

大正・昭和期の告知義務論 (二)

中 村 雅 人

目 次

- I. 序
 - II. 初期の学説
 - III. ロエリの危険測定説 (以上第 16 卷第 1 号)
 - IV. その後の学説の展開
 - IV-1 射倖説・善意説再論
 - IV-2 締約過失説・衡平の理念説
 - IV-3 危険測定説と非対称情報の経済学
 - IV-4 小括 (以上本号)
- (以下継続)

IV. その後の学説の展開

既に見たように、告知義務の法理論的根拠については種々の学説が主張されたが、そのうち担保説、暗黙契約説、合意説は、ロエリにより危険測定説が唱えられるに至って完全に排斥されることになる。そしてこの危険測定説は、わが国やドイツにおける通説となるわけであるが、しかしこのことは、既存の契約法理によって告知義務の根拠を説明することの断念を意味した。何故なら、危険測定説は、告知義務が認められることの経済的根拠の説明に止まり、その法理論的根拠を説いたものではないとされるからである。

しかし、昭和 20 年代以降、わが国においては再び告知義務の根拠を契約法に内在する一般法理、または保険契約の法的構造の特殊性によって説明しようとする試みがなされることになる。そしてこれらの契約法理説は、危険測定説と並んで告知義務の根拠の説明として有力に唱えられることになる。それらは

すなわち、射倖契約説（善意契約説）、締約過失説、衡平の理念説であるが、本章においては、危険測定説以後のこれらの学説の展開について述べることにしたい。また、危険測定説についても再度言及し、これが保険経済的アプローチによる告知義務の説明であるならば、これは、近年その発展が著しく、またその分析対象として保険市場を典型例に挙げる非対称情報の経済学と何らかの関係があるのか、あるとすればそれは如何なる関係か、ということについても少しく考察を試みることにしたい。

Ⅳ－１ 射倖説・善意説再論

告知義務の法理論的根拠の説明として、かつて射倖説および善意説が唱えられたが、これらが双方ともに学説上、一旦は否定されたということについては既に述べた。しかしながら、両学説は危険測定説以後に再び取り上げられることとなり、両者が一体となって告知義務の根拠の説明としての契約法理説を構成することになる。これがすなわち、射倖契約説ないし善意契約説であるが、本説は、「保険契約は、契約当事者の具体的な給付義務の発生・不発生またはその給付額の大小が偶然の事情に左右される射倖契約であるため、保険契約者は保険事故発生の可能性に影響を及ぼす事実を知っているが、保険者はこれを知らないという場合に、保険契約者がその事実を伏せたままで契約を締結するのは契約当事者間の衡平に反する。したがって、契約締結に先立ちこれを保険者に開示することが信義則上とくに要請される。保険契約が善意の契約と言われるのもこの意味であって、告知義務はこのような保険契約の射倖契約性ないし善意契約性にその当為論的根拠を有する¹⁾」とする。すなわち本説は、かつて学説上一旦は否定された保険契約の射倖契約性および善意契約性を再度承認することをその前提としているのである。然らば、かつて保険契約の射倖契約性および善意契約性を否認した諸説に対して、如何なる論駁を以てかかる主張

1) 大森忠夫『保険法』有斐閣、1966年、119頁、西島梅冶『保険法（第三版）』悠々社、1998年、42頁、坂口光男『保険法』文眞堂、1996年、64頁。

がなされることになったのか、興味深いところであり、その議論の展開を追ってみることとしたい。

第一に、保険契約の射倖契約性であるが、これについては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され、一旦は否定されたということについては既に見た通りである。これに対しては、これらの射倖契約性否認説は、何れも射倖契約性の意味について不正確な解釈の上に立つ議論であるとし、先ず、そもそも射倖契約とは如何なる契約であるのか、その意義の説明がなされることになる。これによれば、契約当事者の双方が現実¹⁾に給付すべきものが全て契約締結時に具体的に確定している場合を実定契約というのに対し、当事者の一方または双方が実際に給付をなすべきか否か、およびその内容如何が契約成立当時には不確定な偶然の事実によって左右される場合が射倖契約であるとされる²⁾。そして、これを保険契約との関連で考察し、「保険契約においては、当事者としての加入者と保険者とがなす具体的な給付と反対給付、すなわち保険料と保険金とは、その双方または少[な]くともその一方が、支払われるか否かまたは少[な]くとも支払われる額如何が偶然の事実によって左右され、従って双方の具体的な給付間の均衡関係が偶然の事実によって左右されるのであって、かかる関係のみとめられない保険契約は考えられない。従って保険契約は射倖契約の一種に属するものといわねばならない³⁾」とするのである。

2) 大森忠夫『保険契約の法的構造』有斐閣、1965年、125頁、127頁、128頁。大森博士は、これを補足して次のように述べられている。「かかる〔射倖〕契約においては、給付を受くべき当事者から見れば、契約締結時において受ける利益は具体的・確定的でなくして、単なる享益機会(chance)にすぎない。ところがかかる機会をあたえること自体も亦一つの給付であると考えられ、このような場合にローマ法上 alea を給付するということに観念されたのである。この場合に注意すべきことは、かかる alea を受ける者はこれに対して反対給付をなすのであるが、この反対給付は alea の提供そのことに対してなされるのであり、alea の具体化による具体的な給付の有無にかかわらず反対給付はなされるのである。その意味でこの契約は常に有償的なものであって、仮に alea が具体的に現実給付化せず従って具体的な給付がなされない場合においても反対給付はなされるけれども、これがためにその契約が結果的にいわゆる無償契約と化するものではない。射倖契約が有償契約の中の一特殊形態にすぎないものとして取扱われるのはこのような事情にもとづく。(127頁)」

