

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

—— 不当利得が生じ得ない類型の遡及保険規整を手がかりに ——

吉澤卓哉

■ アブストラクト

本稿は、経済的には保険ではないにもかかわらず、保険法のある規整において特に「保険契約」として取り扱われる契約を取り上げ、そのことが法解釈にどのような影響を及ぼし得るかについて検討するものである。主観的に確定しているが不当利得が生じ得ない遡及保険類型を題材として検討した結果、保険法の他の諸規整が必ずしも自動的に適用される訳ではないこと、また、このような規整を発見するにあたり、当該規整が保険の経済的要件に整合的であるか否かを確認することが有用であることが確認された。

■ キーワード

遡及保険、主観的確定、保険の経済的要件

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）は、改正前の商法の保険契約法（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）と同様に、適用対象となる契約が保険としての経済的実質を具備していることを当然の前提としている。本稿は、この前提条件を視座として、経済的には保険ではないにもかかわらず、保険法のある規整において特に「保険契約」として取り扱われる契約を取り上げ、そのことが法解釈にどのような影響を及ぼし得るかについて検討するものである。

* 平成21年12月18日の日本保険学会関東部会報告による。

/ 平成21年12月23日原稿受領。

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

検討にあたっては、今般の保険法制定によって、主観的に確定しているにもかかわらず、不当利得が生じ得ないとして契約の有効性が認められることになった遡及保険類型を題材として取り上げる。

以下では、保険の経済的実質を具備していないものを抽出しなければならないので、まずは保険の経済的要件について述べたうえで、遡及保険において問題となる点を整理する（次述1）。次に、保険の経済的要件を充足していない「保険契約」の例として、主観的に確定しているにもかかわらず、不当な利得が生じ得ないとして、保険法において契約の有効性が認められることになった遡及保険類型があることを指摘する（後述2）。そのうえで、保険の経済的要件の充足の有無が保険法の法解釈に与える具体的な影響を検討し（後述3）、最後に総括を述べる（後述4）。

1. 保険法適用の前提条件

(1) 「保険契約」

保険法では、「保険契約」の定義が新たに置かれた（保険法2条1号）。すなわち、「損害保険契約」（同条6号）、「生命保険契約」（同条8号）、「傷害疾病定額保険契約」（同条9号）という典型契約を包摂する上位概念として「保険契約」を定義している。

ここで保険法における「保険契約」の定義を分解すると、次の3つの要素から構成されている。すなわち、①給付条件付き契約であり、給付条件は「一定の事由」の発生であること、②条件成就によって「財産上の給付」を行うことを一方当事者が約すること、③この給付条件付き財産給付の約束に対して、他方当事者が「保険料」の支払を約することである。けれども、これらの要素を充足するものが全て「保険契約」に該当する訳ではない。たとえば、金融商品やコモディティ商品的一种であるオプション契約はこの定義に合致するものの、「保険契約」に該当するとは考えられていない。

(2) 前提条件としての保険性と保険の経済的要件

すなわち、「保険契約」たること的前提条件として、当該契約が経済的な保険の一環として行われていることが、暗黙の要件（あるいは、書かれざる当然の要件）となっているのである¹⁾（この点は旧法から変わらない²⁾）。あるいは、保険法1条が保険法の適用対象を「保険に係る契約」と規定しているが、条文上もそのことが明示されているとも言えよう³⁾。

ところで、本稿は、保険法適用の前提条件としての経済的な保険性を具備しないにもかかわらず、保険法において特に「保険契約」として取り扱われる契約を、遡及保険を題材にして取り上げるものである。そのためには、保険の経済的な要件を一応は明らかにしておかなければならない。保険の定義やその経済的要件については諸説があるが、本稿では、保険としての必要十分な機能（仕組み）をもって保険の経済的要件とする⁴⁾。具体的には次の3つの機能であるが、こうした機能が保険に存在することに関しては、多くの保険法学者や保険論学者がほぼ一致して認めるところである⁵⁾。

- 1) 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』（2008年。経済法令研究会）15頁、江頭憲治郎『商取引法』（5版。2009年。弘文堂）399頁参照。
- 2) 大森忠夫『保険法』（補訂版。1985年。有斐閣）35-36頁、37頁注10、38頁注11、山下友信『保険法』（2005年。有斐閣）6-9頁（特に8頁注7）参照。
- 3) 保険法において「保険」自体の定義規定は置くことが立法過程では検討されたものの（法制審議会保険法部会「保険法の見直しに関する中間試案」（2007年8月。以下、中間試案という）1頁、法務省「保険法の見直しに関する中間試案の補足説明」（2007年8月。以下、中間試案補足説明という）5-7頁参照）、結局は見送られることになった（法制審議会保険法部会資料25（2007年12月）16頁参照）。
- 4) 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）を参照。
- 5) 大森・前掲注(2)2-3頁、岡田豊基「保険本質論の法的再検討－保険契約と他の契約との区別を目的として－」神戸学院法学25巻1号109頁（1995年）155-161頁、山下友信他[2004]『保険法』（2版。2004年。有斐閣）2頁[洲崎博史]、山下・前掲注(2)6-9頁、江頭・前掲注(1)399頁参照。なお、判例も、保険

