

ルカ・ブッタロ『保険利益論』（2）

岡 田 豊 基

<も く じ>

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

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、第34巻第2号）

第4章 保険者の給付の目的としての利益保護

1. 債務と給付
2. 保険金の支払は保険者の債務の目的となる
3. 伝統的な理論に基づく、遺伝学上の双務契約と保険における機能上の双務契約
4. 保険事故の発生は条件とはならない
5. 被保険者の不告知と不実告知、リスクの増加
6. 機能上の双務契約の重要性
7. 《支払および償還》条項および《契約不履行の抗弁》条項と給付の同時履行
8. 射倖契約と実定契約
9. 保険者の給付の目的を保険金の支払と見る理論の最近の批判
10. 射倖契約と実定契約との基本的な構造上の同一性
11. 保険者の債務ではなく、給付内容を条件とする理論
12. 保険者の債務が危険の負担または技術的方法の準備の中に存するとする

理論

13. 保険における二重または代替的債務の不存在。関連した理論の批判
14. 保険，保証および給付が偶発的になされるその他の契約。それらの構造
15. 保険者の給付の内容
16. 利益の保護理論のこれまでの表明

第5章 保険者の給付の不履行

1. 実定契約および保険における債務と履行
2. 契約の前提，債務および利益の保護
3. 否定的債務
4. 保険および供給における債務の履行・不履行
5. 競合しない合意
6. 保証人の債務の不履行
7. 被保険者の利益を保護する債務の不履行
8. 継続的実定契約および保険における民法典1461条
9. 新しい業務の負担の禁止および契約の解除
10. 保険者の破産（以上，本号）

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4章 保険者の給付の目的としての利益保護

1. 義務と給付

前章の結論は，契約の目的は存在せず，そして，保険契約も含む債務契約では，契約の目的の代わりに給付の目的が論じられなければならない，というものであった。それゆえ，利益は一般的に給付の目的を構成するか否か，そして，保険者の給付の目的を構成するか否かを検討しなければならない。

債務は，その内容によって3類型に分けられる。その結果，主体は特定物の譲渡の中もしくは役務の中に存在する給付を履行しなければならない，または何かを行うことを控えなければならないということに依じて，譲渡（*dare*），⁽¹⁾ 作為（*fare*）または不作為（*non fare*）の債務を論ずることになる。という

（1） この区別はローマ法まで遡り，その起源において徴候があった。ローマ法か

のは、不作為債務では、肯定的行動を前提とする給付は存在せず、債務の内容は何もしないことの中において具体化するからである。

給付はすべての関係を性格づけるし、物の引渡、債務免除、特定役務の提供によって実行される行動 (attività) の実現を表す。^(2・3) 給付の目的は、初めの2つ

ら市民法に継受され、古典ともいえる法律家のほぼ全員が受け入れている：Polacco, *Le obbligazioni cit.*, p. 187; De Ruggiero, *Istituzioni cit.*, III, p. 29; 最近の論文として：Messineo, *Manuale cit.*, II, 2, p. 28; Barbero, *Nozioni istituzionali cit.*, II, p. 10; Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 440 ss.; フランスの学説：Planiol et Ripert, *Traité élémentaire cit.*, II, p. 885. しかし、近時、給付概念を広げることにより、その中に、他人の利益の配慮の引受を含めると考える者がいないわけではない：Heymann, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag cit.*, p. 2 ss.; Id, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assic.*, 1938, I, p. 60 ss.; しかし、この見解は孤立しており、多くの批判なされている。

指摘すべきは、債務が各類型に分類されるということは、基本的には、債務を履行するために行われなければならない給付の内容の相違に基づいてなされる、ということである。

- (2) 通説は給付を行動 (comportamento) と定義し (Messineo, *Manuale cit.*, II, 2, p. 33; Polacco, *Le obbligazioni cit.*, pp. 190-191; De Ruggiero, *Istituzioni cit.*, III, p. 29; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni cit.*, I, p. 129; Barbero, *Sistema istituzionale cit.*, II, p. 10), 肯定的給付と否定的給付とを区別もせず論じている (Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 440 ss.; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire cit.*, I, p. 885)。しかし、債務の目的と内容とを同一視することを望まなければ、給付を行動とみなすことはできない。この識別を様々な研究者が行っている (Polacco, *Le obbligazioni cit.*, p. 184; De Ruggiero, *Op. e vol. cit.*, p. 25; Planiol et Ripert, *Op. e vol. cit.* p. 855; さらに、Barassi, *Teoria generale cit.*, p. 131 は、内容と目的とを区別しているが、同様な区別はいかなる有効な効果ももたらさないという結論に到達し、その排除に傾いている)。これに対して、他の学説は、給付は目的が財であるという債務の内容を構成するにすぎないと認めうる、と考えている (Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 80; Messineo, *Manuale cit.*, II, 2, p. 32; Barbero, *Op. e vol. cit.* pp. 10-11)。

債務の内容が債務による拘束になるゆえに、この方法ではすべての利益は給付を論じなくなる。その結果、給付という文言は、債務を表すための方法でしかなくなる。しかしながら、区別の理由は、給付は拘束とは異なる何か、すなわち、その要素であるという可能性の中に存在する。換言すれば、給付は、純粹かつ単に債務であるという事実ではなく、引き受けた拘束の結果において、そして拘束を免れるために特定の行動を負担すべき義務である。すなわち、何かをねらう限りにおいて、積極的な態度である。そして、特殊な状況に従わなければならない者のように、単に積極的でない。

給付という文言の語源に関する同じ意味は、譲渡または行わなければならない

の場合には物または金銭によって構成され、3つ目の場合には役務、または一般的には主体の行動で構成される。様々な可能性のある給付は増大することも可能であるが、それらはすべて譲渡(給付(*praestare*)および免除(*liberare*))を含む)および作為の中に含まれる。

しかし、近時、給付の概念について、第三者の利益の配慮をすべて任意に引き受けることまでに広げるとともに、その目的はこの利益により構成されることまでに広がる⁽⁴⁾と考える者がいないわけではない。

しかし、この拡張は他の学説に支持されていない⁽⁵⁾。というのは、実定契約では、いかなる場合においても、給付の目的は利益であると主張できないからである。すでに論じたように、この契約では、利益、すなわち主体が特定の行為を行いうる、または物を処分しうることに対する関係は、適法性の効果においてのみ意義があるに対して、給付の目的は、相手方に引き渡される物・金銭、または主体が返還義務から免除される物・金銭で構成される。給付は、特定の行為の実行または役務の提供においても存在するが、給付は、つねに利益の配慮という一般的な引受とは異なる内容を有する⁽⁷⁾。

何かを考えさせる。そして、当然のこととして、ローマ法の起源は否定的給付を無視している。それゆえに、給付は肯定的行動、すなわち、債務の目的を構成する行動でしかありえないと結論づけられるが、財または役務は給付の目的にすぎない。しかしながら、否定的債務においては拘束しなく、このことが、かかる債務はそれに違反したときに限って重要になるという理由である。

(3) 給付の内容は、他の方向においてその目的とともに、債務の違い、債務の目的によって変化する。しかし、場合に応じて、すべては一般的に譲渡または作為に回帰することができる。

(4) Heymann, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag* cit., p. 2; Id., *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 59 ss.

(5) Heymann 理論に対する批判について: Greco, in *Assic.*, 1934, I, p. 563 ss.; Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assicurazione*, in *Saggi in scienze assicurative*, I, Pisa 1935, p. 71; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1937, I, p. 412。しかし、外国の学説はこの見解を検討していたとは思えない。そして、民法学説では、Heymann 理論に対する批判も賛成もない。最近では(Messineo, Barbero, Trabucchi および注(1)の研究者)、伝統的な3分割が引き続き検討されている。

(6) 第1章第2節を参照。

(7) 実定契約では、各当事者には、具体的に契約の機能によって特定された1つまたは複数の給付がある。売買では、物の引渡と代金の支払であり、賃貸借では、

2. 保険金の支払は保険者の債務の目的となる

⁽⁸⁾
 通説によれば、保険者の主たる債務は保険事故発生時に保険金を支払うことであり、双務性は被保険者の保険料支払債務と保険者の偶発的な保険金支払債務との間に存在する。それゆえに、双務性を構成する2要素の1つは、確實かつ特定の債務で構成されるのに対して、他の1つは、条件または期間に依拠す⁽⁹⁾る。そして、保険金の額が保険事故で生じる損害に関連するゆえに不確定でもある。しかしながら、かかる論者はリスクの性質について理解を異にする。すなわち、それは、固有の条件であるのか否か、⁽¹⁰⁾または、単なる法定条件 (condicio

物の享受の譲渡と、道路のような使用料の支払である。保険においてのみ、利益がとくに重要となる。利益は、契約の目的に関して学説によって論じられているが（前章注(16)を参照）、これは他の問題である。

- (8) Vidari, *Corso di diritto commerciale* cit., V, p. 363; Manfredi, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 197; Navarrini, *Diritto commerciale* cit., III, p. 276; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 191; Devoto, in *Saggi in scienze assicurative* cit., I, p. 71; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 423; Id., *Il contratto di assicurazione* cit., p. 25. 外国の学説：Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1924, I, p. 93; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 137; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 266; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 89 ss.; Sumien, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1948, p. 85; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 149; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., pp. 161-162; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., p. 79.

これらの中に、Heymann (*Op. cit.*, a nota 4) も含まれる。ただし、彼は保険金よりも保険金の支払約束に言及し、この約束を保険者の主たる債務と考える。酷似：Donati, *Op. e pag. sopra* cit.

- (9) Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 43; Viterbo, *Il contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 58; Devoto, in *Saggi in scienze assicurative* cit., pp. 76-77; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 423; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 201 ss.; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 146 ss.; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 149.
- (10) Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 58; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 146; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 202. これに対して、純粹かつ単純に条件付契約を論ずる者：Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 43; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 193; Lordi, *Le obbligazioni commerciali*, Padova, 1936, II, p. 622; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 105 in nota; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 68; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p. 149. Pothier のごとき19世紀の法律家の理論に合致する。

iuris)あるいは必要条件にすぎないのか否かの違いによる。⁽¹¹⁾その中には、危険(alea)は真の固有の条件を構成するという者もいる。というのは、不確実な事象が発生するか否かに依拠するのは保険金の支払だということだけでなく、⁽¹²⁾とりわけ、保険契約の締結時に、当事者は、条件の成就という効果が関連するのは法ではなく、契約当事者の意思であるという結果を伴って、条件が成就することを具体的に望むからである。⁽¹³⁾そこで、保険契約に関して、契約が締結時から有効となり、その効力が保険事故の発生によるものではない限りにおいて条件付契約を論ずることができないならば、保険者の主たる債務、すなわち保険金の支払について同様のことを論ずることはできず、⁽¹⁴⁾それゆえに、論ずべきは契約ではなく条件付の債務である、と付言される。

(11) Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assic.* cit., p. 76; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assic.* cit., p. 421; Id., *Il contratto di assicurazione* cit., p. 25. 賭博に関して同旨: Glück, *Commento alle Pandette*, Trad. It., vol. XI, p. 546 in nota.

(12) Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 44; Lordi, *Le obbligazioni commerciali*, cit., II, p. 622; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 69; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 202; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 148.

(13) Heymann, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag* cit., p. 26 s. これに対して、Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 59; Id., *Ancora del contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1947, IV, c. 148 の見解は異なる。この者は、すべての保険契約に対する危険の重要性と、保険者の個別給付の重要性とは区別する必要があるとする。というのは、危険は契約類型に必要な要素であるので、条件付契約を論ずることはできないが、これが保険者の債務という結果を伴うからである。本文で概観したように、契約の本質的な要素が条件付であるならば、すべての契約もそうであるというこの見解を受け入れなければならないという事実は別にして、Viterbo の理論は、固有の条件または法定条件が重要か否かを決定するのに重要ではない。危険はすべての契約の本質的な要素を構成するという事実は、各要素に関して、その存在が当事者の意思に戻される、ということの意味しない。

(14) Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 44; Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 59; Id., *Ancora del contratto di assicurazione*, cit., c. 148; Lordi, *Le obbligazioni commerciali*, cit., II, p. 622; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 146; Eeckhout, *Le droit des assurances* cit., p. 69; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 202. 賭博に関して、類似の見解が民法学説によっても主張されている。同旨: Glück, *Commento alle Pandette*, Trad. it., Milano, 1903, vol. XI, p. 545; Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Trad. It., Torino, 1902, II, 2, § 420. 最近、この理論が再び主張されているが、危険は射倖契約から派生する債務の1つ、またはその双方に襲いかかることによって、1つまたは2つの危険を論ずることができると考

しかし、かかる論者は固有の条件を考慮していない。というのは、保険事故発生時に保険金の支払が従うのは、当事者の意思ではなく、法律または契約の性質そのものだからである⁽¹⁵⁾。固有の条件を論じるためには、当事者が保険事故の発生を具体的に予測したということでは十分ではなく、当事者は、その発生を望む場合、かかる条件を排除できることも必要である。法定条件が機能する契約において、当事者は、その都度、条件の成就を望んだということは否定できない⁽¹⁶⁾。というのは、当事者は、単に抽象的に契約内容を定めたからではなく、その一部を構成する要素および条件をも定めたからである。ただし、この方法ではすべての条件は固有の条件になろう。しかしながら、基本的な違いは、この場合、当事者は契約という法律要件を修正しながらならば、条件も望まなければならない、ということである。これに対して、固有の条件の場合には、当事者は、条件の発生をその都度具体的に定めなければならないだけでなく、条件を排除することもできる。そして、むしろ、明白な規定が存在しない場合⁽¹⁷⁾には、法律行為は純粹かつ単純であり、条件は契約内容の一部とならない。

える者がいなかったわけではない（同旨：Barassi, *Teoria generale* cit., II, p. 293）。この見解は基本的に間違っている。というのは、複数の債務の1つが条件付であっても、危険は双方の当事者に影響するからである。いかなる場合においても、契約の派生的結果を考慮しなければならない（同旨：Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 83; Boselli, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim.*, 1948, p. 785 s.）。

(15) Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assic.* cit., p. 76; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assic.*, cit., p. 421; Id., *Il contratto di assicurazione* cit., p. 25; Glück, *Commento alle Pandette* cit., p. 546 in nota.

(16) 試験売買 (vendita a prova) または所有権留保売買 (vendita con patto di riservato dominio) では、当事者は、具体的な証明または留保を望む。もしそうでなければ、純粹かつ単純な売買契約を締結したであろう。そして、これらは、法定条件によって、典型契約に何か新しいものが加わる場合に、同様の証明の可能性が増加する。

(17) この意味において、条件は学説によって偶発的な要素、すなわち、契約の効力については必然的でないが、その都度、当事者が付加する要素として論じられる。それゆえ、この結果は、リスクが欠如する場合と比べて著しく異なる。というのは、この場合には、契約は純粹かつ単純であり、後者では、契約は無効となるからである。やはり、不確実な事象が発生しないということの効果は異なる。というのは、条件付の契約は効力がないまま、いかなる効果をも発生させないのに対して、保険契約は、固有の機能を果たし、保険金が支払われるべきではない、

保険ではリスクの存在を無視しえないゆえに、民法典の該当規定（1895条）^{*（1）}は、契約締結時にリスクが存在しない場合には、保険が無効となる旨を定めている。そして、当事者は保険事故の発生を具体的に定めているという事実は、非常識にも契約締結時にリスクが無視されたならば、当該契約は保険であるという事実のみによって機能する、^{（18）}ということの意味しない。

固有条件説からの多大の援助は、危険は保険者の債務に影響するにすぎず、すべての契約には影響しないという事実からは引き出しえない。というのは、理由は基本的には同じであり、リスクの存在は当事者の意思ではなく、契約が遂行しなければならぬ機能に依拠するからである。付言すべきは、条件付の債務の存在が認められると考えなければならぬならば、条件付債務は当事者の意思に反することも必要であろうし、当事者が双務契約で債務間の拘束を解くことできないゆえに、そして、将来の不確実な事象の発生に従うが、このことは法律でなされる、^{（20）}ということである。

このように、もし不動産AまたはBの売買について、買主はつねに合意金額を支払うが、売主はクジを当てたときにだけ不動産を引き渡すということが合意されるならば、それはもはや条件付売買ではなく、予想買い（emptio spei）

ということにすぎないからである。

（18） 射倖契約と条件付契約の違いについて：Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici* cit., p. 95 ss.; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., p. 290; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 816; および、そこに引用されているもの；Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 270 ss. e 281; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 202; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 170.

（19） 法定条件が重要であり、固有条件はそうではないと主張する者もまた、保険者の義務は条件付であると主張しているが（同旨：Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 421; Id., *Il contratto di assicurazione* cit., p. 25; Devoto, *Op. cit.*, p. 76）、そうでなければ、純粹かつ單純に条件付契約を論じていた過去の学説（Pothier, Pardessus, Baldasseroni）に対する批判の後では主張できない。そして、危険は契約の類型に対して必然的な要件を構成するゆえに、純粹かつ固有の条件として考慮されなければならない各債務に対して、Viterbo (*Il contratto di assicurazione* cit., p. 59) の主張は納得できない（同旨：Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 420）。しかし、すでに概観したように、誰も法定条件を論じていない。

*（1） 栗田＝今井＝岡田＝小櫻・前掲注第3章（6）197頁以下（今井筆）、拙稿・前掲注第1章（*1）62頁を参照。

(21)
になる。

それゆえに、拘束が2つの純粹もしくは單純な債務、または純粹な債務と条件付債務との間に存在するということに応じて、契約の機能は異なる。付言すべきは、債務が契約関係の本質的な要素となれば、これらは関係の単なる要素に関連するが、内容のすべてにも関連しなければならず、その結果、債務が条件付ならば、契約もまたそうである、ということである。

いずれにしても、前述の考察を介して危険に関して条件を論じなければならぬならば、たとえ必要条件が偶然のものでなく、特定の契約が固有の効果をもたらすためになされなければならない予備的な行為にすぎないとしても、法定条件または必要な前提が重要である、すなわち、その存在が依拠するのは当事者の意思ではなく、法律または契約の性質であるという事実が重要である。というのは、法定条件の発生はケースに依拠し、発生しないこともある、ということを否定できないからである。固有の条件は、当事者が契約内容に付加する偶発的要素であり、条件付契約として締結された単一契約においてのみ重要であるのに対して、保険における将来の不確実な要素は、契約の構造に生来のものであり、危険が欠ければ保険契約は無効になるか、別の契約に変貌する。⁽²⁴⁾

(20) 条件付契約と条件付債務との違いは、双務契約において条件付債務が論じられるということが認められるが、契約に付加される条件がその効果に影響し、構造および機能には影響しないのに対して、条件が当事者の一方の債務に備わっているときには、債務間の双務関係は修正される、ということである。それゆえ、この拘束は契約の機能をそのものであるもので、当事者は、条件の存在しない契約とは異なる契約類型に息吹を与えない場合には、債務の中の1つの存在を条件に従属させることはできない、と主張できない。このことから、条件付債務は、法が各人に対して新たな行為類型を創造する権限を留保しているゆえに、法律または当事者の意思で定められる、と主張できよう。

しかし、我々の観点は、この点に関して、条件付債務を絶対的に論ずることができないという意味において厳格である。学説は、射俵契約および保険に関する双務性の決定において過ちを犯している。

(21) この点について：Paris Le Clerc, *Le contrat de assurance* cit., p. 281.

(22) この点について：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., pp. 391 e 639 ss.; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 597 による法定条件に関する論文。

(23) 同旨：注(11)で引用した研究者。しかしながら、法定条件を論ずることは正しくない。というのは、法定条件は単なる条件ではなく、効力要件にすぎないからである。この場合にそれを論ずることは、名称に執着したことの結果である。

(24) この意味において、注(18)で引用した研究者を参照。

3. 伝統的な理論に基づく、遺伝学上の双務契約と保険における機能上の双務契約

この方法では、義務相互間の双務関係、すなわち、一方の給付の履行が反対給付の履行のカウザと理由とを構成する拘束が壊れる。義務の1つは実行される必要はなく、保険事故が発生しない場合には、他方当事者の義務履行の理由がなくなり、当事者の一方が支払った保険料を返還する結果を伴う。これこそが、通説が遭遇する最大の困難さであり、保険研究者に衝撃をもたらし、保険金支払義務とは異なる保険者の義務を見出す試みの原因となった⁽²⁵⁾。学説は、射倅契約に対しては双務契約に固有の規定を適用することができないとし、この異常さを認めてきた⁽²⁶⁾。しかし、最近では、一般的な双務性 (biolateralità) と機能的な双務性との違いに基づく関係の存在が認められている⁽²⁷⁾。

民法学者が繰り返し支持してきた理論を受け入れることにより⁽²⁸⁾、これらの学

(25) Salandra, *Assicurazione* cit., p. 170; Id., *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assic. cit.*, p. 12; 同旨: Mossa, *Compendio del diritto delle assicurazioni* cit., p. 72; Ferri, *Manuale* cit., p. 542; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 366.

(26) 同旨: Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 203; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 255 e 281; この者は、片務契約を論じるということを否定するために、保険は双務契約か否かという問題を検討している。そして、そのすべての構成は、保険には双務契約の規定が適用されず、契約の機能が弱まるという考えに基づいていた。考察において立場の明確な内容を欠いているとしても、この見解を支持するもの: Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 43; Lordi, *Le obbligazione commerciale* cit., II, p. 621; Eeckhout, *Le droit des assurances* cit., pp. 68-69.

射倅契約と実定契約の違いについて、そして、後者に固有の規定が前者に適用されうるかについて: Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 239 ss.; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., II, p. 290; Messineo, *Teoria generale del contratto* cit., p. 221.

(27) Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 427; Id., *Il contratto di assicurazione* cit., p. 26; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 145 ss.

(28) Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 353; Scuto, *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 364; Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Annali dell'Università di Palermo*, 1921, p. 85; Ascarelli, *Sulla clausola solve et repete nei contratti*, in *Studi in tema di contratti* cit., p. 269. これらの者を機能的な双務性の重要さに疑いを持たせた根拠は様々であり、様々な観点から出発している。しかし、これらは、本文でみたように、批判に対して反論していない。そして、これらの根拠は明白な規定を持たない1882年商法典にお

(29) 説は、一般的双務性と機能的双務性とを区別する必要があること、前者のみが契約の構造の決定について重要であることを認めるに至った。

双務性は、前述の研究者によれば、個人の約束 (promesse) 間の拘束 (vincolo) で形成されるのであり、義務の間ではない。というのは、義務は双務性の産物であり、双務性そのものではないからである。すなわち、その起源となり、異なった義務が派生するのは、約束の間の拘束だからである。さらに、当事者の給付の履行は、反対給付に対する権利の発生および継続ではない。というのは、各給付は支払原因に基づいて (solvendi causa) で履行されるからである。⁽³⁰⁾ 個々の給付の履行は、事前に引き受けられた義務の履行行為である。これは、契約における約束に起源を有し、反対給付が履行されないことだけでは、当該義務の主体を履行すべき給付について免除させるには十分ではない。

物権的契約と債権的契約との違いは、当該研究者によれば、前者では、各主体の給付は相手方の給付の対価となるのに対して、後者では、拘束が生ずるのは約束の間に限られる、という考えに基づく。⁽³¹⁾

単なる約束は何ら機能しないということ、および、主体をして特定の契約を

いて有効であったが、民法典が施行された後はそうではなくなった。この理由は、債務者が責めを負わない原因により物が滅失した場合、同時に、債権者は、自己の給付を履行する義務から免除されないという認知に導かれる、双務契約において、場合によっては、当事者の一方が同時履行の抗弁 (*exceptio non adimpleti contractus*) を主張することを放棄できる、という見解にも導かれる。

この結論の理由は、前述の研究者が主張しているものとは異なる。ここにおいて初めて、以下のことを付言する興味がわく。すなわち、最新の理論を取り入れた新法典は、所有者が債務を負う (*casum sensit debitor*) という原則 (Gorla, *Rischio e pericolo nelle obbligazioni* cit., p. 71 により主張されている) を認め、所有者が債権を取得する (*casum sensit creditor*) という伝統的な原則 (Coviello, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione dell'obbligazione*, Milano, 1895, p. 145; Polacco, *Le obbligazione* cit., p. 345; Rocco, *Studi di diritto commerciale*, Messina, 1933, II, p. 352) を認めておらず、このように、前述の理論を支えにして、多数の理論のうちの1つを採用した。

(29) Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 427; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 146 ss.;

(30) Donati, *Op. ult. cit.*, p. 432; Heymann, *Op. ult. cit.*, p. 153.

