

ルカ・ブッタロ『保険利益論』（3・完）

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義務の不存在。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, 義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. 保証人の義務の不履行
7. 被保険者の利益を保護する義務の不履行
8. 継続的実定契約および保険における民法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, 第34巻第4号)

第6章 利益と保険契約のカウザ

1. 利益と契約のカウザ
2. 客観的および主観的理論に基づく, 関係としての利益とカウザとの比較
3. 客観的および主観的理論に基づく, 効用の判断としての利益とカウザとの比較
4. 契約のカウザとそこから派生する債務との関係
5. 契約の機能を決定するための要素としての当事者の債務
6. 多面契約と交換契約
7. 保険の機能は, 保険料の支払との交換において被保険者の利益を配慮した引受により構成される
8. いわゆる企業説
9. 損害保険を人保険と区別する理論。批判
10. 保険料の支払との交換において被保険者の利益を配慮した引受は, 生命保険においても契約の機能を表す
11. 偶発的入用充足説。批判

12. 生命保険の発生と肯定
 13. 初期の損害填補説
 14. カピタリザシオン形態としての保険
 15. 初期の損害填補説に対する最近の批判
 16. 新損害填補説
 17. その発生が生命保険において保護が望まれる損害に関する正確な性質
 18. 人保険における利益の重要性
 19. 保険の機能は保証機能である
- 第7章 保険の各類型における利益
1. 損害保険における利益
 2. 同一の財産に関して保護されうる二重の関係
 3. 間接損害および期待利益に関する保険
 4. 電害保険における利益
 5. 他人のためにする保険または不特定人のためにする保険における利益
 6. 責任保険, 再保険および信用保険における利益
 7. 葬儀費用保険および婚資保険における利益
 8. 人保険における利益
 9. 混合保険
 10. 利益の異なった必要性に基づく保険契約の分類

第6章 利益と保険契約のカウザ

1. 利益と契約のカウザ

利益と保険契約のカウザとの間にはいかなる関係が存在するのかを検討する必要がある。以下の2点を考察することにより, かかる研究の意義は高まる。すなわち, 1つは, 一部の学説が利益を契約のカウザに関係づけようと考えたという事実であり,⁽¹⁾ 1つは, 利益を効力要件ではなく, 原因となる前提の中に⁽²⁾含めるといふことの可能性である。

(1) Mirabelli, *Causa, oggetto, funzione, interesse* cit., p.102; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p.241 ss.; Levi, *Teoria generale del diritto* cit., p.322.

(2) 利益を危険負担 (assunzione del rischio), すなわち, 損害をもたらすでき事を生じさせる可能性の引受の要件となると解したところで (Ferri, *L'interesse*

しかし、これら2つの考察は以下の理由で支持できない。すなわち、前者については、契約のカウザについて学説が主張してきたものとは根本的に異なるものを意図しなければ、実定契約 (contratto commutativo) においてカウザと利益を区別できないからである⁽³⁾。後者については、利益が原因となる前提になると認められる場合において、原因となる前提について意図されるものを限定しなければ、利益がカウザに関係していると主張することを望まない限り、何も論ずることができない、と考えるからである⁽⁴⁾。しかし、我々にかかる確認の正確さをチェックしなければならないし、利益が保険契約においてカウザに関係しうるか否か、そして、もし関係するならば、その程度を検討しなければならない。かかる目的において、以下、本章では3部に分けて検討を行う。

検討すべきは、客観的理論が受け入れられ、主観的理論も選好されているように、一般的に利益が契約のカウザとなりうるか否かという点であり、双方の場合において、実定契約についてかかる可能性は検討しないが、保険について

nell'assicurazione cit., p.217), さらに、利益は偶発的な損害を排除するための要件となると主張したところで (Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p.344), もはや伝統的な意味において、すなわち、契約の効力要件として前提を論ずることではなく、契約の機能の決定について重要なことを論ずることが明らかである。Donati (*ult. cit.*) は、原因となる前提が重要であると論じている。しかし、困難なのは、原因となる前提について何が意図されるのかを決定する場合である。外国の反対説は問題を提示しておらず、利益はこのような契約の目的を構成しないと認めることに近づいている: J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p.179; Koenig, *Das Schw. Privatversicherungsrecht* cit., p.177.

(3) 学説がカウザについて利益を論ずる場合、第1章で論じた利益とは異なる利益の意味を、すなわち、契約に拘束されている当事者の利益を考慮している (同旨: Mirabelli, *Causa, oggetto, funzione, interesse* cit., p.102. Levi, *Teoria generale* cit., p.323. Betti, *Negoziio giuridico* cit., p.73 もまた、類似の表現を使っている。この者は法律行為の目的または内容に言及している)。しかし、かかる利益は純粋に個人利益にとどまり、動機を超えることはないし、社会的または集団的利益になるときは法律行為の経済的社会的機能に移る。個人利益と集団利益との混合を論ずる場合には、この問題は異なった文言の中において存在しない。というのは、法律行為の経済的社会的機能の承認が、保護にふさわしい限りにおいて、まさしく各個人の保護に関する、そして、その社会的重要性の承認に関する方法を表すが、しかし、これは法律行為の定義の中に含まれるからである (cfr. Carriota-Ferrara, *Il negoziio giuridico* cit., p.55; Betti, *Il negoziio giuridico* cit., p.39 ss.)。

(4) これが最近の学説の立場であろう。Cfr. Ferri, *L'interesse nell'assicurazione* cit., pp.216-217; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p.343.

は、利益をカウザに関係づける可能性を未解決にしておく。

そして、前章で、利益の保護は保険者による給付の対象となることを確認しているので、給付の目的と契約のカウザとの関係を確定することにする。もし何らかの関係が認められることになれば、この関係が利益をカウザに関係づけるための唯一の方法となろう。

これまでに到達した結論は、契約のカウザに関する諸理論を検討するにあたっては有益であろう。

2. 客観的および主観的理論に基づく、関係としての利益とカウザとの比較

利益は2つの異なった意味において論じられる。すなわち、1つには、法律行為の効力に関する判断を表し、1つには、ある者が特定財の保護に対して利益を有する関係を示すという意味である。⁽⁵⁾

保険における利益は後者である。しかし、カウザに関する主観的理論が受け入れられても、客観的理論が選好されても、この関係は法律行為のカウザの要素となりえない。

法律行為の経済的社会的機能は当事者が完成を欲し、利益を調整する法律行為が意図するものである。⁽⁶⁾ すなわち、売買では財の交換、つまり、当事者は目的物と代金との交換によって目的物または金員の所有者となる。カウザは、賃貸借では、家賃の支払に対して一定期間にわたり特定財の享有という譲渡を意味することとなり、保険では、保険料との交換において、被保険者の利益の配慮 (cura) という引受を意味する。

これこそ、すべての法律行為におけるその変遷過程、すなわち、状況が変化する過程 (iter) を表す必然的恒常的要件である。⁽⁷⁾ 新所有者が旧所有者に代替

(5) この点に関しては、第1章第2節を参照。

(6) 法律行為が各人の利益調整のために各人に提示される手段であるならば、カウザは、法律行為の経済的社会的機能を示すゆえに、当事者が達成を意図し、特定の調整を有効にするものである。カウザに関する客観的理論について：Coviello, *Manuale* cit., p.411 ss.; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p.568; Santoro Passarelli, *Istituzioni di diritto civile* cit., p.117; Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato* cit., p.178; Betti, *Negozio giuridico* cit., p.173; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p.145; Stolfi, *La teoria* cit., p.20; しかし、Barbero, *Sistema istituzionale* cit., p.280 ss.は、カウザよりも意図 (intento) について論じている。

(7) 法律行為は関係の動的段階を表すならば (Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p.192; Levi, *Teoria generale del diritto* cit., p.303), すなわち、従前の法的状

するとともに、それに対応する金銭がAからBに移転する。

反対に、関係は現在の状態(cìò che è)⁽⁸⁾を指す。すなわち、ある者と、この者だけが他の万人を排除して財を享有する権利を有する社会との関係、あるいは、ある者が特定の行動について責任を負う2人の当事者間の関係である。

関係が法律行為の前後の事態を表わすのに対して、カウザは法律行為にもたらされる変動である。関係は、法律行為が機能すべく予定された基底となりうるがゆえに⁽⁹⁾、法律行為の要素ではない。

しかし、目的に関して、目的の存在を認める者にとって、当事者が実行し言及している利益の調整の外に位置する物が重要である場合には、⁽¹⁰⁾経済的社会的機能を表すカウザ、すなわち、法律行為に関して同じことを繰り返すことはできない⁽¹¹⁾。

況が変化する段階を表すならば、新しい、かつ、特定の当事者間の関係において生じない場合には、別の状況になる。法律行為がかかる変化を動かしており、そして、映画でも言えるように、状況の類似の再生産であると考えることによって物の状況をみることで足りる。

カウザが法律行為の経済的社会的機能を意味するならば、本文で強調したように、カウザがかかる変化を表す、と推論しやすい。

(8) Carnelutti, *Teoria generale* cit., p.110; この点に関して、静的という物理学の文言に依拠する。

(9) 関係は当事者が修正し、新しい関係を作り出すための前提条件である。処分(disposizione)行為をなすのは、所有者または契約の目的物について権利を有する者に限られるので、従前の関係の中にその起源を見出す合法性を論じている(第1章第2節, Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p.626; Betti, *Il negozio giuridico* cit., p.225を参照)。しかし、論点はきわめて一般的であり、いかなる場合においても関係が法律行為の基礎にあると認めることができる。

(10) 物は法律行為の要素ではない。財の中に契約の対象を見出す者は(Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p.612; Messineo, *Manuale* cit., p.583; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p.356; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p.434, nota 1; Stolfi, *La teoria* cit., p.16), 法律行為に無関係の何かに言及しなければならず、利益を論じている者が言及するものに言及しなければならない(同旨: Betti, *Negozio giuridico* cit., p.77: さらに, Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p.91)。近時の学説(Santro-Passarelli, *Istituzioni di diritto civile* cit., p.87)が、主体および客体は法律行為の厳格な要素にならないと解するが、それらの間において条件が存在するにすぎず、その上において法律行為が変化する。

(11) カウザは法律行為の構造に帰属し、法律行為はいかなる者によっても、客観的理論が受け入れられようが、主観的理論が選好されようが、疑われない。

カウザの主観的理論を選好すれば、別の結論に到達できない⁽¹²⁾。通説によれば、法律行為のカウザは個人の動機になると主張しえないならば、かかる理論は支持され⁽¹³⁾ない⁽¹⁴⁾。前述のように、最新の動機を論ずる場合、同一類型のすべての法律行為において、同一物は個人の心理的刺激を考慮するすべての理由を捨て去り、心理的刺激は当事者の内心の意思を考慮しないという原則において固定化する。それゆえに、主観的理論と客観的理論との違いは、客観的事実における同一の現象を検討する中で縮小するか、または、契約当事者の一方の観点からすれば、カウザとなる現象の不正確な形成は重要ではなく⁽¹⁵⁾なり、法律行為は取り消され⁽¹⁶⁾えないが、逆に、客観的カウザが機能することになる。それゆえに、カウザが意思の最新の動機を表すということは、不正確な状況が示され⁽¹⁷⁾ないときに、重要な効果を生じさせることなく原則を認めることになる。

(12) Carusi, *La causa dei negozi giuridici*, Napoli, 1945, p. 131 ss.; Messineo, *Manuale cit.*, p. I, p. 478; フランスの通説は同旨: Colin et Capitant, *Cours élémentaire cit.*, II, p. 65; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire cit.*, p. 111.

(13) Coviello, *Manuale cit.*, p. 412; Cariota-Ferrara, *Negozi giuridico cit.*, p. 585; Candian, *Nozioni istituzionali cit.*, p. 179; Betti, *Il negozio giuridico cit.*, p. 177 ss.; Barbero, *Sistema istituzionale cit.*, I, p. 385, および, 引用論文。

(14) *Il contratto di lavoro illecito e l'art. 227 della legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 1953, I, 2, c. 384.

(15) 主観的理論に対する批判の中には、本文で支持した立場と酷似の立場を受け入れる者 (Coviello, *Manuale cit.*, p. 412) もあった (同旨: Santro Passarelli, *Istituzioni cit.*, p. 118; Messineo, *Manuale cit.*, p. I, p. 478。ただし、これらの者はカウザの別の概念から出発している)。酷似: De Ruggiero, *Istituzioni cit.*, I, pp. 263-265。この者は、カウザを、当事者の意思の動機として、そして、法律行為の経済的法的または実際の法的機能として論じている。

(16) カウザに関する過ちは、法律行為に関する意思表示が主体がなし遂げる意図に合致しないにもかかわらず、相手方が認識する場合においてのみ重要である。これに対して、当事者は合意された法律行為とは異なるものの中に存在する限りにおいて、カウザに関する主観的理論が受け入れられるならば、論理的には同じ過ち (つねに、反対の過ち) に特殊な意義を認める必要がある。

(17) この場合、法律行為の抽象的類型を欠いているので、契約当事者が興味を持つのは当事者が主張することになった最後の動機であり、法令は個人の意思を保護する主張ができる。しかし、近時、主張されているように (Santro Passarelli, *Istituzioni cit.*, p. 118)、法秩序は当事者の意思を純粹かつ単純に保護しない。しかし、保護に値する目的を遂行する限りにおいて、そして、結果として、非定型の法律行為においてもまた目的は独立した重要性を引き受け、それゆえに、典型

当事者が法律行為の機能を決めなければならない非典型契約 (contratto atipico) において、何らかの疑問が生ずるであろう。しかし、この場合においても、状況を慎重に検討するならば、個人の意思は独立した生き方を有する新しい契約類型を創造することに限定される、と説明される。

かかる意見を無視すれば、本書の目的に関連させてみると、関係は心理的動機でありえないといわざるをえない。関係はそれに基づいて個人が契約の締結を決定する心理的過程の端緒において存在し、その締結に必要な下層を構成するであろう。しかし、このことはまさしく法律行為の効力に関する前提となるゆえに、法律行為の動機またはカウザとはならない。

3. 客観的および主観的理論に基づく、効用の判断としての利益とカウザとの比較

利益ということばは、人が一定の行為の効力に関して行う判断をも意味する。この意味における利益ということばは、保険の研究者にとって重要でない。しかし、このことは、利益を契約のカウザに関係させるか否かをみる機会を否定するものではなく、少なくとも、類似の検討が否定的な結果をもたらすであろう。というのは、この場合、実定契約は別の構造を示すとともに、契約のカウザについて利益を論ずる場合には、学説が根拠を持つならば、この考察は保険には広がらないからである。

の法律行為のカウザと、非典型の法律行為のそれとを区別しない。

(18) この場合において、合法性の起源である利益が主体が法律行為を行うことを決定することになった心理的展開に基づいて存在するならば、根拠は本文で論じたものと基本的には同じである。この点について：Betti, *Negozio giuridico* op., p. 179. この者は債権者の利益は債務の履行にあるとし、この利益の充足と離れたカウザを求める。自然主義的な意味においても、主体をして利益の特定の規律を実行させる特定の関係の要求は、その後になされた行為の離れたカウザでしかない。

(19) 保険では、利益が、保険者が利益の配慮を引き受けることが保険者の債務の目的となる財と主体との関係、および、カウザの側面で重要な行為の有効性に関する判断という、二重の側面において意義を見い出すと主張しなければ、問題の否定的な解決だけが、射倖契約 (contratto aleatorio) と他の実定契約との違いを除去することができるゆえに、類似の検討により重要な意義が見い出せる。後述するように、この側面においては、射倖契約と実定契約との基本的な違いが存在するとは言えない。というのは、カウザの概念は、本文に示した2つの異なる意味における利益に関連することを排除する方向にある概念だからである。

この場合においてもまた、異なった状況が現れるので、契約のカウザに関して受け入れようとしている別の理論に従って、それゆえに、客観的理論または主観的理論について状況を個別に検討する。しかし、前者の場合、利益をカウザに関連づけられないということが判明する。というのは、利益は判断を表すのに対して、カウザはすべての判断を無視するからである。⁽²⁰⁾

カウザは法律行為が実現しなければならない経済的社会的機能であり、それゆえに、法律行為であることを示す恒常的要素となる。⁽²¹⁾これに対して、法律行為はつねに同一でありうるが、人および状況に応じて、複数の要素や契約当事者の心理状況を考慮することで変化する。⁽²²⁾

特定の行為について、人の反応は基本的に他人のそれとは異なる。貯蓄のために獲得しようとする人とか、入用に対応するためにそれをする人とか、または、同一人が場合に応じて異なった理由で導かれる。投資という有用な行為を行うために証券を取得した後自己の入用を充足するために緊要の必需品を購入することもあろう。反対に、売買のカウザはいかなる場合においても同一であり、代金に対する物の交換において存在する。⁽²³⁾ある者が1つの物を取得し、

(20) 法律行為のカウザに関する判断がありうるし、ありうるであろう。法律行為を約定するとき、当事者は、自己の利益を調整するための対策を講ずるためには、いかなる手段が有益かを判断する (Betti, *Il negozio giuridico* cit., p. 182; Messineo, *Manuale* cit., I, p. 478)。しかし、このことは、ある者が一定の法律行為がなされることを望むならば、カウザが存在するということが必要であるとしても、カウザと利益は一致するというを意味しない。というのは、機能は心理的過程に従って行う当事者の固有の判断とは独立しているからである。

(21) カウザは同じ類型のすべての法律行為において一致するだけでなく、法律行為は果たすべき他の機能に基づいてその中で区別される。同旨: Betti, *Negozio giuridico* cit., p. 186;

(22) 類似の検討が正確であることを証明するためには、動機に関して、学説を認める機会をどれだけ繰り返し確保したかを確認することで十分である。同旨: Coviello, *Manuale* cit., p. 411; De Ruggiero, *Isituzioni* cit., I, p. 263; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 603; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 179; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 178; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 145. フランスの学説: Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 65; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p. 108.

(23) 売買のカウザ、一般的には、双務契約のカウザなどに関する疑問を検討する場合、いかなる文献が有益かについて: Coviello, *Manuale* cit., p. 411; De Ruggiero, *Isituzioni* cit., I, p. 269; Betti, *Negozio giuridico* cit., p. 186; Trabucchi,

特定の時にある法律行為を行うという考察は、人が当該行為から引き出しうる効用の全体に関する判断、つまり利益となる。

それゆえに、カウザと利益との間には、カウザと動機との関係と同じものが存在することから⁽²⁴⁾、両者は明白に分離され、カウザのみが契約の本質的な要件となる⁽²⁵⁾。

しかしながら、主観的理論を受け入れた場合には、その状況は外見上異なる。というのは、この場合、カウザも心理的要素からなり、それゆえに、利益がいかなる点まで動機を構成するのか、法律行為においてカウザとなるのはいつか、⁽²⁶⁾について議論ができるからである。特定行為の効用に関する判断は、主体が契約を締結した動機の中に、最新の動機、すなわちカウザをも含めることができる。

しかし、いくつかの考え方は我々がかかる確認を支持しえないことを認識させる。この方法において、事実上、法律行為者としてカウザの自然科学的な概念が受け入れられるという事実は別にして⁽²⁷⁾、カウザの同様の定義は実際の状況

Istituzioni cit., p.145; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p.66; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p.108.

(24) カウザと動機との違いについて：Coviello, *Manuale* cit., p.411; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., I, p.263; Santro Passarelli, *Istituzioni* cit., pp.121-122; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p.603 ss.; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p.179; Betti, *Negozio giuridico* cit., p.178; Messineo, *Manuale* cit., p.479; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p.284; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p.145; 客観理論の支持者：Carusi, *La causa dei negozi giuridici* cit., p.140; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p.65; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p.108.

(25) この点に関しては、前注に引用した論文を参照のこと。

(26) カウザと利益との関係については、最近の学説の中における立場の格付けがあることは明確である。これには、各人の利益における意義を否定し、利益を単純な動機に転換させる者によってもたらされており（同旨：Trabucchi, *Istituzioni* cit., p.145; Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p.179。本文で言及した見解）、その結果、契約の要件から利益を外している者から、各人の利益の中に、当然、全体の利益と両立するが法律行為のカウザを見出している者までいる（同旨：Levi, *Teoria generale del diritto* cit., p.323; Mirabelli, *Causa, oggetto, funzione, interesse* cit., p.103）。合流の輪は、遠因におけるカウザの外観のもとで（関係として意図している）利益を考える者によって構築されるであろう（Betti, *Negozio giuridico* cit., p.179; 遠因について論ずるもの：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p.590）。

(27) 学説で繰り返し述べられているように（Betti, *Negozio giuridico* cit., p.174;

に対応しておらず、いかなる場合においてもカウザと利益を同一視できない、と述べる必要がある。

発生の根源または要因の意味において、債務の要素の中に含まれない債務のカウザに関してカウザを論ずることができるが⁽²⁸⁾、契約のカウザは法律行為の一部を構成し、法律行為が行わなければならない機能を示す。主観的理論の支持者にとってもまた法律行為の要素が重要であり、何か別のことが考えられない。ある者によってカウザの存在が否定され、1865年民法典1104条および1119条を債務のカウザに関連させようと考えられていたが⁽²⁹⁾、1942年民法典1325条、1343条から1345条に別の表現が導入されたので、新法典では、この理論を支持する

Levi, *Teoria generale del diritto* cit., p.320), 法律行為を生み出すでき事としてのカウザについて論じられていない。客観的理論を支持するとか、主観的理論を志向するとかしても、カウザは法律行為の要素であり、法律行為の要件の外にはありえない。各人の利益の新たな調整を生み出す意味において影響するに過ぎない。これは、動機が法律行為を生み出すでき事を構成するという意味においてではなく、主体をして一定の行為を行うように刺激する衝撃となる限りにおいて、動機について指摘できる。

(28) 同旨：Messione, *Manuale* cit., II, 2, p.35; Levi, *Teoria generale del diritto* cit., p.320; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p.446; 源泉としてカウザを論じる者、同時に、債務の意味も考慮する者がいる。Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p.64; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p.108 を参照。しかし、フランスの学説は契約のカウザと債務のカウザとを区別していない。この点について、Cariota-Ferrara, *Negozio giuridico* cit., p.589 が興味深い。この者は、債務のカウザという独立した概念は、債務の源泉および根拠が契約のカウザおよび給付の双務的拘束に生来のものである限りにおいて、まったく無益である、と主張する。

(29) 同旨：Carusi, *La causa dei negozi giuridici* cit., p.49 ss. De Ruggiero, *Istituzioni* cit., I, p.231; フランスの学説も同旨：Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p.29.

(30) Deiana, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p.4 ss., p.54 e 55; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, III, Torino, 1930, p.617; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., II, p.109 e 111 で示されている Planiol et Ripert の見解。行為のカウザの否定論者：Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p.226 ss; 反論：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p.584; Betti, *Negozio giuridico* cit., p.177; Stolfi, *La teoria* cit., p.16.

* (1) 1942年民法典1325条「(要件の指示) 契約の諸要件は以下に示す通りである。一 当事者の意思の合致 二 原因 三 目的 四 方式、法律で定められていることが明らかであるときは、これに反するものは無効である」、1343条「(不法な原因) 原因はそれが強行規定、公の秩序または善良の風俗に反するときは無効

論拠は乏しくなった。

さらに、前述のように、主観的理論の支持者によると、カウザは最終的恒常的な動機である。それゆえに、個人の要因のすべての重要性が消滅し、主体となる行為者の観点からそれを検証したとしても、客観的な要素のみを考慮しており、その結果、カウザと動機の違いは広がっている。

これに対して、利益を表すものは法律行為でない行為に関しても妥当し、いかなる場合においても、法律行為であることの確認に制限されない行為の効用に関する判断である。

法律行為によって人は一定の利益を享受するということ⁽³¹⁾、または、自己の入用を充足する手段を取得する、ということは事実である。しかし、このことは、法律行為のカウザは行為の効用に関する判断と同じであること、判断は法律行為で実現されることの確認になる、ということの意味しない⁽³²⁾。カウザ理論がすべての重要性を奪うと脅し、単なることばによる表現にそれを至らしめられたように⁽³³⁾、これを支持する者は、利益に言及することはすべての重要性を奪うこ

である」、1344条「(法を欺く契約) 原因は契約が強行規定の適用を排除するための手段を構成するときは、同様に不法なものであるとみなされる」、1345条「(不法な動機) 契約は当事者がもつばら双方に共通の不法な動機でそれを締結するに至ったときは不法である」。

(31) 法律行為は自己の利益を具体的に規律するために個人に付与された手段である。同旨：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 55; Betti, *Negozio giuridico* cit., p. 45.

(32) しかし、この点について、利益とカウザの同一性を主張する者は、主観的理論を支持しないし、本文での批判はこれらの者に広がりえない、といわなければならない。さらに、これらの者によれば、利益は単に法律行為ではないし、各人の利益を考慮しているわけでもない (同旨：Mirabelli, *Causa, oggetto, funzione, interesse* cit., p. 102; Levi, *Teoria generale del diritto* cit., p. 323; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., p. 241; 反旨：Betti, *Negozio giuridico* cit., p. 174 ss.)。

(33) 利益はカウザとの関係において、色々な意味で論じられているが、このことは、用語の確定の努力を求める言葉において与えられてきた様々な意味の結果である。同様に、法律行為は個々の独自性の領域において利益を調整するために個人に認められた手段であると認めるとき (同旨：Betti, *Negozio giuridico* cit., p. 42; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 55), 利益は法律行為の分野または目的を構成する (Betti, *Op. ult. cit.*, p. 77)。私見によれば、利益は、この場合、法律行為が機能しようとしている関係であり、カウザは、当事者が関係において機能しようとしている領域で示す関係である。そこで、人的関係の一定の調整に対する個人々の利益または社会全体の利益について論じられる (Mirabelli, *Causa,*

とになるということを認識していない。

しかし、行為の効用に関する判断としての利益は契約現象の決定において重要性を欠くように、動機、あるいは、人を行動へと仕向ける動機の全体であり、かつ、それにとどまるが、経済的法的領域における重要な考察の源泉である。それゆえに、利益は法律行為のカウザと同一視されるということ、または要素となるということが否定される。

4. 契約のカウザとそこから派生する債務との関係

しかしながら、少なくとも、保険契約では、契約のカウザと当事者の債務の目的との関係を検討することによって、利益とカウザとの関係の問題を解決できる。実際、前章で検討したように、保険者の給付は被保険者の利益の配慮の引受により構成される⁽³⁴⁾。その結果、契約のカウザと保険者の給付との関係の存在が恒常的であるならば、冒頭に示した問題をこの方法で解決しうるであろう⁽³⁵⁾。

カウザは、法律行為の経済的社会的機能として法律行為が人的関係に影響するように向けられている手段である。すなわち、その手段を介して当事者が創

oggetto, funzione cit., p. 105; Levi, *Teoria generale del diritto* cit., pp. 323 e 324)。そして、この点について、利益が一定の行為とともに遂行された個人または社会の目的を示す限りにおいて、カウザと利益とを同一視することが考えられる（この点について対置するもの：Candian, *Nozioni istituzionali* cit., p. 179)。しかし、これまで指摘したように、カウザは法律行為の経済的社会的機能と同一であり、それゆえに、類似した誘惑のすべての重要性を捨象するか、あるいは、利益は個々の動機 (movente) を示し、動機 (motivo) と類似する。これは本文で結論を述べた問題である。しかし、これは、保険では学説が「利益」ということばを付加している特殊な意味を表している。我々によれば、それは個人と財との関係を表し、財に対して損害をもたらすでき事が生じた結果、個人が経済的侵害を被る。「利益」ということばの意味を考慮すれば、検討の対象は効用であることになる。

(34) 前章注(14)を参照。前述のように、被保険者の利益は、保険事故が発生した場合、保険者が損害事象の結果は被保険者の財産にふりかからないという安心 (sicurezza) を提供し、この方法では、被保険者に実際の恩恵がもたらされるということによって保護される。

(35) 契約のカウザと当事者の債務との間に関係があるならば、派生する法律行為のカウザに関しては、当事者の債務が検討されうる。そして、経済的社会的機能としてのカウザが当事者の債務を示すならば、被保険者の利益の配慮を引き受けることは、保険者の主たる債務の目的となる限りにおいて、利益は契約のカウザを決定するためにも保険において重要であるという結論に到達できる。

造または解放しようとした拘束である。売買 (vendita) において目的物と代金との交換が意味するのは、契約上、目的物の所有権が売主から買主へ移転するということであり、売主が所有権を移転させる債務を負担し、買主が代金を支払わなければならないということである。

かかる2つの債務は、発生および履行が前述のカウザ・機能の概念の表現に他ならないゆえに、カウザの概念に生来のものである。かかる2つの債務は契約の履行段階に関係し、法律行為がその固有の機能において実現する手段となる⁽³⁶⁾。

売買では2つの債務が存在するので、交換がある。すなわち、1つは目的物を移転する債務、または、単純に移転契約において目的物を引き渡す債務であり、1つは代金支払債務である。2つのうちの1つが消滅したり、内容を交換するにすぎない場合には、別の契約になる。それゆえに、代金支払債務が消滅し、無報酬で特定財の所有権が移転することになれば、それは売買ではなく、贈与 (donazione) になり、契約のカウザは相手方に利得をもたらすというカウザとなる。物の所有権を移転する代わりに、代金を支払うことによって一定期間にわたり享有が認められるならば、それは売買ではなく賃貸借 (locazione) となる。

カウザと債務との関係はきわめて重要なので、契約は債務を生み出すことにより固有の機能を消滅させないが、債務の履行によって目的が達成されたとみなされるために、債務は履行されなければならない⁽³⁷⁾。これこそが、双務契約

(36) 法律行為によって当事者が行った利益の調整は、債務が履行されなければ、経済的法的世界において何ら重要性を持つことなく、単純な肯定となる。給付の履行が強制的に (少なくとも、等しく) なされる限り、債務の履行は中断することとは、不可欠のことではない。しかし、債務は、法律行為がその目的を達成するために履行されなければならない。

(37) それゆえに、通説は機能的な双務契約が重要であると考えている。同旨：De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p.250; Santro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p.125; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p.298; Rubino, *La compravendita* cit., p.501; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p.470; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p.579. 反対：Scaduto, *L'exceptio inadempti contractus* cit., p.75; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., p.426; Ascarelli, *La clausola solve et recepte* cit., p.269. 反対者は1865年民法典について言及している。当時は、本文で示した理論とは異なる理論が支配的であったが、新法典の制定によって機能的な双務契約が重要であるとい

(contratto sinallagma)において当事者が債務を履行しなかった結果、契約の不履行を理由に解除を請求しうる根拠である。⁽³⁸⁾しかし、相手方の不履行に対して債権者の権利を守るために、契約上の請求権がなく、債務者の拘束の中に根拠を有する請求権があるにすぎない場合においても、そこから派生した債務が履行されないならば、明らかに、契約は完全には固有の機能を果たさない。

契約は、第三者に対する損害賠償義務について、不法行為 (fatto illecito) の事実と同じ方法で当事者の債務の根拠にはならない。不法行為では、損害賠償義務は法律に根拠を有し、損害をもたらした事実は賠償額を決定する機能を果たすにすぎないのに対して、⁽³⁹⁾契約では、当事者が債務を弁済したとき、履行されるのは契約自身である。

5. 契約の機能を決定するための要素としての当事者の債務

債務に関して、カウザが債務自体の源泉および根拠を示しているゆえに、状況はいかなる場合においても同じである。⁽⁴⁰⁾しかし、不法行為と比較すれば、不法行為の機能は、損害事象を排除せず、間接的に損害の惹起者が破壊した均衡を回復させるように作用する賠償機能を有するゆえに賠償債務を生じさせると主張しえないのに対して、契約は、給付の履行によって、個人の独立性に対する権利から引き出される限度内において当事者が自己の利益を調整しうるゆえに、まさしく契約でありうる。⁽⁴¹⁾

う新たな主張がなされるに至った。

(38) 同旨：Santro-Passarelli, *Istituzioni* cit., p. 125; Rubino, *La compravendita* cit., pp. 276 e 502; Messineo, *Manuale* cit., II, 2, p. 520. 反対：Scaduto, *L'exceptio inadempti contractus* cit., p. 97 ss.

