

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 ——

吉澤卓哉

単行法として新たに制定された保険法(平成20年法律56号)は、平成20年改正前の商法(以下、改正前商法という)中の保険契約法(改正前商法第2編第10章「保険」と同様に、適用対象となる契約が保険としての経済的実質を具備していることを当然の前提としている。本稿は、この前提条件が保険法制定時に改正された規律において充足されているか否かを検証するものである⁽¹⁾。

以下では、このことを説明したうえで(次述1)、まず、保険の経済的要件に直接関係する概念規定(保険法2条1号)について検証する(後述2)。そのうえで、保険の経済的要件に基づく各種規整について検証したが、そのうち問題があると考えられる規整、すなわち、主観的確定と遡及保険について検証内容と検証結果を説明し(後述3)、最後に結論を述べる(後述4)。

1. 保険法適用の前提条件

保険契約法を規律する新しい法律として保険法が制定された。保険法は、商法から独立して単行法として制定され、営利保険に限らず、私保険全般に⁽²⁾

(1) 改正前商法下の保険契約法に関しては別稿で検討したことがあるので(吉澤卓哉「保険の仕組みと保険契約法」損害保険研究69巻1号(2007年))、本稿では保険法で改正された点だけを取り上げることとした。

(2) 公保険(公保険たる性格を持つ共済を含む)には、保険法は適用されないとされている(萩本修編著『一問一答保険法』商事法務(2009年)29頁、大串淳子=日本生命保険編著『解説 保険法』弘文堂(2008年)19-23頁[大串淳子]参照)。

適用されることになった（保険法1条、2条1号）⁽³⁾。たとえば、共済は営利保険ではないので改正前商法の適用を受けなかったが⁽⁴⁾、保険法は適用されることになった。となると、私保険（以下、公保険は検討の対象外とするので、単に保険という）の範囲が問題となる。

(1) 「保険契約」

保険法では、「保険契約」の定義が新たに置かれた（保険法2条1号。改正前商法には保険契約の定義は存在しなかった）。

けれども、同号が規定する要素を充足するものが全て「保険契約」に該当する訳ではない⁽⁵⁾。たとえば、金融商品やコモディティ商品の一種であるオプション契約はこの定義に合致するものの、「保険契約」に該当するとは考えられていない⁽⁶⁾。またたとえば、条文上は「一定の事由」を、保険契約者に経済的不確実性をもたらす事由に限定していないので、保険契約者と全く無関係な条件を設定する場合であっても、外形的には「保険契約」⁽⁷⁾

(3) 保険の実質を有する共済も保険法の適用対象となることは、保険法2条1号の「保険契約、共済契約その他いかなる名称であるかを問わず」という文言や、同号の「保険料（共済掛金を含む。以下同じ）」という文言で明示されているが、保険法の適用対象を定める保険法1条の「保険に係る契約の…」という文言も重要である。なぜなら、保険法1条にいう「保険」とは、経済的意義の私保険全般を指すものだと考えられるからである。

(4) 制度共済によっては、根拠法において、改正前商法の一部を準用しているものもあった（保険法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律（平成20年法律第57号）による改正前の中小企業等協同組合法9条の7の5第1項参照）。なお、相互保険にも改正前商法が原則として準用されていた（同法664条）。

(5) 山下友信「保険の意義と保険契約の種類——定額現物給付概念について」竹濱修他編『保険法改正の論点』法律文化社（2009年）3頁参照。ただし、保険法の立案当事者は、保険法2条1号の「保険契約」に関する定義規定によって保険法の適用対象が明確にされていると述べる。萩本・前掲注（2）36頁、29頁参照。

(6) 吉澤卓哉『保険の仕組み——保険を機能的に捉える——』千倉書房（2006年）7-8頁、山下友信『保険法』有斐閣（2005年）19-26頁、土岐孝宏「天候デリバティブ・地震デリバティブの商法上の地位」中京法学41巻3=4号（2007年）、山下友信=米山高生編『保険法解説』有斐閣（2010年）132頁〔洲崎博史〕、嘉村雄司（2014）「クレジット・デリバティブ取引に対する保険契約法・保険監督法の適用可能性の検討」損害保険研究76巻2号（2014年）参照。

(7) 日本在住のある日本人保険契約者と全く無関係な一定事由としては、たとえば、A国によるB国のWTO提訴、C国王族であるD氏の死亡や入院、E国のF市におけるある

の定義に該当してしまうことになる。けれども、そのような契約もまた、「保険契約」であるとは考えられていない。

(2) 前提条件としての経済的な「保険」

ある契約が「保険契約」たることの前提条件として、当該契約が経済的な保険の一環として行われていることが、暗黙の要件（あるいは、書かれない⁽⁸⁾の当然の要件）となっているのである（この点は改正前商法から変わらない⁽⁹⁾）。あるいは、保険法1条が保険法の適用対象を「保険に係る契約」と規定しているが、条文上もそのことが明示されているとも言えよう。

ところで、保険法において「保険」自体の定義規定は置くことが立法過程では検討されたものの、結局は見送られることになった⁽¹⁰⁾。このこと自体は致し方のないところであるが、保険法の諸規整の一つ一つが、本当に、経済的な保険であることを前提として設計されているかどうかを検証する必要がある。なぜなら、経済的な保険であることが保険法適用の前提条件となっているにもかかわらず、立法上の困難さから「保険」の定義規定が置かれなかったが故に、個々の規整において、この前提条件が等閑視されてしまう（あるいは、無視されてしまう）惧れがないとは言えないか

、 祭礼の中止といった条件が考えられる。

(8) 竹濱修 (2008)「保険法制定の背景と今後の展望」法律のひろば 2008年8月号 18頁（「実質的に保険と観念できる仕組みで運営されているもの」と表現する）、山下・前掲注(5) 3頁（「実質的な保険」と表現する）、落合誠一監修『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（2014年）3-4頁、9頁〔落合誠一〕（「社会通念上、保険と観念されるもの」と表現する）参照。

(9) 改正前商法においても、「保険契約は経済学上の保険制度の目的を実現せしめるための法形式にすぎないことはいうまでもなく、…」「保険契約は経済学上保険とみとめられるような事業の一環としてなされる契約であることを前提とする、というよりほかないであろう。」とされていた（大森忠夫『保険法』（補訂版）有斐閣（1985年）35-36頁）。また、同書 37頁注10、38頁注11、山下・前掲注(6) 6-9頁（特に8頁注7）、38頁参照。

