



Title	保険代位に関する一考察（2・完）
Author(s)	山本, 哲生; YMAMOTO, Tetsuo
Citation	北大法学論集, 47(3), 43-84
Issue Date	1996-09-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15678
Type	departmental bulletin paper
File Information	47(3)_p43-84.pdf



保險代位に関する一考察（二・完）

山本哲生

目次

はじめに

一 代位の根拠

二 代位の適用基準

1 判例の概要

2 法定代位に関する学説

3 約定代位に関する学説

4 実損填補型保険と定額給付型保険

（以上、四七卷二号）

二 代位の適用基準

1 判例の概要

代位の根拠に関する検討を基礎として、次にいかなる保険契約に代位が適用されるかを検討する。代位の適用基準に関する議論としては代位に関する約定がない場合の議論（法定代位に関する議論）と代位に関する約定がある場合の議論（約定代位に関する議論）がある。まず、従来の議論を概観するが、最初に判例を取り上げる。判例上は主として法定代位が問題となっている。

判例では、損害賠償額から保険金額を控除すべきか否かが問題となっており、したがって、問題は代位の適否に限られない。代位とは別に保険金額が損害賠償額から控除されることもありえないわけではない。このような損害賠償と保険金額との関係が問題となった裁判例はいくつかあるが、それらの裁判例については、すでに数多くの研究がなされている。そこで、ここでは最高裁判決を中心としてごく簡単に概観することに⁽¹⁾する。

最高裁において、法定代位に関連して問題となった保険金としては、生命保険金、火災保険金、生命保険契約の特約に基づく傷害・入院給付金、所得補償保険契約の保険金がある。まず生命保険金については、最高裁は、生命保険金は

すでに払い込んだ保険料の対価の性質を有し、もともと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、損害賠償額から控除すべきいわれはないと判示した。⁽²⁾⁽³⁾ 代位については直接は触れられていない。

火災保険金については、最高裁は、火災保険金はすでに払い込んだ保険料の対価たる性質を有し、損害賠償額の算定において損益相殺として控除されるべき利益には当たらないとした。そのうえで、保険金を支払った保険者は商法六六二条所定の代位の制度により、支払った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損害賠償請求権を取得する結果、被保険者は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できる賠償額が保険金の額だけ減少すると判示した。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

生命保険契約の特約に基づく傷害・入院給付金については、最高裁は、右の火災保険金に関する判例に依拠して、これらの保険金はすでに払い込んだ保険料の対価としての性質を有し、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は当たらないとした。さらに、これらの保険金については代位の制度の適用はないと解するのが相当であるとした。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

所得補償保険契約の保険金については、最高裁は、本件に適用される約款からすると、本件所得補償保険は被保険者の傷害又は疾病そのものではなく、被保険者の傷害又は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、保険金を支払った保険者は商法六六二条の規定により支払った保険金の限度で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、被保険者はその限度で損害賠償請求権を喪失すると解するのが相当であると判示した。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

この他に、搭乗者傷害保険金に関する最高裁判決がある。⁽¹⁰⁾ 判旨は、搭乗者傷害条項に基づく保険金は、その条項からすれば、被保険者が被った損害をてん補する性質を有するものではないというべきであり、そうすると、当該保険金を

損害額から控除することはできないとした。代位については、代位しない旨の約款があることが認定されている。⁽¹¹⁾

⁽¹²⁾いかなる保険契約に代位が適用されるかについて直接触れているのは、火災保険金、傷害・入院給付金、所得補償保険金についての判決である。火災保険金と所得補償保険金に関する判決をあわせると、損害保険であれば商法六六二条が適用され、したがって代位が認められると解しているようにみえる。

傷害・入院給付金についての判決は代位が否定される理由をほとんど何も述べていない。⁽¹³⁾したがって、この判決の射程が定額保険一般に及ぶかどうかについても議論の余地がある。⁽¹⁴⁾また搭乗者傷害保険金に関する判決は定額給付であればそれだけで損害填補の性質をもつとはいえないとするものであると断定することはできないようにも思われる。⁽¹⁵⁾そうすると、仮に定額保険で損害填補を目的とする保険契約があるとすれば、代位の適否はどう解されるかという問題がなにも言い切れないことになる。したがって、定額保険に代位が適用されるかどうかの問題について、最高裁の立場が完全に明確であるとはいい切れない面もあるといえよう。

代位の適否の点に限って最高裁判決をまとめれば右のようになる。損害賠償額からの保険金の控除というより広い問題について一言いえば、興味深い点として次のようなことがあげられる。生命保険金、火災保険金、傷害・入院給付金に関する三つの判決はいずれも保険金が損益相殺の対象となることは否定する。また損益相殺以外では代位の適否が問題とされている。これに対して搭乗者傷害保険に関する判決は、代位は約款で否定されたとしたうえで、損益相殺という言葉は用いず、保険金の性質が損害を填補するものかという点から判断している。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾保険金の性質が代位とは別に問題とされている点で従来の判例とはアプローチが多少異なっているようにも思える。結局、搭乗者傷害保険に関する判決は保険金であつても損害填補の性質をもつものであれば損害賠償額から控除される可能性があることを示唆するようにも読める点と定額保険の損害填補性に関する点で興味深いものといえよう。⁽¹⁸⁾

約定代位に関しては、自動車共済契約における自損事故条項による給付金について代位条項の効力が争われた下級審の裁判例がある。自損事故共済金は定額給付であり、定額保険における代位条項の効力が争われた事件である。⁽¹⁹⁾判旨は、代位規定は自損事故被害者に対する二重支払を防止する趣旨であり、民法九〇条に反するとまではいえないとして、代位規定を有効とした。

この判旨が定額保険一般における代位規定の効力にまで及ぶものかどうかは定かではない。判旨の論理としては定額保険の一般論よりは、むしろ自損事故条項の趣旨を重視しているように思われる。したがって、生命保険やその他の傷害保険について同じ結論がでるとは限らないであろう。⁽²²⁾

(1) 比較的初期の裁判例をまとめているものとして、大森忠夫「保険金と損害賠償額」『保険契約法の研究』二〇二頁(有斐閣 一九六九年)。

(2) 最判昭和三九年九月二五日・民集一八卷七号一五二八頁。

(3) 本判決の評釈として、奈良次郎・法曹時報一六卷一—二三四頁(一九六四年)、同・ジュリ三〇九号五六頁(一九六四年)、沢井裕・民商五二卷四号六二八頁(一九六五年)、大森忠夫・保険判例百選一一四頁(一九六六年)、池田恒男・法協九二卷六号七四八頁(一九七五年)、石外克喜・交通事故判例百選(第二版)一一六頁(一九七五年)、能見善久・商法(保険・海商)判例百選六八頁(一九七八年)、田辺康平・生命保険判例百選(増補版)二〇頁(一九八八年)、龍田節・商法(保険・海商)判例百選(第二版)一四頁(一九九三年)。

(4) 最判昭和五〇年一月三一日・民集二九卷一—一〇二頁。

(5) 本判決の評釈として、金澤理・判タ三二五号一一九頁(一九七五年)、徳本伸一・民商七三卷四号四九八頁(一九七六年)、東條敬・法曹時報二八卷五号一一九頁(一九七六年)、田辺康平・ジュリ六一五号昭和五〇年度重要判例解説九〇頁(一九七六年)、西島梅治・損害保険判例百選一四頁(一九八〇年)、龍田節・損害保険判例百選(第二版)八頁(一九九六年)。

- (6) 最判昭和五五年五月一日・判時九七一号一〇二頁。
- (7) 本判決の評釈として、中西正明・法教二八八頁(一九八〇年)、吉川吉衛・判タ四三九号昭和五五年度民事主要判例解説一七四頁(一九八一年)、石田満・判評二六五号四八頁(一九八一年)、山下文・ジュリ七四三号昭和五五年度重要判例解説二一三頁(一九八一年)、加瀬幸喜・判タ四四七号五一頁(一九八一年)、鴻常夫・生命保険判例百選(増補版)二六二頁(一九八八年)。
- (8) 最判平成元年一月一九日・判時一三〇二号一四四頁。
- (9) 本判決の評釈として、瀬戸正義・ジュリ九三三二七四頁(一九八九年)、西島梅治・判評三六八号五八頁(一九八九年)、黒木松男・創価法学一九卷一―二号一九九頁(一九八九年)、吉田明・ジュリ九五七号平成元年度重要判例解説一〇九頁(一九九〇年)、山本哲生・法学五五卷五号八〇頁(一九九一年)、東法子・手形研究四四七号一四頁(一九九一年)、吉川栄一・ジュリ一〇一二号一〇五頁(一九九二年)、新海兵衛・企業法研究五号一九五頁(一九九三年)、神田秀樹・商法(保険・海商)判例百選(第二版)四八頁(一九九三年)、同・損害保険判例百選(第二版)七〇頁(一九九六年)。
- (10) 最判平成七年一月三〇日・民集四九卷一―二頁。
- (11) 本判決の評釈として、野山宏・ジュリ一〇六七号一―四頁(一九九五年)、松本克美・法教一七八号八六頁(一九九五年)、宮島司・ほうむ四〇号八七頁(一九九五年)、加藤了・判タ八九二号一〇四頁(一九九六年)、山下孝之・私法判例リマークス二二号一〇八頁(一九九六年)、出口正義・ジュリ一〇九一号平成七年度重要判例解説九二頁(一九九六年)、落合誠一・損害保険判例百選(第二版)一四〇頁(一九九六年)。
- (12) 所得補償保険契約に関する裁判例としては、他に、水戸地判昭和五四年三月九日(判時九三五号八九頁)、大阪高判昭和六二年九月一六日(高民集四〇卷三三七六頁)(最高裁判決の原審)がある。水戸地判の評釈として、原田策司・判タ四〇四号三六頁(一九八〇年)、田辺康平・損害保険判例百選一六〇頁(一九八〇年)、石田満・ジュリ七八四号一三三頁(一九八三年)。大阪高判の評釈として、藤原弘道・判タ七〇六号昭和六三年度主要民事判例解説二〇二頁(一九八九年)、中西正明・商事法務二二四九号九二頁(一九九一年)、石田満・ジュリ九八四号一九五頁(一九九一年)。
- (13) 鴻・前掲注(7)二六三頁、石田・前掲注(7)一八八頁、中西・前掲注(7)八九頁、加瀬・前掲注(7)五四頁。
- (14) 本判決は生命保険の特約ではない傷害保険には及ばないものとして、加瀬・前掲注(7)五四頁。反対、吉川(吉)・