(39) この理由は、法的な事実または行為の中に根拠を持つ債務では、債務の源泉および根拠として意図される債務のカウザがあるのに対して、契約上の債務では、契約のカウザがあるという事実の中に見い出される。この点について興味深いのは、Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 589 の論理である。この者達は、法律行為のカウザと債務のカウザとを一致させ、法律行為のカウザにおいて当事者の債務の根拠および源泉を見い出している。フランスの学説も同旨：Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 64; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., p. 108.

(40) この点については、注 (28) および説明された問題を検討することに委ねられた研究者を参照。

(41) 同様の考察が法律行為の定義から生じている：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 55; Betti, *Negozio giuridico* cit., p. 42; Messineo, *Manuale* cit., p. 449; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 107

これこそ、契約において、債務者が当事者の約束の間には遺伝学上の双務性 (sinallagma genetico) が存在していると主張できない理由である。というの⁽⁴²⁾は、新しい法的現象(債務)が認められるのは契約によってではなく、個々の生命を持ち、それぞれが他の債務と無関係に自己の運命を遂行するゆえである。しかし、これに対して、2つの債務は、1つの債務不履行が反対給付の履行に影響し、一方の債務が履行されなかった結果、片方の履行は拒否される点において密接に関連している。しかしながら、契約が契約としての目的を達成するのは2つの給付が合法的に履行されたときに限る。

すでに指摘したように、2つの債務がつねに同時に履行されなければならない点において、機能上の双務性 (sinallagma funzione) は嚴格ではない。というの⁽⁴³⁾は、給付の履行は他の給付の同時履行に条件付けられるのではなく、すべての債務が他の債務の発生および履行の根拠となる、ということを否定しないからである。

2つの債務は互いに密接に関連しており、契約を締結した目的を遂行するために、当事者に関連している手段となる⁽⁴⁴⁾。その目的は契約のカウザによって表されるので、このことは、すでに契約のカウザにおいてそこから発生した債務が示されているとともに、債務はカウザの表示およびその実現のための手段となる⁽⁴⁵⁾、ということの意味する。

(42) 反対：Scaduto, *L'exceptio inadempti contractus* cit., p. 105; Ascarelli, *La clausola solve et repete* cit., p. 269; Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazioni* cit., p. 426.

(43) この点については、前章第7節を参照。

(44) 関連性の根拠は契約のカウザの中に、つまり、債務は一定の関係の中にあるという事実の中にある。というの、当事者は結果を獲得できるのであり、重要なのは原因となる事実ではなく、構造上の要求であり、この意味において、契約のカウザと個々の債務のカウザとは同じである、と主張できるからである(同旨：Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., p. 589; Colin et Capitant, *Cours élémentaire* cit., II, p. 64; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire* cit., p. 108.)。これに対して、単一の債務のカウザは、相手方の債務の存在によって構成される双務契約の中にあつて(同旨：Scuto, *Sulla natura giuridica del pagamento* cit., p. 373; Coviello, *Manuale* cit., p. 412; Trabucchi, *Istituzioni* cit., p. 579; Colin et Capitant, *Op. ult. cit.*, II, p. 66; Planiol et Ripert, *Op. ult. cit.*, II, p. 108; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 250), 契約ではカウザは行うべき機能となる。しかし、契約のカウザは当事者間の債務の拘束を創造し、正当化するゆえに、個々の債務のカウザとなる。

(45) 交換という言葉は、2つの異なった物、異なった債務を考えさせる。交換は、

片務契約 (contratto unilaterale) においても、2つの債務と、給付の履行によって法律行為の目的が明確に実現される債務間の拘束とを欠くにもかかわらず、カウザが契約の経済的社会的機能を、そしてかかる目的を達成するための手段である債務を示すゆえに、この関係は存在し続ける。

それゆえに、本節の終わりにあたって、以下のように認識しうる。すなわち、契約の要素が当事者の合意、カウザおよび形態であるならば、これが本質的に⁽⁴⁶⁾ (ad substantiam) に要求される場合、債務を発生させる契約において、カウザの中に、つまり、契約が履行されるように要求されている経済的社会的機能の中に示される限りにおいて、これらもまた契約事象の一部となる。

それゆえに、契約のカウザが認識されると、当事者の債務が何かを決定できる場合には、反対の歩みをする⁽⁴⁷⁾こと、すなわち、契約のカウザを決定し、各債務を認識することも可能である。有益な結果はここで認識した確認事項から引き出される。

6. 多面契約と交換契約

前章の終わりに、被保険者の利益の保護は保険者の債務の目的となると結論づけた。しかし、同様の確認は、保険契約の一方の当事者の債務を決定するた

2つの債務が履行されたときに有効になる。

(46) 民法典1325条は、契約の本質的要件の中に目的を規定している。しかし、この点について、保険契約の目的について論じた章の注(14)を参照。

(47) 後者の考察は前者のそれとの相互関係となる。しかし、経済的社会的機能とされるカウザが契約から派生する債務の情報をその中に含み、契約のカウザが認識されるならば、当事者の債務は何かを決定できる、といえる。というのは、売買の機能は物と代金との交換であるといえるとき、物の引渡債務と代金支払債務とが考えられるからである。同様に、保険の機能が保険料との引き換えに偶発的な損害を填補するものであれば、2つの債務が存在する。1つは、被保険者の財が将来の不確実なでき事の発生によって損害を被らないということに対する被保険者の利益の配慮を引き受ける保険者の債務と、1つは、保険料を支払う保険契約者の債務である。この理由が正しいならば、反対のことがいえる。つまり、当事者の債務を認識できれば、カウザに戻る⁽⁴⁷⁾ことが可能である。結果として、保険者の主たる債務が被保険者の利益を保護するものであれば、契約の機能は、保険料と引き換えに、保険事故が発生したとき被保険者の利益を保護することである。それゆえに、損害填補説 (teoria indennitaria) は、将来の損害の可能性、および、被保険者の利益を侵害する結果を制限することに対応する可能性を前提とする限り、被保険者の利益の配慮の引受によって保険者が被保険者に対して提供する保護の中で解明される。

めだけに重要なのではない。契約のカウザと契約上の債務とは互いに関係するので、債務を認識すれば、法律行為が遂行し、より正確に債務を決定しなければならぬ経済的社会的機能に遡ることができる。

契約の広義の範疇で、一方では片務契約を、他方では双務契約を否定するならば、学説が交換契約 (contratto di scambio) と称している複数の異なった契約類型を含む契約の集合体を見出しうる。

かかる学説によれば、他の契約、いわゆる多面契約 (contratto associativo) と区別するためにかかる概念を導き出したのであるが、多面契約は2つの給付の交換によって機能を消滅させるのではなく、当事者が共同して特定の行為を遂行する目的において共通財の中に置く事実によって性格付けられ、契約がその効果をもたらしうるのはかかる特定の行為を介する場合だけであるのに対して、⁽⁴⁹⁾ 交換契約では、当事者の目的は2つの債務の相互の引受によってその後の履行によって実現される、とする。

明らかなのは、保険契約は交換契約の中に含まれるということである。というのは、保険契約においても2つの給付間で交換がみられるからである。1つは、保険契約者が保険料を支払うこと、1つは、保険者が被保険者の利益の配慮を引き受けることである。そして、双方の給付が履行されたときに契約はその目的を達成する。ただし、当事者は何も共通にしないという責任はなく、有益になる別の経済的行為を実行する責任もない。⁽⁵⁰⁾ 保険者の給付は一定期間継続

(48) Ascarelli, *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti cit.*, pp. 114 e 136 ; Auletta, *Il contratto di società*, Milano, 1937, p. 32; Valeri, *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1948, I, p. 96.

(49) Ascarelli, *Il contratto plurilaterale cit.*, p. 136; Auletta, *Il contratto di società cit.*, p. 32; Valeri, *Manuale cit.*, p. 96; Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, 1948, I, pp. 114-115; Ferri, *Manuale cit.*, pp. 129 ss.

(50) 相互保険 (mutua assicuratrice) の場合、疑問は基本的に異なる。というのは、この場合、被保険者同士の組織が構築され、保険の機能は組織または共通の基金で展開されるからである。検討にあたり、問題がややこしくならないように、この保険の特殊な類型に専念することを避けるとすれば、相互保険では関係は基本的に異なるという事実が残る。というのは、個々の被保険者は、それぞれが曝されているリスクを共通のものにするために、組織の全体の上に個々のリスクを移転し、組織では、このようにして、個々の参加者の利益を保護するための対策を講ずるからである。被保険者の利益の配慮を引き受ける単独の保険者が存在するのではなく、この保護は、同じリスクに曝されている他の主体とともに被保険

して行われなければならないという事実は、この側面においてはいかなる意義も持たない。⁽⁵¹⁾というのは、賃貸借契約においても、賃貸人の給付は瞬間的に消滅するものではなく、賃貸人は交換契約であることを疑わさせるように仕向けないからである。

売買契約で明らかであるが、すべての双務契約に共通であり、そして、給付と反対給付との交換として認めることは難しくないであろう、当事者の債務同士相互の拘束から派生する性格を明らかにすることによって、多面契約との違いを明らかにしていくことにする。⁽⁵²⁾この方法において、被保険者と保険者と

者自身が実現させることであるという事実は、当事者の給付の目的を修正しない。この場合においても、被保険者は、保険料の対価として、損害をもたらすでき事を生じさせる偶発性に対して保護されることを望むにすぎない。しかし、当事者間で実行される給付と反対給付との交換を浮き彫りにするために、つまり、当事者の債務と契約のカウザとの間に存在する関係を明らかにするために、双務契約に焦点をあててきた。カウザが2つの債務間の交換を意味するのであれば、カウザは潜在的にかかる2つの債務を含む。

しかし、相互保険では、保険料を組織に提供することにより、同じ結論に至るであろうし、このように構築された組織は参加者の利益の保護を引き受けるであろうし、偶発的な損害を填補するであろう。というのは、相互性は、当事者が保険業を専門に営んでいる企業に依拠することなく、一定の救済が提供されることによってもたらされるからである。

- (51) 給付は、保険契約の締結時またはその後の経過において、一括してまたは分割してなされなければならないか、一定の時期まで継続されなければならないということは、いかなる場合においても、社会における提供がない限りにおいて関係の決定の効果に関係しないが、給付の履行の要式に係る。
- (52) 保険契約を交換契約の中または実定契約の中を含めることは（射倅契約と実定契約との違いについては、第4章第10節を参照。Messineo, *Dottrina generale del contratto cit.*, p.121; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico cit.*, p.240）、契約のカウザを決定することを認め、当事者の債務を知る限りにおいて、特殊な意義を与える検討に結果である。保険契約についても、実定契約を論ずることができるならば、売買について本文で示した根拠が妥当し、その結果、保険契約の機能は保険料との交換において被保険者の利益を保護することであるということになる。しかし、この根拠は、反対の結論に到達する場合には、まったく異なる。すなわち、射倅契約は独自の範疇を形成し、実定契約とは異なるということである。というのは、かかる法律行為の類型に固有の規律を研究する必要性は別にして、保険金の偶発的な支払は保険料の支払という債務と対置する債務であると考えられるからである。しかし、前章において、このことは契約上の状況ではないと明らかにしている。

の債務および拘束を認識できるので、契約の経済的社会的機能、すなわち、契約のカウザをも決定することは容易である。

拘束が存在するのは、保険契約者が保険料を支払うという債務と、保険事故が発生しないことに対する被保険者の配慮を保険者が引き受ける債務との間である。保険者が保険料支払の対価として被保険者の利益を保護する債務を引き受ける⁽⁵³⁾ということは、何を意味するのであろうか。

保険に加入しようとする者は危険を保険者に移転することによって自衛しようとする⁽⁵⁴⁾。すなわち、ある者が、損害をもたらすでき事が発生したときに、保険料を支払うことによって、そうでなければ被るに違いない侵害の結果から自己の財産を回避することを求める。しかし、保険事故の発生とは無関係に、被保険者は危険に対して保護されるという単純な事実について利益を有しているので、そして、保険が存在するにもかかわらず、被保険者は保険事故が発生しないことについて利益を有している⁽⁵⁵⁾ので、契約はこの場合においてもその機能を果たすであろう。

それゆえに、被保険者が求めるのは、前章で検討したように損害填補ではなく、その財産の安全性である。すなわち、保険によって損害をもたらすでき事の結果をできる限り抑制することである。そして、被保険者に安心感を提供す

(53) 損害填補説との違いは（以下を参照：Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p.346（拙訳「トゥッリオ・アスカレリ著『保険契約の統一概念について』」神戸学院法学24巻3・4号17頁以下（1994年）を参照（訳者挿入）；Id., *Elisir di lunga vita ed interessse nell'assicurazione* cit., p.1146 ss.; Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.239 ss.）、損害填補説が保険事故の発生時のみを考慮し、偶発的な損害の填補を考えているのに対して、我々は、契約はその締結時からまたはリスクの引受の時から固有の機能を発揮することを考えていることにある。リスクの引受時は、保険者が契約の締結時から被保険者に利益をもたらし、それゆえに給付を履行する限りにおいて、契約の締結時とは異なる。

(54) 同旨：Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p.74; Salandra, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione* cit., p.1 ss; 第3章第3節から第6節で引用した伝統的な学説。しかし、すでに指摘したように、リスクの移転は技術的には論じられないし、この表現は適切な意味ではなく、違った意味において意図される。

(55) 損害填補説によっても、契約は保険事故の発生いかんにかかわらず、その機能を通常通りに果たす。

ることにより、保険者は被保険者の資産の完全性に対するこの者の利益を保護⁽⁵⁶⁾する。こうして、将来の特定の利益について保障するための手段が講じられ、この結果、保険事故の発生いかんを問わず保険料が支払われる。

被保険者が付保を望む唯一の事柄は確実性である。すなわち、遠近を問わない将来において、自己の資産状況が自然現象、他人の行為、自己の過失によって侵害されないということである。保険者の主たる債務はこの利益を保護することであり、契約の機能でもある⁽⁵⁷⁾。

7. 保険の機能は、保険料の支払との交換において被保険者の利益を配慮した引受により構成される

もし被保険者の利益の保護が契約が遂行すべき経済的社会的機能であるならば、利益の保護が保険者の債務の目的となり、その結果、契約のカウザを決定する要素にもなる限りにおいて、利益は契約のカウザとなる⁽⁵⁸⁾。

カウザと債務との間には関係が存在するので、保険者の債務は保険金の支払

(56) 酷似：Heymann, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag* cit., p. 2 ss.; この者は論文の中で当初の認めていた範囲を著しく狭くしてはいるが、この点について前章で論じたことを参照。

(57) しかし、この説明は、給付と反対給付の交換理論と一致するはずはない (Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres* cit., I, p. 57; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 66; Koenig, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 38)。というのは、この理論の支持者は当事者の債務間における双務性の存在を確かめるにとどまっているのに対して、私見によれば、この効果について重要なことは契約のカウザではあるが、契約の機能を決定するためには、この関係から交換契約においてなされうる物に遡ることができるからである。保険者の主たる債務は保険金を支払うことであると考えられるならば、債務からカウザに遡ることはきわめて難しい。しかし、保険者の給付が確定されれば、契約の機能は明白になる。

他の研究者 (Hemard, *sopra cit.*, Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1935, p. 439 ss.; Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assicurazione* cit., p. 72) も給付と反対給付の関係について論じているが、彼らは、この方法で、契約のカウザの問題を解決していない。

(58) 本章の冒頭で示した結論に到達し、カウザと利益との関係を明らかにした。ただし、利益は、他の者が主張しているように (Ferri, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 216; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 344), 原因となる前提にはならないが、保険者の給付の目的となるし、契約の機能を決定することに協力する。

の中に存在することは難しいという理論を受け入れると、保険契約の有効な機能が考慮される。2つの金銭給付の交換は保険の損害填補機能を決定するため⁽⁵⁹⁾の作用を果たさない。しかし、それは、保険者が被保険者の利益を配慮することを引き受けると認められる場合には、明確となる。これこそが保険者の債務の内容について我々が受け入れた理論の最大の利点である。というのは、この方法においてのみ、当事者の意図および当事者の定めた関係に正確に対応する契約の構造が受け入れられるからである。

それゆえに、本節を終わるにあたって、利益は保険契約のカウザを決定するために重要であるが、すべての契約に共通した原則の適用によるのではなく、⁽⁶⁰⁾保険者の引き受けた債務の特殊な性質を介することによる、と認めることができる。すなわち、保険は、構造上、他の双務契約と異なるものではなく、すべての典型契約が性格付けられる同じ方法において、それを性格付ける独自の内容を有するにすぎない。

この結果、議論は、保険契約のカウザに関して学説が提示しているさまざまな理論を概観することによって完成する。

8. いわゆる企業説⁽²⁾

まず、Vivanteが主張するいわゆる企業説に注目しなければならない。本説

(59) 同様の批判が、給付反対給付交換説 (teoria dello scambio fra prestazione e controprestazione) に対してもなされている (Salandra, *Assicurazione cit.*, p.161; Donati, *La causa del contratto di assicurazione cit.*, p.239)。この批判は正しい。というのは、保険者の給付が明確にされないならば、この方法でカウザの問題は解決できないからである。

(60) 反対: Mirabelli, *Causa, oggetto, funzione, interesse cit.*, p.105; Levi, *Teoria generale del diritto cit.*, p.323; 不確実ではあるが, Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p.145; これらの者は、契約のカウザとそれにより規律される利益との間には類似点が存在すると考えている。

* (2) 企業説の詳細については、今井薫『保険契約における企業説の法理—イタリア保険学説の研究—』(千倉書房・2005年)を参照。

(61) *Trattato di diritto commerciale*, IV, n.1859, p.425 ss.; Id., *Del contratto di assicurazione cit.*, 類似: Navarrini, *Trattato cit.*, III, p.256。基本的に同旨: Eeckho ut, *Le droit des assurances terrestres cit.*, p.66。この者は、とりわけ、企業の存在を考慮する場合、固有の契約の危険性を否定している。しかし、技術的原則と保険に関する法規定とを区別するフランス法との立場とは異なる。そして、保険の現代的技術の中においては、企業の組織化を無視することはできないと主張してい

は、提唱されて以来、すべての学説の検討対象となり、数多くの批判が繰り返されてきた。⁽⁶²⁾

本説では保険契約のカウザに関する理論は重要ではなく、保険契約の構造、あるいは保険契約の一方の当事者の要件に関連しているにすぎない。⁽⁶³⁾ 本説の支

る。というのは、この組織化こそが、保険が契約の中で探し求めている保障を被保険者に対して提供しうるものであるからである。同旨：Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestre* cit., I, p.59; Sumien, *Assurances terrestres* cit., p.10; Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, pp.8-12; Koenig, *Le droit des assurances terrestres* cit., p.38; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p.2 ss.; Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p.10 ss.; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni private* cit., p.2

(62) Franchi, *La teoria generale dei contratti di assicurazione*, in *Il Filangieri*, 1892, p.449 ss.; Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit., p.43 ss.; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p.296 ss.; Donati, *L'organizzazione ad impresa dell'assicuratore* cit., p.263 ss.; Id., *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.235; Salandra, *Assicurazione* cit., p.360; Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p.360 (拙訳・前掲注(53)17頁以下を参照(訳者挿入))。この点について、Vivante説に対するフランス法の批判を見いだすことができる(Hemard, *Théorie et pratique des ass. terr.* cit., I, p.67 ss.; Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, p.9 ss.)。Vivante説によれば、保険者の組織化と保険業の専門的経営とが持つ意義には違いがある。

(63) 支持者(Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, n.1859, p.425 ss.; Id., *Del contratto di assicurazione* cit.; Navarrini, *Trattato* cit., III, p.256)によると、企業説は、企業が保険契約の効力に必然的な要素であるとともに、すべての保険類型に共通の要素であるという点において重要な意味を持つ。企業説は、保険契約と類似の契約を区別する規準を持ち、保険契約のすべての類型に違いが存在するにもかかわらず、つまり、一部の学説が、範疇の統一はカウザの要素を考察することによって認められうるということの中に疑問を抱いている違いが存在するにもかかわらず、すべての保険契約を統一的に考察すると考えることに共感している(Vivante, *Trattato* cit., IV, p.588 ss.; Navarrini, *Trattato* cit., III, p.249は、損害填補説を批判しているし、生命保険では損害填補は存在しないが、一定のでき事の発生に対して一定の金銭の支払いがなされることを認めている。Vivanteは、可能性のある損害に対して保護されるという偶発的な利益は、ただ重要でない動機であるにすぎないと述べている)。

しかし、明確に述べられているように(Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit. p.48; Salandra, *Assicurazione* cit., p.161)、企業に依拠することは、保険契約と、企業という要素がきわめて重要である他の類似の契約との区別において十分であるとはいえない。Vivanteの主張は、この論者が考えている通りにすれば、きわめて限定された効果が生ずるにすぎないが(Vivante, *Trattato* cit., IV, p.428;

持者は、保険契約が有効であるためには、保険契約は1923年4月29日法の定め⁽³⁾に従って設立され、規制される企業によって締結されなければならないと主張する。しかし、かかる理論が、契約の統一概念を否定し、損害保険と生命保険とを区別してきた理論に対する反論として提唱され、すべての保険契約に共通な要素を発見する必要性から導き出されているので、たとえ契約を主体の要件に基づいて類型化することは、契約はそれが遂行されるように要求されている機能によってのみ性格付けられるという我々の体系には合致しない、といわなければならないとしても、本説をこの場で論じることは適切である。⁽⁶⁴⁾

保険契約は、人保険と物保険の区別に基づけば、リスクの範囲が異なっていること、そして、損害の正確な範囲を決定する可能性に大小の違いがあることゆえに、2つの契約に細分されるということを回避する必要性は、人保険が生まれて以来、すべての統一理論に支配的な関心事である。⁽⁶⁵⁾そして、その時まで

Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, p. 10), 独立した保険者によって締結された保険についても、この場合、不適切な保険契約であるにもかかわらず、保険契約に関する規定が準用されなければならない、ということ認めざるを得なくなる。この場合、実際、企業の必然的な要素はそうでなくなるし、その重要性は技術的正確の確認にすぎないこととなる(この意味において、フランスの学説もそうである: Hemard, *Théorie et pratique des ass. terr.* cit., I, p. 59; Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, p. 11)

* (3) Regio decreto-legge 29 aprile 1923, n. 966. 同法はイタリアにおける初めての保険業法である。1923年法は、1912年4月4日法律305号によって生命保険の独占を目的として設立されたINA (Istituto Nazionale delle Assicurazione: 全国保険公社)の独占を廃止することにより、生命保険は国家の監督の下、INAおよび保険会社により引き受けられることになった。1923年法は、その後、1925年1月4日勅令法63号で補完され、1927年10月27日勅令法2100号および1934年7月12日勅令法1290号により改正されている。したがって、1925年法の規定(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)を参照することになる。一連の変遷については、拙稿「イタリア1942年民法制定前の生命保険事業規制」『現代保険学の展開』385頁、392頁～394頁(千倉書房・1990年)を参照。

(64) 同旨: Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit. p. 61; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 161; Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p. 227は、民法学者が保険に対して恒常的に繰り返してきた共通した原則を適用している。それによれば、契約の類型は履行するように求められている異なった機能に基づいてそれぞれが区別される。

(65) 企業説であれ、偶発的入用充足説 (teoria del bisogno eventuale) であれ、損

受け入れられていたものと同じ基準を純粹かつ単純に人保険には適用することができない、と理解されていた。とりわけ、この学説を制約していたものは、人保険では、損害の決定は事前評価に従ってなされなければならない、比例填補の原則 (regola proporzionale) が必ずしも適用されない、ということ⁽⁶⁶⁾を付け加えることは別にして、保険者は、自己の生命の保険 (assicurazione sulla vita propria) または他人の生命の保険 (assicurazione sulla vita altrui) において、保険契約者またはしばしば保険金受取人 (beneficiario) が保険契約によって補償される主体が死亡した時にいかなる損害を被らない場合であっても、保険金を支払わざるをえない、という事実であった。

かかる難しさに直面して、企業説はカウザとは異なる分野に基づいて、保険契約の統一概念に関する問題を解決するという重要な試みを行った。そして、企業という共通の要素に基づいて契約の統一を行うことによって、他の理論では明解になしえなかったすべての疑問を解決するに至った。それゆえに、本説

害填補説を人保険に拡張することの中に存在する困難さを克服しようとしている。そして、かかる理論は、異なった局面で機能するとしても、契約類型の統一を構築することに向けられている。かかる理論が達成しようとしている結果についてはつねに満足されるものではないし、これらに対する批判はこれらの理論の弱点や受け入れられない理由を明らかにしてきた。しかし、かかる理論は小さな問題を解決するだけの機能は果たしてきたし、契約の統一概念という問題の重要性を明らかにしてきた。

- (66) 生命保険の損害填補性に疑いをもち始めた頃から、学説 (Vivante, *Trattato cit.*, IV, p. 441; Navarrini, *Trattato cit.*, III, p. 365) は、自己の理論を本文で示した原則および保険に固有の原則は生命保険には適用されない、という考えの上に基礎付けられてきた。そして、同じような考え方が今日においても繰り返されている。しかし、次のように述べることができる。すなわち、たとえこの問題が結果的に繰り返されたとしても、比例填補原則は、損害保険においてつねに適用されるわけではなく、第一次危険の保険 (assicurazione a primo rischio) および一般的には保険者の責任が、特定の財に関連しない保険 (同旨：責任保険において、Viterbo, *Assicurazione della responsabilità civile cit.*, p. 73; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 317; および、第3章注 (17) に明記した研究者) においては、保険者は保険金を支払うことによって損害を填補するにもかかわらず、比例填補原則は適用されないと。損害填補説の近時の提唱者が述べているように (Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione cit.* p. 336 (拙訳・前掲注 (53) 17頁以下を参照 (訳者挿入)); Donati, *La causa del contratto di assicurazione cit.*, p. 244), 状況が異なるのは、この場合、損害の不存在のゆえではなく、損害の特殊な性質のゆえであるという結論に達する必要はない。

は多くの注目を浴びることに至った。

有力説が有効であるならば、企業説が認めている1923年法は保険契約に関係しているのではなく、類似の経済活動を営んでいる企業の設立および経営に関して規定しているにすぎず、⁽⁶⁷⁾ 保険契約はもっぱら旧商法典によって規律されており、1923年法の規定に反して締結された契約もやはりまた保険契約であり、⁽⁶⁸⁾ 有効な保険契約であると認められるとき、企業説は保険者という人の考察に限定されていない、⁽⁶⁹⁾ ということは事実である。

体系的な経営のゆえに、保険者は数多くの契約を締結することができ、一連のすべてのリスクを引き受けることが可能となり、これに備えて、被保険者に対する担保として被保険者が優先的債権者となる責任準備金 (fondo di riserva) を積み立てなければならぬ。⁽⁷⁰⁾ しかし、かかる手段とは無関係に、保険者はす

(67) フランス1922年3月8日法が類似している。しかし、問題はフランス法には存在しない。というのは、フランスの学説は、企業は技術的領域だけにおいて重要なのであり、保険の法概念を決定するためについても重要であるとは考えていないからである：同旨：Hemard, *Théorie et pratique des ass. terr.* cit., I, pp.70-71; Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, p.10; しかし、企業説の反対者として、Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., pp.301-303.

