

大正・昭和期の告知義務論（一）

中 村 雅 人

目 次

I．序

II．初期の学説

III．ロエリの危険測定説（以上本号）

（以下継続）

I．序

保険法の研究においておそらくとどまることを知らない問題、それこそは告知義務論であると言われている¹⁾。かく言われるごとく、告知義務に関する問題は、その法的性質²⁾、違反の効果³⁾、民法上の詐欺・錯誤との関係⁴⁾ など、多

1) 石田満『保険契約法の基本問題』一粒社、1977年、121頁。石田博士は、告知義務の法的性質を中心に研究された「保険契約法における告知義務」と題する論稿において、エーレンベルク (Ehrenberg) の論文における冒頭の辞を参照されてこのように述べられている。エーレンベルクも、告知義務の法的性質 (Rechtsnatur) の問題についてこのように述べているのであり (vgl. Victor Ehrenberg, "Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers bei Abschluß des Versicherungsvertrags", ZVersWiss 1925, S. 369), 実際にこの問題については、現在においてもなお見解が分かれているところであるが、この言は、本稿において取り扱う告知義務の法理論的根拠の問題についても妥当するのではないかと私は考えるのである。

2) 告知義務と称されるが、それは Pflicht ではなく、Obliegenheit である。通説は、保険者としては、保険契約者にこれの履行を強制することも、また、その不履行に対して損害賠償を請求することもできず、違反に際しては、単に契約の解除権が生じるのみであり、保険契約者としては、保険者による契約の解除および保険金給付の免除という不利益を避けるために告知義務を履行するのであって、それは真正の義務ではなく、自己義務または間接義務であり、保険者に対して保険金を請求するための前提要件に過ぎないとする。(大森忠夫『保険法』有斐閣、1966年、117頁、鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法』弘文堂、2001年、84頁、田中誠二・原茂太一『新版保険法（全訂版）』千倉書房、1999年、171頁。)

これに対して、告知義務を単に保険金請求のための「前提」であるというだけでは、その法的性質を明らかにしたことにはならないとする見解がある。この見解は、義務の効力

に段階を設け、告知義務は、損害賠償義務に裏打ちされた強き効力を有する真正の義務ではないが、既存の権利喪失・法的地位の変化などの不利益による強制がみられるので、これは、弱き効力を有する義務であるとして告知義務の義務性を承認する。(石田, 前掲書, 88-90頁, 166頁。)

もっとも、通説も真正の義務と違うことを強調しただけに過ぎず、行為規範としての義務性を全面的に否定するものとは解されないので、結局、両学説に差はないとする見解もある。(西島梅治『保険法』悠々社, 1998年, 40頁。)

- 3) わが国の商法によれば、危険に関する重要な事実、事項に関して不告知または不実告知があったという客観的要件、および保険契約者ないし被保険者に悪意または重大な過失があったという主観的要件が備わった場合には、告知義務違反が成立し、その効果として保険者に契約の解除権が生じる。そして、不告知または不実告知の事実と保険事故発生の上に因果関係が認められる場合には、保険者は保険金の支払を免れることができる。(ただし、因果関係不存在の場合には、保険者は保険金の支払を免れることはできない。その当否については議論のあるところであるが、私はこれを認めることに賛成したい。)

告知義務違反がしばしば問題となるのは、生命保険であるが、商法が解除権の除斥期間を5年としているのに対し、約款は、これを2年に短縮しているものが多い。この2年以内に保険事故が発生し、告知義務違反が明らかになると、約款上は、保険者としては保険金を全て支払うか、または支払いを全く拒絶する、いわゆるオール・オア・ナッシング的処理を迫られることになる。しかしながら、実務上は、告知義務違反を理由に契約が解除される場合においても保険金の支払を全く拒絶するのではなく、弔慰金等の名目で若干の金額が支払われる示談的処理が行われることが少なくないようである。この処理については、その適法性・合理性が認められるものとされているが(西島梅治「生命保険契約と告知義務」ジュリ749号137頁以下、坂口光男『保険法』文眞堂, 1996年, 322-323頁)、実務上の処理と約款上の取扱いが乖離しているとの感否めない(西島梅治「法理論と保険実務との架橋」ジュリ756号114頁以下)。

かつて私は、拙稿「比例減額主義に関する一考察」『松山大学論集』第11巻第6号59頁以下において、オーストラリアの保険契約法における生命保険の告知義務に関する規定(第29条)を紹介した。これによれば、告知義務違反が詐欺的になされた場合、および告知義務が遵守されていたならば、保険者がいかなる条件をもってしても保険契約を締結しなかったであろう場合には、保険者に契約の取消権が与えられるが、そうした上でさらに、取消権を行使しない場合には、違反がなかったならば支払われるべきであった保険料に対する、既払いの保険料の割合で、すなわち違反の程度に応じて保険金を減額する権利が保険者に与えられているのである。

不告知の事実を知ったならば、保険者として契約の締結を全く拒絶したであろう場合には、契約を解除し、弔慰金という名目の示談的処理が行われることは致し方ないとしても、不告知の事実を知ったならば、単に保険料を増額したであろう場合には、そしてこのような場合においても、契約の解除および弔慰金による示談的処理が行われているとするならば、このオーストラリアの保険契約法における比例減額主義の規定は、大いに参考になるのではなかろうかと考えるのである。すなわち、不告知の事実を知ったならば、単に保険料を増額したであろう場合には、比例減額主義による解決の可能性を約款上明記すれば弔慰金制度に明確な法的根拠を与えることができるのではないかと考えるのだが、これは少し踏み込みすぎた考えかもしれない。

オーストラリアやフランスで採用されているこの比例減額主義の基本的なコンセプトは、上述のように、違反がなかったならば支払われるべきであった保険料に対する、既払

いの保険料の割合で保険金を減額するというものである。これによれば、違反の度合いが強ければ強いほど保険金の額はより減額されるのであり、当然のことながら、違反の程度が重い場合の保険金は、違反の程度がそれよりも軽微な場合の保険金よりも少なくなる。この点については、合理性が認められるものと考えられる。

