



今井 薫『保険契約における企業説の法理』

(千倉書房、2005年)

吉 川 吉 衛

『保険契約における企業説の法理——イタリア保険学説の研究——』という書名の本書は、千倉書房から2005年6月に上梓された、4+5+278頁、合計287頁のものであり、序章から第7章まで、以下に掲げる8つの章からなる。

序 章「イタリア法における『企業説』の系譜」

第1章「ジューゼッペ・ファネッリの『企業説』」

第2章「イタリア保険法における『企業説』の変遷」

第3章「『損害填補理論の新たな展開』とその限界——イタリア傷害保険学説の研究——」

第4章「イタリア判例の展開と旧商法時代における傷害保険学説」

第5章「『プラグマティスト』学説と判例」

第6章「イタリア傷害保険理論における混合保険説——機能派学説から制度派学説への展開を素材に——」

第7章「他人のためにする保険契約とイタリア学説」

本書は、大きくふたつの部分からなる。企業説の法理の探究、ならびに傷害保険学説および他人のためにする保険契約の研究である。この書評は、書名に即して主に前者の研究を取り上げる。しかし、後者に関する長年にわたる著者の精緻かつ歴大な研究が土台になって、言い換えれば個別分野のドリルダウンがなされたうえで、前者のトータリティを志向する探究が行われていることを、先ず筆者は指摘したい。

1. イタリアのサッカー

この本は、イタリアのサッカーである。明確な目的をもって走っている。何を論じたいか、明確に意識しながら執筆している。

その目的とは、保険契約の法理をアクチュアルに明らかにすることである。つまり、保険契約の、実態における本質的な事柄を法的観点から把握することである。そこで、選択された地が——誤解をまねきかねないが、読者の当面の理解の便宜に資するためにややデフォルメして言えば——、個人的契約法理の新損害填補説と団体的契約法理の企業説が、二大学説として激しく切り結んでいる、または切り結んだイタリアである。イタリアを選び取ったのは、それだけではない。敬愛してやまない恩師・窪田 宏神戸大学名誉教授、およびご一門の方々とともに、著者が体系的な保険法と海商法の研究を進めたイタリアだからである。

2. イタリアで花開く学説

イタリアでは、「現在は新損害填補理論と企業理論の2つに集約され、かつ隆盛を誇った前者に代わって後者の理論が現在では通説となった観がある。」(本書197頁。以下では、本書の場合には、頁数のみで示す)という。それは、いったい何故か。

本書に対峙するにあたり、遠回りの議論から始めることをお許しいただきたい。資本主義には、市場重視のアングロ・サクソン型と、市場を重視すると同時に、地域社会だけでなく企業それ自体や組合それ自体も含めてのコミュニティ(共同体)を重視するライン・アルペン型がある。前者には、いうまでもなく米国や英国が属し、後者には、欧州大陸のドイツやフランスが属する。日本は従来、後者だといわれた(アルペール、M./小池はるひ訳・久水宏之監修(1996)『資本主義対資本主義 新装版』竹内書店新社;ドーア、R./藤井真人訳(2001)『日本型資本主義と市場主義の衝突』東洋経済新報社)。イタリアもおそらく後者であろう。このような土壌で、先ず、どのような学説が花開いたのか。

「20世紀初頭のイタリア〔で〕商法学の巨人チェーザレ・ヴィヴァン

テ教授によって主唱された権威ある学説」（まえがき2頁）が企業説であった。しかし、この学説は「第2次大戦後の法思想には不似合い」であり、新損害填補説によって駆逐されたという（同頁）。企業説が当該の法思想に不似合いであったという著者の指摘それ自体については、筆者は、わが国旧保険業法10条3項問題の経緯をみてきた者として、ある種の実感をもって首肯できる。

さて、隆盛となった新損害填補説の内容に立ち入ってみよう。

3. 新損害填補説

新損害填補説とは、著者によれば、「機能主義的で個別契約をベースとする」学説であるという（まえがき2頁）。ここで、機能主義的とは、「対象に即した機能的分析」（岩崎 稜（1996）『戦後日本商法学史所感』商法学研究第一巻、新青出版、21頁）と筆者も理解しておくが、故岩崎教授は、その手法の秀作として「資本制経済社会の最も純正な保険取引法といえる大森保険法学」を挙げておられる（同15、16頁）。

