



Title	私保険法の下での保険者の損害賠償と求償
Author(s)	フライヘア・フォン・マーシャル, ヴォルフガング; 藤原, 正則//訳
Citation	北大法学論集, 43(4), 261-284
Issue Date	1992-12-28
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15489">http://hdl.handle.net/2115/15489</a>
Type	bulletin (article)
File Information	43(4)_p261-284.pdf



[Instructions for use](#)

## 私保険法の下での保険者の損害賠償と求償

ヴォルフガング・フライヘア・フォン・マーシャル

藤原正則 訳

### I. はじめに

これから始める保険者の損害賠償と求償についてのお話は、私保険法の領域に限定させていただきます<sup>1</sup>。まず始めに、第三者の被保険者に対する加害により保険事故がひきおこされ、保険者の給付義務が発生する、その結果保険者が損害を被るに至るといふ局面を幾つかみてまいります。その後で広い意味では〔本日の〕テーマにも関係する問題、即ち加害者及び被害者に現在与えられている保険の保護を損害賠償義務の決定に際してどの程度顧慮することが許されるのかについて、若干検討することにいたします。

## II. 保険者の被る損害と損害賠償請求

### 1. 保険者はどのような損害を被るか

およそ保険事故というのはそれが発生すれば、保険者は給付義務を負担することになり、保険者の財産は減少し損害を被ることになるというのは自明の理であります。この理は、保険の種類を問わず同様にあてはまります。「しかし」以下で検討するのは被保険者が第三者から被害を受けたために生ずる保険事故に限られます。そのような場合とは、まず傷害又は殺人による人損です。第三者によってひきおこされた被保険者の物損又は財産上の損害を保険者が填補しなければならぬときにも、保険者は同様に損害を受けます。

もちろんその場合でも、保険者は保険料を反対給付として受けとっており、保険料をキチンと算定していれば自分のリスクの填補に充分なはずである、という理由で、保険者は損害を被っていないと考えることもできましょう。しかし、一般的には保険料は引き受けられたリスクの対価にすぎないとされており、保険給付の対価とは言えないのです。<sup>(2)</sup>「ですから」保険者は保険をかけられたリスクが現実化すれば、給付義務の発生によって損害を被るのです。但し、損害の内容としては二つの場合を分けて考える必要があります。

(a) 保険料が例えば農家の納屋への落雷や干し草の自然発火のような、(人間以外の)自然力による損害発生の確率にだけ基づいて計算されている場合には、第三者が故意にその建物に放火すればもうそれだけで保険者に財産上の損害が発生し、さらに保険料は第三者の放火というリスクを計算にいれておらず、それ故このリスクの填補には充分ではないのですから損失も被るということになります。

(b) 更に保険金が第三者の故意・過失による侵害を計算に入れており、このようにして定められた保険料が損害の填

補に充分であったとしても、自己の収益が減少したという点で保険者は損害を被ったと考えることができましよう。<sup>3)</sup>

但し、保険者が被った損害を具体的に決定するのは困難なことです。保険者の損害は仮に加害行為がなかったとすれば事態はどのように推移したかという仮定的な状態との比較によってだけ探究できるのであり、このような方法では損害を確実に算定することは不可能なのです。たとえば納屋が放火で焼失してしまつたからには、こういった毀損のされ方をしなくてもすぐその後で落雷乃至は納屋に積まれた干し草の自然発火でこの納屋が火災になつたかもしれないのです。被保険者が故意・過失で殺害されて生命保険者の給付義務が発生したときも、その後何時この人が自然死したかもしれないません。そして、自然死の場合でもやはり生命保険者の給付義務は発生するのです。民事損害賠償法ではこういった場合には推定にもとづいて損害を認定する以外にはありません。ですから、放火により破壊された建物は放火がなければ現状を保つていただろうという推定が、「損害の認定の」出発点となつていゝのです。落雷や干し草の自然発火の確率は、損害の計算に組み入れられない程度に、低いものとみなされております。故意・過失による殺害の場合には、被害者は少なくとも統計的な平均余命までは生存したことが前提となります。ところが他面で保険〔制度〕の基礎となつてゐるのは、個々の場合には事態は統計上の数字通りにはならないという経験なのです。ですから、統計的な標準よりも保険者に不利な事態が生じてもそれがどの程度保険者の損害算定の基礎とできるのか、反対に他の被保険者では統計法則よりも保険者に有利な事態が生じていればこれも損害の計算に組み込む必要があるのではないかということが問題となるのです。

## 2. 保険者の賠償請求の根拠づけは可能か

第三者の故意・過失による行為によつて給付義務を負つた保険者に損害賠償請求を与えようというのであれば、まず

は保険者固有の権利に基づく賠償請求の成否が検討されるべきでしょう。保険者の損害は常に純粹の財産上の損害ですから、このような損害賠償請求が認められるのは、有責に、少なくとも故意によってひきおこされた純粹の財産上の損害にも賠償義務を認める法制の下ででしょう。不法行為について一般条項があれば、請求を認めることも可能でしょう。このように給付義務が損害であると考えると、すでに触れましたように保険者の損害をどう算定するかという難問がもちあがります。もちろん、例えば保険は保険者の給付義務以外の賠償義務が発生しないような損害のリスクを填補するものだ、という仮説を前提とすることも可能でしょう。そう考えれば、保険者の損害は保険者の給付義務であるということになります。

保険者の損害から話を始めるのではなく、被保険者たる被害者に生じた損害に着目すれば、保険者の損害とは何かという難問を回避することができます。保険給付が被害者の損害を減少させるとしても、給付がなされる限度でそれが加害者の賠償義務を減額させてはなりません。そうだとすれば、被保険者に損害を与えた第三者たる加害者に対して保険者の求償が認められる必要があるということになります。こういった求償は法技術的には二つの異なった方法で基礎づけることができ、又この二つの方法はお互いに相容れない異なった評価に基づいている、という点は後に検討することといたします。まずその前に具体例を挙げておきましょう。