(10) 法制審議会保険法部会「保険法の見直しに関する中間試案」（2007年8月）1頁、法務省民事局参事官室「保険法の見直しに関する中間試案の補足説明」（2007年）5-7頁では、保険の定義規定を置くことが検討されていた。けれども、その後の検討で定義規定を設けないことになった（法制審議会保険法部会資料 25（2007年12月）16頁、萩本・前掲注(2) 36頁参照）。

らである。

(3) 保険の経済的な要件

検証にあたっては、保険の経済的な要件を一応は明らかにしておかなければならない（本来は保険の定義を明らかにすべきであるが、保険の定義に関して学説の一致を見ていないため、保険の経済的な要件を用いることにしたものである）。本稿では、保険としての必要十分な機能（仕組み）をもって保険の経済的要件とする⁽¹²⁾。具体的には次の3つの機能であるが、こうした機能が保険に存在することに関しては、多くの保険法学者や保険論学者が概ね一致して認める⁽¹³⁾ところである。

① リスク移転

第1の機能は、ある経済主体（＝保険契約者。なお、本稿では、自己のためにする保険契約を想定する）が抱える経済的リスク（経済的不確実性。分散（ばらつき）が存在すること。以下、同じ）を、他の経済主体（＝保

(11) 山下・前掲注(6)3頁参照。

(12) 詳細は吉澤・前掲注(6)参照。

(13) 学説によって細部の相違はあるが、大森・前掲注(9)2-3頁、岡田豊基「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——」神戸学院法学25巻1号(1995年)155頁以下、同「保険からみた変額保険」保険学雑誌557号(1997年)44頁、石田満『商法Ⅳ(保険法)』(改訂版)青林書院(1997年)3-6頁、西島梅治『保険法』(3版)悠々社(1998年)4-5頁、山下・前掲注(6)6-9頁、38頁、江頭憲治郎『商取引法』(7版)弘文堂(2013年)407頁、今井薫他『レクチャー新保険法』(新版)法律文化社(2011年)4-5頁、山下友信他『保険法』(3版補訂版)有斐閣(2015年)2頁[洲崎博史]参照。判例も、保険業法に関する事案であるが、保険の団体的性格を認めている。最大判昭和34年7月8日・民集13巻7号911頁参照。

保険論の学者では、たとえば白杉三郎『保険学総論』(再訂版)千倉書房(1954年)27-29頁、印南博吉『保険の本質』白桃書房(1956年)1頁、401-406頁、水島一也『現代保険経済』(8版)千倉書房(2006年)10頁以下、安井敏晃「保険概念における不可欠な条件について」保険学雑誌609号(2010年)24-25頁、下和田功編『はじめて学ぶリスクと保険』(4版)有斐閣(2014年)37頁[岡田太]参照。

また、国際保険監督官会議 (IAIS) も、危険の引受・集積・分散 (assumption, pooling and spreading of risk) が保険の存在意義だと述べている。Ref. IAIS (International Association of Insurance Supervisors), Guidance Paper No.2.2.5, Guidance Paper on Enterprise Risk Management for Capital Adequacy and Solvency Purposes, 2008, IAIS, para. 6.

險者) へと転嫁することである (以下、リスク移転 (risk transfer) という)。

より詳細には、(a) 付保対象に関して保険契約者が何らかの利益関係を持ち⁽¹⁴⁾、(b) そうした利益関係が損なわれる可能性 (経済的不確実性) が存在するが、(c) 付保によって、この経済的不確実性が他の経済主体 (= 保険者) へと移転して、保険契約者に存在した経済的不確実性が消滅したり縮小したりすることである。経済的な保険ではリスク移転機能が具備されている。

② リスク集積

保険の第2の機能は、同質で一定程度の相互独立性のある多数の経済的リスク (経済的不確実性) を集積し、大数の法則や中心極限定理を働かせることによって、経済的不確実性である分散 (ばらつき) を縮小させることである (以下、リスク集積 (risk pooling) という)。経済的な保険ではリスク集積機能が具備されている⁽¹⁵⁾。

③ リスク分散

保険制度を巨視的に眺めると、保険契約者がそれぞれ金銭等を拠出することによって保険ファンドが形成され、たまたま保険事故が発生した保険契約者に対して保険ファンドから払い出し (= 保険給付) が行われて、拠出と払い出しが均衡している (収支相等の原則)。換言すると、法的には経済的リスクが保険契約者から保険者に移転するものの、保険契約者によるリスク移転対価 (一般的には、保険料) の負担を介して、実質的には各保険契約者に経済的リスクの分散がなされる⁽¹⁶⁾。そして、各保険契約者が実

(14) 定額人保険も同様に考えられる (たとえば、江頭・前掲注 (13) 408 頁注1 参照。保険学では白杉・前掲注 (13) 26 頁、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 5 巻 2 号 (1957 年) 77 頁参照)。ただ、この点に関しては様々な学説が存在する。

(15) 江頭・前掲注 (13) 408 頁注2 参照。

(16) 吉澤・前掲注 (6) 59-60 頁参照。また、江頭・前掲注 (13) 413 頁も同旨かと思われる。なお、もし保険契約者自身が拠出を行わないと (たとえば、全額を政府が拠出する制度)、保険契約者へのリスク分散がなされていないことになる。

質的に負担することになる経済的リスクは、多数の経済的リスクの極小部分の集合という安定的なリスクとなっている（以下、リスク分散（risk distribution）という）。

したがって、保険制度においては、経済的リスクを実質的に負担しているのは保険ファンドの拠出者たる保険契約者であって、保険者は「保険制度の運営者」⁽¹⁷⁾にすぎないとも言える。

このように経済的な保険には3つの機能（上記①～③）が存在し、それらが経済的な保険の必要十分条件であると考えられる（少なくとも必要条件だと考えられる）。そこで、経済的な保険との適合性の観点から、保険法制定時に改正された規律のうち、保険の経済的要件に基づくものを検証した。その結果、多くの規整は問題ないものであった。以下では、紙幅の都合により、保険の経済的要件に直接関係する2つの概念規定（保険法2条1号の「保険契約」および「保険料」）と、各種規整のうち、保険の経済的要件の観点から問題があると思われる規整（主観的確定と遡及保険）について検証内容と検証結果を述べることとする。

2. 「保険契約」と「保険料」

(1) 「保険契約」の定義

保険法では、新たに、「保険契約」に関する定義規定が設けられた（保険法2条1号。前述1(1)参照）。そして、この定義規定では、「一定の事由」の発生が保険給付条件とされていることが「保険契約」であることの要件とされている⁽¹⁸⁾。ここで「一定の事由」とは、具体的には、「損害保険

