

## 保険契約法の史的素描

青 谷 和 夫

### I 保険契約法の史的発展概観

#### 1 序 説

#### 2 比較法的研究

### II 現行保険契約法の推移

#### 1 ロエースレル商法草案

#### 2 旧商法

#### 3 新商法

### III 現行保険契約法の背景

### IV 近代的保険契約法の制定

### V あとがき

### I 保険契約法の史的発展概観

#### 1 序 説

わが国の保険契約法（Versicherungsvertragsrecht, droit sur le contrat d'assurance）は、商法典第3編（商行為）第10章（保険）および第4編（海商）第6章（保険）に規定している。同法は、商法典として明治32年法律第48号により制定されたものであるが、明治44年法律第73号により若干の修正が加えられ、ついで、大正11年法律第71号により破産法が制定されたのにともない、商法第651条の一部が修正されたのにとどまる（昭和13年法律第72号により保険契約法の条数の整理が行われたものの実質的な改正は行われなくて今日におよんでいる。）。。

わが国の保険契約法は、それが商行為法と海商法の一部をなしていること

もあって、一般契約法と同じくだいたいにおいて任意法としての性質をもっている。しかるに、進歩的な保険の実際は、同法制定当時立法者の想起しえなかった新しい保険を開発し、同法をもってしてはこれらを規律しえないまでに進化をつづけているのである。幸い、現行の保険契約法が任意法的な性格をもっているので、保険の実際においては、新しい保険の要請にこたえるため、保険者は、保険契約を締結するにあたり、商法に規定のない事項や商法の任意規定（非強行法的な規定・半強行法的な規定）と異なるとりきめをしなければならない事項（聴容の規定 *dispositive Bestimmung*）につき、これを普通保険約款（*Allgemeinen Versicherungsbedingungen; conditions générales du contrat d'assurance; general policy conditions*）に規定している。そして、この標準的な条項と異なる事項（*conditions particulières*）を内容とする契約を締結する場合には特別約款（*besonderer Versicherungsbedingungen, Sonderbedingungen, Spezialbedingungen; conditions spéciales d'assurance, conditions particulières d'assurance; special policy conditions*）を定めている（保険業法施行規則<sup>(1)</sup>11条）。

しかし、とくに陸上保険においては、それが多数の加入者に対する経済生活の安定をはかる制度として社会公共的にも重要な機能を果していること、その経営のいかんによっては国民経済社会におよぼす影響がきわめて大きいこと、保険の知識経験に乏しい加入者の経済的地位は保険者にくらべて非常に低いこと、などを考慮するとき、加入者を保護するため、ある種の規定は、加入者の不利益に変更することをゆるさないものとするほか、ある種の規定は、保険者加入者のいずれの不利益にもこれを変更することをみとめないとする<sup>(2)</sup>ことが望ましい。

保険事業が今日みられるように巨大な組織をもち強力な作用を営むにいたるにつれて、その一方には団体主義的事相が、他方には独占的事相がみられるにおよんで、そこに国家による特別の干渉を必要とするにいたり、それがため保険契約法が漸次強行法化され、公法化され、保険者の活動が国家的に社会的に倫理的に指導され促進されるにいたったのである。それは、契約の

自由（Vertragsfreiheit, liberté contractuelle）ないしは私法自治の原則（grundsatz der Privatanonomie）が徹底的に適用されることによって成立するにいたった技術的な発明であるといえる。

商法改正要綱（昭和10年12月法制審議会総会決議）も、陸上保険に関しては、「保険業者の現に使用する約款を参酌して第十章の規定を改正すると共に、保険契約者及び保険者の利益を保護する為に適当なる強行規定を設けること」（217項）および「損害保険、生命保険の何れにも属せざる種類の保険に関し適当なる規定を設けること」（217項）とし、海上保険に関しては、「保険に関する規定は、海上保険業者の現に使用する約款を参酌して適当に之を改正すること」（227項）<sup>(8)</sup>といっているが、その後における商法の改正は、ほとんど会社法の改正に終始しているといってもよく、保険契約法については全く放置されたままになっている。保険契約法についての比較法的研究の急務が痛感されるゆえんである。

- (1) 保険は、商法第 502 条第 9 号により営業的商行為とされているので、現行の保険契約法は、自由主義的法理をもって支配され、だいたいにおいて任意法としての性質をもっている（松本・保険法73ページ、青谷・保険契約法論Ⅰ8ページおよび同書に掲げる文献参照）。したがって、公益に関するものとみとめられるものを除いて、それぞれの規定は、それぞれの保険約款をもってこれを変更することができるものと解すべきである。判例もこれを肯定している（大判・明治40・10・29・青谷・保険判例集 366 ページ、同・大5・11・21・同判例集 366 ページ、同・大12・1・24・同判例集 103 ページなど）。学説としては、任意法規といえども、これを加入者に不利益に解釈し変更することはできないとする見解がある（野津・新保険契約法論 26 ページ、田中（誠）・保険法 18 ページ）が、すべての保険種類についてまでこの解釈原理をみとめることに疑問がないとはいえないとする見解もある（大森・保険法45ページ、なお、Ehrenzweig, Die Rechtsordnung der Vertragsversicherung, 1929, S. 3. Anm. I.)

- (2) 青谷・前掲 8 ページ以下、同・「保険契約法の新しい構想」法学新報 62 巻 6 号 33 ページ以下、松本・前掲 74 ページ、青山・保険契約法 22 ページ、水口・保険法論 25 ページ、田中（耕）・保険法講義要領 21 ページ、同・商法研究 2 巻 639 ページ、大橋・保険法講義 28 ページ、野津・前掲 26 ページ、大森・前掲 45

ページ、田中（誠）・前掲 18 ページ、伊沢・保険法 38 ページ、朝川・保険法研究 3 ページ以下など。

- (3) 保険業界からも商法改正意見が提出されている。すなわち、生命保険会社協会（いまの生命保険協会）から、明治35年11月と同40年 8 月20日（後者につき明治 大正 保険史料 3 巻 2 編 416 ページ以下〈司法省法律取調委員会へ提出〉、同41年 6 月29日追加意見提出〈史料466ページ〉）の 2 回にわたり修正意見が提出されており、この意見の大部分は、明治44年法律第73号によりとりいれられている。

さらに、昭和 6 年 4 月14日、生命保険協会より東京商工会議所商事関係法規準備委員会（会長阪谷芳郎、副会長松本丞治、主査委員田中耕太郎、大森洪太その他、玉木為二郎）へ改正意見書を提出している（昭和生命 保険 史料 1 巻 763 ページ以下、772 ページ以下）。

昭和10年の商法改正要綱は、これらの改正意見が結集されたものと解することができる。

なお、昭和29年には、生命保険協会と損害保険協会から改正意見が法務省に提出されている（これにつき、青谷・「保険契約法改正の諸問題」・保険学雑誌 391号69ページ以下）。

告知義務に関する立法経過については、青谷・「告知義務に関する立法論的考察」生命保険文化研究所「所報」28号60ページ以下）。

## 2 比較法的研究

1900年サレイユ（Sébastien Félix Raymond Saleilles, 1855—1912）の提唱によりパリ比較法制協会の発意によって万国比較法大会がパリにおいて開催されてからすでに76年あまりを経過しようとしている。比較法学を通ずる一般的な特徴としては、一定の目的と方法をもって二つ以上の国家・社会の法の体系的比較（*rapprochement systématique*）をすることによってその特異性と普遍性を明らかにするにある。

比較法学は、その達成しようとする目的からすれば、つぎのようにわかれる。すなわち、(ア)人種的比較法（*ethnologische Jurisprudenz*）、法制度の発展状況と発展法則の発見を目的とする比較法制史（コーラー Joseph Kohler, 1840—1919, ウェスターマーク Edward Alexander Westermarck, 1862—1939 等）、(イ)法系別比較法解釈または立法のために各国の実定法自体を比較研究

する狭義の比較法（穂積陳重の提唱，ランベール Edouard Lambert, 1866—1947, サレイユ, タルド Jean Gabriel Tard, 1843—1904, ウィグモア John Henry Wigmore, 1863—1943. など），(ウ)文明諸国に共通の法の一般原則の発見を目的とする比較法律哲学（ル・フュール Louis-Ersmé Le Fur, 1870—1943, デルヴェキョ Georgio Del Vecchio, 1876—）などがある。

