

保険代位規整について

首都大学東京 桜沢隆哉

1. 問題の所在

第三者の故意又は過失に基づく行為により、被保険者が損害を被り、かつ当該事実が同時に保険事故に該当するときは、被保険者は第三者に対する損害賠償請求権と保険者に対する保険金請求権をともに取得する。このような状況において、保険法 25 条は、保険者が被保険者に対して保険給付を行ったときは、その支払った金額を限度として、保険事故による損害が生じたことにより被保険者が第三者に対して有する債権を取得すると旨を定める。いわゆる請求権代位または保険代位である¹。この制度は、被保険者が加害者と保険者に対する二つの請求権を重疊的に行使して利得を得るのを防止すること（被保険者の利得禁止）及び損害発生に有責の第三者を免責させないこと（有責第三者の免責阻止）という目的を実現するため²、保険法は、保険者がその支払った保険金の額を限度として被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が移転することとしている（保険法 25 条・旧商法 662 条 1 項³）。保険実務では、極めて巧妙に運用され、この二つの

¹ 保険代位を扱った論文は極めて多い。主要なものとして、岡田豊基『請求権代位の法理—保険代位権論序説—』（日本評論社、2007年）、洲崎博史「保険代位と利得禁止原則(一)(二・完)」法学論叢 129 巻 1 号 1 頁以下、129 巻 3 号 1 頁以下（1991年）、山本哲生「保険代位の根拠と保険契約類型から見た代位の適用基準」法学 57 巻 5 号 67 頁、58 巻 1 号 100 頁、58 巻 4 号 93 頁（1993—1994年）、同「保険代位に関する一考察」北大法学論集 47 巻 2 号 69 頁、47 巻 3 号 43 頁（1996年）、中出哲「保険代位制度について—機能面からみた制度の本質」九州大学経済学研究 62 巻 1=6 号 487 頁（1996年）、同「損害てん補と定額給付は対立概念か」保険学雑誌 555 号 64 頁（1996年）など参照。

² 金澤博士は、この①被保険者の利得禁止及び②有責第三者の免責阻止、③保険金の支払により損害を被った保険者への補償（保険者の権利取得）といった三つの要請が保険代位において示されているという仮説を初めてたてられ、その要請の妥当性・普遍性について検討をされている。金澤理「損害保険者の代位権の法的性質—フランスにおける学説・判例を中心として—」『保険と民事責任の法理』（成文堂、1966年）155 頁以下参照。

³ 保険法 25 条は、旧商法 662 条 1 項の内容を維持しつつ、第三者に対する権利については「保険契約者」を除外している。この趣旨は、利得禁止原則は被保険者の権利を代位の対象とすれば十分であるためだとされている（山野嘉朗「保険代位・請求権代位」落合誠一＝山下典孝編著『新しい保険法の理論と実務』（経済法令研究会、2007年）205 頁以下、207 頁、法務省民事局参事官室「保険法の見直しに関する中間試案の補足説明」（平成 19 年 8 月）49 頁、保険法部会第 4 回議事録 15 頁）。また、その他にも一部保険の場合の法的処理について、いわゆる「差額説」を採用しており、保険法ではこれまでの議論を立法的に解決したものと評価できるとされている（山野・前掲 207 頁）。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

要請が充足されているものと考えられるが、保険料という対価を得て、保険を引き受けている保険者が、その自己の債務を履行しただけであるにもかかわらず、なぜ被保険者の第三者に対する損害賠償請求権をも取得するのかという点について、十分に説明することは難しい。一般には、二つの要請を実現するために、被保険者の有責第三者に対する損害賠償請求権を保険者に移転することが衡平である、公序政策上やむを得ない、当事者の合理的意思によるなどの説明がなされている。いずれにしても、保険代位が成立しているその制度的背景については、実務上の具体的な姿が先行し、いわば目的論的ないしは帰納的な方法で説明がなされているといえるではなかろうか。

さて、保険法の条文の位置および実務においても、この制度は「損害保険」契約に適用されるが、「定額保険」契約には適用されないと解されている。損害保険契約は、実損填補を原則とし、保険者が保険事故の発生に際して支払う金額は、原則として被保険者がその事故により被った損害額を超えることができないのに対して、定額保険契約は、事故の結果による具体的損害の有無または損害額とは無関係に約定した保険金額が支払われるものである。そうすると、損害保険と定額保険といった分類の標準に加えて、物・財産保険と人保険といった分類の標準をも用いた場合には、人保険は当事者の合意によって幅広い給付方式が認められると解されることから、実損填補方式・定額給付方式とどまらず、両者の中間の給付方式として構成することもできる。損害保険と定額保険といった分類にとどまる限り、代位の適用基準に問題は生じ得なかったものと解されるが、中間方式でしかも代位に関する定めがない場合には、保険代位の適用や利得禁止原則との関係をどのように解するべきかが問題となろう⁴。

また、保険法（平成 22 年 4 月 1 日施行）では、旧商法上、規定がなかった傷害疾病保険契約について諸外国でもあまり例のない契約の類型化⁵に基づいて規

⁴ 山下友信『現代の生命・傷害保険法』（弘文堂、1998 年）294 頁以下。

⁵ これを扱った論文としては、村田敏一「保険の意義と保険契約の類型、他法との関係」落合誠一＝山下典孝編『新しい保険法の理論と実務』（経済法令研究会、2007 年）28 頁以下、同「新保険法の意義と課題」保険学雑誌 600 号 101 頁以下、洲崎博史「総論（1）新保険法の射程と構造」商事 1808 号 6 頁（2007 年）参照。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