(68) この意味において：Donati, *L'organizzazione ad impresa dell'assicuratore* cit., p.276; Id, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.33; Salandra, *Assicurazione* cit., p.161; Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p.364 ss. (拙訳・前掲注(53)17頁以下を参照(訳者挿入))。

(69) 同様の事実は、Vivante, *Trattato* cit., IV, p.428を認めざるを得なくなっている。この者は、保険企業と締結されなかった契約は異常な契約であると述べることに留まっている。

(70) 危険負担説 (teoria della sopportazione del rischio) (Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p.366 ss.) に対して、以下のように述べられている。すなわち、保険の営業および保険契約者が支払った金額の用途に関する特別な規定の存在は、保険金の支払という対価を構成しうる保険者の私的な性格の義務を構築するものではない、と (Donati, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* cit., pp.406-407; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p.150; Salandra, *Assicurazione* cit., p.171; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit. p.161)。しかし、それらは公的な性格の義務を構築する。そこで、同じ方法で、1923年法のすべての規定は (その中に59条も含まれる)、企業が契約の必然的な要素であるとは意味しておらず (同旨：Vivante, *Trattato* cit., IV, p.425; Navarrini, *Trattato* cit., III, p.256)、企業の存在は現在の実務において保険業に技術的に重要な要素である (同旨：Hemard, *Théorie et pratique des ass. terr.* cit., I, p.67; Picard et Besson, *Théorie général* cit., I, pp.10

すべての保険契約者から徴収した保険料をもって偶発的な事故に対応するという事実は、リスクの集合体が設立され、特定の企業の下にある被保険者の集団自体が保険者となる、と考えることになる。⁽⁷¹⁾この方法においては、各契約は相互扶助契約 (contratto mutualistico) としてあるいは交換契約として構築されるのか、という疑問があらためて提示される。そして、最終的には、たとえ1つの企業との間で締結される場合であっても、保険はつねに相互扶助契約である。というのは、企業は被保険者集団に共通した機関としての機能を果たすことに限定されているからである、という結論に至る。しかしながら、かかる理論は支持できない。

経済の領域では、すべての企業において賢明に組織化され、保険料の全体がすべての保険事故に対する補償について必要十分に対抗できるように構成されている。⁽⁷²⁾しかし、かかる考察は法律の領域において繰り返すことはできない。というのは、損害の補償に向けられるべき金銭はいかなる規定によっても保険料の全体に限定されておらず、反対に、保険者は偶発的に生じる保険事故について自己の全財産をもって対応することもあれば、場合によっては破産の可能性もあるからである。⁽⁷³⁾このことは、私見としては、保険契約はまさしく保険者

e 107), という結論に達する。

(71) Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p.64; Sumien, *Assurances terrestres*, cit., p.10; Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestre*, cit., I, p.97 は、まさしく、保険の体系的な営業に基づいている終身定期年金 (rendita vitalizia) と保険との違いに依拠し (p.110), そして、保険は相互性に依拠しない場合には賭博になるということを認めるまでに至っている (p.110)。前述のごとく、かかる考え方が技術的の局面において正しいならば、法的局面において同様に正しいとはいえない (同旨: Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, pp.10 e 107; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p.288: この者は、本文で示されている理論および批判を深く検討することによって、このことに言及している。)

(72) Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, p.10.

(73) 保険者は、通常、破綻しないという事実は興味をひかない。重要なのは、保険者は、抽象的に、保険契約者が支払った保険料を上回る金額を支払うということであり、それゆえに、場合によっては破綻するということである。この可能性はきわめて縮小され、保険者が責めを負うリスクの存在を信用し、保険者は保険契約の当事者であるという事実を信じることで十分である。たとえまったく異なった場合であっても、いかなる場合においても、複数の予測によって体系化された企業は、不当な利益を取得しない限りにおいて、同様の考察が《Sisal》が賭博契約の当事者であるということを否定させる。この点に関しては、Buttaro,

との間で締結される、と述べることで十分である。

技術的考察に関してきわめて興味深いかかる考えは別にして、法的な重要性のゆえに企業説は受け入れられない、と繰り返す必要がある。というのは、保険制度では、契約が遂行するように求められている機能に基づかないならば、契約を区別できないからである。別の区別が我々にもたらすのは契約の類型ではなく、むしろ他の契約にも共通したそれぞれの特質である。そして、いかなる場合においても、1つの要素に言及すべきであり、全体において契約を特徴付けるべきではない。⁽⁷⁴⁾

それゆえに、保険契約の統一的理解を行おうとするすべての試みは、保険契約が遂行しなければならない機能⁽⁷⁵⁾だけに基づかなければならない。そして、以下のように述べることは間違いではないと確信する。すなわち、立法者が保険契約が無効であると定めている場合においても、当該契約が、保険契約を締結する資格のある主体を定めているにすぎない1923年法⁽⁷⁶⁾に規定されている主体とは異なる者によって締結される場合がありうる、と。

Contratto di gioco e contratto plurilaterale, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p.51. さらに, Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p.288; Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, p.210.

(74) この点に関しては、以下のような学説を検討する機会を持つだけでは十分でない (Viterbo, *Il contratto di assicurazione* cit., p.49; Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assicurazione* cit., p.61; Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres* cit., p.67; Salandra, *Assicurazione* cit., p.161; Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.236)。すなわち、目的に対応するために自己の体制を整える企業⁽⁷⁵⁾の存在を考へることによって、保険と賭博を区別することが可能か否かという学説である。そして、同じ理由が銀行との契約においても妥当する。というのは、銀行との契約においてもまた、当事者の一方は企業家でなければならないが、しかし、それでは他の類似の契約との区別は難しいからであり(この問題は、請負 (appalto) と雇用契約 (locatio operis) との比較においても妥当する)、そして、保険業と銀行業の間にはいかなる類似性もない⁽⁷⁶⁾とは言い切れないからである。しかし、この問題について、Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione* cit., p.427を参照。この者によれば、生命保険契約を銀行との契約である預金と考へる可能性がある。

(75) 同旨: Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione* cit., p.438; Salandra, *Assicurazione* cit., p.161; Donati, *La causa del contratto di assic.* cit., p.227

(76) ある法律が、有効な保険契約は企業によって締結されたものに限る、そして、これに反して締結された契約は無効であると定めたならば、この法律については、

この結果、企業説に反対するつもりはない。というのは、本説は、そのすべての重要性の中において、さまざまな保険契約を統一的に構築する要求を再提示したという長所を有しているとともに、特定の問題を解決することに影響を果たしているからである。ただ、企業説は保険契約の構造を決定するにあたり助けにはならない、と認めざるをえない。

9. 損害保険を人保険と区別する理論。批判

損害保険を生命保険、そして一般的には定額保険と区別する必要があるとする理論⁽⁷⁷⁾を検討する絶好の機会である。定額保険はとりわけドイツの理論によると、人保険と定義されている⁽⁷⁸⁾。

保険契約の誕生時には、貨物の海上運送リスクに対して商人を保護すること

立法者が望んでいたことではなく、解釈者も契約のカウザが修正されたと主張することができず、ただ、合法性が法律が特別な要件したことに於いてこの契約が締結されたことに従っているにすぎない、と述べることができる。この方法によって、保険契約を他の契約と区別されることはできず、保険契約を締結することが可能なのは一定の要件を充足する会社である、と定めることができる。

(77) 企業の共通の要素の中に保険の統一的要素を見い出している Vivante と Navarini, *Opp. e pp. citt.* の他に、以下を参照。Manfredi, *Del contratto di assicurazione* cit., pp.2 e 255; Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione*, cit., p.438; Devoto, *Op. ult. cit.*, p.62; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni* cit., p.71; Ferri, *Manuale* cit., p.535; Fiorentino, *Assicurazioni contro i danni* cit., pp.21 e 22; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p.70; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p.16 e IV, p.1 ss; Dernburg, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, II, Halle a. S., 1897, p.730; Gerard u. Hagen, *Kommentar zum Deutchem Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag*, Berlin, 1908, p.10.

損害保険の填補性に注目しながらも、これを生命保険には拡大しない意見の支持者が、同じような見解を示している。同旨：Weens, *L'assurauce de choses contrat d'indemnité* cit., p.72 ss.; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p.151; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p.102; さらに、Ancey et Sicot, *La loi sur le contrat d'assurance*, Paris, 1931, pp.16-17 e 202：この者は生命保険と損害保険とを区別し、損害保険においてのみ損害填補性が存在するとしうえで、保険の統一的概念が存在するか否かについては重要な問題ではないとして、その意義を認めていない。

(78) 同旨：Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p.634; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p.326; Ehrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* cit., p.425。しかし、このことは、かかる研究者のすべては生命保険と損害保険とを区別する理論を支持しているということを意味するものではない。実際、Bruck は偶発的入用充足説の支持者であり、Ehrenzweig は前述の区別の支持者に含まれる。

が目的とされていたので、保険の損害填補性に基づく原則が作り上げられていった。かかる原則に基づき、被保険者が実際に被った損害を超えて補償することができなかったし、保険が財の価値のすべてをカバーしない場合には、残りの部分について被保険者自身が保険者となった。つまり、保険事故が発生した場合には、支払われるべき保険金の額が按分して減額された。これに対して、保険価額は、つねに財の特定の価額、または、容易に特定されうる価額に基づいて決定された。

これに対して、保険が人の生命にまで広がると、保険価額を決めるための基準が欠けていった。というのは、人の生命の価値を決める基準は存在していないし、この価値は市場を持たないからである。しかし、適宜、保険金額により示され、保険事故が発生した場合にはつねに全額支払われなければならないと、⁽⁷⁹⁾当事者によって合意された。この結果、保険者に残ったのは、保険金額が被保険者の実際の経済状況と比較して著しく高額な場合においてリスクの引受を拒否する権限だけである。

生命保険では、保険金が正確な賠償額を構成する具体的に決定しうる損害も存在しないし、⁽⁸⁰⁾(損害保険では、被保険者について不当な利得となる)複数の保険契約の締結も禁止されないゆえに、保険金受取人は、一人の保険者から保険金を全額取得しても、他のすべての保険者から保険金を全額受領する権限を有効に持ち合わせている。⁽⁸¹⁾

かかる検討に基づいて、そして、すべての者は死亡するゆえに、死亡保険では将来のでき事の発生は決して不確定ではないという事実をもまた考慮することによって、学説は生命保険および損害保険は別々の目的を達成する2つの契

(79) 同旨：とりわけ、Vivante, *Trattato cit.*, IV, pp.411 e 597; Navarrini, *Trattato cit.*, III, p.365; Manfredi, *Del contratto di assicurazione cit.*, p.255; Hemard, *Théorie et pratique des ass. terr. cit.*, II, p.38; Eeckhout, *Le droit des ass. terr. cit.*, p.70; Picard et Besson, *Traité général cit.*, IV, pp.3 e 9; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni cit.*, p.71; Salandra, *Assicurazione cit.*, p.170.

(80) Hemard, *Théorie et pratique des ass. terr. cit.*, II, p.38; Ancey et Sicot, *La loi sur le contrat d'assurance cit.*, p.16; Koenig, *Droit des assurances cit.*, p.72; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni cit.*, p.71.

(81) Navarrini, *Trattato cit.*, III. p.365; Manfredi, *Del contratto di assicurazione cit.*, p.256; Ancey et Sicot, *Op. ult. cit.*, p.204; Picard et Besson, *Traité général cit.*, I, p.16; Koenig, *Droit des assurances cit.*, p.73.

約であると考えた。損害保険では、契約の損害填補性については疑いはないのに対して、生命保険では、保険料の支払と交換して特定のでき事が発生した時は所定の金額が支払われる契約であると認識される。このように、重要な唯一の要素は、契約において事前に定められた事象（死亡）の発生時に金額を支払う債務であるという契約である。でき事の発生は単に保険者の金銭債務の発生が従う条件にすぎない。⁽⁸²⁾ それゆえに、生命保険契約はカピタリザシオン契約になる。⁽⁸³⁾

しかし、生命保険と損害保険との違いは、この学説によれば、考えられうるよりも純粹ではない。そして、2つの種類の間には必要な違いがあるということが事実ならば、保険について統一概念を構築するに十分な諸々の共通した性質が存在するという事は事実である。

⁽⁸⁴⁾ 生命保険契約は損害保険と同様に射倂契約である。そして、場合によっては、

(82) 以下を参照：Vivante, *Trattato cit.*, IV, p. 441; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres cit.*, p.71; Devoto, *Op. ult. cit.*, p. 62; Picard et Besson, *Traité général cit.*, I, p. 16; Koenig, *Droit des assurances cit.*, p.73.

(83) Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione cit.*, p.427 は、人保険においては、保険契約の他に銀行との預金契約に注意する必要がある、そして、人保険契約が保険契約の中に含まれる唯一の理由はドグマ的な像ではなく、生命保険が創設されて以来、生命保険は保険に含まれるという歴史であるにすぎない、とする。基本的に、生命保険と損害保険について学説が展開した違いの論理的な結論を導いているこの理論は、それが到達した結論の重大さゆえに、イタリアや外国の研究者の支持を得られていない。この理論が支持されない理由は、その前提の不確かさゆえではなかろうか。

Brunetti と類似した理論として、Hebrault, *Traité des assurances sur la vie*, Paris, 1877, p. 34 がある。この者はカピタリザシオン契約説を批判しているが、それを受け入れている。これまでの本書における論述に戻って欲しい。

保険契約とカピタリザシオン契約との違いについて：Suimen, *Assurances terrestres cit.*, p. 165; J. von Gierke, *Versicherungsrecht cit.*, II, p. 331. この者は違いについて否定している。

(84) 同旨：Navarrini, *Trattato cit.*, III, p. 270; Manfredi, *Del contratto di assicurazione cit.*, p. 19. 問題は企業説の提唱者の理論から生じている。というのは、これらの提唱者の中には、保険者による保険の体系的な営業は保険者について危険を排除するが、契約が被保険者に対して提供する保障機能があるゆえに、被保険者について射倂契約であることを論じられない、と述べているからである。この問題はとりわけ保険の初期時において重要であった。というのは、この契約には賭博と同じ規定が適用されるのではないかという恐れがあったからだ。そして、これに

保険事故の発生する可能性がその時期についてのみ不明確であるという事実は、射倖性が当事者のどちらかに有利に働くということを否定しない。射倖契約が将来の不確実なでき事の発生に依拠するのは、当事者のどちらかにとって特定の利益の実現であるという契約であるならば、⁽⁸⁵⁾このことは生命保険においても生ずるということとは否定されない。実際、被保険者の死亡が契約締結後1年で生じたならば、または10年ないし30年で生じたならば、支払われた保険料と保険金との間に、多かれ少なかれ不均衡が生じるであろう。一定の期日後は、その期日から、定められた保険金は保険契約者が支払いうる保険料の額を下回るゆえに、保険料は保険者の排他的な利益になる。契約上の利益を引き出さなければならぬ人にとって有益なケースは1年後に被保険者が死亡するケースであるにもかかわらず、同様のケースの発生は被保険者の願いの中にあるとはいえない、ということになる。しかし、このことは当事者の利益に関係し、射倖性⁽⁸⁶⁾を否定しない。その結果、カピタリゼーション契約を論じることはできなくなる。^(86bis)

ついでに、学説は賭博と区別するように配慮したし、契約の射倖性を否定する者までも出てきた。

その後、生命保険は立法者によって承認され、この不正確な理解が認められるようになったが、最近の理論では、一致して、企業が存在が保険者について経済的リスクを減少させるとしても、法的な局面においては同様なことはいえず、すべての保険契約の射倖契約性は認められている(以下を参照: Vivante, *Trattato cit.*, IV, p.447; Paris La Clerc, *Le contrat d'assurance cit.*, p.288; Picard et Besson, *Traité général cit.*, I, p.210)。保険契約の射倖性について: Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres cit.*, p.67; Fanelli, *Op. ult. cit.*, p.31.

(85) Mosco, *Onerosità e gratuità cit.*, pp.83 e 84; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico cit.*, p.240; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni cit.*, II, p.289; Messione, *Teoria generale del contratto cit.*, p.242; Trabucchi, *Istituzioni cit.*, p.596; Guillouard, *Traité des contrats aleatoires et du mandat cit.*, p.14; Bode, *Spiel und Wette cit.*, p.9; Paris La Clerc, *Le contrat d'assurance cit.*, p.284; Colin et Capitant, *Cours élémentaire cit.*, II, p.816.

(86) 前述のように、これまでは、これが保険契約の特殊性であった。すなわち、被保険者は保険事故の発生に利益を有していなければならないのではなく、保険金額が重要であることに利益を有しているのである。そして、生命保険は、この局面において、被保険者が保険事故が発生しないということを望まなければならないということが例外ではない、他のすべてのタイプとは違った領域において存在するものではない。

さらに、生命保険においてもまた損害が存在する、ということを否定できない。というのは、家長の早世はその生計の根本的な部分を失わせることは明らかであるし、特定の年齢を超えて生存することは、何らかの必要性をもたらすからであり、この必要性は自己の稼働の可能性が減少したり、完全になくなる時は大きくなるとともに、保険は類似の不便さを排除するか、あるいは、少なくとも減少させる機能を果たすからである。⁽⁸⁷⁾

場合によっては、かかる損害もまた欠くことができるし、たとえば（実質的な拘束は別にして）家族にとってきわめて大きな重荷になる年輩者の死亡は、財産の観点からすればほとんど自由になりうる、というのは事実である。これに対して、60歳または80歳を超えながらも保険契約を締結した時よりもはるかに多くの収入を持って働き続ける人には不平をいえない、というのも事実である。しかし、これは、生命保険においても損害は少なくとも部分的に存在する⁽⁸⁸⁾ということは否定するには不十分である。

(86bis) 反旨：Herbault, *Traité des assurances sur le vie* cit., p. 34; より明確には、Brunetti, *La teoria giuridica* cit., p. 427.

(87) 通常、生存保険契約 (contratto di assicurazione sulla sopravvivenza) および死亡保険契約 (contratto di assicurazione sulla morte) において生じる。この点に関しては、動機に直面するという必要はない (Vivante, *Trattato* cit., IV, p. 444; Navarrini, *Trattato* cit., III, p. 250; Eeckhout, *Le droit des assurances* cit., p. 74; Picard et Besson, *Traité général* cit., IV, p. 1.). すべての動機のように重要ではない。当事者が契約を締結するように仕向けられたら、その法的構造には影響されないであろう。というのは、この場合、契約の目的は保護を確保することであるからである。

(88) しかし、とりわけ、生命保険において、被保険者が被る損害を概念的に決定できないと考えるならば、これは原則を超えることのできる例外的な状況である。そして、いかなる場合においても、本文で前述の通り、そして、今後も論証するが、学説の誤りは損害を、被保険者ではなく保険金受取人について考えたことである (Vivante, *Trattato* cit., IV, p. 443; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., pp. 70 e 278; Picard et Besson, *Traité général* cit., IV, p. 3)。正しいのは、生命保険において、保険金受取人は保険金を享受するが、損害を被ることはないということである (同旨：Ascarelli, *Elisir di lunga vita e interesse nell'assicurazione* cit., p. 1147)。そして、実際、他人のためにする損害保険契約をイメージすると、ここで検討している状況と類似の状況を発見する。というのは、他人は、保険に付されている財の保護についていかなる利益も持たないことができる。しかし、つねに、被保険者は同様の利益を有する。そして、保険金の支払に対して同様の権利を有する。

今、検討している理論の支持者によると、人保険では、損害の完全性を正確に評価しえないし、そして、損害保険の原則に従って具体的に存在が疑われるときにもまた、純粋に保険金が支払われない、という事実は、1つには、その評価のすべての正確な決定を免れる保険の目的物(個人)の特殊な性質、1つには、損害填補説の最初の支持者によってなされた保険保護の対象の不正確な決定の結果である。⁽⁸⁹⁾

学説が、家族の支えではなく、重荷になっている老人の死亡時において損害を論ずる可能性を否定するとき、保険金受取人の利益のみを考えているにすぎないと述べられる。これは、反対の場合についてなされた考察から道はずしている。しかし、保険金受取人は保険契約の当事者ではないし、なかんづく、付保された利益の帰属者でもない。もし契約が少なくとも生命保険において注意深く検討されたならば、保険申込人(assicurando)が保護しようと欲する利益は、第三者による死亡という損害をもたらす事とは無関係にただ自己の生命の維持に対する利益である。そして、もはや自分自身に供給する能力を欠いている人であっても、死亡は生命という貴重な財を欠くゆえに、無数の損害をもたらすものであることに疑いはない。⁽⁹⁰⁾ また、金銭から相続人(erede)または保険金受取人が享受するのは明らかである。しかし、これは保険者が引き受けたりスクの決定にほとんど影響しない保険事故の特殊な性質の結果であ

被保険者の契約に対する利益は、すべての保険の種類において存在する(この点については、第1章第4節を参照)。そして、損害保険においては、通常、保険金を受領するのは被保険者であるという事実は、この点に関して、契約の締結にもたらされなければならないというわけではなく、不合理ではないが、理由がない。

(89) この点について、人保険における保険保護の対象に関する頁において検証した内容を参照。

(90) 人保険における利益の存在について、第1章注(23)の引用を参照。

これらの場合、契約によって保護される利益は、被保険者の利益であり、他人のためにする生命保険においては、当初、具体的な利益の存在が求められていたし(この点について、Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p.127を参照)、最近の立法者は第三者の同意の必要性を求めている、ということは明らかである。

他人の生命の保険は、保護される利益が欠如すれば賭博になる。そして、この点は、17世紀の終わりから18世紀の初めに見られた。とりわけ、以下を参照：Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., pp.136 e 137; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p.16 ss.; Vivante, *Trattato* cit., IV, p.442.

る。

10. 保険料の支払との交換において被保険者の利益を配慮した引受は、生命保険においても契約の機能を表す

生命保険においてもまた、保険事故の不発生に対して被保険者の利益が存在する⁽⁹¹⁾。前述のように、自己の生命の保険では、個人は生命に対する自己の利益を保護することを希望する。そして、被保険者は自己の任用において自己が予測する状況にない場合においても生命は財でありうるゆえに、保険者は被保険者の死亡後の損害を填補しなければならない。かかる利益が他のすべての人保険において存在し、契約の締結を合法化する。

人保険における利益の存在が意味するのは被保険者が保険金の支払を要求することではなく、単に保護を要求するということである⁽⁹²⁾。場合によっては、かかる承認は保険が締結されなければならないでき事の不可避性のゆえに不合理であるように思える。しかし、保険者の保護は損害を回避することに向けられず、そして、保険者が契約の相手方に提供するものはただ損害の賠償にすぎない、ということを考慮する必要があるのは、保険事故が生じるときである。この約束は、まず、第1にその有効な効果をもたらす。しかし、事象の不可避性は、保険事故が存在すること、および、保険者は事象が発生することによってもたらされる損害について被保険者を填補することができるし、填補しなければならないということを否定しない。さらに、生存保険におけるように、保険事故が生じえないだけでなく、保険者が被保険者に提供する保護が明確になる場合がある⁽⁹³⁾。このことは損害保険で生じる場合とまったく同じである。

反対に、保険者が、被保険者が60歳または80歳になった時に働き続けており、

(91) 同旨：第1章注(23)の引用された研究者。

(92) 生命保険における利益の存在は、私見によれば、以下のことを意味する。すなわち、生命保険においても、保険者の債務は自己または第三者の生命の維持に対する利益を配慮しながら引き受けることにあり、そして、保険金の支払はこの利益を配慮しながら引き受けたことの結果にすぎないとも主張することができる。と。損害保険と同じ基準によれば、生命保険では、保険金の支払には言及する必要はない。そして、生命保険では、支払われる金額は保険契約者自身が定めるものであり、保険事故が発生したときに定額が支払われなければならないという事実は、重要ではない。この考え方によれば、保険契約の統一に立ちただかるすべての問題を克服することができ、生命保険と損害保険とのすべての本質的な違いが消滅する。

保険契約を締結した時よりも明らかに多くの収入を得ている場合においても保険金を支払うことは認められない。実際、保険者が保護を欲している損害は収束しうる手段の欠如による損害ではなく、一定の年齢において生存するという損害である。^(93bis)

実際、この場合における問題は保険契約によってカバーされるリスクを正確に決定することであり、リスク、被保険者の利益が決定され、そして、保険はつねに同じ機能を果たすと述べることは容易である。

損害保険においてみたように、保険者の主たる債務は所定の金額を支払うことの中に存在するのではなく、生命保険では、保険事故が実際にもたらした損害に対応しないのであるが、被保険者の利益の配慮を引き受けることによって構成される。これこそが、検討の場合においてもまた、その偶発性を考慮することによって、被保険者について物を準備する可能性において具体化する保険事故の不発生に対する利益の存在の結果である。保険者は自分自身でそれを引き受けることによって、相手方当事者に対して利益を提供する。⁽⁹⁴⁾

利益の観点から生命保険と損害保険とが同一視されるので、保険者の主たる債務は保険金を支払うことであると考えerまでは生じない。かかる2つの類型の契約を区別する理由がなくなる。⁽⁹⁵⁾

(93) 生存保険の法的性質について、以下を参照：Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p.452 e passim; Salandra, *Assicurazione* cit., p.343 ss.; Picard et Besson, *Traité général* cit., IV, p.52; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p.326 ss.

(93bis) 人が一定の日を超えて生存することが損害であると考えerことは、困惑の動機でありうる。というのは、すべての人は可能な限り長く生きたいと思うからである。このことは、学説において少なからざる困難を生じさせた（この点について、以下を参照：Alauzet, *Traité général* cit.,II, p.455; Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., pp.15 e 21)。しかし、老生は損害であり、保険者により保護されるということは否定できない。

(94) このことは、保険保護を検討する際に前章において検討した。契約のカウザの問題に関してもたらされる類似の理由が、いかなる場合においても機能は類似しており、損害保険と生命保険との分離を主張する人の見解は支持できないということの意味している。

(95) 同様に、その後、保険契約の統一を主張する人、とりわけ、損害填補説の支持者の定立に基づいた概念が確立されたように思える。近時の損害填補説について、以下を参照：Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p.364（拙訳・前掲注（53）17頁以下を参照（訳者挿入））；Donati, *La causa del contratto*

2つの異なったカウザは存在せず、⁽⁹⁶⁾ 1つである。それゆえに、検討中の理論を受け入れることはできない。

11. 偶発的入用充足説。批判

学説において、生命保険と損害保険とを区別する傾向がみられる中で、入用説に依拠することによって、契約の基本的な統一を再確認する試みがなされている。⁽⁹⁷⁾

この理論は保険という現象を証明する理由について経済学者により提唱されたものであり、⁽⁹⁸⁾ その後、法律家によって受け入れられた。

かかる支持者が基づいている考え方は、損害保険以外では、契約が被保険者の偶発的入用を充足するように作用する当事者の入用に言及しなければならない、⁽⁹⁹⁾ ということである。換言すれば、自己に特定の入用が発生する可能性に直

di assicurazione cit., p. 239 ss. および引用文献。

(96) 反旨：Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione*, cit., p. 438; Devoto, *Alcune considerazioni giuridiche* cit., p. 62; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni* cit., p. 71; Ferri, *Manuale* cit., pp. 553 e 558; さらに, Ancey et Sicot, *La loi sur le contrat d'assurances terrestres* cit., p. 70; Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, p. 16.

(97) Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione*, cit., p. 412; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 52 ss; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 96 (しかし, この者は生命保険について論じていない); Salandra, *Assicurazione* cit., p. 161; Santoro Passarelli, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale* cit., p. 188; Ferri, *Manuale* cit., p. 535; さらに, Mossa, *Compendio del diritto di assicurazione* cit., p. 14 (しかし, p. 13において, 保険者によるリスクの引受がその本質であると述べている)。反旨：Vivante, *Trattato* cit., IV, p. 444, Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 359 (拙訳・前掲注(53)17頁以下を参照(訳者挿入)); Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p. 231。しかし, この者はかつては偶発的入用充足説を支持していた。学説の一部には, 偶発的入用充足説が意味を持つのは経済的の局面であり, 法的の局面では意味を持たない, と主張する者がある: Navarrini, *Trattato* cit., III, p. 250; Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres* cit., I, p. 26; Picard et Besson, *Traité général*, cit., I, p. 157; Fanelli, *Op. ult. cit.*, p. 2.

