

# 統計に基づく性別による保険料の 区別と男女の平等

— E U 法及びドイツ法における  
男女平等取扱原則による保険契約の規制—

桑 岡 和 久

## 第1章 はじめに

### 第2章 EU 法

#### 第1節 EC 指令による保険契約における男女の平等取扱い

##### 第1款 男女平等取扱指令

##### 第2款 欧州委員会による男女平等取扱指令提案

#### 第2節 欧州司法裁判所の先決裁定と法務官意見

##### 第1款 欧州司法裁判所の先決裁定

##### 第2款 ココット法務官の意見

##### 第3款 統計に基づく男女の区別を禁止する理由

### 第3章 ドイツ法

#### 第1節 一般平等取扱法による保険契約の規律内容

#### 第2節 アルムプリュスター教授の見解

#### 第3節 性別による区別を禁止する立場と許容する立場の対立点

### 第4章 おわりに——まとめと残された課題

## 第1章 はじめに

生命保険、疾病保険などの保険契約において保険料は女性と男性で異なっている。これは日本では一般的なことである。ヨーロッパ諸国でも、状況は、かつては同様であった。しかし、2004年に男女平等取扱いに関

する EC 指令が採択され、私保険においても保険料などの契約条件について性別による異なる取扱いが原則として禁止されることになった。これは、多くの加盟国において保険契約実務に大きな変更を迫ることになる。そのため、同指令では例外が許容されていた。保険料などを算定する上で性別が重要な要因である場合には、保険料又は保険給付を女性と男性で区別することが認められていた。ところが、2011年3月1日、欧州司法裁判所はこの例外を許さない判断を下した。この司法判断は、実務を変更するにとどまらず、理論面でも保険契約の原則に反するものであった。そのため、欧州連合（EU）の加盟国の一つであるドイツでは、保険法学からの反論を招くことになった。こうして彼の地においては、保険契約における性別による区別の是非をめぐって、司法と学説が鋭く対立することになった。

本稿は、EU 法とドイツ法を検討素材として、契約法における自由と平等との相克関係について考察しようとするものである。労働法ほど盛んではないものの、自由と平等との相克関係は、日本でも契約法における重要な検討課題となっている。わが国でも、外国人であることを理由とする締結拒否が問題となった裁判例がいくつか存在しており、拒絶の態様が違法である場合、あるいは先行行為に矛盾する場合には、締結を拒否した私人に責任が課されている。たとえば、静岡地浜松支判平成11年10月12日（判時1718号92頁）では、宝石店の経営者が、入店しようとした客がブラジル人であると知った時点で、「外国人入店お断り」というビラを示したり、警察官を呼ぶといった行為によって入店を拒否したケースで不法行為責任が認められた。大阪地判平成5年6月18日（判時1468号122頁）では、賃貸借契約において、契約条件がすべて決まり、手付金の授受もなされ、契約書の作成、物件の引渡し、保証金などの支払が残るだけになった段階で、入居希望者が韓国籍であることを理由に締結を拒否した家主に損害賠償責任が課された。この事案では、契約締結（甲南法学'19）59-1・2-2（2）

の期待を生じさせておきながら、合理的な理由もなく締結を拒否しており、先行行為と相容れない行為態様が存在する。これらの裁判例が示すように、締結拒否が他者の侮辱にあたるような違法な行為態様を伴う場合、あるいは先行行為に矛盾する場合には私法上責任を負う。このことに学説上も異論はない。契約法において平等との関係で検討しなければならないのは、これらに該当しない場合にも、なお異なる取扱いが規制されるとすれば、それはどのような場合なのか、そしてまた何故なのかである。これが問題となるのは、札幌地判平成14年11月11日（判時1806号84頁）のような場面である。次のような事案であった。事件当時、Yが経営する公衆浴場のあった小樽市では、ロシア人船員の入浴マナーの悪さが問題になっており、Y自身にも利用客から苦情が寄せられていた。Yは、このままでは経営難に陥る危険が極めて高いと考えて、「外国人の方の入場をお断りします」という看板を掲げ、一律に外国人の利用を拒否することにした。日本に居住しているX1（アメリカ国籍から日本国籍を取得）、X2（ドイツ国籍）が、このことを知り、Yの経営する公衆浴場を訪れたところ、（外見が）外国人であることを理由に入浴を拒否された。そこでX1らが、Yに対して憲法14条1項、国際人権B規約、人種差別撤廃条約などに違反するとして、不法行為に基づく損害賠償などを求めた。この事件で、札幌地方裁判所は、容姿が外国人であることを理由に人種差別されることにより人格権が侵害され、精神的苦痛を受けたとして、Yに慰謝料の支払いを命じた。しかし、Yが入浴を拒否したのは、浴場経営を維持するためであって、X1らを侮辱する意図はない。また、警察を呼ぶなどの行為をしたわけではなく、Yの拒絶の態様が違法であるとはいいいにくい。先行行為に矛盾することもしていない。Yとしては自衛のために利用を拒否したわけだが、このような場合にも、差別を理由としてYの契約自由を制限すべきなのだろうか。制限すべきだとすれば、この制限は如何にして基礎づけられるのだろうか。これが契

約法において自由と平等の関係について検討されるべき課題である。<sup>(1)</sup>

(1) 従前の議論状況について詳しくは、桑岡和久「契約自由の原則と平等取扱い

(1) —差別禁止立法を契機とするドイツ法の議論を検討素材として—」民商法雑誌147巻1号4頁以下(2012年)を参照。区別する側の契約自由の制限を正当化する可能性としては、区別される側の権利または公序が考えられる。この問題に先駆的に取り組んでいる大村敦志教授は、平等な取扱いを、一方で、人格権の一部としつつ(大村敦志「『人の法』から見た不法行為法の展開」大塚直ほか編『社会の発展と権利の創造—民法・環境法の最前線—』343頁(有斐閣・2012年)；このほか、吉田克己『市場・人格と民法学』67頁(日本評論社・2010年)、同「私人による差別の撤廃と民法学—外国人差別問題と女性差別問題—」国際人権20号38頁以下(2009年)も、人格的価値を根拠に、差別のない開かれた市場のあり方を支持している)、他方で、公共空間における公序として措定することを提案している(大村敦志「他者とともに生きる—民法から見た外国人法—」122頁(東京大学出版会・2008年)、同「不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点—」203頁以下(有斐閣・2011年〔初出・2010年〕)。ただ、検討の材料とされているのは、主に外国人であることを理由とする締結拒否に関する少数の下級審裁判例にとどまる。そのため、公序として措定されるのは何故なのか、これによって如何なる法益が守られているのかが十分に検討されているとは言い難い。これは、人格権の一部とする構想についてもあてはまる。人格権といってもその外延は不明瞭であり、その内実を確定していく必要がある。ドイツ法を参照して、この課題に取り組んだのが、桑岡和久「契約自由の原則と平等取扱い(1)(2・完)—差別禁止立法を契機とするドイツ法の議論を検討素材として—」民商法雑誌147巻1号1頁、2号165頁(2012年)である。ドイツでは、区別される側の権利として、社会参加権を構想する見解(ノイナー教授の見解)がある。社会参加が各人の自己形成に不可欠であることから、これを権利(基本権としての社会権)として位置づけ、これによって他者の契約自由の制限を正当化しようとする試みである(その内容については、桑岡和久「契約自由の原則と平等取扱い(2・完)—差別禁止立法を契機とするドイツ法の議論を検討素材として—」民商法雑誌147巻2号182頁以下(2012年)を参照。これを積極的に評価する見解として、茂木明奈「住居の賃貸借契約における平等処遇の意義と課題(上)」法律時報90巻4号80頁(2018年)がある)。魅力的な構想ではあるものの、ドイツでも支持を集めている訳ではない。まして日本では依拠できる立法は極めて不十分であり、解釈によって対応せざるを得ない状況にある。それゆえに、社会参加権によって契約自由を制限するためには、その基礎づけについて慎重な検討が不可欠である。

ある人と契約を締結するかしないか、誰を契約の相手方として選ぶか、どのような契約内容にするかは、原則として各人の自由である。ところが、私人に対して、人の属性による区別を契約において禁じるならば、禁止される側の契約自由が制限されることになる。このように、区別の禁止は、契約自由の制限を伴う。契約自由は、民法の基本原則であることから、その制限の是非は民法学において重要な課題となる。しかし、これを検討するための材料は多くはない。本稿が、保険契約における性別による異なる取扱いをめぐる EU 及びドイツの議論を検討するのは、そのためである。生命保険、疾病保険などの保険契約では性別によって、加入の可否、保険料や保険給付といった契約条件が区別されるのが通常である。保険者からすれば、女性と男性では保険リスクが統計的に異なることから、これに応じた取扱いをしているに過ぎない。このように保険料などを女性と男性で区別するにあたって、保険者には男性又は女性のうち一方を侮辱する意図はない。先行行為に矛盾することもしていない。はじめから女性と男性で区別された条件で、保険商品は提供されているからである。それにもかかわらず、EU では、保険料などを性別によって区別することが男女平等取扱原則に反するとして禁止されることとなった。この禁止の是非をめぐる議論には、如何なる場合に何故、平等との関係で契約自由が制限されるのかを考える手がかりが潜んでいるではないか。これが、本稿が EU 法及びドイツ法を検討することにした動機である。

以下では、まず EU の立法と司法判断を紹介し、区別禁止を肯定する立場の考えをとりあげる（第 2 章）。次いで、ドイツの立法と学説を紹介し、区別禁止に反対する立場の考え方に立ち入る（第 3 章第 2 節）。その上で、2 つの立場の対立点と理由を析出し（第 3 章第 3 節）、最後に、本稿の課題に即して検討結果をまとめることとする（第 4 章）。

