告知義務違反に基づく契約解除の意義

宮島　司

一　はじめに
二　最高裁平成五年七月二〇日判決をめぐって
三　告知義務制度と違反の効果
四　無効構成と解除権構成
五　むすびに代えて

一　はじめに

保険契約の締結に際して、保険契約者の側に告知義務違反があった場合、損害保険契約においては、商法六四四条が保険者に契約解除権があることを定め、さらに契約解除の効果については、商法六四五条が特色のある制度を置いている。生命保険契約に関しても、契約解除権につき保険者にあるとする商法六七八条一項が、告知義務者として被保険者を加えていることを除いては損害保険の場合におけると同様に規定しているし、解除の効果についても商法六七八条二項が損害保険契約の規定を準用しているところから、保険法上、告知義務違反に基づく契約解除の意義と効

果は、損害保険と生命保険とを問わず、共通のものであると解して良い。

そして、学説上のこの点に関する対立は、商法六四五条の一項と二項の関係をいかに論理的にいわばつじつま合せをするかということに集約されている。同条一項はあたかも告知(解約告知)の効果を定めるように読めるし、同条二項の方は、いわゆる解除と考えなければ出てこない効果が定められているからである。そこで、ある者は一項が本則であると主張し、他の者は二項が本則であると主張して譲らない。(1)

しかし、はたして、この両者の論争の根底にある契約解除と解約告知というものが、少なくとも保険法においてアプリオリに定まっており、これを所与の前提として、保険法上も議論が展開されなくてはならないものであるかについては疑問なしとしない。すなわち、少なくとも、保険契約の特質を考え、さらには告知義務という制度の特色を考察した後でなければ、同様に契約であるという一点のみをとらえ、民法の契約法に通ずるからといって、軽々に、通常の義務違反に基づく契約解除の効果と告知義務違反に基づく保険契約の解除の効果とを同列に論ずべきではないのである。

近時、最高裁は、この問題を考察するにつき、きわめて興味深い題材を与えてくれた。告知義務違反に基づく契約解除の相手方については、当然に民法五四四条(解除権不可分の原則)の適用があるとしたのである。もちろん、「契約解除」という点では保険契約の解除も同一であって、判例や学説が、従来からまったくこうした問題点につき意識しておらず、議論にすらあがったことはなかったということも当然ではあるが、告知義務違反に基づく契約解除という点に着目するとき、当然に民法の適用があるとすることには大いなる疑問が提起されざるをえない。問題は、契約法の中における保険契約の特殊性であり、一般契約法の中における義務違反の効果と保険法の中における告知義務違反の効果の関係というところにありそうである。

本稿では、まず、問題提起の契機となった最高裁平成五年七月二〇日判決を検討することからはじめ、他の契約法

には類をみない保険契約における告知義務（違反）に考察を及ぼし、一般契約法の解除との関係を探ってみることとする。

（1）一項が本則すなわち原則として将来効であるが、事故発生後の解除の場合のみ、例外として遡及効であるとするものとして、今村有『海上保険契約論上巻』一〇六頁がある。また田辺康平「告知義務違反による契約解除の効力について」『商法・保険法の諸問題』四〇三頁もここに含められると思われる。これに対し、契約解除につき一般的には遡及効を認め、将来効を定めるのは保険料請求権を確保させるだけのものである、したがって二項こそが本則であるとするものとして、大森忠夫『保険法』一二八頁、石井照久『商法』二七四頁、西島梅治『保険法（第二版）』八九頁、倉沢康一郎『保険法通論』四五頁。

二　最高裁平成五年七月二〇日判決をめぐって

(一)　事実の概要

本件海外旅行傷害保険契約は、昭和六一年一月二二日、訴外Aを代理した原告X_1（Aの子）と被告Y保険会社の代理店との間で締結されたものであり、保険期間を昭和六一年一月二二日から同月二七日までのハワイ旅行期間中（但し、一月二七日には同月二八日から一六日間延長する旨の契約を、さらに二月一〇日には同月一二日から一四日間再延長する旨の契約がなされている）、被保険者を訴外A、死亡保険金受取人指定なし、特約として、疾病治療費用保険金額三六八万円、疾病死亡保険金額一〇〇〇万円、救援者費用金額四〇〇万円、保険料（特約保険料を含む）四〇〇〇円とするものである。

Aは、昭和六一年一月二二日、本件保険契約の対象となったハワイ旅行に出発したが、同月二五日、かねてから指摘されていた腹部大動脈瘤が発病し、手術、治療を受けたものの回復せず、二月一四日、大動脈瘤破裂による出血性

阻欠性直腸壊死を原因として死亡した。そこで、X_1は、三月五日、保険金請求書をYへ郵送することにより(二月二八日、一旦請求書が送付されてはいるが不備であった)保険金請求を行なったが、Yは、Aの既往症に関する調査を行なった結果、四月一四日、告知義務違反を理由として本件保険契約を解除する旨の書面をX_1に宛て発送した。

こうした事情の下、原告X_1、X_2(Aの妻)、X_3(Aの子)が、Aの財産上の地位を相続により承継したとして、保険金の支払等を求めて訴えを提起したのが本件である。

被告Yは、原告X_1はAの大動脈瘤の疾病による入通院を知らなかったとは到底考えられないから、本件保険約款第五章第一四条一号の詐欺に該当し保険契約は無効である旨、および同保険約款第四章第一〇条第一項に定める告知義務に違反し、しかも解除の意思表示を原告らになした、また仮にX_1のみに対する解除の意思表示であったとしても、X_1はX_2、X_3の代理人であるから意思表示の受領につき問題はなく、さらに仮に形式的には民法五四四条の要件を欠いていたとしても、次のような特段の事情がある場合であるから、解除として有効であると抗弁した。すなわち、X_1は、保険金請求をするに当たり、他の二名の原告の相続には触れず、もっぱら自己名義でYと交渉し、保険金請求書も単独名義で提出されていたため、契約上の地位もX_1単独に帰属したものと判断し、解除の通知もこうした理解を前提にX_1宛に発したこと(しかも、何らの異議も留めていなかった)、また保険実務上、保険契約者または保険金受取人の相続人が複数ある場合には、相続人の一人を選定し、保険金の支払あるいは連絡交渉に当たる慣習があること、さらに生命保険では、約款において、保険契約者が二人以上あるときには、その代表者に対して解除通知をすればよく、これが定められていないか、その所在が不明のときは、契約者の一人に対して解除通知をすれば他の契約者にも効力を生じると規定されており、慣習として社会的に承認されていると。

