

## 【論説】

# 保険法における保険契約の概念

鈴木達次 著

## 一 はじめに

周知のように平成20年5月30日に保険法が可決・成立し(6月6日公布)、平成22年4月1日から施行されている(以下、新保険法という)。明治32年の新商法施行以来、明治44年に部分改正がなされただけで、ほとんど手つかずのままとなっていた保険契約法の全面改正・新法典化である(第2編商行為第10章保険。なお、海上保険に関する第3編海商第6章保険は除く)。政府の説明によれば、その法案提出の理由は「社会経済情勢の変化にかんがみ、保険契約に関する法制について、共済契約をその適用の対象に含めることとするほか、保険契約締結に際しての告知、保険給付の履行期等に関する保険契約者の保護に資するための規定を整備し、傷害疾病保険に関する規定の新設等を行うとともに、国民に理解しやすい法制とするためこれを現代用語の表記によるものとする必要がある」という点にあるとされている<sup>1</sup>。このような理由により制定された新保険法に関しては、法制審議会保険法部会において長期間にわたって審議がなされたが、新立法の宿命として、今後右部会においては予想だにできなかった様々な疑問が生じ、抽象的な条文を、いわば生きた法として具体的な事件に適用するには困難が伴うこともありえよう。

そのような困難の中には、個別具体的なそれから、抽象的な理念にかかわるものまで様々なものが考えられるが、いずれにせよ、そのような問題を解決するにあたって、根本をなすのが「保険契約」という概念で

あり、また「損害保険契約」などその内包をなす各種の保険契約概念である。そこで、本稿では、かかる観点から、新保険法における保険契約概念を明確化しよう試みたい。もちろん、法の改正は、これまでの判例・学説を基礎として行われる以上、本稿での検討は、これまでの判例・学説の成果を超えるものとはいいがたく、いわば、これらを確認したうえで、新保険法がどのような見解に依拠して立法されているかということを明らかにする作業に終始することにならざるをえない。しかし、先に述べたような観点からすれば、なにがしかの学問的・実地的意味が見いだせないのではないと考える。

なお、今回の改正は、平成 18 年 9 月 6 日の法制審議会第 150 回会議において法務大臣の諮問を受けたことが始まりであり、右審議会の下に保険法部会が設けられ、具体的にはそこで法案が審議・作成されてきた<sup>2</sup>。他方、それ以前に学界・実務界において保険契約法の改正について様々な試みがなされてきたことはいうまでもない。そのような試みの中で作成された改正試案といったものが、今回の改正と直接の繋がりがあるか否かは必ずしも明らかではないが、そのような試みの中でも、たとえば昭和 39 年に発足した「保険法研究会」(その後 49 年に「保険法制研究会」と、62 年に「損害保険法制研究会」と改称)、同 62 年に発足した「生命保険法制研究会」および平成 12 年に発足した「傷害保険契約法研究会」の研究成果については、直接・間接に参照されたことは間違いないであろう。ただし、これらの研究会は国内の保険法・保険学研究者および実務家が網羅的に参加しており、その意味では無視できない性質のものだからである。

それゆえ、これらの研究会が作成した試案についても適宜ふれながら、新保険法の立場について考察することとしたい。

## 二 「保険契約」(2 条 1 号) の意義

1 そもそも、ロエスレル草案およびこれをもとに起草された明治 23 年旧商法は、法典上の立場として損害保険一元論を採用していた<sup>3</sup>。そこでは、生命保険等もすべて「損害」保険と位置づけられ、したがって、保

險法総則はこれらにも当然に適用されると解されていた。その意味では、「保険契約」とは「損害保険契約」を指すとされていたわけである。

これに対して、明治 32 年新商法は、いわゆる「二元論」の立場に立ち、「損害保険契約」および「生命保険契約」それぞれについて規定を置くだけで、とくに保険契約総則といったものは規定していない。当然、保険契約の定義規定もない。これは、損害保険契約と生命保険契約とが「其性質ヲ異ニシテ二者ニ同一ノ規定ヲ適用スルコト能ハサルモノ多キヲ以テ既成商法ノ如ク第一節総則ニ掲ケタル規定ヲ損害保険及ヒ生命保険ニ通シテ適用スヘキモノト為スハ其當ヲ得タルモノニアラス」と考えられたことによる<sup>4</sup>。その後、この点は明治 44 年の商法改正を経ても変更されることなく、平成 20 年改正前商法に引き継がれている。

以上の立法を前提に、その後の学説では理論上あるべき「保険契約」概念を明らかにする試みが行われてきた。これは純理論的な問題を突き詰めるという学問的な意味のほかに、保険法（平成 20 年改正前商法第 2 編第 10 章および第 3 編第 6 章）の規定が類推適用される「無名」の「保険契約」の限界を画する、という実践的な意味を持っていた。

2 そもそも、平成 20 年改正前商法 629 条と 673 条とによれば、保険契約者の負担する債務の目的は「報酬」（＝保険料）の支払であり、他方保険者の負担する債務の目的は危険負担（条件附保険金支払義務負担）である。後者のうち、条件事実（保険事故）については「相手方又ハ第三者ノ生死」（673 条）は「偶然ナル一定ノ事故」（629 条）に含めて考えることができるから、結局その異同は条件成就後の保険者の給付内容にかかわる。すなわち、「損害」の「填補」と「一定ノ金額」の「支払」とを共通の概念で括ることにできるか否かにかかっているというわけである。そこで、学説は、いわゆる「保険本質論」として主張される損害填補説、入用充足説および経済生活確保説を前提として、何らかの意味で、生命保険契約の保険者の給付内容も損害の填補と評価できるとか、損害保険契約における損害の填補も生命保険契約における一定の金額の支払も、その本質は金銭的入用の充足あるいは将来における経済的生活の確保であると主張し

たのであった。しかし、これらは、保険者の負担する債務の内容を十分に表現しているとはいえ、いずれも「保険契約」の定義としては不十分である<sup>5</sup>。

そこで、損害の填補にせよ、一定の金額の支払いにせよ、保険事故が生じた場合に金銭が支払われることは間違いないから、保険契約とは「保険者が相手方から報酬を徴収して、一定の偶然の事故が生じた場合に、相手方または第三者にある金額を支払うべきことを約する契約をいう」という見解も主張された<sup>6</sup>。しかし、これは、あまりに抽象的で無内容とってよく、論者自らが認めるように、これでは保険契約と他の類似の契約（賭博など）との区別が不可能となってしまう<sup>7</sup>。先に述べたように、保険契約概念を定立することの実践的意義が「無名」の「保険契約」の限界を画するという点にあるとすれば、これでは不十分であるといわざるをえない。

以上のような検討の結果、もともと、商法典が二元論の立場から立法を行っている以上、保険契約の定義を一元的に表すことはできない、その意味で損害保険契約と生命保険契約とは別種の二つの契約である、ただし、それらが「なおともに『保険』契約であるのは、それぞれが保険制度という経済制度を形成するための法形式であるからである」と説明する見解が有力に主張されていた<sup>8</sup>。

3 これに対して、先に述べた各研究会での試案についてはどうか。まず、「保険法制研究会」によって昭和 57 年に公表された「損害保険契約法改正試案」（以下、「損保試案」という）および「傷害保険契約法（新設）試案」（以下、「傷害試案」という）においては、一元的定義はなされていない。その理由としては「保険一般についての通則的規定を設けることにした場合でも、『保険』についての包括的な定義規定自体には、それほど多くの意味はない。けだし、イタリア民法 1882 条、ドイツ保険契約法 1 条 1 項の例にみられるように、『保険』についての包括的な定義規定とはいっても、結局、損害保険の定義と生命保険その他の人保険の定義とを機械的に結びつけたにすぎないのであって、もしそれで満足せず、無理に内容的にも統一された定義規定を設けようとするれば、例えば、

