

研究ノート

保険法 実務コメンタリー (1)

遡及保険(保険法5条、68条)

吉澤卓哉

はじめに

保険法(平成20年法律第56号。平成22年4月1日施行)に関する注釈書(コメンタリー、コンメンタール)は、既にいくつか存在する⁽¹⁾。そのうちの一つである山下(2021)において筆者は分担執筆を担当する機会に恵まれた。けれども、割り当てられた紙幅に制約があったため、丁寧に解説できていない箇所が存在する。そこで、そうした部分を補ったものを本学紀要に掲載させていただくことになった次第である。

(1) 保険法全体のコメンタリーとして、山下友信=永沢(2014)および宮島(2019)がある。損害保険契約および傷害疾病定額保険契約に関するコメンタリーとして、落合(2009)、同(2014)、山下(2021)が、生命保険契約および傷害疾病定額保険契約に関するコメンタリーとして山下友信=米山(2010)がある。

保険法第5条（遡及保険）

目次

本条の趣旨

注 釈 I 遡及保険規整の構造

1. 遡及基準時 2. 了知基準時 3. 保険法の規律対象

II 保険契約者等による「保険事故」既発生の了知（本条1項）

1. 要件 2. 効果

III 保険者による「保険事故」不発生の了知（本条2項）

1. 要件 2. 効果

傷害疾病損害保険契約以外の損害保険契約

第5条（遡及保険）

- 1 損害保険契約を締結する前に発生した保険事故（損害保険契約によりてん補することとされる損害を生ずることのある偶然の事故として当該損害保険契約で定めるものをいう。以下この章において同じ。）による損害をてん補する旨の定めは、保険契約者が当該損害保険契約の申込み又はその承諾をした時において、当該保険契約者又は被保険者が既に保険事故が発生していることを知っていたときは、無効とする。
- 2 損害保険契約の申込みの時より前に発生した保険事故による損害をてん補する旨の定めは、保険者又は保険契約者が当該損害保険契約の申込みをした時において、当該保険者が保険事故が発生していないことを知っていたときは、無効とする。

傷害疾病損害保険契約（下線部分が35条による読み替え箇所）

第5条（遡及保険）

- 1 損害保険契約を締結する前に発生した保険事故（損害保険契約によりてん補することとされる損害を生ずることのある偶然の事故として当該損害保険契約で定めるものをいう。以下この章において同じ。）による損害をてん補する旨の定めは、保険契約者が当該損害保険契約の申込み又はその承諾をした時において、当該保険契約者又は被保険者（被保険者の死亡によって生ずる損害をてん補する傷害疾病損害保険契約にあつては、その相続人）が既に保険事故による損害が生じていることを知っていたときは、無効とする。
- 2 損害保険契約の申込みの時より前に発生した保険事故による損害をてん補する旨の定めは、保険者又は保険契約者が当該損害保険契約の申込みをした時において、当該保険者が保険事故による損害が生じていないことを知っていたときは、無効とする。

【本条の趣旨】

本条は、損害保険契約に関する遡及保険の取扱いを規律するものである。遡及保険のうち、保険給付を受けることが不当な利得となる場合（本条1項）、および、保険料を取得することが不当な利得となる場合（本条2項）に限定して、無効と規律するものだと言われている。

また、本条の反対解釈により、本条各項に該当しない遡及保険に関しては、有効な「保険契約」（2条1号）として取り扱われることになると言われている。

1. 既発生事故（5条1項）

遡及期間において保険事故が既発生であることを保険契約者または被保

險者が了知していた場合に、当該保険契約を無効とするものである。なお、一般に、本条1項は強行規定であると解されている。

2. 不発生事故 (5条2項)

遡及期間において保険事故が不発生であることを保険者が了知していた場合に、当該保険契約を無効とするものである。なお、本条2項は片面的強行規定であるので(7条)、36条の適用除外に該当しない限り、特約で本条2項と異なる合意をしても保険契約者に不利な合意は無効となる。

【注 釈】

I 遡及保険規整の構造

保険法における遡及保険規整は、①契約締結行為における一定時期より前に発生した「保険事故」による損害をてん補する損害保険契約について(次述1)、②契約締結行為のうちの一定時期における、「保険事故」の既発生・不発生に関する保険者、保険契約者、被保険者(以下、3者合わせて保険契約当事者等といい、後2者を保険契約者等という)の了知の有無を基準として(後述2)、規律を設けている。そして、保険法の遡及保険規整は、「不当な利得」が生じる遡及保険を無効とする趣旨であり、その反対解釈として、本条が規律しない遡及保険は有効な「保険契約」(2条1号)であると解されている(後述3)。

1. 遡及基準時

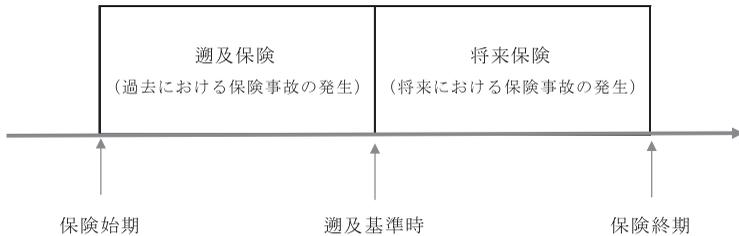
一般に、遡及保険とは、「保険期間を保険契約の締結時よりも前に遡らせる保険」のことだと言われている⁽²⁾。すなわち、遡及保険とは、一連の保

(2) 山下友信(2018)301頁。

その一方で、遡及保険を、契約締結前に発生した事象に関する危険を担保する保険と捉えることもできる。一般的な保険では両者の捉え方による差違は生じないが、請求事故方

保険契約締結行為における一定時期（以下、遡及基準時という）を基準として、保険始期が遡及基準時より前から開始する保険契約のことであるとされている（図1参照）。

【図1 通常の保険契約における遡及保険と将来保険】



（筆者作成）

保険法は遡及保険に関する規律を設けているが（本条、39条、68条）、「遡及保険」を定義していない。それは、保険法が、遡及基準時について一律の基準を設けなかったためであると思われる。具体的には、本条1項（保険事故既発生）では、遡及基準時を保険契約締結時としているのに対して、本条2項（保険事故不発生）では、遡及基準時を保険契約の申込時としている（保険者と保険契約者のいずれが申込者となるかを問わない。39条、68条も同じ）。

2. 了知基準時

遡及保険を一律に無効として取り扱うのは妥当ではない。過去の事象であっても、少なくとも、全ての保険契約当事者等が保険事故の発生・不発生を了知していないのであれば、保険契約締結時における保険契約として

ㄨ 式の責任保険では差違が生じる（後述Ⅱ1（1）参照）。なお、「契約成立の時点よりも前のある時点から保険者の契約上の責任を開始させ、契約成立の時点よりも前に生じた保険事故について保険給付を行う旨」の定めがある保険契約を遡及保険と捉える考え方も示されているが（山下＝米山（2010）212頁〔洲崎博史〕、同様の考え方もかもしれない（ただし、洲崎教授の言う「保険事故」の内容次第である）。

の偶然性（主観的偶然性）は確保されているし、したがってまたモラル・リスク等の心配もないからである。

保険法は、保険契約者等と保険者に分けて、遡及期間における「保険事故」（「保険事故」は、本条1項で定義されている）の既発生・不発生の了知に関する取扱いを規律している（本条1項、2項。なお、傷害疾病損害保険契約に関しては、本条1項の「保険事故が発生している」が「保険事故による損害が生じている」に、本条2項の「保険事故が発生していない」が「保険事故による損害が生じていない」に読み替えられる。⁽³⁾35条）。

ここで、「保険事故」の既発生・不発生の了知を判断する時期（以下、了知基準時という）について、保険法は一律の取扱いをしていない。具体的には、本条1項（保険事故既発生）では、保険契約者等の了知について、保険契約者による申込時または承諾時を了知基準時としている。一方、本条2項（保険事故不発生）では、保険者の了知について、保険者の申込時または保険契約者の申込時を了知基準時としている（39条、68条も同じ）。

さらに、この了知基準時は、遡及基準時と必ずしも一致していない。具体的には、本条1項（保険事故既発生）では、保険契約者が承諾者となる場合には、遡及基準時と了知基準時は同時となるが（契約締結時＝保険契約者の承諾時）、保険契約者が申込者となる場合には、遡及基準時と了知基準時は一致しない（契約締結時≠保険契約者の申込時）。なお、本条2項（保険事故不発生）では、遡及基準時と了知基準時は同時（保険者または保険契約者の申込時）となる。

