

《研究ノート》

債権法改正私案

——終身定期金契約（民法六八九条以下）に関して——

西原慎治

I 改正案

現行民法典六八九条ないし六九三条を、以下のように改正することを提案する。

《現行法》

第十三節 終身定期金

（終身定期金契約）

第六百八十九条 終身定期金契約は、当事者の一方が、自己、相手方又は第三者の死亡に至るまで、定期に金銭その他の物を相手方又は第三者に給付することを約することによって、その効力を生ずる。

（終身定期金の計算）

第六百九十条 終身定期金は、日割りで計算する。

(終身定期金契約の解除)

第六百九十一条 終身定期金債務者が終身定期金の元本を受領した場合において、その終身定期金の給付を怠り、又はその他の義務を履行しないときは、相手方は、元本の返還を請求することができる。この場合において、相手方は、既に受け取った終身定期金の中からその元本の利息を控除した残額を終身定期金債務者に返還しなければならない。

2 前項の規定は、損害賠償の請求を妨げない。

(終身定期金契約の解除と同時履行)

第六百九十二条 第五百三十三条の規定は、前条の場合について準用する。

(終身定期金債権の存続の宣告)

第六百九十三条 終身定期金債務者の責めに帰すべき事由によって第六百八十九条に規定する死亡が生じたときは、裁判所は、終身定期金債権者又はその相続人の請求により、終身定期金債権が相当の期間存続することを宣告することができる。

2 前項の規定は、第六百九十一条の権利の行使を妨げない。

(終身定期金の遺贈)

第六百九十四条 この節の規定は、終身定期金の遺贈について準用する。

《修正案》

第十三節 射倅契約

(射倅契約)

第六百八十九条 射倖契約は、当事者の一方または双方の契約上の出捐が、偶然の事件によって左右され、その結果、当事者の具体的な出捐の均衡関係が、偶然によって左右されることを約することによって、その効力を生ずる。

(無効原因——当事者が知っていた場合)

第六百九十条 射倖契約は、当事者が契約の当時から、約定の事件が生じたこと、あるいは生じえないことを知っていた場合には、無効とする。

(無効原因——損益が明らかの場合)

第六百九十一条 射倖契約は、約定の合意が、契約当時から少なくとも当事者の一方にとって損益が確実であるときは、無効とする。

(無効原因——賭博の無効)

第六百九十二条 賭事ならびに博戯は、無効とする。但し、本法その他の法律にこれと異なる定めのある場合には、この限りではない。

前項の定めによる無効は、返還請求を妨げない。

第六百九十三条 《削除》

II 改正理由

1 終身定期金の削除と射倖契約の創設

現行民法典六八九条以下は、終身定期金について五箇条の規定をおいている。しかしながら、明治民法典成立当初に想定されていた終身定期金の機能は、現代にあつては、保険・各種の年金制度等に代替されている。この意味で、現在にあつては、終身定期金の独自の典型契約としての意義は乏しいものといわざるを得ない。

終身定期金は、射倖性・継続性・終身性という性質を有するが、本私案にあっては、そのうちの射倖性に着目し、これを射倖契約という典型契約の規定に置き換えることを主眼とするものである。その理由は、以下の通りである。

現行民法典は、明治時代の立法より一〇年を経ているが、その間、経済や社会は制定時の予想を超える大きな変化を遂げ、また市場のグローバル化はそれへの対応としての取引法の国際的調和の動きをもたらしめている。こうした状況のもと、リスクを対象とした契約の一般規定をおく必要性は極めて高いものといえる。したがって、今日の高度に複雑化された取引社会における基本法典の内容についての透明性を確保するという意味で、射倖契約に関する基本的な規定をおくことが、今後の民法と特別法の関係、ならびに判例形成にとって必要不可欠なインフラ整備であるといえるものである。

また、民法典の構成上、ここに終身定期金の規定を削除して、これを射倖契約の規定に置き換える必要性は高いものと思われる。すなわち、現行民法典は、一三種類の典型契約を規定しているが、この中で、終身定期金を除くすべての有償契約は、実定契約を前提とするものである。したがって、終身定期金の規定を削除するのみでは、リスク移転機能を有する射倖契約についての規定が民法典上に存在しなくなるのである。つまり、現行民法典における典型契約の構成にあっては、終身定期金が唯一の射倖契約へのアプローチ方法であった。そうして、終身定期金は、対等な市民間における実定契約を基軸とする民法典と、保険契約を代表としたリスク移転機能を有する射倖契約という契約類型との間の架け橋としての重要な役割を担っていた。また、現行の消費者保護法制のひとつの目的は、消費者たる私人を、いかにしてリスク移転の合意によって生じる弊害から保護することにあるものといえる。したがって、民法典の改正によって、終身定期金契約を法典から削除したとしても、射倖契約