『保険契約は、当事者の一方が保険料を支払うことを約し、相手方が保険金の支払その他の給付をすることを約することによってその効力を生ずる。』というような、ほとんど無意味な規定になってしまう…。したがって、・・・『保険』一般についての定義規定は、保険に関する通則的規定を設けることにした場合にいわばその形を整えるという以上の意味はない』からである、と説明されている<sup>9</sup>。

つぎに、右の各試案の修正という形で、「損害保険法制研究会」が平成7年（1995年）に公表した「損害保険契約法改正試案」（以下、「損保試案95年版」という）および「傷害保険契約法（新設）試案」（以下、「傷害試案95年版」という）も全く同様であって、その理由についても変わりはない<sup>10</sup>。

また、「生命保険法制研究会」が平成10年（1998年）に公表した「生命保険契約法改正試案（1998年版）」（以下、「生保試案98年版」という）、「傷害保険契約法新設試案（1998年版）」（以下、「傷害試案98年版」という）および「疾病保険契約法新設試案（1998年版）」（以下、「疾病試案98年版」という）についても同様であって「保険契約」一般についての規定を設けていない。その理由も先に述べた各試案についてと同様である<sup>11</sup>。

最後に、「傷害保険契約法研究会」が平成15年（2003年）に公表した「傷害保険契約法試案（2003年版）」（以下、「傷害試案03年版」という）でも、やはり保険契約についての定義規定は置かれていない。その理由は右試案の「理由書」中には明らかにされていないが、右研究会が、傷害保険契約法の立法化作業のために、前述した傷害試案95年版と傷害試案98年版とを調整・一本化するために発足したものである以上<sup>12</sup>、当然であろう。

4 これに対して、新保険法2条1号には「保険契約」そのものの定義規定が置かれている。それゆえ、法典上、一応一元論を採用したものといえる。もしそうであるとすれば、これは、これまで述べてきた各研究会の検討結果とは正反対のものであるといえよう。

もっとも、一元的定義をしたといっても、法典の構成・内容としては、非常に中途半端である。というのは「第1章 総則」は、趣旨（第1条）

と定義（第 2 条）を定める二箇条しかなく、第 2 章（第 3 条）以下は損害保険契約等各種の保険契約について定める規定であって、保険契約一般に共通して適用される規定は皆無だからである。前述したように保険法制研究会の損保試案の理由書では、保険に関する「通則的規定」を設けたところで、保険（契約）一般についての定義規定は、いわばその形を整えるという以上の意味はないという指摘がなされているが、新保険法にはその「通則的規定」もないわけである。もちろん、保険契約の定義を明確化することは、前述したような学問的ないし実践的な意味はある。また、損害保険契約、生命保険契約および傷害疾病定額保険契約という各種の保険契約の定義規定は「保険契約のうち・・・」として、右定義を援用しているから、これらの契約の定義を明らかにするための前提といった意味もある。しかし、ある契約を典型化する意味は、当事者が右のような目的（内容）の契約を締結した場合の意思表示を補充すること（任意規定）や、意思表示の限界を画すること（強行規定）にある以上、定義だけにおいて契約の中身を規制する条文がないというのは法典としては中途半端感が否めない。

5 それでは、いったいなぜ、右のような「保険契約」の定義規定が置かれることとなったのか。

そもそも、新保険法の立法過程においては、当初保険法の適用範囲の明確化という観点から「保険契約」ではなく「保険」の定義について定めることが検討されていた。この点、平成 19 年 8 月 8 日に法制審議会保険法部会において決定された「保険法の見直しに関する中間試案」（以下「中間試案」という）の「第 1 保険法の適用範囲」においてはつぎのように記述されている。

「現行商法の保険契約に関する規定が適用又は準用の対象としているもの（保険を営業としてする者を保険者とする保険と相互保険）だけでなく、契約として実質的にこれらと同様のもの（共済等）も、適用範囲に含めるものとする。

（注 1）保険法（第 2 以下の各規律）の適用の対象となる【保険】の意義については、例えば、「保険、共済その他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（一定の偶然的事故）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』をいうとすることが考えられるが、これを法文上規定することの当否を含め、なお検討する」

右の中間試案によると、「保険」の定義を新設することについては、新保険法の適用対象として、（一定の要件を充たした）共済等をも含めようという意図が伺える。この点、右中間試案の補足説明（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」）では、非常に多くの部分を共済との関係に割いていることから明らかであろう。

しかるに、これをもとに意見募集（パブリック・コメント）に付したところ、共済等を適用対象にすることについては賛成の意見が多かったものの、「保険」に関する定義規定を設けることには否定的な意見が少なくなかったようである<sup>13</sup>。また、実は、事務局としては、保険法部会での審議がスタートした時点では保険の定義規定をおくことには消極的であった<sup>14</sup>。さらに「保険」の定義を規定しようにも「すべての要件を過不足なく規定することは困難である」という認識もあった<sup>15</sup>。この点に関連し「保険の制度の技術的構造は、保険者の運用に依存すると考えられ、法律上、これを保険の要素として規定した場合、ある保険類似の契約が、かかる技術的構造を有さないものとして、保険契約者の予期に反し保険法の規律の適用対象から除外されるなどということも生じかねず妥当でない」ということも指摘されている<sup>16</sup>。そこで、保険法部会では、保険の定義規定を設けるという方針は採用しないということになった<sup>17</sup>。

しかし、もし、「保険」についての定義規定を置かないということになると、共済等について、新保険法の適用対象か否か、法典上不明確となることは否定できない。もちろん、従来から一定の要件を充たした共済については保険法の規定が類推適用されると解釈されてきており、かかる形式論理のみに立脚していえば、その点を取り立てて明文化することの意義は乏しいものともいえよう。しかし、たとえ一定の要件を充たした

共済契約が保険契約そのものであることが理論上明らかだとしても、国の立法のあり方としては、これを明文において示すことに意義があることは当然であろう。そこで、事務当局としては、たとえ「保険」の定義を示さないまでも、この点を明確化する必要はあると考えて保険法部会資料 25・保険法の見直しに関する要綱案（第 1 次案・下）16 頁に「これと関連して、契約の規律について定める保険法の規定が共済等にも適用されることを明確化することを検討する」と付け加えたわけである。その後、同じく事務当局が示した資料では、むしろこれが原則とされている<sup>18</sup>。

その後、右のような立法目的を達成するため、第 2 条中に「保険契約」の定義が置かれることとなったようである。それゆえ、その成り立ちからいって、右規定の実質的存在意義は「保険契約、共済契約その他いかなる名称であるかを問わず」として、原則として共済契約も保険契約概念に含まれるとした点にある<sup>19</sup>。

6 そのような経緯で置かれたとしても、法律上はこれが「保険契約」の定義である<sup>20</sup>。前述したように、「第一章 総則」には保険契約を規律する条文はなく、右定義によって、「保険契約」の限界が画されることの意義は多くないものと思われるが、損害保険契約といった各種の「保険」契約の定義がこれによって定まるのであるから(2条6号等の文言を参照)、その意味するところを確定しておく必要は大きい<sup>21</sup>。

第一に、保険者の負担する債務から見ていくと、その目的は「一定の事由が生じたことを条件として財産上の給付（生命保険契約及び傷害疾病定額保険契約にあっては、金銭の支払に限る。以下「保険給付」という。）を行うこと」とされている。

このうち、その条件事実（保険事故）については、損害保険契約の定義規定（2条6号）と比べてみれば明らかなように、条文上「偶然」性が要求されていない。そこで、一部の学説は、同項の「一定の事由については必ずしも『偶然の事実』であることは要求されていない。これは、損害保険契約については・・・偶然性の概念が要件化されているものの（法2条6号）、他の種類の保険契約（生命保険契約、傷害疾病定額保険契約）

