

損害の填補による代位（１）
—最判平成30年9月27日民集72巻4号432頁を契機として—

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-03-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 三木, 千穂, MIKI, Chiho メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.15053/0000000054

Copyright © JAPAN COAST GUARD ACADEMY
2019

【論文】 損害の填補による代位（1）

—最判平成 30 年 9 月 27 日民集 72 巻 4 号 432 頁を契機として—

三木 千穂

【目 次】

1. 序論
 - (1) はじめに
 - (2) 平成 30 年判決の概要
 - ① 事案の概要
 - ② 判決要旨
 - (3) 保険実務と学説
 - (4) 平成 30 年判決に対する疑問
2. 民法 422 条の賠償者代位
 - (1) 概要
 - ① 制度趣旨と適用事例
 - ② 代位の効果
 - (2) 賠償者代位と求償
 - ① 不真正連帯債務の概念
 - ② 不真正連帯債務における求償権の根拠
 - ③ 民法改正（平成 29 年法律第 44 号）による求償権の明文化
 - (3) 賠償者代位が適用される場面
 - ① 学説
 - ② 典型的な適用事例の再検討
 - ③ 賠償者代位と損益相殺
 - ④ 請求権の段階での損益相殺
 - ⑤ 損害賠償義務と賠償者代位
 - ⑥ 小括
 - (4) 反射損害に関する賠償者代位の類推適用
 - ① 間接被害者の損害
 - ② 反射損害の賠償請求の法的根拠
 - (5) まとめ

1. 序論

(1) はじめに

第三者の行為によって惹起された交通事故の被害者が自動車損害賠償保険金（以下、「自賠責保険金」とする。）と労働者災害補償保険（以下、

「労災保険」とする。)のいずれも請求できる場合、自賠責保険金の支払を先行させるのが実務の取扱である。しかし、いずれを先に請求するかは請求人の意思が尊重されることから、労災保険給付の支払が先行することがある。労働者災害補償保険法（以下、「労災保険法」とする。）12条の4は、この場合には、保険給付をした政府が第三者に対する損害賠償請求権を取得することを定める。ここでいう「第三者」には、自賠責保険会社も含まれる¹⁾とされることから、被害者が労災保険給付を受けたものの、損害がまだ残っている場合には、被害者の自動車損害賠償保障法（以下、「自賠法」とする。）16条1項に基づく直接請求権と、国が代位取得した直接請求権が並立することになる。このときの両請求権の合計額が自賠責保険金額の上限を超える場合、どのように調整するかが問題となったのが最判平成30年9月27日民集72巻4号432頁（以下、「平成30年判決」とする。）であり、最高裁は、被害者の直接請求権が国の請求権に優先することを示した。

この結論については、すでに、最判平成20年2月19日民集62巻2号534頁（以下、「平成20年判決」とする。）が、被害者の直接請求権は、老人保健法41条1項（平成17年法律第77号による改正前のもの）に基づき代位した市町村長の請求権に優先する旨を判示したことから、ある程度、予想されたものであり²⁾、また、被害者保護の観点からも、被害者の直接請求権が優先するとの結論は支持されるものと思われる。しかし、その理論的な根拠は明らかでない。後述するように、現に、保険実務は、請求額に応じた比例配分をすることを原則としていた。

まずは、この平成30年判決の概要を紹介。

（２）平成30年判決の概要

① 事案の概要

中型貨物自動車を運転していたXが、反対車線を走行中に中央線を侵

1) 国土交通省自動車局補償制度参事官室監修『新版逐条解説自動車損害賠償保障法』（ぎょうせい、2012年）131頁。

2) 森富義明「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成20年度117頁。若林三奈「判批」新美育文ほか編『交通事故判例百選〔第5版〕』（有斐閣、2017年）145頁など。

入した A 運転の加害車両と正面衝突し、左肩腱板断絶等の傷害を負い、その後、左肩関節の機能障害等の後遺障害が残ったとして、加害車両について自賠責保険契約を締結していた保険会社である Y に対し、自賠法 16 条 1 項に基づき、損害賠償を求めた。控訴審が認定した事実によると、X が労災保険から、療養補償給付・休業補償給付（合計 410 万 7255 円）及び障害補償給付（498 万 1490 円）を受けてもなお填補されない本件事故に係る損害額は、傷害につき 303 万 5476 円、後遺障害につき 290 万円である。また、本件事故に係る自賠責保険の保険金額は、傷害につき 120 万円、後遺障害につき 224 万円である。

X が労災保険の療養給付・休業給付を受けたことから、X の Y に対する支払請求権は、労災保険法 12 条の 4 第 1 項により上記価格の限度で国に移転したことになるが、自賠責保険金額が上記価格を下回る本件事案では、自賠責保険金について、X の支払請求権と、国の求償権の優劣をどのように考えるかが問題となる。なお、本件では、自賠責保険会社の遅延損害金の起算日をいつとするか³⁾という重要な論点もあるが、ここでは扱わない。

② 判決要旨

被害者が労災保険給付を受けてもなお填補されない損害について直接請求権を行使する場合は、他方で労災保険法 12 条の 4 第 1 項により国に移転した直接請求権が行使され、被害者の直接請求権の額と国に移転した直接請求権の額の合計額が自賠責保険金額を超えるとときであっても、被害者は、国に優先して自賠責保険の保険会社から自賠責保険金額の限度で自賠法 16 条 1 項に基づき損害賠償額の支払を受けることができるものと解するのが相当である。その理由は次のとおりである。

自賠法 16 条 1 項は、同法 3 条規定による保有者の損害賠償の責任が発生したときに、被害者は少なくとも自賠責保険金額の限度では確実に

3) 自賠責保険会社の被害者に対する損害賠償額支払債務は、期限の定めのない債務であるから、民法 412 条 3 項によれば、履行の請求を受けたときから履行遅滞となり、遅延損害金の起算日は訴状送達の日と考えられる。一方で、自賠法 16 条の 3 は、保険金の支払基準を規定するが、直接請求権を訴訟上行使した場合には、この基準によることなく損害賠償額を算定することになるから、判決が確定するまでは損害賠償額が不明となる。そこで、遅延損害金の起算日をいつとするかが問題となる。

損害の填補を受けられることにしてその保護を図るものであるから、被害者において、その未填補損害の額が自賠償保険金額を超えるにもかかわらず、自賠償保険金額全額について支払を受けられないという結果が生ずることは、同法 16 条 1 項の趣旨に沿わない。

労災保険法 12 条の 4 第 1 項が設けられたのは、労災保険給付によって受給権者の損害の一部が填補される結果となった場合に、受給権者において填補された損害の賠償を重ねて第三者に請求することを許すべきではないし、他方、損害賠償責任を負う第三者も、填補された損害について賠償義務を免れる理由はないことによるものと解される。労働者の負傷等に対して迅速かつ公正な保護をするため必要な保険給付を行うなどの同法の目的に照らせば、政府が行った労災保険給付の価額を国に移転した損害賠償請求権によって賄うことが、同項の主たる目的であるとは解されない。したがって、同項により国に移転した直接請求権が行使されることによって、被害者の未填補損害についての直接請求権の行使が妨げられる結果が生ずることは同項の趣旨にも沿わないものというべきである。

（３）保険実務と学説

被害者が社会保険の給付を受けたが、いまだ損害が残っている場合に、被害者が自賠法上の直接請求権を行使し、他方、社会保険者が代位取得した直接請求権を行使するときに、両請求権の合計額が自賠償保険金額の上限を超える場合に、どのように調整すべきか。この点については、被害者優先説と按分説の両説が主張されてきた。

被害者優先説は、社会保険者の保険給付は、その保険契約上の債務の履行としての給付であり、求償権の代位取得は、被害者の二重利得の阻止あるいは加害者の免責阻止といった保険の技術的ないし政策的要請等から認められるものであるものにすぎないから、債務の履行によって付随的に生じる求償債権が、被害者に生じた損害の填補という目的を持った被害者の直接請求権の行使を阻害してまで全く対等の地位に立つ

と解すべきでないとする⁴⁾。また、按分説によると、自賠責保険金を先に請求した後に社会保険給付の請求をした場合と、社会保険給付を先に請求した後に自賠責保険金をした場合には、損害填補額に不合理な差が生じると按分説を批判する。

他方、按分説は、社会保険者が代位取得した直接請求権と被害者の直接請求権は同質であるから、平等分割の原則（民法 427 条）により、社会保険者及び被害者はその請求額に応じた比率において損害金の支払いを受けられるとする。保険実務上は、各社会保険に関し、「自動車損害賠償責任保険と労災保険との支払事務の調整について」（昭 41.12.16 基発 1305 号）、「政府管掌健康保険の自動車損害賠償責任保険等に関する求償事務の取扱いについて（通知）」（昭 43.7.25 庁保発 8 号）、「健康保険及び国民健康保険の自動車損害賠償責任保険等に対する求償事務の取扱いについて（通知）」（昭 43.10.12 保発 106 号）が出されており、比例配分を採用していた。もっとも、被害者が直接請求権を行使する時点で、社会保険者が直接請求権を行使していない場合には、事実上、被害者に対して保険金額全額の支払いがされていた。

このような状況の中、平成 20 年判決は、交通事故の被害者が、老人保健法（平成 17 年法律第 77 号による改正前のもの。以下同じ。）25 条 1 項に基づく医療の給付を受けてもなお填補されない損害について、自賠法 16 条 1 項に基づく請求権を行使する場合は、他方で、医療の給付を行った市町村長が、老人保健法 41 条 1 項により取得した上記請求権を行使し、被害者の上記請求権の額と市町村長が取得した上記請求権の額の合計額が自賠責保険の保険金額を超えるときであっても、被害者は市町村長に優先して自賠責保険会社から上記保険金額の限度で損害賠償額の支払を受けることができる、と判示した。その根拠として、i) 自賠法 16 条 1 項は、被害者が自賠責保険金の限度では確実に損害のてん補を受けられることにして、その保護を図るものであるから、被害者に自賠責保険金額を超える未てん補の損害が存在するにもかかわらず、

