

## ルカ・ブッタロ『保険利益論』（1）

岡 田 豊 基

### は じ め に

ここに、ルカ・ブッタロ『保険利益論』（Luca Buttaro, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, 1954）の試訳を提示する。

ブッタロは、アスカレリ（Tullio Ascarelli）、ドナーティ（Antigono Donati）<sup>(1)</sup>らとともに、いわゆる「新損害填補説」（La nuova impostazione della teoria indennitaria）を主張している。この理論はわが国にもつと紹介され、イタリアにおいて通説となったが、その後、批判にさらされている。つまり、この理論は、保険契約は偶然の損害を回避することを目的としているとしたため、損害概念は新たな入用を生じさせるいかなる事故をも含むまでに拡大されたと指摘されている。また、わが国においては、被保険利益の機能の限界を指摘する見解が主張されている。<sup>(2)</sup><sup>(3)</sup><sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>

---

（1） Tullio Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in *Studi in tema di cont ratti*, Milano, 1952（拙訳「トゥッリオ・アスカレリ著『保険契約の統一概念について』」神戸学院法学24巻3・4号1頁（1994年））。

（2） Antigono Donati, *Trattato del diritto delle assicurazione private*, II, Milano, 1954, pag. 4-25, pagg. 204-210.

（3） たとえば、木村栄一「損害説の新展開と人保険における被保険利益」ビジネスレビュー5巻2号57頁（1957年）を参照。

（4） Cir., Giovanna Volpe Putzolu, *L'assicurazione private contro gli infortuni nella teoria del contratto di assicurazione*, Milano, 1968, pag. 11-12, Gianguido Scalfi, *I contratti di assicurazione, L'assicurazione danni*, Torino, 1991, pagg. 12. 今井薫「イタリア法における『損害填補理論の新たな展開』とその限界」産大法学25巻3＝4号29頁以下（1992年）。

（5） 生命保険契約にも被保険利益を要件とするなど損害保険契約的な要素を再度

そのような指摘を検討する前に、イタリアで展開された被保険利益概念を検証することが必要であると考え、本書の試訳を提示することにした。ブッタロ<sup>(6)</sup>の理論は、窪田宏博士によってそのエッセンスが紹介されているが<sup>(7)</sup>、本稿ではその全容を示すことにした。また、ブッタロは、本書において保険契約の法的性質について機能的考察を展開しており<sup>(8)</sup>、保険契約の法的性質を考察するための方法論を明示している。この方法論は今後の保険契約に関する研究を行うにあたって有益な指針になるといえる。

なお、本書は7章299頁で構成されており、大部であることから、試訳にあたっては3部に分割することとした。また、\*を付加した注は、訳者が捕捉したものであり、また、脚注の説明中においても「訳者挿入」として訳者の補足を施している。

## ルカ・ブッタロ『保険利益論』(1)

### 第1章 利益, リスク, 損害

1. 保険における利益
2. 利益ということばの多様な意味。カウザに関連した利益
3. 効用の判断としての利益および関係としての利益
4. 生命保険における利益の重要性
5. リスクおよび損害に関連した利益について他の定義の可能性
6. リスク。実定契約におけるリスクの重要性
7. 保険におけるリスクの重要性
8. 実定契約において行いうる考察の利益の定義における意義

---

盛り込もうとする試みには賛成できない、異常な事態は異常な事態として法的対策を考えるべきであり、定額保険契約としての生命保険契約の基本法理を修正すべきではないとか(山下友信「利得禁止原則と新価保険」商事法の展望724頁注(40)(商事法務研究会・1998年)、被保険利益については、契約の目的という以外の論理的帰結を導き出せなくなっていることから、利得禁止原則の検討という視座を巡っては、被保険利益概念にとらわれる必要はない(笹本幸祐「被保険利益論争」法時71巻7号63頁(1999年))と主張する見解がある。

(6) ブッタロの見解については、今井・前掲注(4)10頁～11頁。

(7) 窪田宏「保険契約の原因と利益」(財)損害保険事業総合研究所・創立30周年記念損害保険論集523頁(1965年)

(8) 窪田宏「機能からみた船舶利用契約」商法学論集307頁(1964年・有斐閣)。

第2章 利益および契約の効力要件

1. 利益は保険契約の効力要件たりうるか？
2. 効力要件。概念と類型。行為能力と適法性
3. 目的の適合性。所有権限
4. 法律行為が要件として影響する最初の状況
5. 保険における利益の重要性
6. 保険契約のカウザに対する関係における利益
7. 利益は保険契約の効力要件たりえない
8. 一般的な要件の概念の重要性

第3章 保険契約の目的

1. 利益は保険契約の目的たりうるか？
2. 契約の目的は付保された財であるという理論。批判
3. 契約の目的はリスクであるという理論
4. リスクの引受を保険事故が発生した場合に損害を填補する可能性とみなす理論
5. リスクの引受と保険者の給付の目的
6. リスクは財でないゆえに保険契約の目的たりえない
7. 契約の目的は利益ではない
8. 契約の目的は利益であるという理論
9. 責任保険および将来財の保険における利益
10. 利益とリスクとの関係
11. 付保されるものは財ではなく利益である
12. 重複保険および複数の利益の保険
13. 一般的な法的関係と特殊な契約との目的
14. 民法典1325条および1346条
15. 法的関係と法律行為
16. 契約の目的は法的関係ではない
17. 契約の目的の独立した概念はなく、契約の目的は一部の給付の目的とみなされる（以上、本号）

第4章 保険者の給付の目的としての利益保護

第5章 保険者の給付の不履行

第6章 利益と保険契約のカウザ

第7章 保険の各類型における利益

第1章 利益, リスク, 損害

1. 保険における利益

民法典 (Codice civile) 1904条<sup>\* (1)</sup>によると, 損害保険 (assicurazione contro i danni) の開始時において損害填補 (risarcimento del danno) につき被保険者 (assicurato) に利益 (interesse) がない場合には, 当該保険契約 (contratto di assicurazione) は無効 (nullo) になる。

この規定は例外的な性質の規定ではなく, すべての保険契約に共通した原則として適用され, 1882年商法典<sup>\* (2)</sup> (Codice commerciale) においても民法典1904条と同旨の規定が定められていた (1882年商法典423条)<sup>\* (3)</sup>。同法典は利益と表現していたし, 諸外国の制定法においてもそのように表現されている<sup>(1)</sup>。

1882年商法典では, さらに, 他人の生命の保険 (assicurazione contratta sulla vita di un terzo) の効力を決定する場合にも利益が用いられていた。この場合, 保険契約者 (contraente) が第三者の存在について利益を有していない場合に

---

(1) VVG 68条 (保険契約法) (ドイツ), 保険契約に関する1930年7月13日法32条 (フランス), L. C. A. T. 4条 (保険に関するベルギー1874年6月11日法), L. C. A. 48条 (保険契約に関するスイス連邦1908年4月2日法), およびオーストリア1917年12月23日法63条を参照。

(2) 1882年商法典423条。ベルギー法 (L. C. A. T.) 41条と同旨。

\* (1) 栗田和彦=今井薫「イタリア保険法の逐条的研究(4)」関西大学法学論集41巻4号205頁~211頁 (今井筆) (1991年), 拙稿「民法典 (1942年3月16日勅令第262号)」神戸学院法学27巻4号65頁 (1998年) を参照。

\* (2) 1942年に制定された現行民法典は, 旧民法典, 旧商法典等を統一した法典であり, 1882年商法典はそれに吸収された。イタリアにおける保険法典の変遷については, 拙稿「イタリア1942年民法制定前の生命保険事業規制」現代保険学の展開383頁以下 (1990年・千倉書房), 同・イタリア保険業法 (1992年現在) iii頁~iv頁 (1993年・生命保険文化研究所), 同「1995年3月17日政令第174号」神戸学院法学26巻3号1頁~5頁 (1996年), 同「1995年3月17日政令第175号」同26巻4号29頁~30頁 (1996年) を参照。

\* (3) 1882年商法典423条「所有者だけでなく, 物について先取特権または抵当権を有している者, および実際の正当な利益を有する者またはその保護について責任を負う者もまた, 保険を付することができる。」

は、保険契約は無効とされた。しかし、保険契約者はいかなる場合において被保険者の生命に利益を有するかを決めることは容易ではないので、立法者は、新法典（民法典1919条）<sup>\*（4）</sup>では、契約の効力を保険契約の当事者および第三者が容易に認めうる条件、つまり、被保険者またはこの者の法定代理人（legale rappresentante）による同意（consenso）に従わせた。同意は利益として機能するが、しかし、最近の学説は、この保険において利益の重要性は排除されるのではなく、必要とされるということを述べようとしていない。<sup>（4）</sup>

ところで、利益とは何だろうか？

## 2. 利益ということばの多様な意味。カウザに関連した利益

「利益」ということばは多様な意味を持っており、法律家もまた、基本的には異なった現象を説明するにあたり、無意識に利益と表現している。

人は、利益ということばを使って、通常、心理的動機（movente psicologico）だけを、厳密には、人がそれに基づいて一定の行為（atto）をなすことを決定する思慮分別（giudizio）<sup>（5）</sup>だけを表そうとする。主体（soggetto）をして、財（bene）を取得させたりとか、債務（obbligazione）を負担させたりとか、保険契約を締結させるものこそが利益である。

人は、外界の現象に対置したとき、適宜、それが自分に有益であるならば、自己の利益になるならば、自己の判断で、自己の行為から多くの利益を引き出そうとして、特定の行為を成し遂げようと決断する。このように解される利益

（3） 民法典1919条と同じく、1930年7月13日法57条、VVG 159条、L. C. A. 74条、オーストリア法132条は被保険者の同意に甘んじている。

（4） 同旨：Donati, *Il contratto di assicurazione nel codice civile*, Roma, 1943, pp. 220-221; Salandra, *Assicurazione*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1948, p. 345 ss.

（5） Rocco, *L'oggetto del reato*, Roma, 1913, p. 267; 同旨：Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 135; Id., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 223; Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1952, p. 145. しかし、この者は、カウザと動機の違いについて間接的ではあるが、カウザをもまたそこに含めるように利益の概念を客観化しようとしている。Weens, *L'assurance de choses contrat d'indemnité*, Paris, 1927, p. 97, nota 7; Bruck, *Privatversicherungsrecht*, Berlino, 1930, p. 477, nota 9.

\*（4） 栗田＝今井「イタリア保険法の逐条的研究（5）」関西大学法学論集42巻6号332頁～339頁（栗田筆）（1993年）、拙稿・前掲注（\*1）70頁を参照。

は保険に固有の現象ではなく、すべての契約において、そして、人のあらゆる行動において見出しうる。というのは、人は、ある行為をするにあたり、あらかじめ同様の判断を下さないことはないからである。

しかし、他の意味において、つまり、目的 (scopo)、すなわち、カウザ (causa) を示すためにも論ずることができるのが利益である。<sup>(6)</sup> この意味において、特定の行為を介して、彼我の利益を実現しようとし、<sup>(7)</sup> そして、すべての人は自己の行為によって何らかの利益を実現しようとする。

すべての人の行為は、個人の自主性の中で、主体の利益に合致する一定の目的を達成することに向かう。このように、2つの異なった利益に関する発想が重なり合う。つまり、1つは、行為に対する利益、すなわち、行為者の入用 (bisogno) を充足するための行為の適合性 (idoneità) に関する判断であり、1つは、行為の目的となる利益 (interesse-scopo dell'atto) である。

しかし、法律行為 (negozio, negozio giuridico) が発揮するようになっていく機能 (funzione) によって法律行為の目的が客観的に決定されるとすれば、これらのものは同じタイプのあらゆる法律行為において同一でなければならないが、各契約者は法秩序 (ordinamento giuridico) から提供された手段 (mezzo) だけを利用するにすぎないと考えるならば、<sup>(8)</sup> 当然、利益に関する第2の発想が

(6) Mirabelli, *Causa, oggetto, funzione, interesse*, in *Arch. giur.*, 1950, CXXXVII, pp. 102-103; Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, pp. 322-324; 不確実な点はあるが、同旨: Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 145。

(7) このような利益の構造の正確さを確認するにあたり、Mirabelli (*Op. cit.*, p. 104) は、民法典1322条 ((契約自治) 「①当事者は法律および共同体的規範によって規制されている制限内において、自由に契約の内容を決めることができる。②当事者は、それが法秩序に従い保護に値する利益を実現することに向けられている限り、個別的規律を持つ型に属さない契約を締結することができる。」: 訳者挿入) に依拠している。しかし、同条は Mirabelli の結論を正当化しない。法文が明確でないことは別にして、客観的理論はまったく異なった概念を示している。法律行為が人的関係を規律する手段であるならば、「個人の利益の自主規制に言及するにあたり」(Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato di diritto civile* del Vassalli, Torino, 1950, p. 39 e passim; Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 93 ss.), 関連させようとするのは関係であり、法律によって決定される当事者の目的ではない。法律行為が人的関係を規律する手段であるということは、いかなる理論にも共通する。

(8) このことは、具体的なケースにおいて、我々が観察していたごとく、行為の

正確さを欠いているようにみえる。

法律行為のカウザはその経済的社会的機能 (funzione economico-sociale) により構成され、法律行為の結果は入用の充足 (soddisfazione) により構成される。そして、それらは重ならないし、別のものとも関連しない。人は、行為から派生する効用 (utilità) を考慮して行動内容を決定し、行動し、一定の手段を介して特定の関係を調整する。しかし、既知の現象を別のことばで示そうとしなければ、利益に関する別の概念を示す余地はない。つまり、新しいものは示されず、カウザの主観的概念に立ち戻ろうとしなければ、法律行為のカウザを示すにあたり、経済的社会的機能ではなく利益を使うとは思われない。しか

---

典型的なカウザを修正できない、ということの意味するのではなく (*Il contratto di lavoro illecito e l'art. 227 l.f.*, in *Giur. It.*, 1953, I, 2, c. 384), カウザの客観的な性質が個々の修正によっても存続するということである。というのは、同様の結果を得るためには、つねに同じ方法をとる必要があり、これが、個々の行為についても、つねに秩序によって構築されるからである。このことは、次注の引用文献が示すカウザに関する客観的理論の真の成果であろう。

- (9) Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 144; Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio cit.*, p. 258, この者はカウザを法律行為の構造と同視している。Betti, *Negozio giuridico cit.*, p. 179 ss.; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1950, p. 476 ss.; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico*, Napoli, s. d., p. 586; Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 30; Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1933, p. 443; Levi, *Teoria generale cit.*, p. 323, およびその引用文献。これに対して、「意図 (intento)」の概念に言及している者: Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, p. 384 ss. 主観的理論に辿り着くもの: Candian, *Nozioni istituzionali cit.*, p. 179; Carusi, *La causa del negozio giuridico e l'autonomia della volontà*, Napoli, s. d., p. 131 ss.

これに対して、フランスの学説は、カウザを行為ではなく、フランス民法典1131条から1133条 (イタリア1865年民法典1119条から1122条に酷似) に示される義務に関連させるが、しかし、これはカウザに関する2つの異なった発想を混同しているように思われ、カウザの主観的概念に偏重している。この意味における理論: Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, II, Paris, 1948, p. 64 ss., Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1949, pp. 101-102; Esmein, in *Traité pratique de droit civil* di Planiol et Ripert, VI, Paris, 1930, p. 384.

- (10) この意味において: Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1949, p. 179; Carusi, *La causa cit.*, p. 131 ss.; フランスの法学者: Colin et Capitant, *Op. e loc. cit.*; Planiol et Ripert, *Op. e loc. cit.* しかし、これは Mirabelli, *Op. e loc. cit.* の見解でもなく、法律行為のカウザを決めるためには、利益の概念に言及すべきであると説く Levi, *Teoria generale cit.*, p. 323 の見解でもない。しかし、考慮し

し、いかなるときに、別の意味を持つ「利益」ではなく、行為と同一視しうるカウザであるのか。利益は個人の意思表示であるということを付言しなければ、利益はすべての法律行為を促進し、入用を充足するために行使される手段と明確には区別され<sup>(11)</sup>ない。

利益は入用、<sup>(12)</sup>または入用を充足する可能性 (possibilità) とも同一視されない。入用が行為の結果にすぎないのに対して、利益は行為の前に存在し、入用を考慮した主体が自己の必要性 (necessità) を充足するために一定の行為の適合性に基づいて行う判断であり、結果的に入用が充足され、それゆえに過程を生み出すきっかけとなることから、入用と同一視され<sup>(13)</sup>ない。

おわりに、関係に関連して利益を述べることができる。このことは、通常、

なければならないのは、利益とカウザの一致は、動力因 (causa efficiente) と目的因 (causa finale) との部分的な違いであり (これに関する研究: Pugliatti, *Istituzioni* cit., p. 443 ss.), 利益は動機と同一視される動力因に密接に関連するが (同旨: Carnelutti, *Teoria generale* cit., pp. 135-136), 行為の経済的社会的機能は目的因により表される, ということである。

(11) はじめに利益を目的に関連させたのは Jhering である。この者は、主観的権利を法的に保護される利益とする法の定義に従った (Jhering, *L'esprit du droit romain*, IV, traduit par du Meulenaire, Paris, 1880, pp. 326 e 337 ss.)。すなわち、その定義は通説の反論を惹起し、議論のきっかけとなった (Arturo Rocco, *L'oggetto del reato* cit., pp. 145-146; Natoli, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 34 ss.; Giorgio Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1948, p. 248 ss.; Levi, *Teoria generale* cit., p. 264 ss.)。

かかる定義が正確か否かは別にして、行為の目的となる利益を定義するための試みがなされ、Jhering に対する反対意見が同様の構造を認めることに関する注目すべき限界になるとは思えない。利益をカウザに関連させることは、利益とは何かを明らかにしておかなければ、いかなる結果ももたらされない。

(12) 同旨: Castiglione-Humani, *Contributo allo studio giuridico della persona*, Roma, 1944, p. 38.

(13) Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1920, p. 124; Alfredo Rocco, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1929, p. 316 (nota); Cesarini-Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1930, p. 127; Natoli, *Il diritto soggettivo* cit., p. 44.

とりわけ、この利益に関する定義を受け入れているのが保険の研究者である: Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazioni*, in *Saggi in scienze assicurative*, Pisa, 1935, p. 99; Sotgia, *Diritto delle assicurazioni*, Padova, 1946, p. 117; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 268; Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950, p. 553; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione*, in *Assic. 1950*, I, p. 319; Id., *Il contratto di assicurazione* cit., p. 136. ドイツにおける同旨の理論: Bruck, *Das Privatversicherung-*



ある主体が財の保存 (conservazione) とか、相手方 (controparte) の給付 (prestazione) とか、個人の一定の態度に対して利益を有しているときに表現される。何かを成し遂げるための動機としての利益とならんで、関係と同一視される既存の状況を維持するための利益がある。これらは利益が含む2つの概念である。

すべての人生は、他の主体との様々な関係および他の主体との単一の関係に基づくつながり (relazione) を持つ。そして、関係の第2の要素は財により構成される場合も同様である。<sup>(14)</sup> 個人が財に関係する物権 (diritto reale) においても、個人と全体との関係が存在する。この場合、ある者だけが財を保有することができ、他の者はその享有が認められない。そこで、ある者は財を保有する限りにおいて、保有に利益を有する。ある者は、それに基づいて一定の給付を受けなければならない関係が存在する限りにおいて、給付に利益を有する。そして、法が認めた方法においてこの利益を保護する権利 (diritto) を有し、<sup>(15)</sup> また有益であると信じるものとして、それを保有する権利を有する。

---

srecht cit., p. 477 ss.; Id., *Lineamenti generali della legislazione germanica sulle assicurazioni private*, Roma, 1935, p. 60; スイス: Roelli u. Jaeger, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, II, Bern, 1932, p. 33; アルゼンチン: Malagarriga, *Tratado elemental de derecho commercial*, III, Buenos Ayres, p. 311, しかし、この者は関係を明白に論じていない。

(14) Del Vecchio, *Op. cit.*, p. 251; Betti, *Negozi* cit., p. 6 ss.; Levi, *Teoria generale* cit., pp. 8 e 292; Cariota-Ferrara, *Il negozio giur.* cit., p. 8, note 16 e 17; 反対説: Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 58 e 103。犯罪関係の複数の主体性に関して同旨のもの: Rocco, *L'oggetto del reato* cit., p. 238。

(15) 「利益」の他の定義も存在する。その中には、保険の研究者にとり重要なものもあり、フランスの学説が支持している。すなわち、利益は経済的価値の中に存在し、被保険者について、保険者が引き受けるリスクに曝されている物、権利または資産、価値によって表される (Eeckhout, *Lineamenti generali della legislazione belga sulle assicurazioni private*, Roma, 1934, p. 30; Id., *Le droit des assurances terrestres*, Bruxelles, 1933, p. 96; Picard, *Lineamenti generali della legislazione francese sulle assicurazioni private*, Roma, 1936, p. 23; Picard et Besson, *Traité général des assurances terrestres*, II, Paris, 1938, p. 10; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 103, およびその引用文献)。

利益に関する類似した他の定義は受け入れられない。これは関係を関係の価値と混同しており、後者に前者の名前を付けているからである。しかし、前者は実際上の目的には有益である。というのは、保険金額および保険事故が発生した場

### 3. 効用の判断および関係としての利益

有力説は、<sup>(16)</sup>基本的には、利益は前述のように価値判断 (giudizio di valore) であると考え、この意味だけを考慮している。有力説は、効用をもって、財が入用を充足するのに適していると示されるとする一方で、利益は財の効用に関する人の判断 (giudizio) を表す、とする。このような判断は個人的なものであるが、人々の平均的判断と一致するときは客観的側面を持つ。

外界におけるすべてのもの、または他の何か (*quid*) 抽象的なすべてのものが実際に存在するか、または、将来のある時期に存在するならば、これらは入用を充足するのに適している限りにおいて財となる。利益は、入用の主体が入用充足の手段として、効用 (客観的な価値 (valore di un oggetto)) を有しているということを表すにすぎない。

しかし、有力説に対しては、権利が保護するのは財ではなく利益であると認められるならば、利益に関する類似の定義は説明できず、そして、契約が無効となるという条件で、保険契約の締結時に損害填補に対する被保険者の利益を要求したとき、立法者は必ずしも類似の定義に言及していなかった、と言わざるをえない。この場合、単に効用の判断を論ずることは愚かである。というのは、<sup>(17)</sup>法的保護 (*tutela giuridica*) を認めるには効用の判断では十分ではなく、

---

合の保険金を算定するにあたり、保険において考慮されるのは関係自体ではなく、関係の価値だからである。

利益に関する他の定義について：Weens, *Op. cit.*, p. 96 ss.; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione cit.*, p. 95 ss. (注を参照)；Donati, *L'interesse nel contratto cit.*, p. 314 ss.。

(16) Rocco, *L'oggetto del reato cit.*, p. 267; Carnelutti, *Teoria generale del reato cit.*, p. 135.