さて、個別契約をベースとする学説とは、どのようなものか。何故、隆盛を誇り得たのか。新損害填補説の創始者は、トゥッリオ・アスカレッリだが、これを内容的に展開し通説たらしめたのはアンティゴノ・ドナーティである（63頁）。彼らの説は、後者の後継者であるジョヴァンナ・ヴォルペ・プッツォルの要約によれば、「いかなる場合においても（保険）契約は偶然的損害を回避することを目的にしている、という事実には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いかなる事故をも含むまでに拡大され〔る〕……それは換言すれば、損害概念は入用概念と、したがって死亡や生存にも相關関係をもち、新しい入用発生を決定する行為が損害事故である限り、民法典1882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」（64頁）というものである。

保険契約を統一的に把握できると主張する理論であれば、イタリア民法典1882条が（保険金給付の態様をふまえた）損害保険と生命保険の二分

法を定めているとの解釈から、自己を離脱せしめることができる。それだけではない。当該理論は同時に、損害保険契約における保険契約者の大半が保険金給付を受けないにもかかわらず、保険金給付の態様に過度にとらわれているとの批判のあった二部法に対して、保険契約概念の統一を成し遂げたものであるがゆえに、ここに理論的優越性を誇示することができたのだ、と著者は主張する（78頁）。なるほど、たしかに、新損害填補説は隆盛を誇り得たであろうと筆者にも思われる。

だが、そのような（新）損害填補の概念は広きに失し、過度の法的擬制を伴うだけでなく、このような広範な損害概念を、そもそもイタリア法体系は想定していない、とヴォルペープツォルは鋭く批判する（79頁）。「法の一般理論の立場における損害概念は、……保護法益の侵害である」。しかし、たとえば「他人の生存保険を有効ならしめる保険契約者の利益の証明は不可能である」、と（81頁）。

以上が、新損害填補説の展開とその限界であるとして、著者は、「一般法上の損害概念の構成が極めて厳格な損害論によってくりひろげられている一方で、その特別法の領域をなす保険法の範疇で、一般法の体系との関連を完全に無視するような理論を構築することに対する批判は、それなりに正鵠を射ている」とコメントする（82頁）。しかも、民・商法典が分離されているわが国等とは異なり、スイス等とともに民商統一法典の国であるイタリアにおいては、ヴォルペープツォルの批判は、いっそう効果的であるだろうことも、著者は暗示している（83頁）。

このような分析と検討をふまえて、著者は先に引用したように、企業説が「現在では通説となった」と断じているのである。著者のパースペクティブは広く、かつ手法は手堅い。著者の方法は一般的に言っても、とかく商法、しかもその個別領域である保険法というサイロに閉じ籠りがちな研究者に対して警鐘を鳴らすものだと評することができるだろう。

4. 書評子の中間的考察

個別契約をベースとすることは、たしかに「第2次大戦後の法思想に

……似合〔った〕」かもしれない。団体重視でなく、個人の尊厳をうたう当該の法思想に、個別契約をベースとし、それゆえ個別契約を重視するであろう学説である新損害填補説は合致する、と当時の研究者や人びとに考えられたかもしれないからである。いわんや、「折りしもイタリアを追われていたアスカレリ教授が、全体主義とイタリア残留派に対する激しい敵愾心に燃えて、ローマ大学産業法講座主任教授に復活したから……瞬間に制度派学説とでもいうべき『企業説』〔は〕駆逐〔され〕た」（まえがき2頁）。

個人の尊厳は、たしかに人類普遍の原理である。だが、その原理は、個別契約の重視には、論理的に直結しない。保険契約のアクチュアルな認識が求められる。

保険契約が、アクチュアルなレベルで保険契約であるゆえんは、セルジョ・ソッジャがいうように、「保険契約〔が〕……多数契約によってはじめて履行可能な契約である」（39-40頁）ことにある。

それでは、多数契約は、如何にして存在可能か。ここに、被保険者のみを問題とする新損害填補説から、保険者のありようも含めて被保険者を問題とする企業説への移行が論じられなければならない。イタリアにおいては、企業説の復活が語られることになる。このような意味でも、ソッジャの学説は、企業説が「もっとも進化した」（196頁）ものである「ファネリ理論への契機として評価できる」（40頁）と、著者とともに言うことができるだろう。

5. 企業説

企業説の最進化形態であるジッゼッペ・ファネリの理論とは、いったいどのようなものか。ファネリ理論の本質は、著者によれば、「危険共同団体（利益共有関係）という一種の企業を構築し、その資本を保険料という形式で出資する被保険者（保険契約者）と、保険者が当該団体を代表して出資契約を締結するところにある」という（23-24頁）。