の一般規定が、民法典内での整合性ならびに、民法典と商法・消費者保護法制をはじめとした特別法との架け橋としても必要不可欠な規定となるのである。なお、仮に終身定期金契約を代表とする射倖契約に関する規定を民法典から全く削除するのであれば、その結果、リスクの移転型契約という点で、日本法はそのよりどころを失うこととなり、法典内の整合性ひいては民法と特別法との距離を一層遠くすることとなるであろう。

さらに、ここに射倖契約に関する規定を定める意義は、保険法（平成二〇年法律第五六号および第五七号）の成立との関係が挙げられる。保険契約は射倖契約であることが知られている（通説）が、その際に、民法上に射倖契約に関する一般的な規定がないことが、保険契約の私法上の性質解明に大きな障害となっている。すなわち、どこからが射倖契約の性質で、どこからが保険契約の特殊性に起因する性質であるのか、十分に解明できていないのが現状であるといえよう。民法の従来の契約法の理論は、実定契約を念頭においたものであるために、射倖契約の一種である保険契約に対するアプローチにも限度があり、その結果、保険契約法論を一般の契約法論から大きく乖離させてしまうことになりかねない。従来、この点についての大きな障害となっていたひとつの原因は、民法上の射倖契約としての性質を有する典型契約が、終身定期金契約という形式でしか存在していなかったことにある。保険契約も（有償）終身定期金契約も射倖契約であるという特徴を有しているが、終身定期金契約と保険契約は、一般法と特別法の関係になく、単なる並列の関係にある（後掲フランス民法一九六四条参照）。このような状況から鑑みるに、一般法としての射倖契約と特別法としての保険契約（ならびにその他の射倖契約）という法典の編纂形式が、一般法と特別法という体系からは、望ましい立法の在り方であることが理解されるであろう。この意味でも、民法典の典型契約に射倖契約を規定することは、実務上ならびに理論上、大きな意義があるものといえる。

なお、本私案でいう「射倖契約」という用語についてであるが、これはフランス語の *les contrats aleatoires* (フランス民法典一一〇四条、一九六四条以下) の邦語訳であり、わが国においてはこれを「射倖契約」と訳すのが通例であるために、本私案においても、その訳例に倣っている。もともと、「射倖」という日本語からは、僥倖の利益を想起させるために、不労利得により勤労の美德を失わせるという、われわれの法感情に必ずしも合致するとはいえないニュアンスを含むものとなっている。そうして、その結果、ア・プリオリに、あらゆる射倖契約が民法九〇条によって無効となるという誤謬を生じさせるものとなっている。しかしながら、保険契約等の例を見るまでもなく、射倖契約も契約の一種であり、意思自治の原理ないし契約自由の原則に基づき、有効であることを原則として把握しなければならない。したがって、「射倖」という用語の有する独特のニュアンスが法典上の用語法として不適切であるならば、適切な用語を探せばよいだけである。現に、旧民法典(明治二三年民法典)の成立にあたっては、ボワソナード民法典草案における *les contrats aleatoires* という用語を、「射倖契約」とすべきか「懸空契約」とすべきかについて二転三転する議論があったという経緯は、ここで指摘しておく必要があるだろう。

2 フランス民法典ならびにドイツ民法典の射倖契約に関する立法

フランス民法典は、一一〇四条において、有償契約の細分類として実定契約・射倖契約の定義を規定し、その後、一九六四条以下において、再度射倖契約についての規定をおいた上で、各種の射倖契約について規定する。フランス民法典一九六四条は、射倖契約の例として、保険契約 (*Le contrat d'assurance*)、冒險貸借契約 (*Le prêt à grosse aventure*)、賭事および博戯 (*Le jeu et le pari*)、終身定期金契約 (*Le contrat de rente viagère*) の四つを