(17) 利益に関する類似した概念については、格別に、民法典1464条 ((一部不能) 「当事者の一方の給付が一部だけ不能となったときは、他の当事者は負担した給付のこれに応ずる減額の権利を有し、かつ、部分的履行では評価しうべき利益を有しないときは、契約から退くことができる。」：訳者挿入)、および解除に関する他の規定が触れている。というのは、この場合、言及すべきは一部履行と契約の解除との選択が委ねられるのは人による評価だからである。客観的利益が重要であるという通説 (Colagrosso, *Il libro delle obbligazioni*, Milano, 1943, p. 448; Enrietti, in *Commentario al codice civile del D'Amelio, Obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 880; De Blasi, *Il libro delle obbligazioni*, Milano, 1950, p. 524; Mengoni, in *Riv. trim.*, 1950, p. 279) を支持することは、利益の性質を変えず、人による評価は当

とりわけ、有効な保険契約を締結するだけのために、人が自己の偶然の入用を充足するのに必要な一定の財を有することは必ずしも十分でないからである。

経済社会において、利益は入用を充足するための一定の財の効用に関する価値判断である、と定義されるならば、類似した定義が法律家にとってきわめて限定された意味を持つし、前提（presupposto）について何ら述べることができない。財の効用に関する判断は、せいぜい心理的動機の一部となるにすぎない。それゆえに、この定義が正しいとすると、契約という法律要件（fattispecie contrattuale）の中で意味を持たない動機（motivi）の中に、利益を追いやらなければならなくなる。<sup>(18)</sup>

しかし、すべての財は効用を有しており、入用の充足に向けられる。つまり、人と財との間に関係が生ずることが必要となる。そこで、入用の充足に適切な性質を考慮するときに主体が財に対して下す判断、および、効用を享受するために必要な法的関係に向けられる判断を利益と呼ぶとすれば、利益は、当該関係が構築された後においても考慮されなければならない。というのは、人が財に対して一定の反応（reazione）をするならば、使用財（bene di uso）であれ、交換財（bene di scambio）であれ、人は効用をできる限り最大限に活用するまで自己の財の保護に対して利益を有するからである。

入用を充足する際、一定の財の効用に関する判断と一致する関係を構築する利益の他に、関係に合致する関係を保護することに対する利益が存在する。<sup>(19)</sup>

事者の一方の裁量と一致しないが、客観的に評価できる好機の基準に一致しなければならないということの意味するにすぎない。これは、純粋な利己的要素を克服する私的関係の規律という現行システムと対置する。

しかし、契約を解釈する場合、解釈は当事者の利益を無視できないとされるとき、いかなるタイプの利益が論じられるのかということは明確でない（Betti, *Interpretazione della legge e degli atti*, Milano, 1949, p. 19 ss.; Mosco, *Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, p. 54 ss.; Rescigno, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 98 ss.）。この場合、たとえ大部分は、利益の範囲の調合、つまり、関係を論じなければならないとしても、利益の2つの類型の存在を認めることができる。

(18) カウザに関連して、動機の中に利益を含むことについて触れているもの：Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 227 ss.; Trabucchi, *Isituzioni* cit., p. 145.

(19) 利益を関係と関連させることについて：Viterbo, in *Riv.dir.comm.*, 1936, I, pp. 206-207; Manfredi, *Contratto di assicurazione*, in *Commentario al codice di commercio*, V, Vallardi, Milano, s. d., p. 92, (nota 2); Navarrini, *Trattato teorico pratico di diritto*

関係を明確に保護することによって明らかにしたいのは、純粹かつ単純な保護、将来の変化を考えた保護、そして、最新の法的関係の源泉 (fonte) であり、手段としての関係の保護である。

財との関係を持つ人は、財が提供するすべての効用を享受する権利を有する。<sup>(20)</sup>人はそれを妨害しようとする者に対して自己の権利を保護しなければならないし、保護できるし、また、法秩序はそれに必要な手段を提供しなければならないし、提供できる。これが妥当するのは、法秩序が人の利益を保護していると認められるときに限られる。

このように、我々は主体と財との関係を示す利益についてもう1つ別の概念を持つ。つまり、効用の判断としての利益の他に、一定の関係において見いだされる限りにおいて、人が財から引き出しうる効用としての利益がある。利益に関する後者の概念は、あらゆる侵害が法規定が保護する関係をおかす場合に限り、法的意義を持つ。

保険においてもまた、法が契約が有効であることに対する被保険者の利益を求め、それゆえに、主体と保険の目的物 (bene assicurato) との間に、保険事故 (sinistro) 発生時に、保険事故の結果が被保険者の資産の中に生ずるという関係が存在するということ<sup>(21)</sup>を求めている。損害は利益の侵害である。というのは、財が入用の充足に必要な性質を有しているとしても、主体と財との関係を妨害し、財が主体にもたらしてきた効用を減少または消滅させるからである。これは、妨害される関係が明白である盗難の場合においても同様である。

#### 4. 生命保険における利益の重要性

このように定義される利益は、民法典1904条について論じている者に見られるように、もっぱら損害保険において要件 (requisito essenziale) となるのではなく、<sup>(22)</sup>すべての保険の類型 (tipo di assicurazione) に共通である。というの

---

*commerciale*, III, Torino, 1917, p. 3-20; 関係が明確に述べられていないが、同旨: Lordi, *Istituzioni di diritto commerciale*, III, Padova, 1943, p. 70; Vivante, *Del contratto di assicurazione*, in *Il codice di commercio commentato* dell'U. T. E. T., VII, Torino, 1936, p. 130 ss.; 注(13)の引用文献を参照。

(20) 法的関係の複数の主体にかかわる性質については、第2節6頁注(14)を参照。

(21) Donati, *L'interesse nel contratto* cit., p. 145; Salandra, *Dell'assicurazione* cit., p. 268; Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950, p. 553.

(22) もっぱら損害保険において重要な利益を考えるもの: Ferrarini, *L'interesse ne-*

は、いかなる場合においても、被保険者が財に対する利益、自己の生命または自分自身の完全性 (integrità) に対する利益を脅かす危険 (pericolo) に対して保護しようとする、という前提条件 (rapporto precedente) <sup>(23)</sup>があるからである。

民法典1904条に類する規定が人保険 (assicurazione di persone) について存在しない理由は、人保険では、利益が契約の性質に生来のものだからである。損害保険の場合、申込人と保険の目的物との間には、何らかの関係を欠くことは可能であるが、しかし、自己の生命の保険 (assicurazione sulla propria vita) では、利益の存在は明らかである。すなわち、他人の生命の保険のように、人保険でありながら、利益の存在が疑わしい場合には、法は、利益の存在の立証を明確に要求してきたか、<sup>(24)</sup>少なくとも、利益の存在を推定させるに適切な工夫を施してきた。

イタリア法においても採用されているが、他人の生命について保険契約が締結される場合、他人に事前の同意を求めることにより、利益が具体的に存在することの証明に代替させる解決策は、保険事故の発生時における利益の存在を証明することの困難さのゆえである。人保険では、契約の損害填補性は緩和されており、ケースごとの立証に代わり、損害の常態に関する一般的に考察がなされている。しかし、最近の研究者が、民法典1919条は1882年商法典449条に基本的に一致していること、および、共通の原則が異なった表現をすることが

---

*ll'assicuraizone cit.*, p. 103; Ferri, *L'interesse nell'assicuraizone danni*, in *Assic.*, 1941, I, p. 205; Sotgia, *Diritto delle assicurazioni cit.*, p. 117; 外国の理論: Weens, *L'assurance de choses cit.*, p. 105; Picard, in *Legislazione francese cit.*, p. 21; Picard et Besson, *Traité général cit.*, I, p. 18.

(23) Viterbo, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 207; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 347; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione*, cit., p. 329; Id., in *Legislazione austriaca*, Roma, 1934, n. 47 nota 2 (疑わしい); Bruck, *Privatversicherungsrecht*, cit., p. 481, Id., in *Legislazione germanica*, cit., p. 23; Eeckhout, in *Legislazione belga*, cit., p. 32; J. v. Gierke, *Versicherungsrecht*, Berlin, 19-47, II, p. 175.

(24) 1882年商法典449条 (「①何人も、保険料を支払うことにより、自己または他人の生命の存続および事象について、一定の金額が支払われる保険契約を締結することができる。②他人の生命について締結された保険契約は、契約者がこの者の存在について利益を有していない場合には無効である。」: 訳者挿入) およびベルギー法41条。これらの条文に関する説明について: Vivante, *Del contratto di assicurazione cit.*, p. 382 s.; Manfredi, *Del contratto di assicurazione cit.*, p. 279; Eeckhout, in *Legislazione belga*, cit., p. 31.

あるということ(25)をそれぞれ証明しようとしているという事実から、利益の存在は、具体的な存在を立証できないとしても、人保険であれ損害保険であれ、すべての保険契約に必須の要件であるということが確認される。

##### 5. リスクおよび損害に関連した利益について他の定義の可能性

このように定義された利益は、リスクおよび損害とは区別される。これらは保険においてきわめて重要な2つの要件であり、これまで利益の定義に使用されてきた。

利益の定義を「保険事故の発生時に、被保険者の資産 (patrimonio) において消滅する財」とか、<sup>(26)</sup>「保険事故が発生した結果、資産上の損害を被る人に関する関係」とする者が<sup>(27)</sup>いかなかったわけではない。しかしながら、保険における利益の概念を決めるにあたり、多くの人が支持していたこれら2つの定義に対しては、現在、これらは現象に関する一方的な、または、経験に基づいた見地から派生するものであり、損害もリスクも利益の定義に関係がない、と批判<sup>(28)</sup>されている。

まず、利益は、たとえ一定の側面において財とみなされていても、保険事故によって滅失または毀損するものではない。というのは、損害をもたらす事象は、つねに人の物または資産 (patrimonio) を破壊するのに対して、利益の存在は、人をして保険事故がもたらす損害という結果を痛感させるものであり、そうでなければこの者にとって重要でないことになるからである。したがって、利益とは、特定の人が保険事故がもたらす損害という結果を被らなければなら

(25) Salandra, *Assicurazione* cit., p. 345 ss.

(26) Kisch, *Handbuch des Privatversicherungsrecht*, III, Berlin, 1922, pp. 21-22. これに対して、Brunetti, *L'assicurazione per conto di chi spetta*, in *Assic.*, 1934, I, p. 301 は、利益とは、保険事故が発生する可能性に対して保護される入用をいう、と定義している。

(27) Ehremberg, *Versicherungsrecht*, Leipzig, 1893, p. 8; 同旨: Ramella, *Tratto delle assicurazioni*, Milano, 1921, p. 123; G. Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni*, in *Assic.*, 1941, I, p. 217; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 102 は、Ehremberg の理論を明確に支持しておらず、Kisch の理論を検討した後、これら両方の定義はともに何らかの真実を含み、前者はもっぱら技術的観点から、後者は実務的観点から問題を検討しているゆえに、対立しない、と述べている。しかし、Weens の理論は本文中で述べたように正しくはない。

(28) Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione*, cit., pp. 313-314.

ないための前提にすぎない。<sup>(29)</sup>そして、利益が保険契約の目的になると説く理論<sup>(30)</sup>に対して鋭い批判を浴びせてきた人々が、保険事故がつねに同一である関係を壊さない限りにおいて、かつては否定していた契約という法律要件における立場を利益に付与しようとするのは、まことに奇妙である。それゆえに、利益は、保険事故によって破壊される財ではなく、第三者または自然の力によってもたらされた財の破壊が個人にとって重要であるゆえに、ただ要件となるすぎない。しかし、このことは、利益が契約の効力要件 (presupposto di validità) の前提であるということの意味するものではない。

さらに、損害およびリスクは利益の定義には入らない。というのは、保険事故が発生する前にも付保する利益があるからである。そして、保険事故は保

(29) 人が保険事故がもたらす損害という結果を被らなければならないためには、利益は単に要件にすぎないという事実は、利益は保険契約の効力要件 (presupposto per la validità) となるということの意味するものではない。もし主体が保険事故がもたらす損害という結果を被るためには、利益の存在が不可欠であるとするならば、有効な保険契約の存在は損害填補を始めるための要件となるという観点において、保険事故と保険契約は別々の2つの段階で機能する。そこで、利益は保険事故発生前に独立して存在しなければならないという事実と、各人に損害をもたらす事象の発生は利益の存在に依拠するという事実とは、偶発的な保険事故の結果を排除または減少させるために存在する継続的な契約をみなければ意味を持たない。同じ範疇において、売買契約の継続につき物に関する前提は述べられなければならないが、何らかの行為の前に存在するすべての物が行為の前提になるものではない。

(30) Kisch, *Handbuch* cit., III, p. 15 は、「保険の目的として、契約上の『保護』の意味において、被保険者が関係する一定のすばらしい関係を表している」と述べている。そして、「保険の目的物が完全に破壊された場合には、保険法上の意味がなくなるのではなく、物の破壊によって、物に対する私の（純粋で形式的な）関係がなくなるのではなく、私から実質的な価値がなくなるのである。そして、物が全損となった場合には、物（私の資産）に対する私の関係は、以前と同様に厳密に存在する。それは、保険事故によって消滅もしないし、変化もしない。それは、保険者からの賠償給付によっても、保険者の保険金給付によっても回復しない。私は私の資産に火災保険を付けるとき、私は資産に対する私の関係を付保した（すなわち、保護した）のではなく、私にとって有意義な経済的關係を付保したのである。私が付保したのは、かかる関係のためではなく、関係についてである。すなわち、その保護ではない」と付け加えている。同旨：Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 99; Ferri, *L'interesse nell'assicurazione* cit., pp. 209-210; Kisch 理論に対する反論：Ferrari, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 107 ss..

険期間 (*durata del contratto*) 全般に渡って生ずるわけではない。というのは、人は保険事故の発生とは無関係に財を保護し利用することに関して利益を有し、リスクの存在は利益の概念に生来のものではなく、ただ付保可能性の必要条件となるにすぎないからである。<sup>(31)</sup>

リスクと損害は利益の定義の要素にならないと考えられるので、関係はやはり利益、リスクおよび損害の間に存在すると言わなければならない。

経済学者が正確に明らかにしているように、利益が侵害されなければ損害はない。すなわち、経済学および法学の領域において、財の侵害は、財と関係があった主体の利益を侵害する範囲内になければ効果が生じない。財が重要性を帯びるのは、それを身に付けているときではなく、それについて権利が行使されたり、そこから効用が引き出される人との関係にあるときに限られる。そして、秩序が保護するのは、財自体ないしその価値ではなく、財と人との関係である。<sup>(32)</sup>

それゆえに、保険の場合、損害が利益の侵害であるならば、利益の概念は損害と関連するのではなく、それに優先すると言える。これこそ、利益に損害がもたらされるものであり、有害な結果をもたらすものである。

リスクに対しては、リスクは利益の付保可能性のための必要条件 (*requisito*) となり、それゆえに、リスクなくしては付保できず、そして、リスクと利益は、保険の法的経済的構造において基本的なものである、と付言しなければならない。

リスクは、利益を研究対象にしようとする者にとっては、他の面においても重要である。リスクであれ利益であれ、これらは必ずしも保険契約に関連して

(31) ほぼ同旨：Bruck, *Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 477-478; Mossa, *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione*, Pisa, 1931, p. 24; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 99; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 319; 反対：Ferri, *L'interesse nell'assicurazione*, cit., p. 209 は、問題のことは逆にし、危険の付保可能性の要件を構築するのが利益であり、その他のものではないと認めている。

(32) 同旨の刑事法理論：Rocco, *L'oggetto del reato* cit., Carnelutti, *Teoria generale del reato* cit., p. 231 (nota 1); Pannain, *Manuale di diritto penale*, Roma, 1942, pp. 218-219. 疑念を持つ者：Rarieri, *Manuale di diritto penale*, I, Padova, 1952, p. 217 は、違法行為を利益の侵害としている。民法理論：Betti, *Negoziio giuridico* cit., p. 6 ss. および注(22)の引用文献。



ならず、他の法的関係においても存在している。そして、実定契約（contratto commutativo）および保険契約におけるリスクの重要性の違いは、保険において、どのようにすれば関係が他の契約とは異なったものに基礎付けられるかを理解するのに、我々を少なからず助ける。そして、それについて論じたものと同じ方法で利益を述べることはできない。

## 6. リスク。実定契約におけるリスクの重要性

財の移転を伴う契約では、1つまたは複数のリスクが移転する<sup>(33)</sup>。しかし、売買において、1つまたは複数のリスクの移転が実現するというは何を意味するのであろうか。

リスクは財でもないし、損害をもたらす事象でもなく、一定の期間内において、売買の目的物から生ずる効用を増加または減少させる蓋然性（probabilità）、すなわち、有利な事象または損害をもたらす事象が生ずる可能性である。これこそ継続関係の必然的な結果である。すべての財は、他の財、自然の力または人と接触する限りにおいて、これらの変化に絶えず関与し、それについて生ずる事象により直接的または間接的に損害を被りうる。自然または人の活動は損害を与えうるゆえに、財を破壊することができるが、その価値を増大させることもできるし、それまでは有していなかった価値をもたらすことができる。

リスクとは、これらすべてのことが実現しうる可能性である<sup>(34)</sup>。

---

(33) 参照：Polacco, *Le obbligazioni*, Roma, 1914, p. 349 e ss.; Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1926, p. 145; Vidali, *Il concetto del rischio nell'assicurazione*, in *Dir. e prat. comm.*, 1929, I, p. 550; Gorla, *Rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 308 ss., Id., *La compravendita*, Torino, 1942, p. 39; Tartufari, *Della vendita*, nel *Codice di commercio commentato* dell'U. T. E. T., III, Torino, 1936, p. 270; De Blasi, *Il libro delle obbligazioni*, Parte speciale, Milano, 1950, p. 35; Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 608; Rubino, *La compravendita*, Milano, 1952, p. 335 ss.. 同旨：Colin et Capitant, *Cours élémentaire cit.*, II, p. 107; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire cit.*, II, p. 179.

(34) 民法学者の理論（前注の引用文献を参照）は、通常、きわめて厳格な意味においてリスクを論じている。これは、売主の責めに帰しえない原因による物の消滅の可能性と一致する。たとえ前述の研究者が興味を抱いているのは、発生という結果を被らなければならない人を決めるための危険であると考えたとしても、我々は当然リスクに関する概念の同様の制約を享有する。

本文と同旨：Vidali, *Il concetto di rischio cit.*, p. 550-551; Tartufari, *Della vendita cit.*, p. 270; Caravelli, voce *Alea*, in *Il nuovo digesto*, I, p. 308-309; Boselli, *Rischio*,

リスクは不可測性 (imprevedibilità) を前提とする。すなわち、有利さまたは損害をもたらすことは可能であるが、確実ではない。換言すれば、財が目的とされている使用の必然的な結果をもたらさないし、その性質または利害関係人 (soggetto interessato) の活動から生じない<sup>(35)</sup>。それゆえに、それを使用することによって消費しうる物の消滅可能性というリスクを必ずしも論ずることはできないし、大地がその果実を生む場合に有利なリスクの成就を論ずることもできない。しかし、雹が一定の範囲の大地に落下し、収穫を妨げるときにリスクが生ずる。というのは、雹はこの時、大地に損害を与えるというのが必然的ではなく、雹はすべての収穫を破壊するものではないからである。当事者はお

---

*alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim.*, 1948, p. 777 ss. は、「危険 (alea)」と「リスク (rischio)」とを区別したうえで、本文において民法学説の領域でリスクに固有のものであると示した性質をリスクについて論じ、リスクとは事故が発生したことによる物の滅失としている。しかし、この定義は重要であるとは思わない。とりわけ、「リスク」と「危険」とを将来の不確実な事象が生ずる可能性と定義することによって、これらを区別できると考える。ただし、一つまたは複数のリスクが存在し、または、考慮されなければならないと明らかにする場合は、この限りではない。

入用または損害をもたらす事象だけを検討するとしても、リスクを将来において不確実な事象が生ずる可能性として定義している者：Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 74; Donati, *Il contratto di assicurazioni*, Roma, 1945, p. 123; Ferri, *Manuale* cit., p. 537, および注(43)の引用文献。

(35) 不確実性はリスク概念に不可欠の要素であり、したがって、まさしくその定義となる。将来の発生が不確実であることについて、および、この不確実さの意味について：Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., pp. 133-135 (とりわけ, p. 134); Picard et Besson, *Traité générale* cit., I, p. 20; Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, I, paris, 1924, p. 76 s.

(36) 被保険者が招致した保険事故の付保不可能性について：Navarrini, *Trattato teorico pratico di diritto commerciale*, III, Milano, 1917, p. 264; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 214; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 93; Ferri, *Manuale* cit., p. 541; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 823; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 943.

しかし、保険者は様々な方法で被保険者の責任を制限しており、本文で示した原則を厳格に適用することによって排除されなければならないリスクが契約で担保される。その中で、とりわけ、責任保険 (assicurazione della responsabilità civile) (参照：Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, passim; Donati, *Op. ult.* cit., p. 187 ss.; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 315 ss.; Picard et Besson, *Traité générale* cit., III, p. 285 ss.) がそうである。

そらく雹を予想できたであろうし、その計算において考慮したであろうが、これは必然的かつ恒常的な現象ではなく、もしそうでなければ、農民は畑を耕作することをやめるであろう。それゆえに、有利なリスクさえも生じうる雹のリスクが存在する。というのは、被害を受けていない農民は、全体の収穫の大部分が消滅した結果、自己の農作物の商品価格が上昇すると予測するであろうからである。

雹、しけ、大火、盗難および戦争は、すべて財、または、むしろこの者がこの社会において他人とともに生活する事実を介して人の資産を保護しうる現象<sup>(37)</sup>であり、同様にリスクとなる。

しかしながら、興味のあるのはリスクではなく、有利なまたは損害を生じさせる事象である。というのは、これらは経済的な結果をもたらすが、リスクは可能性にすぎないからである。とはいうものの、この可能性は人をして一定の手段を講じさせる。すなわち、人をして自分自身を危険(pericolo)<sup>(38)</sup>から遠ざけるか、損害を生じさせる事象の結果を最小限に抑えようとする。

リスクは一定の保護手段を認め、もたらす限りにおいて重要性を帯びる。しかし、リスクは損害をもたらす事象と同一視できず、保護手段と関連するわけではないが、主体をそれに適合させるように仕向ける。それゆえに、リスクを損害およびそれを回避する手段と区別して論じうる。むしろ、保険事故発生の可能性はそれ自体否定的な意義を有し、肯定的な意義を有するのは有利な事象が生じる可能性<sup>(39)</sup>と言えるであろう。これについては、予想買い(emptio sperii)<sup>(39)</sup>が考えられる。そこで取得されるのは、現在存在しておらず、おそらく

(37) かかるリスクは様々な保険のタイプを生む。リスクの分類、その付保可能性の範囲について：Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., 295 ss.; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 274 ss.; Picard et Besson, *Op. ult. cit.*, III, *passim*; Donati と Salandra, *opp. ult. cit.*

(38) これが以下の者が支持する保険契約のカウザである：Salandra, *Assicurazione* cit., p. 165; Santro-Passarelli, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. It. di previdenza sociale*, 1948, p. 177 ss.; Donati, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1950, I, p. 228 ss.; Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 353 ss. (拙訳「トゥッリオ・アスカレリ著『保険契約の統一概念について』」神戸学院法学24巻3・4号17頁(1994年)：訳者挿入)。第5章で詳論する。

(39) 予想買い(emptio sperii) 契約の構造について：Salis, *La compravendita*, Padova,

将来も存在しないであろう財ではなく、期待である。

リスクが財について価値の増加または減少をもたらす事象を生じさせる可能性であるならば、財の譲渡は偶然性の移転を伴う<sup>(40)</sup>。売買の目的物のリスクは買主の責任にあることを認めるときに、学説がこのことを述べる。売買契約の締結後は、買主が債務をいまだ履行していないならば、この者はまったく免責されず、引き続き代金を支払う義務を負担し、自己の資産の額が減失した財の価値と同じ額に減少するという意味において、取得された物の減失を負担するのは買主の資産である。これに対して、売買契約の完成前には、売主は事象により生じた損害をもたらす結果を負担する。

財を譲渡人に結びつけ、譲渡人の資産の一部を形成していたすべての拘束は、契約の締結に伴って減少し、取得者について生ずる。そして、このときから、この者だけが財と結果とを保有し、この者についてリスクが生ずる。

リスクの譲渡は、財に固有のすべての利益および不利益とともに、取得者の資産の一部となる財の移転の結果であると認めることができる。物のすべての変化についてその時から利害関係を有するのは、財について損傷および損害を被る者であり、財の増加および利益をもたらす者であるということは、個人の財との関係の完全さの結果である<sup>(42)</sup>。

## 7. 保険におけるリスクの重要性

しかし、保険契約では、当事者が利害関係を有するのは不利なリスク、すなわち、保険事故を生じさせる可能性である<sup>(43)</sup>。財の所有者または財の保護に利害

1935, p. 61 ss.; Maiorca, *La cosa in senso giuridico* cit., p. 257 ss.; Caravelli, voce *Alea*, cit., p. 314; Oppo, *Note sull'istituzione di non concepti*, in *Riv. Trim.*, 1948, p. 90, nota 79; Boselli, *Le obbligazioni fondamentali nel contratto aleatorio*, in *Riv. trim.*, 1949, p. 600; Rubino, *La compravendita* cit., p. 165 ss

(40) Tartufari, *Della vendita* cit., p. 270.