以上のように射倖契約の意義を明らかにし、保険契約がこれの一種であるということが確認された上で、保険契約の射倖契約性否認説に対し、以下のような論駁がなされることになる。

まず、保険契約は保険事業全体の観点から、すなわち保険者にとって射倖契約性を有しないとする論者は、「保険制度はその本質上、一定の事故に遭遇する危険に曝された多数の加入者を糾合し、大数の法則を利用してその事故発生の蓋然性を測定し、これにもとづいて支払うべき保険金の総額を予測し、これを各加入者からその蓋然率に従って徴集する仕組になっており、保険者の支出する保険金の全体と保険者の受ける保険料の全体とは相互に平均するように仕組まれている。従って保険者は事故発生の偶然性により何ら損益を受けるものではない⁴⁾」と説明するのであるが、これに対しては、保険契約の射倖性は、保険事業の有するこのような構造と矛盾しないのみか、むしろその理論的前提をなすものである⁵⁾との主張がなされることになる。この主張は、個々の保険契約における保険加入者と保険者の間の具体的給付・反対給付の均衡関係が、偶然に左右されるために、すなわち保険契約が射倖契約であるがために、大数の法則が機能するに足る多数の加入者の糾合が自然に行われ、合理的な保険制度が可能となるのである、と説くのであるが、これは、個々の保険契約と保険事業全体との関係に関する的確な分析であると思われるので、少し長くなるが、ここに引用することとしたい。

「ある加入者が偶然に処するために保険者との間に相互に不均衡な・または少[な]くとも不均衡となる可能性あるところの保険料と保険金の交換を約定するのは、加入者からすれば一定の場合に自己にとって有利な不均衡関係の発生を予想しうるからである。しかもこのように保険者に不利な不均衡の可能性に

3) 大森、前掲「法的構造」、133頁。

4) 大森、前掲「法的構造」、137頁、中村雅人「大正・昭和期の告知義務論(一)」『松山大学論集』第16巻第1号、248-249頁。

5) 大森、前掲「法的構造」、138頁。

もかかわらず保険者がこれを約定するのは、それが可能的・偶然的にすぎずして必然的でなく、むしろ逆に保険者にとって有利な—加入者にとって不利な—不均衡も予想しえられ、仮に保険者にとって不利な不均衡が現実化した場合でも、他の加入者との契約において逆に保険者に有利な不均衡が生ずることによりこれを補償しうる、というような関係が期待されるからにほかならない。しかもこの期待は、ある程度の現実性がなければ、保険者自身にとってはもちろん保険者と契約する加入者にとっても不安である。この現実性を合理的に保証するのが全保険料と全保険金との間の均衡性の原則である。すなわち、一保険者を中心にして締結される多くの契約の各々における保険料と保険金の不均衡の可能性を現実化せしめる出来事（すなわち保険事故）の偶然性は、その契約の数が大量的となるに従い、いわゆる大数の法則により、全体的には一種の蓋然性を帯びた法則化して来るのであり、このような蓋然的法則にもとづいて全体的な保険金が予想され、これを過不足なく償うに足る全保険料を定めて、これを各加入者に分担齎出せしめるのであり、ここに合理的な保険制度が可能となる。しかもこのような合理的保険制度の前提要件であるところの多数の加入者の糾合が自然に行われるのは、前に述べた各個の契約における具体的給付反対給付の均衡関係の偶然性そのことにもとづくのである。』

すなわち、「保険制度は、大数の法則を利用して、保険者が支払う保険金の総額と受取る保険料の総額が相互に等しくなるように仕組まれており、したがって、保険者は事故発生^のの偶然性により何ら損益^を受けるものではない」と説く射倖契約性否認説に対して、これは、保険事業の構造の説明としてはある程度正当であるとしながらも、この構造が成立するのは、個々の保険契約が射倖契約性を有しているからに他ならないとするのである。換言すれば、保険制度が合理的に行われることの前提となる、保険事業全体の観点から見た保険金の総額と保険料の総額との均衡関係は、個々の保険契約における保険者と保険

6) 大森, 前掲「法的構造」, 140頁。

契約者間の具体的給付反対給付の均衡関係の偶然性、すなわち保険契約の射倖契約性に基づくのである、とするのである。

上述の保険者の立場から見た射倖契約性否認説は、その視点が保険事業全体という大枠に止まり、それを構成する個々の保険契約に立ち入ったの考察が不十分であると思われ、これを詳細かつ的確に分析し、保険契約の射倖契約性は、保険制度の有する構造の理論的前提をなすものであり、またその本質的な性質に他ならない、とする先に引用した見解は傾聴に値するものであると考えられる。

次に、保険契約は、加入者にとって射倖契約性を有しないとする説についてであるが、これは、その理由とするところにより三説に分けて考えることができる。第一のそれは、通常保険契約においては加入者のなすべき給付は保険料の支払であり、この給付はそれ自体およびその内容において何ら不確定の事実にかかってはいないから、保険契約は加入者にとっては射倖契約性がない、と説く⁷⁾のであるが、これに対しては、射倖契約であるがために必要とされる不確定性とは、当事者双方のなす具体的な給付相互間の均衡関係の不確定性であり、それは必ずしも双方の給付が不確定である場合に限らず、そのいずれか一方のみが不確定である場合にも認められるのであって、この意味で上のような射倖契約性否認説は正当ではないとされる⁸⁾。