については給付の条件につき『偶然性』を絶対的な構成要因とはしていないことによる（法2条8号・9号）」と主張している<sup>22</sup>。

しかし、このような見解には疑問がある。

なるほど、偶然性の意義について、事故が発生するか否か（条件が成就するか否か）が不確実であるという意味に限定して考えるならば、終身生命保険契約のような場合には偶然性はない（人は必ず死ぬ）。しかし、もともと保険事故の偶然性については「その時期のみが不確定な場合をも保険事故となしうる」とされ、かつ、そのような偶然な事故の場合も含め、保険事故に偶然性が要求されるのは、生命保険契約に関しては「法文上は明にされていないが、保険制度の性質上当然の要請である」といわれてきた<sup>23</sup>。それゆえ、前述の学説が、右のような意味での「偶然性」すら必要ないという主張であるとすれば賛成しがたい。

もっとも、それではなぜ、損害保険契約との間でその文言が異なるか、換言すれば、損害保険契約の定義においてのみ、なぜ保険事故の「偶然」性が明文化されているのか、という疑問は生じよう。この点については必ずしも明らかではないが、損害保険契約においては、生命保険契約と異なり、事故発生のみが不確定なものについてまで保険事故とするわけにはいかない、という考え方に基づくものであろう。換言すれば、損害保険契約においては、そのような形で「偶然性」の意義を限定することなのであろう<sup>24</sup>。というのも、もし、事故発生のみが不確定なものも損害保険契約における保険事故の偶然性を充たすとすれば、「保険ノ目的ノ性質若クハ瑕疵、其自然ノ消耗」（平成20年改正前商法641条前段）といったものまで、保険事故たりうるということになってしまうからである。

7 つぎに、保険事故発生後の保険者の給付であるが、これについては「財産上の給付（生命保険契約及び傷害疾病定額保険契約にあっては、金銭の支払に限る・・・）を行うこと」と規定されている。括弧内において生命保険契約および傷害疾病定額保険契約について一定の限定は付されているものの、保険契約一般のものとしては「財産上の給付」とさ

れており、非常に漠然としている。先に述べた、平成 20 年改正前商法のもとで主張された「・・・相手方または第三者にある金額を支払うべきことを約する契約をいう」という学説でも、「ある金額を支払う」とこととされているのに、それ以上に曖昧な表現となっている。それゆえ、これではまさに無内容であって、新保険法の適用の限界を画すという実践的機能が果たせない、という批判が妥当しよう。実際その文言上は、賭博行為もデリバティブも入ってくる余地があるのではなかろうか<sup>25</sup>。

また、立法形式上非常に問題なのは、括弧内において「生命保険契約及び傷害疾病定額保険契約にあつては・・・」とされている点である。というのは、後述するように、これらの各保険契約の定義規定（2 条 8 号・9 号）においては、いずれも「保険契約のうち・・・」とされており、その意味で「保険契約」の定義中に「生命保険契約」および「傷害疾病定額保険契約」という文言を用いることは、結局トートロジーとなる可能性があるからである。

8 第三に、保険契約者が負担する債務の目的としては「当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして保険料（共済掛金を含む。以下同じ。）を支払うこと」とされている。ここで注目すべきは「当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして」という点である<sup>26</sup>。右の文言はやや難解であるが、「保険料が、給付・反対給付均等原則に従って算出されるものであること」を意味するとする見解や<sup>27</sup>、「大数の法則が基本的な要素であることを示している」とする見解がある<sup>28</sup>。もし、前者のように考えた場合には、一定の共済においてみられるように、給付・反対給付均等原則に従って保険料（共済掛金）が算出されてはいない場合には右の要件を充足しないものと解されよう<sup>29</sup>。また、後者のように考えた場合には、平成 20 年改正前商法 629 条のもとで解釈論上損害保険契約概念に含まれるか否か問題とされてきた個別の損害担保契約が「保険契約」には該当しないということが明確化されたことになる。

また、規定の文言として「報酬」ではなく「保険料」とされている点も注目される。これは、「新法は、適用対象を営利保険に限定しておらず、『報

酬』の用語を維持するのは妥当でないと考えられるため」といわれ<sup>30</sup>、加えて、事務当局からは、保険料を「報酬」と称することに違和感があるとか、旧商法 629 条では「報酬」とされているのに同 637 条においては「保険料」とされているなど、文言の不統一があるといった点も指摘されている<sup>31</sup>。

しかし、「報酬」というコトバは民法の雇用・請負・委任の各契約において用いられ、会社法上も発起人や取締役等に関して使用されているが、いずれにせよ、これは役務ないし職務の執行の対価を意味する。したがって、新保険法の適用対象が営利保険に限定されないとしても、このコトバを用いるのに不都合はありえない。もちろん、文言統一の必要性という点については首肯できないではないが、前述したような「報酬」の一般的意義からすれば、保険料を「報酬」と表現することに違和感があるという主張は理解できない。むしろ、保険契約者が負担する債務が保険者の危険負担給付（義務）と対価性をもつということを明らかにするという点では「報酬」というコトバを用いるほうが優れていたといえよう<sup>32,33</sup>。いずれにせよ、ここで「保険料」というのは、保険者の危険負担に対する対価を意味することは間違いない。

### 三 「損害保険契約」（2 条 6 号）の意義

1 新保険法 2 条 6 号は損害保険契約の定義を定めている。もっとも、同号で明示されているのは保険者の給付の部分だけであって、「保険契約のうち」とされていることから明らかなように、右給付の記述以外は 2 条 1 号の規定が援用される。

そこで、それらを合わせて、損害保険契約を定義するとすればつぎのようなものとなる。

保険契約、共済契約その他いかなる名称であるかを問わず、当事者の一方（保険者）が一定の偶然の事故によって生ずることのある損害をてん補することを約し、相手方がこれに対して当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして保険料（共済掛金を含む）を支払うこ

とを約する契約をいう。

2 この「保険者が一定の偶然の事故によって生ずることのある損害をてん補することを約する」という表現は、平成 20 年改正前商法 629 条を口語化したものにすぎないから、基本的には、新保険法という損害保険契約の意義も平成 20 年改正前商法のそれと同様であろう<sup>34</sup>。この点、被保険利益に関し、平成 20 年改正前商法 630 条を口語化した規定 (3 条) が設けられていることと併せ考えてみれば、損害保険契約とは損害を填補することを目的とする契約であるといわざるをえないであろう (絶対説)。もっとも、同様の文言を用いる平成 20 年改正前商法の解釈論としても、このほか、相対説および修正絶対説があったから、新保険法のもとでも、被保険利益をめぐることは同様の争いが続くこととなると思われる<sup>35</sup>。

3 つぎに、保険契約の意義において言及したように、損害保険契約の定義中には保険事故の偶然性を示す文言が挿入されている。ここで保険事故の偶然性とは「保険契約の成立の時ににおいて、保険事故の発生と不発生とがいずれも可能であって、そのいずれともいまだ確定していないこと」を意味する。決して、具体的に生じた保険事故が「被保険者の故意によるものでない」ということを指すわけではない<sup>36</sup>。この点は平成 20 年改正前商法 629 条の解釈論としても争いはなかったと思われるが、保険法部会の審議では「偶然」という文言を挿入するとそのような誤解が生ずるという懸念も指摘された<sup>37</sup>。

いずれにせよ、平成 20 年改正前商法と同様「一定の偶然の事故」というのみで、損害保険契約では保険事故の目的 (対象) ないし種類については限定がなされていない。

もっとも、文言上限定がないとはいえ、平成 20 年改正前商法のもとでは、人の生死を保険事故とするもの (人の生死によって生ずることあるべき損害を填補することを目的とする契約) が損害保険契約たりうるかについては疑問もあった<sup>38</sup>。というのは、人保険=定額、物・財産保険=不定額 (損害) という結びつきを認め<sup>39</sup>、かつ、これが絶対的なものであると理解する場

合には、人の生死を保険事故とする保険は損害保険たり得ず、また、かりにそのような論理的関係は絶対のものではないとしても、人の命の値段そのものを金銭的に評価してその損害額を算定することは不可能であり、それゆえそのような損害保険契約は成り立たないからである。

