

保険の仕組みと保険契約法

吉澤卓哉

1. 分析の視点
2. 保険の経済的要件
3. リスク移転に関する保険契約規定
 - (1) 保険契約者にリスクが存在すること
 - (2) 保険契約者から保険者へとリスク移転がなされること
 - (3) 法的なリスク移転であること
 - (4) 移転するリスクは経済的リスクであること
 - (5) リスクのみの移転取引であること
4. リスク集積に関する保険契約規定
5. リスク分散に関する保険契約規定
6. 保険の経済的要件には直接基づかない保険契約規定
7. 結論

1. 分析の視点

保険契約は、民法の典型契約や商法が規定する他の商行為とは異なる独特の法規整を有している（同じ商行為で、かつ、普通約款による取引が広く行われている運送契約や寄託契約等とも異なっている）。そして、保険契約に関する法規整の特徴は、保険の経済的特徴、すなわち、保険技術や保険の射伴契約性等に基づくものと考えられている¹⁾（特に、保険技術に

1) 山下教授は、保険技術とモラル・ハザードに着目して保険契約の特徴的な法規整を整理している。山下友信『保険法』（2005年。有斐閣）58-70頁。

基づく特徴は「保険の団体的性質」などと称されることもある²⁾。保険にこうした特徴が存在すること自体は肯定されているものの³⁾、法解釈への反映方法について見解は必ずしも一致していないようである。その原因は、保険の経済的特徴に関する理解が一樣でないこと、特に、保険の経済的要件の特定とそれがいかに保険契約法に反映されているかが整理されていないことにあると思われる。

また、近時、天候デリバティブや地震デリバティブなど、保険デリバティブと総称される金融商品が次々と開発・販売されており、それらの利用者にとってのリスク・ヘッジ機能は保険と酷似している⁴⁾。けれども、保険デリバティブに適用される体系だった契約法は存在せず、保険に適用される保険契約法が一定程度整備されている⁵⁾ことと対照的である。もし、保険デリバティブ契約に関して疑義や紛争が生じた場合には、保険契約法の類推適用等も一応は検討されることになるかもしれないが、各規定が保険の経済的要件との関連においていかなる位置づけにあるかを予め明らか

2) 最判昭和34年7月8日・民集13巻7号911頁、東京高判平成13年11月30日・民集59巻7号2009頁参照。なお、田中耕太郎「保険の社会性と団体性—保険法に於ける社会学的方法—」同『商法学 特殊問題 中』（1956年。春秋社。初出：法協7号、10号（1932年））参照。

3) 大森忠夫『保険法』（補訂版。1985年。有斐閣）2-3頁、西嶋梅治『保険法』（3版。1998年。悠々社）4-5頁、石田満『商法IV（保険法）』（1997年。青林書院）3-4頁、山下友信「保険業の定義」（1996年）商事法務1434号、東京海上『損害保険実務講座 補巻 保険業法』（1997年。有斐閣）13頁〔山下友信〕参照。

保険学（保険論）の学者も同様である。白杉三郎『保険学総論』（再訂版。1954年。千倉書房）27-29頁、印南博吉『保険の本質』（1956年。白桃書房）1頁、401-406頁、水島一也『現代保険経済』（8版。2006年。千倉書房）10頁以下参照。

4) 経済的には保険自体がオプションの一種だとも理解されている（高尾厚『保険とオプション』（1998年。千倉書房）参照）。

5) 現在、保険契約法の全面改正作業が法制審議会で進められている。保険の経済的要件が「どのように」保険契約法に反映されているかを分析・整理しておくことは、法改正を検討するうえでも意義があると考えられる。

にしておくことは有意義だと考えられる。

そこで本稿では、まず、保険の単なる経済的特徴ではなくて、保険の経済的要件を整理し（次述2参照）、そのうえでリスク移転、リスク集積、リスク分散という保険の経済的要件が、いかに保険契約法に反映されているのか（あるいは、反映されていないのか）を一つ一つ検討してみることにする（後述3～5参照）。また、保険契約に特徴的な規定ではあるものの保険の経済的要件とは言えない規定についても若干触れる（後述6参照）。

こうした検討によって、保険契約規定を、保険の経済的要件に基づいている規定と、そうでない規定とに分類できることになる。前者（保険の経済的要件に基づく規定）を欠く契約は、保険たる性質を失う可能性がある。他方、後者（保険の経済的要件には基づかない規定）を欠く契約は、たとえそれが保険に特徴的な規定であるとしても、保険たる性質を失う訳ではない（後述7参照）。

2. 保険の経済的要件

(1) 機能的アプローチ

保険の経済的な要件に関しては保険学の学者においても諸説があるが⁶⁾、英米法系の法域では保険が機能的に（functional）捉えられており、おおよそ、リスク移転、リスク集積、リスク分散の3つが保険の経済的要件で

6) 日本の保険論の学者間で一時期は盛んに保険本質論が議論されたが、その後は下火となっていた。しかるに、近時、保険とデリバティブや証券化商品などとの境界が問題となりつつあり（森本祐司「金融と保険の融合について」日銀金融研究2000年4月号、吉澤卓哉「保険商品と金融商品の交錯」保険学雑誌572号（2001年）参照）、再度、学界で広く論議がなされることが望まれる。

あると考えられている⁷⁾。米国では法学者も同様に考えており⁸⁾、米国の連邦最高裁判所も、連邦税に関する訴訟において、生命保険契約の中核をなすのはリスクの移転 (risk shifting) とリスク分散 (risk distributing) であると述べている⁹⁾。

日本の法学者も、保険制度を同様に理解している。たとえば、江頭教授は、「保険とは、同種の危険に曝された多数の経済主体を一つの団体と見ると、そこには大数の法則が成り立つことを応用して、それに属する各経済主体がそれぞれの危険率に相応した出捐をなすことにより共同的備蓄を形成し、現実に需要が発生した経済主体がそこから支払を受ける方法で需要を充足する制度をいう。」としている¹⁰⁾。この定義の「危険に曝された経済主体」や「現実に需要が発生した経済主体がそこから支払を受ける方法で需要を充足する」という部分はリスク移転を表している。また、「同種の危険」や「多数の経済主体を一つの団体と見ると、そこには大数の法則が成り立つことを応用して」という部分はリスク集積を表している。さらに、「それに属する各経済主体がそれぞれの危険率に相応した出捐をなすことにより共同的備蓄を形成し、現実に需要が発生した経済主体がそこ

7) George E. Rejda, *Principles of Risk Management and Insurance*, 10th ed., 2007, Addison-Wesley, pp.19-21; J. E. Tiller et al., *Essentials of Risk Financing*, Vol. I, 1988, Insurance Institute of America, pp.145-146; Emmett J. Vaughan and Therese M. Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance*, 2003, 9th ed., John Wiley & Sons, pp.33-40.

8) Kenneth S. Abraham, *Cases and Materials, Insurance Law and Regulation*, 3rd ed., 2000, Foundation Press, pp.2-3. なお、ドイツでも同様のようである。Hans-Leo Weyers, Manfred Wandt, *Versicherungsvertragsrecht*, 3. Aufl., 2003, Luchterhand (藤岡康宏監訳、藤原正則=金岡京子共訳「ヴァイヤース=ヴァント保険契約法」2007年。成文堂) 邦訳 Rn 97, 98.

9) *Helvering v. LeGierse*, 312 U.S. 531, 539, 61 S. Ct. 646, 649, 85 L. Ed. 996 (1941).

