HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	請求権代位と損害額の主張
著者	新山，一範
引用	北海学園大学法学部50周年記念論文集：77-99
発行日	2015-03-15

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

請求権代位と損害額の主張

新山一範

1　はじめに

保険法施行前の商法（以下、「改正前商法」という）六六二条一項所定の保険者の請求権代位に関し、保険金額が保険価額に満たない一部保険の場合、保険者はいかなる範囲において被保険者の第三者に対する権利を代位取得するかという問題について、学説上、絶対説（限度主義）、相対説（比例主義）、差額説（損害額超過主義）が主張されていた。また、一九九八年に自動車保険に導入された人身傷害補償保険（人身傷害保険）における請求権代位に関しては、絶対説、比例配分説、人傷基準差額説、裁判基準差額説（訴訟基準差額説）の対立があった。これに対して保険法二五条一項は、保険給付額がてん補損害額に不足するときは、保険給付額か、被保険者債権額からこの不足額を控除した残額か、いずれか少ない額を限度として保険者は被保険者債権について被保険者に代位する旨規定し、差額説を採用したとされる。

周知のとおり、改正前商法六六二条一項に関して主張された諸説における対立は、被保険者が第三者に対して有す

る権利のうちいかなる範囲でそれが保険金の支払をした保険者に帰属することになるかという被保険者と保険者の利害の対立に関する問題であり、諸説のうち差額説が被保険者に最も有利な（逆に言えば、保険者にとって最も不利な）結果をもたらす。保険法二五条一項二号かっこ書は、被保険者にとって最も有利な解決方法を立法上採用したものである。そして、保険法二五条は被保険者にとって不利な特約を無効とする片面的強行規定である（保険法二六条）から、保険法二五条の下においては、片面的強行規定の適用除外（保険法三六条）の適用のある場合を除き、絶対説および相対説は採りえないことになった。

このように、保険法二五条の下においては、絶対説、相対説、差額説の対立は解消されることになったが、しかし、保険法二五条が差額説を採用したことにより、すでに人身傷害補償保険に関して論じられ、あるいは言及されていたことであるが、被保険者の損害額に関する新たな問題を生じさせることになったと思われる。例えば、保険法二五条一項二号かっこ書の額をどのように理解するかにより、人身傷害補償保険の請求権代位における裁判基準差額説か人傷基準差額説かのような問題（保険法二五条一項二号かっこ書の額は、被保険者債権額を算定する基礎となる損害額を基準として計算されるのか、保険契約上てん補損害額の算定基準が定められている場合、その算定額を基準として計算されうるのか）が解釈上残りうると思われる。[1] また、差額説の下においては、被保険者債権の債務者に対する保険者の代位求償訴訟において、被保険者の損害額がどのように主張されるかによる事実上の問題が生じることになると思われる。本稿は、保険法二五条において差額説が採用されたことによって生じると思われる請求権代位における損害額に関する問題のうち、後者の問題、すなわち、代位求償訴訟において主張され、認定される被保険者の損害額によって保険者の代位額がどのように変化し、保険者・被保険者・被保険者債権の債務者間の利害状況がどのように異なることになるかを取り上げてみたものである。[2]

本稿で取り上げた問題は、被保険者に保険給付をした保険者が、保険法二五条一項により被保険者から取得した被保険者債権を当該債権の債務者に対して行使するために訴訟を提起した場合に生じる。この求償訴訟において保険者は、自己の当該債務者に対する権利を主張するために、請求権代位の要件である被保険者債権の存在と保険給付をした事実とを主張し立証しなければならない。以下、この被保険者債権が被保険者（被害者）の加害者に対する不法行為による損害賠償請求権である場合を例にしていえば、故意または過失ある被告加害者の加害行為によって訴外被保険者が損害を被り、その結果訴外被保険者は被告加害者に対してある額の損害賠償請求権を取得したこと、そして、原告保険者と訴外被保険者との間に訴外被保険者の損害と同一性のある（対応する）損害[3]をてん補することを目的とする保険契約が締結されており、この保険契約による給付として原告保険者は訴外被保険者にある額の支払をしたことを主張し立証する必要があるだろう。

被保険者が加害者に対して提起する損害賠償請求訴訟において賠償額が争われる場合、一方において被保険者はより高額の損害を主張してより高額の賠償を得ようとし、他方において加害者は、過失相殺を主張したり、被保険者の主張する損害額を争うことによって賠償額を少なくするように訴訟を追行する。この訴訟においては、損害額を大きく、被保険者の過失割合を小さく主張することが被保険者側にとって有利に働き、逆の主張をすることが加害者側にとって有利に働く。では、保険者の加害者に対する代位求償訴訟においてはどうであろうか。過失割合についていえば、同様に、被保険者の過失割合を大きく主張することが被保険者を代位した保険者にとって有利に働くことはないし、小さく主張することが加害者にとって有利に働くことはない。しかし、被保険者が被った損害額についていうと、単純に高額の主張をすることが保険者にとって、低額の主張をすることが加害者にとって有利に働くということにはならない。差額説の下においては、保険給付額と同額を被保険者の損害額として主張することが保険者にとって最も

有利に働き、逆にいえば、これより少額または高額の主張をすることが加害者に有利に働くことが生じうる。この結果、損害額の主張に関して保険給付額未満の主張が認められる可能性がないならば、加害者は、保険者の主張より高額の主張をせざるをえない状況に置かれ、保険者の加害者に対する代位求償訴訟と保険給付を受けた被保険者の加害者に対する損害賠償請求訴訟とにおいて矛盾する立場に置かれることになるのである。

