

保険契約法の現代化と保険事業

—— 保険法現代化が損害保険実務に与える影響 ——

吉澤卓哉

■ アブストラクト

保険法現代化に関する損害保険関連の論点のうち、中間試案までに充分には議論されていないと思われる3点を取り上げる。第1に、定額保険に現物給付方式を導入することを検討しているが、保険としての内在的制約や損害填補保険の現物給付との相違について論議が不十分である。第2に、告知義務制度の大幅な改定が検討されているが、経済学からの理論的・実証的な研究・検討が事前に必要である。第3に、片面的強行規定の適用除外に関しては、保険契約者の属性の観点からの適用除外と、リスクの属性の観点からの適用除外に分けて、さらに議論を深めるべきである。

■ キーワード

現物給付、告知義務、片面的強行規定

現在は商法（第2編第10章）に規定されている損害保険および生命保険に関する保険法について、その見直しが法務大臣から法制審議会に対して諮問された（2006年9月6日）¹⁾。これを受けて法制審議会保険法部会が審議を

*平成19年10月28日の日本保険学会大会（桃山学院大学）報告による。

/平成19年11月5日原稿受領。

1) 法務大臣の法制審議会に対する諮問（第150回会議）では「見直しのポイント」と称する別紙が添付され、生命保険契約に関しては「今後の高齢化社会における役割の重要性等にかんがみ、多様なニーズにこたえることができるように」規律を見直すべしとする一方で、損害保険契約に関してはこのような見直

重ね、2007年8月14日に「保険法の見直しに関する中間試案」（以下「中間試案」という）を発表してパブリック・コメントを募るに至っている（なお、同時に事務当局（法務省民事局参事官室）が中間試案の各項目の趣旨等を補足的に説明した「保険法の見直しに関する中間試案の補足説明」（以下「補足説明」という）も公開された）。

本稿はこの中間試案のうち、損害保険分野に関する規定（保険全般に関する規定を含む）が損害保険実務に与える影響を論ずるものである。ただ、今回の改正は保険法の全面改正であり論点が極めて多岐に亘るため、損害保険実務に関連する事項のうち、法制審議会で必ずしも充分には議論されていないと思われる論点や観点（特に、商学・経済学的な論点・観点）に絞ることとした。具体的には、定額保険の現物給付、逆選択と告知義務制度、片面的強行規定の適用除外の3点である。

1. 定額保険の現物給付

中間試案では、人保険の定額保険である生命保険契約や傷害・疾病保険契約に関して、現物給付の導入を検討対象としているが（「[その他の一定の給付]」と表現されている。中間試案 p.17注1, p.27注1）、この定額保険の現物給付は理論的な問題を孕んでいる。

(1) 保険の分類

保険には種々の分類方法があるが、そのうちの一つに、保険事故の対象による分類がある。保険事故の対象が人間であれば「人保険」であり、それ以外は「財産保険」などと呼ばれている（財産保険の代表例は、物保険や責任保険である²⁾）。また、保険給付の方法による分類もある。保険給付は定額給付と損害填補給付に分かれるが、形式的には、さらに金銭給付と現物給付

しは求めていないが、その真意は不明である。

- 2) 中間試案では責任保険に関する規定が独立の項目として新設されることになったが、物保険についても独立した項目とする方が分かりやすいかもしれない。損害保険全般に通ずる規定とは別に、物保険特有の規定（超過保険、一部保険、評価済保険、残存物代位）を別項目とするのである。

に分けることができる。

以上の二つの分類方法を用いて保険を分類し、商法の「損害保険契約」「生命保険契約」および中間試案の「損害保険契約」「生命保険契約」「傷害保険契約」「疾病保険契約」³⁾を割り振ると、図表 1 のようになる。なお、一般に、定額給付の財産保険（図表 1 の分類 M, N, Q, R）は存在しないと考えられている（メラー [1965], pp.26-28. *Ref.*, 木村 [1957a], p.4)⁴⁾。

ここで取り上げるのは、図表 1 の B, F である。これらは人保険における

**【図表 1】 保険の分類と商法や中間試案における
「損害保険契約」「生命保険契約」「傷害保険契約」「疾病保険契約」**

保険事故の対象		発生損害	保険給付方法			
			定額給付 = 「定額保険」		損害填補給付 = 「損害保険」	
			金銭給付	現物給付 (?)	金銭給付	現物給付
人間 = 「人保険」	生死 = 「生存保険」 + 「死亡保険」	A 商法の 生命保険契約 中間試案の 生命保険契約	B (?) (中間試案の 生命保険契約)	C 商法の 損害保険契約 中間試案の 損害保険契約	D 商法の 損害保険契約 中間試案の 損害保険契約	
	傷害・疾病 = 「傷害保険」 + 「疾病保険」	E 中間試案の 傷害保険契約 疾病保険契約	F (?) 中間試案の 傷害保険契約 疾病保険契約	G 中間試案の 損害保険契約	H 中間試案の 損害保険契約	
財産 = 「財産 保険」	物 (または 特定 財産)	直接的損害 = 「物保険」	(M)	(N)	O 商法の 損害保険契約 中間試案の 損害保険契約	P 商法の 損害保険契約 中間試案の 損害保険契約
		間接的損害 = 「利益保険」 「費用保険」等	(Q)	(R)	O 商法の 損害保険契約 中間試案の 損害保険契約	T 商法の 損害保険契約 中間試案の 損害保険契約
	一般 財産	一般財産の減少 = 「責任保険」 「費用保険」等				

