

保険会社が提供する役務と保険金の支払についての一考察

——機械保険課徴金事件・東京高裁判決を素材として——

横 田 直 和

- 一 はじめに
 - (一) 機械保険課徴金事件・東京高裁判決の概要
 - (二) 東京高裁判決の問題点（本稿の目的）
- 二 保険の経済学
 - (一) 「賭け事」の経済分析
 - ア 宝くじと不確実性
 - イ 宝くじの購入事業と不確実性
 - (二) 宝くじに係る経済分析の保険への類推
 - (三) 保険の経済分析（保険取引と保険金の支払）
- 三 保険会社の機能
- 四 おわりに

一 はじめに

(一) 機械保険課徴金事件・東京高裁判決の概要

独占禁止法（第七条の二及び第八条の三）では、対価に係るカルテルが行われた場合、当該カルテルに参加した事業者に対し当該カルテルに係る売上高の一定率の課徴金が課されることになっている。

公正取引委員会では、日本機械保険連盟が傘下の損害保険会社が提供する機械保険及び組立保険（以下「機械保険等」という。）の保険料率に係るカルテルを行ったことに関し、平成一〇年三月、損害保険会社二八社に対し総額五四億六〇五四万円の課徴金を国庫に納付するよう命じている。この課徴金納付命令に対し損害保険会社二二社が争ったため審判手続が行われたが、公正取引委員会は、平成一二年六月、同額の課徴金の納付を命ずる審決（平成一〇年（判）第四号一二五号・公正取引委員会審決集四七巻一四一頁）を行っている。

この審決に対し損害保険会社二二社（課徴金額合計五四億四九七六万円）から審決取消訴訟が提起され、東京高裁は、平成一三年一月三〇日、損害保険会社側の主張の一部を認め、課徴金の額を審決より約二億円少ない三億〇六一〇万円とする判決（平成一二年（行ケ）第二二八号及び第二三三三号・公正取引委員会審決集四八巻四九三頁）を行った。

カルテルに係る課徴金の算定方法については、独占禁止法第七条の二で定められており、事業者が当該カルテルの実行としての事業活動を行った期間（これが三年を超える場合は三年間）において提供したカルテル対象商品は役務の「対価」の額を合計して算出される「売上額」に一定率（本件においては、中小企業に該当する一社の三％を除き、六％）を乗じることとされている。本件においては、機械保険等における役務の「対価」が明らかとな

れば、実行としての事業活動を行った期間における当該対価の合計額が課徴金算定対象となる売上額となり、課徴金の額は自動的に算出されることになる。このため、本件の審判及び裁判における最大の争点は、機械保険等における役務の「対価」をどのように捉えるか、また、その前提として機械保険等に関し損害保険会社が提供している「役務」は何かという点であった。

この点に関し、公正取引委員会は、損害保険会社が提供する役務は保険期間中に保険事故が生じた場合に保険金を支払うことによる危険の引受けであって、その対価は営業保険料（機械保険等の損害保険契約に基づき損害保険会社が保険契約者から収受した保険料のすべて）であるとして、課徴金算定期間における営業保険料収入の合計額を売上高とした。

しかし、東京高裁は、不当利得の剥奪が課徴金制度の趣旨であるので、役務と対価を把握するに当たっては可能な範囲では課徴金の額が経済的に不当な利得の額に近づくような解釈^{〔1〕}を採るべきであるとし、損害保険会社による「機械保険等の引受け」という役務の提供と保険契約者側の営業保険料の支払が対価的な給付・反対給付となっていることは認めているものの、

課徴金の対象となる「役務」は事業者が市場における経済的な活動として提供する役務のことをいい、この二当事者間の保険契約法上の債権・債務としての給付・反対給付が経済法たる独占禁止法に規定する役務・対価に当たると速断することはできず、これを判断するためには損害保険業の経済的性質・実態を分析することが必要である。

保険制度は団体的共同備蓄とも称すべき制度であり、保険契約者（被保険者）相互間に同一の保険団体構成員としての関係が存在し、損害保険会社が行う機械保険等の引受けという役務は、保険契約者が支払った営業保険料のうち保険金支払のために形成された基金の運営・管理等を中心とするものである。

営業保険料の支払に充てられた部分は、保険契約の当初予定のとおり被保険者に支払われたものであり、損害保険会社の利得の源泉を構成するものではない

として、課徴金算定期間において損害保険会社が支払った保険金額を課徴金算定対象の売上額から控除すべき（したがって、機械保険等に係る「対価」は営業保険料から実際の支払保険金見合額を除いたものとなる）との判断を行っている。

（二）東京高裁判決の問題点（本稿の目的）

東京高裁判決では、前記（一）のような損害保険業の経済的な分析を踏まえた解釈を行う際の考え方として、大森忠夫著「保険法（補訂版）」（一九八五年・有斐閣法律学全集）における記述を引用し、「この説明に異論はみられず、当裁判所もこれに従うものである」（前記審決集五三四頁）とされている。また、大森教授は、同書において、保険業の経済的分析に關し「経済学的に、保険の本質をいかなるものとして理解するかについては、古来甚だ議論の多いところであって、今日においても未だ定説と称すべきものはない、⁽¹⁾ といつてよいである」（三頁）とされている。

しかし、現在の経済学⁽²⁾においては、保険は被保険者の経済上の危険（不確実性が存在するために、経済的な損失が発生する可能性があること）を解消ないし軽減する機能を有する「商品」であって、このような危険（リスク）自体を取引対象とするものであり、その取引価格が営業保険料であることに疑問の余地はない⁽³⁾。また、経済法たる独占禁止法は、市場における公正かつ自由な競争を促進すること、すなわち市場メカニズムを十分に機能させることを目的とするものである⁽⁴⁾ので、課徴金の対象となる「商品・役務」及び「対価」の解釈にあつても、事業者が市場にどのような「商品・役務」を提供しているのか、また、当該「商品・役務」の市場で価格がどのように形成さ

れているのかだけを判断すれば足りるものである（むしろ、これのみを判断基準とすべきものである）。このため、東京高裁が指摘するように「機械保険等の引受け」と営業保険料の支払が対価的な給付・反対給付となっているのであれば、営業保険料が機械保険等の市場における価格であつて、独占禁止法第七条の二にいう「対価」に該当すると解するのが当然である。

営業保険料に占める純保険料の割合は機械保険で五一％及び組立保険で六一％と高率となつており、また、損害保険会社は保険契約者から営業保険料として金銭を受け取る一方、保険契約者・被保険者の一部に保険金として金銭を支払っているため、保険金として支払った部分まで課徴金の対象となることに素朴な疑問を感じ、課徴金算定対象の売上高から実際の保険金支払額を控除することに具体的妥当性があるとの考え方もあり得よう⁽⁵⁾が、東京高裁判決は、損害保険会社がどのような役務を提供しているかについての判断を誤つたものであり、その論旨には経済学的に妥当でない記述が多い⁽⁶⁾。