3. 保険法の規律対象

(1) 保険法における遡及保険規整の趣旨

本条は、遡及保険のうち、保険給付を受けることが不当な利得となる場

(3) 傷害疾病損害保険契約に関して、本条1項および本条2項が本文に示したように読み替えられているのは、傷害疾病定額保険契約における遡及保険規整（「給付事由が発生している」（68条1項）、「給付事由が発生していない」（68条2項））と平仄を合わせたものと推測される。吉澤（2011）7頁注5、同（2017）203頁参照。

合（本条1項）、および、保険料を取得することが不当な利得となる場合（本条2項）に限定して無効と規律している⁽⁴⁾、と一般に説明されている。

しかしながら、必ずしも「不当な利得」の有無で遡及保険規整を説明できない類型が存在するし、また、「不当な利得」が生じない類型の遡及保険のうち相当程度のもは（具体的には、全ての保険契約当事者等の主観的不確定が確保されている遡及保険）、実はもともと経済的には有効な保険契約であり、当然に「不当な利得」は生じないのである⁽⁵⁾。したがって、せいぜい、「保険法5条は不当な利得を主たる基準として設けられている」といった説明の方が適当である。

(2) 保険法が規律しない遡及保険

本条の反対解釈により、本条各項に該当しない遡及保険に関しては、有効な「保険契約」（2条1号）として取り扱われることになる、と一般に述べられている⁽⁶⁾。

確かに、契約締結時において全ての保険契約当事者等が「保険事故」の既発生・不発生を了知していない遡及保険は、本条の規律対象ではなく、有効な「保険契約」として取り扱うことに全く問題はない。

しかしながら、5条の反対解釈によって有効な「保険契約」として取り扱われることになるとと思われる遡及保険の中には、保険契約当事者等の主観的不確定を充足していないものがある。具体的には、保険事故が既発生であることについて保険者は了知していたが、保険契約者も被保険者も了知していなかった遡及保険、および、保険事故が不発生であることについて保険契約者等は了知していたが、保険者は了知していなかった遡及保険⁽⁷⁾である。こうした遡及保険は、当該保険契約に関する全ての保険契約当事者等の主観的不確定が確保されているとは言えないので、そもそも経済的

(4) 萩本（2009）61-62頁、甘利＝山本（2009）72頁〔梅津昭彦〕参照。

(5) 吉澤（2010a）参照。

(6) 萩本（2009）61頁、62頁、山下友信＝米山（2010）213頁〔洲崎博史〕、山下友信（2018）301頁参照。

(7) 吉澤（2010a）140-141頁、152頁、同（2017）198-199頁参照。

な保険、したがって、保険法上の「保険契約」に該当することについて疑義がないとは言えない（少なくとも、経済的な保険であるとは言い難いと⁽⁸⁾考えられる）。また、仮に、こうした遡及保険も保険法における「保険契約」に該当するとしても、保険法の規律の全てが適用されるとは限らないと⁽⁹⁾考えられる。

II 保険契約者等による「保険事故」既発生の了知（本条1項）

1. 要件

本条1項の適用要件は次の2つであり、以下、順に解説する。

- ① 保険契約締結前に発生した「保険事故」を担保する損害保険契約であること。
- ② 保険契約者による保険契約の申込時または承諾時において、保険契約者等が「保険事故」の既発生を了知していたこと。

(1) 保険契約締結前発生の「保険事故」の担保

本条1項は、保険契約締結前に発生した「保険事故」を担保する損害保険契約を規律対象としている。

ここで、契約は申込みに対して相手方が承諾をした時に成立するから（民法522条1項）、保険契約の締結時は承諾時となる。一方、「保険事故」とは、「損害保険契約によりてん補することとされる損害を生ずることのある偶然の事故として当該損害保険契約で定めるもの」のことである（本条1項括弧書き）。したがって、保険者、保険契約者のいずれが承諾者となる場合であっても、⁽¹⁰⁾保険契約の承諾時より前に発生している「保険事故」を担保する損害保険契約であれば、本要件を充足することになる。

(8) 吉澤（2010a）140-141頁、152頁、同（2010b）124-135頁、同（2017）198-199頁参照。

(9) 吉澤（2010b）127-135頁参照。

(10) 一般に、保険契約者による申込みに対して保険者が承諾することによって、保険契約が成立することが多い。

ところで、保険事故の捉え方は保険商品によって区々である。そして、各保険商品における保険事故の捉え方が、保険法における「保険事故」と同一であるとは限らない。たとえば、責任保険において請求事故方式（claims-made basis）の約款が採用されている場合には、当該保険契約における保険約款上の保険事故（すなわち、保険期間中に発生することが保険給付要件とされている事象）は、被害者の被保険者に対する損害賠償請求である⁽¹¹⁾。

一方、保険法上の「保険事故」に関しては、次の二つの考え方があり得るところである。

一つは、保険法上の「保険事故」を、保険約款における保険事故と同様に捉える考え方である（以下、約款事故説という）。すなわち、保険期間中に発生することが保険給付要件とされている事象を、保険法上の「保険事故」と捉える考え方である⁽¹²⁾。この立場では、請求事故方式の責任保険に関しては、損害賠償請求が保険法上の「保険事故」となる。したがって、請求事故方式の責任保険において契約締結日より前に遡及日が設定されていたとしても、契約締結後の保険期間中になされた損害賠償請求（＝保険法上の「保険事故」）を担保するものであれば、本条の遡及保険には該当しないことになる⁽¹³⁾（図2参照）。

つまり、約款事故説では、過去の事象に関する危険を担保する損害保険契約であっても、本条の遡及保険には該当しない場合があり得ることになり、そのような過去保険に関しては、たとえ「不当な利得」が生じる場合であっても、保険法には規律が存在しないことになる（本条の類推適用で対応するのかもしれない）。

二つめは、保険法上の「保険事故」を、必ずしも保険約款における保険

(11) 同様に、発見事故方式の責任保険では、保険約款上の保険事故は、被保険者による事故（他人の身体障害や財物損壊）の発見である。

(12) 保険法の立案担当者もこの考え方だったようである。萩本（2009）167頁参照。

(13) 保険法立案作業時には、この考え方で、請求事故方式の責任保険における遡及日の問題が整理されたようである（山下友信（2018）303頁注15参照）。

事故とは捉えずに、本条1項括弧書きの定義どおり、てん補対象損害を発生させる事象と捉える考え方である（以下、原因事故説という）。

責任保険においては、一般に、「(ア) 原因事故→(イ) 損害事故（他人の身体障害・財物損壊の発生）→(ウ) 賠償責任負担損害の発生→(エ) 損害賠償請求」という順序で事象が発生するが、責任保険におけるてん補対象損害は賠償責任負担損害（上記(ウ)）である。したがって、請求事故方式の責任保険に関しては、保険法上の「保険事故」は、約款上の保険事故である上記(ウ)ではなく、それ以前の事象である原因事故（上記(ア)）または損害事故（上記(イ)）であることになる（保険法上の「保険事故」は、てん補対象損害を発生させる事象であるため）。さらに、保険法では、「保険事故」と「保険事故による損害」が書き分けられている（たとえば、25条1項（請求権代位）は、「保険事故による損害」と規定する）。したがって、保険法上の「保険事故」は損害事故ではなく、原因事故を意味することになる。そのため、原因事故説では、請求事故方式の責任保険において契約締結日より前に遡及日が設定されていた場合には、契約締結後の保険期間中になされた損害賠償請求を担保するものであっても、遡及日から契約締結日までの期間に発生した原因事故担保する部分に関しては、本条の遡及保険に該当することになる（図3参照）。

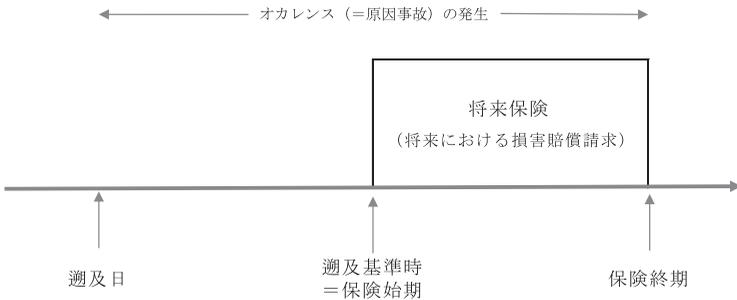
つまり、原因事故説では、本条は、過去の事象に関する危険を担保する損害保険契約に関して、「不当な利得」が生じる場合を広く規律対象とするものであることになる。