(17) 江頭・前掲注(13)407頁参照。大森・前掲注(9)3頁も同旨。なお、既にロエスレルの商法草案において、保険が保管に似ていることが指摘されていた（司法省『ロエスレル氏起稿商法草案 下巻』（1884年）77頁）。あるいは、保険者は「中央基金の出納係」ともみなされる（D. S. Hansell, Elements of Insurance, 1995, Longman Group（UK）（木村栄一＝越知隆共訳『保険の原理』（1995年。損保総研）邦訳1頁））。

(18) なお、保険料の定義規定（保険法2条1項但書）においても、「当該一定の事由」という言葉が用いられている。

契約」においては「一定の偶然な事故」(＝「保険事故」)によって、当該「損害保険契約」で填補することとされる損害が発生することであり(保険法2条6号、5条1項)、「生命保険契約」においては被保険者の死亡または一定の時点における生存(＝「保険事故」)のことであり(保険法2条8号、37条)、「傷害疾病定額保険契約」においては傷害疾病による治療、死亡その他の保険給付を行う要件として傷害疾病定額保険契約で定める事由(＝「給付事由」)が発生することである(保険法2条9号、66条)と考えられる⁽¹⁹⁾(以下、「保険事故」と「給付事由」を併せて保険事故等という)。

ところで、リスク集積による経済的不確実性(分散)の縮小には、集積するリスクについて同質性が必要であるから(前述1(3)②参照)、「一定の事由」という保険給付の条件は、リスク集積を充足させるための条件の一つを、法的に表現したものと考えることができよう⁽²⁰⁾。

(2) 「保険料」の要件

経済的な保険においては、保険契約者がリスク移転対価を拠出する必要がある。そうでないと、保険契約者間でリスク分散が図れないからである。この保険契約者の拠出は一般に金銭で行われており、「保険料は、経済的には保険団体に対する拠出金である⁽²¹⁾」と言われる所以となっている。

ところで、保険法は、保険料が「当該一定の事由の発生の可能性に応じたもの」であることという、「保険料」の要件を付加した(保険法2条1号。以下、「保険料」要件という。なお、改正前商法にはこのような要件は規定されていない)。この「保険料」の要件の趣旨をいかに理解するかが難しい。

保険契約単位での給付反対給付均等原則を表現したものとも考えられる

(19) 山下友信＝永沢徹『論点体系保険法1』第一法規(2014年)11頁〔伊藤雄司〕参照。

(20) 江頭・前掲注(13)413頁は、「保険料」の定義規定に関する記述であるが(なお、前注参照)、その記述の一部は、本文で述べたリスク集積を示しているものと思われる。

(21) 大森・前掲注(9)162頁参照。

が、相当に緩やかに法文を解釈する必要がある。なぜなら、第1に、法文どおりに文理的に解釈すると、保険事故等の発生頻度（オカレンス・リスク。occurrence risk or frequency risk）に応じた保険料算出が必要となるからである。「生命保険契約」のうちの生存保険契約や定期保険については確かにそのとおりである。けれども、「損害保険契約」や「傷害疾病定額保険契約」においては、保険事故等の発生頻度のみならず、その発生時に給付を行うこととなる保険給付の多寡（シビリティ・リスク。severity risk）をも保険料算出の基礎としている。また、保険事故等の発生頻度には応じない保険契約、つまり、「一定の事由の発生の可能性」（保険法2条1号）は確率1（＝100%）であるが、保険給付額の多寡のみが存在する保険契約もあり得る。⁽²²⁾したがって、この「保険料」の要件は緩やかに解さざるを得ない。⁽²³⁾

第2に、給付反対給付均等原則の捉え方次第であるが、個々の具体的な保険契約における給付反対給付均等原則（以下、保険料公平の原則という）が成立していることは、経済的な保険の要件でないからである。⁽²⁴⁾そも

(22) たとえば終身保険は保険期間がオープン・エンドであるので、「保険事故」（保険法37条）たる被保険者死亡は必ず発生する。したがって、保険料の算出基礎となる「一定の事由の発生の可能性」（保険法2条1号）は確率1（＝100%）である。そして、終身保険では、保険始期から保険事故発生までの期間について、予定利率で割り引かれた保険料が設定されていることから、保険事故発生時期次第で、現在価値ベースでの死亡保険金に多寡が生じると考えられる（吉澤卓哉「保険リスクとしてのタイミング・リスクについて」保険学雑誌600号（2008年）137-142頁参照）。

他方、保険法の法文どおりに終身保険を説明しようとすれば、保険期間開始後終局年齢までの毎年毎年の死亡率に応じて保険料が算出され、その合計額が終身保険の保険料であると言えなくもない。

なお、終身保険における不確実性は、保険事故発生頻度でもなく、また、保険給付額の多寡でもなく、単に保険事故の発生時期に関する不確実性であると解されることが多い（大森・前掲注（9）257頁、江頭・前掲注（13）407頁注1参照）。

(23) 吉澤卓哉「保険法における「保険料」概念と「危険」概念の関連性 —— 商学からのアプローチ ——」日本リスク研究会誌20巻4号（2010年）参照。

(24) 田村祐一郎『社会と保険 —— 社会・文化比較の鏡としての保険 ——』千倉書房（1990年）194-196頁、谷山新良『損害保険の原理』『創立六十周年記念損害保険論集』損保総研（1994年）24-25頁、吉澤・前掲注（6）53-54頁、山下＝米山・前掲注（6）136-137頁[洲崎博史]参照。

そも個々の保険契約における付保リスクは千差万別であるから、たとえ保険者が一定のリスク区分を設定している場合であっても、各リスク区分内部においても保険料公平の原則は成立しない（リスク区分の中で内部補助（internal subsidization）が発生する）。

したがって、「保険料」要件は緩やかに解釈し、およそ一定事由の発生可能性（や発生強度）に基づかずにリスク移転対価が算定されるような契約を保険法の適用対象から除外する趣旨であると推測される⁽²⁵⁾。

仮に、このような理解が正しいとすると、適用除外とされた契約が経済的にも保険でないと言えるかどうかを検討する必要がある。

たとえば、告知義務を課さず、全くリスク区分を設けなくて、全員の保険料が同一の保険商品が存在したとする（誰でも同一保険料で加入できる少額の傷害保険など）。このような保険契約では「保険料」要件に合致していると言えるか否かが問題となる。「保険料」要件をさらに緩やかに解釈すれば保険法の適用対象となるが⁽²⁶⁾、「保険料」要件に該当しないとの判断もあり得よう⁽²⁷⁾。