定が設けられているものと考えられ、この契約類型が、保険代位の適用の有無、利得禁止原則についても少なからず影響を及ぼすものと考えられる。そこで、わが国の保険法上の契約類型を整理し、その契約類型と利得禁止原則との関係を明らかにした上で、実務の取扱に即して、保険契約上—とりわけ人保険・傷害保険—の保険給付について代位の有無、方法・基準について具体的な解釈論を展開したいと思う⁶。

2. 人保険契約と利得禁止原則

(1) 人保険契約に利得禁止原則はどのようにはたらくのか

利得禁止原則については、民法・商法をはじめとした私法体系全般においても、また保険約款においても、その意義を直接に規定・明示するものは見当たらない。しかし、この原則の趣旨が具体的に現れた規定は、民法をはじめいくつか存在している。たとえば、民法（不法行為法）の分野では、被害者は、不法行為（第三者の加害行為）がなければあつたであろう状態におかれなければならないという意味での原状回復の理念⁷が認められている。そして、その裏返しとして、被害者は原状（元の状態）よりも利得してはならないという利得防止の思想あるいは加害者と被害者との衡平確保の理念があると解されており⁸、損益相殺はこれが具体化された制度である⁹。また同じく民法（債権法）の分野における損害賠償

⁶ 現時点での結論を先取りすれば、おそらくは保険代位の適用の有無を給付方式の違いのみから導き出すことは難しいのではないかと考えている。人保険は実損填補と定額給付の中間方式として構成することもできるが、中間方式で代位の規定を欠く場合には、いずれとも決めがたいという点で曖昧である。その他にも、定額給付方式の保険に特約で実損填補方式のものが付帯されている場合（主契約にしたがう限り代位の適用はない）、損害保険契約中にある定額給付（代位の適用はある）もある。これらの場合には代位の適用を給付の方式のみから判断することは困難であり、少なくとも実務上の取扱や慣行を斟酌して、約款規定を解釈すべきであると思う。

⁷ 潮見教授は、この原状回復の理念は、当該事件において具体的被害者が不利益を回復することであるとされ、さらにこうした考えは、「被害者が現実には被った損害こそが賠償されるべきである」という実費主義に至り、そこから「被害者は、損害賠償によって、加害事件がなかったときよりもよい状態におかれてはならない」という利得禁止原則が帰結されると述べられている（潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999年）245頁）。

⁸ 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』（青林書院、1985年）601頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣、2001年）248頁、潮見・前掲注（9）245頁、吉村良一『不法行為法〔第4版〕』（有斐閣、2010年）171頁参照。

⁹ 四宮・前掲注（9）601頁、澤井・前掲注（9）248頁、潮見・前掲注（7）245頁、吉村・前掲注（9）171頁参照。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

者の代位（民法 422 条）もこの利得禁止原則の帰結であり¹⁰¹¹、この制度の存在意義は、損害賠償請求権者に損害賠償額以上の利得を禁止するということなる¹²。

このように民法における利得禁止原則は、原状回復の理念に基づくものであるということは明らかである。そして、不法行為・債権法いずれの利得禁止原則も、原状回復の理念に基づく損害賠償制度において認められ、その損害賠償制度は当事者間の衡平の理念に基礎をおき原状回復を図るものであるから、究極的には、民法における利得禁止原則は損害賠償法における衡平といった一般条項ないしは公序にその根拠をもとめることができる¹³。

利得禁止の理念が具体化された制度はこれにとどまるものではない。保険法においてもそれを根拠とする制度は存在する。しかし、保険法では、従来、損害保険契約の本質（絶対説、相対説、修正絶対説など）をめぐる理論的対立にむけられており、その中心は主として被保険利益が損害保険契約に必須の構成要素なのかといった点に重点がおかれていたことから、保険法における利得禁止原則の根拠をつきつめる作業が手薄になったということは否定できない¹⁴。そのため、保険法における利得禁止原則については必ずしもその意義・内容が明確にされてきたとはいいがたいのである¹⁵。本稿では、保険法における利得禁止原則は、保険契約が締結されたことにより「利得」する可能性が被保険者に残されるならば、被保険者を道徳的危険を犯さずにはおられない境地におくという状態を排除しようとすることを意味するものであって、公序政策的観点から認められる原則であ

¹⁰ 於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972年）156-157頁、奥田昌道『債権総論』（悠々社、1992年）216-217頁、中田裕康『債権総論』（岩波書店、2008年）179頁参照。

¹¹ なお、賠償者の代位は、債権者が損害賠償としてその債権の目的である物または権利の価額の全部を受けたときに、債権者が填補賠償を受けながら、なお債権の目的である物または権利を保有し続けるならば、債務不履行によって債権者は不当に利得し、実損害を賠償（填補）することを目的とする損害賠償制度に反することになるから、債務者はその物または権利につき当然に債権者に代位する制度である（於保・前掲注（10）156-157頁、奥田・前掲注（10）217頁、中田・前掲注（10）179頁）。

