

保険約款の拘束力に関する一試論

——火災保険約款に視座を定めて——

岡 田 豊 基

はじめに

第一章 火災保険約款上の問題点

第二章 約款の拘束力に関する理論

第三章 火災保険約款の拘束力

第一節 概 説

第二節 契約の成否

第三節 契約成立後の約款の採否

おわりに

はじめに

平成七年一月一七日午前五時四六分に発生した「阪神・淡路大震災⁽¹⁾」は、これまで隠されていた多くの問題をいっきに露呈させ、我々はそれらへの対応に迫られている。かかる問題のひとつに、火災保険を巡る問題がある。

本震災に伴い兵庫県内では、二五一件の火災が発生したが⁽²⁾、火災保険契約を締結していた被災者は、住宅再建費用の取得等を目的として、損害保険会社あるいは共済組合に対し、焼失家屋に関する火災保険金・共済金の支払請求を行った(以下、原則として火災保険に限定して論ずる)⁽³⁾。しかし、保険会社は、保険金支払請求の原因となった火災損害が地震に関連して発生したものであると判断される場合には、火災保険約款の「地震損害免責条項(以下、地震免責条項とする)⁽⁴⁾」を援用して、火災保険金の支払いを拒否し、地震火災費用保険金を支払うに留まった⁽⁵⁾。かかる対応に対して被災者から不満の声が上がる中、本年六月二十七日、本地震発生当日に自宅が全焼した神戸市民のひとり、損害保険会社二社を相手に「出火原因は不明なので、地震免責に該当しない」と主張して、総額一億円の火災保険金の支払いを求める訴えを神戸地裁に提起した⁽⁷⁾。さらに、八月二三日には、本地震発生約八時間後に生じた火災で自宅等を焼失した神戸市東灘区の住民七〇人(五七世帯)が、地震免責条項を理由にして火災保険金等の支払いを拒否した損害保険会社等一七社を相手に、総額一〇億九〇〇〇万円の火災保険金等の支払いを求める集団訴訟の提起を決めた⁽⁸⁾。これらの訴訟では、いずれも火災保険契約(火災共済契約)の約款に規定される地震免責条項に関する問題が争点となろう(以下、この問題を「火災保険約款上の問題」とする)。

本震災に際して発生した火災保険に関する問題としては、前述の他に、「地震保険」制度に関する問題がクローズアップされている。すなわち、地震損害は火災保険では免責事由とされているので、この損害の填補を望む者は、火災保険契約に地震保険契約を付帯しなければならぬ。しかし、阪神・淡路が位置する兵庫県では、本地震発生当時、同保険の加入率(地震保険保有契約件数を住民基本台帳に基づく世帯数で除したもの)は三・〇%⁽⁹⁾であったとされ、同保険契約によって損害填補を受けた被災者の数は少ないと推定されるうえに、同保険では保険金額に上限が設定されているので、損害の程度に比して十分な補償を受けられなかった被災者の数も多いと考

える。かかる状況は、現行の地震保険の内容が震災補償としてはきわめて不十分であるという点に、その原因があると考えられる（以下、震災補償に関連する問題を「保険制度上の問題」とする）。かかる制度上の問題を解決するために、その後、地震保険契約の保険金額上限の引上げ等をはじめとして、総合的な震災補償制度が掛けられている。

以上のことから、阪神・淡路大震災は、保険について「火災保険約款上の問題」と「保険制度上の問題」を生じさせ、我々はこれらの解決に迫られている⁽¹²⁾。というのは、火災保険金請求訴訟の提起が相次いでいる事実や、地震保険制度に関する問題点の提起等、本地震発生後の経過を見ると、保険に対する信頼が大きく揺らいでいると感じざるを得ず、これらの問題を放置することはできないと考えるからである。そこで、火災保険が内包するかかる問題点の解決策を探るために、まずその内容を正確に把握しなければならぬ。ただ、「保険制度上の問題」は保険の本質に関連するものであるうえに、保険が震災補償策のひとつとして位置づけられる問題でもあるので、詳細な検討は別稿に譲ることとする。というのは、たとえば本年一〇月一七日、兵庫県が「住宅地震災害共済保険制度」案を公表するなど、新しい震災補償策が次々に提唱されており、今後この傾向は続くものと予測される。したがって、この問題に関する解決策を検討・提示する場合には、今後示されるであろう提案等をも視野に入れた総合的検討を行うことが望ましいと考えるからである。そこで、本稿では、「火災保険約款上の問題」に限定して検討するが、火災保険約款は多種多様であるから、基本的な約款である住宅火災保険普通保険約款（以下、住宅火災保険約款とする）をその対象とする⁽¹⁴⁾。ただし、この問題を扱うにあたり、保険の本質論の側面から検討すべきポイントがあると考えるので、その限りにおいて、保険の本質についても若干の考察を行う。

(1) 本震災に起因する被害総額は、本年五月二二日現在で約一〇兆円にも及ぶ。

表(一) 震災による被害状況(平成七年五月二日現在)

区分	被害数	区分	被害数
死者	五、五〇二人	住宅被害	三九四、四四〇棟
行方不明者	二人	内、全壊	一〇〇、二八二棟
負傷者	四一、五二七人	公共建物	五四九棟

(さくら総合研究所社会調査部『阪神・淡路大震災を経た住宅政策への提言』平成七年一〇月・一頁)

(2) 神戸新聞・一九九五(平成七)年九月九日(土)朝刊。その内訳は、放火による出火が九件で、一一九件(発生総数の四七%)の出火原因は「不明・調査中」であった。兵庫県内で本年一月から六月に発生した震災関係を除く火災のうち、原因が特定できないものは一四%程度であったことから、神戸市消防局は「大火ほど原因の把握は困難である。(この数字は)震災直後から広がった類焼火災のすさまじさを裏付けている」と分析する。

(3) 本震災関連の保険金・共済金の支払見込額は、本年三月六日現在約四〇〇〇億円で、その内訳は次の通りである。損害保険金二〇〇〇億円(うち地震保険金一〇〇〇億円)、全国共済農業協同組合連合会(全共連)共済金一一四三億円(建物更生共済金一一一〇億円・死亡共済金三三億円)、生命保険金四二四億円、簡易保険金二二三億円(死亡保険金一四七億円・傷害保険金七六億円)、全国労働者共済生活協同組合連合会(全労済)共済金一四五億円(日本経済新聞・同年三月七日(火)朝刊)。その後、本年四月二〇日に、損害保険金の総額は二二〇〇億円ないし二三〇〇億円になるとの見通しが明らかにされた。それは、企業向け地震保険の契約状況が予想より低かったことなどによる(同・同年四月二日(金)朝刊)。

(4) たとえば、住宅火災保険普通保険約款(平成二年四月一日実施)二条二項二号。

〔保険金を支払わない場合〕

第二条 当会社は、次に掲げる事由によって生じた損害または傷害に対しては、保険金（損害保険金、臨時費用保険金、残存物取片づけ費用保険金、失火見舞費用保険金、傷害費用保険金または地震火災費用保険金をいいます。以下同様とします。）を支払いません。

(一) 保険契約者、被保険者またはこれらの者の法定代理人（保険契約者または被保険者が法人であるときは、その理事、取締役または法人の業務を執行するその他の機関）の故意もしくは重大な過失または法令違反

