安田火災記念財団叢書 No.22
昭和57年度版

保険制度における
契約準備過程の法律問題

西独フランクフルト大学教授法学博士
ペーター・ギレス 氏 講 演

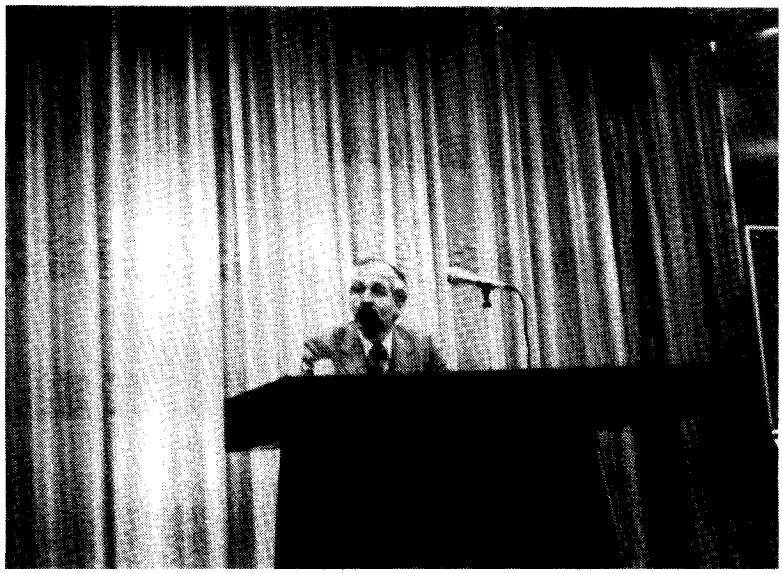
財団法人 安田火災記念財団

保険制度における
契約準備過程の法律問題

西独フランクフルト大学教授法学博士

ペーター・ギレス 氏 講 演

財団法人 安田火災記念財団



本書は、昭和58年２月３日安田火災海上本社ビルで行われた西独フランクフルト大学教授法学博士ペーター・ギレス氏の講演「保険募集をめぐる法津問題 ―― 西ドイツにおける消費者保護の展開をふまえて」の講演原稿（Rechtsprobleme der Vertragsanbahnung im Versicherungswesen ―― Vortrag für die Yasuda Kasai Foundation）を法政大学大学院青嶋敏氏が翻訳されたものです。

昭和58年３月

財団法人 安田火災記念財団

目　　次

はじめに

Ⅰ　保険事業における直接的販売促進方法…… 1

Ⅱ　保険の領域における顧客募集および契約準備過程に
関する競争法上の諸問題 …… 3

1　招かれざる代理人の訪問 …… 5

1）顧客の幻惑 …… 6

2）信頼の詐取 …… 7

3）感情に訴える募集 …… 8

4）状況利用募集 …… 9

5）景品および贈物による募集 …… 9

2　電話による募集 …… 10

3　街頭募集 …… 11

4　官庁内募集、企業内募集および同僚間募集 …… 11

5　素人および友人による募集 …… 12

6　顧客の引き抜き …… 13

Ⅲ　法律効果 …… 14

1　競争法上の効果 …… 14

2　営業法上の効果 …… 14

3　民法上の効果 …… 15

4　刑法上の効果 …… 15

Ⅳ　結　語 …… 16

はじめに

私が今回講演と研究のために三度目の日本滞在ができますのは，もとより安田火災記念財団の多大なる研究助成金のおかげであります。それゆえに，まず，安田火災記念財団による多大なる経済的援助に対して，また，私の専門上の同僚の皆さんによる好意ある仲介の労に対しても，特に御礼を申し上げる次第であります。

ところで，研究助成金の交付は私にとって喜びにたえないのでありますが，それだけにいわば私の側の小さなお返しとして，ここで保険法上のテーマについてお話しするという安田火災記念財団の当然の御希望は，ますます私を困惑させたのであります。

と申しますのは，私は従来学者として保険法の中心的な問題を論じたことはありませんし，また幸いにも，ささやかな保険契約者としてこの分野の法律問題で苦労しなければならなかったということも，かつて一度もなかったからです。

確かに，私は従来から学問上は経済法および，消費者法，特に競争法の一般的な領域を研究してきました。それゆえに，まず考えられるのは，私自身の研究を安田火災記念財団の御希望に結び付けて，「保険制度における契約準備過程の法律問題」についてお話しすることです。この「困惑のテーマ」によって，法律家ばかりではなく，ここに御出席の保険専門家の皆さんにも，一定の関心を喚起できることを切に希望いたします。