実定法それ自体の究明を目的とするものとして，(フ)外国法，(ヘ)比較法制史，(コ)国別式比較法，(セ)概念の範疇別比較法，(ケ)法系別比較法，(コ)法の一般原則の比較研究などがみられる。これらは，比較法の準備ないしは準備過程または比較法研究方法の一つの過程であるにすぎない。

つぎに，実定法の進歩を目的とするものとしては，(カ)比較国法学（絶対的比較国法学，相対的比較国法学），(イ)比較世界法学（絶対的世界法学，相対的世界法学）<sup>(4)</sup>がある。

比較法学は第19世紀末からの法の社会化（socialization of law, Sozialisierung des Rechts, socialisation droit, シャルモン Joseph Charmont, 1859—1922, パウンド Roscoe Pound, 1870—1964, わが国の牧野英一博士らによって唱えられた），世界法（田中〈耕〉博士など）の思想に由来するものであるが，一般的に比較法学といえは，立法または解釈のために各国における実定法自体を比較研究する狭義の比較法学の意味に用いられている。わたくしも，この意味において比較保険契約法の研究をすすめている。とくに保険契約法は，保険の経済的必要性およびその技術が人類普遍の原理に立脚している以上，保険契約を規律する法の目的もまた同様であることよりして，各国は保険のすべての範疇において国境をこえて同律の法律関係に立つものであるから，<sup>(5)</sup> 保険契約法を法系別，国別，法域別に比較することによって，そこに共通法を発見することができるのである。このような方法論のもとに世界的統一保険契約法の発見にとめたいものと念願しているのであるのであるが，本稿は，その序説として，保険契約法の史的素描を試みようとするものである。

(4) 比較法学に関する諸派の分類については，杉山直治郎博士の「比較法学」・法律学辞典Ⅳ2242ページ以下におうところが多い。杉山博士は，田中（耕）博

士は、相対的世界法学派に属するものとされている。

- (5) 田中(耕)・保険法講義要領11, 12ページ。なお、田中(耕)・世界法の理論1—3, 同・統世界法の理論(上下)。
- (6) 海上保険契約法は、陸上保険契約法とその性質を異にする。海上保険における被保険者は、保険者と対等の地位において保険者と折衝する能力をもち、保険者と平等の地位に立っており、むしろ被保険者の方が優位に立っていることが多い(Ripert, *Traité de droit maritime*, V. 3, N<sup>o</sup>. 2409; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, N<sup>o</sup>. 1098, p. 264 note 2.; Manes, *Versicherungswesen* II. S. 18; Ehrenberg, *Versicherungsrecht*, S. 25.) ので、これに関する法も契約自由の原則にゆだねるとしても、陸上保険にみられるような弊害はみられない。のみならず、海上保険業者は、猛烈な国際競争場裡に立たされているので、被保険者の意思に反して自己の恣意にもとづく保険約款を自由に設けることが困難な事情もあるので、自由競争にゆだねる方がより現実的であるというので、各国法とも、海上保険法に関しては、強行法をもってのぞんではない(青谷・前掲法学新報62巻5号57ページ以下)。しかし、海上保険においては、危険の分散を広範囲に求め、かつ、国際的にその市場を求めているので、これに関する法も国際的に統一され、世界統一法へとその進化をつづけている(青谷・前掲法学新報62巻6号34ページ、田中<耕>・世界法の理論3巻130ページ以下、同・商法研究2巻652ページ以下。なお、青谷・「海上保険法の史的素描」国学院政経論叢3巻4号75ページ以下)。

## Ⅱ 現行保険契約法の推移

### 1 ロエースレルの商法草案

1 ドイツのロストック(Rostock)大学国家学教授(1861年)であったロエースレル(Karl Friedrich Hermann Roesler, 1834—1912)は、明治11年(1878年)外務省法律顧問として招かれ商法草案を起草した。<sup>(7)</sup>

ロエースレルがどのような意図のもとに商法草案を起草したかについては、その冒頭の「商法立案の主義及び其区域の諸言」とその末尾の「商法草案脱稿報告書」において明らかにしている。そして同草案を起草するについて参照した立法例は、1807年のフランス商法、1830年のスペイン商法、1838年のオランダ商法、1861年のドイツ旧商法、1865年のイタリア商法、1874年のエ

ジプト商法等であるが、その構想において、編別はフランス法的であるが、ドイツ法とフランス法の折衷ともいべきものである<sup>(8)</sup>。

保険法（保険契約法のほか保険監督法〈保険営業の公行〉をふくんでいる。）については、第1篇（商及び一般の事）第11巻（陸上保険）と第2篇（海商）第8巻（海上保険）に規定されており、第1篇第11巻（保険）は、第1款総則、第2款火災震災保険、第3款地産物の保険、第4款運送保険、第5款生命保険、病患保険、年金保険、第6款保険営業の公行にわかれ、第2篇第8巻（海上保険）は、第1款保険契約の取結、第2款保険者及び被保険者の権利及び義務、第3款放譲にわかれている。

(7) ロエースレルは、明治11年外務省法律顧問として招かれ、明治26年(1893年)帰国したのであるが、その間、伊藤博文、井上毅らの憲法の起草に協力し（明治20年に *Entwurf einer Verfassung für das Kaiserlichen Japan*, 1887. を書いている。）、商法草案（*Das Japanische Handelsgezetzbuch*, vol. 1—3.）は、明治14年（1881年）4月に起稿し、明治17年（1884年）1月にわたる2年9ヶ月の日時を費してまとめあげ、明治17年1月29日に同草案を政府に提出した。

(8) 商法の史的変遷については、Goldschmidt (L.), *Handbuch des Handelsrechts*, 3 Aufl. Bd. I *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1 Abt., Abt., 1 Lief., 1891. Rehme, *Geschichte des Handelsrechts in Ehrenbergs H. B. Bd. 1*, 1913, Huvlin, *L'histoire du droit commercial*, 1904（小町谷訳・ユーヴラン商法史）、Huvlin *Étude d'histoire du droit commercial romain*, 1930. 志田・日本商法論（総論・第1編商業）11ページ—66ページ、田中（誠）・商法総則詳論30ページ—43ページ、西原・「近代商法の成立と発展」・法律学体系二部法理学論篇85、喜多川・「商法 *lex Mercatoria* の国家法による吸収と国家法からの解放」（石井照久先生追悼論文集「商事法の諸問題」107ページ以下）、喜多川・島田訳・「民商法の統一」東京大学法学会雑誌10巻2号357ページ以下（*lex Mercatoria* が国家法のなかに吸収され、そして、ふたたび *lex Mercatoria* として国家法から解放されてゆくプロセスについて論じた）(R) David, *L'unification interne du droit privé (Colloques internationaux du centre national de la recherche scientifique, Sciences humaines VI)*. 1954. の訳）、服部・商法総則（現代法律学全集(16) 19ページ以下等。保険法は、後述のごとく地中海諸港における海上保険の慣習に発足するのであるが、上述の喜多川教授の論文は、これら商人法（*lex Mercatoria*）

の国家法による吸収と国家法からの解放を論じたものとして興味深いものである。

ゴールドシュミットもいっているように、商法の歴史は、一般の実定法と同じく、それぞれの時代、それぞれの国における生活関係に内存する自然的法律規範(natürliche Rechtsnormen)の外部的発展および承認の所産であり、それぞれの生活関係がそれに固有なる目的(zweck)および客観的に与えられた経済的倫理の本質(natura, natura rei, Natur der Sache, naturalis ratio)を反映するものであると同時に時間的空間的にそれぞれの民族の文化発達の程度に応じて異なるものがみられるにしても、そこに行われる社会学的法則、経済的技術的要請は、それぞれの時代、それぞれの国における道徳、宗教、一般的法律観念をのりこえて、それぞれの国における商の世界における協力のもとに変遷(自然経済から貨幣経済へ、農業経済から商業経済・工業経済へ、閉鎖的家族経済から都市経済・国民経済・世界経済へ)をつづけている。商の世界における共通の法慣習は、ある民族、ある時代のつきかさねではなく、多数の文明国がそれぞれの時代において関与し協力することによって商事制度およびこれに関する法制の継受を容易にし商法の発達を促進せしめるにいたったのである。