3) 傷害保険や疾病保険における死亡給付を、生命保険契約と傷害・疾病保険契約とのいずれに位置づけるかについては、中間試案では「なお検討を要する」とされている（中間試案第 4 前注 1）。

4) 現在行われている保険デリバティブ（天候デリバティブや地震デリバティブ）はまさにこの分野である。保険デリバティブがこの分野に限定されている限りにおいて、保険との徒な競合は生じていないと言えよう。

定額保険の現物給付であるが、理論的には、保険としての内在的制約の問題と、損害保険における現物給付との異同の問題があると考えられる。

(2) 定額保険の現物給付に関する内在的制約

定額保険も保険の一種であるから、保険の内在的制約に服することになる。つまり、「生命保険契約」に関する定義（現行商法673条。中間試案第3の1(1)）や「傷害保険契約」や「疾病保険契約」に関する定義（中間試案第4の1(1)）を充足するのみならず、経済的に保険でなければならぬ（大森 [1985], pp.36, 37 n.10, 38 n.11）。

「保険」の意義・定義に関しては学界での相当な議論がこれまで展開されてきており⁵⁾、リスクの移転およびリスクの集積・分散が保険の仕組みであると理解されていると言えよう（たとえば、江頭 [2005], p.377; 山下 [2005], pp.6-9）。中間試案でも、「保険」の意義について、たとえば、「…いかなる契約の類型であるかを問わず、発生するかどうか又は発生の時期が不確定な一定の事故（一定の偶然の事故）が発生する危険に備えるために、多数の者がその危険に応じて保険料を拠出し、事故が発生した場合にその拠出を受けた者が金銭の支払その他の給付をし、危険への備えを実現することを内容とする仕組み」という規定を置くことを検討するとされている（中間試案p.1注1。下線は筆者）。

いずれにしても、リスク移転が保険の要件であることにはほぼ異論はなく（中間試案では上記下線部分）⁶⁾、現物給付方式の定額保険にも、リスク移転（より正確には、リスク移転のうちの利益関係の存在という要件）が求められることになる⁷⁾。したがって、リスク移転を伴わない（換言すると、具体

5) 諸学説について白杉 [1954], pp.47-68参照。こうした論議を経て保険の意義についてほぼ共通の認識は形成されたものの、保険と他の偶然事象を条件とする契約（射倖契約）との境界を端然と区分できるほどの厳密な理論体系については合意に至っていないと言えよう。なお、吉澤 [2006] 参照。

6) 特に生命保険について白杉 [1954], p.26; 木村 [1957a], p.5; 同 [1957b], p.77; 江頭 [2005], p.453参照。

7) 人保険における定額の金銭給付においては、損害填補方式のような具体的入

的入用も抽象的入用も存在しない) と考えられる現物給付は、保険としては認められないことになる。たとえば、被保険者を A、保険金受取人を B、現物給付を世界一周旅行とする死亡保険は、リスク移転がないため保険たり得ないと考えられる (もちろん、現物給付の内容がたとえば葬儀であれば、この点の問題はない)。また、保険契約者=被保険者=保険金受取人を C、現物給付を世界一周旅行とする生存保険は、やはりリスク移転がないため保険たり得ないと考えられる (また、旅行会社が実施している旅行積立契約に生存条件が附されたものにすぎないとも考えられる)。

だとすると、仮に現物給付の定額保険を認めるとしても、リスク移転という保険としての内在的制約があることに充分留意すべきである⁸⁾。

(3) 損害填補方式の現物給付との異同

人保険における定額給付方式の現物給付がここで問題とされているが、そもそも人保険には損害填補方式の現物給付が存在し得るので (たとえば、死亡保険における葬儀の現物給付。Ref., 木村 [1957a], p.5; 江頭 [2005], pp.454 n.5, 485 n.1)⁹⁾、それとの異同も明確にしなければならない。

ところで、定額保険における現物給付としては、たとえば、介護サービスの提供や老人ホームへの入居権付与が考えられているようである (補足説明 p.69)。しかしながら、保険契約者=被保険者=保険金受取人を D、現物給付内容を寝たきりとなった場合まで対応できる最重度者向けの介護サービスとする生存保険を想定してみると、被保険者が保険給付対象年齢に到達して

用までは必要なく、抽象的な入用で足りるとされている。ところで、もし、人保険において定額の現物給付を認める場合には、現物給付の内容自体が具体的なものである以上、抽象的入用のみで足りるのか、それとも具体的な入用が必要なのかを検討する必要があるだろう。

8) 定額保険の現物給付にリスク移転が必要であることを、何らかの形で (たとえば、「保険」の定義規定や現物給付の定義規定などが考えられる)、法文に明記した方がよいかもしれない。

9) 木村 [1963], p.28は、世界の有名な学説を報告したメラー教授の学会発表内容を紹介しているが、やはり人保険に損害保険があるとすることは定説のようである。

