

吉田 明

## 生命保険約款の基礎

——よりよき理解のために——

山 口 康 夫

—

「そこには契約があるというが、これは名前だけの契約にすぎない。ここでは一方の意思による排他的支配があり、この意思は不特定の大衆に対して自分の法をうつし取らせる」。サレイユ (R. Saleilles) が、一九〇一年の著作でドイツ意思表示理論を分析し、その過程で新しい契約現象に着目して、その現象に *contrat d'adhésion* の用語を附与した際の表現部分の一部である。<sup>(1)</sup>

二〇世紀の契約法は、サレイユのいう附合契約 (現象)<sup>(2)</sup> を軸として展開した世紀であると概括できるが、それにもかかわらず一方当事者の契約支配の状況は縮小するどころか、問題が一層複雑となり深化しているのが現状であ

る。問題は約款による契約に端的に示されている。約款による契約はライザー (L. Raiser) の指摘するように、多数契約合理化の企図と経済的優位の維持・強化の企図という二つの側面があり、前者の重視・評価、後者の抑制・規制の必要性についての認識は研究史のなかで一般的承認を獲得している。しかも後者が前面にでてくることへの危機感は大部分の研究者に共有されているといつてよい。しかしながら、法理論的側面からみれば、一定の成果を共有できるにはなお遠い状態である。

星野教授が指摘するように、約款問題は法理論的には一種のアポリアである。とすれば現時の理論の混迷を打解する道はないのだろうか。しかも約款の利用が社会生活のなかで常態化し浸透するにつれて、強制された契約に対する違和感あるいは抵抗感が一人ひとりの生活実感のなかでますます希薄化してきているのも実情である。ベルリオーズ (G. Berlioz) は、これを収容所の世界にたとえている。<sup>(5)</sup>

右のような理論状況と実情にもかかわらず社会生活のなかで約款は不可欠の「道具」となっている。理論と現実間におおきなギャップが生じているのが約款問題の状況であるといつてもよい。このような状況のなかで、吉田明<sup>(6)</sup>「生命保険約款の基礎―よりよき理解のために」(一九八九年八月、東洋経済新報社) が出版されたことは、約款問題を考えてきた者の一人として関心を寄せざるを得ない。本書を紹介しつつ研究上の示唆を得ることを目的として書評を行ないたいと思う。

本書の構成はつぎのようである。

まえがき

## 第一章 約款による契約

第二章 約款の拘束力

第三章 西ドイツの「普通取引約款規制法」

第四章 約款に対する国家の規制

第五章 よりよい約款を作るための努力

二

各章の論旨をつぎに紹介する。

1 第一章では、約款は「読まれざるベストセラー」であるという現状の認識から、契約の法的意味および約款による契約の問題点が説明されている。

約款が読まれない理由は「約款には「難解」、「複雑」、「面倒」というイメージが付きまとう」からであり、そうだとすれば「約款が読まれない原因は、約款を作成する保険会社の側にありそうである」。保険に入るということは保険会社と保険契約を結ぶことであるが、それでは契約とはなんであるのか。契約とは法によって保障されている（法律上の拘束力を持つ）約束である。保険契約もこのような意味での契約の一種である。

近代法のもとでは契約は個人の自由意思にもとづくものとされ、これは私的自治の原則、契約自由の原則に結実している。原則の前提にはアダム・スミスのいう自由競争の社会が想定されている。ところが契約の自由は次第に強者の自由に転化し、ここにおいて自由は一定の制限を受けることとなる。しかし「私たちの社会では、アダム・スミスの頃の自由競争—契約自由の原則の姿・形は変貌したけれども、私有財産制度を基盤とし貨幣を媒介として

個人の自由な意思によって権利と義務とを発生させていくという原則はゆるぎなく存在しているのである」。

契約自由の原則を変質させた原因のひとつは約款の生成である。大量生産・大量販売を基盤とする企業を一方の契約当事者とし、他方当事者が散在する個人であるとすれば、契約は大量に画一的に行なわれる必要がでてくる。

現代社会は「没個性的・同型的・反復的な契約が大量に生み出されている時代」である。企業はあらかじめ契約内容や契約条件を作成しておき、これにより契約を処理しようとする。これが約款である。