(31) Donati, *Op. ult. cit.*, p. 423; Heymann, *Op. ult. cit.*, p. 65; Scacuto, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano* cit., p. 85; Ascarelli, *Sulla clausola solve et repete nei contratti* cit., p. 269.

履行させる必要性は、給付の履行に従って、財によって満足されえないということには反対できない。バターや馬を購入するつもりの方市民にとって、自己が行う行為の結果は、バターや馬ではなく、特定物を受け取る約束をこの者に取得させるという結果であるということ是不思議であろう。というのは、この者は、台所で使えない、荷馬車にくくりつけられないこれらの約束が何をするのか理解できないからである。かかる研究者は、法律家は市民の心配から何も受け取る必要はなく、彼の意図に置かれた現象の実体を検討しなければならない、と述べている。⁽³²⁾

市民の心配から派生してしまうが、法律家はすべての法律関係を過少評価する危険を冒している。つねに、何かを有しまたは行う可能性は、人の入用を充足するには十分である、と発言できない。そして、不動産の取得または賃貸は、その者がいかなる場合においても目的物を自由に処分できるという事実に関する自己の入用を直接的に取得できないし、同様に充足していない。それゆえに、処分のこの可能性は、具体的な物の処分については重要である。

むしろ何人かの研究者によると、人の入用を充足するのに適しているゆえに、処分の可能性は、ただちにことばの技術的な意味において給付となる。それゆえに、給付について、他人の利益を配慮してすべての任意の引受が意図されなければならない。⁽³⁴⁾しかし、前述したように、そして、後述するように、強い疑

(32) Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 61.

(33) Heymann, *Op. ult. cit.*, p. 66; やはり, Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 427 を参照 (410頁で、Heymann 理論を批判している)。そして、一般的な双務性だけが重要であると考えているすべての研究者を参照 (Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano* cit., p. 85 ss.)。これによれば、拘束はただ約束の中に存在する。これらの研究者と Heymann との明白な違いは、前者が、一般的な双務性の重要性を認め、本文中で強調した結果をここでもたらすことに限定しているのに対して、Heymann は、この者に対する特殊の (*sui generis*) 給付が最終的な給付を履行するとしても、約束は給付を構成するという点にある。しかし、Heymann 理論は支持できない (Donati の批判を参照)。そして、この概念の一般的な適用は、この者が試みた給付の概念の拡大につねに興味を抱かせてきた。これについては、他人の利益のそれぞれの意図的な援助 (*jede willentliche Förderung fremder Interessen*) を論じなければならない。

(34) Heymann, *Leistung und Gegenleistung* cit., p. 6 ss.; Id, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 64.

間が給付概念の拡大を引き起こしている。そして、有力説は、伝統的な構成に
 関係し続けるという傾向にあった。⁽³⁵⁾認められるのは、主体が有効な約束が存在
 していたゆえに、つねに給付を履行するように債務者に対して主張し、債務者
 の協力がなくとも、これを実現することができるゆえに、主体は単純な約束で
 自己の目的を達成するであろう、ということである。

このことは、検討中の理論について、先行する義務の履行において継続して
 実行される給付間の実現はいかなる重要性もない、ということの意味しない。
 履行主体は、相手方に対して債務不履行の抗弁 (*exceptio inadimpleti*) または
 同時履行の抗弁 (*exceptio non rite adimpleti contractus*) を主張することができ
 るが、機能的な双務性は、契約の双務性の決定に影響しないか、給付間にはい
 かなる相関性も存在しない、ということになる。⁽³⁶⁾

単一の給付のカウザは、主体が事前に引き受けた義務で構成されるのであり、
 相手方の給付によるものではない。給付の欠如した履行が事前に支払われている
 償還を正当化できるならば、このことは2つの給付間の拘束の存在という結
 果ではなく、反対給付の欠如した履行に対する制裁である。しかし、同じ制裁
 が適用されるためには、反対給付の発生に必要な条件が充足され、それにもか
 かわらず、これが履行されていないことが必要である。保険契約では、このこ
 とは保険事故の発生時だけに生ずる。そうでない場合には、被保険者は、保険
 料を支払ったものの、この時以前には何も取得することができない。⁽³⁷⁾というの
 は、填補される損害が生ずるまで保険者は義務を負担しないからである。

(35) 注(5)でみたように(引用した研究者を参照)、学説は Heymann 理論を批判している。つまり、保険契約から発生した問題を解決するためには不十分であると考えており、それを完全に無視している。実定契約では、給付の類似概念に依拠することは有益ではないという事実は、当該理論は民法学者が受け入れてきた無関心を認めている。しかし、慎重に検討され、有益な結果の根拠となりえた理論が単純に解放されるという保険研究者についても同様のことが言及できるとは思わない。おそらく、Heymann 理論が支持されない1番の理由は、Heymann によって“Leistung und Gegenleistung”でなされた放棄の中にあり、明らかに“Le preazione dell'assicuratore”でも同様である。その中で彼は、利益を考慮した任意の引受は、約束に拘束される性格に至ると主張している。

(36) Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., pp. 427 e 432 s.; 同旨: Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus* cit., p. 92 ss.; Ascarelli, *Sulla clausola solve et repete nei contratti* cit., p. 269.

一般的な双務性のみが重要であるという理論の多くの支持者について、ここでは、民法学者が提唱し、これまでに概観した研究者が言及する2つの見解を付加することができる。1つは、双務契約において、相手方当事者の給付がその後、債務者の責めに帰すべからざる事由によって履行不能となったにもかかわらず、当事者の一方の給付は履行されなければならないという事実であり、⁽³⁸⁾もう1つは、頻繁に2つの給付が同時に履行されなければならないというものではない、という事実である。⁽³⁹⁾

前者では、債務者が危険を負う (*casum sensit debitor*) という原則の適用が重要である。後者では、とりわけ、支払および償還 (*solvo et repeto*) 条項の効力に関して言及している。このような場合には、各義務が他方当事者の義務のカウザになるという原則が有効であるならば、消滅していない義務の履行理由が乏しくなるし、つねに2つの義務が同時に履行されなければならない。⁽⁴⁰⁾このことが発生しないならば、かかる研究者によれば、この承認が基礎を置く原則は疑わしい。

4. 保険事故の発生は条件とはならない

我々の見解によれば、これまで提示した理論は正しくない。それゆえに、基礎となる点を繰り返し、それが有効な法律状況に対応しない理由を検討しなければならない。

とりわけ、問題にすべきは、法的な結果は、前述した理論の支持者が証明する機会があったものと同じであるゆえに、⁽⁴¹⁾そして、固有の条件を論ずる者によ

(37) Donati, *Op. ult. cit.*, p. 433.

(38) Polacco, *Le obbligazioni cit.*, p. 353.

(39) Scaduto, *L'exceptio non adimoleti contractus nel diritto italiano cit.*, p. 92 ss.; Ascarelli, *Sulla clausola solve et repete cit.*, p. 269.

(40) 注(38)および(39)に引用した研究者も同旨。

(41) 同旨: Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione cit.* この者は、固有の条件理論の支持者である Viterbo と Heymann を批判した後 (p. 418 ss.)、純粋な義務と条件付の義務との双務性を論ずる場合、事実条件と必要条件との違いを明らかにしていない (p. 428)。Heymann の見解 (*La prestazione dell'assicuratore cit.*, p. 145) も、固有の条件の支持者であるが、必要条件に関連している。さらに厳格なのは、Devoto の立場である (*Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assicurazione cit.*, p. 76)。しかし、この者は、「構成要素としてまたは命令の条件として、考慮されている事実のそれぞれの状況」を論ずることに限定している

って、法定条件または必要条件 (presupposto necessario) として、危険説との比較による違いを創造することを望むことを認めることができるとは思わないゆえに、⁽⁴²⁾ 保険者の給付が従う不確実な事象が、事実の条件 (condicio facti) または法定条件になるか否かを定めることである。この研究者が考慮しているのは、⁽⁴³⁾ 条件付債務の存在を否定する者の意見に反対し、債務と条件付契約とを明確に⁽⁴⁴⁾ 区別することである。その前に、受け入れることは別にして、最近の法律家により提唱されておらず、保険現象の実際に対応しない理論である、もはや時代遅れとなった条件付契約理論に対して批判をしている。

条件付契約とは異なり、射倂契約では、不確実な事象が影響するのは行為の効果ではなく、当事者の一方の債務である。そして、当該契約は、契約締結時から完全になり、そのすべての効力を生じさせる⁽⁴⁵⁾。ところで、契約締結時に、条件付債務が存在するか否かが不明であるという意味において、条件付債務を考察できるのか。契約締結後は、固有の給付に対して反対給付がなされるか否か⁽⁴⁵⁾ はまだ認識できない場合に、当事者の一方が固有の給付を履行せざるを得ないと認めることができるのか。

が、問題を解決していない。

(42) これについて興味深いのは、Viterbo, *Ancora del contratto di assicurazione* cit., p. 148 である。この者は、固有の条件と双務関係の決定要因に関する必要条件との違いを明らかにすることなく、条件付債務に関する自己の立場をとっている。

(43) 注(41)および(42)において引用した研究者の他に、以下を参照：Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 270 s.; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 201 ss. 同旨：Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 43; Lordi, *Le obbligazioni commerciali* cit., II, p. 622; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 105, in nota; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 68; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p. 149.

(44) Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 57; Id., *Ancora del contratto di assicurazione* cit., c. 148; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 281; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, pp. 202-203.

(45) 同旨：Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici* cit., p. 95; Barassi, *Teoria generale* cit., II, p. 290; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 816; Glück, *Commento alle Pandette* cit., XI, p. 545; Manenti, *Del giuoco e della scommessa* cit., note al Glück, p. 786; Guillouard, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, Paris, 1882, p. 14; Bode, *Spiel und Wette*, Jena, 1905, p. 9. とりわけ保険に関するこの区別について：Salandra, *Assicurazione* cit., p. 170; Paris Le Clerc, *Op. ult. cit.*, p. 281; Picard et Besson *Op. e vol. cit.*, pp. 202-203.

この見解を受け入れることにより、契約締結後においても、契約を構成する要素の1つだけでなく、契約の構造が不確定であるという契約に遭遇することが分かる。不確実な事象（保険事故）が生じる時まで、またはその不発生が確定になる時まで、保険者が保険金を支払うべきか否かは認識できない。そして、保険事故は頻繁に生じないゆえに、双務契約として生じた保険は片務契約⁽⁴⁶⁾に変形しうる。

すべての疑問が、双務契約として発生し、その履行時に片務契約に変化する契約を認めることに関連する。この見解は、賭博に関しても主張されているが、克服できない困難さがないわけではない。最近の学説はこれを受け入れ、給付関係について、双務契約に関する原則を保険に広げることを放棄し、また、双務性は約束の間に存在するにすぎないと主張する⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾、という傾向にある。しかし、約束が文言の技術的な意味において、そして、最近のものとは異なる意味において、給付を構成すると認めなければ、これらのいかなる解決法も充足されるとは言えない。とりわけ、後者がそうである。

(46) この理論は、賭博に関して Manenti, *Del giuoco e della scommessa* cit., p. 771 が主張してきた。しかし、保険に関して、そして、条件付債務の1つであるゆえに、条件が成就しなければ、当該契約はその履行時に欠くであろうすべての契約に関して、同じことが繰り返せない。類似の見解を支持している者がいないわけではない。それによると、契約締結時には、その構造が何であるかは無視されている。しかし、契約締結時には、それを投げ返すことにより、条件付債務を論ずる者がいる。

(47) 通説が、保険に関して双務契約であると論じていても、この契約に対して価格範疇の固有の諸原則を適用する傾向から身を引いている（同旨；Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 42; Navarini, *Trattato* cit., III, p. 276; Manfredi, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 18; Lordi, *Le obbligazioni commeciali* cit., p. 620 [しかし、その後すぐに、実定契約が重要なのではなく、給付の関係が不確実な事象の発生に依拠しているという運命が重要である、と付加している。]; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 68) か、または、双務性は確実な義務と条件付のそれとの間において存在しなければならない、と認めることに制限されている（Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 59; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 428 e 430; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* e cit., p. 155; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 281; Picard et Besson, *Op. cit.*, I, p. 203.

(48) これが、全注に引用した Donati および Heymann に戻るための最近の学説である。

もし、保険契約が双務契約であると認められるならば、保険者の主たる債務は保険金の支払である、ということと同時に述べることはできない。これは、単なる偶発的な債務であり、保険事故が発生しないことは、当事者の意図の中にあり、対価関係を消滅させることになる。その結果、法律家は苦心して実行した構成が崩れるということ⁽⁴⁹⁾を認識する。ここでは、双務性と危険という2つの物が存在している。それゆえに、問題は、双務契約に関する規定がいかなる制限内において保険に適用されうるか、ということである。

もし、売買または他の条件付実定契約を検討し、一時的に条件を無視するならば、その典型的な機能において成し遂げ、すべての必然的な要素が存在する契約に直面していることを認識するであろう。条件が成就するか否かは、特定の効果またはすべての効果の発生に依拠し、それ以外にはない。契約の機能または構造を決定する場合において、条件を考慮しない。そして、当事者はつねにそれなしで済ませることができる⁽⁵⁰⁾。

これに対して、保険契約では状況は異なる。条件と危険との違いは、その存在および内容がもつばら当事者の意思から派生する条件の任意性に依拠するとともに、契約の種類の必然的な性格を構成する危険の必要性に依拠する。しかし、条件が契約の効力のみに影響するのに対して、危険は保険の機能を決定すること⁽⁵¹⁾で一致する、という事実にも依拠する。

(49) 双務性が、2つの給付間、あるいは双務契約の2つの債務間の拘束を構成するならば、各給付は反対給付のカウザを表すが（同旨：De Ruggiero, *Istituzioni cit.*, III, p. 250; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico cit.*, p. 241; Barassi, *Teoria generale cit.*, II, p. 290; 反旨：Messineo, *Teoria generale del contratto cit.*, p. 222: この者は、射俵契約もまた、双務契約の中に含まれなければならないと考えている。この意見はやはり Cariota-Ferrara によって、そして、一般的には、商法学者により指摘されているが、その極端な結論へ導かれていない。）、危険は、債務の1つの発生がそれに従う条件が発生しないことを可能にするが、この拘束を破壊するという危険をもたらす、ということは否定されない。反対の見解を持つ者として：Paris Le Clerc, Picard et Besson, Heymann, Donati, *Opp. e pp. cit.*

(50) 偶発的な要素の同じ定義から（Cariota-Ferrara, *Il negozio cit.*, p. 121 を参照）生ずるのは、その要素が行為の抽象的な類型の一部ではなく、原告者の意思によって付加される、ということである。その性質はそうでありうるか否かというものである。しかし、条件に適合しないものはリスクに関係するものを排除する。

(51) これが条件とリスクとの間の真の違いである。それにより、契約の類型に帰属するリスクはそのカウザの要素である。保険に関して填補契約を論ずる場合、

この側面において、その効果が法定条件の発生に従う実定契約と条件付契約との違いは、実定契約と射付契約との違いよりも小さい。双方の場合、無関係の要素に言及することは、法定条件が重要であるにもかかわらず、法が予測している。というのは、実定契約の場合には、特定の要素の発生が、法律によって将来の不確実な事象の発生に依拠している場合にも、契約はその典型的な機能において成し遂げることを継続する。⁽⁵²⁾

ここで述べておくべきは、基本的に異なった2つの法律現象が構成する法定条件およびリスクを構成するという性格および重要性が与えられている法定条件を述べることは正しくない、ということである。これらは我々の意見によると、この点に関して学説が受け入れた立場の虚偽性、およびそれが受ける予測が間違っていることが明らかになるのは、これを認知することによる。

その効果が法定条件の成就に従う売買を論ずる場合、売買契約が重要であり、売買契約では、金銭と物が交換され、当事者の債務間の双務性は、いかなる方法においても、契約が固有の効果を生じさせるか否かを決定するためだけに必要な条件の付される事象により修正されない、ということが分かる。

これに対して、保険では、いかなる場合に契約が明確な効果を生じさせるのかを決定するためだけに作用する要素が付加される機能および構造を有する契約は存在しない。

条件に関する法典中の規定が適用されるうらという事実は、特定の解決に向かわせるには十分ではない。というのは、かかる規定を十分に検討すれば、これらの規定が、条件において、契約が発見され、結果的に、類似の状況に適用される未確定の状態に言及するからである。⁽⁵³⁾

保険者は損害填補義務が保険事故の可能性と密接に関係し、双方が取引のカウザを構成する特定の保険事故の発生に対する結果である損害を填補する義務を負うという言うことができる。次章においてみるように、保険契約を検討する場合には、契約の真の機能を示さない損害填補の要素を克服し、保険事故発生前の要素に関して自己の注意を形成する必要がある。しかし、この場合、リスクは利益の要素としてカウザを構成する。

(52) 条件および一般的な偶発的な要素の同様の定義は、効力または効果を制限するために抽象的な契約類型に付加されるものとして、行為のカウザは同じであるということを明確に示す。この承認の正確さを認識するためには、条件付きの行為を考える必要がある。というのは、売買はつねに純粹かつ単純に売却されるものであり、アジアからの船舶が到着したときにだけ売却されるからである。

証明販売または家屋の同意のない売買において、契約は当事者の合意がなされた時に完成すると考える者にとって、法定条件を構成する物の証明または同意を排除するならば、純粹で単純な売買を前にしていることが分かり、特殊な補償がなくとも、契約は規則的にその機能を果たすであろう。しかし、リスクが排除された場合、何が保険に生ずるのであろうか。その場合においても、契約は規則的に機能すると言うことができるであろうか。

リスクが欠けると、2つの金員の交換を前にしていることが分かる。類似的な交換の不合理さを見ない人はいないであろう。⁽⁵⁴⁾ イタリア法においては、双務契約の給付が経済的に同等なものの間でなされなければならないという原則が存在しないならば、⁽⁵⁵⁾ リスクを欠く場合でも、保険料と保険金との交換は存在する

- (53) 学説が、射倖契約に適用される条件に関する規定を論ずる場合、民法典1359条および1360条（1359条（条件の成就）「条件は、成就に反対の利益を有していた当事者の責に帰すべき原因によって成就しなかったときは、成就したもののみならず。」、1360条（条件の遡及効）「①条件成就の効果は契約が締結された時まで遡る。ただし、当事者の意思またはその法律関係の性質により、契約または解除の効果それが異なる時にもたらされるべきときはこの限りではない。②解除条件が継続的または定期的な給付を目的とする契約に付された場合には、条件の成就は、反対の約定のない場合には、すでに履行された給付に関しては効力を有しない。」：訳者挿入）ではなく、1356条から1358条（1356条（条件の成否未定）「①停止条件の成否未定中において権利の取得者は保存行為をすることができる。②解除条件の下における権利の取得者は、条件の成否未定中にその権利を行使することができ、他の契約者は保存行為をすることができる。」、1357条（条件の成否未定中の処分行為）「停止条件または解除条件に服する権利を有する者は、その条件の成否未定中その権利を処分することができるが、処分行為の効果は同一の条件に服する。」、1358条（成否未定の状態における当事者の行態）「停止条件の下に債務を負担しもしくは権利を譲渡した者、または解除条件の下に権利を取得した者は、条件の成否未定中は、他の当事者の権利を完全に保存するため誠実に行動しなければならない。」：訳者挿入）に関連させたい。というのは、前者が定めている状況を介して、保険はより複雑な原則を有する。これに対して、契約の性質を介して、保険事故の遡及的効果を論じることはできない。しかし、かかる規定（民法典1356条・1358条）は、条件の特殊な問題を検討していないが、条件および保険とは類似するし、異なる状況に適用される一般的な原則を定めている。
- (54) 5と同じ財の1000単位との交換は不可能ではないが、不合理である。というのは、同じような場合に、すべての交換を支配する相互の統一性の基準が存在しないからである。
- (55) 問題は、同等性の存在に有利・不利な立場をとらえることにより、超過した負担を理由に契約の解除について十分に論じられてきた。それゆえに、この場合

と主張することはできない。というのは、リスクとはこの関係に依拠するからである。

学説が期間について論ずる死亡保険においても、特殊な期間が重要である。というのは、期間に依拠するのは、給付の1履行日でだけではなく、他の給付の額、そして、対価関係である。死亡という事象が10年または20年後に生じたならば、被保険者は10または20の分割保険料を支払ってきたことになり、これに対して、保険金は関連する。その結果、危険は当事者の一方または他方に都合よく働くであろう⁽⁵⁶⁾。そして、保険を性格づけるのは、危険が当事者の一方または他方に都合よく働く可能性（同様の一連の全契約を締結する場合）である。実定契約では、期間の条件を区別することは可能であるのに対して、保険では、利益は外的な事象はつねに発生するという事実である。というのは、かかる事実が生ずる要素に従って、被保険者または保険者は、事象が生じうるか否かの場合と同じ方法で契約から利益を引き出すからである。⁽⁵⁸⁾

において論じられていることに立ち戻り、以下を参照：De Martini, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 17 ss.; Pino, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1950, p. 39 ss.; Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, pp. 87 e 88.

(56) 同旨：Donati, *Il sinallagma nel contratto di assic. cit.*, p. 415; Paris le Clerc, *Le contrat d'assurance cit.*, p. 279; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 344. しかし、条件付けられた事象の特殊な性質があるゆえに、同様の確認は、明確に表示されていなくても、生命保険における活動において発見することができる。とりわけ、興味があるのは、生命保険契約を1年契約として立案した Viterbo, *Il contratto di assic. cit.*, p. 59 の理論である。

(57) 同旨：Donati, *Il contratto di assic. cit.*, p. 27; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 345.

(58) これについては、危険は一方当事者に対して襲いかかるということが認められると考えている者（Windscheid, *Diritto delle Pandete cit.*, II, 2, § 420; Barassi, *Teoria generale cit.*, II, p. 293 のごとき）に対する批判を参照。しかし、かかる研究者については、給付の1つが契約の締結時までに確実になり、決定される場合においてもまた、一方だけが不確実な事象の発生に依拠する、と述べられている。このことは、危険は固有の給付の上だけに襲いかかるということの意味しない。というのは、リスクが発生するか否かに従って、2つの給付の関係は異なり、自己の給付を履行した一方当事者は、より多くの給付を受けたならば、契約から利益を引き出すからである。または、反対に、何かを支払う必要がないならば、他の不利益を被るであろう（同旨：Mosco, *Onerosità e gratuità cit.*, p. 89; Boselli, *Rischio, alea ed alea normale cit.*, p. 785）。保険について論じておくべきは、契約の機能は当事者に対してかかる特殊な相互の利益をもたらすものではない、とい

リスクは契約の類型に必要な要素であり、契約の機能を決定する要素である。というのは、保険は保険事故の発生に対して被保険者を保護するためだけに機能し、偶発的な保険金の支払は、保険事故の発生の結果でしかないからである。⁽⁵⁹⁾この説明は、少なくとも発生時期に関して、将来の不確実な事象の発生の関連性を説明する。そして、保険において条件が論じられえない理由をも説明する。

5. 被保険者の不告知と不実告知, リスクの増加

さらなる考察をすることで、前章で認識したものよりも納得させられる。民法典1892条、1893条、1897条、1898条は、被保険者の不実告知・不告知の結果、リスクの増減について定めている。この結果、かかる規定を条件付債務の理論に合致させることを探す必要がある。⁽⁶⁰⁾

民法典1892条および1893条は、保険契約者の不実告知・不告知⁽⁶¹⁾、保険者が物の真の状態を知っていたならば、承諾しなかったか、同じ条件では承諾しなかった状態について保険契約者に故意または重過失があった場合には、契約は無効となり、保険契約者に故意または重過失がなかった場合には、保険者は契約を解除することができる⁽⁶²⁾と定める。そして、契約が解除される前に保険事故が発生した場合には、保険者は、前者では何も支払う必要はなく、後者では合意された保険料と、もし物の真の状態を知っていたならば支払われていた保険料との差額に応じて減額された保険金が支払う。

民法典1897条および1898条は、危険の増減を定めている。⁽⁶²⁾そして、契約期間中の不確実な事象の変化に対する補償を定めている。さらに、被保険者にはかかる変化を明らかにする責任を課し、保険者および被保険者に対しては、契約の解除権を認めている。

うことである。

(59) この論争の重要性は、契約のカウザを論ずる場合により重要であろう。

(60) この点に関して興味深いのは、1882年商法典でも1942年民法典でも、不告知・不実告知に関する規定、および危険の増大に関する規定を検討するすべての者が、これらの規定を条件に関する規定に関連するということを考えていないことである。

* (2) 前掲注第3章(6)を参照。

* (3) 栗田和彦=今井薫=岡田豊基=小櫻純「イタリア保険法の逐条的研究(二)」関西大学法学論集40巻2号202頁~205頁以下(小櫻筆)、206頁~216頁(栗田筆)、拙稿・前掲第1章注(*1)62頁~63頁を参照。

保険の研究者は、条件について規定の中で一致点を見いだせず、リスクが契約の構造に有している重要さの結果を構成する、かかる規定を正当化しようと

- (61) 1882年商法429条に関して、学説は、別の興味のある問題を生じさせている不実告知・不告知について繰り返して興味を抱いている。Lordi, *Le dichiarazioni false nell'assicurazione vita*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 465; Giudice, *L'art. 429 c. co. e un patto di polizza d'assicurazione sulla vita*, *ivi*, 1928, II, p. 187; Donati, *Sull'interpretazione delle clausole di incontestabilità inserite nelle polizze di assicurazione sulla vita*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 554; Mossa, *L'incontestabilità e la prescrizione dell'azione per dolo nell'assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 309; Ilardi, *Malafede e reticenza nella clausola di incontestabilità del contratto di assicurazione sulla vita*, in *Foro it.*, 1933, I, c.1445; De Gregorio, *Le conseguenze dell'errore nella valutazione del rischio secondo le clausole di polizza e l'art. 429 c. co.*, in *Assic.*, 1934, II, p. 65; Viterbo, *Le dichiarazioni dell'assicurato*, in *Foro it.*, 1935, IV, c. 60; 新法典に関するもの: Parrella, *Dichiarazioni false, erronee o reticenti dell'assicurato nella nuova disciplina delle assicurazioni*, in *Assic.*, 1941, I, p. 168; Brunetti, *Rilevanza giuridica della reticenza*, *ivi*, 1941, II, p. 93; Salandra, *Le dichiarazioni dell'assicurato secondo il nuovo codice*, *ivi*, 1942, I, p. 1; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 179 ss.; Donati, *Il contratto di assic.* cit., p. 72 ss.; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 209 ss.; Ferri, *Manuale* cit., p. 539.