## 第2章 EU法

本章では、男女平等の観点から保険契約を規制する EC 指令の規律内容を確認したうえで（第1節）、欧州司法裁判所の司法判断と法務官の意見をとりあげる（第2節）。

### 第1節 EC 指令による保険契約における男女の平等取扱い

#### 第1款 男女平等取扱指令

##### 1、保険契約において異なる取扱いを禁止する2つの指令とその異同

EU では、2004年に閣僚理事会により、物品若しくは役務へのアクセス又は提供における男女平等取扱原則に関する指令<sup>(2)</sup>（以下では男女平等取扱指令、もしくは単に指令と略する）が採択された。この指令は、雇用の領域を超えて、広く私法上、人の個性を考慮することなく公衆に対して物品又は役務を提供する者に対して、男女の異なる取扱いを禁じるものである<sup>(3)</sup>（指令3条1項、2項）。男女の異なる取扱いの禁止は原則として保険契約においても要請される（指令5条1項）。ただし、保険契約には固有の例外規定が設けられていた。それが指令5条2項である。この指令5条2項により、保険料と保険給付が性別によって異なるとしても、それが統計に依拠している場合には許容されることになった。

公衆に向けて物品・役務を提供する者に対して差別を禁止する指令は、

---

(2) Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen

(3) 考慮理由9-11

男女平等取扱指令の他にも存在する。2000年に採択された、人種又は民族的出自による差別のない平等取扱原則に関する指令<sup>(4)</sup>（以下では人種差別禁止指令と略する）がそれである。この指令は、その名称の通り、人種又は民族的出自という属性による差別を禁じるものであり、保険契約もその射程に含むとされている。

これら2つの指令は、性別、人種というように、差別禁止の対象となる属性こそ異なるものの、いずれも保険契約においても、これらの属性による異なる取扱いを禁止する。この点で共通するのだが、2つの指令には違いもある。それが例外規定の有無である。2004年の男女平等取扱指令は、男女の平等な取扱いを要請しつつも、保険契約においては性別による区別を例外的に許容する規定を設けている（指令5条2項）。他方、2000年の人種差別禁止指令には、このような例外規定はない。人種・民族的出自という属性については、たとえ保険契約であっても、統計を理由として、異なる取扱いが例外的に許されることはない、と解されている。

## 2、男女平等取扱指令における保険契約の規律

2004年の男女平等取扱指令は、保険契約に関する規定を5条に設けている。

### 男女平等取扱指令5条 保険数理要因

- 1 項 加盟国には、遅くとも、2007年12月21日以降に締結された契約について、保険及びこれに類する金融サービスにおいて、保険料及び保険給付の算定にあたり性別を考慮しないようにすることが求めら

---

(4) Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft

れる。

2 項 1 項に関わらず、加盟国は、2007年12月21日までは、正確かつ重要な保険数理データ並びに統計データに基づいてリスクを評価するにあたり、性別が決定的な要因として考慮される場合には、これに応じた保険料又は保険給付の区別を許容することができる。保険数理を規定する要因として性別の考慮を許容する場合には、加盟国は、正確なデータが集積され、公開され、定期的に更新されていることを、欧州委員会に報告しなければならない。性別の考慮を許容した加盟国は、16条に定める欧州委員会報告を考慮して、この決定を2007年12月21日から5年後に見直し、見直しの結果を欧州委員会に報告することとする。

3 項 妊娠および母性に関する費用によって保険料又は保険給付を区別することは許されない。

加盟国は、この項の求める措置の実施を、2007年12月21日から2年間まで延長することができる。期間を延長した加盟国は欧州委員会に遅滞なく報告しなければならない。

以上が、指令5条の規律内容である。指令5条では、まず2007年12月21日より後に締結される保険契約と、それ以前に締結された保険契約を区別し、前者について加盟国に区別の撤廃を求めている（5条1項）。他方、2007年12月21日までに締結された契約については、指令5条2項1文で、保険料と保険給付につき男女で区別することを例外的に許容している。すなわち、性別が保険数理・統計データに基づくリスク評価にあたって決定的な要因となっている場合である。

この指令5条2項は例外規定と位置づけられている。<sup>(5)</sup> 保険契約においても、男女の平等な取扱いが原則であり、<sup>(6)</sup> 性別を理由に一方を他方より

---

(5) 考慮理由19



統計に基づく性別による保険料の区別と男女の平等

も不利に扱うことは直接差別として禁じられている(指令2条a<sup>(7)</sup>)。保険数理・統計データに依拠するにせよ、保険契約において男女を区別することは、原則に反する直接差別にあたるところ、指令は5条2項1文の例外を設けてこれを許容したのである。

指令5条2項1文の例外に関しては、この他、3項にも注意が必要である。指令5条3項は、性別による差異のうち、妊娠と母性に関する費用によって保険料と保険給付を区別することを禁止する。この禁止は5条2項1文にも及ぶ。そのため、妊娠又は母性と結びついた費用については、保険数理及び統計データに基づくリスク評価に際して性別が決定的な要因となる場合であっても、この違いを保険料・保険給付に反映させて区別することは許され<sup>(8)</sup>ない。5条2項1文によって許されるのは、妊娠と母性に関しない費用に限られる。

### 3、指令の考慮理由

男女平等取扱指令5条2項1文は、正確な統計データに基づくことなど一定の条件のもと、保険料と保険給付について性別による異なる取扱いを許容する。これは、他の契約類型にはない、保険契約に固有の例外規定である。このように保険契約に限って性別による区別を許容する例外規定(指令5条2項1文)が設けられたのは何故だろうか。

指令の考慮理由には次の2つが挙げられていた。第一は、保険市場を急激に変化させることがないように配慮したこと、第二は、付保される

---

(6) 考慮理由15

(7) 男女平等取扱指令2条a

本指令において、直接差別とは、ある人がその性別により同じ状況にあって他の性別の人よりも不利な扱いを過去において被った、現在被っている、もしくは将来被るであろう場合をいう。

(8) 考慮理由20

(9) 考慮理由18

リスクを評価するにあたって、性別が、唯一ではないにせよ、重要な決定要因となる場合があることである。<sup>(10)</sup> 第一の理由は、急速な転換による市場の混乱を避けるというものであり、現行の保険実務を当面継続することを基礎づける。この理由からは、例外の許容は時間的に限られたものになる。実際、指令 5 条 2 項は、1 文の例外を、2007 年 12 月 21 日までに締結された契約に対象を限定している。

これに対して、第二の理由は、性別が保険リスクを評価する上で決定的な要因であることを根拠とするものである。これは、時間的に限定されることなく例外を正当化する理由であって、例外規定の恒久的な存続を基礎づけ得るものである。この理由からすれば、2007 年 12 月 21 日までに締結される保険契約に限らず、それ以降に締結された契約であっても、男女の異なる取扱いが許容されることになりそうである。しかし、指令 5 条 2 項 1 文による例外は 2007 年 12 月 21 日までに一応限定されている。つまり、性別が保険リスクの重要な規定要因であるとしても、これを理由とする例外の許容は時間的に制限されている。それは何故なのか。この点について、指令にはこれ以上の説明はない。

## 第 2 款 欧州委員会による男女平等取扱指令提案

2004 年の男女平等取扱指令も、欧州委員会による提案を受けて採択されたものである。2003 年 11 月 5 日の欧州委員会による男女平等取扱指令提案<sup>(11)</sup>（以下では指令提案と略する）が、それである。この指令提案では、その後採択された指令 5 条 2 項にあたる例外規定は設けられていなかった。保険市場の混乱を避けるため移行期間の必要性を認識してはいたものの、<sup>(12)</sup> 欧州委員会は、性別が保険リスクを評価する重要な要因である

---

(10) 考慮理由 19

(11) KOM (2003) 657 endgültig

としても、男女平等取扱いの原則に反することから、いずれは撤廃することを目指していたからである。<sup>(13)</sup> 本款では、その理由を見ておくことにする。

指令提案において、欧州委員会は、性別による区別禁止の導入に反対する保険業界からの反論を踏まえたうえで、自らの立場を決定している。以下でも、保険業界からの反論を紹介した後に、それでもなお欧州委員会が統計に基づく区別を許さない立場を採用した理由を見ていくことにする。

## 1、保険業界からの反論

保険業界からの反論は、保険契約を男女の平等な取扱いの対象から一般的に除外すべきだというものであった。指令提案では、その理由として以下のものが紹介されている。

私保険は公保険（社会保障）とは異なる。私保険、つまり保険契約において保険者が男女で保険料や保険給付を区別するのは、リスクが男女の間で異なることから、この違いを反映させたためである。保険リスクが等しくないにもかかわらず、性別による区別を禁止するならば、保険者の保険料率表作成の自由に対する介入となり、市場競争を歪めることになるでしょう。

性別による区別が禁止されれば、保険料とリスクとの均衡が破られ、保険が経済的に成り立たないものとなりかねない。実際には男性と女性で保険リスクが異なるにもかかわらず、生命保険、年金保険、疾病保険において性別による区別が禁じられ、保険料がリスクに対応しないものとなると、逆選択の問題が生じうるからである。仮に、リスクに違いがあるにもかかわらず保険料が男女で同一とされれば、男性又は女性のう

---

(12) KOM (2003) 657 endgültig,S.10

(13) KOM (2003) 657 endgültig,S.9

ち保険リスクが高い側にとって保険料は割安となり、保険リスクの低い性別に属する者にとって保険料は割高なものとなる。そうなると、リスクの低い性別に属する者は、このような保険から離脱するか、そもそも加入しないようになる。他方、高リスク者は、これとは反対に、こうした保険に加入するようになる。このように性別による区別を禁じるならば、保険契約者は自らのリスクを考慮して選択的に行動する結果、高リスク者しか残らないということになり、保険者は自らの義務を履行することができない事態に陥りかねない。<sup>(14)</sup>

