
法律の適用・解釈における保険概念の役割

学習院大学 後藤 元

I. はじめに

法解釈論において、保険とは何かということに関する議論が意味を持ちそうな局面は、その適用が問題となっている法規定の性質によって、大きく二つに分けることができると思われる。

すなわち、第一に、「保険」であることが当該規定の適用要件になっている場合がある。ここでは、ある取引がまさに「保険」取引であるのか否か、ということが問題となる¹。第二に、当該規定の要件に「保険」という概念は含まれていないが、ある取引に当該規定を適用するに際して、当該取引が保険取引であることがどのような影響を与えるかということが問題となる場合もある。

第一の局面で問題となる法律としては、もちろん保険契約法（保険法）と保険監督法（保険業法）がある。また、租税法も、課税要件を定めるに当たって私法上の概念に依拠することが多いため、問題となる取引が保険であるのかが問題となり得る。これまで問題となった具体例としては、クレジットデリバティブや天候デリバティブなどが挙げられよう。他方、第二の局面については、これまでに問題となった具体例としては、独占禁止法がカルテル行為に対する課徴金の額を業者の売上額を基準として定めているところ、保険料についてカルテル行為を行った保険会社の売上額とは何かということがある。この事案では、取引内容自体は、典型的な保険であった。

以下では、第一の局面については、典型的な保険取引ではないタイプの取引や典型的な保険取引と類似しているが保険契約としては構成されていない取引が保険契約法・保険監督法・租税法上どのように扱われるかという問題を検討し、第二の局面については、保険学等における「保険」の本質・機能に関する議論が法律の解釈にどのような影響を与えるかという問題の例として、上記の独占禁止法と保険会社の売上額の問題を検討することにしたい。なお、これらの検討においては、それぞれの法律における「保険」概念の確立を目指しているわけではない。あくまで、具体的取引についての具体的な規定の適用の是非の検討が目的であり、それに際して、法律学以外の領域でなされてきた議論を法律解釈に当たってどのように受けとめるかということが問題となる。

II. 典型的な保険以外の取引と保険契約法・保険監督法・租税法の適用

1. はじめに

保険とは何であるか、保険の本質は何かという問題は、古くから膨大な議論が蓄積され

¹ 山下友信「保険・保険デリバティブ・賭博ーリスク移転取引のボーダー」江頭憲治郎＝増井良啓編『市場と組織』227 頁（東京大学出版会、2005 年）参照。

ている。ここでは、近時の文献における議論を紹介するにとどめざるを得ない。

たとえば、吉澤卓哉は、リスクヘッジャーに存在する経済的リスクをリスクテイカーに移転すること、同質で相互独立のリスクを多数集積すること、リスクヘッジャーによるプレミアムの支払いによってリスクが各リスクヘッジャーに分散され、個々のヘッジャーの不安定なリスクが他人の多数のリスクの極小部分の集合という安定的なリスクに変換されることの三つが保険の要件であるとしている²。また、保険法 2 条 1 号は、保険契約を「当事者の一方が一定の事由が生じたことを条件として財産上の給付…を行うことを約し、相手方がこれに対して当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして保険料…を支払うことを約する契約」と定義しているところ³、山下友信は、保険契約法学においては、これに加えて収支相等の原則と大数の法則の利用も私保険の要素と一般に考えられているとしている⁴。

典型的な保険が、これらのいずれの点をも具備しており、それに対して保険法・保険業法等の規律がそのまま適用されることについては、争いはないと思われる⁵。問題となるのは、これらの要素のいずれかを欠く取引に対して、保険法等がどのように適用されるかという点である。また、逆にこれらの要素をすべて備えている場合には、保険法等が当然に適用されることになるのかという問題もある。

2. 保険契約法

(1) 取引の有効性

まず、保険契約法の適用の前段階として、ある取引が私法上有効といえるかどうか、民法 90 条の公序良俗に違反するものとして無効にならないかどうかということが問題となる。たとえば、過去には、デリバティブと賭博との異同が論じられた。もっとも、この問題について、当該取引が「保険」であるか否かということは、決定的な意味を持つものではなく、当該取引が公序良俗に違反するものかどうかについて、当該取引の社会的有用性（たとえば、効率的なリスク分担の実現）の有無という観点から実質的な検討を行うべきであ