約款による契約では「消費者は、企業が作成し提示した内容をそのまま呑み込んで契約を結ぶ以外に方法はなく、それがいやなら契約を結ばない」しかない。契約自由の中核である契約内容決定の自由が失われている。これもまた契約といえるのだろうか。「承諾の自由があるから契約であるともいえるし、実質をみればひとつの法規であるとか制度であると考える余地もおおいにある。

約款による契約の病理は、約款を作成する企業は自己に都合のよい条件や内容は盛り込むが、不利になることはなるべく避けるという点にある。これは極言すればライザーの批判する、法律的手段を通して経済的優位を維持し強化することにとめるといふ側面である。ライザーのいうような合理性の欠ける内容であったら、そんな契約は守る気になれないにちがいない。

## 2 第二章では、約款の拘束力に関する法理論の紹介・分析がおこなわれている。

「企業が一方的に作った約款に消費者は少しも自分の意思を反映できない。言い分を少しは聞いてくれるならまだしも、全面的に約款に付き従った形で契約をせざるを得ない。

自分の意思の反映されていない約款なのに、契約が結ばれると、なぜ消費者はその約款に拘束されるのか」。拘

束力の法理論的根拠が問題である。

意思理論がある。伝統的契約観念に立脚するものである。しかし「意思理論は一对一の個性的な取引にこそ通用するが、大量的・同型的・反復的ないわゆる附従契約にまでそのまま持つてくるわけにはいかない」。

意思推定理論。大正四年一月二四日の大審院判決が先例である。判決は、約款拘束力は「約款によらないという意思のあったことが立証できなければ」認められるというのである。つまり反証がない以上、約款による意思をもって契約したものと推定する。立論の根拠は、契約者は約款の内容がよくわからないにもかかわらず、それでもなお「約款によるという意思」で契約するのが通例であるという点におかれる。この点は疑問がある。「いったい人は、内容がよくわからず、場合によっては自分に不利になるような事柄が難しい専門用語で書かれているものを、くわしく知りもしないのに、そのようなものによる意思で契約するであろうか」。判決が前提としている、約款によらない旨あるいはその変更を一般の人々がする余地があるだろうか。意思推定理論はこの点で必ずしも正しいとは言えないであろう。

法規理論。約款を端的に法規ないしは自治法とみる見解である。立論の根拠は国の監督的作用により約款がその合理性を保証されることによって法規的性格を持つという点におかれる。しかし「企業が自分の手で作り上げて使用する約款に「法」としての権威を認めることは難しい。約款が行政官庁の認可を受けることになっていても、それはあくまで行政権による監督という見地からなされるのであって、約款の私法的効力とは関連がない」。保険約款の拘束力は、あくまで契約が私法上有効か否かで決定されるべきである。その基準は最高裁昭和四五年一月二四日判決の言うように、約款条項が強行規定や公序良俗に違反していないか、特に不合理なものでないかの点にお

かれる。

白地商慣習（法）理論。保険契約では約款によるという慣習法または事実たる慣習が出来上がり存在しているが、このような慣習または慣習法の存在を前提に個々の保険契約は約款に拘束される、という理論である。ここでは、約款の個々の規定について当事者が具体的にそれを了解したかどうか、特定の条項による意思をもっていたかどうかは問題ではなく、契約を結ぶとすれば約款を一括して契約に取り入れることが条件づけられる。しかし、この理論は従来から、約款を新たに使う取引を行なう分野やまだ約款が使われはじめたばかりの分野での拘束力を説明できないという難点が指摘されている。最近では別の観点からも批判がある。すなわち、安易に約款の拘束力を認めすぎており、約款の一括採用は「一般の消費者に無条件降伏に近い状態を強いる理論であるとの批判」がなされる。

契約理論。契約理論は現在の通説であるが、論者により多様な見解が主張されている。共通するのは、約款を契約内容とすることについての相手方の同意という法律行為に約款の拘束力の根拠をおくべきであると主張する点である。そこではまた、約款の事前開示と約款内容の公正妥当性の確保が重要視される。相手方が契約内容に約款を組み入れる同意をするための前提としては、約款内容を知っていたと当然に認められるような客観的状況の存在が必要であり、このため事前の開示が要求されるのである。しかし、約款による契約は、約款を事前に開示したからといってその内容を顧客と話合っ変更することはない。「つまり私的自治、契約自由の原則に支えられない状態で契約内容に入ってしまう。そこでも約款内容のコントロールつまり公正妥当性の維持が必要となる」のである。