前掲注(7)一七五頁。

- (15) 搭乗者傷害保険に関しては、最高裁判決の原審である高松高判平成三年二月二六日(判時一三八八号五四頁)が保険金の損害賠償額からの控除を肯定して以来注目を集めている。高松高判の評釈として、北河隆之・損害保険研究五三卷三号一五九頁(一九九一年)、田上富信・判評三九九号二頁(一九九二年)、石田満・丸山一朗・ほうむ三一九号九七頁(一九九二年)、原田裕彦・商事法務一三六六号二七頁(一九九四年)、甘利公人・ジュリ一〇五八号一三三頁(一九九四年)。また山下友信「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 商法・保険法の現代的課題』四二二頁(文眞堂 一九九二年)、同「保険契約と民事責任」私法五六号九一一九二頁(一九九四年)、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」三九三頁(成文堂 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』三三九頁(商事法務研究会 一九九四年)、金澤理「搭乗者傷害保険金と損害賠償」『創立六〇周年記念損害保険論集』七四三頁(損害保険事業総合研究所 一九九四年)、坂口光男「搭乗者傷害保険金と損益相殺」法律論叢六七卷四・五・六号二六三頁(一九九五年)など参照。

(16) 野山・前掲注(11)一一六頁。

- (17) 山田誠一「重複填補に関する一考察」星野英一「森島昭夫編」加藤一郎先生古希記念 現代社会と民法学の動向下』三〇三頁(有斐閣 一九九二年)は、併行給付と損害賠償の関係についてのいわゆる重複填補の問題一般に関する従来の判例につき、併行給付が損害を填補するものかどうかの視点と併行給付が損害賠償に代わるものかどうかの視点が混在していると指摘する。

(18) この点と損益相殺の関係は定かではない。

(19) 東京地判昭和五十七年九月九日・判時一〇六四号八八頁。

- (20) 本判決の評釈として、大塚英明・判タ五二〇号五九頁(一九八四年)、石田満・ジュリ八五一号一三七頁(一九八五年)。また、鴻常夫編集代表「註釈自動車保険約款(上)」第二章第一二条(有斐閣 一九九五年)(山下友信執筆)。

(21) ただし、本件は本来は代位条項の趣旨が問題とされるべき事件ではないという指摘がある。大塚・前掲注(20)五九頁。

(22) また本判決は民法九〇条違反を問題としているが、約款の効力に関しては民法九〇条に反しない程度に不合理である場

合にも、その効力を問題としうるとされている。山下友信「約款による取引」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座4 企業取引』二五頁（東京大学出版会 一九八五年）。したがって、約款における代位条項の効力について民法九〇条だけを考へるのは妥当ではないことになる。

2 法定代位に関する学説

次に代位の適用基準に関する学説を概観するが、まず法定代位をとりあげてから後に約定代位に関する議論をみることにする。また、学説についての検討も行うが、ここでは各学説の代位の根拠についての理解を前提として、それぞれの学説が代位の適否の基準を導く理論の妥当性につき簡単に検討する。⁽²³⁾

法定代位については、これまで損害保険契約には代位が適用され、生命保険契約には代位が適用されないことにはほぼ異論はなかった。⁽²⁴⁾ より一般的には、実際の損害額に相当する金額が支払われる実損填補型の保険には代位は適用されるが、実際の損害の有無や額とは無関係に約定の金額を支払う定額給付型の保険⁽²⁵⁾には代位は適用されないとするのが多数説とされている。⁽²⁶⁾ しかし、定額給付型の保険にも代位を認めるべきことを示唆する説もある。また、近時は人保険については代位を否定することを示唆する説も現れている。

(1) 実損填補型と定額給付型による区別

まず多数説の考え方であるが、代位の根拠をどう解するかによって違いがある。保険契約の損害填補性（いわゆる絶

対説がいうところの損害填補性）から代位を導く立場からすると次のように説明されるといわれている。実損填補型保険が損害保険契約に属するものであれば、損害填補を目的とする契約であるから、被保険者が二重利得を受けることは損害保険制度の本質と矛盾する。また、第三者を免責させるべきでもないから、代位を認める。このように代位を損害保険契約に特有の制度とみる以上、定額給付型保険について代位を否定し、実損填補型保険について代位を肯定することは当然である。⁽²⁷⁾

この説については、実損填補型保険は損害填補を目的とするものであり、定額給付型保険はそうではないといえるかが問題になる。この点を肯定する立場からすれば、実損填補型保険には代位肯定で、定額給付型保険には代位否定とすることはこの説の代位の理解からして当然といえよう。

定額給付型保険は損害填補を目的とするものとはいえないという点については後述のように傷害保険につき疑問を呈するものもある。その立場からすれば定額給付型保険でも代位を認める可能性があることになる。ただし、損害填補を目的とするかどうかとは別に、定額給付型保険について代位を否定すべき理由も指摘されている。定額給付型保険では代位により移転する権利を確定できないという問題である。⁽²⁸⁾この点については後述する。⁽²⁹⁾

石田教授は代位の根拠につき、代位の有無は保険者が保険金を支払った後に第三者に対する損害賠償請求権を保険者および被保険者に取得せしめるのが妥当か否かという考慮によって決定されるべきで、利得禁止の原則またはその保険の有する目的などから総合的に決定されるべき問題であるとされる。そして、その立場から、損害填補型傷害保険の場合には保険者は代位することができるとすることも不当なことではないが、定額型傷害保険の場合には、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もないし、またこのことを前提として通常定額型として⁽³⁰⁾いるものとみるのが相当であるとされる。結局、基本的には実損填補型には代位肯定で、定額給付型には代位否定とさ

れるようである。⁽³¹⁾この説については、総合的考慮の内容を明確にする必要があるように思われる。

大森博士は次のように述べられる。単なる支払保険金の決定方法についての約定が定額の方法であるか損害額の方法であるかの相違により、代位の適否に差がでることは合理的ではない。損害保険において代位が認められ、定額保険に代位が認められないのは、前者については伝統的に代位が認められ、保険者への損害賠償請求権の移転を見込んで保険料が定められているという事情によるのであって、理論的には後者について代位を約定することもできる。結局、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によって決まる。⁽³²⁾

この説によれば、損害保険では代位を見込んで保険料計算がなされ、定額保険ではそうではないことを前提とする限りでは、代位に関する約定がなければ、実損填補型保険では代位を肯定し、定額給付型保険では代位を否定することになると思われる。したがって、この説の当否は保険料計算の実態によることになろう。⁽³³⁾

西島教授は実損方式を採用した場合の契約当事者、特に保険者、の合理的意思を被保険者の損害賠償請求権が移転する根拠とする立場から、⁽³⁴⁾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方式か定額方式かによって代位の可否が決まるのが当然であるとされる。⁽³⁵⁾実損填補型保険における当事者の意思から代位を導くことを前提とすれば、実損填補型と定額給付型が代位の適否の基準になるのは当然であろう。

洲崎教授は結論としては定額給付型保険には代位は適用されず、実損填補型保険には代位が適用されるとされるようである。まず定額給付型保険については、利得禁止原則から代位を導く立場から、定額給付型保険では利得禁止原則は働かず、代位は生じないとされる。⁽³⁶⁾定額給付型保険では利得禁止原則が働かない理由（定額給付型は人保険に限られる理由）としては、人の死亡などによる損害を算定することは困難であること、人の生命・身体を金銭で評価することはあるべきでないこと、人保険では人間の自己保存本能や被保険者の承諾により賭博の弊害やモラルリスクがある程度お

さえられることがあげられている。⁽³⁷⁾

また、保険契約者がある利益の損失について保険者から保険金による填補を受けた場合に、代位に基づいて保険者に移転する第三者に対する損害賠償請求権は、右の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られ、⁽³⁸⁾ そのことから定額給付型保険では個々の具体的損害項目とは離れて抽象的に一定額の給付がなされるから、代位を認めようとしてもどの部分の権利が移転するのかを確定することができないことも指摘される。⁽³⁹⁾ 対応の原則が認められる理由については、損害保険ではある特定の被保険利益に対して付保されるのであるから、当該被保険利益以外のなんらかの利益に損害が生じても、この損害は当該保険契約と無関係であり、保険代位の対象ともならないとされる。⁽⁴⁰⁾

さらに洲崎教授は定額給付型保険では利得禁止原則が働かない理由としてあげた理由により、人保険では利得禁止原則は強行法的に働かないとされる。⁽⁴¹⁾ そうすると、人保険における実損填補型保険への代位の適否が問題となるが、この点については、人保険では利得禁止原則は任意法的に働くとされ、代位の適用を認められる。⁽⁴²⁾ 利得禁止原則が働かないのではなく、任意法的にであれ働く理由については、商法六六二条の存在をあげられる。⁽⁴³⁾ より実質的な理由については、必ずしも定かではないが、事故により利得が生じるという一般の倫理観に反する結果を極力防止すべきということがあのように思われる。⁽⁴⁴⁾

洲崎教授は被保険者が全財産関係からみた利益を取得することに對する利得禁止原則から代位を導かれるように思われるが、⁽⁴⁵⁾ そのような代位の理解と対応の原則が結び付くのかには疑問がないわけではない。⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾

また定額給付型保険（人保険）では利得禁止原則は働かないとしながら、人保険における実損填補型保険では利得禁止原則は任意法的に働くという点についても疑問がないわけではない。ただし、六六二条の適用を認め、それを根拠づけるという立場からみれば、ありうる理論構成であるとはいえるように思われる。⁽⁴⁸⁾

