

保険法における遡及保険規整の構造

—— 「不当な利得」の有無という判断基準について ——

吉澤卓哉

■ アブストラクト

新しく制定された保険法における遡及保険規整は、「不当な利得」の有無で有効性を規律していると言われている。本稿は、遡及保険規整を網羅的に分類したうえで、この点の適否について検討するものである。検討の結果、「不当な利得」の有無で大半は説明できるものの、説明できない類型も若干存在すること、また、「不当な利得」が存在しない類型については、経済的に主観的不確定である場合とそうでない場合があることが明らかになった。

■ キーワード

遡及保険、不当な利得、主観的確定

新しく制定された保険法（平成20年法律第56号。平成20年6月6日公布，平成22年4月1日施行）は、改正前商法の保険契約法（平成20年改正前商法第2編（商行為）第10章（保険）。以下、単に旧法という）の遡及保険規整を一新した。旧法では主観的確定があると一律に無効だったが、保険法では、一定の場合を除き、遡及保険は有効となった。ここで、無効となる一定の場合とは、保険給付を受けることや保険料を取得することが「不当な利得」となる場合だとされている。

本稿は、遡及保険規整の法的構造を理解するうえで、「不当な利得」という判断基準の適否を検証するものである。まずは網羅的な分類を行ったうえ

*平成21年10月25日の日本保険学会大会（龍谷大学）報告による。
/平成21年10月28日原稿受領。

で(次述1),「不当な利得」の有無で個々の規整内容がうまく説明できるかどうかを検討し(後述2~4),最後に結論を述べる(後述5)。

1. 遡及保険規整の類型化

遡及保険について,旧法642条(旧法683条1項で生命保険にも準用)は,保険契約締結時において,保険契約者・被保険者等または保険者のいずれかの者に主観的確定があれば無効としていた。しかるに,保険法5条,39条,68条(以下,保険法5条等という)は,遡及保険(生存保険契約以外の遡及保険¹⁾)の一部類型についてのみ無効と規定し,それ以外の類型の遡及保険は法文の反対解釈によって有効と解されることになった²⁾。

具体的には,保険法の遡及保険規整は,「保険事故」(損害保険契約(ただし,傷害疾病損害保険契約を除く)または生命保険契約の場合。保険法5条1項,37条)または「給付事由」(傷害疾病定額保険契約の場合。保険法66条)または「保険事故による損害」(傷害疾病損害保険契約の場合。保険法35条)(以下,3者を併せて保険事故等という)の発生確定か不発生確定かの別,および,主観的確定の主体(以下,確定主体という)の別により分類することができる(表1参照)。

-
- 1) 保険法は規整対象から生存保険契約の遡及保険を明確に除外したが(保険法39条は「死亡保険契約」(保険法38条)に規整対象を限定している),必ずしも反対解釈によって生存保険契約の遡及保険の全てが有効となる訳ではないと考えられる。
 - 2) 萩本修編著『一問一答保険法』(2009年。商事法務)61頁,落合誠一監修・編著『保険法コンメンタール(損害保険・傷害疾病保険)』(2009年。損保総研)22頁[岡田豊基]参照。

表 1：発生・不発生確定の別および確定主体による遡及保険の分類

		保険事故等の発生確定 (保険事故等発生済み)		保険事故等の不発生確定	
		【A】 保険者の 主観的確定	【B】 保険契約者等の 主観的確定	【C】 保険者の 主観的確定	【D】 保険契約者等の 主観的確定
参考：旧法642条		無効	無効	無効	無効
保険法	5条等1項	反対解釈で有効	・一部類型が無効 ・他類型は反対解釈で有効	NA	NA
	5条等2項	NA	NA	・一部類型が無効 ・他類型は反対解釈で有効	反対解釈で有効

(筆者作成)

このうち、保険事故等の発生確定に関する保険者の主観的確定（表1のA類型）、および、保険事故等の不発生確定に関する保険契約者等（以下では、保険契約者と、損害保険契約では被保険者（ただし、被保険者の死亡損害を填補する傷害疾病損害保険契約では被保険者の相続人）、生命保険契約では保険金受取人、傷害疾病定額保険契約では被保険者や保険金受取人とを併せて保険契約者等という）の主観的確定（表1のD類型）については（以下、両類型を併せて、不当利得が生じ得ない類型という）、保険法では遡及保険に関する無効規整はなくなり³⁾、保険法5条等の反対解釈により有効となった⁴⁾。

3) 旧ドイツ保険契約法（1908年）2条および新ドイツ保険契約法（2008年1月1日施行）2条においても同様の規定となっている。ただし、保険契約を（部分）無効とせず、保険者の保険給付義務や保険料請求権のみを否定する方式を採用しており、より洗練されている。

4) 死亡保険契約におけるいわゆる承諾前死亡が、保険者の主観的確定としても旧法642条に形式的に抵触する恐れがあったが、保険法は表1のA類型を有効とすることによって（洲崎博史「保険契約の成立および終了」ジュリスト1364号（2008年）28頁参照）立法的に解決したことになる。なお、同様の事態における保険契約者等の主観的確定については本文3(1)参照。