特殊な規定の解釈が重要であるゆえに、外国の学説の助けは限定される。というのは、国内制定法の特殊な形成にも依拠しているからである。民法典1892条・1893条に類似した多くの規定が、すべての外国立法の中に見いだせる。その中に、フランス法15条とドイツ法16条とがある。しかし、これらは民法典1892条・1893条よりもきわめて簡素であり、保険者の解除権を認めるにすぎない。学説について: Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 119; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 277; Sumien, *Assurances terrestres*, cit., p. 69; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 159; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 171; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., p. 105.

- (62) 議論について: Formiggini, *L'aggravamento del rischio nel contratto di assicurazione*, Bologna, 1943; Greco, in *Assic.*, 1942, II, p. 63; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 199; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 91; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 235; Ferri, *Manuale* cit., p. 540.

ここでもまた、外国の学説および制定法について前注において論じたものを考慮する必要がある。リスクの増加に関する規定として、フランス法15条・17条、およびドイツ法23条・24条がある。しかしながら、かかる規定は単純である。前者が、保険者の解除権のみを定めているのに対して、後者は、被保険者に責めに帰すべき増加とそうでない増加とを区別したうえで、保険者の解除権を定めている。前者では、保険事故が契約の解除前に発生したとき、保険者の免責を定めている。学説: Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 113; Picard et

してきた。

⁽⁶³⁾ 通説は、民法典1897条および1898条は、1882年商法典429条と同様に、保険者の本質的過失に言及している、と考えている。リスクの状況に関する被保険者の告知が実際と対応しなかったならば、すべての契約のメカニズムが将来の不確実な要素に依拠しているゆえに、保険者は事前に約定したものと異なるリスクを填補することになる。そして、すべての優良な保険会社が依拠している統計的な計算は、事実を証明する機能を果たさなくなり、社会的な関係の決定には重要でない経済的な結果を伴う。これにより、リスクの不正な決定が合意の欠如となる。

しかし、1882年商法典が施行されている間に、類似の見解が強烈な疑いを惹起した。⁽⁶⁵⁾ さらに、民法典が従前の規定を修正し、故意または重過失による不告知・不実告知と、それによらない不告知・不実告知とを区別した今日においても、引き起こしている。⁽⁶⁶⁾ さらに、立法者は、故意または重過失がある場合とな

Besson, *Traité general* cit., I, p. 289; Sumien, *Assurances terrestres*, cit., p. 73; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 1164; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 116; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., p. 154.

(63) Parrella, *Dichiarazioni false, erronee o riticenti dell'assicurato nelle nuove discipline delle assicurazioni* cit., pp. 178-179; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 78 ss.; さらに、明確ではないが、Ferri, *Manuale* cit., p. p. 539. この点に関して、Ferriもまた、1882年商法典が施行中は、本質的錯誤理論を支持できないと考えていたが、今では (in *Assic.*, 1942, II, p. 9 in nota), 民法典1892条の規定を認めるためには、本質的錯誤に依拠する可能性を認めている。

(64) 1882年商法典が施行中であった当時の学説について：Navarrini, *Trattato* cit., III, p. 281; Manfredi, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 135; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 179; さらに、Gidice, *L'art. 429 c. co. e un patto di polizza* cit., p. 188; De Gregorio, *La conseguenze dell'errore nella valutazione del rischio* cit., p. 67; Viterbo, *Le dichiarazioni dell'assicurando* cit., c. 60; Mossa, in *Assic.*, 1942, I, pp. 197-198. 1882年商法典では、429条を過失よりも故意に関連させ、検討を保険者から被保険者に移動させようとする者がいかなかったわけではない。この意味において、Donati, *Sull'interpretazione delle clausole di incontestabilità* cit., c. 555.

(65) Moraglia, *L'art. 429 del cod. di comm.*, in *Assic.*, 1937, I, p. 40 ss.; Ferrarini, *L'art. 429 del cod. di comm.*, in *Riv. dir. navig.*, 1939, I, p. 128 ss.; Brunetti, *Rilevanza giuridica della reticenza* cit., p. 99 ss.; Donati, *Sull'interpretazione delle clausole di incontestabilità* cit., c. 555.

* (4) 前掲注第3章(6)。

い場合とによって異なった結果を認め、保険者の意思とは異なった要素を考慮している。保険者の観点から、いかなるカウザであっても、錯誤は必然的であり、かつ、重要であると見ななかったり、これらの規定によって、立法者および解釈者の注意は保険者から被保険者に移動したと見ない者がいなかったわけではない。それゆえに、これらのものは、不告知・不実告知の保険者の承諾形成⁽⁶⁷⁾に対する影響とは無関係に、被保険者の行為に関する制裁を構成する。

それゆえに、はじめは1882年商法典429条、その後は民法典1892条・1893条⁽⁶⁸⁾が、物の真実の状態を告知するという真の固有の義務を認めていた、または、⁽⁶⁹⁾かかる規定は補償の特殊な形態を定め、売買の目的物の追奪または瑕疵に関する補償にきわめて類似している、と考えられる。しかし、我々が取り組むように、いかなる解釈も実際に対応しないし、保険金支払請求権の発生を条件付けるリスクを正確に描写する責務のみが重要である、と認識する場合⁽⁷⁰⁾であっても、我々の研究の目的のために、やはり、保険契約の締結時におけるリスクの正確な画定は、立法者の側による特殊な注意の目的になる、と認めなければならない。

同様に、法は、契約期間中の不確実な要素の変化を配慮し、民法典1897条・

(66) それにもかかわらず、通説は、いまだに同意の欠如に関する規定を言及する方向に向いており(注(63)に引用した研究者)、付言すべきは、1882年商法典の時代には、学説の一部による錯誤に関する規定に言及することは明白であったが、今日では多少混乱しているおり、同意の欠如と、実際と告知内容との不一致による制裁の欠如とが論じられている、ということである。一般的には、錯誤理論の不十分さを検討しているが、別の道を発見していない。これに対して、Salandra, *Assicurazione* cit., p. 214 は、より正確に故意を論じている。というのは、立法者は、被保険者という者だけを考えていたにすぎないからである。同旨: Donati の前注で引用した文献。

(67) 現象を説明することに対する錯誤の不十分さは重要であるので、通説は、1882年商法典429条と民法典1892条・1893条は錯誤の原則を消滅させていない、と認めざるをえない。詳細に: De Gregorio, *Le conseguenze dell'errore nella valutazione del rischio* cit., p. 68; Donati, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 80; しかし、彼らは錯誤に触れていない。

(68) Moraglia, *L'art. 429 del cod. comm.* cit., p. 64; Brunetti, *Rilevanza giuridica della reticenza* cit., p. 99.

(69) Ferrarini, *L'art. 429 del cod. di comm.* cit., p. 128 ss.

(70) Eerenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 147; Koenig, *Privatversicherungsrecht* cit., p. 105.

1898条において、リスクの減少・増加を定めている。したがって、契約締結前に将来の不確実な要素が正確に決定されていなければならない、その有効な間においてもまた、それが同じでなければならない。これらの規定は、単一物に関する規定（民法典1359条^{*⁽⁵⁾}と1865年民法典1166条）が配慮される条件に関する規定とはどれだけ異なるか。つまり、条件付きの事象は、発生しないことに利益⁽⁷¹⁾を有していた主体の責めに帰すべからざるカウザにより、もはや発生しない。

つぎに、かかる規定の教義的正当性は、条件付き事象とリスクとの違いを認める。とりわけ、我々の研究の目的に興味深いのは、1882年商法典432条に関する通説である。これによれば、リスクの増加は、物の新しい状態は前の保険では補償されないという結果を伴うことから、契約の目的を修正することにな⁽⁷²⁾る。

この理論は、民法典に有効な理由を見出す⁽⁷³⁾。というのは、1882年商法典432条と異なり、民法典1897条・1898条は、被保険者がもたらした増加だけでなく、第三者の行為または自然災害による増加を定めているからである。そして、リスクの減少⁽⁷⁴⁾でさえ、リスクは契約の目的になるということを否定する方向に我々を導く理由によって受け入れられない⁽⁷⁵⁾。しかし、この理論は、減少の重要性を正当化する。確実なのは、条件付の義務の支持者により形成されえないということである。

(71) この規定を別にして、条件付きの事象の変化に対する言及を欠いている。そして、民法学説は、リスクの増加に関する疑問を無視している。この点について：Cariota-Ferrara, *Il negozio cit.*, p. 661; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico cit.*, p. 529 およびそこでの引用文献。

(72) 同旨：Formigini, *L'aggravamento del rischio nell'assicurazione cit.*, p. 18; Navarrini, *Trattato cit.*, III, p. 287; 給付間の双務的關係の修正について：Vivante, *Del contratto di assicurazione cit.*, p. 200; Manfredi, *Il contratto di assicurazione cit.*, pp. 162-163 の見解は異なっている。この見解は、法典の規定を教義的に正当化しなければならないと考えていない。過失または故意に依拠している単一の場合について、増加の重要性の限界を指向している（保険契約についてなされた拡張と対比して）。さらに、保険事故の発生において直接的な同意を得ている。

(73) この意味において：Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 235; Ferri, *Manuale cit.*, p. 540.

* (5) 民法典1359条（条件の成就）「条件はその条件の成就に反対の利益を有していた当事者の責めにきずべき原因によって成就しなかったときは、これを成就したものとみなす」。

契約または条件付義務を介して重要なのは、条件が成就するか否かであるが、その発生の状況が重要なのではない。古い例では、船舶がアジアから帰航すればあなたに家を売るという場合、船舶がキプロスまたはトルコ、パレスチナを通過したという事実は、略奪、目的地に不到着よりも安心であるが、契約の目的にいかなる意味も持たない。確実なのは、海上保険において、離路はリスクを増加させる、そして、保険による補償を排除しうる、ということである。⁽⁷⁶⁾

根拠は、条件付契約が典型的な機能において成し遂げる、そして、その効果は、将来の不確実な事象が発生することによるか否か、ということである。売買において興味があるのは、物と代金の交換であり、条件は交換を可能にする状況の1つである。したがって、当事者は、当事者の一方が発生を不可能にするということを心配するが、不確実な事象の決定に関連する状況には興味を持たない。

これに対して、保険では、契約の機能は、保険事故がもたらした損害事象に対して被保険者を保護するものであり、不確実な事象が付加される交換または贈与は存在しないが、正確に決定されなければならないリスクのみが存在する。リスクの増加は重要である。それはまさしく、当事者が保護を望んだものとは異なる状態を作り出すからである。

かかる修正は、つねに関係の変化または消滅をもたらしているわけではない。⁽⁷⁷⁾しかし、修正はつねに契約の締結時にそうであったものとは異なる事例をもた

(74) これは、1882年商法典時代に主張されていた見解に固有の結果であり（Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 364）、これによると、リスクの変更は契約の目的を修正するが、重要でなければならず、そして、変更は増加および減少でなければならない、と言う。しかし、その理論がそこから派生した前提と対比されていた研究者を考慮していなかった。保険を危険の売買と論じる者は、物のリスクは取得者の負担となるということを知らせなければならない。それゆえ、危険が変化すれば、その変化は新しい取得者の責任になると言わざるを得ない。

(75) Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 96 のように、リスクは契約の目的にならないと考えている者によれば、目的の修正を論ずることができない。それゆえに、Donati は、双務性の均衡の修正が重要であると考えている。

(76) 海上運送保険における離路について：Persico, *Assicurazioni marittime* cit., II, p. 244 ss.

(77) 保険者は承諾しなかったか、物の新しい状態が契約締結時に存在していたならば別の条件で承諾していた、という修正が重要でなければならない。

らす。もし保険者がリスクの増減の後に契約を締結しなければならないならば、リスクの補償状況、つまり、保険料が⁽⁷⁸⁾変わるであろう。

法典が自己の注意をリスクの増加から、かかる変更を告知するという被保険者の責務に移動したということ、および、民法典が興味を持っているのはその現象であり、契約締結前のリスクの告知と同じように、それを明らかにする被保険者の責務である、⁽⁷⁹⁾ということ⁽⁷⁹⁾を述べることを希望するならば、リスクは行為のカウザの決定の効果に重要な要件となる。

かかる理由により、条件付債務を論ずることはできない。というのは、契約のカウザと比較して、考慮するものは、契約は保険事故が発生しない場合にもその機能を果たすということである。それはまさしく、保険料の支払という交換において、確実さという実際の保証を提供するからである。そして、残りはその特殊性から生ずる。

リスクの増減は、契約のカウザとの関係においてのみ正当性を有するが、カウザとの関係においては、条件を論ずることはできない。

6. 機能上の双務契約の重要性

これまで、条件付き債務理論の支持者によれば、一般的な双務性が重要であり、⁽⁸⁰⁾機能的な双務性はそうでないということ、および、拘束は当事者が契約の締結時において交換する約束の中に存在する、と述べてきたので、ここでは、この見解を支持できない理由を見ていく。

とりわけ、約束の間の交換が法的に拘束されるならば、債務契約と物権的⁽⁸¹⁾効果を伴う契約との違いに基づく効力が停止する。両方の場合において、財に対す

(78) 増加が前注に示された性質を有しているにもかかわらず、保険者は契約を解除できない。というのは、期間が無意味に経過したからである。それにもかかわらず、この時に新しい契約を締結していたとすれば、別の条件で締結していたであろう。増加の典型的なケースは契約の解除には重要ではないものの、保険料の算定には影響するが、生命保険における年月が経過することである。この場合、40年以上を付保している者は、10年間付保している者よりも多くの保険料を支払う。

(79) これは、規定の範囲、および民法典1892条・1893条との類似点を考慮することを指向することで解決するものである。この議論については、今後の論文における検討課題とする。

(80) この意味において、注(28)および(29)において引用された研究者を参照。

(81) 区別の利益は、まさしく以下の事実の中に存在する。物権的效果を伴う契約

る権利は単純な約束から生ずる。これに対して、抑制できる給付は、履行行為を構成することになる。⁽⁸²⁾ 特定物の売買においてもまた、売主は売買の目的物を引き渡さなければならない。売主は、契約の締結後は、自己の名前で買主のために目的物を保有するゆえに、債務契約において、債務者が自己の債務を履行しなければならない方法で給付を実行しなければならない。しかし、取得者が、その時に、リスクおよびそれに関連する危険を伴う財に対する権利を取得する限りにおいて、物権的效果を伴う契約では、当事者が履行する結果は、約束の交換によって生ずる。これに対して、債務契約では、約束の交換から生ずるのは、⁽⁸³⁾ 当事者の相互の債務の発生と当事者間の拘束にすぎない。

では、単純な同意で所有権が移転するが、債務 (obbligazione) と代金を支払う買主の義務 (obbligo) との間には拘束はないが、契約の締結時に引き受けられた約束 (impegno) の中にその根拠を発見する。債務的契約の中で当事者の約束の間に拘束の存在を否定する者 (Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus* cit., p. 85 ss.; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 426; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 59) は、別の状況を考慮し、拘束は債務の間に存在すると述べる価値はない (同旨: Scuto, *Sulla natura giuridica del pagamento* cit., p. 373)。というのは、この拘束は給付の執行を条件付けるからである。ここで批判された理論を支持する唯一の主張は、物はその債権者に失わる (*res perit creditor*) という原則が有効であると考えられる場合には、債務において推論された物の毀損の結果によって与えられる。しかし、同様の原則が、1865年民法典時代に論じられている (参照: N. Coviello, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione dell'obbligazione* cit., p. 145; Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 345; Rocco, *Studi di diritto comm.* cit., II, p. 352) が、物権的效果を伴う契約の履行において、物はその債務者に失なわる (*res perit debitori*) という原則に取って代わられている。ここでは、所有権の移転は単なる同意で行われ、その結果、買主は契約締結時からリスクおよびそれに関連した危険を伴った物の所有権を取得する。

(82) しかし、給付は結末ではなく、緊密に関連する債務を履行するための方法である。その結果、前者から、給付が債務のカウザを経験する後者に遡ることはできない。通説は、双務契約において、相互の債務間には拘束が存在すると考えることで一定している (同旨: Scuto, *Op. ult. cit.*, p. 373; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 250; Gorla, *Rischio e pericolo nelle obbligazioni* cit., p. 161; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 241; Barassi, *Teoria generale* cit., II, p. 290; Messineo, *Teoria generale del contratto* cit., p. 222)。

(83) Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 426 ss. と Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 58 の間違いは、債務契約は、その中には保険も含まれるが、合意に基づく契約ではなく、その反対であると考えていないということである。

両方の契約とも履行の結果、何かが生じなければならない。しかし、物権的効果を伴う契約では、物の引渡は権利移転の結果であるのに対して、債務契約では、給付の履行は、主体がその後引き受けた拘束から免除される手段となる。

合意に基づく契約の中においてのみ、以下のように考える。すなわち、当事者は意思表示の交換によって望まれた結果を成し遂げる。それはまさしく、特定物の売買契約では、所有権は適法に表示された当事者の合意の結果により取得されるからである（民法典1376条）。

給付が支払原因に基づいて (*solvendi causa*) でなされると認めたいために⁽⁸⁴⁾、つまり、事前に引き受けられた債務の履行行為のみを構成すると認めたいために、同意で移転される権利が存在しないので、行為は他方当事者の債務の報酬を構成する2つの債務間の関係を生じさせよう⁽⁸⁵⁾に、履行を条件付けるゆえに、債務間の拘束が存在するということを否定できない。債務契約では、一方当事者がXであれば、相手方はYでなければならない。そうでなければ、かかる債務が契約から派生しない。

それゆえに、双務性は遺伝学上のものであり、機能的でもある。すなわち、債務契約では、特定の給付の約束の交換はないが、給付は履行されなければならない。このことは、給付は同時に履行されなければならないということの意味するものでないし、一方の給付の履行が他方のそれに依拠しない、ということも意味しない⁽⁸⁶⁾。重要なことは、個々の債務が他の債務のカウザであり原因で

(84) 固有の注意は給付にとどまれない。というのは、これは、債務と比べて独立しているものではなく、その要素にすぎないからである。

(85) De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 250.

(86) それゆえに、当事者の給付が同時に行われる必要はないというケースの存在から、機能的な双務性は重要ではない、という結論を引き出そうとしている者の見解を支持できない（同旨：Scaduto, *Op. ult. cit.*, p. 87 ss; Ascarelli, *La clausola solve et repete* cit., p. 269; Donati, *Il sinallagma* cit., p. 426）。というのは、これらの研究者は、きわめて厳格なカウザの概念に言及しており、自然科学の分野で重要性を有するとしても、カウザということばが、実際に事象を生じさせたものをつねに表示しているわけではない法的現象を説明するのに適していないからである。

* (6) 民法典1376条（物権的効果を伴う契約）「特定物の所有権の移転、物権の設定または移転もしくはその他の権利の移転を目的とする契約においては、所有権または権利は、適法に表示された当事者の合意の効果によって移転され、取得される」。

あるゆえに、履行の様式が異なっていたとしても、契約は、双方の給付が履行されたときに限り、固有の効果をもたらすということである。

ここで批判した理論を支持する主張は、契約の締結後、売買の目的物の滅失は、代金を支払う買主の負担であるのに対して、売主は滅失が自己の責めに帰しえない限り免責される、という事実からは引き出すことができない⁽⁸⁷⁾。明らかに、特定物の売買では、売主の責めに帰しえない原因による物の滅失はこの者を免責するが、買主には代金を支払う義務が残るということである。しかし、これはまさしく、特定物の売買は物権的效果を伴う売買である、という事実から生ずる。しかし、債務契約である場合にも同じことが言えるのか。

イタリア法では、問題は存在しない。というのは、民法典1256条により、債務は、債務者の責めに帰しえない原因により給付が不能となった時に消滅する、ということが正しいならば、対価的給付をもってする契約において、給付の後発的不能を理由に免責された当事者は、反対給付を請求できず、すでに受け取っている給付を返還しなければならない⁽⁸⁸⁾（民法典1463条）ということをも付加しなければならないからである。

それゆえに、特定物の売買、すなわち純粋な債務契約に担保を設定できるならば、この場合には、売主は自己の給付を履行するまで目的物の所有者であるから、その消滅は売主の責任である、という結論に到達しなければならない。契約における給付の後発的不能に関する規定が存在していなかったゆえに、1865年民法典が施行中に十分に検討されたこの問題は、現行民法典1463条から1466条で解決することが可能である。これらは、双務契約について、債権者が負う危険（casum sensit creditor）という旧法典の原則を修正している⁽⁸⁹⁾。

(87) Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 353.

* (7) 民法典1256条（決定的不能および一時的不能）「①債務関係は、債務者の責めに帰しえない原因により、給付が不能となったときは消滅する。②不能が一時的なものである場合には、債務者は、不能が継続する限り、履行遅滞の責めを負わない。ただし、不能が債務関係の権限名義またはその目的の性質に関し、債務者がもはや給付を実行する拘束に留まりえない時、または債権者がそれを実現する利益を有しない時まで継続した場合には、債務関係は消滅する」。

* (8) 民法典1463条（全部不能）「対価的給付をもってする契約においては、負担した給付の後発的不能によって債務から解放された当事者は、反対給付を請求することはできず、すでに受領した給付は、非債弁済の回復に関する規範に従い、これを返還することを要する」。

7. 《支払および償還》条項および《契約不履行の抗弁》条項と給付の同時履行

機能的な双務性が重要でないことは、2つの給付が同時に履行される必要はないという事実からは演繹できない。債務間の拘束は給付の履行原因であるという事実は、給付の履行は、必ずしも反対給付の同時履行に関連しているわけではない⁽⁹⁰⁾ということを示している。

給付の一方が、反対給付の事前の履行に従うという条項、代金の支払は同時に行われる、またはその後延期されるという合意、支払および償還 (*solve et repete*) 条項は、給付の履行の様式には関係するが、2つの給付が同時に履行されない場合においても意義を維持している機能的な双務性には影響しない。というのは、反対給付の存在およびその履行の必要性は、たとえ後天的に (*a posteriori*) と主張したとしても、つねに第1の給付の履行原因となるからである⁽⁹¹⁾。

(88) 特定する前に一般的な物の売買を検討することで足りるのであろう。とりわけ、特定が、売主への商品の引渡、または直接的に受取人への引渡を伴って生じさせる商取引において、しばしばみられる契約においてそうである。この場合、実際、売主は、商品を引き渡す時に自己の債務を履行し、代金を支払うという受取人の給付のみが履行されなければならない。そこで、明白なのは、引渡前の物の消滅は売主の責任である。この者は、たとえ特定の種類のすべての財が消滅したとしても免責されない。そして、自己の所有する財のみならず、市場に存在しているすべての財についてそうである。幾人かの法律家により疑われていない類似の考えは、我々の意見の正確さを十分に証明してくれる。そして、予備の契約についても、同様の確認を行うことができよう。

(89) 新民法典が施行される前に、この意味において論じているもの: Gorla, *Rischio e pericolo nelle obbligazioni* cit., p. 71 ss.

