

保険契約の締結過程および内容への債権法規律適用に関する課題

損害保険ジャパン 西羽 真

2009年10月、千葉法務大臣から法制審議会に対して民法（債権関係）の見直しに関する諮問（諮問第88号）が行われ、その後、同会に設置された民法（債権関係）部会（債権法部会）において審議が進められてきた。諮問文では、見直しの観点として「社会・経済の変化への対応」に加え、「国民一般に分かりやすいものとする」ことが掲げられ、百年以上にわたり現行法を運用する中で判例や学説が形成してきた基本的な取引ルールを条文に反映させることが重要な目的の一つとなっている。その結果、2013年2月に決定された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（中間試案）には、このような観点に基づく新たな規律の案が数多く含まれる格好となっているが、必要に応じて従来に無い新たなコンセプトを持ち込んだりしながら、従来の判例法理・通説を過不足無く規定しようとするそれら試みが果たして成功していると言えるのか、現時点では評価の困難なものも少なくないように思われる。本報告では、そのような提案事項の内、保険実務にも大きな影響が及び得る、契約の締結過程および内容に係る規律の見直しに関する提案を採り上げ、想定される影響等につき考察することとしたい。

1. 契約締結過程における情報提供義務（中間試案 第27,2）

（1）民事法制における状況

現在、契約締結過程における情報提供義務・説明義務について明文で定めた規定は各種業法に多く見られるが、民事法においては、消費者契約法（消契法）第3条第1項、金融商品の販売等に関する法律（金販法）第3条第1項など、ごく一部に見られるのみである。また、民事法以外の法律における民事効を伴う規定も商品先物取引法第217条、同第240条の18など、限定的であるものと考えられる。

2000年に成立した消費者契約法は国民生活審議会消費者政策部会における6年にわたる審議を経て定められたものであるが、同法における情報提供義務は、部会が取りまとめた中間報告では取消権発生という効果を伴う義務として定めることが提言されていたところ、「単なる『重要事項』の不提供だけで、取消し等の効果を付与するのは適当ではない」¹とされた結果、最終的に努力義務として法定されることとなったものである。そのため、本義務について、立法者による逐条解説では「契約の取消しや損害賠償責任といった私法的効力は発生しない」²もの、とされているところである。

また、金融商品を横断する規律として同じく2000年に制定されることとなった金販法の顧

¹ 消費者庁企画課編「逐条解説消費者契約法」（商事法務、2010年）96頁参照。

² 同上

客に対する説明義務は、当初、金融商品の仕組み、構造等もその対象に含めた広い射程とすることも想定されていたところ、違反により損害賠償責任が生じ得る強力な効果を持った義務とするため対象を一定の範囲に限定する必要があるなどの理由から、最終的には元本割れと因果関係を持つ情報に対象を限定した形で導入されることとなった。その後、2006年の法改正により、元本割れが生ずる虞を生じさせる「金融商品の販売に係る取引の仕組みのうち重要な部分」も義務の対象とされることとなったが、これまでのところ、金融商品販売に関して説明義務違反による損害賠償責任が同法に基づき認められた案件はわずかであり、大半は民法の信義則に基づき認定されているのが実態である。これについては「裁判例を通じて確立している民法の信義則に基づく説明義務に依拠すれば足り」る、との考えが裁判官に有るためではないか、と説明されることである³。

さらに、2006年に開始された法制審議会保険法部会の審議においても説明義務の導入が様々な形で検討されたが、民法一般にも関わることについて保険法において突出した規定を設けることの是非、保険契約者の属性や理解力、契約の内容等に照らして個別具体的に検討されるべきことを業法ではなく契約法に置くことの是非などが考慮された結果、最終的に規定化は見送られている。

以上のような状況から、契約締結過程において情報提供を怠った場合の損害賠償責任を認定するにあたっては専ら民法第1条第2項に基づく信義則が根拠とされる現状にあるが⁴、同項の条文には当該認定にあたっての要件が明示されていないことから、今般の民法見直しにおいて判例法理明文化のための規定新設が提案されているものである。

(2) 中間試案の概要

中間試案では、「契約締結判断の基礎となる情報の収集は契約当事者各人の責任であることを明確にしつつ、その例外として一方当事者が情報提供義務を負う場合がある」とする規律を新設し、次の四点のような内容で義務発生要件を定めることが提案されている。

- I. 情報を提供すべき当事者がその情報を知り、又は知ることができたこと
- II. 情報の提供を受けるべき当事者がその情報を知っていたら全く契約を締結しないか、その条件では契約を締結しなかったことを、情報を提供すべき当事者が知ることができたこと
- III. 情報の提供を受けるべき当事者が自ら情報を入手することを期待できないこと
- IV. 情報の提供を受けるべき当事者に情報を知らなかったことによる不利益を負担させることが相当でないこと⁵

³ 松尾直彦「金融商品取引法」(商事法務、2011年)388頁参照。

⁴ 消契法・金商法の施行直後に発表された山下友信「保険募集と情報提供規制」(損害保険研究第63巻第1号、2001年)は、両法および民法における情報提供義務の領域に係る相互関係の考察を試みるものであるが、民法にのみ救済される領域も「相当ある」としたうえで、「とくに保険ではそのような領域が広いのではないかと思われる」とする。

⁵ ~ の記載は、中間試案の概要の記載を引用したもの。

前項で見たとおり、私法的効果を伴う情報提供義務については、その射程を適切に定めることなどに大きな困難が伴うとの理由から、法で規定することに対して従来極めて慎重な対応が採られてきたところでもあり、債権法部会の内外においても規律新設に対する反対意見が多く示されてきている。その結果、試案では規定を設けないという考え方が有ることが注記されており、概要では「契約交渉における当事者の関係は多様であって、一律の規定を設けるのは困難であること」を当該主張の根拠として紹介している。

(3) 保険業規制における状況

保険業規制においては、保険募集の取締に関する法律第16条第1項第1号およびこれを受け継いだ保険業法第300条第1項第1号における「保険契約者または被保険者に対して保険契約の契約条項のうち重要な事項を告げない行為」に対する禁止条項が、長きにわたり契約締結過程における情報提供義務を定めた唯一の規定として位置付けられてきた。

その後、1998年に成立・施行となった金融システム改革のための関係法律の整備等に関する法律（金融システム改革法）により、業法100条の2が新設され、保険会社に対し、「業務に係る重要事項の顧客への説明」に関する体制整備義務が課せられることとなった。金融システム改革法は銀行・証券・保険間の相互参入の促進にあたり業態を越えた総合的な改革を一括して行うことが目的の一つとされ、銀行法においても同様の規定が導入された（第12条の2第2項）が、同法の場合にはこれに加え行為規制としての情報提供義務も同時に導入された（第12条の2第1項）。保険業法との間にこのような対応の違いが生じた理由は明らかではないが、銀行法には当時業法300条のような禁止行為規定が存在せず（銀行代理店制度の規制緩和等を目的とした2006年施行の法改正により規定新設 - 13条の3）、情報提供義務を定めた規定が他に無かったことがその要因なのではないかと推測される。