I　保険事業における直接的販売促進方法

保険制度における顧客募集が法律上大きな関心の対象となるのは，保険事業は契約準備過程の至るところで直接的販売促進[1]（Direktmarketing）とい

う販売方法を利用するという事情があるからです。すなわち，この販売方法は，意図的に，かつ直接的ないし「ディレクト」に，商品またはサービスを受け取る顧客または最終購買者を対象とし，企業またはその補助者のイニシアティヴに由来し，かつ通常は営業所や事務所の外で行なわれるところの，募集方法および販売方法であります。サービス給付の領域においてまさにこれに該当するものが，保険会社の代理店（Agenten），代理人（Vertreter）または外務員によって，顧客の玄関口においてまたはその住居内で，電話によってまたは街頭で，企業，官庁または職場において，あるいは同僚，友人または知人を通じて，準備されかつ締結される保険契約であります。このことは，単にドイツ連邦共和国およびヨーロッパ共同体の他の諸国にあてはまるだけでなく，アメリカ合衆国またはその他の諸国にもあてはまりますし，日本においても事情は異ならないでしょう。

直接的で，積極的で，時には攻撃的でさえもあるところの，このような顧客募集においては、企業の販売利益と顧客の保護利益とは非常に激しく衝突します。直接的販売促進方法にともなうところの，顧客を他人と切り離し孤立化させて働きかけるという要因や，顧客に集中的に働きかけたり顧客の不意を襲うことによって説得や不意打ちを加えるという要因は，このような直接的取引の準備過程に法律上明白に疑問を生み出します。このことは，直接募集および直接販売が，数年来再三にわたって数えきれないほどの顧客保護問題や取引上の不満を引き起こしてきただけに，なおさらです。[2] 申すまでもなく，立法，判例および法律学説は，従来から，「営業所外における契約」ないしは「訪問販売およびその類似取引」[3]を，消費者法における国際的に重要な領域として取り扱ってきました。また，とりわけヨーロッパ共同体委員会は，すでにかなり以前に，「営業所外において締結された諸契約についての消費者保護に関する指針」を独自に作成しています。さらに，ヨーロッパ共同体の個々の構成国も，以前から，「訪問販売およびその類似取引」における顧客保護のために独自の措置を

講じてきました。[4] この点については，私はすでに１９７９年に日本において報告いたしました。[5] ドイツ連邦共和国において以前に立案された「訪問販売およびその類似取引の撤回に関する法律」[6] は，今日もなお制定されていません。それゆえにドイツ法の発展は，この点では日本法の発展に比べていまだに著しく立ち遅れています。周知のように、日本法の発展は，すでに１９７６年に独自の「訪問販売等に関する法律」[7] に到達しているのであります。

Ⅱ　保険の領域における顧客募集および契約準備過程に関する競争法上の諸問題

一般的には営業所外における契約の準備過程が，殊に保険契約の準備過程が生み出す法律問題は，主として競争法の領域に属します。どのような募集方法や販売方法が競争法上許され，または許されないかということについては，ドイツにおいてはまず，「不正競争防止法」の一般条項たる第一条が基準になります。同条では次のように規定されています。

「取引において競争の目的をもって善良な風俗に反する行為をなした者に対しては，その差止めおよび損害賠償を請求することができる。」

しかしながら，この規定に基づく訴え提起の権能や請求権は，当該の顧客自身にはなく，競争相手，事業者団体または消費者団体だけにあります（不正競争防止法第13条）。一方で，個々の事件の判決に基づく不正競争防止法第１条の具体化を通じ，無限ではないにしても広範でかつ極めて個別的な判決によって，はっきりした判例法が成立しました。この判例法から明らかになることは，国際的に比較して，ドイツ連邦共和国においては，競争上の措置または顧客募集上の措置としてたいへん厳格な正当性の基準が存在し，とりわけ直接的販売促進の領域においては「厳格な倫理」が明白に支配しているということであります。

しかし，一定の直接的販売促進方法を利用する他の多くの業界が，以前から法律家および世論の批判という砲火を浴びているのに反して，保険事業については事情が異なります。その理由は，保険事業においては，競争に際しての不正，顧客募集の疑わしい実例または耐えがたい不都合が存在しなかったということにではなく，むしろ保険事業者は，その業界の信頼性とその良い評判を得るため，顕在化した紛争や発生した問題が公にされないように，しかも自らは正しい取引態度を心懸けるように非常に苦心しているということにあります。

すなわち，保険事業者には，おそらく他の業界以上に，顧客との不慮の紛争を交渉でまたは穏当な仕方で除去し，裁判上の対決を回避するという傾向があります。他方で，保険事業者団体は，独自の，「厳格な」保険事業の競争上の指針（１９６７年/ １９７７年）を定めています。この指針は法または法規としての性質をもちませんが，不正競争防止法第一条の解釈および適用に際して手がかりとなりその解釈のために役立ちますし，この指針が保険事業者団体および個々の保険会社によって広く自発的に遵守されていますので，たとえ法的拘束力ではないとしても，ともかくも事実上の拘束力をもっています。

そのうえ，ドイツ連邦共和国では、保険営業は――たとえば銀行営業と全く同じように――何よりもまず連邦保険・建築貯蓄監督庁による厳しい営業監督のもとに置かれています。保険監督法第81条によれば，「監督庁は……保険会社の営業全体，特に法律上の諸規定の遵守および事業計画の厳守を監督し」なければなりません。監督庁は，「営業と法律上の諸規定および事業計画との調和を維持するため，または被保険者の利益を妨げもしくは営業と善良の風俗との抵触をもたらす不都合を除去するため，必要な命令をする」ことができます。

