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

Title	西原慎治君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2007
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.80, No.2 (2007. 2) ,p.169- 182
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070228-0169

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.

特別記事

西原慎治君学位請求論文審査報告

西原慎治君が博士号学位の取得のために提出した業績である『射倖契約の基礎理論』は、これまでわが国においては、その重要性にもかかわらず、実際に私法学の基礎法理として取り上げられることがほとんどなかった射倖契約に関する筆者のこれまでの研究を纏め上げた業績である。本提出論文の内容は、そのすべてが大学紀要等に公表済みの研究業績より成り立っている。

本論文の構成は以下のとおりである。

第一部　総　論

第一章　射倖契約における損益の不確実性

第一節　問題の所在

第二節　フランス学説

第三節　ホワソナードの射倖契約論

第四節　まとめにかえて

第二章　射倖契約におけるコーズの法理

第一節　問題の所在

第二節　射倖契約とレジオンの適用

第三節　射倖契約の有効要件―コース論からのアプローチ―

第四節　結語

第二部　各　論

第三章　射倖契約における主観的偶然性と客観的偶然性

第一節　問題の所在

第二節　フランス学説

第三節　ボワソナード日本旧民法典草案第八〇七条における「将来の出来事」

第四節　まとめ

第四章　商法六四二条論

第一節　はじめに

第二節　ふたつの疑問に対する検討

第三節　損害保険契約法改正試案六四二条についての検討

第四節　まとめ

第三部　判例研究

第五章　保険金受取人による保険金請求権の放棄

第六章　保険事故内容の不実通知による保険者の免責

第七章　瑕疵担保免責特約と民法五七二条の類推適用

この内容から見てもわかるように、本論文の内容は、第一部総論、第二部各論、第三部判例研究という順序で構成されている。以下、本論文の内容の概略を記すこととする。

1　第一部の「総論」は、「射倖契約における損益の不確実性」と題する章よりはじまる。まず筆者は、わが国における保険法学説で提示される射倖契約概念が、保険契約の特殊性に依拠する限定された射程に限られる概念ではなく、むしろ、民法に規定のある終身定期金契約での射倖契約的要素を指摘しつつ射倖契約と有償契約とのかかわりに着目することで、射倖契約概念が私法全般にかかわる有償契約の細分類として位置づけられる可能性を指摘する。このようにして、射倖契約概念を一般私法に関係する視点から、射倖契約に特有な性質を抽出しようするのである。ところが、従来のわが国の私法学を眺めてみても、射倖契約一般をめぐる議論は深められていないとの限界に直面せざるを得ない。そこで、筆者が参照するのがフランス法における議論の蓄積であり、その中で筆者が特に着目するのが、射倖契約の定義をめぐる議論に登場する「損益の不確実性」という視点である。この視点から、わが国にみられる射倖契約の従来の定義には、広狭二義が知られていることを提示し、これらの定義のルーツを探るべく、射倖契約の故郷ともいえるフランス法の学説史およびボワソナード民法典草案の分析を行うこととなる。

筆者はまず、射倖契約の定義に含まれる二つの要素を指摘する。すなわち、「一方または双方の当事者の契約上の具体的な給付義務の発生不発生またはその大小が、偶然な出来事によって左右されるという要素」として提示される「給付の不確実性」と「その結果として、当事者の具体的な給付相互間の均衡関係が偶然によって左右されるという要素」として提示される「損益の不確実性」である。従来のわが国の射倖契約の定義は、これら二つの不確実性要素を含むとするか、それとも給付の不確実性のみを含むとするかの二つに区別できるという。そのうえで、これらの定義の分岐は、すでに一九世紀のフランス私法学説に見出されるとし、フランス法分析へと向かうのである。

フランス民法典は、一一〇二条と一一〇三条に双務契約と片務契約の定めを置く後に、実定契約と射倖契約の定義を定める一一〇四条を置いて、あたかも双務契約の細分類と映る実定契約・射倖契約の位置づけを与えている。一九

