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

Title	我が国の私法における「賭博」概念の生成と発展について
Sub Title	On the creation and development of the conception 'Gambling' in the Japanese civil law system
Author	西原, 慎治(Nishihara, Shinji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.12 (2009. 12) ,p.543- 566
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20091228-0543

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.

我が国の私法における「賭博」概念の生成と発展について

西原慎治

一　問題の所在
二　「賭博」概念の生成――「博戯」ならびに「賭事」――
①　ボワソナード民法典草案に見る「博戯（jeu）」ならびに「賭事（pari）」
②　賭事と射倖契約との混同？――明治二九年民法典草案――
③　小　括
三　「賭博」概念の発展
①　前　提
②　我妻説について
③　裁判例の変遷
四　まとめ

一　問題の所在

私法上、無効な法律行為であることを指し示す際に、しばしば、当該法律行為が「賭博」であるからという理由付けがなされることがある。[1] 我が国の民法典は、賭博の効力[2]について明確な規定を置かないが、[3] この考え方は、「賭博」が、民法九〇条の「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為」の一類型であるという解釈によって「賭博」の無効を引き出すものであることに異論はないものと思われる。

ところで、典型契約は当事者の効果意思を法典上で類型化したものであるが、法典上に現れない概念である「賭博」をどのように定義づけるかについては、今日の我々は、明確な解答を持ち合わせていないように思われる。せいぜい、「賭博」とは、「民法九〇条に該当する法律行為の一種」であるとか、「違法な射倖契約である」程度の意識であるものと推察される。

しかしながら、こうした思考方法は、以下のような循環論法を引き起こす危険性を孕んでいる。すなわち、「賭博」とは、「民法九〇条によって無効とされる違法な法律行為である」とした場合に、他方において、民法九〇条の類型化を行う際に、その一例として「賭博」を挙げてしまうが如きである。このように、「何かよくわからないが、違法な法律行為を『賭博』と呼称しよう」といった形でのおぼろげな感覚を前提として法適用を行うのであれば、ある法律行為の有効・無効が問題となった際に、無効という結論を導き出すための方便として、「当該法律行為は、『賭博』である」と断じてしまえばよいだけなのである。「賭博」の効力を、ア・プリオリに無効であると考えてしまうことによって生じる弊害であろうかと思われる。歴史上、いわゆる賭博の効力を常に無効であると考えてきたのかと問われれば、それは必ずしもそうとはいえないのである。[4]

こうした状況に鑑み、本稿では、私法上、法典には存在しない「賭博」という講学上の概念が、我が国に登場

するに至った契機と、現在に至るまでの「賭博」概念の発展を概観することを目的とする。そうして、予め結論を先取りすれば、①「賭博」は、「博戯（jeu, Spiel）」ならびに「賭事（pari, Wette）」という別個の概念を一括することによって登場した概念であり、②こうした経緯からすれば、「賭博」と「射倖契約」の両者で概念の混同が起こるのも当然であり、③こうした誤謬が、今日の現代型取引の私法上の効力を考える上で根本的な問題として潜んでいる、ということである。これらが本稿での筆者の主張となる。

したがって、以下では、我が国の私法上、まとまった形で「賭博」の効力を規定した法律案であるボワソナード旧民法典草案ないし旧民法典（明治二三年）を起点として、それと現行民法典と直接の連続性を有する新民法典（明治二九年）草案を対比することによって、新民法典に至り本質的に変容した「賭博」概念の内実を指し示す。そうして、その後、現行民法典には遺らなかった「賭博」が、その後の学説・裁判例でどのように取り扱われてきたのかを見てみることにしよう。

二　「賭博」概念の生成――「博戯」ならびに「賭事」――

①　ボワソナード民法典草案に見る「博戯（jeu）」ならびに「賭事（pari）」[5]

明治二三年に成立したいわゆる明治旧民法典は、財産取得編第七章「射倖契約」のもとに、総則（第一五七条ないし一五九条）と第二節終身年金権（第一六四条ないし一七七条）の間に、第一節博戯及ヒ賭事という表題のもと、博戯、賭事ならびに富講について四箇条の規定を置いていた。それによれば、以下の通りである。[6]

第一節　博戯及ヒ賭事

第一六〇条　①博戯ハ博戯者ノ勇気、力量、巧技ヲ発達ス可キ性質ナル体軀運動ヲ目的トスルニ非サレハ其義務履行ノ為メ訴権ヲ許サス

②賭事ニ基ク訴権ハ右ノ如キ体軀運動ヲ為ス人ノ為メ又ハ賭者ノ直接ニ関係スル農工商業ノ進歩ノ為メニ非サレハ亦之ヲ許サス

③右ノ博戯又ハ賭事ニ於テ諾約シタル金額又ハ有価物カ事情ニ照シテ過度ナリト見ユルトキハ裁判所ハ之ヲ減少スルコトヲ得スシテ全ク其請求ヲ棄却スルコトヲ要ス

第一六一条　①前条ノ場合ノ外博戯及ヒ賭事ハ自然義務ヲモ生セス且其債務ノ追認、更改又ハ保証ハ総テ無効ナリ

②然レトモ右博戯又ハ賭事ニ因ル有能力者ノ任意ノ弁済ハ之ヲ取戻スコトヲ許サス但勝者ニ於テ詐欺又ハ欺瞞アリタルトキハ此限ニ在ラス

第一六二条　①官許ヲ得サル富講ハ訴権ナキ博戯及ヒ賭事ト同視ス

②商品又ハ公ノ証券ノ投機ノ定期売買ニ付テモ初ヨリ当事者カ諾約シタル金額又ハ有価物ノ引渡及ヒ弁済ヲ実行スルニ意ナク単ニ相場昂低ノ差額ヲ計算スルノミヲ目的トシタルコトヲ被告ニ証スルトキモ亦同シ

第一六三条　前二条ノ場合ニ於テ被告ヨリ無効ノ抗弁ヲ申立テサルトキハ判事ハ職権ヲ以テ其無効ヲ言渡スコトヲ得但契約又ハ請求ニ於テ博戯、富講又ハ相場差額ノ賭事カ債務ノ原因タルコトヲ明言セシトキニ限ル

