

保険者の意向把握義務のあり方に関する一考察

—ドイツの助言義務規制から示唆を得て—

鄭 燦玉

(京都大学大学院法学研究科 特定助教)

1 はじめに

日本では、2014 年保険業法改正により保険者の情報提供義務に関する規定（同法 294 条）とともに意向把握義務に関する規定（同法 294 条の 2）が設けられた。従来、金融庁が策定する「保険会社向けの総合的な監督指針」（以下、「監督指針」という）により規律されてきた意向確認書面制度が保険業法という法律上のルールに格上げされたという点では、規定の新設に一定の意義が認められるものの、当該立法は、次のような解決されるべき課題も伴っていると思われる。

第 1 に、保険業法上の意向把握義務と従來說明義務として保険者に課されてきた義務ないしは適合性原則などとの関係が明らかではない。これについて可能な限り明確にしておくことは、意向把握義務制度の実効的な運用にも影響を与えるであろうから、検討を行う必要がある。第 2 に、意向把握義務の履行との関係で、意向把握のプロセス自体に関する記録にかかる規制がない。新たな意向把握ルールは、既存の意向確認書面制度はその効果が十分に発揮されていないことなどを理由として導入されたと理解されている。もっとも、意向把握義務の具体的な履行方法は、保険者側のいわゆる創意工夫に委ねられている。法的に意味のある記録としては従来通り意向確認書面が監督指針において想定されているのみで、最終的な意向の確認に至るまでの意向把握のプロセス自体に関する記録にかかる規制はない。紛争が生じた場合

の証拠の確保という観点からは、意向把握の記録の要否が検討される必要がある。第3に、意向把握義務違反の効果が必ずしも明らかではない。意向把握義務に関する明文の規定が設けられたものの、義務違反の効果については、特段の規定が置かれていない。そのため、特に私法上の効果については既存の民事法理に委ねられることとなろうが、保険契約者の実質的な救済という観点からはさらなる研究の蓄積が求められる。

ドイツでは、判例により従来から保険者の助言義務が認められてきており、現在では、保険契約法にそれに関する明文の規定が設けられている。特に、助言義務の下位概念とされる文書化義務（記録義務）は、証拠確保および保険契約者の証明責任の緩和という観点から、裁判実務において非常に重要な保険者側の義務として認識されている。また、助言義務違反は保険契約者側の損害賠償請求権を生じさせることが保険契約法で明記されている。さらに、その理論構成をめぐって、判例・学説により豊富な議論が展開されてきた。ドイツ法の助言義務と日本法の意向把握義務は、保険契約者に対して自分にとって最も適合した保険商品を選択・入手する機会を保障することをその目的とする点で共通しており、実質的な規律内容も類似しているように思われる。前述した日本法において検討すべき課題を検討するための手がかりとして、ドイツ法の議論は、大いに参考になると思われる。

本稿では、以上のような問題意識を踏まえ、意向把握義務の意義および法的位置付けをより明らかにするために、前述の課題の検討を試みる。以下では、まず、比較法的示唆を得るため、ドイツ保険契約法¹⁾6条が規定する「保険契約者に対する助言 (Beratung des Versicherungsnehmers)」の義務に関する規律内容について検討を行うことで、ドイツ法におけ

1) 本稿でドイツ保険契約法という場合、特に断らない限りは2007年に全面改正されたもの（2007年7月5日に連邦議会で可決され、同年11月23日に連邦大統領の認証を経たうえで連邦法律官報に公布されたもの）を指す。

る助言義務規制の全体像を把握する(2)。次に、そこから得られる示唆について若干述べたうえで、保険者の意向把握義務のあり方を探るため、前述の検討課題に関する考察を行う(3)。なお、2014年改正保険業法における意向把握義務については、既に少なくない文献がその導入の意義および内容を解説している²⁾ことに鑑み、本稿では、改正法・監督指針そのものの分析は関連文献に譲ることとする。

2 ドイツ法における保険者の助言義務に関する規律の内容

保険者の助言義務について定めたドイツ保険契約法6条の規定を次に掲げる。

ドイツ保険契約法6条(保険契約者への助言)³⁾

① ¹提案された保険を評価することの困難さ、又は保険契約者の属性及び状況に照らして、そのようにすべき事由(Anlass)が存在する場合には、保険者は、保険契約者に対し、保険契約者の希望及びニーズにつき質問し、助言費用と保険契約者が支払うべき保険料の関係も適切に考慮して助言しなければならず、かつ、特定の保険について与えたそれぞれの助言の根拠を示さなければならない。

²保険者は、提案した保険契約の複雑さを考慮に入れて、これらを文書化しなければならない。

② 与えられた助言及びその根拠の交付については、6a条を適

2) たとえば、山下徹哉「保険募集に係る業法規制について—平成26年保険業法改正を中心に—」生命保険論集193号90頁以下(2015)、木下孝治「顧客の意向の把握義務」ジュリスト1490号20頁以下(2016)、山本啓太「意向把握義務と推奨販売における顧客の意向—顧客のニーズに合った商品が販売されるために—」損害保険研究78巻3号87頁以下(2016)など。

3) 下線は、2017年7月20日に改正された部分(施行は、2018年2月23日から)。

用する。

③ ¹ 保険契約者は、助言の受領の放棄が、保険者に対し 5 項による損害賠償請求権を行使する可能性に不利に作用しうることについて、保険者が明示的に言及した上で、書面による別段の意思表示により、1 項及び 2 項による助言及び文書の受領を放棄することができる。² 民法 312c 条に規定する非対面販売の形で契約が締結される場合には、保険契約者は、テキスト方式⁴⁾により放棄をすることができる。

④ ¹ 1 項 1 文による義務は、保険者が保険契約者に追加質問を行い、助言すべき事由を認識しうる限り、契約締結後であっても、保険関係が継続している間に存在する;3 項 2 文の規定は、この場合について準用する。² 保険契約者は、個々の場合において、書面による意思表示により、助言の受領を放棄することができる。

⑤ ¹ 保険者が 1 項、2 項又は 4 項による義務に違反したときは、保険契約者に対し、それにより発生した損害を賠償する義務を負う。² 保険者がその義務違反について責任を負う必要がないときは、この限りでない。

⑥ 1 項から 5 項までの規定は、210 条 2 項に規定する大規模リスクに関する保険契約には、適用せず、更に保険契約者との契約締結が保険仲立人により仲介されるときも、同様とする。

(1) 保険契約法 6 条における助言義務の構造

保険者の助言義務に関するドイツ保険契約法 6 条の規定は、2007 年

4) ドイツ民法 126b 条参照。同規定によれば、法律がテキスト方式 (Textform) について規定する場合には、永久的データ記憶媒体による可読性のある表示をしなければならない。この方式の例として、紙媒体はもとよりファックス、電子メール、ディスク、CD-ROM、または USB スティックなどが挙げられる。

に行われた同法の全面改正において新設されたものである。しかしながら、この法的根拠が設けられる前より既に、保険者の助言義務は裁判例により認められていた⁵⁾。保険契約法 6 条は、具体的な事情に基づいて助言すべき事由が存在する場合、契約締結前ないし契約期間中に保険契約者に助言することを保険者に対して義務付けている。これにより、助言義務を根拠付けるために信義則に関するドイツ民法 242 条を用いることは、もはや不要になったのである。

保険契約法 6 条 1 項は、契約締結前の助言義務を規律する。同条 2 項によれば、保険者は、与えた助言およびその根拠を文書化し、同法 6a 条の規定に従い保険契約者に交付しなければならない。6 条 3 項は、助言と文書の受領の放棄に関する要件を定める。同条 4 項は、契約期間中の助言義務を規律する。同条 5 項によれば、有責の助言義務違反の場合、保険者は保険契約者に対して損害を賠償する責任を負う。同条 6 項は、助言義務規制の適用除外を定めている。

保険契約法 6 条が規律する助言義務は、抽象的に介入するのではなく、同条 1 項 1 文（契約締結前の助言）または同条 4 項（契約期間中の助言）の規定によれば、むしろ常に「具体的な事由（Anlass）」によって発動するものとされている。すなわち、2007 年保険契約法 6 条は、裁判例によって考案された事由相関的（anlassbezogen）助言モデルに基づいている⁶⁾。

(2) 契約締結前の助言

ドイツ保険契約法 6 条が規定する保険者の助言義務は、実際には 4 つの義務から構成される。すなわち、同条 1 項 1 文によれば、保険者は保険契約者（見込み客、申込希望者）に対し、その者の希望および

5) Überblick bei Römer, VersR 1998, 1313; Schirmer, r + s 1999, 133ff., 177ff.