他方、保険事故等の発生確定に関する保険契約者等の主観的確定（表1のB類型）、および、保険事故等の不発生確定に関する保険者の主観的確定（表1のC類型）については（以下、両類型を併せて、不当利得が生じ得る類型という）、保険法により一定の遡及保険は無効となるが、他の遡及保険は保険法5条等の反対解釈により有効となった。この点を明確にするにはさらなる類型化が必要である⁵⁾。

旧法では、遡及保険における主観的確定の基準時を一律に「保険契約ノ当時」と規定し⁶⁾、また、そのため保険契約者等および保険者（以下、両者を併せて保険契約当事者等という）に関する申込者・承諾者の別もなかった（さらに、無効の範囲が遡及部分だけなのか、将来部分も含むのかが判然としなかった）。これに対し保険法では、保険契約当事者に関する申込者と承諾者の別、および、主観的確定の基準時（申込時と承諾時の別）を分類基準として設けたうえで（確定主体の了知・不知の別を含めると、表1のB・C両類型ともに4つに分類される）、無効となる遡及部分も申込前（遡及部分の一部）と契約締結前（遡及部分全体）に分ける⁷⁾という非常に細かい規整となった（表2参照）。

ところで、表2は、申込前にまで遡及する遡及保険（たとえば、遠隔地間の貨物保険などで利用されてきた遡及保険形態）を前提にしたものである。けれども、たとえば死亡保険契約における遡及保険は通常はこうした形態では

5) 先行研究でも一定の類型化がなされているが（洲崎・前注、新井修司「契約の成立と遡及保険」竹瀝修他編『保険法改正の論点』（2009年。法律文化社）参照）、網羅的ではないようである。

6) これは一般には保険契約締結時のことと解されている（大森忠夫「生命保険契約における『遡及条項』について」同『続・保険契約の法的構造』（1956年。有斐閣）185頁、同・『保険法』（1985年。補訂版。有斐閣）62頁、63頁注3、洲崎・前掲注(4)27頁、28頁参照）。

なお、東京地判大正11年3月31日評論11卷商法176頁は、契約当時とは契約申込から承諾までを指すとしつつ、いわゆる承諾前死亡の事案において、保険者の承諾時を基準に判断をしている。

7) 新井・前掲注(5)27頁参照。

ない⁸⁾。すなわち、一般に、保険契約者による申込後に保険者が第 1 回保険料相当額と告知の受領を行うこととしており、遡及部分は両者のいずれか遅い時以降になると約款で規定されている。そこで、申込・承諾間にしか遡及しない遡及保険について同様の一覧表を作成した(表 3 参照)。

表 3 における表 2 との相違点は次の 2 点である(表 3 の「NA」の箇所)。

- (a) 表 3 ではそもそも申込前の遡及部分がないことを前提としているので、申込前の遡及部分に関しては有効・無効の判定があり得ない(全類型)。
- (b) 他方、申込・承諾間の遡及部分に関しては、申込時を基準時とする類型では主観的確定が生じる余地がないので、無効類型もあり得ない(そのため、表 3 においては、申込時の主観的確定を前提とする B1・C1・C3 類型は存在しない)。

したがって、申込・承諾間にしか遡及しない遡及保険(表 3)において遡及部分の主観的確定が問題となるのは、保険契約者が承諾者となる場合において、保険契約者等が保険事故等の発生を了知していた場合のみである(表 3 の B3 類型の申込・承諾間の遡及部分)。

こうして遡及保険規整の類型化ができたところで(表 1～表 3)、個々の遡及保険規整が「不当な利得」の有無でうまく説明できるかどうかを検証することにする。遡及保険規整は、その趣旨が「不当な利得」の防止にあるとしたうえで、「不当な利得」が生じない類型については有効としてもよいという考え方⁹⁾に基づくとされている¹⁰⁾からである。

-
- 8) 福田弥夫＝古笛恵子『逐条解説改正保険法』(2008年。ぎょうせい)122頁、江頭憲治郎『商取引法』(5版。2009年。弘文堂)490頁注8参照。ただし、保険者が申込者となる死亡保険契約は表2に該当することになると思われる(後掲注19参照)。また、保険契約者が申込者となる場合でも、申込前まで遡及する死亡保険契約が例外的に考えられる(後述本文3(1)、4(2)②参照)。
 - 9) 大森・統構造・前掲注(6)187-188頁、西嶋梅治『保険法』(3版。1998年。悠々社)67頁、山下友信他[2004]『保険法』(2版。2004年。有斐閣)224頁[竹瀨修]、山下友信『保険法』(2005年。有斐閣)214頁注18参照。
 - 10) 萩本・前掲注(2)61頁参照。なお、ここで「不当な利得」とは、「保険給付を受けることが不当な利得になる場合と、保険者が保険料を取得することが不当