以下では、まず絶対説、相対説、差額説を最高裁判例とともに概観したうえで、差額説によって生じるこの問題を考察することにする。

(1) 山本哲生「請求権代位における損害概念――人身傷害補償保険を契機として」吉原和志・山本哲生編『関俊彦先生古稀記念変革期の企業法』二八五頁(二〇一一年、商事法務)参照。嶋寺基「人身傷害補償保険における請求権代位の範囲」NBL九七四号七頁(二〇一二年)は、「広い意味での差額説の範疇に入る限り、保険法の下でも人傷基準差額説、裁判基準差額説のいずれを採用するかは、約款次第であるように思われる」とし、山下典孝「人身傷害補償保険をめぐる新たな問題」阪大法学六二巻三・四号六八一頁(二〇一二年)も、保険法は人傷基準差額説・裁判基準差額説のどちらかの立場を採用したものではない、とする。同じく、佐野誠「判批(最判平成二四年五月二九日)」民商一四七巻二号二五三頁・二五四頁(二〇一二年)。古笛恵子「人身傷害保険をめぐる実務上の問題点――裁判基準差額説のその後――」保険学雑誌六一八号二四二頁注五五(二〇一二年)は、「保険法二五条の『てん補損害額』が『損害保険契約によりてん補すべき損害の額(一八条)』であるならば、形式的に二五条の文言解釈の帰結としては人傷基準差額説が自然である」としている。

(2) この問題については、すでに次の文献で言及されているところである。坂東司朗「判批(東京地判平成一九年二月二二日)」損保研究七〇巻三号一五八頁(二〇〇八年)、山本・前掲三一一頁、洲崎博史「判批(東京地判平成二三年九月二〇日)」金判一三八六号一七頁(二〇一二年)、古笛・前掲二二九頁・二三五頁、佐野・前掲二五二頁。

(3) 請求権代位は、保険者がてん補した損害と被保険者債権の前提となる損害とが対応する範囲において生じるにすぎない(山下友信『保険法』五五三頁(二〇〇五年、有斐閣))。本稿においては、煩を避けるため、被保険者・保険者間において保険者がてん補義務を

負う損害と被保険者・第三者間の被保険者債権を算定する基礎となる被保険者の損害とが対応していることを前提として考察している。対応原則については、どのように対応するかが問題なのであるが、例えば、最高裁平成二四年二月二〇日判決（民集六六巻二号七四二頁）は、人身傷害補償保険金は、「被害者が被る損害の元本を塡補するものであり、損害の元本に対する遅延損害金を塡補するものではない」として、保険者は、「保険金に相当する額の保険金請求権者の加害者に対する損害金元本の支払請求権を代位取得するものであって、損害金元本に対する遅延損害金の支払請求権を代位取得するものではない」と判示している。これについて本判決の補足意見は、「保険代位の対象となる権利は、保険による損害塡補の対象と対応する損害についての賠償請求権に限定されるのであるから（対応の原則）…」としている。人身傷害補償保険に関しては、損害項目ごとに対応原則を適用した下級審判決もある。

2　絶対説、相対説および差額説

改正前商法六六二条一項に関する絶対説、相対説、差額説の対立は、保険給付が被保険者の損害全部をてん補する場合や被保険者が被った損害全部の被保険者債権を有する場合には生じない。[4] 保険金額がてん補損害額に満たないなどによって保険給付額がてん補損害額に不足し（保険法二五条一項二号かっこ書）、かつ過失相殺などによって被保険者債権額も被害者の損害額に満たない場合に生じる。以下、次の例（以下、「設例1」という）で考察する。

設例1　Xは、Yの不法行為により一〇〇の損害を被ったが、Xにも三割の過失があった。Xと損害保険契約（保険金額を六〇とする）を締結していた保険者Zはこの事故による損害をてん補するものとして保険金六〇をXに支払った。

（1）絶対説

改正前商法六六二条一項において保険者は「支払ヒタル金額ノ限度ニ於テ」被保険者が第三者に対して有する権利を取得する旨規定されていたことから、その文理解釈として[5]、絶対説（限度主義）では、設例1において、ZはXのYに対する損害賠償債権七〇のうち保険給付相当額六〇を代位取得し、XのYに対する損害賠償債権の残額は一〇となる（設例1で損害一〇〇の最終的な負担額は、Xは三〇、Yは七〇、Zは〇となる）。

絶対説を明示的に採用した最高裁判決は見当たらないが、労働者災害補償保険法一二条の四に関して最高裁平成元年四月一一日判決（民集四三巻四号二〇九頁）は、「労働者災害補償保険法（以下『法』という。）に基づく保険給付の原因となった事故が第三者の行為により惹起され、第三者が右行為によって生じた損害につき賠償責任を負う場合において、右事故により被害を受けた労働者に過失があるため損害賠償額を定めるにつきこれを一定の割合で斟酌すべきときは、保険給付の原因となった事由と同一の事由による損害の賠償額を算定するには、右損害の額から過失割合による減額をし、その残額から右保険給付の価額を控除する方法によるのが相当である」と判示して、結果的に絶対説と同趣旨の判断をしている。

本判決は、使用者ではない第三者によって生じた労災（第三者行為災害）において、労災保険給付を受けた被害労働者の加害第三者に対する賠償債権額の算定に際して、損害額に過失相殺をしたうえで保険給付額を控除すべきか（以下、「控除後過失相殺説」という）、損害額から保険給付額を控除したうえで過失相殺をすべきか（以下、「過失相殺後控除説」という）、という問題に関し、過失相殺後控除説を採ったものである。設例1でいえば、まず過失相殺をしてZが代位取得する前のXのYに対する損害賠償債権額七〇（被保険者債権額）を算出し、これからZが代位取得した