わが国においては、現行の保険契約法にこのような規定はないが、保険契約法の改正を視野に入れて、改正試案が損害保険と生命保険についてそれぞれ作成されており、それによれば、告知義務については、従来のオール・オア・ナッシングの処理がなされているが、危険の著しい増加の場合においては、保険者がその事実を知ったならば、より高額保険料を請求した場合について、比例的減額の規定が置かれている。しかし、その減額は「高額保険料と約定保険料との差額の高額保険料に対する割合で」行われるのであり、オーストラリアやフランスの比例減額主義とは異なっている（損保改正試案第656条第5項、生保改正試案第678条の3第4項）。損保改正試案における危険の著しい増加に関する規定は、ことにイタリア法の影響を強く受けたとされているが（石田満「危険の著しい増加」『創立四十周年記念 損害保険論集』財団法人損害保険事業研究所、1974年、184頁）、イタリア法は危険の増加について、「契約に定められた保険料と、増加した危険が契約締結時に存在していたならば定められたであろう保険料との関係を考慮して、保険金は減額される（圈点筆者）」と規定しているのであって（木村栄一「イタリア保険契約法」『損害保険研究』第18巻第3号、15頁）、具体的な減額の計算方法が明示されているわけではない。イタリア法は、告知義務についても比例的減額の規定を置いているが、それも「保険金は、約定保険料と実情が知られていたならば適用されたであろう保険料との差額に比例して減額される」とする規定であって（同13頁）、基本的に違反の程度が強いほど保険金の額が少なくなるオーストラリアやフランスの比例減額主義と同旨であると解される。わが国の生・損保契約法の改正試案における危険の著しい増加に関する比例的減額の計算方法の規定は、わが国独自のものであると思われるのだが、この規定が、私には理解できない。

改正試案は、保険者が危険の著しい増加の事実を知る前または保険契約が効力を失う前に保険事故が生じた場合に、その増加した危険が保険契約締結の当時存在していたならば、約定保険料よりも高額保険料の支払を保険契約者が承諾しないかぎり、保険者は契約を締結しなかったと認められる程度のものであるときは、上述のように「高額保険料と約定保険料との差額の高額保険料に対する割合」でてん補額または支払うべき保険金の額を削減することができると規定している。比例減額主義の本来の趣旨から考えると、危険の増加の程度が重ければ強いほど支払われる金額はより減額されるはずであり、危険の増加の程度が重い場合のてん補額または保険金は、危険の増加の程度がそれよりも軽微な場合に比して少なくなつて然るべきである。しかしながら、改正試案の計算方法では、このような結果にならないのではないと思われるのである。以下に例を挙げて説明する。

今、高額保険料を a 、約定保険料を b とすると、比例的減額は、 $(a-b)/a$ の数式で行われる。ケース1として、 a の高額保険料を1,500円、 b の約定保険料を1,000円、てん補額または保険金を100万円とし、この数式にあてはめると、支払われる金額は、333,333円である。ケース2は、 a の高額保険料のみを2,000円とし、 b の約定保険料、てん補額または保険金の額はケース1と同額とする。ケース1の高額保険料よりケース2の高額保険料の方が高いということは、ケース2の方が危険の増加の程度が重いということであるが、ケース2を数式にあてはめると、支払われる金額は、500,000円になる。すなわち、危険の増加の程度が重い方が、支払われる保険金の額が多くなるという不合理な結果にならざるを得ないのであるが、これは私の誤解であろうか。

比例減額主義を採るその他の国としては、デンマークが挙げられるが、本稿の執筆中に同国の保険法に関する文献（Preben Lyngso, *Danish Insurance Law*, Deventer, 1992）を入手

したので、ここでこの国における比例減額主義を紹介することとしたい。デンマークの保険法において比例減額主義が採用されているのは、保険契約者が過失により不実表示をした場合である。この場合においてさらに、保険者が真実を知っていたならば、危険を受けなかったであろう場合には、保険者は責任を免れることになるが、しかし、保険者が真実を知っていたならば、異なる条件で危険を引受けたであろう場合には、プロ・ラタ責任主義 (the rule on pro-rata liability) が適用される。これがすなわち比例減額主義なのであるが、例えば、ある不動産に 960,000 クローネの保険が付保されている場合に、約定された保険料が、全ての重要な事実が明らかにされていたならば請求されたであろう金額の $\frac{3}{4}$ である場合には、保険金額は、960,000 クローネの $\frac{3}{4}$ 、すなわち 720,000 クローネに減額されるのである (*ibid.*, p. 54)。ここでもやはり、比例的減額は、フランスやオーストラリアと同様に「約定保険料の高額保険料に対する割合」で行われている。「高額保険料と約定保険料との差額の高額保険料に対する割合」では、上述のような不合理が生じる可能性があるので、比例的減額を行うのであれば、それは諸外国と同様に「約定保険料の高額保険料に対する割合」で行われるべきであると私は考えるのである。

わが国における生・損保の契約法の改正試案においては、上述のように、危険の著しい増加の場合にのみ比例的減額の規定が置かれており、告知義務違反の効果については、従来のオール・オア・ナッシング的処理がなされている。この点については、整合性に欠けるとの指摘がないわけではない (鈴木辰紀「告知義務と危険の増加をめぐる二・三の問題—わが国の火災保険約款を中心として—」『創立五十周年記念 損害保険論集』財団法人損害保険事業研究所, 1983 年, 554 頁, 註 2)。かつて私は、前掲の拙稿において、告知義務違反の効果についても比例減額主義の方が望ましいと主張した。さらに突き詰めるべき論点もあろうかと思われるが、現在のところこの考えに変更はない。この考えは、生・損保に共通するものであり、生命保険については、これは、上述のように、商法にも約款にもその規定がないにも拘らず、実務上行われているとされる甲慰金制度に明確な法的根拠を与える可能性があるという点に、特に考察の実益があるのではないかと思考する。また、損害保険においても、告知義務違反に際して、保険者としては保険金の支払を全く拒絶するのは保険契約者側に酷であると思われる一方、さりとて保険金の全てを支払うことも躊躇される場合もあろうかと思われ、その様な場合には、オール・オア・ナッシング的解決よりも、比例減額主義による中間的解決の方が望ましいのではないかとと思われる。

