HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	保険代位に関する一考察（１）
Author(s)	山本, 哲生
Citation	北大法学論集, 47(2), 69-118
Issue Date	1996-07-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15669
Type	bulletin (article)
File Information	47(2)_p69-118.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

保険代位に関する一考察（一）

山本哲生

目次

はじめに
一　代位の根拠
1　序
2　第三者の免責阻止
3　被保険者の利得禁止
4　保険者の権利取得
5　保険者と被保険者の比較衡量

（以上、本号）

二　代位の適用基準

はじめに

保険契約における請求権代位（以下では単に代位という）については、すでに数多くの研究がなされている。また、比較的最近、所得補償保険契約に代位が適用されることを明らかにした最高裁判決もあり(1)、代位に関する研究が再びさかんとなりつつあるようである。本稿では、代位に関する問題のうち、代位はいかなる保険契約に適用されるのかという問題につき、代位の根拠の検討を通して考察する。

結論としては、代位が適用される保険契約は、原則として損害塡補を目的とするものであり、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が同一であることが確定できるものでなければならないと解する。そのうえで、人保険には代位は適用されないという解釈の可能性を示したい(2)。

(1)　最判平成元年一月一九日・判時一三〇二号一四四頁。

(2)　同様の結論はすでに、山本哲生「保険代位の根拠と保険契約類型からみた代位の適用基準（一）～（三・完）」法学五七巻五号六七頁、五八巻一号一〇〇頁、五八巻四号九三頁（一九九三～一九九四年）において提示した。本稿では、同様の問題意識から、日本の学説を対象としてやや詳細に検討する。

一　代位の根拠

1　序

代位の根拠として、保険給付により有責第三者が免責されるべきでないことと、被保険者が保険金と損害賠償金の両方を取得することによって利得すべきでないことの二つがあることについてはほぼ異論はない。問題は第三者が免責されるべきでない理由、被保険者が利得すべきでない理由、さらに保険者が被保険者の権利を取得することが認められる理由の三点をいかに説明するかであるとされている。(3)

そこで、本稿では従来の学説をこれらの三点に分けて検討することにする。(4) ただし、この三点は相互にある程度結び付いており、完全に別個に考察できるものではない。したがって、それぞれの関連にも注意しつつ、検討することが必要となる。

また、本稿では代位制度の合理性をさぐるという観点から、現在の視点からした代位の合理的な根拠について検討する。(5) したがって、代位についての立法当時の理解はとくにはとりあげない。

(3) 西島梅治『保険法』（新版）一八七頁（悠々社　一九九一年）、坂口光男『保険法』一六三頁（文眞堂　一九九一年）。

(4) 各学説の全体像については、西島・前掲注（3）一八八頁、坂口・前掲注（3）一六三頁以下参照。

(5) 立法過程については、倉沢康一郎「保険代位について」『保険契約の法理』一三〇－一三七頁（慶応通信　一九七五年）参照。

2　第三者の免責阻止

まず有責第三者の免責阻止について検討する。そもそも有責第三者の免責を阻止すべきかについては、種々の議論がなされている。免責を阻止すべきとする説として、例えば、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が縮減されるべき地位にないとみるのが衡平とするものがある(6)。また不法行為責任の私的制裁機能、事故予防効果から第三者の免責は妥当ではないとする見解もある(7)(8)。

これらに対する反論として、例えば、第三者に悪意または重過失がない場合にも、保険者と比較して第三者が最終的に責任を負うのが当然かは疑わしいとする見解がある(9)(10)。

この問題については、他にも種々の議論がなされているが、不法行為責任の基礎をどう考えるかなどの重大かつ困難な問題につながっている。したがって、ここでは結論を提示することはできない。ただ、仮に第三者の免責を認めてよいのであれば、代位制度は廃止すべきもののように思われる。つまり、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はなかろうか(11)。したがって、本稿ではとりあえず第三者を免責すべきでないことは前提として考えることとする。

(6) 石田満「保険者代位と損益相殺」『保険契約法の論理と現実』一九三頁（有斐閣　一九九五年）。

(7) 吉川吉衛『事故と保険の構造』三五四頁以下（同文館　一九八八年）。

(8) その他、第三者を免責すべきでないとする見解として、田中誠二＝原茂太一『新版保険法』（全訂版）一九三頁（千倉書房　一九八六年）、鈴木辰紀「保険代位の根拠について」『火災保険研究』（増補版）一六九頁（成文堂　一九七八年）、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・責任保険の諸問題　南出弘博士在職三十年記念』二〇頁（保険研究所　一九六七年）、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』二四四頁（有斐閣　一九九〇年）。

(9) 田辺康平「請求権代位の制度の趣旨」『保険契約の基本構造』二五六頁以下（有斐閣　一九七九年）。

(10) 第三者に故意・重過失がある場合以外は第三者を免責させる方が望ましいとするものとして、金澤理「損害保険者の代位権の法的性質」『保険と民事責任の法理』二一一頁（成文堂　一九六六年）、吉川・前掲注（7）『構造』三六一頁。

(11) 本文のような衡平ないし法政策的考慮とは無関係に、法理論上、保険金を支払った保険者が第三者に対する権利を当然に取得すべきといえるのであれば特に第三者の免責阻止を前提とするという必要はない。ただし、保険者の権利取得の理由については後で検討するが、仮に権利取得の理由があるとしても、第三者を免責すべきでないことが基礎となるように思われる。

3　被保険者の利得禁止

(1)　利得の種類

次に被保険者の利得が禁止される理由について検討するが、ここでは、その前提として、代位の局面において問題とされる利得とはどのようなものかを検討する。また、利得との関連で保険金支払義務と損害賠償義務の関係についても言及する。

- 利益と重複補償の不当利得

まず、利得の内容について検討するが、この点につき、保険事故の発生に基づく保険金の取得によって被保険者が事

故不発生の場合よりも有利な地位に立つこと、すなわち保険事故の発生を理由として保険者から保険金の支払を受けることにより、被保険者がその全財産関係において積極的に利得することを利得として考えているように思われる説がある。(12)

これに対して、保険給付により被保険者の損害は縮減しているにもかかわらず、第三者に対する損害賠償請求権を被保険者に帰属させることによる不当利得を利得としてとらえている説もある。(13)この説はより一般的な形でいえば、損害保険契約は損害の塡補を目的とするものであるという立場から、同一の損害の塡補を目的とする複数の給付を取得することによる不当利得を問題とするものといえよう。保険給付によって第三者に対する損害賠償請求権がどのような影響を受けるかについては議論があるが、いずれにせよこの説は保険給付により被保険者は第三者に対する損害賠償請求権を保持すべき法的地位になくなるという考え方に立ち、それにも関わらず、被保険者に権利を認めることの不当性を問題とするものといえよう。したがって、この利得が発生する前提として、保険給付により被保険者は損害賠償請求権を有すべき地位になくなるかどうかが問題となるが、この点は次に検討する。

前説では、被保険者の利得は被保険者が保険金と損害賠償金を取得することで損害額以上の利益を得ることと解されているように思われる。これに対して、後説では、被保険者が利益を得ることは必要ではなく、保険給付の対象である損害と損害賠償の対象である損害が同一であれば利得が生じることになると思われる。後説によれば保険金と賠償金の合計額が損害額未満でも、利得は生じうることになるのではなかろうか。

代位の局面で問題となる被保険者の利得としてはこの二つが考えられる。以下で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」といい、同一の損害の塡補を目的とする複数の給付を受けることによる不当利得を「重複補償の不当利得」ということにする。ただし、「利得」の語は利得一般を指すときにも、どちらか一方の利得を指すときに

も用いられることがある。(14)

ただし、このような利得の種類について従来の学説がいかに考えていたかは必ずしも明確ではない。典型的には被保険者の利得は利益であり、かつ重複補償の不当利得であることが多いので、各学説がどちらを念頭においているのか、そもそも両者の違いを意識しているのかは不明確なことが多い。(15)ただ、恐らく多くの学説は利得を利益としてとらえていたのではないかと思われる。

また利得を利益と解するときには、利益の有無をどの範囲で判断するかという問題もある。すなわち、被保険者が被った全損害から利益の有無を判断するか、(16)保険給付が対象とする損害だけから利益の有無を判断するか(17)である。この点も従来は明確ではない。

• 保険金支払義務と損害賠償義務の関係

前述のように重複補償の不当利得に関連して、保険金支払義務と損害賠償義務の関係をどう理解するかが問題となる。重複補償の不当利得が生じると解する前提としては、保険金取得により被保険者は損害賠償請求権を保持する正当な権利を有しなくなるという理解がある。保険金支払義務と損害賠償義務がそのような関係にないのであれば、そもそも重複補償の不当利得を問題とする余地はなくなる。

この点に関連して、仮に代位制度がないとして、理論的にみて保険給付により損害賠償義務が消滅するか否かについて議論がある。ただ、保険契約の目的を損害塡補ではなく、単なる金銭給付と解するのであれば、損害賠償義務が消滅することはなく、(18)重複補償の不当利得も問題にならないと思われる。したがって、ここでは保険契約の目的を損害塡補と解するとして、保険金支払義務と損害賠償義務の関係はいかなるものかを問題とする。(19)

損害賠償義務の消滅を認めない説は保険者に対する損害塡補請求権と第三者に対する損害賠償請求権は法律上の発生

原因を異にするので損益相殺は生じないとする。[20] また、損害賠償請求権の消滅を認めると、代位の対象たる権利が消滅することになり、代位の基礎が失われるとする。[21]

損害賠償義務の消滅を認める説には、損益相殺とする説と保険給付により損害賠償義務が履行されるとする説がある。損益相殺とする説は、損害塡補請求権と損害賠償請求権のそれぞれの客体たる損害は同一なのであって、どちらか一方の権利行使により損害が塡補あるいは賠償されれば、そのことにより損害が減縮し、したがって他方の請求権が消滅するとして、損益相殺として説明する。[22] さらに、不法行為による損害賠償額確定の法律的メカニズムと損害保険契約における保険金額確定の契約的メカニズムでは事故と損害の相当因果関係がともに条件になっているので、両債権の発生原因の相違は損益相殺には影響しないとする。[23] また、代位とは本来ならば権利が消滅し、あるいは権利が存在しないところに権利を認める例外的法制度であり、損害賠償請求権の消滅は代位の根拠を失わしめるものではないとする。[24]

損害賠償義務が履行されるとする説は、直接に損害賠償義務の消滅を論じたものではないが、保険給付により損害賠償義務が履行されるとする。[25] 保険金が損益相殺の対象となることについては批判が多い。[26] ただ、民法の学説の多くは損害保険契約における保険金支払義務と損害賠償義務は不真正連帯債務の関係（あるいは同一内容の債務を負う関係）にあると解しているようであり、[27] 保険給付による損害賠償義務の消滅を認めているようである。

保険給付によって損害が縮減することで損害賠償義務が消滅するというにせよ、保険給付によって損害賠償義務が履行されるというにせよ、[28] これらの見解によれば被保険者が保険金と賠償金をともに取得すれば、重複補償の不当利得が生じることになると思われる。

保険契約が損害を塡補することを目的とするという前提に立つと、損害賠償と損害塡補は全く同一のものではないとしても、損害につき現状回復することを目的とするという点では異なるものではないと思われる。[29] そうだとすると、両

者が対象とする損害が同一であれば、保険給付により第三者の損害賠償義務は消滅することになろう。[30][31] したがって、保険契約の目的を損害塡補と解するのであれば、重複補償の不当利得が問題になると思われる。

