

社会保障給付と損害賠償との調整

被害者に過失ある場合の併行給付の控除範囲

若 林 三 奈

1. はじめに

(1) 不法行為の被害者は加害者から損害賠償給付を得る一方、当該事件を契機として、広義の社会保障給付（労災保険あるいは各種公的年金（厚生年金・共済年金・国民年金等に基づく老齢・障害・遺族の各年金）等から何らかの金銭的給付を受給することがしばしばある。その際、当該給付と、加害者が被害者に支払うべき賠償額とをいかに調整すべきかが問題となる。いわゆる重複填補・併行給付の調整の問題である。

被害者に保険給付が行われる場合、まず最初に問題となるのは、加害者が負担すべき損害賠償額から当該給付を「控除すべきか否か」という点である。立法上、労災補償制度をはじめ、各種公的年金制度においても、損害賠償請求権との併存を認め、両請求権を相互に調整するという制度を採用している¹⁾。それゆえ、学説において議論はあるものの、実務上、給付が確定した社会保障給付は、控除の対象とされてきた。

社会保障給付の控除にあたって、最高裁は、次のような判例準則を確立しているとされる²⁾。第1に、将来給付については控除せず（いわゆる非控除説）³⁾、控除範囲は「支給を受けることが確定した」年金額を限度とすること⁴⁾。第2に、損害項目別に控除すること⁵⁾。第3に、原告が複数いる場合、被控除対象はその保険の受給権者に限ること。したがって被害者が死亡した場合には、遺族年金の控除は「遺族年金の受給権をもつ相続

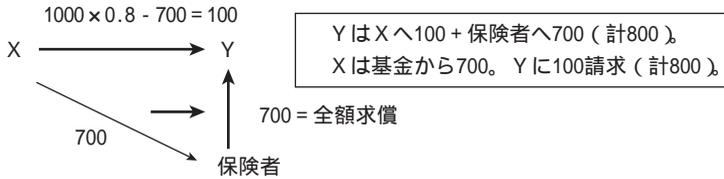
人」が相続した損害賠償部分にかぎって控除の対象となる、いわゆる相続人別控除となること(相続後控除ともいう)⁶⁾。第4に、被害者に過失ある場合、まず損害総額に過失相殺を行い「加害者の過失割合に応じた賠償額」を算出してから給付額を控除する、いわゆる控除前相殺説(相殺後控除説ともいう)をとること⁷⁾。

以上のように、社会保険給付と不法行為給付との調整手法については、控除の可否を含めその多くの点につき、実務上は、一応の決着がついているともいえない⁸⁾。しかしながら、とりわけ第4の点について、学説上、なお批判も少なくないため⁹⁾、本稿では、社会保険給付と損害賠償との重複填補・併行給付の場面に際し、被害者に過失ある場合における両給付の調整のあり方について考察を行うこととしたい¹⁰⁾。

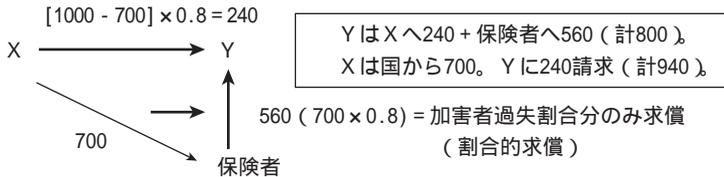
(2) いわゆる給付の「過失相殺と控除(あるいは損益相殺)の先後関係」の問題において、学説では、控除前相殺説(まず過失相殺をした上で控除)と控除後相殺説(まず控除した上で過失相殺)が対立する。たとえば損害総額が1000、被害者の過失2割の場合に、併行給付から700を得たとすると、加害者の賠償額は、それぞれ控除前相殺説では $100[1000 \times 0.8 - 700]$ 、控除後相殺説では $240[(1000 - 700) \times 0.8]$ となる【設例】。この差異は、給付額や被害者の過失割合に比例して拡大する。したがって控除後相殺説による方が、被害者には常に有利に働く。自己に過失があっても、損害総額に至るまでの範囲ではあるが、数額上は、少なくとも、併行給付がない場合に算出される「賠償額」を超える填補を受けるからである。

反面、控除後相殺説によるかぎり、第三者行為災害の場合など、保険者に求償権が生じる場合には、保険者の求償額(代位の範囲)は、常に「被害者の過失割合に相当する部分」につき減額を強いられることとなる。当該給付の有無が加害者の賠償責任総額に影響を与えるべきではないからである。つまり加害者は支払先は異なれど、総額800の負担を負えばよい。

【設例】 損害総額が1000, 被害者Xの過失2割として, 併行給付から700得た場合
控除前相殺説



控除後相殺説



このことから、「被害者に過失がある場合の保険給付の控除の問題は、単に過失相殺の順序ないし先後の問題ではなく、保険者（国）の求償権ないし代位の範囲の問題と裏表の関係にあり¹¹⁾、「保険者の求償権の確保と被災者の損害の填補のどちらを優先させるか」という問題と認識されてきた¹²⁾。

(3) とはいえ、わが国では、将来給付の控除が認められていないため（いわゆる非控除説）、実務上、この問題はさほど重要な関心事になっていないとの見方もある。しかしながら、現在、非控除説については、見直しが進められているようであり¹³⁾、仮にこのような調整が進めば、その処理の相違による結論の差異はより拡大することから、この問題は、実務的にも再び大きな意味をもつものと思われる。

また、「過失相殺と控除との先後関係」をめぐる議論は、従来、もっぱ

ら労災保険と損害賠償の関係をめぐって論じられてきたところ、同じく年金形式をとる社会保険給付である年金保険の場合についても同様に解すべきかが問題となる。下級審では、たとえば負傷した被害者の逸失利益から障害厚生年金の控除が問題となった事案において、労災保険給付につき当該準則を提示した最高裁平成元年判決に則して、控除前相殺説を採用した判決がいくつか散見される¹⁴⁾。あるいは、判例は、公的年金の受給権者が不法行為を原因として死亡した場合、得べかりし年金の逸失利益性を認める一方で、その損害賠償請求権を相続した者のうち、受給権者の死亡を原因として同時に切替受給した遺族年金についても、給付の同質性に鑑み、公平の見地から、「損益相殺的調整」の名のもとにこれを控除するところ(最大判平成5年3月24日民集47巻4号303頁)、当該大法廷判決においても、控除前相殺説をとった原審の手法にとくに異論は示されていない。下級審でも、同種の事案につき、ほぼ一様に格別の理由なく控除前相殺説が採用される傾向にあるといえる¹⁵⁾。

むろん後者の老齢・障害年金から遺族年金への「切替受給」の場合には、そもそも、保険者の求償権が問題となる余地はないとされる¹⁶⁾。しかしながら、最2小判平成16年12月20日(判時1886号46頁)に鑑みれば、今後は、公的年金に基づく遺族年金についても、従来の労災給付における第三者行為災害の場合と同様、保険者の「求償権の範囲」とのかかわりにおいて、控除と過失相殺の先後関係が問題となる余地は否定できない¹⁷⁾。もちろん、従来の「切替受給」の場合にあっても、現行の控除前相殺説の理解を前提とするかぎり、加害者が保険者から求償を受けない以上、被害者の請求可能額のみならず、加害者の最終的な責任総額についても、常に控除後相殺説に比して、より低くなる点は注意せねばならない。