10) 江頭憲治郎「商取引法」(4版。2005年。弘文堂) 377頁。大森・前掲注3) 2-3頁も同旨。

から支払を受ける方法で需要を充足する制度」という部分はリスク分散を表している。筆者もやはりリスク移転、リスク集積、リスク分散の3要件を保険に必須の経済的要件だと考えるが、筆者の考える各要件の詳細を以下に簡単に説明する¹¹⁾。

(2) リスク移転

保険の経済的要件であるリスク移転 (risk transfer or risk shifting) とは、ある経済主体 (保険制度では保険契約者) に経済的リスク (あるいは、経済的不確実性) が存在するが、当該リスクが顕在化して経済的不利益をもたらした場合には、他の経済主体 (保険制度では保険者) が保険契約者に対して、当該経済的不利益の全部または一部を補填する給付を行うこととして、経済的リスクを保険契約者から保険者へと法的に移転することである。要するに、保険契約者に存在する経済的リスクを保険者に法的に移転することである。

以上を踏まえてリスク移転の要件をさらに分解すると次のようになる。

- ① 付保の有無を問わず、保険契約者にリスクが存在すること
- ② 保険契約者から保険者へとリスクの移転がなされること
- ③ 保険契約者から保険者へのリスク移転は、法的な移転であること
- ④ 保険契約者から保険者へと移転するリスクは、経済的リスクであること
- ⑤ リスクのみの移転取引であること

(3) リスク集積

保険の経済的要件である「リスク集積」(risk pooling) とは、同質で、

11) 詳細は吉澤卓哉『保険の仕組み—保険を機能的に捉える—』(2006年。千倉書房) 参照。古瀬元教授もリスク移転、リスク集積、リスク分散を保険の要件と捉えているようである(古瀬政敏「保険業法上の保険業と保険アリバティブ」生命保険論集156号(2006年)6頁, 10頁参照)。

相互独立のリスクを多数集積することによって、大数の法則¹²⁾と中心極限定理¹³⁾とが働き、リスク団体全体の当該リスクによる経済的不利益の総額を予測可能なものとするのである。

以上を踏まえてリスク集積の要件をさらに分解すると次のようになる。

- ① 集積するリスクが経済的なリスクであること
- ② 集積するリスクについて同質性があること
- ③ 集積するリスク間に相互独立性があること
- ④ 多数のリスクを集積すること

(4) リスク分散

保険の経済的要件としてのリスク分散 (risk distribution or risk allocation) とは、法的には保険者にリスク移転を行うものの、保険契約者に課されるリスク移転対価 (純保険料) を通じて¹⁴⁾、実質的には各保険契約者にリスクの分散がなされること¹⁵⁾によって、個々の保険契約者の不安定なリスクを、他人の多数のリスクの極小部分の集合という安定的なリスクへと変換することである¹⁶⁾。

以上を踏まえてリスク分散の要件をさらに分解すると次のようになる。

- 12) 大数の法則 (law of large numbers) とは、相互に独立のリスクを多数集積すればするほど、標本平均 (当該リスク集団の平均損害額) が期待値 (母集団の平均損害額, expectation) に近づいていくことである。
- 13) 中心極限定理 (central limit theorem) とは、相互に独立のリスク (リスク数を n とする) を多数 (最低でも一定数以上), 集積すればするほど、母集団 (平均が μ , 分散が σ^2 の確率分布に従う確率変数とする) の分布のいかんにかかわらず、標本平均が期待値を中心とする正規分布 (normal distribution, $N(\mu, \sigma^2/n)$) に近づいていき、かつ、標本平均の分散 (variance, σ^2/n) がゼロに近づいていくことである。
- 14) Ref., IRS Corporation Tax Branch, Private Ruling 8111087, Dec. 18, 1980; *Gulf Oil Corporation v. Commissioner*, 89 T.C. 1010, 1026 n.11 (1987).
- 15) 佐波宣平『保険学講案』(2版, 1958年, 有斐閣) 54-59頁参照。
- 16) 田中・前掲注2) 118-119頁と同旨。

- ① 保険契約者が保険料¹⁷⁾を拠出すること
- ② 収支相等の原則が成立すること
- ③ 保険契約者が一定数以上存在すること¹⁸⁾

以下では、保険の経済的要件である上述(2)~(4)の3要件のそれぞれが、いかに保険契約法に反映されているかを検証していくことにする。

3. リスク移転に関する保険契約規定

(1) 保険契約者にリスクが存在すること

保険契約者に何らかの利益関係 (あるいは, 利害関係) が存在し, かつ, その利益関係が変動する不確実性, 少なくともダウンサイドの不確実性に曝されている (マイナス方向の分散リスクを抱えている) ことが必要である¹⁹⁾。このように, 利益関係 (あるいは, 利害関係) の存在と不確実性の存在との両者が必要となるので, 以下では両者に分けて検討する。

① 利益関係の存在

第1に, 保険契約者には, 付保対象について, 何らかの利益関係 (あるいは, 利害関係) が存在しなければならない。この利益関係は, 保険契約締結時に必要である²⁰⁾、締結後においても維持されなければならない。そこで, さらに, 保険契約締結時における利益関係と保険契約締結後における利益関係に分けて検討する。

(4) 保険契約締結時における利益関係

これは, 損害保険契約では一般に被保険利益 (保険事故により損害を受

- 17) 保険において保険契約者が拠出すべきは, より正確には, 金銭に限定されない。
- 18) 吉澤・前掲注11) 117頁以下参照。
- 19) 古瀬・前掲注11) 21-22頁参照。なお, ファイナンス理論では, アップサイドの不確実性も「リスク」に含まれるが, 保険では, たとえアップサイドの不確実性も存在する場合であっても, ダウンサイドの不確実性のみが付保対象になる。
- 20) ただし, 利益関係の主体, 客体, 両者の関係の全てが保険契約締結時に確定している必要はない (大森・前掲注3) 69頁)。

ける経済的利益のこと²¹⁾と呼ばれている。けれども、この被保険利益概念は、被保険者が保険の対象となる財産等について何らかの利益関係（あるいは、利害関係。以下同じ）を持つことと（被保険者の損益発生可能性）、その利益関係が経済的な利益関係であることの両者を含んでいる。商法の規定も、商法629条の「生ずることあるべき損害」は前者の損害発生可能性を表しており、商法630条は後者、すなわち、被保険者が有すべき利益関係を経済的利益に限定しているものと考えられる。なお、ここで論じようとしているのは前者のみである（後者については、後述3(4)参照）。

他方、生命保険契約には商法629条や630条は準用されておらず、また、同様の規定は存在しない。けれども、現行法を利益関係の存在という要件と整合的に捉えたとすると、他人の生命の保険契約²²⁾における被保険者の同意要件（または、被保険者と保険金受取人の同一性要件）の存在（商法674条1項）がこれに該当すると言えよう²³⁾。すなわち、被保険者本人が同意するような保険金受取人には、当該被保険者の生死に関して何らかの

21) 江頭・前掲注10)385頁。

22) 自己の生命の保険契約においては、被保険者たる保険契約者が任意に保険金受取人を指定できるが、この場合も被保険者・保険金受取人間には一定の利益関係が存在すると見なされよう（ただ実際には、被保険者の生死について何ら利益関係のない者を保険金受取人に指定することも可能である）。

23) 被保険者の同意を要求する趣旨は、一般には、当該生命保険契約が公序良俗に反しないこと（賭博化や道徳的危険がないこと）が推断できることにあり、被保険者の同意がないと当該生命保険契約は効力発生要件を欠き、無効だとされている（大森・前掲注3)270頁、山下・前掲注1)267-269頁参照）。

もしそうだとすると、たとえ被保険者の同意がなくとも、反公序良俗性がなければ、当該生命保険契約が有効となることもあり得ることになる。たとえば、同意主義の下では未成年者を被保険者とする場合の同意方法が問題となるが、葬儀費用程度の保険金額であり、かつ、親権者等が保険金受取人となる場合には、被保険者本人たる未成年の同意は不要とも考えられる。

利益関係²⁴⁾があるものと見なしていると考えられる^{25,26)}（なお、被保険者と保険金受取人が同一人である場合には、被保険者の同意は不要であるが（商法674条1項但書）、保険金受取人（被保険者あるいは被保険者の相続人）には被保険者の生死に関して当然に利益関係があると見なしているからだと考えられる²⁷⁾）。