しかし、東京高裁の判示内容について個々に指摘して検討するのは煩雑に過ぎ、また、現代の経済学で保険という商品がどのように捉えられているのかとか、その価格（保険料）がどのように形成されると説明されているのかを明確にすれば、本件判決の問題点は自ずと明らかになるものと考えられる。このため、本稿では、保険はリスクを取引対象とするものであるとする現在の経済学の知見に基づき、保険会社がどのような役務を提供していると考えられるのか、また、保険事故が生じた場合に保険会社が支払う保険金はどのような性格の金銭かとの点を中心に説明することを主眼とし、東京高裁判決の問題点については簡単に触れるに止めることとした。

なお、本稿の目的がこのようなものであるため、保険に係る経済学的な分析としては基本的には何ら新しい知見を加えるものでないこと、また、本稿は経済学的思考に疎遠である読者を対象として予定しているものであるため記述に冗長と思われる部分が多いことをあらかじめお断りしておきたい。

二 保険の経済学

(一) 「賭け事」の経済分析

ア 宝くじと不確実性

投機や賭博といった「賭け事」と「保険」は、ともに予測できない将来の不確実性に関連した取引である点で類似性が見られ、「保険」を経済学的に分析する場合には、まず「賭け事」が経済学的にどのように考えられているのかを明らかにすることが理解の手助けとなる。⁶⁾

ここでは「賭け事」の例として「宝くじ」を取り上げ、平成一七年五月一六日から六月三日までの間に販売された「ドリームジャンボ宝くじ」(第四九〇回全国自治宝くじ)を例にして説明を行うこととしたい。

ドリームジャンボ宝くじは、一等賞金二億円など多額の賞金(当せん金)が当たる一枚三〇〇円の富くじであつて、周知のように多くの消費者に購入されているが、これに全く関心を持たない消費者も多い。

第四九〇回全国自治宝くじの場合には、宝くじ一〇〇万枚をユニットとして三七ユニットが販売されることとなつており、その賞金とユニット当たりの当せん本数をみると次のとおりである。これによれば、一等賞金が得られる確率は〇・〇〇〇〇一%にすぎず、全体の八八・九七%の宝くじが外れくじとなる。また、ユニット当たりの賞金総額である一四億二九〇万円を宝くじ数一〇〇万枚で除した一枚当たりの賞金額(抽せんが行われる前の宝くじ一枚当たりの経済的価値である期待値)は、一四三円(正確には一四二・九九円)となつている。

等級	賞金・当せん本数	等級	賞金・当せん本数	等級	賞金・当せん本数
一等	二億円・一本	二等	一億円・二本	五等	三万円・三〇〇〇本

一等の前後賞 五〇〇〇万円・二本 三等 一〇〇〇万円・三本 六等 三〇〇〇円・一〇万本
 一等の組違賞 一〇万円・九九本 四等 一〇〇万円・二〇〇本 七等 三〇〇円・一〇〇万本
 宝くじの購入に係る消費者の対応は様々であり、日本宝くじ協会が行つた調査結果によれば、毎月一回以上宝くじを購入する宝くじファンは一・一・〇%であるのに対し、宝くじを購入した経験がなく今後とも購入する意向のない者が二六・四%となつており、一般的には消費者の宝くじ購入に対する態度は消極的なものとなつている。

このように宝くじに対する個々人の購入態度が異なるのは、宝くじで利益が得られるか否かは将来の全くの偶然によるといつた不確実性が存在するためであり、前記のドリームジャンボ宝くじの例では、その期待値は一四三円であるが、これは宝くじの所有者が受け取ることができる賞金額の平均値であり、実際に所有者が受け取れる賞金額には不確実性がある。一方、消費者が一四三円を現金で保有していると、その現金には不確実性はない。一般に、消費者は、その金額が同じであれば不確実性のあるものより不確実性がないものを選ぶ傾向(リスク回避的傾向)が強いので、消費者が現金を支出して不確実性のある財を購入する場合、その財の期待値は支出する金額より高額でなければならず、この不確実性のある財の期待値と支出金額との差額はリスクプレミアムと呼ばれている。⁸⁾

一般的には消費者はリスク回避的であると考えられるので、そのような消費者が経済合理的に行動したとすると、宝くじは購入しないこととなる。⁹⁾

このように、宝くじの個々の購入者にとっては、宝くじが当せんして多額の賞金を得られるかどうかは不確実なものである。一方、宝くじの発行者にとっては、ユニットの宝くじを販売すれば三〇億円の収入が得られ、そのうち一五億七〇一〇万円が収益(宝くじの販売に伴う諸経費を含む)となることは確実であつて、そこには宝くじ購入者にあるような不確実性は全く存在しない。

イ 宝くじの購入事業と不確実性

前記アでは消費者が宝くじを購入するのはどのような場合かを検討し、将来の非常に不確実な二億円が当たる機会を得る方が現在所有している三〇〇円より価値（それぞれを所有することにより得られる満足度）が高いと判断する消費者が宝くじを購入し、そのようには考えない消費者は宝くじを購入しないことを説明した。

消費者は前記アのとおり宝くじを購入するかどうかを判断しているとすると、たまたま宝くじをもらうなどにより宝くじを所有している消費者は、当該消費者が宝くじに関心を持っていなければ、他から当該宝くじを譲り受けたい旨の申入れを受けた場合には、低額での譲渡を受け入れることになると考えられる。

そこで、いま全消費者がこのドリームジャンボ宝くじを一枚ずつ持っている状態を考えると、宝くじに関心の多い多くの消費者（リスク回避者）は、一枚一四三円未満の価格であっても当該宝くじを購入したいとの申出があれば（この宝くじの売買に当たり消費者が売却場所まで出向く必要がないなど、その取引コストは無視できるものとする）、当該申出に応ずることになると考えられる。そして、この宝くじを所有している消費者がどの程度の価格であれば売却に応じてよいかは、個々の消費者のリスクプレミアム値によって異なることとなり、宝くじに全く関心のない（将来の不確実な大金よりも、小額であっても現実の確実なお金の方を選ぶ）消費者は、譲渡し価格が一四三円を大きく下回るとしても、所有している宝くじを譲り渡すことが想定される。

一方、この宝くじの譲渡を申し出る側の事情をみると、ユニットの宝くじを一枚当たり一四三円未満で買い集めることができれば（この買い集めに要する費用も無視できるものとする）、この買い集めた者は確実に利益を得られることになり、そこには不確実性は存在しない。また、ユニットすべての宝くじを買い集めることができないう場合には、購入できなかった宝くじから高額の出せん券が出ることも想定されるので不確実性が存在することになるが、一四三円未満で買い集めることのできた宝くじの枚数が多ければ多いほど、宝くじを買い集めることに伴

う不確実性は減少し、すべての宝くじを買い集めた場合と同様に、その者が利益を得ることができる確率が高くなり、この購入事業は企業活動として採算の合うものとなる¹⁰⁾。

このような宝くじの買い取り事業を行う企業（「A社」とする）と個々の宝くじ所有者との取引は、「宝くじ」という商品（抽せんにより賞金を得ることができる権利が体化したもの）の売買ということになり、一枚当たり一〇〇円などといった、A社が宝くじ所有者に支払った代金が当該商品の対価となるのは当然である。そして、A社が消費者から購入した宝くじが一等などに当せんとすると、当該宝くじはA社の所有物であるので、その賞金についてもA社が取得することになる。