ところで、現在ヨーロッパにおいて、契約法にとどまらず、不法行為法についても、ヨーロッパレベルでの法統一、法の平準化が模索されている。その中で取り組まれた不法行為法と社会保障法との相互関係に関する共同研究の成果において、被害者に過失ある場合の重複填補の調整のあり方に

つき、「被害者の過失部分については、社会保障基金が負担すべき」であり、被害者は完全な給付を受ける一方で、基金の不法行為者に対する求償は、被害者の過失部分を差し引いた割合的なものにとどまるべきであることが示唆されている¹⁸⁾。すなわち、被害者が自己の過失を不法行為者に対抗できない以上、被害者の過失の有無を問わずその損失の補償を担う基金もまた同様であると解する。このことは、わが国における控除後相殺説の立場と類似する。逆にいえば、わが国の現行の法実務であるところの控除前相殺説は、被害者に過失ある場合であっても、保険者は不法行為者に対し給付の全額につき求償可能なシステムとして理解されている。しかしながら、以下に述べるように、このような理解を必然のものとするには疑問がある。

以上のようないくつかの問題背景を踏まえて、本稿では、過失ある被害者が加害者に損害賠償を請求するにあたって、先行する社会保険給付といかに調整するかという点に焦点をあてた検討を行うこととしたい。以下、まずは従来から議論のある労災給付の第三者行為災害において展開されてきた過失相殺と控除の順序の問題を整理した上で、そこで論じられてきた議論の本質から、代位および控除の範囲について検討をすすめ、次に、控除範囲並びに求償権がどのような場合に制限を受けるかを検討し、その上で代位が生じないケースについても若干の考察を行うこととしたい。

2. 「過失相殺と控除の先後関係」論の本質 控除の範囲

(1) 判例・実務の立場

被害者に過失ある場合、過失相殺と控除はどのような順序で行うか。従来「過失相殺と損益相殺の先後関係」として論じられてきたこの問題は、主として「労災給付」をめぐる議論が展開されてきた。下級審では、昭和40年代半ばから後半にかけて控除後相殺説を支持するものも少なからず散見される。これらの判決は、その根拠を以下のような理由に求めている。

「保険者代位制度の趣旨(給付受領者に損害の填補以上の利益を与えない)」「(広島高判昭和44年12月18日高民集22巻6号806頁),被害者に「できる限り完全な補償」を与え保護するという制度趣旨(東京地判昭和46年9月21日下民集22巻9=10号954頁等),「実質的な公平」(大阪地判昭和46年12月8日判タ275号324頁),労災法12条の2の2第2項の規定¹⁹⁾に照らし「受給権を被害者の全部過失の場合に比べ名目的なものにする不合理な結果を招来する」ため(札幌地判昭和48年2月16日訴月19巻10号10頁),「給付の社会補償的性格」(高松高判昭和58年12月27日交民16巻6号1578頁)などである。しかし,多数の判決はむしろ控除前相殺説を採用してきた。その際,この種の問題は裁判官の裁量によるとの見解もかつてあったように²⁰⁾,とくに理由が示されることもなく,格別の理由なく控除前相殺説が採用される傾向にあった²¹⁾。

このような中で,大阪地判昭和59年2月28日(判時1122号127頁)が,労災保険には生活保障の機能もあるものの,その第一次的かつ基本的な性格は,災害補償の代行であり,損害の填補であることから控除前相殺説を妥当とした上で,控除後相殺説は,民事賠償が相続説による以上,理論的整合性を欠く結果を招くと批判した²²⁾。対して,浦和地判昭和61年11月26日(判タ648号220頁)が,「労災保険制度の社会保障的性格」および労災法12条の2の2第2項を根拠に控除後相殺説を妥当とした上で,むしろそれぞれ独立性を有する労災保険の各種の給付に,項目間流用を生じさせる控除前相殺説の方が,代位の法理になじまないとして批判した。

以上の下級審での対立状況を受けて,最高裁は,次のように述べ,控除前相殺説に立つことを明らかにした。最高裁(多数意見)によれば,第三者行為災害の事案において,労働者災害補償保険法12条の4の1項および2項が「受給権者に対する第三者の損害賠償義務と政府の保険給付義務とが相互補完の関係にあり,同一の事由による損害の二重填補を認めるものではない趣旨を明らかにしている」ことから,「損害賠償額を定めるにつき労働者の過失を斟酌すべき場合には,受給権者は第三者に対し右過失を

斟酌して定められた額の損害賠償請求権を有するにすぎないので、同条 1 項により国に移転するとされる損害賠償請求権を過失を斟酌した後のそれを意味すると解するのが、文理上自然であり、右規定の趣旨にそう」。

これに対し、本判決には、控除後相殺説の立場から、伊藤正巳裁判官による詳細な反対意見が付されている。その要旨は、労災保険の目的、保険料負担（事業主と国）、給付制限事由（労働者の故意・重大な過失）に関する規定に鑑み、「使用者の故意・過失の有無にかかわらず、同項の定める事由のない限り、事故が専ら労働者の過失によるときであっても、保険給付が行われることとし、できるだけ労働者の損害を補償しようとしているということができ」、「労災保険制度は、社会保障的性格をも有する」とした上で、このことから、「労働者に過失がある場合には、政府のした保険給付の中には労働者自らの過失によって生じた損害に対する填補部分と、第三者の過失によって生じた填補部分とが混在しているものと理解し、第三者の損害賠償義務と実質的に相互補完の関係に立つのは、右のうち第三者の過失によって生じた損害に対する填補部分であり、したがって、国が取得する受給権者の第三者に対する損害賠償請求権も、第三者の過失によって生じた損害に相当する部分であると解するのが相当である」とする。

なお、労災法と同様の体裁による規定を有する健康保険法および国民健康保険法の療養給付では、一般に、控除後相殺説がとられており²³⁾、行政実務でも、早くから求償額を被害者の過失割合に応じた額に制限している²⁴⁾。さらには、労災保険法と同趣旨をもつと考えられる国家公務員の災害補償および地方公務員の災害補償については、控除前相殺説の立場に立ちつつも、国の求償権は加害者の過失割合を限度とするのが行政実務のようである²⁵⁾。

(2) 学 説

学説では「労災給付金」の扱いをめぐっては、一般に「控除前相殺説と控除後相殺説との違いは労災保険給付の損害填補的性格と社会保障的性格

のいずれかを重視するかによって生ずる」とされてきた²⁶⁾。

控除前相殺説によれば、「損害賠償の理論からすれば、たまたま労災補償があったからといって、賠償の総額がふえるのはおかしい」のであり、「代位のある場合には、控除前相殺説をとるのが、損害賠償の一般論から見て適切かつ簡明」である²⁷⁾。また控除後相殺説によっては「完全な求償が事実上不可能」となり、かかる事態は、「保険財政の不健全化」「ひいてはこれにより生存権の保障を受ける労働者の利益に反する」とされる²⁸⁾。

