慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	火災保険普通保険約款二条二項の意義について
Sub Title	Of the significance of fire insurance policy§2 (2)
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.7 (1963. 7) ,p.51- 80
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630715-0051

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

火災保険普通保険約款二条二項の意義について

倉沢康一郎

一　問題の機縁――いわゆる「みまき荘事件」判決とその反響
二　保険契約の性質の吟味
三　火災保険普通保険約款二条二項の意義

一

（一）　わが国における現行火災保険普通保険約款は、第二条において次のように規定している。

（保険期間）第二条　保険期間はその初日の午後四時に始まり、末日の午後四時に終る。

2　保険期間が始まつた後でも、当会社は、保険料領収前に生じた損害をてん補する責に任じない。

右のうち、第一項は、契約上の保険期間の解釈規定であつて、特に問題を生じないが、第二項は、その解釈如何によつては、保険料領収前における当事者間の法律関係に影響を及ぼし、その効果を異にすることとなる。

昭和三七年六月一二日最高裁判所第三小法廷が判決を下した[1]、いわゆる「みまき荘事件」は、まさに右の点を中心問題とした事件であつて、原審たる福岡高等裁判所のなした昭和三三年一二月二六日の判決[2]以来、その是非が大きく論じられて来

ている。

事案の極く概要を記すと、或る火災保険契約において、契約者が契約上の特約猶予期間を過ぎても保険料を支払わないため、保険会社は催告・解約通告ののちその火災保険契約を解除した。そして、保険会社は契約解除日までの既経過保険料を請求して訴訟を提起したわけである。

第一審においては、被告たる契約者側において、本件契約は保険料支払を停止条件として締結された条件附契約であると主張したのに対し、裁判所は、火災保険契約は保険者が被保険者に対し、火災に因つて生ずることあるべき損害を塡補することを約し、被保険者がこれに報酬すなわち保険料を与えることを約することに因つて成立するいわゆる諾成契約であり、かつ本件契約が被告主張の如き条件附契約であつたと認められないとして、原告たる保険会社の既経過期間保険料の支払請求を認容した。

これに対して被告は控訴し、保険者は約款二条二項により保険期間中といえども発生した損害については塡補責任を負わないから、解除による効果として保険料返還の問題の生ずる余地がなく、若し本件のような場合に解除により保険者が既経過保険料を請求し得るものとすれば、保険者は発生した損害について責任を負わないにかかわらず一方において保険料を不当に利得するという不合理な結果を生ずることになるのであつて、従つて保険料不払を理由とする保険契約解除の場合は、保険約款ないし商法になんら規定がない以上、その効果については民法五四一条以下の規定に依つて解決するより外なく、既往に遡つてその効力を生ずるものと解さなければならない、と主張した。

福岡高裁は第一審判決を取消し、次のような理由を以て、控訴人（契約者）を勝訴せしめた。すなわち、「保険約款第二条第二項には、保険期間が始まつた後でも、保険料の支払があるまで保険者の責任が開始しない旨を定めている。従つてかように保険料の支払をもつて保険者の保険責任開始の要件とすることを保険契約の一条項とし、保険契約者の保険料不払を

事由として保険契約を解除した場合には、保険者は保険責任を負担しないまま保険契約を解除したものであるから、右解除は遡及効を生じこれにより契約の効力は遡及的に消滅するものと解するを相当とする」とするのである。

これに対し、保険会社は次の如き理由を以て上告した。(3) すなわち、保険契約は諾成契約であり、かつ契約成立によつて危険負担が開始する。約款二条二項は、保険者の責任開始の要件ではなく、保険者の免責条項を定めたものであり、保険契約者が保険金債権を失うことを定めた失権条項であつて、保険料の支払を督促する趣旨に出たものである。契約時における保険責任と火災発生時における責任とは、その本質内容を異にするものがあるにかかわらず、火災発生時における責任の免責をもつて、危険負担責任が開始していないと見ることは不当である、と主張する。

最高裁第三小法廷は、上告を棄却し、次の如く述べる。

「上告会社が保険期間の始期たる昭和二九年一二月二九日午後四時より右契約解除の効果を生じた昭和三〇年七月二五日までの期間火災による危険担保の責任を負担したものであるとの所論は原判決認定の右火災保険普通保険約款二条二項の定めのある事実を無視若しくは誤解した原判示に副わない主張であつて採用することができない。」

「上告会社は右約款二条二項により被上告人から保険料を領収しない間は損害塡補責任を負わないのであり、また、契約を解除することなくして本件保険料を請求する権利を有していたのに、あえて自から保険料支払の催告及び条件附解除の意思表示を一回した上解除によつて失効した本件保険契約上の保険料支払債務の履行を求めているという本件事実関係の下では右解除を解約告知と解することはできない。」

「火災保険契約は所論のとおり諾成契約であるけれども、その契約の内容としてこれに原判決認定の如き約款二条二項の如き特別の定めに従うことを約することは当事者の自由である。そしてこの約款は保険者は保険料の支払を受けないままでは保険期間の開始と同時に保険責任を負うようなことはなく、保険者の保険責任は保険料の支払を受けるまで開始しないと

いう趣旨を定めたものと解すべきであるから、論旨引用の原判決の判示は相当である。」

「保険者が保険期間中常時保険責任を負担し危険負担義務を履行しつつあるということは原判決認定の約款二条二項の如き特約のない保険契約の場合にいえることである。」

（二）　本件については、控訴審・上告審判決を通じて、すでに可否両様の判例批評がいくつかなされている。[4]

先ず、朝川伸夫教授は控訴審判決に結論的に賛成され、次の如く述べられる。

「保険契約は有償双務契約であり、保険料の支払と危険負担とが対価関係に立つている。本件においては保険料の支払がなかつたにかかわらず、保険者が危険負担の責任を負つていたという明確な主張がなされていない。判決において保険者は危険負担という反対給付を履行していなかつたと認められた。有償契約の一方の給付が履行せられなかつたのであるから、他方の給付を請求することはできない。被保険者は保険料の支払がないにもかかわらず、保険給付義務の履行を求めることができないとともに、保険者は自己の給付義務を履行しないにかかわらず保険料の支払を請求することはできない。もし保険者が保険料を領収したとしても、有償契約における反対給付が与えられないのであるから、原因を欠くこととなり、けつきよく保険者は不当利得として保険料を返還しなければならぬ。本件において保険者は最後まで危険負担という反対給付を被保険者に与えていなかつたのであるから、保険料請求権が排斥されたのも已むを得ない。契約解除の将来効を認めても、有償契約の本質上、右のように結論せざるを得ない。[5]」

また、保住昭一氏は結論的には判旨に反対されるが、[6]「保険者は保険事故発生による損害を塡補すべきことを引受けることによつて（商法六二九条参照）、被保険者の経済生活の不安を除去軽減する。この保険者の損害塡補の引受は、保険制度の本質的内容を有する一つの経済的給付というべきであつて、これを危険負担というが、保険契約者の支払う保険料は、この危険負担に対する経済的な対価である。保険者の危険負担は保険料の蓄積によつてのみ技術的に可能であるから、保険料

の支払は、保険者の危険負担の要件である。したがつて、ここで明らかなように、保険料の不払は、保険者の責任、すなわち、不確定な保険金債務発生の要件を欠くこととなり、保険者の危険負担は存在しないという結論にならざるを得ない。この点について本判旨が『保険者は保険責任を負担しないまま保険契約を解除したものであるから、右解除は遡及効を生じ』したがつて、保険料債務も遡及的に消滅するとした結論は、その限りで正当である」[7]とされる。