とする保険給付額相当の損害賠償債権額六〇を控除してXのYに対する損害賠償債権残額一〇を算出する方法を採ったものであり、絶対説と同旨である。

これに対して控除後過失相殺説は、損害額から保険給付額を控除した額に過失相殺をするものであるが、しかし、控除後過失相殺説は、このように理解されるべきものではなく、損害額に過失相殺をした額（設例1の被保険者債権額であるXのYに対する損害賠償債権額七〇）から保険給付額に過失相殺同様の減額をした額（設例1の保険給付額六〇にYの過失割合七割を乗じた額四二）を控除するものであると理解されるべきである。[6] 控除される保険給付額に加害者過失割合を乗じた額は、人身傷害補償保険の請求権代位における比例配分説が主張する保険者が代位取得する被保険者の加害者に対する損害賠償債権額であり、[7] また、この額は、被害者の損害額（損害賠償額算定の基礎となる損害額）とてん補損害額とが同じであれば、被害者の加害者に対する損害賠償債権額（被保険者債権額）に保険給付額のてん補損害額に対する割合を乗じた額となるから、一部保険以外にも相対説を拡張するときの相対説の主張する保険者の代位取得額であることになる。つまり、控除後過失相殺説は、形を変えた相対説であるということになる。

このように過失相殺と保険給付控除の先後関係に関する社会保険の問題は、問題の捉え方こそ異なるが、請求権代位の範囲に関する問題と同一の問題であって、絶対説と過失相殺後控除説、相対説と控除後過失相殺説とは、同一の主張である。[8] 最高裁平成元年四月一一日判決は、「損害賠償額を定めるにつき労働者の過失を斟酌すべき場合には、受給権者は第三者に対し右過失を斟酌して定められた額の損害賠償請求権を有するにすぎないので、同条（労働者災害補償保険法一二条の四）一項により国に移転するとされる損害賠償請求権も過失を斟酌した後のそれを意味すると解するのが、文理上自然であり、右規定の趣旨にそうものといえるからである。」と判示しており、それ自体は不当ではないが、しかし、この問題は、本判決の反対意見が言うように、「事故により被害を受けた労働者に過失がある場合に[9]

国が受給権者の第三者に対して有する損害賠償請求権のうちのいかなる部分を取得するかという問題」であり、保険者が代位取得する受給権者の損害賠償請求権の範囲の問題であろう。

なお、人身傷害補償保険に関して、最高裁平成二〇年一〇月七日判決（判時二〇三三号一一九頁）は、保険金の支払を受けている交通事故被害者Xの加害者Yに対する損害賠償請求につき、Xの損害額に過失相殺をしたうえで支払を受けた人身傷害補償保険金の額を控除する判断をした原判決[10]を破棄し差戻して、後述するとおり裁判基準差額説を採る以前に、過失相殺後控除説を否定する判断をしている[11]。

（2）相対説

設例1で、XとZの保険契約がXの所有物（価額一〇〇）を保険の目的物とする物保険契約で、Yの加害行為によってこのXの所有物が滅失した、というものである場合（つまり、一部保険に関するものである場合）、相対説（比例主義）では、ZはXのYに対する損害賠償債権七〇のうち保険金額六〇の保険価額一〇〇に対する割合に応じて四二代位取得し、XのYに対する損害賠償債権の残額は二八となる（設例1で損害一〇〇の最終的な負担額は、Xは一二、Yは七〇、Zは一八となる）。

最高裁昭和六二年五月二九日判決（民集四一巻四号七二三頁）がこの相対説を採っている。本判決は、自動車保険の車両保険金に関する事件において、「損害保険において、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権利を取得した場合において、保険者が被保険者に損害を填補したときは、保険者は、その填補した金額を限度として被保険者が第三者に対して有する権利を代位取得する（商法六六二条一項）ものであるが、保険金額が保険価額（損害額）に達しない一部保険の場合において、被保険者が第三者に対して有する権利が損害額より少ない

ときは、一部保険の保険者は、塡補した金額の全額について被保険者が第三者に対して有する権利を代位取得することはできず、一部保険の比例分担の原則に従い、塡補した金額の損害額に対する割合に応じて、被保険者が第三者に対して有する権利を代位取得することができるにとどまるものと解するのが相当である。」と判示して、相対説を採っている。[12]「一部保険の比例分担の原則に従い、塡補した金額の損害額に対する割合に応じて、被保険者が第三者に対して有する権利を代位取得することができるにとどまる」という判示は、改正前商法六三六条（保険法一九条）の適用のある一部保険においては、学説のいう相対説（付保割合によって代位取得する）と同一である。[13]

この最高裁判決の「塡補した金額の損害額に対する割合に応じて」という表現は、保険価額の概念を用いていないから、物保険以外にも応用することのできる表現となっている。[14] しかし、相対説の根拠を次のように考えた場合、実損てん補契約（第一次危険の保険）において相対説が成り立ちうるか、疑問がある。設例1と同様に、被保険者の損害額一〇〇、損害賠償債権額七〇（三割の過失相殺）、保険金額六〇において、保険者Zからの保険給付がなされる前に加害者Yが被害者（被保険者）Xに対して損害賠償債務額七〇全額の支払をした場合（以下、「設例2」という）で考えてみる。

設例2の場合、相対説では次のように考えることになる。[15] Yの賠償債務七〇の履行により、Xの残損害額は三〇となり、設例の保険契約が物保険契約で一部保険の比例てん補原則（改正前商法六三六条、保険法一九条）の適用がある場合、Zの保険給付義務額はXの残損害額三〇に保険金額六〇の保険価額一〇〇に対する割合を乗じた一八となる（これにより、Xは、Yから支払われた損害賠償金七〇とZから支払われる保険金一八の合計八八を取得しえ、損害一〇〇のうち最終的にXの負担する額は一二となる）。この結果と設例1の場合の結果とが同一にならなければならないから（先に保険給付がなされる場合（設例1）と先に損害賠償がなされる場合（設例2）とで、損害一〇〇のうちの