世紀のフランス学説にも、まさに双務契約の細分類として射倖契約を定義する見解がある。しかし、この見解が双務契約と有償契約を正確に区別していないことを批判する見解が登場し、有償片務契約である利息付き消費貸借の例から明らかなとおり、一一〇四条には双務契約と有償契約の混同があるとしつつ、実定契約・射倖契約の区別は双務契約ではなく、むしろ有償契約の細分類であるとの見解が確立される。

他方、フランス民法典一九六四条もまた射倖契約に定義を与えているが、それによれば射倖契約には損益の不確実性が一方の当事者にのみあれば足りるとする見解が主張されることとなる。たとえば損害保険契約では、保険事故に対して給付義務を負う当事者のみが損失を被るため、彼にとって損益の不確実性があるが、他方の当事者にとっては被保険物以上の価値を獲得する機会はあり得ないため、射倖契約の本質は当事者の一方のみ、損益の不確実性があれば足りるという。しかし、これに対して上記の例で、被保険者にとっても、保険事故によって保険金という利得を得るのであるから、保険金から保険料を控除される差額分の利得について、損益の不確実性がある。したがって、当事者がみずから負担する給付との関係で理解する限り、当事者の双方に損益の不確実性を必要とするのが射倖契約なのであって、こうした定義を与えるのが一一〇四条であるという。

かくして筆者は、「フランス民法典第一一〇四条二項と同一九六四条は、互いに矛盾する規定というよりも、むしろ互いに不完全な規定」（二〇頁）として、フランスの条文解釈の実質的な意義を、当事者双方における損益の不確実性という考え方に求めることとなる。たとえば、射倖契約の意義が当事者一方にとって給付をするかどうかが不確実である点にあるとすれば、損害保険契約は保険会社にとって保険金支払いの有無が不確実であるという点で射倖契約となる。これに対して、当事者にとって給付の不確実性があるというだけではなく、当事者双方にとって損益が不確実であることまで射倖契約には必要であるとすれば、無償契約では損益に確実性があることは明らかであるから、無償の射倖契約は認められ得ないこととなる。こうした論理から、たとえば不動産収益を下回る終身定期金は損益の不確実性が欠けるため、無償の譲渡意思がない限り、射倖契約の観点からは無効とされるという。

こうした一九世紀フランス学説の議論と比較して、旧民法典を介してわが国の民法や民法学に多大な影響を及ぼし

たボワソナードの射倖契約は、著しい特徴が見出されるという。すなわち、ボワソナードもまた、フランス民法典と同じように、旧民法典草案の財産編三二二条に確実契約と射倖契約を分類している。ここで、当時のフランス学説がいうように、価値の交換がある契約を実定契約と理解するときには、射倖契約にもまた価値の交換があるため実定契約との区別ができないこととなる。そこで、ボワソナードは、敢えて確実契約を射倖契約に対峙させるとともに、射倖契約は有償契約の細分類ではなく、無償の射倖契約も認めることとした。この考え方を支えるのが、射倖契約を給付の不確実性に依拠させる考え方であり、損益の不確実性をも求めるフランスの学説と明瞭に対比されると指摘する。

以上の結果、わが国の射倖契約に関する定義の一方は、もともと一八世紀ポティエの見解を起源とするフランス民法典とその解釈に忠実な定義であり、この定義によれば、「損益の不確実性」という概念が射倖契約にとって必須の要素であることを提示する。また、他方の射倖契約の定義は、ボワソナード民法典に見られるように、ローマ法における給付概念であった praestare を起点とするボワソナードの見解に依拠した定義であるということを実証する。この両者の定義の対立は、「損益の不確実性」という概念が射倖契約の要素たり得るか否かという点にある。本稿で筆者は、「この両者のうちのいずれの説をもって正当とするかという点については、筆者はここで答えを出すことはできない」（三九頁）として、射倖契約の定義に対する明確な態度決定は留保しつつも、こうした定義をめぐる議論を契機として、「損益の不確実性」という要素が射倖契約の法的性質を解明するひとつの鍵となる可能性を示唆するのである（この第一章のもととなった同タイトルの論文（「射倖契約における損益の不確実性」『法学政治学論究』第五一号所収）に対しては、その結論が不明瞭である旨を指摘する論評も見られるが（笹本幸祐＝三島徹也「学界回顧（保険・海商・航空法）」法律時報九一二号）、こうした評価に対する筆者の回答は、続く第二章で一定の方向性が見られることとなる）。