保険監督庁は，すでにしばしばこの権限を行使して，「命令」[8]すなわち行政行為を発動してきました。そしてこの命令は，とりわけ保険制度における顧客募集に関係します。この命令もまた，確かに法律または一般的規範としての性

質をもちませんが，不正競争防止法第１条の解釈および適用にとって手がかりと解釈上の援助を提供します。

かくして，保険の領域における募集方法または契約準備過程の実務についての競争法上の具体的な評価は，基本的には次の三つの柱に基づいています。[9]

1　具体的な，しかし前述した理由から数少ない，不正競争防止法第１条に関する，とりわけ団体訴訟を契機とする判決。

2　自ら定めた「保険事業の競争上の指針」。

3　募集および競争に関する具体的な保険監督命令。

そこで，以下では，保険契約の準備過程における実務に関する前述のような具体例を概観することにします。この具体例は，西ドイツおよび他の諸国において――おそらく日本においても――非常に重要であります。またドイツ法の理解から見ると非常に問題をはらんでいます。

1　招かれざる代理人の訪問

ここではまず，取引上の不正な奸計，募集上の不正な罠または代理人の不正なトリックが挙げられなければなりません。これらは、いわゆる招かれざる代理人の訪問[10]と関係があります。これに関して知るべきは，ドイツでは，ドイツ保険協会を構成する４００の企業だけでも，約20万３０００人の従業員を雇用しており，そのうちの大部分が従属的な外務員として働いていることです。そのうえに，約５万の本業として働く独立した保険代理店，さらに，副業としてまたはいわゆる「素人勧誘員」としてこの業界で働く約25万の人々が，これに加わります。したがって，ドイツの「保険契約法」が「保険代理人」の中に独自の広範な諸規定を設けているのも，偶然ではありません（保険契約法第43―48条参照）。

ところで，新旧の顧客が，契約準備または契約締結の目的をもったある企業の締約代理人または媒介代理人によって――つまりここでは保険会社の締約代

理人または媒介代理人によって――家庭の訪問を受け，しかも顧客がかかる家庭訪問を依頼しなかった場合には，確かにドイツ法の有力な見解によれば，代理人の突然の訪問でびっくりさせられた顧客は特別な保護に値するとみなされはしますが，かかる取引の実行がすでにそれ自体としてまたは即座に不正競争防止法第１条違反とみなされるわけではありません。これに反して，招かれざる代理人の訪問が競争法上否定されるのは，個々の状況または態様がその訪問を非常に不正なものと思わしめる場合だけであります。(11)

このことは，いわゆる「グループ勧誘」(12)，すなわちまとまった勧誘グループを一定の地域へ計画的に大量投入することにも，原則として妥当します。保険の領域では，独自の保険事業の競争上の指針（第15条参照）が勧誘グループの使用を原則として望ましくないと規定し，「専門的に十分に教育されていない勧誘員およびその信頼性について十分に審査されていない勧誘員が使用される」場合には，なおのこと許されないと規定しています。

招かれざる代理人の訪問を競争違反とする個々の状況または態様としては，保険の領域では特に次のものが挙げられます。

１）顧客の幻惑

まず顧客に対するあらゆる種類の幻惑または欺罔は(13)，代理人の訪問の準備過程においても，顧客の「玄関口」でのまたはその住居内での契約交渉においても，さらには本来の契約締結に際しても禁止されています。たとえば，無料の情報資料や贈物の提供を約束する宣伝広告またはダイレクトメールによって，あるいは懸賞募集，抽せんまたは賞金付ゲームへの参加の勧誘によって，顧客に文書による応募をさせ，しかもその応募が代理人による訪問の口実とされる場合には，顧客を個人的に訪問することはとりわけ不正であるとみなされます（いわゆる代理人による訪問の詐取）。さらに，好んで良く用いられる次のような方法も競争法上不正とされます。すなわち，締約を全く義務付けられない，ま

たは無料の保険問題の相談に関連して顧客をおびき寄せる方法（いわゆる取引意思の隠蔽），および，利益を志向する保険会社の代理人として代理手数料に関心を持って訪問するのではなく，年金問題，社会保険問題，保険問題一般または将来の問題について専ら利他主義的に顧客に助言するために　私欲の全くないまたは中立的用件で訪問したという態度を顧客の前で示す方法であります。これにたいして，保険事業の競争上の指針第25条では，代理人は常に自分が代理人たることを知らせること，また必要な場合にはどの保険会社の代理人であるかにつき身分証明することを明確に要求しています。さらに指針第37条では，保険代理人は「保険相談員」または「保険受託者」としてふるまってはならないと定めています。法律相談法第１条１項１号によれば，本当の保険相談員は法律相談の許可を必要とし，しかも許可を受けた保険相談員は自ら保険契約を締結または媒介してはならないのですから，なおさらです。最後に，指針第39条は，代理人は他の保険と関連して社会保険法上の問題について相談にのってもよいが，その際に社会保険機関，職能団体もしくはその他の公的機関または国家機関の委託で相談に来たという印象を与えないようにしなければならない，と規定しています。