4) 金澤理『交通事故と保険給付』（成文堂、1981 年）61 頁、川井健ほか編『注解交通損害賠償法〔新版〕第 1 巻』（青林書院、1996 年）170 頁以下〔伊藤文夫執筆〕など。

自賠責保険金全額の支払を受けられないというのは同法 16 条 1 項の趣旨に沿わないこと、ii) 老人保健法に基づく医療の給付は社会保障の性格を有する公的給付であり、市町村長において被害者の第三者に対する損害賠償請求権を取得するのは、医療に関する費用等を当該請求権によって賄うことを目的とするものではなく、市町村長が直接請求権を行使することによって、被害者の未てん補の損害に係る直接請求権の行使が妨げられるのは同法 41 条 1 項の趣旨にも沿わないことを挙げる。

（４）平成 30 年判決に対する疑問

平成 30 年判決は、労災保険給付についても、平成 20 年判決の理由付けをそのままに、すなわち、労災保険法 12 条の 4 第 1 項は被害者の二重填補と損害賠償責任者の免責防止を目的とするものであって、給付した価額を取り戻すことを目的するものではないから、被害者の二重填補と加害者の免責の恐れがない以上、被害者の損害填補が優先されるべきであるとして、被害者優先説を採用したものであるといえる⁵⁾。

ところで、平成 30 年判決は、すでに被害者に支払われた障害補償給付の金額のみで後遺障害の自賠責保険金額を上回るにも関わらず、後遺障害に関する自賠責保険金の直接請求権が被害者に残っていることを前提としている。直接請求権が保険金請求権そのものであれば、労災保険給付がされた時点で、労災保険法 12 条の 4 第 1 項により、自賠責保険金全額の直接請求権は被害者から国に移転しており、被害者がその後に直接請求権を行使することは認められないはずであるから、最高裁は、直接請求権は自賠責保険金とは異なるものと解していると考えられる⁶⁾。

最高裁は、これまでの判例において、自賠法 16 条の直接請求権は、損害賠償請求権であると述べ（最判昭和 39 年 5 月 12 日民集 18 巻 4 号 583 頁）、また、保有者の保険金請求権の変形ないしはそれに準ずる権利

5) 平成 30 年判決の評釈として、松田真治「判批」法律のひろば 71 巻 12 号（2018 年）53 頁以下、控訴審判決の評釈として、山下典孝「判批」損保研究 80 巻 1 号 207 頁以下などがある。本件の差戻審は東京高判平成 31 年 1 月 16 日判タ 1463 号 94 頁。

6) 波多江久美子「判批」明治学院大学法律科学研究所年報第 35 号（2019 年）138 頁。

ではないことも明らかにした(最判昭和 57 年 1 月 19 日民集 36 巻 1 号 1 頁)。しかし、その後の判例では、「被害者の損害賠償請求権の行使を円滑かつ確実なものとするため、右損害賠償請求権行使の補助的手段として、被害者が保険会社に対して直接に責任賠償金の支払を請求し得るものとしている」と述べ、「自賠法 16 条 1 項に基づく責任賠償金の支払請求は、被害者が保有者に対して損害賠償請求権を有していることを前提として認められると解すべき」(最判平成 12 年 3 月 9 日民集 54 巻 3 号 960 頁)とした。この平成 12 年判決の調査官解説では、最高裁の判例について、「直接請求権の本質を被害者の保険会社に対する損害賠償請求権ととらえながら、その権利の内容は損害賠償請求権と同一ではなく、被害者の加害者に対する損害賠償請求権の迅速な実現のために法律が特別に認めた権利であると捉えている」との意見が述べられている⁷⁾。確かに、不法行為に基づく損害賠償請求権は、催告を要せず、損害の発生と同時に履行遅滞に陥るとするのが従来⁸⁾の最高裁の立場(最判昭和 37 年 9 月 4 日民集 16 巻 9 号 1834 頁)であるが、自賠法 16 条に基づく直接請求権は、期限の定めのない債務として発生し、保険会社が被害者からの履行の請求を受けたときに遅滞に陥ると判示しており(最判昭和 61 年 10 月 9 日裁判集民 149 号 21 頁)、この点からも、最高裁は直接請求権の法的性質について、法定の特別請求権として捉えているとの指摘がなされていた⁸⁾。

平成 30 年判決も、このような最高裁判例の流れの中にあると考えられるが、自賠法 16 条 1 項は、被害者は、「保険金額の限度において」損害賠償額の支払いを請求できると規定しており、保険金額を超えて直接請求権が存在するとすれば、この規定の解釈が問題となる。それだけではない。被害者の直接請求権と、政府が代位取得した直接請求権が併存するとしても、なぜ被害者の直接請求権に優先的地位が認められるのかという理論的な裏付けがされていない。

7) 孝橋宏「判解」最高裁判所判例解説平成 12 年度民事篇 231 頁。

8) 前掲注 7)・孝橋 231 頁、潘阿憲「自動車損害賠償責任保険における直接請求権と損害賠償請求権—最高裁平成 12 年 3 月 9 日第一小法廷判決を中心に—」判タ 1113 号(2003 年) 69 頁。

そこで、被害者優先の結論を維持しながら、自賠法 16 条 1 項及び代位概念との整合性を図るために、「被害者になお填補されていない損害があるときは、その限りで保険者は代位できない、すなわち被害者の直接請求権を取得できないと考える方が簡明である」との見解が示されている⁹⁾。筆者も、結論としてはこの見解に賛同するものの、そうであれば、なぜ直接請求権は代位取得されないのかという理論的な根拠が求められるだろう。そして、それは労災保険法 12 条の 4 第 1 項を含む社会保障給付による代位の意義及びこれと直接請求権の法的性質との関係を検討する必要がある。

この点を検討するために、本稿では、損害の填補による代位である民法 422 条の賠償者代位及び保険法 25 条の保険代位の趣旨や適用される場面を確認したうえで、これらと社会保険給付による代位との関係を考察することとする。まずは、損害の填補による代位の基本的な形である民法 422 条の賠償者代位から見ていく。

2. 民法 422 条の賠償者代位

（１）概要

① 制度趣旨と適用事例

民法 422 条は「債権者が損害賠償として、その債権の目的である物又は権利の価額の全部の支払いを受けたときは、債務者は、その物又は権利について当然に債権者に代位する」と規定する。

債権の目的が物であり、代位の対象が物となる場合としてどの教科書にも挙げられる事例が、他人の物の寄託を受けた者が、過失によりその物を紛失した場合に、損害賠償として物の価額を受寄者が賠償すると、その物の所有権を受寄者が取得する、という事例である（以下、「事例Ⅰ」とする。）¹⁰⁾。賠償を受けた寄託者が重複填補を受けることを防止することが目的であるが、そのためなら物が発見されれば寄託者が不当利得と

9) 前掲注 6)・波多江 138 頁。

10) 梅謙次郎『民法要義巻之三債権編（復刻版）』（有斐閣、1984 年）75 頁、我妻榮『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964 年）149 頁、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会、1978 年）88 頁など。

して返還すればよい。それにもかかわらずこのような規定が置かれたのは、寄託者が無資力となった場合には返還することができなくなり、受寄者が損害を被ることになる。そこで、物の所有権を債務者に帰属させることにしたのが民法 422 条の趣旨であると説明される¹¹⁾。

債権の目的が権利で、代位の対象が権利となる例として挙げられているのは、他人の借家の管理全般を請け負った管理人が、借家人に対する請求を怠ったために、借家人の資力が不十分になり、家賃の回収ができなくなった場合に、家主は損害賠償として延滞家賃全額を管理人に請求することができるが、管理人が賠償した後は、管理人が借家人に対する賃料債権を取得するという事例（以下、「事例Ⅱ」とする。）である¹²⁾。この事例についても、借家人が資力を回復したときに、家主が重複填補を受けるかもしれないので、これを防止したうえで、家主の無資力のリスクを管理人に負担させないために賃料債権を移転させることにしたと説明されている¹³⁾。また、他の事例として、手形の保管者が紛失した場合を挙げるものもある¹⁴⁾。

そして、上記の賠償者代位の制度趣旨は、損害賠償制度の目的から当然演繹されるものであるとして、条文上は債務不履行のみに規定があるものの、不法行為にも適用されると考えられている¹⁵⁾。

さらに、条文上は、債権の目的が「物又は権利」であり、代位の対象は「その物又は権利」とされているが、「その物又は権利」に代わる権利についても代位の対象となると考えられている¹⁶⁾。

その事例として挙げられるのが、寄託物について、第三者が不法行為

11) 梅・前掲注 10) 75 頁、奥田昌道編『注釈民法 (10) 債権 (1)』(有斐閣、1987 年) 717 頁〔能見善久執筆〕など。

12) 奥田昌道編『新版注釈民法 (10) II (債権 (1))』(有斐閣、) 669 頁〔山下純司執筆〕。この事例は前掲・梅にも挙げられている。

13) 山下・前掲注 12) 669 頁。

14) 我妻・前掲注 10) 149 頁。

15) 我妻・前掲注 10) 149 頁。加藤一郎『不法行為〔増補版〕』(有斐閣、1974 年) 263 頁、名古屋地判平成 17 年 3 月 16 日交民 38 巻 2 号 390 頁は「類推適用」とする。

16) 最判平成元年 4 月 27 日民集 43 巻 4 号 278 頁は、一般論としてこれを認めるが、賠償責任を履行した使用者が、被災した労働者の労災保険給付請求権を代位取得することについては、「損害に代わる権利」とはいえないことを理由に否定した。