2　第二章は「射倖契約におけるコーズの法理」と題する章である。このなかで筆者は、射倖契約とは、民法九〇条の公序良俗に反する事項を目的とする法律行為であるか否かを判断する基準として用いるわが国の現在の学説状況に対して、批判的な立場から問題提起を行うこととなる。すなわち、従来のわが国で射倖契約は民法九〇条に反する行

為類型として提示されてきたため、こうした理解からは、射倖契約は無効な行為と理解されることとなる。しかし、すでに保険契約を射倖契約と理解する有力な見解は、射倖契約にも有効な契約があることをすでに認めていることとなり、さらには民法にも終身定期金、そして現代の金融商品取引には、射倖契約という視点からその契約特質を理解すべき場合が多く見られるように映る。そこで、仮に広く射倖契約という契約類型が独自に認められるとした場合に、射倖契約に見られる特質は何に求められるのか。この問題提起に対して、筆者は射倖契約をめぐるフランスの議論を参照することにより、その独自の契約構造を解明しようと試みるのである。

まず、実定契約と射倖契約を区別する実益として、暴利行為に基づく取消訴権（レジオン：一一一八条・一六七四条参照）を例として、フランス法ではどのような形で射倖契約の有効・無効を判断するのかという判断枠組のあり方の検討を行う。すなわち、一九世紀のフランス私法学説では、実定契約では一定の暴利行為がレジオンとして無効とされるのに対して、「偶然性はレジオンを追い払う（L'aléa chasse la lésion.）」という法諺に見られるとおり、射倖契約では結果的な給付の不均衡は当事者の合意において想定されていた事態であるから、レジオンの適用がないと理解されていた。ところが、終身定期金をめぐる判例では、売買の代金を終身定期金で支払う契約において、当該契約が持つ売買の側面に基づいてレジオンを適用する判決が登場し、射倖契約にもレジオンの適用があるという場面が想定されることとなる。そこで、毎年の不動産収益に満たない終身定期金の年賦額が合意される事案について、判例は売買における代金確定原則に反するという理由で契約に無効の余地があることを認めた。この判決を契機に、次のような議論の展開が認められるという。まず、射倖契約にも、代金確定原則との関係から契約締結時点で当事者双方の対価的出捐が確定していることが必要であり、機会の給付を媒介として、この確定性が確保されることとなる。他方で、その合意の結果として現れる損益の不均衡は、有効に合意された射倖契約の結果であって、レジオンの適用はない。しかし、契約において相互に負担する給付の対価性に不均衡がある場合には、レジオンに基づく無効の余地があることとなろう。こうして、射倖契約における給付の不均衡がいかなる問題であるのかを解明することが、二〇世紀のフランス私法学の課題となった。そして、二〇世紀のフランス私法学は、この課題にコーズ理論を介して向き