しかしながら、実務家も含め、学説の多数においては、控除前相殺説には否定的である。これらの説における論拠は、上記裁判例とほぼ同様であり、その大要は以下の通りである。

第1には、労災事故は労働者の過失のみによって生じたときでも、その過失が重大でないかぎり保険者は給付を制限しない点にある(労保法12条の2の2)。このことから、「労災保険給付や健康保険給付等については、それらが被害者の過失を重視することなく、社会保障の一環として支払われるべきものであることに鑑みれば、過失相殺の負担は保険者等に帰せしめるべき」とする²⁹⁾。また、仮に労災保険給付について控除前相殺説をとるならば、結果的に、「健保・国保等を利用する私傷病事故より、労災保険を使う業務上事故の方が被害者に不利になり不合理である点にも批判がある³⁰⁾。

第2に、社会保険者の求償権の趣旨 被災者の二重利得の禁止と加害者の不当な責任免脱の防止 から、「被災者の過失によって加害者が責任をもつべき賠償総額が限定されて、被保険者(被災者)と社会保険者の利害が対立するような場合には、二重填補が生じない範囲で前者を優先することが社会保険の趣旨にもまたできるかぎり完全な損害填補を行うという損害賠償の目的にも合致すること³¹⁾。また現実問題、保険者の求償権行使の実効性に疑問があること³²⁾。したがって「国の求償権が種々の事情から必ずしも厳格には行われていないことを考えると、結局はこうした取扱いが被災者の賠償請求を限定したうえで加害者を免責する作用を果たし

ている」点にも批判がある³³⁾。

第3に、項目別控除準則との整合性にかかわる批判がある。たとえば「過失相殺した後の損害額が保険給付額を下回る場合」、労災保険の損害填補性のみを重視すると、「政府は、適正な保険運営のため被害者から不当利得して返還を求めねばならず、これでは、労災保険制度の趣旨に反することになる³⁴⁾。とすれば、このような請求が許されるわけではなく、結局、「控除前相殺説によっても、個々の損害項目について労災保険中被害者過失部分として政府の負担に帰せられる部分（社会保障部分）が生じ」、「控除前相殺説は現実には不徹底を余儀なくされる」。そして、この矛盾は、過失相殺の割合および給付額の大きさに比例して拡大する。このことは、つきつめれば、項目別控除という考え方は、「損害部分の費目を問わず加害者の賠償部分への填補を行う」との考え方ではなく、「同一性質の内容を有する保険給付がなされることによって損害それ自体が填補され縮減する」との考え方に親近性をもつ³⁵⁾。それに対して、控除前相殺説は、「損害それ自体を填補するもの」というよりは、「併行給付が損害賠償の代わりをしているかどうか」との視点に立つものであり、その意味で判例の考え方には整合性が欠けるとの指摘がある³⁶⁾。

(3) 検 討

以上のように、（実務家を含む）学説レベルでは、控除前相殺説は多くの支持を得ていたわけではなく、むしろ多くの批判にさらされてきた。にもかかわらず、なぜ最高裁平成元年判決は、控除前相殺説の立場を採用したのであろうか。この点、併行給付が先行した場合、加害者に対する損害賠償請求にあたって当該給付額が控除されるのは、「代位」法理によることが今日の確定判例・通説である以上³⁷⁾、当然の帰結とされる。現に、本最高裁判決も「加害者が被害者に対して賠償すべき額を算定する際に行う労災給付の控除は、不法行為があったことによって労災保険給付が行われる前に被害者（受給権者）が加害者（第三者）に対して有していた（過失

相殺処理後の)損害賠償請求権が、労災保険給付の額の限度で、政府に移転することによって生ずるという法律構成に強く依拠している³⁸⁾。とすれば、控除原因を代位法理に求める以上、控除前相殺説は理論的には動かしがたいものとなる³⁹⁾。

しかしながら、控除前相殺説と控除後相殺説の本質的相違は、「損害発生につき被害者に過失がある場合に、労災保険給付に対応する損害のうち被害者過失部分を最終的に誰の負担に帰するか」にあり⁴⁰⁾、問題の核心は、代位の範囲にこそある。すなわち、基金は給付全額につき代位可能なのか(全額求償)、あるいは加害者の過失割合分に制限されるのか(割合的求償)。このことは、「加害者の賠償総額は影響されない」ことを考えれば、結局は「控除の範囲」の問題に帰着することとなる。

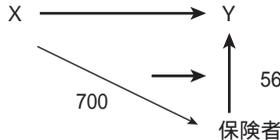
ところで、代位制度の目的は、重複填補の調整 被害者の二重填補による不当な利得の防止および加害者の不当な免責の防止 にあるとされる。労災給付においては、当該給付が被害者の故意・重過失によらないかぎり給付制限を受けないことに鑑みれば、重複填補となるのは、伊藤裁判官による反対意見にあるよう、「第三者の過失によって生じた損害に対する填補部分」だけであろう。とすれば、控除の範囲もこれに準じるべきではなからうか。つまり、控除前の損害総額に対し過失相殺は行うものの(その意味では控除前相殺説)、控除額は、加害者割合に制限すべきであろう(割合的控除)。したがって、先後関係という順序の問題という点でいえば、最高裁の指摘するよう 控除前相殺説によることとなるが、控除範囲という点では、従来の控除後相殺説と同様の結果となるのではなからうか【 設例 】。

控除範囲が過失割合に応じて制限される結果、たしかに被害者は、加害者に対し、本来、民事賠償のみによって賠償されるべき損害額を超える金額を取得することが可能となる。しかしながら、その場合であっても、自らの(法的に把握された)「損害総額」を超えることはなく、その意味で被害者に何ら不当な利得(二重利得)は生じてもない⁴¹⁾。

【設例】

控除前相殺 + 割合的控除（ X の請求額， Y ・ 国の負担額は設例 と同じ結果となる）

$$1000 \times 0.8 - 700 \times 0.8 = 240$$



Y は X へ 240 + 保険者へ 560（計 800）
X は国から 700。Y に 240 請求（計 940）

560 (700 × 0.8) = 加害者過失割合分のみ求償
(割合的求償)

【設例】 損害総額が 1000（項目 A が 200，項目 B が 800），被害者の過失 2 割の場合に，併行給付から 700 得た場合（うち項目 A にあたる部分が 200，項目 B にあたる部分が 500 の場合）。