## 2、欧州委員会の立場とその論拠

以上の反対論を踏まえながらも、なお欧州委員会は性別による異なる取扱いを保険契約においても禁止する立場に立つ。

男女の平等な取扱いは基本権であって、保険者の保険料率表作成の自由もこの基本権に違わなければならない。女性と男性を別個のリスクグループとして区分することは、正当化されない不平等な取扱いであって、一方の側に不利益をもたらす。こうした実務の取扱いは差別であって、立法者が禁じるべきものである。労働の分野においては、かつて雇用者は女性の母性リスクを根拠にして出産適齢の女性を敬遠していた。確かに統計上は根拠があるとしても、これを、労働市場における男女の異なる取扱いを法的に正当化する根拠として受け入れることはできない。同じことは保険の分野にもあてはまる。<sup>(15)</sup>

以上が欧州委員会の基本的な立場である。ここでは保険契約においても男女の異なる取扱いを禁止するとの立場が採用されたわけだが、同時に、これは、先に紹介した保険業界からの反論を受け入れないという態度の表明でもある。つまり、保険業界から示された論拠によっては性別

---

(14) KOM (2003) 657 endgültig,S.8

(15) KOM (2003) 657 endgültig,S.9

による区別の正当化を認めないということである。その理由として、次の2つが挙げられている。

第一に、保険契約において性別により保険料を区別する理由として、男女でリスクが異なることが挙げられていた。これに対して、欧州委員会は、性別は保険リスクをもたらし要因の代数に過ぎないと応酬して<sup>(16)</sup>いる。たとえば、生命保険と年金保険では男女の保険料を区別する根拠として平均余命の違いが挙げられる。しかし、性別は余命を決定づける最も重要な要因ではない。余命を決定づける重要な役割を果たしているのは、性別とは異なる要因、たとえば社会経済的な要因、就業の有無、地域性、喫煙、食習慣などである。性別は、せいぜいこうした余命を規定する指標の代数として利用できるに過ぎない。<sup>(17)</sup>

第二の根拠は、性別による区別を禁止しても保険市場に深刻な変化をもたらすことはないというものである。フランスでは年金保険について性別と異なる保険数理ファクターを導入したが市場に深刻な変化はもた<sup>(18)</sup>されていない、というフランスの保険者団体の報告がその証左である。<sup>(19)</sup>

生命保険や年金保険において性別は代数に過ぎないし、性別による区別を禁止しても市場に大きな影響はない。これら2つの理由から、欧州委員会は、保険契約において男女の異なる取扱いを拒絶する。<sup>(20)</sup> 実際、指

---

(16) KOM (2003) 657 endgültig,S.9

(17) KOM (2003) 657 endgültig,S.7f.

(18) KOM (2003) 657 endgültig,S.9

(19) この他、指令提案では、フランスでは、ドイツと異なり、疾病保険において保険料を男女で区別しない同じ保険料率表（ユニセックスタリフ）が用いられていることも紹介されている。男女で同じ保険料であっても、フランスの疾病保険は成り立っているものであり、性別による区別の禁止は、保険者にとって耐えられない負担となるわけではないことの証左とされている（KOM (2003) 657 endgültig,S.7）。

(20) 欧州委員会は、こうした自らの立場が企業年金システムにおける男女の保険

令提案には、性別が重要なリスク評価の規定要因である場合に区別を許容する例外規定は置かれていなかった。ただ、保険市場の混乱を避ける必要があるため、性別による区別を即座に撤廃すべきでないことは、欧州委員会も認識しており、経過措置<sup>(21)</sup>を設けることを否定しないにとどまっていた。

ところが、その後、2004年に採択された指令では、保険契約に固有の例外規定が5条2項に設けられた。その1文により、正確なデータに基づいたリスク評価にあたって性別が重要な要因である場合に、保険料と保険給付につき男女で扱いを違えることが許容されることになる。しかし、この指令5条2項は、2011年3月1日に、欧州司法裁判所によって、その効力が否定されるに至る。この司法判断を受けて、欧州委員会は、2012年1月12日、男女平等取扱指令のガイドラインにおいて、指令5条2項の例外規定の妥当期間を2012年12月21日までとし、それ以降は指令5条2項による例外規定は適用されないこととしている<sup>(22)</sup>。

## 第2節 欧州司法裁判所の先決裁定と法務官意見

### 第1款 欧州司法裁判所の先決裁定

男女平等取扱指令は、保険契約において男女の平等取扱いが原則であるとしつつも、性別が保険リスクの評価にあたって重要な決定要因である場合には保険料などについて男女の異なる取扱いを許容する例外規定

---

料の区別を差別だとした欧州司法裁判所の判断とも整合するとしている（KOM（2003）657 endgültig,9f）。

(21) KOM（2003）657 endgültig,S.10

(22) Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09

を設けていた。指令5条2項がそれである。ところが、この規定は、2011年3月1日、欧州司法裁判所により無効だと判断されることになった。

これは、ベルギー憲法裁判所による先決付託を受けて下されたものである。ベルギーでは男女平等取扱指令が2007年11月21日の法律によって国内法化された。同法には、指令5条2項1文に倣って、生命保険に関して性別による区別を許容する例外規定が設けられていた。これに対して、ベルギーの消費者団体（テストアシャ）などが、この規定の無効を求めてベルギー憲法裁判所に訴えた。その理由は、そもそも指令5条2項がEU法である男女平等原則に反して無効だということに求められていた。国内法を超えた判断を要することから、ベルギー憲法裁判所は欧州司法裁判所に付託した。これを受けて、指令5条2項を無効だと判断したのが、以下に紹介する2011年3月1日の欧州司法裁判所による先決裁定であった。この事件は、提訴者である消費者団体の名をとってテストアシャ事件と呼ばれている。

#### 欧州司法裁判所2011年3月1日先決裁定<sup>(23)</sup>

2004年の男女平等取扱指令5条1項に明示されているように、同指令が保険分野で目指しているのは、保険料と保険給付が女性と男性で区別され

---

(23) Rechtssache C-236/09 (Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL u. a. gegen Conseil des ministres). この先決裁定については、ノルベルト・ライヒ／寺川永（訳）「ヨーロッパ契約法の標準化—特に消費者法に重点をおいて—」中田邦博ほか編『消費者法の現代化と集団的権利保護』145頁以下（日本評論社・2016年〔初出2011年〕）、中村民雄「個人保険料・保険金の男女平等」貿易と関税2011年8月号75頁以下（2011年）、亀岡倫史「EC男女平等待遇指令と保険契約」国際商事法務42巻8号1280頁以下（2014年）、クリスタ・トブラー／カライスコス・アントニウス（訳）「リスボン条約と消費者法へのその影響」中田邦博ほか編『消費者法の現代化と集団的権利保護』77頁以下（日本評論社・2016年〔初出2015年〕）に紹介がある。

ないことが原則として妥当することである。男女の平等な取扱いを実現するためには、同指令の考慮理由18に示されているように、保険数理要因として性別を考慮して保険料又は保険給付を区別させるべきではない。考慮理由19では、男女平等取扱原則が適用されない可能性を加盟国に認めているが、これは「例外」だと位置づけられている。<sup>(24)</sup> 指令は、EU 基本権憲章21条、23条<sup>(25)</sup>で保障された男女の平等取扱原則を実効化するために、保険料と保険給付についても女性と男性を等しくすることを前提にしている。

これと抵触するのが指令5条2項である。指令5条2項1文は、男女の異なる取扱いを例外的に許容しているが、その適用期間が限定されていない。例外を許容した加盟国に5年後に見直しを求めているものの（指令5条2項3文）、例外を許容する期間は限定されていない。そのため、結果的に、見直しが求められる5年後の2012年12月21日以降もずっと例外を許容するものとなっている。これは、男女平等取扱原則の実効化という指令の目的とも、EU 基本権憲章21条、23条とも相容れない。したがって、指令5条2項は、2012年12月21日をもって無効である。

---

(24) 本章第1節第1款を参照

(25) EU 基本権憲章

第21条

(1) 性別、人種、肌の色、民族的若しくは社会的出自、遺伝的特徴、言語、宗教若しくは世界観、政治的若しくはその他の意見、民族的少数派の一員であること、財産、出生、障害、年齢、または性的指向に基づくいかなる差別も、禁止される。

(2) EU 条約およびEU 機能条約の特別の規定がない限り、国籍を理由とするいかなる差別も禁止される。

第23条

(1) 男女平等は、雇用、労働および報酬を含む、すべての領域において保障されなければならない。

(2) 平等原則は、平等に扱われていない性別に有利な特別措置の継続または導入を妨げない。



## 統計に基づく性別による保険料の区別と男女の平等

以上が先決裁定の内容である。指令5条2項は男女の異なる取扱いを例外的に許容しているが、指令には例外を許容する期間に制限がない。そのため、例外が無期限に妥当することを許容してしまっている。これは、指令の目的である（かつ指令の基礎となる EU 基本権憲章21条、23条で保障される）男女平等取扱いの原則に反する。それゆえ、指令5条2項は無効である。これが無効を導く論理なのだが、下位規範が上位規範に反するという形式的な理由づけにとどまっている。

先決裁定では、男女平等取扱原則が上位規範として私人間の保険契約にも妥当することが自明とされており、これに反する指令5条2項による例外は暫定的にしか許容されないのであって、いずれは撤廃されなければならないことが前提とされている。ここでは、指令5条2項が何故に時限的にしか妥当しない例外規定とされるのか、男女で保険リスクに違いがあるとしても保険料の区別が許されないのは何故なのか、その実質的な理由について立ち入った検討は行われていない。保険者は、保険リスクに関して統計上男女に差異があることから、これを保険料の算定に反映させたわけである。その結果、保険料が男女で異なることになる。このとき保険者には一方の性別に属する者を侮辱したり、排除する意図はない。保険者としては、統計上男女で保険リスクに差異があることから、それぞれの性別が内包するリスクに応じた保険料を設定したに過ぎない。それでもなお、統計上の差異に基づいて保険料を区別することが許されないとすれば、それは何故なのか。先決裁定では、その実質的な根拠が示されることはなかった。