(二) 判旨

第一審である大阪地裁昭和六三年一月二九日判決[1]は、以下のように判示している。

「ところで、本件保険契約のばあい、保険契約者としての地位の相続人と保険金受取人としての地位の相続人は一致するものであって、X_1らが両者の地位を一旦承継するものであることは明らかである。そして、保険金受取人は契約当事者ではないから契約の成立や契約内容の変更に関する手続きに関与する権限がないと解すべきこと、及び、民法第五四四条第一項の規定趣旨からすると、保険者であるYが告知義務違反を理由として本件保険契約を解除するためには、保険契約者としての地位の承継者である者、すなわちX_1ら全員に対して解除の意思表示をしなければその効力は生じないものであると一応いわなければならない。」

「本件保険契約の前記条項（第一〇条第一項）には、告知義務違反のばあい、『当会社は書面により保険証券記載の保険契約者の住所にあてて発する通知をもって、この保険契約を解除することができます』と定められているが、右規定は、保険契約者が生存している場合を念頭に置いたものであり、かつ、保険契約者の所在が不明であるなどの理由で意思表示が到達しない場合の不利益を回避するための規定に過ぎないし、また、本件保険約款のなかのどこにも、保険契約者が数人あるときはその代表者一人を定めることが必要で、その代表者が他の保険契約者全員を代理するものとし、もし代表者を定めないか、または代表者の所在が不明のときは、保険会社がそのうちの一人に対してした行為は他の者に対しても効力を生じるものとする旨の規定を見出すことはできない。結局、B（Yの社員）は、単にYが従前行なっていた保険実務を踏襲したに過ぎず、なんら法的根拠に依拠しないで、保険金請求書をX_1宛に一通だけ送付したり、本件保険契約の解除の意思表示をX_1に対してのみしたりしたものであって、X_1がその余の原告二名と合意のうえ保険契約者としての地位を単独相続したか、あるいはX_1が他の原告二名を事実上代理しているものと、Yをしてあえて信ぜしめるのがもっともであると思われるような外観が原告らによって作出されたということは認めること

はできない（現にB自身原告らが各別に本件保険契約の保険金を請求するのではないかと解釈した一時期があった位である。）すなわち、Bとしては、仮に具体的な保険金請求権の帰属主体についてはY主張のような理解をすることが許されたとしても、本件保険契約自体を解除するにあたっては、保険契約者としての地位の承継者が何人であるかの点について格別の省察を加える必要があったものであるといわなければならない。結局、本件事実関係の下では、X_1に対してなされた本件保険契約の解除の意思表示を有効と解すべき特段の事情はいまだ見出し難いといわなければならない。」

「一般に、保険取引にあっては、約款の定めるところによるという商慣習法ないし事実たる慣習があるといえるとしても、なんら約款に定めもないのに約款の内容を補充するような商慣習法ないし事実たる慣習の存在を肯認するためには極めて慎重を要するというべきである。Yが保険契約を解除するばあいに、保険の種類を問わず、複数ある保険契約者のうち一名のみに対して解除通知を発するという取扱いをしているということは容易に推認しうるが、本件の如き海外旅行傷害保険契約の場合、保険契約者が二人以上あるときには、その代表者に対して解除通知をすれば足りる旨の取扱いについて、顧客の理解を求めるための公示手段（パンフレットの配布など）をYにおいて講じたことを認めるに足りる証拠はないので、右の取扱いはあくまでもY内部で多用される便宜的事務手続に過ぎないというべきであって、民法五四四条に優先して適用されるべき、右条文と異なる内容の商慣習法、あるいは、保険契約者の意思をまたずに当然これを拘束するような普遍性をもった右趣旨の慣習律の存在は認めることができないといわなければならない。」と。

控訴審である大阪高裁平成元年三月三〇日判決は控訴棄却の判決を下したが、判例集未搭載のため、理由は不明である。

最高裁平成五年七月二〇日も[2]、同様に上告棄却の判決であり、「亡Aを保険契約者兼被保険者とする海外旅行傷害保険契約（以下『本件保険契約』という）につき、上告人のした告知義務違反を理由とする解除の意思表示は、Aの相続人である被上告人ら全員に対してなされたものでないからその効力を生じないとする原審の判断は、正当として是認することができる」と判示している。

(三) 検討

ここでは、判旨の理由の明らかな第一審判決の論旨を検討することから始める。

本件判旨の基本的な立論は、まず、腹部大動脈瘤は重篤な疾患であり、告知義務の対象となるべき重要な事実に属するものであるから、これが告知事項に該当することを知らずに告知しなかったことは重過失による不告知であり、本件保険契約の約款にいう解除事由があるとしつつも（この点の判旨については、本稿の主題とするところではないので割愛した）、Yは適式な解除の意思表示を行なっていないとする。すなわち、本判決は、契約解除に関する民法五四四条一項の規定の趣旨からすると、保険者であるYが告知義務違反を理由として保険契約を解除するためには、まず保険契約者としての地位の承継人であるX_1、X_2、X_3全員に対して解除の意思表示をしなければならないのに、Yによる本件保険契約解除の意思表示はX_1に対してなされたに過ぎず、約款自体にも、保険契約者たる地位が複数人に帰属している場合に、そのうちの一名に対して解除の意思表示をすれば足る旨の規定もないし、商慣習もそのようになっているとは考えられず、またYにおいて保険契約者の地位がX_1のみに帰属したと信ずることがもっともであると思われるような特段の事情も認められないから、YのX_1のみに対する解除の意思表示は有効とはいえないとする。

告知義務違反については、告知事項に該当するか否か、告知義務違反と詐欺の関係など、保険法のなかでは比較的判例の豊富な分野ではあるが、契約解除の相手方、とりわけ相続により契約者の地位が承継され、しかも複数である

場合に、契約解除の方法とその効力が問われるといったケースはきわめてまれであり、おそらく本件がこれに関する初めての裁判所の判断である。

本件判旨は、この点について、解除権不可分の原則に関する民法五四四条一項の規定を適用し、多くの民法判例においてとられている立場を採用して結論に到達している。すなわち、同条については、契約当事者が複数ある場合の契約解除の相手方はその全員であるが、「特段の事情」がある場合には同条の適用領域が限定されると解するのが一般的であり(3)、本件にこれを当てはめたとき、本件事実関係の下では、いまだ「特段の事情」があるとは認められず、原則通り保険契約者の地位の承継人全員に対して解除の意思表示をなさなければならないものとする。