全額求償 + 項目別控除 加害者への請求額は，合計 140 となる。

$$\text{項目 A : } 200 \times 0.8 - 200 = -40 = 0$$

$$\text{項目 B : } 800 \times 0.8 - 500 = 140$$

項目別控除した場合には，項目 A の 40 は結果的に国が負担することとなる。

項目別控除しない場合には，項目 A の 40 は項目 B から流用され過剰控除となる（請求額は 100）。

割合的求償 + 項目別控除 加害者への請求額は，合計 240 となる。

$$\text{項目 A : } 200 \times 0.8 - 200 \times 0.8 = 0$$

$$\text{項目 B : } 800 \times 0.8 - 500 \times 0.8 = 240$$

また，以上のような処理は，判例準則のとする損害項目別控除にも馴染むものであり，「項目間流用」の問題を回避することもできる。むろん，現在の実務も，項目別控除を行うことにより項目間流用への批判は回避している。しかし，その結果，控除額が被控除額を上回る場合が生じ，結果的に，理由なく基金の負担に帰すといった一貫性に欠ける処理となっている点は，前述したとおりである【 設例 】。

なお，割合的控除は相続人別（相続後）控除の処理にも対応できる。しかし，相続人に配分・帰属される被害者の逸失利益の中には，本来被害者

が生きていれば担うべき遺族の扶養や生計維持にあてられるべき部分が含まれているはずである。遺族年金による損害填補は、遺族年金受給権者の被る固有の生活上の不利益に向けられたものであり、被害者の不利益を直接に填補するものではないこと、損害賠償制度における相続構成を前提とした処理から生じる結果生じる両給付の帰属主体および受給範囲の不一致に鑑みれば、このような判例準則についてはなお検討の余地が残されていよう⁴²⁾。

3. 割合的控除の可否 「補償」と「賠償」

「代位」の場合には、控除と過失相殺の順序はもはや問題とはならない。問題の核心は、いかなる併行給付の場合に、割合的控除が認められるのか、という点にある。このことは、旧来の「先後関係」の問題もまた、「最終的には政府の代位(求償)範囲をどうするか、というすぐれて法政策的な問題」であったとの指摘にあるように⁴³⁾、従来の議論の中で展開されてきた価値判断や選択基準が手がかりとなることが期待されよう。とはいえ、伝統的に、両説の結論の相違を支える大きな要因を担ってきたのは、「社会保障か損害填補か」という対立軸にあった⁴⁴⁾。しかし、社会保障給付も、結局は、被害者に生じた損失を填補することによって、被害者を保護する制度であり、その損害填補的性質は否定しえない⁴⁵⁾。またそれゆえに、当該社会保険給付の「控除の要否」を決定する際に、このことがすでに判断基準として機能してきたことを考え合わせれば、このような基準を、再び「控除の範囲」を決定する上で持ち出してくること自体疑問に思われる⁴⁶⁾。

この点につき、当該給付による損害の填補を、損害の「補償」を目的とするのか(社会保障制度および損害保険)、それとも損害の「賠償」を目的とするか(責任保険ないしそれに関連する制度)との視点から考察し、は賠償者の責任を前提とするので、賠償対象となる過失相殺後の損害を控除対象とし、については、制度自体が損害の補償を目的とし

ているので、給付によって発生した損害自体が填補されたと解すべきであるとして、（過失相殺にかかる前の）損害総額を控除の対象とすべきである、との指摘がある⁴⁷⁾。このような当該給付が「補償」を目的とするのかすなわち補償者の責任の有無や被害者の重過失に至らない軽過失の有無・程度を問題としない給付、あるいは「賠償」を目的とするのかすなわち賠償者の民事責任を前提とし、そのかぎりでは被害者に相殺すべき過失があれば相殺した上で賠償範囲を決定する給付といった視点は⁴⁸⁾、被害者の過失部分を保険者が負担すべきか、すなわち割合的控除にとどまるべきかを判断する上においても、一つの手がかりを与えてくれるものと思われる。

ここで、今一度、労災保険や年金保険と同じ体裁の規定をもつ、国民健康保険法、健康保険法等における療養費の給付については、控除原因を「代位」（国健保法64条、健保法57条）としつつも、実務上、例外的に「控除後相殺」として処理されてきたことに着目したい⁴⁹⁾。これらの給付が、代位の規定があるにもかかわらず、労災保険と異なった扱いがなされてきたのは、給付の社会保障という性格が重視されてきたがゆえのこととされ⁵⁰⁾、いうなれば給付の「補償」的性格による。しかし、当該給付についても、保険者は、被害者の（過失割合に応じて減額された）損害賠償請求権に対して「代位」とするの形をとる以上、判例理論によっても、過失相殺後に控除する形とならざるを得ないのではなかろうか。その上で、当該給付の社会保障的な「補償」的性格に基づき、被害者の過失割合に相当する部分については保険者の負担に帰すると解される以上、求償範囲は加害者の過失割合相当分となり、控除範囲もまた当該範囲に制限されるにすぎないといえるのではなかろうか（控除前相殺かつ割合的控除⁵¹⁾）。さらに、公務員の災害補償の場合には、控除前相殺説を前提としつつ、求償は被害者過失割合を減じた割合的求償にとどまっているとの保険実務があるとすれば、ここでは、控除もまた割合的なものとしなければ、被害者の負担のもとに、加害者を不当に免責することとなる。

以上のことを考え合わせれば、結局、労災保険給付や年金保険給付についても、明らかに「補償」を念頭においたものと考えられ⁵²⁾、保険者は、その代位請求において被害者の過失割合につき加害者に対抗できず(割合的求償)、その結果、控除範囲も加害者の過失割合に制限されると考えるべきではなからうか(割合的控除)。

4. 代位のない場合の社会保険給付における 「被害者過失部分」の負担の帰属

(1) 過失相殺と損益相殺(損益相殺的調整)との先後関係

労災保険給付における使用者行為災害の場合、原則として、使用者は基金から求償を受けない⁵³⁾。また狭義の社会保険給付の場合にも、前述のように、切替受給が行われる事案においては、「代位」が生じないとされる。

とはいえ、その控除原因はどうであれ⁵⁴⁾、損害賠償額が減額される結果、被害者の二重利得が回避される一方、加害者の最終的な責任総額も減じることとなる。そして被害者に過失ある場合には、控除前相殺説をとるかぎり、常に被害者の請求可能額も、加害者の最終的な総負担額も、より低額となる。むろん、それが加害者に不当に免責しているかどうかを判断するにあたっては、加害者の保険料負担の有無も含めて問われることとなろう。そこで、以下、保険料負担者である使用者が加害者となる労災給付における使用者行為災害の場合と、被害者も保険料を負担する年金保険との場合に区別して考察を行うこととしたい。

(2) 使用者行為災害の場合

使用者行為災害の場合においても、労災保険給付が「補償」を目的とすることに変わりはない。しかし、他方で、労災保険は沿革上責任保険から出発したもので、他の社会保障給付と比べて、損害賠償を目的とする制度に近い性質をもつこと、費用負担は主に使用者であること、の2

点から、当該給付は「責任保険類似のもの」であることを根拠に、これを「社会保障給付の例外」と捉える説もある⁵⁵⁾。すなわちこれを「補償」ではなく、加害者の「賠償」責任を担保するものであるとして、使用者行為災害の場合には、控除前相殺説を妥当とする。