(98) 同旨：Gobbi, *Manuale dell'assicurazione*, Milano, 1898, p. 53 ss.; Del Vecchio, *Teoria economica dell'assicurazione*, in *Annali dell'Università Bocconi*, IV, Milano, 1928, p. 3 ss.

(99) 以下を参照：Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p. 52 ss; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 161; 反旨：Vivante, *Trattato* cit., pp. 444-446。この者は, 入用の

面している被保険者はその偶発性に配慮するであろうし、不慮のでき事が発生したときに、自己の必要性に対処することを可能にする異常な手段を獲得する手段が保険を介して提供されることに配慮する。かかる場合、保険事象は、かかる理論の支持者によれば、学説がそれらを保険契約の中にも含めることに多大の疑問を提起するケースまでも、契約というカテゴリーの中にも含めることに十分な意義を見出ししている。というのは、死亡保険または生存保険においてもまた、入用が発生することを認めうるからである。⁽¹⁰⁰⁾

偶発的入用充足説においては、企業説と同様に、通説に照らして、保険契約の統一を認め、かつ、防御する試みをしてきたという明白な利点が見い出される。

しかし、企業説は十分に満足できるとは考えられなかったこと、そして、その基準は、損害填補説について克服できない障害、それゆえにこの理論が支持されなくなった障害を構築していたケースにおいて、その不十分さが明らかになることを証明するのに十分に役に立ったことは否定できない。実際、被保険者が家族の被扶養者として生存していたとき、および、家族について援助とならないとき、または、生存保険では、生存者が自己の生活をこれまで通り営み続けるとき、保険者が対策を講じなければならない入用が存在しうる。双方の場合において、保険事故の発生は新しい入用を生じさせず、むしろ、保険金受取人にとって、被相続人 (*de cuius*) の生計に対策を講ずる必要性を少なくする。

存在は多くの種目において本質的ではなく、とりわけ、自己の生命保険では本質的であるとする。近時の同旨の見解：Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.232。

(100) 以下を参照：Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p.52 ss; Salandra, *Assicurazione* cit., p.162; Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres* cit., I, p.29; しかし、この者は、注(97)で検討したように、入用の存在は保険の経済的理論についてだけ意義を持つと述べている。Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione*, cit., p.413; この者は、損害保険について偶発的入用充足説を支持しているが、生命保険においては、この理論を支持できないと述べている。というのは、生命保険では、学説がこの理論を受け入れられると考えた根拠がなくなるからであるという。この点については、Devoto, *Op. ult. cit.*, p.62 を参照。この者は偶発的入用について、生命保険の動機と同様に論じている。近時の反対説：Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p.359 (拙訳・前掲注(53)17頁以下を参照(訳者挿入)); Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.233。

この問題は、保険事故によってもたらされる損害を、かかる保険において考慮する必要があるかを検討することによって解決できるのではなく、通常のケースにおいてかかる入用が存在することを認めるだけで十分である。⁽¹⁰¹⁾ というのは、これによって、損害填補説に対してなされた批判もまた克服できるからである。通常、保険事故が発生した結果、入用が生じるということは、損害があるということと同じである。この違いに基づいて、経済学者は個人の入用を考えることができるのに対して、法律家は、我々に必要なことではなく、我々が直面するか受け入れる事実のみを配慮しなければならない。

このことは、経済学者間における偶発的入用充足説の将来を意味するが、それが経済の分野から法律の分野に移行することを望むときに、それに対してなされた批判もまた正当化するという⁽¹⁰²⁾ことを意味する。

12. 生命保険の発生と肯定

損害填補説の検討が残されている。この理論は、はじめは、保険契約のカウザに関する様々な理論の中で認められており、⁽¹⁰³⁾物保険および財産保険に関して

(101) この点に関して、偶発的入用充足説に対して行った批判：Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 359 (拙訳・前掲注 (53) 17頁以下を参照 (訳者挿入)); Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p. 233; Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres* cit., I, p. 29.

(102) それゆえに、損害填補説は経済領域から法領域に移行した偶発的入用充足説に他ならない。そして、この事実が受け入れられないということは、反対説の支持者の大きな過ちである。実際、もし偶発的入用が損害を生じさせる可能性に他ならないならば、そして、それゆえに、経済領域においては、契約のカウザはこの入用を充足させようとするものであり、かつ、そうでなければならないならば、法領域においては、その事実、その限りにおいて損害を配慮するゆえに、契約の目的は損害填補の目的でなければならない。保険保護は保険事故の発生とは無関係に有効であり、実質的であるゆえに、契約のカウザは被保険者の利益を配慮した引受である。

(103) この点について：Alauzet, *Traité général des assurances*, Paris, 1944, II, p. 479; Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 15 ss.; Chauton, *Les assurances*, Paris, 1884, pp. 188 e 312; Lefort, *Traité du contrat d'assurances sur la vie*, Paris, 1894, p. 11 ss. さらに、Herbault, *Op. ult. cit.*, p. 31 ss. に示された論文等。

しかし、学説が、生命保険の損害填補性を認めるという結論に到達するために克服した困難さ、および、彼らが長い間悩まされた疑問や限界は、前述の論文等において強調されている。これに対して、Alauzet, *Op. ult. cit.*, p. 477 は、死亡保険における損害填補性を認めるが、トンチンおよび終身定期年金に類似する生存

は疑問がもたらされなかったが、⁽¹⁰⁴⁾損害填補性を人保険に拡大する場合に生ずる困難さゆえに、その後、学説によって支持されなくなった。

それゆえに、本書における議論はおもに生命保険を検討することに向けられることになる。生命保険は遅れて認められた保険であり、様々な困難さがその進展を浮き彫りにした。はじめは、保険に特有な保護および保証の性質において、⁽¹⁰⁵⁾賭博にきわめて近い投機の形態であったことが容易に認識できる。

最初のケースは海上航行リスクに対する船長および乗組員の生命に関する保

険契約を保険契約の部類から排除することをためらわない。

しかし、他の学説は、被保険者自身の生命と資産について配慮していない。被保険者は生存することは可能であり、延期された資金の保険、または、資金の形成を脅かすリスクに対する保険を検討している。

同じような見解が Goldschmidt, *System des Handelsrecht*, Stuttgart, 1891, § 167, p. 243 により提唱されている。この者は、被保険者の財を、保険者が被保険者の死亡時に支払わなければならない資産とみている。そして、リスクを、資産の形成を阻止する早生の偶発性に見出ししている。

生命保険の損害填補性について、Gebauer, *Die sogenannte Lebensversicherung vom wirtschaftlichen Standpunkte*, Jena, 1893, pp. 1 e 22 が述べている。それによると、保険の機能は損害の発生の可能性に対して保障を提供することにあり、生命保険と損害保険との違いは、後者が具体的な（つまり、損害額が具体的に確定する）契約であるのに対して、前者は抽象的な契約であることにある。

(104) 企業説の支持者は、生命保険において損害填補性を見出すこと、および、類似の性質が損害保険について疑いのないことを否定する。そして、損害保険契約の説明については、物保険または財産保険の目的は偶発的損害を填補することにあると明示している。同旨：Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, pp. 41-42; Navarrini, *Trattato* cit., III, p. 248; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 34.

保険の統一概念の存在を否定する研究者の中にも、かかる説明を見出すことができる。Weens, *L'assurance de choses contrat d'indemnité* cit., p. 72 ss. この者は、著書の中で物保険の損害填補性を認めている。さらに、Ancey et Sicot, *La loi sur le contrat d'assurance* cit., pp. 16-17; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 16; Fanelli, *Elementi di diritto delle assicurazioni* cit., p. 3; Ferri, *Manuale* cit., p. 553; Fiorentino, *Assicurazione contro i danni* cit., pp. 5-6; 220 頁注 (77) で引用した文献。

(105) この点について、Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 7 ss. の見解を参照。しかし、この者は、賭博はすべての保険契約の共通の根源であるの考えている。しかし、その後の学説は、保険契約の歴史的な背景および Bensa, *Il contratto di assicurazione nel medioevo*, Genova, 1884, p. 59 e passim の理論を根拠にして、この見解を支持していない。

険であるが、これは、航海の好結果における賭博を直接に組み合わされており、船舶および乗組員の喪失は容易な収益という方法に変形した、⁽¹⁰⁶⁾ということを見出すために時間を遡る必要はない。他方、賭博による当然の受難がすべての人の中で好まれていた。それらは、ほぼ同じ時代において、すなわち、ほぼ16世紀の後半以後において、君主やその他の有名な人の生命に関する賭博として⁽¹⁰⁷⁾出現した。学説および制定法の反応は関知するのに遅くはなかった。実際、

保険は、長きにわたり、賭博と混在していたという本文の内容により近いは、以下の者によって歴史的に説明されている：Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., pp.10-12; Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p.57 ss.; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., pp.37-38 e 41.

(106) 同旨：Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p.38. この者は、金銭貸付に対する利益を禁止する結果、実務がこの禁止を克服することができた、そして、商業取引の成果を金融化する目的で有していた契約の近くにおいて、航海の成果に関する賭博に類似した契約が発展していった。

同旨：Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p.111.

(107) かかる種類の賭博の要請およびその数については、1610年の *Stauti civili della Repubblica di Genova* で証明されている (in Baldasseroni, *Delle assicurazioni maritime* cit., III, p.574)。それによれば、17世紀には禁止されていた。結局、その中には以下に示すような禁止された契約が多く含まれている。《国の免許がない場合には、不可能であるし、保障を提供できないし、安全ではないし、法王の生命を賭博に付すことはできないし、皇帝の生命を賭博に付すことはできないし、国王、枢機卿、総督、皇太子、司教の生命を賭博に付すこともできないし、他の高尚な人の生命を賭博にすることはできない。》

《領国、国家、領域、県、総督領、管区または広場を支配したり、失ったり、交換することはできない。》

《軍隊または艦隊の幸運または不幸なでき事、そして、その出発または到着、さらに、広場の攻防に関連させてはならない。》

《婚姻がなされるか否かについて、女性の部位について、船舶の到着または出発について賭博に付してはならない。》

《ペストや戦争が近づいているか否かについて、総督、共和国の上院議員の選挙について、預託、保証または賭け、そして、完全に禁止されているすべての物の外観を有しているもの以外のものについて賭博に付してはならない。》

《所定の規定に違反した者は、保険金額、預託金または掛け金を失うたびに非難される。そして、仲介者は違反者と同じく罰金を支払う。》

《上記のことに違反しても裁判に付されることはないし、聴聞に付されることはない。しかし、何かを支払った場合には、それを償還する権利を有する。個々の違反について25スクードの罰金を支払うことによって、違法な行為に関して証書やメモを作成することはできない。》

「グイドン・ドゥ・ラ・メール (Guidon de la Mer)⁽¹⁰⁸⁾」, および前後のその他の命令により唱えられた原則を受け入れた1681年「海事勅令 (L'Ordonnance de la Marine)⁽¹⁰⁹⁾」10条は, 「人命に関する何らかの保険を付することは可能である (Defendons de faire aucune assurance sur la vie des personnes)」と定めてい

このタイプの保険=賭博については, 以下を参照: Herbault, *Traité des assurances sur la vie cit.*, p.57 ss.; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie cit.*, p. 38; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance cit.*, pp. 112-115; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres cit.*, pp. 10-12.

(108) In Pardessus, *Us et cōtume de la mer cit.*, II, p. 377.

(109) Alauzet, *Traité général cit.*, II. p. 457; Lefort, *Traité du contrat d'assurance cit.*, p. 39 が示した法令の他に, Baldasseroni が「*Trattato delle Assicurazioni Marittime*」を書いた時に有効であったその後の法令, および, 第3巻の付録にも示されている法令がある。これらの中には, 生命保険の効力に反する事柄が書いてある。そして, 海事勅令の中にも含まれている規定を受け入れているか, または, その後の法令が規定していたことを繰り返している。その後の法令には, 1738年の《保険 (sicurtà)》に関する条文の11号を含む *Ordinanza di Bilbao* (p. 439), 1686年 *Ordinanza di Middelburg* 2条 (p. 625), *Le Leggi Marittime di Prussia* 10条 (p. 660) がある。おわりに, 1746年 *Diploma Regio* には類似の禁止規定が含まれていた。この公文書により, コペンハーゲンで世界初の保険会社が設立された。そして, これには, 第3節に《*Sicurtà* 社と保険契約者の間には, 保障に関して特別に遵守しなければならない条項および合意がある》と定められていた。

反対に, 賭博禁止法 (Gambling act) が公布される前に, 1731年 *Ordinanza della città di Amburgo* が, 生命保険の有効性を定めていた。《保険 (sicurtà)》章の第2節において (p. 324), トルコのリスクに対する生命保険を定めている (そして, 本法令には, 一般的な生命保険の保険証券のモデルが添付されていた)。さらに, 1751年の *Editto del Re delle due Sicilie* は, かかる保険の種類を明確に定めていないならば, 生命保険の保険証券のモデルを添付するように定めている (p. 648)。そして, 論理的に, 生命保険契約の有効性は暗黙のうちに認められていると考えられるように仕向けている。

この点に関して, 1721年の *Ordinanza di Rotterdam* が述べていることが興味深い (p. 687)。この命令は, 生命保険に関する立法が通過した後の変化について知ることができる。この命令には, 生命保険に関する規定が存在しない。しかし, (Lefort, *Op. ult. cit.*, p. 39 が記しているところによれば) 1604年の命令には, 海事勅令に類似した禁止規定が含まれていた。そして, 変化がおり, 法律上の禁止を超えてはならないということが大きな利益になっている, と理解することが容易である。海事勅令等にも含まれていた禁止以後のヨーロッパ大陸のすべての制定法については, 生命保険契約の有効性を明確にするまで, 生命保険を無視する一定の期間が存在した。

(110)
る。

(111)
学説は、その立場からして、「評価される自由人は受け入れられない (Corpus liberum aestimationem non recipit)」というウルピアーノ (Ulpiano) の意見を認めている。⁽¹¹²⁾そして、とりわけ、海事勅令を論評することによって、保険において、この場合、死亡によって破壊されうる財を担保しえない限りにおいて、人の生命は保険の目的を構成する、ということを否定した。

生命保険を認めないことに関する様々な規定、そして、きわめて明白な認識にもかかわらず、契約が認められるのが遅くなかったゆえに、生命に関する契約が認められた。そして、時間的隔たりがなく相次いで現れた2つの法律が、イギリスおよびフランス、その他のすべての国において生命保険契約を明確に認めた。第1は、時期 (1774年) および重要さに関して、明らかにジョージ3世 (Giorgio III) の賭博禁止法 (Gambling act) が生命保険の誕生の真の法律である⁽¹¹³⁾と考へる。というのは、被保険者の生命に利益を有する者のみが契約を締結できるという原則が定められており、純粋に賭博と保険を区別し、保険について金銭的性質を認めているからである。第2は、時間に関連させれば (1787年)、そして、十分に控えめな重要性に関連させれば、生命保険の会社

(110) In Baldasseroni, *Delle Assicurazioni Marittime* cit., III, p. 531.

(111) 同旨：Emerigon, *Traité des assurances*, Marseille, 1783, I, p. 198; Pothier, *Traité du contrat d'assurance* cit., n. 27. 初期の頃は、Emerigon 等が繰り返し引用する Valin がそうであった。

(112) 法律学説判例辞典第3巻：馬に与えた損害を填補する。しかし、Emerigon 以後の研究者、とりわけ、Lefort, *Traité du contrat d'assurance* cit., p. 15 を含めて、彼らは次のように述べている。法律学説判例辞典に含まれている見解は、人に偶然にもたらされた損害の填補の可能性を排除するという絶対的な原則ではなく、そして、ローマ法およびその後の立法において、不法行為に起因する損害 (il diritto ex illecito) は、被害を被った財が人自身であっても被害者に損害賠償請求権を認める、と。

(113) 賭博禁止法の制定前、すなわち、1706年以前のイギリスでは、生命保険は Amicable Society の設立によって、アン (Anna) 女王により初めて認可された。その後、長い間、イギリスの生命保険会社が多く存在した。それゆえに、学説の一部には、この認可の中に生命保険の誕生を見出す者がある (同旨：Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 62)。しかし、私見によれば、賭博禁止法に言及することが正しいと思う。というのは、本法は利益の要件を求めているにすぎないからである。

の設立を認めたルイ16世 (Luigi XVI) の勅令である。⁽¹¹⁴⁾

しかしながら、国王達によるかかる2つの承認はすべての不確実さを取り除く価値はなかった。そして、一方では、基本的な技術的組織化および当初の統計の制限された援助は、保険の急激な普及に役に立たない保険者の多くの窮状を認めている。⁽¹¹⁵⁾ 一方では、一連の不快な事故はとりわけフランスの法律家が疑問を呈している。⁽¹¹⁶⁾ そして、1804年、コルヴェット (Corvetto) は商法典を立法議会に承認させ、334条を論評しているが、生命保険にそれほど有利な意見を表明していない。むしろ、334条は生命保険について有効性を認める意味において意図されうるということを明白に否定している。

いずれにしても、このことは生命保険の歴史において明らかである。という

(114) この点については、Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 57 ss. に含まれているその後の歴史的検討も参照。

(115) イギリスおよびフランスにおける18世紀および19世紀に見られる保険の発展について、以下を参照：Lefort, *Traité du contrat d'assurance* cit., p. 46 ss.; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., pp. 16 ss.

(116) いくつかは有名である。1つは、Pommerais の Couty 博士のケースである。この者は、生命保険を詳細に学修した後、当方の助言を聞き入れてくれたならば、相手方およびその子供達も裕福になるであろうとして、彼の古くからの女友達を説得した。

この方法で、50万フランを超える一連の生命保険契約を締結させ、自己を保険金受取人に指定させた上で、睡眠薬であるとして毒薬を飲ませた。その女性の死体が発見され、犯罪による死亡であることが確認された。その結果、世論は精神的に打撃を被り、Dupin 検事総長は、1864年6月4日破毀院判決の公判において生命保険の存在が本件の犯罪を誘発したことを強調し、生命保険が禁止されるべきであると主張することをためらわなかった (本件の詳細については、Lefort, *Traité du contrat d'assurance* cit., p. 17 を参照)。

本件は社会に大きな影響を与え、フランスやベルギーでは、新生児について莫大な保険金額の生命保険を付し、乳母を保険金受取人とする契約が普及した。その結果、新生児の殺害が増えていった。このような子供の死亡の増加という結果に対応するために、当時の内閣は有名な決定を行い、フランス私保険法58条に、12才未満の子供を被保険者とする生命保険契約の締結を禁止する旨を定めるに至った (この点については、以下を参照：Eeckhout, *Le droit des assurances* cit., p. 226; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p. 130)。

このような大きな反響の他に、すべての自己の生命の保険契約について、被保険者の自殺を監視しなければならなくなった (Lefort, *Op. ult. cit.*, p. 17 を参照)。それにより、その後の学説は自殺免責への動いていった。

のは、それほど離れていない時期において、生命保険契約の有効性に関するすべての疑問が姿を消した。⁽¹¹⁷⁾そして、すべての制定法は生命種目をも他の種目とともに検討している。かかる規定は当該法典の一部を構成しているし、特別法の目的を構成している。

13. 初期の損害填補説

生命保険の承認および効力が論じられ、生命保険契約は保険契約であると考えられうる要件をすべて有しているという原則が認められる、という当初の段階を克服すると、学説は、損害保険に関して作り上げてこられた原則を生命保険に対して拡大する必要性を見出した。そして、別の保険の目的から必然的に派生する種目の外側において、生命保険とその他の保険との間にはいかなる違いも存在しない、と明確に主張した。⁽¹¹⁸⁾

実際、人の生命が財であるならば、死は当該財を破壊するゆえに、被保険者に損害をもたらす、あるいは、ある学者によると、この者にとって収入源となっていた姻戚関係または親子関係という紐帯により被保険者と関係する者にも損害をもたらす。⁽¹¹⁹⁾保険は、かかる損害を填補することを目的にする限りにおい

(117) Alauzet (*Traité général des assurances* cit., II. p.453 ss.) は1844年に既述している。そして、この主張が記されている頁においては、いかなる疑問も発見できないだけでなく（唯一の疑問は生存保険に対して向けられている。この保険は、保険の範疇から排除されるが、それにもかかわらず、非典型契約として有効であるとしている）、動機あるいはその他の理由で、生命保険の有効性が認められているその後の一連の学説が見いだせる。

学説は、たとえば、海事勅令の10条は一般的に生命保険を禁止していないと主張することによって、海事勅令等の命令では禁止されている生命保険の有効性を認めようと試みた。しかし、一方では、生命に関する賭博を回避しようとし、他方では、人を動物や船積みされた貨物に例えることができると主張した。同じような主張が、Vincense, Quénault や Alauzet (*Traité général* cit., II. p.460 ss.) が引用している研究者により提唱されている。さらに、Herbault (*Traité des assurances sur la vie* cit., p.47) によれば、Alauzet は言及すべき点を欠いていないことは明らかであると述べている。

(118) 同旨：Alauzet, *Traité général* cit., II. p.479 ss.。この者は次のように述べている。「自己の生命保険は、物の性質から来る変更は行わずに、そして、保険と同じ原則で、物と同じ原則に従う。したがって、直接的な利害関係があるときに限り、人の生命について保険に付することができる。それゆえに、保険は利益を超えて付されることができないし、利益の一部の偶発性に反してなされることはできない」と。

て、他の種類の機能と類似の機能を果たし、その結果、契約の損害填補性は明らかに⁽¹²⁰⁾なる。

生命保険に関して損害填補性を認めるという要求は、これまで一部の研究者によって説かれていた。まさしく、それは、この契約がその明確な承認を得るために克服しなければならない困難さのゆえに、そして、賭博に類似し、ほとんど同一視されると見ることは決して不合理ではないという可能性のゆえであった。この点は最近まで不明確であったが⁽¹²¹⁾、かかる関係から明確に解き放たれることに成功した。

そして、まさしく、保険契約の効力につき、契約者が第三者である被保険者の生命につき利益を有していることを求めた賭博禁止法において、たとえこの⁽¹²²⁾

(119) 反対：Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p.41; Chauflon, *Le assurances* cit., p.312 ss.; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p.11 ss.; Goldschmidt, *System* cit., p.243.

(120) 損害填補説の初期の支持者の中には、保険の目的の決定について2つの異なった考え方があった。すなわち、被保険者の生命と考える説、および、人が自己の労働によって形成しうる資本で、早世がその形成を妨げる資本であるとする説とである。この2つの理論は同じ論者により提唱されているが(同旨：Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p.11.)、これらを区別することは難しい。一般的に、学説が意義と結果において重要性を有している。すなわち、形成することができなくなった資本に関連して損害の填補を言及する理論、または、減少する年金の金額を損害として言及する理論がある。しかし、これに対しては、損害填補説の初期段階において厳しい批判が浴びせられた。実際、人の死はつねにその家族に対して具体的な損害をもたらすものではないし、それにもかかわらず、つねに損害填補金が支払われるからであった。

様々な立法や学説(とりわけ、Alauzet, *Traité général* cit., II. p.479; Girard, *Elements d'assurance*, Parigi, 1921, p.56)が期待利益保険(assicurazione del profitto sperato)を禁止したり、それが禁止されていなかった場合には、法律で明示されている場合を除き、立法者が生命保険を無視していた時代において、損害填補説の支持者は被保険者の財を必要としていた。しかし、このことは前述した批判を浴びている。とはいうものの、この場合、形成を阻止するリスクに対して資産が付保されるに過ぎないと述べる者(Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p.109)がいなかったわけではない。

(121) この点については、*Leggi marittime di Prussia* (in Baldasseroni, *Delle Assicurazioni Marittime* cit., p.660)を参照。これは、10条において、一時的ではあるが、生命保険と賭博を禁止していた。さらに、注(107)に示した *Statuti Civili della Repubblica di Genova*, 1721年 *Ordinanza di Rotterdam* の28条(p.687)、および、1750年の *Ordinanza per il regno di Svezia* の3条7号(p.758)を参照。

利益が必ずしも財産的性質を持つ必要はないとしても、⁽¹²³⁾ 契約の填補機能が明確になった。というのは、保険事故は利益の侵害、すなわち損害をもたらすからである。それゆえに、保険は保険事故の侵害効果を償いまたは減少させるものであると理解されることとなった。

しかし、生命保険の填補性のより優れた証明は、これらの学者が実務を検討することによりそれを見出すことができ、それを見出した。実務上、保険会社の窮状にもかかわらずかかる保険の種類は成長し続け、ますます普及していった。⁽¹²⁴⁾ それはまさしく、父や夫が自らの早世によって家族についてもたらされる困窮を明確に意識したからであり、かつ、当該保険の中に、⁽¹²⁵⁾ 家族が被るであろう損害を家族について軽減するための手段を見出したからであった。

保険の目的は、各作出者につきまさしく人の生命によって構築される。⁽¹²⁶⁾ すなわち、人が生きていたならば、一定の収入をもたらす可能性を有するが、しかし、早世は人の生命を阻害するものであり、この可能性をその者から奪うから

(122) その後の制定法が類似している。たとえば、1882年民法典449条、ベルギー保険契約法41条。これらは、他人の生命の保険契約については、保険契約者は他人の生命に利益を有していなければならないと規定していた。

(123) 他人の生命に対する利益は財産的性質のものである必要はないという事実について、英米法の学説および判例を多数紹介している Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., pp. 108-109 の意見の他に、Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 382 ss.; Manfredi, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 279; Eeckhout, *Legislazione belga* cit., p. 31 を参照。

(124) とりわけ、イギリスの保険会社の歴史について、そして、イギリスの国家経済に大きな影響を与えた、わずかの期間で会社が破綻した財務破綻について（他のすべての国においても同様の結果が生じている）、生命保険の承認も含めて、Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 62; Eeckhout, *Le droit des assurances* cit., p. 16 ss.が、諸国における保険の発展について論じた箇所にもみられる。かかる状況の結果は、最近の立法が生命保険の営業を直接的には認めていなくとも、何らかの規制を及ぼしている。

(125) 同じような状況が、様々な保険会社が被保険者に有利な契約条件を定めている、ということを示している。この場合、被保険者はこの契約によるサービスを受ける裕福でない人達をいう。この点について、ルイ16世が許可した最初のフランスの保険会社はフランス革命で姿を消したが、それはまさしく、もっぱら貴族の生命の付保を引き受けたからであるということができる。

(126) 同旨：Alauzet, *Traité général* cit., II, p. 476; Lefort, *Traité du contrat d'assurance* cit., p. 11. この問題について批判している Herbault, *Traité* cit., p. 31 が明示している古い学説を参照。

であった。他人の生命の保険においてもまた、理由は同じであった。すなわち、被保険者が相続人であること、または、少なくともこの者の受遺者であることが推測できる姻戚関係または親子関係を介して、被保険者が関係している第三者について一般的に把握できるからであった。⁽¹²⁷⁾

保険契約の構造から3つの結果が生じた：a) 損害填補に対して利益が存在することが必要とされた。利益は、自己の生命の保険では、被保険者自身において生来的に見出されされるのに対して、他人の生命の保険では、適宜、具体的に決定される。利益はイギリスでは賭博禁止法で明確に要求されているが、契約の存在を構成し、法規定の存在とは無関係に具体的に存在しなければならなかった。⁽¹²⁸⁾ b) 一定の収入を得る可能性として意図された、人の生命の実際の額を上回る金額を保険価額とする保険契約の締結、あるいは、同じ目的において意図される複数の保険契約の締結は禁止されていた。そして、この場合においても、損害保険と同様に、被保険者は、自己の保険者に対して、すでに締結しているまたは締結しようとしている他の保険契約について通知する義務を負担していた。⁽¹²⁹⁾ c) 自殺は故意の保険事故招致の手段となるゆえに、被保険者の

(127) すべての学説は、基本的にこの方向にあり、たとえ他人の生命に利益を有していなければならないということが否定された場合であっても (Herbault, *Op. ult. cit.*, p. 109), この利益が財産的性質を持っていなければならない、ということ否定することになる。3つの異なったケースは、これらの論者が提出するに違いない。すなわち、3つとは、自己の債権者の生命保険 (assicurazione sulla vita del proprio creditore), 自己の保険者の生命保険 (assicurazione sulla vita del proprio assicuratore), および親の生命保険 (assicurazione sulla vita di un parente) である。しかし、前2者では、損害の填補に対する被保険者の利益は存在することが否定される。というのは、債務が弁済された後、または、付保されている事柄について損害が填補された後はそうであるからである (Alauzet, *Traité general cit.*, I, p. 270; 同旨: Herbault, *Op. ult. cit.*, pp. 107 e 118. ただし、第1のケースでは、有名な(後述する) Pitt 判決の中で、イギリスの判決が批判しているが、債務者の生命の保険 (assicurazione sulla vita del proprio debitore) において利益を必要とすると認めざるを得ない。そして、この場合、他人の生命保険を論ずることができるということが否定される結果となる。)。それゆえに、第3のケース以外は残らなかった。

(128) その後の制定法が同じ要件を求めただけでなく、その後の学説も、保険であるためには同じことが必然的であるとしている。ただし、利益の存在に関係のない契約は賭博に含まれるということが理解されてはいる。

(129) この点に関して、Herbault, *Traité cit.*, p. 34 の見解を参照。この者は同じ観点

保険金支払請求権を消滅させていた。⁽¹³⁰⁾

14. カピタリザシオン形態としての保険

生命保険に類似した形態に対する批判を行うことは遅くはない。とりわけ、保険の目的は生命自体でなく、一定の資本の形成である、すなわち、個人が自己の貯蓄とともに生じさせることのできた資本であり、死亡がこの者につき実現を阻止する資本である、と述べられている。⁽¹³¹⁾ かかる研究者によれば、平均的人物において、2つの可能性はその者自身および彼らに対して平穏さが生じることを保証することに関連していた。すなわち、自己の貯蓄をカピタリザシオン化するか（明らかにより経済的な方法だが、安全性に乏しい）、死亡について保険契約を締結するかである。前者のシステムを選考すると、この者は、将来の自己の入用に対して自分自身で準備する状況に明らかに置かれるが、かかる方法において、きわめて巨大なリスク、すなわち、早世というリスクを自分自身で負担することになる。⁽¹³²⁾ これに対して、保険に加入すると、この者は、リスクを保険者に移転したという事実から生じる巨大な安全性をもって、同じ結果を得ることができるはずである。

しかし、受け入れられないのは、保険契約の類似の構築が存在することにより、この契約では、被保険者が支払った保険料は、その一部がカピタリザシオ

ではない。たとえ同じ原則が実務の中で発見されないとしても、いかなる保険者も、支払を拒否するためには、保険金は被保険者の財の状況に均衡していないと主張してこなかったゆえに、通常、保険者は均衡を失した保険を引き受けないし、契約締結時にこの方針を主張するという事は正しい。

それゆえに、結論は、この点について、契約の効力についてこの点が妥当しないならば、実務にとって重要な現象が残るにすぎない、ということになる。

(130) 自殺における保険金支払請求権の消滅の原則は、多くの国々の立法において長きにわたって維持されてきた。しかしながら、学説および実務はこの消滅の効果とこれが適用されるケースを制限してきた（参照：Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p.407）。その結果、民法典1927条は自殺の意義を保険契約の締結時から2年間の期間が経過するまでの契約に限定した。

(131) Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p.39 ss.

