

新刊紹介

ハンスーレオ・ヴァイヤース著
『保険契約法』(3)の1

藤 岡 康 宏
新 山 一 範
藤 原 正 則

2. 保険者

93 a) 何らかの意味では『保険業』と呼べる業務形態で(参照, 保険監督法1条)ドイツ国内でリスクの引き受けを行なっている者を全部集めてみると, 社会保険という重要な分野を全く除外しても, その内訳は誠に種々雑多である⁽⁴²⁾。

従前は話題の中心にあった一般に良く知られている保険企業の他に, 特に目につくのは, 職業団体の援助・年金団体及び市町村や市町村連合の危険団体との提携(地方公共団体の『損害補償』)である。さらにその中に含まれるのが公法上の機関及び団体で, これ等〔が保険業務を行なっているの〕は多少とも歴史的伝統による。以上の団体のほとんどは強制乃至独占団体であったが, その意味は, 一定の要件が備われば(例えば, 建物所有権)その団体と自動的に保険を締結したことになるか, 或いは少なくとも保険締結の義務を負う(建築物火災保険, さらに家畜保険も同様), 乃至は強制の度合いがもっと低いときにもやはり, ある地域での一定の保険はその団体とだけ締結可能だった(火災保険)という事情である。しかしこの間で保険独占はヨーロッパ経済共同体設立条約(EWGV)8条aに違反しており許されないことになり, 連邦のレベルでは廃棄されるに至った。〔但し〕ラントの法律にその基礎がある限りでは, まだその一部は調整の過程にある⁽⁴³⁾。

(42) 参照, Goldberg/Müller, §1 VAG, Rn. 6ff.

- 94 消費者や専門職のような公衆にとって実際上まずは重要な保険営業に限って見ると、保険部門の**企業形態**の全体像はすぐにはっきりする。『保険営業』（保険監督法 1 条 1 項）を営もうとする者は、原則として国家の監督に服することになり（より詳しくは、Rn. 112）、この種の企業の法的形態は一定のものに限られている。ドイツに本拠地を置く企業では、その企業形態は株式会社（AG）及び相互保険会社（VVaG、参照、保険監督法 7 条 1 項）（加えて、公法上の保険組織、団体がある）である。
- 95 この企業形態から、ヨーロッパでの**保険産業の発生**をいまでもはっきりと見てとることができる。即ち、商業的（企業の保険）、団体的保険及び国営保険である⁽⁴⁴⁾。その発生が地理上は中世後期の北イタリアで対象としたのは主に海上保険（船舶と積荷）だった商業的保険の特徴は交換関係である。即ち企業家は顧客のリスクを引き受け、その代りに定額の反対給付を得る。もちろん保険計算の基礎を欠いておりかつ十分な被保険者の数が確保できずリスクの填補に限られた範囲内でだけ可能だった時代に関してではあるが、今日よりずっと高額な保険料のプレミアの高寡は、各契約締結の度毎に負担するリスクに従って決定されていた。その反対に、他の保険制度の発生の特徴は、共同体が一定の損害が発生したときはその構成員に代って損害を負担する、その為に必要な資金を構成員全員に負担させるという危険団体への多数人の共同の集結である。こうした団体の共同団体としての性格は、総ての構成員は原則として同権であり団体の決定に関与できたという点に表現されている。こうした保険の典型例が火災金庫（例えば、1676年のハンブルクー一般火災金庫）である。保険部門のドイツでの第三の発生源は今日では私保険法では小さな役割を果たしているにすぎない。これ等の保険は、市民の福利の為の、特に絶対主義の領邦君主の、国家の福祉事業である。Rn. 93でふれた公法上の保険の存在は、ほとんどこうした国家の福祉事業にその由来を持っている。

(43) 1993年7月22日の法律（BGBl. 1993 I S. 1282）；同法については、Renger, VersR 1993, 942を参照。

(44) 保険部門の歴史については、Arps, Auf sicheren Pfeilern, Deutsche Versicherungswirtschaft vor 1914, 1965；同, Durch unruhige Zeiten, Deutsche Versicherungswirtschaft seit 1914, 1. Teil 1970, 2. Teil 1976；Koch, Geschichte der Versicherung, in: Farny 他編, Handwörterbuch der Versicherung, 1988, S. 223ff.

96 株式会社形態の保険企業の法律関係は株式法によるが、特に定款の作成、資本充実、公示、計算に関しては保険監督法で幾つか特別な規定が置かれている⁽⁴⁵⁾。但しだからといって基本的にはこうした保険会社と株式会社の一般的法規律と相違がある訳ではない。以上と反対に相互保険会社については保険監督法に詳しい規定がある(VAG15～53条b)。同法によると、『大規模』相互保険会社と『小規模』相互保険会社が区別されている(保険内容、地域或いは人的範囲が非常に限定されているのが『小規模』相互保険会社である。この区別は監督庁の判断による。参照, VAG53条)。大規模相互保険会社には、部分的には保険監督法の指示により(VAG34条以下)、多くは同様に株式法が適用され、それ以外では民法の社團に関する規定が補充的に適用される。小規模相互保険会社では基本的な事からに関しては後者即ち民法の社團規定が適用され、さらに一部は協同組合法も適用となる⁽⁴⁶⁾。この二分類の理由は、小規模会社では、機関と被保険者間の結合の協同組合からの由来がいまだにはっきり見てとることができるが、反対に大規模会社ではそれがもはやほとんど認め難いという事情による。又実際上も大規模相互保険会社はほとんど株式会社と同じになってきている。大規模会社ではその構成員以外の者の保険を受けることも可能である(VAG21条2項)。

97 b) 保険監督法が定めているのは、保険企業は特定の法人形態をとる必要があるという原則だけではない。さらに、特定の保険分野は各々、他の分野の保険を行う企業ではなく専らその分野の企業により営業さるべきだ、という制限も課している(『貯蓄の分離』, 複数の保険部門を同時に営む『複合保険者』がその反対概念である)。以上の制限は依然として今日でも全面的に内国生命保険と法定疾病保険の代りになる私疾病保険でも残されている(参照, VAG 8条(1a)⁽⁴⁷⁾)。こういった保険の分野ではその保険にとって不都合となるようなりリスクの集積は防止しておく必要がある(リスクの大きい損害保険の損失によって社会的に特に重要な保険の安全性が危殆化される可能性があるから)のである。

さらに最低の組織上の分離が(内国)争訟保険では定められている。即ち、保険事故の審査は独立した損害清算会社が行う旨の規定がある(VAG

(45) 詳細は, Schmidt/Frey, vor §15VAG, Rn. 45を参照。

(46) その概観は, Schmidt/Frey, §53VAG, Rn. 7ff.

(47) ヨーロッパ連合法による貯蓄の分離の問題性については, Dreher, DB1992, 2605.

