眞堂・1996年）、同「判批」損保百選160頁（1980年）、山本・前掲注(15)63頁～64頁を参照。

(43) 洲崎・前掲注(12)4頁。

(44) 洲崎・前掲注(12)14頁。

(45) 山本・前掲注(15)81頁。

請求権代位の適用基準と適用範囲

填補を目的とすることから自動的に導き出されるものではないが、契約の性質とまったく関係のない制度ではない。契約の目的が損害填補である限り、利益調整の必要性が発生し、逆にいえば、保険契約が損害填補を目的とするものでなければ、基本的に請求権代位を認める必要はない。ただ、請求権代位にまつわる利害関係は微妙であることから、請求権代位は損害填補を目的とする契約であれば必ず認めるべき⁽⁴⁶⁾というものではなく、柔軟に考えることが可能であろう、と解している。

さらに、定額給付型傷害保険に類推適用される商法683条は、損害保険に関する諸規定のうち、請求権代位に関する規定である商法662条を生命保険の定額保険性と人保険性に着目して法政策的判断に基づき準用しないことにしたにすぎず、商法683条の規定には定額給付型傷害保険の約定規定を禁止する趣旨はない、とする説がある。⁽⁴⁷⁾

これらに対して、定額保険には約款をもってしても請求権代位を定めることはできない、とする説がある。この説は、請求権代位のような権利の法定的移転の効果は約款の規定で任意に定められるという性格のものではなく、法的に請求権代位が認められるのは、損害保険だからである、とする。⁽⁴⁸⁾

第3章 請求権代位の適用基準

第1節 はじめに

請求権代位の適用基準・適用範囲について検討するにあたり、適用基準を先に検討する。というのは、両者の関係は、前者が明らかにされなければ、後者を明らかにすることはできないというものであると考える

(46) 山本・前掲注(15)83頁。

(47) 肥塚・前掲注(40)226頁。

(48) 倉沢康一郎「搭乗者傷害保険金と損害賠償」倉沢康一郎＝今泉敬忠＝大谷孝一編『鈴木辰紀教授還暦記念 保険の現代的課題』400頁～401頁（成文堂・1992年）。

からである。そして、適用基準・適用範囲を検討するためには、請求権代位の存在意義・法的性質に関する考察の成果に依拠する必要がある。というのは、請求権代位の適用基準はこれら2つの事柄に基礎付けられていると考えるからである。

請求権代位の存在意義を明らかにするにあたっては、被保険者の利得禁止、有責第三者の免責阻止、保険者の権利取得の3項目について、これらすべてを包括した合理的な説明が必要であるとされている⁽⁴⁹⁾。適用基準を検討するにあたっては、これらの3項目のうち、被保険者の利得禁止に視座を定める。すなわち、請求権代位の規定が適用されるためには、被保険者が第三者の行為に起因して損害を被ったことにより、有責第三者に対する損害賠償請求権と保険者に対する損害填補請求権とを併せて行使することとなれば、被保険者について不当な利得が生じる結果となることから、それを禁止するという考え方に基づかなければならないからである。それは、すなわち、請求権代位は、被保険者について利得が生じる可能性のある保険契約において検討されるべき法制度である、ということの意味することになる、と考える。

第2節 適用基準の解釈

請求権代位の適用基準に関する判例・学説を集約すれば、それは次のようになろう。まず、判例については、前述した最高裁の判例の中で請求権代位について触れているもののうち、判例②（火災保険）・④（所得補償保険）は、当該保険を損害保険であるとして請求権代位を認めているゆえに、最高裁の立場は、請求権代位の適用基準として損害填補型保険であることを求めているといえる。しかし、判例③（生命保険の付帯特約）は理由を明示しないまま請求権代位を否定していること、そし

(49) 坂口光男『保険法』163頁（文真堂・1991年）、西島梅治『保険法（第3版）』181頁～182頁（悠々社・1998年）、拙稿・前掲注(1)8頁～9頁・32頁等。

請求権代位の適用基準と適用範囲

て、判例①（生命保険）・⑤（自動車保険の搭乗者傷害条項）は請求権代位について触れていないことなどからすれば、これらの保険は定額・人保険であるがゆえに、定額保険において広く請求権代位が適用されるか否かについて、最高裁の立場は明確ではない。また、約定代位に関する下級審判決についても、同じようなことがいえる。これらのことからすると、裁判所の立場は、請求権代位の適用基準として少なくとも損害填補型保険であることを求めている、と解することができる。

つぎに、学説については、請求権代位の適否は、当事者間の約定の有無とこれを見込んだ保険料計算方法によるか否かで決まると解する説⁽⁵⁰⁾以外は、支払保険金の決定方法に関する当事者の約定の内容が損害填補方式⁽⁵¹⁾であること、あるいは、利得禁止原則⁽⁵²⁾を判断基準にしているということが出来る。さらに、定額給付型保険の一部について請求権代位を肯定する説であっても、保険給付により被保険者の損害が填補される場合には請求権代位が認められる、と解している。⁽⁵³⁾

以上のような判例・学説に関する解釈に基づき、請求権代位の適用基準について、とりあえず次のように考える。ここにいわれる利得禁止原則は、最狭義のそれを含む狭義の利得禁止原則である。また、第三者の行為に起因して被保険者に損害が発生し、保険者が被保険者に対して保険金を支払った場合、保険者は、支払った保険金の額を限度として、被保険者の有責第三者に対する損害賠償請求権を取得する（商法662条1項）。したがって、被保険者が損害賠償請求権と損害填補請求権とを併せて行使するとしても、この者について利得が生じなければ、保険者が被保険者の有責第三者に対する損害賠償請求権を代位取得することはな

(50) 大森・前掲注(23)172頁～173頁。鴻・前掲注(23)263頁、龍田・前掲注(23)14頁も同旨。

(51) 西島・前掲注(24)386頁～387頁、山本・前掲注(15)81頁。

(52) 石田・前掲注(25)357頁、洲崎・前掲注(12)11頁～15頁。

(53) 倉沢・前掲注(31)145頁を参照。

い。それゆえに、請求権代位の適用基準は、当該保険が被保険者に利得が生ずると考えられる損害填補型保険であるということになる、と解する。

第3節 損害填補に関する解釈

以上のように、請求権代位の適用基準は損害填補型保険である、という結論に達した。そこで、損害填補の範囲、すなわち、損害概念を確認する必要がある。というのは、定額給付型保険においても、損害の発生を認識することができるのではないかと考えられるからである。