挙げるが、これらは列挙にすぎず、そのほかにも投網の売買 (le vente de coup de filet) をはじめとした無名射倖契約があるとされる。

このように、フランス法は、有償契約を実定・射倖契約と分類して規定するが、その実益として挙げられるその最も重要なものは、暴利行為に基づく取消訴権 (以下、レジオンと表記) の適用の有無であるとされる。すなわち、当事者にとつて、あらかじめ何を与えるかが契約当初から明らかである実定契約にあつては、対価の不均衡ということが起こり得るために、レジオンの適用が認められる。しかしながら、最終的な当事者の出捐が契約当初からは明らかではない射倖契約にあつては、そもそも対価の不均衡ということは起こり得ないために、レジオンの適用は認められない (「偶然性はレジオンを追い払う (L'aléa chasse la lésion.)」)。

これに対して、ドイツ民法典 (BGB) にあつては、レジオンの制度を法典化しなかったこととの平仄を合わせることもあり、実定・射倖契約という概念を法典化しない。そうして、BGBは、射倖契約に関する一般的規定をおかず、七六二条以下に賭事 (Spiel) ならびに博戯 (Wette)、富籤および賞金契約 (Lotterie- und Ausspielvertrag) 等についての規定をおくのみである。

しかしながら、現在、射倖契約の意義は、レジオンの適用の有無に限られるものとは理解されていない。例えば、フランスにおいては、コーズ論との関係で、射倖契約における独自の契約の有効要件を模索する試みがなされてきている。また、ドイツでは、射倖契約のローマ法上の起源とされる希望の売買 (emptio spei, Hofrungskauf) に関して、売買法の分野において、こうした取引は、原始的不能の規定の適用はあるが、後発的不能の適用はない等の説明が散見されるところである。このことから理解されるように、フランスにおいても、ドイツにおいても、現在にあつては、射倖契約を代表としたリスク移転型契約に関する法律行為の有効要件の検討に焦点が注が

れているといえる。したがって、リスクの移転をその主たる機能とする射倖契約にとつての現代的意義は、こうした契約の有効性を正面から認め、その上で射倖契約が実定契約とは異なる合意構造を有しているという点に着目し、その本質的な無効原因の代表的な類型を規定することにある。

現行民法典の制定に際して、レジオンの制度を採用しなかったわが国にあつては、——ボワソナード旧民法典草案とは対照的に——射倖契約についての規定を法典化しなかった。しかしながら、既述の通り、今日のわが国内外の取引社会を見た場合に、射倖契約についての一般的な規定をおくことは、必要不可欠であると思われるし、また、こうしたフランス法、ドイツ法の法典ならびに学説の方向性と一致することはあつても、相反することはない（なお、Rolf Knütel によれば、射倖契約の一種である希望の売買（Hoffungskauf）に起源を有する立法例として、前述のフランス民法典以外にも、オーストリア民法典一二六七―一二六九条、イタリア民法典一四六九―一四七二条、スペイン民法典一七九〇条、ポルトガル民法典八八〇、八八一―八八二条、アルゼンチン民法典一四〇四―一四〇七条、二〇五一条、ブラジル民法典一一八条、チリ民法典一八一―一八三―一八四―一八五―一八六―一八七―一八八―一八九条、メキシコ民法典二三〇九条があるとする（Rolf Knütel, Hoffungskauf und Eviktionshaftung, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 2000, S. 445.））。したがって、本私案は、射倖契約の定義ならびに、射倖契約に共通する一般原則、ならびに賭博が無効であることを規定するものである。

3 射倖契約一般に認められる特徴

このように、本私案における射倖契約とは有償契約を前提とする概念であるが、これに一般的に認められる性質を例示すると、以下のようなものが挙げられる。

3—1 意思効果

射倅契約における合意構造からは、一般に、以下のような性質が認められる。

① 射倅契約は、当事者の合意に偶然性が含まれるものでなければならぬ。

射倅契約にあつては、偶然の事件に当事者の出捐の成否ならびに量を依存させるという合意をしていることから、その合意には偶然性 (Talea) が含まれていなければならない。契約当初に、約定の事件の発生不発生の偶然性がない場合には、当該契約は無効となる。この偶然性には、二種類 (客観的偶然性ならびに主観的偶然性) が知られている。