によって滅失した場合に、受寄者にも過失があったときは、受寄者も寄託者に対して債務不履行に基づく損害賠償義務を負うが、受寄者が寄託者に損害賠償を支払った場合には、寄託者の第三者に対する損害賠償請求権を代位取得するというものである（以下、「事例Ⅲ」とする。）¹⁷⁾。このように適用範囲が広がったのは、不真正連帯債務には求償権が生じないというかつての通説の影響があるとされる。すなわち、受寄者の寄託者に対する損害賠償債務と、第三者の寄託者に対する損害賠償債務はいわゆる不真正連帯債務の関係にあるとされるが、連帯債務に関する求償権の規定は適用されないとされていたことから、損害賠償を支払った受寄者が第三者に求償をすることを認める根拠として民法 422 条が持ち出されたということである¹⁸⁾。しかし、現在の通説は、不真正連帯債務であっても求償権を認める。そうであれば、上記の事例Ⅲはどのように考えるのかという新たな問題が生じる。この点は、後に検討する。

判例では、最判昭和 36 年 1 月 24 日民集 15 巻 1 号 35 頁が、第三者の不法行為によって発生した被用者の損害について、使用者が労働基準法 79 条に基づいて遺族補償を行った場合には、使用者が損害賠償請求権を取得するかについて何ら規定していないが、民法 422 条の類推適用により使用者が第三者に対して求償できるとする。また近時では、不法行為の直接の被害者ではないが損害を負担した者がいた場合、民法 422 条の類推適用により、その者は直接被害者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得するという見解が主張されている。

このように、賠償者代位を定めた民法 422 条は本来、重複填補を防止することを目的として、填補賠償を支払った者に物や権利を割り当てる制度であるが、その適用範囲が広げられ、現在では、求償の根拠として援用される規定として認識されているといえる。

② 代位の効果

債権の目的である物又は権利が法律上当然に債権者から賠償者に移転する。すなわち、ある者が物又は権利の価値を填補した場合、権利移

17) 星野・前掲注 10) 88 頁、山下・前掲注 12) 669 頁など。

18) 山下・前掲注 12) 670 頁。

転の意思表示などの行為をせずとも、その物、権利、またはそれに代わる権利が填補した者に移転し、填補を受けた者はその範囲で権利を失う。

民法 422 条は、物又は権利の「全部」について賠償を受けたことを要件とする。確かに代位の対象が物の場合には、一部賠償・一部代位を認めると、物の共有関係が生じて複雑となる。この場合には、一部賠償・一部代位が否定されることには合理性があると考えられるが、代位の対象が損害賠償請求権などの可分債権であれば、「全部」の要件は意味を失うとして、一部賠償・一部代位を認める見解が多い¹⁹⁾。前掲最判昭和 36 年 1 月 24 日もこれを前提としていると考えられる。そして、一部賠償・一部代位を認めると、被代位者の損害賠償請求権と、代位した賠償者の損害賠償請求権の 2 つの請求権が並立することになるが、これらの債権の優劣はないと考えるのが原則であろう。

なお、不法行為により他人の物を毀損した加害者が物の価額の全部を賠償した場合についても、民法 422 条の類推適用により、加害者が目的物の所有権を取得すると解するのが通説である²⁰⁾。すなわち、物が毀損した場合には、法的にはその毀損した部分に対応した金額を損害賠償として支払う義務が発生するが、その支払義務を超えて物の価額全額を支払った場合には、残存した物の所有権を取得すると解されている。ただし、この場合には、目的物全体を賠償する義務があるか、あるいは当事者間に全体の価額を賠償する合意がなされていることが必要であるとされる²¹⁾。

(2) 賠償者代位と求償

① 不真正連帯債務の概念

前述のとおり、賠償者代位の規定は、近時は、求償の根拠として援用されるようになっているが、これに大きな関わりがあるのが、かつての不真正連帯債務者間の求償に関する議論²²⁾である。

19) 能見・前掲注 11) 720 頁。

20) 加藤・前掲注 15) 262 頁。

21) 能見・前掲注 11) 721 頁、山下・前掲注 12) 673 頁など。

22) 不真正連帯債務の学説史については、尾崎三芳「連帯債務・不真正連帯債務」星野

伝統的通説によると、不真正連帯債務とは、多数の債務者が同一の内容の給付について全部を履行すべき義務（全部給付義務）を負い、しかも債務者のうちの一人が弁済をすれば全部の債務者が債務を免れる（給付の一倍額性）という点で連帯債務と同様である多数主体の債務関係のうち、民法の連帯債務に包含されないものをいうとされる²³⁾。連帯債務には債務者間に共同目的による主観的な関連があるのに対し、不真正連帯債務はこれがない。そして、不真正連帯債務は、債務者の一人について生じた事由が他に影響を及ぼさない点、及び債務者の内部関係において求償を生じない点において、連帯債務と異なると説明される²⁴⁾。

不真正連帯債務にあたるものとして、一般的に挙げられるのは、i) 他人の家屋を焼いた者の不法行為に基づく賠償義務と保険会社の契約に基づく填補義務、ii) 受寄物を不注意で盗まれた受寄者の債務不履行に基づく賠償義務と窃取者の不法行為に基づく賠償義務²⁵⁾、iii) 法人の不法行為による賠償責任と代表機関個人の賠償責任、iv) 被用者の加害行為についての被用者自身の賠償義務と使用者または監督者の賠償義務²⁶⁾、v) 責任無能力者の加害行為についての法定監督義務者の賠償義務と代監督者の賠償義務、vi) 被用者の加害行為についての使用者の賠

英一編集代表『民法講座4 債権総論（復刊版）』（有斐閣、2012年（初版は1985年））207頁以下、平林美紀「不真正連帯債務論の再構成（一）～（三）」名法178号（1999年）45頁以下、179号（1999年）223頁以下、181号（2000年）237頁以下を参照。また、賠償者代位との関係を検討するものとして、多治川卓朗「賠償者代位—不真正連帯債務における求償との関係を中心に—」関法45巻1号（1995年）120頁以下。

23) 我妻・前掲注10) 443頁。

24) 我妻・前掲注10) 444頁。於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、1972年）246頁は、連帯基準と不真正連帯債務の区別は、「全く形式的な区別であって、実質的に区別の必要はあるとしても実質的な区別の基準はない」とする。

25) ii) については不真正連帯債務に当たらないとする学説もある。柚木馨『判例債権法総論〔補訂版〕』（有斐閣、1971年）272頁は窃盗者と受寄者、放火者と保険者の関係について、「同一の損害について全く偶発的に数債務が併発したものたるにすぎず、その間に何ら共同目的による結合なく、したがってまたその間に負担部分の定めなるものも存しないのであるから」、連帯債務とは全く異質で、その規定は類推すべきではないとして、債権を満足させる事由が絶対的効力を生ずることも、賠償を行った保険者等が債権者に代位することも連帯債務とは本質を異にするとして、不真正連帯債務概念から排除する。木村常信「不真正連帯債務と損益相殺」産大法学13巻3号（1979年）59頁もこれを「卓見」と支持する。

26) 最判昭和45年4月21日裁判集民99号89頁。

償義務と監督者の賠償義務、vii) 動物の加害行為についての占有者の賠償義務と保管者の賠償義務などである。これに加えて、条文中「連帯して」と規定がある共同不法行為者の損害賠償義務についても不真正連帯債務と解されている²⁷⁾。

初期の学説は、不真正連帯債務者間の求償を完全に否定していたが²⁸⁾、その後の学説は、部分的に求償権を認めるものが多く、我妻博士は、求償関係をその当然の内容とはしないものの、不真正連帯債務者相互間に特別の法律関係が存在するときは、これに基づいて求償関係が生じるとし、上記のうちiv)～vii)についてはそれらの者の間における契約関係を基礎として求償権が生じるとする。他方、そのような関係がない場合にも、「各自の負担する全部義務の性質に差異があるために、ある債務者だけが終局の責任と認められる場合」には、他の者はこれに対して求償権を行使すると同様の結果を生ずることも少なくないとして、上記i)・ii)において保険会社または受寄者が全部の賠償をすれば、民法422条に基づき不法行為者に対する債権者の権利に代位すると述べた²⁹⁾。

② 不真正連帯債務における求償権の根拠

現行民法は、連帯債務については、連帯債務者の一人が弁済等により共同の免責を得たときに他の連帯債務者に対し求償できることを定める(442条)。この求償権について³⁰⁾、我妻博士に代表される伝統的通説は、債務者の内部関係において出捐を分担するという主観的な関係を持

27) 加藤・前掲注15) 205頁。

28) 鳩山秀夫『日本債権法(総論)』(岩波書店、1925年) 288頁は、債務者相互間に負担部分の定めがないことから求償権を否定する。

29) 我妻・前掲注10) 446頁。なお、「その求償関係に類似した関係は、連帯債務におけるように共同免責のための出捐の分担という主観的関連によるのではなく、たまたまそれらの債務者間に存在した別個の法律関係に基づくものであるから、連帯債務における求償関係とは異にするものとみるのが至当」と述べる。

30) 西村信雄編『注釈民法(11)債権(2)』(有斐閣、1965年)〔椿寿夫執筆〕114頁は、求償権の根拠に関し、本文中で紹介した見解の他に、連帯債務の性質から当然とする見解(当然存在説)、及び実質的には不当利得の返還請求権であるとする見解(実質的不当利得説)を挙げるが、実質的不当利得説については、「後期ドイツ普通法学説を思わせる未発達を感じられ、対外関係と内部関係の区別をしない・硬直した(ないし素朴な)法的思考と相まって、今日では問題とならない」とし、当然存在説については、「連帯債務自体ではよくても、それと対をなす不真正連帯債務に求償関係が欠除する、という解釈論を説明する力はない」と批判する。

つことを根拠とする³¹⁾。この立場によれば、主観的な関係のない不真正連帯債務において、求償権は当然には導かれぬ。そこで、前述のような民法 422 条を根拠とする見解や、事務管理³²⁾や不当利得³³⁾を根拠とする見解が主張された。これに対して、連帯債務者各自の負う全部給付義務は担保義務であり、負担部分が各自の固有義務であるから、他者の負担部分についてはあたかも保証人たる地位に立ち、その保証関係は相互的であることを求償権の根拠とする説がある³⁴⁾。この立場によれば、不真正連帯債務は共同目的による主観的関連がないだけで、互いの債務が他の債務の履行を担保しあっている関係は法律で作り出されているのだから、連帯債務と同様に求償権が認められるべきであると考えることができる³⁵⁾。