しかしとりわけ次の場合には不正競争防止法第１条に違反します。すなわち，代理人が，保険契約自体についてまたは取引の本質的な事情について，顧客を欺罔しまたは錯誤に陥れる場合，特に，保険料支払義務，付随義務，保険金給付請求権または保険契約に関するその他の本質的な諸条件について，顧客に全く知らせず，もしくは不完全に知らせ，不十分に知らせまたは故意に偽って知らせる場合であります。この点は指針第23条にも明記されています。

２）信頼の詐取

疑わしい実務の第２の事例は，これは最初の事例に密接に関連しますが，いわゆる信頼の詐取[14]であります。つまりこれは，私的なまたは公的な推薦に基づ

いて訪問したと告げる募集方法（推薦募集），私的なまたは公的な機関の受託者として「職務上の資格」でまたは特別の職権に基づいて訪問したと告げる募集方法（権威募集），もしくはあれやこれやの著名な人物が当該の保険会社ですでに保険をかけていると告げる募集方法（著名人募集）であります。競争に関する判例は，私的なまたは公的な推薦や他人の権威をふりかざし，これを不当に利用することに対しては例外なく否定的ですが，[15] いわゆる著名人募集に対しては原則として否定したことはありません。

保険事業の競争上の指針は，確かに信頼の詐取に関する以上のような問題についても，判例より厳格であります。たとえば指針第26条によれば，保険代理人は，元の称号，地位または職業がそれとして通用しており，かつ競争上の利益のために利用されない場合に限って，取引においてこれらを表示することができます。さらに，指針第31条においては，保険代理人が官庁，法人，職能団体または事業者団体の推薦を不正な方法で取得し，これを取引において利用することは，推薦機関の保険締約に対する期待または強制が存在するという印象が生じる場合には，禁止されています。最後に，指針第32条において著名人募集が禁止されており，また指針第33条において，保険者の推薦状や謝辞を利用した募集さえ許されないものとみなされています。

3）感情に訴える募集

保険は周知のように「あらゆる生活状態における安心」を提供します。保険――ともかく強制保険ではなくて私保険に関する限り――は，生命の危険に，損害の偶発および不運に，あるいは災害，老令および死亡にあらかじめ備えるという広範な需要に応じています。この需要はたいていはさまざまな危険に対する不安の結果として生じます。それゆえに，保険事業にとっては，この危険を軽視することよりもむしろ誇張することの方が重要です。したがって，個人的な不安またはその他の感情の動きを悪用したり，かきたてたりすることに

よって，顧客を刺激して保険契約を締結させようと試みる保険代理人が少なくありません。災害の危険，疾病の危険，老令または死亡の危険，景気の下降，貨幣価値の下落または失業による経済的苦境の危険，あるいは自然現象や犯罪，すなわち火災，水害，暴風雨または盗難による財産上の危険は，代理人によってしばしば誇張され，このようにしてかきたてられた不安は，顧客を説いて保険契約を締結させるために意図的に利用されます。

有力な見解は，この種の顧客の「感情の悪用」またはこのような過度に「感情的な募集」[16]を許されないものとみなしています。そしてこのことは，いわゆる「不安を利用した取引」の領域においてだけでなく，たとえば，生命保険や婚資保険の代理人が，親子間の愛情へのまたはその他の感情の働きへの大げさな訴え掛けをもって過度に訴える場合にも妥当します。

4）状況利用募集

感情に訴える募集と密接に関連するいわゆる状況利用募集では，特定の損害事故の発生に際して生じるような，感情的な極限状況またはその他の極限状況が，保険顧客の募集のために，意図的にまたは損害事故と直接的・時間的に関連して利用されますが，この募集方法は少なからず批判的にみられています。たとえば判例[17]は，代理人が葬儀をきっかけにして契約を準備または締結しようとする場合や，重病人に葬儀費用保険の締結を説得しようとする場合には，競争違反と判示しています。さらに，たとえば代理人が，保険契約自体の締結に対する当事者の決意が状況によって規定されて強まることを利用するために，大火災や災害[18]や押し込み強盗を原因とする当事者の興奮，迷惑またはショックを家庭訪問のきっかけにする場合には，競争違反になります。

5）景品および贈物による募集

代理人による疑わしい契約準備の最後の類型として，景品による募集または

贈物による募集[19]が挙げられます。この募集方法では，家庭訪問，契約交渉あるいは契約締結が，贈物，特別な条件，報奨金またはその他の特典，もしくは無料の景品を期待させ，約束しまたは与えることや，金銭または財貨の利得を約束することによって誘発されます。このような贈物や景品――ついでに申しますとこれについては指針第43条が規定しています――が，単に小額の募集用の物品であるにとどまらない場合，とりわけ，顧客が景品法第１条に違反して，高価な贈物を約束されまたは与えられることによってはじめて契約締結を決意した場合には，競争違反となりうるでしょう。[20]

