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

Title	射倖契約と条件の法理 : 損害保険契約法論のために
Sub Title	Aleatory contract and conditions
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.3 (1970. 3) ,p.189- 215
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	永沢・ 前原・ 島谷教授退職記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19700315-0189

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.

射倖契約と条件の法理

——損害保険契約法論のために——

倉沢康一郎

一　問題設定
二　射倖契約の意義
　——特に旧民法の規定について
三　射倖契約の alea と条件附行為の alea
四　射倖契約と条件の法理
五　被保険利益と射倖契約法理
　——結語に代えて

一

損害保険契約の法的構造の解明、なかんずく両当事者の約束する給付の内容、その対価的牽連性の解明は、契約の成立・効果の決定についてのキイ・ポイントをなすものである。その場合に、損害保険契約が他の一般の債権契約に対して有する特殊性は、一面からいえば、損害保険制度のもつ特殊性——他の経済制度とは異なるところの団体的・技術的性質——との

関連において検討されねばならないものであることはいうまでもないが、契約それ自体に内在する本質的な特殊性の最も重要なもののひとつは、その射倖契約性であるといえる。

かつて私は、保険契約者の約束する保険料給付に対し保険者が約束する給付を保険金支払にもとめる立場[1]に反対して、保険料給付と保険金給付とは契約上の対価関係にはなく、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り、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もつて対価的出捐をなすのは、損害保険契約が射倖契約であることを意味する、と述べた[2]。そして、損害保険契約の目的たる被保険利益は保険の目的（物）からはまつたく独立のものであり、保険の目的物は危険の特定のための目的であるに過ぎず、損害保険契約においてこのように二つの独立の目的が要素となるのは、その射倖契約たる性質に由来するものであつて、決して損害保険契約にのみ固有の特質であるものではないことを主張した[3]。

損害保険契約の射倖契約性については、すでに大森忠夫教授によるすぐれた研究をわれわれは有している[4]。教授は先ず、射倖契約という概念を用いる場合にいわゆる射倖なる形容詞が、倫理的、社会的ないしは法的な価値批判的観察とは無関係な概念であり、ある契約の内容や法的効果すなわちその契約の法的形態ないしは構造そのものを客観的に観察する場合に、その契約が他の契約に対して有するある特殊性を表現するために用いられる概念であることを明らかにされる[5]。そして、「射倖契約とは各当事者が契約にもとづいてなす具体的な給付相互間の均衡関係が（また従つて、いずれの当事者がその不均衡による利益を得、または損失を蒙るか、およびその程度如何が）、契約当時には不確定な偶然の事実に懸つている契約である、というように約言することができる」ものとされ、「保険契約においては、当事者としての契約者と保険者とがなす具体的な給付と反対給付、すなわち保険料と保険金とは、その双方または少くともその一方が、支払われるか否かまたは少くとも支払

われる額如何が偶然の事実によつて左右され、従つて双方の具体的な給付間の均衡関係が偶然の事実によつて左右されるのであつて、（中略）従つて保険契約は射倖契約の一種に属するものといわねばならない[6]」（傍点原著者）ものとされる。

そして、射倖契約の一典型である賭博と保険の制度的差異は、当事者の主観的目的（契約法的にいえば動機）において、不労利得の獲得そのことが目的とされているか否かにもとづくものであつて、さらに、賭博契約が原則としてその不法性のために無効とされるのに対し、同じ射倖契約に属する保険契約が有効とされることの根拠は、商法上、被保険利益を有する場合にかぎつて被保険者となることができ（六三〇条参照）、また事故発生により受ける保険金は被保険利益につき生じた損害の額を超ゆることをえないとする原則（六三一条以下）がみとめられ、「加入者の全財産関係について見れば積極的不労利得を生ずる可能性そのものが存在しえないような立法的処置がとられているわけであり」、「このような事情により、一般的にいつて加入者側に不労利得獲得の目的・動機の介在の余地がないと推認される」（傍点原著者）ことによるものとされる[7]。

ここでは、被保険利益は、「当事者の行為目的・動機の如何が、他の契約におけるそれとは異なり、契約の有効性の問題と関連してとくに重要な意味をもつ」ところの射倖契約たる保険契約において、その適法性のメルクマールとして用いられているだけである。そして、大森教授の立場では、被保険利益をもつて損害保険契約の内在的・本質的要素とはされておられないのであるから、結局、被保険利益は、右の機能を果たすことにより要件としてのその役割を費消してしまうこととなる――「損害保険契約において被保険利益の存在が要求されているのは、保険契約が賭博とは異なり不法性を帯びないための根拠としての『動機の不法性なきこと』を裏づけるためのいわば消極的な要件としてである[8]」。

私は、かつて「被保険利益の契約法的機能[9]」を検討するにあたり、損害保険契約の目的を特定し、したがつて損害保険契約そのものを特定するための要件として被保険利益をとらえた。このような私の立場からすれば、被保険利益の存否は、違法な射倖契約から適法な射倖契約を区別するための要件にとどまるものではなくして、適法な射倖契約の中において、損害

保険契約を他の適法な射倖契約から区別するための要件としても機能すべき事柄であることとなる。

射倖契約の特質は、後に見るように、契約の要素としての alea の存在にある。射倖契約をきわめて特殊化して考え、ほとんど賭博契約と同義的にとらえれば、損害保険契約の射倖契約性として問題になるのは、その適法性が主たる点であることになるが、しかし、alea の内容はきわめて多様であり、しかも種々の行為の中にかなり普遍的に存在しうるものであつて、適法な射倖契約であるとしただけでは損害保険契約を特定したことにはならない。本稿では、条件附行為および双務契約における危険負担の場合の alea と射倖契約の場合との対比から、射倖契約たる損害保険契約の法理を検討してみたいとおもう。

（1）Ehrenberg, *Versicherungsrecht*, Bd. I, 1893, S. 56, Note 9; Ritter, *Das Recht der Seeversicherung*, Bd. I, 1922, S. 14 ff.; 田中誠「新版保険法」（昭三六）一一〇頁、等。

（2）倉沢「火災保険普通保険約款二条二項の意義について」法学研究三六巻七号六三頁以下。

（3）倉沢「被保険利益の契約法的機能」法学研究三八巻九号七三頁以下。

（4）大森「保険契約の射倖契約性」保険契約の法的構造（昭三六）一二二頁以下。

（5）同一二四頁以下。

（6）同一三三頁。

（7）同一五七頁。

（8）同一五八頁。

（9）倉沢・前掲法学研究三八巻九号五四頁以下。

二

射倖契約なる概念がわが国に登場して来るのは、旧民法においてであるが、もとよりこれは contrat aléatoire の訳語である。これは「即萬一ニ僥倖ヲ射ント要スルノ義」[1]という意味において採られたものであるが、旧民法の定義あるいはそれ