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

第1の機能は、ある経済主体（＝保険契約者）が抱える、負の方向への経済的リスク（経済的不確実性）を、他の経済主体（＝保険者）へと転嫁することである（以下、リスク移転という）。したがって、(a)付保対象に関して保険契約者等が付保対象に関して何らかの利益関係を持ち⁶⁾、(b)そうした利益関係が損なわれる可能性（経済的不確実性）が存在し、(c)そして付保によってこの経済的不確実性が他の経済主体（＝保険者）へと移転して、付保後は保険者に経済的不確実性が存在しなければならない。このうち、遡及保険を始めとする主観的確定において問題となるのは、上記(b)すなわち付保前において保険契約者に経済的不確実性が存在することと、上記(c)すなわち付保後において保険者に経済的不確実性が存在することである。

第2の機能は、保険者が多数のリスク（経済的不確実性）を保険契約者から引き受けて、大数の法則や中小極限定理を働かせることによって、経済的不確実性の分散（ばらつき）を縮小させ、保険者としての収支の安定性を確保することである（以下、リスク集積という）。経済的な保険ではこうした機能が具備されているが、裏を返せば、こうした機能を用いない経済制度は経済的な保険ではないことになる。したがって、保険者の主観的確定はここでも問題とされることになる。

第3の機能は、保険制度を巨視的に眺めると、保険契約者がそれぞれ金銭等を拠出することによって保険ファンドが形成され、たまたま経済的不確実性が顕在化した（つまり、現実のものとなった）保険契約者に対して保険ファンドから払い出しが行われるが、この拠出と払い出しが均衡するように制度

業法に関する事案であるが、保険の団体的性格を認めている。最高裁（大法廷）昭和34年7月8日判決・民集13巻7号911頁参照。保険学の学者では、たとえば、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頁以下を参照。

- 6) 定額人保険も同様に考えられる（たとえば、江頭・前掲注(1)400-401頁参照）。保険学の学者では白杉・前注26頁、木村栄一「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（1957年）77頁参照。

設計されている（収支相等の原則）。つまり、保険制度においては、リスクを実質的に負担しているのは保険ファンドの拠出者たる保険契約者だとも言えるのである（リスク分散）。なお、主観的確定はこのリスク分散機能に直接関連する問題ではない⁷⁾。

(3) 客観的確定と主観的確定

このように、経済的な保険においてはリスク移転・リスク集積・リスク分散の3つの機能の具備が必要であるが、前2者の観点から経済的不確実性の存在が求められることになる。確定事象には経済的不確実性がないので、保険としての経済的要件を充たさないことになる。

ここで問題となるのが確定事象の意義である。つまり、付保対象事象が客観的にも不確定であれば問題はないが、客観的には事象が確定している場合には（以下、客観的確定という）、一般的には不確実性を欠くものとして無効となる筈である。けれども、客観的確定であっても、少なくとも保険契約者や被保険者等（損害保険契約では被保険者、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）（以下、保険契約者等という）や保険者（以下、保険契約者等と保険者を併せて保険契約当事者等という）の全員または一部の者が、確定していることを知らない場合には（以下、主観的不確定という）、必ずしも常に契約を無効とする必要はないとも考えられるからである⁸⁾。

確かに、保険の経済的要件たるリスク移転を厳格に求めるならば、たとえ主観的不確定であっても、客観的確定事象に関する保険にはもはやリスク移

7) 給付・反対給付均等の原則を保険の要件として捉える立場では（山下・前掲注(2)7-8頁）、主観的確定はリスク分散にも関連する問題であることになろう。なぜなら、主観的確定は給付・反対給付均等の原則に反する場合がある（不当利得の生じ得る類型。後掲表1のB類型とC類型）からである。

8) 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）187頁、山下他・前掲注(5)89-90頁 [山本哲生] 参照。