客観的偶然性とは、射倅契約における偶然性を、約定の事件の客観的な成否可能性に求める考え方である。例えば、射倅契約の有効要件に客観的偶然性を要求する場合には、約定した事件の成否が契約当初にすでに定まっていた場合には、当該契約は無効となる。これに対して、主観的偶然性とは、射倅契約における偶然性を、約定の事件の成否可能性についての当事者の不知 (善意) に求める考え方である。したがって、射倅契約の有効要件に主観的偶然性を要求する場合には、約定した事件の成否が契約当初にすでに定まっていた場合であっても、当事者双方がその事実を知らない限りにおいては、当該契約は有効であるというものである。

立法政策としては、主観的偶然性、客観的偶然性のいずれを採用することも可能である。前者を採用する場合には、意思自治の原則に忠実であるという長所は認められるものの、当事者の内心という主観面をどのように推し量っていくのか、という立証の問題を避けて通ることはできない。反対に後者を採用した

場合には、偶然性の内容に一定の客観的な基準を導入することにより、保険契約法の分野でしばしば用いられる、いわゆるモラル・リスクを一定の範囲で排除することが可能ではあるという長所が認められるものの、主観的偶然性を要素としたリスク分配の契約を一律に排除してしまうという恐れがある。

本私案にあつては、当事者の通常の合理的意思を推定することにより、主観的偶然性を射倖契約における原則的な偶然性と規定するものである。その上で、主観的偶然性が欠ける射倖契約を無効とするものである。その結果、現行民法五七二条ならびに商法六四二条（保険法五条等）は、主観的偶然性の原則を定めた規定であることになり、民法一三三条は、客観的偶然性の例外を定めた規定であると理解されることとなる。

② 射倖契約は、契約の当初より、当事者の損益が不確定でなければならぬ。

偶然の事件によって当事者の損益に変動をもたらす射倖契約にあつては、契約当初には、当事者双方にとって、損益は不確定なものでなければならぬ。例えば、有償の終身定期金契約において、譲渡された不動産からの収益が、終身定期金の額よりも大きい場合には、射倖契約の要素である損益の不確定性が欠けるために、当該契約は無効となる。

③ 射倖契約は、当事者の双方に不確定性が平等に存していなければならない。

射倖契約にあつては、当事者の合意に際して、同一程度での平等性が保障されていなければならない。このような平等性は、対等な市民間の契約関係を規律する民法典においては、あらゆる契約に認められ

るところである。しかしながら、射倖契約にあつては、当事者は約定の事件の結末による損益の所在について不確実な合意をしていることから、この合意内容に関する情報、すなわち危険の実現可能性に関する情報について、当事者双方が平等の状況に置かれていなければならない。保険契約においては、一般の契約に比してより強く信義誠実が契約当事者に要求されるといわれるのは、この意味においてである。

例として挙げられるのは、保険契約法におけるいわゆる告知義務（保険法四条、二八条）である。そこでは、危険料率の算定に影響を与える事項については、契約者に告知義務を課し、その不履行に関しては保険者に解除権を付与するものであるが、その根拠は、当事者が約定したリスク内容に対する評価を平等にしようとするところにある。保険契約法における同様の例としては、特別危険の消滅（保険法一一条）、損害発生のお知らせ（保険法一四條）等が挙げられる。

④ 射倖契約は、当事者の一方が約定の事件を故意に成就してはならない。

射倖契約にあつては、当事者の具体的な出捐義務の存否は、契約当初からは不確実な偶然的事件の成否にかからしめられているために、当事者の一方が故意に事件を成就したとしても、その結果として、相手方の出捐義務は発生しない。射倖契約においては、約定の事件の成否はあくまで当事者のあずかり知らぬところに存するという合意をしているために、このような原則が認められることは首肯されるであろう。なお、現行民法典上に、この法理が応用されている例としては、条件成就の妨害に関する民法一三〇条、随意条件に関する一三四条が挙げられる。

このように、損害・生命保険契約や終身定期金を代表とする射倅契約は、通常の売買を代表とする実定契約とは異なった合意構造を有していることから、特殊の効果が導かれるものである。本私案においては、上述の①ないし②を法定するものである。なお、③に関しては、保険法の諸規定等によって具体化されているということ、④については、民法の条件付法律行為に類似の規定があるため（民法第一二八条、一三〇条、一三四条）、重複を避けるために規定する必要はないものと思われる。