これらの見解は、要するに、約款二条二項を以て保険者の責任開始の要件とみる判決と同じ立場に立つものである。

右に対して、保険者の危険負担は契約成立によつて事実上当然になされる、すなわち、約款二条二項の規定にかかわらず保険者の責任は開始し、同条項は単に保険金支払という金銭債務を免責する意味を有するに過ぎないとする立場がある。青谷和夫氏は、上告審判決に対する批評において、「右の約款二条二項が責任開始条項を定めたものではなく損害不塡補条項を規定したものであることは同条同項の昭和一六年改正の際における当時の経過にかんがみ是認されることであるが、同趣旨の定めをしているドイツ保険契約法の三八条の解釈にもみられるように[8]、約款二条二項は、保険事故が発生したときに保険料がまだ支払われていないという客観的事実があれば保険者は保険金を支払う責任を負わないという趣旨の規定であると解することができる。この点につき、保険事故が発生しても保険料がまだ支払われていなければ保険者は免責されるという趣旨の規定であるとも説かれているが、同じ考え方に立つものと解してよい。したがつて、本件のように、保険契約が締結された後保険料不払を理由として民法五四一条によりその契約を解除した場合には、判旨のいうように、保険者の責任開始前における解除ということにはならないので、その場合の解除は解約告知と解することができる。その結果、会社は、契約者に対し本件火災保険料の支払を求めることができる」[9]とされるのである。

以上の如き判決及びそれに対する反響からも直ちに判るように、約款二条二項の意義をどのように解するかは、ひとつには保険契約の法律的性質の理解と深く結びついているといえよう。最高裁判所の判決理由中には、「保険者の危険負担義務」

という表現がある（もっともこれは、上告会社側の主張にあるのであって、裁判所が特に積極的に右の義務を認めたものではないといい得るかも知れないが）が、若し、保険契約の効果として保険者が「危険負担義務」を負うものとすれば、その義務は契約者の保険料債務と同時履行の関係に立つ（民法五三三条）ことが考えられる。そして、約款二条二項の根拠を同時履行の抗弁にもとめる立場では、保険者は、保険料の支払あるまでは危険負担債務の履行を拒絶していることになり、すなわち保険責任が開始していないこととなるわけである。

この点については、わが国においては、保険契約が保険料と危険負担とを対価的出捐とする有償契約であることを認めても、危険負担に債務性を認めず、双務契約としての保険契約における保険者の義務は保険金支払義務にこれをもとめる見解が支配的であって、この立場では、約款二条二項の根拠を同時履行の抗弁の原則にもとめる余地はないこととなる。

私自身としては、わが国の支配的見解に反対し、危険負担に債務性を認むべきであると考えている。そして、保険契約を以て保険者の危険負担債務と契約者の保険料債務とを対価的出捐とする有償双務契約として理解し、約款二条二項は保険者において同時履行の抗弁権を行使する手段としての特約であると考えるものである。その結果、「みまき荘事件」に関しては判決の立場に賛成する。

問題について未だ不明確な点が多々あり、浅学非才のゆえの根本的な誤解のあることを虞れるが、これまで触目した諸学者の見解に対し私なりの疑問を記し、今後の御叱正に俟ちたいと考え、以下において保険契約の性質・約款二条二項の意義と根拠につき私見を述べることとする。

（1）判例時報三〇八号六頁以下。
（2）下級民集九巻一二号二六七五頁以下。
（3）青谷・損害保険研究二二巻三号六三頁以下による。
（4）伊沢・判例評論一九号、朝川・金融法務事情二〇八号、青谷前掲、保住・法律論叢三四巻一号、青谷・判例評論五一号。なお、大森「火

災保険普通保険約款二条二項の解釈について」法学論叢六八巻五・六号、戸出「火災保険普通保険約款二条二項を論ず」損害保険研究二二巻四号、鈴木「火災保険普通約款二条二項についての再論」早稲田商学一四九号。

(5) 朝川前掲三七七頁以下。

(6) 後述第三章註(10)参照。

(7) 保住前掲一〇八頁。

(8) この点疑問である。Prölss は、同条は、保険料払込という客観的事実がない限り保険者の危険負担は始まらない、という立場であることを明言する。Prölss, *Versicherungsvertragsgesetz*, 11. Aufl., § 38 Anm. 4 ff.; Bruck-Möller, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, 8. Aufl., § 38 Anm. 17 ff. も同旨。なお、一九三九年改正前のドイツ保険契約法三八条一項の意義については、大森「保険契約の法的構造」五七頁参照。

(9) 青谷前掲評論一〇頁。

二

(一) 保険者が、保険事故発生に際して契約者あるいは被保険者に保険金給付を完うすることによつて、保険制度の目的が達成されるわけであるが、そのためには、保険料積立金 Premium Reserve は絶対に必要である。(1) このことから、近代的保険制度にあつては「保険料前払の原則」あるいは「保険料なければ保険なし」の原則が認められ、火災保険普通保険約款二条二項の規定も、制度的に見ればそれらの原則のあらわれであるが、このような約款の存在が保険契約の成立にどのように関連するか。

一九三九年改正以前のドイツ保険契約法三八条一項(現三八条二項)は、「保険ノ開始前又ハ開始ト同時ニ為スベキ保険料ノ支払ガ適当ナル時期ニ為サレザル場合ニ於テ、其ノ支払前ニ保険事故ガ発生シタルトキハ保険者ハ給付義務ヲ免ル so ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei」と規定して居り、規定の内容はわが約款二条二項とほぼ同趣旨であるが、古いドイツの学説は保険契約を要物契約と考えていたようであるけれども、(2) 現在では契約者の保険料債務が契約

上の（aus dem perfekten Vertrage）債務であることについて学説上全く争いはなく（ganz zweifellos）[3]、また判例も、要物契約と解することは契約の成立不成立を契約者の恣意にかからしめることとなり保険者に酷であるとして、諾成契約であることをはやくから認めて来ている[4]。

フランスにおいては、生命保険契約において保険者は保険料支払請求の訴権を持たないことを保険証券上記載することがあるので、その場合に第一回保険料支払を要件とする要物契約たることを定める約款を採用することがあるが[5]、一般的に保険契約の諾成契約性について今日問題はない[6][7]。

これに反しイギリスにおいては、必ずしも明確ではないが、Foreign Policy は、"This policy of Insurance witnesseth that the Insured having paid to the company the sum of ——, the company hereby agrees with the Insured that……" と規定し、保険料の支払が合意の前提条件とされて居り、またアメリカにおいても、ニューヨーク州の Standard Policy は、保険料が契約の効力発生のために保険会社の要求する consideration であることを定めているのであつて、これらの約款の下において保険契約は要物契約視されているように思われる[8]。

わが商法六二九条及び六七三条は、保険契約が諾成契約であることを明文を以て規定しているが[9]、もとより、当事者が、特約を以て契約の効力発生を保険料支払にかからしめることは可能である。現に、わが国の古い生命保険約款には、その文言上明らかに保険料の支払を契約成立の要件としたものがみられる（たとえば、明治三三年一〇月三日に定められた第一回生命保険模範普通保険約款一条は「保険契約ハ会社ノ通知ニヨリ第一回保険料ヲ払込ミタルトキ成立スルモノトス」としていた[10]。

明治四五年九月制定の火災保険普通約款は第二条において、「当会社ノ保険契約ノ責任ハ保険料ヲ領収シタルトキニ始マリ保険期間ノ最終日ノ午後四時ヲ以テ終ルモノトス」と定めているが、昭和七年五月一二日の熊本地裁判決が、右約款は、保険契約は申込に対する承諾があり、かつ最初の保険料を払い込んだ時をもつて完全に成立する趣旨を規定したものにほか