(90) 個々の給付が反対給付の履行の原因であり、条件であると主張する De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 280 が、絶対的な意味において彼の主張を意図しているとは思えない。この意味において、Scuto, *Sulla natura giuridica del pagamento* cit., p. 373 の見解と比較した場合の違いは、それほど重要ではない。というのは、法律の世界においては、カウザ (*causa*) という文言は、つねに、特定の行為の原因または正当性の意味において使われなければならないからであると考えられる。以下を参照: Gorla, *Rischio e pericolo nelle obbligazioni* cit., p. 161 ss.

(91) 物権的効果を伴う伝統的な契約においてもまた (*do ut des, facio ut facias, do ut farias*)、学説が疑問を持たない機能的な双務性は (同旨: Donati, *Il sinallagma* cit., p. 426; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 59)、複数の給付の一方が欠陥があるという事実によってなくならならず、むしろ、交換の最初の段階で克

現象を考えるためには、支払および償還 (*solve et repete*) 条項を考える必要がある。この条項によって、契約実務で頻繁に見られるが、当事者の一方は、不履行の抗弁 (*exceptio inadimpleti*) または約定通りに履行されていない契約 (*non rite adimpleti contractus*) によって、自己の給付の履行を延期することを義務づけられては⁽⁹²⁾ない。同様に、債務者がはじめに履行しなければならず、次に法律上の原因なくして弁済した限りの返済を取得するために、または、不当な履行がある場合に損害賠償のみを取得するために行動することができる意味において、給付の履行の通常の規定が修正される。⁽⁹³⁾

学説は、支払および償還 (*solve et repete*) 条項の有効性を、債務契約において機能的双務性が重要でないという考察に基づいて、主張しうると信じてきた。⁽⁹⁴⁾ 同様に、当該条項の効力を否定する者達が、自らの理論の正当性を証明するために給付間の拘束に依拠する。⁽⁹⁵⁾ しかし、この考え方は、1942年民法典がそれについて明確に有効性を明示した（民法典1462条）後は、債務契約において機能

服されたのは、契約の構造に単独で影響していない取引内容の必要性である、と考えている。

(92) この点に関して、事前の行為によって、条項の効力をつねに実現させることができる限りにおいて（この意味において、Ascarelli, *La clausola solve et repete* cit., p. 265）、支払および償還 (*solve et repete*) 条項は、契約上の債務不履行の抗弁 (*exceptio inadimpleti contractus*) に反対するための法規を単に構成するわけではない（同旨：Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus* cit., p. 222）。

(93) Ascarelli, *La clausola solve et repete* cit., p. 269.

(94) Scaduto, *Op. ult. cit.*, p. 222 ss.; Ascarelli, *La clausola solve et repete* cit., p. 269-270; 支払および償還 (*solve et repete*) 条項に関するその他の問題に関しては、Ascarelli およびそこに引用されている研究者を参照。

(95) Seletti, *Il patto del 'solve et repete' nei negozi privati*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 983; Gabba, in *Foro it.*, 1881, I, p. 193; そこに引用されている研究者。とりわけ廃止された法典を巡って行われた論争は、条項を認めることに有利な意味において、立法者が解決した。それゆえに、この問題は、その興味の大部分を失っている。その時なされていた理論への言及は、我々の中心課題である保険契約における双務性の問題を解決するためには、有益である。

* (9) 民法典1462条（抗弁提出の制限約款）「①当事者の一方が負担した給付を避け、または延期するための抗弁を主張することができないということが定められている約款は、無効、取消、契約の破棄の抗弁については効力を有しない。②約款が有効である場合において、裁判官は、重大な理由が競合していることを認めただけの場合には、状況により、担保を課して、有責判決を停止することができる」。

的双務性は重要でないとする者には支持されていない。

契約不履行の抗弁 (*exceptio inadimpleti contractus*) は、ある者によると、⁽⁹⁶⁾ 機能的双務性ではなく、給付間の経済的關係の中にその根源を見いだす。というのは、双務契約では、つねにこの救済に頼ることができるわけではないからである。そして、この救済は同意によって所有権の移転を実行し、機能的双務性が欠ける場合には、諾成契約においても使用することができる。しかし、経済的な関係は、関係を拘束と同一視することを望まなければ、法的拘束を認めるには十分ではない。⁽⁹⁷⁾

抗弁 (*exceptio*) の性質およびその適用範囲は、いくつかの疑いを正当化し、契約の履行が求められている機能において保証の正当化を論理的に探そうとする。というのは、この方法においてのみ、物権の効果を伴う契約においても、その意義を説明できるからである。売買は物と代金との交換をもたらす。その結果、代金の支払を請求するために存在する売主に対して、物の引渡が行われていない旨をつねに抗弁できる。これに対して、双務契約では、契約の機能は、相互の債務間の拘束の創造によって成し遂げられ、契約不履行の抗弁 (*exceptio inadimpleti contractus*) も認める。⁽⁹⁸⁾

学説の間違ひは、給付の履行は同時でなければならず、抗弁のいくつかの場合に対応して、ただちに双務性を否定するように届くべきであるという意味において、厳格な機能的双務性をつねに見いだすことを望むことにある。⁽⁹⁹⁾

給付の一方がその後に行われなければならないという事実は、債務間の拘束は減少しており、たとえ相手方が後半において履行しなければならないとしても、個々の債務は契約締結時から存在し、相手方の債務の履行を認める、とい

(96) Scaduto, *Op. ult. cit.*, p. 93 ss.; 同旨: Ascarelli, *Op. cit.*, p. 269. 給付間の単純な経済的な拘束の存在について: Scuto, *Sulla natura giuridica del pagamento* cit., p. 373.

(97) Scuto, *Op. loc. cit.*, p. 373 のように、給付の間に、単純な経済的關係が存在することを認める者の意見である。しかし、この者は、機能的双務性の不存在について結論付けるように向かった。

(98) 反旨: Scaduto, *Op. ult. cit.*, p. 92 ss.

(99) 同旨: Seletti, *Il patto del solve et repere* cit., p. 983; Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 250; さらに、Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus* cit., p. 426; Ascarelli, *Op. ult. cit.*, p. 270; Donati, *Il sinallagma* cit., p. 426; Heymann, *La prestazione dell'assistente* cit., p. 59; この者達は、その重要性を否定することに拘泥している。

うことを意味していない。⁽¹⁰⁰⁾この方法において、給付が存在しておらず、存在するか否か判明しないカウザに基づいて実行されなければならない、と主張するという不合理さには至らない。というのは、相手方の債務は契約が締結されるまで存在し、その後は消滅しうるからである。それゆえに、事実として、はじめに履行した者が反対給付を受ける必要がないならば、支払った額を限度に返還するという行為は、弁済のカウザの欠如においてのみその理由を認める。

これに対して、保険では、保険金の支払が保険者の主たる債務となると考えられる場合には、⁽¹⁰²⁾保険事故が発生しなければ、保険料の支払は対価のないものになってしまう。

それゆえに、双務契約の規定が保険に適用されるならば、民法典1463条によって、保険事故が発生しないときは、被保険者は支払済保険料を返還請求する権利を有する。この結果、保険者の主たる債務は保険金の支払ではなく、⁽¹⁰³⁾または、⁽¹⁰⁴⁾保険には実定契約の原則が適用されないといえる。

8. 射倂契約と実定契約

実定契約の原則が、射倂契約、とりわけ保険契約に適用されるか否かを検討しなければならない。最大の困難さは保険者の給付である。保険契約の締結時には、保険者が保険金を支払うか否かは明確でなく、むしろ、保険金は支払われる必要はないという期待において、契約が締結される。それは保険者側のみならず、⁽¹⁰⁵⁾保険事故の発生に利益を有していない被保険者側もそうである。

(100) Scuto, *Sulla natura giuridica del pagamento* cit., p. 983; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 250; Scaduto, *Op. ult. cit.*, p. 85; Ascarelli, *La clausola solve et repete* cit., p. 269; Donati, *Il sinallagma* cit., p. 427; Heymann, *Op. ult. cit.*, p. 59 ss.; Picard et Besson, *Op. cit.*, I, p. 203; かかる研究者によれば、拘束は債務の創造に限定され、その履行に限定されていない。

(101) 反対給付が欠如する場合、返還行為は真のかつ固有の法的根拠のない返済である。返済行為は支払のカウザの欠如に基づいている、ということに疑いはない。

(102) Salandra, *Assicurazione* cit., p. 170.

(103) 参照：注(25)に引用された研究者。Brück の理論と反対に意味において：J. von Gieke, *Versicherungsrecht* cit., p. 150; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 162 in nota.

(104) 注(47)に引用された研究者も同旨。

(105) これが、保険において、財の保護に対する利益を契約の要素または前提として論ずる者の意見であり、契約の本質により求められ、立法者により明白に認められた要求である。財に対する利益は、保険事故が発生しないという利益に一致

このような前提から、当然、保険金の支払が保険者の主たる債務の目的であると考えられるまで、被保険者は、受け取るか否か認識できないだけでなく、ただちにそれを受け取らないことに利益を有しなければならない給付の観点において、契約を締結するであろう、ということが生ずる。契約上の類似の関係の不合理性はすべて、契約の締結時に当事者が引き出し、契約の経済的・社会的機能を表す利益を考慮するか否かを明らかにする。というのは、明確かつ特定の給付を前にして、被保険者が受け取る必要のないことに利益を有している反対給付に対応して、保険契約締結の動機が含まれず、交換の何らかの理由を欠くからである。

被保険者は保険保護に対して利益を有するにすぎない。すなわち、被保険者は、保険料と引換に、保険者から保険金を受け取るために契約を締結したのではない。むしろ、保険事故が発生しないことを目的とする。ただ、自己の財産状況⁽¹⁰⁶⁾を妨げる将来の不確実な事象の発生を予測する場合に限り、被保険者は保護され、そして、保険事故が彼に損害をもたらす方法でなされることを求め、保険者の財産の上に、将来の不確実な事象の発生という損害の結果を移転する。被保険者が契約を介して、そして、保険者からの保険金の支払によっても保護されようとしているのが、まさしくこの保護であり、保険事故が発生しなかったとき、事前に引き受けられた保護の結果に他ならない。

もし被保険者が保険金の支払に利益を持たないならば、この者が保険事故が発生しないと望む限りにおいて、契約の経済的法的機能を無視するリスクが介在することなく、保険金の支払は保険者の債務の目的を構成すると主張できる⁽¹⁰⁷⁾とは思えない。

9. 保険者の給付の目的を保険金の支払と見る理論の最近の批判

通説が主張していることとは反対に、⁽¹⁰⁸⁾ここまで論じてきた理論を受け入れる

する。この点に関して興味のある意見について：Ascarelli, *Elisir di lunga vita e interesse nell'assicurazione*, in *Riv. trim.*, 1952, p. 1146 ss.

(106) 一般的に、責任保険に関して、そして、かかる契約において損害を被る財を決定することのむずかしさに関して、学説の意見に従って、1つまたは複数の財の損害という財産状況の変化を論ずることはより正しい。以下を参照：Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile cit.*, p. 67 ss., およびそこで引用されている研究者。

(107) この問題に関しては、第5章で詳細に検討する。

場合には、保険について期間契約 (contratto di durata) を論ずることはできない、と付言する必要がある。

期間契約は、期間内に固有の効果をもたらすことを目的とするものである。それはまさしく、契約の機能を性格づける給付が、一定期間内に継続することを目的とするからである。この意味において典型的なのが賃貸借契約であり、賃借人が契約期間中に、賃借りした財を享受する権利を有する限りにおいてそうである⁽¹⁰⁹⁾。この場合において、実際、すべての売買におけるように、代金に対して物の交換が行われるにすぎない。すなわち、契約の締結時に生ずる交換である。これに対して、買主は複数の回復において代金を支払うことができるという事実は、ただ当事者の一方の給付の履行方式に関するものであるにすぎない。賃貸借または供給と異なり、使用料または代金が契約の締結時に完全に支払われるときにもまた、賃貸人の給付または供給者のそれは、契約によって定められた全期間にわたり継続することを目的とするか、または定期的に履行されることを目的とする。そして、契約を性格づけるのがこの給付である。

かかる見解から、保険料が分割して支払われたという事実は、期間契約の中に保険契約を含むという効果には重要でないということを容易に導くことができる。同時に保険料を支払うという給付が継続することを目的とする給付ではない。それは、異なっており、つねに単一の行為を伴って行われる。危険の存在からは⁽¹¹⁰⁾、契約の性質を導くことはできない。というのは、予想買い (*emptio*

(108) 同旨：Vidari, *Diritto commerciale cit.*, V, p. 223; Vivante, *Il contratto di assicurazione cit.*, I, p. 44; O. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *Jherings Jahrbücher*, 1914, p. 402; Devoto, *Op. ult. cit.*, p. 80 ss.; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 171; Gschnitzer, *Die Kündigung naca deutschem und ostereichem Recht*, in *Jherings Jahrbücher*, 1928, p. 366; Paris Le Clerk, *Le contrat d'assurance cit.*, p. 336 ss.; Picard et Besson, *Traité general cit.*, I, p. 205 ss.

(109) 代金が期間契約を維持するために複数の割賦で支払われるということでは十分でなく、それを主張しない者がいなかった。

(110) 危険は契約上の双務性、または契約の期間ではない当事者の一方の給付に関係する。そして、我々と同じように、一定の金額の支払に対する報酬は、賭博ではリスクを共有することによって構成され、またはリスクの引受によって構成される、と主張している者によっても (*In tema di giuoco*, in *Riv. trim.*, 1952, p. 420 を参照)、賭博は期間契約には変身しない (予想買い (*emptio spei*) について同旨：Gschnitzer, *Die Kündigung cit.*, p. 366)。

spei) または賭博などのように、期間的ではない明らかに危険を伴う行為があるからである。

保険保護のみが、⁽¹¹¹⁾ 期間において保護されることを目的とする。それゆえに、保険保護を保険者の債務の目的と考えることによってのみ、我々の問題をも容易に解決することができる。基本的に、被保険者は、保証という行為を成し遂げることだけを目的とする。すなわち、そのときから、偶発的な保険事故という損害をもたらす結果を無効にしたり、減少させるための手段を手に入れようとする。この給付は、契約の締結時から効力を生じ、当該全期間にわたり継続する。⁽¹¹²⁾

このことは奇妙であるにすぎない。すなわち、⁽¹¹³⁾ 双務契約および期間契約を繰り返して論ずるのは、契約というケースの構築において、かかる問題の否定的な解決に到着するためにかかる前提を提起する者達であるからである。

10. 射倖契約と実定契約との基本的な構造上の同一性

すでに論じたように、⁽¹¹⁵⁾ 実定契約に関する規定を保険に拡張する可能性は、危険が契約の構造に影響する範囲の決定による。すなわち、保険事故の発生に依拠するのは、保険者の債務の存在なのか、単にその概念なのか、ということである。損害保険契約では、保険者が支払わなければならないか否かが不明確で

(111) これが、Heymann, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag* cit., p. 2 によって試みられた給付概念の拡大適用である。これは、保険契約に関する様々な問題を解決するための唯一の道であると思う。被保険者の利益の保護を引き受けることは、学説の一部が論じている危険負担と混同してはならない (Bruck, *Privatversicherungsrecht* cit., p. 366; Mossa, *Compendio del diritto delle assicurazioni* cit., p. 72; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171)。しかし、これは、この理論のより明確な決定をもたらし、これに対してなされてきた批判を克服する。

(112) この結果、被保険者の利益を保護することを引き受けるということを論ずるとき、何が正確に意図されるのかを見るであろう。ここでは、当該保護が契約の全期間にわたり継続し、時には、保険事故が発生した後も同様である。

(113) Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 426 ss.; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 144 ss.; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 202; 一般的に、注(47)で引用したその他の研究者。

(114) Vidari, *Diritto comm.* cit., V, p. 223; Devoto, *Op. ult. cit.*, p. 80 ss.; Paris Le Clerk, *Le contrat d'assurance* cit., p. 336; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 205.

(115) 本章第7節を参照。

⁽¹¹⁶⁾ある。その結果、保険者の債務が保険事故の発生時に保険金を支払わなければならない債務であるならば、⁽¹¹⁷⁾契約の締結時において同様の債務が存在するか否かが明確ではない。

そこで、拘束が、確実な債務と条件付の債務との間に存在するならば、履行の主体は反対給付の履行を請求することなく、給付のうちの1つは対価なしに存在する。⁽¹¹⁸⁾というのは、⁽¹¹⁹⁾保険事故が発生しない場合には、保険者は何も提供する必要はないからである。そして、受領した保険料は返済されない。というのは、履行される給付は、保険金の同時履行またはその後の履行と完全に関連していないし、保険者は、保険事故が発生しないならば、交換に何にも受け取ら

(116) 学説は、不確実な (*incertus an*) 事象の発生に従う債務を論ずる (同旨: Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 418)。そして、このことから、固有の条件が重要であるということを引き出すことができると考えた (Viterbo, *Il contratto di assic. cit.*, p. 59)。同旨: Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 202。反旨: Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 281。

(117) 双務関係では、保険事故が発生するか否かに従って、1つまたは2つの給付が存在する。これに対して、契約の締結時には、2つの前提が存在していた。そして、それゆえに、十分理由があるのが、双務契約として派生した契約は、保険事故が発生しない場合には片務契約に変身すると主張することである。類似の意見を、Manenti, *Del giuoco e della scommessa* cit., p. 771 が主張している。それによれば、当事者双方が勝者に賭金を支払う義務を負うが、それを支払うのは賭博終了時であるという事実を考慮すれば、賭博は双務契約であり、履行においては片務契約になるということになる。

多くの批判がかかる解釈およびその他の類似の解釈に浴びせられた (Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 417 ss.; 賭博の異なった輪郭について: Buttarò, *In tema di giuoco* cit., p. 420 および引用文献)。保険者の債務を保険金の支払と同視するならば、2つの債務のうちの1つは、保険事故が発生しないならば消滅するであろう、ということは否定できない。Manenti に対する多くの批判は、その履行の途中において固有の構造が修正される契約を概念づけることのむずかしさから派生する。しかしながら、この批判は、契約の締結時に自己の注意を喚起せず (Donati, *Il sinallagma* cit., p. 433 ss.; Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 150 e 155; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 203)、保険の特殊性が現れ、現象の不完全な映像を提示する履行を無視する者の意見において、保険者の債務の内容を修正したいと望まなければ、双務契約の規定を適用することが難しい保険の特殊性を明確に表している者の意見を指向している。

(118) Salandra, *Assicurazione* cit., pp. 170-171。

(119) Donati, *Il sinallagma* cit., p. 433; Id, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 26; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 202。

ない場合においても、十分に支払ったからである。これに対して、保険が実定契約であるならば、保険金が支払われないことは、保険料支払請求権を消滅させ、⁽¹²⁰⁾ 保険者は受領したものを返済しなければならない。

それゆえに、保険は、双務契約を性格づけるすべての原則が適用されない一般的な (*sui generis*) 契約であり、それはまさしく、拘束が確実な債務とその存在が不確実な債務との間に存在するとき、⁽¹²¹⁾ 双務性を論ずることができないからである、という結論に到達する必要がある。⁽¹²²⁾ この方法において、確実かつ明確な2つの債務間の関係がない契約の独立した範疇が存在する。そして、行為の構造は将来の不確実な事象の発生に依拠する。そして、それを性格づける要素およびそれを規律する原則を学修し、確定しようとする必要があるにすぎない。これが、射倂行為を実定契約に対置させる伝統的な意見である。⁽¹²³⁾ しかし、同様の結論に到達する前に、これが保険契約の正しい構造であるか否か、または、現象に関する研究の結果が重要か否かを述べておく必要がある。保険者の債務が保険金の支払債務でない限りにおいて、そして、双方の給付のうちの1つの存在は、保険事故の発生に依拠していない限りにおいて、契約の構造に危険が影響するという効果は、⁽¹²³⁾ きわめて制限されている。

11. 保険者の債務ではなく、給付内容を条件とする理論

何人かの研究者は、保険事故の発生前には、保険者は保険金を支払わなければならないということ認識しているが、いかなる額を支払わなければならないのか、給付額がゼロからXまでに変化するということは認識できない意味において、⁽¹²⁴⁾ 危険は保険者の給付額に影響するにすぎないと考えている。しかし、

(120) Salandra, *Assicurazione* cit., p. 170; 確実な債務と条件付の債務との間に双務性を認める者がいる (Donati, *Il sinallagma* cit., p. 434; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 203)。約束の間に双務性を論ずる者がいる (Heymann, *La prestazione dell'assicurazione* cit., p. 145 ss.)。

(121) 反旨: Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., o, 266; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 203; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 26; Heymann, *La prestazione dell'assicurazione* cit., p. 145 ss.

(122) この点について: Mosco, *Onerosità e gratuità* cit., p. 83; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 240; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., II, p. 290; Messineo, *Teoria generale del contratto* cit., p. 121.

(123) Salandra, *Assicurazioni* cit., p. 171; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 366; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 71.