### 3. 具体例

具体例としては、保険制度の歴史的展開に則って、火災保険と生命保険を見てまいることといたします。

#### (a) 物損

火災保険は最古の物の損害保険の二つの内の一つです。今一つの最古の保険とは、海法における船舶全体、或いは少

なくとも航海の特別な危険に対する積荷の保険です。この場合にも、物に損害保険がかかっているのです。<sup>④</sup> 保険のかかった物が毀損されると、つまり保険事故が発生すると、保険給付が発生した物損の填補をいたします。このような物損が第三者の故意・過失によって惹起されたときは、保険給付は責任のある第三者が賠償しなくてはならない損害を填補します。こういった局面で、加害者は保険者よりも自己の惹起した損害を最終的に負担するについて「より近い」という考え方が出来上ってまいりました。<sup>⑤</sup>〔ですから〕始めに保険者が給付して発生した損害を填補すれば、被保険者の加害者に対する請求が存在した限度で、保険者は加害者に自己の給付を賠償させることができるのです。

(b) 生命保険者の損害賠償請求

生命保険は最初に歴史に登場した人保であり、傷害保険及び疾病保険は生命保険の登場から著しくおくれで發展しました。生命保険が通常の物保険と決定的に異なっているのは、付保された人間の死亡により発生する損害を正確に算定することはできないという点です。

ついでにここでふれておきますと、一八〇八年のベイカー対ボルトン (Baker v. Bolton)<sup>⑥</sup> という著名なイギリスの事件で、判決は人間の生命の価値を評価できないと考え、人間の死亡に民法廷で損害賠償を認めることはできない、と語っております。エーレンボロー卿 (Lord Elenborough) は判決で、人間の生命の価値を金銭的に評価することは不可能であると、その理由を説明しております。その結果、妻の死亡による夫の損害賠償を求める訴は退けられました。

付保された人が過失或いは少なくとも故意に殺害されたときには、生命保険者は、加害者から自己の損害の賠償を請求できないのかという問題は、色々と議論されてきました。この点で特に注目しているのは、ブルンチュリー (Bruntschli) が起草した一八五五年発効のチューリッヒ州の民事法典の債務法 (Obligationsrecht des Privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zurich)<sup>⑦</sup> です。同法典の一八四四条一項は、生命保険者にも「故意又は重過失により殺害が行われたとき」

には「賠償を求めらるる」権利を与えておりました。ブルンチュリーの説明によりますと、同条の根拠は、犯罪行為による加害がある場合には、「間接利益といえども賠償さるべきである」というのです。推定された寿命よりも早期に（「保険金の」）支払いを余儀なくされたから、賠償が請求できるというのです。<sup>8</sup>（ところが）同条は一八八七年の同法典の改正に際して削除され、後の立法や判例に影響を与えることはありませんでした。フランス民法典の一三八二条<sup>9</sup>を文言通り解せば、従前のチュールリッヒ州法と同じように生命保険者の損害賠償請求を基礎づけることができます。しかしそのような請求を認めたものは、一八八四年六月一八日のジュラの重罪裁判所（Cour d'Assises de Jura）の判決が一件あるだけです。<sup>3</sup>そしてこのような判決が出たのは、被告が被保険者を謀殺したという事情があったからかもしれません。ですからそれ以外の通常の過失による被保険者に対する不法行為の事件で、保険者の損害賠償を認めたものはありません。今世紀では、生命保険者の損害賠償請求を退けるのがフランスの確定した判例なのです。<sup>10</sup>一九一四年に初めて破毀院（Cour de Cassation）はこの問題をはっきりとりあげ、<sup>11</sup>保険者の請求を退けたモンペリエ（Montpellier）控訴院の判決を確認しました。破毀院が請求を退けるにあたっての理由づけは特に、保険金は遺族の損害賠償請求に算入さるべきこと、及び「保険給付は」請求されている保険によって引き受けられたリスクが現実となったにすぎないという点でした。だから破毀院によれば、原告保険会社には「損害（Préjudice）」がないというのです。同じような理由を挙げてベルリンの上級控訴裁判所（Oberappellationsgericht）は既に一八七四年に生命保険者の訴を退け、生命保険金は遺族が扶養を受けられなくなったという損害を填補するものではないと言っております。<sup>12</sup>その一カ月前にミュンヘンの商事控訴裁判所（Handelsappellationsgericht）<sup>13</sup>は生命保険者の訴を退けましたが、その理由は事故がなかった場合の被保険者の寿命はわかりようがないということでした。だから損害は正確に算定できない、というのです。裁判所の見解では、原告の提出したイギリスの生命保険会社の死亡率表が示すのは単なる数理的確率にすぎず、個別のケースで推定される死亡者の寿

命を確実に示すものではないのです。

#### 4. 保険者の固有の損害賠償請求と求償請求

今お話した火災保険と生命保険の例の対照からもわかりますように、保険事故を第三者が有責にひきおこした場合、保険者が第三者たる加害者に賠償請求できるかという問題で、両者を同じに扱うことはできないのです。すべての法圏で今日では区別した扱いがされているのですが、一方で保険者の自己の被った損害の固有の損害賠償請求は原則として退けられています。しかし他方、保険給付が直接の被害者に生じた損害を減少させる限りで、保険者が第三者たる加害者に求償請求できることは広く一般的に認められています。ですから問題の焦点は、保険給付が具体的な一定額の損害の填補のためのものなのか、又どの程度まで損害の填補のためなのか、だからその結果として保険給付は損害額を限度として給付されるのか、それとも保険給付は損害額には依存せず被害者に支払われるべきかということなのです。物保険、例えば火災保険や盗難保険ではずっと以前から実損害の範囲を限度とする保険給付が原則となっています<sup>14</sup>。例えば購入してから間もなく新車が盗まれたときは、失われた価値の賠償としては購入額が支払われるべきでしょう。これに対して自動車<sup>15</sup>が二年間利用した後七万キロ走行した状態で盗まれたら、保険者は「自動車の」時価を賠償する必要があります。があるにすぎませんが、時価は当初の売買価格を基準としてそこから二年間の減価を控除すべきこととなります。又、「盗まれた車と」同様の状態（つまり、二年で七万キロ走行）の似たような自動車<sup>16</sup>を入手する価格によって「賠償額を」計算することもできましょう。他方生命保険では、原則として保険給付額は「被保険者の」死亡の場合に遺族が被る損害とは関係なく定められているのです。「生命保険では」支払われるべきは損害額ではなく、契約時に定額で合意した保険金額なのです。保険給付の額は、死亡者が死亡により喪った賃金収入で家族を扶養していたか、それとも今は遺族



