

射倅契約におけるコースの法理

西原慎治

目次

- 一 問題意識の提示
 - 1 射倅契約という契約の分類は不要なのか
 - 2 本稿の目的
- 二 射倅契約とレジオンの適用
 - 1 フランス法の原則 — 「偶然性はレジオンを追い払う (L'aléa chasse la lésion.)」 —
 - 2 終身定期金に関する判例の動向
 - 3 小括
- 三 射倅契約の有効要件 — コース論からのアプローチ
 - 1 はじめに
 - 2 モリーの見解

3	カピタンの見解
4	ベナパンの見解
5	検討
四	結語

一 問題意識の提示

1 射倅契約という契約の分類は不要なのか

射倅契約⁽¹⁾という契約の分類を認めるか否かという問題に関しては、従来のわが国の民法学にあつては、これを否定的に捉えるのが一般的であるといえる。その理由としては、以下の三点を挙げることができる。

第一の理由は、射倅契約を契約の分類としてではなく、民法九〇条が対象とする契約類型であると捉える考え方に起因する。つまり、「射倅」という用語の有する独特の価値批判的な側面から、射倅契約は本質的に「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為（民法九〇条）」に該当すると捉える立場からの射倅契約否定論である。この立場からは、ある契約が射倅契約であればおおよそ無効であるという結論が導き出されることとなる。そうして、この考え方に従えば、射倅契約という契約の分類は公序良俗の判断材料となるのみであり、契約の分類中に射倅契約というカテゴリーを認めなくとも、民法九〇条の解釈論の中に射倅契約論を封じ込めてしまうことが可能となり、その結果、射倅契約という契約の分類を認める格別の必要はないこととなる。しかし、射倅契約という用語を通俗的な価値批判的側面から観察するのであればともかく、その有する性質を契約

法的側面から観察した場合、射倅契約は必ずしも民法九〇条の適用を受けるものではない。⁽²⁾ つまり、「著しく」射倅的な法律行為であれば、民法九〇条の規定する「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為」に該当する余地はあるにせよ、⁽³⁾ 保険契約（商法六二九条、同六五一一条）を想定すればわかるように、単に射倅契約であるというだけで当然に当該法律行為が無効とはなるものではない。すなわち、「著しく」射倅的な法律行為という用語法における「射倅」と、射倅契約という用語法における「射倅」とは、その意味する内容が本質的に異なるのである。⁽⁴⁾ いうまでもなく、これから本稿で対象とするのは、契約の性質を決定するための「契約の分類」のひとつとして射倅契約という概念を捉えるものである。従来、わが国において射倅契約を病理現象として検討対象にするだけではなく、純粹な契約の性質を説明するひとつのメルクマールとして理解するという視点は、すくなくとも民法法一般に貫徹する理論として捉えられたことはほぼ皆無であり、この意味から考えると、すくなくとも、契約の分類を契機とした射倅契約論の存在は、われわれがそれを認識しただけ、あるいは認識してこなかっただけのことであるとさえもいえるのである。⁽⁵⁾

第二に、射倅契約という用語を現在のわれわれの民法典・商法典は有さないために、今更そのような概念を認める必要はないという考え方である。確かに、ボワソナードの手による旧民法典にあつては、射倅契約の定義規定のほか、射倅契約という表題のもと、各種の有名契約としての射倅契約（博戯及ヒ賭事、終身年金権）が規定されていたが、⁽⁶⁾ 現行民法典にはこうした規定は存在せず、この意味では「射倅」という概念は、法典上の概念たりにえない。しかし、現行の民・商法典中にも終身定期金契約（民法六八九条）、保険契約（商法六二九条、六五一条）といった典型契約としての射倅契約の存在を見出すことは可能であるばかりか、先物、オプション、スワップ等のデリバティブ（金融派生商品）取引、ワラント、投資信託を例とすればわかるように、今日にあつては

むしろ無名契約の場面において、射俸契約論の重要性が認識されてきている。しかし、契約法からのこれらの現代的取引へのアプローチは、民法九〇条という、法律行為の病理現象の検討に行く手を阻まれるのみで、純粹な契約から生じる権利・義務の性質論という生理現象からのアプローチは必ずしも充分に行われてはいない。また、日本特有の護送船団方式に由来する行政による各種の規制は、射俸契約論に対する契約法的アプローチを、少なくとも法の適用にあつては、不要のものとしている。たとえば前述のデリバティブ取引等を念頭におけば、金融商品販売業者等が金融商品の販売等を行うに際しては、その顧客に対して重要事項についての説明義務を負担しており（金融商品の販売等に関する法律第三条⁽⁷⁾）、これに違反した場合には損害賠償義務を負う（同法第四条⁽⁸⁾）と規定されている。これは民法の不法行為の一般原則（民法七〇九条）に対する特則として理解することができるが（同法第六条⁽⁹⁾）、その特別法としての法的性質論もさることながら、説明義務違反の場合には、そもそも顧客はこうした複雑な金融商品の内容を知らずに契約を締結しているのだから、契約成立に必要な要素的合意が欠缺しており、当該契約は無効となるのではないかという疑問への解答を不要としている。今日、二一世紀を展望した金融サービスに関する基盤整備の一環として、金融サービスの利用者保護を図るためのこうした法律の存在は必要不可欠のものではあるが、これらの法律を真に実効性あるものとするためにも、射俸契約における当事者の権利義務のあり方を説明することが、何よりもまずは必要な作業であるといえよう。したがって、安易に民法九〇条の枠組みに押し込めることなく、かつ公法上の規制として理解することもない、私法上の権利義務のあり方の分析として、射俸契約論にアプローチすることこそ、今日の契約法が対象とすべき極めて重要な検討課題であるといえることができるだろう。

第三に、—これが最も重要な点であるといえるが—射俸契約という要素によって、各々の契約を分類すること

が可能であるとしても、そのことによつて格別の実益はなく、この意味で射倅契約という契約の分類を認める意義は乏しいという考え方である。¹⁰⁾ 確かに、射倅契約という契約の分類を認めたいうえで、そのことによつてもたらされる実益論を統一的に説明する見解を、現在のところわれわれは有していない。もつとも、保険契約法の分野では、保険契約が射倅契約の一種であるという認識に基づいた分析がなされてきているが、ここで対象とされる契約は保険契約についてのみであり、およそ射倅契約という一般論として展開できる命題であるか否かに関しては、いまだ憶測の域を出ていない。したがつて、要式・不要式契約、諾成・要物契約、双務・片務契約、有償・無償契約等、法典上あるいは講学上さまざまな契約の分類中、さらに実定・射倅契約という分類が存在するとして、その機能を類型化する作業は、契約法の統一的な理解のために必要とならざるを得ないのである。つまり、一般の実定契約とは異なる性質が、射倅契約においてはどのように認められるのかということが、解明されるべき問題の本質としてわれわれの前に現れてくるのである。

2 本稿の目的

本稿は、フランスにおける射倅契約とコースの類型論を参考にして、わが国における射倅契約という契約の分類を確立する途を模索するものである。フランスでは、民法典上に射倅契約 (*les contrats aléatoires*) という用語が存在することもあつて、早くから射倅契約の法的性質について論じられてきており、また、判例法上その機能が確立されてきている。したがつて、フランス民法典とその解釈上、射倅契約という契約の分類はどのように捉えられてきたのかという点を契機として、射倅契約論にアプローチすることとしよう。

一一 射倖契約とレジオンの適用

1 フランス法の原則―「偶然性はレジオンを追いつく」(Valea chase la lesion.)―

まず、射倖契約とレジオンの適用との関係を検討するにあたって注意すべきは、日本法とフランス法で、その前提を全く異にしているということである。すなわち、前述のように、わが国においては、射倖契約が民法九〇条の適用を受けるか否かという側面から検討対象となることが多いのに対して、フランスにおいては、射倖契約は暴利行為に基づく取消訴権（レジオン）の適用を受けないという原則のうえで議論される。このことをフランス民法典上の条文との関連で概観しておこう。

まず、レジオンについては、フランス民法典一一一八条に総則的規定がある。ここでは、一定の契約あるいは一定の者という二つの類型にのみレジオンに基づく取消を認め⁽¹¹⁾。これを受けてレジオンが認められる個別の類型について規定が置かれているが、本稿の以下の叙述との関係で問題となるのは、不動産売買についての一六七四条である。ここでは、不動産の売主が、一二分の七以上の損害を受けると、売主に取消権が発生すると規定されている。また、契約の成立時の給付間に存在する不均衡により被った特定の損害を対象とするため、レジオンは有償契約の場合にのみ考慮され⁽¹²⁾る。

次に、フランス民法典は、射倖契約の定義を一一〇四条と一九六四条の二か条に規定しているが、前者は、射倖契約と実定契約を対比する形で、これらを定義づけている。

一一〇四条 契約は、当事者のそれぞれが自己に与えられるもの、又は自己に対して行なわれるものと等価とみな

されるものを与え、又は行なうことを約するときは、実定的である。(Art. 1104 Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.)

契約は、等価が当事者のそれぞれにとつての不確実な出来事による利得または損失の機会に存するときは、射俸的である。(Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est *aléatoire*.)

解釈上、実定契約と射俸契約という契約の分類が、有償契約(一一〇六条)の細分類であることは、ポティエ以来¹³⁾、今日に至るまで基本的に異論はない¹⁴⁾。すなわち、有償契約は実定契約と射俸契約に分類される。そうして、フランスにおいて、このように有償契約を実定契約と射俸契約に分類することの実益として挙げられるのは、暴利行為に基づく取消訴権 (*la rescision pour lésion*: 以下単にレジオンと表記する) が付与されるか否かという点にある。すなわち、予め何を与えるか否かが契約を締結する段階で当事者に理解されている実定契約にあつては、暴利行為に基づく取消は問題となりうるが、契約当初には当事者の損益が不確定である射俸契約にあつては、暴利行為に基づく取消訴権は発生しえない。このことを、GuilLOUD は、ポティエの見解も引用した上で、以下のように述べる。

有償契約の実定契約と射俸契約への区別は、理論的な利益を提示するだけではなく、レジオンに基づいた取消という観点からは、実益をも提示する。射俸契約は、当事者の一方が他方に対して、たとえ桁違いの利益を手に入れたせよと、レジオンという理由に基づいて決して取り消されえないのに対して、実定契約は、法律が契約を解消する方を認める場合には、レジオンに基づいて取消されうる。ポティエはこの理由をきわめて明瞭に示している。すなわ

ち、

『射倅契約が実定契約と異なる点は以下の通りである。実定契約にあつては、契約当事者のおのおのが受け取るものは、一方が相手方に与えたものあるいは相手方に与えるように義務を負うものとまったく等価であるのに対して、射倅契約にあつては、契約当事者の一方が受け取るものは彼が与えたあるいは彼が与える義務を負つたものと等価にはなく、彼が負担した危険という等価、つまり、受け入れられた危険という対価 (suscepti periculi premium.) なのである。』⁽¹⁵⁾

法典は、レジオンに基づく取消を、分割 (res partages) と売主の利益のための不動産売買という非常に例外的にしか認めていないのは事実である。しかし、この両者の場合、取消はその契約が射倅的であつた場合には要求されえないのである。⁽¹⁶⁾ (以下略)

このように、フランスにおいて、射倅契約と実定契約との区別の実益をレジオンの適用の有無に求める見解は、注釈学派以降、今日に至るまで幅広く見ることができる。⁽¹⁷⁾ このことは、「偶然性はレジオンを追ひ払う (L'aléa chase la lésion)」⁽¹⁸⁾ と言い表されることがある。すなわち、射倅契約にあつては、当事者双方に結果的に生じる不均衡さ⁽¹⁹⁾も当事者があらかじめ合意していた内容であるために、暴利行為⁽¹⁹⁾ということはそもそも観念しえないのである。したがつて、レジオンの適用の有無を決する前提条件として、実定契約・射倅契約という契約の分類を認める実益があつたということができよう。