## 第2款 ココット法務官の意見

欧州司法裁判所による先決裁定に先立つ2010年9月30日、この事件についてココット（Juliane Kokott）法務官の意見（以下では法務官意見

と略する)が公表されていた。<sup>(26)</sup>法務官意見は、欧州司法裁判所が判断する前に示されるものであり、拘束力はないものの、<sup>(27)</sup>これを踏まえて裁判所は判断を下すことになる。2011年3月1日の先決裁定にあたっても、事前に、ココット法務官の意見が示された。この法務官意見も指令5条2項を無効とするものであった。もっとも、そこでは、欧州司法裁判所の先決裁定と異なり、無効を導く実質的根拠が検討されていた。以下に紹介する。

### 1、男女平等取扱原則の根本的意義

EU基本権憲章21条、23条により、性別を理由とする如何なる差別も禁止され、あらゆる分野で男女の平等を保障することが原則とされている。これはEU法の基本原理であり、欧州司法裁判所においても従来から承認されてきたことである。<sup>(28)</sup>

性別による差別を禁止するために如何なる措置を講じるかについて、広くはないが、EUの立法者には裁量がある。保険のような役務を原則として指令の適用範囲から一般的に除外するという選択もあり得たところ、閣僚理事会は、2004年に男女平等取扱指令を採択し、保険の分野でも男女の異なる取扱いを禁じることとした。したがって、同指令の各規定も、第一次法である男女平等取扱原則に適合するものでなければなら

---

(26) Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30. 9. 2010. Rechtssache C-236/09 (Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL und andere gegen Conseil des ministres)

(27) 欧州司法裁判所の法務官の役割に関しては、庄司克宏『はじめてのEU法』(有斐閣、2015年)312頁、同『新EU法・基礎篇』(岩波書店、2013年)132頁以下、中西優美子『EU法』(新世社、2012年)72頁、岡村堯『新ヨーロッパ法』(三省堂、2010年)112頁などを参照した。

(28) 前掲注(25)を参照

(29) 法務官意見第29節

<sup>(30)</sup>  
ない。

## 2、指令5条2項と男女平等取扱原則との整合性

男女平等取扱指令は、一方で、5条1項により保険の分野でも男女の平等な取扱いを要請しつつ、他方で、指令5条2項によって保険料及び保険給付について男女の異なる取扱いを一定の条件のもとで許容している。この指令5条2項は、男女平等取扱いの原則に反しないのだろうか。

差別禁止が要請するのは、客観的に正当化されない限り、等しいものは等しく、異なるものは異なるように扱うことである。指令5条2項は、保険料について男女の異なる取扱いを許容しているのだが、問題は、この区別を正当化するに足る差異が男女の間に認められるかどうかである。<sup>(31)</sup>

### (1) 個別ではなく集団レベルでのリスク評価

保険契約では、締結時には、一つ一つの保険契約について、将来、保険給付が請求されることになるのか、どれくらい請求されることになるのかが定かではない。そのため、保険リスクを割り出して、保険料などの契約条件をリスクに見合ったものとするためには、集団レベルでの予測に頼らざるを得ない。保険契約にはこのような特徴がある。

たとえば生命保険と年金保険においては、被保険者に予測される余命が、疾病保険では、被保険者が医療給付を利用する見込みが重要となる。こうした見込みを、それぞれの被保険者ごとに個別に行うことは困難である。それゆえ、保険においては、個別ではなく、集団レベルでリスクが評価される。<sup>(32)</sup>これは基本的に正当である。

---

(30) 法務官意見第34-35節。なお、法務官意見では、男女平等取扱指令の射程から保険契約を完全に除外することが、EU立法者の裁量の範囲内であってEU法の基本原則に反しない、ということまでが検討されているわけではない。

(31) 法務官意見第40-43節

(32) 法務官意見第44-46節

## (2) 性別によるグループ分けの禁止

もっとも、リスクグループをどのように区分するかは保険者のまったくの自由というわけではない。そこには法的な枠がある。この法的な枠を策定するには政策的、経済的、社会的な決断を含んだ複雑な判断が必要であり、閣僚理事会に一定の裁量がある。とはいえ、その裁量も無制限というわけではない。EU法の原則を空洞化することは許されない。その原則の一つが、基本権憲章21条1項に定められた特別な差別禁止である<sup>(33)</sup>。

2000年に採択された人種差別禁止指令において、閣僚理事会は、人種と民族的出自という属性を保険においても区別のメルクマールとすることを許していない。本件で問題となっている属性は性別だが、これも人種・民族的出自と同じく、被保険者と切り離すことができず、各人が改変できない属性である。それゆえ、人種と同様、保険契約においても性別によって異なる取扱いをすることは許されない<sup>(34)</sup>。

## (3) 男女間の統計上の差異による区別の正当化

指令5条1項は、保険契約においても性別を考慮しないことを求めている。これが原則である。指令5条3項は、妊娠と母性について、生物学的な差異によるものではあるが、これによるコストを考慮して男女の保険料・保険給付を区別することを許していない。これに対して、指令5条2項は、男女の生物学的な差異によるものではなく、女性と男性で統計上保険リスクに違いがある場合に、保険料と保険給付を区別することを許容している<sup>(35)</sup>。保険契約でも性別による異なる取扱いが原則として禁じられるにもかかわらず、このような統計上の差異によって性別による区別を正当化することはできるのか<sup>(36)</sup>。

---

(33) 法務官意見第47-48節

(34) 法務官意見第49-50節

(35) 法務官意見第51-54節

生命保険の保険リスクである余命についていえば、確かに統計的には男女間に差異が存する。だが、性別は、余命の違いをもたらす重要な要因ではない。性別以外のファクターが、より決定的な役割を果たしている。たとえば、被保険者各人の経済的・社会的な状況のほか、職業、社会環境、食習慣、嗜好品の摂取、余暇活動、運動といった生活習慣に強い影響を受けている。社会の発展や伝統的な男女のロールモデルの変容をも考慮に入れるならば、これらの個人的な行動による影響要因は、もはや性別とは結びついていない。今日では、男性に限らず、女性もストレスの多い仕事に就いている。女性だからといって嗜好品の消費が少ないわけではないし、運動習慣もどちらか一方の性別に結びつくわけではない。<sup>(37)</sup>

被保険者の経済的・社会的な状況や生活習慣といった重要な保険リスク要因は、性別よりもはるかに掌握するのが困難であり、しかも時間の経過とともに変化しうる。これと比べれば、性別を用いて区別することは保険者にとって容易である。性別が利用されているのは、そのためである。このとき、性別は、職業や生活習慣といった保険リスクを規定する要因の代数として用いられているに過ぎない。これは男女平等取扱い

---

(36) 法務官意見では次のような論証の負担が前提とされている。男女平等取扱い原則はEU法の基本原則であって、男女平等取扱い指令は5条1項で保険契約でもこれを原則とした。それゆえ、保険契約において男女で取扱いを違えることは原則に反することから、これが例外として許容されるには、その正当性が基礎づけられなければならない。このように原則としての位置づけが、例外の設定に対して正当化を要求し、論証の負担を課すことになる。この他、禁止される差別には直接差別と間接差別の2種類があり、この分類も論証の負担と関わっている。すなわち、直接差別にあたる場合には、異なる取扱いを必要とするほどに重大な違いが男女の間に認められなければならない(法務官意見第61節)。その結果、指令5条2項は、原則に対する例外であって、しかも直接差別にあたる例外であるために、この例外を正当化するためのハードルが高く設定されることになっている。

(37) 法務官意見第62-63節

の原則とは相容れず、このことによって男女の異なる取扱いが正当化されることは<sup>(38)</sup>ない。

#### (4) 内部補助の容認

性別による区別が禁止されれば、その結果として、男女の一方又は双方にとって、保険料が値上がりすることになってしまう。このような保険料の高額化という経済的な懸念によっても、性別による異なる取扱いが正当化されることは<sup>(39)</sup>ない。

以上の理由から、指令5条2項は、基本権である性別による差別禁止に<sup>(40)</sup>反するものであって、無効である。

### 第3款 統計に基づく男女の区別を禁止する理由

統計に依拠したとしても、保険契約において保険料などの契約条件を男女で区別することが許されないのは何故なのだろうか。本款では、欧州委員会の考えと対比させて、ココット法務官の考えを特徴づけることとする。

#### 1、性別が保険リスクを規定する要因の代数であること

ココット法務官意見では、区別が許容されない理由として、性別が代数に過ぎないことが挙げられていた。これは、本章第1節第2款で紹介した指令提案でも触れられていたことではあるが、ココット法務官は<sup>(41)</sup>より立ち入った検討をおこなっている。

---

(38) 法務官意見第66-67節

(39) 法務官意見第68節

(40) 法務官意見第87節

(41) 本章第1節第2款を参照

生命保険や年金保険では被保険者に予測される余命、疾病保険では医療給付の利用見込が重要であり、これらは個々の被保険者ごとに把握するのは困難であって、集団レベルで行われている。このこと自体は正当であり、保険者がどのようにリスクを評価し、被保険者をどのようなグループに分類するかは原則として自由である。ただし、EU法の原則に反することは許されない。EU法では保険契約においても人種差別が禁止されているが、性別も、人種と同じく、被保険者と切り離すことができず改変できない属性である。それゆえ、性別による区別は保険契約においても原則として禁じられる。もっとも、男女の異なる取扱いが正当化される余地がないわけではない。そこで、男女間でのリスクの違いによって正当化できるかどうかを検討される。