合うこととなる。

射倖契約は有償契約の細分類とされるため、債務のコーズとして理解されるのは、反対給付ないし対価となる。そこで、射倖契約における反対給付ないし対価とは、あるいは機会と理解され、あるいは偶然性自体と理解される。したがって、こうした機会や偶然性がそもそも欠けている契約は、射倖契約として無効となる。筆者は、こうした枠組みに詳細な検討を加えるベナバンの見解に着目する。ベナバンの見解によれば、まず、偶然性に関して、当事者双方が取引の結果に対して、同じ不確実性にいなければならない。したがって、毎年の不動産収益に満たない年賦額の終身定期金契約、契約時点で目的物が滅失している損害保険契約、保険金受取人が被保険者を殺害する生命保険契約、売主が瑕疵を知っていた場合の瑕疵免責特約などが、不確実性がないために無効とされる。また、偶然性はすでに当該事件が発生しているという客観的事実を意味するのか、それとも発生している客観的な事件を当事者が認識していないという主観的な偶然性を意味するのかが問題となり得るところ、原則として主観的な偶然性が求められるという。その例としては、停止条件附き債務に関する規定（一一八一条一項）、海上保険に関する規定（フランス保険法典L一七二―四条）、博戯、終身扶養契約、相続などが挙げられている。もっとも、例外的に客観的な偶然性が必要とされる場合もあるとされ、終身定期金の例（一九七四条）と陸上保険の例（フランス保険法典L一二一―一五条一項）が挙げられる。そのうえで、さらに、偶然性の相互性という要素や偶然性と確率論との関係をめぐる議論が紹介される。

こうしたフランスの議論を参照しつつ、筆者は、フランス法において射倖契約が一律に無効とされるというのではなく、射倖契約に固有の有効要件が議論されていることを指摘する。すなわち、まず給付の偶然性に関して、実定契約では債務の発生が目的とされるのに対して、射倖契約では偶然の事件とその発生の結果である債務の発生という二つが目的とされる。したがって、射倖契約も実定契約と同様、それが債務の発生に向けられているという平面では、同様の主観的有効要件と客観的有効要件が想定される。しかし、射倖契約は偶然性も合意の内容とするため、偶然性についても有効要件が想定されなければならない。すなわち、確定性、実現可能性および適法性という客観的有効要件の充足が必要となるという。したがって、確定性や実現可能性が欠ける偶然性に関する合意は無効となるのはもと

より、偶然性について違法な内容を持つ合意は民法九〇条によって無効とされる。

次に、損益の偶然性について、たとえば毎年の不動産収益に満たない年賦金の終身定期金契約は、損益の不確実性が欠けるが故に、射倖契約として無効とされる。つまり、契約時点ですでに、こうした契約には射倖契約の内容とされる偶然性に含まれるべき損益の不確実性が欠けるため、給付の適合性を欠くこととなるという。さらに、不確実性については、契約締結時点ですでに不確実性が存在しない場合として、売主が悪意の場合の瑕疵担保免除特約や、被保険者が保険事故について悪意で保険契約を締結する例を引いて、契約の無効を論じ、また、契約締結後に不確実性が欠ける場合として、保険契約における故意の事故招致の例を引いて、不確実性の内容の確定に努めている。

かくして、本章の結論として、わが国における射倖契約概念は、民法九〇条の判断枠組みとして用いられるばかりではなく、広く実定契約に対置して考えられるべき射倖契約一般として、その発展すべき方向性が示唆されるのである。

3　このような内容をもとにして、筆者の本論文の総論部分における主張を纏めると、以下の三点に要約することが可能であるといえよう。すなわち、まず第一点目に、射倖契約という概念は、フランス法の議論から窺われるとおり、単に保険契約を説明する限定された意義を持つにとどまらず、契約一般に関係する私法上の概念であって、有償契約の細分類として機能すると考える余地がある。次に第二点目として、射倖契約がこうした一般的・普遍的な私法上の概念であるとすれば、従来のわが国において、射倖契約を公序良俗の判断材料としてのみに限定して考えられてきたという姿勢には再考の余地があり、射倖契約の有効性を判断する固有の枠組みの構築が必要となる。第三点目に、そこで、射倖契約の有効ないし無効要件を考えるに際して、射倖契約は実定契約とは異なった合意の構造を内包しているため、その合意の無効原因に関する実定・射倖契約間の異同を明らかにするべきであり、射倖契約における給付と損益の不確実性ないし偶然性の意義を、精確・詳細に検討する必要がある。そうして、本論文の各論以降は、特にこの第三点目の検証を行うことに筆者の労力が注がれることとなる。