さて、前述のように、定額給付型保険であっても、後遺障害保険や医療保険には損害填補性があるとみる余地もあり、それゆえに、定額給付型保険への請求権代位の規定の適用を肯定することができる、とする説がある。これに対しては、請求権代位が機能するためには、損害賠償が対象とする損害と保険による給付が対象とする損害との同一性が確定されなければならない⁽⁵⁴⁾、あるいは、請求権代位の根拠の理解と対応の原則との関係を考える必要がある、との批判がある⁽⁵⁵⁾。とりわけ、後者の批判は、定額給付型保険に請求権代位が認められるか否かについては、損害填補性の他に損害の同一性が確定できることが必要であることから、保険契約の目的が損害填補であり、かつ、対象とする損害が確定できる保険契約でない限り、定額給付型保険には請求権代位は認められず、現在の定額給付型保険については、対象となる損害を確定できるものは見あたらなく、そうだとすると、現在のところは、損害填補型保険と定額給付型保険という基準は、損害填補型保険でなければ請求権代位は適用されない⁽⁵⁶⁾という意味で原則は維持できる、とする。

しかし、損害の概念について、一般的な理解とは異なった理解が必要

(54) 洲崎・前掲注(12)12頁。

(55) 山本・前掲注(15)56頁。

(56) 山本・前掲注(15)69頁。

ではないかと考える。すなわち、損害填補型保険では、損害填補性が確認されるが、定額給付型保険では、一律に損害填補性が否定されるかどうか疑問を持つことから、利得禁止原則を4つに分類する必要があるという立場をとりたい。利得禁止原則については、基本的に、これを広義と狭義に分類すべきである。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、広義の利得禁止原則を実現するためのより具体的な原則である⁽⁵⁷⁾。そして、いずれの利得禁止原則についても、この考え方をさらに進めて、それぞれを細分化する必要がある。狭義の利得禁止原則においては、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⁽⁵⁸⁾。さらに、広義の利得禁止原則においても、広義の利得禁止原則と最広義の利得禁止原則とに分ける。広義の利得禁止原則は定額給付型保険に妥当するものであるが、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とが存在し、前者は、定額給付型の傷害保険・疾病保険等の死亡給付の部分を除いた傷害給付・疾病給付の部分に妥当するのに対して、後者は、生命保険および定額給付型の傷害保険・疾病保険等の死亡給付の部分に妥当する⁽⁵⁹⁾。この分類に従って生命保険についてみると、死亡保険では、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。それゆえ

(57) 洲崎・前掲注(27)法学論叢129巻1号2頁。

(58) 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——』723頁（商事法務研究会・1998年）、同・前掲注(37)391頁～393頁。

(59) 拙稿・前掲注(1)43頁～46頁。

に、生命保険は定額給付型に限定される。また、定額給付型の傷害保険・疾病保険等における死亡給付部分についても同じことがいえる。これに対して、死亡給付を除いた傷害保険・疾病保険等における治療費・入院費等の医療費については、保険事故が発生すれば、約款の規定に従って定額給付がなされるが、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、この医療費が広義の利得禁止原則を判断する際の指針となろう。

つぎに、利得禁止原則の内容を確定するためには利得の限界は、損害概念がその基準となる。保険における損害には、財の減少と負担の発生があると考える。⁽⁶⁰⁾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する。具体的には、財の減少および経済的負担の発生が損害となり、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。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する。さらに、傷害・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、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り、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、費用負担等を含むのに対して、後者は、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）するものであり、財の減少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、と解する。⁽⁶¹⁾前述のように、

(60) 拙稿・前掲注(1)64頁。

(61) 保険事故が発生した場合、保険者に具体的な保険金支払義務が発生するが、これについて、Donati は次のように理解している。すなわち、物

請求権代位の適用基準と適用範囲

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、医療費として実際に支払った金額が保険契約者側の費用負担となり、それを対象として契約締結時に約定される保険金額は、保険者と保険契約者側との間で保険契約者側の主観的損害として設定されたものと理解することができよう。

以上のような損害概念によれば、たとえ定額給付型保険であっても、その一部については、緩やかではあるが損害填補性が維持されることになり、損害填補原則の及ぶ範囲を広く解することとなる。その結果、本稿は、請求権代位の適用基準は損害填補型保険であると解する立場をとるが、それは以上のような損害概念に基づくものである。

第4章 請求権代位の適用範囲

第1節 はじめに

請求権代位の適用基準は、当該保険が被保険者に利得が生じると考えられる損害填補型保険である、という結論に達した。ただ、損害の評価方法に着目すれば、損害には客観的損害と主観的損害とが存在し、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り、後者は、保険契約の当事者間で評価の結果について合意という抽象的評価をするものである、と解する。このような損害概念によれば、定額給付型保険であっても、その一部については、損害填補性が維持さ

損害保険においては、損害が発生したときに、実損害の範囲内で保険金支払義務を履行し、その際も被保険者に被保険利益と損害の証明を要求し、保険契約の範囲内で損害と填補を均衡させるための方策を講じる。しかし、傷害保険では、かかる厳格さは緩和され、生命保険では完全にその影をひそめている。とりわけ、後者では、保険者は保険事故発生によって、損害が実際に生じなかったり、保険金額より小さくても、保険金受取人に被保険利益や損害の証明を要求することなく、約定の保険金を支払うとしている（Antigono Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, pagg. 461）。

れることになり、損害填補原則の及ぶ範囲を広く解することとなる。

以下、請求権代位の適用基準についてかかる解釈に立ちながら、損害保険、生命保険、定額給付型の傷害保険・疾病保険等を対象として、請求権代位の適用範囲について検討する。

第2節 損害保険

1. 法定代位について

損害保険では請求権代位は機能する（商法662条）。それゆえに、たとえ人保険であっても、それが損害填補型保険である限り、商法662条は適用され、請求権代位は機能する、と解する。

2. 約定代位について：損害填補型保険において請求権代位を否定する約款規定の効力⁽⁶²⁾

(1) はじめに

損害填補型保険の約款において、保険者が被保険者の第三者に対する損害賠償請求権の取得を放棄したり（請求権の取得放棄）、取得した当該請求権を行使しないこと（請求権の不行使）を合意する旨の規定がある⁽⁶³⁾。このような規定は、求償権不行使特約として、または、約款中にそ

(62) 請求権代位の放棄については、別稿において、すでに検討している（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））。しかし、若干の修正もあることから、重複することになるが、再度、本稿において検討することとした。

なお、請求権の放棄条項は、保険者が代位取得した権利を行使しないとする有責第三者の範囲に関する問題と密接に関連するのではないかと解する。これについては、損害保険契約法改正試案662条4項（損害保険法制研究会『損害保険契約法改正試案・傷害保険契約法（新設）試案理由書1995年確定版』70頁（（財）損害保険事業総合研究所・1995年）。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88頁以下（1997年）を参照。

(63) たとえば、自動車保険約款（BAP）自損事故条項12条は、「当社が

請求権代位の適用基準と適用範囲

の旨の規定を折り込むことにより行われている（以下、かかる場合を請求権の放棄ということがある。）。

しかし、請求権代位の存在意義は、被保険者の利得禁止と有責第三者の免責阻止にあるという認識でほぼ一致していることから、⁽⁶⁴⁾ 保険者が請求権を放棄するとこれらの意義が阻害される可能性がある。というのは、保険者が請求権の取得を放棄した場合、被保険者は有責第三者に対して損害賠償を請求することができることから、実際の損害額以上の金銭を取得することになるので、利得をするという可能性があり、また、保険者が被保険者から取得した請求権を行使しない場合には、有責第三者は保険者から損害賠償請求を受けないことになるので、損害賠償責任を免れるという結果になるからである。そこで、請求権の放棄の可否を検討する場合、請求権代位の存在意義と請求権の放棄を定める約款規定との整合性を確認する必要がある、請求権の放棄が認められるとすると、その範囲を明らかにしなければならないと考える。

