

請求権代位における対応の原則

対応の原則は差額説を前に敗れるべきか：東京高判平成30・4・25金判1552号51頁が提起した問題を契機として

土 岐 孝 宏

1 はじめに

保険法25条1項に基づき、損害保険にかかわって、保険給付を行った保険者は、保険給付の額を最上限とする当該規定が定める一定の額を限度として、保険事故による損害が生じたことにより被保険者が取得する債権（被保険者債権）を、法律上、当然に取得（代位）する。例えば、保険の目的物である建物が放火され、この火災について保険金を被保険者（被害者）に支払った保険者は、保険法25条1項に基づき、その被保険者（被害者）が放火犯（加害者）に対して有する権利（不法行為に基づく損害賠償請求権）を、法律上当然に取得し、以後、その権利を取得した保険者が、放火犯（事故の加害者）に対し、権利行使する（損害賠償請求を求める）ことができるようになる。反面、被保険者（被害者）は、保険者が保険法25条1項に基づき権利を取得した範囲で、自己が第三者（加害者）に対して有していた権利を失うことになる。

これが請求権代位とよばれる制度である。保険法25条は、一部保険の場合に典型的に表れるように、保険給付の額（80）がてん補損害額（100）に不足するときには、被保険者保護の見地から、被保険者債権（e.g. 60）からその不足額（20）を控除した差額（e.g. 40）についてのみ

2 (2) 請求権代位における対応の原則 (土岐)

保険者は権利取得できるものとの調整 (政策的な考慮) をはさみ、被保険者がその不足額 (20) を加害者から過不足なく回収できる仕組みを整える。その結果、被保険者には、てん補損害についての損害の全般的回収 (保険給付80 + 加害者からの回収20 = 100の回収) が実現する。差額説といわれる仕組みである (25条1項2号かっこ書き)。

さて、この請求権代位 (保険者への権利の移転) をめぐっては、従来、保険者が被保険者の権利を取得する際、上記、差額説による調整ないし保険者の権利取得の制約 (量的な制約) とはまた別の問題として、同じく、保険者による権利取得を制約する原理 (法理) と位置づけられる、「対応 (Kongruenz) の原則」というものが語られてきた。⁽¹⁾

ここにいわれる「対応の原則」とは、ドイツ法において請求権代位の範囲を画するものとして語られている原則であり、その内容としては、「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」という内容の原則であって、わが国ではこれに相当する議論は (当時) なされていないものの、それは、損害保険に自明の原理として暗黙裡に承認され、実務にも顧慮されている原則である、と論じられてきた。⁽²⁾

(1) 洲崎博史「保険代位と利得禁止原則(→)」法学論叢129巻1号9頁 (1991年)。対応の原則をわが国に紹介された、先駆的業績である。また、主に、人身傷害保険における対応の原則について論じるものとして、藤村和夫 = 伊藤文夫 = 高野真人 = 森富義明編『実務交通事故訴訟大系・第3巻・損害と保険』山本哲生「代位論」782頁以下 (ぎょうせい2017年) 参照。

(2) 洲崎・前掲9頁～11頁。山下友信『保険法』553頁 (有斐閣2005年) も、ドイツで対応原則 (kongruenzprinzip) とよばれている原則は、わが国でも妥当するとされていた。

対応の原則について、ドイツの議論を一瞥すると、以下のとおりである。Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 30Afl., 2018, § 86 Rn.13 (Armbrüster) は、ドイツ保険契約法 (VVGと記す) 86条1項1文に基づく請求権移転は、すべての賠償請求権に適用される (生じる) わけでは

例えば、ある事故の被害者（被保険者になる者）のもと、Aという性質の損害（e.g.物そのものの価値の滅失に関わる損害）と、Bという性質の損害（e.g.物が使用できなくなったことによる逸失利益に関わる損害）と、Cという性質の損害（e.g.代替の物を手配するために要した費用にかかわる損害）と、Dという性質の損害（e.g.物が一度傷物になったことでこれを他に販売する際生じうる評価損に関わる損害）とが、発

なく、むしろ、その移転は、関係する保険の保護領域の中にある損害に係る請求権のみを対象とする（対応の原則＝Grundsatz der Kongruenz）、としている。保険者が、その性質上、当該損害保険契約の保護領域の中にある、ある損害項目を填補した場合には移転が問題になる、としている。

Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, 6. Aufl. 2017 Rn. 357も、請求権移転の対象にかかる議論のなかで、保険者によってもたらされる給付と加害者に責任を負わされる給付とは、同じ損害カテゴリー（Schadenkategorie）に属さなければならず、保険給付請求権と損害賠償請求権とは、合同（完全に等しい）[deckungsgleich] でなければならないとし、ここに人々は、対応の原則（Kongruenzprinzip）を語るとする。そして、この対応の原則は、VVG86条1項1文の法文言から明らかになる（生じる）、すなわち、そこにある“soweit”という法文言から明らかになる（生じる）、としている。このように、ドイツでは、対応の原則のもと、保険された危険ないし被保険利益、すなわち保険者がてん補するとしている損害に係るるところの保険契約者の賠償請求権のみが、保険者に移転するものと解されている（Bruck/Möller, *Versicherungsvertragsgesetz*, 9. Aufl., 2010, § 86 Anm. 112 (Voit), Langheid/Rixecker, *Versicherungsvertragsgesetz*, 5. Aufl., 2016, § 86 Rn. 8u. 9 (Langheid)）。したがって、どのような請求権移転が生じるかの問題は、はじめに、保険者がどのような危険をてん補しているのかという検討をして、その基礎のもとに、はじめて回答できるようになる、とされる（Bruck/Möller, a.a.O., § 86 Anm. 112 (Voit)）。

なお、VVG86条1項の法文言は、次のとおりである（翻訳は後述する）。

(1) Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt.

Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden. (注：< = 1項1文の意味>，< = 1項2文の意味>の符号、及び下線は筆者による)。

4 (4) 請求権代位における対応の原則 (土岐)

生しているが、この被害者のもとに引き受けられた損害保険契約が、契約上、Aの性質の損害のみをてん補（補償）することを合意した保険契約であった場合には、保険法25条に基づき、その保険契約上の保険給付を行った保険者に移転する、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権は、そのうち、Aの性質の損害についての損害賠償請求権の部分に限られ、Bの性質の損害およびCの性質の損害についてはDの性質の損害について被保険者が有する損害賠償請求権の部分は、代位（保険者への権利移転）の対象からそもそも外れる、という内容の原則である。この点、差額説の法理が、例えば「Aの性質の損害についての損害賠償請求権」が移転することを前提に、その損害にかかる損害賠償請求権（A賠償請求権）の「量的範囲」如何を調整・制約する原理である（A賠償請求権がどの量の範囲で移転するか？を問題とする）のに対して、対応の原則の法理は、「Aの性質の損害についての損害賠償請求権」が保険者に移転することになるのか、それとも、「Bの性質の損害についての損害賠償請求権」が保険者に移転することになるのか（あるいは、Aに加えて、Bも移転することになるのか）という、移転適格のある「損害賠償請求権」の選別の問題であって（そもそも、A賠償請求権は移転するのか？、B賠償請求権は移転するのか？を問題とする）、いわば、代位が起る「質的な範囲」⁽³⁾如何を調整・制約する原理（質的制約）である。このような理解が、従来、少なくとも、後に検討する東京高裁平成30・4・25金判1552号51頁が出されるまでは、一般的な理解として、あまり疑われてこなかった理解になっていたのではないと思われる。

なお、学説が、ドイツにおける議論を参照し、保険法25条（従来、平成20年改正前商法662条）のもと、その存在を肯定してきた「対応の原則」は、近年には、判例にも承認される法理となり、最高裁平成24・2・20（民集66巻2号742頁）判決は、平成20年改正前商法662条適用事実と

(3) 山下友信 = 永沢徹編著『論点体系保険法1』237～239頁【土岐孝宏】（第一法規、2014年）参照。

して、はじめて対応の原則を意識し、これを適用しての代位範囲の判断を行ったものであり、その後、保険法25条適用事案としての、東京地裁令和2・6・29(金判1602号40頁)判決も、保険法25条は、対応の原則

- (4) 最高裁判所判例解説民事編平成24年度(上)186頁[榎本光宏](2015年法曹会)参照。同事案は、人身傷害保険の代位範囲が争われ、裁判基準損害額がとられるべきことを示した著名事件であるが(人身傷害保険の仕組み、および、人傷基準差額説・裁判基準差額説の詳細については、洲崎博史「対加害者訴訟と対人傷社訴訟 人身傷害補償保険に関する一考察」法学論叢180巻5・6号205頁以下(2017)参照)、対応の原則との関係では、対応の原則の考え方のもと、保険者は、人身傷害保険の被保険者(事故の被害者)が持つ損害金元本の支払請求権を代位取得できるにすぎず、事故から保険金支払いの時点までにそこに発生していた、遅延損害金の支払い請求権には、一切、代位できないとされた。

対応の原則(対応関係の判断)にかかわって、最高裁(法廷意見)は、まず、本件約款には、保険会社が被保険者が身体に傷害を被ることによって被保険者等に生じる損害に対し保険金を支払う旨の条項があるが、その損害の元本に対する遅延損害金を支払う旨の定めはない旨認定する。その上で、「保険金を支払った訴外保険会社は、...これによって填補される損害に係る保険金請求権者の加害者に対する賠償請求権を代位取得」するが、「訴外保険会社がいかなる範囲で保険金請求権者の上記請求権を代位取得するのかは、本件保険契約に適用される本件約款の定めるところによることとなり、「本件約款によれば、上記保険金は、被害者が被る損害の元本を填補するものであり、損害の元本に対する遅延損害金を填補するものではないと解される」から、「そうであれば、上記保険金を支払った訴外保険会社は、その支払時に、上記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。なお、同判決の補足意見(宮川光治補足意見)の中ではあったが、「対応の原則」というものが明示的に語られるに至った。潘阿憲・判批・民商法雑誌147巻1号68頁(2012)、野村修也・判批・ジュリスト1453号112頁(2013年)、山下徹哉・判批・商事法務2106号53頁(2016)、洲崎博史・判批・別冊ジュリスト233号221頁(2017)は、いずれも、対応の原則を根拠とする、上記最高裁の判断に賛成している。ただし、結論に反対する見解もある(中出哲「請求権代位により保険者が取得する権利 保険者は保険給付により被保険者の損害賠償請求権に係る遅延損害金請求権に代位するか」早稲田商学431号929頁以下(2012年)参照)。

を当然の前提にしていると判断し、対応の原則を承認している。⁽⁵⁾

さて、このような状況に前後して、車両保険金を支払った保険者が代位できる範囲が争われた、東京高裁平成30・4・25(金判1552号51頁)判決が登場した(以下、[東京高判]と記す)。この判決については、すでに多くの判例研究(先行研究)があるところ、現時点、報告者の知るかぎり、それらの研究のすべてが、この東京高判に反対している⁽⁶⁾、という意味でも、これは、大変、注目されるべき判決である。

詳細は、次章に委ねるが、この判決のいわんとする要点ないし価値判断、また、それにかかわって学説に提起することになった問題は、次のとおりである。

この判決いわく、差額説の趣旨を前にして、政策論として、対応の原則は敗れるものとなり、差額説の趣旨である「被害者救済の見地」から逆算して対応の原則の側(対応関係の解釈)を調整することが必要とされ、具体的には、これ(対応関係の把握・解釈)を、保険実務一般に理解されているものよりも広く(緩く)捉えなおし、その広くとらえた対応関係の中にあるものの全部の損害を被保険者が回復し、“なお残りが

(5) 製紙会社を被保険者とする利益担保特約付きボイラ保険における保険者の請求権代位の範囲が、保険者と過失によりボイラ事故を引き起こした加害者との間で争われた事案である。ここでも、対応の原則にいう、対応関係が何か(一体としての営業損害が、一体として対応関係を持つのか、それとも、それ(営業損害)を構成している個別要素としての、より細分化されうる逸失利益損害、収益減少防止費用損害の損害項目が、別々に対応関係を持つのか)が争点とされた(結論としては、一体としての営業損害が保険給付との対応関係を持つと判断された)。

(6) 山野嘉朗・判批・損害保険研究81巻1号224頁(2019)、勝野義人・本件判批・共済と保険2019.12号32頁(2019)、山本哲生・判批・私法判例リマークス61号<2020(下)>105頁(2020)、遠山聡・判批・ジュリスト1549号107頁(2020)、山下典孝・判批・判例評論741号157頁(2020)、嶋寺基・商事法務2246号24頁(2020年)。なお、榊素寛・判批・ジュリスト1531号112頁<平成30年度重要判例解説>(2019)も、その文脈から、本判決の結論に反対しているものと解される。