¹² 於保・前掲注（10）156-157頁、奥田・前掲注（10）217頁、中田・前掲注（10）179頁参照。

¹³ 肥塚肇雄「他給付との関係」山野嘉朗編『傷害保険の法理』（損害保険事業総合研究所、2000年）213頁以下、219頁参照。なお、洲崎教授は、この民法上の利得禁止原則を「損害賠償法における利得禁止原則」とされている（洲崎・前掲注（1）法学論叢 129 巻 1 号 3 頁）。

¹⁴ 山下友信『保険法』（有斐閣、2005年）389-390頁、笹本幸祐「被保険利益論争—利得禁止原則の検討の方向性—」法律時報 71 巻 7 号 62 頁（1999年）参照。

¹⁵ 石田満「損害保険契約における利得禁止（1）」損害保険研究 37 巻 2 号 3 頁（1975年）参照。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

る¹⁶と解する。利得禁止原則が、本来、公序にその理論的基礎を求めることができるとするならば、保険法においてもそれと同様に解するべきであると考えためである。

このように損害賠償法における利得禁止原則も、保険法における利得禁止原則も、得ることが禁止される「利益」とは何かを明らかにすることが必要であり、したがって、「損害」概念を前提としている。そのため、損害を填補することを目的とした物・財産保険などの典型的な損害保険契約、および人保険契約のうちで約定によって損害填補を目的とすることを採用した実損填補方式の人保険は、「損害」概念を前提としている以上、この利得禁止原則が適用されることとなる。それに対して、「損害」概念を前提としていない定額給付方式を採用した人保険には、この原則の適用ない。

この利得禁止原則が、定額保険契約と対置されるところの損害保険契約に強行法的に適用されるのか、それとも任意法的に適用されるのかは検討する必要がある。この点につき、結論を先に述べれば、利得禁止原則は、物・財産保険契約には強行法的に適用され、損害填補方式の人保険契約には任意法的に適用されるものと解される¹⁷。物・財産保険は、実損填補原則にしたがい、保険者が保険事故の発生によって支払うべき金額は、原則として被保険者がその事故によって被った損害の額を超えることができないのに対し、定額保険契約においては、事故の結果による具体的な損害額とは無関係に、約定した保険金が支払われる。もともと、定額保険が無制限に許されるとすれば、保険の賭博化および事故招致の誘引となるため、この方式は人保険に限って許容され、物・財産保険は原則として損害保険の方式で行われなければならない¹⁸。以下に述べるとおり、その理由がまさに、上記の解釈準則の根拠になるものと考えられる。

¹⁶ 肥塚・前掲注(13) 220頁参照。

¹⁷ 肥塚・前掲注(13) 220-221頁参照。この点では、洲崎教授が述べられておられる、「広義の利得禁止原則」と「狭義の利得禁止原則」の分類にされ、前者は物・財産保険・人保険・損害保険・定額保険といったあらゆる保険の種類に適用され、後者は物・財産保険には強行法的に適用されるということ(洲崎・前掲注(1) 法学論叢 129 卷 1 号 3 頁、同・前掲注(1) 法学論叢 129 卷 3 号 14 頁)と一致するものと解される。

¹⁸ 石田満『商法Ⅳ(保険法)〔改訂版〕』(青林書院、1997年) 274頁、田辺康平『新版現代保険法』(文真堂、1995年) 258頁参照。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

第一に、人保険は物・財産保険に比べて、道徳的危険を誘発しにくいためである（政策的理由）。すなわち、人は自らの生命および身体の完全性についてそれを保存しようとする本能に根ざした意思をもっているから、二重の利得が認められても、被保険者が保険金受取人である人保険契約の場合は、自らの生命・身体の完全性を損なってまでそのような利得を得ようとすることは考えがたいためである¹⁹。また、被保険者と保険金受取人とが異なる場合には、被保険者の承諾を得ることによって、ある程度保険の賭博化や道徳的危険が抑えられるためである²⁰。第二に、人保険の対象とする保険事故である人の死亡や後遺障害の発生による損害を算定することは、物・財産保険における物の滅失・毀損による損害額の算定と比べて困難であるためである（技術的理由）²¹。今日では、損害賠償額算定の実務が発展したことで、損害額の評価が全く不可能というわけではないが、物・財産保険に比べてその評価はやはり容易ではない²²。第三に、上記の点が仮に克服されたとしても、人の身体・生命は無限の価値を有するはずであるから、これを客観的に金銭で評価して保険金を支払うことはそもそもあるべきではないためである（倫理的理由）²³。だからこそ物・財産保険においては、上記のような事情が存在しないため、実損填補で行われなければならないものと解され、他方、人保険契約は、原則としてその性質が許すかぎり、当事者の約定で、実損填補方式も定額給付方式も選択することを認めざるを、また認めることができるものと解される。

したがって、実損填補方式で行われなければならない物・財産保険については強行法的に利得禁止原則が適用され、他方、当事者の約定で実損填補方式も定額給付方式も選択することができる人保険契約については、それが任意法的に適用されるものと解されよう。

¹⁹ 金澤理「傷害保険の基本問題」『交通事故と保険給付』（成文堂、1981年）177頁、180頁、肥塚・前掲注（13）220頁参照。

²⁰ 金澤・前掲注（19）交通事故と保険給付177頁、180頁参照。

²¹ 金澤・前掲注（19）交通事故と保険給付177頁、180頁参照。

²² 西嶋梅治『保険法〔第三版〕』（悠々社、1998年）309頁、金澤理『保険法下巻』（成文堂、2005年）78頁以下、金澤・前掲注（19）交通事故と保険給付177頁参照。