またたとえば、告知義務を課さず、全くリスク区分を設けないが、付保危険と無関係な指標のみで保険料の多寡が決まる保険商品が存在したとする（組合員か否かでのみ共済掛金が異なる火災共済、会社内部の役職上の地位のみで共済掛金が異なる団体内部の生命共済など）。さすがに、このような保険契約まで「保険料」要件に合致しているとは言えないであろう。

(25) 山下＝永沢・前掲注(19)10頁〔伊藤雄司〕はこのような立場かと思われる。

(26) 東京海上日動火災保険(2010)『損害保険の法務と実務』金融財政事情研究会(2010年)202-203頁〔吉澤卓哉＝澤本百合〕参照。

(27) 保険法の立案担当者の解説によると、「団体内部の福利厚生の一環として、危険の測定やそれに応じた保険料の算定をせずに、団体の構成員から一律の定額の費用を徴収し、それを原資として構成員に不幸があった場合に慶弔見舞金を支払うような制度も存在しますが、このような制度については、上記④の要件（筆者注：本稿の「保険料」要件のこと）を欠くため、保険法第2条第1項の「保険契約」の定義にあたらぬことが多いと考えられます。」とされている（萩本・前掲注(2)29頁。なお、同29頁注2、30頁注3も参照）。山下＝米山・前掲注(6)136-137頁〔洲崎博史〕も同旨（ただし、低額掛金の小規模共済を前提としている）。なお、このような目的で「保険料」要件を設けたことに批判的な学説がある（落合・前掲注(8)9頁〔落合誠一〕参照）。

それでは、このような保険商品が取支相等の原則に基づいて運営されているとしたら、経済的な保険であるか否かが問題となる。もし、経済的には保険であるとしたら（筆者は、リスク移転、リスク集積、リスク分散という要件が充足されれば、経済的な保険となると考えている）、保険法は、新たに設けた「保険料」要件によって、経済的な保険の一部を保険法の適用対象から外したことになる。

3. 主観的不確定と遡及保険

保険の経済的要件からすると、付保対象に関して保険契約者が有する利益関係について、そしてまた、保険者が引き受ける保険引受リスクについても、経済的不確実性が存在しなければならない。そこで検討を要するのが、保険契約締結時における確定事象の取扱いである。

ここで、事象が客観的に不確定であれば基本的には付保対象として問題はないが、客観的に事象が確定している場合（以下、客観的確定という）の取扱いが問題となる。確かに、たとえ主観的に不確定であっても、客観的確定事象に関する保険には、もはや経済的不確実性がないとも言えない⁽²⁸⁾ではない。しかしながら、保険契約者や被保険者（損害保険契約の場合）や保険金受取人（定額人保険の場合）⁽²⁹⁾（以下、これらを保険契約者等という）および保険者の全員または一部の者が、客観的に確定していることを知らない場合には（以下、主観的不確定という）、経済的な保険として取り扱う余地はあると考えられる⁽³⁰⁾。また、そもそも、客観的確定と主観的確定

(28) 客観的不確定を保険契約の要件とする考え方がある。鈴木達次「保険事故の主観的偶然性と保険契約——商法642条の法的性質論序説——」『近代企業法の形成と展開奥島孝康教授還暦記念第二巻』成文堂（1999年）577頁参照。

(29) 改正前商法642条の「被保険者」は、生命保険契約においては保険金受取人と読み替えるものと解されていた。中西正明「生命保険契約の成立および責任の開始」ジュリスト734号（1981年）32頁、同『生命保険入門』有斐閣（2006年）97頁参照。

(30) 大森忠夫「生命保険契約における『遡及条項』について」同『続・保険契約の法的構造』有斐閣（1956年）187頁、同・前掲注（9）61-62頁、西嶋・前掲注（13）63頁、服部榮三＝星川長七編『基本法コンメンタール商法総則・商行為法』（4版）日本評論社、

定の境界は突き詰めると曖昧である。⁽³¹⁾

したがって、客観的確定を全て無効とすべき必然性はなく、主観的不確定をどこまでの範囲で有効とすべきかを検討すればよいことになる。改正前商法は、全ての保険契約者等および保険者にとって主観的に不確定であれば客観的には確定していても有効とする一方、保険契約者等または保険者の一部において主観的に確定している場合には無効としていた（改正前商法 642 条。改正前商法 683 条 1 項で生命保険契約にも準用）。

保険の経済的要件からすると、全ての保険契約者等にとって主観的に不確定であり、かつ、保険者にとっても主観的に不確定であれば、経済的な保険と取り扱って問題ないと考えられる。他方、いずれかでも主観的に確定していると、保険の経済的要件が充足されていると言ひ難いため、経済的には保険ではないことになる。⁽³²⁾なぜなら、保険契約者等として主観的に確定していれば、そもそも保険契約者等に経済的不確実性は存在しないのでリスク移転の要件を充たさない。他方、保険者として主観的に確定していれば、保険者は経済的リスクを引き受けないのでリスク移転の要件を充たさないばかりか、同質な不確定事象を多数集積することによって分散（ばらつき）を小さくするというリスク集積の要件も充たさないからである。⁽³³⁾したがって、改正前商法 642 条は、保険契約者等の全員および保険者の主観的不確定を求める点において、保険の経済的要件の観点からすると誠に適切な規整であったことになる。

これに対して、保険法は、改正前商法の規整に 3 つの変更を加えた（保険法 5 条、39 条、68 条。以下、保険法 5 条等という）。具体的には、主観的確定のある一部遡及保険類型の有効化（次述(1)）、規整対象の縮小（後

、（1997 年）241 頁〔中西正明〕参照。

(31) 将来事象については、絶対に確実な事象は存在しない。また、過去事象についても、既知と思われていたことが誤解だったと後日や後世に判明することもある。

(32) 白杉・前掲注 (13) 19 頁注 10 参照。そのため、保険学の学者には改正前商法 642 条を強行規定と解する考え方もあった（加藤由作『海上危険新論』春秋社（1961 年）10 頁注 4 参照）。

(33) 吉澤・前掲注 (1) 130 頁参照。

述(2))、遡及保険における確定対象事由の変更(後述(3))である。

(1) 主観的確定のある一部遡及保険類型の有効化

保険法5条等は、主観的確定のある保険契約のうち、生存保険契約以外の遡及保険の一部類型についてのみ無効と規定した。この新たな規整の考え方は、原則として遡及保険が有効であることを前提として、保険契約者等が保険給付を受けることが「不当な利得」に該当する場合、および、保険者が保険料を取得することが「不当な利得」となる場合に限り、無効とするものである⁽³⁴⁾。