従来より、保険実務上は、保険契約者または保険金受取人の相続人が複数ある場合には、相続人の一人を代表者として選定してもらい、保険金の支払や連絡交渉などの事務をすすめる方法や、生命保険では、約款で保険契約者が二人以上あるときには、その代表者に対して解除通知をなせばよく、代表者が定められていないか、またはその所在が不明のときは、契約者の一人に対して解除通知をすれば他の契約者に対しても効力を生じると定められており(例えば、利益配当付養老生命保険普通保険約款ではその第二七条)、こうした方法で解除がなされていたところから、本件のような判断が正当であるとすれば、実務に対し対応をせまるものとなるであろう。その意味できわめて重大な意義を有する判決であるということができる。

さきにも述べたように、民法五四四条一項に関する近時の一般的な考え方は、契約者の相続人が複数あるとき、「特段の事情」がある場合を除いて、解除の意思表示はその全員になされなければならないものとする。そして、現在の状況はこの「特段の事情」がいかなる場面であるかの集積を待つところであるとされている(4)。

ところで、本件判旨も、当事者の主張も、ともに告知義務違反があった場合には、民法における契約解除の規定が当然適用されてくることを前提としているが、二つの点において疑問なしとはしない。第一には、民法五四四条自体

に内在する問題であり、第二に、保険契約上の告知義務違反ということから生ずる問題である。

第一の問題は、民法上も、当事者の一方が複数ある場合のあらゆる契約解除に、当然民法五四四条が適用されてくるというものではないとされている点である。「解除権の不可分性」は、解除の効果を全員について一律に発生させないと法律関係が複雑になってしまうので、これを避けるためのものであるが[5]、そうであるとすれば、ことは実質的な問題となりそうであり、対象とされる契約内容あるいは実態に応じ同条を適用するか他の規定によるかが問題とされざるを得ないことになる[6]。解除者が複数の場合と被解除者が複数の場合とでは利益状況が異なるであろうし、また多くの判例で問題とされたような賃貸借契約については賃借人の保護といったさらに別個の利害が関連してくるのである（改正借地借家法の下でいかに理解されるかはさらに問題となりうる）。また、いわゆる解約については、単独各別でなしうるとする考えもある[7]。同じく契約の解消の場面ではあっても、遡及効のない場合には、法律関係が複雑にならないようにとの法の趣旨に抵触することはないからである。そして、この点は、比較的古い判例の基本的態度であったということも事実である[8]。

この最後の点は、もしそうした考えが正しいとすると、保険契約の場面での議論にも影響を及ぼしてこざるを得ないこととなる。次に述べる第二の問題を別として、契約解除に関する民法の一般法理が告知義務違反による契約解除に適用されるとしても、周知のように、商法六四五条をめぐっては、その第一項と第二項のいずれを本則とするか、つまり告知義務違反の契約解除の効果は解約なのか解除なのかが争われており[9]、解除（広義）であれば民法五四四条に直ちに行くという結論には容易に到達しえないからである。

第二の問題は、そもそも保険契約における告知義務違反に基づく契約解除に、民法の契約解除の一般法理がそのまま適用されるかという問題である。わが国の現行民法は、フランス民法とは異なり、射倖契約なる概念を知らない。射倖契約性は、保険契約の本質的・内在的性質である。確定的出捐と確定的出捐とが対価的構造を有する実定契約と、

確定的出捐と条件付出捐とが対価的構造を有している射倖契約とでは、契約の一方的な破棄の制度である解除について(そして、とりわけ条件付出捐をなすものからの解除につき)、その意義を異にするのは当然ともいえる。一般法理上の解除の根拠が、法定解除の原因としての債務不履行に認められるように、契約の客観的実質的内容から判断して、契約の存続を無意味とするというところに求められるのに対して、[10] 射倖契約としての保険契約の解除にあっては、根本的には契約法の大前提たる当事者の衡平という意味で共通であるとはいっても、一方の給付が条件付出捐であるという点で、衡平のハカリがまったく異なるからである。

そして、このことは、おそらく射倖契約性と告知義務との関係にも関連を有する。告知義務は、保険契約の射倖契約性を根拠とするものである(後に再び述べる)。他の動機を偽る場面とは異なり、射倖契約にあっては条件成就のプロバビリティーを偽ることが特に重大な意味をもってくる。条件成就の蓋然性こそ契約締結の最も重大な動機であるからである。そして、給付義務を具体化する条件たる事実の発生の有無によって、両当事者のなすべき具体的給付相互間の均衡関係が左右するような構造をもっているため、契約の動機における不法性を排除し、当事者の衡平を図るため、特別の配慮が必要となり、これが告知義務の制度である。[11] そして、告知義務は、契約締結までになされなければならないという意味で、保険契約から発する義務とは異なり、保険者は強制する手段をもたず、不履行による損害賠償もないという意味で、通常の義務とも異なる。

ところで、近代的個人の自由意思に基づいて成立した契約については、相当な事由がなければ消滅が認められないというのが解除に関する法制度の趣旨である。民法にいわゆる法定解除は、契約の履行段階において瑕疵(債務不履行)があることによって認められるもので、すでに確定的に有効に成立した契約において、債務不履行によって、その存続が無意味となる場合に認められるものである。契約の履行段階の瑕疵とは関わりのない告知義務違反がこれに従わなければならない理由はまったく存在しない。

(1) 判タ六八七号二二九頁。
(2) 損保企画五三六号八頁。
(3) 最判昭三六・一二・二二民集一五巻一二号二八九頁。この最判を踏襲するものとして、京都地判昭四七・七・一二判時六九〇号八一頁、東京地判昭五〇・二・三判時七九二号五五頁、東京高判昭五五・六・一八判時九七二号五一頁、大阪地判平四・四・二二判タ八〇九号一七五頁などがある。
(4) 山下末人「賃借人の相続人の一人に対する解除の効力(判批)」判タ四三九号九二頁。その詳しい内容については、本件に関する判例研究において既に論じておいたので、そちらを参照して頂ければ幸いである。拙稿「判例研究」法研六八巻四号一一三頁。
(5) 星野英一『民法概論Ⅳ(第一分冊契約総論)』八六頁。我妻栄『債権各論　上巻』一八六頁は、さらに当事者意思をあげる。
(6) 星野・前掲書八六頁はこの趣旨か。
(7) 勝本正晃『債権総論　中巻(1)』一六頁。
(8) 甲府地判昭和二八・四・二二下民集四巻六〇四頁、東京地判昭和三四・一・三一下民集一〇巻二〇七頁。民法五四四条一項は、解除の結果法律関係が複雑化することを避けるため特に設けられたものであるから、遡及効のない賃貸借の解除については適用すべきではなく、共同賃借人の一人に対する意思表示をもって全員についての契約解除をなしうるとした。
(9) 契約解除につき一般的に遡及効を認め、一項が将来効を定めるのは、保険者に保険料請求権を確保させるためだけのことであるとするものとして、大森・前掲書一二八頁、倉沢・前掲書四五頁。これに対し、解除の効力については一項の文言通り将来効のみを認め、これでは説明のつかない事故発生後の契約解除の場合の保険金支払義務を免れるという効果については、告知義務違反があった事実に基づく既発生の事故についての免責の効果とするものとして、田辺康平『現代保険法』五七頁。
(10) 山下末人『注釈民法　一三巻』三五九頁。
(11) 倉沢康一郎「告知義務」『保険契約法の現代的課題』二七頁以下。