が相続している財産の果実で死亡者は生活していたから、彼の死は財政上全く損失にはならないか、とは無関係なのです。

### 5. 損害保険と定額保険

〔保険の〕専門用語ができあがってくる過程をみると、まず物保険と人保険が異なったものだと考えられました。確かに相当古くから物保険では保険金、その時その時で発生した損害に則して、つまり毀損されたり価値がなくなったりした保険目的物の時価によって計算されることが気付かれていました。そこで比較的早く損害保険の概念は形成され用いられてきました。損害保険の概念が意味するのは、損害保険として分類さるべきすべての保険の領域で保険給付は、一回毎に個別のケースで発生した損害を填補すべく定められているということなのです。

人保険の分野では当初は生命保険の展開がみられただけであり、生命保険では原則として具体的な損害とリンクしない定額の生命保険金（の支払い）が合意されますから、〔これを表現する〕専門用語はなかなか形成されなかったのです。確かにエーレンベルク（Ehrenberg）は既に一八九三年に、損害保険という概念の対になる概念は定額保険であり、定額保険は人保険の概念とは一致しないと指摘しています。<sup>15</sup> それにもかかわらず、一九〇八年のドイツ保険契約法ではお互い対にはならない損害保険と人保険という概念が用いられています（参照、保険契約法一条<sup>16</sup>）。オーストリア、スイス、フランスでも立法者はこのお互い対にならない概念に依拠するにとどまっております。しかし今日では、保険は損害保険と定額保険に分類さるべきことが一般に認識されているのです。<sup>18</sup>

そして損害保険と定額保険という分類は、保険給付が直接の被害者の損害賠償請求にどう関係するか、及び保険者の損害賠償請求（の可否）を考えるにあたって重要なのです。

(a) 損害保険では、契約で定められた保険金額を限度として保険金は実損害を填補します<sup>21)</sup>。直接の被害者はそれと共に、保険金で填補されなかつた損害の賠償を請求できるにすぎません。しかし、保険金支払いによって加害者が免責されて良い訳ではありませんから、保険者は保険金を支払った限りで加害者から自己の保険給付の賠償を請求できるので、この請求権の法的根拠については又後にお話ししましょう。

(b) 定額保険では、具体的に発生した損害の多寡とは関りなく、契約で合意された定額が保険給付されます。ですから、定額保険では被害者の加害者に対する損害賠償額を決定するにあたって保険者の給付は考慮されません<sup>22)</sup>。加害者は被害者に対し全損害を賠償する必要がありますから、保険者には独自の損害賠償請求が認められる余地はないのです。

## 6. 保険者の求償請求の法律構成

一九〇八年のドイツ保険契約法では、保険者の求償には疑義が生じないよう六七条の規定が置かれました。立法者は直接の被害者の加害者に対する損害賠償請求が保険者に移転することを法規で定めた (*cessio legis*) のです。この規定の出発点は加害者に対する損害賠償請求の算定に際して保険給付が考慮さるべきではないという直観なのです<sup>23)</sup>。ですから〔損害賠償〕請求は保険給付がないものとして計算されます。〔しかし〕保険給付は本来の損害賠償額を減ずるものではありませんから、損害賠償請求は保険給付の限りで法定債権譲渡によって保険者に移転するのです。その結果、保険者は今度は移転した加害者に対する請求権を自己の名前で行使できるようになります。

それを明示的に認める法規定がない場合に、一般的な法原則に依る解決は全くはつきりいたしません。というのも損害を減少させるような第三者の被害者への給付が加害者に対する損害賠償請求のあり方と関係がないというのは、決して自明のことではありません。(この点に関して) 著名な例としてフルダ [Fulda] での聖堂火災に関する一九一三年の帝

国裁判所の判決を紹介しよう。<sup>(24)</sup>

フルダの大聖堂の塔が花火大会での過失により火災にありました。「火災の原因となった」過失は、花火大会を催した団体に帰責されるものでした。大聖堂は教会のものでしたが、古い取決により国庫が聖堂の保守の義務を負っており、塔の保修後国庫は修理費用を賠償義務のある団体に請求しましたが、所有者の損害は修理によって除去されていくとこの団体は反論したのです。帝国裁判所はこの主張を認めました。しかし、裁判所は、国庫は損害の除去により加害者の事務を処理したという評価に基き、加害者に事務管理に基づいて修理に支出した費用の償還を命じたのです。今日ドイツで支配的な学説によれば、もちろんここまで事務管理を広く適用することはできません。<sup>(25)</sup>しかし、局外者たる第三者が損害を除去した場合には、加害者は損害の除去によって賠償義務がなくなったことで不当に利得しているという点では、見解が一致しております。ですから、不当利得の回復のルールによって、第三者弁済をした者の加害者に対する求償請求が肯定されるのです。<sup>(26)</sup>

もつとも法定債権譲渡の場合と同様の処理をして、第三者の給付が損害賠償請求を減じないことを出発点とすることもできます。このように考えて、「被害者の」損害賠償請求が消滅しないとしても、第三者の給付が受領された後では損害賠償請求は被害者から第三者に移転し、第三者から加害者に対して行使することができると構成できます。ですから出発点においてはお互いに相反する二つの考え方は、結果的には同じ解決へとつながるのです。<sup>(27)</sup>

#### 7. 損害填補を目的とする人保険の場合に生じる特別な問題

既に言及しましたように、ドイツ保険契約法が損害保険と人保険とを対比しているのは妥当ではありません。「その結果」保険契約法六七条は損害保険についてだけ保険者の求償権を規定しているにすぎないのです。人保険の内で同法