過去を振り返ってみても、告知義務違反に際して保険金を減額するという考え方は、既に存在している。例えば、昭和の初期に、田中耕太郎博士が告知義務違反の効果について、フランス法を参照されて、悪意の場合は契約は無効とされておられるが、そうでない場合には、「事故発生後には保険金を減額するのが理論的で且つ合目的な解決方法と思考せられる」と述べられており (『告知義務に於ける客観主義』『法学協会雑誌』第 58 巻第 10 号, 33 頁)、また小町谷操三博士も、「立法論としては、保険者が保険契約者に対して、保険料の増額又は保険金の減額を請求し、保険契約者が、遅滞なくこれを拒絶しない限り、その請求を承認したものと看做し、これを拒絶した場合に、初めて、保険者が解除権を行使しうることにして、よいのではあるまいか (圈点筆者)」と述べられ (『海上保険法総論—海商法要義下巻四』岩波書店, 1953 年, 296 頁, 註六)、さらには、田中誠二・原茂太一両博士も、昭和 30 年代に、保険団体における構成員の間の衡平という観点から、「立法論としては、保険契約者の悪意と善意を一律に取り扱わないで、保険契約者の悪意による熟黙または不実告知以外の場合には保険料の増額または填補額の減額の方法で契約を有効に存続させるような方法が考えられる。これによって、保険契約者を保護すると同時に、他の保険契約者に対する関係においても衡平を維持することができる (圈点筆者)」と述べられている (『例解 保険法・海商法』有信堂, 1964 年, 57-58 頁)。

岐にわたるのであるが、その中であって、告知義務の根本に関わるものでありながら未だ明瞭に解決されているとはいえない問題として、何故に保険契約者ないし被保険者に告知義務が課せられるのか、という告知義務の法理論的根拠に関する問題がある。詳しくは後述するが、わが国においては現在、この問題に関しては大きく整理すると、危険測定説（技術説）、射倖契約説（善意契約説）、締約過失説、衡平の理念説といった学説が並存している。

私は、これまでイギリス法を中心にして保険契約法の研究を行ってきた。大陸法系に属し、成文法を法源とするわが国とは異なり、イギリスは言うまでもなく判例を第一次的な法源とする判例法主義の国である。判例法主義においては、判決文中の判決理由（ratio decidendi）が先例拘束性の原理（doctrine of precedent）により、その後の同種の事件について大きな影響力を有し、原則としてこれに従って判決が下されるという点に大きな特徴がある。そのため大陸法に比し、判例法は理論的というよりはむしろ、具体的な先例に則して事件の解決を行うため、实际的であり、また融通性に富む。しかし、このためばかりというわけではないであろうが、イギリスの保険法に関する著書の多くは、数多の判例を引用するが、その解説に終始し、著者が自らの私見を理論的に述べることは少ない。それ故に、同国の保険法の解説書は、「その精粗の別はあっても何れも発生した事件に関する裁判官の意見を切り取って来てそのまま並べるか、さうでなくばこれを多少敷衍するだけで根本に遡ってその理由を明らかにしない⁵⁾」との指摘を受けるのである。

4) 商法上の告知義務違反に該当する事実が、同時に民法上の詐欺または錯誤に該当することがあるか否か、あるとすれば、商法の告知義務に関する規定と民法の詐欺または錯誤に関する規定は重複して適用されるのか、または民法の規定はその適用を排除されるのか、という問題である。判例は、詐欺および錯誤と告知義務違反との並存を認めているが、学説上は、商法の告知義務違反に関する規定が適用される限りにおいて、民法上の詐欺・錯誤に関する規定の適用は排除されるという商法単独適用説、商法と民法を重複して適用すべきであるという重複適用説、詐欺と錯誤を区別して、詐欺については民商法の重複適用を認め、錯誤についてはこれを否定する折衷説に見解が分かれている。このうち、折衷説が有力である。（西島、前掲「保険法」、58-61頁、坂口、前掲書、76-78頁、田中・原茂、前掲「新版保険法」、175-176頁。）

このことは、本稿で取り扱う告知義務の法理論的根拠の問題についても妥当する。告知義務は、わが国のみならず各国の保険契約法上認められる制度であり、イギリスにおけるそれは開示義務（the duty of disclosure）と称されるが、何故に保険契約者ないし被保険者にこの開示義務が課せられるのか、という問いに対しては、同国の保険法学者は、それは単に保険契約が最大善意の契約（a contract of the utmost good faith—*uberrima fides*）であるからと説くのみである⁶⁾。彼らは、19世紀末以後のヨーロッパの大陸諸国における保険法学界が、保険契約に特別の善意契約性を認めることに否定的となったことにも、またスイスのロェリ（Roelli）が唱えた危険測定説ないし技術説が、告知義務の根拠の説明としてかつてわが国やドイツの保険法学界を席卷し、わが国においては現在においてもなお、これが有力な学説であるということにも目を向けようとはしない。勿論、これにより直ちにイギリスの保険法学者が不見識であるということにはならないが、しかし、イギリスにおいては、何故に、またいかなる意味において、保険契約が最大善意の契約であって、保険契約者ないし被保険者が開示義務を負うのかという問題、つまり保険契約の最大善意契約性の意義に関する徹底的究明が、私の知る限り、明確になされているとは言い難いのである。

然らば、1766年の *Carter v. Boehm* 事件以来、200年以上にわたりイギリス保険契約法上認められてきた、保険契約が善意または最大善意の契約であるとする命題は、精緻な理論的根拠を欠いた空中の楼閣なのであろうか。それとも、理論的には曖昧さを残しつつも、それ自体としては正当性が認められるのであろうか。理論的に曖昧であるならば、それをさらに突き詰めて考えることはで