これら業法における情報提供規制を実質化するものとして、2006年には「契約概要」「注意喚起情報」が導入されることとなり、保険会社向けの総合的な監督指針に詳細な記載が盛り込まれた。これら制度の導入を提言した金融庁の「保険商品の販売勧誘のあり方に関する検討チーム」は論議が非公開とされているため、制度化に伴い業法の情報提供義務の位置付け見直しを検討されたのか否かは定かではないが、関係者によるその後の情報等から推察すると、検討はされたものの見直し要との結論には至らなかったものと考えられる⁶。なお、同じ2006年には、投資性の強い金融商品に対する横断的な投資者保護法制とすることを目的の一つとした金融商品取引法（金商法）の制定という動きもあり、業法においては300条の2が追加され、投資性の高い保険契約（特定保険契約）について金商法の一部規定が準用されることとなった。これにより、特定保険契約については金商法37条の3および37条の4で定められる契約締結前および契約締結時の書面交付に基づき対応することが必要となったが、

⁶ 金融審議会「保険商品・サービスの提供等の在り方に関するワーキング・グループ」の第5回会議において、山下委員から「監督指針で契約概要等を導入したときも、これは当時、積極的に情報提供する部分は300条に根拠付けざるを得ないということでしたが、ほんとうにそうなのですかという議論をした」との発言有り。

【平成25年度日本保険学会大会】

シンポジウム

レジュメ：西羽 真

一方で重複規制を避けるため、業法第300条第1項第1号が定める情報提供義務は適用されない格好となった（同項本文）。

以上のとおり、保険業規制においてこの15年程の間に情報提供に係る規制の拡充が着実に図られ、その中では金融他業態に対する規制との平仄も少なからず意識されてきたところではあるが、他の金融関連法令に存在する積極的行為義務としての情報提供義務は導入されないまま現在に至っている。2012年6月に立ち上げられた金融審議会「保険商品・サービスの提供等の在り方に関するワーキング・グループ」（保険WG）ではこの点が課題として採り上げられ、1年にわたる審議の後に取りまとめられた報告書「新しい保険商品・サービス及び募集ルールのあり方について」において、積極的な情報提供義務について「明示的に法令において位置付けることが適当」⁷とされた。保険WGにおけるこのような方向付けは、金融関連法令間の平仄を強く意識して行われたものではあるが、これを前述の民事法制における検討経緯と独立した動きと捉えるのは適切ではない。というのも、審議の場ではほとんど言及されなかったものの⁸、今般の保険WGのテーマの多くは金融審議会「保険の基本問題に関するワーキング・グループ」（保険問題WG）が2009年6月に取りまとめた中間論点整理で示されていた課題をベースに設定されたものであり、その内の一つである情報提供義務は保険法検討における制度化見送りを受けて保険問題WGの課題に組み込まれたものである⁹から、である。

（4）保険WG提言の概要

保険WG提言は、「保険募集¹⁰の際、保険加入判断に参考となるべき商品情報その他の情報（契約概要・注意喚起情報による提供が現在求められている項目等）の提供を保険会社および保険募集人が顧客（保険契約者および被保険者を指すものと想定される）に対し行うことについて、商品特性等に応じた適用除外範囲を設けつつ、義務付けると共に、契約概要等をその場合の標準的手法として位置付け直す」といったもの。なお、これに伴い、現在はかなり拡張して解釈されている業法第300条第1項第1号の定める情報提供規制の対象範囲について、虚偽の説明を行った場合や契約締結判断に重大な影響を及ぼす事項を告げなかった場合などに限定することも提言されている。

（5）中間試案と保険WG提言との関係性に関する考察

情報提供規制における民法と業法との関係について、中間試案の補足説明（補足説明）では、行政上の制裁等を効果とする規定は民法規律と矛盾なく両立し、また損害賠償責任を効

⁷ 保険WG報告書12頁参照。

⁸ 第1回会議の事務局説明資料に概要が掲載され（13頁）紹介された程度である。

⁹ 保険問題WG第44回会議（金融分科会第二部会との合同会合）で取りまとめられた「保険法改正への対応について」において「保険募集」が検討課題とされ、第46回会議における木下委員による問題提起等を経て課題となったもの。

¹⁰ 名宛人が「保険会社および保険募集人」であり、情報提供の相手方が「保険契約者および被保険者」と想定されることから、この部分の「保険募集」は「保険契約締結」や「団体内加入勧奨」も含んだ広い概念として使用されているものと理解すべきと考える。

【平成25年度日本保険学会大会】

シンポジウム

レジュメ：西羽 真

果とする規定は民法規律を基礎としつつ、これを更に具体化したものと位置付けられる、としたうえで「いずれにしても、本文の規律を設けることにより、現在信義則に基づいて私法上認められる説明義務・情報提供義務と業法上の説明義務との関係が変更されるものではない」と結論付けている。このような説明は、一般的に業法の義務違反は私法上の責任を判断する際の判断要素にはなるものの、直接にそれを発生させるものではないとされてきたこととも符号するものであるが、果たして保険法検討における制度化見送りを受けた流れにあって中間試案と歩調を合わせるように情報提供義務法制化の方向性を示した保険WG提言に関しても同様で、民事効に関しては「参考材料」以上のものとはならない、と言えるのであろうか。これに関しては、民法上の義務と保険業法上の義務との対応関係が一致していれば、後者の行為規範は前者を具体化・明確化する役割を果たすことで、これに対する違反の有無を判断するうえでの「基準」として機能する、との指摘もされているところ¹¹であることから、まずは中間試案と保険WG提言とがどのような対応関係に有るのかを考察してみたい。

[図表1：中間試案と保険WG提言との比較]

	中間試案	保険WG提言
制度の目的	契約を締結するかどうか、どのような条件で契約を締結するかを適切に判断することができるようにする ¹² こと	商品やサービス内容について顧客の正しい理解を図る ¹³ こと
提供主体	一方当事者	保険会社・保険募集人
提供相手	他方当事者	顧客（契約者・被保険者を想定）
提供情報	契約締結の可否または契約条件の判断に影響を与える情報（当該影響を提供主体が知ることができ、提供相手に一方的不利益を課すことが不相当なもの）	保険加入判断の参考となるべき商品情報その他の情報
適用除外	相手方当事者が自ら情報入手することを期待できる情報	対契約者：更新・一部変更の際の従前と変わらない情報 対被保険者：各種除外有り

上記比較表から言えることは、両者の対応関係は一致しているとは評価し難く、総じて保険WG提言の射程の方が中間試案のそれよりも広範である、ということであろう。提供主体・提供相手については、共に契約当事者に限られないという点で保険WG提言の方が広範であ

¹¹ 小林道生「保険契約法の現代化と保険募集における情報提供規制」(保険学雑誌 599号、2007年) 115・116頁参照。

¹² 補足説明(2013年7月4日補訂) 343頁参照。

¹³ 保険WG報告書 12頁参照。

ることについて疑問は無い。また、制度目的を反映して契約の締結可否・条件に影響するものにとどまらず、商品・サービスの正しい理解に資する、より幅広い情報の提供を求めるものとしている点で、提供情報についても保険WG提言の方が基本的に広いと言えるであろう¹⁴。適用除外となる情報について、保険WG提言は別個の項目を設け詳細な記述をしているところであるが、多くは被保険者に対する適用除外であり、契約者に対するものは更新・一部変更関連のみである。この場合の従前と変わらない情報は、従前の契約を締結する際に提供済みであるとも考えられたため除かれているものであるが、契約者が入手済みの情報については中間試案においても適用除外とされているので、この点において両者の差は無いと考えるべきであろう。