右のように約款理論は多様であり、多くの議論が積み重ねられてきた。それにもかかわらずすべての人を納得さ

せるような理論は導き出されていない。しかしながら、学説の展開により、約款を使う契約締結のあり方はいかにあるべきか、約款による契約の解釈はどのようであればならないか、消費者の利益はいかに確保すべきかなどの重要な問題点が明らかになってきた。これに対し、判例は依然として大正四年の大審院判決の延長線にあり、判例はほとんど動いていないといつてよい状態である。この学説と判例の距離は埋めがたいほどである。

### 3 第三章では、西ドイツ普通取引約款規制法が紹介・検討されている。

普通取引約款規制法 (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 以下 AGB という) で注目されるのは、契約締結時の約款開示と約款内容の公正妥当性に関する規定である。

AGB 二条では、約款が契約の構成部分となるのは

(1) 契約の相手方に対して普通取引約款を明示的に、または明示の指摘が契約締結の態様からして著しく困難であるときには契約締結の場所における見やすい掲示によって普通取引約款を指摘するとき、および

(2) 契約の相手方に対して期待可能な方法で普通取引約款の内容を認識する可能性を付与するとき、

ならびに契約の相手方が普通取引約款の使用 (通用) を諒承したとき、のみである

としている。ここで大事なことは商議がなされなければ約款が契約の構成部分にならないとは言っていないということである。すなわち「約款の契約締結時開示と開示された約款が契約に使用されることを相手方が承諾したと言え、約款は契約の構成部分になるのである」。なお本条は企業の相手方が商人であつて、その営業の範囲内で契約が締結された場合には適用されない (二四条)。保険契約については本条が緩和されている (二三三条三項)。

AGB の約款内容の公正妥当性の確保に関する規定として、まず三条の不意打条項規定がある。商議を媒介とし

ない約款による契約は、相手方が企業に対して期待する合理性のある契約内容を企業は逸脱してはならず、それに反する不利な内容にならないように約款内容を保つべきであるというのである。つまり消費者にとって予期できないほど著しい非慣行の状態の場合には契約内容とならない。本条は保険約款も対象となる。公正妥当性の確保に関してはさらに九条がある。ここでは、信義則に照らして、企業は相手方に対し不公正な態様で不利に扱ってはならないとして、企業の約款の一方的な形成力に法律上の制約を加えている。三条、九条のような一般条項とともに一〇条、一一条では「具体的な禁止・不当条項」のリストが掲げられている。両条とも消費者（非商人）との契約についてだけ適用される。

右のようなAGBの制定は、「それまでの裁判で積み重ねられてきた判例の考え方を集約し、これを法律として規定し、裁判官が約款をめぐる契約の裁判をやりやすくすることを大きな目的として立法されたと言われている」。同法の大部分は、実際にそれぞれの取引分野で使われてきた約款に対処してきた裁判所の判例を法典化したものであるにすぎない。「つまり「あるべき」姿を立法化したのではなく、「ある」姿を定着した」のである。

AGBに対しては、普通取引約款通用という現象を立法化した、企業保護法が本質であるという批判がなされている。一面ではこの指摘は正しいが、批判者がいうように消費者保護機能をもつ諸制度が採用されていることもまた事実である。消費者保護の理念が、それまでの判例の集積してきた考え方を確認し整理したにすぎないにしろ、成文法として明確に定着されたということの意義は大きい。全体としてAGBは、「その規定を一つ一つ見る限り、企業側の自分勝手な約款の作成にブレーキをかける役目を充分に果たす力を持っているのではないかと考えられる」。