6) Vgl. Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl. 2017, §6 VVG Rn. 3.

ニーズにつき質問し (Fragepflicht; 質問義務)、それらに基づいて助言しなければならぬ (Beratungspflicht; 助言義務)。その際には、特定の保険について与えたそれぞれの助言の根拠を示さなければならぬ (Begründungspflicht; 根拠提示義務)。そして、同項2文によれば、これらは、提案された保険商品の複雑さを考慮に入れて文書化されなければならぬ (Dokumentationspflicht; 文書化義務)。同項の規定の意味および目的に照らせば、保険契約者は情報を受領した後に契約を締結するかどうかを決定することになることから、質問・助言・根拠提示義務は、保険契約者が契約締結の意思表示 (通常は申込み) をする前に履行されなければならぬと解するのが自然であろう⁷⁾。ただし、契約がまだ締結されていないのであれば、助言記録 (Beratungsprotokoll) は、保険契約者の申込み後に交付されてもよいとされる⁸⁾。

ア 助言すべき事由

保険契約法6条1項に規定された質問・助言・根拠提示・文書化義務は、自動的に生じるのではなく、保険契約者に助言すべき「事由」が存在するときに初めて生じる。この限定により、あらゆる場合を包括するような助言義務が生じるわけではないことが明らかになる⁹⁾。さらに、助言義務を生じさせる事情は、保険者が認識できる (erkennbar) ものでなければならない。このことは、文言自体からではないが、立法理由および保険契約法6条5項2文との関係から明らかになるとされる¹⁰⁾。すなわち、質問および助言を行うべき事由をもたらす事情を保険者側が認識することができない場合には、保険者側に有責性がな

7) Langheid/Wandt/*Armbrüster*, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. 2016, §6 Rn. 115; a. A. Rüffer/Halbach/Schimikowski/*Münkel*, Handkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl. 2020, §6 Rn. 29.

8) Schwintowski/Brömmelmeyer/*Ebers*, a.a.O., §6 VVG Rn. 20, 40.

9) Römer, VersR 2006, 740, 743.

10) Schwintowski/Brömmelmeyer/*Ebers*, a.a.O., §6 VVG Rn. 21.

いから、これらの義務違反は損害賠償請求権を生じさせない、というのである¹¹⁾。この見解によると、争いがある場合、保険契約法 6 条 5 項 2 文の要件を充足したこと、換言すれば、質問および助言を行うべき事由を認識できなかったことは、保険者側が証明しなければならない¹²⁾。

(ア) 提案された保険を評価することの困難さ

保険契約法 6 条 1 項 1 文によれば、保険者は、特に保険契約者にとって提案された保険を評価することが困難である（保険商品の内容理解が難しい）場合に助言することを義務付けられている。ここでは、当該保険が種類、補償範囲または複雑さに照らして平均的保険契約者に助言する必要性を生じさせるかどうかが決め手となる。これに関して、保険仲介者（*Versicherungsvermittler*）の助言および文書化義務に関する 2007 年改正前保険契約法 42c 条（現行保険契約法 6 条の前身）の立法理由によれば、保険契約者が希望する保険が単純な標準の商品であるか、それとも複雑な商品であるかが重要となる¹³⁾。つまり、単純かつ著しく規格化された保険商品については、保険契約者自身が専門的知識を持っており、基本的な助言を必要としないことがしばしばあるのに対し、複雑な保険商品の場合には、保険契約者にとってはその者の個別的な事情に応じた助言を受領することが期待される、というのである¹⁴⁾。後者のことは、とりわけ生命保険の場合に当てはまるとされている。すなわち、保険契約者は、生命保険契約の締結前には、特殊な組合せの場合のみならず、常に質問および助言を受けることが必要である¹⁵⁾。疾病保険の場合にも、助言すべき事由が存在するのが

11) Stöbener, ZVersWiss 2007, 465, 468f.; a. A. MünchKomm-VVG/Armbrüster, a.a.O., §6 Rn. 88f.

12) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O. 反対説については後述する。

13) BT-Drucks 16/1935, S.24, zu §42c VVG a.F.

14) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 22.

15) Reiff, VersR 2007, 717, 725.

通例であるとされている。さらに、保険商品の約款や契約構成要素が極めて複雑であるため、保険契約者の利用に供された状態にある（zur Verfügung stehend）情報源（たとえば、ドイツ保険契約法 7 条および保険契約における情報提供義務に関する命令（VVG-InfoV）による標準化された諸情報、普通保険約款、広告パンフレットなど）を適切に分析・評価することができず、保険契約者の希望およびニーズに合致する契約を選択することができないといった場合、質問および助言義務が生じる¹⁶⁾。とりわけ、新たな保険商品の場合には、当該保険が有する従来とは異なる、新たな機能方法に関する説明が必要となる¹⁷⁾。

（イ）保険契約者の属性および状況

保険契約法 6 条 1 項 1 文によれば、保険契約者の属性（Person）および状況（Situation）に照らして、そのようにすべき事由が存在する場合には、質問および助言義務が保険者に課せられる。特に、予定された種類の取引についての保険契約者の知識水準、個人的状況（たとえば、可処分所得、身分、年齢、職業など）およびある付保必要性を経験則上示唆するすべての、事実上の、そして法的な状況が、属性および状況に関連する諸事情に該当する¹⁸⁾。個別具体的な場合を考慮に入れた平均的保険契約者の典型が決め手となるとされる¹⁹⁾。特別の保護を必要とする保険契約者、たとえば、若く、取引の経験の乏しい保険契約者、高齢者であるため反応力と理解力に制限のある保険契約者、特定の営業行為をする保険契約者、および、十分なドイツ語の知識を有していない保険契約者に対しては、一段と高度な質問および助言義務が生じうる。逆に、保険契約者が特別の専門知識を有している場合、

16) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O.

17) OLG Stuttgart, VersR 2013, 482, 483.

18) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 23.

19) BGH, VersR 1993, 957, 958.