²³ 金澤・前掲注（19）交通事故と保険給付177頁、180頁参照。

(2) 保険契約の種類と代位の適用基準

明治 32 年商法において、損害保険契約と生命保険契約に関する定義規定が設けられて以降（旧商法 629 条、673 条）、現在の保険法の制定に至るまで、わが国の商法はこの二つの契約類型を採用してきた。もっとも、損害保険契約は、保険給付の方式を標準とする概念であるのに対して、生命保険契約は、保険事故発生をの客体を標準とした概念であり、相互に分類の標準が異なっているから、このような対置のさせ方は非論理的である。したがって、論理的には、保険給付の方式を標準として、損害保険と定額保険とを対置させ、他方で保険事故発生をの客体を標準として、物・財産保険と人保険とを対置させるべきであるとの批判があった²⁴。こうした批判は、主として、傷害疾病保険の法的位置づけに対して向けられたものである。すなわち、傷害保険および疾病保険は、実損填補方式のものと定額給付方式のものとのがあり、上記の二分法によれば、前者は、給付方式を基準に損害保険に分類することができるものの、後者は、損害保険と生命保険のいずれにも分類しえないというものである²⁶。

諸外国においては、一般に損害保険と傷害疾病保険を含む人保険とを対置させるという立法主義によるものが多いようである²⁷。この分類法によっても、前者は保険給付の方式を標準としたものであるのに対して、後者は保険事故発生をの客体を標準とするものであるから、わが国と同様の批判が生ずる。しかし、こうした分類が合理性を有するものとして各国で採用されているのは、たとえばフラン

²⁴ 西嶋・前掲注 (22) 309 頁、田辺・前掲注 (18) 257 頁、石田・前掲注 (18) 273 頁、大森忠夫「損害保険契約と定額保険契約」保険契約法研究 (有斐閣、1957 年) 70—71 頁、金澤・前掲注 (22) 保険法下巻 68 頁参照。

²⁵ この意味では、生命保険契約は、定額保険のうちもっとも一般的ないし典型的なものを規定したにすぎないのでなかろうか。

²⁶ 山下友信＝米谷高生編著『保険法解説 生命保険・傷害疾病定額保険契約』（有斐閣、2010 年）134 頁[洲崎博史執筆]。なお、従来、商法上規定のなかった定額給付型の傷害保険は、両者のいずれの要件も充足することができず、いずれの典型保険契約にも属さないという消極的な意味で、「第三分野の契約」と呼ばれることがあった（倉沢康一郎「生命保険の意義と種類」同『生命保険の法律問題』金判 1135 号 11 頁（2000 年））。しかし、このことは、従来の商法の分類の標準が不正確であることに由来するものであり、傷害保険が保険契約法上、どこにも属さないという意味ではない（金澤・前掲注 (19) 交通事故と保険給付 174 頁）。

²⁷ 山下＝米谷編・前掲注 (26) 保険法解説 134 頁[洲崎博史執筆]。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

スでは、人保険は原則として定額保険であるとされ、例外的に実損填補方式も許容している。実損填補方式の場合には代位をはじめ、性質上可能な限り損害保険の準則が適用されるという方式をとっているためであると考えられる。

保険法の立法過程においては、諸外国の立法例を参考として、損害保険と生命保険・傷害疾病保険（実損填補方式と定額給付方式のいずれも含む）という分類法が妥当であると指摘²⁸や損害保険契約と定額・人保険契約（生命保険・傷害疾病定額保険）の二分法を採用し、各々の中に傷害疾病保険に関する特則を設けることが妥当であるとの指摘²⁹がなされていた。しかし、最終的には諸外国で採用されている立法例とは異なる分類法に基づき規定が設けられている。すなわち、保険法の法文上の分類にみる限り、損害保険契約・生命保険契約・傷害疾病定額保険契約といった類型をとり、従来の商法の二分法を改めている³⁰。この保険法が採用した契約類型—独立の章をもつ三つの類型—が、どのような理念にしたがって分類されているのであろうか、次にみてみたい。

改正前商法における損害保険・生命保険という分類に加えて、単純に傷害疾病保険契約という第三の類型を設けることで、実損填補方式の傷害疾病保険について、損害保険と傷害疾病保険のいずれに分類すればよいかという問題が生ずる。こうした問題の解決としては、傷害疾病保険については定額給付方式の類型を念頭に規定をつくり、実損填補方式の傷害疾病保険には、傷害疾病保険のほかに必要に応じて損害保険に関する規定を適用するという方法が主張されていた³¹。

立法担当官は、実損填補方式の傷害疾病保険契約は、傷害疾病損害保険契約として、損害保険契約の下位類型に位置づけ、定額給付方式の傷害疾病保険契約を、損害保険と生命保険と並ぶ第三の類型として位置づけるという分類方法を採用し

²⁸ 洲崎・前掲注(5) 商事 1808号 6—12頁、山下=米山・前掲注(26) 135頁[洲崎博史執筆]。

²⁹ 村田・前掲注(5) 保険学雑誌 600号 114頁、115頁参照。

³⁰ 村田・前掲注(5) 理論と実務 31頁参照。なお、この分類方法を三分法というのか二分法というのか、あるいはどのような分類の標準にしたがっているのかについては後述する。