X、Y、Zの最終的負担額が異なるのは不合理であるから)、設例1においても、Zの保険給付額六〇からZが代位取得する被保険者債権額を控除した額は一八とならなければならず、よって設例1の場合の保険者が代位取得する被保険者債権額は四二、つまり相対説となるのである。[16]

比例てん補原則の適用のない保険契約(実損てん補契約)において同様に考えた場合、Xの残損害額三〇に対してZは三〇の保険給付義務を負担するから、設例1においても、Zの保険給付額六〇からZが代位取得する被保険者債権額を控除した額は三〇とならなければならず、よって設例1の場合の保険者が代位取得する被保険者債権額は三〇となり、この場合、設例1の差額説の結論に一致することになる。要するに、保険金額の保険価額に対する割合に応じて被保険者債権を代位取得するとする相対説の根拠が前述のとおりであるならば、相対説は、一部保険の比例てん補原則が適用される保険契約において成り立つものにすぎず、実損てん補をする保険契約においては、差額説の方が合理的であるということになろう。[17]

(3) 差額説

差額説(損害額超過主義)は、保険給付額と被保険者債権額との合計額が損害額を超過する場合にその超過額の限度で保険者は被保険者債権を代位取得するとするもの(換言すれば、被保険者の損害のうち、まず被保険者過失部分を保険給付でてん補し、保険給付額がこれを超過する場合にその超過額の限度で保険者は被保険者債権を代位取得するとするもの)であり、[18]設例1においては、ZはXのYに対する損害賠償債権七〇のうち、保険給付額六〇と損害賠償債権額七〇との合計額が損害額一〇〇を超える限度で、つまり三〇取得し、XのYに対する損害賠償債権の残額は四〇となる(設例1で損害一〇〇の最終的な負担額は、Xは〇、Yは七〇、Zは三〇となる)。

一九九八年に自動車保険約款に導入された人身傷害補償保険は、被保険者が自動車の運行等に起因する急激かつ偶然な外来の事故によって身体に傷害を被った場合に、約款所定の基準（人傷基準）によって積算された損害額について保険金を支払う損害保険としての傷害保険である。改正前商法下の自動車保険約款には、概略、①保険会社が支払う保険金の額は、人傷基準損害額から、保険金請求権者が賠償義務者から既に取得した損害賠償金の額および被保険者等の損害を補償するために支払われる給付で保険金請求権者が既に取得したものがある場合はその取得額等を差し引いた額とすること、②保険金請求権者が他人に損害賠償の請求をすることができる場合には、保険会社は、その損害に対して支払った保険金の額の限度内で、かつ、保険金請求権者の権利を害さない範囲内で、保険金請求権者がその他人に対して有する権利を取得すること、とする趣旨の規定があった。

この改正前商法下の人身傷害補償保険に関して、第三者の加害行為によって保険事故が発生し保険金が支払われた場合、被害者の加害者に対する損害賠償債権のうちどの範囲で保険者がこれを代位取得するか、被害者の残債権額はいくらとなるかという問題について、周知のとおり、一部保険における請求権代位の範囲に関する対立と同様の対立があった。下級審判決は、当初、絶対説、比例配分説、人傷基準差額説[19]、裁判基準差額説[20]（訴訟基準差額説）の４つに分かれたが、次第に裁判基準差額説に収斂し、このような下級審の動行の中で、最高裁は、次のように判示して裁判基準差額説を採った。

まず、最高裁平成二四年二月二〇日一小判決（民集六六巻二号七四二頁）は、人身傷害補償保険金の支払を受けた被害者の加害者に対する損害賠償請求事件において、「本件約款によれば、訴外保険会社は、交通事故等により被保険者が死傷した場合においては、被保険者に過失があるときでも、その過失割合を考慮することなく算定される額の保険金を支払うものとされているのであって、上記保険金は、被害者が被る損害に対して支払われる傷害保険金として、

被害者が被る実損をその過失の有無、割合にかかわらず塡補する趣旨・目的の下で支払われるものと解される。上記保険金が支払われる趣旨・目的に照らすと、本件代位条項にいう『保険金請求権者の権利を害さない範囲』との文言は、保険金請求権者が、被保険者である被害者の過失の有無、割合にかかわらず、上記保険金の支払によって民法上認められるべき過失相殺前の損害額（以下『裁判基準損害額』という。）を確保することができるように解することが合理的である。」「そうすると、上記保険金を支払った訴外保険会社は、保険金請求権者に裁判基準損害額に相当する額が確保されるように、上記保険金の額と被害者の加害者に対する過失相殺後の損害賠償請求権の額との合計額が裁判基準損害額を上回る場合に限り、その上回る部分に相当する額の範囲で保険金請求権者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得すると解するのが相当である。」と判示して、裁判基準差額説を採った。

次いで最高裁平成二四年五月二九日三小判決（判時二一五五号一〇九頁）は、保険者の加害者に対する求償金請求事件において、「本件約款中の人身傷害補償条項の被保険者である被害者に交通事故の発生等につき過失がある場合において、上記条項に基づき被保険者が被った損害に対して保険金を支払った被上告人は、本件代位条項にいう『保険金請求権者の権利を害さない範囲』の額として、被害者について民法上認められるべき過失相殺前の損害額（以下『裁判基準損害額』という。）に相当する額が保険金請求権者に確保されるように、上記支払った保険金の額と被害者の加害者に対する過失相殺後の損害賠償請求権の額との合計額が裁判基準損害額を上回るときに限り、その上回る部分に相当する額の範囲で保険金請求権者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得すると解するのが相当である（最高裁平成…二四年二月二〇日第一小法廷判決…）。」「そして、裁判基準損害額は、人傷基準損害額よりも多額であるのが通例であり、その場合は、被上告人が代位取得する上記損害賠償請求権の範囲は、原審の上記の認容額よりも少額となるから、原審の上記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」と判示して、原判決を破棄