ところで、「契約条件の判断に影響を与える情報」については「情報を受けるべき個別の当事者を基準として判断されるのであり、取引通念など(に)従って客観的に判断されるのではない」¹⁵と説明され、また「相手方当事者が自ら情報入手することを期待できない」という点については当該相手方の知識・経験にも照らして評価するものとされるなど、中間試案の求める情報提供範囲は個別顧客毎に異なる主観的な基準に拠るものとされている。この点に関して保険WG提言との比較をすべきであるが、提言の採る考え方は明確にはされていない。業法としての本来的性格¹⁶や一定の形式に従った情報提供を求めている点などを勘案すれば、提言の想定するところは、平均的契約者を基準に客観的に決められるべき、ということとも考えられるが、果たしてそのように言い切ってしまうと問題無いであろうか。業法100条の2の定める重要事項説明に係る体制整備義務の詳細を規定した業法施行規則53条の7では、「顧客の知識、経験、財産の状況及び取引を行う目的を踏まえた」説明を確保するよう求めているところであり、これと並立するものとして定められることになる新たな規律において提供すべき情報、少なくとも重要事項に係る情報について、客観的基準に拠りその範囲を画すれば良い、とする理屈は無いように思われる。また、保険WGでは、この体制整備義務を行為規制化して適合性原則を導入することが検討された結果、情報提供義務と並んで意向把握義務の導入も提言されていることには注意を要しよう。当該義務では、把握した顧客の意向に対し提案する商品がどのように対応しているのかを分かりやすく説明することも求められるのであり、この点も併せて考えれば、保険WG提言全体が求める情報提供範囲が

¹⁴ 情報提供義務が求める情報の範囲に関して、山下友信「保険募集と情報提供規制」(損害保険研究第63巻第1号、2001年)は、各法規においてこれを画するものとして用いられる「重要性」の広狭を分析する枠組みとして、「(a) 契約を締結するか否かの判断を左右する程度」「(b) 契約を締結するか否かの判断に影響が及びうる程度」「(c) 契約締結の判断には影響しないとしても正しく情報を与えられることの必要性が高いという程度」の三区分別を提示するが、「重要性」という要件は明示されていないもの)これを用いて評価をするならば、中間試案は(a)あるいは(a)+(b)、保険WG提言は(a)+(b)+(c)ということになる。

¹⁵ 補足説明(2013年7月4日補訂)343頁参照。なお、括弧書きは筆者による補記。

¹⁶ 山下・前掲(注14)9頁では、業法300条の定める情報提供義務の主観基準・客観基準の論争を紹介する中で、「業法としての規制である以上主観的な判断基準がとられるということは本来あまり想定されていないことであると思われる」としている。

中間試案のそれよりも狭いとは言えないものと評価できるであろう。

それでは、中間試案と保険WG提言とのこのような対応関係をどのように考えるべきであろうか。保険業界としては、より具体的な形で定められることになる業規制をまずは念頭に置く形で適切な業務運営体制の構築を目指すことになるだろうが、より広範な射程の業規制に対応しているのだから、民事上の争いにおいてもこれを「参考材料」以上に重視して欲しい、というのが業界の実務担当者の願うところであろう。保険法の制定に伴い、あらためて業法・私法の適切な役割分担の在り方が問われている¹⁷中、民事効を規定していない限り前者は後者にとって基本的に無関係のものであるという考え方はやや硬直的に過ぎるように思われる。金商法・金販法の対応に倣って保険法でも保険業法と並立した規定を置けば良いではないかとの主張も想定されるが、例えば欧州では、ECの第三次保険指令（生保および損保）における情報提供義務の導入を受けた各国での実施の態様が監督法制で対応するものと契約法制で対応するものとに二分される¹⁸など、本規律についてはどちらか一方に置けば良いと考えられている様子であること、またドイツでは1994年に保険監督法・保険契約法双方に導入された情報提供義務に係る規律が、その後2008年に施行された新保険契約法に一本化された形となったことなどを勘案すれば、そのような主張に意味が有るとも思えない。全ての契約に共通するものとして定められる民法規律はどうしても抽象的な形でこれを定めざるを得ないことから、その射程が共通する部分においては業規制がそれを具体化した基準であるものとして考える、というのがありべき整理なのではないだろうか。

（6）保険WGで提言されている意向把握義務との関連

本項では、意向把握義務が中間試案に基づき規律されることとなる民事上の情報提供義務に及ぼし得る影響について若干論じておきたい。

中間試案において情報提供義務発生の要件には「情報を現実には知らないが知ることができた場合」も含むこととしているのは、「専門家がその専門性を理由として情報提供義務が課される場合に、情報収集義務を怠ってその情報を知らなかったときには情報提供義務を負わないのは不合理な場合がある」¹⁹から、と説明される。この点は、事業者と消費者との間の契約に関して情報提供義務が争われた判例を分析し、事業者は保有していない情報についても調査義務に基づき収集して提供する必要が有るとする学説²⁰に符合するものでもあるが、顧客意向を調査することもそのような調査義務の対象とされ、意向把握義務の存否が民事上の情報提供義務の判断に影響し得ることとなるのであろうか。この点に関しては、保険募集

¹⁷ 山下友信「保険法制定の総括と重要解釈問題（損保版）」（損害保険研究第71巻第1号、2009年）は、アメリカの保険法が公法・私法一体となったものであることに言及したうえで、「日本でも少しそういう方法を考えていくということを今後せざるを得ないのではないかというような感触を私個人としては持っている」とする（64頁参照）。

¹⁸ 欧州各国における情報提供義務の実施状況については、小塚莊一郎ほか訳「ヨーロッパ保険契約法原則」（公益財団法人損害保険事業総合研究所、2011年）134頁・135頁参照。

¹⁹ 補足説明（2013年7月4日補訂）343頁参照。

²⁰ 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」（ジュリスト1094号、1996年）131頁参照。

【平成25年度日本保険学会大会】

シンポジウム

レジュメ：西羽 真

人等に助言義務が有ることが認められる場合に保険募集人等が顧客に対し保険選択に必要な情報を質問により調査する義務を負うものとする考え方も提示されているところであり²¹、また保険WGでは意向把握義務は助言義務を意識して論議されてきた²²ことなどを勘案すれば、肯定的に考えるべきことかとも思われる。

もっとも、民事上の情報提供義務の対象となる情報は、あくまで「相手方当事者が自ら情報入手することを期待できない情報」であるとされる（要件）中で、当該相手方自身の意向がこれに該当するというケースは通常では想定し難いものと言うべきであり、これに当たるようなものは、顧客が誤った理解をしてしまっており、本来在るべき自身の意向について自分自身でも正しく認識できていない場合など、例外的な場合に限られるものとする²³。これについて多くの例を挙げることは難しいが、例えば「失火により隣家が延焼してしまった場合に備えて賠償責任保険に加入したい」との意向がある顧客というのがこれに当たるかも知れない（失火ノ責任ニ関スル法律に基づき重過失が無い場合に失火者は不法行為に基づく損害賠償責任を負うことは無く、したがって法律上の賠償責任を補償する賠償責任保険でこれに備える、というのは顧客の誤った理解ということになる）。このような場合に、保険募集人等は顧客の本来の意向（例えば、近隣の住民に迷惑を掛けた場合に生ずるリスクに備えたいなど）を把握したうえで、これに備える正しい保険商品（類焼損害を特約で補償する火災保険など）を顧客が選択できるよう必要な調査をするというのは、保険実務としても違和感の無いところであり、そのような義務の存在を取って否定する必要も無いであろう。ただし、「顧客の誤った理解」の全てがこのように単純なものであるはずもなく、保険募集人等がこれを解明するのが極めて困難というものも少なくないことについては配慮されるべきであるとする。マンション売買契約において売り主たる業者の調査義務を認めた判例（札幌地判昭和63・6・28判時1294号110頁）では、「簡単な調査により容易に知り得た場合」（明らかに認識可能性が有る場合）に義務が存するものとされているところであり、解明の難易度を十分に考慮したうえで調査義務の存否が問われるべきであるとする²⁴。