このように、保険法が「不当な利得」の発生有無を遡及保険の有効性の判別基準としてしまったがために、保険の経済的要件を充足しない場合であっても、つまり、経済的な保険ではない場合であっても、法文の反対解釈により、「不当な利得」が発生しないとして有効な保険契約として取り扱うことになってしまった遡及保険類型がある⁽³⁵⁾。

具体的には、第1に、保険事故等の発生が確定しており、保険者の主観的確定である遡及保険であっても、保険契約者等が主観的不確定であれば有効となる(保険法5条等1項の反対解釈)。たとえば、ある別荘の持ち主が火災保険に加入していたが、満期になったにもかかわらず継続手続きを怠っていた。2週間ほどして、そのことに気づき、ただちに火災保険に加入したが、空白期間があると気持ち悪いので、保険始期を前契約満期日とする遡及保険とした。ところが、この別荘は満期1週間後に類焼で部分罹災していた。保険契約者は罹災事実を知らなかったが、保険会社の代理人たる保険代理店は罹災事実を知りながら遡及保険契約を締結した事例では、当該遡及保険契約は有効な保険契約となる。

(34) 萩本・前掲注(2)61-62頁参照。なお、「不当な利得」では説明できない遡及保険類型があることについて吉澤卓哉「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(2010年)参照。

(35) 吉澤・前掲注(34)、同「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てがかりに——」保険学雑誌609号(2010年)参照。

第2に、保険事故等の不発生が確定しており、保険契約者等の主観的確定である遡及保険であっても、保険者が主観的不確定であれば有効となる(保険法5条等2項の反対解釈⁽³⁶⁾)。たとえば、ある事業者において、使用者の負担で新入社員全員について死亡保険に加入すべく、新入社員全員の被保険者同意を入社日に取得した。ところが、使用者は保険契約手続を失念してしまっただが、2ヶ月ほどして思い出した。使用者は慌てて、入社日を遡及日とする遡及保険契約を締結した。なお、保険契約申込時点において新入社員全員は健在であり、使用者たる保険契約者はそのことを了知しているが、保険者は知らない事例では、当該遡及保険契約は有効な保険契約となる。

(2) 規整対象の縮小

保険法は、主観的確定に関する改正前商法の規整対象を2つの側面で縮小した(可能性がある)。1つは遡及保険への限定であり、もう1つは生存保険の除外である。そのため、それらの保険契約については保険法の遡及保険規整を類推適用することになる可能性が高いが、保険法の遡及保険規整の問題点(前述3(1)参照)がここでも問題となる⁽³⁷⁾。以下、順に論ずる。

① 遡及保険への限定

改正前商法642条の規整は、遡及保険の遡及部分⁽³⁸⁾に限定されるものか、主観的不確定全般に関するものか判然としなかったが、保険法5条等は規

(36) 萩本・前掲注(2)61-62頁、大串=日本生命・前掲注(2)53-54頁[花田さおり]、新井修司「契約の成立と遡及保険」竹瀝修他『保険法改正の論点』法律文化社(2009年)28-29頁、山下=米山・前掲注(6)220頁[洲崎博史]、山下=永沢・前掲注(19)77-78頁[梅津昭彦]など、保険法5条等を反対解釈することについて、保険法立案担当者、学者ともに異論のないところである。

(37) 吉澤・前掲注(34)129頁参照。

(38) 遡及保険は、純粋な遡及保険(保険責任期間の全てが過去である保険)もあり得るが、通常は遡及部分と将来部分を含んでいる。

(39) 改正前商法642条の適用範囲については、遡及保険に限定されるとする学説(たとえば、服部=星川・前掲注(30)243頁[中西正明]、石田・前掲注(13)95頁注1、江頭憲治郎)

整対象を明確に遡及保険の遡及部分に限定した。そのため、改正前商法642条が主観的不確定全般を規整するものだと解する立場では、遡及保険の遡及部分以外の主観的不確定事象については、保険法制定によって明文の適用根拠を失ったことになる（もちろん、類推適用の可能性は残っている）。

そのため、保険法施行後は、主観的に確定している将来保険の取扱いを法解釈で埋める必要がある⁽⁴⁰⁾。もし、保険法の遡及保険規整が、主観的に確定している将来保険に類推適用されるとなると、前述3(1)と同様の問題が生じる。具体的には、第1に、保険事故等の将来発生が客観的に確定しており、保険者の主観的確定である将来保険であっても、保険契約者等が主観的不確定であれば有効となる（保険法5条等1項の反対解釈の類推適用）。第2に、保険事故等の将来不発生が確定しており⁽⁴²⁾、保険契約者等の

、『商取引法』（4版）弘文堂（2005年）392頁注3参照）や、将来保険にも及ぶとする学説（たとえば、窪田宏「遡及保険について」神戸法学雑誌1巻3号（1951年）558頁、大森忠夫『保険契約の法的構造』有斐閣（1953年）102頁、加藤・前掲注（32）9頁参照。ただし、大森教授はその後、同・前掲注（30）183頁注2において判断を留保している）や、保険事故発生確定については遡及保険のみだが、保険事故不発生確定は「事故発生の可能性の消滅を意味するもの」であって将来保険にも及ぶとする学説（田辺康平「保険事故の主観的偶然性」同『保険契約の基本構造』有斐閣（1979年）196-200頁）等がある。

(40) 新井・前掲注（36）25頁参照。

(41) 保険事故等の将来発生が客観的に確定している事象とは、たとえば次のような事例である。すなわち、ある製造業者が製造した製品の一つに欠陥があり、欠陥製品事故が発生した。けれども、被害者は製造業者や販売店等に何の連絡もしないため、当該製造業者は当該事故の発生を知らない。被害者は、当該製造業者等への連絡や交渉を経ることなく、いきなり損害賠償請求訴訟を裁判所に提起した。そして、おりしも裁判所が被告たる当該製造業者への訴状送達を行う直前に、当該製造業者と保険者が、損害賠償請求ベース（CMB: claims-made basis）のPL保険契約（生産物賠償責任保険契約）を締結した。そして、このPL保険契約には製品事故発生日に関する遡及期間が設定されており、当該欠陥製品事故も遡及期間中に発生したものであるため、保険期間中に損害賠償請求されれば保険填補対象となる場合である。客観的には、保険事故発生（＝損害賠償請求）は確実であるが（保険始期の直後に裁判所から被保険者たる当該企業に訴状が送達されるのは確実である）、未だ保険事故（＝損害賠償請求ベースの賠償責任保険では、損害賠償請求）は発生していないので将来保険である。この場合において、保険者が、保険契約締結時までに、訴状未送達の段階で、何らかの事情で提訴事実（＝将来における保険事故発生）を知ることになれば、保険者の主観的確定となる。