に規定が存在するのは生命保険だけですが、ここには求償権の規定は置かれていません。ですからドイツの判例は長い間被害を受けた保険者からの債権譲渡という方法で私保険者が求償していくことを原則として認めておりませんでした。保険契約法六七条の傷害保険への適用を判例は否定しました。というのも判例が言うには同条は保険契約法第二編中に規定されている損害保険だけをカバーしているからです。同様の根拠でライヒ裁判所は、疾病保険でも債権の移転を退けました。<sup>(29)</sup>〔但し〕この判決は、問題となっているのが「その支出が」具体的に証明された診療費及び薬価であること、つまり定額保険金ではないのだという問題にはふれておりません。しかし既に三〇年以上前から判例は、損害保険金の給付義務があるのか、それとも定額保険金の給付義務があるのか、それとも定額保険金の給付義務なので、人保険の場合も分けて考えるという立場に移行してきました。連邦通常裁判所は連邦郵便の自動車責任保険者に対する求償権が問題となった事件で、傷害私保険には原則として保険契約法六七条は適用されないが、傷害保険でも実際にかかった治療費の填補を目的とする保険の場合には被害者の賠償請求は保険者に移転する、と述べています。<sup>(30)</sup>ツェレ高裁はスポーツ事故保険による所得減少の填補を損害保険給付とみなし、保険契約法六七条を適用しました。<sup>(31)</sup>以上のようにして、保険給付が損害保険金であれば、保険契約法六七条の文言とは反対に常に保険契約法六七条を適用して法定債権譲渡されることが一般に承認されるようになったのです。<sup>(32)</sup>ですから同条は損害保険、人保険の区別なし適用されるのです。

#### 8. 保険契約法六七条二項の定める法定債権譲渡の禁止

法定債権譲渡されない場合が保険契約法六七条に定められています。即ち「保険契約者の賠償請求が保険契約者と同じ居している家族の一員に向けられるときは、賠償請求権は移転しない。但し、加害者が故意に損害を惹起したときはこの限りではない」〔という規定です〕。

連邦通常裁判所が何度も詳細に判示しております通り、このいわゆる家族特待の目的は二つあります。まずこの規定が目的とするのは「家庭の平和の為に、家族の一員に対する加害の責任に關して訴訟で争われるのを防止すること。そして同時に同規定は、求償権の行使によつて被保険者自身も間接的に損害を受けることがないようにすることを目的としている。同居する家族は通常生計を共にしているから、求償権の行使は實際上被害者が一方の手で得たものを他方の手から取り上げる結果とならざるを得ない」のです。一九六四年二月一日の連邦通常裁判所第四法廷の判決以来、同条は当時は同様の規定が置かれていなかった社会保険者の求償請求にも類推適用さるべき一般的な法原理を表現していると考えられるようになりました<sup>38</sup>。そして更に、保険契約法六七条二項の家族特待が賃金継続支払法四条<sup>39</sup>の求償権及び連邦官吏法八七条aの官吏の雇主の求償権にも準用されることが判例で認められたのです<sup>40</sup>。

保険契約法六七条二項によると、被告たる加害者が責任保険を付されており、求償によつて個人的な負担にならないときでも、求償権は制限されます。この理を連邦通常裁判所は一九七八年一月五日の判決で社会保険者の求償の事実で再度はつきりと確認しました<sup>39</sup>。被害者と同居する家族の一員たる加害者をまきこむことは、社会保険が本来目指している疾病、傷害、死亡事故の際の経済的危機の引き受けという目的に反している。損害保険をかけているときだけは加害者をひきこんでくるというのは、この保険の本質と折りあわない。被保険者が責任を負うときだけ、責任保険者は給付義務を負担すべきである、と判決は言っております。

どの時点で家族が存在していかなくてはならないのかという点については、判例は保険契約法六七条二項の文言を加害者に都合よく解釈しました。まず、家庭が事故発生時に存在すれば、後に求償の時点で例えば事故の被害者の死亡によつて家庭が消滅していても、同条の要件を満します<sup>40</sup>。さらに、家庭が事故後にそれどころか求償請求の最中に例えば婚姻によつて作られたとしても、やはり同条が適用されるのです。このことは、被害者と加害者が事故の時点ではまだ家

庭を作ることを考えていなかった場合にも変りはないと、連邦通常裁判所は判示しました<sup>(4)</sup>。ですから結局、最終口頭弁論時にどうなっているかが問題となるだけなのです。加害者が求償を免れるだけのために被害者と結婚するという危険は、今日では離婚がかつてよりも容易であるという事情を考慮に入れても、ささいなことであると連邦通常裁判所は考えているのです。

注意していただきたいのは、ここで紹介した判決のほとんどが、社会保険者の請求について判示したものであり、保険契約法六七条二項が類推適用されている点です。当時は社会保険法には同様の規定がなかったのです。一九八二年に社会保険者の求償権について新たに規定がおかれるに際し<sup>(5)</sup>、当時の社会法典第十編一一六条六項で判例の成果がとり入れられたのです。その結果、面白いことに、今度は判例は社会法典第十編一一六条六項の規定を保険契約法六七条二項の私保険者の求償権に類推適用することになったのです<sup>(6)</sup>。

保険契約法六七条二項を家庭類似の共同体に適用することも、或る特殊な事例で肯定されています。被告加害者はほぼ二〇年来イタリア人女性と同棲しており、嫡出子同様に育てられていた五人の子をもうけておりました。但し法的には子供達は、そのイタリア人女性の長い間所在不明のイタリア人の夫の嫡出子ということになっていました。事故でイタリア人女性は死亡し、二〇才六ヵ月の嫡出の娘も傷害を受けました。連邦通常裁判所は「被告加害者とイタリア人女性の」同棲が異例に長期間継続していることから、被告の血を分けた五人の子の扶養請求については保険契約法六七条二項を適用しました。しかし反対に「(前夫の) イタリア人男性との婚姻から誕生した傷害を受けた娘の請求に関しては、求償が認められるとしたのです。保険契約法六七条二項が婚姻類似の共同体のパートナーに適用できるかという問題は、当時は未だ未解決のままでした。但し、この点に関して唯一引用された学説は、ゴットハルト(Gothardt)のものでこれは適用を否定する見解<sup>(7)</sup>でしたから、判決も同じことを言っている考えることができます。「そして」同条の適用を認

演 ぬめない立場が、支配的なのです。<sup>45</sup>

### 講 Ⅲ、加害者の責任保険の影響

判例・学説が出発点とするのは、被害者の被保険者に対する法定の責任を認める請求権が発生する限度で、保険契約法一四九条<sup>1</sup>の責任保険の給付義務が発生するという原理です。<sup>47</sup>この分離原則(Trennungsprinzip<sup>48</sup>)を、連邦通常裁判所は一九七八年の判決で特にはっきりと判示しております。<sup>49</sup>連邦通常裁判所は、「加害者の」責任が「加害者が付保しており賠償可能である」という事情によって認められてはならない<sup>50</sup>のは、「自明のこと」だと言っております。連邦通常裁判所の見解では、このような考え方は「責任保険の本質」を「誤解」していることとなります。