保険者が性別を用いて契約条件を区別するとき、生物学的な理由により男女でリスクが異なる場合と、統計的に男女でリスクに違いがある場合とがある。このうち、前者の生物学的な違いは単なる統計上の差異ではなく、性別はリスクを規定する要因そのものである。しかし、そうであっても、妊娠と母性に関しては保険料などの違いに反映させることは許されない。

他方、女性と男性で統計的に保険リスクに違いがあることから、保険者が性別をリスク評価のメルクマールとして利用する場合には、性別がリスクに大きな影響をもたらす要因になっているとは限らない。たとえば生命保険や年金保険では平均余命は確かに女性と男性で統計的に異なっている。しかし、性別は余命を規定する決定的な要因ではない。余命に大きな影響を与えているのは、性別よりも、社会的・経済的な状況、職業、食習慣、嗜好品の摂取、余暇の活動、運動といった生活習慣である。これらの要因は性別と結びつくものではない。たとえば、食習慣や運動習慣は、性別と結びついておらず、各人ごとに異なる。また、たとえば職業は、かつては伝統的な女性と男性のロールモデルに規定されて

いたかもしれないが、現在では女性もストレスの多い職業に就いており、タバコなど嗜好品の摂取が多い女性も少なくない。このように余命に影響を与える要因は、現在ではもはや性別と結びついているとはいえ、各人ごとに異なる。それにもかかわらず、現在もなお保険者が性別によってリスクグループを区分するのは、性別が統計的に余命に関連しているからである。このとき、性別は余命を規定する要因の代数として利用されているに過ぎない。性別を代数として利用し、これによって被保険者をグループ分けし、契約条件を女性と男性で区別するわけである。しかし、このような代数としての利用は男女平等取扱原則に反して許されない。統計上男女で違いがあるということによって、性別による異なる取扱いが正当化されることはない。

## 2、性別による区別を禁止することの影響

欧州委員会による指令提案では、性別の利用を禁じたとしても、市場への影響は限定的であることから、禁止することに問題はないとされていた。これに対して、ココット法務官は、性別の利用を保険者に禁じるならば、保険料の上昇という形で保険契約者及び市場に影響する可能性を認めたとうえで、このことによる区別の正当化を否定する。

性別を代数として利用することが禁じられれば、保険者は、これを理由に女性と男性で保険料を区別することはできず、それ以外のメルクマールを代数として用いるか、食習慣などリスクに影響を与える要因を直接利用するほかない。性別以外に代数として利用可能なメルクマールが存在しない場合に、なおリスクに適った条件を設定するためには、保険者は、食習慣などの要因を利用せざるを得なくなる。しかしながら、そもそも保険者が性別を代数として利用するのは、リスクに影響を及ぼす食習慣や運動などの生活習慣、職業などの個人的な要因を保険料などの算定に利用することが困難ないし不可能だからである。食習慣などを保  
(甲南法学'19) 59-1・2-24 (24)



險者が正確に掌握するのは困難であり、時間の経過によっても変わってくる。そのために性別が代数として利用されているわけである。こうした状況において、代数であることを理由に性別による区別を禁止するならば、女性も男性も保険料は一律となる。これは、結果として、統計的にリスクの低い一方の性別に属する人にとって保険料が値上がりすることになる。ココット法務官は、こうした事態を招きかねないことを認識している。それでも、このことによって性別による区別が正当化されることを否定する。

### 第3章 ドイツ法

男女平等取扱指令5条2項は、原則（指令5条1項）に対する例外として、性別が統計上保険リスクの評価にあたって重要な要因である場合に、男女の異なる取扱いを許容する規定であった。保険契約でも男女の異なる取扱いを原則として禁止しながら、このような例外規定が置かれたのは、多くのEU加盟国において、保険料などの契約条件を女性と男性で区別する実務が定着していたためであった。

事情は加盟国の一つであるドイツでも同じであった。そのため、ドイツでも、男女平等取扱指令を国内法に転換するにあたって、指令5条2項と同様の例外規定が設けられた。この例外規定は、契約実務はもとより、ドイツの保険法学においても支持されるものであった。保険リスクが統計上男女で異なるにもかかわらず、性別による区別を禁止することは、理論的にも受け入れられないことだったからである。そのため、指令5条2項を無効とするココット法務官の意見が公表されたときには、ドイツ保険法学から明確な反対の主張が展開された。その代表的な論者

がアルムブリュスター（Christian Armbrüster）教授である。

本章では、ドイツの立法状況を概観した後（第1節）、性別による差別禁止に反対する学説を紹介（第2節）し、前章までにみた差別禁止を支持する立場と対比させて検討をおこなうこととする（第3節）。

## 第1節 一般平等取扱法による保険契約の規律内容

### 1、AGGの規律内容

ドイツでは2006年に、男女平等取扱指令（2004年）のほか、人種差別禁止指令（2000年）など差別を禁止する4つの平等取扱いに関するEC指令を転換する法律が成立した。<sup>(42)</sup> 一般平等取扱法（Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz、以下ではAGGと略する）がそれである。AGGは、性別と人種に限らず、障害、信教、年齢といった属性についても平等取扱いを命じる立法である。この法律により、保険契約も差別禁止の対象とされることになった。こうして保険契約においても、原則として、性別による異なる取扱いが禁じられることになったのだが、2006年の立法では、保険契約に固有の例外も認められていた。それが当時のAGG20条2項1文である。これは、2004年の男女平等取扱指令5条2項1文に倣った規定である。こうして、ドイツでも、指令5条2項と同様、

---

(42) 他の2つの指令は、Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Berufおよび Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungenである。いずれも労働法の領域に関する平等取扱原則を実効化するための指令である。

性別が保険リスクを評価する上で決定的な要因である場合には、性別による区別が許容されることになった。

しかし、前章で見たように、指令5条2項は2011年3月1日に欧州司法裁判所によって無効と判断されることになる。この司法判断を受けて、その後ドイツでは、指令5条2項に倣ったAGG20条2項1文の例外規定は削除されることになった(BGBI 2013 I 610)。この改正により、現在では、AGG20条2項1文は存在せず、改正前のAGG20条2項2文が現行AGG20条2項1文に、改正前の同項3文が現行AGG20条2項2文に、それぞれ繰り上げられることになった。以下では、本稿の検討対象である改正前のAGG20条2項については、改正前の規定であることを明確にするため、AGG旧20条2項1文（又は旧1文）、AGG旧20条2項2文（又は旧2文）、AGG旧20条2項3文（又は旧3文）と表記する。

AGGは、労働法とそれ以外の民法領域を対象としている。後者の民法に関する規定は、私法上の不利益取扱いからの保護というタイトルのもと、第3章（19条以下）に設けられている。その冒頭規定であるAGG19条は、性別などの属性による不利益取扱いが禁止される範囲を定めている。

#### AGG19条 民法上の不利益取扱いの禁止

1項 人種若しくは民族的出自、性別、信教、障害、年齢又は性的アイデンティティを理由とする不利益取扱いは、次の各号に掲げる民法上の債務関係の成立、履行又は終了においては許されない。

1号 人の属性を考慮することなく同じ条件で多数成立する定型的な債務関係（大量取引）、又は、人の属性の考慮が当該債務関係の性質上重要でない同じ条件で多数成立する債務関係

2号 私法上の保険を内容とする債務関係

- 2 項 人種又は民族的出自を理由とする不利益取扱いは、本条 1 項のほか、  
2 条 1 項 5 号から 8 号までの民法上の債務関係の成立、履行又は終了においても許されない。
- 3 項 住居の賃貸借においては、社会的に安定した住民構成若しくは均衡のとれた居住構成、又は調和のとれた経済的、社会的若しくは文化的関係を創設し、維持するための異なる取扱いは許される。
- 4 項 本章の規定は、家族法及び相続法上の債務関係には適用されない。
- 5 項 本章の規定は、当事者又はその親族の特別な親密関係又は信頼関係を基礎とする民法上の債務関係には適用されない。

2004年の男女平等取扱指令や2000年の人種差別禁止指令と比較すると、AGG19条 1 項は、性別と人種・民族的出自に限らず、信教、障害、年齢、性的アイデンティティといった属性についても、債務関係の成立段階から差別を禁止している。これらの属性による差別禁止は、人の属性を考慮することなく、同じ条件で多数成立する債務関係（大量取引）のほか（AGG19条 1 項 1 号）、保険契約にも及ぶ（AGG19条 1 項 2 号）<sup>(43)</sup>。

こうして大量取引と保険契約においては、人種などの属性について異なる取扱いが原則として禁止される。他方で、AGG19条 3 項以下および AGG20条によって、少なくない例外も許容されている。保険契約に関し

---

(43) 保険サービスが、AGG19条 1 項 1 号にいう「人の属性を考慮することなく」公衆に提供される役務にあたるかどうかをめぐって、ドイツでは見解が対立している。保険サービスもこれに該当するという見解がある一方で、該当しないとする見解もある。ドイツでも生命保険、年金保険などの保険商品においては、保険リスクが異なることから性別や年齢によって加入条件や契約条件が区別されている。このように保険サービスでははじめから人の属性が考慮されており、したがって人の属性を考慮することなく公衆に提供される役務にはあたらないという見解も有力である。この立場からは、AGG19条 1 項 2 号は、保険契約にも AGG を適用するために不可欠な規定だということになる。

統計に基づく性別による保険料の区別と男女の平等

ては、AGG 旧20条 2 項に固有の例外規定が設けられている。

#### AGG20条 許容される異なる取扱い

1 項 信教、障害、年齢、性的アイデンティティ又は性別による異なる取扱いは、それが正当な理由に基づく場合には、不利益取扱いの禁止に反しない。とくに以下に掲げる場合には、禁止される不利益取扱いにあたらない。