ファネリの利益共有関係には、特色がふたつある。ひとつは、この説

が最適化形態であると言われるゆえんのものだと考えられる。その利益共有関係は、彼が1960年にうみだした「三重の利益共有理論」と言われるものである。まず、①被保険者・保険企業間の利益共有関係がある。それらの者の間に個別の保険契約を生じる要件と効果である。続いて、②同一企業内被保険者間で形成される利益共有関係がある。これは、被保険者同士が保険者を媒介として、互いに技術的な損益相殺をすることにより経済的に「負」の射倖性を排除しあうところの、危険に瀕する主体間の利益共有関係である。最後に、③保険企業間の利益共有関係がある。それは、次のものだと言著者はいう。この③は、論理的に①②につながるものである。

「保険企業に参加することにより、企業内に参加した被保険者間で危険を平準化できる（②）ことで、結果的に危険を除去した（①）はずの被保険者ではあったが、……ある種の巨大な企業物件を対象とする保険では、1企業内では危険の平準化は不可能であり、したがって被保険者はこの保険企業システムに参加しただけでは危険を除去することができない。そこで、実際にはこのような場合に水平的に危険を再配分するシステムとしての共同保険、垂直的にこれを分散する再保険・再々保険により、国内保険市場や国際保険市場を介して直接・間接の保険企業間での利益共有関係が構築される。」（15, 18, 19, 21頁）。

いまひとつは、ファネッリ説の本質と著者が呼ぶものである。「この説の本質は収支均衡する危険団体（利益共有関係）を構築するところにある、それが現行法体系からも説明可能であるというところに求められなければならないと思われる」と主張される（24頁）。

ファネッリの企業説と現行法体系は、如何なる関係にあるか。先に4.で論じたこととの関係で保険者と、いわゆる「保険料」とにフォーカスして見てゆくことにしたい。「保険者の役割は相互扶助組織としての被保険者間利益共有団体の形成と維持であり、この団体に加入を求める被保険者の加入条件を定め、団体の拠出金を保険料という形式で徴収し、実質的に被保険者を当該組織の一種の『社員』とすることである。保険料は、利益共有関係を相互扶助的に維持するために設定され、個々の被保険者の危険

担保の対価ではない。①料率算定は、まさに団体的見地からなされるから、個々の被保険者の関係で保険料を値引きすることは許されない。しかし、一方で保険者は団体維持・管理の責任から妥当な料率算定義務を負い、②被保険者が同意するからといって自由な料率を設定する権利も有しない。また、危険を団体内部で分散することができない場合に備え、これを多数保険者間で分散するシステム構築・維持責任も保険者は負担する。」(①②と下線は、引用者)と著者は指摘する(23頁)。

②について、被保険者の同意がオールマイティではないとされていることに刮目されたい。保険契約の、実態における本質的な事柄を法的に把握するというレベルにおいて、——つまり、国をはじめとする共同体の社会経済に責任をもつ産官学のレベルにおいて、保険契約の法理を探究しようとするならば、被保険者の同意(これが尊重されるべきは、むしろ言うを待たない)が、オールマイティだとすることはできない。このことは、2.で触れたが、日本旧保険業法10条3項の平成7年(1995年)段階での削除、その後の実質的復活というこの国での動きを見れば明らかである(このような見方をする筆者の見地について、拙著(1992)『現代の保険事業——企業規制の論理——』15-56頁参照)。

①に関する保険料について、著者はイタリア法典95条を掲げながら、「保険料のいかなる減額も認めない厳格な態度も、保険料が保険者が受領する対価ではなく、被保険者の形成する利益共有団体のものだからであるとファネッリは主張する」と言われる。そして続けて、「イタリア民法典1882条は、保険契約は保険者が、『保険料に対して(と引換えに)』保険事故により被保険者に生じた損害を約定範囲内で填補し、または生命に関する事故を生じた時に一時金・年金を支払う義務を負う契約であると定めている。これについてファネッリは、『被保険者が保険者に一般に金銭による何らかの反対給付としてではなく、典型的金銭の、かつ特殊な反対給付として保険者に支払う』基本的給付であるとし、後者のように定義することで立法者は『厳密に技術的概念』、つまり『被保険者の反対給付が全く被保険者の固有の危険とは対価関係にない概念』に結びつけようと意図

したのだ」と主張される。そうして、「これは、明示的に『報酬』であるとするわが商法規定や、『危険負担の対価』、あるいは『危険負担の報酬』だとするわが国の通説とは明らかに異なる。」と論じている（23頁）。