表 2：不当利得が生じ得る遡及保険のうち、申込前にまで遡及する遡及保険における主観的確定の基準時と契約の有効性

主観的確定の種類		類型	申込者と承諾者		主観的確定の基準時		遡及部分の効果		
確定対象事由	確定主体		申込者	承諾者	申込時 (*1)	承諾時 (*2)	～申込	申込～承諾	
B 類型	遡及部分（承諾前）における保険事故等の発生確定	保険契約者等	B 1	保険契約者	保険者	了知	—	無効 5 条等 1 項 [3 (2)①]	無効 5 条等 1 項 [3 (2)②(b)]
			B 2			不知	—	有効 [3 (1)]	有効 [3 (1)]
			B 3	保険者	保険契約者	—	了知	無効 5 条等 1 項 [4 (1)]	無効 5 条等 1 項 [4 (1)]
			B 4			—	不知	有効 [4 (1)]	有効 [4 (1)]
C 類型	遡及部分（承諾前）における保険事故等の不発生確定	保険者	C 1	保険者	保険契約者	了知	—	無効 5 条等 2 項 [3 (2)①]	有効 [3 (2)②(a)]
			C 2			不知	—	有効 [3 (1)]	有効 [3 (1)]
			C 3	保険契約者	保険者	了知	—	無効 5 条等 2 項 [4 (2)]	有効 [4 (2)①]
			C 4			不知	—	有効 [4 (2)②]	有効 [4 (2)①]

(* 1) 申込前の事象が主観的確定の判断の対象となる。

(* 2) 承諾前の事象が主観的確定の判断の対象となる。

表3：不当利得が生じ得る遡及保険のうち、申込・承諾間にしか遡及しない遡及保険における主権的確定の基準時と契約の有効性

主観的確定の類型		類型	申込者と承諾者		主観的確定の基準時		遡及部分の効果			
確定対象事由	確定主体		申込者	承諾者	申込時	承諾時 (*3)	～申込	申込～承諾		
B 類型	遡及部分（申込・承諾間）における保険事故等の発生確定	保険契約者等	B 1	保険契約者	保険者	NA	—	NA	NA	
			B 2			不知			有効 (承諾前死亡) [3(1)]	
			B 3	保険者	保険契約者	—			了知	無効 5条等1項 [3(1)]
			B 4			—			不知	有効 [4(1)]
C 類型	遡及部分（申込・承諾間）における保険事故等の不発生確定	保険者	C 1	保険者	保険契約者	NA	—	NA	NA	
			C 2			不知			有効 [3(1)]	
			C 3	保険契約者	保険者	NA			—	NA
			C 4			不知				有効 [4(2)①]

(*3) 申込・承諾間の事象が主観的確定の判断の対象となる。

表2・表3とも筆者作成。[] 内の数字は本文の記述箇所。網掛けのセルは経済的な主観的確定が全く存在しないもの。

以下では、まずは不当利得が生じ得ない類型について簡単に触れたうえで(次述2)、不当利得が生じ得る類型を二分して、申込者たる確定主体の主観的確定(後述3)と、承諾者たる確定主体の主観的確定(後述4)に分けて論じる。

2. 不当利得が生じ得ない類型

保険事故等の発生確定に関する保険者の主観的確定(表1のA類型)、および、保険事故等の不発生確定に関する保険契約者等の主観的確定(表1のD類型)については、保険契約当事者等に主観的確定があるものの、保険法では有効と規整されている。

こうした規整の理由を考えると、もちろん、「不当な利得」が生じないと説明することも可能である。けれども、いきなり「不当な利得」の有無を問うのではなくて、その前提問題として、まずは、当該遡及保険が経済的な保険であるか否かを問うべきであると思われる。

なぜなら、そもそも、保険法における保険契約は、経済的な保険の一環として行われることが前提となっている¹¹⁾。そして、経済的な保険においては、リスク(経済的な不確実性)の保険契約者から保険者への移転が不可欠であるから、客観的確定事象については¹²⁾、付保時において保険契約当事者等が主観的不確定であることが必要条件となる¹³⁾。ここで保険契約当事者等に主

な利得になる場合」のことである(同頁)。

11) 竹濱修「保険法制定の背景と今後の展望」法律のひろば2008年8月号18頁、萩本修「保険法現代化の概要」落合誠一＝山下典孝編『新しい保険法の理論と実務』(経済法令研究会。2008年)15頁、江頭・前掲注(8)399頁参照。なお、旧法も同じである。

12) 法学者も、客観的確定事象であっても主観的に不確定であれば保険契約たり得ると考えるのが通説である。大森・続構造・前掲注(6)187頁、山下他・前掲注(9)89-90頁[山本哲生]参照(ただし、鈴木達次「保険事故の主観的偶然性と保険契約—商法642条の法的性質論序説—」『近代企業法の形成と展開』(1999年。成文堂)577頁は反対)。

13) 吉澤卓哉『保険の仕組み』(2006年。千倉書房)10-11, 14頁参照。

観的不確定の存在が求められる時点を厳密に考えてみると、経済的な保険における必要条件としては、確定主体による意思表示時（すなわち、申込者の場合には申込時、承諾者の場合には承諾時）を基準時として¹⁴⁾確定主体が主観的に不確定であればよい（以下、経済的な主観的不確定という）と思われる。こうして、保険法適用の前提となる筈の経済的な保険は、経済的な主観的不確定を必要条件とすることになるが、そのことによって一定程度の不当利得防止が自動的に実現する仕組みになっている。経済的な主観的確定があると不当利得が生ずる惧れがあるが、経済的な主観的不確定を必要条件とすることによって不当利得の発生が一定程度は防止されるからである。