(二) 被保険者でない者が保険金の全部または一部を受け取るべき場合においては、その者またはその者の法定代理人（その者が法人であるときは、その理事、取締役または法人の業務を執行するその他の機関）の故意もしくは重大な過失または法令違反。ただし、他の者が受け取るべき金額については除きます。

(三) 前条（保険金を支払う場合）の事故の際における保険の目的の紛失または盗難

二 当会社は、次に掲げる事由によって生じた損害または傷害（これらの事由によって発生した前条（保険金を支払う場合）の事故が延焼または拡大して生じた損害または傷害、および発生原因のいかんを問わず前条（保険金を支払う場合）の事故がこれらの事由によって延焼または拡大して生じた損害または傷害を含みます。）に対しては、保険金を支払いません。

(一) 戦争、外国の武力行使、革命、政権奪取、内乱、武装反乱その他これらに類似の事変または暴動（群衆または多数の者の手段の行動によって、全国または一部の地区において著しく平穏が害され、治安維持上重大な事態と認められる状態をいいます。）

(二) 地震もしくは噴火またはこれらによる津波。ただし、前条（保険金を支払う場合）第七項の地震火災費用保険金については、この限りではありません。

(三) 核燃料物質（使用済燃料を含みます。以下同様とします。）もしくは核燃料物質によって汚染された物（原

子核分裂生成物を含みます。)の放射性、爆発性その他の有害な特性またはこれらの特性による事故

三 当会社は、保険期間が始まった後でも、保険料領収前に生じた事故による損害または傷害に対しては、保険金を支払いません。第三条(保険料の返還または請求―告知・通知事項の承認の場合)の規定による当会社の保険料の請求に対し、保険契約者がその支払を怠ったときも、また同様とします。」

本約款二条二項二号の解釈に関しては、参照、田辺康平『坂口光男編』注釈 住宅火災保険普通保険約款』中央経済社・平成七年・七八頁〜八〇頁(坂口筆)。

(5) たとえば、住宅火災保険約款(前掲)一条七項および四条八項。本条項の解釈に関しては、参照、田辺『坂口・前掲書・六八頁(田辺筆)、一一五頁(戸出正夫筆)。

(6) 神戸弁護士会消費者保護委員会・損害保険問題特別部会が本年七月三日に行った電話相談「地震と火災保険一〇番」に対しては、五三件(内、火災関連四四件)の電話が、保険会社等に対する意見として寄せられた。その主なものは、地震と火災との因果関係が不明(火災原因が不明、地震発生後かなり時間が経過した後に生じた火災で焼失した等)、加入時に地震免責条項に関して説明を受けていない、地震保険制度の不備等である。

(7) 神戸新聞・同年六月二十九日(土)朝刊。また、同月三〇日には、本地震発生六日後に持ち家が全焼した神戸市民のひとりが、神戸市民生活協同組合を相手に、火災共済金五〇〇万円の支払いを求める訴えを同地裁に提起した(同・同年七月一日(土)朝刊)。

(8) 同・同年八月二四日(木)朝刊。

(9) 日本損害保険協会が行った「平成六年一〇月末地震保険加入世帯率」調査によると、加入率は全国平均七・二%、兵庫県三・〇%であったが、平成七年三月末には全国平均九・〇%に上昇した。これは、本震災後の地震保険への関心の高まり等によるものと分析されている(日本損害保険協会『ファクトブック一九九五 日本の損害保険』平成七年・二三頁)。なお、本年六月末の火災保険加入率は五七・〇%(前掲書・同頁)であるから、同月末における火災

保険加入者の約一五・八%が地震保険に加入していることになる。

(10) 東京海上火災保険(株)『損害保険実務講座 第五巻 火災保険』有斐閣・一九九二年・一九一頁。

(11) 朝日新聞・同年一〇月三十一日(火)朝刊。

(12) 阪神・淡路大震災で発生した損害保険契約に関する問題点として、次のような諸点が指摘されている。①マンション共有部分の修理費用を、加入していた団地保険の保険金で賄おうとして保険会社に請求したが、共有部分は団地保険の目的外であるとして拒否された。しかし、その点に関して、契約締結時にも締結後にも明確に開示されていなかった(約款開示の不明確さ)。②盗難保険に加入していたが、免責事由が多岐に渡るので、本震災の場合は勿論のこと、これまで盗難に幾度も遭遇しながらも保険金を受領したことがない(免責条項の解釈)。③長期総合保険は、「総合保険」という名称でありながら、他の保険と同様に地震損害が免責されることに関する疑問(保険会社と保険契約者との意識のギャップ)等があげられる。このように保険契約者等の目からみた疑問が多数露呈しており、彼らの中に抜き差しならぬ不信感が芽生えている。その結果、保険契約を解約して月々貯金をし、万一に備えているというケースが見られるという(参照、朝日新聞「震災の構図―保険悲劇(二)―」(五)同年一月一四日(火)朝刊)同月一日(日)朝刊。

(13) 神戸新聞・同年一〇月一七日(火)夕刊。

(14) 参照、田辺Ⅱ坂口・前掲書・三二頁～四三頁(戸出筆)。

第一章 火災保険約款上の問題点

本震災に関連する火災保険金支払請求訴訟(以下、阪神訴訟という)の中心問題は、たとえば住宅火災保険約款二条二項二号⁽¹⁾にみられるように、地震免責条項に関するものである。すなわち、被災した被保険者は火災保険

契約に基づき、保険会社に対し焼失家屋等に関する火災保険金の支払いを請求した。しかし、保険会社は、請求事案の損害が地震に関連して発生したものであると判断される場合には、当該約款中の地震免責条項を援用して、保険金の支払いを拒否した。そこで、かかる回答を受けた保険契約者等が前述の訴えを裁判所に提起したのである。

「火災保険約款上の問題」を検討するにあたり、まず火災保険金請求訴訟としての争点を明確にしておかなければならない。ただ、一連の阪神訴訟は提起後いまだ日が浅く、新聞等に報道される争点も予想の域を出るものではない。そこで、かかる争点を明確にするために、いわゆる奥尻訴訟を参考にする。本件訴訟は、平成五年七月一二日に発生した「北海道南西沖地震²⁾」の被災者二人が、平成六年四月一三日に保険会社を相手に総額一億一二五〇万円の火災保険金の支払いを求めて提起した訴訟である。³⁾奥尻訴訟は阪神訴訟と同じく、地震損害に関連した火災保険金請求訴訟であり、すでに行われている公判において事実関係も明らかにされている。したがって、かかる二訴訟は各事実関係において違いこそあれ、ともに地震に関連した火災保険金請求訴訟であることから、各争点はほぼ共通しているだけでなく、奥尻訴訟の争点は、阪神訴訟のそれに比して明確であると考えられる。そこで、奥尻訴訟における争点を探ることにより、火災保険約款における地震損害を巡る問題を浮き彫りにしたい。

