

# 普通取引条款についての若干の研究

——とくにその解釈を中心として——

青 谷 和 夫

第一章 はしがき

第二章 普通取引条款の解釈の特異性

第一節 契約の解釈との差異

第二節 法の解釈との差異

第三節 普通取引条款の解釈原則

第三章 普通取引条款の解釈による顧客の保護

第一節 裁判官による契約内容の改定

第二節 若干の判例批判

第四章 普通取引条款の解釈

第一節 一般原則

第二節 客観的解釈

第三節 目的論的解釈

第四節 普通取引条款解釈の若干の特異性

第五節 普通取引条款解釈の上告可能性

第五章 むすび

普通取引条款についての若干の研究(青谷)

## 第一章 はしがき

一 近代的な企業においてその大量的な取引を合理化するため、企業者の設定にかかる普通取引条款によって契約が締結されるといった現象がみられるようになったのは、比較的新しいことに属する。

銀行・保険・信託・運送・倉庫・電気・ガス・水道などをはじめ、郵便・電話の利用（それぞれの企業への加入行為、自動電話、自動販売・航空保険証券、郵便切手、乗車券など）などの自動装置による行為をふくむ）、労働契約（公務員の任命契約、会社職員の入社契約その他）、新聞・雑誌・著作集などの予約加入・割賦払契約、土地の分割提供行為、借地契約、借家契約、国または公共団体と私人との土木請負契約・物品供給などに関して行われる命令書または条件書、公社債・株式等の募集、客の来集を目的とする場屋営業における利用行為、新聞・雑誌などにおける広告に関する契約条項、公証人・弁護士・医師などの場合における契約条項等にみられるところである。これらの利用関係に関する定めは、必ずしもその軌を一にしないが、人員節約・締約誘導、支配精神の充足など企業者（利用を提供する者をふくむ）側の利益のほか、時間の節約とくに大量取引によっておこりうる無駄の排除、費用の節減といったように利用者側の利益を念頭においているという点においては共通しているといえよう。

銀行・信託・保険その他以上に掲げる集团的取引において、企業者は、顧客との取引にあたり、それぞれの契約ごとにそれぞれ別個の契約条款を個別的に話合つて決めることなく、あらかじめ企業者が定めた標準的な条款によって

一律に契約を締結するものとしている。その標準的な条項を定めたものを普通取引条款、普通契約条款、業務約款、普通約款、営業約款、取扱定則(*Allgemeine Geschäftsbedingungen, conditions générales, general clause*)といっている。<sup>(1)</sup>別段の特約ないしは明示の意思表示のないかぎり普通取引条款に定めた内容を条項として契約が締結されることになる。なお、普通取引条款と異なる事項を定めて契約を締結する場合があるが、このような条項を定めたものを特別条款 (*besondere Bedingungen, conditions spéciales, special clause*) といっている。普通取引条款は、企業者によってある種の取引について同一の条項を定めたものであるが、特別条款は、それぞれ特殊の契約にそれぞれの具体的な個性を与えるために定められた特約条項 (*conditions particulières*) である。この二つの条項が合して一個の取引契約の内容をなすのである。<sup>(2)(3)</sup>そして、このような締結の形式をとる契約を定型契約 (*contrats type, contrato-tipo*) といっている。このような契約形態につき、フランス法の学者によって附合契約 (*contrat d'adhésion*) <sup>(5)</sup>として究明されており、<sup>(4)</sup>ドイツ法の新しい契約理論として締結的強制 (*Kontrahierungszwang*) として展開されていることは周知のとおりであるが、<sup>(5)</sup>ドイツ法の学者によっても、これが理論的研究がなされている。<sup>(6)</sup>

(1) „*Allgemeine Geschäftsbedingungen*“ につき、わが国では、普通取引条款 (田中〈耕〉・商法総則概論四九ページ、六〇ページ、田中〈誠〉・商行為法四〇ページ、西原・商行為法四四ページ以下)、普通契約条款 (田中〈耕〉・商法研究一卷三〇四ページ以下、同・二卷五一ページ、五三ページ、石井・普通契約条款七ページ以下、同・岩波法律学辞典二三三三ページ、大隅・商法総則八〇ページ以下)、普通約款 (小町谷・商行為法論六ページ)、業務約款 (米谷・業務約款序説・法学新報四六卷一七号一七ページ、野津・商法総則第一部序論一七ページ)、営業約款 (水口・商法論叢二四ページ)、取扱定則 (村瀬・保険全集五六三ページ) などといわれている。

普通取引条款についての若干の研究 (青谷)

- (2) 青谷・保険契約法論一三〇ページ以下、Ⅱ五九ページ以下。
- (3) 普通取引条款については、基本的なものを「Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935; Hamelbeck, Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1930; Kost, Zur Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, 1933; Michel, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, 1932. 米谷・約款法の理論、石井・普通契約条款、田中(耕)・「商法上の法律関係と其の定型化」(商法学特殊問題(中)、田中(誠)・船荷証券免責条款論、法律時報三一巻三号特集「約款法の理論と実務」など。なお、青谷・前掲一三〇ページ以下、Ⅱ六〇ページ以下に掲げる文献。
- (4) 附合契約理論は、一九〇一年、サレイユが近代的な大規模の集団取引における契約内容の定型化に着眼して、このような契約に「les contrats d'adhésion」と名づけたことに始まるといわれている(Saleille, De la déclaration de volonté, Art.133. No89 p.229.)。牧野・法律における意識的と無意識的二〇一ページ以下、杉山・法源と解釈五〇七ページ以下、米谷・約款法の理論一八九ページ以下、田中(耕)・商法研究一巻二九八ページ以下、同・世界法の理論三巻九七ページ以下、石崎・「契約定型と附合契約」杉山博士還暦記念論文集二七一ページ以下。
- 附合契約の理論を附従契約という訳語のもとにわが国の学界に始めて導入されたのは牧野博士である(社会政策時報三八巻一一号)が、それは保険契約が附合契約であることによって地震免責約款の有効性を考えようとするのにあった(これらに関する文献については、青谷・前掲一三四ページ以下、同Ⅱ四〇〇ページ以下参照)。
- (5) 一九三七年八月ハーグで開かれた第二回比較法国際会議において「契約理論の傾向に対する概観」が問題とされ、契約理論の客観化について論議されたことは、つとに牧野博士によって紹介されているところである(同・民法の基本問題第五論一四六ページ以下)。この会議において、ジーベルトによって締約強制が新しい契約理論として問題とされている。
- (6) ドイツにおいては、多数契約(Mengengeschäft)たる性質を有するものとして論じられている(田中(耕)・商法研究二巻六二〇ページ以下、米谷・前掲一五四ページ以下に詳しい)。
- 二 普通取引条款の解釈については、古くから取引条款の解釈をめぐる裁判例を中心として論議が行われており、

わが国においては、保険約款の領域においてとくに問題とされているのであるが、<sup>(1)</sup>その他の取引分野においても、契約が当事者双方に満足をうるごとく締結されないような場合に、その条項の解釈をめぐり訴の方法をもって解決を求めようとする事例がしばしばみられる。裁判所は、取引条款の文言を解釈するにあたり、形式主義に拘泥し、時には明文を逸脱してまで、経済的にみて弱者の立場にある契約者を保護しようとする場合があるけれども、結果的には裁判所の意図するところとは異なった結果をみちびくこともある。そこで、ドイツにおいては、取引条款の解釈をするにあたり、信義誠実の原則(ドイツ民法一五七条、二四二条、フランス民法一一三四条三項、スイス民法二条一項・日本民法一条二項)をその基準とすべきであるとし、<sup>(2)</sup>さらに取引条款の解釈について弾力的な独自の方法の研究が試みられている。<sup>(3)</sup>

普通取引条款の解釈については、取引条款の本質をどのように解するかによって異なるものがある。<sup>(4)</sup>取引条款を単なる契約内容とみる立場をとれば、その解釈は、個人主義的法律行為論における意思解釈の原則によるべきこととなるのであるが、<sup>(5)</sup>これを法源の一つとみる立場をとれば、法規解釈の原則によるべきことになる。<sup>(6)</sup>しかし、取引条款の法源性を否定するにしても、その規範性をみとめる立場よりして、一般の契約解釈とは異なった解釈原理をみいだし、法律解釈への接近と差異の比較考量のうえに取引条款の解釈についてその特異性を求める見解が有力に説えられている。<sup>(7)</sup>

わたくしは、普通取引条款についてこれが法源性を肯定する立場をとる者であるが、<sup>(8)</sup>このような立場からすれば、取引条款の解釈原理について法令のそれと異質的なものをみとめることはできない。<sup>(9)</sup>しかし、取引条款は、その発生



・形成・妥当範囲・公示などの点において、国家の制定法と同律に考えることのできないものがあるので、そこに、国家法とは異なった解釈原理が要請されるべきであると考えている。<sup>(10)</sup>

(1) わが国においては、大正一二年九月一日の関東大震災の際における地震約款（火災保険普通保険約款に規定されていた地震による損害を免責とする旨の条項）の解釈をめぐる論議された（青谷・保険契約法論Ⅱ三九七ページ以下、四〇一ページ以下。大判・大一五・六・一二・青谷損害保険判例集二五四ページ以下等。判例は、地震免責約款の有効をみとめているへなお前掲判例集六〇ページに掲げるもの）。のであるが、なお、保険約款の解釈をめぐる論争は、その跡を絶たない（青谷・前掲契約法論Ⅰ三三ページ以下、四四ページ以下、Ⅱ六二ページ以下、七三ページ以下）。

(2) 保険契約法の領域においては、野津・保険法における信義誠実の原則がみられる。なお、青谷・前掲契約法論Ⅰ四三ページ。

(3) Raiser, a.a.O., S.251.

(4) 普通取引条款が当事者双方を拘束する根拠については、いろいろの見解がある。当初は、取引条款による契約を一般の契約と同視し、個人主義的法律行為論における意思解釈理論に立ち、当事者が取引条款の個々の条項を了知し、かつ、それによる意思がある場合にかぎり、その効力を有するものとされた（青谷・前掲契約法論Ⅰ三五ページ以下に示す判例法も、このようなかたに立脚している）。このような見解のもとでは、取引条款は、当事者の意思を補充する効果しかみとめられないのであって、取引条款の内容についての知・不知などをめぐり紛争が絶えないことになる（保険約款の拘束力をめぐる紛争に関する判例法がそれを示している（青谷・前掲契約法論Ⅰ三五ページ以下、Ⅱ六四ページ以下）。そこで、客観主義的な理論構成が試みられるようになり、取引条款を法源の一つとして理解することにより合理的な解決がなされることになった（青谷・前掲契約法論Ⅰ四二ページ以下、Ⅱ七一ページ以下）。

普通取引条款の拘束力の根拠については説がわかれている（学説の詳細については、Raiser, a.a. O., S.109ff.; 米谷・前掲一三三ページ以下、一七四ページ以下、一八九ページ以下、青谷・前掲契約法論Ⅰ三三ページ以下、Ⅱ六三ページ以下、野津・新保険契約法論一五二ページ以下、田中（誠）・商行為法四〇ページ以下・同、保険法一六二ページ以下、西原・商行為法

四九ページ以下、伊沢・保険法五四ページ以下等）。

(ア) 附合契約説 サイレュいらいフランス法学者のとなえる説である。附合契約 (contrat d'adhésion) とは、契約者は、個々の取引において自由に契約条項を定めることはゆるされないものであって、契約当事者の一方として (adhérer) 相手方 (offrant) すなわち取引条款設定者の定めたところ (les clauses autocratiquement fixées ne varient) に附従 (adhérer) することによってのみ成立する契約である、<sup>(11)</sup> というのである (Saleilles, De la déclaration de volonté, art. 133. No 89. p.229)。附合契約理論をはじめてわが国に導入されたのは牧野博士である（牧野・法律における意識的と無意識的の一〇一ページ以下・同・現代の文化と法律四一二ページ、同・法律における具体的妥当性二五七ページ以下、同・科学的自由探究と進化的解釈二〇四ページ、同・這次の災厄と法律思想の改造・社会政策時報三八号四四ページ以下、同・重ねて法律思想の改造について・社会政策時報四一巻一七ページ以下、同・法律思想と復興的精神・復興叢書二輯三人九ページ以下等）が、牧野博士の所論は、大正一二年の関東大震災において最大の問題の一つとされた火災保険における地震免責約款の効力を論ずるのについて、附合契約の観念をもって解決すべきであるとされたのにはじまる。その後、わが国においては、杉山博士（同・法源と解釈五〇五ページ以下）、その他の学者によって注目されるにいたったのである。文献の詳細については、青谷・前掲契約法論Ⅰ二四ページ、三三ページ、Ⅱ五三ページ以下、六一ページ、四〇一ページ、米谷・前掲一四三ページ以下、一八九ページ以下参照）。

(イ) 規範契約説 ヒヒックなどドイツ労働法学者の労働協約の規範性の根拠づけを契機として論じられたものである。規範契約 (Normenvertrag) は、ある組織体内部における規範を協定する契約であり、規範設定を目的とする合同行為であるが、それは従来の個別契約の内容を規範として協定したものであるから、その規範は、その組織体に加する者を当然に拘束する、とするのである (Hueck, Normenverträge, Iherings Jahrb. Bd. 73.S.33ff)。米谷・前掲一五八ページ以下、二二六ページ以下参照）。

(ウ) 慣習法説 解釈的慣習法説 (usi interpretativi) ともいわれるもので、ヴィヴァンテなどによってとなえられている。すなわち、取引条款によって契約することが慣習ないし慣習法となっていることに規範性の根拠を求めようとするものである。

普通取引条款についての若干の研究(青谷)

ある (Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. 1.n. 18 米谷・前掲一六八ページ以下、二八七ページ以下参照)。わが国においてもこれをとる者がみられる (石井・普通契約條款三三ページ、同・商法総則五一ページ、田中(誠)・保険法二七ページへただし、同・商行為法二四ページ、四三ページは契約の約款といっているにすぎない)、大隅・商法総則八一ページ、大森・保険法五三ページ、金沢・ジュリスト別冊〈昭和四五年度重要判例〉一〇七ページなど) が、慣習の存在しない新しい企業などにおいて取引條款を採用した場合等における説明に窮する (米谷・前掲二八七ページ以下、西原・前掲五〇ページ以下)。

(E) 指定理論説 この指定理論 (Verweisung) は、ライザーのとなえるところであるが、取引條款を社会学的法理論的政策的に研究してフランス法の附合契約の附合の分析を指定において展開したものである。指定は、契約の意思表示の要素をなし、これがなければ、取引條款は契約の内容とならないとする。指定は、ある契約の申込をしたい、これに承諾を与えたい、という意思表示の中にふくまれるのであって、取引條款は、指定の効果として契約の要素をなすものであるというのである。すなわち、取引條款が契約の内容となるのは、特定の取引條款に準拠するという條款指定 (Verweisung) によるのであるが、この指定意思は、明示ないしは解釈によって確認されない場合であっても、取引條款の使用が当該取引において自明のこととされるようなものであるにおいては、慣習により規制的に補充される、というのである (Raiser, a. a. O.S. 109 ff.)。米谷・前掲三二八ページ以下参照。

(F) 法規説 「社会あるところに法あり」 (ubi societas ibi ius) という法諺を援用して、団体が自主的に制定する法規に法源性をみとめようとするものである。取引條款に国家的規整が加えられることにより (たとえば、保険業法一条、一〇条、銀行法等特例法二条、無尽業法三条、八条、道路運送法一二条、通運事業法二一条、海上運送法九条、航空法一〇六条、倉庫業法八条、電気事業法一九条、ガス事業法一七条、農業協同組合法一〇条の二、中小企業等協同組合法二七条の二、三九条など)、法規化されるとする (田中〈耕〉・商法総則概論一九三ページ、西原・日本商法論一卷一八三ページ、同・商行為法五二ページ、野津・新保険契約款論一五ページ、大橋・保険法講義七九ページ)。

(G) 制度理論説 オーリュー、ルメールなどのとなえるところである。法哲学ないし社会哲学である制度理論 (La théorie

de l'institution) をもって取引條款を理解しようとするものである。制度の概念の内容把握については、学者によって、必ずしも一致していないが、制度は、協同善 (bonum commune) を指導理念として法的に展開した生活体であって、権威と親和を要請し、空間的には階層性、時間的には持続性を有するものと解し、取引條款をもって企業の実現するために企業に整備されている制度的所産であるとし、階層性の原理にもとづき、取引條款を国家的法と個人的契約との中間層におき、「取引條款そのもの」から「取引條款による契約」を展開しようとするのである。取引條款は、規範の一種であり、取引條款を内容とする契約を締結することを了承しないかぎり、その條款の内容を知っているかどうかにかかわらず、法規によって拘束されるように、その取引條款の拘束をうける、とするのである (Hauriou, *Principes du droit public*, 2 éd. p.199; Renard, *La théorie Le l'institution*, 1930, p. 422 et suiv.; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, p. 308 et suiv.)。わが国においては、米谷博士によってとなえられているところでもある (米谷前掲一四八ページ以下、三三一ページ以下)。なお、伊沢・保険法五四ページもこの見解を支持される。野津博士の旧説も制度理論説をとっていた (野津・相互保険の研究三五ページ〈旧版〉、二九六ページ〈新版〉、同・保険法における信義誠実の原則二九ページ〈旧版〉以下、八七ページ〈新版〉)。

(5) Ehrenberg, *Versicherungsrecht*, 1893, S.85; 英米においては、一般の契約の解釈として取り扱われている。保険契約法の分野におけるわが判例法は、個人主義的契約理論によっているものといえる (青谷・前掲契約法論一三五ページ以下、四二ページ以下、Ⅱ六四ページ以下、七一ページ以下)。

(6) Hagen, *Versicherungsrecht*, in Ehrenbergs Hdb. Bd. VIII Abt. 1, 1922, S. 43. 田中(耕)・商法総則概論一九三ページ以下、同・商法学特殊問題(中)一〇〇ページ以下、西原・商行為法五三ページ、前掲(4)の(イ)に掲げる文献。

(7) Raiser, a. a. O.S. 251 ff. 石井・普通契約條款三五ページ以下。

(8) 青谷・前掲契約法論 一二八ページ以下、四二ページ以下、Ⅱ五七ページ以下、七〇ページ以下。なお、前掲(6)の文献参照。ただし、石井・商法総則五〇ページ以下、大隅・商款総則八一ページ・大森・保険法五三ページ以下は否定。