（7）その他の課題

民法における情報提供義務の導入が保険契約者を名宛人とする情報提供義務として位置付けられる告知義務にどのような影響を及ぼすかということも重要な課題であるが、ここでは「中間試案が提起する義務発生の要件は保険法における告知義務の規定とも概ね整合するも

²¹ 山下友信「保険法」（有斐閣、2005年）184頁参照。

²² 保険WG第7回会議の議事参照。

²³ ヨーロッパ保険契約法原則（PEICL）の第2:202条において助言義務を「引き受けようとする保障（補償）と保険者が知り又は知っているべき申込人の要望との間に合致しない点があれば、それを申込人に指摘しなければならない」助力義務として規定している（小塚ほか訳・前掲（注18）136頁参照）こともこのような考え方と符号しているものと言えるのではないか。

²⁴ 前注で言及したPEICL第2:202条の「知っているべき」の解釈として、解説では「保険者が知っている根拠が存した場合」と「不合致が保険者によって合理的には予測されていたであろう場合」の二つの場面に限定される、とする（小塚ほか訳・前掲（注19）137頁参照）。

のであり（解除・損害賠償という効果の違いは有るものの）、民法改正に伴い保険法を見直さなければならない点は無いのと考えられる」ということのみを指摘し、詳しい考察は控えることとする。

また、業規制において導入される情報提供義務が民事効の存否にも大きく影響するものとなってくる場合には、金販法の説明義務規定との関係整理も課題となってくるが、ここでは適用除外範囲の整合という課題について簡単に指摘しておきたい。現在、金販法では第3条第7項第2号により「重要事項について説明を要しない旨の顧客の意思の表明があった場合」について説明義務を除外しているが、保険WG提言では同様の適用除外を想定していない。重要情報は顧客要請により情報提供が免責されるのに、重要でない情報については免責されず、必ず情報提供しなければならないというのは、実務として違和感の有るところであり、何らかの調整があっても良いのではないと思われるところである。ドイツ保険契約法第7条第1項のように契約者の要請に基づく義務免責を定める明文規定を持つ法域も存在するところであり²⁵、比較法的観点からも一考の余地があろう。

2. 契約の解釈（中間試案 第29）

次に、保険契約内容への債権法規適用に関する課題の一つである約款の解釈について採り上げることにする。中間試案では、契約解釈が紛争解決にあたって重要な役割を担っているにも関わらず、その考え方がこれまで条文上で明確にされてこなかったことから、これを当事者間で理解が共通している場合の原則、当事者間で理解が共通していない場合の原則、契約内容を確定することができない事項が残るが契約の成立自体は認められる場合の原則（いわゆる補充的解釈）の三つに分けたうえで規定することが提案されているものである。2012年に施行された金融ADR制度が定着しつつあり、また世界的にも調停制度のより積極的な活用が志向されている中で、今回提案されている規律が裁判等の法的手続を経ることなく当事者間で話し合いにより解決を図ることを行い易くなるような指針として機能するのであれば、保険業界としてもこれを前向きに捉えていくべきであろう。もっとも、試案で提案されている準則は、「当事者の意思、理解等」という主観的な基準に重きを置いたものであるように感じられ、従来約款に関する解釈は平均的顧客を標準とした「客観的解釈」に拠り行われるものとされてきたこととは整合しないようにも思われるが、この点についてどう評価すべきか考察する。

そもそも、約款について客観的解釈をすることが必要となる理由は、組入れによって希薄な合意であるにも関わらず契約の内容となったものであるため当事者の主観的意思を確認し得ないこと²⁶、および多数の契約を画一的に規律する性格を持つものであること²⁷として説明

²⁵ 小塚ほか訳・前掲（注23）によれば、フィンランドやスウェーデンの保険契約法に免責規定が有るようである（134頁・135頁参照）。

²⁶ 河上正二「約款規制の法理」（有斐閣、1988年）434頁参照。

されてきた。後述する約款規制では、約款を契約の内容とするための組入要件を導入し、併せて「契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するもの」という表現を含む約款に関する定義規定を設けることが提案されていることを考えれば、客観的解釈への要請はむしろ強まっていると考えても良さそうな状態である。

そこで、現在提案されている一般規定が保険実務において想定される事例に妥当するのかを検証する。想定する事例は、事故が起きて保険金請求をした結果、保障（補償）の範囲に関する自身の理解が保険会社と異なることが判明し、契約解釈によって契約内容を確定することが必要になる、というものである。この場合、当事者理解は共有していないので、原則 & （下表）への当てはめが問題となる。

契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。

上記 及び によって確定することができない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする。

については、基本的に「用いた文言等の通常の意味」という客観要素をベースとするが、同時に基準は「平均的顧客」ではなく「当事者」という主観要素となり、その逆に客観性を高めるため「合理的に考えれば理解したと認められる意味」とする、ということであり、主観と客観との微妙なバランス調整が試みられているものと言って良いであろう。この場合、顧客が明らかに表示の意味を取り違えて理解が異なるものとなっていたのであれば、解釈が正されることになるのであろうが、そもそも表示が多義的で誰でも誤解するようなものとなっていたのであれば、契約趣旨等に反するものでない限り、誤った表示がそのまま契約内容となるという対応になるのであろう。さらに、でも解決が図られない場合は、に拠ることとなるが、こちらは比較的単純な判断となるようにも考えられる。まず、保険会社側として顧客の理解するような内容での保険引受がそもそもできるのであれば、顧客理解のとおり契約内容を見直すということになる一方で、もしそういった引受ができないものなのであれば、契約を取消とするか、現行のまま継続するか、顧客の意向次第という帰結になるものと思われる。

以上のとおり、提案されている契約解釈の規律は、多分に当事者意思に寄った主観重視の制度設計のようにも見え、これが約款解釈に用いられることに問題無いか、懸念も生じよう。もっとも、想定されるトラブルの多くは、客観要素がベースで主観要素は調整的な位置付けと考えられる原則 により判断されることになる、ということを考えれば、それほど大きな心配をしなくても良いのかも知れない。

²⁷ 山下・前掲（注21）117頁参照。

これまでも明文規定が存在しない中で、保険の団体制や保険契約全体の趣旨、顧客の事情等を勘案する形で合理的な解釈が採られてきたのであり、今後も原則に示された諸要素のバランスをうまく取りながら、結果的にはこれまでとそれ程大きく変わらない帰結に収めていくのではないかと期待したい。