以上をまとめると、実定契約はレジオンに基づいて取消されることはあるが、これに対して、射倅契約はレジオンに基づいて取消されることはないというのが、フランス法の原則的な判断枠組みである。このことをひとまずは確認しておく。

2 終身定期金に関する判例の動向

このような、「偶然性はレジオンを追い払う (L'aléa chasse la lésion)」という原則に対して、具体的な事件では、早くからこの原則を覆しかねないケースが生じてきた。以下では、対価となる財産からの収益よりも劣る額で設定された終身定期金契約の効力をめぐって争われたフランス判例を提示し、検討を加えることによって、フランス判例法がどのようにしてこの原則に立ち向かってゆき、あらたな判断枠組みを作り出していったのを見ることがしよう。

【判例①】 Cass. civ. 22 févr. 1836, D. Jur. gén. v° rente viagère, n° 73 (P186)

Xは、その兄弟であるYに対して納屋と草原を年三〇〇フランの終身定期金と引き換えに譲渡し、後になってその契約の無効を主張した。原審が終身定期金契約は射倅契約であることから、終身定期金のためになされた売買契約はレジオンに基づく取消の余地はないとしたのに対し、破棄院は、終身定期金契約は有償でも設定されうるが(一九六八条)、これは売買契約に基づく終身定期金設定の場合における原則までも規律するものではなく、こうした終身定期金契約はあくまで売買の一般原則の支配のもとにある契約でありつづけるのだから、本事案のもとでは売買価格に関するレジオンの規定(一六七四条)の適用があると判示した。

終身定期金の設定は有償にて行われることもあれば、無償にて行われることもあるが、このうち対価との不均衡が問題となるレジオンとの関係では、有償で設定される終身定期金のケースを検討しなければならない。本件では、売買契約に基づいて終身定期金の設定を行っている。したがってこの取引を終身定期金という側面から捉えれば、有償終身定期金設定契約は射倅契約であるために、レジオンの適用はないはずである。しかし反対に、売買契約としての側面からこれを捉えると、売買契約におけるレジオン規定の適用(一六七四条)を受ける余地

が出てくる。そしてこの判決は後者の見解に立つことによって、レジオンの適用を認めるが、この判決の考え方に従えば、売買契約に基づいて終身定期金が設定された場合、おおよそすべての場合にレジオンの適用が問題となりうるという不都合が生じてしまう。というのも、フランスにおいては、実定・射倅契約とは有償契約を前提とする概念であるために、本事案のような売買契約に基づく終身定期金の設定の場合、一方において、有償終身定期金契約という側面から判断すれば、当該契約は射倅契約であるために、レジオンの適用はありえないといえるが、他方において、売買契約という側面から判断すれば、当該契約は実定契約であるために、レジオンの適用を判断しなければならぬのである。つまり、「偶然性はレジオンを追い払う (*l'aléa chasse la lésion*)」という原則が認められるとしても、破棄院の判断に従えば、売買契約に基づく終身定期金の設定の場合、売買契約という側面を重視して判断するのだから、売買契約に基づく終身定期金の設定の場合にはすべてレジオンの適用の可能性が存在することになり、「偶然性はレジオンを追い払う (*l'aléa chasse la lésion*)」という原則は真っ向から否定されることとなる。

この不都合を回避する論理は、以下の判決に現れることとなる。

【判例②】 Cass. req. 13. juill. 1856, D.P. 57.1.283 (P 285).

Xは、Yに対し、相続権 (*les droits successifs*) の譲渡を行ない、その対価として八五〇フランの終身定期金を設定したところ、Xはこれをレジオンに基づいて取消す旨の請求をした。鑑定人によれば、この財産の価値は二二三八五フランであり、原審はレジオンに基づく取消を認めた。Yの上告に対して裁判所は、原則として相続権の売買はレジオンに基づいて取消ができないが、譲渡された財産の内容および定期金債務者に課された負担額が決定されているといった場合にはもはや射倅的とはいえず、また、定期金の額が当該不動産からの収入に劣るかまたは同等である終

身定期金によってなされた不動産売買は、もはや射倅的ではないために、レジオンの適用を受けると判示した。

この判決によれば、当該契約は二つの意味で射倅契約とはいえないこととなる。すなわち、第一点目としては、譲渡された財産内容および定期金債務者に課された負担額が決定されていることから、射倅契約という性質を有さないということである。設定者はいつ死亡するかわからないために、定期金債務者がいつまで終身定期金を負担しなければならぬか、契約当時には予測不可能であるが、反対に、平均余命等の算出によって、当該契約に基づいて定期金債務者が負担するであろう対価を抽象的に確定することも可能であるといえよう。しかし、個別具体的な契約における損益の不確実性と、たとえば保険契約に見られるような、大数の法則に基づく統計的な数値としての損益の平準化を同一視してはならない。つまり、前者が契約の構造論であるのに対して、後者はむしろ経済学的見地から捉えた、総体としての契約の分析である。したがって契約構造として検討するのは、二当事者間の権利義務関係を中心として検討するべきものであるといえよう。⁽²¹⁾第二点目に、定期金の額が当該不動産からの収入に劣るかまたは同等であることから、そもそも当事者の間に生じるべき損益の不確実性が存在せず、このことから射倅契約ではないという理由である。

このように、破棄院は、二つの理由に基づいて当該契約がレジオンの適用を受けることを指し示しているように見受けられるが、前者の理由にあつては一見混乱した理論構成を採用しているように思われる。これに対して、後者の理由については、その後の破棄院の判断枠組みとして深化の途をたどることとなる。

【判例③】 Cass. req. 15 mai 1899, D., 99, 1, 312.

六七歳で健康な状態にある Renault は、配偶者 Dupont に対して、総計三二〇〇フランの価値のある複数の不動産を売却した。この対価は、一六〇〇〇フランに加え、残りを年一二〇〇フランの終身定期金で支払うというものであった。このような事実関係のもとで、破産院は、まず、一般論として、「その年賦額が売買目的物からの収益よりも劣るかあるいは単に等しい売主の利益での終身定期金の設定にあつては、人はその売買の実際の対価を見出すことはない。しかし、定期金の年賦額がその収入よりも超過している場合は別である。かような場合には、裁判官はそのコーズについての状況を完全に評価することによって、当該終身定期金が偶然性を有しており、売買の実際の価格を構成しているかどうかを判断することが可能である」と判示し、その上で本事案においては、年一二〇〇フランの終身定期金は、一六〇〇〇フランの価値の不動産からの適切な収入よりも四〇〇フラン超過しており、原審の判示したように、この契約は偶然性を含んでおり無効とすることはできないと判示した。

この判決によれば、売買目的物から得られる収益を基準として、終身定期金契約の効力が判断されることとなる。すなわち、売買目的物から得られる収益よりも劣るかあるいは等しい場合にあつては、当事者は最終的に損益が不確実な契約をしているにもかかわらず、実際には終身定期金債務者が一方的に得をすること（あるいは、少なくとも損はしないということ）が確定しているため、当事者の合意をなした意味がなくなるという結果につながるのである。このことを破産院は売買契約における代金確定の原則の範疇で判断をくだしている。⁽²²⁾ すなわち、フランス民法典一五九一条は、売買契約の代金は確定していなければならない旨を規定しているが、この代金確定の原則に違反するという理由から、契約の無効を導き出す余地を残している。このように、売買契約における代金確定の原則による判断基準は、一方において、フランス法上の判断枠組みとしての無効原因を引き出すという機能を有しているが、他方において、終身定期金契約をはじめとする射倖契約にあつては、最終的な損益が当

事者には不確定であったとしても、契約当初にあっては、—代金は確定されているのだから—当事者の給付の均衡性が保たれているという機能も有するのである。つまり、最終的な損益が不確定であるという確定的な合意をするためには、当事者の意思表示の中に、契約当初からすでに、相互的な給付がすでに行われているという意味での均衡性が必要となるということの意味している。したがって射倅契約は有償契約を前提として理解しなければならぬのもちろんであるが、その反面として、そもそも契約当初から当事者の損益が確定であれば、射倅契約における当事者の対価的意義を有する出捐とはなりえないことを指し示しているのである。こうした合意はそれ自体矛盾をはらむものであり、契約の効力は生じ得ないということになる。

また、この判決の反対解釈として、射倅契約において、それが有効である場合には、フランス民法典一五九一条の代金確定の原則に違反していないという理解も可能である。すなわち、売買契約における当事者の要素的意思表示として捉えられる対価（代金）は、こうした終身定期金契約の場合にあっても確定しているということである。換言すれば、不確定な事件に当事者の損益を確定させる有償契約にあっては、不確定な事件の成否の前にすでに当事者は対価的意義を有する出捐を行っていると理解することが可能である。

さらに、本判決は、定期金の額が、移転させられた財産から生じる収益よりも劣る場合には、当事者の損益は契約当初から定まっているために、当事者の合意は効力を生じないとされているが、反対に、定期金の額がその収入よりも超過している場合には、裁判官による事実認定のもと、当該合意は偶然性を有しているかどうかを判断することによって、場合によっては契約の無効を導き出すことが可能である旨までも示唆している。このうちの前者にあっては、移転した財産の額を上回る出捐を最終的に定期金債務者が行うか否かということが不確定であるという合意をしているのに、—移転させられた財産からは収益が得られるため—収益以下の定期金の額であ

れば契約当初から最終的な損益がすでに確定していることを指し示している。この場合には定期金債務者は当該契約によって得をすることしかありえず、反対に定期金設定者（債権者）は損をすることしかありえない。しかし、後者の場合にあつては、定期金債務者は当該契約によって損をすることしかありえず、反対に定期金設定者（債権者）は得をすることしかありえないケースも想定しうる。たとえば本事案のもとで、総計三二〇〇〇フランの価値のある不動産の移転の対価として、三〇〇〇〇フランと、年間一〇〇〇〇フランの終身定期金を設定したという非常に極端な事例を想定すれば、このことは理解できるであろう。この判断基準として、本破棄院判決は、裁判官の事実認定のもと、当該終身定期金契約が偶然性を有しているか否かを判断することになる。

次に挙げる判例は、この破棄院の判断枠組みを終身定期金契約以外の場面においても応用可能であると確認したものと評価できる。

【判例④】 Cass. req. 27 mai 1908, D., 08, I, 480, S., 1911, I, 459.

