

## 保険代位の根拠について

鈴木辰紀

—

昨年（昭和三十九年）九月二十五日最高裁判所第二小法廷は、交通事故で死んだ被害者側が生命保険の保険金を受取った場合、加害者の支払うべき損害賠償額から右の保険金分の金額を差引くことが妥当か否かをめぐる争いに対し、以下の理由でこれを否定する判決を下した。すなわち「保険金はすでに払込んだ保険料の対価であるから、損害賠償とは関係なく支払われるべきで、これを賠償額から差引く理由はない」と。右の最高裁判決は、判決理由の当否は一先づ置き、その結論については異論のないところであろう。しかしながらわれわれがそう考える根拠となっているものをいま一度振り返って考えてみると、われわれが右の判決の結論を肯定する真の基礎となっているものは、実は、生命保険はいわゆる損害填補の契約ではなく、従ってそこでは、不法行為に基づく損害賠償と保険契約に基づく保険金を重疊的に取得しても、被害者は何ら利得するものではないという、損害保険と生命保険との間にある本質的な差異ではなからうか。<sup>(2)</sup>もしそうでないとすれば、右の最高裁の判決理由中に掲げられている「保険金はすでに払込んだ保険料の対価であるから、損害賠償とは関係なく支払われるべきで、賠償額からこれを差引く理由はない」という理由は、同じく損害保険においても当然に妥当する筈のものだからである。換言すれば、生命保険において保険金と損害

賠償金との重疊的取得が、右のごとき保険契約の有償性を唯一の根拠として認められるものであるとすれば、同じく対償性を有する損害保険における保険金についても、これが損害賠償金との重疊的取得を拒否する理由はない。しかしながら周知のごとく、わが商法を初め、現代主要各国の保険契約法及び商法は損害保険に限り、損害賠償金と保険金との重疊的取得を原則として承認せず、いわゆる保険代位（保険者の代位）なる制度を法定し、これを陸上保険に關し法定していない英・米においても、判例・学説上当然のこととして認容されている。そこで以下では各国の判例・学説を瞥見しながら、本稿の主題である保険代位の認められる根拠に關し、順次考察を進めてゆきたいと思う。御叱正に与れば誠に幸いである。

注(1) 昭和三十九年九月二五日、最高裁判第二小法廷判決（昭和三十九年(オ)第三二八号）、最高裁判例集第十八卷第七号二六六号以下。  
なおジュリスト（一九六四年一月一日号）の五七頁以下に奈良次郎氏の判例批評がある。

(2) 本件で本問題が論じられたのは、代位の問題としてではなく、損害賠償における損益相殺の問題としてであるが、その論旨は保険代位と無縁ではない。前掲の判例批評参照。

## 二

保険代位を規定したわが国商法第六六二条は次のごときものである。

損害カ第三者ノ行為ニ因リテ生シタル場合ニ於テ保險者カ被保險者ニ対シ其負担額ヲ支払ヒタルトキハ其支払ヒタル金額ノ限度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ対シテ有セル權利ヲ取得ス

保險者カ被保險者ニ対シ其負担額ノ一部ヲ支払ヒタルトキハ保險契約者又ハ被保險者ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テノミ前項ニ定メタル權利ヲ行フコトヲ得

これが損害保険における保険金請求権と損害賠償請求権との重疊的行使を許さずとする保険代位 (Subrogation, *recours de l'assureur contre le tiers responsable du sinistre, Übergang von Ersatzansprüchen auf den Versicherer*) を法認した規定であり、同旨の規定は、ドイツ保険契約法第六七条のほか、スイス保険契約法第七二条、フランス保険契約法第三六条、イタリヤ民法第一九一六条、スウェーデン(保険契約)法第二五条等にこれを見る。また海上保険分野においても、一九〇六年英国海上保険法第七九条、ドイツ商法第八〇四条等はいずれも保険代位を法認する規定を置いている。<sup>(1)</sup>

このように現在では、保険代位の是否をめぐる問題も、立法に関する限り、殆んど異論を見ない程に解決されているのであるが、さてその法認される根拠となると、各国における判例・学説は、国により、また時に応じて推移しており、決して一様ではない。そこで今、保険代位の根拠に関する学説・判例の主要な傾向の二、三を要約して掲げれば以下のごとくになる。

一、損害保険における保険代位の根拠を、損害保険における絶対原則たる実損填補の原則に由来するとし、かつそれだけを唯一の根拠とするもの。英・米の判例・学説を初め、わが国の通説的立場と称してよからうか。この立場を本稿では絶対説を仮称する。

二、保険代位の根拠を、いわゆる実損填補の原則に基づくとはせず、より相対的に、一つは被保険者に不当の利得を許さぬため、いま一つには、責任ある第三者の責任の免脱を許さぬため、主として衡平の見地からの規定とするもの。フランス初め、ドイツ、スイス等に散見する立場であり、わが国でも二、三の学者がこれに拠っている。これを本稿では相対説と仮称する。

三、損害保険契約上の権利たる損害填補金と損害賠償金との重疊的取得を認め、保険代位の根拠そのものを否定す

る立場。これは曾てのフランスに於て有力に主張された立場であるが、現在は同国に於ても勢力を失いつつあるようである。本稿ではこれを重畳説と仮称して用いる。

以下各国別に主題をめぐる論争点を見てゆく。

注(1) わが商法六六二条の保険代位に関する規定は海上保険にも適用される(八一五条二項参照)。

### 三

先づわが国における商法学者及び海上保険学者、火災保険学者の保険代位の根拠に関する見解を見るに、前述もした通り、最も多くに見られる立場は、これを損害保険における至上原則たる実損填補の原則に率由するとする絶対説の立場である。青山博士<sup>(1)</sup>、水口博士<sup>(2)</sup>、加藤博士<sup>(3)</sup>、石田博士<sup>(4)</sup>、勝呂博士<sup>(5)</sup>、伊沢博士<sup>(6)</sup>などはこれに属する。主張の一例を挙げれば次の通りである。「全損が第三者の行為(省略)に因って生じた場合においては被保険者は第三者に対し損害賠償を請求し得ると共に、他方、保険者に対しては損害の填補を請求し得る。しかし、これら兩種の権利を同時に行使させることは実損填補の原則に悖るから、商法は保険者が保険金を支払ったときは、被保険者または保険契約者が第三者に対して有している権利を保険者に当然移転せしめることとしたのである<sup>(7)</sup>」と。野津博士もニュアンスに聊か違いはあるかと考えられるが、この立場にあるものとしてよからう。同じく絶対説の立場を採られるものと考えられるが、いまま少し緩和的な表現を用いられているのに、今村博士がある<sup>(9)</sup>。すなわち同博士は、「海上保険に於ては他の損害保険に於けると同様利得禁止と云ふが如き至上原則又は絶対原則があるのではない。然し、損害保険に於ては現実損害填補の原則は出来得る限り維持せられぬばならぬ。(中略)従って、一般の損害賠償に於て、正当の損害を賠

償せしめ不当の利得を禁止せしむる目的を以て存在する（中略）代位の原則の如き損害保険に於ても亦適用あるべきである。」とされ、保険代位の根拠を一つには実損填補主義に基づくものとされ乍ら、同時に、民法第四二二条の規定する損害賠償者の代位の趣旨を援用している。しかし仔細に考えると、前者つまり実損填補の原則は、保険契約の賭博化を防止し、強いてはこれが公益を害する可能性ある契約に墮することを禁ずるための絶対原則であるのに反し、後者つまり損害賠償者の代位は、賠償義務者の犠牲において賠償権者の二重の利得を許さないというものであって、その根底にあるものは正義・衡平の観念である。<sup>(11)</sup>従って、共に不当の利得を禁ずる点で効果・形態は似ているが、両者はその根本の趣旨を異にすると言わなければならない。<sup>(12)</sup>