三　告知義務制度と違反の効果

告知義務違反に基づく契約解除の効果を検討するためには、まず、制度の歴史的沿革を訪ねることから始めなくてはならない。現行の商法六四四条および六四五条がいかなる理由により制度化されたものであるかを知ることにより、一見、不明確に思われる商法六四五条の一項と二項の関係が明らかになり、この検討がなされることによって、民法における契約解除の効果との関係が明瞭となると考えられるからである。

(一)　立法的変遷

(1)　告知義務の制度

告知義務に関する商法の規定が登場するのは、明治二三年のいわゆる旧商法においてであり、告知義務違反の効果について(現行商法六四四条一項に該当)、その六五三条は次のように規定していた。

「保険者ハ被保険者カ契約取結ノ際重要ナル情況ニ付キ虚偽ノ陳述ヲ為シ又ハ其情況ヲ黙スルトキハ悪意アリタルト否トヲ問ハス契約ヲ解ク権利アリ但被保険者カ保険者ノ総テノ問ニ対シテハ其知ル所ヲ竭シ且善意ニテ答ヘタルトキハ過失ナキモノト看做ス然レトモ保険者ノ有スル解約ノ権利ハ此カ為ニ妨ケラルルコト無シ」(1)

本文は、告知義務違反の効果につき、保険契約者の主観的態様に関わらず、保険者に契約解除権が認められるとしている。保険契約者の主観的態様を問わないとする点で、制度的な不良危険排除が立法目的とされているものと考えられる(2)。不良危険排除を目的とするならば、むしろ無効構成が適当とも考えられるが、契約解除権構成を採用していた根拠は不明である。

明治三二年の新商法は、次のように規定していた。

「保険契約者カ保険契約ヲ為スニ当タリ悪意又ハ重大ナル過失ニヨリ重要ナル事実ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不実ノコトヲ告ケタルトキハ其契約ハ無効トス但保険者カ其事実ヲ知リ又ハ過失ニヨリテ之ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス」(3)

当時における旧商法の改正理由としては、「抑モ保険契約ナルモノハ偶然ニシテ且一定ノ危険ヨリ生スル損害ノ填補ヲ以テ目的ト為スモノナレハ契約当事者間ニ其危険タルヘキ事実ヲ決定セサルヘカラス換言スレハ保険者ニ於テ充分ニ其危険ヲ測度シ得ルニアラサレハ契約ヲ取結ハサルヘシ」(4)ことがあげられており、契約当事者の契約締結の動機という観点における危険測定が根拠とされている。(5)そして、具体的には、「同条ニ依レハ第一被保険者ト保険契約者トヲ混同シ第二虚偽ノ陳述又ハ情況ノ黙秘ヲ悪意又ハ重大ナル過失ノ場合ニ限ラサリシハ頗ル穏当ヲ欠ク」ので、「既成商法第六五三条但書ノ規定ヲ削除シ且虚偽ノ陳述又ハ情況ノ黙秘カ保険契約ヲ無効ト為スヘキ効果ヲ生スルニハ保険契約者ニ悪意又ハ重大ナル過失アルコトヲ要スルモノナリト為シタナリ」とし、さらに「保険者カ契約ノ当時既ニ其事実ヲ知リ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ保険者ハ危険ノ測度ヲ誤ルコトナカルヘク仮令之ヲ誤ルコトアリトスルモ其過失タルモノナルヘシ従テ契約ヲ無効トスル必要ナキ」として、右のような改正をなしたのである。

ここでの改正の趣旨は、まさに立法理由にも現われているように、客観的態様から主観的態様へという要件の移行にある。すなわち、告知義務制度の根拠が、明治二三年旧商法のように保険団体における不良危険の排除にあるのではなく、契約当事者の意思形成における衡平に置かれたことを意味する。(6)そうであるとすれば、明治二三年旧商法とは逆に、ここではむしろ契約解除権構成が採用されるべきであったとも思われるが、無効構成を採用した。それはそ

れとして、問題は、立法理由にはまったく現われない契約解除権から無効への効果の移行は、一体何を意味するのであろうか。民法における契約の一般原則に従うものであるならば、契約自体に瑕疵がある場合あるいは契約上の義務違反があった場合の効果などは事柄の性質から定まるはずのものである。明治四四年の商法改正は、再びその効果を契約解除権の発生へとあらため、これがわが国の現行法として維持されている。

明治四四年の改正理由は、法律取調委員会(商法中改正案)議事速記録からしても明らかである。すなわち、「保険契約営業者ノ為メニモ又当事者ノ為メニモ当然無効ト必ズシモスル必要ハナイノデアラウ却ッテ是ハ利害関係人ノ意見ニ任カシテサウシテ或ハコレヲ解除ヲスルコトガ出来ル或ハ契約ヲ其儘維持セシムルコトニシタ方ガ宜シカラウト言ウコトカラ致シマシテ……保険者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得ト言フ方ノ即チ契約ノ効力ヲ持タシムルト如何トノ選択ノ利益ト言ヒマスカ便宜ヲ与エ」(7)るためとされている。

明治二三年旧商法の契約解除権、明治三二年新商法の無効、明治四四年改正商法の契約解除権へという変遷のうち、立法上の根拠が明らかなのは、明治四四年の無効から契約解除権構成への転換の場面だけである。そして、その理由は、当事者の利益状況からして、当事者すなわち保険者の意思に任せ、契約を存続せしめるか否かの選択権を与えることが適当であろうというきわめて実質的・政策的な根拠に基づいている。「当然無効ト必ズシモスル必要ハナイノデアラウ」との叙述はまさにこのことを物語っており、当時の立法者の考えからすれば、むしろ、告知義務違反であるから、事柄の性質上、当然に契約が無効となり、あるいは契約解除権が発生するという問題ではなかったのである。おそらくこれは、告知義務というものが、民法の契約の範ちゅうでは存在しない特殊な義務として保険法上考えられたものであったからにほかならず、その意味で政策的に義務違反の効果をも設定しえたからと思われる(8)。