しかしながら、労災保険法は、責任保険として出発した歴史的経緯はあるにせよ、数次の改正を経て、今日では、その責任保険的性格は希薄化し、とりわけ保険給付の年金化により、傷病等による生活危険に対する生活保障給付として、他の狭義の社会保険給付と共通性をもつことは早くから指摘されている。それゆえ、費用負担方式の相違をもって、労災保険のみを別異に扱うことは疑問との指摘もある⁵⁶⁾。たしかに使用者が全面的に保険料を負担しているとしても、使用者は保険コストをあらかじめ、（被用者の給与を含め）さまざまな形で分散することが可能であろうし、また給付にあたっては使用者の過失の有無は問われず、また被害者に故意・重過失等がないかぎり減額されないことに鑑みても、当該給付を「賠償」給付として扱うのには疑問がある。加えて、使用者行為災害と第三者行為災害とで、控除範囲が異なるとなると、両者による共同不法行為の場合に、被害者に認容されるべき損害賠償額を算定するにあたり、あらかじめ両者の過失割合を確定する必要が生じる上、その処理が複雑化すること等が指摘されている⁵⁷⁾。むしろ、控除前相殺説による場合、現行実務の採る項目別控除との関係で、処理上の不徹底が生じる点も問題となろう。

以上のことから、使用者行為災害の場合においても、給付の控除範囲は加害者過失割合に制限するのが妥当であり⁵⁸⁾、不法行為の競合等、加害者の過失割合を事前に決定する必要がないかぎり、控除後相殺説の処理によることとなるのではなかろうか。

(3) 老齢年金・障害年金から遺族年金への切替事案（損益相殺的調整）

労災保険と年金保険との最大の相違点は、前者の保険料負担が、全面的に使用者にあるのに対し、後者は、被害者もまた保険料を負担している点

にある。それゆえ、被害者の損害賠償金から控除が行われる一方で、加害者に対する保険者からの求償が行われない場合には、何ら保険料負担をしていない加害者が、いわば被害者の負担のもとにおいて、一方的に利するといった場合も生じよう。加えて、本来「補償」を目的とした給付として、自らの負担のもと保険を備えていた被害者が、控除前相殺説のもとで、結果的に、自己の過失分については補償を欠く結果となれば、その不合理はより一層強調されることとなる。

むろん、これらのケースにおいても、加害者の不当な免責を回避すべく、「代位」請求を認めるべきとの見解もあろう⁵⁹⁾。しかしながら、代位の規定があるからといって直ちに代位を認めることは、代位制度の趣旨を損なうとの指摘もある⁶⁰⁾。

しかしながら、いずれにせよ、そもそも、いわゆる切替事案における遺族年金の控除は、相続構成を前提として、死亡した被害者の老齢年金あるいは障害年金の逸失利益性を認めることによって生じる問題である点を忘れてはならない。本来、年金保険は、受給権者の生活を保障するとの観点から制度設計されているため、たとえば老齢厚生年金・障害厚生年金等についていえば、そこから遺族厚生年金を差し引いた部分については、原則としてすべて本人の生活費に費消されるべきものと想定され、そのかぎりでは、本人に、生活費を控除した上で算定される逸失利益として、(相続財産を構成すると)評価すべき「得べかりし利益」たる損害が、被害者に生じることは制度上予定されていない。それゆえ、この種の事案においては、むしろ一部の下級審が処理してきたように、被害者自身が受給していた年金保険は、被害者本人の逸失利益を算定する上での生活費控除割合の減額要素として扱う、あるいは慰謝料算定の要素として考慮することにとどまり(その結果、遺族年金の控除は問題とならない)、損害賠償制度が相続構成を前提とする以上は、これとは切り離して考えることが適切ではなからうか⁶¹⁾。

5. おわりに

(1) 社会保障給付と損害賠償給付の重複填補に際して、被害者に過失ある場合、過失相殺と給付の控除との処理の先後関係につき、最高裁は、控除前相殺説をとる。この点、給付の控除原因が代位に求められる以上、判例のいう過失相殺処理が優先するとの結論に異論はない。しかしながら、このことが、直ちに、過失相殺処理の結果、過失相殺減額によって算出された「賠償額」から併行給付を全額控除し、加害者に対する保険者の全額求償を正当化するものではない。

むしろ被害者に過失ある場合に、損害賠償給付から社会保障給付が控除されるにあたっては、社会保障給付の性格（支給要件）に照らして、当該給付が、被害者に生じた損害の「補償」を目的とする場合には、その規定の趣旨に鑑み、保険者の求償範囲は被害者の過失割合に応じた制限を受けると考えるべきであろう。なぜなら、この場合、「重複填補」となるのは、「加害者の過失によって生じた損害部分」だけと考えられるからである。その結果、控除範囲もまた加害者の不当な免責を回避するため - 当然に制限を受けると考えるべきこととなる。

給付の決定に際し、原則として被害者の現実の損害の填補を重視し、補償者の責任の有無や被害者の重過失に至らない軽過失の有無・程度が支給の範囲に影響を及ぼさない労災保険給付や年金保険給付など、これらの社会保険給付についていえば、明らかに「補償」を目的とした給付と考えられよう。

(2) むろん、以上のような社会保障給付と損害賠償給付との調整問題は、各種社会補償制度と不法行為法制度の併存を前提としている。このことから、たとえば、わが国において、1979年に提唱された「総合救済システム」が導入されれば、この種の問題は基本的には生じないこととなる。

しかしながら、とりわけ90年代以降、不法行為法制度を再評価する流れ

からも明らかのように⁶²⁾、不法行為法制度は、「損害填補」にとどまらない役割を担うものである。すなわち、社会保障法と不法行為法は、ともに被害者に生じた損失を填補するという共通の機能を有するものの、社会保障給付のそれは、原則として「補償」を前提とした「填補」であるのに対し、不法行為法のそれは、過失責任に基づき、その意味で過失の有無・程度が損害賠償の有無・範囲に影響を与える「賠償」を前提とした「填補」となる。そして、このような相違は、まさに不法行為法制度のもつもう一つの損害事故の予防・抑止といった目的を反映したものであろう⁶³⁾。

いずれにせよ、今後も、両制度の併存を認めていくなかにおいて、被害者の損害を適切に填補していく一方で(二重利得の回避)、不法行為者の不当な免責(あるいは過剰な負担)を回避するため、求償制度をはじめ、その調整のあり方を検討していく必要がある⁶⁴⁾。その意味で、併行給付が「補償」を前提とする以上、仮に生じた損害に被害者の過失が寄与していたとしても、その部分においては、保険者の負担に帰するのが相当であると考えられる。またそうである以上、損害賠償額から控除されるべき給付の範囲もまた、被害者の過失割合に応じて減額されるべきであろう。このことがまた、憲法によって保障された生存権に基づき、被害者の生活保障をするという社会保障法の役割を損害賠償の場面においても正当に生かすこととなるのではなかろうか。