(41) Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 349; Gorla, *Rischio e pericolo nelle obbligazioni* cit., p. 308; Id., *La compravendita* cit., p. 39; Tartufari, *Della vendita* cit., p. 270; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 608; Rubino, *La compravendita* cit., p. 335; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 107; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 179.

(42) Vidali, *Il concetto del rischio* cit., p. 551; Tartufari, *Della vendita* cit., p. 270.

(43) Navarrini, *Trattato* cit., III, p. 263; Pipia, *Trattato delle assicurazioni terrestri*, Roma, s. d., p. 228; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 133; Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 21; Vivante, *Del contratto di assicurazione*

関係を有する者は誰でも、財が滅失または毀損する危険に対して、損害をもたらす事象が自己の資産にもたらす影響の度合いを小さくなるように配慮し、かかるリスクに対して付保しようとする。

これに対して、保険者は不利なリスクが生ずる結果を負担し、財の改良（miglioramento）をもたらす変化には無関心のままであり続ける。保険者はそこからいかなる利益も享受しないのに対して、所有者はそれを享受するからである。保険者は、有利な事象と不利な事象が発生したとき、一連の改良はその後の損害を填補し、その結果、それに応じて、損害の填補に関する自己の負担が減額されるよう要できない。保険者は、当然、契約所定の限度内において損害を完全に填補しなければならないのに対して、所有者は、有利なリスクが発生したことにより財から生ずる偶然的利益を享受する<sup>(44)</sup>。

このように、たとえば、土地Xの収穫高の半分が、他の土地の収穫高を含めて雹害を受けた場合には、土地Xの所有者は毀損した収穫高の相当額の填補を請求する権利を有するのであり、生産高が減少した結果、損害を受けていない

cit., p. 74; Stogia, *Diritto delle assicurazioni* cit., p. 81; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 92; Fanelli, *L'assicurazione privata contro gli infortuni* cit., p. 123; Ferri, *Manuale* cit., p. 537.

同旨：Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, I, cit., p. 75; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 89; Id., in *Legislazione belga* cit., p. 21; Picard et Besson, *Traité générale* cit., I, p. 19; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 822; Bruck, in *Legislazione germanica* cit., p. 51.

- (44) しかし、保険者は不利なリスクを負担するものではないと認めることは正しくない。正しいのは、保険者は物の改良からいかなる利益も享受せず、保険において、物またはその果実の額の増加に対応する有利なリスク（または、リスクの有利な意味における変化）が欠けていることを意味するものではない、ということである。間違っているのは、移転されたり、付保される物を常に考慮することを望むことであり、明らかなのは、技術的な意味においてリスクの移転を述べることができないとしても、売買契約において物により占められている立場は、保険においてはリスクにより考慮されているということである。さらに、契約継続中のリスクの変化は、一定の枠内においては保険者の責任または利益であることは疑いない。そして、リスクの増加または減少を明確に検討し、これらの変化が重要である場合を規定している法律により明確にされている。それゆえに、契約関係は適切な光にさらされているので、保険においてもまた、契約で引き受けられたリスクとは異なるものではなく、付保されたリスクの変化によって構成されている有利なリスクが存在していることは否定できない。

収穫部分の値段が高騰し、それゆえに保険事故から利益を得たとは反論されない。この場合、保険契約は被保険者にとって利得の源泉とはならない。というのは、保険者は収穫高の減損により生じた損害を填補することに限定されており、契約はこの際損害填補機能を成し遂げるからである。被保険者は減損していない商品についても所有者であるという事実は保険者に利益をもたらさないし、被保険者が収穫物の値段の高騰によって得る利益は所有者としての権利の結果であり、保険における結果ではない。

2つの契約におけるリスクの重要な違いは双方の異なる要素ではなく、その性質の違いの結果である。リスクは異なる分野において重要な2つの契約の中に存在するゆえに、保険は売買とは区別されるのではなく、反対に、リスクの重要な違いは、2つの契約の異なった機能の結果である。

売買によって、新しい所有者がその全体を享受する財の移転が行われる。これに対して、保険では、当事者は財の所有という行為も行わないが、保険事故が財を滅失または毀損させる偶発性のみを配慮し、その偶発性について防御される。

契約締結の目的は財ではなく、リスクあるいは保険事故が生じないことに對する利益である。財は当該リスクに曝されている限りにおいてのみ重要であり、リスクと保険申込人 (assurando) との間には、この者につき保険事故が発生した結果生じる損害を被る関係が存在する。

存在するのは、当事者が利害関係を有する利益・不利益を有する財ではなく、保険事故が生ずる可能性である。それゆえに、財を有することが当然であったときは、財の変化をも被らなければならないゆえに、財を有していないが、その変化の可能性を有しているときは、この変化が当事者間において、あるいは、当事者が考慮してきた当事者間の変化にとって重要となる。

それゆえに、改良の欠如した意義は、この契約によって、当事者が損害という危険に対して防御するというを配慮しているという事実の結果である。したがって、すべての不利なリスクが重要なのではなく、電害保険において興味があるのは収穫高の減少の原因としての電であり、電とは異なる火災や他の事実ではないということである。

## 8. 実定契約において行いうる考察の利益の定義における意義

保険は他の実定契約とは異なる。というのは、法律行為の内容が関係してい

るのは財ではなく、将来の不確実な事象が生じる可能性である、ということを経推論できるからである。すなわち、当事者は、契約の締結によって、保険事故の偶発性およびそれによって生じる結果に対して保証されようとする。

リスクは財の移転の効果としてではなく、自主的なものと考えられるのであり、それゆえに、契約では蓋然性だけが考慮される。

物のこのような特殊な状態の結果は、他の実定契約が物に関係しているときに、この契約を支える原則が保険に適用されるのは非常に難しいということである。しかし、その変化から始めなければならない利益は、保険では他の契約とは異なる意義を有していると思われる。

他の契約においては、一方が相手方を排除することによって財を享受できる権利を有していることに基づいて、個人間の関係を定義することができる利益は、その財の所有という継続的な行為の効力に関する前提となるにすぎない。財を有効に移転できるのは所有者のみである。これに対して、保険においては、当事者は財を所有する行為はなしえないが、その保護に対する所有者の利益を保護することを配慮するにすぎない。そして、財が滅失または毀損するときには、代替物（保険金）を所有する可能性をこの者に帰属させる。

## 第2章 利益および契約の効力要件

### 1. 利益は保険契約の効力要件たりうるか？

学説は利益の必要性を認めることで一致している。<sup>(1)</sup>しかし、利益が、いかなる領域において関係の中で重要性を有しているのか、より正確に言えば、契約の分野においていかなる立場を有するかを決めることにおいては、一致していない。<sup>(2)</sup>果たして要件が重要なのか、何が契約の基本的要素を構成しているのか？

---

(1) 「利益」に関する様々な理論の詳細な検討について：Ferrari, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 95 ss.; Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 205; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 311; Kisch, *Handbuch des Privatversicherungsrecht* cit., III, p. 15 ss.; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 475 ss.; Roelli u. Jaeger, *Kommentar* cit., II, p. 28 ss.; Vanard, *La théorie de l'intérêt dans l'assurance* cit., p. 695 ss.; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 96 ss.; Ehrenzweig, *Das Deutsche (Oesterreiches) Versicherungsvertragsrecht*, Wien, 1952, p. 199; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., p. 168.

(2) 利益を契約の要件と解する学説の他に、利益の中に損害保険契約の目的を見

通説 (dottrina dominante) は、利益は保険契約の存在について必要条件の一つであると考えている。<sup>(3)</sup>ある者は利益をリスクに連動させ、利益とリスクは、その発生に保険者の債務が従属している要素の一つとして、別の側面では偶発的な損害の要件として、それゆえにその排除の要件であると考えている。<sup>(4)</sup>これに対して、他の者は利益を純粹かつ単純に要件として論じている。<sup>(5)</sup>

しかしながら、いかなる者も、前提として考慮すべきものを明らかにしていない。この場合、主観的または客観的な前提の概念を論じうるかどうか、または、法律行為の研究者が構築しているものとは異なった要件の概念が重要であるか否かを明らかにしなければならない。とりわけ、利益が契約の効力要件となるか否か、保険者の債務が発生することについて要件となるか否かである。

## 2. 効力要件。概念と類型。行為能力と適法性

学説は、<sup>(6)</sup>法律行為に付帯的な要素に関する要件について論じている。しかし、

出す学説がある。同旨：Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 103 ss.; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 123; Moraglia, *L'oggetto dell'assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, II, p. 479; Mossa, *Saggio legislativo sul contratto d'assicurazione* cit., p. 24; Brunetti, *Assicurazione di interesse non attuale*, in *Assic.*, 1938, II, p. 180; Sotgia, *Diritto delle assicurazioni* cit., pp. 118-119; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 102; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 476; Roelli u. Jaeger, *Kommentar* cit., II, p. 48; Vanard, *La théorie de l'intérêt* cit., p. 697; Eeckhout, in *Legislazione belga* cit., p. 30; Bruck, in *Legislazione germania* cit., pp. 60-62; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 9; Dürr, *La jurisprudence des tribunaux suisses en matière de contrat d'assurance*, Berne, 1944, p. 214, および, その引用文献。

(3) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 217; Id. *Manuale* cit., p. 553; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 140; Id., *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 343; Persico, *Assicurazioni marittime*, I, Genova, 1947, p. 305; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 268; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni*, Napoli, 1949, p. 29; 同旨：Viterbo, in *Riv. dir. comm.* この者は、利益を契約のカウザに関連させ、有効性が従属するすべての契約種目には関連させていない。この理論の支持者：Malagarriga, *Trattato elemental* cit., III, p. 311。この者は要件を明白に論じていない。

(4) Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 217; Id., *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 343。

(5) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 217; Id., *Manuale* cit., p. 553; Persico, *Assicurazioni marittime* cit., I, p. 305; Salandra, *Op. ult. cit.*, p. 268; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni* cit., p. 29。

(6) Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1933, p. 374; Santoro-Passarelli,



かかる要素は、それらが欠けている場合、本質的な構成要素を含んでいるが、法律行為が無効となる意味において補完的な機能<sup>(7)</sup>を果たす。かかる要素は、法律行為が機能することを目的とし、そのためには契約の締結後ではなく、締結時<sup>(8)</sup>に関連する必要がある法的状況に関連する。

要件の一般的なモデルは、通説によれば、「行為能力 (capacità di agire)」および「目的の適合性 (idoneità dell'oggetto)」<sup>(9)</sup>で構成される。これらは、人ま

*Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1945, p. 87 は、要件を明白に論じておらず、主体と客体とは法律行為の要素でありうることを否定し、それらをもっぱら関連の条件と考えている。Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato* cit., p. 155; Betti, *Negoziio giuridico* cit., p. 206 ss.; Messineo, *Manuale di dir. civ. e comm.* cit., I, p. 465; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, 329 は、能力を法律行為全体でなく、同意の効力要件として考えている。

要件の別の概念について：Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 297; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., pp. 123-124; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano* cit., I, p. 409; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 153。これらの者は要件を論じ、法律要件だけでなく、法律行為の効力がその存在または不存在に左右される事実または関係に言及している。この場合、我々は、従来の学説が論じてきた、いわゆる現在または過去の出捐における条件 (*condiciones in praesens vel in praeteritum collatae*) の領域の中にある (Coviello, *Manuale di diritto civile*, I, Milano, 1929, p. 424; De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina, 1934, p. 275)。そして、Coviello, *Op. e pag. ult.* cit. は先行論理を定義している。

- (7) しかし、これが必ずしも法典で認められる結果ではないので、しばしば法律行為が簡単に無効となり、要件を効力要件と考えている者がいないわけではない、と言う必要がある。意図するとか、希望することができない主体によって事前に意思表示がなされた場合に定められた別の制裁について：Coviello, *Istituzioni* cit., p. 349; De Ruggiero, *Manuale* cit., I, p. 295; Santoro-Passarelli, *Istituzioni* cit., pp. 15-18; Cariota-Ferrara, *Negoziio giuridico* cit., p. 487 ss.; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 52; Betti, *Negoziio giuridico* cit., p. 210 ss.; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 147; Messineo, *Manuale* cit., p. 228; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 64; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., I, p. 77; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., I, p. 731 ss.
- (8) 反対：Messineo, *Op. ult. cit.*, p. 465 は、客観的な要件について、これらは法律行為がその効果を生じさせなければならないときに存在することで十分であると述べている。
- (9) しかし、要件の数を増やそうとする者がいないわけではなく、上述の2つ他に、合法性を必要とする者 (Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 219 ss.), 所有権を必要とする者 (Santoro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p. 87; Messineo, *Manuale* cit., p. 465; Giordano, *Tradizione e potere di disposizione nel contratto*

たは財に関連し、契約締結前には契約と無関係に存在するが、契約の効力は、主体が無能力 (incapace) であつたり財が適合 (idoneo) でない場合、契約が有効になりえない限り、これらの存在に依拠する。しかしながら、かかる2つの法的現象を慎重に観察する場合、これらは本質的な要素の前提にほかならない<sup>(10)</sup>ということに気付く。

法律行為に本質的な要素の1つとして意思表示 (manifestazione di volontà) を示すとき、意思表示は錯誤 (errore)、強迫 (violenza)、詐欺 (dolo) により無効となることはなく、そして、意思能力 (capacità giuridica) および行為能力の主体によりなされなければならないということについて、意思表示の主体は法律行為の主体 (*dominus negotii*) である、と必然的に考える。行為能力の存在および瑕疵の欠如は意思表示の要件にほかならない。したがって、法律行為の無効 (nullità) または取消 (annullamento) は、固有の効果をもたらす意思表示ができないこと<sup>(11)</sup>から派生する。

無能力者 (soggetto incapace) がなした意思表示 (manifestazione) が求められない限り、能力の欠如 (mancanza di capacità) が効果をもたらすのは、意思表示を介してである。

能力に関する主体の要素について論ずる可能性は、法が意思の欠如 (mancanza) について定める制裁 (sanzione) に関係して、その欠如と関連させている制裁を検討することで確認できる。制定法は意思無能力 (incapacità giuridica) の場合および強迫の場合に、無条件に法律行為の無効を認めている。しかし、

*estimatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 186) がいる。

(10) 同旨: Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 124; これらの性質を法律行為の要素に関連させている研究者のすべて。Coviello, *Op. ult. cit.*, p. 340; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 118; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 340 は、法律行為の主体を意思表示の他に法律行為の別の要素であると解しているが、それは無意味な重複をもたらしていると考える。Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., I, p. 75; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., I, p. 718.

(11) これに納得するためには、簡単に述べるだけで十分である。この場合、要件を正しく論じなければならないならば、疑わしいのは行為の効力ではなく、その存在自体である。というのは、本質的な要素が無効になるにすぎないのではなく、その後の行為が基礎を置かなければならない下層部分を欠いてしまうからである。契約関係に本質的でない要素として要件が契約関係に影響すると考えなければならない場合には、要件の1つを欠くならば法律行為は有効とならない。

行為能力や意図したり希望する能力が欠けている場合のみならず、同意 (consenso) の欠如の場合についても、法律行為の無効を定めている。<sup>(12)</sup>

要件の中に「適法性 (legittimazione)」を含める場合には、適法性についても同様の議論がなされうる。<sup>(13)</sup> 適法性を論ずる場合に考慮するのは、法律行為が基礎づけられなければならない当初の状況ではなく、その状況から主体にもたらされる権限 (potere) である。所有者 (proprietario) または財を享受する他の権利者だけがこれらの者に帰属し、それゆえにこれらの者がする法律行為が有効になる権限の範囲内において、その財を所持しうるにすぎない。このように考えられる適法性は、主体またはその者の意思表示と異なるものではなく、不適法者が行った意思表示が有効な意思表示でない者の特徴である。<sup>(14)</sup> ある時は、意思表示が適法性を欠いていながらも有効となる場合がある。しかしながら、これが意味するのは、適法性は意思表示の前提条件ということではなく、契約関係の確実さが外観において事実の犠牲を求めているということである。より厳格なことを認める場合に意図される要件が重要な場合には、この犠牲がきわめて大きい。契約締結前の段階でこの要件を必要とすれば、その欠如はその後の行為すべてをなきものにするであろう。<sup>(15)</sup>

(12) 制定法の定めている制裁について：Coviello, *Manuale* cit., p. 346; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., I, p. 288; Santoro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p. 166, 172 ss.; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 334 ss.; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 475; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 364 ss.; Messineo, *Manuale* cit., I, p. 538; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 455 ss.; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 164 ss. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., I, p. 322 e passim; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., I, p. 78 ss..

(13) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 219 ss. 適法性に関する一般論について：Cariota-Ferrara *Il negozio giuridico* cit., p. 626 ss.; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 172; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 122.

(14) 適法性が示すのは、本質的に財に関する人と他者との特殊な関係であり (同旨：Cariota-Ferrara *Il negozio giuridico* cit., p. 626 ss.; Carnelutti, *Op e pag. ult.* cit.; Betti, *Op. cit.*, p. 219; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 122), この側面においては、適法性と利益とを区別することができる。しかし、利益が純粋かつ単純に関係を示すものであるのに対して、適法性について関係に関連させることは、関係の存在から人に派生する権限を決定するために機能し、このことから、適法性は基本的には、関係の主観的な行為の加重事由 (qualificazione) に関する要件となる。

(15) しかし、1つまたは複数の要件の欠如という結果は、この法的範疇の支持者によって主張されていない。この者達はある時には無効であるとしているが、し

## 3. 目的の適合性。所有権

学説が考察してきた他の要件は、目的の適合性である。<sup>(16)</sup> 目的の適合性が意味するのは、法律関係の客体となる特定の財についての可能性である。すなわち、当該財の取引可能性 (commerciabilità) が法律上も裁判上も禁止されていないということである。かかる禁止は、物を国有化 (demanialità) すること、物を国が管理しうる財産の中に入れること、特定商品の取引 (commercio di determinati generi) を禁止する特別規定 (paricolare norma) を定めること、差押 (pignoramento)、裁判上の差押 (sequestro) または嫁資抑制 (vincolo dotale) をすることなどによりなされる。それゆえに、この場合においても要件が重要であり、<sup>(17)</sup> 考察対象は主観的な要素から客観的なそれに移行する。

法的関係の客体となりうる財は (その意味で見限りににおいて)、特定され、可能であるだけでなく、目的 (destinazione) によって、または、当事者の活動における使用 (disponibilità) を制限し、もしくは阻む法的措置 (provvedimento

ばしば取消または効果がないと論じている (同旨: Santoro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p. 88; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 124; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 155; Betti, *Negozio giuridico* cit., p. 365 ss.; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 329; Messineo, *Manuale* cit., I, p. 465; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 153)。彼らは頻繁に、要件の異なった類型に従って、2つ以上の制裁を同時に定めている。異なった結果であるのは、それらが欠如している場合、何人かによって定義されているように (注(6)の引用文献を参照)、たとえすべての本質的な行為が含まれていても、そして、いくつかの本質的な要素の前提条件を構成するにすぎないとしても、法律行為は無効であるという意味において、要件が補完機能を果たす契約関係に本質的でない要素であると信じ込んでいるということである。

(16) 同旨: Santoro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p. 88 (この者は要件を明白に論じていない); Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 157; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 230 ss.; Messineo, *Manuale* cit., I, p. 465。

これに対して、Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., pp. 124 e 611 は、要件を論じることができることを否定し、前提条件の中に目的の適合性 (合法性 (liceità)) を含んでいる。同様に、フランスの学説 (Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, pp. 93-95; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 59) は、要件の概念を無視している。

(17) フランスの学説は、禁止に違反した場合には、強行規定 (norma imperativa) に反しているとの理由で、不可能な目的または不法な目的を持った法律行為に対応している、と述べている (同旨: Planiol et Ripert, *Op. ult. cit.*, II, pp. 93-95; Colin et Capitant, *Op. ult. cit.*, p. 612-615, および、その引用文献)。

giudiziario) によって拘束されてはならない。結局、すべての財が関係の客体になりうるのではなく、性質を決定したり、その中に拘束の欠如が含まれる一定の前提条件に合致するものに限られる。

したがって、「所有権 (potere di disposizione)」が論じられる<sup>(18)</sup>。そこで、この文言によって、特定の法律行為を行うという主体の権限 (facoltà) を示そうとする場合には、所有権は合法性という概念の中に入り込み、合法性のケースと同一視される。しかし、それを消極的な側面からみて、法律行為の客体となる財に関する可能性であると考えれば、つまり、財に対して誰かが所有行為 (atto di disposizione) を果たす可能性であると考えれば、所有権は客体の適合性と同一視される。

これまでに列挙されたすべての要件は共通の性質を示すので、これらの要件は法律行為の基本的要素の前提条件を構成するにすぎない<sup>(19)</sup>。これらの前提条件は法律行為の前に、しかもそれとは独立して存在するという事実を考慮して要件を論じることでもできる。というのは、このことは人またはそれが所有する財に帰属する何かを示すからである。しかしながら、かかる前提条件は契約の段階で重要であるうえに、契約の要素に影響する、と付言しておく。すなわち、関係者の能力ではなく、無能力者のなした意思表示は意思表示とならず、取引は無効 (invalido) となるという事実である。関係に関連する合法性 (legittimitazione) は人の権限を示すゆえに興味がある<sup>(20)</sup>。

しかしながら、同様のことは保険における利益については言えない。利益は主体または客体の要素に関連せず、関係を示す。すなわち、主体を財と結びつける関係である。このように解される利益は、財の効用に関する人の判断または所有能力 (capacità di disporre) を表すのではなく、また、法律関係の客体となりうる財の要素を構成するのでもなく、主体と客体との関係に一致する。

---

(18) Cariota-Ferrara, *Il negozio sul patrimonio altrui*, Padova, 1935, p. 37 ss.; Messineo, *Manuale cit.*, I, p. 465; Giordano, *Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio cit.* p. 186.