奥尻訴訟で原告側は、被告保険会社に対して火災保険金の支払いを請求しているが、その主張のポイントは次のようである。

①地震免責条項は、商法六六五条の危険普遍の原則に反するゆえに無効である。

②たとえ地震免責条項が有効としても、原告の多くは自己の保険契約締結に際して、被告保険会社側から当

該約款条項に関する説明を受けていないので、かかる原告は地震免責条項に拘束されない。すなわち、彼らは訴外金融機関に住宅建築資金等の融資を申し込んだところ、その担当者から火災保険契約の締結が融資条件のひとつである旨を告げられたので、その指示に従って同契約の締結手続きを行った。ただし、その際、被告会社側の締結または募集権限者とはいっさい接触することがなかっただけでなく、訴外融資担当者からも火災保険契約の内容について説明を受けなかった。⁽⁴⁾その後、被告会社から保険証券および約款等が送付され、更新時にもかかる必要書類が送付されたにすぎなかった。このことから、約款条項に関する説明を受けていない原告の締結した保険契約は商法六二九条に基づいて成立しているが、かかる原告は地震免責条項に拘束されず、被告会社はこれらの者について火災保険金を支払う義務があると主張する。この点は、阪神訴訟の場合にも妥当する。すなわち、同訴訟の原告の中には、「契約締結時および更新時に、保険会社側から地震免責に関する説明を受けていない」と主張する者がいるからである。

③消防署の調査によると、原告らの所有する建物に関する火災原因の多くは不明で、地震による火災原因とは断定できない。

④本件火災が地震による損害であることの立証責任は保険会社に帰属する。

以上から判断すれば、火災保険約款に関する問題として、**①**地震免責条項の有効性、**②**本条項の拘束力、**③**本条項の解釈（適用範囲、地震損害の立証責任）等が抽出できる。まず、**①**はその中にふたつの問題を内包する。

ひとつは、火災保険契約において地震損害を免責することの有効性の問題である。この点は、保険における担保範囲の問題であるから、地震保険に関する問題と同様に「保険制度上の問題」であるので、その詳細な検討は別稿に譲る。ただし、一般的には地震免責条項は有効と解されているので、本稿でもそれを前提として論ずる。も

うひとつの問題は、「危険普遍の原則」を定めた商法六六五条との関連である。すなわち、保険契約について、約款全体を当該契約の中に取り入れるという合意が存在することにより、約款の拘束力が認められたとしても、地震免責条項は商法六六五条とは異なる内容であるから、いわゆる「不意打ち条項」に該当するとして、同条項は契約締結時に開示されていなければ相手方契約者を拘束しない、と解される可能性があるからである。つぎに、⑤は究極的には約款の拘束力の問題に至るが、同時に③の前提となる問題である。すなわち、⑥が問題点として抽出されたのは、本件保険契約の締結手続きの過程において、被告会社側によって申込人に対する開示・説明行為がなされていないので、本件免責条項は本件契約の内容となっていないという原告側の主張に基づく。したがって、③は、まず、地震免責条項を含めた本件約款が保険契約の内容として取り入れられたことにより、当事者を拘束するということが確認された後に、契約内容の解釈問題として検討されるべきものと解されるからである。

以上のことから、火災保険約款に関する問題の根本は、地震免責条項を含めた約款の拘束力の問題であると認識することができる。そこで、以下、④の第二問題にも配慮しながら、約款の拘束力について検討する。なお、最近、相次いで下されている変額保険に関する一連の判決の中には、保険会社側の説明義務の不履行を理由に、保険契約者等に損害賠償請求権を認める判決がみられる⁵⁾。それらは約款の拘束力を検討するに際して有益な視座を示していると考ええる。

(1) 参照、はじめに 注(4)。

(2) 同地震(M七・八)では、地震の他に津波による被害が甚大で、被害は奥尻島に集中した。同地震による人的被害は死者二〇二人、行方不明者二人、負傷者三〇五人であった(『理科年表 平成六年』平成五年一月・八四五頁以下)。

(3) 朝日新聞・一九九四(平成六)年四月一三日(水)夕刊。

(4) 訴外融資担当者、本件保險契約の締結時に、地震損害が免責事由であることを認識していなかったという。

(5) 本年九月八日、變額保險に關する訴訟で、大阪地裁堺支部は、保險会社だけでなく、同保險料相當額を融資した銀行についても、契約内容に關する説明義務違反を認定する判決を下した(參照、NB L五七九号・一九九五年・四頁〜五頁)。

第二章 約款の拘束力に關する理論

約款の拘束力に關して、わが国では、幾多の理論が提唱されているが、いまだ定説をみていない⁽¹⁾。これまで提唱されている主要な理論として、意思推定説、自治法規説、白地慣習(法)説、制度説、多元説、契約説があげられよう。

このうち、意思推定説は、大審院が火災保險約款の拘束力を認定するにあたり、大正四年二月二四日判決⁽²⁾で採用した理論である。すなわち、同裁判では、火災保險約款の拘束力の有無が争点となつたが、大審院は、同約款は主務大臣の認可による合理性の期待があること、保險契約では約款利用が一般的事であること、保險申込書への任意調印などの事実關係に基づいたうえで、保險契約者について当該約款条項の内容の知・不知を問わず「約款ニ依ルノ意思」を推定することで包括的合意を認定し、当該約款の拘束力を認めた。その後、この理論は大審院大正一五年六月一二日判決⁽³⁾で踏襲された。すなわち、同一二年九月一日に發生した關東大震災に起因する火災は多數の保險金請求訴訟を生んだが、保險会社は火災保險約款に規定された地震免責条項を援用してその支払いを拒否する事態が發生した。その後、本条項の効力に關して激烈な論争が行われたが、大審院は大正一五年判決⁽⁴⁾

において、本条項の有効性を確認したうえで、大正四年判決の理論を踏襲することによりその拘束力を肯定する判断を下した。以後、この理論がわが国の判例の主流的見解となったのである。ただ、意思推定説では、契約の相手方が約款条項の不知、または約款による意思の不存在を証明した場合には、約款全体または当該条項の拘束力が認められなくなるという結論も可能となる。そこで、かかる問題を解決するために提唱されたのが、自治法規説および白地慣習(法)説であると考えられる。

わが国の判例による約款拘束力の議論を見る限り、あらかじめ約款の拘束力を前提とした上で、それをいかにして説明するかに重点があったと言えるところの指摘がある。⁽⁵⁾ 筆者は、かかる指摘は判例だけでなく、自治法規説、白地慣習(法)説、制度説、多元説等の学説についても妥当するのではないかと考える。すなわち、約款の拘束力の問題は、まず典型約款である保険約款に関して提起され、その後もこれを中心にして論じられてきた経緯がある。しかし、やがて一九六〇年代には、民法の契約理論に立脚した新しい理論が提唱され始め、七〇年代に入ると消費者保護の動きと連動して、保険約款以外の約款に関する問題を解決するために研究が積み重ねられていった。この約一〇年間で約款研究の転換期のひとつであったと言えるが、この頃以降、民法学者が積極的にこの問題に取り組み始め、⁽⁶⁾ 契約理論に基づいた約款論が展開されていった。その結果、取引の安全性の確保に主眼を置く民法学者と、契約理論に立脚する民法学者とのスタンスの違いが、約款の拘束力に関する理論の違いに表出されていると考える。