(42) 保険事故等の将来不発生が客観的に確定している事象とは、たとえば次のような事例で

主観的確定である将来保険であっても、保険者が主観的不確定であれば有効となる（保険法5条等2項の反対解釈の類推適用）。

② 生存保険の除外

改正前商法の規整は、少なくとも遡及保険については全ての損害保険契約や生命保険契約に適用されたが、保険法は規整対象から生存保険契約の遡及保険を明確に除外した（保険法39条。「死亡保険契約」（保険法38条に定義あり）に規整対象を限定している）。したがって、保険法施行後は、生存保険契約に関する遡及保険の取扱いを法解釈で埋める必要がある。

もし、保険法の遡及保険規整が生存保険契約の遡及保険に類推適用されるとなると、前述3(1)と同様の問題が生じる。具体的には、第1に、「保険事故」の発生が確定しており（つまり、被保険者が生存したまま保険期間終了済みであって）、保険者の主観的確定である遡及保険であっても、保険契約者等が主観的不確定であれば有効となる（保険法39条1項の反対解釈の類推適用）。第2に、「保険事故」の不発生が確定しており（つまり、被保険者が保険期間終了前に死亡済みであって）、保険契約者等の主観的確定である遡及保険であっても、保険者が主観的不確定であれば有効となる（保険法39条2項の反対解釈の類推適用）。

他方、保険法の遡及保険規整は、生存保険契約の遡及保険には類推適用されないとの考え方もあり得る。なぜなら、保険法39条1項、2項は、わざわざ死亡保険契約を規律対象と明示しているからである。⁽⁴³⁾ この場合、

、ある。すなわち、仮に、人間の運動能力は体格・循環器系・筋肉等の物理的制約によって限界があるため、少なくとも今後10年以内に、100メートル走の世界記録が8秒台にはならないとする。けれども、「今後10年間に於いて、100m走で8秒台の世界公認記録を出した最初の選手に対して1,000万円の賞金を提供する」と、ある運動用具製造業者が世界中に向けて約束するとともに、賞金支払に備えるために保険者と約定履行費用保険契約を締結する場合である。この場合において、保険契約者が、保険契約締結時までに何らかの事情で記録達成不能（＝将来における保険事故不発生）を知ることになれば、保険契約者の主観的確定となる。

なお、保険の目的物が滅失したことを知らずに物保険の将来保険を付保する場合は、保険の目的物が存在しない物保険契約なので無効となり、主観的不確定として当該保険契約が有効となることはない。

(43) ただし、生命保険契約における遡及保険規整で生存保険契約を除外したのは、「生命保

改正前商法と同様に、保険者の主観的確定も、保険契約者等の主観的確定も、一律に無効となるとの考え方もあり得よう。

(3) 遡及保険における確定対象事由の明確化

遡及保険では特定の事実の発生・不発生が確定済みであることが問題なるが、この特定の事実（以下、確定対象事由という）の捉え方が保険法で明確にされた。

① 確定対象事由

まず、損害保険契約（ただし、傷害疾病損害保険契約を除く）や生命保険契約では、その遡及保険における確定対象事由が「保険事故」であることが保険法で明確にされた。

ただ、「保険事故」の意味内容は、損害保険契約と生命保険契約とは異なっている。すなわち、損害保険契約における「保険事故」は、「損害保険契約により填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」である（保険法5条1項）。端的には、損害発生の原因となる偶然な事故のことであり、それによって発生する損害のことではない。他方、生命保険契約における「保険事故」とは、「被保険者の死亡又は一定の時点における生存」のことである（保険法37条）。端的には、被保険者の生死という結果のことであり、その原因となる長寿や傷害疾病等のことではない。

他方、改正前商法における確定対象事由は「事故」であった（同法642条、683条）。生命保険契約においては、確定対象事由たる「事故」が被保険者の死亡または一定時点における生存を意味することは間違いないが、損害保険契約においては、確定対象事由たる「事故」が保険事故のみを指すのか、保険事故による損害の発生を含むことがあるのかについては議論

、保険契約においては、保険契約締結前のある時点で被保険者が生存していたことを保険事故とすることは考えにくいことから、」規律対象を限定したと説明されているので（山下＝米山・前掲注（6）213頁〔洲崎博史〕参照）、生存保険契約の除外について、それほど強い立法意図はないのかもしれない。

が分かれるところだった（この点は後述する）。

次に、傷害疾病定額保険契約では、その遡及保険における確定対象事由は、規定文言自体は異なるものの、内容としては生命保険契約と同様に規定されている。すなわち、確定対象事由は「給付事由」とされており（保険法 68 条）、「給付事由」とは「傷害疾病による治療、死亡その他の保険給付を行う要件として傷害疾病定額保険契約で定める事由」（保険法 66 条）、すなわち、傷害疾病自体ではなく、傷害疾病の結果として発生する治療、死亡、入院、後遺障害等々のことである。なお、傷害疾病定額保険契約は保険法で新たに規定された典型契約類型であり、改正前商法においては規律が存在しなかった（生命保険契約に関する規律を類推適用する余地が存在するだけだった）、改正前商法下の規整内容と直接比較することはできない。

そして、保険法では傷害疾病損害保険契約という契約類型が新たに設けられた。けれども、傷害疾病損害保険契約は、損害保険契約の一種であるから、改正前商法においても遡及保険規整が存在していたことになる（ただし、傷害疾病損害保険契約という概念自体が存在しなかったため、特有の規律はなかった）。したがって、改正前商法においては、傷害疾病損害保険契約の遡及保険における確定対象事由は「事故」であり（改正前商法 642 条）、傷害疾病自体のみを指すのか、傷害疾病による損害の発生を含むことがあるのかという論点が、一般の損害保険契約と同様に潜在的には存在したと言えよう。保険法ではこれが明確化され、「保険事故」（＝傷害疾病）自体ではなくて、「保険事故による損害」（＝傷害疾病により必要となる治療、死亡等によって生じる損害）が確定対象事由とされた（保険法 35 条）。⁽⁴⁴⁾ 傷害疾病定額保険契約に平仄を合わせたものだと考えられるが、

(44) 保険法 35 条の「保険事故」に関する読替規定は、「保険事故」としての「傷害疾病」が発生しても、必ずしも填補されるべき損害が発生するとは限らないため、保険の悪用防止という趣旨を充足するためには「保険事故」発生についての悪意を捉える必要はなく、「保険事故による損害が発生したこと」を悪意・善意の判断対象としたと言われている（大串＝日本生命・前掲注（2）261 頁【畑英一郎】。しかしながら、この規定ぶりでは「保険の悪用防止」の趣旨が充足されるとは俄かには思われない。むしろ、保険法では、「傷害

