

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——

岡
田
豊
基

はじめに

第一章 保険本質論の類型

第二章 イタリア法における保険本質論

第一節 保険本質論の類型

第二節 保険本質論の背景

第三章 保険本質論の考察

第一節 定義の目的および方法論

第二節 保険本質論の考察

第一款 企業説 (Vivante 説) の分析

第二款 保険本質論の考察

おわりにかえて

はじめに

規制緩和に基づく金融自由化のうねりの中で、保険事業だけでなく保険商品の内容も大きく変わろうとしてい⁽¹⁾る。この結果、筆者は、保険の現状は、従来から展開されてきた伝統的な理論に基づく保険の枠組みをすでに超えているのではないかと考⁽²⁾える。すなわち、保険の実際においては、第一に、対外的には、金融機関相互間の垣根が低くなり、あるいは取り払われつつある状況において、各金融機関の取扱商品について、その内容の融合化が促進されている。かかる傾向のひとつとして、保険の投資商品化への進行があげられよう。第二に、保険事業の内部では、たとえば積立型損害保険の増加に伴い、いわゆる損害保険の定額保険化が促進されており、保険商品間においてもまた、その融合化の進行がますます顕著になっている。

たとえば、変額生命保険（以下、変額保険という）について、第一の問題を考察してみる。変額保険は、周知のごとく、その保険料積立金を特別勘定に分離し、もっぱら上場有価証券への投資等により運用し、その運用実績に従って保険金額・解約返戻金額（保険給付額）を変動させるものである。そして、予定利率を上回る運用実績があれば、保険給付額は契約時に定められた基本保険金額を上回り、運用実績が予定利率を下回るとその逆になる。ただし、死亡保険金の額は「最低保証」が設けられてい⁽³⁾る。このように、変額保険は、商品内容が定額保険とは相当に異なるものであるがゆえに、法律上、新しい問題を提起している⁽⁴⁾。そのひとつは、変額保険のため特別勘定の設置に伴って生ずる問題であり、もうひとつは、保険募集に関する問題である。このうち、後者の問題について概観すると、従来より、理論上、変額保険の募集にあたって、変額保険と証券投資信託との性格の類似性が指摘されてい⁽⁵⁾る。したがって、変額保険は、その募集にあたっては、他の生命保険商品とは異なる特別

な配慮が要求される。しかし、変額保険の募集については、「保険募集の取締に関する法律」（昭和二三年法律一七一号。以下、募取法とする）に改正が加えられることなく、大蔵省通達⁽⁶⁾に基づく生命保険業界の自主規制にその募集行為等の内容が委ねられた結果、証券投資信託の募集ルールに準じた変額保険募集上の開示および禁止行為に関するルールが設定された。すなわち、変額保険は、生命保険協会の認定した変額保険販売資格を取得し、同協会に登録された生命保険募集人を介して募集されており、さらに、同協会により、変額保険募集時の開示事項ならびに禁止行為が定められている⁽⁷⁾。しかしながら、この募集行為に関して従来より指摘されてきた様々な問題点⁽⁸⁾が、ここに至りバブル崩壊に呼応するかのときタイミングで顕在化している。すなわち、保険会社および募集人の変額保険募集時の説明義務違反に基づく不法行為上の損害賠償責任の可否に関する判決が、相次いで下されているのである⁽⁹⁾。このような金融商品販売時の募集人等の不法行為責任に関する問題は、保険商品のみならず、他の金融商品の販売行為についても指摘されている問題でもあることから、事前に予想できたものである。ところで、変額保険の法的位置づけに関して、一般に、次のように解されている。変額保険では、生存保障の部分について、保険者が資産運用の投資危険を負担しないが、保険者が大数の法則を応用した予定死亡率率について危険を負担している点では、一般の生命保険と変わりないので、変額保険は保険事業の範疇に入る。そして、商法六七三条の「一定ノ金額」とは、契約上、客観的な保険金額算定基準が定まっておれば足りると解されるから⁽¹⁰⁾、変額保険も生命保険の一種として商法六七四条以下の適用を受け、保険業法の対象となる、と解されている⁽¹¹⁾。しかし、現行の有期型変額保険については、満期保険金額に最低保証がないことにより、かかる変額保険が投資商品とみなされるのではないか、という指摘がある⁽¹³⁾。すなわち、満期保証される変額保険は、インフレ・ヘッジ付保険商品としての枠内に留まるのに対して、満期保証のない変額保険は投資商品としてみなされ、その限りに

において、証券取引法等の規制を受ける可能性が生ずる⁽¹⁴⁾。その結果、たとえば、証券取引法上の投資商品の販売資格者は、締約代理人であるいわゆる証券外務員に限定されているのに対して（証券法六四条）、変額保険を募集する生命保険募集人は、他の保険商品の募集の場合と同様に、媒介代理人として募集しているので（募取法二条三項）、変額保険の募集については、法律上、生命保険募集人の代理権限の範囲について問題が生じることになる⁽¹⁵⁾。

以上のように、変額保険に関する問題の一部を概観したが、筆者は、この保険の法的性質が、これまでそれなりに定着している保険概念の範疇を超えてしまい、その結果、他の金融法の対象領域へと踏み込んでいないのかと考える⁽¹⁶⁾。変額保険に関する問題を検討する論文の多くが、証券取引法等の観点からその論理を展開していることも、かかる懸念を裏付けているのではないだろうか⁽¹⁷⁾。

つぎに、前述の第二の問題である損害保険の定額保険化がみられる保険商品のひとつとして、一九九二（平成四）年六月に創設された年金払積立型傷害保険がある。この保険は、「保険期間満了までの間、傷害による死亡・後遺障害を補償するとともに、保険期間の途中から、約定した給付金を年金払する積立保険（貯蓄型保険）である⁽¹⁸⁾」。この保険のごとく、いわゆる積立型損害保険は、保険期間中に保険金額の一定割合以上の保険金支払（全損失効）がない限り、期間満了時に満期返戻金が支払われるという意味を有する。そして、かかる満期返戻金の法的性質は、保険料の一部を払い戻す「無事故戻し」であると解されている⁽¹⁹⁾。しかし、この年金払積立型傷害保険は、約定した給付金が年金払いされる点において、理論上、もはや損害填補の領域を逸脱し、定額（給付型の）保険となっているとも考えられる。もしそうだとすれば、すでに指摘されているごとく、この保険の法的性質は、損害保険は損害填補契約であると定義された商法六二九条の規定に抵触することになる⁽²⁰⁾。ただし、傷害保険を第三分野の保険であると考える見解によれば、この抵触は回避されると解されるにしても、傷

害保険を実損填補型と定額給付型とに分離することにより、傷害保険の「棲み分け」を決定した昭和四〇年大蔵省裁定の内容に反することになりはしまいか。そこで、法律上、この積立型傷害保険に適用される保険法の規定は、損害保険あるいは生命保険のいずれの規定かという問題が生じる。現状のように、損害保険の定額保険化が促進されていけば、損害保険の投資商品化が進み、その結果、損害保険と生命保険との垣根だけでなく、損害保険と他の金融商品との垣根もまたますます曖昧になっていくであろう。かかる現状を前にして、もはやその垣根は、事実上、取り払われているという見解さえある。⁽²²⁾

以上のように、規制緩和に起因する金融自由化により、保険の実態が対外的にも内部的にも著しく変化している結果、保険法（保険契約法・保険監督法）の条文の適用に関し、様々な問題がでてくるのではないかと考える。保険法が適用されるためには、その適用範囲を明確にする必要がある。つまり、保険契約あるいは保険事業の定義の存在が前提とされる。わが国の商法は、損害保険契約（商法六一九条）および生命保険契約（商法六七三条）の定義規定を有している。しかし、その内容は、前述のごとく、損害保険会社が積立型損害保険を販売しているという保険の実態と乖離している。さらに、保険業法は、保険ないしは保険事業の明確な定義規定を持たない。⁽²³⁾

このうち保険事業の定義に関して、岩崎稜教授は、金融自由化が促進されている状況においてこそ、各金融機関本来のルーツが何かを考える必要が出てくる点で、保険事業定義論が今日の金融自由化論の流れの中で脚光を浴びてくる、と主張され、一定の目的の下で、保険事業を明確に定義することにより、保険事業と他の金融事業との区別を行うべきであると説かれる。⁽²⁴⁾ 平成六年六月二四日の保険審議会報告には、保険事業の定義が明示されているが、この定義内容は、前述の昭和四〇年大蔵省裁定の内容と同旨である。⁽²⁵⁾ 損害保険会社が積立型損害保険を販売しているという現状において、この定義が保険事業の健全な監督あるいは運営機能を、十分に果たしうるで

あろうか。

そこで、筆者は、このような保険の現状をみるに及んで、保険契約および保険事業を取り巻く前述の法律上の諸問題を解決する必要があると考える。そのためには、当然のことながら、個々の事例に固有の問題を個々の観点に立脚しながら解決していくだけでなく、同時に、個別問題を解決するうえでの礎とするために、保険契約とは何か、そして保険事業とは何かを明確にすることもまた必要であると考え。この場合、それぞれを定義づけるためには、まず、保険とは何かを考えることから始めるべきであろう。保険契約および保険事業の定義は、いずれも保険の定義を基礎として考察されるべきだからである。したがって、ここに、かつて無用視された保険理論（保険本質論）を検討していくことが必然的に要求されると判断した。ただ、「保険が何であるかは、保険契約の性質に関連して学者が争うところであり」、²⁷⁾さらに、保険契約の締結業務を無視しては、保険事業を把握することはできないので、本稿では、保険の意義に立脚する保険契約および保険事業のうち、保険契約の法的意義に着目して論を展開していきたい。さらに、前述のように、いわゆる保険商品（保険契約）に関しては、他の金融商品（金融取引契約）との融合化と、保険商品同士のそれというふたつの問題がある。かかる問題を解決するためには、まず保険商品と他の金融商品との区別に関する問題が優先されると考える。そこで、本稿では、この問題を解決するための論拠を探ることにする。すなわち、保険商品と他の金融商品との垣根を探るという目的に視座を定めながら、「保険」とは何かについて検討していきたい。さらに、伝統的な保険理論ではもはや説明できない保険契約も出現しているのではないかと考える。したがって、将来、これらの保険をも含みうる保険理論を新たに提唱することも必要であろう。そこで、本稿では、以上のような論理に基づいて、まず、伝統的な保険法理論の観点に立ちながら、保険契約の定義を今一度再考し、かつ明確にすることにより、今後、「保険」を巡

る前述の諸問題を解決する理論を構築するための端緒を見出し出したい。

- (1) 参照、吉川吉衛「保険事業とは何か」保険学雑誌五二四号・平成元年三月・五頁〜六頁。
- (2) 参照、岩崎稜「金融自由化と保険商品」保険学雑誌五二〇号・昭和六三年三月・一二頁。
- (3) 江頭憲治郎『商取引法 下』弘文堂・平成四年七月・四〇九頁・注(2)。
- (4) 江頭「変額生命保険に関する保険業法および募取法上の諸問題」『国家学会百年記念・国家と市民 第三巻』有斐閣・昭和六二年一月・一一九頁。
- (5) たとえば、神崎克郎「変額保険の証券的規制―生命保険の持分証券化と投資者保護」商事法務六一〇号・一九七二年八月・二九頁、森田章「変額保険・変額年金と投資者保護」神戸学院法学一六巻三〥四号・一九八六年七月・一一頁等がある。
- (6) 「変額保険の販売資格制度および募集上の留意事項について」昭和六一年七月一〇日蔵銀一九三三三号。
- (7) 江頭・前掲論文「国家と市民」一三三頁〜一三四頁。
- (8) 江頭・同右・一三六頁〜一三八頁。
- (9) 参照、長谷川俊明「バブル経済の後始末？相次ぐ変額保険、ワラントをめぐる判決」NBL五五二号・一九九四年九月・一三頁。たとえば、東京地裁平成四年六月二五日判決・金融法務事情一三四五号・一九九三年四月・三四頁（変額保険募集時の募集人の説明義務違反を否定）、東京高裁平成六年一月二七日判決・判例タイムズ八五四号・一九九四年一〇月・七四頁（変額保険募集時の生命保険会社および募集人の不法行為責任を否定）、東京地裁平成六年五月三〇日判決・金融法務事情一三九〇号・一九九四年六月・三九頁（変額保険募集時の募集人の説明義務違反を認定）等がある。参照、山田泰典「変額保険募集と説明義務違反」文研保険事例研究会レポート一〇三号・一九九五年一月・一頁。
- (10) 糸川厚生「変額保険と法律問題」生命保険経営三五巻六号・一九六七年六月・一五頁。

- (11) 江頭「変額保険・ユニバーサル保険」ジュリスト九五三号・一九九〇年四月・六六頁。
- (12) 江頭・同右・六七頁。
- (13) 岩崎・前掲論文・保険学雑誌五二〇号・一一頁～一二頁。
- (14) 岩崎・同右・一一頁。
- (15) この問題は、生命保険募集人の告知受領権の有無の問題に関連して検討されなければならぬ。
- (16) 参照、岩崎・前掲論文・保険学雑誌五二〇号・一二頁。
- (17) 参照、江頭・前掲論文・ジュリスト九五三号・六五頁～六六頁、六九頁～七一頁の各注。
- (18) 日本損害保険協会『ファクトブック一九九四 日本の損害保険』平成六年九月・六八頁。
- (19) 江頭・前掲書・弘文堂・三三七頁。ただし、この場合、「無事故戻し」の法的性質と損害保険の損害填補性との関係を検討しなければならないという課題が残る。
- (20) 積立型損害保険に対する法律上の問題に関しては、参照、岩崎・前掲論文・保険学雑誌五二〇号・二頁～一一頁、経営上の問題に関しては、参照、水島一也「積立型損害保険をめぐる問題」国民経済雑誌一五八巻二号・昭和六三年八月・一頁以下。
- (21) 岩原紳作「第一章 保険会社の業務」竹内昭夫編『保険業法の在り方 上巻』有斐閣・一九九二年四月・八二頁。
- (22) たとえば前川寛教授は、「いまや積立型保険は貯蓄付保険から保険付貯蓄へとほぼ完全に姿を変えたようにみえる。」と主張される（同「損害保険会社における経営の構造的変化」保険学雑誌五二〇号・昭和六三年三月・三二頁）。また、水島一也教授は、損害保険会社による積立型傷害保険の引受を、保険経営学上、損害保険会社の「経営多角化」として把握されている（同・前掲論文・国民経済雑誌一五八巻二号・一〇頁）が、かかる方向性に厳しい立場で臨まれている（同上・一六頁～一七頁）。
- (23) 参照、銀行法二条二項、証券取引法二条八項。