このような商法の普遍的原則は、最もかけはなれているはずのそれぞれの時代それぞれの国において、その定型的傾向を驚異的なまでに同型的なものとしているため、各国の文化的所産に関して、ある国の商法が他の国の商法との間に継受(Rezeption des Rechts)の関係が存するとみることができるかどうか、それとも原始的な新発生(固有性heimisches Recht)とみることができるかどうか、これを識別することは困難である(Goldschmidt, a. a. O. 田中<耕>・前掲89ページ)が、商法の発達は、超国家的であり世界的であり、各時代、各国の協力の所産であるといえよう(田中・前掲88ページ以下、97ページ以下)。

- (9) ロエースレルが商法草案を起草するにあたり参考とした当時の各国の商法典については、志田博士によって詳説されている(志田・前掲11ページ以下)。志田博士は、周知のように、法典調査会起草委員補助として、各国の商法典の調査研究にあたられたのである。

2 ロエースレル商法草案における保険法の構造は、上述のごとく、これをわけて陸上保険と海上保険とし、陸上保険については、総則、火災震災保険、地産物の保険、運送保険、生命保険・病患保険・年金保険、保険営業の公行の六款にわかって規定しており、海上保険については、保険契約の取結、<sup>40)</sup> 保険者及び被保険者の権利及び義務、放讓の3款としている。

この草案を現行法と対比して注目されるおもな点は、総則において損害保険のみでなく生命保険をふくめて総則的な定めをしていること（しかし、完全とはいえない。）、地震保険をみとめていること、穀物、煙草、葡萄等の収穫物の保険、蚕繭等のごとき天産物の保険を規定していること、病患保険を生命保険にいれているが生存保険を除外していること、保険事業の監督の規定を設けていること、等である。

保険事業の監督について、これが規定を商法典にいれている立法例は、ロエースレル<sup>(1)</sup>があげている立法例にもみられないところである。

- (1) 保険契約法の史的発展については、Bruck, Das Privatsversicherungsrecht, 1930, S. 3 ff., Ehrenberg, Privatversicherungsrecht, 1923, S. 35 ff. 青山・保険契約論68ページ以下、野津・新保険契約法論30ページ以下、青谷・保険契約法論Ⅰ47ページ以下等。

保険契約法は、保険それ自体の発達にともなって発展をつづけているものであるが、保険に関する法は中世商業都市（Pisa, Firenze, Barcelona等）において行われていた商慣習にその源を発している（いずれも海上保険）。保険の取引は、公証人または仲立人を通じて行われ、その作成にかかる公正証書（instrumentum）、保険証券（poliza, appodisia）に定めている約款が固定して法制の基礎をきづいたものといわれている（Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 375; Ehrenberg zu Goldschmidts Zeitschrift für gesammte Handelsrecht, XXXII, S. 281.）。成文法の形式を有するものとしては、商業都市において編纂されたスタット Statuto が始めである（1369年 Genova, 1439年 Barcelona等。いずれも海上保険に関するものである〈Bensa, M. E., Histore du Contrat d'Assurance au Moyen Age, 1897; Bensa, II contratto di assicurazione nel medievo evo pp. 115, 157.〉）。国の制定法としては、1535年スペインのカルロス一世（Carlos I）法令が最古のものである（これらについての詳細およびその後の立法史については、青谷・前掲47ページ以下参照）。

保険契約法は、他の法域に比しいちじるしくおくれて発達している。マーネスも指摘するように（Manes, Versicherungswesen, I. S. 186.）、保険契約という概念がローマ法のいずれのカテゴリーにも属しない一種特別のものであること、そのため保険法理の発達が不十分であったこと、これに引換えて、保険の実際が非常に進歩的でいまなお発達の過程にあり、絶えず猛烈な勢いをもって進歩発展する運命におかれているため、保険の立法や学説がむしろ進歩的

な保険の実際にかろうじて追隨してゆく状態にあることなどによるものである。

- (11) 保険監督法につきロエースレルが参照した立法例は、その理由書に明らかにされているように、1870年のイギリス法を主とし、1869年のドイツ法、1867年のフランス法を参照したのであるが、これらの法律は、いずれも、商法典の一部としてではなく、単独の監督法とされている（わが国の保険業法の史的発展につき、青谷盛修・コンメンタール保険業法 上巻1ページ以下、同・「第14回帝国議会保険業法通過顚末 および 同法制定後の改正経過」（1—10）（生命保険協会会報51巻2号33ページ以下）。

## 2 旧商法

わが国における商事に関する法制は、明治期前のものはしばらくおくとし<sup>(12)</sup>て、明治維新後の初期においては欧米の制度にならい、若干の制定法が制定された<sup>(13)</sup>。しかし、治外法権を撤廃し、条約改正を行うためには近代的な法典を完備する必要があるとして、商法典に関しては、ロエースレルにその草案の起草を依頼したのであるが、政府は、その答申をまっぴら明治20年4月法典取調委員会を設け審議せしめた<sup>(14)</sup>。同委員会は、ロエースレル商法草案に修正を加えたうえ、明治21第商法草案を議了し、翌22年6月7日元老院の可決を経て、23年4月26日公布、翌年1月1日から施行することにした。この法典は、総則および3編1064カ条よりなり、その構造はフランス法的である（第1編商総則、第2編海商、第3編破産）が、規定の実質はドイツ法的である。しかし、この法典に対しては、外国法模倣・古来の慣習無視の批難が<sup>(15)(16)</sup>おこり、修正のため、数次にわたりその施行が延期された<sup>(17)</sup>が、急を要する部分、すなわち、第1編第6章会社法、第12章手形法、第3編破産法および会社については第1編第2章商業登記簿および第4章商業帳簿の規定を実施し、同時に従来の為替手形束手形条例（明治15年12月太政官布告第17号）はその効力を失うことになった。

したがって、旧商法中の保険は、明治31年7月1日から新商法が施行された明治32年6月16日までの1年足らずの間しか施行されることがなかったことになる。旧商法のうち保険法に関する部分は、第1編第11章保険（これを<sup>(18)</sup>わけて、総則、火災及び震災の保険、土地の産物の保険、運送保険、生命保険・病傷

保険及び年金保険、保険営業の公行の6節としている。)と、第2編海商第8章保険（これをわけて、保険契約の取結、保険者及び被保険者の権利義務、委棄の3節としている。）に定められているが、ロエースレル商法草案とその骨子においてほとんど変るところはない。

旧商法においてとくに注目されるのは、第1編第11章保険第6款の「保険営業ノ公行」に関する規定（689条から698条まで）がふくまれていることであるが、それはロエースレル商法草案第753条から第760条までの規定をほとんどそのまま継承したものである。<sup>99</sup>

- (12) 廻船式目（貞応2年北条義時の制定と伝えられる。）、海路諸法度（天正20年豊臣秀吉の制定と伝えられる。）など。なお、田中（誠）・前掲34ページ以下。
- (13) 西洋形商船規則（明治3年）、国立銀行条例（明治5年）、株式取引条例（明治7年）、米穀取引会社総規則（明治8年）、為替手形約束手形条例（明治15年）などがある。なお、旧商法制定前の商事関係法令については、青谷監修・コンメンタール保険業法上巻1ページ以下参照。
- (14) (A)海上法の編纂 商法の編纂に関する公的な委員会としては、明治11年2月20日海軍卿の命により設けられた海上法律取調掛が最初のものである（田口憲のもとに日本海令草案が明治11年12月28日まとめられた。同草案の内容については、青谷・前掲コンメンタール3ページ以下）。

明治13年6月5日海上裁判所訴訟規則審査委員会を設け、同年9月4日海上裁判所訴訟規則審査委員会および会社並組合条例審査委員会を置き、同年12月28日日本海令草案審査局を置いた。この審査局は、翌14年1月7日元老院におかれたが、一方、太政官は、後述のごとく法制部に商法の起草を命じていたので、日本海令草案の審査を中止することにした（明治14年4月1日）。