第二に、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過ぎず、加入者がこれにより積極的利益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、とする説明がある⁹⁾。これに対しては、加入者の受ける保険金が事故発生によって生じた損害の填補または需要の充足に役立つ、結局は加入者の全財産関係につき別に積極

7) 大森，前掲「法的構造」，134-135頁。

8) 大森，前掲「法的構造」，135頁。

9) 同上，中村，前掲拙稿，249頁。

的利益をもたらさないとしても、もし保険契約がなかったならば損害の填補・需要の充足のために出費すべかりしところのものを契約に基づいて受ける保険金によって償いするのであって、これは一つの消極的利益であり、この利益が保険契約によって生じたものであることは否定し得ないとし、この意味において、上のような射倖契約性否定論もまた正当ではない、とされる¹⁰⁾

第三に、加入者の出捐する保険料は保険者の与える *alea* 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* の具体化に過ぎず、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、したがって加入者にとって保険契約は射倖契約でないとする説がある¹¹⁾ これに対しては、元来射倖契約というのは、給付反対給付の一方または双方の具体的な給付の大小が偶然に支配され、したがってかかる具体的な給付相互間の均衡関係が偶然に支配され、その意味で契約そのものの効果として当事者に生ずる具体的な損益が偶然性を有するという契約を指すにすぎず、*alea* 自体も一つの給付として観察することができるということは承認されねばならないけれども、しかし射倖契約性の問題について給付の不確定または給付間の均衡関係の偶然性を云々する場合には、保険者の給付は、具体的な給付としての保険金の支払を意味するものとして理解しなければならない。したがって、上の射倖契約性否定論にも賛成し得ないとする¹²⁾

かつて主張された射倖契約性否定論については、このような反駁がなされ、これは大筋として多くの学者の支持を得ることとなる。そして保険契約は、当事者の具体的な給付間の均衡関係が、保険事故の発生の有無・時期等の偶然の

10) 大森、前掲「法的構造」、135-136頁。

11) 大森、前掲「法的構造」、136頁、中村、前掲拙稿、249頁。

12) 大森、前掲「法的構造」、137頁。

事実によって左右されるという点において射倖契約である、ということは一般的に認められることになる¹³⁾

次に保険契約の善意契約性についてであるが、これについても、「善意」は今日全ての契約における要件であって、これを保険契約の特質として理解する理由が説明されておらず、またその理由を告知義務の存在を以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主張や、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、その理由が明らかでないとの主張がなされ、一旦は否定されたということについては既に見た通りである。これに対しては、これらの善意契約性否認論は、それ自体間違ではないとしながらも、保険契約は、その構造そのものにおいて売買・賃貸借その他一般の契約には見られない特殊な性格を有し、その特殊構造を明確にする意味で、保険契約の善意契約性を強調することは無意味ではない、との主張がなされることになる。すなわち、保険制度の発達の初期以来、保険制度が不法な賭博的行為に悪用されたり、保険取引に際して不信・不公正な詐欺的行為が行われたことは歴史上顕著なところであるが、これらが行われたのは保険制度にとって偶然的な現象ではなく、むしろ保険契約の構造そのものの内部にこのような行為に悪用され易いような特殊な構造が内在しているためであり、かつて保険契約の善意契約性が強調されたのも、これらの事情と関連していると考えねばならないとするのである¹⁴⁾

このような保険契約の特殊な構造として挙げられるのが、その射倖契約的構造である。保険契約が射倖契約的構造を有しているということは、既に明らか

13) 倉沢康一郎『保険法通論』三嶺書房、1982年、29-30頁、西島、前掲書、8-10頁、坂口、前掲書、37-38頁、石田満『商法Ⅳ（保険法）[改訂版]』青林書院、1997年、37-38頁、田辺康平『現代保険法』文眞堂、1985年、34-35頁。ただし、「保険契約を射倖契約であるということには、私は必ずしも賛成しない」との見解もある。田中誠二・原茂太一『新版保険法（全訂版）』千倉書房、1999年、20頁。

14) 大森、前掲「法的構造」、173-174頁。

にされたが、一般に射倖契約的構造を有する契約は、二つの方面において特に善意契約性が強調されねばならない素質を固有するとされる。

第一に、射倖契約にあつては、契約の効果として当事者双方により具体的に授受される給付の相互の均衡関係が偶然の事実によって左右される結果、その事実の経過の如何によっては、それは当事者に不労利得の機会を与えることになり、このような契約を無制限に認めるとそれは賭博的行為に悪用されやすいことは明らかである。そこでこのような構造の契約が公序良俗に反しないものとして社会的に是認されるためには、それが不労利得獲得の目的のために悪用される余地をなくすような法則が設けられ、その意味で当事者の行為の動機の善意性が確保されることが特に必要となるとされる。そして、契約が公序良俗に反してはならないということはどの様な契約についても一般的に言いうるところであるとしながらも、しかし射倖契約については、単にその様な一般的な意味からではなく、むしろその契約の構造そのものの故に、特にその善意性を確保するための具体的な特殊法則が要請されることとなるのであり、射倖契約の一種に属する保険契約についても善意契約性をその本質的特徴の一つとして挙げることは無意味ではない、とされるのである¹⁵⁾

第二に、射倖契約にあつては、当事者の授受する具体的な給付の相互の均衡関係が偶然の事実の経過如何によって左右される結果、例えばある当事者が、その事実が自己に有利な方向に既に決定している事実または自己に有利に経過する可能性の高い事実を予め知りながら、相手方の不知に乗じて契約を締結したり、また例えばある当事者が、その事実が自己の有利な方向に経過するように積極的・消極的な操作を行う、といった不信行為が行われることが考えられる。そしてこの様な行為を是認するときは、この契約が詐欺的行為に悪用され、あるいは少なくとも偶然の事実によって事を決しようとする当事者の期待に反し、衡平の要求にも反する不公正な結果を生ずる。そこで、このような契約が