ならないとするに対し、その上告審判決[11]において、大審院は、そのような約款の下においても保険契約は当事者の意思表示のみによつて成立するとして以来一貫して居り、学説はすべてそれを正当としている。[12]

明治四五年以来、昭和一六年に現行約款に改正されるまでの約款においては、右条項が責任の始期に関する特約であつて契約成立の時期に関する特約でないことは文言上明らかであつて、その点昭和一六年の改正のいきさつから見ても、[13]現約款二条二項は契約成立については何らの関わりを持つものでないと考えるべきである。また実質的に考えても、ドイツの判例のいうように、保険契約を保険料支払を要件とする要物契約とすることは、契約成立が一方的に契約者の恣意に任されることとなり、約款採用の目的からして、そのような趣旨のものとして制定されたものと考えることは出来ない。

(二) 商法六二九条は、損害保険契約の意義につき、「損害保険契約ハ当事者ノ一方ヵ偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ塡補スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定している。

右の規定からも明らかな如く、損害保険契約の当事者の意思表示は、一方（契約者）が保険料支払を約すること、他方（保険者）が保険事故発生の場合には保険金支払を約することとを、それぞれその内容とする。

右のうち、契約者の保険料支払は、確定的な契約上の債務を構成するが、保険者の保険金支払は保険事故発生を条件としているといえる。然し、これがために保険契約を条件附契約とすることは出来ない。[14]けだし、保険契約の効力は契約成立と同時に完全に発生し、ただ保険者の保険金支払のみが偶然の事故発生に係つているに過ぎないからである。

そもそも、保険なる制度は、経済不安をもたらす虞れのある特定の偶然的事件——危険——に共通にさらされている多数人が、その不安を除去することを目的として協同しているものと考えられるが、[15]機能的には、保険者が契約者に対し個別的に損害塡補を約束することによつてその制度目的——不安の除去——を果す作用をしている。それゆえ、保険とは安心を売

買する取引である、[16] といわれ、また、保険料は危険の対価（prix de risque）であるといわれる。[17] 保険契約の当事者にとつては、保険事故がその者において発生しなかつた場合にも、決して目的が不達成であつたとは観念されない。万一事故が起れば確実に損害が塡補される、という保障の現在することによつて、保険の目的は充分に達成されるのである。すなわち、契約者にとつては、保険者が条件的な損害塡補責任を負つていることこそが、保険契約関係に加入した目的であり、保険料はその目的のために支払われる対価なのである。

右のことは、保険契約において保険者のなす法律上の給付に如何に妥当するであろうか。

保険法学上、保険契約において保険者のなすべき給付が何であるかについては、学説は多岐に亘つているが、これを大きく分けて「保険金支払」説[18]と「危険負担」乃至「安全保障」説[19]とに対立するといい得る。そして、後者の学説が右に述べた保険の目的に相応するものである。

「危険負担」乃至は「安全保障」説に対する非難は、「危険負担」とは譬喩的な表現に過ぎず、それ自体は給付たり得るものでなく単に将来現実の給付をなすべき法律的な拘束状態を意味するものにほかならないこと、すなわちそれは給付義務の内容でなくして形式に過ぎない、というにある。[20]

危険負担を法律上の給付として捉える試みは早くからなされて居り、一部の学者はその根拠を保険金支払の「準備」義務にもとめ、[21] また他の学者はそれを期待権創設義務にもとづくものとする。[22]

わが国においては、大森教授がその劃期的な労作「保険契約の有償契約性」[23]において、給付とは自発的に他人の利益を助長することを意味し義務にもとづかぬ給付というものもあり得る、とする Haymann の立場に立ち、危険負担を義務にもとづく給付として法律的に構成する立場を離れ、保険者は保険契約の引受によつて直ちに危険負担をなすと主張されて以来、この考えが保険法学界のほぼ通説的な見解となつている。

しかしながら、右の大森教授の立場を以てしては、「保険金支払」説からの先に挙げた非難――「危険負担」とは譬喩的な表現に過ぎず、それ自体は給付たり得るものでなく単に将来現実の給付をなすべき法律的な拘束状態を意味するものにほかならないこと、すなわちそれは給付義務の内容でなくして形式に過ぎないこと――を依然として受けざるを得ないように思われる。

そればかりではなく、若しも、保険者が保険金支払義務を負うという拘束状態のもつ利益が「危険負担」であるとすれば、大森教授の立場は実は「保険金支払」説との間に実質的な差異がないことになるであろう。何となれば、たとえば売買契約において、売主が目的物引渡債務を負担する場合には、その債務にもとづく目的物の引渡という給付のほかに、その債務を負担するという出捐が契約締結に際してなされているには違いない。しかしながら、その場合に、有償契約たる売買契約において、売主のなす出捐は「目的物引渡給付である」といつても、あるいは「目的物引渡債務負担である」といつても実質的に把握されているものは同一である。

大森教授は、「保険者が保険事故発生の場合に保険金を支払う義務を負うていること自体が『危険負担』であり、それ自体が保険料の支払に対する反対給付である。しかもこの『危険負担』は、保険者が右のような義務を負うことによつて直ちに行われているのであつて、別に『危険負担』義務の履行として行われるのではない。このように解することによつてのみわれわれは（中略）『保険契約は一方において保険契約者の保険料支払と、他方において保険者の危険負担とを、それぞれ対価的な反対給付とする有償契約である』ということができるのである」[24]と主張されるが、これに対し、「保険金支払」説に立つ田中誠二教授が「保険料の支払いに対し、事故発生の場合の保険金支払債務が対価的意義を有する給付であると解する代わりに、保険料の支払いに対する対価的意義を有する給付は、保険者の危険負担、すなわち不確定な義務の負担それ自体であるとの説が唱えられているが、私は、この説と上に述べた説とのいずれを採つても、差異を生ずることはなく、議論の

実益に乏しいものと考える[25]」と述べられるのは、理由のあることのように思われるのである。

保険契約締結に際しての保険者のなす意思表示からして、契約者のなす保険料給付に対する保険者の給付は保険金支払であるとする立場のあることは当然であり、むしろ論理の順序としてはこの立場の検証の方が先決問題であろう。

右の立場に対しては、一般に次の様な非難が加えられる。すなわち、「しかしながらこの説によれば、たとえば損害保険において、保険期間中に保険事故が発生しなかつた場合には契約者の保険料支払に対し保険者側の反対給付が全然なされずに契約は終了して、保険契約の有償性は失われることとなる、またもし保険者の給付が条件附または期限附であると解すれば、契約の有償性自体も亦条件附または期限附となり、いずれも当事者の意思ないし社会通念と著しく矛盾することとなる。しかもこの説によれば、保険事故が発生しなかつた場合には、保険者は不当利得（目的不到達、民法第七〇三条参照）の原則に従つて保険料を返還しなければならぬこととなるが、このような結果が支持されえないことは自ら明かである。けだしこの説のふくむ欠点は、保険契約の経済的本質を顧みることなく、単にその外見的法律形式にのみ着目したことにもとづくのである[26][27]。」

契約が有償的であるか否かは、契約の性質の問題なのであるから、すでにいくつかの契約が成立し存在していてそれらが全く同一内容を有しているときに、保険事故が発生したか否かによつて結果的にそれらの契約の性質が異つて把握されるような理解は、契約の性質の問題からは外れているように思われる。また、それゆえ、契約の性質自体が条件附・期限附であるということも、論理的にいつておかしなことである。

保険契約の外見的法律形式からしても、保険者の引受けたものは事故発生を条件とする保険金支払債務であつて、（確定的な）保険金支払債務ではない。そして、契約者のなした保険料支払債務引受は、その条件附保険金支払債務引受の対価であるから、保険料は確定的な保険金そのものとは本来対価的関係にはあり得ない。保険料債務も保険金債務もともに金銭債