² 吉澤卓哉『保険の仕組み』（千倉書房、2006 年）。

³ 平成 20 年改正前商法 629 条および 673 条は、損害保険契約および生命保険契約を、保険者による損害填補・一定金額の支払の約束に対して、「相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スル」ものと定義していた。これと保険法 2 条 1 号の文言を比較すると、保険法は、保険料が保険事故の発生可能性に応じたものとされることを要求しており、給付反対給付均等の原則が緩やかな形で要件とされたということができよう（村田敏一「保険の意義と保険契約の類型、他方との関係」落合誠一＝山下典孝編『新しい保険法の理論と実務』28 頁、29-30 頁、35 頁（経済法令研究会、2008 年）参照）。なお、平成 20 年改正前商法の下でも、告知義務や危険増加についての通知義務の存在から、商法は給付反対給付均等の原則も保険の要素と見ているとの指摘もあった（山下友信『保険法』8 頁（有斐閣、2005 年））。

⁴ 山下・前掲（注 3）6-8 頁。

⁵ なお、本報告では、保険と共済の関係に関する問題は省略する。この点については、江澤雅彦「保険と共済の『境界』について」保険学雑誌 605 号 13 頁（2009 年）を参照。

ろう⁶⁷。

(2) 保険法の規定の適用

では、有効である取引の契約に保険法の規律を適用すべきかどうかという問題については、当該取引が「保険」であるか否かということはどういう意味を持つだろうか。

たとえば、①ある者が 1 年以内に死亡したら 1 億円を支払う旨を 1 万円の受領と引換えに約する取引や、②ある者の所有家屋が 1 年以内に火災により焼失したら 1 億円を 1 万円の受領と引換えに約する取引を、収支相等の原則が確保されない規模（極端に言えば、1 名とだけ）で行う場合、前述の吉澤や山下の定義によれば、リスクの集積を欠き、保険ではないということになると思われる。また、③天候デリバティブについては、実務上、現実の損害額と関係なく給付がなされるため、(損害) 保険ではないと解されているようである⁸。

一見、これらの取引に対しては、保険法の規定は適用されないことになりそうであるが⁹、保険法の規定を個別に見ていくと、これらの取引に適用した方がよいと思われるものも存在する。まず、①の例においては、契約者と被保険者的な地位にある者とが異なっている場合には、モラルリスクを排除するため、被保険者的な地位にある者の同意を要求すべきであるように思われる¹⁰。仮にこの取引が「保険」ではなく、保険法 38 条が直接適

⁶ そのような検討の例として、森田果「射倖契約はなぜ違法なのか？」NBL849 号 35 頁、38-42 頁（2007 年）を参照。森田は、ある取引の有効・無効を「射倖契約」という概念により判断しようとするアプローチに対して、問題点をかえって不明瞭にする危険性があるとも批判している（同 42 頁）。山下・前掲（注 1）242 頁注 26、山下・前掲（注 3）24 頁も参照。山下と森田の見解の対比について、神谷高保「被保険利益と利得禁止原則—利得禁止原則を適用するか否かの判定基準」『中西正明先生喜寿記念論文集 保険法改正の論点』103 頁（2009 年、法律文化社）を参照。

⁷ なお、竹濱修「ファイナイト保険の法的性質」立命館法学 310 号 210 頁、222 頁（2006 年）は、「危険を引き受ける射倖契約性がある契約において、合理的なリスク処理方法を採らずに有償でリスク移転を行う内容があるときは、相手方に対して経済的な保障を行える実質のない事業を行うことになるので、場合によって、詐欺や公序良俗違反の契約となることが考えられ」とするが、暴利行為に当たるような場合であればともかく、単に相手方への支払いが滞る可能性が高いというだけで詐欺を超えて公序良俗に反するとまでは言いがたいように思われる。