少なくとも、保険法の立法過程においては、中間試案、要綱を通じて、この三類型の採用が予定されていたことは明らかであり、立法にあたってこれが採用されたことは明らかである（萩本修編『保険法立案関係資料—新法の解説・新旧旧新対照表』別冊商事 321号 78頁、130頁（2008年））参照。

³¹ 洲崎・前掲注(5) 商事 1808号 6—12頁、山下=米山・前掲注(26) 135頁[洲崎博史執筆]。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

た³²。この分類法の利点としては、人の傷害疾病を保険事故とする保険契約が、損害保険・定額保険のいずれかに分類される限り、適用されるべき規範が明確になることがあげられるが、他方でそのいずれとも決めがたい傷害疾病保険契約については、いずれにも属せず、無名契約ともなりかねないという欠点がある³³。

少なくとも傷害保険の法的性質からみればこのような分類方法に疑問がないわけではない。傷害保険契約は、人の「傷害」の結果に対して、保険者が給付を行う契約であり、第一義的には「人保険」に分類されることから、給付方式について幅広い選択と保険代位による権利取得と行使の放棄の自由、さらには約定代位や債権譲渡特約の認容が導かれるものと解され、それに加えて、第二義的に、保険事故の側面では、定額給付方式であれ、実損填補方式であれ、損害保険に共通する側面を有するのである³⁴。そのように解すると、保険法は、従来の商法が採っていた損害保険と生命保険の二分法を改めて、保険事故発生 of 客体を標準とした人保険と物・財産保険の二分法を採用することもなく、給付方式に着目して、（広義の）損害保険契約と定額保険契約の二分法を採用し、そのいずれかに属することを明らかにしているものと解することができるのではなかろうか。そして、定額保険契約の中に、生命保険契約、傷害疾病定額保険契約の 2 種（あるいは、生命保険契約と傷害定額保険契約、疾病定額保険契約の 3 種）を典型契約として位置づけている。その結果、定額保険契約群には、①生命保険、②傷害疾病定額保険（医療費用保険、介護費用保険等）が属し、損害保険契約群には、①物保険（火災保険、地震保険、盗難保険等）、②①以外の財産保険（責任保険、保証保険、信用保険、権利保護保険等）③傷害疾病損害保険（海外旅行傷害保険契約の治療費用保険金、自動車保険契約の人身傷害条項、無保険車傷害条項等）が属することとなる³⁵。すなわち、保険法 2 条 6 号にいう「損害保険契約」は、物・

³² 萩本・前掲注 (30) 130 頁、山下＝米山・前掲注 (26) 135 頁[洲崎博史執筆]。参照。なお、この分類方法は、実損填補方式の傷害疾病保険は、損害保険契約の一種であるという理解を理論上にとどめず、立法として持ち込んだものであるとされている（山下＝米山・前掲注 (26) 136 頁[洲崎博史執筆]）。

³³ 山下＝米山・前掲注 (26) 136 頁、142-145 頁[洲崎博史執筆]。

³⁴ 金澤理「傷害保険契約の本質と保険法」金澤理監修＝大塚英明＝児玉康夫『新保険法と保険契約法理の新たな展開』（ぎょうせい、2009 年）400 頁参照。このことは、疾病保険にも妥当するものと解される。

³⁵ 金澤・前掲注 (34) 傷害保険契約の本質 400 頁参照。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

財産保険といったものを想定していた損害保険とは異なり、その意義が拡大したものと解すれば、人保険と物財産保険と、損害保険と定額保険といった異なる分類の標準が機能することを十分に説明することができるのではなかろうか³⁶。

しかし、すべての保険契約を損害保険契約と定額保険契約とに分類するという方式は、諸外国の多数もそれよっている以上、理論的には大きな問題は生じえないであろうが、そもそも二つの類型は概念として連続したものではないので、その間に当然に谷間が生じることがありえ、そこでは代位の適用範囲を不明確なものにしかねないように思われる。すなわち、損害保険と定額保険といった区別から代位の有無を判断するのは困難であることを意味しているのではなかろうか。

(3) 人保険契約と代位

人保険契約といっても、様々な形態が存在する。そもそも、人保険契約とは、物・財産保険と対置されるところの概念であって、保険事故発生の客体を標準とした保険契約の分類方法であり³⁷、その分類には、生命保険契約をはじめ、傷害保険契約、疾病保険契約および介護保険契約等が含まれることとなる。また、支払われるべき保険金額の決定方法を標準として保険契約を分類すれば、定額保険契約と損害保険契約ということになるが、人保険契約においてはそのいずれをも契約により選択する途が開かれているのである³⁸。そのため、人保険契約には様々な形態があるものと解される。

上記の分類にしたがって、人保険契約について支払保険金額の決定方法に着目すれば、保険事故によって具体的に生ずる損害額とは無関係に当事者の約定で保険金額が決定されるものもあれば、被保険者が現実に支出した費用に相当する金額を支払う保険も存在する。確かに、一般の生命保険契約では、被保険者の死亡という保険事故による損害とは関係なく約定保険金が支払われるし、損害保険会