し差戻した。[21]

(4) 保険給付額と損害額が同額の場合には、保険者は被保険者債権の全部を代位取得し、絶対説、相対説、差額説による差はない。また、被保険者債権額と損害額が同額の場合には、保険者が代位する被保険者債権の額は、どの説でも保険給付額となる。

(5) 加藤由作「保険代位について――一部保険の効果――」保険学雑誌四四〇号四〇頁（一九六八年）。

(6) 西村健一郎『労災補償と損害賠償』二八五頁（一九八八年、一粒社）。

(7) 神戸地裁平成一六年七月七日判決（交通民集三七巻四号八九五頁）は、「（人傷保険者）は、被保険者に過失がある場合には、支払った保険金のうち、加害者の過失割合部分に相応する損害賠償請求権を取得すると解されるから…この額が過失相殺後の損害額から控除されるべきことになる」と判示し、比例配分説を採るものである。

(8) 西村・前掲書注(6)二八四頁以下参照。

(9) 本判決には、差額説まで徹底することには躊躇を感じるとして、相対説・控除後過失相殺説を採る裁判官の反対意見が付されている。

(10) 大阪高裁平成一九年九月二〇日判決交通民集四一巻五号一一三九頁。

(11) 最高裁平成二〇年一〇月七日判決は、「訴外保険会社（人傷保険者）は、本件傷害保険金の支払によって、上告人（原告被害者）の被上告人（被告加害者）に対する損害賠償請求権（以下『本件損害賠償請求権』という。）の一部を代位取得する可能性があり、訴外保険会社が代位取得する限度で上告人は上記損害賠償請求権を失うことになるのであって、本件傷害保険金の支払によって直ちに本件傷害保険金の金額に相当する本件損害賠償請求権が消滅するということにはならない。」としたうえで、「原審は、本件傷害補償条項を含む本件保険契約の具体的内容等について審理判断することなく、本件損害賠償請求権の額を算定するに当たり、上告人の損害額から上告人の過失割合による減額をし、その残額から本件傷害保険金の金額を控除したものである」として原判決を破棄している。

(12) 本件保険約款には、「被保険者が他人に損害賠償の請求をすることができる場合には、当会社は、その損害をてん補した金額の限度内で、かつ、被保険者の権利を害さない範囲内で、被保険者がその者に対して有する権利を取得します。」（昭和五一年改訂自動車保険普通保険約款第四章一般条項二〇条一項）と規定されており、「被保険者の権利を害さない範囲内で」とは差額説を採用するものであると解されているが、本件においては、上告人被保険者からその主張がなかったためであろう、約款に基づく判断はなされなかっ

た（田中壮太「判批（最判昭和六二年五月二九日）」ジュリ九〇一号七七頁（一九八八年））。

(13) 改正前商法六三六条・保険法一九条によって、保険金額が保険価額に満たない一部保険においては、保険給付額は保険金額の保険価額に対する割合をてん補損害額に乗じて得た額となるから、この保険金額の保険価額に対する割合（付保割合）は、保険給付額のてん補損害額に対する割合と等しくなる。

(14) 保険法においては、「保険価額」とは保険の目的物の価額であり（保険法九条本文かっこ書）、「保険の目的物」とは保険事故によって損害が生ずることのある物として損害保険契約で定めるものをいう（保険法六条一項七号かっこ書）とされているから、「保険価額」は物保険の概念でしかないことになる（江頭憲治郎『商取引法〔第五版〕』四二一頁注一（二〇〇九年、弘文堂）、潘阿憲『保険法概説』四七頁（二〇一〇年、中央経済社）参照）。

(15) 田辺康平「一部保険における保険者の請求権代位」『保険法の理論と解釈』一四八頁・一五二頁（一九七九年、文真堂）参照。

(16) 差額説では、損害はもともと一〇〇であったのであるから、Xのてん補損害額を一〇〇のままとして一部保険の比例てん補原則を適用し、保険給付義務額は六〇となるが、被保険者の利得防止のために、加害者の賠償額七〇とこの加害者が賠償債務を履行する前の保険給付義務額六〇との合計額一三〇が損害額一〇〇を超過する額三〇を加害者が賠償債務を履行する前の保険給付義務額六〇から控除した残額三〇をこの場合の保険給付義務額（加害者が賠償債務を履行した後の保険給付義務額）と説明することになるのであろう（鈴木辰紀「保険者の請求権代位についての再論」『損害保険研究』五七頁注八（一九七七年、成文堂）、同「残存物代位と請求権代位」『火災保険契約論』一〇二頁注一（一九七九年、成文堂）、田辺・前掲注(15)一四九頁・一五二頁参照）。

(17) 田辺康平「保険者の請求権代位」『創立四十周年記念損害保険論集』二四八頁・二四九頁（一九七四年、損害保険事業研究所）、同「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』二八二頁（一九七九年、有斐閣）参照。なお、相対説の理解の仕方として、保険給付の中には被保険者の過失によって生じた損害に対するてん補部分と加害者の過失によって生じた損害に対するてん補部分とが混在し、加害者の損害賠償義務と実質的に相互補完の関係に立つのは加害者の過失によって生じた損害に対するてん補部分であり、したがって、保険者が取得する被保険者の加害者に対する損害賠償請求権も加害者の過失によって生じた損害に相当する部分である（最高裁平成元年四月一一日判決の反対意見参照）として、支払われた保険給付のうち加害者の過失割合部分に相応する損害賠償請求権を保険者は代位取得することになる（人身傷害補償保険の請求権代位に関する比例配分説）と相対説を理解するならば、一部保険の比例てん補原則が適用される保険契約においてそのようなことが成り立つにすぎず、比例てん補原則の適用のない保険契約においては、保険給付は、被保険者過失部分と加害者過失部分の損害にその割合で按分して充てられるのではなく、まず被保