も、現実に要介護状態に陥っていない場合には、現物給付を請求することはない筈である。現物給付を請求することになるのは、被保険者がまさに要介護状態に陥っている場合であり、かつ、まさに必要となる水準の介護サービスという現物給付が有用なものとなる（いわゆる「寝たきり」の状態でないのに、いわゆる「寝たきり」の状態となった要介護者に対する水準の介護サービスは不要である）。

ところで、この場合に要介護状態にある被保険者に現物給付される介護サービスとは、まさに損害填補ではないだろうか（損害填補とならないような現物給付については、そもそも保険金受取人は現物給付請求しない）。そして、もしこれが損害填補だとすると、「生命保険契約」ではなくて「損害保険契約」であることになる。

中間試案は現物給付（「金銭の支払以外の方法による定額の給付」）を、「（保険契約において、保険給付の内容が定められ、又は保険給付の内容を客観的な基準で確定することとされている場合における給付をいう。）」と説明しており（同 p.17）、保険契約締結時に予め現物給付内容が定められているから「損害保険契約における保険給付とは明確に区別される」と述べている（補足説明 p.69；保険法部会資料11, p.2）。しかしながら、第1に、保険事故が発生しても（上記の例では一定年齢への到達）、現実的には、当該現物給付（上記の例では介護サービス）を必要とする者のみが、必要とする範囲内でしか現物給付請求が行われない（上記の例では、いわゆる「寝たきり」の状態でないので、必要となる範囲での介護サービスが保険請求される）のであれば、定額給付方式の衣を纏いつつも、実質は損害填補給付である（換言すると、実質は具体的入用の充足である）。第2に、損害保険の現物給付においても、予め保険給付の内容を定めておくことは可能である。たとえば、地震保険において、「全壊のみ担保」という保険填補条件としたうえで、地震による全壊時には保険の目的の再築を保険者が現物給付する場合はこれに当たる¹⁰⁾。

10) 「全壊のみ担保」という保険引受条件は決して異例なものではない。日本の

もし、定額保険の現物給付が損害填補給付たる性格を帯びない場合があるとする、それは、保険事故発生時に、当該現物給付が不要な保険金受取人も現物給付を請求する場合である。しかしながら、金銭給付であれば保険金請求を拒む者は考えにくい、現物給付に関しては、当該現物給付の請求を拒む保険金受取人が生じる可能性がある。

さらに進んで、金銭給付と現物給付との選択を認める定額保険を想定してみると、保険事故発生時に金銭給付を選択せずにわざわざ現物給付を請求するのは、保険金受取人にとってまさに損害填補のために現物給付が必要な場合である（より正確には、損害填補のために現物給付が必要な場合であって、かつ、当該現物給付の価値が金銭給付より高価な場合である）。したがって、金銭給付と現物給付の選択方式の「定額」保険においては、現物給付部分の損害填補性がより強まることになる。

このように、定額保険に現物給付方式を認めることは、定額保険の名の下に、実質的には現物給付方式の損害填補保険が行われる可能性がある、まずは両者の区別について十分な検討が必要である。また、損害填補方式の現物給付とは全く異なる、純粋な定額給付方式の現物給付（保険事故発生時に、当該現物給付が不要な保険金受取人も現物給付を請求する場合）については、そもそも社会的必要性に乏しく、わざわざ保険法で明示的に規定する必要性はないと考えられる（さらに、前述(2)の問題もある）。

以上、(2)(3)で述べたとおり、人保険に関する定額給付方式の現物給付は、理論的な問題が整理・解決されていないと言えよう。現行の商法（や保険業法）にも全く規定がなく、かつ、学界でも十分な議論がなされてきていないにもかかわらず、法の条文として規定するのは時期尚早だと思われる。また、実務的にも、金銭給付の一形態として（保険金支払先の指定。ただし支払保

家計向け地震保険制度は1966年に創設されたが、1980年改正までは全損だけが保険金支払対象だった（東京海上 [1992], pp.186, 188）。また、船舶保険には、「全損のみ担保」（和文船舶保険における第1種特別約款）という引受条件がある（松島 [2001], p.259）。

險金の範囲内)、事実上現物給付と同様の行為を実施できるので、少なくとも現段階では定額保険の現物給付に関する規定は置くべきではないと考える。

2. 逆選択と告知義務制度

保険は法律によって創り出された経済制度ではないので、保険に特有の規整にはそれぞれ経済的意義がある。法改正にあたっては、こうした経済的意義がどのような変容を受けるかも勘案する必要がある。ここでは、告知義務制度を逆選択との関連で取り上げてみる。

(1) 告知義務に関する法改正の方向性と実務上の問題点

告知義務に関しては、現行商法との大きな相違点は、第1に、自発的申告義務から質問応答義務への変更である（中間試案p.2）。そして、中間試案によると本規定は片面的強行規定化が予定されており、約款による保険契約者不利益変更はできないことになる。なお、片面的強行規定とは、当該規定を約定（約款等）で保険契約者（被保険者を含む。以下同じ）が有利となるようには変更できるものの、不利となるようには変更できない（仮に変更しても当該約定は無効となる）規定である。