務であつて、しかも本質的に後者は前者より遙かに大きな額なのである。それゆえ、「保険金支払」説の論者が、保険事故発生後の確定的な保険金支払を以て保険料給付の対価として捉えるならば、当事者の意思表示の内容から見てもその誤りはあきらかであろう。

「保険金支払」説に立たれる田中誠二教授は、右の点につき、「保険契約における危険の分散は同一種類の危険にさらされた多数の経済単位が一定の割合に応じて醵出した財産で構成された財発を基礎とするものであり、そして、この各自が醵出する財産（保険料）は大数の法則により算出した危険率を各自の損害可能額に乗じて決定されるものであつて、この総額は具体的危険発生の場合に支払われる保険金の総額と等しいように計劃されたものである。したがつて事故発生の場合の保険金の支払いと保険料の払込とは互いに対価関係をなすものであつて、この対価関係は、保険の技術的基礎にもとづく不可欠の要素である。保険契約が有償契約であるといわれるのもこの理由にもとづくのである」[28]と述べられる。

しかし、このような「保険料総額」対「保険金総額」という考察は、経済的・技術的にはもとより正しいとしても、個々の保険契約の法律的視点から見た性質論とは相容れないように思われるのである。右の如く総額と総額との対価関係を捉えるとすれば、大数の法則により、保険者にとつて保険金支払も常に確定的な債務と化してしまうことを意味することになるのであつて、商法六二九条が明定する事故の偶然性もうしなわれる結果となろう。[29] このような「保険金支払」説の立場は、大森教授の指摘とは逆に、保険なる制度の経済的本質論を意味するのであつて、保険契約の法律形式――契約当事者の意思表示――から逸脱するものといわざるを得ない。

保険契約において相互交換的になされる意思表示は、契約者のなす保険料支払債務の引受と保険者のなす条件附保険金支払債務の引受とであつて、それらはまた相互に相手方にとつて約因を成している。ここにおいて、保険料支払債務引受という契約者の出捐に対する保険者の対価的出捐が条件附保険金支払債務引受であることは動かし難いことである。そして、こ

のような契約当事者の一方が確定的な債務引受という出捐をするのに対し相手方が条件附な債務引受を以て対価的出捐をなすのは、保険契約が射倖契約であることを意味する、いい方をかえれば、保険契約が射倖契約であることにもとづくものである。[30]

それゆえに、ここで検討すべき問題は、射倖契約の有償性の有無、また有償性を有するとすれば反対給付をいかにとらえるかである。法典上射倖契約の定義を明定するのはフランス民法であるが、契約の分類について定める規定のうち同一一〇四条は、

各当事者ガ、相手方ガ自己ニ与エ又ハ自己ノタメニ為ストコロノモノノ対価ト認メラルルモノヲ（相手方ニ）与エ又ハ為スベキコトヲ約スル場合ニハ、ソノ契約ハ実定契約トス。

対価（トシテ給付サルルモノ）ガ、各当事者ニツキ、不確定ノ出来事ニ従ツテ定マルトコロノ利益又ハ損失ノ機会ナル場合ニハ、ソノ契約ハ射倖契約トス。

と規定している。

この規定から、射倖契約・実定契約の区別は、有償契約を分類したものであるとされるのであるが、[31] 右の第二項の、射倖契約の条件は、l'equivalent consiste dans la chance なる命題を含んでいる。すなわち、「対価物は機会に存す」である。射倖契約は、いうまでもなく contrat aléatoire の訳語であるが、もともと alea なる語は「サイコロ勝負」の意味であり、更に「機会・僥倖・冒険」等を意味する。そして、ローマ法上、射倖契約における給付としてこの alea がとらえられている。

このような、射倖契約の一方当事者のなす機会の給付は、法律的に如何なる種類の利益としてとらえ得るものであろうか？　ここでは比較的数量的に考察し易いように、射倖契約の一つの例として係争中の金銭債権の譲渡を採り上げて見よう。[32]

今かりに、甲の乙に対する百万円の金銭債権の存否について甲乙間で訴訟上争われている場合に、判決以前に甲がその係争中の債権を第三者丙に確定的に譲渡し得たとする。この場合に、丙の支払う対価は、甲の勝訴の可能性に応じて八〇万円に定められたり五〇万円に定められたりするであろう。いずれにしろ、取引の正常な経過にしたがうとすれば、債権の額面金額がそのまま対価として支払われることはあり得ず、しかも経済的に合理的な対価としておのずから一定の価額が定まって来るべきものである。このことは、右の条件附債権譲渡行為において、その債権が譲渡の目的物なのではなくて、甲の有した百万円の金銭債権に関する訴訟の勝訴可能性——すなわち期待権が譲渡の目的物であることを意味している。丙の支払うべき八〇万円なり五〇万円なりは、まさに期待権の対価である。

先に見たように、射倖契約においては「機会」が給付されるのであるが、それは、不確定な出来事に依存している給付が、その給付としてではなく不確定な給付そのものとして——すなわち期待権として——一個の確定的給付をなしていることにほかならない。それゆえ、有償契約たる射倖契約における一方当事者の対価給付は期待権給付であるということになる。保険契約においても、保険者の給付するものは損害塡補の「機会」であり、それはすなわち期待権である。そして、危険負担とは保険者により損害塡補の機会が確定的に供与されることにほかならず、その実質は右に見た如く、保険金債権ではなくて、期待権であると信ずる。

(三) 保険契約が双務契約であることについては、現在ほとんど異説を見ないところである。[33]

双務契約とは、その契約の効果として相互に対価的な関係にある債務が両当事者について存するものをいうが、契約者の負う保険料債務に対して、保険者が契約上いかなる債務を負うかは問題である。

保険契約の有償性のメルクマールとして、保険料給付に対する反対給付として危険負担を認める学説のうち、有力な立場はその危険負担に債務性を認め、その危険負担債務と保険料債務との対立において保険契約に双務性を認める。[34] この立場で

は、保険者が危険負担をしていること、すなわち条件附保険金債務を負つていることを、その条件附債務を負う義務の履行の結果として考えるわけである。これに対して、わが国においては、大森教授の立場[35]が、保険法学界を風靡したといつてよいが、教授は、危険負担を義務の客体とみとめることは事実に則しない技巧的説明にすぎぬとされる。すなわち、「右の諸説は、論者自らもみとめるように甚だしく技巧的な説明であり、当事者の意志ならびに社会通念に反すること自ら明である。それは、契約により当事者がある債務（条件附）を負担するという単純な事実・または債権（条件附）を取得するという単純な事実を、――あたかも物権行為とその原因としての債権行為との区別の問題と同様に――、これに先ずる権利義務の実行の効果である、とことさら説明しようとするのである。[36]」

同教授の立場では、双務契約の要件と有償契約の要件とを峻別し、有償契約のメルクマールとしての保険者の給付は、前節で触れた如く、不確定な保険金支払義務負担（すなわち危険負担）であるとし、一方、双務契約のメルクマールとしての保険者の義務は、右の給付を為す義務ではなく（教授によれば、右の給付は契約成立によつて現実に提供されたものであり、義務として捉えることは出来ないものであるから）、右の給付がなされた結果発生したところの不確定な保険金支払義務にこれをもとめる。

保険者は危険負担債務なるものを負うのではなく、単に不確定な保険金支払債務を負うことにより直ちに危険負担をなすのであり、現実給付をなすのである、という立場に立てば、一応危険負担債務というような反対債務がないことになり、保険契約に双務性は認められなくなる。Haymann は必然的にこの結果に到達した。[37] しかるに大森教授は、「保険契約は如何なる意味においても双務契約でないと結論することは、保険契約の定義に関する商法第六二九条や第六七三条と、他の双務契約たる売買その他の契約の定義に関する諸規定との比較から見ても、直ちには承服し難い気がする」ということを契機として、契約の有償性と双務性の徴標的差異を吟味する。すなわち、「有償契約では対価的な出捐の対立が、双務契約では対価的な債務の対立がそれぞれ標準となる。しかし右のいわゆる対価的という語は、実は有償性と双務性とにおいて多少異る