3. 約款（中間試案 第30）

中間試案で導入が提起されている約款規律は、冒頭で述べた新たなコンセプトを持ち込む形で判例法理・通説を明文化するものの代表例であると言っても過言では無いだろう。規律の導入により保険実務において不可欠な存在である約款を用いた取引の安定性の確保・向上が図られることには大きな意義が有るが、その鍵を握るのは新たなコンセプトがもたらす作用のし方であるとも考えられることから、ここではその点も含め、新たな規律がもたらし得る影響について論ずることとする。

各論に入る前に、これまで業法を中心とした数多くの法令において活用されながら、その定義がなされずに来た「約款」という用語の定義に関する提案について見てみることにする。

「約款とは、多数の相手方との契約の締結を予定してあらかじめ準備される契約条項の総体であって、それらの契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するものをいうものとする。」

上記提案の内、「多数の相手方との契約の締結を予定してあらかじめ準備される契約条項」という部分は、各種の立法提案・学説や他国法でもほぼ共通に盛り込まれている要素を表現したものであって特に異論の無いところと考えられ、問題はそれ以降の部分である。

まずは、「総体」という表現が用いられていることの意味をどのように捉えるかという問題を指摘しておきたい。このような要素は、個々の条項に着目して規制を行うイギリスや附合契約に着目して規制を行うフランスに見られないのは当然であるが、約款を中心にして規制を構築しているドイツにおいても用いられていないことには注意が必要であろう²⁸。第9回債権法部会においては、当該要素を用いて定義する立法提案と、これを使わず「契約条項」までで定義した立法提案²⁹とが紹介されたが、会議の場で特に論点とされることも無いままにこの要素が用いられることとなったため、その意味するところは現時点では不明と言わざるを得ない。これに伴い懸念される点もあるが、その点については各論以降であらためて触れることとする。

次に、「それらの契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するもの」という部分であるが、中間試案以降新たに盛り込まれたこの記載は、補足説明を読む限り、契約書のひな形などが約款に該当するとの批判に対応したものであると同時に、約款の定義には「附合契約

²⁸ もっともドイツ法にも概念的には「総体」が入っているものとして捉える向きもあり、これについて河上正二・前掲（注26）247頁参照。

²⁹ 部会資料11-2の61頁に掲載された山本豊の提案参照。

性」が盛り込まれるべきであるとする学説³⁰にも応えたものであると理解されるところである。しかし、附合契約性の有無は、本来、画一的に定めることが「当初に目的とされていたかどうか」ではなく「現に強いられたかどうか」で判断されるべきであり、このような内容が定義に盛り込まれることで不適当な取扱いとなってしまうよう規定文言については十分に推敲する必要が有ると考える³¹。約款規制の柱である不意打ち条項・不当条項規制の適用判断において再度附合契約性が考慮される中で、定義規定に重ねて当該要素を盛り込むことの必要性や問題点については、あらためて整理し直すべきだろう。

(1) 「契約の内容となる／ならない」

「約款の組入要件の内容」(中間試案 第30,2)は、組入要件が充足された場合に「約款は」その「契約の内容となる」とし、また「不意打ち条項」(中間試案 第30,3)は、組み入れられた約款の条項の内、不意打ち条項となるものは「契約の内容とはならない」とする。この内、「契約の内容となる」ことに伴う問題はあまり想定されないところであるが、組入要件瑕疵により「契約の内容とはならない」ことを巡っては整理しなければならない諸問題が有ることから、本項ではこれについて論ずることとする。

「契約の内容とはならない」とは何か(「無効」との違い)

約款規律の導入にあたり新たに持ち込まれるコンセプトであると言ってよい「契約の内容とはならない」は、契約自体の有効性は維持しつつ、特定の条項に関して、その有効・無効の判断をするまでもなく、はなから契約から排除された形とするため用いられるものである、と考えられる³²。同じ約款規律である不当条項規制がその効果を「無効」としているのに対し、不意打ち条項のそれを「契約の内容とはならない」としている理由は、当該規律が組入要件を補完する位置付けにある³³ことに加え、同じく約款を中心にして規制を構築しているドイツ法の取扱い³⁴に倣ったということであると考えられる。ドイツでは裁判所が契約内容に介入することなく契約条項の拘束力を否定する便法として、政策的に不意打ち条項の法理を発達させてきたようである³⁵が、同様な状況が現在の日本に存在する訳でも無く、また比較法的には不意打ち条項の効果を「無効」とする立法も有る中³⁶で、果

³⁰ 河上・前掲(注26)137頁以下参照。

³¹ たとえ現実には一切個別交渉の機会が無かったとしても、「画一的に定めることが当初には目的とされていなかった」ことのみをもって約款規制の対象外となるなら不当であり、この点は第67回会議でも問題指摘されているところ。

³² 落合誠一「消費者契約法立法の論点」(安田火災記念財団叢書No.54、1998年)は、「契約の内容になると、いったん契約の内容になったうえでそれを無効にするという規定がないと、それは効力を有するということになるわけです。契約の内容にならないというのは、有効、無効の判断をするまでもない状態として扱おうということです。」とする。

³³ 中間試案の概要では「約款の拘束力を当事者の合意に求めること」「の帰結として、不意打ち条項については、その内容の当否を問わず契約内容にならないとする」とする。

³⁴ ドイツ民法第305c条第1項・第307条第1項参照。

³⁵ 河上・前掲(注26)229頁以下参照。

³⁶ 韓国約款規制法第6条 2

たしてこの新たなコンセプトの導入は本当に不可欠と言えるのだろうか³⁷。ドイツ民法の場合には306条で「契約の内容とならない」場合の法律効果を「無効」のそれと基本的に同一内容であるものとして規定しているが、債権法部会では法律効果は示されておらず、したがってコンセプト導入のもたらす作用も、全く「無効」と同じと考えて良いのかどうかということも含めて見通せない状況にあり、以下ではそのような状況から生じている問題点も採り上げ、考察する。

組入要件瑕疵により「契約の内容とならない」範囲

試案には組入要件を充足した場合のことしか記載されていないこと、前述のとおり約款の定義における「総体」の意味するところが不明であることなどから、組入要件に瑕疵がある場合に契約の内容とならない範囲がどこまでなのか、判然としないが、これについてどのように考えるべきであろうか。中間試案の約款規律に通底すると思われる「個別合意のある条項には規制を掛けない」というような考え方に重きを置いて「部分否定」的解釈により「個別に合意したとは言えない条項のみ」がその範囲である³⁸³⁹とすることも、また約款の定義あるいは試案の書きぶりを踏まえ「全否定」的解釈により約款の契約条項全体がその範囲である⁴⁰とすることも共に否定はできないと考えられることから、まずは保険実務における想定事例について考察し、それを通じて、いずれを採るべきかの検討を試みたい。なお、保険契約に「契約の内容とならない」という規律が適用されることとなる場合には、条項の補充や原状回復が重要な課題となるが、この点については後述する。

実務において最も多く発生しそうな事例は、事故が起きて保険金請求をした結果、保障（補償）の範囲が自身の理解と異なっていたり、満足の行くものでなかったりすることを契機として、顧客が「見る機会が与えられなかった約款に拘束されるべきでない」との主張をする、というものであろう。このような顧客の大半は約款自体の組入れを否定するの