8 条 a)。この保険では（例えば、一方の被保険者の『権利実現』と他方の被保険者の『責任』填補を同一の企業が行なうといった）利害衝突の可能性を排除しておく必要がある⁽⁴⁸⁾。

98 c) 総じてドイツには400以上の保険企業がその本拠地を置いている（共済年金金庫及び葬祭互助会を除いて）。その内訳は、約280が株式会社、相互保険会社が約85、公法上の組織約40となっている。その中で大きな割合を占めているのが、物保険、責任保険及び傷害保険会社である。大体それと同じ位なのが、生命保険及び疾病保険である⁽⁴⁹⁾。それがドイツ国内で店舗展開するか、国境を越えてのサービスの流通の結果のいずれかは問わないとして、特にヨーロッパ連合内の外国保険会社の活動が将来ドイツで大きな意味を持つのかは、現在のところ確かな予測はできない。

99 個別保険部門の相対的な重要性をはかる手懸りとなるのは、各々の保険部門の内国での総プレミア収入の割合である。その割合は、一次保険（即ち、再保険を除いて）では、他を大きく引き離して生命保険（40%弱）が、次に、責任、傷害、自動車、争訟保険（31%）、私疾病保険（13%）、物保険部門（11%）という順序になっている⁽⁵⁰⁾。

3. 保険監督

保険契約をとりまく重要な事情の一環は、保険企業の営業活動に国家の保険監督が課しているルールである。

100 a) 『保険監督』が意味するのは、保険者の活動はドイツでも他の国々と同様に官庁、即ちベルリンの連邦保険監督局（＝BAV）によりコントロールされているということである。そのコントロールの主たる法的基礎は、既に何度とも言及した1901年5月12日の保険企業の監督に関する法律（＝VAG、その名称も内容も何度も変更された）である⁽⁵¹⁾。同法の中味は幾つかの点で銀行及び与信営業の監督に適用される規定と大体同じである。

(48) 詳細については、Dreher, DB1992, 2607（その他の文献につき Fn. 45）。

(49) ドイツ保険協会年報1993年，141頁。

(50) ドイツ保険協会年報1993年，33頁。

(51) 保険監督法の抜粋が付録 I にある。連邦保険監督庁の設立に関する1951年7月31日の法律（＝BAG）もこれに関連する法律であり、補充的なルールである。これ等の法律の全体については、Schmidt/Frey, Vorbem. Rn. 1ff. その発展過程に関しては、Tigges, Geschichte und Entwicklung der Versicherungsaufsicht, 1985. 近年の展開について短くまとめたものは、Fahr/Kaulbach, Versicherungsaufsichtsgesetz mit BAG-Kommentar, 1994, vor §1 VAG, Rn. 35ff.

〔ところで〕現在の保険監督のシステムは今一つわかりづらい。その訳は、保険監督の諸原則の根本的変革がまだ完全には行われていない点にもあるが、他方今一つは、そのシステムの理解にはドイツの伝統的な監督の為の規定だけを見ていたのでは間にあわないという事情がある。今日既に、内国の保険者にだけ適用される規定の意味の理解にすら、その規定はヨーロッパ法上の基準に基づいていることをわかっておく必要がある。さらに踏まえておかなければならないのは、ヨーロッパ連合の他の諸国から来た保険者はその国境を超えてドイツ国内でサービス提供も支店展開も可能だという事情であり、その結果そういった保険者の監督の為に適用されるのはほとんどがその本国法だがある程度はやはりドイツ法でもあるということである。結果としては、ドイツ国内で活動する保険企業の監督は、ドイツ、ヨーロッパ、及び外国法のまざりあった法が基準となる⁽⁵²⁾。誤解を避ける為に言っておくと、保険会社の監督とは別にその保険会社が〔ドイツ国内で〕締結した契約に関しては基本的にドイツの契約法が適用される（この点につき詳しくは Rn. 110）。

『誰でもが利用する保険』についての契約をとりまく条件を理解する第一段階としては、ドイツ国内でのドイツの保険会社の活動を監督するための内国法の重要な原則に焦点を絞った方が、確実に話はわかり易くなる。という訳で、まずその点を検討しよう。これらの原則は、立法者はこういった監督システムの草案を作るにあたって基本的にはどのような選択が可能かを明らかにし、初期の監督の歴史を見ておくと、よりよく理解できる。

- 101 b) 近代の立法者が総て共通の出発としているのは、保険分野は完全には自由な市場の力に委ねることはできないという認識であった。

自由な市場に保険を委ねることは国民経済的見地からも不経済であるし、そのことは保険の顧客が商人、営業主、工場主等で構成されている保険の分野にすらあてはまる理である。何となれば多くの場合問題となっているのは重大な価値のあるものの保障であり、被保険者には保険者が断続的に支払能力があり、ひとたび保険事故が発生すればどんな状況でもこれが填補されるという信頼が与えられなければならない。国民経済全体として考えるとコストがかからないのは、各々の利害関係者が各自保険契約を締結する度にすべての重要な事情について必要な情報を集める責任を負わせるよりも、その為

(52) 包括的な概念が、Schmidt/Frey, Vorbem. Abschnitte I., II., Rn. 1ff. にある。1989年までの団体法の影響については、Abschnitt VI., Rn. 68ff.

の官庁の部門に一般的な保全の措置をとらせる方法である。

ましてや、『誰でもが利用する保険』では保険監督は絶対に不可欠である。この分野では上で述べたような情報に関する格差が存在しそれが一般公衆の不利益となる。しかもそれは疾病保険とか年金・遺族年金のような社会的に非常に重大な分野においてであり、その不備の危険はともそのままに放置しておく訳にはいかないのである。外国でのショッキングな経験もこのことを裏書きしている。

- 102 ドイツの法体系のコンテクストでは、この点については基本的に見解の一致があるが、こうした問題の出発点となるのは〔保険〕監督はその性格から言えばまずは営業警察の一環であったという事実である。何となれば、監督の目的は危険防止だったからである⁽⁵³⁾。もちろん、この点も争いはないのだが、監督は伝統的に（今日の VAG 8 条 1 項 3 号）一般的に警察による危険防止といわれているものをこえておこなわれており、つまり『保険上の……（保険者）の……義務が……継続的に履行され得る』ことが担保されるようにするのを目的ともしていた。

- 103 立法者は更にそこから一步を踏み出し、監督庁に積極的な消費者利益を促進するという役割を負わせる、つまり今日で言う消費者保護庁たらしめることも可能である。〔しかし〕保険監督法によれば連邦保険監督庁はそういった役割をはたせたかもしれないのだが、これは裁判所は言うにとどまらずドイツの伝統的な監督法によって拒絶されてしまった⁽⁵⁴⁾。監督庁は自己の責務をより広く認めようとする傾向にある様であった⁽⁵⁵⁾。〔但し〕現行法での（これについては、以下 Rn. 112）監督権能の制限以来、この態度を持していくことはますます困難になった。もちろん、『被保険者の利益の充分な擁護』とは何か（VAG 81 条 1 項 2 文、これについては同法 81 条 2 項）とか『保険契約上の義務が継続的に履行可能であると充分には陳述されな』かったか（VAG 8 条 1 項 3 号）といった問題に対する解答は、かつてよりも現在の方が現行法の解釈だけからでは充分には与えられなくなっている。そこで問

(53) 『保護理論』については、Gärtner, S. 23f., 145f.; Schmidt/Frey, Vorbem. Rn. 39ff.; Scholz, ZVersWiss 1984, 12f. を参照。

(54) 参照, BVerwGE 61, 59. さらに, Scholz, ZVersWiss 1984, 17f. に他の文献が挙げられている。又, Gärtner, S. 48, 50. 反対は, Angerer, ZVersWiss 1975, 247.