保険金支払義務と損害賠償義務の関係についての議論をまとめると次のようになる。保険契約の目的が損害塡補ではないときは、保険給付により損害賠償義務は消滅せず、被保険者は利得禁止など特別の理由がない限り損害賠償請求権を保持することが認められる。保険契約が損害塡補を目的とするときには、保険給付により損害賠償義務が消滅するという見解と消滅しないという見解がある。消滅するという見解には損益相殺として説明するものと、保険給付により損害賠償義務が履行されるとするものがある。

（2） 公序政策による利得禁止

ここでは公序政策による利得禁止について検討する。重複補償の不当利得は公序政策との関連で問題になるものではないと思われるので、公序政策から利得禁止を論じる学説は利益を対象としているものと思われる。

かつては被保険者が保険金と損害賠償金の両方を取得できるとすることによって、積極的に被保険者の事故招致を誘発する危険性はないとしても、少なくとも第三者による事故発生につき被保険者をして放任的態度をとらしめる可能性がなくはないとし、放任的態度の防止を利得禁止の理由とする説があった。[32] しかし、これに対しては、放任的態度により事故が発生した場合は不作為による事故招致となって保険者は免責され、[33] 事故発生後に損害の拡大を放任したときは損害防止義務違反によって処理できるという反論がある。[34] 現在ではこの反論が支持されている。[35]

ただし、例外的に事故招致のおそれがある場合として、家屋の賃貸人が自己の所有する家屋を火災保険に付している結果、火災の発生によって同時に保険金請求権と賃借人に対する債務不履行に基づく損害賠償請求権を有する場合のよ

うに、過失の立証を要せずして損害賠償を取得しうるときをあげるフランスの学説が紹介されている。(36) 同様に、自動車の車両保険においては被保険者の事故招致、放任的態度の認定は困難であり、したがって、保険金と賠償金の重畳取得を認めれば衝突事故に対して放任的態度をとらしめる誘因にはなるとする説がある。(37)

次に、被保険者が保険金により全財産関係上利得することは保険制度の経済上の機能を超えるので、そのようなことは認めるべきではないこと、あるいは、保険が賭博的行為に悪用されることを防ぐことをあげる説がある。(38) また、特に弊害をあげることなく、被保険者が利益を得ること自体を公序良俗違反としているように思われる説もある。(39)

さらに保険を悪用しようという当事者の主観的意図とは全く別に、偶然の事象によって被保険者にかえって利得が生ずるという一般の倫理観に反する事態を防止し、国民経済的な見地からみた不必要な損失を避け、さらには保険事業の一般的信用を維持するという目的のためにも利得禁止は必要であるという説がある。(40)

以上が公序政策から利得禁止を導く学説であるが、これに対する反論としては次のようなものが考えられる。賃貸人のケースや自動車の車両保険については、仮にそれらの場合には事故招致などのおそれがあるとして、それが損害保険一般に通じる代位における利得禁止の根拠として適切かという問題がある。(41)

保険制度の経済的機能を超えるという点については、経済上の機能を超えることは法的に認められないことに直結しないように思われる。保険契約は実質的には保険制度という経済的仕組みに基づいていることからして、保険契約はできるだけ経済的仕組みに合致するように構成することが妥当ではある。しかし、保険制度によってもたらされる効果が保険制度が経済的に本来目的としているものと異なるからといって、それだけでその効果を法的に認めるべきでないという評価はできないと思われる。

また、保険の賭博化については、現在ではそのような問題は現実的ではないとされている。(42) 結局、経済的機能を超え

る点と賭博化からは、「損害保険制度に対する社会の信頼を裏切り、その存立を危うくするおそれがある」[43]とはいえないように思われる。

一般の倫理観、保険事業の一般的信用の維持などについては、そもそも保険の悪用とは結び付かない単に被保険者が保険によって利益を得ることが一般の倫理観に反するのかという疑問がある。[44]また、仮に倫理観に反するとしても、保険事業の一般的信用を害し、法的に利益の取得を禁止すべきことを基礎づけられる程度に反するといえるかにも疑問がある。[45]

結局、公序政策から被保険者の利得禁止を根拠づけるのは原則としては妥当ではないように思われる。ただし、被保険者に利益の取得を認めることが特定の場合に公序に反する事態につながるおそれがあるという可能性はある。その場合には前述のように、そのことから一般的な利得禁止を導くことの是非が問題になろう。

（3）損害塡補性

イ　保険契約の損害塡補性の意義

代位の局面で被保険者の利得が禁止されるべき理由として、保険契約の損害塡補性、損害塡補の原則、あるいは利得禁止の原則などがあげられることが多い。ただ、利得禁止の根拠としてのこれらの意義は必ずしも明確ではなく、損害塡補性、損害塡補の原則、利得禁止原則などのそれぞれが異なるものなのか、そうでないのかも明らかでないように思われる。[46]

そこで、ここでは損害塡補性などが利得禁止の根拠として妥当かどうかを検討する準備作業として、これらの意義について整理しておく。まず、本稿では、損害塡補性という用語を、従来いわれている損害塡補性、損害塡補の原則、利

得禁止原則などのすべてを含むものとして用いることにする。このような損害塡補性の意義としては、いわゆる絶対説、相対説の対立とも関連して様々な理解がありえる。以下では、損害塡補性が認められる基礎と損害塡補性の意味につきありうる見解をまとめてみる。(47)

損害塡補性の直接の基礎としては公序政策と契約の二つが考えられる。公序政策から損害塡補性を導く説（A説）としては、まず、損害塡補性の意味は被保険者の利得を禁止するということであるが、ただ厳密には、損害塡補性は違反がなければ公序に反していないことを示す公序の徴表であるとする説がある（A1説）。この説によると、被保険者が利得したときにそれが禁止されるかどうかについては、損害塡補性は利得が違法であることの推定機能は果たすものの最終的には公序そのものが利得を禁止すべきか否かの判断基準となる。(48) また、損害塡補性は公序に基づいているが、そこから公序に反しない利得をも禁止するものとして原則化したものとする説（A2説）がありうる。

契約から損害塡補性を導く説（B説）としては、まず、損害塡補性は契約により利得を禁止する原則として保険契約の中に組み入れられたものとする説（B1説）がありうる。(49) また、損害塡補性は保険契約の内容が損害の塡補を目的とするという性質のこととする説（B2説）もある。(50) B2説には、損害の塡補を目的とするという契約の性質の基礎として、公序政策をあげる考え方(51)と当事者の合意をあげる考え方(52)がありうる。

理論的にありうる見解という観点からすれば損害塡補性はこのように整理することができると思われる。(53) ただ、被保険者の利得禁止の根拠としてみると、A1説では、結局は利得禁止の根拠は損害塡補性ではなく公序政策である。したがって、A1説については公序政策に関する検討が妥当するので、以下では検討の対象から除外する。

ここで、これらの損害塡補性と禁止される利得の関係についてごく簡単に述べておくと、次のようになると思われる。A2説であれば、禁止される利得は公序から原則化したという点からみた解釈として合理的なものとなる。B1説では

原理的には禁止される利得は当事者の合意により自由に決定できる。ただし、実際には保険契約上利得禁止原則自体は直接には明示されていないから、契約内容から当事者の意思として導き出せるものとなる。B2説では保険契約が損害の塡補を目的とするという性質から導き出せるものとなる。

ロ　損害塡補性と利益

損害塡補性により代位を根拠づける説では、大まかには、損害塡補性により被保険者が利得することは禁止されるので代位が生じるといわれることが多く(54)、それ以上に損害塡補性と利得禁止との関係を詳しく説明するものは見当たらない。ここでは前述した損害塡補性の意義と利得の種類を念頭におきつつ、損害塡補性から代位の局面における被保険者の利得禁止を導くことができるか、損害塡補性をもとに代位を根拠づけることができるかについて検討する。まず、損害塡補性と利益の関係について検討する。

・損害塡補を目的とする性質

最初に、損害塡補性を保険契約が損害塡補を目的とする性質のことと解した場合（B2説）、損害塡補性から代位の局面において被保険者が利益を得ることの禁止が導けるかについて検討する。このとき、仮に理論的には、保険給付によって、被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権は消滅しないと解するのであれば、保険給付を受けた被保険者が第三者に対する損害賠償請求権を有していたとしても、保険者は保険給付によって被保険者の損害を塡補したのであり、被保険者が損害賠償請求権を有していることは保険契約の損害塡補性に反するものではないという理解も可能だと思われる。

本来理論的には保険給付によって被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が消滅するはずと解するのであれば、保険給付にもかかわらず、消滅するはずの損害賠償請求権を被保険者に帰属させることが損害塡補性に反するかどうかが

問題となる。この場合には、消滅するはずの損害賠償請求権を存続させることは損害塡補性に反するといえるが、それは損害賠償請求権を保険者に帰属させたとしても同じことであり、存続させた損害賠償請求権を被保険者に帰属させること自体が特に損害塡補性に反するわけではないという理解もありうると思われる。すなわち、消滅するはずの損害賠償請求権を存続させること自体は損害塡補性に反するが、何らかの理由から[55]損害賠償請求権を存続させる以上、その損害賠償請求権を被保険者に帰属させることは、もはや保険契約の損害塡補性から論理的に否定されることではないということである。

また、損害概念を厳格に解した場合も問題になる。保険給付の対象となる損害額は本来は、被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権の価値を考慮したものと解するときは[56]、損害塡補性により利益の取得が禁止されることになるのではということである。ただ、損害概念を厳格に解する説は、その結果として、被保険利益の滅失額相当の保険給付の性質を損害の塡補ではなく、不確定な蓋然損害に対する救済と解する[57]。そうだとすると、このとき、保険給付の性質は損害塡補ではないから、損害塡補の性質から利益が禁止されることは問題にならない。

ただ、保険者が引き受けた義務は損害塡補であり、被保険者が第三者に対して損害賠償請求権を有するときは、損害が不確定であるため厳密な損害塡補をすることは不可能であるから蓋然損害の救済という形の給付をしたのであって、保険者の義務の本来の性質は損害塡補であるから、そのことから、蓋然損害の救済をしたときにも結果として損害塡補をしたのと同様になるような処置をすることが要請されるという理解がありえるかもしれない。しかし、損害塡補を目的とするという性質は、損害塡補の内容として被保険者に損害塡補以上の利益を与えることはないという意味で利得禁止の性質をもっているだけであり、それ以上に被保険者に利益を与えてはいけないという要請は損害塡補の性質からは出てこない。したがって、この立場からすれば、保険者の義務の性質は本来は損害塡補であるが、特定の場合には蓋然

損害の救済を行うことを義務の内容として含んでいるということになるだけであり、蓋然損害の救済の場合に結果を損害塡補と同じにしなければならないという要請は本来の義務が損害塡補であることからは出てこないように思われる。(58)

以上からすると、保険契約の目的が損害塡補であるという意味の損害塡補性からは代位の局面において被保険者が利益を得ることの禁止は、少なくとも当然には導かれないことになる。保険契約の目的が損害塡補であるということからは、保険給付が損害塡補以上のものであってはならないことが導かれるだけであり、それ以上に積極的に被保険者の利益の取得を禁止すべきという要請は出てこない。(59) このような損害塡補性からは、いわゆる保険自体による利得の禁止が導かれるだけではなかろうか。(60)