保険金を支払った場合であっても、被保険者またはその法定相続人がその傷害について第三者に対して有する損害賠償請求権は、当会社に移転しません」（鴻・前掲注(16)256頁～259頁（山下友信筆）を参照）と定め、請求権の代位取得を放棄している。また、同一般条項23条2項本文は、「前項の損害賠償の請求が車両損害に関するものである場合に、当社は、正当な権利により被保険自動車を使用または管理していた者に対しては、その権利を行使しません」と定め（鴻・前掲注(18)162頁178（山下筆）を参照）、保険者が代位取得した請求権の不行使を明示している。航空機保険約款には、求償権不行使特約が挿入されている。借家を目的とする火災保険契約には代位求償権不行使条項が自動的に付帯されることについて、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』395頁（文真堂・1979年）を参照。

(64) 大森・前掲注(23)182頁～183頁、坂口・前掲注(49)163頁、田辺・前掲注(42)『現代保険法』141頁、石田・前掲注(25)205頁～206頁、西島・前掲注(49)181頁等を参照。

(2) 請求権の放棄の可否

(i) 検討課題

保険者が請求権を放棄すると、被保険者および有責第三者にそれぞれの利益をもたらすという結果となる。そこで、請求権の放棄が被保険者の利益において認められるとする場合と、有責第三者の利益において認められるとする場合とに分け、そして、この問題について議論が重ねられてきたイタリアの法理に視座を定めて、検討すべき課題を探ってみ⁽⁶⁵⁾る。

まず、保険者が請求権の取得を放棄したならば、すでに保険金を受領している被保険者は有責第三者から損害賠償金を取得する可能性もあることから、被保険者に利得をもたらされることとなり、損害填補原則に反するゆえに、請求権の取得放棄は無効であると解されるはずである⁽⁶⁶⁾。しかし、これについて、損害填補原則の枠内において、被保険者に保険金と損害賠償金をとる取得することが認められる場合に限って認められる、と解したり⁽⁶⁷⁾、被保険者が保険者に償還する目的で有責第三者に請求することを認める場合に限って認められる、とする説がある⁽⁶⁸⁾。また、損害填補原則は保険関係の機能において保険者の利益においてのみ認められるものであるとして、取得放棄の有効性を認める説がある⁽⁶⁹⁾。このように請求権取得の放棄を被保険者の視点からみると、これを認めるためには、

(65) Gaetano Castellano e Sergio Scarlatella, *Le assicurazioni private: Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, 2 ed., UTET, 1981, pag. 439.

(66) Adriano De Cupis, Sulla rinuncia alla surroga assicuratoria, in *Assicurazioni* 1951, II, 2, 72.

(67) Sergio Ferrarini, Appunti sulla rinunciabilità della surroga assicuratoria, in *Assicurazioni* 1951, I, 406; Donati, *op. cit.*, II, pag. 483; Giulio Santi, *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1965, pag. 410.

(68) Anteo Genovese, Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore, in *Assicurazioni* 1968, I, 15, pag. 39, nota 26.

(69) Cfr. Gaetano Castellano, La rinuncia al diritto di surroga nell'assicurazione della responsabilità civile, in *Foro italiano* 1960, I, col. 1844 seg.

被保険者に利得の可能性があることから、いかにして利得禁止原則ないし損害填補原則を克服するかが検討課題となる。

つぎに、保険者が取得した請求権を行使しない場合、有責である第三者が免責されるので、請求権の不行使は無効であると解されるはずであるが、⁽⁷⁰⁾この場合においても不行使は有効である、とする説がある。⁽⁷¹⁾かかる説の中には、まず、約款に定められた不行使条項は、当該保険を第三者のためにする契約とする構成要因になる、とするものがある。⁽⁷²⁾しかし、このような結論に到達するのは、第三者のためにする契約を締結することに関して契約当事者の明白な意思表示が存在する場合に限られるが、實際上、不行使条項が存在している場合、つねにそのような意思表示が確認できるわけではないと批判し、それゆえに、不行使条項が約款に挿入されると、有責第三者は保険者の代位権に影響を受けることなく免責による利益を享受する可能性があるという意味において、不行使条項は有効になるにすぎない、とする説がある。⁽⁷³⁾また、有責第三者がそれから利益を得ようとする意思を表示するまでは不行使条項の撤回または変更は可能であり、もしその撤回または変更がなされれば、保険者は有責第三者に対して償還請求することができる、とする説もある。⁽⁷⁴⁾しかし、これに対しては、保険者の請求権不行使は、有責第三者の利益享受に関する意思表示の存否にかかわらず、保険者による一方的な明示の意思表示により効果を生ずるものであり、不知の有責第三者に対しても効力を及ぼすものである、とする批判がある。⁽⁷⁵⁾このように請求権の不行使を有責

(70) Ferrarini, *op. cit.*, pag. 402; Nicola Gasperoni, La c.d. surroga dell'assicuratore, in *Assicurazioni private (Scritti giuridici)*, Padova, 1972, pag. 416.

(71) Donati, *op. cit.*, II, pag. 482; Castellano e Scarlattella, *op. cit.*, pag. 440.

(72) Genovese, *op. cit.*, pag. 40, nota 26; Tribunale di Torino, 18 giugno 1962, in *Giurisprudenza italiana* 1964, I, 2, col. 342.

(73) Donati, *op. cit.*, II, pag. 483; Santi, *op. cit.*, pag. 410.

(74) Pretura di Bologna, 11 maggio 1960, in *Foro Italiano*, 1960, col. 1844 ed in *Foro padano* 1961, col. 1361; Santi, *op. cit.*, pag. 411.

第三者の視点からみると、これを認めるためには、保険者の請求権不行使により有責第三者は損害賠償責任を免れることから、この場合、有責第三者の免責の程度を検討することが求められる。

(ii) 請求権放棄の理由付け

① 請求権取得の放棄

損害填補原則は損害填補型保険に適用されるわけであるが、それに関連する利得禁止原則について前述したことを確認してみる。すなわち、利得禁止原則は、基本的に、広義と狭義に分類され、狭義の利得禁止原則が及ぶ範囲は損害填補型保険に限られる。⁽⁷⁶⁾そして、狭義の利得禁止原則は、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する最狭義の利得禁止原則とに分けられる。⁽⁷⁷⁾そして、かかる利得禁止原則における損害概念は、客観的評価が可能な客観的損害である。それゆえに、当該保険契約の目的が損害填補であるならば、基本的に請求権代位を認める必要があることから、契約法の理論に基づけば、とりあえず、保険者による請求権の取得放棄は認められないと解さざるを得ない。取得放棄が認められるのは、少なくとも、損害填補原則の枠内において、被保険者に保険金と損害賠償金を取得することが認められる場合、すなわち、被保険者が利得しない場合に限られる、と解する。

② 請求権の不行使

保険者の請求権の不行使を認めるためには、有責第三者の免責の程度

(75) Ugo Majello, *Incompatibilità della stipulazione a favore altrui con la rinuncia dell'assicuratore alla surrogazione verso il terzo danneggiante*, in *Foro padano* 1961, col. 1361.