4 第四章では、約款に対する国家規制について検討が加えられている。



国家規制は司法、立法、行政の三側面から加えられる。

司法的規制は事後的、個別的でいかにも力がないように思われるが、長期的にみるとその影響は量りしれないものがある。また司法的規制は、行政的規制、立法的規制をもってしても救い得なかった場合の、最後のものとも重要な救いとなり砦となる。しかし「日本の裁判所は契約・取引の安定性を重んじ、約款そのものをできる限り認めようとしている態度にある」。また、一般条項による判決を下しがちであり「これではすぐ限界にぶつかってしまう」。長い時間と費用がかかることも問題である。

立法的規制の方法としては、AGBのように一括して横断的に規制する方法と、取引種目・種類ごとに、また契約の類型ごとに規制する方法に大別できる。日本の立法例は割賦販売法や訪問販売法のように後者の規制方法によっている。立法的規制の基本的視点は消費者保護に徹すべきであり、方式としては消費者と企業の取引約款に限定する方がわかりやすいと思われる。対象は約款条項そのものだけではなく、契約に至るプロセスおよび契約に用いる書式、様式も対象とすべきであろう。右の点や手続き規定を盛り込んだ、一般的、包括的立法がすぐれていると思われるが、この場合取引態様や契約形態の特殊性への配慮が欠ける場合がでてくる点をどうするかが立法技術上問題である。また立法は時代の変化への対応にやや問題がある。とすれば約款を立法によって規制するには、「一つの大きな理念とそれにもとづく最低基準をまずかかげるべきであろう」。これは「約款は最低限、合理的な消費者の意思・期待からはずれていないことを効力発生要件とするということである」。この基準に抵触する約款はその全部または一部が無効とされるということになる。「約款を使用する取引の内容は、「せめて民法（一般法）の原則まで」引き上げる（引きもどす）べきであるという考え方には賛成する学者も少なくない。それはまた合理的

な消費者の意思・期待にかなり近い線ではないかと思われる」。

行政による約款規制は、行政官庁（監督官庁）による約款の認可（許可）である。ここでは、事前に約款の条項の一つ一つを吟味することになるから、規制の方法としてはきわめて強力で具体的であるということが出来る。現在、主要な産業分野で利用される約款は銀行取引約款を除き、ほとんど行政官庁の認可対象となっている。わが国における行政的規制の特徴は、各産業分野の監督官庁が決まっけていて、その監督官庁が「業界」を監督・育成・指導する「行政」の一環として、約款を規制してゆくという点である。いわゆる「縦割り行政」である。この問題点は、監督官庁が事業の育成を任務としながら、同時に顧客保護という一面で相反する任務を果たしていることである。つまり行政の中立性の問題である。このため多くの論者は約款審査を行なう行政機関を別に創設すべきであるとか、チェック機関を考案しその活動を定着させることを急がねばならないというような指摘をしている。

5 第五章では、適正な約款を作るためにはどのようなことが解決されなければならないかが検討される。

行政的規制は難点はあるにしろ、他の規制と比較できないほどの直接性、機動性、迅速性があることを評価しなければならぬ。今後この方向が維持されていくであろうが、行政官庁が表面に出ないで約款の規制を進めるという道も開けてきている。その一つが経済企画庁に設置された、国民生活審議会消費者政策部会約款取引委員会の活動である。これは縦割り式の行政的規制とは違う立場からの行政的規制である。この報告書のなかの「適正な約款の基本的要件」は重要である。

約款の基本的要件として右報告書は、公平性を確保すること、解釈に幅が生じないように規定をすること、取引実態と約款の規定とを一致させること、理解しやすくすること、適切な開示がなされることの五点を挙げている。

また、右の委員会では、個別業界の約款についても審議され、いくつかの改善点が指摘されている。

生命保険約款の問題点もいくつか指摘されている。この審議の過程で（著者は国民生活審議会専門委員として約款取引委員会の審議に参加している）印象に残ったのは、つぎの二点である。

第一に「附従契約であればこそ相手方の意思をできる限り聞く機会を設け、意思を聞いた上で処理をすべきである」という点、第二に、会社が実務の運営またはサービスとして長くおこなっていることは会社の契約上の義務として約款に規定すべきである、との見解が各委員から主張されたことである。つまり「意思の確認」についての実務上の問題と、約款の規定と会社の実務のずれの問題である。