5) 加藤由作「英国海上保険法に於ける Principle of ejusdem generis の発生理由」『喜寿記念加藤由作博士論文集』喜寿記念加藤由作博士論文集刊行会、1970年、104頁。

6) Robert Merkin ed., *Colinvaux's Law of Insurance*, 7th ed., London, 1997, par. 5-01, Julian Hill ed., *O'may on Marine Insurance*, London, 1993, pp. 35-36, Nicholas Legh-Jones et al. eds., *MacGillivray on Insurance Law*, 10th ed., London, 2003, par. 17-2, John Birds and Norma J. Hird, *Birds' Modern Insurance Law*, 5th ed., London, 2001, p. 101, Howard Bennett, *The Law of Marine Insurance*, New York, 1996, p. 44, etc. イギリス保険契約法における最大善意の原則については、かつて私はその生成の過程の粗描を試みた。拙稿「最大善意の原則の生成（一）・（二・完）」『松山大学論集』第14巻第2号、103頁、同第3号、53頁を参照されたい。

きないのであろうか。

イギリスにおける保険契約の最大善意契約性について考察してみると、このような問題意識が生じるのであるが、これらの問題は、イギリス保険契約法における開示義務の研究を企図する私にとっては、避けて通ることのできない問題であり、私なりに解決することの必要性を痛感するのである。私は、その解決の手がかりを、わが国における告知義務の法理論的根拠に関する学説の展開に求めることにしたい。わが国においては、この問題に関しては大正から昭和にかけて数多くの学説が提唱され、議論がなされている。そこで、本稿においては、このわが国における告知義務の法理論的根拠に関する議論の助けを借りて、上述の問題の解決を図るべく研究することとしたい。

Ⅱ. 初期の学説

わが国の現行の保険契約法、すなわち商法第三編第十章の保険に関する諸規定は、明治32年の施行の後、明治44年に一部の改正を受けたが、その後は実質的な内容の変更はなされることなく現在に至っている。告知義務については、損害保険、生命保険のそれぞれについて、第644条第1項、第678条第1項において、「保険契約ノ当時保険契約者（又ハ被保険者）カ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事実ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不実ノ事ヲ告ケタルトキハ保険者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」との規定が置かれている。これにより、保険契約者ないし被保険者は告知義務を負うことになるのであるが、その法理論的根拠については、かつて種々の説明が試みられた。それらは、既に多くの文献において紹介されており、またその中には現在においては全く顧みられない学説もあり、これらを本稿において改めて取り上げることの今日的意義は乏しいかもしれない。しかし、現在有力であるとされる学説が、いかなる過程を経て唱えられるようになったのかを理解するためにも、また、わが国における告知義務の法理論的根拠に関する学説の展開を手がかりに、イギリスにおける保険契約の最大善意契約性を考察するという本稿の目的のために

も、かつて主張された種々の見解を、その初期におけるものまで遡り、概括的ではあっても論ずることは決して無意味ではない。このように考えるが故に、本章においては、わが国において紹介ないし提唱された告知義務の法理論的根拠に関する初期の学説を取り上げることとする⁷⁾。

1. 射倖説 (Theorie der aleatorischen Natur)

この説は、保険契約が射倖契約 (aleatory contract ; Glücksvertrag ; aleatorischer Vertrag) の一種であることを前提として告知義務を説明しようとするものであり、リヒテンフェルス (Lichtenfels) やレヴィス (Lewis) 等によって19世紀後半に提唱されたとされる。これによれば、射倖契約とはすなわち、当事者間における利益の得喪がある種の不確定な事故に係る契約であるが、このような射倖契約においては、その不確定な事故に関する各当事者の知識が須らく均等でなければならず、この原則は射倖契約の特質であって、したがって、保険契約においても保険契約者は自らが知っている事情を保険者に告知しなければならない、とされる⁸⁾。

保険契約が射倖契約の一種であるということは、わが国のみならずフランスやオーストリア、イタリアといった諸外国においても、民法上認められているとのことであるが⁹⁾、この説に対する批判は先ず、保険契約が射倖契約であるとするその前提自体が誤りであるとする。その論者は、以下のように説く。すなわち、保険とは大多数の既生事実を観察し、その結果を未だ生じていない事実の観察に應用すると大体において同一の結果を見るという、いわゆる大数の法則に基づく制度であり、この法則を應用することにより、ある事故の発生の

7) これらの学説は、主としてドイツにおいて提唱され、わが国に紹介されたものであり、それらの名称、分類方法および網羅の範囲については学者によって相違があるが、ここでは、その中で最も適当であると思われる三浦義道博士による名称、分類および範囲に従うこととした。

8) 三浦義道『告知義務論』巖松堂書店、1924年、7頁。

9) 大森忠夫『保険契約の法的構造』有斐閣、1965年、133-134頁、註(1)(2)(3)(4)を参照。

偶然率が計算され、それに基づいて徴収されるべき保険料が決定される。つまり、保険は団体の構成を前提とするが、この団体が大規模になればなるほど大数の法則が正確に行われ、保険者が保険契約者から徴収する純保険料の総額と支払う保険金の総額は均衡するのであって、保険者から見ればその事業について何ら射倖性は認められない、とする¹⁰⁾。その他にも、保険契約の射倖契約性を否認する説として、保険加入者の立場から、「加入者は保険事故発生により保険料よりも通常多額の保険金を受けるが、それは事故発生により他方に生じた損害の填補または需要の充足に役立つにすぎず、加入者がこれにより積極的利得を受ける可能性は全く存在せず、この意味で保険契約は加入者にとって射倖契約性を有しない」との主張や、「加入者の出捐する保険料は保険者のあたえる *alea*¹¹⁾ に対する対価であり、享益機会そのものまたは経済的に安全保障・危険負担といわれるものそのものに対する対価である。しかもこのような *alea* の供与は偶然な保険事故の発生と否とにかかわらずなされているのであるから、たとえ事故が発生して保険料より大なる保険金を受ける場合でもそれは *alea* の具体化にすぎず、要するに保険事故なる偶然の事実によって加入者の受けるところのものが左右されることはないとし、従って加入者にとって保険契約は射倖契約でない」とする主張がある¹²⁾。