(55) これに対して批判的なのが, Gärtner, S. 144. BVerwGE 61, 59 も参照。

題となっているのは、基本的に法政策的決断なのである。この法政策的決断を決するのは、消費者の利益が期待通り競争によって自動的に実現されるか否かに関する評価である(参照, 前記 Rn. 84以下)。

c) (少なくとも)被保険者の危険の防止という目的を達成する方法は複数有り得る。本書の対象として重要なのは、その内の二つである。

- 104 第一には、基本的には保険部門への企業の参入に一定の条件を要求するにとどめる、ということが考えられる(『参入規制』)。今一つこれに加えて、個々のケースで具体的不備が示された場合に監督庁を活動させる余地もある(『事後の規制』, 『濫用の監督』)。そして、以上が現在主な保険部門での原則となっている(詳細は、後述 Rn. 111)。

第二に、以上にとどまらずこれに加えて、保険者にその『事業プラン』即ちその活動の内部での予定とその後の進展及び変更を総て事前に官庁による認可を受ける必要があると定めることも可能である(『事前の規制』)。その際問題となるのが、何がここで言う事業プランなのか、という点である。考え様によっては事業プランは、株式会社の資金計画についての定款から普通保険約款までの総てに及び得る。ドイツの伝統的な〔保険監督〕システムはそのように作られてきた(これについては更に、後述 Rn. 107)。

保険監督システムとは別に、当然**保険契約の内容**に関する強行法規も、それが全面的又は部分的な強行法的契約モデルであろうと(例えば, VVG 新 159条以下, 178条 a 以下の様な)、約款法の規定しているような個々の契約条項の不当性に関する規定であろうと、それは保険者の営業活動への与件として作用する。これも又、間違いなく行政庁による普通保険約款の規制のシステムに代り得る規制方法である。即ちその場合は、当該の保険契約の内容は直接法律によってルールとされるのである⁽⁵⁶⁾。

- 105 部分的には以上二つの方法のいずれを用いても、企業活動の様々な領域の監督が可能である。具体的には、債権者の請求の満足に応じる保証資本の多寡、集められた金銭の(利子をうむ)資本市場への投資方法、使用されてい

(56) 近年のその歴史的例が、自動車保険の普通保険約款(AKB)の自動車保有車の責任保険に関する重要な規定の、責任保険法4条2項により法的効力を与えられた法令(自動車責任保険における保険保護に関する1994年7月29日の法令[KfzpfIVV] [BGBl. II837]), これについて詳細は、後述特に, Rn. 687)への移行である。今一つの例が、認可義務廃止後の自動車保険に関する片面的強行規定の保険契約法 (§§178aff. 新規定)への移行である。

る普通保険約款の文言、プレミアの料金表の内容、さらには、公衆に流通させる記入用紙の作り方の技術的側面に至るまでも、監督の対象となり得るのである。

- 106 立法者は以上二つの監督システムの内的一方だけを施行すべきで、二つを併せて使ってはならないという訳ではない。様々な保険監督の方法が様々な保険部門の領域で実施され得る。例えば、第一の方法（『参入規制』）を営業保険やあまり重要でない誰でもが利用する保険に、第二の方法（『実質的監督』）を生命保険や疾病保険の様な微妙な〔問題の多い〕領域で実施する等である。更には、総ての保険部門のコントロールを連邦保険監督庁のような一つの行政庁にだけ集中させる必要があるという訳でもない。『事後的コントロール』は裁判所にも委ね得るし、現にわが国ではずっと以前から数多くの（後述、Rn. 146を見よ）普通保険約款によって締結された保険契約が裁判所の判断をあおいできている。

さらにヨーロッパではヨーロッパ連合の存在故に今一つ〔これまでとは〕位相の異なった問題が持ち上っている。即ち、国家のどの監督官庁が複数の国で活動している保険企業に関する——それがどのような種類のものであるにせよ——コントロールのどのような分担をすべきかが、（まずはヨーロッパ連合のレベルで）決定されなければならないのである。

d) ドイツの現状できわ立っているのは、大体1973年に始まり1994年には少なくともとりあえずは終結した大変革である。

- 107 この大変革——ひいては、過去の文献、本書では取り上げない移行措置の諸規定、及び過渡期に関する数多くの公刊物——を理解する為には、ドイツの伝統的な保険監督システムを頭の中に思い描いてみる必要がある。具体的には、このシステムの特徴は以下の様なものである⁽⁵⁷⁾。即ち、誰でもが利用する保険の重要な分野は総て、常に厳格な実質的な保険監督に服していた。参入規制（詳細は、後述 Rn. 112）の他にも、保険監督は保険者の事業計画ひいては保険事業者の使用する普通保険約款の内容にも及んでいた。普通保険約款は保険監督庁の認可があつてはじめて使用できたのである。だからこのようにして保険監督庁は私的自治の排除の下でほとんどの保険契約の内容についても決定を下していたのである。生命保険、疾病保険、傷害保険並びに強制自動車保険ではプレミアの料金表までもが認可の対象であった（VAG旧§11f., PflVG旧§8II）⁽⁵⁸⁾。認可が必要とされた他の総ての保険の

(57) それ以上の細かい点については、旧版、Rn. 102ff. を参照。

(58) この点については、1984年12月15日の自動車責任保険の料率表に関する法令、BGBl. I S. 1437ff. 同法については、Schmidt/Frey, Zusatz zu §12VAG.

分野でも、保険監督庁はプレミアの設定が出費をカバーしないと判断すれば、これを『被保険者の利益』(キー概念)をおびやかす不当な状況とみなして保険監督法旧81条2項1文に基づいて干渉することができた。そういった訳で、監督庁は既に締結されている契約の内容すらも変更できたのである(VAG旧§§5III Nr. 2と結びついて旧§81)。

- 108 さらに實際上大きな意味を持っていたのが、一定のテーマに関して保険者の将来の行動につき、認可を要する事業計画の一部とみなされる拘束力のある一方的な説明(『事業計画に従った説明』)を、保険監督庁が保険者から要求するという実務であった。こういった説明の対象は、特定のしかも法律によって認められた(例えば、求償)請求を文字通りには主張せずモディファイしてだけ行使するといった約束から、公衆との書面のやりとりでは一定の書式乃至は一定の印刷方法を用いるとかこれを避けるといった確約にまで及んでいた。この事業計画に従った説明乃至表示は、幾つかの体系的な問題をひきおこす。その内で實際上最も重要なのが、こういった表示は結局は行政庁に向けての私法取引での行為に関する確認の意思表示にすぎなくても、個々の被保険者はその意思表示から直接に権利を引き出すことができるのか、という問題であった⁽⁵⁹⁾。

- 109 ドイツの伝統的な保険監督のシステムは、ヨーロッパ共同体の法規範の影響の下では、一部は廃棄されざるを得なかった。この変化の原動力となったのが、総てのヨーロッパ共同体加盟国にヨーロッパの共通市場への自由な参入を認めるべきだというヨーロッパ法の至上命題であった。そこからヨーロッパ共同体の機関が引き出したルールが総て、本当にこの至上命題によって根拠づけることができるのか、を今日では色々と考えてみても意味がない。ドイツの立法者はこのルールを政治的に受け容れ、ドイツの現行法にとり入れたのである⁽⁶⁰⁾。

- 110 当然のことながら、ヨーロッパ連合の総ての国の保険市場は他のヨーロッパ連合の国に本拠地のある総ての保険者に開かれている。つまり、一方で保険者は本国から国境を超えてそのサービスを提供できる可能性を持つ⁽⁶¹⁾

(59) Glauber, VersR 1993, 12の概観。BGHZ 105, 150ff. とその指示; OLG Hamm, VersR 1994, 37を参照。その他詳細は、特に後述 Rn. 135と旧版 Rn. 108, 135, 342, 732。