Guérinon 老嬢は、一八九五年一月一八日付の私署証書によって、Gente に対して、彼女が持分を有するすべての不動産および動産を売却した。その対価は、Gente が元本を返済することなく、利子を与えるという条件で (a titre de fonds perdus) Guérinon に対して、健康であれば、病気であれば、彼女の生活に必要なすべてのものを与えるというものであった。事実審裁判所の認定したところでは、契約当事者の意図では、売却された財産からの収入は課された給付を提供するに十分なものであった。破棄院は、事実審裁判所の評価に従い、売買目的物からの収入が買主によって売主に約束された債務負担の履行にとって十分であるときには、実際にはその売買は対価が欠けており、したがってその売買契約は無効となると判示した。

本件においては、当事者は明示的に終身定期金契約を締結したという事実認定はなされておらず、私署証書によれば、「元本を返済することなく、利子を与えるという条件で (a titre de fonds perdus)」、健康であれ病気であれ、彼女の生活に必要なすべてのものを与えるという契約内容であった。この意味では、本事案における当事者の合意は、フランス民法一九六八条以下に規定される終身定期金契約というよりは、むしろ無名契約たる終身扶養契約 (un bail a nourriture) か、あるいはそれに近いものであると理解することができる。この両者の差異は、有名契約であるか無名契約であるのかという違いではあるが、有名契約たる終身定期金契約にあっては、定期金債務者は一定の金銭を支払うというところに特徴があるのに対して、無名契約たる終身扶養契約にあっては、金銭的な援助だけにかぎらず、食料を与えたり、または居住させることを約束したりするところに特徴がある。したがって、終身扶養契約は、金銭以外の出捐もなすというところに特徴があるほかは、終身定期金契約とは異ならず、いずれも射倅契約であると理解することができる。そうして破棄院は、前掲一八九九年判決における一般論と同様に、売買目的物からの収入が買主によって売主に約束された債務負担の履行にとつて十分であるときには、実際にはその売買は対価が欠けており、したがってその売買契約は無効となると判示している。この判決は、前掲一八九九年判決の一般論の確認をしたという意味のほかに、終身定期金契約以外の射倅契約への応用可能性を拓いたというところに意味があるように思われる。そうして、契約の最終的な損益が不確定である契約をしているにも拘らず、実際には契約当初からいずれが損をし、またいずれが得をするのかということが明らかである場合には、これを無効とするということを、射倅契約の一般法理として明らかにしたところに、意義があるように思われる。

3 小括

以上見てきたように、フランス法では、射倅契約にはレジオンの適用はないという原則を指し示すために、実定・射倅契約という契約の分類が存在したが、判例法のなかで、射倅契約であっても、場合によってはレジオンの適用がありうるという判断をしてきた。したがって、ここに至って、もはや、実定契約・射倅契約を区別する実益としての「偶然性はレジオンを追ひ払う (T'alea classe la lésion)」という原則も一定の限界があると認識されるに至る。このようなフランス判例法の意味をするところを、いま一度まとめておこう。

まず、射倅契約にあつては、契約当初から当事者双方に対価的意義を有する出捐がなされているのであり、この意味では、すでに契約当初から確定的な給付が行われているということである。⁽²³⁾ 前述の判例【判例③】は、このことを代金確定の原則に違反するか否かという論じ方しているが、要するに、終身定期金契約が有効である場合には代金確定の原則に違反しないという破棄院の判断は、契約の時点ですすでに対価が決定しているということとを意味している。このことは、射倅契約にあつても、有償契約における対価的意義を有する出捐が、契約の時点で行われているということにはかならない。したがって、不動産を対象とした有償終身定期金契約の場合、定期金設定者は不動産を債務者に対して譲渡するために、通常の売買契約における財産権移転義務とは異なるところはないが、これに対して、定期金債務者の側にあつても、設定者が死亡するまで、一定の金銭を支払うという意味での機会を給付していると法律構成されることとなる。⁽²⁴⁾ この給付内容は、実際に定期に支払われる金銭自体に存するのではなく、あくまでその前提となる機会そのものが給付内容なのである。この意味では、契約当初から当事者の給付には均衡性が保たれているということができらるだろう。したがって、射倅契約とはいっても、これは実定契約に対置される有償契約一種に過ぎないというのが、フランス法のもとの射倅契約の捉え方である。

次に、最終的な当事者の損益が不確定であるということは、有償契約の一類型である射倅契約にあっては、あくまで不確実な事件の成否の結果に過ぎないということである。たとえば不動産の譲渡と引き換えに終身定期金を設定する場合、定期金債権者が契約締結後、比較的短期で死亡すれば、定期金債務者は、その分定期金の支払いが少なくてすむために、結果的に当該不動産を安価で買ったことになる。またこれとは反対に定期金債権者が契約締結後かなりの長期にわたって生存していれば、定期金債務者はその長期にわたって定期金の支払いをしなければならぬために、結果的に当該不動産をかなりの高価で買ったことになる。しかし、この両者いずれの場合にあってても、それは当事者の最終的な結果としての損益の問題である。したがって、契約当初にあっては当事者は知ることができない、契約当事者の最終的な損益自体は、暴利行為としてレジオンの対象にはなりえないのである。すなわち、「偶然性はレジオンを追い払う (U'alea chesse la lésion)」というフランス法の原則は、射倅契約にあっては、少なくとも結果的に当事者間に損益の不確実性が存在したとしても、そのこと自体は暴利行為としてレジオンの適用は見られないのだということを示しているにすぎない。

最後に、「偶然性はレジオンを追い払う (U'alea chesse la lésion)」という原則の限界である。すなわち、対価の不均衡を問題とするレジオンにあっては、当該契約が有償契約であることが前提となるが、有償契約にあっては、契約当事者双方が互いに相互的な給付を行うものである。このことを射倅契約にあてはめてみると、射倅契約にあってても、契約当初から当事者には確定的な意味での給付がなされているということになる。そうして、射倅契約が実定契約との対比において特徴とされるのは、前掲したポティエも述べるように、射倅契約にあっては、当事者の給付が「負担した危険という等価、つまり、受け入れられた危険という対価 (suscepti periculi pretium.)」⁽²⁵⁾なのである。したがって、契約当初に当事者が約束した機会そのものの給付自体が、その対価との関係で暴利行

為を構成することはありうるのであり、機会とその対価との間に著しい不均衡があったと立証された場合には、レジオンに基づいて当該行為の取消が可能となるのである。

要するに、有償契約の一種である射倖契約にあつては、当事者の給付は契約当初から存在しているが、この機会の給付に関してレジオンの適用を受けることはあつても、最終的な損益に関しては、レジオンの適用を受けることはないのである。そうして、この契約当初に相互的に行われる給付は、その内容いかんによつては一定の制限を受けるものであり、この給付は、最終的な損益が不確実となる性質を包含していなければならぬ。その定期金の額が譲渡された不動産からの収益よりも劣るケースにおける当事者の合意の内容を分析してみると、この合意にあつては、定期金債務者が負担する機会給付が、最終的に損益を不確実とはしないものであり、こうした合意はそれ自体が矛盾している。したがつて、これらの判例は、射倖契約における当事者の給付内容に内在する有効要件の存在を指し示したケースであると評価することができよう。この意味では、「偶然性はレジオンを追ひ払う (*L'alca chase la lesion*)」と云う原則自体、何ら否定されるべきものではなく、この原則にも一定の限度があるというに過ぎないのである。

このように射倖契約における給付内容としての適合性にも限界があることが認識された結果、二〇世紀のフランスでは、射倖契約をレジオンとの関係のみで捉えるのではなく、実定契約とは異なつた有効要件として作用するという機能に着目されるに至る。この点を明らかにしていくのが、以下に見るように、射倖契約をコーズ論の枠組みで捉えようとする立場である。

三 射倅契約の有効要件 — コーズ論からのアプローチ —

1 はじめに

フランス民法典一一〇八条は、合意の有効要件 (la validité d'une convention) のひとつとして、債務の適法なコース (une cause licite dans l'obligation) を要求する。このことは、コースが存在しない (sans cause) 債務や、誤ったコースに基づく (sur une fausse cause) 債務、また、違法なコース (sur une cause illicite) に基づく債務は効力を有さず (同一一一一条)、コースが表明されていない合意は無効であり (同一一二一条)、また、法律によって禁じられたり、公序良俗に反するコースも違法であるために (同一一三三条)、当該合意は無効となるという条文規定として現れる。

本稿の以下の叙述との関係で問題となるのは、このように合意の有効要件として理解することのできる債務の適法なコースが、射倅契約にあつては、具体的にどのような形で理解されるのかということである。この理解のためには、まず、射倅契約がどのような法構造を有しているのかを解明することが必要であり、その上ではじめて射倅契約が無効とされるための要件は具体的にどのようなものであるか、明らかとなるであろう。以下では、フランス二〇世紀以降の射倅契約とコースのかかわりに関する、モリー、カピタン、ベナバンという三者の見解を紹介した上で、フランスにおける射倅契約とコース論とのかかわりを明らかにする。

2 モリーの見解

まずは、ジャック・モリー (Jacques MAURY) の見解である。モリーによれば、射倅契約にあつては、「当事

者のおのおのによって対価が望まれており、債務のコースは決定されている。その内容は良い機会、あるいは悪い機会に依存するものである。当事者双方はその内容が機会に依存するということを理解している。人はこのことを偶然性こそがここではコースであると表現する。」⁽²⁶⁾と説明する。

そうして、射倅契約のひとつである終身定期金契約に関しては、契約のときに、設定された者がすでに死んでいた場合には当該契約は無効であるとの規定（一九七四条）、そして終身定期金を設定してから二〇日以内に死亡した場合には当該契約が無効となるとの規定（一九七五条）については、これらは終身定期金契約における偶然性が欠ける場合を規定しているものであり、この場合には契約はコースが欠けると説明をする。そして、フランス民法典一九七四条および一九七五条の規定が、無償契約に適用がないのは、射倅契約が有償契約のコースの一類型であるということに起因する旨を示唆する。つまり、射倅契約は有償契約を前提とする概念であるために、無償の射倅契約にあつては、これらの法規の適用はみないというわけである。また、前述の譲渡された不動産からの収入に劣る終身定期金の設定に関しても、コース論の枠組みで説明を加える。すなわち、こうした場合には、「定期金債権者にはいかなる危険もない、つまり偶然性がない（Il ne court aucun risque, il n'y a pas d'aléa.）」⁽²⁷⁾ために、コースの欠缺を生じさせ、その結果当該合意は無効となる旨を指摘する。

3 カピタンの見解

カピタンは、債務のコースを双務（synallagmatiques）、片務（unilatérales）、無償譲与（libératives）の三つに類型化して論じるが、この中の双務契約の一類型として、射倅契約におけるコースを取り扱う。⁽²⁸⁾

まず最初に、カピタンは射倅契約のなかに以下の三つの類型を認める。第一番目には、例えば賭事（le jeu）

や博戯 (le pari) のように、機会 (la chance) に反した場合には当事者の一方のみが義務を負う類型。第二番目には、例えば火災保険のように、当事者の一方は、ある危険 (un risque) から身を守るために一定額を支払うよう義務を負う類型。そして第三番目には、有償終身定期金 (rente viagère à titre onéreux)、用益権あるいは係争中の権利の売買 (vente d'un usufruit, d'un droit litigieux) のように、今後、各々の契約者は定まった給付をなすが偶然性に乗じる (mais chacun spécule sur un aléa) 類型である。その上で、以下のように述べる。

……それにもかかわらず、全てのこれらの契約においては、契約者によって期待された良い機会、そして危惧された悪い機会 (la bonne et la mauvaise chance espérée ou redoutée) が意思表示の構成要素のひとつ (un des éléments constitutifs de leur manifestation de volonté) である。なぜならばこうした要素によって、債務の発生、消滅、範囲は決せられるからである。言いかえると、危険を考慮しておくこと (la considération du risque) が当事者によって締結された合致 (l'accord) の一部分をなす。

このことから債務のコース (la cause de leurs obligations) は実定契約におけるよりもより複雑である。確かにこのコースは常に約束された反対給付 (contreprestation) であるが、この反対給付は、何よりも第一に契約者がそこから利益を引き出すように期待したり、そこから保護されるように望む aléa という予想 (la perspective) である。確かに人は、危険は契約者の債務負担の動機 (la motif de l'engagement du contractant) でしかなくと主張する。しかし、これは正確ではない。危険は二当事者の意思表示の構成要素 (intégrante de la manifestation de volonté des deux contractants) をなす。(中略) 従って、純粹に個人的であり通常は他人に知られない動機 (motif) とは異なり、危険は契約の要素である。危険は各々の契約者の意思表示をなす。機会が債務負担のコースであり、このことは一八九八年三月二日セーヌ民事裁判所判決 (D.P.01:2145)⁽²⁹⁾ によってまさに述べられるところである。よって契約が締結されるところの危険が実際には存在しないとき、あるいはそれが性質上生じ得ないとき、締結された債務にはコースがなく、

なされた同意はもはやその理由を有さないということになる。⁽³⁰⁾

カピタンによれば、射倅契約にあつても、債務のコースは反対給付であるとしながらも、その反対給付として捉えられるものは、偶然性 (*alea*) そのものであるとの説明をする。その上で、こうした期待あるいは危惧といったものは、通常他人に知られることはないために、債務負担の動機 (*moti*) としてしか作用しないはずであるところ、射倅契約にあつては、偶然性 (*alea*) の内容が、契約当事者の意思表示の構成要素となつているために、偶然性 (*alea*) そのものが給付として理解されるべきといつところに特徴がある。