助言の必要性は小さくなりうる²⁰⁾。

(ウ) 認識可能性

当該保険の種類、補償範囲または複雑さに照らして、平均的保険契約者にとって提案された保険を評価することが困難であることが出発点とされる場合には、保険者が助言の必要性を認識することは比較的簡単であるとされている。これに対して、「保険契約者の属性および状況」というメルクマールについては、いかなる場合に保険契約者の属性および状況に関連する諸事情を保険者が明確に認識し、保険契約者への質問および助言の必要性を認識できるかはなかなかの難問であるとされている²¹⁾。かりに、保険契約者が希望およびニーズ、個人的状況、特に付保必要性を自発的に説明したならば、助言の必要性は簡単に認識できる。保険契約者が具体的な質問をするか、助言の受領後に一般的な希望を表すような場合にはこのことが当てはまる²²⁾。さらに、認識可能な助言の事由は、保険契約者が明白に誤った考えを持っている場合に存在するとされる。すなわち、保険契約者が保険契約の中核的部分（填補範囲、オプリーゲンハイト）について誤った考えを抱いていることを保険者側が認識したか、またはそのような錯誤の可能性が容易に予想できる場合には、その錯誤を訂正しなければならない²³⁾。

イ 質問義務の範囲

質問義務の範囲は変化しうる。的確かつ明瞭に表現された保険契約者の質問があった場合には、保険者の質問および助言義務は最低限度

20) 以上について、Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O.

21) A.a.O., §6 VVG Rn. 24.

22) Vgl. OLG Köln, VersR 1993, 1385, 1386.

23) OLG Hamm, VersR 1992, 49, 50; OLG Köln, VersR 1990, 1381, 1382.

に縮小しうる²⁴⁾。これは、保険契約者が明白に誤った考えに支配されている場合でも同じであり、その場合、保険者の助言義務は、その誤った考えを訂正することに限定されうる。これに対して、保険契約者が包括的な助言を求める場合には、完全な助言を与えることができるよう可能な限り徹底的に保険契約者の希望およびニーズを探求することが保険者側の任務となると理解されている²⁵⁾。保険契約者が申し込んだ保険保護がその者の個人的な付保の必要性から外れるおそれがあることを示す手がかりが存在する場合にも、保険契約者が述べた契約目的の概略との関係で、保険者は、保険契約者が意図する契約締結にとって重要な諸事情を探求する任務を負うとされる。とりわけ、生命保険や疾病保険のような複雑な保険商品の場合には、保険契約者のニーズを聞き出す義務は、具体的に述べられた保険契約者の希望に左右されない²⁶⁾。

適式な助言は、まず、保険者が、保険をもって追求する保険契約者の目的を聞き出すことを前提とする。たとえば、生命保険契約においては、保険契約者の第一の関心が危険保障にあるか投資にあるか、保険契約者がどのような投資目標を追求するか、特に保険契約者が投資の収益性に関心があるか投資額の保存に関心があるか、換金性に関心があるか需要に即した生活保障に関心があるか、などが、質問として挙げられている²⁷⁾。

さらに、具体的な諸事情に基づいて助言の必要性が認識できる場合、保険者は、保険契約者の個人的状況についても調査しなければならない。特に、保険契約者の可処分所得、身分および年齢、そして、適切

24) BT-Drucks 16/1935, S. 24, zu §42c VVG a.F.

25) Römer, VersR 1998, 1313, 1320; a. A. Stöbener, ZVersWiss 2007, 465, 472.

26) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 27.

27) A.a.O., §6 VVG Rn. 28.

な保険の選択にとって重要な、あらゆる諸事情がこれに該当する²⁸⁾。

ウ 助言義務の範囲

保険者は、既知の事実または尋ねて知ることになった事実に基づいて保険契約者に助言し、特定の保険について与えたそれぞれの助言の根拠を示さなければならない。その際、助言は、保険市場で提案される複数の保険契約についての比較考察および選択が行われる必要はなく、保険者が提案した保険契約についてのみ行われれば足りる。ただし、保険者は、原則として自己の商品が保険契約者のニーズに合致するかどうか、および、どのような形態において合致するかについて探求しなければならない²⁹⁾。このことから、提案した特定の保険契約が保険契約者にとって必要でないものであることがわかった場合、保険者は、保険契約者がその保険契約の締結を断念するよう助言しなければならないことが導かれるかどうかについては、争いがある³⁰⁾。

保険契約法 6 条 1 項 1 文によれば、助言義務の範囲は、助言費用と保険契約者が支払うべき保険料の関係からも影響を受ける。これに関しては、保険料が少額である保険契約は、あまり複雑でない標準的商品であるのが通例であり、特に保険料が年 60 ユーロである保険商品の仲介は、原則として長時間の助言を必要としないと説明されている³¹⁾。しかし、この説明は、たとえば、少額の保険料が提示される責任保険であっても、助言が不十分であると保険契約者にとって極めて重大な結果をもたらす場合があるように、保険料が少額である保険契約であるとして長時間の助言が不要とはいえない点で、批判されている³²⁾。

28) A.a.O., §6 VVG Rn. 29.

29) *Armbrüster*, ZVersWiss 2008, 425, 429.

30) *Zustimmend Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers*, a.a.O., §6 VVG Rn. 30; a. A. *Rüffer/Halbach/Schimikowski/Münkel*, a.a.O., §6 Rn. 22.

31) BT-Drucks 16/1935, S. 24, zu §42c VVG a.F.

32) *Reiff*, VersR 2007, 717, 725f.; *Römer*, VersR 2006, 740, 743.

つまり、保険者の助言費用は、保険商品の複雑さに基づくものと理解すべきであり、保険契約者が支払うべき保険料の多寡に左右されるわけではないという観点からの批判であるといえる。

適式な助言は、保険者が保険契約者に保険商品自体、当該費用、保険者免責およびオプリーゲンハイト、そして、結局どのリスクが保険商品によってカバーされるか、ないし、どのリスクがカバーされないかについて説明することを前提とする。ただし、保険契約の全条項（*sämtliche Bedingungen*）を説明することが保険者に義務付けられているわけではないとされる³³⁾。

エ 助言の限界

助言義務は、競争的提案を考慮して存在するものではないとされる。すなわち、保険者は、特定のリスクに対する保険保護を提案する範囲内でのみ、保険契約者に助言し説明すれば足りる³⁴⁾。したがって、保険者は、たとえば競争者が提案する追加保険（特約）の可能性について言及する必要はない。他の保険者の保険を選択する場合に、保険契約者のニーズがより適切に、より広範に、またはより低コストでカバーされるであろうことについて言及することが、保険者に義務付けられるわけでもない。

専門知識を有する保険契約者の場合に限り、助言の必要性は減少するか完全になくなることがありうる³⁵⁾。これは、保険契約者が専門知識を備えている者を利用する場合に当てはまる³⁶⁾。保険者の助言は、保険契約者およびその者の仲介者の専門知識が十分であるような場合にのみ省略されうる。

33) OLG Stuttgart, VersR 1999, 1268, 1269.

34) OLG Saarbrücken, VersR 1999, 1367, 1369; OLG Hamm, VersR 1995, 1345, 1346.

35) OLG Köln, VersR 1996, 1265; LG Lübeck, r + s 1992, 387.

36) OLG Saarbrücken, VersR 2006, 923, 924.

オ 文書化義務

保険契約法 6 条 1 項 2 文、2 項が規定する文書化義務は、2 つの機能を有する。すなわち、一方では、助言記録は、助言の際の対話の内容が反映され、本質的な決定基準を見落とさないことが保障されることにより、助言の質を高めることになる。他方では、助言記録は、証拠確保の機能を有し、したがって事後的な立証の問題の解決にも役立つのである³⁷⁾。文書化義務違反は、保険契約者の証明責任の緩和を根拠付ける事実にもなりうるとされる³⁸⁾。保険者には、助言義務が存在する場合にのみ文書化が義務付けられている。

2017 年改正保険契約法 6 条 2 項によれば、保険契約者に与えられた助言およびその根拠の交付については、6a 条が適用される。保険契約法 6a 条は、交付の方式として紙媒体を用いることを原則としつつ（1 項 1 号）、一定の要件のもとで永久的データ記憶媒体（2 項 1 号）、ウェブサイト（同項 2 号）等を用いることも認めている。

カ 助言および文書の受領の放棄

保険契約法 6 条 3 項は、当事者の合意による助言、文書、または、その双方の受領の放棄を許容しているが、この放棄の意思表示に関しては、別段の合意の対象とすることが求められる。したがって、申込書等に放棄の様式が組み入れられていてはならない³⁹⁾。また、放棄の意思表示は、保険契約者の署名を要するがゆえに、ドイツ民法 126 条 1 項にいう書面方式（*Schriftform*）に従わなければならない。これに対して、標準化された、予め作成された放棄条項は、約款の内容統制に関するドイツ民法 307 条により無効となる可能性が指摘される⁴⁰⁾。

37) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 35.

