

搭乗者傷害保険と損害賠償

岳

衛

- 一 問題の所在
- 二 損益相殺の法理
- 三 一般の保険と損益相殺
- 四 搭乗者傷害保険と損益相殺
- 五 搭乗者傷害保険と慰謝料斟酌
- 六 結 び

一 問題の所在

自動車事故により損害が発生した場合、不法行為の被害者は、民法709条あるいは自動車損害賠償保障法3条に基づき、加害者に対して損害賠償を請求することができると同時に、その被害者が任意自動車保険契約の被保険者であるときは、その保険契約上保険会社に対して保険金請求権を行使できることもある。

自動車保険が発達している今日、被害者がこのように保険金請求権と損害賠償請求権とを同時に行使することができる場合、両者の関係が議論されてきた¹⁾。保険金が先に支払われた場合、その保険金は、加害者が被害者に対して負担すべき損害賠償額から控除されるべきかどうかという議論があり、通常、損益相殺の問題として扱われている²⁾³⁾。

その中で、最近、とくに搭乗者傷害保険が独自の検討課題として研究され⁴⁾、それについての議論は相当深まっている⁵⁾。すなわち、自動車事故（保険事故）の発生により、当該自動車の同乗者が被害者になる場合に、その同乗者は自動車保有者の契約した任意自動車保険に含まれる搭乗者傷

害保険から搭乗者傷害保険金を受領した後、不法行為加害者に損害賠償請求をする際、その受領した保険金を加害者の負うべき損害賠償額から控除すべきかどうかという問題である⁶⁾。搭乗者傷害保険契約は、後述するように、特殊な定額保険たる傷害保険契約であり、自己のためにする保険契約である場合もあれば、他人のためにする保険契約である場合もある。とくに他人のためにする保険契約となる場合において、不法行為加害者が同時に保険契約者であるケースは多く、この場合、通常の傷害保険と違い、保険料を負担したのは被害者ではなく、加害者である。このとき、被害者である被保険者が得られる損害賠償金と保険金の両者の関係をどう考えるべきであろうか。

本稿は、このように、交通事故に遭った際、自動車の搭乗者である被害者は、不法行為加害者の出捐で締結された自動車保険契約により、搭乗者傷害保険金を受領した場合に、その受領した搭乗者傷害保険金と加害者の払うべき損害賠償金との関係の問題を中心に、それに加えて、加害者が保険料を支払った事実を慰謝料算定の際に斟酌すべきかどうかをも含めて、検討する。

なお、1997年に損害保険料率算出団体に関する法律（以下、料団法という）の改正、1998年同改正法の施行により、各損害保険会社は続々と新たな自動車保険商品—総合自動車保険を発売した。その特徴としては新型保険—人身傷害補償保険に加入した場合、ほとんどの保険会社の商品⁷⁾において、搭乗者傷害保険は任意加入が可能になった（従来、搭乗者傷害保険は単独で販売されず、SAP、PAP においてセットで販売されていた）。上の問題を検討する際に、このような新しい保険の出現は、従来の搭乗者傷害保険の研究にどのような影響を与えるのかという議論をも加えて検討したい。

二 損益相殺の法理

1 損益相殺の意義

本稿で扱う搭乗者傷害保険金と損害賠償金との関係の問題は民法上損益相殺の問題として扱われているため、損益相殺に関する問題を先に検討することが必要になる。

もっとも、日本の現行法には損益相殺について明文規定は存在しない⁸⁾。損益相殺はとくに法典上の根拠を要せず、被害者は不法行為がなかったとしたらあったであろう状態におかれなければならないという「原状回復の理念」から論理的に導かれるとされ、この原則の中には、「原状回復の理念」の反面としての「利得の防止」の思想も当然に含まれていると考えられている⁹⁾。すなわち、不法行為の場合、被害者は不法行為により生じた不利益を填補されることがあっても、不法行為から利得することは許されない¹⁰⁾。民法709条の「損害」とは、損益相殺をした後の真の損害を指しているわけである¹¹⁾。

このように、損益相殺の意義に関しては、現在、学説においてほぼ異論がない。しかし、損益相殺の対象になる具体的な基準に関しては、必ずしも一致していない。

伝統的には、損益相殺の判断基準は、不法行為と相当因果関係にある利益であるか否かによるとされ¹²⁾、学説上、通説となっていた。しかし、一般的には加害行為と利益との間の相当因果関係の認定は必ずしも容易ではないため、単なる相当因果関係の有無をもって、当該利益を損益相殺の対象たる利益にあたるかどうかを判断するという基準は曖昧な面がある¹³⁾。これに対して、近時の有力説は、相当因果関係を中心に考えず、むしろ当該利益が当該損害に対していかなる実質的・機能的関係にあるかということを重視するようになっている。沢井教授は、損益相殺の対象になるか否かという判断の基礎を損害賠償法の目的と当事者間の衡平とした上で、判

断基準として、当該利益は「加害と因果関係にあり、かつ損失を直接に—即ち被害者の処分行為を必要とせず—填補する性質を持つ」こととされた¹⁴⁾。四宮教授は基本的にはこの考え方を支持し、損益相殺が認められる要件として、まず、当該利益が不法行為を契機として生じたものであること、そして、「当該利益が実質上当該損害の填補ないしその肩代わりをするという目的ないし機能を持つとか、……要するに、両者に『法的同質性』とでも言うべき関係が存する場合であること」とされた¹⁵⁾。ここでは、四宮教授のいう損害と利益との「法的同質性」は、沢井教授のいう利益が填補の性質を有することと同じであると思われる、ただ、「不法行為を契機として」という表現からして、四宮教授の判断基準は沢井教授のそれより緩やかになったようである。

思うに、相当因果関係による判断の曖昧さを避けるために、むしろ不法行為を契機とするすべての給付をとにかく判断の対象範囲に入れて、どの給付が損益相殺になるかという最終判断は当該給付が損害との間に「同質性」があるかどうかということに求めるべきである。よって、私見は四宮教授の基準を支持する。また、新しい保険商品の開発によって、「同質性」があるかどうかという判断基準自体も抽象である場合、さらに具体的に、損害と利益の実質の比較のみならず、損害賠償の目的・機能、得た利益の目的・機能をも合わせて考慮しなければならないということも重要であろう¹⁶⁾。

最高裁もまた、「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要がある」と判断した¹⁷⁾。曖昧な判断基準を正した正当な解釈であると考える。

2 損益相殺と保険代位との関係

損益相殺の目的が被害者の「利得防止」であることは前述のとおりであ

る。ところで、同じ被害者の「利得」を防ぐために商法662条の規定が設けられている。いわゆる保険代位制度である（なお、一般的には保険代位は商法661条の残存物代位と662条の請求権代位との総称であるが、本稿でいう保険代位は請求権代位のみを指すものとする）。同じ「利得防止」の機能を有する両制度間の関係について、見解が分かれている。

まず、保険代位の根拠について、学説はさまざまであり、いまだに定説は見当たらないが、その制度に「被害者の利得防止」および「加害者の免責阻止」という二つの機能があることについては異論がなく¹⁸⁾、少なくとも「被害者の利得防止」、すなわち「利得禁止の原則が保険代位制度の根底にあるということは、多くの論者がみとめるところである」¹⁹⁾。「被害者の利得防止」が保険代位の機能であるとする、被害者たる被保険者の立場から見れば、損益相殺によろうが、保険代位によろうが、結局、不法行為の加害者に請求できる保険金額は縮減されるわけである。四宮教授は、このことを理由に、保険代位は「損益相殺の変態」であると捉えている²⁰⁾。

しかし、被害者の立場のみから問題を考察するのは不完全である。なぜなら、損益相殺の結果として加害者が免責されることになり、加害者の立場から問題を検討する必要もあるからである²¹⁾。

被害者の立場から見ると、確かに四宮教授の指摘された通りであるが、加害者の立場から問題を分析すれば、結論が違ってくる。つまり、損益相殺の場合、加害者の支払うべき損害賠償金額が減額され、それだけ加害者は免責されることになる。これに対して、保険代位の場合、被保険者の有する損害賠償請求権は被保険者の受領した保険金額の範囲内で保険者に移転されるだけで、加害者の支払うべき損害賠償金は減額されることなく、加害者の責任はそのままである。そうであるならば、損益相殺と保険代位は明確に区別する必要がある。従来の民法理論は、この視点を必ずしも重視していなかったため、損益相殺と保険代位を同列に扱うように思われる。

能見教授は、損益相殺と保険代位との関係について、両制度は次元の異なる二つの問題であり、損益相殺は加害者の負うべき損害賠償金額を決定

する手続であり、保険代位は賠償額が決定された後の問題であるという。すなわち、損益相殺は保険代位に先行し、両者は前後関係に立つと説明している²²⁾。しかし、損益相殺の対象になりうるものには二つの形態がある。一つは、例えば、死亡による逸失利益を算定する際に生活費や養育費が控除の対象になるか否かというもので、いわゆる金銭的評価の問題である²³⁾。もう一つは、損害賠償金とは別に、不法行為者または第三者から給付を受領したことに關する、いわゆる損害の重複填補の調整の問題である。そして、保険代位と関係で検討を要するのは、後者の意味における損益相殺であり、「この場合の損益相殺は具体的には、第三者からの給付相当額を損害賠償額から控除し、結果として加害者を免責する操作を意味することになる」²⁴⁾。金銭的評価のことを損益相殺であるとすれば、確かに損益相殺と保険代位とは時間的に前後関係に立つが、損益相殺を重複填補の調整とすれば、損益相殺と保険代位とはまったく異なるものであり、この場合、一個の事例において損益相殺と保険代位の両方がなされることはありえない²⁵⁾。

また、笹本助教授は、損益相殺と保険代位との区別を認めたくて、損益相殺が被害者と加害者との間の衡平の要請にもとづくのに対し、保険代位が被保険者の一般社会における衡平の要請にもとづくとした上で、保険代位は利得の防止の要請が、通常の場合よりも圧倒的に強い場合に用いられるべきであって、損益相殺は利得の防止という側面からではなく、むしろ加害者の免責の要請の程度によるべきであると考えている²⁶⁾。しかし、利得防止の要請の強さによって、保険代位の有無を判断するのは適当ではないと思う。なぜなら、この場合、なぜ加害者を免責することはできないのかということについて説明していないからである。加害者を免責してはいけないという社会の一般的理解から商法は662条を設けているのであり、結局、保険代位においても、加害者免責の可否が決め手になっていると考えるからである。また、どのぐらいの要請の強さで保険代位と損益相殺との適用関係を決定するのかという明確な基準がないため、この見解には賛

成できない。

以上、損益相殺の意義および損益相殺と保険代位との関係について検討した。次に、搭乗者傷害保険が損益相殺の観点から、どう解決されるべきであるかについて検討するが、ここでは、まず一般の保険から順に考察する。

三 一般の保険と損益相殺

1 裁判例

まず、搭乗者傷害保険以外の一般の保険について、最高裁判所の判例がある。

（一）生命保険契約

最高裁は、昭和39年9月25日第二小法廷判決（民集18巻7号1528頁）において、生命保険金は損害賠償額から控除すべきではないと判示した。

その理由について次のようにいう。「生命保険契約に基づいて給付される保険金は、すでに払い込んだ保険料の対価の性質を有し、もともと不法行為の原因と関係なく支払われるべきものであるから、たまたま本件事故のように不法行為により被保険者が死亡したためにその相続人たる被上告人兩名に保険金の給付がなされたとしても、これを不法行為による損害賠償額から控除すべきいわれはないと解するのが相当である」。

（二）損害保険契約

損害保険の代表例である火災保険についても、最高裁第三小法廷昭和50年1月31日判決（民集29巻1号68頁）は、次のように述べ、火災保険金を損害賠償額から控除すべきではないと判示した。

「家屋焼失による損害につき火災保険契約に基づいて被保険者たる家屋所有者に給付される保険金は、すでに払い込んだ保険料の対価たる性質を有し、たまたまその損害について第三者が所有者に対し不法行為または債務不履行に基づく損害賠償義務を負う場合においても、

右損害賠償額の算定に際し、いわゆる損益相殺として控除されるべき利益にはあたらないと解するのが相当である。」

また、最高裁は、同判決において、商法662条の代位規定の適用があることも明確することにした。すなわち、「保険金を支払った保険者は、商法662条所定の保険者の代位制度により、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損害賠償請求権を取得する結果、被保険者たる所有者は保険者から支払いを受けた保険金の限度で第三者に対する損害賠償請求権を失い、その第三者に対して請求することのできる賠償額が支払われた保険金の額だけ減少することとなるにすぎない」という。

(三) 定額の傷害保険契約

さらに、定額の傷害保険契約に基づいて支払われた傷害保険金についても、最高裁第一小法廷昭和55年 5 月 1 日判決（判例時報971号102頁）は、それが損害賠償額から控除されるべきではないと次のように判示した。

「生命保険契約に付加された特約に基づいて被保険者である受傷者に支払われる傷害給付金または入院給付金は、すでに払い込んだ保険料の対価としての性質を有し、たまたまその負傷について第三者が受傷者に対し不法行為または債務不履行に基づく損害賠償義務を負う場合においても、右損害賠償額の算定に際し、いわゆる損益相殺として控除されるべき利益にはあたらないと解するのが相当である（最高裁昭和50年 1 月31日第三小法廷判決・民集29巻 1 号68頁参照）」。

2 学説および検討

以上のように、最高裁は、生命保険金、火災保険金、定額の傷害保険金につき、その保険金は保険料の対価の性質を有する、あるいは、保険金は保険料の対価であるゆえに不法行為とは別個の契約であるというほぼ同じ理由で損害賠償金について損益相殺を認めなかった。

学説は、ほぼこれらの判例の結論を支持しているが²⁷⁾、理由付けに対して多くの反対説が見られる。まず、確かに、最高裁がいうような「保険金

はすでに払い込んだ保険料の対価」である、「不法行為の原因と関係なく支払われるべきもの」という別個の契約であるとの論拠を支持する学説もある²⁸⁾。しかし、損害保険契約の場合は、保険料の対価は保険金ではなく、保険者の危険負担のはずである²⁹⁾。なぜなら、たとえば、保険事故が起これば保険期間が終了する場合、保険金の支払がないにもかかわらず、保険料は返還されないからである。また、前述した三つの最高裁判決とも、被害者は保険契約者であり、被害者＝保険契約者の場合に限って、保険金は保険料の対価であるという説がそれなりの理由があるといえるかもしれないが、加害者＝保険契約者、すなわち加害者が保険料を負担し、被害者が保険金を受領したケースにおいては、もはや保険金は自己の支払った保険料の対価とはいえなくなるであろう³⁰⁾。次に、「不法行為の原因と関係なく支払われるべきもの」ということについても、確かに保険金の支払は保険契約によるものだが、むしろ「不法行為による死亡・傷害という事実と同じ事実により保険金が支払われるのである限り、相互に無関係というのはいかにも形式的理由であるといわざるをえない」という指摘は正しい³¹⁾。

実際、最高裁もこの問題を認識したようである。最高裁大法廷平成5年3月24日判決（民集47巻4号3039頁）において、損害の原因である保険事故によって利得である遺族年金給付がなされる関係にある事案で、損害と利得が同一原因であることを肯定しながら、その保険金を損害賠償金から控除しないと判決した。この判決によって、昭和39年および昭和50年の両判決の、保険関係が原因であることを根拠に損害と利得が同一原因ではないという否定説は明確に否定された³²⁾。すなわち、これは、今までの判決のように、その同一原因を否定することをもって、損益相殺を認めないわけではなく、その保険金取得と不法行為との間の原因関係を認めても、直ちに損益相殺を認めることには繋がらないのであり、当該保険金取得と不法行為により被った損害との間の「同質性」に着目して、損益相殺を認めるかどうかを判断することにしたのである。

判断基準を損害と利益との間の「同質性」に求める考え方に対して、反対意見は少なくない。その理由は、もし生命保険や定額の傷害保険が損益相殺の対象にならないという根拠をその保険金が損害填補性を有しない—つまり、「同質性」がない—という点に求めるとすれば、それは言うまでもなく、「損害填補性」があれば、損益相殺の対象になるということを前提としているわけである。しかし、損害保険契約において、損害保険金は損害賠償額から控除されず、したがって、「損害填補性」、つまり「同質性」の有無を損益相殺の判断基準にするのは間違いである³³⁾。だが、前述したように、保険代位と損益相殺とは1個の事件において両立できない二つの制度であり、損害保険契約の場合、保険代位制度が強行法として適用され、そもそも損益相殺は問題とならない。