あるところだけ”を保険者に移転させるという法的結論が、差額説の趣旨である「被害者救済の見地」という政策論から、導かれなければならない、とする。

差額説が果たす機能から逆算すると、対応関係をひろくとらえて、そのなかに諸々の損害（AもBもCもDも）を取り込むものとするれば、その諸々の損害（A～D）を全部回収させるために必要な分量の権利を被保険者に残さなければならない（その形の差額計算をする）ことになるので、被保険者に残される権利の量は増え、被保険者は、（保険給付と併せて）諸々の損害（A～D）を全部の回収することができる地位に導かれる（近づくことができる⁽⁷⁾）。

(7) 例として、仮に、Aという性質の損害（e.g. 物そのものの価値の滅失に関わる損害）100と、Bという性質の損害（物が使用できなくなったことによる逸失利益に関わる損害）60とが被害者・被保険者のもとに発生する状況のもと（合計160の損害）、被害者・被保険者にも50%の過失があり（したがって、被害者・被保険者が持つ被保険者債権の額は、Aについて50、Bについて30に制限・限定される）、そこに、保険者から80の保険給付が行われたと仮定する。

この前提・仮定のもと、ここで、80の保険給付をすることになった、そのもとにある保険契約は、A損害のみに保険給付をする内容になっている、というのが保険実務一般の理解であったとする。要するに、対応関係は、Aのみにあるという理解であり、その対応関係の把握・解釈では、A損害に対する100の賠償請求権が代位による移転の対象債権であり、この100（ただし実際、被害者・被保険者にも50%の過失があるので50が移転上限となる）が、保険法25条1項の計算式（調整）にしたがって、保険者に移転する。この場合、A損害についての被保険者債権50から、25条1項2号かつこ書きのいう不足額 $100-80=20$ が控除されることになり、結果、残りの30が保険者に移転し、反面、20は被保険者にとどまる。被保険者は“A損害の全部”を回収することができる（保険給付 $80+20$ ）。他方、B損害については、代位とは関係ないものとして、すべての権利が被保険者にとどまり、30（50%の過失があるので 60×0.5 ）が回収され、ここにA B合計で、130が回収される。

しかし、もし、上記、保険実務一般の理解によらず（これを無視して）、対応関係をひろくとらえて、そのなかに諸々の損害（ここでは、AもBも）

この判決は、これが被害者救済の見地から望ましい結論であるとする。そのため、仮に、保険実務ないし一般の理解として、その保険契約における保険給付は、Aにしか対応関係がない(その契約においててん補されるものとしている損害はAのみである)という認識があったとしても(この場合、Aについての損害を全部回収させるために必要な分量の権利を被保険者に残すことになる)、政策的に、A～D全部に対応関係があるものと解釈して、被保険者に残される権利の量を増やすべきであるという。他方、このような解釈は、その保険契約の保険給付は、A損害に対応しており、A損害にかかわる損害賠償請求権のみが保険者に移転するという、本来そこに理解されていた対応の原則を犠牲に(無視)して、はじめて成立する(すなわち、そもそもBCDは移転の対象にならないものであるから、代位をここに論じることはできない。そうであるなら、当然に代位範囲の計算の因子にも、そのようなBCDを取り込むことなどできないはずである)。

要するに、この判決は、差額説を前に、対応の原則は劣後し、被害者救済の見地を前にして、仮に(後述するように)保険実務一般に理解され疑いなきものとされている対応関係の理解・解釈があるとしても、政策的に、その理解は裁判所により修正されなければならないのであり、この意味において、対応の原則は事実上無視され、骨抜きにされる“べ

を取り込むものとするれば、その対応関係の把握・解釈では、AおよびB損害に対する160の賠償請求権が代位による移転の対象債権であり、この160(ただし実際、被害者・被保険者にも50%の過失があるので80が移転上限となる)が、保険法25条1項の計算式(調整)にしたがって、保険者に移転する。この場合、被保険者債権80から、25条1項2号かっこ書きのいう不足額 $160-80=80$ が控除されることになり、結果、保険者に移転するものはなくなり(ゼロ)、結局、被害者・被保険者が持つ被保険者債権は、Aについて50、Bについて30の合計80の分量で、まるまる被保険者にとどまったままとなり、被保険者は“AおよびB損害の全部”を回収することができる(保険給付 $80+80$)。ここにA B合計で、160が回収される。これを行うべきである、とするのが東京高判の判断の要点である。

きである”，あるいは，差額説を前に対応の原則は敗れる“べきである”，と判断したものである。

実は，このような価値判断は，保険法が，平成20年の法改正において，差額説という価値を採用して請求権代位を規律することになったその当初から，一部の保険実務家より主張されていた価値判断でもあり⁽⁸⁾，今回，東京高判は，その価値判断を採用した，ということが出来る。保険法25条が差額説を採用していること，また，人身傷害保険をめぐる最高裁が裁判基準差額説を採用するものとしたことの趣旨に照らして，対応の原則は被保険者に有利な解決のために，緩やかに解することが必要か，換言すれば，従来の対応原則は，差額説の趣旨ないし「被害者救済の見地」を前に，劣後し，敗れることがあるのか。これが，緩やかな対応の論に与した，平成30年東京高判が提起した問題である。ただし，その価値判断をめぐるのは，先のとおり，学説は，こぞってこの東京高判を批判していることから，その当否について，激しい論争が今なお絶えない状況である。

ところで，対応の原則の母国，ドイツでも，請求権代位制度（ドイツ保険契約法86条）のもとには，被保険者保護という政策的観点から，わが国と同様に，保険者が代位できる範囲を制限する原理としての差額説が採用されている⁽⁹⁾。それでは，ドイツでは，東京高判が提起した問題は，

(8) 上田昌嗣「保険法制定を契機とした『対応原則』に関する一考察」損害保険研究72巻2号107～108頁（2010年）。本稿では，当該先行研究にかかる論稿において主張されているところの論，すなわち，保険法が差額説を採用したことを解釈根拠とし，内容としては，被保険者に有利な結果が生じることを志向し，この結果から逆算して，対応の原則をいわば政策的に柔軟に解していこうとする発想の考え方をもち，「緩やかな対応」原則，ないし，「緩やかな対応の論」と記すこととする。

(9) ドイツ保険契約法86条のもとでは，同条1項2文に規定される割合上の優先権（Quotenvorrecht）と呼ばれる法理の一内容として，保険者が代位できる範囲を制限する法理があるとされ，そこに，わが国に唱えられている差額説と同じ内容の差額説（Differenztheorie）が，判例，学説によ

り承認されている。これを示すものとして、Prölss/Martin,a.a.O., § 86 Rn47 (Armbrüster) に、差額説について、次のような計算例が示されている。それによれば、保険契約者の損害が20000€, 第三者に対する損害賠償請求権が10000€, 保険者の填補が15000€であったと前提を置き、仮に、絶対説によれば、10000€の範囲の第三者に対する損害賠償請求権が移転し、仮に、相対説によれば、10000€の15/20 = 7500€の範囲の第三者に対する損害賠償請求権が移転するが、採用されるべき差額説によれば、5000€の範囲の第三者に対する損害賠償請求権が移転する、とする。そのような保険契約者は、当該保険契約者が保険者からてん補を受けていない範囲(限り)で、その損害賠償請求権の債権者の地位にとどまり、そのように、保険給付と損害賠償とを通して保険契約者の損害が填補されてから、はじめて保険者に出番がまわってくる(差額理論)とする。なお、この計算式の前には、保険契約者の損害が20000€, 第三者に対する損害賠償請求権が10000€とあるので、一部保険や免責金額(例では、その作用によるマイナス分が5000)の存在を要因とする、保険契約者の回収不足の問題のみならず、過失相殺等、被保険者債権を縮減させる事情の存在を要因とする、保険契約者の回収不足の問題も、そこにいう差額説が保護していくべき問題になる、ということを明確に示している。この点は、同様の立場で差額説を理解する、Schimikowski,a.a.O.,Rn.360u.361に示された計算例にも明らかである。Bruck/Möller,a.a.O., § 86 Anm.114 (Voit) も、差額説の内容について、上記見解と同様、第三者に対する賠償請求権の額が、保険給付後に保険契約者に残る損害の額を超える、その程度においてのみ、保険者にその損害賠償請求権が移転するとする。

なお、Prölss/Martin,a.a.O., § 86 Rn48 (Armbrüster) によれば、そのような内容の差額説の適用(差額計算)上、被保険者に回復されるべき損害の概念は、保険者と保険契約者との間の取り決められた保険損害のことであり、それは民法上の損害よりも高く取り決めることができるとする。また、差額説によると、自己負担ないし免責金額の協定、および、一部保険の規律(VVG75)が空転(空文化)し、結果、それが無い保険契約者と同じ保護結果になる、ということが問題になるが、これに対して、Prölss/Martin,a.a.O., § 86 Rn48は、自己負担・免責金額の協定や一部保険の規律は、保険金請求権の縮減に対してのみ通じるものであり、保険契約者が、完全なる、保険契約法的意味での損害の填補をその保険契約者に可能にするという、その契約の外にある利益を、保険者の利益のために放棄するべきである、というような要求は許されない、また、そのような保険者は、支払われた保険料に対応する部分的な給付しか与えていないから、そのよう

な保険者が保険契約者の敵対者になることは許されないとする。これは、一部保険である場合に、一部保険で回復できる(保険)損害の限界点を、また免責金額がある場合に、その控除のもとで回復できる(保険)損害の限界点を、保険契約者が回復できる限界点とみるのではなく、その影響(一部保険、免責金額の合意)がなかったと仮定する(保険)損害の限界点まで、差額説のもと回復させることの正当性を説くものである。そして、このように説く見解(Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn48)は、代位関係において差額説が導かれる根拠ないし正当性について、損害の回復のために保険契約を利用している、というその契約目的に差額説が当然に合致するとして、積極的にその差額説を導き、正当化しようとする立場をとっており、代位というものは保険給付を根拠に発生するが、その保険給付はそもそも被保険者の損害を回復させる目的に行っているのに、それが損害回復を邪魔することなど自己矛盾であって、あってはならないし、有償の対価を払って補償を購入している契約の効果として、そのようなことが起こるはずがないと当事者が考えているという(損害回復に不要なところだけが保険者に移転するという)、その当事者が抱いている契約目的に依拠して、当然に差額説が導かれる、という趣旨の主張をするものとして、大変、興味深い。この点、日本において一般に行われている説明のように、差額説の正当性につき、それは、利得阻止という代位の根拠に矛盾しない考え方である、という説明を与え、いわば、差額説の正当性を消極的に説明することもありうところ(BGHZ, 25, 342. 注16参照)、そのような説明がなされていないことが特筆される。仮に、そのような説明を与えるとしても、上記の述べたPrölss/Martinの見解の中にも唱えられているように、そこに回避されるべき「利得」とは、結局、保険契約上に当事者が合意する内容の損害(保険損害)を超える部分のものとして把握され、それが民法に認められる損害よりも高額に契約上合意された場合にはその合意による保険損害が「利得」の基準になるという解釈が他方にとられるとすれば(それは、現在のドイツ判例・通説の立場である。土岐孝宏「損害保険契約における『利得禁止原則』否定論(2・完)」立命館法学293号327頁以下(2004年)参照)、そのような前提に語られる「利得の阻止」ないし「その利得の阻止と差額説は矛盾しない」という理由付けに、どれほどの強い意味を持たせることができるかは疑問であり、それゆえにそのような説明(差額説の正当化根拠)にどれほどの説得力を与えることができるのかは、疑問である。利得阻止、利得禁止ではなく、損害てん補を維持し、それと矛盾しない、とする説明なら、まだ、理解は可能であるが、いずれにせよ、Prölss/Martinが、利得の阻止ないし利得の禁止という理由から演繹して差額説の

どのように扱われているのか。ドイツでも、差額説がとられる以上、対応の原則は、政策的に調整されるべきであり、被保険者のもとに発生している諸々の損害 (A ~ D) の全部を回復する結果を担保するよう、逆算的に、その内容が解釈上調整されるべきとされているのであろうか、東京高判の判断のように、差額説を前にして、対応の原則は敗れるべきものとされているのであろうか。

本稿は、東京高判が提起した上述の問題提起に、いかに答えるべきなのか、これを明らかにするため、対応の原則の母国、ドイツの判例学説を検討し、わが国の議論に示唆を得ようとするものである。

2 東京高判平成30・4・25金判1552号51頁 (上告審)

議論の前提として、今、あらためて、東京高判の判断を判旨に即して、整理する。

本件は、自動車同士の物損交通事故に関連して、被害車両 (中型貨物：結果的に3割の過失が認定された) 側の自動車保険の保険者 (X) [三井住友海上：甲事件原告] が、被害車両の所有者 (被保険者) に車両保険金を支払ったことを原因として、請求権代位として、被保険者が有する、加害車両 (普通自動車：同7割の過失が認定された) の運転者 (Y) [甲事件被告] に対する民法709条に基づく損害賠償請求権を代位取得したとして、その支払いを求めたことに関連し、この保険者 (X) が被保険者から取得した権利の範囲 (代位の範囲) が争われた事案である。