だとすると、保険法の遡及保険規整の中には、単に経済的な主観的不確定の充足・不足を法文化したに過ぎない場合があり得ることになる。つまり、「不当な利得」の不発生（広義）とは言っても、単に経済的な主観的不確定の充足を指している場合もあれば、経済的な主観的不確定とは異なる観点での「不当な利得」の不発生（狭義）を指している場合もあるのである。

こうした観点から不当利得が生じ得ない類型（表1のA・D類型）について検討すると、経済的な主観的不確定を欠いているので経済的な保険ではないものの、現実には「不当な利得」が発生しない状況であるがために（「不当な利得」の不発生（狭義））、保険法が特に有効な「保険契約」（保険法2条1号）として認めたことになる。

3. 申込者たる確定主体の主観的確定

ここでは、不当利得が生じ得る類型（表1のB・C類型）のうち、申込者たる確定主体の主観的確定を検討する（表2のB1・B2・C1・C2類型と表3のB2・C2類型）。申込者が確定主体であり、主観的確定の基準時は全て申込時

14) 新しいドイツ保険契約法（2008年1月1日施行）2条は、保険契約者についても保険者についても、契約の意思表示時を基準時としている（なお、改正前のドイツ保険契約法2条では、いずれの契約当事者についても保険契約締結時を基準時としていた）。

とされているので、基準時における了知の有無で分けて述べる。

(1) 基準時たる申込時には不知である場合（表2・表3のB2・C2両類型）

まず、申込前まで遡及する遡及保険（表2）に関しては、保険契約者が申込者となる場合は、申込時に保険事故等の発生を保険契約者等が了知していなければ（表2のB2類型）、たとえ申込後において、申込前の遡及部分や申込・承諾間の遡及部分における保険事故等の発生を保険契約者等が了知したとしても、遡及部分全体が有効となる（保険法5条等1項の反対解釈）。また、保険者が申込者となる場合も（表2のC2類型）同様である（保険法5条等2項の反対解釈）。

次に、申込・承諾間にしか遡及しない遡及保険（表3）に関しては、保険契約者が申込者となる場合は、申込時に保険事故等の発生を保険契約者等が了知していることはない（表3のB2類型）、申込・承諾間の遡及部分は有効となる。なぜなら、申込時において保険契約者等が保険事故等の発生を了知していることが保険法5条等1項の適用条件であるが、申込・承諾間にしか遡及しない遡及保険では、申込時においては遡及部分は全て将来事象であって一般に了知しようがないため、保険法5条等1項が適用される余地がないからである。また、保険者が申込者となる場合は（表3のC2類型。なお、C4類型も同じ）、そもそも保険法5条等2項は申込前の遡及部分に関する規整であるため適用されず、やはり反対解釈により有効となる¹⁵⁾。

こうした規整の意義として持ち出されるのが、死亡保険契約（一般に表2ではなく表3が当てはまる）におけるいわゆる承諾前死亡の問題である。旧法下において、いわゆる承諾前死亡における保険者の承諾義務を論ずる前提問題として、責任遡及条項がそもそも遡及保険として¹⁶⁾有効か否かが議論され

15) 萩本・前掲注(2)63頁注2，新井・前掲注(5)27頁参照。

16) 責任遡及条項は遡及保険と考えられている。大森・保険法・前掲注(6)259頁，中西正明 [1981]「生命保険契約の成立および責任の開始」ジュリスト734号（1981年）32頁，山下・前掲注(9)213頁，江頭・前掲注(8)489頁参照。

てきた。保険契約者による申込時には保険事故等が発生していなかったとしても（表 3 の B2 類型）、その後、保険者承諾の前に被保険者が死亡すると、その事実は通常は保険契約者や保険金受取人の知るところとなり（保険契約者等の主観的確定）、旧法642条に形式的には抵触するからである¹⁷⁾。けれども、このような場合に保険給付を認めても保険契約者等が「不当な利得」を得るといふ実質的な弊害がないので、保険契約は無効にはならないと解されてきた¹⁸⁾。保険法はこの論点を立法で解決したものである¹⁹⁾。

ところで、この説明は申込・承諾間の遡及部分の有効性には適しているが、表 2 の B2・C2 両類型における申込前の遡及部分の有効性（すなわち、申込前の遡及部分に関して、申込時において確定主体たる申込者が不知であれば、その後、申込・承諾間に申込者が了知したとしても有効となること）を説明するも