意義を有している。有償性においては内容的な実質的な固有の対価関係（Entgeltlichkeit）を意味するのに反し、双務性においてはむしろ機能的な外形的な相関関係（Abhängigkeit）を意味するに過ぎない」とし、更に、「保険契約においては保険者が不確定の（または条件附の）保険金支払義務を負担し（危険負担）、そのことの対価として保険料が給付される。しかも保険料と危険負担とは当事者の意思により相互に原因関係に立たされ、単に事実上の並立ではなく、保険制度の目的より見てこの両者が経済的の対価物となつている。故にそれは有償契約である。またそのために（条件附の）保険金支払義務と保険料支払義務との債務は相関関係に立つている。しかも一方は無条件で他方は条件附または期限附だから、債務の客体自体の比較においては対価関係を見出しえないが、しかもそのことは双務契約たることの妨げとはならないといえる」[38]として、保険契約の双務性を保険料支払債務と保険金支払の（条件附）債務との間にみとめうる、とする。

たしかに、保険契約における両当事者の出捐は、商法六二九条の文言からも明らかなる如く、契約者の保険料支払債務引受と保険者の条件附保険金支払債務引受とである。すなわち、ここで対立的に捉えらるべきものは保険料債務と条件附保険金債務とであつて、危険負担債務説が保険料債務と条件附保険金債務を引受ける債務とを対立的に捉えていることは、余りに技巧的であるという非難は甘受せざるを得ないであろう。

しかしながら、保険契約においてこのように条件附債務と確定的債務とが契約の効果として対価的に存するのは、射倖契約の特質にもとづくものであるが、すでに見た如く条件附債権というものはそれ自体は期待権であつて決して債権ではなく、それに対応する条件附債務は、それを負つているということが期待権を創設したこと（すなわち危険負担給付をしていること）であつて、決して債務そのものではない。

危険負担に債務性を認めずして、保険契約の双務性を認めるとすれば、保険者の契約上の債務は「条件附保険金支払債務」であるといつても、その意味するところは事故発生後の保険金支払債務以外にないことになる。大森教授は、保険事故

発生を保険者の債務の履行期として捉えているが、[39] いうまでもなく、債務は履行期を境にして存在的徴標を異にするものではなく、保険事故発生により履行期が到来し保険者がその履行の責を負うものはまさに確定的な保険金債務であるから、右の立場では、保険事故発生前において履行期未到来の状態で存在するものは保険金債務そのものでなければならない。

けれども、保険者が契約の効果として負うものが保険金債務そのものであり、保険事故発生をその履行期であると考えることが誤りであることは、私には自明のことのように思われる。何となれば、保険事故が若し発生しなかった場合には、ついに履行期が到来しないまま保険期間が終ってしまうこととなり、保険者は契約上の債務の履行をしないで契約を終えてしまい、保険契約の有償性に反することになるからである。

たしかに、契約の有償性と双務性とでは、そのメルクマールの持つ意味合いが異るということは首肯し得るが、しかし、そのことはまた契約の目的たる給付の関係を異った視角から見るべきことを意味するのであって、有償契約であって且つ双務契約である一個の契約に二種の給付が内含されることを要するという意味ではむろんない。

契約の有償性と双務性とのメルクマールが異るということは、大森教授の表現を用いていえば、entgeltlich な出捐が当然に abhängig な債務であるということにはならないという意味においてであって、有償契約・双務契約のそれぞれの定義からして、契約の効果として生じた対立的な両債務の間に Entgeltlichkeit があれば、それは当然に Abhängigkeit をもつのである[40]（無償契約は必らず片務契約である）。このことから考えると、契約において対立的にある entgeltlich な出捐がともに契約上の債務であればそれらは Abhängigkeit を有し、その entgeltlich な出捐が契約上の債務でない場合に Abhängigkeit をもたないという意味になるのであって、結局問題は保険者の出捐たる危険負担の債務性に帰着し、またすべきものとなろう。

保険契約の成立に際して保険者のなす出捐は条件附保険金債務引受であるが、その法律的性質は期待権の創設という給付

である。それゆえ、右の期待権創設が何等の義務にもとづかぬ給付であると考えれば、その限りでは保険契約に双務性を認め得なくなる。私自身としては、いわゆる現物契約についても債権的意思表示の先行を認める立場に与するものであつて、義務にもとづかぬ契約（諾成契約）上の給付というものを考え難いのであるが、それにしても、法律上保険者が危険負担を為すべく義務づけられている状態があり得ないのであれば、危険負担に債務性を認める実益はないといえよう。

契約に双務性を認める実益は、民法の双務契約特有の規定の適用有無に存するものであるから、保険者のなす危険負担に債務性を認めるか否かは、結局機能的に考察せざるを得ないのではあるまいか。その場合、条件附債務は条件未成就の間は債務としては機能し得ないのであつて、条件附保険金債務は保険事故が発生しなければ債務としては機能し得ないのであるから、もし保険料債務と（条件附）保険金債務との間に双務性を認めるとすれば、危険団体を構成する多数の保険契約のうち、保険事故の発生したもののみにつき双務契約である結果を認めることになる。

民法の双務契約の規定は、一方の債務の不履行の場合に、双務的関連性ある反対当事者の債務の処置をめぐつて当事者間の衡平を図つているのであるが、保険料債務が保険事故発生後の保険金債務とのみ双務的関連性に立つと解すれば、保険金給付の方が常に必らず大きいのであるから、保険者にとつて一方的に苛酷である結果をもたらす。

民法五三三条の規定の適用を考えて見ても、保険料債務と（条件附）保険金債務とが双務的関連性に立つとすれば、右規定は保険事故発生後にのみ適用があることとなるが、保険料債務も保険金債務もともに確定的な金銭債務なのであるから、保険者の同時履行の抗弁は高々相殺によつて残高を支払う結果を意味するのであつて、[41] 同時履行抗弁の法理の目的とするところとは非常に異るものといわねばならない。

商法六二九条の規定から見ると、保険者の条件附保険金支払義務負担は、原則として契約成立によつて当然になされる。しかしながら、本来、期間につき無限定的な保険はあり得ず、現在の学説においては、保険契約の要素として保険期間を認

めるのが通説である。保険契約が成立し効力が発生しても、保険者の条件附保険金支払債務――危険負担――は約定された保険期間の到来までは開始しない。元来、契約の効力発生ということは当事者の意思表示に従いその効果が出て来ることであるが、保険契約の諾成契約性を前提とすれば、右に見たような効果から、当事者の効果意志の内容は一定の期日からの危険負担であると推論されることとなる。この、契約成立後保険期間開始までの期間、保険者は如何なる法律関係にあるのであろうか。

危険負担が義務にもとづかぬ給付としてなされるとする立場では、保険者には何等の義務もなく、したがってこの期間は片務的に過ごされると解されることとなる。[42] これに対して、右の立場のうちでも、大森教授は、「契約が成立した以上、保険者は責任開始のための要件（たとえば約定の保険期間の開始、保険料の支払）がみたされ、かつ保険事故が発生することをいわば条件とした保険金支払義務を負担するものと解すべきであつて、責任期間が始まるまでは何らの法的拘束を受けないと解することは妥当ではないと思う」[43] とされる。大森教授の考えによれば、結局、契約成立によつて保険者は保険金債務を負うが、それは一定期間中の事故発生という条件に係るものであることとなろう。しかし、この場合には、保険期間開始以前においては右の条件は確定的に不能である。ここでいう条件は、条件附法律行為におけるのと違つて法律行為の効力に影響を及ぼさないものであるとしても、確定的に不能な条件に係る義務に拘束されているということは言葉のあやでしかないように思われるのである。