15) 大森、前掲「法的構造」、175-176頁。

信義誠実の原則に反する結果を生じないためには、問題となる事実の不可測性や偶然性の程度が当事者双方にとって平等であることが要求され、したがって射倅契約にあっては、当事者がこれらの点について相手方の置かれた不平等に不利な地位に乗ずることによって不公正な結果を生ずる余地をなくすような法則を設け、その意味で当事者の相手方に対する善意性を確保することが特に必要となるとされる。そして、契約当事者が契約の締結・履行などに際して信義誠実の原則に従わねばならないことは、今日どの様な契約についても一般的に認められるところであるとしながらも、しかし射倅契約にあっては、その様な抽象的・一般的な意味からだけではなく、むしろその契約の構造そのものの故に、当事者の相手方に対する「善意」ないし「信義誠実」を確保するための具体的な特殊法則が要請されることとなるのであり、射倅契約の一種に属する保険契約についても、善意契約性をその本質的特徴の一つとして挙げることは無意味ではない、とされるのである¹⁶⁾

さらに、告知義務の説明としての射倅契約説およびこれと表裏する善意契約説に対する反対説の一つとして、射倅契約説またはこれに基づく善意契約説が正しいとすれば、その善意は当事者双方に対して要求されねばならず、保険契約者にだけでなく保険者にもまた告知義務が認められなければならないが、その様な法制は未だかつていずれの国でも認められていない、という点が主張されたが、これに対しては、善意は理論的には双方向的であるが、ただこの理念的な要請を個々の実定法則にまで具体化する場合には、一方的にしか強調されないことがありうるとし、告知義務に関しては実際上の理由から保険者の保険加入者に対する告知義務は法制化されていないだけであり、この一事をもって保険契約の射倅契約性や善意契約性を否定する積極的根拠とはなし得ない、とするのである¹⁷⁾

このように保険契約が射倅契約であることを積極的に肯定し、それに基づい

16) 大森, 前掲「法的構造」, 176頁。

17) 大森, 前掲「法的構造」, 182頁。

てさらにその善意契約性を明らかにした上で、告知義務の法理論的・当為論的な根拠としてこれらの保険契約の性質が強調されることになる。すなわち、危険測定説を告知義務の経済的根拠として承認しつつも、これと矛盾・排斥するものではなくむしろ補完関係にあるものとして、保険契約の射倖契約性およびこれと表裏する善意契約性が、保険加入者が保険事故発生の蓋然率に影響を及ぼすべき事実を知っている場合にはこれを知らない保険者に告げねばならないとする告知義務の法理論的根拠として主張されるに至るのである¹⁸⁾。

IV-2 締約過失説・衡平の理念説

上に述べた告知義務の法理論的・当為論的な根拠として保険契約の射倖契約性および善意契約性を挙げる主張については、少なくともこれを否認する説は見当たらず、大方の支持を得たものと考えられるが、しかし昭和40年代に入ると、この射倖契約説ないし善意契約説に強く示唆を受け、そして告知義務は

18) 大森、前掲「法的構造」、181-183頁。このような考え方は、後に多くの学者の支持を得ることになる。石田満『保険契約法の基本問題』一粒社、1977年、129-130頁、168頁、同・前掲書、38-39頁、73-74頁、坂口、前掲書、38頁、64-66頁、同・『保険契約法の基本問題』文眞堂、1996年、4頁、8頁、倉沢康一郎『保険契約の法理』慶応通信、1975年、268-269頁、同・前掲書、29-30頁、田辺、前掲書、50頁。ただし、後述するように、告知義務の契約法的な根拠づけとしては、告知しない場合の保険者の契約解除権の発生と、解除したにもかかわらず保険者が解除の時の属する保険料期間の保険料を取得できるという現行法上の具体的法律効果を正当化できることが必要であり、射倖（善意）契約説は、なぜ告知義務制度が必要かを説明することに成功したが、なぜその違反の効果が契約解除権と既経過保険料の取得であって契約無効とされないかの説明に成功していない、との指摘もある。西島、前掲書、42頁。

また、大森・石田両博士は、危険測定説は告知義務が認められることの経済的根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とし(中村、前掲拙稿、259頁、註47)、危険測定説を告知義務の経済的根拠、射倖（善意）契約説をその法的根拠として両者を峻別するのであるが、これに対しては、「危険測定説は、技術的・経済的要請に重きを置くのであるが、それ故に、法律制度の法理論的根拠たり得ないときではないか」とすべきではない。善意契約説は、当事者の主観的心理的容態に関するところが多く、また、道徳的な色彩をもつものであるが、それ故に、善意契約説のみが告知義務制度の法理論的当為論的根拠を提供するものというべきではない。法律制度の法理論的当為論的根拠は、道徳的倫理的なものにかざられるわけではない。経済的・技術的な要請そのものが、当為論的なものとして妥当する場合も、稀れではない」とする見解もある。野津務「保険法における主観主義と客観主義」『加藤由作博士還暦記念保険学論集』春秋社、1957年、130頁。