2　電話による募集

保険は，外務員が新旧の顧客を家庭訪問するという方法で大規模に獲得されるだけでなく，外務員および内勤の従業員が電話を利用することによっても獲得されます（電話募集）[21]。この場合に電話は，顧客と彼の住居で交渉する期日を取り決めるためにも，また顧客に電話口で直接に契約締結を勧誘するためにも利用されます。ドイツにおいては，競争に関する判例[22]はかかる電話募集に対して非常に厳格であります。すなわち，連邦通常裁判所を含む裁判所と学説は，歓迎されない電話募集をすでにそれ自体として，つまり何か特別な不正を考慮するまでもなく，不正競争防止法第１条違反とみなしています。その理由は，許されない方法で歓迎されない電話をかけることは家庭における顧客のプライヴァシーの保護への干渉であり，そのうえこのような募集方法は際限なく広がる危険性を含んでいるということに基づきます。募集のための電話を掛けることをあらかじめ書面で通知する場合ですら，電話募集は――ついでに申しますとテレックスによる募集[23]も全く同じですが――原則として競争違反と判示されています。[24]しかしながら，保険販売に特有な電話募集を全面的に禁止することは，少なくとも，保険会社が，顧客の利益のために，たとえば保険契約の終了についてまたは塡補金額の引き上げの必要性について，顧客に電話で注意をうなが

す場合には，疑問があります。

3　街頭募集

これに反して，ドイツ法の理解によれば，募集方法として原則として許容されるのが，いわゆる街頭募集[25]であります。これは，路上，広場またはその他の公共の交通路において，あるいは公共建造物の前または中において，契約締結の目的をもって通行人を勧誘するという募集方法です。このような街頭募集は，それが客引行為的である場合にのみ，すなわち，特定の顧客が完全にねらいをつけられて言葉をかけられ，募集の会話に持続的に巻き込まれ，これによって煩わされる場合にのみ，競争違反とみなされます。[26]もちろん，ドイツの保険業界では，このような街頭募集はほとんど見受けられませんが，それでもやはり，次のような事例が知られています。すなわち，飛行機の乗客を口説いて離陸前に空港で短期保険を売りつけたり，交通法上の紛争に巻き込まれた人を欺いて裁判所の前または中で権利保護保険を売りつけたり，自動車運転免許交付所において自動車保険を募集したり，事故に巻き込まれた通行者に，事故現場で事故のショックを利用して言葉巧みに保険を売りつけたりすることを試みる事例が知られています。この種の募集方法も，保険事業の競争上の指針第28条によれば許されないとみなされます。さらに同指針では，街頭や広場でビラを単に配布することすらも，許されないわけではありませんが，望ましくないとみなされます。

4　官庁内募集，企業内募集および同僚間募集

直接的販売促進方法のなかで非常に好んで用いられ，とりわけ保険においても広く普及しているのは，いわゆる官庁内募集，企業内募集および同僚間募集であります。この募集方法においては，職場における同僚関係，あるいは被用者と上役との間や官庁の職員と管理職との間の職務関係が，顧客獲得のために

利用されようとしたり，現に利用されたりします。この募集は特に，公務員向けに特別の条件を用意している多くの保険において，好んで用いられます。こうした募集事業において非常にしばしば試みられるのは，報奨またはその他の特典を通じて，職務上の管理者，個人的な指導者または官庁内におけるその他のいわゆる「信頼のおける人物」自身をいわゆる素人勧誘員として獲得し，次いでその素人勧誘員が，再び同僚関係の中で保険会社のために保険契約を準備または締結しようとする，ということであります。このような顧客募集の試みには問題があります。なぜなら，この場合には，同僚間の配慮に迫られて，または職務上の不利益を恐れて，契約が締結されることが稀ではないからです。かつて企業内取引および職員間取引を禁止しようとした法律[28]が提案されましたが，制定されるに至りませんでした。それ以来，有力な見解によれば，いわゆる官庁内募集，企業内募集または同僚間募集は，原則として競争法上許されるとみなされています。[29]

5　素人および友人による募集

前項で述べました募集方法と密接に関連するのが，いわゆる素人募集および友人募集[30]であります。この募集では，まず，いわゆる素人あるいは保険会社の従業員でない者が，ある方法――事情によってはこれもまた競争法上疑わしい方法――で，臨時雇いの代理人または素人勧誘員として獲得され，そののち今度はこれらの人々が，その友人，知人または親族の中で保険会社のために保険を獲得します。保険業界内部ではまさしく，自社の保険契約者のサークル，すなわち古くからの顧客のサークルが頼りにされますし，古くからの顧客は，金銭および財貨による報奨（募集報奨）を得ようとして，保険に関心のある人物を保険会社に紹介したり，新しい顧客を獲得したりします。前述の指針は，第14条でこのことについてもはっきり規定しています。