(2) 告知義務違反に基づく契約解除の効果

告知義務違反に基づく契約解除の効果(現行商法六四五条に該当)についてはどのような立法的変遷があったのであろ

うか。

現行の明治四四年改正法に至るまで告知義務違反に基づく契約解除（無効）の効果に関する固有の規定は存在しなかった。いわゆる明治二三年旧商法は、保険契約に関する一般規定として、無効ないしは解除につき、以下のように定めていただけである。

第六五七条(9)

「契約カ被保険者ノ過失ナクシテ無効タリ又ハ任意ニ解カルルトキハ保険者ニ対シテ危険ノ生ス可キニ至ラサル場合ニ在テハ既ニ支払ヒタル保険料ノ全部ヲ被保険者ニ償還シ又重複保険若シクハ超過保険ノ場合、被保険利益ノ減少ノ場合又ハ其他ノ事由ニ因レル場合ニ在テハ現保険料支払期間ノ為メ既ニ支払ヒタル保険料ヲ危険減少ノ割合ニ応シテ被保険者ニ償還スルコトヲ要ス但慣習上保険者ガ受ク可キモノヲ控除ス」

告知義務違反に基づく契約解除権を定めた旧商法六五三条とこの規定を併せ考えたとしても、契約が解除されたのちの保険料の運命については触れるところがない。一般の解除の効果としてこれを把握していたものか、あるいは解約告知と考えていたのかについては不明である。

契約解除権から無効へと修正された明治三二年新商法においても、基本的には、こうした構成は変わらず、告知義務違反が契約の無効を来たす旨の条文の直後に、以下のように定めている。

「保険契約ノ全部又ハ一部カ無効ナル場合ニ於テ保険契約者及ヒ被保険者カ善意ニシテ且重大ナル過失ナキトキハ保険者ニ対シ保険料ノ全部又ハ一部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得(10)」

ここでは、告知義務違反に基づく契約の効果につき無効と定めながらも、保険契約者が善意の場合には保険料の返還請求権が認められるという特色のある規定を置いている。本来無効であれば遡及効があるはずであり、告知義務者の善意・悪意により遡及効があったりなかったりすることはないはずである。こうして見ると、保険契約法上の無効の効果(あるいは告知義務違反に基づく契約の効果だけに限られるのか)などというものは、原則的には民法にその基本を置きながらも、政策的に変容されうるものと考えるか、あるいは民法の基本とは本来的に性質を異にするものかということが問題として提起されることとなる。

そして、今一点重要なことは、新商法においては、明瞭に無効の場合の効果と解除の効果とを区別してきているという点である。例えば、危険の変更・増加に関する条文においては、「……契約ノ解除ヲ為スコトヲ得但其解除ハ将来ニ向ッテノミ其効力ヲ生ス」とするとしており、こうしたことからすると、告知義務違反に基づく無効の効果につき、悪意・重過失の場合に認められる保険料の返還請求だけは極めて特殊な性格を持つことが明らかになってくる。

明治四四年改正法(現行法)は、富谷委員の説明によれば、「其解除ノ効力如何ト言フコトガ問題ニナッテ参リマスノデ当然此契約ノ解除ノ効力ハ保険契約ニ於テハドウモ既往ニ遡ルコトハデキナイノデソコデ将来ニ向ッテ効力ヲ生ズルトイウコトニ規定ヲ致シマシタ」[11]とだけされている。遡及効のない解除としたとするだけで、商法六四五条二項の保険料返還については述べるところがない。まさに、学説の対立はここから始めるのである。

(1) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法律取調委員会商法草案』(日本近代立法資料叢書二一)五四頁。
(2) 倉沢康一郎「告知義務の法的根拠」『保険契約の法理』二七七頁。
(3) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会商法決議案』(日本近代立法資料叢書二〇)二二頁。
(4) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会商法修正案参考書』(日本近代立法資料叢書二一)一六四頁。
(5) 倉沢・前掲論文二七八頁。
(6) 倉沢・前掲論文二七九頁。

(7) 富谷鉄太郎（発言）『法律取調委員会（商法中改正案）第一七回議事速記録』八三頁。

(8) 大森忠夫「保険契約の善意契約性」『保険契約の法的構造』一九〇頁は、告知義務制度により保障される不良危険の排除が、保険団体そのものの利益確保を目的とするものであるとするならば、告知義務違反があった場合に、その契約を保険団体から排除するか否かを保険者に任せるのは適当ではなく、当然無効の効果へ結びつかせるべきであるとする。ところが、わが国の立法は解除主義を採用しているのであるから、保険団体自体の利益を目的としているものとは考えられず、むしろ告知義務の制度を加入者と保険者との間の衡平法的な信義誠実則を根拠として考察すべきであるとする。したがって、その義務違反に対していかなる効果を認めるかは、この義務履行確保の必要の程度その他いろいろの条件に応じて考えられることとなる、とされる。倉沢・前掲論文二七五頁も同旨。

(9) 前掲『法律取調委員会商法草案』五四頁。

(10) 前掲『法典調査会商法決議案』二二頁。

(11) 前掲『法律取調委員会（商法中改正案）第一七回議事速記録』八三頁。

(二) フランス法の考え方

世界のいずれの立法例をみても、保険契約には告知義務の制度が存在し、また唯一保険契約においてのみ認められているものが、この告知義務の制度である。もちろん、制度の内容自体は各国様々ではあるが、保険契約者に告知義務を課し、その義務違反に対しては無効構成あるいは解除構成のいずれかを採用することによって、問題を解決しようとしている。

前述してきたように、現在のわが国における告知義務違反に基づく契約の効力に関しては、法理論的に無効とされたりあるいは解除とされたりしたものではないことが明らかとなった。むしろ、法政策的に「契約の解消」をうたってこれを条文化したものであると位置づけることができる。ところが問題は、無効といい、特に現在の制度では解除だといったとして、民法のいう無効ないしは解除とはおよそ遠い効果がそこに採用してされているという点にある。

はたして、元来の意味における無効、解除といかなる関係を有しているのであろうか。この解明には、そもそも、民法典上において射倖契約概念を有するフランス法が、告知義務違反に基づく保険契約の運命をいかに取り扱っているかを検討することが重要である。民法において射倖契約概念を知らないわが国にとって、契約解消の場面に通有する法理がどこに求められるべきかを探究する上で、その解明の手がかりとなると思われるからである。

一九三〇年フランス保険契約法は、告知義務制度につき次のように定めている。

法一一三―二条二号

「契約締結時に、保険契約者は、自己の知れる事情にして、保険者がその負担する危険を評価するに必要な一切の事情を正確に告知する義務を負う」

そして、フランス保険法は、告知義務違反の制度に関して、普通法における通常の義務違反の効果とは異なる効果を定めてくる。(1)