38) BT-Drucks 16/1935, S. 26, zu §42e VVG a.F. これについては後述する。

39) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 43.

40) Franz, VersR 2008, 298, 300; Prölss/Martin/Rudy, Kommentar zum Versicherungs-

さらに、保険契約法 6 条 3 項は、保険者に一定の法的教示を義務付けている。すなわち、保険契約者には、助言等の受領の放棄が、同条 5 項に基づく保険者への損害賠償請求権の行使にあたり不利な影響を及ぼしうることについて、放棄の意思表示前に明示的な言及が行われなければならない。法律の文言を伝えるだけで十分であるかどうかについては、見解が対立しているが⁴¹⁾、十分でないとする説によれば、保険契約者には、助言等の受領を放棄すれば、保険者に対する損害賠償請求権を完全に喪失しうるということが明確に告げられなければならない⁴²⁾。

(3) 契約期間中の助言

助言義務は、契約締結後であっても存続し、保険契約者が個々の場合において書面による意思表示で助言の受領を放棄することができるのみである（ドイツ保険契約法 6 条 4 項）。

(4) 助言義務違反の効果—損害賠償

債務関係に基づく義務違反による損害賠償に関するドイツ民法 280 条 1 項とは別に、保険契約法 6 条 5 項に、保険契約者の損害賠償請求権に関する独自の法的根拠が設けられている。すなわち、保険者が 6 条 1 項 1 文（質問・助言・根拠提示義務）、同項 2 文および 2 項（文書化義務）または 4 項（契約期間中の助言義務）に違反した場合には、6 条 5 項 1 文により、保険者は保険契約者に対してそれらの義務違反から発生した損害を賠償する義務を負う。保険契約法 6 条 5 項 2 文によれば、保険者が民法 276 条以下に規定する有責性のないこと、換言

vertragsgesetz, 30. Aufl. 2018, §6 VVG Rn. 40; a. A. Ruffer/Halbach/Schimikowski/*Münkel*, a.a.O., §6 Rn. 32; *Gaul*, VersR 2007, 21, 23.

41) Zustimmung Prölss/Martin/*Rudy*, a.a.O., §6 VVG Rn. 41; a. A. Ruffer/Halbach/Schimikowski/*Münkel*, a.a.O., §6 Rn. 34.

42) Schwintowski/Brömmelmeyer/*Ebers*, a.a.O.

すれば、義務違反について責任を負う必要がないことを主張立証できた場合には、損害賠償請求権は排除される。

ア 要件

(ア) 義務違反

損害賠償請求権の成立要件の 1 つとして、助言等義務の違反の存在が挙げられる。この義務違反は、客観的に見て助言すべき事由が存在したにもかかわらず、保険者が保険契約者の希望およびニーズを探求しなかったか不十分にしか探求しなかった場合、不相当であるか不十分な保険保護を勧誘した場合、助言の根拠を提示しなかったか助言の際の対話内容を誤った形で文書化した場合に存在する⁴³⁾。

義務違反の存在についての立証責任は、保険契約者が負う。もっとも、保険仲介者の損害賠償義務に関する 2007 年改正前保険契約法 42e 条（現行保険契約法 63 条の前身）の政府草案理由書は、その際には裁判例により考案された「危険領域ないし責任領域による立証責任の分配の法理」⁴⁴⁾を援用することができ、さらに、文書化義務違反は保険契約者の立証責任の緩和を正当化するという点を指摘する⁴⁵⁾。したがって、保険契約者は、客観的に見て助言を受領すべき事由が存在し、保険者が保険契約法 6 条の規定する質問義務、助言義務または文書化義務に違反したという事実を提示しさえすればよい。その場合、保険者側は、主張された違反事実を二次的な主張責任の枠内で具体的に反駁し、助言記録の提出により保険契約者がいかに詳細な助言を受領した

43) A.a.O., §6 VVG Rn. 53. ただし、文書化義務違反だけでは、保険者の損害賠償義務を生じさせないとする Abschlussbericht, S. 293, Erläuterungen zu §6 Abs. 4 VVG-Entwurf(http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/versvertrg/abschlussbericht.pdf).

44) Vgl. Palandt/*Grüneberg*, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017, §280 Rn. 37.

45) BT-Drucks 16/1935, S. 25f., zu §42e VVG a.F.

かを証明しなければならない⁴⁶⁾。保険者が助言記録を提出できない場合には、保険契約者の立証責任の緩和が事実上立証責任の転換となる効果をもたらす⁴⁷⁾。本質的に重要な言及について、最初からまったく文書化されなかった場合には、原則として助言義務を負う者が、その言及が行われたことを立証しなければならない⁴⁸⁾。保険者側がその立証に成功しなかった場合には、保険契約者のために、当該言及が行われなかったことが出発点となりうる⁴⁹⁾。また、助言記録が提出される場合には、文書化された内容通りの助言が行われ、文書化されていない内容の助言は行われなかったであろうことの推定が働く⁵⁰⁾。

(イ) 帰責事由

保険契約法 6 条 5 項 2 文によれば、保険者が助言等義務違反について責任を負う必要がない場合（義務違反が保険者の責めに帰すべき事由によるものではなかった場合）には、保険契約者の損害賠償請求権は排除される。保険者は、履行補助者責任に関するドイツ民法 278 条の規定により、保険代理人（*Versicherungsvertreter*）の有責性についても責任を負わなければならない。保険者または履行補助者の帰責事由について、反証可能な推定が働き、それゆえ、争いがある場合、保険者側が質問ないし助言義務を生じさせる事由を認識できなかったことについても証明しなければならないと解すべきか⁵¹⁾という問題をめぐっては、見解の相違がある。否定説によれば、助言すべき事由の認識可能性は帰責事由にではなく、助言義務の構成要件に属するものと解

46) Vgl. BGH, VersR 2011, 622, Rn. 11ff.

47) BGH, VersR 2015, 107, Rn. 18.

48) BGH, VersR 2015, 107, Rn. 18.

49) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 54.

50) OLG München, VersR 2012, 1292, 1293; Rüffer/Halbach/Schimikowski/Münkel, a.a.O., §6 Rn. 56; a. A. Brand, VersR 2015, 10, 17.

51) Zustimmung Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 55.