表 遡及保険における確定対象事由

保険契約類型	改正前商法・ 保険法	原因事故	経済需要
損害保険契約	改正前商法	<u>担保危険の顕在化</u> (=「事故」)	<u>損害</u> (=「事故」?)
	保険法	<u>担保危険の顕在化</u> (=「保険事故」)	「保険事故」による損害
死亡保険契約	改正前商法	傷害・疾病・老衰	<u>被保険者の死亡</u>
	保険法	傷害・疾病・老衰	<u>被保険者の死亡</u> (=「保険事故」)
生存保険契約	改正前商法	生存	<u>一定時点における</u> <u>被保険者の生存</u>
	保険法	生存	<u>一定時点における</u> <u>被保険者の生存</u> (=「保険事故」)
傷害疾病 定額保険契約	改正前商法	(規定なし)	(規定なし)
	保険法	傷害・疾病	<u>被保険者の治療・</u> <u>死亡他 (=「給付事由」)</u>
傷害疾病 損害保険契約	改正前商法	<u>傷害・疾病</u> (=「事故」)	<u>被保険者の傷害・</u> <u>疾病によって生ずる損害</u> (=「事故」?)
	保険法	傷害・疾病 (=「保険事故」)	「保険事故」による損害

(筆者作成。実線下線は遡及保険における確定対象事由、破線下線は確定対象事由となる可能性があるもの)

遡及保険規整における確定対象事由が、改正前商法から実質的に変更されることになった。

以上を一覧表にまとめると表のとおりである。この表においては、各保険契約について、⁽⁴⁵⁾経済需要の発生原因(以下、原因事故という)⁽⁴⁶⁾と経済需

、疾病損害保険契約」に関する規律を、「給付事由」概念を中心とする「傷害疾病定額保険契約」に関する規律(保険法68条1項、2項、93条2号)に合わせたものと捉えるのが自然であろう。吉澤卓哉「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(2011年)7頁注5参照。

(45) 江頭・前掲注(13)407頁注1参照。

(46) 原因事故は危険事故とも言うが、保険法における「危険」と混同を生ずるおそれがあるので、本稿では原因事故と呼ぶこととした。

要の発生内容を示すと共に、遡及保険における確定対象事由を下線で示している。

② 損害保険契約における確定対象事由

さて、保険の経済的要件の観点から、保険法の遡及保険規整における確定対象事由の問題として取り上げるのは、傷害疾病損害保険契約以外の損害保険契約⁽⁴⁷⁾である。

ここで、次のような事例が考えられる。たとえば、ある船舶が座礁した。ところが、この船舶は無保険だったので、座礁後、その損害額が未確定の時点で、船主・保険者ともに当該座礁事故の発生を了知したうえで、当該船舶を保険の目的物として、当該座礁事故を保険事故として取り扱う船舶保険契約を締結する事例である。またたとえば、ホテルで大規模な火災事故が発生した。その火災事故の後に、当該火災事故による賠償責任額が未確定の時点で、ホテル経営者・保険者ともに当該火災事故の発生を了知したうえで、当該火災事故に基づく賠償責任を保険事故として取り扱う賠償責任保険契約（オカレンス・ベース）を締結する事例である⁽⁴⁸⁾。

こうした事例は、保険法の下では、確定対象事由たる「保険事故」の発生を保険契約者等が了知していることになる。なぜなら、損害保険契約における遡及保険の確定対象事由は「保険事故」（保険法5条）であり、そして「保険事故」が定義されており（同条1項）、しかも、同じ損害保険契約であっても傷害疾病損害保険契約に関しては、確定対象事由が「保険事故による損害」と明確に書き分けられているからである（保険法35条）。したがって、傷害疾病損害保険契約以外の損害保険契約に関しては、遡及

(47) 傷害疾病損害保険契約以外の損害保険契約には、傷害疾病損害保険契約に該当しない人損害保険契約も含まれる。吉澤・前掲注(44)8-12参照。なお、それらのうち、保険の対象者の死亡全般を保険事故とする人損害保険を非典型契約と捉える学説もある。山下＝米山・前掲注(6)145-146頁〔洲崎博史〕参照。

(48) 栗田和彦「遡及保険と推定危険保険の異同」関西大学法学論集48巻3・4号（1998年）419頁注4参照。

(49) MGM グランドホテル（米国）の火災事故（1980年11月21日。死者85名、負傷者700名以上）の後に遡及保険が手配された。金光良美『米国の保険危機』保険毎日新聞社（1987年）28-32頁参照。

保険における確定対象事由を「保険事故による損害」と解釈するのは困難だと思われる。そうであるとする、こうした事例は絶対的強行規定と解されている⁽⁵⁰⁾保険法5条1項に抵触するので、当該保険契約は無効になってしまう可能性が高い^(51,52)。

他方、改正前商法では、確定対象事由たる「事故」に関する定義規定は存在せず、また、傷害疾病損害保険契約に関する特別規定も存在しなかった。そのため、損害保険契約（傷害疾病損害保険契約か否かを問わない）の遡及保険における確定対象事由は、法文上は「事故」と規定されているものの、事案に応じて「(保険) 事故による損害」と解釈することも可能だった^(53,54)と思われる。このように解すれば、上述の例（船舶座礁やホテル火災）では、確定対象事由について、保険者も保険契約者等も主観的に不確定であるので、有効な保険契約であることになる。すなわち、保険の経済的要件であるリスク移転の観点からもリスク集積の観点からも、保険者および保険契約者等にとって発生損害の程度が不確定であるならば、経済的な保険として全く問題ないのである。そしてまた、上述の例のように、保険契約当事者等の全員が事態を承知しているような場合にまで、当該保険契約を無効とする必要性は実質的にない（「不当な利得」も発生しないし、社会的にも不相当・不適当ではない）。

(50) 萩本・前掲注 (2) 63 頁、山下＝永沢・前掲注 (19) 77 頁 [梅津昭彦] 参照。

(51) 仮に、保険法の下でこうした保険契約の有効性を認めるとすると、こと保険法5条1項に関する限り、常に絶対的強行規定である訳ではないと解釈することになろう。

(52) なお、保険法5条等が無効と規律しているのは、当該遡及保険契約は保険法上の「保険契約」であるものの無効と規律しているのか、それとも、そもそも保険法上の「保険契約」にも該当しないうえ、一般の契約としても無効である旨を規定しているのか判然としない。保険法は規律対象とする契約が経済的な保険として行われていることを前提としていること（ただし、貫徹されていないことは本稿で述べたとおり）、そして、保険法5条等が完全な主観的確定（保険契約者、保険者ともに主観的確定である場合）も規律対象としていることからすると、法文の外形上は前者であるが、実質的には後者であるように思われる。