17) なお、いわゆる承諾前死亡が保険者の主観的確定ともなり得る論点については表 1 の A 類型の問題である（前掲注 4 参照）。

18) 大森・続構造・前掲注(6)185-189頁，中西・前掲注(10)32頁，山下・前掲注(9)214頁参照。

19) 洲崎・前掲注(4)28頁参照。

ただし、保険法で解決されたのは保険契約者が申込者となる場合である。保険者が申込者となる場合には課題が残されている（落合編・前掲注(2)125頁〔岡田豊基〕参照）。具体的には、保険契約者からの死亡保険契約の申込みに対して、保険者が申込内容に変更を加えた場合には（たとえば、特別条件の付帯）、法的にはそれが保険者からの新たな申込みとなる可能性があり（民法528条）、その場合、その後の保険契約者の承諾によって保険契約は成立する。この死亡保険契約は第 1 回保険料相当額の支払時（または告知時）から責任が開始することがあるが、法律上の申込時（＝保険者による新たな申込時）よりもさらに保険責任開始が遡及することになる。したがって、この場合は表 3 ではなく、表 2 の B3・B4・C1・C2 類型に該当するので、保険契約者が承諾した時点で保険契約者等が保険事故等の発生を了知していれば（表 2 の B3 類型）、遡及部分全体が無効となってしまう。保険法の適用で不具合が生じるのであれば、保険法施行後も、旧法下と同様に（たとえば、山下・前掲注(9)217-218頁）、解釈論でこの点を補わざるを得ない。ただし、保険法 5 条等 1 項は絶対的強行規定とされているので（萩本・前掲注(2)63頁，山下友信「新しい保険法—総論的事項および若干の共通事項—」ジュリスト1364号（2008年）15頁）、解釈論に工夫が必要となる。

のではない。そこで考えるに、死亡保険契約において申込時ではなくて申込日を責任開始時期とすることがあるが、その場合、申込当日の午前零時から責任が開始するので数時間だけ申込前にも遡及する²⁰⁾。こうした約款の死亡保険契約では表2が当てはまるが、いわゆる承諾前死亡において、申込・承諾間の死亡のみならず、申込前の死亡（申込日の午前零時から申込時の間における死亡）も問題となる。そのため保険法は、保険契約者の申込時において保険契約者等が保険事故等の発生を了知していなければ、申込前の遡及部分についても有効性を認めたものではないかと思われる。

こうして、表2・表3のB2類型に関する法規整の立法目的を一応理解することができた（そして、C2タイプの規整は、対応関係にあるB2タイプの規整に平仄を合わせたものと考えられる）。次に、こうした規整が「不当な利得」の有無で説明できるかを検討すると、確かに「不当な利得」が生じないので有効と規整されたとも言える。けれども、そもそも両タイプの遡及保険には経済的な主観的不確定が存在するために（「不当な利得」の不発生（狭義）ではない）、保険契約の有効性を保険法が正面から認めたとも言えよう。

(2) 基準時たる申込時に了知している場合（表2のB1・C1類型）

① 申込前の遡及部分

申込前まで遡及する遡及保険（表2）において、保険契約者（あるいは、保険者）が保険契約の申込みを行い、この申込時点で保険事故等の発生（あるいは、保険事故等の不発生）を保険契約者等（あるいは、保険者）が了知していた場合には（表2のB1・C1類型）、申込前の遡及部分は無効となる（保険法5条等1項、2項）。

この規整についても、前述(1)と同様に、「不当な利得」の発生有無で説明できないではない（不当利得が発生するから無効と規整されたと説明する）。けれども、この遡及部分はそもそも経済的な主観的不確定を充足しないの

20) 旧簡易保険について簡易保険法規研究会監修『簡易生命保険法逐条解説』（1998年。簡保文化財団）190頁参照。

で、保険法も無効と規定したに過ぎないとも言えよう。

② 申込・承諾間の遡及部分

残るは申込・承諾間の遡及部分の取扱いであるが、その法規整は、本来は対応関係にある表 2 の B1 類型と C1 類型とで一致していない。まずは保険者が申込者となる場合を検討し（次述(a)）、次に保険契約者が申込者となる場合を検討することにする（後述(b)）。

(a) 保険者が申込者の場合（表 2 の C1 類型）

保険者が申込者の場合には、保険事故等の不発生を基準時である申込時に保険者が了知していたとしても（表 2 の C1 類型）、申込前の遡及部分は無効となるものの（保険法 5 条等 2 項）、その反対解釈により、申込・承諾間の遡及部分は、たとえ保険者が承諾までの間に保険事故等の不発生を了知したとしても、当該遡及部分は有効となる。

この規整も、確かに「不当な利得」が生じないので有効と規整されたとも言える。けれども、この遡及部分はそもそも経済的な主観的不確定が存在するがために（「不当な利得」の不発生（狭義）ではない）、保険契約の有効性を保険法が正面から認めたととも言えよう。

(b) 保険契約者が申込者の場合（表 2 の B1 類型）

保険契約者が申込者の場合には、保険事故等の発生を基準時である申込時に保険契約者等が了知していると（表 2 の B1 類型）、申込前の遡及部分が無効となるばかりか²¹⁾、申込・承諾間の遡及部分も無効となってしまう（保険契約締結前の遡及部分全体が無効となる。保険法 5 条等 1 項）。死亡保険契約のように保険事故等が 1 回しか発生しない保険契約では特段の問題は生じない。けれども、損害保険契約や傷害疾病定額保険契約