(76) 洲崎・前掲注(27)法学論叢129巻1号2頁。

(77) 山下・前掲注(58)『商事法の展望』723頁、同・前掲注(37)391頁～393頁。

請求権代位の適用基準と適用範囲

を検討するわけであるが、有責第三者の責任は損害賠償責任という一般民事法上の法制度であることから、そこにおける原則を考察しなければならない。したがって、民法415条や709条等の規定に関する理論⁽⁷⁸⁾によることになるが、第三者の故意の行為により被保険者に損害が発生した場合は、この有責第三者を免責するのは不当であると考えことから、一般民事法上の原則の枠内において、この場合を除いた場合に限り、不行使条項の効力を認めることができる、と解する。

なお、不行使条項を第三者のためにする契約条項とみなす説があるが、しかし、この条項が第三者のためにする契約条項であるということに関して契約当事者の明白な意思表示が存在するかは疑問である。また、たとえ不行使条項がかかる旨を含んでいるとしても、保険契約に関係のない有責第三者にその内容及ぶことについては疑問を覚えることから、この理由付けは支持することができない。

③経済的な理由

以上のことからすれば、請求権の放棄が認められるのはきわめて限定された範囲の中であるということになる。しかし、請求権代位を巡る利害関係は微妙であることから、損害填補型保険契約であれば請求権代位が認められなければならない、放棄条項は原則的に認められないという結論⁽⁷⁹⁾は必ずしも望ましくないことから、柔軟に考えるべきであろう。

そこで、放棄条項の有効性を検討する場合、その理由を保険者が有責第三者に対して代位請求する場合の費用という経済的な理由に求めたい。請求権代位の存在意義は、前述のように、損害保険における被保険者の利得禁止および有責第三者の免責阻止にあると解されている。そして、被保険者に対して保険金を支払った保険者が被保険者の有責第三者に対する損害賠償請求権を取得し、有責第三者に対してこれを行使すれば、

(78) 不法行為を巡る最近の法理について、「特集 不法行為法の新時代」法律時報78巻8号(2006年)を参照。

(79) 山本・前掲注(15)83頁。

理論上、保険者は被保険者に支払った保険金の額を限度として有責第三者から償還することができるので、経済的にみれば、保険者は出捐を低く抑えることができるゆえに、保険料率を低く設定することができる⁽⁸⁰⁾とされ、その限りにおいて、請求権代位は保険契約者側にとって有益な制度である。しかし、保険者は代位権を行使すれば前述のような結果を享受できるにもかかわらず、請求権を放棄する場合は、これを行行使するために費用がかかる、あるいは、たとえ行使したとしても必ずしも十分な経済的な効果が得られるものではないということなどが、請求権放棄の主要な理由にあげられよう。請求権放棄は被保険者が保険者に償還する目的で被保険者をして有責第三者に請求することを認める場合に限ると解しうるのも、かかる理由によるからではなかろうか。⁽⁸¹⁾ 実際上、たとえ保険者が被保険者から損害賠償請求権を取得しても、有責第三者に対して行使するには少なからざる費用がかかる。この費用は保険料率の算定に影響する可能性もあろうし、たとえこれを行行使しても、有責第三者の経済状況によってはこの者から十分な償還を得ることができず、行使費用が償還額を上回る場合すらあろう。保険業法に規律される保険者が営利を目的とする企業である場合、請求権放棄の合意をするという経営行動をとることは十分に理解することができる。

それゆえに、請求権の放棄は保険者の一方的な意思表示によって効力を生ずると解される限りにおいて、⁽⁸²⁾ 保険者が有責第三者に対して代位請求する場合における費用の抑制という経済的な目的においても、その有効性を認める理由を見出すことができる、と考える。

(80) Donati, *op. cit.*, II, pag. 466, 大森忠夫「人保険と保険者代位」『保険契約法の研究』144頁～145頁（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））、同・前掲注(23)172頁以下。

(81) Genovese, *op. cit.*, pag. 39, nota 26.

(82) Donati, *op. cit.*, II, pag. 483.

(3) 請求権の放棄の制約要因

以上のように、請求権の放棄については、保険者側の経済的な理由によっても、その旨を定める約款条項の効力を認めることができるという結論に到ったが、前述のように、保険契約法および民事法上の論理からすれば、請求権の放棄条項の適用に制約を設けるべきであろう。

保険者が請求権の取得を放棄した場合、被保険者は有責第三者に対して賠償請求する可能性を持ち続けるのに対して、有責第三者は、保険者が請求権の不行使の意思を表示した場合に限り免責される。それゆえに、保険者が請求権の取得を放棄すれば、被保険者について、保険契約に基づく損害填補原則が放棄を認める場合の制約要因となる、と解される。したがって、取得が放棄された場合には、放棄されなければ保険者に移転するはずであった損害賠償請求権が移転することなく被保険者に留保されるので、原則として、保険金の額と損害賠償額との合計額が被保険者の被った損害額を超えない場合にのみこの放棄は有効であり、被保険者は有責第三者に対して請求権を行使することができる、と解する⁽⁸³⁾。これに対して、有責第三者については、保険者が取得を放棄し、かつ、被保険者が請求しなかった場合、および、不行使の場合において、有責第三者の免責阻止がその制約要因となろう。これは法律の一般原則あるいは社会正義に基づいたものと位置づけることができる。そうであるならば、有責第三者については、有責第三者が故意に保険事故を引き起こした場合を除いて、請求権の放棄条項の効力を認めることができる、と解する⁽⁸⁴⁾。

(83) これが生じるケースには、Donatiによれば、たとえば、第三者の責任に限度額がある場合、第三者の資産が十分でない場合、および、一部保険の場合等がある。Donatiは、傷害保険の場合のように、損害額が相対的な事前評価方法で評価される場合をもこれに該当するとしている (Donati, *op. cit.*, II, pag. 466)。

(84) 山下・前掲注(63)394頁～395頁、同・前掲注『保険法』(37)559頁。

第3節 生命保険

1. 法定代位について

法解釈上、損害保険に関する規定を生命保険に準用する旨を定めた商法683条には、請求権代位を定める商法662条が明示されていないことから、生命保険については、商法662条が準用されないということになる。