3—2 法定効果

また、公営競技、当せん金付証券（いわゆる宝くじ）等の私法上の効力を担保するために、いわゆる賭博を原則として無効とする一般規定をおく必要も生じる。従来は、賭博が無効であるということは、刑法上の賭博罪との関係、あるいは民法九〇条の解釈論の中で、取り扱われてきたようであるが、前者は公法上の規定であることから、私法上の関係に対して直接適用することができないということ、また後者は、一般条項としての抽象性であるということから、特別法との関係で規定する必要があるものといえよう。特に後者に関しては、保険契約の適法性を判断する上でも、重要なメルクマールとなるように思われる。

4 射倅契約の定義

4—1 射倅契約の要素——「出捐の不確実性」と「損益の不確実性」——

本私案において、射倅契約の定義は、六八九条に定める通りである。それによれば、射倅契約にあつては、二重の合意が要求されることとなる。すなわち、①射倅契約の合意は、一方または双方の契約上の出捐が、約定の

偶然の事件によって左右されるということ（出捐の不確実性の合意）、ならびに②その結果として、当事者の具体的に出捐の均衡関係が、偶然によって左右されること（損益の不確実性の合意）、のふたつより成り立っている。したがって、射倅契約が有効であるためには、この両者に関して、それぞれ法律行為の有効要件を満たす必要がある。射倅契約も契約であるために、基本的には実定契約における法律行為の有効要件が妥当するもの、実定契約と射倅契約では合意の構造が異なるために、通常の実定契約には見られない、射倅契約独自の有効要件を規定する必要がある。

なお、ボワソナード旧日本民法典草案にあつては、射倅契約の定義を、①のみとしていたが、本私案にあつては、その立場を採用しない。これには、射倅契約が有償契約を前提として生成・発展してきた概念である、という沿革上の理由に加えて、以下の理由を指摘することができる。すなわち、まず第一に、射倅契約は有償契約を前提とするリスク移転機能を有する契約類型であるために、①のみの定義であれば、無償契約であっても、射倅契約たるということ。次に、①のみをもって射倅契約との呼称を与えるのであれば、保証契約、担保権設定契約をはじめとして、条件付法律行為に至る（以下、出捐の不確実性のみが存在する契約類型を準射倅契約と総称する）まで、すべて射倅契約たることとなるが、これは民法典の体系上、ふさわしい立法選択とはいえない。つまり、仮に①のみの要素をもって射倅契約という定義づけをおこなうのであれば、その定義のもとでは、例えば、条件付法律行為も射倅契約に含まれてしまうために、条件付法律行為との間で概念の抵触が起り、ひいては条文間の齟齬が生じる恐れがあるためである。したがって、本私案においては、射倅契約にとつての要素として、①出捐の不確実性に加え、②損益の不確実性までも要求する。その結果、本私案における射倅契約とは、有償契約を前提とした概念であるということは、本私案の定義の中にはすでに織り込まれていることになる。

その結果、準射倅契約と射倅契約との間では、①の出捐の不確実性という共通点を見出すことはできるものの、リスク移転という機能ではこの両者は区別されるために、両者は概念上明確に区別されることになる。

4—2 給付の特質からみた射倅契約

通常の実定契約においては、そこで給付されるものは与える給付・為す給付のいずれかである。条件付法律行為にあつても、条件成就後の当事者の出捐は、通常は与える給付・為す給付のいずれかに該当するものである。しかしながら、射倅契約にあつては、約定の事件の発生・不発生にかかわらず、契約は有効であることから、ここで行われている給付は、与える給付・為す給付のいずれでもない。射倅契約における給付は、チャンスあるいは偶然性 (*Talea*) と言われるもの、あるいは日本の学説の上でしばしば担保給付 (*praestare*) と言ひ表されるものであるという特徴を有する。これが現行民法典上に表れている例としては、民法一三〇条所定の、「条件の成否が未定である間における当事者の権利義務」、すなわち講学上、期待権と呼ばれる財産権がそれに該当するであろう。しかしながら、本私案における射倅契約とは、条件付法律行為を代表とした実定契約とは異なり、損益の不確実性までも要求することから、そこにはリスクの移転機能が認められることに注意すべきである。

4—3 本質的射倅契約と付随的射倅契約

なお、射倅契約には、当事者の主たる効果意思が射倅契約としての性質を帯びる本質的射倅契約と、当事者の従たる効果意思が射倅契約としての性質を有する付随的射倅契約の分類が知られている。前者の例として挙げられるのは、終身定期金・保険契約を代表とする契約であり、後者の例として挙げられるものに、現行民法典にお