例えば売買契約といった通常の実定契約を例に取つてみると、ここでは、物価の変動といった偶然の事情によつて財産権の価値自体に変動をきたし、当事者の損益は変動しうるものである。この意味では実定契約といえども射倅契約と同様に、契約当初からは当事者の最終的な損益については不確定であると理解することはもとより可能である。しかしながら、かような売買契約にあつては、当事者の意思表示はあくまで財産権の移転であるとされているのであり、財産権の価値の変動という不確定性自体を意思表示の主たる内容とするものではない。こうした価値の変動それ自体は、意思表示理論によれば、あくまで動機にとどまるものである。これに対して射倅契約は、契約の当初にあつては当事者が知ることのできない偶然の出来事によつて、当事者の権利義務の具体的な内容が異なるというところに特徴がある。そうして、契約当事者が最終的に損をしたり、得をしたりといった不確定性自体もが、契約当事者の意思表示の内容を構成するのである。すなわち、カピタンによれば、通常の実定契約であれば動機 (*moti*) として捉えられるはずの偶然性 (*alea*) が、射倅契約にあつては、当事者の意思表示の要素として組み込まれており、その結果として、偶然性 (*alea*) 自体が給付内容として理解されることとな

る。このように、カピタンは、意思表示理論から射倅契約の法構造の分析を行っており、そして、偶然性 (alea) が動機 (motif) にとどまる実定契約と、偶然性が意思表示の内容にまで及んでくる射倅契約というこの両者の対比は、実定契約と射倅契約の区別を明確化するという点では、適切な射倅契約の理解であるようにおもわれる。したがって、カピタンによれば、このような射倅契約の法構造の理解から得られる効果も、また、明瞭であることとなる。すなわち、危険が実際には存在しないとき、あるいはそれが性質上生じ得ないときの両者の場面に おいて、なされた同意はもはやその理由を有さないために、無効として捉えられるのである。偶然性の有する性質から考えて、このような理解もまた的を得た理解であるようにおもわれる。

しかしながら、カピタンの説明からは、二つの疑問点が生じる。まず、第一点目に、カピタンは射倅契約を有償契約ではなく、双務契約の一類型として理解し、その上で説明を加えている点である。というのも、注釈学派以降、射倅契約は有償契約の一類型であるとの理解がフランスの通説であるからである。第二点目としては、カピタンの射倅契約の法構造の理解が適切であったとしても、射倅契約における無効原因についての体系的な説明が加えられていないという点である。³¹⁾このうちの第一点目については、本稿の問題意識とは異なるために、ここでは取り扱うことができないが、第二点目の問題点については、以下にみるように、アラン・ベナバンの見解が、ひとつの参考となりうる。

4 ベナバンの見解

ベナバンは、上述の見解を踏まえた上で、射倅契約におけるコースのありかたを体系的に再構築する。彼によれば、いかなる債務負担もコースを欠いては有効ではなく、射倅契約にあつては、コースは偶然性であるとした

上で、この偶然性が存在しない場合には当該行為はコースの欠缺により無効とされると説明する。その上で、射倅契約のコースを以下のように類型化を図る。以下にはベナバンの所説およびその提示する裁判例を中心として、これらの紹介および検討を加えることとしよう。

a 偶然性の必要性 (Nécessité de l'aléa)

1 当事者双方の不確実性の必要性 (Nécessité de l'incertitude des parties)

α 不確実性の存在 (Existence de l'incertitude)

当事者双方は、取引の結果に関しては、同じ不確実性のなかに存しなければならぬものである。すなわち、「当事者のおおのは、不確実性が自らの利益になるだろうと期待するが、いかなる者であっても、そうなることを確信してはならない。そうしてこの不確実性に向かつて、当事者は平等でなければならぬ⁽³²⁾」と説明する。そうして、確たる危険 (risque sérieux) に立ち向かわないことを当事者が知っていた場合、偶然性は欠如するために、本質的射倅契約 (essentiellement aléatoire) にあつては合意の無効を引き起こし、附随的射倅契約 (accessoirement aléatoire) にあつては、レジオンの一般規定の適用によって無効となる⁽³³⁾。

このように偶然性が欠ける例としては、前述の譲渡された不動産からの収入に劣る年賦額についてなされた終身定期金の設定契約を挙げ、また、売主がその瑕疵に気がついていた場合に、隠れた瑕疵について不担保とする条項を無効とする判例を挙げる。前者の終身定期金に関する判例の検討は上述の通りであるので、以下にはそれ以外のフランス法の条文規定と、いくらかの判例を概観しよう。

① 保険契約に関して

契約当事者の一方が、もはや立ち向かうところの危険が存在しないということを理解していた場合には、その保険契約は無効となる。

このことを規定するのは、陸上保険契約に関するフランス保険法典L. 一二二―一五である。その一項では、保険契約の締結時点において、保険の目的がすでに滅失していた場合や、もはや危険が生じ得ない場合には契約が無効になる旨を規定している。

射倅契約における当事者の合意にあつては、当事者の定めた事件が発生・不発生であつた場合の権利の発生、消滅に関する合意だけではなく、不確実な事件の内容自体も、契約当事者の要素的な合意に含まれるものである。保険契約において、保険の目的がすでに滅失している、あるいはもはや危険が生じ得ない場合は、契約当事者は、不確実な事件が生じうることを前提として契約しているために、当該合意自体は、効力が生じ得ないという結論は首肯されるであろう。こうした性質は、保険契約のみに認められるのではなく、射倅契約一般に認められる性質であるといえよう。⁽³⁴⁾

② 契約当事者が故意に事件を発生させるケース

すべての契約当事者にとつての不確実性が必要であることから、不確実な事件は、契約当事者一方の自由意思によるものであつてはならない。この例として挙げられるのは、生命保険契約に関するL. 一三二―一七である。ここでは、契約の時点より一定のときまでに故意または意識的に死亡した場合には、保険契約の効力を生じないとしており、また、L. 一三二―二四は、保険金受取人が被保険者を故意に殺した場合には、保険契約の効力を生じないとしている。

次に挙げるのは、いわゆる随意条件に関する判例における、不確実性が存在しないケースである。

【判例⑨】 Lyon 26 oct. 1950, Gaz. Pal. 1950, 2, 407.

Provençale de Contre-Assurance 社 (以下 P.C.A.) は、Lacroix および Dupont との間で、法律上のコンサルテーション、商業上および私人上の弁護を目的として、年間加入料六一三フランに加え、事案がうまく解決できた場合にはその一〇%の額を報酬として受け取る契約を締結した。P.C.A.には、無制限額の弁護および調査鑑定、そして弁護士費用等を補償するという義務が約定されていたが、この契約書の中の二一条には、「P.C.A.社が、法律上あるいは事実上、加入者の意図に賛同できない場合や、あるいは当該訴訟 (procès) が無用であると判断する場合、とりわけ、P.C.A.社が和解の申し入れや仲裁判断を受けることができる」と判断した場合には、債権者の競合 (concoure) を拒否し、また訴え (action) を中止する権利を留保する」という条項が含まれていた。こうした事実関係のもと、判決は、当該契約条項二一条は、「P.C.A.社が単に意思を表示することで、いかなる種類の訴えなく、自らの義務を履行することを拒否しうるものであることからして、これは純粹随意条件によるものであり、契約は無効であると判示した。

射倖契約にあつては、契約当事者のすべてに不確実性が必要であるが、その不確実な事件の発生・不発生が契約当事者の一方の自由裁量にゆだねられてはならないという点を明らかにした判決である。フランスでは、陸上保険契約の有効性を制定法の形で認めたのは一九三〇年⁽³⁵⁾であり、本判決を読む限りにおいては、当事者も当該契約を保険契約の一種であると考えて締結したようであるが、裁判所の判断によれば、当該契約は保険契約ではなく有償委任 (mandat salarié) であると判示している。そのうえで、当該契約条項二一条が、純粹随意条件によるものであり、契約の無効を導き出している。

日本民法典一三四条は、法律行為の附款たる条件の効力のひとつとして、随意条件について規定する。そこで

は、停止条件附法律行為に関して、その条件が単に債務者の意思のみに係る場合にはその法律行為は無効であると規定している。フランス民法典にあっても、これと同様の規定が存在しており、それはフランス民法一七四〇条⁽³⁶⁾である。そこでは、債務者の随意条件のもとで締結された債務は無効であると規定されているが、この両者の異なる点は、日本民法典があくまで法律行為の効力として随意条件を規定しているのに対して、フランス民法典は、債務 (l'obligation) のひとつの種類として (随意) 条件附債務を規定している点である。換言すれば、日本の条文の構造では、法律行為に対して条件が附されているのに対して、フランス法では債務に対して条件が附されているという本質的な相違を認めることができる。

このことは、単なる理論上の問題だけにとどまらず、実際上の相違を生じさせる結果となる。本件において、当事者の一方が約束しているのは、法律上の一種の援助であり、これは契約当時には確定的に発生している義務とはいえず、あくまで法律上のトラブルが発生するまでは不確定な債務である。このことは本判決にも見られるように条件附債務という概念を用いることによって解決することが可能である。ところが、日本法においては、法律行為の附款として条件を観念するために、本事案のようなケースにあつては、直接的には条件附債務という概念を用いて解決することは不可能となるのである。⁽³⁷⁾

③ 瑕疵担保に関するケース

瑕疵担保責任の存否に関して、売主が瑕疵の存在を知っていた場合の不担保条項の効力が問題となったケースである。

【判例⑦】 Cass. com. 24 oct. 1961, D. 1962, 46.

一九五二年七月二七日に Saelen-Loff 社は Sioit に対して、中古のトラクターを「現状で (dans l'état où il se trouve)」売却したが、それに先立つ同年七月二〇日に、売主は、書面によって「トラクターは状態がよい (propre) … そしてあまり使用されていないようである… また調整が悪いために走り出すのが難しいということは注意する」旨を知らせた。しかし、このトラクターはエンジンにトラブルがあり、かつこの瑕疵は契約締結以前に存在したものであると事実認定された場合の売主の担保責任が問題となった事案につき、破棄院は売主が、「燃料噴射装置の未調整によって機能的な欠陥がある車両の瑕疵を知らないことはありえない専門家」であるために、売主が瑕疵の存在について善意で行動したとはいえない。したがって、トラクターが、現状で (dans l'état où il se trouvait) 売り渡されるといふ条項は、買主に対抗することができないと判示した。

フランス民法典一六四三条は、売主の悪意の場合を除き、契約当事者の特約によって瑕疵担保責任を排除する旨を規定するが、本件においては、売主が悪意であったかということが争点となった事案である。この点破棄院は、売主が当該瑕疵を知ることができたはずであるために、もはや善意とはいえず、したがって売買契約の際に特約として附された現状引渡の条項は買主に対抗できないと判示した。これは、製造業者が負担すべき瑕疵担保責任に関して、製造業者が自ら製品を使用したのだから、その製品によって生じた瑕疵を知らないということはないはず、製造業者は当該瑕疵を知るべきであったという一連の判例を中古自動車に援用したものであると理解されている。³⁸⁾

瑕疵担保責任は、隠れた瑕疵 (les vices cachés) を対象とするために、契約締結時に当事者が知ることができないということ为前提としているが、瑕疵が明らかになるか否かは不確実な事件である。この場合、実際に瑕疵

の存在が明らかになれば、売主は買主に対して一定の責任を負うが、契約当初にはこうした責任を負うか否かは不確定であるために、瑕疵担保責任は売買契約に附された射倅的な性質を有する特約として理解することが可能である。⁽³⁹⁾もつとも、通常の売買契約であれば、売主は財産権移転義務を、また買主は代金支払義務を負うものである。こうした当事者の主たる給付の合意については、あくまで実定契約であるところ、瑕疵担保責任に関しては、隠れた瑕疵については売主の負担で責任を負うのであり、契約当事者にとつては、瑕疵が顕在化するかどうかについては、不確実な事件に属する事柄である。したがって、瑕疵担保責任とは、このような売買契約という主たる契約に附された射倅的な特約の効力として理解することが可能である。保険契約や終身定期金契約といった契約の構造上本質的に射倅契約となる場合にあっては、偶然性 (*alea*) の欠缺は契約の全部無効を引き起こすものであるが、これに対して、主たる契約に附された射倅的な特約にあっては、偶然性 (*alea*) の欠缺は当該特約の無効を引き起こすのみである。したがって、瑕疵担保条項という特約が附された売買契約において、買主が瑕疵の存在について知っていた場合には、もはやその瑕疵は明らかでない瑕疵であることから、当事者の特約における偶然性 (*alea*) が欠缺するために、当事者の瑕疵担保の合意はその効力を有さないことになるであろう。