しかし、分離原則が基本であったとしても、分離原則がどこまで適用されるのか、そして責任保険の新たな展開が分離原則の例外を作り出すことにつながるのではないか、といった点に関しては様々な意見があるのです。この問題との関係では、もちろん他の分野でも同じですが特に自動車責任保険<sup>51</sup>の発足と同時に始まった責任保険の機能の変化が指摘されているのです。<sup>52</sup>責任保険はもはや加害者を賠償責任の負担から保護するだけでなく、被害者が加害者の不時の無資力によつて損害賠償請求の履行を受けられないことがないようにする為のものでなくてはならないのです。<sup>53</sup>被害者にキチンと損害賠償することも法定されていない任意責任保険の契約締結の動機でありうることを強調する者も何人かおられます。<sup>54</sup>

ドイツで特に関心が集まったのは、責任保険が民法典八二九条<sup>1</sup>の衡平による責任の判断にあたって顧慮されるべきかという問題でした。<sup>55</sup>同条によれば、損害をひきおこしても責任能力の欠如ゆえ責任を負わず、しかもその者について監

督義務者も責任を負わない者は、事情によって衡平の要求する限りで損害を賠償しなくてはならない、とされています。その際加害者の相当な生計に必要な資力が失われないよう利害関係者の事情が考慮されなくてはなりません。似たような規定は、他の多くの国でも存在しています。<sup>53)</sup>

連邦通常裁判所は、慰謝料の算定についての大法廷の決定後引き続き長年の間、次のような見解を採っていました。つまり、加害者に責任保険が付保されているからといってそれだけでは賠償請求を認めることにはならないが、この事情は両当事者の経済状態、賠償義務が発生した事情の特殊性のような他の事情と共に、請求額を決定するにあたって顧慮されるべきであると言うのです。<sup>54)</sup> 学説が色々と批判した結果、<sup>55)</sup> 現在では連邦通常裁判所はこの請求の根拠と額とを区別する態度を改めております。<sup>56)</sup> 連邦通常裁判所が言うには、強制保険では被害者の損害補填も保険目的に組み込まれているから、少なくとも強制保険の分野では保険機能の変化が生じているのです。そして、この理は資格を伴った様々の職業上の強制責任保険でも同様に考えるべきだとされます。しかし連邦通常裁判所は、それ以上のことを言っている訳ではありません。裁判所の見解では、任意責任保険の分野では、被害者保護の思想は保険の目的や保険料算定について重要な意味を持つ程には徹底されていないのです。<sup>57)</sup> [だから] 保険の保護は確かに財産の一部であるとは考えられますが、それはいつでも利用できる填補資金の最高額ではなく、単に「支払われるべき額の補正」という意味での財産の一部として顧慮するべきだとされるのです。<sup>58)</sup> 以上の通りに、連邦通常裁判所は任意責任保険の分野では分離原則を堅持いたしました。判決は保険保護の存在が民法典八二九条の衡平による責任だけを基礎づけるものであってはならないと言っています。いずれにせよ、責任保険の機能の変化について判決が言っていることは、民法典八二九条では分離原則に従わない学説<sup>59)</sup>が有力になっていますが、それに連邦通常裁判所が依拠する用意があることを、示唆しているのです。

〔ところで〕 衡平による責任という方法に依らなくても個々の事件で妥当な責任を認めるのが可能なことは、民法典



に衡平による責任の規定が置かれていないフランス法を見るとわかります。一九六八年に成年の行為無能力者についての規定を改正するにあたって、四八九条の二<sup>1</sup>が置かれましたが、同条によると精神病者は損害をひきおこした場合過責を問題とせず責任を負うのです。通説は、同条は児童の場合にも類推適用できると言っています。しかし、判例はほとんどいつも児童の責任能力があるとするか、そうでなければ監督義務者の過失を認めるという厳格な基準をとっていますから、そもそも同条の児童への準用という問題が生じないことも学説は強調しています。ですから、判例がフランス民法典四八九条の二を児童に準用できるかという問題に関する判例が見つかからないのは、不思議ではありません。

とは言っても、フランスの例にならって監督義務を拡張して問題を解決するのが望ましいという訳ではありません。しかし、連邦通常裁判所が既にほめかしている方法、つまり強制責任保険やそれに類した職業上の強制責任保険<sup>65</sup>の存在を頭に入れた責任の肯定も問題の解決にはなりません。このような方法は自動車を運転している者が突然意識を失ったり、弁護士が精神病で加害行為があったというようなあまり普通ではないケースでの救済を可能にするだけだからです。本来解決されなければならない問題というのは、七才以下の児童や未成年者によって頻繁にひきおこされる、或いは頻繁にはなくてもひきおこされる加害をどう扱ったら良いかということなのです。エゴン・ロレンツ(Egon Lorenz)の詳しい研究が明らかにしているように、<sup>66</sup>責任感のある両親には現在のところ自分の子供がひきおこすかもしれない加害行為の潜在的被害者の為に傷害保険や物保険によって手当をしておく手段がありません。ですからロレンツ(Lorenz)が「法状態への不快感(Unbehagen an der Rechtslage)」を表明するのは、もっともなことと言えます。それでも充分な根拠があつて連邦通常裁判所が守っている分離原則を民法典八二九条という部分的な問題の為に捨ててしまふ必要はありません。現在の法状態への不快感が広がっているなら却って責任保険業者が、特に現在家族責任保険でカバーされている分野で、両親の利益を考慮すると共に、<sup>67</sup>その両親の子供がひきおこした損害の賠償措置を被害者の為に

講じられるような方法〔保険商品〕を開発すべきなのです。同じことは、他の責任保険についてもあてはまります。はたしてロレンツの言うように責任保険の〔保険の対象となる〕危険の例示に反証不能な衡平の推定を読み込むのか、つまり従前からの責任を拡大するのか、それとも〔保険〕填補の保護の拡大によって、潜在的被害者の為の責任保険の〔持っている〕要素によってこのことが最もよく達成できるのかについては、ここではもう論ずることはできません。第一の解決に依るときは、責任保険金は責任が発生するときにだけ給付されるといふ基本原則が損われることはありません。第二の解決は、個々の分野では潜在的被害者の保護は少なくとも被害者の為の損害保険への著しい接近が必要であるという事情を計算に入れてい(20)(1)るのです。