³⁶ 金澤・前掲注 (34) 傷害保険契約の本質 401 頁参照。

³⁷ 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』（有斐閣、1958 年）112 頁、金澤・前掲注 (19) 交通事故と保険給付 173 頁、同・前掲注 (22) 保険法下巻 68 頁参照。

³⁸ 金澤・前掲注 (22) 保険法下巻 68 頁参照。なお、この部分の記述は、傷害保険契約に関するものであるが、人保険契約一般にこの考えを及ぼすことができるものと考えられる。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

社の普通傷害保険における死亡保険金・後遺障害保険金も、また入院保険金・手術保険金・通院保険金もそれぞれ約定保険金が支払われる形となっているので定額給付方式の保険であるといえる³⁹。もっとも、入院保険金・通院保険金は、保険事故によって具体的に生ずる損害額とは無関係に保険金が支払われているかといえ、これらの保険金は、保険会社が自主的に保険金額を社会通念上、妥当とされる水準に抑えたとともに、場合によっては、重複加入を禁止することで他保険との重複給付を排除するような取扱をしているようであり⁴⁰、その点では、生命保険契約のように純粋な定額給付方式の保険であるとはいえないようにも思われる。他方で医療費用保険や海外旅行傷害保険の治療費用保険のように、被保険者が現実に支出した費用に相当する金額を支払う保険が実損填補方式の保険であることは明らかであるが、これに着目すると入院保険金・通院保険金は純粋に定額給付方式とはいえないように思われる。このように、支払われるべき保険金額の決定方法を標準として保険契約を分類すると、定額給付方式と実損填補方式のいずれかに分類では、二つの類型は概念として連続したものではないので、その間に様々な色合いがあるため、いずれかに分類するというだけでは不十分であることを意味しているのではなかろうか⁴¹。

³⁹ たとえば、東京海上日動火災保険株式会社の傷害保険普通保険約款によれば、保険金の種類は、「死亡保険金、後遺障害保険金、入院保険金、手術保険金または通院保険金」とされている。各々についてみると、死亡保険金は「保険証券記載の保険金額の全額」（5条1項）、後遺障害保険金は「保険金額に別表の各号に掲げる割合を乗じた額（傷害の程度に応じて約定保険金額の3%～100%）」（6条1項）、入院保険金は「1日につき、保険証券記載の入院保険金日額」（7条1項）、手術保険金は、「入院保険金日額に手術の種類に応じて別表に掲げる倍率を乗じた額（10～40倍）」（7条4項）、通院保険金は「1日につき、保険証券記載の通院保険金日額」をそれぞれ支払とされており、実際に被保険者が支出した費用とは無関係の約定された給付がなされる点で定額給付方式といえる。なお、生命保険会社の入院特約も同様である

⁴⁰ 田辺・前掲注（18）232～233頁参照。

⁴¹ 洲崎・前掲注（1）129巻3号7頁参照。このことは、洲崎教授が「抽象的入用充足の保険では、損害という概念がそもそも問題とならないので定額給付方式をとらざるをえないが、具体的入用充足の保険では、実損填補方式も定額給付方式も可能である。そして、定額給付方式とはいっても、給付金額を、実損額と全く無関係にならないように何らかの基準にしたがってスライドさせたり、あるいは、（予想される損害額に応じて）ある程度の理論的レベルに抑えておくことにより、実損填補方式かなり近づけることも可能である。」と述べられているように、抽象的入用充足の保険か具体的入用充足の保険かといった分類を取り入れることで、定額給付方式と実損填補方式の谷間にある保険契約について分析することが可能となり、代位の適用基準を明確にすることもできるものと考えられる。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

純粹の定額給付方式の保険である、生命保険契約においては代位に関する規定はない⁴²。他方で、損害保険会社の行っている、人保険契約では約款上、代位の有無について定めをおいているのが通常である。たとえば、定額給付方式である普通傷害保険では、約款で「当社が保険金を支払った場合でも、被保険者またはその相続人がその傷害について第三者に対して有する損害賠償請求権は、当社に移転しません。」として、代位を適用しない旨の規定をおいている例が多い。また、実損填補方式（それに準ずるものも含む）の保険では、約款上、代位を適用する旨の規定をおいている。たとえば、海外旅行傷害保険の治療費用保険金については、「被保険者または被保険者の法定相続人が損害賠償請求権その他の債権を取得した場合において」保険者がその費用に対して保険金を支払ったときは、その債権が保険者に移転すると規定されている。しかし、損害保険会社が行う人保険契約の中でも、代位に関する定めのない保険（所得補償保険）もある。以下では傷害保険を例に若干の分析を試みた。

傷害保険契約は、人保険の一種であり、それゆえに支払われるべき保険金額の方式について、定額給付方式、実損填補方式、中間方式のいずれをも選択することができる。少なくとも定額給付方式を採用した場合には、保険金が被保険者に発生した損害とは無関係に支払われるため、利得禁止原則を考慮する必要がなく、保険代位の有無は自由に定めうる。実損填補方式の場合には、利得禁止原則との関係で原則として、保険代位が適用される⁴³。以上に対して、約款において、保険代位の適用の有無が明記されていない場合には、解釈上、定額給付方式であれば代位が否定、実損填補方式であれば代位が肯定されるのが通常であるから、当該保険契約の目的や性質を参考にして、定額給付と実損填補のいずれに近いかという点で適用の有無を判断すべきであると考えている。