・利得禁止原則

次に、損害塡補性を公序に基づく利得を禁止する原則と解した場合（A2説）と契約により定められた利得を禁止する原則と解した場合（B1説）について検討する。

これらの場合、代位の局面における被保険者の利益が利得を禁止する原則の対象となるかが問題になる。この点については、前述したように、A2説では、対象はこの原則が公序に基づくという性質に反しない範囲で解釈によって決定されると思われる。B1説では、保険契約の内容から当事者の意思として導き出せるかどうかで決定される。したがって、いずれの場合においても問題は、代位の局面における利益が対象となると解することの合理性である。(61)

A2説については、損害塡補性は公序に基づいてはいるが、公序に反するおそれのない利益をも一律に禁止する原則であると解することがありえないわけではなかろう。ただ、代位の局面における利益が事故招致など公序違反とは無関係であるとするならば、代位の際の利益も禁止する原則を認めるべき合理性はないように思われる。(62)

ただし、特定の場合には代位の局面においても事故招致などにつながるおそれがあると解するときには、(63) 代位の際の

利益を一律に禁止する原則を認めるべきという議論はありうる。ただ、その場合も事故招致など公序違反につながる場合を類型的に抽出できるのであれば、一律に利益を禁止する原則を認めることが合理的といえるかにはかなり疑問がでてくる。公序違反のおそれのある場合を個別に処理することが困難であれば、一律に利益取得を禁止するという方法は合理的といえよう。しかし、公序違反のケースを類型的に特定できるのであれば、それを理由として一律に利益取得を禁止する原則を認めることにはあまり合理性はないように思われる。

B1説については、損害保険契約の形態から代位の際の利益も禁止するという当事者の意思を読みとることが合理的かが問題になる。この点については、損害保険契約が損害額相当の金銭を給付するものである点から当事者の利得禁止の意思が読み取れるかが問題になりうる。(64)

確かにそのような理解はありえる。しかし、この場合も、損害額相当の金銭の給付としたのは公序に反する利益を禁止するためであり、公序に反するおそれのない利益も一律に禁止する意思があるとは限らないとする解釈もありうるように思われる。以上からすると、この場合も代位の局面における被保険者の利益取得の禁止を導く解釈がありえないわけではないが、十分な合理性があるわけではないことになる。

・まとめ

代位の局面で問題となる利得について、多くの学説は利益と解しているように思われるが、右の検討によると、損害塡補性によっては、少なくとも当然には利益取得の禁止は出てこない。損害塡補を目的とする性質からは保険給付が損害塡補以上のものであってはならないということは導かれるが、それ以上に積極的に被保険者の利益取得を禁止すべきという要請は出てこない。

利得を禁止する原則という意味での損害塡補性については、代位の局面における利益も禁止する原則があると解する

ことの合理性を検討することが必要である。結論としては、公序や当事者の意思という観点からはそのような合理性は必ずしもないように思われる。

ハ　損害塡補性と重複補償の不当利得

次に重複補償の不当利得について検討する。この利得は公序に反するというようなものではない。したがって、損害塡補性を公序に基づく原則と解する説（A2説）や契約により定められた利得禁止原則と解する説（B1説）によるときには、そのような損害塡補性が重複補償の不当利得をも対象とすると解すべき合理性はないと思われる。

したがって、重複補償の不当利得については損害塡補を目的とする性質という意味での損害塡補性との関係だけが問題になる。保険契約がこのような損害塡補性を有するときには重複補償の不当利得が問題になりうる。(65) そして、重複補償の不当利得が生じた場合にはとりあえず被保険者はそのような利得を有するべきではないといえる。その限りで損害塡補性から重複補償の不当利得の禁止を導くことは妥当である。

ただし、問題はこの利得禁止によって代位を最終的に根拠づけることができるかである。すなわち、被保険者が重複補償の不当利得を得るべきではないとして、そのことから保険者が被保険者の権利を取得することを理由づけられるかが問題になる。仮に保険者が権利を取得するべき法律上の理由がないとすると、代位の根拠のレヴェルでいえば保険者が権利取得することも不当利得となる。したがって、重複補償の不当利得だけでは、保険者が権利を取得することを認めながら、被保険者については利得禁止とすることを正当化することにはならない。(66)

そうすると、重複補償の不当利得が生じる場合でも、代位の根拠づけのためには、さらに保険者が権利取得する法理論的理由の有無について検討する必要がある。(67) 仮に法理論的理由がないとすると、第三者の免責阻止を前提とする立場からは、被保険者と保険者のどちらにも権利取得の理由はないが、第三者の免責を阻止するために第三者に対する権利

をどちらかに取得させると考えることになる。したがって、ここで被保険者と保険者のどちらに権利を取得させるべきかを検討することになる。この場面では衡平ないし政策的観点から検討がなされることになろう。これらの点については、後で検討する。

(4) 民法の賠償制度の趣旨

利得禁止の根拠として、以上の他に、民法の賠償制度の趣旨、特に民法四二二条の賠償者代位または損益相殺の趣旨をあげる説がある(68)。この説は民法の損害賠償制度における、被害者は損害賠償を受けることで利得してはならないという理念により、代位の局面における被保険者の利得禁止が導かれるとするものだと思われる。ただし、これらの説が利得を利益としてとらえているか、重複補償の不当利得ととらえているかは厳密には明らかではないことが多い。しかし、保険契約が損害塡補を目的とするときに、保険金と損害賠償金を重畳取得することが不当利得となることは、損害塡補性に関する議論でみた通りである。その意味で民法の賠償制度の趣旨から利得が禁止されるとすることには問題がないと思われる(69)。そこで、ここでは損害賠償制度の趣旨から被保険者の利益取得が禁じられるかという点から検討する(70)。

また、この説には、損害賠償法の理念が保険法にも妥当するという考え方と、保険代位は損害賠償法の問題とする考え方がありうるように思われる(71)。まず、前者につき検討してみる。これは、被害者は損害賠償をうけることで利得してはならないという損害賠償法における理念が保険契約法の論理として、すなわち、被保険者は保険金によって利得してはならないという形で妥当するかという問題といえよう。結論としては、妥当しないように思われる。なぜなら、損害賠償法の論理は損害の発生につき責任を負うべき者（不法行為者や債務不履行者）と損害を被った者との関係において、後者に利得を許さないというものである。これに対して、保険者は損害につき損害賠償法上の責任を負うべき者ではな

く、単に損害を塡補するという契約による責任を負う者だからである。

賠償者代位や損益相殺は、あくまで損害賠償法の問題として論じられているものである。つまり、損害賠償法上の賠償義務者と賠償権者との関係において、前者の犠牲において後者の利得を許さないというものである。[72] したがって、損害賠償法上の賠償義務者と賠償権者の関係ではない保険者と被保険者の関係について、損害賠償法の理念が妥当するとは、少なくとも当然にはいえないと思われる。[73]

次に、代位は損害賠償法の問題であるかを検討してみる。これは保険代位は損益相殺の問題の一種であるか、すなわち損害賠償法上の賠償義務者と賠償権者との関係の問題において、保険金をどう処理するかの問題かどうかということである。被害者が保険金を受領しているにもかかわらず、保険金額を控除しない額を損害賠償させることは損害賠償法上は認められず、かといって賠償額を保険金額分免除することは、加害者の責任という観点からして妥当でない。そこで加害者の賠償額を減額するという意味での損益相殺の変形として保険代位がある。[74] つまり、被保険者の利得が認められないというのは損害賠償法の問題であるということである。

このような理解が成り立ちえないとはいえない。しかし、そもそも加害者の責任額を保険金額分減額することが妥当ではない場合に、なお損害賠償法の理論によれば被害者が保険金と賠償金の両方を取得することは許されないのかは問題であるように思われる。損害賠償法における利得禁止が賠償義務者の犠牲において賠償権者が利得してはいけないという理念に基づいているのであれば、[75] 賠償義務者を免責するのは妥当ではないことが確実である場合には、賠償義務者に適切な責任を負わせる結果、賠償権者が厳密な意味で原状回復以上の利益を得たとしても、必ずしもそれが損害賠償法における利得禁止に反することにはならないのではないか。[76]

結局、問題は損害賠償法において何であれ被害者は損害額以上の補償を受けてはならないという絶対的な原則を認め

るかということである。右のように加害者の責任が確定している場合であれば、被害者が利益を得てはいけないことを絶対的に解する必然性はないように思われる。(77)

(5)　まとめ

これまでの被保険者の利得禁止に関する検討をまとめると、次のようになる。まず、利益については禁止すべき理由はない。公序政策上も損害賠償制度の趣旨からしても、被保険者が利益を得てはいけないとすべき理由はないように思われる。また、損害塡補性については、損害塡補を目的とする性質からは利益取得の禁止は当然にはでてこない。利益を禁止する原則については代位の局面における利益をも禁止すべき原則を認めるべき理由はないと思われる。

ただし、特定の場面においては被保険者が利益を得ることを認めることは事故招致などにつながり公序政策上問題があるというのであれば、その場面では利得を禁止すべき理由があることになる。しかし、このような議論を認めるとしても一般的に利益を禁止すべき理由としては弱いように思われる。

次に重複補償の不当利得については、被保険者がこのような利得を有すべきでないことは当然である。しかし、保険者が被保険者の権利を取得することも不当利得となるのであれば、被保険者に重複補償の不当利得が生じることだけでは、被保険者については利得禁止といいながら、保険者は利得してよいとすることを正当化することはできない。したがって、重複補償の不当利得が問題となるときに、保険者が権利取得すべき法理論的理由があるかどうか、法理論上の理由がなければ被保険者に権利を与えるより保険者に権利を与える方が妥当かどうかを検討しなければ代位は正当なものとは評価できないことになる。

(12) 大森忠夫『保険法』（補訂版）一七九頁（有斐閣　一九八五年）、田辺・前掲注（9）「趣旨」二五一―二五三頁、青谷和夫『保険契約法論Ⅱ（火災保険）』四三七頁（千倉書房　一九六九年）、西島・前掲注（3）二〇〇頁。

(13) 倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四五頁。倉沢教授は保険給付により被保険者の損害が減縮することで被保険者の第三者に対する損害賠償請求権も減縮するので、そもそも被保険者の利得は問題にならないとされる（同論文一四一頁）。ただ、倉沢教授はこの後、本来であれば損害賠償請求権は消滅するが、第三者を免責することの不当性から、法が例外的に第三者に対する権利を賦与するとされ、さらに続けて、保険金によって損害が減縮している被保険者に不当利得させるべきでなく、保険者に権利を取得させることが公平にかなうとされる（同論文一四五頁）。したがって、被保険者に不当利得させるべきでないという意味では、利得禁止を問題とされているといえるように思われる。本文でとりあげている不当利得も同様のものである。

(14) このような利得の把握はアメリカにおける議論を参考としている。山本・前掲注（2）五七巻五号八五―八六頁参照。

(15) この点の違いを明確にしているものとして、大森忠夫「保険法における『利得禁止』について」『保険契約法の研究』二四七―二四八頁（有斐閣　一九六九年）、同「保険法における『利得禁止』をめぐるスイス学界の論議について」同書二八一―二八三頁。

(16) 大森忠夫「保険者の求償権」『続保険契約の法的構造』一〇〇頁（有斐閣　一九五六年）、同・前掲注（15）「保険法における『利得禁止』をめぐるスイス学界の論議について」三〇四頁はこの趣旨か。