さらには、不確定な事故に関する契約当事者の知識が均等でなければならぬとするならば、保険者にもまた告知義務が課せられるべきであるが、実際上はそのような義務は存せず、射倖説はこの点について理由を明らかにし得ない、との批判がある¹³⁾。

10) 三浦，前掲書，9-10 頁。

11) *alea* という語の本来の意味は「サイコロ勝負」であるが、現代では偶然な出来事，僥倖ないしは機会を意味する，とされている。倉沢康一郎『保険契約の法理』慶応通信，1975 年，177 頁。

12) これらの説は，大森，前掲「法的構造」，135-137 頁において紹介されており，また検討がなされている。

13) 三浦，前掲書，16 頁，岡野敬次郎『商行為及保険法』有斐閣，1928 年，407-408 頁，今村有『海上保険契約論（上巻）』巖松堂書店，1938 年，65 頁，加藤由作『海上危険新論』春秋社，1961 年，41 頁。

射倖説に対する批判は、このように保険契約が射倖契約であるとするその前提について、保険事業全体の観点からも、また保険加入者の立場から見ても首肯できないとし、仮にそれを認めるとしても、保険者に告知義務が課せられないことの理由が説明できないとする。これにより、射倖説は否定されることになる。¹⁴⁾

2. 担保説 (Theorie der Gewährleistungspflicht)

この説を唱えた代表者はコーン (Cohn) であるとされているが、本説は、保険契約が有償契約であることから、告知義務を有償契約における担保義務と同一視してその法律上の根拠を説明しようとするものである。有償契約とはすなわち、契約両当事者のなす出捐が対価的構造を有する契約であるが¹⁵⁾、保険契約が有償契約であるということは古くから一般的に承認されている¹⁶⁾。民法上は、有償契約については売買の規定が準用されるのであるが¹⁶⁾、この説は、売買契約における売主の担保責任の考えに準じて告知義務を説明する。すなわち、保険契約において保険契約者が不正告知または黙秘をしたために生じた隠

14) しかし、後に見るように、これらの射倖契約否認説は、その後ことごとく論駁、反証され、保険契約の射倖契約性は一般的に認められるようになる。

15) 松本烝治『保険法』中央大学、1916年、21-22頁、大森、前掲「保険法」、81頁、田中・原茂、前掲「新版保険法」、109頁、伊澤孝平『保険法』青林書院、1957年、46-47頁、石田満『商法Ⅳ（保険法）改訂版』青林書院、1997年、39-40頁。しかし、保険契約者の対価の出捐が保険料給付であることには異論はないが、保険者の対価の出捐が何であるかについては議論のあるところである。かつては、それは保険金給付であるとする説もあったが、これによると保険事故が発生せず、保険金が支払われない場合には、保険者は何ら対価の出捐をしなかったことになり、保険事故が発生せずに保険契約が終了することが多い損害保険契約については、その大部分が有償契約ではないということになるため、今日、この説は支持されてはいない。通説は、保険契約者の保険料給付に対する保険者の反対給付は、危険負担給付であるとする。すなわち保険者は、保険事故が発生した場合に保険金を支払うことを約束することによって、被保険者の経済生活上の不安を除去・軽減するのであり、この危険負担も一つの給付であると考えるのである。ただし、この危険負担給付説については、それは給付概念の無用な拡張をもたらすとの指摘もある。その他の説としては、条件付保険金給付説、類似有償契約説がある。西島、前掲「保険法」、11-14頁、坂口、前掲書、39-42頁。

16) 民法第559条。

れたる瑕疵については、自らその責任を負わねばならないとするのである¹⁷⁾

この説に対する批判は先ず、保険契約が有償契約であり、また有償契約に担保義務があることは認めるのであるが、しかし有償契約の担保義務と保険契約の告知義務とは同一視することはできないとする。すなわち、有償契約における権利の瑕疵に基づく担保義務または目的物自体の瑕疵に基づく瑕疵担保義務は、その有償契約の効力として生じる義務であるのに対して、保険契約における告知義務は、有償契約としての保険契約の効力として生じる義務ではなく、保険契約者が保険契約の締結に際して、すなわち契約の成立前に負担する義務であって、両者を同一視して告知義務の法律上の根拠を説明することは正鵠を得ているとは言えないとするのである¹⁸⁾

さらには、担保義務は全ての有償契約に必然のものではなく、したがって、保険契約において何故に保険契約者がこの義務を負うのかの説明できないとの批判もあり¹⁹⁾、結局、本説は告知義務の理論的根拠の説明としては「論ずるに足りない²⁰⁾」ものとされ、退けられることになる。

3. 暗黙契約説 (Theorie der schweigenden lex contractus)

本説は、告知義務は当事者の暗黙的契約によるものであるとする。すなわち、告知義務は保険契約そのものとは別個のものであり、保険契約以外に当事者が別に表示する暗黙的意思表示によるとするのである。この暗黙的意思表示の内容とは重要な事項を保険者に告知することであり、本説はこの暗黙契約があるが故に告知義務が存するのであると説明する²¹⁾ この学説の主張者は、ボルフ

17) 三浦, 前掲書, 17 頁, 岡野, 前掲書, 408-409 頁。

18) 三浦, 前掲書, 18-19 頁, 今村, 前掲書, 65 頁。仮に両者を同一視するとしても、単に有償契約においては担保義務があるから保険契約においても告知義務が認められるとする説明のみでは、なお、担保義務の根拠が明らかにされていないために、告知義務の根拠もまた明瞭ではないとされる。