絶対説の論者といえるか雖かは不明であるが、最も徹底した形でその立場を示されるのは、田辺博士である。即ち博士は、損害保険契約における「損害填補原則」を極めて嚴格に解される結果、被保険者が第三者に対し賠償請求権を有する場合には、その有する請求権の範囲で損害は未だ完全に生じているとはいえない。従ってかかる損害の有無及びその額が未定の場合に、敢えて保険者が保険金の支払をなすのは、損害填補原則の重大な例外であるが、第三者に対して有する被保険者の債権の実質価値の評価が困難なことから、損害額確定に時間を空費することに鑑み、いわば損害額確定のための一つの便法として特に認められたものが保険代位であるとされる。つまり田辺氏は、保険代位制度の論拠を、損害額決定のための一つの便宜方法ということに求められるようであり、しかもなおこれを損害填補原則の例外（氏のいわゆる質的例外）利得の余地を残さず損害発生の際に与えられる保険救済の一場合）<sup>(13)</sup>であると説かれる。損害保険における損害填補の原則を真に嚴格に考えれば、かかる立場も当然有り得ると考えられる。<sup>(14)</sup>

以上わが国における絶対説の立場の主張を見たわけであるが、これに対し、相対説の立場も何人かの学者により主張されている。先づ初めに田中誠二博士であるが、同氏は保険代位の根拠を損害保険における実損填補の原則には求

められず、一つはこれを当事者の負担の公平と、いま一つにはこれを不当の利得の防止に置かれる。即ち次のごとくである。<sup>(15)</sup>「第三者の行為により損害が発生した場合に、被保険者は保険者に対する保険金請求権と共に第三者に対する請求権をも同時に取得することになるが、これらの権利は同じく被保険者の損害を、補を目的とするものとはいへ、各独立の請求権であるから、一方の権利の取得をもって他方の権利の取得を妨げる理由とはなり得ない。しかしながら被保険者にこれら権利の実現を共に許すときは、損害の発生によりかえって二重の利得を得させることになり不都合である。従ってこの場合に、まず第三者が損害を、補したならば、被保険者は結局において無損害であり保険者は更にこれを、補する理由が存しないからである。これに反して保険者が、まずその損害を、補した場合においては、前の場合と同様の論法により、第三者はその限度において免責されると解することは不都合である。けだし本来の債務を負う者よりも、まず保険者を保護しなければならぬからである。従って第六六二条は、特に規定を設け、まず損害を、補をした保険者は、被保険者が第三者に対して有する権利を取得するものとして負担の公平をはかり、且つ保険により不当利得の結果の生ずることを防いでいるのである。」これは後に触れるドイツのギールケ、リッター、フランスのシコ・エ・マルジェア等と同じ立場である。

最後に必ずしも前掲の相對説の範疇に属するとはいえないが、内容的に見て相對説に分類できると考えられる大森博士の主張を聞こう。博士は、保険代位はこれを損害保険における損害填補契約性からは説明できないとされる。その理由は第一に、被保険者が第三者に対し損害賠償請求権を有する限り、被保険者の損害の有無及び額は未確定であつて、損害保険契約を被保険者の蒙つた実損害額を填補することそのことを論理的な本質とする契約であると解すれば、このように未だ具体的損害の有無及び額が未定の間に保険金の支払を認める保険代位の制度は、損害填補の原則に対する重大な例外的取扱といわなければならない(以上は前述の田辺氏の主張と同一である)。しかし、損害保険契約の

「損害填補」契約性は、実は保険事故発生により被保険者が不当に利益を受けることを防ぐためのいわば政策的な見地からする要請にはかならないと見る立場からすれば、この代位の法則も容易に肯定できるとされる。<sup>(4)</sup>これを要約すれば、損害保険契約の損害填補性というのは、何も保険事故により被保険者に生じた実損害を填補するという程厳密なものではなく、本来は条件付金銭給付契約である保険契約のうち、損害保険契約は被保険者に不当の利得を残すと、故意の事故招致あるいは保険の賭博化となるため、いわゆる公序政策的見地から被保険者に不当の利得を得させないというに止まり、損害保険契約そのものからの論理的、本質的な要請として、実損害填補性というものは出てくるものではない。大森博士は以上のような理解に立ち、具体的には、保険代位を認めずに被保険者に二重の権利行使、つまり保険金請求権と第三者に対する損害賠償請求権の両者の行使を許すことの可否は、損害填補契約性からではなく、両者の重畳的行使を許す結果として、「被保険者が仮令自ら積極的に事故招致を為す惧れはないとしても、尠くも、第三者による事故発生につき被保険者が放任的態度をとる可能性はなくはない。多くの立法がいわゆる保険者の代位を認め、被保険者の重畳的請求権を否認する態度をとっているのは、このような見地から慎重を期するためであると解しうる」とされる。<sup>(7)</sup>これを要するに博士にあっては、保険代位の認められる根拠は、一言で云えば反公序政策ということに尽きると考えられる。<sup>(8)</sup>

保険代位を大森博士のごとく反公序政策の立場から、より具体的には、重畳的権利行使を認めることは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あるからだとする考え方には、伊沢博士のごとく反対の学者もある。伊沢博士は「若し被保険者が、第三者に対して有する損害賠償請求権を被保険者に移転せしめないと、被保険者は第三者による事故招致を放任する惧があると考えるのは杞憂であろうと思う」とされ、その理由として「若しこれを放任すれば、被保険者は不作為によって故意に事故を招致したものとされ、保険者より損害の填補を

受けえなくなるからである（六四一条）<sup>(19)</sup>といわれる。筆者も大森博士の反公序政策の見地からの理由づけには十分の賛意を表しかねるものの一人である。<sup>(20)</sup>

なおわが国において第三の重畳説を主張される学者に青山博士がある。左に簡単にその主張の一部を転写する。

「諸国立法が代位の法則を認めたる其理由として、茲に不致富、不獲利の原則を援用したることの正否如何。吾人は尙かに疑を存せざるを得ざる処のものたり。」（不致富、不獲利の）原則たる、保険自体に率由し以て致富或は獲利を求むべからずと云ふに止まる。従つて、他の理由に基きたる致富獲利の如き敢て之を否定するの限りに非ざるや勿論のことたらざるべからず。」「由来、第三者に対する求償たる保険に基くにあらずして個別独立のものたり。所謂他の原因に基きたるに外ならざるなり。茲に不致富、不獲利の原則を援用し来りて保険と没交渉なるべき第三者に対する被保険者の求償権を排斥し去らむとする、其不当なるや多言を俟たずして知るべきなり。」