(132) カピタリザシオン業の経費は生命保険業の経費よりも高い。というのは、リスクが給付額の決定において持ちうる影響があるからである。しかし、カピタリザシオン業は明白な不利益も提供する。10年以内に死亡した場合、相続人は、すでに積み立てられている資金の一部、つまり、複数年の平均額に限り受領するにすぎないからである（同旨：Herbault, *Traité* cit., pp.22, 37, 40 ss.）。

ンの歩合となり、一部が危険範囲の報酬となるカピタリザシオンという射俵契約と対峙していることがわかった、ということである。さらに、この理論が受け入れられたものの、損害の賠償、損害填補契約または利益を論ずることができなくなり、そして、自己または他人の生命はその発生が付保された金銭の支払に従っていた条件のみを構成することになった。⁽¹³³⁾

このことは、他人の生命の保険においてさらに顕著になる。自己の生命の保険においては、被保険者の死亡というその親族にとって財産上の損害は、被保険者が自己の貯蓄をもって形成することができたが、もはや実現できなくなった資産と同一視できる、と主張しうる。他人の生命の保険においては、同様のことは繰り返すことができない。というのは、他人は保険契約者に対して、自己の労働で実現できたはずの一定の資産を委ねることができる、ということができないからである。⁽¹³⁴⁾そして、いかなる場合においても、付保された資産は、

一般的に、この時代のすべての研究者は早世リスクを考えていた。同旨：Alauzet, *Traité général* cit., II, p.455; Lefort, *Traité du contrat d'assurance* cit., p.11; Goldschmidt, *System* cit., p.243

(133) 生存保険について、Alauzet, *Traité général* cit., II, p.476 に含まれる類似の見解があるが、これは真の保険契約であるということを否定している。そして、Blondel, *Des assurances sur la vie*, Paris, 1870, p.94 に対しては、Herbault, *Traité* cit., p.16 により明確に批判されている。この者は固有のものとして受け入れていない。カピタリザシオン契約については、Brunetti, *La teoria giuridica del contratto di assicurazione* cit., p.427 を参照。

(134) Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., pp.41 e 109 は、保険の目的が人の生命でなく、資金の形成であるならば、利益が存在するという必要性を認めない、と主張する。しかし、利益に関するすべての重要性を否定することは、これらの場合においても、前述のように(第1章注(5)、注(32)の引用文献、および、Maiorga, *La causa in senso giuridico* cit., pp.11 e 30 を参照)、保険を考慮して見出されるということが否定されるということを意味する。利益を欠く場合には損害を論ずることはできないし、保険の機能は損害填補以外にないとはいえない(この者は、基本的に、保険の統一概念を否定する)。

賭博と保険との違いは、保険には利益の存在を必要とする、という事実の上にある。保護される利益は被保険者のものであり、保険金受取人のものではないが、利益は存在しなければならない。しかし、かかる理論は被保険者の利益を欠いている。というのは、被保険者が資金の形成に利益を有しているが、それを保持していないということを認めることが難しいからである。

(135) 他人が被保険者の親であっても、被保険者はかかる金銭を継続して得た、または、保険金の額と同じ金額を得たとは主張し得ない。しかし、被保険者は他人

他人ではなく保険契約者によって支払われた保険料をもって形成される。⁽¹³⁶⁾したがって、他人の死亡は条件付けられた事象に他ならないからである。生命保険の同様な構築は他方において實際上孤立している。

損害填補説に対しては、当初の支持者が示していたように、とりわけ、契約によって、被保険者は早世リスクに対して保証される傾向にあると主張するように、十分に有効な反論を提示することができる。実際、保険は被保険者に対して早世リスクについて保証するものであるということが正しいならば、被保険者が特定の年齢において生存している場合には常に、保険金を支払う理由が存在しないことになる。⁽¹³⁷⁾しかし、この機能において、生命保険は完全な生存ではなく、特定の期日においてなし遂げられるし、類似の区別の理由を含んでいない。

かかる支持者達は、その理論を提唱したとき、生命保険は保険とカピタリザシオンとの混合契約を考えた。それは、1つには、被保険者が早世リスクに対して保証されることを求め、1つには、自己の貯蓄をカピタリザシオンすることを求めるものであった。⁽¹³⁸⁾それゆえに、それは、いかなる場合においても、保険証券または遺書に明示された相続人または受取人に帰属することになる。

の生命の継続に利益を持っているし、他人の死亡が被保険者に損害をもたらすということは明かである。

(136) この場合、もし生存していたならば達成できたであろう資金の形成を妨げる、という早世リスクに対して保証されることを望む人がいないわけではない（この見解は生命保険の目的であるとする研究者がいる。同旨：Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p. 11; Chaufton, *Les assurances* cit., pp. 184 e 312, Herbault, *Traité* cit., p. 31)。しかし、資金は自己のものであり、金額（掛け金）が同額であるという理由でカピタリザシオン契約を締結する者がいる。しかし、他人の死亡は単なるでき事であり、保険金額の支払を実現するゆえに、この保険契約を射倖契約とする。反対に、保険の対象が他人の生命であれば、被保険者はその保護に利益を有するゆえに、契約の保証機能が明確になる。

(137) これが被保険者のリスクを減少させる問題である。しかし、被保険者のリスクが早世であるならば（同旨：Alauzet, *Traité général* cit., II. p. 455; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p. 11), 被保険者が一定の年齢を超えるたびにリスクがなくなる。というのは、人の生存年齢の平均を超えると早世とは言えなくなり、その結果、保険保護がなくなってしまうからである。

(138) 同旨：Chaufton, *Les assurances* cit., p. 188; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p. 11; Goldschmidt, *System* cit., § 167, p. 243. Herbault, *Traité* cit., p. 28 e 37 の保険とカピタリザシオンとを比較している箇所。

しかし、私見によれば、純粹かつ単純な生命保険ではカピタリザシオンを完全に無視しなければならず、この契約の損害填補性を認める必要性および付保された財の不正確な決定は理論の形成において否定的な影響を与える、と指摘しうる。いずれにしても、被保険者が保護してほしいのは、早世リスクではなく、一般的な死亡リスクである。まさしくそれゆえに、その相続人または受取人は、いかなる場合においても、給付金の支払に対して権利を有する。

15. 初期の損害填補説に対する最近の批判

初期の損害填補説は幸福な結果を獲得しなかった。そして、その後の学説はただちに批判を繰り返し、実際にそれを支持しなくなった。⁽¹³⁹⁾ 死はつねに保険金受取人にとって損害のカウザとなるわけではなく、被保険者がすでに年を取っている場合、あるいは、保険金受取人にとり負担になっている場合には、この者達はいかなる財産上の損害を被らないうに、保険金および場合によっては遺産を受け取るという利益までも享受する、と反対している。⁽¹⁴⁰⁾ 同様に、生存保

(139) 生命保険の損害填補機能の批判は、前述したように、2つの異なった反応を招いた。1つは Vivante の企業説の提唱（これについては、注(61)の Vivante の研究, Navvarini, *Trattato cit.*, III, p.256; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres cit.*, p.66), 1つは、保険の統一概念を否定する考え方である（同旨: Ferri, *Manuale cit.*, p.535; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni cit.*, pp.21-22; Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance cit.*, p.143; Picard et Besson, *Traité général cit.*, I, p.16, e IV, p.1 ss. およびそれらの引用文献）。

保険の統一概念を主張するその他の理論として偶発的入用充足説がある。これについては、すでに第11節において検討している。

(140) 学説には、このようなマージナルなことから離れて、生命保険では損害填補を論じられないという一般原則に向かうものがある（Manfredi, *Del contratto di assicurazione cit.*, p.255; Brunetti, *Le teoria del contratto di assicurazione cit.*, p.438; Ancy et Sicot, *La loi sur le contrat d'assurance cit.*, p.202; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres cit.*, p.70; Picard et Besson, *Traité général cit.*, IV, p.1 ss.）。そして、被保険者が保険契約の締結時に、生活費を自分でまかなう、または、早世という損害をもたらす結果を自己の責任において回避するというのを考えたならば、契約の機能に影響しない動機がそこに見い出せる（Vivante, *Trattato cit.*, IV, p.444; Navvarini, *Trattato cit.*, III, p.250; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres cit.*, p.74; Picard et Besson, *Op. ult. cit.*, p.1）。

同じような考え方が、保険と重要人物の生命に関する賭博、および16世紀から17世紀にかけてみられた投機の実行とを区別することの必要性から派生している。以下を参照: Alauzet, *Traité général cit.*, II, p.457; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie cit.*, p.46 ss.; Paris Le Clerc, *Le contrat d'ass. cit.*, p.111; Eeckhout,

険もまた被保険者に対して貧窮という危険に対して保証するものである。というのは、被保険者は労働を続け、その結果、契約を締結した時に受け取っていた額さえも上回る収入を得る場合であっても、合意した保険金額を受け取る権利を有するからである。たとえかかる財産の状況が自己の人生の晩年を静かに過ごすことをこの者に認めるほど隆盛であったとしても、そうである。

さらに、利害関係のない保険金受取人について、または、他人の生命の保険においては、損害填補を論ずることがさらに難しくなる⁽¹⁴¹⁾。それにもかかわらず、この者は、死亡事故が生じたとき、つねに、かつ、全額の保険金を受け取る。

かかる学者によれば、生命保険は損害填補機能を果たさなければならないとすると具体的に填補すべき損害を欠き、結果として、保険事故が発生した場合であっても、いかなる保険者も保険金を支払う義務を負わず、保険金受取人または第三者である保険契約者は支払った保険料の返還を求めうるにすぎないということになる。この場合には、契約は効力要件を欠いているので有効でない、と主張することができる。反対に、保険者もまたつねにそして規則に従って保険金額を支払うので、契約が存在するといわざるをえない。すなわち、生命保険では契約の填補性が論じられないのである。この結果、2つの異なった契約の類型が存在することになる。1つは損害保険であり、これには、これまでの学説で主張されてきたすべての原則が妥当する。1つは生命保険であり、実際、契約において約定された事象が発生すると、保険者が、単に一定の金額を支払う義務を負うにすぎないということになる⁽¹⁴²⁾。

前頁まで十分に検討を重ねてきた理論である保険の統一概念論を否定する者は、損害填補説の始まりの構成から解き放たれておらず、さらに、この構成により形成される制限を克服しようとしていない、という大きな間違いを犯している。そして、不正確な承認を取り除く検討しようとしていることを認められた。しかし、反対に、それをその極端な結果に至らしめることを望んだ内容の中に真実を見い出そうとしている。

Le droit des ass. terrestres cit., p. 16.

(141) 同じような考えは、Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 41 にみられる。これによれば、かかる保険のタイプを、利益が存在しなければならぬということに否定するゆえに、有効とみている（同旨：p. 109）。

(142) この点については、注（77）で引用した研究者を参照。

いかなる場合においても、早世は自分の家族について唯一の収入源または生計の重要な手段を欠如させることになる、という事実において、被保険者が補償されようと望む損害を見い出すことが望まれる場合には、被保険者の死亡はつねに同じような事実状態をもたらすわけではない、というのは当然である。というのは、被保険者は自己の家族の就職を違う方法で準備することができたとし、または、人が自己の責任において、もはやしばらく前から自己の必要性において供給しようとする状況にあると進められたときに死亡するからである。契約の締結は填補すべき損害を欠かざるを得ない。⁽¹⁴³⁾

しかし、これは単に、不正確さの結果であり、または、少なくとも、生存保険において保護されようと望む損害は、年齢を重ねたとき、そして、労働の完全な人生の後、侘びしい悲惨さの中で老齢に立ち向かわなければならないと理解するや否や、損害填補説から派生した現象の制限された観点の結果である。⁽¹⁴⁴⁾ この場合においても、解決策は異なることができない。すなわち、被保険者は、契約で定められた年齢を超える時、有益に働こうとするならば、または、少なくとも自己の存在にふさわしく対応できるならば、填補すべき損害を欠くことになる。かかる前提において、契約は異なり得ない。しかし、この学者の間違ひは慎重さを欠く事実判断の中に存在する。すなわち、生命保険に損害填補説を適用しようとした最初の支持者は、賭博と生命保険を区別すること、および、機能を容易に認めることにつとめていたが、保険保護の目的を不正確に理解してしまっただのである。⁽¹⁴⁵⁾

(143) この方法において、保険において引き受けられるリスク、および、保護される財について、正確に考えることはできない。そして、損害填補説の形成に先立ってなされた批判は、後述するように、いかなる意味において人保における損害填補性を論じなければならないかについて、最近の学説により正確に決定されることに価値を見い出している。この点について、以下を参照：Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p.364 ss. (拙訳・前掲注(53)17頁以下を参照(訳者挿入)); Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.239 ss.

(144) 同旨：Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p.22; Alauzet, *Traité général* cit.,II, p.455。この者は生存保険は有効な保険契約であることを否定している。

(145) この点について、以下を参照：Chaufon, *Les assurances* cit., p.188 e 312; Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p.39 ss.; Lefort, *Traité du contrat d'assur-*

しかし、2つの正確な直観が、生命保険に損害填補説を拡張することの基礎として存在していた。すなわち、1つには、生命保険は損害保険に固有の保証機能を果たそうとしている事実がある⁽¹⁴⁶⁾。1つには、自己の家または財産と同じように、人の生命は財であるという考え方である⁽¹⁴⁷⁾。その破壊（死亡）は、被保険者にとって損害となり、その者の生存に関して利益を有している人にとってもそうである。保険者が保険金の支払を介して填補する損害である。

様々な保険の種類の中で保険の統一的概念をよりよく証明することは、損害保険から派生した生命保険の中に存在する。ほとんどその論理的発展である⁽¹⁴⁸⁾。そして、同じことの中に、一般的ではないが、家長を欠いた家族の入用を充足することに向けられたものが存在する。すでに指摘したように、これは初めからその注意を形成した学説⁽¹⁴⁹⁾に関するものである。

16. 新損害填補説

もともと学説がほぼ一致して人保険の損害填補性を認めるに至った事実の基礎は、その後、直接的に研究者によって学説とされたが、この理論を明確に捨て去る必要のなかったものよりも大きい注目を勝ち取った。とりわけ、古い理

ance cit., pp. 11 e 16; Goldschmidt, *System cit.*, p. 243

(146) Alauzet, *Traité général* cit., II, p. 479. この者は、生命保険契約に損害保険固有の原則を及ぼすことが可能であると述べている。

(147) Lefort, *Traité du contrat d'assurance* cit., p. 11. さらに, Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 31 が言及している研究者。

(148) 我々が論じたのは歴史の展開ではなく、論理の展開である。というのは、生命保険のドグマ的構築は損害保険のそれから派生しているが、生命保険の歴史的起源について多くの疑問がある。そして、生命保険は奴隷の生命の保険に起源を有するというのを否定しないならば（しかし、奴隷は貨物または動物と考えられていたし、その所有者の利益は奴隷の生命の継続について保護されており、家畜や家と同じ方法で付保されていた）、または、海賊やトルコ人に捕らえられるというリスクに対応するために、自由保険 (*assicurazione della libertà*) の特約として発展したならば（しかし、この場合の付保財は解放に必要な金銭にすぎない）、生命保険は16世紀や17世紀において頻発した君主の生命に関する賭博にその起源があるということが否定されない。

生命保険の賭博からの離脱については、以下を参照：Herbault, *Traité* cit., p. 57 ss.; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., pp. 37-38; Paris Le Clerc, *Le contrat d'ass.* cit., p. 111; Vivante, *Il contratto di assicurazione* cit., I, p. 7 ss.

(149) Chaufon, *Les assurances* cit., p. 188; Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., pp. 40-41; Lefort, *Traité du contrat d'assurance* cit., pp. 11 e 16.

論に対して浴びせられていた批判を克服しえたか否か、すなわち、古い理論の論者によって行われ、かつ、その後の学説が不正確に証明した考察が、かかる問題のより正確な定立の結果としてその本質的な核心となるか否か、または、容易に捨て去ることができたか否か、を見る必要があった。⁽¹⁵⁰⁾このことは、最近、一部の研究者によりなされてお⁽¹⁵¹⁾り、彼らが到達した結論は、何らかのその他の詳細な説明が必要であるとしても、支持されなければならない。

すべての考察の出発点は、人保険においても保険事故が保険者がその給付によって填補しようとする損害を招致するか否かを決定する、ということ以外にはありえない。もし人の生命が財ならば、その破壊から損害が生ずるのは明らかである。⁽¹⁵²⁾しかし、この財はそれ自体特定の価値を有するものとして、または、たとえ部分的ではあるが、自分自身および他人に対してその他の財につき填補

(150) とりわけ、人保険の損害填補性を否定した人は、生命保険におけるこの性質は具体的に保険金の支払を受ける人に関して決定されえない、ということを明らかにしたという価値を知る必要がある(この点に関しては、以下を参照: Picard et Besson, *Traité général*, cit., p. 131 ss.)。そして、生命保険契約が、その都度、被保険者の両親の偶発的の用に対して給付を行うために締結されるとしても、これは契約が果たす機能ではない。この点に関する動機を論ずるものとして、以下を参照: Vivante, *Trattato* cit., IV, p. 444; Navarrini, *Trattato* cit., III, p. 250; Eechkout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p. 74; Picard et Besson, *Traité général*, cit., IV, p. 1.

(151) Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 364 ss. (拙訳・前掲注(53)17頁以下を参照(訳者挿入)); Id., *Elisir di lunga vita* cit., p. 1147 ss.; Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p. 329 ss (この者は、旧論文 *Il contratto di assicurazione* cit., pp. 20-25 において偶発的の用充足説を支持していた); さらに、Sumien, *Les assurances terrestres* cit., pp. 10 e 44.

損害填補説は学説によって明確に捨て去られている、とは主張しえない。それが初めて主張され、それに対して批判がなされた後においても、その学説を主張し続けた孤高の研究者がいなかったわけではない。同旨: Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 109; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p. 16.

(152) 類似の主張は生命保険に関する初期の研究者の論文にも見られるが、この正確な洞察力に対し、とりわけ、Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 31 ss. が行った批判を支持しえないと思う。実際、この者は損害填補説を違うふう⁽¹⁵²⁾に解釈するように配慮していたが、すでに論じたように、資本の形成を考慮することによって、生命保険は保険の本質的な性質、すなわち、利益を欠いているということを受け入れておらず、また、そして、統一的概念の存在を否定するその後の学説に対して途が開かれている。

するという手段として考えられうる。とりわけ、最近では、一般的に、この後者の意味において人の生命の価値が論じられている。そして、通常、資本の形成を阻害する現象として早世が考えられるという事実、または、家長を欠いたことによる家族の困窮はより明確な証明である。最近の研究者によって、ウルピアノ (Ulpiano) の「評価される自由人は、受け入れられない」との主張に基づき人保険の効力に対してなされた批判が記憶にあることを忘れてはならない。⁽¹⁵³⁾

いずれにしても、生命を財と考えるにしろ、必要な保証手段として生命を考えるにしろ、事故が填補すべき損害をもたらすか否かを決める必要がある。これを行うために、最近の学説は、とりわけ、一般的な損害の賠償を規律する基準を検討することから始めている。⁽¹⁵⁴⁾

このように、一般的には損害賠償のテーマ、および、特別にはつねに賠償ではない保険のテーマは、偶発的損害 (danno emergente) のみに限定されるのではなく、逸失利益 (lucro cessante) をも含んでおり、時には、個人が期待

(153) 類似の主張 (Emerigon, *Traité des assurances* cit., I, p. 198 および注 (111) で引用した研究者によってなされた) は、当初、考えられたように一般的な原則を認めていない。というのは、人体は金銭の評価対象となるにもかかわらず、類似の主張を基礎として、故意による殺人行為の結果の損害賠償請求権が否定されないだけでなく (この点に関しては、Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p. 16 を参照)、自由保険が禁止されなかったからである。

自由保険において意図されていたのは、前世紀において、トルコ人や盗賊に捕らえられ、その結果、釈放のための金銭を支払わなければならないというリスクに対する保険であった。かかる保険は、通常、当時のすべての制定法によって有効であると考えられていた (この点に関しては、1681年海事勅令9条、および注 (109) に引用したその他の勅令を参照)。自由を失わないために生命が犠牲にならないという点において、自由は貴重な財産であるにもかかわらず。それゆえに、かかる契約は、Ulpiano の原則に基づいて禁止されなければならなかった (同旨: Alauzet, *Traité général* cit., II. P. 458)。

しかし、後者の場合において、その損害は投機のおそれを排除しえた釈放に必要な金額によって明確に決定されうる、または決定される損害であった。これに対して、生命保険では、賭博に関連していると主張されることがきわめて容易で、頻繁であった。

(154) Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 364 ss. (拙訳・前掲注 (53) 17頁以下を参照 (訳者挿入)); Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p. 239 ss.

した動機を有していたものの、獲得できなかった利益までも含める、と述べる⁽¹⁵⁵⁾ことができる。

それどころか、契約の実態においては、当事者が罰則規定を定めたり、契約がその後履行されない場合には、売主が保証金を取得することがしばしばみられる。この場合には、契約の締結時に当事者が損害の賠償額を約定し、たとえこの者が、相手方が契約の修正によっていかなる損害をも被らなかつたということだけでなく、むしろ重要な利益を享受しているということが証明されたとしても、かかる賠償額は債務を履行しなかつた当事者によって支払われなければならない。⁽¹⁵⁶⁾すなわち、このように具体的な損害の存在に依拠しない損害の賠償がある。これは、確実に有益なものを付保する当事者に取引によって認められる手段であり、有益なものがその後他方当事者の過失で履行されない場合においてもそうである。このように、一般的には、個人が取引によりカバーされることを期待した利益も賠償される。

まったく類似した状況が貨物海上保険においても生ずる。この場合、海上運

(155) この点に関して、興味深い確認をする絶好の機会である。生命保険の効力を否定していた勅令においては、ほとんど恒常的に期待利益の保険を締結する可能性が否定されていたが（以下を参照：L'*Ordinanza di Bilbao* del 1738, *Delle sicurtà*, n.11, in Baldasseroni, cit., p.439; L'*Ordinanza di Rotterdam* del 1721, n.28, *ivi*, p.687; *Il diploma regio di Copenaghen* del 1746, n.3 degli *Articoli e patti che debbano specialmente osservarsi nelle sicurtà fra la Compagnia di Sicurtà e l'assicurato*, *ivi*, p.487; *Le leggi marittime di Prussia*, art.10, *ivi*, p.660), かかる手段において、海事リスクに関する投機を回避する傾向があり、付保された貨物は契約締結時の商品の時価で評価されなければならない、と明確に定めることは頻繁ではなかつた。

その後の学説（Alauzet, *Traité général* cit., I. p.284; Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p.11; Girard, *Elements d'assurances*, Paris, 1921, p.55. これが契約の要素である場合を除く）においても、同様の禁止がしばしば記録されている。そして、その後においてのみ、期待利益保険は海上保険および将来財の保険（*assicuraione di beni futuri*）において有効であると認められている。

類似の禁止は、生命保険契約が最初に構築されたドグマに関して、否定的に影響しえないことはない。これに対して、本文において好意的に論じたように、実際に生じない場合においてもまた、抽象的に評価しうる損害を填補する可能性は生命保険契約の損害填補性に好意的な考えを構築する。この原則は、すでに、一般的な損害賠償においても受け入れられている。そして、それが、人保険において、具体的に評価できる損害を尊重する必要はない、という理由を説明している（同旨：Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.246）。

送の利益について付保されるのは貨物の実際の価格のみならず、この価格に比例して算定されたそれを上回る額である。すなわち、被保険者が別の市場において自己の貨物を売却していれば取得できたと期待した利益相当額の賠償である。⁽¹⁵⁷⁾ この場合においても、貨物が破壊されたことによって生じた期待利益の欠

(156) そのケースは、一般的に、畑の変化を考慮して、収穫の前に土地の生産物の一部を特定の価格で売却し、一部は生産物の配置が付保される農業生産物の市場において頻繁ではない。仮契約の際、買主は手付金として合意価格の10分の1または20分の1を支払う。手付金は、契約の締結に至らなかった場合には、その原因が売主の側にある場合を除いて、つねに売主に返還される。収穫時において、たとえ市場価格が合意価格を上回る場合であっても、買主が自己の責任において信用を維持する状況にない場合が生じる。そこで、農家が自己の生産物を買戻して、受け取った手付金を有しているにもかかわらず、前契約の振替から利益を得ることは疑いが無い。

(157) 期待利益の保険の効力を否定している他の国に比べて（以下を参照：この点に関して、注（155）に引用した勅令。これに従う学説は、最近のものに限定すれば、とりわけ Girard, *Elements d'assurance*, cit., pp. 55 は、法律に明示された場合に限り、この契約の効力を認めている）、イタリアでは、かかる保険の実際はほとんど変化しておらず（以下を参照：Baldasseroni, *Delle assicurazioni marittime* cit., I, p. 253; Targa, *Ponderazioni sulla contrattazione marittima*, Genova, 1787, p. 127; さらに、Persico, *Le assicurazioni marittime* cit., I, p. 313 ss. に含まれている考え方）、航行法典（518条～520条（航行法典518条（積荷期待利益保険）「①積荷期待利益保険は、保険契約の締結時において、積荷が目的地に無傷の状態に到着したときに、運送費用を保険契約の締結費用とを控除したうえで有するであろうと予想される取引価額を保証する。②積荷期待利益保険には、両立する限りにおいて、積荷保険を規律する規定が適用される」、519条（取得されるべき備船料の保険）「①取得されるべき備船料の保険は、船舶利用契約において合意された額のすべてについて備船料を保証する。②純備船料保険は、合意がない場合には、全備船料の60パーセントを保証する。③別段の合意がない場合には、全備船料が保険に付されたものとみなされる。④取得されるべき備船料の保険には、両立する限りにおいて、船舶保険を規律する規定が適用される」、520条（前払いまたは後払いされる備船料の保険）「後払いまたは前払いされる備船料の保険に関し、運送の報酬については、両立する限りにおいて、積荷保険を規律する規定が適用される。備船料の報酬または賃貸借契約の報酬については、船舶保険を規律する規定が適用される」：訳者挿入））がそれを明示しているだけでなく、民法典905条（（直視できる観望窓の開孔および露台に対する距離）「①隣地とこれを直視できる観望窓の開かれる壁の外表面との間に1メートル半の距離がなければ、囲われていると否とを問わず、また屋根越しにでも隣人の土地に向かって直視できる観望窓を開くことができない。②露台またはその突出部、テラス、サンルームおよび隣人の土地を正視できる手すりや有するこれらに類するものは、隣地と前記

如は、貨物が到達港に到達した場合、所有者がいかなる利益も取得しなかったと証明したとしてもつねに賠償されなければならない。

これまで述べてきたことから、2つの考察が可能である。まず、被保険者の死亡が受益者について財産損害の原因にならないケースを検討した結果、人保険の損害填補性に関する批判は受け入れられない。というのは、この場合、損害の評価において、このことはこれにより損害賠償の分野を放棄することなく、具体的に有効に存在することの検討を行わない場合に入るからである。

工作物の外側の縁との間に1メートル半の距離がなければ、同じくこれを設けることはできない。③この禁止は隣接する2個の土地の間に公路がある場合には停止する」(訳者挿入)もまた、一般的な方法でかかる契約の効力を認めている。

かくして、期待利益が決定されたとき、目的港の商品価格に基づくのではなく、おそらく、具体的な損害の完全な評価を度外視するという事は明らかである。(158)かかる批判に対して与える意義について、これまでの頁において論ずる機会のあったこと、とりわけ、注(150)において論じたことを参照してほしい。この点に関しては、注(140)で引用した研究者、および、Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., pp.131 e 143を参照。

この他の議論は、本書の限度内において明らかにするために、そして、人保険の損害填補性が否定されたときに、通説が冒している間違いをよりよく説明するために可能であろう。

保険金受取人が契約の機能の決定という効果に対して利益を有していないという事実は別にして、もし問題が保険金受取人が故意に自己を招致する可能性に関連するならば、被保険者と保険金受取人との関係は類似の偶発性に対するよりよい保護を構成する、と反対することは容易である。保険金受取人は必ずしも被保険者ではない。そして、保険金受取人は保険金請求権を承継(*iure successinis*)ではなく、固有の権利(*iure proprio*)として取得しているという事実は、開かれた承継に対して保険金受取人の地位を自主的なものにするならば、保険金額は保険金受取人から被保険者に帰属しない、ということの意味しない。保険金受取人による固有の権利としての保険金の取得は同時の承継においてのみ重要性を有する。そして、おそらく、偶発的な税務上の責務の存在において、より高い正当性をもたらすであろう。しかし、保険金額は指定時に保険契約者から保険金受取人に帰属することは明らかである。そして、保険金受取人の取消および失効に関する民法典1921条および1922条(栗田和彦=今井薫「イタリア保険法典の逐条的研究(5)」関西大学法学論集42巻6号346頁以下(文責:栗田), 351頁以下(文責:栗田)(1993年), 拙稿「民法典(1942年3月16日勅令第262号)―イタリア保険法典(5)―」71頁(1998年)を参照(訳者挿入))に属する規定は、この者に保険契約者がもたらした権利であるということに納得させる。

(159) 同旨: Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 366-371(拙訳・前掲注(53)17頁以下を参照(訳者挿入)); Donati, *La causa del contratto*

他方、かかる学説が、とりわけイタリアの学説が、保険保護の対象が個人、すなわち、具体的には決定され得ないが、その抽象的な評価は契約当事者の自由な評価でなされなければならない財であるにもかかわらず、他の人保険の類型、すなわち、傷害保険に損害填補性を認めた⁽¹⁶⁰⁾。この場合においても、具体的な保険金額は被保険者が実際に被った損害に対応しない。それにもかかわらず、保険者は約定金額を全額支払う責任を負い、複数の契約を締結した被保険者はすべての保険者から完全に保険金を受領する権利を有する⁽¹⁶¹⁾。

その他の考察が、損害賠償のテーマにおいてなされた再検討または一般原則についてなされた検討から引き出されうる。損害賠償を求めるためには、その損害が具体的に生じていることを証明する必要はなく、刑罰規定が挿入された

di assicurazione cit., p. 246.