本件事故により被害車両の所有者が被った損害は、被害車両の修理費用87万8850円 (A損害) 及び休車損害11万7988円 (B損害) の合計99万6838円であった。

車両保険の保険者 (X) は、車両損害保険金として、被害車両の修理

正当性を語らない理由は、実は、そのようなところにあるのかもしれない。

費用87万8850円(A損害)から免責分10万円を控除した額に相当する77万8850円を保険給付として支払っていた。なお、Xは、休車損害特約の類の商品を扱っていない。

ところで、本判決は、本件保険者(X)のもと、保険者が代位できる範囲について、どのような約款規定が存在したのか、その内容を明らかにしていない。しかし、自動車車両保険には、一般に、保険者の代位できる範囲、とりわけ、その限度額について、2つの場合分けをした上で、当社が損害の額の全額を保険金として支払った場合には、「被保険者が取得した債権の全額」が保険者が代位できる額となり、上記以外の場合には、「被保険者が取得した債権の額から、保険金が支払われていない損害の額を差し引いた額」が代位できる(移転する)限度額になる、とする旨の定めが置かれている。⁽¹⁰⁾ 本件保険者(X)は、1審の段階から一貫して、支払保険金の全額である77万8850円に相当する金額の被保険者債権を取得したとして、その金額の支払いをYに求めているが、これは、自己の顧客である被害車両の側が無過失であったという前提に立った上、⁽¹⁰⁾ の場合にあたるものと判断し、修理費用損害(A損害)の100%の金額(無過失の被保険者が取得した債権の額を87万8850円と評価する)から、保険金が支払われていない損害の額(免責金額:10万円)を差し引いて算出した金額であったと考えられる。もっとも、結果的に、裁判所は、被保険者は無過失ではなく、3割の過失があるものと決定したため、保険者の計算の前提は崩れることになったが、主張の段階では、あくまで被保険者は無過失であることを前提に計算をして、支払保険金額の全額について、権利(代位)取得を主張したものと考えられる。

この事実関係のもと、本件の原審(東京地判平成29・10・19金判1552・55頁)は、被害車両の修理費用額87万8850円に3割の過失相殺をした61万5195円から免責分10万円を控除した51万5195円について、保険者は代

(10) 損害保険料率算出機構・自動車保険標準約款・自動車保険普通保険約款 [2021年3月段階のもの・以下に同じ]・基本条項29条1項参照。

位(権利取得)できるとした。判決文中、この計算式の理由は明示していないが、被保険者にも3割の過失があるという前提で、上記、約款の場合のルールに当てはめて、その金額をはじき出したものと推察される。

しかし、東京高判は、次のように判示して、上記、原審の判断を変更した。

なお、以下の判旨には、これまでの本稿の記述ないし東京高判の判断の概要を示した次の図に対応・連動させるべく、筆者による追記があり、下線部分について、筆者が説明の便宜上、補足した符号(A～D, a～d及びz)ないし追加説明を入れている。

「原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 交通事故の被害者が損害保険会社との間で締結した自動車保険契約に基づいて受ける保険給付は、特段の事情がない限り、交通事故によって生じた当該自動車に関する損害賠償請求権全体(A損害～D損害)を対象として支払われるものと解するのが当事者の意思に合致し、被害者の救済の見地からも相当であるから、車両損害保険条項に基づいて支払われた車両損害保険金は、当該交通事故に係る物的損害の全体(A損害～D損害)を填補するものと解するのが相当である。

(2) 本件事故においては、被上人車に係る修理費用87万8850円(A損害)及び休車損害11万7988円(B損害)の合計99万6838円が被上人車に関して被保険者である被上人会社[被害車両(中型貨物)の所有者・保険金請求権者:筆者注]が被った物的損害であるから、被上人三井住友海上[X:筆者注]が支払った保険金はこれらの物的損害の全体(A損害～D損害。本件では、具体的にA損害とB損害)を填補するものというべきである。

(3) そして、本件保険契約の被保険者である被上人会社に本件事故の発生について過失がある場合には、車両損害保険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三井住友海上は、c 被害者について民法上認められる過失相殺前の損害額（以下「裁判基準損害額」という。）が保険金請求権者に確保されるように、a 支払った保険金の額とb 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c 裁判基準損害額を上回るときに限り、d 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（最高裁判所平成24年2月20日第一小法廷判決・民集66巻2号742頁，同平成24年5月29日第三小法廷判決・集民240号261頁参照）。

（4）そうすると、過失相殺がされる場合には、a 被害者に支払われた保険金は、まずz 損害額のうち被害者の過失割合に相当する部分に充当され、その残額が加害者の過失割合に相当する部分に充当されるから（いわゆる裁判基準差額説）、本件において、被上告人三井住友海上が支払った車両保険金77万8850円は、被保険者である被上告人会社が被った過失相殺前の損害額99万6838円の被上告人会社側の過失割合である3割に相当する29万9051円（ $99万6838円 \times 0.3$ ）にまず充当され、これを控除した残額である47万9799円（ $77万8850円 - 29万9051円$ ）が加害者の過失割合に相当する部分に充当されるから、結局のところ、被上告人三井住友海上は、被上告人会社に代位して、上告人Yに対し、47万9799円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めることができるものである」。

以上の東京高判（上告審）の判断を、原審との対比のもと、視覚的にわかりやすくして図に示すと、東京高判は、図1のように対応関係を考えた上、図2の差額計算をしている。

図 1 (東京高裁平成30年判決が認める保険者の代位範囲)

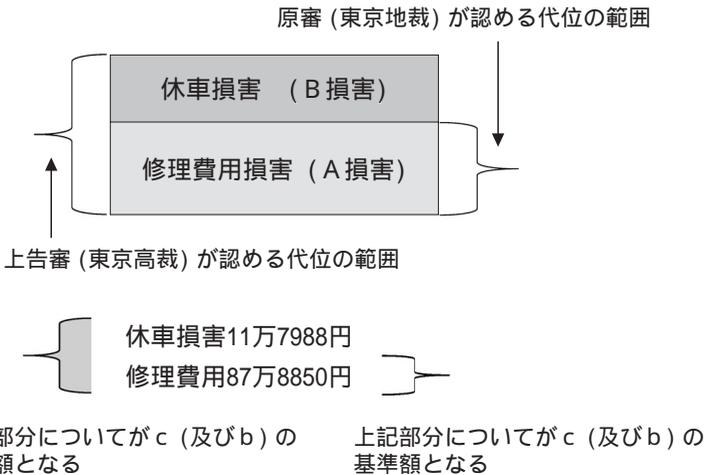


図 2 (東京高裁平成30年判決の裁判差額説)

a 支払った保険金の額	d 保険者が代位できる範囲 (a + b が c を上回る部分)
z (うち, 代位が認められない部分に相当)	z (代位が認められない部分に相当)
b 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 (過失相殺後の修理費用損害および休車損害の合計の損害賠償請求権の額 [元本])	c 裁判基準損害額 (被害者について民法上認められる過失相殺前の損害額 [修理費用損害および休車損害の合計の損害額] [元本])

a 77万8850円 b 69万7787円 (99万6838円 × 0.7) c 99万6838円
 d = a + b - c d = 47万9799円 (保険者が代位できる金額)

なお、東京高判は、判旨の後半部分に平成24年最判の定式を持ち出して、本件にこれをあてはめて判断しており、内容としては、図2のaの部分 = 支払保険金の額 (保険者が代位できる上限の額) のうち、図2の中段に区切った代位が認められない部分 (zの部分) に相当するところ

< 過失相殺の結果、裁判基準損額に届かない部分(すなわちc - bの部分)>に、保険者の代位を認めず、この部分の権利は被保険者に残す、という発想において、平成24年最判と同じ判断をしているが、本件にわざわざこのような定式を持ち出す必要があるかは疑問であり、もっと単純に、上記(存在したと思われる)約款規定を示しながら、本件は の場合にあたるものと位置づけ、その約款に定められた定式にあてはめることで足りたのであり、そのように、「被保険者が取得した債権の額(99万6838円[東京高判の理解による場合]×0.7=69万7787円)から、保険金が支払われていない損害の額(99万6838 - 77万8850 = 21万7988円)を差し引いた額」= (47万9799円)について保険者は代位できる、と判示すれば足りた話である。その意味でも、理解に苦しむ判断がなされている。

さて、この判決の問題点は、すでにすべての先行研究が指摘し、また批判するとおり、対応関係の把握(それは、保険者に移転する権利の内容の把握に直結する)、すなわち、車両保険契約においててん補されるものとして合意されている損害の理解について、従来、疑われることなく保険実務一般に理解されてきたところの解釈(車両保険契約は、修理損害といった、物そのものの価値の滅失に関わる損害(A損害)のみを補償・てん補する保険である)⁽¹¹⁾とは異なる解釈(それは、A損害～D損

(11) 自動車車両保険の約款には、保険者は、「衝突、接触...その他の偶然な事故によって被保険自動車に生じた損害に対して、...保険金を支払います」との規定があり、支払うべき損害の額については、全損の場合には、損害が生じた地および時における「被保険自動車と同一の用途車種・車名・型式・仕様・初度登録年月等で同じ損耗度の自動車の市場販売価格相当額」と定義された被保険自動車の価額<これを保険価額と定義>を支払い、分損の場合には修理費を支払うものとされる(損害保険料率算出機構・自動車保険標準約款・自動車保険普通保険約款・車両条項2条,7条)。

この規定からも明らかのように、車両保険条項(特約を除く)によりてん補するものとされている損害は、(A)被保険自動車それ自体の価値(物価値)に対して生じる損害のみであると解されており、(B)それが営

害の物的損害全部を補償・てん補する保険と解される)を採用した点にあり、代位範囲に直結する対応関係を、その意味で、ねじまげて不自然に解釈した点によせられる。

とくに、東京高判は、そのように、車両保険が保険の対象とする損害が何であるかについて、従来の実務の理解とは異なる理解・解釈をすることの根拠について、そのように解釈することが「当事者の意思に合致し、被害者の救済の見地からも相当である」と説明し、いわば、契約解釈と政策論という二つの観点(理由付け)が、東京高判が採用する理解・解釈の根拠になっていると説明するが、これ以上に具体的な説明を行っていない。契約解釈(当事者意思の解釈)の根拠になるものとして、そのもっとも基本に置かれ、参照されるべきところの約款規定(車両保険金を支払う場合に関する約款規定等)の内容すら、判決文には明示されていない。この判決が引用している平成24最判は、対応の原則にいう対応関係を把握する際には、約款規定に基づいてこれを判断すべきものと判示しているが、その点は同最判のいうことを無視するのである。要するに、契約合意の内容を示す根拠(約款)を提示しないままに、この契約の当事者は、車両保険契約を通じて、保険者が被保険者の物的損害の全部をてん補するという合意を結んでいる、との解釈を示したことは、⁽¹³⁾きわめて問題である。

業車である場合に生じうる休車損害、(C)修理期間の間に生じうるレンタカー等代車費用損害、あるいは(D)修理費用を超えて発生しうる評価損(格落ち損害)については、それらを填補するとの車両保険約款上の規定がなく、車両保険によって填補される損害とは考えられていない(藤村和夫=伊藤文夫=高野真人=森富義明編『実務交通事故訴訟大系(2)』ぎょうせい(2017年)507頁[加瀬幸喜]、『自動車保険の解説』編集委員会『自動車保険の解説2017』保険毎日新聞社(2017年)184~186頁参照)。

(12) 榊・前掲112頁, 山野・前掲205, 207, 217, 222, 224頁, 勝野・前掲32, 34頁注23, 山本・前掲105頁, 遠山・前掲106~107頁, 山下・前掲157頁, 嶋寺・前掲24頁。

(13) 榊・前掲112頁参照。

この問題点は、同時にまた他方において、本判決が、対応関係を上述のようにゆがめて不自然に解釈した根拠が、唯一、「被害者の救済の見地」の観点のみに求められていたことを暗示する。「当事者の意思に合致する(契約解釈)」という理由は、理由の一つとして提示されるも、根拠すら示さないのであれば、とってつけた理由とみられてもしかたない。その一方で、本判決は、平成24年最判を引用し、本件事件の解決にとって必ずしも必要でない裁判基準差額説の定式を判決文に登場させているが、そこまでして主張したかったのは、差額説における被害者救済の見地の精神であり、本件では、もっぱらこの見地(政策論)のみから、対応関係(車両保険において保険される損害)の理解が、その精神をよりよく実現する形に調整された(不自然にねじまげられた)のである。差額説における被害者救済の見地を前に、対応の原則が敗れたのである。