このように、損益相殺と保険代位の上述の関係を踏まえて、次のような結論が得られる。損害保険金について、その受領は加害行為を契機として行われ、しかも、損害保険金というまでもなく、損害填補を目的とし、加害者の支払うべき損害賠償金との間に「同質性」を有する。したがって、本来、「被害者の利得防止」のため、損害保険金は損益相殺の対象になり、損害賠償金から控除すべきである。ただ、損益相殺の対象になるとすると、加害者が免責されることになるが、一般的には、加害者を免責すべきではない。そこで、法政策として、商法662条が設けられ、しかも強行法規とされ、ゆえに、損害保険金は損益相殺の対象とならず、「被害者の利得防止」と「加害者の免責阻止」という二つの機能を持つ保険代位制度によって、損益相殺の対象になるかどうかという議論に入る前に、この問題が解決された。そして、生命保険金および定額の傷害保険金について、損益相殺の対象になるかどうかという判断は、不法行為と別個原因であるがゆえに、相当因果関係がないという基準によるべきではなく、定額保険金は不法行為を契機として給付されたものの、損害填補の性質を有せず、損害賠償金との間に「同質性」がないため、損益相殺の対象にはならないという点に求められるべきである。

四 搭乗者傷害保険と損益相殺

それでは、搭乗者傷害保険の場合はどうだろうか。

1 搭乗者傷害保険

従来の任意自動車保険には四つの保険類型がある。つまり、自家用自動車総合保険（SAP: Special Automobile Policy）、自動車総合保険（PAP: Package Automobile Policy）、自動車保険（BAP: Basic Automobile Policy）、自動車運転者損害賠償責任保険（ドライバ - 保険）であり、それぞれの保険に独立の約款がある³⁴⁾。1998年以後、これらのもの以外に、前述したように、各保険会社は総合自動車保険を販売するようになった³⁵⁾。

搭乗者傷害保険は、保険証券記載の自動車（被保険自動車）の正規の乗車用構造装置のある場所に搭乗中の者を被保険者とし、その自動車の運行に起因する急激かつ偶然な外来の事故などにより、被害者が身体に傷害を被った場合に、保険金（死亡保険金、座席ベルト装着者特別保険金、後遺障害保険金、重度後遺障害特別保険金および医療保険金）を支払うことを内容とする保険契約である³⁶⁾。

この搭乗者傷害保険には、いくつかの特徴がある。

独立な保険契約ではないこと。

搭乗者傷害保険は、単独で販売されているものではなく、自家用自動車総合保険および自動車総合保険には、基本契約として自動的に組み込まれており、保険契約者には、それを含まないという選択肢がない。自動車保険および自動車運転者損害賠償責任保険契約の場合は、普通保険約款には規定しておらず、搭乗者傷害保険担保特約により担保するものとしている。また、新しく販売された総合自動車保険においては、その多くは任意加入になる。

被保険者が不確定であること。

搭乗者傷害保険契約は保険契約者が被害者となる場合には自己のためにする保険契約となり、保険契約者以外の者が被害者となる場合には、他人のためにする保険契約となる。

定額保険であること。

死亡保険金、後遺障害保険金および医療保険金はすべて定額で支払われ、またその支払は加害者の損害賠償責任の成否とは無関係である。

保険代位がないこと。

保険代位は、約款上排除されている。

これらの特徴、とくに被保険者が不確定であることは、後で論じるように、議論を引き起こす主な原因である。

2 搭乗者傷害保険と損益相殺に関する裁判例

最高裁平成 7 年 1 月 30 日判決は、搭乗者傷害保険について、保険金が加害者の負うべき損害賠償額から控除されるべきではないと判示した³⁷⁾。これは搭乗者傷害保険に関する初の最高裁判決である。これ以後の下級審判決もほぼこの判決に従い、一貫して控除を認めないのはもちろんのこと、それ以前の判決も、未公表判決を除き、控除を認めた判決は 3 件しかない。すなわち、宇都宮地判昭和 58 年 1 月 31 日 (交通民集 17 巻 3 号 611 頁)、上記最高裁判決の原審たる高松高判平成 3 年 2 月 26 日 (判例タイムズ 763 号 256 頁)、高松高判平成 5 年 6 月 17 日 (自動車保険ジャーナル 1036 号) の 3 つである。これ以外の下級審判決はすべて損益相殺を認めなかったと見られる。ここではまず控除を認めなかった最高裁判決と下級審判決の判旨を分析して、このような特殊の傷害保険において、損益相殺法理はどう適用されるのかを検討する。そして、被害者 (側) が保険料負担者たる保険契約者の場合をも含めて、別表で損益相殺を否定した下級審判決をまとめた。

(一) 最高裁第二小法廷平成 7 年 1 月 30 日判決 (民集 49 巻 1 号 211 頁)

[事実の概要]

上告人 X_1 、 X_2 の子 A は昭和 63 年 8 月 11 日に被上告人 Y_1 運転の自動車に

同乗中、被上告人 Y_2 運転の自動車との衝突事故により傷害を受けて同日に死亡し、 A の相続人である上告人らは、被上告人 Y_1 が締結した自家用自動車保険契約に適用される保険約款中の搭乗者傷害条項に基づき、保険会社から死亡保険金1000万円を受領した。

上告人らが A の相続人として、自動車損害賠償保障法3条の規定に基づき被上告人らに対し A の死亡により被った損害の賠償を請求する訴えを提起したところ、原審は、上告人らが A の死亡により被った損害額は上告人 X_1 が2446万円余、上告人 X_2 が2328万円余であるとした上で、上告人らが受領した前記搭乗者傷害保険金はその損害を填補するものであるとし、これを損害額から控除すると判決した。これに対して X_1 、 X_2 は、搭乗者傷害保険金は定額的なものであり、しかも、当保険金については保険代位が否定されているのであって、自動車の所有、使用等により被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによって被る損害を填補する性質のものとは解されない。したがって、損益相殺は否定されるべきものであると主張して上告した。

[判旨]

原判決破棄自判。

「原審の適法に確定した事実によれば、⁽¹⁾ 本件保険契約は、被上告人 Y_1 運転の前記自動車を被保険自動車とし、保険契約者（同被上告人）が被保険自動車の使用などに起因して法律上の損害賠償責任を負担することによって被る損害を填補するとともに、保険会社が本件条項に基づく死亡保険金として1000万円を給付することを内容とするものであるが、⁽²⁾ 保険契約の細目を定めた保険約款によれば、本件条項は、被保険自動車に搭乗中の者を被保険者とし、被保険者が被保険自動車の運行に起因する急激かつ偶然の外来の事故によって傷害を受け、その直接の結果として事故発生の日から180日以内に死亡したときは、保険会社は被保険者の相続人に対して前記死亡保険金の全額を支払う旨を定め、また、保険会社は、右保険金を支払った場合でも、被保険者の相続人が第三者に対して有する損害

賠償請求権を代位取得しない旨の定めがある、というのである。

このような本件条項に基づく死亡保険金は、被保険者が被った損害を填補する性質を有するものではないというべきである。けだし、本件条項は、保険契約者およびその家族、知人などが被保険自動車に搭乗する機会が多いことにかんがみ、右の搭乗者またはその相続人に定額の保険金を給付することによって、これらの者を保護しようとするものと解するのが相当だからである。そうすると、本件条項に基づく死亡保険金を右被保険者の相続人である申告人らの損害額から控除することはできないというべきである。」

判旨からわかるように、最高裁はこの判決において、まず従来の多くの下級審判決と同じように、搭乗者傷害保険が定額保険であること、保険代位が約款において排除されていること、を理由に搭乗者傷害保険は損害を填補するものではないと判断し、さらに、被保険者の家族が被保険自動車に搭乗する機会が多いことに鑑み、責任保険でカバーされない親族を保護する搭乗者傷害保険の機能にも着目した。これらの要素を踏まえた上で、本判決は、損害賠償額から搭乗者傷害保険金を控除すべきではないと判示した。

最高裁判決の理由付けについてどう理解したらよいだろうか。

まず、最高裁は、この判決において、損益相殺の用語をまったく用いなかった。学説もこの最高裁判決は損益相殺の法理によらなかったと解するものがある。しかし、損益相殺の法理に関する近時の有力説に基づいて、私見はこれと反対に、やはりこの判決は損益相殺の法理の考え方を基礎にしていると思う。前述したように、損益相殺を認めるかどうかを判断する際に、最終的には損害と利益との「法的同質性」の有無をもって判断し、またこのような基準がきわめて抽象であるときは、さらに具体的に、損害と利益の実質の比較だけではなく、損害賠償の目的・機能、利益の目的・機能をも合わせて考慮しなければならないとするのが近時の有力説である。

最高裁はこれに従っていると見るができる。すなわち、最高裁は、まず定額性と約款での代位の排除を理由とし、これだけでは明確ではないため（後述するように、保険の定額性という理由だけから必ずしも当該保険が損害賠償の目的を有しないという結論は導かれない）、さらに、搭乗者傷害保険金（利益）の目的・機能を検討し、「保険契約者およびその家族、知人などが被保険自動車に搭乗する機会が多いことにかんがみ、右の搭乗者またはその相続人に定額の保険金を給付することによって、これらの者を保護しようとするものと解するのが相当だからである」と判示して、搭乗者傷害保険金と損害賠償額との間に「法的同質性」を否認し、搭乗者傷害保険金を損害賠償額から控除すべきではないと判決した。これは、実質的には、有力説の考え方による損益相殺の法理に従った検討をした判決であると理解することができると思う。

ところで、人保険に関する定額保険のため利得禁止の要請が働かないことから、定額性から直接に搭乗者傷害保険金は損害填補の目的を有しない、よって損害賠償額からの控除を認めないという結論に導く学説がある³⁸⁾。しかし、定額保険である限り、利得禁止の要請がなく、加害者が責任を免れないというのはあくまでも原則的な一般論であり、つねに保険金が損益相殺の対象にならないとは断定できない。なぜなら、法律、または加害者と被害者との間に加害者の責任を免除するという合意があれば、定額保険金といっても、損益相殺の対象になることは可能だからである。例えば、ドイツ航空法によれば、定額の傷害保険を航空会社が支払ったら、その限度で損害賠償責任が免責される³⁹⁾。また、保険の発達にともない、「定額保険でも保険である以上、経済的損失の回復という本来の目的から見て何らかの制約があるべきである」⁴⁰⁾。つまり、定額保険についても必ずしも利得禁止の要請が働かないとはいえない。最高裁判決も「そもそも定額保険の保険金は損害額からは控除すべきではない」との一般論を述べるものない⁴¹⁾。あくまでも、搭乗者傷害保険に限定して、その定額性を重視したにすぎなかったのである。定額保険において、その定額性という理由のみ

ではその損害填補性を否定できないため、搭乗者傷害保険の場合、家族、知人を保護する機能もあわせてはじめて搭乗者傷害保険の損害填補性を否定することができるわけである。なぜなら、将来においてある定額性の傷害保険あるいは生命保険について、その損害填補性を認める理論的可能性があることを否定できないからである。したがって、搭乗者傷害保険の定額性のみから直接にその保険金の損害賠償額からの控除を否定することはできないと思う。

またこの問題と関連して、約款の代位排除条項の要否に関する議論がある。定額保険であるから、そもそも商法662条の保険者代位に関する規定の適用がないという理由で、そのような代位を否定する定めは、あまり結論には影響がないと主張する見解もあるが⁴²⁾、前述したように、定額性だけでは損害填補の性質がないとの説明にはならず、それに加えて、積極的に保険者の代位を認める約款も許されていることを考慮すると⁴³⁾、やはり、約款で明確に保険代位を否定していることは、その定額性とあわせて、搭乗者傷害保険金が損害填補の目的を有しないことの証明には必要であろう⁴⁴⁾。

(二) 下級審判決

まず、近時の下級審判決の趣旨を概観する。上述したように、宇都宮地判昭和58年1月31日(交通民集17巻3号611頁)、上記最高裁判決の原審たる高松高判平成3年2月26日(判例タイムズ763号256頁)、高松高判平成5年6月17日(自動車保険ジャーナル1036号)の3つの判決を除き、ほかの下級審判決は全部損益相殺を認めなかったと見られる。極個別の判決を除いて、それらの殆んどの判決はその理由について、搭乗者傷害保険金が損害填補を目的とせず、損害賠償金との「同質性」を有しないと判断している。

(1) 千葉地判昭和57年12月24日(交通民集15巻6号1692頁)

「自家用自動車保険普通保険約款によれば、搭乗者傷害保険は、主契約

たる自動車保険契約の被保険者が搭乗者に対して法律上の損害賠償責任を負担すると否とに拘りなく、定額に準ずる金額の保険金が支払われるもので、その意味において、一種の見舞金としての性質を有するものと考えられる上、保険金が支払われた場合においても、搭乗者保険の被保険者たる搭乗者又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保険会社に移転しないものとされていて（約款第10条）、いわゆる保険者の代位が認められていないところからしても、損益相殺の対象となるべき利得にあたらぬものと解するのが相当である。

(2) **名古屋地判昭和54年8月31日**（交通民集12巻4号1164頁）

「搭乗者傷害保険は、被保険自動車に搭乗中の者が被保険自動車の運行に起因する事故により身体に傷害を被ったとき、搭乗者傷害危険担保特約に従って保険金が支払われるものであり、搭乗者傷害危険担保特約によると、事故発生に際し支払われる保険金の額は通常、実際に生じた損害に応じて定まるものでなく、傷害の種類や程度などにより一定していること、また保険会社が被保険自動車に搭乗中の被保険者に対して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保険会社に移転しないことを定めていることは当裁判所に顕著な事実であり、右事実に徴すれば、右保険金が支払われたとしても、右は損害賠償額から控除すべきものではないと解するのが相当である。」

(3) **東京地判昭和59年1月19日**（判例時報1134号113頁）

「搭乗者傷害保険は、自動車の正規の乗車用構造装置のある場所に搭乗中の者を被保険者とし、その受傷（死亡を含む）に対して定額保険金を支払うものであり、しかも、右保険金については保険代位が否定されているのであって、自動車の所有、使用等により被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによって被る損害を填補するものと解されない。」

(4) **東京高判昭和59年5月31日** (判例時報1121号49頁)

搭乗者傷害保険の「その死亡保険金の額は、実際に生じた損害の額とはかわりなく、それぞれ定額とされているうえ、保険約款上、商法662条所定の保険者代位の規定が排除されていることが明らかである。そこで、これらの点に照らし考えると、右各死亡保険金は生命保険金とほぼ同じ法的性格を有するものと認められ、控訴人らのそれら保険金の受領は、そのことが事情として慰籍料算定に当たり斟酌されることがあるのは格別、これによりその受領額の限度で損害賠償額から控除されて、控訴人らの損害賠償債権の消滅をきたすというわけのものではないと解するのが相当である」。

(5) **東京高判昭和59年7月12日** (判例時報1136号59頁)

「搭乗者傷害保険は、自動車の正規の乗車用構造装置のある場所に搭乗中の者を被保険者とし、その受傷（死亡を含む）に対して定額保険金を支払うものであり、しかも、右保険金については保険代位が否定されているのであって、自動車の所有、使用等により被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによって被る損害を填補するものと解されない」。

(6) **名古屋地判昭和60年2月20日** (交通民集18巻 1 号203頁)

「被保険自動車の被保険者（正規の乗車用構造装置のある場所に搭乗中の者）が当該自動車の事故により死亡したとき、被保険自動車の保有者などの有責、無責ならびに搭乗者の損害の多少を問わず死亡した被保険者の相続人に保険証券記載の保険金額（定額）が支払われるものであり、同特約第11条は保険会社が相続人に右保険金を支払った場合でも第三者に対して有する損害賠償請求権は保険会社に移転しない旨定めている。以上によれば一般に被保険自動車に事故が発生し死亡した搭乗者が第三者に損害賠償請求権を有する場合に、本保険金の支払はその損害の填補とならないものと解される」。

(7) **東京地判昭和60年3月27日**（週間自動車保険新聞昭和62年2月18日号）

「搭乗者傷害保険は、自動車の正規の乗車用構造装置のある場所に搭乗中の者を被保険者とし、その受傷（死亡を含む）に対して定額保険金を支払うものであり、しかも、右保険金については保険代位が否定されているのであって、自動車の所有、使用等により被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによって被る損害をてん補するものと解されない（東京高裁昭和59年7月12日判決、判例時報1136号69頁参照）」。

(8) **京都地判昭和60年5月29日**（週間自動車保険新聞昭和62年6月3日号）

搭乗者傷害保険金が「損害填補性を有することは明らかでないから、同主張（損害賠償額からの搭乗者傷害保険金の控除。＝筆者注）は採用の限りではない（東京高裁昭和59・7・12、判時1136号69頁）」。

(9) **大阪地判昭和61年12月23日**（交通民集19巻6号1726頁）

「自動車保険普通保険約款の搭乗者傷害条項によれば、搭乗者傷害保険は、自動車の正規の乗車用構造装置のある場所に搭乗中の者を被保険者とし、その受傷に対して定額の保険金を支払うものであって、明らかに保険代位が否定されており、損害の填補を目的とするものではないから、これもまた原告の損害額から控除すべきものではない」。