注(1) 青山衆司・保険契約論（上巻）・二九六頁。

(2) 水口吉蔵・保険法論・五六三頁。

(3) 加藤由作・火災保険論・一六九頁。

(4) 石田祐六・火災保険の研究・三九二頁、同・損害填補の理論及びその実態・三三頁以下。

(5) 勝呂弘・海上保険（改訂新版）・四五四―五頁。

(6) 伊沢孝平・保険法・二九七頁以下。

(7) 勝呂・前掲。

(8) 野津務・保険代位（損害保険論集）・六五―六頁。

(9) 今村有・海上損害論・四七六頁。



- (10) 民四二二条 債権者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ価額ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ權利ニ付キ当然債權者ニ代位ス
- (11) 中島玉吉・民法釈義・卷之三債權總論上・六一〇頁及び六二二頁参照。なお加藤(由)・海上損害論・四一九頁(注二)、及び、大森・統保契約の法的構造・三一頁以下参照。
- (12) 田中耕太郎・保険法講義案・一二五頁及び、大浜信泉・保険法・一七八頁、石井照久・改訂商法(保険法・有価証券法)七八頁等は、保険代位を、不当の利得を阻止するためのものであつて、民法四二二条と同趣旨(同精神)とされるに止まる。
- (13) 田辺康平・損害保険契約の本質(一)・損害保険研究第二十五卷第三号四八―九頁、同・損害保険契約の本質(二)完・損害保険研究第二十五卷第四号一九〇―一頁参照。
- (14) 田辺氏の右の主張については、加藤由作博士の批判(損害保険研究第二十五卷第三号一〇〇頁以下、特に一〇八頁)を参照された。
- (15) 田中誠二・保険法・一八一頁以下。
- (16) 大森忠夫・保険法・一八〇頁以下。
- (17) 同・保険者の求償権(統・保険契約の法的構造)・一〇三―四頁。
- (18) これについては野津博士の批判(野津・前掲・六四―六頁)参照。
- (19) 伊沢・前掲・二九八―九頁。
- (20) 必ずしも適切な注ではないが、フランスのピカル・ベッサンが次の如く述べて居る。Les motifs même du principe indemnitaire ne peut jouer à l'égard des tiers, car on ne peut craindre, ni la provocation des sinistres, ni la spéculation au regard des sinistres dues à la faute de tiers. (Picard, M. et Besson, A., Les ass. terres, en droit français, 1950, p. 456.)
- (21) 青山・保険契約法研究・一四一―二頁。

## 四

学説に比し判例が圧倒的に大きな比重を占める英・米においては、保険代位の根拠をめぐる問題も多くが判例により解決され、決定されてきた。本問題に関する両国の判例、したがって学説の立場は、これを大雑把にいつて、完全な絶対説の立場と称して誤りでない。そして特に英国に関してこのことは一層顕著である。好例の一・二を書物から拾ってみると、先づオッター・バリーは、「保険代位の原理は、被保険者が完全な填補以上のものを回収することを妨げるため、ただそのためにのみ認められてきた原則である<sup>(1)</sup>」とし、マックギルブレイも、「保険者の代位権は、保険が被保険者の被った実損害の填補に止まるといふ一般原則から導き出されるものである<sup>(2)</sup>。」というに止まる。しかしこれらとともに、保険代位に関する英国の指導的判例たる *Castellain v. Preston* 事件にその源由を見出す<sup>(3)</sup>。これに対し合衆国における立場は一見いさし緩和的なようにも見受けられる。即ちここでは、保険代位の原則が等しく損害保険における実損填補の原則 (*doctrine of indemnity*) に率由するものとされながら、他方それとともに、「損害を惹起した者もしくは、主たる債務を負った者が損害に対する最終責任を負担すべきである」という公平の原理が並列的に掲げられており、中にはバンスのごとく、全く後者だけを挙げている者もいる<sup>(5)</sup>。(なおお保険代位の問題は、英・米両国において、衡平法の問題であるとか、衡平法上の代位であるとか述べられているが、これは英米法上、保証 (*surety*) の場合における保証債務弁済者の主たる債務者に対する代位求償権が衡平法に拠って認められ、保険者の代位権もこれに準じて認められるに至ったという法制上の沿革に基づくようである。)

勿論以上のことだけことを論ずることはできない。そこで英・米両国の主題に関する立場上の差異を具体的に示す判例の一・二を紹介しよう。先づ英国においては、先に触れた *Castellain v. Preston* 事件において(なおお本件の判

決が主題に関する英国のその後の判例・学説の根幹をなしていると考えて大過ない)、一つには絶対説の立場から、一つには保険代位は保険者のために (in favour of) 認められた一つの原理 (doctrine) であるとの観点から、保険者の代位権は被保険者の有するあらゆる種類の権利に及ぶとし、その結果、保険者から損害の填補を受けた被保険者は、保険事故発生前に締結した不動産の売買契約の履行として第三者から收受した焼失不動産の売買代金を保険者に引渡すよう命じた。(8)

右に見る通り本件の事案は、保険事故が「第三者の行為に因り」生じた場合ではないから、わが国やフランス、スイスなどのごとく、保険事故が第三者の行為に因り、もしくは不法行為に因り生じたことを要件とする立法の下では、そもそも保険代位の問題の生ずる余地はないのであるが、本来保険代位の根拠を絶対説に置き、かつこれを貫く限りにおいては、本件で問題となった、保険契約とは直接関連のない売得金と雖も、それが結果として第三者に二重の利得を得させる以上、保険代位は当然これにも及ぶと解するのが正当であろう。それ故、英国あるいは後述のドイツ法に見るごとく、保険代位の要件として、損害が「第三者の行為に因り」生じたことを要するというような制限を一切設けない方が、理屈には合っているといえよう。(9) しかしながら逆に、わが国商法やフランス保険契約法に見るごとく、保険代位の要件として損害が第三者の行為に因ることが求められていること自体、保険代位の根拠が、ただ単に損害保険における実損害填補の原則、あるいは利得禁止の原則のみに依拠したものであるか否かをわれわれに反省させる一つの根拠になりうると思われる。

以上のごとき英国の判例の立場に対して、アメリカにおいては、保険契約または保険事故と全く関係のない独立の契約によって、被保険者が損害を蒙る以前よりも却って良い地位に立つに至った場合にも、保険者の代位権が及ぶか否かの問題は、現在一般には否定的に解されているごとくである。すなわち一九四八年にニュー・ヨーク控訴院が下

した Alexandria Restaurant, Inc. v. New York Hampshire Ins. Co. 事件の判決により、本問には一つの重大な決着が与えられたとされている。本件の事案を簡単に示せば次の通りである。

本件の原告である被保険者は、賃借人として賃借家屋で食堂を経営しており、かつその建物に関し、彼は自ら多額の金を支出して相当大規模な改造を施していた。他方家屋の賃貸借契約によれば、火災に因る損傷の修繕義務は家主にあった。火災発生の二年程前に原告たる賃借人は彼の施した改造・改装部分担保の火災保険 (so-called improvements and betterments fire policy) を購入した。火災後間もなく賃貸借契約上の義務の履行として家主は、家主自身がその家屋に付けていた火災保険契約に基づき回収した保険金をもって、家屋の損傷を完全に修繕した。このことから賃借人の保険者は、建物はすでに火災発生前と全く同じ状態に復元されているという理由で、保険金の支払を拒絶した。そして保険者は次のように主張した。保険者の代位権は、不法行為 (tort or wrongful act) に因り損害を惹起した第三者に対してのみならず、単に契約上の賠償義務者に対しても当然及ぶべきものであると。これに対し裁判所は次のごとく結論した。すなわち「問題の損害は、賃貸人・賃借人いずれの悪行に基づくものでもない。被告(保険会社)の締結した保険契約は財産 (property) を担保するものであって、被保険者の家主に対する債権を担保するものではない。また保険契約に、保険者の代位権は被保険者の有する契約上の権利に及ぶ旨の条項もない。これらの事実を総合して考えると、問題の代位約款の下で、<sup>(1)</sup>何故損害の最終的責任を賃貸人において負担せねばならぬのか、他方生じた損害を担保するに十分な保険料を收受し、かつそれを留保している保険会社が、何故その填補義務を完全に免れるのか理解し難い」と。かくしてニュー・ヨーク控訴院は、二重の利得の可能性が被保険者をして故意の事故招致に誘う危険があることを十分に承知しながらも、しかもなお本件の場合、保険者に代位権を認めることは却って当事者間の負担の公平を著しく欠くとの理由から、保険者の代位権を否定し、保険者に原告への保険金支払を命じたのである。<sup>(2)</sup>

共 (1) Welford, B. & Otter-Barry, W., *The Law relating to Fire Ins.*, 4th ed. p. 358.