(B) 会社並組合条例の編纂 明治13年9月22日会社並組合条例審査局を置き、会社条例（3編143条）がまとめられ、翌14年4月14日太政大臣に上申されたが、その後太政官において商法全部の起草に着手することとしたので、同法に支障をきたすおそれがあるとして、同条例案は成文化されなかった。

(C) 商法の編纂 太政官においては、明治14年4月商法典を編纂することを決定し、太政官法制部においてロエースレルの起草にかかる草案の翻譯をつづけた（同法制部は、同年10月21日廃止されて参事院となった。）。ところで、商法典の編纂は、相当浩翰な作業であり、かなりの歳月を要することが予想されるというので、明治15年3月8日、参事院議長は、同法の編纂を法律取調掛にあたらしめることを不適当とし、新たに商法編纂局を設けるように上申した。

(D) 商法編纂局 そこで、太政官に商法編纂局を置くこととした（明治15年9月1日）。商法草案中急を要するものとして会社法の160カ条を上申した。

ロエースレルは、明治17年1月商法草案およびその説明書の起草を終え、報告書をそえて答申した（総則および4編にわかれ1133カ条よりなる。）。

商法編纂局は、一方においては自ら草案を編纂し、そのためには各地の慣習を調査し（商事慣例類集として5冊にわけて刊行されている。）、他方においては、ロエースレル草案についても審議したのであるが、問題があまりにも浩瀚にわたるので容易に結論をうるにいたらなかった。ところが、時の推移は激しく、そのため、上述のごとく、一先ず会社法の制定をいそぐこととしたのである。そこで、明治17年5月20日制度取調局長官伊藤博文の上申により、同月24日商法編纂局を閉鎖することになった。そして、同年5月24日制度取調局において、ロエースレルの商法草案を基礎として会社条例を編纂せしめることとした。この委員会においては、破産法の編纂をあわせて審議することとなった（明治17年3月4日以降）。

このようにして、会社条例並破産法編纂委員を廃止し、ふたたび商法編纂委員をおくこととなり、明治19年3月23日宮中顧問官寺島宗則を商法編纂委員長とし、元老院幹事細川潤次郎、同議官箕作麟祥、同鶴田鋳、法制局参事官周布公平、同長森敬斐、同本尾敬三郎、同岸本辰雄を商法編纂委員に任命し、商法の編纂にあたらしめることとした。

(E) 法律取調委員会 その後明治20年4月にいたり商法編纂事務をあげてこれを外務省に設けてある法律取調委員会に移すこととなり、商法編纂委員長および委員は、同年4月19日づけて被免された。

一方、民法典の編纂については、明治13年元老院に民法編纂局を設け、これが起草・審査にあたっていたのであるが、同19年3月31日これを廃止してその事務を司法省に移し、さらに同年8月5日外務省に移し、同年8月6日、法律取調委員会を組織し、民法の編纂にあたらしめた。その後明治20年4月12日、内閣法律顧問 ギュスターヴ・ボアソナード (Gustave Emil Boissonade, 1825・6・7—1910・6・27 は、グルノーブル大学、パリ大学の助教授を歴任、明治6年〈1873年〉にわが国に招聘され、民法草案を起草したことで知られているが、わが国最初の近代的刑法である旧刑法と治罪法を起草したことはあまりにも著名である。1895年に帰国している。Projet de code civil pour empire du Japon, vol. 1—5, 1882—89; Projet révisé de code de procédure criminelle, 1882; Projet révisé de code Pénal, 1886.) 等を法律取調委員に任命した。

この法律取調事務は、明治20年10月21日、司法大臣の所管事項とされるにいたった。そして、明治20年11月4日、「法律取調委員会略則」が制定された。

この委員会は、当初、民法は、明治20年11月4日から翌21年12月13日までの間に会議160回、商法は、20年11月1日から翌々22年8月9日までの間に会議64回と定められたが、商法の議事は大いに進捗し、予定よりも早く完成し、21年8月に草案をまとめ、同年10月委員長より、まず総則および第1編第1章から第6章までの成案を内閣に提出した。そこで、内閣はこれを元老院の議に付した。ついで、委員長は、商法草案の残りの部分の議了をまって、その成案を内閣に提出し、内閣は、翌22年1月24日これを元老院の議に付した。

元老院においては、商法草案を調査するため調査委員を設け、さらに審査委員を置き、前後数十回の会議を経て、明治22年6月7日同院総会において法律取調委員を置き、法律取調事務の進捗をはかることとした。

かくして、商法は、明治23年3月27日、裁可を経て、同年4月26日法律第32号として官報号外をもって公布し、翌22年1月1日から施行されることになったのである。いわゆる旧商法といわれるものであるが、この法律は、総則および、商、総則、海商、破産の3編よりなり、1064カ条からなっている。ローエスレル商法草案よりも、1編69カ条少ないものとなっている。

延期論を主張する者は、一方においては、この法典の実質を批難し、この法律は、外国法を模倣したものであって、わが国の慣習を斟酌していないため実際に適しないとし、他方においては、公布と施行との間にわずか8カ月しかないため、その施行により商業社会の秩序をみだすこととなりきわめて困難であるというにある。

- (15) 商法公布前に民法をふくめてわが国の法律学者の間には、法典派と非法典派との争があった（穂積陳重・法窓夜話 333 ページ以下、商法延期論につき 340 ページ以下、民法延期論につき 342 ページ以下）。穂積八束博士の「民法出デテ、忠孝亡フ」という論文は、あまりにも著名である（穂積八束・法学新報 5 号・明治24年8月25日発行。この論文は、穂積八束博士論文集 223 ページ以下にも集録されている。）。
- (16) 旧商法のうち、急を要する部分として、明治26年3月4日法律第7号により、同年7月1日から商事会社論、手形編、破産編、商業帳簿の規定、施行条例中の一部が施行されたが、その他の部分は、数回にわたりその施行が延期された（明治23年12月26日法律第108号、25年11月22日法律第8号、26年3月4日法律第9号、29年12月28日法律第94号）。
- (17) 明治25年第3回帝国議会において民法、商法の施行延期に関する法律案が可決された後、政府は、その公布に先立ち、同年10月7日法典調査委員会を設け、法典に関する取調をなさしめた。その取調の目的は秘密とされていたが、第4回帝国議会に提出した「商法及ヒ商法施行条例中改正並ニ施行法律案」を審議せしめたもののごとくである（明治25年11月29日提出）。

- (18) 旧商法中の保険法は、明治31年6月30日までは施行されなかった（旧商法は、明治29年法律第4号により明治31年6月30日までその施行が延期された。）のであるが、この期日が満了するとともに、旧商法が全面的に施行されることになったため、保険法のなかにふくまれている保険契約法も保険監督法も、同年7月1日から施行されることになった。
- (19) 青谷監修・前掲コンメンタール保険業法上巻8ページ以下。

### 3 新商法

1 旧民法および旧商法については、法典延期論が出るなど各方面から反対論が出たのであるが、旧商法についても、東京商業会議所から「商法及商法施行条例修正案」が提出されるなど、各方面からする論議が紛糾した。そこで、政府は、明治26年3月25日新たに法典調査会を設けて、民法、商法、法例およびその附属法律の修正案の起草、審議を命ずることとした。法典調査会は、まず、民法修正案の起草、審議にはいったが、商法修正案の起草、審議にはいったのは、翌27年3月27日法典調査会規則が改正された後のことである。<sup>(20)</sup>すなわち、法典調査会が商法修正案に関する議事を始めたのは、翌28年9月27日以後のことであって、じらい130余回の会議を開き、同30年12月にいたりようやくこれを議了した。その間、起草委員補助を各地に派し、あるいは書面をもって各地の商業会議所に諮問し、また、商人につき商慣習法を調査する等につとめた。

商法修正案の起草委員は、法制局長官梅謙次郎、東京帝国大学法科大学教授岡野敬次郎、司法省参事官田部芳の3名である。そして、志田鍾太郎、加藤正治の2名が起草委員補助をつとめた。

商法修正案は、ようやくまとめられ明治30年12月24日簡単な理由書をつけて第11回帝国議会に提出された（貴族院）が、翌25日衆議院が解散されたため、廃案となった。同修正案は、第1編総則、第2編会社、第3編商行為、第4編手形、第5編海商となっており、666カ条よりなっている。そして陸上保険については第3編第10章、海上保険については第5編第5章に規定している。