(9) 青谷・前掲契約法論一四四ページ以下、Ⅱ七三ページ以下。

普通取引條款についての若干の研究(青谷)



(10) 青谷・前掲契約法論Ⅰ四四ページ以下、Ⅱ七三ページ以下。

三 以上に例示した企業の多くを規律する法律は、資本主義の要請する自由主義的原理によって支配され、契約の自由に発現する自由主義的精神によってつらぬかれており、だいたいにおいて任意法規たる性質を有する。したがって、公益に関するものとみとめられるものを除いては、それぞれの聴客的な規定 (dispositive Bestimmung) は、普通取引条款によって変更されており、新しい取引の実態については法の予定していないところとして、取引条款によって補充されている。ドイツ保険契約法やフランス保険契約法のように、その規定の多くが強行規定とされ、当事者の恣意による合意をみとめない立法のもとにおいては、取引条款の機能する範囲はきわめて制限的なものとなるのであるが、わが国における取引条款は、法律を大巾に修正しているため、それぞれの企業における普通取引条款を無視しては、それぞれの企業における「生きた法」を理解することはできないのである。

しかるに、わが国においては、従来、普通取引条款に関する研究がいちじるしくたちおくれていた。このため、近代的企業における取引の法律的解明について、しばしば重大なあやまりをおかしてきたのである。企業者が、その間隙について顧客のため不利な条項を恣意的にその設定にかかる普通取引条款に網羅してきたことはいなめない事実でもある。

わたくしは、この意味において、普通取引条款の研究に微力をそそいできたのであるが、ここには、取引条款の本質に深入りすることなく、また、その立法的規整、行政的規整、司法的規整にたちいることをさけて、取引条款の解釈をめぐり、従来、とられてきた解釈原理を省察することによって、そこに、わたくしの見解を明らかにすること

したい。したがって、取引条款の本質に関する研究、これが立法的規整、行政的規整、司法的規整その他については、機を改めて究明することにする。

## 第二章 普通取引条款解釈の特異性

### 第一節 契約解釈との差異

一 普通取引条款をもって、個々の具体的取引に適用される法律的形式に重きをおき、その条款を単なる契約の内容をなすものであるとして、それが法律行為の所産であるとする立場をとれば、取引条款は、個別契約の当事者に対してのみ効力を有するものとして、それぞれの規定が解釈されることになる。したがって、取引条款の解釈は、一般の契約ないしは法律行為の解釈と異なるところはない、ということになる。そのため、個々の当事者の具体的意見、真意の探究、当事者の当該条款に対する理解など個別的事情を考慮にいれて解釈すべきことになる。<sup>(1)</sup>

しかし、普通取引条款は、いまや、法律行為の所産から法源的客観的所産として認識されるにいたったのである<sup>(2)</sup>が、このような認識のもとにおいては、通常の契約解釈原理を離れて法律解釈原理<sup>(3)</sup>へと接近し、法規と取引条款の差異のうちに、取引条款の解釈についての特異性を求めるところがなければならない。<sup>(5)</sup>

(1) Ehrenberg, a.a. O.S. 85; Pappenheim, Handbuch des Seerechts, Bd. III, S.479.

(2) 米谷・前掲五五ページ。

(3) 石井・普通契約条款三五ページは、「普通条款は、集团的取引の一般的・定型的内容として定められたものであり、企業者はこれにより自己と取引圏に入るべき顧客圏に対しその取引関係に関する一の制度ないしは法規を客観的に予定するもので

あって、特定の顧客との一度限りの具体的法律関係の規整を目的とするものでない」ことを理由としてあげておられる。

このように、石井教授が、取引条款解釈を一樣に解釈しなければならないとされる論拠を、企業者の意思ないしは目的に求めておられるのに対し、牧野博士は、「普通取引条款の基本となれる『企業』の社会的性質といふことを高調」すべきであるとしておられる(牧野・民法の基本問題第五編)二五ページ)。すなわち、「或種の営業を為す者が、その営業のために印刷した約款を定めた場合においても、その営業が、大仕掛の企業に見受けるやうな公益性を具有していない場合においては、すなわち、企業と称せられるにふさはしい性質のものでない限りにおいては、その法律行為」は、個別的に解釈すべきものであって、「約款を制定した者の意見を基本とすべきではなく、「契約にかかる事項の本質に鑑み、信義則に従って解釈」すべきである。普通取引条款において、「それが法規的性質を有つとされるのは、それは企業者の意思に依るのではなくして、『企業者』の経営する『企業』の公益性に基づくのである。そこに、その客観的な性質の要素が成立するのである」とされる(牧野・前掲二二五ページ以下)。

(4) 石井教授の考えかたであるが(前掲三六ページ)、これに対し、牧野博士の批判がみられる(牧野・前掲一二六ページ以下)。(5) 青谷・保険契約法論一四五ページ、Ⅱ七四ページ。牧野・前掲一二七ページ以下は、企業者の意思ないしは目的から離れ、具体的妥当性を発見するところに、法律・約款解釈の要諦が存在するものとされる。

二 普通取引条款解釈の特異性は、特定の相手方との一回かぎりの具体的法律関係の処理にあるのではなく、全顧客に対する法律関係の一般的秩序を保持するため、あらかじめ企業者により客観化されたものとして定められた取引条款を、すべての顧客圏に理解されうべき意味を標準として解釈するにある。この場合、表示の一方、すなわち、取引条款を制定した者の意思ないしは目的は、問題とならない<sup>(1)</sup>。

普通取引条款は、一般の意思表示のように、特定の者に対するのではなく、企業の種類によって若干の相違はみられるにしても、広狭さまざまな顧客圏に適用されるものである。この場合、取引条款は、予想されるすべての顧客に

対してあらかじめこれを知りうる状態におかれていること、すなわち個々の顧客が契約の締結に際して、取引条款があらかじめ事前に準備されていることを知りうる状態におかれていなければならない<sup>(2)</sup>。(鉄道営業法三条、地方鉄道法二

一条、軌道法二一条、通運事業法二二条、海上運送法一〇条、道路運送法一三条、航空法一〇七条、倉庫業法九条、ガス事業法九条、簡易生命保険法六条三項・四項、郵便年金法六条三項・四項等、保険業法施行規則一六条(微温的である)、一九二三年改正前のドイツ保険監督法一〇条、スイス保険契約法三条、オーストリア保険契約法一条二項等参照)。

(ア) 普通取引条款の解釈については、個別契約の成立の事情、当事者の意嚮、当事者の真意の探究は、問題とならない。もっとも、当事者は、取引条款と異なる特約と個別契約においてすることもある。問題となるのは、取引条款によって契約を締結する前になされる個別的協定である。すなわち、取引条款と異なる別段の合意をした場合、いつこれを承諾したものとするかである。企業によってあらかじめ定められ特別取引条款 (besondere Bedingungen, conditions spéciales, special clause) ないしは特約条項 (conditions particulières) による旨が明示的に表示されている場合、または別段の合意による協定が当事者間において確認されない場合には、このような個別的な事情は、取引条款の解釈手段としては、除外されなければならない。

普通取引条款の解釈に関する基準は、個々の取引に参加する顧客の具体的事情の理解にあるのではなく、通常、合理的な正鵠をえた人びとによって構成される顧客圏によって理解されるところによるべきである。これは、ドイツにおける学説、判例によって久しくとられてきた立場でもある。取引条款解釈の基準を考えるにあたり、顧客圏の理解しえた意味ではなく、特定の顧客の理解したであろうところの意味であるとする判例がみられるが、それは適切な



ものとはいえない。このような考えかたは、個別契約の解釈に適用されるものであるからである。問題は、このような理解可能性 (Verständnismöglichkeit) にとって正当とされる根拠をみいだすことである。取引条款は、特定の顧客の特別の関係を規律するにあるものではなく、不特定の顧客との定型的状态 (typischer Lage) を定めたものであるから、取引条款解釈の基準は、特定の顧客との特別な関係を考慮するのではなく、不特定の顧客の定型的状态に求めるべきである。

(イ) 普通取引条款は、法律と同じく相反する利益を調整するに役立つとされている。このような任務を有する取引条款におけるある規定の目標が明らかにされた場合、当該取引条款がとりあげている定型の利益抗争の調整的役割を理解することは、きわめて重要である。それが個別契約当事者の具体的利益抗争に抵抗するかどうか、その評価により要求された決定に対して足場を与えるかが問われなければならない。具体的な抗争は、多くの場合、取引条款の制定者により定型なものとして呈示され決定されたものと一致する。

裁判所は、普通取引条款の解釈をするにあたり、たまたま訴訟当事者となった顧客の特別利益だけではなく、すべての顧客圏の共同利益と企業者の利益をも考慮するところがなければならない。<sup>(4)</sup> また、裁判所は、当事者間において、取引条款と異なる協定をした場合、このような協定による非定型の場合についても考慮すべきである。

(ロ) 普通取引条款の解釈にあたっては、当事者の利益および顧客全体の利益を顧慮すべきは当然であるが、それにもまして、公共的利益を顧慮すべきであるとする要請は、個別契約の場合におけるよりも、いっそう強度である。裁判所は、その判決において、とくに公共的利益を重視するところがなければならない。<sup>(5)</sup> 裁判所の解釈は、多くの場

合、一般的に基準的なものとなるからである。これについては、後にふれることにする。

(1) 青谷・前掲保険契約法論一四五ページ、Ⅱ七三ページ以下。

(2) Raiser, a. a. O., S. 252.

(3) Hagen, a. a. O., I, S. 43; Bruck, Das Privatversicherungsrecht, 1930, S. 29ff; J. v. Gierke, Art., Bedingungen“ in Manes' Versicherungslexikon, 1930; Ritter, Das Recht der Seeversicherung, II, Ann., Raiser, komm. z. d. AFB. S. 51f; Koehler, Allgemeine Versicherungsbedingungen, S. 46; Kost, a. a. O., S. 32 ff; Dagegen, Mendelssohn-Bartholdy, Juristische Wochenschrift, 1919, S. 189f. Aus der Rspr. vgl.: RG. I, 6. XI. 97, RGZ. 40, 49; RG. V, 3. V. 17, RGZ. 90, 378; RG. II, 22. I. 18, RGZ. 92, 87; RG. V, 9. VI. 20, RGZ. 100, 29; RG. VI, 11. III. 27, RGZ. 116, 275; RG. I, 13. VI. 32, RGZ. 137, 123 (129); KG. 6. V. 25. など Raiser, a. a. O., S. 252. は、ドイツ判例の多くが、取引条款の解釈にあたり、「顧客がいかに理解したか」(verstanden) ではなく、「いかに理解すべきか」(verstehen dürfen) であるという形式を用いているのは正当でないとし、「いかに理解すべきか」というだけでは、個々の契約の解釈基準と区別することはできない、<sup>(1)</sup> といっている。

(4) 最判・昭三四・七・八(大法院判決)・青谷・損害保険判例集七七ページ以下、同・生命保険判例集七八ページ以下。この判例につき、青谷・前掲契約法論一四〇ページ以下、Ⅱ六六ページ以下。および同書に掲げる数多くの文献参照。

(5) So namentlich aush. Heymann, JW. 1916, 571, 20RG. V, 12. XI. 15.

三 普通取引条款解釈の方法は、法律解釈の技術と密接な関係をもつものである。解釈されるべき取引条款の条項は、法律と同じく、個々の場合に関してではなく、一般的に全顧客に効力を有するものとして、その意味は、個々の場合とは離れて発見され、かつ、具体的な適用可能性を吟味することによって究明されなければならない。取引条款の解釈原理は法律のそれに似ていると主張する者がある、<sup>(1)</sup> それは、その類似の傾向があるとするのについて、法の解釈と取引条款の解釈方法との間に異なるものがあることをよく認識していないことによるものである。法と取引条款



は、それぞれの法秩序の地位において相異なるものがある以上、両者の解釈方法について、その方法においておのずから異なるものがあるのは、当然である。

普通取引条款を制定した企業者は、当該条款につき、法律の制定者が法の適用をうけるべき人びと、すなわち、法の支配のもとにある人 (Rechtsgenossen) に対して要求しうるがごとき權威を、その顧客に対して要求することはできない。取引条款においては、誰がどのような方法、どのような手続によって、どのような基準を定めたかに応じて差別が存する。しかし、そうかといって、取引条款の法に対するへだたりは、それによって消滅しない<sup>(2)</sup>。このことは、企業者による取引条款の一方的設定<sup>(3)</sup>の場合を想定することによって、いっそう明瞭になる (わが国においても、簡易生命保険約款・郵便年金約款は、保険者である国の一方的恣意によって定めるのではなく、顧客圏を代表する加入者代表と学識経験ある者よりなる審議会の議を経て定めるものとし、その約款は、官報で公示し、かつ、郵便局に備えて申込人の閲覧に供しなければならないとされている〈簡易生命保険法六条二項・三項・四項、郵便年金法六条二項・三項・四項〉)。

(ア) 法律解釈の場合には、法律行為的意思解釈の問題として理解すべく、相手方の理解可能性 (Verständnismöglichkeit) についての顧慮は問題にならない<sup>(3)(4)</sup>。すなわち、法律解釈の場合には、立法者によって想定された意味を探究する努力が要求され、その想定にかかる意味を明らかにするような事実<sup>(5)</sup>は、すべて援用されるが、普通取引条款の場合には、顧客圏に理解しうべき意味のみが基準となり、当該条款成立の過程、材料、未知の雛形などは問題にならないのであって、顧客圏において当然に了知されているような事実のみが解釈の補助手段となるのである<sup>(5)</sup>。

普通取引条款の場合、顧客の了知 (Wissen) と理解 (Einsicht) について、過度の要求はなされない。取引条款に

は、しばしば専門語が用いられているが、それはさけることのできないものである。そこで、個々の取引において、顧客が当該取引における平均的な専門的知識を欠き、その取引に予定された規定についての専門的意義を十分に理解しないとしても、そのような条項は、定型的に予定された専門的意義において解釈すべきである<sup>(6)</sup>。このように、企業者が取引条款を制定するにあたり、法律上または技術上の専門的用語をもって適切な規定を設けたとしても、そのような規定は、法律的には有効である。しかし、企業者は、当該取引について専門的な知識を有する者に対してでなく、当該取引について予定された規定につき専門的知識を有しない一般の顧客に対してある条項を適用する場合、一般的用語法は、企業者によって想定された特殊用語に優先し、複雑な条項は、解釈において単純化され、または理解しがたいものとして、そのような規定の存在自体が否定されることもありうる<sup>(7)</sup>。後にものべるように、線引条款の不明瞭性は、顧客に有利に解釈すべきものであるという傾向がみられる。

(イ) 法は、われわれの社会生活におけるいろいろの考えかたや力が平衡し、妥協し、調和しあつたものとして生かされたものであるが、それは、完全な意味において、将来おこるであろうところのすべての事象を網羅的に指定し、かつ、すべての利益抗争調整の可能性を予見して定めているわけではない。法は、常に内面的統一性を形成しようとする要求をもつものである。したがって、法は、法規範の意味するところのものを論理的に科学的に認識することによって永遠の生命を全うすることができるのである。

法が抽象的に正義として指定するものは、北極星のように動かないものであるとしても、法が適用せられるべき現実の社会生活は、刻々に動いてやまない。それゆえ、法が実生活のうえに行われるがためには、法規範が何を意味し

ているか、具体的に認識されるべき事実 (Gegenstand) を証拠資料 (Stoff) によりいつどのような法規範の照準にあてはめるか、それによって法の意図する正義が実現されるかどうかについて、法規をとおして、そのうえには法規を醇化し (イエーリング〈R.v. Ihering〉のいわゆる「ローマ法によって、ローマ法のうへに」) 、「Durch das römische Recht, über das römische Recht hinaus」<sup>ベ</sup>、<sup>そ</sup>に、新しい法理念の発見につとめることによってエアプリーヒ〈E. Ehrlich〉のいわゆる「生きた法」 (lebendes Recht) が期待されるのである。

法の欠缺についても、事物当然の法理にしたがって法を解釈することによってこれを補うことができるのである (明治八年へ一八七五年) 太政官布告第一〇三号「裁判官事務心得」三条、一八〇四年のフランス民法四条、一九〇七年のスイス民法一条、四条)。

普通取引条款は、それを具体的に利用する者に対してはもちろん、いずれはそれを利用するであろうところの一般の顧客をふくめて、常に、同一の意義を有するものである。個々の条項でも、ある一連の目的のもとにおかれている場合においては、それと同じ目的におかれている他の条項のもつ意味との関連において理解可能とされる場合がある。このような意味において、取引条款は、個々の顧客について個別的な事情に適合するがごとく不統一に解釈すべきではなく、個々の顧客の意思ないしは理解を止揚して、法のように、これを客観的な標準のもとに同一の意義を有するものとして企業の公益性という見地から解釈すべきことになる。取引条款の解釈が法規の解釈 (Gesetzesauslegung) へ接近するといわれるのは、この意味において理解することができる。

しかし、普通取引条款は、法のように、当事者間の関係を完全に秩序づけることはできない。しかも、取引条款は、通例、個々の事実を規律するものとして規定 (Rechtssatz) されている。のみならず、取引条款の発生、形成において、また、その妥当性の範囲において、取引条款には、法におけるがごとき権威と価値をみとめることのできないものがある。法と取引条款との間に存するこのような質的差異は、取引条款の解釈についても、法の解釈と異なる原理を要求するものである。<sup>(8)</sup> とくに法の解釈 (Rechtsauslegung) 原理を保険約款の解釈原理とするには、そこに、かなりの距離がみられるものである。

したがって、普通取引条款の欠缺の補填についても、取引条款全体の精神から慎重に考慮することが要求され<sup>(9)</sup>、法の欠缺の場合における解釈のようにこれと同律に考えることはゆるされない。取引条款の欠缺の場合、法または法規範的慣行がこれに代位する。

(ウ) 法は、正義の理念に奉仕する。私法においては、公益を考慮しつつ当事者間における利益調整をはかることに重点がおかれる。取引条款においては、それが企業者の利益に奉仕し、これを強化するためのものであるときは、それが正義と公益に奉仕することはあまりない。国家制定法 (Gesetzesrecht) においては、法に明定する評価により、その目標方向に展開され、拡張され、形成されるが、普通取引条款においては法にみられるような発展は、判例によって限界をつけうるにすぎない。企業者が任意法を修正のうえ取引条款によって顧客を任意法に対するよりも悪い状態にしている場合、裁判所は、当該条款の文字の解釈に終始することなく、合理的な内容を把握し、契約自由の範囲においてその内容 (Gehalt) を各目的に解釈しなければならない。裁判をするにあたっては、一面において、既存の法および判例の論理的体系に矛盾しないように努めるとともに、他面においては、この既存の体系の論理的帰結に



のみ満足しないで、具体的事実に対する価値判断の結果を實現しようとする努力が要求される。このことは、裁判官は法を創造しうるかという問題と関連して、いろいろ議論の紛糾するところであるが、その議論の存するところを省察するに、要は、現行法の論理的体系と事件に対する具体的価値判断の二つの要素の結合を必要とするにある。この二つの要素をいかにして明らかにすべきか、また、これを結合する標準をいかにすべきかの問題に帰着する。<sup>(10)</sup> 裁判官が取引条款の価値をみとめ、その条款中の不当な部分を改定し、全体として合理的なものとすることは、契約内容を合理化するための極致的法律技術である。<sup>(11)</sup>

ライザーのいわゆる全体法共同体の法 (Gesamtrechtsgemeinschaft) は、裁判官のために基準を留保している。すなわち、相反する契約条項 (Vertragsbedingungen) は、その中に直接ふくまれている規定をこえてはみとめられないのであって、取引条款の規定において援用されている法規をはなれては承認されない。<sup>(12)</sup>

(1) Soz.BHagen,a.a.O.I,S.42 f; Ritter, a.a. O.I, Vorb.I,Ann.I;R.Raiser, Komm.d.AFB, S.52; J.v. Gierke, Art., Bedingungen "in Manes" Versich.—Lexikon, 3.Aufl.1930.