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

転がないとも言えないではない⁹⁾。しかしながら、結局、保険とは保険契約当事者間でのリスク移転行為であるから、保険契約当事者等以外の第三者が仮に事実を知っていたとしても、経済的な保険として取り扱う余地はあるものと考えられる。また、そもそも、客観的確定と主観的確定の境界は突き詰めると曖昧である¹⁰⁾。したがって、客観的確定を全て無効とすべき必然性はなく、主観的不確定をどこまで有効とすべきかを検討すればよいことになる。旧法は、全ての保険契約当事者等にとって主観的に不確定であれば客観的には確定していても有効とするが、一部の保険契約当事者等において主観的に確定している場合には無効としていた（旧法642条。旧法683条1項で生命保険契約にも準用）。

保険の経済的要件からすると、保険契約者等にとっても主観的に不確定であり、かつまた、保険者にとっても主観的に不確定であれば、上述の保険の経済的要件は充足されていることになる。他方、いずれかが欠けると、保険の経済的要件が充足されているとは言い難いため、経済的には保険ではないことになる¹¹⁾。なぜなら、保険契約者等として主観的に確定していれば、そもそも保険契約者等に経済的不確実性は存在しないのでリスク移転の要件を充たさない。他方、保険者として主観的に確定していれば、保険者へのリスク移転がないのでリスク移転の要件を充たさないばかりか、同質な不確実事象を多数集積することによって分散（ばらつき）を小さくするというリスク集積の要件も充たさないからである¹²⁾。したがって、保険契約当事者等の全

9) 客観的不確定を保険契約の要件とする考え方もある。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 奥島孝康教授還暦記念第二巻』（1999年。成文堂）577頁参照。

10) 将来事象については、絶対に確実な事象は存在しない。また、過去事象や科学法則についても、既知と思われていたことが誤解だったと後日や後世に判明することもある。

11) 白杉・前掲注(5)19頁注10参照。そのため、保険学の学者には旧法642条を強行規定と解する考え方もあった（加藤由作『海上危険新論』（1961年。春秋社）10頁注4参照）。

12) 吉澤卓哉「保険の仕組みと保険契約法」損害保険研究69巻1号（2007年）

員の主観的不確定を求める点において、旧法642条は保険の経済的要件からすると誠に適切な規整であったことになる。

これに対して保険法は、主観的に確定している一部の類型の遡及保険を有効と整理した（保険法5条、39条、68条。以下、保険法5条等という）。

2. 遡及保険の一部類型有効化

遡及保険（生存保険契約の遡及保険を除く¹³⁾）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）の別のより、表1のようにA～Dの4類型に分類することができる。

旧法642条は、保険契約締結時点においていずれかの保険契約当事者等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条等は、遡及保険の一部類型についてのみ無効と規定した結果、それ以外の類型の遡及保険が法文の反対解釈によって有効とされるに至った。表1のA類型とD類型は有効であることが明確になった遡及保険の中心を成すものであり、本稿ではこの両類型を題材として取り上げることにする¹⁴⁾。

表1のA類型は保険事故等の発生確定に関する保険者の主観的確定であり、表1のD類型は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

130頁参照。

13) 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（保険法39条。「死亡保険契約」（保険法38条）に規整対象を限定している）。

14) なお、表1のB類型とC類型の中にも、保険法5条等の反対解釈によって有効とされる遡及保険類型がある。吉澤卓哉「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—」保険学雑誌608号（2010年）参照。

表1：主観的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
旧法642条	無効	無効	無効	無効
保険法5条1項 39条1項 68条1項	有効 (反対解釈)	原則無効 (有効類型 もあり)	NA	NA
保険法5条2項 39条2項 68条2項	NA	NA	原則無効 (有効類型 もあり)	有効 (反対解釈)

(筆者作成)

である。これらの遡及保険が有効とされるに至ったのは¹⁵⁾、遡及保険規整の趣旨が不当利得にあるとしたうえで、遡及保険を不当利得に該当する類型と該当しない類型に類別し、後者については有効としてもよいという考え方¹⁶⁾に基づいている。

けれども、両類型の遡及保険契約が経済的な保険であるとは限らない。そのことを具体的に検討するために、表1のA類型・D類型について、保険契約者と保険者のいずれが申込者となるかでさらに分類したうえで、申込前の遡及部分と申込・承諾間の遡及部分の有効性について、保険の経済的要件から演繹される結果と保険法の規整内容とを対照できるように表を作成した(表2参照)。

15) 萩本修他「保険法の解説(2)」NBL885号(2008年)25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。また、表1のA類型が有効であることについて洲崎博史「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。

16) 大森・前掲注(8)187-188頁、西嶋梅治『保険法[第3版]』(1998年。悠々社)67頁、山下他・前掲注(5)224頁[竹瀆修]、山下・前掲注(2)214頁注18参照。