24) こうした利益関係をも「被保険利益」と呼ぶか否かは言葉の問題であるが、一般に生命保険においては「被保険利益」の存在は求められていない（大森・前掲注3)260-262頁、山下・前掲注1)267-268頁）。確かに、被保険者の死亡によって特定の保険金受取人に生じる「資力弱体化」の「程度いかに」は具体的な算定が困難だとも言えるが、「いかなる者」に「資力弱体化」が生じるかについては、ある程度は特定できるとも考えられる（引用部分は大森・同書260-261頁）。

25) 吉澤・前掲注11)11頁注18。ただし、山下教授はこうした考え方に強く反対している（山下友信「利得禁止原則と新価保険」岩原紳作＝神田秀樹編『商事法の展望－新しい企業法を求めて』（1998年。商事法務研究会）733頁注40）。

なお、保険デリバティブではこうした被保険利益や被保険者の同意は必要とされていないので、生命保険に相当する生命デリバティブを開発すれば、本人の同意なく販売することが可能である。ただし、人格権侵害や賭博罪の問題は残る（保険デリバティブに関する賭博罪の問題について、吉澤卓哉「店頭保険デリバティブに関する法規制」損害保険研究64巻1号（2002年）参照）。なお、2006年6月14日に公布された金融商品取引法においては「店頭デリバティブ取引」が規制対象として規定されたが（同法2条22項）、生命デリバティブは参照指標としての政令指定（同項7号）がなされていないので今のところ同法の適用はない（内海順太他「座談会 金商法・改正金販法と新たな販売・勧誘ルール－預金取扱金融機関に関わる部分を中心に－」金融法務事情1786号（2006年）34-36頁参照）。

26) 被保険者が同意する保険金受取人には何らかの利益関係が存在するという考え方は、一定の擬制であることは否定し得ない。けれども、それが単なる擬制であって無意味だと考えるのであれば、もはや生命デリバティブ（前注参照）との相違点はほとんどないことになる（本稿で述べるリスク集積やリスク分散が保険では要件とされていることしか、大きな相違点としては残らない）。

27) 被保険者と保険金受取人が同一である死亡保険においても、実際に保険金を請求することになるのは保険金受取人の相続人になるので、保険金殺人の誘発や被保険者の人格権侵害（当人の生死を賭博の対象とするため）

(ロ) 保険契約締結後における利益関係

こうして、保険契約者と付保対象との間には一定の利益関係が必要であると考えられるが、この一定の利益関係は、保険契約成立時のみならず、保険契約成立後も必要だと考えられる。したがって、保険契約締結後に利益関係が変更された場合には、一定の対応が必要となる（保険契約上の地位の全くの自由な譲渡は認められない²⁸⁾。

損害保険契約では、被保険利益は一般には保険契約の成立段階で求められている²⁹⁾。けれども、保険期間開始後も被保険利益の存続は不可欠である。たとえば、損害保険の一種である物保険において、保険期間開始後に保険の目的物を譲渡すると、被保険者には被保険利益がなくなってしまうことになる。そこで、こうした事態の解決策として、保険の目的物の譲渡とともに保険契約上の権利も譲渡されることが原則とされている（商法650条1項。意思推定規定）。ただし、被保険者が所有する同種の他物に保険の目的物を変更する方法（たとえば、自動車保険における被保険自動車の車両入替手続³⁰⁾等、他の方法で被保険利益を存続させることも可能である。

生命保険契約でも、保険期間開始後における一定の利益関係の存続は不

の観点からは問題が指摘されている（大森・前掲注3）269頁注2、西嶋・前掲注3）322頁、石田・前掲注3）280頁、江頭憲治郎「他人の生命の保険契約」ジュリスト764号（1982年）61頁、同・前掲注10）470-471頁参照）。

28) 本文で述べた一定の対応とは、生命保険契約に関しては被保険者の同意を要するという点であって、生命保険会社の同意や承認を必ず要するという点ではない。なお、生命保険買取における約款規定の生命保険会社の同意について、最決平成18年10月12日・判例集未登載（下級審は東京地判平成17年11月17日・判タ1198号108頁および東京高判平成18年3月22日・金商1240号6頁）参照。

29) 山下・前掲注1）247頁。

30) 生命保険実務においては、自動車保険における被保険自動車の車両入替手続のように、生命保険契約の被保険者を別人に変更する（たとえば、離婚後の再婚に伴い、被保険者を新しい配偶者に変更する）方法は存在しないようである。けれども、理論的には可能だと考えられる。

可欠であると考えられる。たとえば、保険事故発生前における保険金請求権の譲渡や保険金受取人の指定変更の際に被保険者の同意を要件としているのも（商法674条2項、3項、677条2項）、同様の趣旨と言えよう。すなわち、被保険者が同意するような新しい保険金受取人には、当該被保険者の生死に関して何らかの利益関係があるものと見なしていると考えられる。

② 不確実性の存在

第2に、保険契約者が持つ利益関係に関して、不確実性が存在しなければならぬ。この不確実性は、保険契約締結時においても必要であるし、保険事故発生時においても必要である。なぜなら、共に不確定でない、不確実性（分散リスク）が存在しないからである³¹⁾。そこで、以下では、保険契約締結時における不確実性と、保険事故発生時における不確実性とに分けて検討する。

31) なお、不確実性は、操作可能性の観点から、常に不確実である事象（こうした事象はモラル・リスクが発生し得ない。ただし、賭博に利用され得る点では、人為的に確定させることができる事象と同じである）と、人為的に確定させることのできる事象（こうした事象はモラル・リスクが発生し得る）とに分類することができる。自然災害（地震など）や天候といったリスクは前者であり、常に、保険契約締結時点でも保険事故発生時点でも不確実である。他方、火災、交通事故、受傷といったリスクは後者であり、保険契約締結時点でも保険事故発生時点でも不確実であるのが通常ではあるが、保険契約締結時点から確定的であることもあれば、契約締結時点では不確実であるものの保険事故発生時点では確定していることもある（モラル・リスク）。

こうした常に不確実である事象と人為的に確定させることのできる事象との区分は、モラル・リスク排除の工夫の要否の観点からは有意義であるが、保険であるか否かを判別する基準とはならない。両事象とも保険の対象たり得るからである（保険デリバティブは一般に前者（常に不確実である事象）をトリガー・イベントとしているが、同様の事象を担保危険とする保険（天候保険、異常気象保険、地震保険など）も存在する）。ただし、人為的に確定させることのできる事象に関しては保険デリバティブを認めないとする立場をとるのであれば、保険であるか否かについて一つの判別基準となる。

(イ) 保険契約締結時における不確実性

保険契約締結時における不確実性は、損害保険契約では、商法629条の「偶然ナル…事故ニ因リテ生ズルコトノアルベキ」という文言に表されている³²⁾。不確定事象による損害発生可能性がまさに要件とされているのである。生命保険契約では、商法673条の「相手方又ハ第三者ノ生死ニ関シ」という文言に表されている。一般に、人の生死は偶然事象と考えられるからである。

また、保険契約者または被保険者の主観的確定（保険事故の不発生または既発生の了知）において、保険契約を無効とする商法642条も同様の趣旨である（商法683条1項で生命保険契約にも準用されている）。保険契約締結時における主観的確定事象については、保険契約者には経済的不確実性がもはや存在しないからである³³⁾。

そして、保険契約締結後ではあるが、保険責任開始前に保険事故不発生が確定した場合も（たとえば、運送保険における発送中止）、やはり経済的不確実性が存在しないので保険契約は失効になると考えられる³⁴⁾（この場合の保険料の取扱いが法定されている。商法654条、655条³⁵⁾。

32) 最判平成18年6月1日・金商1244号54頁（車両保険の事例）、最判平成18年6月6日・金商同54頁（車両保険の事例）、最判平成18年9月14日・金商1255号28頁（テナント総合保険の事例）参照。また、大森・前掲注3)61-62頁、64頁注6、258頁、江頭・前掲注10)392頁、山下・前掲注1)355-356頁参照。

33) 換言すると、主観的に不確定の事象であれば、過去事象も付保の対象となり得る（商法642条、683条1項の反対解釈。遡及保険あるいは過去保険と呼ばれている）。