(17) 洲崎博史「保険代位と利得禁止原則（一）（二・完）」法学論叢一二九巻一号一頁、三号一頁、一号一一頁（一九九一年）はこの考え方につながるように思われる。

(18) 田辺・前掲注（9）「趣旨」二五五頁。

(19) 従来の議論では損害保険契約の目的を金銭給付と解する立場からの議論と損害保険契約の目的を損害填補と解しつつ保険給付による損害賠償義務の消滅を論じる議論が混在しているように思われる。以下で紹介する学説にも損害保険契約の目的を損害填補と解さない立場のものが含まれているが、ここでの議論と関連しうると思われる限りでとりあげている。

(20) 伊藤文夫「保険給付と損害賠償額」損保企画一三号五頁（一九七五年）、窪田宏『保険法（商法講義Ⅳ）』（第二版）八九頁（晃洋書房　一九八五年）。

(21) 大森忠夫「損害保険契約の『損害填補』契約性」『続保険契約の法的構造』前掲注(16)三一－三二頁、同「保険金支払義務と損害賠償義務」『保険契約法の研究』前掲注(15)二一六頁、野津務「保険代位」『創立三十周年記念損害保険論集』九三頁（損害保険事業研究所　一九六五年）、石田・前掲注(6)二〇三頁。

(22) 倉沢・前掲注(5)「保険代位」一四一頁、同「保険金額と損害賠償額」『保険契約法の現代的課題』一九八頁（成文堂　一九七八年）。

(23) 倉沢康一郎「損益相殺と保険代位」『現代保険学の諸問題　相馬勝夫博士古希祝賀記念論文集』四八一頁（専修大学出版部　一九七八年）。

(24) 倉沢・前掲注(23)「損益相殺」四八四－四八五頁。

(25) 例えば、四宮和夫『事務管理・不当利得』二〇五頁注(一)（青林書院　一九八一年）。

(26) 龍田節・商法（保険・海商）判例百選（第二版）一四頁（一九九三年）参照。

(27) 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』四四三頁（岩波書店　一九六七年）、於保不二雄『債権総論』（新版）一〇〇頁（有斐閣　一九七二年）、西村信雄編『注釈民法(11)』六四頁（有斐閣　一九六五年）（椿寿夫執筆）、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（補訂版）一六九－一七〇頁（良書普及会　一九八一年）、尾崎三芳「連帯債務・不真正連帯債務」星野英一編『民法講座4』二二六頁（有斐閣　一九八五年）。

(28) 半田吉信「目的到達法理の史的発展（四）・完」千葉大学法経研究七号三〇－三一頁、四一頁、五一－五三頁（一九七八年）参照。

(29) 石田満「損害填補と損害賠償」『保険契約法の基本問題』三四－三六頁（一粒社　一九七七年）参照。

(30) 結論は異なるが、基本的な考え方として、西島梅治「重複填補の調整」ジュリ増刊八号・交通事故一三六頁（一九七七年）参照。

(31) その他、損害賠償義務の消滅を認めるものとして、田辺・前掲注(9)「趣旨」二五五頁、長谷川雄一『基本商法講義（保険法）』五六頁（成文堂　一九八九年）。

(32) 大森・前掲注(16)「求償権」一〇三－一〇四頁。

(33) 伊澤孝平『保険法』二九九頁（青林書院　一九五八年）。

(34) 田辺・前掲注（9）「趣旨」二五三頁。
(35) その他の批判として、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『損害保険双書1　火災保険』（補正版）三八四頁（文眞堂　一九九〇年）。
(36) 金澤・前掲注（10）「法的性質」二〇三頁。
(37) 洲崎・前掲注（17）三号二頁以下。
(38) 大森・前掲注（12）一七九頁、金澤・前掲注（10）「法的性質」二〇九頁、同「保険制度と損害賠償法との関連」西原道雄編『民法学6』一八頁（有斐閣　一九七五年）、戸出正夫・損害保険判例百選七二頁（一九八〇年）。また、洲崎・前掲注（17）一号二頁参照。
(39) 野津・前掲注（21）七六―七七頁、小町谷操三『海上保険法各論四』五九六頁（岩波書店　一九六八年）。
(40) 洲崎・前掲注（17）三号三頁、二九頁、西島梅治「保険代位と利得禁止原則」戸田修三＝西島梅治編『保険法・海商法』七頁（青林書院　一九九三年）、龍田節・損害保険判例百選（第二版）九頁（一九九六年）。
(41) 賃貸人のケースや自動車の車両保険をあげる見解もそのことから一般的な利得禁止を導こうとするものではない。ただし、特定の場合に事故招致のおそれがあることを理由として、公序に反しない場合を含めて一般的に被保険者が利益を得ることを禁止する原則を認めるという議論はありうる。この点については損害填補性による利得禁止を検討する際に扱う。
(42) 洲崎・前掲注（17）三号二〇頁。
(43) 金澤・前掲注（38）「保険制度」一九頁。
(44) 金澤・前掲注（10）「法的性質」一九六頁。ただし、焼け太りのようなことは倫理感に反するともいわれる。落合誠一＝大塚龍児＝山下友信『商法Ⅰ―総則・商行為』（第二版補訂）二七五頁（有斐閣　一九九四年）（山下執筆）。しかし、事故招致などと結び付かない場合にも、そういえるかは微妙ではなかろうか。
(45) 単純に事故が発生したときに保険によりかえって利益を得ることが事故招致とは関係なく倫理観に反するとしても、保険が一般生活に浸透している状況からして、そのことにより保険事業に対する信用が害され、保険事業の健全な発展を阻害するとは考えにくいのではなかろうか。

また、倫理観に反する点から直接に法的な利得禁止を導くには、倫理観に反する程度が公序に反するといえるほどでなければならないと思われる。単なる利得が倫理観に反するとしても、公序違反というほどではないように思われる。

(46) このような語の意義の不明確性を指摘するものとして、金澤理・判タ三二五号一二一頁（一九七五年）。ただし、利得禁止以外の場面では、損害塡補性の意義はそれほど不明確ではないように思われる。例えば、保険事故発生前の保険金請求権の被保険利益の移転を伴わない処分に関する議論参照。西島・前掲注（3）一三一頁。

(47) 以下の整理は従来の学説に正確に対応する形にはなっていない。筆者の視点からありうる見解を整理したものである。この整理と学説のずれについては、後掲注(59)参照。

(48) いわゆる相対説に当たる。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』一一〇―一一三頁（有斐閣　一九五二年）、金澤・前掲注（10）「法的性質」二一〇―二一一頁。

(49) B2説的表現のものとして、鈴木・前掲注（8）一六六頁、倉沢康一郎「被保険利益の契約法的機能」『保険契約の法理』前掲注（5）八〇―八二頁。

(50) このように思われる説として、鈴木・前掲注（8）一四三頁、一六六頁。

(51) このように思われる説として、倉沢康一郎『現代保険法論』三六―四四頁（一粒社　一九八五年）。

(52) このような損害塡補性の整理に関連すると思われるが、絶対説、相対説の対立について、保険契約が損害塡補性を有することは公序政策に基づくのであり、絶対説も相対説も結局は公序政策から利得禁止を導いているのであるから、絶対説と相対説の区別は意味がないとする説がある。野津・前掲注（21）六二―六三頁、小町谷操三「保険者の請求権代位に関する各論」損害保険研究二八巻三号一―二頁（一九六六年）、青谷・前掲注（12）四四三頁。

しかし、仮に相対説は公序政策によって利得を禁止するもので、絶対説は損害塡補を目的とするという保険契約の性質から利得を禁止するものであるとすると、理論的には、相対説では禁止される利得の範囲は公序政策によって決まるが、絶対説では損害塡補の性質によって決まる。したがって、この点から禁止される利得の範囲が異なるのであれば、実質的にも区別の意味はあるといえよう。

(53) A2説と公序を基礎とするB2説の違いは、公序から利得禁止自体を目的とする原則となるか、損害塡補を目的とするという契約の性質となるかという点である。同様にB1説と当事者の合意を基礎とするB2説の違いは、合意により定め

られるのが利得を禁止するという性質か損害の塡補を目的とするという性質かという点である。

(54) 例えば、水口吉蔵『保険法論』五六三頁（清水書店　一九一六年）、伊澤・前掲注（33）二九七頁、栗谷啓三「第三者に対する権利の保険代位」保険学雑誌四三四号一頁（一九六六年）。

(55) 第三者を免責させるのは不当だからということになろう。倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四一頁、一四五頁参照。

(56) 田辺康平「損害保険契約の本質」『保険契約の基本構造』前掲注（9）七三―七五頁、西島・前掲注（3）一九〇頁。また大森・前掲注（21）「『損害塡補』契約性」二九頁、同・前掲注（12）一八二―一八三頁参照。

(57) 田辺・前掲注（9）「趣旨」二六一頁。

(58) つまり被保険者の利益を禁止することは損害塡補という義務の性質自体から導くことはできず、保険者の義務は損害塡補に等しいものでなければならないという何らかの要請がなければ認められないのではないかということである。

田辺博士は損害保険契約の本質として、確定損害の塡補に加えて、利得を与えない方法により蓋然的損害を救済することを含められる。田辺・前掲注（56）一三三頁。したがって、直接には本文で論じた問題は当たらない。ただし、蓋然的損害の救済において利得禁止措置が求められる根拠は何かという点は問題になると思われる。

第三者が損害賠償義務を負っているというケースでは公序政策上利得を禁止すべき必要はないとすると、この場合に蓋然的損害の救済において利得禁止措置をとるべき理由はないのではなかろうか。

(59) 石田・前掲注（29）五一頁は同趣旨か。従来の学説の多くはこの点を明確にしていなかったように思われる。損害塡補の性質から安易に代位の局面における利得禁止を導いたため、実質的には損害塡補の性質とは無関係な利得禁止の原則を損害塡補の内容に取り込む結果となっていたのではなかろうか。この点で、前述のB2説のような表現をする学説が内容的にはA2説、B1説であるという結果になっているものが多いように思われる。

(60) 損害塡補性（損害塡補の原則）とは被保険者が保険自体によって利得すべきでないこととするものとして、青山衆司『保険契約法研究』一四一頁（有斐閣　一九三九年）、鈴木・前掲注（8）一六六頁、同「田辺教授の『修正絶対説』について」『損害保険研究』二四頁（成文堂　一九七七年）（ただし、論者のいう損害塡補の原則が損害塡補を目的とする性質のことは限らない）。

(61) 従来の学説では、損害塡補性が利益を禁止するものであるなら、当然に代位の局面における利益も対象となるという趣

旨のものがある。田辺・前掲注（9）「趣旨」二五四頁、西島・前掲注（3）二〇〇頁。しかし、利益を禁止する理由、損害塡補性の性質から損害塡補性の合理的な射程を考えるのが妥当であろう。大森・前掲注（16）「求償権」一〇三頁参照。

(62) 鈴木・前掲注（8）一六六―一六七頁参照。

(63) 前出七七頁参照。

(64) 洲崎・前掲注（17）三号二五頁注二〇参照。ただし、洲崎教授の指摘は一定額を給付する保険契約も損害額を給付する保険契約もどちらもありうる場合に関するものであり、損害保険契約一般についてのものとは限らない。

(65) 前出七五頁以下参照。

(66) 村瀬春雄『村瀬保険全集』一四六頁（村瀬保険全集刊行会　一九二六年）。

(67) 保険者の義務を損害を塡補すると同時に被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権を取得することと構成すると（田辺・前掲注（9）「趣旨」二六一頁、西島・前掲注（3）一九〇頁）、形式的には保険者が権利取得する理由を論じる余地はなくなる。しかし、そのように構成することの妥当性という点でやはり保険者の権利取得の理由は問題になる。