⁸ 山下・（注 3）22 頁。

⁹ この場合、これらの取引が保険法 2 条 1 号にいう「保険契約」に該当するとしても、同法 1 条の「保険」ではないと説明することになる。山下友信「保険の意義と保険契約の類型—一定額現物給付概念について」『中西正明先生喜寿記念論文集 保険法改正の論点』3 頁（2009 年、法律文化社）参照。

¹⁰ このほか、本文のような取引を、収支相等の原則は確保される規模で、しかし契約者ごとに「保険料」を全く区別せず、給付反対給付均等の原則を充足する意図なくして行う場合にも同様の問題がある。なお、吉澤・前掲（注 2）53 頁は、同原則は保険の要件ではないとしているため、この見解によれば、このような取引にも保険法の規定が問題なく適用されることになる。

用されないとしても、同条の類推適用の余地までが否定されるわけではなからう¹¹。また、②や③の例については、現実に発生する損失の額を給付額が上回る可能性があり、利得禁止原則の適用が問題となる。この点、いわゆる狭義の利得禁止原則はモラルハザードの抑止を目的とするための制度であり、③に関してはトリガーとなる事実が気温の変動等、人為的に操作し得ないものであるため、同原則を適用する必要はないと指摘されている¹²。ここからすると、逆に②の取引においてはトリガーとなる事実を人為的に発生させるため、同原則を適用しないし類推適用する必要があるとも考えられる¹³。

以上のように、個別の規定の類推適用の可能性を考慮すると、ある取引が「保険」であるのか否かということは、保険契約法の適用については、もちろん全く無意味ではないが¹⁴、決定的な問題ではないともいえよう¹⁵。

3. 保険監督法

次に、保険監督法の適用について検討する。ある事業が「保険業」とであるとされると、内閣総理大臣からの免許を受けた者でなければ行うことができなくなり（保険業法 3 条 1 項）、これを行う事業者は組織、経理、事業範囲や業務内容等に関して特別の規制の適用を受け、金融庁の監督に服するといった効果が生じる。そして、これらの公法的な監督規制については、保険契約法のような柔軟な解決は取りにくいいため、ある事業が「保険」の「引受けを行う事業」（同法 2 条 1 項）か否かということは重要な意味を持ちうるが、その際にも、保険の本質は何かという議論のみならず、これらの規制を適用する必要性の存否を考える必要がある。ここでは、前出の①や②のように典型的な保険取引の要素を欠く取引に加えて¹⁶、保険取引の要素を具備しているにもかかわらず保険契約として構成されていない取引への適用を検討する。

¹¹ なお、被保険者の同意についての規定は、公序に関する規定であり、強行規定であるとされている（萩本修編『一問一答保険法』171 頁（商事法務、2009 年））。

¹² 山下・前掲（注 3）23-24 頁以下を参照。この議論は、人為的に操作し得ない事由を保険事故とする保険についても利得禁止原則の適用を否定する可能性を含むものである。この点の当否には、本稿では立ち入らない。

¹³ なお、同原則の強行規定性に関する議論には、本稿では立ち入らない。この点については、山下・前掲（注 3）389-393 頁を参照。

¹⁴ ある取引が「保険」であることになると保険法の規定がワンセットで適用されることになるのに対して、「保険」ではないということになると個々の規定ごとに類推適用の是非を検討することになるため、ある取引が「保険」であるのか否かは思考経済という観点から意味を持つ（個別の検討の結果として、ほとんどの規定を類推適用すべきであるというのであれば、その取引はもはや「保険」であると理解した上で、ただその特質に応じて適用を除外すべき規定もあると捉えることもできよう）。さらに、裁判所が類推適用という手法を容易には認めないとすると、実質的な違いも生ずることになる。

¹⁵ 山下・前掲（注 3）9 頁参照。

¹⁶ ③のデリバティブ取引については、各業法の明文規定（保険業法 98 条 1 項 6 号、銀行法 10 条 2 項 12 号 14 号等）により適用関係が整理されているため、ここでは取り上げない。