(24) 岩崎「第二章 保険事業の定義」竹内昭夫編『保険業法の在り方 下巻』有斐閣・一九九二年九月・一三五頁―一三六頁。

(25) 保険審議会「保険業法等の改正について」第一総則二。保険事業の定義(一)①②③、西村善嗣「保険業法等の改正について―保険審議会報告の概要―」商事法務一三六三号・一九九四年八月・四六頁／保険審議会報告の概要√総則①保険事業の定義。

(26) 岩原「保険監督諸法の改正」商事法務一三六三号・一九九四年八月・三七頁。

(27) 田中誠二＝原茂太一『新版 保険法(全訂版)』千倉書房・昭和六二年一月・三五頁。

第一章 保険本質論の類型

周知のごとく、わが国においては、保険本質論を展開するに際し、保険契約の本質を一義的あるいは統一的にとらえていないもの、いわゆる統一不能説があるが、統一⁽¹⁾的説明を行う見解の中にも種々の理論がある。そのうちで重要なものは、①損害填補説、②需要説(入用説)、③経済生活確保説(修正需要説)、④技術的特徴説、⑤金額給付説等である。以下、これらの学説を概観する。

①損害填補説 この説は、保険契約は損害を填補または分担することを目的とする契約であると解する。しかし、この説に対しては、生命保険では、損害の有無および多少にかかわらず、定額の保険金が支払われるから、この説は保険契約全般に通ずる説明とはいえない、という批判がある。⁽²⁾

②需要説(入用説) この説は、保険契約は偶然的事故によって生ずる経済的需要(入用)を充足する手段を、最少の費用で提供することを目的とすることにその本質がある、と解する。この説は、経済的必要または金

銭的必要の概念を、損害の概念に代置することによって、生命保険をも含む保険制度の全部について、共通の目的を示そうとするものである。⁽⁴⁾この説の提唱者は、イタリアの経済学者 *Ulisse Gobbi* であり、ドイツでは *Otto Mares* が支持している。しかし、この説に対しては、生命保険では需要の有無および多少にかかわらず、定額の保険金が支払われることなどにおいて、損害填補説と同様の批判がある。⁽⁵⁾

③ 経済生活確保説（修正需要説） この説は、従来の学説は、保険事故発生後の具体的給付の利用目的だけに着目しているにすぎないという批判を考慮して、事故発生前における保険契約の機能を重視するものである。⁽⁶⁾つまり、保険契約は、当事者の一方が将来の需要（入用）を確実に充足しようとする目的をもち、一定の事件または時点において相手方から給付を受けることを約束する契約である、と解する。この説の主唱者には、オーストリアの *Joseph Hupka* がみられるが、大森忠夫博士は、この説を基礎として、⁽⁷⁾被保険利益は、保険契約の目的として位置づけられるものではなく、「保険契約の公序良俗適合性の一つの徴表としてのみの意味を有する」にすぎないと説かれている。⁽⁸⁾しかし、この経済生活確保説（修正需要説）は、一定の保険事故と保険者の行う給付との間の密接な関係を曖昧にさせる、という批判がある。⁽⁹⁾

④ 技術的特徴説 この説は、保険の本質は技術的基礎を有する大経営の点にあるとし、保険契約は偶然に発生する事故の蓋然率に従って計算された保険料に対して、その事故発生の際に保険金が支払われる契約であると解する。この説は、イタリアの商法学者 *Cesare Vivante* の提唱による。⁽¹⁰⁾しかし、この説は、保険契約と保険事業とを混同しており、保険契約の本質は孤立した保険契約中に求めるべきであるとの批判がある。⁽¹⁰⁾

⑤ 金額給付説 この説は、保険は単純な金額給付の約束であり、保険契約は特定の事故の発生に際して、保険金として特定額または損害額を支払うことを目的とする契約であるとする。しかし、この説によれば、保険契

約はすべてその定義中に取り込まれるが、保険契約と類似契約とを区別する基準が曖昧なので、この説では、保険契約の本質的要素は表現されていないとの批判がある。⁽¹¹⁾

以上がわが国で主張されている主要な保険本質論である。これらの理論は、いずれもドイツあるいはオーストリアの理論に帰着する。換言すれば、わが国の保険本質論の多くは、Manesをはじめとするドイツで展開されていた理論を土台にして、前述の各理論を展開してきた傾向がみられる。翻ってドイツにおける保険本質論をみると、Manes はイタリアの経済学者である Gobbi が唱えた「需要説（入用説）」を支持しており、この理論がドイツにおける有力説となっている。また、この Manes 理論が、まさしく大森博士および Hupka の「経済生活確保説」の基礎となった。さらに、後述する（参照、第二章第一節）「新損害填補説」は、イタリアの商法学者である Tullio Ascarelli あるいは Antigono Donati 等により、Gobbi 理論に対する批判を考慮したうえで、その説の欠点を克服すべく、旧来の損害填補説を敷衍した形で提唱されたものである。すなわち、Gobbi の提唱した「需要説（入用説）」が、ひとつは、ドイツあるいはわが国において「経済生活確保説」へ、ひとつは、イタリアにおいて「新損害填補説」へと枝分かれし、それぞれ形を変えながら広く支持されていったのである。また、「技術的特徴説」は、前述のごとく、イタリアの商法学者である Vivante の提唱した理論である。以上にみられるように、主要な保険本質論のルーツを辿っていくと、イタリアの保険法理論の中で論じられてきた保険本質論に帰着する。そこで、保険本質論の詳細を知ろうとすれば、イタリアにおける保険本質論の内容を研究することが必要となる。そこで、次にそのイタリア法における保険本質論について概観することにする。

(1) 例えば、西島梅治『保険法』筑摩書房・昭和五〇年一〇月・四頁等。

(2) 保険学説の詳細については、参照、鈴木辰紀『保険論（第二版）』成文堂・一九八四年四月・二二頁～三五頁。

- (3) 西島・前掲書・一頁～二頁、田中∥原茂・前掲書・三三頁～三四頁。
- (4) 西島・前掲書・二頁。
- (5) 田中∥原茂・前掲書・三四頁。
- (6) 西島・前掲書・二頁。
- (7) 大森忠夫『保険法〔補訂版〕』有斐閣・平成三年八月・三頁。
- (8) 大森「保険契約における被保険利益の地位」『保険契約の法的構造』有斐閣・昭和二七年二月・一二〇頁、田中∥原茂・前掲書・三五頁。
- (9) 田中∥原茂・前掲書・三四頁～三五頁。
- (10) 田中∥原茂・前掲書・三五頁。
- (11) 田中∥原茂・前掲書・三五頁～三六頁。

第二章 イタリア法における保険本質論

第一節 保険本質論の類型

保険本質論に関するイタリア法における学説は、従来、保険契約の構成要素である保険および契約の各機能のうち、保険ではなく、契約の機能に焦点をあてた研究に終始し、その分析の重点を契約の法的要素、経済的要素、または技術的要素に置いていた。しかし、これに対し、近年、イタリア保険法の泰斗 Donati⁽¹⁾ は、法律上、保険の本質を確認するためには、保険契約の各機能のうち、従来の立場とは異なり、契約ではなく、保険の法的機能を確認することが重要であるとの認識に立ちながら、保険の有する諸機能に重点を置いて、保険契約の本質を検討すべきであると主張するに至った。⁽²⁾ 現在、この見解がイタリア保険法における有力説として、広く支持され

ているが、彼によれば、保険の本質に関する理論は、保険の有する、①被保険者に関する機能、②保険者に関する機能、および③両方に共通する機能に基づいて分類される。①に属する主要な理論として、損害填補説 (teoria indennitaria) および (偶然の) 入用説 (teoria del bisogno (eventuale)) がある。②には企業説 (teoria dell'impresa) が、そして、③には給付反対給付交換説 (teoria dello scambio tra prestazione e controprestazione) が含まれる。以下、各理論を概観する。⁽³⁾

(a) 被保険者に関する機能の理論

①損害填補説 この説は、保険契約の当事者間において、偶然の事故に起因して一方の当事者に生じた財産的損害を他方が填補するための法律関係を、保険契約の中に見出した。⁽⁴⁾しかし、この説は、周知のごとく、一九世紀後半に至り、生命保険あるいは傷害保険に関するこの説の限界に対して辛辣な批判を受けることになった。すなわち、生命保険では、契約の締結に際して、保険契約者は、早死あるいは高齢への到達による偶然的な財産の喪失あるいは減少を念頭に置いているのに対し、保険者は、かかる喪失・減少の発生の有無・大小は念頭になく、ただ自己の支払うべき資金あるいは年金の額の多寡を考えているにすぎず、契約当事者において認識の違いが著しい。また、傷害保険では、填補されるべき損害を正確に算定しえない等、生命保険あるいは傷害保険に関する諸限界を理由として、この説によると、すべての保険契約を損害填補という単一概念の中に包括することはできない、という批判がなされたのである。⁽⁵⁾この説の支持者は、かかる批判に対して反論を試みた。つまり、彼らは、損害を財産的損害・精神的損害、実損害 (damno emergente)・逸失利益 (lucro cessante)、あるいは生存・死亡等に分類して、それまでの損害概念を広げようと試み、とりわけ生存もまた、実損害 (出費) をもたらす事象であると主張した。しかしながら、生命保険では損害が生じる場合もあるが、つねに損害が発生するとは

いえないとの新たな批判を受け、また、損害の有無、具体的な評価方法あるいは金額に関する批判が克服されえないまま、やがてこの理論は自然消滅した。⁽⁶⁾

② (偶然の) 入用説 事象の中には、その発生のは是非、あるいは少なくともその時期が不確実なものがある。このうち、入用と充足手段との関係に焦点をあてた場合、経済主体にとって現状を不都合な方向に修正する事象が入用をもたらし、この事象の発生する可能性が危険 (*rischio*) となる。保険はまさしく経済主体について生ずる偶然の入用 (*bisogno eventuale*) を充足する機能を有する制度であると解するのが、この入用説である。

この見解の提唱者は、前述のことく(参照、第一章)、イタリアの経済学者 Gobbi である。⁽⁷⁾その後、この見解の中心をなす入用概念が、Ferrarini⁽⁸⁾や Viterbo⁽⁹⁾らにより、経済学上の概念から、法律概念に転換され、多くの支持を得ることになった。⁽⁹⁾その後、分岐した形で、とりわけドイツにおいて広く支持された。⁽¹⁰⁾

この入用説を損害填補説と比較すると、入用概念が損害概念よりも広いゆえに、本理論は、生命保険、とりわけ生存保険をもその中に取り組むことができるという点に意義がある。しかし、同時に、この入用説は、次のような批判を受けている。そもそも経済概念である入用は、個別契約の法律上のカウザ (*causa*) を特徴づけるには、あまりにも漠然としている。というのは、契約はすべて入用充足を目的とするし、そのうちの多くは偶然の入用充足を目的とするからである。したがって、入用はすべての契約の締結理由であり、偶然の入用はあるひとつの様式(例、条件付き)で契約を締結する理由であり、あるひとつの契約が締結される理由ではない。そこで、契約の機能を決定するためには、充足される入用を確定する必要がある。しかし、主観的に定められた入用概念では、損害保険においては損害填補の概念が曖昧になり、さらに、入用が客観的に定められる場合には、生命保険ではかかる入用は生じない。また、他人のためにする生命保険 (*assicurazione a favore di persona diversa*

dall' assicurato) では、被保険者の生存または死亡という事象は、保険金受取人にとり重要ではなく、あるいは好都合になることすらある。それにもかかわらず、保険者は、保険金受取人に対して、その入用の大きさを問うことなく、定額の保険金を給付する。このように損害保険では入用は具体的であるのに対して、生命保険でのそれは抽象的であり、その結果、入用概念の統一ができなくなる。かくして、入用充足説は損害填補説を同じ箇所で行き詰まる。⁽¹¹⁾

このように、この入用説は、Vivante をはじめとする法律学者から、経済的概念である入用は、個別契約の法律上のカウザの特徴を示すには、あまりにも広すぎるゆえに、入用概念の法律分野への導入は、適切ではないという批判を受けた。⁽¹²⁾ しかし、Gobbi 自身は、かかる批判に対して、彼の入用説は、法的観点ではなく、経済的観点に基づいて保険の本質を検討するものである、と繰り返し反論している。⁽¹³⁾ また、Donati が、Gobbi をはじめとする経済学者の理論は、法律家がそれまで考慮の対象としていなかった点を強調したものである、と主張していることは、きわめて興味深い。すなわち、それは、将来の不確実な入用は、事前的措置 (previdenza) としての効果により、確実に持続する実際の入用へと変化する。つまり、偶然の入用が発生する場合、そしてその時に、将来の不確実な入用は、資産を自由に処分する具体的な入用へと変化する、という点である。この点こそが、その後、Donati が損害填補説を蘇らせるにあたって、きわめて重要な論点となったのである。⁽¹⁴⁾