4　各論は、第三章「射倖契約における主観的偶然性と客

観的偶然性」よりはじまる。このなかで、筆者は、フランス法学説、とりわけ第二章でその意義が示唆されていたベナバンの見解を参照することによって、射倖契約における偶然性には、主観的偶然性（l'aléa subjectif）と客観的偶然性（l'aléa objectif）の二者が存在することを指摘する。これを筆者は、古くから射倖契約の例として知られる「投網の売買（la vente d'un coup de fillet）」を挙げながら説明する。すなわち、射倖契約における偶然性を主観的なものとして捉えるのであれば、契約当事者が偶然性の内容の結末について知らない限り、当該契約は有効なものとなるが、これに対して射倖契約における偶然性を客観的なものとして捉えるのであれば、契約当事者が偶然性の結末について知らないばかりでなく、実際に事件の結果が生じている以上は、当該契約は無効となるというものである。そこで、こうした偶然性に関する二つの視点が、どのように実定法に反映するのかを検討することで、それらの二つの視点の有益性と関係とを検証することが試みられる。そこで選ばれる検討対象として、ボワソナード草案が挙げらる。

射倖契約の定義に関するフランス民法典一九六四条を参照するボワソナード草案財産取得編八〇七条は、射倖契約に必要な要素として事件の不確実性に加えて、「将来」の事件であることも求めている。これは、事件が将来に生じることを要件とすることで、すでに発生している事故について有効な射倖契約の締結が認められないこととなるため、たとえすでに発生している事故について当事者に認識がなくとも、射倖契約の締結が認められないことを意味する。これを要するに、ボワソナード草案では、射倖契約に常に客観的偶然性が必要とされることとなる。これをボワソナードは、すでに生じた事故についての射倖契約は、「真の賭事（un véritable pari）」（一二六頁）となると説くため、これを回避する趣旨が反映されているものと映る。これは、双方の視点からの分析を必要とするフランス法から見れば特殊な立法といえるが、果たしてこうした客観的偶然性のみで射倖契約を論じることの当否が問題となるであろう。事実、筆者はむしろ主観的偶然性が射倖契約における原則であり、道徳危険を排除する等の目的のもとで、例外的にのみ客観的偶然性が認められる契約類型が存在するという指摘を行うのである。

5　そこで反対に、主観的偶然性の観点による分析が有益と映る、商法六四二条の法的性質の分析へと検討は進められる。これが第四章である。すなわち、商法六四二条は、

すでに保険事故が発生したときであっても、保険契約の当事者および被保険者がそのことについて不知である場合には、当該契約は有効である旨を規定する。このように、実際に保険事故が発生しているにもかかわらず、そのことについて善意で契約を締結した場合には当該契約が有効となる点について通説は、これを契約の原始的不能という法原則に対する例外であると説明する。しかし、筆者はこの条文を射倖契約における主観的偶然性の原則を確認したものであるとする理解に基づいて、通説に対する批判を試みている。すなわち、原始的不能に基づく契約の無効をいうのであれば、当事者の主観的要件に左右されることなく契約の無効は確定するのであるから、商法六四二条が当事者の善意を要件とするのは、原始的不能原則とは相容れないこととなる。むしろ、射倖契約では主観的偶然性がその要素となるのが原則であるから、すでに事故が起きていても、当事者がそれを知らない限り保険契約が有効となるのは、射倖契約の原則に忠実なのである。事実、わが国の下級審裁判例も、すでに損害が発生しているにもかかわらず、当事者がそれを知らないままに締結した身元保証契約の有効性を認めるのは、射倖契約一般に通底する主観的偶然性の有効要件を認める結果であるという。