\* 本稿は、本年（一九九二年）六月一二日北海道大学法学部で行われた、マーシャル・ボン大学教授(Professor Dr. Wolfgang Freiherr Marschall von Bieberstein)の講演の翻訳である。原注の後に訳注として参照条文の訳と共に、講演後の質疑応答を訳者（藤原）の判断で要約して紹介した。なお本文中の（ ）は原文の、〔 〕は訳者が挿入したものである。

原注

(1) 以下の文献は、著者名だけで引用する。

V. Bar, Das "Trennungsprinzip" und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung, ACP 181 (1981) 289-327; Bruck / Möller / Johansen, VVG, 8. Aufl., Bd. IV (Berlin 1970); Bruck / Möller / Sieg, VVG, 8. Aufl., Bd. II (Berlin 1980); Deutsch, Haftungsrecht I (Köln 1976); Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. I (Leipzig 1893); Ehrenzweig, Deutsches Öster-

reichisches) Versicherungsrecht (Wien 1952); Großfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe (Karlsruhe 1977); Hauß, Entwicklungslinien des deutschen Schadensersatzrechts, ZVersWiss. 1967, 151-167; Klein (Hrsg.), Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts (Basel 1973); Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., 2 Bde. in 3 (Zürich 1958-1962); Prölb / Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 24. Aufl. (München 1988); Rodopoulos, Kritische Studie der Reflexwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung (Frankfurt 1981); Sieg, Ausatrahungen der Haftpflichtversicherung (Hamburg 1952); Stoll, Consequences of Liability: Remedies, in: Int. Encyc. Comp. Law, vol. XI Torts, Chapter 8 (Tübingen 1972); Weyers, Unfallschäden (Frankfurt 1971).

- (㉞) Hiestand, Der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung oder Tötung des Versicherten (Stuttgart 1986) S. 11-22; Prölb / Martin §35 Anm. 2.
- (㉟) Vieney, Le déclin de la responsabilité individuelle (Paris 1965) No. 108 c.
- (㊀) Vivante, Allgemeine Theorie der Versicherungsverträge, ZHR 39 (1891) 441-504.
- (㊁) Begründung der Regierungsvorlage zum VVG vom 29.4.1907 (Verh. des Reichstags, 12. Leg. Per., I. Sess. 1907, Drucks. Nr. 364, 複製版” “Motive zum Versicherungsgesetz” Berlin 1963 に依りて引用) S.59ff. (139-141).
- (㊂) Baker v. Bolton (1808), 1 Camp. 493. = 170 E.R. 1033. 凡れにこのことは、参照、 Holdsworth, The Origin of the Rule in Baker v. Bolton, (1916) 32 L.O.Rev. 431-437 及び Winfield, Death, as Affecting Liability in Tort, (1929) 29 Col.L.Rev. 239-254.
- (㊃) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 法典編纂者 Bluntschli の解説が付されてゐる° hrsg. von Bluntschli (Zürich 1855).
- (㊄) A.a.O. (Fn. 7) Bd. 3 Forderungen und Schulden, S. 653 f.
- (㊅) Sirey (Recueil) 1885.2.219.
- (㊆) Dupuich, note, Dalloz 1918.1.57-58.
- (㊇) Cass. civ. 6.1.1914, D. 1918.1.57 (mit zust. note Dupuich) = Sirey 1921.1.217 (mit abl. note Perreau).
- (㊈) OAG Berlin, Urt. v. 19.1.1874, SeuffA 30 (1875) Nr. 146.

- (13) Urt. v. 18.11.1867, Buschs Archiv 30 (N.F.5) (1874) 167.
- (14) Prölß / Martin §49 VVG, Anm. 2.
- (15) Ehrenberg, S. 13 ff.
- (16) Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30.5.1908 (RGBl S. 263).
- (17) §1 österr. VVG; Ehrenzweig, S. 56.ff.
- (18) §§48, 73 Schw. VVG; Oftinger I, S. 340 ff.
- (19) Artt. 36 und 55 der frz. Loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance, Sirey 1930, Lég. 2788; Dalloz Périodique 1931.4.1. (mit Anm. von Trasbot, S. 1-47).
- (20) Hagen, Versicherungsrecht, Ehrenbergs Handbuch Bd. VIII / 1 (Leipzig 1922) S. 305 ff.; Bruck Privatversicherungsrecht (Mannheim 1930) S. 62 f.; Prölß / Martin, §1 VVG Anm. 2 A b.
- (21) Ehrenberg, S. 14, 58 f.
- (22) Ehrenberg, S. 59 f.; Koch, Über die Konkurrenz von Schadensersatz- und Versicherungsansprüchen, Gruchot 68 (1927) 417-430 (418.).
- (23) S. oben Fn. 5.
- (24) Urt. v. 26.4.1913, RGZ 82, 206.
- (25) v. Tuhr, DJZ 1914, Sp. 334-338 (337), Rabel, Ausbau oder Verwischung des Systems?, RheinZ 10 (1919), 89-121 (93-99) = Gesammelte Aufsätze I (Tübingen 1965) 309-339 (313-318); Wahl, Vertragsansprüche Dritter (Berlin 1935) S. 149-157; v. Caemmerer, Festschrift Rabel (Tübingen 1954) S. 333-401 (362 f.) 及び NJW 1963, 1402-1404 (1403); Hauß in Erman, Handkommentar zum BGB Bd. 1, 8. Aufl. (Münster 1989), Vor §677, Rdz. 9 u. 11 m.w.Nachw.
- (26) v. Caemmerer, aaO (Fn. 25); Esser, MDR 1957, 522-524 (524) 及び Schuldrecht, 2. Aufl. (Karlsruhe 1960) §63, 6 e (S. 274), §98, 4 I b (S.453), §184, 1 e (S. 757); Frotz, JZ 1964, 665-670 (669 f.); Esser / Weyers, Schuldrecht, Bes. Teil, 7. Aufl. (Heidelberg 1991) §48 III 4 及び §50 III 2; Schlechtriem, Schuldrecht, Bes. Teil, 2. Aufl. (Tübingen 1991) Rdz. 678-680; Medicus, Bürgerliches Recht, 15. Aufl. (Köln 1991) Rdz. 950, 951.