(2) Macgillivray, E. J. & Browne, D., *Macgillivray on Insurance Law*, 3rd ed., p. 1089.

(3) *Castellain v. Preston* ((1883), 11 Q. B. D. 380, G. A.) 事件に於ては Brett 判事 2 名と Brett 判事 2 名との意見 (p. 387) “That doctrine (of subrogation — 筆者挿入) does not arise upon any of the terms of the contract of insurance; it is only the proposition which has been adopted for the purpose of carrying out of the fundamental rule” (i. e. indemnity).

(4) The common law right of subrogation grew out of the doctrine of indemnity, and finds an equitable basis in the consideration that the person who caused the loss or who is primarily responsible should be made ultimately liable for the damage sustained. (*Richards on Insurance*, 5th ed., by Warren Freedman, 1952, Vol. 3, sec. 560.)

(5) *Vance on Insurance*, 3rd ed. p. 787-8.

(6) *Talbot, H., Fire Insurance Law*, p. 23; *Magee, J., General Insurance*, 5th ed., p. 86; *Vance, ibid.*

(8) なきものの点の矛盾は、英国ビクトリア一九二五年制定のシモンズ五世即位第一五年法律第二〇号に於て是正され、売買契約の履行を条件として、売手（被保険者）の受取るべき保険金は買手に引渡されることになった。合衆国でも、あるいは当事者の意思解釈を理由に、あるいは保険金は焼失家屋の代替物であるとの考え方から、判例上英国と同様な結果が認められてきている (see *Vance, op. cit.*, p. 781)。

(9) 加藤由作・海上損害論・四一八頁参照。

(10) *Richards on Insurance*, § 562.

(11) ニュー・モートン標準火災保険証券の代位給付は次の通り。“This company may require from the insured an assignment of all right of recovery against any party for loss to the extent that payment therefor is made by this company” (*Magee, J., op. cit.* p. 125 44c)

(12) リチャームス（前掲）は先の英国の *Castellain v. Preston* 事件の判決を評する文中で、次のように述べている。“その損害

を填補した後の保険者が主たる責任を負う債務者の単なる保証人であるならば、Castelain v. Preston 事件において示された判断 (title) は明らかに妥当なものといえるだろう。しかし乍ら、合衆国の裁判所 (複數) は、損害填補の原理も、また代位の原理もそれが保険法に適用される場合には、これらをそれ程 (英国の場合における程の意 || 筆者注) 極端に押し進めることはしていない」と。さうに英国の Darrell v. Tibbits 事件の判決 (本件の事案は本文に紹介した米国の Alexandra Restaurant Inc. v. New York Hampshire Ins. Co. 事件のそれと似たものであったが、英国の裁判所は米国とは反対に、保険者の代位権を認めた) に関連して次のごとく論じている。「しかし賃借人が家財の滅失・損傷を賠償するとの条件つきで、夏もしくは冬の数月間だけ家具つきの家を借り受けるという、よくある場合を例にとつて考えてみよう。この場合に、もし家が焼失し、しかも賃借人に何ら過失がなくても、損害の全部を負担しなければならないのだろうか、そして家主の保険者は賃借人と損害を均等に分担することもなしに、契約上の全責任を免れるのか。もしそうだとすればこれは全く酷な話である」と。

## 五

次に主題に関するフランスの学説・判例を見るに、これは誠に多岐であつて、保険代位の正当性を全く否定するものから、これを肯定するものまで、さらに肯定説にあつても、その肯定の理由づけがまた多岐であり、本稿の主題に関する限り、フランスの判例・学説は最も示唆に富む資料を提供しているように思われる。<sup>(1)</sup>

先づ判例の推移を簡単に回顧すると、十九世紀の初頭以来、問題は次のような形で提出された。すなわち、第三者の過失 (faute) が保険者に対し、彼が被保険者に支払った填補金と同額の損害を与えたのではないか。保険者をして右の填補金の支払を余儀なくさせたのは、正にこの第三者の過失ではないか。だとすれば保険者は不法行為に関する民法第一三八二条に従い、自己固有の権利として第三者に対し、かくして蒙つた損害の賠償を直接に請求しうるの

ではないか。

これに対し裁判所は当時の学説に従い、かかる求償を正当なものと認め、第三者が自己の過失に因り保険契約に予定されている危険の実現を結果させた場合は、保険者の蒙る損害は正に右の過失の直接の結果 (*suite immédiate et directe de la faute*) であるとし、かつ仏民法第一三八二条の賠償請求権は、第三者の行為に因り損害を蒙った総ての者を予定していると宣言して、保険者が第三者に対し自己固有の権利として直接に求償することを認めた。<sup>(3)</sup>

しかしながら右の解決策は裁判所により長くは支持されなかった。すなわち保険者に第三者に対する直接かつ固有の求償権を認めるという前記の判例の態度は、先づ生命保険に関して否定された。つまりそこでは、保険契約も実損填補の原則 (*principe indemnitaire*) に従わず、それ故保険金額は全く当事者の任意に定められる結果、保険金額と第三者の過失により真に惹起された損害との間に何らの対応も認められず、かつ被保険者が保険金請求権と損害賠償請求権とを重疊的に享受することを妨げる何物も存在しないからである。かくて一九一四年一月六日、フランス破産院民事部は保険者の第三者に対する一切の求償権を否定し、次のごとく宣言した。すなわち、保険者は第三者の過失により如何なる損害も蒙ったとはいえない。何故なら、保険者が保険金の支払を直ちに要請されることになったとしても、それは保険契約の当事者が予め評価し、承諾した危険の当然の結果 (*jeu normal*) に過ぎないからであると。

次いで右と同様の立場が損害保険に関してとられた。<sup>(4)</sup> そしてその理由として次の諸点が指摘された。すなわち、事故の招致者に対する損害賠償請求権を保険者に認めることは、保険者に全く無償の利益を与えることになるし、それは明らかに保険契約の射倖契約性 (*caractère aleatoire*) に反する。保険者は保険契約に予定した危険の償いを事前に受けており、それは被保険者からの保険料によりカバーされている。それ故第三者の冒した過失は、保険契約上の前提及び諸条件に何らの変更をもたらすものではないし、過失を冒した第三者にとっては、保険契約は全く他人間の行

為に過ぎないと。(5)

以上のごとき経緯により、損害を填補した保険者の過失ある第三者に対する自己固有の権利としての求償権は否定されたのであるが、フランスでは既にそれ以前から、損害を填補した保険者は、仏民法第一二五一条三号の規定する弁済者代位権を援用しうるや否やが問題となっていた。ちなみに仏民法第一二五一条三号は、他人と共に、もしくは他人のために債務弁済の義務を負う者がその債務を履行した場合、その者に代位求償権ある旨を規定している。そこで被保険者に対し填補金を支払った保険者は、右の民法の条文に依拠して、その支払った填補金の範囲で、被保険者が第三者に対して有する権利に代位しえないか、ということが問題となったのである。しかしながらフランスの破毀院は、次のような理由で一世紀以上に亘り(一八二九年〜一九三二年)、民法に規定された法定代位権を保険者に認めることを拒否し続け、学説も同様に否定的であった。その理由は、民法第一二五一条三号の法定代位権は、第三者の債務を支払った者に与えられるものである。しかるに保険者は、被保険者に填補金を支払うことにより、責任ある第三者の債務を弁済するものではない。保険者は第三者とともに債務弁済の責を負うものでも、また第三者のためにその責を負うものでもない。保険者は彼自身の債務を弁済するものであり、それは保険契約から直接生じたものであって、被害者に対する責任ある第三者の債務とは完全に別個のものである。従って民法第一二五一条三号の要求する諸条件は充足されないと。