ける危険負担・（瑕疵）担保責任等の制度がある（なお、最近の裁判例で見られる賃貸借契約におけるいわゆる定額補修分担金特約（例として京都地判平成二〇年四月三〇日金商一二九九号五六頁以下）もこれにあたる）。すなわち、危険負担、（瑕疵）担保責任等の規定は、有償契約における当事者のリスク配分の規定であると理解されるが、これらは通常、当事者の主たる効果意思の中に認められるものではなく、契約当事者の付款意思として理解される（危険負担・瑕疵担保の規定が任意規定であるとされるのは、その証拠である）。したがって、危険負担・瑕疵担保を代表とした有償契約のリスク配分の法理にあっても、射倅契約の法理は一定の適用が見られることになる。例えば、①「先見できない事情」によって一方当事者の給付義務の履行が不可能なることを前提とする危険負担の性質、②瑕疵担保責任においては、当事者が契約当初には知りえない「隠れた」瑕疵を対象とすること、さらには③瑕疵担保条項の有効要件に、売主の善意を要求している（民法五七二条）という点は、これらの規定が、射倅契約としての特約（付随的射倅契約）として法定されているためである。もっとも、本私案において規定されているのは、あくまで本質的射倅契約を念頭に置いているということには注意が払われるべきであろう。

4-4 本来的射倅契約と付加的射倅契約

通常の売買契約にあつては、買主は代金支払義務を負担するのに対して、売主は財産権移転義務を負担する（民法五五五条）。そこでは当事者の合意は一定の与える給付を行うものとして理解される。しかしながら、射倅契約の中には、保険契約・終身定期金契約のように本来的に射倅契約としての性質を有さざるを得ない契約類型（本来的射倅契約）のほかに、当事者がある実定契約に射倅契約としての性質を付与する契約類型（付加的射

倅契約) が知られている。ここでは、後者について、射倅契約の代表例として古くから挙げられる「投網の売買 (la vente d'un coup de filet)」を例に説明してみよう。「投網の売買」とは、買主が、売主(漁師)との間で、あらかじめ漁で獲れるであろうすべての魚を買い受けるというものである。このケースにおいて、当事者の合意が、「もしも魚が獲れた場合には、買主は代金を支払う」というものであった場合には、これは停止条件付売買契約として理解される(ローマ法上の期待物の売買 (emptio rei speratae))。だが、当事者の合意が、「魚が獲れるか否かにかかわらず、代金を支払う」というものであった場合には、これは射倅契約の性質を帯びた売買契約であるということになる(ローマ法上の希望の売買 (emptio spei))。このような付加的射倅契約の例としては、投網の売買(いわゆる青田買い)のほか、係争中の債権の譲渡、将来債権の譲渡、保険契約者の地位の譲渡、外国為替証拠金取引(いわゆるFX)の一定のもの等があるが、これらは売買の形式を採った射倅契約であるといえる。また、冒險貸借契約、出世払契約の中の一定のものは、消費貸借の形式を採った射倅契約であると理解される。このように、射倅契約は、保険契約に代表される本来的射倅契約に限られるものではなく、こうした多数の付加的射倅契約が多く存在している(デリバティブ取引、レポ取引、サブリース等)。また、一定の保証契約ならびに担保権設定契約も、射倅契約との関係で理解が可能であろう。このような観点からも、近代市民間の平等な権利関係について規定する民法典に、こうしたリスク移転を目的とした射倅契約についての基本的な規定がおかれることが必要であるし、また、射倅契約の規定が民法典上の典型契約として取り入れられる必要性を認める次第である。

5 射倅契約の有効要件

このように、射倅契約も契約の一種であるために、その有効要件も、通常の実定契約と同様に理解されるのを原則とする。しかしながら、射倅契約にあつては、当事者の合意は出捐の不確実性ならびに損益の不確実性を含むものであるから、その有効要件も、実定契約の一般理論によるほかは、射倅契約における合意の特殊性に対応する形で存在することになる。すなわち、出捐の不確実性が欠ける場合（5—1）ならびに損益の不確実性が欠ける場合（5—2）である。そうして、ここに射倅契約独自の有効要件を類型化して規定する意義が見出されるであろう。それに加えて、射倅契約にあつては、不勞利得の弊害が生じやすく、公の秩序ならびに善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為（民法九〇条）に該当する場合も多くみられることから、これを賭博という呼称を与えた上で、その効力を規定する必要がある（5—3）。