(68) 今村有『海上保険契約論　下巻』五六六頁以下（巌松堂書店　一九四二年）、石井照久＝鴻常夫『海商法・保険法』二一二頁（勁草書房　一九七六年）、倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四五頁、同・前掲注（22）「保険金額」一九八頁、同・前掲注（23）「損益相殺」四八〇頁以下、石田・前掲注（6）二〇二頁、戸出正夫「民法四二二条と商法六六二条の交錯」倉沢康一郎＝今泉敬忠＝大谷孝一編『保険の現代的課題　鈴木辰紀教授還暦記念』一七九頁（成文堂　一九九二年）、四宮和夫『不法行為』六〇八―六〇九頁（青林書院　一九八五年）、前田達明『民法Ⅵ2（不法行為法）』三九四頁（青林書院　一九八〇年）、水野有子「損害賠償における第三者からの給付を原因とする控除」判タ八六五号一一頁（一九九五年）。

加藤由作『海上損害論』三九八頁以下（巌松堂書店　一九三五年）、同「保険代位について」保険学雑誌四四〇号二八頁（一九六八年）、鈴木・前掲注（8）一六八頁は、利得を禁止するという点では賠償者代位と保険代位は同じであるが、利得禁止の根拠が異なるとされる。

加藤一郎『不法行為』（増補版）二四五頁（有斐閣　一九七四年）、横尾登米雄「損害保険契約法上の損益相殺について」保険学雑誌五〇〇号三頁（一九八三年）は、代位を損益相殺の一形態としてとらえるが、利得禁止の点に関して保険代位と損害賠償法上の損益相殺が同じ趣旨とされるかどうかは明らかではない。

(69) このような趣旨で損害賠償法と代位との関連を認めるものとして、倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四五頁、前田・前掲注（68）三九四頁。

(70) 以下であげる学説が利益を対象としているかは明らかでない。したがって、ここでは利益を対象とする議論に適用した場合という意味で学説を引用している。

(71) ただし、利得禁止の根拠として損害賠償の趣旨をあげる説がそれぞれどちらの考え方をしているかは必ずしも明確でない。

(72) 星野・前掲注（27）八七頁は、賠償者代位の趣旨を債権者・債務者の公平をはかったものとされる。我妻・前掲注（27）一四八頁以下は、賠償者代位につき、実際に生じた損害を賠償させようとする損害賠償制度の目的から当然演繹されるものであるとされる。損益相殺については、松浦以津子「損益相殺」星野英一編『民法講座6』六八一頁（有斐閣　一九八五年）参照。

ただし、賠償者代位につき求償権の確保の機能を重視する見解もある。於保・前掲注（27）一五八頁注（三）。このような議論については後で検討する。

また、損益相殺を公平の問題ではなく、損害が塡補されたかどうかの問題とするように思われる見解もある。大森・前掲注（21）「『損害塡補』契約性」二七頁、倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四〇―一四一頁、同・前掲注（22）「保険金額」一九七―一九八頁、同・前掲注（23）「損益相殺」四八一―四八五頁。また、松浦・前掲論文参照。このように解する場合には、損害賠償法の問題として代位の局面で利益が禁止されるかという形で問題になると思われる。

(73) 村瀬・前掲注（66）一四五頁、小町谷・前掲注（39）五九四頁、青谷・前掲注（12）四四四頁。また損害保険契約の目的は損害塡補ではなく金銭給付であるとする立場から、賠償者代位と保険代位は異なるとするものとして、大森・前掲注（21）「『損害塡補』契約性」三三―三四頁、同「保険金と損害賠償額」『保険契約法の研究』前掲注（15）二一四―二一七頁、二二〇頁。

(74) 四宮・前掲注（68）六〇八頁、四四一頁注（二）。直接保険代位について述べているわけではないが、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』一四七頁（弘文堂　一九九二年）、沢井裕「損益相殺（一）」関西大学法学論集八巻三号八二頁以下（一九五八年）参照。

(75) 山下友信「保険契約と民事責任」私法五六号八九頁（一九九四年）参照。不法行為法を加害者と被害者の利害の調節、

損失の分散という観点からみると、本文のような考え方が妥当するのではなかろうか。不法行為法のこのような理解については、加藤・前掲注（68）二六頁、四宮・前掲注（68）二六三頁、森島昭夫『不法行為法講義』四五一頁以下（有斐閣一九八七年）参照。

(76) 損益相殺においては加害者（賠償義務者）の免責の是非を中心に考えるべきとするものとして、山下友信「保険契約と損益相殺」吉川栄一＝出口正義編『石田満先生還暦記念論文集　商法・保険法の諸問題』四三〇―四三一頁（文眞堂　一九九二年）、洲崎博史「定額保険と損益相殺」龍田節＝森本滋編『川又良也先生還暦記念　商法・経済法の諸問題』三六二―三六三頁（商事法務研究会　一九九四年）、北河隆之「損益相殺に関する諸問題」損害保険研究五六巻四号七〇頁（一九九五年）参照。ただし、これらは被害者の利得があるからといって、加害者を免責すべきではないとするものであり、加害者を免責しないとした後で、加害者に対する権利を被害者に保持させるのが利得にならないとまでいうものではない。

(77) 一般的には不法行為による損害賠償で被害者が利得することは認められないとされている。不法行為法の制裁的機能を強調すれば被害者の利得が認められやすくなるが、その場合でも議論がある。山田卓生「不法行為法の機能」淡路剛久＝伊藤高義＝宇佐見大司編『森島昭夫教授還暦記念論文集　不法行為法の現代的課題と展開』一二―一五頁（日本評論社一九九五年）参照。

ただ、一般に被害者が損害額以上に利得してはいけないとされている理由は、損害塡補以上の給付を受けるべき理由がないからという不当利得的なもののように思われる。不当利得だからという以上に絶対的に被害者は損害額以上の利益を得てはいけないという原則があるという議論はなされていないように思われる。

4　保険者の権利取得

(1)　序

被保険者の利得禁止に関する検討によって、被保険者に重複補償の不当利得が生じる場合に、保険者が権利取得すべき法理論上の理由があるかどうか、そのような理由がなければ、被保険者と保険者のどちらに権利取得させるべきかを衡平ないし政策的観点から検討する必要があることが明らかになった。そこで、ここでは保険者の権利取得の根拠について検討する。

重複補償の不当利得が問題になるときの保険者の権利取得の理論的説明には二つの考え方がある。[78] 一つは、次のような考え方である。保険給付により被保険者の損害が減縮し、その程度で第三者に対する権利も減縮する。しかし、第三者を免責することは妥当でないから、第三者に対する権利を特別に存続させる。この権利を保険者に取得させるかどうかが問題になる。[79] もう一つは次のようなものである。保険給付により第三者の被保険者に対する義務が履行される。[80] そこで、保険者が第三者に対して不当利得返還請求権などの求償権をもつかどうかが問題になる。つまり、多数債務者の一人が弁済したときの求償権の有無の問題である。

従来は、保険者の権利取得の理由は重複補償の不当利得が生じる場合に限定して論じられておらず、議論の内容も右の二つの考え方に即してなされているわけではない。また既に述べているように、保険者の権利取得の理由づけでは、保険者が被保険者の権利を取得することには法律上の原因があるかという議論と第三者に対する権利を保険者と被保険者のどちらに取得させるべきかという衡平ないし政策的な観点からの議論がある。この点でも従来の議論は、法理論的議論と衡平ないし政策的な議論を峻別しているわけではないように思われる。ここではとりあえず従来の議論を求償権に関する議論とそれ以外の議論に分けて検討することとする。最初に求償権以外の議論を検討するが、そこでは政策的議論が中心となっている。

（2）政策的考慮

まず政策的考慮に関する学説としては、第一に、被保険者の利得禁止と有責第三者の免責阻止を認めたうえで、両者を達成するには保険者に権利を与えるしかないとする説がある。[81] 第二に、保険者は代位によって得られる利益を保険料計算において考慮しているからとする説もある。[82] この点に関して、代位の利益を保険料に算入しているのであれば、保険料の低下につながり、保険契約者全体の利益になるともいわれている。[83]

第三に代位制度は、被保険者による保険制度の悪用の防止に加えて、保険者の迅速確実な保険金給付義務の履行に対する報償、保険料の低廉化、有責第三者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重要な役割を果たしているとする説がある。[84] この説は直接、保険者の権利取得に焦点を当てたものではないが、右のような総合的な理由から保険者の権利取得を根拠づけるものと思われる。また、被保険者に保険金と損害賠償金の重畳取得を認めることが公序良俗には反しないとしても、重畳取得が反道徳的であるという皮相的観察による批判がなされるおそれはあり、代位を認めることによりそのような批判を回避することができるという指摘がある。[85] この点も総合的考察における一つの要素となると思われる。

第四に、保険者は保険金支払により損失を被っているとして、権利取得を正当化する説がある。[86] この保険者の損失は法理論的問題と政策的問題の両者に関連する。

第一説については、すでに被保険者の利得禁止の検討で述べたように、被保険者の利得禁止はそれだけで保険者の権利取得を正当化するほど絶対的なものではないので、そうだとするとこの説は妥当ではないことになる。

第二説については、保険料への算入は保険者が権利取得しても計算上は不当に利益を受けることにはなら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いう批判がある。[87] この批判はある意味では正当であるが、ただ、

代位は政策的な考慮に基づく制度であるとする立場からすれば、この批判は必ずしも的をえたものではないことになる。

政策的問題として考えるとすると、まず、そもそも代位の利益が実際に保険料に算入されているのかが問題になる。(88) また、代位の利益が保険料に算入されているとしても、実際に保険料に影響を与える程の意味があるかという問題がある。(89) この点に関連して、保険者が代位権を行使するにはコストがかかりすぎるので、実効性はあまりないという指摘がある。(90) 少なくとも損害保険一般に関していえば、代位の利益は個々の契約者の保険料に影響を与えるほどのものではないのではなかろうか。そうだとすると、保険料の問題はあまり重視する必要はないように思われる。

第三説については、右の検討からすると、保険者の迅速な給付の促進と重畳取得に対する批判の回避という観点から権利取得を根拠づけることが妥当かという点が問題になると思われる。迅速な給付の促進については、代位権を行使してもそのコストや第三者の資力などからして、保険給付額全額を回収できるわけではないことも含めて、代位を認めることが迅速な給付の保障として実際に機能しているといえるかどうか疑問があるように思われる。理論的には代位により迅速な給付が促進される可能性はあるが、実際問題としては、代位がなければ迅速に給付されないという関係にはないのではなかろうか。

反道徳的であるという批判の回避については、確かに被保険者が利得することが公序良俗に反するとはいえないにしても、あまり道徳的でないという感情はあるかもしれない。そうだとすると、そのような批判を回避することは保険者に権利取得させるべき理由の一つとはなる。しかし、前述のようにそのような感情は保険事業に対する信頼を害するほどのものではなく、軽度の感情論の問題だと思われる。したがって、代位を肯定すべき要素ではあるが、それほど重大なものではないように思われる。

第四説については、まず保険者は損害を被っているかどうかが問題になる。この点については、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るとはいえないとする見解がある。[91] しかし、損害を肯定する説は、法律的には保険料は具体的な保険金給付の対価ではないとする。[92] また保険者が保険金を支払うことは保険者の基金が減少することであり、損害といわざるをえない、[93] あるいは第三者が損害を生ぜ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受けているとする。[94]