このような素人募集および友人募集に対する競争法上の評価は，前項に述べま

したことと異なりません。[31]

6　顧客の引き抜き

最後に，保険代理人の行為の態様に注意が向けられるべきでしょう。この行為の態様は，顧客の保護利益よりも保険会社自身の利益に関係することが多いので，実際上はたいへん重要であり，それゆえに，保険事業の競争上の指針においても，広範囲にわたって規制しています（第48—52条，第56条，第64—67条参照）。これは，顧客の引き抜き，またはいわゆる「解約告知の助成」を含む「顧客の解約略奪募集」と呼ばれるものです。[32] ここで考えられている行為の態様は，保険会社とその補助者が，ある人に意図的に働きかけて，他社との間に現に存在しまたは他社から申し込みのあった保険関係を，故意に——事情によってはその人の解約告知に際して特別に助成することを承諾して——解消させ，その人と独自に保険契約を締結し，またはその人に他の保険契約を媒介するということです。他社の保険顧客に対するこのような侵奪について，支配的な判例[33]は，そそのかされて契約を取り替えることは，より有利な保険に加入できる顧客の利益に役立ちうるがゆえに，原則として競争違反ではないと判示しています。ただし，もとより保険を取り替えることについての顧客の自由な意思形成が排除されたり，過度に妨害されたりしてはならないでありましょう。

競争相手による侵奪から自社の顧客を守るという当然の願いから，保険事業者は，競争相手によるこのような顧客の離反の作出を非難すべきこととみなし，それゆえに，その指針は，「保険の解約略奪募集」をできるだけ防止しようとしています。このことが「自由競争」の原理とどの程度まで合致するかということについては，ここではふれないでおきます。

Ⅲ　法律効果

契約準備過程においてすでに述べてきましたような法律違反がある場合には，非常に多くの法律効果が生じます。

1　競争法上の効果

不正競争防止法第１条または同法のその他の諸規定に違反する場合については，以前から立案されている不正競争防止法の追加条項[34]がこの点に関して一定の修正を企図していますが，現在の法律状態のもとでは，当該の顧客自身には不正競争防止法からは特別の権利は何ら生じません。

現在の不正競争防止法のもとでは，差止請求権や損害賠償請求権を訴訟上主張する権利またはその可能性は，競争相手，事業者団体，あるいは一定の前提条件つきで消費者団体に帰属するにすぎません（不正競争防止法第13条）。しかし，西ドイツの保険業界においては，保険会社の不正な取引実務に対して，他の保険会社や保険事業者団体や，あるいは――さまざまなハンディキャップのもとで活動する――消費者団体[35]でさえ，警告や仮処分の措置を講ずることはかなり稀ですし，ましてや差止訴訟を提起することはめったにありません。それゆえに，この業界から競争法上の判決が出ることもごく稀なことであります[36]。

2　営業法上の効果

競争違反行為の事例については，すでに述べましたように，保険監督法第81条に基づく保険監督命令[37]がたいへん頻繁に発令されています。この命令は，特定の募集方法または顧客獲得方法に関しても，指示または禁止をすることができ，監督庁は，その指示または禁止の遵守を過料を手段にして強制することができます。この他にも営業法上の措置が考えられますが，個々の措置について詳しくふれることはしないでおきます。

3　民法上の効果

法律効果について最も問題となるのは，競争法違反が，それに引き続いて締結された民事法上の契約に対して――ここではつまり保険契約自体に対してですが――何らかの効果をもたらすか，またもたらすとすればいかなる効果かということであります。支配的な見解[38]は，この問題について次の点で意見が一致しています。すなわち，不正競争防止法第1条違反は，禁止規定違反（民法第134条）による，または善良の風俗違反（民法第138条）による契約の無効にはならないが，契約がたまたま錯誤または詐欺に基づいて成立する場合には，民法第119条または第123条による錯誤または詐欺を理由とする取消権が顧客に生じ，さもなければ契約締結に際しての過失という観点（契約締結上の過失）による解放請求権（Freistellungsansprüche）および損害賠償請求権が生じる[39]，という点で意見が一致しています。これに加えて，次のような少数意見[40]が主張されています。すなわち，不正競争防止法第1条および同法の他の諸規定を，民法第823条2項の意味における保護法規と解し，その結果，保険者に対する不法行為上の解放請求権および損害賠償請求権が顧客に生じる，という意見であります。しかしながら，保険者と保険契約者との間において民法上の紛争が起きるのは，すでに述べました理由から，かなり稀なことです。

4　刑法上の効果

いわゆる「保険金詐欺」，すなわち保険に対する保険契約者による詐欺が，犯罪構成要件に該当することは周知の通りですが，保険会社の補助者による保険契約者に対するいわば「保険契約者詐欺」は，ほとんど知られていません。管見の限りでは，西ドイツにおいては，保険契約者を募集する際の詐欺の問題を取り扱った連邦通常裁判所の判決[41]が，たったひとつ公表されています。この判決は，正確に申しますと，代理人が，保険会社の給付内容および保険料の支