険者過失部分の損害のてん補に充てられ、それを超える額が加害者過失部分の損害のてん補に充てられることになるのであろう。

(18) 保険法二五条一項二号かっこ書は、保険給付額がてん補損害額に不足するときは、被保険者債権額算定の基礎とする損害額とてん補損害額とが同じであるならば、二号の額が一号の額以下となる)。これは、被保険者債権額と保険給付額の合計額からてん補損害額を控除するのと等しい。もっとも、保険法二五条一項の規定の仕方は、「被保険者の損害のすべてが保険契約によってて補されない場合(すなわち保険給付の後も引き続き被保険者に損害が残存する場合)には、まずは被保険者による損害の回復を優先すべき」であり、「したがって、被保険者の第三者に対する債権についても、被保険者に利得が生じない範囲内であれば、保険者による代位を認めずに被保険者に引き続き権利が帰属すると考えることが被保険者の保護の観点からすると望ましいという考え方(いわゆる差額説)」(萩本修編著『一問一答保険法』一四〇頁(二〇〇九年、商事法務))を表すものとなっている。

(19) 人傷基準差額説は、人身傷害補償保険金は、保険約款の規定する損害額算定基準(人傷基準)により算定された損害額を限度として、まず被保険者の過失割合に応じた損害に充当され、保険者は、支払った人身傷害補償保険金と被保険者の加害者に対する損害賠償債権額の合計額が人傷基準により算定された損害額(人傷基準損害額)を上回る場合に限り、その上回る額についてのみ、被保険者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得する、とするものである。例えば大阪地裁平成一八年六月二一日判決(判タ一二二八号二九二頁)は、「証券記載保険金額が支払われる場合、その金額は、まず、算定損害額(人傷基準損害額)のうちの過失相殺部分(民法上の損害額及び過失相殺を観念し、算定損害額から民法上の過失相殺後の損害額を控除した部分)に充当され、その残部について代位が生ずると解される」と判示している。もっとも、裁判基準損害額を認定することなく、人傷基準損害額に過失相殺をするもの(最高裁平成二四年五月二九日判決の一審判決(岡山地裁倉敷支部平成二二年二月一九日判決金判一三九八号二三頁)および原審判決(広島高裁岡山支部平成二二年七月一六日判決金判一三九八号一九頁))がある。

(20) 裁判基準差額説(訴訟基準差額説)は、人身傷害補償保険金は、被保険者の過失割合に対応する損害に優先的に充当され、保険者は、支払った保険金が被害者の過失割合に対応する損害額を上回るときに限り(支払った保険金と被保険者の加害者に対する損害賠償請求権額の合計額が被保険者の損害額(裁判基準損害額)を上回る場合に限り)、その上回る額についてのみ、被保険者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得する、とするものである。

(21) 最高裁平成二四年二月二〇日一小判決と同年五月二九日三小判決にはそれぞれ補足意見が付されており、先に賠償義務者から損害賠償金の支払いがあった場合の保険約款の適用に関して、前者はその限定解釈を主張し、後者は保険約款の見直しを求めている。

3　代位求償訴訟における損害額の主張

設例1において、以上では、被保険者の損害額、過失割合および保険者の保険給付額を確定額として考察した。しかしながら、被保険者の加害者に対する損害賠償請求訴訟においても保険者の加害者に対する代位求償訴訟においても、被保険者の損害額と過失割合は、しばしば訴訟当事者間で争われる。被保険者の加害者に対する損害賠償請求訴訟においては、言うまでもなく、被保険者の損害額が大きく、その過失割合が小さいほど損害賠償債権額は大きくなるから、被保険者は損害額をより大きく、その過失割合をより小さく主張し、加害者はその逆の主張をする。問題は保険者の加害者に対する代位求償訴訟における当事者の主張の仕方である。次に、保険者の加害者に対する代位求償訴訟において、被保険者の損害額と過失割合がどのように主張され、認定されるかによって、保険者の代位額がどのように変化するかを、被保険者の損害額と過失割合を変数として考察してみることにする（煩を避けるために、保険契約を実損てん補契約とし、保険給付額は当事者間に争いのない一定額とする[22]）。

（1）絶対説の場合

絶対説においては、前述のとおり、保険者は保険給付額相当の被保険者債権を代位取得するから、代位求償訴訟における保険者の代位額は、①被保険者債権額が○から保険給付額までの額である場合（被保険者の損害額が○から保険給付額を加害者過失割合で除した額までの額である場合）には、被保険者債権額を超えて保険者が代位取得することはありえないから、被保険者債権額となり（①の場合、被保険者に帰属する被保険者債権残額はない）、②被保険者債権額が保険給付額を超える場合（被保険者の損害額が保険給付額を加害者過失割合で除した額を超える額である場

合）には、保険給付額相当の一定額となる（②の場合、被保険者に被保険者債権の一部が帰属する）。

①の場合でも②の場合でも、代位求償訴訟における保険者は、保険給付額のできる限り多くを加害者から回収するために、被保険者債権額が保険給付額以上となるように主張しようとする。そして、被保険者債権額は損害額と加害者過失割合との積であるから、被保険者債権額が保険給付額以上となる程度に、被保険者の損害額を大きく、その過失割合を小さく主張することになる。逆に加害者は、保険者の代位額を小さくするために、被保険者の損害額をより小さく、過失割合をより大きく主張することになる。

他方、保険給付を受けた被保険者が加害者に対して損害賠償を請求するには②の場合でなければならず、この場合、被保険者に帰属する被保険者債権残額は被保険者債権額から保険給付額（保険者の代位取得分）を控除した額となるから、被保険者債権額を、保険給付額を超え、より大きく主張することがその利益になる。その結果、被保険者は、その損害額をより大きく、過失割合をより小さく主張することになり、加害者はその逆の主張をすることになる。