これに対しては、保険者は事故発生率ないしは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という批判がある。[95]

保険者が保険金支払により損害を受けるかは、保険料債務と対価関係にある保険者の出捐は何かという従来から議論されている問題[96]と絡んだ複雑な問題である。ただ、仮に保険者が損害を被っているとしてもそれが法的に補償されるべきとはいえないように思われる。なぜなら、保険者の損害を認める説であっても、その損害につき不法行為の成立は否定している。[97] そうであるなら、保険者の損害を認めるとしても、不当利得返還請求権などを認めない限り、[98] 少なくとも法理論的に保険者の権利取得を認めるべき根拠にはならないように思われる。

また、保険者も被保険者も保険給付後に第三者に対する権利を保持するべき理由はないが、保険者と被保険者を比べれば損害を被っている保険者に権利を与えるべきとする説がある。[99] しかし、そこでの損害は法的には第三者によって補償される必要のない損害である。また、政策的に保険者と被保険者を比較するのであれば、経済的には保険金と保険料は釣り合っているので、経済的な意味でいえば保険者に損害はないといってよいのではなかろうか。そうだとすると、保険者に権利取得させるべきという結論は保険者の損害という点からはでてこないように思われる。

次に、政策的考慮以外の議論として、保険者の合理的意思から権利取得を根拠づける説がある。この説は保険給付の

対象となる損害は被保険者が有する損害賠償請求権を考慮にいれたものであるとし、保険者の義務の内容を被保険利益滅失額相当の保険金を支払うとともに、被保険者の有する損害賠償請求権を取得すべきこととする。そして、保険者に権利が移転することの根拠を保険者の合理的意思に求める。[100]

ただ、この説がいう合理的意思の内容は必ずしも明らかでないように思われる。保険者が保険給付の対象とする損害は損害賠償請求権の実現による被保険者の損害の減少額を考慮にいれるものであることが保険者の合理的意思に基づくとされるようにも読めるが、なぜそのことが合理的意思といえるのかが明確でないように思われる。

実損害額を給付する保険であることから保険料を低くするという意思を導き、[101]保険料低減の意思から損害賠償請求権の移転を導くことは考えられる。しかし、代位を認めることが保険料に影響しないのであれば、保険料を低くするという意思と代位を結び付けることは合理的ではないことになる。

保険者の権利取得に関する求償権以外の議論としては以上のものがあるが、保険料の問題、迅速な保険給付の促進、反道徳的との批判の回避はとりあえず政策的には保険者の権利取得の理由にはなりうる。しかし、いずれもあまり決定的な意味はもたないように思われる。

（3） 求償権

代位について、不真正連帯債務における求償ないし求償類似の問題として、また、代位弁済と同趣旨の、求償権を補完するものとして説明する見解がある。つまり、保険代位は保険者の有責第三者に対する求償権を確保するための制度であるとする。[102]

これらの説の妥当性については、保険給付をした保険者が第三者に対して求償権をもつかが問題となる。保険者の求

償権については不真正連帯債務における求償ないし求償類似という説明[103]と不当利得返還請求権という説明[104]がある。不真正連帯債務における求償権の根拠が何かについては議論がある[105]。保険代位に即して根拠としてあげられているのは次のものである。求償類似とする説は、保険代位については、ある債務者だけが終局の責任者と認められることを求償類似関係が認められる根拠とするようである[106]。求償そのものとする説は事務管理・不当利得による償還請求を根拠とするように思われる[107]。

まとめると、保険者の求償権の根拠としては、事務管理の費用償還請求権、不当利得返還請求権、有責第三者だけが終局の責任者と認められることの三つがあげられていることになる。以下ではこれらにつき検討する[108]〜[109]。

まず事務管理の費用償還請求権について検討する。この費用償還請求権の例としては、委託を受けない保証人の求償権がある[110]。保険金を支払った保険者に事務管理が成り立つためには、保険者がなした事務が他人の事務でなければならない（民六九七条）。この要件に関して、保証人は自己の債務を果たしているが、保証人の債務は主たる債務者の債務と比べて従たる債務であり、したがって、事務の他人性が肯定されている[111]。これに対して、保険者は第三者と比べて従たる債務を負っているのではなく、保険者の債務と第三者の債務との間には主従の関係はないから保証人と保険者は異なるとされてきた[112]。

確かに、この点で保証人と保険者は異なっている。しかし、保険者と第三者の債務の間には保証債務と主たる債務のような主従の関係はないが、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、事務管理の成立が認められることもありうる[113]。ただ、負担部分については不当利得返還請求権に関して論じることにする。

次に不当利得返還請求権について検討する。不当利得返還請求権が認められる例としては、受寄者（第三者によって委託物を破損された場合に債務不履行により損害賠償した受寄者）の第三者に対する求償権がある[114]。

保険代位については、発生した損害につき近く位置する者は有責第三者であり、遠く位置する者は保険者であるから、終局的に責任を負うべきは保険者ではなくて、第三者であるとし、また保険者は実質的に他人の債務を弁済したとみるべき場合であるとして、第三者に対する不当利得返還請求権を認める説がある。[115] この説は保険代位のケースを多数者の債務を一人が履行したときのうち、債務の順位または段階を異にする場合における段階を異にする場合の一つとして位置づけている。[116] 債務の段階が異なることと不当利得返還請求権の関係は必ずしも明らかではないように思われるが、終局的に責任を負うべき者は第三者であることから、第三者の債務と保険者の債務には順位があるのと同様の関係にあるとして、そこから不当利得返還請求権を導くようにも思われる。あるいは第三者と保険者の負担部分が全部と無であるとして、そこから不当利得返還請求権を導くようにも思われる。

負担部分に関しては、不真正連帯債務における求償権の基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、[117] 過失割合及び結果発生に対する加功度ないし原因力、[118] 過失割合ないし公平の見地[119]をあげる説がある。この考え方は右のような要素から不当利得返還請求権[120]を認めるという議論につながるものと思われる。

まず保険者と第三者の債務は順位があるのと類似の関係にあるという考え方について検討してみる。[121] 先程の説は保険者と第三者では義務の発生原因が違い、損害に対する距離が違うとするが、そのことからは第三者が最終的に責任を負うべきことは導かれるとしても、両債務に順位と類似の関係があることはでてこないのではなかろうか。

この見解は第三者が最終的に責任を負うべきである以上は保険者の責任は二次的なものにすぎないとするものかもしれない。そうだとすると、負担部分による考え方と同じことになる。前述の負担部分に関する学説を保険代位に当てはめると、おそらく、損害に対する距離、過失割合、公平の見地などから保険者よりも第三者が最終的に責任を負うべきであるとし、そこから、不当利得返還請求権を導くことになると思われる。

しかし、第三者が最終的に責任を負うべきであることから、保険者が不当利得返還請求権を有することを基礎づけられるかには疑問があるように思われる。なぜなら、第三者が最終的に責任を負うべきだから保険者は免責してよいのであり、したがって保険者の責任は二次的なものであるとすることは、保険者と第三者が被保険者の損害を塡補するという義務について履行共同体を形成するという関係にあること[122]、または被保険者が重畳的に給付を受けてはならないことを前提としているように思われるからである。

保険者と第三者が同一内容の義務につき履行共同体を形成しているのであれば、一方が終局的に責任を負うべきであれば、他方の責任は二次的なものといわざるをえない[123]。しかし、保険者と第三者が互いにまったく別個独立に損害を塡補する義務を負っているとすると、第三者が最終的に責任を負うべきであることと保険者の義務を二次的と評価することには直接の関連はないように思われる。保険者と第三者が履行共同体であれば、第三者が最終的に責任を負うということは、両者を比較して保険者の責任は第三者よりも軽いことを意味するといえよう。しかし、まったく別個の関係であるときに、第三者が最終的に責任を負うべきということは、その者が責任を免れるべきでないということであって、第三者と保険者を比較したうえでの問題にはならないのではなかろうか。このような場合には、第三者が責任を負うべきことの反射的効果として保険者が負担を免れてもやむをえないことは導き出されないように思われる。つまり、保険者の義務が二次的なものとはいえないのではなかろうか。

そうだとすると保険者と第三者が履行共同体であるといえるかどうかが問題になる。しかし、保険者は契約上損害塡補義務を負う者であり、第三者は法律上の損害賠償義務を負う者であることからすると、少なくとも理論上当然に履行共同体を形成しているとはいえないのではなかろうか[124]。

このようにみてくると、仮に第三者の免責の不当性から第三者が免責されることは不当利得と評価すべきであり、不

当利得返還請求権を認めるべきだとしても、第三者の免責が不当という法秩序からは権利主体が保険者であることは導き出せない。したがって、保険者と第三者が履行共同体でなければ不当利得返還請求権の主体としては保険者と被保険者のいずれかとなる。

しかし、被保険者が利益を得てはならないという法理論が認められるのであれば、被保険者が不当利得返還請求権の主体となることは認める余地はなく、結果として保険者が不当利得返還請求権の主体となるべきことになる。しかし、被保険者の利益取得を禁じるべき理由がないことは既に検討した通りである。[125] また、損害が塡補されたにもかかわらず権利を保持することが不当利得になるという意味で被保険者は利得すべきでないとしても、その意味では保険者も利得すべきでないことも既にみてきた通りである。

そうだとすると、第三者の免責が不当利得になるとしても、これまでの検討では不当利得返還請求権の主体は確定せず、いまだ被保険者と保険者の両者が考えられる。したがって、第三者に対する求償権を認めることが妥当であるとしても、別の角度からさらに求償権の主体として被保険者と保険者のどちらが適切かを検討しなければ結論は出せないと思われる。ここで必要なのが衡平ないし政策的観点から、保険者と被保険者のどちらが権利主体として適切かを検討することだと思われる。

ところで、不当利得返還請求権や事務管理の費用償還請求権とは別に、第三者が終局的に責任を負うべきことも求償権の根拠とされている。しかし、そのことだけから保険者の求償権を導くのが妥当でないことは、右の検討でみた通りである。

（4）まとめ

第三者の免責は妥当ではないことを前提とすると、衡平の観点から特に認められた権利であろうと、不当利得返還請求権などの権利であろうと、いずれにせよ第三者に対する権利を認めるべきことになる。しかし、このような権利を認めるべきとしても、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結論はでてこない。

したがって、第三者に対する権利の性質をどう解するにせよ、権利主体を確定するには、衡平の観点、政策的な観点からの考察が必要になる。しかし、保険者の権利取得に関する従来の学説で論じられていた要素は、保険者と被保険者のどちらを権利主体とすべきかという議論において、必ずしも決定的な役割を果たさないように思われる。

(78) この点については前出七六頁参照。
(79) 倉沢・前掲注(5)「保険代位」一四五頁参照。
(80) 四宮・前掲注(25)二〇五頁注(一)。
(81) 藤田仁「損害保険契約と保険者代位」損害保険研究三〇巻二号八五―八六頁(一九六八年)。
(82) 大森忠夫「傷害保険契約と保険者代位」『保険契約法の研究』前掲注(15)一七二頁以下、金澤理「人保険者の求償権」『保険と民事責任の法理』前掲注(10)二一三頁、岩崎稜「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』一一〇頁注(3)(損害保険事業研究所　一九七四年)、吉川吉衞・判タ四三九号昭和五五年度民事主要判例解説一七六頁(一九八一年)。また直接には代位の根拠に関するものではないが、被保険者が保険金支払前に第三者に対する権利を放棄、処分したときには保険者は支払責任を免れることの理由として、代位の利益が保険料計算において考慮されていることをあげるものとして、落合誠一・商法(保険・海商)判例百選六七頁(一九七七年)、島十四郎・ジュリ六六六号昭和五二年度重要判例解説一〇四頁(一九七八年)。
(83) 岩崎・前掲注(82)一一〇頁注(3)、吉川・前掲注(82)一七六頁。
(84) 金澤・前掲注(10)「法的性質」二〇九頁。