私は、保険者は契約の成立によつて、約定された保険期間の開始を履行期とする危険負担義務を負うものと考える。そして、危険負担義務の履行には格別の履行行為を要しないが、それは危険負担義務の履行が期待権の創設であるということにもとづく特殊性であつて、しかもこの場合に義務の履行拒絶ということは可能であり、約款二条二項の如き特約が、まさにその履行拒絶の手段であると考える。

私は、保険契約を以て保険料債務と危険負担債務を対立的債務とする双務契約であるとし、約款二条二項の規定を同時履行抗弁権にもとづく危険負担債務の履行拒絶の手段として把握したいと考えるものであるが、通常の債務の履行の態様から見てかなり特殊的であることは否めず、右の考えはわが国においても夙に批判を浴びているところである。この点につき、章を改めて検討したいと思う。

(1) 園「保険学」二四九頁以下。
(2) Vgl. Hagemann, *Das Zustandkommen des Versicherungsvertrages*, S. 16.
(3) Hagemann, a. a. O.
(4) R. O. H. G., 1872, 2, 30. 大森前掲「構造」五七頁註五。
(5) Monette, Villé et André, *Traité des assurances terrestres*, 3e éd., t. 1, n° 41.
(6) Picard et Besson, *Les assurances terrestres en droit français*, n° 48 et suiv.
(7) フランスにおいては、約款四条が「保険契約は、当事者の署名によりて、完成せられる。会社はその時より契約上の責を負う。しかし、被保険者によつて適正に署名せられた一通の保険申込書及び第一回の保険料を領収した日の翌日の正午に保険の効力が発生する」と規定すること、さらに保険契約法七条一項が「保険契約ノ申込ハ保険契約者ヲモ、保険者ヲモ、拘束セズ、保険証券又ハ仮証書ニ依リテノミ相互ノ契約ヲ確認ス」と規定することから、諾成契約性の問題はむしろ、要式契約 (contrat solennel) 性との対比において論じられている。
(8) cf. Jones, *Fire Insurance Law*, 2d ed., p. 4; McGillivray, *On Insurance Law*, 4th ed., § 670.
(9) 通説である。
(10) 粟津「日本保険法論」二三四頁、三浦「保険法論」一一五頁参照。
(11) 大判昭八・三・八民集一二巻四号三四〇頁判民昭和八年度二八号。
(12) 石井「商法II」二七〇頁、伊沢「保険法」四六頁、野津「保険契約法論」六一頁、島谷「保険法海商法」二四頁、田中(誠)「保険法」一一二頁。
(13) 北沢「火災普通保険約款論」一六八頁註一参照。
(14) 通説。
(15) 園前掲一七頁。

(16) 伊沢前掲二頁。
(17) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 1103.
(18) 田中（誠）前掲一一一頁。Ehrenberg, *Versicherungsrecht*, S. 56.; J. V. Gierke, *Versicherungsvertrag*, S. 161 ff.
(19) 伊沢前掲四七頁、野津前掲五七頁以下。大森「保険法」八一頁。朝川「保険法」二七頁以下。Grieshaber, *Das Synallagma des Versicherungsvertrages*, S. 88（本書の閲覧に関しては、財団法人損害保険事業研究所志田文庫の御高配を得た。記して感謝の意を表する）。その他 Bruck, Gottschalk, Haymann, Möller, Schmidt-Rimpler 等の学説については、大森前掲「構造」七頁以下参照。Monette, Villé et André, op. cit., n° 42 et n° 45.
(20) 大森前掲「構造」三頁以下参照。
(21) Grieshaber, a. a. O., S. 91 ff. 大森前掲「構造」七頁以下参照。
(22) Oertmann, *Kommentar zum B. G. B.*, § 158, 5d. 大森前掲「構造」一四頁以下参照。
(23) 法学論叢第三二巻第二号、前掲「構造」一頁以下。
(24) 大森前掲「構造」三二頁以下。
(25) 田中（誠）前掲一一〇頁。
(26) 大森前掲「構造」二頁。通説である。
(27) 但し、保険契約の射倖契約性からすれば、保険事故が発生しなかった場合には、保険者は不当利得の原則にしたがって保険料を返還しなければならない、とすることは当を得ないこととなる。何となれば、実定契約と射倖契約との区別を認める実益は、そもそもその定義からして、射倖契約においては契約成立の時点において両給付相互の価値は比較され得ないのであるから、事故不発生の場合には契約者が一方的に保険料を支払うということが契約の効果であり、保険者は決して不当利得したことにならない点に存するからである。フランス民法上も、両者の区別の実益を、射倖契約については l'action en rescision pour lésion が許されない点にあるとされているのである——*Repertoire de droit civil*, t. I. n° 29; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., t. VI, n° 41.
(28) 田中（誠）前掲一一一頁。
(29) V. Picard et Besson, op. cit., n° 42-2°.
(30) 通説。
(31) Planiol et Ripert, op. cit., n° 40. フランスの学者は、保険契約の有償性はその射倖性に必然的に結びついている、とする——Picard et Besson, op. cit., n° 42-3°; Monette, Villé et André, op. cit., n° 42.
(32) 係争中の権利譲渡が射倖契約であることについては——*Repertoie*, n° 28.

(33) 但し、アメリカのテキストブックでは片務契約であると説いている——Greider and Beadles *Law and the Life Insurance Contract*, p. 26; McGill, *Legal Aspects of Life Insurance*, p. 20 アメリカ法上は、consideration の相互性をもつて双務契約 (bilateral contract) とするが、既述の如く、被保険者側の consideration は契約の成立以前に (before the contract goes into effect——McGill, op. cit., p. 21) 保険会社に対して与えられるので、契約上の consideration は一方的なものとなる。なお、V Monette, Villé et André, op. cit., n° 45

(34) 小町谷「海上保険法総論一」一〇五頁、Monette, Villé et André, op. cit., n° 45. Bruck, Gottschalk, Grieshaber, Möller, Oertmann, Schmidt-Rimpler, Staudinger 等の学説につき、大森前掲「構造」七頁以下参照。

(35) 「保険契約の双務契約性」法学論叢第三三巻第一号、大森前掲「構造」三九頁以下。

(36) 大森前掲「構造」一五頁以下。

(37) 同書四三頁註(1)参照。

(38) 同書四五頁以下。

(39) 同書五六頁、大森「保険法」八三頁註(二)。

(40) たとえば山中教授は、「双務契約における両債務の対価的牽連性は両債務の目的たる給付と反対給付の対価的牽連関係にもとづいて生ずるものというべきである」とされる——契約法大系Ⅰ六〇頁。

(41) 戸出・損害保険研究第二二巻第四号一五頁。

(42) 野津前掲六二頁。

(43) 大森「保険法」八三頁註(二)。

三

(一) 保険者の負う危険負担債務と契約者の保険料債務との間に双務的関連性を認めるという理解の仕方は、その危険負担なるものが条件附保険金支払債務の引受なのであるから、事実に則さぬ技巧的な説明であるという非難を当然受けなければならないとは思う。まして、法文上原則としてその危険負担債務が契約成立において直ちに履行されるということを認めるのであるから、尚更であろう。