さきの商法修正案は、衆議院解散のため廃案となったので、政府は、さらに法典調査会をして調査、修正せしめ、明治31年5月20日第12回帝国議会上に商法修正案を提出した（貴族院）。同修正案の編別は前案と同様であるが、条<sup>23</sup>数において19カ条増加している。この修正案は、貴族院は通過したものの（明治31年5月28日）、明治31年6月10日衆議院が解散されたため、また、廃案となった。そこで、さらに明治32年1月9日3たび同修正案を第13回帝国議会上に提出した（貴族院）。この修正案は、さらに4カ条増加されており、689カ条からなっているが、編章節款の配列は第1および第2修正案と異なるところはない。貴族院においては政府提出案を可決したが、衆議院の特別委員会においては、第58条（定款ノ変更其他会社ノ目的ノ範圍ニ屬セサル行為ヲ為スニハ総社員ノ同意アルコトヲ要ス）、第428条（生命保険証券ニハ第402条第2項ニ掲ケタル事項ノ外左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス、一 保険契約ノ種類、二 被保険者ノ氏名、三 保険金額ヲ受取ルヘキ者ヲ定メタルトキハ其者ノ氏名及ヒ其者ト被保険者ノ親族関係）の3カ条に修正を加えるほか、原案どおり可決した。しかし、衆議院本会議において委員会修正案を否決し、原案どおり可決した。

このようにして、新商法および商法施行法は、明治32年3月9日、新商法は法律第48号をもって、同施行法は法律第49号をもって公布され、同年6月16日から施行されることになった（明治32年4月10日勅令第33号）。

新商法は旧商法と異なり純然たるドイツ法系に属するものである。

新商法のうち、保険契約法に関する部分は、岡野博士の起草になるものとされているが（法典調査会における議事録参照）、この部分について、旧商法と異なるおもな点をみると、つぎのとおりである（逐条別の細部にわたる修正については、明治31年商法修正案参考書参照）。

(ア) 新商法においては、陸上保険をわけて損害保険および生命保険として<sup>24</sup>いる。旧商法は、生命保険を狭く解して、生存保険を除外している（修正案理由書は、病傷保険と年金保険を除外していたとしているが、旧商法第677条以下はこれを規定している。誤りとみとめる。）が、新商法は、生命保険を広く解して、これを損害保険に対するものとした（しかし、新商法は、旧商法のいわゆる病傷

保険すなわち疾病保険、廃疾保険、傷害保険、入院保険などを明定していない。立法者は、これを生命保険にふくめる意図であったようであるが、<sup>(四)</sup>法文上はそうに解されない<sup>(四)</sup>。

(イ) 旧商法は、損害保険に関する規定を生命保険に適用していたが(第625条から第659条まで)、新商法は、損害保険と生命保険とはその性質を異にすることにかんがみ、生命保険の性質に反しないかぎり損害保険に関する規定を準用することにした(現行商法 683 条参照)。

(ウ) 旧商法中の保険事業の監督に関する規定は、これを特別法にゆずることとした(明治33年 3 月20日 法律第69号保険業法、現行法は 昭和14年 法律第41号保険業法)。

(エ) 旧商法には、「土地ノ産物ノ保険」、「震災ノ保険」に関する定めをしていたが、新商法はこれを削除した。これにつき、商法修正案理由書は、「震災保険ナルモノハ現今我国ニ行ハルルモノニアラサルト同時ニ其危険ノ性質上将来ト雖モ我国ノ如キ地震国ニ行ハルヘキモノナルヤ学説ノ一定シタルモノアルナシ。故ニ本案ハ特ニ震災保険ニ関スル規定ヲ設ケス」といっている<sup>(四)</sup>。

(20) 明治26年 3 月25日(2 月22日裁可)勅令第11号により法典調査会規則を制定したが、同27年 3 月27日(3 月26日裁可)勅令第30号により法典調査会規則を改正した。この法典調査会の改正規則によると、法典調査会は、総裁、副総裁および35人以内の委員をもって組織し、内閣総理大臣の監督のもとに、法例、民法、商法および附属法律の修正案を起草、審議する機関である。修正案の起草は、総裁が委員のうちから任命した起草委員がこれに当るものとされており(商法修正案の起草委員は、梅、岡野、田部の 3 名であった。)、ほかに起草補助委員 5 名以内を置き起草委員の職務を補助するものとされている。そして、できあがった修正案は委員総会においてこれを審議するものとされている。議事は、総裁がこれを整理し、その決議は、総裁からこれを内閣総理大臣に具申するものとされている。

(21) 商法修正案に関する議事を始めたのは、明治28年 9 月27日以前のことであるが、岡野(敬次郎)博士が委員に任命されたのは明治28年12月12日のことである。したがって、それ以前においては、梅(謙次郎)博士と田部芳司法省参事官のもとで修正準備作業が始められたもののようである。なお、渋沢栄一など実業界を代表する者が委員に任命されているが、明治生命株式会社の社長であ

った阿部泰蔵が商法修正案の起草、審議に加わっていることが注目される。

なお、起草委員補助として、志田鉦太郎、加藤正治のほか、原田真義も参加しているようである。

(22) 法典調査会起草補助委員原田真義編・旧法典仏独法商法対照（明治31年5月20日発行）参照。

(23) 明治31年5月19日第12回帝国議会上に提出した商法修正案参考書参照。商法修正案参考書によれば、この参考書は、法典調査会起草委員補助の起案になるものであって、起草委員の検閲を経たものでないと書かれているが、これを帝国議会の審議の参考に供するため提出したものであることは間違いのないところである。

損害保険と生命保険の用語につき、立法者の岡野博士の所見について（法典調査会第75回商法委員会）、青谷・生命保険文化研究所「所報」第17号104ページ、国土館法学3号82ページ以下、99ページ以下、104ページ以下、108ページ以下。

(24) 商法修正案参考書183ページ以下。

(25) 青谷・前掲所報102ページ以下、106ページ以下。岡野博士は、病災保険はひろい意味では生命保険の中にふくまれるとし（青谷・前掲生命保険協会会報51巻3号55ページ）、大久保利武政府委員は、その仕組みのいかんによっては損害保険ともなり生命保険ともなるといっている（青谷・前掲53巻2号52ページ、なお、青谷・前掲コンメンタール保険業法上巻236ページ、244ページ以下、249ページ以下）。

(26) 青谷・保険契約法論Ⅱ132ページ以下。

(27) 商法修正案参考書175ページ。

2 新商法は、その施行後11年の経験に徴するに、全般的規定の不備が随所にみられ、条文の意義のまだ確定しないものがあり、判例法としても確立しないものが少なくなく、時の激しい動きは判例法による確定をまつ余裕を与えない情勢にまで直面するにいたった。加えて、日露戦争後における事業熱の勃興に際して株式会社制度の濫用がみられ、海難救助に関する統一条約案（明治43年ブラッセルの万国海法会議における海難救助条約案）にともなうこの制度の導入にせまられるにいたった等のため、明治43年2月いらい司法省において、法律取調委員会を設けて鋭意改正作業をすすめる一方、各地の商業会議所、会社、銀行、生命保険会社協会、手形交換所、倉庫研究会等の実務

家から出た意見書、裁判官、弁護士、学者方面の意見書などを参考として、<sup>292</sup>商法改正案を審議してきたのであるが、明治43年7月にいたり、ようやく改正法案をまとめるにいたった。そして、この改正案を裁判所、検事局、弁護士会等にしし改正案を裁判所、検事局、弁護士会等にしし修正意見の提示を求め、さらに推敲のうえ、210カ条にわたる商法の一部を改正する法律案をまとめて、これを第27回帝国議會に提出した（明治44年法律第73号となっている。この改正法案の起草にあたったのは、岡野敬次郎、富谷銆太郎、山内確三郎〈當時司法省参事官〉、齊藤十一郎である。）。