払額について，保険契約者に虚偽の告知をなし，なおそのうえに虚偽の確約をなしたという事例であります。

Ⅳ 結 語

保険制度における契約準備過程に関するきわめて重要な法律問題についての概観は，以上をもって終わりとしなければなりません。この概観では，非常に難しい法律学上の個々の問題点の多くを，掘り下げて検討できなかったことをおわびいたします。

ところで，もし，この講演を聴かれた皆さんの中に，保険事業は――ともかくも募集方法に関しては――非常に信頼できない業界であるという印象をもたれた方が生じたとしましたら，その理由はとりもなおさず次のことにあります。すなわち，法律家にとっては，個々の法律違反が彼の課題として視野に入るのに反して，経済専門家および保険専門家にとっては，法律違反はそれが――経済的な諸結果をともなって――大量に発生する場合にはじめて，大きな注目を集めるという事情であります。それゆえに，誤った印象が生じることを予防するために，おわりにあたって，保険業界はたとえ「変わり者」をかかえこんでいるとしても，競争違反に関しては非常に著名な業界には属さないということを強調すべきでしょう。

最後に，さらに次のことも強調されるべきでしょう。もし，ここに出席された保険専門家の皆さんに，保険募集に対する競争法上の規制はかなり厳格ではないかとの疑念が生じ，またことによるとこのことに対する恐怖が生じ，そして西ドイツでは保険事業がその自由な企業的発展を非常に強く抑制されているのではないかという疑問が生じたとすれば，このことについては，最近刊行されたドイツ保険協会事業報告書を指摘するにとどめておきましょう。この報告書によれば，一般的な経済危機にもかかわらず，あるいはまさにこの経済危機

のゆえに，保険は「依然として成長産業」に属しています。１９８２年の成長率9.4％は，前年の成長率にほんのわずかながら及びませんでしたが，新たに約500万件の保険契約が締結されました。保険料収入は約７％増加し，約910億ドイツ・マルクに達しました。

「注」

(1) この点について詳しくは，*Gilles*, Das Recht des Direktmarketing, 1982.

(2) 注(1)参照。さらに*Schade*, Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter, 1978; *v. Falckenstein*, Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände, 1977; *ders.*, Schäden der Verbraucher durch unlauteren Wettbewerb, 1979.

(3) 前注(1)参照。さらに*Bartl*, ZRP 1976, 13 ff.; *Bartsch*, ZRP 1973, 219 ff.; *v. Hippel*, Verbraucherschutz, 2. Aufl. 1979, S. 165 ff.

(4) " Vorschlag einer Richtlinie des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen", Unterrichtung des Bundestages durch die Bundesregierung, Bundestags-Drucksache 8/75. 参照。この点について詳しくは，*Gilles* (N. 1), Rz. 274, 275. 個々の国における法律状態については，*Gilles* (N. 1), 273 mwN. 参照。

(5) *Gilles*, " Kundenschutz bei sog. Haustürgeschäften. Zu den neuesten deutschen und europäischen Gesetzsinitiativen zum Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen außerhalb von Geschäftsräumen－Zugleich ein Beitrag zu neu geplanten Verbraucherschutzklagen im Wettbewerbsrecht " 比較法雑誌13巻２号（１９７９年）57—85頁，およびペーター・ギレス（小島武司訳）「いわゆる訪問販売における購入者保護」比較法雑誌13巻３号（１９８０年）39—61頁参照。

(6) Entwurf eines "Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften", Bundestags－Drucksache 8/130. 参照。

(7) 日本の「訪問販売等に関する法律」（１９７６年６月４日公布・法律第57号）参照。またこの点については，*Yoshika*, in : *Kitagawa/ Rehbinder* (Hrsg.), Gegenwartsprobleme des Verbraucherschutzes. Berichte und Erfahrungen in Japan und Deutschland, Japanisches Recht, Bd. 3, 1978, S. 65 ff. (68 ff.).

(8) この点については，*Prölss/ Schmidt/ Sasse*, Versicherungsaufsichtsgesetz, 8.Aufl. 1978,Anhang I zu §81 VAG, Rz. 60－97, S. 735 ff.の監督庁の競争法上の命令一覧表参照。

(9) この点について最近のものとして，*Sieg*, Zeitschrift für das gesamte Versicherungswesen, 1982, S. 143 ff.

(10) この点について詳しくは，*Gilles* (N. 1), Rz. 52 ff.

(11) たとえばBGH GRUR 1959, 280; BGH GRUR 1968, 648; BGH GRUR 1970, 523; *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl. 1981, Anhang VIII zu § 1 UWG, Rz. 61. および*Gilles* (N. 1) Rz. 141 ff. の詳細な指摘参照。

(12) この点については，*Baumbach/ Hefermehl* (N. 11), § 1 UWG, Rz. 167.