(19) 法律行為の主体および客体に言及した法律行為の効力および存在の前提条件について：Oppo, *Note sull'istituzione di non concepiti cit.*, p. 79-80, および、その引用文献。

(20) 注(14)を参照。

#### 4. 法律行為が要件として影響する最初の状況

学説が論じるのは要件であり、最初の状況 (situazione iniziale) にも言及している<sup>(21)</sup>。すなわち、その状況は法律行為以前に存在し、それに基づいて法律行為が機能し、法律関係を創造し、修正または消滅させる物の状態である<sup>(22)</sup>。

最初の状況において、利益に戻ることは可能である。というのは、主体と財との関係は契約継続の下層となるからであり、利益について要件を論ずる場合、通説はこの側面に依拠するからである<sup>(23)</sup>。しかし、これは十分でないので、利益は要件にすぎないと主張する前に連続してなされた法律行為に関して、最初の状況がどの程度重要であるかを決定する必要がある。

利益が契約締結時においてのみ重要なだけでなく、契約の本質的な要素の1つであるとするならば、意思表示またはカウザについて生じるように、次の段階では、関係が契約締結前にそれと無関係に存在するという事実が通り過ぎ、本

(21) Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 124 は、しかしながら、純粹かつ単純に要件を論ずる傾向にある。それゆえに、要件の範疇において概念上の意義を否定する。Coviello, *Manuale* cit., p. 424 は、法的小および論理的事例に触れているが、この要素を適切でない条件に近づけている。

(22) 学説 (Santoro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p. 68; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 297; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 409; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 153) は条件を論ずるにあたり、きわめて限定された意味において行っており、固有の条件と等しくしえない、いわゆる現在あるいはその後の条件 (*condiciones in praesens vel in praeteritum collatae*) に言及している。というのは、この場合、不確かさが主観的にすぎないからである。十分な意味において考えると、適切でない条件の文言は契約締結前の状況において確実に言及されうる。その状況は、当事者が契約締結時に考慮するが、前述した研究者が意図している意味とは異なる。とりわけ、現在あるいはその後の条件は、前提がそれまでの関係と同じであり、効果の条件において生ずるときには、前提において欠ける主観的な不確かさを前提とする (Coviello, *Manuale* cit., p. 424; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., I, p. 275; 前述の研究者)。しかし、主観的な不確かさは重要ではなく、いかなる場合においても、契約の効力または効果に関する条件が重要であるので、前提の概念を決定する場合の不確かさは同じ範疇の無用性を確信させる (同旨: Cariota-Ferrara, *Op. pag. ult. cit.*)。

(23) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 217; Id., *Manuale* cit., p. 553; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 140; Id., *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 343; Persico, *Assicurazioni marittime* cit., I, p. 305; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 268; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni* op., p. 29; Malagarriga, *Tratado elemental*, III, p. 311.

質的な要素のみが考えられる。

実定契約を検討すると、それは何らかの方法で前段階の状況に影響を与えることが運命付けられる、と言いうる。したがって、たとえば、売買は旧所有権を消滅させ、新権利を構築する。

旧所有権は契約を締結しなければならない者にとって重要なものは明らかである。というのは、それがなければ消滅するものはないし、新権利を生じさせることができないからである<sup>(24)</sup>。それゆえに、旧関係は法律行為の基礎であるが、どのようにしてそれに影響するのであろうか？

主体と財との関係である利益は、実定契約では法律行為の実行時に重要である。そして、当事者が特定の契約を締結しうるか否かを決定する機能を果たす。旧所有権の存在は、主体が財を所有しうるか否か、契約によってそれを所有できるか否かなどを決定する機能を果たす。すなわち、それは、一方では、財と人との間に関係が存在することにより、この者は当該財を他者に移転させうる否か、他方では、財が移転されうるか、移転可能性 (*trasferibilità*) の一部または全部を制限する拘束が存在するか否か、ということである。しかし、所有する権限および移転させる適合性は、これまでの節で述べてきた法律行為の本質的要素としての前提条件の中に含まれ、より厳密に言うところ、合法性や目的の適合性に合致するので、契約前の状況に言及する場合には、何ら新しいことは論じられない<sup>(25)</sup>。

しかし、契約前の状況に言及することは、前提条件の存在を決定するにすぎないのであろうか、あるいは、別の重要性を有するのであろうか？

この質問は興味深い。というのは、後者の場合においてのみ、法律行為の実行前の事実の状況を自主的な方法で言及することが重要だからである。

しかしながら、実定契約については、否定的な方法で答えなければならない<sup>(26)</sup>。契約締結上の客体は財であり、契約前の状況と契約との間には、双方が同じ客

---

(24) 同旨・所有権に関連して：Cariota-Ferrara, *Il negozio sul patrimonio altrui* cit., p. 37 ss.; Giordano, *Tradizione e potere di disposizione* cit., p. 184 ss.

(25) 注(14)において、合法性に関して論じた限りにおいて。

(26) これが通説である。参照：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612; Betti, *Op. ult. cit.*, p. 77; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 356; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 434, nota 1, および、その引用文献。これに対して、給付の目的を契約の客体に置き換えている研究者、および、契約の給付目的を考慮している研究者と

体を持つ以外に関連性はない。そして、契約前の状況は、契約がなされるための主体に必要な適合性の源泉である。関係は契約の一部にならず、契約に直接的には影響しない。契約は関係を構築し、もはや存在する必要のなくなった旧関係を消滅させる。<sup>(27)</sup>

### 5. 保険における利益の重要性

保険については同じことが言えない。保険は実体において財を移転しないし、財から派生する効用を享受する権利を構成しないが、しかし、財に生じる危険から財を保護するとか、あるいは、主体が財に対して有する利益に関係する。<sup>(28)</sup>

保険契約の別の要素は、危険な要素が財によって、または何か具体的な物によってではなく、不快な事実が生じる蓋然性によって構成されているが、利益に重要な効果を帰属させる。とりわけ、もしこの何かが人と財との関係に否定的に影響し、財の効用を減少させるか、完全に破壊するであろう、と考えられる場合はそうである。<sup>(29)</sup> 利益は、損害をもたらす事象が、契約の締結時および継

して：Viterbo, *Ancora del contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1947, IV, c. 146; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 342; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 439; フランスの学説として：Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 56; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 93. この議論に関しては次節で検討する。ここでは、前述の研究者が契約の目的を論じているとしても、契約を締結することの目的を論じたが、今後の研究を侵害しないために契約の目的を論じていない、と言うだけで十分である。

(27) これがすべての行為 (negozio), すべての法律行為 (atto giuridico) に必要な結果である。参照：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612; Betti, *Op. ult. cit.*, p. 77; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 356; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 434, nota 1, および、その引用文献。明白な者として：Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 11; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 14.

(28) これが辿り着くべき保険契約の目的である。参照：Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 19 ss.; Id, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p. 225 ss.; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 159 ss.; Ferri, *Manuale* cit., p. 534 ss.; Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 353. Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 1; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 1 は、フランスの他の学説と同様に、損害保険と生命保険とを区別している。Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 51 ss.; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., I, p. 77 ss.; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 199 ss.

(29) 反旨：Kisch, *Handbuch* cit., p. 15; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 99; Ferri, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 209; 本文と同旨：Ferrari, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 107 ss.



続中に契約に影響する固有の効果を生じさせる何か (*quid*) である。

保険では、実定契約とは異なり、主体と財との関係は、保険申込人が保険契約を締結する資格があるか否かを決定するために必要ではなく、また、目的の適合性を決定するために機能するものでもない。というのは、保険契約締結時に関連されるべきは財ではなく利益であり、このことは、当事者が排他的に処分する財は、被保険利益 (*interesse assicurabile*) の目的となりうるという事実によって証明されるからである。<sup>(30)</sup>

被保険利益は全保険期間にわたり存在しなければならず、保険契約締結時に限り存在するだけでは不十分である。それが契約締結時またはその後<sup>(5)</sup>に欠ける場合には、民法典1918条2項に定められているように、被保険者が保険料の支払を免除されることなく、保険金支払請求権が消滅する。<sup>(31)</sup>

これらの考察から、利益が保険において有する重要性を容易に推論することができる。すなわち、売買では、利益は、契約締結時において、主体が有効に財を処分しうるか否かを定めるために、利益に関連する意味において契約の源泉となるにすぎず、この意味において要件を論じることも可能であり、その言葉に法律行為の先行事情のきわめて十分かつ一般的な意味を付与する。これに対して、保険では、利益は契約関係を補完する部分となる。保険申込人の利益は付保可能リスク (*rischio assicurabile*) が存在するために必要であるばかりでなく、<sup>(32)</sup> 保険金請求権 (*diritto all'indennità*) 発生<sup>(33)</sup>の要件ともなりうる。そし

(30) 財の保護に対して合法的な利益が存在するときは、嫁財 (*bene dotale*) または処分権限のある他の財について付保を禁止する規定はない。

(31) 民法1904条・1918条について：Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., pp. 135, 209 e 214; Salandra, *Assicurazione* cit., pp. 207, 338 e 340。

(32) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 209; しかし、通説は、リスクを利益の付保可能性 (*assicurabilità*) の要件として論じている。Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., pp. 477 e 478; Mossa, *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione* cit., p. 24; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 99; Donati, *L'interesse nel contratto di assic* cit., p. 319. 文言の不正確さを別にして、通説が望ましい。利益がなければ有効な保険契約は締結しえないと述べるのが重要である。

(33) しかし、この場合、要件という文言が示そうとしているのは、法定条件 (*condicio iuris*) あるいは必要条件ではなく、保険金の支払は複雑な給付の一部を構成するので、保険者の義務が欠けている場合には、保険金の支払が発生しえないということである。

て、このことこそが、我々の研究の視点に立って保険契約を他の契約と区別する利益のさらなる重要な点である。

このもっとも重要な点において、実定契約では、代金支払という要件は物の引渡によって表されると考えるならば、利益の重要さが理解できる。拙速な結論を避けるとしても、利益は必ずしも保険金の対価ではないということ、そして、保険契約の全体の詳細はこの点に関して他の契約との比較を認めないということに迅速に到達しなければならない。

#### 6. 保険契約のカウザに対する関係における利益

保険が、保険事故が発生しないことに対して被保険者の合法的な利益を保護するために存在する限りにおいて、利益の別の重要性は、契約が履行するように求められる別の機能の結果である。同様の保護は、保険金を支払うことによって行われる。というのは、保険者は保険事故の発生を阻止しえないし、そこから派生する損害を填補するにすぎないからである。しかし、このことは、保険の機能は保証機能 (funzione di garanzia) ではないことを意味するものではない。

すでに論じてきたように、損害は利益の侵害である。というのは、損害を論じるためには、財が滅失または毀損するということだけではなく、破壊による結果が人の財の上のしかかるということも必要である<sup>(34)</sup>。換言すれば、物は財自体ではなく、それから利益を享受する人との関係において見いだされるゆえに、または、少なくとも効用から利益を獲得しうるゆえである。そして、財の価値は財から引き出しうる利益において人の判断によって与えられる。そこで、この利益は、保険事故により侵害される利益であり、これに対して保険の損害回復機能 (funzione riparatoria) が発揮される。

利益に関連することは、損害の結果を負担する主体を決定する働きをし、さらに、財の保護に対する権利を有していた者がおり、その者の財が貧窮化した限りにおいて、損害が実際に存在するか否かを明確にする働きをする<sup>(35)</sup>。しかし、保険事故によって損害を被った物は、実際の額における、または効用における

(34) 同旨：Maiorca, *La cosa in senso giuridico* cit., p. 30; Rocco, *L'oggetto del reato* cit., p. 238.

\* (5) 栗田=今井・前掲第1章注(\*2)325頁以下(栗田筆)、拙稿・前掲第1章注(\*1)69頁~70頁を参照。

財である。これに対して、利益は、間接的に、損害をもたらす事象の結果を被るにすぎない。というのは、財が減少すると関係の均衡が破られるからである。

財が破壊される場合の他に、財が(盗んだ)人の処分<sup>(35)</sup>に委ねられる場合、または、資産が、その権利者に損害をもたらした行動の結果、債務を負わされている場合がある(民事責任(responsabilità civile))。これらの場合には、利益の侵害はつねに財と人との関係の修正の結果であり、利益の価値は財の効用によって与えられる。

そこで、かかる利益は、関係の客体である財の価値とは異なる経済的価値を有しており、保険では特殊な重要性を帯びる。<sup>(36)</sup>

人は、関係が継続し、これについて考慮し、保険事故の結果から自己の資産を保護する方法を講ずる必要性を有する。人はこの方法で財の処分行為を実行しないが、人の資産を脅かし、人が追放したいと望む危険の処分行為を実行する。その危険は、それを規制することが求められるとき制限される意義を有し、

(35) 利益の侵害の結果としての、つまり、保険事故が発生したことによる資産の貧窮化はもっぱら責任保険において使われてきた。そこでは、保険事故により直接損害を被った財がなく、保険事故の結果は、被保険者の責任となる債務の発生である。責任保険について：Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit.; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 315; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 187; Picard et Besson, *Traité général* cit., III, p. 285; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., I, p. 77 ss.; Ehrenzweig, *D. (O.) Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 355, およびその引用文献。

資産の貧窮化は、保険事故の最終的な結果である。というのは、本文で繰り返してきたように、保険事故が人の資産の範疇にのしかからないならば、損害はないからである。

(36) 財の価値および利益の価値は異なっていると認めることは、奇妙である。というのは、利益は、人とその者の特定財との関係を表し、その結果、財が人を介して有している価値を示すからである(反旨：Rocco, *L'oggetto del reato* cit., p. 267; 利益に関する特殊な概念を示す)。利益が財の価値を示すならば、財の価値および利益の価値が区別される。しかし、保険申込人が関係の帰属者としてそれを脅かす危険に対して自分が救済されることを望むならば、そして、この目的において、一定の金額を支払うことを決定するならば、保険の研究者にとって、利益は人が、その資産またはその者に帰属している単一の財を脅かしているリスクに対して保護されるために金銭を支払うことが決定され、支払う金額によって表される財の価値とは異なるその者に固有の価値を有している、と容易に説明するであろう。

関係の客体となる財とは異なる。

損害の蓋然性としての危険は、肯定的な側面では、リスクが損害を与えるおそれのある利益によって構成される否定的な価値を有する。そして、保険事故は財に損害を与えるのに対して、危険は財ではなく、利益に襲いかかるにすぎず、利益はリスクによって直接的に脅かされると考えているならば、その議論はより明らかになるであろう。<sup>(37)</sup>

#### 7. 利益は保険契約の効力要件たりえない

検討の終わりに、保険申込人の利益は、これまでに特定した意味においては保険契約の要件とはならない、と結論づけなければならない。<sup>(38)</sup>

明らかなのは、何度も論じてきたように、かかる要件で、利益は契約締結前に存在しなければならないと意図することを望むならば、要件の定義の概念上の重要性はない、ということである。というのは、要件は、主体および財が含まれる契約の締結前に存在しているものだからである。しかし、契約締結前に存在する事実は何も意味しない。重要なことは、契約締結前に存在しているものと法律行為またはその後の行為との関係、および、その構成において法律行為が果たす影響にすぎない。<sup>(39)</sup>

利益は、1つまたは特定の複数のリスクに対して付保するために、保険契約の締結前に存在しなければならない。しかし、このことは要件の中に利益を含むためには十分ではない。

利益は、目的の適合性および行為能力と異なり、契約のいかなる要素に対しても関連させる必要はなく、保険契約に関して、保険申込人が自己の利益を保

(37) 換言すれば、付保可能リスクが、保険事故が発生すると、財が破壊される結果、特定の利益が侵害されるという蓋然性を意味するならば、脅かされるのは利益だけである。というのは、利益のみが、物の消滅によって侵害される人と財との経済的関係を表すからである。この結果、前述のように（前注を参照）、利益は保険において特殊な価値を有し、利益は、人が財を付保するために費消しうる金額によって決定される。

(38) 注(2)で述べたこと、一般的には注(6)で述べた研究者を参照。

(39) 「要件 (presupposti)」を論じる者は、この外部の要素が法律行為において持つ影響を決定するか、決定しようとする。同旨：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 124; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 297; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 155; Betti, *Negozio giuridico* cit., p. 206; Messineo, *Istituzioni* cit., I, p. 465; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, pp. 153 e 329.

護しようとして配慮している限りにおいて、それ自体重要でなければならない。さらに、利益が欠如すると保険契約は無効となるが<sup>(40)</sup>、行為能力の欠如は取消になるにすぎないし<sup>(41)</sup>、目的の適合性は、学説の一部によると、効力要件にすぎない<sup>(42)</sup>。

重要なのは、利益は契約関係の一部となり、いかなる方法でこれが生じるかは、次章以下で検討する、ということである。ここでは、通説は支持しえないと述べることで足りる。

## 8. 一般的な要件の概念の重要性

本章での結論はこれまで述べてきたことから引き出しうる。すなわち、要件ということばを使って、法律行為の共通の要素、あるいはこの要件とは異なるものを示すことはできない。そして、要件の概念が存在するか否かは、契約の場合に到達しないし、何も認めない<sup>(44)</sup>。要件の様々な内容を決定する場合にみら

(40) 民法1904条。Salandra, *Assicurazione* cit., p. 267; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 134 ss.; 同旨: Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 9 ss.; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 1103; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 223.

(41) 注(2)および(11), (12)で論じたことを参照。

(42) Messeineo, *Istituzioni* cit., I, p. 465; 反旨: Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 157; Betti, *Negoziio giuridico* cit., p. 237.

(43) ここで述べるべきことは、学説の一部は利益を損害保険において目的と考えている、ということである (Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 103; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 123; Mossa, *Saggio legislativo* cit., p. 24; Sotgia, *Diritto delle assicurazioni* cit., p. 118; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 102; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 476; Roelli u. Jaeger, *Kommentar* cit., II, p. 48; Vanard, *La théorie de l'intérêt* cit., p. 697; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 9; Dürr, *La jurisprudence des tribunaux suisses en matière de contrat d'assurance*, Berne, 1944, p. 214; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 201)。しかし、この方法において、物保険と人保険との不当な区別があるという事実を別にして、次章で述べるように、利益は契約の目的となりえないということをも述べる必要がある。

(44) 同旨: Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 124; この者は、いわゆる要件は本質的な要素の前提条件に他ならないと考えている。Santoro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p. 87 は、主体と客体は法律行為の要素となりうることを否定しているが、関連のことばだけを論じている。きわめて類似した意見は、他の意味において要件を論ずる者も有している。すなわち、いわゆる現在または過去の出捐における条件 (*condiciones in praesens vel in praeteritum collatae*) についてである。同旨: Carnelutti, *Op. ult. cit.*, p. 297; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 409; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 153.

れる学説の不一致は、我々の結論に都合の好い証明になる<sup>(45)</sup>。

満足のいく説明を欠く問題を解決することが可能である限り、法律の範疇が重要である。正確に言う、要件に依拠することにより、契約を体系化しなければならぬ。新しいことばと共通した概念しか表現されない。

法律行為の本質的要素をその要件と区別することが望まれるという意味において、均衡のとれた理由がこの新しい範疇に有利なようにもたらされるわけではない。法律行為を行う前において発見しうるもの、および、契約締結に無関係に存在するものを除き、この要件は共通な性格を有していない。しかし、このことは独立した範疇を構成するには十分であるとは思えない。

他方、要件が欠けている場合には、制裁の同質性の存在がもたらされえない。というのは、誰かが均衡のとれた愛を介して述べようとしたように<sup>(46)</sup>、時に応じて契約は無効、取消 (annulabile)、失効 (inefficace) のいずれかになるのである、つねに無効となるわけではないからである。

契約を締結する場合、類似の考察が既存の事実状態に関しても必要である。契約が無効になる、または、契約が効果に従う<sup>(47)</sup>という制裁を受けることを考慮して、契約締結前に存在しなければならない法律行為または行為についても、要件が論じられる。たとえば、代理人 (procuratore) が行った法律行為の効力必要な代理権限の付与 (conferimento della procura)、または、遺産の受取 (accettazione dell'eredità) に必要な相続の開始 (apertura della successione) がそうである。委任の付与 (conferimento del mandato) と相続行為 (successivo negozio) の間、または、相続の開始と受取との間において、後者に先立ってなされた前者という事実よりも重要な関連が存在しないならば、これらの承認は正確であろう。代理権限の付与は、代理人の合法性について機能し、相続の開始は人に相続人 (erede) としての資格 (qualità) を提供する。これらは前述した通りである。

(45) この点に関しては、注(2)および(4)で論じた他に、注(6)の引用文献を参照。

(46) Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 155; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 206 s.; 反旨：注(7)と(8)の引用文献を参照。

(47) Cariota-Ferrara, *Op. ult. cit.*, p. 124; Carnelutti, *Op. ult. cit.*, p. 297; Barbero, *Op. e vol. cit.*, p. 409; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 153. 一般的な意味において、Coviello, *Manuale* cit., p. 424 は従来の論理で論じているにすぎない。

### 第3章 保険契約の目的

#### 1. 利益は保険契約の目的たりうるか？

前章において論じたように、利益は単なる効力または有効性の要件ではなく、<sup>(1)</sup>学説の一部によると、<sup>(2)</sup>保険契約の目的そのものである。

この理論の確認は、前述の研究者達によれば、1925年航空規則(Regolamento della navigazione aerea del 1925) 255条に見いだしうる<sup>(3)</sup>が、とりわけ、保険は目的として金銭に評価できる何らかの利益を有することができる<sup>(4)</sup>と論じ、かつ、外国の立法の中に見いだしうる。

1882年商法典の規定は基本的に異なっていた。同法典は、保険契約を締結する能力を有する主体を決定するためにだけ、利益に言及していた。すなわち、<sup>(6)</sup>同法典423条は、「物に関する適法な利益を有するか、または、その(物の)保護に責任を負う者は誰でも……<sup>(5)</sup>保険を付することができる」と定めていた。そして、<sup>(7)</sup>1942年民法典1904条もまた、損害填補について被保険者としての利益を

---

(1) 第7節を参照。

(2) Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 123; Mossa, *Saggio legislativo* cit., p. 24; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 130; Brunetti, in *Assic.*, 1938, II, p. 181; Sotgia, *Diritto delle assicurazioni* cit., p. 118; さらに、Vanard, *La théorie de l'intérêt dans l'assurance* cit., p. 697; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 96; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 102; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 9; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 476; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 184.

(3) 同旨: Ferri, *L'interesse* cit., p. 95.

(4) フランス1930年7月13日法32条, スイス1908年4月2日法48条(Dürr, *La jurisprudence des tribunaux suisses en matière de contrat d'assurance*, cit., p. 214 が引用した本条に関する諸判決をも参照)。同旨: ドイツ1908年5月30日法58条・59条。

(5) 同旨: ベルギー1874年6月11日法4条。しかしながら、法律の形式に違いがあるにもかかわらず、この場合においても、契約の目的は利益であると考えられる者がいないわけではない。同旨: Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 123; Ferrarini, *Interesse* cit., p. 103; Brunetti, *op. e p. ult. cit.*; ベルギー法に関する検討について: Eeckhout, *La droit des assurances terrestre* cit., p. 96; Id., nel *Commento alla legislazione belga* cit., p. 30.