このように、わが旧民法典には、博戯、賭事等の効力に関する詳細な規定が整備されていた。そうして、これらの規定は、フランス民法典の影響を強く受けているものと理解することができる。すなわち、フランス民法典

は、わが旧民法典と同様に、射倖契約との表題のもと、その総則的規定を置き（フランス民法一九六四条）、それに続く一九六五条以下に、博戯・賭事に関する規定を置いているからである。[7]

もっとも、条文の体裁については、フランス法と日本旧民法典では、多少の差異が存する。というのも、フランス民法典は、博戯・賭事を原則無効とした上での規定を置くが、上に挙げた日本旧民法典にあっては、多少異なった条文の規定の仕方をしているからである。

これについては、以下のような理由が述べられている。すなわち、法律がある契約を有名契約として規定するからには、それは債権・債務関係を生じさせるものが原則となるはずであり、博戯、賭事について、フランス法のように無効を原則とする規定からはじめるのは奇怪であるというものである。[8] このことを言い換えれば、日本旧民法典は、博戯、賭事といえども、私的自治の原則ないし契約自由の原則に忠実に立法を行おうとしていたことが理解されるであろう。

次に、博戯、賭事とは何であるか、という問題である。これについては、博戯とは、敗者が勝者に対して一定の価額を支払う約定をもって互いに勝負を争うことを言い、賭事とは、過去または未来に関するある事実について反対の意見を有する者が、その事実に反する意見を有する者より相手方に対して一定の価額を支払う約定であるとされる。[9] そうして、たとえば、賭事の場合、ある日時以前に、特定の船舶が香港から横浜に到着した場合には、乙は甲に対して金一〇〇円を支払うが、その日時以降に到着した場合には、甲が乙に対して一〇〇円を支払うといった約定が挙げられる。もっとも、この場合には、当該約定は無効であり、この賭事が私法上有効となるためには、たとえば甲あるいは乙が船大工や航海者であり、造船技術や航海技術の改良を加える目的で賭事がなされることが必要であるとする。[10] また、別の例としては、観戦者が競馬の勝敗について賭事を行った場合には、それだけであれば無効であるが、勝馬に対して約定の賞金を与えるという場合には、馬の持主に良馬を産出する

ことを奨励することとなるために有効であるとする。[11]

このことから理解されるように、旧民法で想定されていた博戯・賭事は、それぞれ有名契約（典型契約）としての要素的効果意思を前提として、その中でも一定の動機を有する類型を私法上有効とし、それ以外の契約類型は無効であると考えていたことが理解されよう。そこでは、「賭博」という包括的な概念を採用するのではなく、フランス法の博戯（jeu）・賭事（pari）をモデルにした個別の有名契約（典型契約）としての効果意思を基準として立法されていたことが読み取れる。[12]

つまり、近代日本法制史の上で、賭博の原型がまとまった形で形成されたのは、旧民法典の編纂と見ることができ、[13]こうした旧民法典編纂時にあっては、賭博という包括的な概念は存在せず、フランス民法典に沿革を有する「博戯」ならびに「賭事」というふたつの別個の法律行為であったということである。ひとまず、このことを確認しておこう。

② 賭事と射倖契約との混同？——明治二九年民法典草案——

現行民法典（明治二九年民法典）の草案段階で、賭事の無効に関する規定が置かれていたことは、あまり知られていないようである。これらは最終的には削除されたことから、我々の現行民法典には規定として残っていないこともあり、あまり取り上げられることがないようである。

ここでいわゆる賭博についての規定が草案中に残った理由としては、以下のように考えることができる。すなわち、ボワソナード草案財産取得編一五七条以下は、フランス民法典一九六四条と同様の立法形式を採用し、①射倖契約についての定義ならびに、②射倖契約に属する各種の典型契約の規定を置いていた。しかしながら、①に関しては、削除することが決められ、[14]②に関しても、冒険貸借ならびに保険に関しては、商法の適用の問題で

あることから、民法の典型契約として残存したのが、終身定期金ならびに賭事というふたつの典型契約となるわけである。

そうして、草案段階では「賭事」という表題のもと、現行民法典草案には、以下の二カ条の規定が存在していた。具体的には、終身定期金と和解の間に、第一四節「賭事」という題目のもとの条文草案である。[15]

第七百三條　賭事ハ當事者ノ一方又ハ其各自カ未タ知ラサル事實ノ到來スヘキコト又ハ到來シタルコトヲ期シ其事實ノ到來ヲ確知シタルトキ或給付ヲ相手方ニ為スコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス

②當事者ノ一方カ知リテ告ケサル事實ニ付キ賭事ヲ爲シタルトキハ其賭事ハ無効トス

第七百四條　賭事ハ法令ニ於テ之ヲ禁セサル場合ニ限リ其効力ヲ有ス

これらの二か条から明らかなように、明治二九年民法典の草案は、博戯ならびに賭事という概念を包括的に捉えている。この起草趣旨によれば、旧民法典においては、フランス民法典の博戯（jeu）ならびに賭事（pari）を参考にして規定が置かれていたが、この両者はつまるところは同じものであるから、これを「賭事」として一元的に捉え、規定を置くということが起草趣旨として挙げられている。[16] すなわち、ボワソナード草案によれば、博戯を「勇気、力量、巧技ヲ発達ス可キ性質ナル体軀運動ヲ目的トスル」という要素に着目し、賭事を「体軀運動ヲ為ス人ノ為メ又ハ賭者ノ直接ニ関係スル農工商業ノ進歩ノ為メ」という要素に着目して定義していたが、ここではそこから脱却し、これらを抽象化させ、単に「未タ知ラサル事實ノ到來スヘキコト又ハ到來シタルコトヲ期シ其事實ノ到來ヲ確知シタルトキ或給付ヲ相手方ニ為スコトヲ約スル」という定義に変容させたのである。