伝統的には、支払われるべき保険金額の定め方を標準として、傷害保険契約を定額保険と損害保険とに分類し、前者には生命保険契約の法則を、後者には損害

⁴² なお、生命保険会社の行う傷害特約、入院特約、医療保障保険などでも代位に関する定めはないのが通常である。

⁴³ 金澤・前掲注(19) 交通事故と保険給付 181 頁参照。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

保険契約の法則を適用するというのが、一般的であった⁴⁴。ところが、その後、傷害保険商品の開発により、このような分類になじまない中間型が認められるに至り、保険給付の方式に基づいて代位の適用基準を判断することは傷害保険契約の本質に即していないものと解される⁴⁵。すなわち、傷害保険契約は被保険者に傷害という保険事故が発生するところに、その特色が認められるのであり、他方で、保険事故発生 of 客体によってモラル・ハザードの誘因の程度が異なるのであるから、これらの点を総合的に考慮して代位の法則の適用の有無を判断することが妥当であろう⁴⁶。人保険は、前述のように、物・財産保険よりもモラル・ハザードの誘因のおそれが少ないことから、給付の違いだけではなく、保険契約の性質等や実務上の取扱をも参考にして、保険契約当事者の合理的意思を探り、代位の有無を決定すべきであろう。

3. 具体的検討—所得補償保険と代位—

旧商法のもとでは規定が存在していなかった当時においても、傷害保険契約は、契約当事者の合意によって、実損填補方式と定額給付方式のいずれも選択することができるという積極的な意義を見出すことができた⁴⁷。このことは、傷害疾病保険に関する明文の規定が設けられた現在でもなお妥当しうるものと解される。このように解することの意味は、人保険であり、かつ給付方式に選択の幅があるということから、保険給付の方式として、定額給付方式とすることも実損填補方式とすることも可能であり、さらに中間方式として構成することも可能であるということである。こうした給付方式のうち、中間方式の代表例として所得補償保険がある。

定額給付と実損填補のいずれかにとどまる限り、それをもって代位の適用基準を判断することは比較的容易であったように思う。しかし、人保険において幅広

⁴⁴ 中西正明『傷害保険契約の法理』（有斐閣、1992年）34—35頁参照。

⁴⁵ 金澤・前掲注（22）保険法下巻91頁参照。

⁴⁶ 金澤・前掲注（22）保険法下巻91頁参照。

⁴⁷ 金澤・前掲注（19）交通事故と保険給付173頁参照、中西・前掲注（44）2頁。物・財産保険という損害保険しか許されない固有の損害保険でも、定額給付しか許されない生命保険でもない第三種の契約であるとする。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

い給付方式が認められていることから、中間方式の保険について、代位の適否に関する定めがない場合にどのように解すべきなのであるかということが問題となる。

ところで、この代表例である所得補償保険は、「当社は、被保険者が日本国内または国外において傷害または疾病（身体障害）を被り、その直接の結果として就業不能になった場合は、被保険者が被る損失に対して、この約款に従い保険金を支払います。」とし、就業不能期間 1 ヶ月に対して、被保険者に保険証券記載の保険金額を支払うという保険契約である（同約款1条、5条2項）。疾病による損失も担保するという意味では純粹の傷害保険契約ではなく、また保険給付方式も定額にかなり近くなっている。しかし、就業不能期間 1 ヶ月につき、保険証券記載の金額または被保険者の平均月間所得額のうち、小さい方の金額とされ

（同約款2条9号10号、5条2項）、原因または時を異にして発生した身体障害により、就業不能機関が重複する場合、その重複する期間に対して重ねて保険金を支払わない旨（同約款7条）重複して所得補償保険が締結され、保険金の支払われる就業不能期間が重複し、かつ保険金の合計額が平均月間所得額を越える場合には、保険金を按分して支払う旨（同約款6条）の規定がおかれ、支払保険金額の上限が平均月間所得額を越えないように規制されており、このことは損害填補方式の建前を表している。しかし、損害保険の重要な徴表の一つであるとされている保険代位に関する規定を欠いている。この点から、所得補償保険の法的性質は定額保険と損害保険との中間型に位置づけられる⁴⁸。他方で、代位の定めがないということを用いることを根拠に、所得補償保険の損害保険的な性格をも否定し、定額保険と解するのか。さらに損害保険の建前を有しつつ、保険代位の規定がないことを根拠に、固有の意味での物財産保険といった損害保険よりも、実損填補性が弱いと解すべきなのであるか。仮にそのように解するとして、損害保険と定額保険とに分類する保険法の下で、このことをいかに解すべきか—広義の損

⁴⁸ 金澤・前掲注 (22) 保険法下巻 86 頁参照。なお、所得補償保険の法的性質を損害保険としてとらえる見解もある。西嶋・前掲注 (22) 68、309 頁、387 頁、田辺・前掲注 (18) 273 頁参照。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