\* (6) 前掲注第1章(\* 2)。

\* (7) 前掲注第1章(\* 1)。

欠く場合には、保険契約は無効であると認める。

しかし、この点に関する立法者の見解が何であろうとも、そして、それに関連する規定がいかなる方法によって形成されようとも、問題はその全体において解決されるべきである。というのは、契約の構造を決定することが重要であり、このことは制定法の規定によってはなされえないからである。立法者が規定できるのは、一定の範囲内における利益の欠如の結果だけである。というのは、利益が契約という法律要件において占める立場に基づけば、民法典1904条の制裁は技術的に無効と構成するということは疑わしいし、取消可能性 (annullabilità)<sup>(6)</sup> または失効 (inefficacia) の場合もあると主張しうるからである。利益は契約の本質的な要素であるとするならば、その欠如に関する制裁は無効しかありえない<sup>(7)</sup>。しかし、立法者がなすべきは、利益の重要性を認めることだけであるのに対して、解釈者に帰属するのは、利益が契約という法律要件においてどのように位置づけるのか、いかなる結果を伴うのかを決定することであ

---

(6) 制定法の規定が厳格さを欠くのは、立法者および解釈者に委ねられた行為が異なった領域にあることによる。この点に関しては、1882年商法429条（「不実のまたは間違った告知、および被保険者の認識する状況の不告知は、保険者が物の真実の状況を認識していたならば、契約に同意しなかったか、または、同じ条件で同意しなかった場合には、つねに保険契約の無効原因となる。」：訳者挿入）、および、民法1892条・1893条（栗田＝今井＝小櫻純＝岡田「イタリア保険法の逐条的研究(2)」関西大学法学論集40巻2号175頁～194頁（1990年）（岡田・小櫻筆）、拙稿・前掲注第1章（\*1）61頁～62頁を参照：訳者挿入）、ならびに、そこに定められた制裁の異なった解釈を考察するだけで足りる。参照：Lordi, *Le dichiarazioni false nell'assicurazione vita*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 465; Giudice, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, p. 187; Mossa, *L'incontestabilità e la prescrizione dell'azione per dolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 309; Ilardi, *Malafede e reticenza nella clausola di incontestabilità*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1445; Donati, *Sulla interpretazione delle clausole di incontestabilità*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 554; De Gregorio, in *Assic.*, 1934, II, p. 65; Viterbo, *Le dichiarazioni dell'assicurando*, in *Foro it.*, 1935, IV, c. 60; Parrella, *Dichiarazioni false, erronee e reticenti*, in *Assic.*, 1941, I, p. 168; Ferrarini, in *Assic.*, 1942, II, p. 7; Salandra, *Le dichiarazioni dell'assicurato*, in *Assic.*, 1942, I, p. 1.

(7) 本質的な要素が欠如した結果としての無効性について：Cariota-Ferrara, *Il negozio cit.*, p. 334; Stolfi, *Teoria del negozio giuridico cit.*, p. 61; Messineo, *Istituzioni cit.*, I, p. 538; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico cit.*, p. 464; Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 166, および、その引用文献。Colin et Capitant, *Cours élémentaire cit.*, II, p. 184; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire cit.*, II, p. 276.



る。

立法者が取り入れる解決法が何であれ、問題は未解決のまま残る。そして、もし利益が保険契約の目的となると認める者には道理があると結論づけるならば、契約の目的について意図すべきものを、そして、契約の目的の中に利益を選好するか否かを明確にしなければならない。それゆえに、本章では2つの部分に分けて検討する。1つは、保険契約の3つの可能な目的、すなわち、物、リスク、利益の検討にあて、それを受け入れることに対する批判にあてる。もう1つは、保険契約の目的を、独立した要素として論じうるか否かをみる。さらに、同様の主張がいかなる意義を有するかをみる。そして、目的が新しいものを示すのか否か、そして、純粋なことばの表現になるか否かをみる。

## 2. 契約の目的は付保された財であるという理論。批判

保険契約の目的は付保物で構成されるという理論は、最近のものではない。<sup>(8)</sup> この理論は古い法令にさかのぼり、<sup>(9)</sup> 何人かの法学者により支持されてきた。しかし、特別な意義または具体的な信用を持ちえないし、最近の支持者が存在しないことから、放棄されたものと考えなければならない。

<sup>(10)</sup> Vivante は、この理論は、古い法令はリスクの抽象的概念を構成することができず、リスクを付保物と区別できないという事実、および、説明の単純さゆえに維持されてきたという事実から派生する、と考えている。その後の法学者

(8) Baldasseroni, *Delle assicurazioni marittime*, III, Firenze, 1786, p. 409 において翻訳かつ公刊されたバルセロナ条令 (*Ordinanza di Barcellona*) 第1章; *Ordinanza della marina* del 1681, *Delle sicurtà*, n. ro 1, *ivi*, p. 530; Baldasseroniの著作第5巻で翻訳かつ提示されたその他の法律および条令を参照。これらは Pardessus, *Us et costumes de la mer*, II, Parigi, 1847, p. 377 において、ギドン・ドゥ・ラ・メール (*Guidon de la mer*) 第1章1条について繰り返されている。

(9) Baldasseroni, *Delle Assicurazioni* cit., I, p. 28; Pardessus, *Cours de droit commercial*<sup>6</sup>, II, Parigi, 1856, p. 99; Vidari, *Corso di diritto commerciale*, V, Milano, 1896, p. 260; Koenig, *Droit des assurance terrestres*, Losanna, 1942, p. 37; Id., *Schweizerisches Privatversicherungsrecht* cit., p. 177.

(10) *Il contratto di assicurazione*, I, Milano, 1885, p. 181; Vivante の見解は、部分的に Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 104 が支持している。しかし、この者は、物が契約の目的となるということが不可能であること理由は、物ではなく、物と被保険者との関係(利益)が、保険事故で破壊または損傷される財を構成するという事実の中にある、と主張する(同旨: Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 476. 批判: Kisch, *Handbuch* cit., III, p. 15. 第1章注(22)を参照)。

は、契約の目的を物の危険 (*periculum rei*) の中に見い出していたが、付保物に言及したし、今日もなお、立法者は損害保険に関して、保険契約の目的は物であると考えられるというように合法的に誘導しうる表現を使っている。<sup>(11)</sup>

しかし、リスクの抽象的な概念を形成する能力が重要であるとは思われない。というのは、1つまたは他の目的を指向することは、保険の原初形態には存在していなかった特定の問題を解決する必要性から生ずるからである。より厳格な論理またはかかる法概念の精練の結果だけではない。当初、保険は物の保護を行っていたゆえに、物、リスク、利益を区別する必要はなかった。そして、物は保険保護の目的になると結論づけることができたし、保険者は、物の毀損または破壊によって生じた損害に対して金銭を支払う責任を負っていた。その後もまた、保険を危険の売買 (*emptio periculi*) と定義する法学者がいなかったわけではないが<sup>(12)</sup>、保険には特殊な性質があるので、これを認めることは明らかな直観にすぎない。

---

(11) 1882年商法典420条2項3号・6号(「②保険証券は日付が付され、以下の内容を含んでいなければならない。一 保険を付す人の名称およびその住所または居所 二 保険者の名称およびその住所または居所 三 保険の目的 四 保険金額 五 保険料 六 保険者が引き受ける危険、およびそれが開始し終了する時期。」:訳者挿入)・422条(「①保険者は、保険に付された物を他の保険者の保険に付することができる。②被保険者は保険料を保険に付することができる。③被保険者に対する権利の譲渡は、譲渡人および譲受人によって署名された書面を介して保険証券を移転することによってなされる。譲渡は、保険者に対して通知するかまたは保険者が書面で承認しなければ、第三者に対抗することはできない。」:訳者挿入)・424条(「損害保険は、物の全部もしくは一部の価値、または所定の価額についてなされることができる。」:訳者挿入)(1882年商法典のシステムも物が契約の目的になると主張する者がいる。同旨:Ferrarini, *L'interesse cit.*, p. 103; 懐疑的: Vivante, *Il contratto di assicurazione cit.*, I, p. 181)。1942年民法典は、技術的により適切な表現を使用しているが、だからといって、民法典1909条(栗田=今井・前掲注第1章(\*3)(13)325頁~332頁(今井筆)、拙稿・前掲注第1章(\*1)66頁を参照:訳者挿入)および1918条(前掲注第2章(\*5)を参照:訳者挿入)の中に含まれる付保物に対する明な言及を欠いているわけではない。

(12) Santerna, *De assecurationibus et sponsinibus*, in *Tractatus illustrum utriusque iuris iuriconsultorum*, Tomo VI, parte I, Venezia, 1584, f. 348, pars I, n. 7 et f. 351, pars III, n. 22; Stracca, *De assecurationibus*, ivi, f. 360, nn. 45-46; Scaccia, *De commerciis et cambio*, Francoforte s. M., 1-648, quaestio I, *De assecuratione*, nn. 128-129, pp. 23-24; Ansaldo, *De Commercio et mercatura*, Roma, 1689, discursus XII, n. 4, p. 63; Casaregis, *Discursus legales de commercio*, Firenze, 1719, Discursus I, n. 90, p. 11.

人保険，財産保険（assicurazione di patrimonio）が出現したことにより，契約の目的は財ではないと考えるに至った。問題は量的な性質だけではない。<sup>(13)</sup> というのは，財産の概念が抽象的であるゆえに，概念は，権利の目的または所有という特殊な行為の目的になるということが否定されず，財産（*universitas iuris*）の帰属者は，生存者間の行為についてであれ，死因（*mortis causa*）であれ，それを自由に処分しうるのである。<sup>(14)</sup> それゆえに，損害保険契約の目的が付保物により構成されている場合には，債務の発生に対する保険の目的は被保険者の全財産（intero patrimonio）<sup>(15)</sup> であると考えられる。これを否定する理

- 
- (13) 同旨：Ferrarini, *L'interesse dell'assicurazione* cit., p. 104; Spilrein, *Le contrat d'assurance de responsabilité civile*, Paris, 1934, p. 61; 反対：Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 182; 同旨：Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 70 は，責任保険では，他の損害保険において物に関連させる場合と同じ方法で，財産に関連させることができない。というのは，他の損害保険では，物に関連させることはリスクを決定する機能を果たすのに対して，責任保険では同じことが発生しないからである。しかし，リスクは一定の事象が派生する可能性であるのに対して，物はリスクがふりかかる財にすぎないと考えるならば，火災で損害を被る物と，債務の派生によって貧困化される財産との間にいかなる違いが存在するのか理解できない。Viterbo は，財産が，本文と同じ意味において，契約の目的となりうるか否かという疑問を提示していない。というのは，彼によれば（*op. cit.*, p. 69; *Id.*, *Ancora sul contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1947, I, col. 146; 同旨：Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 194; Spilrein, *Le contrat d'assurance de resp. civ.*, cit., p. 81），契約の目的は当事者の主たる義務になるからである。それゆえに，Viterbo は問題を解決し，目的の概念にあらゆる重要性を否定し，他の支持者による理論を受け入れた（De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 274; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 91; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 56）。
- (14) Vidari, *Corso di diritto commerciale* cit., II, p. 263 は，保険契約の目的は，財がすべて同じリスクに曝されているという条件，つまり，暗黙の条件において，普遍妥当性によっても構成されうる，と記している。同旨：J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 181, ドイツ法54条。
- (15) この意味において：Koenig, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht* cit., p. 405; 同旨：Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 299 は，保険に加入するのは，物に生じる損害に対してではなく，債務の発生に対してであるという事実を介して，2つの保険の類型を区別している。しかし，2つの表現を区別する場合を除き，この違いがかかわるのは契約の目的ではなく，付保リスクである。契約の目的として物と財産とは同等であることについて：Ferrarini e Spilrein, *op. e loc. cit.*（注（13））。。

由は、全財産というより大きな評価だけに依拠するのではなく、この場合より明らかになる保険の他の機能、および、保護の目的の他の性質に依拠する。<sup>(16)</sup>

責任保険 (assicurazione contro il sorgere di un debito) で被保険者が配慮するのは、自己の行為により損害をもたらした結果に対して自己の財産を保護することであり、偶発的な損害を填補する義務を保険者の責任に転嫁するということである。

保険金の額は、保険料および損害額に基づいて決定されるが、付保された財産の実体と、保険者が支払う保険金との間にはいかなる関係もない。<sup>(17)</sup> 被保険者

(16) この場合、財と損害との関係は明らかではない。というのは、保険事故で直接的に侵害される付保物はないからである。それゆえに、保険者は被保険者に対して特定の保護を与えるということが明らかになり、このことから、保護の目的は、第三者に支払われる金額であると結論づけられる (Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 69; Spilrein, *Le contrat d'assurance de responsabilité civile*, p. 81; 以下は疑わしい: Roelli u. Jaeger, *Kommentar* cit., II, p. 253. この理論を支持する者: Salandra, *Assicurazione* cit., p. 316; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 2-99 ss.)。何からの解決が契約の目的について受け入れられようとしており、責任保険において、保険保護は財を保護することに直接的に向けられていないということが明らかゆえに、学説は古くから困難に遭遇していた。

(17) 責任保険には、比例填補原則 (regola proporzionale)、超過保険 (sopra assicurazione)、重複保険 (doppia assicurazione) の原則が適用されないことについて: Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 361; Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 64; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 317; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 198; Spilrein, *Le contrat d'assurance de responsabilité civ.*, cit., p. 148; Papot, *Le règle proportionnelle*, Paris, 1934, p. 103; Picard et Besson, *Traité général* cit., III, p. 332; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 303; Koenig, *Schw. Priverversicherungsrecht* cit., p. 407.

比例填補原則が適用されず、重複保険が認められるという事実は、このタイプの保険では、損害填補原則が機能しないということを意味するものではない。保険は被保険者にとり利得の原因とはならない。それゆえに、自動車の運行に起因するリスクに関して2つの異なった保険会社で付保し、第三者に対して10万リラの損害賠償することになった者は、双方の保険会社から填補される権利を有しておらず、第三者に賠償すべき損害額について、最大限同じ金額を受け取ることができるにすぎない。しかし、重複保険の可能性は、他のすべての価値を有しており、被保険者の財産と、損害は保険金額の範囲内で完全に填補されなければならない保険契約との間の独立した相互性を説明する機能を果たす (Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 73; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 31-7; Spilrein, *Le contrat d'assurance*, p. 149; Papot, *Le règle proportionnelle* cit., p. 104)。

の財産がゼロであっても、損害は等しく填補されなければならない。このことは、保険保護の目的は財産であるということに疑いを持つ者を生じさせ、類似<sup>(18)</sup>の疑問が派生する。しかし、被保険者が契約加入にあたり保護を望むのは、完全性における財産の保護に対する自己の利益ではなく、物または財産が契約の目的にならないという意味において、火災保険と同様に、所有者が物に対する自己の利益を保護しようと意図する方法に対する利益である。

責任保険の財産上の目的を考慮することに関する疑いから、契約関係の検討と、保険契約によって物が処理されないゆえに、契約の目的は財ではないという確認された事実とが生じる。

他の実定契約と、保険は危険の売買 (*emptio periculi*) であると論じるときに、売買契約とを比較すると、保険では、保険申込人は相手方に対して、物または自己に帰属する物に対する権利は移転しないが、特定の危険に対して財を保護<sup>(19)</sup>することが配慮される。それゆえ、物または財産が契約の目的にならないということの理由は、基本的に、保険では財の処分行為をなしえないということである。

### 3. 契約の目的はリスクであるという理論

イタリアで支配的であった学説は、保険契約の目的はリスクであるにとらえ<sup>(20)</sup>ていた。すなわち、被保険者の財産に対する保険事故の可能性である。この理

---

しかし、二重の填補はなしえないし、第三者に生じた損害に関する保険においても、人の生命の価値は金額では評価できないにもかかわらず、被保険者が第三者に対してすでに賠償し、それが限度額の範囲外の場合には、保険者は被保険者が被害者に支払った金額の範囲内で損害を填補しなければならない。

比例填補原則 (*regola proporzionale*) が適用されないということは、この保険は損害填補性を失うということではない。というのは、この性質と衝突する原則が重要なのではなく、他の種類においても第1リスク保険の場合を容易に見出すことができるからである (諸例について: Papot, *Le règle proportionnelle* cit., passim)。

(18) Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 104; Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 68; Roelli u. Jaeger, *Kommentar* cit., II, p. 253; Spilrein, *op. ult. cit.*, p. 81.

(19) これが第5章で検討する保険契約の機能である。

(20) Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 181; Id., *Del contratto di assicurazione* cit., ne *Il codice di commercio commentato*, U. T. E. T., Torino, 1936, p. 74 ss.; Navvarini, *Trattato teorico pratico di diritto commerciale* cit., III, p. 263, n. 1047; Salan-

論は、16世紀から18世紀にかけて、保険を危険の売買 (*emptio periculi*) としていた商法学者が提唱した理論<sup>(21)</sup>に関連する。これは、その後、売買との繋がりが<sup>(22)</sup>から解放された。

リスクの重要性は、保険契約の特殊な性質を構成しており、保険契約の研究者は、この点を強調しようとしている。実定契約とは異なり、<sup>(23)</sup>保険では、<sup>(24)</sup>保険者が保険事故による損害事象を負担するという事は、財の移転の結果ではなく、保険者の主たる義務の目的となる。それは、将来の不確実な事象の発生による金銭の支払義務という形になったり、保険事故が発生すると保険金の支払

dra, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Assic.*, 1939, I, p. 1; Id., *Assicurazione* cit., p. 167; Ferri, *L'interesse nell'assicurazioni danni* cit., p. 207; Id., *Manuale* cit., p. 537; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni private*, Roma, 1943, p. 26 (多少の不確実さがある)。疑問を持ちながら、類似の理論が Sumin, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1948, p. 50 ss. にも受け入れられている。同様に受け入れていた Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance*, Paris, 1932, p. 278 は、保険契約は条件付き契約であるということを否定するためにだけを論じていた。

(21) Santerna, *De assecurationibus et sponsionibus mercatorum*, in *Tractatus illustrium utriusque iuris iuriconsultorum*, Tomo VI, parte I, Venezia, 1584, f. 348, pars prima, n. 22; Stracca, *De assecurationibus*, *ivi*, f. 360, nn. 45, 46; Scaccia, *De commerciis et cambio*, Francoforte s. M., 1648, quaestio I, *De assecuratione*, nn. 128-129, pp. 23-24; Ansaldo, *De commercio et mercatura*, Roma, 1689, discursus XII, n. 4, p. 63; Casaregis, *Discursus legales de commercio*, Firenze, 1719, discursus I, n. 90, p. 11. しかし、これらの者は、法律行為の一般的な学説、および、前世紀のドイツ・パンデクテン学者の功績である教義的な体系化を無視しているゆえに、契約の目的を決定する配慮をすべて欠いている。しかし、これらすべての研究者が保険を売買に接近させていることから、彼らをリスク理論の先駆者として考えることができる。

(22) 前注の研究者が、売買に類似した無名契約 (*contratto innominato*) であると論じたり (Santerna e Scaccia)、真の固有の危険の売買であると論じ (Stracca, Ansaldo e Casaregis)、その後の法学者の論文においても (Pothier, *Les traités du droit français*, III, *Traité du contrat d'assurance*, Paris, 1931, p. 236; Pardessus, *Cours de droit commerciale* cit., p. 99 ss.), Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 181 によって、その原則につねに関連している売買に言及しているのが明らかであったが、保険はその完全な独自性をすでに取得し、リスクはこの新しい契約類型の目的である。

(23) Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 19 を参照。

(24) 第1章第7節。

が生ずるリスクの引受(利益の保護)を論じるにすぎない<sup>(25)</sup>。リスクは付帯的な物ではなく、重要な独立性を有する。そして、保険という現象を述べるために使われてきた「リスクの移転(*trasferimento del rischio*)」、「リスクの引受(*sopportazione del rischio*)」ということばは、解釈者の直観において、売買における財の移転を意味する。

リスクと財との比較は容易であり、財が実定契約、とりわけ売買契約の目的を構成するように、リスクは保険の目的を構成すると述べることができる。これこそリスクは保険契約の目的であるという理論の運命である。それは、理解しやすい2つの考察に基づく。すなわち、1つは、リスクはこの契約において重要であるという事実であり、1つは、これら2つの契約種類の違いを減少させる実定契約との比較である<sup>(26)</sup>。しかし、これだけでは、通説の主張の正しさを信じるには不十分である。

#### 4. リスクの引受を保険事故が発生した場合に損害を填補する可能性とみなす理論

この理論を、保険者の主たる義務の目的を保険金の支払の中に見いだす理論に近づける目的で、危険理論の再構築を受け入れることはできない。再構築の支持者によれば、リスクの引受は物の危険(*periculum rei*)、すなわち、特定の物によって被った損害から生じた財産上の喪失の保証と同視できないし、財産の危険(*periculum patrimonii*)、すなわち、一般的財産の喪失の保証とも同視できない。しかし、リスクの引受は、ある金額の処分可能性の保証(*garanzia della disponibilità di una somma*)、または、不確実な偶発事象において必要なその他の給付の保証(*garanzia di altra prestazione ritenute necessarie in dettimate eventualità incerte*)<sup>(28)</sup>である。それゆえに、保険者が一定の金額を支払うという

---

(25) 保険契約における双務契約性(*sinallagma*) およびそれに関する学説は第4章で論じている。

(26) Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 240; Messineo, *Dottrina generale del contratto*<sup>3</sup>, Milano, 1948, p. 243; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 31, n. 78; 射俸契約と実定契約との違いは不明確である。その多くは、これら2つの概念の範疇の限度に関する疑問である。

(27) Salandra, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione* cit., p. 11 ss.; Id., *Assicurazione* cit., p. 167; Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 207 e 215.

危険を冒すということは、保険者が一定の事象が発生するという条件において、一定の金額を支払う義務を負担することと等しい。そして、保険事故の発生は、それによって義務の発生が生ずる事象となるにすぎない。

伝統的な理論はこのように修正されたが、保険者は被保険者に代わってリスクを負担すると認めることは、保険事故が発生するたびに、保険者は一定の金額を支払う責任を負うか否かを示す他はない、というイメージになる。そして、リスクの移転が論じられるすべての可能性が少なくなる。

ここで基本的に異なる2つのリスクに直面する。1つは被保険者の財におそいかかるもの、1つは保険者が引き受けるものである。前者は、その発生が一定の物の破壊を生じさせることによって、さらに、金銭上の義務を発生させることによって、財 (bene) または財産 (patrimonio) を危険にさらす。そしてそれは、自然現象または人的行為がなされたことの結果である。これに対して、後者は、補助的な性質を有するが、保険事故の発生に起因する金銭の支払において具体化し、それによってこの義務が派生する契約の中に根拠を有する<sup>(29)</sup>。このように、保険金の支払に至る限りにおいて、リスクに依拠するという効力が中断するのみならず、リスクの移転があるのではなく、保険者が引き受けるリスクが被保険者におそいかかるリスクとは異なるゆえに、リスクの移転を論じること<sup>(30)</sup>はできない。

しかし、リスクが保険契約の目的になるという伝統的な理論は、対立する考察<sup>(31)</sup>に基礎を置く。これらの研究者によると、売買において物が売主から買主に

(28) Salandra, *Il trasferimento del rishio* cit., pp. 11-12.