ところで仏民法第一二五一条三号をめぐる上述の見解は近年(一九四三年)破毀院自身により、激しく攻撃された。すなわち破毀院民事部は、一九三〇年法の適用のない、したがってそこでは同法第三六条の規定する法定代位の及ばない信用保険に関し、保険者は常に民法第一二五一条三号の規定する法定の代位権を享受できるという原則を認めたわけではなかったが、民法の規定する弁済者代位と保険とは必ずしも両立しえないものではないことを認め、かつ事



情によつては、なかならず当事者の意思により、保険者は民法の意味における、第三者とともに、もしくは第三者のために支払の責を負うものと見做され得ることを認めた。かくて現在のフランスでは最早や以前のごとく、保険者は民法の規定によつては第三者に対する被保険者の権利に代位しえないと断定しえなくなつてゐる。<sup>(6)</sup>

保険者の直接的求償権の有無および、代位権の有無をめぐるフランスの判例の推移は以上で尽きてゐると思うが、以上の判例に示された判決理由はとりも直さず当時のフランスにおける主要な学説の反映でもあつた。それ故ここに改めて同国学者の見解を示すことは特に必要とは思われないが、同国における主題をめぐる学説の代表として、保険代位否定説の頭目たるアンリ・カピタンの主張と、これに対するダンジョンの反論を摘記しておきたいと思う。先づアンリ・カピタンの主張を要約すれば以下のごとくである。すなわち、

「損害保険契約も、生命保険契約と同じく、保険者が保険事故発生の際に算定せられたる保険料を徴収して、保険事故が発生した場合に保険金を支払うべきことを約する有償契約である。保険金の支払は、保険料支払の対価としての危険負担の具体化である。事故発生は、保険金支払義務発生の際機 (occasion) をなすがその原因 (cause) ではない。契約関係者間における保険契約上の権利義務は契約外の事情によつて影響を受けるものではない。一般に損害保険契約は損害填補契約であるといわれるが、その意味は、保険契約が不法な賭博行為に悪用されることを防ぐといふいわば公序政策的見地から、『被保険者は保険事故によつて生じた実損害額以上の保険金を受けることにより利得することは許されない』とする原則が要請されることを意味するものにはかならない。」「しかも右に見たような公序政策的見地からする被保険者の利得禁止の要請も、実は保険契約の関係者間における保険契約上の給付についてのみに問題とされるのである。保険契約にもとづいて支払われる保険金が保険事故によつて生じた実損害額を超えない限り、被保険者が保険契約以外の関係で如何なる利得をしようとも、それは右の要請に反するものではない。

従つて、保険金の支払を受けた被保険者がなお別に第三者に対する請求権を保有することを妨げるべき理由はない。もし第三者に対する権利が保険者に移転するとすれば、有償契約としての保険契約とも矛盾し、却つて保険者を不当に利得せしめることになるではないか。<sup>(7)</sup>

これに対しダンジョンは次のごとく反論する。すなわち「保険金支払の原因が保険料支払であつて、保険事故発生に因る損害が生じたことではなく、それは保険金支払の条件であるというのは誤りである。第三者の過失に因り損害が発生した場合に、保険者が保険金を支払うのは、もとより保険契約上予定された偶発事故に基づく支払であつて、その意味に於ては保険料支払に対する対価であるけれども、実は保険料支払に対する対価は、経済的表現ではあるが、保険者の危険負担であり、予定の偶発事故発生の場合には、その危険負担が現実化して填補金の支払となるが、この事の承認の下においても、若し第三者の過失がなかつたならば、保険者の危険負担は現実化しなかつたであろう。若し第三者の過失がなく損害が生じなければ、保険契約者の保険料支払は対価なくして支払われたことになるのである。保険者は、保険事故が生じなくても、約款により危険を負担したのであり、対価は存在し、単にその負担された危険が現実化するかしんないかの差異があるだけである。第三者の過失という同一の原因に因り、保険者は、——遠因か近因かを別として——保険金支払という現実的損害を蒙り、被保険者は損害に相当する賠償請求権を取得し、被保険者がこれを行使して自己に終局的な救済を得ることができるとすれば、その前にすでに保険者から保険金を受領しているから、第三者の過失に因り被保険者は保険者の不利益に於て二重の救済を受け、事故が生じなかつた時より事故が生じた場合に、より一層有利な状態に在ることになる。これは、利得禁止の原則からいつても、またこの原則を生ぜしめた公序政策からしても、さらにまた当事者間の公平からいつても許されないところである。」<sup>(8)</sup>「民法によれば損害行為の被害者は、その行為について責任ある第三者に対して、その蒙つた損害を超える賠償を請求し得な

い。同一の不法行為について数人の共同不法行為者がある場合に、被害者は、彼らに数個の全額の賠償金を請求する権利をもたないであろう。反対論者は、保険者に対する権利も加害第三者に対する権利も被害者に与えようとするのであり、その結果保険者は不法行為者より悪く取扱われることになる」と。<sup>(9)</sup>

ところでフランスでは一九三〇年法において陸上の損害保険に關し保険代位を法認したが（同法第三六条）、同条に關し立法律理由書はこれを、海上保険に於て従来から認められてきた法定代位の制度を広く一般の保険契約にも認容することが合理的かつ公正であると考へたためだとする。<sup>(10)</sup>これに対しペロー・シャルマンチエは、同条はそれまで火災保険の実務において慣習的に用いられていた代位約款・譲渡約款に示唆されたものとする。<sup>(11)</sup>他方コシ・エ・マルジエは、本条の目的は二つあるとし、一は被保険者に権利の重疊的行使を禁ずることを通して不当の利得を許さぬため、いま一つは責任ある第三者をして賠償義務を免れしめないためであるとし、全くの相對説を述べている。<sup>(12)</sup>しかしこれにせよ、現在のフランスでは同条の制定により、重疊説も曾ての威勢は喪失したようである。

以上保険代位の根拠をめぐるフランスの判例・学説においては、絶対説のみによってこれが正当性を主張する学者は見出し難く、保険代位を肯定するものにあつても、その根拠は、海上保険からの導入であるとか、当事者意思の推定であるとか、可成り相對説に近いことが窺われる。

注 (1) フランスの判例・学説については、既に大森（保険者の求償権・続保険契約の法的構造・八二頁以下）、野津（保険代位・損害保険論集・六九頁以下）両博士による詳細な紹介と批判がある。本稿の論述もこれらに負うところが大きい。

(2) 仏民法第一三八二条 他人ニ損害ヲ惹起セシムル人ノ行為ハ如何ナル行為ト雖モ、其レガ生ジタル原因タル過誤アル者ヲシテ其ノ損害ヲ賠償スベキ義務ヲ負ハシム

(3) Civ., 2 mars 1829; Civ., 22 décembre 1852; Civ., 12 août 1872. 當時の判例が保険者に固有の賠償請求権を認めた理由

に關して Picard et Besson は次のように述べている。「判決のつた解決策は、原理原則を尊重するということよりも、正義公平 (Justice) の配慮から容認されたのである。つまり、被保険者が損害填補と損害賠償との両請求権の重疊的行使をしないよう、保険者よりの填補を受けた被保険者に対し、第三者に対し損害賠償の請求をすることを禁じたとしても、第三者に対する保険者の直接の求償権が認められたのは第三者がその賠償義務を免れることを避けるためにはかならない」と。

(Picard, M. et Besson, A., *Les assurances terrestres en droit français*, 1950, n° 316)

(4) Req., 18 avril 1932. *Cependant cf. Req.*, 9 mars 1936.