3 ドイツ法

車両保険における対応の原則の適用と差額説との関係性にかかる議論を中心に

ドイツ法について、見ていくこととする。東京高判が扱った問題は、ドイツでは、どのように処理されているか。先に結論を示す。ドイツでは、東京高判が示す価値判断は、判例・通説に採用されていない。むしろ、そのような価値判断は、意識されつつも、排除されている。対応の原則は、差額説を前にして、敗れない。むしろ、対応の原則が、差額説の持つ価値よりも優先する扱いを受けている。

以下、議論の前提として、(1)ドイツ保険契約法86条の規律内容を確認し、(2)リーディングケースとしてのドイツ連邦通常裁判所の判決(BGHZ25,340)をみた上で、(3)学説における、とりわけ、本稿の問題意識に深く関連する、「差額前の対応の原則(Grundsatz “Kongruenz vor Differenz”)」にかかる議論をみていく。

(1) ドイツ保険契約法86条1項1文・2文 (2008年改正前67条1項1文・2文)

ドイツ保険契約法86条は、賠償請求権の移転 (Übergang von Ersatzansprüchen)⁽¹⁴⁾ というタイトルのもと、請求権代位について次のような規定を置いている。

「保険契約者に、第三者に対する損害賠償請求権が帰属する場合、保険者がその損害を填補した限りにおいて、その請求権は保険者に移転する」(1項1文)。

「保険者への請求権の移転は、保険契約者の不利益に主張されてはならない(1項2文)」。

前述のとおり、ドイツにおいては、上記の1項2文(後者)の規定を根拠に、保険契約者保護のための、権利移転の制限の問題としての割合上の優先権(Quotenvorrecht)の法理が語られ、同法理のもとに、保険者によって支払われた保険填補の額と被害を受けた損害の額との差(相違: Unterschied)の程度で、保険契約者は、損害賠償請求権の債権者の地位にとどまることができ、保険者を前にして、自己の満足を得ることができる、という地位が与えられるとする内容の差額説の法理が導きだされる。⁽¹⁵⁾

(14) なお、現行のドイツ保険契約法86条1項1文・2文は、旧法(2008年改正前)67条1項1文・2文に相当する、それと同様の規律であり、新ドイツ保険契約法の制定にあたり、この部分に法改正は行われなかった。Bruck/Möller, a.a.O., § 86 Anm.114 (Voit) は、とくに差額説の理解に変更がないことを強調している。

(15) Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn46 (Armbrüster), Schimikowski, a.a.O., Rn.360, Bruck/Möller, a.a.O., § 86 Anm.114 (Voit)。なお、VVG 86条1項2文の法文言によれば、権利の行使制限が定められているように見えるが、しかし、それ以上の法的効果である、権利移転そのものの制限という効果が、この規定から生じると解されている。これを明確に指摘するものとして、Bruck/Möller, a.a.O., § 86 Anm.114 (Voit)。

(2) ドイツの判例 BGHZ25,340 (Urteil von BGH,30. September 1957)

自動車車両保険において、修理費用をてん補した保険者は、どの範囲で被保険者の権利を取得（代位）できるのか、被害者・被保険者のもとに、修理損害（A損害）と休車損害（B損害）とがあり、被害者・被保険者にその全部の損害の回復が困難なときに、差額説を前にして、保険者の代位できる範囲は制限的に調整されることになるか。ドイツにおける、この問題のリーディングケースは、BGHZ25,340 (Urteil von BGH, 30. September 1957) 判決である。

ここでは、営業用自動車事故にあい、そのもとに休車損害が生じているという、東京高判と同様の事実関係のもと、その営業用自動車に車両保険金を支払った保険者が代位できる範囲如何という、これまた同様の法的論点が争われている。そして、この判決の価値判断は、(3) に述べるとおり、60年以上の歳月を経た今なお、学説の通説に支持されており、ドイツ法の立場を示すものでもある。

この事案は、トレーラーを保険の目的物とする車両保険の保険者（原告）が、保険契約者の事故（トレーラー事故）に対して免責金額を差し引いて車両保険金を支払い、請求権代位に基づき、被害者・保険契約者の加害者に対する権利を取得したとして、加害者（交通安全義務を怠った州）に対し、損害賠償請求をしたところ、被告・加害者（州）が、問題の保険契約者（被害者）のもとではいまだトレーラーのかなりのボリュームの休車損害が填補されておらず、“それゆえに”，自身（加害者）に対する、その損害賠償請求権は保険契約者（被害者）の手元に残されなければならない関係にあり、“そのことを理由に”，今回、原告・保険者には、当該保険契約者の損害賠償請求権は移転していないから、当該、被告・加害者に対する原告・保険者の損害賠償請求（代位求償）には、理由がないと反論し、原告の請求の棄却を求めて争った事案である。

本判決は、この判断をはじめるにあたり、その議論の前提として、差額説を展開する。原審裁判所は、適切にも、差額説 *Differenztheorie* から出発しているとし、そこにいう差額説の具体的内容にも触れ [ss.341 u.342]、事故の被害者は、その被害者の損害と被害者に保険者から支払われた保険金との間の差異 (相違) の程度で、なお当該損害賠償請求権の債権者としてとどまり、保険契約者の損害賠償請求権は、その損害賠償請求権が、支払われた保険給付 (保険填補) との合算において、保険契約者の損害の額を超える、その限りにおいてのみ保険者に移転する、という方向に向かって制限的に解釈されるという (~ は、便宜上、筆者が付した。代位による移転額 = (+) - ⁽¹⁶⁾)。

そして、ここからが、本判決の重要なポイントであるが、上記差額説のもとでは、“保険された危険 < versicherten Gefahr > ないし保険されたりリスク < Risiko > それ (保険された危険) に応じて、問題となる損害が算出・突き止められることになるところの、危険ないしリスクを意味する ” が、出発点とされなければならないという。すなわち、当該保険された危険に関する損害に関係した保険契約者の第三者に対する損害賠償請求権が 保険給付との合計において、その関係する、保険された危険と対応する損害を超過するか否かが、差額計算のもとに問われることになるとする ([s.342])。ここに、差額計算 (差額説の適用)

(16) なお、本件BGHは、差額説の正当性について、保険契約の目的 (Zweck) は、保険契約者にひょっとすると起こるかもしれない損害を、いずれにしても保険金額の程度まで、他からの賠償の可能性に対する考慮なしに填補することにあり、これに関して保険者は、彼がなす保険給付に対応する彼の報酬 (対価) を、すでに保険料という形の中で受領しているから、その事実を鑑みれば、保険契約者が彼の損害の完全なる填補をいまだ受領していない限りで、(賠償請求権の移転という形式において) 保険者にさらなる対価・それ以上の対価を帰属させることの動機・きっかけは存在せず、またそのように解しても、賠償義務の庇護 (いわゆる加害者の免責阻止) と利得の阻止を追い求めるという、通例、代位の目的といわれている考慮にも抵触することはない旨述べている (s.342)。

は、対応損害の枠内で行われなければならないことが判示されている。本判決は、一層、これを明確にするため、その差額計算は、保険契約者に生じた総損害（全部の損害）を基準（ベース）に行われるものでないことを強調し、当該、請求権移転の範囲を画する差額計算のもとで、保険契約者に損害的出来事を通じて加えられた総（全部の）損害（gesamten Schaden）に基準は合わされず、その計算枠組みでは、単に、保険契約者がその保険契約を通して保険した危険（versichertes Risiko）に一致する（相当するadäquat）ところの保険契約者の損害に基準が合わせられることになる旨、判示している [s.343]。そして、そのように解することは、損害的出来事を通じて生じた保険契約者の第三者に対する損害賠償請求権のうちで、その保険契約上に限定された“保険された危険（versicherers Risiko）”に対応する損害に関係する、その部分だけ、（旧）VVG67条にしたがって保険者に移転し得るということ⁽¹⁷⁾に対応（合致）しており、保険保護に含まれていない損害に基づく請求権は、VVG67条の意味における、移転能力のあるもの（請求権：私注）としては、はじめから排除されている、ということに対応（合致）しているという ([s.343])。要するに、ここには、差額説が採用され、差額計算がなされるとしても、その計算のもとに被害回復が実現するのは、あくまで、保険した損害、すなわち、対応損害の全部的回復であり、それ以外の損害も含めて保険契約者に発生した総損害の全部的回復ではない、ということが強調して明確に判示されている。差額説を前にしても、対応の原則は敗れない、という結論がとられている。それどころか、むしろ、対応の原則に整合（対応・合致）するよう差額説が適用されなければならないこと（対応の原則の優位性）が、そこに強調されていること⁽¹⁸⁾が特筆される。

続けて、本判決は、先のとおり、差額説の前に優位性をもって存在し

(17) すなわち、これは対応の原則を意味している。

(18) それは、後述する、差額前の対応、という議論に整合する。

ている対応の原則と差額説は整合的でなければならないということが、差額計算が対応損害の枠組みの中のみで行われることの理由になるとするが、⁽¹⁹⁾更にその形の処理(差額計算)が行われる理由がほかにもあるとし、そのように付け加えられる理由もまた、差額計算が対応損害の枠組みの中のみで行われ、とりわけ総損害の枠組みの中で行われるという処理を排除する理由(正当化根拠)になるとする。

この点、本判決が、とりわけ総損害の枠組みの中で差額計算が行われることを排除する文脈において付け加える理由は2つあり、一つは、要旨、仮に、総損害を差額計算のベースとする差額説を考えるとすれば、そこで保険契約者は実質的に権限のない利益を手に入れることになるが、それが正当ではないという理由、もう一つは、同じく、仮に総損害を差額計算のベースとする差額説を考えるとすれば、保険者のもとでの迅速な事故処理ないし代位権行使を阻害することになり、それが正当でないという理由をあげている。

より具体的に、本判決は、1つ目の理由に関連して、仮に、保険者への請求権移転は、保険契約者が損害をもたらす出来事に由来する、その

(19) ここにBGHが、保険された危険を出発点に据え、その危険に対応する請求権移転が起こるとし、差額説の適用においても、対応の原則と整合的に差額説を適用しなければならない、とすることの趣旨は、結局のところ、法に明文化される対応の原則の適用上、そもそも請求権移転というものが、保険者の保険填補との関係でしか起こらない(対応の原則)という、いわば本質のところでの制限(生来的制限)が加えられているのに、あるうことか、その請求権移転の範囲の計算(差額説の適用)において、保険者に移転しない請求権まで入れて計算するといったことを行うものならば(なお、このような計算は、保険者に移転しないはずの請求権が差額計算のベースに入れられるので、結局、保険者に移転しないはずの請求権が、“にもかかわらず移転することを前提にして”行われている計算というほかない)、それは、生来的にあったはずの制限(対応の原則)を無視する計算方法(対応の原則の空洞化を招く計算方法)というほかならず、前提に置かれた対応の原則との関係で、矛盾以外、何物でもない、という考えに基づくものと思われる。

損害の全部の賠償（填補）を受領していない限りにおいて排除される（生じない）というのであれば、確かに、その保険契約者は、“彼が全体において失ったものを超えるものを受領する”という意味における利得を得るものではないにしても、しかし、そのような保険契約者は、場合によっては、結果において、保険契約者が保険契約を締結しておらず填補を要求することができない損害 その損害は、保険された危険の外側に発生しているので、保険契約者に固有のリスク領域の中にあり、それゆえ、保険契約者が自ら負担しなければならないところの損害 の、ある部分を、当該第三者のもとで回復できるという地位にその身を置くことになるのであって、この場合、その保険契約者には、間接的に、保険契約の締結に基づいて、 保険契約の内容によれば彼には与えられないところの ある利益が生じてしまうが、そのことは正当ではない、という（[ss.343u.344]⁽²⁰⁾）。また、2つ目の理由に関連して、ある一つの損害的出来事が、異なった種類の賠償問題ないし賠償請求権⁽²¹⁾を発動させうる

(20) これは、保険契約を締結していたことにより代位は起こるが、その代位が総損害の枠組みの差額計算とされ、総損害の全般的回復が保険契約者に補償されることになれば、本来、保険をかけていない（非対応）部分であるがゆえに、保険契約者はその部分について自身がすべて自己負担しなければならない（要するに、保険者に負担を帰せしめることができない）はずのところの損害（非対応損害）が、その損害は填補しないものとしていたはずの当該保険者の負担（＝保険者の代位範囲の制限という効果）のもとに、第三者を通じて保険契約者に回収されてしまうことがおこり（これが、先にいう「間接的に」の意味であると思われる）、そのような、いわば、保険者の利益を犠牲に成立する被保険者の損害回収（これが、先にいう、保険契約者の正当化されない「利益」の意味であると考えられる）が、正当でないというようであり、とりわけ、保険者との関係で、正当（公平）な利益ではない、という趣旨の判旨であると考えられる。