報告を受けて生命保険業界では（１）約款の規定そのものの改訂、（２）実務内容の改善、に対処することとした。改正約款は昭和五八年四月から実施され、（２）についても昭和五八年三月に終了している。約款の改正は、保険料収納の実態の規定化、保険金・給付金の支払場所、合意管轄条項の導入に関連する三項目である。

国民生活審議会消費者政策部会の提言について、「社会各層の意見が行政の関与のもとで集約されたもので、社会的合意に基づいた行政基準と言い得るものである」と自己評価をくだしているのは印象深い。しかし、ある学者は、右審議会は横断的にいろいろな業種にまたがって約款の適正化を審議し、縦割り式の行政からはなされないような提言がなされているが、約款使用者である企業との妥協は不可避であるし、右報告を企業に強制する手段がないことが問題であると指摘している。

結論として、よりよい約款とは平易・明確・簡潔かつ公平な約款であるといつてよい。保険約款は保険契約締結からその期間のあらゆる問題を規定しておかなければならない。約款にはあまり複雑な規定をおかず問題のある都

度、契約者に意思を確認すべきであるとの意見もあるが、これは契約者にとり不便であり面倒である。あらかじめ合理的で衡平な条項を定めておいてそれにより処理するほうが契約者にとりメリットがあり、費用の面からも有利である。このため約款に盛り込む内容が多くなるのは止むを得ない。ところが保険は高度な技術性をもつので平易化には限界があり、しかもそのために法律上の明確さが欠けてしまつては約款として意味がない。しかし、そうだからといって平易化の努力を放棄すべきではない。また、簡潔さとわかりやすさもなかなか両立しがたい側面がある。そうして約款にとりもつとも大切な点は、公平さであると思う。

## 三

つぎに本書の全体について検討を加える。

本書は、多くの論点を含んでおり、限られた紙数のなかですべてに検討を加えることは困難である。ここでは評者の問題関心にひきつけて、主要な論点（と思われるもの）を中心に、以下で論ずることとしたい。

1 「約款による契約」は、資本主義諸国間に共通に存在しうる現代的現象形態である。法的側面からすれば、ここに当事者の自由な意思による合致を認めるのは困難であり、約款による契約をすべて否定する立場をとるなら別として、なんらかの意味で肯定する立場に立てば、近代市民法との理論的整合性が問題となる。約款による契約の契約的側面を重視して整合性を保とうとすれば意思の擬制は不可避である。約款を重視して整合性を否定すれば、当事者の意思を離れて一種の規則制定権を事業者に附与することになり、その根拠が問題となる。約款拘束力についての基本的見解の対立はここに源泉があるといつてよい。しかし注意を要するのは、いずれの立場にたつに

しても従来の学説・判例では、企業の要請・大量取引の実情という観点から拘束力は自明なものとしてきたことである。しかし無条件の約款承認は、学問の「無条件降伏」であり、無条件の約款否定は、学問の放棄である。

著者はどのように考えているだろうか。

著者の約款拘束力についての諸理論の紹介・検討は簡潔、平明であり、説得的である（ただし、約款理論史のなかで独自の、しかし重要な位置を占めている「制度説」に関する検討は省略されているようである）。たとえば意思推定理論について、多くの論者のようにこれは意思の擬制である、と断定的に批判することは容易である。しかし著者は、いったい人は内容がわからず、くわしく知りもしないのにそのような意思で契約するであろうか、と現実社会の一般人の感覚から批判を加える。現実認識の確かさを窺わせるものである。著者の立場は、約款の拘束力は契約自由の原則が変貌したとしても「私有財産制度を基盤とし貨幣を媒介として個人の自由な意思によって権利と義務とを発生させていくという原則はゆるぎなく存在している」（二九頁）という記述や「約款による契約」という用語法の多用から明らかのように、契約説の立場に立っている。

約款拘束力を契約説で基礎づけることは全く妥当であると思う。著者が右に指摘する、人が拘束されるのはその人の意思のみによる（欲したがゆえに拘束される）とする近代社会の構成原理は依然として真実である（この点の詳論は別稿に譲る<sup>7)</sup>）。約款利用の肯定<sup>8)</sup> 取引安全の重視は、われわれの意思<sup>9)</sup> 拘束力の根拠まで左右するものではないであろう。約款による契約についても、意思の手続き的保障こそが課題とされなければならない。