また洲崎教授は仮に商法六六二条が人保険にはまったく適用されないと解するとしても、人保険において保険者が実損填補方式を採用したときの意図から契約の内容として賠償請求権の移転が含まれていると解すべきとされる。すなわち、賠償請求権の移転を否定すべき保険者の意図が黙示のうちに読み取れない限りは、保険者が実損害を填補するタイプの保険として設計した以上、できる限り被保険者の利得を防止しようという保険者の意図を推定するのが合理的であるとされる。⁽⁴⁹⁾

この点については、代位について直接の規定がないときに、代位を認めることが契約の解釈として合理的だとは必ずしもいえないように思われる。実損填補型保険としたことについては、事故招致防止の観点から保険契約を損害填補を目的とするものとしたのであり、その結果として実損填補型となったと説明することもできる。この説明からすると、損害填補を目的とする性質と代位は必然的に結び付くものではないとする立場からすれば、実損填補型であることから契約の解釈として代位が導かれるわけではないことになる。保険契約者の側からすれば実損填補型であれば代位があるという意識はまったくなくないと思われるので、実損填補型保険であることから代位の存在が必然的に導かれるものでない以上、契約の解釈として代位を導くことが合理的とはいえないように思われる。⁽⁵⁰⁾

以上にあげた見解は理由はどうあれ実損填補型保険と定額給付型保険の区別が代位の適用に関する、少なくとも一応の基準であること⁽⁵¹⁾を認める。これらに対して定額給付型の傷害保険に代位を認めることを示唆する説がある。

(2) 定額給付型への代位肯定説

まず倉沢教授は傷害保険における死亡保険金を除く、後遺障害保険金と医療保険金について、次のように述べられる。死亡保険金は人の生命の価値を無限大に措定することを前提として定額とすることが認められるのに対し、これらの保

險金の場合には、本来無限大の価値を措定しえないものであり、単に損害額の評価が困難であるという技術的理由により定額給付たるものが認められているのである。このような損害の額が無限大とは措定しえないものであつて、単に技術的理由により定額給付がとられている保険においては、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いて、保険契約の効力が画されるといふものがありえてよいのではない⁽⁵²⁾。

そして傷害保険と代位の関係については、次のように解されるように思われる。傷害保険の保険金が言葉のほんらいの意味での損害の補償の機能をもつのであれば、保険給付により被保険者の損害が填補され、代位が認められ⁽⁵³⁾る。死亡保険金は人の生命の価値を無限大に措定できることを前提としており、その点で被害者補償制度とは前提を異にする。しかし、傷害保険金が死亡保険金と異なる法理に基づいているのであれば、傷害保険金が損害の補償の機能をもつといふ可能性⁽⁵⁴⁾がある。

また吉川教授は段階的な定額給付の傷害保険には将来の課題として保険代位の規定を置くべきとされる。その理由は次のようなものと思われる。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のなから、保険事故によるその入用の現実化は、その者にとつて、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。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いわば損害の額と連動するものとみることができる⁽⁵⁵⁾。このような形で後遺障害の場合の損害額を把握することができる⁽⁵⁶⁾とすれば、その額を基礎として被保険者の保険金と賠償金の二重取得が不合理であると判断できる。したがつて、代位すべきといえる⁽⁵⁷⁾。

倉沢教授の見解は後遺障害保険金などの保険給付の性質が損害の填補か否かを問題とされているように思われる。このような定額給付型保険の性質に関する説としては、評価済保険と解するものもある⁽⁵⁸⁾。これに対して、吉川教授は後遺障害などの場合に被保険者が利得を得たことを確認できるかどうかを問題とされているように思われる。

これらの見解に対する批判としては、後遺障害保険金などにおいては障害の種類によって段階的に保険金額が変動するとしても、障害などによる具体的な実損害ないし実需要の額とはまったく関係なく、それぞれの場合について契約に定められた金額そのものが支払われる関係にある以上、損害保険契約として理解することは無理であるとの指摘がある⁽⁵⁹⁾。

定額給付型保険に関する考え方としてはこの批判のような考え方が通説として支持されてきたように思われる。しかし、ごく最近では定額給付型保険だから損害填補性がないとは限らないという表現も見受けられるようになって⁽⁶⁰⁾。このように定額給付型保険であれば損害填補性はないということは絶対的なものではないという見解が近時再び見られるようになって⁽⁶¹⁾いる。

定額給付型保険でも損害填補性を有するものがある、あるいは定額給付型保険にも給付額が被保険者の損害額と連動しているものがあり、被保険者の利得防止は考慮されていないわけではないといえるのであれば、代位を認める可能性がでてくる。ただし、これらの見解については、損害填補性や損害額との連動についての理解自体は肯定したとしても、なお代位肯定については対応の原則との関係で問題がありうる。すなわち、それぞれの代位の根拠の理解からして対応の原則が認められるのであれば、洲崎教授が指摘される問題があることになる。したがって、それぞれの代位の根拠の理解と対応の原則との関連を考える必要があると思われる⁽⁶¹⁾。

(3) 人保険での代位否定説

定額給付型保険に代位を認めることを示唆する以上の見解に対して、近時は人保険では代位は考えなくてよいという見解も出されている⁽⁶²⁾。これは人保険で定額保険を認めた以上は保険法上は保険金と賠償金の重畳取得も不当な利得ではないという考え方に基づいているようである⁽⁶³⁾。ただ、この見解は実損害補型の人保険について解釈論として代位を否定

する趣旨かどうかは定かではないように思われる。⁽⁶⁴⁾

人保険においては不当な利得はないとする以上、この説が代位を認めないことは妥当である。ただ、人保険であることを考慮する学説の中でも、定額給付型保険と実損填補型保険での区別を完全に捨て去る趣旨かどうかなどの点でいくつかの考え方があり、それぞれが代位の根拠や保険契約の性質についてどのように理解しているのかが不明確⁽⁶⁵⁾なる点もある。

(23) 代位の根拠については数多くの学説があるが、代位の根拠の理解が異なれば、それに応じて代位の適否の基準を導き出す理論構成も異なるものとなる。したがって、代位の根拠の理解が異なる学説の間ではかみあつた議論とならないおそれもある。そこでここでは本文のような検討を試みることにする。

(24) 大森忠夫「人保険と保険者代位」『保険契約法の研究』前掲注（1）一二八頁。

(25) 定額給付型保険の定義にも学説によって若干の相違がみられる。例えば田辺康平「保険契約の分類」『保険契約の基本構造』三二―三三頁（有斐閣 一九七九年）。ここではとりあえず本文のようにとらえておく。

(26) 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（1）一七一頁参照。また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）」一七七頁、一三〇頁（損害保険事業総合研究所 一九九五年）参照。

(27) 金澤理「傷害保険の基本問題」『交通事故と保険給付』一九三頁（成文堂 一九七四年）、大森・前掲注（26）「傷害保険契約」一七一頁。説明方法は異なるが、代位は損害填補を目的とする保険に限られるので、損害保険には適用され、定額保険には適用されないとするものとして、倉沢・前掲注（15）「搭乗者傷害保険金」四〇〇―四〇一頁。

(28) 洲崎博史「保険代位と利得禁止原則（一）（二）（完）」『法学論叢』二一九卷一頁、三〇一頁、三〇二頁（一九九一年）。後出五三頁、五六頁。

(30) 石田満『商法Ⅳ（保険法）』三五七頁（青林書院 一九七八年）。

- (31) 石田満「所得補償保険契約と保険者代位」『保険契約法の論理と現実』二二二頁（有斐閣 一九九五年）。
- (32) 大森・前掲注（26）「傷害保険契約」一七〇—一七三頁。
- (33) 代位の根拠の検討では保険料の問題は代位の有無が実際の個々の保険契約者の保険料に影響するかという点から論じた。ただ、大森博士の見解では、保険料計算の慣習という点を問題とされているようであるから、個々の保険料には影響しなくとも、保険者が代位権行使を見込んで保険料を計算していれば、代位を認めることになるように思われる。
- (34) この見解の代位の根拠の説明については、北大法学論集四七卷二号一〇一頁。
- (35) 西島梅治『保険法』（新版）三八六—三八七頁（悠々社 一九九一年）。
- (36) 洲崎・前掲注（28）三号一一—一五頁。
- (37) 洲崎・前掲注（28）三号一頁、一号三—四頁。
- (38) 洲崎・前掲注（28）一号九—一頁。
- (39) 洲崎・前掲注（28）三号一二頁。
- (40) 洲崎・前掲注（28）一号一頁。
- (41) 洲崎・前掲注（28）三号二—一五頁、二八頁。
- (42) 洲崎・前掲注（28）三号一四—一五頁、二九—三〇頁。
- (43) 洲崎・前掲注（28）三号一四—一五頁。
- (44) 洲崎・前掲注（28）三三—三五頁。
- (45) 洲崎教授が論じられている利得は偶然の事象によって被保険者にかえて利得が生ずることであり、この利得は一般の倫理観に反するものであり、保険事業の一般的信用を維持するためにも利得禁止原則が必要であるとされている。洲崎・前掲注（28）三号三頁。この表現からするとこの利得は全財産関係からみた利益に相当するようと思われる。
- (46) 洲崎説は全財産関係からみた利益から代位を導くものとして考えると、まず保険金と賠償金の総額が損害額を越えていれば利益は発生する。つまり、保険給付が対象とする損害項目が確定できるか否かに関わらず、利益が発生することになると思われる。そうすると、公序政策上利益は排除すべきとするのであれば、利益が発生している以上、対応の原則にはこだわらず、利益を排除すべきことになるのではなからうか。

ただし、損害賠償請求は損害項目を明らかにして請求するので、どの損害項目に対応する権利が移転するかが確定できなければ、損害の主張立証の際に保険者はどの損害項目について立証し、被保険者はどれについて立証しなければならぬかが分からないという問題が生じる。したがって、定額給付型保険で損害項目が確定できなければ、代位を認めると現実には問題が生じることは確かであろう。このように考えると利益を問題とする立場からも代位につき対応の原則を認めることはありえないわけではない。ただ、公序政策上利益を問題とするのであれば、対応の原則よりは利益の排除を優先すると考えるべきことになるようにも思われる。ただし、定額給付型保険は人保険でみられるものであり、洲崎説は人保険では利得禁止原則は強行法的には働かないとするので、結論として定額給付型保険につき代位を否定することはこの点でもありえないわけではないといえよう。