なお、商法624条に言う「事故」の発生有無は不確実性の有無を表していると考えられるから、たとえ保険事故が発生していることを契約当事者が了知していても（オカレンス・リスクの不存在）、損害額が不確定である場合には損害額の不確実性（シビリティ・リスク）を対象として保険を作ることできる。

34) 江頭・前掲注10)417頁注5参照。

35) 不発生確定が保険契約者や被保険者の行為によるものでない場合には、保険者は保険料返戻義務を負う（商法654条）一方で、手数料請求権を持つ

なお、終身保険は被保険者の死亡を保険事故とするものであるが、保険期間の終期はオープン・エンドなので保険事故は必ず発生する。したがって、終身保険における不確実性は死亡の時期（タイミング・リスク）のみである³⁶⁾。

(ロ) 保険事故発生時における不確実性

保険事故発生時における経済的不確実性は、損害保険契約では、商法641条の故意免責（被保険者の故意によって生じた損害の免責）に表されている（海上保険に関する商法829条1号も同じ）。生命保険契約では、商法680条1項2号の故意免責（保険金受取人による故意免責）に表されている。こうした故意免責³⁷⁾の趣旨は、判例や通説では、公益や信義則にあるとされているが³⁸⁾、そもそも故意による事故招致は原則として不確実性に欠け³⁹⁾、リスク移転がないため（故意による事故招致を担保してしまう

（商法655条）。

36) 大森・前掲注3)257頁参照。なお、終身保険は、人間についてのみならず、財物について商品開発することも可能である。たとえば、「自動車の終身保険」（吉澤卓哉『企業のリスク・ファイナンスと保険』（2001年、千倉書房）67頁注6参照）を開発すれば、その保険金を自動車リサイクル費用に充てることができる。

37) ただし、傷害保険では、保険事故たる「傷害」の定義の中に保険事故発生時における不確実性を取り込んでいる（そのため、「傷害」が偶然に生じたものであることは、保険金請求を行う被保険者に立証責任がある。最判平成13年4月20日・民集55巻3号682号、最判同日・判時1751号171頁参照）。

38) 最判平成14年10月3日・民集56巻8号1706頁参照。また、大森・前掲注3)147-148頁、江頭・前掲注10)425頁、483頁、山下・前掲注1)369-371頁参照。

39) 換言すると、十分な不確実性に欠けるところがなければ、故意であっても保険たる性質は失われない。

たとえば、純粋な生存保険においては、被保険者と保険金受取人が同一である場合には、意図的な保険事故（＝長寿）を目指す（あるいは、目指して行動する）ことが一般的であるが、保険事故発生の確率は高まるものの、なお不確実性が高い。

またたとえば、ゴルファー保険を構成する一つにホールインワン保険がある。この保険の保険事故は、ほとんどが故意による事故招致であるが（正規のホールインワンを意図してゴルフのプレーが行われている）、正し

とそもそも射倂契約である保険には該当しないことになってしまう), 不担保にしているとも考えられる⁴⁰⁾。

また, 損害保険契約における損害防止義務(商法660条)も同様の趣旨とも考えられる。損害防止義務の趣旨は信義則や公益にあるとされているが⁴¹⁾, 経済的不確実性を確保する意義もあろうかと思われる。なぜなら, この損害防止義務を, 保険事故発生後における損害の軽減や拡大防止に関する義務と捉え(すなわち, 保険事故発生前における事故発生防止義務は含まない), かつ, 保険契約者の行為義務基準を無保険時の対応方法の程度に置く⁴²⁾とすると, 損害防止義務違反時には, 軽減・拡大防止できなかった損害については不確実性に欠けると考えられるからである。

くゴルフをプレーしている限りにおいては意図的な保険事故を実現できる可能性がきわめて低い。

40) 小町谷綾三『海上保険法各論二』(1961年。岩波書店)97頁, 100頁, 葛城照三『貨物海上保険普通約款論』(1974年。早稲田大学出版部)95頁, 31-32頁, 松島憲『海上保険論』(8版。2001年。損保総研)117頁, 西嶋梅治『火災保険金請求訴訟と立証責任』損保研究67巻3号(2005年)35-38頁参照。反対:大森・前掲注3)149頁注5参照。また, 最判昭和42年1月31日・民集21巻1号77頁は, 公益や信義則に加えて, 「保険の特性である保険事故の偶然性」も故意免責の趣旨としていた(ただし, 最判平成14年10月3日判決・前掲注38は偶然性欠如を挙げていない)。

なお, 山下教授は「保険事故の偶然性」には反対するものの(山下・前掲注1)370頁注28, 471頁注59), 故意免責の趣旨は公益違反にあるとしつつ(同書371頁), 公益違反の理由を「保険制度の運営を破壊する行為であること」と「社会的に見て不当な利得と評価されること」の2点であるとしている(同書370頁)。前者(保険制度の破壊行為)は, まさに本稿で述べようとしていること, すなわち, 保険事故発生時点における不確実性が保険の経済的要件であることを意図しているのかもしれない。いずれにしても, 保険事故発生時点における不確実性を「保険事故の偶然性」という概念に含めるか否かは用語の定義如何の問題にすぎない(小町谷・同書101頁)。

41) 大森・前掲注3)170頁, 山下・前掲注1)412-413頁参照。

42) 大森・前掲注3)171頁, 江頭・前掲注10)431頁注2参照。

(2) 保険契約者から保険者へとリスク移転がなされること

リスク移転の要件としては, 次に, 保険契約者が抱える経済的不確実性を他の経済主体に移転することが必要である。

① 保険者

リスク移転先である「他の経済主体」として, 商法は保険者を予定している(商法629条, 673条)。

なお, リスク引受の役割のみを果たす経済主体(=保険者)がリスク移転先となる必然性はなく⁴³⁾, 保険者の存在しない相互扶助制度も保険たり得るが⁴⁴⁾, 商法は保険者の存在する保険制度を前提としている。

② 保険者の主観的確定

リスク移転ということは, 保険契約者と付保対象との間の利益関係に関する不確実性が, 保険者にとっても不確定事象でなければならない(リスク集積の観点からもこのことは必要である。後述4(1)参照)。保険者の主観的確定の場合にも保険契約を無効とする商法642条はその趣旨である(商法683条1項で生命保険契約にも準用されている)。

③ 損害の填補

保険契約者が抱えている不確実性を保険者が負担するのであるから, 保険契約者に発生した損害が保険者の填補対象となる。このことは, 保険契約者に損害が発生すること, 保険給付が発生した損害を超えないものであることの二つを意味している(なお, いわゆる利得禁止原則は, 主に後者のみを指すものとして論議されているようである)。以下では, 損害の発生と損害を超えない保険給付に分けて検討する。

(1) 損害の発生

保険契約者に損害が発生することが要件であるから, 保険契約者に損害が発生していないのに給付がなされるものは保険ではない。たとえば, 保

43) 谷山新良『損害保険の原理』『創立六十周年記念損害保険論集』(1994年。損保総研)参照。

44) 吉澤・前掲注11)97-111頁参照。

保険デリバティブやリスク証券化では、一般に⁴⁵⁾、ある事象（トリガー・イベント）が発生すると、損害の発生如何を問わずに給付がなされるので保険ではない⁴⁶⁾。

45) 例外的に、一定の損害の発生をトリガー・イベントと規定する保険デリバティブも作ることは可能である。

なお、信用リスクについては損害発生の捉え方が難しい。クレジット・デリバティブのトリガー・イベントの設定方法次第であるが、格付けの低下などから、支払停止や法的倒産手続開始に至るまで、信用低下には様々な段階があり得るところである。一方、保険においても信用事故の捉え方は多様である。たとえば、債権保全火災保険は1955年に開発された保険商品であるが（東京海上編『損害保険実務講座5火災保険』（1992年。有斐閣）254頁以下参照）、抵当権が設定された建物の罹災によって抵当権付債権の弁済受領可能性が低下することになり、債権者たる保険契約者（＝被保険者）に損害が発生すると捉えるものである。古くは、抵当保険という同様の保険商品が存在したが、東京地判昭和2年5月14日判決・法律新報118号20頁により無効とされたため、その欠点を補って発売されたのが債権保全火災保険である。