しかしながら、この規定の内実から見れば、草案第七百三條において規定されている「賭事」というのは、まさに射倖契約のことを言い表していることに気づかされる。すなわち、射倖契約とは、出捐の不確実性ならびに

その結果としての損益の不確実性を要素とするものである。[17] 草案第七百三條が「當事者ノ一方又ハ其各自カ未タ知ラサル事實ノ到來スヘキコト又ハ到來シタルコトヲ期シ其事實ノ到來ヲ確知シタルトキ或給付ヲ相手方ニ為スコトヲ約スルニ因リテ」と定めるのは、まさにボワソナード流の射倖契約の定義に従っているということができるだろう。そうして、保険契約の例を見るまでもなく、私的自治の原則ならびに契約自由の原則から考えるのであれば、射倖契約といえども原則として有効であると考えなければならない。[18] 実際に、フランス民法典一九六四条は、射倖契約の定義のもと、その例示として、保険、冒険貸借、博戯ならびに賭事、終身定期金、を挙げる。これらの四つの有名契約はいずれも射倖契約であることが法文上明らかであるが、原則として訴権を発生させない契約類型は博戯ならびに賭事のみであり、そのほかの保険、冒険貸借、終身定期金のいずれもが、原則として有効な契約類型なのである。

そうして、本草案において明らかなように、賭事についても、法律上、禁止されない限りは有効であると規定している。つまり、いわゆる「賭博」の効力に関して、現行民法典草案は、フランス民法典、旧民法典の形式とは対照的に、原則と例外を入れ替えているのである。このような規定を置く以上、いわゆる「賭博」と、射倖契約一般との間に、明確な概念の区別ができなくなるのもやむを得ないであろう。

要するに、現行民法典草案の起草者達は、「射倖契約」と「賭事」との間で概念を混同したまま、法典の編纂にあたっていたと評価できるのである。換言すれば、本草案は、ボワソナード民法典草案において、博戯を「勇気、力量、巧技ヲ発達ス可キ性質ナル体軀運動ヲ目的トスル」という要素に着目し、賭事を「体軀運動ヲ為ス人ノ為メ又ハ賭者ノ直接ニ関係スル農工商業ノ進歩ノ為メ」という要素に着目して定義したことを全く無視して、いたずらに抽象化を進めた結果、つまるところ、その上位概念たる「射倖契約」に行き着いたと評価することができよう。しかしながら、このことを「賭事」と、羊頭狗肉ともいえる表現をしたために、議論が混乱するのも

やむを得ないのである。

このように、現行民法典の起草者たちの理解の根底に、「賭事」と「射倖契約」の混同があったことは、法典調査会における議事を見ても明らかである。[19] すなわち、梅博士によると「博戯と賭事はフランス法では分けて規定しているが、その内実は同一であるので『賭事』という形で一元的に規定した」という起草趣旨の説明に続いて、岸本辰雄による質問があるが、そこでは、フランス法における「ジュー（jeu）」と「バルユー（pari）」との違いが問われている。これに対して梅博士は、私は定義まで調べたわけではないし、これらがどのような定義になるかわからないが、いずれにせよ法律上の性質は同一であるとの、多少歯切れの悪い説明を行う。その後、刑法の賭博罪との関係が論じられ、用語は賭博という形で統一するべきであるとの説明がされることとなるが、[20] 委員の大半からは、賭事（賭博）の定義を規定し、それに引き続き賭事（賭博）は法令の禁止しない限りは有効であるということは、特に民法の定める必要がないとする意見が多数見られるようになる。[21] いずれにせよ、この部分の法典調査会の議事に遺された議論を見る限りにおいては、「博戯」「賭事」を抽象化して「賭事」という概念に纏め上げるという草案自体が、「射倖契約」との概念混同が起こすものであり、それが議論の混乱を引き起こしたといいうるように思われる。[22]

そうして、最終的には、この問題点については議論のまとまりがつかないために、再度議事に付することが約束されることとなる。その三日後である明治二八年九月一六日に再度同様な内容が審議されるが、最終的にはこの部分については削除という形で決着がつくのである。

この結果、日本民法典においては「賭事」に関する規定は明文化されなかった。

③ 小 括

法典編纂時期における、いわゆる「賭博」を評価することは、難しい。それはとりわけ、現行民法典草案にあてはまるようにおもわれる。しかしながら、法典編纂期のいわゆる「賭博」に関する考え方は、以下のように纏めることができるだろう。

まず、フランス民法典の影響を受けたと思われるボワソナード旧民法典草案には、射倖契約についての規定が存在していたが、これによれば、射倖契約であるからといってただちに無効となるものではなく、また、いわゆる「賭博」というものも一元的に捉えられることはなく、博戯ならびに賭事というそれぞれ独自の典型契約としてその効力を考えるというものであった。

これに対して、射倖契約という用語を法典上に規定することを断念した現行日本法にあっては、いわゆる「賭博」を「賭事」という形で一元的に捉え、その上で、実質的には射倖契約の定義と同一である「賭事」を法律の禁止規定がない限りは有効な法律行為であると考えていた。しかしながら、こうした規定は結局のところ民法典上には結実しなかったこともさることながら、この考え方は、いわゆる賭博を射倖契約と混同したものと批判することができる。そうして、保険と賭博との関係や、法典調査会における議論を見るまでもなく、このような考え方が、いわゆる「賭博」の定義を不明確なままにして、民法典を制定してしまったところに、「法規の欠缺」を超えた「法の欠缺」があったようにおもう。

こうした法の欠缺に対し、その後の日本法はどのようにしてこの問題を克服したのであろうか。

三　「賭博」概念の発展

①　前　提

明治二九年民法典において、典型契約の中に「賭事」を挿入することを断念した日本法は、その後、いわゆる賭博に関しては、民法九〇条適用の可否という形で、議論を深化させていくこととなる。そうして、その主導的な役割を担ったのは、我妻栄の学説と、裁判例の蓄積といえるだろう。