給付内容はゼロであるということは、給付がないということと等しい⁽¹²⁵⁾。その結果、債務が存在しない。条件付の債務理論と同視することを望まない限りにおいて、かかる契約の構造を誰かが可能であると信じている⁽¹²⁶⁾。

しかし、これは我々の問題を解決するための道ではない。というのは、目的のない債務の存在は認められないし、保険事故が発生しない場合、双務性の欠如の問題が持ち出されるからである。

何らかの結論に到達したいならば、ただちに保険金の支払を忘れなければならず、リスクを負担するという学説⁽¹²⁷⁾によりかつて提示されたものとして、または、被保険者の利益の配慮を引き受けるという結果的によりよく認めるものとして、保険者の別の給付、すなわち保険契約の締結時から確実に特定された給付を認めなければならない。

保険者は、保険事故の発生・不発生にかかわらずリスクを負担する。という

(124) Devoto, *Alcune considerazioni giur. sul contr. d'assic cit.*, p. 74 ss. ドイツの学説：Stiefel (cit. dal Donati, in *Assic.*, 1937, I, p. 417 nota 2)。

(125) Donati, *Il sinallagma cit.*, pp. 417 e 418, とりわけ、脚注を参照。そこでは、内容を欠いた命令は命令ではない、そして、保険者の債務は、これが単に禁止の中に存在している場合であっても、内容を有していなければならない、ということをも明白に認めている。

(126) Donati, *Il sinallagma cit.*, p. 405 は、この理論を、条件付の債務理論から離れている理論の部類に含めている。保険者の債務または給付は、所定の事象が発生しないならば、内容としてゼロであるということは、この債務の存在が特定の事象の発生に従うということと同じである。

(127) Bruck, *Das Privatversicherungsrecht cit.*, p. 366; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione cit.*, p. 69; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 171; Ferri, *Manuale cit.*, p. 542. 危険負担理論の隣に、保険金の支払の中に保険者の主たる債務の目的を見いださない理論として：Heymann, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag cit.*, pp. 2 e passim. これによれば、この著者のその他の説明を無視することを望む場合には（Heymann, *La prestazione dell'assicuratore cit.*, p. 145 ss.）、給付は、相手当事者の利益を考慮した任意の引受であり、被保険者の利益を考慮した引受である。その結果、利益を考慮する引受理論は、一般的な双務性の重要性を認める方向に進む（同旨：Donati, *Il sinallagma cit.*, p. 434）。最初の様式において検討されているので、Heymann の理論は、相手当事者の利益を保険者の給付の目的と考える可能性、およびこの方向を介して契約上の双務性を再構成する可能性（この点について：Greco, cit., in *Assic.*, 1934, I, p. 555 ss. の議論および疑問）、および契約の機能を明らかにする可能性を暗示しているが、いずれにしてもその議論に帰着する。

のは、保険者は、契約締結時から、自己の責任でその偶発性を負担し、支払う必要のない場合にも自己の給付を通常通り負担する。⁽¹²⁸⁾それゆえに、保険事故は給付の存在に影響しないが、その内容に影響する。しかし、その内容は、最小限ゼロから最高額付保物の価値まで変化する意味ではない。

保険者の債務は、被保険者の利益を考慮するという引受により構成されている。⁽¹²⁹⁾これに対して、保険金の支払はさらなる給付を構成するのではなく、別の側面における同じ給付を構成する。

損害填補は被保険者の利益を考慮した引受の結果でしかない。というのは、保険者が特定の種類のすべての可能な保険事故から被保険者に保険金を支払う債務を引き受け、⁽¹³⁰⁾保険事故の発生にかかわらず、被保険者の入用を充足し、そして、保険契約の締結時に、必然的に、損害填補義務が引き受けられた債務から生ずるのは当然だからである。

それゆえに、いかなる意味においても、保険事故が給付の内容に影響するということを理解することが容易である。というのは、保険保障を被保険者に対する保険者による奉仕と考えるならば、⁽¹³¹⁾保険者の債務はこの目的において必要なものをすべて含む。これに対して、保険事故は、債務が単純な保障の約束を

(128) Devoto, *Alcune considerazioni* cit., p. 73; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 368; 興味深いのは Devoto の立場である。それは、保険者の債務が履行されるということを認識するが、保険事故が発生しない場合にもまた、保険金の支払を債務の目的と考え、そして、変化のある内容をもった債務を論ずることを義務づけられている (p. 75)。条件付債務に関する限り、解決が不十分となる。

(129) Heymann, *Leistung und Gegenleistung* cit., p. 2 ss. が提示した給付概念の拡張を考慮すれば、これは危険負担説の別の形成ではない (Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 366; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; Ferri, *Manuale* cit., p. 542)。この理論によって、危険説に対してなされた批判、とりわけ、技術的な方法の整備の中に給付を見いだす可能性に対する批判を克服することができる (この点について: Donati, *Il sinallagma* cit., p. 403 ss.; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; J. von-Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p. 150; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 162; 好意的なもの: Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 387, Mossa, *Compendio* cit., p. 72)。

(130) 実際の入用の充足は、Heymann (*La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 147) が、条件付債務を履行する約束の中に発見している。Heymann による批判とは別に、保険料の支払を正当化する保険契約の目的がこの約束である。

伴うとき、および付保物の価値の減少に応じて、そして保険金額に応じて、損害金の支払を行う必要があるときに決定する機能⁽¹³²⁾を果たす。

しかし、保険者の債務はつねに存在し、給付は被保険者が必要とする保障をこの者に提供することによりなされる。

被保険者が保険料を支払うという確定かつ特定された債務に対応するのは、同様に確定された保険者の債務である。これは、一般的に、リスクを引き受ける債務として示される。この債務の内容は被保険者の利益の保護であるゆえに、保険事故が発生した場合、損害賠償の資格で金額が支払われなければならなくなる。しかし、保険事故の発生にかかわらず、双務性は存在し、その効果が生ずる。したがって、保険には双務契約に固有の原理が適用されると主張するすべての研究者が正しい⁽¹³³⁾。類似の結論は、一部、最近の民法学説が受け入れている。それによれば、伝統的に主張されているように、射俵契約は実定契約に⁽¹³⁴⁾対置していないが、実定契約のきわめて広い範疇に含まれて特殊な契約の類型のみを構成する。

それゆえに、我々の問題の解決方法を、不完全な双務性の機能の中に、または、固有の特殊な規則を伴って新しい契約の範疇の創造の中に見いだすことから離れて、採用すべきは、保険者の債務の内容を別に決定する方法である。これは、手本となる実定契約について学説が確定した原則を利用することを認める。法律行為理論が提示され、伝統的な範疇においてすべての行為を形成する

(131) 単に偶発的な給付である伝統的な双務契約の有益な例は、住宅における電気または水道設備の保全に関して含まれる。これらの場合、定期契約金の適切な料金の支払によって、企業は設備に生じる損害をその程度に応じて賠償する義務を負う。このように、企業は約定期間にわたり、損傷が生じない場合においても、約定金額に対する権利を有する。というのは、企業が引き受けた債務は、自己の組織を相手方に委ねるということであり、賠償を具体的にを行うという債務ではないからである。

(132) 被保険者はそれ自身保険者であり、保険金は全損害額を填補するわけではない。

(133) この意味において、注(47)に引用した研究者。しかし、この者達の意見は保険者の給付に関しては支持されていない。これらの者は、保険者の給付は保険事故の発生に従う保険金の支払で構成されると解している。

(134) 同旨：Messineo, *Teoria generale del contratto* cit., p. 121; それほど明らかではないが：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 240。これは反対の理論の支持者の中にも含まれる。

ことをつねに見いだす傾向にある。

保険者の債務の目的は保険金の支払ではないという理論を受け入れると、さらに、保険は定期契約であるということが主張できる⁽¹³⁵⁾。というのは、危険負担または被保険者の利益に対する心配の引受のみが、時間通りに続くことを目的とするからである。同様に、保険に対して、契約の解除の場合においても、受領した保険料を返還しないことを認めるという規定の中でまずは、定期契約に関する規定が適用さうる⁽¹³⁶⁾。被保険者側が支払う保険料は、つねに保険者が取得する。というのは、保険者は、契約の解除の時までつねに被保険者の利益を保護してきたからである。

したがって、被保険者が抱く目的は、保険金の支払を受けることではない。というのは、被保険者が望むのは、保険事故が発生しないことではなく、保険保障を得ることだけだからである。それゆえに、契約の経済的社会的機能の観点からしても、保険者の債務は被保険者の利益に対する心配の引受の中に存在するという理論を受け入れ、保険を正当化しうるし、当事者は、法律家をして、いかなる場合においても、契約当事者が抱く目的を明らかにするように1つまたは複数の構成を受け入れるようにさせなければならない、ということを目指してきたという考慮が可能となる。

それゆえに、保険は他の実定契約とは異なるが、その理由は、契約から派生する債務の1つが将来の不確実な事象の発生に従い、その結果、債務間の拘束もこの事象に従うということではなく、給付の1つの内容が変化するということである。

(135) Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; Mossa, *Compendio* cit., p. 71; Fanelli, *Assicurazioni private* cit., p. 31; 注(108)に引用した研究者。これら者は、出発すべき約束に関する意見をつねに支持できるわけではない。

(136) Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni private* cit., pp. 31-32; Donati, *Il sinallagma* cit., p. 434; Id., *Il contratto di assicurazione* cit., p. 26. この者は、保険事故発生前には、保険給付の不履行を論じえないと述べている。というのは、保険事故発生前の条件付債務の場合には、それを履行する義務はないし、不履行が論じられないからである。本文で示した理由は、別のものであり、保険者の債務の目的は保険金の支払ではなく、危険負担、通常履行される給付であるという Salandra の意見である。

12. 保険者の債務が危険の負担または技術的方法の準備の中に存するとする理論

双務契約の規定が適用されると、保険事故が発生しないときはつねに、支払われた保険料の返還に対する被保険者の権利を主張することができるという理論は、保険者の債務は危険負担に存在すると主張してきた⁽¹³⁷⁾。

何人かの研究者は、この危険負担は、企業の好調な営業のため、および自己の責任に対する信用を維持するために、保険者に必要な技術的手段の準備において具体化する、と述べている⁽¹³⁸⁾。これらの研究者が存在しているのは、同質の一連のリスクの引受の中、準備金の構築の中、そして、この目的に向けられた金額に関する慎重な任務において、リスクの一部を適切な再保険契約を締結することによってその後移転することの中である。この技術的な手段に興味を抱いているのは、私保険業に関する1923年4月29日暫定措置令第966号と、本措置令を施行するための規定を含んでいる1925年1月4日勅令第63号などである。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

(137) Bruck, *Die Gefahrtragung des Versicherers* cit., pp. 8, 11, 16; Id., *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 366 ss.; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni private* cit., p. 31; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; Greco, cit., in *Assic.*, 1934, I, p. 564. 同旨：Bruck, *Die Gefahrtragung* cit., p. 8, nota 10 に引用された研究者。

(138) Bruck, *Die Gefahrtragung des Versicherers* cit., p. 11 ss.; Id., *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 368; Mossa, *Op. e pag. ult. cit.* ここでは、Vivante が保険契約を締結する場合に企業の重要さを際立たせたものとして考える理論を自発的に考えらえる（Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 3 ss. および導入において十分である）（拙稿「保険本質論の法的再検討」神戸学院法学25巻1号143頁以下（1995年）を参照：訳者挿入）。Vivante はまた（*op. ult. cit.*, 導入）、1923年4月29日暫定措置令の条文に関して、自己の理論の正しさを主張している。違いは、Vivante 説は保険者という人に関連させて、この者の給付の目的のみに関係して検討しているのに対して、保険者は、この他に、共通して、双方にとって企業の存在は契約の構造そのものに対する本質的な要素になることにある。Vivante 説に対する批判について：Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 42 ss.; Donati, *L'organizzazione ad impresa dell'assicuratore*, in *Assic.*, 1937, I, p. 263 ss.; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 161; Ascarelli, *Sul contratto unitario del contratto di assicurazione*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1953, p. 360（拙稿・前掲注第1章(38)を参照：訳者挿入）。

* (10) 拙稿・前掲注第1章(* 2)384頁を参照。

* (11) 拙稿「1925年1月4日勅令第63号」神戸学院法学27巻3号89頁（1998年）を参照。

当該部分が正しいという約束がある場合には、ドイツで発生し、維持されている保険契約の類似の構造がイタリア法においても広がるであろう。

しかし、類似の構造において、前述の規定は、もっぱら保険者という企業に対する組織に関連しており、⁽¹³⁹⁾ 保険契約に関連しているのではない、そして、これらの規定に違反する企業が、またはもっぱら個人の保険者が締結した契約は、法律が保険経営を行うために定めている保障を欠いているという事実によって契約ではなくなる、⁽¹⁴⁰⁾ ということは正しい、と述べることができる。

保険者がかかる条文に違反したとき、保険者に契約の解除権を認めること、または事前の解除を認めることは正しい。しかし、これは契約の相互的構造の結果ではないし、つねに無効を論じなければならない場合とは異なる。かかる規定が当事者の一方の債務に関連している場合には、保険とは違った契約であるということを認める必要があり、つねに、保険は認可企業により締結される必要はない。

被保険者は、かかる債務の履行を強く求める権利を有していない、すなわち、履行されない場合に、裁判において請求することができない。そして、むしろ、債務が正式に履行されるか否か知らない、と言うであろう。そこで、当事者が、保険契約に関する法律が完全に無視し、被保険者がただちにそれが履行されるか否かわからない契約を締結するときに論じない給付は奇妙である。⁽¹⁴¹⁾

(139) これらは、Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72 が受け入れている。反旨：Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assic.* cit., p. 63 ss.; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assic.* cit., p. 404; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171.

(140) 同旨：Devoto, *Op. ult. cit.*, p. 64; Donati, *Il sinallagma* cit., p. 405; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 150.

(141) Donati, *Il sinallagma* cit., p. 405; これについては、Viterbo, *Il contratto di assic.* cit., p. 42 ss. の考察を参照。彼は Vivante 説を批判している。というのは、この者もまた、専門家でない企業、1923年法に違反する企業が締結した契約は、有効な保険契約であるということを証明するという希望により後押しされているからである。Vivante は、これとは本質的に異なる理論を支持していない。

(142) Donati, *Il sinallagma* cit., p. 405. さらに、技術的手段の準備において、被保険者に対する保険者の義務の存在を承認したいならば、この意味において、保険者の副次的な義務が重要であり、主たる債務は重要ではない、と述べられている。：Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assic.* cit., p. 65.; Donati, *Op. ult. cit.*, p. 407; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171.

真実は、かかる規定は企業経営に関連しているにすぎず、保険者が国家に対して義務を負うべき公的性質を有するということである。かかる規定は、保険の営業免許を取得し、保持するための条件を表示している。しかし、1923年暫定措置令第29号59条・60条は契約の無効および解除を規定しているものの、民法典1461条に定められている制裁をもたらしただ⁽¹⁴³⁾一般的原則に関係しうると⁽¹²⁾いうことが否定されなければならないとしても、直接的には債務間の関係に関連しない⁽¹⁴⁴⁾。

したがって、この理論を受け入れるとすると、保険事故が発生した場合、保険金支払義務を論ずることができない。というのは、技術的手段を準備する場合において、後発の偶発的な義務が含まれるということ⁽¹⁴⁵⁾を認めることができないからである。技術的な手段は、それ自身ではないが、損害填補は、その準備

(143) この点に関して学説は、通常、解除を論じている (Asquini, *Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento delle assicurazioni*, in *Atti dell'I.N.A.*, III, p. 8 dell'estratto: Salandra, *La sorveglianza sulle imprese di assicurazione e la validità dei contratti*, in *Assic.*, 1935, II, p. 409; Ascarelli, *La c.d. approvazione amministrativa delle condizioni generali di polizza nell'assicurazione sulla vita*, *ivi*, 1936, I, p. 6; Donati, *Il sinallagama* cit., p. 406; Id., *Trattato delle assicurazioni private*, Milano, 1952, I, pp. 345-351 および引用されている文献。かかる理論が、60条について正しいならば、59条についても同様に論ずることはできない (Ascarelli, *op. e pag. ult. cit.*)。というのは、被保険者が支払った保険料がその都度返還されるのは認められないからである。認可の性質について: Lucifredi, *Natura giuridica dell'approvazione amministrativa delle condizioni generali di polizza*, in *Assic.*, 1937, I, p. 145 ss.

(144) かかる規定は、正当なカウザにより、契約者の一方による関係の解除を定めている、と正しく論じられる。これは、他方当事者の側による不履行という基本的小おそれにおいて認識されなければならない (同旨: Donati, *Il sinallagama* cit., p. 406)。かかる原理は、不履行による解除というテーマにおいて、民法典1461条が定める一般的な原則に類似する。

(145) かかる研究者は、一般的に、二重の債務の存在に依拠するように仕向けられている。同旨: Bruck, *Die Gefahrtragung des Versicherten* cit., p. 11 ss.; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72. 同じような見解が、危険負担説の支持者によっても主張されている。彼らは、危険負担の義務とともに、保険事故が発生した場合において、損害を賠償する独自の債務を提唱している。同旨: Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni private* cit., pp. 31 e 63.

* (12) 民法典1461条 (契約者の資産状態の変化) 「各契約者は、相手の契約者の資産状態が反対給付の取得につき明らかに危険にさらされている場合には、自己の負担した給付の履行を停止することができる。ただし、相当の担保が提供された

の論理的な結果を構築しない。保険金の支払は、その以前のものとは独立し、かつ、別個の債務である。それゆえに、保険事故が発生した場合には、新しい債務の理由を説明する必要がある。偶発的な契約は、保険料の支払と特定の技術的な手段の準備との交換を実行するが、それゆえに、有効であるが、保険契約ではない。

13. 保険における二重または代替的債務の不存在。関連した理論の批判

受け入れる価値のある理論を検討する前に、過去において学説が唱えたが、支持されていない見解から我々の研究を解放しなければならない。

被保険者はつねに保険料を支払わなければならないのに対して、保険者には2つの債務がある。1つは、前節で論じた技術的手段の準備という確実かつ確定されたものであり、もう1つは、保険事故発生後の保険金の支払である⁽¹⁴⁶⁾。類似の理論が保険金の支払を正当化する必要性から生ずる。というのは、損害の填補は、特定の技術的工夫の中に置かれるという義務の結果であると主張することができないからである⁽¹⁴⁷⁾。しかし、類似の理論は、克服できない難しさに遭遇する。そしてこれは、2つの債務の間でつねに対立しなければならない双務性の性質による⁽¹⁴⁸⁾。

技術的手段の準備が保険料支払の対価であるならば、対価を欠き、それゆえにつねに返還しうる損害賠償義務が正当化されない⁽¹⁴⁹⁾。保険金の支払理由は、保

場合はこの限りではない。]

(146) これが、我々がこれまでにおいて確定する機会を得た Bruck, *Die Gefahrtragung des Versicherer* cit., p. 11 ss.; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72 の意見である。彼らは保険契約の中に、保険者の2つの債務を見いだしている。1つは、保険事故発生前のものであり、もう1つは、偶発的事故発生後のものである。Bruck (*Op. ult. cit.*, p. 14) が述べているように、第2は、保険事故の発生時に変化する契約の締結時からの存在する潜在的な債務であると論ずる価値はない。というのは、問題はつねに、損害を填補する義務が保険者の主たる債務を構成し、どのようにこれが保険料の支払において対価を有するか否かを明らかにするか、または、保険料の支払が対価を欠き、さらにカウザを欠くか否かを決定する問題となるからである。

(147) 技術的工夫は、それ自体目的である。そして、その後の債務、または、損害を填補するその後の給付は一般的ではない。

(148) 同旨：Bruck, *Die Gefahrtragung des Versicherer* cit., p. 1; 第6節および第7節で論じたこと、ならびに引用された研究者を参照。

(149) 保険料が技術的手段の準備という対価を構成するならば、損害填補はカウザ

險金が保険者の債務の目的を構成するという理論が拒否される場合には、保険者の単一の給付の最後の側面を表し、第2の債務の存在の中ではないという事実において発見しうる。それゆえに、基本的に別のものを表すこの義務は、技術的手段の準備からは生じえない。

危険負担とともに、基本的に異なり、金銭の偶発的な支払を含まない何かか意図される場合には、危険を負担する（または、保障という特定の行為を遂行する）、そして、保険金を支払うという代替的な債務を論ずる理論は受け入れられない。⁽¹⁵¹⁾ 真実なのは、給付の選択は事実によりなされるという代替的な債務の存在を何も無効にしないということである。しかし、保険においてもすべての代替を欠くということも事実である。

危険負担が保険事故発生時に偶発的な金銭の支払も含まないならば、または、企業の経営に関係する特定の活動を遂行する義務を考えるならば、保険事故が発生すると保険者はかかる行為を履行するだけでなく、保険金も支払わなければならない。⁽¹⁵²⁾ 単一の給付を履行しなければならないならば、保険者は払いすぎたものを償還する権利を有するか、その後の義務を免れるという結果が生ずる。

それゆえに、特定の技術的手段の準備とされる危険負担が、保険料の対価として、保険金の支払という偶発的な債務とは独立した、真の固有の債務を構成するならば、保険者の側には、1つは明確で確定されたもの、1つはただ偶発的で、代替的な債務ではないものという2つの債務があることゆえに、類似の

を欠き、カウザのない給付は無効となるのに対して、義務であるという確信において支払われた場合には、償還しうる。

(150) たとえこの点に関して立場の明確な把握を欠いていたとしても、これこそが危険説の支持者の理論である。Salandra, *Assicurazioni* cit., p. 171; Ferri, *Manuale* cit., p. 542. Heymann, *Leistung und Gegenleistung* cit., e passima; Id., *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 142 ss. もまた、約束の中に双務性を論ずる場合には、類似の考察に依拠している。

(151) これが Fanelli, *Elementi delle assicurazioni private* cit., pp. 31 e 63 の意見である。たとえ反対の意味においても、類似の意見がその後賭博について論じられている。Manenti, *Del giuoco e della scommessa* cit., p. 172 ss.

(152) 保険事故が発生したときは、保険者は一定の期間にわたりリスクを負担してきたか、または、必要な技術的手段を準備してきた。その結果、代替的な債務に関する規定により、保険金の支払を免れなければならない。しかし、このことは可能ではないので、類似の構築が正しい。

双務的關係は認められない。

14. 保険、保証および給付が偶発的になされるその他の契約。それらの構造

他の論者によれば、保険料支払の対価は、被保険者に対して期待をもたらすことの中に存在する⁽¹⁵⁵⁾。それゆえに、そのときから、その者に対して、保険事故

(153) このように、本文章のはじめにおいて検討したことと類似した状況が提示される。それゆえに、上述のことが繰り返される。

(154) 保険契約の双務性に関するその他の理論の検討について：Heymann, *Leistung und Gegenleistung* cit.; Bruck, *Die Gefahrtragung des Versicherer* cit.; Donati, *Il sinallagma* cit. ここで触れておくべきは、条件付けられていない債務を引き受け、そして履行するという条件が付加された債務の理論に関する検討だけである（同旨：Schmidt-Rimpler, *Ueber einige Grundbegriffe* cit. dal Donati, in *Assic.*, 1937, I, p. 407; Salandra, *La sorveglianza sulle imprese di assicurazione* cit., p. 407; しかし、この論者は、その後、自己の見解を明確にし、危険負担説の支持者の中に含まれることになった。同旨：Assicurazione cit., p. 171)

この理論は、Donati, *Il sinallagma* cit., p. 408 が提唱しており、保険料支払の対価を、保険者が被保険者の期待または《chance》を取得させるという義務を引き受けることの中に見いだしている理論と類似している。しかし、類似の一致は正しいとは思わない。

条件付の債務を引き受け、そして実行する無条件の債務の支持者に対して、債務の目的は他の債務で構成されないし、主体が他の債務を引き受ける義務を負う場合には（契約する義務）、債務の目的は新しい債務ではないが、新しい債務が生ずる結果における意思の表示であるというものである、と反論されている。しかし、条件付給付を履行する無条件の債務を論ずることができない。というのは、債務とそれに関連する給付の間には、不可分の関連性があり、給付が存在しない場合に債務も消滅し、その結果、給付は条件付の債務の要素にすぎないからである。それゆえに、条件付債務（または給付）を引き受けたり、履行する確実な債務を論ずることはできない。そして、それゆえに、この理論が保険者の債務の目的は保険事故の発生に従う保険金の支払である主張しているものと同じであると認められるときは、Donati, *Il sinallagma* cit., p. 409 の理論が正しい。

しかし、同じような理由付けは、保険者の債務は被保険者の期待を充足させることであると主張する者によって繰り返されない（反旨：Donati, *Il sinallagma* cit., p. 408）。この表現によって心理的な要素が意図され、注意が基本的に保険金の支払に向かうことが確実ならば、新たに期待を論ずる必要はない。しかし、この表現は、保険者が被保険者に提供する保障の結果として、別の意味においても使われる。そして、期待は経済的価値を取得し、給付の目的を構成する。保険事故が発生したときに保険金を支払うという約束は、それゆえに、保険保障に近く限りにおいて、実際の価値を有する。

(155) Oertmann, *Allgemeine Teil des Bürgerliches Gesetzbuch*, Berlino, 1927, p. 580; 危険負担を論ずる者：O von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse* cit., p. 402.

が発生した時、損害事象がその者の財産の上に生じないという保障を提供する。保険者の債務が被保険者の利益を配慮することを引き受けることによって構成されていると考えるときに、これこそが我々がこれまでに認めてきたことと類似している。⁽¹⁵⁶⁾ というのは、被保険者の利益は、今日、保険事故が発生したときに保険者の給付の上で、すなわち、損害填補の上で重視しうる保障を持つている⁽¹⁵⁷⁾ ということである。

しかし、保険者が支払うという事実の結果として、この期待を純粹に心理的な要素と考える必要はない。しかしながら、法律家が重視できる唯一のものは、⁽¹⁵⁸⁾ 保険事故発生時において条件付の保険金を支払うことである。この方法では、契約の正確な機能を知らないというリスクが生ずる。被保険者の利益は、この者の経済的入用を充足し、給付の目的となる特定の保護が提供されるというものであろう。しかしながら、保険金の支払のみを考えたいということは、現象の部分的なビジョンを示す。それは非常に頻繁に繰り返してきたように、保険金の支払を行わない当事者が追い求める目的を正確に考慮することに同意しないということである

⁽¹⁵⁹⁾ 心理的動機、期待は給付を構成できない。しかし、この理論の批判の間違い

(156) 反旨：Heymann, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag* cit., p. 10 ss.; Id., *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 142 ss. この者は、保険事故発生前の保険者の債務を、本稿で論じてきたよりも広い意味で解釈される傾向の状況を示すことばの明確な回転に陥っている。

(157) 保険事故が発生しないことが多いゆえに、損害填補は被保険者が求める目的ではない。それゆえに、損害を填補する可能性は将来の可能性を表すのではなく、一定の利益の規則を介して実現される実際の保障である。この意味において、危険負担も論じられる：Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; Ferri, *Manuale* cit., p. 52.