また、利得禁止原則と損害概念に基づいて検討したとしても、同じような結論に到る。利得禁止原則は、前述のように、広義と狭義に分類され、広義の利得禁止原則は定額給付型保険に妥当するものであるが⁽⁸⁵⁾、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とが存在し、前者の射程範囲は、定額給付型の傷害保険・疾病保険等の人保険のうち傷害給付・疾病給付の部分までであり、後者は、きわめて緩やかな利得禁止原則の概念であり、生命保険および傷害保険・疾病保険等の死亡給付の部分に相当する、と解する⁽⁸⁶⁾。さらに、損害の評価方法に着目すれば、損害は、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客観的損害と、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）する主観的損害とに分類することができる。死亡保険では、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ことから、生命保険は定額給付型に限定される。また、生命保険における死亡あるいは生存の価値はつねに絶対的に事前評価され、債権の重複は認められ、複数の保険契約から生じる複数の権利だけでなく、複数の保険契約および有責第三者の責任から生じる権利の重複が認められる、と解することもできる⁽⁸⁷⁾。それゆえに、請求権代位

(85) 洲崎・前掲注(27)法学論叢129巻1号2頁。

(86) 拙稿・前掲注(1)43頁～46頁。

(87) Donati, *op. cit.*, II, pag. 466; Luca Buttarò, Assicurazioni contro i danni, in *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1958, pag. 518; Aurelio D. Candian-Alberto Polotti di Zumaglia-Massimo Santaroni, *Assicurazione vita e infortuni: contratti para-assicurativi*, Torino, 1992, pag. 5; Severio Toffi, *Le Assicura-*

請求権代位の適用基準と適用範囲

の適用基準は損害填補型保険であるということからすれば、生命保険には法定代位としての請求権代位は機能しない、と解する。

2. 約定代位について

生命保険について約定による請求権代位を認めうるか否かという問題について、前述のように、請求権代位のような権利の法定的移転の効果は約款の規定で任意に定められるという性格のものではなく、法的に請求権代位が認められるのは損害保険だからであるとして、定額保険には約款をもってしても請求権代位を定めることはできない、とする説がある⁽⁸⁸⁾が、理由付けは異なるものの、約定代位を認める説が多い⁽⁸⁹⁾。

zioni: L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie, a cura di Antonio La Torre, Milano, 2000, pag. 205.

このうち、Donatiは、当事者は損害填補原則を反映させる生命保険を実現できる、と解する。すなわち、契約上、重複保険を禁止したり、第三者に対する被保険者の権利および訴権のすべてを保険者に移転することを約定するなどによることで可能になり、場合によっては、合意による譲渡または請求権代位も可能となる、というのは、同一主体について権利の統合は法律の要件になっていないからである、かかる意思是、民法典1341条に基づいて明示されなければならないが、保険契約の性質を変えるものではない、というのは、損害填補原則の実行における格付けが影響するのは、下部構造の配列のみであるからであるが、これは法定代位には含まれないからである、とする (Donati, *op. cit.*, II, pagg. 466-467)。

民法典1341条(契約の一般的諸条件)「①契約者の一方によってあらかじめ定められた契約の一般的条件は、その契約締結の時、他の当事者が知っていた場合または普通の注意を用いれば知るべかりし場合には、他の当事者に対して有効である。

②あらかじめ定めた者の利益となる責任の制限、契約から離脱し、または、契約の履行を停止する権能、他の契約者の負担におけるその失権、抗弁を主張する権能の制限、第三者との関係における契約自由に対する制限、契約の黙示の延期もしくは更新、仲裁事項もしくは裁判管轄の変更を定め、または、承認する条件は、それが特に書面によって確認されていない場合には、あらゆる場合において効力を有しない。」

(88) 倉沢・前掲注(48)400頁～401頁。

この問題について、請求権代位の法的性質に基づいて検討することも可能ではないかと思う。すなわち、この法的性質については、請求権代位は、被保険者の有責第三者に対する損害賠償請求権が保険金の支払を条件として保険者に移転するという特殊な法定代位であるが、保険契約に無関係な有責第三者の利益の保護を考える限り、債権譲渡に類似したものにとらえ、保険者は、有責第三者に対して、被保険者に保険金を支払った旨を通知し、かつ、請求権を行使する旨を表示しない限り、有責第三者に対してこれを行行使することができない、と解する⁽⁹⁰⁾。それゆえに、これによれば、契約当事者間において、保険金受取人の有責第三者に対する損害賠償請求権が保険金の支払を条件として保険者に移転するという合意が債権譲渡に類似する法律行為であるという解釈が可能となり、生命保険において約定により請求権代位を認めることができる、と解する。

第4節 定額給付型の傷害保険・疾病保険等

1. 法定代位について

(1) はじめに

傷害保険や疾病保険等の人保険は、損害填補型であることもあるが、その多くは定額給付型の商品として販売されている。そこで、定額給付型の傷害保険・疾病保険等に請求権代位を認める規定が適用されるか否かという課題を検討する必要がある。

この課題を検討する場合、イタリア法の議論を参考としたい。というのは、イタリア民法典1916条4項は傷害保険に請求権代位の規定が適用されると明示しており、この規定を巡ってさまざまな議論が展開されていることから、前述の課題を検討するにあたり有益な示唆を得ることが

(89) 大森・前掲注(23)173頁、洲崎・前掲注(12)14頁、山本・前掲注(15)81頁等。

(90) 拙稿・前掲注(2)「法的性質(3・完)」損保研究62巻4号124頁。

請求権代位の適用基準と適用範囲

できるであろうと考えるからである。ただし、請求権代位について定めるわが国の商法662条は、イタリア民法典1916条4項のような規定を持たないことから、請求権代位の適用範囲を検討する場合には、まず、商法662条が傷害保険に適用されるか否かを検討した上で、イタリア法における議論を参考にしながらそれを検討するという順序となろう。

(2) イタリア法の法理

(i) イタリア民法典1916条4項

イタリア民法典は、請求権代位を定める1916条4項⁽⁹¹⁾において、「本条の規定は、労働傷害保険 (assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro) および災害保険 (assicurazioni contro le disgrazie accidentali) にも適用される⁽⁹²⁾」と定めている。

(91) 民法典1916条「①損害保険金を支払った保険者は、その額の範囲で責任を負うべき第三者に対する被保険者の権利に代位する。

②故意の場合を除き、損害が子、準養子、尊属、被保険者と常に同居するその他の血族もしくは姻族、または家事使用人によるものである場合には、代位は生じない。

③被保険者は、代位権に与えた損害につき、保険者に対して責任を負う。

④本条の規定は、労働傷害保険および災害保険にも適用される。」

なお、フランス法における最近の動向について、山野嘉明「人保険における損害填補性の有無と請求権代位の可否」愛知学院大学論叢法学研究46巻1号157頁(2004年)を参照。