(10) **東京地判平成元年3月9日**（交通民集22巻2号345頁）

「被告らは、その主張に係わる搭乗者傷害保険につき、保険契約（約款）上、責任保険とされているとか、保険者が、被保険者に右保険金を支払ったときには、被害者たる被保険者の加害者に対する損害賠償債権を代位取得し、その結果被害者が右債権を喪失するとされているとか等保険者の被害者に対する保険金の支払が被害者の右損害賠償債権の消滅原因となる旨の約定（条項）の存していたことを主張・立証していない。したがって、原告らに抗弁2（一）の保険金（搭乗者傷害保険金を指す。＝筆者注）が支払われた事実によって、原告らの被告らに対する保険事故に基づ

く損害賠償債権が消滅するものとはいえない。」

(11) **東京高判平成 2 年 3 月 28 日** (判例タイムズ 754 号 192 頁)

「搭乗者傷害保険は直接に損害を填補する機能を有するものではなく、その保険金給付額は損害賠償額から当然に控除されるものではない」。

(12) **仙台地判平成 3 年 5 月 30 日** (自動車保険ジャーナル 98 号)

搭乗者傷害保険金は「通常、実際に生じた損害に応じて定まるものではなく、傷害の種類や程度により一定していること、また保険会社が被保険自動車に搭乗中の被保険者に対して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保険会社に移転しないことを定めていることは当裁判所に顕著な事実であり、これに照らすと、原告の搭乗者傷害保険金の受領は、そのことが事情として慰藉料算定にあたり斟酌されることがあるのは格別、これによりその受領の限度で損害賠償額から控除されるものではないと解するのが相当である」。

(13) **大阪地判平成 3 年 9 月 12 日** (交通民集 24 巻 5 号 1035 頁)

「搭乗者傷害条項は、……任意加入の自家用自動車保険に組み込まれているが、保険契約者が傷害を負った場合には、保険契約に基づき保険料を支払った契約者がみずから保険金を受領するものであり、またその保険金も医療費のほかは主に後遺障害の程度に応じて一定額が支払われるものであること、さらに保険約款上、保険者代位の規定が排除されていることも認められ、これらの事情を総合すると、右各保険条項は、少なくとも保険契約者が傷害を負った場合には、傷害保険条約とほぼ同じ法的性格を有するものと認められることから、……原告の被告……に対する損害賠償債権の消滅をきたすことはないというべきである」。

(14) **大阪地判平成 3 年 10 月 14 日** (自動車保険ジャーナル 973 号)

搭乗者傷害保険による保険金支払は「保険事故による損害の填補とみる

ことはできない」。

(15) **名古屋地判平成4年5月11日**（判例タイムズ794号139頁）

「搭乗者傷害保険の目的は、これが対人賠償保険とは別個に、異なる保険料率のもとで自動車保険に付加される、定額の保険金が給付されること及び約款上保険代位がなされないことからして、運行者自身または同乗者に十分な補償を得させることにあるのであって、対人損害賠償以外に搭乗者傷害保険金が別途支払われることが予定されているというべきであり、したがって、搭乗者傷害保険は直接に損害填補の機能を有するものではないと考えるのが相当である」。

(16) **松山地判平成4年7月8日**（自動車保険ジャーナル1036号）

搭乗者傷害保険金の額は「実際に生じた損害の額とは係りなく、定額とされているうえ、保険約款上、商法662条所定の保険代位の規定が排除されているのが一般であるから、右給付金は生命保険金とほぼ同様の法的性格を有するものとして、原告の右給付金の受給は、慰謝料の算定に当たり斟酌されるのは格別、これを損害賠償額から控除するのは相当でない」。

(17) **札幌地判平成4年8月21日**（自動車保険ジャーナル989号）

搭乗者傷害共済金が「損害額から控除されるのは、損益相殺による場合と請求権代位（保険代位）による場合がある」、……「搭乗者傷害特約は、主契約である自動車共済契約に付帯されるもので、被共済自動車の搭乗者が自動車事故に起因して受領ないしその結果死亡した場合に一定の共済金が支払われるもので、傷害保険契約の一種である。そして、搭乗者傷害共済金は、実損害の有無、加害者の責任の有無とは無関係に定額が支払われる」。損益相殺の是非について、「搭乗者傷害共済金は、右のとおり特約に基づき支払われるもので、既に払い込んだ共済掛け金の対価としての性質を有するから、たまたまその負傷について加害者が受傷者（搭乗者）に対し不法行為に基づく損害賠償義務を負う場合においても、右損害賠償額の

算定に際し、いわゆる損益相殺として控除されるべき利益にはあたらない。請求権代位の適用の有無について、「本件の場合、自動車共済契約は『自動車共済約款（農業協同組合）』によって締結されているが、搭乗者傷害特約の各条項中には請求権代位に関する規定はなく、その12条において、特約に定められていない事項については特約に反するものを除き普通約款の規定を準用するものと定めており、普通約款の23条において請求権代位の適用を定めている。……搭乗者傷害共済金が損害を填補する趣旨で支払われるものでなければ、代位を認める必要はない。……結局、請求権代位による控除は認められないものである。」

(18) **大分地判平成 4 年 9 月 18 日** (交通民集 25 卷 5 号 1137 頁)

「本件搭乗者傷害保険は、本件自動車の所有者である S (所有者 S は第三者。＝筆者注) が保険契約者となっている契約であって、加害者「が保険契約者となっている契約ではないことが認められるから、この契約によって原告らに支払われた搭乗者傷害保険金を……損害額の算定において、控除すべき理由はないものである。」

(19) **大阪高判平成 5 年 4 月 1 日** (自動車保険ジャーナル 1003 号)

搭乗者傷害保険は「直接に損害を填補する機能を有するものではないので、損益相殺の対象とはならないというべきである。」

(20) **宇都宮地判平成 5 年 4 月 12 日** (交通民集 26 卷 2 号 470 頁)

そもそも、原告は損害賠償額からの控除を求めている。

(21) **横浜地判平成 5 年 6 月 24 日** (交通民集 26 卷 3 号 773 頁)

「搭乗者傷害条項により支払われる後遺障害保険金および医療保険金は、その額が実際に生じた損害の額とはかかわりなく、契約に係る保険金額を基礎として後遺障害等級及び入院日数に応じて定額が支払われるもので、商法 662 条 1 項所定の保険者代位の規定が排除されているものであり、損害の填補として支払われるものでないから、損害賠償額から控除すべきも

のでない」。

(22) 東京地判平成 6 年 6 月 21 日（判例時報 1513 号 134 頁）

「搭乗者傷害保険は、自家用自動車総合保険に組み込まれ、保険料も基本契約と一括して定められているものの、その死亡保険金の額は実際に生じた損害の額とはかかわりなく定額とされている上、その約款上、商法 662 条所定の保険者代位の規定が排除されているのであり、これらの点に照らせば、右死亡保険金は生命保険金とほぼ同じ法的性質を有するものと認められ、原告らが右保険金を受領したからといって、これによりその受領額の限度で損害賠償額から控除されて原告らの損害賠償債権の消滅をきたすものではないと解すべきである」。

(23) 神戸地判平成 6 年 8 月 25 日（交通民集 27 卷 4 号 1095 頁）

搭乗者傷害保険金は「自動車の正規の乗車用構造装置のある場所に搭乗中の者が被保険自動車の運行に起因して受傷し、その結果死亡した場合に、実際に生じた損害額とは無関係に一定額が支払われるものであり、また、右保険金については、保険約款上、商法 662 条所定の保険代位が否定されていることが認められる。これらの事情に照らして考えると、右搭乗者傷害保険金は、その受領の限度で被害者の被った損害賠償請求権が消滅するという性質のものであるとは解し難いといわなければならない」。

(24) 東京高判平成 6 年 9 月 27 日（判例タイムズ 900 号 244 頁）

搭乗者傷害「保険金は加害者に不法行為責任が生ずるか否かを問わず支払われること及び金額が定額化されていることからすると、その法的性質は贈与ないし見舞金であると考えられる。もっとも、このように贈与ないし見舞金と見るのは、搭乗者が保険契約者と一定の身分関係にあり、搭乗者から被保険自動車の運転者や保有者に対し不法行為責任を問わない場合が多いことを念頭においた見解であり、被保険者が運転者や保有者に対して有する損害賠償請求権について保険会社が代位しないとの約定がなされ

ているのも、そのような人的関係への配慮によるものと考えられる。そうすると、本件のように、被害者である搭乗者から車両の保有者に対し損害賠償請求をしている場合には、保有者自らの負担による保険料で搭乗者に相当高額な保険金が交付されるのであるから、それが何らかの形で損害の填補となることを保有者が期待するのは当然であり、また搭乗者にとっては予想外の利得となるのであるから、搭乗者保険の全額を被害者の損害から控除すべきではないとしても、損害の公平な分担という見地からみて、慰謝料の算定において考慮すべき事情とみるのが相当である。」

(25) **大阪地判平成 7 年 1 月31日** (交通民集28巻 1 号147頁)

搭乗者傷害保険の「保険料負担者等も明らかではない本件においては、損益相殺の対象とするのは相当ではない。」

(26) **大阪地判平成 7 年 2 月15日** (交通民集28巻 1 号207頁)

搭乗者傷害保険は「定額払であって、その給付内容が実損を填補するものではなく、約款によっても保険代位することがない旨規定していることから、右保険金の支払いは損害の填補として損益相殺の対象とはならないというべきである。」

(27) **大阪地判平成 7 年 3 月29日** (自動車保険ジャーナル1143号)

搭乗者傷害保険金は「被保険者が被った損害を填補する性質を有するものではなく(最高裁平成 7 年 1 月30日判決参照)、また、加害者である被告が保険料を支払っていたものではないこと……によれば、原告の損害から控除すべきではない。」

(28) **東京高判平成 7 年 4 月12日** (判例タイムズ884号211頁)

「搭乗者傷害保険の死亡保険金は、これを搭乗者の損害賠償額から控除することはできない……(最高裁判所平成 3 年(オ)第1038号平成 7 年 1 月30日第 2 小法廷判決参照)。」

(29) **横浜地判平成 7 年 5 月 22 日**（交通民集 28 巻 3 号 801 頁）

「保険金の性質に鑑みると、これを損益相殺として原告らの損害から控除することは……相当とはいえない」。

(30) **前橋地裁大田支判平成 7 年 5 月 26 日**（交通民集 28 巻 3 号 846 頁）

搭乗者傷害保険「契約は被告車を被保険自動車とし、保険契約者の被告……が被保険自動車の使用などに起因して法律上の損害賠償責任を負担することによって被る損害を填補するとともに、保険会社が右搭乗者傷害条項に基づく死亡保険金を給付することを内容とするものであることが認められるところ、このような条項に基づく死亡保険金は被保険者が被った損害を填補する性質を有するものではないというべきであって、損害額から控除すべきではないと解するのが相当である（最高裁平成 7 年才第 1038 号平成 7 年 1 月 30 日判決参照）」。

(31) **東京地判平成 7 年 7 月 26 日**（交通民集 28 巻 4 号 1101 頁）

「搭乗者傷害条項に基づく死亡保険金を損害額から控除することはできないと解するべきである……（最高裁判所平成 7 年 1 月 30 日第 2 小法廷判決参照）」。

(32) **東京地判平成 7 年 8 月 29 日**（交通民集 28 巻 4 号 1196 頁）

「搭乗者傷害保険の死亡保険金は、これを搭乗者の損害賠償額から控除することはできない」。

(33) **山口地判平成 7 年 8 月 31 日**（交通民集 28 巻 4 号 1247 頁）

そもそも原告は搭乗者傷害保険金を損害賠償から控除することを求めなかったため、これについて裁判所は言及していないが、結果として非控除になっている。

(34) **大阪地判平成 7 年 9 月 12 日**（交通民集 28 巻 5 号 1334 頁）

搭乗者傷害保険金の「支払が損害の填補として損害額より控除すべきか

否かについては、搭乗者傷害保険は、約款によれば、運転者の不法行為責任及び損害賠償額に関係がなく定額が支払われること、また、保険者は、保険金を支払っても保険代位しないことが定められているのは顕著な事実であり、右によれば搭乗者傷害保険は生命保険に類似する性格を持ち、搭乗者の相続人がその死亡保険金の支払を受けたとして、それを搭乗者に対する損害賠償責任額に填補されたものとして取り扱うことはできない。」

(35) **東京地判平成 7 年12月27日** (交通民集28巻 6 号1884頁)

そもそも、原告は損害賠償額からの控除を求めている。また、本件において、原告は請求すれば、1000万円の搭乗者傷害保険金が原告らに支払われるが、原告は被告に対する被害感情が和らいでいないため、搭乗者傷害保険金の請求を行っていない。つまり、判決時に未だ、原告は搭乗者傷害保険金を受領していない。

(36) **仙台高判平成 8 年 1 月29日** (自動車保険ジャーナル1140号)

損害賠償額からの控除を言及していない (そもそも、被告は損害賠償額からの控除を求めたかどうかは不明である)。

(37) **大阪地判平成 8 年 3 月21日** (交通民集29巻 2 号449頁)

そもそも、被告は損害賠償額からの控除を求めている。

(38) **横浜地判平成 8 年 4 月25日** (交通民集29巻 2 号620頁)

被告は損害賠償額からの控除を求めている。

(39) **東京地判平成 8 年 6 月27日** (自動車保険ジャーナル1196号)

損害賠償額からの控除に言及していないため、結果として控除されていない (そもそも、被告は損害賠償額からの控除を求めたかどうかは不明である)。

(40) **松山地判平成 8 年 7 月25日** (交通民集29巻 4 号1083頁)

被告は損害賠償額からの控除を求めている。

(41) **札幌地判平成9年3月13日**（自動車保険ジャーナル1224号）

被告は損害賠償額からの控除を求めたかどうか不明であり、判決はこれについて言及していないため、結果としては控除しなかった。

(42) **神戸地判平成9年6月25日**（交通民集30巻3号880頁）

被告は損害賠償額からの控除を求めている。

(43) **岡山地判平成9年8月21日**（交通民集30巻4号1156頁）

被告は損害賠償額からの控除を求めている。

(44) **神戸地判平成9年10月1日**（交通民集30巻5号1478頁）

被告は損害賠償額からの控除を求めている。

(45) **仙台地判平成9年10月7日**（自動車保険ジャーナル1231号）

「被告が負担していたとみられる保険料の額は、保険金額との対比からすればそう大きなものではなく、これを単純に被害者の損害を填補するものと見て、その損害額から控除すべきではない」。また、本件においても、被告は損害賠償額からの控除を求めている。

(46) **大阪地判平成10年1月27日**（交通民集31巻1号87頁）

「被告……が……付していた自動車保険から搭乗者傷害保険金として……原告らに……支払われたことが認められるところ、右は損害のてん補の性格を有するものではない」。

(47) **東京地判平成12年2月29日**（交通民集33巻1号384頁）

被告は搭乗者傷害保険金を損害賠償額から控除すべきであると求めたが、裁判所は逸失利益の算定において、これに言及しなかった。結局、控除されていない。

(48) **旭川地判平成12年12月27日**（交通民集33巻6号2097頁）

「被告は、原告が……搭乗者傷害保険金が支払われる等として、さらに

控除すべき給付があると主張するが、搭乗者傷害保険金……を控除の対象として考慮することは相当ではな」い。

これら下級審判決の内容から見ると、そのうち、被告（加害者（側））が損益相殺を求めず、よって、裁判所はこれについて言及せず、結果として損益相殺が否認されているもの（⁽²⁰⁾、⁽³³⁾、⁽³⁵⁾、⁽³⁷⁾、⁽³⁸⁾、⁽⁴⁰⁾、⁽⁴²⁾、⁽⁴³⁾、⁽⁴⁴⁾判決）、および最判平成 7 年 1 月30日を直接参照するもの（⁽²⁷⁾、⁽²⁸⁾、⁽³⁰⁾、⁽³¹⁾判決）を除いて、損益相殺を認めない理由は主に次のようなものがあると見られる。

- ・搭乗者傷害保険金は見舞金の性質を有し、また代位も約款で適用しないと規定されている（⁽²⁾、⁽²⁴⁾判決）。
- ・搭乗者傷害保険金は定額であり、かつ代位も要求されず、よって損害填補の目的を有しない（⁽¹⁾、⁽³⁾、⁽⁴⁾、⁽⁵⁾、⁽⁶⁾、⁽⁷⁾、⁽⁹⁾、⁽¹⁰⁾、⁽¹²⁾、⁽¹⁵⁾、⁽¹⁶⁾、⁽²⁶⁾、⁽³⁴⁾判決）。
- ・損害填補の目的を有しないという理由だけで直接的に損益相殺を認めないという結論を導いた（⁽⁸⁾、⁽¹¹⁾、⁽¹⁴⁾、⁽⁴⁵⁾判決）。