このように絶対説においては、代位求償訴訟の保険者の立場は、加害者に損害賠償請求訴訟を提起する保険給付を受けた被保険者の立場と矛盾しないし、加害者の立場も代位求償訴訟と損害賠償請求訴訟とで異ならない。

（2）相対説の場合

次に、相対説の場合、保険者は保険給付額のてん補損害額に対する割合に応じて被保険者債権を取得するとするならば、①被保険者の損害額が保険給付額以下の額である場合、被保険者債権額を超えて保険者が代位取得することはありえないから、保険者の代位額は被保険者債権額となり（①の場合、被保険者に帰属する被保険者債権残額はない）、②被保険者の損害額が保険給付額を超える額である場合、被保険者債権額は被保険者の損害額に加害者過失割合を乗

じたものであるから、被保険者債権算定の基礎となる被保険者の損害額とてん補損害額とが同じであることを前提とすれば、保険者の代位額は保険給付額に加害者過失割合を乗じたもの（つまり比例配分説の主張する額）に等しくなる（②の場合、被保険者に被保険者債権の一部が帰属する）。

①の場合、保険者の代位額は損害額と加害者過失割合が大きくなるほど大きくなり、代位額を大きくするために、保険者は、被保険者の過失割合をより小さく、その損害額をより大きく主張すべきことになる。②の場合には、保険者の代位額は過失割合によって異なり、代位額を大きくするために、保険者は被保険者の過失割合をより小さく主張すべきことになる。損害額については、少なくとも保険給付額以上の損害額の主張をする必要がある。加害者は、①と②の場合を通して、被保険者債権額が小さくなるように、被保険者の過失割合をより大きく、その損害額をより小さく主張すべきことになる。

他方、保険給付を受けた被保険者が加害者に対して損害賠償請求訴訟を提起することができる②の場合、被保険者の残債権額は被保険者債権額から保険給付額に加害者過失割合を乗じた額（保険者の代位取得分）を控除した額（損害額から保険給付額を控除したうえで加害者過失割合を乗じた額、つまり控除後過失相殺説の額）となるから、被保険者は、その損害額を、保険給付額を超え、より大きく、過失割合をより小さく主張することになり、加害者は、逆の主張をすることになる。

結局、相対説においても、代位求償訴訟における保険者および加害者の立場は、損害賠償請求訴訟における被保険者および加害者の立場と矛盾することにはならない。

（3）差額説の場合

以上に対して、差額説においては、事情が異なる。差額説による場合、被保険者の損害のうち、まず被保険者過失部分の損害を保険給付でてん補し、保険給付額がこれを超過する場合にその超過額の限度で保険者は被保険者債権を代位取得する。

まず、①被保険者の損害額が〇から保険給付額までの額である場合、被保険者の損害は保険給付によって全部てん補され、保険者の代位額は、被保険者債権額となる。したがって、被保険者の過失割合が小さいほど、またその損害額が大きいほど保険者の代位額は大きくなる。損害額が保険給付額以下の場合は、全部保険の場合と同じことで、絶対説・相対説においても同額である。①の場合、被保険者に被保険者債権は残らない。

次に、②被保険者の損害額が、保険給付額を超え、保険給付額を被保険者過失割合で除した額（保険給付額と被保険者過失部分の損害額とが同額である場合）未満の額である場合、保険者の代位額は、保険給付額から被保険者過失部分の損害額を減じた額（保険法二五条一項二号かっこ書の額）となる。したがって、被保険者の過失割合が大きいほど、また損害額が大きいほど、保険者の代位額は減少する。②の場合、被保険者に、損害額から保険給付額を控除した被保険者債権が帰属する。

③被保険者の損害額が保険給付額を被保険者過失割合で除した額以上である場合（保険給付額が被保険者過失部分の損害額以下である場合）、保険者の代位取得はない。③の場合、被保険者に被保険者債権全額が帰属する。

被保険者の過失割合との関係だけについて言えば、①と②の場合において、被保険者の過失割合が小さいほど保険者の代位額は増加し、大きいほど減少するから、保険者は被保険者の過失割合をより小さく、加害者はより大きく主

張することになる。他方、②と③の場合の保険給付を受けた被保険者の加害者に対する損害賠償請求訴訟においては、②の場合の被保険者の残債権額は損害額から保険給付額を控除した額、③の場合の被保険者の残債権額は被保険者債権額であり、③の場合に被保険者はその過失割合をより小さく、加害者はより大きく主張するから、代位求償訴訟における保険者と加害者の立場と、損害賠償請求訴訟における被保険者と加害者の立場とで、矛盾はしないことになる。[23]

これに対して、被保険者の損害額との関係だけについて言えば、①の場合は、損害額が増加すれば、保険者の代位額は〇から保険給付額に加害者過失割合を乗じた額まで単純に増加するが、②の場合は、保険給付額に加害者過失割合を乗じた額から〇まで単純に減少し、③の場合は〇となる。したがって、保険者の代位額が最高額となるのは、損害額が保険給付額と同額の場合であり、代位求償訴訟において、保険給付額と同額の損害額を主張することが保険者にとって最も有利に働き、保険給付額以下のより少ない額か、保険給付額以上のより大きい額を損害額として主張することが加害者にとって有利に働くことになる。[24]設例1において言えば、保険者が損害額を六〇と主張し、その額が裁判所によって損害額と認定されるならば、保険者の代位額は四二となり、最高額となる。加害者が損害額を二〇〇以上と主張し、損害額が一〇〇と認定される場合、前述のとおり、保険者の代位額は三〇であり、損害額が二〇〇以上と認定されるならば、保険者の代位額は〇となる。