に対するボアソナードの説明（後述）をうけて、偶成ないしは偶生契約という訳語も存在した。また、旧民法の母法たるフランス法上は、射倖契約の反対概念は実定契約（contrat commutatif）であるのに対し、ボアソナードはこれを排して確実契約（contrat ferme）としたので、そのことから contrat aléatoire を「不確実契約」と訳した場合もある。(2)

わが国における射倖契約の定義については、これを大きく二つのグループに分けることができる。すなわち、一つは当事者の一方または双方のなすべき給付あるいは出捐の偶然性をいうものであり（例えば、「当事者ノ一方又ハ双方カ実際上出捐スヘキヤ否ヤ及ヒ其範囲カ不確実ナル偶然ノ事実ニ繋ル契約ヲ謂フ」(3)あるいは「当事者ノ一方又ハ双方ノ為スベキ給付ガ偶然ナル事情ニ因リテ決定スベキモノヲ云フ」(4)(5)等）、他は当事者の取得する損益の偶然性をいうものである（例えば、「双方授受スル利益ノ額カ始メヨリ一定セス未必事変ノ生否ニ依リ各々ノ為ニ或ハ利得ト為リ或ハ損失ト為ルヘキ契約ヲ云フ」(6)(7)等）。そして、これらの二つは、結局はいずれも同一の事実を異なる方面から表現したものにほかならないものといわれる。すなわち、前者は「契約当事者の権利（義務）内容の不確定性の方面から説明」し、後者は「両当事者のなす具体的給付相互間の均衡関係（いずれが利益を受けるか、またその程度如何）の不確定性の方面から説明」しているとされるわけである。(8)

債権契約における当事者の出捐は、相互に特定の給付義務を負担することによってなされるものであり、かつそれがまた相互に約因をなしている。そこで、これら相互的な二つの出捐の間の数額的な差を損益と称ぶものとすれば、出捐の不確定性の結果が損益の不確定性であるということはいえよう。(9)(10)ただし、出捐あるいはその内容たる給付義務は、各当事者においてそれぞれ目的意思および手段意思として効果意思の内容をなしているが、その不確定性ということと、契約の結果として生じた当事者相互の利益の間の数額的な差の不確定性とは、本来は異なる事柄である。出捐の不確定性は、各当事者につき契約の効果として生ずる給付義務そのものを問題とするものであるが、損益はこの場合には両当事者の出捐の関係を問題とするものであるから、両当事者の出捐の不確定性がその内容と契機とにおいて同一のものであれば、両出捐の関係はかえつ

て一定性を有することがありうる。例えば、両当事者の対価的出捐の成否が同一の偶然な事実により停止されている場合には、その事実が生じたときには対価的出捐がなされ、その事実が生じないときには両者ともに出捐をしないのであるから、差額は常にゼロで一定である。われわれはこの例を条件附契約において見る。すなわち、条件附契約においては、契約の効果たる出捐は不確定であるが、人はこの場合に損益の不確定性を問題とすることはないのである。

射倖契約を定義づける場合に、当事者の出捐ないしは給付の不確定性を以てするならば、そこでは条件附契約との区別が問題とされなければならない。特に、古い学説は損害保険契約を条件附契約と解しており、また、わが国において射倖契約の定義づけの基礎となつている旧民法の規定が、必らずしもその間の区別を明確にしていない事情があるので、検討の要があるといわなければならない。

フランスの古い学説は、二つの意味において損害保険契約を条件附契約としていた。すなわち、第一に、保険の目的物が危険に置かれなければならず、危険の消滅は契約の無効をもたらすという意味においてであり、第二に、保険者の債務が約定損害の発生に従うという意味においてである。[11] このうち、第一の意味において条件といわれているものは、契約の本質的要素をいうものであつて、ここにいう条件ではない。[12] フランス民法典一一〇八条は、契約の有効要件たる本質的要素を条件と称んでいるが、ここで問題としているのはそれと異なり、一一六八条のいう条件すなわち債務の発生が将来のかつ不確定な出来事にかからしめられていることをいうのである。

第二の意味においては、保険者の保険金支払義務の具体的な発生が損害発生を条件としているとはいえる。ことにフランス民法典一一六八条においては、「債務が条件附である」という文言を採つているため、双務契約から生ずる債務のそれぞれにつき、個別的に条件が問題となるものとすれば、保険者の債務を停止条件附債務と称ぶことは、それ自体あやまりであるということにはならないであろう。この意味では、現在においても条件附という言葉が用いられている。[13] しかし、条件附

というのは、法律行為の様式（modalité des actes juridiques）を意味するのが本来であり、[14] 債務そのものの様式ではない。したがつて、正しい用語法のもとでは、条件附であるか否かが問題とされなければならないのは損害保険契約であつて、保険者の債務ではないのである。そして、損害保険契約は両当事者の合意と同時に成立し効果を生じているものとみなければ、契約者の保険料債務の根拠がないことになる。[15] 保険者もまた、損害が発生した場合にその塡補をなす債務を負担しているのであつて、損害の発生という偶然の事実は、その債務の具体化を確定するが、決して契約の効果を決定するものではないのである。

ただ、ここで確認して置かれなければならないことは、保険者の具体的な保険金支払義務負担を契約の効果とみるかぎり、その発生は偶然の事実にかからしめられている――その意味で停止条件附である――ことである。それゆえ、損害保険契約を以て、特に当事者が条件づけないかぎり、無条件の双務契約であるとするならば、契約の効果として保険者のもとに生ずる債務は、具体的な保険金支払義務以外のものにもとめられなければならない。

わが旧民法においては、射倖契約の定義は二ヶ所において規定されているが、いずれも条件附契約との区別を明確化してはいない。すなわち、財産編三〇一条は、

合意ニハ実定ノモノ有リ射倖ノモノ有リ合意ノ成立及ヒ効力カ合意ノ当初ヨリ確実ナルトキハ其合意ハ実定ノモノナリ
合意ノ成立又ハ其効力ノ全部若クハ一分カ偶然ノ事ニ繫ルトキハ其合意ハ射倖ノモノナリ

と規定し、一方財産取得編一五七条は、

射倖契約トハ当事者ノ双方若クハ一方ノ損益ニ付キ其効力カ将来ノ不確定ナル事件ニ繫ル合意ヲ謂フ

とし、さらに同一五八条は、

射倖契約ニハ其性質ニ因ルモノ有リ当事者ノ意思ニ因ルモノ有リ

博戯、賭事、終身年金権其他終身権利ノ設定、陸上、海上ノ保険及ヒ冒険貸借ハ性質ニ因ル射倖ノモノナリ
此他成立又ハ効力ヲ停止又ハ解除ノ偶成ノ条件ニ繫ラシムル契約ハ当事者ノ意思ニ因ル射倖ノモノナリ