この三つの理由には、若干の差があるように見える。だが、見舞金の性格を有するにせよ、定額性をもち、代位が認められないことにせよ、いずれにしても、判決はその搭乗者傷害保険が損害填補の目的を有しないということを強調して、搭乗者傷害保険金と損害賠償金との「同質性」を否定したのである。損益相殺の法理について述べたように、損益相殺を認めるべきかどうかを判断するときは、その不法行為により生じた損害と利益の関係に着目すべきであり、損害と利益の両者に「同質性」があることが必要だと解される。まさに、最判平成 7 年 1 月30日及びその前後の下級審判決とも、前掲昭和39年および昭和50年最高裁判決の理由付けから脱却して、前述の最高裁平成 5 年 3 月24日判決（民集 3 巻 3 号427頁）の損益相殺の理論に接近していて、損害と利益との「同質性」に重心を置いて、前述した損益相殺に関する学説に好意的である。また、⁽¹⁷⁾判決は、搭乗者傷害共

済金を損害賠償金から控除すべきではないと判断したが、その理由を「搭乗者傷害共済金は、……既に払い込んだ共済掛け金の対価としての性質を有」という点に求めている。すでに論じたように、保険料の対価は保険金ではなく、保険者の危険負担である。そして、もし保険契約者が加害者である場合、被害者が保険金を受領すれば、もはや当該保険金は加害者の支払った保険料の対価とはいえなくなる。したがって、本件において、その損益相殺に関する判断基準についての判断は間違っているといわざるをえない。しかし、本件判決はとくに明確に損益相殺と保険代位とを分けて論じている。この点を高く評価したい。

以上からわかるように、搭乗者傷害保険金を損害賠償額から控除しないということは、判例、学説においてほぼ定着している。しかし、搭乗者傷害保険はその被保険者が不特定であるという特徴を有する。つまり、前述したように搭乗者傷害保険は、場合によっては、自己のためにする傷害保険契約であり、場合によっては、他人のためにする傷害保険契約でもある。自己のためにする傷害保険契約の場合、保険料を負担する者は加害者ではなく、被害者自身であり、保険契約により支払われた搭乗者傷害保険金を加害者の負うべき損害賠償額から控除しないことは加害者にとって、別に公平に反することではない。これに対して、他人のための傷害保険契約の場合、状況が違ってくる。この場合の多くは、運転者である加害者が保険料を負担する保険契約者であり、同乗者である被害者が被保険者である。このような特殊な傷害保険においては、加害者が出捐して付保された保険契約によって、被害者が保険金を受領しているのであるから、もしこの保険金を加害者の負うべき損害賠償額から控除しないとなれば、加害者から見れば、搭乗者傷害保険契約を締結する利益がなく、相当の抵抗感を持つという法感情を理解できないことはないであろう（別表で列挙した控除を認めなかった各下級審判決は、そのほとんどが加害者が保険契約者で、被害者は被保険者であるケースである）。

そうだとすると、加害者のこのような法感情を無視することができるの

だろうか。もし、無視できないとすれば、法解釈としてどう解すべきであろうか。

実は、このような問題をとらえて、正面から搭乗者傷害保険金を損害賠償額から控除するという下級審判決がある。それは、前述の平成 7 年 1 月 30 日最高裁判決の原審判決（高松高判平成 3 ・ 2 ・ 26 判例タイムズ 763 号 256 頁）である⁴⁴⁾。

(四) **高松高判平成 3 年 2 月 26 日**（判例タイムズ 763 号 256 頁）

〔事実の概要〕

被害者 A は被保険者であり、加害者 Y₁ は保険契約者であり、保険料を負担したのは加害者 Y₁ であることに注意を要する。

〔判旨〕

高松高裁は、保険契約者である加害者 Y₁ が不法行為者となる場合には、支払済みの搭乗者傷害保険金は加害者の被害者 A に対する損害賠償としての性格を持つと判断し、よって、損害賠償額からこれを控除することを認めた。判旨は以下のようである。

「(一) 搭乗者傷害保険は、自家用自動車保険に含まれる各個別の保険（PAP の場合 5 種類、SAP の場合 6 種類）の一つであり、これは更に、死亡保険、後遺障害保険、医療保険などに細分されているが、保険料は自家用自動車保険の対象であるすべての保険を含む一括保険料として支払い、被保険自動車の所有者、運転者、その被保険自動車に搭乗した者を被保険者とする保険であり、死亡保険金額は定額（保険の場合 1000 万円）とされている。その死亡保険約款の定め（4 章 4 条）によると、その保険金は、運転者の不法行為責任および損害賠償額に関係なく定額で支払われる。保険金の受領権者は、特別の指定をしない限り、約款（同条）で死亡者の相続人とされているので相続人に支払われるが、保険契約者は死亡した搭乗者の相続人に対し自賠法 3 条の責任、一般不法行為責任を負わない場合、この保険金の性質は贈与（見舞金などの儀礼的な支出となる。）とみられ、

保険契約者は搭乗者に対し損害賠償として支払う義務がないので、保険者が保険契約者に代位してこれを支払ったとはいえず、保険契約者に対し求償する根拠がないから、保険金支払による代位を考える余地がなく、その点では生命保険に類似する性質を持つ。この限度では、搭乗者の相続人がその死亡保険金の支払を受けても、それを搭乗者に対する法律上の損害賠償責任額に填補されたものと取り扱うことはできない。

(二) しかし、他方、支払に関する約款（４章８条）によると、搭乗者傷害保険中の他の保険金（たとえば医療保険から搭乗者の入院治療費）が支払われた後にその死亡保険金の定額を支払うべきときはその死亡保険金の中からすでに支払った医療保険などの額を控除した残額を支払うとしていることからみると、不法行為による法律上の損害賠償責任額の填補の性質を持つ場合があることを否定できない。

(三) 更に、運転者といわゆる好意同乗者との関係が不法行為者と被害者との関係に立つ場合、自家用自動車保険に含まれた他の保険である対人賠償による保険金の請求権が発生するが、他方、搭乗者傷害保険中の死亡保険は、運転者の不法行為によるものでないこと（換言すれば対人賠償保険が発生しないこと）を保険発生の要件にしているものではないから、不法行為にあたる場合でもその成否従って法律上の損害賠償責任額の確定を待たずに支払われる。従って、搭乗者傷害保険には前記(一)の場合のほか運転者がその搭乗者に対し不法行為による損害賠償責任を負う場合を含むと解すべきである。この場合の保険金支払の意味につき保険契約の際の保険契約者の意思を合理的に解釈すれば、搭乗者に対し自己の負担すべき損害賠償に関する保険をも含むものとして契約をしたとみるべきであり、前記(一)の場合のように贈与をする趣旨だけに限定して保険契約をしたものとみるべきではない。

(四) 保険は、損害賠償責任のある場合、加入者全員の保険料の負担において支払うことで、多額の損害賠償を支払う危険を保険加入者全員に分散し、個人の負担能力を補充しようとするところにその制度目的があるか

ら、その保険金の支払いにより不当に又は被った損害以上に利得する者が生じないように解釈すべきである。もし、本件の場合に搭乗者保険金の支払が損害賠償の法律上の賠償責任額の填補にならないとすれば、搭乗者（実際にはその相続人）は保険加入者全員の負担において、法律上の損害賠償責任額を超えて支払いを受け（従って、保険者は右保険金の支払に係なく、対人賠償の保険額を算定することになり保険者がその分につき二重に支払うことになる。）、更にその保険額の限度で運転者から法律上の損害賠償責任額の支払いを受けて二重に利得する結果となり、他方、保険契約者は搭乗者傷害保険の契約をしその保険料を支払ってその危険を分散したと考え保険金が相続人に現実に支払われたのに、法律上の損害賠償責任額のうち右保険額の限度で重ねて支払わざるを得なくなり、右保険の制度目的に反する結果となる。このことは損害の負担の公平を害するものである。」

本件判決は、加害者が保険料を負担したことによって、搭乗者傷害保険金を損害賠償金から控除しないと衡平に反するということを念頭において、搭乗者傷害保険が損害賠償の性質を有すると判断した上で損害賠償額からの控除を認めたのである。その損害賠償性を有する理由として、まず約款において、搭乗者傷害保険の死亡保険がつねに定額で支払われるとは限らず、搭乗者傷害保険中の他の保険金を支払われた場合、その保険金を控除した死亡保険金を支払われるということである。つまりここで定額性が否定された。しかし、これは明らかに約款解釈の間違いであると思われる。既に支払った保険金の額が死亡保険金の額から控除されるのは、一人あたりに対する支払いの最高限度額を決めたにすぎなく、「このことと損害填補性とはまったく関係がないからである」⁴⁶⁾。

次に、この判決は、搭乗者傷害保険契約を加害者が不法行為責任を負う場合と負わない場合の二つに分けて分析した。加害者が不法行為責任を負わない場合には、搭乗者傷害保険金の性質が見舞金と見られ、損害賠償性

を有しないが、加害者が不法行為責任を負う場合には、加害者の意思を合理的に解すれば、搭乗者傷害保険金が被害者に対する損害賠償の性質を有すると認められるべきであるとし、搭乗者傷害保険を二元的な性質をもつものと判断した。しかし、法律、約款規定の根拠もなく、一つの保険契約を二元的に捉えるのは余りにも恣意的であろう⁴⁷⁾。また、果たしてこの判決の「この場合の保険金支払の意味につき保険契約の際の保険契約者の意思を合理的に解釈すれば、搭乗者に対し自己の負担すべき損害賠償に関する保険をも含むものとして契約をしたとみるべきである」という意思解釈は本当に「合理的」であろうか。

思うに、搭乗者傷害保険の一つの特徴はその保険金が加害者の損害賠償責任と無関係に支払われることである。ゆえに、このような保険は主によく車に搭乗する所有者またはその家族、親友などの搭乗者を保護する機能を有すると言える。したがって、車の所有者は保険契約を締結する際、事故が発生したらその搭乗者傷害保険金を損害賠償金に充当するという意思がないのが通常であろう。よって、高松高裁のこのような擬制的な意思解釈には賛成できない。また、たとえこのような意思解釈が正しいとしても、結果的に少額の責任保険に加入した人は逆に得になるという不公平な結果を招いてしまって、このような意思解釈を認めるべきではないのである⁴⁸⁾。

第3に、高松高裁は「保険は、損害賠償責任のある場合、加入者全員の保険料の負担において支払うことで、多額の損害賠償を支払う危険を保険加入者全員に分散し、個人の負担能力を補充しようとするところにその制度目的があるから、その保険金の支払いにより不当に又は被った損害以上に利得する者が生じないように解釈すべきである」といい、利得者を生じさせないという保険の制度目的から搭乗者傷害保険金が損害賠償額から控除されるべきだと説明している。これは明らかに搭乗者傷害保険を損害保険である責任保険と考えている⁴⁹⁾。このような説明は損害保険にのみ妥当するものあり、生命保険または本件の定額の傷害保険である搭乗者傷害保険の制度目的についての説明にはならないであろう⁵⁰⁾。

従来の学説は、ほぼ以上の理由で高松高裁判決に反対した。このほかに実はもう一つ指摘しなければならない点があると思うが、あまり議論されなかったようである。それは、この判決において、代位を排除するという約款条項に全く言及されなかった点である。これはなぜであろうか。判旨からみると、高松高裁は搭乗者傷害保険を損害保険として取り扱っている。しかし、損害保険ならば、必ず保険者の請求権代位が要求されている（商法662条）。これは強行法規と解釈されている。特約において、保険者が代位により取得した権利を行使しないことを約束することはできる。商法662条の強行法規としての意味は、保険者が支払った保険金の限度で必ず被保険者から権利を取得することに留まっているのであり、代位により取得した権利を必ず行使することまでは含まれていないと考えられ、このような特約があっても、代位の強行法規性とは矛盾しない⁵¹⁾。

もし搭乗者傷害保険契約を損害保険と見れば、その約款の代位排除規定は許されないはずである。したがって、搭乗者傷害保険は損害填補の性質を有せず、定額の傷害保険に他ならないと解される。これは、代位を排除する約款規定が搭乗者傷害保険の一つの重要な特徴であるにもかかわらず、高松高裁がそれについてあえて言及しなかった理由であろう。つまり、もしこの条項に言及すれば、判決の理論と矛盾してしまう。これによって高松高裁判決は約款解釈の整合性を失い、誤った判断に陥ったわけである。一方、そうすると、保険代位を排除する約款規定は搭乗者傷害保険が損害填補性を有しないことの重要な根拠になる。

以上から分かるように、高松高判は搭乗者傷害保険が損害填補性を有する判断の理由を誤ったといえよう。

3 搭乗者傷害保険と損益相殺に関する学説

まず、学説において高松高裁に賛成するものは見当たらない。それらの殆どは最高裁判決を支持している⁵²⁾。

ただし、高松高判の結論に反対したが、その「加害者の意思を合理的に

解す」という加害者側に着目する視点に賛成する学説はある⁵³⁾。山下（友）説によれば、搭乗者傷害保険は、他人のためにする保険契約である場合、保険契約関係から発生する権利義務関係とは別に、保険契約者と保険金受取人との間に実質的な原因関係が存在する。もしこのような原因関係が存在しなければ、保険金受取人の保険金取得は不当利得になるということである⁵⁴⁾。この意味では加害者側の意思を重視した高松高判は評価されているが、その意思解釈内容自体が、前述したように、間違ったものであり、それに賛成できない。搭乗者傷害保険の目的から、むしろ以下のような解釈が合理的に思われる。

山下（友）説はこの保険金が見舞金の機能を有すると解釈している⁵⁵⁾。

倉澤教授によれば、その意思是「償い（賠償責任の全的な履行）を超えるところなお、被害者ないしその遺族に保険の利益を享受させようということであった、事故の賠償責任の免脱という責任保険契約締結の意思とは本質的に異なるものとせざるをえない」ということになる⁵⁶⁾。

金澤教授は、次のように契約者の意思を解釈している。「一般的に言えば、保険契約者が法人である場合を除き、もっとも頻繁に自動車を利用する保有者（保険契約者）またはその親族が人身事故被害者になる可能性が高いから、衝突事故における相手自動車無責または賠償資力不足などの場合の自衛手段の一つとして、搭乗者傷害保険を位置づけていると考えるのが自然である。つまり、保険契約者の意思を合理的に解釈すれば、主として自己またはその親族のために保険料を負担しているという認識であり、他人の傷害に対する保険金の給付は二次的な意思付随的なものに過ぎないのではないか」⁵⁷⁾。

いずれにしても、これらの判断は全部その合理性を有するであろう。それが正確だとは言にくい。とにかく学説はこうにして、搭乗者傷害保険金が損害賠償の性質を有しないと判断でき、損害賠償金との「同質性」がないゆえに、損害賠償額からの控除を認めない立場を主張している。

洲崎教授、坂口教授はそれぞれの論文でドイツの搭乗者傷害保険を紹介

している⁵⁸⁾。それらの論文によると、ドイツの搭乗者傷害保険については、保険契約者が加害者、被保険者が被害者で、損害賠償債務の全部の履行を責任保険でまかなえない場合に限り、損害賠償額から搭乗者傷害保険金の控除を認めるということである。ドイツのこの解決の方法を参照して、日本も採用すべきであると両教授は主張した。理論構成としては損益相殺概念の弾力的解釈または当事者間の黙示の合意などにその法的根拠を求める。しかし、先ほど述べたように、搭乗者傷害保険金が損害賠償性を有するとする意思表示が誤りであり、またドイツ法の場合、明文上「保険契約者は搭乗者傷害保険金を損害賠償に充当するよう指定する権利を有する」という規定があるのに対し、日本の法律にはこのような指定権を定めていないから、このような解決は日本において現段階では無理のように思われる。

ところで、高松高判平成3年2月26日及び最判平成7年1月30日の当時、SAP、TAPにおいて、搭乗者傷害保険がセットで販売されていたのは前述の通りである。本稿の冒頭で紹介したように、1998年に料団法の実施により、新しい保険商品—総合自動車保険（人身傷害補償保険が自動付帯されている。）が発売された。人身傷害補償保険の一番大きな特徴は、賠償責任保険では填補が受けられない次のようなケースにおいて、保険カバーが提供されるようになったことである。(a) 過失相殺、好意同乗等による損害賠償の減額部分（従来賠償の手段がなかった）。(b) 加害者の資力不足、轢き逃げ等（従来無保険者傷害保険により、限定的に補償されていた）。(c) 自損事故・不可抗力による事故（従来自損事故保険により、定額給付の対象となった）。これより、従来、搭乗者傷害保険が自賠償保険および任意保険の対人賠償責任保険の機能しない部分を補完する機能は失われている。これを原因に、一部の会社を除いて、多くの損害保険会社はそれらの総合自動車保険契約において、搭乗者傷害保険を任意加入としている。例えば、東京海上の TAP である⁵⁹⁾。