フランス保険契約法が制定される一九三〇年までは、判例により、海上保険に関する商法三四八条を援用しており、告知義務違反に基づく契約は無効とされ、したがって遡及効あるものとされていたが、こうした解決は、長い間、陸上保険の領域では余りに善意の保険契約者に酷ではないかとの疑問が提示されていた。(2)そこで、一九三〇年フランス保険契約法がこの点に関する詳細な規定をおくこととしたのである。

すなわち、一方で、保険契約者が、悪意つまり保険契約者を欺罔する意思で、告知すべきであった事実を故意に告知しなかった場合、および事実の不実なことを知りながらこれを故意に告知した場合、保険者は契約の無効を主張しうるとともに、履行期の到来した保険料の全部につき権利を有するものとし、他方で、善意の不告知または不実告知

の場合には、告知義務違反の事実が保険事故発生前に発見されたか、保険事故発生後に発見されたかにより、まったく異なる効果を定める。具体的には、告知義務違反が保険事故発生前に発見された場合には、保険者側に、保険契約者が承諾した割増保険料を徴して契約を維持するか、契約解除権を行使するかの選択権が与えられ、告知義務違反が保険事故発生後に発見された場合には、損害の填補は、支払われた保険料の、支払われるべきであった保険料（危険が完全かつ正確に告知されていたときに算定される保険料）に対する割合で比例的に削減される、などである。制度の個別的検討はここでは行なうことをしないが[3]、問題は、無効といい、また解除といった場合の効果の点である。

まず、無効（nullité）に関して、無効の一般原則に従い、契約の遡及的な消滅を来たし、保険契約者は保険金の請求ができなくなることはもちろん、過去に履行された保険金支払いも返還されることとなる。これは無効の普通法上の根拠によるものである。問題は支払われた保険料の返還に関してである。無効の一般原則に従えば、契約は遡って効力を失うのであるから、それまでの間に支払われた保険料についてもまた、保険者がこれを収受する根拠はないことになるはずであるが、法は、支払われた保険料については保険者が獲得したままであるとの規定を置いた。保険者は補償の債務から完全に遡及的に免れるのに対し、保険料はそのまま保険者の元に維持されるとしたのである。その根拠は、保険者に特別の保護を与えることであり、収受される保険料は損害賠償として（à titre de dommages-intérêts）の性格を有するものとされる[4]。フランス法一一三―八条に規定された保険料の不返還の制裁は、あくまでも制裁であり、純粋にオリジナルの性質を有するものである。無効と称せられているにも関わらず、普通法の単純なる適用を受けるものではない。契約が、過去において、双方的に破壊されるものではないが故に、真の意味での無効とはいえないのである[5]。すなわち、補償も失い、保険料も失う保険契約者にとってのみ契約が破壊されるのである[6]。

解約告知（résiliation）についても問題は残る。フランス法の下においては、明確に résolution と résiliation を区別しており、前者が双務契約において、一方の債務不履行などにより発生するもので、遡及効あるものとされ、後者

は継続的契約において、遡及効を排除するために用いられる。"résiliation"をもって、"résolution non rétroactive"とされているが(7)、法文の上でも明確に使い分けている。告知義務違反に基づく保険契約の場合には、フランス法上は、まさにわが国では解約告知に当たるrésiliationが用いられており、解除がなされたときから、保険者は補償の責任を免れ、保険料収受の権利も失うとの効果が発生するとされている(8)。

後述するところではあるが、フランス法上は、「第三章　契約または合意による債務一般」の契約総論に当たる部分(第一節　Disposition préliminaires)において、契約を二つに分けて、実定契約(contrat commutatif)と射倖契約(contrat aléatoire)とを定めている(二一〇四条)。さらに、同じ節中にある二一〇七条一項は、「契約は固有の名称を有する場合であれ、有しない場合であれ、この章(第三章　契約または合意による債務一般)の目的である一般規定に従う」としており、射倖契約の典型である保険契約についての法理が、契約の一般原則に従うことを明らかにしている。

また、わが国の法体系でいえば、危険の増加に関する通知義務違反に該当する問題についても、告知義務違反の規定がそのまま適用されてくるものとして、告知義務違反に基づく契約の効力の問題と通知義務違反に基づくそれとを分けることなく規定している。このことは、少なくとも法文の上からは、共に義務違反に基づく契約の効力を問題にしているだけのように考えられる。

このように見てくると、フランス法上、告知義務制度および告知義務違反に基づく契約の効力に関する制度は、普通法である民法を基盤として定められ、特に契約の効力に関しても民法上の無効、解約告知に前提を置き、ただ無効に関してのみは悪意の保険契約者に対する保険者の保護のため、普通法の無効の効果とは異なる効果を定めてきたものといいうる。ただ、それでもフランス保険契約法が射倖契約性という観点からも民法にその根拠をおき、告知義務制度もまた他の通知義務制度と同様の基盤におかれている以上、基本法となるべきは民法であることは疑いない。

はたして、民法上、契約の基本的類型としても射倖契約を取り上げることのないわが国の私法体系の下で、そして

また告知義務制度を他の制度とはまったく独立した形で置いているわが国の告知義務制度の下で、フランスと同様に、無効の効果や解除の効果を考えうるものであろうか。

（1） M. Picard et A. Besson, Les Assurances Terrestres, 5e ed. 1982, p. 140.
（2） M. Picard et A. Besson, op. cit., p. 150.
（3） フランス保険法における告知義務制度を検討するものとして、鈴木辰紀「フランスの告知義務制度について」『火災保険研究』一七三頁。
（4） M. Picard et A. Besson, op. cit., p. 155.
（5） M. Picard et A. Besson, op. cit., p. 156. は、無効と名づけられてはいるが、普通法の単純な適用には至らないとされる。具体的には、告知義務違反によっては要素の錯誤とはならないのに無効とされるのであるから、錯誤に基づく単なる無効（simple nullité）とは異なるものとされる。
（6） M. Picard et A. Besson, op. cit., p. 156.
（7） G. Cornu, Vocabulaire Juridique, p. 701
（8） M. Picard et A. Besson, op. cit., p. 159.