また、A社が宝くじ所有者と取引をする際に、宝くじの引き渡しを要求せず、取引対象となった宝くじが当せんした場合に賞金の引き渡しを受けることとし、宝くじ所有者が賞金の引き渡し債務（条件付き金銭給付義務）を負い、その見返りにA社が一〇〇円などの代金を支払う形をとったとしても、A社及び取引相手である宝くじ所有者の経済的な関係は売買を行った場合と同様である。この場合、両者の法律的な関係としては、宝くじの所有権をA社に移転し従前の所有者がA社のために宝くじを占有するという形式をとることも可能であるし、宝くじという「紙片」の所有者は従前の所有者とし賞金を受け取る権利をA社に移転するという形式をとることも可能であろうが、A社が支払った一〇〇円はこの取引に係る対価となるし、宝くじの賞金もA社が所有すべきものとなる。

なお、この想定ケースでは、宝くじの買い取り事業を行う企業はA社一社のみとしてきたが、この買い取り事業が採算の合うものであれば、A社以外の企業も参入してくることになるので、各社間の買い取り競争が生じ、各社の買い取り価格は一四三円に限りなく近づくとこととなる¹¹⁾。

(二)宝くじに係る経済分析の保険への類推

宝くじは将来の偶然性によりその所有者に利得が生ずるものであるのに対し、保険は、将来の偶然性により損失が生ずることに備えるものであるとの相違がある。

そこで、前記(一)イの想定ケースのように各消費者が一枚ずつを所有しているものの、それが当せんした場合には、所有者が金銭を支払わなければならないような「くじ」(これを他者に譲渡することはできるが、捨てることはできないものとする)を考えると、この「くじ」を便宜的に「不運くじ」と称することとし、その当せん確率や賞金の額(消費者が支払わなければならない金額)については、前記(一)アの表と同じとする。

この不運くじを所有している消費者のうち不運くじが当たることを懸念するものは、これを手放すために他者に譲り渡したいと考えることである。しかし、宝くじがその所有者に利得をもたらす可能性がある商品(goods)であり、それを売却すれば金銭が得られる(その価格はプラスとなる)のに対し、不運くじはその所有者に損失を与えるマイナス財(bads)であるので、それを譲り渡す際の価格もマイナスとなる。すなわち、不運くじの所有者は引取料を支払って、他者に不運くじを引き取ってもらふことになる。¹²⁾

各消費者がどのような価格で不運くじを販売したいか(不運くじを手放すために、どれだけ金銭を支払ってよいと考えるか)については、自己の不運くじがどの程度の確率で当たることになるのかと、不運くじが当たった場合に自己の保有する資産で支払うことが可能かどうかといったことを踏まえ、各消費者が将来の不確実性にどのように対応しようとしているのかにより異なることになる。

特に、消費者が不運くじを手放すためにどれだけ金銭を支出してよいかにつき検討する際には、この不運くじは(一)アの宝くじと同じ確率の不確実性が存在するものであるが、不運くじを持ち続けることによる消費者への影響は、宝くじを持ち続ける場合の影響と大きな差異が存在することに留意する必要がある。

例えば、年収一千万円の消費者がこの宝くじと不運くじを保有する場合にしてみると、この消費者が宝くじ一枚を購入する場合には、九九九万九七〇〇円の確実な年収と期待値一四三円の宝くじ一枚を保有することになり、仮に宝くじが外れになったとしても、その所得水準は宝くじを購入する前とほとんど同じものとなる。一方、不運くじの場合にしてみると、この消費者が不運くじを保有していることによる年収の期待値は九九九万九八五七円(一千万円—一四三円)であるが、この不運くじが一等に当せんしたとすると二億円を支払わなければならないこととなるので、この消費者は年収でこれに対処することはできず、その所得水準は大きく低下することとなる。このため、宝くじを保有する場合には宝くじのみに不確実性があると考えられるのに対し、この不運くじを保有する場合には、年収のみならず家計全体に不確実性が存在すると考えられることになる。¹³⁾

また、この消費者が不運くじをどれだけ価格であれば譲り渡したいと考えるかは、確実な年収を確保できるのであれば、その額が不確実性のある年収の期待値九九九万九八五七円からどれだけ低くてもよいと考えるかにより決定されることになる。期待値九九九万九八五七円の不確実性のある年収額と同じ価値を持つ確実な年収額の差は、この不確実性に係るリスクプレミアムとなる。¹⁴⁾

さらに、不運くじの保有者がリスク回避的であるとすると、不運くじの期待値が同一であっても、不運くじが当せんした場合に支払わなければならない金額が高くなるほど、より高額な金額を支払ってでも不運くじを譲り渡したそうとすることになる。¹⁵⁾そして、一等に当せんしたときに二億円を支払わなければならないような不運くじであれば、リスク回避的な消費者の多くは、例えば一枚当たり三〇〇円を大きく上回るような価格であってもこれを手放したいと考えることである。

一方、この不運くじを購入する側の事情を考えると、ユニットの不運くじで支払わなければならない金額は一四億二九〇万円(不運くじ一枚当たりでは一四三円)であるので、不運くじの購入に要する費用を無視すれば、

一枚当たりマイナス一四三円超の価格で「ユニットの不運くじを購入する（すなわち、不運くじの所有者から一枚当たり一四三円超を受け取る）ことができれば、この不運くじの購入事業は、企業として採算がとれることになる。例えば、ドリームジャンボくじは一枚三〇〇円で販売されており、これで賞金のほか販売経費や地方自治体の収益を賄っているので、この不運くじの場合であっても、その不確実性がなくなるほど多くの不運くじ保有者から三〇〇円を受け取ることができれば¹⁶⁾、不運くじ購入事業者は十分に採算が合うことになる。

このような不運くじの購入事業を行っている企業（「B社」とする）が消費者から購入した不運くじが当せんした場合、当該不運くじの所有者はB社であるので、B社がその賞金を支払うこととなる。一方、当該不運くじをB社に販売した（引き取ってもらった）消費者については、当該不運くじの当せん時にはその所有者ではないので、賞金の支払とは全く関係がなくなることとなる。

また、前記（一）イの宝くじの場合と同様に、B社が不運くじ所有者と取引をする際に、不運くじの引き渡しを要求せず、取引対象となった不運くじが当せんした場合に、自社が賞金の支払を行うこととするというように、B社が賞金の支払債務（条件付き金銭給付義務）を負い、その見返りに消費者がB社に引取料を支払うこととした場合にも、不運くじの売買が行われたときと、B社及び各消費者の経済的關係は変わらないこととなる。

（三） 保険の経済分析（保険取引と保険金の支払）

保険に係る経済分析については、前記（二）の不運くじに係る分析をほぼ利用することができるが、消費者の生活や企業の活動におけるリスクについては、次のような点で前記の不運くじの場合と異なっている。

不運くじは、当せんすれば多額の金銭を支払わなければならないという経済的なリスクであるが、現実の社会におけるリスクは経済的なものに限られない。

不運くじの場合は、当せん確率と当せんした場合に負担しなければならない額があらかじめ明確になっているのに対し、現実のリスクについては、それが現実化する確率や現実化した場合の損失額はあらかじめ明確となっておらず、過去の実績から類推できる程度である。