このような任意加入は搭乗者傷害保険金が損益相殺の対象にならないという結論に影響を与えたのか。私見は、上の結論に何ら影響を与えていな

いと考えている。上の検討から分かるように、搭乗者傷害保険が傷害保険であることにほぼ異論がなく、その決め手は加害者と被害者との間の関係、つまり、加害者の保険契約時の意思に関する解釈である。セットで販売されている場合、前述したように、搭乗者傷害保険金が親族、友人を含む搭乗者に対する見舞金だと合理的に解釈できるが、任意になる場合も、同様である。なぜなら、人身傷害補償保険に加入して、親族を含むすべての搭乗者の保護がカバーできるようにしたにとどまらず、それ以上にまた積極的に任意に搭乗者傷害保険に加入するということは、損害賠償以上に保険の利益を享受させよう、あるいは謝罪しようという意味であると考えられるからである。また、任意加入の場合、もし加害者が搭乗者傷害保険金を損害賠償に充当すると考えるならば、搭乗者傷害保険に加入せず、むしろ全額保障の対人賠償責任保険に加入するであろう。セットで販売された場合でも、このような意思解釈も同様に可能であるが、任意加入の場合、このような解釈は一層合理性を有する。したがって、搭乗者傷害保険が任意加入になったということは、搭乗者傷害保険金は損益相殺の対象にはならず、加害者の負うべき損害賠償額から控除すべきではないという結論に影響せず、むしろ、この結論の正しさをさらに証明したといえる。

以上、搭乗者傷害保険において保険契約者＝被害者の場合はもちろん、保険契約者＝加害者、被保険者＝被害者の場合でも、搭乗者傷害保険金を加害者の支払うべき損害賠償金から控除すべきではないことは判例・学説において定着したことが分かった。しかし、保険契約者＝加害者、被保険者＝被害者の場合、加害者自らの付保により締結された保険契約によって、被害者は保険金を受領したのに対して、その加害者の保険料負担の事実を何らかの形で評価しないと、やはり加害者に酷であろうという法的感情は認めざるを得ないであろう。

私見としても、何らかの形の配慮が必要であると考ええる。しかし、搭乗者傷害保険の損害賠償性を認めない以上、その保険金を賠償額から控除することは否定すべきである。残りは、慰謝料での斟酌しかないと思う。特

に人身傷害補償保険の下で、搭乗者傷害保険が自賠償保険および任意保険の対人賠償責任保険の機能しない部分を補完する機能を喪失しているといっても、被害者に対する謝罪の意思を含む見舞金の機能を有するのは否定できない。このような見舞金の機能を有するからこそ、搭乗者傷害保険は総合自動車保険の下でも保留されている⁶⁰⁾。したがって、搭乗者傷害保険金は損害賠償額から控除できないが、この結論からただちに慰謝料額における斟酌までを否定することにはならないから⁶¹⁾、加害者が保険料を負担しているということに配慮する方法としては、加害者の保険料負担の事実を慰謝料斟酌事由とするのが妥当ではないかと考えられる。

五 搭乗者傷害保険と慰謝料斟酌

1 判 例

慰謝料の性質について、周知のように、学説上は賠償説と制裁説とが対立しており⁶²⁾、その対立は今なお解消されていない⁶³⁾。しかしながら、その性質をめぐっての論争はともかく、判例は、慰謝料の性質についてあまり触れることなく、その算定において柔軟な態度を取っている⁶⁴⁾。つまり、慰謝料額の算定にあたって、裁判所が斟酌すべき諸般の事情については、何ら制限もなく⁶⁵⁾、「当事者双方の社会的地位、職業、資産、加害の動機および態様、被害者の年齢、学歴など諸般の事情を参酌すべき」であるとされている⁶⁶⁾。

具体的に、交通事故事件における慰謝料増額事由としては、例えば、事故発生後加害者が被害者に対して不誠実な態度で対応した場合⁶⁷⁾、加害者の過失が極めて大きく、被害者は全身軋断によって死亡した場合⁶⁸⁾、轢き逃げ事件の場合⁶⁹⁾、などがある。最近ではいわゆる「片山隼君」事件で、裁判所は「本件事件の真相の究明に向けての」遺族の「熱意と努力も、慰謝料を算定するに当たって十分に斟酌すべきである」と判断して⁷⁰⁾、斟酌事由の多様性を示している。増額事由と反対に、好意同乗または加害者の

事故後における誠意ある対応が慰謝料算定に当たり減額事由として斟酌される場合がある⁷¹⁾。

多数説は、最高裁判平成7年判決では慰謝料斟酌について明らかにしていないと解している⁷²⁾。これに対して、北河弁護士は次のように述べ、最高裁は慰謝料斟酌を否定していると考えている。「最高裁は控除説を否定したが、……原判決が認定した慰謝料額をそのままにして保険金の控除を否定しているところ、控除説に立つ原判決は慰謝料額の算定に当たり保険金の支払を斟酌していないから、結果的に完全非控除説（慰謝料算定時の斟酌を行わない。＝筆者注）の結論を採ったということになる」。しかし、慰謝料算定に当たっての斟酌はその個々の事案に応じて、裁判官があらゆる事情を考慮し、自由裁量により慰謝料額を算定するから、たまたま原判決と同様な慰謝料額の算定をしたことをもって、最高裁は慰謝料について斟酌していないという結論を下すのはややいきすぎを感じる。やはり最高裁は加害者が保険料を負担したという事実を慰謝料算定の際に考慮すべきかどうかについて、肯定も否定もしていないとみるべきであり⁷³⁾、少なくともそれを否定したとまで解すべきではないと思われる⁷⁴⁾。

ところで、別表で示したように、下級審判決は、従来、加害者が保険料負担者であることをもって慰謝料算定に当たって斟酌していなかったが、平成に入ってから、そのほとんどは搭乗者傷害保険金に加害者の負うべき損害賠償額から控除されるべきではないと判断しつつ、慰謝料を算定する際に斟酌されるようになったようである。

被害者＝保険料負担者のケースを含めて、平成に入ってから判決の判旨は次のようである。

前掲¹⁰⁾ 東京地判平成元年3月9日

被告が「第三者のために搭乗者傷害保険契約を締結したのは、自己の運転する自動車……に搭乗するにいたる第三者に対し傷害を加えることありうべきことを予定し、この第三者に既に傷害を加え、これに保険金が支

払われるときには、この第三者に対する見舞金とするためであると解」し、搭乗者傷害保険金「を受領したことによって慰藉されたものと認めるのが相当である。したがって、原告らの被告らに対する慰藉料請求は理由がないものというべきである」。

前掲⁽¹¹⁾ 東京高判平成 2 年 3 月28日

「給付を受けたその保険金をもって見舞金とし、被害者ないしその遺族の精神的苦痛を一部なりとも償おうとの意思を有していたものと考えるべきであるから、右保険金の給付がなされていることを慰藉料額算定に当たって斟酌するのが相当である」。

前掲⁽¹²⁾ 仙台地判平成 3 年 5 月30日

「原告の搭乗者傷害保険金の受領は、そのことが事情として慰謝料算定に当たり斟酌されることがあるのは格別……」。

前掲⁽¹³⁾ 大阪地判平成 3 年 9 月12日

慰謝料算定に当たっての斟酌について言及していない。

前掲⁽¹⁴⁾ 大阪地判平成 3 年10月14日

「原告が被告……の契約している搭乗者保険から」保険金を「受領していること……を総合して考慮する……」。

前掲⁽¹⁵⁾ 名古屋地判平成 4 年 5 月11日

「加害車両の運転者が自ら保険契約者として保険料を支払っている場合、保険契約者としては、自己の運転を原因として発生した事故によって搭乗者が傷害を被ったときは、給付を受けた右保険金をもって見舞金とし、被害者の精神的苦痛を一部なりとも償おうという意思を有していたものと考えべきであり、かつ、その見舞金の金額が社会通念上、一時的な見舞いの意味以上の、事故自体に関する謝罪の趣旨を含むものと評価することが出来る場合には、右に論じた搭乗者傷害保険の趣旨・目的を考慮してもな

お、右保険金を見舞金として給付することによって、被害者の精神的苦痛が一部なりとも慰謝され、実質的には損害の填補がなされたものと評価するのが相当であるから、右保険金の給付は慰謝料算定に当たって斟酌されるべきである。」

前掲⁽¹⁶⁾ 松山地判平成4年7月8日

「原告の右給付金の受給は、慰謝料の算定に当たり斟酌されることがあるのは格別……。」

前掲⁽¹⁷⁾ 札幌地判平成4年8月21日

「加害者が共済契約者として共済掛金を支払い、現に搭乗者傷害共済金が被害者に支払われたときには、加害者は被害者に対して共済責任に基づく賠償共済金の支払いを超えた給付を行うことにより、被害者の精神的苦痛を少しでも和らげようとする誠意を示したと解し、慰謝料額の算定において斟酌するのが相当である。」

前掲⁽¹⁸⁾ 大分地判平成4年9月18日

慰謝料算定に当たっての斟酌について言及していない。

前掲⁽¹⁹⁾ 大阪高判平成5年4月1日

「損害賠償義務者が保険契約者として保険料を支払った任意保険から搭乗者傷害保険金が被害者に支払われた場合は、損害賠償義務者は、これにより、被害者の精神的苦痛を一部なりとも償いたいとの意思を有していると考えるべきであるし、右保険金が損害賠償義務者の負担において支払われたものであるから、被害者の精神的苦痛も自ら緩和されるものと認められるので、これを慰謝料額算定の際に斟酌すべきであると解せられる。」

前掲⁽²⁰⁾ 宇都宮地判平成5年4月12日

搭乗者傷害保険の保険料を「原告らが負担していたことを窺わせる事情が見当たらない本件においては、慰藉料額を算定するに当たり右保険金の

支払の事実を斟酌すべきである」。

前掲⁽²¹⁾ 横浜地判平成 5 年 6 月24日

慰謝料算定に当たっての斟酌について言及していない。

前掲⁽²²⁾ 東京地判平成 6 年 6 月21日

「被害者が搭乗者傷害保険金を受領することは実質的に被害の救済となること、及び通常はその保険料は加害者側が自家用自動車総合保険の一部として出捐していることから、慰謝料算定に当たって斟酌すべき事情となり得るというべきである。……本件について、……被害者側がこれを出捐したと評価することができ、……加害車両の保有者兼保険料支払人が損害賠償義務者となる通常の場合とは異なり、保険料を被害者側で出捐した生命保険金を受領した場合と類似するものである。……したがって、本件の場合は、搭乗者傷害保険金の受領の事実、慰謝料算定に当たって、特段の事情として斟酌しないのが相当である」。

前掲⁽²³⁾ 神戸地判平成 6 年 8 月25日

被告側が保険料を負担した「搭乗者保険金の受領によって、一部なりともその精神的苦痛が慰謝されるものと解されるから、右の事情は、慰謝料算定の際の一事情して斟酌するのが相当である」。

前掲⁽²⁴⁾ 東京高判平成 6 年 9 月27日

「保有者自らの負担による保険料で搭乗者に相当高額な保険金が交付されるのであるから、それが何らかの形で損害の填補となることを保有者が期待するのは当然であり、また搭乗者にとっては予想外の利得となるのであるから、搭乗者保険の全額を被害者の損害から控除すべきではないとしても、損害の公平な分担という見地からみて、慰謝料の算定において考慮すべき事情と見るのが相当である」。

前掲⁽²⁵⁾ 大阪地判平成 7 年 1 月31日

搭乗者傷害保険の「保険料負担者なども明らかではない本件においては、損益相殺の対象とするのは相当ではないので、前記慰謝料の算定における斟酌事情として考慮することとする」。

前掲⁽²⁶⁾ 大阪地判平成 7 年 2 月 15 日

搭乗者傷害保険の「保険料は被告…が支払っていたものでもあり、慰謝料算定に当たっては、右保険金の支払を斟酌するのが相当である」。

前掲⁽²⁷⁾ 大阪地判平成 7 年 3 月 29 日

「加害者である被告が保険料を支払っていたものではない……，慰謝料として斟酌すべきであるともいえない」。

前掲⁽²⁸⁾ 東京高判平成 7 年 4 月 12 日

「右保険金は見舞金としての機能を果たし被害者ないしその遺族の精神的苦痛の一部を償う効果をもたらすものと考えられるから、これを被害者またはその相続人の慰謝料の算定にあたって斟酌するのが、衡平の観念に照らして相当というべきである」。

前掲⁽²⁹⁾ 横浜地判平成 7 年 5 月 22 日

搭乗者傷害保険金「の性質に鑑みると、これを損益相殺として原告らの損害から控除することはもとより、慰藉料算定に当たって斟酌するのも相当とはいえない」。

前掲⁽³⁰⁾ 前橋地裁大田支判平成 7 年 5 月 26 日

慰謝料算定に当たっての斟酌について言及していない。

前掲⁽³¹⁾ 東京地判平成 7 年 7 月 26 日

搭乗者傷害保険「の保険料を加害者または加害者側が負担している場合には、右保険金は見舞金としての機能を果たし、被害者ないしその遺族の精神的苦痛の一部を償う効果をもたらすものと考えられるから、これを被害者またはその相続人の慰謝料の算定にあたって斟酌するのが、衡平の観

念に照らして相当というべきである。」

前掲⁽³²⁾ 東京地判平成 7 年 8 月29日

搭乗者傷害保険「の保険料を加害者又は加害者側が負担している場合には、右保険金は、見舞金としての機能を果たし、被害者ないしその遺族の精神的苦痛の一部を償う効果をもたらすことは否定できず、……これを被害者又はその相続人の慰謝料の算定にあたって斟酌するのが相当である。」

前掲⁽³³⁾ 山口地判平成 7 年 8 月31日

「確かに、加害車両の運転者が自ら保険契約者として保険料を支払っている場合、搭乗者が傷害を被ったときは、保険金をもって見舞金とし、被害者の精神的苦痛を償おうとする意思を有すると考えるべきであり、かつ、その保険金の額が社会通念上、謝罪の趣旨を含むものと評価することが出来る場合には、右保険金の給付は慰謝料算定に当たって斟酌すべきであるが、……右保険の保険料を負担したのは原告らであると認められるから、本件では慰謝料算定に当たって斟酌すべきではない。」

前掲⁽³⁴⁾ 大阪地判平成 7 年 9 月12日

慰謝料算定に当たっての斟酌について言及していない。

前掲⁽³⁵⁾ 東京地判平成 7 年12月27日

「搭乗者傷害保険契約が締結されているものの、未だ被害者側が搭乗者傷害保険金を受領していない場合には、搭乗者傷害保険金が見舞金的性格を有する金員として被害者側に交付されておらず、被害者側の精神的苦痛が償われたとは認められないのであるから、これを慰謝料の減額事由として斟酌することは相当ではない。」

前掲⁽³⁶⁾ 仙台高判平成 8 年 1 月29日

「搭乗者傷害保険金は、その保険料を被害者側が負担している場合は別として、加害者側が負担している通常の場合には、その給付が見舞金とし

ての機能を果たし、被害者の精神的苦痛の一部を償う効果を有するものであるから、実質的に被害の救済となるものであり、これを慰謝料の算定に当たって斟酌するのが相当である。」

前掲³⁷⁾ 大阪地判平成 8 年 3 月 21 日

最高裁判例「によれば、慰謝料として斟酌することまで否定したものではないが、本件事故においては、被告……のスピードの出しすぎによる運転が原因の暴走であることからすると、慰謝料として斟酌すべきものとは認められない。」

前掲³⁸⁾ 横浜地判平成 8 年 4 月 25 日

搭乗者傷害保険「金は見舞金あるいは謝罪の趣旨を含んでいるとみることができ、遺族の精神的苦痛の一部を慰謝したものと考え、これを慰謝料算定に当たって斟酌する。」

前掲³⁹⁾ 東京地判平成 8 年 6 月 27 日

「被告……が保険料を負担する搭乗者傷害保険金……がすでに支払われたこと等、本件訴訟に顕れた一切の事情を考慮する。」

前掲⁴⁰⁾ 松山地判平成 8 年 7 月 25 日

搭乗者傷害保険共済「の保険料は被告……が負担していたのであり、右共済金は原告らに対する見舞金としての機能を果たし、原告らの精神的苦痛の一部を償う効果をもたらすことが認められるので、慰謝料額算定に当たっては、右共済金受領の事実を斟酌するのが衡平の観念に照らして相当であり、原告らの主張は理由がない。」

前掲⁴¹⁾ 札幌地判平成 9 年 3 月 13 日

搭乗者傷害保険金は、「本件事故の被害者である A 及びその両親である原告らの精神的苦痛を慰謝する見舞金としての機能を果たしていると評価できるから衡平の理念に照らし、A の慰謝料から 10 パーセントを減額する