されるので、助言すべき事由を保険者が認識できたことについては保険契約者側が主張しなければならず、場合によっては証明することも必要となる⁵²⁾。

(ウ) 財産上の損害

助言等義務の違反が保険契約者側に財産上の損害をもたらしたことを要する⁵³⁾。保険代理人が提供した誤った情報を保険者が適時に訂正し、保険契約者が他の方法により保険保護を得ようと努力するのに十分な期間を確保できた場合には、義務違反と財産上の損害との間に必要な因果関係の存在は否定される⁵⁴⁾。

イ 効果

助言義務違反による損害賠償請求権の成立要件が満たされれば、保険契約者は、その義務違反がなかったならば置かれるであろう地位に置かれるべきである。しかし、保険契約者が適式に助言を受領した場合にいかに行為したであろうかを確認することは容易ではない。特に、契約締結前の助言の欠缺の場合、同じ内容の保険契約が締結されたであろうか、同一のまたは別の保険者が販売する他の保険契約が締結されたであろうか、それとも保険契約締結自体が行われなかったであろうかは、明らかではない。そこで、裁判例は、因果関係の推定の手法を用いて、保険契約者に以下のような選択権を認めている⁵⁵⁾。

保険契約者は、損害が不利な保険契約を締結させられたことに存在

52) MünchKomm-VVG/*Armbrüster*, a.a.O., §6 Rn. 88f.; Prölss/*Martin/Rudy*, a.a.O., §6 VVG Rn. 5.

53) Schwintowski/*Brömmelmeyer/Ebers*, a.a.O., §6 VVG Rn. 56; a. A. *Grigoleit*, NJW 1999, 900 は、財産上の損害は契約解除の要件ではないとする。

54) LG Köln, VersR 1985, 381.

55) Schwintowski/*Brömmelmeyer/Ebers*, a.a.O., §6 VVG Rn. 57.

する場合、契約の解除 (Vertragsaufhebung) を求めることができる。その際、保険契約者は、保険料の返還を求めることができるし、契約締結時に支出した費用の賠償を求めることもできる。しかし、契約解除は、保険契約者にとっては保険事故がまだ発生していない場合に意義を有するにすぎない。

そこで、保険契約者は、十分な助言を受領したならば十分なりスク填補を伴う他の保険契約を締結したであろうことを主張することもできる (いわゆる契約の調整 (Vertragsanpassung) ⁵⁶⁾)。この場合、保険契約者は、助言に即した保険契約が締結されたであろう状態に置かれる⁵⁷⁾。したがって、保険契約者は事実上の填補保護を受けることになる。ただし、保険金が的確に算定されたであろう場合、または、正しい助言を受領した後にその他の填補拡大を包含させたであろう場合に発生する差額保険料を控除する方法により相殺支払が行われなければならない⁵⁸⁾。

裁判例によれば、保険契約者が適式に助言を受領したならば十分な保障を受けたであろうことの推定が働く⁵⁹⁾。この推定は、保険契約者

56) 契約調整の概念について簡略に説明すると、次のとおりである。

ドイツ民法 249 条 1 項は、損害賠償の範囲に関する原則について定めており、それによれば、「損害の賠償を義務付けられる者は、賠償を義務付ける状況が発生しなければ生じたであろう状態を回復しなければならない」。助言義務違反がなければ生じたであろう状態には、当該契約が成立しなかった状態だけではなく、その代わりに他の有利な契約が締結された状態も含まれるとみる余地がある。その場合には、民法 249 条 1 項にいう状態の回復とはより有利な契約が締結された (のと同様の) 状態にすることを意味するから、助言の相手方は、実際に締結された契約がより有利な仮定的契約に合致するよう、契約の調整 (契約内容の変更) を求めることができる。

57) BGH, NJW 1963, 1978, 1980; BGH, NJW 1989, 3095, 3096.

58) BGH, VersR 2011, 622; BGH, VersR 1989, 472, 473; OLG Saarbrücken, r + s 1998, 384, 385.

59) BGH, VersR 1989, 472, 473; OLG Hamm, r + s 2001, 334, 336f.; OLG Saarbrücken, r + s 1998, 384, 385.

が希望した保険保護が、契約締結の時点で保険市場の全体を通じても入手できなかった場合には覆る⁶⁰⁾。保険料が高額になるがゆえに保険契約者がより広範な保険保護に合意しなかったであろうことを、保険者が証明した場合にも同様である⁶¹⁾。

損害賠償額の算定にあたっては、保険契約者の過失が考慮されうる（ドイツ民法 254 条による過失相殺）。保険契約者が誤った情報を信頼したことに対しては、原則として非難可能性は認められないとされる⁶²⁾。ただし、裁判例は、不作為による義務違反が問題となる場合に例外を認める。具体的には、保険保護の範囲について、保険契約者の利用に供された状態にある情報源（特に、契約締結前に提供される諸情報、普通保険約款、保険証券）を通じて十分に照会できたような場合、過失相殺が適用される⁶³⁾。しかし、これに対しては、保険者に助言が法律上義務付けられているのに、同時に自己情報提供（Selbstinformation）に関するオプリーゲンハイトを保険契約者に課すことは矛盾した想定であるとの指摘がある⁶⁴⁾。

ドイツ保険契約法 6 条 5 項による保険契約者の損害賠償請求権について、立証責任の所在を中心にまとめると、次の表のようになる。

-
- 60) OLG Düsseldorf, r + s 1998, 361, 362; OLG Köln, VersR 1990, 1381, 1382.
61) BGH, VersR 2014, 861, 862.
62) BGH, VersR 1998, 905, 907.
63) BGH, NJW 1963, 1978, 1980; OLG Köln, VersR 1998, 180, 181.
64) Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 59.

審査段階	立証責任
(契約締結前の) 債務関係 (民法 311 条)	保険契約者
助言義務の存在 (保険契約法 6 条 1 項)	保険契約者は、客観的に見て助言すべき事由が存在したことを証明しなければならない。ただし、危険領域ないし責任領域による立証責任の分配の法理を援用することができる。
助言受領の放棄 (保険契約法 6 条 3 項)、適用除外 (同条 6 項)	保険者
助言義務違反 (保険契約法 6 条 5 項 1 文)	保険契約者は、保険者が助言義務に違反したという事実を提示しなければならない。これを受けて、保険者は、助言記録の提出により、保険契約者がどのように助言を受領したかを証明しなければならない。
保険者の有責性 (保険契約法 6 条 5 項 2 文)	保険者の有責性が推定されるかどうかについて、争いあり (反証可能な推定が働くとする見解によれば、保険者は、助言すべき事由を認識できなかったことを証明することで、賠償責任を免ずる)。
保険契約者の選択権：契約の解消または契約の調整	責任充足的因果関係は保険契約者が立証しなければならないが、助言に即した行為の推定が働く。
保険契約者側の過失 (過失相殺：民法 254 条)	保険者

3 ドイツ法からの示唆と考察

保険者の意向把握義務のあり方を考えるにあたり、ドイツの助言義務規制からいかなる示唆が得られるかについて、最初に全体的な展望を示すこととする。

まず、保険者の助言義務をドイツ保険契約法が明文で定めている点である。ドイツでは、保険契約者は自己に必要な保険保護については自ら検討しなければならないというのが原則であるが、この原則に対する例外として、保険者が保険契約者に対して助言義務を負うことが認められているといえる。具体的には、保険契約者が明確に助言を希望した場合や、説明がなければ当該保険契約者群が典型的に必要とする保険保護が受けられない場合、または、特別の合意が想定される場合には助言義務を負うとされている⁶⁵⁾。

次に、助言義務の前提として質問義務を想定している点である。保険者が単に必要なだと把握した内容の助言を行うことで十分ではなく、保険契約者が欲する助言は何かということを積極的に探求させるような規定ぶりは参考に値する。日本では、保険業法 294 条の 2 の規定を受けた監督指針 II-4-2-2(3)が意向把握・確認の標準的な方法を例示しているが、この意向把握プロセスを忠実に進めていくことでドイツ法という質問義務の目的は達成できると思われる。