ところで、前述の諸理論に対する批判を克服すべく、⁽⁷⁾ 昨今、契約説に立ちながら同意の範囲を操作する手法をとる新たな見解が注目されている。すなわち、ひとつは、契約の本質的目的や企業からの働きによって、顧客側の主観的に形成される合理的期待を尊重した上で、法律行為に基づく約款の拘束力を認める山下友信教授の見解

である⁽⁸⁾。さらに、顧客圏における契約者総体に普遍的な対価性確保の期待へ向けられた「客観的意思」が、約款文言に体现された保険者の意思と合致すること（客観的合意）をもって、保険契約の拘束力発生条件とする吉川吉衛教授の見解がある⁽⁹⁾。これらふたつの見解は、従来の法規説あるいは制度説とは袂を分かち、契約説の立場に立ちながら、内容的限界を拘束力の問題と連動させて同意の範囲の問題にしており、顧客の合理的期待が同意範囲の画定にとり重要な役割を果たしている点において評価されている⁽¹⁰⁾。しかし、「約款による」との意思の存在は不明瞭で、顧客の行動から推定されたり、あるいは意思があつたと擬制されることもあるので、ここでも擬制は働かざるをえないと批判される⁽¹¹⁾。また、これらはいずれも契約説に立ちながら、あらかじめ約款の拘束力を前提とした上でそれを説明している、という前述の批判を拭い切れていないように思える。

かかる理論に対して、民法上の契約理論に基づいて約款を考察する理論が提唱されている。その中で、原島重義教授と河上正二教授の両見解をあげる。

まず、原島教授の見解は、次のようである。契約者が約款の変更を迫っても、企業が応ずることはめつたになく、契約者は契約による給付を断念せざるをえない。こうして契約自由は「理念型的な表象」に留まる。約款による契約を現状そのまま私的自治によって正当化できないので、約款を契約法へと連れ戻し、プリンシプルを貫くことが必要とされる。その結果、私的自治論から派生するのは、最少限度の取入れ要件の確認と原則的な内容コントロールという補強を施して、はじめて約款は正当性をもちうるということであると認めざるをえない。これを具体化する作業は、約款の法的扱いをふたたび契約法の領域へ連れ戻すのであるから、法解釈によっても可能である。しかし、それを連れ戻すには、法律行為の一般原則および一般的契約法にそれだけの充実した中味が必要となる。その結果、取入れ要件として、黙示の意思表示の位置づけと、契約解釈における取引慣行の意味と

が存在し、内容コントロールの視点として、その範囲、基準、立証責任などの法律行為の一般原則、一般的契約法が示されるとされる。⁽¹²⁾

つぎに、河上教授の見解は、次のようである。まず、約款の拘束力が発生するためには、その前提において当事者の意思の関与が必要であり、当事者の意思と責任性こそ、他人に対して自己を拘束する契機であるべきである。同意を与えることについての手続的保障を欠いたところで人が拘束されるなら、自由な意思を持つ主体としての個人の存立基盤が失われることにもなりかねない。取引安定の要請は、拘束力の根拠づけまで左右しない。そして、我々は「約款による契約」という新しいタイプの契約に直面しているのであり、そこでは古典的契約観に固執するのではなく、より柔軟な契約観が必要である。約款による契約は、わずかの意思の関与と比較的高度な責任性の下で締結される機械的契約であり、各多様性に応じてそこで要求される意思の関与の度合や責任性の程度にいくつかの段階がある。いずれにしても、約款内容について顧客の認識・客観的認識可能性に基づく明示あるいは黙示の同意が鍵になる。現実には、具体的契約における核心的部分（契約の目的物・価格・数量など）についての合意に連動した形で、約款が個別契約の内容に入り込んでくる場合が多いわけで、約款の適切な「開示」は、かかる連動を導くための前提条件と考えられる。要するに、約款を利用した具体的契約は、拘束性に差異のあるふたつの合意部分、すなわち核心的合意部分と約款上の付随的合意部分とからなる。後者は適切な開示を前提として前者に連動して獲得しうる一種の機械的契約の一部分であり、この連動を容易にし、あるいは困難にする要素は、各約款により異なる。このように、この理論は、個別事情を無視して無留保で連動を許すものではないという点において、他の理論との違いがみられるとされる。⁽¹³⁾

原島説は、約款による契約もまた一般的契約法の原則が妥当する契約として位置づけた上で、ドイツ約款規制

法に定められた約款の契約への取入れ要件と内容コントロールによる約款規制の立場を基礎として、約款による契約に関する問題点の解決を図るものと解される。これに対して、河上説は、原島説と同じく一般的契約法の原則に依拠しながらも、取入れ要件に関して原島説をさらに進めている。すなわち、「約款による契約」を機械的契約にとらえ、契約内容を核心的合意部分と付随的合意部分とにわけ、契約当事者間で前者について合意が存在すれば契約が締結されたものと解し、後者は、原則としてそれに連動して契約の中に取り入れられることにより契約当事者を拘束する、と解しているからである。

(1) 参照、大塚龍児「普通保険約款の拘束力」法学教室八第二期▽八号・一九七五年・六〇頁～六二頁、河上正二『約款規制の法理』有斐閣・一九九四年・四六頁以下、一七八頁以下。

(2) 民録二一輯二一八二頁。

(3) 民集五卷四九五頁。なお、関東大震災後にさかんに主張された「地震約款無効論」は、当該保険契約で使用される約款全体が無効ではなく、この条項のみが無効とする趣旨であると解されよう。

(4) 参照、吉川吉衛「地震と保険者の責任―自然災害総合保険構想―」『現代の保険事業―企業規制の論理―』同文館・平成四年・二五六頁以下。

(5) 石田穰「法律行為の解釈方法―再構成―(三・完)」法学協会雑誌九三卷二号・一九七六年・二二二頁、河上・前掲書・一八三頁。なお、原島重義教授は学説についても同様の指摘をされる(原島「約款と契約の自由」『現代契約法大系 第一巻 現代契約の法理(一)』有斐閣・昭和五八年・六八頁)。

(6) 河上・前掲書・六〇頁以下、八一頁以下。

(7) 意思推定説は、契約当事者(特に顧客)の意思の推定によって約款の拘束力の発生を説明する限りにおいて、基本的に契約説の中に含まれる。白地慣習(法)説もまた同様の結果となるが、ここでの契約説は、別の側面から捉えたも

のとする。

- (8) 山下友信「普通取引約款論―その法的性格と内容的規制について―(四)」法学協会雑誌九七巻一号・一九八〇年・七九頁、「同(五)」同三号・同年・三七二頁。
- (9) 吉川「普通取引約款の基本理論―現代保険約款の一つを典型として―」保険学雑誌四八一号・昭和五三年・四四頁。
- (10) 河上・前掲書・八五頁。
- (11) 河上・前掲書・八六頁〜八七頁、一八〇頁。
- (12) 原島「契約の自由」六七頁〜六八頁。
- (13) 河上・前掲書・一八四頁〜一八五頁。