表 2：主観的確定により不当利得が生じ得ないとされ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 (網掛けセルが確定主体)		主観的確定の 基準時(本来*1)		遡及部分の効果 (本来*1)		遡及部分の効果 (保険法)		
			申込者	承諾者	申込時 (*2)	承諾時 (*3)	～申込	申込～承諾	～申込	申込～承諾	
A 類型	保険事故等の 発生確定	保険者	A 1	保険 契約者	保険者	—	了知	無効	無効	有効 (承諾前死亡)	有効 (承諾前死亡)
			A 2	保険者	保険 契約者	了知	—	無効	有効	有効	有効
D 類型	保険事故等の 不発生確定	保険契約 者等	D 1	保険者	保険 契約者	—	了知	無効	無効	有効	有効
			D 2	保険 契約者	保険者	了知	—	無効	有効	有効	有効

(*1) 「本来」とは、保険の経済的要件から演繹される基準時および効果のことである。

(筆者作成)

(*2) 申込以前の事象が主観的確定の判断の対象となる。

(*3) 承諾以前の事象が主観的確定の判断の対象となる。

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

まず、保険者が保険事故等の発生を了知している場合には（表1のA類型）、保険者による意思表示以前の遡及部分について、保険者には経済的不確実性が存在しない。したがって、保険者はリスクを引き受けたことにはならないし（保険の経済的要件であるリスク移転の欠如）、また、保険者にとっての確定事象であるので大数の法則や中心極限定理を用いることもない（保険の経済的要件であるリスク集積の欠如）¹⁷⁾。そのため、保険の経済的要件からすると、保険者が保険事故等の発生を了知している場合には、保険者が申込者の場合は申込前の遡及部分、保険者が承諾者の場合は遡及部分全体を、本来は無効とすべきである（表2のA1類型・A2類型参照）¹⁸⁾。しかるに、保険法では全て有効と規整されることになったので、経済的には保険ではない契約が、保険法の遡及保険規整では「保険契約」として取り扱われることになったのである。

次に、保険契約者等が保険事故等の不発生を了知している場合には（表1のD類型）、保険契約者による意思表示以前の遡及部分について、保険契約者等には経済的不確実性が存在しない。したがって、リスク移転の前提となる経済的不確実性が保険契約者等に存在しない（保険の経済的要件であるリスク移転の欠如）。そのため、保険の経済的要件からすると、保険契約者等が保険事故等の不発生を了知している場合には、保険契約者が申込者の場合は申込前の遡及部分、保険契約者が承諾者の場合は遡及部分全体を、本来は無効とすべきである（表2のD1類型・D2類型参照）¹⁹⁾。しかるに、保険法では

17) 法制審議会保険法部会では、このような検討はなされなかったようである。

18) ただし、保険者が申込者となる場合は、主観的確定の基準時は保険の経済的要件からすると申込時となるから（表2のA2類型）、申込・承諾前の遡及部分については経済的にも保険である。したがって、この場合は経済的な保険と保険法の規整が一致しており特に問題はない。

19) ただし、前注と同様に、保険契約者が申込者となる場合は、主観的確定の基準時は申込時となるから（表2のD2類型）、申込・承諾前の遡及部分については経済的にも保険である。したがって、この場合は経済的な保険と保険法の規整が一致しており特に問題はない。

全て有効と規整されることになったので、経済的には保険ではない遡及部分も、保険法の遡及保険規整では有効な「保険契約」として取り扱われることになったのである。

したがって、保険法の下ではA類型・D類型ともに遡及保険契約としての有効性は認められるとしても、確定主体による申込（または承諾）前の遡及部分は経済的には保険ではない。そもそも、旧法の遡及保険規整の趣旨は、単に不当利得の回避だけにあるのではなくて、むしろリスク移転やリスク集積という保険の経済的要件の充足にあったものと考えられる（経済的な保険は、リスク移転という保険の経済的要件を充足することによって、一定類型における不当利得の発生が自動的に回避される仕組みになっているのである）²⁰⁾。

ただし、経済的な保険という枠組みを超えて、経済的な保険ではない一定の契約を、特に、保険法上の「保険契約」として取り扱うことにする（すなわち、保険法の適用対象とする）のも、一つの法政策判断としてあり得るところである。両類型（A類型とD類型）に該当する遡及保険契約の遡及部分の多くは、経済的には保険ではないものの、保険法によって特に有効な「保険契約」として取り扱われることとされた契約であると考えられる。

3. 保険の経済的要件と保険法

保険法（や旧法）は規整対象とする契約が経済的な保険として行われていることを前提としていると言うものの（前述1(2)参照）、経済的な保険と保険法における「保険契約」とは、必ずしも一致するとは限らない。本稿が取り上げた遡及保険類型においても、両者は必ずしも一致していなかった（前述