(5) なおこの判決につきドカール・メッソンは次のように論じている (Picard et Besson, *op. cit.*, p. 452)。「かかる解決は原理的には正鵠をえたものである。ところで右の解決は、屢々主張される以下のごとき理由からは正当視されない。つまり、保険者の蒙った損害は間接損害であつて、両者の間に因果関係を欠いているとするのがその理由である。確かに責任ある事故招致行為と損害との間には保険契約が介在しており、保険者が第三者に対しその賠償を要求せんとしている結果をもたらしたものは保険契約の存在である。しかしながら、それは両者の間の因果関係を否定する理由とはならない。この場合にも因果関係は存在する。それは恰度、政府の公務員が第三者の過失により事故の犠牲者となつた場合に、行政権の行使に関する成文法上の規定に基づき、政府が一定の年金を支払う場合と同様である。事實は、保険者が自己固有の権利として第三者に賠償を請求しえないとすれば、それは保険者が眞の損害を立証しえないためである。つまり第三者の支払う填補金は既に領収せる保険料の対価であり、彼が担保せる危険の具体化は保険者に何らの損害をもたらすものではないし、また保険契約の諸前提に何らの変更も加えない。破毀院が一九一四年及び一九三二年の判決で強調したのも正にこの点である」と。

(6) Picard, M. et Besson, A., *op. cit.*, pp. 453-4.

(7) 大森・前掲論文・九九以下。V. Danjon, D., *Traité de droit maritime*, Tome V, n° 1609.

(8) 野津・前掲・七五—六頁。V. Danjon, D., *ibid.*

(9) 同右。

(10) *L'exposé des motifs du projet français déclare rationnel et juste d'étendre à toutes les assurances la subrogation*

légal déjà admise en matière d'assurances maritimes»—(Vitu, A, Subrogation légal et droit des assurances, R. G. A. T., 1946, p. 236)

(1) Godart, J. et Perraud-Charmautier, A., Code des assurances, 3<sup>e</sup> éd. 1947, p. 393.

(2) Sicot, L. et Margat, H., Précis de la loi sur le contrat d'assurance, 4<sup>e</sup> éd. 1962, p. 211.

## 六

本節ではドイツおよびスイスの学者の見解を考察するが、この部分の論述は手許の文献のみによつたので十分論じつくす段階にない。先づスイス保険契約法の草案理由書は、保険代位を認めた理由につき次のごとく述べる。すなわち「被保険者にして保険者より損害の補正を受けたる範圍に於ては、更に第三者に対して賠償の請求を得ざるべし、乍去、其結果として違法の所為をなしたる第三者が保険により爲めに利する処ありとせんか、敢て衡正を得たるものと云うべからず、此ディレンマを排除せんとするもの即ち保険者に対し、其求償権を認めたる所以に外ならざるなり」と。この当事者間の公平もしくは公正ということを保険代位の根拠とする学者はほかにもルウイス、レーリーが<sup>(1)</sup>あり、前者は保険者の代位権を「公平を考慮して設けられた一つの慣習法」<sup>(2)</sup>なりとし、後者も、保険者の「代位権は公平の配慮と合目的性をその基礎とする」<sup>(3)</sup>と結論する。

他方ギールケや、リッターのごとき学者の見解を見ても、保険代位の根拠を絶対説からは説明しておらず、先づギールケは、ドイツ保険契約法が第六七条で代位の規定を設け、保険契約者・被保険者の対外関係に介入したことにつき、次のように述べている。すなわち「一般私法上は、保険金請求権の全部もしくは一部を排除する根拠は有しないから、(もしもこれをそのままに放置するならば)、被保険者は保険者に対して、第三者に対してと重疊的に権利を取

得し、従つて許し難い程に (unzulässiger Weise) 利得することになる。他方保険金請求権は特別の契約から生じた請求権であるから、第三者に対する損害賠償請求権より高い評価を与えられるべきである<sup>(4)</sup>とし、このことは損害賠償請求権が第三者の不法行為より生ずる場合を考えれば極めて明白であらう、とする。

さらにリッターを見ても、そこには絶対説に拠る主張は見当らず、独保険契約法の代位の規定は、独民法第二五五条のそれ(賠償者代位)と同じく、二重の利得を許さぬためとする。すなわち「損害を蒙り、賠償請求権を取得した者は、原則として一回の賠償で満足すべきである。彼は賠償を二重に取得することはできない (He can't take with both hands)」。賠償義務者が多数存在する場合には、彼等の間に真正連帯債務関係がない限り、損害を<sup>てんはす</sup>べき最終の責任は、故意もしくは過失により (deliktisch od. quasideliktisch) 損害を惹起した者において、また契約に基づく賠償義務者が多数ある場合には、故意・過失により、または法律上これと同等の理由により責任を負った者が、また場合によっては最初に責任を負った者が、これを負担すべきである。独民法第二五五条(わが民法第四二二条と同旨)は正に右の考慮に基づくものであり、また独民法第二五五条を補充する独保険契約法第六七条、同商法第八〇四条、同海上保険普通約款 (A D S) 第四五条が保険者の代位権を認めたのも同じ考慮に基づくもの<sup>(5)</sup>とする。

スイス保険契約法第七二条につきレーリーの説くところも、これと大差があるものではない。レーリーは先にも触れたごとく、保険代位の根拠を、一つは実際上の必要性から、いま一つは衡平の配慮から生れたものとするのであるが、これをいまま少し詳細に紹介すれば以下の通りである<sup>(6)</sup>。

第一に、損害が第三者の行為により生じた場合にも保険者は、被保険者が加害第三者に対し、不法行為に基づき、あるいは契約もしくは実定法上の規定に基づき賠償請求権を有するや否や、また仮令有する場合にも、右の第三者に支払能力ありや否や等を考慮することなく、保険契約の文言に従い、填補の責に任ずべきである。これに反する明示

の特約、例えば保険者の責任は第三者の支払を俟って生じるとか、あるいは、第三者が実際に履行しえない部分に限るとかの合意も可能であるが、これは当然に推定されるべき事柄ではない。以上は、学説上も実務上も一般に承認されている保険法上の立場である。<sup>(7)</sup>

第二に、一方において被害者がその蒙った損害につき保険により担保されているという事実があつたとしても、それにより一般私法上生じた加害者の賠償義務は当然には消滅すべき理由はないから、一般私法上の賠償請求権と保険契約上の填補請求権が重複する限りにおいて、ここにスイス債務法第五一条一項に見るごとく、いわゆる請求権の競合 (Klagen-Konkurrenz) もしくは不真正連帯債務の問題が生じる。スイス債務法第五一条一項に従えば、被害者は両債務者の何れからでも損害の賠償あるいは填補を受けうるという選択権を有するのであるが、問題が同一損害に対するてんぼである故に、両請求権をともに行使することは許されず、どちらか一方のみに対し請求しうるに止まる。従つて一方が支払を為した範囲で他方は債務を免れる。

第三に、以上のごとく、スイス債務法第五一条一項によれば、賠償義務者の一方により損害の支払が為されれば、原則として残りの賠償義務者に対する請求権は消滅するのであるが、しかし賠償義務者の一方が偶々最初に支払を為したという事実によつては、他の賠償義務者がその責任から解放されないのは当然である。従つて賠償金支払者は彼が余分に支払を為した部分については、求償権に基づき当然他方の義務者からこれを回収しうる。ところで、スイス債務法においては、真正連帯債務の場合(ともに同一の法律原因たら生じた責任の場合)には、同法第一四八条により、反対の合意なき限り、各債務者はそれぞれ同一の割合で損害を分担するのに対し、同法第五一条二項は、法律上の原因を異にする債務を数人が負担する場合には、その責任に段階性を設けている。すなわち、不法行為により責任を負担したものが第一に全損害を負担すべきものとする。つまり契約もしくは法律の規定により責任を負担すべきものに