(b) 保険者に関する機能の理論

この理論としては、企業説がある。この説は、商法学者 Vivante が提唱したものであり、⁽¹⁵⁾ 周知のごとく、わが国では、小島昌太郎博士が、その大著『保険本質論』の中で、「私の假に名づけて技術的特徴説といふ所のものである」として紹介された理論である。⁽¹⁶⁾ この説は、保険は経済的には危険の移転の他に、相互性により構築さ

れる、という考えに立脚する。つまり、保険は、特定の危険にさらされた多数人が、統計的かつ蓋然的計算の基礎のうえに構築された共同体組織へ参加し、その共同体組織によって、特定の危険が、相応の対価の支払によって、そこに参加している人達の間で分配される制度である。保険契約とは、かかる保険制度の下で、保険企業が、偶然な事故の発生確率に従って算定された保険料を、相手方である保険契約者から受領することにより、事故の発生に際して、契約上の金額を被保険者あるいは保険金受取人に支払うことを約束する契約である。ここにいう保険企業は、危険および資本の収集における仲介を行う組織であり、法的には、保険契約を継続的かつ体系的に締結し、一定の規模、技術の完全さまたは法形態（会社または組合）を有する組織である、と解されている⁽¹⁷⁾。

この説は、まず外国で支持された後、Donati⁽¹⁸⁾によれば、イタリアでは、ほとんど議論されることなく、諸学者の体系書にこの説が引用されたという⁽¹⁸⁾。なるほど、現代的保険の必要的・技術的組織は、この企業説の主張するとおりのものであるし、それなくして、保険経済上の目的を達することはできない。また、イタリアをはじめ、多数の国々における立法がかかる共同体組織の必要性を念頭に置いていることも事実である⁽¹⁹⁾。しかし、その後、この説に対して、保険企業という機構は、保険契約の概念に不十分かつ不要であるという理由から、様々な批判がなされた。以下、その主な内容を概観する。

①当事者の一方が企業という組織であることは、取引関係および企業原則の効果においては、きわめて重要であるが、保険契約関係の法的性質を変えるものではない。また、たとえ相手が企業であっても、賭博 (giuoco scommessa) であることには変わりはないからである。賭博と保険とは構造上類似しているので、賭博にも存在する企業という機構は、賭博と保険とを区別するには不十分である、と主張されている⁽²⁰⁾。

②企業組織 (organizzazione ad impresa) は経済概念に必然的な本質であるが、経済的概念の範疇と法律的

なそれとは必ずしも一致しないから、企業組織は、保険関係の法律概念に本質的な要件ではない。Donatiによれば、企業組織が契約のカウザに入り込むというドグマの論法は、正当な理由がない。というのは、保険の目的が達成されるのは、被保険者あるいは保険金受取人にとっては、必要とする資金を獲得するときのみであり、保険者にとっては、危険集団内で引き受けた危険について保険金を支払うときであるからである。⁽²¹⁾

(c) 両当事者に関する機能の理論

この理論としては、給付反対給付交換説がある。この説によると、すべての保険に共通な機能は、保険契約上、保険料の支払と、一定の事象の発生に依拠する保険金の支払という、ふたつの金銭給付の交換である。⁽²²⁾しかし、この説に対しては、金銭上の給付の交換は、損害填補概念を希薄にするだけでなく、他の契約に共通して存在する機能であるから、かかる交換が、純粋な義務と条件付義務との間で行われる場合には、賭博等の他の契約との区別を曖昧にする、との批判がある。⁽²³⁾

(d) 損害填補説の新展開 (La nuova impostazione della teoria indennitaria)

ところで、前述した損害填補説は、近年になって、Ascarelli⁽²⁴⁾ Donati⁽²⁵⁾ あるくは Buttarò⁽²⁶⁾ らの功績により理論的に進化された、いわゆる「新損害填補説」として蘇った。そして、その後、瞬く間に多くの支持者を得るに至り、わが国においても詳細に紹介されている。⁽²⁸⁾

この新損害填補説の詳細は、これまでの研究に譲るとして、その骨子は、Donatiの後掲者である Giovanna Volpe Putzolu⁽²⁹⁾ によれば、次のように要約される。つまり、

「この理論は、いかなる場合においても、契約は偶然的損害を回避することを目的としている、という事実、保険契約の統一的機能を認めるものである。かかる目的のため、損害概念は新たな入用を生じさせる、すべての

事象を含むまでに拡大された。新しい入用の発生を決定する行為（死亡保険の場合の被保険者と一定の関係のある主体にとって、あるいは結婚や子供の誕生のような特定の事象の発生に起因する費用の増加や、老化による労働能力の減少あるいは稼得能力低下を生じる被保険者にとって）がある限り、（この理論は）民法一八八二条に定める生死、すなわち生命に関する事故もまた損害である」と、解している⁽³¹⁾。

このことから明らかなように、新損害填補説の損害概念を形成しているのは、入用である。この入用概念は、前述のごとく、Gobbiにより経済学的に進化されたものである。そして、かかる概念を法律学に援用し、それによって損害概念をそれに代替させることで拡大したのが、Ascarelli乃至Donatiの功績である⁽³²⁾。

しかしながら、まさに損害概念を入用概念に代替させることによって損害概念を拡大したことが、近時、厳しい批判を招くことになったのである。つまり、Volpe Putzoluによれば、Donatiによる新損害填補説は、生命保険、なかんずく生存保険などの実損填補性のきわめて希薄な保険契約まで、損害填補概念の枠内に包含しようとした結果、損害概念の射程を著しく拡大することになった⁽³³⁾。この新損害填補説によれば、人の死のみならず生存についてもまた、被保険者あるいは保険金受取人にとって、抽象的かつ包括的な損害が存在することになる。その生存の中には、結婚、子供の誕生のような特定の事象の発生による費用の増加や、老化による稼得能力の減退までもが、損害として含まれる。しかし、Volpe Putzoluは、かかる概念はあまりも広すぎると批判する。すなわち、かかる概念は、そもそもイタリア法で推論される概念とは矛盾するからである。たとえば、死亡（evento mortale）は、たしかに損害であると認定されるとしても、たとえ老齢になってもなお生存することは、早死するよりもむしろ望ましいことであって、結婚や子供の誕生を含めて、これらを損害とするのは、一般常識とは矛盾する、と主張する⁽³⁴⁾。換言すれば、新損害填補説は、従来の民法の一般的理解を越えて、損害概念を

抽象化することにより擬制するものであるから、その結果、Volpe Putzolu をはじめとして、多数の批判に曝されることになったのである⁽³⁵⁾。

(1) Antigono Donati は、一九二〇年ローマに生まれる。一九三五年ローマ大学商法教官資格者 (docente) を経て、同大学統計・民勢・保険数理学部 (La facoltà delle scientifiche, demografiche ed attuariali dell' Università di Roma) の保険法講座主任教授 (Professore ordinario dell' Istituto del diritto assicurazione) を歴任した。また AIDA (国際保険法学会) の創設者のひとりであることと、ここに有言である (Novissimo Digesto Italiano, VI 1961, UTET, p. 222)。

(2) Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Milano 1954, pp. 6-7.

(3) その他の保険理論として、①保険とは、各経済主体について不都合な経済的事象に対処する制度であると解する説。しかし、これに対しては、経済的に不都合な事象は損害事象にはかならないし、都合の好い事象は入用を引き起こすものではないから、損害填補説で十分である、との批判がある。②保険とは、各経済主体について入用の充足が発生した場合の保護、あるいは入用を生じさせる事象に対する保護を提供する制度であると解する説。しかし、この説は入用説とほぼ同旨であるので同説に含まれうる、との批判がある。③保険とは、保険者による危険の移転・負担・引受の制度であるとする説。しかし、この説では、引き受けられた危険が定義されていないので、不十分である。また、たとえ危険が定義されたとしても、危険を介して、損害をもたらす事象の可能性が意図される場合には、損害填補説で十分であるし、入用を生じさせる事象を意図する場合には、入用説で十分である、との批判がある。④保険は、各主体について約定の事象が生ずれば、財産に関する特定の目的が実現されるといふことを可能にする制度であると解する説。しかし、この説では、経済的弱者の死亡保険と経済的強者の生存保険における問題を解決できない、との批判がある (cf. Donati, *Trattato II*, op. cit., pp. 12-13)。

(4) わが国における損害填補説と内容的には、異ならないように思える (同旨、栗田和彦∥今井薫∥岡田豊基∥小櫻

純「イタリア保険法の逐条的研究(一)」関西大学法学論集三九巻二号・平成元年六月・二〇六頁・注(3)(文責栗田)。

- (5) Cfr. Salandra, *Dell'assicurazione*, 3a ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1966, p.180.
- (9) Donati, *Trattato II*, op. cit., pp.8-9.
- (7) Cfr. Gobbi, *Osservazione sulla relazione fra caratteri economici e caratteri giuridici dell'assicurazione*, in *Assicurazioni* 1936, I, 254; Id. *L'assicurazione in generale*, in *Annali di economia*, Padova, 1938 (ただし筆者未見)。Ulisse Gobbi は「一八五九年ミラノに生まれ、一九四一年死亡した。ミラノ・ボッコニ大学の教授であった頃、経済学だけでなく、歴史学・法学に関する多くの論文・著書を發表して」(J.G.Kretschmann, *Nov. Dig. It.*, VII 1961, UTET, p.1144)。
- (8) Luigi Ferrarini は「一八七五年六月七日に生まれ、一九五〇年七月四日没。ナポリ経済商業研究所(R. Istituto di scienze economiche e commerciale di Napoli)の私法講座(Istituto del diritto private)教授を経て、一九四一年からローマ大学私法講座正教授(Professore di ruolo)であった」(*Nov. Dig. It.*, VII 1961, UTET, p.2-30)。
- (6) Donati, *Trattato II*, op. cit., p.9.
- (10) Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol.I, Milano 1952, p.8, nota(2)。
- (11) Donati, *Trattato II*, op. cit., pp.9-12.
- (12) Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol.IV, 5a ed., Milano 1935, p.355, n.1863.
- (13) Cfr. Gobbi, op.cit., in *Ass.* 1936, I, p.276.
- (14) Donati, *Trattato II*, op.cit., p.12.

- (15) Vivante, *Trattato*, op. cit., pp. 338-339, n. 1858. Cesare Vivante は、一八五五年ヴェネツィアに生まれ、パールマ (Parma) (一八八二年～一八八九年)、『ボローニャ (Bologna) (一八八九年～一八九八年)』、『ローマ (一八九八年～一九三〇年)』各大学の商法教授を歴任後、一九四四年シエーナ (Siena) で死去した。生前は、「手形法統一に関する国際会議のイタリア代表、商法改正委員長等として活躍した。とりわけ、「商法の改正に関する草案」は彼の起草による。また、商法の分野において、多数の革新的な論文を発表している。代表的な著作として、『*Istituto di diritto commerciale* (一八八八年刊行)』、『*Trattato di diritto commerciale* (一九〇一年刊行、四分冊)』があり、『*Rivista del diritto commerciale*』の創始者のひとりでもある (Nov. Dig. It., XX 1975, UTET, p. 1034)。
- (16) 小島昌太郎『保険本質論』有斐閣・大正一四年七月・一八五頁以下。
- (17) Donati, *Trattato* II, op. cit., pp. 14-15.
- (18) Donati, *Trattato* II, op. cit., p. 14, nota (38).
- (19) 栗田他・前掲論文・二〇四頁～二〇五頁 (文責、栗田)。
- (20) Donati, *Trattato* II, op. cit., p. 15.
- (21) Donati, *Trattato* II, op. cit., pp. 15-17. 彼の他、Ascarello もまた「企業説に対して」辛辣な批判をしている (Ascarello, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione, Saggi giuridici*, Milano 1949, pp. 404-408; 拙訳「トゥッリオ・アスカレリ著『保険契約の統一概念について』神戸学院法学二四巻三〇四号・一九九四年一月・一五頁～一九頁)。なお、Tullio Ascarello の略歴に関しては、参照、拙稿・前掲翻訳・一頁。
- (22) Donati, *Trattato* II, op. cit., p. 17.
- (23) Donati, *Trattato* II, op. cit., p. 18.
- (24) Ascarello, op. cit., *Saggi giuridici*, p. 397. Id., *Notarella critica sul concetto di assicurazione*, in Ass. 1950, I, 128. Id., *Elsir di lunga vita e interesse nell'assicurazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*

1952, 1146.