さらに、訴訟上の立証の問題にも関連付けられた文書作成義務を定めている点である。日本でいう意向確認書面の作成・交付がこれに対応すると思われる。

そして、解釈論の面では、保険者側の助言義務違反があった場合、適切な助言を受領したならば有していたであろう地位を保険契約者に

65) 小野寺千世「情報提供義務、意向把握義務に違反した保険契約の法的効力に関する一考察—生命保険契約の法的効力に関する法規定のあり方を中心に—」生命保険論集 208 号 37 頁 (2019)。

与えようとするドイツの判例・学説の立場を参考に値するものとして挙げる事ができる。2014年日本保険業法改正の際に、意向把握義務違反の効果に関する特有の私法的規律が設けられたわけではないことから、損害賠償については既存の民事責任の法理により処理するほかない。日本において助言義務違反の場合に履行利益的損害賠償まで認めるべきとする立場には一定の示唆を与えるものであると考えられる。

(1) 意向把握義務の位置付け

日本法における意向把握義務は、いわゆる適合性原則の考え方を保険商品の販売局面に導入しようとする一連の議論が立法の形で結実したものとの評価もある⁶⁶⁾一方で、投資性保険商品を意味する特定保険契約の締結にあたっては金融商品取引法上の適合性原則と意向把握義務規制の双方が適用されることになっている（保険業法 300 条の 2、294 条の 2）ことから、その位置付け、すなわち、従来学説上議論されてきた説明義務にかかわる諸概念との関係をいかに捉えるのかが問題となりうる⁶⁷⁾。

意向把握義務は、狭義の情報提供義務（保険業法 294 条）とともに広義の情報提供義務に属する規制として捉えることもできる⁶⁸⁾。保険仲立人について認められる誠実義務（同法 299 条）とは異なり、意向

66) 山下（徹）・前掲注 2）90 頁以下。

67) 金融商品取引一般に関して、いわゆる助言義務と説明義務、適合性原則の概念および各義務の関係についての理論上の整理を試みたものとして、塚原成侑＝長谷川圭輔「金融機関の『助言義務』についての法的考察—助言の法的位置付けをめぐる英国、ドイツの制度を手掛かりとして—」金融研究 36 巻 2 号 77 頁以下（2017）。

68) 保険業法上の情報提供義務と意向把握義務の関係について、山下（徹）・前掲注 2）94 頁は、意向把握義務は保険募集のプロセスを通じてなすべき行為に関する一般的義務（プリンシプル）が規定されたものであり、情報提供義務はその義務規定を受けて、具体的な場面ごとに具体的になすべき行為に関する個別的義務（ルール）が規定されたものであると理解している。

把握義務は、保険の選択と契約の締結はあくまでも保険契約者の自己責任に基づく行為であるが、その行為の意味を保険契約者に明確に確認させようとする規制として法定されたものであるとされている⁶⁹⁾。

保険業法において、保険会社・保険募集人が保険契約者に対して意向把握義務を負うことが法定されたことをもって、裁判例のいう説明義務を一步進め、保険契約者の保険需要について調査のうえでそれに合致する保険商品を推奨し、もしそのような保険商品でない商品を推奨する場合にはその旨を明確に説明する義務を負うという考え方を認める有力な法的基盤が整えられたとみるべきであるとの見解がある⁷⁰⁾。この見解では、このような義務が認められる保険募集の場面として、保険募集人の推奨に保険契約者が依存する場合や、契約締結をさせようとしている保険が汎用的な保険需要に応えるものとはいえず、当該保険契約者の保険需要を調査したうえでなければ推奨ができない場合が考えられている。意向把握義務制度をこのようなものとして理解するならば、保険者の助言義務があらゆる保険募集の場面において認められるのではなく、助言をなすべき事由が存在するとき、すなわち、保険商品の内容理解が難しいとき、または保険契約者の属性および状況に応じた一定の場合に発生すると定めるドイツ保険契約法 6 条の規定によく似た説明義務として機能することも期待できよう⁷¹⁾。

保険者の意向把握義務については、立法時に意識されていたわけではないものの、保険募集プロセスにおける保険募集人等の行為義務の源泉として機能する潜在的可能性があるとの指摘もある。すなわち、

69) 山下友信『保険法(上)』249頁(2018、有斐閣)。

70) 山下(友)・前掲注69)281頁。

71) 小野寺・前掲注65)50頁は、保険契約者が自らの抱えているリスクを認識し、その中でどのようなリスクを保険でカバーするのかを認識したうえで保険に加入できる環境を整備するという、意向把握義務の趣旨に鑑みれば、同義務をドイツ保険契約法に定める契約締結前の助言義務に類似の義務として認めることができるとする。

今後の理論の進展に応じて、意向把握義務の内容が具体化され、意向把握義務とは別個独立の義務として規定するまでに成熟したものについては、個別的義務規定として、新たに条文化されるという展開がありうる、というのである⁷²⁾。このような観点からは、意向把握義務に関する規律の発展が助言義務に関する具体的な規定の新設につながることも考えられないではない。しかし、私見によれば、普遍的・一般的に提供されるべき標準的情報の提供（保険業法 294 条）と保険契約者等の契約締結時点における個別具体的な事情に応じた保険者側の助言が相まって初めて十全な情報提供が可能になるとみるべきである。個々の顧客の属性やニーズに着目して顧客ごとに有用な情報を提供することを保険者側に促すという意向把握義務の本旨に則して積極的な制度運用を行っていくことで、意向把握義務が実質的に助言義務の役割を演じるようになることも期待できると考えられる⁷³⁾。結局、保険者の意向把握義務は、顧客の自己決定を否定する規制である金融商品取引法上の狭義の適合性原則（同法 40 条 1 号）とは性格が異なり、保険契約者の自己責任原則を貫徹するための手段として原則として全保険商品・全保険募集形態に適用される規制とみるべきであり、その運用のいかんによって、私法的性質を有する助言義務と同等の機能を果たさせることも不可能ではないというべきであろう。

(2) 意向把握の記録（意向把握書面）の必要性

周知のように、保険者の意向把握ルールが法律上の制度として導入される前より既に、同趣旨の制度が実施されていた。すなわち、法令上の根拠として、保険業法 100 条の 2、ならびに顧客の知識、経験および財産の状況を踏まえた重要な事項の説明等を確保するための社内

72) 山下（徹）・前掲注 2）94 頁。

73) 木下・前掲注 2）26 頁、根田正樹編著『説明義務の理論と実際』311 頁〔井口浩信〕（2017、新日本法規）。

規則等の体制整備を義務付ける同法施行規則 53 条の 7 に基づいて、保険会社が講ずべき措置として、いわゆる意向確認書面に関する規律が監督指針の中で具体化されていた。2014 年の意向把握義務の法制化は、保険業法という法律に直接、一般原則となる根拠規定が置かれる形で行われた点で、意向確認書面の作成・交付に関する既存の監督上の義務が法律上の義務に格上げされたと評価できる。

意向把握の具体的手法については、同規定の立法過程において、画一的なものを強制するのではなく、取扱商品や募集形態に応じて、保険会社・保険募集人等の創意工夫に委ねるべきであるとされたこともあり⁷⁴⁾、保険業法施行規則による対応が予定されていたわけではなく、監督指針Ⅱ-4-2-2(3)において意向把握・確認の標準的方法等が示されている。特に、意向確認に係る体制整備の一環として、意向確認書面に関する規律が従来通り監督指針に設けられている⁷⁵⁾のに対し、法令ないし監督指針上は、意向把握書面の交付は義務付けられていない。この点について、保険募集のプロセスにおいて保険契約者がどのようなニーズを保険募集人等に対して開示し、それに基づいてどのような保険商品が提案されたのかという点まで含めて判断することで、より正確な保険契約者の意思を理解できるため、意向確認書面だけではなく、意向把握義務の帳票等についても保険契約者に交付するという運用を行うことが望ましいとの指摘がみられる⁷⁶⁾。