(160) 同旨：Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres* cit., II, p. 443; Valeri, *Natura e disciplina dell'assicurazione contro gli accidenti*, in *Assic.*, 1943, I, p. 274; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni* cit., p. 20; さらに、Fanelli, *L'assicurazione contro gli infortuni* cit., p. 102. しかし、この者は、自分で受け入れた前提、すなわち、保険契約の統一性の否定、損害保険と生命保険との区別のゆえに、傷害に起因する死亡に関する保険と永久または一時的障害に関する保険とを区別し、前者の保険を生命保険と同一視するという必要性をもたらしめている。

かかる見解は支持できない。というのは、傷害保険は1つの契約類型を構成することは明らかであるからだ。しかし、私見によれば、これこそが、すべての種目において保険契約の統一が否定されるときに、学説が必然的に見いだされる困難さの証明となる。

傷害保険の損害填補概念に賛成する最近の学説として、Navarrini, *Trattato* cit., III, p. 251 を参照。

意見が異なる者として、Salandra, *Natura e disciplina giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni*, in *Assic.*, 1948, I, p. 13 がいる。この者は、傷害保険は生命保険と損害保険との脇に存在する第三種 (*tertium genus*) 保険であると主張する。これに対して、フランスの学説は、一般的に、傷害保険を人保険に含める傾向にある。Ancy et Sicot, *La loi sur le contrat d'assurance* cit., p. 202 ss.; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p. 186.

(161) しかし、傷害保険では、生命保険と比べて、損害を引き起こした第三者に対して償還請求する可能性が異なる。生命保険では、保険金が支払われると、被保険者を死に至らしめた第三者に対して請求する権利は保険者に発生しないが、民法典1916条(栗田=今井・前掲注(158)307頁以下(文責：今井)、拙稿・前掲注(158)69頁を参照(訳者挿入))を介して、傷害保険では、損害填補を行った保険者は、損害を引き起こした者に対して請求権を代位することができる。これこそが人保険の損害填補性を確信させるものである。

他の実定契約であると、保険契約であるとを問わず、当事者が契約締結時に損害の発生についておそれを抱いていたことで足りる。この結果、明らかなのは、生命保険においてもかかるおそれが存在するということであり、そして、学説が当該契約の損害填補性を疑うように至らしめられる、その他の副次的な保険においてもまた、被保険者は自己または家族が何らかの保護が欠けていることに気が付く契約において可能な事故の予測に至らしめられる、ということである⁽¹⁶²⁾。働いたり、収入を得ている60歳以上の老人もまた、あるいは、自己の家族の就職にこれまで対策を講じてきた父親もまた、期待することはあっても、自己の人生がこのように幸運な方法で展開されるか否かを知ることはできない。そして、突然の老化または早世という危険を否定することはできなかった。

少なくとも、学説の一部によると、それゆえに人保険は期待利益保険の特殊なケースに他ならず⁽¹⁶³⁾、そして、契約の損害填補性は、利益の実際の欠如から生ずる損害に対する保険においてもまた、損害填補契約を論ずることを認めるのと同じ理由によっても予断できない、ということである。かかる方法において、最近の学説によって提唱されている理論が受け入れられる。それによれば、死亡は個人が自己の人生を展開し続け、論理的には期待する動機を持っていた収入を回復することを妨げるゆえに損害となりうる⁽¹⁶⁴⁾。

しかし、生命保険の損害填補性は確定されうる。そして、私見によれば、この場合においてもまた、明確に生命を財と解することができる。すなわち、死は何らかの価値を有しており、具体的に決定することは難しいが、人であるということ⁽¹⁶⁵⁾を否定する限りにおいて損害である。

(162) この意味において、Donati, *L'Assicurazione privata contro gli infortuni* cit., p. 100 ss. を参照。

類似の偶発性に対して、基本的に、前者について生命保険に関係している者が考えている：Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie* cit., p. 11; Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 40.

(163) Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 372 ss. (拙訳・前掲注(53) 17頁以下を参照(訳者挿入))。

(164) 同旨：とりわけ、Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 31 ss. しかし、この者は人の生命を完全に無視している。この他に、以下を参照：Chaufon, *Le assurances* cit., p. 188; Lefort, *Traité* cit., p. 11.

(165) 損害填補説の最初の支持者が同旨である。Alauzet, *Traité* cit., p. 31 s.

17. その発生が生命保険において保護が望まれる損害に関する正確な性質

生命保険に関する当初の研究者は、前述した理由によって、生命保険を可能な限り他の損害保険に近づけようとした。それゆえに、付保された財を認めることができ、家長が早世することによって不足する収益、または、一定の年齢を超える場合には、自己の⁽¹⁶⁶⁾入用に対処するために個人に必要な金銭の中に填補される損害が存在すると信じた。この方法においては、契約の当事者が契約によって成し遂げようとしている目的が明らかとなる。しかし、当然、必ずしも不可能でないにもかかわらず、この場合においても、契約の損害填補構造がすべて減少するとみるという不便さに出くわす。被保険者の死亡はその家族について財産上の損害とはならず、または、契約における所定の期日が経過したとき、個人は各入用に対処する必要はないという状態で⁽¹⁶⁷⁾発見されることもある。

しかし、間違いは、特定の経済的入用に対処する必要性の中において損害を見出そうとしている、ということである。これに対して、実際には、損害の概念はかかる保険の種類において抽象的に決定される。

保険が賭博との必然的でない関係から解き放たれ、保険契約の独自性が承認されると、金銭に容易に換算されるある物 (quid) において、保険事故によって破壊される財を探すことに手間取る必要はないし、適切である。それは、早世した個人の現在または将来の収益でありうる。

もし、人の生命が、たとえそれに対応する金額を具体的に定めることができない場合であっても、経済的価値を有するものであることが疑いのないことで

(166) 換言すれば、損害を実現させようとしたり、生命保険において、保険金受取人について填補すべき利害関係を見出そうとしている。これに対して、保険金は被保険者によって保険金受取人に帰属する。保険金受取人が固有の権利として保険金を受領するという事実は、保険金額が被保険者から保険金受取人に帰属するというのではなく、この帰属は指定時に発生し、保険事故が発生したときに生じるのではない、ということの意味する。他方、この効果は制限されているので、被保険者は通常、その後、保険事故が発生するまでの間は、その指定を取り消すことができる。

(167) 損害填補説に対するすべての批判は、まさしくこの場合に対してなされている。同旨：Vivante, *Trattato* cit., IV, p.444; Navarrini, *Trattato* cit., III, p.250; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p.70-74; Picard et Besson, *Traité général* cit., IV, pp.1-3; さらに、Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p.230 が示している議論を参照。

あるならば、いかなる困難さが人の生命を契約で保護される財として考慮することを阻止するのかを考慮する必要はない。契約によって移転されるリスクは、保険金受取人または被保険者の相続人が発見しうる資力を偶発的に欠くリスクではなく、被保険者自身の死というリスクである。保険金額を支払うという問題は、たとえ被保険者が損害の填補を受けることができない場合であっても、自己の生命の喪失というリスクをつねに伴うリスクの決定とともに見るほかはない。

この方法において付保リスクが決定されると、生命保険において被保険者の可能な所得に対するすべての関連性が無視される理由が判明する。そして、損害は、過去において学説が損害の欠如を証明した場合においても、所定の保険金の支払を介して填補されなければならない⁽¹⁶⁹⁾。収入のない人、または、家族の扶養によって生活している老人の生命もまた、計り知れない抽象性において、および、保険金額によって定められる具体性において、その価値を有する。そして、保険者はその喪失に伴って生ずる損害を填補しなければならない。

付保された財を被保険者の実際の、または、予測の収益に恒常的に関連付けた結果、保険契約がその収益に比して著しく高額な金額について締結された場

(168) 保険の機能が、家長が死亡した結果、扶養手段がないまま残された家族の入用に対して供給するものであるならば(類似の考察が偶発的入用充足説によってもまた行われている: Bruck, *Das Privatversicherungsrecht* cit., p.52 ss; Salandra, *Assicurazione* cit., p.161; Santro-Passarelli, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale* cit., p.188; Ferri, *Manuale* cit., p.535), 保険金はこの者の実際の収益または予想される収益のみにおいて限定される(この主張は, Herbault, *Traité des ass. sur le vie*, cit., p.34 が言及している古くからの学説によってなされている。しかし、この者は批判している)。

しかし、少なくとも理論的には(保険者は超過保険を拒否できるので。この点に関しては, Ascarelli, *Elixir di lunga vita* cit., p.1149 をも参照), 約定された保険金額が被保険者の資産状況に正確に対応していない契約も可能である。真実の理由は、保護される財は被保険者の収入ではなく、その生命である、という事実において検討されるべきである。

(169) かかる場合においてもまた、被保険者は、個別に、自己の生命を失った、または、一定の年齢を超えたという単純な事実について損害を有している。たとえばかかる2つのリスクが保険契約によって適宜カバーされるとしても、かかるリスクが重要である。かかる利益に対応するのが、保険金を受け取る側における実際の経済的入用であるとするならば、このことは損害を排除せず、それは異なった基準で決定されるということのみを意味する。

合において、かかる契約の損害填補性に関する多くの疑問が引き起こされた。⁽¹⁷⁰⁾
これに対して、付保された財が人の生命であると考えられる場合には、いかなる疑問も生じていない。⁽¹⁷¹⁾

生存保険の場合、リスクが明らかに反対の場合であっても、議論は基本的に同じである。この場合には、死亡ではなく、一定の年齢における生存が損害であると考えられる。すなわち、資力を偶発的に欠くのではなく、損害を構築し、⁽¹⁷²⁾ 填補に対する債務を発生させる生存という事実である。同じような考察が他の人保険の類型にも可能であり、一般的な原則が定められているので、その検討には手間取らない。⁽¹⁷³⁾

それゆえに、本節における検討を終わるにあたって、損害填補説は今なお保

(170) それゆえに、批判は、Lefort, *Traité du contrat d'ass. sur la vie* cit., p. 11 によってなされているように、もっぱら損害填補説に対して行われた。Chaufton, *Le assurances* cit., p. 39 ss. によっては、資金が付保されたのではないと主張することによって、かかる批判を克服する努力がなされた。しかし、このことによって、保険契約に対応しているということが否定されることとなった。

(171) これは、この他に、Alauzet, *Traité général* cit., II, p. 479 の理論である。

この議論は、保険金が保険事故発生時の労働者の収入に基づいて決定される社会保険において違う方法で出現する。しかし、社会保険の存在は同時に私保険を締結することを否定しないということ、および、社会保険の目的は被保険者に対して、稼働能力の減少または消滅に備えるという何らかの方法でこの者に給付する最低限の損害賠償を提供することである、ということを考える必要がある。この場合、労働者の賃金に関連させることは当然である。というのは、それが保険料の額を決定するからである。

おそらく、古くからの学説の一部が生存保険は保険契約であることを否定した、ということ思い出すであろう。同旨：Alauzet, *Traité général* cit., II, p. 455。

(172) 一定年齢での生存はその者にとって好ましくないことであり、偶発的な一時的なおよびその後の経済的入用の存在とは無関係である。または、少なくとも、被保険者においては、類似の偶然さに対して保護されることを考え、保険者においては、関係するリスクの引受を考える。通常、保険事故が発生すると、経済的入用は、被保険者の稼働能力の減少または消滅によって派生する資金の減少に一致する。そして、老齢から生ずる資金のより多くの必要性に一致する。しかし、かかる損害が発生しない場合においても、同様に填補されなければならない。

保護を望むのは、具体的な経済的入用である。しかし、損害を構成する人の生命に特定のでき事が生じる可能性は生命の喪失においても存在し、前述の如く、一定の年齢を超えて生存する場合にも存在する。

(173) この点に関しては、Ascarelli, *Noterella critica sul concetto di assicurazione, in Assic.*, 1950, I, p. 127 ss.

険という現象を正確に把握することを可能にしうる唯一の学説である、と考える。そして、それは、付保された財を考察する際に人保険にも広がりうる学説でもある。

18. 人保険における利益の重要性

ここまで論じてきた保険契約の統一的把握から抽出すべき最初の結論は、人保険においても損害保険について検討してきたものと同じ考察が意味を持つ、ということである。とりわけ、保険者の給付は保険事故が生じないことに対する被保険者の利益を考慮した引受の中に存在する、ということである。⁽¹⁷⁴⁾

事実なのは、法はかかる要件の存在を明確に要求していないということであるが、自己の生命の保険においては、被保険者自身の中に生来のものであり、他人の生命の保険においては、⁽¹⁷⁵⁾具体的にそれを決定することは難しいが、制定法は他人に同意を求めることでこれを満足する傾向にある。⁽¹⁷⁶⁾

被保険者が、保険事故が発生しないことに対して利益を有していなければならぬという事実は、懸念されたでき事が発生した場合には、この者について、補償を望んでいた偶発的なでき事に対する損害を引き起こすことを意味する。

(174) かかる方法においても、保険者の給付の対象に関して第4章第15節で行った検討が生命保険にも適用される。

(175) いかなる利益もないにもかかわらず他人の生命の保険が締結されることは、実務では存在しえない。いずれにしても、類似のケースが生じる場合には、保険者は自己の給付を行うことができないゆえに、当該契約は無効であると論ずることができる。

この点に関しては、おそらく、しばしば生じるケースとして、自己の債務者の生命が付された保険のケースを思い浮かべることになる。債権者保険の存在が少なくなっている。これが使用されていたときは、生命保険において利益の必要性を否定していた学説の一部もまた、債権の消滅は損害填補に対する債権者の権利を消滅させる、と認めていた(同旨: Herbault, *Traité des ass. sur la vie* cit., p. 118; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit. を参照)。

おそらく、つとに有名な判決を思い浮かべるといふ苦労が必要であろう。それは、Pitt の債権者が締結した Pitt の生命の保険に関する判決である。この場合、イギリスの裁判官は、国家財政の負担において Pitt のすべての債務を引き受けるといふ国会の決議に基づいて、債権者の保険金支払請求権を否定した。

(176) しかし、保険に関するベルギー法41条(1882年商法典449条に類似)は具体的な利益の存在を要求しているということ、および、最近の学説は同意の意思表示は利益の存在を証明すると認めているということをおぼろげに忘れてはならない。同旨: Salandra, *Assicurazione* cit., p. 346.

利益を個人と財との関係、または、少なくとも、損害または当該財の破壊が被保険者の資産に否定的に影響するというに基づいて、2人またはそれ以上の複数の者の財に対する関係として位置付けることは、おそらく、人保険における利益の存在に関する何らかの疑いを生じさせるであろう。すべての疑問を除去するためには、ここで人の生命について述べる機会を持ったこと、すなわち、人の生命もまた財であるということを繰り返すことで足りる。

刑法学者が自分に対する違法行為について論じていることを考慮するならば、その議論はさらに明らかになるであろう。⁽¹⁷⁷⁾ これらの者によると、保護に対する全体の利益が存在する限りにおいて、人は自分を自由に処分することはできない。その利益とは、個人が任意に自分の生命を侵害する場合に侵害される利益である。より重要な理由において、類似の利益は保険申込人に存在し、この者は保険契約によってそれを保護しようとする。⁽¹⁷⁸⁾

それゆえに、この点に関して、保険者の給付は保険事故が発生しないことに対する被保険者の利益を配慮することを引き受けることに中に存在する、と繰り返しうる。このことは、保険者は保険事故の発生を阻止しなければならない、または、阻止することができる、ということの意味するのではなく、その家長が早世した家族の入院に供給するように機能すると同様に、その目的で機能しない限りにおいて、被保険者が指定された人だけが享受できる保険金額を具体的に支払わせる損害を填補する、ということの意味するにすぎない。⁽¹⁷⁹⁾

(177) Rocco, *L'oggetto del reato cit.*, p.238 を参照。

(178) 保険が基礎づけられる関係の主体は、この場合、被保険者個人と集団である。すなわち、個人が自己の生命を欠いていないときに集団の利益を論ずる場合、刑法理論が検討しているもので、個人に対して相関関係を有する者達である（同旨：Rocco, *Op. ult. cit.*, p.238）。この場合に検討されるべき利益は反対であり、自己の生命の保護に対して個人が有しているものである。保険者は致命的なでき事の発生を阻止し得ないという事実は生命保険に特有のものではなく、すべての保険契約に共通の肯定的データである。というのは、いかなる場合においても、保険者は損害を填補することができるし、しなければならないからである。

(179) この意味において、保険契約を締結する時に、被保険者は自己が偶発的に死亡した場合、自己の家族の偶発的な生計を心配する、ということはずしも正しくないゆえに、生命保険における保障の目的に関する動機がより正確に論じられる（Vivante, *Trattato cit.*, IV, pag. 444; Navarrini, *Trattato cit.*, III, pag. 250; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres cit.*, pp. 70 e 74; Picard et Besson, *Traité général cit.*, IV, p.3）。しかし、このことは、保険者は偶発的な損害を填補する傾向にはない、

19. 保険の機能は保証機能である

本章を終えるにあたって、前述したことは、実務上、恒常的に行われている保険という現象に正確に対応するとともに、本書で行った検討はかかる問題を解決するための確実な助けとなる、と冷静に認めうる。

まず、保険契約の統一的な性格は、実務において疑問視されており、類似的理由は損害填補説の成立時およびその後の展開によって示されているが、その十分な理由を見出した、と論じうる⁽¹⁸⁰⁾。

つぎに、保険者の給付が被保険者の利益の配慮を引き受けることの中に存在するならば、そして、契約のカウザと当事者の債務との間に必然的な関係が存在するならば、契約の機能を決定するためには、具体的に生じる損害の填補に関連させるのではなく、ただその発生の可能性のみに関連させる必要がある、ということになる。

同様の検討は最近の学説によってもなされている⁽¹⁸¹⁾。最近の学説は、損害填補説の伝統的な理解の大きな欠陥は保険事故の発生後の時点を考察することを望んだということにあり、その結果、この分野では、伝統的な概念によれば保険事故は損害を明確に生じさせないというすべての場合において、その受入に限定されることが明らかであった、ということを確認する手段を有していた。しかし、同様の検討はそれ自体が目的ではない。私見によれば、学説はそこから派生する論理的な結果を引き出さなければならなかった。すなわち、保険者の債務の目的は、損害の填補ではないということ認めなければならなかった。かかる前提において、契約の目的と機能を決定するためには、保険事故発生後の状況に関連させることが不可能であるならば、保険契約では保険者が保険料の支払と交換して被保険者に対して提示する保護のみが重要である、と結論づける必要がある。

この結論は、生命保険においてもまた損害が存在しており、損害は保険事故

ということ。そして、保険者は、被保険者の利益が何か、保護を望むリスクは何かを具体的に決定するとき、その利益の配慮を引き受けない、ということの意味しない。

(180) この点に関しては、注(103)および(150)に引用した文献を参照。

(181) すでに論じたように、Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., pag. 242もまた、この意味で論じている。

が発生するたびに填補されなければならない、という考えを変更しない。

保険者の給付、さらに契約のカウザを決定しようとしたときに、すでに同じような結論に到達している。かかる結論は、前述したこと、そして、保険契約のカウザに関するさまざまな理論を検討したことによって確証できる。

それゆえに、契約の機能は、保険の統一概念および損害填補機能をまとめることについて同意したすべての種目において共通である。しかし、それは、具体的に生じる損害の填補の中に存在するのではなく、とりわけ、被保険者に対して、保険料の支払の交換として、保険事故が発生した場合に、被保険者が損害を被らない、または、保険者が、偶発的な保険事故による損害という結果を自己の責任において引き受けるという確実さを提供することの中に存在する。この確実さは、保険者により提供される保証によって表される実際の価値を有しているゆえに、契約の機能は、保険料の支払の交換において保険者が被保険者の利益の保護を引き受けることの中において展開される。

このように、損害填補説は否定されず、それが展開され、とりわけ、研究者の注意が賠償よりも契約の締結時期に留まらない場合には、保証を論ずる必要がある、ということ認めうるという制限を確定することが望まれる。

第7章 保険の各類型における利益

1. 損害保険における利益

保険のすべての類型において、保険者が保護する保険事故が発生しないことに対して被保険者の利益がある。この利益は、他のすべての人よりも優先して、特定財の享有権を有する人を含む2人またはそれ以上の主体間の関係により表される。⁽¹⁾

(1) 有体財 (cosa materiale) であれ、無体財 (bene immateriale) であれ、付保される財は (被保険者または第三者の) 生命である。というのは、無体財の中に人の生命の含まれると考えるからである (同旨: Alauzet, *Traité général* cit., II, p. 479)。

しかし、学説の一部は、付保される財は、後者の場合において、たとえ純粋に暫定的な収入であったとしても、生存している人が得ることができる収入であると述べている (同旨: 最近では, Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto d'assicurazione* cit., p. 378 (拙訳「トゥッリオ・アスカレリ著『保険契約の統一概念について』神戸学院法学24巻3・4号17頁以下(1994年)を参照(訳者挿入)); さらに、第6章注(119)に引用した文献を参照)。

前述のごとく、このように定義される利益の保護は、損害保険でも、生命保険でも、保険者の給付の目的となるので、⁽²⁾ 保険契約において保護される利益とは何かを見る必要がある。⁽³⁾

損害保険または物保険 (assicurazione di cose) では、保護されるべき利益の再検討は不要であると考えられる。というのは、利益の必要性および存在は、

通説もまた、たとえ、一般的には、利益の重要性を損害保険においてのみ制限しているとしても、利益に関する同様の概念を受け入れている (この点に関しては、以下を参照：Vanard, *Théorie de l'intérêt* cit., p.699; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p.99; Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p.205)。

(2) この点に関しては、一般的に保険者の給付を決定することに努めた第4章第14節で論じたこと、および、前章第18節で論じた限りのものを参照。そこでは、損害保険について受け入れられる給付概念を生命保険にも拡大できると考えた。Heymann, *Leistung und Gegenleistung* cit., p.2 ss.もまた、給付の目的として、「第三者の利益のすべての任意の保護」について論じている。

(3) 具体的に保護される様々な利益の検討は、とりわけ、保険における利益が何かを決定するにあたり我々が受け入れた基準の正確さを納得させ、一般的に、行為または財の有効性に関する判断に関連させて利益を論ずる可能性について、いまだ存在するに違いない疑問を排除するであろう。火災保険において保護される利益は、火災によって損害を被るあるいは破壊される自己の家に対する所有者利益であると論じたとき、物に関する個人の所有権が存在することに起因する関係には及ばないことはありえない、ということは明らかである。反対に、第1章において前述したように、財の有効性の判断は必ずしも同時発生の特権の存在には関連しない。そして、誰でも取得したいと望んでいる物、または、いずれにしても自己に役に立ちうる物であるが、実際は彼の物ではない物が自分にとり有益であるとか考える。

保険者は期待または望みだけは保護できない。しかし、類似の判断が財について何にも考えていない人によって述べられている、ということは否定できない (しかし、かかる方法によれば、国家の要人または革命のリーダーの生命保険においてもまた、国民全体または一部の国民がこれらの者の生命が継続することは集団にとって有益であると考えられる限りにおいて、保護される利益が存在する、と認めるという不合理さに到達する)。

保険契約の効力要件としての利益は様々な制定法によって要求されてきた。とりわけ、利益が存在しようとするにかかわらず、締結された契約が (この条項に関して、イタリアの会社と締結された保険契約の中に挿入された一定の期間について：Baldasseroni, *Delle Assicurazioni marittime*, cit., I, p.252; 反旨：Emerigon, *Traité des assurances* cit., I, p.4) 航海の好結果に関する、または、人の生命の期間に関する賭博になると考えた後では、そうであった (この点について、以下に含まれている議論を参照：Paris Le Clerc, *Le contrat d'assurance* cit., p.110 ss.)。

保険の概念においても、契約が遂行すべき機能においても、生来のものだからである。⁽⁴⁾

保険者は具体財に対して保険事故がもたらす偶発的損害 (damno eventuale) を填補しなければならない。⁽⁵⁾ その限りにおいて、それらの所有者 (proprietario) であるゆえに、または抵当権者 (creditore ipotecario) もしくは用益権者 (usufruttario) として享有という制限された権利を有している者であるゆえに、財との限定された関係の中に見出される者のみが物の滅失による損害を経験しうる。さらに、かかる関係はなされるべき填補の額を示しうる。というのは、完全な所有者が (物の価値が全額付保された場合には) 物の価値と同額の賠償を得ることができるならば、抵当権者または用益権者は、抵当権 (ipoteca) または用益権 (usufrutto) の価値で満足しなければならないからである。

利益が人と財との間の関係であるならば、⁽⁶⁾ 当該関係の価値は保険価額をも表わす。

2. 同一の財産に関して保護されうる二重の関係

これまで論じたことを明確にするという希望をもって、我々は同じ財について、別々の独立した保険の目的となりうる複数の関係が存在しうる、と述べなければならない。たとえば、Aの下に特定の物があるとする。Aは、自己の決定に基づいて物の処分を行うことができる意味で絶対的な権限を有しており、

(4) 同様な考えがすべての保険類型について妥当する。というのは、この契約について我々が受け入れた定義によって、保険者が保護する利益がつねに必要とされる。しかし、後述のごとく、将来財の保険 (assicurazione di bene futuro) において (同旨: Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p.214) および生命保険において、かかる場合に損害填補説の適用を否定する人たちによって、利益が存在しなければならない、と否定した人がいないわけではない。

(5) 人保険に関して損害填補説を否定する人もまた、損害保険の損害填補性を否定していないし、かかる側面において、物保険と人保険とを区別している。これについては、以下を参照: Vivante, *Trattato* cit., IV, p.444; Manfredi, *Del contratto di assicurazione* cit., p.2; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., pp.99 ss.; Fanelli, *Elementi* cit., p.71; Ancy et Sicot, *La loi sur le contrat d'assurance* cit., p.202; Weens, *L'assurance de choses* cit., p.70; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres* cit., p.74; Picard et Besson, *Traité général* cit., I, p.16.

(6) 以下を参照: Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., pp.99 ss.; Roelli u. Jaeger, *Kommentar* cit., II. 33; Weens, *L'assurance de choses* cit., p.103; Vanard, *La théorie de l'intérêt* cit., p.699; Donati, *L'interesse* cit., p.319.