このことを叙述していく前に、一点だけ、その前提を確認しておこう。

それは、いわゆる「賭博」に関する、フランス民法典、ドイツ民法典と比較したときの、日本民法典の条文の構造である。繰り返しになるが、フランス民法典は、一一〇四条ならびに一九六四条の二カ条に亘って射倖契約の定義が規定されている。そうして、その後者である一九六四条には、射倖契約の定義に引き続いて、その例示として、保険契約、冒険貸借、博戯及び賭事、終身定期金契約を挙げる。これに対して、実定・射倖契約を法典上の概念として認めなかったドイツ法は、[23] 暴利（Wucher）に関するBGB一三八条二項とは別に、BGB七六二条以下に規定される賭事（Spiel）ならびに博戯（Wette）、富籤及び賞金契約（Lotterie-und Ausspielvertrag）等の有効性についての規定を置いている。

これに対して、日本法は、フランス法ともドイツ法とも全く異なる法制度である。すなわち、日本法はフランス法が有する実定・射倖契約という契約の分類を法典上で有さず、また、日本法はドイツ法が有するいわゆる賭博の無効に関する規定を有さない。

このような日本法の条文の構造からすれば、いわゆる「賭博」の効力に関しては、一般条項によらざるを得ないこととなる。そうして、そこで対象とされた制定法規範が、民法九〇条である。

② 我妻説について

我妻栄は、民法九〇条の類型化を行う際に、そのひとつとして、「射倖性」を取り上げる。[24] それによれば、「われわれの有する射倖性は全然無視すべきものではない。その利用の如何によっては貯蓄の奨励の便ともなり、その他の利益も少なくはない。[25]」として、契約に含まれる射倖的な性質について、全否定するという立場は採っていない。

そうして、「『公ノ秩序』とは、国家社会の一般的利益を指し、『善良ノ風俗』とは、社会の一般的道徳観念を指す。」としたうえで、民法九〇条の類型化を行い、「著しく射倖的なもの」という類型のもと「人類の射倖性は、必ずしも否定すべきものではない。しかし、それにも、おのずから限度がある。……（中略）……ただし、法律が特殊の立場から、とくにこれを許容するときは、反社会性がなくなることはいうまでもない。（傍点西原）」とする。[26][27]

このことから、我妻栄は、射倖契約は、原則として民法九〇条の適用を受けるものとは考えていなかったと言えるだろう。著しいと言えない程度の通常の射倖契約は、民法九〇条の適用は受けないと反対解釈されるからである。

しかしながら、以下の二点については、ここで指摘しておく必要があるようにおもう。

第一点目は、「射倖契約」と「射倖的（あるいは射倖性）」という用語の異同である。この両者いずれもが、一定のリスク移転の含意を有するという共通項はあるけれども、そこで述べられていることは根本的に異なるものと言いうる。すなわち、射倖契約は実定契約に対応する契約の分類であり、有償契約はいずれもが、実定契約か射倖契約に属することとなる。この意味で、「射倖契約」という用語は、契約に含まれる質的差異を問題にしていると言える。これに対して、「射倖的（射倖性）」というのは、当該法律行為に含まれる量的差異を問題として

いる。すなわち、「著しく射倖的」という概念に該当しない「通常程度の射倖的な」契約であれば有効なのである。したがって、この両概念は厳密に区別されなければならない。[28]

第二点目は、「法律が特殊の立場から、とくにこれを許容するときは、反社会性がなくなる。」という点である。これは、著しく射倖的な法律行為を前提として、そうした法律行為であっても、法律の規定により、反社会性をなくすことができる、という意味である。したがって、通常の射倖的な法律行為であれば、法律の規定がなくとも、反社会性を帯びるということにはならないのである。つまりこの考え方は、「原則射倖契約は無効であるが、法の規定をまってはじめて有効となる」という考え方とは根本的に異なることを確認しておかなければならない。[29]

ところが、ここで挙げた二点については、その後の裁判例によって、ここで我妻栄が主張していた骨子とは全く異なった方面へと変貌を遂げることになる。

③ 裁判例の変遷

いわゆる賭博をめぐる裁判例に関しては、これを三つの時期ならびにグループにわけて考えることができるようにおもう。

一つ目は、いわゆる賭博を射倖契約とは分離して考えていた判決群である。たとえば、①いわゆる講に関する大判明治三六年六月三〇日判決（民録九輯八一五頁）は、「法律ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル限リハ射倖契約ヲ禁止シタルコトナシ」と判示し、②大判明治三八年一一月三〇日判決（民録一一輯一五九九頁）は、「射倖ノ性質ヲ有スル契約ト雖モ特ニ法規ノ禁止セサルモノハ當然無効ナリト云フヲ得ス」と判示し、③大判大正五年八月一二日判決（民録二二輯一六四六頁）は、「契約ノ目的及ヒ内容ハ契約自由ノ原則ニ依リ各人ノ任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノナレハ射倖契約モ亦其契約カ射倖ノ性質ヲ有スルノ故ヲ以テ當然無効ナルモノニ非スト雖モ

其目的トスル事項カ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルトキハ其無効ナルコト論ヲ俟タス」と判決する。

これらはいずれも、いわゆる講に関する判決であるが、講が射倖契約であることを認めた上で、射倖契約であるからといって無効であるとは限らないという判決の構造を有している。また、ここでは、法典には存在しない、いわゆる賭博という要素を法律判断の中に組み込んでいない。

二つ目は、賭博行為を前提として行われた消費貸借契約ないし手形行為の効力に関する判決群である。たとえば、④賭博に負けた為に負担した債務弁済のために締結された金銭貸付の効力に関する大判昭和一三年三月三〇日（民集一七巻五七八頁）は、当該契約を無効とし、[30] ⑤大判昭和一三年一〇月六日（民集一七巻一九六九頁）は、賭博契約に基づく債権か否かを巡る争いを止める目的で締結された和解契約は、その後、当該債権が賭博によるものでないと判明した場合であっても、無効とはならないと判決し、⑥最判昭和四二年一一月二五日（金商九四号一〇頁）は、賭金債務支払いのためになした金銭借受契約上の債務を原因関係として振出した手形について原因関係上の抗弁を認容している。[31]