(60) 最も重大な最終的決断は、ヨーロッパ共同体勸告の保険法規準の受け容れに関する第三番目の1994年7月12日の法律, BGBl. I S. 1630の発布であった。同法を基礎として、保険監督法の新法が公布されたのである。個々の規定の施行時が完全には統一されていなかったことについては、この法律の16条を参照。

(61) この点については、ヨーロッパ経済共同体条約(EWG-Vertrag) 52条以下

(サービス提供の自由)とともに、他方で総てのヨーロッパ連合の国に営業所を設けて保険契約〔の締結〕を提供できる(参照, §§85, 110aVAG, 居住地選択の自由)。そこから生じてくる特別な問題は、ここでは詳しくは取り上げない。内国で締結された誰でもが利用する保険契約のほとんど全部には、いずれにせよドイツの保険契約法が適用されるからである⁽⁶²⁾。

他面、上記の至上命題から各国の、従ってドイツ国内の保険部門に関して帰結された間接的な結果は、もっと重大な意味を持っている。以下で取り上げる現在の法状況と伝統的なドイツの体系(上記, Rn. 107)を比べてみればわかる通り、こうした結果をそう簡単に片付ける訳にはいかないのである⁽⁶³⁾。

- III f) 現在の法状況を説明するには、予め言っておかなければならないことが一つある。即ち、**現在のシステム**は次年以後もつまり1994年以後もまだ過渡期にある公算が強いという事情である。確かに前述した大変革は、ヨーロッパ連合の基準となる準則をドイツの内国法とすることでほとんど完了してはいる。しかし、監督システムが実際にどうなるのかは、実は多くはその監督に関与する者が新しいルールに対してどのような態度をとるのかにかかっている。具体的には、まずは連邦保険監督庁、さらに行政裁判権、民事裁判権もこれに劣らず重要だし、今一つはヨーロッパ連合裁判所は言わずもがなである。決定的な意味があると予測されるのは、連邦保険監督庁が以前と同様与えられている保険監督法81条以下の事後的な濫用規制の権限をどう行使するか、しかも考え得る司法上の特典を将来も用いて行使できるかということである。これまででわかったことが示すのは、この官庁は法律上与えられた権限を広く解そうと考えているという事情である⁽⁶⁴⁾。これ等総ての関係

及び EuGH, VersR1986, 1225.

(62) 国際保険契約法に関しては、ヨーロッパ共同体保険契約法 (EGVVG) 7 条以下を参照。その概観は、Basedow/Drasch, NJW 1991, 785ff.; Imbusch, VersR 1993, 1059ff.。詳細は、P/M/Prölss, Anm. vor Artt. 7ff. EGVVG 及びその諸規定。

(63) この状態は様々な保険部門で、既に1986年12月4日のヨーロッパ裁判所の判決(上記 Rn. 110)及び各々一定の(第1, 第2, 第3)『世代』の基準によって特徴づけられる中間段階を経て達成された。その概観が、Fahr, Aktuelle Reformfragen zum VAG, 1993, S. 3及び VersR 1992, 1033ff.; Fahr/Kaulbach, VAG vor §1VAG, Anm. 38f.; Prölss/Armbrüster, DZWIR1993, 399.

(64) 反対なのが、Dreher, VersR 1993, 1443.

者が一定のルーティンに組み込まれて始めて、変更されたシステムがどう機能するかをより正確に評価することができよう。

- 112 以上の留保を付した上で、本書でとりあげる保険部門の重要な部分（『誰でもが利用する保険』）の総てに対する現行監督システムの輪郭は以下の様なものであると言える。

保険事業を営む者は、その許可を受ける必要がある（『**参入規制**』§§5ff. VAG）。この許可は原則としてヨーロッパ連合全域で効力を持つが、保険企業がその住所地（本拠地）をもつヨーロッパ連合加盟国の監督官庁から与えられる⁽⁶⁵⁾（参照、§§85, 110aVAG, 『本店所在地国規制』, 『本国主義』）。だからドイツではこの官庁は連邦保険監督庁である。以上の許可は、ヨーロッパ内で部分的には異なっている各国の現行法の許可の要件をならしていくという方向で発展してきている⁽⁶⁶⁾。ドイツに住所を持つ企業の認可には、保険監督法の認可の要件が適用される（§§5ff. VAG, 行政法の用語を使えば、許可を留保した禁止、**認可主義**、である）。その要件をまとめると、〔保険企業の〕企業形態として考えられるのは、基本的には株式会社及び相互保険会社である（＝相互保険会社については、Rn. 94. §7VAG 参照）。〔保険〕企業の財政的基礎と計画はその財産状態も含めて一定の経営技術上の最低条件の透明性と適正さを充足する必要がある（参照、§§53cff. VAG）。企業の経営と大きな持分権者（株主）については、一定の人的資質が明らかにされなければならない（参照、§5VNr. 5ff., §§7a, 8, 104VAG）。生命保険と法定疾病保険の代りになる疾病保険では、その保険に関する原則が遵守される保障の為に、責任を持たされた裁判所書記官が任命される必要がある（§§11a, 12VAG, この点について詳しくは、Rn. 672, 684e）。

以上の参入規制を補完するのが、企業に対する**継続的な監督**である。継続的監督に関しては、『法律上の監督』と『財政上の監督』に分けることができる。前者は、適法な事業運営と総ての当該法規の遵守を事業計画の法的根拠をも含めて確保する。後者の目的は、保険契約上の義務を継続的に履行できるようにすること、とりわけ前節で述べた基準の遵守である（参照、§81 I VAG, 『濫用の監督』）。以上をまとめると、これは従前同様『**実質的な**

(65) ヨーロッパ連合以外の国に本拠を置く保険者の認可については、§§105ff. VAG を参照。さらに詳しくは、Schmidt/Frey, Vor §105VAG, Rn. 1ff.

(66) その概観が、Jürgens/Rabe, VW 1992, 663ff. 発展過程全般については、Schmidt/Frey, Vorb. Rn. 69ff.

『**国家の監督**』と呼ぶにふさわしいものである⁽⁶⁷⁾。以上の目的の為に監督庁は行政法の原則（特に比例原則）⁽⁶⁸⁾の枠内で、不適切な状態つまり上記の基準からの逸脱を防止し除去する為に適切な措置を総てとることができる（§ 81 II VAG）。監督庁はその為に例えば被保険者の告発によって〔保険企業の〕法律違反の嫌疑が根拠あるものと認められたときには、個々のケースでその普通保険約款を提出させることもできる。その際には監督庁の命令を執行する手段として一般的な行政法上の措置が利用できる（参照，§§ 81 II, II a VAG）。

濫用の監督の基準が正確にはどうなっているのかは、実務を若干知ることではっきりするであろう。確実に言えることは、行政法の一般原則によれば、官庁の介入措置には総て法律上の基礎が必要だという理である。そしてその根拠が、保険監督法 81 条 2 項である。問題は同条の不確定な法概念をどう理解するのかということである（さらに、ヨーロッパ連合のルールに則してどう理解され得るか⁽⁶⁹⁾）。ここで関係する限りでは、特に『被保険者の利益の充分な保護』（保険監督法 81 条 1 項 2 文が指示する 81 条 2 項 2 文）という文言の理解である。

同条の改正の前に特に争われたのが、『法律上の監督』は強行法規の遵守のコントロールに限られるのか、それとも被保険者の利益を守る為により一般的な監督が行われるべきか、という点であった⁽⁷⁰⁾。保険監督法 81 条の新規定はこのことを一義的に決定してはいない。同条 1 項では、被保険者の利益は法律の遵守と並んで、

(67) この意味で辛らつなのが、Golz, *Ausgewählte Fragen der Umsetzung der dritten Versicherungsrichtlinie*, 1993, S. 2; Fahr, *Aktuelle Reformfragen zum VAG*, 1993; Hohlfeld, *Was bleibt von der materiellen Versicherungsaufsicht nach Vollendung des Binnenmarktes?*, 1992; Fahr/Kaulbach, *VAG*, § 81 VAG Anm. 7.