³⁷ 『『消費者契約法に関する調査作業チーム』論点整理の報告』（消費者委員会、2013年）「第3章 約款規制」（担当：沖野真巳）46頁・47頁では、消費者契約法の話ではあるが、「個別の条項について契約内容を構成しないという構成はわかりにくい面もある」ことや「契約条項としての効力を認められないという点では無効と同様」であることを挙げたうえで、不意打ち条項の効果について「『無効』とすることも考えられる」とする。

³⁸ 中間試案の概要では、不意打ち条項に関しては「ある契約条項の総体が前記1でいう約款に該当する場合であっても、結果的に個別の契約条項について当事者が合意をした場合には、その契約条項は、不意打ち条項には当たらない」として個別合意の効果の説明するが、組入要件瑕疵の場合における個別合意条項の取扱いについては説明が無い。

³⁹ 同じく約款を中心にして規制を構築しているドイツ法では個別の交渉があった条項をそもそも約款とはしないこととしているので、こちらの対応となることは明確である。なお、第22回債権法部会では「個別の交渉を経て採用された条項を約款に含むものとするかどうか」を検討することが事務方から提起されたものの、組入規制ではなく内容規制の問題であるといった否定的見解も示されて検討は見送られた。この提案は、ドイツ法の規定を意識したものであったと考えられ、これを採った定義としていけば、ここで論じているような問題は発生し得なかったようにも思われる。

⁴⁰ 債権法部会では、当初、「一部無効」の議論の中で、特定の条項の一部について無効原因がある場合に残部の効力が維持されることを原則としたうえで、当該条項が約款の一部となっているときは例外的に当該条項全体を無効とすることも提案されていた（部会資料13-1の4頁以下参照）。

ではなく、自身の想いと異なる条項のみ組入れを否定する（これにより自身の想定どおりの保険金受領を目指す）という選択をするものと思われる⁴¹。そうであるとすれば、全否定の考え方しかできないということでは、そのような顧客には適合しない制度であろう⁴²。一方で、商品内容と自身の想いと乖離の度合いが甚大であるとして保険約款そのものの組入れを否定し、「約款に含まれる中心条項に関する合意の不存在」を理由に契約の成立自体を争う顧客が一切無いとも断じ得ず、この点も勘案するならば、部分否定の考え方しかできないということも同様に不適合な仕組みということになる。

逆に、保険会社が組入要件瑕疵をもって、一部または全部の条項が契約内容となっていないと主張することの適否を蛇足ながら検討すると、瑕疵発生責任が自身に無い（顧客、媒介者等に責任が有る）場合を除き、約款使用者側のこのような行為は、信義則上許されるはずもなく⁴³、基本的に主張不可として整理することに疑問は無い。

以上も踏まえ、組入要件瑕疵により「契約の内容とならない」範囲がどうあるべきか、その画し方を考えてみるならば、次のような感じであろうか。

「契約の内容とならない範囲は、契約締結に向けた契約者の対応状況に照らして判断した結果、個別の合意があったとは評価できない条項であり、場合によって約款条項全体がこれに当たる、とされることも排除されない。（なお、組入要件瑕疵発生責任を負うべき者は、これを主張できない。）」

至極当たり前とも思われるこのような整理は、「法律行為の一部が無効であるとして、全体としては無効にならないことを原則とすること」が提案されている中間試案の「法律行為の一部無効」（中間試案 第5,1）の考え方とも整合するものと思われ⁴⁴、「契約の内容とならない」と「無効」の異同を考える際の一つの材料とすることができるであろう。

なお、「契約の内容とならない」場合は、組入要件瑕疵だけでなく不意打ち条項として認定されることに困っても生じ得る。その場合の「範囲」については、組入要件瑕疵と同様の問題は無いため、ここでは論じていないが、そもそも契約特性に照らし不意打ち条項として排除することが困難な条項が有ることも踏まえ「不意打ち条項の排除の規定を設ける」という考え方が有ることも紹介されているところであり⁴⁵、これについては「範囲」に関わる問題として留意しておくべきであろう。保険契約の内、どのような条項についてこのような考え方を採るべきかについての詳細な考察は控えるが、少なくとも保険契約法など任意規定に基づき定めることが求められている条項は、これに当たるものとしても良

⁴¹ 山下・前掲（注21）112頁注52参照。

⁴² もっとも、場合によっては不意打ち条項として争う選択も考えられよう。

⁴³ このような主張は通常想定し難いが、有るとすれば何か契約を継続することに都合の悪い状況が事後に発生したなど、約款使用者側に一方的な事情が有る場合だと考えられる。

⁴⁴ ドイツ民法第306条第1項でも「契約の内容とならない」場合の効果について、契約の一部が無効とされた場合のそれと同じく、「全体として無効にならない」と規定している。

⁴⁵ 沖野・前掲（注37）46頁参照。

いのではないだろうか。

その他の問題（条項補充、原状回復）

「契約の内容とならない」ことで空白となる条項の補充に関しては、「無効」の場合の対応と別異に考えるべき特段の理由も無いものと思われる。中間試案において、無効の場合の条項補充は補充的解釈（第29,3）に拠るものとされているところであり、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができる場合は、その内容に従って条項が補充されることとなる。このような考え方の是非についても、やはり保険における典型事例である事故発生時に判明した保障（補償）条件に関する認識の相違という局面に照らして考察してみるが、この場合には顧客が望むような条件がそもそも保険会社において設定し得たのか否かによって場合分けをすることが必要となる。顧客の望む条件が設定不可能であった場合については、そのような条件であっても顧客は契約をしたのか否かが検討され、当該条件が契約締結自体を左右する程に重視されていたなら契約自体が無かったものとされ、そうでなければ条件は見直されず契約継続という形となるものと考えられる⁴⁶。このように、保険会社がそもそも設定できないような条件への見直しを迫られることのない帰結が導かれる想定であるなら、中間試案の提案は合理的であると思われる。一方、問題なのは、顧客の望む条件が設定可能であった場合である。この場合には、契約締結に至る両当事者の様々な事情が検討され、顧客が「現在望んでいると主張する」条件で契約を締結していたと言える蓋然性が存在していたなら、そのとおりに条件見直し、そうでなければ先に述べた「設定不可能であった場合」と同様の解決ということになると考えられるが、果たしてこのような事後的な検証作業の公正性がどこまで確保できるのであろうか。組入要件や不意打ち条項規制の導入により、「契約の内容とならない」ことを巡る争いが増加することは避けられないものと考えられるが、安易な顧客主張の認定は、発生不確実な事象に備えて加入する「保険」という制度の根幹を揺るがすことにもなることから、抑制されるべきであろう。また、保険会社としては、保険金支払事由を定めた条項、免責条項など、保険金支払いを巡ってトラブルになりそうな契約条項について、契約概要・注意喚起情報を通じて周知したり、約款上で注意を惹くよう表現したりすること、更には発生したトラブルを分析し、同様の事態の発生を未然に防止するため業務改善を図るというPDCAサイクルを回すよう努めることなどが必要となる。

「契約の内容とならない」ことが生じた場合の原状回復についても、中間試案の想定するところは明確ではない。この点に関して、保険契約においてトラブルになりそうなのは、全部または一部の保険給付条項が契約内容には無かったものとされる場合であろう。当該条項が最初から存在しなかったことになるとはいえ、契約者は、契約条件の相違を認識するまでの間、保険の保障（補償）という便益を享受しており、したがってこれに対するコ