19) 岡野, 前掲書, 409 頁。

20) 加藤, 前掲「危険新論」, 41 頁。

21) 三浦, 前掲書, 20 頁, 水口吉蔵『保険法論』清水書店, 1927 年, 303 頁, 岡野, 前掲書, 409 頁。

(Wolff), デメリウス (Demelius) 等であるとされている。

この説は、告知義務は「保険契約の当然なる前提」として暗黙的に契約されるものであるとするが、これに対しては、「当然な前提」という説明のみでは、何故に告知義務が黙示的に契約されるのかの理由が明らかにされておらず、したがって、告知義務の根拠を説明したことにはならないとの批判がなされている。²²⁾

さらには、告知義務に対する保険者の権利は存しないために、これを当事者の法律関係として認めるべきではないとの批判²³⁾や、実際の保険申込みに際しては、告知義務を内容とする暗黙の意思表示は行われていないとの批判²⁴⁾もあり、本説もまた支持を得ることなく少数説に止まっている。

4. 善意説 (Bona fides Theorie)

本説は、保険契約が善意 (bona fidei) 殊に最大善意 (uberrimae fidei) の契約であるが故に、保険契約者は契約の締結に際して保険者に全ての重要な事実を告知せねばならないと説明する²⁵⁾。すなわち、この説は告知義務の根拠を保険契約の最大善意契約性に求めるのである。このような考え方は英米の学者の一般に認めるところであるが、ドイツにおいてもヴィーデマン (Wiedemann) 等がこの説を唱えているとされる。特にイギリスにおいては、1906年海上保険法が、その第17条において「海上保険契約は最大善意に基づく契約であり、当事者の一方により最大善意が遵守されない場合には、他方の当事者は契約を取消することができる」と規定し、保険契約が最大善意の契約であることを明記していることは周知の通りである。この善意説は、保険契約が善意または最大善意の契約であることをその前提とするのであるが、しかしながら、19世紀末以降のヨーロッパ大陸諸国およびわが国においては、保険契約の善意契約性

22) 三浦, 前掲書, 21頁。

23) 岡野, 前掲書, 409頁。

24) 水口, 前掲書, 303頁。

25) 三浦, 前掲書, 22-23頁, 岡野, 前掲書, 406-407頁, 水口, 前掲書, 302頁, 今村, 前掲書, 66頁, 加藤, 前掲「危険新論」, 41-42頁。

そのものの意義が否認されるようになったために、告知義務の根拠としての本説についてもまた種々の批判がなされることになる。

その論者は先ず、善意説は何故に保険契約が最大善意の契約であるのかを明らかにしていないとする。すなわち、善意は今日全ての契約における要件であって、保険契約に限って特に善意を条件とする理由が説明されていないとし²⁶⁾、さらには、その理由を告知義務の存在を以って説明しようとしても、それは単なる循環論法に過ぎないとするのである²⁷⁾。

また、仮に保険契約が善意の契約であるとするのであれば、その善意は当事者双方に求められるべきであり、何故に保険契約者のみに告知義務が課せられ、保険者はこれを負担しないのか、本説はこの理由を明らかにしていないとも批判されており²⁸⁾、さらには、保険契約に善意が要求されることは疑いないとしながらも、しかし善意の契約であるということは、これによって新たな義務を生じさせるものではなく、保険契約者の告知義務の遂行に際して義務者の態度が特に厳格に解せられるべきことを強調する動機を説明するに過ぎない²⁹⁾とされ、本説もまた一旦は退けられることになる。

5. 合意説 (Konsensualtheorie)

本説は、錯誤の法理によって告知義務を説明しようとするものであり、客観的合意説と主観的合意説の二つに分けられる。先ず客観的合意説は、保険契約は諾成契約であるが故に、契約の当事者間に契約の内容たる危険の大小ないし程度について完全なる意思の合致が必要であるとし、仮に保険者がそれらの危険の要素について知悉しない点があるとすれば、それは保険契約に実質上の錯誤があるということであり、それ故に保険契約者は契約締結に際して保険者に

26) 三浦，前掲書，24頁，岡野，前掲書，407頁，水口，前掲書，302頁，青山衆司『保険契約論（訂正版上巻）』巖松堂書店，1918年，119頁。

27) 今村，前掲書，66頁，岡野，前掲書，406-407頁，松本，前掲書，107頁。

28) 三浦，前掲書，24-25頁，松本，前掲書，107頁。

29) 今村，前掲書，66頁。

対し危険の要素について告知せねばならないとする。そして、告知義務の違反については、告知された内容と危険の要素に関する実際の事実が客観的に相違する場合には、契約当事者間に錯誤があるために契約は当然に無効となるのである³⁰⁾。本説を唱えたのは、マルス (Malss)、エンデマン (Endemann) 等であるとされている。

しかしながら、この客観的合意説は、主観的要素を全く考慮していないために、善意・無過失の場合においても告知した事項と実際とが客観的に相違すれば、たとえそれが軽微なものであっても論理的に契約全体が無効となるという点で、わが国やドイツの現行法とは全く相容れないものである、または保険契約者側に過酷であると批判されている。その欠点を補うために唱えられたのが主観的合意説である。これは、客観的合意説と同様に危険の要素について当事者間に完全なる意思の合致を求めた上で、告知義務者は自らが主観的に知っている事実を告知すれば足るとする。しかしながら、これによれば主観的に知らない事項について事実と相違がある場合には契約は無効とならないことになり、これは合意説の論旨とは矛盾すると批判されているのである³¹⁾。

以上の諸説は、告知義務の法理論的根拠を既存の契約法理によって説明しようと試みたのであるが、どれも完全に成功したとは言い難いものであった。この混沌とした状況に一応の終止符を打ったのがロエリ (Roelli) の危険測定説ないし技術説である。本説は、スイス連邦政府の委嘱を受けて彼が作成した保険法草案および理由書³²⁾ において明らかにされているが、これはスイス政府に提出された保険会社の意見書において「ロエリーノ草案ハ告知義務ノ法律上

30) 三浦, 前掲書, 26-28 頁, 岡野, 前掲書, 409-412 頁, 水口, 前掲書, 301 頁, 今村, 前掲書, 66-67 頁。

31) 三浦, 前掲書, 28-32 頁, 岡野, 前掲書, 414-415 頁, 水口, 前掲書, 301-302 頁, 今村, 前掲書, 67 頁。

32) H. Roelli, *Entwurf zu einem schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag mit den Motiven*, Leipzig, 1896.