不運くじは、その保有者から物理的に分離して取引の対象とすることが可能であるが、保険の対象となるリスクは、その保有者から物理的に分離することは不可能である。

これらの相違について検討すると次のとおりであり、前記の不運くじの検討結果を保険に類推するに当たって全く支障はないと考えられる。

まず、この については、保険は市場を通じて取引されるものであり¹⁶⁾、そもそも市場では金銭で具体的に評価・計測されるものでなければ取引の対象とならないため、保険の対象となるリスクも経済的なものに限られることになるのは当然と考えられる。このため、損害保険の対象となるリスクも、例えば火災や交通事故などにあつリスクではなく、これらにより当該リスクの保有者が経済的な損失をこうむることになるリスクであり、また、代表的な生命保険である死亡保険でも被保険者が早死にするリスクではなく、被保険者が早死にすれば遺族等が経済的に困窮することになるリスクと考えられる。

次に、この については、保険の需要者である消費者や企業側の事情と保険の供給者である保険会社側の事情をみることにする。

保険の需要者のうち企業は、保険事故の生ずる確率や保険事故が生じた場合の経済的な損失額をある程度正確に把握している場合もあり得るが、ほとんどの消費者はこれらを十分に把握していないと考えられる。しかし、個々の消費者や企業は、保険事故が生ずる確率及び保険事故が生じた場合に生ずるであろう経済的な損失額を主観的には把握しており、それぞれの主観的な判断に基づき確率及び損害額に基づくりスクプレミアムと営業保険料とを比

較して、保険を掛けるか否かを判断しているはずである。消費者や企業が不確実性のある財・サービスの取引を行う際に、当該不確実性が現実化する確率等を客観的に把握している必要はないのであって、例えば、宝くじの場合には、消費者は賞金額については正確に把握しているものの、その当せん確率を正確に把握しているかには疑問があるが、それでも宝くじを購入する際に支障が生ずることはない。

また、保険の供給者である保険会社にあつても、保険事故が生ずる確率や保険事故が生じた場合の経済的な損失額を正確に把握しているわけではない。このうち保険事故が生ずる確率については、保険料の算定に当たり最も重要な事項であり、大数の法則が適用できる場合にはかなり正確に把握できることになるが、大数の法則が全く適用できない事象についても保険の対象とされているので、保険事故が生ずる確率が正確に把握できなければ保険サービスが供給できないということにはならない。さらに、保険事故が生じた場合の経済的損失についても保険会社が事前に正確に把握できるわけではないが、保障額に応じた保険料を徴収すれば保険サービスの提供に支障は生じない。²¹⁾

最後に、の点についても、特定の個人や企業が所有する権利や義務を当該個人や企業から切り離して経済的な取引の対象とし、また、その取引について法律的な定めをすることは、何ら特異なことではない。²²⁾

このように保険は不運くじと同じように経済上のリスクの取引と考えられるものであり、消費者や企業は、保険を掛けることにより自己のリスクを保険会社に移転するのである。²³⁾そして、消費者や企業が自己のリスクを保険会社に転嫁した後は、当該リスクを保有していないことになるので、当該消費者や企業との関係にあつては、そのリスクが現実化することはないことになる。一方、保険会社は消費者や企業からリスクを買い取つて当該リスクを自社で保有することになるため、当該リスクが現実のものとなった場合の経済的な損失は保険会社自身の損失と評価されることになる。すなわち、保険事故が生じた場合の経済的損失は保険会社が負担すべきものであるにもかかわらず、

ならず、保険事故の発生時に保険契約者・被保険者である消費者や企業が当該損失を負担してしまつたため、保険会社から被保険者に対し保険金が支払われることにより、消費者や企業がいったん負担した当該損失が解消されることになるのである。²⁴⁾

なお、保険契約の法律上の問題を検討する際には、実定法たる商法や保険業法などの法律の規定に拘束されることになるため、保険が経済的な現象であるにもかかわらず、その法律上の規定が経済学的な知見と相容れない思想ないし考え方に基づき制度設計されているのであれば、当該規定の解釈が市場メカニズムの機能を中心とする経済学的な考え方と異なることがあり得る（市場メカニズムの機能を軽視した法的規制が行われる場合、当該規制は遵守されにくいものとなり、また、遵守されても弊害が生じやすくなるものである）。

ちなみに、経済学的には保険とは認識できないものが従来 of 保険法学や保険業界の取扱いにおいて保険として取り扱われているため、保険に係る検討や議論が混乱している面があると考えられる。例えば、生命保険の分野においては、保険期間満了時に被保険者が生存している場合に保険金が支払われる「生存保険」も保険に含まれるものとされている。純粋な生存保険は、保険料を支払う被保険者が保険期間中に死亡すれば何ら保険金は支払われず、保険期間満了時に生存した被保険者が死亡した被保険者に係る保険料からも保険金を受け取ることができるものであるが、これを経済学的に見た場合には、保険契約者・被保険者がいつまで生存することができるかを賭け、その賭けに勝つた者のみが賭け金を受け取ることができるという仕組みであつて、保険ではなく「賭け事」に該当するものである。生存保険における保険事故については「保険期間満了時に被保険者が生存していること」と解されているが、通常の保険にあつては保険契約者・被保険者が保険事故が生ずるよう積極的に努力することは強く非難されるのに対し、保険期間満了時に生存していようとすることは何ら非難されるものではないことから、生存保険を保険として把握することが誤りであることは明らかである。²⁵⁾

三 保険会社の機能

本件東京高裁判決においては、前記一（二）のとおり、経済保険業の経済的性質・実態を分析して、損害保険会社の機能を保険契約者が支払った営業保険料のうち保険金支払のために形成された基金の運営・管理等を中心とするものとしている。

損害保険会社の提供している役割について経済的な分析を行う場合、種々の観点から分析を行うことが可能であり、その際の分析の観点が異なれば、分析結果が異なるのは当然である。保険事故にあつた保険契約者・被保険者が受け取る保険金の原資は自己及び他の保険契約者が支払った保険料であるので、保険を「保険契約者間の相互扶助のシステム」であると捉えてその機能を分析し、本件東京高裁判決のように、損害保険会社の機能を保険契約者間の相互扶助の手助けとか資金の仲介に係る業務を行うものとすることも可能である。しかし、このような評価は経済全体から見た損害保険会社の機能を説明したものであつて、損害保険会社が保険契約者・被保険者にどのような役割を提供しているかとの観点からの分析ではない。

また、我が国経済全体から見た場合であつても、銀行業や証券業の場合とは異なり、損害保険業の機能を保険契約者・被保険者間の仲介的な業務を行っていると評価することは妥当ではない。

銀行業の機能については、銀行が資金に余裕のある個人等から預金を受け入れて、これを資金需要のある企業等への貸し付けるといふ資金の仲介業務がその主たる業務であるとみることができ、銀行業に信用創造機能が認められることが貸倒れリスクが分散されるといったことを除けば、その業務の具体的内容は、個人間の資金の貸借といったものと大差はないと考えられる。また、証券業の機能については、株式発行会社と投資家の間ないし投資