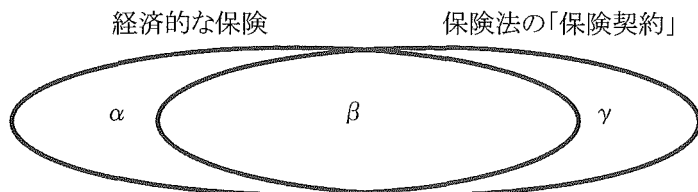
20) なお、旧法642条は基準時については「保険契約ノ当時」と規定していたが、一般には保険契約締結時のことと解されていた（大森・前掲注(8)185頁、同・前掲注(2)62頁、63頁注3、洲崎・前掲注(15)27頁、28頁参照。ただし、東京地判大正11年3月31日評論11巻商法176頁は、契約当時とは契約申込から承諾までを指すとしつつ、いわゆる承諾前死亡の事案において、保険者の承諾時を基準に判断をしている）。しかしながら、申込者については申込時を基準時とすればよいと指摘されていた（大森・前掲注(8)187-189頁）。

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

2 参照)。

ところで、主観的確定の問題に限らず、経済的な保険と保険法の「保険契約」とが一致しない場合、両者のずれは2種類ある(図参照)。

図：経済的な保険と保険法における保険



1つは、経済的には保険であるものの、保険法における「保険契約」には該当しないものである(図1の α の部分)²¹⁾。経済的な保険よりも保険法における「保険契約」を狭く規定していることになるが、本稿では取り上げない。

もう1つのずれは、経済的には保険ではないにもかかわらず、何らかの理由で、保険法(のある規整)において特に「保険契約」として取り扱われるものである(図1の γ の部分)。こうした契約は、経済的な保険ではないため、保険法のある特定の規整において「保険契約」として取り扱われるとしても、保険法における他の全ての規整においても、必ずしも常に「保険契約」として取り扱われるとは限らないと思われる。なぜなら、保険法は、その適用対象とする契約が経済的な保険として行われていることを前提としているにもかかわらず、この前提条件を欠いているからである。

21) 保険法の適用を受けない経済的な保険としてどのようなものが存在するかは、結局のところ、保険法1条の「保険」や保険法2条1号の「保険契約」の解釈問題となる。たとえば、現物拋出型の保険は、少なくとも保険法2条1号の「保険契約」には該当しないが、保険法1条の「保険」には該当する可能性がある。

遡及保険に関して言えば、保険の経済的要件からすると、保険契約当事者等の主観的確定が生じている契約は経済的には保険ではない筈である。しかるに、保険法は、不当利得防止手当てが不要であること等を理由に、主観的確定の一部類型を有効としている²²⁾。こうした契約は、遡及保険規整においては保険法上の「保険契約」として取り扱われるとしても、経済的には保険ではないため、保険法の他の規整が必ずしも常にそのまま適用される訳ではないと思われる²³⁾（もちろん、保険法の他の規整が適用されることもあり得るであろう）。以下で具体的に検討する。

なお、以下の検討内容は、保険法の遡及保険規整が直接適用される「保険契約」のみならず、遡及保険規整が類推適用される「保険契約」にも当てはまる可能性があることに留意すべきである。類推適用される「保険契約」とは、具体的には、将来保険における主観的確定や、生存保険契約の遡及保険における主観的確定である。

(1) 保険事故等の発生を保険者が了知している主観的確定

①他の法規整の適用

保険事故等の発生を保険契約者等は了知していないが、保険者が了知している遡及保険（表1のA類型）は、保険法上は全て有効な「保険契約」とされることになった（保険法5条等1項の反対解釈。前述2参照）²⁴⁾。けれども、保険者による承諾（または申込）前の遡及部分に関しては、経済的

22) 表1のA類型・D類型以外にも図1のγに分類される遡及保険類型があるが（前掲注14参照）、本稿では取り上げない。

23) 法の解釈としては、当該規定の適用を主張することが信義則に反する、と表現されることになろう。結論としては信義則違反になるとしても、なぜ、あるいは、どのように、信義則に反するのかを分析的に考える必要があると思われる。その際の分析手段を提供することに本稿の意義がある。

24) いわゆる承諾前死亡（本文3(1)2参照）を除けば、通常の本来的な保険取引ではこのような事態は発生しにくい。万が一、このような保険取引が行われれば、保険者による特別利益の提供規制（保険業法300条1項5号）に抵触する恐れがある。