(92) イタリアでは、通常、傷害保険を表す場合、*infortunio* という文言を使う (*assicurazione contro gli infortuni*)。また、*infortunio* と *disgrazia* とは同義であるとされ (今井薫「イタリア判例の展開と旧商法時代における傷害保険学説」『保険契約における企業説の法理』152頁注(9)(千倉書房・2005年)(初出「イタリア法における傷害保険理論の展開(1)」損保研究45巻1号142頁注(9)(1983年))を参照)、イタリア法においてその見解が通説とされる Donati は、両語句の差異を認めていない (Donati, *op. cit.*, II, pag. 468, e III, Milano, 1956, pag. 520)。そうであるとすれば、“*assicurazioni contro le disgrazie accidentali*”を翻訳するにあたり、傷害保険という訳語をあてることも可能であろうが、これを直訳すれば災害事故保険とな

この規定は、そもそも、民法典以前の制定法である1882年商法典が適用されていた時代に存在していた問題を立法的に解決するために定められたものである。すなわち、1882年商法典には傷害保険に関する規定が存在していなかったことから、傷害保険に適用ないし準用される規定を巡って議論がなされていた⁽⁹³⁾。この中で、とりわけ、請求権代位について定めていた同法典438条がもつぱら損害保険に関する規定であったことから、同条が傷害保険に適用されるか否か、すなわち、傷害保険の法的性質を巡って激しい議論がなされ、数多くの判決が下された^{(95)・(96)}。そこで、

るといふことを考えた結果、本文のような訳語とした。

(93) つまり、イタリア法においては、傷害保険を生命保険と解する立場、損害保険と解する立場、第三種保険と解する立場等があるが、傷害保険を生命保険と解する立場では、生命保険に請求権代位の規定がないように傷害保険に本規定の適用がない、そして、これを損害保険と解する立場では、当然に傷害保険に本規定が適用される、と主張されてきた（今井薫『『損害填補理論の新たな展開』とその限界——イタリア傷害保険学説の研究——』前掲注(92)59頁（初出「イタリア法における『損害填補理論の新たな展開』とその限界——イタリア傷害保険学説の研究——』産大法学25巻3・4号2頁（1992年））。

(94) 1882年商法典438条「①保険の目的の損害または損失を填補した保険者は、損害を原因として被保険者に帰属する権利の範囲内において、この権利を被保険者にもたらしたすべての損害について責任を負担する第三者に対して代位する。

②損害が一部だけ填補された場合には、被保険者および保険者は、それぞれに帰属する額に応じて、自己の権利を競合して請求する。」

(95) 旧商法典438条に規定される請求権代位はもつぱら損害保険にのみ適用されるものであったことから、傷害保険に請求権代位を適用しようとする保険者は、訴訟において、傷害保険の法的性質を損害保険であると主張することで、その目的を達しようとしたとされる（今井・前掲注(92)59頁、93頁～94頁を参照）。

(96) イタリア法における傷害保険契約の法的性質を巡る理論の対立および判例については、今井薫・前掲注(92)95頁以下、同『『プラグマティスト』学説と判例』同169頁以下（初出『『プラグマティスト』学説と判例——イタリア傷害保険判例理論の崩壊——』保険学雑誌512号1頁以下（1986年））、同「イタリア傷害保険理論における混合保険説——機能派学説から制度派

請求権代位の適用基準と適用範囲

イタリア政府は、1942年民法典を制定する際、この問題を解決するために、1916条4項において前述のように定め、傷害保険にも請求権代位に関する規定が適用されるとしたのである。

しかし、1916条4項を定めたことによって、必ずしも前述の問題が解決したわけではない⁽⁹⁷⁾。つまり、1950年代半ばから、本条について、「責任を負うべき第三者に対する被保険者の権利」（民法典1916条1項）が保険者に移転し、保険者がこれを行使することに関する法的意義を巡って新たな論争がおり、これに関して数多くの理論が提唱され、夥しい数の判決が下された。というのは、労働傷害保険については争いはないが、災害保険を、通常の表現である傷害保険（assicurazione contro gli infortuni）であると解すると、民法典1916条の規定は、同法典「第4編 債務関係・第3章 契約各論・第20節 保険・第2款 損害保険」に定められている規定であるところから、定額給付型傷害保険に本条の規定が適用されることの理由付けについて議論がなされたのである。つまり、判例の立場によれば、傷害保険を損害保険の規定の中に置くことによって、請求権代位の定額保険への例外的適用事例である、と解することとなるのに対して、学説においては、労働傷害保険が損害保険として争いがないように当然のことを注意的に規定したにすぎない、と解することになり、あるいは、物損害保険のみを規定する民法典の例外を摘示したもの、と解することになったのである⁽⁹⁹⁾。

(ii) イタリア法における請求権代位の適用範囲

傷害保険については、民法典1916条4項の規定により、請求権代位が機能するという点で一致しているが、被保険者が傷害に起因して死亡

学説への展開を素材に——」同197頁以下（初出「イタリア傷害保険理論における混合保険説——機能派学説から制度派学説への展開を素材に——」損保研究65巻3・4号223頁以下（2004年））を参照。

(97) Castellano e Scarlatella, *op. cit.*, pag. 832.

(98) 拙稿・前掲注(2)「法的性質(1)」損保研究62巻2号7頁を参照。

(99) 今井・前掲注(92)93頁。

した場合において請求権代位が機能するか否かにつき、これを否定する立場（a説）と肯定する立場とがある。後者の立場は、さらに、請求権代位はいかなる形態の傷害保険においても機能するという立場（b説）と、請求権代位が機能しない傷害保険の形態があるとする立場（c説）とに分かれる。

（a）否定の立場

その理由について、請求権代位の行使の前提は、被保険者が第三者に対して権利を有するということが必要とされるからである、とする。すなわち、保険金受取人が有責第三者に対する損害賠償請求権の帰属者と異なる場合には、民法典1916条が回避しようとしている同一主体に権利が重複するという事態にはなりえないゆえに、請求権代位は生じないということはもちろんのこと、保険金受取人が傷害に関して有責第三者に対する損害賠償請求権の帰属者である場合においてもまた、請求権代位は起こり得ない。というのは、保険金請求権および損害賠償請求権はともに固有の権利によって（*iure proprio*）保険金受取人に帰属し、被保険者の財産からこの者に派生するものではないからである、と主張する。⁽¹⁰⁰⁾

これに対して、民法典1916条4項は傷害の結果の違いを区別していないから、この理論は同項に反する、との批判がある。⁽¹⁰¹⁾しかし、この批判に対しては、この批判は何も証明していない、とする批判がある。というのは、本項の文言の趣旨にかかわらず、傷害保険に請求権代位が適用されるか否かは、保険者が当該権利を行使するのに必要な要件が存在す

(100) Giuseppe Fanelli, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Roma, 1945, pag. 117; Id., *Assicurazioni private contro gli infortuni*, in *Enciclopedia del diritto* III, Milano, 1958, pag. 591. 今井・前掲注(93)89頁注(68)を参照。

(101) Donai, *op. cit.*, III, n. 809, pag. 521; Nicola Gasperoni, *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli, Milano, 1966, pagg. 157; Vittorio Salandra, *Dell'assicurazione, Commentario del codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1966, pag. 354.