家同士の間における株式の売買の仲介業務がその主たる業務であるとみることができ、その業務の具体的内容も個人が株式売買の仲介を行う場合と大差はないと考えられる。

しかし、保険会社の場合には、個人間等でリスクが取引される場合には、単にリスクの保有者が異なることとなるだけで、リスクは不確実なものとして存在し続けることになるのに対し、保険会社が保険を引き受けることによりリスクの移転を受けた場合には、そのリスクの不確実性が消滅する可能性があるとの点で、単なる個人間等のリスク取引の場合とは大きく異なるといった事情が存在する。

すなわち、保険会社が多数の保険契約者を集めることができれば（この多数の保険契約者は同時期に存在することが望ましいが、保険会社が継続的に事業活動を行うことを前提とすれば、長期間を通して時系列的に存在する場合でもよい）、いわゆる多数の法則が働くこととなり、保険契約者にとっては偶然により発生する不確実性のあるリスクが、保険会社にとって毎会計年度ごとに確実に支払わなければならない保険金の額に変化するものであり、その金額に不確実性はほとんど存在しないことになる。

このように多数の法則が機能するような多数の保険契約者は、保険会社が保険商品を設計し積極的な営業活動を行わなければならないものであり、従来の保険法學ないし保険経済學が主張する保険団体は自発的に形成されるものではないのである。そして、保険会社が多数の法則が機能できる程度の保険契約者を集められれば、事業経営上のリスク（通常の企業活動の場合と同様に、商品の販売が不振となれば利益を上げることができないというリスク）はなくなるが、企画した保険商品が顧客に受け入れられなければ企業の存続も困難となる。この意味で、保険会社が行っている保険商品の商品企画やその価格設定行為は、大量生産ができることを前提にコスト計算や販売価格の設定を行っている通常の製造販売業者が行っているものと同様のものであつて、保険会社が保険契約者・被保険者間の資金の移動を仲介しているといった評価は正当なものではない。

保険会社は、保険契約者・被保険者の有するリスクを原材料として、不確実性のある経済的なりスクを不確実性のないコストに転化させる保険商品を企画し、これを販売することにより個人・企業の有する経済上のリスクを解消ないし軽減するという機能を果たしているものであって、本件東京高裁判決は、保険会社の有するこの機能を無視するものである。

四 おわりに

本件東京高裁判決は、損害保険会社の提供する役務とその対価である営業保険料についての経済的な把握を誤り、そのことにより課徴金に係る独占禁止法の解釈も誤ったものと考えられる。

保険業にあつては、保険金の支払という保険商品の原価が保険契約後に具体的に把握されるという特性にかんがみ、単なる料金競争が保険契約者・被保険者の利益に反することもあり、保険料率の算定に当たり独占禁止法の適用除外が認められている保険が存在すること、機械保険等にあつても大蔵省の護送船団的な行政指導が行われていたことから、損害保険会社からみれば、機械保険等の料率決定が独占禁止法に違反するとして高額の課徴金を支払わなければならないことに納得できないのは当然であるかもしれない。しかし、自ら保険団体論を援用して損害保険会社の機能や損害保険に係る対価などを説明することは、損害保険協会や大手損害保険会社の従来の説明内容とも異なるものであり、企業の説明責任の観点からも妥当なものとはいえないであろう。

本件東京高裁判決が採用した保険団体論は、担保力のある資産家がリスクを負担するといった英国のロイズのような形での損害保険制度を持ちえなかつた後進国時代の我が国において、明治・大正期における保険会社の破綻という経験を踏まえ、社会的に必要とされる保険業務を存続させるため考え出されたもので、保険取引の実態に即し

たものではなく、また、現在では保険業に対する規制理念としても採用する必要がないものと考えられる。

本件東京高裁判決については、公正取引委員会から上告受理の申立てがなされ、現在最高裁に係属しているので、その判断が待たれるところである。

注

(1) このような解釈は、課徴金の算定段階における公正取引委員会の裁量を排除するという課徴金制度の設計時の考え方に反するものであるが、この点については本稿の検討対象としていない。

(2) 我が国の経済学界においてマルクス経済学が健在であった時代において「近代経済学」と称されていた経済学からみた考え方。なお、現在では、世界各国のみならず我が国においても「経済学」という場合には、この「近代経済学」のみをことを指すとして過言ではないと思われる。

なお、現代の経済学における代表的なテキストの一つであるジョセフ・E・スティグリッツ著『経済学（第一版）』（邦訳書の該当部分は、藪下史郎ほか訳『スティグリッツ ミクロ経済学（第二版）』（二〇〇〇年・東洋経済新報社、三三三頁）では、保険について次のように簡潔に説明されている。この「リスク・プレミアム」については、後記二（一）ア及び注（14）参照。

将来にかんする経済活動にはリスクがともなうものであるが、ほとんどの人々はリスクをできるだけ小さなものにするようにする。すなわち、個人は危険回避的 risk averse である。しかし、ベンチャー・ビジネスを例に考えてみればわかるように、経済成長をもたらす活動には、危険を冒すこと、すなわちリスク・テイキングを奨励する必要がある。したがって、リスクを移転したり変形したり、また、分担するリスク市場 market for risk が発展している。（中略）

リスク市場の最も重要なものとして保険市場がある。個人は保険に加入するとき、事故が起きたならば保険金が支払われるという約束を受け取るために、保険会社にリスク・プレミアムを含んだ保険料を支払う。そのことによって、

リスクが保険会社に移転されるのである。保険会社は二つの方法でこのリスクに対処することができる。第一に保険会社は、多数の個人によって所有されているため、保険会社の冒すリスクはその所有者すべてに分散され負担されることになる。第二に保険会社は、同じようなリスクに直面する多数の個人の保険を引き受けているため、リスクを非常に正確に予測することができる。したがって、保険会社は、支払い保険金よりも少し高い保険料を定めることにより、徴収した保険料で確実に支払をまかなうことができるのである。

(3) 保険の取引対象がリスクであるという考え方については、田中耕太郎著『商法学 特殊問題中』(一九六六年(原論文は一九三二年・春秋社)において「保険は経済的制度として、又法律的形成として新たな領域に属する。之を法律的に考察するに、保険契約の客体は、保険者が引き受ける所の危険(Risk)であり、而して其れは他の種の契約の場合の如く、経済的財貨(Gut)ではなくして、財貨の反対である一つの害悪(Uebel)即ち或る人の財産の減少である」(同書一一八頁)とされているとおり、保険法学においても、かなり古くから存在するものである。

また、保険法学ないし保険経済学において、この保険取引の対象であるリスクの対価が保険料である旨を述べているものもある(例えば、倉澤康一郎著『現代保険法論』(一九八五年・一粒社)二二頁)が、このような論者であっても、本件東京高裁判決と同様に保険団体論を展開している。

(4) 岸井大太郎ほか「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」(「公正取引」六二〇号、二〇〇二年六月)において、根岸教授は「判決には理論的に無理はあると思うが、具体的な妥当性を考えると、この判決の言っていることも分かる。例えば、銀行や証券と比べると、同じ金融でも銀行は利ざやだけに、証券は手数料だけにかかるのに、保険は営業保険料全部として課徴金を取るのは直観的に取りすぎだという感じがある。理論的な問題と具体的妥当性の問題で裁判所は悩んで、具体的妥当性をまずとって、後で理論をつけたという印象を受ける」(一八頁)との、また、稗貫教授は「最初に読んだときは妥当だと思ったが、よく読んでいるうちにおかしいと思うようになった」(一九頁)との印象を述べられている。