(2) わが国の取引条款は、そのほとんどが企業者の一方的設定にかかるとであるが、外国には、企業者が一方的に設定するにしても利益団体と結合して条款を形成するもの (Koehler' a.a. O.S.9) 'カルテル的結合のもとに形成されるもの (Raiser, a.a.O., SS.27,30; Hagen,a.a.O., S.23.) などがみられる。わが国の海上保険普通保険約款のように、協会が特別委員会を設けて作成したものもある (ほかの損害保険約款もこの系統に属する)。しかし、簡易生命保険法第六条、郵便年金法第六条は、加入者代表を入れた委員会において、約款を作成することになっている。なお、スイス保険契約法第一条、オーストリア保険契約法第一条参照 (わが保険業法施行規則一六条は微温的である。)

(3) 理解可能性は、表示の相手方がいかに表示内容を理解しうるか、ということの意味する。法の適用をうける者には、理解

可能性は不要であるが、取引条款の場合には、当該条款によって契約を締結する者のみとその条款の適用をうけることになるので、取引条款についての理解可能性が要求されるのである。

(4) 契約解釈と法規解釈の相違につき、Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (Archiv für die civilistische Praxis), 1914, Bd. 112, SS. 1,86 ff., 152,260ff.; auch Stoll,Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, Iherings Jahrbücher, 2.F.40, 1926, SS.134ff., 166,Ann.2.

契約解釈につき、「契約書解釈心得」(明治一〇年一〇月一二日司法省「第七五号達」)がある。フランス民法第一一五六条から第一一六四条までを翻訳したものであるが、今日の取引条款解釈の原則がここに見出されることをおもうとき興味深いものがある。契約解釈につき、わが民法は、第九二条を除いては、一般的標準を示す規定を設けていなかったが、現在では、第一条第二項を設けている。フランス民法第一一五六条から第一一六四条まで、ドイツ民法第一二三条、第一五七条、第二四二条、スイス債務法第一八条も、法律行為の解釈につき、一般的標準規定を設けている。

(5) RG.L, 10.VI.29, RGZ. 125, 236, 3. x.29, JRPV. 1929, 399;Ritter, a.a. O., Bd. I, Vorbem.I, Ann.11; R. Raiser, komm. d.AFB, S.52; Kost, a. a. O., S. 29ff.

(6) Raiser, a.a. O.S. 255ff; Koehler, a.a. O,S.47; Hildebrandt, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (Archiv für die civilistische Praxis, 1937, Neue Folge, 23 Bd, 3Heft), S. 341.

(7) ドイツの判例の中には、平均人 (Durchschnittspublikums) の理解の貌 (Denkfaulheit) を保護しようとして、結果的には、ゆきやきよきやをわかれぬぬぬぬぬぬぬぬぬぬ (RG. I, 21. X.22, Gruch, 67,650; 20.v. 25,Seuff.A.79, Nr. 189; 12.v. 34; RGZ. 144, 311; Hamburg, 24.III.12.VA. 1913, Anh.32; München, 10.XI.24, L.Z.1925,272; Düsseldorf, z. XII.26.JW.1927,723.

(8) 取引条款の解釈原理は、取引条款の解釈の法の解釈への接近と差異のうち、これを明らかにすることが出来る (Hagen' a.a. O.,SS.42 f, 44f; Raiser, a.a. O., S, 251ff; Kost, a.a. O,SS. 12 ff,20ff.) であるが、取引条款の解釈は、取引条款がその効力において法典的な意思表示と法律行為的な意思表示の間に占める中間的地位を反映している、とする見解がある

(Hildebrandt, a.a.O., S. 341) が妥当な見解である。なお、ヒルデブランドは法の解釈は無限であるが、取引条款の解釈は制限された意思と目的の研究であるといっている (Hildebrandt, a.a. O., S. 344)。

(9) Raiser, a.a. O., S. 254; 鉄道物品運賃表 (Eisenbahngütertarifs) の解釈に「き」 RG.I.13. VI.32, RGZ.137.123(128f), R.G. II.13. X.33 RGZ.142.23 (AGB. der Reichsbank); [Großmann-Doerth, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung 1934, S.83 Anm.210, 87, 95 Anm.253, 121.]

(10) 我妻・近代法における債権の優越的地位四八九ページ以下。

(11) 契約自由の原則は、裁判官による契約内容の改定権に服すべきものであるとされる点においては、世界の大勢であって、現代契約法の基調をなすものである (牧野・民法の基本問題第五編において、各国の主張が紹介され、総合的研究が試みられている。とくに二三四ページ以下、二四二ページ以下。なお、我妻・民法研究V三七ページ以下、星野・現代法8二三八ページ以下、二五八ページ以下)。

(12) Raiser, a.a.O., S. 254.

四 普通取引条款は、それが企業者による一方的設定にかかるものであるか、顧客圏代表、公平なる官庁および国家の協力のもとに設定されたものであるかどうか、など、取引条款の発生・形成の態様に応じて、その解釈は、いろいろに行われている。単なる契約解釈の問題としては、このような区別的解釈は重要視されない。また、法解釈の問題としては、このような区別的解釈はなんらの意義をもたないものである。

普通取引条款が、企業者によって一方的に設定されたものではなく、顧客圏代表、公平なる官庁および国家の協力のもとに設定されたものであるとしても、取引条款の完全性、優良性、公平性は、顧客圏の立場を代表するとみとめられる人びとが、その発生、形成に協力したという事実によっては保証されないし、その協力によって法規としての

権威を与えられるのではないが、このような取引条款には、企業者による一方的設定の場合と異なり、強い力がみとめられる。裁判官は、このような取引条款を解釈するにあたり、法規解釈への接近を考慮することになるのである。

普通取引条款が、顧客等の協力のもとに制定された場合であっても、企業者は表意者として、顧客圏は表示の相手方として考えられる。そこで、このような場合、顧客に対して、その取引条款の成立過程や材料の調査について要求することはゆるされない。<sup>(1)</sup> 取引条款の明瞭性、一義性に対する企業者の責任は、取引条款が、企業者によって一方的に設定された場合は重くみられるが、顧客圏代表、公平なる官庁の協力のもとに設定された場合には軽減される。取引条款により締結された全訴訟事件の裁判管区に関する規定は、一方的設定におけるものよりも、協力的設定の場合におけるものの方がその目的を達することが多いとされている。その規定が目的を達成するかどうか、また、その解釈がそれに応じてなされるかどうかは、当該取引条款の発生・形成の現象のいかんによる取引条款が、企業者と顧客との適切な利益調整を保障し、その解釈が当該取引条款の評価を、あるいは自由に、あるいは留保し、また、さらに拡大しうるかどうかの問題についても、同様である。問題となるべき基準は、一方的または協力的設定ではなく、企業者による力の強化 (Mächtverstrkung) または公平なる調整である。<sup>(2)</sup>

(1) Raiser, a.a.O., S.250.

(2) Raiser, a. a.O., S.256.

五 ドイツのライヒ最高裁は、一九三一年と一九三四年の判例において、つぎの原則を示している。<sup>(1)</sup> 事案は、銀行約款に関するものである。

普通取引条款についての若干の研究(青谷)



普通取引条款は、特定の顧客がその取引条款によって契約を締結する場合、その条款がその他の顧客との多数取引に適用されるものとして一般的に定められた契約条項 (Vertragsbedingungen) であることを承認し了知している場合にかぎり、当該取引条款につきこれを特別取扱いとすることができる、といっている。

この原則は、普通取引条款の解釈にあたり、必要以上に個別的契機を導入するものであって、顧客が、当該取引条款を評価し、またはこれを知っている場合にかぎり保障されるとするものであるから実際的ではない。取引条款は、一回的な契約条項 (Vertragsbedingungen) としてではなく、一般の顧客に対し適用されることを予定して外部的に設定されたものであるが、ライヒ裁判所は、この点に対する認識に欠けるところがあるといえよう。取引条款そのものが契約の構成要件 (Tatbestand) として顧客に提供されるのではなく、単に、同一内容の条項のみが口頭で開示される場合には、それは契約内容を定めた取引条款ではなく口頭による取極めのみが有効とされるにすぎないことになる。

(1) Kost, a. a. O.S.34. は、ライヒ最高裁の見解を支持している。

ライヒ最高裁が扱った事例は、銀行との保証契約 (Bürgschaftsvertrag) に関するものである。保証契約の基礎をなしているのは、銀行が作成した保証書 (それは銀行の書式集に定められている。) である。裁判所は、保証書という個々の事実問題をはなれて、法律的に解釈し、かつ、それにもとづく上告可能性を否認している。

しかし、判例は、顧客において、銀行が書式集を複写しているのを知らなかったということを支持しなかった。それは、取引条款そのものを契約の構成要件として、顧客に呈示されたものではなく、この場合、口頭による取極めのみが効力をもつと考えられるからであるというにある。顧客が、たとい、そのことを了知していたとしても、一般の人に通用しない場合は、このような法律行為は、個別契約であって、集団契約 (Massenvertrag) ではない。また、使用された見本は、取引条款ではなく、書式にすぎないのであって、それは公証人役場において認証されたものではあるにしても、当該契約の解釈にとって

特に有効とされるものではない (書式と取引条款の相違につき Raiser, a.a. O.S. 253. は、書式は、取引の枠であり、形式であるが、取引条款は、取引の内容であり、契約の内容をなすものであるといっている。なお、RG. V.4. VI. 34, Seuff.A. 88, Nr. 184. も同様の見解である)。

Raiser, a. a. O. は、ライヒ最高裁が、取引条款を特別に取り扱うことは、不特定の顧客が一般的に定められている取引条款の承認を了知していることを前提とする、といっていることに対し、それは、取引条款の解釈につき、不必要に個別的契機を導入するものであって、取引条款は、企業者によって外部的に一般に適用されるものとして設定されたものであり、一回的な契約条項を定めたものではないとし、取引条款そのものが、契約の構成要件として顧客に提供されるのではなく、同じ内容をもった条項のみが口頭で呈示される場合、一般に有効とされるのは、契約内容としての取引条款ではなく、口頭による取極めのみである、として、右の判例は、実際的ではないといっている。

## 第二節 法の解釈との差異

一 法の解釈 (Rechtsauslegung) は、法規の解釈 (Gesetzesauslegung) をとおして発見されること (durch Gesetzesauslegung zur Rechtsfindung) である。法の発見である。しかし、それは、法のないところに法をみつけたというわけではない。法は、われわれの社会生活における正しい規範として客観的に存在している。社会生活の現実の中に形成されている生きた法 (lebendes Recht) が真の法である。学者や裁判官は、理性により、条理によって、それを的確にとらえる任務をもっているのであるが、それがここにいう法の発見にはかならない。法の解釈は、客観的に存在している正しい規範を究明することを意味する。したがって、社会が進化すれば社会規範としての法も進化する。法の解釈は、科学的に進化をつづけてやまないものである。

ところで、普通取引条款については、法の解釈に要求されるような原則をそのままの姿においてあてはめることはできない。このことは、すでにのべたとおりであるが、同一の普通取引条款が長い間使用されている場合、その条款に使用されている表現は、個別契約において取引条款を承認するにあたり、その条款が設定された当時と同一の意味をもたないことがありうる。取引部門の用語法は、立法がその理念を他の意味において正確に定めたことをも変化させることができる。この場合、現在の顧客圏の理解可能性が決定的となる。すなわち、取引条款が、現在一般に行われている以外の意味を表現し、しかも、その条款制定当時の本来の意味がなお理解される場合においては、そのことが当該取引条款より明らかに推論しうるものであるかぎり、本来の意味が有効とされる。しかし、疑わしい場合には、顧客は、取引条款の成立過程または取引条款を作成した企業者の当該条款制定当時の理由を重視する必要はない。顧客は、当該取引条款が現在作成され、現在の用語法のもとに制定されたものであるとすれば、一般にどのような理解されうるかに重点をおいて解釈すべきことになる。<sup>(1)</sup>

(1) RG. I, 28, IV. 24, L. Z. 1924, 465 ; Düsseldorf, 6. III. 22, HansRZ. 1922, 554 ; 同説 Bruck, a.a. O., S. 29 ; 反説 Ritter, a. a. O., I. Vorbem. II, Anm. 11.

ドイツ普通海上保険約款についても、固定的な伝統が原始的な意味をなお依然としてもちつづけるかぎり、他の何ものをも適用されえない、とされている。

二 普通取引条款は、国家制定法 (Gesetzesrecht) の原則を考慮のうえ、その条項の全部または一部につき、法の完全性と明瞭性をとりいれている場合が少なくない。この場合、法解釈の方法論が契約解釈に代位するかどうか争われている。<sup>(1)</sup>

普通取引条款のある条項を作成するにあたり、それが法の引用句であることが明白に承認されうるような場合においては、そのような条項は、法の解釈と同様に解釈しなければならない。また、取引条款の用語が、明らかに法規の用語より引用されている場合には、法と同一の意味をもつことになる。<sup>(2)(3)</sup>

しかし、ある条項において、その出所を明らかにしないで引用され、また、法規よりの引用そのものであることが明白に承認されないで、法規的規範のみを内容的に引用している場合には、そのような条項は、法と同一内容の意味をもつものと理解することはできない。この場合には、取引条款の一般的原則(顧客の合理的理解可能性を標準とする。)が、つぎの危険のうえに適用される。すなわち、取引条款において、明らかに法を引用していない場合においては、法を明らかに引用している場合と、その法的効果を異にすることになる。<sup>(4)</sup>

(1) Ehrenberg, a. a. O., S. 85; Bruck, a. a. O., S. 29; J. v. Gierke, Art., Bedingungen "in Manes' Versich.-Lexikon, 3. Aufl., 1930. ただし「反対説として Hagen, a. a. O., I.S. II.

(2) RG. VI, 5. X. 26, RGZ. 114, 347 („Unterschlagung“); RG. VII, 23. X. 31, JW. 1932, 2521; („Diebstahl, Raub und Unterschlagung“); Nürnberg, 21. V. 31, JRPV. 1931, 293 („Raufhandel“).

普通保険約款に適用されている用語は、ほとんど技術的、刑法的な意味に解釈される。しかし「„Aufruhrs“ の概念が刑法上の事実を逸脱して拡大される場合は、このかぎりでない。

(3) 保険約款の用語の誤用(以内・内・以上・以下・以前・前・以降・未満・起算日・みなす、推定・適用・準用・誤植など)につき、青谷・保険約款演習XI一ページ以下。

(4) Raiser, a.a. O., S. 257; RG. VI, 18. X. 27, JW. 197, 3048; 普通取引条款において縮小的にとりあげられ、しかも、それ自体特色づけられなかった法規は、その解釈に引用されない(同説。Ehrenzweig, FW. 1928, 555.)。



三 法律上の用語の場合と同じく、その他の技術的専門用語においても、一般的用語法におけるのは異なった意義を表現するものとしてとられる。この場合、普通取引条款が当事者間の取引の種類に応じていかなる顧客圏に適用されるかということが問題となる。顧客が専門的知識をもっている商人であれば、卸売商取引条款、取引所取引条款その他のいろいろの企業取引条款におけるそれぞれの専門用語についての正しい理解が顧客に要求されることになる。<sup>(1)</sup>これに反し、顧客が非商人である一般大衆であるような場合においては、一般的用語法が解釈の基準となる。

このことは、用語法あるいはその他の取引慣行 (Verkehrssübung) の場所的相違において困難となる。企業の営まれる場所における取引慣行あるいはその存在が疑わしいとされる場合には、その場所における人びとによって一般的に想定される意味を基準として取引条款を統一的に解釈すべきである。しかし、取引条款に用いられている用語が、企業の営まれる場所において慣行とされているのとは異なる意味に用いられていることを、その場所にいる人びとが当該取引条款から了知しえない場合には、顧客への顧慮 (慣行的意味を基準とする顧慮) は、それによって害なわれることになる。<sup>(2)</sup>このような顧慮は、一般的用語法の場合における取引条款の解釈原則より優位を占めることになる。<sup>(3)</sup>したがって、同一の取引条款であっても、それが現実適用される場所によって、いろいろに解釈される可能性がみられることになる。取引の実際においても、このような解釈がゆるされるのである。しかし、個々の場合に応じた解釈をしないで、場所的に区分し——実際上の、またはありうべき——いろいろの場合の集合 (Fallgruppen) によって区別 (Differenzierung) がなされる。

同一の普通取引条款をいろいろの職分団 (Berufsgruppen) に適用する場合にも、右と同様解釈の区別が考えら

れる。<sup>(4)</sup>

しかし、企業者は、普通取引条款を作成するあたり、一義的な用語をもって、確実に表現することができない場合、たとい、一義的な意味をもつものとしてある条款を作成したとしても、そこに、いろいろな危険がまちうけていることを知る必要がある。すなわち、いろいろの異なった場所または職分圏に対し、いろいろの取引条款を提供したとしても、それは、いろいろ異なった取引様式に対応するものとして適用され解釈されることになるのである。<sup>(5)</sup>

(1) 普通保険約款における医学上の専門用語の表現につき RG. VI, 21. XI. 19, RGZ. 97. 189; 71.30, JW. 1930. 3618; Frankfurt, 29. V. 29, JRPV. 1929. 334. 44; LG. I, Berlin, 9. XII. 30, JRPV. 1931.63.