そこで、保険法上の「保険事故」の捉え方として、約款事故説あるいは原因事故説のいずれの考え方が妥当であるかを検討すると次のとおりである。

まず、保険法における「保険事故」の定義によると、「保険事故」とは、「損害保険契約によりてん補することとされる損害を生ずることのある偶

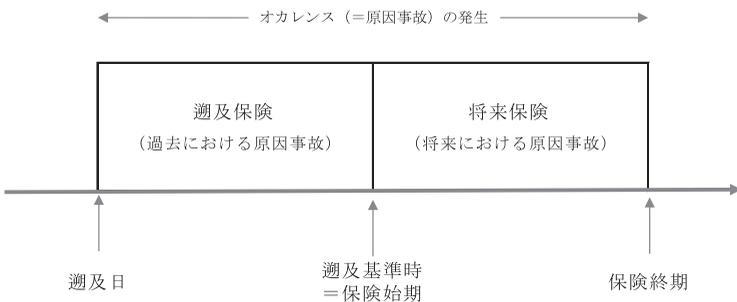
(14) 責任保険の保険事故について、田辺（1966）、山下友信（2005）422-424頁、山下友信＝永沢（2014）400-402〔平沼大輔〕参照。

【図2 遡及日が設定された請求事故方式の責任保険契約（約款事故説）】



(筆者作成)

【図3 遡及日が設定された請求事故方式の責任保険契約（原因事故説）】



(筆者作成)

然の事故として当該損害保険契約で定めるもの」と定義されている（本条1項括弧書き）。したがって、本条1項の定義文言からすると、保険法上の「保険事故」の捉え方としては、約款事故説の解釈はあり得ず、原因事故説の解釈が適当であることになる。

次に、「保険事故」という用語が、責任保険に適用される保険法の各条項においていかに用いられているかを検討する。本条1項および2項、13条（損害発生拡大防止義務）や22条1項（責任保険契約についての先取特権）では「保険事故」という用語が使用されているが、約款事故説、原因事故説のいずれの解釈も成り立つ。

しかしながら、14条（損害発生のお知らせ）は、「保険事故による損害が生じたことを知ったとき」に保険契約者等に保険者に対する通知義務が発生することを規定する。請求事故方式の責任保険に関しては、約款事故説では「保険事故」は損害賠償請求（上記（エ））であるから、意味が通じないことになってしまう（損害賠償請求によって賠償責任負担損害という損害が被保険者に発生した訳ではないため）。原因事故（上記（ア））または損害事故（上記（イ））（少なくとも、上記（ア）～（ウ））と解しないと、14条の文言に適合しない。したがって、損害賠償請求（上記（エ））を「保険事故」とする約款事故説は採り得ず、原因事故（上記（ア））または損害事故（上記（イ））または賠償責任負担（上記（ウ））を「保険事故」と解すべきことになる。

また、21条（保険給付の履行期）では、「保険事故」が「保険給付を行うために確認をすることが損害保険契約上必要とされる事項」の例示として掲げられているが、ここでいう「保険事故」は、損害賠償請求（約款事故説の立場）と解するよりは、原因事故（原因事故説の立場）または損害事故と解する方が適合的である。

以上からすると、原因事故説を採るべきである。すなわち、保険法における「保険事故」とは、必ずしも保険期間中に発生することが保険約款において保険給付要件と規定されている事象（請求事故方式の賠償責任保険では、被害者からの損害賠償請求）のことを意味するものではない。そうではなく、保険法における「保険事故」とは、てん補対象損害を発生させる事象（請求事故方式の賠償責任保険では、原因事故）を意味していると考えられる。たとえば、請求事故方式の責任保険契約において、遡及日を保険始期前に設定している場合には、遡及日から保険始期までの期間に発生した原因事故を保険てん補対象とする損害保険契約（あるいは、損害保険契約の部分）は、本条の遡及保険に該当すると考えられる。

（2）保険契約者等による了知

本条1項は、本条1項の遡及保険（前述（1）参照）に関して、保険契約者による申込時または承諾時において、保険契約者等が「保険事故」の

既発生を了知していたことを適用要件としている。

「保険事故」既発生の遡及保険に関して有利な立場となるのは、一般的には保険契約者側である。そのため、保険契約者の申込時または承諾時における保険契約者等の了知有無を判断基準としている。

そして、「保険事故」既発生の了知有無が問われるのは、保険契約者および被保険者である。たとえ保険契約者が知らなかったとしても、被保険者が「保険事故」既発生を知っていた場合には、被保険者が保険契約者に遡及保険締結を働きかける十分な蓋然性があるからである。

2. 効 果

(1) 無 効

本条1項に該当する保険契約は無効となる（本条1項）。

当該保険契約は無効となるので、遡及期間において「保険事故」が発生しているものの、保険者に保険給付義務は発生しない。

一方、保険者が収受していた保険料については、保険者は返還義務を負わない（32条2号。民法における不当利得返還義務の特則）。ただし、「保険事故」既発生を了知したうえで保険者が申込みまたは承諾をしていた場合には、原則どおり、保険者は保険料返還義務を負う（32条2号但書。なお、この規定は片面的強行規定である。33条2項）。

ここで、保険契約に遡及保険部分と将来保険部分が含まれている場合に、当該保険契約の全体が無効となるのか、それとも、遡及保険部分（本条1項については、契約締結前に発生した保険事故による損害をてん補する旨の定め）のみが無効となるかが問題となる。無効となるのは遡及保険部分のみであるとする見解が有力である。⁽¹⁵⁾

(15) 洲崎（2008）28頁、山下友信＝米山（2010）223頁〔洲崎博史〕、山下友信（2018）303頁参照。

仮に、遡及保険部分のみが無効になるとの立場を採るとすると、損害保険契約では1保険契約において複数の保険事故が発生し得るため、本条1項に該当する場合であっても、保険契約者の申込み以前の遡及保険部分が無効とすればよく、保険契約者の申込みから保険者の承諾までの遡及保険部分も無効とする現行法の規律は過剰であると思われる。吉澤

しかしながら、保険契約者としては、「保険事故」が既発生であることを了知したうえで、当該「保険事故」に関する保険給付を求めて保険契約を締結したのであるから、保険者が当該「保険事故」の既発生を了知していなかった場合には、当該保険契約全体を無効として取り扱って差し支えないと考えられる。また、保険者としても、「保険事故」が既発生であることを了知しながら遡及保険契約を締結するような保険契約者には信頼を置くことができないため、将来保険部分も含めて当該保険契約全体の無効を求めるのが通常であろう。したがって、本条1項違反の保険契約に関しては、将来保険部分が含まれている場合であっても、当該保険契約全体を無効とすべきであると思われる。⁽¹⁶⁾

(2) 強行規定性／任意規定性

本条1項は、一般に、絶対的強行規定と考えられている⁽¹⁷⁾。そして、その理由として、「保険制度を悪用して、少額の保険料を負担することにより多額の保険給付を受けることとなる事態を防止しようとするものであり、このような公序に関する規定については、その性質上強行規定です。」と述べられている⁽¹⁸⁾。

確かに、「保険事故」が既発生であることを保険者が了知していない場合には、そのように言えるであろう。しかしながら、こと損害保険契約に関しては、保険者が「保険事故」の発生を了知している限り、たとえ保険契約者または被保険者が「保険事故」が既発生であることを了知していた

、(2010a) 145-147 頁、山下友信＝米山 (2010) 222-223 頁、222 頁注 16 [洲崎博史] 参照。

(16) 傷害疾病定額保険契約に関してであるが、将来保険部分は 68 条 1 項で無効とはならないが、重大事由解除における重大事由 (86 条 3 号。損害保険契約では 30 条 3 号) に該当する可能性を指摘するものとして、山下友信＝米山 (2010) 223 頁 [洲崎博史] 参照。

(17) たとえば、山下友信 (2008) 15 頁、同 (2018) 303 頁、304 頁、福田＝古笛 (2008) 26 頁、28 頁 [執筆者不明]、大塚＝児玉 (2009) 80 頁 [古笛恵子]、萩本 (2009) 63 頁、山下友信＝永沢 (2014) 77 頁 [梅津昭彦] 参照。

(18) 萩本 (2009) 63 頁。福田＝古笛 (2008) 27 頁 [執筆者不明] も同旨。

なお、この立場では、自動車保険における「しっかり失効特約」に基づく保険給付が問題となるが、そもそも遡及保険には該当しないとの解釈が示されている。大塚＝児玉 (2009) 87-88 頁 [古笛恵子] 参照。

としても、常に当該保険契約の有効性を否定する必要はなく、むしろ、契約としての有効性を認めるべき場合があると考えられる。なぜなら、損害保険契約は損害てん補型の保険契約であるから、「保険事故」が発生しただけでは、必ずしもてん補損害額（18条1項）が決まらないからである（そのような場合には、保険者も「保険事故」の既発生を了知していれば、保険契約者等における主観的な不確定性は同程度に確保されており、「不当な利得」が発生していないと考えられる）。特に、大規模な事故が発生した場合には、てん補損害額の確定に数ヶ月～数年を要することもある。そのような場合に、保険者と保険契約者が共に「保険事故」の発生を了知したうえで、当該「保険事故」を担保する遡及保険を締結したとしても、⁽¹⁹⁾ 保険法が強行的に当該保険契約を無効とすべき合理的理由はない。