ということに論理的に従わなければならないと考えなければならないからである、とする。⁽¹⁰²⁾

(b) 全部肯定の立場

①学説

この立場を支持する者によれば、死亡および生存以外の危険に対する人の利益保険（傷害保険・疾病保険）では、請求権代位の可否は立法者の意思にかかる、とする。⁽¹⁰³⁾ すなわち、傷害保険等の利益は相対的に事前評価されるので、損害保険と生命保険との中間に位置することから、立法形態は様々である。1つには、事前評価を重視し、同じ人保険である生命保険に類似させ、請求権代位を明確に否定する形態と、1つには、請求権代位に関する規定を持たず、当事者の意思では請求権代位あるいは譲渡を合意するか否かという問題が解決しない場合には、傷害保険を、請求権代位を認める損害保険と認めない生命保険のいずれに分類するのかについて、学説・判例に依拠する形態とがあり、1882年商法典は後者の形態であった。⁽¹⁰⁴⁾ これに対して、民法典1916条4項は、傷害保険においても請求権代位を認めている。というのは、傷害の結果（死亡・高度障害）のいかんを問わず、傷害保険の性質は変わらないし、本条4項は傷害の結果の違いを区別していないので、傷害死亡につき請求権代位を否定しているとは解されないからである。⁽¹⁰⁵⁾ また、傷害保険はその保険事故発生

の客体を人とし、利益を事前に評価するという特徴を有するが、請求権代位の場合、イタリアの立法者は傷害保険を損害保険に帰属せしめてい

(102) Giovanna Volpe Putzolu, *L'assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria del contratto di assicurazione*, Milano, 1968, pag. 225.

(103) Donati, *op. cit.*, II, pagg 467-469.

(104) 旧商法典における傷害保険、請求権代位および損害填補性に関する学説・判例について、Donati, *op. cit.*, II, pag. 467, n. 117 を参照。

(105) 同旨：Gasparoni, *Le assicurazioni*, *op. cit.*, pagg. 157；Salandra, *op. cit.*, pag. 314；反対：Giuseppe Valeri, *Natura e disciplina dell'assicurazione contro gli accidenti secondo il diritto positivo italiano*, in *Assicurazioni* 1943, I, 263.

る。理論的には、傷害保険についても請求権代位を適用せざるをえないと解するならば、本条を定めている結果、法は例外規定を設けていることになるかもしれない。つまり、傷害保険を損害保険と分類しないと解されることになる。⁽¹⁰⁶⁾しかし、法は傷害保険に請求権代位を適用するとしていると考えるべきである。というのは、傷害保険を損害保険と分類したか、少なくとも、請求権代位の適用可能性に関する具体的な問題を解決することに限定して、絶対的原理の問題について不可知に留まっている、と解されるからである。その結果、傷害保険で請求権代位を行うことは、傷害保険に損害填補原則を適用した、つまり、それを損害保険に分類したことを意味することは明らかである、と主張する。⁽¹⁰⁷⁾

②判例

まず、民法典1916条4項の文言からして、保険者は、保険金が傷害に起因する死亡について支払われた場合であっても、被保険者が有責第三者に対して有する権利に代位する、と判示する。⁽¹⁰⁸⁾つぎに、同項によれば、保険金を支払った保険者の有責第三者に対する請求権代位は、死亡のリスクがあっても、労働傷害保険および災害保険において適用される。傷害保険と生命保険または損害保険との類似性を無視するこの規定の効果により、傷害により死亡した被保険者についてこの者の遺族に対して保険金を支払った保険者は、有責第三者に対して損害賠償請求をすることができる、つまり、被保険者の相続人に帰属する権利に代位することができる、と判示する。⁽¹⁰⁹⁾

これらの判例はいずれも、請求権代位はいかなる形態の傷害保険にお

(106) 同旨：Vittorio Salandra, *Natura e disciplina giuridica della assicurazione private contro gli infortuni*, in *Assicurazioni*, 1948, I, 7.

(107) Donati, *op. cit.*, II, pagg. 468-469.

(108) Appello di Bologna, 12 giugno 1964, in *Assicurazioni*, 1965, II, 2, pag. 28.

(109) Cassazione civile, 23 novembre 1965, n. 2405, in *Assicurazioni* 1966, II, 2, pag. 6. この他の判例として、Cassazione civile, 25 ottobre 1966, n. 2595, in *Giustizia Civile* 1967, I, pag. 536 がある。

請求権代位の適用基準と適用範囲

いても機能するという立場を支持するものである。しかし、ここで注意すべきは、これらの判例において判示されている傷害保険の形態は、保険金受取人が被保険者の相続人、つまり、第三者の行為に起因して傷害致死となった被保険者の死亡による被害者と同一人物であったという点である。このことが、次に示す一部肯定説とは違った結論が導き出されていることの理由になるのではないか、と解される。

(c) 一部肯定の立場

①学説

この立場によれば、傷害によって被保険者が死亡した場合、有責第三者に対する被保険者の損害賠償請求権の代位は、有権前任者（*dante causa*）の基本的および手続的立場が引き継がれる法定相続人または遺言相続人が存在する場合に限り、生じうる。それゆえに、相続人について、保険者は手続規定に基づき有効に代位することができる。しかし、保険金受取人が相続人の員数に含まれないときは、保険金受取人は傷害の有責第三者に対していかなる権利も有しえないので、保険者は存在しない権利に代位することができない。それゆえに、かかる形態の保険契約では、被保険者が傷害に起因して死亡した場合、保険者の請求権代位は否定される、と主張する。⁽¹¹⁰⁾

②判例

保険金受取人が有責第三者に対する損害賠償請求権の帰属者と異なるときは、請求権代位は生じない。というのは、この場合には、民法典1916条が回避しようとしている同一主体に権利が重複するということが起こらないからである。これに対して、保険金受取人が損害賠償請求権の帰属者でもあるときは、請求権代位は生じる。というのは、保険金請求

(110) Renzo A. Capotosti, La natura giuridica dell'assicurazione facoltativa contro gli infortuni con speciale riferimento al diritto di surrogazione dell'assicuratore, in *Rivista di diritto civile*, 1963, II, 487, 506. 同旨: Volpe Putzolu, *op. cit.*, pag. 225

権も損害賠償請求権も固有の権利として (*iure proprio*) 保険金受取人に帰属するというのを認めなければならず、そして、厳密には、立法理由によれば、保険者が代位しうる有責第三者に対する損害賠償請求権が存在しないが、異なった資格から派生する権利の重複が保険金受取人について生じるからであり、民法典1916条はこのような状況も規定している、と判示する。⁽ⁱⁱⁱ⁾

学説・判例をみれば、請求権代位が機能しない傷害保険の形態があるとする立場は、民法典1916条は一人の主体に権利の重複を認めないものであると解することで一致している、ということが出来る。