- (27) Marschall v. Bieberstein, Reflexschäden und Regreßrechte (Stuttgart 1967) S. 224-231.
- (28) RG, Urt. v. 8.5.1930, SeuffA 84 Nr. 179.
- (29) RG, Urt. v. 12.3.1936, JW 1936, 2795 m. Anm. Carl. に対して批判的な, Böhm, VersR 1956, 737-739 も参照。
- (30) BGHZ 25, 330 (338) (Urt. v. 17.10.1957).
- (31) OLG Celle, Urt. v. 4.5.1959, VersR 1961, 241.
- (32) Prölß / Martin, §67 VVG, Anm. 1 B.
- (33) BGH, Urt. v. 1.12.1987, VersR 1988,253 での論証を参照。
- (34) BGH aaO (Fn. 33) S. 253 f.
- (35) Urt. v. 11.2.1964, BGHZ 41, 79 (83) = VersR 1964, 391 (392).
- (36) Lohnfortzahlungsgesetz v. 27.7.1969, BGBl I S. 946.
- (37) Bundesbeamtengesetz v. 14.7.1953, i. d. F. d. Bekanntmachung v. 27.2.1985, BGBl I S. 479.
- (38) BGH Urt. v. 4.3.1976, VersR 1976 (zu §4 LFZG); Urt. v. 8.1.1965, BGHZ 43, 72 (zu §87a BBG).
- (39) BGH Urt. v. 5.12.1978, VersR 1979, 256 = JR 1979, 286 m. Anm. Gitter.
- (40) BGHZ 41,79 (oben Fn. 35) の事業取引のよりに判示されている。
- (41) BGH Urt. v. 21.9.1976, VersR 1977, 149.
- (42) Gesetz v. 4.11.1982, BGBl I S. 1450 によって、新会社法典に十編が加えられた。これについては、Frhr. v. Marschall, ZVers Wiss 1983, 99-119 参照。
- (43) OLG Köln, Urt. v. 17.10.1990, VersR 1991,1237 はそう言っている。事故後に婚姻関係が成立した場合の家族特待の適用の現在の状況につき BGH oben Fr. 41 を参照。
- (44) BGH Urt. v. 15.1.1980, VersR 1980, 526.
- (45) FamRZ 1980, 17-19.
- (46) OLG Schleswig, VersR 1979, 669; OLG München, NJW-RR 1988, 34; Prölß / Martin, §67 VVG Anm. 7.
- (47) Prölß / Martin, §149 VVG, Anm. 5; Hanau, VersR 1969, 291 (293); E.R. Prölß, FS Oftinger (1969) S. 225-236 (226 f.).

- (48) BGH (5.12.1978) VersR 1979, 256 = NJW 1979, 983 = JR 1979, 286 m. Anm. Gitter; BGH (13.6.1958) VersR 1958, 485 = NJW 1958, 1631 - MDR 1958, 838 m. Anm. Pohle. ㊦参照°
- (49) E.R. Pröhl, Karlsruher Forum 1962, S. 25; Hauß, S. 154; Eike v. Hippel, FS Fritz v. Hippel (1967) 233 (243); Deutsch, S. 404; v. Bar, S. 294.
- (50) Pflichtversicherungsgesetz v. 7.11.1939, RGBI I S. 2223.
- (51) v. Bar, S. 313-319 の論証を参照°
- (52) 参照° 既に述べられているのは、K. Jannott, Der soziale Gedanke in der Haftpflichtversicherung (1941) S. 7 u. 9; Weyers, S. 118-121.
- (53) 初めにりのりを指摘したのは、Knütel, JR 1980, 20 (21); Deutsch, JBI 1981, 298; Grofeld, s. 26 はりれに批判的である°
- (54) 参照° Deutsch, JBI 1980, 298 (299-300); Knütel, JR 1980, 20 - 22; E. Lorenz, VersR 1980, 697-703; Rodopoulos, S. 71-85, 及び、それぞれの論証°
- (55) Stoll, Nos. 167-168.
- (56) BGH (GZS v. 6.7.1955) BGHZ 18,149 = LM Nr. 8 §847 BGB m. Arm. Pagendarm; りの意味では、既に Albert Ehrenzweig (sen.), VersR 1953, 80. 批判的なのは、Rodopoulos, S. 59-70 及び、りでの論証°
- (57) 最初は、BGHZ 23, 90 (99 f.) (VI,15.1.1957) = LM Nr. 17 §7 StVG m. Anm. Martin = VersR 1957, 219; 最後は、BGH (VI, 24.4.1979) Vers 1979, 645 = NJW 1979, 2096 = JR 1980, 18 m. Anm. Knütel. 参照° 判例の展望が BGHZ 76, 279 (283) (VI, 18.12.1979) である = VersR 1980, 625 = JR 1980, 459 m. Anm. Knütel.
- (58) 参照° Knütel の詳細な論証° JR 1980, 20-20.
- (59) Urteil v. 18.12.1979, s.o. Fn. 57.
- (60) BGHZ 76, 279 (286 f.).
- (61) 参照° 例えば、Sieg, S. 115-117; Deutsch, JBI 1980, 298 (299 f.); Knütel. の詳細な論証° JR 1980, 20-22.
- (62) Gesetz v. 3.1.1968, 参照° Ferid, Frz. Zivilrecht I (1971) 2 M 93.
- (63) 例えば、Starck, Droit civil, obligations (1972) No. 333; Holleaux, in Klein (s.o. Fn. 1), S. 156-159; a.A. Savatier, in Klein,

S. 160 ff. についての疑問や討論を Weill / Terré, Droit civil des obligations (2. Aufl. 1975) No. 634. 及び引用された  
 判決 Cass. civ. 3<sup>e</sup> v. 30. 10. 1969, Bull. civ. III No. 694 S. 523 及びの問題に言及している。更に Ferid. aAO (Fn. 62) 2  
 M 94 u. 94a. を参照。

(64) Urteil v. 18.12.1979, s.o. Fn. 57.