(68) 参照, Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., 1994, § 10 Rn. 17.

(69) 1986年12月4日のヨーロッパ裁判所判決（特に, VersR 1986, 1225）により各国の特別法だけにその授権が与えられた、『公共の利益』（これにつき, 更に後述）のより制限的な理解については, Dreher, VersR 1993, 1445.

(70) 参照, Büchner, *Die Referentenentwurf eines dritten Durchführungsgesetzes/EWG zum VAG auf dem Prüfstand*, 1993; Dreher, VersR 1993, 1445. 見解を異にするのが, Hohlfeld, *Was bleibt von der materiellen Versicherungsaufsicht nach Vollendung des Binnenmarktes?*, 1992; Golz, *Ausgewählte Fragen der Umsetzung der dritten Versicherungsrichtlinie*, 1993; Fahr, *Aktuelle Reformfragen zum VAG*, 1993.

同条2項2文により監督の為の措置を行なうことのできる監督の目的とされている(1項2文)。ところが他方で体系的に見ると, 1項(1, 4, 5文)は監督を総て財政上のそれと法律上のそれとに分け, 法律上の監督の対象は当該の総ての規範の遵守を含む営業の適法な遂行であるとしている。だから, 一般的な『被保険者の利益』は, ここでは『営業の適法な遂行』の一部にすぎず, 文言からは被保険者の利益がこれに含まれるか否かははっきりとはしない。この決着は最終的には行政裁判所によって下される必要がある。

普通保険約款の内容に関しては, 法政策的な見地からは, 監督を普通保険約款が強行法規に反しているか否かに限るのは妥当ではない。行政庁本来の性質として立法者よりも, 今日特に変化した国際競争の下にある国では予め完全に予測することの困難な, 被保険者の利益が深刻におびやかされているという状況にすばやく対応することができる。付言すると, 純粋な適法性のコントロールは間違いなく約款法9条特にその2項に依拠して行なわれる他なく, 同条がその判断を行なう者に与えた自由裁量の余地は『被保険者の利益の充分な保護』を広く解した場合よりも少しも狭いという訳ではない点に鑑ると, 以上二つの立場は全く異なっているというものでもない⁽⁷¹⁾。

このこと自体相当問題があるのだが, 監督の限界を画しているのは平等原則である。例えば外国保険者の濫用的な行ないへの対処は, 内国会社以上の要件の下でしかも面倒かつ事実上は内国会社ではとてもそれでは頼りにならないという方法でだけ可能である⁽⁷²⁾。その際に特別な役割を果たしているのが, ヨーロッパ裁判所の判例によりヨーロッパ連合内のサービス提供の自由の内容とされた(EUV Art. 59ff. 参照), 『公共の利益』——これは多義的な厳密ではない概念だが——の為に不可欠な場合にだけ, その適用の可能性が問題となった法律上の監督に関する国内法の規定が外国保険者に適用できるという理である⁽⁷³⁾。仮にそのことで外国保険者に介入する敷居が内国のそれよりも高くなったなら, 内国保険者にとっては平等原則とはおりあわない『内国保険者の差別』だということになる。

- 113 他方で, 一般的には**普通保険約款の事前の規制は存在しない**。現在では普通保険約款は技術的意味ではもはや事業計画の一部ではない (§5 VAG 新規

(71) 詳しくは, Präve, NJW 1993, 973.

(72) 参照, Prölss/Armbrüster, DZWIR 1993, 404.

(73) EuGH, Urt. v. 4. 12. 1986, VersR 86, 1225. この判決については, W. -H. Roth, VersR 93, 129ff. 及び in: FS Steindorff, 1990, S. 1330; Schmidt/Frey, Vorbem. Rn. 87ff.; VersR 1994, 284 (学会報告) も参照。保険契約法への排除規定の適用に反対するのが, Fahr, Aktuelle Reformfragen zum VAG, 1993, S. 10. これと異なるのが, Präve, VW 1992, 12ff.

定を、その3項1号に『普通保険約款……』という文言を含んでいた旧規定と比較されよ)。

現在でもその例外外なのが、年金基金と葬祭費積立組合である (§5III Nr. 2 VAG 新規定)。これについてはこれ以上深入りしないが、社会政策上は重要な意味を持つ。その最も重要な活動領域は企業の老齢年金であり、本書が主な対象としている一般的な保険事業ではない。

二つの分野では、普通保険約款は認可は必要ではないが**事前提出が義務づけられている**。即ち、保険営業を行なうには、その普通保険約款が監督庁によって事前に承認される必要はない。しかし、普通保険約款は事前計画と同時に提出され、監督庁がすぐにその内容を知って濫用の監督の枠内で必要な措置をとれる様にする必要がある。つまり監督庁は法律上の要件が備われば、事後的に提示された普通保険約款乃至はその個別の条項の使用を禁ずることができる。その二つの領域というのが、一つは法定社会保険の代りになる限りでの疾病保険 (『補充的疾病保険』、これについて詳しくは後述 Rn. 684b) であり、今一つは法律上その締結義務がある保険である (これについては、後述 Rn. 152ff. その最も重要なのが、強制自動車責任保険である)。

プレミアム料金表についても監督庁は間接的にだけしかも部分的に影響を与えることができる。生命保険と補充的疾病保険では、監督庁はその『計算根拠』の提示を求め得る (§5V Nr. 1a, 13d Nr. 6 VAG)。但し、それは認可の前提ではなく事後的監督措置を行なう余地を残す為である。計算根拠というのは、それに基づいてプレミアム算定がされる出発点の値である⁽⁷⁴⁾。保険監督法11条は、生命保険に関するプレミアムの最低価格の規準をも定めている。

- 114 g) 広範な公衆のための保険部門と企業形態は国家の監督に服することは、これまで (Rn. 94, 112) ざっと一般的に述べてきた。この問題につきここでさらにより正確にその監督の**限界**につき記しておく。

当該する法規定は、保険監督法1条～5条におかれている。同規定から即座に、若干の(法)人のグループが監督から外されていることが見てとれる。即ち、先に Rn. 93 でとりあげた職業団体の援助・年金団体及び地方公共団体の損害補償等である。これ等のグループに様々な形態のものが含まれている理由は、なんといってもそれ等が保険監督法の定める[保険者の]法形式の規定に服さないからである(参照, §1III VAG)。又以上とは別にある種の保険部門、とりわけ再保険(詳細は §1IIVAG)と運送保険 (§§5VINr. 1, 11IIVAGとその指示する規定)は伝統的に

(74) その詳細については例えば, P. Koch, Versicherungswirtschaft, 3. Aufl., 1991, S. 105ff.