46) 利得禁止原則の主たる目的をモラル・ハザードの防止と捉えたうえで、常に不確実である事象（前掲注31参照）を保険事故やトリガー・イベントとする保険やデリバティブについては、モラル・ハザードが生じないので利得禁止原則は必要ないとする考え方がある（山下友信「保険・保険デリバティブ・賭博」江頭憲治郎＝蓮井良啓編『市場と組織』（2005年。東京大学出版会）243-244頁。なお、この考え方に立つと、天候デリバティブのような支払事由・支払方法の保険商品も認められることになる。つまり、被保険者の損害発生の有無を問わず、また、実損を超える保険金支払も可能となる）。

しかしながら、この考え方は適当ではない。なぜなら、保険の経済的要件としてのリスク移転とは、将来の損失発生可能性に関する分散（ばらつきのこと）をゼロにする（あるいは、大幅に縮小する）ことを意味している。ところが、利得禁止原則を外してしまうと、保険事故発生時に保険契約者が被る損失額を超えて給付がなされたり、さらには、全く損害が発生していないにもかかわらず給付がなされたりする。これでは、保険契約者の経済状態に関する分散が縮小せずに、かえって分散が拡大することもあり得ることになる。つまり、デリバティブのヘッジ取引も広い意味でのリスク移転取引の一種ではあるものの、保険におけるリスク移転取引（狭義）は保険給付時に分散リスクの縮小が必ず実現されるものであり、区別が必要である。

この問題は、被保険利益の問題に包摂されたり、被保険利益の問題と区別せずに論じられることが多い⁴⁷⁾。けれども、被保険利益の存在と損害発生要件の具備とは異なる概念である。なぜなら、たとえ被保険利益が存在していても、損害発生を要件とせずに給付がなされる金融商品を開発することは可能であるが、そのような金融商品は保険ではないのである。たとえば、ある建物の所在地における大地震発生をトリガー・イベントとする地震デリバティブ契約を、当該建物の所有者と締結したとする（なお、当該建物の損壊等によって建物所有者に損害が発生することを支払要件としていない）。この場合、大地震が発生すると、当該建物の損壊の有無にかかわらず約定金額の支払がなされるのである（地震保険であれば、被保険利益があるとしても、保険の目的物に損壊がなければ保険填補はなされない）。

損害保険契約においては、「生ずることのあるべき損害」（商法629条）という規定ぶりにこのことが表されていると言えよう。

他方、生命保険契約においては、被保険者の「生死」（商法673条）によって、被保険者が付保を同意した（商法674条）保険金受取人に何らかの損害が発生すると見なしているものと考えられる⁴⁸⁾。

(四) 損害を超えない保険給付

保険給付が保険契約者に発生した損害を超えないことが要件である⁴⁹⁾。換言すると、保険契約者に発生した損害を超えて給付が行われる場合には、少なくとも超過給付部分については、リスク移転がない（さらには、かえって分散が大きくなることもある）ので保険には該当しない。

損害保険契約において「損害を填補する」（商法629条）と規定されてい

47) 大森・前掲注3)66-67頁はこの立場のようにも思われる。

48) これが一定の擬制であることは否定し得ない。なお、利益関係存在の擬制については前掲注26)参照。

49) 損害保険契約について、大森・前掲注3)103頁参照。ただし、大森教授は、不法な賭博的行為への悪用防止を主眼とするものだと述べている。

るのはこの趣旨である⁵⁰⁾ (もちろん、被保険者に発生した損害の金銭評価は柔軟に考えることも可能である。なお、たとえ評価済保険(商法639条、649条2項3号)であっても、評価額が著しく過当な場合は保険給付額を減少できるとする商法639条も損害を超えない保険給付を求める趣旨と考えられよう)。

他方、生命保険契約では「一定の金額」という保険給付が予定されているが(商法673条)⁵¹⁾、人間の生死については金銭評価が困難であるので定額給付方式を容認しているもの⁵²⁾ (すなわち、設定された付保金額が保険金受取人に発生する損害を超えないと見なししている⁵³⁾)とも考えられよう。

50) 一般には「狭義の利得禁止原則」と呼ばれており、損害保険契約のみに当てはまるものとされている。洲崎博史「保険代位と利得禁止原則(1)(2・完)」法学論叢129巻1号・3号(1991年)、山下・前掲注25)724頁参照。なお、「狭義の利得禁止原則」を損害保険契約に適用するとしても、被保険者に発生した損害を超えない限りにおいては、一定額の給付(定額給付)でもよい筈である(洲崎・同論文(2)7頁参照)。

51) そのため、ある人物の生死をトリガーとする生命デリバティブを開発すれば、それは生命保険とほとんど相違がないことになる(前掲注25)、26)参照)。

52) 江頭・前掲注10)453頁参照。ただし、公益の観点から許されないような著しい利得が生ずる場合は、生命保険契約でも禁止されると解されている(いわゆる「広義の利得禁止原則」)。

53) 吉澤・前掲注11)17頁注24参照。

なお、同様の事態は損害保険でも存在する。たとえば、火災保険では、保険の目的物に生じる直接的な損害を填補する損害保険金に加えて、別途、臨時費用保険金が支払われることが多い(住宅総合保険では損害保険金の30%が、100万円を限度として自動的に支払われる。同普通保険約款8条)。この臨時費用保険金は罹災時に生じる諸費用を支払対象とするものであるが(東京海上編・前掲注45)57頁、158頁)、被保険者による具体的な損害額の立証は全く不要であり、単純に損害保険金に30%を乗じて算出して支払われる。臨時の諸費用については金銭評価が困難であるが故に、一定の算式で算出した額を超える損害が被保険者に発生しているものと見なし、考えられよう(洲崎・前掲注50)(1)6頁注5参照)。この点において、生命保険契約である定額保険と同様の取扱いがなされている(なお、臨時費用保険金は、実損の填補ではないし定額の給付でもないが(定率の給付である)、いわゆる「定額給付」の一種と考えるか否かは「定額給付」とい

このように保険給付は損失を超えないことが求められる。そのため、次のような制度が用意されている。まず第1に、損害保険契約には残存物代位(商法661条)⁵⁴⁾と請求権代位(商法662条)⁵⁵⁾という代位規定が存在する。なぜなら、代位が存在しないと、被保険者に実際に発生した損失を超える保険給付を受けることになり、リスク移転という枠を超えてしまうからである。

他方、生命保険契約には同様の規定(残存物代位や請求権代位)は存在しない。それは、人間の生死については金銭評価が困難であるがため、設定された保険金額を超える損害が保険金受取人に発生していると思われ、かつ、生命保険金は判然としなない総損害のうちの一部の補填にすぎないので原則として代位もしない、と考えているからだとも言えよう^{56),57)}(い

う用語の定義次第であろう)。

54) 残存物代位の意義を、利得禁止にではなくて、被保険者に迅速な保険保護を与えるための技術的便法に求める考え方もある。田辺康平「保険者の残存物代位」『創立四十周年記念・損害保険論集』(1974年。損害保険事業研究所)参照。

55) 請求権代位(商法662条)の目的は被保険者の利得禁止と第三者(加害者)の免責阻止にあるとされている。利得禁止はまさに保険の経済的要件たるリスク移転(より詳細には「損失を超えない給付」)に基づくものだと考えるが(したがって、請求権代位は強行規定である。洲崎・前掲注50)(2)4頁、江頭・前掲注10)441頁注5参照)、免責阻止は保険の経済的要件からは直接には導かれない。大森忠夫「保険金支払義務と損害賠償義務」同『保険契約法の研究』(1969年。有斐閣。初出：法学論叢76巻1・2号(1964年))、洲崎・同頁)。

56) 残存物代位については、死亡保険では一般に残存物(=被保険者の死体)に価値が認められないという事情もある。また、死体を代位取得することに道徳的・宗教的な非難や嫌悪感が存在していることも、残存物代位が認められてこなかった重要な要因となっていることは想像に難くない。