- (25) Donati, *Trattato II*, op. cit., pp. 18-27; Id. Teoria indennitaria sulle assicurazioni e contratto a favore di terzo, in *Riv. dir. comm.* 1954, I, 1. なお、新損害填補説の創始者は誰であるかを巡って、Ascarelli と Donati との間に感情的な論争があった。この内容に関しては、参照、拙稿・前掲翻訳・四頁～五頁・注(11)。
- (26) Buttaro, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano 1954, pp. 254 e segg.
- (27) 栗田他・前掲論文・二〇四頁(文責、栗田)。
- (28) たとえば、木村栄一「損害説の新展開と人保険における被保険利益」ビジネスレビュー五巻二号・昭和三年一月・五七頁、今井薫「イタリア法における『損害填補理論の新たな展開』とその限界」産大法学二五巻三二四号・平成四年一月・一頁、窪田宏『第二版 保険法(商法講義IV)』晃洋書房・一九九三年・四一頁～四三頁等がある。
- (29) Giovanna Volpe Putzolu は、一九三五年四月一日ローマで生まれる。ローマ大学法学部 Ferri 教授のもと、商法の研究を行う。一九六九年までローマ大学法学部助手、一九七〇年からキエーティ(Chieti)のウルビーノ(Ur-bino)およびペルージャ(Pesugia)各大学教授を歴任後、一九八一年にローマ大学統計・民勢・保険数理学部主任教授に就任し、現在に至る(*Who's Who in Italy*, Verlag AG, Zürich, 1994, pp. 2267-2268.)。
- (30) イタリア一九四二年民法一八八二条に関しては、参照、栗田他・前掲論文・二〇四頁～二一四頁(文責、栗田)。
- (31) Volpe Putzolu, *L'assicurazione private contro gli infortuni nella teoria del contratto di assicurazione*, Milano 1968, pp. 11-12.
- (32) 今井・前掲論文・一三頁。
- (33) Volpe Putzolu, op. cit., p. 11.
- (34) Volpe Putzolu, op. cit., p. 12.
- (35) 新損害填補説の限界に関しては、参照、今井・前掲論文・二九頁～三六頁。Volpe Putzolu の他に、新損害填

補説を批判する主要な見解には、Fanelli, La «summa diviso» delle assicurazioni private: riflessioni su un vecchio problema, *Studi in onore A. Asquini I*, Padova, 1965, p. 409 (Giuseppe Fanelli); 一九〇九年六月一二日モリーゼ (Molise) 州カンポバッソ (Campobasso) 県 Riccia (リッチャ) で生まれる。一九四八年からローマ大学商法教官資格者、一九五〇年からカメリーノ (Camerino) 大学商法教授、一九五三年二月一五日からシエーナ大学商法正教授を歴任したのち、ローマ大学保険法正教授として活躍した。主要著書として *Le assicurazioni*, Tomo I, Milano, 1973 の他、多数の保険に関する著書および論文がある (*Nov. Dig. It.*, VIII 1961, UTET, p. 79)。
 Gasperoni, Voce «Assicurazione contro i danni», *Nov. Dig. It.*, 12 1957, UTET, p. 1136 (Nicola Gasperoni); 一九一三年八月一日マルケ (Marche) 州アンコーナ (Ancona) 県イエーシ (Legi) で生まれた。カリアリ (Cagliari) 大学商法講座を経て、一九五五年パルージャ大学商法教授となる。主要著書に *Assicurazioni private*, UTET, 1959 がある (*Nov. Dig. It.*, VII 1961, UTET, p. 763) 等があげられる。

第二節 保険本質論の背景

前述のごとく(参照、第二章第一節)、イタリアでは、一九世紀の終わり頃から、数多くの法律学者あるいは経済学者らにより、保険本質論に関する研究が行われてきた。この一〇〇年余りにわたるイタリア保険法の研究の一側面には保険本質論の研究があった、ともいえる。ただ、イタリアにおけるかかる論争が不毛であり、空しい努力であったとは思えない。すなわち、Vivante、Gobbi あるいは Donati 等の先達は、何らかの目的意識に基づいて、彼らの独自の理論を構築したのではないかと考えるからである。その目的は、「保険」が置かれていた彼らの時代状況に見出すことができるのではないだろうか。イタリアの保険の歴史の中に、彼らに保険本質論の研究を要求したであろう時代の要請があったと考える。そこで、彼らがイタリアにおいて保険本質論を研

究した時代に位置する保険を巡る歴史的背景を探ることにする。結論から先に述べると、筆者は、Vivante や Goggi らは、保険契約を賭博等の射幸契約と区別するために、それぞれの保険本質論を研究したのに対し、 Donati や Ascarelli らは、当時、実定法上の根拠規定をもたない傷害保険を保険契約法の中で位置づけるために、新損害填補説を提唱したのではないかと考える。すなわち、それぞれの研究の視座が異なっていたものの、それぞれの目的意識を明確に持ちながら、各保険本質論を展開していったのである。

イタリアの保険を巡る歴史的背景を探るためには、Vivante の有する歴史的認識が有益である。Vivante は、イタリアにおいて「企業説」と称される保険本質論を検討するにあたり、保険事業の歴史の変遷の過程を振り返っている。その内容は、以下の通りである。保険事業において、多数の危険の引受と、定額保険料による引受とが可能になると、当初、個人で保険を引き受けていた保険者達は、共同引受を行うようになり、巨大危険への対応が可能となった。ここに共同保険が創設されたのである。しかし、保険者の支払不能の危険性はなおも存在していた。たとえ危険が他人に移転されても、保険事業はその射幸的性質を変えるには、いまだ至っていないのである。その後、保険事業は、会社組織で営まれるようになった。それは、保険者達が、船舶の大型化、貿易量の増大とともに巨大化した危険を引き受けることの重要性をより明確に認識したことによる。二〇世紀になると改革の速度が増大したが、その動きは多数の小規模の保険会社を置き去りにしていった。たとえば、営業区域を限定していた小規模会社は、当該区域で頻発した放火 (incendio doloso) に起因する損害を十分に填補することができず、その結果、他区域での営業利益をもって、当該区域で発生した損害を填補しえた外国の大規模会社に駆逐されていったのである。それは、けだし、保険企業にとり、保険料基金 (fondo di premi) を構成する保険料を支払う保険契約者数の増加こそが、保険事業の諸経費を可能な限り縮小あるいは削減する不可欠の要素

であるからだ。このような状況の変化の結果、保険取引は偶発的な射倖的取引 (commerciale avventizio e aleatorio) から、体系的で慎重な取引へとその性質を変貌させていった。この結果、個別契約において、そもそも被保険者あるいは保険金受取人に対し、当該契約で徴収された保険料よりも高い金額を保険金として支払う義務を負担する保険企業について、当該企業が引き受けた全保険契約において、保険契約者から徴収した保険料総額よりも少ない額を、保険事故に遭遇したすべての被保険者に支払うことが可能となったのである。また、これと同時に、保険企業は社会的にその重要性を高めていった。けだし、保険企業は、保険契約者から徴収した極少の資本を、保険事故に関する補償や、より有益な保障に向ける機能を有するからである。したがって、保険は人の行動において形成される特別な保障形態 (speciale forma di sicurezza) であるということに立脚したうえで、保険事業の社会的性格および保険契約の法的性格が究明されなければならない、と考えなければならぬのである。

このような *Vivante* の歴史的認識から、*Vivante* が「企業説」を展開する前提となったふたつのポイントが浮かんでくる。ひとつは、保険事業における保険企業の必要性であり、ひとつは、そこから派生する保険契約と賭博との区別である。つまり、*Vivante* によれば、体系的で慎重な取引を行うという巨大な保険企業の出現により、多数の被保険者あるいは保険金受取人に対する保険金支払の確実さが保証されるようになっただけでなく、保険事業が社会的に重要な地位を築くことができた。その結果、保険契約が賭博等の他の取引とは区別され、いわゆる合法的な制度として社会に受け入れられていった、ということである。以上のことから推測されるのは、商法学者である *Vivante* が保険本質論として「企業説」を説いた背景には、法律上、保険契約を賭博等のいわゆる「保険擬き」の取引と区別する必要性があったからではないかと考える。かかる推測をより明確にするため

には、Virante の意図を裏づける機能を果たす法制度を、併せて考察する必要がある。そこで、以下、イタリアにおける保険実定法の歴史を概観することにする。

ところで、一八六一年三月一七日に、国名をイタリア王国 (Regno di Italia) とする統一国家が成立した時から、イタリアにおける保険実定法の歴史が始まる。まず、統一国家政府により法典の編纂が急がれ、民法典と商法典とが一八六五年六月二五日同時に公布された。しかし、保険に関しては、商法典が海上保険 (一八六五年商法四四六条〜五〇五条) のみを規定し、陸上保険については、ただ民法典が、保険契約は射幸契約 (contratto aleatorio) の中に含まれると規定する (一八六五年民法一一〇二条) に留まった。⁽²⁾

一八世紀末のイタリアでは、企業の出現による工業発展に伴い、企業危険に対する経済的保障の必要性が高まり、陸上保険の導入が急務となった。また、すでに一九世紀の初めには、保険会社による生命保険の引受がなされていた。⁽³⁾ しかしながら、前述の一八六五年商法典の制定者は、かかる現状を充分に認識しておらず、いまだ陸上保険法を成文化するに至らなかった。その理由として、①当時のイタリアの保険制度が未成熟であり、かつ慣習法も未成立であったこと、②保険契約という当事者間の合意に基づく契約を法律で規制することは、自由放任の政策からは好ましくないとみなされていた、という事実があげられる。しかし、政府のかかる姿勢に対して厳しい批判があげせられ、陸上保険法の制定が強く要求されるようになった。そこで、一八六五年商法典を改正した一八八二年商法典が、一八八二年一〇月三一日に公布される。同法典は、ベルギー保険法を範とした保険一般および陸上保険 (四一七条〜四五三条) と、フランス法を範とした海上保険 (六〇四条〜六四一条) とを規定していた。しかしながら、同法典は、断片的立法であつたうえに、内容的には、規定の任意性を重視したため、保険契約者等の保護の観点が欠落していた。また、同法典は保険事業についてはいまだ規定していなかつたうえに、

保険業法に相当する成文法も制定されていなかった。このように、保険事業規制がなされなかった理由として、①当時の政策方針が、私人間の関係に国家が介入しないというものであったこと、②イタリアの保険市場が、きわめて信頼性の高いオーストリアの二大保険会社 Assicurazioni Generali と Rinnione Adriatica di Scurta (RAS) により支配されていた、という事実があげられる。⁽⁴⁾

やがて、イタリアは、一九世紀末から農工業国へと転化していき、二〇世紀に入ると、経済発展に伴い、政治機構の中に保険が取り込まれることになった。その結果、一九二二年四月四日法律三〇五号により、生命保険の独占を目的とする公的機関である INA (Istituto Nazionale delle Assicurazioni) が設立され、ここに生命保険事業に対する国家規制がなされることになった。そして、一九二三年四月二十九日暫定措置令九六六号の制定により、INA による生命保険の独占が廃止され、保険事業は国家による監督体制の下で、INA および保険会社により運営されることとなった。すなわち、私保険市場において、公的機関と私企業という法的性質の異なる組織が併存するという、イタリア独特の市場規制の構図ができたのである。その後、同法は一九二五年一月四日勅令法四七三号で補完された。かくして、一九二三年措置令および一九二五年法の制定により、保険会社の支払能力が当時としては十分に確保されることになったが、保険契約者等の保護の側面が立ち遅れがみられ、その結果、公法に比べて私法の不完全さが顕著になるというアンバランスが生じてきた。⁽⁵⁾そこで、この問題を解消すべく、民商法の統一を行った現行法一九四二年三月一六日民法典 (Codice Civile) が制定された。同法は、その第四編「債権」第三章「契約各論」第二〇節を保険にあて、総則および陸上保険を規定した。同時に、海上保険は、航空保険とともに一九四二年三月三〇日航行法典 (Codice della Navigazione) に規定されたのである。

ところで、Vivante が「企業説」を公表した著書 “Il contratto di assicurazione” は、一八八七年に刊行され

ており、その後、彼の著書・論文等を集約した“*Treatato di diritto commerciale*”の初版の刊行は、一九〇一年のことである。⁽⁷⁾ また、彼は、一八八〇年頃から一九三〇年頃まで、商法の第一人者として活躍していた。当時のイタリアは、前述のごとく、まさしく近代的保険の創世期であった。そこで、筆者は、*Vivante* が企業説を提唱した目的は、保険契約と賭博とを区別することにあつたのではないかと考える。ここにいわゆる賭博 (*scommessa*) とは、当然のことながら純粋なギャンブルではなく、他人の生命の保険 (*assicurazione sulla vita altrui*) であると考ええる。当時の保険契約法である一八八二年商法四四九条二項は、他人の生命の保険に関して、いわゆる利益主義をとっていた。⁽⁸⁾ すなわち、周知のごとく、保険契約者が被保険者の存在について利益があることを、保険契約の効力要件としていたのである。本条の意義に関して、*Vivante* は、本条は、生命保険が他人の生命に関して賭博にならないようにするという公序 (*ordine pubblico*) を明示する規定である、と解している。そして、被保険者の存在に関して利益が要求される主体は、保険契約者ではなく、保険金受取人である、と主張する。⁽⁹⁾ 以上のことから、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、イタリアにおいて、他人の生命の保険を利用して不当な利得を享受する者が存在していたという実態があつたのではないかと考えられる。そこで、保険法学者は、かかる生命保険をいわゆる賭博として利用されないためにも、保険契約と賭博、つまり他の射幸契約とを区別するために、保険本質論を研究する必要があつたのではないかと思う。そして、このように、保険契約法の分野からこのような歪みを是正する理論を構築するという試みがなされるのと併行して、立法政策上、保険業法を制定し、保険事業主体を限定することにより、保険事業の正常化ならびに近代化を図って入つたのではないであろうかと考える。

むしろ、*Vivante* とはほぼ同じ頃、経済学者として活躍してゐた *Gobbi* は、その著作 “*Osservazioni sulla rela-*

zione fra caratteri economici e caratteri giuridici dell'assicurazione”⁽¹⁰⁾ の中へ、つねに保険契約を賭博 (giuoco d'azzardo) と區別するという観点に立脚しながら⁽¹¹⁾、保険の本質論を展開している。このことから、Gobbi についてもまた、Vivante の研究と同様の目的が推論されよう。すなわち、Gobbi もまた、とりわけ他人の生命の保険に関して、この保険が賭博に利用される懸念は、かつて要人の生命が賭博の対象となっていたという事実により認識される、と述べており⁽¹²⁾、保険本質論を展開する場合に、Vivante と同様の目的意識を持っていたのではないかと解される。