(47) 他にも代位によって移転するのは保険給付が対象とする損害と同一の損害に基づく損害賠償請求権であることを指摘するものがある。小町谷操三『海上保険法各論四』六〇二頁(岩波書店 一九六八年)、鈴木辰紀「一部保険における保険者の代位権の範囲」『損害保険研究』三頁(成文堂 一九七七年)、加藤一郎「総論―重複填補の問題点」『交通法研究一〇・一一号一四頁(一九八二年)、寶金敏明「各種保険・補償代位の問題点」判タ四六四号四九一五〇頁(一九八二年)など。このことは当然のこととされているようにも思われる。ただ、対応の原則が認められる根拠は明示されていないようである。これらの見解が代位の根拠をいかに解しているかは必ずしも明確ではないが、理論的にいえば、重複補償の不当利得から代位を導くのであれば、対応の原則は当然に認められるであろう(後出六八頁参照)。また、利益を問題にする立場でも損害項目ごとに利益を考えるのであれば、対応の原則が認められることになろう。

(48) 利得禁止原則が任意法的に働くとする実質的理由として、一般の倫理観に反する結果を極力防止すべきことがあるように思われると述べた。一般の倫理観から基礎づけるかどうかは別として、人保険であれば利得禁止はまったく考慮しなく正しいとすることに對しては議論がある。後掲注(72)の文献参照。

(49) 洲崎・前掲注(28)三二五―二六頁。

(50) この点で洲崎教授と結論が異なる理由は実質的には、被保険者の利得は厳格に排除するのが望ましいと考えるか、あるいは事故招致と関連のない限り必ずしも厳格に利得を排除する必要はないと考えるかの違いにあるのかもしれない。

また、別の考え方として、実損填補型である理由を保険料低減に求めることもありうる。損害保険法制研究会・前掲注(26)

一三〇頁。このとき代位により保険料が低下するなら、実損填補型であることから代位を導くのが合理的といえるかもしれない。しかし、代位は実際の保険料には影響しないとすると、この解釈も合理的とはいえずなる。

(51) その他、中西・前掲注(7)八九頁、鴻・前掲注(7)二六三頁、金澤・前掲注(27)「基本問題」一九三頁、加藤勝郎『金澤理編「保険法・海商法要説」一七四頁(青林書院一九九六年)(金澤執筆)、田村諱之輔『平出慶道編「保険法・海商法」(補訂第二版)一二二—一二三頁(青林書院一九九六年)(吉田明執筆)。

損害保険契約であれば商法六六二条が適用されるとするものとして、藤原・前掲注(12)二〇三頁、田辺・前掲注(12)一六一頁、新海・前掲注(9)二二二頁。定額保険には代位は適用されないとするものとして、野山・前掲注(11)一五—一六頁。

(52) 倉沢康一郎「生命保険、傷害保険と被害者補償制度」ジュリ六九二号二二五—二六頁(一九七九年)。

(53) この点は、倉沢康一郎「保険代位について」『保険契約の法理』一三八—一四五頁(慶応通信一九七五年)参照。

(54) 倉沢・前掲注(52)一二七—一二八頁。

(55) 吉川(吉)・前掲注(7)一七六頁、「シンポジウム傷害保険契約法」私法四五号一七〇頁(吉川吉衛発言)(一九八三年)、

吉川吉衛「災害補償と損害賠償」損害保険研究四六卷一—六九頁(一九八四年)。

(56) 吉川(吉)・前掲注(55)「災害補償」六五頁参照。

(57) 倉沢教授は後には定額保険は損害賠償請求権に影響を与えないとされている。倉沢・前掲注(15)「搭乗者傷害保険金」四〇一頁。

(58) 安田火災海上保険(株)編『傷害保険の理論と実務』四五頁以下(海文堂一九八〇年)。ただし、代位は否定される。同書七六—七七頁。

(59) 大森忠夫「商法における傷害保険契約の地位」『保険契約法の研究』前掲注(1)一〇三頁、山下(丈)・前掲注(7)一—五頁、加瀬・前掲注(7)五三頁、竹内昭夫「審査報告」損害保険研究四三卷四号一七二頁(一九八二年)。

(60) 野山・前掲注(11)一一四頁、北河・前掲注(15)一七〇頁、野村泰弘・西南学院大学法学論集二二卷一—一八二頁(一九八九年)。損害填補性はより実質的に考えることが許されるのではないかとするものとして、小賀野晶一「搭乗者傷害保険と損害賠償額」金商増刊九三三号『損害保険の法律問題』一五七頁(一九九四年)。ただし、この損害填補性を実質的に

考えるというアプローチは倉沢教授のアプローチとは異なるものと思われる。倉沢教授はあくまで契約の目的として損害填補性があるかどうかを問題とされるように思われる。これは実質的に損害填補の機能があるかどうかとは別の問題であろう。

(61) 代位の根拠と対応の原則の関連については、前掲注(46)、(47) 参照。

(62) 「シンポジウム保険契約法と民法理論の交錯」私法五六号一―二頁(山下友信発言)。また龍田・前掲注(3) 一五頁は、人保険では損害填補型には代位肯定、定額給付型なら代位否定という考え方は再検討を迫られているとする。

(63) 山下(友)・前掲注(15)「民事責任」八九頁。また「シンポジウム保険契約法と民法理論の交錯」前掲注(62) 一一六―一七頁(山下孝之発言) 参照。

(64) 人保険では代位を考えないという表現もあるが、これは人保険を損害保険としなくてもよいということが前提になっているのかもしれない。「シンポジウム保険契約法と民法理論の交錯」前掲注(62) 一二二頁(山下(友) 発言)、山下(友)・前掲注(15)「民事責任」八九頁、同・前掲注(15)「損益相殺」四三〇頁参照。また、所得補償保険については、所得補償保険のような支払基準を設けることによって保険の性質が損害保険になるわけではないとする。山下(友)・前掲注(15)「民事責任」八九頁。ただ、実損填補の形式がより徹底している医療費給付などについて同様に考えられるのかどうかは定かではない。また、山下(孝)・前掲注(11)二〇頁は損害保険は別と考えているようである。しかし、龍田・前掲注(3) 一五頁は、人保険における実損填補型保険では代位を否定する方向にあるように思われる。

(65) 定額給付型保険と実損填補型保険で区別するのであれば、その理論は何か(おそらく実損填補型保険の性質から区別するのである)、逆に、両者を区別せずに代位否定とするなら、その理論は何か(定額給付型保険と実損填補型保険の性質の違いを認めたいうえで、そのように解するのか、あるいは両者の性質を同じものと解するのか)というような点が今一つ明らかにされていないように思われる。

また人保険では不当な利得を考慮しなくてもよい理由として、人身損害の評価の困難さをあげる見解があるが(山下(孝)・前掲注(11) 一一〇頁)、これに対しては、評価の困難さは人身損害の場合だけ問題となるものではないという指摘もある(田中啓二「費用保険の構造と展開」損害保険研究五四巻一―二頁(一九九二年))。

論
(1) 総説

法定代位については、伝統的には実損填補型の保険契約には代位が適用され、定額給付型の保険契約には代位は適用されないとする説が多い。しかし、この基準が強行法的なものかどうか、すなわち実損填補型保険における代位を否定する約定の効力、定額給付型保険における代位を認める約定の効力については見解は分かれる。

大森説は約定の有無を重視するので、実損填補型と定額給付型の基準にかかわらず自由に約定で代位の有無を定めうることになろう。⁽⁶⁶⁾

西島説は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自由な選択は認められず、実損填補の法則が適用されるとする。⁽⁶⁷⁾

西島説については、疑問が提示されている。まず、傷害保険では実損填補方式も定額方式も許されるとしながら、医療実費については選択の自由はないとする点について、実損填補方式も定額方式も許されるとしながらいったん実損方式を選べば利得禁止原則に反する特約は許されなくなるといふのは論理的に整合性を欠くとの指摘がある。⁽⁶⁸⁾ 西島説がこのような趣旨であるなら、この批判は正当ではないかと思われ⁽⁶⁹⁾る。

ただ、西島説は医療実費に関する部分については選択の自由はないとするので、そのまま読めば、選択の自由があるのといったん実損方式を選べば、という批判は妥当しないことになる。ただし、仮にこのような考え方であるとしても、そのときには、医療実費について定額方式をとることは許されないのかという問題が生じる。⁽⁷⁰⁾

この点につき、算定可能な損害については定額方式は許されないとする見解がある。⁽⁷¹⁾しかし、少なくとも現状からす

ると、定額でなされている入院給付や通院給付は医療費に関するものではないのか、仮に医療費に関するものではないと解するとしても、入院給付や通院給付が許されているのに、医療実費については実損方式しか許されないということには実際上は意味はないのではないかという疑問がある。⁽⁷²⁾

以上からすると、結局、西島説については、医療実費について実損方式も定額方式も許されるが実損方式を選べば代位否定の約定は無効とされる趣旨であるとすると、前述の批判が妥当すると思われる。医療実費については実損方式しか許されないという趣旨であるとしても、少なくとも解釈論としては、そのような判断の合理性に疑問があるように思われる。⁽⁷³⁾

洲崎説は、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・財産保険では代位をしない特約は違法とする。⁽⁷⁴⁾しかし、人保険では利得禁止原則は強行法的には働かないので、実損填補型か定額給付型にかかわらず、代位の有無は約定で定めうるとする。⁽⁷⁵⁾

損害填補性（損害填補を目的とするという性質）から代位を導く説が約定の効力についていかに考えているかは必ずしも明らかではない。ただし、一般にはこのような学説では、損害保険契約では代位は強行法的に認められることになると評価されているようである。⁽⁷⁶⁾