一定の限界でだけ保険監督に服するのである。

- 115 保険監督法1条1項によると、『**保険業**』を営業する者は監督に服する。[しかし] 限界事例ではそれが厳密には何を意味するのか、言い換えると、保険監督法に言う『**保険**』とは何なのかは、よくわからない。だからこの問題の解決の基準は、保険監督法の目的に照らせばどのような活動が国家の監督に服すべきか、そしてどのような活動はそうでないのかという評価に依るべきだということになる(上述, Rn. 52f. 参照)。

特にこうした問題が出てくるのが、一方当事者の給付義務の存否が不明確な契約に関してである。具体的には、テレビの販売業者がその販売した器具に法規の担保期間をはるかに超えた『保証』をつけたとする。又、ある会社が定額料金で『点検・修理契約』を締結する。つまり、第一に定期的な点検を行ない、第二に追加料金なしで必要となった場合には修理を行なうと約する。或いは、ある会社自身はこうした修理を行わず、修理費用だけを補償するという場合もある。[以上の様な様々のケースの] 区別は、『他の法律行為との内的連関なしのリスクの引受』というメルクマールを使って充分に行ないうる⁽⁷⁵⁾。つまり最後のケースだけが保険監督法に言う保険である。その理由は、このような『独立の取引』だけが、保険監督上の手段を用いる必要がある危険を伴った法律行為だからである。ちなみに、保険監督法1条3項5号も、複数のメルクマールが重複している場合に保険監督の例外を定めることで、幾つかのケースの扱いをはっきりさせている。同条に言う例外の要件は常に、その効力が狭い地域に限定されていることである。だから、単に(金銭でなく)現物給付(航空救助, 鍵サービス, 点検契約)が約されただけでは、監督を受ける例外とはならない(その他, 付録Iの条文参照)。

実際のところ、概念的操作は役には立たない。例えば、保険会社がやっているいわゆる保証保険と、銀行が行っている(手形)保証とを、それ等が実に様々な名前で提供されているからといってもその名称で両者の実際の取扱いを区別することはできない⁽⁷⁶⁾。問題なのは、単に保険監督[が良いの]か銀行監督なのかという選択にすぎない。このようなことを決定するのは、実務上の視点なのである。

- 116 保険監督はどの程度効果的か、換言すると保険監督の日常活動は被保険者

(75) 参照, BVerwG, VerBAV 1992, 290; Beschlußkammer-Entscheidung, VerBAV 1991, 140; BGH, DB 1991, 2653. 大体同じ立場なのが, Schmidt/Frey, § I VAG, Rn. 12及び10版の後書き, Rn. 130. ここには文献も引用されている。それ故自動車クラブ(ADAC等)の『自動車保険証』は、保険証が常に自動車クラブの会員の資格と結びついているが故にかつその限りで、保険業とは言えない。

(76) 参照, Schmidt/Frey, Vorb. Rn. 121. Sieg, ZVersWiss 1990, 518f. も見よ。

の利益の為には不十分なことが多いのか、という点に関しては公刊された信頼に足る資料は存在しないと言ってよい。

大体この間の事情は「もっと保険監督の厳しかった」従前の法状況でも変りはなかった。連邦監督庁の苦情統計の数⁽⁷⁷⁾は、公衆の過大な期待と実際上の不都合に影響されている可能性があったから、せいぜい厳密な調査の出発点にすぎず、しかも統計に出てこない数字は知りようがなかったからである。〔但し〕旧東独でのけしからぬ出来事⁽⁷⁸⁾はもとより、多くのことが示唆するのは、問題の中心は保険契約の獲得にあったということである。保険契約の締結に際しての資質の劣った職員のでたらめなやり方は、裁判所と監督庁がほんの部分的にだけその内容をわかっているにすぎない、よくわからない領域なのである。

1994年以後の諸条件の下での展開に関しては憶測する他ないのは、言わずもがなである。

4. 銘記すべきこと

- 117 保険企業の認可と監督はドイツでは保険監督法が規律している。同法によると、『誰でもが利用する保険』の重要なものは、株式会社又は相互保険会社だけに許されている。さらに、監督庁つまり連邦保険監督庁(=BAV)は常に継続的に保険者の全業務を規制する権限がある。監督庁は規制に際して被保険者の利益の擁護を尊重しなければならない。保険監督の目的は、営業警察の見地からの危険の防止である。

普通保険約款の規制方法は、1994年7月29日を契機に大きな変革がなされた。それ以来、原則として普通保険約款は、もはや保険営業認可の前提として提示される営業計画の一環ではなくなった。但し、法定疾病保険の代用となる疾病保険と、その締結を義務づけられている総ての保険の分野では、普通保険約款は、営業計画とともに監督庁に提出されてその内容を知らされなくてはならない。

IV. 法規、法理、普通保険約款

1. 保険契約法の法源

- 118 a) 保険契約法に関する最も重要な法源は、1908年5月30日の『保険契約に関する法律』(保険契約法=VVG)である。加えて、他の諸法律及び命令

(77) 例えば、VP1992, 58を参照。

(78) これについては、Gerlach, VW 1991, 897ff.

があり, その中には非常に重要な関連規定が置かれている(例, 特に強制自動車責任保険に関する, 強制保険法3条)⁽⁷⁹⁾。

以上の他の法律には保険契約法の〔内容を持った〕規定があるが, 多くは他と関連づけられておらず孤立している。しかも多くは時代遅れであり, 又は他の理由でもはや重要なものではない。即ち, 確かに商法典 (§§778-900, これについては, §186VVG) には(本書ではとりあげない) 船舶保険についての法の詳しい規定がある。しかし, 船舶保険に関する法の本当の住所地は, ドイツ普通船舶保険約款(ADS) である。民法典は生命保険に関する解釈規定を330条以下に置いているが, そこでふれられている問題のほとんどには普通保険約款で明確なルールが与えられている(今一つ, §§1127ff., 1045BGBを挙げておくべきであろう)。

保険者の普通保険約款つまり『普通保険約款』(=AVB) は確かに法律ではない。しかも今日ではそれは認可されたものでもないから, もはや監督庁の認可の故にという意味で国家の権威にあずかっている訳でもない。〔しかし〕各々の保険分野の保険者の団体は普通保険約款の内容について勧奨を行っているから, 少なくとも約款の重要な条項の基本部分はその保険分野では同じものが使用され続けると考えられる。それ故, いくらかは判例の約款の取扱いの故もあって(参照, 特に後述 Rn. 141f.), 平均的な保険の顧客にとっては約款の存在と内容はやはり従来通り法律と類似した働きをしている。ある事件を評価しようと思うなら, 法律と同様に約款にも通じていなくてはならない。〔だから〕1995年以前の文献を見ると重要な普通保険約款には法律と同様にコメンタールがあったのは(より詳しくは, 特に後述 Rn. 133ff., 144) 決して偶然ではないし, 又約款の認可がなくなったことでこの状況が急変するとも思えない(し又, 急変するのが望ましいことでもない)。

119 b) 私法の基本概念とのつきあい方がわかっている法律家ですら, 保険契約法に始めて深く触れたときは, 容易に困難につきあたるものである。ところがこの困難の原因は多くは保険契約法に固有の正義の問題がそのくらい複雑だからではない。実はその理由は歴史的に発展してきた私法秩序の一部として今日その姿を示している通り, 保険契約法の〔法〕技術的特殊性と保険契約法の学説の故である。

120 保険契約法の起草にあたっての法政策の状況は, 民法典制定時のそれとは

(79) 強制(義務的) 保険法は, »Schönfelder« および »stud.-jur (Strafrecht)« の法律集成の中に収められており, それに付属する自動車責任保険の保険保護に関する法令については, 本書の付録1を参照。