(85) 金澤・前掲注(82)「人保険」二四二頁。
(86) 野津・前掲注（21）七六頁、小町谷・前掲注（39）五九七―五九八頁、倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四三頁以下。
(87) 西島・前掲注（3）一九二頁注(9)。
(88) この点を疑問とするものとして、金澤理「保険者の代位権の法的性質」私法三〇号一六七頁（一九六八年）、山下・前掲注（35）三八四頁。
　算入を認めるものとして、金澤・前掲注（82）「人保険」二四二頁、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）」損害保険研究四九巻二号一〇七頁（一九八七年）。また、石田満『商法Ⅳ（保険法）』二〇六頁注（2）（青林書院　一九七八年）。
(89) ドイツの議論として、洲崎・前掲注（17）三号二二頁。
(90) 加藤一郎「総論―重複塡補の問題点」交通法研究一〇・一一号一四頁（一九八二年）、吉川吉衞「災害補償と損害賠償」損害保険研究四六巻一号六七頁（一九八四年）、同・前掲注（7）『構造』三五九頁。
(91) 金澤・前掲注（10）「法的性質」一九一頁、石山卓磨「保険金と損害賠償額との調整」愛知学院大学論叢法学研究二二巻二・三号三二頁（一九七八年）。
(92) 野津・前掲注（21）七五頁、倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四三頁以下。また同・前掲注（23）「損益相殺」四七四頁以下参照。
(93) 小町谷・前掲注（39）五九七―五九八頁。また、野津・前掲注（21）七六頁。
(94) 倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四三頁以下。
(95) 田辺・前掲注（9）「趣旨」二五九頁。
(96) 学説については、服部榮三「保険契約における保険者の給付の性質」商法の争点Ⅱ二五八頁（一九九三年）参照。
(97) 野津・前掲注（21）九三―九五頁、小町谷・前掲注（39）五九八頁、倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四四頁。
(98) この点については求償権に関する議論として検討する。
(99) 倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四五頁。
(100) 西島・前掲注（3）一九〇頁、三八六頁。

(101) 損害保険法制研究会『損害保険契約法改正試案　傷害保険契約法（新設）試案理由書（一九九五年確定版）』一三〇頁（損害保険事業総合研究所　一九九五年）参照。ただし、ここで指摘されているのは、実損害額を給付する保険と一定額を給付する保険がどちらも選択できる場合に、実損害額を給付する保険を選択したときの契約当事者の意思である。

(102) 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」『自動車・責任保険の諸問題　南出弘博士在職三〇年記念』前掲注（8）二四六頁、於保・前掲注（27）二四九頁、四宮・前掲注（25）二〇六頁、船越隆司「実定法秩序と証明責任（29）」判評四三二号一四頁（一九九五年）。

(103) 棚田・前掲注（102）二四六頁、於保・前掲注（27）二四九頁、船越・前掲注（102）一四頁。

(104) 四宮・前掲注（25）二〇六頁。

(105) 学説については、西村編『注釈民法（11）』前掲注（27）六七頁（椿執筆）、青野博之「不法行為における複数関与者の求償権」法時六〇巻五号四〇頁（一九八八年）、富岡淳「求償権という観念においては、どういう点を問題とすべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望　第二巻債権総論（2）』二五三頁（日本評論社　一九九一年）参照。また、尾崎・前掲注（27）二〇七頁参照。

(106) 我妻・前掲注（27）四四六頁。また船越・前掲注（102）一四頁参照。

(107) 四宮・前掲注（25）二〇六頁。不真正連帯債務の求償権や代位弁済の基礎となる求償権について求償権の性質を細かく論じる必要はないとする見解を除けば（これらについては後掲注（122）参照）、保険代位に限らず、求償権の根拠はおおよそ本文のようなものになるようである。求償権一般について、好美清光「不当利得の類型論」私法四八号四四頁（一九八六年）、寺田正春「弁済者代位の機能と代位の要件・効果」別冊ＮＢＬ三一号『担保法理の現状と課題』一三六頁（一九九五年）参照。

(108) 保険給付により第三者の損害賠償義務は履行されないとすると、求償権の議論は妥当しない。したがって、ここでの議論は保険金給付により第三者の損害賠償義務が履行されることを前提としたものとする。保険契約の目的を金銭給付と解する立場からの議論については、大森・前掲注（21）「保険金支払義務」一七五頁以下、金澤・前掲注（10）「法的性質」一九二頁参照。

(109) 保険代位と代位弁済（民五〇〇条）は異なるとするものとして、小町谷・前掲注（39）五九四頁、伊澤・前掲注（33）

三〇〇頁、倉沢・前掲注（5）「保険代位」一四三頁。ただし、ここでは保険代位の根拠を問題としているので、保険代位が代位弁済の要件を満たすかという形ではなく、少なくとも求償権の確保という面で同趣旨といえるかどうかという形で検討する。したがって、保険者が求償権を有するかが問題となる。

ただし、代位弁済は求償権の確保ではなく、代位自体が求償の実現方法となる場合もあるとする見解もある。寺田・前掲注（107）一三六頁など参照。このような見方をすれば、いずれにせよ保険代位は代位弁済と同趣旨といえるようにも思われる。

（110）我妻・前掲注（27）二四九頁、四八八頁、平井宜雄『債権総論』（第二版）二〇五頁、三一四頁（弘文堂　一九九四年）。

（111）四宮・前掲注（25）一三一一四頁。

（112）伊澤・前掲注（33）三〇〇頁、野津・前掲注（21）六六一六七頁、青谷・前掲注（12）四四四頁。

（113）四宮・前掲注（25）一四頁注（二）。

（114）四宮・前掲注（25）二〇六頁、沢井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』七三頁（有斐閣　一九九三年）、奥田昌道編『注釈民法（10）』七一七頁（能見善久執筆）（有斐閣　一九八七年）。

（115）四宮・前掲注（25）二〇六頁。

（116）四宮・前掲注（25）二〇六頁。

（117）於保・前掲注（27）二四九頁。

（118）西村編『注釈民法（11）』前掲注（27）六七頁（椿執筆）。

（119）並木茂「求償権」判タ二六八号一一七頁（一九七一年）。

（120）前述のように負担部分から事務管理を認めることもありうる。したがって、その限りで、以下の議論では事務管理の費用償還請求権も対象となる。

（121）多数当事者間の不当利得につき、一般論として、法律関係の優先劣後の判断がかかわってくる場合があるとするものとして、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』四九一頁、五〇四頁注（14）（有斐閣　一九八六年）。また徳本伸一・民商七三巻四号五〇五頁（一九七六年）は、保険代位を前提としてみたときに、保険者と第三者の債務には序列があるとする。

(122) 四宮・前掲注(25)二〇五―二〇六頁参照。不真正連帯債務の求償権につき、特に不当利得といわなくても複数債務者の場合には常に求償権が認められるとする考え方がある。「シンポジウム法律関係の清算と不当利得」私法四八号五八頁(椿寿夫発言)(一九八六年)、青野・前掲注(105)四一頁。この見解は複数債務者の間には弁済ないし免責のための共同関係があるとし、そこから当然に求償権が導かれるとするもののように思われる。青野・同論文四一頁参照。そうだとすると、この見解は共同関係を前提として不当利得返還請求権を認める見解と実質的には同じものと思われる。前掲私法四八号六五頁(椿発言)参照。したがって、実質的な問題は複数債務者であるという関係だけから不当利得返還請求権の主体としての地位を認めてよいかどうかであろう。この点については後掲注(124)参照。

(123) 受寄者のケースはこのような場合ないし後述の被害者の利益取得が禁じられる場合だと思われる。

(124) 四宮・前掲注(25)二〇五頁注(一)、柚木馨＝高木多喜男『判例債権法総論』(補訂版)二七一―二七二頁(有斐閣一九七一年)参照。同一内容の債務を負っているという共同関係だけから履行共同体を認める考え方もありえないわけではない。前掲注(122)参照。しかし、実質的にいえば、単に同一内容の債務を負っているという関係だけでは、第三者が最終的に責任を負うべきことから保険者が責任を免れてよいことを導く説明としては弱いように思われる。ただ、保険者と損害賠償義務者の関係が例外的なのであって、一般的には同一内容の債務を負っているほとんどの場合には、履行共同体を認めてよいとはいえるかもしれない。

(125) 厳密にいえば、ここで問題となるのは各損害項目について被保険者が利益を得ることを禁止すべき理由である。このような理由がないこともこれまでの検討で明らかであろう。

5　保険者と被保険者の比較衡量

これまでの検討でみたように、代位の根拠については、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

が適切であるかを、衡平ないし政策的観点から検討する必要がある。既にみてきたように、従来も代位は政策的総合的な考慮によるものという見解はあった[126]。そして、考慮されるべき要素として、公序政策上の問題、保険料の問題、保険者の損害、迅速な保険給付などがあげられていた。しかし、いずれも決定的な要素ではないように思われる。また、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、代位を否定すべき要素の抽出はあまりなされていないように思われる。

そこで、ここでは、代位の有無を検討する際に考慮すべき要素として、代位を否定すべき要素としてどのようなものがあるか、代位を肯定すべき要素として他のものがないかを検討する。

（1）代位否定の要素

まず、被保険者に権利を取得させるべき、すなわち代位を否定すべき要素としては、訴訟の増加、被告の負担の増加、和解の困難がありうる[127]。訴訟の増加とは、代位がなければ被害者の加害者に対する訴訟一つで済んでいたのに、代位を認めることにより被害者の加害者に対する訴訟と保険者の加害者に対する訴訟の二つになり、裁判所の負担が増加するということである。このような訴訟の増加は代位の認められるすべての場合に生じるわけではない。しかし、付保損害以外の損害が発生したとき、定額控除（deductible）があるとき、一部保険のときなどには訴訟の増加が問題になる。

保険者が権利取得すべき積極的理由はないとする立場からすれば、代位を認めることにより訴訟が増加することは代位否定の要素と評価してよいと思われる。ただ、理論上は代位を認めた方が訴訟が増加するといえるとしても、実際問題として訴訟の増加のために代位を否定すべきという程の弊害かどうかには疑問もある[128]。少なくとも現状を前提とすれば、代位否定の要素ではあるとしてもそれほど重大なものと評価する必要はないと思われる。

次に、被告の負担の増加とは、右のように訴訟が増加することにより、被告は本来は一つの訴訟に応えるだけで済んでいたのが、二つの訴訟に対応しなければならなくなるということである。[129] この点についても、保険者が権利取得すべき積極的理由がないのであれば、被告の負担を増加させること自体の意義が問題となる。[130] いたずらに被告の負担を増加させるのであれば、代位を否定すべき要素と評価してよいのではなかろうか。