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

には保険とは言い難いので、遡及保険規整では保険法上の有効な「保険契約」として取り扱われるとしても、保険法の他の規整も全て適用されるとは限らないと思われる。

まず第1に、保険者は遡及部分（正確には、保険契約者が申込者となる場合は申込時までの遡及部分、保険契約者が承諾者となる場合は遡及部分全体）に関する「危険」（「保険事故等」の発生確率。保険法4条、37条、66条）が100%であることを了知したうえで保険を引き受けた訳であるから、上記遡及部分やその間の了知済みの保険事故等に関しては、「危険」の不確実性や「危険」の変化を前提とした規整であって、かつ、保険者のための規整は、保険者の了知内容次第ではあるが、原則として適用されないと考えるべきであろう（約款規定の解釈も同様である）。

たとえば、告知義務（保険法4条、37条、66条）およびその制裁規定（保険法28条、30条2項1号、55条、59条2項1号、84条、88条2項1号）や、危険増加に関する通知義務の制裁規定（保険法29条、30条2項2号、56条、59条2項2号、85条、88条2項2号）がこれに当たると考えられる（ただし、保険料の追徴や増額請求は可能かもしれない）。もちろん、保険者が了知している保険事故等以外にも保険填補の可能性がある場合には（損害保険契約や傷害疾病定額保険契約）、こうした法規整が適用される余地はある。

第2に、保険事故等の発生を保険者は了知しているのであるから、保険給付に関する規整の一部にも適用されないものがあると考えられる。たとえば、保険契約者等の損害等発生通知義務（保険法14条、50条、79条）は適用されない可能性が高い（約款規定の解釈も同様である）。

②いわゆる承諾前死亡の特例

上記①のとおり、保険者による承諾（または申込）前の遡及部分に関しては、保険者が承諾（または申込）した時点で保険事故等の発生を了知していれば経済的には保険とは言い難い。したがって、その場合、遡及保険規整では保険法上の有効な「保険契約」として取り扱われるとしても、保険法の他の規整も全て適用されるとは限らないと思われる。けれども、こ

うした法解釈の重要な例外となるのが、いわゆる承諾前死亡である（表 2 の A 1 類型²⁵⁾）。

保険法は、死亡保険契約のいわゆる承諾前死亡について、一定の法的整理を行った。第 1 に、保険契約者申込後に保険契約者等が保険事故等の発生を了知したとしても、申込・承諾間の遡及部分を有効と規整した（表 1 の B 類型の一部。保険法 5 条等 1 項の反対解釈）。

第 2 に、保険事故等の発生を保険者が了知していたとしても、遡及部分の有効性を認めた（表 1 の A 類型）。そして、いわゆる承諾前死亡に関しては（表 2 の A 1 類型）、遡及部分について単に保険としての有効性を認めるのみならず、保険適格性のある被保険者に関して²⁶⁾保険者に承諾義務をも課すのが判例傾向²⁷⁾および通説である（ただし、この点は保険法では規定されなかった）。

そのため第 3 に、保険者に承諾義務を課す代わりに（あるいは、保険者に承諾義務を課すこととの均衡をとるために）、保険契約者申込時には保険者が保険事故等不発生を了知していなかったのであれば、保険者承諾時において、遡及部分における保険事故等不発生を保険者が了知したとしても、遡及保険契約を有効と規整した（表 1 の C 類型の一部。保険法 5 条等 2 項の反対解釈²⁸⁾）。

25) 通常、いわゆる承諾前死亡において問題となるのは、保険契約者申込後、保険者承諾前に、保険者が保険事故等の発生を了知した場合における申込・承諾前の遡及部分である。ただし、申込前にも遡及部分がある死亡保険契約もあるので、申込前の遡及部分も問題となり得る。

26) 保険者に承諾義務が認められるのは、被保険者に保険適格性があつた場合だと解されている。東京地裁昭和54年9月26日判決・判タ463号133頁、東京地裁昭和62年5月25日判決・判例時報1274号129頁、東京高裁平成3年4月22日判決・文研生命保険判例集6巻345頁参照。中西正明「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）・34-36頁、山下・前掲注(2)216頁、江頭・前掲注(1)489頁参照。

27) 前注の判例参照。

28) 洲崎・前掲注(1)29頁注9、新井修司「契約の成立と遡及保険」竹瀝修他編

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

さて、上述第2のとおり、保険法は、保険事故等の発生を保険者が了知したとしても、保険者の申込（または承諾）前の遡及部分も有効と規整することにしたが、この遡及部分は経済的には保険ではない。したがって、保険者が、保険事故等の発生を了知したうえで全く任意に承諾を行うのであれば、上述①のとおり、「危険」の不確実性や「危険」の変化を前提とする規整であって、かつ、保険者のための規整は、本来は適用されないと考えるべきである。