異なっていた⁽⁸⁰⁾。もしかすると、この違いは部分的には単に見方の違いだけだったのかもしれない。しかし、いずれにせよ保険契約法には民法典とは全く違った出発点が与えられたのである。

民法典は、当時出来上ったばかりのドイツ帝国の法の統一を主目的として立法された。個別の契約類型に関しては、ドイツの様々なラントの法秩序の中に数多くの法律のルールモデルの草案が用意されていた。立法者が目指したのは、既に存在した多様な見本の中から、市民の求める契約にとって理性的かつ適切な模範となり得る合意を得られる理性的な契約モデルをその都度創り出すことであった。普通契約約款の問題性の全体がようやく一般の意識にのぼったのは、それに大分おくれたことである。

- 121 保険契約法に関しては、状況は大分違っていた。同法が1908年に元々の形で立法された当時、既に多くの『普通保険約款』が存在した。これ等の普通保険約款はそれ以来私的自治という自由の領域で個々の保険契約の内容を定めてきた。裁判所はその使える道具立てだけでは、約款内容の充分なコントロールを行なうことはできなかった。（ライヒのレベルでの）約款規制の嚆矢を与えたのが、1909年の『私保険企業に関する法律』（今日の保険監督法＝VAG。参照、前述 Rn. 100）であった。この立法に直接の契機を与えたのは、保険企業の財政のあり方が不適当だったことである。このことで、今日では再びほとんど廃止された（上記 Rn. 113）、大量取引〔の分野〕で重要な普通保険約款総ての認可義務も又導入された。〔しかし〕保険契約の内容を直接、独自に規律する規定は、今日まで個々のドイツの州政府で設けられているにすぎない。商法典や民法典にはこのようなルールはあまりに特殊で立法にはふさわしくないものとして、放置されていたのである。

- 122 後に保険契約法の改定に着手したときも、その作業は一般的枠組と前提となっていた普通保険約款の補充にとどめられた。この枠組はその後数十年間で、次々に多くの条文が（片面的）強行規定（これについては、Rn. 131f.）とされることで、非常に厳格なものとなった。〔つまり〕少なくともこうして保険契約法は、始めは民法典には欠けており次第に判例によって始めて作られ最終的には立法者が約款法にとり入れたような、普通保険約款の規制の

(80) これについてより詳しくは、Duvina, Die Vorgeschichte und die Entwicklung des Gesetzes über den Versicherungsvertrag, Karlsruhe 1987, Neugebauer, Versicherungsrecht vor dem Versicherungsvertragsgesetz, 1990.

為のルールをずっと早くから裁判官に与えていたのである。保険契約法が次第にこのように発展してきたことは、アルファベットが付加された(後に立法された)条文(例えば, §15a VVG)やよく整理された法律の刊行物の脚注における編者の指示を考えると, すぐ見てとれる。手短かに言えば, 保険契約法は任意法規の性質を持つ契約の範型を用意しておくことが決してその第一の機能ではなく, 普通保険約款にすでに存在した範例を補充し, しかも次第にそれに厳格に枠をはめてきたのである。最近の保険契約法の展開の方向も, 従前と同様である。即ち新たにとり入れられた法律争訟保険と疾病保険の項目も決して完全なルールのモデルを含んでいる訳ではなく, 各々片面的強行規定の枠を定めているのである(参照, §§1580, 1780 VVG, 『片面的強行規定』については特に後述 Rn. 131f.)。

- 123 保険契約法のこのような出発点と歴史的展開から, もちろん他の理由もあるが(これについては, Rn. 124), 今日の保険契約法の特殊性と複雑さの多くが理解できる。まず第一に, 保険契約法の立法の準備段階でその内容を性格づけたのは既に存在した〔実質的には保険契約法にあたる〕法律だけではなく, 普通保険約款であった。保険契約法はその法形式を普通保険約款から取り入れ, その結果債務法にとって保険契約以外では無縁な乃至は他の債権法の分野では全く小さな役割をはたしているにすぎない法概念を定着させた。その好個の, 乃至はそれがご希望なら悪しき例を挙げれば, 被保険者がある種の契約上の義務違反を犯すと被保険者は保険者に対する請求権を総て失うというルールである(『請求権失効』)。この種のルールが古い普通保険約款に見い出されることは稀ではない。〔さらに〕その際に被保険者の過責は全く問題とされない。保険契約法がやっているのは, このルールの厳格さに限界を与えているということにすぎない。しかし実はそのことで保険契約法はこのルールをまずは前提として〔受け入れて〕いる。最近の数十年間立法者と裁判所のやってきたことの特徴とは, このルールの適用を, その要件を常に制限的に解することで次第に抑制してきたという努力である。

こういった〔保険契約法の〕発展の仕方から, 何故少なからぬ保険契約法の条文が非常に複雑かという理由も見えてとれる。問題のある普通保険約款の条項を削ったり, その反対を強行法規として規定する代りに, 保険契約法は後にそれを改正するときですらまずは約款の条項を前提とした。その上で, 次第に強行法規的な例外のルールを下位構成要件として増やしていった約款を空洞化させたのである。その際に, 民法典に由来するよく知られた法技術

なのだが、法規定を様々の命題に分解して立証責任の問題も一緒に片付けるというやり方が尊重された。特にこの最後のやり方に、熟練した法律家ですら様々な条や項からさて一体この規定の基本思想とは、實際上それが良く適用されるあたりまえのケースとは何だったのかを探り出すのに相当の集中力と努力を費すというのがしばしばだという仕儀に至ってしまった。保険契約法62条、もっとひどいのは6条だが、この条文を見て、まずは同条の——一方では立証責任の問題についてだが——実体法のルールが厳密にはどの構成要件に各々該当するのかを探してみるだけで、以上の理はすぐに明らかになる（同条の構成要件は、過責の程度と原因関係の意味によって区別されている。詳細は、後述特に Rn. 578ff., 330ff.）。

- 124 c) 保険契約法に特別に困難な問題をひきおこしている原因は、保険契約法の内容だけではない。**学説と判例の発展させてきた法解釈の理論体系**も同罪である。このことはいくら言っても言いすぎにはならないのだが、保険契約は債務法の他の分野から孤立させる程には根本的に他の債務法上の契約と異なっている訳ではないのにもかかわらず——他の契約も多少とも特異な要素は持っているから——、つまり保険契約も他の契約と同様に債務法上の契約であるにもかかわらず、保険契約法学はずっと長い間独自の行き方をしてきた。つまり、他の契約総てにあてはまる一般的な債務法のルールは保険契約には（完全には）あてはまらないと言ってもよからう。保険契約法には私法他の分野には全くなじみのない解釈上の特別な構成、制度、ルールが存在するのである。

- 125 その根拠は、保険者の給付が特殊なものであるというだけではとても充分な説明にはならない。この問題についても、いつもと同様折衷策を見つける必要がある。債務法が契約の技術的・経済的対象とその特殊性に適切に対処すべきなのは当然である。だから例えば契約の一方当事者に技術的乃至経済的にとてもひきあわない給付義務を課するような強行規定は全く無意味である。しかし他面、市民が誰でも関わる法領域で、市民の契約相手方となる当事者とその法適用を委ねられた者が給付の特別な生産の条件を配慮するよう限られた範囲で法提案することも可能である。保険技術というのは、自動車の生産、電気ガス水道、データ処理、銀行のサービス業務等の技術と同様に一種の経営技術である。それをどのような形にするか、そこでの様々な義務をどう調整するのかは、まずとりあえずは生産者の仕事である。この生産者の契約相手方との関係を規律するルールが、生産の基本的な条件と合致すべ