1 号 危険の予防、損害の防止、その他の同種の目的のために、異なる取扱いがなされる場合

2 号 気の許せる空間の保護又はプライバシー確保の必要性を考慮して、異なる取扱いがなされる場合

3 号 異なる取扱いをすることに特に利益があつて、かつ、平等な取扱いをすることが重要でない場合

4 号 異なる取扱いが、人の信教と結びついており、かつ、信教の自由の行使、又は宗教団体、宗教団体の組織、若しくは宗教の団体的な世話を任務とする団体の自己決定に鑑みて、その自己理解を尊重して正当である場合

旧 2 項 19条 1 項 2 号における性別を理由とする保険料又は保険給付の異なる取扱いは、性別を考慮することが重要かつ正確な保険数理データ又は統計データに基づいた評価をするにあたって決定的に重要である場合に限り許される（旧 1 文）。妊娠又は母性に関する費用については保険料又は保険給付を区別することは許されない（旧 2 文）。19条 1 項 2 号における信教、障害、年齢、性的アイデンティティを理由とする異なる取扱いは、一般に承認されているリスクに適合した計算の原則に依拠している場合、とくに統計データを用いて保険数理により算出されたリスク評価に基づいている場合には許容される（旧 3 文）。

AGG 旧20条 2 項は保険契約に固有の例外規定である。同項は旧 1 文から旧 3 文によって構成されており、旧 1 文と旧 2 文が性別について、旧 3 文が信教、障害、年齢、性的アイデンティティを理由とする区別について規定している。性別に関する規律のうち、旧 1 文は、重要かつ正確な保険数理又は統計データに基づく評価にあたって性別の考慮が決定的に重要である場合に、性別による保険料と保険給付の区別が例外的に許容されることを明らかにしている。これに関しては、妊娠と母性に関する費用について不利益取扱いを禁止する旧 2 文に注意が必要である。旧 2 文は、社会政策的な動機に基づく規定であり、たとえ性別が保険リスクを評価する上で決定的な要因であるとしても、この費用に関しては性別による区別が正当化されないことを明らかにしている。旧 3 文は性別以外のファクター、すなわち信教、障害、年齢、性的アイデンティティによる区別を性別よりも緩やかに許容している。

他方、人種・民族的出自による異なる取扱いについては、保険契約に固有の例外は定められていない。これは、2000年の人種差別禁止指令と同様、AGG においても、人種と民族的出自に関しては、たとえ保険契約であっても、この属性による不利な取扱いを許さない趣旨である。<sup>(45)</sup>

## 2、AGG 旧20条 2 項 1 文の立法理由

AGG 旧20条 2 項 1 文は、男女平等取扱指令 5 条 2 項 1 文に倣った規定であり、内容的には同じである。立法理由では、AGG 旧20条 2 項 1 文に関して、データに基づく判断にあたって性別の考慮が重要である場合に保険料などを男女で区別することを許容した理由が示されている。

性別をはじめとする属性に関して不利な取扱いを私保険においても禁止したのは、恣意から保護するためである。各人の個別的なりリスクを事

---

(44) Drucksache 16/1780,S.45

(45) Drucksache 16/1780,S.45

統計に基づく性別による保険料の区別と男女の平等

前に評価して区別することは、保険契約者の利益であって、これを不可能にしようとするものではない。むしろ、このように区別することは保険契約においては基本原則として要請されることであって、禁じられるものではない。<sup>(46)</sup>

## 第2節 アルムブリュスター教授の見解

ドイツの一般平等取扱法も、男女平等取扱指令と同じく、原則として保険契約においても男女の異なる取扱いを禁止しつつ（AGG19条1項2号）、例外的に、性別が保険料などの確定に際して重要な決定要因となる場合に、男女の異なる取扱いを許容していた。AGG旧20条2項1文がそれである。ところが、この例外規定は、2011年3月1日の欧州司法裁判所の先決裁定を受けて現在では削除されている。

こうして、ドイツでは、統計に基づく男女の異なる取扱いの是非の問題は立法によって決着がつけられることになった。しかし、このような立法による決着が理論面での解決をもたらしたわけではない。ドイツの保険法学では、このような例外規定は保険契約において必要だと考えられていた。AGGの立法理由に示されていたように、被保険者が有する<sup>(47)</sup>保険リスクに応じて保険料などの契約条件を区別することは、私保険の根本原則である。これが、AGG旧20条2項1文の例外規定を設ける理由とされていたし、理論的にも当然のことと受け止められていた。統計的に男女でリスクが異なる以上、それぞれのリスクに応じて保険料などの契約条件が設定される。AGG旧20条2項1文が、性別が保険リスクと関連する場合に、その利用を許容していたのは、そのためであった。ところが、この規定が削除され、性別による区別が禁止されるならば、

---

(46) Drucksache 16/1780.S.45

(47) 本章第1節2を参照。

保険契約の基本原則が否定されることになる。それゆえ、前章で紹介したココット法務官の意見に対しては、ドイツの学説から鋭い批判が展開されることになった。<sup>(48)</sup> その代表的な論者がアルムブリュスター教授である。本節では、同教授の見解を軸に、反対説の主張を紹介する。

## 1、私保険の原則——逆選択の危険と内部補助の阻止

私保険、とりわけ生命保険、年金保険、疾病保険といった人保険においては、保険料は性別によって区別されている。ドイツの保険契約実務では、保険料は疾病保険、年金保険では男性の方が低く、生命保険では女性の方が安価になっている。<sup>(49)</sup> これは、リスクに応じた保険料という私保険の原則にしたがったものである。

この原則は、私保険が私人間の保険契約の集積によって成り立つことから要請されるものでもある。保険契約は市場での保険者と保険契約者との自由な合意に基づいて成立する。保険契約者は、保険の需要者として、自らにとって有利な条件で保険商品を提供する保険者と契約する。保険契約者は被保険者のリスクに見合わない高額な保険料で合意することはない。<sup>(50)</sup> こうした市場における保険契約者の合理的な選択行動が、保険者をして保険料をリスクに対応させるように促すことになる。

被保険者間でリスクが異なるにもかかわらず、この違いを保険料に反映させない場合には、逆選択の危険が生じる。たとえば男女で保険リスクが異なるにもかかわらず、保険料が同一とされるならば、この保険料は、低リスク者にとっては自らのリスクに比して高額であり、逆に高リ

---

(48) AGG 旧20条2項1文が削除されてしまった現在も、この規定を削除するという立法対応を法政策的には疑問だとする見解がある (Gregor Thüsing, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 15 Aufl., 2015, AGG §20, Rn.58)。

(49) Christian Armbrüster, VersR 2010, 1581(ココット法務官意見に対する批評)

(50) Armbrüster, VersR 2010, 1581.



スク者にとってはリスクに比して割安なものとなる。そのため、低リスク者は、このような保険商品を選択しない。その結果、リスクの違いを考慮しない保険には、高リスク者しか残らないことになり、保険者が継続的に安定した運用をすることは困難となる<sup>(51)</sup>。このような市場での保険契約者の選択行動は、保険者をして、可能な限り被保険者ごとのリスクに適った保険保護を提供するように強いることになる。

リスクに適った保険料は、被保険者集団内部での低リスク者による高リスク者の内部補助を阻止することにもなる<sup>(52)</sup>。リスクが異なるにもかかわらず保険料が同一とされ、自らのリスクに比して高い保険料を低リスク者が支払うことによって恩恵を被るのは、リスクに比して保険料が低額となる高リスク者である。この場合、高リスク者は低リスク者の割高な保険料によって補助されることになる。私保険においては、保険者が、可能な限り、保険リスクの均しいグループに区分して、それぞれのリスクに応じた保険料を設定することで、こうした事態を阻止しているのである。これは私保険が公保険（社会保障）と異なるところである<sup>(53)</sup>。このような内部補助は私保険においては認められるべきことではない。確か

---

(51) Christian Armbrüster, Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen, 2010, S.7. これはアルムブリュスター教授が連邦政府の所轄官庁（Antidiskriminierungsstelle des Bundes）に提出した鑑定書である。次のURLから入手することができる。[www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise\\_Benachteiligungsverbot\\_beim\\_Abschluss\\_priv\\_Versicherungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Benachteiligungsverbot_beim_Abschluss_priv_Versicherungen.pdf?__blob=publicationFile)

(52) Armbrüster, VersR 2010, 1581f.

(53) Armbrüster, a.a.O.(Fn.51),S.41 ; Dirk Looschelders, Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: Stefan Leible/Monika Schlachter(Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 142f.,151. ; Hans Peter Schwintowski, Geschlechtsdiskriminierung durch risikobasierte Versicherungstarife?, VersR 2011, 168.

に、保険には基礎的な生活リスクをカバーするものがあり、締結拒否が深刻な結果をもたらすことはある。しかし、これは国家の責務であって、保険者が契約による拘束を超えて社会政策を実現する責務を負うことは<sup>(54)</sup>ない。公保険と異なり、私保険では、その内容は市場での競争のもと保険者と保険契約者との保険契約に委ねられている。

## 2、代数としての性別による区別の是非

現在の統計上、たとえば生命保険などにおいては、女性は男性よりも平均余命が長いことから、これに応じて性別ごとのリスクに応じた保険料が設定されている。このとき、性別はまったくの代数というわけではなく、男女の生物的な差異も平均余命の違いをもたらしている。もっとも、ココット法務官が問題としているのは、性別は保険リスクと統計上関連があるに過ぎないという点である。しかし、このことによって保険者に性別の利用を禁じることはできない。

確かに、余命には、性別以外の各人の個別的な要因が影響を及ぼしている。たとえば、職業、食習慣、喫煙、アルコール摂取、地域性などである。このうち、食習慣やアルコールの摂取、喫煙は個人の行動であり、これらは保険リスクに影響を与える要因である。それにもかかわらず、保険リスクを評価するにあたって、これらの要因ではなく、統計上関連を有することから、性別を保険数理要因として利用するとき、性別は生活習慣などに代替するメルクマールとして利用されている<sup>(55)</sup>。このような、いわば代数としての性別の利用について、ココット法務官は、保険者にとって性別がメルクマールとして利用しやすいことに理由を求め、このような理由では性別による区別を正当化することはできないとしている<sup>(56)</sup>。

---

(54) Armbrüster, a.a.O.(Fn.51), 34,41

(55) Armbrüster, VersR 2010, 1581f.