偶然に第三者の権利が競合する場合は除き、物を使用し、譲渡し、破壊することができる。この他に、自己の債権を充足するために提供される保証の観点から、物の保護に対してのみ権利を有するBが存在しうるし、特定の期間に限り、それを享有しなければならないCも存在しうる。当該物の破壊は、たとえその程度が異なっているにしろ、これら3名にとって損害の原因となり、保険者はこれら⁽⁷⁾の利益を保護する。

破壊の原因は複数でありうるという単なる事実により、異なったリスクに従属する可能性が否定されないという方法において、財は1つであるということは複数の関係が同一の物について構築されうるということを否定しない。というのは、物は適宜、1人または複数の主体によって享受されうる効用の全体を含むからである。2人の主体のために、同一の財について十分かつ排他的な享受権限が2つ同時に存在しえ⁽⁸⁾ない。しかし、このことは、所有権と保証または享有という制限された権利の並存を否定しない。

かかる権利の中において、所有権は明らかに抜き出ている。そして、所有者は物の全部の価値について付保し、保険事故が発生した場合には、その支払を完全に享受できる権利を有している。しかし、この権利は絶対的ではなく、制限がないわけ⁽⁹⁾ではない。同じ財の上に異なった利益を保護する目的で他の保険に付することができるということが否定できるし、とりわけ、物を全部保険に付し、全損となったときに、この者はつねに保険金の全額を受領しなければ⁽¹⁰⁾ならない、ということはいえない。

(7) 前章において論じたように、利益論に有利な多くのデータは、財の利益においては複数の主体が異なった利益を持ちうるということ、および、異なった利益は個々の保険契約の対象となるということを明らかにする、ということである。

利益を保険契約の対象とする提唱者の理論(第3章注(44)の研究者を参照)は、Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p.212 により批判されている。

(8) 所有者に帰属する権限の頂点にある所有権は、1つの財について1つでなければならない。そして、同時に、複数の所有者に承継することが認められる。しかし、このことは、実際に生じるものとして、制限された享受権の承継ができないということを意味するものではない。所有権の形態について最近の研究として、以下を参照：Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 52 ss.; Barbero, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 633 ss. および引用文献。

(9) Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., pp. 141 ss.; 反旨：Kisch, *Handbuch* cit., III, p. 87 ss.

付保するのは抽象的なものではなく、この確実な財が保険申込人が有している経済的価値であるならば、所有者にとって物の価値は異なる、ということは忘れることはできない。すなわち、それは、この者が、物にかかりうるすべての拘束または責務から自由な財の所有者であるということによる、または、かたわらに法定または任意の用益権がある単なる虚有権者（nudo proprietario）にすぎない場合、もしくは、他の方向において、物の価値は抵当権の存在によって著しく減少している場合による。所有権の性質は同一ではあるが、所有者は、場合によって、保険者に対して自慢すべき異なった権利を有する。そして、⁽¹¹⁾失った財の実際の価格に対応した保険金のみを受領しうる。

-
- (10) 民法典2742条（2742条「(物に対する賠償金の代位) ①先取特権、質権または抵当権に服している物が滅失または毀損した場合には、その滅失または毀損の賠償金につき保険者によって負担された金額は、当該金額がその滅失または毀損を修復するために使用された場合を除き、その順位に従い、先取特権、質権または抵当権をもって担保されている債権の弁済のため拘束される。裁判所は、利害関係人の請求に基づき、物の原状回復または修復にその金額の使用を確保するため適切な担保を命ずることができる。②保険者は、異議がなされることなく、その滅失または毀損から30日後に支払ったときは解放される。しかし、登記しなければならぬ不動産にかかるときは、保険者はその滅失または毀損の発生した事実を登記した債権者への通知から30日の期間が異議なく経過した後でなければ解放されない。③強制地役または強制共有もしくは公益のため収用の原因により負担された金額は、この目的のため、特別法の規定が遵守され、同様に上記の債権の弁済のために拘束される」(訳者挿入))が規定している場合とは異なる。本条は、学説がこの点に関して、所有者の利益は最高の排他的利益であるという理論に反対も賛成もしていない(反旨：Ferrari, *L'interesse cit.*, p.141)。保険の目的物が質権や抵当権の対象となっている場合、保険者の支払うべき金額は、破壊された財の再構築を目的としない場合を除いて債権者の支払に充てられるという事実は、保険金額の将来の用途にだけ関係しているが、保険の利益の問題とは関連しない。これにより、同じ財の上に、同時に、複数の被保険利益が存在するならば、そして、それらが事実において制限されるならば、保険の目的物は個々の利益を有するという異なった価値を持つようになる、と考えられる。一定の状況において被保険者が負担する金額は特別な目的を持たなければならないという事実は、本書の検討内容の結果には重要ではない。私見によれば、同じ財の上に複数の異なった利益が競合する場合には、事故発生時の所有者の保険者は、この者に保険金の全額を支払わなければならないとはいえず、そうでなければ、当該契約は被保険者にとり利益の根源となるからであると主張することはできない、ということも重要である。

- (11) これが過剰に固執することが明確な見解である。 *L'interesse nell'assicurazi-*

反対に、失われた物の保護に対する所有者の利益は、いかなる場合においても抽象的に同一であると思われるならば、虚有権者や抵当権の目的物の所有者は、自分にとって破壊された財よりも多くの保険金を受け取ることを希望する中において、保険事故を故意に招致しようと仕向けられるのは疑いはない。それぞれが認識するように、これは保険の原則に反し、このことは発生しない。というのは、抵当権者またはその保険者は、保険金を支払う前に、優先権を有する債権者を満足させなければならない所有者の保険者に対して直接的に主張することができる。その他に、とりわけ、虚有権者の保険者は、用益権の保険者とは別に、虚有権 (*nuda proprietà*) の価値よりも多い金額を虚有権者に支払うことはできないからである。

保険者によって保護される物は、財を個人に結びつける関係の経済的価値である。それは状況に応じて変化し、この者の処分の十分または限定された考察においても変化する。このことは、保護されるさまざまな利益の中にあつて、所有者の利益がいかなる場合においても優先的であることの理由となり、その他に、それは絶対的ではなく、つねに同じであることの理由となる。このことは、さらに、同じ財において複数の利益が存在する場合、複数の保険が存在しう理由にもなる。それは、重複保険 (*doppie assicurazioni*) に対して法律が⁽¹²⁾課している禁止には違反しない。

one (p.141 ss.) における Ferrarini の表現が解明のための好機を示さないならば、このことが実行されないことになる。関係の経済的価値が付保されることを正確に認めた後、Ferrarini が Ehremberg の見解の正確さにいかなる理由で疑問を持つに至ったかが理解されていない。1つの財の上に競合するすべての利益を包含する超越利益は存在しないということは明かであろうし、完全な所有権や制限された所有権に応じて所有者の利益が異なるということも事実であろう。

- (12) しかし、重複保険の禁止は、重複保険になれば、被保険者は保険事故の発生により利益を享受する可能性があり、実際に被った損害額を上回る保険金を取得する可能性がある、という事実を考慮して法定されている(民法典1910条(栗田和彦=今井薫「イタリア保険法の逐条的研究(4)」関西大学法学論集41巻4号235頁以下(1991年)(文責:栗田)、拙稿「民法典(1942年3月16日勅令第262号)―イタリア保険法典(5)―」神戸学院法学27巻4号67頁(1998年)を参照(訳者挿入))(同旨: Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p.153 ss.; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p.164; Salandra, *Assicurazione* cit. p.293; Ferri, *Manuale* cit., p.554; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p.253 ss.; 契約の無効という結果にならないとしても)。複数の異なった利益が付保されるとき、保険

3. 間接損害および期待利益に関する保険

別の問題は、具体的に填補されなければならない損害は何かである。損害は、契約における合意内容に基づいて、および、保護される利益を考慮して適宜決定されることは明らかであるが、しかし、填補される損害をどの程度まで論ずるのかということ、および、損害を具体的に認識することは可能であるが、その填補可能性のすべての理由が消滅する時を一般的に定めるという問題が残っている⁽¹³⁾。問題はもっぱら保険において生じるものではなく、損害が填補されなければならないときにはつねに生ずる。しかし、損害は生命保険の場合に特別な意義を有する。というのは、最近、保険契約の基本的な統一を再認識しようとしている者、および、人保険 (assicurazione di persone) においても損害が存在すると証明した者⁽¹⁴⁾によって、完全に再検討されているからだけではなく、とりわけ、損害が、保護されうる利益がどの点まで存在するのかを示す働きをするからである⁽¹⁵⁾。保険事故は、すでに存在している財を破壊する程度において

事故は被保険者につき利得の根源となることはできない。というのは、各保険は被保険者が実際に被った損害に対応するものであり、保険金の額は侵害された利益に関して決定されるものであるから。この点に関して、以下を参照：Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., pp. 146 ss.; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 103; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., p. 178.

- (13) 実際、前述のように、すべてのケースに適用される統一的基準は存在しないが、状況は当事者間の合意に従って変化するゆえに、技術的問題は重要ではない。私見によれば、原則の問題を解決することが重要であり、すなわち、いかなる場合であっても、直接的にせよ間接的にせよ、損害を填補することができると述べるのが重要である。そして、問題は当事者によって具体的に検討され、有効な保険保護の対象となりうる（この点については、期待利益保険 (assicurazione dei profitti) を述べることで十分である。その有効性については、時代を超えて以下のように述べられている：Baldasseroni, *Delle assicurazioni marittime* cit., 5, p. 253; Giarard, *Elements d'assurance* cit., p. 56; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 146; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, pp. 117 ss.; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 144; Salandra, *Assicurazione* cit., pp. 272-273)。この点に関しては、いかなる解決策も理論的には拒否され得ない。そして、必要なことは、保険契約は不正ではないということをつけ加えることである。というのは、損害を正確に確定することの難しさは不愉快な不便さの原因であり、保険が賭博に変質する危険を伴うからである。
- (14) 同旨：Ascarelli, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione* cit., p. 366 ss (拙訳・前掲注(1) 17頁以下を参照 (訳者挿入)); Donati, *La causa del contratto di assicurazione* cit., p. 245 ss.

損害をもたらすだけでなく、それについて、個人が尊重する理由があった一定の収益の実現を個人について妨げる限りにおいても損害をもたらす。間接的ではあるが、保険事故はもたらすことができる、そして、被保険者にとり重要でないわけではない損害の程度が存在する。⁽¹⁶⁾他の事実によって1つの例を繰り返すことにする。⁽¹⁷⁾さまざまな理由によって事業の安定性が阻害されるならば、機械および仕事の材料の破壊によって生じる間接損害の他に、進行中の契約の履行が不可能となることから生じる損害も存在する。そして、それは稼働しなかった期間について存在するに違いない損害、および、自己の顧客を全部または一部において迷わせるという偶発的損害が存在する。⁽¹⁸⁾

填補される損害は抽象的に決定することができず、いずれにしても、それは

- (15) 損害が、財産上の損失であるゆえに利益の否定的な側面を構成するならば (Maiorca, *La causa in senso giuridico* cit., p.30), いかなるレベルまで損害を填補するかを正確に決定することは、他の方向においては、被保険者が財の保護に対して有している利益の基準を確定することである、ということは否定されない。利益の大小は個人が関係する財の価値によるし、個人から引き出しうる利得による。そして、保険者は1つまたはその他の利益を保護するように求められている。
- (16) いかなるレベルまで損害を填補するかを決定することは、今の検討の枠を超えてしまう。そこで、以下のように述べることで十分である。すなわち、一般的に損害の填補に関しては、新民法典で認められているように (民法典1223条 (損害賠償)「不履行または遅延による損害賠償は、その直後の結果である限り、債権者の被った損失およびその失った利得を包含しなければならない」(訳者挿入)), 損害は財の滅失までに必然的に限定されるのではなく、逸失利益(lucro cessante)も含むという原則のみならず (同旨: D'Avanzo, in *Commentario al Codice Civile* del D'Amelio, *Obbligazioni*, I, cit., p.102; De Cupis, *Il danno*, Milano, 1946, p.150 ss), 期待利益保険 (assicurazione dei profitti sperati) も可能である、と (民法典1905条 (栗田=今井・前掲注 (12) 211頁以下 (文責: 今井), 拙稿・前掲注 (12) 65頁 (訳者挿入))) (同旨: Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p.144 ss; Salandra, *Assicurazione* cit., pp.272-273)。
- (17) Ascarelli, *Op. ult.* cit., p.369 (拙訳・前掲注 (1) 17頁以下を参照 (訳者挿入))。
- (18) 保険事故により間接的にもたらされる一連の損害は個々に列挙されるものにとどまらず、拡大していく。すなわち、企業家の活動の通常の変化の一時的な中断は、破産をもたらすということは否定できない。一般的に、保険契約の締結時に、保険者はいかなるレベルまで損害を填補する責任を負うか否かを決定する。そして、本文で検討したように、通常、保険事故によって直接的にもたらされた損害、すなわち、実損害を填補するにすぎない。

実損害 (danno emergente) に限定されてはならず、その中に、期待利益 (profitto sperato) を含めるまで広げられうる、ということは確かである。そして、填補は完全になされると、もし保険事故が発生していなかったならば、そのような状態であったであろう財産の同じ状況に被保険者をもたらしことになるであろう。

一般的に、期待利益の保護は独立した保険契約の目的とならない。しかし、それは包括的な損害填補の一部となる。ただし、期待利益の偶発的な喪失は独自の方法において事前に定められ、保護されることができ、これが発生すると付加することは困難ではない。⁽¹⁹⁾

4. 雹害保険における利益

期待利益の単独保険の可能性に関して前述したことを確認する意味で、ここで雹害保険 (assicurazione contro la grandine) を検討する必要がある。この検討は、とりわけ、誰かが将来財の保険において利益の存在を疑っている、という事実から必要になってくる。⁽²⁰⁾

(19) この点に関して、Ferrarini が述べており、ドイツ連邦最高裁が解決したケースを見るのが面白い。それによると、オリーブ油製造所におけるオリーブ油の一定量の破壊は、工場主がオリーブを手に入れるため、そして、粉ひきにおいて供給するために使わなければならない金額と同額を請求できる権利を与えるのではなく、保険者が期待利益を填補する義務がないにもかかわらず、破壊されたオリーブ油と同じ額を請求できる権利を与える。というのは、この場合、期待利益が重要なのではなく、それが変化した結果、付保された財により取得できた剰余価値が大事であるからである。

(20) 同旨：Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p.155. この保険の具体的な例は、海上保険および雹害保険において見られる。

長い間、制定法や学説が期待利益保険を受け入れた唯一のケースである（同旨：Alauzet, *Traité général* cit., I, p.286; Girard, *Elements d'assurance* cit., p.56; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p.187; Lordi, *Obbligazioni commerciali* cit., I, p.593; Berardi, *L'assicurazione dei profitti sperati*, in *Assic.*, 1941, I, p.456; 反旨：Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p.146. この者は、この他にも期待利益を付保することができると考えていた）。

別の疑問は、期待利益が独自の利益の対象となりうるか否かということである。しかし、私見では、この見解は利益の初めにおいて提起した定義と両立するとは思えない。というのは、この場合、人と財との独立した関係があると言えないし、また、期待利益は本質的には存在せず、存在するのは期待だけにすぎないからである（反旨：Ferrarini, *Op. e pag. ult. cit.*）

第3章で検討したように、これは契約によって保護される関係の不正確な形勢の結果である。確かに、何者かが果実の誕生および成熟の前であっても、土地の所有者と果実との間に直接的な関係が存在すると主張したいならば、この者は物を不正確に表現している。というのは、何世紀も前から、民法学者が論じているように、母なる大地から離れるまでは、果実は人との関係においては独立した物ではなく、権利の客体となることはできないからである。このことは、土地の所有者または期待されている物 (*res sperata*) の所有者は、当該財のあることに帰属する合法性を有しない。そして、期待された結果を遂行するというをこの者に認めるに⁽²²⁾適していると思われる行為を行う権利を有しない、⁽²³⁾ということの意味しない。

土地の所有者、用益権者および借地人 (*affittuario*) については、明らかに利益が存在する。すなわち、これらの者を土地に結びつける関係であり、それゆえに、これらの者に帰属する財を処理するか、または、単にこれが生み出す

(21) この点に関しては、第3章第9節で述べたことを参照。とりわけ、Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., pag.214 が述べている内容を参照。

(22) しかし、Ferrarini, *L'interesse* cit., p.155 ss が述べているようには主張できない。利益の対象は期待である。というのは、人が財から派生するすべてまたは一部の有益性を享受する権利を有することを基礎として、期待は人と財との一定の関係の存在という精神的な結果にすぎないからである。保険者が関係だけを保護することができないように、すなわち、目的物の破壊という危険が引き受けられるにすぎないように、目的地以外のところに目的物が運ばれた場合、または、運送が遅延した場合など、被保険者が責めを負わないカウザを通してあらかじめ提示されており、そして、論理的に期待権 (*diritto di sperare*) を有していた利益が実現することができないという、被保険者が負担できないリスクが引き受けられる。これらの場合には、保護される関係は同じである。そして、後者の場合には、すべての関係を考慮する保険者は、その存在から派生する結果を保護することだけに制限される。

(23) 2つのケースにおいて保護される利益は異なる。本文において述べたように、2つの異なった保険のタイプが重要である。前者では、一般原則の適用が重要であるのに対して、後者では、信用保険に近づけることが重要である。通常、学説はこれら2つを区別できない。そして、期待利益保険を物保険の特殊な局面であるととらえている (同旨: Girard, *Elements d'assurance* cit., p.56; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p.158; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p.119; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p.187; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p.146; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p.144; Salandra, *Assicurazione* cit., p.273.)。

有益性を享受する権利を有する。前述の主体が果実を取得しようという事実は、物権 (diritto reale) または自己に帰属する債権 (diritto obbligatorio) の結果である。そして、締結された保険契約は自己の権利を保護するための手段に他ならぬ⁽²⁴⁾。土地の電害について付保した所有者は、所有権 (diritto di proprietà) から成熟した果実を享受する権利が派生するゆえに、自己の所有権を保護する他にはない。

保険が期待されている物の取得者によって締結される場合に、おそらく、いくつかの疑問が認識されうる。この場合、保険者によって保護される利益は、果実の取得者について同じ関係が欠けているゆえに、所有者または借地人が土地に関連している利益である、とは主張しえない。ただし、利益が存在し、保険契約が有効に締結される、と考えられる。保護される関係は、私見によれば、売買によって構築された債務関係である⁽²⁵⁾。むしろ、このケースは、信用保険 (assicurazione del credito) に近似するであろう。というのは、被保険者が債権のみを主張し、債権は売主に対しては偶発的であるが、利益およびその保護の機会の存在は否定されなないからである。

いかなる場合においても、期待利益に対しては直接的な関係は存在しないし、

(24) おそらく、この問題に関して、Ferrari, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 155; Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni* cit., p.214 が違う意味で主張している意見を示すことは適切であろう。明らかなことは、所有者とその者に関連している物との関係、および、財から取得しようの偶発的な有益性もまたこの関係に入らなければならない、ということである。基本的に、この領域は一定の果実をもたらすし、この時期もしくは他の時期において売買されるか、または、特別な市場において売買され、その結果、一定の有益性が確保できると考えるならば、多くの局面において自己の所有権を活用できるし、所有者の責めに帰し得ない過失により自己が生じたときに備えた保険はこの関係を保護する。

(25) 付保した買主は、売主に対して債権を有する。この権利は果実についても及びうるし、収穫前に滅失しないことについて利益を有する。この権利は、たとえ条件付きであったとしても、既存の権利が消滅しないことに利益を有し、保護されうる。権利が条件付けられているという事実は、付保可能性に限度をもたらすとは思わない。そして、債権者が自己の給付を履行したならば、債権者の利益が存在することを否定されえない。たとえば、賭博の元締めが掛け金を失う可能性について付保しようと考えられるし (同旨: Ferrari, *L'interesse* cit., p.173), ある条件が成就するか否かに関する利益を保護する可能性については、再保険 (riassicurazione) においても生ずる。

期待利益は、(所有, 享有または債権という) より十分な関係を構成することは確かである。⁽²⁶⁾しかし、これはその付保可能性に対する障害とはなりえない。⁽²⁷⁾

5. 他人のためにする保険または不特定人のためにする保険における利益

損害保険の別の類型は、他人のためにする保険 (assicurazione a favore di un terzo) または不特定人のためにする保険 (assicurazione per conto di chi spetta)⁽²⁸⁾である。これらについてもまた、被保険者の側において、財の保護に対する利益が存在しなければならぬかではなく、まさしく、かかる特殊な保険の類型において保護される利益は何かということを検討しうる。

一般原則は、被保険者利益が保護されなければならない、ということである。それゆえに、他人のためにする保険は一般原則の例外をなすのか、または、そうではなくこの原則が特別に適用されることだけを表すのかを検討しうる。

この問題を検討するためには保険契約者と被保険者との区別から始めなければならない。というのは、すでに明確に論じているように、被保険者になるために保険契約を締結したという事実だけでは十分でないからである。⁽²⁹⁾個人が財

(26) 反旨: Ferrarini, *L'interesse* cit., p. 155. しかし、この者は期待が保護されると考えている (注 (23) を参照)。本文と同旨: Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 144; Gerard, *Elements d'assurance* cit., p. 56; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 147; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 120; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 273.

(27) 反旨: Ferri, *L'interesse* cit., p. 214.

(28) この問題については、特に、Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 62 ss; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 203 ss. e 207 を参照。他人のためにする保険という興味深い保険として、企業が自己の従業員のために締結する民間傷害保険 (assicurazione privata contro gli infortuni) があげられる。この保険について、以下を参照: App. Roma, 11 ottobre 1949, in *Assic.*, 1949, II, p. 5, mass.; Trib. Roma, 7 giugno 1947, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce: «Assicurazione (contratto di)», n. ro 96; Trib. Torino, 31 marzo 1942, in *Assic.*, 1944, II, p. 54.

(29) 生命保険について既述の通り、被保険者と保険金受領者とは異なりうる。自己の生命の保険では、被保険者は死亡すると保険金を受領できないので、保険者から保険金を受領する者は第三者となる。この者は法定相続人でありうるし、受遺者でありうるが、いずれも、保険契約の締結時においてまたはその後、保険契約者により指定された者である。学説は、この者を被保険者になることなく保険金の支払について権利を有する保険金受取人 (beneficiario) と称している。

保険の損害填補性について、保険金受領者側において、保険事故が発生しないことに関して利益を有する必要がある (同旨: Ascarelli, *Elisir di lunga vita* cit., p.

の保護に対する利益を有することなく保険契約を締結したならば、民法典1904条^{* (1)}の規定によって当該契約は無効となるという事実を別にして、契約者の側に利益が欠如しているにもかかわらず、契約が有効であり、契約者は他の個人の利益を保護する意図があった、ということが生じうる。換言すれば、被保険者は、契約で保護される利益の帰属者にすぎず、契約はかかる利益が保護される

1148) が、この側面において、人保険は例外であると述べる者がいないわけではない (同旨: Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 334)。

問題は、当然、利益が重要なのは損害保険においてだけであると考えている研究者については生じない (同旨: Ferrarini, *L'interesse* cit., p. 99; Vanard, *La théorie de l'intérêt* cit., p. 393; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 96; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 23; Ferri, *Manuale* cit., p. 545. しかし、同じ前提の存在を必要と考えているが、人保険の損害填補性が否定されるゆえに、その立場は次第に薄れている)。

この理由付けは反対の局面まで広がっている。すなわち、保険契約を締結するのは被保険者ではない。保険契約を締結するという事実行為は、利益を保険事故の不発生までに広げることについては十分ではなく、具体的には、利益が存在するのは他人が締結した契約から利益を引き出す他の人のためにある、ということである。本質的事柄は利益が存在しているということであり、契約がその保護のために締結されるということである。しかしながら、付保される利益の帰属者ではなく、他人によって締結されるという事実は、これらの者の間の関係を決定することにおいて重要であるが、契約の性質には影響しない。利益の帰属者は契約を締結する者である必要はないということは、不特定人のためにする保険について学説で主張されている (同旨: Navarrini, *Trattato* cit., III, p. 323; Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p. 100; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 85 ss.; Weens, *L'assurance de choses* cit., p. 62; Picard et Besson, *Traité général* cit., II, p. 397 ss.; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 62; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 207.)。

このことは、保険契約が有効であるために必要なものは利益の存在ではなく、保護される利益が何であるかを決定するためには、契約を締結した人は誰か、または、保険金受領者は誰かに限定される必要はない、ということの意味しない。それゆえに、3つの異なった主体が存在する。すなわち、保険契約を締結する人 (保険契約者)、被保険者および保険金受領者である。通常、保険契約を締結する人は付保される利益の帰属者でもあり、保険金受領者でもある。しかし、これらの立場の人が異なった主体である場合には、契約がその機能を果たすか否かを決定するためには、すなわち、利益が保護されるようになっているか否かを決定するためには、利益の帰属者、つまり被保険者のみが言及される必要がある。

(* 1) 民法典1904条については、栗田=今井・前掲注 (12) 205頁以下 (文責: 今井)、拙稿・前掲注 (12) 65頁を参照。

限度において有効であり、当事者はこの目的に契約を向けることを望んだ、^(29bis)と言いうる。

他人のためにする保険または不特定人のためにする保険では、保険契約を締結しようとする者は、自己の財を保護しようと配慮しているのではなく、付保された利益の権利者に関連する関係を原因として、この者について損害を回避しようとして保険契約を締結する。かかる事実は、店に留置されている財、運送人に運送委託されている財、そして、迅速な流通を目的とする財についてしばしば生じる。⁽³⁰⁾この場合において、売主は運送人の場合もあるが、売買契約または運送契約によって引き受けたそれぞれの責任および義務を考慮して、財を付保することを意図する。しかし、付保された利益の権利者は財の権利者であり、少なくとも、保険事故がかかる結果をもたらした時はそうである。

保管者または運送人により締結された保険契約の場合には、保険は、商品が保管されているまたは運送される期間に限定される。しかし、このことが意味

(29bis) 問題は、保険の目的物の譲渡およびその後の保険契約の移転についても生じうる。この点について：Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p.211 ss.; Salandra, *Assicurazione* cit., p.336 ss. 民法典1918条（栗田和彦＝今井薫「イタリア保険法の逐条的研究（5）」関西大学法学論集426号325頁以下（1993年）（文責：今井）、拙稿・前掲注（12）69頁～70頁（訳者挿入））の施行前に関する問題について：Ramella, *Trattato delle assicurazioni* cit., p.996; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p.269.

(30) 目的物の所有者の利益を保護するために、受託者または運送人によって締結された保険契約と、受託者または運送人の利益を保護するために締結された契約とは区別されなければならない。この者達は、所有者との間の契約に基づき、受託期間中または運送期間中に生じた物の滅失または毀損について、所有者に対して損害賠償する責任を負う。それゆえに、彼らは、所有者の被った損害を賠償する責任を負うということに基づいて、保険者にリスクを移転することによって補償されようとする。しかし、異なった性質を持つ2つの保険が意味を持つ。というのは、一方の保険は、物そのものの保護を目的とするものであり、付保された利益の帰属者は保険契約者でないゆえに、他人のために締結された保険契約に含まれるのに対して、他方の保険は、保護されるのは、偶発のでき事に対して受託者または運送人の財産である。そして、この契約は財産保険の範疇に含まれる（同旨：Ferrarini, *L'interesse* cit., p.165）。これらの場合、所有者のためにする保険が指向される。というのは、これは広い範囲を持ち、法律によって受託者または運送人の責任に対して課された制限に対応して、所有者の利益を保護するには適しているからである。

するのは、保管者または運送人の利益を考慮するというのではなく、保険が存続する期間が合意によって定められた、ということにすぎない。だからといって、利益は存在しなければならず、それは商品の所有者のものである。

このように、保険契約を締結する者の立場と被保険者のそれとは区別されなければならない、つねに、契約者は契約によって保護される利益の権利者でもないということが明確にされなければならない。それゆえに、保険に付された利益の存在は、この場合においてもまた契約の本質的な要素でもあり、一般的な原則の特殊な適用の例である、と言いうる。

6. 責任保険、再保険および信用保険における利益

責任保険 (assicurazione della responsabilità civile) においても、または、一般的に財産保険 (assicurazione di patrimoni) においても、被保険者の利益の存在が疑問視される。⁽³¹⁾そして、被保険者と契約の目的を構成する利益との間の⁽³²⁾関係は存在しないと主張されているが、かかる意見は支持されていない。

とりわけ、この点に関しては、本書での検討の対象を、遭遇しうるこの初めの困難さから引き離す機会であろう。すなわち、たとえ利益が存在しても、利益は保険契約の目的を構成しない、と述べる必要がある。この点に関しては、第3章で論じたこと、および、そこで到達した結論に言及することで足りる。契約の目的に関して利益の問題を必然的に検討する希望として理解することなどによって、支持できない結論に至らざるをえない。というのは、利益は責任保険契約の目的を構成すると言えないだけでなく、とりわけ、契約の目的の独立した概念は存在しないからである。

しかし、すべての契約において、財産保険における利益の存在は、当事者の債務のみに関連する単純な考察を基礎とすることによって否定され⁽³³⁾ない。とい

(31) 同旨：Ferri, *L'interesse* cit., p. 214.