のが相当であると認められる。」

前掲⁽⁴²⁾ 神戸地判平成 9 年 6 月 25 日

「原告らが……搭乗者傷害保険金……を受領したことは当事者間に争いがないところ、右事情も慰謝料の一事由として斟酌すべきである。」

前掲⁽⁴³⁾ 岡山地判平成 9 年 8 月 21 日

「原告は被告……負担の搭乗者傷害保険金……を受領していることが認められるところ、右保険金の受領は通常被害者の精神的苦痛の軽減に資する事情と解されるので、これを慰謝料額算定に当たって斟酌する。」

前掲⁽⁴⁴⁾ 神戸地判平成 9 年 10 月 1 日

「原告らが、……被告……が加入していた搭乗者保険から」保険金の「支払をうけた……、これも慰謝料の一事由として斟酌すべきである。」

前掲⁽⁴⁵⁾ 仙台地判平成 9 年 10 月 7 日

搭乗者傷害保険金が「見舞金としての機能を果たし、被害者の精神的苦痛の一部を償う効果があること……から、これを慰謝料算定において斟酌すべきである。」

前掲⁽⁴⁶⁾ 大阪地判平成 10 年 1 月 27 日

搭乗者傷害保険金は「被告……の出捐を原因として……原告らに支払われたものであるから、この点は……原告らと被告……との関係で慰藉料の算定に当たり考慮するのが相当である。」

前掲⁽⁴⁷⁾ 東京地判平成 12 年 2 月 29 日

「被告……が保険料を負担している搭乗者傷害保険から」保険金が原告らに「支払われている事実は認められるが、被害者請求がなされていることなども考慮し慰謝料の算定においては斟酌しない。」

前掲⁽⁴⁸⁾ 旭川地判平成 12 年 12 月 27 日

慰謝料算定に当たっての斟酌について言及していない。

これらのうち、(10)、(11)、(14)、(15)、(17)、(19)、(23)、(24)、(25)、(26)、(28)、(31)、(32)、(33)、(36)、(38)、(39)、(40)、(41)、(42)、(43)、(44)、(45)、(46)判決は、慰謝料の算定にあたって斟酌することを認めた。(12)、(16)、(35)、(47)判決は原則として、控除を認めるべきであるとしたが、当該事案における事情から、控除を認めなかった。(13)、(18)、(21)、(22)、(27)判決において、保険料負担者は加害者ではなく、被害者（側）または第三者である。このとき、後述するように、慰謝料算定にあたって斟酌が行われるのは加害者が保険料負担者である場合に限られるのであり、この意味で、(13)、(18)、(21)、(27)判決は慰謝料斟酌に言及していないのは当然である。この点に関して、下級審判決において初めて、(22)判決は特に明言、強調している。ところが、(20)判決において、裁判所は原告らが保険料を負担していないと認定した上で、搭乗者傷害保険金の受領を慰謝料の算定に当たって斟酌したが、保険料負担者が第三者であるとすれば、前述したように、斟酌すべきではないであろう。また、本件において、加害自動車は、被害者が使用していた自動車の事故修理の代車であるため、保険料負担者たる契約者は自動車修理会社側であるが、この場合、原告との関係において保険料負担者を加害者と見るべきではないかと思う。したがって、(20)判決は、疑問が残る。

これらに対して、少数判決に属する(29)判決は、搭乗者傷害保険金の性質から、加害者の損害賠償金からの控除はもちろん、慰謝料算定にあたっての斟酌をも否定した。しかし、このように搭乗者傷害保険金の性質から慰謝料での斟酌を否定する判例は、この一件しかない。また、(30)、(34)、(48)判決は保険料の負担者が加害者でありながら、慰謝料算定に当たっての斟酌が考慮されなかった。しかし、その理由について、判決では何も言及されなかった。これは、被告が慰謝料での斟酌を求めず、損害賠償額からの控除のみを求めたことにあるかもしれない。しかし、(32)、(40)判決においても原告が慰謝料での斟酌を求めているにもかかわらず、裁判所はこれを斟

酌すべきであると判断した。多数の下級審判決の判旨から分かるように、加害者が保険料を負担した以上、特別の理由がない限り、衡平の理念から、斟酌すべきである。したがって、この三つの判決は特異な立場をとるものといえよう。同じく保険料負担者が加害者である⁽⁴⁷⁾判決において、裁判所は搭乗者傷害保険金が被害者により請求されているという理由で、慰謝料算定に当たっての斟酌を否定したが、その理由は理解しやすいものではない。

いずれにしても、加害者が保険料を負担しているにもかかわらず、搭乗者傷害保険金を慰謝料算定に当たっての斟酌を否定した判決は極めて少ない。以上の検討から分かるように、最高裁判決はまだ見当たらないが、下級審において、慰謝料額算定に際し斟酌するというような判決は、全体のほぼ9割を占めている。

また、慰謝料算定に際し斟酌する判決では、「加害者が保険料を負担する場合、搭乗者傷害保険金が加害者の被害者に対する見舞金の性質を有し、その受領をもって、被害者の精神苦痛が償われた」(⁽¹⁰⁾, ⁽¹¹⁾, ⁽²⁸⁾, ⁽³¹⁾, ⁽³²⁾, ⁽³³⁾, ⁽³⁵⁾, ⁽³⁶⁾, ⁽³⁸⁾, ⁽⁴⁰⁾, ⁽⁴⁵⁾判決), あるいは、見舞金であるかどうかを言及せず、単に「加害者が保険料を負担する場合、搭乗者傷害保険金の受領によって、被害者の精神的な苦痛が慰謝された」(⁽¹⁷⁾, ⁽¹⁹⁾, ⁽²³⁾, ⁽⁴³⁾判決) という理由が挙げられている。また、⁽²³⁾, ⁽⁴²⁾, ⁽⁴⁴⁾判決は、原告が被告の加入していた保険契約から搭乗者傷害保険金の支払を受けたことは、特に「慰謝料算定の一事由として斟酌する」と明言した。これらの判旨の意味は、保険料負担者が加害者であるという搭乗者傷害保険に基づいて、被害者が搭乗者傷害保険金を受領したという事実は、慰謝料を算定する際に、「斟酌事由」として考慮すべきであるということである。

ところが、判決⁽¹⁵⁾, ⁽²⁴⁾は、搭乗者傷害保険金が「損害の填補」だと考えた上で、損害賠償金から控除できなくても、衡平の見地から、慰謝料で斟酌するという。また、⁽⁴¹⁾判決は、「斟酌」という文言ではなく、「減額」であると言っている。つまり、これらの判旨の意味は上の多数判決と異なり、

「斟酌事由」ではなく、慰謝料額からその支払われた搭乗者傷害保険金を考慮して、控除するというように理解できると思う。

2 学 説

学説も慰謝料算定に際し搭乗者傷害保険金を斟酌することに賛成（斟酌肯定説）と反対（斟酌否定説）に分かれ⁷⁵⁾、斟酌肯定説が多数説である⁷⁶⁾。この点は、下級審判例とも一致している。なお、斟酌肯定説のうち、さらに保険料負担者が加害者であるか否かと関係なく、被害者が搭乗者傷害保険金を受領すれば、これを斟酌すべきであるとする説と保険料を加害者が負担する場合のみ斟酌が許されるとする説とに分かれている。金澤教授は前者を「広義的慰謝料斟酌説」、後者を「狭義的慰謝料斟酌説」と呼んで、「広義的慰謝料斟酌説」を支持しているが⁷⁷⁾、「広義的慰謝料斟酌説」は少数説にとどまっている⁷⁸⁾。

これに対して、斟酌否定説は以下のような疑問を投げかけた。

搭乗者傷害保険金は損害賠償の目的を有しないから、そのような損害賠償性のないものを損害額算定（慰謝料の性質は実質上損害填補である）に当たって斟酌することは適当であろうか⁷⁹⁾。

慰謝料の性質は損害填補であるとする、その算定に際し斟酌すれば、結局、慰謝料からの控除も損害額からの控除であることに変わりはないのではないか⁸⁰⁾。

斟酌によって、減額すべき額の目安がなく、裁判官の判断に振幅が大きすぎるではなからうか⁸¹⁾。

搭乗者傷害保険金は見舞金としての性質を有するであろうか。保険契約の構造から搭乗者傷害保険金を見舞金とする意思表示がその合理性を有するが、800万円、1000万円にもなる搭乗者傷害保険金は一般的な社会常識としての見舞金金額として、なかなかなじまないのではないか⁸²⁾。

3 検 討

私見は原則的に狭義の慰謝料斟酌説を支持したい。

まず、以上のような斟酌否定説からの疑問に対し、以下のような反論ができると思う。

に対して、まず、確かに搭乗者傷害保険金は損害賠償の目的を有しないが、加害者が保険料を負担し、保険金を被害者が受領した結果、多かれ少なかれ被害者の感情は慰められたといえよう⁸³⁾。そして慰謝料はその性質が被害者の損害填補であろうが、加害者に対する制裁であろうが、いずれにしても被害者の精神的苦痛に対して支払われるものであることに間違いない。したがって、慰謝料の算定にあたって搭乗者傷害保険金の受領を斟酌することができることは当然である。

に対して、もし前掲⁽¹⁵⁾、⁽²⁴⁾、⁽⁴¹⁾判決のように、「加害者の保険料負担を被害者又は相続人の慰謝料算定にあたって斟酌すること」を「慰謝料から控除または減額すること」と見れば、確かに反対説の言ったようにクリアできない難関があるが、思うに、そのような意味で「控除」または「減額」するのではなく、慰謝料算定の際に、被害者の年齢、教育程度、家庭事情などいろいろな要素を考慮しなければならないのと同じように、「加害者の保険料負担」事実もそのような中の一つの要素にすぎないと見るべきである⁸⁴⁾。つまり、この場合は、加害者の保険料負担事実を斟酌した結果としてはじめて被害者ないしはその遺族の精神的損害額が決まるのであって、算定された損害額から保険金給付額を控除するものとは異なるのである⁸⁵⁾。

に関しては、斟酌肯定説に立つ学説自体も意見は分かれており、大幅な減額になる斟酌が妥当ではないという見解もあれば⁸⁶⁾、斟酌の割合をあまりに基準化するのは妥当ではないという見解もある⁸⁷⁾。これは、この問題の難しさを示しているといえよう。しかし、慰謝料斟酌は裁判官の自由裁量に任せられた以上、たとえ客観的に必要と認められる一定水準の相場を定額化しても、個別的事情は慰謝料額の決定の際の調整要素として斟酌すべきであり、どのくらいの額を斟酌すべきかということは一般論として

論じる必要はないであろう⁸⁸⁾。

に関しては、確かに搭乗者傷害保険金を見舞金とする意思解釈は見舞金の額の社会的常識を見落したと言えるかもしれないが、私見は前述の金澤教授および倉澤教授の説く意思解釈をあわせて考えれば、この問題を解決できると思う。つまり、まず搭乗者傷害保険金は一次的には自己または家族のためのものであって、この場合、相当に高くても直ちに社会通念に反することはないであろう。次に、搭乗者傷害保険金は二次的には他人の傷害に対する給付金であるが、この場合、加害者の意思は被害者ないしその遺族に保険の利益を賠償責任のすべての履行を超えるところでも、享受させようということであり、よって、このときの搭乗者傷害保険金も社会通念上の見舞金より高くても問題ないであろう。

反対説の中に、もう一步進んで、逆に加害者が保険料を負担しなかった場合にそのことを慰謝料の増額事由と捉えることもできるという説がある⁸⁹⁾。しかし、日本における7000万台を超える自動車の普及は、加害者と被害者とを区別して、一方を加害者、他方を被害者と単純に決めつけることをできなくした⁹⁰⁾。つまり、故意または重大な過失による事故を別にして、現代社会においては交通事故の加害者は、一方で、被害者になる場合も少なくない。このような加害者兼被害者である（その立場が容易に互換的・重複的である）場合にも、保険料未負担を増額事由とすることは抵抗感を覚えるのが一般ではなかろうか。また、もし加害者が全額補償の責任保険に入ってもまだ増額事由にすることは、加害者に酷ではないだろうか。

さらに、保険会社の慰謝料算定基準を判決の慰謝料額と対比させ、慰謝料算定に当たっての斟酌によって、「死亡慰謝料、重度後遺障害慰謝料については全般的に非常に低額になっている」という結論から、慰謝料斟酌説に反対する見解がある⁹¹⁾。しかし、斟酌された額が妥当であるかどうかはともかく、そもそも、保険会社の算定基準を裁判所の下すべき慰謝料額として持ち出すのは正しいかどうか、大変疑問である。なぜなら、このような基準は民間団体によって作られており、そもそも裁判所の判断を拘束

するものではないからである。これについて、下級審判決は、保険会社の制定した死亡慰謝料算定基準が「何らかの法規範性を有し、裁判所を拘束すべきいわれはない」と明言している⁹²⁾。

以上の理由をもって、まず慰謝料斟酌説が妥当であるとする。この立場は、別表で挙げた下級審判決の多くが採用するものであることは前述の通りであり、また、『注解損害賠償算定基準』でも、これを斟酌事由として紹介されている⁹³⁾。

次に、「広義的慰謝料斟酌説」を支持する理由について、金澤教授は慰謝料の損害賠償額を認定する際の補完的機能ないし調整的機能を強調して、妥当な賠償額を算出するために必要なものである限り、その斟酌事由を広く求めることも認めるべきだと考えている⁹⁴⁾。しかし、妥当な賠償額を算出するためには、斟酌事由も妥当なものでなければならないであろう。

本来、加害者の不法行為により被害者が被った精神的な苦痛は金銭では図れないものであると思われるが、一般的には、加害者の損害賠償によって、そのような苦痛は多少癒されると考えられる。また、慰謝料の性質は、制裁的なものであれば、言うまでもないが、たとえ単なる損害填補であっても、不法行為を行った加害者に、その不法行為から生じた損害を賠償させることも、「事実上被害者や社会の制裁ないし報復感情を満足させることは否定できない」⁹⁵⁾。また、「民事責任として加害者に損害を填補させる以上、違法かつ有責な行為に対する制裁としての意義を有していることは当然である」⁹⁶⁾。加害者が保険料を負担した事実が斟酌事由と認められる理由も、加害者が誠意をもって、被害者に見舞金を支払うということで、加害者と被害者との間の衡平を考えることにほかならない。したがって、不法行為加害者の出捐で締結された保険契約により、被害者が保険金を受領すれば、被害者の被った苦痛、そして加害者に対する怒り、報復的な感情は多かれ少なかれ慰められたと認められるべきである。

これに対して、被害者が加害者側から何も金銭的な給付を受領していなければ、加害者以外の第三者の出捐による搭乗者傷害保険金をいくら受領

しても、加害者の不法行為によって被った精神的苦痛や加害者に対する怒りの感情が慰められたとはいえないであろう。したがって、加害者が保険料を負担した場合に限って、初めて被害者の苦痛が癒されたと認められ、搭乗者傷害保険金を慰謝料算定にあたって斟酌すべきである⁹⁷⁾。この意味では、前掲(4)判決は、保険料負担者が被害者の場合であり、搭乗者傷害保険金を斟酌するのは、間違いであるといわざるをえず、その後も、このような判決は見当たらない。

以上において、原則的に「狭義的慰謝料斟酌説」を支持する理由について検討したが、続いて、「原則」に対する例外について、検討したいと思う。上述の検討から分かるように、加害者の出捐によって締結された搭乗者傷害保険に基づいて、被害者が搭乗者傷害保険金を受領した場合、当該保険金は慰謝料算定にあたって斟酌されるべきである。しかし、これはあくまで原則である。加害者が保険料を負担し、その保険契約に基づいて被害者が保険金を受領したことは、慰謝料算定の「一事由」として考慮されることになる。このような一事由以外に、またほかの斟酌すべき事由があり、もし、すべての事由を総合して考慮したとき、搭乗者傷害保険金の受領は斟酌すべきではないと判断することも可能である。したがって、このような例外を認める判断の基準が必要になる。

私見は、このような例外を認める判断の基準は事故を起こした加害行為の態様によって定められるべきであり、加害行為が故意または重大な過失によるのであれば、慰謝料の算定に際し搭乗者傷害保険金を斟酌すべきではない。また、ここでの故意または重過失の加害行為とは、被害者に対しての故意または重過失ではなく、故意または重過失で道路交通法等に違反したという意味に解釈すべきである。前述のように、日本の自動車保有台数が7000万台を超えるような今日の社会において、自動車の特性を考えれば、自動車を保有、運転すること自体は当然に他人に損害をもたらす危険を伴っている。このような危険を最小限に抑えるためには、道路交通法等の規定を遵守して運転することが要請される。故意に法令に違反する行為