第三章 火災保険約款の拘束力

第一節 概 説

約款が企業取引に導入された背景には、経済力あるいは取引内容に関する情報・知識等について、レベルのほぼ等しい企業間の取引を簡易かつ迅速に処理するという、企業の要請があった。やがて、企業と消費者との間、あるいは大規模企業と小規模企業との間等、前述のレベルに著しい格差のある契約当事者間の取引についても約款が広く使用されることになった。このような約款利用の普及は、約款というものが、企業経営における「合理化の企図」と、自己の「経済的地位の維持・強化の企図」とに適合するものであったからに他ならない。⁽¹⁾しかし、このことが約款の内包する問題性を顕在化させることとなり、約款使用者の相手方に対する責任が求められるようになった。とりわけ、七〇年代以降、約款による契約において消費者保護が強く要請されていることは、周知

の如くである。これらの問題は、約款による契約が附合契約である点に帰着するものであると考える。すなわち、たとえ約款を読んでも内容が理解できないし、理解したとしても、ある条項の修正を求めたところで、すぐにこれに応ずる企業はきわめて少ない。こちらが折れたいくれば、その契約で得られるはずの給付をあきらめなければならなくなるというのが現状だからである。⁽²⁾

約款の拘束力に関する従来の理論は、まず拘束力を認めたと上で、その理論を構成しようとしていたと指摘される。関東大震災では、地震に打ちのめされた火災保険契約者の大半は、罹災者とはいえず、その中では一応有産者ないしは企業者であった。⁽³⁾ 大正一五年判決はかかる時代を背景にしたものであり、同判決において保険約款の拘束力の根拠として踏襲された大正四年判決の論理は、消費者保護の必要性が説かれて現在の法理論としては疑問視されるなど、かかる大審院判決の内容は、いずれもはなはだ時代錯誤の感を覚えざるをえない。ここにきて、約款による契約について、一般的契約理論に依拠する判決も見られるようになったが、判例の多くはまだまだ大正四年判決の影を引きずっているように思える。ただし、最近の変額保険に関する判例の中には、保険会社に対し、契約内容に関する説明義務の存在を認定するものが多くみられ、これまでの状況に比べると若干の変化が見られる。これらの各判決内容を概観すると、裁判所は変額保険を投資商品のひとつとして位置づけたいくで、⁽⁴⁾ 保険会社に対し投資商品としての説明義務を課していることが推認される。⁽⁶⁾ すなわち、裁判所は、変額保険について、これまでの保険に対する場合とは違う視点に立って、その契約締結の過程における保険会社の責任を認めているということに注目すべきである。これは、情報公開制度の確立という最近の法理論の要請を反映したものであると考えられよう。

ところで、「私的自治の原則」が認められる社会では、この原則を表現するものひとつとして「契約自由の

原則」が存在する。この原則が妥当するためには、契約当事者が、当該取引に関する情報・知識あるいは経済的側面においてほぼ対等の立場であることが必要とされる。かかる状況にある契約では、契約当事者が契約自由の原則に基づいて、契約内容の全般にわたり交渉を重ねることにより当該契約を締結することができる。その限りにおいて、このような契約では、たとえ契約当事者間で紛争が生じたとしても、レッセフェールの原則に基づいて当事者間で解決を図ることになり、司法に判断を委ねる必要はないであろう。⁷⁾しかし、現実のほとんどの契約は、経済的強者と弱者とをその当事者とする契約であり、周知の如く、約款による契約の多くはこの範疇に入る。附合契約であるこの契約では、契約当事者間に存在する経済的あるいは知識・情報面での不均衡のゆえに、弱者である顧客は約款使用者である企業に従属せざるを得ない。その結果、ただ単に契約の相手方を選択する自由が存在するにすぎず、⁸⁾契約の自由は完全な形では存在しない。したがって、かかる当事者間で生じた問題の解決は、第三者である司法にその判断を委ねなければ、顧客側の利益が著しく阻害される。しかし、司法による解決は事後的なものであるがゆえに限界がある。そこで、契約締結の過程において、あらかじめ約款使用者に対する規制を講じておく必要がある。かかる規制が原島教授の主張される「約款の取り入れ規制」⁹⁾であり、河上教授の主張される「第一の砦」¹⁰⁾であろう。これらの見解は、約款による契約が契約でありながら、この契約に関する従来の理論構成は一般的契約理論の枠外で行われてきたという傾向に対して異議を唱え、約款による契約の法理論を一般的契約理論の中で再構成することを目的とするものであると解される。

筆者は、従来から、約款による取引における顧客は、「意思推定説」等の約款の拘束力に関する理論に納得しているであろうかという疑問を抱いていた。今回の震災を巡る火災保険約款に関する電話調査¹¹⁾等により、この疑問が現実存在していることが示されるに至ったと言える。そこで、この疑問を解くために、火災保険約款の

拘束力について、従来の理論とは違った理論を提唱する必要があると考える。それにあたり筆者は、自己責任の原則、すなわち顧客が「自分で決めたことに責任を持つ」⁽¹²⁾ということ、ならびに約款の内容はその作成者の意思表示であるという点に重きを置きたい。すなわち、「約款による契約」は契約であるのだから、一般的契約理論に依拠する必要がある。ただし約款による契約をこの理論に基づいて完全に説明できない場合には、この理論に修正を施す必要があるであろう。⁽¹³⁾また、約款に関する問題を検討するに際しては、いわゆる約款アプローチをとりたい。⁽¹⁴⁾消費者アプローチは約款以外の場合についても妥当する方法論であり、企業対企業（とりわけ大規模企業対小規模企業）の関係も約款アプローチによる検討の範疇に入るからである。そして、考察の対象となる約款を保険約款に限定する。まず保険約款についてその拘束力の理論を検討したうえで、必要に応じて火災保険約款に限定した理論構成を検討する。それは、本稿の問題提起が当該約款に関するものであることその他に、各取引で使用される約款の成立あるいは態様が違うのであれば、拘束力の考え方も多元的になるであろう。すなわち、保険契約は、高度に発達し、かつ豊富な判例理論の蓄積された典型約款を使用する契約であるから、その約款について、一定のレベル以上においては、他の約款を凌ぐ独自の理論が存在するであろうし、火災保険契約独自の内容も存在すると考えるからである。

ここでもう一度、保険約款の拘束力に関する論点を整理しておく。まず、約款不開示の場合において、相手方顧客を拘束することの可否、および開示の程度が問題とされよう。さらに、約款が拘束力を持つと判断された場合において、任意規定から逸脱している等の理由で免責条項の拘束力を否定しうるか否かということが、論点として指摘されよう。すなわち、前者が約款の「取入れ要件」であり、後者が「内容コントロール」の問題である。これらを検討するにあたり、まず、当該契約成否の要件を画定しておかなければならない。

- (1) 河上・前掲書・五頁～六頁。
- (2) 原島「契約の拘束力―とくに約款を手がかりに―」法学セミナー一九八三年一〇月号・五〇頁。
- (3) 参照、岩崎稜「地震損害と保険」『現代損害賠償法講座 八』日本評論社・昭和五五年・五九頁。
- (4) 参照、原島「契約の自由」三八頁～四〇頁。
- (5) 拙稿「保険本質論の法的再検討―保険契約と他の契約との区別を目的として―」神戸学院法学二五卷一号・一九九五年・一六二頁～一六三頁。
- (6) 参照、第一章 注(5)。
- (7) 完全競争市場では完全契約が締結され、その契約について当事者間で争われることはないとされる(ロバート・D・クーター||トーマス・S・ユールン(太田勝造訳)『法と経済学』商事法務研究会・平成二年・一八〇頁～一八一頁)。
- (8) 太田・前掲書・二〇八頁以下。
- (9) 原島「契約の自由」六八頁。
- (10) 河上・前掲書・一七一頁。
- (11) 参照、はじめに 注(6)。
- (12) 原島「契約の拘束力」五〇頁。
- (13) 河上・前掲書・一八四頁。
- (14) 河上「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(三)」NBL四七一号・三四頁～三五頁。