しかし、新保険法のもとでは、人保険でありながら損害保険契約であるものとして、「傷害疾病損害保険契約」を認めており（2条7号）、前述のような論理的関係を絶対視することはできない。平成20年改正前商法のもとでは、典型化された保険契約の種類が損害保険契約と生命保険契約だけであり、そのような法制度のもとでは人保険ないし生命保険は定額保険でなければならないという考え方も成り立ちえないではなかったが、新保険法では困難であろう。

また、人の命の値段云々という点であるが、たしかに、「人の命は全地球より重い」といわれるように、人の命の値段は無量大であって算定不能なものであることは間違いない<sup>40</sup>。しかし、これは、物保険においてその物自体の価値を算定するのと同様の意味で人の命の価値を算定しようとするかぎりにおいてである。他方、人の死亡と相当因果関係ある損害には遺失利益・葬儀代等もありうる。かつ、不法行為責任における損害の認定などで明らかなように、かかる損害の算定が可能であることは疑いの余地はない。そうであるとする、これを填補する契約は有効に成立しうるし、もちろんそれは損害保険契約に属するということができよう<sup>41</sup>。

これに対し、「損害てん補方式の生命保険を許容すべきか否かについては立法過程においても議論はされておらず、むしろかかるタイプの契約が保険法の規律対象とはされないことは当然の前提と考えられていた」と指摘する見解もある<sup>42</sup>。しかし、議論の対象になろうとなるまいと、保険法2条の規定に該当するものは「保険契約」として新保険法の適用を受ける。たとえ、そのような「契約類型は実務におけるニーズや実現可能性が乏しく、議論する実益が乏しかった」としても<sup>43</sup>、そのことがかかる契約が損害保険契約に該当するか否かという点に影響を及ぼすことはあり得ないであろう。

#### 四 「生命保険契約」(2 条 8 号) の意義

1 新保険法 2 条 8 号は生命保険契約の定義を定めている。もっとも、損害保険契約の場合と同様、同号で明示されているのは保険者の給付の部分だけであって、「保険契約のうち」とされていることから明らかなように、右給付の記述以外は 2 条 1 号の規定が援用される。

そこで、それらを合わせて、生命保険契約を定義するとすればつぎのようなものとなる。

保険契約、共済契約その他いかなる名称であるかを問わず、当事者の一方が人の生存又は死亡に関し一定の保険給付(金銭の支払にかざる)を行うことを約し、相手方がこれに対して当該の生存又は死亡の発生の可能性に応じたものとして保険料(共済掛金を含む。以下同じ。)を支払うことを約する契約をいう(傷害疾病定額保険契約に該当するものを除く)。

2 生命保険契約の定義についても、損害保険契約の場合と同様、基本的には平成 20 年改正前商法(673 条)を口語化したものとなっており、したがって、新保険法においても、生命保険契約は、人の生存または死亡を保険事故とする定額保険であることは明らかであろう<sup>44</sup>。

もっとも、厳密には 2 条 1 号および 8 号の文言によって定額保険であることが表わされているか疑問の余地がないではない。というのは、2 条 8 号の「一定の」というのは保険給付にかかっているものであり、「特定の」という意味であると解されるから、これと 2 条 1 号の括弧内と併せて読んでも「金銭の支払」が一定の額であることは明示されていないともいえるからである。その意味で若干気になる部分ではあるが、審議過程その他からして、定額保険として規定されたことは明らかであろう<sup>45</sup>。

3 また「・・・(傷害疾病定額保険契約に該当するものを除く)」という表現があることから、傷害疾病定額保険契約との関係が問題となる。

ある定額保険契約が生命保険契約か、傷害疾病定額保険契約かによって、被保険者の同意（38条、67条）および保険者の免責（51条、80条）の点で差異があるから、この点は極めて重要である。

そもそも、一口に傷害保険契約、疾病保険契約といっても様々なものがありうるが、そのうち、新保険法は定額保険としてなされるものだけを、とくに傷害疾病定額保険契約と呼んでいる（2条9号）。しかも、かかる傷害疾病定額保険契約については、現実の保険商品としては、傷害（ないし疾病）という事実の発生だけで保険金を支払うという約款にはなっていないのが普通であって、傷害（ないし疾病）の直接の結果として、死亡、後遺障害、入院等の事実が生じた場合にのみ、保険金が支払われるものとされている。

それゆえ、そのような保険商品を前提とした場合、死亡によって支払われる保険金（死亡保険金）については生命保険契約との関係が問題とならざるをえない。なぜなら、実務・学説において右の保険商品が「傷害（ないし疾病）保険」とよばれていようとも、保険金支払の契機となる事実（条件事実）は「人の死亡」であるからである。この点について様々な見解があるが、そもそも定額保険契約については、「保険事故」とは具体的な金銭給付義務を発生させる条件となる事実を指すものであるから、理論上死亡保険金の部分については、生命保険そのものであるといわざるをえない<sup>46</sup>（なお、これらの点については、傷害疾病損害保険契約・傷害疾病定額保険契約の箇所ですく詳しく検討する）。

新保険法は、理論的分類としては右の見解が正しいことを前提としつつ（特段の断り書きを入れなければ、これは生命保険契約に（も？）属するということになる）、立法政策的にこれを生命保険契約に関する条文の適用対象から外したものである<sup>47</sup>。

## 五 「傷害疾病損害保険契約」（2条7号）・「傷害疾病定額保険契約」（2条9号）の意義

- 1 新保険法では、従来第三分野と呼ばれてきた傷害保険契約・疾病

保険契約についての規定を置いたことがこれまでにない特徴である。しかも、そのうち、傷害疾病によって生ずることあるべき損害を填補するものは損害保険契約の一種とされ (2 条 7 号。傷害疾病損害保険契約)<sup>48</sup>、他方定額保険の場合には、損害保険契約、生命保険契約に続く第三の類型とされている (2 条 9 号。傷害疾病定額保険契約)。従来の各試案では、いずれもこれらを合わせた傷害 (疾病) 保険契約を、損害保険契約、生命保険契約に続く第三の類型とするよう提案していたのであり、新保険法のような分類は見られなかった。

新保険法の立場は、基本的には、契約の目的 (効果意思の内容) を基準として理論的な分類を行ったものと思われるが、その点を検討するにあたっては、まず傷害保険契約・疾病保険契約という概念を整理しておく必要がある。けだし、これらのコトバは、もともと論者によって曖昧なまま用いられてきたからである。そこで、平成 20 年改正前商法のもとで、契約法理論上どのような議論がなされてきたか、概観しておくこととしたい。なお、説明の便宜のために、以下ではもっぱら傷害保険契約について述べる<sup>49</sup>。

2 一般に傷害保険契約とは「被保険者が急激かつ偶然な外来の事故によって身体に傷害を被ったときに保険金を支払うことを目的とする保険契約」であると定義づけられてきた<sup>50</sup>。

そもそも、平成 20 年改正前商法は、保険契約を「偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ填補スルコト」を目的とする損害保険契約 (629 条) と、「(相手方又ハ第三者ノ) 生死ニ関シ一定ノ金額ヲ支払フヘキコト」を目的とする生命保険契約 (673 条) とに分類していた (前述)。しかし、身体に傷害を被ることが偶然の事故であることは間違いのないから、傷害保険契約によって支払が約束されている給付が「損害ノ填補」の性質を持つものであるとすれば、これは損害保険契約の一種ということになる<sup>51</sup>。これに対して、約定の給付が「一定ノ金額」の支払である場合には損害保険契約ではない。この場合には定額保険契約の一種であるということになるが、傷害という事実と人の生死 (生存または死亡) とい

う事実は明らかに異なるものであるから、字義通り、人の身体に「傷害」が発生したということ—それだけ—を理由として保険金が支払われるとすれば、それは生命保険契約ではない。したがって、そのような傷害保険契約は損害保険契約でも生命保険契約でもないということになる<sup>52</sup>。

しかし、わが国の実務で取り扱われているものの多くは、その字義とは異なり、人の身体に傷害を生じただけでは保険金が支払われない。傷害の結果として一定の期間内に被保険者が死亡したこと（死亡保険金）、重大な後遺障害が生じたこと（後遺障害保険金）、入院したこと（入院保険金）または通院したこと（通院保険金）等が必要である。しかも、支払われる金額はそれぞれ生じた事由ごと等に異なっている。このように、定額保険であるとはいっても、実際に給付される保険金額は一律ではない（段階式定額保険）。