(53) 加藤・前掲注 (32) 14 頁参照。

(54) あるいは、保険法と同様（前掲注 (51) 参照）、こと損害保険契約に関しては常に絶対的強行規定である訳ではなかったと解することになろう。

このように、「保険事故」は発生済であるが損害が未確定の損害保険契約（傷害疾病損害保険契約を除く）は、保険の経済的要件を充足するが故に経済的には保険であるものの、保険法施行により、たとえ保険契約者および保険契約者等の全員が事情を承知したうえで締結したものであっても、「保険事故」発生について保険契約者等の主観的確定があるとして保険法5条1項をそのまま適用すると、当該契約は無効になってしまう（他方、改正前商法下では有効な保険契約として成立し得たと考えられる）。もしこの解釈が正しいとすると、保険の経済的要件の観点からは、経済的には保険である保険契約の一部を、保険法は無効と規律したことになる⁽⁵⁵⁾。けれども、経済的には保険である場合には保険法5条1項は適用されず、有効な「保険契約」であると解すべきであろう⁽⁵⁶⁾。

(55) なお、この問題は、傷害疾病定額保険契約や傷害疾病損害保険契約にも繋がっていくものである。

すなわち、傷害疾病定額保険契約に関しては、確定対象事由が「給付事由」とされているので（保険法68条1項。また、本文の表参照）、たとえ傷害疾病が発生済みであっても、「給付事由」が未発生の時点であれば、経済的不確実性が存在するが、保険法においても有効な保険として取り扱われる（萩本・前掲注（2）63頁注3参照）。

ところで、たとえ「給付事由」が発生し始めていても、給付内容が未確定の時点で締結された傷害疾病定額保険契約であれば（たとえば、被保険者の入院が「給付事由」であり、入院日数に応じて保険給付がなされる傷害疾病定額保険契約を、重傷を負った被保険者が入院を開始した時点で締結する事例）、経済的不確実性が存在するので経済的な保険として取り扱う余地がある。

そして、傷害疾病損害保険契約に関しても、傷害疾病定額保険契約に関する上述の議論がそのまま当てはまる。すなわち、損害保険契約一般と異なり、確定対象事由が「保険事故による損害」の発生・不発生であるので（保険法35条による保険法5条1項の読み替え）、たとえ「保険事故」が発生済みであっても、「保険事故による損害」が未発生の時点であれば、経済的不確実性が存在するが、保険法においても有効な保険として取り扱われる。

ところで、たとえ「保険事故による損害」が発生し始めていても、総損害額が未確定の時点で締結された傷害疾病損害保険契約であれば（たとえば、被保険者の治療費が「保険事故による損害」であり、治療費に応じて保険給付がなされる傷害疾病損害保険契約を、重傷を負った被保険者が入院を開始した時点で締結する事例）、経済的不確実性が存在するので経済的な保険として取り扱う余地がある。

(56) あるいは、たとえ保険契約者等が「保険事故」の発生を了知していたとしても、填補対象損害の損害額が未確定であり、かつ、そうした事情を保険者も了知している場合には、「不当な利得」の発生を防止するという保険法5条1項の趣旨からすると同項には抵触し

4. 結論

経済的な保険であることが保険法適用の前提条件であることから、保険法制定時の改正内容に問題がなかったかどうかを、保険の経済的要件（リスク移転、リスク集積、リスク分散）の観点から検証した。

その結果、保険の経済的要件に基づく各種規整のほとんどは、保険の経済的要件の観点からの問題は特に認められなかった（むしろ、改正前商法よりも保険の経済的要件に忠実なものとなったと言える規整もある。なお、紙幅の関係から本稿では記述を省略した）。

その一方で、保険の経済的要件の観点からは問題があると考えられる規整も存在することが判明した。具体的には、第1に、「保険料」要件が新設されたため（保険法2条1項）、全保険契約者一律の保険料である保険や、付保危険と無関係な指標のみで保険料の多寡が決まる保険は、たとえそれが経済的には保険であるとしても、保険法の適用対象である「保険契約」から外れる可能性がある（前述2(2)参照）。もし保険法上の「保険契約」でないとしても、経済的には保険である場合には、保険法の各種規律の類推適用を検討すべきであろう。

第2は、主観的確定および遡及保険に関する規整である（保険法5条等）。まず、主観的に確定している遡及保険の一部類型が無効規定から除外されたことは（反対解釈として有効になると考えられている）、保険の経済的要件であるリスク移転およびリスク集積の観点からは疑問の残る立法がなされたと言えよう。そうした類型の遡及保険が有効だとすると、経済的には保険でないものをも保険法では「保険契約」として取り込んだ可能性がある（前述3(1)参照）。また、保険法の主観的確定に関する規律は、生存保険契約を除く遡及保険に限定されているが、将来保険や生存保険契約の遡及保険に関して保険法の遡及保険規整を類推適用するにあつ

、ない、と説明することになろう。なお、この説明の仕方は、改正前商法下で、承諾前死亡となった死亡保険契約を有効な契約と取り扱う解釈（大森・前掲注(30)185-189頁、中西・前掲注(29)(1981年)32頁、山下・前掲注(6)214頁参照）と同様である。

ては、経済的には保険ではないものも遡及保険規整で有効とされていることに留意する必要がある（前述3（2）参照）。このような遡及保険契約は、保険法上は有効な「保険契約」として取り扱われるものの、経済的には保険ではないと考えるとすると、遡及保険規整以外の保険法の各種規律をそのまま適用してよいかを、規律毎に慎重に検討すべきであろう。⁽⁵⁷⁾

逆に、遡及保険における確定対象事由が明確化されたことにより、経済的には有効な保険と考えられる損害保険契約の遡及保険の一部が、保険法では、少なくとも外形上は無効と規律されてしまったようである（前述3（3）参照）。けれども、経済的には保険である場合には保険法5条1項は適用されず、有効な「保険契約」であると解すべきであろう。

以上のように、今回の保険契約法改正を保険の経済的要件から検証してみると、規律のほとんどは保険の経済的要件に沿うものであったが、若干の問題を抱えていることが判明した。今後、こうした論点にも十分留意しながら保険法の解釈・適用を行うべきであろう。⁽⁵⁸⁾

(57) 吉澤・前掲注(35) 129-135頁参照。

(58) 本研究は、公益財団法人かんぽ財団の平成27年度調査研究助成による成果である。ここに記すとともに感謝申し上げます。