これらの判決に共通していることは、いずれもが賭博が無効であることを前提として、その上でなされた法律行為の効力を検討しているということである。ひとつ目の判決群が、当該法律行為に関する効力を綿密に検討しているのに対し、これらの判決群は、いずれもが、賭博が無効であることを、ア・プリオリに容認しているのである。そこではもはや、賭博の定義や、賭博の法構造に関する違法性の特徴を殊更に検討することなく、直観的に賭博を無効として、判決が下されているように思われる。

三つ目は、いわゆる金融商品取引に関する判決群である。たとえば、⑯指定外商品であるパラジウムの私設市場における取引が、商品取引法八条の趣旨に照らし、公序良俗に違反する違法なものであるとされた東地平成二年三月二九日（判時一三八一号五六頁）、[32] [33] ⑱外国為替証拠金取引を賭博類似の取引であると判示した東地平成一七

年一一月一一日（判時一九五六号一〇五頁）[34]がある。

これらの判決においては、いわゆる現代型取引に属するそれぞれの取引の無効を、賭博との関係で公序良俗違反として取り扱っていることが特徴として挙げられる。その際には、一定の制定法に違法することが、民法九〇条「公の秩序」に該当するとして、その無効を導き出している。[35]

これらの裁判例を見れば明らかなように、現行民法典草案中で「賭事」と規定されていて、最終的には法典の内容として結実しなかったいわゆる「賭博」は、法典編纂以降、民法九〇条の一類型として取り扱われるに至る。そこでは、「著しく」射倖的であるか否かを問われることもなく、また、いわゆる「賭博」とは何のことを指すのかについて明確な定義を有しないままに、ただ当該法律行為の無効を導き出すための方便として「賭博」概念が形成されてきたものということができるだろう。

四　まとめ

結局、わが国にはいわゆる「賭博」とは何か、という明確な定義を見つけることはできないようである。旧民法典や現行民法典草案においては賭博の原型となる契約類型が存在していたが、現行民法典には、いわゆる賭博の無効に関する規定が存在しない。そうして、法典編纂期以降は、いわゆる「賭博」の効力は民法九〇条の解釈論のなかで展開されてきた。そうして、いわゆる「賭博」が何であるかということについての積極的な議論はなされないこともあり、賭博を定義づけることはなされず、単に無効な射倖契約であるということの方便として「賭博」という用語が用いられてきた。

典型的な売買契約を想定してみると、契約当事者は代金支払義務と財産権移転義務という給付を行うために、

そこで考えられるのは、いわば交換的（実定的）な契約論であるということができる。これに対して、保険契約を代表とした射倖契約にあっては、当事者の関与しない偶然の事件の成否によって契約当事者の具体的な出捐義務の存否が左右されることから、いわば配分的（射倖的）な契約論であるということができるだろう。終身定期金契約ならびに保険契約といった限定的な形でのみ、射倖契約に関する規定が置かれている日本法にあっては、賭博の無効という明文規定がないことも手伝って、民法九〇条の適用といった、いわば実定契約の法理を「著しく射倖的」という形で射倖契約にも及ぼすほか、一定の射倖契約を無効にすることはできなかった。そうして、賭博とは、こうした交換的（実定的）契約論と配分的（射倖的）契約論の間に存在する、未熟児としての地位を与えられたにすぎないところに、我が国における私法の問題のひとつが存在するようにおもわれるのである。

ひるがえって、いわゆる「賭博」について、法典上も解釈上も明確な定義を有しないままに制定法の解釈を進めていく日本法において、形を変えて議論が進められてきた分野があった。それは保険契約の法的性質を巡る議論である。

保険契約は射倖契約であることから[36]、同じく射倖契約に属する契約類型のうち、なぜ保険契約は射倖契約とは異なり、原則として有効となるのか、ということが従来は問題とされてきた[37]。そうして、今日では、保険契約特有の法規整のうち、被保険利益要件、利得禁止要件、他人の生命の保険における被保険者同意要件といった強行法規整については、保険の賭博化の防止ということが存在理由のひとつとして挙げられるのが一般的である[38]。

しかしながら、もし、ここでいうところの「賭博」という用語が、民法九〇条の適用を受けて無効となる契約、ということを意味しているとすれば、この問いかけは、なぜ保険契約だけが民法九〇条の適用を受けないのか、ということを意味しているにすぎない。そうだとすれば、保険は賭博とは言えないのか、という問いかけは、私的自治・契約自由を基調とするわれわれの民法典において、自由意思を有する契約当事者が契約を締結すれば、

それは原則として有効であり、その例外のひとつとして民法九〇条の規定が存在しているということを意味しているにすぎない。この意味で、「保険は賭博とは言えないのか」という問いは、現代型金融商品取引がなぜ一般的に賭博と言えないのか[39]、という問いと同様に、私法上の問題として成り立たないようにおもわれるのである。

（付記）本研究は全国銀行学術研究振興財団からの研究助成による成果の一部である。

（1）梅謙次郎はこの旨を主張しない（梅謙次郎『民法要義（訂正増補）』一九九頁（明治四四年〔有斐閣・昭和五九年・復刻版〕））が、その後の学説は、民法九〇条適用の一類型として「著しく射倖的な法律行為」あるいは「射倖行為」を挙げるものが多い。その例として、我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店・昭和四〇年）二七〇頁、幾代通『民法総則〔第二版〕《現代法律学全集5》』（青林書院新社・昭和五九年）二一五頁、石田穣『民法総則』（悠々社・平成四年）三〇六頁、内田貴『民法Ⅰ（第二版）』（東京大学出版会・平成一二年）二七六頁、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣・平成一二年）一二四頁、一五二頁、近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則〔第四版〕』（成文堂・平成一五年）一五四頁、川井健『民法概論1（民法総則）』（有斐閣・第二版・平成一六年）一七三頁。また、公序良俗に関しては、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣・平成七年）、椿寿夫／伊藤進編『公序良俗違反の研究』（日本評論社・平成七年）参照。なお、「著しく射倖的な法律行為」とは、射倖の量的差異を問題とするものであるのに対し、「射倖的な行為」とは、その質的差異を問題とした概念形成であるために、この両者は本質的に異なるといえる点については、のちに本文中でも取り上げるとおりである。したがって、結論を先取りすれば、「射倖行為」は一般的に無効とはいえないものの、「著しく射倖的な法律行為」は民法九〇条の適用を受けるというのが正しい説明であるようにおもわれる。