つぎに、その保険事故であるが、まず損害填補を目的としているものおよび定額保険でも人の身体に「傷害」が発生したということ—それだけ—を理由として保険金が支払われるものについては、その保険事故は「傷害」（身体的損傷）という事実であることは間違いないであろう。

これに対して、段階式定額保険については単純には考えられない。

そもそも、傷害保険約款では、保険金が支払われるためには、①急激かつ偶然的な外来のできごと（事故）が生じ、②これによって（できごとと身体的損傷との因果関係）、③身体的損傷が発生し、④この身体的損傷の直接の結果として（身体的損傷と死亡等との因果関係）、⑤被保険者が死亡または後遺障害を生ずること等が必要であるとされる。これら五つのことがらのうち、①から③の事実を一つの事実と理解したうえ、これを保険事故と解するのが通説である<sup>53</sup>。これは先に述べた傷害保険契約の定義、すなわち、「被保険者が急激かつ偶然的な外来の事故によって身体に傷害を被ったときに保険金を支払うことを目的とする保険契約」から素直に導かれる解釈といえよう。

しかし、保険金が支払われるためには、保険期間内に生じた保険事故である必要がある。他方、上述した①のできごとと③の身体的損傷は概念的に別個の事実であるうえ、①のできごとから③の身体的損傷が生ず

るまでは、一物理的にはほとんどなきに等しいが、少なくとも理論的には、時間的な幅がある。それゆえ、通説のように、かかる一連の事実（急激かつ偶然の外来の事故によって身体的損傷が生ずること）を保険事故であると把握することは正当ではない。また、この見解によると、身体的損傷が生じた後、その直接の結果として、被保険者が死亡すること等（上記⑤）は、保険金支払の契機にはなっても、保険事故そのものではないということになる。しかし、もともと保険契約は約定の保険事故の発生を条件として具体的な金銭給付義務が発生する射倖契約であるから、契約の構造上「保険事故」とは具体的な金銭給付義務を発生させる条件となる事実を指すのが原則である。平成 20 年改正前商法 673 条を見れば明らかのように、定額保険契約においては、このことはそのままあてはまる。今ここで検討しているものも定額保険契約なのであるから、その原則通り、保険事故は、具体的な金銭給付義務を発生させる条件となる事実を指すといわざるを得ない。したがって、段階式定額保険としての傷害保険契約については身体的損傷の結果として生じた事由（上記⑤の事実）がそれぞれ保険事故であり、上記①から④の事実は、約定による危険の個別化を意味するというべきであろう<sup>54</sup>。それゆえ、そのうち死亡保険金の部分については、人の死亡を保険事故とするものであるから、生命保険契約そのものであるということになる<sup>55</sup>。

3 以上のような理論的な分析を前提として新保険法をみると、まず、損害填補を目的とするものは、理論通り損害保険契約に位置づけられている。ただし「当該傷害疾病が生じた者が受ける」損害を填補するものだけが傷害疾病損害保険契約であり（2条7号）<sup>56</sup>、これ以外のものは通常の損害保険契約の一つと位置づけられている<sup>57,58</sup>。損害保険契約の下位概念として傷害疾病損害保険契約という範疇を認めた趣旨は、「人保険として傷害疾病定額保険契約と共通の性質を有する損害保険契約について、人保険であることをふまえた特別を設けることにあ」る以上<sup>59</sup>、これについては当該傷害疾病を受けた者の損害を填補するものに限定せざるを得ない。

これに対して、定額保険については、第三分野として、損害保険契約・生命保険契約とは別の種類の保険契約として位置づけられている（2条9号。傷害疾病定額保険契約）。その定額性の意味については先に述べた生命保険契約と同様であり、また、現物給付も認められていない。

ただし、右の傷害疾病定額保険契約に関し注意すべき点は、生命保険契約と異なる文言が使用されているということである。すなわち、生命保険契約については「人の生存又は死亡に<sup>レ</sup>関し一定の保険給付を行う」（傍点は筆者）とされているのに対し、ここでは「人の傷害疾病に<sup>レ</sup>基づき一定の保険給付を行う」（傍点は筆者）とされているのである。実は「保険法の見直しに関する中間試案」（平成19年8月8日）の段階でも、「保険法の見直しに関する要綱」（平成20年2月13日）の段階でも、生命保険契約と同様「<sup>レ</sup>関し」というコトバが使われており、保険法部会においても右の文言の当否が議論されることはなかったようである<sup>60</sup>。どうやら法案提出の段になって文言を変更したものらしい。

右の書き分けについては、傷害疾病定額保険契約には、傷害疾病という事実が発生しただけで保険金が支払われる契約があるのみならず「傷害・疾病を原因としてさらに死亡または後遺障害等の事由が生じた場合に保険給付をする契約があること」がその理由であると解されている<sup>61</sup>。前述したように、私見によれば、傷害（または疾病）という事実が生じただけでは保険金が給付されないタイプの傷害疾病保険契約においては、「傷害（または疾病）」そのものは保険事故ではなく、それゆえ、これを定義づけるにあたっては、生命保険契約と同様に「<sup>レ</sup>傷害疾病に<sup>レ</sup>関し」と表現することはできない。「傷害（または疾病）」という事実は、保険事故たる人の死亡等の原因事実<sup>62</sup>に止まる点に注意すべきである。

4 このように「傷害疾病定額保険契約」には、傷害疾病という事実が保険事故の原因に止まるものが含まれる。そうであるとすると、その類型の契約に関しては「保険事故」が他の保険契約と同一である、ということも考えられよう。先に述べたように「<sup>レ</sup>傷害による死亡」を保障する傷害疾病定額保険契約と死亡保険契約とはいずれも保険事故が人の死

亡であって、保険事故を基準とするかぎり前者も、理論上は生命保険契約（死亡保険契約）にはかならない。そうすると、これについては、何らの断り書きがなければ生命保険契約に関する規定と傷害疾病定額保険契約とが双方適用されることになってしまう。そこで、生じうる不都合を避けるため、2条8号は、生命保険契約の定義から、これをわざわざ除外している<sup>63</sup>。

## 六 定額物（財産）保険契約の擬律－むすびに代えて

ここまで、不十分なながらも、新保険法における保険契約概念を検討してきた。これを終えるにあたり、これまで一般に不適法といわれてきた定額物（財産）保険契約が新保険法においてどのように擬律されるか見ておくこととしたい。

すなわち、平成20年改正前商法のもとでは、一般に「保険契約が損害保険契約として構成されるべきか、定額保険契約として構成されるべきかは、保険救済の対象たる事故発生の結果としての不利益の態様によって決定されるものとすれば、物保険ないしは財産保険は、すべて損害保険契約としてのみ構成されなければならない」と主張されてきた<sup>64</sup>。このような見解によれば、物（財産）が滅失したことによって一定額の金銭を支払うことを目的（内容）とする契約は保険契約たり得ない、ということになる。

しかし、以下に述べるようにこれに疑問を投げかける見解もあった<sup>65</sup>。

なるほど、物保険ないし財産保険で保険事故が発生した場合、利益主体に生ずる不利益は、原則として「物に化体された利益の滅失という確定損害」である。これを保険という経済制度で対処しようとするれば、その不利益＝損害を填補するという方式を採用するのが基本となる。しかし、かかる場合には、物利益の喪失にかぎらず「生活維持の機能的価値を失う」という不利益を被る可能性も否定できない。かつ、そのような不利益は保険事故の際に具体的に評価しうるものではない。そうであるとすると、このような不利益（損害）については、損害保険契約という方式をとること