まず、①や②のように収支相等の原則や給付反対給付均等の原則が確保されていない杜撰な運営によって保険のような事業が行われている場合については、典型的な「保険」取引であるとは言いがたい。しかし、規制の実効性と顧客の保護という観点からは、このような事業を行う業者に対しても監督を及ぼすべきであり、両原則の充足を厳格に要求すべきではないとの指摘がなされている¹⁷。

また、典型的な保険取引と同じような効果を持つ取引を保険という形をとらない取引として仕組める場合、たとえば④家電販売業者による製品保証や⑤会員制の自動車救援サービスなどについては、これらの事業が「保険業」にあたり、保険業の免許を取得していない業者は行い得ないのではないかとということが問題となる。この問題は、「保険」とはリスク移転のみを行う取引であり、他の契約に付随するリスク移転は「保険」ではないという観点（保険の自律性）から整理されることがあるが（④は保険ではないが、⑤は保険でありうるということになる）¹⁸、リスク移転のみを行う取引を「保険」と位置づける実質的理由が示されるべきであろう。説明の一つとしては、他の契約と密接に関連したリスクの移転が問題となる場合、当該リスク移転取引を「保険業」として保険会社に独占させると、取引コストが増加して非効率であるというものが考えられる。このような観点からすれば、自動車救援サービスについても、それに特化した事業者の参入の余地を認めた方が競争政策として望ましいとみることができよう。もっとも、保険業法の適用に際しては、このような競争政策的な観点のみならず、顧客保護の観点からの事業者に対する監督の必要性という観点も重要である。この監督の必要性は、当該業者が約定の債務を履行せずに破綻した場合の影響の大きさ等から判断されることになる¹⁹。

なお、④や⑤のような取引を保険会社が行うこともできるかという問題も存在するが、この点については、「保険」として構成することができ、そのリスクを保険会社が管理することができるのであれば、他業禁止の趣旨（保険業法 100 条）からも、否定する必要はないといえよう。

¹⁷ 山下・前掲（注 3）9-11 頁。

¹⁸ 吉澤卓哉「保険の仕組み」田村祐一郎＝高尾厚＝岡田太志『保険制度の新潮流』（千倉書房、2008 年）50 頁。

¹⁹ なお、金融庁による「少額短期保険業者向けの監督指針」Ⅲ-1-1（1）の（注 1）および（注 2）では、「一定の人的・社会的関係に基づき、慶弔見舞金等の給付を行うことが社会慣行として広く一般に認められているもので、社会通念上その給付金額が妥当なものは保険業には含まれない。上記の「社会通念上その給付金額が妥当なもの」とは、10 万円以下とする。」「予め事故発生に関わらず金銭を徴収して事故発生時に役務的なサービスを提供する形態については、当該サービスを提供する約定の内容、当該サービスの提供主体・方法、従来から当該サービスが保険取引と異なるものとして認知されているか否か、保険業法の規制の趣旨等を総合的に勘案して保険業に該当するかどうかを判断する。なお、物の製造販売に付随して、その顧客に当該商品の故障時に修理等のサービスを行う場合は、保険業に該当しない。」とされている。最後の点について監督の必要性を否定する根拠は、明確ではない。

4. 租税法

また、ある取引が「保険」であるか否かは、当該取引の租税法上の扱いにも影響しうる。たとえば、ある法人が損害保険に加入すると、支払保険料は全額損金に算入され、保険事故の発生により保険金が支払われると、保険事故による損害額を損金に算入する一方で受取保険金を益金に参入するという処理が行われるのが原則である²⁰。では、典型的な保険の要素を欠いているにもかかわらず「保険」として構成されている取引についても、常にこのような租税法上の扱いがなされるだろうか。ここでは、いわゆるファイナイト保険を例に考えてみる。