他方、②と③の場合の保険給付を受けた被保険者の加害者に対する損害賠償請求訴訟における損害額の主張については、被保険者に帰属する被保険者債権残額は、②の場合は損害額から保険給付額を控除した額であり、③の場合は被保険者債権額であるから、②の場合にしろ③の場合にしろ、被保険者はその損害額をより大きく、加害者はより小さく主張することになる。このように、差額説においては、被保険者の損害額の主張に関して、損害額が保険給付額を超える②の場合、代位求償訴訟における保険者の立場と損害賠償請求訴訟における被保険者の立場とは相対立し、

加害者も、②の場合には、両訴訟が併合されていないとき、代位求償訴訟と損害賠償請求訴訟とで矛盾した主張をせざるをえない立場に置かれることになる。

前述した最高裁平成二四年五月二九日三小判決の事案は、被保険者に人身傷害補償保険金を支払った保険者が、被保険者に代位して、加害者に対し損害賠償を請求したものであるが、この訴訟において、人傷基準差額説を主張する保険者に対して、裁判基準差額説を主張する加害者の方が保険者の主張する被害者の損害額（人傷基準積算額）より多額の損害額を主張して争っている。差額説においては、このような逆転現象が生じうる。

(22) そもそも保険給付額がてん補損害額を超えることはないが、ここでは代位求償訴訟の両当事者による被保険者の損害額の主張の仕方を問題とするので、保険者の被保険者への支払額が当事者の主張する被保険者の損害額を超える場合も考察の対象としている。

(23) 前掲注(2)の文献参照。

(24) ②の場合に限定していないが、前掲注(2)の文献参照。

4 結び

以上、本稿においては、保険者の加害者に対する代位求償訴訟において被保険者の損害額がどのように主張され、認定されるかにより、保険者の代位額がどのように変化するかを考察し、代位求償訴訟における当事者の損害額の主張と、保険給付を受けた被保険者の加害者に対する損害賠償請求訴訟の当事者の主張とを比較してみた。絶対説や相対説（比例配分説）においてはこの間に矛盾はないが、差額説においては、保険契約が実損てん補契約の場合でいう

と、損害額が、保険給付額を超え、保険給付額を被保険者過失割合で除した額未満の額であるとき、保険者の代位額は損害額が大きくなるほど減少する結果、保険給付額を超える損害額の主張に関して保険者と被保険者の利害は対立し、加害者は保険者の代位求償訴訟と被保険者の損害賠償請求訴訟とで相反する主張をせざるをえない立場に置かれるとした。

この結果は、代位求償訴訟におけるその主張の仕方に対する社会的評価を考慮しなければ、保険者にとってはさほど問題になるとは思われない。損害額が保険給付額以下の場合はここで問題とならないから、損害額が保険給付額を超えると推定される場合だけを考えると、保険者は、その場合にも、保険給付額と同額を被保険者の損害額として主張し、その限度での立証に努めればよいだけだからである。[25] 保険給付額の限度で損害額の立証に成功すれば、その結果、保険者は最大額を加害者から回収することができる。難しい判断を強いられるのは、加害者側である。

代位求償訴訟と被保険者・加害者間の訴訟が併合されている場合は、加害者側にも問題はない。この場合、加害者は、保険者に対する債務と被保険者に対する債務とを合わせて被保険者債権額だけの賠償債務を負うにすぎないから、その総額を少なくするために、被保険者の損害額を小さく、その過失割合を大きく主張するだけのことである。損害額の主張に関して利害が対立するのは、この場合、被保険者と保険者の間においてである。そして、保険者は保険給付額の限度で損害額の立証に努め、それを超える額の立証に努めなければならないのは被保険者である。

これに対して、代位求償訴訟のみが提起されている場合、保険給付額と同額を被保険者の損害額として主張する保険者に対して、加害者はどのように争うべきか。保険者の主張する保険給付額相当の損害額が実際の損害額に比して高額であると思われるときは、加害者は、損害額を低く主張して争うことで問題はない（将来生じるかもしれない被保険者との訴訟における主張とも一致する）。問題があるのは、保険者の主張する保険給付額相当の損害額が実際の損

害額より低額であるときである。これを争わなかった場合、後に生じるかもしれない被保険者との訴訟における支払額と合わせて、より多額の支払をしなければならないことになるリスクがある。[26] とはいえ、保険者の代位額のみを考えて保険者の主張額より高額の損害額の主張をすることは、本来被保険者債権額を立証すべき立場にある保険者の主張する損害額を超える損害額を立証しなければならないリスクを負うことになるし、後に被保険者から損害賠償請求訴訟を提起されるリスクを大きくするおそれがある。加害者側としては、軽々にこのような主張をすることもできないであろう。[27]

損害額の主張に関して、裁判基準差額説を前提とする場合の保険者側の対応の難しさが指摘されることがあるが、[28] このように、差額説の下においては、代位求償訴訟において難しい判断を強いられるのは、むしろ加害者側ではないかと思われる。

(25) 千葉地裁平成二一年五月二七日判決（交通民集四二巻三号六七〇頁）において、人身傷害補償保険金の支払いをした原告保険者は支払保険金と同額の損害額を主張し、主張額と同額の損害額が認定されている。被告加害者側は損害額について争っているが、どのような争い方をしたかは不明である。査定損害額が保険金額内の場合、保険者は、通常、このような主張の仕方をすることになるであろう。

(26) 洲崎・前掲注(2)は、この場合の加害者の対処方法として、加害者から被保険者に対して債務不存在確認訴訟を提起したうえで、代位求償訴訟との併合を申し立てることになること、それによって被保険者が訴訟に引き込まれることになるという問題があることを指摘している。被保険者への訴訟告知について、古笛・前掲注(1)二三五頁・二三六頁も、これを問題としている。

(27) 古笛・前掲注(1)二三五頁。

(28) 坂東・前掲注(2)、佐野・前掲注(1)二五一頁・二五二頁。