この説が定額給付型保険における約定代位の効力をいかに解するかも定かではない。ただし倉沢教授は定額保険には約款をもってしても代位を定めることはできないとされる。その理由は代位のような権利の法定的移転の効果は約款の規定によって任意に定められるという性格のものではなく、法的に代位が認められるのは損害保険であるからということのようである。⁽⁷⁷⁾

まとめてみると、定額給付型保険において代位を認める約定の効力については有効とする説が目立つ。⁽⁷⁸⁾これに対して、

実損填補型保険で代位を否定する約定については、伝統的には無効と考える説が多いようである。損害填補性からであれ被保険者の利益取得を禁止する利得禁止原則からであれ被保険者の利得禁止から代位を導く説によれば、結局は、利得禁止の根拠をどのように解するかにより、実損填補型保険において約款により代位を否定することの適法性の判断が変わってくるようである。⁽⁷⁹⁾この点で洲崎説は実損填補型保険においても物・財産保険と人保険では利得禁止の強行法規性が異なるとするものである。所得補償保険における代位の適否に関する判決を契機として、実損填補型保険でも人保険では代位規定は任意法規として働くという理解が見られるようになってきている。⁽⁸⁰⁾

(2) 実損填補型保険における代位否定約定の効力

そこで、考えられる利得禁止の根拠からすると、それぞれ実損填補型保険における代位否定約定の効力をどう解すべきかについて簡単に検討してみる。⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾

利得禁止を公序から基礎づける立場であれば、被保険者の保険金と賠償金の重畳取得が公序に反するかどうかが決め手となる。したがって、物保険では代位による利得は公序に反すると解するのであれば、代位を否定する約定は無効と解することになると思われる。ただ、前述のように定額給付が許される人保険において利得禁止を強行法的に解すべき理由はないであろう。

公序に基づく利得禁止原則ないし公序に基づく損害填補を目的とするという性質から利得禁止を基礎づけるときには、公序に基づいてそのような原則が実損填補型保険に定型的に組み込まれていると解するのであれば、実損填補型保険であれば人保険であれ何であれ強行法的に利得が禁止されると解する余地がないわけではないようにも思われる。しかし、損害填補性の背景にある公序上の理由が実質的に妥当しない場合があるとすると（例えば人保険）、契約自由の原則と

の関係からして、契約の定型性に固執する合理性はないように思われる。そうだとすると、結果的には、利得禁止を公序から基礎づける場合と同じ結論になるであろう⁽⁸³⁾。

契約によって定められた利得禁止の原則、あるいは契約によって定められた損害填補を目的とする性質から利得禁止を基礎づけるときには、そもそも損害填補性自体が契約によって定められたものであるから、これを約定によって修正することは有効となるのではなからうか。

以上からすると、いずれの考え方をとったとしても、少くとも人保険における実損害補型保険で代位を否定する約定を無効とすべき理由はないように思われる⁽⁸⁴⁾。

（3） 定額給付型保険における代位約定の効力

次に、定額給付型保険で代位を認める約定の効力に関する議論を検討する。前述のように有効とする説が多いが、洲崎説は約定代位の効力は認めつつ、移転する権利を明確にしなければ代位は困難であると⁽⁸⁵⁾する。さらに倉沢説は代位のような法律上の権利の移転は約定で自由に定められるものではないことから明確に定額給付型保険では約定代位は認められないとする。

法律上当然の移転ということからすると、確かに、それを約定で定めることはありえないように思われる。したがって、定額給付型保険で約定による権利の移転が認められるとしても、それは債権譲渡ということになる⁽⁸⁶⁾。それでは定額給付型保険において債権譲渡は認められるか。債権譲渡であれば、原則として認められることになる⁽⁸⁷⁾。ただし、約款の有効性の判断基準として任意法規を重視する見解に立てば、約款による代位（債権譲渡）は無効となる可能性もある。この点についてはこれ以上は立ち入らない。

(66) 大森・前掲注(26)「傷害保険契約」一七三頁。ただし、代位を見込んだ保険料計算の有無と逆の約定があった場合に約定の効力をどう解するかは定かではない。

(67) 西島・前掲注(35)三三七頁。

(68) 洲崎・前掲注(28)三三一―三四頁。

(69) 実損方式の保険契約は契約類型として被保険者の利得を許さない原則を含んでいるもので、契約の性質として代位を否定する約定とは相入れないという考え方の可能性については、損害填補の目的から代位を導く説に關して検討する。

(70) 洲崎・前掲注(28)三三一―三四頁。

(71) 田辺・前掲注(25)「分類」二二頁以下、同「現代保険法」(新版)二二三頁(文眞堂 一九九六年)、同・前掲注(12)一六一頁、新海・前掲注(9)二〇七頁。

(72) 入院給付などを有効と解するのであれば、医療実費については定額方式は許されないとすることは合理性はないように思われる。洲崎・前掲注(28)三三一―三四頁。ただし、立法論として、医療実費など損害額を算定できるものについては実損填補型保険に限られる、あるいは定額方式も可能であるが何らかの利得防止措置も必要とすべきということは考えられる。この点について、洲崎・同論文三〇頁以下、山下(友)・前掲注(15)「民事責任」九〇頁、田中・前掲注(65)七二頁以下参照。

(73) また、西島説については、医療実費に關する保険などについて、利得禁止原則との關係から実損方式しか許されないとする点に關して、代位における権利の移転の根拠を当事者の合理的意思に求めながら、権利を移転しない特約が許されないとするのは矛盾しているのではないかと疑問も出されている。洲崎・前掲注(28)三三五頁。また、加瀬・前掲注(7)五三頁参照。

(74) 洲崎・前掲注(28)三三四頁。

(75) 洲崎・前掲注(28)三三一―三四頁。ただし、定額給付型保険において代位を定めることが相当困難であることについて、同論文三三―三四頁参照。

(76) 大森・前掲注(26)「傷害保険契約」一七一―一七三頁、金澤・前掲注(27)「基本問題」一九三頁、吉川(栄)・前掲注(9)一〇七頁。

- (77) 倉沢・前掲注(15)「搭乗者傷害保険金」四〇〇―四〇一頁。
- (78) 以上の他に、金澤・前掲注(27)「基本問題」一九三頁、加藤Ⅱ金澤編・前掲注(51)一七四頁(金澤執筆)、損害保険法制研究会・前掲注(26)一二七頁、大塚・前掲注(20)五九頁、石田・前掲注(20)一三八頁、野村・前掲注(60)一八五頁、山下(友)・前掲注(15)「民事責任」九〇頁。
- (79) ただし、保険給付によって損害賠償請求権が消滅すると解する立場からすると、代位を否定すると、損害賠償請求権が消滅して第三者が免責されるのであって、被保険者の利得は生じないということにもなりうる。倉沢・前掲注(53)「保険代位」一四一頁参照。このような立場からすれば、代位否定は少なくとも利得禁止原則との関係では問題はないことになる。ただ、多くの学説はこのような立場には立っていないように思われる。
- (80) 中西・前掲注(12)九八頁、神田・前掲注(9)商法(保険・海商)判例百選四九頁、石田・前掲注(12)ジュリ九八四号二四二頁。また龍田・前掲注(3)一五頁。
- (81) 前述のように代位の根拠自体についての検討はしない。すなわち、それぞれの根拠から利得禁止を導くことは妥当であることを前提として検討する。この点については前掲注(23)参照。
- (82) 以下にあげる利得禁止の根拠の考え方については、北大法学論集四七卷二号八〇頁参照。
- (83) このことは当たり前のことのようにも思える。しかし、代位の適用のない実損填補型保険をやや弱い形の損害保険として従来の損害保険契約とは異なる契約類型ととらえると(中西・前掲注(12)九八頁、山下(友)・前掲注(15)「民事責任」八九―九〇頁参照)、近時の典型契約論との関係で問題がないわけではないようにも思われる。大村敦志「典型契約論(二)―(五)・完」法協一一〇巻九号一二七一頁、一一一卷七号九三二頁、一二号一七四三頁、一一二巻七号八三九頁、一〇号一三二―一頁(一九九三年―一九九五年)、特に一一一卷一二号一七六七頁参照。また河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」星野Ⅱ森島編『現代社会と民法学の動向』前掲注(17)二七七頁参照。
- (84) ただし、人保険と物保険で区別するときには、解釈論としては商法六六二条が物保険では強行規定で人保険では任意規定になるという解釈を認めるかどうかという問題もある。この点については、洲崎・前掲注(28)三号一四頁参照。
- (85) 結果同旨、洲崎・前掲注(28)三号二四頁。
- (86) 河上正二「約款規制の法理」三三三頁以下(有斐閣一九八八年)参照。

(87) 定額給付型保険につき代位を認めることの法政策的問題点について、金澤理「人保険者の求償権」『保険と民事責任の法理』二四三頁以下（成文堂 一九六六年）、洲崎・前掲注（28）三二七頁。

4 実損填補型保険と定額給付型保険

既にみたように、法定代位の適否の基準として多くの学説は実損填補型保険と定額給付型保険の基準によっている。以下では、重複補償の不当利得を基礎として保険者と被保険者のいずれに第三者に対する権利を取得させるべきかの比較衡量の結果認められたのが代位であるという本稿の立場から、代位の適否の一般的基準としていかなるものがありうるかを考えてみることにする。また最後にそのような考察の結果による基準が法律解釈として可能かどうかを検討する。まず実損填補型と定額給付型の基準について検討する。

(88) 代位の根拠に関する検討でみたように、重複補償の不当利得が生じるのは保険契約が損害填補を目的とするときである。また、重複補償の不当利得は保険給付と損害賠償が重複することによって生じるものであるから、保険給付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なければ重複補償の不当利得は生じない。したがって、代位を認めるには、保険給付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という損害の同一性が確定できることが必要になる。(89)(90)

まず保険契約の目的が損害の填補であるという意味での損害填補性について検討する。実損填補型の保険契約がこのような意味での損害填補性をもつかどうかについては、損害保険契約の性質に関する絶対説、相対説の対立がある。た