第2に、告知義務違反と保険事故の因果関係については、因果関係が存在しなければ保険者は保険填補責任を負うという規定自体は改正で変わらない。しかしながら、現行商法は任意規定であるので、損害保険約款では、告知義務違反があれば、保険事故との因果関係不存在でも保険填補責任を負わないとしていることが大半である。ところが、中間試案では片面的強行規定化が予定されており（中間試案 pp.3-4）、実務的には多大な影響を受けることになる。たとえば、リスク細分型自動車保険では、記名被保険者が保有する免許証の色や被保険自動車の使用目的によってリスク区分を設定しているが、こうした事項に関して告知義務違反があっても保険事故との因果関係が認められないことがほとんどであるので保険金を支払わざるを得ず、今後は告知義務の遵守を期待し得なくなる可能性が高い（制裁は契約解除のみとなる）。

第3に、告知義務違反の制裁に関して、中間試案は、現行商法どおりの保

險填補責任の全部免責を規定する案（オール・オア・ナッシング方式という）とともに、保険契約者側が重過失であって、かつ、正しい告知がなされているならば高い保険料で保険契約を締結していたであろう場合に限って、免責ではなくて、一定割合で減額した（たとえば、保険料比）保険金を支払う方式（プロ・ラタ方式という）による保険填補を規定する案が提案されている（中間試案 pp.3-4）。もし、プロ・ラタ方式が採用され、かつ、片面的強行規定とされてしまった場合には、告知義務違反と保険事故との間に因果関係が存在する場合であっても、正しい告知があればそもそも保険引受をしなかった場合を除き、比例的に保険給付がなされることになる（故意を保険者が立証することは事実上困難である）。もともと少ない保険料しか支払っていないのでプロ・ラタでの保険給付でも保険契約者側に理論的には損はなく、また、実質的にも特に定額保険では保険契約者側に支障が生じないことが多く、制裁としての効果を期待できない（逆に、告知義務違反が判明しなければ過少な保険料で全額の保険給付を得られるので、かえって告知義務違反を助長することになる）。

(2) 情報偏在下の逆選択

ところで、保険取引は、経済学においては「不確実性の経済学」や「情報の経済学」として市場分析が進んでいる分野である。経済学における「不確実性」は、「情報の欠如」（どの経済主体も情報を保有していない状態のこと。たとえば、将来の巨大地震の発生の時期・場所がこれに当たる）と、「情報の非対称性」（asymmetry of information. 情報の保有状態が経済主体間で異なること。「情報の偏在」ともいう）に分かれる。保険市場は、後者である「情報の非対称性」が存在する典型的市場であり、保険契約者側に付保対象に関するリスク情報が偏在している。

もし、「情報の非対称性」が存在しない場合（すなわち、保険契約者側のリスク情報を保険者が即時かつ無償・無コストで入手できる場合）には、保険契約者のリスクに応じた価格設定ができ、競争的な保険市場の均衡点で提供される全部保険がパレート最適 (Pareto optimum) となる（高尾

[1998], p.9; 同 [2006], p.140)。

しかしながら、上述のとおり保険市場には「情報の非対称性」が存在し、保険者が保険契約者のリスク情報を事前に調査するには費用がかかり（また、費用をかけても十分なリスク情報の調査ができないことも多い）、個々の保険契約者のリスクに応じた保険料設定はできないので、強制保険（compulsory insurance）でない限り、逆選択（adverse selection）が生じ得ることになる。つまり、こうした情報偏在下では、保険者が適当なリスク区分を設定しないとハイ・リスク者ばかりが保険に加入して保険制度が崩壊してしまう（Akerlof [1970]）。

そこで、保険者はリスク区分を設定して分離均衡（separate equilibrium）を目指すことになるが、今度はハイ・リスク者がロー・リスクであると虚偽の告知をして保険に加入しようとする。これに対する有効な牽制策（たとえば、適切な告知義務制度）が存在しない場合には、ハイ・リスク者が大量にロー・リスク区分に混入してくるためロー・リスク区分の保険料は上昇し、やはりロー・リスク者は保険を購入しなくなる。けれども、ロー・リスク者に全く保険が提供できなくなる訳では必ずしもなく、一部保険の提供、高額な免責金額の設定、縮小填補割合の設定、高額契約の禁止など、発生損害の一部のみを填補するように設計された保険（以下、「一部保険等」という¹¹⁾を提供することで分離均衡を成立させることができる可能性がある¹²⁾。ただし、その場合でもロー・リスク者には全部保険が提供できないので、ロー・リスク者は「情報の非対称性」が存在しない場合よりも低い「効用」しか得られていない（パレート劣位になる）¹³⁾ことに注意する必要がある

11) 経済学では、まさにこれら全体が「一部保険」(under-insurance)と呼ばれている。

12) つまり、逆選択を実効的に阻止する仕組みが存在しない場合には、一部保険はロー・リスク者に保険を提供するための重要な一方策となる。中間試案では、一部保険は「任意規定とする方向で、なお検討する。」とされているが（中間試案 p.10）、決して片面的強行規定とすべきではない。

13) ハイ・リスク者には全部保険を提供できる。

(Rothschild=Stiglitz [1976]; Salanié [1997], 邦訳 pp.48-53; 高尾 [2006], pp.141-149; 柳瀬 [2007], pp.93-101)。また、分離均衡を成立させるには、保険者は、ハイ・リスク者に全部保険を提供し、ロー・リスク者に一部保険等しか提供できないが、現実にはこうした経営行動は採用されにくいので（むしろ逆に、保険者は、ハイ・リスク者に一部保険等を提供し、ロー・リスク者に全部保険を提供したがるであろう）、保険制度は崩壊に向かう可能性がある。