同様の規定は、日本民法典第五七二条にも見受けられる。ここでは、売買契約の当事者が担保責任を負わない旨の特約を附したとしても、知っていて告げなかった瑕疵等については、特約の効力を生ぜず、担保責任を負担する旨が規定されている。日本法の解釈上、このようなケースにおいて不担保特約が無効となる理由については、詐欺によるという考え方や、信義則に反するという考え方が⁽⁴⁰⁾見られるが、いずれの見解によっても、この判例が示すように、売主の有過失のケースについては、必ずしも明確に判断が一致するとはいえないだろう。この点、契約当事者が知らないというところに、射倅契約における意思表示の特質が認められることから考えるのであれ

ば、こうした売主に過失があるケースについても、不担保特約が無効となるという解釈論の余地は多分に残されているように思われる。

③ その他 — フランス民法典一五九七条 —

フランス民法典一五九七条は、裁判官 (*les juges*)、予備判事 (*leur suppléants*)、検察官 (*les magistrates remplissant le ministère public*)、裁判所書記官 (*les greffiers*)、執行官 (*les huissiers*)、弁護士 (*les défenseurs officiels*)、公証人 (*les notaires*) 等のあらゆる裁判関係の役職にある者は、その者の管轄にある係争中の権利 (*les procès droits et actions litigieux*) を譲り受けることを禁止している。係争中の権利は、実際の訴訟の結果によって、その存否が明らかになるものであるが、ベナバンによれば、法が管轄を有する裁判関係者にのみこの取得を禁止するのは、彼らの法的知識を恐れているのではなく、譲渡された権利を対象とする訴訟の結果についての影響を恐れるからであるとする。

β 不確実性に対する平等性 (*Egalité face à cette incertitude*)

当事者双方は、取引の結果に関する同じ不確実性のなかに存しているだけでは充分ではなく、さらに、当事者の不確実性が同じ強さ (*d'égalé intensité*) でなければならぬとする。そうして、このことから、両当事者は、危険の評価について同じ要素を有している必要があるとする。

この例として挙げられるのは、保険契約における保険契約者・被保険者の義務である。たとえば、フランス保険法典L. 一一三―二は、保険契約者・被保険者の義務として、保険料支払義務 (同条一号) のほかに、告知義

務⁽⁴²⁾(同条二号)、危険著増の通知義務(同条三号)、事故発生⁽⁴³⁾の通知義務(同条四号)が法定されているが、これらの義務が課せられているのは、当事者の危険評価に関しての平等性を確保するためのものであるとする。

2 客観的偶然性は必要か (Necessité d'un aléa objectif?)⁽⁴³⁾

射倅契約における偶然性とは、原則として当事者が当該事件の発生あるいは不発生を知らないことをいうのか、あるいは実際の事件の発生あるいは不発生のことをいうのか、という問題である。当事者が当該事件の発生あるいは不発生を知らないことをもって偶然性の内容として捉える立場を、主観的偶然性と呼び、これに対して、実際の事件の発生あるいは不発生をもって偶然性の構成要素とする立場を客観的偶然性と呼ぶ。

この両者が具体的に問題となるのは、ある射倅契約が締結されたときに、契約締結時点で実際に事件は発生していたが、当事者双方がその事件の内容について知らなかったという場合である。この点、主観的偶然性が射倅契約の原則として捉えられるのであれば、あくまで当事者は当該合意された偶然性の結末を知らないために、契約は有効であるが、客観的偶然性が射倅契約の原則として捉えられるのであれば、実際に事件は発生しているために、当該契約は無効となる。

この問題に対して、ペナバンは、純粹に論理的な分析を加えるならば、主観的偶然性が原則として捉えられる旨を述べる。なぜならば、契約自由の原則からして、「契約がそのみなもと (sources) を有するのは、当事者の意思においてである⁽⁴⁴⁾」からである。当事者がその結末を知らないことに對して契約を締結しているという射倅契約の性質から考えるのであれば、射倅契約にあつては、主観的偶然性が原則として捉えられるだろう。しかし、この立場を採用した場合、二つの問題が生じる。まず一点目は、契約当事者の心理的側面をいかにして証明する

のかという立証の困難性という点である。⁽⁴⁵⁾ 第二点目としては、フランスの立法者は、危険への投機をそれほどま
 では認めていなかったという点である。⁽⁴⁶⁾ これに対して、仮に客観的偶然性を原則として捉えた場合にも、不都
 合は生じる。すなわち、客観的偶然性に立脚するのであれば、人は実際には様々な情報を集めることによつて、
 不確実性を排除してしまうことができるのであり、おおよそ射倖契約は成り立たなくなるのである。

この前提の上でベナバンは、フランス法上、主観的偶然性に立脚している場合と、客観的偶然性に立脚してい
 る場合をそれぞれ分類する。

(1) 主観的偶然性の原則が作用する場面⁽⁴⁷⁾

① 条件附債務に関して

フランス民法典一一八一条一項は「停止条件のもとで締結される債務は、あるいは将来の不確実な事件に、あ
 るいは現に到来しているがいまだに当事者に知られない事件にかかわる債務である (L'obligation contractée sous
 une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement
 arrivé, mais encore inconnu des parties.)」と規定するが、「現に到来しているがいまだに当事者には知られない
 事件にかかわる (dépend d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties.)」⁽⁴⁸⁾ というのは、主
 観的な偶然性を前提としているということができよう。

② 海上保険契約に関して

フランス保険法典L. 一七二―四は、海上保険については「災害の後、あるいは被保険物または海上運送人の

到着ののちになされたあらゆる保険は、契約が締結された場所あるいは被保険者または保険者が存在した場所で契約締結の前にその情報が知られていた場合には、無効である (Toute assurance faite après le sinistre ou l'arrivée des objets assurés ou du navire transporteur est nulle, si la nouvelle en était connue, avant la conclusion du contrat, au lieu où il a été signé ou au lieu où se trouvait l'assuré ou l'assureur.)⁴⁸と規定する。「その情報が知られていた場合 (si la nouvelle en était connue)」には無効であるのだから、このことの反対解釈としては、当事者が不知であった場合には当該契約は有効であることとなる。したがって、この条文も主観的な偶然性を前提としているということができよう。

③ 博戯 (le pari) に関して

賭事 (le jeu) は、たとえばトランプのポーカーやブリッジといったように、契約者が部分的に参加することのできる事件の結果について行われるのに対して、博戯 (le pari) は、契約者が参加しないスポーツの結果といったように、契約当事者が事件の外側にいるところに、この両者の違いがある。このことからわかるように、博戯 (le pari) は既に生じたが当事者に知られていない事件についても行われうる。したがって、博戯 (le pari) においても主観的偶然性がその要素であるといえよう。

④ 終身扶養契約 (bail à nourriture) に関して

終身定期金契約 (du contrat de rente viagère) については、判例法上、客観的な偶然性までも必要とされるが (後掲)、無名契約である終身扶養契約 (bail à nourriture) については、主観的偶然性で足りるとする。⁴⁸⁾

⑤ 相続に関して

相続に関しても、射倖契約における主観的偶然性の原則を認めたと理解することのできる判決がある。⁽⁴⁹⁾

(2) 客観的偶然性の例外が作用する場合⁽⁵⁰⁾

フランス法において客観的偶然性が認められる場合には、以下の二つの場面において顕著である。

① 終身定期金契約に関して

終身定期金契約について、フランス民法一九七四条は「契約の日に死亡している者の生存を基準として設定される終身定期金契約はすべて、いかなる効果も生じない (Tout contrat de rente viagère créé sur le tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.)」と定め、またこれに続く一九七五条は「契約の日から二〇日以内に死亡した者の生存を基準として定期金を設定した契約についても、同様である (無効である) (Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créé sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.)」と定める。判例によれば、⁽⁵¹⁾ここでは定期金債務者が病気についても知らなくても、⁽⁵²⁾また病人が恵与の意思で死ぬ事を知っていて設定した場合であっても契約は無効となるので、終身定期金契約においては客観的偶然性が要求されていることとなる。

② 陸上保険契約に関して

フランス保険法典L. 一二二—一五第一項は、陸上保険について、「契約のときに、被保険物がすでに滅失し

ていたり、もはや危険にさらされ得ない場合には、保険は無効である (L'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques.)」と定める。この場合も、当事者が危険に立ち向かうと信じていたとしても契約の無効が課せられるのであるから、客観的偶然性が要求されていることとなる。

b 偶然性の相互性 (Réciprocité de l'aléa)

偶然性は相互的でなければならぬが、そのために必要な要件として、以下の二つを提示する。

1 偶然性はすべての当事者によって立ち向かわなければならない (L'aléa doit être couru par toutes les parties)

フランスには射倅契約の定義規定が二つの規定に存している (一一〇四条、一九六四条) ため、このいずれをもつて正当とするかは、フランスでは古くから議論の対象となってきた。この点についてベナバンは、一一〇四条の定義を正当とする考え方が学説においては多数意見であるとしながらも、給付額に影響を与える偶然性 (l'aléa affectant le montant de la prestation) と取引の結果に関する偶然性 (l'aléa concernant le résultat de l'opération) とを混同してはならないと指摘する。すなわち、射倅契約とは、一定の偶然的事件を契機として当事者の具体的な債権・債務のあり方に変動を及ぼすものではあるが、このうちの前者の給付額に影響を与える偶然性が見られるのは、何も有償契約に限られたことではなく、たとえば条件附贈与契約といった無償契約においてもその実例を見ることができる。これに対して、後者の取引の結果に関する偶然性とは、射倅契約において当事者によって

合意された偶然の事件の成否によって、当事者のいずれが得をするのか、あるいは損をするのが契約当初から不確定であるということを示している。ここでは、事件の成否によって一方が得をするのであれば、他方が損をするという関係にあり、このように当事者のいずれが得をするのかわからないという意味での偶然性までもが必要であるとする。つまり、取引の結果に関する偶然性とは、当事者相互の因果関係ある損益の存在が、射倖契約にとつての有効性に影響してくることとなる。したがって、このような取引の結果に関する偶然性は、有償契約を前提として実定・射倖契約という契約の分類を認める場合に必然的に生じる偶然性であり、この意味で、射倖契約は有償契約を前提とした概念でなければならないのである。

そうして、このふたつの偶然性について、両当事者は立ち向かわなければならぬ。この例として、ベナバンは、係争中の権利の譲渡⁽⁵³⁾などの射倖売買 (*le vente aléatoire*) を挙げる⁽⁵⁴⁾。すなわち、払い込まれた価格と売却された目的物(係争中の権利)が有していると証明される価値との間には損益関係が存在するが、売主は一定額を受け取つたために、偶然性に立ち向かうこととなる。そうして、売却された権利が売買代金よりも劣る価値であった場合には、売主は利益を得ることとなるが、反対に売却された権利が売買代金にまさる価値であった場合には、売主は損失を被ることとなるであろう。

2 偶然性は当事者のすべてにとつて同じ事件に依存しなければならぬ (*L'aléa doit dépendre pour toutes les parties du même événement*)