57) 人保険における請求権代位については、大森忠夫「人保険と保険者代位」『保険契約法の研究』132頁以下(1969年。有斐閣。初出：生命保険文化研究所所報10号(1963年))、大森・前掲注56)、洲崎・前掲注50)(2)6-27頁、山本哲生「保険代位の根拠と保険契約類型からみた代位の適用基準」法学57巻5号~58巻4号(1993-1994年)参照。

いわゆる「第三分野」の定額保険⁵⁸⁾も同様である)。ただ、厳密に人間の生死や身体障害に関する損害額を算出する方式の保険(人保険分野の損害保険)においては、請求権代位の(類推)適用がある⁵⁹⁾。

第2に、物保険契約では、超過保険に関して、保険価額超過部分について保険金支払がなされないような手当てが補完的になされている(商法631条)。けれども、そもそも保険者が填補する金額は被保険者に発生した損害を上限とするので(商法629条)、たとえ超過保険であっても、被保険者が利得を得ることはない筈である⁶⁰⁾。したがって、この超過保険規制は、賭博的行為やモラル・リスクを防止する見地から置かれているものであって⁶¹⁾、保険の経済的要件の観点からは必須の規定ではない。

他方、重複保険に関しては、各保険契約による填補額の合計が被保険者に発生した損害を超える場合の調整を商法629条から読み込むことができなれないと思われる(商法629条は、あくまでも単一の保険契約に関する規定であると考えられる)。そのため、重複保険に関しては何らかの調整が必要となるが、商法は、複数の保険契約の保険金額の合計が保険価額を上回る場合について一つの解決策を規定している(商法632条~634条)⁶²⁾。し

58) 「定額保険」の定義次第ではあるが、厳密には、定額保険か否かは有効な判別基準とはならないと思われる。たとえば、被保険者の死亡について厳密な損害額を算出し、その額が1,000万円を超えたら、定額で一律に1,000万円を保険金として支払う(損害額が1,000万円未満であれば保険金支払はない)という保険契約は、一種の定額保険ではあるが損害填補性の強い保険である(洲崎・前掲注50)(2)7頁参照)。なお、前掲注53)も参照。

59) 所得補償保険には代位に関する約款規定は存在しないが、代位を認めるのが判例である(最判平成元年1月19日・判時1302号144頁)。ただ、学説には異論が多い。

60) 大森・前掲注3)103頁。

61) 同書103-104頁。

62) 複数の保険金額の合計が保険価額を超えない場合であっても、比例填補でなく実損填補を行う特約が付帯されている場合には、同様の問題が生じ得る(山下・前掲注1)410頁注105参照)。この場合の調整規定は商法には存在せず、約款で規定されている。すなわち、保険の経済的要件に基づく規定が、いきなり約款で規定されることもあるのである。

たがって、重複保険に関する商法規定は、保険の経済的要件を表したものだと考えられる(この点において、超過保険に関する規定(商法631条)とは位置づけが大きく異なる)。

なお、重複保険に関する商法規定は任意規定とされており、実際にも約款においてほとんど否定されて、異なる方式(独立責任額按分方式)が採用されている。このように、保険の経済的要件に基づく規定であっても、当該経済的要件を充足する別の方法を任意に合意することが可能な場合もある。

(3) 法的なリスク移転であること

保険は、経済的には、保険契約者から保険者へと一旦はリスク移転がなされるが、実質的には多数の保険契約者がそれぞれリスクを分散して負担する経済制度である⁶³⁾。しかしながら、法的には、保険契約者から保険者へとリスクが移転する(法的には、保険者に一定の給付義務が発生する)のみである。この保険者の法的な給付義務は、商法では契約方式のみを規定している(損害保険契約、生命保険契約とも、「当事者の一方が…ことを約し相手方が…を約するに因りて其効力を生ず」と規定している。商法629条、673条)⁶⁴⁾。

(4) 移転するリスクは経済的リスクであること

保険の経済的要件として求められるのは、あくまでも経済的利益であって、それ以外の利益(たとえば、精神的な豊かさ自体や、他界した親族の遺品に対する深い愛着)は保険保護の対象とはならない⁶⁵⁾。なぜなら、経済的利益以外は、そもそも他者へのリスク移転が不可能または困難である。また、リスク集積による大数の法則や中心極限定理が働かなかつたり(後

63) 吉澤・前掲注11)65-75頁参照。

64) ただし、経済的な保険としては契約方式には限定されない。

65) 損害保険契約について江頭・前掲注10)394頁参照。

述4(1)参照), リスク分散で必要となる収支相等の原則が成り立たないからである(後述5(2)参照)。

そのため付保対象は経済的利益に限定されるが, このことは, 損害保険においては「金銭に見積もることを得べき利益に限り」という文言に表れている(商法630条⁶⁶⁾。生命保険においては, 被保険者の死亡に伴って保険契約者に精神的な痛手等も生じるが, 保険給付を定額の金銭給付に限定することによって(商法673条), この要請を充たしているとも言えよう⁶⁷⁾。

(5) リスクのみの移転取引であること

保険以外の契約においても, 当事者間でリスクの移転がなされることは多々ある(たとえば, 売買に伴って, 価格リスクや売買対象物の欠陥・瑕疵・汚染・効能不発揮等といったリスクが買主に移転したりする)。しかしながら, こうした他の契約に伴って発生するリスク移転は保険とはならない。このことは, 損害保険契約の定義(商法629条)や生命保険契約の定義(商法673条)に表されている。すなわち, 単なるリスクのみの移転契約が保険契約となると規定されているのである。

4. リスク集積に関する保険契約規定

(1) 集積するリスクが経済的リスクであること

保険者が集積するリスクは経済的リスクでなければならない(保険契約法への反映については前述3(4)参照)。そうでないと, 大数の法則や中心極限定理が働かないからである。

また, 当然のことながら, 保険者にとって不確定事象なければならない(保険契約法への反映については前述3(2)②参照)。保険者にとっての確定

66) 大森・前掲注3)68頁参照。

67) したがって, もし仮に将来において生命保険契約の領域を現物給付にも拡大するのであれば, 損害保険契約と同様に, 何らかの形で経済的損失の填補に限定する規定を設けなければならないと思われる。

事象であれば, 大数の法則や中心極限定理を用いるまでもないからである。

(2) 集積するリスクについて同質性があること

保険者が集積するリスクについて同質性がなければならない。そして, リスクの同質性を確保するにあたっては, 母集団を一定程度限定しないと適切な標本抽出(sampling)ができず, 標本誤差(sampling error)が生じて大数の法則や中心極限定理がうまく働かない。そのため, 集積するリスクの同質性を確保するため, 付保対象リスクを限定することになる。

ところで, 付保対象リスクの限定にあたり, 保険の目的物(生命保険契約では被保険者)やリスク移転期間(=保険期間)とともにリスク特定方法として用いられることが多いのが, 保険契約者に生じる可能性のある経済的損失の内容や経済的損失の原因事象である。

損害保険契約においては, 経済的損失の内容の一定性は, 商法の損害保険総則では特に規定されていないが, 物保険が前提となっていることからすると, 保険の目的物に生じる損壊等が経済的損失の内容であると考えられる。そして, 経済的損失の原因事象の一定性は, 商法629条が「一定ノ事故ニ因リテ」と規定している⁶⁸⁾。

他方, 生命保険契約においては, 経済的損失の内容について一定の特定をしている。すなわち, 商法673条が人の「生死ニ関シ」と述べているのはその趣旨と考えられる。そして, 経済的損失の原因事象の一定性は, 商法は特に限定をしていない。

このように, 保険においてはリスク集積を実現するためにリスクの同質性が求められており, それが商法の規定にも一定性として織り込まれているとも言えよう⁶⁹⁾。なお, 保険契約法では明示的には規定されていないが,