(29) Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 105.

(30) Salandra, *Il trasferimento del rishio* cit., p. 12 は、修正した危険説を伝統的な理論の中に取り込んだうえに、危険負担 (*susceptio periculi*) が論じられるとするが、この負担 (*susceptio*) を一定の金額を支払う可能性とみなすことは、その承認にあたりすべての重要性を否定することになる。

(31) Santerna, *De assecurationibus et sponsionibus* cit., f. 348, pars I, n. 7; Stracca, *De assecurationibus* cit., f. 360, n. 46; Scaccia, *De commerciis et cambio* cit., *quaestio* I, nn. 128-129; Ansaldo, *De commercio et mercatura* cit., *discurtus* XII, n. 4, p. 63; Casaregis, *Discursus legales de commercio* cit., *discursus* I, n. 90, p. II. これらの研究者は、保険を売買の特殊類型とか、売買に類似した無名契約と論じている。しかし、その後の法律家 (Baldasseroni, *Delle assicurazioni marittime* cit., I, p. 20; Pothier, *Traité du contrat d'assurance* cit., p. 236; Pardessus, *Cours de droit commercial* cit., p.



移転することと同じ方法で、保険では、被保険者にリスクが保険者に移転する。それゆえに、保険者は移転の結果のすべてを負担し、その中に、保険金の支払という負担がある。

しかし、それゆえに、伝統的な理論は受け入れられない。というのは、他の者も主張しているように、いかなるリスクの移転もおこなないし、保険者が負担するリスクは、被保険者の財におそいかかるリスクとは異なるからである。それゆえ、被保険者は、契約が存在しているにもかかわらず、保険事故が損害をもたらす結果を感じているし、保険者は、被保険者が被った侵害を排除または除去するために、第2段階<sup>(32)</sup>において介入する。すなわち、保険契約を締結した結果、保険事故が生ずる可能性が減少するのではなく、被保険者の費用負担でこの者が被った損害を填補する義務が相手方に発生するにすぎない。

保険者が引き受けるリスクは、保険事故が発生したときに保険金を支払うものである。<sup>(33)</sup>これに対して、被保険者に生ずるリスクは、盗難 (furto)、電害 (grandine)、責任、生命のリスクである。事実なのは、保険者のリスクが被保険者のそれに従うということであり、保険金支払義務は約定現象の1つが実現したときのみ、つまり、被保険者に不都合なリスクが実現したときのみ発生するということである。しかし、この必然的な従属は、2つの現象は類似するのではなく、互いに排斥するものであるということの意味しない。それゆえに、リスクは移転せず、それらは異なったリスクである。

おそらく他の意味においてリスクの移転が論じられる。すなわち、それは、保険契約の締結によって、保険者もまた保険事故が発生しないことに対して利益を有する、という意味である。というのは、損害事象は保険者の財産にも影響するからである。この場合、保険者も被保険者も保険事故を回避したいと望むゆえに、被保険者の利益と合致する保険者の利益が存在する。しかし、技術

---

99) もまた、保険契約の典型的な性質および類似の契約との違いを厳格に主張しているが、売買契約の規定に依拠している。その結果、危険の売買 (*emptio periculi*) の目的は危険 (*periculum*) でしかなく、物の中に契約の目的を見出すことは正しくないということになる (この意味において論じている者として: Baldasseroni, *op. cit.*, p. 28; Pardessus, *op. cit.*, p. 99)。

(32) Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 105; 同旨: Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1937, I, p. 402.

(33) Ferrarini, *op. ult. cit.*, p. 106; Salandra, *Il trasferimento del rischio* cit., p. 12.

的な意味においてリスクの移転は生じない。というのは、財が移転すると同じ方法でリスクを移転させることはできず、保険事故は保険者の財産に間接的に影響するにすぎないからである。

##### 5. リスクの引受と保険者の給付の目的

かかる考察をした学説は自己の不安を隠していないし、論理的な議論により体系的性質を考察している。そして、保険事故が生じない場合、保険者の債務の目的は保険金の支払であるという理論を受け入れるために危険説が拒否されるならば、当事者間の債務に双務的關係がなくなる、としている<sup>(34)</sup>。

これらの場合、保険者の給付を欠くが、被保険者は反対給付である保険料の支払をしなければならない。それゆえに、いかなる場合においても、被保険者の義務が十分に引き受けられ、履行されるならば、したがって、この者が支払済保険料の返還について権利を有しないならば、双務關係は、保険料の支払と具体的な支払を欠くことがある保険金の支払との間に存在するのではなく、保険料の支払とリスクの引受の間に存在するということになる。

双務契約性を保持するという配慮は支持できる。そして、保険者は具体的給付を提供しない場合でも、保険料に対する自己の権利を認める理由を見いだす必要がある。しかし、このことは、この必要性は危険負担説に帰結する必要性であるということの意味していない。保険者の義務を保険金の支払とは異なるもの、すなわち、危険負担 (sopportazione del rischio)、被保険者の不安の引受、または、その他の類似行為に置く保険契約の構造も<sup>(35)</sup>、双務性を十分に説明し、保険料の支払を正当化する。

以下にみるように、双務性の問題は、保険者の給付の目的として危険負担に依拠することなく解決しうる。しかし、ここで重要なのは、この問題は契約の目的ではなく、当事者の債務關係に関するものである、ということを明らかに

(34) Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; 保険金支払義務とは異なる保険者の義務の存在、および、保険事故の発生に依拠しない双務的な拘束の必要性について: Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 365 ss.; Greco, in *Assic.*, 1934, I, p. 564; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione*, Milano, 1936, p. 71; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 404 ss. の批判。

(35) 保険契約における双務性のその他の可能な構造について: Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 407 ss.。最近の学説は、保険の双務契約性を修正する試みを欠いている。

することである。リスクが契約の目的となる必要がないのに、危険負担が保険者の給付の目的になるということが正しいごとく、リスクの中に契約の目的を特定すると信じている者、保険者の主たる義務は、一定の事象が生じた結果、金銭を支払う義務であると主張する者がいないわけではない。<sup>(36)</sup><sup>(37)</sup>

問題は、保険契約の目的が存在するか否か、どのように存在するのか、ということである。それゆえに、双務性の意義に関する考察、および、保険者について特定された義務の必要性に関する学説による考察には、興味がわかない。契約の目的は、契約の目的を財と考えている者にとって、通常、一方当事者の給付の目的と一致するということが事実ならば、このことは、給付の目的に関連させている考察に基づいて、契約の目的を決定するということを意味しない。2つの異なった問題にすぎない。

#### 6. リスクは財でないゆえに保険契約の目的たりえない

これまでの考察は別にして、リスクは保険契約の目的になりえないという理由は、リスクが財でないということである。契約の目的を論じる場合、民法学者の学説は、実際の額に応じて財を考慮したり、物から引き出しうる効用を考慮することもある。<sup>(38)</sup><sup>(39)</sup>しかしながら、リスクは可能性を示すにすぎない。すな

(36) Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit. は、保険者の主要な義務は危険負担の中に存在していると考えているが (p. 365)、他方で、契約の目的について利益を論じている (p. 476 ss.)。同旨：Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 71; Id., *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione* cit., p. 24.

契約の目的と保険者の主たる義務の目的との違いについて、フランスの学説を参照。この学説は、契約の目的は利益であると述べているが、他方で、保険者の義務について保険金の支払を論じている：Weens, *L'assurance de choses* cit., pp. 102, 121; Eeckhout, *La droit des assurances terrestres* cit., pp. 96 e 137; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 420, II, p. 9 e passim; Paris *Le Clerc, Le contrat d'assurance* cit., pp. 206 e 278 (この者は、危険説の支持者の中に含まれる)。

保険者の主たる義務について保険金の支払を論じながらも、契約の目的物を考慮している者がいる：Koenig, *Droit des assurances* cit., pp. 28 e 34; Id., *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., pp. 177 e 235.

(37) Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., pp. 26 e 75; Navarrini, *Trattato* cit., III, pp. 263 e 335.

(38) Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612; Messineo, *Manuale* cit., I, p. 583; Id., *Teoria generale del contratto* cit., p. 99; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 337; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 434, nota 1.

(39) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 77; Planiol et Ripert, *Traité*

わち、被保険者の財産を危険に曝す保険事故の可能性にすぎない。それゆえに、この可能性は財ではなく、従前の状況の復活に対する利益を認める財の否定（損害）でもない。しかし、ただ生じるものを示すにすぎず、ただちに生ずるものがリスクではなく保険事故であるということを示すにすぎない。リスクは損害ではなく、保険事故が生じる可能性であるゆえに存在せず、存在するのは財と保険事故である。

法的関係の要素は、主体、客体、財である。学説は財を利益と交代させたこともあり（それゆえに、それは財である）、また、客観的要素は経済的評価を受けやすいが<sup>(40)</sup>、この性質はリスクにおいて欠けるとしてきた。保険においても、主体は、財の保護に対して、および評価が可能で実際に評価される財の完全性に対して利益を有している。それゆえに、リスクは法的関係の目的でもなく、保険契約の目的でもありえない。

#### 7. 契約の目的は利益ではない

損害の中に保険契約の目的を見出そうとした者が<sup>(41)</sup>いないわけではない。類似の理論は、保険の目的の決定は契約の構築の効果に対して特殊な利益を示さないし、目的はリスク、利益または損害であると主張しているが、学説も支持せず、論理的に受け入れられない。

契約の目的は損害であると主張する場合、危険説に関して論じられたものと同じ障害がある。すなわち、損害は財ではないが、財を否定するならば、契約

*élémentaire* cit., II, p. 91 は、フランスの他の学説のように、契約の目的を給付と一致させるとしても、この方法で契約の目的を利益の中に見出している理論に接近している多面的関係の中で、目的を考えている。この意味について：Maiorca, *La cosa in senso giuridico* cit., p. 27.

(40) Maiorca, *La cosa in senso giuridico* cit., p. 11 ss. は、法律学者および経済学者が示した概念は、人的関係において重要性を持つため、そして、その目的となるための物は価値判断に応じなければならない、すなわち、着服および保護に対する個人の利益を認めるべきでなければならないということを明らかにしている、としている。物は、財である限り、換言すれば、価値を有する限りにおいて、関係の目的である。物につき類似の概念を使用している者として：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, pp. 199 e 337; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 325 e 434, nota 1.

(41) Ehrenzweig, *Drei Grundprobleme des Versicherungsrecht*, in *Zeit, f. d. g. Vs.-Viss.*, 1931, p. 375. この者はその後自説を変更した。*Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 199 で、利益は契約の目的を構成するという理論を取り入れた。

の目的にならないということである。そのうえ、危険説は、保険事故が発生しない場合においても双務性の存在を認める機能を果たすが、類似の学説は損害について論じることはできない。損害事象は生じないし、しばしば生じるものではなく、むしろ生じないことが当事者の利益となる。

双務性が要件に従い、2つの約束の間で遺伝学上の双務性の効果が定められたので、保険料支払義務を存続させるために、保険金の有効な支払は必要でないと考えらるならば、契約の目的は要件に委ねられると主張されない。目的は契約に必然的な要素であり、その効力について存在することが必要であるか、または、本質的な要素でないか。後者の場合、目的を論ずることはできない。

目的は要件に従いえない。というのは、平然と存在しえないし、契約がその結果を経験することなく存在しないからである。すべての契約は要件に従うであろう。<sup>(42)</sup>それゆえに、要件が成就されないことで契約は無効になるが、このことは保険においては生じない。

同じ方法で、以下のように述べることができる。すなわち、契約の目的は保険金の支払によって構成されるが、保険者の給付は保険事故の発生に従う保険金の支払の中に存在すると主張してきた者は、保険金は損害に関して財である

(42) 類似した考察：Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 278. この者は、本質的な要素は、全契約が要件に従わない限り、要件に従いえない。しかし、注意深くありえるために、以下のように述べなければならない。契約の本質的な要素が要件に従う場合、すなわち、契約締結時において、本質的な要素が不明確であり、引き続き存在するか否かわからない場合には、全契約の効果が中断するのではなく、その効力が中断するにすぎない、というのは、契約は本質的な要素のすべてが存在する場合に限り有効になるからである、と。類似の考察は、契約の目的を保険者の給付の目的、すなわち、保険金の支払（以下の注を参照）とみなす者が行わなければならない。というのは、この理論が正しければ、契約は保険事故の発生後に有効になるからである。

保険契約の射倖性について：Viterbo, *Il contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 59; Id., *Ancora del contratto di assicurazione* cit., in *Foro it.*, 1947, IV, c. 148; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 418 ss., およびその引用文献。

Paris Le Clerc と同旨：Guilouard, *Traité des contrats aleatoires et du mandat*, Paris, 1882, p. 14; Bode, *Spiel und Wette nach dem B. G. B.*, Jena, 1905, p. 9; Vidali, *Il concetto del rischio nell'assicurazione*, p. 437 e nota; Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, pp. 95-97; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., II, p. 290.

ことについて不当な利得を有しているにもかかわらず、保険金は契約の目的を構成すると認めることから離れている、<sup>(43)</sup>ということは妥当である、と。

損害は財ではなく、そのうえ、つねに生じるわけではない。それゆえに、損害は保険契約の目的を構成すると主張できない。

## 8. 契約の目的は利益であるという理論

物ヤリスクについて、損害保険契約の目的は、財の保護に対する被保険者の利益で構成される、と考える者がいないわけではない。<sup>(44)</sup>これこそが、冒頭で強調したように、第3の解決方法である。我々がこの問題を検討するのは、これが学説が予測する最後の問題であり、とりわけフランスおよびドイツにおいて<sup>(45)</sup>多くの支持を得ている問題であり、<sup>(46)</sup>保険契約の特殊な構造を明確にする問題だからである。<sup>(47)</sup>

イタリアおよび外国の学説の一部は、金銭に評価できる利益は保険の目的になると定める制定法の規定に基づいて、この解決法を受け入れた。<sup>(48)</sup>最近の制定

(43) 当事者の債務関係は契約の目的となり、保険では、その目的は、保険料の支払と保険金の支払の双務性により構成されると述べられている：Spilrein, *Le contrat d'assurance de responsabilité civile* cit., p. 81; Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 69; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 140.

(44) Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 123; Mossa, *Saggio legislativo* cit., p. 24; Moraglia, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, p. 482; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 103; Brunetti, in *Assic.*, 1938, II, p. 181; Sotgia, *Diritto delle assicurazioni* cit., p. 118. 同旨：Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni* cit., p. 79 ss. は、財産上の価値を論じているが、この理論は利益の価値とは離れていない。

(45) 物説 (teoria della cosa) によって *Guidon de la mer* まで遡りうる。そこでは、不詳の作者が付保物について論じている (Pardessus, *Us et costumes de la mer* cit., II, p. 377 ss. における *Guidon de la mer* の本文を参照)。そして、これの形式に基づいて起草された条令まで遡る。その中に、1861年の *Ordonnance del la Marine* (in Baldasseroni, *Delle assicurazioni maritime* cit., III, p. 530) がある。危険説の提唱者：Santerna, *De assicuracionibus et sponsiniobus* cit., f. 348, pars prima, n. 7; Stracca, *De assecurationibus* cit., f. 360, nn. 45-46. この者によれば、利益説はその著書が前世紀末に遡る Ehrenberg, *Versicherungsrecht* (Weens, in *Assurance de choses* cit., p. 96 に引用) により初めて説明された。

(46) Vanard, *La théorie de l'intérêt dans l'assurance* cit., p. 697; Eeckhout, *La droit des assurances terrestres* cit., p. 96; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 102; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 18 およびその引用文献。

(47) Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 476; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 184; スイスの学説について：Roelli u. Jaeger, *Kommentar* cit., II, p. 18.

法は著しい進歩を遂げ、物自体ではなく、人と物との関係、すなわち利益のみが保険保護の目的になると考えている。これこそが関係であり、人保険において契約の目的が被保険者または第三者であるということと同じ方法で、物が契約で保護される人について持つ価値である。

人保険における人と同じ方法で、損害保険において利益は契約の目的であると認めることにより、一部の法律家は、類似の構造が基本的には物の中に契約の目的を見出す構造と異ならないと考えるに至った。そして、後者と比べてわずかの進歩を遂げ、そして、かつては解決が困難であった周辺の問題を説明しうるゆえに、<sup>(50)</sup> 危険説<sup>(51)</sup>と比較して進歩がない。危険説は、同じ問題を説明する状況にあるだけでなく、我々の伝統<sup>(52)</sup>およびこの制度の教義的起源にこたえるもの<sup>(53)</sup>である。そして、利益説 (*teoria dell'interesse*) は、保険契約の研究者の大多

(48) 同旨：スイス1908年4月2日法48条，フランス1930年7月13日法32条，ドイツ1908年5月30日法（VVG）58条・59条。

(49) これは以下の者の見解である：Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 101 ss.; Vanard, *La théorie de l'intérêt dans l'assurance* cit., p. 695；イタリア：Ferrari, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 94 ss.

(50) 利益説は、1つの財に関する重複保険に関する問題を説明することができることを長所にし、異なった利益を保護するものである。これについては、前掲注(12)を参照。

(51) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 214.

(52) この伝統は、保険契約は適法で認めうるかが議論されていたとき、Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 181；Id., *Del contratto di assicurazione* cit., p. 74；Navarrini, *Trattato teorico pratico* cit., III, p. 263；Salandra, *Il trasferimento del rischio* cit., p. 10 ss.；Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 216 の文献を介して、保険の当初の研究者および教義的な再構築の当初の試みと再び結合する；その後、我々に至る（Salandra, *Assicurazione* cit., p. 167；Ferri, *Manuale* cit., p. 537）。

(53) この点に関して：Santerna, *De assecurationibus et sponsionibus* cit., pars prima, n. ro 7；Stracca, *De assecurationibus*, n. 45；Ansaldo, *De commercio* cit., discursus XII, n. 4；Casaregis, *Discursus legales de commercio* cit., disc. I, p. 90。これらでは、保険を売買および委任と比較して類似点および相違点を介して論じている。これらの契約は、危険の売買 (*emptio periculi*) 概念を修正し、売買に類似した無名契約であるとされている。保険が独自の形態を取得したとしても、売買に関する規定に依拠するであろうし（Baldasseroni, *Delle assicurazioni marittime* cit., I, p. 20；Pothier, *Traité du contrat d'assurance* cit., p. 236）、危険の売買 (*emptio periculi*) と論じるであろう。

危険 (*periculum*) は、その教義的な起源が忘れ去られている場合であっても、

数で構築されたものであるが、利益を物に位置づけるにすぎないのであれば、  
 保険契約の体系的構造において何ら進歩していない。

これらの研究者の第1の間違ひは、本質的な利益を損害保険契約の中だけに  
 見出したことにある。人保険に関しては民法典1904条に類似する規定がない。  
 しかし、このことは、人保険において利益を排除しないどころか、それを前提  
 とする。自己の生命の保険では、利益は被保険者という人に生来的に存在し、  
 他人の生命の保険では、他人の同意を得ることに取って代わられているように、  
 第三者は被保険者の契約上の地位を合法化する機能を果たしている、すなわち、  
 契約に対する被保険者の利益を認める機能を果たしているとみない人はいない。<sup>(55)</sup>

利益はすべての保険契約において存在しなければならないし、存在する。さ  
 らに、契約の目的として物を論ずると同じ方法で、利益を論ずることはでき  
 ない。通説のさらなる間違ひは、状況を正確に把握することなく、研究者の中  
 にもまた、契約の目的は財ではなく、財との関係であると主張する者がいない  
 わけではないということを考えておらず、そして、人との関係において発見さ  
 れないゆえに、物は価値を有しないという理論を受け入れている、<sup>(56)</sup>ということ  
 である。論ずべきは、物ではなく利益である。この意味において、利益が目

---

契約の目的であり、この概念を現代の技術の要求に合致させるという一連の修正  
 を介して、見出される。最近の論文で論じられているように、危険の移転は保険  
 事故が発生したとき、保険金の支払に変わる (Salandra, *Il trasferimento del rischio*  
*cit.*, p. 12; Ferri, *Manuale cit.*, p. 537)。

(54) Weens, *L'assurance de choses cit.*, p. 105; Picard, in *Legislazione francese cit.*, p.  
 21; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione cit.*, p. 103; Ferri, *L'interesse nell'assicura-*  
*zione danni cit.*, p. 2-16; Picard et Besson, *Traité général cit.*, I, p. 18; Sotgia, *Diritto*  
*delle assicurazioni cit.*, p. 117.

(55) Salandra, *Assicurazioni cit.*, p. 345 ss. も同旨。

(56) 同様の見解を支持する者：Bruck, *Privatversicherungsrecht cit.*, p. 481; Id., *Le-*  
*gislatione germanica cit.*, p. 23; Eeckhout, in *Legislazione belga cit.*, p. 31; Viterbo, in  
*Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 47; Donati, in *Legislazione austriaca cit.*, p. 47, nota 2 (疑  
 問を呈しているし、他人の見解に言及している); Id., *L'interesse nel contratto di*  
*assicurazione cit.*, p. 329; J. von Gierke, *Versicherungsrecht cit.*, p. 175; Salandra, *Assi-*  
*curazioni cit.*, p. 347.

(57) この意味において：Betti, *Teoria generale del negozio giuridico cit.*, p. 77 ss.;  
 Planiol et Ripert, *Traité élémentaire cit.*, II, p. 91.

(58) Maiorca, *La cosa in senso giuridico cit.*, p. 11 ss.

\* (8) 前掲注第1章(\*1)。



的となるのは保険だけでなく、売買でもそうである。しかし、この思考方法では、伝統的な理論が主張していたものとは基本的に異なるものが論じられない。真実は、民法学者は問題を掘り下げることには配慮しているのではなく、無造作に物または利益を論じている、ということである。<sup>(59)</sup>

物と違って、法的関係は譲渡することができず、成立し、修正し、消滅しうるだけである。しかし、関係の移転が論じられるのは、旧所持人の地位に他の者が代替する意味において関係の中に承継が生ずる際、不適切な意味における場合である。人と財との間の一定の法的関係に基づいて、契約によって移転され、契約の目的となりうる財に関する権利が人に生ずるということ、そして、<sup>(60)</sup>当事者は契約によって財および権利を所持する行為を遂行するということを付言する必要はない。この意味において、利益が売買契約の目的として考慮されるが、これまで付保物について行った同じ批判を受けることなく、利益を保険の目的と考えることはできない。

利益が保険の中で有している別の意義を意図することを望むならば、注意すべきは契約の目的と機能である。財または利益は移転しないが、保険者は物をおびやかすリスクに関して被保険者を保護することだけを配慮する。この意味において、財の保護に対する被保険者の利益の保護を保険者の側が引き受けることが論じられる。そして、保険者は財についていかなる権利も取得しないが、被保険者に関して、保険事故が発生した場合、誰かが被保険者の損害を填補するという安心（*sicurezza*）を提供するにすぎない。そして、この保証は契約締結時点からその効力を取得する。

利益は損害保険の目的だけを構成するのではなく、すべての保険契約において存在する。

契約の機能に言及することにより利益説が明らかになると、これまでに言及した物またはリスクを選好する理由を考える必要がある。この領域に限り、保険関係の正確な構造が含まれる。<sup>(61)</sup>

(59) 法律行為の目的について同旨：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612; Stolfi, *Teoria del negozio* cit., p. 15; 権利の目的および法的保護の目的に関連して：Levi, *Teoria generale del diritto* cit., p. 397; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 221; 犯罪を構成する損害の目的について：Rocco, *L'oggetto del reato* cit., p. 238.