(158) 不正確と思う類似の評価が、その主たる目的が裏切られている方法において、その見解を解明するために、危険理論の支持者によってもたらされている。Bruck, *Die Gefahrtragung des Versicherers* cit., p. 14; Id., *Das Privatversicherungsvertragsrecht* cit., p. 368 ss; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni private* cit., p. 63; 同旨：Heymann, *Leistung und Gegenleistung* cit., p. 2 ss.; この者は、保険の双務性に関する最近の理論の不十分さを考慮することから始まり、給付の概念を充足する方向に広がっていった。そして、(*Prestazione dell'assicuratore* cit., p. 147 ss. において) 異なった理由付けをもとにして、通説を支持する。

(159) もし給付によって、債務の目的または内容が意図されるならば (Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 28; 当初は：Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 184; De Ruggiero,

は、保険料の支払の対価を構成するのは、保険者側に対して、被保険者側からの関係⁽¹⁶⁰⁾だけを考えたことにある。

ところで、静かに眠るということは給付の目的とはならないが、もし殺されるという怖れを抱いているXが兵士を雇い、この者が枕元で見守り、Xに近づいて来る者からXを守る状態にあるならば、その結果は、まさしくXが安心して休むことができるというものである。兵士は、彼の立場としては、1本の指を動かさなくとも、雇い主の安全性を見守ってきたという事実のみによって、引き受けた任務を忠実に遂行してきた。そして、彼の給付の目的は、まさしく同様の保護をXに提供すること⁽¹⁶¹⁾に存在するであろう。保険において類似しているのは、保険事故という危険を前にして、保険者は何かを支払う必要はないが、被保険者にこの者が求めていた保障を提供する準備をしたことで十分である。

しばらくの間、保証を検討するならば、状況はより明確になろう。そして、保証人が提供する保証について対価を合意した保証の場合には、より確実である⁽¹⁶²⁾。

Istituzioni cit., III, p. 5; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni cit.*, I, p. 16 ss.), かかる期待を、付与、作為、不作為の中に伝統的な修復をきわめて限定して考える者によってもそうではありえない。

(160) 被保険者にとり保険契約締結の結果が、利益が保護される財を有する者が静かに休めると同じように、静かに眠るということならば、保険者は、保証人が保証するように、その眠りを保証するとはいえないが、被保険者に対しては、債務の目的となり、構成する保障を提供するにすぎない。

(161) 前述のように、同じ理由が特定の設備（電気、水道、ガスの設備等）の修繕を引き受けた企業について繰り返されうる。そして、当事者の一方の確実な債務と交換に、当事者は、偶然な一定の必要性に対して提供する義務を引き受ける契約について一般的に繰り返される。入用がある者に帰属する場合、相手方の入用が偶発的であるとしても、固有の産業組織が給付を構成する。かかる契約では、一般的に、仕事の賃貸（*locatio operis*）において考えられている。しかし、これは単純に偶発的なので、状況は、定期契約者の入用を用意するという状況に対処するという方法で、当事者の一方の債務が企業そのものを組織化することの中に存在する、という結論に達しなければならない、と述べることで足りる。それは、保険に関して Bruck や Mossa が描いた状況ときわめて類似している。しかし、それは充足されていないとも言わなければならない。というのは、実際の契約状況に対応しておらず、定期契約者は類似の給付の履行を得る権利を有していないからである。

(162) 信用保険および保証保険（または *assurance aval*）について：Hemard, *Théorie*

民法学説は、保証を提供する契約を無償契約に入れる。⁽¹⁶³⁾しかし、保証人が提供する保証と交換に対価を合意する場合には、つねに双務契約となるということを否定することはできない。それは通常、銀行取引、保証保険または関税担保保険において生ずる。しかし、これらの場合には、特定の保険料の支払、保証人に対する特定の利益の支払は、金銭の偶発的な支払という対価を構成する、と主張できない。というのは、支払わなければならない不運な場合において、保証人は支払った金額をつねに払い戻させることを約束した者に対して請求する権利を有するからである。⁽¹⁶⁴⁾そして、自己の行動を十分に機能させたならば、当該金額を償還することができるであろう。

保険料または利益の支払が保険金額の対価とならないならば、それはサービスの対価、すなわち、保証人が提供した保証の対価に他ならない。そして、保証人の介在により、商人はすべての取引を締結できるので、商人は自己に有益なサービスについて一定の金額を支払う気持ちでいられる。

保険では、解決は簡単ではない。というのは、保険者が行った保証の他に、

et pratique cit., II, p. 147 ss.; Michel, *L'assurance de crédit*, Paris, 1930, pp. 22 e 34 ss.; Jomier, *L'assurance des crédits en France*, Paris, 1930, p. 101; Wolf, *Die Kreditversicherung im geltenden Recht*, Köln, 1931, p. 11 ss.; Ancey, *Les risques du crédit*, Paris, 1932, pp. 118 e 145 ss.; Picard et Besson, *Traité general cit.*, III, p. 251 ss.; Graziani, *L'assicurazione del credito*, in *Assic.*, 1938, I, p. 85.

学説の一部は、保証保険は信用保険の一類型であるということに疑問を抱き、銀行活動と解している。同旨：De Mori, *L'assicurabilità dei rischi del credito*, in *Atti dell'I.N.A.*, X, p. 6 (dell'estratto) ss.; Jomier, *L'assurance des crédits cit.*, p. 169; Picard et Besson, *Traité general cit.*, III, p. 252.

(163) 同旨：Messineo, *Manuale cit.*, II, 2, p. 136; Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 548; Barbero, *Sistema istituzionale cit.*, II, p. 651 および引用文献。しかし、民法学説が双務契約であると考えたとしても、問題は変わらない。これに対して、本文で展開した考え方を保証契約に広げることができる。

(164) 保証人が支払うという義務は、被保証人を免除しないが、保証人はこの者に対して償還請求権を有する。そして、場合によっては、主たる債務者に請求する前に、請求することができる。というのは、彼の債務だけが補助的債務だからである。それゆえに、保険金の支払は保険料の対価となると主張するのと同じ方法で、保険料または利益の支払は保証金を支払うという義務の対価を構成する、と主張することができない。そして、類似の確認が保障の債務の正しい内容に影響するように広げられなければならないし、保険の集団から保証保険を排除することはできない。

特別な意義を持った保険金を支払う可能性があり、この支払に限って見られるものであり、⁽¹⁶⁵⁾ 保険金が外観にすぎない保険者のすべての債務においてではない。

しかし、関税担保保険に類似する信用保険では、履行しなければならない目的は、被保険者に対して自己の商業行為の安定な展開を同意することであり、自己決定を阻止しうる巨大な支払不能からこの者を解き放ってやることである。これに対して、保険者の側からは、いかなる保険事故も生じえないだけでなく、保険者がつねに第3の支払不能者を保証してやる可能性を持っている。この者に襲いかかるのは遅滞債権者の破産リスクであるが、契約の社会的経済的機能の決定の効果においてこれが重要であるならば、⁽¹⁶⁶⁾ 給付の内容に影響しない。

保証人が自己の保証を介して、特定の行為を行うことを認めた保証に関して、またはこの者にとってはきわめて大きいのが、保証を免除しないし、この者に代替しないものは、信用保険では支払不能のリスクがある。しかし、これは、保険者の給付は保険事故が発生しない場合には被保険者の利益の配慮の引受の中、⁽¹⁶⁷⁾ または危険負担の中に存在するというより明らかになる。

15. 保険者の給付の内容

このように定義された保険者の給付を伝統的な給付概念の中に入れることは容易ではない。というのは、かかる給付は、譲渡とか行為の中には存在しないからである。しかし、これまで繰り返してきたことは、⁽¹⁶⁸⁾ 給付の内容を譲渡したり、または行為したりすることに制限できないということであり、いかなる意

(165) 通説は、保険者の債務の目的は保険金の支払であると考えている（同旨：注（8）における論者）。そして、危険負担を支持している者もまた、この支払に特別の重要性を持たせている（この点については、注（158）を参照）。しかし、実際は、被保険者の利益の配慮の引受という偶発的な結果と、保険者の保証という給付の側面が重要であるにすぎない。

(166) 様々なタイプの契約の違いは、契約が遂行されることを要求する経済的社会的機能に基づいてのみなされる。その結果、当事者の一方が一定の開きを伴って相手方の債権を取得することが制限されるならば、存在するのは保険ではなく、債権の取得である。取得者に襲いかかるのは支払不能のリスクであるという事実が契約の性質を修正しないならば、保険についてもまた、保険金の支払ではなく、経済的社会的機能を考慮する必要がある。

(167) Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; Ferri, *Manuale* cit., p. 542.

(168) この点に関しては、通説の反応に関してもまた第1節において論じたことを参照せよ。

味において、これらの場合以外において給付を論ずることができるのかを見る必要があるということである。このことについては、給付概念の拡張は有益でありと同様に、通常検討されたこととは異なるケースを含むように機能するが、もし他のことばで、売主の給付は物の譲渡にあり、買主のそれは代金の支払にあると述べることになるならば、それはきわめて僅かの利益しか持たない、と事前に述べるのが正しい。かかる場合において、問題はもはや数世紀前から解決されており、新たに付け加えるものはな。そして、給付が存在するのは実際の譲渡の中ではなく、譲渡の約束の中であるといえる。⁽¹⁶⁹⁾我々の見解とは反対に、不正確である。

きわめて明確な概念を、十分に定義された適用の範囲と混同しないということを除けば、給付は約束で構成される。というのは、約束は契約の締結時に関連するが、給付は債務の履行に関連し、約束が債務の根源であるならば、目的はそれを構成しないと述べることはできないからである。⁽¹⁷⁰⁾買主が給付の単純な約束を伴って、そして、物の引渡にかかわりなく、入用を充足したということは正しい。⁽¹⁷¹⁾しかし、このことは、売主が自己の給付を履行したということを意味しない。自己の利益の特定された規律を企画したということは、この者にとって法律行為を成立させる方向に進む入用を充足するには十分である。⁽¹⁷²⁾この者

(169) Heymann, *La prestazione dell'assicuratore cit.*, pp. 60 e 146 ss. この点について：Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui cit.*, p. 63 ss. この者は、債権者の利益の目的は、債務者という人の行為として理解される給付ではなく、給付の結果、すなわち、財と考えている。

(170) イタリアの学説については同旨：Polacco, *Le obbligazioni cit.*, p. 184 ss.; De Ruggiero, *Istituzioni cit.*, III, p. 54; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni cit.*, I, p. 16 ss.; Messineo, *Manuale cit.*, II, 2, p. 28 s.; これらの者はすべて、給付を債務の目的ないし内容と考えている。すなわち、債務を履行したと言えるために譲渡されまたは行為されなければならない事柄を決定する機能を果たす目的ないし内容である。これに対して、契約上の約束は債務の根源となる。

(171) Heymann, *La prestazione dell'assicuratore cit.*, p. 66.

(172) 個人が自己の債務を単純な約束で、かつ、契約から派生する債務の履行とは無関係に充足したと言い、そして、これを介して給付を履行したと考えるとき、契約は自己の利益を規律するために個人に与えられた手段であること、たとえ債務の有効な履行の結果、当事者により成し遂げられる目的に到達したとしても、個人は拘束の単純の引受により、その者にすでに供給されていることは考慮に入れられない。しかし、このことは、約束および給付が混同するはずがない、まっ

が不履行の場合に債務者を自己の給付を履行させようという事実を考慮する場合もそうである。しかし、これは、単に契約締結の結果であり、そこから生ずる債務の履行の結果でもない。

この理論の提唱者は、⁽¹⁷³⁾ 保険について、保険金の支払の中に保険者の債務の目的を見いだす者である。彼らは自分たちの注意を債務から約束に移動させ、中斷された給付の中に双務性を形成することを発見した。しかし、彼らは問題を解決していない。というのは、被保険者の約束に保険者のそれが一致しているということに疑問を抱く者がおらず、何がこの約束の内容なのか、したがって、何がそこから根拠を有する債務なのかを知ることに興味があるにすぎないからである。

給付は譲渡および行為とは異なるものなので、いかなる物の中に給付が存在しうののかを見る必要がある。特定の行為の範囲または財の譲渡が給付概念に本質的なものであると考えなければならないならば、ただちに不可能でなければ、これまでなされたきたものとは異なる方法において給付を論ずることは難しい。しかし、反対に、給付を持つためには主体が特定の行動に責任を負うと⁽¹⁷⁴⁾いうことで十分であるならば、否定的な債務についてもまた、給付を論ずることができるのは明らかである。

給付概念を否定的な債務の内容を含めるまで広げるという可能性に関する疑問が不当であるとは思われ⁽¹⁷⁵⁾ない。しかし、我々が興味を持つのは、譲渡および行為とは異なる肯定的な行動が存在するか否かを決めることである。

たく別個の2つの物になり得ない、ということの意味しない。

(173) Heymann, *La prestazione dell'assicuratore* cit., p. 157.

(174) やはりこの点に関して学説の立場が自明ではないが、そして、議論の性質が特殊であるので、疑問を欠くにもかかわらず、これは通説の立場であると思われるということについては、以下を参照：Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 184; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 26; Barassi, *Teoria generale* cit., I, p. 16; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 27; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 11; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 434; 債務のかかる構造と比較した場合の違いについては、以下を参照：Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui* cit., p. 107 ss.

(175) しかし、通説は反対の意味である。そして、否定的な債務に関してもまた給付を論ずることができると考えている。同旨：Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 191; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 20; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 20; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 442.

行動は特定の行為の完遂を必要としない。それゆえに、いかなる実際の行為も成し遂げることなく、相手方に直接的に、そして、自己の注意の結果として間接的に利益をもたらす者もまた肯定的な行動をとる。というのは、後者の場合、否定的な債務の範囲を乱すからである。自己の保証という給付を伴った保証人が、相手方に利益をもたらし、⁽¹⁷⁶⁾ 反対給付請求権を取得するという保証において生ずる限りにおいてそうである。そして、これまで論じてきたことが、保険においても生じうる。

保証人は、保険者と同様に、契約締結時において自己の保証を約束する。しかし、反対給付請求権が発生するのは、この単純な約束からではなく、保証人が負担し、この保証を給付することの中に存在する肯定的な行動からである。この保証は、保証人が第三者になした告知を介して、保証を給付しなければならない人に対して効力を生ずる。⁽¹⁷⁷⁾ しかし、保証人の債務の内容を考慮する場合、この告知を無視しなければならない。そして、何らかの具体的な行為が欠ける場合であっても、保証に対して有効に与えられる物として、保証を単純に考えなければならない。類似の給付が給付の概念の通常の領域において我々の考えの中に入ってくる。そして、別の意味であっても、学説により使われていることばを使うことによって、相手方の利益の配慮の引受を将来する。

16. 利益の保護理論のこれまでの表明

これまで示してきた見解と類似したものが、ドイツ学説で論じられている。⁽¹⁷⁸⁾ 保険者の給付は被保険者に期待を手に入れさせることにある、または危険引受

(176) 同じような理由が、定期契約の特定の設備の偶発的な修繕を請け負っている企業についても繰り返されうる。それは、故障の発生とは関係なく、そして、彼らの仕事を具体的に給付しなければならないこととは関係なく、偶発的な修繕を自己の責任で引き受けている事実を介して、定期契約者に利益をもたらす契約である。

(177) この場合には、保証人と第三者との間に真の固有の契約が存在する。これは当然無償契約であり、保証された債務と比較すると補助的なものである（同旨：Messineo, *Manuale* cit., I, p. 136; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 651; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 546; およびそれぞれで引用されている論者）。しかし、保証人の債務は、予備の契約が進行中のように、この新しい契約を締結するものではなく、保証を給付する債務である。それは、契約を介して、実現される方法を見いだす。しかし、それは、他の形式によってもまた実現されうる。なかんずく、偶発的な債権者を伴う契約を具体的に欠く保証を考える。

⁽¹⁷⁹⁾にあると論じている。

かかる論者によれば、保険者は相手方に対して保障 (sicurezza) を提供している。それは、契約期間が定められているか否かにかかわらず、契約期間中継続し、支払われた保険料に関して被保険者に報いるものである。⁽¹⁸⁰⁾ これまで、契約は、保護が望まれている保険事故の発生と無関係にその機能を規則的に果たしてきたし、この確認は、かかる論者をして、保険者の給付は保険金の支払において存在しえないということを含めさせてきたと論じられてきた。事実として、以下のように論じられてきた。⁽¹⁸¹⁾ とりわけ責任保険において生ずることであるが、⁽¹⁸²⁾ 保険期間中に複数の保険事故が発生したならば、保険者はその度ごとに保険金を支払わなければならない。それはまさしく、保険金の支払は保険者の給付を使い尽くしていないが、相手方の利益を保護するという債務の特殊な側面のみであるから。それは、特別な場合において、1つまたは複数の金銭の譲渡においてもまた生じうる必然的に複雑な内容を有している。

(178) Oertmann, *Allgemeine Teil des B.G.B.* cit., p. 580.

(179) O. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse* cit., p. 402; しかし、危険引受理論のかかる形成を、特定の技術的手段の準備の中でこの義務を具体化しようとするその後の理論と混同する必要はない。(すなわち、Bruck, *Die Gefahrtragung* cit., p. 8; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72)。というのは、本文において論じたように (p. 142 ss.)、類似の理解は支持することができない。Gierkeの理論に近いのは、Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni private* cit., p. 31 と Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171 の立場であろう。かかる論者の主張は、いかなる厳格な結論を認めないほど一般的ではある。

Gierke の理論は前述の理論とは明らかに異なっているが、Oertmann の理論に近いと思う。それはまさしく、Gierke は、危険負担の中に、すなわち、自分で考えた、そして、特殊な保証という給付として意図しているものの中に、保険者の主たる債務の目的を見いだしたからである。

(180) 同旨：O. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse* cit., p. 402.

(181) 同旨：Gschntzer, *Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht* cit., p. 317; この者は、保険は期間契約であり、それはまさしく、2つの金銭の給付の間には交換がなく、その可否または時期すらも明らかでないが、保険料の支払と何か別のものとの間には交換があるということをはっきりさせることによって、かかる見解を述べている。

(182) 明らかなのは、特定のリスク (火災、盗難) に対して一定の財を保護する機能を果たす保険契約では、財の完全な破壊は第2の保険事故の発生を不可能にする。しかし、このことは、かかる場合においてもまた、問題が2つの部分的な保険事故に関連して向けられるということを含めさせて否定しない。

安心の存在または被保険者の利益の保護の引受は、保険金の支払と同視できない。しかし、これに対して、保険事故が発生しない場合には、保険者はかかる保証を提供する他はなく、被保険者はかかる目的を達成するために保険料を支払ったという観点において保険金を完全に無視する。⁽¹⁸³⁾

同じような保証が、いかなる重要さも法的関係の世界において用いる単純な心理学的な事実と考えられている。しかし、保険金の支払という対価を構成する真の給付である。この正確な直観の掘り下げを欠いてきた。その直観は、充足している法的負担をそれに与えることを機能していた。研究者がリスクの引受または負担を論じたり、相手方に期待をもたらすことを論ずるときは、この安心をもたらす保険者側の問題を検討する、と論ずるのは重要である。⁽¹⁸⁴⁾

結論は、被保険者の利益の考慮を保険者の側が引き受けることは、その内容がかかると安心により構成されるという肯定的な給付を意味する。その安心とは、保険者が契約の締結の結果として、将来の不確実な事象が財産状況に対して何らかの侵害をもたらさうという不安を持つことなく、自己の職務に専心することができるといことである。すでに見たように、保証においても生ずる限りにおいて、この場合において、金銭の偶発的な支払がないという事実よりも明確のままである。そしてそれゆえに、保証の譲渡のみが保証の給付の目的を構成しうる。

かかる方法で、明らかに、伝統的な給付概念の広がりが生ずる。しかし、このことは以下の事実からしか生じない。すなわち、学説はつねに特殊な関係に興味を抱いている。より容易なのは、債務の給付目的を決定することであった。しかし、同じような拡大が時折必要となり、このことが生ずる場合、これまでの古い3分割に必然的に言及しうることを否定することはできない。⁽¹⁸⁵⁾

この我々の理由を容易に受け入れるのは、債務を負担する主体のかかるすべての行動に関する限り、否定的な債務においても給付が存在すると考えている

(183) このことは誰にも疑われていない。通説のみが現象を認めようと試み、この場合において双務性が存在することを否定することを意味する危険を考慮する。

(184) 同旨：O. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse* cit., p. 402; Oertmann, *Allgemeine Teil* cit., p. 580 は、「当事者の一方の給付は、給付は相手方に対して期待をもたらすということの中に存在する」と記している。

(185) この点について：本章第1節（p. 93 ss.）で論じたこと、および注に引用した論者。

⁽¹⁸⁶⁾者である。しかし、解決は、我々のように、この後者の場合に給付を欠くとより正確に考えている者について異なりえない。状況は、保険および保証において、保険者および自己の保証を有する保証人は、相手方に対して、直接的かつ即時の利益をもたらす限りにおいて、基本的に異なった2つの場合において生ずる。

第5章 保険者の給付の不履行

1. 実定契約および保険における債務と履行

保険者の債務の履行時期および不履行の可能性に関して、前述した理論をここで検討する必要がある。被保険者の利益を保護する債務不履行を想像することは容易でない。いかなる場合において、保険者は被保険者に約束した保護を提供しない、すなわち、契約締結の結果として負うこととなった積極的な行動を守らないと言えるのか。

保険者が、自社の経営状態が芳しくないにもかかわらず、財務状況が窮状しているにもかかわらず、被保険者に生じた保険事故についてこの者に保険金を支払う状態にあるならば、保険者は損害を填補したにもかかわらず、自己の給付を合法的に履行しなかったと言えるのか。保険金が全額支払われた場合、保険金の支払は保険者の恒常的な行動の結果ではなく、偶発的な一致に原因だけの理由で、被保険者の保険への加入目的を達成できなかったのではないかと主張できるのか。⁽¹⁾

(186) Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 191; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 20; Barbero, *Sistema Istituzionale* cit., II, p. 20; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 442; フランスの学説: Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., I, p. 885.

(1) 同じような問題が、保険者の給付は保険金の支払ではなく、何か別のものにあると主張していた者達によっても提示された(同旨: Oertmann, *Allgemeine Teil des B.G.B.* cit., p. 580; O. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse* cit., p. 402)。しかし、これらの論者は、保険者はリスクを負担しなければならない、という原則を認めることに限定されている。

危険負担に関する検討対象を発見した者も(同旨: Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 366 ss.; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72), 危険負担は特定の技術的方法の準備の中に存在していると解するゆえに、問題の解決には着手していない。

かかる文言における問題は、保険事故が発生し、保険金が支払われた後におい

疑問は、供給契約、または当事者の一方が、相手方が必要となった場合に一定量の特定財を相手方に引き渡すという債務を負うということを事前に約定しうる実定契約に関する文言に提示できる⁽²⁾。この場合においても、債務者は、契約の締結時から、可能な限り債務を履行しなければならない、その結果、目的に応じて商品を取得したり、引き受けた責任を維持するためになされる契約を調達業者との間で締結しなければならない。しかしながら、この場合、問題は生じない。というのは、債務者は特定財を引き渡さなければならないだけで、自己の給付を履行する方法に興味を抱かないからである。

しかし、保険では、保険金を支払うことだけが存在しているのではなく、何かを与えること、すなわち、保険事故の発生いかんを問わず、被保険者の利益を保護することも存在する。それゆえに、保険料が支払われているにもかかわらず、保険事故が発生しないことも事実である。これに対して、前述の契約では、物品供給契約の代金は、相手方に必要な財が引き渡された場合に限り支払⁽³⁾われる。

2. 契約の前提、義務および利益の保護

保険事故の発生前には、被保険者の利益を保護する債務は、物または金銭の

て、保険契約が約定通りその機能を果たし、被保険者が権利を主張する以外の何物でもない限りにおいて、うまく想定されていない。契約締結の目的は、かかる方法において十分に達成され、締結前の保険者の行動はどのようであったのかを考察する理由はない。

しかし、保険事故の発生に関係なく、そして、その発生前に、保険者が我々が被保険者の債務の目的と考える特定の行動をとらないことは、何らかの結果をもたらすのか否か、そして、どの様な結果となるのかを自問できる。

同じような疑問は、他の実定契約についてもある。被保険者の利益の保護が欠けている場合、いかなる結果も生ずる必要がないならば、そして、保険事故の発生前に被保険者が権利を主張しなければ、何らの意義もないし、他の実定契約と比較して相違点も存在しない。

(2) ここでは、当事者の一方が、相手方が必要となったときに相手方に一定量の商品を提供する義務を負う固有の供給契約とは異なる契約を論じている。この点について：Gschntzer, *Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht* cit., p. 364; Oertmann, in *Handbuch des gesamten Handelsrecht* di Ehrenberg, IV, 2, p. 345.