ファイナイト保険について確定した定義は存在しないが、オーダーメイドの長期契約であり、保険会社の保険料投資収益の発生を前提に保険料が割引かれている、保険引受リスクが移転する部分と移転しない部分との組み合わせから構成されている、企業と保険会社間でプロフィットシェアリングが行われ、保険成績がよければ保険料の一部が返還され、逆に悪ければ追徴されるといった特徴を有しているとされる²¹。この取引は、保険引受リスクの移転度合いが少ない（まったく移転しないものもある）という点²²、また同質のリスクが多数存在しない場合にヘッジャー間の通時的分散の手法として用いられることが多いため²³、大数の法則によるリスクの分散を利用していない²⁴ことがあるという点で、典型的な保険とは異なっている。特に、租税法との関係では、保険成績がよければ保険料の一部が返還されるため、保険契約者により支払われる金銭は保険料ではなく預け金の性質を持つものであり、当該部分については損金算入ではなく資産計上すべきであるとされることがある²⁵。すなわち、国税不服審判所は、平成 17 年 7 月 20 日付の審決により、「損害保険契約における保険料は、通常、保険者が保険期間中に保険リスクを負担する対価として支払われるものであり、このため、保険者は、保険事故が発生せず保険金の支払いがない場合でも、受領した保険料を被保険者へ返還する必要はない」ところ、保険事故不発生時に保険契約者（出再者）に返還される分に相当する保険料は「出再者にとって預託金の性格を有しており、受再者が保険期間に応じて保険リスクを負担する対価とは認められない」と

²⁰ 渡辺裕泰『ファイナンス課税』194－195 頁（有斐閣、2006 年）。

²¹ 吉澤卓哉『企業のリスク・ファイナンスと保険』（千倉書房、2001 年）19 頁。吉澤・前掲（注 2）77 頁では、「多数年の保険契約で、保険者が引き受けるリスクが限定的（finite）である代わりに、保険契約当事者間で保険利益を分配する仕組みになっている保険」とされている。

²² 保険会社には、タイミングリスクと資産運用リスクが移転する。

²³ 吉澤・前掲（注 2）96 頁。

²⁴ 竹瀆・前掲（注 7）210 頁。

²⁵ 租税法上の扱いに言及してはいないが、竹瀆・前掲（注 7）223 頁も参照。

なお、アメリカでは、ファイナイト保険においては保険者への保険引受リスクの移転が限定的である点が問題とされているようである（吉澤・前掲（注 21）53 頁、竹瀆・前掲（注 7）213 頁等参照）。日米の着眼点の相違も興味深い。

して、その損金算入を否定している²⁶。また、東京地判平成 20 年 11 月 27 日判例時報 2037 号 22 頁は、国内損保会社が海外子会社との再保険契約を經由してグループ外の海外再保険会社とファイナイト再々保険契約を締結した事案について、海外子会社に対する支払再保険料については損金算入を認めつつ²⁷、海外子会社とグループ外海外再保険会社との間のファイナイト再々保険契約については、傍論として、「たしかに、本件ファイナイト再保険契約の再保険料のうちのEAB繰入額は、預け金としての性格を有するものとも解し得る」と述べている²⁸。

以上のような扱いが租税法上適切であるのか否かを判断する能力は、報告者にはない²⁹。本報告の主題にとって参考となるのは、上記の判・審決例で問題とされているのは、あくまでファイナイト保険の支払保険料について損金算入が認められるか否かということであり、同保険が「保険」であるのか否かということではないという点である。損金算入の可否の問題は、まさに租税法上いかなる場合に損金算入を認めるべきかという点から判断されるべきであり³⁰、たとえば当該ファイナイト保険が大数の法則によるリスクの分散を利用していないとしても、そのことが租税法上の考察に影響すべきではない³¹。また、逆に租税法上、支払保険料の損金算入が否定されたとしても、そのことは保険業法上、ファイナイト保険が「保険業」に当たらないということの意味するものではなく、合理的にリスクを負担できるのであれば、保険会社が本業として行うことを認めるべきであろう³²。