ドイツ保険契約法 6 条 2 項および 6a 条 1 項によれば、助言義務の下位類型とされる文書化義務の履行にあたり、保険者は保険契約者に対し、与えられた助言およびその根拠が記載された書面等を交付しなければならない、さらに、一部の学説は、助言の際に行われた質問の内

74) 保険商品・サービスの提供等の在り方に関するワーキング・グループ「新しい保険商品・サービス及び募集ルールのあり方について」10 頁 (2013 年 6 月 7 日)。

75) 監督指針Ⅱ-4-2-2(3)④イ参照。

76) 山本・前掲注 2) 106 頁。

容も記録される必要があるとする⁷⁷⁾。この助言記録には、助言の対象であったすべての局面、たとえば、①保険契約者の人的データ、保険者およびその履行補助者についての説明、そして、助言が行われた日付、場所、助言の仕方その他の諸状況、②付保されなければならないリスク、③保険契約者の希望およびニーズ、④保険者が保険契約者にした質問、⑤提案された複数の保険商品、⑥勧誘された特定の保険商品およびその勧誘の根拠、などが含まれていなければならない⁷⁸⁾。助言記録の様式として上記の諸項目について箇条書の形で作成されたものを交付することは、文書化義務の履行方式として認められるが⁷⁹⁾、たとえば、相談内容や助言の動機、助言の主たる根拠についての説明を欠いたチェックシートのようなものは、助言記録として十分とはいえない⁸⁰⁾。

意向把握義務に関する規律の整備拡充を図るにあたり、ドイツ法を参考にして、意向把握の過程が記載された書面（いわば「意向把握書面」）の作成・交付に関して、監督指針にその細部のルールを設けることが考えられてもよいであろう。保険者側の意向把握義務が履行されたかどうかは訴訟において争いとなった場合、意向確認書面が作成・交付されたという事実、すなわち、保険契約者の最終意向を書面で確認したことから直ちに適法な保険募集行為であったことを導出できるものではないように思われる。むしろ、書面化された意向を保険契約者自身が確認したとしても、その意向が形成される過程で保険契約者を誤導する募集行為が介在したならば意向把握の懈怠があったとみるべきであろう。このような場合における立証の問題も考慮し、意向把握書面に関するルールの導入が検討される必要がある⁸¹⁾。

77) たとえば、Rüffer/Halbach/Schimikowski/Münkel, a.a.O., §6 Rn. 26.

78) MünchKomm-VVG/Armbrüster, a.a.O., §6 Rn. 122ff.

79) Prölss/Martin/Rudy, a.a.O., §6 VVG Rn. 36.

80) OLG München, VersR 2012, 1292, 1293.

81) 意向把握・確認ルールの再整理の構想について、山本・前掲注2) 108頁は、保険契約者の意向の収集方法に関して、保険募集のプロセスのすべての時点

(3) 意向把握義務違反の私法上の効果

2014 年の保険業法改正によって意向把握ルールが導入された際、同義務違反の効果に関する法規の整備がされなかったことから、同法 294 条が規定する情報提供義務の違反の場合と同様に、意向把握義務違反の私法上の効果については既存の民事法理により処理されることになる。

まず、保険者側が意向把握義務を適切に履行しなかったことにより保険契約者の意思表示について民法でいう詐欺や錯誤の要件が満たされるならば、それに伴う法定の効果が生ずることが考えられる。ただし、これに対しては、保険者・保険募集人が保険業法 294 条ないし 294 条の 2 に違反して保険契約を成立させた場合、その契約自体が無効になることはなく、その性質上、詐欺、錯誤による意思表示の無効が成立する余地も限りなく少ないとの見解がある⁸²⁾。さらに、後者の錯誤の問題については、意向把握に用いた帳票等に保険契約者の署名までが求められているわけではなく、帳票等自体も保険契約者に交付される必要はないとされていることから、保険募集人等が作成した形式的に整った意向把握に関する帳票の存在により、裁判において錯誤が否定される方向に働くおそれさえあるとの指摘もある⁸³⁾。

かりに、意向把握義務違反が消費者契約法 4 条の規定する各種の不実表示に該当し、または同義務違反により民法でいう錯誤が生じたと認められるとしても、保険契約者側が救済を受けられる範囲は既払保険料相当額にとどまる。また、現行の金融商品の販売等に関する法律⁸⁴⁾に

のニーズを意向把握書面に記載することを明確にし、意向確認書面はその効果が十分でない点を挙げて廃止することを提案している。

82) 山下典孝編『スタンダード商法Ⅲ 保険法』31 頁〔土岐孝宏〕(2019、法律文化社)。

83) 山本・前掲注 2) 105 頁以下。

84) この法律は、2020 年 6 月に成立した「金融サービスの利用者の利便の向上及び保護を図るための金融商品の販売等に関する法律等の一部を改正する法

よる顧客保護の対象は、保険契約の場合、投資的性格をも有する商品に限られている（同法3条1項、5条など参照）。これらの規定が適用されると、投資性保険商品の販売の際の意向把握義務違反によって保険契約者側が被った損害に対する救済としては意味があるといえるものの、保険契約者が保障性保険商品に加入した場合における実質的な救済策としては機能しえないことが多いであろう⁸⁵⁾。そこで、適式でない助言を受けたがゆえに他の意思決定の機会を喪失したまま契約を締結し、結果として望んだ保険給付が受けられなかった場合には、その受けられなかった保険給付の額を被った損害とみるといった解釈が考えられる。

前述したように、ドイツでは、保険者側が助言義務に違反した場合、助言の懈怠による損害の発生について、保険者は明文の規定に基づいて損害賠償責任を負担することとなる（ドイツ保険契約法6条5項）。その際には、損害賠償における原状回復主義の原則について定めるドイツ民法249条1項により、保険者は、損害が生じた現在の状態と助言義務違反のない仮定的な状態を比較して、助言義務違反がなかったならば存したであろう状態を作り出さなければならなくなる。したがって、有利な条件で保険契約を締結した場合と同じになるよう契約内容を調整する（本来あったはずの状態に回復させる）ことが賠償の内容になることも考えられる⁸⁶⁾。ドイツの判例・学説はこの点に着目し、かねてより、保険者の助言義務違反がなければ保険契約者が取得しえたであろう保険給付の額を賠償額として認めようと試みていたのである。

律」（令和2年法律第50号）により、大幅に改正され、法律のタイトルも「金融サービスの提供に関する法律」に改められた。改正前の3条は改正後の4条に、改正前の5条は改正後の6条にそれぞれ移されている。

85) 保険業法294条にいう情報提供義務の違反について、この点を詳細に指摘するものとして、拙稿「保険者の情報提供義務（一）」京都大学法学論叢187巻3号120頁以下（2020）。

86) 前掲注56) 参照。

ドイツの一部の学説および裁判例は、助言義務違反により損害を被った保険契約者が契約を調整する権利を有することに加えて、慣習法上の履行責任 (*Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung*) の原則⁸⁷⁾を援用することもできるとする⁸⁸⁾。この概念は、日本法でいう、説明義務違反があった場合に保険者がその説明された通りに契約責任を負うという救済手法によく類似したものであるように思われる。もっとも、日本では、たとえば、生命保険募集人には契約締結を代理する権限等が与えられていないのが通例であることから、意向把握義務違反の場合に契約責任を追及するというアプローチは考えにくく、結局、日本法では、不法行為責任アプローチによって保険者の損害賠償責任を問うという既存の法理によるべきことにならう⁸⁹⁾。

日本では、監督法である保険業法の情報提供関連規定に違反した保険者側の行為は、それが不法行為の成立要件を充足するならば（保険業法上の義務違反であっても不法行為責任の成立を基礎付ける一要素として考慮される）、保険者側に私法上の責任を負わせることになるという法理が定着している。さらに、保険者の説明義務違反が認められる場合、保障内容にかかわる保険事故が現実化したにもかかわらず、保険金等の支払事由や免責条項、付加しうる特約の存在などについて

87) ドイツにおける保険者の助言義務違反の私法上の効果としての履行責任理論を紹介するものとして、小野寺・前掲注 65) 30 頁以下。

88) たとえば、Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., § 6 VVG Rn. 68ff.; LG Saarbrücken, VersR 2014, 317; OLG Frankfurt/M., VersR 2012, 342.