保険契約の善意契約性に基づきこれを具体化したものであると解しながらも、保険契約の善意契約性ということだけでは、告知義務の法理論的根拠を明確に示すものたりうるか、疑問が全くないわけではない、との主張がなされることになる¹⁹⁾ この主張は、告知義務の法的性質論と密接に結びついているのであるが、通説が告知義務を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とするのに対して、この主張は、告知義務の義務性を承認し、そしてこれは契約締結過程における附随義務として構成すべきものであり、契約法一般の問題に還元して考えるならば「契約締結上の過失 (culpa in contrahendo)」の法理を保険法上特殊化した形で規整したものと考えるべきであるとするのである²⁰⁾ これがすなわち、締約過失説であるが、以下においては本説を少し整理して理解することとしたい。

本説は先ず、告知義務の「義務」性を一弱き効力を有する義務としても一承認するのであるが、その論旨の要点は次の通りである。第一に、わが国の商法は告知義務違反による契約の解除について、主観的要件として保険契約者の悪意または重大なる過失を要求しているが、もし仮に告知義務の履行が保険契約者の損害填補請求権の行使の前提であるとするならば、このような主観的要件を問題とする余地はないはずではないか。また各国の告知義務法を見ても、その違反の効果は無効主義から解除主義ないし折衷主義へと変遷しているものであり、このことも告知義務を保険者の損害填補責任を問いうるための前提等といういわゆる前提理論からは出てこないはずではないか。このような主観主義ないし解除主義の妥当性は、告知義務に弱き効力しか有さないとはいえ義務性を承認することによってのみ理解しうるのである、とする²¹⁾

第二に、告知義務の法理論的・当為論的根拠を保険契約の善意契約性に求める一方で、その法的性質を前提ないし自己義務とすることは、告知義務が当為

19) 石田、前掲「基本問題」、135頁。

20) 石田、前掲「基本問題」、172頁。

21) 石田、前掲「基本問題」、165-166頁。

の性格を有する行為規範であることを否定することになるのではないか。告知義務を保険契約の善意契約性の特殊法則としての具体的顕現として捉える以上は、それは行為規範としての性格を有すること、つまり告知義務に義務性を承認しなければならないのである、とする²²⁾

このように告知義務の「義務」性を承認した上で、本説は、これを契約の準備過程における附随義務として捉え、告知義務は、契約締結上の過失の法理を保険法上特殊化した形で規整したものと考えらるべきであるとするのである。

この契約締結上の過失の法理は、1861年にイエーリング (Jhering) により主張されたものであり、民法学の領域において多くの研究業績が公にされているのであるが、これは契約の準備・成立過程においてその交渉当事者の一方の有責行為によって相手方に損害が発生した場合、信義則に基づき契約責任と同様の法的保護を認める法理であるとされ、その根拠としては、契約の準備交渉行為の開始により信義則上、契約類似の債権関係が発生していることが指摘されている²³⁾ すなわち、この「締結上の過失」は給付義務の形成過程における附随義務を附加するのであり、学説・判例では、通知・調査・解明・開示・表示・告知・準備的注意義務などと称されている²⁴⁾

これを保険契約について、特にその射倖契約的構造に即して当てはめれば、射倖契約においては、給付の条件が成就した場合には相対的に多額の確定的給付がなされるべきものであるから、その条件成就の蓋然性が契約の主たる動機をなしており、したがって、一方の当事者の態度によりその動機が誤信させられた場合には、その者は、善意・無過失の相手方がこうむった信頼利益喪失という損害を賠償する責任を負うべきであるということになる²⁵⁾

しかし、告知義務を、このように契約締結上の過失の法理をその根拠として考えると、そこから生ずる効果は損害賠償責任であって、この法理が直接には

22) 石田、前掲「基本問題」、168-169頁。

23) 北川善太郎『債権各論 民法講要Ⅳ(第3版)』有斐閣、2003年、24頁。

24) 北川善太郎『契約責任の研究』有斐閣、1988年、286頁。

25) 倉沢、前掲「法理」、270頁。

契約の効力には影響を与えないということが問題であると指摘されている。すなわち、現行法上、告知義務違反の効果は、契約解除権および既経過保険料期間についての保険料請求権の発生であるが、このうち後者については、それは保険者の期待的利益の回復すなわち一種の賠償責任の定型化であり²⁶⁾、これを「契約締結上の過失の法理」を根拠として理解することはできるが、しかし前者の契約解除権はこの法理のみを以てしては説明できないのである²⁷⁾。したがって、本説もまた告知義務の契約法的な根拠付けとしては不十分であると指摘されている²⁸⁾。

締約過失説については、このように告知義務違反と契約の解除権との関係が説明できないと指摘されたのであるが、この両者の結び付きを根拠付けるものとして主張されたのが衡平の理念説である。

本説は、告知義務の法的根拠としては両当事者間の衡平の理念が、とりわけ保険契約の内容的特質を通して特殊な型として発現したものと解する。つまり、保険契約は射倖契約のうちでも特殊な性質を持ち、約定事故による損害の発生または被保険者の生死の事実が発生する限り、受給者の人数や受給総額を制限することなく、常に所定の保険金が支払われることが約束されているため、危険発生の蓋然性に関する事実を知らない保険者に反対の事実を信じさせて危険の測定を誤らせることが直接に保険者に対して不公正な不利益をもたら

26) 締約過失説を唱える石田博士もこの点につき、「[告知義務違反によって] 保険契約が遡及的に消滅する以上は、保険者は損害填補義務を負担していないのであり、したがって反対給付としての保険料を請求することができない筈であり、これは損害賠償額の予定であり、保険料を保険者が取得するというのも、保険料の額の範囲において保険者は損害賠償をなすものとした定めた損害賠償額の予定と解してのみよく理解しうるのである」と述べられている。石田、前掲「基本問題」、173-174頁。