(3) 告知義務制度の経済的意義

このように、情報偏在下の保険市場では逆選択による弊害が生じ得る。そこで、逆選択を相当程度に防止するための適切な牽制策が必要となる。そして、この牽制策として保険制度に組み込まれてきたのが告知義務制度であり¹⁴⁾、ロー・リスク者の効用を Rothschild=Stiglitz [1976] のモデルよりも改善させることができる (Dixit [2000])。したがって、実効的な告知義務制度は今後も維持しなければならない (高尾 [1998], p.24; 同 [2006], p.147; 藤田=松村 [2002])。そして、告知義務は告知義務違反による制裁に裏打ちされており、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 [1978], pp.68-70)、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=松村 [2002], pp.2086-2088; 榊 [2003], p.452-454) だとも言える¹⁵⁾。

現在の告知義務制度 (商法および約款規定) は、もちろん完全には逆選択を排除できていないものの、ロー・リスク者にも全部保険が提供できており、

14) 告知義務 (や通知義務) は、逆選択の防止以外にも、保険引受や保険引受継続の可否を判断したり、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、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 (江頭 [2005], p.408 n.1)、告知義務制度を利用して保険引受に必要な情報を収集する。

15) 告知義務制度は、ロー・リスク者の保険料低下にも繋がる (榊 [2003], p.465, n.18。なお、小林=神田 [1986], p.108参照)。

かつ、保険制度が崩壊してもいない（保険制度としての健全性を保っている¹⁶⁾）ことからすると、逆選択を相当程度有効に排除できていると評価できよう。しかしながら、今回の現代化で告知義務制度が大きく変更されようとしている（前述 2 (1)参照）。まさに今、保険市場における逆選択に関する研究成果（*Eg.*, Dionne *et al.* [2000]）を踏まえたうえで、告知義務制度の経済的意義を、現行制度と改正案の両方について、理論的にまた実証的に、詳細な分析・検討を行うべきであろう¹⁷⁾。

3. 片面的強行規定の適用除外

保険契約にも法律学における「契約自由の原則」が適用されるのが大原則であるが、中間試案では、一定の規定について、原則として片面的強行規定にしている。片面的強行規定は、一方では、保険契約に関する知識や交渉力に劣る保険契約者を保護する機能を果たす。けれども、他方では、法規整によって歪みが生じるばかりか、保険契約に関する一定の知識があったり、一定の交渉力があったりする保険契約者にとっては、保険会社が保険引受に慎重になるがために適切な補償内容の保険を入手できず、かえって不利益を被る可能性がある¹⁸⁾。そこで、一定の保険契約については片面的強行規

16) Saito [2006] の実証分析によると、日本の1999年度の自動車保険市場では、車両盗難を除き、逆選択やモラル・ハザードは見られないとのことである。

17) 「保険料の節約ができるからといって告知義務違反に大量の保険契約者が走り出すとはあまり想定できないのではなからうか。」と法学者から疑問が投げ掛けられている（山下 [2007], p.404）。

なお、質問応答義務自体は、一般的には、「情報の生産」に要するコストの低下に結びつくと言えよう（榊 [2003], pp.463-465, n.16）。しかしながら、重要なリスク情報が質問応答義務では開示されない場合には、必ずしもコスト低下には繋がらない。

18) 会社法における強行規定に関して柳川＝藤田 [1998], pp.25-26参照。なお、保険法における片面的強行規定の経済的意義は、片面的強行規定に反する合意は意思決定プロセスに問題があったものと割り切る（会社法に関して神田＝藤田 [1998], pp.467-469参照）ところにあるとも考えられるが、今後の研究が望まれる。

定の規律を排除すべきことになる。

(1) 中間試案

中間試案では、海上保険契約および再保険契約については、片面的強行規定の規律から全て外すこととされている。また、「一定の契約」についても片面的強行規定の規律から一部（または全て）外すこととされているが、その具体的内容については「なお検討する」とされている（中間試案 p.1）。

(2) 検討の視点

片面的強行規定の規律を及ぼすか否かは、次のような視点での検討が必要であろう。第1に、保険契約者の保険契約に関する知識や理解が、保険契約締結時点において非常に乏しいことが必要である（補足説明 p.3。保険契約情報に関する「情報の非対称性」）。保険契約に関する知識や理解が一定程度存在するのであれば、少なくとも今のところは「契約自由の原則」を修正する必要性はないと思われるからである。

第2に、保険者との交渉力が著しく劣ることが必要である（補足説明 p.3）。相当程度に交渉力を有する保険契約者に関しては、「契約自由の原則」を修正する必然性がないからである。特に、事業者向けの保険において、複数の保険者に保険商品や価格の提案・企画を競わせたりするような場合には、十分な交渉力を保険契約者が有していると言えよう。

以上は「契約自由の原則」を修正するうえで一般的に考慮される事項であるが¹⁹⁾、こと保険契約に関しては、リスク情報に関する「情報の非対称性」という特殊要素も考慮すべきである（補足説明 p.4）。したがって、第3に、付保対象リスクに関して、著しい「情報の非対称性」が生じていないこと、あるいは、著しい「情報の非対称性」が有効に相当程度解消されることが原則として必要だと言えよう（*Ref.*, 榊 [2003], p.468 n.40)²⁰⁾。著しい「情