第二節 契約の成否

「約款による契約」である保険契約もまた「契約」であるから、保険約款の拘束力を考察する場合には、まず、

契約としての成否を検討しなければならぬ。保険契約は、商法六二九条および六七三条において、諾成・不要式契約であるとされる。すなわち、商法上、保険申込人の申込と保険者の承諾という意思の合致（合意）が保険契約成立の要素であるから、保険契約が成立するためには、契約当事者間でいかなる範囲の合意が存在する必要があるのかという点を検討しなければならない。その場合、契約における核心的合意部分と付随的合意部分との存在を提唱される前述の河上教授の理論に依拠したい。この理論によると、具体的契約においては、まず、契約当事者が意識にのぼらせて交渉し、主観的関与のもとで形成される契約の中心部分である核心的合意部分が存在し、この部分について合意があれば、契約は成立する。この構成要素は、「誰と誰がいかなる商品について、いかなる対価で、どのような取引をしたのか」という内容を中心とするが、河上教授はそれについて、契約当事者給付の目的物、対価、契約の法性という四要素を掲げられている。⁽¹⁾さらに、核心的合意部分の合意に連動した形で、契約の内容に入り込んでくる付随的合意部分が存在する。これは適切な開示を前提として前者に連動して獲得しうる一種の機械的契約の一部分であると解される。⁽²⁾すなわち、かかる見解によれば、契約が成立するためには、契約成立への不可欠な要素である核心的合意部分について当事者間で合意が存在する必要があり、それ以外の内容（付随的合意部分）を契約の構成要素にするためには、その中で核心的合意部分に自動的に連動する部分を除いては、原則として、契約当事者間における開示に基づく新たな合意を必要とすると解しうる。その限りにおいて、契約一般における核心的合意部分とは、当該契約が成立するために不可欠なコアの要素であると解されるので、この部分について合意が生じたゆえに契約が成立した後は、たとえ付随的合意部分が契約の中に取り入れられる前であっても、契約当事者の相手方が当該契約を解除することは可能であり、そのために損害を被った者は相手方に対して損害賠償を請求することができよう。

そこで、保険契約において、その核心的合意部分と付随的合意部分との内容をそれぞれ明確にする必要があるが、保険契約の構成要素のうちで前者に該当する部分の枠組みを決定すれば、それ以外は後者部分となるので、まず保険契約の核心的合意部分とされる具体的内容を検討する。保険契約を構成する要素について、それらの分類先の判断基準を検討するにあつては、保険が有する法律制度たる保険契約の側面と経済的制度としての保険制度の側面との関係に注目する必要がある。⁽³⁾ すなわち、たとえ法律学の領域に帰属する保険契約を考察の対象とする場合であっても、経済的制度としての保険制度の側面をも併せて検討することが必要である。倉沢康一郎教授は保険本質論を研究する際の方法論に関して、かかる観点に基づく考察の必要性を主張されている。それは、以下のようなものである。人は自己の経済的目的を達成するために、その目的の内容たる利益が権利として保障されるための法律形成を履践する。人の経済的生活関係における法律制度は、すべての場合において、経済制度を形成し、かつ維持するための手段的形式である。たとえば、売買制度と売買契約では、経済制度と契約とが表裏一体をなす。しかし、これらに対して、保険においては、その制度が多数人の集団を要素とするものでありながら、契約上は、保険者と保険契約者という二個の主体の関係が現れるだけであり、集団性に関するものは現れていない点が注目されなければならない。しかも、両者の間にみられる構造上の相違にもかかわらず、保険契約が保険制度を権利および義務のシステムとして再構成するための法律形式であることからして、保険契約は、それによって保険団体が形成されるべきものでなければならないと主張される。⁽⁴⁾ かかる観点から考察すると、法律行為のひとつである保険契約の構成要素を検討する場合であっても、多数の保険契約によって形成される経済的制度としての保険制度をもまた、その視野の中に置く必要がある。なぜならば、単独の保険契約が提供しうる保険保護の内容については、経済的制度としての保険制度がその枠組みを確定するからである。したがって、保険契約の意

義および内容だけを検討の対象にしたにすぎない場合には、妥当な結論が得られないという可能性があることを念頭に置かなければなるまい。前述のように、河上教授は契約の核心的合意部分を構成する一要素として「契約の法性」を提示されているが、経済的制度としての保険制度が各保険契約の担保範囲を確定するという点こそ、まさしく保険契約の法性であると解する。

以上の認識に基づいて、まず、法律制度たる保険契約の側面からその核心的合意部分を考察するが、この場合、商法の規定が拠り所となろう。すなわち、商法六二九条は、損害保険契約について、偶発的事故により被保険者に生じた損害に関し、保険者が実損填補型の保険金を支払うことに対して、保険契約者が保険料を支払う契約であると規定する。さらに商法六七三条は、生命保険契約について、被保険者の生死に関し、保険者が定額給付型の保険金を支払うことに対して、保険契約者が保険料を支払う契約であると規定する。そこで、保険取引における顧客圏では、保険契約とは保険契約者が保険料を支払っておけば、保険事故が発生した場合、保険者から保険金が給付される契約であるという点について、一般的に認識されていると言えよう。したがって、保険契約における核心的合意部分として法律制度の観点から抽出できるのは、保険契約者（保険契約の当事者であり、保険料を支払義務者として）、損害保険契約における保険の目的物・生命保険契約における被保険者（保険事故発生の対象として）、保険事故（保険金の支払い原因として）、保険金額（具体的な給付内容として）、保険料（対価として）である。さらに、保険期間もまた保険者の責任負担期間として保険契約に不可欠な要素であるので、核心的合意部分の中に含めうる。この他に、損害保険契約における被保険者がある。それは、被保険利益の帰属主体として要求されるものだからである。これに対して、生命保険契約における保険金受取人は、損害保険契約における被保険者と同様に保険金受領者でありながら、核心的合意部分にあたらなると解される。というのは、生命保

険契約では、契約締結時に保険金受取人を指定しなくても、その契約は自己のためにする契約として有効に成立するからである。また、商法六七六条では、保険金受取人が死亡した後、保険契約者が新たな受取人を指定する前に被保険者が死亡した場合には、保険金受取人の相続人が保険金を受け取ると規定されるが、この相続人が存在しない場合にはその契約を自己のためにする契約と解し、保険契約者が保険金受取人として保険金を受領することも可能であるからである。