しかし、わが火災保険普通保険約款は、その二条二項において、「保険期間が始まつた後でも、当会社は、保険料領収前に生じた損害を塡補しない」と規定して居り、各種の保険約款においてもほとんど例外なく同趣旨の規定を定めている[1]のであつて、実際上、わが国において現在存在する保険契約においては、契約成立後も保険料の領収があるまでは保険者の危険負担はなされていないと解せられる[2]のである。そして、そのような効果をもつものとしての右約款の規定の適法性を認めるにつき、保険者の危険負担に債務性を認めることの実益が存すると信ずる[3]。すなわち、約款二条二項の規定は、双務契約に関する民法五三三条「双務契約当事者ノ一方ハ相手方ヵ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得」の規定にその根拠を有するのである。

わが国において、右約款が民法の同時履行抗弁の原則のあらわれであるとする立場に立つのは、石田祐六氏である。すなわち氏は、「元来双務契約の一種たる保険契約に於ては、契約者は保険料支払の義務を負い、保険者は損害塡補の義務を負うことは当然である。然るに保険者は保険期間の開始と同時に損害塡補義務の履行を約し何時にても塡補の責に任ずる準備を整えているに反し、保険契約者が保険料の支払い又は提供をしない場合は、民法（五三三条）の同時履行抗弁の原則趣旨に基づき塡補義務の履行を拒み得るものと考える。約款には保険料の領収なき期間、保険者は塡補の責に任じないことを明示している[4]」とされる。

ただ、石田氏の立場では、右の論述からも明らかなる如く、契約者の保険料支払債務と同時履行的関係に立つものとして把えられているものは保険者の損害塡補義務――すなわち事故発生の場合の保険金支払債務であり、危険負担はすでになされている（「保険者は保険期間の開始と同時に損害塡補義務の履行を約し何時にても塡補の責に任ずる準備を整えている」）と解されるのであるが、同時履行抗弁権にもとづく履行の拒絶がいわゆる延期的拒絶であるのに対し、約款二条二項が塡補責任を排除している点、右条項が同時履行抗弁の原則と効果を異にしていることが問題となる[5]。民法五三三条にしたがえば、右の立場では、保

険者は契約者がその保険料支払債務の履行の提供をなすまで、保険金支払債務の履行拒絶が出来るに過ぎぬこととなるが、この様な結果の不当性はそもそも対価的関係にない保険料債務と保険金債務との間に双務性を認めることに起因するものと思われる。約款二条二項はいうまでもなく右の様な効果を意味するものではない。約款二条二項は明らかに損害塡補責任を免責するものであるが、これは、同時履行抗弁の原則にもとづき、保険者の危険負担義務の履行が延期的に拒絶されている結果、その拒絶されている間は現実に危険負担がなされて居らず、したがってその間に発生した損害については塡補責任がないことによるのである。

わが国の学説は、すでに述べたように危険負担に債務性を認めず、約款二条二項が同時履行抗弁の原則にもとづくと解することに対し、ほぼ一致して反対の立場をとり、これに批判を加えている。すなわち、通説的見解を代表する大森教授は、「近代保険にあつては、（保険料徴集の）確実を期するために、加入者からあらかじめ保険料を徴集していわば共同の基金を用意しておく方法によつている。そのためには保険契約をもつて保険料の支払を要件とする要物契約とすることも考えられるわけであるが、現代の各国法はこれを諾成契約としているから、各国の保険契約法や約款はとくに右のような規定を設けて、保険者の危険負担を保険料支払にかからしめているのである。要するにこの法則は右のような実質上の理由にもとづく特則であつて、これを双務契約の法理からの当然の帰結として説明することは不可能でありまた不必要である」[6]とされ、さらに鈴木辰紀氏は「この場合保険者は保険料の支払があるまで同時履行の抗弁に関する規定の適用により危険負担債務の履行を拒むことができ、その結果は保険料支払前に生じた保険事故につきこれが塡補責任を免れるという議論もあるにはある。だがしかし、もし論者が右の主張をもつて約款第二条第二項の保険者免責の理論的根拠なりとするならば、論者の主張とは逆に、保険者が保険料を収得すべき理由はなくなる。けだし危険負担債務説の下で保険者が塡補責任を免れるのは、保険料未払期間中保険者側の危険負担債務の履行が同時履行の抗弁に関する規定の適用により延期されると解する結果にほか

ならないからである」[7]とされる。

しかし、保険会社は契約者の保険料債務の履行をまつて、それによりはじめて保険をするのでなければ、近代的保険においてその制度目的が達せられないという所謂「保険料なければ保険なし」の原則こそが、保険料と保険（危険負担）との機能的相関性を意味しているのではないか。すなわち、いわゆる保険料前払主義なるものがその法律的な意味合いとしては、保険契約が保険料債務と危険負担債務との間において双務性を有し、しかも原則として保険者が直ちに危険負担債務を履行することから出て来るのではなかろうか。大森教授のごとくいうとすれば、すべての双務契約について、その経済制度（例えば売買という制度）の本質から同時履行抗弁の法理は演繹されて来るものであつて（そして、現代の売買約款にはほとんど例外なく同時履行の規定がおかれている）、民法五三三条の存在意義はなくなつてしまうであろう。

また、鈴木氏の主張は、私には誤解にもとづくもののように考えられる。何となれば、民法五三三条の法文から明らかなように、双務契約の当事者はその債務の履行の提供を為せば相手方の同時履行抗弁権を失わしめ得るのであつて、この場合に保険者はその危険負担債務の履行を要するものではない。約款二条二項においては、契約者が保険料を支払えば当然に保険者の危険負担債務は履行されるのであつて、保険者は契約成立（および保険期間の到来）によつて提供をなしているのである。危険負担債務説の立場では、斯く解するからこそ、保険料債務の不履行に際して、契約者を遅滞に附すことが出来るのである。（また、かりに保険者の危険負担債務の履行の提供がなかつたとしても、契約者が抗弁権を援用せずに保険料を支払つた場合、保険者は保険契約上の債権にもとづいてその保険料を収得出来、むしろ収得すべきであつて、決して「保険料を収得すべき理由はなくな」らない。）

さらに、約款二条二項を同時履行抗弁の原則にもとづくと解することに対する非難は、民法五三三条は当事者が抗弁権を行使してはじめて効果をもつものであり[8]、また、若し同時履行抗弁の原則にもとづくとすれば、約款二条二項がなくとも民

法の規定により同様の結果が生じ、右約款の存在理由がなくなるという点に存する。[9]

この点右約款が同時履行抗弁の原則にもとづく、あるいは右原則のあらわれである。とする説明は、いささか明確さを欠く憾みのあることは否めない。むしろ、約款二条二項は、民法五三三条にもとづく同時履行抗弁権を行使する手段であつて、保険契約も双務契約として民法五三三条の適用があり、右約款の有無にかかわらず当事者は同時履行の抗弁権を有するが、保険者の債務の目的たる危険負担が意思表示による期待権の創設であることの特殊性から、右約款規定を採用することによつてはじめて抗弁権を行使し得る、また行使しているものと解すべきであると思う。

(二) 保険契約をもつて、保険者の危険負担債務と契約者の保険料債務との間に対価的関連性を有する双務契約であるとし、約款二条二項を同時履行抗弁権にもとづく危険負担債務の履行の延期的拒絶であるとする私の理解では、保険料未払の間は保険者は危険負担という出捐をしていないこととなる。「みまき荘事件」の控訴審・上告審判決と、右の点は結論的に同一である。

右の判決に対する判例評釈において、私の触目の限りではほぼ一致して評者は判決に結論的に反対であるが、しかし約款二条二項に対する右の如き判決の理解についてはむしろ多数は賛成して居り、[10] この点に関して判決に反対されるのは、右約款を以て免責約款であるとする青谷氏のみであるといえる。青谷氏の立場は、「みまき荘事件」控訴審判決後大森教授が呈示された、[11] 約款二条二項の意味を判決とは異つて解釈することが可能か否かという問題提起に応ずるものであるが、最後にこの点について研究してみたい。