(5) 保険学研究者の中にも、従来の保険団体が存在するという仮定の下に保険経済学を論ずるのではなく、保険取引という経済学的市場論から保険の問題を検討しなければならないとする意見がある(著方幹逸「保険学の現状と課題」東京経大学会誌第三三三号、二〇〇三年一月)。

(6) 現代の経済学の教科書レベルで「保険」につき詳しい説明を行った最初のもの、一九七〇年代の世界的な経済学のテキストであったP・A・サムエルソン著『経済学』(邦訳された最後のものは、都留重人訳『新版 サムエルソン 経済学 上』原書第一版)一九八一年・岩波書店)と思われる。同書(都留訳・四四三頁)においても、保険の説明に先立って「賭け事」についての説明が行われ、その説明を踏まえて保険の経済学的な説明が行われている。

なお、大森・前掲書においては、「賭博・富籤は、いずれも偶然的出来事により当事者間の給付反対給付の均衡関係が左右されることを本質とする射倖契約である点では、保険と共通性をもつ」(五頁)、「一般的に射倖契約においては、それが偶然による不労の利得そのことを目的とする賭博的行為に悪用される危険があるため、これを防止する観点から特殊の法則が定められる」(八四頁)というように、「賭け事」と「保険」の共通性が指摘されている。ただし、経済学的に見た場合には、サムエルソン教授が指摘するように、賭け事にあつては金銭を支出する者が「賭け」を行っているのに対し、保険では保険を掛けず金銭を支出しない者が「賭け」を行っているといった点が大きく異なっている(都留訳・前掲書四五頁。なお、後記(二)及び注(13)参照)。

(7) 財団法人日本宝くじ協会が平成一六年四月に一八歳以上の者を対象に実施した「宝くじに関する世論調査」の結果によれば、調査対象者の宝くじ購入経験は次のとおりである(<http://www.takarakuji.nippon-net.ne.jp/data2.html>)。なお、同調査の有効回収サンプル率は七〇・五%であり、未回答者には宝くじに関心のない者が多いと想定されるため、宝くじに関心のない者の比率は更に高いものと考えられる(仮に有効回収者以外の者のすべてが直近一年間に宝くじの購入経験がないと仮定すると、直近一年間に宝くじを購入した経験のある者は三六・三%、月一回以上の宝くじ購入者は七・八%となる)。

直近一年間に宝くじを購入したことがある者 五一・五%(うち月一回以上の購入者 一一・〇%)
過去に一度も宝くじを購入したことがない者 三二・六%(うち今後の予定もない者 二六・四%)

(8) このリスクプレミアムがどの程度になるかについては、個々人のリスクに対する態度により、個々人ごとに異なっている。一般の消費者はリスクプレミアムの値がプラスとなっている（そのような者はリスク回避的傾向のある「リスク回避者」と呼ばれる）のに対し、その値がマイナスの者（リスク愛好者）も存在し、その値がゼロの者はリスク中立者と呼ばれている。

(9) 期待値一四三円の宝くじを三〇〇円支出して購入する者も多数存在するが、そのような者が宝くじを購入する理由としては、次のようなものが考えられる。ちなみに、前記の日本宝くじ協会の調査結果によれば、宝くじの購入理由（複数回答）は、「賞金目当て」五九・三％、「大きな夢があるから」五〇・六％、「当たっても当たらなくても楽しめるから」三二・〇％、「遊びのつもりで」三〇・五％となっており、この「や」の事情が大きく影響しているように思われる。

その者がリスク愛好者であって、そのリスクプレミアムは大幅なマイナス値となっている。なお、リスク愛好者にあつては、期待値が同一の宝くじであっても、賞金額が高額なものであるほど、宝くじを購入するのが合理的になる（このことについては、リスク愛好者の効用曲線を用いた分析を行えば経済学的に容易に立証し得る。なお、注（15）（参照）ので、一等賞金が二億円の宝くじは非常に魅力的なものとなる。

消費者は必ずしも常に経済合理的に行動するわけではないが、宝くじの当せん確率が低い場合には、消費者は、一般的に当せん確率が高いものの賞金額の低い宝くじより、当せん確率は低いものの賞金額が高い宝くじの方を選ぶ傾向がある（例えば、西村周三著『保険と年金の経済学』（二〇〇〇年・名古屋大学出版会）六九頁参照）ので、一等賞金一億円という高額賞金の影響を受けている。

「ジャパンにジャンジャン億万長者！ 本日発売 億万長者が「一人一人」（平成一七年五月一六日の朝刊各紙）」といった広告の影響を受けるなど、宝くじ購入者は、一等賞金の得られる確率が〇・〇〇〇〇一％にすぎないことを把握していない。（なお、第四九〇回全国自治宝くじの場合において、二等賞金の当せん確率が実際の一〇倍である〇・〇〇〇〇一％であるとする）と、一等前後賞を考慮しない場合でも宝くじ一枚の期待値は三二二・九九円となる。このように当せん確率を過大評価している者はリスク愛好的傾向が少ないとしても、宝くじを購入することが想定される。（

宝くじの賞金を得るといふリターンだけでなく、宝くじを購入するということ自体が一種の娯楽として購入者の満足度（効用）を高めている。

(10) 不確実性のあるもの（宝くじ）であつても、それが多数集まれば不確実性が減少し、確実なものを取り扱つことができようになる現象については、周知のように、従来の保険経済学において「大数の法則」と呼ばれるものによるものである。しかし、この大数の法則は、宝くじの購入事業を行おうとする側のみに関係するものであつて、消費者が宝くじを売却するかどうかを判断する際には全く関係がない。

(11) 宝くじの買い取り事業を行う各社が宝くじの当せん確率などを十分に把握していない場合には、各社間の買い取り競争が激化したとすると、その買い取り価格が一四三円以上となることもあり得る。しかし、一四三円以上で宝くじの買い取りを行う事業者は、赤字になる可能性が高く、長期的に買い取り事業を継続することは困難となる。

(12) 実際の経済生活の中でも、マイナス財と考えられるものは多数存在する。例えば、テレビや冷蔵庫などの廃棄家電製品は消費者がリサイクル費用を負担しなければならぬ。所有権を放棄して占有を他者に移転することを販売と捉えれば、廃棄家電製品は消費者がリサイクル業者等へ販売していることになるが、それが不要なもの、すなわちマイナス財であることから、販売者である消費者が受け取る販売代金はマイナスとなり、消費者がリサイクル業者等に金銭を支払うことになる。なお、廃棄家電製品がリユースできるものであれば、無償で引き取られたり、消費者が代金をもらえたりすることもあり、その際には、法律上も所有権が移転するものと取り扱われることになる。

(13) この意味で、宝くじの場合には宝くじ購入者が「賭け」を行っているのに対し、不運くじの場合には不運くじを保有し続ける消費者が「賭け」を行っているのと評価することができる。