これに対して、Ascarelli あるは Donati の展開した新損害填補説の目的意識は、Vivante あるは Gobbi らのそれと異なっている。つまり、Ascarelli や Donati らが活躍した第二次世界対戦を挟んだ二〇世紀の半ばにおけるイタリアの保険法の分野では、制定法上の根拠を持たない傷害保険の法的位置づけが当面の重要課題であった。すなわち、ローマ破産院が、一九〇六年五月二六日、傷害保険の法的性質を生命保険と同視する判決⁽¹³⁾を下し、以後、これがイタリアの判例理論となったのをはじめ、その後の傷害保険に関する判例は、少なくとも一九四二年民法一九一六条四項⁽¹⁴⁾で傷害保険にも保険者代位権 (surrogazione assicurativa) が適用されると規定されるまで、かかる保険者代位権の有無について争う過程で、その法的性質を問題としている⁽¹⁵⁾。かくのごとく、彼らは、傷害保険を保険の中に位置づける場合に、つまり、契約法上の根拠条文を持たない傷害保険に関して保険契約法を適用するために、保険本質論の理論に立脚するという方法論に着目したうえで、経済上の入用概念を法律上の概念である損害に代替させることにより、法的に精緻な内容に変化させた理論を提唱し、その目的を達成しようとしたのではないかと考える。

以上のごとく、イタリアにおける主要な保険本質論に関する時代的背景を探った結果、筆者は、Vivante あ

るいは Gobbì らが提唱した各理論の目的と、Donati らのそれとは異なるものであると考える。しかしながら、それらは、動機の違いこそあれ、いずれも提唱者達が生きていた時代における保険の実際が、彼らをして保険本質論を研究させたのではないだろうか。したがって、各理論の目的ならびに視座が異なるのであるから、自説を唱える論拠の違いにより、他説に対する痛烈な批判がなされるのも当然のことであろうと考える。

- (1) Vivante, *Trattato*, op. cit., pp. 334-338.
- (2) 拙稿「イタリア一九四二年民法制定前の生命保険業の規制——INA設立の経緯と背景——」『水島一也博士還暦記念』千倉書房・平成二年二月・三八六頁。参照、塩谷實「イタリア生命保険業の歴史と現況——INAの八〇年を中心として——」インシュランス三五五八号・平成五(一九九三)年五月・八頁—一〇頁。
- (3) 拙稿・前掲論文・三九八頁・注(6)。
- (4) 拙稿・同右・三八八頁。
- (5) 拙稿・同右・三九五頁。
- (6) Viterbo, *Il contratto d'assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932 I, p. 40 nota (2). なお Vivante の “*Il contratto di assicurazione*” は筆者未見。
- (7) *Nov. Dig. Ita.*, XX 1975, op. cit., p. 1034.
- (8) 一八八二年商法四四九条「①何人も、保険料を支払うことにより、自己または第三者の生命の期間または生命に關する事象に關して、定額の金銭の支払を受ける保険を付することができる。②他人の生命の保険は、契約者がこの他人の存在について利益を有していない場合には、無効である。」。
- (9) Vivante, *Trattato*, op. cit., pp. 353-354.
- (10) Gobbì, in *Ass.* 1936, I, 254.
- (11) Gobbì によれば、保険契約と賭博との違いは、経済的的目的の中に存在する。すなわち、前者は、経済的に負担

となる偶発的な事象を経済的に重要でないものにするのに対して、後者は、経済的に重要でない偶発的な事象に経済的效果を生じさせる (Gobbi, op. cit., p. 276.)。さらに、Gobbi は、保険が賭博になるという懸念は、保険者または保険契約者 (prenditore di assicurazione) に関して言及している。前者に関して、技術的意味において意図された相互性 (mutualità) に合致しない場合には、保険は賭博になる」と主張している (Gobbi, op. cit., p. 279.)。

(12) Gobbi, op. cit., p. 282.

(13) Cassazione di Roma, 26 maggio 1906, in *Foro italiano* vol. I, 1906, pp. 780 e segg.

(14) 一九四二年民法一九一六条については、参照、栗田他・前掲論文・関西大学法学論集四二巻六号・平成五年二月・三〇八頁以下 (文責、今井)。

(15) 参照、今井「イタリア法における傷害保険理論の展開 (一)」損害保険研究四五巻一号・一九八三年五月・一四五頁以下。

第三章 保険本質論の考察

第一節 定義の目的および方法論

以上のように、わが国およびイタリアで展開された保険法あるいは保険論の分野における保険本質論について、その内容を概観した。しかしながら、とりわけ、わが国の従前の保険本質論の研究に対して、近時、厳しい批判がなされている。まず、水島一也教授は、保険の定義に関するこれまでの研究は、「それぞれの研究者が、保険学者としての認知を学界で受けるための必要手続の感さえもあつた」と指摘される⁽¹⁾。さらに、西島梅治教授は、従来の保険法の分野における保険本質論の展開について、次のように反省されている。保険法学の任務は、保険に関する実定法の内容を明確にすることであるから、実定法上の各制度および規定の趣旨・内容を明確にする必

要がある。そのためには、個別的に各制度および規定の内容を研究する分析的方法の他に、各制度および規定を一貫する確な理論を構成し、保険制度と他の経済制度との相違点を研究するという総合的方法も必要であるが、保険制度が歴史的に変化してきたし、今後も変化すると考えられる以上、そのすべてについて普遍妥当性をもつ定義を確立することは不可能であり、その発見のための論争は不毛であり、空しい努力といわざるをえない、と指摘される⁽²⁾。さらに、同教授は、かかる反省に立ちながら、保険本質論を検討するためには、保険利用者の保険加入の動機を重視したうえで、保険制度が現実にとどのように利用されようとしているかという主観的側面と、加入者の要求を実現するシステムとして保険企業が管理かつ運営する保険制度という組織の実体を明確にするという客観的側面とを区別し、それぞれについて分析することが必要である。したがって、定義の狙いが両者のどちらにあるかを明確に認識して説明することが必要であり、同時に二兎を追うと失敗すると主張し⁽³⁾、定義の狙いの違いにより、保険の本質論が異なるということを明示されている⁽⁴⁾。

かかる批判あるいは反省がなされる原因となった、わが国における従来の保険本質論の研究について、筆者は、保険を定義づけるという行為の目的が明確にされないまま、その行為がなされてきたのではないかと解する。前述のごとく（参照、はじめに）、岩崎教授は、保険事業の定義の必要性もしくは有用性を考えるについては、何のために保険事業の定義を置く必要があるのか、という定義の目的性を念頭に置かなければならない、と説かれる⁽⁵⁾。以上のように、西島教授ないしは岩崎教授の論旨に従えば、保険本質論の研究を意味あるものにするためには、事前に一定の目的設定を必要とすることになる。そこで、本稿における所定の目的は、保険契約と他の金融取引契約（金融商品）との区別を行うものであるということをし、ここで再確認しておく。

つきに、保険本質論の研究に際して、その方法論を定めておく必要がある。そもそも、保険本質論の中心で

ある保険契約の概念は、一方において、すべての保険種目を包含するものでなければならぬとともに、他方においては、それらを他の契約から区別しうるものでなければならず、その決定はきわめて困難な問題である。この方法論に関して、鈴木竹雄博士は、保険の特質を明らかにするために、保険制度の目的と危険負担方法との両者を合わせて考慮することが必要である、と指摘される。⁽⁷⁾

また、倉沢康一郎教授は、方法論に関して、次のように主張される。保険契約の意義づけを行うにあつては、経済的な保険制度と法律制度たる保険契約との間の関係のとらえ方が問題となる。もともと、人は自己の経済的目的を達成するために、その目的の内容たる利益が権利として保障されるための法律形成を履践するものである。したがつて、保険とは何かという問に答えるものは、第一義的には経済的な保険制度の実質である。人の経済的生活関係における法律制度は、すべての場合において、経済制度を形成し、かつ維持するための手段的形式であつて、売買・会社等、保険以外の制度においてもまた、このような基本的関係は変わらない。たとえば、売買制度と売買契約では、経済制度と契約とが表裏一体をなす。しかし、これらに対して、保険においては、その制度が多数人の集団を要素とするものでありながら、契約上は、保険者と保険契約者という二個の主体の関係が現れるだけであり、集団性に関するものは現れていない点が注目されなければならない。しかも、両者の間にみられる構造上の相違にもかかわらず、保険契約が保険制度を権利および義務のシステムとして再構成するための法律形式であることからして、保険契約は、それによつて保険団体が形成されるべきものでなければならぬ。かかる諸点から考えると、損害保険契約と生命保険契約との間において、両者がともに保険契約であるという点の共通性は、契約の意義および内容において求められるべきものであるというよりは、両者がともに形成する経済制度の中にこれを求めるべきものであるというべきであらう、と主張される。⁽⁸⁾

本稿では、前述のごとく（参照、はじめに）、保険契約と他の金融取引契約とを区別するために、保険本質論を検討するという目的を設定している。如上の諸見解を総合して考えると、本稿で前述の目的を遂行するためには、保険という経済制度と関連させながら、保険契約を定義づける必要がでてくる。したがって、本稿の目的遂行にあたっては、法律制度である保険契約と経済制度である保険制度とを関連づける必要がある。かかる観点に立脚しながら保険本質論の展開を概観すると、これまで主張されてきた保険本質論の中で、Vivante の提唱した企業説（技術的特徴説）が妥当な見解ではないかと考える。すなわち、この説は、保険契約と他の契約との區別を目的としたものであり、かつ、方法論として、経済制度である保険制度に関連させながら、保険契約の定義づけを試みているからである。ただし、この説は保険契約と保険事業とを混同するものであり、保険契約の本質は孤立している保険契約中に求めるべきだ、という批判に曝されている。しかしながら、田中誠二博士は、保険においては、このような経営方法の技術的特質が個々の保険契約と不可分に結合しており、これをもって他種の契約と区別する一標準とすることができるのであるから、この説は全面的に誤っているというべきではない、と主張し、この説を支持されている。⁽⁹⁾ また、Vivante による企業説（技術的特徴説）は、わが国においては、詳細に紹介されていないようでもあることから、⁽¹⁰⁾ 本稿において、その内容を紹介し、かつ検討することは意義のあるものと考えられる。そこで、以下、Vivante の企業説（技術的特徴説）の内容を検討し、保険本質論を考察するうえでの基礎としたい。

(1) 水島『現代保険経済（第四版）』千倉書房・平成五年一〇月・一頁。

(2) 西島・前掲書・二頁～三頁。

(3) 西島・同右・三頁。

- (4) 西島・同右・五頁～六頁。
- (5) 岩崎・前掲論文『保険業法の在り方 下巻』一三六頁。
- (6) Donati, *Treatise II*, op. cit., p. 3. 鈴木竹雄『新版 商行為法・保険法・海商法(全訂第一版)』弘文堂・昭和五八年一月・六八頁・注(1)。
- (7) 鈴木・同右。
- (8) 倉沢康一郎「第二章 保険契約一般 第一節 保険契約の意義」戸田修三『西島梅治編』二訂 保険・海商法』青林書院・昭和五六年四月・二三頁～二四頁、同旨、西島『保険法(新版)』悠々社・一九九二年四月・四頁～五頁。
- (9) 田中『原茂・前掲書』三五頁。
- (10) 栗田他・前掲論文・関西大学法学論集三九卷二号・二〇六頁注(6)(文責、栗田)。

第二節 保険本質論の考察

第一款 企業説(Vivante説)の分析

Vivante 説が、わが国に初めて紹介されたのは、小島昌太郎博士の手によるものであるとされている。同博士は、その著書『保険本質論』の中で、Vivante は、「保険契約とは、一つの企業が、偶然なる事件の発生蓋然率に従ひて算定されたる保険料を受領するにより、その事件の発生に際し、契約上の金額を相手方に對し支拂ふべきことを約する契約である」と解している、と紹介され、この説を技術的特徴説と称された。⁽¹⁾しかしながら、このように、Vivante 説が小島博士によってわが国に紹介された後は、同博士の記述内容がそのまま引用されてきた、と思える。すなわち、わが国では、Vivante 説は、その結論のみが強調され、Vivante が結論を導くまでの過程における彼の論理の展開に焦点が当てられることのないまま、紹介されてきたように思える。Viva-

nte 説が、そもそも、イタリアでは企業説 (teoria dell'impresa) と呼称されていながら、また、小島博士が、Vivante 説を「技術的特徴説と私が假に名付くる所の學説である (傍点筆者)⁽²⁾」と紹介されているにもかかわらず、わが国では、小島博士の記述通りに、技術的特徴説として紹介され続けているという事実が、筆者の懸念を裏づけているように思える。そこで、以下、Vivante が、その著書 “Trattato di diritto commerciale IV” にいて論述している保険本質論の内容を考察することにする。

Vivante は、同書の中で、まず、保険事業に関する前述の (参照、第二章第二節) 歴史的認識に立脚しながら、当時、保険本質論の通説であった損害填補説は、一部の保険契約の本質ではない損害填補を、保険契約全体の本質として位置づけたところに誤りがあると批判した上で、保険本質論について、次のように述べている。⁽³⁾

「その対象が何であれ、すべての保険契約は、ひとつの法的家族 (sola famiglia giuridica) を形成している。それらに保険契約という同一名称と同一形態を付与した実務、およびそれらをひとつの条文 (四一七条)⁽⁴⁾ の中で定義している商法典の内容は、いずれも本能的に正鵠を射るものである。保険企業と被保険者との間の法的関係は、すべての保険種目において、内部的にそして本質的に、次の現象の中で一致する。つまり、企業が他人の危険の引受を確実に保証することができるのは、企業が、保険契約者から分担金 (contribuzioni) を報酬として徴収することにより、保険事故発生後に被保険者に対して支払うべき保険金の額に対応する基金 (fondo) を創設することができるからである。この中に、被保険者に対する固有の保証、つまり保険契約に不可欠の要件が存在する。危険がひとりの私人の財産から他の私人のそれに移転されるだけでは、その危険に対する保証は見い出せないであろう。この場合、被保険者は、火災あるいは電害の危険を回避することはできるが、契約上の相手方である保険者の支払不能 (insolvenza) の可能性という危険に直面することになる。したがって、被保険者の有