(21) そこには、物の損害 < Sachshaden > に対する賠償（請求権：私注）、被害を受けた当該物を使用できなかったことによる収入の逸失 < Verdienstentgang > に対する賠償（請求権：私注）、自分自身の、または、他人の人的損害 < Personenschaden > に対する賠償（請求権：私注）・個々にいえば、治療費用に対する賠償（請求権：私注）・収入（Verdiens）の逸失

こと、また、その被害者が、多数の異なった種類の危険に対して保険を付し、ある一つの損害事故に関して関与しうる多数の保険の種類が存在する場合もありうることを前提に、総損害の枠組みの差額計算を排除して、対応損害の枠組みの差額計算を行うこととすれば、上記のような複雑な状況があっても、保険者が代位できる範囲に関し、ある程度に明瞭な範囲の確定が可能となり、要するに、全部の損害 (Gesamtschadens) に関する調査、確定、そして、将来についての財産喪失の見積もり (さらには他の関係する保険者の給付) も必要とすることなしに、当該請求権移転の問題が、保険の観点から決定可能となり、そのことが、最終的に、損害事故処理の負担を軽減することになるという ([s.344]⁽²²⁾)。

これまでの説示をまとめて、本判決は、請求権移転は、“保険給付に、全部の損害 (総損害) にかかわる損害賠償請求権を加算した額が、損害的出来事に基づく全部の損害 (総損害) の額を超えた場合に”，そのときはじめて生じるものではなく、すでに，“保険給付に、保険契約の目的 (Gegenstand) を構成する危険 (Gefahr) に関係する損害にかかわる損害賠償請求権を加算した額が、保険された危険の内側で被った保険契約者の損害を超える場合に、(そのときにすでに) 生じるもの

に対する賠償 (請求権：私注)・利益 (Gewinn) の逸失に対する賠償 (請求権：私注)、扶養請求権の喪失など、その程度が将来になって初めて確定可能な請求権が例示される。

- (22) 反対に、そうでなく、仮に、総損害の枠組みの差額計算をする場合には、保険契約者の (ありうるであろう部分も含めた) すべての損害についてまず調査してからでないと、保険者の代位範囲は定まらず、保険者としても、代位権の行使ができない、ということになり、手続が簡単に行えず、延々遅延するおそれもあるなど、保険者における損害処理の負担が増大することにつながるが、対応損害 (保険損害) を基準とする対応損害の枠組みの差額計算が行われるとすると、個々の保険者は、自己の保険契約者のもとに、自己が関与する保険損害以外にどのような内容の、またどのような範囲の損害が生じているのかに関係なく、保険給付後、ただちに、代位権を行使できることになり、そこに生まれるメリットは、重要である、という趣旨と解される。

であり、結局、請求権移転の問題について、保険保護に含まれる危険(Risiken)の外側に横たわる、すべての保険契約者の損害は、それに関係する賠償請求権と同じように考慮されない、と結論する([ss. 344u.345])。

以上のように、本判決は、事案の解決にあたり、まず、対応の原則と差額説との関係性(具体的な差額計算のルール)を整理し、これを前提とした次のステップ、すなわち、それでは、本件保険契約(車両保険契約)における対応関係(差額計算の基礎に置かれる保険された損害)は何であったのか、という契約解釈の問題に、その検討を移していく。ここで本判決は、保険契約者(会社)が被ったトレーラーの休車損害が、当該車両保険契約において填補するものとされている損害と同一種類の損害である、ということが、いえるか否かが決定的に重要であると問題提起する。そして、本判決は、この点について、自動車の車両保険契約は、その保険契約が関係する自動車車両の損壊(破壊又は紛失)の危険に対する保険保護(Versicherungsschutz gegen die Gefahren der Beschädigung [Zerstörung oder Verlust])を与えるものであり、当該物の物質・本体(Sachsubstanz)の中にある車両の損壊の危険が、保険された危険を構成し、そして、現実に生じた物の物質・本体の損壊(破壊または紛失)のもとで、保険事故が生じるものであるという。したがって、自動車車両に関する物の物質・本体のもとに発生した損害のみがVVG67条の意味における、その損害を構成するという。それ以外のすべての、損害的出来事の基づく損害は、保険事故の外に横たわり、したがって、上記の代位規定(VVG67条)の意味における損害の外にあるという。自動車に発生した直接的な物の損害だけが、代位規定の意味における損害の中に属し、差額説にしたがって保険契約者に向かい合っ

て被保険者に帰属する“割合上の優先権(Quotenvorrecht)”は、その直接的な物の損害にのみ関連するという。いわゆる物の後続損害(Sachfolgeschaden)、とりわけ、本件で問題とされている使用喪失の損害

(Nutzungsausfall)⁽²³⁾には関係しないとする([ss.345u.346])。このように、自動車車両保険において対応関係を持つ損害は、物そのものの価値の滅失に関わる損害(A損害:筆者注)のみであると判示し、車両保険において填補されべき損害と休車損害との対応関係を否定し、事案の解決として、本件被告(加害者)がした主張 本件被害者(保険契約者)の休車損害(B損害:筆者注)は填補されておらず、そのように被害者(保険契約者)が総損害の全部(A損害とB損害:筆者注)を回収できておらず、この回収に必要な権利を当該(本件)保険契約者に残さなければならないということを理由に、本件の保険者は、本件において、保険金を支払っていたとしても権利を取得できていない状態にある、という主張 を退け、保険契約者の純粋な物損害(reinen Sachschaden)は、保険給付により、すでに填補・回復されているものとして、保険者

(23) いわゆる休車損害である。

(24) なお、学説でも、本判決と同様、ドイツの自動車車両保険において保険された損害(てん補するものとされている損害)、すなわち、その保険給付と対応関係がある損害は、修理損害・滅失損害といった、直接的な物の損害にのみであると解されている。Schimikowski, a.a.O., Rn.357, Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn.14 (Armbrüster)。前掲・Prölss/Martinは、同所において、自動車車両保険では、“直接の”物損害(unmittelbaren Sachschadens)に対する賠償請求権が対応関係を有し、反対に、物の後続損害“Sachfolgeschäden”に対する賠償請求権は、対応関係を有しないとし、これらに関係するところの、使用の喪失や稼得の喪失に基づく賠償請求権(いわゆる休車損害に基づく賠償請求権)、保険料についての不利益に対する損害賠償請求権、レンタカー費用に対する損害賠償請求権、一般的な雑費損害には、対応関係がないとする。また、判例も、使用喪失・稼得喪失損害(いわゆる休車損害)について、BGHZ25,340, VersR1982, 283その他の判決が、保険料についての不利益損害について、BGHZ44,382の判決が、レンタカー費用損害について、BGH, VersR1982, 283判決が、一般雑費損害について、BGH, VersR1982, 283, BGH, VersR1982, 383判決が、それぞれ、対応関係を否定しているとする。ちなみに、この点は、すでに、洲崎・前掲10頁が、ドイツ法における実務処理として、紹介をされていた部分であるが、現在においても、その議論が変更されることなく、維持されていることがわかる。

の代位請求を認容する判断を下した。

(3) ドイツの学説（差額前の対応の原則の議論を中心に）

紙幅の関係上、本稿の問題意識に重要な議論のみ簡潔に示したい。それは、上記、ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) の判決にも一部表れていた議論であるが、差額説を前にした対応の原則の適用のあり方、ないし、差額説と対応の原則の優劣関係に係る議論としての「差額前の対応の原則 (Grundsatz “Kongruenz vor Differenz”）」と呼ばれる法理にかかわる議論である。

Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn.50 は、差額説は、“差額前の対応 (Kongruenz vor Differenz)” の原則を通じて、保険契約者に対して制限されたものになるとする (また、そのことは前出の BGHZ25,340 のほか多数の判例において承認されているとする)。ここにいう差額前の対応の原則は、厳密に言えば、いうまでもなく、すでに差額説の中に取り込まれているものであり、結果、保険契約者の割合上の優先権は、その性質上、当該保険契約の保護領域の中にある損害に対してのみ、関係することになるという (Rn.50⁽²⁵⁾)。すなわち、損害が、対応する損害と

(25) なお、Bruck/Möller, a.a.O., § 86 Anm.115u.117 (Voit) も、差額前の対応という言葉は使わないものの、本文における Prölss/Martin と同じことを述べている。それによると、差額説の形整・企画構成 (Ausgestaltung) のもとで、かつて、保険契約者に発生したが、しかし保険者からてん補されていないそのすべての損害 (sämtlich Schaden) を、請求権移転から減額する結果を導くべきかが争われたが、判例はそのことを否定・拒絶し、保険契約者が計算の項目として差し入れることが許される損害を、いわゆる対応損害に限定することとしたとし (Anm.115)、差額説による優先 (割合上の優先権の意味) は、対応する損害に限定されるとした上で、過失相殺がされる事故のもと、車両損害とともに労働不能による収入喪失損害が発生し、この収入喪失損害に過失相殺ゆえの未回収部分が発生している状況のもと、車両損害分が全額、車両保険でてん補された例

対応しない損害とから構成される場合、差額理論にしたがい、対応する損害の填補のために残される保険契約者の請求権が、非対応損害のてん補のために彼に残される賠償請求権と合計して当該損害の完全なてん補を達成するため保険契約者が必要とする、その金額の分だけ増加する、ということはないとし、明示の引用はないが、前出のBGHZ25,340の判旨と全く同様に、請求権移転は、保険給付と賠償請求権との合計額が全損害（すべての損害）の額を超える、その場合にあってはじめて生じるわけではなく、保険給付に賠償請求権のうちの対応する賠償請求権部分を加えた当該合計額が、当該対応する損害の額を超える、その場合に、すでに生じることになるとする (Rn.51)。

これは、前出 (2) のBGHZ25,340 [344u.345] の具体例が示しているとおり、端的に、差額説ないし代位範囲の差額計算は、対応する損害と対応しない損害との“総（全部の）損害”の全体的回収のために機能しないことを意味する。あくまで、差額説（による保険契約者保護）の射程は、対応する損害の全体的回収という枠内に限られており、差額計算は、対応する損害の枠内でのみ行われ、対応する損害の全体的回復というものが、保険契約者の優先権（差額説）において補償される内容である、とする考え方である。「差額前の対応（“Kongruenz vor Differenz”）」という概念は、結局、差額計算の前に（vor）、あるいは、差額計算に優先して（vor）、対応の原則（Kongruenz）を適用する、という意味に使われているものと解される。⁽²⁶⁾

（車両損害にかかる請求権が保険者に移転する局面）をあげて、収入喪失損害は、車両保険の中で保険された物の利益に関係がない損害（対応する損害ではない損害）であるとし、したがって、その収入喪失損害（とりわけ未回収損害）の存在は、物損害（の全部）を填補した保険者の請求権移転に異議を唱えることはできないとし、対応しない損害の領域での未回収損害の存在によって、保険者の代位範囲が制限されることはない旨、述べている。

(26) なお、Bruck/Möller, a.a.O., § 86 Anm.113 (Voit) は、対応の原則は、

Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn.52 (Armbrüster) には、上記の法理(差額前の対応の原則による、差額説の制限)が、計算例をもって示されている。本稿の関心の核心部分であるので、ここに紹介すると、その計算例の前提に、20000€の(全)損害、そのうち、対応する損害が15000€、第三者に対する損害賠償請求権は10000€(過失相殺割合50%)、保険者の填補は13000€とする前提(仮定)が置かれ、この場合、保険契約者には、対応する損害分として2000€(15000 - 13000)の請求権が残され(これは、対応する損害の枠内での差額計算である)、他方、対応しない損害分としては2500€の請求権が保険契約者に残され(これは対応しない損害5000€について、過失相殺後請求できる上限金額 < 50%減額後の金額 > である)、その一方で、保険者の側には(対応する損害の被保険者債権のうち：筆者注) 5500€の請求権が移転することになる、という。

この計算例を若干補足すると、その前提における対応損害と対応しない損害との発生割合は、3 : 1⁽²⁷⁾であるので、(過失相殺後の第三者に請求可能な) 第三者に対する損害賠償請求権10000€も、その内側では対応損害分と対応しない損害分とに3 : 1で分解され、7500 : 2500に分解される。第三者に対する被保険者債権のうち、対応損害に割り当てられる7500の分量が、保険契約者2000と保険者5500に分け合われたということであるが、このような結論は、対応する損害15000の全部的回復(決して、総損害20000の全部的回復ではない)に必要な請求権を保険契約者に残す、という対応損害の枠内のみに行われる差額計算から導かれている。

その結果、当然のことであるが、この事例において、保険契約者に発

計算項目の決定のみの問題であるとする。そのように、対応の原則と差額説は、区別される法理であり、対応の原則が差額計算の計算項目の決定という機能を超えて何等か差額説に影響を及ぼすような法理ではない旨、示唆する。