21) 新しいドイツ保険契約法（2008年1月1日施行）においては、申込前の遡及部分で発生した保険事故等であっても、それが保険契約者等が了知している保険事故等とは別ののであれば保険給付請求が可能だと考えられている（政府法案理由書（2006年10月11日）の同法 2 条 2 項部分による。新井修司＝金岡京子訳『ドイツ保険契約法（2008年1月1日施行）』（2008年。日本損害保険協会・生命保険協会）105頁参照）。

のように、保険期間中に複数回の保険事故等が発生し得る保険契約では、申込・承諾間に別の保険事故等が発生し得るが（保険契約者等は別保険事故については申込時に了知していない）、遡及部分全体が無効となるので、保険給付はなされないことになる。

そこで、なぜ保険法が、保険契約者が申込者となる遡及保険についてのみ、このような厳しい規整²²⁾を設けているかが問われることになる。申込・承諾間の遡及部分は経済的には主観的不確定であるので、本来は有効と規整してもよい筈である（事実、保険者が申込者の場合には、申込・承諾間の遡及部分に関しては有効と規整している。前述(a)参照）。にもかかわらず、保険法が申込・承諾間の遡及部分もあえて無効としたのは、確定主体たる保険契約者等が保険事故等の発生を了知したうえで、保険契約者が保険契約を申し込む事態は特に悪性が強いので、保険法はモラル・リスクの防止に強い態度で臨むことを明らかにしたものと言えよう（保険者が保険給付義務を免れるばかりか、さらには保険法が保険者の保険料返還義務を免除しているのもその証左である。保険法32条2号、64条2号、93条2号²³⁾）。つまり、表2のB1類型では、申込・承諾間の遡及部分については、直接には「不当な利得」は生じないものの、申込前の遡及部分における「不当な利得」の発生防止を一層強化するため、特に申込・承諾間の遡及部分についても保険法が無効と規整したものだと考えられる²⁴⁾（少なくとも、経済的な主観的不確定からは説明できない）。ただ、申

22) ただし、旧法と同様の規整である。

23) 上松公孝『新保険法（損害保険・傷害疾病保険）逐条改正ポイント解説』（2008年。保険毎日新聞社）39頁参照。

24) 保険契約者は、申込前の遡及部分における保険事故等の発生を了知したうえで保険契約の申込みをしているから、通常は、保険給付請求の詐欺（未遂）として重大事由解除の対象となる（保険法30条2号、57条2号、86条2号）。保険者が重大事由解除を行えば、詐欺（未遂）行為以後（ここでは申込以後）に発生した保険事故等は保険者免責となる（保険法31条2項3号、59条2項3号、88条2項3号）。したがって、遡及部分全体を無効と規整せずに、申込前の遡及部分のみに無効を止め、申込・承諾間の遡及部分は一応有効としたうえで、

込・承諾間の遡及部分については「不当な利得」が生じていないことに鑑みると、「不当な利得」をもって規整理由を説明することには躊躇を覚える。

4. 承諾者たる確定主体の主観的確定

ここでは、不当利得が生じ得る類型（表1のB・C類型）のうち、承諾者たる確定主体の主観的確定を検討する（表2のB3・B4・C3・C4類型、表3のB3・B4・C4類型）。主観的確定の基準時が確定主体によって異なるので、承諾者が保険契約者の場合と保険者の場合に分けて述べる。

(1) 保険契約者が承諾者の場合（表2・表3のB3・B4類型）

保険契約者が承諾者となる場合には基準時が承諾時とされており、確定主体である保険契約者等が保険事故等の発生を了知していれば遡及部分全体が無効となるし、不知であれば遡及部分全体が有効となる。非常に整然とした規整であり、経済的な主観的不確定と整合的である（なお、旧法との相違もない）。「不当な利得」を持ち出すまでもなく、経済的な主観的不確定の有無が保険法の規整に直結しているとも言えよう。

(2) 保険者が承諾者の場合（表2のC3・C4類型と表3のC3類型）

検討を要するのは、確定主体たる保険者が承諾者となる場合である。確定主体が承諾者であるにもかかわらず、保険法では基準時が申込時とされているからである（すなわち、経済的な主観的確定と整合的でない）。

ここで、保険法の立案担当者が、保険法においては遡及保険を原則有効と解したうえで例外的に無効となる場合だけを規定したと述べていること²⁵⁾、また、保険法の規定が中間試案（2007年8月）の規定内容（中間試案では承諾

保険者による重大事由解除権の行使を待って保険者免責とする立法もあり得たかもしれない。

25) 萩本・前掲注(2)61頁参照。

時を基準時としていた)から明確に変更されていること²⁶⁾からすると、保険法では、基準時(保険契約者の申込時)において保険者が保険事故等の不発生を了知していれば、基準時である申込時より前の遡及部分のみが無効となり、それ以外は全て有効となるものと考えられる(保険法5条等2項の反対解釈)²⁷⁾。以下では、申込・承諾間の遡及部分と申込前の遡及部分に分けて検討する。

① 申込・承諾間の遡及部分の有効性

(表2のC3・C4両類型の一部と表3のC4類型の一部)