(iii) 小括

イタリア法の法理によれば、民法典1916条4項において傷害保険にも請求権代位が機能すると定めており、その結果、傷害に起因して被保険者が死亡した場合にも、請求権代位が機能すると解しうる可能性がある。それゆえに、傷害保険のすべての類型において請求権代位が機能するか否かの問題が生じることとなり、これに関していろいろな理論が提唱されており、死亡保険金が支払われた場合については、つねに請求権代位を否定する立場 (a 説)、つねに請求代位を肯定する立場 (b 説)、そして、保険金受取人が被保険者の遺族である場合に限り、請求権代位を肯定する立場 (c 説) がある、ということになる。

(iii) Cassazione civile, 7 settembre 1966, n. 2336, in *Assicurazioni* 1967, II, 2, pag. 145. 同旨の判例として, Cassazione civile, 14 giugno 1972, n. 1881, in *Assicurazioni* 1973, II, 2, pag. 141, Cassazione civile, 24 aprile 1974, n. 1175, in *Assicurazioni* 1975, II, 2, pag. 223 (傷害保険を生命保険に分類している) 等がある。なお、これら2つの判例は、民法典1916条は精神的損害 (danno morale) についても適用される、と判示している。この点については、Antonio La Torre, Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore, in *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, pagg. 213; in part. la pag. 248 (in *Assicurazioni* 1978, I, pagg. 341 spec. a pagg. 601) を参照。

(3) 検討

前述のように、利得禁止原則を広義と狭義とに分けた上で、さらに、広義の利得禁止原則には、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、傷害保険・疾病保険等の死亡給付の部分を除いた傷害給付・疾病給付の部分に妥当するのに対して、後者は、生命保険および傷害保険・疾病保険等の死亡給付の部分に妥当する⁽¹¹²⁾。すなわち、死亡給付を除いた傷害保険・疾病保険等における医療費等については、約款の規定に従って定額給付がなされているが、保険契約者側が医療機関に対して実際に支払った医療費が存在する場合には、それが保険者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、医療費が外制要因として機能しうるので、保険給付額が医療費に比して不当に高額である場合には、狭義の利得禁止原則に比して緩やかではあるが、利得禁止原則が働く、と解する。

さらに、損害の評価方法に着目すれば、損害は客観的損害と主観的損害とに分類できる。死亡保険では、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。それゆえに、生命保険は定額給付型に限定される。これに対して、傷害保険・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。保険の実務では、傷害保険には定額給付型と損害填補型とが存在するが、定額給付型では、

(112) 拙稿・前掲注(1)43頁～46頁。

(113) 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(日本生命)等。

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⁽¹¹⁴⁾、傷害保険は海外旅行傷害保険契約等を除き⁽¹¹⁵⁾、通常、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⁽¹¹⁶⁾、損害の評価が問題になることはないはずである。とはいうものの、医療費については、医療機関に実際に支払った金額を提示できることから、客観的にその額を算定できるゆえに、生命保険や傷害保険・疾病保険の死亡給付における評価とは、その性質が異なる。それゆえに、定額給付型の傷害保険・疾病保険等の死亡給付を除いた部分については、損害填補性を見出すことができる、と解する。

以上のことからして、定額給付型の傷害保険・疾病保険等につき、次のように考える。請求権代位の適用基準に関して、本稿は、当該保険が被保険者に利得が生じると考えられる損害填補型保険である、という立場である。その限りにおいて、傷害保険・疾病保険の死亡給付については、損害填補性が認められないので、被保険者が傷害ないし疾病に起因して死亡した場合については請求権代位を否定しなければならないのに対して、傷害保険・疾病保険の死亡給付を除いた部分については、損害填補性が認められるので、請求権代位を認めることができる、と解する。しかし、このように、後者の場合についても請求権代位が認められると

-
- (114) 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、各被保険者について定めた定額の障害給付金を支払う旨が定められている。
- (115) 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。
- (116) 西島・前掲注(24)309頁。

請求権代位の適用基準と適用範囲

解することから、請求権の放棄を考える場合には、当該保険の約款にその旨の規定を定めておく必要がある、と解する。

つぎに、請求権代位に関する規定の立法趣旨の1つが一人の主体に権利の重複を認めないことであること⁽¹¹⁷⁾からして、たとえば傷害保険において保険金受取人が被保険者の遺族でない場合には、請求権代位の存在意義に対応する状況が生じる可能性がなくなるわけであるから、請求権代位の適用範囲を検討する場合には、前述のc説の考え方が有益になる。すなわち、かかる場合には、請求権代位が認められない、と解する。

2. 約定代位について

定額給付型保険の傷害保険等について約定による請求権代位を認めうるか否かという問題については、生命保険について考えたことが妥当する、と考える。すなわち、請求権代位は、被保険者の有責第三者に対する損害賠償請求権が保険者に移転するという特殊な法定代位であるが、有責第三者の利益の保護を考える限り、債権譲渡に類似したものとらえ、保険者は、有責第三者に対して、保険金受取人に保険金を支払った旨を通知し、かつ、請求権を行使する旨を表示しない限り、有責第三者⁽¹¹⁸⁾に対してこれを行使することができない。それゆえに、契約当事者間において、保険金受取人の有責第三者に対する損害賠償請求権が保険者に移転するという合意が債権譲渡に類似する法律行為であるという解釈が可能となり、定額給付型の傷害保険等において、約定により請求権代位を認めることができる、と解する。

お わ り に

被保険者が損害賠償請求権と損害填補請求権とを併せて行使するとしても、この者について利得が生じなければ、保険者が被保険者の有責第

(117) 拙稿・前掲注(1)21頁～23頁を参照。

(118) 拙稿・前掲注(2)「法的性質(3・完)」損保研究62巻4号124頁。

三者に対する損害賠償請求権を代位取得することはないゆえに、請求権代位の適用基準は、当該保険が被保険者に利得が生じると考えられる損害填補型保険である、と解する。

個々の保険について請求権代位の適用範囲を考えると、まず、請求権代位は損害保険において機能するゆえに（商法662条）、たとえ人保険であっても、それが損害填補型保険である限り、商法662条が適用され、請求権代位は機能する。そして、損害填補型保険において、請求権代位を放棄する旨の約款規定があるが、このような規定は、被保険者に利得をもたらさず、かつ、故意による有責第三者の損害賠償責任をも免責することにならない限り有効である、と解する。これに対して、損害保険に関する規定を生命保険に準用する旨を定めた商法683条には、請求権代位を定める商法662条が明示されていないことから、そして、生命保険には損害填補性を認めることができないことから、生命保険には商法662条が適用ないし準用されない、と解する。とはいうものの、契約当事者間において、保険金受取人の有責第三者に対する損害賠償請求権が保険金の支払を条件として保険者に移転するという合意が債権譲渡に類似する法律行為であるという解釈によれば、生命保険において約定により請求権代位を認めることができる、と解する。さらに、定額給付型の傷害保険・疾病保険の死亡給付については、損害填補性が認められないので、被保険者が傷害・疾病に起因して死亡した場合については請求権代位を否定するが、かかる傷害保険・疾病保険の死亡給付を除いた部分については、損害填補性が認められると考えるので、請求権代位を認めることができる、と解する。また、約定代位の可否については、生命保険と同様の解釈ができる、と解する。