ができない。他方、生活維持の機能的価値に関しては「人が、現代社会において、ある特定のレベルの生活主体として生きている以上、『ハウスホールド・ミニマム』とでもよぶべきもの、つまり、その所有する個々の財貨の多少にかかわらず、生活資材が有機的な一体となって作り出す生活維持の機能の最小限というものが通念的に存」在しうる。その場合には、その生活維持利益の「額の範囲内で保険給付が約束されたとしても、当然にその給付を受けた者が不労利得をするということにはなら」ない。したがって、そこに定額物（財産）保険を認めるべき根拠が見いだされる、と。

また、損害保険契約において被保険利益の要件や利得禁止原則が強行法的に存在する理由を「保険給付により利得が生ずる可能性を事前に排除することによりモラル・ハザードを抑止する」ことにあるとし「定額保険をどこまで認めるかはモラル・ハザードを抑止する有効な手段があるかどうかの相関で決まる」と説明する見解もある<sup>66</sup>。このような見解を前提とすれば、要は「利得が生ずる可能性を事前に排除することによりモラル・ハザードを抑止する」ことができればよいのであるから、それが可能であれば、定額物（財産）保険契約を否定する根拠はない。

かりに以上の二つのうちのいずれかの見解が採用できるとすれば、新保険法のもとで、物（財産）が滅失したことを理由として一定額の金銭を支払うことを目的（内容）とする契約も保険契約という範疇に含まれる可能性がある、ということになる。それゆえ、物（財産）が滅失したことによって一定額の金銭を支払うことを目的（内容）とする契約が保険契約たりうるか、ということは純粹に新保険法2条の要件を充足するか、という点にかかってくることになる。

そこでこれを検討してみると、新保険法のもとでは、定額物（財産）保険契約も保険契約に含まれるというべきであろう。ただし、このような契約も2条1号の「一定の事由が生じたことを条件として財産上の給付を行うことを約」するものであるし、定額保険が人保険にかぎられるという趣旨の条文文言も存在しないからである<sup>67</sup>。

もっとも、定額物（財産）保険契約が、新保険法上の「保険契約」概念に包含されるとしても、新保険法の規定する損害保険契約、生命保険契

約傷害疾病損害保険契約および傷害疾病定額保険契約のいずれにも該当しない(無名保険契約)。しかも、前述したように「第一章 総則」にある規定は、趣旨(1条)と定義(2条)だけである。したがって、法典上右契約に直接適用される条文はない。その意味で、各保険契約の規定を類推適用する可能性が残るだけであろう。また、いうまでもなく、新保険法上の保険契約に該当するとしても、具体的に不勞利得が生ずるものやモラル・ハザードを抑止することができないようなものは「無効」な契約であるといわざるをえないが。

### 【註】

- 1 この点については、萩本修ほか「保険法の制定の経緯と概要」萩本修編著・保険法立案関係資料—新法の概説・新旧 旧新対照表—(商事法務・平成 20 年) 2 頁など参照。
- 2 この点については、萩本ほか・前掲「保険法の制定の経緯と概要」1 頁など参照。
- 3 ロェスレル商法草案では、「第 11 卷 保険」の第 1 款を総則としたうえで、第 2 款 火災震災保険、第 3 款 地産物ノ保険、第 4 款 運送保険、第 5 款 生命保険病患保険年金保険、第 6 款 保険営業ノ公行と規定しており、損害保険と生命保険という分類は採用されていない。総則の冒頭の規定である 686 条では、保険者は被保険者が「・・・損失ヲ被ムリタル財産上ノ利益ヲ賠償スルノ義務」を負うとし、ついで 687 条では「保険シ得キ危険ハ主トシテ・・・死亡其他身上ノ災害トス・・・」としており、生命保険もまた損害保険であると構成されていたことは明らかである(詳細についてはロェスレル氏起稿・商法草案下巻(司法省・明治 17 年、復刻・新青出版・平成 7 年) 73 頁以下等を参照)。また、明治 23 年旧商法でも同様の法典構成を採用し(「第 1 編第 11 章 保険」は第 1 節 総則からスタートし、第 5 節は生命保険、病傷保険及ヒ年金保険である)、総則の冒頭の 2 条文(625 条および 626 条)の規定内容も同じである。
- 4 商法修正案理由書(博文館・明治 31 年) 319 頁。

- 5 以上の論争については、大森忠夫・保険法〔補訂版〕（有斐閣・昭和60年）33頁以下、倉澤康一郎・保険法通論（三嶺書房・昭和57年・復刻・新青出版・平成16年）24頁以下などを参照。
- 6 大森・前掲保険法35頁、石田満・商法Ⅳ（保険法）〔改訂版〕（青林書院・平成9年）35頁など。
- 7 大森・前掲保険法35頁。
- 8 倉澤・前掲保険法通論25頁、西島梅治・保険法〔第3版〕（悠々社・平成10年）5頁。
- 9 保険法制研究会編・損害保険契約法改正試案・傷害保険契約法（新設）試案・理由書（損害保険事業研究所・昭和57年）2頁。
- 10 損害保険法制研究会編・損害保険契約法改正試案・傷害保険契約法（新設）試案・理由書・1995年確定版（損害保険事業総合研究所・平成7年）2頁。
- 11 生命保険法制研究会編・生命保険契約法改正試案（1998年版）理由書・傷害保険契約法新設試案（1998年版）理由書・疾病保険契約法新設試案（1998年版）理由書（生命保険協会・平成10年）40頁以下。
- 12 傷害保険契約法研究会編・傷害保険契約法試案（2003年版）理由書（生命保険協会・日本損害保険協会・平成15年）はしがき1頁。
- 13 萩本修ほか『『保険法の見直しに関する中間試案』についての意見募集結果の概要』萩本修編著・前掲保険法立案関係資料158頁。具体的な内容としては、保険法部会資料18-1『『保険法の見直しに関する中間試案』の意見募集の結果概要』11頁以下参照。
- 14 『『保険』という用語については、現行法と同様に解釈にゆだねる、ということをご提案しております。現行法上、保険の意義については、1つの考え方として、参考資料1として事前に送付いたしました保険法研究会取りまとめの1頁目の第2の（前注）に記載いたしておりますいわゆる5要素が挙げられることがございます。仮にこの考え方を前提といたしましても、それぞれの要素、例えば収支相等原則、給付反対給付均等原則などには濃淡があって、これらを法文上定義付けることは困難でありますし、相当でもないように考えられます。また、明治32年の現行商法制定時の法典調査会における議論では、『保険ノ文字ガ慣用ノ語トナ

リシ』との指摘がされた上で、『保険』というためには、多数の契約が締結され、又は大規模なものである必要があるかどうかという問題があり、この点については『学説ニ一任スベシ』との判断がされたという経緯があるようでございます。現代においても、保険とは何かということとは常識によって判断すべき事柄であるという趣旨の指摘がされており、他方で、現に保険に当たるかどうか不明確であるとして紛争が何か具体的に生じているわけでもございません。そこで、保険の意義については現行法と同様に解釈論にゆだねることを提案することとしております(法制審議会保険法部会・第 1 回会議議事録 10 頁)。

- 15 坂本三郎＝富田寛＝嶋寺基＝仁科秀隆『「保険法の見直しに関する要綱」の概要』金法 1830 号 15 頁。もっとも、この説明を「保険」の定義ではなく「保険契約」の定義についてのものであると理解する文献もある(村田敏一「保険の意義と保険契約の類型、他法との関係」落合誠一＝山下典孝編・別冊金融商事判例・新しい保険法の理論と実務(経済法令研究会・平成 20 年) 34 頁)。
- 16 大串淳子＝日本生命保険生命保険研究会編・解説保険法(弘文堂・平成 20 年) 10 頁以下。
- 17 保険法部会資料 25・保険法の見直しに関する要綱案(第 1 次案・下) 16 頁(注 1)によれば以下の通りである。「中間試案では、保険法の適用の対象となる『保険』の意義について、『多数の者がその危険に応じて保険料を拠出』すること等の内容を含む規定を置くことの可否を含め、なお検討することとしていた。しかし、現行商法には、『保険』の意義についてこのような内容を定めた規定はなく、告知義務の規律、危険の増加・減少の規律等が設けられていることによって、保険法の適用の対象となるのは、これらの規律が前提とする被保険者の危険の程度を踏まえて契約の締結の可否や保険料が定められるようなものであることが示されていると考えられる。そうすると、保険法においても、同様の規律を設けることにより、その適用の対象となる保険であるかどうかは、このような観点から一義的に判断されることになると考えられる。また、共済には現行商法の保険契約に関する規定が類推適用されると一般的に