⁴⁶ 設定不可能な条件を顧客が望むに至った原因が募集文書の誤記載や募集人等の不適切な説明である場合には、錯誤の問題として別の帰結となることも想定されるが、ここでは論じない。

ストを負担すべきであるが、保険金を支払ってもらっていない契約者にそのような便益をイメージし、納得してもらうことは決して簡単なことではない。なお、「無効」の場合の原状回復に関しては中間試案第5,2で規定を置くことが提言されているが、これに拠れば保険契約者は受けた保険給付の価額の償還義務を負うこととなる。このような取扱いは保険契約における「契約の内容とならない」場合の原状回復にも妥当するものである。

小括

これまで「契約の内容とならない」というコンセプトの導入により形成され得る規律を考察してきたが、これを「無効」と別の概念として整理しなければならない特段の事情を認めることはできなかった。本年7月から始まった第3ステージの議論の中では、錯誤の規律における「法律行為の内容になる」という表現について、分かり易いものではないとの指摘があることを受け、これを維持するか否かが論議されている状況である⁴⁷が、同様の問題が有る「契約の内容となる／ならない」という表現についても、今後債権法部会において、「無効」との関係も含め、その意味するところの詳細が論議され、明らかにされることに期待したい。

(2) 「個別の合意」

「個別の合意」は、中間試案本文では一切用いられていない表現ではあるが、約款規制の対象範囲を画する重要な要件を表すものとして紹介されている。債権法部会では、当初、諸外国でも使われ、約款使用者と相手方との間で条項変更の可能性が検討されるなど実質的な交渉があった場合を意味するものとして、ほぼ合意が形成されていると思われる「個別の交渉⁴⁸」を用いることが提案されていたが、「実質的な交渉の有無」という基準が曖昧との指摘が有ることから「個別の合意」を用いることが第11回会議において提案され、中間試案の概要では規制の対象を画する要件がこの文言で表現されるに至ったものである。比較法的には要件を「個別の交渉」とするものも多い中、それよりも認定され易く緩和された要件とも思われる「個別の合意」を採るべき理由は、基準の明確性ということに加え、特定の条項が個別に合意されて契約の内容になっているのであれば、もはやそれは約款を用いない一般的な契約と同じで約款に対する特別な規制を適用する必要も無いため、と説明されていたところである。しかし、一般的な契約においても、通常は条項毎に署名・捺印をするのではなく、契約条項全体に対して署名・捺印をしている中で、果たして一般的な契約は全て個別に同意された条項により構成されていると断じ得るのであろうか。また、一般に「書式の争い」ということが言われ、通常の場合、契約は当事者が自身に有利な内容を求めながら相手方と交渉し、最終的に双方が妥協できる線の中で決着していくものであると言える中では、契約全体に対する合意は有るが、個別の条項については意に副わないものも有るということは決して少ないことでは無いであろう。そのような契約当事者の内心を契約経緯等の外形から推し

⁴⁷ 債権法部会資料 66B の2 頁以下参照。

⁴⁸ 「交渉」ではなく「商議」として、これを紹介するものも少なくない。

量ることには限界も有り、何を以て「個別の合意」と言い得るのかは良い問題である。その点が整理されないまま、このような新たなコンセプトが持ち込まれた場合には、約款を用いた契約手続において契約条件毎に一つ一つ同意を得るなどの過剰な反応も懸念されるところである。

「個別の交渉」という高いハードルが設定されることは、事業者にとっては厳しいことのようにも思えるが、他の法域で見られるように、そもそも約款を用いた契約についてはこのハードルはクリアされていないものとみなされるというような規定⁴⁹となれば、約款規制逃れで個別合意を無理にでも取得しようとし、結果的に事業者・顧客双方に過大な負担が生ずるという弊が避けられることになる、という考え方もできるかも知れない。保険業界としては、保険WG提言を踏まえた募集文書簡素化の取組が求められている⁵⁰中で、これに逆行するような対応をすることは慎まなければならないが、そのためには規制適用要件が明確に定められることが重要であり、第3ステージの議論に期待したい⁵¹。

(3) 「中核的な条項に対する不当条項規制の適用」

契約の中核的な条項⁵²を不当条項規制の対象とするか否かを巡っては、債権法部会でも意見が大きく割れていたが、決着がつかず、最終的には「不当条項規制の対象となるかどうかについては明文で定めることはせず、解釈に委ねること」⁵³とされた。対象外とすることに対して示されていた反対意見の主張は、おおよそ以下のとおり。

- I. 中核的な条項とそれ以外の付随的な条項とを区別するのは困難
- II. 対価に関する条項であっても自覚的に選択されたか判然としないものも有り得る
- III. 中核的な条項については個別の合意により規制対象外となるものも多いはず

まずは、上記主張の問題点について考察し、続いて中間試案で示されている見送りの方向性についていかに考えるべきかを論ずることとする。

主張の問題点

最初に、上記の主張について考察するに、中核的な条項を判別することが困難ということなら、果たして契約が成立しているか否かをどのようにして判断することができるの

⁴⁹ ドイツ法について既述のとおり(注37)。また、ヨーロッパ契約法原則(PECL)第4:110条のコメントでは、約款の条項は通常の場合、個別に交渉されたものと言えないことが説明されている。

⁵⁰ 保険WG報告書13頁参照。

⁵¹ 債権法部会の第67回会議では、「事前に説明があった場合」についても個別合意とされて規制対象外となるという考えが委員から示されたのに対し、これに対する異論が唱えられていない状況であり、現時点において、「個別の合意」の意味はかなり多義的に捉えられていると言わざるを得ない。なお、PECL(第2:101条・第2:103条)をはじめ、比較法的には「合意」について定めた規律が多く存在する中、債権法部会でも、当初、契約の成立に関する一般的規定を設け、「合意」に関する一般的規定を置くことも提案されていた(部会資料11-2の4頁以下参照。)が、その後このような対応は見送られてしまった。重要な規則の対象を画する概念として用いるのであれば、この課題について再考することも必要なのではないか。

⁵² 債権法部会では「中核的な条項」ではなく、「中心部分」という表現で論議されている。

⁵³ 補足説明(2013年7月4日補訂)377頁参照。

であろうかという素直な疑問がわいて来る。契約法規においてはより重要な課題と言える「契約成立に係る判断要件」を定めていない、あるいは定めようとしていない⁵⁴から、このような主張が出てくるようにも感じられるところであるが、そのような批判に対してどのような反論が用意されているのか、債権法部会の審議からは、うかがわれない。また、債権法部会では保険約款を例に挙げて、給付条項と裏腹の関係にある免責条項に実質給付を妨げるような記載をすれば、給付内容に影響が及ぶことを問題指摘し、単に給付条項というだけで除外するのは適当ではないという主張も見られたところであるが、そのような免責条項を顧客が選択したのであれば、基本的に付保範囲縮小に伴う保険料低減という利益を享受し、給付と対価との適切な関係は維持されているはずであるし、また顧客が選択していない中で付保範囲が望まない形で縮小されてしまっているということなら、それは不意打ち条項として取り扱われるべき話であるとも思え、あまり適切な問題設定ではないようにも思われる。

上記の主張は、複雑な携帯電話の料金体系を例に出して説明されるところであるが、こういった事例がどの程度に一般的であって、またどの程度に大きな問題を引き起こしているのかを分析することもなく、ただ問題が懸念されるということだけで闇雲に規制を掛けようとするのであれば問題であり、厳に慎むべきであろう。もし、現時点において十分な立法目的が有ると判断するに足るだけの材料が無いのであれば、まずは比較法的にも多く見られる透明性原則⁵⁵によりこれに対処するということがより適切であるものと考えられるが、いかがであろうか。