としている。

そして、ボアソナードは理由書において、財産編三〇一条につき次のように説明している。「この規定は、外国法典がしばしば実定契約・射倖契約の名のもとに定めているものである。日本法は、実定（commutatif）という名を確実（ferme）という名により置き換える。確実という語は固定的・確固としたということを意味し、偶然性にしたがつて脆い不確実であるものに対し反対の形式を意味する。この規定の中には、その性質上当然に射倖的であるものと、当事者がその契約に射倖的性格を有意的に与えたがゆえにのみ射倖的であるものとがある。（中略）他の合意はその性質上確実であるが、しかし当事者はその合意に、その存在についてであれ、その効果の全部または一部についてであれ、それを偶然にかからしめることにより、射倖的性格を付与することができる。それゆえ、合意あるいは合意から生ずる債務が、停止条件であれ解除条件であれ、条件にしたがうときには、その合意は射倖的性格をとる。そして、それは、条件が純粋に偶発的ないしは不測のものである場合ばかりではなくて、債権者の意思が債務者にとつてまつたく偶発事であるかぎり、条件が債権者の意思にかかるものである場合もそうである。したがつて、手附金給付（dation d'arrhes）をともなう合意は、合意の一方当事者あるいは双方に、合意を抛棄して手附金あるいはその二倍の返還の損失をとることを可能とするものであるが、それは射倖的性格を有するものである。試味売買（vente à l'essai）すなわち売買を承認する前に試食することが慣行となつている物の売買についても同様である。然しながら、慣行上は、性質上射倖的である合意以外のものに対し射倖契約と名づけることはほとんどない。」[16]

そして、財産取得編一五八条については、草案理由書において、「その性質により射倖的である契約と、当事者がそれにしたがわしめる条件の附加によつてのみ射倖的である契約との間において法律がなしている区別は、ほとんど理論的利益し

かもたないが、（中略）条件の附加は、その存在についてと同様にその効果についても、契約に射倖性を付与しうる。一方、その性質による射倖契約は、その効果についてのみ射倖的である」[17]と説明している。

また、ボアソナードは旧民法草案の講義として、明治一四年一一月一八日に財産編三二二条（旧民法財産編三〇一条に相当）を説明し、「爰ニ一奇事アリ即チ確定ノ契約ニテモ双方ノ意思ヲ以テ其成立又ハ効果ニ偶生ノ性質ヲ附スル事ヲ得ル是ナリ（中略）又総テ契約ハ之レニ条件ヲ附スル事ヲ得可シ而シテ其条件ニハ二箇ノ別アリ若シ条件カ未必ノ事ニ関シ而シテ其事ノ生スルマテ契約カ停止セラルルトキハ之ヲ停止ノ条件ト云フ又契約ノ解除ニ関スル条件ヲ附スル事アリ例ヘハ甲者アリ其家屋ヲ乙者ニ売ル事ヲ約セリ而ルニ甲ハ此契約ニ一ノ条件ヲ附シテ曰ク予ハ近日長崎ニ転住セントス是レ予カ家屋ヲ売ル所以ナリ故ニ若シ家屋引渡ノ期ニ至リ長崎ヘ転住スルヲ止ムルトキハ家屋売払ノ約ヲ解除スヘシト此条件ヲ解除ノ条件ト云フ此売買契約ニ於テハ契約ノ成立カ偶生ノ事ニ属スルモノナリ又契約ニ其成立ハ確定ニシテ其効果カ偶生ノ事ニ属スルモノアリ甲者カ乙者ニ金千円ニテ家屋ヲ売ルノ契約ヲ為シタルニ甲者ハ近日東京府カ其家屋ノ近傍ニ新道ヲ開設スルトノ風説ヲ聞キタルニ因リ若シ果シテ新道開設ノ事アレハ家屋ノ価格ハ増加スヘキヲ以テ千円ノ外尚ホ二百円ヲ受取ルヘキ条件ヲ附セリトス此売買契約ノ如キハ即チ其成立ハ確定ナレドモ其効果ハ未必ノ事ニ属スルナリ」[18]と述べている。

旧民法の参考書の中でも、例えば磯部四郎博士は「総テノ契約ハ皆射倖タラシムルコトヲ得ルモノト云ハザルヲ得ザンバナリ。例ヘバ特定物ノ売買契約ノ如キハ、実定契約中ノ最モ実定ナルモノナリト雖モ当事者ニ於テ斯々ノ事件、他日成就スルトキハ、此売買契約ヲ決行スベシト云フガ如キ条件ヲ附スルトキハ、其契約ハ、即射倖タルモノトス」[19]とする。なお、富井政章博士は、「一般ノ契約ハ通常実定契約ナリト雖モ契約者ニ於テ之ヲ射倖契約ト為ス事自由ナリトス」としながら、例としては未来の収獲の確定代金による売買を挙げられる[20]。

射倖契約と条件附契約が、それぞれ効果を異にすることから、ボアソナードの概念の混同を指摘することは容易ではあろ

う。しかし、これら旧民法の規定あるいはそれについての説明の中で、次の二点には注目する必要があるものと私は考える。すなわち、第一に、当事者の出捐ないしは給付の不確定性という定義によつては、条件附契約との区別がなされておらず、したがつて定義としては不充分であることであり、第二に、ボアソナードは成立の射倖性と効果の射倖性とを区別して説明しているが、その表現の当否は後に検討するものとしても、そこにいわゆる効果の射倖性ということにより、射倖契約が把握されていることである。そして、このような観点から、条件附契約と射倖契約の差異を再検討する必要性と実益とが存する。なぜなら、射倖契約において当事者の出捐ないしは給付を不確定ならしめている当事者の意思と、契約を条件づける当事者の意思との差異を明確化することにより、射倖契約の意義が明確化されて、さらに射倖契約の効力についてほとんど規定の存在しない（終身定期金契約に関する数ケ条のみである）わが民法のもとにおいて、条件附法律行為の効力についての規定および理論のどの部分が応用されあるいはされないかが明確化されうるからである。

（1）磯部＝服部「民法辞解」（明二七）七五一頁。
（2）例えば、加太他訳「ボワソナード氏起稿民法草案」、同「同講義」では「偶生契約」、元老院蔵「民法応用字解」（明二一）では「不確実契約」である。
（3）岡村「債権法各論」（昭四）一一頁。
（4）鳩山「増訂日本債権法各論」上巻（昭一〇）一二頁（註一）。
（5）末広「債権各論」（大七）二九頁、勝本「債権法概論（各論）」（昭三〇）二六頁、末川「契約法」上（昭三四）一五頁、山下「民事法学辞典」上巻（昭三五）八五四頁。
（6）富井「民法論綱人権之部」上巻（明二三）七二頁。
（7）磯部＝服部・前掲七五一頁、神戸「契約総則」（大四）一七一頁、我妻「法律学辞典」II（昭一〇）一二一一頁。
（8）大森・前掲一二八頁。
（9）同一三五頁、Kahn, *La notion de l'alea dans les contrats*, 1924, n° 72.
（10）Kahn, *ibid.*—"on pourra dire alors que l'un gagne ce que l'autre perd."