こうした論理をさらに、フランス保険契約の理論と整合させ、いわゆる推定的危険（risque putatif）をめぐる議論を跡づける。すなわち、伝統的に、すでに事故が発生している保険契約は、原始的に不能な契約を無効とする原則から見れば無効となるべきものが、法の擬制によって、当事者が事故について善意で締結する場合に有効と扱われると説かれてきた。しかし、こうした保険契約の有効性をめぐる議論は原始的に不能な契約の問題ではなく、むしろ、推定的危険は保険契約のコーズとなるとするのが、近時のフランスの理論であるという。筆者はこの近時の理論を援用しつつ、当事者の合意の解釈からも、事故について知らない当事者の保険契約の有効性を検証している。さらにまた、損害保険法制研究会による損害保険契約法改正試案（一九九五年確定版）六四二条も、こうした推定的危険が保険契約の偶然性の対象となることを確認するという。ただ、この改正試案六四二条によれば、その二項は保険契約者または被保険者が事故を知っていた場合に保険者が損害の塡補の責任を免れると定め、三項は保険者が保険事故が確定的に生じないことを知っていた場合に保険料の取得ができないと定めるが、この意義が必ずしも明らかではないという。そこで、保険契約当事者の一方あるいは双方が事

故について知っている場合には保険契約が無効になるという主観的偶然性から導かれる帰結を確認しつつ、これらの規定は、主観的偶然性が欠ける場合の保険契約の無効を定めると説くのである。要するに、射倖契約にあっては、契約当事者が偶然性の結末について知らないということが合意の要素として捉えられるべきであり、当事者が不知である限りにおいて契約は有効であるという定式が射倖契約の一般的な性質として認められるという。その反面で、契約当事者が合意内容たる偶然性の結末を知っている場合には、当該契約は無効となるということができよう。

6　筆者は続く第五章から第七章までを判例研究に充てて、射倖契約の視点から具体的な事案研究を行っている。まず、第五章では、生命保険契約における保険金受取人が保険金請求権を放棄する事案を扱う裁判例の検討を通して、第三者のためにする契約の法構造を分析する。第三者のためにする契約を創設するのは、保険契約者と保険者との補償関係の契約であって、保険契約者と保険金受取人との対価関係が、契約の有効性自体に直接影響を及ぼすことはない。したがって、補償関係に基づく契約解釈に基づいて眺めるとき、受取人が保険金請求権を放棄したとしても、それによって第三者のためにする契約が保険契約者の自己のためにする保険契約へと変貌することはあり得ないと論じる。さらに、他人のためにする生命保険契約では、その射倖契約としての特性から、保険者が受取人に対して事故発生前には危険負担給付をする関係にあるという。この給付は一種の状態給付であるから、受取人がそれを予め処分することは想定できないこととなる。したがって、他人のためにする保険契約は、保険事故の発生前に少なくとも受取人の権利放棄によって保険契約者自己のためにする保険契約となると主張する見解への反論を試みている。

続いて第六章では、保険事故内容の不実通知によって、保険者が保険金支払いを免責されるかどうかが争われた事例が検討される。保険契約者または被保険者には保険事故について、事故に関する一定事項を保険者に通知する義務が課されている（商法六五八条・自家用自動車総合保険普通保険約款一四条参照）。最高裁判所は事故通知義務に関して、「信義誠実の原則上許されない目的のもとに事故通知をしなかった場合においては保険者は損害のてん補責任を免れうる」としており（最判昭和六二年二月二〇日民集四一巻一号一五九頁）、取り上げられている本裁判例でも故意の重要事項に関する不実記載について、保険者の免責

を認める。筆者はこうした事故通知義務について、射倖契約における特質である不確実性をめぐる両当事者の衡平を指摘し、衡平を維持するための一環として位置づけるのである。つまり、射倖契約としての保険契約では、保険事故について当事者の衡平な事故調査が必要とされることから、保険契約者がそれに反する態度をとるときには、偶然性が欠けて、保険者の免責が導かれることとなるという。