他方、不真正連帯債務概念を消極的に捉え、不真正連帯債務という統一的法律関係を構成することをやめ、該当するとされてきた各場合について、それぞれ法律関係を明らかにするべきであるとする見解も有力に主張されてきた。この見解では、求償権についても、各場合について、その実質的根拠を示し、範囲を決めていけば足りる、とする³⁶⁾。

31) 我妻・前掲注 10) 430 頁。

32) 東京地判昭和 42 年 11 月 8 日判タ 215 号 172 頁、大阪地判昭和 43 年 12 月 19 日判タ 232 号 202 頁。

33) 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻）』（青林書院、1985 年）791 頁は「法秩序の予定する負担配分の法則に反することによる不当利得の関係」を根拠とする。

34) 山中康雄「連帯債務の本質」勝本正晃ほか編集代表『石田文次郎先生還暦記念私法学の諸問題（一）民法』（有斐閣、1955 年）385 頁、於保・前掲注 24) 224 頁。もっとも、山中博士は、相互保証的な意味での主観的共同の関係がなければ連帯債務ではなく、主観的共同の関係が存在しない場合を不真正連帯債務とし、保険代位や賠償者代位の適用を認める（同 395 頁）。同「いわゆる連帯ということの意義」民商 33 巻 3 号

（1956 年）27 頁は、「不可分債務という法の形式を保証という経済的実質によって一部だけ修正したものが連帯債務」であるとし、本文 2（2）①で挙げた伝統的通説が不真正連帯債務としているもののうち、i）・ii）・iv）以外は不可分債務であるとする。

35) 潮見佳男『新債権総論 I』（信山社、2017 年）601 頁は、改正後の連帯債務の求償権について、連帯債務の相互保証的な性質から説明することができるとし、「相互保証機能は、当時の用語にいう不真正連帯債務でも認められる」と述べる。これに対し、連帯債務の相互保証的な性質を認めながらも、求償の根拠は主観的内部関係とする立場は不真正連帯債務の求償の根拠を民法 422 条等とする（於保・前掲注 24) 249 頁参照）。

36) 淡路剛久『連帯債務の研究』（弘文堂、1975 年）165 頁、231 頁以下。

後述するように、民法改正（平成 29 年法律第 44 号）により、これまで不真正連帯債務とされてきたものでも、基本的には連帯債務の規定が適用されることになることになると解されるので、求償権についても明文上の根拠が生まれることになる。ただ、現行法においても、不真正連帯債務の求償権の根拠として民法 422 条を挙げることについては、論理的に矛盾があると考えられる。なぜなら、前述のとおり、不真正連帯債務という概念が、全部給付義務を負い、給付の一倍額性を有する点は連帯債務と同じであるとする以上、不真正連帯債務の一部の債務者が弁済をした場合には、他の債務者の債権も消滅し、そうであれば、代位する基礎となる債権がないことになるからである。この点については、残存した権利についてのみ代位するという原則に例外を認め、過去有していた損害賠償債権につき代位すると解釈する見解³⁷⁾や、弁済をした者のためにのみ存続すると解する見解³⁸⁾など、代位する基礎の存在を説明しようとする試みがなされてきた。しかし、これらの試みは、不真正連帯債務の求償権を 422 条に求めることの矛盾を自覚したもののように思われる。代位という構成は、不真正連帯債務の求償権を原則として否定した伝統的な通説とも矛盾することがない点で、過渡期の議論としては有用なものであったといえるが³⁹⁾、現在では、否定されるべきであると考えられる⁴⁰⁾。

37) 勝本正晃『民法研究第 2 巻』（巖松堂書店、1934 年）179 頁。422 条は、論理上当然生じる結果を定めたものではなく、衡平の理論に基づき当事者の利害を調整しようとする政策的な規定であるから、不衡平な結果となることは 422 条の究極の主旨に反するとして、債務不履行又は契約による損害賠償債務が履行されたときは、その範囲において不法行為者に対して有していた損害賠償債権につき代位すると解する。

38) 沢井裕「損益相殺（一）」関大法学 8 巻 3 号（1958 年）300 頁。確かに、弁済者代位に関して、弁済があったにも関わらず原債権が消滅しないことについて、弁済によって債権者・債務者間では債権は消滅するものの、弁済者のためには存続する（相対的消滅）と説明するのが通説である（磯村哲編『注釈民法（12）債権（3）』（有斐閣、1970 年）334 頁〔石田喜久夫執筆〕参照）。しかし、賠償者代位が適用される場面では、このような説明をしなくても、弁済者は自らの債務を弁済したのみであるから消滅するのはその債務だけで、他の債務には影響を与えないという説明で足りると考える。

39) 平林・前掲注 22) 175 号 231 頁。

40) 伝統的なコモン・ローにおいては、損害賠償請求訴訟において、加害者と直接関係のない副次的源泉（Collateral Source）から得た給付は損害賠償額に影響しないとされている。これを副次的給付非控除原則（Collateral Source Rule）というが、この原則による効果として代位権が保護されることが挙げられる。すなわち、被害者が被保険者となっている損害保険金が支払われた場合に保険者の代位が認められるためには、被害

そして、代位は消滅せずに残っている債務が移転するものであると解する以上、賠償者代位が適用されるのは不真正連帯債務ではないと考えることになる。

また、求償とは、一般的には、弁済した者が、他人に対してその返還又は弁済を求めることをいう⁴¹⁾。賠償者代位により取得した債権を行使することが、求償の意義・役割を有することは否定できないが、あくまでも、消滅せずに残っている権利が賠償者に移転するのが賠償者代位である。他方、連帯債務及び不真正連帯債務は、債務者の一人が給付をすることによって、他の債務者に対する求償権が発生する。代位取得した権利を行使することが求償の役割を有することと、求償権が発生することは異なる。

③ 民法改正（平成 29 年法律第 44 号）による求償権の明文化

平成 29 年の民法（債権関係）改正により、令和 2 年 4 月施行予定の新民法は、連帯債務の中には債務者間に密接な関係がないものもあることを前提として（新民法 436 条⁴²⁾）、連帯債務に関する規定を見直し、絶対効を有する事由を限定した。立法担当者は、不真正連帯債務と解されているものについても、改正後の連帯債務に関する規定を適用しない理由は基本的になく、改正後の連帯債務に関する規定を適用しても差し支えないと述べている⁴³⁾。すなわち、これまで不真正連帯債務と解されてきた事例についても、連帯債務の求償権の規定（新民法 442 条）が適用されることになる⁴⁴⁾。一方で、賠償者代位を定める 422 条は維持されるから、賠償者代位と不真正連帯債務における求償権は明文上、区別さ

者の加害者に対する損害賠償債権に損害保険金額が含まれていなければならないことを前提に、そうであるからこそ、損害保険金額は損害賠償債権から控除されないと副次的給付非控除原則を説明する。Dan B.Dobbs&Paul T.Hayden, TORTS AND COMPENSATION,ch26,880（2005 年）など参照。

41) 法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典』（有斐閣、）246 頁。

42) 新民法 436 条は、連帯債務の要件について「債務の目的がその性質上可分である場合において、『法令の規定又は当事者の意思表示によって』数人が連帯して債務を負担するとき」と規定している。具体的には、例えば 719 条 1 項が規定する共同不法行為についても連帯債務が成立することになる。

43) 筒井建夫・村松秀樹『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018 年）119 頁。

44) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017 年）113 頁。

れたことになる。もっとも、不真正連帯債務の概念自体が曖昧であることを鑑みても、不真正連帯債務をひとくくりにして、新民法の連帯債務の規定が全て適用されると考えるべきではなく、それぞれの規定ごとにその趣旨を踏まえつつ検討すべきである⁴⁵⁾。

(3) 賠償者代位が適用される場面

① 学説

賠償者代位を定める民法 422 条の母法はドイツ民法 255 条⁴⁶⁾であるとされる。先行研究によれば⁴⁷⁾、その成立過程では、もともとは他人の所有物を喪失した者が賠償責任を負担する事例が挙げられ、物権編に規定が置かれていたが、債権編に移され、他人の所有物についてだけではなく、他人の権利の喪失についても賠償者代位が適用されることとなったという経過がある。そして、所有権を喪失した者が賠償義務を負担する事例、すなわち事例Ⅰの場合には、賠償を支払った受寄者に求償権を認めても、寄託者には所有権が残っていることから、寄託者には重複填補の可能性が残るから、所有権を移転させる必要があると考えることができる。このような賠償者代位の沿革とその趣旨から、賠償者代位は物の占有を喪失した者が賠償義務を負担する事例についてのみ適用があるのであって、債務者が物の毀損・滅失について賠償義務を負担する事例については適用がないとする見解もある⁴⁸⁾。この見解によると、権利の喪失の場合についても、債務者の填補賠償の支払いによっても第三者が免責されない性質を有する権利に限られ、抽象的には、所有権以外の

45) 中田裕康・大村敦志ほか『講義債権法改正』(商事法務、2017 年) 174 頁など〔沖野眞已執筆〕。例えば、筒井・村松・前掲注 43) 119 頁は、共同不法行為のケースには新 442 条 1 項を適用しないという解釈もあり得るとする。

46) ドイツ民法 255 条 (§ 255 BGB) は「物又は権利の喪失に対して賠償しなければならない者は、物の所有権又は第三者に対する権利に基づいて賠償権利者が有する請求権の譲渡と引換えにのみ賠償する義務を負う」と規定する(多治川・前掲注 22) 146 頁の訳による)。日本の賠償者代位と異なり、法律上当然に移転するのではなく当事者の譲渡行為を必要としており、また、譲渡の目的は物又は権利ではなく、物の所有権に基づいて、または権利に基づいて被害者に帰属する請求権である。多治川・前掲注 22) 129 頁以下参照。