申込・承諾間の保険事故等の不発生について、保険者が申込・承諾間に了知したとしても、申込・承諾間の遡及部分は有効となった²⁸⁾。これは、基準時(保険契約者の申込時)における、申込前の遡及部分に関する保険者の主観的確定の有無を問わない。申込時においては、申込・承諾間の遡及部分は将来事象だからである²⁹⁾。主観的確定の基準時を申込時とした以上は当然の結論だと言えるかもしれないが、なぜ主観的確定の確定主体である保険者が承諾者の場合にのみ基準時を申込時としたかが問われるべきである。経済的な主観的確定の考え方が異なるし、また、保険契約者が承諾者の場合(B3・B4類型)には基準時は承諾時とされている。

この規整の背景には、死亡保険契約(一般に表2ではなく表3が当てはまる)の引受に関する生命保険会社の実務事情がある。すなわち、生命保険会社の営業職員に代理権が付与されていることが稀であり、遡及保険たる

26) 中間試案第2, 1(5)注1(5頁)には「なお検討を要する。」との注記があり(法務省民事局参事官室「保険法の見直しに関する中間試案の補足説明」(2007年8月)21頁も参照), その後の法制審議会保険法部会第23回会議(2008年1月9日)において取扱いが変更された(保険法部会資料26, 3頁)。

27) 新井・前掲注(5)28頁参照。

28) 大串淳子=日本生命編著『解説 保険法』(2008年。弘文堂)54頁[花田さおり], 洲崎・前掲注(4)28-29頁参照。

29) ただし、保険契約者の申込時において、保険契約者等が保険事故等の発生を了知していた場合(表2のB1類型)には申込・承諾間の遡及部分が無効となること(前述3(2)②(b)参照)と平仄が合わない。

死亡保険契約に関する保険者承諾が保険証券の送付と同時になされているため³⁰⁾、申込・承諾間に一定程度の日数を要し、その間に保険事故が発生していない事実を時に保険者が了知してしまうことがある³¹⁾。こうした場合には、申込・承諾間の遡及部分は、少なくとも経済的には、承諾者たる保険者について主観的確定が生じていることになる（形式的には旧法でも同様である）。

ところで、死亡保険契約のいわゆる承諾前死亡においては、保険契約者による申込後、保険者承諾までに被保険者が死亡したことを保険者が了知したとしても、申込・承諾間の遡及部分は保険者の主観的確定をもって無効となることはなく（表 1 の A 類型。保険法では法文の反対解釈により有効と認められることになった）、また、保険契約者等が申込・承諾間に了知したとしても申込・承諾間の遡及部分は保険契約者等の主観的確定をもって無効となることもないばかりか（表 3 の B2 類型。保険法では法文の反対解釈により有効とされることになった。前述 3(1)参照）、さらに進んで信義則等を基に保険者に承諾義務があると解されてきた³²⁾。そのこと（最後者）との均衡をとるために、逆に申込・承諾間において保険事故等が発生しなかった場合には、たとえ保険者がそのことを保険者承諾までに了知したとしても、保険者に保険料を取得させることにしたものである³³⁾。つまり、経

30) 日本生命保険『生命保険の法務と実務』（2004年。きんぎい）163頁参照。

31) 法制審議会保険法部会第 1 回会議（2006年11月 1 日）議事録22頁参照。

32) 中西・前掲注(6)33-34頁、山下・前掲注(9)214-218頁、江頭・前掲注(8)489頁参照。また、判例の大勢も同旨である。ただし、反対説もある（大森・続構造・前掲注(6)183-184頁参照）。

33) 洲崎・前掲注(4)29頁注 9、新井・前掲注(5)35頁注18参照。また、中間試案補足説明・前掲注(25)21頁も参照。

なお、この規整は死亡保険契約におけるいわゆる承諾前死亡の取扱いと均衡をとるために設けられたものであるが、損害保険契約や傷害疾病定額保険契約にも同様の規整が導入されている。けれども、死亡保険契約と同様の承諾義務が、そもそも、損害保険契約や傷害疾病定額保険契約においても保険者に認められるかどうかを本来は先に議論すべきである。承諾義務が認められないのであれば、立法趣旨からして、損害保険契約や傷害疾病定額保険契約にはこうし

済的な主観的確定があり、かつ、確定主体に「不当な利得」が生じる類型であるにもかかわらず、特別な配慮（ここでは、保険者の承諾義務との均衡）から法が特に有効としたことになる。経済的な主観的不確定では説明できないばかりか、もはや「不当な利得」でも説明できないのである。

② 申込前の遡及部分の有効性（表2のC4類型の一部）

保険契約者の申込時において、申込前の保険事故等不発生について保険者が不知であれば、たとえその後の申込・承諾間において承諾者たる保険者がそのことを了知したとしても、申込前の遡及部分も有効となった（保険法5条等2項の反対解釈³⁴⁾。主観的確定の基準時を申込時とした以上は当然の結論だと言えるかもしれないが、なぜ確定主体である保険者が承諾者の場合にのみ基準時を申込時としたかが問われるべきである。経済的な主観的確定の考え方と異なるし（保険者がその承諾までの申込・承諾間に了知した場合には、むしろ表2のB3類型とパラレルに、遡及部分全体を無効と規整するのが本来である³⁵⁾）、また、確定主体たる保険契約者が承諾者の場合（B3・B4類型）には基準時は承諾時とされている。保険法の立案担当者はこうした事態が起り得ることを想定していたようであり³⁶⁾、何らかの特別な配慮から法が特に有効としたものと推測される³⁷⁾（ただし、この類型についてはそれほど多くの事例が発生するとは考えにくい³⁸⁾）。