こうして、もし本条1項は任意規定であると考えられるとすると、保険契約当事者間で本条1項と異なる合意をすることができることになる。

たとえば、請求事故方式の責任保険（前述1（1）参照）において、契約締結より前の日を遡及日に設定すると、保険法上の「保険事故」を、当該保険契約における約款上の保険事故（＝損害賠償請求）ではなくて原因事故と捉える立場では（原因事故説）、本条1項の遡及保険に該当することになる。⁽²⁰⁾ ここで、無保険の事業者において、大規模な賠償責任事故が発生した事態を想定する。この事業者が、当該事故発生直後に、損害保険会社と請求事故方式の責任保険契約を締結すると、この立場では本条1項⁽²¹⁾

(19) 英国においても、保険者、保険契約者が共に保険事故の発生を了知していた場合には、当該遡及保険契約は有効であるとされている。Ref. Birds et al. (2015) [4-045]-[4-048].

(20) 請求事故方式の責任保険に関して、遡及日が継続契約における最初の契約の保険始期とされていることを根拠に遡及保険に該当しないと見る見解があるが（大塚＝児玉（2009）88-89頁 [古笛恵子]）、適切な論拠ではない。なぜなら、新規契約でも保険始期前の時点を遡及日として設定することがあるし、また、継続契約においても、最初の契約の保険始期より前の時点を遡及日として設定することもあり得るからである。なお、この見解は保険法上の「保険事故」を原因事故説の立場で捉えていることになる（なぜなら、約款事故説の立場では、そもそも遡及保険に該当しないからである。前述Ⅱ1（1）参照）。

(21) 通常は、保険事故が既発生であることが判明している場合には、保険者は保険引受をシ

の遡及保険に該当し、かつ、保険契約者は、保険契約の申込時または承諾時において、「保険事故」の既発生を了知していたのであるから、原則として本条1項が適用されることになる。けれども、保険者と本条1項の適用を排除する合意をしたうえで当該責任保険契約を締結していたのであれば、本条1項の適用は排除され、当該保険契約は無効とはならない。

またたとえば、上述の設例において、原因事故方式や損害事故方式(occurrence basis)の責任保険を、事故発生後に、当該事故を担保する内容で手配すれば、約款事故説でも原因事故説でも間違いなく遡及保険に該当する。そして、保険者も当該事故を担保することを承知のうえで保険引受を行ったとしても、そうした保険契約の全てを強行的に無効とする必要性は認められない。大規模な事故であれば、その直後においては、どれほどの賠償責任額となるかは判然とせず、保険給付額の多寡に関する不確実性が認められることがあるので、有効な保険契約として取り扱っても問題はないと考えられるからである。この考え方が正しいとすると、責任保険に限らず、たとえば財産保険に関しても、保険者および保険契約者が合意のうえ、大規模事故発生後に保険契約を締結しても、発生損害額に不確実性が認められる場合には、当該保険契約の全てを強行的に無効とする必要性はなく、むしろ、保険者も「保険事故」の発生を了知している場合には、てん補損害額が未確定である限りにおいて、契約当事者間の合意を元に、本条1項の適用を排除することを認めるべきである。

以上の考え方が正しいとすると、約款事故説であろうと原因事故説であ

-
- 、ていない(したがって、原因事故説の立場では本条1項の遡及保険に該当するものの、保険契約者も被保険者も「保険事故」が既発生であることを了知していないので、本条1項は適用されない)。

けれども、「保険事故」が既発生であることを保険契約者または被保険者が了知している場合であっても、保険引受が行われることがあり得る。たとえば、1980年に米国ラスベガスのMGMグランドホテルで大火災が発生し、多数の死傷者が出た。ホテルは、事故発生後に遡及保険(retroactive or back-dated coverage)を手配した。Hedges (1981)、Walker and Thornton (1983)、金光(1987) 28-32頁、トーア再保険(2011) 40頁参照。

この遡及保険の有効性について、大塚=児玉(2009) 90頁〔古笛恵子〕は困難な説明をしているが、そもそも原因事故説の立場を採りながら本条1項を強行規定と解するところに問題があると考えられる。

ろうと、本条1項は任意規定と解すべきことになる⁽²²⁾（なお、保険契約者または被保険者が「保険事故」既発生を了知している一方で、保険者が了知していない遡及保険は、本条1項を排除する合意がなされているとは言えないので、本条1項が適用されて無効となる⁽²³⁾）。

Ⅲ 保険者による「保険事故」不発生の了知（本条2項）

1. 要件

本条2項の適用要件は次の2つであり、以下、順に解説する。

- ① 保険契約申込時より前に発生した「保険事故」を担保する損害保険契約であること。
- ② 保険者または保険契約者による保険申込時において、保険者が「保険事故」の不発生を了知していたこと。

(1) 保険契約申込前発生の「保険事故」の担保

本条2項は、保険者、保険契約者のいずれが申込者となる場合であっても、保険契約申込みの前に発生した「保険事故」を担保する損害保険契約を規律対象としている（本条1項は保険契約締結時を遡及基準時としているのに対して、本条2項は申込時を遡及基準時としている）。

(2) 保険者による了知

本条2項は、本条2項の遡及保険（前述（1）参照）に関して、保険者または保険契約者による申込時において、保険者が「保険事故」の不発生を了知していたことを適用要件としている。

(22) 吉澤（2017）206頁注51参照。なお、本条1項を強行規定と解する場合には、保険者も保険契約者等も既発生事故を了知している遡及保険である損害保険契約には本条1項は適用されない、という解釈もあり得よう。吉澤（2017）205-207頁参照。

(23) なお、保険者も保険契約者等も「保険事故」既発生であることを了知しつつ（あるいは、さらにてん補損害額も了知しつつ）、「保険事故」の発生有無が未確定であることを前提とした保険料で遡及保険契約が締結された場合には（実際には、ほとんど想定できないが）、本条1項（私見では、任意規定）の適用を排除する合意があるものの、公序良俗違反として無効であるとも言えるし、そもそも双方に主観的不確定性が存在しないのであるから保険契約として成立していないとも言えよう。

「保険事故」不発生 of 遡及保険に関して有利な立場となるのは、一般的には保険者側である。したがって、本来は、保険者の申込時または承諾時における保険者側の了知有無を判断基準とすべきであるが、本条2項は、常に申込時を了知基準時としている（保険者が申込者となった場合も、保険契約者が申込者となった場合も、共に申込時が了知基準時となる）。

そして、「保険事故」不発生 of 了知有無が問われるのは、当然のことながら、保険者である。

2. 効果

(1) 無効

本条2項に抵触する保険契約は無効となる（本条2項）。

当該保険契約は無効となるので、保険者が収受していた保険料については、保険者は保険契約者に返還する義務を負う（民法704条。悪意の受益者の不当利得返還義務）。ただし、保険契約者も「保険事故」不発生を了知していた場合には、非債弁済として不当利得返還義務が発生しない可能性がある（民法705条）。なお、「保険事故」は不発生であるが、そもそも保険契約が無効となるので保険給付義務も発生しない。

ここで、保険契約に遡及保険部分と将来保険部分が含まれている場合に、当該保険契約の全体が無効となるのか、それとも、遡及保険部分（本条2項については、申込時より前に発生した保険事故による損害をてん補する旨の定め）のみが無効となるかの問題がある。一般に、保険契約者としては、たとえ遡及保険部分について「保険事故」が不発生であったとしても、少なくとも将来保険部分についての付保意思はあったと考えられる。また、保険者としても、将来保険部分についてリスクの引受を行う意思があったと考えられる。したがって、本条2項違反の保険契約に関しては、将来保険部分が含まれている場合には、当該保険契約の遡及保険部分のみを無効とすべきであると考えられる。⁽²⁴⁾