最後に、上記主張について考察する。先に述べたとおり「個別の合意」にどのような意味が持たされることになるかは分からないが、「中核的な条項の多くは個別の合意がなされているはず」という考え方は特におかしなものでもなく、これを否定することは難しい。ただ、双方の範囲が多く重なるものでありながら、敢えて中核的な条項を規制対象として残すということの意味は、中核的な条項でありながら個別の合意がなされず隠蔽されているものが有るのではないかという問題意識から来るものと思われるが、果たして当該問題への対応方法はこれだけしかないのか、十分に精査する必要がある。これは、主張に対する考察で述べたこととも重複するが、中核的な条項という契約成立に係る重要な事項でありながら、それが合意されていないというのであれば、不意打ち条項で十分に対応できるものであって、どうしても「中核的な条項」を適用対象として含めなければならない事情も無いように思われる。他方、「中核的な条項」を適用対象とすることに関する問題点として、そういった条項の当否を判定する基準が適切に示し得るのかということが提示されているが、これは裁判実務上重要な問題であり、適用対象外として規定する

⁵⁴ P E C L では、第2章第1節において7条を割いて契約成立の総則につき定めている。注48でも一部触れたとおり、債権法部会でも当初は同様の規律を設けることが検討されていたが、中間試案にはそのような総則に該当する規律は、盛り込まれていない。

⁵⁵ ドイツ民法307条、P E C L 第4:110条(2)(a)など

にあたり十分に説得力有る立法趣旨足り得るものである。これに対し、「中核的な条項」独自の立法趣旨を否定する主張は、必ずしも十分な裏付けが示されていない「仮定」に基づくものであり、少々情緒的なものでもあると言わざるを得ないであろう。

見送りの方向性についていかに考えるべきか

では、中核的な条項を不当条項規制の適用対象外とすべきではないという立場から、これとは反対の立場の主張に対する批判的考察を試みた。なお、これまでに述べた以外の問題としては、(異論も有るが)消費者契約法では中核的な条項が不当条項規制の適用対象外となっているのに対し、それよりも広く国民全般を名宛人とした民法において中核的な条項を適用対象とすることは、果たして法体系における整合にも配慮された正しい選択であると言えるのか、ということが有るであろう。

ここまで散々問題指摘してきたが、今後のスケジュールも勘案すると中間試案で落とされた論点が再び復活する可能性はほとんど無いものと考えられるので、ここからは少し未来に目を向けて、見送りの意味をどのように考えるべきか、そして保険契約に関してこの問題がいかに扱われるべきかについて、簡単に論ずることとしたい。

まず、見送りの意味であるが、これについては次の二点が挙げられるものとする。

- ・ (当然のことながら)必要な場合には中核的な条項にも規制を適用し、そうでない場合には規制を適用しないなど、契約特性等を踏まえ柔軟に対応する
- ・ 契約特性等も踏まえ、必要な契約類型に関しては、特別法により中核的な条項の取扱いに関する特則を定める。

殊更に言うまでも無いことではあるが、保険会社は業法5条で規定された免許審査基準等に基づき業務運営を行い、保険料については同基準の定めに従い、「保険数理に基づき合理的かつ妥当なもの」を設定している。また、保険商品によっては、高度な数理的知識も活用して保険料を算出するものも有る。そういう意味では、中核的な条項の内、少なくとも給付内容と対価水準との均衡の有無に係るものを裁判所の判断に委ねられるのか、疑問も有る。また、保険料算出に影響する免責条項を無効とする場合には、当該契約者の利害のみならず、それによる契約者全体への影響(多くの契約者が必要としない保障(補償)範囲の拡張により保険料が値上げになる、危険選択上不可欠な免責条項が使えなくなることにより当該商品を販売継続することが困難になる など)も考慮し、行わなければならないなどの、保険商品固有の考慮すべき問題も有る。一方、保険料算出に影響しない条項については、他の契約との間で異なる取扱いをしなければならない特段の理由も無いものと考えられることから、権利制限や義務加重を強いることで過大な不利益を与えるものは不当とされて然るべきであろう。

このような契約特性を踏まえ、保険契約への不当条項規制の適用に対して、どのように考えていくべきかということに関しては、PEICLの第2:304条が参考になる。これは、PECL第4:110条や不公正契約条件指令の規律をリステイトし、「無形のサービ

スである保険を取り扱う、という保険契約の特殊性を考慮し策定された」⁵⁶不当条項の規定だが、当該条項では、保険契約の文脈に適合させる形で中核的な条項に対する適用除外について次のように定めている⁵⁷。

<適用除外範囲>

保障（補償）および保険料の価格の相当性

保障（補償）または保険料に関する本質的事項を規定する条件（平易かつ分かり易い言葉で書かれ、実際に保険料計算において考慮されている場合のみ）

不正契約条件指令の除外事項「当該契約における主要事項」を具体化した形
保障（補償）を限定または変更する条件は除外されない

このような状況を勘案すると、本邦においても保険法に保険契約に関する不当性判断の追加的基準を設けたり、保険契約の特性に応じ規制の適用対象から外すべき中核的な条項について定めたりすることも一考の余地が有ろう。

蛇足ながら、保険会社が業法に基づき認可を受けた保険商品についても例外無く、中核的な条項も含めて広く不当条項規制を課され得る方向性が示されていることを踏まえ、今後の業規制に関して考えるべき課題についても所感を述べておきたい。事後チェック型行政への流れは保険監督においても例外では無い中、一部の企業保険を除き保険の約款に対する認可制度が維持されてきたのは、もちろん保険会社の健全な経営のためのみではなく、保険契約者等の保護という大きな目的もあってのことであるが、認可制の中で監督当局とも相談しながら完成させた約款の条項が場合によって不当と判断されてしまい、その民事的責任は保険会社のみが負うという図式は、理不尽なものである。そういう意味では、事前にも事後にも内容コントロールがそれぞれ別個に働くこととなるような規制状況となることが本当に必要不可欠なのか、約款認可制継続の是非があらためて議論されるべきではないだろうか⁵⁸。

4. 最後に

債権法部会も第3ステージに入り、来年の要綱案取りまとめに向けラスト・スパートということか、検討に拍車がかかったように感じる。今回、このような形で歴史的な大法典改正に間接的に関わられたことに感謝し、引き続きこの大事業をしっかりと見守ると共に、微力ながら保険業界としての適切な制度改正対応に尽力していきたい。

⁵⁶ 小塚ほか・前掲（注18）157頁参照。

⁵⁷ 小塚ほか・前掲（注18）156頁以下の記載を要約したもの。

⁵⁸ 山下友信「保険法制定の総括と重要解釈問題（損保版）」（損害保険研究第71巻第1号、2009年）は、認可された保険約款であっても裁判所で無効とされるものは結構ある、としたうえで、「日本の金融分野の中で商品の内容について認可があるのは保険だけで、ほかの分野の専門家とか評論家から見れば完全に一昔前の時代遅れの規制という感覚で受け止められているのだらうと思いますし、外国でもヨーロッパではもう認可制というのは一切やっていない」とする（65頁参照）。