(27) 全損害20000のうち、対応損害が15000とされているため、15000 : 5000で、3 : 1となる。

生じた全損害20000の全般的回復は実現しない、という結論も、特筆される結論である。この保険契約者は、保険給付13000、対応損害にかかる、保険者に移転しなかった第三者に対する賠償請求権2000 (優先権)、そして対応しない損害について50%過失相殺がなされて第三者に請求可能な2500との、合計17500のみ、回収することができるにとどまる。⁽²⁸⁾

このように、差額前の対応の原則の法理が承認されることで、保険契約者に生じた (対応, 非対応) すべての損害の全部を回収させるものとして差額説を機能させることは否定されている。そのような結果は、割合上の優先権の不機能・拒絶 (Erwägung) とも表現される (同・Rn.53)⁽²⁹⁾。

(28) そのほか、Langheid/Rixecker, a.a.O., § 86 Rn.45 (Langheid) も、支配的見解および判例が「差額前の対応の原則」を承認しているとし、保険契約者の優先権は、対応する損害についてのみ関連づけられ、したがって、仮に保険契約者の損害賠償請求権が、対応するてん補部分と対応しないてん補部分とから構成される場合には、保険契約者の優先権は、対応する損害にのみ関連づけられるとする。その結果、保険契約者の民法上の損害賠償請求権が、過失相殺を理由に縮減される場合、保険契約者は、「差額前の対応の原則」を根拠に、彼の損害の完全な穴埋めをするもの (量) を受け取ることがない、と述べて、本文に示したPrölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn.52 (Armbrüster) の計算と同種の計算例を例示する。

(29) Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn.53 (Armbrüster) は、この割合上の優先権の不機能・拒絶について、それは、対応しない損害は保険者には関係がない、とする考慮に基づいている、と説明している。ここには、いくつかの意味が含まれうるものと思われるが、対応しない損害 (に関する賠償請求権) というものは、対応の原則上、そもそも移転しないものであるから、移転しないもの (保険者が代位の関係をもたないもの) に優先権云々の問題はそもそも生じないはずであり、その意味 (考慮) により、すなわち、対応の原則そのものの考慮に基づいて、このような不機能・拒絶が生じているという説明が、その中心にこよう。

なお、Langheid/Rixecker, a.a.O., § 86 Rn.45 (Langheid) は、対応しない損害にかかる、保険契約者の過失相殺減額分の額の分量だけ、保険契約者の優先権を減らすことを、支配的見解ないし判例は許し、認めている、と表現している。

(4) ドイツ法のまとめ

以上、ドイツの判例・通説が承認する「差額前の対応の原則」の法理は、東京高判が採用した価値判断とは、正反対の法理である。

ドイツでは、わが国同様、差額説が採用されているが、差額説があるからその趣旨に基づいて、本来は対応しないところの損害部分も含めて保険契約者に発生した全損害を回収させるべきであり、その実現を可能とする差額計算が対応の原則の政策的調整（後退）のもとに行わなければならない、というような考え方はとられていない。むしろ、反対に、対応の原則の先立っての遵守こそ重要であり、差額説があるといっても、差額説を前にして対応の原則のほうが優先し、その差額前の対応の原則という法理が、いわば差額説の内在的制約になっている（対応しない損害の範囲に対する保険契約者の優先権の拒絶）として、そのような考え方を“意識しながらも排除する議論が行われている。今なおリーディング・ケースとして現在の学説にも支持されている、先のドイツ連邦通常裁判所の判決は、そのように意識的に排除する理由についても明示しており、もし、差額説を全体損害の回収のために機能させるとすると、保険契約者が本来自己で負担するべき「保険をかけていない領域での損害の回復」という問題に関し、いわれのない利益を保険契約者に与えることとなり、それが適当でないこと、また、保険者の代位にかかる実務処理を実行困難にしうることが、挙げられていた。

そのように、ドイツでは、差額説を前にして、対応の原則は敗れない、また、敗れてはならないもの、と位置づけられている。また、前提として、自動車の車両保険契約がてん補するものとしている損害の理解（車両保険契約における対応する損害の理解）についても、東京高判のような不自然な解釈は採用されていない。

4 おわりに

本稿の検討を通して、差額説(被害者救済の見地)を前に対応の原則が敗れるべきであるという、東京高判の考え方ないしこれが採用する法価値は、日本の学説からの支持がほぼ皆無である上、問題解決のヒントを得るため比較法として参照した対応の原則の母国、ドイツの判例・学説からも、明確に否定され排除されている考え方であることが分かった。

私見も、東京高判には、全面的に反対する。東京高判が示し採用する法価値には、いかなる意味においても、従うことができない。

そのように、東京高判には従えないとする結論は、すでに本稿に紹介したドイツ連邦通常裁判所の判決文の中にも示された、その考え方を意識しながらも排除する理由(いわれのない利益を保険契約者に与えることは適切でなく、保険者の代位にかかる実務に困難を与えうる)に依拠することでも、十分、支持される結論となろう。

保険者が代位することができる範囲の解釈において、被保険者が権利取得できる範囲(被保険者に残される権利の範囲)を政策的に調整その範囲を広げることは、反射的に保険者の代位できる範囲をその分狭めるといふ、保険者の利益の犠牲の上に、はじめて実現する。しかし、なぜ、保険にかけていない部分の損害(対応しない損害)の全部的な回復の必要性という、専ら被保険者が責任を持ってしかるべき被保険者側の個人的な事情ゆえに、そのように、他方の契約当事者である保険者が代位取得によって得られるはずであったところの自己の権利分を奪われてしまうことになるのか。代位は保険者の権利であり、保険者はその代位による権利取得を計算に入れて保険収支を成り立たせることで、自己の利益を維持している面がある。この点、保険者は保険料を得ているから保険契約者に劣後してしかるべきである、ということも合理的理由にならない。なぜなら、保険者が保険料をもらっているのは、あくまで、填補すべきとする損害、すなわち、対応する損害の範囲(その填補に必要な

な部分)に限られており、反対に、保険者は、対応しない損害の範囲についてはそれを補償・てん補するための対価(保険料)など、もともと得ていないからである。すなわち、確かに、対応する損害をてん補する問題関係では、保険者は保険料を得ているので保険契約者に劣後してしかるべきである、ということはいえても(まさに、それが差額説を正当化するロジックになりうる)、対応しない損害の、被保険者・被害者のもとでのその穴埋めに関する問題関係では、もともと、保険者は、被保険者から何らの対価も得ていないわけであるから、その全部の穴埋め(被保険者におけるその非対応損害の全般的回復)のために必要な範囲で、保険者が自己の権利分を奪われ、これを制限される理由は対価関係の観点からも存在しない、といわなければならない。保険をかけていない損害をその者(被害者)が回収できるかどうかは、保険をはなれて考察するのが基本である。それは、純粹に不法行為法の世界の問題であり、保険されていない損害部分について、その被害者に過失があってその分の回復が当該被害者にできないのは、不法行為法上の問題処理としては、当然の結果である。この部分に、たまたま部分的に関連性をもって存在していた保険契約の保険者が、対価関係すらないのに、自己犠牲をはらう形で、その被害者の救済のために自己の権利を(保険法の理論を通じて)奪われる、という不利益を課されることについては、相当に説得的な理由を必要としよう。少なくとも、「緩やかな対応論」やそれに与する東京高判がいう「被害者救済の見地から相当である」という抽象論では、到底、説明として足りていない。

対価関係も含めたこのような事情にかかわらず、保険契約者に、対応の原則を無視して、対応しない損害も含めた損害の全般的回復という利益を与えることは、先に検討したドイツ判例が指摘しているとおり、いわれない利益を保険契約者に与えるものであって、またその反面に保険者の利益がいわれなく侵害されることを踏まえると、それが契約当事者間に衡平な処理とは言い難く、正当はでない、という評価が与えられ

てしかるべきである。東京高判は、被害者救済の見地という理由で、被保険者の側に利益を与えようとするが、他方、上述のとおり、対価関係上、何ら、自己犠牲を強いられる理由などない保険者がその反面において自己の権利をはく奪・制限される理由は、何ら述べられていない。そのように、他方に保険者から権利をはく奪する理由やその正当性についての説明を行わず、被害者救済の見地という一事をもって、実質的に、契約当事者における権利取得の分岐点をいじる行為（代位範囲を調整する行為）は、単なる感情論と言わざるを得ず、合理的説明どころか説明すら欠くところの一方の利益への肩入れ行為であって、衡平な議論ではない。もし、先に検討したドイツ判例が、今回の東京高判に接したとすれば、いわれない利益、正当でない利益を保険契約者に与えた判決である、と評価することになる。

もっとも、形式的な議論をする場合、東京高判は、対応の原則を形の上では守っている。それにもかかわらず、先行研究の論者の誰しもが、東京高判が、対応の原則を顧慮していないとしているのは、東京高判は、従来、疑いなく理解されてきたところの車両保険における対応関係の内容を、約款上の根拠すら提示しないままに、契約者意思という名のもとその煙にまいて、政策的に、従来とは別の内容にこれを解釈（再構成）し、そのように、不自然な対応関係を創造して、それを遵守したに過ぎないからであり、要するに、形だけ、対応関係を遵守しているかのように取り繕っているに過ぎないからである。東京高判は、そのように、形の上では、対応の原則を顧慮しているような体裁をとりながら、実質的には、対応の原則を骨抜きにし、これを無視したのであり、そのことを通じて、対応しない（はずの）損害（具体的には休車損害）も含める全損害額を計算基礎とし、その全部的回復が生じるように、差額説を機能させたのである。それゆえ、この判決は、その形式にかかわらず、実質において対応の原則を無視し、保険契約者に、対応しない（はずの）損害も含めた損害の全部的回復という不当な利益を与えた判決である、と

評価しなければならないのである。

なお、先に検討したドイツ判例は、対応する損害と対応しない損害とを区別して、対応する損害の枠組の中で(のみ)差額計算をして保険者の代位範囲を決定することの(損害処理にかかる)実務的重要性も指摘していた。それは、反対に、両者の垣根を崩し、解釈によってこれを流動させることが実務的に問題を生じさせることを裏側に指摘するものであるが、仮に、被害者の救済という一事をもって、対応する損害も対応しない損害もまとめて差額説の計算基礎とし、保険者の代位範囲を決定することとなれば、保険者は、先に見た、代位できる範囲のいわれなき縮小という不利益のほか、代位求償にかかる損害処理の実務上、求償処理が円滑に進まない、という不利益まで受ける。まさに、ドイツ判例として検討した事件(BGHZ25,340)において、保険者から代位権を行使された加害者が実際にその訴訟で主張したように、加害者のほうからは、とりあえず、他にも被保険者には諸々損害が“ありうる”から、本訴訟における、保険者の代位主張の額には根拠がない、と(訴訟戦略的には、常に)争われてしまう構造となり、求償処理が延々進まない、ということになることは、そのような他国の判例が教訓として教えている。

さて、いずれにしても、東京高判は、「対応の原則」ひいてはその前提にある「てん補されるべき損害」についての解釈を柔軟に行うものとする姿勢を示した。そのことが、今回、対応の原則の(事実上の)無視という結果につながったわけであるが、しかし、そのような解釈姿勢それ自体が、大きな問題をはらんでいること、したがって、その点にまず批判が向けられなければならないことも指摘しておきたい。

「対応の原則」ひいてはその前提にある「てん補されるべき損害」についての内容は、解釈を通して、柔軟にその内容を変えてよい、という性質のものではない。それらは、むしろ、厳格に解釈されるべきであり、ご都合主義的な小手先の解釈において柔軟に崩されるようなことがあってはならないものである。なぜなら、まず、「てん補されるべき損害」

とは、保険者の主たる義務にかかわるものとして、保険契約上、もっとも重要な概念であり、その義務の履行に必要な対価が確率計算によって定められているというように、それは技術的な裏付けによっても支えられ、また支えられなければならない概念である。今回、東京高判は、差額説の適用との関係（その文脈において）において⁽³⁰⁾、休車損害も車両保険において「てん補されるべき損害」と解することが被害者救済の見地から相当であるとしたが、そのような代位ひいては差額説適用の局面ではなく、被保険者がする保険金請求本体の局面において、被保険者が、自己の保険者に、車両保険契約に基づき、休車損害を請求した場合⁽³¹⁾にも、東京高判は、それは「てん補されるべき損害」であるという同じ理由で、請求を認容するつもりであろうか。この場合、仮に、被保険者の当該保険金請求を認容しなければ、論旨は矛盾というべきであるし（代位の局面だけ、休車損害は「てん補されるべき損害」に含まれるとされるのは恣意的な解釈と言わざるを得ない）、反対に、仮に、当該保険金請求を認容する意図が東京高判にあるとすれば、それはそれで、保険料計算の