(60) 同旨：Planiol et Ripert, *Traité général* cit., II, p. 91.

<sup>(62)</sup> 財説とは異なり、この場合、契約によって関係が修正されないということと、被保険者の利益の世話 (cura) の引受を論ずる場合、被保険者の財産をおびやかす危険に対して、保険者は発生可能な保険事故による損害の結果についてこれを填補する責任を負うということを指摘できる。そして、危険説と比較して、利益は財であるがリスクではないという明白な利益を有する。<sup>(63)</sup> 後述するように、契約によってリスクが完全に保護されるわけではないということを付言する必要はない。

### 9. 責任保険および将来財の保険における利益

このように特定された利益はすべての保険契約において存在する。しかし、責任保険および将来財 (bene futuro) に関する保険に関して、同じような確認の正しさを疑う者がいないわけではない。<sup>(64)</sup>

利益に関連して各種保険を検討する場合において述べることは別にして、同じ様な考察は正しいと思われぬ。

責任保険において、被保険者の財産は契約の目的になると主張できないなら<sup>(65)</sup>ば、財産の保護に対してこの者の利益が存在するというに疑いはない。というのは、いかなる者も、自己の経済的状態を悪化させる事実を回避したいと望むからである。被保険者またはこの者につき責任を負担すべき者が損害賠償責任を負担する場合、新たな債務の発生は、人とこの者に帰属する財との関係、および、この者について保険者の保護が派生しないという利益を、否定的な意味<sup>(66)</sup>において修正する。

(61) カウザに関連させて利益を検討する傾向は、イタリアの民法学者になじむ (同旨: Mirabelli, *Causa, oggetto, funzione e interesse* cit., p. 102 ss.; Levi, *Teoria generale del diritto* cit., p. 322; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 145)。本章以降で検討するように、問題がカウザに関して検討されるならば、他の実定契約に対応して保険における利益説の重要性が考慮される。

(62) 第2節で論じたことその他に、Ferrari, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 104 の批判を参照。

(63) 第6節の冒頭を参照。

(64) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 214.

(65) Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 69; 同旨: Ferrari, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 104; Spilrein, *Le contrat d'assurance de responsabilité civile*, cit., p. 81; 反対: Koenig, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht* cit., p. 405.

他のケースに関して、将来財に関する保険ということばを使って、被保険者が果実 (furutto) を新たに取得し、まさしく期待した果実の喪失に対して被保険者を保証する保険の類型を論じる意図がある場合に限り、被保険者の資産の中に入る財を示そうとされていない、と明らかにする必要がある。

被保険者の資産に入れるための新たな取得行為 (nuovo atto di acquisto) を必要とするこのような財に関して、保護に対する保険申込人の利益は存在しない。というのは、何らかの関係を欠くものの、当該財を付保できないからである。財について締結された保険契約は、被保険者が財を取得する日までに効力を有することなく存在するであろう。<sup>(67)</sup>

果実については別の議論となる。というのは、この場合、原則の例外になるからではなく、反対に利益が存在するからである。たとえば雹害保険 (assicurazione contro la grandine) について、保険申込人と天然果実 (frutto del fondo) との関係の中に付保関係を見出す者がいた。というのは、この関係は存在せず、土地の所有者が保護を希望する関係が存在しないという可能性に反するものだからである。しかしながら、利益は存在し、契約を有効にする。果実を自己の物にする権利を有する者は、土地が生み出す物を自己の物にする<sup>(68)</sup>ことを認める関係により土地と関連し、この関係が被保険利益となる。所有者であれ、賃借人 (affittuario) であれ、被保険者は土地を享受する権利を有し、この権利は雹害に対する付保を可能にする。

保険が存在するためには、利益が存在しなければならない。このことは、法律も要求するし、まさしくこの利益が保護しようとする契約の性質によっても要求される。雹害保険や、期待利益 (profitto sperato) が付保物の価値となる

---

(66) 同旨：Picard et Besson, *Traité général* cit., III, p. 299; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 316.

(67) 議論について：Brunetti, *Assicurazione di interesse non attuale* cit., in *Assic.*, 1938, II, p. 1-80; App. Torino, 5 novembre 1937, *ivi* は、異なったケースを検討している。すなわち、それは、停止条件または期限付きの条件の下で取得された物の保険に関するものであり、被保険利益 (interesse assicurabile) の存在を認めている。所有者が一定の条件において保護される行為を行う権利を有するものと同じ理由による：Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 132.

(68) 元物 (cosa produttiva) と果実との関係について：Maiorca, *La cosa in senso giuridico* cit., p. 162 ss.; Messineo, *Manuale* cit., I, p. 425; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., I, p. 1167, n. 3557.

期待利益保険 (assicurazione dei profitti sperati)<sup>(69)</sup>におけるように、保険者が保護する利益が存在し、保険者は、被保険者が被った侵害について填補することにより、かかる関係を妨げていた事実を排除する策を講ずる。

## 10. 利益とリスクとの関係

利益に関するかかる解釈に対し、この解釈では、利益とリスクという2つの文言を逆にする<sup>(70)</sup>ことになる、と批判された。

これらの研究者によれば、被保険利益が人と特定のリスクに曝されている物との関係であるならば、利益説の革新が存在するのは、リスクは利益が存在する限り付保しようと言う場合よりも、リスクに曝されている限りにおいて利益が付保されると言う場合である。すなわち、かつては反対のことが生じていたが、被保険利益の要素としてリスクを考えるのである。

しかし、第一印象で判断できたように、リスクまたは利益が付保されるという表現という単純な問題ではなく、保険契約に関する多数の問題の1つを解決<sup>(71)</sup>した、すなわち、その構造を決定した<sup>(71)</sup>ということを意味する。

「利益またはリスクが付保されるのか?」という文言の中に問題が存在する場合、答えに関する疑問は存在しえない。付保することが保護することと同じであれば、ある一定の事実に対して何らかの物を保護するということは、リスクを付保するということであると主張しえない。というのは、これは存在するものでも、危険に対して保護を希望するものではなく、危険そのものだからである。<sup>(72)</sup>

---

(69) 物の主要な価値 (maggiore valore della cosa) の保険としての期待利益保険について: Salandra, *Assicurazione* cit., p. 272; Ascarelli, *Concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 369; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestre* cit., p. 74; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 164 ss.; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 123; 期待利益保険の中に電害保険も含まれる。このことは本文で述べた限りにおいて、完全で正確である。

(70) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 214.

(71) 契約の目的を考えることに応じて、リスクまたは利益が契約の構造およびその本質的な要素を変化させる。問題は、利益またはリスクの欠如が同じ様な結果、すなわち、契約の無効を生じさせるゆえに、排他的に理論上の重要性を有する。契約の目的の欠如があるか否かが重要である。しかし、この解釈によって、我々は法的現象を経済的状況に対応することができる。

(72) Vidali, *Il concetto di rischio nella assicurazione* cit., pp. 444-446, 第1章第6節

特定の財と関係する者は、自己の財に偶発的に襲いかかる保険事故という損害の結果に対して事前に対策を講じようとする。すなわち、毀損した財の代わりに、保険者に対して偶発的な損害の填補請求権を取得しようとする。被保険者が保護しようとするものは財がもたらす効用であり、それゆえに、契約の目的は利益以外に他ならない。

伝統的な理論によってもまた、保護の目的は基本的には利益である。<sup>(73)</sup> というのは、リスクではなく利益のみが侵害される可能性があり、保護の目的は契約の目的とみなされないからである。<sup>(74)</sup> リスクを引き受けた保険者が保険金を支払う義務を負担する限りにおいて、保護は契約の結果にすぎないが、契約によってリスクの移転がおこる。しかし、リスクの移転が論じられるためには、利益、すなわち、被保険者が保険事故という損害の結果を被る被保険者とリスクに曝される財との関係が存在する必要がある。それゆえに、利益はリスクの要素となる。<sup>(75)</sup>

このような認識をもとにして、「付保されるのは利益なのかリスクなのか？」という疑問がわく。この方法で、保険保護の目的が契約の目的と同一視され、契約の目的は利益により構成されることになる。契約で保護がなされるならば、<sup>(76)</sup> 契約の目的は財の他はない。すなわち、この保護の目的という利益である。し

---

から第8節において論じたもの、および、それに関連する注。

(73) 学説が論じているのは物であり、付保利益 (*interesse assicurato*) ではない (同旨: Vidari, *Diritto commerciale* cit., V, p. 260; Navarrini, *Trattato teorico pratico* cit., III, p. 326; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 129)。しかし、一方では、利益は物の価値を表していると考えられ、他方では、この著者が1882年商法423条 (前掲第1章注(\*2): 訳者挿入) の注釈で書いているならば、彼らも利益に言及している、と述べることができる。

(74) 契約の目的と保険保護の目的とは明確な違いを持たないということは、前世紀における保険研究者の著作において遭遇しやすかった優柔不断の原因である。当時は、財説の支持者または契約の目的としてリスクを主張する者の中に、これらの者が含まれる (Baldasseroni, *Delle assicurazioni marittime* cit., I, pp. 20-28 e passim; Pardessus, *Cours de droit commerciale*, II, p. 99; Pothier, *Traité du contrat d'assurance* cit., pp. 236 e 239.)。これらの者は保険保護の目的を論じていないが、彼らの不確実さの原因は、保険現象の実際に構造上呼応する体系の困難さにある。

(75) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., pp. 209 e 217.

(76) ここでは、他の実定契約に言及すること、および、本文で認められた限りの正確さをさらに確信するその他の考察をこの一定の共通性から取り出すことによ

かしながら、リスクは単に保護が望まれる保険事故発生の可能性を示すにすぎない。

#### 11. 付保されるものは財ではなく利益である

付保されるものは利益ではなく財であり<sup>(77)</sup>、利益の存在は保険契約が締結される理由であり、その目的ではない、とも述べられてきた。

Kisch<sup>(78)</sup>によれば、リスクに対して財が付保される場合、付保されるのは主体と財との関係ではなく、財の財産的価値である。このように、火災に対する物保険 (*assicurazione di una cosa contro gli incendi*) では、所有者 (*proprietario*) と物との関係を保護しようと配慮するのではなく、物の経済的価値 (*valore economico*) が付保される。そして、もしリスクが生じた場合に関心が抱かれるのは、この方法において人と財との関係が破壊されるという事実ではなく、人の資産において財が欠けるという事実である。物が破壊される場合には、物との法的関係は破壊されないが、損害は発生する。

しかし、この意見は関係について間違った概念に基づいている。すべての財は、財と人との間に実際のまたは潜在的な関係が存在するゆえに、経済的な価値を有している。そして、その価値は関係の主体における1つまたは複数の入用を充足する能力を明らかにする<sup>(79)</sup>。しかし、物はそれ自体、人とのすべての関係を引き裂かれたならば価値がないわけではなく、それに無関係に破壊される。

かかる前提において、利益は単に法的関係を表すものではない。もしそうでなければ権利とみなされるからである。これに対して、利益は経済的関係を表し<sup>(80)</sup>、まさしく特定の財から人は人と当該財との間に存在する関係に対する恩恵

り、その構造上の基本的な同一性に言及することが適切である。売買では、物が移転する財であるゆえに、物が契約の目的であると言われる。つまり、売買において移転が生じるならば、契約の目的は移転される物によって構成される他はない。それゆえに、保険が一定の関係を保護する機能を果たすならば、契約の目的は利益でしかない。

(77) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 210; 同旨: Kisch, *Handbuch* cit., III, p. 15; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 99.

(78) Kisch, *Handbuch* cit., III, p. 15; 第1章注(30)。

(79) この意味において: Maiorca, *La cosa in senso giuridico* cit., pp. 32-33; 物と財との関係としての利益について: Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 103; Vanard, *La théorie de l'intérêt* cit., p. 6-99; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 319.

を引き出すことができるという効用を表す。賃借人の利益は所有者のそれとは異なる。というのは、財が前者に対して供給する効用と、後者に対して供給するとそれとは異なるからである。

それゆえに、付保できるのはまさしく利益、すなわち、この効用の総体である。付言すべきは、利益がつねに一定の人に言及するならば、これは愛情の可能な価値を考慮に入れるということの意味するのではなく、財がその帰属者にもたらしうる、そして、その使用価値もしくは交換価値から特定される効用の総体のみであり、つねにそうである、ということである。<sup>(81)</sup>

## 12. 重複保険および複数の利益の保険

利益説は、唯一、同一財について同一リスクの複数の保険の存在を認めうるものである。<sup>(82)</sup> 契約の目的が付保物またはリスクとする場合には、<sup>(82bis)</sup> 所有者が火災について複数の保険者のもとで自己の不動産を付保する場合と、所有者、賃借人および債権者＝抵当権者が同じ建物について火災保険を付保する場合とは

(80) Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 97; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 319; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni* cit., p. 33; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 103; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., pp. 477 e 487; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 10; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 180.

(81) この意味において、客観的な利益が付保しうるということが認められる。同旨：Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 479; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p. 170. しかし、客観的な利益は、他の意味においても論じられる。すなわち、他人のためにする保険 (*assicurazione per conto altrui*) または不特定人のためにする保険 (*assicurazione per conto di chi sipetta*) のように、実際の所有権を欠く関係によって示される。かかる利益の概念について：Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 217 ss.; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 398; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni* cit., p. 32.

(82) Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 146 ss.; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 103 は、Eerenberg の理論に言及している；J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p. 170.

(82bis) たとえ利益説の支持者が、重複保険に関する問題と、異なったりリスクの保険に関する問題を明らかにしたとしても、リスクは損害という危険に関連しているにすぎず、両方の場合とも、付保リスクは火災リスクであるということを確認しようとしなければ、所有者をおびやかすリスクは賃借人のそれとは同一でないと考えるならば、この問題は変わらない。この場合、利益に言及することだけが重複保険を説明できる。

違いはない。前者では、物の価値が達成されるのでその後の保険は無効となるのに対して、後者では、すべての保険は有効であることは明らかである。<sup>(83)</sup>

このことは、所有者の保険者は不動産の全部の価値を支払い、賃借人の保険者は所定の額を支払い、債権者＝抵当権者の保険者は債権の額を支払うということの意味しない。というのは、かかる場合、保険事故は被保険者について明確に禁止されている利得（*lucro*）の原因となるからである。<sup>(84)</sup>損害填補額の限度額はつねに不動産価額によって構成される。それは、単一または複数の被保険者に対して、単一または複数の保険者が支払わなければならない価額である。

損害は、保険者が保護する責任を負っている利益の限度内において保険者間で分散される。各保険者は、他の保険者または損害の責任者からその全部または一部を償還することができる。同様に、債権者＝抵当権者の保険者は、民法典<sup>(9)</sup>2742条に定められているように、所有者の保険者から自己の被保険者に支払われた額を限度として、償還することができる。賃借人の保険者も同様である。

もし所有者が不動産価額と同じ額の保険金の支払を強く求めることができなければ、このことは、不動産の保護に対するこの者の利益がそれに応じて減額しているという事実に基づく。抵当権（*ipoteca*）を設定したり、賃貸借契約（*conclusione della locazione*）を締結することにより、所有者が当該不動産から享受していた効用は減少する。それゆえに、この者の利益は、減少した効用に応じた割合を控除した不動産の価値と同じくなる。そして、この減少額の保険金だけが保険事故が発生したときに所有者に支払われなければならない。

もし同一財の保護に対して複数の利益が存在する場合には、これはすべて保護されるか、または、そうでありうる。利益の違いは複数の保険の可能性を認め、損害填補額の限度額をも決定する。というのは、保険金が決定される関係の価値に依拠しているからである。

これまで述べてきたことから1つの結論が生ずる。すなわち、保険契約の目

(83) Weens, *op. e pag. ult. cit.*

(84) Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p. 212 は、利益説のすべての重要性を否定するために、同様の理論を主張している；異なった保険相互間の限度額について：Navarrini, *Trattato teorico pratico* cit., III, p. 320；Ferrari, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 146.

\* (9) 拙稿・前掲第1章注(\*1)75頁～76頁を参照。



的は利益であるということである。しかし、この結論を導く前に、何が契約の目的なのかを明らかにする必要がある。解決方法を取り入れる前に、契約の目的を論ずる場合、何に言及すべきかについて、そして、この要素がその重要性および独自性を有しているか否かについて考察することは自然であろう。それゆえに、将来の研究に関する方向性のみならず、従来からの研究の有効性もこの疑問に対する答えに依拠する。

### 13. 一般的な法的関係と特殊な契約との目的

通説では、目的は行為によって処分される物から構成される。<sup>(85)</sup>しかしながら、この場合、抽象的な法律行為に必要な要素が定義されない。というのは、すべての法律行為が目的を持つわけではないからである。たとえば、非財産的な内容の行為の中では、この要素を欠く。<sup>(86)</sup>

目的は契約の中だけに見いだしうるが、すべての契約の中にはない。この限界によって、かかる要素の本質に関して厳格な疑いが持たれる。否定的な義務をもたらす契約は目的を持たない。というのは、これを不作為 (non facere)<sup>(87)</sup>と考えられないからである。

(85) Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612; Messineo, *Manuale* cit., I, p. 583; Id., *Teoria generale del contratto* cit., p. 99; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 337; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 434, nota 1. 酷似の理論を Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., I, p. 131 が主張している。別の面では、契約の目的は相互の債務で構成されるという理論の支持者の中にも含まれる。

(86) 同旨: Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 611; Stolfi, *Teoria* cit., p. 16; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 121 は、非財産的行為は目的を有しないということを否定している。この点に関して、Carresi, in *Riv. Trim.*, 1952, p. 493 が提唱している新理論も強調している。これによれば、家族法上の行為は法律行為の中にも含まれない法的行為にすぎない、ということになる。

(87) このことは、Barassi, *Teoria generale* cit., I, p. 131 の考え方においてもそうであろう。否定的な義務においては、給付目的または間接的な目的はない、ということは正しい (同旨: Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 184)。債務者が控える責任があり、財に対する関連性を欠くゆえにおいてそうである (De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 30; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 268; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 10; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 444)。この場合、給付の目的および契約の目的は類似するので (Cariota-Ferrara, *Il negozio* cit., p. 612; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 4-34)、結果的に契約の目的は存在しないことになる。

とりわけ、否定的な義務の目的を構成するのは、債務者が給付から引き出しうる効用であると述べることはむずかしい (同旨: Barbero, *Sistema istituzionale*

目的を論ずる場合、少なくとも財を配慮し、控えることを配慮しない。人の否定的行動は、行為の他の部分に興味を抱くように、法的秩序に興味を抱きうる。しかし、このことはそれらが財になるということの意味しない。もし相手方が主体の不作为から利益を獲得するならば、これらはこの者の行為の反射的かつ直接的でない結果にすぎない。というのは、控えることはいかなる効用をも生じさせえないからである。給付が不作为の報酬として契約上合意された場合、この反対給付は契約の目的となる。というのは、契約の機能は金銭を帰属させることではなく、特定の行為が成し遂げられることを回避することにある。そして、もし目的が金銭給付により構成されるとすれば、契約のカウザが無視される<sup>(89)</sup>。

類似の見解が否定的な地役権 (*servitù negativa*) を構成する契約について可能である<sup>(90)</sup>。この場合においてもまた、地役権に関連する目的を論じることができないし、これは地役権が設定されない<sup>(91)</sup>。(水道、通路等について) 肯定的な

cit., II, p. 10)。これが結果であるならば、そして、間接的な結果とみる場合にはそうである。

(88) 反対：Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 10.

(89) 契約のカウザと目的の間には、以下のことが認められる。目的を論じることができ、当事者の一方の給付が重要ではない。売買では、売買が物の移転を目的とするゆえに、物が契約の目的になると言えること、または、賃貸借では、賃借人に不動産を享受する権利が帰属することという一定の関係がつねに存在しているのに対して、金銭給付の場合には同じようなことが言えない。というのは、金銭給付はつねに同じ方法でなされ、取引を分類する機能を果たさないからである。

(90) 否定的な債務と否定的な地役権の関係について：Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 268; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 18; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 41; Branca, *Delle servitù prediali*, in *Commentario ad codice civile*, Bologna, 1947, p. 286 ss の引用文献。

(91) 物権 (*diritto reale*) では、債務関係とは異なり、一定の行動をとるだけの義務は存在せず、財の上に存在する権利があると認められるとき (Branca, *Delle servitù prediali* cit., p. 286; Grosso e Deiana, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile* del Vassalli, Torino, 1951, p. 37), 構成する契約の構造を配慮しておらず、権利の性質を配慮しているにすぎない。そして、この側面では、違いは明らかである。しかし、契約の目的は、土地の所有行為がなされず、土地の所有者の責任で不作为の義務が存在するゆえに、地役権の設定された土地である。唯一の義務負担者は所有者である。というのは、禁止された行為を成し遂げることができるのは、土地ではなくこの者だけだからである。

さらに、人と物との間の直接的な関係を認めうることに關する多くの疑問を思

地役権 (*servitù positiva*) が設定される場合、要役地 (*fondo servente*) の所有者は、実際に他の土地を利用され、その上を通過し、水路からその目的地まで、または、污水から横切らせる限りにおいて、地役権が設定された土地は契約の目的を構成すると主張することができるのに対して、<sup>(92)</sup> 否定的な地役権では、地役権が設定された土地を使用することができず、当該土地の所有者の責任で、従来からの状況を変えてはならない、または、一定の制限を超えてはならないという義務が存在するにすぎない。

地役権が設定された土地の存在がごまかしになってはならない。というのは、利害関係があるのは、不作為義務の存在と、個人の義務で義務が状況を変えてはならないということではなく、土地 (または土地の所有者) の責任であるという事実である。一定の財の存在は、この自動的な契約の目的にはならない。つまり、<sup>(93)</sup> 関係の目的とはならず、肯定的な主体の決定に関する関連の文言にすぎない。

否定的な義務では、法的関係を示してきた三角形の3つの頂点のうちの1つ財を欠いている。<sup>(94)</sup>

い浮かべることは正しい。Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1949, pp. 174-175 を参照。

(92) 好意的な主張は、肯定的な地役権のみが時効取得 (*usucapione*) により取得されうるという事実で構成される。肯定的な地役権と否定的な地役権とは区別できないが、明確な地役権 (*servitù apparente*) と不明確な地役権とは区別できる (Grosso e Deiana, *Le servitù prediali cit.*, p. 633; Branca, *Delle servitù cit.*, p. 508 ss.)。

(93) 契約から生ずるのは不作為の義務であり、土地に関連することは権利の性質を判断するにすぎない。しかし、つねに控えることの中に存在するのはその内容ではない (Barassi, *Teoria generale cit.*, I, p. 139)。肯定的な地役権では、地役権者 (*titolare della servitù*) は要役地を実質的に使用するのに対して、否定的な地役権では、引き受けた義務に反しう土地の所有者にすぎない。この点に関しては、前掲注(91)と(92)およびその引用文献を参照。

義務違反の結果は、それが否定的な地役権であれ、肯定的な地役権であれ、つねに類似している。双方の場合、債権者は損害賠償請求権を有し、禁止に違反してなされた物の破壊に対して賠償請求権を有する (Barbero, *Sistema istituzionale cit.*, II, p. 68; Messineo, *Manuale cit.*, II, 2, p. 42)。

地役権設定契約において、契約の目的を決定することのむずかしさは、学説を目的と内容を区別する方向へ向かわせてきた (同旨: Grosso e Deiana, *Le servitù prediali cit.*, p. 379 ss.)。

肯定的な地役権の設定契約において目的を仮説として立てることもできるが、同じような要素が否定的な地役権に意味をもたせるという行為において欠けるということは、奇妙に思える。しかし、目的の重要性に疑問を持ちたくなければ、別の結論に到達することは可能ではない。

#### 14. 民法典1325条および1346条

目的の本質性の支持者には2つの考察が可能である。1つは、この質問を検討する法典の条文の存在であり<sup>(95)</sup>、1つは、法律行為が法的関係を成立させ、修正し、または、消滅させることに向けられたならば、関係の諸要素は、必然的に前者を規制するためになされる行為の一部にならなければならない、という事実である<sup>(96)</sup>。

民法典は、1325条および1346条において目的を規定している。前者は3号において契約の基本的な要素の中に目的を含め、後者は目的の要件を特定している。すなわち、目的は適法で、確定され、可能でなければならないと定めている。

しかし、我々の学説の支えとなる決定的な主張も、これらの規定からは導き出されえない。これらの規定は契約に言及しているにすぎないこと、すべての法律行為に共通した一般的な規定が存在していないゆえに、これらの規定に適用されるケースを超えて広がるか否かは裁量によるということとは別にして、この表現を使って意図されるものは何か、そして、この表現はすべての概念的な

(94) 法的関係の要素について：Levi, *Teoria generale* cit., p. 377 ss.; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 141.