きであるというのは、決して保険部門だけの特色ではない⁽⁸¹⁾。

126 だから保険法が独自の発展をしてきたことは、保険契約の対象故の必然的な帰結ではない。その根拠は、保険契約法の歴史的発展をとりまいていた特殊な環境にある。普通保険約款と保険契約法は、民法典を基礎とする今日の債務法理論が形造られる以前に、大体ロマニストが法学の主潮流の時代に成立、発展し、独自の概念的性格と法理論にたどりついた。保険契約法は既に存在した保険契約法〔理論〕の独自の性格を受け継ぎ、〔債務法一般とは〕全く別の展開を積み重ねてきたのである。

127 同様の事情は、他の経済部門でも見てとれる。〔もちろん〕その原因は単純ではない。間違いなくその一環は、昔から知られている合法則性である。即ち、保険法の法秩序の統一性と全体像をはっきりさせることに対する社会全体の利益が、経済的、学問的な関心や専門化、独占の傾向よりも、バランスを欠く程に重大だとされ、その立場を貫徹させたのである。この合法則性は、保険契約法と関係する人の側にも起因している。数少ない他の法分野もそうだが、長きにわたって保険契約法の専門知識は、それに関係する複数の利益集団の一部に集中していた。保険契約法全体を取扱ったりある問題につっ込んで検討を加えた公刊物の著書の圧倒的多数は、なんらかの形で保険経営と結びついていた。例外的な者もあったがそのことは却って原則を確認させることになる。しかもこういった人は保険業の発展と常にコンタクトを確保している者に比べて、情報不足に陥り易い。他方で、実務との結びつきが当然もたらす専門化——これは一般的な現象だが——のおかげで、こういった人々はその学問分野での発展の主流やそこでの訓練の基本からすぐに遊離してしまうのである。

ようやく最近になって、人的側面だけでなく保険契約法の方法論にも及ぶ最初の徴候と思われるような変化が、ようやく見てとれるようになった。

128 〔ところで〕以上で述べたような〔保険契約法の〕孤立状態というのは、容易にやむものではない。しかし、私法の一般原則と保険契約法とが実質的には否応なく関連していることを明らかにし、その関連を作り出すという作業を更に進めるのは、実務と学説の重要な課題である。というのも、現下のような分裂状態は、祝賀会の記念講演〔等〕で好んで口に登るドイツ私法の統一性の理念に真向から反しているからである。分裂状況は私法全体の見通

(81) この意味ではっきりしているのは、Pfeiffer, FS Schwab, 1986, S. 400, 401ff.

しを悪くし、それ故法的安定性を害する。このような状態では方針ははっきりとせず法的助言は困難になり、その結果消費者保護という基本思想にも矛盾することになる。

- 129 d) 保険契約法〔典〕は、本書の第一義的な課題である、広く公衆が締結する保険契約（『誰でもが利用する保険』）総てには全面的に適用される。さらに同法は、職業との関係でだけ締結される保険契約（例えば、職業責任保険、営業火災保険等）の多くにも適用となる。但し、保険契約法186条以下に挙げられた保険、つまりなかならず船舶保険、再保険（これについては、前述 Rn. 92）、運送保険には適用がないか、あっても全面的にはではない。国際関係である種の『巨大リスク』が存在し、その国家法秩序の下での保険契約に服すか否かの選択が当事者の自由に委ねられているときも、当然保険契約法は適用されないことになる（詳細は、保険契約法施行法10条）。

- 130 e) 保険契約法の構成については、自ら同法の目次をながめたり各編の条文を幾つかざっと見て自ら学習されよ（ちなみに、他の法律でも同じだが、この作業を繰り返すことが望ましい）。

保険契約法の基本概念に通じていれば、同法を読んでみてすぐわかるのが、同法の構造は体系性という理論的要請に全く適っていないことである。この点については、批判するべき点が多々あると言えよう。

〔同法では〕種類の違うものが、同じところに並べて整理されている。即ち、損害保険という抽象的概念（2編）はその対概念の定額保険ではなく、人保険の三つの具体的な現象形態（生命保険、疾病保険、傷害保険、3編と4編）と対置されている（参照、§II VVG）。第1編の4つの章の体系的なレベルは全くバラバラである。『総則』は損害保険にはあるが、人保険の二つの分野には存在しない。理論的体系化を全く放棄していることが最もはっきりするのが、第1編第1章の条文毎をざっとながめてみたときである。（経験によると、各節毎にそこで取上げられているテーマはドイツ私法の体系のどのカテゴリー（枠）に入るのか、他の分野で共通の問題は何かをじっくり考えてみるのは、トレーニングとして決して悪いものではない）。

- 131 f) 御存知の通り、民法典の債務法には強行法規は極くわずかしき置かれていない。債務法のほとんどの規定は任意規定である。保険契約法には三種の条文がある。即ち、強行規定、任意規定、片面的強行規定である。

強行的ではない（任意）規定については特に説明すべきことはない。それに反する契約上の合意が無効であるという意味での強行的な規定は極くわずかだが、近年その規定はいくらかその数を増しつつある（例、§§IV, 59III 1文前段 VVG）。あ

る条文が強行法規か否かは何時も(即座に)文言から、或いは(極く稀には)文脈から明らかになる。

132 片面的強行規定というのは、保険契約法の特徴である。その具体例は、保険契約法15条 a である。同条は『保険契約者に不利となる……条に反する合意を、保険者は主張できない』と定めている。だから、こういった法規定からの逸脱が総て無効とされる訳ではなく、保険契約者に『不利な』同条に反した契約条項の存在を保険者が『主張』することだけが排除されるのである。

このことは何を意味するのであろうか。まず第一には、保険契約者に有利な合意は当然有効だということである(例, §§ 1 Nr. 2, 2AHB94は, §§23-28VVG よりも保険契約者に有利である。§§7(3), 9ALB94と§§163, 169VVG も同様である)。若干問題なのが、保険契約者に有利な合意の効果である。〔約款〕条項は、保険者が権利主張するか保険契約者が権利主張するかで、無効となったり有効になったりする。特に實際上問題となるのが、その条項が一般的に保険契約者の不利となるときに保険者は同条項の存在を主張できないのか、それとも当該のケースでそうなるときにだけなのか、という点である。争いはあるものの、片面的強行規定の保護思想からは、個別のケースで判断さるべきであらう⁽⁸²⁾。

どの規定が片面的強行規定かは、多くは法律が明らかにしている。普通は保険契約法の節の終りに特別の条文が設けてあり、どの条文が片面的強行規定かが記されている(参照, §§15a, 34a, 42, 68a, 72, 115a, 158a, 178, 178o VVG)。時には、その条文が片面的強行規定の性質を持っていることは、条文の目的とコンテキストから判明する(参照, §§98ff., 158bff. VVG)。反対に保険契約法187条には注意されたい。即ち〔同条では〕、いわゆる『巨大リスク』については、保険契約法の定める契約自由の制限は総て外されている(巨大リスクの意味内容に関しては、保険契約法施行法10条 1 項を参照)。

(82) Bruck/Möller, Einleitung Anm. 47; Prölss/Martin, §42VVG Anm. 1. 詳細は, Sasse, VersArch56, 163ff.