保に含まれるとして代位を肯定するのか、それとも人保険であることを根拠に利得禁止原則が緩やかに適用され、その代位を否定すべき意思表示を読み取るのか。

かつて判例⁴⁹では、「……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保険証券記載の金額を限度として填補することを目的とした損害保険の一種というべきであり、被保険者が第三者の不法行為によって傷害を被り就業不能となった場合において、所得補償保険金を支払った保険者は、商法六六二条一項の規定により、その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休業損害の賠償請求権を取得する結果、被保険者は保険者から支払を受けた保険金の限度で右損害賠償請求権を喪失するものと解するのが相当である。……」として、所得補償保険につき、解釈によって保険代位を肯定している。上記最判では、各約款規定の内容から、所得補償保険は損害保険であるとして保険代位を肯定している。しかし、実損填補と定額給付の二分法にしたがい、損害保険と解しているのであればそれは妥当ではない。実務上は、就業不能による所得喪失が直ちに生じるとはいえないサラリーマンを団体扱いで、大量に被保険者として、実際には所得の喪失がなく、損害が発生していなくても保険金を支払っているのが実情のようであり⁵⁰、本保険の設計にあたり、約款1条の「被保険者の被る損失」には、就業不能による所得のほか、療養などにかかる臨時の費用も含めることを意図していたようであり⁵¹、さらには実務上、代位権が行使されていないこと⁵²を考慮すれば、損害保険よりもむしろ定額保険に近いとして、代位を排除すべき黙示の合意があったとみることもできなくはない。

⁴⁹ 最一小判平成元・1・19判時1302号144頁。なお、同事件の評釈・解説等としては、神田秀樹「判批」『商法(保険・海商)判例百選[第二版]』48頁(有斐閣、1993年)、吉川栄一「判批」ジュリスト1012号105頁(1992年)、吉田明「判批」〔平成元年重要判例解説〕ジュリスト957号109頁(1990年)、瀬戸正義「判批」ジュリスト932号74頁(1989年)参照。なお、西嶋梅治・判時1318号220頁参照。

⁵⁰ 田辺康平『損害保険判例百選』(有斐閣、1980年)161頁、原田策司「判批」判タ404号37頁参照。

⁵¹ 安田火災海上保険編『傷害保険の理論と実務』(海文堂、1981年)249頁参照。

⁵² 田辺・前掲注(50)161頁参照。安田火災・前掲注(51)77頁は、代位権行使をしていないという実務は、代位権の否定を明記することによって生ずる無用な論争を避けるために今後の解釈に委ねるとされたものであり、かりに商法662条〔保険法25条〕が適用されるとしても、事実上の実行困難性あるいは保険者のそのつどの事実上の代位権放棄によって、実務上は支障なく運営できると判断したからに他ならないとして、代位を肯定すべき積極的理由を欠くとする。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

これに対しては、実務上の取扱が約款規定と異なる場合には、その取扱こそ矯正されなければならないとして、同保険を約款規定にしたがってのみ判断すべきであるという指摘もある⁵³。

たしかに、約款規定に現れていない不明確・不安定な要素は、持ち込むべきではないであろう⁵⁴。しかし、損害保険性を示す約款規定と定額保険性を示す実務上の取扱を参考にして、当該保険契約の性質について、契約当事者の合理的意思をさぐることは矛盾するものなのだろうか。すくなくとも、個々の契約条項の解釈にあたって、保険実務が約款規定に反している場合に、保険実務の取扱を優先させるべきではないと考えるが、問題は、約款規定を客観的に解釈しても明らかとならない契約の内容・性質を特定するために実際の運用を参考にしてよいかどうかということである⁵⁵。給付方式が定額給付でも実損填補でもない中間型で、代位の適否が明らかでない保険について、当事者の意思を探るために、実際の運用の姿を参考にすることは特に問題はないものと考えられる。

それでは、契約当事者の合理的意思とは何か。約款1条は「損失について・・・保険金を支払います。」としており、そのほか重複保険規制等（5条、6条、7条）を単純に見る限り、代位の適用を予定して設計された保険であるとして、保険代位の適用を肯定する意思を読み取ることができなくもない⁵⁶。しかし、生命保険と損害保険との両方の要素を併せ持つ中間型の傷害保険契約で、代位の定めがないことを考えると、そのように解することはやはり難しいだろう。約款作成の際には（改訂の際には）、所得補償保険約款に保険代位の規定を定めるか否かは契約当事者の自由意思に委ねられており、実務上の取扱もあわせて参考にとすると、約款に代位の適用を肯定する旨が明記されていなければ、当事者の合理的意思としては代位を排除する趣旨と解釈すべきである⁵⁷。

⁵³ 田辺・前掲注（50）161頁参照。

⁵⁴ 肥塚・前掲注（13）228－229頁参照。

⁵⁵ 洲崎・前掲注（1）129巻3号19頁参照。

⁵⁶ 金澤・前掲注（19）交通事故と保険給付195頁参照。

⁵⁷ 金澤・前掲注（22）保険法下95頁参照。そのほか代位を否定する見解として、洲崎・前掲注（1）129巻3号19頁、安田火災・前掲注（51）77頁。原田策司「所得補償保険」塩崎勤＝金澤理編『裁判実務体系26・損害保険訴訟法』（青林書院、1998年）538頁、肥塚・前掲注（13）230頁参照。

【創立 70 周年記念大会】

第 III セッション

レジュメ：桜沢 隆哉

4. おわりに

現時点での、本件にかかわる分析は、以上のとおりです。結論につきましては、当日の報告時に口頭でお話しさせていただきます。先生方からのご教示を賜りますよう宜しくお願い申し上げます。