する危険が保証されるのは、それが多数の類似の危険の中に位置づけられることにより、保険事故の発生、および補償額の蓋然性に恒常的に合致しうる保険料基金 (Fondo di premi) によって裏づけされる、保険契約の当事者の意図に従う場合に限定されることになる。かかる事業方法において、保険の社会的および経済的能力が存在し、かつその法的性質の本質が存在する。

保険企業 (impresa assicuratrice) は、まさに、事前に定められた保険料 (premio) を報酬として收受することにより、複数の他人の危険 (rischi) を引き受ける。ここに、保険契約であることを示すのに共通した三つの本質的要素が存在する。」

これらの論述から、Vivante は、保険本質論を展開するにあたって、個々の保険契約が有する機能に視座を定めたのではなく、保険契約を保険制度全体の構造の中に位置づけながら、保険契約の本質を探ろうとした、と解される。そこで、筆者は、Vivante 説の本質は、保険契約とは、保険企業が被保険者の有する危険の分散を行う契約であると解していることにある、と考える。すなわち、Vivante の理論は、次のように解されよう。被保険者と保険契約者との間で保険契約が締結されることにより、被保険者の有する危険が、他人である保険者に移転される。ただし、この場合、被保険者は、自己の危険を他人に移転したにすぎず、それまで有していた自己に固有の危険からは回避されたものの、新たに保険者の支払不能という危険に曝されることになる。かかる保険者の支払不能という危険とは、当然のごとく、たとえ被保険者について保険事故が発生しても、保険者が被保険者ないし保険金受取人に対して十分な保険金を支払うことができない状態、つまり、保険契約上の債務不履行に陥ることである。したがって、Vivante は、孤立した単独の契約は単なる危険の移転が行われる契約にすぎず、いまだ保険契約とはいえない、と主張する。この論理は、経済学者である Gobbi の主張と⁵⁾同旨である。そこで、

保険者の支払不能という危険をも回避するためには、保険者の責任において、危険集団を形成する必要がある。すなわち、危険の大量性の原則に基づいて、保険者の側で、できる限り多数の保険契約者を集めることが必要である。そして、保険者は、かかる危険集団の構成員である保険契約者から徴収した保険料の一部をもって保険料基金を構築し、将来の保険金の支払に備えるシステムを創設しなければならぬ、と主張する。これはまさしく、保険技術上、個々の保険契約者から保険者に移転された危険を、保険者の側において分散することである、と解される。この点に関してもまた、Godin⁽⁶⁾の主張と同旨である。そこで、繰り返しになるが、かかる危険分散機能を確実に行うためには、できるだけ多数の保険契約者を集めることが要求される。その結果、Vivanteによれば、この要求を充足しうるのは、個人よりも事業規模の拡大を望める保険企業（法人）であるという結論に、必然的に至るのである。換言すれば、すべての保険契約について、①保険者は他人である被保険者の危険を引き受けると同時に、②被保険者に対する保険金の支払を確実に保証することが要求される。したがって、Vivanteによれば、かかる保証手段を講じた保険者の引き受ける契約のみが、保険契約であるということになる。そこで、Vivanteは、かかる一点に着目しながら、ここに、保険契約であることを示すのに必要な三つの本質的要素（保険企業・保険料・危険）を提示しているのである、と解されよう。

以上のことから、Vivanteは、保険契約上、被保険者に対する給付が確保されるためには、多数の保険申込人と契約を締結することにより、徴収された多額の保険料をもった保険企業の保証能力の確実さを必要とする、と主張していると考えられる。この点こそ、Vivante説が、イタリアにおいて企業説 (teoria dell'impresa) と呼称されている所以であろう。ところで、小島博士は、Vivante説は、保険はその特殊技術によって経営されるという点に着目して展開されたものであると解され、この説を技術的特徴説として紹介された。ただし、

Vivante あるいは Gobbi らが、それぞれの保険本質論を提唱した時代背景を見ると、前述のごとく（参照、第二章第二節）、彼らは保険契約と賭博とを区別するために、換言すれば、保険契約者等を保護し、かつ保険事業の健全性を確保するという究極の目的を実現するために、それぞれの理論を提唱したのではないかと解される。そこで、Vivante は、十分な技術的基礎を持たないいわゆる商人保険者を保険市場から排除することを考え、小島博士も主張される、保険の持つ特殊技術に着目することにより、いわゆる商人保険者が持ち得ない危険の大量性の原則を実現しうる保険企業に焦点をあてたのではないかと解する。したがって、Vivante 説に関する小島博士の理解は基本的には正しいといえるが、保険経済的観点に基づき、Vivante が保険企業の引き受ける契約のみが保険契約であると主張している点を、十分には紹介されていないようである。

ところで、前述のごとく、Vivante は、保険契約であることを示す三つの本質的要素（保険企業・保険料・危険）を提示している。そこで、以下、Vivante の主張するこの三要素の内容を、それぞれ概観することにする。

(a) 保険企業

Vivante によれば、保険企業は、将来、負担するであろう保険金給付をより確実に保証するために、保険契約者から徴収した保険料をもって、基金を形成しなければならぬ。したがって、企業による保険事業の効果的かつ体系的実行は、保険契約者に対する保険契約上の法的関係と無関係ではないし、互いに帰属する権利の実現および義務の履行に必須である、と述べている⁽⁸⁾。さらに、Vivante は、保険企業の堅実な経営が要求されるといふことが、保険契約上の関係に影響する、と主張しており、この点は注目に値する。

Vivante は、以上の原則に基づいて、種々のポイントについて説明しているが、そのうち主要な点を紹介する⁽⁹⁾。①保険企業は、保険料基金を形成しなければならない。それは、けだし、契約の本質的目的である保証を被

保険者に提供するためである。②保険事業が体系的に営業されなければ、数理的準備金 (*riserva matematica*) を積み立てるための保険料を正確に算出し、かつ徴収できない。③保険企業がその事業を中断すれば、被保険者は当該企業から保険金給付の保証を得られなくなるので、保険契約法上、保険契約者は解約権を行使することができる。⁽¹⁰⁾④たとえば、電害保険 (*assicurazione contro la grandine*) では、ある事業年度に保険金の支払総額が年度当初の予想額を下回るなどの理由で、当該年度の営業結果が好調であった場合には、保険契約者は、当該年度に払い込んだ保険料の一部について返還請求権を有する。しかし、単独の契約の場合には、このような保険契約に関する制度が実行できなくなる。したがって、保険契約者は、多数の保険契約者と契約を締結している保険企業と取引する意図を有する。⑤保険企業が他人の危険を引き受ける保険者であるためには、当該企業は、基金の構築が義務づけられた特別資格を取得することを要する。ただし、かかる特徴がなければ、すべての有償的保証 (*malleveria a titolo oneroso*) が、債務者の支払不能という危険に対する保険と定義されてしまうからである。

以上のことから、*Vivante* は、保険取引は企業取引でなければならない、と主張する。すなわち、個人商人 (*commerciante*) が、何らかの統計に基づくことなく引き受けた単独の保険契約は、経済的にも法的にも不完全な形態ではない。そして、保険企業の引き受ける契約、つまり、保険契約者から徴収した保険料を積み立てて準備金を形成することにより、被保険者に対し保険金を給付する事業を営む企業が引き受ける契約上のすべての効果を発生させる契約だけが保険契約である、という結論を導き出している。ただし、*Vivante* によれば、危険発生に関する信頼すべき観察結果あるいは経験から算出された保険料率に基づき、かかる基金が正確な技術的规定により管理されているということは、保険契約に関する法的概念の考察には重要なことではない。しかし、

その根底には、保険者が保険事業の特徴である危険の分配業務 (ufficio di ripartizione) を行うように要求されているということ、すなわち、保険者が、多数の保険契約者から徴収した保険料を、保険金という形で偶発的な約定事象に遭遇した被保険者に分配することが必要である、と主張する。⁽¹¹⁾ この点こそが、Vivante の主張する保険の本質であろう。さらに、Vivante は、被保険者等に対して有効な保護を提供するために、保険契約法の解釈にあたっては、保険業法の規定の内容をも考慮の対象としなければならないと主張しているが、この主張は、現代においても妥当する注目すべき見解である。⁽¹³⁾

(b) 危険

Vivante によれば、類似危険の観察により、事前の評価が行われ、経験に従って再現されるに値する多少の可能性がある場合、危険は保険契約の対象となる。⁽¹⁴⁾ 危険の変化の是非を基準として、変化しない危険 (火災保険)、状況により危険が変化する危険 (海上保険) および増加する危険 (死亡保険) がある。ただし、かかる変化は保険料の額に影響しない。けだし、平準保険料を採用しうるからである。

以上の原則に基づいて、Vivante は、この原則の内容を次のように説明している。⁽¹⁵⁾ ①危険は、その発生または発生の時期が不確実な将来の事象に関連する。②個々の危険について妥当な保険料を設定するために、保険企業は引き受ける危険について、正確な評価をしなければならない。ここに不告知あるいは不実告知の原則が妥当する。③同時に多くの主体が損害を被る危険 (例、戦争、騒乱、地震、暴風雨等) は、付保危険にはならない。④決闘、窃盗、殺人という違法行為による結果について、被保険者を保護する目的の契約は無効である。けだし、不法行為に対する抑制を欠くから。⑤被保険者は保険期間中、危険の程度を著しく増加させてはならない。ここに損害防止義務の原則が妥当する。

(c) 保険料

Vivante は、保険料に関する法的原則を次のように説明している。⁽¹⁶⁾ ①保険料は契約に本質的な要素である。②保険金の支払に必要な基金は、保険料の利息をも充当して構成されなければならないから、保険料は前払いになる。③保険料が支払期日に支払われない場合には、ただちに危険負担は中断する。④危険負担を開始した企業は、保険料不可分の原則に基づき、当該保険期間の全保険料を收受しうる。⑤保険契約が無効になれば、保険料は返還される。⑥契約が解除された場合であっても、経過期間に関する保険料は收受される。

以上が、Vivante の提唱した保険本質論を基礎づける、保険企業、危険および保険料の内容である。⁽¹⁷⁾

(1) 小島・前掲書・一八八頁。ここに小島博士が、その著書『保険學 總論』の中で、Vivante 説を技術的特徴説として解説されている箇所を引用する。なお、引用文献を『保険本質論』ではなく、『保険學 總論』としたのは、両者の記述内容はほとんど同じであるが、後者の方が、前者に比べて、この技術的特徴説に対する小島博士自身の解釈に関する記述が多少詳しいからであるという理由による。

「保険を、その職能より見て、統一的に解説することは、右に述ぶるが如く、甚だ困難なる業である」と見られた。こゝに於て、保険の有する特殊の技術に着目し、それに保険の統一的特徴を認めんとする學説が生じた。それが、こゝに技術的特徴説と私が假に名付ける所の學説である。

保険は、之を實行するに付き、同種の事件に遭遇するの可能を有する多數人を集合し、この事件が彼等に對し實際に發生するの割合（發生確率）を測定し、その割合に應じて彼等より釀金を徵集することを要するものであつて、従つて、これが為めには、また特殊の技術を必要とする。そして、その技術は、財産保険に於ても、生命保険に於ても、殆んど同様なものである。ゆゑに、かくの如き特殊技術の存在と云ふことは、之を以て財産保険と生命保険とに共通する所の一つの特徴と見做すことを得るであらう。

伊太利ボローニア大學の商法正教授、ヴィヴァンテ (Cesare Vivante) はこの點に着目して、従来の學者が損害の填補または分擔若しくは危險の轉嫁と云ふが如き經濟的職能の方面より、保險なるもの、本質を統一的に説明せんと企て、遂に、いづれも成功しなかつたのに鑑み、彼は經濟上の職能より説かず、寧ろ技術的方面より保險の本質を闡明するを以て事の真相を得たるものとなし、前述の特殊技術によりて經營せらるゝことを以て、保險の至高の要素と認め、これによりて總ての保險を統一的に説明せんとした。これ、すなはち、私の假に名づけて、技術的特徵説といふゆゑんのものである。

ヴィヴァンテの、この特殊技術による經營と云ふことをもつて、保險の一般的本質と認むる説は、彼の著書「*Il contratto di assicurazione*」(「保險契約論」)の中に於て發表せられたもので、そして、この本質論の部分は獨逸語に翻譯せられて「*Oesterreichische Versicherungs-Zeitung* (Jahrgang XVII) へ *Zeitschrift für des gesamte Handelsrecht* (Bd. 39) とに掲載され、且つ「*Hupka*」の *Der Begriff des Versicherungsvertrags* (Zeitsch. f. d. g. H. R., Bd. 66) にその要領が紹介せられてある。私は、こゝにその説の骨子のみを、これらの獨逸譯に従つて述ぶることとする。

「保險に於ては、保險料積立金と名づくる積立金の存在することが、缺くべからざる事柄である。この積立金は、保險者が實際支拂ふべき保險金の總額と、被保險者全體より保險料(純)として、個々に徵集する金額の合計とが、恰も同額となる方針にて積立てらるゝことを要し、従つて、保險金支拂の條件成就したるときには何時にてもこの積立金によりて、その支拂義務を完全に履行し得るやうになつて居なければならぬ。かくの如き積立金を作成するには、特殊の技術によりて「保險料と危險との價値の均等」………を見出すことを要する。」

「保險なるもの、特徴は、その經營上、かゝる特殊の技術を用ゐて、右の如き積立金を作成するの點に在るのである。ゆゑに、かくの如き方針によりて、その事業を經營する保險者が締結したる契約こそ、眞の保險契約として成立するの理由を有し、且つ、完全なる効力を有し得べきもので、而して、保險契約たるには、右の如き經營下に締

結せられたと云ふことだけを以て足り、被保険者が、この契約によりて、損害の填補を目的として居るか、どうか、と云ふことは詮索する必要のなき問題である。この点より見れば、生命保険契約なるものは、それが損害の填補を目的とすると然らざるとに拘はらず、やはり真正の保険契約なることには疑がない。』

『併しながら、前述の「保険料と危険との價値の均等」を見出すが為らに用ゐらるゝ技術は、必ずしも精密なる科學的方法、例へば、統計や確率論に基づくことを要するものではなく、或は、單に、經驗や推測に基づいてゐても差支はない。たゞ、保険者なるものは、その相手方たる多數の被保険者に對する義務を履行するに、彼等より集めたる醵金を以て之に充つるの計算によりて、その事業を經營することが肝要なのである。』……………
かくて、彼の保険契約の一般的定義は、その獨逸譯によれば次の如くである。……………

(保險契約とは、一つの企業が、偶然なる事件の發生確率に従ひて算定されたる保險料を受領することにより、その事件の發生に際し、契約上の金額を相手方に對し支拂ふべきことを約する契約である。)(小島『保險學 總論』日本評論社・昭和一八年一月・五三三頁～五三六頁)。

(2) 小島・前掲書『保險學 總論』五三三頁。

(3) Vivante, op. cit., pp. 338-339.