しかしながら、いわゆる承諾前死亡においては、遡及部分が有効となるばかりか保険者は承諾義務を課されることになるが、その代わりに（あるいは、保険者に承諾義務を課することとの均衡をとるために）、告知義務違反や危険増加の通知義務違反の主張をなすことが許容されると考えられる。したがって、いわゆる承諾前死亡に関しては、被保険者の保険適格性を巡って保険者の承諾義務の存否自体が争いの対象となることが多いが、被保険者に保険的確性がある場合には保険者に承諾義務を課するのであれば、たとえ保険者が任意に承諾しても²⁹⁾、あるいは、保険者に承諾義務があることが判決で認められても、告知義務違反の事情が存在すれば、なお告知義務違反を保険者は主張できるものと考えられる³⁰⁾。

『保険法改正の論点』（2009年）法律文化社35頁注18参照。また、中間試案補足説明21頁も参照。

- 29) ただし、告知義務違反の調査を行わずに承諾した場合には、後に告知義務違反を保険者は主張できないとの学説もある（中西・前掲注(25)36頁）。
- 30) ただ承諾義務の存否を判断する際には、被保険者死亡後に発覚した既往症や現症も考慮して被保険者の保険適格性が判断されている（中西前掲注(25)34頁）。そのため、告知義務違反があった（と思われる事例）においても、承諾義務を認めただけで告知義務違反を認めるに至らず、承諾義務自体が否定されることが実態としては多いかと思われる。たとえば、東京地裁平成8年12月9日判決およびその控訴審である東京高裁平成9年10月16日判決（いずれも判例集未登載。矢作健太郎「生命保険契約の成立」塩崎勤＝山下丈編『新・裁判実務大系 保険関係訴訟法』（2005年。青林書院）226、227頁参照）は告知義務違反も存在した事案のようであるが、保険者は不承諾を主張し、裁判所も不承諾が信義則に反しないとした。

なお、承諾前死亡と同様に、死亡保険契約のみならず、傷害疾病定額保険契約や損害保険契約においても、承諾前給付事由や承諾前保険事故について保険者に承諾義務を課すのであれば、同様の解釈を採ることとなろう。

(2) 保険事故等の不発生を保険契約者等が了知している主観的確定

保険事故等の不発生を保険者は了知していないが、保険契約者等が了知している遡及保険（表1のD類型）は、保険法上は有効な「保険契約」とされることになった（保険法5条等2項の反対解釈。前述2参照³¹⁾。けれども、保険契約者による承諾（または申込）前の遡及部分に関しては、経済的には保険とは言い難いので、遡及保険規整では保険法上の有効な「保険契約」として取り扱われるとしても、保険法の他の規整も全て適用されるとは限らないと思われる。

すなわち、保険契約者は遡及部分（正確には、保険契約者が申込者となる場合は申込時まで、保険契約者が承諾者となる場合は承諾時までの遡及部分）に関する「危険」の状況（すなわち、「保険事故等」の発生確率が0%であること）を了知したうえで保険に加入した訳であるから、上記遡及部分に関しては、「危険」の不確実性や「危険」の変化を前提とした規整であって³²⁾、かつ、

31) 通常の本来的な保険取引ではこのような事態は発生しにくいから、他の要因が存在すると起こり得る。

たとえば、遡及部分を含む保険期間の保険証券の提出を保険契約者が第三者（保険契約者の債権者であることが多い）から求められる場合（公共工事履行保証保険など）や、自動車保険におけるノンフリート等級の維持目的で遡及保険に加入する場合が考えられる。なお、仮に保険事故等の不発生を保険者も了知していたとしても、こうした事例では保険契約者に「不利なもの」（保険法7条、41条、70条）とは言えないから、遡及部分に関する合意も有効と考えられる（古笛恵子「遡及保険と保険事故の偶然性」金澤理監修『新保険法と保険契約法理の新たな展開』（2009年。ぎょうせい）90-91頁）。

またたとえば、親会社からフロンティング保険会社を介しての子保険会社（キャプティブ保険会社）への単なる資金移転に利用される恐れもある。

32) 保険事故等の発生を了知している場合（本文3(1)参照）とは異なって保険事故等が不発生であるので、保険事故等の発生や保険給付を前提とした規整は検

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

保険契約者等のための規整は、原則として適用されないと考えるべきであろう（約款規定の解釈も同様である）。

けれども、保険法の関連規整が直接に遡及部分に適用される場面は想定しにくい。なお、「危険の減少」に関する規整（保険法11条, 48条, 77条）は保険契約締結後の危険減少に限定されているので、遡及部分には適用されない。