(11) Émérigon, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, 1829, chap. XIII, sect. XI.
(12) Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance—Sa nature juridique*, 1932, n° 162.
(13) Hubrecht, *Notions essentielles de droit civil*. 7e éd.. 1967, chap. III, sect. II.—"tandis que la dette d'une compagnie d'assurances sur la vie est affectée d'un terme, celle d'une compagnie d'assurances contre l'incendie est assortie d'une condition...."
(14) Paris Le Clerc, *op. cit.*, n° 159.
(15) *Ibid.*, n° 163.
(16) Boissonade, *Code Civil de l'empire du Japon*, t. II, 1891, Art. 301.
(17) Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, t III, nouvelle éd., 1891, n° 496.
(18) ボワソナード氏起稿・加太他訳「民法草案財産編講義」人権之部四八頁以下。
(19) 磯部＝服部・前掲七五二頁以下。
(20) 富井・前掲七四頁。

三

契約は申込および承諾という相対立する複数の意思表示の合致により成立する。射倖契約も条件附契約も、それが検討の対象としての存在を有するのは成立によつてである。旧民法財産編三〇一条は、合意の成立が合意の時から確実であるか否かということを以て、実定性と射倖性の区別の基準の一つとして居り、また同財産取得編一五八条三項は、成立を条件にかからしめる契約を射倖契約の一つとしているが、もし約定の偶然事件の発生により契約が成立するものとすれば、そこではあらかじめの合意とはまつたく別個の、新たな意思表示の合致が存在すべきこととなる。この場合、事実上新たに意思表示がなされそれが合致するならば、それは問題を異にする。あらかじめの契約が、約定の偶然事件の発生により契約を成立せしめるべき債務を当事者に課するものに過ぎないならば、それはいわゆる予約であつて、しかもその場合にも予約は合意の時から成立していたのである。事実上新たに意思表示がなされないにもかかわらず、約定の偶然事件の発生により意思表示

の合致を構想するとすれば、それは意思表示そのものが条件づけられうることを認めなければならない。しかし、意思表示は法律行為の要素たる事実であつて、それ自体が法律要件であるのではない。したがつて、そのような事実を停止せしめるといつても、それは事実上意思表示がなされていないということを意味するだけであり、したがつて約定の偶然事件のときに意思表示がはじめてなされたことを意味し、その場合にはあらかじめの合意というものが存在しないこととなる。

旧民法は条件について財産編四〇八条に次のような規定を置いている。

当事者又ハ法律カ義務ノ発生又ハ消滅ヲ未来且不確定ノ事件ノ有無ニ繫ラシムルトキハ其義務ハ条件附ナリ此条件ハ第一ノ場合ニ於テハ停止ニシテ第二ノ場合ニ於テハ解除ナリ

物権モ亦主タルト従タルトヲ問ハス之ヲ停止又ハ解除ノ条件ニ繫ラシムルヲ得

この規定の文言の上では、条件附という語は義務を修飾するものとして用いられているが、その意味するところは、義務の発生又は消滅すなわち契約の効果がかからしめられていることである。磯部博士も、「条件附ノ義務」という語を註釈して、「此語ハ、合意ニ付テ専ラ用フル所ノ語ニシテ、未来ニ或ル事件ノ果シテ生ジタルトキハ、義務ヲ生ジテ之ヲ履行セシムベキ効力ヲ生ジ、又ハ合意ヲ解除スベキ効力ヲ生ズルコトヲ合意上ニ約シ置キタルヲ云フ」[1]と述べておられる。

射倖の合意ないしは射倖契約の規定およびその説明においては、前述のようにボアソナード自身も註釈者もあきらかに契約の成立が偶然の事件にかからしめられることをいつている。これに対し、ボアソナードの明治一五年九月一五日の講義では、財産編四二八条（同四〇八条に相当）につき、「未必ノ条件アル義務トハ其発生及ヒ解除ノ未来且未定ノ事ニ関スルモノヲ云フ即チ約束ノ時ニ於テ義務成立セスト雖モ後ニ条件ノ到来ニ因テ之ヲ生シ又約束ノ時義務成立シ後ニ条件ノ到来ニ因テ解除スルヲ云フ（中略）甲裁判官乙者ニ約シテ曰ク余若シ長崎ニ赴任スルアレハ東京ニ在ル余カ家屋ハ最早用ナキヲ以テ爾ニ売却スト之ヲ停止ノ条件ト云フ此場合ニ於テハ契約ハ充分成立スト雖モ唯々条件ノ到来ヲ待ツノミ是レ停止ノ名目ノ由テ来

リシ処ナリ」[2]（傍点倉沢）と述べている。これによつて見れば、ボアソナードが成立を問題としているのは、契約の効果たる義務についてである。

むしろ問題となるのは、ボアソナードは成立と並べて効果が偶然の事実にしたがう場合のあることを特に述べていることである。もし、成立の偶然性ということが契約の効果たる義務についてのものであるとすれば、そのほかに効果の偶然性というのは如何なることを意味するかの点である。この点につきボアソナードが述べていることは、当事者の意思による条件の附加はその存在についてと同様にその効果についても契約に射倖性を付与しうるのに対し、その性質による射倖契約はその効果についてのみ射倖的であること[3]、および、契約の成立は確定しているのにその効果が偶然の事実にしたがうものの例として、新道開設を条件として増価が約されている家屋の売買を挙げていることである[4]。

条件附法律行為とは、その効力の発生または消滅が将来の成否不確定の事実にかからしめられているものをいうものとされている。法律行為の効力が発生することにより目的たる効果が生じ、効力が消滅することにより生じていた効果が失わしめられる。その行為が双務契約である場合には、契約の目的は相互に対価的な債務を負担することであるから、効果の生否ということは契約上の債務の成否ということを意味する。そこで、もしボアソナードが契約上の債務の成否を成立の偶然性と称んでいるものとすれば、それとは別に効果の偶然性と称んでいるものは何を意味するのであろうか。

先ず、旧民法においてその性質上射倖契約とされているものは、博戯・賭事・終身年金権その他終身権利の設定・陸上ならびに海上保険・冒険貸借である。これらの契約において偶然性を有するものは、博戯・賭事においては賞金給付義務の発生および内容、終身年金権その他終身権利の設定においては年金その他設定された権利に対応する給付義務の消滅、保険においては保険金給付義務の発生および内容、冒険貸借においては元金返還ならびに利息給付義務の消滅である。そして、これらの給付義務がそれぞれ契約の効果として生ずるものであるならば、契約の効果の偶然性ということは可能である。しか