だ、本稿のような代位の根拠の理解では、損害保険契約の目的が金銭給付であるとすると、代位はそもそももまた不当な制度ということになる。したがって、とりあえず商法が定める損害保険契約の目的は損害填補であり、実損填補型の保険は損害填補を目的とするものであるとして考えることにする。

そうすると問題は定額給付型保険が損害填補性を有するかどうかである。さきにもみたように定額給付であつても後遺障害保険金や医療保険金には損害填補性があるとみる余地もあることを示唆する見解がある。⁽⁹¹⁾ただし、定額給付型保険に代位が認められるかどうかについては、前述のように損害填補性の他にもう一つ損害の同一性が確定できるかという問題がある。

したがって、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かぎり、定額給付型保険には代位は認められないことになる。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当たらないのではなからうか。そうだとすると、少なくとも現在のところは実損填補型保険と定額給付型保険という基準は、実損填補型保険でなければ代位は適用されないという意味で原則としては維持できるように思われる。⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾

以上からすると、対象となる損害を確定できる実損填補型保険でなければ代位は適用されないことになる。しかし、そのような実損填補型保険であれば代位は認められるといえるとは限らない。重複補償の不当利得が発生することを基礎として保険者と被保険者のどちらに第三者に対する権利を取得させるのが妥当かという比較衡量から代位の適否を導くという考え方からすると、この比較衡量の結論が、すべての実損填補型保険について代位肯定となれば実損填補型であれば代位を認めてよいといえる。また特定の場合に公序政策上被保険者の利益取得を禁止すべき理由があれば、そのときには損害填補性などとは無関係に代位を認めるべきことになる。本稿では、これらの点について近時問題となつてくる人保険をとりあげて検討する。

(88) 給付について対価を払っている場合には重複は生じないのではないかとこの指摘がある。「シンポジウム重複填補の諸問題」交通法研究一〇・一一号七八頁(山田卓生発言)(一九八二年)。また、大島和夫「保険契約の法的性質について」奥田昌道編『林良平先生還暦記念論文集 現代私法学の課題と展望中』三一六頁(有斐閣 一九八二年)。しかし、損害額を超える利益を取得することが不当か否かの判断では対価性の有無は一つの判断要素となりえるとしても、重複補償の不当利得が発生するかどうかは、あくまで給付の目的が何かによって決まるものと思われる。

(89) 洲崎教授のいわれる対応の原則に当たると思われる。洲崎・前掲注(28) 一号九一一頁。

(90) 損害項目を細かく認定していくこと自体が問題であるという指摘がある。「シンポジウム重複填補の諸問題」前掲注(88) 七六頁(西原道雄発言)。仮にこのような考え方に立つとすると、重複の有無は全体としての損害額を基準として、できるだけ重複を認めない形で考えるのが妥当であろう。

(91) 前出五四頁以下。

(92) 仮に対象を特定できる定額給付型保険があるとするときにいかに解すべきであろうか。問題は損害填補を目的とするといえるかである。定額給付型保険をいかに定義するかも若干問題となるが、損害が発生しないときにも保険給付することが明白であれば損害填補を目的とはいえないであろう。ただし、損害が発生した場合にのみ一定額を払うという場合で、かつ最高限度額の定めだけがあるときとどう解するかなどは問題があるようにも思われる。伝統的にはこのような保険契約は損害填補を目的とするものではないとされることになる。倉沢康一郎「損害・人保険および定額・物保険」生命保険文化研究所報四一〇六頁以下(一九七七年)参照。ただし、前述のように近時は必ずしもそうではないのではないかという意見もあるようである。野山・前掲注(11) 一一四頁、北河・前掲注(15) 一七〇頁、野村・前掲注(60) 一八二頁。この点についての検討は他日を期したい。

(93) 費用保険では実損填補型であっても、一般的に、損害の同一性の確定は困難であり、代位権は放棄されるべきとする指摘がある。田中・前掲注(65) 六二頁、六九頁。仮に費用保険では損害の同一性が確定できないとすると、法定代位は否定すべきことになろう。

人保険と物保険で代位の適否につき区別することが妥当かどうかは、本稿の立場からすれば、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衡量が両方で異なるかどうか、また一方につき被保険者の利益取得を禁止すべき公序政策上の理由があるかが問題になる。まず公序政策上の理由について検討する。

(1) 公序政策に関する議論

人保険については、公序政策に関して検討を要する問題があるように思われる。治療期間の引き延ばしの問題である。実損填補型人保険は典型的には治療費を給付するというものだと思われるが、そのときに代位を否定すると、被保険者は保険給付と治療費に関する損害賠償の両方を取得できることになる。そうすると、治療費が多くなればなるほど、治療費に関して得られる利益の額が大きくなる。したがって、いたずらに治療期間を長引かせるおそれがあるのではないかということである。

治療期間の引き延ばしについては、保険があるために休むということも問題であるが、代位との関連でいえば、治療を引き延ばすことは第三者が負う損害賠償の額が増え続けることでもあり、第三者の責任を不必要に拡大するという意味でも問題がある。⁽⁹⁴⁾この問題は実損填補型保険に限られるものではない。定額給付型保険であっても、通院ないし入院一日につき一定額を払うという保険であれば、同じ問題が起こる。また第三者の責任の拡大という観点からすれば、人保険に限らず、一般的に費用保険、利益保険についても同様のことが問題となりうる。

この治療期間の引き延ばしに対しては、あまりに長期にわたる治療に対しては保険金の支払を拒否する、あるいは加⁽⁹⁵⁾

害者側が債務不存在確認の訴えを提起するというような対策も立てられている⁽⁹⁶⁾。しかし、保険者側で適切な治療期間を正確に把握することは困難であるなどの種々の問題もある⁽⁹⁷⁾。ただ、治療期間の引き延ばしは、給付が実損害額以上の定額でなされることから生じる。したがって、入院一日について定額を払うという定額給付型保険が存在する現状を認めるのであれば、治療期間の引き延ばしを理由として強行法的に代位を認めるといふ議論は妥当ではないことになる。また、そもそも代位を否定することが治療期間の引き延ばしにつながるといふことは理論的には問題となるとしても、実際問題として重要な意味をもつかどうかは不明である。これまでは治療期間の引き延ばしは定額給付や過剰診療との関係で問題とされてきた⁽⁹⁸⁾。実際問題として代位の否定を治療期間の引き延ばしの契機として重視すべきかには疑問もあるように思われる⁽⁹⁹⁾。

ただ、仮にそうだととしても、公序良俗から強行法的に代位を認めるのではなく、重複補償の不当利得に基づいて保険者と被保険者のどちらが権利を取得することが適切かの比較衡量から代位の適否を考える場合には代位を肯定すべき要素の一つとはなりうるであろう。そこで次に、実損填補型人保険における比較衡量について検討する。

(2) 重複補償の不当利得に基づく比較衡量に関する議論

保険者と被保険者のどちらに権利を取得させるべきかについての一般的な比較衡量については前述したが、ここでは⁽¹⁰⁰⁾ 実損填補型の人保険においては、新たな要素が加わるかどうか、衡量の結果が違つかどうか問題となる。一般的な考察において考慮された要素は次のようなものである。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、和解の困難がある。保険者に権利を取得させるべき、すなわち代位を肯定すべき要素としては、保険者の支払能力確保の要請、被保険者の権利行使の順序で結果が異なること、保険金

と賠償金の重畳取得が反道徳的であるとの批判の回避がある。

これらの要素につき実損填補型の人保険の場合で特に考えるべきこととしては、まず、訴訟の増加や被告の負担の増加は一般的にみれば常に生じる問題ではないが、実損填補型人保険にかぎって考えればほとんど常に生じる問題となることがあげられる。なぜなら、実損填補型人保険の典型例は医療費など人身損害の特定の項目を填補するものであるが、そのような実損填補型の保険給付が人身損害のすべてをカバーすることは考えにくいからである。訴訟の増加や被告の負担の増加は保険で填補される損害と填補されない損害があるときに起こる問題であるが、実損填補型人保険ではすべての損害が填補されないのが通常ではなからうか。

また、和解の困難についても実損填補型人保険では、特に問題となる可能性もある。実損填補型人保険では医療費などにつき保険給付をなすことになる。したがって、保険給付が完了するのは医療費の総額が確定するかあるいは医療費が保険金支払限度額を越えることが確定した後となる。このような保険では、一般の物損についての保険よりも事故発生から最終的に保険給付が完了するまで長い時間がかかるようにも思われる。そうだとすると、保険金支払前に被保険者が第三者と和解する可能性も高くなるといえるのではなからうか。ただし、この点についての実態は不明である。

実損填補型人保険について、考慮すべき新たな要素としては、代位肯定の要素として、先にみた治療期間の引き延ばしがある。他に、代位否定の要素として、被保険者は評価困難な人身損害を被っていることがあげられる。すなわち、人身損害の被害者は金銭では必ずしも補償できない精神的苦痛や後遺障害を被っており、また損害賠償では算定されない諸費用がかかっていることもあるので、このような被害者の状況を考えれば、被保険者に権利を取得させるのが妥当なのではないかということである。

精神的苦痛などは損害賠償法上は金銭による評価がなされているものであり、損害賠償により填補されているのであ

れば、それ以上の補償は必要ないとする考え方もありうる。しかし、ここでの問題は積極的に被保険者を補償すべきという議論ではなく、被保険者と保険者のどちらに権利を取得させるべきかについての衡平ないし政策的な観点からの考察である。したがって、被保険者の立場を評価するのに損害賠償の対象となる損害だけをとりあげる必要はないと思われる⁽¹⁰²⁾。このような観点からすれば、人身損害の被害者は損害賠償だけでは十分に補償されないことが多いといえるのではなからうか⁽¹⁰³⁾。

実損填補型人保険で一般的な衡量と異なる点は右のようなものだと思われる。ただし、訴訟の増加や和解の困難、治療期間の引き延ばしは実際問題として重視すべきかには疑問がある。したがって、この場合も被保険者と保険者のどちらに権利を取得させるべきかは微妙な判断になると思われる。ただ、人身損害の被害者は十分に補償されないことが多いという議論を認めると被保険者に権利行使させるべきといえるように思われる⁽¹⁰⁴⁾。