つぎに、経済的制度としての保険制度の側面から保険契約の核心的合意部分を考察する。保険制度とは、いわゆる危険団体の内部で被保険者の有する危険の分散を行う経済的制度である。この危険の分散とは、危険団体に属する危険を他の構成員に移転させ、その者達に負担させることに他ならない。⁵⁾したがって、このような技術的性質を有する保険制度において保険者が引き受けることのできる危険は、平均化しうる危険（静態的かつ純粹危険）でなければならず、それ以外の危険については保険はまったく機能しないか、たとえ機能するとしても十分な効果は期待できない。したがって、保険者がかかる危険を引き受けないということは、経済的制度としての保険制度の有する基本的原則であり、かつそれが内包する限界でもある。もし保険者が引き受けた危険が平均化しえない危険である場合、それに関連する保険事故が発生すると、保険者が被保険者ないし保険金受取人に対して十分な保険保護を提供することができないどころか、我々は保険制度の根幹を揺るがしかねない結果を甘受せざるをえないという可能性さえある。したがって、保険契約は、経済的制度としての保険制度の権利および義務のシステムとして再構成するための法律形式であるゆえに、かかる危険に起因して生じた損害について保険者が免責されるということは、保険契約の性質上当然のことであり、このような趣旨に基づく免責条項は、保険契約の核心的合意部分に該当すると解さざるをえない。

このような理解を実際の保険契約にあてはめて考察すると、約款に規定されている免責条項のいずれが核心的合意部分に該当するか否かを検討することになる。そこで、本稿の対象である住宅火災保険約款をみると、その二条に保険会社の免責事由が列挙されている。⁽⁶⁾⁽⁷⁾ それらを分類すると、①事故招致または法令違反の免責（一項一号・二号）、②特殊な事故形態の免責（一項三号）、③異常危険の免責（二項一号～三号）、④保険料領取前の免責（三項）に分類できる。①から④のうち、保険技術上の理由から免責事由されるものは、①の事故招致と③の異常危険である。本稿の主題は地震損害を巡る問題の検討であるから、このうち③に含まれる地震損害について、それが果たして保険契約の核心的合意部分に該当するか否かを検討することとし、①および地震損害を除く③に関する検討は別稿に譲る。

周知の如く、現行制度上、地震損害は火災保険契約において免責事由とされている。そこで、申込人が地震損害の填補を希望する場合には、火災保険契約に地震保険契約を付帯しなければならず、地震保険だけに加入することはできない。現行制度上、地震保険契約は原則自動付帯である。これはすなわち、火災保険契約の締結に際し、保険会社側が申込人に対して、地震保険契約付帯の意思を確認の上、もしその者に付帯意思がなければ、保険申込書の該当欄に確認印を押捺するというシステムである。⁽⁸⁾ このように、火災保険契約では地震免責条項と地震保険契約の付帯手続きとは一体化しているので、地震免責条項が核心的合意部分に該当するか否かを検討するにあたっては、地震保険契約の付帯手続きをも併せてその対象とする必要がある。

まず、ここにいう地震損害とは、「地震若しくは噴火又はこれらによる津波（以下「地震等」という。）を直接又は間接の原因とする火災、損壊、埋没又は流出による損害（政令で定めるものに限る。）」⁽⁹⁾をいう。地震損害はその巨大性、平均損害額と最大損害額の巨差、逆選択性、リスク測定難等を内包するものであるがゆえに、かか

る損害を基礎づける地震危険は、平均化しえない異常な危険であるから、そもそも危険の分散を行う経済的な制度である保険制度に馴染むものではない、と一般的に解されている。⁽¹⁰⁾したがって、保険会社が地震危険を担保しないということ、すなわち地震損害を填補しないということは、経済制度としての保険制度上必然的なことであり、かかる保険制度の法的現象である保険契約においてもまた、当然のことである。さらに、商法六六五条は、その本文に火災保険契約における危険普遍の原則を規定し、但書において商法六四〇条および六四一条の免責事由を規定する。立法論として商法六六五条の存在理由は乏しいとする意見から、⁽¹¹⁾本年九月に示された『損害保険契約法改正試案』では本条を削除している。⁽¹²⁾しかし、保険者はその担保危険によって生じた損害について、原則としてその原因の如何を問わず填補すべきであることは、損害保険契約に共通な、しかも自明の原理であるとも指摘される。⁽¹³⁾したがって、この危険普遍の原則が保険取引における顧客圏の共通の期待であると解されよう。しかし、火災保険契約における危険普遍の原則は、経済制度としての保険制度から見た場合、果たして前述の通りであると断言できるであろうか。というのは、地震を原因として発生した火災損害は地震損害であるゆえに平均化しえない危険の現象であるので、そもそも保険制度には馴染まないはずである。したがって、保険者は火災という担保危険によって生じた損害について、原則としてその原因の如何を問わず填補すべきであると必ずしも言えないからである。危険普遍の原則は保険取引における顧客圏の共通の期待であろうが、保険制度の観点からは受け入れることのできない原則でもある。以上のことから、保険会社が地震免責条項を約款に挿入して地震危険を担保しないということは、保険の本質上あるいは保険技術上から考察すれば、保険契約のコアに該当する部分であるから、地震免責条項は火災保険契約の核心的合意部分を構成するものであると解さざるをえない。なお、核心的合意部分とは、契約当事者が意識にのぼらせて交渉し、主観的関与のもとで形成される契約の中心部分で

あると解されているが、地震危険のごとく平均化しえない危険を保険者が引き受けないということは、経済的制度としての保険制度の本質から派生するものであるから、その引受の可否は、保険会社の判断を超越したものである。これは保険契約当事者間の交渉に馴染むものではないので、保険契約に関する他の核心的合意部分とは違った性質を有すると言え、火災保険契約を締結するあたり、保険会社は申込人に対して、地震免責条項の存在を開示しなければならないということは、当然のことである。

つぎに、地震保険契約の付帯手続きが火災保険契約の核心的合意部分にあたるか否かを考察するわけであるが、結論を先に述べると、それは核心的合意部分に含まれると解する。その根拠はつぎのふたつである。ひとつは地震保険契約の付帯方式であり、ひとつは経済的制度としての保険制度からみた地震保険の性質である。ひとつめの根拠を検討する。地震保険契約を火災保険契約に付帯する場合、現在、原則自動付帯方式が採用されている。

これは、火災保険契約の締結に際し、保険会社側が申込人に対して地震保険契約付帯の意思を確認しなければならないという方式である。保険会社がこの方式を採用した結果、火災保険契約の性質が変貌したと解する。すなわち、地震保険契約を火災保険契約に付帯するという制度は、主契約である火災保険契約の存在を地震保険加入の前提にするという趣旨であるから、もし地震保険契約の付帯が任意であれば、契約理論によれば、申込人に対して地震保険契約付帯の是非を問う前に火災保険契約は成立しうる。これに対して、原則自動付帯の場合には、保険会社が申込人に対して地震保険契約付帯の意思を確認した後でなければ、主契約である火災保険契約は成立しない。したがって、申込人における地震保険契約付帯の意思表示が、火災保険契約の成立要件になっていると解される。その限りにおいて、火災保険契約の成立において変化が生じていると言えよう。つぎに、ふたつめの根拠を検討する。地震保険を保険として位置づけようとする試みがなされているが、¹⁴⁾ 経済的制度としての保険制