ノ根拠ニ関スル問題ニ付キ従来保険者カ其誤謬ノ学説及判例ノ為メ苦痛ヲ感シタル困難ヨリ救ハレタルモノト認メサル可ラサルカ如ク何人モ之ニ反対スルモノナキノ方法ニ於テ解決ヲ与エタルモノナリ³³⁾」と称賛されたとされている³⁴⁾

以下においては、このロエリの危険測定説に言及することとしたい。

Ⅲ. ロエリの危険測定説

ロエリは、告知義務の根拠に関する自らの見解³⁵⁾を1896(明治29)年に著した上記の保険法草案および理由書のS.51-59において述べている。この危険測定説(Theorie der Risikenmessung)は、それまでの告知義務の法理論の根拠に関する論争に解決を与えたとされ、広く学界においてもまた実務においても認められた。わが国においてもこれに賛意を表する者は多く³⁶⁾、危険測定説は世界の通説とまで言われるようになる³⁷⁾。これは、従来の抽象的法理論によるアプローチの何れも排して、その理論上の根拠を保険事業の技術的基礎に求めたものである。その要旨・要約は既に多くの文献において明らかにされているが、本章においては改めて彼の所説を少しく詳細に取り上げることとしたい。

まず、彼はその所説の根本である保険事業の技術的基礎というものを明らかにしている。彼の言は以下の通りである。

「私の見解によれば、告知義務の根拠は、保険事業の技術的基礎にのみ求めることができる。技術的基礎とは、ある一定の事象の現実化の頻度および起こり方に関する統計上の大量観察の結果である。例えば、死亡率統計は、観察さ

33) 水口, 前掲書, 305頁。

34) 今村, 前掲書, 67頁にもその旨の記述がある。

35) ロエリは自らの見解の標題として「告知義務の法的性質(Die rechtliche Natur der Anzeigepflicht)」という語を用いているが、その内容は告知義務の法的根拠の説明に他ならない。

36) たとえば、三浦, 前掲書, 38-39頁, 岡野, 前掲書, 415頁以下, 水口, 前掲書, 305頁, 田中・原茂, 前掲「新版保険法」, 170頁, 野津務『新保険契約法論』野津務保険法論集刊行会, 1965年, 211-212頁等。

37) 葛城照三『海上保険研究—「英法に於ける海上危険」の研究—(上巻)』葛城教授海上保険研究刊行会, 1949年, 148頁。

れた同年齢の人達の一定数がどの様に死亡したのかを教えてくれる。災害統計は、観察された個々の人達のうち、どのくらい多くの人達が災害に見舞われたのか、また、それはどの程度（死亡、永続的あるいは一時的な、または、完全あるいは部分的な就労不能）であったのかを示している。同様な統計上の調査が、その他の保険種目の基礎にある。技術的基礎は、得られた経験に基づいている。それは、保険者に確実性（Gewissheit）ではなく、観察されたリスクの数の大小に応じて、より高くなるか、あるいはより低くなる蓋然性（Wahrscheinlichkeit）のみを得させるのである。その蓋然性とは、事象が将来においても同様に生じるであろうという蓋然性である。今や、経験により、同種の危険（Gefahren）にさらされたリスク（Risiken）—この同種の危険にさらされたリスクというのは、危険に対するその作用（Verhalten）において同価値とみなされ得るリスクである—が多数ある場合に、危険にさらされた者に対する実際に損害を被った者の割合が狭い範囲内においてのみ変動することが常であるということ、および大数の法則が予想される乖離に適用され得るということが分かっている。この法則により、被保険リスクの数が多くなればなるほど変動は相対的に少なくなる。それ故に、実際上は経営は大規模に行われる必要性があるということになる。大数の法則の適用可能性は、個々のリスクが互いに独立しており、またいかなる共通の原因も有さないということを前提としている。この前提は、経営上の特別な措置（危険の集積の回避）によって満たされる。このことから、保険事業は合理的に運営されなければならないという必要性が生じる（計画的な大規模経営）。この前提のもとにおいてのみ保険者は、技術的基礎の助けを借りて、危惧される事象が発生する蓋然性に関する的確な予想を行い、また純保険料、すなわちリスクと計算上等価である金額をほぼ確実に決定し得るのである³⁸⁾」

ここでロェリが述べているのは、大数の法則による統計的確率という数理的

38) Roelli, a. a. O., S. 51-52.

基礎に立脚した現在の我々が知る近代的保険事業に他ならない。近代的保険事業においては、このような数理的基礎に基づき、収支相等の原則および $P=\omega Z$ で表される給付・反対給付均等の原則のもとに保険経営が行われる。ロエリはまず、近代的保険事業の技術的基礎をこのように説明した上で、この技術的基礎が構成されるためには保険者によるリスクの選択 (Risikenauswahl) が必要であるとする。すなわち、「経験上、(同年齢の一定数の人達が死亡する危険等のような) 同一種のリスクは、常に同一というわけではなく、それらは互いの間でより大きかったりまたはより小さかったりと不均等を示す³⁹⁾」が、通常多くの保険種目においてはこのリスクの不均等を顧慮する必要がある、「この場合保険者は、個々のリスクがその見込み (Chancen) に関して、[彼によって] 観察され、選択されたリスクと同価値とみなされ得るか否かについて、可能な限り信頼できる判断を下さなければならない。この目的のためには、彼は、全ての個々の場合において、危険の要素の評価、危惧される事象の発生の蓋然性の評価にとって重要である事実を知っている必要がある⁴⁰⁾」とする。さらに「保険の経済的基礎は、危険共同体、すなわち、損失を同様な危険にさらされた大多数の人々に割り当て、保障を必要とする人々の負担能力の範囲内でそれぞれが犠牲を負担する可能性を与える組合団体 (genossenschaftlichen Verbände) にある⁴¹⁾」とし、質の悪いより危険なリスクを保険から除外するためであれ、また、保険料の額によって危険を分類するか、または時間あるいは損害の原因に関する危険の引受けの制限などのその他の方法によって、その不均等を危険組合員の間で均等にするためであれ、リスクの不均等は考慮されねばならないとする。ロエリは、そのためにはリスク選択のシステムが必要であるとし、これが行われなければ、それは結果として私保険の確実な破滅をもたらすであろうとするのである⁴²⁾。そして、保険事業の技術的基礎を構成するこのリスク選択