(14) この場合のリスクプレミアムは保険プレミアムと呼ばれることがあるが、これについて本稿より経済学的に厳密でかつ比較的分かりやすい説明を行っているものとして、岩田規久男著『ゼミナールミクロ経済学入門』（一九九三年・日本経済新聞社）四五六頁がある。

(15) このことについては、リスク回避者にあつては、岩田・前掲書四六二頁の図にあるようにその効用曲線は上に凸の形と

なっている。同図において、不運くじが当せんせずに年収が低下しない場合の効用曲線上の点と不運くじが当せんして年収が大きく減少する場合の効用曲線上の点を結んだ直線が不運くじの賞金額が高くなるほど下に移動することから容易に理解できる。

- (16) 実際にこのような不運くじが存在するのであれば、リスク回避的な消費者はかなり高額な引取料を支払ってでも不運くじを手放そうとすることが想定されるが、宝くじの購入事業の場合と同様に、不運くじを購入しようとする企業が増加すれば、当該企業間の競争により、不運くじのマイナスの購入価格(消費者が支払う引取料)は一四三円に近づくととなる。

- (17) 民法上の売買契約は財産権(プラスの財)を移転させ、これに代金を支払うものであるため、本稿の不運くじのようなマイナス財の移転を「売買」と称するのは法律上の用語としては必ずしも正確ではないが、経済学上の取扱いとしては、このようなマイナス財の移転を売買と称することは珍しいものではない。例えば、平成十七年五月一二日付け日本経済新聞では、「融資のリスク 大手銀行が売買」との見出しで次のように報じており、リスクの移転に係る取引を「売買」と表現している。

大手銀行は企業向けの融資に伴って発生する「貸し出しリスク」の金融市場での売買を加速させる。東京三菱、三井住友の両行が専門組織を新設した。特定の地域や業種に偏っている貸し出しリスクを分散して、不良債権化を防ぎ収益力を高める。欧米ではリスク回避手段として浸透しているが邦銀は出遅れていた。(中略)貸し出しリスクは銀行などの貸出先企業が経営破綻するなどして、貸出金が焦げ付くリスク全般を指す。貸出債権そのものを証券化して売買する方式や、貸出債権には手をつけずに貸し倒れリスクだけを抜き出して売買する「クレジット・デリバティブ」などの手法がある。

- (18) 市場は自己の利益を追求する経済主体間の交換システムであり、経済主体間で交換(取引)が行われる以上、各経済主体の経済的状況は交換前より改善されているはずである。保険取引において保険契約者が保険料という金銭を支払うのは、当該金銭の保有を続ける場合より自己の経済的状況が良くなるかと判断したからであって、保険契約者は保険契約を行った

時点で、支払った保険料以上の便益を保険会社から受け取っているはずである(なお、保険契約者が保険会社から受け取った便益が支払った保険料以上のものであるとの評価は、保険契約者の主観的な判断によるものである)。一方、保険会社が保険契約に応ずるのも、保険契約者に何らかの便益を提供したとしても、保険料を受け取った方が自社の経済的状況が良くなるかと判断したからである(この判断も保険会社側の主観によるものであるが、企業は金銭的な利益を追求する経済主体であって、企業会計上は企業活動はすべて金銭で評価されるものであるため、事後的には客観的に損得を把握することが可能である)。

かつての保険法学においては保険契約の有償契約性や双務契約性について議論がなされてきたが、そもそも有償契約性や双務契約性が認められるものでなければ市場での取引の対象とはならないので、このような議論が行われること自体が保険法学において市場の機能に対する理解が不十分であったことを示すものと思われる。

- (19) 宝くじの当せん確率についてみると客観的にはどの売場で宝くじを買っても同一のはずであるが、実際には、一等当せんくじが出たなどとする売場で購入しようとする者が多数存在するなど、消費者が宝くじの当せん確率について正確に理解しているとは思われない。

また、消費者が保険事故の生じた場合の経済的損失を正確に把握する必要はないことについては、消費者が不確実性のない通常の商品を購入する際にも、その商品の具体的内容を正確には知らないことがあることからかみても当然のことであろう(例えば、購入したものの全く使用しない商品がある一方、あまり期待せずに買った商品が非常に役立っているといったことは通常のことであろう)。

- (20) 大数の法則が適用できない保険の例として人工衛星保険があるが、同保険の保険料については過去のロケットごとの成功率や人工衛星のメーカー・構造・用途などを詳しく分析はするものの市場における需給関係で決定されるのが現実であるといわれている(山口光恒著『現代のリスクと保険』一九九八年・岩波書店、一八四頁)。

- (21) 保険法学においては、保険事故が生じたときの損失について損害保険では事後的には把握できるのに対し生命保険では事後的にも把握できないことが、損害保険と生命保険を統一的に把握できない理由の一つに挙げられることがある。しか

し、消費者は、損害保険だけでなく生命保険を掛ける場合であっても、保険事故によりどれだけの経済的損害が生ずるかを想定して（保険会社から提示される営業保険料の額も勘案して）その経済的損害に応じた保険を掛けるのであって、また、保険会社側も保険事故により自社が補填しなければならない額を前提に営業保険料の額を提示するのである。この点について、損害保険と生命保険は同じであって、損害保険では保険事故による損害の査定が行われ、査定範囲内で保険金が支払われるのは、損害保険では保険金詐欺とかモラルハザードが生じやすいことを反映したものであって、損害保険制度の設計面ないし損害保険会社の契約実務面で、これらへの対策が講じられているものと理解すべきものである。

(22) 市場との関係で保険を考える場合、その対象とするリスクがその保有者から物理的に切り離すことができないという特質はかなり重要である。すなわち、通常の取引の対象となるプラス財にあっては、それが有体物から分離された抽象的なものであっても、その保有者はその保有を積極的に維持しようとするため、その移転がなされる場合には市場メカニズムが機能しやすいのに対し、リスクなどのマイナス財にあっては、それが保有主体から物理的に分離できるものであれば、それを放棄すれば足り、その処理に市場メカニズムを利用することは困難となる。

保険がその保有主体から物理的に分離できないリスクを対象とするものであることから、当該リスクの移転について政府が特段の規制を行うことなく（ただし、具体的なリスクの移転効果が客観的に把握されるのは将来における保険金支払時であるので、保険会社の担保力を維持・強化するための規制が必要となる）、これを市場メカニズムに委ねてよいことになる。

このように保険の対象となるリスクの処理を市場メカニズムに委ねてよい部分が多いため、その経済的及び法律的問題が少なくなっていると考えられる。このことは、典型的なマイナス財である産業廃棄物とか使用済み自動車や家電製品の処理が社会的に大きな問題となっているにもかかわらず、これを経済的ないし法律的に取り扱うことが難しくなっていることと比較すれば明らかである。

(23) 不運くじの例では、不運くじを買い取り会社が引き取った時点で、不運くじが当せんして高額の経済的負担を負うかもしれないとのリスクは買い取り会社側に移転する。経済学では保険取引をリスク自体の取引（売買）と捉えているので、