(3) Vidali, *Il contratto del rischio nell'assicurazione* cit., p. 550 ss. の間違いは、かかる2つケースを区別しようとしたこと、および、現象が2つのケースにおいてまったく異なった意味を有するゆえに、学説が他の実定契約においてリスクの影響

譲渡では履行されないし、特定の行為を実行することもあらわれないが、保険者が行わなければならない、その結果、それがなされるのか否か、いつなされるのか⁽⁴⁾が具体的に決められない行動の中だけに存在する。

被保険者の利益の保護を引き受けるという約束は給付そのものである、と考えられない。というのは、前者と後者を同一視できないからである。前者とは、債務が派生する意思の表示であり、後者とは、当該債務の履行行為とそれを免除される方法である⁽⁵⁾。通常、債務を負うべき事実を介して、保険者は行動を負担するが、これは法的に異なった2つの現象である⁽⁶⁾。

保険者は、彼のすべての行動が偶発的な損害を填補する方向に向かい、相手方の保護として我々が定義した何かを相手方に対して提供するゆえに、自己の債務を履行する⁽⁷⁾。

これによって、保険者の債務は特定の技術的手段の準備において具体化される⁽⁸⁾ということは認められない。この理論は、ドイツの学説が発表した⁽⁸⁾が、支持

の範囲について行った検討は、保険では繰り返しえないと考えなかったこと、にある。

(4) 学説 (Messineo, *Manuale cit.*, II, 2, p. 204; Barbero, *Sistema istituzionale cit.*, II, p. 38 ss.; Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 450 ss.) は、物の譲渡または作為の給付の実行の欠如に関連させて、履行または不履行を論じている。しかし、否定的な債務については、義務違反を論じているにすぎない (同旨: Messineo, *Op. e vol. cit.*, p. 42; Barbero, *Op. e vol. cit.*, p. 20; Trabucchi, *Op. cit.*, p. 425)。

(5) この点については、155頁で論じたこと、および注(170)と(171)の内容を参照。

明らかなのは、約束が契約を有効にする意思表示の1つであるならば、それは契約の履行時においても重要となりえないが、債務は契約によって、譲渡、作為または不作為の責めを負うものとなりうる、ということである。別旨: Heymann, *La prestazione dell'assicuratore cit.*, pp. 60 e 146.

(6) 保険者の債務を危険負担に見いだす者によっても (同旨: Oertmann, *Allgemeine Teil cit.*, p. 580; O. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse cit.*, p. 402; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 171), 1つはリスクを引き受ける約束であり、1つは約束の実現における負担である。

(7) これが前章の終わりで論じたことである。問題は、保険事故の発生にかかわらず、そして、保険金の支払にかかわらず、類似の債務が履行されていないと主張しうるのはいかなる場合なのか、ということ判断することである。

(8) 同旨: Bruck, *Das Privatversicherungsrecht cit.*, p. 336 ss.; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione cit.*, p. 72. しかし、この学説は143頁以下で示した理由で支持できない。というのは、この学説は、保険契約における双務性の問題を解決するどころか、回避しているからである。

できない。というのは、保険者の債務を具体的に決定し、1923年法59条・60条*⁽¹⁾の中に、保険者の給付の不履行を理由とする契約の解除に関する2つのケースを見いだすという明白な利点が存在しているならば、かかる規定は公法的な性格を有する保険者の債務を規定しているとは思えず、それゆえに、技術的手段の準備から必ずしも派生しない保険金の偶発的な支払を認めないからである。

危険負担説との基本的な違いは、まさしく、保険者の債務をある特定の肯定的な行動を行う義務として考えているのではなく、何か特定の給付を探そうとしていることにある。

危険負担説のすべての構造は、この間違っただ論理に基礎付けられている。そして、それが到達した結論は支持できない。さらに、我々が検討している問題に関して、この理論はなんら助けにならない。というのは、いかなる場合において、保険事故の発生に無関係に保険者の債務を論ずることができるのかを示していないからである。⁽¹⁰⁾

(9) ここでは、保険企業に関する1923年法59条・60条の中に含まれている規定の説明は、部分的に異なっており、かかる規定は我々の問題の解決の効果に間接的にのみ有効である、という結果を示しておく。59条は契約の無効を規定しており、解除を規定しておらず、それゆえに、契約の効力について必然的な要素に関連している。59条・60条について論じているもの：Ascarelli, *La c.d. approvazione amministrativa delle condizioni generali di polizza* cit., p. 6; Donati, *Trattato delle assicurazioni private* cit., I, pp. 345-351.

(10) 1つの規定が公法的な性格の義務違反を定めているにすぎないときには、この規定が契約の解除を定めているということを確認するには不十分である（この意味において：Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72.）。しかし、かかる違反からいかなる私法的な結果が派生するのかを証明することもまた必要である。

* (1) イタリアにおける保険業に関する実質的な監督規制は、1923年4月29日暫定措置令966号の制定に始まる。本暫定措置令には実体的監督主義が取り入れられ、主として生命保険業に対する監督規制に重点を置いて制定された。本暫定措置令の制定により、それまで1912年4月4日法律305号に基づきINAが独占していた生命保険業は、国家の監督規制の下で、INAおよび私保険企業により営まれることになった。その後、本暫定措置令は1924年1月4日勅令63号により改正および代替された。拙訳「1925年1月4日勅令第63号－イタリア保険法典(4)－」神戸学院法学27巻3号89頁（1998年）、および拙稿「イタリア1942年民法制定前の生命保険事業規制－INA設立の経緯と背景－」『現代保険学の展開』392頁（千倉書房・1990年）を参照。

3. 否定的債務

これに関して、いわゆる否定的債務をより慎重に検討する絶好の機会であろう。

否定的債務において、肯定的主体の側による債務の履行を論ずることができない。それゆえに、この場合、給付が存在しない。というのは、給付が債務を負担する主体がとるべき行動を示すことが真実であれば、類似の行動は不作為になりえないからである、と主張できると考える⁽¹¹⁾。否定的債務では、給付は債務それ自体、およびそこから派生する拘束と類似する。しかし、少なくとも私見によれば、給付を論ずることができるのは、たとえ肯定的行動が実際の行動の実行において明らかに示されないとしても、拘束の引受によって特定の方法において行動する必要性が生じるときだけである⁽¹²⁾。

いかなる場合においても、興味深いのは、学説が正確に主張しているように、否定的債務は不履行時、すなわち、引き受けた債務の違反時においてのみ重要となるが、債務者が不作為の状況にあるという事実によって、給付の履行を論ずることができないということである。⁽¹³⁾

(11) この方法では、給付と債務との概念上の違いの意義がなくなる（この点について：第4章94頁・157頁）。というのは、拘束の内容とその目的を区別しえないからである。反旨：Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 191; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 20; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., p. 20; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 442; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., I, p. 885.

かかる私見を支えとして、否定的債務と否定的役務との比較ができる。これは学説が頻繁に試みているが（同旨：Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, 2, p. 20; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 41）、かかる2つの法的な範疇間の純粋に異なる性格を明確にしていない。

(12) すでに論じたように、不作為の状況にあることについて給付を論ずることができない。しかし、特定の実際の行為がなされるということもまた必要である。

学説によれば、給付は行動の中に存在する（同旨：Polacco, *Le obbligazioni* cit., p. 190; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 20; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., I, p. 129; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 10; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 33）。

かかる行動が債務の拘束でありえないならば、しかし、それは、保証人が債務者に対して、保険者が被保険者に対して提供する保証により構成されるに違いない。それをなす義務とは異なる。

(13) 違反のときにおいてのみ、引き受けられた拘束と比較した行動の検証が可能である。そして、これは物権に言及して認められる（cfr. Anche nota n. 11）。

否定的債務に違反した場合、債務関係の能動的主体は、相手方に対して、物を債務の引受時に存在していた場所に戻し、義務に違反した場合に偶然に行ったことを消滅させること、そして、損害賠償を請求する権利を有する。しかし、債務者は拘束の引受に従って行う義務はないが、否定的債務の能動的主体だけが目的物を享受する権利を有し、相手方当事者の放棄によって自分にもたらされた多くの効用を伴う⁽¹⁴⁾。

否定的債務の引受の結果として、債権者の財産の中に新しいものが入らないが、債権者は間接的な利益だけを受け取る。

保険では、前章で論じたように、保険者の債務は不作為状況にあることでは存在しないし、保険者は被保険者に対して間接的な利益のみをもたらさない⁽¹⁵⁾。

しかしながら、保険者の給付は、何かを譲渡するとか、行ったりすることの中ではなく、特定の行動をとることの中に存在する。そして、いかなる時期においてその給付が履行されるかを決定することはきわめて難しい。保険事故の発生前に、具体的には、保険金の支払前に、被保険者の利益を保護すること、および損害を填補する準備をすることは、特定の行為の行動を介しては実現しない⁽¹⁶⁾。

しかし、もっとも容易なことは、保険者が、被保険者の利益を保護するという義務と比較して、行動する時期である。すなわち、保険事故の発生時に、損害を填補する状況にあることが難しい方法で行動する時期である⁽¹⁷⁾。それゆえに、

(14) かかる方法において、債務者により、一定の期間につき、または、無償で、金銭給付または類似の利益の代わりに、自己の権利の行使が放棄される。

(15) 保険契約の締結前、保険者には放棄する権利はないということ、リスクの保障からもたらされる利益は直接的なので、保険事故が発生したときは、被保険者は、予想外の事実が被保険者のすべての努力の結果を破壊するという怖れなく、自己の行為を展開するという措置を講ずるだけでなく、損害填補請求権を有する、ということ論ずる場合ではない。

(16) 状況は、否定的な債務の場合ときわめて類似している。というのは、この場合においてもまた、債務者が自己の債務を履行する時を決定することができないし、純粋に不作為状況にあることに関連した履行を論ずることはできない (cfr. Leonardo Coviello jr., *L'obbligazione negativa* cit., II, p. 2)。そして、学説は、そのものの違反が存在する場合を検討することに限定されている。唯一の違いは、保険では給付が存在することである。

(17) 不思議なのは、保険者の給付を保険金の支払に見るかかる論者のすべてが (Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 191; Devoto, *Alcune considerazioni*

この場合においても、否定的債務について生じた場合と同様に、重要なことは、不履行が生じうるか否か、いつ生じるのかを決定することである。

4. 保険および供給における債務の履行・不履行

保険事故の発生前に、保険者の債務不履行が具体的に認められるならば、被保険者は契約の解除を請求しうる。⁽¹⁸⁾当初理解しやすいと考えられていた他の実定契約と比較して、かかる状況はどれほど違うのであろうか。

この場合、保険事故が発生することは必要ではない。これに対して、供給においては、受給者は、契約の締結を決定する場合に備えて、入用が発生する時を待たなければならず、合意の対象となる財の供給者が自分に供給すること、または、給付を履行する状況にないことを明らかにすることを待たなければならぬ。⁽¹⁹⁾

後者の場合、重要なのは、供給者が相手方に供給するのは、受給者が契約の締結を介して獲得しようとした生産物だというだけである。それゆえに、受給者は、供給者は危険に晒された投機に夢中になる、または、債務に対する信頼を持つ可能性を損なうし、供給者は自己の給付を履行しないし、⁽²⁰⁾自分に必要な

giuridiche cit., p. 71; Donati, *Il contratto di assicurazione cit.*, p. 25; Hemard, *Théorie et pratique des ass. terrestres cit.*, I, p. 93; Picard et Besson, *Traité general cit.*, I, p. 89 ss.; Sumien, *Traité théorique et pratique cit.*, p. 85; J. von Gierke, *Versicherungsrecht cit.*, II, p. 149; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht cit.*, pp. 161-162; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht cit.*, p. 79). 保険事故発生前に、保険者の資産状況が損害を填補することを被保険者に認めていない状況になるとき、被保険者は、すべての実際上の保護を欠いた状態となる、ということを考えていないことである。

(18) 継続執行の契約の解除について：Devoto, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943, p. 297 ss.; Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 183 ss.; Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 281 ss.

(19) 不履行を論じるために必要なのは、債務者が履行しなければならない状況にあるということ、自己の給付を履行していないことである。とりわけ、履行期が到来した時に延期された債務については、このことが生じたときは、相手方は契約の解除請求権を有するということである。これに対して、かかる日の前には、民法典1461条（「契約者の資産状態の変化」）「契約者は、他の契約者の資産状態が反対給付の取得につき明らかな危険に晒されるようになった場合には、自己の負担した給付の履行を停止することができる。ただし、相当の担保が提供されたときはこの限りではない。」；訳者挿入）に定められた状況が生じた場合には、自己の給付を履行することを拒否することができるにすぎない。

商品を取得しなかったならば、その後、それを履行しないであろうという事実について、供給者に対して不平を言えない。さらに、供給者には、つねに、供給者が不履行の場合、他の調達業者において展開される可能性が未解決のまま残り、この者に生じた損害が賠償される。

反対に、保険では、被保険者は保険事故の発生日かを問わず保険料を支払⁽²¹⁾う。そして、損害填補義務が派生しない場合もそうである。さらに、保険事故が発生したものの、保険者が損害填補する状況にないならば、被保険者は他の保険者に助けを求めることはできない。損害填補は、保険金の支払とは異なり、給付に関して論じた意味において理解できない。

保険者が、被保険者の利益を保護するという給付を履行しない結果、保険事故が発生する前に、損害填補は契約の事前解除の場合において論じられる。しかし、被保険者はすでに支払った保険料を返還請求する権利を有すると理解することは容易である。

保険者の債務は保険金の支払の中に存在しないという事実について新たな証拠が必要ならば、その債務はこれまで論じてきたものから提示される。被保険者が保険金の支払に対して請求権を有するにすぎないならば、保険事故が発生する前には、何も強く求められない。そして、保険者は損害を填補する可能性を侵害した、または行動を負っているという事実は、被保険者の利益を保護するという義務に対して応えていない。この者の給付がなされるか否かを定める場合には、いかなる重要性もない。しかし、同じような理由が成り立つ。それはまさしく、被保険者が保険料を支払っており、保険事故が発生しなくともそれは返還される必要はないが、つねに保険者の資産の一部を構成するからである。民法典1461条の範囲を決定する前ならば、本条に言及できない。⁽²²⁾

(20) 受給者が自己の給付を履行したとき、または供給者の履行前にそれを履行しなければならぬとき、状況は異なる。しかし、この場合には、法律で認められた救済措置は契約の解除とは異なり、ケースに応じて、保存的仮差押に依拠するか、民法典1461条に含まれる規定に依拠する。

(21) この点に関しては、107頁～134頁で論じ、保険金の支払の中に保険者の給付を見いだす理論を批判している内容を参照。

(22) 本文で触れた以外に、民法典1461条を保険に適用する可能性に関して考察することはよい機会である。本条は被保険者に保険料を支払う必要のないことを定めているが、リスクの保障を減少させる。というのは、保険契約は、保険料の支

5. 競合しない合意

否定的債務を負担した場合は、債務者は、拘束が欠けたとき、通常享受しえた自己の権利を行使しないように強いられる。それゆえに、違反は、あらかじめ引き受けた債務と比較して1つまたは複数の行為をなすことにおいて存在する⁽²³⁾。ひんぱんに、かかる違反は行う必要のない何かを実際に構築することによって実現される。すなわち、新たな構築および増築を示すのは、従来の義務と比較された行為があり、その結果、行為主体において構築されるということを請求する権利を発生させるということを証明する承役地に特定の高さ以上の建物を建設させない権利 (*servitus altius non tollendi o non aedificandi*) においてである⁽²⁴⁾。そして、疑問が存在しないのは、違反の存在と、反対に、債務者の負担になりえないことに相違して、新しい構築がなされるまで、あるいは始まるまでそうあり続ける時である。

理由は、否定的債務が競合することを禁止する場合類似している⁽²⁵⁾。企業取引に付随した競業しない合意であれ、被用者の競業しない合意であれ、所定の規定による場所および時間の制限内において⁽²⁶⁾、義務違反となるには、使用者が譲

払時における契約の効力に従うからである。それゆえに、この救済措置は最悪よりも悪くなる。

(23) この点に関して、学説は否定的債務が重要であると考えている。同旨：Leonaro Coviello jr., *L'obbligazione negativa* cit., II, p. 2 ss.; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 30; Barbero, *Sistema isituzionale* cit., II, p. 20; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 42; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 425.

(24) この場合、我々は不動産に関する否定的役務に対してしている。すわち、物権であり、債権的關係ではない（同旨：Grosso e Deinna, *Le servitù prediali* cit., p. 127）。しかし、ここでもまた、関係の内容は控える債務の中で具体化する。他方、この点に関して、注(11)で論ずる機会のあった、学説が発見されたもので、物権と否定的債務とを区別することの難しさを思い浮かべる機能を果たす。

(25) 競業の合意および禁止について：Ghiron, *La concorrenza e i consorzi*, nel *Trattato di diritto civile* del Vassalli, Torino, 1949, p. 51 ss.; Auletta, *Della disciplina della concorrenza*, in *Commentario al Codice civile* a cura di Scialoja e Branca, art. 2596, Bologna, 1947, p. 329.

(26) 民法典2596条（競業の約定制限）「①競業を制限する特約は投機によって証明されなければならない。特約は一定の地域または一定の活動に限定されている場合には有効であり、そして、5年の存続期間を超えることはできない。②特約の存続期間が確定されておらず、または5年を超える期間について定められている場合には、特約は5年の存続期間につき有効である」：訳者挿入）には、一般

渡された企業と競業するあらたな企業を設立すること、または被用者が競業企業において自己の業務を行うことである。義務違反が生ずる新しいケースは、⁽²⁷⁾ つねに定義しやすく、同一視しやすい。

保証人や保険者の債務を検討する場合には、解決は同様に容易ではない。その債務は、相手方に対して、一定の保証を提供するか、偶発的な必要性が生じ

的原则を見出すことができる（同旨：Auletta, *Della disciplina della concorrenza*, p. 331; Ascarelli, *Riflessioni in tema di consorzi, mutue, associazioni e società*, in *Riv. Trim.*, 1953, p. 339）。そして、これは、民法典2125条（（不競業約款）「①契約終了後に続く、一定期間にわたる被用者の活動の展開が制限される契約は、被用者のための対価が約されておらず、また、拘束の目的、期間および場所につき特定された限度内にあるものでない場合には、書面で明確にされていない限り無効である。②拘束の期間は、それが経営者にかかる場合には5年、その他の場合には3年を超えることはできない。これより長い期間が特約された場合には、期間は前述の範囲に減縮される」：訳者挿入）および2557条（（競業の禁止）「①企業を譲渡した者は、移転から5年間は、目的、場所またはその他の状況により譲渡された企業の顧客を惑わすような新しい企業を始めることを抑止しなければならない。②前項所定の制限より広い制限における競業抑止の特約は、譲渡人の職業活動を禁止するものでない限り、有効である。特約は移転から5年の存続期間を超えることはできない。③特約においてより長い存続期間が示され、または存続期間が定められている場合には、競業の禁止は移転から5年の期間効力を有する。④企業の利益または賃貸の場合には、第1項所定の競業禁止は、所有者または賃貸人に対し利益または賃貸の存続期間効力を有する。⑤本条の規定は、農業企業に統合される活動に限り、これに関し顧客を惑わすことのあるときは、農業企業に適用される」：訳者挿入）で繰り返されている。これらは本文中で検討したケースに明確に言及している。すなわち、前者は被用者の競業の禁止を、後者は営業譲渡における競業の禁止を規定している。他の側面においては、2つの規定は同一ではない。というのは、被用者の場合には、控えることによってこれに支払われる対価が合意される必要があるのに対して（同旨：民法典2596条について、Auletta ed Ascarelli, *Opp. e pagg. ultt. cit.*）これに対して、民法典2557条については、禁止は営業譲渡から直接生ずるからである（Ghiron, *La concorrenza e i consorzi cit.*, p. 52）。

(27) さきほど論じたケースから生ずる一般的原则は、いかなる場合においても、疑問とならない。というのは、拘束は、つねに不作為（*non facere*）において存在するから、その違反はいかなる場合においても容易に同一視しうるそれとの対比において作為（*facere*）から生ずるにすぎないからである。というのは、代理人である主体の個人的領域の枠外において具体化するからである。すなわち、その者が関係の行為主体の財産的領域内において直接的に影響を受けるか、相手方の被害をもたらす債務者の行為に影響するかという外界に入り込む。

た場合に、一定の財を持ちうるという保障 (sicurezza) を提供することにある。否定的債務を伴って引き受けられた義務の違反は、同じであり、認識しやすいものとの対比において、行為の実行によって実現するのに対して、保障 (sicurezza) を提供する債務の違反は、間接的にのみ明らかにされうる否定的事実である。

6. 保証人の債務の不履行

2つの主体間で、一定の金銭の代わりに相手方に保証を提供することが適している契約を検討するならば、前章で論じたように、被保証人が支払った金額の対価となる保証を給付する責めを負う者の給付を要求する試みは、保証を給付するという事実において債務の目的を認めない限りにおいて否定的な結果を持つことになる⁽²⁸⁾と述べることは容易である。

興味深いのは保証人と債務者との関係であり、保証人と債権者との偶発的な関係ではない。真実なのは、保証が機能するのは債権者に対して給付されたときであり、保証は債権者がかかる保証を受け取り、保証人の債務により十分に保護されたときである、ということである。しかし、債務者・保証人間の関係では、保証の給付が論じられる。

保証人は、金銭の支払を余儀なくされても、つねに債務者に助力を求めることができるし、債務者に対して出捐した金額の償還を請求できる。それゆえ、保証人が債権者に対して約定した保証を給付することを拒否した場合を別にし⁽²⁹⁾て、いかなる場合において、保証人の給付は履行されていないと主張しうるの

(28) 学説 (De Ruggiro, *Istituzioni* cit., III, p. 460; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 136; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 653; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 528) は、保証人の給付の目的を、債務者が支払不能になったときに保証人が支払うべき金銭の中に見いだしている。もし債権者に対して引き受けられた債務の目的がこれであれば、そして、債務者に関して、支払われる限りにおいて、返済される権利を保証人がつねに有している。真実なのは、保証人が支払不能の債務者に対するリスクを負担することで債務者がリスクから保護され、債務者から一定の報酬が支払われる、ということである。しかし、もしこれが正しいならば、債務者に対する自己の債務の目的は、かかるリスクの負担である、と結論づける必要がある。支払不能のリスクとは無関係に、(第4章153頁で論じたように) 債務の目的は保証の引受であると主張することはまさしく正しいと思う。

(29) 保証が債権者に給付された時だけに機能し、保証人の意思表示を欠くならば、保証を論ずることはできない。それまでの責任との対比において、この拒否によ

かを明らかにしなければならない。

債権者が保証を受け入れるまで、保証人の債務の履行に関する前提条件は発生しない。その結果、保証人・債務者間の契約は未発効のままである⁽³⁰⁾。しかし、継続給付契約において、債権者は第2の要素として、自己の給付を履行する意図を持たないということが生じうる、あるいは、債務者に対して負担すべき支払を請求することが生じうる。というのは、保証人の財産状況は有効な保証となりえないからである⁽³¹⁾。この場合、明らかなのは、契約によって提供義務を負担していた保証を保証人が提供しない場合には、債務者が契約の事前解除を請求しうる、ということである⁽³²⁾。

保証人の資産状況は、保証人が有効な保証を提供できるということを否定する場合には、この議論は、債権者との関係の考慮とは関係なく類似による。債権者がこの新しい状況に不平を言わないならば、債務者が不平を言う動機を持つのはきわめて難しい。しかし、債務者が正当な理由ある不安を認めるべきで