四　無効構成と解除権構成

立法の沿革（三㈠）、フランス法の考え方（三㈡）の検討から明らかとなったことは、告知義務違反があった場合に、その効果に対する法の態度は、時代により、また国により各々であるということである。現在のわが国では、解除権が発生するという態度を採用しているものの、時代によっては無効としていたこともあった。フランス法の下では、基本的には普通法上の無効としつつも、悪意の告知義務違反の場合には真の意味の無効ではない「無効」の効果を考

え、善意のそれの場合には解除権が発生するとしている。

告知義務違反があった場合の保険契約の運命につき、無効構成を採用するのか、解除権構成を採用するのか、各時代、各国での苦悩が読み取れる。問題は、告知義務制度と保険契約の効力という関係をいかに把握してくるかというところにありそうである。そしてまた、無効といいあるいは解除といっても、それぞれ特殊な効果をこれに定めてくるところを考えると、さらに民法の一般原則との関わりがでてきそうである。

ところで、法律行為が法律行為として完全な効力を生じうるためには、種々の要件が充たされていなければならない。これを欠くときには、外形的には法律行為らしきものは存在するが、その法律行為は完全な効力を生ぜしめえない。こうした場合に、法律効果を当初よりまったく生じないとして取り扱うのが無効という処理の仕方である。しかし、取消との対比において、いかなる標準をもって、法律行為が無効とされるかについてはいまだ必ずしも明確ではないというのが民法学の実情である(1)。しいて標準を求めるとすれば、無効とは、取消よりも行為の瑕疵が重大な場合であり、法の公益目的から要求した要件に反するとき、すなわち違法性が強度な場合などとされている(2)。但し、これには、意思無能力者の法律行為、意思欠缺の法律行為など公益的理由とは関わりのないものもあるため(批判がなされるところである(3))、一律に公益理由を持ち出すことはできない。しかし、いずれにしても、民法学上の無効ないし取消は、前者が法律行為の内容に瑕疵があるため、後者は法律行為の内容には瑕疵がないものの、その成立過程に瑕疵があるために、意思表示または法律行為としての効果が完全に発生しないことである(4)。

これに対し、契約の解除とは、契約当事者に認められる解除権の行使によって、契約の法律要件としての価値を失わしめ、契約が初めから締結されなかったのと同様な状態を回復せしめるものである(5)。無効が法律行為として初めから完全に効力を発しえないものであるのに対し、解除は、一旦確定的有効に成立した契約を、契約(解除権の保留を内容とする)あるいは法定事由の発生を前提として、解除権の行使により消滅せしめるものである。法定解除にその

本質が端的に現われているように、[6]契約の履行段階において瑕疵（債務不履行）があることによって認められるもので、すでに確定的有効に成立した契約において、債務不履行によって、その存続が無意味となる場合に認められるのである。[7]すなわち、有償双務契約にあっては、給付と反対給付の対価的牽連性がその客観的な本質的内容となっているものであるから、一旦確定的有効に成立した契約は、一方の債務不履行によっては既に成立している契約関係の存続には影響を与えるものではないが、実質的には給付と反対給付の対価的牽連性が破壊されることによって、契約の存続が債権者にとって無意味となるからである。[8]

告知義務違反があった場合の契約の効力につき、右に述べてきたような民法の確定的な理解に従うときは、無効構成をとるか、あるいは解除権構成をとるかの問題は、結局のところ、告知義務をいかなる範ちゅうの義務としてとらえるかにかかってくる。そして、告知義務の根拠についていわゆる危険測定説をとり、保険の団体性という社会的利益を重視する考え方によれば、[9]不良危険を目的とする契約を客観的に無効として保険団体から排除されるべきものということに結び付いてゆくことは容易に想像しうるところである。[10]また、告知義務をもって法律上真正の義務たる性質を認め、契約締結の際の一般的な信義則の具体化である「契約締結上の過失による責任」の法理により、告知義務の制度を説明しようとする立場からは、[11]告知義務違反の効果として既経過保険料期間についての保険料請求権の発生については「契約締結上の過失」の法理から出てくる損害賠償責任として位置づけうるものの、契約の効力自体の問題は右の構成から直接説明しうるものではない。[12]こうした考えに対し、保険契約の法的構造を他の一般契約から特殊なものととらえ、告知義務をもって、その特殊的構造から説明しようとする考え方が存在する。告知義務をもって契約法的に根拠づけるこうした立場からは、例えば、保険契約の「善意契約性」をその射倖契約たる構造に求め、蓋然率の認識につき当事者の態度において公正さが要求されるとし、[13]あるいは保険契約の射倖契約としての性質にそれを求めるのではなく、特殊保険契約におけるその内容的特質を根拠とすべきなどと主張される。[14]いずれにしても、こう

した考え方に立った場合には、保険契約の蓋然性に関する事実は、直接に保険者に対して不公正な不利益をもたらすおそれがあるのであるから、保険契約者は公正な態度をとることが要求され、これに反した場合には保険者側からの契約解除が認められることになるのである。契約両当事者の主観的態様に応じて告知義務違反の効果を明定するのは、客観的に無効として契約を排除するというのではなく、まさに主観的帰責原因を根拠として解除権構成をとるからなのであるとする。(15)

筆者も、基本的には、右の保険契約の特殊性をもって告知義務の根拠とする立場が正当であると考えている。保険契約が射倖契約であるといっただけでは契約解除権発生の根拠とはなりえず、前述したような(16)保険契約の内容的特質こそが当事者間の衡平を要求し、これを基礎とするからこそ告知義務違反が契約の効力と関連づけられるものだからである。そして、告知義務の根拠を求めようとするこうした努力が、例えば、立法論的な主張の基盤となり(17)、告知事項に関する悪意・重過失の解釈(18)などに重大な影響を及ぼすことも否定するわけではない。しかし、はたして、こうした努力がここにとどまることで足るかについては疑問なしとしない。従来からの理解に従えば、告知義務違反の場合の保険契約の無効なり解除なりが民法におけるそれを当然の前提としているからである。告知義務違反の場合の無効ないしは契約解除は、はたして民法におけるそれを前提にして論じてよいものなのであろうか。

(1) 星野英一『民法概論 I』二三二頁は、特定の法律行為を無効とするか取消しうべきものとするかは立法政策の問題であるとする。我妻栄『新訂民法総則(民法講義I)』三八六頁。

(2) 星野・前掲書二三二頁は、客観的・社会的理由から、人の意思を問題とすることなく、その法律行為の内容の裁判所による実現を否定すべき場合が無効であり、特定の人を保護するための規定に違反した行為については、その者の意思に従って効力を定めればよいから取消しうるに過ぎないということになるとされる。