(65) 参照: BGHZ 23, 90 (VI, 15.1.1957).

(66) VersR 1980, 697-703.

(67) 近所の子供が一緒に遊んでゐる際に事故は多発する。この場合に両親が付保しておく利益は判然としている。参照、  
 Knütel, JR 1980, 20 (21); Deutsch, JBl 1980, 298; E. Lorenz, VersR 1980, 697 (699).

(68) 参照: すでに Albert A. Ehrenzweig, JBl 1950, 253-258 (256f.) の提案は「安全義務 (Assurabilität oblige) の原則を出  
 発点としてゐる。

(69) E. Lorenz, VersR 1980, 697 (702f.).

(70) Beitzke, SALE 1967, 4 (5) の念の入った定式はそうのように言っている。

訳注

(a) フランス民法典一三三二条 他人に損害を惹起せしむる人の行為は、いかなる行為といえどもそれが生じた原因たる  
 過誤ある者をしてその損害を賠償すべき義務を負わしむ (仏蘭西民法) (III) 現代外国法典叢書 (有斐閣) 昭31年による)。

(b) 保険契約法一条一項 損害保険では、保険者は保険事故の発生により契約の条件に従って保険事故によって被保険者に  
 生じた財産上の損害を填補する必要がある。

生命保険、傷害保険および他の人保険では、保険者は保険事故の発生により、合意した金額、年金またはその他の合意  
 された給付を支払う義務を負う。

(c) 保険契約法六七条一項 被保険者が第三者に対して損害賠償請求権を持つときは、保険者が被保険者の損害を填補する  
 限りで、被保険者の賠償請求は保険者に移転する。移転によって、被保険者が不利な扱いを受けてはならない。被保険者  
 が請求権または請求権を担保する権利を放棄したときは、それによって賠償を受けることができたであろう限度で、保険

者は賠償の義務を免れる。

二項 被保険者の請求権が被保険者と家族共同体で生活する者に向けられるときは、請求権は移転しない。但し、その家族の一員が故意に損害を惹起したときは債権は移転する。

(d) (質問) 以上のような、第三者の給付が損害賠償の当事者間の賠償請求を減少させるという思考図式と、第三者の給付は損害賠償請求権には影響しないという考え方の内、いずれがドイツの現行法体系に合致しているか、又優先さるべきなのか。

(答) 後の問題解決の出発点として後者の方が事態が単純化される。又、現行法（保険契約法六七条一項）が同様の思考図式に依っているから、後者の方がわかり易く優先さるべきである。但し、債権の移転ではなく不当利得のよる求償という構成を採っても、事態は変ると考えるべきではない。例えば加害者が複数で共同不法行為が成立する場合にも、不当利得返還請求権には分割原則(BGB § 420)は適用されず連帯債務となる。

(e) (質問) 保険事故の当事者双方が共に付保している場合の求償について。

(答) 保険者は商人的な計算に基づいて、即ち時間と訴訟費用も含む交渉費用のロスを避ける為に、統計的な責任割合に従って損害分担契約(Schadensleistungsabkommen)を締結しており、問題はこれによって解決される。損害分担契約は私保険者間だけでなく公的保険者との間でも結ばれ、今日の損害の最終的負担者如何という問題では大きな役割を果している。

(f) 保険契約法一四九条 責任保険では、被保険者が自己の責により保険期間中に生じた事実によって第三者に履行した給付の賠償の義務を負う。

(g) (質問) 保険会社の実務的対応

(答) 保険実務では、損害が軽微な場合(Bagatelschaden)には加害者はプレミアムが上ることを考えて自分で支払い保険会社には告知しない。告知された場合は、実際は保険会社が訴訟追行して損害額を決定する。その際保険会社は請求に根拠があれば支払わなければならないが、根拠のない請求に対しては支払わないという義務も負っている。

(h) (補充) アメリカ合衆国でも、加害者が付保していることと過失の有無とは本来別であり、陪審員には加害者の付保は知られてはならないことになっている。しかし、この分離原則は実際上守られていない。というのは、原告の弁護士は様々なトリックを用いて陪審員にこのことをほめかすし、陪審員は職業裁判官ではないから容易に加害者が被保険者であることに影響され、かつ陪審は密室で行われるからこれをコントロールできないからである。だから例えば自動車事故が発



生した場合責任保険が賠償義務を填補すると推定されるが、保険金額がどの程度かは知りようがないのである。

(i) ドイツ民法典八二九条 八二三条から八二六条の場合に自己が加えた損害について八二七条または八二八条に基づいて責任を負わない者は、損害の賠償が監督義務のある第三者から得られない限りで、事情により特に当事者の関係により損害賠償が衡平にかない、相当な生計ならびに法定扶養義務の履行のために必要な資力を失わせない限度で、損害を賠償しなければならない。

(j) フランス民法四八九条の二 精神障害の支配下にあつたとき他人に損害を生じさせた者も、それについて同様に賠償の義務を負う。法務資料四三三号「フランス民法典——家族・相続関係——」(法曹会・昭53)。

(k) (質問) 責任保険の填補の範囲を被害者の損害にも拡大するという方向は、例えばニュージーランド事故保障法のような解決を目指しているのか。

(答) マーシャル教授自身としては、ニュージーランド事故保障法のような方向性を考えている訳ではない。責任保険は、潜在的加害者が自発的に付保するものであつて、強制保険の導入には一つ一つその為の公益(Public Policy)が吟味されて然るべきである。一般的な補償システムの導入には懐疑的である。

(l) (質問) 責任保険での分離原則の廃止、被害者の為の保険の展開というのは、ドイツ法で社会生活上の義務の認められる領域と合致しているのではないか。この領域では被害者の為の保険が一般的に導入される契機が存在するのではないか。

(答) 社会生活上の義務というのは、ほとんどすべての領域をカバーできる概念である。強制責任保険の導入は、危険責任、即ち無過失責任が法によって認められた領域で実現されているのであり、例えば自動車事故、航空機、原子力発電などが挙げられよう。更に一定の地位と結びついて強制責任保険が認められる場合もある。例えば狩猟による事故、公証人の責任である。しかし、以上の強制責任保険の導入は政策的問題である。社会生活上の義務でも、医師の責任については強制責任保険は存在しない。もつとも医師はほとんどすべて付保してはいるが。