それでは、日本法典はどのようなものか。

6. 日本法の構造との比較

日本商法は、おおむね同様の事柄と推測できるものについて、一方では629条（損害保険総則・定義。条文の見出しは有斐閣『小六法』による）と673条（生命保険・定義）において「報酬」と規定する。しかし他方において、637条（保険価額の著しい減少）以下、643条（契約無効の効果）、646条（特別危険の消滅）、647条（他人のためにする保険——保険料支払義務）、649条（保険証券の交付、記載事項）、652条（他人のための保険における保険契約者の破産）、663条（短期時効）では「保険料」と定めている。

これは、いったい何故だろうか。ちなみに、著者の見るところ、イタリアを含めすべての国において、保険契約者は保険料を支払う旨を定められており、報酬を支払う例はないという（42-43頁）。

しかし、イタリアならぬこの日本の地であっても、企業説の観点から日本商法をみれば、疑問は氷解する。長くなるが、本書の根幹の部分のひとつであるので、そのまま引用させていただく。「企業説では保険料、少なくとも純保険料部分は危険企業たるリスク基金への保険契約者による拠出であって、対価的性質をもたない。純保険料は誰のものかという問に対して、それは保険契約者・被保険者のものであり、これの管理について保険者との関係は内部関係を構成する資本の性質をもつと説明される所以である。とすると基金への保険契約者による拠出は、本来的には出資者自身に帰属すべき財産を構成し、名義的にはともかくも保険者の財産となるものではないことになる。それでは、保険者が提供するサービス、つまりこの基金を管理運営し、保険事故を生じた者に適当な保険金を支払う事務の対価は何かということになれば、それは事務管理費用と保険者が受領すべき

適正な利潤ということになろう。おおむね付加保険料がこれに該当すると思われる。したがって、商法629条ないし673条が規定する『報酬』の趣旨は、仲立営業や問屋営業における報酬請求権とほぼ同一の意味であって、決して『保険料』そのものを意味するものではなかったかと解されるのである。」（下線は引用者）（43頁）、このように著者は論じている。

報酬を保険料と同一と捉えることは、先に3.で掲げた大森忠夫（1985）『保険法〔補訂版〕』法律学全集31、有斐閣、78、262頁や、最近の体系書、山下友信（2005）『保険法』有斐閣、38頁においても自明視されている。筆者もまた、岩崎 稜/吉川吉衛/吉見研次/山手正史（1996）『セミナー商法』日本評論社、321、341頁においてそうであった。もっとも、最近は、やや認識を深めていた。引用文のなかの下線箇所と関連するが、拙稿（2002）「保険」大阪市立大学商学部編『金融』ビジネス・エッセンシャルズ④、有斐閣、208頁では、「保険会社は、リスク引受と同時に、そのリスクを保険プールにおいて分散する。個々のリスク移転は同時に、全体へのリスク分散である。こうした観点から見れば、保険料は、リスク移転と分散を仲立ちする、保険会社の仲立ち手数料である。保険料には、売買代金の側面があると同時に、手数料の側面がある。」と論じている。とはいえ、著者の認識の深さとは格段に異なる。

このような状況の中で、報酬と保険料を対比させて、その違いを明確に説き、アクチュアルな保険契約の法理を全体的に把握しようとする本書は、時代を画するものと言えよう。

7. 企業説を歴史的に論じる著者の意図

著者は、歴史の考察も試みる。「14世紀頃、イタリアで誕生したといわれる中世型保険〔仮に保険A。引用者〕」は、「たしかに賭博的要素を有したかもしれないが、その背後に莫大な成功報酬が予定された投資であった」（46頁）。そこでは、「保険者はもっぱら投資者としてのみ現れ、リスク仲介機能を発揮する近代的保険者とは異なっていた」（47頁）と主張される。

しかし、続く1400年代は、近代的複式簿記のルーカ・パチォーリ『スムマ』をうんだ『『明晰かつ厳密な価値認識の獲得』の時代』であったから、この「時代に安定期を迎える賭博的保険取引から、保険金と保険料の均衡、すなわち保険引受人がリスク仲介者として後方に撤退することで、リスクを被保険者相互間に分有する発想〔にもとづく、仮に保険 B。引用者〕も登場してきたのだと考えたい。」と主張される（47頁）。

ところで、保険 A においても保険 B においても、「被保険者の立場は、報酬を支払ってリスクを負担してもらうという点ではまったく変化していないのだが、保険者の立場はこれによって大きく変わった」（47頁）。