„Totalschaden“ なる概念は、保険技術的に解釈される。

(2) 取引条款が顧客の住所とは別の場所で作成されたものであることが当該取引条款によってみとめられるとき (外国企業者の場合を想定) は、本文にいう了知はみとめられない。これに反し、取引条款が明らかに一定地域を対象として制定され適用されるものであれば、その条款は、当然にその地域の人びとを拘束する。同様のことは、特定の外国人を対象とする場合における用語法についてもいえる。

(3) 顧客の場所の標準 (Maßgeblichkeit) につき Bruck, a. a. O., S. 29; Hagen, a. a. O., I. S. 45. ただし Ehrenberg, a. a. O., S. 85; Bruck, a. a. O., Anm. 57. に引用する判例 RG. Seuff. A. 40, Nr. 94. 44. の場合には適用しない。それは、保険契約者の表示の解釈を取り扱っているものであるからである。

(4) Kost, a. a. O., S. 44.

(5) Raiser, a. a. O., S. 258.

四 普通取引条款を統一的に解釈しようとする原則がうちたてられるにおよんで、これを育成しようとする試みが普通取引条款についての若干の研究 (青谷)

なされた。企業者が職分圏の内部で顧客と取引をする場合にも、場所的および職分圏による解釈の区別は有効とされるが、この場合にも他の場合と同じく、取引条款が職分圏内の多数取引に対して明らかに提供されることをもって満足しなければならないとされている。しかし、実際の場合、それをもって個々の解釈が再建されるか、というに、取引条款の解釈にあたり、個々の顧客の専門知識の知・不知は、顧客に対しては全く顧慮されないことになる。専門用語についてのきわめてまれな不知 (Sachunkunde) の場合にも、同様である。平均的な知識、知力、理解のないものは、他の場合と同じく、法律上とくに保護されることはない。平均的な尺度は、何びとに対しても要求されうるものとして適用されるからである。この場合にも、いろいろの標準をもついろいろの団体による解釈の区別は有効とされる。A生活圏の人びとが、彼等の生活圏にとっては規律とならないような取引条款 (B生活圏にとっては妥当とされるものである。) をもって、B生活圏の人びとと取引をする場合には、その取引条款は、A生活圏に妥当するごとく解釈されないで、B生活圏において妥当と思惟されるところにしたがって解釈されることになる。卸売営業をする農民、取引所で投機をする公務員の未亡人は、それぞれの営業において使用されている者は別異の解釈をするように要求することはゆるされない。彼等は、それぞれの営業の事情に通じているものとして、取引条款が解釈されなければならないことになるのである。<sup>(1)</sup>これに反し、専門用語がまれにしか用いられていないときは、企業者によって想定された意味において理解すべきである。

ドイツのライヒ最高裁判決は、被告が彼のための委託買入れにより、彼の計算において銀行が取得した有価証券の所有権および占有権の引渡請求権を銀行が有していたという事例において、「取引中に銀行の処分権能 (Verfügungsgevalt) におかれたすべての債権は、銀行に質入れされたものとみなす」旨を定めた銀行約款の解釈に関し、つぎのことく<sup>(2)</sup>いっている。

保険会社と保険契約を締結する保険監督官、銀行と取引をする銀行員は、企業者の真意が彼等に知られ、または知ることをすべきことに対し、異議を申し立てるべきではない。銀行の支配人兼銀行員 (被告) は、銀行約款の個々の条項の意味と目的について一般の顧客より以上に精通しているのであるから、彼が銀行や保険会社と取引をするにあたっては、これと異なる意味については、彼に不利になるごとく解釈しなければならない。

これに対し、法との矛盾が高められてきただけであり、取引条款解釈の統一性の原則を否定するものであるとする批判がなされている。<sup>(3)</sup>

普通取引条款は、個々の顧客を対象として個性的に協定されたものを基準として作成されたものではない、一般に全顧客圏に基準を与える準拠 (Rechtlinien) として作成されたものであり、それが個別契約に適用されるものであることを予定しているのである。このことは、取引条款についても、そのままあてはまるのである。前にのべた銀行約款の解釈に関する判例にあらわれた事例において、銀行技術的に組織された顧客は、銀行の全顧客圏内において、おのずから特別の取引慣行のある団体を形成していることになるのであるが、このような団体の所属員は、相互の密接なる団体意識のもとに結合したのではなく、その専門的知識は、彼等の取引の様式に関係なく、しかも、銀行にはしばしば知られない事件とみなされるのである。この場合、顧客も銀行も、当該銀行約款の解釈につき特別に保護す



るに値いする利益をもたないのである。

普通取引条款は、通常慣行的に用いられる意味において個別契約に採用され、それに応じて適用されるのである。<sup>(4)</sup>当事者が、普通取引条款を通常用いられているとは異なった意味において理解し、そのような意図のもとにその取引条款によって契約を締結したとしても、そのような取引条款の解釈は、正当なものとしては取り扱われない。取引条款と異なる別段の合意の承認に対しては、顧客が特別の専門的知識をもっているという事実だけでは不十分であって、個々の場合における特別事情を承認するの<sup>(5)</sup>について当事者間における合意が十分に確立されていなければならない。

普通取引条款が、全顧客に対して統一的に解釈されなければならないという原則は、これを保持しなければならない。そして、この条款解釈統一の原則は、顧客団体によってこれを異別に解釈する可能性を否定することを意味するのであるが、个性的事情への考慮は除外される。个性的事情は、当事者が取引条款と異なる別段の合意を契約上(Vertraglich Abweichung)承認する場合にかぎり考慮される。

(1) RG. III. 3, W.14, JW. 1914, 673; Raiser, a.a.O., S. 259 ff; Koehler, Allgemeine Verkaufsbedingungen, S. 47; Hildebrandt, a.a. O., S. 342.

(2) RG. II. 22, II. 27, RGZ. 116. S. 198ff; 29. X. 27, JW. 1928, 618.

(3) Hoeniger, Festschrift für Heymann, 1932, Ba. II. S. 1168, und im Vorwort zu Kost, Auslegung von AG B., 1933, S.V. ferner diser S. 32 ff., 41ff. ausführlich; Koehler, a.a.O., S. 47; Raiser, a.a.O., S. 259; Kost, a.a.O., S. 41 ff; Hildebrandt, a.a.O., S. 342.

(4) Raiser, a.a. O., S. 259ff.

(5) ライヒ最高裁の第二の判決(29.XI. 27)は、補助的に、本文にのべた意味において保護される。それは、個々の事情に応じて判決をしたものとして理解される。個別契約の場合、当事者を拘束するものとしての意思表示が存しない場合には、そのような契約は、不合致のため無効となる。

五 普通取引条款において、ある規定の解釈が不確実な結果を生じた場合、その規定が客観的に不明瞭となり、また、矛盾することがおこりうる。それは、原則的には、問題とされる点に関し、当事者間においてこれについての合意が欠如していることによるものである。このような欠点<sup>(1)</sup>が、契約全体にとって本質的なものでない場合には、そのような契約は当然に無効とはならない。

普通取引条款に規定されていない事項については、任意法がそれに代位するのである。<sup>(1)</sup>

契約上の権利義務の履行が普通取引条款の条項または個々の用語の確実な意味に依存する場合がある。このような場合、当該取引条款の不明瞭性は、その取引条款によって締結された契約を無効ならしめるかどうかの問題がおこる。これに関し、ドイツのライヒ最高裁は、ドイツ民法第一五五条が、いわゆる隠れたる合意(Versteckter Dissens)につき、「当事者が締結したと信じている契約において、合意をなすべきものとされている点につき、当事者間において真実に合意がなされていないときは、この点に関する定めがなくても契約を締結したであろうとみとめられる場合にかぎり、その契約は、その合意した点につき効力を有するものとする。」旨規定していることを前提として、取引条款の欠点は、契約の本質的な点についての合意を欠くものとして、このような条款によって結ばれた契約を無効

としている。<sup>(2)</sup>

しかし、このような解釈は、十分とはいえない。普通取引条款は、一般に顧客の協力なくして企業者により一方<sup>(1)</sup>に作成されるものである。したがって、このような取引条款にあっては、その一義的な理解については、企業者において責任を負うべきである。<sup>(3)</sup> 企業者は、顧客に対して取引条款における疑わしい用語法 (Wendungen) を吟味し、かつ、明瞭な表現法をとるべく努めて欲しい旨を期待することはできない。

顧客は、当該普通取引条款が、彼に対するのと同じく、一般の顧客にも使用され、しかも、その際、その条款が一般的に確認されることを信頼しているのである。それゆえ、企業者は、当該取引条款における疑わしい用語法を理由として、顧客をして契約無効の危険にさらすことはゆるさない。無効は、個々の例外の場合だけではなく、当該取引条款によって締結されるすべての取引に関係するものである。したがって、取引条款の多義性ないしは不確実性は、企業者に対して大きな負担の源をなすのであって、それによって生じる不利益は、すべて企業者に転嫁されることになるのである。

ドイツのライヒ最高裁は、個別契約において、普通取引条款の多義性ないしは不確実性のゆえに、当事者間に意思表示の不合致を生じたとされる事例に関し、取引条款の多義性が表意者の責任によって生じたものである場合においては、表示の相手方が当該契約を有効であると信頼したことによって生じた損害につき、企業者は、これを賠償する義務があるとしている。<sup>(4)</sup> 取引条款の多義性のために契約が無効とされ、それによって顧客が損害をこうむったとすれば、企業者が、いわゆる契約締結上の過失 (culpa in Contrahendo) にもとづく表示につき、責任を負うのは、信義

則上当然であるというにある<sup>(5)</sup> (ドイツ民法一五七条、三〇七条)。

不明瞭なる表示に対する企業者の責任は、全顧客圏に対し、普通取引条款を提供した時ではなく、具体的な契約の締結にあたり特定の顧客に対して取引条款を使用した時に生じるのである。

企業者の過失と顧客の過失が競合的に併存する場合においては、両者の過失を較量のうえ、両者間の個別的関係を考慮すべきことになる。それは、取引条款の統一的解釈の原則と相客れないものではない。けだし、この場合、取引条款の解釈が問題ではなく、無効の効果をもたらすとされる規定そのものが問題とされるからである。

同一の普通取引条款の多義的な規定を前提としていろいろの顧客に対していろいろの法律効果を生ぜしめるのは、好ましいことではない。取引条款の解釈にあたり、これによってすでに求めることのできた調整をすることがはたして可能であるかどうかが問題となるが、取引条款による多数契約の典型的なものは、個別契約における約定の生成性の設定、したがって、個別契約を無効ならしめる解釈の衡平 („Wage der Auslegung“)<sup>(6)</sup> とは異なり、当事者いずれか一方に有利となるような決定を強いるものである。<sup>(7)</sup> すなわち、契約を無効ならしめる解釈の衡平は、通常、当事者には期待されない。とりわけ、一般大衆は、取引条款の使用が、当該関係者に対して法律状態を不明確ならしめ、多数取引の遂行を困難ならしめ、さまたげるような場合においては、そのような取引条款を取引に使用されないことにつき、切実なる関心をもっている。<sup>(8)</sup>

一般の顧客は、国家制定法の場合と同じく、普通取引条款の不明瞭性に満足しないのである。したがって、従来の解釈原則が不確実な結論にすむとすれば、疑わしい場合には、原則として解釈の衡平ではなく、当事者のいずれか



に優位を与える解釈がとられなければならないことになる。企業者は、顧客に対して事前に作成されている取引条款の不明瞭性に対して責任をもつべきである。かりに、顧客がこの期待を裏切られる場合には、企業者は、それによって生じる責任を負担しなければならない。

普通取引条款が不明瞭性をもつ場合には、企業者は、その効果を負担すべきである。取引条款の多義性ないしは不明瞭性―その多義性ないしは不明瞭性は、従来の解釈法によつては、除去されないのみでなく、契約それ自体を無効ならしめるものである―は、顧客に有利な意味をもつものとして解釈され、その解釈は、当事者の双方を拘束するものとして、当該契約を有効に継続せしめるものとなっている。このような解釈は、新しいものではなく、古くから法律文化の発達している国においては、解釈技術の補助手段として知られていたものである。ローマ法の原則である「疑わしい場合には、悪しき解釈を甘受しなければならない」、「疑は表意者の不利益に解すべきである」(in dubio contra stipulatorem)という法諺(Parämie)によつて把握されている。

普通取引条款の解釈および適用の範囲において、判例がしばしば右の原則を使用し濫用したことについては、別に、とくに論ずる必要がある。<sup>(9)</sup>この場合、右の原則を特定の場合に適用することにつき、これを保障することは有効であるが、同時に、その適用の限界を明らかにするところが必要ではない。

(ア) 「疑の利益の原則」(benefit of doubt)は、普通取引条款解釈の補助的原則として有効である。<sup>(10)</sup>「疑の利益の原則」は、すでにのべたように、ローマ法の「疑は表意者の不利益に解すべきである」との原則にみられ、「用語に疑があるときは、これを使用する者の不利益に解すべきである」(Verba accipient contra proferentem)とされてい

る。フランス民法第一一六二条も、「疑わしい場合には、合意は、要約した者には不利に、義務を約した者の利益において解釈すべきものとする。」旨を規定している(なお、一一五七条・一一五八条・一一五九条、イタリア民法一三七〇条)。ドイツ学者のいわゆる「優遇の原則」(Bevorzugungsregel)である。

「疑の利益の原則」は、用語に疑いのあるすべての場合に適用すべきかどうか、この原則は、今日においても価値あるものとして妥当するかどうか、につき、反省すべきものがある、とされている。有力な学説は、この原則は、取引条款特有の原則ではなく、他のいっさいの解釈方法によつても問題とされる契約文書の意味を明らかにすることができない場合にかぎって使用されるべきものであるとする。<sup>(11)</sup>ドイツの判例法は、取引条款の不明瞭性は、企業者に不利に解釈すべきであるが、それは、顧客圏が、信義誠実の原則に従い取引上の慣習を考慮して彼等に有利に解釈しうるがごとき場合にかぎるものとしている。取引条款の規定が真に不明瞭であり、あるいは二元的な意味を有し、そのいずれとも解することができないときには、この原則は、適用されない、としている。<sup>(12)</sup>

「疑の利益の原則」は、契約自由の原則が絶対神聖なものとして考えられていた時代においては、取引条款にともしないやすい病理的現象を克服するためきわめて貴重なものであったということがいえるにしても、今日においては、主務大臣の認可によつて取引条款の形成についての病理的現象は克服され、顧客の保護と社会一般の公益がはかられているので、この原則に対する価値評価は、消極的なものになりつつある、ということ忘れてはならない。<sup>(13)</sup>

(イ) 「疑の利益の原則」は、補助的解釈原理として顧客圏が合理的に理解しうる意味において理解すべきものである、ということとどまるのであって、それは信義誠実の原則により取引上の慣習を考慮して顧客圏に有利に解釈される

場合にかぎり適用されるものである。そして、それは、取引条款の客観的解釈における合理的理解可能性の原則の当然の帰結である。

「疑の利益の原則」は、補助的解釈原理としてのみ有効であり、取引条款の不明瞭性が一般的に法的不安全へみちびくことは、公益的立場において阻止しなければならない。したがって、取引条款の不明瞭性を解釈によって除去しうる場合、またはその不明瞭性が従たる国家制定法の中の任意法によって容易に補充しうべき規定をみいだすことができる場合においては、この原則の介入しうる余地はないことになる。<sup>(14)</sup>

(ウ) 普通取引条款の不明瞭がはなはだしい場合には、当事者のいずれの立場にも片よらないで、補助的手段も与えられず、客観的な立場よりする合理的な解釈の要請により、その契約は無効とされる。この場合、契約締結上の過失<sup>(15)</sup>にもとづく損害賠償請求権が顧客に帰属するかどうかについては、当該契約が締結された当時の具体的事情に応じて決定すべき問題である。

(エ) 「疑の利益の原則」は、普通取引条款が企業者によって一方的にのみ提供されていない場合にも適用される。<sup>(16)</sup>それは、解釈されるべき条項が企業者の利益の強化に奉仕するものであるかどうかによるのではなく、承認された意味において理解すべきものであって、実定法的改定ではなく、また、企業者意思の懲罰でもなく、取引条款の原文に対する企業者の責任にもとづくものである。取引条款が企業者によって顧客に有利に作成されている場合であっても、なお、他の効力(Kräfte)が契約の内容に影響をおよぼしているとき、企業者は、その範囲において責任を負うべきである。

普通取引条款が公平なる第三者によって作成され、それが顧客に提供されている場合においては、当事者間の秤はふたたび平均化され、当事者の一方が相手方に有利なるとく責任を負担すべき理由はない。したがって、取引条款のうちのある条項について本質的な不明瞭性が存する場合、それによって締結された個別契約は、当然無効とならざるをえない。

(オ) 「疑の利益の原則」に示された範囲において、それは、個々の場合における個別的事情とは関係なく有効である。契約当事者となった顧客が、多義的な条項を企業者の理解している意味において理解したかどうか<sup>(17)</sup>、また、顧客の特別な知識に従って理解することができたものであるかどうかは問題ではない。従来の解釈原理とされるものによれば、多義性の設定と同じく、一般に全顧客圏を考慮にいれて顧客に有利に決定しなければならないとされている。<sup>(18)</sup>この原則は、このような個別的な法的安全利益という見地においてのみ正当づけられるのである。

(1) RG. 25, II, 28, JRPV. 1928, 154; München, 10. XI. 24, LZ. 1925, 272; 同説 Stiefel, kommentar zu den kraft-fahrzeug-Versicherungsbedingungen, S. 23; Worte, AGB. der Banken, S. 56.