(30) 本件上告の構図を見れば、原審がしたX損害保険会社が代位できる範囲の判断（甲事件）を争って上告し、上告審の法律判断を仰いでいるのは、X損保の被保険者（中型貨物の所有者）ではない、普通自動車側の所有者であり（すなわち、X損保に車両保険金を請求する立場に立てる者ではない者）、また、不服（上告）の内容も、X損保が中型貨物側を代位できる範囲（反射的に、普通自動車側が代位求償される範囲）についてのものであることに鑑みると、それに返答した上告審の法律判断にいう、「被害者の救済」の内容は、車両保険金を請求する局面における「被害者の救済」という内容（被害者＝被保険者は、どのような損害まで、車両保険金請求ができると考えるべきか）を持ちえず、代位の局面における「被害者の救済」という内容をもっていたことが明らかである。そのことは、本件上告審が、同じく、代位の局面における被害者の救済の実を持つ、裁判基準差額説を、人身傷害保険と車両保険との相違ということも考えずに（その意味で、無理やりともいえる）引用をしている事実からも、裏付けられる。

(31) 休車損害特約がない保険において、かつ、保険金額の範囲内で請求したという想定である。

基礎を破壊する給付を認める判断として、大問題である。そのように、「てん補されるべき損害」の解釈は、保険者の主たる義務の内容の解釈に直結するものであり、保険者と保険契約者との合意内容に沿わない内容、少なくとも保険者が意図しない内容にこれが変容させられた場合には、本体保険給付の局面における、大きな混乱の原因となるから、解釈を通して、柔軟にその内容を変えてよい、という性質のものではないといわなければならない。

また、上記、「てん補されるべき損害」の概念に接続している、「対応の原則」それ自体も、保険代位という、ある意味特殊な法律関係の根拠にもかかわる、普遍的な法価値（正義・衡平）を表現し、またそれを実践するもの（原則）と位置づけられる。それゆえ、対応の原則を軽視、無視することは、それに体现されている法価値を軽視、無視することにほかならず、対応の原則を柔軟に解釈・運用することは、この原則によって維持されているところの普遍的な法価値をなし崩し的に放棄することを意味する。この意味で、対応の原則それ自体も、解釈を通して、柔軟にその内容を変えてもよい、という性質のものではないといわなければならない。

対応の原則に含まれている、無視されるべきでない普遍的な法価値とは、正義・衡平の理念である。これらの理念に支えられた対応の原則は、実は、保険代位という特殊な法律関係のもと、保険者の権利取得の正当化根拠を示す原則であるといえる。本稿に検討したドイツの学説は、対応しない損害は保険者には関係がない、という、対応の原則とほとんど同義の理由で、差額説を前にしても対応の原則が敗れず、その遵守・徹底を図ることを論じていたが、今一度、その意味するところを考えると、それは対応しない損害についての保険契約者の権利を保険者が取得することを⁽³²⁾正当化する理由が（何ら）ない、ということを含意している。

(32) なお、差額計算の基礎に対応しない損害を計算項目として入れる（含める）ためには、その理論的前提として、対応しない損害に係る賠償請求権

すなわち、対応の原則を議論しているのは保険代位という法律関係のもとにおいてであるが、この保険代位とは、元来、他人（保険契約者）のものである権利を、別の者（保険者）が取得することを内容とする法律関係であり、そのように、保険者は、保険法の規定に基づき、保険給付を契機として、他人（保険契約者）の権利を取得し奪っていくことができるわけであるが、元来これは他人（保険契約者）の権利であるという点⁽³³⁾が、その考察にあたって重要な点であり、その出発点に鑑みると、他人が権利を奪っていくこと（とりわけ保険者がそれ取得できること）を正当化する事情が絶対に必要であり、それは、結局、保険者がその部分の穴埋めをした（権利を奪う者が奪われる者に対し、それに代わる利益を与えた）、ということに求めざるを得ないこととなる。すなわち、

も保険者が取得していることを前提にしなければならない。

- (33) ドイツ法をはなれるが、英米法における、代位（残存物代位、請求権代位を含む）の存在根拠は、衡平ないし自然的正義の観念に求められ、これらを代位の根拠と見て、被保険者の損害を全面的に填補した者<保険者>には、被保険者が持っている物ないし権利を得させるのが衡平ないし正義であるとする議論が展開されている。そこには、代位は、そのように損害を全面的に填補した保険者の利益のために行われる制度である、という発想もある。中出哲『残存物代位について』損害保険研究58巻4号（1997年）154, 169, 187, 196頁、桜沢隆哉「請求権代位の根拠とその適用基準 アメリカ法を参考にして」損害保険研究79巻2号（2017年）76-78頁参照。英米法における代位は、法律上の当然の権利移転ではない（債権自体は被保険者にとどまり、訴権も被保険者に残り、保険者への移転には譲渡が必要である）、という点で日本法やドイツ法との相違があるが、例えば、イギリス法においては、その仕組みのなかで、保険者は、被保険者が第三者から回収した金銭が保険者が損害を填補をした対象たる損害を減じるものであれば、それ取得すること（＝その引き渡しを被保険者に求めることの意味と考えられる）が認められ、訴権が残される被保険者が自ら、または保険者がその被保険者の名義において回収した金銭を、被保険者と保険者との間で、そのような関係性に沿って分配することが行われる、というように、被保険者の損害回復に保険者が寄与したならば、その範囲の利益の保持を保険者に認め、そのような形で被保険者と保険者との間に利益を分配していく、という価値に基づく仕組みである（中出哲「請求権代

保険者が関与した範囲でしかその正当化事情は得られないということである。ここに保険者が関与したということの意味は、保険者が保険給付を行ったという意味になるが(保険法25条1項柱書, 保険法24条参照), 保険者の保険給付は, そもそも, 「対応する損害」にしか与えられないものである。保険者が関与しない部分, すなわち, 「対応しない損害」の部分について, 何ら関与していない者(保険者)が他人(保険契約者)の権利を奪ってくる根拠など, どこにも存在しないと云わざるを得ない。英米法的にいうと, それは衡平に反する, ということになる。対応の原則は, そのように保険者による代位を正当化するに際して, 代位の範囲を正当化される範囲の中に限定するという役割を果たしている。⁽³⁴⁾ 対応

位により保険者が取得する権利 保険者は保険給付により被保険者の損害賠償請求権に係る遅延損害金請求権に代位するか」早稲田商学431号929頁以下, 950頁参照)。そのように, 英米法でも, 本文と同じ意味での権利取得の正当性が, 代位制度の中に組み込まれているようであり, それが代位の本質的要素になっているようである。なお, このような契約当事者の衡平に基づく権利の分配の議論は, 結局のところ, 保険者がてん補した範囲でそのてん補した保険者が被保険者の権利を取得していくことができる, という議論であるから, ドイツ法にいわゆる対応の原則にかかる議論(保険契約に関係のないところ<保険者がてん補しようがないところ>に代位はおこらない)にも通じる, それと同種の議論であろう。

- (34) ところで, わが国の最近の裁判例には, 「保険法25条1項…の法文上は, 対応原則につき明示的に規定されていないものの, 被保険者が, 保険契約において填補の対象とされている損害につき保険給付を受けたのであれば, これに対応する被保険者債権を保険者に移転することは, 被保険者の利得禁止の原則にかなうものであること「によれば, 保険法25条1項所定の保険代位制度は, 対応原則…を当然の前提としているといえる」と判示して, 利得禁止の原則から対応の原則を導こうとするものが現れている(東京地判令和2・6・29金判1602号10頁(注5参照)), 筆者の知る限りではあるが, 本稿のために検討したドイツ法の議論では, そのように, 利得禁止という観点から対応の原則が導かれる, という議論には出会えなかったところであり, 少なくとも, そのような根拠の説明がなされるのが一般的であるとはいえない状況がある(Bruck/Möller, a.a.O., § 86 Anm. 113-118 (Voit), Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn13-20u.45-56 (Armbrüst-

の原則を無視し、その内容を崩すこと、とりわけ、代位の局面のみにおいて、本来、対応しないはずの損害にも対応関係があるものと解釈し、対応しないはずのところまで対応関係を広げようとする事(東京高判)は、(その権利取得の前提として、保険者が、実際、その広げたとところに保険給付を行ってないのであれば、すなわち、代位の局面のみの解釈として、差額説を意識し、対応関係を広げるのであれば)、保険代位の基礎にある正義・衡平の理念(権利を奪う者が奪われる者に対し、それに代わる利益を与えたから、権利を取得できる)に反し、保険者が、他人(被保険者)の権利を、何の根拠もなく、すなわち、正当性なく奪っていくことを認めるのに等しい。これはいうまでもなく、あってはならないことであり、認められる論ではないが、東京高判の緩やかな対応論は、そのように認められない論に接続する議論である。それは、保険代位制度の根拠にもかかわって横たわる普遍的な法価値(正義・衡平)に対する許されざる挑戦であろう。そのように、「対応の原則」は、保険

er), Schimikowski, a.a.O., Rn.351-369, Langheid/Rixecker, a.a.O., § 86 Rn8-11 (Langheid) 参照)。反対に、対応の原則の根拠を正面から論じる議論も少ないものの、本文のように、対応しない損害は保険契約とは関係がない(Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rn53 (Armbrüster)) といった説明や、請求権移転の問題は、はじめから、保険者によって填補された損害にしか問題にならず、対応しない損害は保険された損害に関係しない、といったような説明(Bruck/Möller, a.a.O., § 86 Anm.116-117 (Voit)) が、対応の原則との関係において語られている。これら、ドイツ法や英米法における議論も参考に、対応の原則の根拠を考えると、対応の原則の根拠は、利得禁止のようなものにあるのではなく、もっとシンプルなものであるというべきである。対応の原則の根拠は、保険契約に関係しない(保険者による填補がなされ得ない)他人(被保険者)の権利を、その保険契約に基づいて他人(保険者)が奪うことなどできない(それは保険契約当事者間の衡平の結果であり自然的正義でもある)、ということに求めるべきである。対応の原則は、そのように、衡平・正義の観点から当然の原則であり、利得禁止の観点など持ち出さずして、十分、かつ、適切に説明可能な原理である。

代位制度の基礎にある普遍的な法価値を表現するものであり、またこの原則の厳格な適用を通じて、その法価値の維持が実現することに鑑みれば、解釈を通して、柔軟にその内容を変えてよい、という性質のものではないといわなければならない。対応の原則が示すのは、契約当事者間における衡平の分岐点であり、この衡平な権利取得の範囲にかかる分岐点は、容易に、少なくとも十分説得的である根拠なくして、動かしてはならないものである。

以上のとおり、東京高判の考え方がないしこれが採用する法価値には、見過ごすことができない問題が多々含まれている。比較法的にみても、それは、対応の原則の母国法（ドイツ法）における同種問題に対する理解、さらには、他の法域における保険代位制度の本質論とも整合しない、異常なものである。私見が、東京高判に全面的に反対するゆえんである。

最後に、そのように支持することができない東京高判の起点にあったと考えられる「緩やかな対応論」とそれが採用する保険法25条の解釈論にも、批判を加えておきたい。その批判の前提として、まず、保険法25条の解釈論についての私見を示す。

日本の保険法（25条）には、少なくとも、保険法の見直しに関する要綱案の法案文言に途中まで存在したような⁽³⁵⁾、あるいは、ドイツ保険契約法86条の法文言（... ,soweit der Versicherer den Schaden ersetzt）に存在するような、対応の原則を正面から、あるいは直接に表現するような法文言は、含まれていない。しかし、このような正面からの規定はないが、請求権代位を定める保険法25条は、保険者が、「保険給付を行ったとき（1項本文）」は、「当該保険者が行った保険給付の額（1項1号）」...を「限度として（1項本文）」、保険者が代位する、と規定しており、「当該保険者が行った保険給付の額」が、いずれにせよ代位できる最高の限度（＝上限）となる、という形の制度設計を行っている⁽³⁷⁾。そのよう

(35) 山下 = 永沢・前掲『論点体系保険法1』238頁 [土岐孝宏] 参照。

(36) これは、保険法25条1項1号の法文言である。

に、「保険給付」の実施を要件とし、またその「保険給付の額」を限度に代位できる、という制度(代位のシステム)が法25条(1項柱書及び同1号)に用意されているわけであるが、ここに問題とされる「保険給付」⁽³⁸⁾というものは、そもそも当該(損害)保険契約において填補するものとされている損害、すなわち、“対応する損害”に対してしか行われ得ないものであるから、これらのことを考え合わせると、結局、そのような制度設計(法25条の代位のシステム)そのものの中に、“対応の原則”が、すなわち、“当該保険契約において填補するものとされている対応する損害についての被保険者債権のみが権利移転の対象となり、反対に対応する損害を超える所(保険給付がなされない、対応しない損害の領域)には代位など生じるはずもなく、対応しない損害についての被保険者の債権は権利移転の対象とならない(移転適格がない)とする内容の原則”が、暗黙に含められ、内在しているということが出来る。保険法25条1項柱書及び同1号によれば、保険法25条は、その制度設計において、理論的にみて、(損害)保険契約が補償するものとしている対応する損害ないし被保険利益に対してしか行われることがない概念であるところの「保険給付」という概念をもってその限界(権利移転の限界)をしぼる権利移転の仕組みを用意したのであり、これが保険法25条に定められた代位制度であるから、対応の原則の法理は、そのような仕組みである保険法25条の代位制度そのものの中に既に(暗黙に)ビルトインされている(内在)、と見る事が出来る。対応の原則の法的根拠は、⁽³⁹⁾保険法25条1項柱書及び同条1項1号である。