27) 倉沢、前掲「法理」、270頁、同・「火災保険の告知義務」『新損害保険双書(1)火災保険[補正版]』文眞堂、1994年、155頁、西島、前掲書、43頁。これに対しては、「保険者の保険金の支払いの有無・額は、偶然の保険事故の発生にかからしめられているところが、一般の債権契約と異なるのである。したがって、その違反の効果が保険契約の場合には、一般の債権契約以上にきびしい場合のあることは当然に理解できることである」との反論がある。石田、前掲「商法Ⅳ」、74頁、註1。

28) 西島、前掲書、43頁。

すことになる。この不公正を排除するには保険者の損害の賠償だけでは足りないため、保険者に解除権を認め、契約の効力を存続させるかどうかの選択権を保険者に与えたものと説明するのである²⁹⁾

以上において、わが国において紹介ないし提唱された告知義務の根拠に関する学説の展開を概観した。それによれば、初期の学説論争の段階を経て、危険測定説が有力に唱えられることになったが、しかしこれは保険経済的・技術的な説明に止まるものであり、契約法理による根拠付けとしては、射倂契約説ないし善意契約説、締約過失説、衡平の理念説が漸次主張されるに至ったということになる。もっとも、契約法理による根拠付けを主張する論者も、保険経済的・技術的な説明である危険測定説を全く排斥しているわけではなく、むしろそれらが相互に補完関係にある、あるいは少なくとも矛盾しないものとして自説を展開しているのである³⁰⁾。さらに、契約法理による説明についても、締約過失説は、善意契約説に基本的に賛成した上で唱えられており、また衡平の理念説も、この善意契約説を全面的に否定したものと解することはできず、また、既経過保険料期間についての保険者の保険料請求権に関しては、それは「契約締結上の過失の法理」を根拠とするものであると解することについて、格別の異論はないとしているのである。

このように、学説はそれぞれが並存しているかのように思われ、危険測定説

29) 倉沢、前掲「法理」、272-273頁、同・前掲「火災保険の告知義務」、155-156頁、西島、前掲書、43頁。

30) この点につき、以下の主張がある。「保険のシステムは、保険者と保険契約者との間の契約という法律関係により形成されていて、保険団体の内外における諸関係が、団体対構成員または構成員相互間の関係としてではなく、保険者と加入者とを契約当事者とする権利・義務の関係としてミクロ的にとらえられるのであり、そのような再編成を可能とするということの中に、契約の効果が制度目的に妥当することが当然に前提されており、その反面、契約当事者間の衡平の理念も制度の中に本来的にひそんでいとみられる。したがって、契約法理による根拠づけと保険技術ないしシステムによる根拠づけとは両立しうるのであるが、その反面、後者による根拠づけがあれば、もはや前者による根拠づけは不必要ということにはならない。」西島、前掲書、41頁、同旨、倉沢、前掲「法理」、268頁。

によって保険者が保険契約者の協力を必要とすることが説明され、射倖契約説〔善意契約説〕によって保険契約者が協力義務を負うことが説明され、衡平説によって保険者の解除権が説明され、さらに締約過失説によって保険者の保険料取得権が説明されるのではないか³¹⁾ と言わば総花的見解もあるが、これらの学説の優劣を決することが本稿の目的ではない。本稿の目的は、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して、保険契約の善意契約性の意義を解明することである。しかし、この作業をさらに進める前に、ここでロエリの危険測定説に再度言及することとしたい。ロエリの危険測定説は、19世紀末に唱えられた古典的学説であるが、これは、近年その発展が著しく、またその分析対象として保険市場を典型例に挙げる非対称情報の経済学と何らかの関連性があるのではないかと思われるのである。それを明らかにすることは、ロエリの危険測定説の意義をより明確にすることになると考えるのである。

Ⅳ－3 危険測定説と非対称情報の経済学

非対称情報の経済学は、アカロフ (Akerlof) による論文「レモン市場：質の不確実性と市場メカニズム³²⁾」をその嚆矢とする。レモンとは欠陥車のことであるが、アカロフは、中古車市場においては、売り手は中古車の品質に関する情報を買い手よりも多く有しており、このような非対称情報 (Asymmetrical Information) の状況下では、品質の悪い中古車ばかりが取引され、これは市場における中古車の平均的品質を低下させ、最終的には品質の悪さ故に誰も中古車を需要しなくなる、すなわち市場が存在しなくなるといういわゆる「レモンの原理」を示した³³⁾。そして、保険学の領域において既に知られていた「逆選択 (Adverse Selection)」という現象を、この原理のアナロジーとして説明したのである³⁴⁾。

31) 坂口、前掲「保険法」、65-66頁。

32) George A. Akerlof, "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and The Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, vol. 84, 488.