大森教授は、先ず約款規定の文言に着目される。すなわち、現行約款二条二項は「保険期間が始まつた後でも、当会社は、保険料領収前に生じた損害をてん補する責に任じない」と規定するが、一方昭和一六年の約款制定以前に各会社が採用していた約款は、第二条において「当会社ノ保険契約ノ責任ハ保険料ヲ領収シタル時ニ始マリ保険契約期間ノ最終日ノ午後

四時ヲ以テ終ルモノトス」と規定していた。教授は、前者の形式の約款を「損害不塡補条項」とよび、後者の形式のものを「責任開始条項」とよぶこととし、そして、「保険料の領収の有無と保険者の責任の問題との間に何らかの関係をもたせる約款規定には、おおよそ右のような二つの異つた型があるわけであるが、この両者は、その形式の差異にもかかわらず、実質的には全く同じ趣旨の規定と解すべきであろうか」[12]との疑問を呈示されるのである。

そして、「責任開始条項」の形式の約款が保険者の責任の始期を定めると解することには、規定の形式上からも疑問はないが、「損害不塡補条項」の場合においてはこれと異り、保険料払込前でも保険者の危険負担は開始するが、保険事故発生時に保険料の払込がない状態であれば保険者は免責される、という理論的構想が一般的に可能かどうかという点について、その可能性につき次の如く述べて居られる。すなわち、「船舶不堪航の場合などと考え合せると、保険料未領収という事実は、必ずしも保険者の責任開始を阻むものでなくて、単に保険者免責事由にすぎない、という構想も可能のように思える。けだし、いわゆる船舶不堪航の状態はもちろん船舶発航の当時を標準として問題となる事項であり、従つて、この場合の免責の事由は保険者の責任開始の当初から存在する状態といいうる。そうだとすれば、船舶不堪航の場合には、当初から爾後あらゆる瞬間において、事故が発生しても保険者は責を免れるという状態にあるものともいいうるはずである。それにもかかわらず、船舶不堪航という状態は保険者の責任の開始を制限する事由とは解されることなく、単に保険事故が発生しても保険者が免責される事由の一つとされている。このことを考えると、保険料未払の場合に保険者が責任を負わない、という法則も、必ずしも保険料支払あるまで責任が開始しない、という構想によつてのみ可能というわけでなく、責任開始の後でもそのような状態の下で事故が発生したときは保険者は免責される、という構想でこれを理解することも必ずしも不可能でないとも思われる。[13]」

おもうに、海上保険契約における船舶不堪航の場合の免責約款を含むいわゆる免責約款といわれるものは、そもそも保険

なる制度が特定種類の通常の危険を基礎として危険率を算定し、それを基にして個々の保険契約が締結されるものであることから、その危険率算定の基礎に組み入れられていない危険に因る損害を塡補するとすればそれは保険技術の範囲を逸脱し保険制度を破壊する、というところにその存在理由がある。それゆえ、戦争又は変乱等の通常ならざる危険は、法令あるいは特約により、保険契約の目的たる危険から除外せられていると考えてよい。そのことから考えて見ると、いわゆる免責約款においても、それら除外せられた危険については、保険者の責任が開始しないと見られるのである。そして、免責約款の下においては保険者の責任が開始しているといわなければならないのは、その約款の下においても通常の危険についてはもとより保険者は危険負担をしているということである。

海上保険における船舶不堪航の場合、あるいは火災保険における一定期間以上空家又は無人としてしかも所定の届出手続をしない場合等においては、これらの事情は保険料計算の基礎となつている通常の危険以上の危険をもたらす蓋然性を有しているのに反し、保険料の不払は危険あるいは危険の蓋然性との結びつきが全くない点において、両者は本質的に異つて把えらるべきものであろう。当該保険契約の目的とされて居り保険料率算定の基礎となつている通常の危険に因り事故が発生しても、それが保険料未払期間の場合には保険者は損害塡補責任を免れるということは、とりもなおさず保険者の契約上の責任が開始していないということを意味するものであると思う。それゆえ、保険料領収に関する「損害不塡補条項」と「責任開始条項」とは、その形式の差異にかかわらず同一の意義を有し、ともに、保険料の払込あるまで保険者において危険負担義務の履行を拒絶しているものと解すべきである。

(1) たとえば、傷害保険普通保険約款二条二項、信用保険普通保険約款二条二項、労働者災害補償責任保険普通保険約款三条二項、自動車保険普通保険約款一条、履行保証保険普通保険約款二条、硝子普通保険約款二条等。なお、右に挙げた事例のうち、前三者はその規定の形式が火災保険普通保険約款二条二項と同一であるが、後三者は「当会社ノ保険責任ハ保険料ヲ領収シタルトキニ始マリ」の形式である。この点については、本章(二)参照。

（2）通説。ただし本章（二）参照。
（3）Grieshaber, a. a. O., S. 17 ff.
（4）石田・損害保険実務講座五巻四一頁。
（5）この点は、約款二条二項が民法の同時履行抗弁の原則に基づくと解する立場に対する批判の一つとして挙げられている。たとえば、大森「火災保険普通保険約款第二条第二項について」損害保険事業研究所叢書二一集（講演）二二頁以下。
（6）大森前掲「構造」五六頁、同旨、青谷前掲評論五一号一〇頁、等。
（7）鈴木（辰）前掲六四〇頁。
（8）大森前掲「構造」五五頁。
（9）同書五三頁。
（10）「みまき荘事件」判決に対する判例評釈において、ほとんどすべての学者が判決に反対している点は、本件火災保険契約締結に際して保険者が契約者に対し保険料支払を三ヵ月猶予していることの意義についてである。この問題は、右特約締結の際の両当事者の意思解釈の問題であるが、上告審判決は、この点については原審において主張判断がなされて居らないとして、右猶予期間は会社は危険負担をしていたとする上告人の主張を排斥しているのである。

ただし、実体上の問題として考えるとすれば、右特約によって契約者の保険料債務の弁済期を延長したものであるとすると、約款二条二項はその期間存在根拠をうしなう（民法五三三条但書）。それゆえ、その期間は保険者は危険負担をしていることになる（石田「火災保険の研究」二六頁）。戸出正夫氏によれば、右の如き特約は実務上「責任持ち」と称ばれ、約款二条二項排除の意思表示であるとのことであり、さらに鈴木（辰）氏によれば、従来実務界においては、保険会社が右の如き特約をした場合会社は約款二条二項の存在にもかかわらず右特約期間中に生じた火災損害を填補してきたとのことであるが、右事実が主張立証されれば判決結論に影響を及ぼし得たかも知れない。

しかし、支払猶予の特約を右の意味に解さないと全く無意味となると断定することはいささか早計の感がある。何となれば、右特約は、会社が猶予期間中は催告・請求をなさず、あるいは履行遅滞の効果たる解除権の行使・損害賠償請求等をなさないという趣旨の特約とも解し得るからである。単に、一般的な保険料支払猶予の特約がなされた場合、その当事者の意思解釈は制度の目的から見て合理的なものとして判断すべきが原則であろう。保険会社が保険料未収契約につき責任を負うことは保険制度を破壊に導くものであり（それゆえ、大蔵省の業務規則はこれを禁じている）、また猶予期間の経過後も依然として保険料の払込がないと保険者の責任は中断することとなり、法律的にも技術的にも非常に複雑な問題を生起する虞れがある。
（11）大森前掲「解釈について」二〇六頁以下。
（12）同書二〇七頁。
（13）同書二二七頁以下。