って保証人に発生する損害を賠償させることに対する債務者の権利をそのままにしておくとしても。学説が、保証人・債権者の関係を検討しているのはこの理由による（同旨：De Ruggiro, *Istituzioni* cit., III, p. 460; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 135; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 651; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 528）。

(30) その状況は、前注で検討したものと類似している。というのは、保証は給付にならないし、反対給付に対する権利が存在しないからである。しかし、不履行を論じられない。というのは、保証を拒否したのは債権者であるし、損害賠償を請求する権利は存在しないからである。

(31) 単一の債務が保証されず、多少長い時間の経過後に履行される一連の活動を介して、保証が提供されるとき、このケースは存在しうるし、実際においても存在する。

(32) 第2の要素の債権者が、債務者に対して、第1の要素が十分でないゆえに、その他の保証が給付されること、または第1保証人が第2保証人と交替するということを請求できるならば、その結果は、債務者は保証人に支払う金額を超えて払わない権利、および、保証人と締結した契約の解除を請求する権利を有するというようにならざるを得ない。このことは、保証人の債務はまさしく保証を給付する債務であり、債権者が十分に保護されていないと考えるときには、保証は履行されないとすることを意味する。

結論は、当然、債務者の資産状況のみに依拠したものと異なる。このケースを無視すれば、債務の履行期が経過する前に、その支払に無関係に保証が減少するという事実が残る。

ないほどの支払能力がないゆえに、このことが発生したならば、債権者は保証を拒否しない、または契約の解除を請求しないと、保証人が反対しない。保証の給付だけが考慮され、給付はもはや発生しない。

7. 被保険者の利益を保護する債務の不履行

類似の考察が保険に関して可能である。というのは、保険者の給付もまた、金銭の譲渡ではなく、保護の引受の中に存在するからである。

この場合、保険金の偶発的な支払は、第三者（債権者）のために行われるのではなく、保険者自身のために行われるのである。しかし、これは、保険者の給付内容を全体とするならば、その性質を変更しない。⁽³³⁾それゆえに、保険者の側において不履行があったか否かを決定するために保険事故の発生に関して関係しえないならば、さらに、かかる事象が発生し、保険者が損害填補しうる状況にないならば、被保険者は保護を欠いていることになり、かかる窮状に別個に対処する可能性を持たない。

この場合、保険事故が発生するまでは被保険者は何もし得ないという理論が支配しなければならぬならば、保険者が不履行か否かを決定しうる時であるゆえに、⁽³⁴⁾被保険者は何らかの給付を欠くことになる。被保険者はつねに第2の保険契約を締結することができる、主張できない。2つ契約のうちの1つにおいて、または保険者は損害を填補する状況にあり、そして、第2契約においてすべての利益がなくなるか、または保険者がこれを履行する状況になく、それゆえに、被保険者は、⁽³⁵⁾それを供給する状況にない保護と交換で保険料を無為に支払うことになる。

(33) 保険者の債務は危険負担の中に存在すると主張する者(Oertmann, *Allgemeine Teil* cit., p. 580; O. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse* cit., p. 402; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 366; Mossa, *Compendio* cit., p. 72; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 171; Ferri, *Manuale* cit., p. 353) もまた、被保険者は保険金の支払請求権を有しない、と主張していないし、引き受けられた保護の特殊な側面でしかないその他の結果も説明しない。

(34) 同じ結論に到達する者は(同旨: Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 423; Id., *Il contratto di assicurazione* cit., p. 25; Picard et Besson, *Traité general* cit., I, p. 89 ss.; Sumien, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres* cit., p. 85; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p. 149; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., pp. 161-162; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., p. 79)), 保険者の給付を保険金の支払に見いだしている。

それゆえに、被保険者は、保険者が被保険者の利益をもはや保護する状態にない場合において、契約の事前解除を請求することができるかを自問しなければならない。

被保険者に十分でないのは、後述のように、自己の給付を拒絶しようということであり、被保険者にとっては、同じ保護を提供してくれる誰かを探すということも必要である。他の実定契約とは異なり、被保険者は入用の時に、つまり、保険事故の発生後に、他の保険者に助力を求めることができないからなおのことである。⁽³⁶⁾それゆえに、保険者は、先の契約から免責されることができなければならない、契約を解除し、新しい契約を締結することができなければならない。

8. 継続的実定契約および保険における民法典1461条

私保険業に関する1923年4月29日法律第966号48条・59条・60条の検討は、これまで示した理論を認められると思われる。

この点に関して、かかる規定、とりわけ、59条・60条が民法典1461条に定められた原則の適用を単純に構成するという異議を克服する必要がある。かかる規定を基礎として、継続または延期された履行について双務契約では、他の当事者の財産状況が、反対給付の執行を明白な危険にさらす状態に陥った場合には、各契約者は自己の給付の履行を中断できる。⁽³⁷⁾すなわち、被保険者は、保険金を支払う保険者の債務が存続するものの、かかる債務は履行されえないというおそれを抱いた場合にはつねに、保険料の支払を中断する権利を有し、かかる権利が1923年法で明白に認められている、と主張できる。

(35) このように不公平な結果は、いかなる制定法によっても受け入れられていない。破産に関する規定も、いかなる場合においても、破産状態に陥ったときに進行中の実定契約について同じような結果を定めていないし、破産法72条は、債務者の破産は割賦販売契約の解除事由とはならないと定めている。これに対して、私保険業に関する1923年法48条は、本文で論じたように、私見の支持する見解に基づいて解除を認めている。

(36) 保険契約はこの場合には無効である。というのは、リスクは契約締結前に存在しなくなるからである。この点について：Vivante, *Del contratto di assicurazione cit.*, p. 192; Donati, *Il contratto di assicurazione cit.*, p. 91 ss.; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 228.

(37) Cfr. Enrietti, in *Commentario al Codice civile del D'Amelio, Obbligazioni*, I, p. 853; Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p. 584.

しかし、この点に関しては、民法典1461条では、給付の中断が単純に論じられ、このことは、契約は有効であり、その後の期間において有効に執行されることを否定しない、と述べられる⁽³⁸⁾。1923年法59条・60条は、保険者が保険契約を登録せず、または公法的性質のすべての責務を履行しないときには、契約が無効となるかまたは解除される旨を定めている。

しかし、とりわけ、立法者が追求してきた目的の検討からわかるのは、1923年法59条・60条を説明することによって、民法典1461条に依拠することはできないということである⁽³⁹⁾。民法典1461条において考慮するのは、対価的給付のある通常の契約、すなわち、分割された譲渡における売買または供給だけである。かかる契約では、相手当事者の不履行のおそれを前にして、受給者または取得者にとっては、自己の給付の履行を中断することで十分であろう。というのは、この者は通常⁽⁴⁰⁾、債務が履行されない場合、この者に必要とされる商品を提供する別の売主に助けを求める。当事者は、この場合、代替物を受け取ることなく、そして、相手方の支払不能を理由として、支払った物または譲渡した物を返還することなく、金銭を支払う義務または財を譲渡するというリスクだけを負担する。しかし、同様の危険に対して、この者は保護され、その場合、相手方が履行しなければならぬ時に自己の給付の履行を延期する。

さらに、定期債務である限り、その期間が経過する前に不履行であると論じられないからといって、契約を解除する理由は存在しない⁽⁴¹⁾。

(38) 財産状況が変化するにもかかわらず、後者の場合において自己の債務を履行する義務を負っていた当事者が、負担すべき給付を履行する状況にある場合には、相手方当事者は、あらかじめ保持しておかなければならなかった反対給付を約定通りに履行しなければならないであろう。

(39) すべての規定の目的が、まず、相手方の不履行のリスクに対して当事者を保護するという点、および民法典1461条の場合には、給付の履行が中断されるというのに対して、保険では、契約が解除されるということが必要であるということ、を述べることができる。後述するように、保険における契約の解除は、不履行が生じたという事実の結果である。

(40) 給付が代替不能である場合においても、解除は役に立たない。というのは、取得者は、第三者によって、当該財をもたられ得ないからである。反対に、特殊な形式における執行を介する場合においても、取得者は、取得した財を受け取ることができるという希望において、契約を有効に維持することに対して利益を有する。

反対に、保険では、保険事故が発生した場合、被保険者は新契約を締結することができないし、損害をもたらした事象の結果を完全に負担しなければならない。

被保険者が契約の締結によって達成しようとした結果を考慮すると、保険者が保険金を支払わないと考える理由を検討するたびに、自己の給付を履行しないということに限定されなければ、被保険者は十分に保護されないであろう、と考える。

保険料の支払を拒否せず、つねに損害填補を履行する場合には、保険事故が発生し、そして、被保険者はこの結果を達成することができ、既契約が解除され、新契約が締結される。⁽⁴²⁾それゆえに、被保険者が保険契約を事前に解除しようとする必要がない場合、そして、保険料を支払わないということに限定されず、しかし、被保険者が保険金の支払の中に存在している保険者の給付を獲得することができない場合には、民法典1461条に含まれる規定は、被保険者を十分に保護しないし、何らかの保護を欠く。換言すれば、保険者の給付を保険金の支払の中に見いだす人は、民法典1461条に依拠する保険者の支払不能の危険に対する被保険者の保護につき、他の手段を持っていないが、しかし、このことは被保険者が達成しようとした目的に合致しない。この不十分な保護の根拠

(41) 別の疑問は、継続給付契約において、契約の解除はすでに履行された給付およびその後の給付に影響するか否か、ということである。学説は、1865年民法典時代にすでにこの問題を抱えていた（同旨：Auletta, *La risoluzione per inadempimento cit.*, p. 283 ss.）。しかし、これらは、すでに履行された給付に関しては、民法典1458条（（解除の効果）「①不履行による契約の解除は、当事者間において遡及的效果を有する。ただし、継続的または定期的給付の契約においては、これに関する解除の効果はすでに履行された給付には及ばない。②解除は明示的に特約されている場合においても、第三者によって取得された権利を害しない。ただし、解除請求の登記の効力を妨げない」：訳者挿入）によって解決されている（*cf.* Mosco, *La risoluzione del contratto cit.*, p. 281.）。

興味深いのは、契約を解除したことにより、部分的な不履行が十分なのか否か、契約を固有の機能を履行するのに適切でないようにするということを決めるのか否か、を決めることである（同旨：Devoto, *L'obbligazione ad esecuzione continuata cit.*, p. 302）。

(42) 被保険者は、保険事故が発生する前に、すなわち、伝統的な理論によれば、偶発的な損害を填補する債務の不履行を論じる前に、新保険契約を締結することによってのみ、固有の利益を保護することができる。

は、この場合、保険者が履行していないということである。保険者の給付は、相手方当事者の利益を保護することにある。そして、保険者は、財産上の固有の条件により、この保護をつねに供給するわけではなく、偶発的な損害を賠償する状態にはない。

問題は論理的秩序であり、実定法の問題ではない。そして、民法典1461条に類似した条文を欠いていても、同じ文言の中に存在しうる。この場合、被保険者も保険事故が発生する前に、保険者の不履行の危険に対して保証される必要性を見いだすであろう。

9. 新しい業務の負担の禁止および契約の解除

1923年4月29日法律966号60条に関連して、前章で到達した結論を検討する必要がある。

本条は、保険者が新契約の引受を禁止された場合には、被保険者は契約の解除を請求することができる、と定めている。この方法では、新契約の引受禁止という公法的性質の行為に関連して、民事法的制裁が定められている。保険者によって事前に締結された契約に言及し、禁止に違反した場合には無効となり、単に解除されないその後の契約に関しない限り、より重要な制裁である。⁽⁴³⁾

前半の考察は、1923年4月29日勅令法59条に関連した場合でも可能である。⁽⁴⁴⁾

何人かの論者は、保険者の主たる債務は特定の技術的手段の準備の中にある、

(43) 60条が、禁止からすべての重要性を実際に取り上げることを望むことなく、継続的な契約に言及している、とは主張できない。監督官庁が保険会社に対して新契約の引受を禁止した後に、既契約の効果が将来の被保険者の意思に任されるならば、かかる禁止措置にかかわらず、保険者は自己の業務の執行を継続することができる。

(44) 本条は、当事者間の給付関係に関するものではなく、契約の効力そのものに関するものである。59条は、被保険者は、保険契約が登録されていなくとも、保険契約の無効および支払済み保険料の返還を請求することができる。無効を明確に論じ、これが立法者の不正確な表現に過ぎないと主張することはできない(同旨：Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p. 406; Id., *Trattato* cit., I, p. 346; Asquini, *Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento delle assicurazioni* cit., p. 8; Salandra, *La sorveglianza sulle imprese di assicurazione* cit., p. 409)。というのは、この場合において、保険料返還請求権もまた認められており、契約が完全でないという事実の結果によってのみ可能だからである。

保険契約の登録は契約の効力要件である。59条について：Vivante, *Trattato* cit., IV, n.1889; Ascarelli, *La c.d. approvazione amministrativa* cit., p. 6.

と主張している。⁽⁴⁵⁾この理論は、その原初的な形態において支持できないが、その内容においては正しい。保険者の債務が保険事故が発生しない場合における被保険者の利益の保護の中に存在するならば、契約で約定された事象が発生した場合には、保険者は、偶発的な損害を填補するために有効な状況の中に置かれなければならない。それゆえに、被保険者の偶発的な要求をつねに充足する方法において自己の企業を構築する必要がある。より正確には、すべての分別のある営業を基礎とした技術的基準に釣り合わせさせる必要がある。保険者が同様に偶発的な損害を填補する状況にあり、それゆえに被保険者の利益を保護する状況にあることが否定されない限りにおいて、それをしないということは、⁽⁴⁶⁾確実に不履行となる。しかし、所定の技術的基準を受け入れた経営をしていない保険企業は、営まれる業務の特殊な性質が与えられている固有の目的を免除する状況にはない。保険者が自己の債務を履行するならば、これは、とりわけ他の状況と競合する限りにおいて、決定するために有益な考察を構成することができる。保険者が被保険者の利益を十分に保護しないとき、具体的に決定することがきわめて難しい場合には、これはきわめて重要である。⁽⁴⁷⁾

それゆえに、特定の技術的手段の実行は、その有効性について（これは59条の場合である）、または保険契約の効力について、条件を構成しないとき、保険者が自己の債務を履行するか否かを決定するための有益な基準を表す。この意味において、公法的性質を有する各義務は、契約の構造を決定するためにも重要であると解する学説によってすでに支持されている理論が支持されると思われる。

しかし、1923年法60条は他のことも表している。それは、保険者が新契約の引受を禁止されたときは、被保険者は契約の解除を請求することができる、と

(45) Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 366; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 72.

(46) 反対のケースにおいて、技術的手段の準備は保険者の債務の目的を構成する（同旨：Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 366）。かかる理論は、第4章142頁以下で示した理由によって、支持することができない。

(47) この保護は、保険事故発生時、すなわち、保険金が支払われる時においてのみ、実際の業務の中において明らかになる。しかしながら、我々に興味深いのは、保険者が偶発的な損害を填補する状態にないという偶発性を考えれば、保険事故発生の前段階である。

明白に定めている。

すなわち、不履行を理由とする解除を配慮しない場合には、技術的に説明しえない解除の場合である。⁽⁴⁸⁾しかし、不履行を論ずるためには、履行されなければならない、もはやそれであり得ない債務は何かを決定することも必要である。もし保険者の給付が保険金の支払の中に存在する場合には、保険事故発生前に不履行が存在すると主張することはできない。損害填補が従属する事象がいまだもたらされていない限りにおいては、保険者は何も与える必要はない。この場合、将来の状況に関連していると主張することはできない。というのは、1つには、不履行を欠いているので、解除が認められないから。1つは、保険事故が発生しないこともありうるということも、すでに積み立てられている準備金は、いまだ責任を負担する第1保険者とともに、さらに増大しており、偶発的な損害を填補するにはまったく十分であることも否定されないから。さらに、この場合において、保険者は保険料の支払の代わりに何も給付していないので、被保険者から受領した限りのものを返還しなければならない、と述べることが必要であろう。定期契約を論ずることができないので、⁽⁴⁹⁾民法典1458条の規定においては、⁽⁵⁰⁾契約の解除は遡及効を有する。

(48) この場合、給付の履行不能を理由とした解除を論ずることができない。というのは、1つには、保険者の給付は保険金を支払うことであり、一方では、金銭である財の代替可能性を前にして（偶発的な不可能さを論ずることができるのは、不特定かつ代替可能な財に関してだけである。同旨：Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 223; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 463, さらに, Barbero, *Sistema istituzionale* cit., II, p. 80 およびそこに引用した他の論者)。そして、他方では、民法典1463条（「(全部不能) 対価的給付をもってする契約においては、その負担した給付の後発的不能によって債務から解放された当事者は、反対給付を要求することができず、かつ、そのすでに受領した給付は、非債弁済の回復に関する規範に従い、これを返還することを要する。」：訳者挿入)に定められているように、必要に応じて支払われた保険料の返還請求権が存在するからである。もう1つには、給付は利益保護の中に存在する。しかし、それは不可能さではなく、不履行の場合である。

ここでは、過度の負担に依拠することはできない。

(49) この意味において、彼らが受け入れた理論に続いて：Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni* cit., p. 13. しかし、同旨：Vidari, *Diritto commerciale* cit., V, p. 223; Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche* cit., p. 80; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 336; Picard et Besson, *Traite générale* cit., I, p. 205.

(50) 解除効果の遡及性について：Autela, *La risoluzione per inadempimento* cit., p.

1923年4月29日暫定措置令966号60条の目的は、新契約の引受が禁止された結果、偶発的な損害の填補を履行するという、被保険者にとって唯一の真の保証を構成するリスクの共有がなくなるということを妨げることにある。それは、技術的には、一連の類似した契約を締結し、それに関連した準備金を積み立てることを介してのみ獲得しうる⁽⁵¹⁾。

これは、リスクの共有は技術的資料を単に構成しないが、法的な重要性をも有する、ということの意味する⁽⁵²⁾。かかる結論において、しかし、純粹かつ単純に移転することによって、技術的要件が法的な段階に到達することができないし、1923年4月29日暫定措置令60条はかかる傾向にないし、契約の解除を認めている⁽⁵³⁾。

解除は、保険者の債務不履行の結果である。60条は、この場合において、前章において我々が受け入れた理論を暗に認めている。保険事故が発生しないときに被保険者の利益を保護するという債務は、保険者が相手方に対してこの者

249; Mosco, *La risoluzione del contratto per adempimento* cit., p. 266.

同様の結論に到達しているのは、Donati, *Trattato* cit., I, p. 347 であり、1923年4月29日暫定措置令59条を検討している。しかし、この者の間違いは、解除ではなく無効の場合があるということ承認していない、ということである。しかし、立法者が次条において到達している別の結論を論じていないのは、事実である。

(51) 保険技術の要求としてのリスクの共有について：Hermard, *Théorie et pratique des assurances terrestres* cit., I, p. 59; Picard et Besson, *Traité générale* cit., I, pp. 8-12. 同旨：Sumien, *Assurances terrestres* cit., p. 10; Koenig, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 38; Ramella, *Trattato* cit., p. 2 ss.; Mossa, *Compendio* cit., p. 10; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni* cit., p. 2.

(52) 類似の理論が、一方では、いわゆる企業説によって、他方では、基本的に、保険者の給付を特定の技術的手段の実行の中に見いだしているかかる論者によって、それぞれ主張されている。かかる理論の批判を介して、一方では、第7章注(8)において論ずることに、他方では、前章注(12)において論じる機会のあったことに返送される。

(53) Donati, *Trattato* cit., I, p. 349 は、この場合において、保険者の債務の目的に関して Donati によって受け入れられている理論に由来する、不履行を理由とする解除を論じうることを否定し、解除は、公法的性質の義務違反によって生ずると述べている。Donati はかかる方法において正しくない。というのは、59条の場合について不履行を理由とする解除を論じており、とりわけ、公法的禁止の違反の場合に、その後の無効を論じうるとしている。そして、制裁は解除ということになる。

が求めていた保証を提供する状況にない限りにおいて、新契約の引受禁止により著しく侵害されている。^(53bis)

10. 保険者の破産

契約当事者の一方の破産は関係の解消事由となる。双方の債務が履行できなくなるときには、または継続的執行の契約において、一方の給付を履行することがもはやできなくなると、反対給付を履行する理由がなくなる。そして、かかる効果は、1923年4月29日暫定措置令48条もまた認めている。

しかし、その結果は我々の場合においては異なる。保険者が破産した場合には、被保険者は払込済みの保険料の返還請求権を有していない。もし被保険者が保険料を支払い、保険者が交換に何も給付しなかった場合には、破産しているので、保険者は保険料を返還する必要はなく、または少なくとも、被保険者に対して貸し方に自己の債権を差し入れることを認める必要もない。そして、被保険者は、単に、破産の宣告を受けた日から60日以内に契約の解除を請求する権利を有するにすぎない。その後、関係は自動的に解消される。^(53tris)

すべてのシステムとの関連している規定は、論理的整合性を欠く。これは、射倂契約の中に存在する事実の必然的な結果である、と主張できない。類似の考察が正しければ、同じ理由が、予想買い (*emptio spei*) における売主の破産においても妥当する。しかしながら、この場合においては、締結は明らかに反対されていると思える。すなわち、不確実な事象が発生する前に契約が解除されたならば、買主は、適宜、事前に支払った保険料の返還請求権を有するであろう。⁽⁵⁴⁾

漁師が網を投げる、土地が生産物を産出するという事実、または他の不確実

(53bis) 類似の原則がスイス保険契約法（1908年4月2日）によって受け入れられている。それは、36条で、譲渡の取消の場合には、被保険者は契約を解除する権利を有すると定めている。この場合においてもまた、当事者の意思による解除である。それは、保険者は、約定した保護を形成する状況にない、すなわち、自己の給付を履行できないという事実の中にその理由を見いだしている。同旨：Bruck, in *Legislazione Svizzera* cit., p. 29 は、この場合において、事情がこのような状態である限り (*rebus sic stantibus*) 条項の適用を見いだしているが、この見解は、しかしながら支持できない。

(53tris) 同旨：オーストリア法（1917年12月23日）21条。フランス法（1930年7月13日）18条。スイス法37条。これらは、被保険者が契約の解除を請求できる期間を30日に減縮している。

な事象に従属する期待の取得は、たとえ売主の給付目的が異なっている⁽⁵⁵⁾、やはり条件付き売買である。契約の終了期日前の解除は、しかし、買主により適宜支払われた代金の返還請求権を付与する。

しかし、破産した保険者は、保険事故が発生する前には、被保険者に何も与えない。というのは、この場合、我々は定期契約の中にいるから。すなわち、保険者は保険料の対価として、契約期間中、被保険者に何かを給付していたから。それゆえに、保険料は、すでに履行された給付の対価であり、カウザを欠く⁽⁵⁶⁾ことはない。しかし、類似の承認が、保険金の支払が保険者の給付の目的となるという理論と対比される。そして、かかる規定は、それゆえに、保険者が被保険者の利益の保護を引き受けると考える場合に限り、満足のいく理由を見出すことができる⁽⁵⁷⁾。

(未完)

(54) 誰も以下のように主張しないであろう。すなわち、予想買 (*empio spei*) において、契約の解除は、魚釣りを行ったり、土地に種をまく前に、取得者が事前に支払っている金額の返還を獲得する権利を持たないという結果として生ずる。この場合において、まさしく射倖契約と他の実定契約とを区別せず、解除は延期されたまたは定期的な執行に対する契約において遡及効を有しないと定めているにすぎない、民法典1458条が適用されなければならない。

(55) 以下の者もまた、期待の取得を論じている：Salis, *La compravendita* cit., p. 6 ss.; Maiorca, *La cosa in senso giuridico* cit., p. 257 ss, Caravelli, *vode Alea* cit., p. 314; Oppo, *Note sull'istituzione di non concepiti* cit., p. 90 nota 79; Boselli, *Le obbligazioni fondamentali nel contratto aleatorio* cit., p. 600; Rubino, *La compravendita* cit., p. 165.

(56) 興味深いのは、この点に関して、注(53tris)において引用した外国法において、契約解除後の保険期間に関する支払済みの保険料の返還に対する被保険者の請求権が、一般的に認められている、と述べるということである。

(57) この結果は、とりわけ制限された額が明らかであるとしても、すべてのシステムの論理との関係、および外国法によって示された限りの関係に置かれているならば、特別な重要性を持つ。本文に含まれる理論と類似するもの：Salandra, *Il trasferimento del rischio* cit., p. 15.