47) 多治川・前掲注 22) 126 頁以下。

48) 多治川・前掲注 22) 195 頁以下。

物権、債権者に対する給付をその内容とはしていない権利、第三者を債務者としていない権利、またはそのような権利が併存している権利がこれにあたるとする⁴⁹⁾。

しかし、この見解は賠償者代位が適用されるケースが不真正連帯債務であることを前提とし、不真正連帯債務における求償と賠償者代位の適用が併存することを認める点で、私見とは異なる。確かに、賠償者代位と求償の適用場面が同じであると考えれば、効果に具体的な差が生じ、賠償者代位の意義を認めることができるのは、上記見解が限定した範囲であろうと思われるが、民法 422 条の文言や前述したような適用範囲が拡大化している実務を鑑みても、このように適用範囲を限定することはやや無理とも思われる⁵⁰⁾。また、元々は物権編に置かれていたという沿革からも明かなように、物を代位の対象とする賠償者代位と、権利を代位の対象とする賠償者代位では、適用場面等に違いがあるのは必然であると思われる。

② 典型的な適用事例の再検討

では、賠償者代位が適用されるのはどのような事例か。まず、適用に異論がないと思われる事例Ⅰ・Ⅱを改めて検討したい。

事例ⅠおよびⅡは、賠償者代位が適用されるには、賠償権利者に物や権利が帰属していても、その物や権利に代わる損害が肯定される場合であることが前提となる。例えば、事例Ⅰにおいて、受寄者が過失により寄託物を紛失した場合でも、寄託者には所有権が残っている。この場合に、寄託者が、物の価額の損害が発生したとして、受寄者に対してその価額について損害賠償請求できるのは、実際にその回復が不能な場合に限られるが⁵¹⁾、その場合には、寄託者に、所有権と受寄者に対する物の価額についての損害賠償請求権が併存することになる⁵²⁾。そして、物の占有を寄託者が回復すれば、受寄者の物の価額についての損害賠償請求

49) 多治川・前掲注 22) 197 頁。具体例として、証券上の権利（株式・手形債権）が挙げられている。

50) 山下・前掲注 12) 670 頁。

51) 加藤・前掲注 15) 107 頁、四宮・前掲注 33) 577 頁など。

52) 多治川・前掲注 22) 125 頁。

権は消滅するが、受寄者が損害賠償を支払っても、寄託者の所有権は消滅しない。だからこそ、賠償者代位が適用される。

事例Ⅱについても、借家人が無資力になり賃料債権が無価値である等の特別の事情がある場合でなければ、家主に損害が発生しているとはいえないが⁵³⁾、その場合には賃料債権と損害賠償請求権が併存している。そして、借家人が延滞家賃を支払えば、家主の損害がなくなり、管理人の損害賠償債務は消滅するのに対し、管理人が損害賠償を支払った場合は、管理人自身の債務の弁済に過ぎず、賃料債務は消滅しない。もっとも、管理人が支払ったのは借家人が支払うべき延滞家賃に代わる損害であって、実質的には、借家人の賃料債務の「肩代わり」⁵⁴⁾をしたともいえる。家主にはすでに賃料相当額の損害の填補がなされているから、重複填補を防止するため、賃料債権は肩代わりをした管理人に移転する。

まとめると、事例Ⅰ・Ⅱについては、物や権利に代わる損害が発生しているかという点が問題となるが、物や権利が無価値になっているのであれば、それに代わる損害賠償請求権の発生が認められる。そして、物が回復され、あるいは権利が義務者によって満足されれば損害がないため、損害賠償請求権は消滅するが、物や権利に代わる損害賠償を支払っても、物の所有権及び権利自体は消滅しない。それゆえに、重複填補を防止する必要が生じ、賠償者代位が適用される。特に、権利に代わる損害賠償が支払われた場合には、その権利の本来の義務者の義務を肩代わりしたことになるから、本来の義務者の免責を否定したうえで、重複填補を防止するために、その権利が肩代わりした者に移転するのが賠償者代位であるといえる。

③ 賠償者代位と損益相殺

さて、事例Ⅲは、事例Ⅱと異なり、併存する両債務が損害賠償請求権

53) 最判平成13年11月27日民集55巻6号1380頁参照。また、小野憲一「判解」最高裁判所判例解説平成13年度民事篇780頁。特に、791頁（注12）参照。

54) 「肩代わり」という言葉は多義的であるため、あまり適当な表現ではないかもしれない。ここでは他者の債務に代わる損害について自己の損害賠償債務として支払うことによって債権者の損害を填補することを指し、他者の債務として支払うこと（第三者弁済）ではない。いわば、結果的に「肩代わり」となったものであり、自ら進んで「肩代わりした」わけではない。

である。すなわち、寄託物について第三者が不法行為によって滅失した場合には、受寄者にも注意義務違反があったときは、受寄者は債務不履行に基づき、また、第三者は不法行為に基づき、寄託者に対して物の価額について損害賠償債務を負う。この場合に、受寄者あるいは第三者がその損害賠償債務を履行したら、もう一方の債務はどうか。

これまでの学説で主張されたとおり、この両債務がいわゆる不真正連帯債務に当たると解すれば、各債務者の弁済には絶対効が認められるため、もう一方の債務も消滅し、両債務者間において、新民法 442 条の求償権の問題となる。このように解すれば、事例Ⅲには賠償者代位が適用されないこととなる。

受寄者及び第三者が、ともに物の滅失に関する損害賠償について責任を負う、すなわち、受寄者と第三者双方に損害に関する負担部分がある場合、例えば、事例Ⅲについて、受寄者が寄託者の承諾なしに寄託物を第三者に貸し、その第三者が過失によりその物を滅失させたという場合であれば、両債務は連帯債務となると考えられる。これに対し、受寄者にも債務不履行責任は認められるが、明らかに物の滅失に関し第三者に全責任があり、全損害を第三者が負担すべきと考えられるような場合⁵⁵⁾、すなわち、受寄者の負担部分がゼロである場合については、第三者と受寄者は同一内容の給付を負担するものの、それは「連帯して」いるとはいえないと考えられる。この場合には、損害を負担すべき第三者が支払った場合には、受寄者の損害賠償債務が消滅することは認められるが、受寄者が支払った場合には、事例Ⅱについて賃料債務を管理人が支払っても消滅しないのと同様に、第三者の免責を認めるべきでない⁵⁶⁾。

55) 例えば、受寄者が寄託者から預かった物をバッグに入れて持ち歩いていた際に、路上で第三者が引ったくり、その拍子に寄託物が滅失したような場合には、受寄者は債務不履行責任を負うが、毀損に関する責任は第三者にあると考えられる。

56) 末川博「不真正連帯債務に関する疑問」『末川博法律論文集Ⅲ債権』（岩波書店、1970年）（初出は、法学論叢第1巻4号、1919年）161頁は、債務不履行に基づく損害賠償債務と不法行為に基づく債務とが併存する場合には、不法行為者の弁済は絶対的効力を有し、債務不履行に基づく賠償債務は消滅するが、被害者がまず債務者より損害賠償債務の全部の弁済をうけた場合には、不法行為者の賠償債務は消滅することなく、債権は存続して法律上当然に債務者に移転すると述べる。その根拠として、債務者の弁済によって不法行為者が終局的に免責されることは法的感情に適さないことを挙げる。

もつとも、連帯債務ではないと解し、受寄者の弁済について絶対効を否定しても、受寄者の支払によって損害が填補されたことによる損益相殺（ないし損益相殺的な調整）⁵⁷⁾は考えられる。損益相殺とは、賠償義務を生ぜしめた事情が被害者に損失の他に利益を与えた場合には、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とをいう。損益相殺と代位は、ともに重複填補を防止するための制度であるが、損益相殺は賠償すべき損害額決定の問題であるのに対し、代位はその決定済みの損害額を賠償した効果であり、また、代位は、債権が移転するのみで債務者が免責されるわけでないのに対し、損益相殺の場合は、相殺された部分につき債務者が免責されるという違いがある⁵⁸⁾。損益相殺が認められるには、賠償義務を生ぜしめた事情が利益も与えたことの他に、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もつとか、実質的にみて対価と対価の関係や同一の地位に由来する利用と負担との関係、あるいは担保物と債務との関係など、利益と損失に「法的同質性」というべき関係が存在することが必要であると解すべきである⁵⁹⁾。

また、於保・前掲注 24) 249 頁は「初期の近代法が、共同不法行為を連帯責任としながら、故意者については求償権を否定していたのと同じ法感情から、故意と過失、不法行為と債務不履行とが競合する場合に、両者の間を差別しようとする意識が働くことには注意を要する」と述べる。これに対して、椿・前掲注 30) 66 頁は、『不法行為者は債務不履行者よりも常に悪い』という一つのドグマにもとづくものでしかない」と批判する。確かに、不法行為に基づく損害賠償債務と債務不履行に基づく賠償債務が一般的にそのような関係にあるとはいえないと思われるが、このような異主体の請求権競合の場合には、過失を相対的に考慮した結果、債務不履行に基づく賠償債務者の負担部分がゼロとなることはあり得、その場合には連帯債務とはいえないと解される。

57) 判例は、第三者から給付された社会保険給付と損害賠償の調整について、「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ことを要件として、「公平の見地」を根拠に、利益を損害額から控除することを要すと判示し、それを「損益相殺的な調整」と呼ぶ（最大判平成 5 年 3 月 24 日民集 47 巻 4 号 3039 頁）。私見では、この判例がいう「損益相殺的な調整」と「損益相殺」は、損害の算定において、不法行為を原因として発生した利益を控除する点では同じであるものの、異なる作業を指していると考えるが、本文では、損益相殺的な調整を含む概念として「損益相殺」という語を用いることとする。私見については、拙稿「判批」ひろば 69 巻 2 号（2016 年）62 頁以下を参照されたい。

58) 沢井・前掲注 38) 289 頁。

59) 四宮・前掲注 33) 602 頁は、「損益相殺」の要件としてこれらの要件を挙げるが、四宮教授がいう「損益相殺」は、「利得の防止」の思想に基づくものとし、差額説的に