ところで、契約説といっても、個々の顧客の主観的意思を重視するものから客観的意思を想定・構成するもので、単なるニュアンスの違いにとどまらない立場の相違がある。本書の立場が、契約説のどの位相にあるのかは明

示されていない。私見はつぎのような認識を前提としている。

約款を広義にとらえれば、約款の使用者が契約の締結に際して相手方に提示する多数の契約に用いるために予め定式化されたあらゆる契約条件をいい、規定が外形上契約書とは別個の形であるのか契約書自体の中に取り入れられているかを問わないし、規定がいかなる形式をとっているかも問わない、<sup>(8)</sup> ということになる。とすれば、現代社会の主要な取引分野では約款の利用が常態化しているといえよう。しかも約款は量的に膨大なだけでなく、質的にも多様な分布を示すと考えてよい。多様性のある約款による契約を、単一の法理論で一元的に説明する必要はあるのだろうか。多様な約款の類型ごとに柔軟に拘束力の根拠を考えるべきではないかと思われる。たとえば郵便、保険、クリーニングを考えてみる。郵便の利用は法規化しているし、保険契約（家計保険）は大企業と消費者の関係を背景にもつ。クリーニング契約は伝統的契約要素を色濃くもっている。このそれぞれの契約は、約款の形成態様、形式、内容などが異なっており共通の一元的説明を加える必要はないであろう。

日本の判例は、大正四年判決以来「意思推定理論」をとっているのは事実である。著者の指摘するように、学説の多様な展開と判例の（外形的）停滞は、両者の距離を大きくしている。しかし、反語的表現ではあるが、判例の停滞は約款規制の有力な根拠を提示しているといえなくもない。遅れているとみえるものがじつは進んでいることは歴史的によくあることである。判例の態度も利用の方法によっては約款規制にドラスティクな変化をもたらす可能性<sup>(9)</sup>がある。その理由をつぎにみよう。

すなわち、判例の意思推定理論は、あくまで「推定」であるから、これに対する「反証」や「約款によらない旨」を認定することにより、不当な約款の拘束力を否定することができる可能性をもっているのである。<sup>(10)</sup> 約款拘束力を

強力に認める立場<sup>(11)</sup> 取引の安全を重視する立場からすれば、実は判例のこの態度は不安要素である。約款による意思を推定する立論の方法は、いつ約款によらない意思を推定することになるかわからないからである（しかし、私の分析によれば、日本の判例がこのようにドラスティックに変化することは無理のようである<sup>(12)</sup>）。事実、この方向からの若干の裁判例も存在している<sup>(13)</sup>。意思推定理論<sup>(13)</sup> 判例のこのような機能は、消費者の利益確保に重要な視点を提起しているともいえるのである。いちがいに判例の立場を否定できない理由である。

ともかく、著者の約款拘束力についての諸理論の意義・限界の類型論的で簡潔な整理は、明解で示唆に富んでいる。できうれば別稿で諸理論の民法との距離およびそれらの段階的（時系列）比較についての著者の見解を教示いただきたいと思う。著者の採る契約説は、民法との連続性を重視する立場であり、また契約説独自の展開があるからである。

2 約款理論の現代的課題は、不当な約款から顧客を解放することである。約款規制は、本書で論ぜられている国家規制（司法、立法、行政の各側面からの規制）や、最近における、行政に根拠をおきながら従来と異なった横断的な審議会方式の規制のほか、直接本書では触れられていないが、約款利用者（企業）側の自主規制などがある。司法的規制についての評価は著者の指摘する通りである。とくに約款が社会のあらゆる分野に浸透するにつれて、小額多数被害の発生がみられるが、これらの場合紛争化しても時間とコストの点で訴訟化しにくく、現状の司法的規制に問題を残している。また、判決の既判力が当事者にしか及ばないこと、「仲裁条項」等による「裁判所からの逃避」などが問題となる。