(2) 多く論議された定型的飛躍の場合 Typenflug-Fall 及び RG. VI, 11, III, 27, RGZ. 116, 274. 同説 Bruck, a.a. O.S. 30 Anm. 66; R. Raiser, Kommentar zu deo AFB, S. 53f. 反対説 Ehrenzweig, JW. 1027, 1588; Kost, a. a. O.S. 24ff.

取引条款の解釈が問題なのではなく、個別的に協定された条項の解釈が問題とされるかぎり、右の判例は、結論においては正当であるが、ライヒ最高裁は、このような区別の正当づけを誤って否定したものといえる。それゆえ、最高裁の右判例は、その他の裁判所がしばしば使用している判例に反対の立場をとるものといえる。

(3) Raiser, a.a. O.S. 260.



- (4) RG. I.5. IV. 22, RGZ. 104,265; R. Raiser, Arch. Ziv. Pr., 127, 10ff, 29ff; Hildebrandt, Erklärungs haftung,, 1931, S.97 ff.; 200 ff.
- (5) 保険的款の解釈と信義則につき、牧野・民法の基本問題第五編四四五ページ以下、契約の前後と信義則につき、四八九ページ以下。なお、米谷・前掲五六六ページ以下。
- (6) R.Raiser, Arch. Ziv. Pr. 127. 31,
- (7) RG., 16.X. 29, JRPV. 1930,62. 契約は成立しないとの見解のもとに、当事者に奉仕しないのである。さらに、契約の解釈は、原則的にはその保障が他の解釈において可能である場合には、契約を解除 (Aufheben) へとみちびくにはおよばない。
- (8) Raiser a. a. O., S. 261.
- (9) 定型的飛躍の場合 (注を参照) において、前審 (Vorinstanz) は、顧客に有利に判決した (KG. 6. XI. 26, JRPV. 1926,347). „Vorführungsflug“ の解釈については同様である (LG. I Berlin, 9. VI. 29. JRPV. 1929,355, und RG. 30. VI. 29, JRPV. 1930,83.)。取引条款の真に不明瞭な場合についての疑の利益の原則の適用については、KG. 13. N.27, JRPV. 1927.165 („Schwangerschaft“) ; RG. VI. 10. I. 28, JW. 1928, 556 („Vergiftwang“) ; 29.I.29, JRPV. 1929, 79.
- (10) 「疑の利益の原則」について Raiser, a.a. O.,S. 264 ff; Ehrenberg, a.a.O.S.86; Hagen, a.a.O.SS. 46,47; Hamelbeck, Begriff, Arten und Verbindbarkeit der allgemeingeschäftsbedingungen, S.19; Kost, a.a.O.,S. 21ff; Koehler, a.a.O.,S.47; Michel, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, S.40; Pappenheim, Handbuch des Seerechts, Bd. III, S.475; Woite, Haftung und Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, S.46; Wüstendörfer, Studien, S.398. 米谷・前掲五八二ページ以下、石井・普通契約条款五九ページ以下、小町谷・法学新報五五卷九・一〇号とくに九〇ページ以下、同・海上保険法総論一第五九ページ以下、七二ページ以下、野津・新保険契約法論一六三ページ以下、青谷・保険契約法論一四五ページ以下、Ⅱ七三ページ以下、同・保険約款演習四六ページ以下、葛城・海上保険研究上巻五ページ以下、我妻・債権各論上巻二五ページ。

船荷証券の免責約款の解釈をめぐって、Bon necase, Traité de droit commercial maritime, 1923, pp.280-289; Gautier, Des Clauses d'irresponsabilité, No 25, p.69; Carver, Carriage of Goods by Sea, sect. 77; Scrutton, On Charterparties and Bills of Lading, p.18. 田中 (誠)・船荷証券免責条款論四八三ページ。

(11) Raiser, a.a.O.,S.262.

(12) RGZ. Bd. 116. S.274,1911,3.27; Raiser, a.a.O.,S. 268. 但しこの原則を取引条款の不明瞭性は企業者の責任にもとづく、という点に求めている。

フランス民法第一一五七条は、「ある条款が二様に解しうべきときは、これをもってなんらの意義を有しないものとする」となく、なんらかの意義を有しうるの意義において、これを理解しなければならない」とし、第一一五八条は、「二様の意義に解しうべき用語は、契約の内容に最も便宜な意義において理解することを要する」とし、第一一五九条は、「不明瞭なものは、契約が締結された地方において慣用せられるものによって解釈すべきである」としている。

(13) Raiser, a.a.O.,S. 260 ff. は、この原則の適用について消極的立場をとっているが、その適用の限界として、取引条款の不明瞭性が法的確実を害するほどいぢるしくないこと、条項の混乱がその合理性を発見しえないほどにまではなはだしくないこと、その不明瞭性とされる点が附随的であり、契約の効力に影響せず、国家制定法の補充により契約を有効とすることができる場合でないことをあげている。Parsons, Law of marine Insurance and general average, vol. I.P.67. 但し海上保険証券の解釈については、この原則の適用が否定されるとしている。この点につき、小町谷・法学新報五四卷九・一〇号九四ページ、同・海上保険法総論一第七三ページ以下、七七ページ以下。

(14) Raiser, a.a.O.,S.262.

(15) 重過失 (Schwere Mängel) は、顧客にもみとめられ、それを除去することが顧客にも要求される。したがって、損害賠償の算定にあたっては、顧客の側に存する過失も考慮されることになる。

(16) 反対説、Kost, a.a.O.,S.31ff; J.v. Gierke, Art. „Bedingungen“ in Manes' Vers.-Lexikon, 3. Aufl.1930.

海上保険普通保険約款に関する、Ritter, Das Recht der Seeverversicherung, Bd. I. Vors. II, Anm. 9 und 13; Bruck,

a.a.O., S. 30; Ehrenzweig, JRPV. 1929, 105ff; RG. I, 19. I, 29, RGZ. 123, 141.

運送保険普通保険約款に關し Isac, Recht des Spediteurs, S. 75; Michel, S. 43f. (Die AGB. als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, 1932.).

(17) Kost, a.a.O., S. 47. Ziff. 5. (「か」ノストは「知らなかったことについて過失がある」と「Kennennüssen」に満足りてゐない) 及び Koehler, a.a.O., S. 47.

(81) Raiser, a.a.O., S. 263.

### 第三節 普通取引条款の解釈原則

一 普通取引条款の解釈にあたつて、どのような立場をとるかは、すでにのべたように、一にかかつて、取引条款の性格をどのように解するかによるといえる。

普通取引条款をもって法律行為的所差であつて当事者の意思表示の内容であるとする考えかたからすれば、その解釈は、法律行為ないしは契約解釈の原則によるべきことになる。<sup>(1)</sup>しかし、取引条款の法源性を承認する考えかたからすれば(法源性をみとめない立場においても、実質的に間接に解する考えかたがあることは、すでにのべたとおりである)、その解釈は、法の解釈の原則によるべきことになる。<sup>(2)</sup>

(1) Ehenberg' a. a. O., S. 85. イギリス、アメリカにおいては、今日においても、法律行為の解釈(契約解釈)の原則をとつてゐる(これに対する批判として、小町谷・法学新報五四卷七・八号)。

(2) Otto Hagen, Seeverversicherungsrecht, S. 13; Bonnetcare, Précis de pratique juridique et extrajudiciaire, p. 258 et suiv. 田中(耕)・商法総則概論一九三ページ、西原・日本商法論一卷一八三ページ、同・商行為法五三ページ以下、野律・保険法八四ページなど。

二 しかし、普通取引条款は、その発生、形成、妥当の範囲、公示の方法などの点において、国家制定法と異なるものがあるので、そのかぎりにおいて、法の解釈と異なる原理がなければならない。これにつき、取引条款の法源性を否定するもののその規範性ないしは慣習性を肯定する立場から、取引条款の解釈につき、法律解釈への接近と差異のうち取引条款の特異性を求めようとする考えかたがある。<sup>(1)</sup>この解釈原理は、法律と法律行為との質的対立を前提とするものであるが、法律解釈と法律行為解釈との間に存する対立を克服して、個性的な事情や意思の探究を無視しようとする立場からすれば、批判的ならざるをえないものがある。取引条款そのものの妥当範囲の質と量と、また、その法規と法律行為との中間的階層的差異を重視することにより、取引条款それ自体の解釈原理を探究、展開すべきである、とする立場が肯定されることになる。<sup>(3)</sup>

(1) Raiser' a. a. O., S. 251 ff. 石井・普通契約条款三五ページ以下。

(2) 牧野・民法の基本問題第五編三〇一ページは、「契約と法律との同一性」(Identität zwischen Vertrag und Gesetz)といつておられるが、取引条款解釈の客観化につき、同、一三〇ページ以下、二二七ページ以下、二七〇ページにおいて詳しく展開されている。

(3) 米谷・約款法の理論五六四ページは、牧野博士の取引条款解釈の客観化をとりいれたたものとおもわれる。牧野博士の所論は、石井教授の普通契約条款を批判する過程において展開されたものである(牧野・前掲一二三ページ以下)。

(4) 普通取引条款の当否を考える場合、それが実定法を変更するものであるならば、当該条項がどのような生活関係をどのような方向で規制しようとするものであるかについて究明すべきである。



## 第二章 普通取引条款の解釈による顧客の保護

### 第一節 裁判官による契約内容の改定

一 意思表示の解釈は、それが当事者の利益を一定した意味の拘束力をもって評価するかぎり規範的であるが、この意味より生ずる法律効果を評価しない。すなわち、意思表示の解釈は、表示されたものの内容に対して中立的態度をとるものである。意思表示の解釈は、なんらかの基準によって協定されなければならなかったということではなく、法規的に協定されたものが何であるかを発見するにある。したがって、協定されたものが国家制定性によってどの程度まで承認され保障されるかは別個の問題である。取引条款においても、裁判官は、取引条款の解釈をするにあたり、その意味を発見し、契約自由の範囲内において制定され条項を援用し適用しなければならない。裁判官による契約の改定 (*révision des contrats par le juge*) が肯定されるのである。<sup>(1)</sup>

ドイツ民法第一五七条は、「契約は、取引上の慣習を考慮し、信義則によって解釈しなければならない」とし、第二四二条は、「債務の履行については、信義則と取引上の慣習に従うべきである」としている。そして、スイス民法第二条第一項は、その立場を拡大して、「すべて権利を行使し、および義務を履行するについては、信義則を守らなければならない」としている。わが民法第一条第二項(昭和二年法律第三二二号により追加)も、「権利ノ行使及ビ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス」と規定している。

しかし、このような原則は、契約を解釈し、それによる債務の履行を問題とする前に、契約が成立するのについても、問題とされるべきである。<sup>(2)</sup> このような原則は、裁判官に不公平な厳格性を緩和することを命じ、かつ、これを許容するものである。しかしながら、かりに、裁判官が、信義則をはなれて契約自由の範囲を逸脱したとすれば、それは、契約秩序をみだすものとしてゆるされない。以上の原則の実効性は、判例によってなんらの疑もなく、また、くつがえされることもなく、最近まで承認されてきたところである。<sup>(3)</sup>

しかし、一九三五年いらい、ドイツにおいては、以上の厳重な構造をゆるめて解釈することにより、意識的に中立的解釈の立場を放棄し、取引条款を内容的に評価し、それによって取引条款の解釈を明らかにしようとする努力が試みられ、このような態度を示す判例がつきつぎとあらわれている。これについては、信義則を適用して解釈をするについての可能性につき、その根拠を明らかにし、これを吟味するところがなければならない。

(1) 牧野・民法の基本問題第五編二三四ページ以下、二四二ページ以下、四八九ページ以下、同・民法の基本問題第四編三四ページ以下、八九ページ以下・同・第二編五七ページ以下、我妻・民法研究V三七ページ以下、石井・普通契約条款九五ページ、青谷・生命保険文化研究所「所報」一九号二七ページ以下。星野・現代法8二三八ページ以下、二五八ページ以下。椿・判例タイムス二六五号四三ページは、牧野博士の所説にはふれていない。

(2) 牧野・前掲第五編四九〇ページ。

(3) 信義誠実の原則 (*Treu und Glauben, bonne foi*) は、わが国においても、昭和二年法律第三二二号による改正前の民法では明示的規定がないにかかわらず、大正年代から判例・学説によってまとめられてきたのであるが、これを判例において明示的に適用したのは、大判・大九・一二・一八・民録二六輯一九四七ページがはじめである。学説として、たとえば、牧野・民法の基本問題第四編、鳩山・債権法における信義誠実の原則などは、その代表的なものである。RG. VII, 14. XII. 17,

RGZ. 91, 324; RG. I. 20. IV. 21. RGZ. 102, 114; Köln, 3. IV. 29, JW. 1929.1602.

二 普通取引条款の個々の場合における判断とその内容の改定を肯定しようとする原則は、取引条款の不明瞭性は、企業者の負担に帰し、かつ、顧客に有利に解釈されるとの原則にはかならない。この原則は、契約内容の作成が、当事者の一方である企業者の手になる場合においては、古くから一般にみとめられてきたものである。すなわち、取引条款の不明瞭性は、取引条款を作成した者にとっては、明瞭に理解しうるはずであるというので、これによる責任は、あけて作成者に転嫁すべきであるとされるのである。学説も、これを一般に取引条款の解釈原則としてみとめている<sup>(1)</sup>。

ドイツのライヒ最高裁は、右の解釈原則が法規 (Rechtssatz) によって批判されることをしばしば否認したが、それは、その原則の違反のみを理由として上告の理由づけとすることを阻止するためにはかならないのである<sup>(2)(3)</sup>。その他の点において、最高裁は、その原則をしばしば適用しており、また、下級裁判所においては、それぞれの裁判官の自家薬籠 (Hausmittel des Gerichts) となっている<sup>(4)</sup>。

裁判所は、他の原則とともに、これらの原則を累積的に形成しようとするのであるが、これに応じて、顧客が信義則によって理解するように、普通取引条款についても、常に同様に解釈すべきであることは、理論的にみて問題がないとはいえない<sup>(5)</sup>。取引条款が一義的に一定の意味を表現している場合には、そのような条款にはなんらの不明瞭性がないので、前にのべた補助的原則の適用は不要となる。これに反して、解釈されるべき規定が実際に二義的であるかどうかを判断するのについて、裁判所がきわめて困難な問題に直面するような場合においては、補助的原則の

適用がみとめられる。裁判所は、疑わしいとおもわれるところはすべてについて吟味することなく、補助的原則を適用することによって、企業者に加担することなくして、公平な判断をすることができるのである。ドイツの判例は、このような方法のもとに、以上の原則にもとづいて取引条款を解釈し改定するため、一つの道具 (Werkzeug) を作成している。裁判所は、契約自由の見地から慣習違反の観点にたつて (ドイツ民法二三八条、一三九条、二四二条、日本民法一条二項、九〇条、四一五条参照)、いったん締結された契約に対し公的に干渉することを長らくためらっていたのである<sup>(6)</sup>。しかし、ドイツの裁判所は、普通取引条款における厳格性と不公平を緩和するため、可能とみとめられるかぎりにおいて、これを顧客のため有利に解釈することによって救済している。

(一) Bruck, a.a.O., S.30; Ehrenberg, a.a.O., S.86; Hagen, a.a.O., S. 45; Kost, a.a.O., S. 23ff; Koehler, a.a.O., S. 47; Michel, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, 1932, S.40; Pappenheim, Hab. d. Seerechts, III, S.479; Woite, AGB. der Banken, S.45f. 55f; Wüstendörfer, Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtvertrags, I, S. 398.

したがって R.Raiser, Komm. zu dem AFB, S.53f. 54ff.

(二) RG. VI.23. III.06, L.Z.07, 65; RG.VI, 11. III.27, RGZ.116, 275, 4. III.29, Recht 1929, Nr.978; RG. II.10. VI.29, RGZ. 125, 236; RG.VI.19. II.31, JW. 1931, 2478; RG. VI.15. II.29, JRPV.1929, 96.

(三) Raiser, a.a.O., S. 264.