さらに、分析対象を明確に保険市場に限定して不完全情報の問題を論じたのがロスチャイルドとスティグリッツの論文「競争的保険市場の均衡：不完全情報の経済学に関する一考察³⁵⁾」である。これによれば、保険市場においては、どの経済主体がいかなる確率で事故を惹起するかというリスクの差異を保険者が十分には識別できないために、すなわち情報が不完全(Imperfect Information)であるために、事故を惹起する確率の大きい「高リスク主体 (high-risk individuals)」が、事故確率の少ない「低リスク主体 (low-risk individuals)」に対してマイナスの「外部効果」を負わせている、とされる³⁶⁾。

これを分かりやすく説明すれば、以下の通りとなる³⁷⁾。自動車保険において、100万円の損失の事故に遭う確率が1万分の1である第1のグループと、同様な事故に遭う確率が1万分の2である第2のグループが存在するとする。第1のグループは比較的安全な運転をする「低リスク主体」であるのに対して、第2のグループは危険な運転をする「高リスク主体」である。また、両グループの人数はそれぞれ100万人とする。この場合においては、保険加入者個々人は自分が安全な運転をするドライバーか、危険な運転をするドライバーかを知っているのに対して、保険会社は二つのタイプの事故確率や人数を知っているが、個々の保険加入者がどちらのグループに属しているのか、すなわち加入者の質を知らない。すなわちこの場合、保険市場においては加入者の質に関する情報について非対称性が存在するということになる。

33) Akerlof, *op. cit.*, pp. 488-492. なお、このアカロフの論文の理解の補助として、宮澤健一『制度と情報の経済学』有斐閣、1988年、49、106-107頁、佐々木宏夫『情報の経済学—不確実性と不完全情報』日本評論社、1991年、123-130頁、吉川吉衛『事故と保険の構造』同文館、1988年、67-68頁、藪下史郎『非対称情報の経済学—スティグリッツと新しい経済学』光文社、2003年、83-94頁を参照した。

34) Akerlof, *op. cit.*, pp. 492-494.

35) Michael Rothschild and Joseph Stiglitz, "Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on The Economics of Imperfect Information", *The Quarterly Journal of Economics*, 1976, vol. 90, 629.

36) 吉川, 前掲書, 69頁。

37) 以下は、藪下, 前掲書, 106-112頁に拠ったものである。

保険会社は、事故確率が1万分の1と1万分の2のグループがそれぞれ半分ずついるため、全体の平均事故確率を2万分の3であると推測し、これによって求められる平均補償額3億円をまかなうために保険料を150円に設定する。この場合、第2グループの人達にとっては、彼らの損失の期待値が200円(100万円×2/1万)であるために、これを割安と考え、保険に加入しようとする。しかし、第1グループの人達にとっては、彼らの損失の期待値が100円(100万円×1/1万)であるために、これを割高と考え、保険に加入しないかもしれない。このように、第1グループの人達が保険料が高すぎるとして保険に加入しないか、またはその一部しか加入しないということになれば、保険加入者のうち第2グループの人数に比べて第1グループの人数の割合が小さくなるため、平均事故確率は2万分の3より高くなる。これによる平均補償額の増加をまかなうためには保険会社は保険料を値上げせざるを得ない。この場合、優良ドライバーはますます保険料を割高と考え、保険に加入しなくなる。この連鎖が、保険市場における加入者の質を悪化させるのである。

このように、保険料の上昇とともに、リスクの小さい良質な加入者が保険市場から撤退し、リスクの大きな加入者だけが残る現象を「逆選択³⁸⁾」または「逆淘汰」と呼ぶのである。

38) わが国において、ほぼ全ての損害保険が地震リスクを担保範囲に含めていないことの原因の一つは、保険経済的には、この逆選択によって説明が可能である。地震は、プレートと呼ばれる板状の岩体がマントル対流によって押し合い、それによって生じる沈み込みの反動で発生するものであると説明されている。このため、太平洋プレート、フィリピン海プレート、ユーラシアプレートなどの4つのプレートがぶつかり合う地域に位置し、活断層が縦横に走る日本では地震が頻繁に起きるわけであるが、その完全な予知は現在のところ不可能である。しかし、どの地域に地震が生じる可能性が高いか、ということはある程度明らかとなっている。例えば、静岡県およびその周辺地域では、東海地震が近い将来生じる可能性が高いとされ、さらに四国沖から紀伊半島沖にかけては、南海地震の発生が懸念されている。当然、これらの地域に居住する人達は保険の加入を望む可能性が高いが、他方で、滅多に地震の生じない地域に居住する人達はその可能性は低いであろう。また、一旦大地震が生じて保険の必要性を認識したとしても、その後の長期に渡る平穏な時の経過に伴い、その必要性の認識もまた薄れていくであろう。すなわち、地震リスクに関しては、地域的・時間的な逆選択が行われる可能性が極めて高いのである。この他にも、損害額が異常に巨額になる恐れがあり、また大数の法則が機能しないとの理由から、一般の損害保険、特に火災保険は地震リスクを担保範囲から除外しているのである。しかし、わが

以上が、非対称情報の経済学—と言っても、ここでは保険市場の分析のそれ
に限定するが—の概略であるが、これを前章で述べたロエリの危険測定説と対
比してみることにしたい。そのために、ロエリの所説を再度整理してみるこ
ととする。

ロエリは、かつて告知義務の根拠の説明として危険測定説を唱えた。すなわ
ち、彼はまず、近代的保険事業の技術的基礎というものを説明し、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選択のシステムが必要であ
り、したがって、危険 (Gefahr) の評価にとって重要な事実を知っている保険
契約者は告知義務を負うのであると説いた。リスク選択とは、保険者が、大
きさまざまな不均等を示す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すことである。このためには、保険者は、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のである。ロエリは、そのリス
ク選択のシステムとして告知義務を説明した³⁹⁾