ただし、たとえば、将来保険の主観的確定にも保険法の遡及保険規整が類推適用されて、保険契約者等が保険事故等の将来的な不発生を了知している将来保険も³³⁾保険法では有効な「保険契約」として取り扱われるものと仮定する³⁴⁾。この場合には、少なくとも将来保険の保険期間全期間に亘って保険事故等が発生しないことを保険契約者等が了知していれば、危険減少に関する規定（保険法11条, 48条, 77条）は適用されないと考えられる³⁵⁾。

なぜなら、危険減少規定は、「危険」（損害・保険事故・給付事由の発生可能性。保険法4条, 37条, 66条）が、契約締結の際に保険契約当事者が想定していたものより契約締結後に著しく減少した場合に適用されるものであるが、減少後もなお一定程度の「危険」（＝損害等の発生可能性）が存在することを前提としていると考えられるからである³⁶⁾。また、「保険事故等」が絶対に発生しないという「危険」の状況は契約締結時から何も変化していないので（客観的には変化しておらず、また、保険契約者にとっては主観的にも変化してい

討する必要がある。

- 33) 将来事象に関する保険契約者等の主観的確定を論ずる前段階として、まずは客観的に確定している将来事象として如何なるものが想定できるかが問題となるが、本稿では立ち入らない。
- 34) 将来保険の主観的確定には保険法5条等が類推適用されないと考えるのであれば、本文の議論は当てはまらない。
- 35) 保険契約者に保険料減額請求権を認めなくても、保険契約者が任意に解除権（保険法27条, 54条, 83条）を行使すればよい。したがって、保険契約者の任意解除権が約款上制限されている場合しか問題は顕在化しないであろう。
- 36) 損害等の発生可能性が皆無であると経済的な保険ではなくなってしまうが（本文1(2)参照）、危険減少規定は、危険減少後も当該契約が保険契約であることを前提としているものと考えられる。

ない), そもそも危険減少規定における「危険」の減少には該当しないとも言える。

4. 総括

保険法は、適用対象となる契約が保険としての経済的実質を具備していることを当然の前提としている筈であるが、この前提条件を充たしていない「保険契約」が存在する。そこで、経済的には保険ではないにもかかわらず、保険法のある規整において特に「保険契約」として取り扱われる契約を取り上げ、そのことが法解釈にどのような影響を及ぼし得るかについて検討した。検討にあたっては、主観的に確定しているにもかかわらず、不当利得が生じ得ないとして契約の有効性が認められることになった遡及保険類型を題材とした³⁷⁾。

検討の結果、経済的には保険ではないものを保険法のある規整において「保険契約」として取り扱う場合には、保険法の他の諸規整が必ずしも自動的に適用される訳ではないことが明らかになった。また、このように保険法

37) 経済的には保険ではない契約を「保険契約」として取り扱っている保険法の規整が遡及保険規整以外にも存在するか否かは不明であるが、もし存在しないとなると、これは遡及保険規整特有の問題であることになる。

なお、そもそも、保険契約法（保険法および旧法）の各規整は将来保険を前提に構築されているので、一度、全ての規整に遡及保険の遡及部分を当てはめて（主観的不確定と主観的確定の両方）、適合性を検証する作業が必要かもしれない。たとえば、危険減少規定や保険価額の著しい減少規定（保険法10条）は保険契約締結後の状況変化を適用対象としているので、遡及部分には適用の余地がない。また、人保険（生存保険契約を除く）の遡及保険のうち保険契約者の申込（または承諾）以前の遡及部分については、モラル・リスクの惧れは少ないから、被保険者同意に関する規整（保険法38条、45条、47条、67条、74条、76条）や被保険者の離脱請求に関する規整（保険法34条、58条、87条）は適用されないものと思われる。

なお、遡及保険規整が将来保険の主観的確定や生存保険契約の遡及保険（前掲注⑬参照）にも類推適用されると考えるのであれば、それらも保険法の諸規整に当てはめてみる必要がある。

経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について

の他の諸規整が必ずしも自動的に適用される訳ではないような「保険契約」を規定する規整を発見するにあたっては、当該規整が保険の経済的要件に整合的であるか否かを精査することが有用であることが確認された³⁸⁾。

(筆者は東京海上日動火災保険勤務)

38) 本稿のようなアプローチに対しては、経済的な保険であること（あるいは、保険の経済的要件）に関する議論を介する理由が不明である、あるいは、迂遠な議論である、との批判が考えられる。こうした批判に対しては、本稿のようなアプローチは、保険法のある規整において「保険契約」であるとしても、保険法の他の諸規整が自動的に適用されない可能性のあるものを抽出する方策となる、また、こうして抽出した論点に関して、いかなる法解釈が可能であるかを導く一つの指針となり得る、と答えることができよう。