不運くじの場合と同様に、保険契約がなされた時点で被保険者の有するリスクが保険会社側に移転して、保険契約者・被保険者側には当該リスクは存在しないことになる。なお、保険法学において、他者に対するリスクの移転を保険の本質的な要素であることを明示しているものもある（山下友信著「保険法」二〇〇五年・有斐閣 六頁及び二二頁）が、そのリスクの移転がいつ時点でなされるかについては明確ではなく、実際に保険事故が生じて保険会社が保険金を支払う義務を負った時点と解されているようにも思われる。

(24) 保険金の支払に係る保険会社と被保険者との関係を不運くじが売買されたと考える例で説明すると、消費者が不運くじを買い取り会社に売却した後に当該不運くじが当せんした場合において、不運くじ発行者が当該不運くじの従前の所有者である消費者に賞金の支払を請求し、当該消費者がこれに応じてしまったため、不運くじ買い取り会社から消費者に賞金相当額の支払がなされたというケースに相当すると考えられる。この場合、不運くじ発行者に賞金を支払う義務があるのは買い取り会社であり、消費者は第三者のために弁済をした者と位置づけられるため、保険金の支払は、消費者から本来の債務者である買い取り会社に求償が行われたのに応じて、買い取り会社から消費者に支払が行われたものと考えられることができる。

(25) 生存保険が「賭け事」に該当することをもって、それが賭博のような反社会的なものと評価することはできない。賭博は賭け事を利用する反社会的な行為であるが、経済的な現象としては、賭け事がリスクを冒す行為であるのに対し保険がリスクを回避する行為であるとの差があるのみであって、それ自体が反社会的なものではない。例えば、国民年金などの年金制度をみると、被保険者が死亡した場合には年金の支払対象とならない点で基本的に生存保険と同一の機能を有するものであり（ただし、国民年金制度では、遺族年金など保険機能を有する部分もある）、むしろ、生存保険は保険会社が行う私的な年金制度の一種と評価すべきものかもしれない。

(26) ある経済的な現象を経済全体から見た場合に、通常の理解と異なる評価ができることがあるのは、経済分析としては必ずしも珍しくない。例えば、国が新たな公共投資を行う際にその財源に充てるため増税を行うか国内で国債（内国債）を発行するかは、国と個々の国民との関係で大きな相違があり経済的な現象としても別のものであるが、国が有する経済資

源をどのように利用するかという意味での国民負担の観点からは、民間部門が利用できる資源が新たな公共投資分だけ減少するという意味で増税と内国債発行は同じであると解されている（例えば、本間正明編著『ゼミナール現代財政入門』第二版一九九四年・日本経済新聞社、九九頁参照）。

また、本件東京高裁判決における考え方のように、事業者が市場において提示した商品・役務について、その提示を行うまでにとどのような事業活動を行ったかを勘案しなければならないとすると、同様の商品を消費者に販売する際に、製造業者が直販する場合と小売業者が製造業者の商品（ナショナルブランド商品）を販売する場合、さらに小売業者がプライベートブランド商品を販売する場合のそれぞれにおいて、各事業者が消費者に提供した商品の性格が異なり、その対価も異なったものと把握しなければならぬことになるように思われる。

(27) 預金の受入業務と資金の貸付業務を同時に行っている銀行業にあつては、融資先企業が当座預金等として借入金を銀行に預けることが通常であることから、当初の預金受入額以上に貸付を行うことが可能であり、このような銀行の機能は信用創造機能と呼ばれている。この信用創造機能についても、銀行が余裕資金を企業等に貸付を行っていることについては、当初の預金を貸付に回す場合と同様である。

また、銀行は多数の企業等に貸付けを行っているため、個人が企業等に直接貸付けを行う場合に比べ貸倒れリスクが分散されているが、貸倒れリスクが転嫁されたことに変りはない。ただし、元本が一千万円までの普通預金等については、預金保険の対象となつているため、預金者はリスクを負担していないことになる。

(28) 例えば、家電製品メーカーの場合では、新たな家電製品を開発・販売する際にはかなりの額の初期投資が必要で、メーカーは当該製品が一定数量販売されることを前提にコスト計算を行つて製品一個当たりの原価を算出し、市場で想定される販売価格からみてこの原価がまかなえると想定されれば、これを新製品として発売することになる。そして、メーカーの想定どおりに多数の消費者が製品を購入すれば、製造コストを回収した上で利益を上げることができることになるし、メーカーの見込みが外れて少数の顧客しか獲得できなければ、企業経営に支障が生ずることになる。このように高価格での販売が可能となる商品・役務を企画して、さらに当該商品・役務の原価を市場における販売価格以下にできるだけの多

数の顧客を獲得しなければ企業経営が困難になるといふ事情は、保険会社であろうと通常のメーカーであろうと変わりはない。

(29) これらの事情を含めた日本機械保険連盟の独占禁止法違反事件の概要については、中泰彦・谷口道郎「日本機械保険連盟による独占禁止法違反事件」〔公正取引 五五八号・一九九七年四月、七一頁〕参照。なお、同事件の審決（平成八年（勤）第二四号）については、公正取引委員会審決集四三巻三三三九頁

(30) 例えば、大幅にリニューアルされた現在の社団法人日本損害保険協会のウェブサイト（ホームページ）には掲載されていないが、本件東京高裁判決が行われた当時の同協会のサイトでは、次のとおり、（営業）保険料が損害保険の対価であり、また、支払保険金が損害保険の原価である旨が記載されていた。

〔保険料〕

被保険者の被る危険を保険会社が負担するための対価として、保険契約者が保険契約に基づいて保険会社に支払う金銭のことをいいます。（<http://www.sonpo.or.jp/abc/yogo.html>）

保険料の決定方法

通常原価といえは、商品では仕入価格とか、原材料費というものになりますが、損害保険では仕入れなり原材料の購入という行為はありません。それでは一体、損害保険における原価とはどのようにして算出されるのでしょうか。

（中略）支払保険金総額を総契約件数で除したものが、つまり契約一件当たりの年間平均支払保険金が、損害保険における原価となります。この契約一件当たりの平均支払保険金のことを、純保険料といえます。（http://www.sonpo.or.jp/abc/abc_ara_shikumi.html）

(31) 著方教授は、我が国における保険団体論的な保険の把握はドイツ流の考え方の影響を受けたものであるとし、「独逸系統の定義では、暗黙にか意識的に相互扶助或は相互充足などの言葉によって被保険者間の相互関係を重視している。これは十九世紀の後進国的性格、そしておそらくはエルベ以東の封建的諸關係の残滓がドイツ社会を根柢において規定していたことのあらわれではなからうか。（中略）これに対し、米國などにおいては、保険が営利事業として営まれることに

は根本的で批判は存在しなかった。保険事業はとりわけ生命保険などのように巨大な資本を蓄積し、米国の経済においてかなりの地位をしめている。ここでは保険という仕組みの技術的根柢をなしている保険団体的観点よりは、むしろ、個々の被保険者と保険者の取引として保険をとらえよとするのである」と述べられている。(善方幹逸「保険団体と保険取引」東京経大会誌第三五号・一九六二年三月、三八頁)

また、我が国における保険業界の発展が日本資本主義の後進的性格に影響されたことについては、水島一也著『現代保険経済「第六版」』(一九九九年・千倉書房)六〇頁でも指摘されている。