(56) 第2章第2節第2款を参照

しかしながら、食習慣などは保険リスクを評価するためのメルクマールとしては適性がない。第一に、たとえばアルコール摂取の客観化が困難であるように、個人の行動を確定するのは極めて困難である。仮に、<sup>(57)</sup>掌握できるとしても、保険者にとってコスト的にも負担可能でなければならない。そうでなければ保険リスクを評価するために利用することはできない。第二に、食習慣などの個人の行動は時間の経過によって変化する。保険契約では、締結時に保険料を固定的に算出しておかなければならない。そのため、可変的な要因には保険数理要因としての適性がない。<sup>(58)</sup>第三に、余命に影響を与える要因であるとしても、それが、性別など統計的に関連する要因よりも、リスクを分類するのに適しているわけではない。大数の法則にしたがった保険数理計算においては、保険リスクの原因よりも、統計的に掌握可能な要因であることが重要なのである。<sup>(59)</sup>

負担可能なコストで掌握できない、統計的な関連がない、あるいは変動するという場合には、保険リスクを規定する要因であるとしても、リスクを予測し評価するために利用することはできない。リスクに応じた契約条件を設定するには、統計的にリスクと関連するメルクマールを代わりに用いざるを得ないのである。保険者は、容易さのみを理由に、性別を代替メルクマールとして用いているわけではない。<sup>(60)</sup>代替メルクマールだということでは性別の利用を禁じるべきではないのである。それにもかかわらず、性別の利用を禁止し、食習慣など余命に影響を及ぼす個人

---

(57) Armbrüster, VersR 2010, 1582.

(58) Armbrüster, a.a.O.(Fn.51) S.42, ; ders., VersR 2010, 1582 ; Manfred Wandt, Diskriminierung und Versicherung, in: Egon Lorenz(Hrsg.), Karlsruher Forum 2004:Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht, 2005,S.135f.

(59) Armbrüster, a.a.O.(Fn.51),S.42f.

(60) Armbrüster, VersR 2010,S.1582.

的要因をリスク評価に利用させるというのは、保険者に不可能を強いることになる。これは保険者の契約自由を制限することになるのであって、これを制限するためには基本権である保険者の自由と考量することが必要である<sup>(61)</sup>。

現代では、女性と男性の伝統的なロールモデルがすでに意味を失っており、女性もストレスの多い仕事に就いている。これも性別が保険リスクと結びついていないことの証左である、との指摘がココット法務官によってなされていた<sup>(62)</sup>。しかし、この問題はAGG旧20条2項2文が統計データの更新を要求するところで受け止めることができている。基礎となるデータが更新されることによって、たとえば、かつて女性が職業につくことが少なかった時代のデータが取り除かれていくからである<sup>(63)</sup>。

### 3、保険契約においても禁止されるべき差別——他者の侮辱ないし排除

リスクに応じた契約条件の区別は、逆選択の危険を防ぎ、内部補助を阻止する。これは、保険契約（私保険）の原則から要請されることであって、たとえ性別による区別であっても禁止されるべきものではない。

AGGが私人間においても不利な取扱いから保護しようとしているのは、立法者も認識しているように、恣意から保護するためである<sup>(64)</sup>。つまり、禁止すべきは、正当な理由のない不平等な取扱いである。AGG19条1項1号は、人の属性を考慮しない大量取引において、人種や性別などによる不平等な取扱いを禁止している。この場合には正当化されない不

---

(61) アルムブリュスター教授の考えが示唆するところであるが、Wandt, a.a.O. (Fn.58), S.130 ; Looscheldes, a.a.O. (Fn.53), S.151f ; Schwintowski, VersR 2011, 166f. は、保険者の契約自由・行動の自由を制限することの問題性を明確に指摘している。

(62) 第2章第2節第2款を参照

(63) Armbrüster, VersR 2010, S.1582.

(64) 本章第1節2を参照

利益扱いの疑いがある。というのは、本来意味がないにもかかわらず、人種や性別によって扱いを違えるという場合には、区別する側が区別される側を侮辱ないしは排除している可能性があるからである。これら侮辱や排除こそが AGG が克服しようとするものである<sup>(65)</sup>。それゆえ、人の個性が考慮されない大量取引について、性別などによる異なる取扱いを原則として禁止しているのである。

これに対して、保険契約、とくに人保険においては、はじめから人の属性が考慮されている。これは、性別などの属性がリスクと関連するからであって、当該属性を具備する人を侮辱したり、排除するものではない。保険契約における統計に基づく男女の異なる取扱いは、AGG によって禁止されるべき対象ではない<sup>(66)</sup>。

#### 4、保険契約における統計に基づく性別による区別

性別が代数として用いられることには理由がある。たとえば、生命保険では被保険者の余命について食習慣などによる影響が大きいとしても、こういった個人的な要因は、保険者にとって負担可能なコストで正確に掌握することが困難であって、しかも可変性がある。それゆえ、保険リスクを評価するためのメルクマールとしての適性がない。このとき性別が代数として利用されるのは、それが統計的に保険リスクと関連しており、リスクに適った保険料を設定するためのメルクマールとして適性を有しているからである。この場合に、食習慣などの個人的要因によって

---

(65) Armbrüster, a.a.O.(Fn.51),S.8,34.

(66) Armbrüster, VersR 2010,S.1581. ただし、たとえ統計に依拠しており、他者を侮辱・排除するものではないとしても、人種及び民族的出自の属性、並びに、妊娠と母性に関して生じるコストについては、保険契約においても異なる取扱いが禁じられる。これらの区別が禁止される根拠は、社会政策的な理由に求められることになる (Looschelders, a.a.O.(Fn.53), S.152f, Armbrüster, a.a.O.(Fn.51), S.34 も参照)。

リスクを評価させるというのは、保険者に不可能を強いることになる。

それにもかかわらず、性別による区別を禁止し、保険料が女性と男性で同一とされれば（ユニセックスタリフ）、この保険料はリスクの違いに対応しないものとなる。このような保険は、リスクの低い者にとって魅力はなく、逆選択の危険をもたらしことになる。<sup>(67)</sup> 保険リスクの違いに応じて被保険者集団を区別せず保険料が同一となれば、保険契約者の間では、低リスク者が自らのリスクに見合わない割高な保険料を負担することによって、高リスク者を補助することになる。このような連帯を基礎にした扶助は、私保険ではなく、公保険（社会保障）の責務である。<sup>(68)</sup> 私保険は生活保障などの社会政策の実現を担うものではない。<sup>(69)</sup>

### 第3節 性別による区別を禁止する立場と許容する立場の対立点

アルムブリュスター教授の見解に見られるように、ドイツ保険法学が拒絶するのは、AGG 旧20条2項1文が許容する統計に基づく男女の異なる取扱いを禁止することに対してである。この禁止の是非をめぐって、ココット法務官意見などと対立している。両者の主張内容を対比させて、対立しているポイントとその理由を明らかにしておく。

#### 1、代数としての性別の利用の是非

性別による区別を禁止する理由として、欧州委員会、ココット法務官意見に共通して挙げられていたのが、性別は代数に過ぎないということ

---

(67) Armbrüster, a.a.O.(Fn.51), S.39 ; Schwintowski, VersR 2011,171 ; Wandt, a.a.O.(Fn.58),S.121f.

(68) Armbrüster, VersR 2010,S.1581.

(69) Armbrüster, a.a.O.(Fn.51),S.34.

である。たとえば、生命保険のリスクである余命についていえば、性別は、確かに統計上は関連しているものの、余命に大きな影響を及ぼしてはいない。影響が大きいのは、職業や食習慣など、性別とは必ずしも結びつかない各人の個別的な要因である。それにもかかわらず、保険者は性別によって保険料を区別している。一方で、食習慣など保険リスクを規定する要因を正確に把握するのは困難であり、これらを保険者が保険リスクを評価するために利用することはできない。他方で、性別は統計的な関連性を有することから、代数として利用することができる。性別によって区別されているのは、代数としてリスク評価に利用することが容易だからである。しかし、このような理由によって、女性と男性で契約条件を区別することが正当化されることはない。

これに対して、アルムプリュスター教授は、余命に関しては、性別は完全な代数ではなくリスクの原因であるとして代数であるかどうかについても争っているが、これに加えて、代数であるとしても性別の利用を禁じることに反対している。余命についていえば、性別は原因の一つにとどまり、食習慣などの個人的な要因が大きな影響を与えている。しかし、食習慣などの個人的な要因は、それが保険リスクの規定要因であるとしても、保険リスクを評価して保険料を算出するための保険数理に用いることはできない。たとえば食習慣のような個人の行動を確定するのは極めて困難である。しかも、このような個人の行動は時間の経過によっても変化する。保険料は締結時に固定して示さなければならず、可変的な要因はリスク評価のメルクマールとしての適性がない。それゆえ、保険契約の原則にしたがってリスクに応じた保険料を設定するためには、たとえ保険リスクの規定要因でないとしても、統計的に関連するメルクマールを用いざるを得ない。保険者は使いやすさだけを理由に性別を利用しているのではない。それにもかかわらず食習慣などのリスク要因を直接に利用させるならば、保険者に不可能を強いることになり、保険者