68) なお, 経済的不利益の原因を限定しない, いわゆる「オール・リスク」の保険があるが, これも経済的不利益の原因事象に関する特定方法の一種だと考えられる。

69) 以上, 吉澤・前掲注11)38-40頁参照。

なお, 学説では一定性について保険者の責任範囲画定のためであると説

約款により定型化された附合契約性⁷⁰⁾、および、数々の判例⁷¹⁾で確立している保険約款の拘束力が、保険者が集積するリスクの同質性保持に極めて重要な役割を果たしていることにも留意すべきである。

(3) 集積するリスク間に相互独立性があること

保険者が集積するリスクは相互独立でなければならない。完全な正相関(perfect positive correlation)であったり、強い正相関を持つ場合には、大数の法則や中心極限定理が働かない(あるいは、ほとんど働かない)からである。この点に関しては、保険契約法には一般的な規定は存在しない。

(4) 多数のリスクを集積すること

保険は多数のリスクを集積しなければならない。そうでないと、大数の法則や中心極限定理が十分に働かないからである。この点に関しては、保険契約法には一般的な規定は存在しない。ただし、一定性要件(前述(2)参照)は、多数のリスクの集積を前提とした規定であるとも言える。

5. リスク分散に関する保険契約規定

(1) 保険契約者が保険料を提出すること

保険契約者が負担する保険料(より正確には、純保険料⁷²⁾)を通じて、法的には保険者に移転したリスクを、実質的には多数の保険契約者が分散負担することになる。「保険料は、経済的には保険団体に対する醸出金で

明されることがあるが(西嶋・前掲注3)64頁, 山下友信他『保険法』(2版, 2004年, 有斐閣)91-92頁[山本哲生]), 同質性確保のために一定性が必要となるとする筆者の見解に通ずるようにも思われる。

70) 山下・前掲注1)60頁参照。

71) たとえば, 大判大正4年12月24日・民録21輯2182頁, 最判昭和42年10月24日・最高集民88号741頁参照。

72) 生命保険では「危険保険料」と呼ばれている。

ある」⁷³⁾と言われる所以である。したがって、保険契約者による純保険料の提出は保険に不可欠な経済的要件である。そして、商法629条(損害保険契約)と673条(生命保険契約)における「其報酬」とは、一般には、純保険料をも含む営業保険料の意味として解されているので⁷⁴⁾、保険の経済的要件たる保険契約者による純保険料提出が、保険契約法にも規定されていることになる。

なお、もし「其報酬」を付加保険料(あるいは、付加保険料を含む営業保険料)の意味に解すると⁷⁵⁾、リスク分散における保険者の役割(すなわち、保険制度の運営・管理者として保険者を捉える)をうまく説明することができる。つまり、保険においては、多数の保険契約者を糾合のうえ保険料を徴収して保険資金を形成する一方で、保険事故に遭った被保険者(生命保険では保険金受取人)に保険資金から払い出しを行う「保険制度の運営者」⁷⁶⁾が必要となる。この「保険制度の運営者」が保険者であり、

73) 大森・前掲注3)162頁。なお、純保険料の提出を要件とせずは無償の保険契約の存在を認める考え方もあるが(棚田良平「射倖契約の興亡とその定義」富大経済論集27巻3号(1982年)125頁), 賛同し得ない。

74) 江頭・前掲注10)401頁参照。なお、旧商法では「保険料」という語が使われていた。

75) 今井薫『保険契約における企業説の法理』(千倉書房, 2005年)42-43頁参照。

76) 江頭・前掲注10)377頁。大森・前掲注3)3頁も同旨。あるいは、保険者は「中央基金の出納係」ともみなされる(D. S. Hansell, *Elements of Insurance*, 1987, Longman Group (UK) (木村栄一=越知隆共訳『保険の原理』(1995年, 損保総研)邦訳1頁)。

保険者を保険制度の運営・管理者として捉える考え方は、税法でも取り入れられている。すなわち、事業税について、保険会社が納付すべき事業税の課税標準は、各事業年度の「収入金額」とされている(地方税法72条の2第1項3号, 72条の12第3号)。そして、保険会社の「収入金額」は付加保険料相当額であるという考え方から、保険種目毎の予定事業費率を営業保険料に乗じた金額とされている(同法72条の24の2第2項, 第3項)。具体的には、損害保険については、原則として40%とし、船舶保険は25%、運送保険と積荷保険は45%、自賠責保険は10%、家計地震保険は20%とされている。生命保険については、個人保険は24%、貯蓄保険は7%、団体

保険者のうち商人たる保険者は、保険制度運営業務の対価（＝「報酬」）として付加保険料を取得しているのである⁷⁷⁾。現行の保険契約法が商法の中に存在するのは、保険を営業として行う場合には商行為となるからであり（営業的商行為。商法502条9号）、だからこそ保険という商行為に対する「報酬」（商法512条）として付加保険料が存在するのだとも考えられる⁷⁸⁾。ただし、このように「其報酬」を付加保険料のみを指すものと解すると、保険契約者による純保険料の拠出は商法629条や673条では明示的には規定

保険は16%、団体年金保険は5%とされている。

また、保険者を保険制度の運営・管理者として捉える考え方は、独占禁止法の解釈でも同様の考え方が下級裁判所で採用された。すなわち、2006年改正前のカルテル事件において、独占法8条に規定する課徴金算出の基礎数値たる「売上額」は、損害保険会社については付加保険料部分（正確には、営業保険料から支払保険金を控除した部分）であるとした判決がある（東京高判平成13年11月30日・前掲注2）。ただし、最判平成17年9月13日・民集59巻7号1950頁で否定された。

- 77) 佐波宣平「保険業の生産額」生命保険文化研究所報11号（1964年）42-46頁、54-55頁、谷山新良「保険の本質、構造、および循環」近藤文二編『保険の基礎理論』（1970年。千倉書房）176-177頁、182-188頁、同・前掲注43）7-9頁、高尾厚「保険生産における「外的要素」」損保研究38巻3号（1976年）142頁参照。

なお、「報酬」の意義をこのように解することは、他の典型契約における「報酬」の意義にも合致することになる（たとえば、請負に関する民法632条、委任に関する民法648条1項、仲立営業に関する商法550条、問屋営業に関する商法552条2項→民法648条1項、運送取扱営業に関する商法561条）。また、保険契約法においても、「報酬」と「保険料」は使い分けられている（商法643条、646条、647条、649条、652条、654条、655条、663条で「保険料」の語が使用されている）。

- 78) もちろん、管理者たる保険者が報酬をとることは経済的な保険の要件ではない。したがって、営業として行わない保険には商法の保険契約法の適用はない。

もし仮に、保険契約法が商法から独立して単行法となれば、無報酬の管理者を保険者とする保険についても保険契約法が適用されることは充分にあり得る。そして、現在の商法629条や673条の規定ぶりが変わらないまま単行法でそのまま規定される場合には、「報酬」は保険料（正確には、純保険料）を意味すると解さざるを得ない（共済では付加保険料が皆無のこともあり得るからである）。

されていないことになる⁷⁹⁾。

(2) 収支相等の原則が成立すること

保険団体に属する多数の保険契約者が支払う保険料の総額が支払保険金総額を賄うように、保険制度は設計され、運営されている（もちろん、結果的に、余剰を生ずることもあれば不足することもある）。これが収支相等の原則であり、この原則によって、保険団体のリスク全体が、保険料支払を通じて、当該保険団体に属する多数の保険契約者間で分散負担されていることになる（リスク分散）。

この点に関しては、保険契約法には一般的な規定は存在しない。ただ、収支相等の原則を働かせるためには、保険者が集積するリスクが経済的リスクでなければならない（保険契約法への反映については前述3(4)参照）。そうでないと、各保険契約者にリスクを分散することができないからである。

(3) 保険契約者が一定数以上存在すること

保険では一定数以上の保険契約者が必要である。そうでないと、リスク分散がなされないからである。この点に関しては、保険契約法には一般的な規定は存在しない。

6. 保険の経済的要件には直接基づかない保険契約規定

保険の経済的特徴に基づく保険契約規定でありながら、必ずしも保険の経済的要件に基づくものではないものもある。たとえば、告知義務（商法644条、678条）や通知義務（商法657条2項）は、保険に特徴的な制度であるものの、保険に必須の規定ではないのである。