第三者の損害賠償債務と受寄者の損害賠償債務は、同一の物の毀損による損害の賠償債務であり、「法的同質性」はあると考えられる。しかし、損益相殺を認めると、第三者が全損害を負担すべきであるにもかかわらず、受寄者の支払いにより第三者が免責されることになる。そこで、この場合には、損益相殺ではなく、賠償者代位が適用されるのであり、ここに賠償者代位の意義があるといえる。

④ 請求権の段階での損益相殺

事例Ⅲにおいて、損益相殺の可能性があるのは、損害賠償が履行された後だけではない。目的物の滅失により寄託者の所有権は消滅しているから、寄託者に物の価格相当の損害が発生しているが、第三者の不法行為に基づく以上、寄託者は第三者に対し物の価額について損害賠償請求権を有する。にもかかわらず、寄託者は、受寄者に対しても物の価額について損害があるとして、損害賠償請求をすることができることが前提となっている。事例Ⅰ及びⅡと異なり、第三者に対する損害賠償請求権が無価値になっていることは必要なく、これと受寄者に対する損害賠償請求権が併存していることになる。

事例Ⅲの第三者に対する不法行為に基づく損害賠償請求権と、受寄者に対する債務不履行に基づく損害賠償請求権の関係は、実質上、受寄者に対する損害賠償請求権が不法行為に基づく損害を填補ないし肩代わりをするものであり、法的同質性があると考えられる。にもかかわらず、なぜ、損益相殺がされないのか⁶⁰⁾。

捉えるべきでないとするものである（同 601 頁）ことから、ここでいう「損益相殺」は注 57）で挙げた平成 5 年判決のいう「損益相殺的な調整」を指すものといえる。事例Ⅲについても、寄託者の（差額説にいう）損害の算定の過程での問題ではなく、寄託者の利得防止の観点から、受寄者による支払金額を控除するか否かが問題となるので、「損益相殺的な調整」の場面であり、平成 5 年判決からもこの基準が当てはまると考える。

60) 事例Ⅲに関して、寄託者の重複填補を防ぐための方法としては、①. 受寄者の損害賠償債務と第三者の損害賠償債務について損益相殺をする。②. ①を否定して、併存を認め、受寄者が損害賠償を支払えば、第三者への債権を移転させる（賠償者代位）。③. ①を否定して、②ではなく、受寄者が損害賠償を支払ったときに損益相殺を認め、第三者の損害賠償債務が消滅すると考える。④. ②も③も否定して、①の両債務について、ともに債務の履行があった場合に、不当利得として返還させる、という 4 つが考えられる。本文で述べたとおり、④が否定されるのは、422 条の制度趣旨として説明され

この点については、請求権の価値は極めて不確実であって、実際に取立てられるまで確定しえないのが通例であるため、このような不確実な価値をあらかじめ控除して損害額を決定することを禁じて、賠償権者を保護するとともに、その反面不当な利益を得ることのないようにこれらの請求権を賠償者に移転せしめたと解する見解がある⁶¹⁾。事例Ⅲにあてはめると、目的物を滅失した第三者に対する損害賠償請求権は、実際に支払われるか否かわからないから、これを利益として、受寄者の債務不履行に基づく損害賠償請求権を否定することは、寄託者にとって酷である。また、この場合に損益相殺を認めると、寄託者に、加害者から損害賠償を取り立てることを要求することになり、受寄者の債務不履行自体は存在する以上、寄託者と受寄者の関係においても衡平とはいえない⁶²⁾。すなわち、あらかじめ損益相殺をすることが否定されるのは、それらがまだ損失と法的同質性がある「利益」とはいえないため、重複填補されているとはいえず⁶³⁾、損益相殺を肯定すると賠償権利者にとって不利益となることによる。

このような点から、賠償者代位は、すべてが履行されれば重複填補となる債権の併存は認めたうえで、賠償が支払われた後に重複填補を防止するために代位により他の損害賠償債権が移転するという構成をとることで、賠償権利者の保護を図っているともいえる⁶⁴⁾。そして、物又は権利の価額の全部の支払がなされた場合には、重複填補の危険が現実化するので、賠償者代位によりこれを防止する⁶⁵⁾。

ているが、なぜ①の方法をとらないのかという視点である。

61) 沢井・前掲注 38) 292 頁。

62) 沢井・前掲注 38) 293 頁。四宮・前掲注 33) 603 頁。

63) 判例は、損益相殺的な調整による控除の範囲について、債権の履行の不確実性を根拠に、「当該債権が現実には履行された場合又はこれと同視し得る程度にその存続及び履行が確実であるという場合に限られる」としている（前掲最大判平成 5 年 3 月 24 日）。

64) 沢井・前掲注 38) 292 頁は、この点を指摘して「通説は代位の目的としてこの利得防止のみを掲げるが、本体的機能はむしろ賠償権者の保護にある」と述べる。

65) 事例Ⅰ・Ⅱは損害の発生が問題となるので、損益相殺の問題は生じない。すなわち、事例Ⅰの所有権、事例Ⅱの賃料債権の存在は、それが存在しているにも関わらず損失があるとして損害賠償請求できるかという問題となるのに対し、事例Ⅲは、寄託者に損害が生じていることを前提として、第三者に対する損害賠償請求権の存在は、受寄者

⑤ 損害賠償義務と賠償者代位

ところで、前述のとおり、事例Ⅰ・Ⅱについては、物や権利に代わる損害が発生しているかという点が問題となり、物や権利が無価値になっているのであればそれに代わる損害賠償請求権の発生が認められるから、寄託者や家主が受寄者に損害賠償請求をする場合には、物や権利が無価値になっている必要がある。では、受寄者や家主の側が、物や権利に代わる損害が発生したとはいえない時点で損害賠償を支払った場合には、民法 422 条は適用されるか。賠償者代位の前提として、賠償者に損害賠償義務が法的に発生している必要があるかという問題である。

原則からいえば、損害賠償債務がないことを認識しながら、自らの債務として賠償した場合は、返還請求できない（民法 705 条）が、損害賠償債務がないにもかかわらず、あると誤信して支払った場合には、支払った相手方に対して不当利得として返還請求をすることになる（民法 707 条参照・703 条・704 条）。また、他人の債務を債務者のために弁済した場合には、事務管理が成立し、債務者に対する費用償還請求ができる（民法 702 条 1 項）と同時に、第三者弁済の要件を満たせば、その費用償還請求権を求償権とする弁済者代位を主張できる（民法 499 条）。

しかし、損害賠償債務は、契約から発生する債務などとは異なり、法的に発生しているか及びその範囲についての判断が難しい場合がある。また、損害賠償債務がないにもかかわらずあると誤信して支払ったとして被害者に返還請求をした場合には、被害者は受け取った金銭⁶⁶⁾を返還し、真の賠償義務者がいた場合には、その者に改めて損害全額について賠償請求することになる。民法 422 条が適用されれば、このような迂遠な点は解消されるが、真の賠償義務者の資力がない場合には、誤信して支払った者には、被害者に請求すれば返ってきたはずのものが返ってこ

に対する損害賠償請求権に影響を与えるかの問題であり、利益によって損失が穴埋めされたといえるかという問題である。この違いから、後者の場面では請求権の不確実さという点が考慮される。

66) 多くの場合、被害者は損害賠償債権が存在しないことにつき善意であろうから、現存利益での返還となろう（703 条）。しかし、金銭なので現存推定が働く。谷口知平・甲斐道太郎『新版注釈民法（18）債権（9）』（有斐閣、1991 年）472 頁以下参照〔田中整爾執筆〕。

ない可能性が生じる。

この点、東京地判平成2年3月13日判タ722号84頁は、貨物運送業者であるXらが、荷主Aから委託されXの車両にて運送していた積荷がトンネル火災により焼毀した事案について、XらはAに対して運送契約上の債務不履行に基づく積荷価格相当の損害賠償義務を負うが、商法577条（平成30年法律第29号改正前のもの）の規定により、これを免れることができるとし、しかし、Xらのうち「荷主に対し、運送契約上の債務不履行責任を負うに至ったことを前提として、積荷に生じた損害の全部又は一部につき既に賠償をした者については」、荷主が被告に対して取得した国家賠償法2条1項に基づく損害賠償請求権を民法422条に基づき代位取得することができると述べた。控訴審判決（東京高判平成5年6月24日東高民時報44巻1～12号27頁）も、ほぼ同じ内容を述べている。

この事案では、Xらは自己の債務不履行責任が免責されるかどうか自ら判断するのは難しく、裁判の判決を待つしかない。しかし、それまで賠償がなされないのは、被害者Aへの損害の填補が遅くなることを意味し、また、Xらとしても遅延利息が発生し、損害賠償額が膨らむことになる。そう考えると、Xらが自己に損害賠償責任が発生することを前提として損害賠償を支払うことには合理性があると思われる。にもかかわらず、裁判で免責が認定された場合に、Xらは現存範囲での返還請求しかできず、Aは、その分を改めて国に損害賠償請求をしなければならないとするのは妥当でない。

前述のとおり、賠償者代位は、本来の義務者の義務に代わる損害賠償を支払うことで、本来の義務者の肩代わりをした結果となる場合に適用されるものであるから、自らに債務不履行の事実や不法行為に該当する行為があったとして損害賠償を支払ったが、法律の規定により免責されるような場合について、最終的に損害を負担すべき者でない損害賠償義務者が支払った場合と同様に考え、損害を最終的に負担すべき者の肩代わりをした結果となると考えることは可能であろう。また、損害賠償義務が法的に発生していることは必要ないと解しても、民法422条の「損

害賠償として、その債権の目的である物又は権利の価額の全部の支払いを受けたとき」という文言には反するとまではいえない⁶⁷⁾。しかし、一方で、真の賠償義務者に資力がない場合などは、支払った者が被害者に対して返還請求をするという原則的な対応も認められるべきで、そう考えると、支払いにより当然に代位するという賠償者代位の性質と齟齬が生じるが、いずれかを選択的に主張できるということになるだろうか。事例Ⅰ・Ⅱについても、物や権利に代わる損害が発生したとはいえない時点で受寄者や家主がその損害を賠償した場合にも、賠償者代位を適用することは可能であろう。もっとも、損害賠償として支払われることは必要であるから、債務不履行の事実があること、あるいは客観的に不法行為に該当する行為があること⁶⁸⁾、さらに第三者弁済に該当しないことは前提となると考える。