(24) 山下友信 (2018) 304 頁参照。

(2) 片面的強行規定性

本条 2 項は片面的強行規定であり、片面的強行規定の適用除外（次述 (3) 参照）に該当しない限り、保険契約者に不利な特約は無効となる（7 条）。

一般に、「保険事故」不発生が確定している遡及保険は、保険給付がなされないので、保険契約者にとっては無駄な保険料負担となる。そのため、本条 2 項に該当する遡及保険を有効なものとする合意をしたとしても、片面的強行規定に反するので無効となる。けれども、必ずしも保険契約者に不利とならない場合には、無効とはならない。たとえば、保険契約を継続して付保していることによって保険契約者が恩恵を得られる場合には（たとえば、自動車保険のノンフリート等級制度における等級の進行）、遡及保険期間が含まれているとしても、保険契約者としては保険契約を締結する意義がある（もちろん、そのような遡及保険契約を実際に保険者が引き受けるか否かは別問題である）。なお、「不利」となるか否かは、あくまでも保険契約者に関して問われるものであり、被保険者に関しては問題とならない（7 条）。

(3) 片面的強行規定の適用除外

本条 2 項は片面的強行規定であるが、片面的強行規定の適用除外（36 条）に該当する損害保険契約に関しては本条 2 項と異なる合意を行うことが可能である。すなわち、「保険事故」不発生であることを保険者が了知している損害保険契約であっても、本条 2 項と異なる特約により、有効な保険契約を締結することができる。

たとえば、公共工事においては、工期全体が保険期間として含まれる履行保証保険を締結したうえで、当該保険証券の提出を発注者が請負業者に求めることが一般的である⁽²⁵⁾。しかるに、工期開始までに履行保証保険の手配ができなかった場合には、請負業者は工期開始日まで遡及する履行保証保険契約の締結を希望することになる。遡及保険部分に関しては、「保険

(25) 公共工事における履行保証保険について草薙（2001）87-90 参照。

事故」は発生していないのであるが（一方、「保険事故」が発生している場合には、保険会社は保険引受をしないであろう）、有効な保険契約として取り扱われている。この取扱いに正当性を与えるため、保険契約者にとって必ずしも不利なものとは言えないので片面的強行規定に反しないと解されたり、⁽²⁶⁾「保険事故」不発生を保険者が了知していないため本条2項が適用されないと解されたりしている。けれども、そのような解釈を採用するよりも、この場合は、事業者向け保険契約であるので片面的強行規定の適用除外となり（36条4号）、任意規定である本条2項と異なる合意を保険契約当事者間で行ったと整理する方が自然な解釈であると考えられる。

(26) 大塚=児玉（2009）91頁〔古笛恵子〕参照。なお、福田=古笛（2008）28頁〔執筆者不明〕もこの考え方のように思われる。

保険法第 68 条 (遡及保険)

目 次

本条の趣旨

注 釈 I 遡及保険規整の構造

1. 遡及基準時 2. 了知基準時 3. 「給付事由」
4. 保険法の規律対象

II 保険契約者等による「給付事由」既発生の了知

(本条 1 項)

1. 要件 2. 効果

III 保険者による「給付事由」不発生の了知 (本条 2 項)

1. 要件 2. 効果

第 68 条 (遡及保険)

- 1 傷害疾病定額保険契約を締結する前に発生した給付事由に基づき保険給付を行う旨の定めは、保険契約者が当該傷害疾病定額保険契約の申込み又はその承諾をした時において、当該保険契約者、被保険者又は保険金受取人が既に給付事由が発生していることを知っていたときは、無効とする。
- 2 傷害疾病定額保険契約の申込みの時より前に発生した給付事由に基づき保険給付を行う旨の定めは、保険者又は保険契約者が当該傷害疾病定額保険契約の申込みをした時において、当該保険者が給付事由が発生していないことを知っていたときは、無効とする。

参考：傷害疾病損害保険契約（下線部分が35条による読み替え箇所）

（傷害疾病損害保険契約は損害保険契約の一種として保険法第2章が適用されるが、35条による5条の読み替えにより、傷害疾病定額保険契約に関する本条に類似する規整となっているので、参考までに掲載する）

第5条（遡及保険）

- 1 損害保険契約を締結する前に発生した保険事故（損害保険契約によりてん補することとされる損害を生ずることのある偶然の事故として当該損害保険契約で定めるものをいう。以下この章において同じ。）による損害をてん補する旨の定めは、保険契約者が当該損害保険契約の申込み又はその承諾をした時において、当該保険契約者又は被保険者（被保険者の死亡によって生ずる損害をてん補する傷害疾病損害保険契約にあっては、その相続人）が既に保険事故による損害が生じていることを知っていたときは、無効とする。
- 2 損害保険契約の申込みの時より前に発生した保険事故による損害をてん補する旨の定めは、保険者又は保険契約者が当該損害保険契約の申込みをした時において、当該保険者が保険事故による損害が生じていないことを知っていたときは、無効とする。

【本条の趣旨】

本条は、傷害疾病定額保険契約に関する遡及保険の取扱いを規律するものである。遡及保険のうち、保険給付を受けることが不当な利得となる場合（本条1項）、および、保険料を取得することが不当な利得となる場合（本条2項）に限定して、無効と規律する。

本条の反対解釈により、本条各項に該当しない遡及保険に関しては、有効な「保険契約」（2条1号）として取り扱われることになると言われている。

1. 既発生事故（68条1項）

遡及期間において給付事由が既発生であることを保険契約者、被保険者または保険金受取人が了知していた場合に、当該保険契約を無効とするものである。なお、本条1項は強行規定であると解されている。

2. 不発生事故（68条2項）

本条2項は、遡及期間において給付事由が不発生であることを保険者が了知していた場合に、当該保険契約を無効とするものである。なお、本条2項は片面的強行規定であるので（70条）、特約で本条2項と異なる合意をしても、保険契約者に不利な合意は無効となる。

【注 釈】

本条の規律は、損害保険契約に関する遡及保険規整（5条）、特に傷害疾病損害保険契約に関する遡及保険規整（35条により読み替えられた5条）や、生命保険契約に関する遡及保険規整（39条）に類似する点が多い。

I 遡及保険規整の構造

保険法における遡及保険規整は、①契約締結行為における一定時期より前に発生した「給付事由」に基づいて保険給付を行う傷害疾病定額保険契約について（次述1）、②契約締結行為のうちの一定時期における、「給付事由」の既発生・不発生に関する保険者、保険契約者、被保険者、保険金受取人（以下、4者合わせて保険契約当事者等といい、後3者を保険契約者等という）の了知の有無を基準として（後述2）、規律を設けている。そして、保険法の遡及保険規整は、「不当な利得」が生じる遡及保険を無効とする趣旨であり、その反対解釈として、本条が規律しない遡及保険は有効な「保険契約」（2条1号）であると解されている（後述3）。

1. 遡及基準時

本条における遡及基準時（遡及保険に該当するか否かを判断するための、一連の保険契約締結行為における一定時期のこと。5条の注釈I 1参照）は、次のように規定されている。すなわち、本条1項（「給付事由」既発生）では、遡及基準時を保険契約締結時としているのに対して、本条2項（「給付事由」不発生）では、遡及基準時を保険契約の申込時としている（保険者と保険契約者のいずれが申込者となるかを問わない。以上、5条と同じ）。

2. 了知基準時

保険法は、保険契約者等と保険者に分けて、遡及期間における「給付事由」（「給付事由」は、66条で定義されている）の既発生・不発生の了知に関する取扱いを規律している（本条1項、2項。なお、傷害疾病損害保険契約に関しては、本条1項の「給付事由が発生している」が「保険事故による損害が生じている」と、本条2項の「給付事由が発生していない」が「保険事故による損害が生じていない」と規定されている。35条による5条の読み替え⁽²⁷⁾）。

ここで、「給付事由」の既発生・不発生の了知を判断する時期（以下、了知基準時という）について、保険法は一律の取扱いをしていない。具体的には、本条1項（「給付事由」既発生）では、保険契約者等の了知について、保険契約者による申込時または承諾時を了知基準時としている。一方、本条2項（「給付事由」不発生）では、保険者の了知について、保険者の申込時または保険契約者の申込時を了知基準時としている（以上、「保険事故」が「給付事由」と規定されている点以外は5条、39条と同じ）。

さらに、この了知基準時は、遡及基準時と必ずしも一致していない。具体的には、本条1項（「給付事由」既発生）では、保険契約者が承諾者と

(27) 傷害疾病損害保険契約に関して、5条1項および2項が本文に示したように読み替えられているのは、傷害疾病定額保険契約における遡及保険規整（本条1項および2項）と平仄を合わせたものと推測される。吉澤（2011）7頁注5、同（2017）203頁参照。

なる場合には、遡及基準時と了知基準時は同時となるが（契約締結時＝保険契約者の承諾時）、保険契約者が申込者となる場合には、遡及基準時と了知基準時は一致しない（契約締結時≠保険契約者の申込時）。なお、本条2項（「給付事由」不発生）では、遡及基準時と了知基準時は同時（保険者または保険契約者の申込時）となる（以上、5条、39条と同じ）。