(4) 一八八二年商法四一七条「保險契約とは、保險者が、保險料を得て、特定の偶然的なあるいは不可抗力の事象から被保險者に生じることのある減失もしくは損害を填補し、または、ひとりもしくは複數人の生存あるいは生命に關する事象に關して一定の金錢を支払う義務を負担する契約である。」

(5) Gobbi は、經濟的観点からすると、單独の保險契約は保險ではなく、單なる危険を移転させる契約にすぎず、多數の保險契約を間接的に結合させる企業と締結された保險契約が、保險として機能する、と主張している。そして、この点に關して、Vivante 説はまろしく、法律學と經濟學とを一致させて、保險本質論を展開した見解である、と評価してゐる (Gobbi, op. cit., pp. 266-267)。

- (9) Gobbi によれば、保険は十分な数の個別危険を集団危険へ移転させることにより行われる。つまり、偶発的な事象の発生の頻度が明確になることにより、集団危険が危険でなくなるという場合に、保険は完成する (Gobbi, op. cit., pp. 269)。
- (7) Vivante は、この基金は、企業の所有物であるが、保険契約者は、保険契約上の自己の債権を保全するために、当該企業の基金に対し、法律上認められた先取特権 (privilegio legislativamente riconosciuto) を有する、と解しつゝる (Vivante, op. cit., p. 339)。
- (8) Vivante, op. loc. cit.
- (9) Vivante, op. cit., pp. 339-341.
- (10) 一八八二年商法四三三條「①保険契約者が破産した場合、危険が継続し、保険者が保険料の支払を受けない場合には、保険者は保証金の支払を請求するか、当該契約の解約を請求することができる。②保険者が破産するか、支払不能の状態になった場合には、保険契約者は前項と同じ内容の権利を取得する。」。
- (11) Vivante, op. cit., pp. 339-341.
- (12) Vivante, op. cit., p. 342.
- (13) なお、Vivante の活躍した時代の保険業法 (一九二三年暫定措置令および一九二五年勅令法) は、「合名会社 (società in nome collettivo)」、合資会社 (società in accomandita)」、限定保証 (garanzia limitata) および個人 (persone singole) は、保険の営業が禁止される」(二三年措置令三三條) と規定していた。Gobbi は、かかる保険業法の内容は、保険金の支払が、保険技術を介して保証されるように、認可された企業との間で保険契約が締結される必要がある、とつゝ Vivante 説の成果であると述べて、Vivante 説の意義を認めつつ、業法制定後は、孤立した契約は保険契約ではならぬ、とあえていう必要はなくなっている、と述べている (Gobbi, op. cit., p. 271)。
- (14) Vivante, op. cit., pp. 344-345.

- (15) Vivante, *op. cit.*, pp. 345-348.
- (16) Vivante, *op. cit.*, pp. 349-351.
- (17) なお、Vivante は、損害填補説と入用説に対して、辛辣な批判を浴びせている。まず、損害填補説に対する批判は、次のようである。イタリヤの保険理論の歴史において、企業、危険、保険料という要素では、保険契約と賭博を区別するには不十分であると主張され、その結果、損害填補説が提唱された。しかし、損害保険においてみられる損害填補の目的は、とりわけ生命保険において、被保険者にとり必然的なものにはならず、したがって、契約の本質的要件とはならない (Vivante, *op. cit.*, pp. 351-352)。すなわち、生命保険では、保険者は、保険料の額に応じて事前に定められた金額を支払う義務を負う。このように保険者が債務者となるのは、自己の債権者が損害を被ったからではなく、その者から保険料を収受したからである。損害保険と生命保険にかかる違いがみられる結果、生命保険においては、保険料の定期的な支払は、申込人をして加入へと導いた動機が何であれ、自己または他人の生命の保険のすべてを認めなければならない事業の結果である。公序により例外的に自由な展開を阻む制限は、契約の一般的性質を修正しない、と主張する (Vivante, *op. cit.*, p. 355)。*«viva»* Vivante は、入用充足説に対しては、次のように批判している。立法者が被保険者の動機に関する調査を妨げられた自己の生命の保険から、保障目的が契約内容と効果を決定する物保険へと徐々に変化した。この場合、立法者が保険契約が賭博に変質しないように保険に課した制限から、保障目的は否定的に現れる。賭博に関する懸念は、損害保険契約における保障目的において、最も高い重要性を提供した。しかし、自己の生命保険や生存保険では、賭博の懸念は少ない。したがって、この場合、保障目的は、立法者により考慮されていない。そこで、保障目的はすべての契約に共通した性質ではない。その結果、契約が被保険者に提供しようとする保障の技術 (*tecnica di sicurezza*) が、共通の概念として存在する (Vivante, *op. cit.*, p. 356)。

第二款 保險本質論の考察

わが国の商法典においては、保險契約とは、保險契約者が保險料を支払い、保險事故の発生した場合、保險者から被保險者または保險金受取人に保險金が支払われる契約である、と定義されている（商法六六一九・六七三条）。それゆえに、本条の文理解釈上、保險契約とは危険の移転（転嫁）を行う契約であると解する見解がある。ここにいう危険移転の目的は、保險契約者側からみれば、損害保險では約定範囲内で損害が填補されることであり、生命保險では約定金額が支払われるということである。大森博士もまた、民法の契約概念を念頭に置きながら、保險契約はすべて条件付金銭給付契約であると主張されている、と解される。しかし、契約当事者のうち一方が有する危険を他方に移転させる行為は、保險契約だけでなく、他の金融取引契約においても見られる。すなわち、たとえば、銀行取引における預金契約では、顧客は銀行との間で締結された契約の内容に従って、指定期日にまたは随時、原則として、利息が付された預金を引き出すことができる。この場合、預金者は自己のいわゆる資産運用危険を銀行に移転させている、と解される。銀行取引におけるかかる危険の移転は、銀行と顧客とが預金契約を締結することにより可能となるが、単独の契約についてさえも、経済的な意味における銀行取引は可能である。これに対して、保險では、単独の保險契約は保險契約とはいえない。なぜならば、かかる単独の契約では、原則として、危険の分散が行われえないからである、と解されている。⁽¹⁾つまり、ひとりの私人が保險料と称される金員と引換に、他人の危険を引き受けた場合、それは単なる危険移転契約にすぎず、一般的には保險契約といえないからである。したがって、商法の条文を文理解釈するだけでは、保險契約を正確に定義することはできないといえる。

その結果、筆者は、前述のごとく（参照、第三章第一節）、保險契約を定義するにあたっては、それに経済制

度である保険制度を関連づけなければならぬ、と解する。そこで、経済制度としての保険の概念を考察する必要がある。水島教授によると、保険経済学上、保険制度は次のように定義される。保険制度は「集団内の危険平均化を通じて、偶然事件に対する経済準備を行うもので、この集団の構成メンバーは、危険の大きさに応じた拠出を行うことで自己のリスクを即時に保険者に移転することができる。不確実な経済的必要が生ずることに備えて、少額の保険料を確定的な費用として支出することで、危険の移転ないし軽減が可能になる」制度である、と⁽²⁾。そして、同教授は、保険経営を行う場合、危険の大量性、危険の同質性、危険の分散性の各原則が必要とされる、と説かれる⁽³⁾。

このことから、保険は、保険経済学上、複数の被保険者の有する大量の同質危険を、保険者が技術的手段を講じて分散する制度である、と解されよう。かかる概念から、保険においては「危険」と「分散」とがキーワードであることがわかる。そこで、ここにいわれる「危険」と「分散」の各概念について、それぞれ考察する必要があるであろう。

まず、保険にいわゆる「危険」の概念について考察するが、この場合に関してもまた、保険経済学の分野における理論が有益である。そのうち、水島教授と高尾厚教授の理論を紹介する。

はじめに、水島教授は、保険における危険に関して、次のように述べられている。保険において、経済的不利益発生の可能性である危険のうち、保険の対象となるのは、原則として、保険可能な危険 (insurable risk) に限られる。この意味で、いわゆる動態的危険 (dynamic risk) は除外される。これに対して、その発生が個別に見た場合には偶然であり、不規則ではあるが、これを集団的に観察すれば、そこに一定の規則性を見出すことのできるもの、すなわち、保険の技術的要件を満たす危険を静態的危険 (static risk) と呼ぶ。かかる危険と

ならんで、純粹危険 (pure risk)・投機的危険 (speculative risk) という分類がある。純粹危険とは、それが現実化した場合、経済的不利益のみをもたらす危険であるのに対し、投機的危険は、経済的利益または不利益を発生させる危険である。したがって、現状回復を目的とする保険が関わるのは、純粹危険である。このように、保険可能な危険は、理論上、静態的かつ純粹危険でなければならぬ、と主張される。⁽⁴⁾

つぎに、かかる危険を保険数学の観点から説明されるのが、高尾教授であらう。同教授は、危険移転制度が意味を持つための必要条件として、人的ないし物的有形資産が、危険回避的な経済主体に効用・便益を提供しうる形で帰属し、その裁量下になければならず、そこにいわれる資産は、①安全資産、②投機的危険にさらされた危険資産、③純粹危険にさらされた危険資産に分類できる、とされている。⁽⁵⁾

以上の保険経済学の理論から、筆者は、保険における危険とは、静態的かつ純粹危険でなければならぬ、と解する。

つぎに、「分散」の概念について検討する。それに先だつて、まず、保険の技術的仕組みを概観する。それは、次の理由による。保険制度は、前述の経済的概念に基づいて構築されており、保険契約および保険事業が、かかる概念を投影した実像として、同制度を組み立てているので、その仕組みを知ることが、「分散」の概念を考察するうえでの指針になると考えるからである。ところで、保険の実際では、まず、保険者と保険申込人との間で保険契約が締結される。これにより、被保険者に帰属する危険が、他人である保険者に移転される、と解される。そして、被保険者について約定事象の偶発的な発生を停止条件として、保険者から被保険者または保険金受取人に保険金が支払われる。そこで、保険者は、かかる保険金の支払に備えて、保険技術上、多数の保険契約者から徴収した保険料の一部を積み立てることにより基金を形成し、そこから保険金を給付する。保険者のかかる基金

積立行為は、他の金融取引契約では見られない行為であり、これこそが、保険契約ないし保険事業の本質を考察するうえでの重要なポイントであると考へる。

以上の成果を基にして、危険の「分散」に関する問題を検討している学説を見るが、この問題を検討しているのは、この問題が保険技術上のそれであるゆえに、前述した（参照、第三章第二節第一款）Vivanteの企業説に限定される。Vivanteによれば、個別契約を締結し、保険契約者が保険料を支払っただけでは、保険者は契約上の債務を負担した契約にすぎず、当該契約ははまだ保険契約とはならない。保険者が、保険金給付という保険契約上の債務の負担を保証するためには、保険者の側で危険を負担しなければならぬ。これが危険の分散である。したがって、保険業法上、保険者になりうる主体が限定されており、また、危険分散を確実にするための法制度が明示されているのである。すなわち、危険分散を行うためには、多数の保険契約を締結して、保険料積立金を構築することを必要とするので、多数の保険契約者を集め、うる保険企業による保険の引受を必要とすることになるのである。そして、その結果、Vivanteは、一面では、被保険者あるいは保険金受取人への保険金給付を行えない保険者の行う取引を賭博と称し、保険契約と賭博との区別を明確にしようとしたのである、と解される。

わが国において、このVivante説とほぼ同旨の見解をとる者として、田中誠二博士がみられる。同博士は、保険の要素につき、目的としては需要説を、手段としては技術的特徴説をとり、保険はこの二要素を具備するものであると解すべきである、と主張されている。⁶⁾ 本稿の目的である保険契約と他の金融取引契約と区別するという観点からすれば、同博士の主張される二要素のうち、保険を手段の視点からとらえた後説を支持したい。田中博士の見解の内容は、次のようである。保険は危険分散の組織を手段とするので、技術的特徴説は、保険の本質

を解するうえに重要である。偶発的事故の発生には、一定に蓋然率があることが測定されるので、同一の偶発的
 事故発生危険を感じる多数者団体が、この蓋然率により計算された出捐（保険料）をし、偶発的事故のため需
 要があると認められた者が、その出捐の割合に応ずる一定給付（保険金）を受けするのである。技術的特徴説につ
 いては、保険経営の方法と個々の保険契約とを混同するものだという非難がある。しかし、保険においては、そ
 の技術的特質がその本質をなし、個々の保険契約もこれを除いては考えられないのである。この点がたとえば信
 託等の他の取引とは、著しく異なるものである、と主張される。これらのことから、同博士は、その見解の一部
 分ではあるが、Vivanteの主張する企業説を支持されている、と解される。