しながら、それぞれの契約が有償の双務契約である場合には、契約の効力により生じあるいは消滅する効果は、契約の両当事者につき相互に対価的な債務であるべきであるのに対し、この場合、賭金・元本・保険料の各債務は確定的に発生している。しかも、契約の効果というものは、各当事者につき同一のものであり、異なるということあるいは効果の一部が一方当事者において発生し他の部分が他方の当事者において発生するなどということはありえない。何となれば、両当事者それぞれの効果意思の内容と契約の内容との三者はまつたく同一のものであつて、ただ各当事者においては手段意思と目的意思とが相互に反対になるだけだからである。(5) 例えば売買契約において、かりに売主の効果意思の内容が目的物の給付義務負担ということのみから成り、いくらの代金で売るかということを含まないならば、その意思表示を以てしてはそもそも売買契約が有効に成立するということはありえないものである。したがつて、これを効果の偶然性と称んだとしても、その真に意味するところは、契約の効果そのものの偶然性ではなくして、契約の効果として生ずる一方当事者の具体的債務の発生の偶然性ということである。

次に、新道開設を条件として増価が約されている家屋の売買の場合はどうか。この場合、設例において一〇〇〇円を代価として当該家屋の売買がすでに約されているものとされているのであるから、これもまた契約の効果たる売主の家屋引渡債務は確定的に発生している例であり、買主の増価代金債務の具体的な発生が偶然の事実にしたがうだけである。

ところで、双務契約において、一方当事者の具体的債務の発生が偶然の事実にしたがうということは、両当事者の効果意思の内容としてそのことが表示されているからである。そこで、具体的債務の負担という出捐を主たる効果意思としてとらえるならば、そこにはその発生を偶然の事実にかからしめるとする従たる効果意思あるいは附款の定めがあることになり、この法的構造は条件附法律行為の場合と酷似する。ただ両者の差異は、その附款の内容の相異に帰せしめられるべきこととなろう。

条件附行為の附款は、法律行為の効力の発生または消滅を将来の成否不確定の事実にかからしめることを内容とするものであるが、射倖契約の場合には、その行為の効力の発生に関する附款ではありえず、それは当事者の出捐の内容に関するものでなければならない。すなわち、契約の効力の発生により確定的になされる出捐の内容が、偶然の事実を停止条件とする債務の負担ということである。これは、条件が成就する以前すなわち具体的な債務負担が未必である状態において、すでに対価的な出捐がなされていることを意味する。この出捐が contrat aléatoire の語源である alea としてとらえられるものであるが、[6] 私はこの性質を期待権給付と考えている。[7]

ところで、停止条件附法律行為の効力は条件成就のときまで停止しており、したがつてその行為の効果として生ずべき権利は条件成就以前にはまだ存在していないが、すでに当事者の意思から独立した存在であつて、期待権として法的保護の客体である。[8] したがつて、停止条件附法律行為は、相互的な期待権給付の効果は有するといえるわけである。alea という語の本来の意味は「サイコロ勝負」であるが、現代では偶然な出来事、僥倖ないしは機会を意味する。[9] それゆえ、alea が給付の目的物としてとらえられるならば、条件附契約とは同一の事実を契機とする alea の相互的な給付行為として理解しうるものである。ボアソナードが条件附契約を射倖契約の一部として理解しているのも由なしとはしないのである。これに対して、射倖契約とは、一般的な形としては、alea の給付と確定的な出捐とが相互的になされるものであり、その他、赤が出たら一方が支払い白が出たら他方が支払うという形の、相異なる事実を契機とする alea の双方的な給付行為も存在する。

射倖契約の定義のうち、給付ないしは出捐の不確定性にその特質をもとめるものは、結局 alea の存在をとらえているものであるから、それだけでは条件附契約との区別が明確にされているものとはいえない。条件附契約の場合には、alea の現実化が同時であり、かつ alea の現実化された内容たる具体的出捐が対価性を有するものであつて、結局 alea が当事者の損益にかかわらないところにその特色がある。そうして見ると、射倖契約を定義づけるには、alea が当事者の損益にかか

わるものであることをとらえるべきこととなる。

（1）磯部＝服部・前掲五三頁。
（2）ボワソナード氏起稿・加太他訳・前掲「講義」六三三頁。
（3）前節註（17）。
（4）前節註（18）。
（5）神戸・前掲二三頁。
（6）Kahn, *op. cit.* は、確率・統計の技術的概念の導入により、この alea を法律的に確定的な給付の目的としてとらえようとする試みであり、提言である。彼は、集団的射倖契約の合理的な規制が技術的基盤の上にのみ確立されうるというばかりでなく、孤立的な射倖契約の場合においてさえ、alea の法的概念は技術的概念の上にみずからを支えるべきであることを主張する。そして、実定的・射倖的という「この奇妙な副分類」(cette subdivision étrange) は、法的概念が通俗概念のままで、理論的な構成の結果ではない点から生ずるものであるという。
（7）倉沢・前掲法学研究三六巻七号六五頁。
（8）鳩山「増訂改版日本民法総論」（昭七）五四八頁、我妻「新訂民法総則」（昭四〇）〔四二〇〕。
（9）V. Kahn, *op. cit.*, n° 1.

四

このように、射倖契約において alea を給付の目的としてとらえるならば、それは両当事者の効果意思の内容をなすものであるから、その態様は契約の要件として、契約の効力に影響を及ぼすべきこととなる。そして、この点については、射倖契約の性質からする特別の事情がないかぎり、条件附行為の場合と同様である。何となれば、条件という附款は、当事者の効果意思の内容をなすものであつて、主たる法律行為と離れた別個の行為という意味ではなく、[1] その実質は alea の給付にあるからである。alea の解釈は意思表示の解釈の問題であり、そしてその効力などは、法律行為の一般理論にしたがうべきものである。ただ、民法は条件附行為につき一定の規準を定めており、それらの規制と射倖契約との関係も検討に値いす

る。

先ず、alea の不合致は、契約を不成立たらしめる。保険の目的物についての不合致、危険についての不合致などその例である。ある家屋の火災焼失と他の家屋の火災焼失、あるいはある家屋の火災焼失とその家屋の地震滅失とは、それぞれ機会として異なる事実だからである。また、alea は意思表示の要素をなすものであり、その錯誤は無効原因となる。

条件自体が不法である場合および条件づけられた具体的給付が不法である場合には、ともに alea の不法として、その契約は無効となる（民法一三二条参照）。特に、射倖契約においては、alea が当事者の損益に関するものであるから、偶然の事実の発生のみによりいわゆる不労利得が発生する場合が多く、反公序性を帯び易いものであり、[2] 実際上は、むしろ適法たるがために特別の要件が必要であろう。

不能の条件の場合には、条件附行為と射倖契約とは、その効力を著しく異にする。そもそも、条件が不能である場合には、それは alea の欠缺を意味する。もし、条件附行為において、附款が主たる効果意思と一体として実質的意思を形成するものであれば、条件の不能は法律行為の目的の不能を意味し、その行為を無効たらしめなければならないはずである。フランス民法典一一七二条は、不能条件にかからしめられる条件附行為を無効としており、その理由として、そのような条件の到来に法律行為をしたがわしめる者は、彼の意思表示は本来いかなる効果を作出すべくもないのであるから、実際にはこの行為を望んではいないものであるとされている。[3]