は、当然に人に損害を与える危険をもたらす。それにもかかわらず、あえて違反する場合、たとえ搭乗者傷害保険金の保険料を負担していたとしても、例外的に慰謝料算定にあたって斟酌事由にはならないと判断すべきである。すなわち、暴走族のような行為、赤信号無視、重度飲酒運転などは故意または重過失と見るべきであり、そのような行為がある場合、加害者の保険料負担事実は斟酌されるべきではない。

最判昭和38年3月26日(民集65号241頁)は、慰謝料認定について事実審の裁量に属する事実認定の問題であり、その認定が著しく不当であって経験則または条理に反するような事情がない限り、違法とはいえないとする。これは確立された法理だといわれている⁹⁸⁾。このことからすれば、以上のような私見も不当とはいえないであろう。前掲判例⁽³⁷⁾も、事故の原因はもっぱら加害者のスピードの出しすぎであることを理由に斟酌を否定している。

六 結 び

以上、搭乗者傷害保険金は損益相殺の対象になるかどうかについて、検討した。従来、加害者が被害者に対して損害賠償義務を負うときに、当該被害者が第三者から給付を受けた場合、その給付と加害者の負うべき損害賠償義務との関係が論じられてきた。それは、重複填補、損益相殺、保険代位の問題だともいわれてきたが⁹⁹⁾、実は、重複填補、損益相殺、保険代位の問題の区分がかなり曖昧であった。山田教授は、第三者からの給付を並行給付と名づけ、これらの並行給付と損害賠償金との関係を論じる問題を重複填補と呼んでいるが¹⁰⁰⁾、平井教授は、同様のことを単なる「損益相殺」と言っている¹⁰¹⁾。また、同教授は、第三者からの給付を類型的に分析し、それを控除すべきか否かの基準は「それぞれの給付の発生原因を定めた法律の規定の趣旨」によるべきであると論じた上、「これらは損益相殺のカテゴリーから除かれるべきものと思われる」と述べ、損益相殺で

論じるべきではないと主張した¹⁰²⁾¹⁰³⁾。

損益相殺と保険代位との関係は、すでに論じたので、ここでは繰り返さないが、損益相殺、保険代位と重複填補との関係はもう一步立ち入った検討が必要である。私見は、損益相殺、保険代位はともに重複填補の問題を論じる際の法技術だと考え、保険代位、とくに損益相殺は重複填補と同レベルの概念ではないことを強調したい。なぜなら、重複填補という問題に関して、その第三者から受領した給付と損害賠償金との関係を調整する際に、損益相殺の方法のみならず、保険代位という方法もあるからである¹⁰⁴⁾。

本稿は、搭乗者傷害保険金と損害賠償金との関係を重複填補の問題として捉え、保険代位と関係なく、損益相殺の法理による解決を図ったことは、上述のとおりである。また、損益相殺の判断基準を損害と利益との間の「同質性」の有無に求め、搭乗者傷害保険金はその性質からみれば、傷害保険による給付であり、その保険契約者と被害者との関係からみれば、保険契約者の意思を合理的に解して、被害者に対する見舞金であると分析したため、搭乗者傷害保険金と損害賠償金との間に「同質性」がなく、したがって、搭乗者傷害保険金は損益相殺の対象にならないという結論に至った。さらに、新しい保険商品—人身傷害補償保険の発売により、一部保険商品における搭乗者傷害保険の自由加入はその保険契約者の意思を一層合理的に解釈でき、今までの結論に何ら影響を与えていないことも判明した。

一方で、搭乗者傷害保険金は損益相殺の対象にならないが、慰謝料算定にあたって原則的に斟酌すべきであると考えている。なぜなら、慰謝料算定時の斟酌事由として考慮されるため、損害賠償からの控除とは別レベルの問題と考えられるからである。

最後に、未受領の搭乗者傷害保険金を慰謝料算定にあたって斟酌すべきかどうかという問題もあり得る。最判昭和52年5月27日は、労災保険金について、その将来支払分を控除しないと判断した¹⁰⁵⁾。思うに、損益相殺の意義からして、損益相殺は、そもそも第三者から受領した給付を損害賠償金から控除するか否かという問題であり¹⁰⁶⁾、まだ受領していない給付

は控除するかどうかという問題を論じる余地はそもそもないはずである。したがって、原則として、未受領の給付は控除すべきではないと考えられる。ただ、未受領の搭乗者傷害保険金については、控除すべきかどうかという議論ではなく、慰謝料算定にあたって斟酌すべきかどうかという議論のみあり得る。保険事故の要件が充足されているかぎり、搭乗者傷害保険金は定額の傷害保険金であるため、被害者が保険会社にそれを請求したら、すぐ支払われるはずである。この場合、形式的には未受領であるが、むしろ実質的に搭乗者傷害保険金がすでに受領されたとみなし、当該保険金は慰謝料算定にあたって斟酌されるべきであると考えたほうが合理的である。前掲⁽³⁵⁾判決は、未だ受領していないという理由で、慰謝料算定にあたっての斟酌を否定したが、そうすると、紛争が生じる際、被害者がとりえず搭乗者傷害保険金の受領を申請せず、その未受領を理由に慰謝料算定時に斟酌しないという判決を待って、その後、申請して受領するという不公平が生じ得る。したがって、被害者が申請すれば確実に受領できるはずの搭乗者傷害保険金について、被害者が未だ受領していないといっても、それを請求する意思が明らかであるときは、慰謝料算定にあたって斟酌すべきである。

- 1) 保険事故が発生し、被害者に保険金債権と損害賠償請求債権とは競合・並存するが、そのうちの一つの債権が実現されると、例えば相手の債務の履行によって、現実金銭給付を被害者が受領する場合、その受領がもうひとつの債権に対してどのような影響を与えるかという問題が生じる。これについて、倉澤教授は次のように説明している。「損害賠償義務と保険金支払義務とは、相互に競合して並存することになる」、「これに対して、義務の発生ではなくて、義務の履行が一方の義務者によりなされたときには、問題はその局面を異にすることになる。」(「損益相殺と保険代位」相馬勝夫博士古希祝賀記念論文集刊行会編『現代保険学の諸問題——相馬勝夫博士古希祝賀記念論文集』476頁(専修大学出版局 1978年))。
- 2) 内田貴『民法 債権各論』414頁(東京大学出版会 1997年)。
- 3) 一般的には、損害賠償金が先に支払われた場合、損害保険においては、被害者の損害が填補されたため、利得禁止の要請により、保険者は改めて損害保険金を支払わないことになる。生命保険においては、利得禁止の要請が働かず、損害賠償額と関係なく、保険者は保険契約に基づいて約定された定額保険金を支払わなければならない。
- 4) 伊藤文夫「搭乗者傷害保険と損害賠償額」『自動車事故民事責任と保険の交錯』360頁

- （保険毎日新聞社 1999年）。
- 5) 肥塚肇雄「他給付との関係」『傷害保険の法理』230頁（（財）損害保険事業総合研究所 2002年）。
 - 6) 本稿は、搭乗者傷害保険金が先に保険者により支給されたことを前提にして検討を行う。なぜなら、搭乗者傷害保険は定額保険であり、加害者の責任と無関係に、保険事故が発生すれば、支給されているのであり、また年金保険のように、将来にわたって支給を行われることもありえないのである。
 - 7) 東京海上 TAP、あいおい損保 IAP、三井住友海上 MOST、損保ジャパン ONE 等。
 - 8) 損益相殺の学説史について、松浦以津子「損益相殺」星野英一編集代表『民法講座 6－事務管理・不当利得・不法行為』681頁（有斐閣 1985年）以下を参照。
 - 9) 四宮和夫『不法行為』601頁（青林書院 1995年）。
 - 10) 潮見佳男『不法行為法』326頁（信山社 2002年）。
 - 11) 加藤一郎『不法行為』[増補版] 245頁（有斐閣 1980年）。
 - 12) 我妻栄『新訂債権総論（民法講義）』128頁（岩波書店 1964年）、於保不二雄『債権総論』132頁（有斐閣 1959年）、加藤・前掲書245頁。
 - 13) 平井宜雄『債権各論 不法行為』145頁（弘文堂 1992年）、伊藤高義「損益相殺」山田卓生編集代表・淡路剛久編集『新・現代損害賠償法講座 6－損害と保険』254頁（日本評論社 1998年）。
 - 14) 沢井裕「損益相殺（一）」関西大学法学論集 8 卷 3 号281頁（1958年）。
 - 15) 四宮・前掲書602頁。同旨、吉村良一『不法行為法（第二版）』153頁（有斐閣 2002年）。
 - 16) 吉村良一「損害の重複填補とその調整」法学教室190号33頁（1996年）、内田・前掲書414頁も同旨。なお、伊藤（高）・前掲254頁は「損益相殺の判断基準としては、損害賠償法の目的・当事者間の公平の見地から行うべきものとされている。」と述べ、これも同趣旨を述べるものであると思われる。
 - 17) 最大判平成 5・3・24民集47卷4号3039頁。
 - 18) 大森忠夫「保険者の求償権」『続保険契約の法的構造』97頁（有斐閣 1956年）、田辺康平「請求権代位の制度の趣旨—修正絶対説による根拠づけ—」『保険契約の基本構造』249頁（有斐閣 1979年）、石田満「保険者代位と損益相殺」石田満編集代表『田辺康平先生還暦記念・保険法学の諸問題』9 頁（文真堂 1980年）、中出哲「保険代位制度について—機能面から見た制度の本質—」九州大学経済学研究62巻491頁（1996年）、西島梅治『保険法（第三版）』181頁（悠々社 1998年）。なお保険代位に関する詳細な説明は山本哲生「保険代位に関する一考察（一）（二完）」北大法学論集47巻 2 号280頁以下、3 号472頁以下（1996年）を参照。
 - 19) 洲崎博史「損益相殺と保険代位」金澤理・塩崎勤編『裁判実務大系26－損害保険訴訟法』156頁（青林書院 1996年）。
 - 20) 四宮・前掲書603頁。
 - 21) 洲崎・前掲注19)論文162頁。
 - 22) 能見善久・判批・商法（保険・海商）判例百選（第1版）69頁。同旨、倉澤・前掲注1)論文483頁、肥塚・前掲221頁、田村耕作・判批・創価法学25巻 3 号127頁（1996年）。

- 23) 平井・前掲書146頁。
- 24) 洲崎・前掲注19)論文155頁。同旨、北河(北河隆之「損益相殺・重複填補」交通事故民事裁判判例集創刊25周年記念論文集『交通事故賠償の新たな動向』432頁(ぎょうせい 1996年))。なお、北河弁護士は前者を「支出節約型」、後者を「給付型」と名づけている。
- 25) 洲崎・前掲注19)論文156頁。また、谷水・亀川両裁判官は損害賠償額の算定において、各種保険金を控除すべきか否かという問題に関して、「損益相殺の法理を用いるか、保険者代位の理論を用いるのが一般である」と述べ、損益相殺と保険代位とは異なるものであることを前提にしていると思われる。谷水中央 = 亀川清長「各種保険金と損益相殺」『裁判実務大系15—不法行為訴訟法⁽¹⁾』401頁(青林書院 1991年)。
- 26) 笹本幸祐「重複填補の調整—保険給付と損害賠償の調整—」沢野直紀ほか編『企業ビジネスと法的責任』315頁(法律文化社 1999年)。
- 27) 落合誠一「搭乗者傷害保険と損益相殺」商法(保険・海商)判例百選[第二版]140頁(有斐閣 1993年)、大森利夫「自損事故条項と保険者の責任」田辺康平 = 石田満編『新損害保険双書2』287頁(文真堂 1983年)。
- 28) 坂口光男「搭乗者傷害保険と損益相殺」法律論叢67巻4・5・6号267頁(1995年)、新海兵衛・判批・企業法研究9号112頁(1997年)、西島梅治「各種保険と損害の填補」判例タイムズ268号202頁(1971年)、同・前掲書201頁。ただし、西島教授は保険金が保険料の対価であることと不法行為とは別個の契約であることとを分けて考え、別個契約であることに賛成しているが、保険料の対価であることに反対する。
- 29) 大森忠夫『保険法』[補訂版]57頁(有斐閣 1991年)、龍田節「保険金と損益相殺」別冊ジュリスト商法(保険・海商)判例百選(第3版)15頁、岡田豊基「保険契約と損害賠償の調整—搭乗者保険における損益相殺の可否を中心として—」神戸学院法学31巻2号105頁(2001年)。
- 30) 高松基助「搭乗者傷害保険金の損害賠償額からの控除」久留米大学法学40巻180頁(2001年)、岡田・前掲105頁。
- 31) 山下友信「保険契約と損益相殺」『現代の生命・傷害保険法』278頁(弘文堂 1999年)。同旨、岡田・前掲106頁。松村弓彦NBL601号64頁(1996年)は、最高裁のいう「不法行為の原因と関係なく支払われるべきもの」について、それが「原因を問わず死亡した場合支払われるという意味では正しいが、当該事件では原因事実は同一」であると考えている。
- 32) 水野有子・判批・判例タイムズ865号12頁(1995年)。
- 33) 山下(友)・前掲注31)論文279頁、岡田・前掲106頁、肥塚・前掲238頁。なお、洲崎教授は搭乗者傷害保険金を損害賠償金から控除すべきであるという理論構成の面から、「将来加害者として損害賠償請求を受けた場合に搭乗者傷害保険金の支払をもって損害の填補に当てるという保険契約者の意図を強調することにより、搭乗者傷害保険金と損害填補の同質性を導く余地がない」と考えている(洲崎博史「定額保険と損益相殺—搭乗者傷害保険の問題を中心にして—」『商法・経済法の諸問題——川又良也先生還暦記念』362頁(1994年))。
- 34) 鴻巣夫編集代表『注釈自動車保険約款(上)』3頁(有斐閣 1995年)。
- 35) 東京海上、あいおい損保は総合自動車保険の販売により、PAP、SAPの販売を中止し

ている。

- 36) 自家用自動車総合保険普通保険約款，自動車総合保険普通保険約款第4章参照。
- 37) 最二判平成7・1・30民集49巻1号211頁。
- 38) 松本克美・判批・法学教室178号87頁（1995年）。
- 39) 高松・前掲202頁は，現在のドイツ航空法（Luftverkehrsgezetzt）50条を紹介している。
条文の内容は「航空会社は，飛行機の乗客の傷害につき付保する義務を負う。保険金の最小金額は，死亡または永続的稼働無能力の場合は，35,000DMとする。傷害保険金が給付された範囲内で損害賠償請求権は消滅する。」である。
- 40) 山下友信＝竹濱修＝洲崎博史＝山本哲生『保険法』71頁（有斐閣 1999年）。
- 41) 野山宏・最高裁判所判例解説・法曹時報49巻8号223頁（1997年）。
- 42) 野山・前掲226頁。
- 43) 鴻編・前掲書259頁。
- 44) これについて，出口正義・判批・ジュリスト1091号92頁（1996年）は，次のように述べている。定額保険性だけでは損害填補代位の否定は十分でなく，むしろ約款上の代位の否定は少なくとも保険者との関係で搭乗者保険金に損害填補性がないこと，換言すれば，その限りで搭乗者保険が利得禁止原則の廃棄された定額保険であることの約款に基づく一つの有力かつ明白な解釈上の根拠となりうるものである。
- 45) 同じく控除を肯定した前掲高松高判平成5・6・17は，控除理由について，次のように述べている。搭乗者傷害保険金は「加害者に代わって給付されるものでないことは，右保険金について商法662条の代位の規定の適用が排除されていることから明らかというべきであるが，同一事故を原因として加害者がかけていた保険によって被害者が受ける益金であるから，加害者の損害賠償責任との関係においては衡平の原則から，右給付金額を加害者の賠償額から控除するのが正当である」。
- 46) 倉澤康一郎「搭乗者傷害保険金と損害賠償」『鈴木辰規教授還暦記念・保険の現代的課題』407頁（成文堂 1992年）。同旨，新海・前掲106頁，野山・前掲215頁。
- 47) 野山・前掲221頁，金澤理「搭乗者傷害保険金と損害賠償」『創立60周年損害保険論集』762頁（（財）損害保険事業総合研究所 1994年），北河隆之「損益相殺に関する現代的諸問題」損害保険研究56巻4号86頁（1995年）。
- 48) 落合・前掲140頁。
- 49) 新海・前掲108頁。
- 50) 原田裕彦・判批・商事法務1366号29頁（1994年）。
- 51) 山下（友）ほか・前掲注40）書155頁。
- 52) 最高裁平成7年1月30日判決について，前述の新海・判批，松本・判批，落合・判批，出口・判批，松村・判批，野山・判例解説のほか，以下の文献がある。加藤了・「搭乗者傷害保険金の控除について—最（2小）判平成7年1月30日をめぐって—」判例タイムズ892号104頁（1996年），山下孝之「搭乗者傷害保険金と損害賠償額の控除」私法判例リマークス12号108頁（1996年），藤田紀子「搭乗者傷害保険金と損害の填補」交通事故判例百選156頁（1999年），田村耕作「搭乗者傷害保険金と損益相殺」創価法学25巻3号119頁（1996年）。そして，高松高裁平成3年2月26日判決については，前記の山下（友）・前掲