(13) この点について詳しくは，*Gilles* (N. 1), Rz. 68ff. 参照。

(14) この点について詳しくは，*Gilles* (N. 1), Rz. 78, 79. 参照。

(15) この点についてはたとえば，LG Mainz, BB 1967, 1180; LG Trier 1976, 755; OLG Schleswig DW 1960, 9; LG Oldenburg, MDR 1969, 392; OLG Köln, NJW 1976, 1222; OLG Köln, JR 1957, 351. 参照。

(16) この点について詳しくは，*Gilles* (N. 1)，Rz．82 ff．の指摘参照。たとえば，LG Frankfurt，WRP 1971, 86.

(17) たとえば，RG GRUR 1941，243.およびこれについての*Baumbach/Hefermehl* (N.11)，§ 1 UWG, Rz．57.参照。また，RGZ 145, 396 (402).および*Gilles* (N. 1)，Rz．86.の詳細な指摘を見よ。

(18) 災害に便乗した募集の禁止については，とりわけOLG Nürnberg，BB 1968, 1448; BGH GRUR 1975, 264; BGH GRUR 1975, 266; BGH NJW 1980, 1690. 参照。

(19) この点については，*Gilles* (N. 1), Rz．70, 75.のいわゆる「誘惑」，いわゆる「有価物による宣伝」または「顧客買収」に関する指摘参照。

(20) この点についてより詳しくは，*Baumbach/ Hefermehl* (N. 11), Übersicht vor § 1 Zugabe VO, Rz. 14f ; OLG Karlsruhe WRP 1980, 91; OLG Frankfurt，GRUR 1970, 429.

(21) この点については，*Gilles* (N. 1), Rz．99.の指摘参照。さらに，*Nordemann*, WRP 1969, 69 ff．; *Hoffmann*, WRP 1970, 8 ff．; *Baumbach/Hefermehl* (N.11)，§ 1 UWG, Rz. 54.

(22) LG Dortmund, BB 1968, 970; OLG Hamm, WRP 1968, 452; BGH GRUR 1970, 523.

(23) BGHZ 59, 317.

(24) KG Berlin, WRP 1978, 373; KG Berlin, WRP 1975, 455.

(25) この点については，*Gilles* (N. 1)，Rz．100. の指摘参照。

(26) KG Berlin, WRP 1976, 326; BGH GRUR 1965, 315; OLG Hamburg, BB 1970, 1225; BGH GRUR 1960, 431. 並びに前注(18)の指摘および*Baumbach/ Hefermehl* (N.11)，§ 1 UWG, Rz．46 ff．参照。

(27) この点については，*Gilles* (N. 1)，Rz．107. の指摘参照。

(28) Gesetz gegen Betrieb－und Belagschaftshandel，Bundestags －

Drucksache 3/ 747; Bundestags－Drucksache 3/ 2130; Bundesrats－Drucksache 350/ 60. 参照。

(29) *Baumbach/Hefermehl* (N. 11), § 1 UWG, Rz. 154. 参照。

(30) この点については，*Gilles* (N. 1), Rz. 104, 105. の指摘参照。

(31) *Baumbach/Hefermehl* (N. 11), § 1 UWG, Rz. 162 ff. 参照。

(32) この点については，*Baumbach/Hefermehl* (N. 11), § 1 UWG, Rz. 512 ff. とりわけ保険における実例については，533.

(33) OLG Frankfurt, NJW 1960, 1064; BGH GRUR 1966, 509; OLG Celle GRUR 1966, 155. 参照。

(34) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Bundestagsdrucksache 8/ 2145.これについて詳しくは，*Gilles*, "Kundenschutz bei sog. Haustürgeschäften. Zu den neuesten deutschen und europäischen Gesetzesinitiativen zum Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen außerhalb von Geschäftsräumen － Zugleich ein Beitrag zu neu geplanten Verbraucherschutzklagen im Wettbewerbsrecht "比較法雑誌13巻2号(1979年) 57—85頁参照。

(35) この点について詳しくは，*Gilles*, "Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht" 比較法雑誌13巻2号（1979年）1—55頁，およびペーター・ギレス（小島武司・上原敏夫訳）「西独消費者団体訴訟をめぐる新たな政策と訴訟理論（上）（下）」ジュリスト750号（1981年）140—146頁，751号（同年）96—102頁参照。

(36) たとえば，KG Berlin, WRP 1978, 353; OLG Frankfurt, NJW 1960, 1064; BGH GRUR 1966, 509; OLG Celle, GRUR 1966, 155. 参照。

(37) 前注(8)参照。

(38) この点について詳しくは，*Gilles* (N. 1), Rz. 191 ff., 205 ff.および特に*Sack*, WRP 1974, 445 ff.

(39) たとえば，OLG Nürnberg, NJW 1980, 647. 参照。

(40) この点について詳しくは，*Gilles* (N. 1), Rz. 268. および特に*Sack*, WRP 1974, 445 ff., ders., NJW 1975, 1313 ff.; *Lindacher*, BB 1975, 1311 f.; *Schricker*, GRUR 1975, 111 ff. 参照。また，AG Frankfurt, MDR 1963, 591; AG Frankfurt, BB 1963, 1314.

(41) BGH MDR 1952, 408.