これに対し、わが民法は、不能の解除条件を附した法律行為を、無条件な行為として認めている（一三三条二項）。これは、民法が、この場合には附款のみが不能すなわち一部不能であるものと認めて、附款のみを無効すなわち法律行為の一部無効と取り扱うものであることを意味する。[4] 岡松博士によれば、「不能ノ解除条件ニ関シテハ旧法典仏法系ノ見ル所誤ルモノアルヲ以テ本法ハ特ニ本条ヲ設ク」[5] るものとされている。法律行為の効力に関する法の規定は意思解釈の基準を示すべきもの

であるから、この場合には、無条件にその行為の効力を発生せしめることが、当事者の通常の意思に合するものと認められたことになろう。一九二七年に、フランスとイタリアとの間の債権法統一委員会により作成されたフランス＝イタリア債権法典草案一一一条は、イタリア民法典一一六一条を採用し、解除条件の場合には、不能条件は「定められなかつたものとみなされる」(elle est réputée non écrite)ものとしたが、学者は、当事者の意思からして、これを理由あるものと認めている。(6)

alea の欠缺の場合一般に、alea が本質的(essentiel)なものではなくて、附属的(accessoire)なものである場合には、その欠缺は、そのためにその契約を全体的に無効とすることはなく、契約の射倖的性格を消滅せしめる効果のみを有すべきものである。そして、alea が附属的である場合とは、当事者の意思として、契約の目的が二つの部分から成つている場合である。すなわち、一方は、主たる部分として通常の契約を構成し、他方は、附属的な部分として alea のみを含み、しかも、alea が欠缺してもそのことが主たる部分をまきこまない旨、当事者の意思として認められる場合である。(7)

附属的な alea の典型的な例としては、双務契約における危険負担がある。先見されなかつた偶然の出来事が、双務契約により生じた債務の一方の履行を実質的に不可能にしてしまうとき、他方の債務はどうなるか——これが危険負担の問題(la question des risques)である。この場合、債務を履行しえない債務者が反対給付を受けうるか否かは、一つの alea を形成する。(8) 一般に、この点は、双務契約上の両債務の牽連性から説明されるが、(9) もし、合意のときに、両当事者がこの alea を考慮していたとするならば、契約は alea の附款を含むであろう。そして、この附款は契約の内容をなし、危険負担の問題はこの附款にしたがつて解決されるであろう。危険負担についての法規は、通常この附款が明示的に存在しないために、結局この附款の脱落を補なう役割を果たすわけである。

危険負担についての附款が、債務の履行不能の原因たる事由を特定している場合には、その原因たる事由が不能なものであれば alea の欠缺である。しかし、この附款は契約にとつて附随的な alea であつて、その無効は契約の無効をもたらさ

ない。このような alea を、人は、目的につき非実質的な性質（qualité non substantielle）を有するものという。[10]

しかし、原則的に alea が附属的である場合には、われわれはその契約を射倖契約とは概念づけてはいない。すなわち、射倖契約とは、前述のように、alea が当事者の損益に関するものをいい、したがつて契約の目的の実質をなすのが原則である。射倖契約を双務契約としてとらえた場合において、alea こそが相手方の出捐に対する対価的出捐の目的であつて、無条件な具体的債務負担は、本来相手方に対する対価的出捐としては意欲されることのないものである。それゆえ、この場合、alea の欠缺は単なる一部不能の問題を招来するのではなくて、契約の目的を全体的に破壊するのが原則であり、したがつて、射倖契約における不能条件の場合は、alea の欠缺により、原則として契約そのものが無効となる。[11]

この法理は、損害保険契約においては、約定事故が不能である場合の契約の無効としてあらわれるべきものである。なお、被保険利益を欠く部分の無効（商法六三一条）は、alea 自体の一部欠缺であるが、この点は本稿において後にふれるであろう（次節）。

次に、既成条件については、一般にそれはもはや条件ではないものと説明されており、[12] そうだとすれば、この場合にも alea が欠缺していることとなる。しかし、民法は、条件がすでに成就している場合の停止条件附行為および条件がすでに不成就に確定している場合の解除条件附行為を、それぞれ無条件な行為として認めている（民法一三一条）。この場合にも、条件の附款が無効と見れば、解除条件附行為について条件が不能である前述の場合と同様の理由による規定となる。これに対し、岡松参太郎博士の説明では、「是レ過去又ハ現在ノ事実ヲ以テ条件ト為シ得ルコトヲ認ムルモノニシテ当事者カ其事実ノ過去又ハ現在ニ属スルコトヲ知リ又ハ知ラスシテ之ヲ法律行為ニ附加スル場合ニ於テ其効力ハ何時ヨリ発生スルヤヲ定ム。（中略）単ニ当事者ヨリ見テ不確実ナル事実〔主観的不確実〕ナルトキハ客観的ニハ既ニ確定セル事実ナリト雖トモ之ヲ条件ト為シ得サル理ナク又如斯キ事実ヲ条件ト為スコトヲ禁スルトキハ当事者ノ不便尠カラス。故ニ本法ハ仏及独法系、瑞

債等ニ倣ヒ過去又ハ現在ノ事実ヲ条件ト為シ得可キコトヲ認ム〔当事者ガ其事実ノ過去又ハ現在ニ属スルコトヲ知ルト否トヲ問ハス但必ス当事者ガ其条件ノ成就又ハ不成就ヲ知ラサルコトヲ要ス〕」[13] とされている。

この説明にしたがえば、いわゆる既成条件であつても、当事者が未だそのことを知らない場合にはなされた行為はあくまでも条件附行為であつて、民法一三一条はそのような条件附行為の効力発生時期につき、同一二七条に対する特則を定めていることとなる。一方、いわゆる既成条件であることを当事者が知つている場合には、たとえ条件の附款を定めてもそれはもはや条件附行為ではなく、民法一三一条の適用は受けないものとされるのである。

フランス民法典一一六八条は、人が債務を「将来のかつ不確定な」(futur et incertain) 出来事に依拠せしめるときに、それが条件附であるものと定義する。一方、同一一八一条は、「現に到来しているが当事者には未だ知られていない」(actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties) 出来事に依拠する債務もまた停止条件附債務として認める。ただし、同条三項において、この場合には、「その債務が締約された日から」(du jour où elle a été contractée) 効力を有するものと定めている。この規定の結果を見れば、いわゆる既成条件の場合には、条件は当事者の内心においてしか作用せず、債務の存否は締約と同時に確定しているものであつて、したがつてその行為は条件附ではないといいうるものであるが[14]、しかしこの規定は、反面において、既成条件につき、それが当事者に知られていない場合においてのみ条件として認められるものであることを明定するものである。このような立場からすれば、既成条件であることを当事者が知りながら条件附の意思表示をした場合には、当事者の意思の解釈により救済される場合を除いて、その行為は無効とされるべきこととなろう[15]。