解されており、保険と同等の内容を有するものがその適用の対象となるものと考えられる。そこで、保険法においても保険及び共済等の意義は定めず、現行商法と同じく、その内容については解釈にゆだねることで、どうか（これと関連して、契約の規律について定める保険法の規定が共済等にも適用されることを明確化することを検討する。）」

- 18 「1 保険法の適用範囲 現行商法（明治32年法律第48号）の保険契約に関する規定が適用又は準用の対象としているもの（保険を営業としてする者を保険者とする保険契約と相互保険契約）だけでなく、契約としてこれらと同等の内容を有する共済契約等も、適用の対象とする」（保険法部会資料26・保険法の見直しに関する要綱案（第2次案）1頁）。
- 19 もっとも、先に述べたように、立案担当者としては「保険」については、過不足のない定義を置くことは難しいと考えており、「保険」概念が明文化されなかった理由の一端はその点にあったことは間違いない。しかるに、経済制度としての「保険」の法形式である「保険契約」の定義を置くことがなぜできたのか、筆者にはよくわからない。先に述べたような趣旨で規定を置くならば、「保険契約」の「定義」としてではなく、たとえば「保険契約、共済契約その他名称のいかんを問わず、損害保険契約、生命保険契約、傷害保険契約または疾病保険契約に該当するものには、本法の規定を適用する」といった条文をおくなど、それ以外に規定のしようがなかったわけではない（洲崎博史「Ⅱ 総論（1）新保険法の射程と構造」商事法務1808号7頁。なお、右論稿は平成19年の私法学会のシンポジウム用の資料であり、当時公表されていた「保険法の見直しに関する中間試案の取りまとめに向けた議論のためのたたき台」を文字通り「たたき台」として、各パネリストの報告がなされている）。
- 20 なお、平成20年改正前商法629条及び673条は、それぞれ損害保険契約および生命保険契約の定義を示すと同時にこれらの契約が諾成契約であることをも定めていたといえる。というのは、民法上諾成契約とされるもの（たとえば売買契約。民法555条）と同じく「・・・約シ・・・約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」という文言を用いているからである。要

物契約の規定は「相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる」(消費貸借契約。民法 587 条)、「相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる」(使用貸借契約。民法 593 条)などとされており、これとは大きく異なる。新保険法でも、2 条 6 号以下の各号の文言からはその点は伺えないが、1 号は同様の表現を採用しており、保険契約が諾成契約であることは間違いない。

- 21 なお、新保険法 2 条 1 号の意義を検討した上で、生命保険買取契約がこれにあたるか否か検討するものとして、肥塚肇雄「生命保険買取契約と保険法 2 条 1 号にいう『保険契約』の定義規定」奥島古稀・現代企業法学の理論と動態第 1 巻《下篇》1201 頁以下。
- 22 村田・前掲「保険の意義と保険契約の類型、他法との関係」30 頁。
- 23 大森・前掲保険法 257 頁、石田・前掲商法Ⅳ 303 頁など。
- 24 損害保険契約における「偶然性」とは、保険事故の発生と不発生の可能であって、そのいずれともいまだ確定していないことを意味するものとして、大串ほか編・前掲解説保険法 32 頁。
- 25 山下友信＝米山高生編・保険法解説－生命保険・傷害疾病保険（有斐閣・平成 21 年）132 頁〔洲崎博史〕は「いわゆる天候デリバティブの約定も保険契約に含まれるという解釈が文言上およそとりえないというわけではない」としている。もっとも、結論的には「そのような解釈は現時点では一般的ではなく、保険デリバティブは保険法の適用対象ではない」と述べる。
- 26 このような限定を付したことは立法論的に疑問であるとする見解として、村田・前掲「保険の意義と保険契約の類型、他法との関係」30 頁。
- 27 大串ほか編・前掲解説保険法 28 頁、肥塚・前掲「生命保険買取契約と保険法 2 条 1 号にいう『保険契約』の定義規定」1207 頁。なお、「保険制度の特徴たる保険給付と保険料の間の保険数理的関係を示している」とする見解〔洲崎・前掲保険法解説 136 頁〕もこれと同旨であろう。もっとも、そこではさらに「保険給付と保険料との間に厳格な給付反対給付均等原則が成立していることまで求められてい」ないとしており、ニュアンスは微妙に異なっている。

- 28 福田弥夫＝古笛恵子・逐条解説改正保険法（ぎょうせい・平成 20 年）16 頁。
- 29 大串ほか編・前掲解説保険法 28 頁、萩本修編著・一問一答・保険法（商事法務・平成 20 年）29 頁参照。
- 30 大串ほか編・前掲解説保険法 27 頁。
- 31 法制審議会保険法部会・第 1 回会議議事録 10 頁。すなわち「この『報酬』については、純保険料を含む保険料がこれに当たるということで異論がないところでございます。もっとも、その表現については、民法では雇用契約、請負契約、委任契約及び寄託契約について『報酬』という言葉が用いられておりますものの、保険契約者が支払う保険料を『報酬』と呼ぶのは違和感があるとも考えられます。旧商法は『保険料』という言葉を用いており、これが現行商法制定時に『報酬』に改められたという経緯がございますが、その理由としては、商法制定当時の法典調査会の資料に『實際上ニ於テモ保険料トシテ金銭ヲ支払フヲ通例ト為スト雖モ必シモ之ヲ保険料ト称スルコトヲ要セサルヲ以テ本案ハ『其報酬ヲ与フルコトヲ約シ』云々ト改メタリ』と記載されておりますことにかんがみますと、保険料以外の名称を用いる契約が広く含まれることを明確にするという趣旨があったのではないかと考えられます。もっとも、他方で商法のほかの条文、例えば商法第 637 条などでは『保険料』の文言が維持されており、文言が統一されていないようにも思われます。そこで『報酬』という言葉为例えば『保険料』又は『保険掛金』などの文言に改めることも考えられますので、このような考え方につきまして御議論を頂きたいと思っております」。
- 32 ただし、保険料に「当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして」という限定を付していることは、不十分ながら対価的意義を表しているとは評価できなくもない。というのは、保険契約者の負担する保険料支払債務と対価性を持つのは、保険者の負担する危険負担債務であり、その法的性質は期待権の供与義務であるとされているところ、保険事故発生の可能性に応じてというのは、この期待権の中身を数学的に評価して保険料を算定するという意味をもつからである。

- 33 なお、先に述べた損保試案、傷害試案、損保試案 95 年版、傷害試案 95 年版、生保試案 98 年版、傷害試案 98 年版、疾病試案 98 年版および傷害試案 03 年版は、いずれも「対価（以下、保険料という。）」という表現を用いている。
- 34 洲崎・前掲保険法解説 142 頁、萩本編・前掲一問一答・保険法 33 頁など争いはないようである。
- 35 これに対して、新保険法は修正絶対説に立脚しているとする見解として、大串ほか編・前掲解説保険法 197 頁註 (5)。
- 36 「『偶然の』という文言を削除すべきである、又はその意義を明確にすべきであるとの考え方がございます。この『偶然』の意義については、保険契約の成立の時に、保険事故の発生と不発生とがいずれも可能であって、そのいずれともいまだ確定していないことを意味すると解されておりますが、このことは保険の本質的屬性である、又は『事故』という文言により表されていると考えた上で、『偶然の』という文言は削除すべきではないかとの指摘がございます。この指摘は、このような文言を残すことにより、保険事故の発生が被保険者の故意によるものではないことについて保険金請求権者側に証明責任があるという誤った解釈を招くおそれがあるということを理由にするものと考えられますが、被保険者の故意による事故招致を保険者の免責事由として明示すれば、そのようなおそれは生じないとの指摘もございます」(法制審議会保険法部会・第 1 回会議議事録 8 頁)。
- 37 法制審議会保険法部会・前掲第 1 回会議議事録 8 頁。
- 38 「人の死亡…による損害額を算定することは、困難であり、むしろ不可能に近い」として、定額給付にならざるをえないとする見解として、田辺康平・新版現代保険法(文真堂・平成 7 年) 232 頁、西島・前掲保険法 309 頁など。これに対して、損害保険契約も成り立ちうるとする見解として、石田・前掲商法Ⅳ 274 頁、江頭憲治郎・商取引法[第 4 版](弘文堂・平成 17 年) 454 頁註 (5)、山下友信・保険法(有斐閣・平成 17 年) 41 頁(ただし、人保険一般について述べる)など。
- 39 新保険法のもとでも「人に関する保険については基本的に定額給付とし