- 1) 使用者行為災害につき労働基準法84条2項、第三者行為災害につき労働者災害補償保険法12条の4、地方公務員災害補償法58条・59条、国家公務員災害補償法5条・6条、厚生年金保険法40条、地方公務員等共済組合法50条、国家公務員共済組合法48条、国民年金法22条。同様に、国民健康保険法64条、健康保険法57条等。
- 2) 山田誠一「重複填補に関する一考察」『加藤一郎先生古希記念・現代社会と民法学の動向下』(有斐閣・1993)309頁以下、良永彌太郎「労災補償と損害賠償の新たな関係」『講座21世紀の労働法第7巻』(有斐閣・2000)42頁。
- 3) 第三者行為災害につき、仁田原・中村事件・最3小判昭和52年5月27日民集31巻3号42頁。使用者行為災害につき、三共自動車事件・最3小判昭和52年10月25日民集31巻6号836頁。三共自動車事件では、障害厚生年金についても、給付の「損害填補」の性質から、「衡平の理念」に基づき控除している。
- 4) 最大判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁。

社会保障給付と損害賠償との調整（若林）

- 5) 労災補償についていえば、損害賠償と労災保険給付の支払調整の対象となるのは「同性質で相互補完の関係にある損害に限られる」との準則がある（最2小判昭和62年7月10日民集41巻5号1202頁）。したがって、労災保険給付（休業補償給付・傷病補償年金）は、財産的損害のうちの消極的損害（逸失利益）だけを補償しているから、精神的損害（慰謝料）だけではなく、同じ財産的損害のうちの積極損害についても、減額調整することはできない。なお、本判決に先立ち、最高裁は、事業主災害につき、山崎鉱業所事件（最1小判昭和37年4月26日民集16巻4号975頁）、東都観光バス事件（最3小判昭和58年4月19日民集37巻3号321頁）において、それぞれ、労災保険法上の遺族補償給付や葬祭給付あるいは障害補償給付金と休業補償給付金を慰謝料との関係で減額調整することは許されないとの判断を示していた。むろん、この理は、第三者災害にもおよび、第三者が被災労働者に対して支払った慰謝料は、使用者が被災労働者に支払うべき災害補償の額に影響を及ぼさない（最1小判昭和41年12月1日民集20巻10号2017頁＝伸栄製機事件）。また遺族厚生年金についても、被控除費目は「逸失利益」に制限される（最2小判平成11年10月22日民集53巻7号1211頁）。
- 6) 最2小判昭和50年10月24日民集29巻9号1379頁。
- 7) 最3小判平成元年4月11日民集43巻4号209頁。
- 8) 労災保険につき、良永・前掲42頁、同様に、西村健一郎「労災補償・労災保険と社会保障法」民商127巻4-5号（2003）583頁が指摘する。なお、労災保険についての主要論点の詳細は「社会保障法判例百選第3版」別ジュリ153号・2000年・130-144頁の各論稿を参照されたい。
- 9) たとえば、西村・前掲（注8）583頁。
- 10) 将来給付につき控除しないという第1の点についても、被害者に実質二重取りを認める反面、とりわけ使用者行為災害の場合の労災保険給付につき、保険料を全面的に負担する使用者の保険利益を損ね、使用者の労災保険充実意欲を削ぐとの強い批判がある。この点については、昭和55年労災保険法改正により、「当分の間」という暫定的措置ではあるものの、一応の立法的解決が図られている（労災法附則64条）。ただし、右規定によっても、なお不徹底との批判はあり（西村健一郎『労災補償と損害賠償』（1988年）259-268頁）、労災保険審議会では、「労災保険給付と民事損害賠償はいずれも被災労働者等に生じた損害の回復または填補する制度として共通の目的を有していること、したがって労災保険給付と損害賠償の二重填補は回避すべきこと」との基本的立場から、両制度の完全調整を目指して制度改革が進められているようである（労災保険審議会建議昭和60（1985）年12月19日。これについて、良永・前掲50頁。ただし、良永は労災民事訴訟の意義に鑑み、「完全な調整」には否定的である。同58頁）。
- 11) 西村健一郎「判批」民商101巻5号（1990）704頁。
- 12) 西村・前掲（注8）582頁。
- 13) 使用者行為災害の場合にとどまらず、第三者行為災害の場合についても、「被災労働者等に損失の二重填補が生じないように完全調整するとともに、加害第三者が免責されない調整制度を検討すべき」とであるとして、たとえば、受給権者が第三者に対して有する損害賠償債権の全額について政府が代位行使できること等の具体案が検討されている（良永・

前掲51頁)。

- 14) 東京地判平成4年10月9日(交民25巻5号1205頁),大阪地判平成6年4月15日(交民27巻2号484頁),高松高判平成15年3月14日(判タ1150号238頁),大阪地判平成15年12月4日(交民36巻6号1552頁)など。
- 15) たとえば,神戸地判平成6年2月17日(交民27巻1号164頁),東京地判平成6年9月29日(判例時報1517号81頁),神戸地判平成6年11月29日(交民27巻6号1768頁),神戸地判平成8年12月20日(交民29巻6号1824頁),神戸地判平成10年9月3日(交民31巻5号1347頁),神戸地判平成10年11月5日(交民31巻6号1710頁)など。なお,東京地判平成11年12月27日(交民32巻6号2013頁)は,厚生老齢年金受給権者の逸失利益算定に際し,事故当時受給していた厚生年金分につき,事故後遺族厚生年金に変更されたことをもって,その差額を基礎として逸失利益を算定し賠償額を決定した上で,過失相殺をしている。そのため,結果的に,控除後相殺説と同様の処理となっている。
- 16) 老齢・障害年金から遺族年金への「切替受給」の場合には,保険者は,受給権者死亡により遺族年金を支給することになったとしても,反面,老齢年金あるいは障害年金の支給を免れることになるから(遺族年金への切替),その差額分だけ年金支給額は減額となる。その結果,保険者には代位の前提となる損害が発生していないため,代位は問題とならず,またそれゆえに,控除原因は「損益相殺的調整」に求められるとされる(滝澤孝臣・最判解民事平成5年度486頁以下)。
- 17) 判旨によれば,「不法行為により死亡した被害者の相続人がその死亡を原因として遺族厚生年金の受給権を取得したときは,当該相続人がする損害賠償請求において,支給を受けることが確定した遺族厚生年金を給与収入等を含めた逸失利益全般から控除すべきである」(傍点筆者)。本判決により,今後は,被害者本人の損害につき得べかりし公的年金の逸失利益性が認められない場合にあっても(たとえば若年の現役労働者等の死亡事案),被害者の死亡を原因として遺族に支給される各種公的年金に基づく遺族年金給付の控除が,被害者の逸失利益全般との関係において,加害者側から主張されることが考えられる。本判決では,その控除原因は「損益相殺的調整」としているが,この場合には,従来の「切替受給事案(損益相殺的調整事案)」とは異なり,加害者に対する保険者の求償が正面から問題となる可能性がある。なお,最高裁は,41歳の国家公務員の死亡に際し,被害者の得べかりし所得から,国家公務員等共済組合法による遺族年金,および国家公務員災害補償法による遺族補償金の控除を認容しており(最2小判昭和50年10月24日民集29巻9号1379頁),その控除原因は,共済組合の代位による加害者に対する求償を定める同法48条の規定にあると解されている(田尾桃二・最判解民事昭和50年度465~466頁)。ただし,他方で,共済制度については,長期給付に係る代位の規定の適否に係る責任準備金という制度が廃止されている現在では,「代位の規定は死文化した」との評価もある(滝澤・前掲487頁)。
- 18) U. Magnus, Comparative Report, The Impact of Social Security Law on Tort Law. p. 306.
なお,第三者行為災害の場合における保険者の求償権のあり方につき,ヨーロッパ諸国では,保険者に全額の求償を認める国と加害者の過失割合に応じた割合的求償にとどまる国とに二分されているようである。日本と同様に,全額求償を認める国に,フランス,イギリス,ギリシャ,イタリア,スウェーデンが,逆に,被害者の過失割合に応じて保険者の