立法的規制について著者は、包括的立法をすぐれたものとしているが、その内容は卓見に富んだものである。す

なわち、基本的視点は消費者保護に徹すべきであり、方式も企業と消費者の取引約款に限定し、契約の一連のプロセス、書式、様式、手続きなどを盛り込んだ立法の必要性を指摘していることである。消費者立法である。そこで約款は最低限、合理的な消費者の意思・期待からはずれていないことを効力発生要件とすること、との主張がなされる。右の意味での立法例は、西ドイツの約款規制法、イギリスの不正契約条項法、フランスの七八―二三法が代表的である。これら諸立法は、第一に約款条項への直接的規制が図られ、不当条項のリスト・カタログを法文に含み、また裁判所の契約内容への直接的介入を是認する一般条項による規制が中心である点（フランスは若干異なる）、第二に約款規制の一切を特別法のみ任せるのではなく、必要に応じて民法典の改正にまで踏み込んでいる点（イギリスも伝統的理論の再検討が展開している）などが共通の流れとなっている。著者の主張もこの流域の中にある。<sup>14</sup>しかし、日本の約款規制の現状はつぎにみる行政的規制が中心である。

行政的規制は、直接性・機動性・迅速性をもち、約款規制としてきわめて強力で具体的であるが、それにもかかわらずここには「縦割り行政」の問題がある、との指摘は正当である。行政の中立性の問題である。縦割り行政が消費者利益の確保のための阻止要因となったものに、たとえば割賦販売法のもとの割賦販売とローン提携販売の問題がある。いわゆる抗弁権の接続の問題である。消費者と販売業者と提携先の金融機関の三者間取引でおこなわれるローン提携販売が、割賦販売法二章の二として新たに規制対象となったとき、同法の中心規定である五・六条が準用されず、消費者保護に欠けた立法となった（現在は法改正により、抗弁権の主張ができるようになっていた）。この理由は、割賦販売法は消費者信用取引全体を包括的に規制しているわけではなく、通産省所管の販売信用を規制するだけの法律であり、大蔵省の管轄である金融機関と消費者の関係を規制することができなかったというので



ある。<sup>(15)</sup> 右のことは、保護型の行政を軸とした規制の限界ともいえるのかもしれない。これらのことから、著者が国民生活審議会の活動に活路を見出しているのは、文脈上から当然の主張である。

以上のように、著者の国家規制について論じるところの大枠は、評者もおおいに共鳴でき、かつ示唆に富む見解に満ちている。ただし、評者の問題関心からすればいくぶんか問題がある。すなわち、国家規制の三側面について意義と限界を類型的に論ずるのは正当としても、三側面の相互補完的活動について直接触れていない点である（間接的には西ドイツの約款規制法の生成を論ずる際に指摘がある）。たとえば、銀行取引約定書ひな型の作成はまさに三側面の相互関連のなかから生じてきているのであり、約款の形成・展開の分析にはこの観点が重視される必要があると思われるのである。<sup>(16)</sup> とくに約款立法を消費者法として構成するとすれば、消費者被害の予防的側面が行政的規制であり、判断枠組・基準の設定・提示が立法的規制となり、これらの補充として司法的規制があるのであるから、これらの連関の明示が重要となると思われる。

**3** 適正な約款をつくるための審議会活動および保険業界の対応についての記述は、これらに直接関与してきた著者ならではの高い内容と水準を保っており、今後の評者の約款研究の重要な指針となるものである。ただ、審議会活動が実効性をもつためには、業界の自主的協力を得る必要があるし、様々な約款のすべてに対応するのは制度として無理であろう。新たなシステムの検討が重要となってきた。

**4** 最後に本書の感想を誤解をおそれず率直に記すとすれば、著者の約款に対する愛情溢れる著作であるという点である。著者の問題意識の中心には現実社会における約款の必要性の認識を前提に、いかに約款が合理的な内容を保ちながら、経済社会で有用な手段（道具）として認知され定着していけるのか、その方向を示すところにある

ようである。それが、約款の基本問題をこのように高度の水準を保ちながら平易に表現した本書の出版を可能としたのであろう。約款に関する限り、本書のような内容（高度で平易な）の類書は評者の知る限り例が無いように思われる。