ベナバンは、マロリーの「射倖契約であるためには、一方当事者の立ち向かう得る機会と他方当事者の立ち向かう損失の機会との間に相互性と偶然性が存在する必要がある (*Il faut qu'il y ait réciprocité et causalité entre la*

chance de gain que court une partie et la chance de perte que court l'autre partie pour qu'il y ait contrat aléatoire.」
という一節を引用した上で、同じ事件が一方当事者の利得と他方当事者の損失とを相互的に決しなければならぬとする。

c 偶然性と確率論 (L'aléa et le calcul de probabilités) との関係について
確率論の進歩により、射倅契約という契約類型はもはや消滅するのではないかという点が問題となる。たとえば、保険会社は大数の法則 (la loi des grands nombres) に基づく統計計算によって保険料率の算定を行い、それによって保険料を決定するために、保険契約はもはや射倅契約とは呼べないのではないかという疑問が提示される。

この点について、フランスの判例は、確率論に基づく統計計算を行ったからといって、契約が射倅契約でなくなるわけではないと判示する⁽⁵⁵⁾。多数契約に基づく保険会社の取引結果に一定の確実性があつたとしても、個別の契約に帰する不確実性が消滅するわけではないからである。これは終身定期金契約の場合にあつても、同様のことがいえるだろう。

5 検討

以上に見てきたように、フランスにおけるこれらの学説に共通していることは、射倅契約の法構造から必然的に生じる無効原因をコース論の中に見出だそうとするものである。ここでは、射倅契約を公序良俗に反する法律行為として一律に無効とするというのとは全く反対のアプローチが採られている。すなわち、射倅契約も一つの

契約の分類にすぎず、契約の構造自体に無効原因が本質的に内在しているわけではないものである。射倅契約だから無効なのではなく、射倅契約にも有効なものと同様に無効なものがあり、その判断基準、すなわち有効要件が存在するというのである。

射倅契約に通常の実定契約とは異なる無効原因(有効要件)を認められることができるのであれば、その根拠は射倅契約の法構造に求められなければならない。この点、カピタンによれば、射倅契約にあつては、偶然性(αλεα)自体が当事者の合意の構成要素となるのだから、この偶然性(αλεα)の有効要件を検討することになる。また、ベナバンは、カピタンの説明に更に分析を加え、射倅契約における偶然性は二つの要素から成り立っており、それは、給付額に影響を与える偶然性(Valéa affectant le montant de la prestation)と取引の結果に関する偶然性(Valéa concernant le résultat de l'opération)であるとする。⁽⁵⁶⁾

通常の実定契約にあつては、ここでは通常、与える債務(dare)あるいは為す債務(facere)を発生させるものであるから、その債務の目的とされるものは単一の目的として把握することが可能である。⁽⁵⁷⁾これに対して射倅契約は、偶然の事件の発生・不発生によって当事者の債権・債務の発生・消滅に変動をきたすものであるから、ここでは、偶然の事件の内容とその結果である債権・債務の発生・消滅の内容という二つの内容について、当事者は合意しなければならない。この意味で、射倅契約における当事者の合意は二重の構造を有した合意であり、この両者が一体となつて給付目的を構成することとなる。

これらの法構造から、射倅契約における有効要件を、実定契約におけるそれと対比した上で、両者の異同を明らかにしておくことが可能となる。まず、射倅契約が実定契約と同一の法理に服する場面である。この点について、倉澤教授は、以下のような分析をする。⁽⁵⁸⁾

……射倅契約において *miss* を給付の目的として捉えるならば、それは両当事者の効果意思の内容をなすものであるから、その態様は契約の要件として、契約の効力に影響を及ぼすべきこととなる。……

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

条件自体が不法である場合および条件づけられた具体的給付が不法である場合には、ともに *alea* の不法として、その契約は無効となる。……

一般に、法律行為の有効要件は、主観的有効要件と客観的有効要件が挙げられるが、この中で、主観的有効要件については、意思表示の瑕疵・欠缺（民法九三条ないし九六条）として民法典に規定されるところである。このような法律行為の主観的有効要件については、基本的に、射倅契約にも同様の適用があるといえるだろう。⁵⁹⁾ ということも、射倅契約にあっても、実定契約同様に契約当事者の意思表示の合致をその要件とするものであるから、その性質に反しない限りにおいて、実定契約同様の法理に服するものといえるのである。

これに対して、法律行為の客観的有効要件については、射倅契約が、実定契約とは異なった法律行為の目的的構造を有しているために、多少異なった配慮が必要となる。この点、まず、射倅契約にあっても、実定契約同様に、目的の確定性、実現可能性、適法性という要件を満たす必要がある。射倅契約にあつては、法律行為の目的は偶然性 (*alea*) と理解されることから、当事者の合意内容たる偶然性についての確定性、実現可能性、適法性という要件が必要となる。

まず、射倅契約にあっては、偶然性 (*alea*) の内容は確定しており、その内容は実現可能なものでなければならぬ。これらに反した場合、当該契約は無効ないし不成立という効果をもたらす。特定不可能な建物についての火災保険や、存在しない人物の死亡に至るまで終身定期金を設定する場合といったように、当該契約によって対象とする偶然の事件についての確定性・実現可能性が問題となる場合もあれば、保険金額についての定めのない保険契約や、事故発生時に実現不能な内容の出捐を目的とする保険契約といったように、当該契約によって対象とする偶然の事件の内容と、その結果生じる出捐の内容という二重の意味での確定性ないし実現可能性が必要となる⁽⁶⁰⁾。また、違法な内容の偶然性 (*alea*) を対象とした射倅契約も無効となる。これについても、偶然の事件の内容自体が「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的ト」している場合も想定できるし、違法な内容の出捐といったように、発生・消滅する債権・債務の目的に違法性が認められるものもありうる。いずれにせよ、日本法のもとでは、民法九〇条の問題として処理することとなるだろう。

次に、損益の偶然性という要件から導き出される無効原因について検討してみよう。というのも、前述のとおり、射倅契約にあっては、当事者の合意の中に、給付の偶然性が含まれているだけでは不十分であり、その結果としての損益が不確定であることまでが必要とされるからである。すなわち、射倅契約にあっては、契約当事者の合意内容が、結果としての損益が不確実な性質を有していなければならぬ。この典型例として現れるのは、前掲の対価となる財産からの収益よりも劣る額で設定された終身定期金契約を無効とするフランスの判例法理である。フランス法は、かような事例にあっては、代金確定の原則に反するとして、当該終身定期金の設定契約を無効としている。この意味するところは、射倅契約における給付内容である偶然性 (*alea*) が、契約の時点で、最終的な当事者間の損益の内容が不確実でないという内容を包含しているのであれば、それは給付としての適合

性を欠くために、当該合意は無効となるということにほかならない。このように、有償契約における対価の設定は、本来は契約自由の原則（内容の自由）によって決定されるべき問題であるとはいっても、当事者が射倅契約の性質を有する合意を締結しようと考えるのであれば、法律行為の目的の内容は、その対価との関係で、一定の制限を受けることとなる。こうした性質は、実定契約とは本質的に異なる、射倅契約特有の性質であるということができるだろう。また、繰り返しを恐れずに述べれば、損益の偶然性が存在するということが、射倅契約を条件附法律行為と切り離す特徴的な性質であることとなる。条件附法律行為にあつては、「条件ノ成否未定ノ間ニ於ケル当事者ノ権利義務（民法二二九条）」すなわち期待権の存在を認め、この権利は射倅契約における当事者の給付たる偶然性 (Talea) と同一性を有するといえるが、⁽⁶⁾条件附双務契約にあつては、双方の債権・債務が同一の事件の結果によるものであるから、条件附法律行為にあつては、損益の偶然性は認められないのである。フランス法があくまで射倅契約を有償契約の一類型として認めたことのメリットはこの点にあるといえる。

最後に、不確実性という要件についてでは、契約締結当初に不確実性が存在しない場合と、契約締結後に不確実性が存在しなくなる場合がありうる。

まずは、前者の、契約締結当初から不確実性が存在しない場合である。当事者の主観的偶然性に立脚する射倅契約であっても、客観的偶然性に立脚する射倅契約であっても、その前提として、当事者が契約時に、合意した偶然の事故の結果について善意であることが有効要件として捉えられることとなる。つまり、不確実な事件の結果によって当事者の権利・義務が発生・消滅する射倅契約にあつては、契約当初に当事者の一方が事故の結末について悪意であれば、当該合意は無効となる。これは主たる給付内容である偶然性 (Talea) が満たすべき要件を満たしていないためであり、その効果は全部無効となるであろう。もっとも、これは不確実な事件の内容の結

末について知っていることを隠蔽して契約締結に至った者の相手方を保護するという側面から捉えるのであれば、このような場合に契約の無効を主張できるのは、相手方からのみということとなるだろう。また、これと同様の法理として、瑕疵不担保条項の特約が附された売買契約において、売主が悪意であった場合の効果（民法五七二条）を挙げるができる。この点、たとえば被保険者が事故の内容について悪意で保険契約を締結した場合については、偶然性（*alea*）の全部不能であるから、当該合意は無効となる。というのも、当事者にあつては、そもそもそのような合意をすることが不可能だからである。これに対して売買契約における瑕疵不担保条項の場合にあつては、契約の附加的内容についての特約であるから、財産権移転および代金支払という意思表示が無効となるのではなく、当該特約のみが無効という効果を生じるであろう。民法五七二条が売買契約全部を無効とすることなく、当該不担保特約の効力のみを否定するのは、こうした理由からである。

次に、後者の事例である契約締結後に不確実性が欠缺した場合である。射倖契約にあつては、当事者が約定した具体的な権利・義務の発生・不発生は不確実な事件の成否によるものであることから、具体的な権利・義務が発生するためには、不確実な事件の発生・不発生について契約当事者が善意であるだけでは足りず、さらに、契約締結後、事件の発生（または不発生が確定すること）に至るまで、故意に事件を引き起こしてはならない。いわゆる保険契約における故意の事故招致はこのケースに該当するであろう。射倖契約の一般的な性質としては、被保険者が故意に事故を引き起こしたとしても、それは、当事者が合意した事故が生じていないだけの問題であるから、保険者の保険金支払義務が発生しない（免責）という効果を生じさせるだけのものである。しかしながら、その場合、いったん故意による事故招致があつた場合には、もはや偶然の事件によって保険事故が生じ得ないということもありうることから、契約は必ずしも有効なまま存続するとはいえないだろう。

四 結語

本稿では、フランス法における射倅契約とコーズ論の関係を契機として、射倅契約が満たすべき有効要件について検討を加えてきた。今一度、本稿の考察によって得られたことをまとめておこう。

まず、射倅契約にあつては、契約当初に給付がすでになされているのであり、その給付は、通常の実定契約におけるような為す給付や、与える給付とは異なつた、偶然性 (*alea*) という給付であるという点にある。

次に、有償契約の再分類である射倅契約の有効要件についての検討である。この点については、射倅契約における偶然性 (*alea*) は、条件附法律行為における、いわゆる期待権と同様の性質を有する給付の偶然性と、射倅契約が有償契約に起因する契約の分類であることに起因する損益の偶然性という二つの偶然性があること、また、当事者は不確実な事件の内容およびその結果としての当事者の権利・義務の発生・不発生の内容という二重の目的構造を有しているということを契機として、射倅契約の有効要件を実定契約のそれと対比して検討することが可能であることである。

こうした射倅契約が有する法構造から考えるのであれば、射倅契約論と公序良俗との関係については、再検討の余地があるように思われる。たとえば、大森博士は、保険契約が射倅契約であることを否定する立場に対し、以下のように述べる。

……しかしながら、一般に射倅契約においては、それが偶然による不労の利得そのことを目的とする賭博的行為に悪用される危険があるため、これを防止する見地から特殊の法則がみとめられること（たとえば商法六三〇条ないし

六三四条・六七四条など）、および偶然によって事を決すべきことを本質とする射倖契約においては、当事者のある種の行態によりこの本質に反する結果を生ずることを抑制するため、当事者間の衡平ないし信義誠実則を特別に強調する必要がみとめられることなど（たとえば商法六四一条、六四二条・六四四条・六四六条・六五七条・六五八条・六六〇条・六七八条など）、他種の契約には見られない特殊の法則が多くみとめられるのであって、この意味で保険契約の射倖契約性を認識することは決して無意味ではない。むしろ、保険契約の他の契約に対する特殊性の多くは、その射倖契約的性質に基因する、と云っても過言ではない。⁸²⁾