(四) 判例のおもなものは、保険法に關するものである。たとえば KG, 23. X.06, L.Z.1909, 235, RG. I.7. VI.09, L.Z.1909, 937; Köln, 19. I.10, V.A.1910, Anh. 68; Hamburg, 6. III. 11, Seuff. A.66, Nr.234; RG. VI, 14.V.15, Seuff. A. 71, Nr.83 ff; 29. I.15. RGZ.86.162; 12.X.15, JW.1916, 571; Königsberg, 2.V. 16, V.A. 1916 Anh. 76; RG. VI, 14. XI.17, RGZ. 91, 324; 8. X. 18, RGZ. 94, 26; 14. III. 19, JW. 1919, 680 以下。



(5) R. Kaiser, a. O., S. 53 f; Kost, a. a. O., SS. 22, 24. 及び Koehler, a. a. O., S. 45; Senckpfehl, Allgemeine Geschäfts-Bedingungen, Verkehrrechtliche Abhandlungen, S. 58 は、補助的解釈原則の法律価値につき問題があるとして、反対している。

(6) 裁判官による契約改定につき、牧野・前掲第五編二三四ページ以下、二四二ページ以下、裁判官による契約形成権につき牧野・同二三五ページ以下、我妻・前掲三七ページ以下、石井・前掲九五ページ、青谷・前掲二七ページ以下、星野・前掲二三八ページ以下、二五八ページ以下。

三 以下、若干の具体的事例についてみる。<sup>(1)</sup>

(ア) 保険法の領域において、ドイツの裁判所は、かなり古くから、裁判官による保険約款改定の努力をつづけている。私保険に関する法律が制定されるにいたるまでは、保険者保護のため、保険会社は、保険約款に対する顧客の無知と無関心をしばしば逆用していたのである。保険会社は、保険約款の細かい用語によって、とくに被保険者に対しいろいろの義務づけを導入したのであるが、被保険者は、これに対する不注意のため、いろいろの請求権を喪失するという事例がしばしばみられたのである。

これにつき、裁判所は、このような条項をもって慣習違反 (Sittenunwürdig) としてこれを無効と宣言しないで、保険約款は、厳格的 („rigoristisch“) ではなく、公平なる裁量 („nach belligen Ermessen“) によって解釈されなければならないという原則をできるかぎり援用することにとめたのである。<sup>(2)</sup>

この判決のおもな目的は、多くの失効条項 (Vermirkungsklauseln) に対する過失主義 (Verschuldensprinzip) の援用にあった。<sup>(3)</sup> 裁判所は、立法によってこの主義が採用されるまでこの考えかたを固持しつづけたのである。<sup>(4)</sup> このよ

うな論理の展開は、強力な強制 (Gewaltsamkeiten) にもかかわらず、純粹の公平裁判 (Billigkeitsjuris) にまで到達していない。しかし、人びとは、保険約款の明瞭な本文に対してこのような方法による制限が加えられていたことを知っていたのであるが、<sup>(5)</sup> 実際の弊害 (Mißstände) は、保険監督行政により保険契約法や保険約款を強力な統制のもとに従わしめられることによって除去されている。しかし、被保険者の保険的保護を拡大することが有効とされる場合、裁判所によって当該保険約款の不明瞭性を直ちにみとめる傾向にあるかのごとく保険会社によって邪推され指摘されてもいる。<sup>(6)</sup>

(イ) つぎに、海上運送に関しては、船主が商品に対する責任から免責される旨を定めた船荷証券免責条款 (Konnossementsklauseln, Seefrachtrecht) に対する解釈の困難性をともなうて、海上運送法を形成するのであるが、<sup>(7)</sup> この場合、これらの事情は、保険法におけるのとは異なるものがみられる。<sup>(8)</sup>

ドイツの裁判所は、始めから外国ことにイギリスの判例と接触することを強いられているものごとくであり、船員の過失に対する免責にもなら異論をとなえることなく、<sup>(9)</sup> 個々の条項の効果を別々にわけ、厳密な限界を劃し、一般的用語 (Wendungen) に効果を与えず、それぞれの責任制限条項をできるかぎり狭く解釈することをもって、その本質的な任務であるとしている。<sup>(10)</sup> 個々の問題にしても、とくに異論がないかぎり船舶の堪航能力 (Seetüchtigkeit des Schiffes) に対する責任の除外を承認する傾向にある。<sup>(11)</sup>

なお、判例は、以上と同一の原則により、内水航行法 (Binnenschiffahrtsrecht) の送状における免責について扱っている。<sup>(12)</sup>

ところで、陸上運送法は、別に発展してきたのであるが、免責条項をめぐる争いが増加した場合において、契約自由の思想は、判例において、その力を失うにいたった。すなわち、裁判官による契約の改定(*révision des contrats par le juge*)が行われ、<sup>(13)</sup>裁判官は、積極的に公然と契約の内容に干渉するようになったのである。<sup>(14)</sup>

(ウ) 機械工業製品の売買供給約款につき、判例は、新しい解釈技術を発展せしめている。<sup>(15)</sup>このような約款の主たる部分をなすものとしては、企業者がそれによってすべての保証および損害の賠償請求権を除外し、保証期間内に生じる瑕疵を除去するか、また、瑕疵のない製品を引渡す義務を負う旨を定めた保証条項を設けるか、がその中心をなしている。<sup>(16)</sup>

ドイツのライヒ最高裁は、このような取極め条項の実効性をみとめているが、それが法規的に不完全なものであるときは、顧客を保護する立場から、当該条項の更修正請求権を顧客のためみとめることにしている。すなわち、保証の除外を、全体の構成上の欠陥、あるいは全体の非実効性ではなく、一定の個々の欠陥のうえにとるか、<sup>(17)</sup>更修正することによって契約が無効となり、しかも、顧客に対し賠償を請求しえなくなってから修正をみとめたり、さらに少なくとも不履行を理由とする損害賠償請求権を無益な修正によって承認するなど、努力を重ねているのである。その際、裁判所は、保証条項の個々の用語において、顧客を保護するため更修正権をみとめるべきであるといった解釈を採用したのである。その趣旨は、法規的不完全さとの差異をできるかぎり制限しようとするにあることは明らかである。

(エ) 銀行取引においては、職権のない者による小切手の偽造、変造の危険を何びとが負担するかが重要な問題となるのであるが、これにつき、判例は、顧客になんらの過失がないかぎり、その危険を手形を取り組む銀行に転嫁させる傾向がある。

これに対し、銀行は、銀行約款あるいは特別の小切手約款において、このような損害に対する責任を顧客に転嫁する旨を定めることによって、判例に反対し、自己防衛を試みている。<sup>(18)</sup>

しかし、裁判所は、このような顧客への危険の転嫁条項に対して、これを狭く解釈し、できるだけ制限しようと試みている。そのため、裁判所は、構成要件をきわめて狭く局限するか、<sup>(19)</sup>あるいは銀行またはその使用人に過失があった場合、それが責任の除外をみとめないか、いずれかを援用することにして<sup>(20)</sup>いる。

(オ) ドイツの判例には、普通取引条款の本文に拘泥されないで、これと対立し、自由な立場をとるものがみられる。

エルベ河船舶業約款 (*die AGB. der Schlepschiffahrtsreedereien auf der Elbe*) に、「曳航された船舶が破損した場合、船舶業者は、万一の場合の賠償請求権を四八時間以内に船舶所有者に申告しなければならない」と規定されているのに対し、ドイツのライヒ最高裁は、二回にわたり、右の規定にいう不注意により損害を与えなかったものとみなし、それによって生じる賠償請求権の喪失を却下している。<sup>(21)</sup>

最初の判決は、裁判官が、「全く形式主義的な、また、契約上の信義に矛盾する仕方」で、船舶所有者より請求権を奪おうとしない場合、船主は、個々の場合、特別の利益を留保しうるかぎり期限は考慮されんとする。このような定型的約款の解釈にあたり、本文の許容するかぎり、それは正当なる企業者利益の保護のために規定されていることが基礎とされなければならない。約款を設定したすべての船主は、自己の公平なる、または取引慣習によってみとめられた利益を顧慮することなく、契約の相手方の権利ないしは利益に積極的に損害を与えることは考えられない。む



しろ、約款の設定にあたり、相手方の公平なる利益を顧慮しようとしていることが前提とされる。

第二の判決は、ドイツ民法第一三八条を適用し、明瞭に表示された契約意思の制限を強調し、応急策として期間の遅延の適用に対し、悪意の抗弁 (*exceptio doli* <*praesentis*>) を顧客に承認することを考えているのである。その結果は、不公平とおもわれる約款条項を除外していることになる。<sup>(22)</sup>

- (1) Raiser a. a. O., S.265.
- (2) Ehrenberg, a. a. O., S.79ff.86; Hagen, a. a.O., I.S. 46.
- (3) ROHG. 1.108;2, 183; 4. 63; 5, 242; 8. 408; 14,431;RG. 1,9. X. 82, RGZ. 10. 158; 4.V. 87, RGZ. 18. 143; 17. IX. 87, RGZ. 19, 132; RG. VI. 5. VI. 90, RGZ. 26. 61 21. Xll. 05, RGZ. 63, 190; RG. Vll.14.VI.67,VA. 1907, Nr.343;16.VI.08, RGZ. 67, 175; 8.X. 09,JW.1909,695; 25. ll. 10.VA. 1910, Anh. Nr. 535; auch. 3. X.99, RGZ. 44, 149.  
保険者に対する解釈につき RG. III. 8. IV.81. RGZ. 4.157; RG.1.13. VI.88, RGZ. 23.81.
- (4) ドイツ保険契約法六条、一六条、一七条、二二五条。
- (5) ROHG. 11.271; RG. III. 11. VI. 86, RGZ. 16,121;RG' ll. 221. 1. 92, RGZ. 28, 389; RG. III. 29. VI. 97, RGZ. 39, 177; RG. Vll. 18.X. 14, VA. 1905 Anh. Nr. 99.
- (6) Ritter, a.a. O., I, Vorb. ll. Anm. 11; auch JW. 1926,1330 zu RG.I., 30. I. 26, und JW. 1929, 1601. zu Karlsruhe, 8. XI. 28,Hagen, JW. 1934, 2681, zu RG. Vll, 19.VI.34, RGZ. 145,21.
- (7) 船荷証券条項の発展につき Wüstendorfer, Studien,S. 357 ff. その解釈につき Wüstendorfer, a. a. O.,S. 397ff; Pappenheim, Handbuch III, S. 479f; Schaps, komm. 1921, §606, Anm. 26ff; Capelle, Zur Auslegung von Charterklauseln, Hans RGZ. 1932, A. 127. など 田中 (誠) ・船荷証券免責条款論に掲げる文献参照。
- (8) Raiser, a. a. O.,S. 266. 海上運送にあつては、顧客は商人であり、かつ、荷送人でもある場合が多いのであるが、こ

れらの者は、一般に航海業者に対して経済的にみて弱者的地位におかれている。したがって、免責をみとめなければならないとされる場合、これらの者は、裁判官にとっては無資産の人より保護するに値いしないようにおもわれており、ことには、免責によって発生する欠損は、保険による損害分割によって填補されることになっている、といった事情は、保険法の場合と異なるものがみられる。そのうえ、このような免責条項の解釈は、航海業者すべての者による共通の関心事でもある。

- (9) ROHG. 25,180, RG. I, 16. V. 83, RGZ. 11.100(110); Hans GZ. 1889, Nr. 37,25. V.89, RGZ.25.104.
- (10) Hamburg, 28. III, 83, Hans GZ. 1883, Nr. 59;30, 1,92, Hans GZ. 1891, Nr. 26; 31.X.93, Hans GZ. 1894, Nr. 26; 14. Vll.94. Hans GZ. 1895. Nr. 35; RG. I. 21, ll.25, RGZ. 110,224;21. 1. 28. RGZ.120.42.
- (11) Pappenheim, a.a.O.,S.147ff; Schaps, §559, Anm. 8; Wüstendorfer, a.a.O.,S. 465ff., 478; RG. I.30.X.85, Hans GZ. 1886, Nr.6,65,190;21. ll.25,RGZ. 110,224,Hamburg, 2. V.94.I.26,Hans RZ. 1926,422.
- (12) RG. I. 11. ll. 88, RGZ.20,115;6,Vll. 98.J W. 1898,512;29. X. 02, RGZ. 52,396;16.X.29, RGZ. 125,423.
- (13) 牧野・民法の基本問題第五編二四二ページ以下、我妻・民法研究△三七ページ以下。大阪高判・昭三八・一〇・三〇・青谷・損害保険判例集四八三ページ (以下、この判決は不当なものであり、ゆきすきというべきものである) 西原・商行為法三〇九ページ、田中 (誠) 商行為法二三四ページも同説)。盛岡地判・昭四五・三・一三・下級民集三卷一二四ページ (以下、青谷・損害保険研究三四卷一四九ページ以下) は、裁判官による約款の改訂を肯定している。
- (14) Raiser, a.a.O.,S.267. 疑わしう場合でも顧客に有利に解釈すべきことの原因は、当然の場合でも適用されるのである (Raiser a.a.O.,SS.303~318.)° RG. I, 6.Xll 22, Gruch. 67.194;22. X.24, RGZ.109.234.
- (15) Stanb -Heinichen, §377, Anm. 55c und 121; Düringer-Hackenburg-Hoeniger, V, 1,S.185 (Anm. 207.); Koehler, a.a.O.,S.81ff.,92ff; Großmann-Doerth, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, 1934, S.70ff.
- (16) meine Nachweise in Rabels z., 6.290.
- (17) RG. ll.22.X.15,JW. 1916,36; RG. Vll, 18.X.21, Warn. E. 1922, Nr.10;RG.ll.10.Vll.31, L.Z. 1931, 1268; RG. Vll, 6. Xll.33, RGZ. 142,353; Nürunberg, 12. Xll.28, HR. und HB. 1929, Nr.70; Düsseldorf, 6. Xll.33, JRPV. 1934,41.

- (18) Michealis, Scheckrecht, 1927, §23, Anm. 12; Breit, Scheckrecht I, 1929, Anh. zu §3, Anm. 66ff.; Staub-Gadow, Anh. zu §363, Anm. 9; Kefler, Scheckrecht, 1934, S. 43ff.

わが国の小切手約款(当座勘定約定書)は、「①手形・小切手または諸届け書類に使用の印影を、お届けの印鑑と相当の注意をもって照合し相違ないものと認めて取り扱いましたらえは、その手形・小切手、諸届け書類につき、偽造、変造その他の事項がありましても、そのため生じた損害については、当行は責任を負いません。②手形・小切手として使用された用紙を、相当の注意をもって第八条による用紙(注・銀行所定の用紙の使用を義務づけている。)と認めて取り扱いましたらえは、その用紙につき模造、変造、流用がありましても、そのため生じた損害については、前項と同様といたします。③この約定および別に定める手形用法、小切手用法に違反されたために生じた損害についても、第一項と同様といたします。」と規定している。

- (19) RG. V. 16. I. 18, RGZ. 92, 50; 10. XI. 20, JW. 1921. 395.

- (20) RG. V. 5. VII. 19, JW. 1919, 821; 16. VI. 20, 100, 55; 14. I. 22, Bank A. 21.356. じのような除外が、ドイツ民法第一三八条により有効であるかどうかは別問題である。無効とするものとして、RG. II, 12. XII. 13, JW. 1914, 204. 有効をみとめるものとして、RG. V. 16. I. 18, RGZ. 92, 50 など Raiser, a. a. O., S. 314.

わが国においても民法第七一五条の「事業ノ執行ニ付キ」の解釈にさいし、判例・学説は、これをひろく解釈している(大判・大15・一〇・一三八民刑連合部判決、民集五巻七八五ページ)。

- (21) Raiser, a. a. O., S. 268; RG. I: 7. II. 20, RGZ. 98, 122; 30. XI. 29, HansRGZ. 1930, B. 35; 20. III. 29, HansRGZ. 1929. B. 387.

- (22) Raiser, a. a. O., S. 269. ドイツの最高裁の判例は、民法第一三八条の適用を企業者が顧客に対しその独占的地位を濫用する場合にかぎってのみとめようとする(Raiser, a. a. O., SS. 101, 283 ff.; Krischer, a. a. O., SS. 26, 27; Hedemann, a. a. O., S. 303; Michel, a. a. O., S. 41 ff.; Hamelbeck, Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen, SS. 11ff., 13.)。

## 第二節 若干の判例批判

一 ドイツの裁判所は、普通取引条約の不明瞭性については、企業者に不利に解釈すべきである、とする標語のもとに、契約に干渉し、契約内容を改定している。そのねらいとするところは、経済的に弱者であり、また、無経験の顧客を保護しようとするにある。これによって、企業者と顧客との法律的衡平をできるかぎり回復し、このような保護によって、個々の顧客の特別利益のみでなく、全体の顧客の利益に奉仕するという制約のもとに、承認しようというのである。

しかし、このような目的を達成するためには、あまりにも大まかな解釈は、正当な手段とはならない。

普通取引条約の解釈にあたっては、取引条約の表示する意味を明らかにするところがなければならない。顧客は、表示事実(Erklärungsbestand)に依存し、かつ、拘束されているので、これによって生じる法律効果は、裁判官によってその望ましいと思惟する方向においてこれを解釈することによりそれを変更し、または置きかえることがあってはならない。解釈が、このような限界を逸脱した場合、たとい、それが最善の目的を達成しようとするにあるとしても、そのような事実改定の技術は、裁判官の恣意となる。契約の自由は、協同体の要求により内容的に限界づけられている。そこで、裁判官は、当事者の適切なる解釈によって締結された契約を承認し、かつ、履行すべきである、とすることは正当であるにしても、その契約が協同体の要求により内容的に限界づけられている範囲を逸脱し、しかも、契約の自由を監用する場合にあっては、国家的保護をうけるに値しないものとして、そのような契約を改定(Vertra-



gskorrektur)すべきである。すなわち、表示事実に対して新たな認識を加え、協同体の価値体系を標準として決定を下し、それに応じて妥当とみとめる判決をなすべきである。

二 前記のべた曳船船舶業約款は、契約の成立の時のみでなく、その後における契約の履行に関する誠実義務の關係において理解すべきである（ドイツ民法一五七条、二二六条、二四二条）。当事者が強者または弱者として心理的に保持した意思が契約の内容を定めるのではなく、当事者が、共に社会人として信義則により行動したとすれば、その法律關係がどのように定められるべきであったかという点よりして考えられた論理的ないしは倫理的な意思が、契約の効果を明らかにしめるものとされるのである。<sup>(1)</sup>

それゆえ、裁判官は、普通取引条款の中の不明瞭かつ不適當な条項については、信義則に従って解釈すべきである（民法一条二項・ドイツ民法一五七条・二四二条など）。しかし、ややともすれば恣意にみちびく法諺、すなわち、疑わしい場合には企業者に不利に解釈すべきである、とする諺にとらわれることなく、取引慣行を顧慮して信義則に従って解釈すべきである。<sup>(2)</sup>任意法のもとにおいて、相手方すなわち顧客の損害において企業者を一方的に優位におくような取引条款——各種の危険に関する数多くの責任制限条項・免責条項などは——これができるかぎり狭く解釈すべきである、とすることは、とくに、この信義則に適用するゆえんでもある。もっとも、この信義則は、右の法諺とともに規定されたものではない。<sup>(3)</sup>イギリスの判例は、取引条款の文字に拘泥し、大書式集を形成しているのであるが、<sup>(4)</sup>裁判官は、法秩序を守る根本思想の原則的なものを明らかにし、それに応じて例外的なものの効果を想定するところがない。<sup>(5)(6)</sup>

(1) 牧野・民法の基本問題第五編四八九ページ以下。

(2) Raiser, a. a. O., S. 270.

(3) Raiser, a. a. O., S. 270.