しかし、補償が十分か否かについては、人身損害といっても程度の差があるので、重傷の場合は十分でないことはありうるとしても、軽傷の場合には補償が多すぎることになるのではないかということも考えられる。これは確かに問題である。ただ、実損填補型の保険であるから、重傷の場合は保険給付額も大きくなり、軽傷の場合は小さくなる。したがって、軽傷のときに代位を否定すると過度の補償になりうるが、過度となる程度は損害の額に対応することになるので最低限のバランスはとれるのではないかと思われる⁽¹⁰⁵⁾。

ところで実損填補型の人保険についてこのように考えるべきであるとすると、物保険にも関連してくる。すなわち、物損と人損が同時に発生したときにも、代位の適否の衡量においては人身損害における補償の不十分さを考慮すべきではないかという問題がありうる。このような考え方をすると、物保険であっても人身損害が同時に発生している場合は代位は否定されるべきことになる。

しかし、人保険だけで考えるときには前述のように、軽傷のときには保険給付額も小さくなるというバランスがとれるのに対して、人保険と物保険を合わせて考える場合には人損は軽微であるのに、物損は莫大ということがありえる。したがって、人身損害が軽微であるときに莫大な物損に基づく多額の保険金が給付されることもありうる。このときに人身損害を理由として代位を否定することが妥当かは問題であろう。したがって、結論としては実損填補型の人保険については代位を否定することが考えられる。

（3）約定代位の効力

このとき実損填補型人保険に関する約定代位の効力⁽¹⁰⁸⁾については、約款であるという点を無視すれば、特約は有効となる。代位の適否が微妙な政策判断に基づくものであって、強行法的な要請ではないとすれば、そのように解することになろう。他の実損填補型保険について代位を否定する約定、定額給付型保険における約定代位も有効となる。ただし、約款の効力の議論⁽¹⁰⁹⁾としていえば、前述のように約款の基準として任意法規をどのように位置づけるかによることになると思われる。

（4）解釈論上の問題

代位の根拠から考えれば右のような結論が妥当と思われるが、商法六六二条との関連でこのような解釈が可能かという問題がある。実損填補型の人保険は契約の法的性質としては損害保険契約であるとされることが多い⁽¹¹⁰⁾。人保険であっても商法六二九条以下の損害保険契約の要件を満たす以上は損害保険契約であると解するのが妥当であろう。そうすると、実損填補型の保険には商法の損害保険に関する規定が原則として適用されることになる。

代位に関して規定する商法六六二条は損害保険一般に関する規定である。すなわち、文言上は人保険について代位の適用が除外されることは示されていない。したがって、実損填補型の人保険については代位は否定すべきと解するとき、商法六六二条との関係で解釈論として可能かどうかが問題となる。

この点で実損填補型の人保険が商法六二九条以下に定める損害保険契約に該当すると解しつつ、商法六六二条は適用されないと解するのは不自然にみえることは否定できないと思われる⁽¹¹⁾。しかし、六六二条の趣旨から人保険には適用されないと解釈することが許される余地はないとはいえないのではなからうか。

代位の根拠を重複補償の不当利得を基礎とした比較衡量と解する立場から、現行法の解釈論として、商法六六二条の適用を火災保険などの伝統的な損害保険と人保険における損害保険のような新種の損害保険で区別することもありえるのではなからうか。すなわち、商法六六二条は火災保険などの伝統的に存在している損害保険契約については代位を認めるべきという価値判断をしているのであり、したがって、火災保険などの伝統的な損害保険契約については解釈論として代位を否定することは妥当ではない。しかし、医療実費を給付する保険契約のような新しく発生してきた人保険分野での損害保険契約については、現行法の価値判断は及ばないのであって、人保険については代位を否定すると解することも許されるのではなからうか。

ただし、このように損害保険契約にも代位が適用されない場合があると解したとき、私見のように被保険者が給付を重畳取得することを認めるといふ形で代位否定を考える場合には一つの問題が生じる。すなわち、損害填補を目的とする保険給付を受領することにより、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が消滅すると解するとき⁽¹²⁾は、商法六六二条の適用がないと、被保険者が保険金と賠償金を重畳取得できるのではなく、第三者が免責される可能性がでてくる。第三者が免責されることは不当という前提に立ち、第三者に対する権利を被保険者と被保険者のどちらに取得させるべき

かという観点から代位の適否を考える本稿の立場からすれば、代位否定の結果第三者が免責されることになるのは妥当でなく、そうであるなら代位を認めるべきことになる。

しかし、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が消滅すると解するとしても、被保険者の損害が填補されることにより、損益相殺として第三者の損害賠償義務が消滅すると解するか、保険給付により第三者の損害賠償義務が履行されると解するかで違いがでてきうる。後者の場合、第三者の義務が他人によって履行され、第三者が免責されるべきでないことから第三者に対する不当利得返還請求権を認めるべきと解するのであれば、代位を否定しても被保険者は第三者に対して不当利得返還請求権を有すると解することもありうる。⁽¹³⁾したがって、このときは商法六六二条が適用されないとしても、第三者が直ちに免責されることにはならない。

前者の場合は問題である。この見解は、第三者の義務は消滅するが衡平上特に第三者に対する権利を認めたのが代位の制度であるとする⁽¹⁴⁾。このときに商法六六二条が適用されないとしたうえで、衡平上の要請から解釈論として第三者に対する権利が認められると解するのは行き過ぎのように思われる。単に衡平上の要請から権利を認めることはありうるとしても法律の規定が必要であろう。

したがって、不当利得の問題にはならないという立場から、代位を否定しつつ第三者が免責されるのを防ぐためには次のように解釈するしかないと思われる。すなわち、商法六六二条はまったく適用されないのではなく、「被保険者カ・・・被保険者カ第三者ニ対シテ有セル権利ヲ取得ス」のうち、保険者が権利を取得するという部分について適用が排除されるのであって、「被保険者カ・・・有セル権利」ということが前提とする被保険者の権利の存続についてまで適用が排除されるのではない。私見のような代位の根拠からすればこのような解釈は商法六六二条の趣旨に適合するとはいえる。しかし、法律解釈としてこのような方法が適切かどうかにはかなり問題があることは否定できないであろう。不当利得

の問題ではないとすれば、解釈論としての代位否定にはかなりの問題があることになる。

このように解釈論として実損填補型の人保険につき代位を否定すると解するには問題もある。しかし、適切な利益調整の観点からすれば、そのような解釈がありえないわけではなからう。⁽¹¹⁵⁾

(94) 医療実費給付保険については、保険があるがゆえに高価な治療を受けるという側面があることが指摘されているが、そのことにより医療実費給付保険は不当とはされていない。田中・前掲注(65)六一頁。ただし、代位の否定によっては、より積極的な治療期間の引き延ばしが問題となると思われる。

(95) 東京海上火災(株)編『損害保険実務講座7 新種保険(上)』二四〇頁以下(有斐閣 一九八九年)。

(96) 加茂隆康『交通事故賠償』八七頁以下(中公新書 一九九二年)、田邊直樹『交通事故における債務不存在確認訴訟の問題点』自由と正義四〇巻九号四七頁(一九八九年)。

(97) 加茂・前掲注(96)一〇二頁、岡本岳『藤村啓他「賠償医学をめぐって」』自由と正義四〇巻九号九八頁以下(一九八九年)参照。

(98) 東京海上火災(株)編・前掲注(95)三六頁、一七五頁、西島・前掲注(9)一三三頁、加茂・前掲注(96)九五頁以下、平野良一『保険実務と医療費』交通法研究一五号二五頁(一九八六年)。

(99) 代位否定により治療期間の引き延ばしが生じるのは第三者から十分に損害賠償を受けられる場合に限られる。またそもそも一般人にとっては代位があるかどうかは通常はあまり意識されていないのではなからうか。基本的には保険金額の多寡が念頭におかれているのではなからうか。

(100) 北大法学論集四七巻二号一一〇頁以下。

(101) ただし、無保険車傷害保険給付では必ずしもそうではない。無保険車傷害保険給付では、賠償義務者が法律上負担すべきものと認められる損害賠償責任の額が保険給付額の基準となる(家用自動車総合保険普通保険約款・無保険車傷害条項九条)。したがって、原則としては、賠償義務者が損害全額を負担すべきときは、その額が保険の対象となる。

- (102) 西島梅治「賠償と保険・補償」 岩部信喜・星野英一他編『基本法学5—責任』三五一頁以下(岩波書店 一九八四年) は重複填補の調整の問題一般につき、給付の外見的重複を一切否定することは行きすぎであり、被害者の将来にわたる生活権が十全に保証されるレベルまでは、控除・代位または求償を行わず併給を許すべきであるとされる。また、同「所得補償保険と給付調整」 交通法研究一〇・一一号五八頁(一九八二年) 参照。重複填補問題一般について、賠償されるべき範囲に含まれない損害をも含んだ損害額を基礎に、被害者の利得の存否を判断すべきとするものとして、山田誠一「重複填補」問題の理論と現実(二・完) NBL五〇九号三二頁(一九九二年)、同「第三者から被害者への金銭支払と賠償額」私法五五号四七頁(一九九三年)、吉村良一「損害の重複填補とその調整」法教一九〇号三八頁(一九九六年)。
- 吉川吉衛「重複てん補調整の根拠と範囲」加藤一郎・木宮高彦編『自動車事故の損害賠償と保険』三九四頁(有斐閣 一九九一年) は、労災保険年金給付について、重複填補の問題と「笑う加害者」の問題を比較衡量するならば、人身損害把握の困難性という特色と労災保険年金給付の社会保障的色彩からして、やむを得ない事情があれば被害者・遺族の重複填補は認められてしかるべきと思うとされる。この見解は労災保険年金給付の社会保障的色彩を考慮されているので、これをそのまま私保険に適用されるものではなからう。
- (103) 人保険では損害概念を立ててそれを超える利得は許さないという発想はとる必要はないとする見解がある(「シンポジウム保険契約法と民法理論の交錯」前掲注(62) 一一二頁(山下(友)発言、山下(孝)・前掲注(11) 一一〇頁)。この見解は定額給付型保険を念頭においているようにも思えるが、仮に実損填補型保険をも対象としていたとしても、必ずしも本稿のような被保険者に対する補償が十分か否かを考慮する方法と矛盾するものではないとも思える。なぜなら、本稿では被保険者が保険金と賠償金の重畳取得によって利益を得ることは、それだけで禁止されるべきものではないという立場をとっているからである。本稿で被保険者への補償の程度を問題にしているのは、いわゆる被保険者の利得禁止の問題としてではなく、被保険者と保険者の比較衡量の問題としてである。
- (104) 交通事故被害者の実態調査として、松代隆・藤村和夫「首都圏における被害者実態調査」野村好弘編『交通事故における損害賠償、保険および社会保障』二二六頁(保険毎日新聞社 一九八八年)、小賀野晶一「秋田県における被害者実態調査」同書二五七頁。ただし、いずれも死亡など重大なケースに関するものである。
- (105) 損害額が一定額以上のときのみ代位を否定するという方法もありうる。しかし、このような方法をとると、損害額が基