（2）ローマ法が賭博を無効と考えていたのに対して、ゲルマン法は、賭博を有効であると考えていたという指摘は、頻繁になされるところである。その一例として、勝田有恒・森征一・山内進編著『概説西洋法制史』（ミネルヴァ書房・二〇〇四年）二三六頁。またゲルマン法が賭博を有効なものと考えていた点については、タキトゥス／泉井久之

助訳注『ゲルマーニア』（岩波書店・一九七九年）一一二頁を根拠として挙げるのが一般的である。

（3）賭博の私法上の効力を巡っては、我が民法典は明文の規定を有さない。これに対して、フランス法にあっては、「賭事（jeu）」ならびに「博戯（pari）」という形で、それらが原則として無効である旨を規定する（後掲・フランス民法典一九六五条）。また、ドイツ法にあっては、暴利（Wucher）に関するＢＧＢ一三八条二項とは別に、賭事（Spiel）ならびに博戯（Wette）、富籤および賞金契約（Lotterie-und Ausspielvertrag）が無効であることを定める（ＢＧＢ七六二条以下）。

（4）ゲルマン人が賭博を有効であると考えていた点については、前掲注（2）参照。

（5）明治期の近代法典編纂事業において、ひとつの困難な問題であったことに、欧文からの日本語への翻訳が挙げられる。本稿が対象とする「博戯（jeu）」ならびに「賭事（pari）」に関しても同様であり、たとえば、編集顧問星野英一／ボワソナード民法典研究会（代表大久保泰甫）『民法應用字解　全』（雄松堂出版・ボワソナード民法典資料集成Ⅱ　前期Ⅰ・Ⅱ、復刻版・平成一二年）によれば、jeu については「博奕」、pari については「賭事」と、旧民法典とは異なった訳語が付されている。

（6）我妻栄編集代表『旧法令集』（有斐閣・昭和四三年）一五五頁参照。

（7）フランス民法典一九六五条　法律は博戯債務又は賭事の弁済のためのいかなる訴権も与えない。（Art. 1965 La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le payement d'un pari.）

同一九六六条　武器の使用訓練に適した博戯、徒歩あるいは競馬競技、馬車競技、球技及びその他身体の器用さ並びに身体訓練に類似した同種の博戯は、前条の規定の例外とする。

（Art. 1966 Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente.）

同一九六七条　いかなる場合においても、敗者は自発的に弁済したものの返還を請求することはできない。ただし、勝者の側に、詐欺（dol）、欺瞞又は詐欺（escroquerie）があった場合はこの限りではない。

（Art. 1967 Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu,

de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie.)

(8) 編集顧問星野英一／ボワソナード民法典研究会（代表大久保泰甫）『ボアソナード氏起稿民法草案財産取得編第三巻』（雄松堂出版・ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 前期Ⅰ・復刻版・平成一二年）一九九頁参照。

(9) 富井政章『民法論綱財産取得編中』（明治二六年・〔新青出版・平成一三年・復刻版〕）一四五頁。

(10) 前掲注(9)富井・一五三～一五四頁。

(11) 前掲注(8)・『ボアソナード氏起稿民法草案財産取得編第三巻』二〇二頁以下。もっとも、この場合には、賭事ではなく、未必条件を付した贈与であるとする。

(12) もっとも、こうした規定の内実とは裏腹に、旧民法の解釈としては、博戯・賭事の弊害に焦点を当てた記述も見られるところである。たとえば、前掲注(9)・富井一四七頁は、条文上の体裁とは逆に、先に賭戯・賭事が無効であるのは「公益上有害ナル」ために、こちらが原則であるとした上で説明を行う。同様のものとして、磯部四郎『民法〔明治二三年〕釈義財産取得編（中）〔第六章～第一二章〕日本立法資料全集別巻（八六）』（信山社出版・平成九年・復刻版）五二五頁も、賭博の弊害は庶民の没落の一大原因であるために、世の中の秩序風紀上、これは一般的に嫌悪されるべきことが冒頭に記されている。こうした旧民法の博戯・賭事に対する考え方が、新民法（明治二九年）の制定に際して、これらの規定を削除することになったひとつの原因であるという推測が成り立つように思われる。

(13) たとえば、司法省明法寮で行われた民法会議で編纂されたとされる皇国民法仮規則（明治五年）をみれば、その第九百七十九條以下に「偶生ノコトヲ管スル契約」として、フランス民法典同様に、いわゆる保険契約、冒険貸借契約、終身定期金契約について規定しているが、博戯ならびに賭事については（意図的に？）削除していることが見て取れる。この削除が、もし意図的なものであったと仮定すると、この当時の法典編纂に携わった者の考え方が、賭博が違法な法律行為であるために、あえて日本法の上で規定される必要はないと考えていたということが推測として成り立つように思われる。なお、皇国民法仮規則の条文文言については、前田達明編『資料民法典』（成文堂・平成一六年）三六二頁以下に依拠した。

(14) 法務大臣官房司法法制調査部編「法典調査会民法議事速記録五（日本近代立法資料叢書五）」（商事法務研究会・昭和五九年）四〇頁以下。なお、削除に関する経緯についての検討は、拙稿「ドイツ民法典の成立と射倖契約」『ド

イツ法の継受と現代日本法―ゲルハルド・リース教授退官記念論文集―』（日本評論社・二〇〇九年）三一九頁以下。

(15) 法務大臣官房司法法制調査部監修「民法第一議案（日本近代立法資料叢書一三）」（商事法務研究会・昭和六三年）二六八頁以下。なお、明治二九年民法制定に関する概略を示すものとして、前田達明『資料民法典』（成文堂・平成一六年）一一一六頁以下。