²⁶ 水野忠恒「ファイナイト保険にかかる課税関係のあり方」International Taxation 27 巻 9 号 50 頁（2005 年）において紹介されている。

²⁷ その理由としては、本件での再保険契約とファイナイト再々保険契約による一連のスキームは、保険事故発生時のグループ会社を含めた単年度決算収支の著しい悪化を回避しつつ利益最大化を図る経済的に合理的なものであるため、ファイナイト再々保険契約とは異なる当事者間における異なる内容の契約である再保険契約の再保険料について、ファイナイト再々保険契約の保険料の損金該当性と同一に判断しなければならない理由はないということが挙げられている。

²⁸ 判例時報 2037 号 28 頁。

²⁹ なお、水野・前掲（注 26）62 頁は、ファイナイト保険において保険事故不発生時に払い戻される保険料は、発生率を統計的に予測することが困難な損害について、当初の保険料の設定が高額に過ぎたために返却されるものであり、そのような再計算を内在するのがまさにファイナイト保険であり、この「再保険料は、たとえ高額であったとしても、単に預託金となるのではなく、やはり、対象事故…のリスクに対応したものである」として本文の審決を批判している。

³⁰ もっとも、租税法上、いかなる場合に損金算入を認め、いかなる場合に資産計上をすべきかという点について、明確な指針が与えられているわけではないことにつき、中里実「法人課税における保険とデリバティブの境界」『落合誠一先生還暦記念 商事法への提言』925 頁（商事法務、2004 年）を参照。

³¹ 満期返戻金のある積立保険については、保険といえるかどうか議論されているが（山下・前掲（注 6）36-37 頁）、法人税基本通達 9-3-9 は、保険であるかどうかという議論に立ち入ることなく、積立保険料に相当する金額について資産計上を要求している。

³² 竹濱・前掲（注 7）224 頁。

5. 小括

以上のように、法律上、「保険」という概念が当該法律の適用を画する要件である場合、その解釈に当たっては、一般的に保険の本質は何であるかということのみならず、当該法律の趣旨を考慮する必要がある。

Ⅲ. 典型的な保険と独占禁止法の解釈

次に、典型的な保険取引について何らかの規定が適用される場合に、保険の機能を踏まえた解釈をする必要があるかという問題の例として、保険料カルテルに対する独占禁止法上の課徴金について、その算定の基準となる「売上額」の意義が問題となった最判平成 17 年 9 月 13 日民集 59 卷 7 号 1950 頁を検討する。

原審である東京高判平成 13 年 11 月 30 日民集 59 卷 7 号 2009 頁は、「営業保険料のうち現実に保険金の支払に充てられた部分は、保険団体を形成する多数の保険契約者から集められ、当初の保険契約に基づき、保険団体の構成員で事故に遭遇した保険契約者又はその指定する被保険者に還元されるもので、経済的には保険団体内部での資金の移動とみるべきものである。そして、この資金の移動を円滑適正に行うことこそが、機械保険等の引受けという損害保険会社の役務の中心をなすものというべきである」との理解に立って、営業保険料から支払保険金に充てられた部分を控除した残りの部分を「売上額」として課徴金額を算定した。最高裁は、この判断を覆し、純保険料と付加保険料を合わせた営業保険料全額が「売上額」とした。

この最高裁判決に対しては、保険会社が提供しているサービスは契約者から拠出された純保険料から形成される基金の管理であり、それに対応する「売上額」は原則として付加保険料であるとする批判が、保険学の立場からなされている³³。確かに、原審やこの批判説が指摘するように、保険には、保険契約者間でのリスク分散という側面があり、保険会社は契約者が形成した共同備蓄の運営というサービスを提供しているという側面があることは否定できない。

しかし、この共同備蓄では保険金を賄いきれない場合には、保険会社は自らの財産から保険金を支払う義務を負うのであり、保険会社にリスクがまったく移転していないわけではない³⁴ということも、考慮する必要がある³⁵。また、保険会社は、付加保険料率のみならず、純保険料率についても競争をしているのであるから、この点を独禁法上考慮しないわ