19) 消費者契約法9条1項に関する最高裁平成18年11月27日判決・判例タイムズ1232号82頁、洲崎 [2007b], p.3 参照。

20) 例外として、たとえば生命保険契約では一般に通知義務を課さない代わりに、保険契約締結後の付保リスク変動を織り込んだ保険料を徴収しているが、こうした方策もあり得るところである。

報の非対称性」が存在し、それが有効に相当程度に解消できないにもかかわらず片面的強行規定の規律が適用されると、保険者としては有効な防御策を講ずることができず、保険制度を維持できなくなる恐れがあるからである（たとえば前述 2 (2)参照）。

(3) 具体的検討

上述の「検討の視点」に基づいて、片面的強行規定の適用除外の範囲を具体的に考えてみる。保険契約者が事業者の場合には一律に適用除外にするという考え方もあり得るが（榊 [2003], pp.457, 469 n.42）、ここでは細かく類型を分けて検討してみたい（*Ref.*, 洲崎 [2007a], p.10）。

片面的強行規定の適用除外とすべきと考えられるものは、保険契約者の属性から導かれる類型と、付保対象リスクの属性から導かれる類型とに大別できる。前者（以下の①～③）では、当該類型に該当する保険契約者が締結する保険契約は全て片面的強行規定の適用除外となるが、後者（以下の④、⑤）では、当該類型に該当するリスクを付保対象リスクとする保険種類のみが適用除外となる。

① 保険者を保険契約者とする保険契約

いわゆる保険の「プロ」である保険者自身が保険契約者となる場合には、片面的強行規定の規律は不要である。なぜなら、保険契約者は保険業を営んでいるので、保険に関する保険契約者の知識・理解は豊富であり、また、当該保険契約を引き受ける保険者との交渉力格差が問題となることはないからである。

ここで、保険契約者となる保険者とは、保険業法上の「生命保険会社」（同法 2 条 3 項）、「損害保険会社」（同法 2 条 4 項）、「少額短期保険業者」（同法 2 条 18 項）、「外国保険業者」（同法 2 条 6 項）のみならず、保険法における保険者（たとえば、制度共済）の全てが含まれることになる。

この適用除外に該当する保険契約としては、元受保険契約もあり（たとえば、保険会社が自己所有の建物について他の損害保険会社に火災保険を付保する場合）、また、再保険契約もある。なお、再保険契約では全て保険契約者が保険者であるので、再保険契約は全てが適用除外となる（中間

試案でも再保険は適用除外と明記されている)。ちなみに、再保険契約が適用除外となるのは、上述の理由に加えて、保険契約者（＝出再者）が重大なリスク情報を抱えており、かつ、そうした重大なリスク情報の細部は開示されない（再保険者も開示を求めない）のが通例だからだと考えられる（リスク情報に関する「情報の非対称性」が著しい。松木 [1957], pp.19-22；榊 [2003], p.482 n.12）。

② 保険代理店・保険仲立人を保険契約者とする保険契約

保険代理店や保険仲立人もいわゆる保険の「プロ」であるから、それらが保険契約者となる場合にも片面的強行規定の規律は不要である。なぜなら、保険に関する保険契約者の知識・理解は豊富であり、また、当該保険契約を引き受ける保険者との交渉力格差が大きく問題となることはないと考えられるからである²¹⁾。

③ 大規模事業者等を保険契約者とする保険契約

大規模事業者は、片面的強行規定の適用除外とすべきである。なぜなら、保険者や保険募集人との交渉力において何ら劣るところはないし、一般に保険に関する一定の知識・理解力が具備されていることも前提として差し支えない（換言すると、交渉力や知識・理解力を獲得するためのコスト負担が可能である）。かえって、片面的強行規定の規律による保険契約者保護よりも、自由な保険商品設計により、保険契約者には不利益な契約内容である一方で安価な保険契約を入手できる可能性があるし、通常は販売されていないような特殊なリスクを担保する保険商品を手続きできる可能性もあるからである。

ここで「大規模」の画定方法が問題となるが、上場の有無、資本金や資産額といった客観的数値を基準とせざるを得ない²²⁾。EUの保険規制で同

21) ちなみに、金融商品販売法における重要事項説明義務も同様の規律となっている（同法3条1項、3条4項1号、3条3項、同法施行令8条、同法2条4項、3条2項）。

22) ちなみに、金融商品取引法（2007年9月30日施行）では、「特定投資家」が契約締結やその勧誘の相手方であるとき等においては、契約締結前の書面交付

様の適用除外となるのは「ラージ・リスク」(large risk. 損害保険1次指令(73/239/EEC)5条(d), 付表A)であるが, その一つに大規模事業リスクがある。具体的には, 総資産€6,200,000, 正味売上高€12,800,000, 会計年度中の平均従業員数250人の3指標のうち2指標について基準値を上回る場合は, 物保険, 自動車保険, 賠償責任保険, 利益保険等について²³⁾「ラージ・リスク」となる。