(32) 同旨：Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 70. この者は、被保険者と目的物との関係と同じように、被保険者とこの者の財産との関係の存在を否定している。というのは、物は保険金の限度額を具体的に決定しうる機能を持つものに対して、財産保険の場合には、同様のことが起こらないと解されるからである。しかし、このことについては、第3章注(13)に示していることと、Vitrerboの見解とを対比してほしい。

(33) 同旨：Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 69; Id., *Ancora del contratto di assicurazione* cit., c. 146; Spilrein, *Le contrat d'assurance de responsabilité*

うのは、私見によれば、被保険者の利益の保護は保険者の給付目的になるという事実は別にして、制定法は損害保険における被保険者の側に保険事故が発生しないという利益の存在を明確に要求しており、その結果、利益が契約の目的とならないならば、利益が存在するという必要とするからである。^(33bis)

財産保険において利益を決定する場合により重要なものは、各研究者により主張されている理論である。⁽³⁴⁾それによれば、損害保険では、物に関して考察し、物の保護に対する利益を論ずることができるに対して、財産保険では、この保険の類型において否定的な利益が存在しないゆえに、利益が論じられない結果を伴った債務のみが考慮されるとする。主体は引き受けた債務を履行する義務を負うにすぎない。

責任保険に関するこのような理解の間違いは、利益を論ずる場合に、契約から派生する債務ではなく、契約で保護される財との関係を考える、ということをもまったく考慮していないことにある。そこで、このことが目立つことが、責任保険において、被保険者は自己の過失ある行動または行為に起因する債務を負担しなければならないという事実、そして、保険者は被保険者に代わってこの債務を履行するという事実であるならば、現象の最初の論述にとどまる必要

civil cit., p. 81; J. von Gierke, *Versicherungsrecht cit.*, I, p. 115; Donati, *Il contratto di assicurazione cit.*, p. 140 ss.; 民法学説について: De Ruggiero, *Istituzioni cit.*, III, p. 274; Colin et Capitant, *Cours élémentaire cit.*, II, p. 56; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire cit.*, II, pp. 91-92; 第3章第17節を参照。

(33bis) 責任保険も損害保険に含まれ、その結果、民法典1904条(前掲注(*1))を参照(訳者挿入)の規定については、被保険利益(*interesse assicurabile*)が^s存在しなければならない、ということは否定されない。

損害保険における利益の必要性は、学説では明らかである(同旨: Ramella, *Trattato delle assicurazioni cit.*, p. 123; Mossa, *Saggio legislativo cit.*, p. 24; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione cit.*, p. 99; Ferri, *L'interesse nell'assicurazione danni cit.*, p. 205; Persico, *Assicurazioni marittime cit.*, I, p. 305; Salandra, *Assicurazione cit.*, p. 268; Fiorentino, *Assicurazione contro i danni cit.*, p. 29; Donati, *L'interesse cit.*, p. 343; Weens, *L'assurance de choses cit.*, p. 96; Bruck, *Das Privatversicherungsrecht cit.*, p. 475; Roelli u. Jaeger, *Kommentar cit.*, II, p. 25 ss.; Vanard, *La théorie de l'intérêt dans l'assurance cit.*, p. 695; Eeckhout, in *Legislazione belga cit.*, p. 30; Picard et Besson, *Traité général cit.*, II, p. 9; Ehrenzweig, *Das D.O. Versicherungsvertragsrecht cit.*, p. 199; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht cit.*, p. 168)。

(34) 同旨: Moelle e Unna citati dal Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione cit.*, p. 323, nota 1.

はない。この場合、保険という現象の効果を考慮することは、被保険者が債務を負担しなければならないという事実ではなく、とりわけ、かかる債務を負担した被保険者は自己の財産の減少を被るという事実である。

保険契約によって保護されるものは債務の負担である。それは、その限りにおいて財ではなく、債務を負担することによって損害を被る被保険者の資産である⁽³⁵⁾。

したがって、付保リスクはまさしく債務発生⁽³⁶⁾のリスクであり、損害を生じさせる事象が発生すると、損害は被保険者により負担されなければならない金額に対応すると考えたならば、その理由付けがより明確になるであろう。それゆえに、債務は契約で保護される財を構成するものではなく、保護される財がその価値に応じて減少するという額を示す、ということが明らかになる。

それゆえに、この場合においてもまた利益が存在し、利益はすべての個人を自己の資産に関連させる関係によって構築される⁽³⁷⁾。というのは、資産の減少が

(35) このタイプの保険については、とりわけ、物保険において、被保険者の財についてなされる似かよった議論に関連して、被保険者の財産が有している意義について広く検討した。そして、財産が契約の目的となるということを否定している (Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p.66 ss.; Spilrein, *Le contrat d'assurance de responsabilité civile* cit., p.70 ss.)。ただし、財産が保険事故で破壊され、ゼロになった場合であっても、損害が生じるということを疑う者はいないであろう。というのは、被保険者は、自己の損害賠償債務を履行するために義務を負わなければならないか、支払不能がもたらす侵害という結果を伴って、支払不能者となるからである。

(36) 同旨：Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p.323.

(37) 有力説はこの方向にある。たとえば、Kisch, *Handbuch* cit., III, p.143; Roelli u. Jaeger, *Kommentar* cit., II, p.254; Bruck, *Privatversicherungsrecht* cit., p.475; Vanard, *La théorie de l'intérêt* cit., p.705; Ferrarini, *L'interesse* cit., p.164, Picard et Besson, *Traité général* cit., III, p.288; Salandra, *Assicurazione* cit., p.268; Donati, *L'interesse* cit., p.232.

学説は、財産との関連において、利益の存在を否定しない。とりわけ、保険者が填補する損害は、被保険者が第三者にもたらしたのではなく、自己の過失ある行為の結果に対応しなければならないときに負担しなければならないものである、と述べている。このことは、第三者が権利を持っていないにもかかわらず、被保険者に対して損害賠償請求をするケースを考えるならば、明らかである。というのは、かかる場合においても、被保険者は第三者からの不当な請求に対抗するために、費用の捻出に取り組まなければならないなくなり、それゆえに、保険者が填補する損害に該当する財産の減少を被らざるを得ないからである (同旨：Pic-

自己の過失ある行為または行動に起因するにしろ、契約上引き受けた債務を履行する義務または相手方の債務不履行から派生するにしろ、個人は自分を完全に維持することを望み、資産の減少をもたらす事実がすべて自分にとり損害になるということは明らかだからである。それゆえに、責任保険とともに、財産保険の中に再保険と信用保険とが含まれる。

再保険においては、保険者＝再被保険者は、元受保険における保険事故が発生した場合、損害を填補せざるをえず、その結果、自己の資産が当該損害の額と同額について減少したとみざるをえない。この者は、全部または一部について保証されるので、このリスクを自己に代わって負担する再保険者に移転させ⁽³⁸⁾る。保護される損害の危険は元受保険契約にその起源を有し、それゆえに、契約上の責任を論ずることは正しい⁽³⁹⁾。

これに対して、信用保険では、危険はまさしく反対である。すなわち、相手方においてこの者の負担すべき給付が行われぬ、という危険である。資産の減少は、保険契約を締結した者が何かを支払う責任を負うという事実^(39bis)に起因するのではなく、この者が、当事者間であらかじめ締結された契約に基づいて行わなければならないという給付を相手方から受け取らなかった、という事実である。しかし、両方の場合ともに、結果的には、被保険者の資産は支払われたが領収されていない額の減少となり、この者は保険によってこの利益を保護する。

ard et Besson, *Traité général* cit., III, p. 287)。

(38) 再保険は保険の1つの類型であるという理論と比較すると(同旨: Hemard, *Théorie et pratique des assurances* cit., II, p. 326; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 383)、元受保険者について、契約上、引き受けられた債務の履行である損害または責任を考慮することができない限り、有力説(Persico, *La riassicurazione*, Padova, 1931, p. 79 ss.; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 104 ss.; Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 168 ss.; Vanard, *La théorie de l'intérêt* cit., p. 705; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 274; Sumien, *Traité théorique et pratique* cit., p. 168; J. von Gierke, *Versicherungsrecht* cit., II, p. 371; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., II, p. 371; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., II, p. 454)は、被保険者からの保険金支払請求によって元受保険者の財が減少することになるので、保険者は再保険者に対してかかる請求を移転させる限りにおいて、再保険契約もまた財産保険の類型に含まれると考えている。

(39) 同旨: Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit. p. 173.

この局面において、被保険者の損害は、保険の履行とは異なる契約の履行が欠けていることから生じるということを検討すれば、信用保険の再保険を区別することは可能ではないと思う。というのは、興味深いのは、かかる保険の類型において、損害は特定の物の減少という結果ではなく、被保険者の資産の窮乏化により構成されるという事実だからである。⁽⁴⁰⁾

(39bis) この点について：Hemard, *Théorie et pratique des assurances terrestres* cit., II, p. 147 ss. Michel, *L'assurance de crédit* cit., p. 22 ss; Jomier, *L'assurance des crédits* cit., p. 101 ss.; Wolf, *Die Kreditversicherungs* cit., p. 11; Ancey, *Les risques du crédit* cit., p. 118 ss; Picard et Besson, *Traité général* cit. III, p. 251 ss.; Graziani, *L'assicurazione del credito* cit., p. 85; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., II, p. 321 ss.

(40) 反旨：Ferrarini, *L'interesse nell'assicurazione* cit., p. 164。同旨：Vanard, *La théorie de l'intérêt* cit., p. 705; Picard et Besson, *Traité général* cit. I, p. 5; Sumien, *Traité théorique et pratique* cit., p. 245; 一般的に、すべての学説は信用保険は損害保険に含まれると考えている。学説の根拠は明確であり、責任保険もまた損害保険の類型でしかあり得ないということが認められていることと同じである。この原則は民法典1917条（栗田＝今井・前掲注（29-bis）316頁以下（文責：今井）、拙稿・前掲注（12）69頁（訳者挿入））で明確に認められている。同条は、損害保険の分野において責任保険を定めており、従来から学説でその旨は確認されてきた（同旨：Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile* cit., p. 61; Donati, *Il contratto di assicurazione* cit., p. 192; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni* cit., p. 18; Ehrenzweig, *Das D.O. Versicherungsvertragsrecht* cit., p. 355; 一般的に：Salandra, *Assicurazione* cit., p. 316。反旨：Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., p. 405 は、財産保険は付保される財が特定の物ではなく、個人の財産そのものであることから、第三分野（terza categoria）の保険であると解している）。しかし、損害保険の意味において、保護利益は、個人を特定物に関連付ける関係、そして、自己の財産の完全性に関連付ける関係であるということに従って、物保険と財産保険とを区別することができるならば、被保険者は、契約上引き受けた一定の金銭上の給付、または、自己の過失によって負担するに至った金銭上の給付を行わなければならないという偶発的義務を免れようとするであろうし、契約上、相手側によって引き受けられた給付の履行が十分でなかったことに対して補償されることを望むであろう。

伝統的な分類は損害保険の様々な類型を列挙するにとどまっていた。すなわち、盗難保険（assicurazione contro i futuri）や火災保険（assicurazione contro gli incendi）の他に、信用保険、責任保険等を列挙したり、時として、再保険を特殊な性質を持った独立の範疇に位置づけていた。しかし、利益の観点から問題を検討すると、様々な保険の類型は保護される利益が物の保全なのか、財産の完全性なのかの違いにより、2つのグループに集約される（同旨：Ferrarini, *L'interesse* cit., p. 164; Koenig, *Schw. Privatversicherungsrecht* cit., p. 405。たとえこれらの研究

それゆえに、利益に関連して言えば、物保険における損害保険と財産保険とを区別することができると思う。保険により保護される利益は、被保険者と特定の財との関係により構築される、または、被保険者と自己の資産との関係により構築されるからである。したがって、物保険の中に、所有者、用益権者、賃貸人 (locatario) 等の物について共有権 (diritto di godimento sulla cosa) を有している者によって締結された保険が含まれるのに対して、財産保険において保護されるのは被保険者の資産である。

むしろ、この点に関して、財産保険の中に含まれるのは、一般的な学説⁽⁴¹⁾によれば、人保険に含まれる費用保険 (assicurazione di spese) の類型である。それには、葬儀費用保険 (assicurazione delle spese funerarie)、婚資保険 (assicurazione delle spese in caso di matrimonio) 等が含まれよう。これらの場合では、後述するように、保護の対象は被保険者または第三者 (しかし、前述のように、この者自身が被保険者であると考えられなければならない) が、特定の有益なまたは不利益な事象が発生した場合、一定の費用を負担しなければならず、その結果、自己の資産における相応の減少を負担する可能性に対する資産である。

7. 葬儀費用保険および婚資保険における利益

学説は、一般的に⁽⁴²⁾、葬儀費用保険または婚資保険は人の生命の事象に関連しており、むしろ結婚は幸福な事象であり、かつ、人保険の損害填補性を否定する損害をもたらさないという事実を考慮して、これらの保険を人保険の中に含

者の見解が問題に関してきわめて限定されたものであるが、信用保険を財産保険の中に含ませていないとしても、前述のようである)。

この分類は重要である。そして、損害保険と生命保険という古い2分類 (bipartizione) は、これらは両方とも損害填補機能を果たすという理由で、もはや存在意義を失っていると考えられるならば、抽象的な分類が重要であると考えられる。そして、有益な分類は、本稿において最終的に提示するように、保護される利益に関連したものであるといえる。

(41) 同旨：Ascarelli, *Noterella critica sul concetto di assicurazione*, in *Assic.*, 1950, I, p. 128; 反旨：Donati, *L'interesse cit.*, p. 322.

(42) 同旨：Ascarelli, *Noterella cit.*, p. 128. 葬儀費用に関する保険について、これは人保険ではないが、人保険に関する規定、とりわけ、保険契約の解除に関する規定、および、保険金額の減額に関する規定がこの保険に適用されるか否かが検討されるにすぎない。

(42bis) める。しかし、かかる考えは、明らかにすべきであると考えられる見直しにおいて二重の間違いを犯している。

とりわけ、保険事故がもたらされる可能性が人の生命の事象に関連しているときにはいつでも、人保険にならざるを得ないとは言えない。⁽⁴³⁾ 生存保険 (assicurazione per il caso di vita) または死亡保険 (assicurazione per il caso di morte) においてすでに論じたように、一定の経済的入用が発生する場合、保険事故からもたらされる損害が発見される時まで、同様の混乱が可能である。そして、家長の早世およびその必要性を考えると、自己の家族の維持、および、もはや労働し得ない60歳を超えた人の入用に対処していた者を欠くことになる。かかる理論によれば、生存または死亡は一定の経済的必要性をもたらす事象に他ならない。それは、保険事故が発生したときに、死亡が葬儀費用という損害をもたらすでき事であると同じ方法で、その結果に対処する保険者により引き受けられる。

しかし、前述のように、もし人が経済的価値を有する財である限り、すなわち、保険事故によって破壊される財である限り、損害が人の生命の喪失の中において認識されるならば、葬儀費用保険との違いは明白である。このことからのみ、死亡は、人の生命の喪失によって構成される損害をもたらすでき事ではなく、被保険者またはその相続人の資産が葬儀に使われなければならない額によって構成される損害をもたらすでき事である、と言いうる。かかる資産上の減少の観点において、被保険者が保険契約を締結し、この者の資産が保険保護

(42bis) この点に関する批判：Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 322. および, Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 23 ss. は、葬儀費用保険については人保険の損害填補性の考え方を基礎とする。

(43) リスクと付保利益を区別することが基本的に重要である。というのは、損害をもたらすでき事は、これらの場合において同じであるが、付保利益は、電害保険において、被保険者が所有者であるか、受益権者であるか、物 (*res sperata*) の取得者であるかによって異なるからである。

被保険者の死亡は保険事故ではなく、自己の葬儀を挙行しなければならない必要性によって表される損害の遠因の1つである、という結論に至ることも必要である。しかし、この違いが不必要であると考えられるためにおいても、そして、つねに派生するすべての結果が死亡というでき事に関連していると望むためにおいても、被保険者の生命が保険保護の対象となる場合と、この者の財産が保護されるにすぎない場合とを区別することができないことはない。

の客体となる。

評価の第2の間違いは、自己または自己の親族の結婚のように、有益な事象の発生もまた費用の根源となりうるということ⁽⁴⁴⁾、および、かかる場合においてもまた、被保険者は自己の資産において窮状を回避することを求めるということ⁽⁴⁴⁾を考慮しなかった点にある。考慮すべきは、被保険者はかかる特定の費用を実行しなければならないということであり、保険契約を締結することによって、発生という資産上の結果を被ることを回避することにある。

この方法において、被保険者が自己の娘に対して、社会的状況において彼について認識されるもの以上の莫大な持参金を与える可能性を保証することになる、または、よりすばらしい結婚式を行う可能性を保証することになる、と異議を唱えることは有益ではない⁽⁴⁵⁾。本稿の成果において、特定の事象の結果において、被保険者の資産に否定的に影響する特定の費用を完成するという被保険者に対する必要性、および、被保険者において認められたその責務を保険者に移転する可能性のみが重要である。

もし被保険者の資産がない場合であっても、保険者は合意された金額を同様に支払わなければならない。しかし、このことは保険契約の損害填補性を否定するものではない。というのは、いかなる場合においても、かかる特定の費用に対して対処する必要性は存在するからである。

8. 人保険における利益

人保険において保護される利益は基本的に異なる。この保険では、人の生命という特定の事象は、前述の保険のごとく、出費が実現されるための単なる機

(44) この方法において、違法なでき事の発生により損害が生じえない被保険者にとって、好ましくないでき事を表すものとして、事故についてきわめて限定された概念が受け入れられるように思える。このことは、所有者が自己の所有物が破壊されたことについて喜ばないゆえに、物事の通常において生じることである。しかし、この精神的状況は損害に比較すれば付属品であり、その定義の中心を構成することはできない。損害を介して、財の破壊または財産の貧窮が意図されなければならない。より一般的には、経済学者が述べているように、予測できなかった新しい入用を生じさせる特殊な状況の発生をいう。財産の場合においても一定の費用が予見される必要があるゆえに、類似の新たな入用が生じる。

(45) この者が偶然の日について、偶然の額で付保されたならば、この者は入用があるものと考えられるであろうし、別々に供給されるものとして要求されないであろう。

会ではなく、被保険者が保護される生命という特定の事象が保険事故となる。

すなわち、葬儀費用保険では、保険事故は自己または第三者の葬儀に費消しなければならぬ必要性により構成され、死は、葬儀の必要性を生じさせるゆえに間接的にのみ重要であるにすぎないのに対して、生命保険では、死は、生命という財の破壊を生じさせるゆえに損害をもたらす。

学説の一部は、1つには、解釈に関する性質の考察に基づいて、すなわち、⁽⁴⁶⁾ 民法典1904条は損害保険のみに関連しており、人保険に関しては類似の規定を欠いているゆえに、そして、1つには、人と人体との間に経済的関係 (rapporto economico) を創造することが困難であるゆえに、人保険において利益の存在を否定してきた。⁽⁴⁷⁾ 2つの保険契約の類型におけるこのような形態の違いは、契約の統一概念の存在が否定され、人保険は損害填補機能を果たさないということが主張されているという事実の結果である。⁽⁴⁸⁾ これまで論じられたことに続いて、かかる理解の誤りに関して引き続き主張することは間違いであるように思える。確かに、人保険の損害填補機能が証明されるならば、この場合においても利益の存在を無視することはできない。

そこで、人は財であるということに疑いはない。すなわち、人は、たとえ具体化することは難しいが、経済的価値を有し、それゆえに実際が乏しいわけではない。というのは、生きるという事実のみを介して、人は、労働する可能性および特定の所得を給付される可能性を有するからであるのみならず、人は、経済学者が財を論ずる場合に必要であると考えているかかる性質に対応しているからである。それゆえに、人 (individuo) と人体 (corpo) との間に存在している⁽⁴⁹⁾ 経済的関係は、かかる財が破壊され、利益が存在する可能性に対して自

(*) 2) 前掲注 (*) 1) を参照。

(46) この点に関して、人保険においても利益が存在することを巡り第1章および前章において論じたことを参照すること。そして、この保険の類型においては立法者によって明確に要求されていない利益の存在が重要でない、ということに関しては、学説の論究および様々な研究者の立場の検討についても、前章を参照すること。

(47) 反旨：Donati, *L'interesse cit.*, p. 329 ss. およびその引用文献。

(48) 同旨：Ferri, *Manuale cit.*, p. 535; Fiorentino, *L'assicurazione contro i danni cit.*, pp. 21-22; Eeckhout, *Le droit des assurances terrestres cit.*, p. 70; Picard et Besson, *Traité général cit.*, I, p. 16 e IV, p. 1, および、前章第9節において論じた注で引用した研究者を参照。

己を保護されることを認める関係である。

物に対する愛情の価値 (valore di affezione di una cosa) を付保することはまったく重要ではなく、通常、禁止されているが、市場価値 (prezzo di mercato) を有していないものの、その価値の具体的な決定が契約当事者の意思に委ねられている財の価値を決定することは重要である。

それゆえに、人保険においてもまた、被保険利益 (interesse assicurabili) が存在する⁽⁵⁰⁾。そして、それは、人の自己の体に関する関係により構成される。このことは、通説により一般的に損害保険の中に含まれる傷害保険の場合に顕著になる。生命保険において保険保護の目的となる人体が付保財となる傷害保険を損害保険の中に含めることの難しさがなければ、これと同じ基準をすべての類似するケースに拡大することの矛盾は含まれない。

傷害保険を生命保険と区別するものは、保護される財や被保険利益ではなく、リスクである。というのは、前者において、被保険者が保護されるのは、一時

(49) 同旨：Donati, *L'interesse* cit., p. 330.

(50) 同旨：Salandra, *Assicurazione* cit., p. 345; Donati, *L'interesse nel contratto di assicurazione* cit., p. 333-334. かかる研究者達は新法典の公布後に論文を作成しており、すでに論じたように、民法典1919条 (栗田=今井・前掲注 (29-bis) 332頁以下 (文責：栗田)、拙稿・前掲注 (12) 70頁 (訳者挿入)) はかかる保険においてもまた利益の要求を否定しないという実際の要求の表現にすぎないと論じている (同旨：Ferri, *Manuale* cit., p. 545 は、利益はすべての種類において重要であると考えている)。

賭博禁止法 (Gambling Act) により認められたこの原理は、学説によって重要であるつつねに考えられてきた (同旨：Alauzet, *Traité général* cit., II, p. 479; Herbault, *Traité des assurances sur la vir* cit., pp. 108-109 もまた、利益の要求は、利益が必ずしも財産的な性格を有する必要はないと述べることに限定されているということを否定している)。

その後の制定法はかかる原理を継受した (同旨：1886年商法典449条、ベルギー法41条)。そして、その後、それが存在している場合に、具体的に決定することの困難が生じている (この点に関して、以下も参照：Manfredi, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 279; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 382; Eeckhout, in *Legislazione belga* cit., p. 31)。

(51) Hemard, *Théorie et pratique* cit., II, p. 443; Valeri, *Natura e disciplina delle assic. contro gli accidenti* cit., p. 274; Fiorentino, *Assicurazione contro i danni* cit., p. 20; Fanelli, *L'assicurazione privata contro gli infortuni* cit., p. 102。少なくとも、一時的不能保険または永久不能保険に限る。

的不能 (*invalidità temporaneo*) もしくは永久不能 (*invalidità permanente*), または, 死が偶然のかつ不慮のでき事によってもたらされる場合に限られるからである。この点において, それゆえに, 人保険を2つの範疇, すなわち, 生命保険と傷害保険とに区別することが可能でないと思う。というのは, 傷害保険は損害保険の中に含まれ, 独立した類型を構成するからである。すなわち, いかなる場合においても付保利益は同じであるからである。⁽⁵²⁾

ここでは, 第1章において, とりわけ第6章第12節において論じたことに固執したり, 生命保険の損害填補性について到達した結論に固執しない。損害填補性について論じたように, それはまさしく, 人保険においても, 保険者の給付は, 保険事故が生じないことに対する被保険者の利益を保護することの中に存在するという事実に立脚する。そして, かかる保険においても, 利益が存在するということが必要である。

保護される利益は, 場合に応じて, 人の生命の保護に対する利益, 一定年齢を超えて生存し続けることから派生する利益, 人としての完全性に対する利益, または, 第三者の完全性もしくは生存に対する利益等となる。⁽⁵³⁾

9. 混合保険

学説により検討され, 実務において取り扱われている人保険の最後の類型は混合保険 (*assicurazione miste*) である。

この保険は, 一般的に, 生命保険と生存保険 (*assicurazione sulla sopravvivenza*) とが混合した保険であるとされる。⁽⁵⁴⁾しかし, この場合には, 死亡保険と生存保険との混合と考えるのではなく, 保険契約とカピタリザシオン (*capitalizzazione*) との混合と考える必要はない。このことは, かかる保険の種類の損害填補性を認めることの多大な困難さを意味する。

混合保険では, 被保険者は, いかなる場合においても, 一定の年齢の経過後

(52) 反旨: Fanelli, *L'assicurazione privata contro gli infortuni* cit., p. 104.

(53) かかる方法で, 死亡保険, 生存保険, 傷害保険, 他人の生命の保険等が存在するが, この他に, 他人のためにする傷害保険 (*assicurazione contro gli infortuni a favore di un terzo*) も存在しうる。これについては, Ascarelli, *Elisir di lunga vita* cit., p. 1148 が論じている。

(54) 同旨: Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p. 108; Vivante, *Del contratto di assicurazione* cit., p. 394; Picard et Besson, *Traité général* cit., IV, p. 60; Salandra, *Assicurazione* cit., p. 343.

には、または、早世という最悪の場合には、契約において約定された金額の支払に対する権利を有する。

少なくとも、かかる契約において、死亡および生存という真っ向から対立する2つのリスクが1つの契約において保護されるということは不思議である。このことは、とりわけ、生存保険契約を認めることができないという、被保険者についてすべてのリスクを排除することに等しい。というのは、このことは、保険金を儲けるという可能性を否定する早世という偶発性に基づくからである。さらに、対立する2つのリスクの存在は、結果として保険料の減少になるのではなく、その増加になる。しかし、具体的に被保険者の支払った保険料の額からの検討となるであろう。それにより、これまで支配的であった理論の間違いを確認することが可能となる。

保険者の死亡率表について論じるならば、保険料は、1つには、特定の期日の経過時に被保険者によって負担されるべき金額のカピタリゼーション率によって算定され、⁽⁵⁵⁾ 1つには、早世リスクに対する報酬として算定される、ということ
を明らかにするのは簡単である。それゆえに、特定の期日における死亡の場合の保険契約が存在し、カピタリゼーション契約に連動した(保険料の少ないことを意味する)完全な生命の期間に関する契約は存在しない。⁽⁵⁶⁾

かかる方法において、保護を求めるリスクのみではなく、利益をも認めることは容易である。さらに、カピタリゼーション活動に関連して損害填補性を論ずることができない理由を含む。しかし、このことは早世の場合に関する保険について明確となる。

10. 利益の異なった需要性に基づく保険契約の分類

それゆえに、保険契約のすべての類型は保証機能を果たし、すべての類型において被保険利益が存在すると考えられる結果、各種の保険契約の有益な唯一の分類は3分類、すなわち、物保険、財産保険そして人保険になると述べるこ

(55) しかし、生存保険においては、その率は必然的に低い。それゆえに、所定の期日前の早世、および、その時まで払い込まれた金額を結果的に失うという被保険者の経験したリスクに相当する金額まで減少されなければならない。

(56) リスクは、損害填補説の初期の提唱者が考えていた早世リスクである(同旨: Lefort, *Traité du contrat d'assurances sur la vie* cit., p.11; Chaufton, *Assurances terrestres* cit., p.312; Herbault, *Traité des assurances sur la vie* cit., p.37 ss.)。

とができる。

最初のカテゴリーである物保険では、人と特定の財との関係が付保され、被保険者が物の所有者であったり、単なる享有権 (diritto di godimento) という制限された権利の帰属者であっても同様の機能がみられる。そして、この者は、保険に付された財の喪失に対して保護されることを望み、さらに、財から割愛しようとした利益および期待する理由が存在した利益の喪失を恐れる。

財産保険には、保険事故の発生により、自己の資産を減少させる、または、被保険者が受領権限を有している金額の第三者による支払の欠如から生じる減少に対して、一定の金銭の支払を行う必然性が生じる保険がすべて含まれる。この点に関して、かかる金銭上の給付を実行する必要性は、被保険者の過失ある行為から生じたものであること、当該契約から生じたものであること、または、人の生命の特別な事象に関連しているということは重要ではない。この範疇には、責任保険、再保険、信用保険、葬儀費用保険および婚資保険が含まれる。

人保険に含まれるのは、保護される財が人の生命自体であるすべての保険である。稼働能力の減退をもたらす、または、死亡をもたらす将来の事象に対して保証を望む場合、そして、死亡または生存というリスクの保証を望む場合である。すなわち、それゆえに、かかる場合には、死亡保険または生存保険の他に、混合保険および傷害保険が含まれる。

(完)