対する求償権なしに全損害を負担すべきだとする。同条はさらに、契約に基づき責任ある者は同じく、たんに法律の規定（危殆責任）に基づき賠償責任を負担する者より前に損害を負担すべきであるとする。従ってこの規定を保険者と、不法行為に基づき責任ある者との間の関係に適用すれば、保険金を支払った保険者は、その支払った金額につき、自己固有の求償権に基づき、賠償義務ある第三者に求償しうる筈となるであらう。

第四に、しかし乍ら、スイス保険契約法第七二条は、一般私法に優先する特別な規範をもってこの場合に干渉した。すなわ同条は、一般私法に基づき求償権に代えるに、保険者の支払の範囲で、被害者の有する加害第三者に対する請求権の法上移転をもつたのである。かくて茲において、スイス債務法第一一〇条及び第一四九条に見るのと同様な、法律上の一種の擬制がとられたのである。つまりそこにおいては、本来消滅すべきであるに拘らず、それを支払者に移転せしめるがため、消滅せる権利が依然として請求権者に存続するものとなしたのである。それ故、不法行為により賠償義務を負つた者は、被害者は損害につき保険保護を有するという事実をもって抗弁とすることはできなくなった。また仮令保険がその損害を填補したとしても、不法行為上の責任者は、保険者が支払った範囲では保険者に、その余については被保険者に直接の責任を負うこととなったのである。

第五に、右のごとき法律上の擬制を生ぜしめ、かつこれと結びついた法上移転を認めさせたものは、全く衡平の配慮に基づく実際上の必要性であつて、右の衡平の配慮は、既にスイス債務法第五一条二項にその法律上の表現を見出す。しかし茲に衡平の配慮とは、加害者は、たとえ被保険者が既に保険による保護を獲得している場合にも、これにより利すべきではないというのがその趣旨である。

かくてレーリーは、陸上保険法の制定される以前から、被保険者の請求権に対する保険者代位の制度が諸外国（独、仏、英）で発達していたのも、正に上記の理由（衡平の配慮）からにはかならないとする。



注(1) 青山泰司・「保険は致富の道に非ざる論也」(保険契約法研究)・一四〇～一頁。

(2) Lewis, W., Lehrbuch des Versicherungs-Rechts, S. 217-8—Allein es macht sich für das Eintrittsrecht des Versicherers entschieden ein auf Billigkeitsrücksichten beruhendes Wohnheitsrecht geltend. 岡野敬次郎・商行及び保険法(完)・五八七頁。

(3) 岡野・同右。Vgl. Roelli, H., u. Jaeger, C., Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, II, S. 550.

(4) Gerke, J., Versicherungsrecht 2. Hälfte, 1947, SS. 208-9.

(5) Ritter, C., Recht der Seeverversicherung 1. Band, 1953, S. 679.

(6) Roelli, H. u. Jaeger, C., a. a. O. S. 548ff.

(7) 大森忠夫・保険委付によつて移転する権利(一橋論叢第三十九卷第二号)・二一頁参照。Vgl. Lewis, W., a. a. O. S. 216ff. なお独商法第八二二条はこのことを明定しているが、これは当然のことを規定したに過ぎない。

## 七

保険代位の根拠をめぐる主要各国の学説・判例を概観してきた前節までの考察を通じて、主題に関する問題点は殆んど余すところなく露呈されたといつてよからう。そこで本節では、主題に関する筆者自身の見解を披瀝する段階となった。問題が複雑ゆえ、迎々割り切った議論を展開することは困難であるが、できるだけ明確に現在筆者の胸中にあるものを書いてみることにする。

一、損害保険契約が損害填補の契約であるといわれることの真の意義・内容については、わが国においても議論の

存するところであるが、私は従来からの通説的立場、つまり損害保険は損害の填補を目的とする契約であるとの立場をとつていっこうに差支えなきものと考える。もちろんこれは損害保険の法性に関する原則的見解であるから、実際問題として評価済保険とか、保険価額不変更の原則とか、各種の例外的事例が、かなり多数見出されても、これらも総て、実際上の必要性とか、便宜から、それ相当の理由があつて認められることであるから、これにより損害保険の損害填補性という本質が直ちに否定されると解すべきではない。

しかしながら、本稿の主題である保険代位に關しても、右の損害填補契約性を唯一の根拠として、その正当性を主張せんとする試みに対しては遽に賛成し難い。筆者の理解では、損害保険の本質とされる実損填補の原則とは、被保険者は保険自体により利得すべきではないとする要請を謳つたものに過ぎず、従つて保険代位の場合におけるごとく、被保険者が保険以外の關係で利得の可能性を有する場合にも、当然右の原則が及ぶものとする考え方には先づ疑問を呈せざるを得ない。そもそも「保険は致富の道に非ず」とか、「保険により利得すべきではない」との要請は、窮極的には、保険による利得を許すことが被保険者側の故意の事故招致の可能性を残し、その結果は単に保険者を害するのみならず、社会の公益一般を害し、強いては人命をも危殆に瀕せしめる惧あるからにほかならない。損害保険が実損填補たることを強く要請され、一切の利得の可能性が否定せられるのも正に右の配慮に基づくものである。他方保険代位の場合を考えるに、被保険者が第三者に対する關係で利得する可能性あるにしても、この場合に果して右のごとき故意の事故招致の可能性ありやは大いに疑問の存するところであり、代位の問題となるは既に事故発生後のことである点を考えれば、右の可能性の存在はむしろ否定されるべきであらう。それ故保険代位の根拠を実損填補の原則から説かんとする主張には全面的な賛意は表し難い。<sup>(1)</sup>このことはわが商法六六二条を初め、諸外国の保険代位に關する諸規定が総て任意規定とされ、当事者のこれに反する特約が有効とされていることから、その正当性には疑

問の存するところである。保険代位なる制度が、損害保険の本質たる損害填補の原則から当然に演繹されるものであるなら、各国の保険代位に関する規定は総て強行規定たるべき性質のものであって、これが違反は特約をもってしても許さるべき筈のものではないからである。(2)

以上、保険代位を損害保険の損害填補契約性からの当然の制度であるとの主張には賛成し難い理由の説明に及んだのであるが、だからといって、右の損害保険における損害填補の原則なるものが、保険代位の根拠とは全く無縁だと主張しているのではない。それはむしろ反対であつて、保険代位の制度を根拠づける理由の一つとし損害保険の損害填補契約性ということは十分一つの役割を担う。この点については後述にゆずる。

二、レリーも述べているごとく、たとえ保険事故が第三者の行為により生じ、従つて被保険者が、保険者に対するとともに、第三者に対してもその損害の賠償を求めうる権利を有するとしても、そのこと自体は保険契約上の保険者の責任に何らの消長も及ぼす筈のものではない。何故なら両債務はそれぞれ法律上の発生原因を異にし、かつ保険者の責任は、被保険者が第三者に対して権利を行使し、しかも十分なる賠償を得ない場合に生ずるがごとく従たる義務ではないからである。この点保証債務の場合に準じて、保険者の義務を恰も従たる義務かのごとく論じる英・米の立場は明かに誤りである。(3)では一体被保険者に両請求権の重疊的行使が許されないのは何故か。この問題は結局同一損害につき二重の利得を得させることの可否の問題に帰着するであろう。ところで保険代位の場合に問題となる請求権は、一は第三者の行為に基づき被害者に与えられるべき当然の権利であり、他は被害者が事前の配慮から保険契約を締結し、かつ保険料を支出したる当然の結果であるから、両請求権の重疊的行使を許すべしとの主張も、全く理由のないものではない。しかしながら、被害者が損害を蒙ることにより逆に利得することは、民法の損害賠償制度にお