なお, 「事業者等」には, 事業会社のみならず, 事業者団体, さらには学校法人や宗教法人等も含めて問題ないと思われるが, 客観的数値をうまく利用できるか否かが問題となろう。また, 上述の適用除外理由からすると(入札によって保険者間の競争が期待できる), 国や地方公共団体も適用除外に含めるべきであろう²⁴⁾。

④ 巨大リスク・特殊リスク

巨大リスクや特殊リスクに関しては, 保険契約者たる事業者等の属性の如何を問わず, 適用除外とすべきである。なぜなら, 保険者が窺い知れない重大なリスク情報が保険契約者に偏在しており(リスク情報に関する「情報の非対称性」が著しい), 適切な情報開示がなされないことによる保険者への影響が甚大だからである。また, こうしたリスクは国際的な再保険契約で出再されることも多いが²⁵⁾, 充分かつ実効的な情報開示がなされ

義務等が適用除外とされている。そして, 「特定投資家」とは, 「適格機関投資家」のほか, たとえば国, 地方公共団体, 上場会社, 「取引の状況その他の事情から合理的に判断して資本金の額が5億円以上であると見込まれる株式会社」が該当すると規定されている(同法2条31項, 金融商品取引法2条定義附令23条)。

また, 会社法上の「大会社」(会社法2条6号)の基準も参考となろう。

- 23) 保険種目が限定されているようにも見えるが, 実際には, 他の保険種目は保険契約者が大規模事業者等であるか否かを問わず「ラージ・リスク」とされるものが大半である(なお, 傷害保険, 疾病保険, 訴訟費用保険, アシスタンスのみが完全な「ラージ・リスク」の対象外である)。
- 24) 前々注参照。
- 25) 巨大リスクや特殊リスクについては, 再保険契約ではなくて, 保険契約者が直接に海外の保険者に付保することも可能な場合すらある(日本法が契約準拠

なければ再保険の手配にも支障をきたすことになる。さらに、国際的な再保険においては、元受保険の契約内容について国際的な定型性が求められることがあり、片面的強行規定によって定型性が維持できない場合には再保険が手配できず、ひいては元受保険の引受もできなくなるおそれがある。具体的には、人工衛星・航空機・鉄道・船舶・貨物に関する保険、原子力リスク（原子力保険）や環境汚染リスク（環境汚染賠償責任保険など）に関する保険、製品の瑕疵リスクや欠陥リスク（リコール費用保険、瑕疵保証責任保険など）に関する保険、信用リスクに関する保険（保証保険、信用保険）などが考えられる²⁶⁾。

なお、こうしたリスクを抱えている保険契約者は大規模事業者等（前述③）に該当することも多く、また、こうしたリスクは本業リスク（次述⑤）に該当することも多い。

⑤ 事業者等の本業リスク

保険者（前述①）や保険仲介者（保険代理店や保険仲立人。前述②）のような保険全般の「プロ」ではないものの、また、大規模事業者等（前述③）には該当しないものの、特定の保険種目に関しては相当な保険知識が期待できる事業者等が存在する。こうした事業者等が保険契約者となる場合には、その本業に関する保険種目に関しては、片面的強行規定の適用除外とする余地がある。また、特定の事業リスクに関しては、事業者として当然に高度かつ専門的な情報や技術を備えている筈であり、保険者が相当な情報劣位に置かれている（リスク情報に関する「情報の非対称性」が著しい）ことも勘案すべきである。このようなリスクに関しては、片面的強

法とならない可能性がある)。具体的に明示列挙されているものは、国際海上運送用の日本船舶や商業航空用の日本航空機を対象とする保険、それらによって国際運送中の貨物を対象とする保険、その他の国際運送中の日本所在貨物を対象とする保険、宇宙保険、海外旅行保険である（保険業法186条1項括弧書、同法施行令19条2号～4号、同法施行規則116条）。

26) EUの保険規制においても、鉄道車両、航空機や船舶（賠償責任を含む）、運送品、信用・保証に関する危険が「ラージ・リスク」とされている。

行規定の規律は適当ではない。中間試案が適用除外の考慮要素として「事業活動との関連性の程度に応じてどのような特性があるか」と述べているのは（中間試案 p.1）、以上の趣旨であろう。

たとえば、貨物運送業者は物品運送を本業としているが、貨物保険に関して一定の知識・理解力があると考えてよいであろう（あるいは、一定の知識・理解力が求められているとも言える）。倉庫業者にとっての火災保険なども同様であろう²⁷⁾。また、特定業界の特定分野のために特別に用意・開発された保険であって、当該保険の普及度が高い場合には同様に考えられる。たとえば、工事業者向けの工事保険、自動車製造者向けの新車一貫保険などがこれに当たる。

殊に、専門職業人（医師、弁護士、税理士等）の職業危険を担保する職業賠償責任保険（professional liability insurance or errors & omissions (E&O)）に関しては、この保険が本業リスクを担保するという性格を持つのみならず、個々の保険契約者（＝専門職業人）が抱えている職業リスクの詳細を保険者が窺い知ることは極めて困難であるので（リスク情報に関する「情報の非対称性」が著しい）、片面的強行規定の適用除外とする要請が大きい。