社会保障給付と損害賠償との調整（若林）

- 求償範囲も制限される国として、ドイツ、オランダ、オーストリア、スイス、スペインなどが紹介されている。オーストリアの不法行為法・保険法ヨーロッパセンター（EUROPEAN CENTRE OF TORT AND INSURANCE LAW）が行った共同研究において、これら各国間の相違を踏まえた上で、最終的に、後者の立場が支持されたことは興味深い。
- 19) 被災労働者に過失があった場合でも、故意の犯罪行為や重大な過失に基づく場合を除いて労災保険給付は過失相殺的な減額（支給制限）がなされない。
 - 20) 過失相殺の調整機能に着目し、過失相殺の順序は裁判所の裁量に委ねられるとする（保原喜志夫・判評175号3頁）。ただし、保原教授はその後、控除後相殺説を支持している（同・ジュリ691号（1979）160頁）。
 - 21) この点は最高裁も同様であった（最1小判昭和55年12月18日民集34巻7号888頁）。むしろ、本件では労災保険給付の控除と過失相殺の方法については上告理由になつておらず、控除前相殺説によつた理由も判示されていないものであるから、「右判決によつて最高裁の判例が控除前相殺説の立場をとつたとするのは早計であろう」との正当な指摘がある（信濃孝一「労災保険給付の控除と過失相殺」判タ671号（1988）5頁脚注（2））。
 - 22) 本判決は、控除後相殺説は、「被災労働者が死亡した事故の場合に、過失相殺による減額、損害賠償請求権の相続による各相続人への相続分に応じた配分、及び遺族のうち労災保険の受給権者に支給された労災保険金の控除という三つの問題相互の関係を、被災労働者が死亡しなかった通常の事故の場合と対比して、現在の損害賠償の一般法理の下で、理論的に整合した説明を与えることは困難であるという難点がある」として批判する。しかし、これには信濃・前掲12頁以下が明確な反論を加えている。
 - 23) 大阪地判平成4年6月18日交民25巻3号707頁、名古屋地判平成10年12月4日交民31巻6号1867頁等。
 - 24) 西村健一郎「社会保障と損害賠償」民商93巻2号（1986）426頁。健康保険につき、「第三者行為により生じた保険事故につき保険者が代位取得する損害賠償請求権は、被害者の過失の有無により影響を受けるものではないが、求償額については、被害者にも明らかに過失があると認められるときは、代位取得した損害賠償請求額を被害者の過失割合に応じて減額して算定して差し支えない」とする（昭和54年4月2日保発第24号・庁保発第6号）。また、国民健康保険でも、「被保険者の過失割合部分は、第三者行為に起因する保険給付とは考えられないから」との理由で、被保険者側に過失があつたときは、保険者が代位取得する損害賠償額もこれによって制限されるとして、「総医療費に過失割合を乗じた額を控除した後の額（すなわち、第三者行為部分）の保険者負担に相当する額が代位取得額となる」としている（炭谷茂・井口直樹『国民健康保険における第三者行為災害の理論と実務』（1976）47頁）。
 - 25) 国家公務員につき、人事院災害補償研究会編『平成9年版災害補償実務のてびき』（1997）170頁以下。地方公務員につき、この点を指摘するものとして、西村・前掲（1986）424頁。
 - 26) 比佐和枝「労災給付金控除と過失相殺の先後関係」『裁判実務大系8』（青林書院・1985）544頁他。
 - 27) 加藤一郎「労働災害と民事賠償責任」季刊労働法113号（1979）4頁。

- 28) 岩出誠「労災民事賠償における労災保険給付(特別支給金)の控除と過失相殺及びその先後関係」ジュリ881号(1987)139頁。
- 29) 寶金敏明「各種保険・補償代位の問題点」『民事判例実務研究第3巻』(1983)209頁。
- 30) 佐々木一彦・高野真人「損害賠償算定基準の現状と課題」ジュリ905号(1988)31頁。
- 31) 西村・前掲(注11)717頁。
- 32) 下森定「労災を含めた社会保障」交通法研究10=11号(1982)26頁以下。信濃・前掲16頁。
- 33) 西村・前掲(注11)717頁。
- 34) 古賀哲夫「労災保険金の控除と過失相殺の順序」法時58巻4号(1986)138頁。
- 35) 信濃・前掲10頁以下。
- 36) 山田・前掲314頁以下, 324頁。
- 37) 最2判昭和52年4月8日裁判集民事120号433頁, 最3判昭和50年1月31日民集29巻1号68頁。瀬戸正義・最判解民事平成元年度130頁。
- 38) 山田誠一・社会保障判百[第3版](2000)145頁他。
- 39) この点を指摘するものとして, 下森定・社会保障判百[第2版](1991)153頁。
- 40) 信濃・前掲4頁。
- 41) 同旨に, 伊藤裁判官による反対意見の他, 下森・前掲(注39)153頁など。
- 42) 山田・前掲315頁によれば, 「補償」的観点から, 判例準則を捉えなおした場合, 現行の「相続人毎の併行給付の控除ではなく, 被害者に生じた損害の全体から遺族への併行給付の全体を控除する」こととなる旨, 指摘する。また潮見佳男「人身損害賠償請求権の相続構成と損益相殺・併行給付問題」阪法172=173号(1994)43頁は, 損害賠償請求権の相続構成を前提とするならば, 被害者の逸失利益中にしめる当該遺族扶養のための出捐相当額を確定した上で, これに対応する遺族年金受給額を控除するという論証を経る必要があるのではないかと指摘する。
- 43) 信濃・前掲4頁。
- 44) 斉藤隆「判解」判タ735号(1990)131頁。
- 45) 加藤雅信・平林美紀「社会保障と損害賠償」『講座社会保障法第1巻』(法律文化社・2001)245頁。
- 46) 同様に, 水野有子「損害賠償における第三者からの給付を原因とする控除」判タ865号(1995)13頁。
- 47) 水野(有)・前掲14頁。伊藤高義「損益相殺」『新・現代損害賠償法講座6』(日本評論社・1998)もこれを支持。
- 48) この点につき, 給付が「損害を填補するものであるか」あるいは「損害賠償に代わるものであるか」という視点から, 考察し, 判例準則間の矛盾を指摘する山田教授の考え方も, 同様の趣旨と思われる(山田・前掲324頁)。また良永・前掲55頁は, とくに労災補償の法的性格につき, 「多様な理解が成り立つが, それが損害賠償と法的性質を異にしている点では異論がない。両者は, 権利の主体, 発生要件, 内容, 救済方法, 費用負担のいずれにおいても異なる別個の制度であって, その責任根拠も異なっている」ことを指摘する。
- 49) たとえば古くは, 和歌山地判昭和63年10月7日交民21巻5号1031頁, 大阪地判昭和46年10月20日。最近のもので大阪地判平成4年6月18日交民25巻3号707頁, 名古屋地判平成