そして、彼は次のように述べている。「[リスク選択のシステム以外の] 他の
全ての処置は、結果として私保険の確実な破滅をもたらすであろう。何故なら、

国のような地震国において、地震に伴う火災損害について保険金の支払ができないのは保
険制度上の問題である、との認識から、1964 (昭和 39) 年の新潟地震を契機として、時の
蔵相、田中角栄の尽力により地震保険が創設された。しかし、数度の改定を経て、引受方
法が主契約に対する原則付帯方式となっていることから、普及率は 2004 年 3 月末の段階
で 17.2% (2004 年版日本の損害保険ファクトブック、25 頁) と低調であり、また逆選択
の傾向がはっきりと現れている。データは 1996 年のものであるが、全地震保険契約の約
半数 (契約数 45.7%, 保険金額 45.6%) が、東京を中心とする南関東の一都三県 (埼玉、
千葉、東京、神奈川) に集中しており、また、等別別で見ても、地震のリスクが高いとさ
れる 3 等地 (京都、大阪、愛知、和歌山などの二府十一県) と 4 等地 (東京、神奈川、静
岡) に契約の約 7 割が集中している (契約数 72%, 保険金額 72.4%) (『家計地震保険制
度と地再社—30 年の歩み—』日本地震再保険株式会社、1997 年、51-52 頁)。これは、現
行地震保険制度の潜在的な問題点であると言えるかもしれないが、しかしまた、ある程度
やむを得ないものかもしれない。

39) H. Roelli, *Entwurf zu einem schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag mit den Motiven*, Leipzig, 1896, S. 51-59, 中村, 前掲拙稿, 255-258 頁。

質のより悪いリスクのためにのみ求められる保障は、質のより良いリスクの場合とは逆に、高い価格のために、避けられるだろうからである。(Jedes andere Verfahren hätte den sichern Ruin der privaten Versicherung zur Folge, da die Sicherung nur von den schlechtern Risiken gesucht, von den bessern dagegen, des hohen Preises wegen, gemieden würde.)⁴⁰⁾」

私は、これは逆選択のことを言っていると理解する。すなわち、告知義務がなされずリスク選択が行われない場合、保険者は引受けるリスクに関する情報を入手できないために、リスクを正しく評価することなく保険を引受けることになる。その結果、リスクの質は悪化し、保険料は高騰し、最終的には保険料の高さ故に誰も保険に加入しなくなり、私保険は破綻するということを述べていると考えられる。これは、前述の非対称情報の経済学による保険市場の分析と、同様な帰結を示していると考えられる。すなわち、リスク選択のシステムが存在しない場合、保険者と保険契約者の間にはリスクに関して情報の非対称性が存在することとなり、そのような場合には逆選択が生じ、最終的には保険取引が行われ得なくなるのである。

そして、この情報の非対称性を、完全ではないとしても、ある程度解消させるシステムとして、すなわち、少なくともタリフに反映されるリスクの量的な事実に関する情報の非対称性を解消する法的仕組みとして、保険契約⁴¹⁾における告知義務を理解することができるのではないかと考えるのである。

IV-4 小 括

以上において、わが国において紹介ないし提唱された告知義務の根拠に関する学説の展開を概観するとともに、ロエリの危険測定説の意義の再検討を少しく試みたわけであるが、ここで、本稿の目的である、告知義務の法理論的根拠

40) Roelli, a. a. O., S. 54.

41) 非対称情報の経済学の分野においても、非対称情報とインセンティブの問題を解決する仕組みとして「契約」が注目され、分析がなされている。伊藤秀史『契約の経済理論』有斐閣、2003年を参照されたい。

に関する議論を手がかりとした保険契約の善意契約性の意義の解明という観点から、これまでの作業を振り返り、整理してみることにしたい。

告知義務が認められることの理論的根拠を、保険契約の善意契約性を以て説明する善意説は、古くから主張されたようであるが、しかしこれは、そもそもその「善意契約性」の意義が不明確である等と批判され、一旦は否定されることとなった。しかし、この保険契約の「善意契約性」は、その後再び強調されることになり、告知義務の法理論的根拠として主張されるに至る。すなわち、保険契約者が保険事故発生¹の蓋然性に影響を及ぼす事実を知っている一方で、保険者がこれを知らない場合に、保険契約者が、その事実を伏せたままで契約を締結するのは契約当事者間の衡平に反すると考えられるために、保険契約者は、信義則上特に要請されるのであって、保険契約が善意の契約であると言われるのはこの意味においてである、と主張されたのである。この場合において、その善意契約性を根拠付ける概念として強調されたのが保険契約の射倖契約性である。この保険契約の射倖契約性も、かつて学説上一旦は否定されたのであるが、これも再度詳細に検証され、その意義が一般的に認められることとなった。

その後、締約過失説が主張されることになるが、前述のように、これは善意契約説に基本的に賛成した上で唱えられており、また契約締結上の過失の法理は、契約の交渉当事者間の信義則をその根拠としているのである。このことは、保険契約の善意契約性を考える上で、少なくともこれと矛盾するものではないものと考えられる。さらに衡平の理念説は、告知義務を、保険契約当事者間の衡平の理念が、とりわけ保険契約の内容的特質を通して特殊な型として発現したものと解するのであるが、これも、前述のように保険契約の善意契約性を全面的に否定したものと解することはできない。その論者は、保険契約の善意契約性を、その射倖契約たる構造に基づくものと理解することについて、「まさに正鵠を射ているものとおもう」と述べているのである⁴²⁾

さて、これまでの作業により、保険契約の善意契約性の意義の解明という本

稿の目的に対する答えは、概ね見出せたものと思われるが、結論を導く前に、ここでイギリス法に目を転じることとしたい。そもそも本稿の終局的な目的は、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、イギリス保険契約法における開示義務の根拠としての保険契約の最大善意契約性の意義を究明することであった。そこで、次章においては、この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を試みることにしたい。(未完)

(本稿は、平成16年度に交付を受けた松山大学特別研究助成による研究成果の一部である。)

42) 倉沢, 前掲「法理」, 269頁。