最後に第七章では、射倖契約の視点から、瑕疵担保免責特約と民法五七二条の類推適用問題へと検討が移される。すなわち、瑕疵担保責任（民法五七〇条）は、当事者が瑕疵の存在について知らないことを前提に売主に責任を負担させるものであるが、契約自由の原則のもと、売買契約の時点でこれに反する特約（瑕疵担保免責特約）を結ぶことも自由であるとされている。しかし、瑕疵担保免責特約も、当事者が瑕疵について悪意である場合には無効とされる（民法五七二条）。従来は、信義則や詐欺といった観点から、この免責特約の無効が検討されてきた。しかし筆者は、射倖契約の観点から、五七二条の説明を試みている。すなわち、瑕疵担保免責特約が締結された場合であっても、売主が瑕疵の存在について悪意であった場合には、当該瑕疵の存在についての偶然性が欠けるため、瑕疵担保免責特約は無効となり、結果として売主は瑕疵担保責任を負担するというのである。このように筆者は、民法五七二条の法的性質を射倖契約論から解きほぐすという基本姿勢のもと、素材となった裁判例について検討を加えている。

7　以上が本論文の概要であるが、こうした筆者の業績は、従来のわが国において射倖契約がまとまった形で取り上げられることがなかったことから、射倖契約一般に関する先駆的な業績として高く評価されるべきものである。筆者が指摘するとおり、射倖契約は従来、民法学では著しい射倖契約が公序良俗に反する法律行為として無効とされる観点から検討されてきたため、有効な射倖契約を論じる一般的な観点が欠落していたと言える。ところが他方で、保険契約を射倖契約として理解する商法学の趨勢は、保険契約という有効な射倖契約を承認することから、ともすると、民法上は本来無効な射倖契約が、商法上では保険契約に限って例外的に射倖契約が有効と扱われるという理解へと繋がることとなる。この民法学と商法学の間隙に、有効な射倖契約一般を論じる視点が欠落することとなるため、射倖契約という独特な契約類型に対する一般的な議論と分析が、等閑なままとされてきたのである。

こうした私法学における風潮に対して、本論文は果敢にも有償契約の細分類として実定契約と対照される射倖契約の一般論の展開について、射倖契約の特質をその無効ないし有効要件の確定・検証という視点から試みている。本論文が指摘するところでは、射倖契約には給付の不確実性と損益の不確実性という二点の不確実性という特質があり、その不確実性を左右する偶然性こそが、射倖契約の本質と把握されるべきこととなる。したがって、この偶然性に依拠しない射倖契約は射倖契約たるを得ず、射倖契約として無効に帰すこととなる。しかも、この偶然性については、それが客観的に存在することではなく、むしろ原則として、偶然性についての当事者の不知という主観的な偶然性こそが、射倖契約の特質であるとも指摘する。こうした観点から、遡及保険や瑕疵担保免除特約という射倖契約の効力を検討しているのである。

極めて興味深いのは、法律行為の一般的な有効要件を射倖契約に及ぼす際に、射倖契約の上記のような特質を反映した、射倖契約に独自の有効要件を確立する試みである。給付内容となる偶然性要素を抽出しつつ、その偶然性を欠く場合を無効とすることで、実定契約にはない射倖契約に独自の有効要件が模索される。この筆者の試みは、とりわけ射倖契約について議論の蓄積があり、しかもボワソナードを介して、わが国の民法との接続も有するフランス法学の成果を十分に参照しつつ、説得的な議論へと昇華されていると言えるであろう。

しかも、第一部で総論として展開される単なる抽象論にとどまらず、とりわけ第二部各論では、総論の成果がより具体的なテーマ設定の許で検証されている。すなわち、ボワソナード草案が客観的偶然性に着目する特質をもつ立法であるとの指摘や、商法六四二条が原始的不能原則の帰結ではなく、むしろ主観的偶然性に基づく射倖契約ならではの特質を持つ立法であることなどの指摘は、射倖契約の基礎理論があって始めて可能な主張であって、その独自性も注目に値する。さらに、第三部の判例研究では、とりわけ射倖契約の特質として偶然性の衡平という観点から事故通知義務による免責構造を説明する点や、あるいは、瑕疵担保免責特約が悪意で無効とされる意義を、やはり射倖契約における偶然性の欠如に求める観点など、私法解釈論への射倖契約一般論の応用が看取されるのである。こうした具体的な解釈論が、本業績の価値を一層高めることとなっている点も、強調されて良いであろう。