そもそも、告知義務や通知義務は、保険引受の可否や保険引受継続の可

79) ただし、「保険料」は付加保険料（＝「報酬」）部分を含む営業保険料全体を指すと考えれば、商法でも規定されていることになる。なお、前注参照。

否を判断したり、リスクの同質性を保持したり、リスク区分を設定・維持したり、逆選択やモラル・リスクを防止したりするのに有用な制度である。保険者側が調査すること自体が不可能であったり、可能であるとしても情報収集コスト節約のため⁸⁰⁾、告知義務制度を利用して情報を収集する。けれども、必ずしも全ての保険に不可欠の制度ではない。

たとえば、通知義務に関しては、大半の生命保険契約は、被保険者の職業や所在地について通知を求めている。これは、被保険者の職業や所在地が危険測定の要素として考慮されていないからである⁸¹⁾。また、告知義務に関しては、今日の生命保険では男女別かつ年齢別の保険料率を使用しているが、もし男女共通かつ年齢共通の保険料率を使用する場合には、性別や年齢は告知義務の対象から外れることになる（一般に、傷害保険では男女共通かつ年齢共通の保険料率を使用している）。こうした場合にも、経済的な保険である性格は失われない。

危険著増に関する規定（商法656条、657条⁸²⁾や特別危険の消滅に関する規定（商法646条）も同様である。

7. 結論

以上に見てきたように、保険に特徴的な保険契約法の規定も、2つに分類することができる。第1は、保険という経済的な仕組みにおける経済的要件から導かれる規定であり、第2は、保険に特徴的ではあるものの、保

80) 江頭・前掲注10)408頁注1参照。また、保険契約者による告知（情報開示）のインセンティブをコントロールするシステム（高尾厚「保険における『市場の失敗』」保険学雑誌481号（1978年）68-70頁参照）、あるいは、告知のインセンティブを強化するエンフォースメント・メカニズム（藤田友敬=松村敏弘「取引前の情報開示と法的ルール」北大法学論集52巻6号（2002年）2086-2088頁、榊素寛「告知義務の意義とその限界(1)」法協120巻3号（2003年）452-454頁参照）だとも言える。

81) 山下・前掲注1)581頁参照。

82) 生命保険契約では、危険著増が契約の効力に影響を与えない旨が規定されているのが通常である（江頭・前掲注10)477頁参照）。

険の経済的要件には直接は関連しない規定である。

第1の規定、すなわち、保険という経済的な仕組みにおける経済的要件から導かれる規定は、さらに、経済的要件を具現化する唯一の方法である規定と、経済的要件を具現化するいくつかの方法のうちの一つである規定とに分類することができる。

保険契約法の規定が経済的要件を具現化する唯一の方法である規定とは、上述の検討内容から一部を取り出すとたとえば次のようなものがある。

- ① 損害保険契約の定義規定である商法629条は、保険契約者が保険の目的について何らかの利益関係を有し、かつ、保険の目的に損失が発生する可能性が保険契約時点で存在することを求めている。
- ② 事故発生の主観的確定を契約無効とする商法642条は、付保前から保険契約者にリスクが存在することを求めるとともに（保険契約者の主観的不確定）、保険者としてもリスクを引き受けることになることを求めている（保険者の主観的不確定）。
- ③ 損害保険契約の目的を定める商法630条は、損害保険契約の対象を経済的リスクに限定している。

こうした規定に反する場合には、まずは、当該契約は保険契約ではないことになる（ただしに無効となる訳ではないと思われる）。そのうえで、保険契約以外の他の契約として有効性が認められるか否かを検討すべきである。具体的には、射倂契約としての有効性を検討することになるが、問題となる保険契約規定が保険の経済的要件にどのように基づいているかを理解することが問題解決に役立つものと考えられる。なぜなら、そうした保険契約規定が、保険に特有のものなのか、それとも射倂契約全般に通ずるものなのかで法的取扱いが分かると考えられるからである⁸³⁾。

83) むしろ、保険契約の特殊性の多くは、その射倂的性質に起因すると言われる（大森・前掲注3)84頁）。また、西原慎治「射倂契約におけるコースの法理」神戸学院法学34巻3号（2005年）246頁以下参照。ただし、山下教授は批判的である（山下・前掲注1)72頁）。

前者を欠いても、単に保険契約ではないだけであって、保険以外の射倂契約としては有効である可能性がある（たとえば、事故の一定性を欠く契約、損害填補性を欠く契約⁸⁴⁾。他方、後者を欠くと、射倂契約としても存続し得ないことになる。いずれにしても、保険と保険デリバティブとの境界を明確にするためにも、射倂契約に関する一層の研究が望まれるところである⁸⁵⁾。

他方、保険契約法の規定が経済的要件を具現化するいくつかの方法のうちの一つである規定とは、上述の検討内容から一部を取り出すとたとえば次のようなものがある。

- ④ 損害保険契約において、商法650条は、保険の目的物を譲渡した際に保険契約上の権利も譲渡したものと推定している。これはあくまでも推定規定であって、被保険者が保険の目的物に関して被保険利益を維持できるように約款等で異なる合意を行う（たとえば、自動車保険における被保険自動車の車両入替手続）ことは法的にも有効である。
- ⑤ 生命保険契約において、商法674条、677条2項は、保険金受取人が被保険者について何らかの利益関係を有していることを担保しているが、同意主義を採用せずに、直接的な利益関係を約款規定で求める方法も、少なくとも経済学的な観点からはあり得るところである（たとえば、被扶養者が保険金受取人の場合は、相当な保険金額までは被保険者の同意を要しないとする約款規定⁸⁶⁾）。
- ⑥ 損害保険契約、生命保険契約ともに、故意免責条項（商法641条、

84) もちろん、強行規定違反のように、保険以外の射倂契約としても存続を認められない可能性もある。

85) 大森忠夫「保険契約の射倂契約性」同『保険契約の法的構造』（1952年。有斐閣）、倉澤康一郎「射倂契約と条件の法理」同『保険契約の法理』（1975年。慶応通信）、棚田・前掲注73）、西原慎治「射倂契約とその周辺」生命保険論集157号（2006年）参照。なお、射倂契約概念の導入に反対する学説として、森田果「射倂契約はなぜ違法なのか？」NBL849号（2007年）参照。

86) 前掲注23)参照。

829条1号、680条1項2号）は保険事故発生時における不確実性を求めているが、免責条項の形式を採らずに（約款の免責条項には規定しない）、填補要件に保険事故発生時における不確実性を求める約款規定を置くことも、少なくとも経済学的な観点からはあり得るところである⁸⁷⁾。

- ⑦ 請求権代位（商法662条）は、保険事故による経済的損失を上回る利得が保険契約者に発生しないようにするための規定であるが、利得が発生しないように別の仕組みを約款で規定することも、少なくとも経済学的な観点からはあり得るところである⁸⁸⁾。

こうした規定に反する場合であっても、保険の経済的要件を充足する他の手段が約款等で規定されている限り、少なくとも経済的には保険である性格を失わない（もちろん、他の手段が用意されていない場合には、保険の経済的要件を欠くことになるので、保険契約ではないことになる）。

第2の規定、すなわち、保険に特徴的ではあるものの、保険の経済的要件には直接は関連しない規定とは、たとえば、告知義務（商法644条、678条）や通知義務（商法657条2項）がこれに当たる。こうした規定に反する場合であっても、保険の経済的要件の観点からは問題とはならないので（むしろ、保険の経済的要件の観点からは、そもそも必要のない規定である）、保険契約たる性質は失われぬ。

（筆者は東京海上日動火災保険株式会社勤務）

87) 厳密には、意図的な行為であっても保険事故発生時における不確実性が担保されていれば、特別な約款規定すら設けなくともよい。前掲注39)参照。

88) 法律的にも有効だとされている。山下・前掲注1)546頁。