5—1 無効原因——当事者が知っていた場合——（私案六九〇条）

射倅契約における無効原因の第一の類型は、出捐の不確実性が欠ける例として、契約当初に当事者が事件の結末を知っていたという場合についてである。

従来のが国の学説に従えば、保険契約においては、すでに生じた事件に対して保険契約を締結しても、それは無効であるのを原則とする。しかしながら、通信未発達の時代の海上保険の沿革上、当事者が知らないことを条件として、これを有効としても当事者の利益は害されず、商法六四二条（保険法五条）は一般法理たる原始的不能の例外を定めたものとして理解することができる。

しかしながら、射倅契約にあつては、当事者の合意の要素は、偶然の事件に当事者の具体的な出捐義務の存否

ならびにその大小をかからしめることにある。したがって、射倅契約における合意の要素は、当事者が当該事実を知らないこと（主観的偶然性）に求められるべきである。したがって、本私案においては、無効原因の第一の類型として、射倅契約における合意の原則を主観的偶然性に求め、これを欠く契約を無効とする旨を規定する。もつとも、主観的偶然性に関しては、特別法ならびに約款等により客観的偶然性へと修正が加えられることを妨げるものではない。

なお、本条文は、原始的不能の契約を有効であると考えた場合であっても、契約当事者の善意が要求されるといふ射倅契約の本質ならびに商法その他の条文との整合性（とりわけ、保険法の成立によって、保険法五条等の規定に変わったこと）から、存続意義のある規定であるものと思われる。

5—2 無効原因——損益が明らかの場合——（私案六九一条）

① 一般原則

無効原因の第二の類型は、損益の不確実性が欠ける場合である。本私案六九〇条は、射倅契約における無効原因のひとつとして、契約当初より損益が明らかである場合には、その契約を無効とする旨を規定する。これは、射倅契約における要素的合意として、損益の不確実性があるということに起因する。すなわち、射倅契約にあつては、当事者の双方にとつて、契約の当初の時点で、損失を被る可能性および利益を得る可能性が存在することが要求される。

この例としてフランスにおいて古くから挙げられるのが、有償終身定期金の設定契約において、譲渡された不動産から生じる収益よりも終身定期金の額が低額であったというものである。この場合には、契約者（兼終身定

期金債権者）がいくら長生きしても、得をするということはありえず、定期金債務者は、定期金設定者の生存期間の長短にかかわりなく、一方的に利益を挙げることが可能となる。こうした契約は、損益の不確実性を欠く合意であるために、無効と評価されることとなる。

こうした取引を無効とするにあたっては、現行民法典にあつても、錯誤（民法九五条）ならびに詐欺・強迫による意思表示の規定（同九六条）を適用することによつても解決することは可能であろう。しかしながら、本私案に従えば、①契約内容の確定（当事者の合意内容）ならびに②実際の当事者の利益状況（その合意には損益の不確実性が存在しなかつた）という客観的な指標によつて契約の無効を導き出すことができるために、射倖契約特有の契約の有効要件として、規定をおく必要があるものと思われる。

② 例外——団体的射倖契約——

この点で多少問題となるのは、競馬法上の勝馬投票法（いわゆる馬券）に関してである。競馬法は、勝馬投票の的中者に対し、一定金額を控除した額を、当該勝馬に対する各勝馬投票券にあん分した金額を、払戻金として交付するが（競馬法七条二項）、勝馬投票券の券面金額に満たないときは、その券面金額を払戻金の額とする（同法四項）。その結果、ある一定のものに勝馬投票が集中した場合にあつては、投票金額と払戻金が同一の金額となるという事態（要するに、オッズが一・〇倍となるということ）が生じうる。この場合には、投票券の購入者に利益の可能性が存しないこととなり、したがつて、この場合は投票自体が無効であるという事態が生じかねない。しかしながら、勝馬投票法は、一定の料率算定のもとに払戻金が決定される団体的射倖契約（附合契約の性質を有する射倖契約）であるために、本私案で想定している、料率算定のない射倖契約とは、その性質が異