39) Ebenda, S. 52.

40) Ebenda, S. 53.

41) Ebenda, S. 53-54.

42) Ebenda, S. 54.

のシステムは法的に保障されるべきであり、したがって、危険の評価にとって重要な事情を知っている保険契約者は、この保険技術上要求されるリスク選択のために告知義務を負うのであると説明する⁴³⁾

また、何故に告知義務の対象となる重要な事実は保険者の側で調査するのではなく、保険契約者が告知せねばならないのか、という点については、リスクは、保険者が自力でその特性について情報を得ることができる商品ではなく、保険者による重要な危険の要素の調査は不可能な場合もあり、仮に可能であるとしてもその調査は時間と費用がかかり、そのようなコストは結局は保険契約者の側の負担となるために、保険者は保険契約者が告げたことの正確さを調べる立場にもなく、したがって、保険者は重要な事実について調査する必要はないとするのである⁴⁴⁾

以上が、ロエリが唱えた危険測定説であるが、これを端的に要約すれば、「保険制度を確実に運営するには支払われる保険金の総額と収入保険料の総額とのバランスを保つ必要があり、このバランスを保つためには、保険者は、保険契約の締結に際して、保険事故発生の危険率を正確に測定して、その契約の申込を承諾すべきかどうか、また保険料をいくらにするかを決定しなければならない。この判断に必要な資料を集めるのは保険者自身の仕事であるが、保険者の一方的調査だけではわからない事項も多く、また被保険者側の開示にたよる方が、より迅速かつ簡易に詳細なデータを集めることが可能となる。したがって、保険者の危険の選択の資料を提供させるために告知義務が課せられる⁴⁵⁾」ということになる。

このロエリの危険測定説は、それまでの射倖説、担保説、暗黙契約説、善意説、合意説といった告知義務の法理論的根拠に関する学説論争に解決を与えたとされ、これを支持する者も多く、わが国においては現在においても多数説と

43) Ebenda, S. 55-56.

44) Ebenda, S. 58-59.

45) 西島, 前掲「保険法」, 41 頁。

されているが、しかし難点がないわけではない。

上述のように彼の所説を少しく詳細に見てみると、保険制度の技術的基礎を援用して、保険事業においてはリスク選択のシステムが必要であることの説明には成功しているが、そのシステムが何故に保険契約者側による告知義務でなければならないのか、すなわち、保険契約者は何故に保険者のリスク選択のために危険に関する重要な情報を自ら開示せねばならないのかの説明が不十分であるとの感が否めない。ロエリはその理由として、保険者による調査は時間と費用がかかり、それは結局は保険契約者側の負担となることを挙げているが、これだけでは保険契約者が法的に告知義務を負うことの説明としては説得力に欠けると言わざるを得ない。この点については、果たして、「技術説〔危険測定説〕は、告知義務制度が必要であることの経済的・システムの理由を説明したものだといえるが、それがただちに保険契約法における〔告知義務〕制度の法律的根拠を説明したことにはならない。すなわち技術説によれば、保険者が危険を測定するには被保険者側の協力が必要であることを説明しているが、被保険者側が保険契約成立前においてなぜ保険者に協力すべき義務を負わされるのか、その法律的説明が不十分である⁴⁶⁾」との批判がなされるのである。

しかし、ともかくも、告知義務制度が認められる根拠を、保険制度の技術的構造そのものから説明しようとしたこの危険測定説は、殊にこの制度の認められる経済的根拠を説くものとして、それ自体きわめて正当なものであり、またそれが担保説、暗黙契約説、合意説といった告知義務の根拠を既存の契約法理論から説明しようとする議論を排斥したことも正しいとの評価⁴⁷⁾を受けること

46) 西島, 前掲「保険法」, 41-42 頁, 同旨, 服部・星川編『基本法コンメンタール第四版／商法総則・商行為法』日本評論社, 1997 年, 244 頁 (中西正明著)。

47) 大森, 前掲「法的構造」, 181 頁。石田博士も「告知義務の経済的根拠を示すものとして、危険測定説ないし技術説は妥当な見解である」とされている。石田, 前掲「商法Ⅳ」, 73 頁。しかし, 博士は「危険測定説は、既存の法律概念で告知義務を法律構成することを断念したものであり、(中略)したがって、この学説からは告知義務は、法律的にはまったく独特の制度であるということにならざるをえないのである」とも述べられている。石田, 前掲「基本問題」, 134 頁。大森博士も「危険測定説は、主として告知義務制度の経済的根

になる。しかしながら、この危険測定説が同時に善意説や射倖説を一概に否定し去ることが正当であるか、また必要であるかという点については、「疑問である」との指摘がなされることになる⁴⁸⁾。以後の議論の展開については、次章で述べることにしたい。

(未完)

拠を説明したものに止まり、その法的根拠を説いたものではない。その意味で、[危険測定説]の論者の議論からすれば、告知義務制度の法的根拠論としては、これを他の法理から説明することのできない特殊の制度と説かねばならぬことになる」とされる。大森、前掲「法的構造」, 184頁, 註(5)。

48) 大森、前掲「法的構造」, 181頁。