3. 「給付事由」

傷害疾病定額保険契約に関する遡及保険規整では、了知対象事象（確定対象事由）として、「保険事故」ではなくて、「給付事由」（66条）という独自の概念が用いられている⁽²⁸⁾。一方、損害保険契約や生命保険契約に関する遡及保険規整では、「保険事故」が了知対象事象として用いられている（5条、39条）。

一見すると、損害保険契約と生命保険契約の規律方法に共通性がある、傷害疾病定額保険契約の規律が特殊であるように見受けられる。けれども、むしろ、損害保険契約の規律方法が特殊であって、生命保険契約と傷害疾病定額保険契約の規律方法に共通性がある。それは、「保険事故」に関するそれぞれの定義内容（5条、37条）および「給付事由」に関する定義内容（66条）を比較すると明らかである。また、傷害疾病損害保険契約は「保険事故による損害」（35条による5条の読み替え）を了知対象事象としており、損害保険契約であるものの、生命保険契約や傷害疾病定額保険契約の規律方法と共通性がある。

たとえば、損害保険契約の一種である火災保険では、保険の目的物が火災に遭うことが「保険事故」（5条）であって、結果的に生じる修理費や時価等の損害は「保険事故」ではない。一方、生命保険契約の一種である死亡保険では、被保険者が道路歩行中に自動車に轢過されることは「保険

(28) 保険法において給付事由概念が創設されたのは、損害保険会社が引き受けている傷害疾病定額保険契約と生命保険会社が引き受けている傷害疾病定額保険契約とは、保険期間中に発生すべきものとして保険約款で規定する事象が異なるからである。萩本（2009）167頁参照。

事故」(37条)ではなく、結果的に被保険者が死亡することが「保険事故」である。また、傷害疾病定額保険契約の一種である傷害保険では、被保険者が転倒したり受傷したりすることが「給付事由」(66条)ではなく、保険給付要件である死亡、後遺障害、入通院、手術等に該当することが「給付事由」である。さらに、海外旅行保険のうちの疾病治療費用保険は傷害疾病損害保険契約の一種であるが、被保険者が海外旅行中に疾病に罹患することではなく、結果的に治療費等を負担または支出することが「保険事故による損害」である⁽²⁹⁾。(35条)。

4. 保険法の規律対象

(1) 保険法における遡及保険規整の趣旨

本条は、遡及保険のうち、保険給付を受けることが不当な利得となる場合(本条1項)、および、保険料を取得することが不当な利得となる場合(本条2項)に限定して無効と規律している⁽³⁰⁾、と一般に説明されている。

しかしながら、必ずしも「不当な利得」の有無で遡及保険規整を説明できない類型が存在するし、また、「不当な利得」が生じない類型の遡及保険のうち相当程度のもは(具体的には、全ての保険契約当事者等の主観的不確定が確保されている遡及保険)、実はもともと経済的には有効な保険契約であり、当然に「不当な利得」は生じないのである⁽³¹⁾。したがって、せいぜい、「保険法68条は不当な利得を主たる基準として設けられている」といった説明の方が適当である。

(2) 保険法が規律しない遡及保険

本条の反対解釈により、本条各項に該当しない遡及保険に関しては、有効な「保険契約」(2条1号)として取り扱われることになる、と一般に述べられている⁽³²⁾。

(29) 以上、吉澤(2017)202-205参照。

(30) 萩本(2009)61-62頁、甘利=山本(2009)72頁[梅津昭彦]参照。

(31) 吉澤(2010a)参照。

(32) 萩本(2009)61頁、62頁、山下友信=米山(2010)213頁[洲崎博史]参照。また、

確かに、契約締結時において全ての保険契約当事者等が傷害疾病や給付事由の既発生・不発生を了知していない遡及保険は、本条の規律対象ではなく、有効な「保険契約」として取り扱うことに全く問題はない。

けれども、次のような論点が問題になると考えられる。一つは、5条（損害保険契約の遡及保険規整）と共通する論点であり、もう一つは、傷害疾病定額保険契約の遡及保険に特有の論点である。

(a) 5条と共通する論点

68条の反対解釈によって有効な「保険契約」として取り扱われることになると思われる遡及保険の中には、保険契約当事者等の主観的不確定を充足していないものがある。具体的には、給付事由が既発生であることについて保険者は了知していたが、保険契約者も被保険者も了知していなかった遡及保険、および、給付事由が不発生であることについて保険契約者等は了知していたが、保険者は了知していなかった遡及保険⁽³³⁾である。こうした遡及保険は、当該保険契約に関する全ての保険契約当事者等の主観的不確定が確保されているとは言えないので、そもそも経済的な保険、したがって、保険法上の「保険契約」に該当することについて疑義がないとは言えない（少なくとも、経済的な保険であると言い難いと考えられる⁽³⁴⁾）。また、仮に、こうした遡及保険も保険法における「保険契約」に該当するとした場合であっても、保険法の規律の全てが適用されるとは限らないと考えられる⁽³⁵⁾。

これは、5条（損害保険契約の遡及保険規整）と共通する論点である（5条の注釈I 4(2)参照）。

(b) 5条とは異なる論点

傷害疾病定額保険契約では了知対象事象が給付事由とされたことによって、5条とは異なる問題が生じ得ることとなった。すなわち、本条1項の

、落合（2014）134頁〔岡田豊基〕は、本文の（a）の遡及保険について有効と述べる。

(33) 吉澤（2010a）140-141頁、152頁参照。

(34) 吉澤（2010b）124-127頁、同（2017）198-199頁参照。

(35) 吉澤（2010b）参照。

反対解釈として、本条1項に該当しない傷害疾病定額保険契約は有効な保険契約として取り扱われるが、まさに「不当な利得」の観点から問題が生じ得るのである。

それは第1に、傷害疾病が既発生であっても、給付事由の発生前に締結した傷害疾病定額保険契約は、そもそも本条1項の遡及保険には該当しないからである。

たとえば、損害保険会社が引き受けている傷害保険では、給付事由は、一般に、死亡、後遺障害、入通院、手術等と保険約款で規定されている。ここで、ある被保険者が偶発的に転倒して地面に腕を突いたため、前腕に痛みが生じているとする。この直後に遡及的に傷害保険契約を締結したとしても、給付事由は未発生であるから、そもそも本条1項の遡及保険には該当せず、本条1項の適用はないとも考えられる（もちろん、保険者が遡及保険を引き受けないかもしれない。また、告知義務に違反していれば、告知義務違反の問題は生じる）。そのため、保険契約締結後に、被保険者が医師の診察を受けた場合、有効な保険契約として通院保険金を保険給付請求できるかが問題となる（なお、通院自体は意図的に行うものであるが、当該傷害は故意によって生じたものではないので、故意免責には該当しない）。

これは、一般化すると、【傷害疾病→契約締結→給付事由】という経過を辿る場合のことであるが、正確には、次の3種類の類型がある。一つは、(ア) 傷害疾病発生後に保険契約者が申込みを行い、保険者が承諾して傷害疾病定額保険契約が成立し、その後に給付事由が発生する類型である。二つ目と三つ目は、保険者が申込みを行い（(イ) 傷害疾病が先に発生する場合と、(ウ) 傷害疾病が後に発生する場合とがある）、保険契約者が傷害疾病発生後に承諾して傷害疾病定額保険契約が成立し、その後に給付事由が発生する類型である（図4の(ア)～(ウ)参照）。

第2に、傷害疾病が既発生であっても、給付事由の発生前に保険契約者が申込みを行い、給付事由発生後に保険者が承諾をして契約が成立した傷害疾病定額保険契約であって、当該給付事由に基づき保険給付を行うもの

は、本条1項の遡及保険に該当するものの、保険契約者の申込時に給付事由は未発生であるので、本条1項は適用されないとも考えられるからである。

たとえば、上述の転倒事故の設例において、転倒後に遡及的に傷害保険契約の申込みを行い、それから通院をし、その後に保険者が承諾して保険契約が成立した場合には、本条1項の遡及保険に該当するものの、保険契約者の申込み時点では給付事由は未発生であるから、本条1項の適用はないとも考えられる。

これは、一般化すると、【傷害疾病→保険契約者の申込み→給付事由→保険者の承諾による保険契約成立】という経過を辿る場合のことである（図4の（エ）参照）。

【図4 傷害疾病定額保険契約に特有の「不当な利得」が生じ得る遡及保険】

- | |
|--|
| (ア) 傷害疾病→保険契約者の申込→保険者の承諾→給付事由
(イ) 傷害疾病→保険者の申込→保険契約者の承諾→給付事由
(ウ) 保険者の申込→傷害疾病→保険契約者の承諾→給付事由
(エ) 傷害疾病→保険契約者の申込→給付事由→保険者の承諾 |
|--|