(37) なお、平成20年改正前商法662条の法文言も、状況は同じであり、「…被保険者力被保険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…権利ヲ取得ス」とされていた。下線筆者。

(38) 平成20年改正前商法662条では、そこにいう、「其負担額」がこれに相当する。

(39) なお、学説には、保険法25条1項2号かっこ書きの文脈における「てん補損害額」概念から、保険法25条に対応の原則が妥当していることを論証

従来、対応の原則の存在をめぐっては、わが国では対応の原則がそれほど強調されることがないにもかかわらず、実務はこれを自明の原理として、暗黙にそれを承認し、代位処理を行ってきたとされてきたが⁽⁴⁰⁾、見

する見解が多い。嶋崎基『新しい損害保険の実務』143頁(商事法務2010年)、藤村ほか・前掲・実務交通事故訴訟大系(3)792頁[山本哲生]、榊・前掲112頁、山野・前掲209頁、遠山・前掲106頁。保険法上、「てん補損害額」とは、「損害保険契約によりてん補すべき損害の額」と定義されており(保険法18条1項)、その概念が保険法25条の計算規定のなかに使われていることをその理由とする。このような説明は、保険法25条1項の計算規定のもとに行われる差額計算の基礎額に、「てん補損害額」という概念にしばられた基礎額が用いられ、したがって、その計算の基礎額には、いわゆる対応しない損害は入っていないことが差額計算を規律する法規定の枠組みの中で示されている、と主張する限りで適切である。しかし、もし、そのことを超えて、仮にこれらの見解が、対応の原則の法的根拠は、保険法25条1項2号かつこ書き(+同18条1項)である、とまで論じるものであるとすれば、本文に述べたとおり、その法的根拠を保険法25条1項柱書及び同項1号(いわば、保険法25条の制度そのもの)に求める私見とは立場が異なるものとなるので、そのような見方には賛成しない。

ドイツ法における、「差額前の対応」の原則の議論のなかに見られたとおり、対応の原則と差額計算(差額説の論理)とは別物である。両者は、区別できるし、また、差額前の対応の原則という法理がドイツ法に強調して語られる理由がまさにそこにあったように、両者は区別して論じることが求められる。対応の原則にかかる問題が先行し、そもそも移転適格がある他人の権利なのかという代位範囲の質的な選別の問題が先に検討され、そのふるいを通り抜けたもの(対応する損害)だけが、次の、代位範囲の量的な把握の問題へと移行し、ここに差額計算がおこなわれ(差額説が適用される)。この検討の順を辿る法理が、ドイツの判例・通説の立場である。本文に述べた私見は、わが国における対応の原則をめぐることまでの議論が、ドイツ法を模範に展開されてきた経緯も踏まえて、対応の原則と差額計算との本来的相違、また、それらのあるべき検討の順(優劣の関係)を、わが国の保険法25条の解釈論に、忠実に反映しようとしたものである。上記に指摘される保険法25条1項2号かつこ書きは、あくまで差額計算の仕方に関する規律である。その規律のなかに使われた概念(てん補損害額)から、直接、また専らに、対応の原則を導くことは、無理がある、と考える。

(40) 洲崎・前掲11頁。

方を変えれば、結局、対応の原則というものが、上述の解釈のとおり、法が設計する請求権代位制度そのものの中に当然に内在していた(ビルトインされてきた)がゆえに、意識するとしないとにかかわらず(意識する必要すらなく)、それ(対応の原則)にそった処理が自動的に行われてきた、ということではなからうか。

さて、「緩やかな対応論」であるが、これは、要旨、片面的強行規定として差額説の仕組みを採用する保険法(25条)が制定されたこと(保険法が、従来の判例であった比例説を排除し、政策的に、被保険者保護を推し進める立法となったこと)を根拠に、その差額説の仕組みを念頭に、必要に応じて対応の原則を緩めて(広く)解釈することで、請求権代位に直面する被保険者(被害者)に、できるだけ多くの被害回復を実現させる必要がある旨、主張している⁽⁴¹⁾。しかし、保険法25条の解釈は上述のとおりのものであり、保険法25条は、あくまで、対応する範囲の損害について、被保険者(被害者)に、その損害の全部を回復させるのに必要な保護を与える、と規定しているにとどまる。また、そのように、対応

(41) なお、このような論は、例えば走行リスク以外を保障する車両危険限定補償特約の例をあげ、担保する事故に限定がある、そのような商品設計に由来して生じる被保険者に不利な結果に対し、これを回避(保護)しようとする、実務上の問題意識に基づき唱えられたものである(上田・前掲102頁参照)。しかし、仮にその問題意識が共有されるべきものとしても、それは、固有に入口の問題、すなわち、問題ある商品設計そのもの(ガラス損害だけは例外的に走行中のリスクも保障し、それ以外の損害の走行中リスクは補償しない)を見直して、換言すれば、被保険者を補償する範囲を見直して、被保険者にその問題意識にあるような不利益、不都合、不満が発生しないよう工夫して“車両保険金を支払うもの”とし、対処すべき問題であろう。被保険者に保障上の不利益があると認識したのであれば、それを改めるように、「てん補すべき損害」を見直して対処すれば済む問題である。そのように、入口で解決できる、またすべきというべき筋の問題を、入口では改善せずそのまま通した上、出口(代位の範囲)のところで調整しよう(帳尻をあわせよう)という議論は、説得的とはいえない。

(42) 山本・前掲104頁、嶋寺・前掲・新しい損害保険の実務142~143頁、嶋

する損害部分に限って、その全部的回復を被保険者に保証するという結論は、保険法25条の法意に沿って用意された約款規定の文言に、一層、明確に示されているところであり、保険者は約款(特約)において保険法25条を変更し、自己の利益を犠牲に同条より手厚い保護を自己の被保険者に与えるものともしていない⁽⁴³⁾。「緩やかな対応論」の主張根拠は、保険法25条の法文言はもとより、その規律の実質の中にも見出すことができない。保険法25条は、対応しない損害の被保険者のもとの回収の問題には、立ち入っていない。保険契約の外にある問題(保険にかけていない損害を被害者が回収できるかの問題)に保険法は立ち入らず、これを一般法(不法行為法)に委ねているということである。そして、これが、法律が定める、保険契約当事者間の権利関係に関する衡平の分岐点である。この分岐点、すなわち、契約当事者間の権利取得の割合にかかる分岐点が動くとき、その動いた分量だけ、一方の当事者に利益が生じるが、反面、他方の当事者には不利益が生じる。だからこそ、この法律の定める分岐点は、容易に、少なくとも十分説得的な根拠なくして、動かしてはならないのであり、結局、保険契約ないし保険法の外にある何らかの要請(被害者の救済)があるとしても、保険法の解釈姿勢、基本的なスタンスとしては、まずはそれを静観すること(中立)が、“保険契約”当事者間の衡平を維持するという観点から求められているといえよう⁽⁴⁴⁾。

寺・前掲・商事法務25頁も、同旨をいう。

- (43) 損害保険料率算出機構・自動車保険標準約款・自動車保険普通保険約款 [2021年3月段階のもの]・基本条項29条1項参照：「損害が生じたことにより被保険者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、当会社がその損害に対して保険金を支払ったときは、その債権は当会社に移転します。ただし、移転するのは、次の額を限度とします。当社が損害の額の全額を保険金として支払った場合 被保険者が取得した債権の全額
上記 以外の場合 被保険者が取得した債権の額から、保険金が支払われていない損害の額を差し引いた額 [下線筆者]

- (44) 人身傷害保険をめぐる、被害者に素因減額事情がある場合に、その素因

なお、保険法制定・施行後の時期にあって、人身傷害保険の代位範囲をめぐり、裁判基準差額説という、これもまた被保険者の保護に資する、保険法25条に関連する理論が判例(平成24年最判)によって確立された(なお、「緩やかな対応論」に与すると解される本稿に検討の東京高判も、この判例を引用した論を展開している)が、しかし、この平成24年最判も、あくまで、対応の原則とドイツ法にいわゆる差額前の対応の原則とを遵守しており(なお、本判決は、同質の損害<人身損害>の枠内にある被保険者の損害を積算した上、差額説を適用しており、対応の原則は、正確に遵守している)、「緩やかな対応論」が主張する内容の解釈(異質の損害の積算も認めた上、差額説を適用する)を、請求権代位にかかる法律規定(保険法25条等)ないしそれに依拠した約款規定の法解釈として示した⁽⁴⁵⁾ものではない。したがって、当該判例法理(人身傷害保険を念頭に置いた裁判基準差額説)についても、「緩やかな対応論」が主張する解釈に、その法的根拠を与えるものではない。

「緩やかな対応論」が出発点とした保険法25条(片面的強行規定としての差額説)の新設に由来する被保険者保護の論は、いずれにせよ、保険法25条が、実際、被保険者を保護しているその範囲内でしか説得力を

減額分を、優先的に被害者・被保険者に回収させようという、同じく、保険契約ないし保険法の外にある問題(民法722条参照)に、保険法からの回答・保護を与えようとする議論(榎本・前掲185頁, 188頁注7)にも、本文と同じ批判が妥当する。これを否定する流れの裁判例(大阪地判平成24・9・19交民45巻5号1164頁, 大阪地判平成25・11・21自保ジャーナル1918号43頁, 仙台高判平成29・11・24自保ジャーナル2022号1頁)は、支持できる。この問題については、古笛恵子「人身傷害保険をめぐる実務上の問題点」保険学雑誌618号237~238頁, 藤村和夫ほか編『実務 交通事故訴訟大系第2巻 責任と保険』483頁以下[山野嘉朗]参照。

- (45) さらにいえば、そこにいう裁判基準差額説という考え方やそれによる被保険者の保護が、同最判が判断の対象とした人身傷害保険の領域を超えて、車両保険を含む損害保険一般に妥当するものかどうかということについても、東京高判は肯定するが、議論の余地はありうる。嶋寺・前掲・商事法務25頁参照。

もちえない。対応の原則を差額説に劣後させ、これを政策的に調整しなければならないという「緩やか対応論」が唱える価値感は、法律（保険法25条）上の根拠を欠き、判例によるその種の法価値の創造も、いまだ行われていない。保険法25条あるいはこれに関連する判例法理から、法律論としての「緩やかな対応論」を導くことは、できないといわざるを得ない。

現在のところ、緩やかな対応論に与する東京高判に追従する司法判断は、その後の裁判例に行われていないようであるが⁽⁴⁶⁾、そのような裁判所の反応は、法解釈論としては、極めて正当なものである。今後も、被害者救済の見地という、聞こえのよい感情論に流されて、契約当事者間の衡平を体現している対応の原則が、法律上の根拠を欠く法解釈の名のもとに、無視され、骨抜きにされるようなことがあってはならないのであり、そのような事態が生じることがないように、継続して、この問題を注視していく必要がある。 以上

(46) むしろ反対に、本件東京高判後の東京地判平成31・3・27LEX/DBインターネット文献番号[25564631]は、物損事故の当事者同士の損害賠償請求に、車両保険でん補をした保険者の代位求償訴訟が加わるという、東京高判と同様の構図のもと、しかも、車両保険の被保険者（修理費用損害だけでなく、評価損損害も被っていた）が、自己の保険者が代位できる範囲を争い、当該被保険者が、（おそらく東京高判を援用したのであろう）車両保険金は物的損害の全体をてん補するものであると主張し争った事案（東京高判とは異なり、被保険者保護の要請が直接の争点とされ、その意味で、保護を図る要請が、東京高判よりも高かったといえる事案）において、「保険者の普通保険約款の車両条項は、分損の場合につき、車両保険金が支払われるべき損害額を修理費用の額を基礎に算定するものとし、また、特定の費用を列挙した上、それらを車両保険金が支払われるべき損害とみなすなど、車両保険金の填補対象を特定の費目に限定していると考えられることから、本件において、車両保険金が物的損害全体を填補するものとは認められない」と判示して、東京高判とは真逆の判断をしている（車両保険がてん補するものとしていない、評価損損害も含めて、被保険者の物的損害の全体を回収することを認めなかった）ことが注目される。