- て構成することが素直である」とする見解もある（村田・前掲「保険の意義と保険契約の類型、他法との関係」37頁）。
- 40 人の死亡については、一般に損害を算定することは不可能または著しく困難であるといわれている。田辺・前掲新版現代保険法 232 頁、西島・前掲保険法 309 頁など。
- 41 人の死亡による損害を被保険利益とする損害保険契約が可能であるかどうかという点に関し、傷害疾病損害保険契約との関係で論ずるものとして、村田・前掲「保険の意義と保険契約の類型、他法との関係」37 頁。
- 42 洲崎・前掲保険法解説 145 頁以下。そのようなタイプの契約は「保険法にいう保険契約・・・ではな・・・いが、公序良俗に反しない限りは、無名契約として有効に締結することができ」と述べる。なお、洲崎・前掲「Ⅱ 総論（1）新保険法の射程と構造」10 頁以下参照。
- 43 洲崎・前掲保険法解説 146 頁。
- 44 洲崎・前掲保険法解説 145 頁、大串ほか編・前掲解説保険法 33 頁以下など争いはない。もっとも、平成 20 年改正前商法 673 条は、「相手方又ハ第三者」の生死を保険事故としており、その文言上は「保険者」の生死が除外されていた。
- 45 なお、今回の立法に当たって、生命保険契約における現物給付の可否が議論されたが、結局立法化は見送られた（この点については、山下友信「保険の意義と保険契約の類型一定額現物給付概念について」中西喜寿・保険法改正の論点（法律文化社・平成 21 年）3 頁以下、遠山聡「定額保険における現物給付」保険学雑誌 607 号 21 頁以下など参照）。本稿は新保険法の解釈論を検討している関係上、この点については別稿に譲る。
- 46 倉澤康一郎「傷害保険契約の構造再考—高松高裁平成 2 年 9 月 28 日判決を契機として—」創立 60 周年記念論集（損害保険事業総合研究所・平成 6 年）838 頁。
- 47 萩本修ほか「保険法の解説（2）」NBL885 号 24 頁。そこでは「人の死亡に関して一定額の保険給付を行う保険契約のうち、死亡の原因を一定の傷害や疾病に限定しているものについては、生命保険契約ではなく傷害

疾病定額保険契約として整理することになり、このことを明らかにするため、生命保険契約の定義において、傷害疾病定額保険契約に該当するものを除いている」と説明している。同旨萩本編・前掲一問一答・保険法 34 頁。

- 48 ただし、後述するように、傷害疾病損害保険契約については「当該傷害疾病が生じた者が受ける」損害を填補するものにかぎられる（2条7号括弧書）。これ以外の者が受ける損害を填補することを目的とするものは通常の損害保険契約にすぎず、傷害疾病損害保険契約の規定は適用されない（洲崎・前掲保険法解説 142 頁以下など）。
- 49 以下の点について、詳細は拙稿「疾病と傷害」塩崎勤＝山下丈編・新・裁判実務大系 19・保険関係訴訟法（青林書院・平成 17 年）375 頁以下等参照。
- 50 西島・前掲保険法 376 頁、石田満・前掲商法Ⅳ 341 頁、江頭・前掲商取引法 484 頁など。
- 51 大森忠夫「商法における傷害保険契約の地位」保険契約法の研究（有斐閣・昭和 44 年）109 頁、中西正明・傷害保険契約の研究（有斐閣・平成 4 年）4 頁以下など通説といってよいであろう。
- 52 田中誠二＝原茂太一・新版保険法 [全訂版]（千倉書房・昭和 62 年）46 頁、倉澤・前掲「傷害保険契約の構造再考」832 頁など。
- 53 大森・前掲「商法における傷害保険契約の地位」97 頁、田辺・前掲新版現代保険法 274 頁、西島・前掲保険法 380 頁など。
- 54 倉澤・前掲「傷害保険契約の構造再考」838 頁。
- 55 倉澤・前掲「傷害保険契約の構造再考」838 頁。
- 56 その理由その他については萩本編・前掲一問一答・保険法 35 頁等を参照。
- 57 受傷者以外の者に生じた損害を填補するものとしては、出演者の傷害疾病に基づく出演中止によって興行主に生じた損害を填補する興業中止保険などがその例であるとされる（萩本編・前掲一問一答・保険法 35 頁、洲崎・前掲保険法解説 143 頁など）。
- 58 もっとも、「人の傷害疾病によって生ずることのある損害に死亡による損害が含まれるか」という点を問題とし「法 35 条の・・・読替え規定

が、被保険者の死亡によって生ずる損害をてん補する場合に関し、被保険者を被保険者またはその相続人と読み替える規定を置いていること」を理由にこれを肯定する見解もある（村田・前掲「保険の意義と保険契約の類型、他法との関係」36頁）。しかし、2条7号および5条によれば、傷害疾病損害保険契約の保険事故は「人の傷害疾病」であって「人の死亡」ではない。それゆえ、論者の「死亡による損害」という表現が「死亡」を保険事故とするものを指すとすれば賛成できない。この場合にもやはり保険事故は「人の傷害疾病」であって、35条の該当箇所は、右保険事故の結果、人の死亡という損害が生じた場合についてのものではなからうか。

- 59 萩本編・前掲一問一答・保険法 35 頁。
- 60 大串ほか編・前掲解説保険法 36 頁。
- 61 大串ほか編・前掲解説保険法 36 頁、洲崎・前掲保険法解説 148 頁。なお、萩本編・前掲一問一答・保険法 167 頁以下参照。
- 62 洲崎・前掲保険法解説 148 頁など。もっとも、傷害（または疾病）そのものを保険事故とする定額保険契約も 2 条 9 号に該当するといわれている。
- 63 萩本ほか・前掲「保険法の解説（2）」24 頁は「人の死亡に関して一定額の保険給付を行う保険契約のうち、死亡の原因を一定の傷害や疾病に限定しているものについては、生命保険契約ではなく傷害疾病定額保険契約として整理することになり、・・・生命保険契約の定義において傷害疾病定額保険契約に該当するものを除いている」と説明している。
- 64 田辺康平「いわゆる第三分野における生・損保の競合について」ジュリスト 636 号 43 頁。学説は一般に物保険ないし財産保険は定額保険たり得ないと解している。石田・前掲商法Ⅳ 274 頁、山下・前掲保険法 40 頁以下、吉澤卓哉「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業務に与える影響—」保険学雑誌 599 号 139 頁（この分野で行われているのが保険デリバティブ（天候デリバティブや地震デリバティブ）であると指摘する。註（4）など。
- 65 倉澤康一郎・現代保険法論（一粒社・昭和 60 年）122 頁以下。

66 山下・前掲保険法 68 頁参照。

67 もちろん、保険契約に該当するというためには「一定の事由の発生の可能性に応じたものとして保険料を支払うことを約する」ものでなければならぬし (2 条 1 号)、経済的な「保険」制度を前提とするものでなければならぬであろう。

(すずき・たつじ 桐蔭横浜大学法学部教授)