(4) イギリス海上保険約款の解釈原則として二四の原則があげられている（葛城・海上保険研究上巻二三ページ以下）。

(5) 保険法の分野において、とくに注目されなければならないものである。保険者は、保険的保護（Versicherungsschutz）をはかるため、普通保険約款を作成するにあたっては、その条項をできうるかぎり明瞭に理解しうるようにしなければならない。一般に、顧客は、その保険約款によって保険的保護を求めるのであるが、裁判所もみとめているように、それは、あらゆる可能な範囲の危険に対する保険的保護を意味する。したがって、一定の危険に対し、保険者によって悪意のある責任制限条項ないしは免責条項が設けられたとしても、それは法的に保護されない（RG. VII. 11. V.34, RGZ. 144. 301; Raiser, a. a. O., S. 271.）。とくに責任制限条項は、顧客の保護と企業の維持・育成保護という二つの利益調整の見地よりして定められるべきものである（この点につき、青谷・「航空運送約款における責任制限条項」・民商法雑誌五八巻四号五三四ページ以下）。

(6) 下級裁判所の判例のもつ意義につき、学説ないし学説類似のものがみとめられるとする見解（抽木・法社会学一六号、三淵・法学セミナー一九七〇年四月号七七ページ）があるが、商事判例については、学説として重要な意義がみられるとする見解もみられる（富山・法社会学一七号一〇四ページ）。

## 第四章 普通取引条款の解釈

### 第一節 一般原則

一 普通取引条款の法源性を肯定する立場においては、その解釈について、法規解釈の原則が援用されることにな  
普通取引条款についての若干の研究（青谷）

る。

しかし、法は、われわれの実生活のうちから生れ、実生活のために役立ち、実生活を支配するために制定されたものである。それゆえ、われわれは、法の解釈にあたっては、法におけるこの三つの任務を実現することができるようにつとめなければならない<sup>(1)</sup>。すなわち、その法の制定を必要とした社会的必要性を明らかにし、法をしてその当初の目的を全うせしめるようにしなければならない。つぎに、法をしてその制定後に発生する社会的必要に適応せしめ、その本来の目的に全うせしめるようにしなければならない。そして、法をして社会の法律生活に一般的指導をなさしめるようにしなければならない。法の解釈は、このように、過去を探究し、現在に対する適応を考え、将来に向っての保障を明らかにすることによって、無限ということになる<sup>(2)</sup>。このような法律解釈無限性の承認は、法秩序形成の過程のうちにその素因をみいだすことができるのである。

ところで、普通取引条款は、それぞれの生活圏における法秩序を形成するために制定されたものであり、その発生、形成の過程において、また、その妥当の範囲、公示の方法などにおいて、国家制定法とは異なった段階のうちに展開されたものである。したがって、このような取引条款の解釈については、国家法とは異なった原則が強調されることになるのである<sup>(3)</sup>。

以上のことは、普通取引条款の法源性をみとめない立場においても基本的において変るところはない。

(1) この考えかたは、サレイユのいわゆる三重の任務 (triple role) とされるもので、牧野博士によって紹介されているところである (牧野・民法の基本問題第一編六四ページ以下、七六ページ以下、同・法理学第二卷上巻六六ページ以下)。

(2) 法の解釈原則については、牧野・民法の基本問題第一編以下において展開されている。なお、牧野・法理学第二卷上巻一ページ以下。法の解釈については、多くの学者によって研究されているが (戦後のそれとして、来栖・法の解釈適用と法の遵守・法協六八巻五・六号、同・法律家へ末川先生還暦記念・民事法の諸問題)・同・私法一一号一六ページ以下、川島・法律時報二六巻四号その他)、日本法哲学会も (昭和二九年) 法の解釈をテーマとして報告と討論を行なっている (一九五四年報参照)。わたくしも、平素わたくしのいだっている法の解釈原理につき、若干の考えかたをまとめている (青谷・今日の法学二三ページ以下)。

(3) 牧野・民法の基本問題第五編九六ページ以下、米谷・約款法の理論五六四ページ以下、青谷・保険契約法論一四四ページ以下、Ⅱ七三ページ以下、同・保険約款の解釈原理・生命保険経営一九巻五号五六ページ、西原・商行為法五三ページ以下、田中 (誠)・商行為法四七ページ以下。

二 普通取引条款は、すでにのべたように、信義誠実の原則 (Treu und Glauben; bone foi) にしたがって解釈しなければならない (民法一条二項、ドイツ民法一五七条、二四二条、スイス民法二条<sup>(1)(2)</sup>)。

信義誠実の原則の具体的内容を明らかにし、普通取引条款についての特殊な解釈原則を展開するものとして、ドイツ法の外観理論 (Rechtsscheintheorie) による外観解釈 (外観は実在に優先する „Schein geh Sein vor“)・英米法の禁反言の原則 (estoppel)・平等待遇の原則 (Grundsatz der Gleichbehandlung)・事情変更の原則 (Grundsatz der veränderten Umstände) などがあげられている<sup>(3)</sup>。

(1) 牧野・民法の基本問題第一編、第二編、第三編に展開されているところは、とくに注目される。なお・鳩山・債権法における信義誠実の原則、林・法律における信義誠実の原則、我妻・民法研究V三ページ以下、野津・保険法における信義誠実の原則。

(2) ドイツ海上保険約款第一三条は、「すべての関係者は、信義および誠実を最高度に行なうべきものとする」と規定している。普通取引条款についての若干の研究 (青谷)



る (Otto Hagen, Seeverversicherungsrecht. S.16.44) 信義誠実の原則に関する規定を保険約款の冒頭におくべきであるといっている。

( ) 米谷・前掲五六八ページ以下。

## 第二節 客観的解釈

一 普通取引条款は、一般法律行為の解釈について当事者の意思の探究が要請されるのとは異なり、客観的に、かつ、統一的に解釈しなければならない<sup>(2)</sup>。取引条款は、すべての顧客に妥当するものとして作成されたものであるから、これらの者を平等に待遇しなければならない<sup>(3)</sup>。

(1) イギリスにおいては、契約当事者の意思を探究し、その意思に法律効果を与えることが約款解釈の基本原則であるとされている (葛城・損害保険研究二巻三号一〇ページ) が、最近においてはこれを客観的に解釈すべきであるという方向にあるといえる (Pollock, Principles of contract, 9 th, p.254.)

(2) Raiser, a. a. O., SS. 252, 260; Hagen, a. a. O., S.43; Hildebrandt, a. a. O., S. 342, Koehler, a. a. O., S. 47; Kost, a. a. O., S. 32; Michel, a. a. O., S. 40.

(3) 牧野・民法の基本問題第五編五九ページ以下、一三〇ページ以下、米谷・前掲五七五ページ以下、石井・普通契約条款四五ページ以下・我妻・民法総則二四九ページ以下、石川・法律行為の解釈における客観主義 (牧野先生還暦記念祝賀論文集「法律における思想と論理」二〇九ページ以下)。

二 普通取引条款は、法律と同じく客観的に解釈すべきであるが、それは、その適用が予定されている顧客圏の合理的な理解可能性 (Verständismöglichkeit) を前提とするものである<sup>(1)</sup>。法律の解釈においては、その適用の予定

されている人びとが、それをどのような意味において理解するかは問題でなく、立法者の意思その他立法資料などの探究が重要な意味をもつのである。しかし、取引条款の解釈においては、その取引条款を作成した企業者の意思は決定的ではなく、企業者と取引関係に立つべき一般の顧客圏の平均的合理的理解可能性がその重点となるのである<sup>(2)</sup>。法律の妥当な適用範囲は、無制限であり無定型であるが、取引条款は、その妥当範囲の量において定型性をもつものである<sup>(3)</sup>。このため、これが解釈については、平均的な顧客の合理的な理解可能性がその具体的基準とされるのである<sup>(4)</sup>。

普通取引条款の客観的解釈は、その条款の適用が予定される顧客圏の質によって、具体化される。たとえば、生命保険約款、火災保険約款のように、どちらかといえば商人でない者を対象とする約款 (もちろん、これらの保険においても、商人を対象として設定された約款もある。) と、海上保険約款、船荷証券上の約款、卸売取引約款などのように、どちらかといえば商人を対象とする約款とは、その妥当範囲の質を異にするので、それぞれの顧客圏の平均的合理的理解可能性を基準として解釈すべきことになる<sup>(5)(6)(7)</sup>。

(1) Raiser, a. a. O., SS. 202.253, 254. は、理解可能性の原則をうちたててのについて偉大なる貢献をしている。ライザーは、取引条款は、特定の顧客のための一回的具体的法律関係の設定を目的として定められたものではなく、全顧客を対象とする一般的法秩序のため、あらかじめ企業者によって作成されたものである。したがって、取引条款の解釈は、個々の顧客の理解するところではなく、平均的な合理的な考えをもつ人びとからなる顧客圏によって理解されるところにしたがって理解すべきである。取引条款の解釈基準をなすものは、特定の顧客との特別関係から生じるものではなく、不特定多数の顧客の定型的理解可能性である、といっている。

(2) Hildebrandt, a. a. O., S. 344 は、法律の解釈は無限であるが、普通取引条款の解釈は制限された意思ならびに目的の研究であるとし Michel, a. a. O., S. 44 は、ドイツの判例を総合的に研究した結論として、普通取引条款は、設定者以外の者が、いろいろの事情の合理的評価のもとに理解しようとするべく解釈すべきである」といっている (RG. Seuff. Archiv. Bd. 79, S. 309; RGZ. Bd. 100, S. 31.) なお Raiser, a. a. O., SS. 254, 255.

(3) 米谷・前掲五七七ページ以下、石井・前掲五三三ページ以下、青谷・保険契約法論一四五ページ、二七四ページ、西原・前掲五四ページ。

(4) 英米法においては、取引条款の質については問題としていない (小町谷・法学新報五四卷七・八号二四ページ) が、ドイツの判例は、取引条款の妥当の範囲について質の問題を重視している (RG. 69. 127, RG. DZ. 1923. 113.)。Raiser, a. a. O., SS. 254, 258; Hildebrandt, a. a. O., S. 344; Koehler, a. a. O., S. 47; Kost, a. a. O., SS. 20, 44; Wote, a. a. O., S. 47.

最判・昭四五・一二・二四・民集二四卷二一八七ページ以下は、海上保険の対象とする顧客が一般火災保険や生命保険と異なり商人であることを理由として、保険約款の一部を主務大臣の認可をえないで抹消したとしても、そのような抹消にかかる約款によって締結された契約は、当然に顧客を拘束するといっている (これにつき、青谷・判例評論一四五号一〇七ページ以下の評参照)。

(5) 普通取引条款が長い間使用されているとき、その意味が制定当時のそれと異なってくることがあるが、このような場合には、現在の意味において理解すべきである (Raiser, a. a. O., S. 257; Bruck, a. a. O., S. 29; Hildebrandt, a. a. O., S. 342.)。

(6) 取引条款において、法律に用いられている文字または法条を引用のうえ、これをその内容としている場合には、法典の解釈原理によるべきであるとする考えかたが有力である (Bruck, a. a. O., S. 29; Ehrenberg, a. a. O., S. 85; J. v. Gierke, „Bedingungen“ in Manes' Versicherungs-Lexikon.) が、すべてのべたように、法典の引用が当該条款上明瞭である場合 (たとえば、何法第何条というように) には、法典の解釈原理によるべきであるが、法典のある規定の内容をそのま

まま採用しているにすぎない場合には、顧客の理解可能性を標準として解釈すべきである (Raiser, a. a. O., S. 257; Hildebrandt, a. a. O., SS. 342, 343; Wote, a. a. O., S. 22. 商法学者にもこれに賛成する者がある (Hagen, a. a. O., S. 43. >)。

(7) 牧野・民法の基本問題第五編一三一ページ以下は、「条款が普通取引条款である場合においては専門的知識を具備した商人の立場において解釈せらるべきであるが、それが若し法規としての進化を進めて国家的な法律となった場合には (取引条款は法律の制定に際して先駆者たる役目を果すものである) 解釈を異にせられるべきことになる」か、という命題に対して、「海上保険の如きにおいて、それが特殊の専門的な意義を具有すれものあることを考慮することに因って理解」すべきであるが、「その規範が普通取引条款であると法律であるに因って区別のあるべきものではないと考える」べきであって、「事は、その生活事実の本質に適當するよう信義則に従って按排されねばならぬといふに帰着する」とされる。

### 第三節 目的論的解釈

一 法にはそれぞれの目的がある。それぞれの法律は、それぞれの倫理的規範・技術的規範をその内容とし、それぞれの目的にしたがって法の規範力の基盤を形成しているのである。それゆえ、法の目的を究明することは、法を解釈し運用するのについて、きわめて重要である。イエーリングは、「目的は全法律の創造者である」 („Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts“) といっているが、それは、法の精神をとおしてそのうえに新たな認識を進め、倫理的いしは道徳が法の延長として従来の個人的なものから社会的なものに考えなおさなければならぬ、<sup>(1)</sup> といった合理的世界観ないしは進化論的方法論を説いたものである。

このことは、普通取引条款の解釈についてもあてはまることである。目的論的解釈 (teleologische Interpretation)



は、すべての法・取引条款の解釈についての一般的原理である。取引条款のそれぞれの条項は、法と同じくそれぞれの目的をもつものである。それゆえ、解釈の対象とされる条項についての目的を探究し、その目的を実現するため科学的価値判断を加えるところがなければならない。その価値の究明にあたり目的論的方法 (teleologische Method) が重視されるゆえんである。<sup>(2)</sup>

(1) 青谷・今日の法学一四ページ以下。

(2) Pollock, op. cit., p. 274. 田中(耕)・「商法解釈論」商法研究二卷三ページ、米谷・前掲五七一ページ以下、西原・前掲五四ページ以下。

二 普通取引条款は、企業の維持発展を目的として制定されたものである。そこで、取引条款に規定されていない条項について、これを全条款の趣旨から補充的に解釈し、また、ある条項についてこれを拡張ないしは類推解釈することは、取引条款の目的に反することにもなりかねないので、このような解釈は、原則としてさしひかえるべきである。<sup>(1)(2)</sup> このような場合は、むしろ、法律または慣習法にもとづいてこれを補充すべきである。<sup>(3)</sup> この点において、すでにのべたように、法の欠缺の場合における解釈原理と異なるものがある(明治一〇年太政官布告第一〇三号「裁判事務心得」第三条、フランス民法四条、スイス民法一条・四条)。

(1) もっとも、普通取引条款は、個々の規定につき、孤立的ではなく、全体との目的関連において解釈すべきである(Raiser, a. a. O., S. 254, Hagen, a. a. O., SS. 45, 46; Würstendorfer, a. a. O., S. 397.)。野津・新保険契約法論一六〇ページ以下、田中(誠)・船荷証券免責条款論四九ページ、石井・前掲六四ページ。

(2) Raiser, a. a. O., SS. 254, 255; Hamelbeck, a. a. O., SS. 19, 39; Hildebrandt, a. a. O., SS. 344, 345; 米谷・

前掲五七八二ページ以下、石井・前掲六四ページ以下・青谷・保険契約法論一四五ページ、II七四ページ、西原・前掲五四ページ以下、田中(誠)・前掲四八五ページ以下、同・商行為法四八ページ。

(3) 青谷・今日の法学二四ページ以下。

三 普通取引条款のうちのある条項、とくに危険条項を定めるにあたり、具体的事項を列举し、その最後に「その他……」というように、包括的な用語が用いられている場合、その包括的文句は、それに先行する同じ種類のものと同様に限定的に解釈すべきであるとされる。この原則を同種制限ないし同一種類の原則 (Principle of ejusdem generis) と<sup>(1)(2)</sup>こころいふ。

(1) 米谷・前掲五七三ページ、同・加藤由作論文集一〇三ページ以下。葛城・海上保険研究上巻七八ページ以下。

(2) 米谷・前掲五七四ページは、なお、取引条款については、調和的解釈原則があるとされる。

#### 第四節 普通取引条款解釈の若干の特異性

普通取引条款は、顧客圏の合理的な理解可能性を前提として解釈すべきであることよりして、「取引条款の規定で疑わしいものがあるときは、顧客圏の利益に、これを利用する企業者に不利に解釈すべきである」ということがいわれている。「疑の利益の原則」(benefit of doubt) または「作成者不利の原則」(contra proferentem) といわれるものがそれである。これについては、すでにのべたところにゆずるが、この原則は、普通取引条款の補助的解釈原則 (subsidiäre Auslegungsregel) であるとされているが、信義則の具体化された特殊の原則にはかならないといえる。<sup>(1)</sup>

(1) 米谷・前掲五八二ページ以下、石井・前掲五九ページ以下、青谷・保険契約法論一四四ページ以下、Ⅱ七三ページ以下、西原・前掲五五ページ、田中(誠)・商行為法四七ページ以下。

## 第五節 普通取引条款解釈の上告可能性

一 普通取引条款の解釈の統一性に関連して問題となるのは、取引条款の解釈を誤った場合に上告がゆるされるか(Revisibilität)ということである。取引条款の解釈は、当事者の意思表示の究明という事実問題ではなく、客観的規範の解釈に関するものであるから法律問題である。かりに、下級裁判所によって区々にわたる取引条款の解釈がなされるとすると、そこに法秩序の安定がそなわれることになるので、取引条款解釈の上告可能性をみとめるべきである。<sup>(1)(2)</sup>

(1) 牧野・民法の基本問題第五編七五ページ以下、田中(耕)・商法学特殊問題中巻一〇一ページ、米谷・前掲五八七ページ以下、石井・前掲四八ページ以下、西原・前掲五五ページ、田中(誠)・商行為法二五ページ、我妻・民法総則二四九ページ以下、川島・民法総則一八八ページ以下(同ページ以下に掲げる学説・判例参照)、柚木・判例民法総論下巻九六ページ、於保・民法総則講義二〇九ページ、松坂・民法提要総則一五八ページ、近藤・注釈民法(総則編)三一八ページ、畔道・京都法学会雑誌一〇巻一一号、一一巻五号、穂積(忠夫)・法律行為の解釈の構造と機能・法協七七巻六号、七八巻一号は、いずれも、法律問題であるとしている。

ただし、大判・大正一〇・五・一八・民録二七輯九三九ページは、法律行為の解釈は事実問題であって法律問題ではないから上告の理由とはならないとしているが、学説は、これに反対している(たとえば、上掲の学説、中川・大正一〇年度判例民法

二二九ページ等)。

ただ、公正証書の文字の解釈が実験則ないしは取引の觀念に反するかどうかの争訟は法律問題である(大判・大正・一一・二〇・民録一九輯九八三ページ)、とするものがみられ、二様に解しうる語句の意義にいて釈明権を行使しないのは違法である(大判・昭九・五・一八・民集一三巻七七四ページ)とするものがある。なお、兼子・民事訴訟法体系四六一ページ。

(2) 右に掲げたわが国の学説に影響を与えたものとして、Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 153ff. なお、取引条款解釈の上告可能性につき、Raiser, a. a. O., S. 271ff; Bruck, a. a. O., S. 293 J. v. Gierke, „Bedingungen,“ in Manes' Versicherungs-Lexikon; Hagen, a. a. O., Bd. I, S. 43; Heymann, Juristische Wochenschrift, 1916, S. 572; Hildebrandt, a. a. O., S. 343; Koehler, a. a. O., S. 48; Kost, a. a. O., S. 36ff; Woite, Haftung und Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, S. 43ff.