(3) 我妻・前掲書三八六頁。

(4) 瀬戸正二「契約の無効・取消」『現代契約法大系第二巻』二二四頁。

(5) 山下末人『注釈民法（一三）』三五三頁。

(6) 谷口知平『注釈民法（一三）』三六三頁は、解除の本質は法定解除に端的に現われてくるとされる。

(7) 谷口・前掲書三六四頁。

(8) 谷口・前掲書三六四頁。

(9) 田中耕太郎「保険の社会性と団体性」『商法学特殊問題中』一六六頁以下。

(10) 田中耕太郎「告知義務における客観主義」『商法学特殊問題中』一七三頁以下。

(11) 石田満「保険契約法における告知義務」上智法論一〇巻三号。

(12) 倉沢・前掲論文二七〇頁。

(13) 大森忠夫「保険契約の善意契約性」『保険契約の法的構造』一八一頁。

(14) 倉沢・前掲論文二七三頁。告知義務は射倖契約性からストレートに出てくるものではなく、射倖契約の中でも、保険契約にあっては、保険事故が発生した場合には常に総受給者あるいは総額を制限することなく保険金給付がなされるという特殊性があるため（他の射倖契約では入賞者の数を限定し、あるいは入賞者に分配される額を限定する内容となっている）、両当事者間の衡平がとりわけ必要とされ、告知義務違反があった場合にはこれが契約の効力に影響を及ぼすことになるとされる。

(15) 倉沢・前掲論文二五七頁、西島梅治『保険法（第二版）』七九頁。

(16) 注（14）参照。

(17) 田中・前掲論文（告知義務）一七三頁以下。

(18) 告知義務者の「悪意または重過失」の意味について、重要な事実の悪意を前提として、「それが告知事項に該当することを知りまたは重過失によって知らず」と解するのが通説である（大森・前掲書一二七頁、野津務『新保険契約法論』二一六頁など）。告知義務とは自らの知っている事実を保険者に開示する責務であり、契約締結の重大な動機である条件成就の蓋然性を故意に誤らせることに問題があるからであるとする。この立論の基盤は保険契約の射倖契約性にある。一方、少数説は、事実についてもまた告知事項に該当するか否かについても、共に悪意・重過失が要件とされるとする。保険の団体性からすれば不良危険は排除されるべきものとなるから、事実について仮に知らなかった場合でも、排除されるべきは同様だからである。

五　むすびに代えて

わが国民法は、第二章「契約」中の第一節として「総則」規定を置き、その第三款「契約の解除」につき五四〇条から五四八条までの九ケ条を有している。告知義務違反に基づく保険契約の解除が「解除」である限りは、この民法における契約総則の諸規定の当然の適用を受けることになるはずである。はたせるかな、右の平成五年最高裁は、告知義務違反に基づく契約解除の場面において、解除権の不可分性に関する民法五四四条がここにも当然の適用あることを判示してきた。従来からの議論を前提とする限りは当然の結論ともいえる。

しかし、まず、フランス法とは異なり、射倖契約をも含めて契約法を構成するものではないわが国の法体系の下で、契約であるとの一事をもって、契約法の総則的規定の適用が当然に認められるとすることには疑問を払拭しきれない。むしろ、損害保険契約に関する商法六二九条にしろ、生命保険契約に関する商法六七三条にしろ、わが国の私法体系の下で射倖契約を定めるのはこれだけであり、これらは商法の定める独自な典型契約と解することが一般的であるから、解除の問題についても商法中において解決すべき事柄となるはずである。(1)

そして、とりわけ告知義務違反に基づく保険契約の解除については、より一層民法の解除に関する一般規定とは関わりのないものとして位置づけることが適当である。告知義務は、保険契約の成立前に履行することを要するものであり、保険契約者が保険の利益を享受するための前提要件として履行することを要する自己義務であるから、(2)その不履行といっても、契約に基づいて保険契約者に課された義務の場合とまったく様相を異にするものである。後者においては、すでに確定的に有効に成立した契約が前提とされ、契約の履行段階における瑕疵（債務不履行）があることによって解除が認められるというものであるのに対し、告知義務違反にあっては、契約の履行段階とはなんら関わりのない問題だからである。

もちろん、契約法の大前提にある当事者の衡平を根拠として民法における解除権が登場し、告知義務違反の場合の解除権もまた当事者の衡平を基礎として制度化されたというきわめて広い意味では両者が共通であるといえないわけではない。しかし、既に考察してきたように、民法の契約解除は、契約の履行段階において、実質的には給付と反対給付の対価的牽連性が破壊されることによって、契約の存続が債権者にとって無意味となるという場面を基本的には想定したものである。そして、その前提として、地位の互換性が認められ[3]、また給付・反対給付がそれぞれ確定的出捐同士での対価的構造を示すという実定契約がある。これに対し、射倖契約たる保険契約にあっては、確定的出捐と条件付出捐とが対価的構造を有するものであり[4]、条件付出捐をなすものは常に保険者であるから、そこには地位の互換性はありうべきもない。そうであるとすれば、告知義務の制度目的が両当事者の衡平にあるとしたところで、民法における双務契約とはまったく衡平のハカリが異なることになるのであるから、同じく義務の不履行があったとしても、これを同一の制度によって解決を図らなければならない必然性はまったくないものといってよい。そして現行の告知義務に関する制度をみる限り、「解除」の一言をもって同一に解することこそ誤りといわなくてはならない。

制度の沿革・射倖契約に対する体系的な位置づけからすれば、むしろ保険法こそが告知義務違反に対し、独自の解除をそしてその効果を、きわめて政策的に定めてきたとみるのがもっとも素直な考え方のように思えてならない。民法にいわゆる解除でもなく、また解約告知でもない、告知義務違反に固有の商法上の契約「解消権」こそが商法六四四条と六四五条なのである[5]。

(1) とはいえ、契約が有効に成立した後の債務不履行などに基づく契約解除には民法の解除に関する規定の類推適用が認められるであろう。いわゆる契約の解除だからであり、類推適用であるのは民法に定めのない射倖契約だからである。

(2) 通説である。大森忠夫『保険法［補訂版］』一一七頁、鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法［全訂第一版増補版］』八六頁、倉沢康一郎『保険法通論』四二頁。

(3) 谷口・前掲書三六一頁以下。

(4) 倉沢康一郎「射倖契約と条件の法理」『保険契約の法理』一六二頁以下。

(5) 田辺康平「告知義務違反による契約解除の効力について」『商法・保険法の諸問題(大森還暦記念)』四〇三頁以下は、告知義務違反に関する商法の規定は純理論的には一貫していない。そして、なんとか筋の通った理解をするためには、保険者の免責宣言なる概念を承認しなくてはならないとされる。「解除の効果が制限される」ということを「免責宣言」に言い換えただけとの批判もなされているが(石田満『商法(保険法)』八一頁)、従来からの基本的な理解に従う限りは、田辺教授のような疑問が提起されるのは当然のことのように思えてならない。