以上のような遡及保険契約は、いずれも、本条1項の反対解釈で有効と考える立場もあろう。⁽³⁶⁾ 逆に、本条1項を類推適用して無効と考える立場もあり得よう。けれども、こうした事案が生じ得ることは立法準備作業時に十分に予想できた筈であると思われるので、安易に本条1項を類推適用す

(36) 保険法の立案担当者は、「保険給付を受けることが確定するのは給付事由が発生したときであって、単に傷害疾病が発生したことを知って保険契約者が契約の申込みや承諾をしただけでは、必ず保険給付を受けることができることを知りながら契約を締結したとまではいえない（例えば、傷害疾病の事実を知っていたとしても、その後に必ず被保険者が死亡し、死亡保険金が支払われることになるとは限らない）からです。」と理由を述べている（萩本（2009）63頁注3）。死亡という給付事由に関してはそのとおりであるが、通院という給付事由に関しては、少なくとも本文で述べたような事例では被保険者の意思で給付事由を確定させることができることもあるため、適切な理由ではないと考えられる。

ることには躊躇を覚えるところである。

なお、傷害疾病損害保険契約に関しても同様の問題が生じ得る。すなわち、「保険事故」は発生しているものの、「保険事故による損害」が未発生
の時点で、当該保険事故を担保する傷害疾病定額保険契約を、保険契約者
が申し込んだり、承諾したりする場合である。⁽³⁷⁾

II 保険契約者等による「給付事由」既発生の了知（本条1項）

1. 要件

本条1項の適用要件は次の2つであり、以下、順に解説する。

- ① 保険契約締結時より前に発生した給付事由を担保する傷害疾病定額
保険契約であること。
- ② 保険契約者による保険契約の申込時または承諾時において、保険契
約者等が給付事由の既発生を了知していたこと。

(1) 保険契約締結前発生⁽³⁷⁾の給付事由の担保

本条1項は、保険契約締結前に発生した給付事由を担保する傷害疾病定額
保険契約を規律対象としている。

ここで、契約は申込みに対して相手方が承諾をした時に成立するから
(民法522条1項)、保険契約の締結時は承諾時となる。したがって、保険
者、保険契約者のいずれが承諾者となる場合であっても、保険契約の承諾
時より前に発生している給付事由を担保する傷害疾病定額保険契約であれ
ば、本要件を充足することになる。

(2) 保険契約者等による給付事由既発生⁽³⁸⁾の了知

本条1項は、本条1項の遡及保険（前述（1）参照）に関して、保険契
約者による申込時または承諾時において、保険契約者等が給付事由の既発
生を了知していたことを適用要件としている。

(37) なお、吉澤（2011）7頁注5参照。

(38) 一般に、保険契約者による申込みに対して保険者が承諾することによって、保険契約が
成立することが多い。

給付事由既発生の遡及保険に関して有利な立場となるのは、一般的には保険契約者側である。そのため、保険契約者の申込時または承諾時における保険契約者等の了知有無を判断基準としている。

そして、給付事由既発生の了知有無が問われるのは、保険契約者、被保険者および保険金受取人である。死亡保険契約の遡及保険では保険契約者および保険金受取人の了知有無が問われるが（39条1項）、傷害疾病定額保険契約では被保険者についても了知有無が問われる。「本保険契約は保険者が人の傷害疾病に基づき一定の保険給付を行う保険契約であることから（2条9号）、保険契約者等が知らないうちに、被保険者が疾病に罹患していることもありうるので、これら三者（筆者注：保険契約者、保険金受取人、被保険者のこと）を認識の主体とすることは当然のことであろう。」⁽³⁹⁾とされている。

2. 効果

(1) 無効

本条1項に抵触する保険契約は無効となる（本条1項）。

当該保険契約は無効となるので、遡及期間において給付事由が発生しているものの、保険者に保険給付義務は発生しない。

一方、保険者が収受していた保険料については、保険者は返還義務を負わない（93条2号。民法における不当利得返還義務の特則）。ただし、給付事由既発生を了知したうえで保険者が申込みまたは承諾をしていた場合には、原則どおり、保険者は保険料返還義務を負う（93条2号但書。なお、この規定は片面的強行規定である。94条3号）。

ここで、保険契約に遡及保険部分と将来保険部分が含まれている場合に、当該保険契約の全体が無効となるのか、それとも、遡及保険部分（本条1項については、契約締結前に発生した給付事由に基づき保険給付を行う旨

(39) 落合（2014）132頁〔岡田豊基〕。しかしながら、この理由であれば、死亡保険契約についても（39条1項）、被保険者の了知を問うべきであると思われる。

の定め)のみが無効となるかが問題となる。無効となるのは遡及保険部分のみであるとする見解が有力である⁽⁴⁰⁾。

しかしながら、保険契約者としては、給付事由が既発生であることを了知したうえで、当該給付事由に関する保険給付を求めて保険契約を締結したのであるから、保険者が当該給付事由の既発生を了知していなかった場合には、当該保険契約全体を無効として取り扱って差し支えないと考えられる。また、保険者としても、給付事由が既発生であることを了知しながら遡及保険契約を締結するような保険契約者には信頼を置くことができないため、将来保険部分も含めて当該保険契約全体の無効を求めるであろう。したがって、本条1項違反の保険契約に関しては、将来保険部分が含まれている場合であっても、当該保険契約全体を無効とすべきであると思われる⁽⁴¹⁾。

また、仮に遡及保険部分のみを無効と解釈する立場を採るとすると、傷害疾病定額保険契約に関しては困難な問題を解決しなければならない。傷害疾病定額保険契約では、一つの傷害疾病から、複数の給付事由が発生し得るからである(この点において、死亡保険契約(39条1項)とは決定的に異なる)。

たとえば、保険契約者が転倒して骨折し、入院を開始した後に、当該転倒事故を担保する傷害保険契約(傷害による死亡、後遺障害、入院について保険金が支払われる傷害保険)を締結した。やがて治療は終了したものの、当該骨折による後遺障害が遺った事案を想定する。この設例では、入

(40) 洲崎(2008)28頁、山下友信=米山(2010)223頁[洲崎博史]参照。なお、損害保険契約(5条1項)について山下友信(2018)303頁参照。

仮に、遡及保険部分のみが無効になるとの立場を採るとすると、傷害疾病定額保険契約では1保険契約において複数の傷害疾病が発生し得るため、本条1項に該当する場合であっても、保険契約者の申込み以前の遡及保険部分を無効とすればよく、保険契約者の申込みから保険者の承諾までの遡及保険部分も無効とする現行法の規律は過剰であると思われる。吉澤(2010a)145-147頁、山下友信=米山(2010)222-223頁[洲崎博史]参照。

(41) 将来保険部分は本条1項で無効とはならないが、重大事由解除における重大事由(86条3号)に該当する可能性を指摘するものとして、山下友信=米山(2010)223頁[洲崎博史]参照。

院保険金と後遺障害保険金の取扱いが問題となる。まず、①入院保険金に関しては、入院という給付事由の発生後に契約を締結しているので、本条1項の遡及保険に該当し、かつ、保険契約者は給付事由既発生を申込時に了知していたので、本条1項により少なくとも遡及保険部分は無効となり、入院保険金は支払われない。ところで、②後遺傷害保険金に関しては、後遺障害という給付事由の発生前に契約を締結しているので、そもそも本条1項の遡及保険には該当しない。ここで、もし①によって遡及保険部分だけが無効になると解すると、②については本条1項の反対解釈によって有効な保険契約として保険給付の対象になりそうであるが、この結論には違和感がある。他方、もし①によって遡及保険部分のみならず、当該傷害疾病定額保険契約全体が無効になると解すると、②についても保険給付の対象とならず、妥当な結論に落ち着くことになる。

(2) 強行規定性

本条1項は、一般に、絶対的強行規定と考えられている⁽⁴²⁾。そして、その理由として、「保険制度を悪用して、少額の保険料を負担することにより多額の保険給付を受けることとなる事態を防止しようとするものであり、このような公序に関する規定については、その性質上強行規定です。」と述べられている⁽⁴³⁾。

Ⅲ 保険者による「給付事由」不発生の了知（本条2項）

1. 要件

本条2項の適用要件は次の2つであり、以下、順に解説する。

- ① 保険契約申込時より前に発生した給付事由を担保する傷害疾病定額保険契約であること。

(42) たとえば、山下友信（2008）15頁、304頁、福田＝古笛（2008）204頁、26頁、28頁
〔執筆者不明〕、大塚＝児玉（2009）80頁〔古笛恵子〕、萩本（2009）63頁、落合（2014）
134頁〔岡田豊基〕、山下友信＝永沢（2014）335頁〔肥塚肇雄〕参照。