とくに本書で引用する重要判例につき、読者が容易に理解できるための工夫として、判決原文とともに平易な表現に置き換えた文章が掲載されており、著者の高度な理論を平易に表現するという学問姿勢の一端に触れる思いがするのは評者だけではないであろう。約款の難解さや複雑さの問題性を研究のなかで強く指摘しながら、それを表現する場合、難解な用語や必要以上の複雑な説明をしがちな（矛盾した態度をとる）約款研究者（評者も含めて）にとり、きわめて衝撃力のある著作といつてよい。

著者の目標とする、法理論・契約理論を「生きた現実の中から問題点を掴み出し、生きた現実の上に構築」する（まえがき）試みは、本書において十分な成功に達したと思われる。

自らの非才も顧みず、いくつかの論点について評者の考えるところをのべてきたが、ミス・リーディングやいわずもがなの感想の集積となってしまうことを恐れる。本書評を再読してみて、いいことを指摘しているな、と思われるところは（残念ではあるが）すべて著者の指摘している部分であるようである。

残された論点は数多いが、評者自身の今後の研究の過程で生かしていきたいと思う。

(1) R. Saleilles, De la déclaration de volonté. Contribution à l'acte juridique dans le code civil allemand, Paris 1901, p. 229 et suiv.

- (2) *contrat d'adhésion* 概念の形成と展開について、山口康夫「附合契約 (*contrat d'adhésion*) 概念の展開—フランス附合契約理論の展開」経済と法八号一頁以下。
- (3) L. Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Nachdruck 1961, S. 19-20 ff.
- (4) 星野英一「現代における契約」岩波講座：現代法八巻『現代法と市民』(岩波書店、一九六六)二四六頁。
- (5) G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, 1973, p. 24.
- (6) 著者は、協栄生命保険株式会社取締役(文書部長)を経て、現在、札幌大学法学部教授(保険法、企業法務論担当)。
- (7) この問題は、現代契約あるいは法律行為論における意思の役割をどのように評価するかという問題であり、簡単に結論を見出すことが困難である。さしあたり、河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、一九八八)一〇一頁～一〇四頁参照。
- (8) A G B 一条の約款定義である。
- (9) この観点から大正四年判決を再評価するものに、上柳克郎「普通保険約款の拘束力」ジュリスト別冊『損害保険判例百選』(有斐閣、一九八〇)一〇頁以下、一一頁。
- (10) 谷川他『商法を学ぶ』(有斐閣、一九七三)(岩崎稜執筆)二〇頁。
- (11) 意思推定説は、法的安定性を害するとの指摘が一般的である(たとえば菅原菊志「普通保険約款の拘束力」ジュリスト別冊『保険判例百選』(有斐閣、一九六六)一二頁、石田満「普通保険約款の拘束力」ジュリスト別冊『商法(総則・商行為)判例百選』(有斐閣、一九七五)一五頁など)。
- (12) 山口康夫「約款法理論の再検討—約款法理論生成期の判例・学説—」旭川大学紀要二四号(一九八七)一五一頁以下、とくに一六五頁註三四参照。
- (13) 裁判例も若干ではあるが存在する。たとえば通常の約款には存在しない特約条項について十分な説明がなされていない場合(自動車保険約款における若年運転者制限特約条項の効力問題である)に「特約の存在を明記した保険証券を契約の後日 Y<sub>1</sub> (保険契約者) に送付したのみで、本件契約に右特約が存在していたものと解することは相当ではなく」したがって保険契約の内容には右特約は含まれないと解するのが相当である、とするものがある(札幌地判昭和五四年三月三〇日判時九四

一号一一一頁）。古くは、高松地判大正六年六月四日新聞一三二四号三〇頁、最近では、山口地判昭和六二年五月二日（判時一二五六号六頁）などがある。

(14) この点につき、山口康夫「約款と消費者「保護」―約款に対する立法・行政規制について―」旭川大学紀要二三号（一九八六）六一頁以下、七七頁。

(15) 山口康夫『クレジット販売関係法の解説』（一橋出版、一九八九）四五頁、四七頁参照。

(16) 山口康夫「普通取引約款の生成と法―銀行取引約定書ひな型」研究序説―」旭川大学紀要二二号（一九八五）一三頁以下でこれらの関係について検討している。