さて、1992年シカゴ商品取引所に上場された「保険と投資が接合したデリヴァティブ商品」（45、46頁）は、「集積危険など被保険者の抛出にもとづくリスク基金ではリスク負担することが困難なものについて、リスク愛好的投資者を無事故時の高配当をプラスの投機的危険(upside potential)として、従来の純粹リスクの負担者である被保険者とともに、投機的リスク負担者として取り込むものである」と論じる著者は、その「デリヴァティブたる保険オプション取引」は「企業説の説く厳密な意味での（投機的リスクを排除した）保険の概念を逸脱するものと理解しなければならない。」と断ずる。そして、それはむしろ、「中世の共同保険を原点とするもの」だと言われる（49頁）。

さらに、著者の考察は続く。当該のデリヴァティブ商品について、ドナーティらの新損害填補説では——「民法典に定めるそれ〔保険定義〕は、出資はリスク基金の二次的担保とはなるものの当該保険企業経営からの収益を配当として受給することが目的であって、積極的に投機的リスクを引き受ける目的での出資ではない」にもかかわらず——、保険となるだろう、あるいはそうならざるを得ないと、主張される（49-50頁）。何故かといえば、「彼らの保険契約は被保険者ベースでとらえれば足り、被保険者が損害を填補する目的で契約を締結すれば、それはもはや相手方の如何を問わず保険契約ということになる」（49-50頁）からである。

8. 本書の位置と展望

本書の特長は、大きく3点ある。第1は、保険契約のアクチュアルな法理を、いうところの企業説として把握したことである（本稿5.）。これは、学界のみならず産官にも裨益するところが大きいであろう。第2は、これは第1かもしれないが、イタリア法と日本法を比較することにより、この国の保険法を実態において、かつ構造的に解明する観点を明確に設定したことである（本稿6.）。「企業説的な観点で日本保険法冒頭の組織的規定」（42頁）を洞察し、保険料との対比において、保険契約法理における「報酬」の意義をみいだしたとき、著者の胸中はいかばかりか。長いながいトレーニングを積んだうでで出場を許されて——保険契約の個別分野のドリルダウンを積み重ね、つまかさねたうでで——、ピッチ上を走り抜け、シュートをきめたときの弾けるような歓喜があったのではないかと思われる。

第3に、アクチュアルな保険契約を歴史的に明確に捉えたことである（本稿7.）。保険契約を個別契約ベースでみる限り、それは歴史通観的にあらわれる。個別契約ベースの保険契約は、中世の冒険貸借の頃から現代の保険オプション取引までみられる。だが、そこで保険契約の法理を探究する著者がみようとしているものは、 π 型のものである。一方で、現在日常的に営まれている保険取引に立脚し、他方で、イタリア法典や日本商法典などの法典に立脚するものである。それは如何なるものか。端的に、危険共同団体（利益共有関係）を有する近代的保険である。そして、それは、企業説によってしか、あるいはよってのみ捉えられ得るという。

以上の3点を明確にした本書の著者の研究は、偉業というに値する。

著者の学問を数十年にわたって見てきた者として、望蜀の嘆を發したい。ここでも、遠回りの議論から始めることを改めてお許しいただきたい。法学博士、レジオンドヌール勲章受賞、執筆時フランス総合保険グループ会長、ミシェル・アルベールはいう。保険業では、ふたつの異なった考え方、すなわちアングロ・サクソン型保険対アルペン型保険がある。一方の保険の起源は、陸上保険に関するものであり、アルプスの村人が

16世紀に相互救援の団体を組織化したときに始まる。そのやり方は、リスクをみなで分かち合う方法であり、リスクの確率とは無関係の料金を負担する。つまり、連帯観念がある。他方の起源は、海上保険に関するものであって、ベニスの船の積荷に賭けられた冒険的な貸付金である。安全よりも投機的で、かつリスクの確率を正しく見積もることに徹する。連帯は、問題にされない（同・前掲書115–116頁）。このように典型化された保険の観念は、保険業の経営や運営に関するものである。

しかし、保険契約を報酬と保険料の観点からみると、アングロ・サクソン型の保険契約法理と、アルペン型のそれとを一体的に概念的に把握することはできないものだろうか。

9. 美しいサッカー

オシム監督のサッカーは、美しいサッカーであるという。それは、明確な目的を持って走り続けるサッカーだという。AIDA（Association Internationale de Droit des Assurances）創設者の一人、H. メラーによれば、保険の女王は海上保険だという。海上保険をも得意とする著者に、今後とも期待したい。女王のふところに抱かれて、あるいは女王のみている前で、明確な目的をもってピッチを走り続けてほしい。海上保険と陸上保険を対比させながら、著者がなお執筆し続けることを。