⑥ 小括

以上をまとめると、賠償者代位は、重複填補を防止するための制度であるが、いわゆる不真正連帯債務の求償権の根拠として用いられ、その適用範囲が広がってきた。しかし、代位の対象が権利である場合には、制度の前提として、その権利が消滅せずに存在することが必要であること、さらに、新民法が不真正連帯債務を特別扱いせず、求償権について明文上の規定がある連帯債務の一つとしたことから、賠償者代位と不真正連帯債務における求償権は区別されることになる。

賠償者代位とは、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償がなされた場合に、その賠償をした者が、その債務不履行又は不法行為による損害を最終的に負担すべき者でなかった場合に、その賠償をした損害と法的同質性を有する範囲において、債権者あるいは被害者に帰属している

67) 本文中にも述べたが、物を一部毀損した不法行為者は、全体の価額について損害賠償義務は負わないが、当事者間の全体の価額を賠償する合意に基づいて物の価額全部を賠償した場合については、422条が類推適用され、賠償者に物の所有権が移転すると考えられている。一部損壊だが全額賠償の合意により全額が賠償されたとして、422条の類推適用によりその物の所有権移転を認めた事例に、名古屋地判平成17年3月16日交民38巻2号390頁がある。

68) 例えば、使用者が、被用者による勤務時間中の不法行為の被害者に対して715条1項に基づく損害賠償を支払ったが、裁判で被用者の不法行為の事業執行性が否定された場合などについても、賠償者代位の類推適用を認められると考える。

最終的に損害を負担すべき者に対する請求権を取得するものであるといえ、賠償者代位が適用されるのは、上記の要件を満たした場合ということになる。そして、この賠償者代位には、重複填補を防止するだけでなく、債務を最終的に負担すべき債務者の免責を防止することにも重要な意義があると考えられる。

賠償者代位の適用範囲をこのように考えることは、これまで不真正連帯債務であるとされたきものを含む連帯債務を、相互保証的な性質を有するものと捉え求償権もその性質から導き出されるとする見解と結びつく。すなわち、複数の債務者が同一内容の給付について全部を履行すべき義務を負うものの、ある債務者が弁済をすれば全部の債務を免れるが、それ以外の債務者が弁済をしても他の債務者が免責されない場合には、相互保証的な性質があるとはいえず、連帯債務ではない⁶⁹⁾。この場合、債務者間の内部関係は、主観的な関係がなく、かつ、一人の債務者が全損害を負担すべきで他の債務者の負担部分がゼロとなるので、いわば他の債務者の債務が、一人の債務者の債務について、一方的結果的に保証のような役割を果たしている関係にすぎない。この場合に、最終的に全損害を負担すべき者以外の者が損害賠償を支払えば、賠償者代位が適用されると考える⁷⁰⁾。

なお、同じく伝統的通説が不真正連帯債務の事例として挙げる他人の家屋を焼いた者の不法行為に基づく賠償義務と保険会社の契約に基づ

69) 多治川・前掲注 22) 136 頁以下によれば、ドイツでは連帯債務の成立要件として「債務者の一人が当初より一時的な義務者ではなくて、むしろ、原則として債務者全員が最終的に幾らかの金額を給付しなければならないのであって一例外的に一銭も返済しないこともありうるが、それゆえに債務者の 1 人が債権者へ給付した場合には債務者相互間に調整が認められる」こと、すなわち「義務の同一段階性 (Gleichstufigkeit)」が必要とされ、「義務者の一人が最終的な唯一の義務者であると認められる場合には、同一段階性は欠け」、その事例として賠償者代位を挙げるのが通説であるとされる。この見解については、木村・前掲注 25) 48 頁以下も参照。

70) 富岡淳「求償権という観念においてはどのような点を問題にすべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望第二巻』(日本評論社、1991 年) 257 頁。なお、不真正連帯債務である点では異なるものの、本文 (2) ①で挙げた我妻博士が 422 条が適用される場合のように「求償権を行使すると同様の結果を生ずることも少なくない」とした「各自の負担する全部義務の性質に差異があるために、ある債務者だけが終局の責任と認められる場合」は、これと同じ場面を指すと考える。

く填補義務についても、連帯債務とは認められないと考える。なぜなら、家屋が焼失したことについては放火者に全責任があり、保険会社が支払う保険金は放火者の賠償義務を肩代わりしていると考えられるからである。もっともこの場合、損害保険については保険代位の対象となるから、改めて検討が必要である。

（４）反射損害に関する賠償者代位の類推適用

① 間接被害者の損害

不法行為によって直接生命・身体を侵害された被害者以外に、損害を被った間接被害者が存在する場合、その損害を間接被害者が不法行為者に請求できるかという問題がある。間接被害者に発生する損害のうち、直接被害者に対する権利侵害を契機として、直接被害者以外の者に随伴的に生じる財産的損害及び精神的損害、例えば直接被害者の死傷を原因とする近親者の精神的損害や扶養利益の喪失などは「定型的付随損害」として、直接被害者との関係で故意・過失があれば足り、あとは損害賠償の範囲に入るかという問題（判例の立場によれば民法 416 条類推適用の有無の問題）と考えれば足りる⁷¹⁾。

定型的付随損害以外の間接被害者の損害については、間接被害者の固有損害の場合と、間接被害者が肩代わりをした場合に分けることができる⁷²⁾。前者の間接被害者の固有損害とは、従業員の死傷による企業の営

71) 潮見佳男『不法行為法』（信山社、2005 年）184 頁、窪田充見編『新注釈民法（15）債権（8）』（有斐閣、2017 年）468 頁〔前田陽一執筆〕など。近親者の精神的損害については 711 条の解釈の問題となるが、判例は「父母」「配偶者」「子」は例示であり、これを同視し得る特別に密接な人的関係があれば類推適用を認める（最判昭和 49 年 12 月 17 日民集 28 巻 10 号 2040 頁）。また、最高裁は、母親が子について、死亡と「比肩しうべき精神上の苦痛」が立証されれば傷害であっても 709 条、710 条により精神的損害を認めている（最判昭和 33 年 8 月 5 日民集 12 巻 12 号 1901 頁）。死亡による損害について相続構成を認めるのが判例であるが、相続放棄した配偶者・子や内縁の妻については扶養利益喪失による損害賠償請求を認めている（前者について、最判平成 12 年 9 月 7 日判タ 1045 号 120 頁、後者について最判平成 5 年 4 月 6 日民集 47 巻 6 号 4505 頁）。

72) 好美清光「間接被害者の損害賠償請求—最近の二つの判決を機縁として—」判タ 282 号（1972 年）25 頁、潮海一雄「間接被害者の損害賠償請求」『石田喜久夫・西原道夫・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』（日本評論社、1990 年）208 頁など。

業損害が代表的なものであるが、これについては、損害賠償の範囲の問題と捉える立場と、請求権者の問題と捉えたうで間接被害者をこれに含ませるかを検討する立場に分かれている⁷³⁾。

これに対し、直接被害者が自己の損害として請求すれば認められたであろう費用について第三者が肩代わりして支払ったために、損害が直接被害者から第三者に移ったと評価される場合を間接被害者の「反射損害」あるいは「肩代わり損害」、「不真正間接損害」などと呼び（以下、「反射損害」を使用する。）、これを不法行為者が負担することについては異論がない。問題はその法的構成である。

② 反射損害の賠償請求の法的根拠

例えば、Yの不法行為により傷害を負った被害者Xが治療のために要した治療費について、Xの親族Zが負担したという場合について考えてみる。X自身の治療費であるから、Xが支払ったのであれば当然XはYに対して損害として賠償請求できるが、Zは自ら負担した治療費について、自らの損害として加害者Yに対して損害賠償請求をする場合にはどのような法的構成によるか。また例えば、Bの不法行為によって受傷した被害者Aの使用者CがAに対して、治療費や休業中の賃金を支払った場合というような企業の反射損害ではどうか。

裁判例は、これらの問題を賠償範囲の問題と捉えるものが多い⁷⁴⁾。判例は、不法行為に基づく損害賠償の範囲についても相当因果関係論を前

73) 最判昭和43年11月15日民集22巻12号2614頁は、甲会社の代表者乙が交通事故により受傷した場合に、甲会社が俗にいう個人会社で、その実権が乙個人に集中して乙に甲会社の機関としての代替性がなく、経済的に甲会社と乙が一体をなす関係にあるときは、甲会社は乙の受傷により同会社の被った損害の賠償を加害者に請求することができるとした。この判決については、間接被害者による損害賠償請求を原則的に否定したものと捉える立場もあるが、個人会社について原則否定説をとったものと捉えるのが妥当であると思われる。もっとも、損害賠償の範囲の問題と捉えていると読むことも可能である。

74) 新潟地長岡支判昭和45年12月18日交民3巻6号1898頁、東京地判昭和62年5月29日交民20巻3号742頁、東京地判平成9年7月30日交民30巻4号1086頁など。学説もこれを前提に、加害者(Y)の、被害者(X)に対する損害賠償債務と扶養義務者(Z)の損害賠償債務の不真正連帯債務と解する見解が多かったようである。例えば、加藤・前掲注15)235頁・加藤一郎編『注釈民法(19)債権(10)』(有斐閣、1965年)58頁〔篠原弘志執筆〕など。