なる。こうした料率算定のある射倅契約に関しては、別個の考慮が必要となる。

5-3 無効原因——賭博の無効——

本条文は、いわゆる賭博を無効とするものである（なお、私案中に賭事ならびに博戯との用語を用いるのは、沿革によるものである）。

従来は、賭博の私法上の無効を導き出すためには、民法九〇条の適用がなされてきた。例えば、民法九〇条の適用領域を類型化する際に用いられる、「著しく射倅的な行為」という類型はその代表的なものである。

本条文は、こうした従来の学説ならびに判例となら変わることを定めるものではない。要するに、ある射倅契約が、民法九〇条の適用要件とされている、公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とした法律行為であれば、そうした契約を無効とするということである。したがって、射倅契約における効果意思の内実を定める、出捐の不確実性ならびに損益の不確実性のいずれかが、この要件に当てはまるものを賭事ならびに博戯と定義づけることとなるだろう。

本条文の存在意義は以下にある。すなわち、私案六九一条に当てはまらない限りにおいて、賭博という呼称を与えられず、そうして、本法その他の無効原因に当てはまらない限り、射倅契約は有効であるということである。その結果、本条文は契約自由の原則に対するひとつの制限を明確化するという機能を有することになる。したがって、公営競技等は、従来は民法九〇条という抽象化された条文の上で特別法の規定があるという、いわば原則の存在しない中で、単に例外的な特別法のみが存在するという法形式であったが、この条文の存在により、その適法性が一層担保されることになるのである。なお、上述のフランス法ならびにドイツ法では、いずれも同様の

規定があるということ、わが国においても、明治民法典の草案に賭博が無効である旨の規定が置かれていたということには、注意すべきである。

なお、第二項においては、返還請求権が規定されているが、これは賭博行為における当事者の利益回復の方法としては、当事者を賭博がなかった場合の状況に戻すのが当事者の利益調整としてふさわしいと考えられるからである。したがって、賭博の無効の効果として、不法原因給付の規定（民法七〇八条）は排除されることとなるであろう。しかしながら、射倅契約が無効であった場合の事後処理、すなわち射倅契約と不当利得との関係については、いくつかの立法選択がありうるように思われる（参照：現行民法典における終身定期金の不履行解除についての六九一条一項）。したがって、この点については、なお検討を要するであろう。

《付記》

※本稿は、筆者の在外研究中（ドイツ、ミュンヘン大学／二〇〇七年八月）に執筆されたものである。必要に応じて、以下の資料も参考にしていたできれば幸いである。

【論説】

- ① 「射倅契約における損益の不確実性」『法学政治学論究』（慶應義塾大学法学研究科）第五一号（二〇〇一年）
- ② 「射倅契約における主観的偶然性と客観的偶然性」『法学政治学論究』（慶應義塾大学法学研究科）第五三三号（二〇〇二年）
- ③ 「射倅契約におけるコースの法理」『神戸学院法学』第三四卷三号（二〇〇五年）
- ④ 「商法六四二条論」『商法の判例と論理』（倉澤康一郎教授古稀記念論文集）（二〇〇五年）

- ⑤ 「生命保険契約者の地位の譲渡——東京地裁平成一七年一月七日判決を契機として」『神戸学院法学』第三五巻四号（二〇〇六年）
- ⑥ 「射倖契約とその周辺」『生命保険論集（生命保険文化センター三〇周年記念特集（1））』No.157（二〇〇六年）
- ⑦ 「ドイツ民法典の成立と射倖契約」新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法——G・リース教授退官記念論文集』（日本評論社、二〇〇九年三月発刊予定）

【判例研究】

- ① 「保険金受取人による保険金請求権の放棄」『法学研究』（慶應義塾大学）第七四巻七号（二〇〇一年）
- ② 「保険事件の不実通知による保険者の免責」『法学研究』（慶應義塾大学）七七巻九号（二〇〇四年）
- ③ 「瑕疵担保免責特約と民法五七二条の類推適用」『神戸学院法学』第三五巻二号（二〇〇五年）
- ④ 「破綻状態にある債務者のために締結された保証契約の効力」『法学雑誌タートヌマン』第八号（二〇〇六年）
- ⑤ 「外国為替証拠金取引の効力」『法学研究』八〇巻九号（二〇〇七年）
- ⑥ 「定額補修分担金特約と消費者契約法一〇条適用」『神戸学院法学』第三八巻一号（二〇〇九年）
- ⑦ 「温泉湧出契約における債務不履行の基準」『法学雑誌タートヌマン』第一一号（二〇〇九年三月発刊予定）。

以上