(95) 民法典1325条（(要件の指示)「契約の諸要件は次の通りである。一 当事者の意思表示の合致 二 原因 三 目的 四 方式、法律によって規定されていることが明らかである場合にはこれに反するものは無効である。」：訳者挿入）および1346条（(要件)「契約の目的は可能性、適法、確定または確定すべきものでなければならない。」：訳者挿入）では、目的を論ずるにあたり、すべての研究者が法律行為に言及している（Cariota-Ferrara, *Il negozio* cit., p. 611; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 336）。この要素におけるすべての重要性を否定することで終了する場合には、義務の目的または内容とそれを同じくしている（Messineo, *Manuale* cit., I, p. 371, II, 2, p. 28; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 176）。

(96) 関係と法律行為との間の干渉、または、これらの研究者が言及している状況と法律行為との間の干渉について：Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., pp. 191 e 215 ss.

重要性を失うべくきわめて一般的な意味を有すると述べる必要がある。<sup>(97)</sup>

民法典は目的を定めているにすぎないという事実を介して、目的は財であるとか、類似した要素がすべての行為において存在しなければならないとは言えない。それよりも、財産上の性質を有する行為においても、関連する物は存在しないという説明から、目的は物によって構成されえないと推論しなければならない。<sup>(98)</sup> もしこれがすべての行為に本質的な要素であるならば、すべてのケースにおいて存在しなければならない。

立法者は、民法典1325条において、すべての行為が何かを規律する目的を有し、行為により規律される物が客観的な要素となる限りにおいて、カウザ以外の行為は内容を持たなければならない、と認めようとしてきた、<sup>(99・100)</sup> と考える。しかし、この方法では、問題は解決しない。ただ、言えることは、これらの規定は陳述的な性質を持つゆえに、より異なった方法において解釈されるということにすぎない。固有の理論にはいかなる有効な支えも与えられないので、解釈は民法典1325条の中で見出しうるし、契約の目的がないことを認めるものはこ

(97) 本文に示した規定が存在するにもかかわらず、この議論に関する学説の一致は受け入れられないし、立法者の側から何らかの助けを受け入れる種類の問題において困難さ、および、不可能さを別の形で与えられない。それゆえに、目的を、目的が物と同一視される(注(85)の引用文献)、あるいは、契約で規律された利益を表すもの(注(44)、(46)、(47)の引用文献)と明らかに定めた契約の本質的な要素であると考えている研究者の他に、目的についてすべての意義を否定したり、行為の内容に目的を導いたり(注(99)の引用文献)、あるいは、契約の中にその根源を見出す義務との同一性を導く(注(122)の引用文献)信頼性の高くはない学説がある。

(98) Cariota-Ferrara, *Il negozio* cit., p. 612 は、もしそうでなければ、実際の効果をもった行為が目的を欠くという事実を考慮して、物が契約の目的を構成すると主張するが、この者は少なからざる数の債務契約を忘れてるように思える。これには、作為または不作為の義務があり、それらは目的を欠いている。熟考の結果、Messineo, *Manuale* cit., I, pp. 371 e 465 の理論を支持することになろう。これによれば、契約の外に目的を設定し、物を義務または権利の目的と考えている。

(99) この意味において、Redenti, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1932, p. 24; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 176; Pacchioni, *Obbligazioni e contratti*, Padova, 1950, p. 68 は、目的を、当事者が、この方法において、カウザを目的とみなすことにより終始するということを認めることなく到達することを目的とする、ということを定義している。

(100) 同旨: Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 77.

の規定に違反しない。

民法典1346条から十分な助けを得ることはできない。というのは、同条は目的の存在を前提としており、目的を定義したり、決定する働きをしないからである。民法典1346条によれば、目的が存在するならば、一定の要件に応えなければならない。すなわち、目的は適法であり、決定され、可能でなければならない。<sup>(101)</sup>しかし、このことは目的は存在すべきであるということの意味しない。

とりわけ、財の特定が可能で、特定されなければならない限りにおいて、目的が財により構成されなければならないという理論に有益な主張を民法典1346条から引き出すことができる。しかし、かかる性質を関係と行為との区別を望まないまま関連させることはむずかしい。関係が契約の目的を構成し、目的と内容を区別されないまま終了すると考える者が数多くいる。<sup>(102)</sup>

類似の性質が曖昧であるゆえに、物は適法または違法でありえないと主張したり、適法性または違法性はカウザの他に給付に関してのみ論ずることができるが、類似の考察は正確に理解されていると主張する者がいないわけではない。<sup>(103)</sup>

(101) 学説の多くは (Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., I, p. 156; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 33; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 337), 民法典1346条では、契約の目的が不正確に定められてあり、その要件はもっぱら給付に言及している、と考えている。そして、これらの研究者は、民法典の体系にもかかわらず、これらは立法者の意見でもあると論じている。いずれにしても、民法典1346条の規定は契約の目的に言及していると主張するこれらの研究者も似ているし、この側面においても契約の目的と給付の目的とを同一視している (Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 440) のは確かである。問題はもっぱら理論的な性質を有しており、契約の目的を定義する方法に基づいて1つまたは他の解決法を選好するであろう。しかし、たとえ目的を欠いている場合であっても、民法典1346条は適切な有効性を見出していると述べることで足る必要がある。

(102) 同旨: Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 464; Pacchioni, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 68; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 176 ss.; Redenti, *Dei contratti* cit., p. 24。ただし、この2人の研究者の区別は明確でない。この問題について、行為により規律されている利益は契約の目的を構成するという理論を検討する。目的と内容との違いについて: Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 336 ss.; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 28。

(103) Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 33; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 337; 反対: Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., I, p. 156 は、契約の目的を給付と同一視した後、民法典1346条を契約の目的に関連させている。同旨: Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 440。

規定が特定財の取引を禁止する場合、この規定に違反する者は違法行為者となり、行為の違法性は、財が契約の目的であるか否かを問わず、財の処分不能性<sup>(104)</sup>（*indisponibilità*）から生ずる。物はさらにその決定が可能であり、決定されなければならないし、給付と同じ方法で決定される。しかし、これは物が契約の目的にならなければならないということの意味しないし、民法典1346条は給付の目的に関連していないことをも意味しない。物の処分不能性はつねに給付の違法性となり、そのことは他の要件についても論ずることができる。<sup>(105)</sup>

それゆえに、民法典の条文からは、問題の解決に対するいかなる助けも引き出しえない。条文では契約の目的が定められているが、先天的にかかる要素の存在が認められるべきではない。

### 15. 法的関係と法律行為

第2の考察は、行為は法的関係を規律することを目的とするゆえに、関係の諸要素はその後の行為の一部を構成しなければならないという事実に基づく。しかしながら、かかる考察は概観したように、問題解決の助けにならない。というのは、その関係に言及することはつねに正しいわけではないからであり、とりわけ、学説が行ってきた関係の構築が必ずしも正しいとは言えないからである。

法的関係は、一般的に三角形として構成されてきた。<sup>(106)</sup>すなわち、頂点には2つの目的および財が存在し、それぞれ関係について主観的要素および客観的要素となり、その存在には不可欠のものである。伝統的な学説によれば、かかる要素の1つを欠く関係を論理的に概念づけられず、同じ方法で、3つの頂点の

---

(104) 議論について：Buttaro, *Il contratto di lavoro illecito e l'art. 277 della l. f.*, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, 381. 契約の目的になりうるものとは無関係に、特定の物に関しては、そして特定の行為と比較して、違法性の原因として、物の処分不能性を論ずることができるということを明確にする必要がある。それは上に引用した注の中で論じた場合と同じである。

(105) Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 440.

(106) Carnelutti, *Teoria generale del diritto cit.*, p. 141; Levi, *Teoria generale cit.*, p. 377; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico cit.*, p. 8; Barbero, *Sistema istituzionale cit.*, I, p. 106. しかし、Candian, *Nozioni istituzionali cit.*, p. 225 は、目的と内容を同一視し、関係の要素間において目的を排除する道をあけている。最近の学説（他の中に、Messineo, *Manuale cit.*, p. I, p. 371）は、物を関係の目的ではなく、主観的な権利の目的と考えている。

ない三角形は理解できない。そして、行為の図式は売買から引き出されてきたゆえに、関係とこのように概念づけられる行為との関係は明確でないとは言えない<sup>(107)</sup>。

学説で論じられているものとは異なり、関係の存在に必要なのは2人の当事者である。これらの者は、2人の利益相反者（*controparte d'interesse*）に与えられてきた意味において理解される<sup>(108)</sup>。すべての法的関係は個人間の関係である。そして、より厳格な関係は人と財との間に存在すると思われるときにもまた（特定物に関する所有権の場合のように）、関係の他方当事者は財ではなく、人の総体である。そして、物を享受しうる権利は、享受を妨げる何らかの行為を控える他の市民（*cives*）を介して義務の中に自己の相手方を見出す<sup>(109)</sup>。関係の2つの条件を満たすためには、特定の2人、または1人と市民の総体を必要とする。2人の当事者が存在するという事は関係の存在に必要であり、かつ、十分でもある<sup>(110)</sup>。

法的関係はもっぱら個人間の関係を表し、物は関係の第3条件にならない。このことから、関係はその内容を持つてはならないと述べられない。というのは、内容のない関係は存在せず、内容だけが関係の第3条件として当事者の側に置かれなければならないからである。しかし、当事者の側に置かれてきた目的と反対に、たとえ従属する立場にあるとしても、関係は第3のもの（*terzo quid*）として示されるからである。それゆえに、関係が一定の財に関連しているならば、このことは財が関係の要素となるということの意味しない。しかし、個人間の関

(107) 売買に基づいて契約の一般的理論を引き出してきたことは、法律家において、今日、研究が一定の債務契約のみに向かう場合に、少なからざる疑いを認めるといふ事実がつねに存在しているわけではない、という事実と繋がる。

(108) 一部（*parte*）という言葉の価値について：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 138; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 122.

(109) それゆえに、特定の個人と総体との間に存在する関係を示すために、個人と財との関係を間違っ論じている（本文においてこの表現を使ってきたが、それは簡潔さのゆえにそのようにしてきた）。これは、この者が財を処分する権利を有しており、これに対して他の者が、この者の権利を損なう行為を控えなければならないということに基づく。というのは、関係はしばしば2人の当事者の間に存在するからである。同旨：Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 175; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 6.

(110) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., pp. 6-7.



係が存在している結果、人は問題となっている財を享受できるか、所有者は他の当事者に対して財の享受を制限する権利が与えられた債務関係において、そうでありうる。財はこのように関係の内容となり、関係が表す権利の客体となる<sup>(111)</sup>。

このように、財に関連している関係を類似の関連性を欠く関係に近づけることはできる。というのは、給付する必要がない場合であっても、権利は存在し、その目的を有するからである。不作為義務を求める債務の法律関係では、いかなる給付も存在しない。それゆえに、関係の目的を、かかる場合において、関係が存在することを否定しなければならない結果と同視することは可能ではない。しかしながら、もし目的を無視して内容だけを考えるならば、すべての関係は目的を有する権利を含む。それは物権については財であり、債権については付与、作為または不作為の債務である<sup>(112)</sup>。

法律関係が存在するためには2人の当事者の存在が必要十分であるならば、契約類型の中に、関係の客体に対応する独立した客観的要素を入れる必要はない。債務契約において、財が当事者の1人から提出すべきものとなり、そして、契約の目的ではなく、給付の目的となるにすぎないとしても同様である<sup>(113)</sup>。

目的である物が、カウザまたは意思表示と同じ方法で契約の本質的な要素であるならば、すべての契約において存在しなければならないし、その欠如は契約を無効にするが、物に関連することなく、契約は有効に完全に存在する。場合に依じて存在するか否かという本質的な要素について、契約において無関係な要素の存在または不存在を考察する場合、物とは何かを考えることができない<sup>(114)</sup>。

(111) Messineo, *Manuale* cit., I, p. 371; 本旨的な部分において同旨: Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 225。この者は内容との関連において目的を論じている。

(112) 拘束が不履行において意義を有するゆえに、より明確になる。すなわち、関係の主観的な行為者の権利に違反することであるとして。Brassi, *Teoria generale* cit., I, p. 138; Messineo, *Manuale* cit., II, p. 42; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 444。

(113) De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile* cit., III, p. 26; Messineo, *Manuale* cit., II, p. 28; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 56; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 92。しかしながら、フランスの学説は給付の目的と債務の目的とを混同したうえ、債務の目的を論じている。債務の目的を論ずる者として: Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 337, II, p. 16; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 434; これらは、物を契約の目的および給付の目的と論じている。

かかる2つの議論が否定されると、物が契約の目的となるという理論は、契約は財ではなく関係を規律することを目的とするという事実を考慮しても、否定できる。それゆえに、契約の目的を論じる場合には、契約によって規律されている関係に言及させる必要がある。

とはいうものの、関係は契約の目的となりうるであろうか。

#### 16. 契約の目的は法的関係ではない

類似の可能性を認めるのが、行為の目的または主旨を、社会的秩序によれば、相互関係において利害関係を有する者の活動によって直接的に規律される利益<sup>(115・116)</sup>と考える者である。

如上のように、法律行為は法的関係を形成し、修正し、消滅させることを目的とする<sup>(117)</sup>。それゆえに、法律行為とそれが影響する関係との間には一定の繋がりがあがる。そこで、この繋がりが、関係が契約の目的となるように導くものであるか否かをみる必要がある。明確にすべきは、契約締結の前後関係という2つの異なった関係が存在する、ということである。

このような前提の下で、契約締結前の関係は契約の目的となりえないと言える。同じ当事者間には、従前の関係がつねに存在しているわけではないという事実は別にして、関係は契約締結後も同じではなく、法律行為の要素が、法律行為が契約の一部になるための目的を有するという<sup>(118)</sup>に基づいて構成される必要はない。

(114) このことについて：Messineo, *Manuale* cit., I, p. 465. 彼によれば、物は行為の要素を構成せず、単に関連性の文言にすぎない；同旨：Santoro-Passarelli, *Istituzioni di diritto civile* cit., p. 87.

(115) 利益という言葉の意味は単一ではない。これは、この言葉の1つまたは他の意味を受け入れることができた違いが与えられている研究の過程において、考慮されなければならない。たとえば、利益を物または行為のための効用に関する判断として考えたならば、判断は法的関係の目的を構成しようと考えることができる。法的関係の目的は単に動機を構成するであろう。それゆえに、この場合においても、利益を論じ、この文言を使って関係のみを意図しなければならない。

(116) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 77；同旨：Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 176. 議論について：Cariota-Ferrara, *Il negozio* cit., p. 612.

(117) 注(14)(15)の内容、および注(96)(112)の引用文献を参照。

(118) 目的に関する行為の趣旨を内容が同じか否かについて、いろいろな意味で論じているもの：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612；Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 176；Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 77.

状況を明らかにするイメージを見いだすことは容易ではないが、所有者のみが財を譲渡しようと決定しないならば、物と所有者との従前の関係は売買後の行為に<sup>(119)</sup>関係しないと主張できる。それゆえに、従前の関係は一方当事者の適法性についてのみ有効であり、行為の結果、従前の所有権が消滅するという事実は発生した利益の新しい規律の結果にすぎない。

その後の関係についても同様の結論に到達する必要がある。目的という言葉を使って、内容とは異なるものを意図しようとするならば、ある状況または事実状態は従前から行為の外に存在し、規律の対象となる、<sup>(120)</sup>ということを示すことができない。この意味において、関係ではなく、財に関する目的を論じ続けることができる。というのは、関係は契約締結前には存在せず、存在するとすれば、契約締結後の関係とは異なるものだからである。

継続的關係はつねに結果であり、行為の効果であるが、目的ではない。このことは、当事者が自己の行為で実現を望み、利益の規律の中に入り込んだとき、そのような傾向にあったということを表示している限りにおいてそうである。行為の内容を構成するものはない。というのは、行為は法的関係の革新という動的な側面を示すのに対して、関係が示すのは静的な瞬間にすぎないからである。関係がこの変化を成し遂げる行為を含むようになるときは、前者が存在しなくなり、後者が存在するようになった特定の場合において、<sup>(121)</sup>1つまたはその他が存在する。

付言すべきは、財を契約の目的として論ずるならば、そして論ずる際には、物を考慮しないが、既存の物に対する権利を考慮し、当事者は物の所有という行為を成し遂げるのではなく、権利のみを取得し、これのみが法的関係の世界

(119) 適法性に関しては、第2章注(2)で言及したこと、および以下を参照：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 626 ss.; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 219 ss.

(120) 同旨：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612；物の中に契約の目的を見出すこと暗示している者がいる（Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 337；Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 43-4.）。物は行為に無関係の要素を構成するという主張から、財を関連の文言としてのみ考えるという理論が生ずる：Messineo, *Manuale* cit., I, p. 465；Santro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p. 87.

(121) 取引と関連性との関係について：Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., pp. 191 e 215 ss.

において重要であるという事実を考慮するときにもまた、状況は予測されたものとは異なる方法において存在しない、ということである。特定の関係の存在から、当事者の1人について物権または債権が発生する限りにおいて、権利は関係の積極的側面である。それゆえに、これは結果であり、契約の目的ではないとは言えない。

17. 契約の目的の独立した概念はなく、契約の目的は一部の給付の目的とみなされる

おわりに、行為の目的は当事者の義務により構築されると主張する者がいる。<sup>(122)</sup> この理論は受け入れられ、イタリアの通説が議論しているが、<sup>(123)</sup> 同じ要件を論じる動機を捨象している。というのは、契約の一部になる契約関係に関係しない要素は存在しておらず、ただ、目的となる当事者の義務が存在するにすぎないからである。

如上のように、民法典1325条3号を解釈するにあたっては、<sup>(124)</sup> 同号は、すべての契約は内容を有するという意味において理解されていなければならないと述べたとき、当事者の相互債務は行為の内容、目的、内容が類似せざるをえない。

それゆえに、意思表示の合致およびカウザの他に存在するのは、契約が、行

(122) Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 69; Id., *Ancora del contratto di assicurazione* cit., c. 146 (後者において、この者は従前の観点を部分的に変え、給付を論じ、義務を論じていない。そして、民法学説のより厳格な意見を受け入れている)。Spilrein, *Le contrat d'assurance de responsabilité civile*, cit., p. 81; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 140; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., I, p. 115 s.。しかし、民法学者は、契約の目的は給付により構成されると論じている。De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile* cit., III, p. 274; Messineo, *Manuale* cit., I, p. 464; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 56; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 91-92。フランスの学説は、契約には目的を有する義務しか存在せず、契約の目的を論じることを望む場合には、それが適切でなくとも、これは義務の目的により構成されえない、と認めている。Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 56; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 91-92。

(123) この点に関して：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612。この者は、目的の一部となる行為に無関係の何か (*quid*) が存在する限りにおいて目的を論じうる、と的確に述べている。

(124) 同旨：Redenti, *Dei contratti nella pratica commerciale* op., p. 24; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 176; Pacchioni, *Obbligazioni e contratti* cit., p. 68; Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 180。

為の客観的要素およびその内容を構成する義務に与える制限内における当事者の義務に限られる。すべての義務は給付を生み出すであろうし、物の移転がなされる契約において、物が給付の目的を構成する。<sup>(125)</sup>

この方法において、前章までに未解決であった疑問、すなわち、もし物が契約の目的を構成しないならば、財を処分できるすべての場合において、いかなる方法において物が契約に関する事例の一部を構成するのか、という疑問も解決される。というのは、財がまさしく当該物を考慮して締結された行為にまったく無関係に存在していると述べるのが、必ずしも可能でないからである。

債務関係について考えるならば、他のことを付言すべきである。というのは、この場合、作為義務の中に給付が存在し、不作為義務の中にも給付が存在し、そして、これらは行為の構造の一部を構成することによって、物が当事者の一方の給付目的を構成するからである。しかし、権利の移転が同意によって行われ、その結果、目的として財を有する給付が欠ける移転の行為もある。それゆえに、この契約について、物を行為の図式の中に入れることが難しくなる。というのは、この場合においても、給付の目的を論ずることができないことを否定できないからである。そうでなければ、この場合を説明することができないときには、物を契約の構造の中に入れることの必要性は、当事者の債務とは異なる契約の目的の必要性を主張している理論に信用を付与するには十分であろう。

しかし、物を契約の図式の中に入れるために目的に依拠することは必要でない。というのは、図式が構成するのは権利の目的であるからである。その権利は、契約によって形成され、消滅される。そして、関係の一部を構成する同じ方法で行為の内容の一部を構成する。<sup>(127)</sup>

---

(125) 給付の目的を構成しているのは物であるということは、学説の全員一致の見解である。同旨：De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile* cit., III, p. 26; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., p. 134; Messineo, *Manuale* cit., p. II, 2, p. 28; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 16; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 434.

(126) この意味において：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 612。この者は、本文に示した理論を受け入れることができないと考えている。というのは、債務契約の他に、実際の効果も存在しているからである。

(127) 同旨：Messineo, *Manuale* cit., p. I, p. 371.

双務契約では債務について見出されるように、移転契約 (contratto traslativo) では物における権利が移転または創造される。これは同意だけで実現され、代金支払債務がある。この主張における不確実さにもかかわらず、他のことを付け加える必要性はない。というのは、興味深いのは契約上の債務にすぎないからであり、保険は双務契約に帰属するという学説によりつねに認められているからである。

他の双務契約では、金銭給付義務については、作為または不作為の義務があり、保険料支払の対価を構成する保険者の義務は何かを決定しなければならない。