8　とはいえ、他方においては、本論文には不十分な点も散見されるのも事実である。まず、フランス法については、一九世紀以降のフランス法学を念頭において検討をしているが、それ以前からの深く掘り下げた検討がなされていない。とりわけ、筆者は射倖契約における給付はローマにおけるpraestareを起源とするものであると指摘する一方で、ローマ法におけるpraestareの研究に踏み込んでいない点は、残念であるというほかない。また、保険の起源ともいえる冒険貸借を中心とした中世における射倖契約の実像についての言及がほとんど見られていない点も将来の課題となるであろう。

次に、一九世紀以降のフランス射倖契約論に関しても、そこで取り上げている内容は断片的なものに過ぎず、とりわけ終身定期金を中心とした各論的考察については、さらに取り組むべき問題点が残されているように思われる。その他、たとえば給付の不確実性のみを射倖契約の要件とする見解の存在を紹介して、その見解とボワソナードの考え方との連絡を示唆しつつも、その実証には至っていない点、フランスの二〇世紀の議論が、それ以前の射倖契約とレジオンとの関係をめぐる議論から、一転して射倖契約におけるコーズをめぐる議論へと展開するその理由が分析されていない点、そのコーズをめぐる議論はあくまで射倖契約に特殊なコーズ論のみが取り上げられるのみで、コーズの一般理論との関係についての分析が欠ける点などが指摘されよう。

9　以上のような将来に残された課題は見受けられるものの、筆者が本論文で取り扱っている内容は、射倖契約論の一般理論を展開する試みとして十分に評価に値するものであることは疑いないのであって、これらの課題のゆえに本論文の価値が損なわれることなどはまったくない。そして、筆者の議論はいまだ保険契約の解釈の枠組みを大きく出てはいないものの、将来には、保証や担保取引を初めとして、ひいては先物取引や多くの投資型金融商品取引などにも、射倖契約論を大きく展開する余地があるという意味できわめて射程の広いものである。わが国では従前、射倖契約一般の議論が欠けていたことからすれば、本業績の試みは射倖契約論の発展にとって必須の準備作業であり、筆者もそのことを十分に熟知しているはずであろうから、いつの日か、こうした理論の展開に対する期待に筆者は応えるものであろう。事実、筆者は本論文提出後も、「破綻状態にある債務者のために締結された保証契約の効力（判例研究）」

『法学雑誌タートンヌマン』第八号、「生命保険契約者の地位の譲渡」『神戸学院法学』第三五巻四号（衣斐成司教授退職記念号）など、本論文の続編ともいえる業績を次々と公表しており、どこまで同君の射倖契約論が展開されてゆくこととなるのか楽しみであるというほかない。

以上の次第から明らかなように、西原慎治君提出になる博士学位請求論文「射倖契約の基礎理論」は博士学位を授与するに充分な学識と内容を有するものであり、審査員全員一致をもって、同君に博士（法学）を授与することが適当であると判断した。

平成一八年一二月

主査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員法学博士　宮島　司
副査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員法学博士　加藤　修
副査　慶應義塾大学大学院法務研究科教授　北居　功

小林宏美君学位請求論文審査報告

［I］　論文の構成

小林宏美君（慶應義塾大学大学院法学研究科政治学専攻前期・後期博士課程単位取得退学）がこのたび提出した博士学位請求論文、『アメリカ合衆国におけるナショナル・アイデンティティと多文化主義――カリフォルニア州住民提案二二七と二言語教育を巡る政治社会学――』の構成は以下の通りである。

序章　研究の目的と方法
第1章　ナショナル・アイデンティティの模索と国民統合論の史的展開
第2章　二言語教育をめぐる政治社会学
第3章　カリフォルニア州住民提案二二七可決の教育プログラムへの影響
第4章　ロサンゼルス統合学区におけるＥＬ生徒への教育の事例研究
第5章　二言語教育に対するヒスパニック系の親の両義的態