保険契約の法的構造の解明にとって、保険契約が射倖契約であるという認識に立脚して議論を展開したのは大森博士の画期的な業績であると評価することができよう。しかしながら、大森博士によれば、「射倖契約においては、それが偶然による不労の利得そのことを目的とする賭博的行為に悪用される危険があるため、これを防止する見地から特殊の法則がみとめられる」として、賭博行為という悪弊から保険契約を切り離すための手段として、保険契約法の各種の規定の存在意義を説明している。しかしながら、本稿において、フランス法の検討を通じて理解されることは、射倖契約も、実定契約同様、契約の構造上満たされなければならない有効要件が存在しているのだということであった。確かに射倖契約は、不確実な事件の成否によって当事者の権利義務の存否に影響を与えるものであるから、実定契約以上に賭博的行為に悪用されるといふ弊害はあるだろう。だが、民法九〇条は、その抽象的な規定の構造を有していることから、恣意的な適用が行われるという批判もさることながら、それ以上に、民法九〇条によって一刀両断に契約を無効としてしまうという理論構成を採用するばかりでは、殊に射倖契約にあっては、契約の構造上生じざるを得ない無効原因を見失ってしまうという欠点がある。この意味から、射倖契約にも民法九〇条の適用はありうるにしても、それはわれわれが思い描いているほど大きな領域を

占めるものではないのである。本稿の最初に挙げたように、我妻栄が民法九〇条によって無効とされる法律行為の類型化を図る際に「著しく射倅的な法律行為」という類型を立てながら、――無意識のうちにはなかったにせよ――われわれがこれを射倅契約と同様に理解してしまうところに、誤謬の遠因があるように思われるのである。

(1) 射倅契約の意義に関しては、拙稿「射倅契約における損益の不確実性」『法学政治学論究』第五一号(二〇〇一年)二九九頁以下参照。

(2) 大森忠夫「保険契約の射倅契約性」『保険契約の法的構造』二二四頁以下(有斐閣、昭和二七年)参照。

(3) 我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』二八二頁(岩波書店、昭和四〇年)、於保不二雄『民法総則講義』(有信堂、昭和二六年「平成八年、復刻、新青出版」)一七九頁参照。

(4) 「著しく」射倅的な契約という場合、そこには射倅性の程度が問題となっているのに対して、本稿で取り扱う射倅契約とは、実定契約に対比する、ひとつの契約の分類としての概念である。前者が量的差異を問題としているのに対して、後者は質的差異を問題としている点に相違を認めることができるだろう。

(5) このことから想起されるのは、わが国の近代法典編纂作業における射倅契約(les contrats aleatoires)の取り扱いはある。箕作麟祥の労作である「仏蘭西法律書民法」にあつては、「偶生ノ事ニ管スル契約」(前田達明編「史料民法典」(平成二六年、成文堂)一〇六頁、一八五頁)と翻訳された射倅契約は、明治二三年の旧民法典の段階までは、法典上の概念として相応に整備されたものとなっていたが、明治二九年に公布されたいわゆる新民法典の段階にあつては、これらはすべて削除されている。これにはいわゆる「法典論争」の影響があつたものと推察されるが、その後、現在に至るまで、民法学の領域で射倅契約という講学上の概念が論じられることはなかった。この意味では、われわれは「射倅契約」という講学上の概念については、法典論争によつて受けた一種のトラウマから、現在まで抜け出せない状態であるといえよう。もっとも、本稿においては、日本近代法の形成過程における射倅契約について詳細に取

り扱っていないことをお断りしておく。

(6) 旧民法典財産編三〇一条、同財産取得編一五七条以下。

(7) 金融商品の販売に関する法律第三条 金融商品販売業者等は、金融商品の販売等を業として行おうとするときは、当該金融商品の販売等に係る金融商品の販売が行われるまでの間に、顧客に対し、次に掲げる事項（以下「重要事項」という。）について説明をしなければならない。

一 当該金融商品の販売について金利、通貨の価格、有価証券市場における相場その他の指標に係る変動を直接の原因として元本欠損が生ずるおそれがあるときは、その旨及び当該指標

二 当該金融商品の販売について当該金融商品の販売を行う者その他の者の業務又は財産の状況の変化を直接の原因として元本欠損が生ずるおそれがあるときは、その旨及び当該者

三 前二号に掲げるもののほか、当該金融商品の販売について顧客の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものとして政令で定める事由を直接の原因として元本欠損が生ずるおそれがあるときは、その旨及び当該事由

四 当該金融商品の販売の対象である権利を行使することができる期間の制限又は当該金融商品の販売に係る契約の解除をすることができる期間の制限があるときは、その旨

(以下略)

(8) 金融商品の販売に関する法律第四条 金融商品販売業者等は、顧客に対し前条の規定により重要事項について説明をしなければならない場合において、当該重要事項について説明をしなかったときは、これによって生じた当該顧客の損害を賠償する責めに任ずる。

(9) 金融商品の販売に関する法律第六条 重要事項について説明をしなかったことによる金融商品販売業者等の損害賠償の責任については、この法律の規定によるほか、民法（明治二十九年法律第八十九号）の規定による。

(10) 松本烝治『保険法』（大正七年、第七版、中央大学）二五頁以下、野津務『保険法』（昭和二三年、白揚社）三八

頁以下。

- (11) フランス民法一一八条は、「レジオンは同一の款のなかで説明がされるように、一定の諸契約あるいは一定の者に対してしかその合意を概観あるものとはしない。(La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la meme section)」と規定し、そのうえで個別的にレジオンが生じうる類型を規定している。前者の一定の契約については、財産分割 (le partage) についての八八七条二項と不動産売買についての一六七四条（売主が不動産価格の二分の七を超えて損害を受けた場合、契約の中で取消を要求する権能を明示的に放棄した場合であっても、差額を与える旨宣言した場合であっても、売買の取り消しを請求する権利を有する。(Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.)」がある。また、後者に関しては、未成年者の取消権として、一三〇五条の規定が知られる。なお、レジオンについては、大村敦志『公序良俗と契約正義』（平成七年、有斐閣）、特に、七三頁以下及び一四七頁以下参照。
- (12) François TERRE/ Philippe SIMLER/ Yves Lequette, Droit Civil, Les obligation, 6^{ème} éd., 1996, nos 287 et suiv.
- (13) Robert POTHIER, Œuvres de POTHIER par BUGNET, tome 5, n° 1 (P 265).
- (14) 拙稿・前掲注(一)三〇六頁以下参照。
- (15) POTHIER, op.cit. (note 13).
- (16) Louis GUILLOUARD, Traité des contrats aléatoires & du mandat livre III, titres XII et XIII du code civil (articles 1964 à 2010, et loi du 28 Mars 1885.), 2^{ème} éd, 1894, n° 7 (P 17).
- (17) Charles DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome premier, 1868, n° 26 (P25); François LAURENT, Principes de droit civil français, 3^{ème} éd., tome 15, 1878, n° 438 (P495); Gabriel BAUDRY-

- LACANTINERIE/ L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil: Des obligations*, 2ème éd., tome 1, 1900, no 19 (P17).
- (18) François TERRÉ, *op. cit.* (note 12), no 288.
- (19) DEMOLOMBE は射倅契約にレジオンの適用がない理由について、「この不均衡は適法なコーズを有している (cette inégalité a une cause légitime)」と表現している。DEMOLLOMBE, *op.cit.* (note 17), no 26 (P26).
- (20) フランス民法典一九六八条は、有償の終身定期金契約を念頭において規定しているが、これに続く、同一九六九条は、制定法の形で、無償の終身定期金契約も規定している。
- (21) このように、射倅契約を集合体として観察した場合に、抽象的な対価の確定はありえるものであり、その意味から射倅契約における損益の不確実性を観念する実益はないとする見解は、日本においても散見することができる。たとえば保険契約に関する代表的な見解として、栗津清亮『保険法(全)』(明治三六年、法文書院)九二頁以下。この見解は、射倅契約という契約の性質の検討であったはずのものがいつの間にか保険事業の射倅的(≡投機的)事業として性質論として理解されているように思われる。
- (22) 代金確定の原則については、野澤正充「有償契約における代金額の決定(一)(二)」立教法学第五〇号(一九九八年)、同五一号(一九九九年)参照。
- (23) この点、倉澤教授は、「……射倅契約においては、「機会」が給付されるのであるが、それは、不確定な出来事に依存している給付が、その給付としてではなく不確定な給付そのものとして―すなわち期待権として―一個の確定的給付をなしているということにはかならない。それゆえ、有償契約たる射倅契約における一方当事者の対価給付は期待権給付であるということになる。」として、射倅契約における当事者の給付は、期待権である旨を示唆される。倉澤康一郎「火災保険普通保険約款二条二項の意義について」『保険契約の法理』(昭和五十一年、慶応通信)一七頁。
- (24) こうした機会 (la chance) そのものが偶然性 (talca) という給付内容になりうるという点については、後掲の

- カピタンの見解のほか、倉澤、前掲注(23)、一七八頁以下、棚田良平『保険契約の法的構造』(昭和五九年、損害保
 険事業研究所) 五七八頁以下参照。これら三者はいずれも射倅契約における偶然性が給付内容として捉えることがで
 きるという前提については共通する見解である。棚田教授は射倅契約にみられる給付は、ローマ法の給付概念である
 praestare を起源とする旨を指摘し、倉澤教授は、日本法においては、民法一二八条、一二九条にいういわゆる期待
 権であると理解する。なお praestare については、金山直樹「与える給付と担保する給付―それから一〇〇年、もう
 一つの歴史―」西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統―日本民法典百年記念国際シンポジウム―』(平成一
 二年、九州大学出版会) 三三七頁以下。
- (25) 前掲(15)参照。
- (26) Jacque MAURY, Essai sur le role de la notion d'équivalence en droit civil française, tome premier, La notion d'équi-
 valence en matière contractuelle, 1920, P 74 et suiv.
- (27) Jacque MAURY, op. cit. (note 26), P 80.
- (28) カピタンの射倅契約論についての言及として、棚田、前掲注(24)、五六八頁参照。
- (29) 【判例⑤】 Trib. civ. de la Seine, 2 mars 1898, D. P. 01. 2. 145.
- この裁判例は、終身定期金契約を設定したときから二〇日以内に、終身定期金の設定を受けた者が死亡した場合に
 は当該契約は無効であると規定したフランス民法典一九七五条は、無名契約である終身扶養契約にも適用があるか否
 かについて争われた事例である。判決はまず、当該終身扶養契約は無償契約ではなく、有償契約であり、かつ射倅契
 約であることを確認した上で、終身定期金 (la rente viagère) 契約と終身扶養 (le bail à nourriture) 契約との間には
 緊密な類似関係があり、いずれの合意の目的 (objet) も同じであるとする。そして、一九七五条の規定は、例外的
 な規定というわけではなく、契約のコースについて的一般法 (droit commun) の適用場面に過ぎないのであり、終身
 定期金契約の場合も終身扶養契約の場合も、債務負担のコース (la cause de l'engagement) である偶然性 (aléa) が

欠缺していることから、一九七五条による無効は終身扶養契約の場合にあつても適用可能であるとする。但し後掲(48)の【判例⑨】参照。

(30) Henri CAPITANT, De la cause des obligations, contrats, engagements, unilatéraux, legs, 3^{ème} éd., 1927, n° 18 (P 51-).

(31) もっとも、カピタンは①フランス民法一九七四条および一九七五条、②フランス判例の分析という点について、分析を加えているという点については指摘しておく。しかしながら、すべての有効要件について網羅的・体系的に分析しているとはいえないだろう。CAPITANT, op. cit. (note 30), nos 99 à 101 (P 215-220).

(32) Alain BÉNABENT, Juris-classeurs, Les contrats aléatoires, Art. 1964, n° 10.