(16) 前掲注(14)・八〇頁。

(17) たとえば、大森博士によれば、射倖契約とは、「一方または双方の当事者の契約上の具体的な給付義務が発生するか否かまたはその大小いかんが、偶然な出来事によって左右され、従って当事者のなす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契約」（大森忠夫『保険法』（有斐閣・昭和三二年）八四頁）であるとする。このことから理解されるように、射倖契約とは、出捐の不確実性ならびにその結果としての損益の不確実性を要素とする概念である。そうして、このうちの後者（「損益の不確実性」）は、有償契約を前提とした場合に出てくる必須の要素である（拙稿「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（二〇〇一年）二九九頁以下）。しかしながら、ボワソナード旧民法典は、この中の「出捐の不確実性」のみをもって射倖契約の要素であるとした。その結果、無償契約や条件付法律行為までもが射倖契約との呼称が与えられることとなった。本草案条文は、本文中で述べているとおり、賭事を射倖契約と混同しているといいうるが、ここで出てくる「射倖契約」とは、フランス民法の影響を受けた概念ではなく、ボワソナード草案の影響を強く受けた定義であるように思われる。この意味で、我が国における射倖契約概念には、①フランス民法典の影響を受けた、「出捐の不確実性」と、その結果としての「損益の不確実性」を要素とするものと、②ボワソナード旧民法典草案に沿革を有する「出捐の不確実性」のみをもって射倖契約たる呼称を与えるもののふたつが存在する。ここで挙げた現行民法典草案における「賭事」とは、このうちの後者をもって定義づけがなされているということができ、ここに、射倖契約＝賭事という誤謬を生み出す遠因があるといえなくもない。

(18) この考え方に反対するものとして、森田果「射倖契約はなぜ違法なのか」ＮＢＬ八四九号三五頁以下（二〇〇七年）。なお、この考え方に潜む「根本的な誤謬」に関しては、拙稿・前掲注(14)にて述べたとおりである。

(19) 以下は、前掲注(14)・八〇頁以降による。

(20) 以下はあくまで私の憶測であるが、今日の用語法としては、「賭事」という用語よりもむしろ「賭博」という用語が用いられることが多いが、これは刑法上の「賭博」罪（刑法一八五条以下）との用語の整合性のための用語法かと思われる。もっとも、なぜ「博戯」「賭事」ではなく「賭博」という用語を用いるようになったのかという問いに対して、私は確たる答えを用意できない。このことをお詫びするとともに、この件に関しての読者諸賢のご教示を乞う次第である。

(21) この部分の議事録を見る限り、委員の間からは射倖契約の一般的無効原因たる第七百三條二項についての明確な議論はなされていない。この点、筆者によれば、これが射倖契約における主観的偶然性の原則を指し示した射倖契約独自の法律行為の有効要件であるように思われる。拙稿「射倖契約におけるコーズの法理」神戸学院法学第三四巻三号（二〇〇五年）二五三頁以下。

(22) もっとも、このように射倖契約を賭博と同一視して捉える考え方は、明治期の比較的早い時期から存在していたと推察される。たとえば、いわゆる法典論争の時期にあたる明治二二年に、岡野敬次郎は、「保険ハ賭博ニ非サル乎」法学協会雑誌第六七号七巻（明治二二年）五六四～五七〇頁（なお、細部において内容に若干の差異があるが、このの ち、同名の論説は『法理精華』第三〇号五巻（明治二三年）七～一三頁に再録されている）という論説を発表し、この中で、保険は料率算定により掛金が異なり、補償を目的とした契約であることから賭博とは異なることを主張している。日本人初の商法専門学者であった岡野敬次郎博士（この点については、高田晴仁／西原慎治「岡野敬次郎博士（一八六五―一九二五）業績目録」『法学雑誌タートンヌマン三号』（一九九九）三四九頁以下参照）が、なぜこの法典論争の時期にこうした論説を発表しなければならなかったのかといえば、今後の日本の近代化に向けて、日本に保険制度を定着させ、その健全な発展を促そうとする折に、保険が賭博と同一視されてしまっては、保険制度が日本に定着しないことを恐れたために、保険は適法な契約であり、社会の発展上必要不可欠な制度であることを力説し、商法専門学者の立場からあえてこのような論説を発表したものであると推察される。かような推察が正しければ、明治二九年新民法草案においても、未だ「射倖契約＝賭博」という図式が法典起草者の頭から抜けきれないままに起草がなされたのは、現行民法典が、すくなくとも射倖契約に関し、意思自治ないし私的自治という原則を真に理解しないままに法典が編纂されたためであるように思われるのである。

(23) ドイツ民法典が、実定・射倖契約を法典の上で認めなかった理由は、ドイツ民法典がラエシオ・エノルミスの法理を法典上に取り入れなかったことにある。この点については、拙稿・前掲注(14)参照。

(24) 以下にみるように、我妻栄はいわゆる「賭博」という用語を用いない。このことは、現行民法典草案がいうところの賭博と、のちにみる最近の現代型取引に関する裁判例でいうところの賭博との間で概念の断絶が存在する可能性がある。

(25) 我妻栄「判例より見たる「公の秩序善良の風俗」」『民法研究Ⅱ』（有斐閣・昭和四一年）一五一頁以下（初出は法学協会雑誌第四一巻五号（大正一二年））。なお、本論文において、我妻栄は、「公の秩序善良の風俗」を、「人倫に反するもの」「人身の自由を極度に制限するもの」「営業の自由の制限」「家の制度に関する行為」「他人の無思慮窮迫に乗じて不当の利を博すること」「射倖性」「国民経済上の障害となるもの」「道義観念に反するもの」の諸類型に分け、それぞれ検討を加えている。