た規整は必要ないかもしれないからである。あるいは、損害保険契約ではそうした事例が想定しにくい場合も同様である（ちなみに、生存保険契約の遡及保険は具体事例が想定しにくいという理由で、法規整から明文で除外されている。前掲注1参照）。

34) 新井・前掲注(5)28頁参照。

35) なお、旧法642条に関して、保険者承諾時に保険事故等の不発生を保険者が了知していた場合には、承諾前の遡及部分を無効と解する学説が多かった。大森・続構造・前掲注(6)188頁、中西・前掲注(10)32頁、同『生命保険入門』（2006年。有斐閣）98頁参照。

36) 法制審議会保険法部会第8回会議（2007年4月18日）議事録51頁および同・参考資料「いわゆる遡及保険に関する規律」参照。

37) なお、新井・前掲注(5)35頁注18を参照。

38) 申込前の遡及部分における保険事故等の不発生は申込者である保険契約者自

そこで考えるに、保険契約者の申込時において保険契約者等が保険事故等の発生について不知であれば、たとえその後にて了知したとしても申込前の遡及部分も有効となるが（表 2 の B2 類型。前述 3 (1)参照）、さらに進んで申込前の遡及部分についても保険者に承諾義務を課すものだとすると、そのこととの均衡をとるため、例外的に保険事故等不発生の場合も（表 2 の C4 類型）申込前の遡及部分を有効な契約として取り扱うことにしたものと推測される。つまり、表 2 の C3・C4 両類型の一部や表 3 の C4 類型の一部（前述①参照）における申込・承諾間の遡及部分と同様、主観的確定があり、かつ、確定主体に不当利得が生じる類型であるにもかかわらず、特別な配慮（ここでは、保険者の承諾義務との均衡）から法が特に有効としたものと考えられる。もしそうだとすると、経済的な主観的不確定では説明できないばかりか、もはや「不当な利得」でも説明できないのである。

5. 遡及保険規整の構造

本稿では、「不当な利得」の有無で遡及保険規整が説明可能か否かを検討した。その結果、第 1 に、保険法の遡及保険規整は「不当な利得」の有無で大半は説明できるが、説明できない類型も若干存在することが判明した。具体的には、「不当な利得」が生じないにもかかわらず無効と規整する類型（表 2 の B1 類型における申込・承諾間の遡及部分：前述 3 (2)②(b)参照）と、逆に、「不当な利得」が生じるにもかかわらず有効と規整する類型（表 2 の C3・C4 両類型の一部と表 3 の C4 類型の一部における申込・承諾間の遡及部分：前述 4 (2)

身がよく分かっている筈であり、申込時までには保険事故等が不発生の場合には、申込前にまで遡及する遡及保険を一般に保険契約者は申し込まないと考えられるからである。ただし、保険契約者による申込日当日の午前零時に遡及する死亡保険契約が考えられる（前述本文 3 (1)参照）。また、例外的に、生命保険料を引き下げる効果がある場合には、申込日前に遡及する死亡保険契約が行われ得る（米国の州法にはそのための監督規制が用意されている。Ref., eg., New York Insurance Law, §3208. Antedating of life insurance policies and burial agreements prohibited）。

①参照。表2のC4類型の一部における申込前の遡及部分：前述4(2)②参照)である。

第2に、「不当な利得」が生じない類型については、経済的に主観的不確定である場合もあれば、経済的に主観的不確定でない場合もあることが明らかになった。そもそも、保険法はその規整対象契約が経済的な保険の一環として行われることを前提としているので、主観的確定の基準時は確定主体による意思表示時と捉えるのが適当である。とすると、旧法下において「不当な利得」が生じないとして有効と解されてきた遡及保険類型や³⁹⁾保険法で有効とされることになった遡及保険類型のうちの相当程度のものは、経済的な主観的不確定を充足しているので、実はもともと経済的には有効な保険であったことになる（この場合の「不当な利得」の不発生は、単に経済的な保険であることの結果に過ぎないとも言える⁴⁰⁾）。他方で、経済的な主観的不確定を充足していないにもかかわらず、実際に「不当な利得」が生じ得ないがために保険法では有効な「保険契約」として取り扱うことになった類型もあるのである（表1のA・D類型⁴¹⁾）。

(筆者は東京海上日動火災勤務)

39) 旧法について、大森・続構造・前掲注(6)185-191頁参照。

40) もちろん、経済的な保険が有する一定の不当利得防止機能のみでは心許ない場合には、より確実な不当利得防止のために、それ以上の手当てを法が積極的に行うこともあり得る。

41) この点をいかに法解釈に反映させるべきか（あるいは、反映させる必要がないか）についての検討は別稿に譲りたい。