改正法のうち、保険契約法の部分を摘示すること、つぎのとおりである。

(7) 告知義務について主観主義を採用したこと（399条ノ2、399条ノ3、429条、現行法644条、645条、678条<sup>293</sup>）。

(i) 時効につき、保険料返還の義務を加えたこと（417条・現行法663条）

(v) 保険金受取人の指定変更に関する規定を改めたこと（他人の生命の保険契約における保険金受取人につき親族主義を改め同意主義に改めたこと、およびこれにともなう規定に修正を加えたものである。）（428条、428条ノ2、428条ノ3、428条ノ4、430条、現行法674条、675条、676条、677条、679条）。

(x) 生命保険金支払免責事由として、保険契約者の被保険者故殺条項を加えたこと（431条、680条）。

(o) 被保険者のために積み立てた金額の払戻義務は、従来5年とされていたが（現行法522条）、これを2年とすることに改めたこと（432条ノ2、現行法682条）。

(k) 生命保険につき損害保険に関する規定を準用する規定を改めたこと（433条、現行法683条）。

<sup>292</sup> 修正案の起草にあたって参考とされた意見書は、総計113通とされている。

そのうち、貴衆両院に請願として提出され政府に回送されたもの14通、各地の商業会議所の意見が37通（このうち横浜外国人商業会議所から出たものが2通ある。）、保険業者から出たものが4通、運送業者、手形交換所から出たものが各3通、倉庫業者、銀行業者から出たものが各2通、取引所、銀行集会所、船主同盟会から出たものが各1通となっている。なお、裁判所および検事局から

出たものが25通、弁護士会から出たものが11通、大蔵省の意見として出たものが1通、ドイツ大使館から出たものが1通、このほか、個人から出たものが7通ある（このうち、外国人から出たものが2通ある。）（斉藤政府委員の第27回帝国議会における説明・法律新聞社編・改正商法理由16ページ。なお、31ページ、33ページ）。

- (29) (A) 生命保険会社協会（いまの生命保険協会）は、新商法の公布施行前の明治31年5月19日、商法修正案を提出した（明治大正保険史料第2巻第1編471ページ以下）。

(B) 明治35年11月12日東京商業会議所から生命保険会社協会にあてて商法中修正に関する意見を求められたので、同協会生命保険談話会は、志田鉆太郎、栗津清亮の両博士の助言をえて、同36年12月10日つぎのごとき回答を東京商業会議所に提出している（明治大正保険史料13巻第1編195ページ以下、なお、阿部泰蔵・「生命保険会社協会沿革史」生命保険会社協会会報第1巻第1号参照）。

(C) 生命保険会社協会においては、さきに東京商業会議所の諮問に応じて談話会の名において商法修正意見を提出したが、さらに、司法省から意見を徴せられたのに対し、明治40年8月20日生命保険会社協会の名において、司法省法律取調委員会に広汎かつ徹底した商法修正案意見書を提出した（明治大正保険史料第3巻第1編416ページ以下）。

- (30) 青谷・「告知義務に関する立法論的考察」生命保険文化研究所「所報」28号55ページ以下、29号17ページ以下、30号51ページ以下。とくに告知義務に関するわが法制の史的発展については、28号60ページ以下。

3 商法は、明治44年以前においても、しばしば改正されたものの、保険契約法に関する部分については、なんら改められることなく、今日におよんでいる。ただ、大正11年破産法の制定にともない、従来、第405条（現行法第651条）に「保険者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ保険契約者ハ相当ノ担保ヲ供セシメ又ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得。前項ノ規定ハ保険契約者ガ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ之ヲ準用ス。但保険契約者ガ既ニ保険料ノ全部ヲ支払ヒタルトキハ此限ニ在ラス」とあったのを改めて、第405条第1項「相当ノ担保ヲ供セシメ又ハ」を削り、同項に「但其解除ハ将来ニ向テノミ其効力ヲ生ス」を加え、同条第2項を「前項ノ規定ニ依リテ解除ヲ為ササル保険契約ハ破産宣告ノ後3ヶ月ヲ経過シタルトキハ其効力ヲ失フ」と改め、昭和13

年4月5日法律第72号により第1編総則、第2編会社法に関する500カ条にわたる修正が加えられたのにもない、保険契約法に関する条文の整理が行われたにすぎない。

しかし、保険契約法の改正は、当時においても忘れられていたわけではなく、法制審議会は、すでにのべたように、昭和10年12月に発表した商法改正要綱において、保険契約についても、改正の意図があることを明示している(217項、227項)。とくに陸上保険について、ドイツ、スイス、フランスなどの保険契約法にみられるように、従来の個人主義的自由主義的立法主義を止揚して、新たに社会化され強行法化された保険契約法を制定し、保険業者の活躍が国家的に社会的に倫理的に統制され指導され促進されるべきであることを企図したものとして注目される。

昭和10年の商法改正要綱は、その後実現をみないうちに第2次世界大戦に突入するにいたった。その後、第2編の会社法は数次にわたり改正を加えられたが、政府は、昭和29年7月6日、法制審議会に対し、「商法に改正を加える必要があるとすればその要綱を示されたい」旨の概括的諮問を出した。そして、保険契約法については、昭和29年8月16日、関係の向きに改正意見の提出を求めた(法務省民事甲1686号)。これに対し、日本損害保険協会は、同年10月15日に(その後、損害保険研究所を中心とするグループのもとに、昭和48年9月損害保険契約法改正試案がまとめられた。)、また、生命保険協会は、同年12月25日に、それぞれ商法改正意見書を提出した。<sup>(31)</sup>

- (31) 日本損害保険協会からの意見書は、意見書の提出のあった会社の意見をそのまま提出する形をとり、生命保険協会のそれは、各社の意見をとりまとめて整理のうえ提出されている。青谷・「保険契約法改正の諸問題」(保険学雑誌391号79ページ以下参照)。

### Ⅲ 現行保険契約法の背景

現行の保険契約法がロエースレル商法草案にその起源を発することはすで

にのべたとおりであるが、新商法は、ロエースレル商法草案を継承して制定された旧商法から出てそのうえに制定されたものである。その規定の実質においてドイツ法系に属するものである。

新商法の起草委員がその起草にあたり参照したのは、主として1807年のフランス商法典 (Code de commerce) (1808年1月1日より施行) と、1861年のドイツ旧商法 (明治30年、すなわち、1897年のドイツ商法〈Handelsgesetzbuch. vom 10. Mai 1897.〉は参照していないとおもわれる。) である。

このフランス商法典およびドイツ商法典にふくまれている保険契約法は、遠く中世イタリア、スペインの地中海商業都市における保険取引にあらわれた約款にその源を発するのである。中世イタリアの商業都市に行われた海上保険制度は、スペイン、オランダ、ドイツなどにも波及し、これらの商業都市は、当時行われていた各都市の模範約款を踏襲してそれぞれ成文の形をそなえたスタツート (Statuto) を編成するにいたった。しかし、これらの保険約款、スタツートは、いずれも個人経営にかかる保険に関するものであったが、それが団体経営に移行する過程において国家の制定法としての保険法が制定されるにいたった。1535年スペインのカルロス一世 (Charles I) 法令はその最古のものである。その後、オランダ、イギリスにも海上保険に関する勅令、条例が制定され、1731年ドイツにおける最初の海上保険法としてハンブルグ保険および海損条例 (Assekuranz und Haverei Ordnung vom 1731.) が制定された。その後北ヨーロッパ諸国の保険法の制定を促すことになり (1746年のデンマーク保険条例、1750年のスウェーデン保険条例、1766年のプロシア保険条例)、フランスにおいても、1861年海商条例 (Ordnance touchant la marine. 有名なルイ14世 Louis XIV 条例) が制定され、その後、ほとんど修正されることなく1807年のフランス商法典 (第2編第332条から第396条まで) に継承され、フランス法系の母法となっている。

海上保険は、その発祥の理由からラテン系統の諸国を母体として長足の進歩を示したのであるが、この期において、ゲルマン諸国から火災保険の発生をみるにいたった。1118年のアイスランド法典 (Graugans) をはじめとして、