しかし、被告が負担増加を避ける手段がないわけではない。訴えの主観的追加的併合という形で被告が第三者に対する請求を追加併合することを認める説によれば、[131] 被告は自らの力で一つの訴訟への対応で済ませられることになる。また、実際には、別訴を提起して弁論を併合するという形が取られているとのことである。[132] したがって、被告の負担増加もそれほど重視する必要はないように思われる。

和解の困難については、保険者の代位権と被保険者の和解について次のように解されていることが前提となる。すなわち、被保険者が第三者に対する権利の保存・行使について必要な手続を怠り、または保険者の同意を得ないでその権利を譲渡・放棄した場合には、保険者は保険金支払に際し、代位によって第三者から取得することができたと認められる額を支払うべき金額から控除できる。[133]

このような理解には異論はないが、そうすると、被保険者が和解するには保険者の承諾が必要になるので、和解交渉が面倒になるという問題が生じる。また、保険者の承諾を得ずに保険金を当てにして低い額で和解し、その結果保険金が得られなくなり、十分な補償を受けられなくなるという問題もある。[134]

ただ、この点は保険者に権利取得させた方がよいという代位肯定の要素と評価することもできる。なぜなら、保険金を当てにして低い額で第三者と和解するという点は、和解が困難になる、あるいは被保険者の補償が不十分になるという観点からみれば代位否定の要素と評価できるが、被保険者が保険金と賠償金を重畳取得することを認めると第三者の

責任が軽減されがちになるという観点からみれば、第三者の免責が不当であることを前提とする限りでは、代位肯定の要素と評価すべきことになるからである。(135)

したがって、まず、いずれに解すべきかを検討する必要がある。代位肯定の要素と評価する考え方は保険者に権利取得させた方が権利行使の実効性があるとするものといえる。しかし、この点については次のような反論がある。保険者が権利行使するには被保険者の協力が必要であるから、結局は被保険者が第三者の責任を追及する意思があるかどうかが問題になる。また、保険者が代位権を行使するか否かは専らコストと利益の比較になるのに対して、被保険者に権利を与えた場合には、基本的には同じであるが、しかし、コストとしては割に合わなくても加害者の責任を追及しようと思うこともありうるのであって、被保険者に権利を与えた方が責任追及が厳しくなる。(136)

また、付保損害以外の損害が発生した場合、例えば自動車の車両保険において、自動車事故により人身損害も発生したという場合は、保険者よりも被保険者の方が権利行使する可能性が高いこともありうるように思われる。このとき、被保険者は人身損害については加害者に対し損害賠償請求するのであるから、車両損害を併せて請求することで、それほどコストは増えないと思われる。したがって、保険者が車両損害について権利行使するのはコスト的に無理でも、被保険者が人身損害と併せて権利行使するのであればコスト的に可能というケースがありうるのではなかろうか。

以上からすると、結局、第三者の責任追及という観点からは、保険者による権利行使と被保険者による権利行使は一長一短であり、特にいずれかが優れているという結論は出しにくいように思われる。そうだとすると、被保険者に権利行使させることにより第三者が責任を免れるという点はあまり考慮しなくてもよいことになる。したがって、問題は和解の困難である。

この和解の困難が実際にどの程度問題となっているのかは明らかではない。理論的には保険事故発生後、保険金の支

払がなされるまでの期間が長ければ長いほど被保険者が保険者の承諾を得ずに第三者と和解することで問題が生じる可能性が高くなるように思われる。したがって、一定期間にわたって発生する損害が対象となることの多い費用保険、利益保険などで特に問題になる可能性もある。ただし実態は不明であり[137]、この点をどれほど重大な問題と考えるべきかについては結論は留保しておく。

以上のように、訴訟の増加、被告の負担増加、和解の困難について検討してきたが、いずれも、被保険者に権利を取得させるべき、すなわち代位を否定すべき要素とは評価できるように思われる。しかし、あまり重大に評価すべきではないとも思われる。

(2) 代位肯定の要素

次に保険者に権利取得させるべき、すなわち代位を肯定すべき要素として考えられるものを検討していく。まず、保険者の支払能力確保の要請が考えられる。保険経営については次のようなことがいわれている。保険加入者は保険事故が生じた場合の大半において、何がしかの経済的危機に直面しているので、あてにしている保険金が保険企業の経営上の理由で受け取れないなどという事態が生じると、破滅的状況にまで陥ることになりかねない。したがって、保険企業にとっては、何よりもその経営の安全性を維持、確保し、いかなる場合であろうとも、契約に従って保険金を支払いうるだけの資金を保持し、保険加入者の信頼と期待に応えうるようにしておかなくてはならない[138]。

この点を考慮すれば、代位の利益は保険者に与えた方が有効に利用されるとも考えられる。ただし、日本では従来は保険者はいわゆる護送船団方式により保護されており[139]、その点からすると、特に保険者の保護を図る必要はないともいえる[140]。しかし、近時の規制緩和の潮流により保険会社に対する規制も変化しており、保険者の支払能力確保を重視すべ

きようになることもありうるであろう。

次に、被保険者に権利行使させると、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、取得することのできる金額が異なるという点があげられる。一般に被保険者が先に賠償金を取得した場合には、被保険者は保険金を請求できないと解されている[141]。そうだとすると、被保険者に権利を取得させることにした場合、被保険者は先に保険金を取得すれば保険金と賠償金を取得できるのに、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[142]。このように権利行使の順序によって結果が異なるのは妥当ではないと思われる[143]。

この順序による結果の相違は一般には致命的な欠陥と考えられているようである[144]。しかし、この問題がそれほど決定的なものかどうかについては疑問がある。確かに、一般論としては権利行使の順序によって結果が異なることは認めるべきではない。しかし、代位の場合は、そもそも被保険者も保険者も取得すべき理由のない権利を取得させるという問題であるから、場合によって、権利を取得できない結果になってもそのこと自体は被保険者の権利を損なうものではないと思われる。問題は被保険者間の平等であるが、この点についても、ある意味では被保険者は権利取得できないことが当然であり、権利取得できることが特別であるから、あまり問題にする必要はないように思われる。順序によって結果が異ならない方が妥当であることは確かであるが、仮に、被保険者に権利取得させるべき理由があるのであれば、この点はそれほど重視しなくてもよいと思われる。

代位を肯定すべき要素としてはとりあえず以上のものが考えられる。これらの要素も代位を認めるべき要素ではあるが、必ずしも決定的な意味をもつものではないように思われる。

（3）まとめ

このように代位の有無を考える際に考慮すべき要素として、いくつかのものが考えられるが、いずれも決定的なものではないように思われる。したがって、従来からの議論も含めて、これらの要素を衡量した結果、結論として代位を認めるべきか否かはかなり微妙な判断になると思われる。ただ、代位否定の要素があまり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、代位肯定としてもよいと思われる。いずれにせよ、商法六六二条はこのような衡量の結果、代位を肯定すべきという判断を下したものとして理解することが妥当ではなかろうか。

最後に代位の根拠についてまとめておく。代位は第三者の免責が不当であることを前提とし、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という制度である。したがって、代位は政策的な制度という側面をもつが、しかし、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。

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。このときには、被保険者が公序政策上禁止されるべき利益を得るかどうかが問題であり、重複補償の不当利得が生じるかどうかという意味での保険契約の性質は無関係である。

このように代位の根拠としては二通りの構成がありうる。重複補償の不当利得に基づく構成と利益に基づく構成である。しかし、原則としては後者の代位を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だと思われる。

このような代位の根拠の理解は代位制度の合理性を現在の視点から検討した結果、導かれたものである。したがって、まず代位に関する立法論としては、このような理解に基づいて考えるべきだと思われる。また解釈論としても、現行法の枠組みに反しない限りで、このような代位の根拠を反映させていくことが望ましいと思われる。

(126) 大森・前掲注（82）「傷害保険契約」一七三頁、金澤・前掲注（10）「法的性質」二〇八―二〇九頁、石田・前掲注（88）三五七頁、石山・前掲注（91）三四頁等。

(127) これらはアメリカにおける議論で考慮されている要素である。山本・前掲注（2）五八巻四号一〇一頁以下参照。

(128) 例えば、少し古いが、実際には代位はあまりなされていないという指摘がある（加藤雅信「現行の不法行為被害者救済システムとその問題」ジュリ六九一号六一頁（一九七九年））。そうだとすると、訴訟増加の影響もそれほどはないといえよう。ただし、そもそも代位権が行使されない事態を改善するべきという議論もありうる。

(129) 訴訟の増加も被告の負担の増加も本来は一つの訴訟であるものが二つの訴訟となることの弊害を問題とするものである。これはアメリカでは一部請求（splitting a cause of action）の可否の議論として論じられている。日本における一部請求に関する議論でも被告の負担や裁判所の負担など類似の要素が考慮されている。ただし、日本では原告が恣意的に一つの請求を分割することが議論の対象である。新堂幸司『民事訴訟法』（第二版補正版）二一七―二一九頁（弘文堂　一九九〇年）参照。

(130) 一部請求に関する議論をみるとこのような評価がなされているように思われる。新堂・前掲注（129）二一八頁参照。

(131) 兼子一『新修民事訴訟法体系』（増訂版）三八八頁（酒井書店　一九六五年）、新堂・前掲注（129）四八六頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『民事訴訟法講義』（第三版）五八八―五八九頁（井上治典執筆）（有斐閣　一九九五年）。

(132) 中野＝松浦＝鈴木編・前掲注（131）五八九頁。

(133) 大森・前掲注（12）一八五頁、西島・前掲注（3）一九四頁。

(134) 「シンポジウム損害保険契約法の改正」私法三六号七一頁（下森定発言）（一九七四年）。

(135) 若干趣旨は異なるかもしれないが、「シンポジウム損害保険契約法の改正」前掲注（134）七三頁（田辺康平発言）参照。

(136) 樋口範雄「Collateral Souce Rule と日米不法行為法」学習院大学法学部研究年報二〇号二一五頁（一九八五年）。

(137) 被保険者が十分な補償を受けられなくなることはしばしばあるとの指摘があるが詳細は不明である。「シンポジウム損害保険契約法の改正」前掲注（134）七一頁（下森発言）。

(138) 真屋尚生「保険政策と保険経営」庭田範秋編『保険経営学』一一四頁（有斐閣　一九九二年）。

(139) 井口富夫『現代保険業の産業組織』一三五―一三七頁（ＮＴＴ出版　一九九六年）参照。

(140) 石山・前掲注（91）三七頁注（13）。

(141) 田辺・前掲注（9）「趣旨」一五五頁。

(142) 保険契約が損害填補を目的とするものであるとして、被保険者が先に保険金を取得したとき、代位がなければ被保険者の第三者に対する権利は消滅するはずであり、被保険者の重畳取得は問題にならないとする見解もある。倉沢・前掲注(5)「保険代位」一四〇－一四一頁。ただ、ここでは第三者の免責阻止を前提として論じているので、代位を否定するとしても、それは被保険者に第三者に対する権利を行使させるということであり、第三者を免責させるということではない。ただし、この考え方は六六二条との関連で問題もあるが、この点については後で触れる。

(143) この議論は一部保険における代位の範囲に関してなされている。田辺康平「請求権代位における権利の取得と行使」『保険契約の基本構造』前掲注（9）二七四－二八〇頁。

(144) 田辺・前掲注（143）二七四頁、西島・前掲注（3）二〇二頁。また、金澤理「搭乗者傷害保険金と損害賠償」『創立六十周年記念　損害保険論集』七六五頁（損害保険事業総合研究所　一九九四年）参照。

（未完）