二 普通取引条款の誤った解釈につき上告がゆるされるかどうかについては、ドイツの判例法上古くから問題とされたところである。

ドイツの古い判例は、この問題について必ずしも統一的ではなかったが、一九一二年ごろの判例から明らかにされ、保険法の分野において確立され、さらに銀行業その他の取引条款について肯定されるにいたったのである。

ドイツのライヒ最高裁は、個別契約とは異なり、普通取引条款の解釈については、上告裁判所においてこれが当否につき審理しうる旨を宣言することによって、当事者の利益を保障し、取引条款の法的解釈の統一を促進することにとめている。このような判例に対する上告理由の解明は、厳密には私法の範囲を逸脱するのであるが、法体系における取引条款の地位を理解するためにも重要な問題をふくんでいるので、取引条款の客観的統一解釈原則を究明するためにもゆるされるところである。



ドイツの比較的古い判例は、普通取引条約の上告可能性について必ずしも統一的ではなかった。たとえば、船荷証券の取極証書 (Schlescheine) と海上保険約款については、自由に解釈すべきものとしているが、<sup>(1)</sup> ほかの保険約款の解釈については、法規違反をみとめず、個別契約解釈の領域における問題であるとして、事実評価の範囲に属するといった態度を固持し、上告を否定している。<sup>(2)</sup>

その後、普通取引条約解釈の上告可能性につき、当事者間の具体的契約意思の確定 („Feststellung eines Konkreten Vertragswillens der Partien“) が問題ではなく、法的反映 („rechtliche Reflexionen“) によって強度に規定された一般的意味の探究が問題になるとして、その理由づけをしている。<sup>(3)</sup> このように、一九一二年の判例が、一般的意味の発見を問題とすべきであるとする原則をとりいれたことにより、その後の判例の発展に対し決定的な影響を与えるようになった。<sup>(4)</sup> この判例は、取引条約の解釈は、表示された当事者の契約意思を事実問題として確定することにつぎとする一意の契約解釈原理に対立させたものとして、大きな功績をみとめることができる。

ところで、普通取引条約は、全顧客に対する一般的規範とし、同一の意味を有するものとして設定されたものであり、しかも、それは、すでに存続する顧客圏または将来はいつてくるであろうところの顧客圏の契約関係を規律することを目的として作成されたものである。したがって、これらの条約は、個々の当事者の意思を顧慮するいかなる余地もゆるさないのである。そこで、取引条約は、一般的に行われている意味において客観的に解釈されるのである。このことよりして、つぎのことがみちびきだされる。

上告裁判所は、上告審に送達された係争問題 (Rechtsstreitigkeiten) については、独自の立場から取引条約の解釈につきこれを法律問題として処理し、これが統一的解釈を確定することにつとめなければならない。その結果、取引条約の解釈をめぐる法律状態の統一がはかれることになり、これを全顧客に適用することによって、その取引条約によるすべての契約関係が法的に保障されることになるのである。

ドイツのライヒ最高裁は、以上の「自由なる見解」を保険法の問題に関して支持し、<sup>(5)</sup> さらにこれを他の営業部門における普通取引条約の解釈問題に拡張し、<sup>(6)(7)</sup> ここに、このような見解は、判例法として確立するにいたったのである。

もっとも、売買取引条約の解釈をめぐる上告事件につき、否定的見解を示すものがないわけではない。<sup>(8)</sup> しかし、それは、その後の判例の確立に大きな影響を与えるものとはなっていない。なお、判例は、機械工場の普通取引条約に設けられた制限条項は、企業経営の拡張にともない、それが高等裁判所の管轄区域を異にする区域に使用されることになり、その解釈をめぐる紛争を生じた場合には、上告がゆるされとする。<sup>(9)</sup> しかし、上告可能性をみとめるのについて、右のごとき前提を必要とする理由づけについては、その後においても、ライヒ最高裁によってしばしば吟味されている。<sup>(10)</sup> そして、その欠点は、若干の場合において、上告可能性の否認へと進んでいる。<sup>(11)</sup>

これに対し、右の判決は、非論理的で、かつ、危険性をもつものとして否認する見解がみられるが、<sup>(12)</sup> 特別に理由づけをしないうで、これを肯定する傾向が強い。<sup>(13)</sup>

意思表示解釈の上告可能性の問題を一般的に承認する見解もあるが、これは取引条約の特別的地位を正当化していないものである。<sup>(14)</sup> 上告の可能性についての判決は、確定的に理由づけられた通説によって賛否をのべているにすぎ

なうとする見解もある。<sup>(15)</sup>

- (一) RG. I, 20. III. 80, RGZ. 1. 302; 23. VI.80, RGZ. 2,123; 22. XI. 80. RGZ.3. 142; 16. IV. 81, RGZ.4,87; 17.IV. 82, RGZ, 6, 412; 11. II. 82, RGZ. 7, 27; 26. V. 83, RGZ. 9. 118; Raiser, a. a. O., S.271 ff.
- (二) RG. VII. 23. X. 03, RGZ. 55, 408; 9. VII. 07.L.Z. 1908,237;14. II. 08, RGZ. 08. 109; 22. XII. 11. VA. 1912, Anh. 59; 11. VI. 12, VA. 1913, Anh. 30. Kish, Juristische Wochenschrift, 1926. S. 554. ㊦取引条款の解釈は契約の解釈と同一性質のものと考え、それは事実の確定はかなうものの、正当理由はかなうものとすべき。
- (三) RG. 1, 12, I. 18, RGZ. 3, 425; 27. II. 84, RGZ. 1.3 86; auch. 16. IV.84, RGZ. 14.115.
- (四) RG. VII, 13.XII.12, RGZ. 81, 117.
- (五) RG. VI. 25, II. 13, Warn. 1913, Nr. 277; 4. IV. 13, L. Z. 1914, 482; 18. IV. 13, JW. 1913, 690; 17. II. 14, JW. 1914, 527; 11.XII. 14, L.Z. 1915, 535.
- RG. VI. 8. X. 18, RGZ. 94, 26; 3. VI. 19, RGZ. 96, 148; 15. XII. 22, RGZ. 106, 59; 8.VI 23, RGZ. 108, 188 ; 19. IX. 24, RGZ. 108, 385; 20. IX. 27; RGZ. 118, 57 ; 28.V. 29, RGZ. 124,5330; 7. VI. 29, RGZ, 124, 343; 27, V. 30, RGZ.29,134. ㊦
- (六) RG. VII, 26. X. 15, JW. 1916, 134 u. 18, XI. 21. Warn. 1922, Nr. 10 (Maschinenfabriken); 2. X. 28, RGZ. 122, 76 (Vardruck für Bankformular); 31. V. 29. RGZ. 124, 336 (Abzahlungsschäft.).
- (七) RG. II. 18. XI. 13, RGZ. 83. 295; RG. I,8. VI. 18, RGZ. 93. 166, und RG. II. 11, VII. 19. RGZ. 96, 230 (Getreidegroßhandel); RG. I,17. II. 20, RGZ.98. 122 (Schleppreedereien); RG. V. 26. X. 18, JW. 1919, 189 (Rentengutsverträge) ; RG. III, 27, VI. 19, L.Z. 1920, 153 (Leipziger Produktenbörse) ; RG. IV. 23, XI. 22, RGZ. 196, 120 (Normenvertrag, für Ärzte) ㊦

前掲の最終・田四五・一一・一二のケースでは、約款解釈の正当可能性は与えられていない。第一審では海賊の意義の解釈を

めぐり争われたのであるが、第二審からは、もっぱら、主務大臣の認可をうけないでなされた約款変更の私法上の効力に論争が集中したものである。

- (八) RG. III, 10. III.23.
- (九) RG. VII, 18. XI. 21, Warn. 1922, Nr. 10.
- (一〇) RG. VI. 30, VI. 25, RGZ. 111. 276; 12. II. 26, JR. 1926, Nr. 849; 7. XII. 26, JR, 1927, Nr. 383; 14. XII. 26, RGZ. 115, 122; 7. V. 27, HRR. 1928, Nr. 1797; RG. VII. 2. X. 28, RGZ. 122, 76; 28. V. 29, RGZ, 124, 330; 31, V. 29, RGZ. 124, 336; 18. III. 30, JW. 1930, 3621; 23. X. 31, Warn. 1931, Nr. 234; 8.III. 32, JRPV. 1932, 101; RG. IX. 11. VII. 31, JW. 1932, 745; RG. III. 17. X. 33, JW. 1934, 346; RG. V. 16. XII, 33, seuff. A. 88. Nr. 66.
- (一一) RG. VI, 25. VI. 26, RGZ. 114. 165 (Schiedsgerichtsordnung eines Hambruger Großhändlerbandes); 23.XI 26, RGZ. 115. 274 (öffentl.- rechtl. Versich.- Anstal.); RG. VII, 3. VII.28, JW. 1928, 3179 (dasselbe) ; 14. XI. 30, RGZ. 130, 237 (Stadtbank) ; 16. VI. 31, RGZ. 133, 97 (Versich. -Gesellschaft.).
- (一二) Mendelssohn—Bartholdy, JW. 1919, 189; Kish, JW. 1926, 554; JR.1926, 458.
- (一三) Hagen, Versich.—Lexikon, I, S. 43; Bruck, a. a. O., S.29; J.v. Gierke, Art. „Bedingungen“ in Manes' Versiche—Lexikon; Heymann, JW. 1916, 573. Michel, a. a. O., S. 37; Kost, a. a. O., S. 36ff.
- (一四) Manigk, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen. (Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. VI. S. 94ff., S. 158ff.,).
- (一五) Raiser, a. a. O., S. 273.

III RG. VII, 13. 12, RGZ. 81. 117. ㊦ 上告の理由づけ (Begründung) は、これを明確にしないので、二つの考えかたを組み合わせている傾向がみられる。すなわち、普通取引条款は、事実の確定と評価の範囲を出ない個別契約の解釈と区別されるのであるが、取引条款が全顧客に対して一様に解釈されるかぎり、個々の場合における事実問題



の確定は、なんら意味がない、というのである。裁判所が、取引条款の解釈につき、一般契約の解釈と異なり個々の具体的事情を離れて単なる事実認定にとどまらず、規範的性格の問題であるとしていることについては、論理の飛躍があるといわざるをえない。

解釈は、個々の意思表示に関するものであっても、単なる事実の確定ではなく、何が当事者を拘束するかの意味を究明することである。したがって、誤った解釈は、広い意味では法規違反となる。そうすると、このような意味においては、取引条款の解釈と契約の解釈との間には、原則的な差異はみられないということになるので、このような理由だけからすれば、取引条款の解決についてのみとくに上告をみとめる理由はないということになる。上告をみとめる理由は、取引条款の法源性にかんがみ、その法律状態の統一をはかる必要からドイツ民事訴訟法第五四九条、第五五〇条を類推適用すべきである、とされている<sup>(1)</sup>。すなわち、法令違反にもとづく場合には第五四九条により、また、法令を適用せず、または正当に適用しない場合には第五五〇条により上告が理由づけられるというのである。これらの規定の趣旨とするところは、消極的には第三事実審(dritte Tatsacheninstanz)を排斥し、積極的には法律問題について判例の統一性を保護し、最高裁による法令の適用の統一性を確保し、監督するにある。

最高裁においては、事実の確定と法律の適用の対立が問題となる。すでにのべたように、個別的な意思表示の解釈は、単なる事実の確定であるのみでなく、当事者に対する拘束的な意味の発見である。それは積極的な解釈として表示の法律効果の目的に対し法律解釈の原理により行われるのである。したがって、表示の解釈とその法律効果の規定との間に存する差異のために、たとい、強制されないにしても、誤った解釈についても広義の法令違背とみなし、

これを上告の理由づけとすることは、可能であるようにみえるが、このような意味においては、契約解釈と取引条款解釈との間に原則的な区別はみとめられない。両者の場合、上告にかかる事実の確定は、法律上の意味を解釈することにより区別されるのである。かりに、事実問題の確定が相当部分を占め、それに重点がおかれる場合には、上告を理由づける可能性は、それだけ少なくなるといえる。裁判所は、個々の意思表示の解釈について単なる事実の確定に終るのではなく、取引条款をもって契約と異なる地位におかれているという理由づけのもとに、これが解釈につき上告がゆるされると解することはできない<sup>(2)</sup>。取引条款の解釈が法律問題であるということを強く認識すべきである。

普通取引条款は、個別契約と異なり、法規(Gesetz)と同列に扱われなければならない。上告の積極的目的である法律適用の統一性の保障は、取引条款の適用に際してみとめられ、最高裁による取引条款解釈の統一性が保障されることによって取引条款はその機能を全うすることができるのである。

ドイツのライヒ最高裁は、普通取引条款を法規と同列に位置づけることは明言していないが、それは、判決の理由づけに引用されているところによつてうかがうことができる<sup>(3)</sup>。

(1) Raiser, a. a. O., S. 275; Hildebrandt, a. a. O., S. 343; Kost, a. a. O., S. 37.

これに対し、普通取引条款は、一般契約と異なり、規範的性格をもつものであるという理由のもとに、これが解釈について上告をみとめるべきであるとした判例に賛意を表するものもある(Koehler a. a. O., S. 48; Michel, a. a. O., S. 37; Wölte, a. a. O., S. 48.)。

(2) Manigk, a. a. O., inb. insbes. S. 183ff. など; Raiser, a. a. O., SS. 274. 275.

(3) Kost, a. a. O., S. 37; Manigk, a. a. O., S. 159.

四 普通取引条款解釈の上告可能性につき、ドイツの判例は、浮動・矛盾を重ねたうえ、これを肯定する方向に帰一する方向に進んでいるのであるが、その理由づけについて、なお、問題が残されていることは、すでにのべた通りである。このことは、法律行為の解釈が事実問題であるか、それとも法律問題であるか、いいかえれば、法律行為の解釈の上告可能性がまとめられるかどうかについてのわが国の判例が動揺をつづけているのと似たものがうかがわれる。

要するに、上告の理由づけとしては、普通取引条款の法典類似性からそれが法律関係の統一をはかる必要性にその根拠を求めるのが妥当である。<sup>(1)(2)(3)</sup>

(1) Raiser, a. a. O., S. 275; Koehler, a. a. O., S. 48; Kost, a. a. O., S. 37; Hildebrandt, a. a. O., S. 343; Michel, a. a. O., S. 37; Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssite, S. 515f.

牧野・民法の基本問題第五編五九ページ以下、田中(耕)・「商法上の法律関係と其の定型化」法協五五巻七号一二七九ページ。

(2) 兼子教授は、法律行為は、その解釈は法律問題となるが、それ自体法令でない取引条款は、それが慣習法化されていないかぎり、一般には法令と同視できないとされる(兼子・民事訴訟法Ⅲ〈法律学講座〉二三三ページ)。

(3) 取引条款の上告理由づけに関する学説の詳細につき、米谷・前掲五八九ページ以下参照。

## 第五章 むすび

普通取引条款については、その発生、形成、公示、妥当の態様において考究すべきものが少なくない。また、その

国家的規整の問題についても、さらに究明を要するものがすこぶる多い。多くの学者の精緻なる研究にもかかわらず、多くの問題点がのこされている。ドイツにおいてはライザー以後にその所説をさらに展開したものはあまりみられない。わが国においても、先哲の多くの業績によってそのうえに新たな取引条款論を發展せしめたものは比較的少ない。ことごとさように、近代的企業の生んだ新しい取引形態の紐帯をなす普通取引条款については、あまりにも複雑にして、かつ、多岐にわたる困難な問題を内包しているのである。わたくしは、ここに、主として、普通取引条款の解釈原理を究明することにしたのであるが、これについても、わずかの紙面によつてはつくすことのできないほど多くの未開拓の秘境がのこされている。それらについてはいずれかの機会に、探究をつづけることにする。

普通取引条款の国家的規整についても、わが国のそれは、きわめておかれている。戦後、普通取引条款の公示義務を規定する立法があらわれるにいたったとはいえ、その立法的規整についてみるべきものがほとんどないといってよい。それぞれの法律によって主務大臣の認可事項とされるものにあっても、行政監督の面において当局者の普通取引条款に対する認識を欠くものがあるなどの理由により、なかには、これが取引条款であるかとおもわれるようなものもみうけられる。また、司法的規整の面をみても、裁判官による普通取引条款の改定にはほとんどみるべきものがなく(それには裁判官の取引条款に対する認識の不十分ということもあろう)、一方、仲裁条項の制定についても、取引条款の制定者がほとんど無関心に近い状況を示している。<sup>(1)(2)(3)</sup>

いずれにもせよ、普通取引条款に内在する問題点の究明については、別の機会につづけることとしたい。

(1) 青谷・保険約款における紛争処理条項について・民商法雑誌六三巻五号六六三ページ以下、石井・前掲九五ページ以下。

普通取引条款についての若干の研究(青谷)



(2) 盛岡地判・昭和四五・二・一三・下級民集二二卷二三一四ページ以下は、行政庁の認可をうけた保険約款でも司法的規整が加えられるとして、火災普通保険約款第八条を無効としている（これにつき、青谷・損害保険研究三四卷一号四九ページ以下）。

(3) 星野・現代法八二三九ページは、普通取引条款に対する裁判所のチェックがわが国においては外国にくらべていちじるしく弱いうことが特徴的であるとし（これに関する文献につき二四三ページ）、裁判所は、附合契約につき、契約自由の名のもとにソッポを向いているとも指摘している（二五八ページ）。