第17世紀の初葉までシュレスウィッヒ・ホルシュタインに多く行われ、北ドイツ地方にもおよんだものといわれている。1591年のハンブル火災保険約款は、シュレスウィッヒ・ホルシュタインのギルドと密接な関係があるといわれ、後に公法的火災保険所の模範となった1676年のハンブルグ火災金庫(Generalfuerkasse)は、これから発達したものである。このころにおいて、生命保険の基礎をなす死亡表(ジョン・ド・ウィット、ノーマン・ハレーなど)が公けにされ、近代的な科学的生命保険が相ついで生れ、これを規律する法律が急激な勢いをもって充実されるにいたった。

第18世紀にいたり保険契約法が制定されるようになった。当初は、法律的にも技術的にも海上保険の影響をうけることが多かったが、その後それぞれの保険種類についての特異性をよく法典に盛るようになり、また、別に保険監督法が制定されるにいたった。すなわち、1794年のプロシア国法(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten 1794.)の法典化に始るのであるが、同法は、1731年のハンブルグ保険海員条例を基礎とし、海上保険以外の損害保険についても規定している。生命保険についての規定を欠いているのではないが、生命保険は、根本的には損害保険と対立するものでなく、特別規定を必要とするころの一種類として規定されている。

第19世紀いはいり、ドイツ普通商法典(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch)の編纂が行われるにあたり海陸両保険をあわせて規定しようとしたのであるが、1839年のウュルテンベルグ商法草案(Entwurf Württemberg, 1839.) (Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königeich, 1839.)は、1807年のフランス商法典、スペイン商法、オランダ商法などフランス法系のそれに範をとったものであり、すべての保険に通じる規定を設けている。1857年のプロシア商法草案(Entwurf ein Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, 1857.)は、ウユテンベルグ草案の影響のもとに立っているが、保険法の進歩にいちじるしい勃興をなし、その後の立法の模範となるにいたったものである。この草案は、陸上保険についての規定を商法典第3編商行為法中に、海上保険を第4編海商法中に規定し、営利保険を商行

為として相互保険と区別し、損害保険から生じた保険の概念を生命保険にも適用するものとし、損害填補の概念によったものである（すでにのべたように、わが旧商法と明治44年改正前の新商法も、ある意味ではこのような考えのもとに立法されていたといえる。）。

1897年のドイツ商法典は、陸上保険に関して民法中の債権法によって補うことができるものとしてこれが規定を除いたのであるが、この欠陥は、民法によっては救われないことが明らかになったので、その後、民法典を改正してこれを補完しようとしたものの民法典の改正に間に合わなくなった。そこで、これを単独法とすることとし、1903年5月に保険契約法草案を発表し、これに修正を加えて、1908年5月30日、現行のドイツ保険契約法(Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908.)を制定し、1910年1月1日<sup>34)</sup>から施行した。

フランスにおいては、すでにのべたように、1861年に海商条例が制定され、そのうち海上保険はほとんど変更されることなく1807年の商法典に継承された。陸上保険については、第19世紀初葉のころまではこれを特別法として規律しなければならないほどに实际的にも技術的にも特別な形をもって現れるにいたっていなかったのみでなく、また、保険契約としても完全な形をとるにいたっていなかったという特殊な事情もあって、わずかに、フランス民法第1964条において射倖契約(contrat aléatoire)の一つとして保険契約を規定するにとどまっていたのである。<sup>35)</sup>

ところで、第20世紀にはいるや、近代的科学が発明され、資本主義経済の発展にともない、人類の経済生活の危険が増大し、社会連帯思想(solidarité sociale)が発達するにおよんで、保険制度の必要性が痛感され発展せしめられるにいたった。しかるに、陸上保険を規律する法規の発達には、経済界の实际的要請にともなわず、これらの保険契約は、経済的に優位に立つ保険者が一方的に定めた普通約款(conditions générales)によって締結され、この約款は当事者の自由な合意によって承認されることによって契約の内容をなすにいたるものとされ(附合契約 contrat d'adhésion)、このような慣習は、学

説・判例によりみとめられ、慣習法とされるようになった。しかし、保険契約は、判例法により是正されたにもかかわらず、その内容は、依然としてこれを制定する保険者のために奉仕されるものとなった。このような事情は、保険契約の準拠すべき法律を制定する機運を醸成するにいたったのである。

1902年5月2日、リヨン・カーン (Charles Lyon Caen) を委員長とする院外委員会 (commission extraparlamentaire) が設けられ、審議の結果、1904年6月17日、82カ条からなる保険契約法草案ができあがり、同年7月12日、下院の保険委員会 (commission des assurance) の審議にゆだねられたが、会期終了のため成立するにいたらなかった。その後、1908年のドイツ法およびスイス法などとの比較研究を重ね、1924年7月5日、カピタン教授 (Capitant) を委員長とする保険契約法草案起草委員会において、アンシー (César Ancy) 、エマール (Joseph Hémar) など学者・実務家を中心として検討の結果、1925年初めに、86カ条からなる草案をえた。この草案は、時の労働大臣ゴダール (Justin Godart) の名をとってゴダール法案として、1925年4月7日、アンシー、エマールの起草になる報告書とともに立法理由書をそえて議会に提出され、1930年7月8日議会通过し、同年7月13日、フランス保険契約法 (Loi Relative au contrat d'assurance, du 13 Juillet 1930.) として公布された。

⑧2 前掲原田真義編・旧法典仏独法商法対照は、明治30年12月24日第11回帝国議会上院に提出した商法修正案に旧法典〈旧商法〉と仏法および独法を対比せしめていることから推知することができる。

⑧3 Raynes, H. E., A History of British Insurance, 1950, p. 126.

⑧4 ドイツ保険契約法は、その後1911年、1924年、1939年の3回にわたり改正されている (1939年の改正法につき、青谷・「ドイツ法学院の保険法委員会の任務」矢野恒太記念論文集、同・生命保険経営12巻5号993ページ)。

⑧5 1804年のフランス民法第1964条は、「射倖契約とは、利益および損失に関する契約の効力が、当事者の全部またはそのうちの1人もしくは数人につき、不確実な事件にかかる合意をいう。以下の契約は、これに属す。保険契約、冒険貸借、博戯および賭事、終身定期金契約。前二者は、海法によって支配される。」と規定している。すなわち、保険契約と冒険貸借は、海法によるとして

いるが、陸上保険は海上保険におくれて発達しているので、立法者は海上保険契約についてのみに規定したものとおもわれる。

フランス民法の起草者は、生命保険契約をもって醜惡な犯罪的なものと考えていたのである（牧野・科学的自由探究と進化的解釈 204 ページ）。

#### Ⅳ 近代的保険契約法の制定

1 保険契約法は、これを沿革的にみれば、商法典の一部として規定され、1807年のフランス商法典は、その内容において最もよく整っており、各国法の模倣するところとなっている。その規定するところは、当初、海上保険にかぎられていたが、次第に陸上保険にもおよんでいる。陸上保険をもふくむものとしてその先駆をなすものは、1826年のオランダ商法、1829年のスペイン商法である。一方、1897年のドイツ商法典は海上保険のみを規定していたが、ドイツ商法典の流れを汲む1865年のチリー商法と1874年のベルギー商法は、オランダ商法の影響をもうけて陸上と海上の両保険について規定し、1875年のハンガリー商法、1882年のイタリア商法、1885年のスペイン商法、1887年のルーマニア商法もこれになっている。

しかるに、その後の法典は、陸上保険法と海上保険法とが基本的にその規律されるべき理念を異にすることに着眼し、陸上保険法<sup>59)</sup>につては、強制法法規たる性質を与えるため、これを単独の保険契約法として制定するようになった。すなわち、1908年スイス保険契約法、1908年ドイツ保険契約法、1917年オーストリア保険契約法、1927年スウェーデン保険契約法、1930年フランス保険契約法、1930年ノルウェー保険契約法、1930年デンマーク保険契約法（スウェーデン、デンマーク、ノルウェーの各法は、陸上保険と海上保険をふくんでいる。）、1930年ルーマニア保険契約法、1933年チェコスロヴァキア保険契約法、1935年メキシコ保険契約法、1964年コスタリカ保険契約法などがこれである。これらは、北欧3国を除いては、陸上保険のみについて規定し、海上保険については商法典に規定している。

しかし、1942年イタリア民法、1961年ソビエト・ロシア民法（当初は1923

年民法)のように、保険契約法に関する規定を民法典に規定している立法例もある。

なお、ブラジルは、陸上保険については民法典(1432条から1476条まで)に、海上保険については商法典(666条から684条まで)に規定し、グアテマラも、陸上保険については民法典(1866条から1901条まで)に、海上保険については商法典(482条から570条まで)に規定している。

これに対し、ペルー、チリ、アルゼンチン、ボリビア、パラグアイ、ベネズエラは、いずれも商法典に規定している。

③⑥ Riesser, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs, II. S. 26.