社会保障給付と損害賠償との調整（若林）

10年12月4日交民31巻6号1867頁。なお、保険行政実務も同様の処理による（昭和54年4月2日保険発第24号・庁保険発第6号）。

- 50) 瀬戸・前掲138頁。
- 51) その意味において、たとえば、障害厚生年金の控除につき、当該給付は、「保険料の拠出者が被用者及び勤労者であること、制度目的が被用者の福祉の増進であることからすると、健康保険における診療給付と同様に、過失相殺前に控除をすると解するのが相当である」として、労災給付とは異なり、控除後相殺説によるべきことを明らかにした下級審判決があるものの（大阪地判平成7年8月25日交民28巻4号1168頁）、本件でも、控除前相殺説の立場をとりつつ、割合的控除によって、合理的な解決が図られたのではないかと思われる。
- 52) 労災法12条の2の2、国公災害補償法14条、地公災害補償法30条をはじめ、厚年法73条以下、地公共済組合法108条以下、国公共済組合法94条以下、国年法69条以下等。
- 53) 労災法には直接の規定はないものの、労基法84条2項が、使用者が労基法上の災害補償義務を履行したとき、その額の範囲において民法上の損害賠償義務を免れることを規定しており、使用者災害の場合に、損害賠償額から給付額が控除されるのも、この規定の類推によるものと考えられている。なお、公務員の災害補償については、それぞれ国公災害補償法5条、地公災害補償法58条を参照。
- 54) これらの事案における控除原因は、「損益相殺」あるいは「損益相殺的調整」に求められことが多いものの、労災遺族年金については、単に「控除」とされる事案も散見される。なお、控除原因については、当初、学説は、「損益相殺」と「代位」を明確に区別していたが（加藤一郎『不法行為法』245-246頁、我妻栄＝有泉亨＝四宮和夫『判例コメントル 事務管理・不当利得・不法行為』236頁）、その後、学説・実務の関心は、「損益相殺（控除計算）」の問題として（幾代）、もっぱら、「具体的な『利益』が控除されるかどうか、その根拠は何か」に求められ、控除原因 損益相殺が賠償による代位か についてはあまり関心が払われてこなかったようである（松浦以津子『損益相殺』『民法講座6』（有斐閣・1985）698頁）。
- 55) その結果、使用者行為災害の場合には、控除前相殺説（全額求償）の立場を支持する（水野（有）・前掲14頁）。ただし、この説にあっては、第三者行為災害の場合については「検討を要する」として保留している。なお、同旨に、伊藤・前掲261頁以下。
- 56) 良永・前掲60頁。
- 57) この問題を指摘するものに、信濃・前掲15頁以下。
- 58) 使用者行為災害において控除後相殺説を支持する説として、信濃・前掲15頁以下、西村・前掲（注11）718頁、石原治「労災保険給付の控除と過失相殺」名法148号（1993）627頁以下等。
- 59) 規定の体裁上は、この場合にあってはも代位（求償）を認める余地はある。なお澤井裕「判批」民商55巻5号（1967）77頁は、損益相殺（賠償義務者の賠償額全体の減縮）と代位（義務額は減少せず、単に被害者の請求権のみの減縮）とを区別した上で、この種の事案は、「理論的には代位による縮減だが、事実上代位者のない特殊な事例」とする。
- 60) 飯村敬明「年金の受給権取得と損益相殺」判タ943号（1997）107頁。また代位が生じる

のは、規定の存在という形式的な理由ではなく、より実質的な理由によることを指摘するものとして、滝澤・前掲485頁以下。

- 61) 詳細については、拙稿「公的年金の逸失利益性」大河純夫他編『高齢化社会と法』(日本評論社・1999)108頁以下。
- 62) 詳細については、潮見佳男『不法行為法』(信山社・1999)5頁以下。
- 63) 社会保障法との対比において指摘するものとして、加藤=平林・前掲245頁。Magnus, op. cit., p. 304。また現在、ヨーロッパにおいて共同研究が進められている「ヨーロッパ不法行為法原則」案では、いずれも、不法行為制度の目的として、補償(填補)と並んで抑止が位置づけられている。その1つとなるティルブルクグループの案については、ヘルムート・コツィオル「ヨーロッパ不法行為法グループによる『ヨーロッパ不法行為法原則』」龍法38巻2号(2005)掲載の翻訳を参照されたい。
- 64) なお、本稿では詳細な検討を加えることができなかったが、第3の立場として、被害者の「完全な補償」を追及する立場から、「差額説」を支持する学説もある【設例】。古賀・前掲138頁、山田誠一『重複填補』問題の理論と実際(2)NBL 509号(1992)32頁。ただし、差額説につき、現行法の下では「甚だ疑問」(信濃・前掲5頁)との批判があり、古賀教授も、その後、現行法の解釈としては控除後相殺説を妥当とする(古賀「判例研究」法時62巻4号(1990)105頁)。また、労災保険における使用者災害のように、政府(保険者)に求償が否定されている場合にかぎり、差額説の可能性を示唆しつつも(西村・前掲(注24)425頁)、第三者災害とのバランス、および被災者の過失を何らかの形で賠償額に反映させることが適切であるとして控除後相殺説を支持する説もある(西村・前掲(注11)718頁)。いずれにせよ、これは不法行為制度においてとりわけ抑止との観点から 被害者過失減額がどのような意味をもつかという評価ともかわらう。ただ、その意味からも、被害者に結果回避につき期待可能性のない素因減額についてまで過失相殺規定を類推適用した上で、控除前相殺説をとる現行の実務では、被害者が自己の素因に対応する部分の損害につき、社会保険からも加害者からも填補を受けられないという不合理な結果を容認することとなり、非常に問題を感じざるを得ない(この問題を指摘するものとして、山田・前掲32頁)。

【設例】損害総額が1000,被害者Xの過失2割として,併行給付から700得た場合