これに対し、当事者が知らない場合に条件附行為の成立を認めても、既成条件であるかぎり alea は欠缺しており、当事者の効果意思どおりの効果は認めるに由ないものである。この場合、条件の不成就がすでに確定しているときには、その条件はまさに不能なのであつて、したがつて不能条件についての効果と同一であるべきこととなる[16]（民法一三一条二項および同

一三三条)。一方、条件がすでに成就しているときには、当事者がその行為をなすときに条件成就の事実を知つていたならばどのような意思を有したであろうかという、通常人の合理的意思の探究により、当事者の効果意思を補正して効果を定めるほかはなく、その結果が民法の定めるところとなる。

射倖契約において、約束されている具体的給付の条件が、契約締結当時すでに成就しあるいは不成就であることが確定している場合にはどうか。先ず、不成就であることが確定している場合には、不能条件の場合と同様であつて、附随的 alea の場合を除き、条件附行為のように一部不能による一部無効ということはありえず、契約そのものが無効となる。次に、成就している場合には、alea が当事者の損益に関するものであるから、通常人の合理的意思として、少なくとも損失をこうむる当事者がみずから確定的に損失の負担を約束するはずはなく、その事実が当事者に知られていたならば契約は成立しえなかつたものとして、解決すべきである。これは、表現をかえていえば、射倖契約においては、alea は効果意思の実質をなしており、したがつて、alea が欠缺している場合には、もはやその者の意思として内容が補正されえないということである。それゆえ、射倖契約においては、いわゆる既成条件は、alea の欠缺として契約の無効を生ぜしめる。

フランス民法典一九七四条は、契約の日にすでに死亡している人につき創設された終身年金契約を無効として、この事理を明定しており、この場合、当事者が被設定者の死亡の事実を知ると否とを問わないものと解されているが、[17] わが民法上の終身定期金契約についても、同様に解すべきであろう。

一方、損害保険契約について、わが商法六四二条は「保険契約ノ当時当事者ノ一方又ハ被保険者カ事故ノ生セサルヘキコト又ハ既ニ生シタルコトヲ知レルトキハ其契約ハ無効トス」と定め、条件の成就あるいは不成就の確定による alea の欠缺の場合にも、当事者のすべてがそれを知らないかぎり、契約の効力を認めている。この場合、当事者が知つている場合の無効につき、これを保険契約の善意契約性から説明することが多く行なわれるが、[18] この効果は、alea の欠缺の場合の射倖契

約の一般的効果であつて、保険契約に特有の法理にもとづくものではない。

これに対し、当事者が知らない場合にその効力を認めることは、射倖契約の理論からすればきわめて特殊的であることになる。[19] このような法則の根拠は、一方において、当事者の不知を要件とするかぎりこれが悪用される弊害がなく、他方において、例えば航行中の船舶やそれに船積されている運送品を目的とし、その発送または発航時に遡及して効力を生ずる保険を付するような場合に、これを認める実際上の必要があることにあるといわれる。[20] しかし、この必要性というものは、通信・交通が未発達であつた時代の、しかも海上保険に特有のものであり、今日、特に陸上保険についてこのような変則を認めることは、立法論的には問題であろう。[21] いずれにしろ、この特則は、射倖契約の法理からすれば変則であり、保険制度の特質にその根拠がもとめられなければならないものである。

次に、いわゆる純粋随意条件（民法一三四条）もまた alea の欠缺の場合である。民法は、この場合に停止条件附法律行為の無効のみを規定している。そこで、反対解釈として、純粋随意条件にかかる解除条件附法律行為は、条件附行為として有効なものとされているものと理解されることになろう。純粋随意条件にかかる停止条件附行為を無効とする法意は、このような行為は当事者を法律的に拘束する意味をもたないものであり、したがつて、一定の効果の発生を欲する意欲を推断させるものではないからであると説明されている。[22] もしそうだとするならば、債務者が債務負担を欲しないといいさえすれば請求権が不成立となる点では解除条件の場合も同様であり、当事者を法律的に拘束する意味をもたない点では同じであろう。ただ、事実上、当事者は一応は有効に債務負担をなしているのであり、ことに、もし債務者が「債務負担を欲しない」旨の意思表示をしないで死亡した場合にはその法律行為は有効に確定するから、これを認めて差し支えないものと説明されている。[23]

これに対し、純粋随意条件にかかる射倖契約は、その性質上 alea の欠缺としてこれを無効と解さざるをえない。そし

て、この事理は、当事者が条件たる事実の偶然性を阻害した場合についても応用されるべきであろう。商法六四一条は、「……保険契約者若クハ被保険者ノ悪意若クハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル損害ハ保険者之ヲ塡補スル責ニ任セス」と規定しており、これも保険契約の善意契約性から説明されることが多いが、むしろ alea の性質から、ひいては射倖契約の一般的性質からの帰結と考えるべきものである(商法六五六条等についてもまた同様である)。

(1) 我妻・前掲「総則」〔四一一〕。
(2) 大森・前掲一五四頁。
(3) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10e éd. par de La Morandière, 1953, n° 651.
(4) 我妻・前掲「総則」〔四一八〕。
(5) 岡松「註釈民法理由」上巻(明三〇)三三二四頁。
(6) Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 651, note 2.
(7) Kahn, *op. cit.*, n° 37.
(8) *Ibid.*, n° 50.
(9) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2e éd. par Esmein, 1952, nos 412 et suiv.; Colin et Capitant, *op. cit.*, nos 144 et suiv. 鳩山・前掲「各論」上巻一二九頁、我妻「債権各論」上巻九九頁。
(10) Kahn, *op. cit.*, n° 37.
(11) *Ibid.*, nos 35 et suiv
(12) 我妻・前掲「総則」〔四一三〕。
(13) 岡松・前掲三一八頁。
(14) Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 647; Paris Le Clerc, *op. cit.*, n° 159.
(15) 金山「註釈民法」(4)(昭四二)三七三頁は、「その多くは、意思の欠缺として論定することができるであろう」とする。
(16) 穂積「改訂民法総論」(昭一四)四四〇頁。
(17) Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 1339.
(18) 大森「保険契約の善意契約性」保険契約の法的構造一八四頁註(10)参照。
(19) フランス保険契約法三九条、スイス保険契約法九条等は、客観的に事故の発生またはその不発生が確定しているときは契約を無効とする。

(20) 大森「保険法」（昭三一）六二頁。
(21) 田中誠・前掲一三五頁。
(22) 我妻・前掲「総則」（四一八）（二七二）。
(23) 川島「民法総則」（昭四〇）二五七頁。

五

これまで、私は射倖契約の法的構造の要素を alea の存在にもとめ、条件附法律行為との比較においてその効力を検討して来た。そこで、次に、損害保険契約がいかなる意味で射倖契約であるか、損害保険契約における alea の内容は何かを検討し、他の射倖契約に対する損害保険契約の特性を考えてみたいと思う。