以上に検討した①～⑤の適用除外理由を整理すると図表2のようになる。今後、このような観点から適用除外の範囲に関する議論を深めていくべきであろう。

（筆者は東京海上日動火災勤務）

27) ちなみに、現行保険業法においては、保険会社の基礎書類のうちの事業方法書、普通保険約款、保険料及び責任準備金の算出方法書（保険業法2条2項2号～4号）を変更するには一般に認可申請が必要であるが、特定の保険種目については、「保険契約者等の保護に欠けるおそれが少ない」との理由から認可申請をせずに届出のみで可とされている（同法123条1項括弧書、2項）。その中には、当該保険契約者に高度な保険知識が期待できる保険契約がある（同法施行規則83条1号、3号に列挙されている保険契約の一部）。

【図表 2】片面的強行規定の適用除外

		適用除外とする理由			
		保険に関する保険契約者の知識・理解がきわめて乏しいとは言えないこと 【保険契約情報に関する「情報の非対称性」】	保険契約者の、保険券集入との交渉力が圧倒的に劣るとは言えないこと 【交渉力】	保険契約者側に重大なリスク情報があること 【リスク情報に関する「情報の非対称性」】	
保険契約者の属性 (→全ての保険種目について適用除外)	①	保険者	◎	◎	—
	①'	再保険における出再保険者	◎	◎	◎
	②	保険代理店 保険仲立人	◎	○	—
	③	大規模事業者等 国・地方公共団体	○	◎	—
リスクの属性 (→当該保険種目について適用除外)	④	巨大リスク 特殊リスク	○	○	◎
	⑤	事業者等の本業リスク	○	—	○
	⑤'	専門職業人の職業リスク	○	—	◎

注 ◎：よく当てはまるもの

○：当てはまるもの

—：必ずしも当てはまらないもの

(当てはまることもあれば、当てはまらないこともある)

参考文献

江頭憲治郎 [2005] 『商取引法』(4版) 弘文堂

大森忠夫 [1985] 『保険法』(補訂版) 有斐閣

神田秀樹＝藤田友敬 [1998] 「株式会社法の特質、多様性、変化」三輪芳朗他『会社法の経済学』東京大学出版会

木村栄一 [1957a] 「被保険利益概念について」保険学雑誌398号

木村栄一 [1957b] 「損害説の新展開と人保険における被保険利益」ビジネスレビュー 5巻2号

木村栄一 [1963] 「保険の概念に関する最近の世界の学説」損害保険研究25巻1号

小林秀之＝神田秀樹 [1986] 『「法と経済学」入門』弘文堂

榊素寛 [2003] 「告知義務の意義とその限界(1)」法協120巻3号

白杉三郎 [1954] 『保険学総論』(再訂版) 千倉書房

洲崎博史 [2007a] 「保険法改正 総論(1) 新保険法の射程と構造」商事法務1808号

洲崎博史 [2007b] 「保険法現代化の方向性」ジュリスト1343号

高尾厚 [1978] 「保険における『市場の失敗』」保険学雑誌481号

- 高尾厚 [1998] 『保険とオプション — デリバティブの一原型 —』 千倉書房
- 高尾厚 [2006] 「保険市場」 近見正彦他 『新・保険学』 有斐閣
- 東京海上火災保険 [1992] 『損害保険実務講座第5巻火災保険』 有斐閣
- 藤田友敬=松村敏弘 [2002] 「取引前の情報開示と法的ルール」 北大法学論集52巻
6号
- 松木太郎 [1957] 『再保険法の理論』 有斐閣
- 松島恵 [2001] 『海上保険論』 (8版) 損保総研
- メラウ, ハンス (木村栄一訳) [1965] 「保険の一義性と多様性」 保険学雑誌431号
- 柳川範之=藤田友敬 [1998] 「会社法の経済分析: 基本的な視点と道具立て」 三輪
芳朗他 『会社法の経済学』 東京大学出版会
- 柳瀬典由 [2007] 「保険の経済分析」 下和田功編 『はじめて学ぶリスクと保険』
(改訂版) 有斐閣
- 山下友信 [2005] 『保険法』 有斐閣
- 山下友信 [2007] 「告知義務・通知義務に関する立法論的課題の検討」 黒沼悦郎=
藤田友敬編 『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 (下巻)』 商事法務
- 吉澤卓哉 [2006] 『保険の仕組み—保険を機能的に捉える—』 千倉書房
- Akerlof, George A. [1970] The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 *Quarterly Journal of Economics*
- Dionne, Georges, Neil Doherty and Nathalie Fombaron [2000] Adverse Selection in Insurance Markets, Georges Dionne ed., *Handbook of Insurance*, Kluwer Academic Publishers
- Dixit, Avinish [2000] Adverse Selection and Insurance with *uberrima fides*, Peter J. Hammond and Gareth D. Myles, *Incentives, Organization, and Public Economics: Papers in Honour of Sir James Mirrlees*, Oxford University Press
- Rothschild, Michael and Joseph E. Stiglitz [1976] Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90 No.4
- Saito, Kuniyoshi [2006] Testing for Asymmetric Information in the Automobile Insurance Market under Rate Regulation, *Journal of Risk and Insurance*, 73-2
- Salanié, Bernard [1997] The economics of contracts, MIT Press (細江守紀
他訳 『契約の経済学』 (2000年) 勁草書房)