いても、損益相殺、賠償者代位等に見るごとく厳しく、禁ぜられるところであり、まして保険代位の場合には、請求権の一方は保険契約から生じ、しかも損害保険契約は不当の利得を禁ずることをもってその本質とする契約である。これを実際問題として見ても、被保険者が先づ責任ある第三者から損害の賠償を受けたる場合、その賠償を受けた範囲で、彼には最早や保険者から填補を受けるべき損害はないし、逆に先づ保険者から損害全額の填補を受けた場合には、果して如何なる損害につき責任ある第三者に賠償を請求しうるかの問題が残る。保険者が既に十分なる保険料（対価）を收受しており、従つて第三者の損害惹起により何らの損害を蒙っていないとしても、右の問題は依然として未解決のまま残される。しかしてこれが解決策は、第三者が先に賠償するか、あるいは保険者が先に填補するかにより、結論を異にしてよい筈のものではない。他方この場合に、もしも保険者の第三者に対する固有の求償権が認められず（フランスの判例について見たごとく、これを認めることは困難である）、かつわが民法第四二二条に規定されたる賠償者代位権の恩恵にも与りえないと仮定すれば（わが国の民法学者は、一般に同条による保険者の代位権を肯定している）、被保険者に権利の重疊的行使を許さぬ限り、保険契約の存在により受益するものは正に責任ある第三者ということになる。つまり責任ある第三者は他人の締結した保険契約の存在により、實質的にその責任を免除される結果となる。かく考察してくれば、問題は次の二つであつて、一は、果して被保険者に権利の重疊的行使を許し、結果として二重の利得を黙認すべきか否か、二は、これを許さぬとすれば、損害負担の最終責任を保険者と責任ある第三者の何れに負担させるべきか、である。

第一の問題は、損害保険の損害填補契約性からしても、民法の賠償制度の趣旨からしても、これを否定すべきであつて、保険契約の対価性ということも、これを阻止しうる事由とは為し難い。<sup>(5)</sup>

第二の問題は、結局において、対価をえて責任を負つた者と、自己の行為（主として故意・過失）により責任を負つ

た者との何れに最終責任を負わせるのが衡平・妥当であるかの比較考量の問題に帰着するであろう。しかして前述のごとく、責任ある第三者が他人の締結せる保険契約の存在により、いわれなくその責任を免除せらるべきでないとするのが一般的には妥当だと解せられるので、損害に対する最終責任は責任ある第三者において負担すべきが妥当であり、かつ衡平であるとの結論にならう。<sup>(6)</sup>それ故第三者が（その行為に因らず）たんに契約に基づき賠償の義務を負う場合にまで保険代位を認めることには、聊か疑念を抱くのであって、この場合にこそ正に利得の誘惑による故意の事故招致の危険があるとはいえ、十分なる対価をえたる保険者が全面的にその責任を免れることは果して妥当なりや、衡平なりや疑問なきを得ない。かかる場合にはむしろ、保険者と責任ある第三者の双方による損害の分担の可能性が考えられて然るべきではないかとも考えられる。<sup>(7)</sup>しかしこの点については筆者自身に未だ確信がないので、疑問として呈示するにとどめたい。

注(1) Deschamps, J, L'assurance, p. 56 — D'autre part, on invoque le principe indemnitaire mais sans raison, car la crainte d'un sinistre volontaire est à écarter, puisqu'à priori le sinistre a été causé par un tiers. なる第三節の註参照。加藤博士も「勿論この代位の場合に見られるように、不当利得禁止の精神から、事後的に一定の調整手段が採られることがあるが（商六六二条参照）、これは損害填補の原則そのものとは直接関係がない」とされる（加藤・審査報告（損害保険研究）第二十五卷三号一〇八頁）。また大森博士も「六六二条による保険者の権利取得は、（中略）被保険者が当然に請求しうる保険金を受領した場合において、それが第三者に対して有する請求権をいかに措置するのが適当かといういわば善後措置的見地から認められる効果にほかならない。」とする（大森・保険委付によって移転する権利（一橋論叢第三十九卷第二号）一四二頁）。

(2) 伊沢・前掲・三〇一頁（青谷和夫編・損害保険判例集・二三五頁等参照。V. Vitu, A, op. cit., p. 253 ; Picard, M, et Besson, A, op. cit., n° 344 (L'assureur, au profit de qui la subrogation est instituée par la loi, peut toujours y renoncer. Il peut

y renoncer de façon générale et anticipée, par une clause insérée dans la police, —, comme le prévoit expressément l'article 22 de la police-type incendie de 1941.); Deschamps, op. cit., p. 57. 中川正・保険契約法(現代外国法典叢書

(9) 一三五頁。

(3) 野津・前掲・六六～七頁、伊沢・前掲・三〇〇頁等参照。

(4) 鴻山秀夫・増訂改版日本債権法(総論)・一〇四頁、沼義雄・総合日本民法論別巻第四・債権総論・一五五頁、石田文次郎・債権総論・七九～八〇頁、我妻榮・債権総論・八八頁等参照。その理由とされるところは、概ね損害保険の実損填補契約性ということである。一例を挙げれば、我妻・同右は「但し賃借人が家屋を焼失して賠償するも家主の保険金請求権に代位せず、却って保険会社は賃借人の賠償請求権に代位する。けだし、保険は被保険者の実際の損害を填補すべきものである」と。かかる説明に対し大森博士は強く反論している(大森・損害保険契約の「損害填補」契約性・続保険契約の法的構造・三一～二頁参照)。なお前掲注(1)参照。

(5) レーリー(a. a. O. S. 551)は被保険者に二重の利得を許さぬ理由として、かくては「私法的・公法的関係に於て、保険事業は危険なものにならうから」としている。二重利得の誘惑による故意の事故招致の危険を指したものと思われる。V. Danjon, D., op. cit., pp. 246～7.

(6) わが国の大審院も、商法第六六二条は、「各関係人の間に不公平の損益の生ずることを避けんと欲する精神に出でたる規定」であるとするが(大判・明四四・五・一六・民一・民録一七輯二九四)、右を理由として共同海損分担請求権への保険者の代位権を肯定する。May, J., Insurance, 2nd ed. p. 685 et seq. "The right is based upon the equitable doctrine that where one has been obliged to pay money to another by the nonfeasance or misfeasance of a third, who being at fault, ought to bear the loss, the party so paying, as by his direct obligation towards the party suffering the loss he may be compelled to do, shall be allowed, indirectly and through the right which the injured party had, to compel the wrong-doer to bear the burden which was imposed by his fault, although between him and wrong-doer

there is no direct relation upon which to found a cause of action.”

- (7) 本文中でも既に触れたが、スイス保険契約法(第七二条)では、保険者の代位権の及ぶのは、第三者の責任が不法行為(unerlaubter Handlung)から生じた場合に限られる(ただしこの場合には過失の軽重は顧慮されない)。これに対してスウェーデン保険契約法(第二五条)では、第三者が軽過失により責任を負った場合には、全く賠償責任を免除しており、またデンマーク法及びノルウェー法では、第三者の責任が軽過失に基づくものである場合には、各場合の事情により、保険者に移転すべき第三者の賠償責任の額を軽減したり、あるいは全く免除することとしている。(Vgl. Ehrenzweig, A., Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, 1952, S. 286.)