提に民法 416 条の類推適用を認める（大連判大正 15 年 5 月 22 日民集 5 号 386 頁）。そうすると、理論上は、Z が支払った治療費が X の損害賠償請求権の範囲に入るかどうかは、その治療費が相当因果関係に入るかのみならず、Z がその治療費を支払ったことが相当因果関係に入ること、すなわち、Z の治療費の負担が「通常生ずべき損害」（同条 1 項）か「特別の事情によって生じた損害」（同条 2 項）にあたること、さらに同条 2 項にあたるとなれば、予見可能性が必要となり、これが否定されれば、賠償範囲に入らないことになる⁷⁵⁾。しかし、このような場合の治療費は、本来、被害者 X が負担するべきものを Z が肩代わりしただけであって、X の損害として Y の不法行為との因果関係を考えればよいのではないか。X の損害として、Y の不法行為と相当因果関係のある損害であると認められるのであれば、Y が負担すべき損害である。

そこで、賠償者代位を用いるというのが現在の有力説である⁷⁶⁾。Z が X の扶養義務者である場合、Z は X に対して治療費を負担する義務を負うため、これを果たしたことになると同時に、Y の負担すべき治療費を肩代わりしたことになり、民法 422 条の類推適用により X の Y に対する損害賠償債権を代位取得すると解するのである。同様に、企業の反射損害についても、その支出が義務的である場合には民法 422 条の類推適用により、C は A の B に対する損害賠償請求権を代位取得すると解する見解が有力である⁷⁷⁾。

前述のとおり、民法 422 条の賠償者代位は、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償がなされた場合に、その賠償をした者が、その債務不履行又は不法行為による損害を最終的に負担すべきでない者であった場合に、その賠償をした損害と法的同質性を有する範囲において、債権者あるいは被害者の損害賠償請求権を取得するものである。Z や C が治療費や休業中の賃金を支払うことは、損害賠償として支払うものではな

75) 前田・前掲注 71) 475 頁。

76) 四宮・前掲注 33) 522 頁、山下・前掲注 12) 676 頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992 年）184 頁、潮見・前掲注 71) 183 頁ほか。

77) 好美・前掲注 72) 26 頁、幾代通・徳本伸一『不法行為法』（有斐閣、1993 年）271 頁ほか。

いが、損害を填補する性質を有する。そして、加害者の不法行為による損害は最終的には加害者が全額負担すべきであり、加害者との関係で扶養義務者等が負担すべき部分はなく、加害者の損害賠償債務のうち法的同質性のある部分について、ZやCが損害を填補した場合には、民法422条を類推適用する基礎があると解することができる。

前掲昭和36年1月24日民集15巻1号35頁は、第三者の不法行為によって発生した被用者の損害賠償について、使用者が労働基準法79条に基づく遺族補償を行った場合に、民法422条の類推適用により使用者が第三者に対して求償できると判示したが、なぜ類推適用できるのかについては説明していない。だが、その後の下級審裁判例では、被用者が第三者の不法行為により受傷した場合について、労働協約や就業規則、労働基準法等に基づき治療費や休業期間中の給与等を支払った場合には、民法422条の類推適用を認めるものが多い⁷⁸⁾。

ところで、民法422条の類推適用を認めた場合、被害者の損害賠償請求権は、損害を填補した者に移転することになるため、被害者自身は填補された金額について加害者に対して損害賠償請求することはできない。しかし、被害者の治療費を扶養義務者が負担した場合などに、常に扶養義務者が被害者とは別に訴訟提起を必要とすることは現実的ではないから、扶養義務者から被害者へ損害賠償請求権の譲渡があったと解し、被害者自身の賠償請求も可能と考えるべきである⁷⁹⁾。

以上に対し、ZやCに損害を填補する義務がない場合はどうか。

まず、ZやCが被害者の治療費を病院に代わりに支払ったという場合には、被害者のための事務管理であると解することができ、被害者に対する費用償還請求(民法702条1項)が可能である⁸⁰⁾。このように解した

78) 大阪地判昭和45年3月24日判タ247号300頁、札幌地判昭和46年12月27日交民4巻6号1847頁、東京地判平成2年12月20日判タ758号209頁など。平野裕之『間接被害者の判例総合解説』(信山社、2005年)200頁以下に詳しい。

79) 平野・前掲注78)166頁。ほかに、被害者にも請求権も認められ、結果として不真正連帯債務が成立する形になるという見解(前掲・四宮注33)526頁)もある。

80) 四宮・前掲注33)523頁ほか。なお扶養義務者であっても、治療費の支払は被害者のためにする事務管理であるとし、加害者からの被害者への賠償がなされることを要件として、被害者に対する費用償還請求権を認める見解もある。平田春二「事務管理法の構造・機能の再検討」民商89巻6号(1984年)4頁以下。

場合には、この請求権を保全するために債権者代位権の行使が可能であるが⁸¹⁾、保全が必要な場合に限られる（民法 423 条）。

さらに、上記の Z や C が治療費を負担した場合に加え、休業中の損害等を被害者に支給したような場合にも、そのような損害填補の義務がないことを認識していた場合には、加害者の損害賠償債務の範囲内の部分については、第三者弁済（民法 474 条）と解する⁸²⁾のが妥当であろう（なお、これに反対する説もある⁸³⁾）。そして、この第三者弁済が加害者のための事務管理に当たれば⁸⁴⁾、その結果、Z や C は加害者に対し有益費として、出捐した費用の返還を請求することができる⁸⁵⁾。加害者の意思に反し、事務管理に当たらない場合には、不当利得に基づく返還請求（民法 703 条・704 条）による。そして、これらの費用返還請求権を求償権として、弁済者代位（民法 499 条）が可能である⁸⁶⁾。

これに対して、損害填補の義務がないにも関わらず、被害者に対し損害を填補する義務があると誤信して治療費等を負担した場合はどうか。

81) 谷口知平・甲斐道太郎『新版注釈民法（18）債権（9）』（有斐閣、1991 年）173 頁〔高木多喜男執筆〕。

82) 弁済をするについて正当な利益を有する者ではないから、債務者（この場合は加害者）の意思に反して弁済をすることができない（新民法 474 条 2 項）。

83) 平野・前掲注 78) 206 頁は、事務管理と解するのは擬制に過ぎ、法的性質として被害者への無償の恩恵の給付というほかはないとし、弁済者代位の適用ないし類推適用は基本となる求償権がないため無理であるが、不法行為者を免責するのは妥当でないとして 422 条の類推適用を主張する。

84) 事務管理が成立するためには、他人のためにする意思（管理意思）が必要であるとされるが、客観的に他人の事務といえるものは管理意思が推認されると考えられる。四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 上巻』（青林書院、1980 年）18 頁、潮見佳男『基本講義債権各論 I（第 3 版）』（新世社、2017 年）304 頁など。第三者弁済は、客観的に他人の事務といえると考えられるため、管理意思が推認されるが、これが否定される場合には、事務管理が成立せず、加害者に対する不当利得に基づく返還請求をすることになる。

85) 大阪地判昭和 45 年 1 月 29 日判時 591 号 69 頁、東京地判昭和 61 年 3 月 7 日交民 19 巻 2 号 550 頁など。

86) 前田達明『民法Ⅳ₂（不法行為法）』（青林書院新社、1980 年）284 頁。佐賀地判昭和 46 年 4 月 23 日交民 4 巻 2 号 681 頁、神戸地裁尼崎支判昭和 55 年 11 月 13 日交民 13 巻 6 号 1543 頁ほか。なお、民法改正により、任意代位について債権者の承諾は不要となる（新民法 499 条）。好美・前掲注 72) 26 頁・幾代・徳本・前掲注 77) 271 頁は、民法 499 条・500 条の第三者弁済と代位の規定を類推する構成、または、民法 422 条と代償請求権（ドイツ民法 281 条参照）の制度の精神に基づき代位取得を認める構成が妥当である、とする。

この場合には、損害賠償債務がないにもかかわらず賠償をした場合と同様に、自らの債務として弁済しているので、第三者弁済と解することはできず、被害者に対して不当利得返還請求をすることになるのが原則である（民法 707 条参照・703 条・704 条）。しかし、前述のとおり、被害者が自身の損害として請求すれば認められる損害について、これを填補した者が加害者に請求することは、原則として認められるべきであり、ここでも、本来加害者が負担すべき損害について自らの義務として損害を填補した者がいた場合に、その者に法的な損害填補の義務の存在は認められない場合でも、自らが損害を填補すべきと考えたことに合理性があるなどの事情があり、かつ、填補した者が民法 422 条の類推適用を主張する場合には、これを認めることは可能であろうと考える⁸⁷⁾。

(5) まとめ

このように、民法 422 条の賠償者代位は、条文上は損害賠償がなされた場合に適用されるものであるが、債務不履行又は不法行為に基づく損害について、その損害を最終的に負担すべきでない者が自らの債務の履行として損害の填補をした場合にも類推適用されるものであり、これにより、損害填補をした者は、その填補した損害と法的同質性を有する範囲において、債権者あるいは被害者の損害賠償請求権を取得すると解することができる。

※本稿は、JSPS 科研費 17K03498 の助成を受けたものです。

87) 反射損害に関する最近の裁判例でも、反射損害を負担した者に損害填補の義務を認定せず 422 条の類推適用を認めている（仙台高判平成 18 年 11 月 9 日判タ 1236 号 147 頁、東京地判平成 25 年 5 月 14 日判タ 1416 号 266 頁）。後者はマンションの敷地内での犬の咬傷事故の被害者を含む家族がマンション内の賃借物件から退去することになったが、賃借人からの申入れにより解約違約金条項を適用しなかったことから、賃貸人が解約違約金相当額（2 ヶ月分の賃料）を動物占有者に請求できるかという点が争点となった事案であるが、賃貸人の解約違約金の支払債務の免除が義務的であったかどうかは判断していない。これに対し、控訴審判決（東京高判平成 25 年 10 月 10 日判時 2205 号 50 頁）は、一審判決を変更し、相当因果関係説で処理し、解約違約金に係る損害を含む「通常生ずべき賃料相当額の損害」の賠償を認め、確定している。大久保邦彦「判批」判評 664 号（2014 年）24 頁（判時 2217 号 162 頁）は、損害賠償債務の第三者弁済と同視して、事務管理ないし不当利得による求償権を取得するという法律構成の方が簡明であると指摘する。