準となる額を越えるかどうか確定しない限り、代位の有無が分からないことになり、それまでの間、保険者と被保険者とともに不安定な地位に立たされることになる。これは特に和解交渉との関係で問題になると思われる。

また、右のような問題は解決できたとしても、このような方法は少なくとも立法論ということにならう。なぜなら、商法六六二条は損害保険契約一般についての規定であり、損害額で代位の有無を分けるということはまったくしていないからである。商法六六二条に解釈の余地があるとしても、損害額で区別するようなことは解釈論としては適切でないように思われる。したがって、人身損害における補償の不十分さを考慮して解釈論として代位を否定するのであれば、実損填補型の人保険では一律に代位を否定するという形が妥当だと思われる。

(106) このときも人損の額と物損の額について代位の有無の基準となる額を設定するという方法もありうるが、軽傷と重傷で区別するときと同様の問題が生じると思われるので、とりあえず人保険と物保険は別々に考えるのが妥当であろう。

(107) 人身損害だけを重大な損害として捉えるのは妥当ではないという指摘もある。例えば、地震で全財産が滅失した場合や風水害で全部家を流された場合には人が一人死んだよりもっと大きな家族的な影響があるということである。加藤一郎
 Ⅱ森島昭夫Ⅱ西島梅治Ⅱ西原道雄Ⅱ加藤雅信「被害者救済システムの展望」ジュリ六九一号二五五頁（西島発言）（一九七九年）。

確かに右のような場合には物損であるから、その物の価額が填補されればそれで問題はないとはいえないように思われる。したがって、代位の根拠につき本稿のような立場に立てば、物保険についても重大な影響があるような損害をカバーするものについては代位を否定することもありうる。ただ、物損の場合は損害額が大きくてもその価額を填補されれば問題はないことも多いと思われるので、代位を否定する場合と肯定する場合の区別が困難であるように思われる。そのことからすると、とりあえずは物保険については損害の重大さは一般的には問題にしないとした方が妥当と思われる。

(108) 正確には債権譲渡であることについては、六五頁参照。

(109) 前出六五頁参照。

(110) 大森・前掲注(59)「傷害保険契約の地位」一〇九頁、中西正明「傷害保険」『傷害保険契約の法理』五頁（有斐閣一九九二年）、江頭憲治郎「商取引法」(第二版)四四四頁（弘文堂一九九六年）。

(111) 洲崎・前掲注(28)三号一五頁。

(112) 北大法学論集四七卷一七五頁以下参照。

(113) 北大法学論集四七卷一七〇一頁以下参照。

(114) 倉沢・前掲注（53）「保険代位」一四五頁参照。

(115) 法律解釈として多少無理があるとすれば、そのような考え方を採用すべきほど、被保険者に権利取得させる実質的理由があるかどうかという問題がある。この点は和解の困難や人身損害における補償の不十分さをどの程度に評価するかにかかるとなる。ただ、重傷や死亡の場合の影響の大きさをみると、代位を否定するという解釈も考慮に値するのではなかろうか。

6 総括

私見では結論として、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代位は適用されないと解する。そのうえで人保険には代位は適用されないと解釈することもありうるように思われる。また、代位を否定する約定、代位を肯定する約定は原則として有効となる。

損害填補を目的とする契約でなければ代位は適用されないとする理由は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。したがって、仮におよそ保険金と損害賠償との関係において重複補償の不当利得は問題にならないというのであれば代位は否定すべきと思われる。

近時、保険契約の類型⁽¹¹⁶⁾に関して損害保険と定額保険の二分法にこだわらず、中間的な保険を認めてもよいのではないかという指摘がなされている。この点と私見との関連について簡単に述べておく。私見では代位の適否に関しては、保

保険契約の目的が損害填補か否かが問題になる。したがって、中間的な保険についても保険契約の目的が損害填補かどうか問題になる。保険契約の目的という観点からすれば中間的な保険も損害填補か否かに二分されるであろう。中間的な保険とは利得禁止措置を厳格に貫く保険と全く利得禁止措置をとらない保険との中間の保険という意味であり、保険契約の目的についても中間的ということではないように思われる。

したがって、保険契約の目的を問題とする本稿の立場からすれば、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りうるという限りで問題となるだけであって、中間的であるからまた違った考慮が必要と(118)いうことにはならない。ただし、被保険者が利益を得ることの禁止から代位を導くのであれば、中間的な保険において利得を禁止すべき程度に依じて代位を認めるべきか否かの判断がなされることになる。

このように私見では代位の局面で問題とすべき利益は重複補償の不当利得であると解するので、利益を排除するという利得防止の必要性は原則としては代位とは関係のない問題ということになる。

ただし、保険契約の目的に着目することは、それ自体政策的観点からすると問題となりうる。すなわち、保険契約の当事者にとっても保険契約の目的が損害填補か否かを判断するのは困難であり、したがって代位の有無を判断することが困難になるということである。特に新種保険が次々と発展していくであろうことを考えると、この判断はますます困難になる一方だと思われる(119)。そうだとすれば、保険契約の目的が損害填補かどうかを代位の適否の判断基準から外すことも考えられる(120)。すなわち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代位否定の要素として評価することもありうるように思われる(121)。

またそもそも重複補償の不当利得は契約当事者が損害填補を目的とする契約を締結したのであって、損害額相当の金

銭給付を目的とする契約を締結したのではないことから、不当利得と評価される。しかし、少なくとも現実の保険加入者の意識として、契約の目的が損害填補か損害額相当の金銭の給付かは区別されるものではないようにも思われる。そうだとすると、商法上の損害保険契約は損害填補を目的とするものだとしても、実際の保険契約は相對説的に構成することはありえないことであろうか。⁽¹²²⁾あるいは、そのような構成が無理であるなら、損害填補を目的とするかどうかの判断ひいては代位の適否の判断の困難を考慮した政策的判断として代位を一律に否定することも考えられるのではなからうか。

ただし、商法六六二条が存在することからして、実際の保険契約を相對説的に理解しない限り、解釈論として代位を全面的に否定することは無理であろう。したがって、代位を一律に否定することは立法によるしかない。また立法論としても代位を全面的に否定することが適切な利益調整であるかどうかは慎重な考慮が必要であろう。

結論としては、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になる利益調整のための制度である。すなわち、代位は保険契約が損害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、しかし、まったく契約の性質と無関係な制度ではない。契約の目的が損害填補であるときに限り、利益調整の必要性が生じるのである。⁽¹²³⁾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、基本的には代位は認める必要はないと思われる。

また利益調整においては、被保険者が保険によって利得することの不当が中心となるのではなく、それ以外の要素を中心として考慮すべきである。ただ、代位にまつわる利害関係はかなり微妙であると思われる。いずれにせよ、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というものではなく、より柔軟に考えることが可能なものである。ただし、代位についてのこのような理解をどの程度法律解釈に反映させることが妥当かは困難な問題である。しかし、少なくとも立法論としてはかなり柔軟な対処が可能だと思われる。

(116) 山下(友)・前掲注(15)「民事責任」九〇頁。また中西・前掲注(12)九八頁。

(117) 伝統的見解によれば損害填補を目的とするものではないことになろう。倉沢・前掲注(92)一〇六頁以下参照。

(118) 仮に損害填補を目的とするかどうか判断できない保険契約があるとすれば、重複補償の不当利得が生じなければ被保険者は保険金と賠償金の両方取得する権利があることからすると、その場合には代位を否定すべきことになる。代位の根拠に関する立場は本稿とは異なるが、各種の保険について具体的に検討したものとして、洲崎・前掲注(28)三〇一六頁以下。

(119) 所得補償保険の性質についての議論をみれば、この点は明らかであろう。

(120) 重複填補問題一般について給付の目的を給付の調整の判断基準とすることが實際上困難であることを指摘するものとして、山田・前掲注(102)「賠償額」四五一四六頁。

(121) ただし、代位がないとすると、保険契約が損害填補を目的とするときは被保険者は損害賠償請求権ではなく、不当利得返還請求権を有すると解するのであれば、被保険者の権利が損害賠償請求権か不当利得返還請求権かの判断に損害填補か否かの判断が必要になる。

(122) 契約の実態に応じた形で契約の性質を理解すべきとし、実態に応じた形で自由に契約の性質を構成してよいとするならば、本文のような解釈もありえないわけではないように思われる。しかし、契約の実態に応じた形で契約の性質を理解することも、適切な契約の基準として典型契約を用いるべきとするのであれば、安易に法典と離れた契約を認めることは妥当ではないことになろう。山田誠一「『複合契約取引』についての覚書(1)(2・完)」NB L四八五号三〇頁、四八六号五二頁(一九八一年)。また大村・前掲注(83)一一卷二二号一八一〇頁以下参照。

(123) 倉沢・前掲注(15)「搭乗者傷害保険金」四〇〇頁参照。