さて、筆者は、かかる理論と實際を踏まえたうで、保険制度において多数人による危険の分散が必須の条件で
 あり、これが保険制度の本質であると考えられる。それは、以下の理由による。個々の契約が締結されることにより、
 被保険者の有する危険が保険者に移転されるが、Vivanteが主張するように、この段階ではいまだ危険が分散
 されたとはいえない。その後、保険事故が発生すれば、契約者から徴収された保険料の一部で構成された基
 金から、保険事故に遭遇した被保険者あるいは保険金受取人に保険金が支払われる。これが、すなわち、危険分
 散性の原則である。そして、そのためには、技術的に、前述のごとく、同質の危険（危険同質性の原則）をでき
 る限り多数収集すること（危険大量性の原則）が要求される。以上のことから、保険にいわゆる危険の移転とは、
 保険者が他人の危険を自らの責任で負担することである、と解する。そのために、保険者は、他の保険契約者が
 支払った保険料からその一部を保険金として給付する。換言すれば、保険者は、危険集団に帰属する構成員の資
 金の出し入れを仲介していることになる。

また、窪田宏教授は、保険において危険の移転であるためには、危険の転嫁と相互依存のいう、ふたつの要素

が必要とされるので、保険契約法に関する条文の解釈においてもまた、危険の移転の他に、相互依存の要素も考慮しなければならぬ、と解されている⁽⁷⁾。筆者は、この危険の転嫁に基づく相互依存が、保険給付の保証ということになるのではないかと解する。このことから、保険であるためには、保険者が、保険契約者等に対する保証の提供、つまり、保険事故が発生した場合に、被保険者あるいは保険金受取人に対する保険金の支払を確実に行う義務を負担するために、準備金の積立、再保険・共同保険の手当等の技術的な措置を講じなければならないと考える。

以上のことから、保険にいわゆる危険の移転とは、究極的には、危険の分散であり、危険の分散とは、保険者が自己の責任で他人の危険を、危険団体の中で他の構成員に分散することにより、全面的に負担することであると考える。なお、一九九四（平成六）年一月一日（土）に行った今井薫教授との議論の中で、同教授は、保険者が多数の契約者との間で契約を締結することにより、保険者はその者達の危険を分散するのであるが、結局は、危険の分散とは、危険集団に属する構成員の有する危険を他の構成員に移転させ、その者達に負担させていることに他ならない、と指摘された。その内容は私見とほぼ同旨である、と解する。

ところで、ここにいわゆる危険の分散には、保険会社とする方法と、ロイズにみられるものとの、ふたつの方法が存在する。前者は、多数の同質危険を集めて、その危険集団の中で分散する方法であり、後者は、単独の危険について、他の経済主体が危険を引き受ける方法である。前者の中では、一般的に元受保険の段階で危険の分散が行われているが、たとえば原子力保険の場合⁽⁹⁾のように、当該保険に合致する危険を有する経済主体の数がきわめて少ない保険では、再保険ないしは共同保険等により危険の分散が行われている。また、後者には、ロイズにおける引受システムがある。ロイズでは契約の対象となった危険の帰属主体ではないネームによる危険の引受

によって、危険の分散が行われていると解される。このように危険の分散の方法が異なるものの、これらはいずれも多数者による危険の分散であるということに共通点を見い出すことができる。

これまでの考察から、筆者は、保険契約とは、経済的制度である保険を法律上の制度として具体化した契約である。そして、保険とは、保険企業が、将来の保険金（実損填補金ないしは定額給付金）の支払に備えて、あらかじめ保険契約者から徴集した保険料をもって、危険団体の内部で被保険者の有する危険（静態的かつ純粹危険）の分散義務を負担する制度である、と解する。

- (1) 倉沢・前掲書・二四頁、Gobbi, op. cit., p. 266.
- (2) 水島・前掲書・三頁。なお、窪田教授は、保険は、その前提として、①危険が存在すること、②危険が他方の者に転嫁されること、③転嫁が、相互依存の關係を通じて、危険分散と結合すること、④危険の転嫁そのことだけで、ひとつの自主的な行為になっていることを要求する、と解されている（窪田・前掲書・五頁）。
- (3) 水島・前掲書・一九頁。
- (4) 水島・前掲書・二頁～四頁。
- (5) 高尾厚『保険構造論』千倉書房・一九九一年二月・一二頁～一三頁。
- (6) 田中Ⅱ原茂・前掲書・三六頁～三七頁。
- (7) 窪田・前掲書・四頁～五頁。
- (8) 吉川教授は、保険事業の定義を検討する中で、保険事業では、予定事故発生率に見合う給付を保証することをもって、保険事業の固有の機能とみることができる。そして、保険事業が発売する保険商品であれば、予定事故発生率に見合う給付の保証が組み込まなければならない。またそうすることにより、保険事業は、他事業との製品差別化を主張することができる、と主張する（吉川・前掲論文・九頁～一一頁）。

(9) 参照、東京海上火災保険株式会社編『損害保険実務講座第八巻 新種保険(下)』有斐閣・一九八四年一月・三六八頁以下。

おわりにかえて

以上のように、旧来の理論に依拠しながら、本質論を検討した結果、保険契約を他の金融取引契約と区別するという目的を実現するためには、筆者は、企業説に依拠しながら、保険契約は、保険者が自己に移転された静態的かつ純粹危険を、危険団体の中で分散するという経済的制度に基づく契約である、と解する。そこで、かかる結論の下で、冒頭に掲げた変額保険の法的性質を考察すると、次のようになる。

定額保険である生命保険の定額(商法六七三条「一定ノ金額」)とは、契約上客観的な保険金額算定基準が定まっていれば足りる、と解する説がある⁽¹⁾。しかし、筆者は、この見解に対しては若干の疑問を覚えざるを得ず、変額保険の内容に関して、次のように考える。変額保険では、死亡保険金が、他の生命保険と同様に定額給付金であるのに対して、生存保険金は不保証型給付金である。つまり、変額保険におけるこの生存保険の部分では、保険会社による資産の運用結果がそのまま保険金の額に反映することになる。ということは、この場合、保険契約者が有する資産は、高尾教授のいわれる「投機的危険にさらされた危険資産」とに該当しよう。つまり、死亡保障部分に関する危険は、危険団体内で分散されるのに対して、最低保証のない生存保障部分は、いわゆる資産運用危険を保険契約者自らが負担することになる。かかる危険は、変額保険にみられる危険であると同時に、保険以外の金融商品である投資商品にみられる危険でもある。この危険は、そもそも保険契約者(あるいは被保険者)自身の危険であつたはずである。一般的な保険システムでは、締結された保険契約に基づいて、保険契約

者から他人である保険者に移転された被保険者等の危険が、危険団体内部で分散されるわけであるが、変額保険における生存保障の部分では、かかる移転が行われていない、と解さざるをえない。あるいは、少なくとも危険は移転されたが、分散されていない、と解される。変額保険の一部にみられるこのようなシステムは、保険以外の金融商品にもみられるものであり、保険に特有のシステムではない。したがって、危険の側面から考察すると、変額保険における生存保障部分は、保険固有の性質を逸脱し、他の金融商品の領域に入り込んでおり、岩崎教授の指摘されるとおり、「その限りで、投資商品としての規制、すなわち証券取引法などによる規制、を受ける」ことにならざるをえない。以上のように、変額保険は保険の範疇に属さない要素を有していると解する。すなわち、これまでの「保険」の範囲を逸脱する保険商品が販売されているといえる。また、これまで保険の本質であると考えられていたものが、もはや本質ではなくはなくなった、ともいうことができる。そこで、この変額保険を保険の枠内に組み込むために、新たな保険本質論を提唱すべきであると主張する見解もあろう。しかし、保険の本質論を検討する場合に、どうしても譲歩できない部分がある。それは、前述したように（参照、第三章第二節第二款）、危険の分散である。なぜならば、筆者は、保険契約において、保険者に移転された危険を分散するという機能がなければ、それは保険ではなくなる、と解するからである。

ところで、前述の（参照、はじめに）「審議会報告」では、保険会社について、原則として兼業を禁止するが、法定他業の営業を認め、この法定他業の中には証券取引業も当然のことながら含まれている。⁽³⁾ 私見によれば、変額保険は、それを構成する生存保障と死亡保障のうち、前者について投資商品としての性質を有するゆえに、変額保険について部分的ではあるが、証券取引法上の規定に該当することとなり、生命保険会社は同法の規定の適用を受けることにはしなないであろうか、と考える。前述のごとく（参照、はじめに）、水島教授が、損害保

険会社による定額給付型傷害保険の販売を「経営の多角化」であると認識されている論理が、生命保険会社による変額保険の販売に関しても、妥当するのではないかと考える。また、観点を変えれば、変額保険と同じ内容を金融商品を販売している保険会社以外の会社に対しても、保険業法の規定が適用される可能性もある、といえる。そこで、たとえ複数の金融業法ないしは監督法の重畳適用は無理であると解されるとしても、保険業法に他の投資商品を販売する際の規制内容と同じ内容の条文を設ける必要があると考える。また、現行の変額保険の販売を継続する場合であっても、証券取引法等の他の金融業法ないしは監督法との関連性が現れる可能性がある。このことは、前述したように（参照、はじめに）、変額保険を巡る最近の判決例の数が増大しているという事実からも推察される。したがって、変額保険の商品設計あるいは販売に際しては、証券取引的な規制が必要となろう。これまでを総括すれば、今後の保険事業を在り方を検討するに際しては、法律上の観点に基づく考察も並行させながら、同事業が展開されて行くべき道を探るべきではないだろうかと考える。

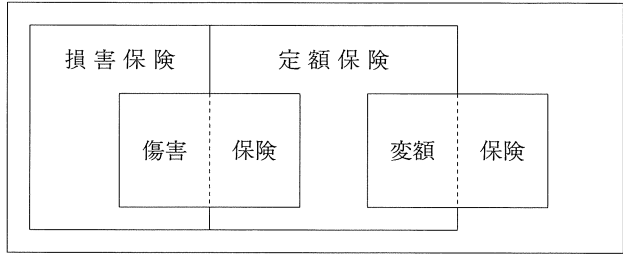
なお、冒頭に掲げたふたつの問題のうち、保険商品同士の融合化に起因する適用条文に関する問題に対する解答は、今後の詳細な検討に委ねるが、現在のところ、筆者は、解答の基本を、保険契約は定額保険と損害保険に区別される、という解釈に置く。わが国の傷害保険は定額給付型と実損填補型に大別されている。前者は定額保険に、後者は損害保険に類別されよう。定額保険と損害保険とは、保険金給付の態様が異なるゆえに、その法的性質を異にする。そこで、傷害保険契約法もまた、定額給付型傷害保険と実損填補型傷害保険とを区別して規定せざるをえないことになる。⁽⁴⁾ EC加盟国の制定法では、傷害保険および疾病保険は損害保険事業とされている⁽⁵⁾で、傷害保険に関する兼営の問題は、原則として生じない。これに対して、わが国では、昭和四〇年裁定の結果、定額給付型の傷害保険は生命保険会社が、そして実損填補型の傷害保険は損害保険会社が販売することになった

が、冒頭で述べたごとく、現在では、損害保険会社もまた定額給付型の傷害保険（例、年金払積立傷害保険）を販売している。しかし、損害保険と定額保険との区別に基づく、傷害保険契約法もまた、傷害保険法の改正試案のごとく、定額給付型傷害保険と実損填補型傷害保険とを区別して規定せざるをえないことになる。そこで、定額給付型傷害保険と実損填補型傷害保険とを合わせ持っている傷害保険に関しては、問題が生じた部分が、はたして定額給付型であるのか、実損填補型であるのかの違いにより、適用すべき規定を決定すべきであろう、と解する⁽⁶⁾。また、保険業法の改正に基づき、保険契約の性質が変わる可能性があるのではないかと考える⁽⁷⁾。他の金融業法との重畳適用の問題も含めて、かかる問題点に関する詳細な検討は他日に譲る。

- (1) 糸川・前掲論文・一五頁―一六頁。
- (2) 岩崎・前掲論文・保険学雑誌五二〇号・一二頁。
- (3) 「保険業法等の改正について」第二業務一業務（一）業務の範囲 二法定他業、西村・前掲論文・四六頁八保険審議解報告の概要／業務①業務。なお、「固有業務」と「付随業務」に含まれない業務を「法定他業」として明確化することにより、保険会社の業務範囲を拡大する方針に対する批判に関しては、参照、岩崎「保険審議会答申をめぐって」保険学雑誌五四〇号七頁―八頁。
- (4) 参照、例えば、傷害保険契約法（新設） 試案六八三条の四―六八三条の一（定額給付方式の傷害保険契約）、六八三条の一―六八三条の一四（損害てん補方式の傷害保険契約）。
- (5) 参照、生命保険を除く元受保険事業の開始および実行に関する法律および命令の規定を統一するための一九七三年七月二四日理事会第一次指令（七三／二三九／EEC） 付表A種目による危険の分類 一・傷害（業務傷害および職業病を含む）、二・疾病）。
- (6) 以上の見解を総合すれば、保険の類型は、次のようになろう。

保険の種類

金融商品



(7) Cfr. Volpe Putzolu, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici*, Bologna, 1992, pp. 80 segg.

(追記、本稿を河本一郎先生の学恩に捧げます。脱稿後、「保険業法案」を入手した。さらに、高尾厚「地震危

(一九九五(平成七)年三月三十一日脱稿)

険への新たな対処法―金融ハイテクによる地震保険改良試案―」(KOBÉ UNIVERSITY Discussion Paper 9512)より、集積危険の分散方法に関して有益な教授を受けた。参照、吉澤卓哉「集積損害による保険引受リスクのヘッジについて―保険先物と金融再保険を中心に―」損害保険研究五六巻一号・一九九四年五月・五五頁以下。なお、本稿は、(財)生命保険文化センター「平成六年度生命保険に関する学術振興助成事業」の助成を受けたものであります。ここに記して謝意を申し上げます。()