の契約自由を脅かすことになる。

## 2、保険契約の原則

リスクを評価するために利用可能なメルクマールが他にないにもかかわらず、性別の利用を禁じるならば、保険リスクが異なるにもかかわらず、女性と男性で保険料を区別することができず、一方にとって保険料が引き上げられることになる。ココット法務官は、このことを認識しつつも、このことによって男女の異なる取扱いが正当化されることはないとする。この立場においては、統計的に関連するに過ぎない男女の違いが保険料の区別をもたらすことはそもそも許されないものであり、男女いずれか一方の保険料が低くなっているという既存の状況それ自体が問題なのである。それゆえ、性別による区別を禁止することで、女性または男性、いずれか一方の保険料が引き上げられるとしても、これは本来あるべき状態に戻るだけのことであって、問題視されることではないということになる。

これに対して、男女で保険料が同一となることについて、アルムブリュスター教授は2つの問題点を指摘する。第一に、これは、私保険の原則、つまり保険料等の契約条件を被保険者のリスクに適合させるという原則に反する。この原則は、保険契約者だけでなく、逆選択を防ぐために保険者にとっても重要なものである。この原則に遵わない場合には、高リスク者ばかりが残る危険がある。加えて、リスクが異なるにもかかわらず保険料が同一とされる場合には、内部補助の問題も生じる。男女の保険料が同一とされ、統計上リスクの低い者と高い者とが同じ保険に加入する場合、この保険料は低リスク者にとって自らのリスクに見合っておらず割高なものとなる。逆に、高リスク者にとって、保険料は自らのリスクに比して割安なものとなる。この場合、低リスク者が割高な保険料を負担することで、高リスク者が補助されることになる。これはも

(甲南法学'19) 59-1・2-40 (40)



はや私保険ではない。確かに、保険は基礎的な生活リスクを保障することがあるが、私保険である以上は、保険契約の原則が妥当し、リスクに応じた保険料とすべきである。自らの保険リスクに応じた保険料を負担するのではなく、保険料を負担する集団内部で、一部の者が割高な保険料を負担することによって他の者を支援するという連帯の考えに基づく保障は、公保険（社会保障）の任務である。これは私保険が担うべき役割ではない。

### 3、伝統的な男女のロールモデル

区別を許容する立場と禁止する立場、双方が言及するものとして、伝統的な男女のロールモデルの変化がある。

ココット法務官は、こうしたモデルは現代ではあてはまらなくなっており、女性もストレスの多い仕事に就いていることから、男女のロールモデルによって性別をリスクに結びつけることはできないとしている。他方、アルムブリュスター教授は、職業などのデータを更新することによって、かつての男女のロールモデルが妥当しなくなっている状況を、契約条件に反映させることができるとしている。この点に関しては、いずれの見解もそれ以上の検討をおこなってはいない。

### 4、保険契約において禁止されるべき性別差別

以上、性別による区別を禁止する立場として、主にココット法務官の意見と、性別による区別を許容する立場として、主としてアルムブリュスター教授の見解とを比較して、両者の対立点を明らかにしてきた。性別が代数であること、男女で保険料が同一となれば一方が他方を補助することになること、これら2点はいずれの見解も認識している。

ココット法務官は、性別以外のリスク規定要因の利用が困難であることも承知し、また一方による他方の扶助をも認識しながら、それでもな

お保険契約において性別による区別を禁止する。この態度決定を支えているのは、男女の平等がEU法の基本原則であり、2004年のEC指令もこの原則に整合しなければならない、ということに求められる。その理由としては、人種と同様、性別も生来的で可変性がない属性であることが挙げられている。

これに対して、アルムブリュスター教授をはじめとするドイツの保険法学説は、性別が代数であることを問題視しない。むしろ、保険契約では、保険リスクをもたらす要因であることよりも、統計的に掌握できるメルクマールであることの重要性を訴える。私保険ではリスクに適った契約条件を設定することが原則である。これは逆選択を防ぐためにも要請されることである。生命保険などにおいて食習慣などが余命を規定する要因であるとしても、これを事前に正確に把握して、保険料算定に利用することはできない。この場合に、他に実用可能なメルクマールがないにもかかわらず、性別の利用を禁じるならば、保険者はリスクに見合った契約条件を設定することができない。これは保険者の契約自由を制限することになりかねない。それでもなお性別による区別を禁止し、女性も男性も同一の保険料を支払うことになれば、統計上はリスクが異なることから、低リスク者が高リスク者を支援することになる。これは連帯の思想に基づくものであり、公保険が担うべき責務であって、私保険の役割ではない。たとえ、保険が基礎的な生活リスクをカバーする重要な財であるとしても、私保険である以上は、保険が成り立つには、私人間の保険契約の集積が必要であり、保険料はリスクに見合ったものとしなければならない。こうした理由から、私保険においては代数であれ性別の利用を規制すべきでないとの立場を堅持する。保険契約において禁止されるべき差別は他者の侮辱や排除といった恣意に限られることになる。

## 第4章 おわりに——まとめと残された課題

生命保険では女性と男性で平均余命が異なることから保険料が区別されている。このように、保険リスクに関して統計上男女に違いがある場合、保険者は、この違いを保険料に反映させて、女性と男性、それぞれのリスクに応じた保険料を設定する。こうした性別による区別は禁止されるべきことなのか。性別による保険料の区別を禁止するとすれば、保険者の契約自由を制限することになる。これは如何にして正当化されるのか。こうした問題関心から、本稿では、EU法とドイツ法の議論を検討してきた。本稿の課題に即して、前章までの検討結果をまとめておく。

まず前提として、次のことを確認しておく。保険者は女性と男性で契約条件を区別している。これが、他者の侮辱の表れであったり、先行行為矛盾にあたるならば、私法上許されないことに異論はない。しかし、統計上の差異を保険料に反映して男女の契約条件を区別する場合、保険者は、女性又は男性、いずれか一方の性別に属する人を蔑視しているわけではない。また、保険者は、はじめから女性と男性で契約条件を区別したうえで保険商品を提供している。それゆえ、性別による区別が先行行為に反することもない。

そこで、この場合にもなお区別を禁止するならば、それは何故なのか問われることになる。区別の禁止を支持するココット法務官は、性別は保険リスクを規定する要因ではなく、その代数に過ぎないことを理由に掲げる。これに対して、アルムブリュスター教授は、性別が代数として利用される場合であっても、区別を禁止すべきでないと反論していた。生命保険などにおいて保険者が性別を代数として利用することには理由がある。余命に大きな影響を与えているのは、性別ではなく、食習慣など被保険者の個人的な要因だとしても、これらの要因を事前に正確に把握するのは困難であり、しかも事後に変動しうる。そのため、このよう

な要因を、保険リスクを評価し、保険料を算出するためのメルクマールとして保険者が用いることは極めて困難であり、不可能を強いるに近い。それにもかかわらず、性別を代数として利用することを禁じるならば、保険者の自由が過度に制限され、逆選択の問題をもたらす危険がある。保険契約では、保険料や保険給付はリスクに対応していなければならない。これが原則である。この原則に反して、男女で統計的にリスクが異なるにもかかわらず同一の保険料を支払うならば、保険契約者に逆選択の行動を誘発することになり、低リスク者の割高な保険料負担によって高リスク者が補助されることにもなる。

このように代数であるとしても性別の利用を禁じるならば、逆選択の危険、そして内部補助の問題が生じる。これらを理由として、アルムブリュスター教授は性別の利用を禁止すべきでないと主張する。もっとも、これらの問題点は、性別による区別を禁止する立場も承知している。ココット法務官は、その上で、なお性別による区別を禁止する立場を支持する。この結論を支えているのは、結局のところ、私人間の契約である保険契約においても、男女の平等な取扱いが基本権ないし原則として妥当するのであって、女性と男性で契約条件を違えることは、この原則ないし基本権に反する、ということである。この論法は、アプリオリに、保険者の自由よりも、男女の平等な取扱いが優先する原則だという理解を前提にしている。確かに、性別は生来的であり、改変することができない属性である。しかし、問われるべきは、そのような属性であるとしても、男女の平等な取扱いが、保険者の自由を制限する原則ないし基本権となり得るのか、その実質的な論拠である。保険者も私人であって、契約自由が承認されている。保険者からすれば、性別という人の属性を考慮して契約条件を区別するとしても、それは自らの自由の行使であって、逆選択の危険を阻止するためである。男女平等取扱いの原則が、私人である保険者の契約の自由を制限しても貫徹されなければならないの

(甲南法学'19) 59-1・2-44 (44)

は何故なのか。逆選択の問題を生じさせ、保険契約者の自由な選択を前提とした市場での効率的な財の配分を阻害するとしても、男女の平等取扱原則を貫徹しなければならないのは何故なのか。代数だとしても保険者が性別によって契約条件を区別するとき、保険者は他者を侮辱してもいなければ、先行行為に反することもしていない。それでもなお、保険者の自由を制限することが何故に正当化されるのかが問われているのである。この点について立ち入った検討は、ココット法務官の意見にもみられなかった。

本稿では、保険契約における女性と男性の区別をめぐる議論を検討してきた。このような区別が保険契約実務において採られてきたのは、保険リスクについて男性と女性の間で統計的に違いが存在するからであった。ここで統計が用いられるのは、被保険者各人の保険リスクは予測に頼らざるを得ないためである。このような予測に依拠すべき状況は保険契約に限られない。与信契約をはじめ他の契約においても、統計が用いられ、性別をはじめとする属性によって、契約を締結するか否か、如何なる条件で締結するかが区別されることがある。これを統計差別と呼ぶならば、本稿が取り組んだ保険契約における性別による区別は統計差別が問題となる局面の一つにとどまる。それゆえ、保険契約以外の契約類型にも対象を広げて、統計差別について包括的に検討していく必要がある。別稿にて検討することにしたい。