(26) 問題となるのは、「これ」が指す内容である。もし、「これ」が射倖契約一般のことを指し示していたのであれば、我妻説は、「射倖契約は一般的に無効であるが、特に法がこれを許容した場合にのみ、有効となる。」という考え方であると理解することになる。しかしながら、本文中で述べるように、筆者は、我妻説を、「著しく射倖的な契約」を民法九〇条によって無効とするものと考えており、通常の射倖契約は有効であるが、著しく射倖的な契約であったとしても、特に法がこれを許容した場合には有効となるものと理解している。しかしながら、我妻栄『債権各論上巻』（岩波書店・昭和二九年）四九頁以下に見られる、射倖契約の説明を見よ。

(27) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店・昭和四〇年）二八二頁参照。

(28) この意味で、厳密には射倖契約とはいえない契約であっても、「著しく射倖的」となることはありうる。

(29) たとえば、ある法律行為が、刑法上の賭博（刑法一八五条）に該当するために、それが民法九〇条の「公の秩序」に反する事項を目的とする法律行為であるとして、当該法律行為の無効を導き出すという考え方を例に挙げてみよう。この立場によれば、通常の射倖契約の中には賭博罪の構成要件に該当するものが多いと思われるために、ほとんどの場合、私法上の訴訟としては、当該法律行為が有効であることを主張する側に、積極的にその社会的有用性等を立証させていくということになりそうである。しかしながら、こうした思考方式が、意思自治・私的自治を基調と

した契約――当事者が理性を有し、合理的な判断を行う限りにおいて、その意思表示は有効であることを原則とする――という思考方式とは全く逆の発想であるということは指摘しておかなければならないように思う。あるいは、射倖契約は実定契約とは反対で、当該契約は無効であることを原則として考え始めるというプリンシプルが存在するとでもいうのだろうか？

(30) 本判決と同種の判決群と捉えられるものとして、⑦最判昭和二九年八月三一日（民集八巻八号一五五七頁）、⑧東地昭和三九年七月二八日（判時三九三号四二頁）、⑨最判昭和四七年四月二五日（判時六六九号六〇頁）、⑩東高昭和五九年三月二六日（判タ五二七号一〇三頁）がある。また、これらとは異なるが、⑪賭博債権の譲渡を異議なく承諾した債務者が債権譲受人に対して賭博契約の公序良俗無効を主張できるか否かについて争われた平成九年一一月一一日（民集五一巻一〇号四〇七七頁以下）がある。

(31) 本判決と同種の判決群と捉えられるものとして、⑫東地八王子昭和四二年六月一四日（判タ二〇九号二一三頁）、⑬東高昭和四三年六月一八日（判タ二二七号二二〇頁）、⑭東高昭和四五年一一月一八日（判時六二〇号四九頁）、⑮最判昭和四六年四月九日（民集二五巻三号二六四頁）がある。

(32) 同種の判決として、⑰名古屋地平成六年五月二七日（判タ八七八号二三五頁）がある。

(33) ⑱判決の判例研究として、拙稿「外国為替証拠金取引の効力（判例研究）」法学研究第八〇巻九号参照。

(34) 同種の判決として、⑲仙台地平成一九年九月五日（判タ一二七三号二四〇頁）がある。

(35) なお、金融商品取引法においては、デリバティブ取引は有価証券の定義のように包括的なものになっていない。その理由は、①デリバティブ取引の包括的定義を設けようとすると、その規定内容は極端に抽象的なものとなり、規制の透明性・予見可能性の観点から問題があり、②デリバティブ取引の定義は、賭博罪（刑法一八五条）に係る違法性阻却の範囲を画するものであるために、罪刑法定主義の観点から明確性が特に強く要請されることがいわれる。この後者の理由は、刑法上の問題であり、私法上、デリバティブ取引が民法九〇条に違反するかどうかについての解答とはなっていないことに留意すべきである。小島宗一郎／松本圭介／中西健太郎／酒井敦史「金融商品取引法の目的・定義規定」商事一七七二号二三頁（二〇〇六年）、近藤光男／吉原和志／黒沼悦郎『金融商品取引法入門』（商事法務・二〇〇九年）四五頁参照。金融商品取引法が念頭におく金融商品は射倖契約としての性質を有するものが多い

けれども、これらの私法上の効力はどのように法律構成されるのであろうか？　あるいは、こうした問題は、昭和一三年体制の確立以降、規制行政の問題であるとして私法は口をつぐむべきであるという意味だろうか？

(36)　大森忠夫『保険法』（有斐閣・昭和三二年）八四頁、倉澤康一郎「射倖契約と条件の法理―損害保険契約法論のために―」法学研究四三巻三号（昭和四五年）一八九頁以下〔『保険契約の法理』（慶應通信・昭和五〇年）所収、一六二頁以下〕、石田満『商法Ⅳ（保険法）』（青林書院新社・昭和五三年）三七頁、田中誠二／原茂太一『新版保険法（全訂版）』（昭和六二年・千倉書房）一〇八頁、西島梅治『保険法（第三版）』（悠々社・平成一〇年）八頁、坂口光男『保険法』（文真堂・平成三年）三七頁、田辺康平『新版現代保険法』（文真堂・平成七年）三三頁、加藤勝郎・金沢理編『保険法・海商法要説』（青林書院・平成八年）八頁、鈴木達次「射倖契約の法的構造に関する一考察」法学政治学論究（慶應義塾大学大学院法学研究科）第三〇号（平成八年）二五一頁、拙稿「射倖契約における損益の不確実性」法学政治学論究（慶應義塾大学大学院法学研究科）第五一号（平成一三年）二九九頁以下。

(37)　保険契約と賭博との関係について述べたものとしては、大森忠夫『保険契約の法的構造』（昭和二七年・有斐閣）一四一頁以下が有名である。

(38)　このことを指摘するものとして、山下友信『保険法』（有斐閣・平成一七年）七二頁以下。

(39)　注(35)にて金融商品取引法に規定されている金融商品の私法上の契約構造の研究が進んでいないと指摘したことに加え、現代型取引のひとつといえる外国為替証拠金取引が民法九〇条に違反すると判示した前掲⑲仙台地判平成一九年九月五日（判タ一二七三号二四〇頁）、前掲⑱東京地判平成一七年一一月一一日（判時一九五六号一〇五頁）をご参照いただきたい。