- 注31)論文,金澤・前掲注47)論文,原田・前掲注50)判批のほか,北河隆之「搭乗者傷害保険金は損害賠償額から控除できるか(控除肯定例)」損害保険研究53巻3号159頁(1991年),甘利公人・判批・ジュリスト1058号113頁(1994)等がある。
- 53) 山下友信「保険契約と民事責任」『現代の生命・傷害保険法』299頁(弘文堂 1999年)。
54) 山下友信「生命保険金取得権取得の固有権性」前掲注53)書58頁。
55) 山下(友)・前掲注31)論文271頁。同旨,西島・前掲注28)論文203頁,山下(孝)・前掲111頁,山下(丈)・前掲320頁。
56) 倉澤・前掲前掲注46)論文408頁。
57) 金澤・前掲注47)論文760頁。
58) 洲崎・前掲注33)論文339頁,坂口・前掲274頁。
59) 星野明雄「新型自動車保険 TAP 開発について」損害保険研究61巻1号123頁(1999年)。
60) 星野・前掲123頁。
61) 荻原一正「搭乗者傷害保険金と損益相殺」共済と保険40巻10号(共済保険研究会編 1998年)。
62) 斎藤修「慰謝料に関する諸問題」山田卓生編集代表・淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座6—損害と保険』206頁以下(日本評論社 1998年),吉村良一「慰謝料請求権」星野英一編集代表『民法講座6—事務管理・不当利得・不法行為』430—444頁(有斐閣 1985年)。
63) 吉村・前掲注62)論文442頁。
64) 吉村・前掲注62)論文431頁。
65) 大判大正9・5・20民録26輯710頁。
66) 最判昭和40・2・5集民77号321頁。
67) 東京地判昭和62・5・29交通民集20巻3号731頁。
68) 横浜地判平成元年4・24交通民集22巻2号502頁。
69) 東京地判昭和46・5・29交通民集4巻3号868頁。
70) 東京地判平成13・3・15交通民集34巻2号384頁。
71) これらの慰謝料の斟酌事由問題に関しては,田中康久「慰謝料額の算定」有泉享監修・坂井芳雄編『現代損害賠償法講座7—損害賠償の範囲と額の算定』267頁以下(日本評論社 1974年),大工強「慰謝料の斟酌事由」交通事故民事裁判判例集創刊25周年記念論文集『交通事故賠償の新たな動向』676頁(ぎょうせい 1996年)において詳細に紹介されており,実務上の問題点に関しては東京三弁護士会交通事故処理委員会慰謝料部会編著『交通事故慰謝料算定論』(ぎょうせい 1996年)がある。
72) 山下丈「傷害保険と代位」塩崎勤編集『現代裁判法大系25—生命・損害保険』234頁(新日本法規 1998年),出口・前掲93頁,落合・前掲141頁,中本・前掲113頁。
73) 野山・前掲228頁,山野嘉郎「搭乗者傷害保険をめぐる諸問題」判例タイムズ943号189頁(1997年)。
74) 松村・前掲66頁,杉田雅彦「搭乗者傷害保険と損害賠償」金澤理・塩崎勤編集『裁判実務大系26—損害保険訴訟法』(青林書院 1996年11月),和根崎直樹「搭乗者傷害保険」塩崎勤編集『現代裁判法大系25—生命・損害保険』359頁(新日本法規 1998年)。

75) 斟酌肯定説に立つ見解としては、植林弘『慰藉料算定論』232頁（有斐閣 1962年）、倉澤・前掲注46)論文407頁、金澤・前掲771頁、小賀野晶一「搭乗者傷害保険と損害賠償額」金融商事933号157頁（1994年）、水野有子・前掲12頁、塩崎勤「損益相殺」川井健ほか編『新版・注解交通損害賠償法2〔民法〕』192頁（青林書院 1996年）、杉田・前掲411頁、山下（孝）・前掲111頁、加藤（了）・前掲109頁、山野・前掲190頁、荻原・前掲51頁、竹内純一「損益相殺」飯村敏明編集『現代裁判法大系6—交通事故』369頁（新日本法規 1998年）、和根崎・前掲359頁、山下（丈）・前掲320頁、山下（友）・前掲注31)論文281頁、岡田・前掲139頁、等がある。

斟酌否定説に立つ見解としては、北河・前掲判批172頁、原田・前掲31頁、松村・前掲87頁、落合・前掲141頁、伊藤・前掲375頁、横田裕美「搭乗者傷害保険と損害賠償の算定」日本交通法学会編『人身賠償・補償研究4』321頁（判例タイムズ社 1997年）、肥塚・前掲242頁、等があり、高松・前掲209頁もこの説に立っていると思われる。

76) 松村・前掲65頁。

77) 金澤・前掲768, 771頁。

78) 広義的慰謝料斟酌説に立つ学説としては、金澤・前掲771頁、植林・前掲書232頁、等がある。

狭義的慰謝料斟酌説に立つ学説としては、倉澤・前掲注46)論文407頁、杉田・前掲411頁、荻原・前掲51頁、竹内・前掲369頁、和根崎・前掲360頁、塩崎・前掲192頁、山下（友）・前掲注31)論文281頁等がある。

79) 出口・前掲93頁。

80) 洲崎・前掲注33)論文340頁、肥塚・前掲242頁、落合・前掲141頁（なお落合教授は疑問を投げかけているが、反対するまでには到っていない）、高松・前掲209頁（高松教授は搭乗者傷害「保険金を贈与や見舞金と解することはできず、やはり利得と解すべきである」と説明した上で「慰謝料算定に斟酌して慰謝料を減額する」と述べているが、その趣旨から、本稿でいう斟酌ではなく、控除と同様な意味を持つと思われる）。

81) 北河・前掲判批172頁。

82) 松村・前掲66頁、出口・前掲93頁。

83) 杉田・前掲412頁。

84) 岡田・前掲140頁。

85) 倉澤・前掲注46)論文407頁、山下（孝）・前掲111頁。

86) 山野・前掲190頁、和根崎・前掲360頁、竹内・前掲370頁。

87) 杉田・前掲413頁。

88) 斎藤修「慰謝料額の決定—交通事故損害賠償を中心として—」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集『損害賠償法の課題と展望』326頁（日本評論社 1990年）。金澤・前掲772頁は、次のように述べ、斟酌割合の定額化に反対している。搭乗者傷害保険に関する「同種の事件の圧倒的多数が裁判外で解決されており、裁判外の手続きで解決されない、すなわち、何らかの理由により事件の定型的処理に親しまない個性的な事案だけが裁判所に係属していて、しかもその内の何分の一だけが判決まで進むのだと考えれば、慰謝料額の算定にあたり、受領した搭乗者傷害保険金の何%かを定型的に斟酌するという

ようなルールを設定することは、むしろ避けた方がよいのではないか」。

- 89) 松本・前掲87頁。
- 90) 西島梅治「人身傷害補償条項つき自動車保険の特色と問題点—賠償から手厚い補償へ—」損害保険研究61巻1号3頁(損害保険事業総合研究所 1999年)。
- 91) 横田・前掲321頁。
- 92) 大阪地判平成7・1・31交通民集28巻1号147頁。
- 93) 損害賠償算定基準研究会編『三訂版 注解交通損害賠償算定基準(上)』434頁(ぎょうせい2002年)。
- 94) 金澤・前掲771頁。
- 95) 吉村・前掲書18頁。
- 96) 斎藤・前掲「慰謝料額の決定—交通事故損害賠償を中心として—」318頁。
- 97) 杉田・前掲412頁、和根崎・前掲360頁、塩崎・前掲192頁、竹内・前掲369頁、なお、小賀野・前掲156頁も同旨か。
- 98) 野山・前掲判例解説228頁。
- 99) 山田誠一「『重複填補』問題の理論と現実⁽¹⁾」NBL 508号30頁(1992年)。
- 100) 山田・前掲30頁。
- 101) 平井・前掲書147頁。
- 102) 平井・前掲書147頁。
- 103) 私は「重複填補」という言葉自体に疑問を持っている。填補というのは損害に対する填補を指しているが、例えば搭乗者傷害保険金は損害に対する填補のものではないため、重複填補とはいえないはずである。また、「重複請求権の調整」という言い方も考えられるが、それは重複している請求権自体が両立できるかどうかの問題という理解を生みやすい。結局、「重複受領の調整」の方がもっと適切であると考えているが、肥塚助教授の言う「他給付との関係」にも賛成する。この問題は本稿の趣旨から外れるため、本稿においては、一般に使われている「重複填補」という概念を使う。
- 104) このようなことを前提にした上で、平井教授の言う「これらは(第三者から受領した各給付=筆者注)損益相殺のカテゴリーから除かれるべきものと思われる」という言葉の意味が、「損益相殺の法技術は何らの意味も持たない」ということであれば、私はこれに反対する。各給付はそれぞれの法的性質、目的が違うことは確かであるが、そこでは、保険代位によるべきか、損益相殺によるべきか、という問題が重要になる。既に論じたように、保険代位で処理される問題であれば、損益相殺は適用されない。しかし、このことをもって、損益相殺という法技術は何らの意味もないという理解を導くことはできない。
- 105) 最判昭和52・5・27民集31巻3号427頁。
- 106) 損益相殺に関する定義として以下のものがある。

不法行為に関連して被害者が何らかの利益を得た場合には、損害賠償額の決定に際し、それを損害額から控除しなければならない。これを損益相殺という。(四宮・前掲601頁)

ある不法行為の被害者がそれと同一の不法行為により損害とともに利益を受ける場合に賠償される損害の範囲からその利益を控除することは、一般に損益相殺と呼ばれる。(平井・前掲145頁)

不法行為の被害者は、一面では、同じ不法行為によって利益を受ける場合もあるが、そうした利益の分を控除して損害の額を算定すること、あるいはそのようにして控除した残りが真の損害であると考え、を損益相殺と呼ぶ。（幾代通著 徳本伸一補訂・『不法行為法』303頁・有斐閣 1993年）

被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受けた場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、その利益の額を賠償されるべき損害額から控除する。これを損益相殺と言う。（潮見・前掲326頁）

別表

裁 判 例	出 典	保 険 契 約 者	判決の考え方
(1) 名古屋地判 昭和54年 8 月31日	交通民集12巻4号 1164頁	加 害 者	非 控 除
(2) 千葉地判 昭和57年12月24日	交通民集15巻6号 1692頁	加 害 者	非 控 除
(3) 東京地判 昭和59年1月19日	判例時報1134号113頁	加 害 者 側	非 控 除
(4) 東京高判 昭和59年5月31日	判例時報1121号49頁	被 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(5) 東京高判 昭和59年 7 月12日	判例時報1136号59頁	加 害 者 側	非 控 除
(6) 名古屋地判 昭和60年2月20日	交通民集18巻 1 号 203頁	加 害 者	非 控 除
(7) 東京地判 昭和60年 3 月27日	週間自動車保険新聞 昭和62年 2 月18日号	加 害 者	非 控 除
(8) 京都地判 昭和60年 5 月29日	週間自動車保険新聞 昭和62年 6 月 3 日号	加 害 者	非 控 除
(9) 大阪地判 昭和61年12月23日	交通民集19巻 6 号 1726頁	加 害 者	非 控 除
(10) 東京地判 平成元年 3 月 9 日	交通民集22巻 2 号 345頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(11) 東京高判 平成 2 年 3 月28日	判例タイムズ754号 192頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(12) 仙台地判 平成 3 年 5 月30日	判例レポート98号No. 20 (自動車保険ジャー ナル)	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌することは可能， 本件においては斟酌し ていない。
(13) 大阪地判 平成 3 年 9 月12日	交通民集24巻 5 号 1035頁	被 害 者	非 控 除
(14)大阪地判 平成 3 年10月14日	自動車保険ジャーナル 973号	加害者と思われる	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(15) 名古屋地判 平成 4 年 5 月11日	判例タイムズ794号 139頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。

搭乗者傷害保険と損害賠償（岳）

(16) 松山地判 平成4年7月8日	自動車保険ジャーナル 1036号	加害者と思われる	非控除，慰謝料算定に 斟酌することは可能， 本件においては斟酌し ていない。
(17) 札幌地判 平成4年8月21日	自動車保険ジャーナル 989号	加害者と思われる	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(18) 大分地判 平成4年9月18日	交通民集25巻5号 1137頁	第 三 者	非 控 除
(19) 大阪高判 平成5年4月1日	自動車保険ジャーナル 1003号	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(20) 宇都宮地判 平成5年4月12日	交通民集26巻2号 470頁	加害自動車は，被害者 が使用していた自動車 の事故修理の代車であ るため，契約者は自動 車修理会社側である。	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(21) 横浜地判 平成5年6月24日	交通民集26巻3号 773頁	第三者（被害車の所有 者），本件加害者は加 害車の運転者である。	非 控 除
(22) 東京地判 平成6年6月21日	判例時報1513号134頁	被 害 者 側	非控除，被害者が保険 料を出捐したという事 実をもって，慰謝料算 定に当たって斟酌しな いと明示した初めての 判決である。
(23) 神戸地判 平成6年8月25日	交通民集27巻4号 1095頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(24) 東京高判 平成6年9月27日	判例タイムズ900号 244頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(25) 大阪地判 平成7年1月31日	交通民集28巻1号 147頁	明らかでない	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(26) 大阪地判 平成7年2月15日	交通民集28巻1号 207頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(27) 大阪地判 平成7年3月29日	自動車保険ジャーナル 1143号	第三者（加害者との関 係は明らかではない）	非 控 除
(28) 東京高判 平成7年4月12日	判例タイムズ884号 211頁	加 害 者 側	非控除，慰謝料算定に 斟酌。

(29) 横浜地判 平成 7 年 5 月22日	交通民集28巻 3 号 801頁	加害者側（本件は損益 相殺を主張するのは被 告らのうちのレンタ カー会社である）	非 控 除
(30) 前橋地裁大田 支判平成 7 年 5 月 26日	交通民集28巻 3 号 846頁	加 害 者	非 控 除
(31) 東京地判 平成 7 年 7 月26日	交通民集28巻 4 号 1101頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(32) 東京地判 平成 7 年 8 月29日	交通民集28巻 4 号 1196頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(33) 山口地判 平成 7 年 8 月31日	交通民集28巻 4 号 1247頁	被 害 者	非控除，被害者が保険 料の出捐者であるため 慰謝料算定に当たって 斟酌しなかった。
(34) 大阪地判 平成 7 年 9 月12日	交通民集28巻 5 号 1334頁	明らかでない（夫婦間 の不法行為責任事件で どちらかが保険契約者 であることは判決にお いて明らかになってい ない）	非 控 除
(35) 東京地判 平成 7 年12月27日	交通民集28巻 6 号 1884頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌（未だ受領してい ない場合，斟酌しな い）。
(36) 仙台高判 平成 8 年 1 月29日	自動車保険ジャーナル 1140号	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(37) 大阪地判 平成 8 年 3 月21日	交通民集29巻 2 号 449頁	加 害 者	非控除，原則として慰 謝料算定に斟酌すべき が，本件は斟酌しな かった。
(38) 横浜地判 平成 8 年 4 月25日	交通民集29巻 2 号 620頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
(39) 東京地判 平成 8 年 6 月27日	自動車保険ジャーナル 1196号	加 害 者 側	非控除，慰謝料算定に 斟酌。

搭乗者傷害保険と損害賠償（岳）

④① 松山地判 平成 8 年 7 月25日	交通民集29巻 4 号 1083頁	加 害 者 側	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
④① 札幌地判 平成 9 年 3 月13日	自動車保険ジャーナル 1224号	加 害 者 側	非控除，慰謝料算定に 減額（10% ）。
④② 神戸地判 平成 9 年 6 月25日	交通民集30巻 3 号 880頁	加 害 者 側	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
④③ 岡山地判 平成 9 年 8 月21日	交通民集30巻 4 号 1156頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
④④ 神戸地判 平成 9 年10月 1 日	交通民集30巻 5 号 1478頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
④⑤ 仙台地判 平成 9 年10月 7 日	自動車保険ジャーナル 1231号	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
④⑥ 大阪地判 平成10年 1 月27日	交通民集31巻 1 号 87頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌。
④⑦ 東京地判 平成12年 2 月29日	交通民集33巻 1 号 384頁	加 害 者	非控除，慰謝料算定に 斟酌していない。
④⑧ 旭川地判 平成12年12月27日	交通民集33巻 6 号 2097頁	加 害 者	非 控 除