³³ 井口富夫『現代保険業研究の新展開—競争と消費者利益』63—72 頁（NTT出版、2008 年）。井口は、保険によってリスクが保険者に移転されるわけではなく、リスクは保険契約者間で分散されるのであると指摘する。佐野誠「判批」損保研究 64 卷 3 号 179 頁（2002 年）、同 68 卷 1 号 283 頁（2006 年）も参照。

³⁴ 吉澤・前掲（注 2）60 頁、75 頁。

³⁵ 山下・前掲（注 6）64 頁注 50、岡田豊基「損害保険料率カルテルを巡る課徴金の算定における売上額の意義」神戸学院法学 36 卷 3=4 号 571 頁、590 頁（2007 年）。

けにはいかないとも指摘されている³⁶。

もっとも、保険会社が、共同備蓄の管理運営サービスに加えて、共同備蓄が不足した場合のリスク負担というサービスを提供しているとしても、その対価が純保険料全額になるとは限らないとも思われる（場合によっては、この対価も付加保険料に織り込まれているということもできよう）。また、保険会社が純保険料率について競争をしているということと、課徴金の算定基準をどうするかという問題が、当然にリンクすべきであるとも言い切れないように思われる。

このように考えてくると、保険の機能や保険事業に関する理解だけから、保険会社に対する独占禁止法上の課徴金の算定基準を決定することは難しい。最高裁の結論を批判するのであれば、それは保険の機能とは何かという観点のみからではなく、課徴金額としての不適切性を指摘する必要があるように思われる³⁷。最高裁は、課徴金制度の目的を不当利得の剥奪とする原審の構成を退け、同制度は違法行為の抑止のための制裁であると位置づけている。この前提を受け入れた場合、問題とすべきなのは、営業保険料から支払保険金を控除した額を「売上額」としないと過剰な制裁³⁸になってしまわないか、逆に、そのように解すると抑止力が過少になってしまわないかという点であろう³⁹。

IV. 終わりに

以上で見てきたように、「保険」という取引・制度をどう捉えるかという問題は重要なものではあるが、個々の法規定の適用に際しては、その議論から直接何らかの結論を導き出すとは限らない。典型的な保険とはどのようなものであり、またどのような機能を有しているのかということを前提とはしつつも、当たり前のことではあるが、当該法規の趣旨・効果を踏まえて当該法規をいかなる場合に適用すべきかという観点からの法解釈が必要であろう⁴⁰。

³⁶ 遠藤美光「判批」ジュリスト 1224 号 253 頁、255 頁（2002 年）。

³⁷ 最高裁は、課徴金納付命令の機動的な発動のためには課徴金額の算定が容易であることが望ましいという観点から、当該企業の会計処理上、収益項目に計上されているかどうかという点を基準として「売上額」を判断することとし、課徴金額としての適切性を個別には検討しないという割切りをしたものと評価できる（杉原則彦「判解」ジュリスト 1316 号 166 頁、167 頁（2006 年）参照）。これも一つの政策的判断であり、最高裁を批判するためには、執行の容易性と制裁の過剰性の比較検討も必要となる。

³⁸ カルテルが行われることに社会的意義は全くないとすると、過剰「抑止」となることは考えがたいとしても、制裁が過大であると、その後の被制裁者の社会的に有益な活動が制約されすぎてしまうという問題がある。このマイナスと、制裁を重くすることによりカルテル行為の減少というプラスを比較することになる。

³⁹ 仮に、本来は「売上額」＝営業保険料－支払保険金額と解さなければならないとすると、抑止効果を発揮させるために「売上額」＝営業保険料と読み替えるのは問題があるかもしれないが、後者がことさら不自然な解釈というわけではなく、このような問題はないといえよう。

⁴⁰ そのため、個別の法律について「保険」という概念が要件として用いられている場合で

【平成 21 年度日本保険学会大会】

共通論題「保険概念の再検討」

レジュメ：後藤 元

あっても、問題となる法規が違えば異なって解釈される可能性は否定できない。