(33) 契約の構造上、射倂契約という性質を有せざるを得ないものを本質的射倂契約 (essentiellement aléatoire) と呼び、これに対して通常は兼定契約の性質を有するが、当事者の意思によつて射倂契約とすることができるものを附随的射倂契約 (accessoirement aléatoire) と呼ぶ。前者の例としては、賭事や博戯 (le jeu et le pari)、終身定期金の設定 (le constitution de rente viagère) 契約、終身扶養 (le bail à nourriture) 契約、保険契約 (le contrat d'assurance)、虚有権あるいは用益権の売買 (le vente d'une nue-propriété ou la vente avec reserve d'usufruit) が挙げられる。後者の例としては、担保のもとに約定された譲渡 (une cession qui a pourtant été stipulé sous garantie) は射倂契約として考えられるが、反対に買主の危険のもとに約定された譲渡 (une cession stipulée aux risques et périls de l'acheteur) は偶然性がないと判断される。また、係争中の権利の譲渡 (le cession de droits litigieux) や、相続権の譲渡 (la cession de driots successifs) も後者に入る。BÉNABENT, op. cit. (note 33), nos 53 à 72. 本質的射倂契約と附随的射倂契約という分類は、日本旧民法典を起草したボワソナードの見解の中にも見られる。Gustave BOISSONADE, Projet de code civil, pour l'empire du Japon, accompagné d'un commentaire, nouvelle éd., tome 1 1890, rep. 1998 YUSHODO, n° 32 (P41). この点に関する検討として、倉澤康一郎「射倂契約と条件の法理」『保険契約の法理』(昭和五〇年、慶応通信) 一八〇頁以下参照。

(34) こうした性質が射倅契約一般に認められるというこの実例として、たとえば、競馬法（昭和二十三年七月一三日法律第一五八号）第二二条は、勝馬投票券の効力について、以下のように規定する。

第二二条 各勝馬投票法において、勝馬投票券を発売した後、当該競走につき左の各号の一に該当する事由を生じたときは、当該競走についての投票は、これを無効とする。

(一) 出走すべき馬がなくなり、又は一頭のみとなつたこと。

(二) 競走が成立しなかつたこと。

(三) 当該投票法について競走に勝馬がなかつたこと。

二 発売した勝馬投票券に表示された番号の馬（連勝単式勝馬投票法及び連勝複式勝馬投票法にあつては、その勝馬投票券に表示された組のいずれかの番号の馬）が出走しなかつた場合は、その馬（連勝単式勝馬投票法及び連勝複式勝馬投票法にあつては、その番号の属する組）に対する投票は、これを無効とする。連勝単式勝馬投票法及び連勝複式勝馬投票法において同一の番号を一組とした場合において、その番号の馬のうちいずれか一頭のみが出走したときは、その組に対する投票についてもまた同様である。

三 入場者以外の者に対し発売した勝馬投票券の発売金額の全部又は一部を、天災地変その他やむを得ない事由に因り、入場者に対し発売した勝馬投票券の発売金額と合計することができなかつた場合には、入場者以外の者の投票であつて合計することができなかつたものは、これを無効とする。

四 前三項の場合においては、当該勝馬投票券を所有する者は、日本中央競馬会に対し、その競馬投票券と引換にその券面金額の返還を請求することができる。

(35) Cf. La loi du 13 juillet 1930.

(36) Art. 1174 Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition posttestative de la part de celui qui s'oblige.

(37) 日本の裁判例では、この点を民法一三四条の類推適用によって解決を図っている。最近の判例でこの点について著名な判決群としては、ゴルフクラブ預託金返還訴訟が挙げられる。預託金返還請求が認容されたものとして、東京地裁平成一四年三月二七日判決、判例マスター（文献番号2000-10-27-0007）、棄却例として、水戸地裁下妻支部平成一五年二月七日判決金商一一六八号四二頁、東京地裁平成一四年一月一七日金商一一六八号四六頁。

(38) Cass. com. 24 oct. 1961, D. 1962, 46, note par Jean HÉMAR, D.

(39) 売買契約の主たる効果は、代金支払義務と財産権移転義務であるが（民法五五五条）、ここで問題となる担保責任については、売買契約から生じる附随的な性質を有する特約であると理解することが可能であり、この特約に関しては、通常の射替契約と同様の性質を有することとなるだろう。前掲注(38)参照。

(40) たとえば、梅博士によれば、「……知りテ之ヲ告ケス而モ擔保ノ責ニ任セサルヘキコトヲ特約スルトキハ是レ明カニ法律上自己ニ責任アルヘキコトヲ知りテ而モ其事實ヲ隱蔽シ故ラニ擔保ノ責ヲ負ハサル旨ヲ約スルモノナルカ故イ是レ詐欺ニ非シテ何ソヤ」と説明する。梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』（昭和六〇年、復刻版、有斐閣）五三〇頁参照。

(41) この見解に属するものとして、我妻栄『債権各論中巻一』（昭和三二年、岩波書店）二九九頁。

(42) 【判例⑧】 Cass. civ. 26 janvier, 1948, D. 1949 442.

事案は省略。この中で、判決は、「一九三〇年七月二三日法一五条二号（現行の保険法典L. 一一三一二の二号に相当）における告知内容は、被保険者が危険の評価に影響を与えうることを知っており、保険者がその危険の引き受けを拒否したり、保険料の増加を引き起こすことを知っている状況の正確な告知を含むとして、告知義務の内容について判断している。」

(43) 拙稿「射替契約における主観的偶然性と客観的偶然性」『法学政治学論究』第五三号二二七頁以下、同「アラン

・ベナバンの射倅契約論』『法学雑誌タートンスマン』第六号一七六頁以下、同「商法六四二条論―保険契約における主観的偶然性―」『商法の歴史と論理（倉澤康一郎先生古稀記念）』（平成一七年、新青出版）参照。

(44) Alain BÉNABENT, *op. cit.*, (note 32), no 25.

(45) この点に関しては、わが国においても議論がなされているところである。たとえば保険事故の立証責任に関する最高裁判例として、最高裁平成一三年四月二〇日（民集五五卷三三六八二頁）参照。

(46) 陸上保険契約が制定法として認められるのに、フランス民法典制定から一二〇年以上も後の一九三〇年であったことは、このことの一つの現れであるといえるだろう。

(47) Alain BÉNABENT, *La chance et le droit*, no 48 (P44); BÉNABENT, *op. cit.* (note 32), no 26.

(48) 【判例⑨】 Cass. civ. 28 janvier 1952. D. 1952. 321.

一九四〇年五月一八日、Joseau は配偶者 Robin に対して自らの所有する不動産とその不動産に備え付けられた動産を三二〇〇フラン譲り渡し、これに対して Robin は、その対価のうち一六〇〇フランについては、健康なときも病気のときも Joseau に対して扶養等を行い、そうして最後には葬式まで執り行うという形で終身扶養契約を公正証書によって締結した。契約締結の八日後である同年五月二六日 Joseau は死亡した。Joseau の包括名義受贈者であった Verma は、当該契約の無効を主張した。このような事実関係のもとで、裁判所は、まず、フランス民法一九七五条以下の規定は、終身定期金債権者が契約のときより二〇日以内に死亡した場合には、定期金債務者には立ち向かうところのいかなる危険も推定されないというものであるが、この規定は例外的なものであり、終身定期金の場合にしか適用がないために、本件のような終身扶養契約にあつては、その適用をみないとした。

(49) 【判例⑩】 Cass. civ. 19 avr. 1882. D. 1882. 77.

Amelot と Vincent は、一八七八年八月九日に以下のような契約を締結した。すなわち、親である Cornillon の相続に関して、契約両当事者のうちの片方が、最近死亡した Cornillon の相続人となった場合、あるいは両者共に相続人

となった場合には、両者はこれを半分に分割し、半分を自らが、そうして残りの半分を相手方に帰するというものである。この契約に関して、破棄院は、当該合意は、射倖契約としてのあらゆる性質を併せ持つために、当該合意が締結された際に、両者にとって損益が不確実な事件に係らしめる相互的な機会を与えている。法においては、不確実な事件とは、すでに発生した事件であっても契約当事者にはいまだ知られていない事件であると考えられる。したがって、契約の際に Amelot を除外して、Vincent の身に相続人の資格があると確実かつ決定的に定まっていたとしても、それは重要なことではないと判示した。

(50) BÉNABENT, *op. cit.* (note 47), *La chance et le droit*, no 48 (P 44); BÉNABENT, *op. cit.* (note 32), no 27.

(51) Paris 18 fév. 1956: D. 1956, 326 Trib. civ. Saint-Lô 7 mars 1957: D. 1957, somm. 82.

(52) Angers 29 juin 1897: D.P. 1901, 2, 369 et la note.

(53) 係争中の権利の譲渡と射倖契約との関係については、倉澤、前掲(23)、一七頁参照。

(54) Alain BÉNABENT, *Droit civil, les contacts spéciaux, civil et commerciaux*, 4^{ème} éd., 1999, no 932.

(55) 【判例⑩】 Cass. civ. 27 déc 1938, D. P. 1939, 1, 81.

この判決によれば、多数人の生存期間の測定に関して統計的な結果があるからといって、ある契約が射倖的な特徴を消滅させることはない旨を判示している。

(56) ベナバンのこの学説と同時期に、日本においても、偶然性に分析を加える見解を見ることができると。たとえば、倉澤教授は、射倖契約の法構造を条件附契約との対比の上で、射倖契約を以下のように定義づける。「射倖契約の定義のうち、給付ないし出捐の不確実性にその特質をもとめるものは、結局 *alea* の存在を捉えているものであるから、それだけでは条件附契約との区別が明確にされているものとはいえない。条件附契約の場合には、*alea* の現実化が同時であり、かつ *alea* の現実化された内容たる具体的出捐が対価性を有するものであって、結局 *alea* が当事者の損益にかかわらないというところにその特色がある。そうして見ると、射倖契約を定義づけるには、*alea* が当事者の損益

にかかわるものであることを捉えるべきこととなる。」この見解の前提にある倉澤教授の理解には、ベナバン同様の、給付の偶然性と出捐の偶然性という同一の分析があるように推察される。この意味で、この両者の見解は、時代的に見ても、偶然の一致が見られるのである。倉澤、前掲注(33)、一七七頁。Alan BENABENT, *La chance et le droit*, Paris, 1973.

(57) もっとも、有名契約の中でも委任契約(民法六四三条)における受任者の義務は、この両者いずれをも含むことが通常であるところに特徴が見られる。

(58) 倉澤、前掲注(33)、一七八頁。

(59) 但し、ベナバンによれば、射俸契約にあつては、錯誤の適用が排除される場合があるとする。BENABENT, *op. cit.*, note 54, n° 949 (P552).

(60) 法律行為の目的の確定性という点からは、二〇〇五年四月一日施行予定の民法典においても、これらと同様の規定を見出すことが可能である。本改正では、民法典の現代語化のほかに、保証の部分の規定を改めているが、この保証に関する四六五条の二は、貸金等根保証契約の保証人の責任等について規定されており、ここでは、貸金等根保証契約については、元本、利息、損害金等の一切を含んだ極度額の定めがないものを無効としている。保証契約とは、保証人と債権者との間でなされる契約であり、債務者の支払不能等の一定の事件が生じない限り保証人の責任が顕在化することはないが、一定の事件が生じた場合には、保証人は責任を負担する義務を負う。このことから理解されるように、保証契約における給付内容は、特に有償保証の場合を念頭におけば、射俸契約としての性質を有しており、目的の確定性ないし実現可能性という要件を満たす必要がある。本来、極度額の定めがない保証契約は、保証人はどこまでの債務について保証しているのかという合意内容についての確定性を欠くために、原則として無効となるべきものである(「無制限」という内容の極度額の定めが法律行為の有効要件を満たすか否かという問題は、これとはまた別の問題である)。今回の改正はこの点について、目的の確定性という要件を満たすための具体的な要件を明示し

たところに、意義があるといえよう。

(61) 倉澤、前掲注(33)、一七七頁。

(62) 大森忠夫『保険法』(昭和三二年、有斐閣) 八二頁参照。