89) これに対し、ドイツでいう慣習法上の履行責任は、そもそも保険契約者は保険者側（保険代理商）の説明をそのまま信頼して契約締結に至るということを出発点とする。すなわち、契約締結における保険代理商の信頼的地位から、この履行責任は発生するのである。したがって、日本法の解釈とは逆に、保険代理商が実際に代理権を有しているかどうかは問題とならない（Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., § 6 VVG Rn. 69）。保険契約者が損害賠償請求権を行使するためには、様々な要件が満たされなければならないため、損害賠償責任に関する明文の規定が設けられたとしても、履行責任の原則に回帰する必要性はあるとされる（A.a.O., § 6 VVG Rn. 68）。

の保険者側の説明が不適切であったために、本来締結されたであろう保険契約のもとでならば得られたはずの保険金等が得られなかったとして、保険契約者側がその相当額の賠償を求めるという内容の損害賠償が、学説上、「履行利益的損害賠償」として類型化されている⁹⁰⁾。

日本で、意向把握義務違反の場合において履行利益的損害賠償責任が問題となりうる事例として、地震保険の不付帯のケース⁹¹⁾を取り上げてみたい。保険募集人が保険契約者側の意向、情報を把握したならば、保険契約者の主な意向が地震保険にも加入することであったことが明らかであったか、もしくは、保険契約者が置かれた客観的状況を鑑みるに保険加入の意思決定の基礎とされるべき事情に地震保険の不付帯が含まれるとみられたであろうにもかかわらず、保険契約者の現状により適合的な保険、すなわち地震保険を付帯した火災保険への加入を提案しなかった場合、または、地震保険不付帯の火災保険への加入を形式的には紹介したが地震保険不付帯契約の締結に誘導したといった場合のように、意向把握義務の趣旨から逸脱した不適法な募集行為がなされたと評価しうる場合⁹²⁾には、同義務違反による保険者の履行利益的損害賠償が実現されるよう、保険契約者側の因果関係（もし意向把握義務が適切に履行されたならば当該保険契約とは異なる保険契約を締結して、望んだ保険給付等を受けられたであろうこと）の証明負

90) 小林道生「保険契約法の現代化と保険募集における情報提供規制」保険学雑誌 599 号 100 頁 (2007)、山下 (友)・前掲注 69) 283 頁。

91) 大阪高判平成 13 年 10 月 31 日判時 1782 号 124 頁、最判平成 15 年 12 月 9 日民集 57 卷 11 号 1887 頁。本事案では、火災保険の申込みをするにあたって、地震保険の内容および地震保険意思確認欄への押印の意味すなわち同欄への押印によって地震保険不付帯の効果が生じることについて説明すべき信義則上の義務違反があったとみるべきかどうかは 1 つの争点となっていた。

92) 木下・前掲注 2) は、意向把握義務の趣旨から逸脱した不適法な募集行為がなされたものと評価される場合には、黙示的に合意された助言義務違反または消費者契約法 4 条 2 項にいう不利益事実の不告知等を認定する基礎とすることが求められるとする。

担の軽減に配慮する必要があると思われる⁹³⁾。

4 結びに代えて

以上、本稿では、保険者の意向把握義務に関する比較法的考察の前提として、ドイツ法における保険者の助言義務に関する規律の全体像を把握しようと試みるとともに、そこから得られた示唆も参考にしながら、日本法における意向把握義務のあり方について、今後の運用の方向性および同義務違反の効果を中心に検討を加えた。

もっとも、本稿では、ドイツの助言義務規定の解釈・適用をめぐる判例学説の詳細な分析はできなかった。この点については、以下の点にも留意しつつさらに研究を進めたいと考えている。

第 1 に、ドイツの助言義務は、保険商品の内容理解の難易、すなわち保険商品の複雑さの程度とも密接に関係しており、これは保険部門

93) その際には、ドイツの判例の立場に倣い、意向把握義務が適式に履行されたならば保険契約者は十分な保険保障を受けたであろうことの推定を働かせることが考慮されてよかるう（こう解しても、保険契約者側の落ち度は、過失相殺的な処理を行うことにより十分に反映される）。これについて、私見では、保険法に特有な理論構成という観点からアプローチすることを試みてもよいのではないかと考える（実際、ドイツの裁判例は、保険法の分野とその他の分野を区分し、最近、後者においては、より有利な契約が締結されたであろうことを被害者側が証明しなければならないとする傾向にあることも指摘されている（Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, a.a.O., §6 VVG Rn. 58））。もっとも、日本の学説・判例では、不法行為責任の法理上、加害行為としての説明義務違反と本来締結されたであろう保険契約のもとでなら得られたはずの保険金等相当額が得られなかったという損害との間に因果関係が存在することは、保険契約者側が立証しなければならないという解釈が確立していると思われる。そのため、日本法の解釈にあたり、履行利益的損害賠償を認めることとしたとしても、上述の因果関係の推定の理論をそのまま採用することは極めて難しいであろう。因果関係について保険契約者側が相当の程度の蓋然性を証明したときには、因果関係は事実上推定されると解するなどして、保険契約者側の立証負担の軽減に配慮することが現実的な方策であるといえよう。

や種類によって異なることから、ドイツ法からより有意義な示唆を導くためには、保険種類ごとの助言義務を考察することが必要になると思われる。一方、保険契約法7条所定の情報提供義務(Informationspflicht)の場合と異なり、助言義務については同法 60 条以下において保険仲介者等の助言義務が別途規定されており、それらについての内容分析も必要となる。

第2に、2017年のドイツ保険契約法改正において、助言義務の下位類型である文書化義務の履行方法、すなわち、助言および根拠提示の具体的方法を規定する6a条が新設されたが、そこでは改正前の6条2項に比して相当に具体的な規律が設けられており、解釈上争いの余地が多分にある⁹⁴⁾。新設規定の運用状況についても注視する必要がある。

第3に、ドイツでは、上記の保険契約法改正により、情報提供義務に関する既存の7条の次に、投資性保険商品にかかる情報提供および助言等に関して新たな規律が設けられた。本稿で指摘した、意向把握義務と説明義務にかかわる学説上の諸概念、特に適合性原則との関係にはっきりしないところがある点は、今後、ドイツ法でも問題になる余地がある。既存の情報提供義務・助言義務に関する規定と投資性保険商品等の規律に関する新設条項の関係がいかにか捉えられるかについても、ドイツの議論状況を注視する必要があると考えられる。

(本稿は、公益財団法人生命保険文化センターの「令和元年度生命保険に関する研究助成」による研究成果である。ここに記して、厚く御礼申し上げる。)

94) 新設された6a条について概説する比較的最近の文献として、Langheid/Rixecker/*Langheid, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, 6. Aufl. 2019, §6a Rn. 4ff.