(43) 萩本（2009）63頁。

② 保険者または保険契約者による保険契約申込時において、保険者が給付事由の不発生を了知していたこと。

(1) 保険契約申込前発生の給付事由の担保

本条2項は、保険者、保険契約者のいずれが申込者となる場合であっても、保険契約申込みの前に発生した給付事由を担保する傷害疾病定額保険契約を規律対象としている（本条1項は契約締結時を遡及基準時としているのに対して、本条2項は申込時を遡及基準時としている）。

(2) 保険者による給付事由不発生の了知

本条2項は、本条2項の遡及保険（前述（1）参照）に関して、保険者または保険契約者による申込時において、保険者が給付事由の不発生を了知していたことを適用要件としている。

給付事由不発生の遡及保険に関して有利な立場となるのは、一般的には保険者側である。したがって、本来は、保険者の申込時または承諾時における保険者側の了知有無を判断基準とすべきであるが、本条2項は、常に申込時を了知基準時としている⁽⁴⁴⁾（保険者が申込者となった場合も、保険契約者が申込者となった場合も、共に申込時が了知基準時となる）。

そして、給付事由不発生の了知有無が問われるのは、当然のことながら、保険者である。

(44) 死亡保険契約に関する同様の規律（39条2項）について、従前より保険約款で規定されていた責任遡及条項（責任開始条項）に影響を与えるものではないと説明されている（萩本（2009）63頁注2）。こうした事情は、特定の疾病による死亡を担保する傷害疾病定額保険契約にも当てはまるであろう。なお、落合（2014）133-134頁〔岡田豊基〕参照。

ところで、債権法改正（平成29年法律44号。2010年4月1日施行）によって改正された民法526条は、契約申込みの通知発信後に申込者が死亡したり、意思能力を有しない常況となったり、行為能力の制限を受けたりした場合には、当該事実が生じたとすれば当該申込みは効力を有しない旨の意思を申込者が表示していたとき、または、承諾通知発信までに相手方が当該事実を知ったときは、当該申込みは効力を有しないと規定する。したがって、保険契約者が傷害疾病定額保険契約（たとえば、がん保険契約や医療保険契約）を申し込んだ後、保険者の承諾前に、保険契約者が死亡したりした場合は、本条2項ではなく、民法526条に基づいて、当該保険契約が無効となる可能性がある。ただし、当該規定は任意規定であるので、異なる合意をすることが可能である。この点に関して、嶋寺（2019）63-64頁参照。

2. 効 果

(1) 無 効

本条2項に抵触する保険契約は無効となる(本条2項)。

当該保険契約は無効となるので、保険者が収受していた保険料については、保険者は保険契約者に返還する義務を負う(民法704条。悪意の受益者の不当利得返還義務)。ただし、保険契約者も給付事由不発生を了知していた場合には、非債弁済として不当利得返還義務が発生しない可能性がある(民法705条)。なお、給付事由は不発生であるが、そもそも保険契約が無効となるので保険給付義務も発生しない。

ここで、保険契約に遡及保険部分と将来保険部分が含まれている場合に、当該保険契約の全体が無効となるのか、それとも、遡及保険部分(本条2項については、申込時より前に発生した給付事由に基づき保険給付を行う旨の定め)のみが無効となるかの問題がある。一般に、保険契約者としては、たとえ遡及保険部分について給付事由が不発生であったとしても、少なくとも将来保険部分についての付保意思はあったと考えられる。また、保険者としても、将来保険部分についてリスクの引受を行う意思があったと考えられる。したがって、本条2項違反の保険契約に関しては、将来保険部分が含まれている場合には、当該保険契約の遡及保険部分のみを無効とすべきであると考えられる⁽⁴⁵⁾。

(2) 片面的強行規定性

本条2項は片面的強行規定であり、保険契約者に不利な特約は無効となる(70条)。ただし、一般に、給付事由不発生が確定している遡及保険は、保険給付がなされないで、保険契約者にとっては無駄な保険料負担となる。そのため、本条2項に該当する遡及保険を有効なものとする合意をあえて行ったとしても、片面的強行規定に反するので無効となってしまう。

たとえば、ある企業が、社内規則に基づき、従業員向けの福利厚生制度

(45) 洲崎(2008)28頁参照。なお、損害保険契約(5条2項)について山下友信(2018)304頁参照。

として、1年更新の傷害保険契約の団体保険制度を従前より維持している。ところが、ある時、当該企業の保険担当者が契約更新手続を遅滞したため、保険期間のうち1ヶ月間が遡及保険となってしまった。ただし、遡及期間中には保険事故も給付事由も発生していない。当該企業としては、社内規則で当該保険制度の維持が規定されていることもあり、遡及期間について保険給付がなされることはないことを承知のうえ、保険者と合意して、あえて本条2項に反する遡及保険を締結したと仮定する。

このような場合、確かに遡及期間に相当する保険料は無駄となっており、また、保険事故も給付事由も発生していないので遡及期間に関する保険給付がなされることもない。したがって、表面的には、当該傷害保険契約は保険契約者に不利なものであるので、たとえ保険契約者もそうした事情を了知のうえ、あえて当該保険契約を締結したとしても、片面的強行規定に反する契約として無効となってしまうのかもしれない。

その一方で、このような遡及保険をあえて無効とする必要性に乏しい。けれども、本条2項は片面的強行規定であり、かつ、36条のような適用除外もないので、有効な保険契約として取り扱うのであれば、こうした場合には70条の「不利」には該当しないと解釈する他ないであろう。⁽⁴⁶⁾

参考文献

- 甘利公人＝山本哲生編（2009）『保険法の論点と展望』商事法務
大塚英明＝兄玉康夫編（2009）『新保険法と保険契約の新たな展開』ぎょうせい
落合誠一監修（2009）『保険法コンメンタール（損害保険・傷害疾病保険）』損保総研
落合誠一監修（2014）『保険法コンメンタール（損害保険・傷害疾病保険）』（2版）損保総研
金光良美（1987）『米国の保険危機』保険毎日新聞社
草薙耕造（2001）『公共工事契約と新履行保証制度』日本評論社
嶋寺基編著（2019）『新しい民法と保険実務』保険毎日新聞社

(46) あるいは、36条（損害保険契約における片面的強行規定の適用除外）を、事業活動リスクを実質的にカバーする傷害疾病定額保険契約や生命保険契約に類推適用する解釈もあり得るかもしれない。

- 洲崎博史 (2008) 「保険契約の成立および終了」ジュリスト 1364号
- 田辺康平 (1966) 「責任保険の保険事故について」保険学雑誌 432号
- トーマ再保険 (2011) 『再保険 その理論と実務』(改訂版) 日経 BP コンサルティング
- 萩本修編著 (2009) 『一問一答 保険法』商事法務
- 福田弥夫=古笛恵子編 (2008) 『逐条解説 改正保険法』ぎょうせい
- 宮島司 (2019) 『逐条解説 保険法』弘文堂
- 山下友信 (2005) 『保険法』有斐閣
- 山下友信 (2008) 「新しい保険法 —— 総論的事項および若干の共通事項」ジュリスト 1364号
- 山下友信=米山高生編 (2010) 『保険法解説』有斐閣
- 山下友信=永沢徹編 (2014) 『論点大系 保険法 1』第一法規
- 山下友信 (2018) 『保険法 (上)』有斐閣
- 山下友信監修 (2021) 『新 保険法コメンタール (損害保険・傷害疾病保険)』損保総研
- 吉澤卓哉 (2010a) 「保険法における遡及保険規整の構造 —— 「不当な利得」の有無という判断基準について ——」保険学雑誌 608号
- 吉澤卓哉 (2010b) 「経済的な保険ではない保険法上の「保険契約」について —— 不当利得が生じ得ない類型の遡及保険規整を手がかりに ——」保険学雑誌 609号
- 吉澤卓哉 (2011) 「保険法における人保険契約の分類」損害保険研究 73 巻 1号
- 吉澤卓哉 (2017) 「保険の仕組みと保険法改正 —— 保険法改正内容を保険の仕組みから検証する ——」産大法学 50 巻 3・4号
- Bird, John, Ben Lynch and Simon Milnes, *MacGillivray on Insurance Law*, 13th ed., 2015, Thomson Reuters, UK
- Hedges, Bob. A., Back-Dated Insurance as Insurance, *CPCU Journal*, Vol. 34 (4), 1981
- Walker, Michael C. and John H. Thornton, Value Maximization Considerations and Retroactive Liability Insurance for the Firm, *Journal of Insurance Issues and Practices*, Vol. 6 (2), 1983