③⑦ 青谷・「保険契約法の新しい構想」法学新報62巻5号55ページ以下。スイス保険契約法は、1908年4月2日連邦法(Bundesgesetz)として制定公布されたものであるが、同法がこれを強行法としたのについては、同法の起草者であるムンツインゲルが、契約自由の原則がしばしば被保険者に不利な結果を招いていることにかんがみ、保険についての素人である保険加入者を保護するためこのような新しい構想を示したものであるといわれている(Motif du projet de code de commerce suisse par Walther Munzinger, 1885.; Chaufton, Les assurances, II. p. 227; Roelli, Kommentar zum Schweizerischen Versicherungsvertragsrecht, Bd. I 1914, Bd. II 1932, Bd. III. IV. 1933.)

ドイツ保険契約法が制定されたのは、1908年5月30日である(帝国法律 Reichsgesetz として制定されている。)

2 近代的保険契約法は、これを単独法として陸上保険関係の法とし(北欧3国の法を除く。)、それに強行法的性格を付与したことにある。とくに陸上保険においては、それが多数の加入者に対する経済生活の安定をはかる制度として社会公共的にも重要な機能をはたしていること、その経営のいかんによっては国民経済社会におよぼす影響がきわめて大きいこと、保険の知識経験に乏しい加入者の経済的地位は保険者にくらべて非常に低いこと<sup>68</sup>、契約自由の原則のもとに締結されるものとして措定されている普通保険約款の中には経済的に優位にある保険者の法律的手段による経済的優位の維持強化の企図をその設定要素として相当苛烈な批判の対象となっているものが少なくな

いこと、<sup>(89)</sup>などを考慮するとき、加入者を保護するため、ある種の規定は保険加入者・保険者のいずれの不利益にもこれを変更することができないとすることが望ましい。

スイス保険契約法は、このような意図のもとに、その起草者であるムンツインゲル<sup>(90)</sup>によって、一定の規定は特約をもってこれを変更することができないものとし（97条1項）、一定の規定は特約をもって保険契約者または請求権者の不利益に変更することはできないものとしている（98条1項）（ただし、97条2項、98条2項は、この規定は運送保険には適用しないものとしている。）。

ドイツ保険契約法も、各規定につき特約をもって保険契約者の不利益に変更することができない旨を定め（6条2項、34条a、39条1項、42条、47条、92条2項、115条a、158条a、178条1項、183条）、保険契約者の不利益となるがごとき特約は保険者においてこれを援用することができないものとし（15条a、33条2項、34条a、65条、68条a、72条、115条a、154条2項、158条a、178条1項）、あるいは保険契約の全部を無効ならしめるものとし（51条3項、59条3項、159条2項・3項、179条3項）、また、ある種の合意は当然無効とし（8条、64条1項前段・3項、81条から89条まで、184条1項前後・3項）、なお、規定の性質上当然に強行規定とし（4条1項、15条、98条、170条）、公法規定のゆえに強行規定とされるもの（13条、48条、157条、198条）がみられる等、スイス保険契約法をさらに徹底させたものとしている。

オーストリア保険契約法も、ドイツ法、スイス法と同じく、各章の末尾に強行規定を指示する規定を設けて、保険契約者その他の利害関係者に不利益な特約を援用することはできないものとし（22条、42条、72条、87条、153条、163条）、ある特約はこれを無効としている（122条）。

スウェーデン保険契約法も、不当と解釈される保険約款はすべてこれを無効とする旨規定している（34条）。

フランス保険契約法は、とくに明文をもって規定する場合を除いて同法の全部にわたり特約による変更を排除するものとしている（2条）。

イタリア民法も、フランス法と同じく不利益変更禁止規定を設けている

(1932条)。

わが商法改正要綱(昭和10年12月法制審議会総会決議)も、すでにのべたように、保険契約者および被保険者を保護するため適当な強行規定を設けるべきであるといっている。

これらの立法は、第20世紀の初葉から生れたものであるが、自由主義的精神に支配された従来の保険契約法が保険契約者の保護に欠けるところのあることにかんがみ強行法化されるにいたったものである。保険事業が、今日みられるように、巨大な組織をもち強力な作用を営むにいたるにつれて、その一方には団体主義的事相が他方には独占的事相が国家の特別の干渉を必要とするにいたり、そのため保険契約法が漸次強行法化され、公法化され、保険者の活躍が国家的に社会的に倫理的に指導され促進されるにいたったのである。それは、契約の自由ないしは私法自治の原則が徹底的に適用されること<sup>(40)</sup>によって成立するにいたった技術的な発明であるといえる。

(38) 松本・保険法4ページ、青山・保険契約論22ページ、田中(耕)・保険法講義要領21ページ、同・商法研究2巻639ページ、水口・保険法論26ページ、野津・新保険契約法論26ページ、青谷・保険契約法論Ⅰ8ページ、同・前掲法学新報62巻6号33ページ以下、大森・保険法45ページ、田中(誠)・保険法18ページ、伊沢・保険法38ページ、朝川・保険法研究3ページ以下。

(39) Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 20 ff.; Koehler, Allgemeine Verkaufsbedingungen, 5. 10.

(40) 1864年スイス商法草案(とくに347条)に示されている(Motif du projet de code de commerce suisse par Walther Munzinger, 1865; Chaufton, Les assurances, II, p. 227.)。

(41) 1864年のスイス保険契約法草案(Munzinger 草案<この草案に対しては当時保険会社からする猛烈な反対があった。Bemerkungen von Seiten der Schweizer Versicherungsgesellschaften, S. 34.; Motiv zu den Entwurf eines schweizerischen Handelsgesetzbuchs, SS. 320—338.>)を端緒として、従来・公序良俗に反しないかぎり当事者の自由によだねるべきものとしてきたものを公益規定であると解することがかえて新しい経済秩序を維持するゆえんであるとするにいたったことについて、牧野・科学的自由探究と近代的解釈209ページ以下、同・法律に於ける進化的と普遍的176ページ、同・法律に於ける倫理と技術47ページ、田中(耕)・商法研究2巻642ページ、野津

・保険の社会化<sup>43</sup>ページ。

わが国においても、保険契約法を強行法化するのについて抵抗なしとしないとおもわれるのであるが、ドイツ保険契約法の編纂にあたり、スイス法と同様の抵抗があったことにつき、Riesser, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs II. S. 64.; Veröffentlichungen des deutschen Verein für Versicherungswissenschaft. Heft II. Kritik des Gesetzentwurf ü. den Versicherungsvertrag, Berlin 1904.

## V あとがき

保険契約法の史的素描といっても、本稿はそれぞれの条項についての史的素描を目的とするものではない。これについては、他日を期することとする。すでにのべたように、比較法学は、二つ以上の国家・社会の法制を比較するものであるが、それには、諸国の法制度の発展の状況とその発展の法則の発見を目的とする比較法制史と諸国の法律に共通する一般法則の発見を目的とする比較法哲学のほか、諸国の法律を法系別・国別・法域別にそれぞれの目的にしたがって比較研究することにより、あるべき実体法の指針を探究し立法資料とするため、あるいは法解釈の参考に資するためにする場合などがある。

保険契約法のように、国際的に客観性をもつ法にあっては、立法の指針ひいては法の進歩のための理想法・共通法の発見につとめることは、これが世界的統一法を企図するためにも欠くことのできない研究方法である。

そこで、わたくしは、一方において、保険契約法の各条項についての史的素描をすすめるとともに、他方において、その研究のうえに経験的文化科学としての比較法的研究を推進することにより、世界保険契約法の探究に邁進したいものと考えている。<sup>42</sup>

<sup>42</sup> 青谷・保険契約法の史的素描（近刊）において、各条項別にロエースレル商法草案から現行法にいたるまでの史的素描を試みている。