商法六二九条は、「損害保険契約ハ当事者ノ一方カ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。そこで、保険者のなす約束は、偶然な一定の事故を条件とする損害塡補の債務負担ということになる。

このように、法は保険者の出捐を「損害塡補」の約束と意義づけているが、この損害塡補を損害保険契約の本質的内容とは見ずに、政策的外在的要件とする立場が近時有力に主張されており、これに対する私の見解はこれまでに述べて来たところである。[1] 要するに、社会の複雑化ないしは変化の急速性に応じて、一定の偶然的な事故を条件とする金銭給付の射倖契約に対する需要が予測され、かつ一定限度内におけるその適法性が認められるべきであるとする提言として、それは積極的な意義を有するが、しかし、そのような立場によつては、一方では、損害保険契約の意義を無内容化することになり、他方では、損害塡補を以て射倖契約の適法性のメルクマールとすることは、かえつて予想されるべき社会的需要に対し要件を固定化することになるものと考えるのである。すなわち、適法な射倖契約という概念の範囲と保険契約という概念の範囲とは、

論理的にいつても実際上も、同一のものではない。損害塡補性を政策的外在的要件と解することにより、保険契約の効力についてより柔軟に解することが可能となり、ひいては例外現象として通常把握されて来たところのものを本則の中で把握できるというメリットがあるとされるが、損害塡補性を政策的外在的要件と解することは、かえつて、契約の適法性をたかだか損害塡補概念の拡張しうる範囲内に限定することになりはしないであろうか。契約の適法性の有無の問題は、その契約の目的が適法であるか否かを——射倖契約についていえば alea の不法性の有無を、各種の行為の目的につき個別的に検討すべきが本来であるばかりでなく、むしろ実際の需要にも適することではあるまいか。すなわち、損害塡補以外を内容とする射倖契約の中にも適法な契約が認められうる反面、約束されている alea の内容あるいは態様の如何によつては、損害保険契約の中にも不法な契約がありうるのである。(2)

損害保険契約の射倖契約性が問題とされる場合、契約の適法性が論じられることが多いが、射倖契約における目的たる alea を抽象的な金銭その他の財産の給付と見て、その給付のなされる目的はその契約が構成する制度の目的（契約法的には動機）であるとするならば、損害塡補ということ、ひいては被保険利益の有無ということは、制度の目的についての公序政策的評価の対象となるべき事柄であろう。

しかしながら、alea の実質はそのように一義的なものではない。条件附契約から生ずる条件附権利の内容が千差万別であるように、射倖契約の目的たる alea の実質も、当事者の意思の内容にしたがい、また千差万別でありうる。そして、損害保険契約として商法上典型化されている契約の目的は、金銭による損害塡補であり、しかもその実質は損害塡補にあつて、金銭の給付は損害塡補のための手段であると考えられる。そこで、損害保険契約における alea の欠缺も、損害塡補が可能であるか否かの問題としてとらえられるべき事柄であり、したがつて、逆にいえば、損害塡補が可能であるか否かの問題——被保険利益の有無の問題は、射倖契約たる損害保険契約にとつて、alea の存否による契約の効力という、本質的・理

論的な問題となる。

損害保険契約の他の射倖契約に対する特性が、その適法性にあるのではなくて、偶然なる一定事故による損害の塡補という契約の目的たる alea の内容にあるものとすれば、その alea は、二重の条件にかからしめられることとなる。すなわち、約定事故の発生と約定損害の発生とである。約定損害の発生は、当事者のなす約定の内容として、給付の内容が量的にあらかじめ確定されてはいないことから生ずるところの、給付内容の確定の条件であるとともに、給付そのものの条件でもありうる。例えば、今かりに、偶然なる一定の事故の発生を条件として定額を給付する約束をした場合と、偶然なる一定の事故による特定物についての損害の発生を条件として定額を給付する約束をした場合とを比較すると、どちらも給付の内容はあらかじめ確定されているが、後者においては、約定事故の発生と約定損害の発生との二重の条件が存在する。損害保険契約において、約定損害の発生は、給付内容の確定条件であるとともに、このような給付そのものの条件でもあるのである。

もつとも、直接に給付そのものの条件をなすものは約定損害であり、約定事故が給付の条件であるのは、損害を特定するための条件としてである。そこで、損害保険契約において alea の欠缺を問題にする場合に、約定事故についての alea は、結局約定損害についての alea の中に吸収されてしまうものではあろう。

これまで検討して来たものは、給付の条件たる偶然な事実(約定事故)についてであるが、一方、約定損害の成否の問題は、直接には被保険利益の有無の問題である。この点に関しては、私はすでに、損害保険契約の目的の可能・確定との関連において、論じたことがある。[3] ただ、商法上は、被保険利益が欠けた場合には、損害保険契約そのものが無効となるのではなくて、保険金額が被保険利益の価額を超過した部分だけ――すなわち被保険利益が欠けた部分だけ――が無効とされる（商法六三一条）。これは、alea 自体の一部欠缺による一部無効を認めることである。

約定事故の発生が不能――すなわち不能条件――の場合には、alea は全部欠缺である。条件附行為あるいは alea が附属

的である行為においては、alea そのものがその行為の目的の一部分であり、したがつて不能条件すなわち alea の全部欠缺が、行為の目的の一部不能となる。これに対して、本質的な射倖契約においては、alea の給付がまさに目的の実質をなしているものであるから、すでに述べたように、不能条件すなわち alea の全部欠缺が目的の一部不能となることはない。目的の一部不能ということがあるとすれば、alea 自体が一部欠缺の場合だけである。

このようにして、損害保険契約の目的を損害塡補と見るかぎり、被保険利益の有無は、射倖契約法理という視座において見れば、alea の存否という契約の効力につき本質的な問題となる。損害保険契約の諸効果の中には、契約の構造上本質的に生ずるものもあり、あるいは保険制度の特質から認められるものもあり、さらに公序政策的に効力が否定される具体的な場合も生じえよう。これらを明確に区別してとらえることは、契約の効果の一般的な決定あるいは個別具体的な決定に際し、理論的操作と目的論的操作の配置を適正にし、結局正しい結果をうるための道となるべきものであるとおもう。

(1) 倉沢・前掲法学研究三六巻七号五九頁以下、同「委付による保険金支払の損害塡補性」同三七巻一〇号三九頁以下、前掲同三八巻九号六四頁以下。

(2) 大森・前掲「射倖契約性」は、「保険契約一般が、賭博と異なり、通常は不法性をみとめられぬ」という事実のいわば消極的裏づけとしての「その動機において通常不法性なきこと」を蓋然的に推認せしめる事情は何か、を問題とされるが、個別的に不法な損害保険契約は、右のような一般的適法性を結局は排除してしまうものであり、他方、このようなアプローチにおいては、保険契約以外の個別的に適法な射倖契約への門を狭めてしまう結果となりはしないであろうか。

(3) 倉沢・前掲法学研究三八巻九号六二頁以下。