度からみると、保険会社が地震保険において平均化しえない危険である地震危険を担保している限りにおいて、地震保険は保険の範疇に含まれるとは言い切れない。すなわち、地震保険は私企業である保険会社が引き受ける保険ではないと解する。また、地震保険がそもそも十分な保険保護を提供しているものではないということは、わが国において大地震が発生するたびに地震保険による補償内容が他の震災補償制度のそれに比べて劣悪である等の欠陥が指摘され、その創設後、制度改革作業が幾度となく繰り返されており、さらに、改革内容が対処療法的なものにすぎないという、地震保険の辿ってきた歴史が証明している⁽¹⁵⁾。岩崎稜教授が指摘されているように、震災補償対策としては保険が他の諸手段に比べて最もメリットの乏しいことを、我々は阪神・淡路大震災で痛感させられた⁽¹⁶⁾。このように保険会社は保険とは言えない「地震保険」を保険と称して広く一般から募集し、いわんや被保険者等に対して十分な保険保護を提供していない。したがって、リスクヘッジを目的として火災保険に加入しようとする申込人（保険契約者）にとって、このような内容の地震保険に加入するか否かは、きわめて重要なポイントである限りにおいて、保険契約締結に際し、保険会社は申込人に対して地震保険契約付帯の意思確認を確実に行うべきであるのは当然のことであろう。以上のふたつの理由によって、かかる意思確認手続きは、契約当事者間において交渉の余地を伴うものではないが、実務上、火災保険契約を締結するために必要な行為でもあるうえに、法解釈上、火災保険契約の成立に必要な要件でもあり、核心的合意部分にあたる⁽¹⁷⁾と解する。

このように火災保険契約では、地震免責条項および地震保険契約付帯の意思確認手続きが、その核心的合意部分であると解されることになったことに連動して、地震保険契約の内容もまた核心的合意部分に該当するか否かを検討する必要が生じる。主契約である火災保険契約の核心的合意部分は、かかるふたつの他に、保険契約者、保険の目的物、保険事故、保険金額、保険料、保険期間、被保険者であることは前述の通りである。これらのう

ち、主契約である火災保険契約と重複する部分（保険契約者、保険の目的物、保険期間、被保険者）を除いた、保険事故、保険金額、保険料については、地震保険契約独自の核心的合意部分にあたりと解される。さらに、地震保険普通保険約款（平成七年二月一日版）に規定された免責条項の一部、すなわち、保険事故招致（同二条一項一号・二号）、戦争危険（四号）、核燃料危険（五号）もまたこれに該当しよう。これらはいずれも平均化しえない危険だからである。

地震免責条項および地震保険契約付帯の意思確認手続き等の保険技術の観点に依拠する核心的合意部分は、締約時、当事者間における交渉の余地が制限されるが、これらが保険会社により申込人に開示され、その者の意思を確認した後でなければ、当該保険契約は成立したとは言えない。したがって、保険会社がこれらの開示を怠っていた場合には、保険契約が成立したとは解されず、地震免責条項を規定する火災保険約款は保険契約者を拘束しない、と解されよう。その結果、保険契約者等に生じた損害について、保険会社は契約締結上の過失あるいは不法行為に基づく損害賠償責任を負担する必要が生じることもあろう。火災保険契約を締結する際に、保険会社は申込人に対してつねに地震保険契約付帯の意思を打診するので、その際、地震免責条項も併せて開示されていると言えるであろうか。地震免責条項と地震保険契約との関連に基づいて判断すれば、保険会社は火災保険契約締結時に地震損害が免責事由であることを開示した上で、地震保険契約の付帯について打診するべきであろうか⁽¹⁷⁾。単に地震保険契約付帯の意思を打診するだけでは、地震免責条項の開示義務を履行したことにはならないと解する。なお、ここにいう保険契約締結時の開示とは、保険申込書中あるいは「契約のしおり」に記載して申込人に知らせる等の方法で、あるいは保険契約者が実際にそれによって認識しうる態様の方法によっておれば、それで足りるというものではない。というのは、開示すべきこれらの事項は、保険契約の核心的合意部分であるか

ら、その中には当事者間における交渉の余地がほとんどないというものも含まれるが、保険契約締結に際して申込人が明確に認識していなければならぬ部分である。したがって、保険会社はこれらにつき、前述書面の提示に基づいた口頭による説明義務を負担すべきであると解すべきであろう。なお、説明義務者等の内容は、次章で考察する。

ところで、約款条項はどちらの合意部分に該当するのであろうか。これらは原則として核心的合意部分にあたらないと解する。というのは、約款条項はいずれも約款使用者の意思内容であり、原則的に核心的合意部分に連動するものと解するからである。ただし、前述したように、火災保険約款について、地震免責条項は保険契約の核心的合意部分にあたると解する。さらに、保険事故招致は保険事故の偶発性という保険技術上の原則に反するので、それを免責とする条項もまた核心的合意部分に該当しよう。以上のことから、火災保険約款については、地震免責条項および保険事故招致免責条項は核心的合意部分に含まれるので、約款条項のうちこれらを除いた部分が付随的条件部分であると解する。⁽¹⁸⁾

(1) 河上・前掲論文(二)・NBL四七〇号・四五頁。

(2) 河上・前掲書・一八四頁～一八五頁。

(3) 拙稿・前掲論文・一四一頁。

(4) 倉沢康一郎「第二章保険契約一般 第一節保険契約の意義」戸田修三・西島梅治編『二訂 保険・海商法』青林書院・昭和五六年・二三頁～二四頁。

(5) 拙稿・前掲論文・一六〇頁～一六一頁。

(6) 免責事由とは、保険会社が保険契約で引き受けた担保危険が発生し、保険会社が保険金を支払うべき保険事故が

発生したが、公序良俗違反や保険料算定の技術的理由等で保険金の支払いを免れる事由をいう（田辺＝坂口・前掲書・七一頁（坂口筆））。

(7) 参照、はじめに注(4)。

(8) 参照、東京海上・前掲書・一八九頁。

(9) 地震保険に関する法律（昭和四一年五月一八日法律第七三号）二条二項二号。

(10) 岩崎・前掲論文・五五頁～五六頁。

(11) 西島梅治『保険法（新版）』悠々社・一九九二年・二五三頁

(12) 損害保険法制研究会『損害保険契約法改正試案 傷害保険契約法（新設） 試案理由書 一九九五年確定版』損害保険事業総合研究所・一九九五年・八一頁～八二頁。

(13) 同・八一頁。

(14) 参照、黒木松尾「地震保険の法的構造」創価大学大学院紀要四集・昭和五七年・九一頁、宮島司「地震保険」金融・商事判例九三三号・平成六年・一〇二頁、竹濱修「震災と地震保険契約」民商法雑誌一一二巻四〇五号・平成七（一九九五）年・七三二頁等。

(15) 地震保険制度の変遷については、参照、表(二)。なお、一九九七年度より、総支払限度額は三兆一〇〇〇億円となる。

(16) 岩崎・前掲論文・六九頁。もし阪神・淡路大震災と同規模の直下型地震が、通勤あるいは帰宅時間帯の東京で発生した場合の惨劇を想像すれば、岩崎教授が指摘されている内容の正しさが理解できよう。なお、地震保険を含めた震災補償対策についての検討は別稿で行うが、筆者は、公的な共済制度に任意の地震保険契約を上乗せする制度が望ましいと考える。

(17) 保険会社側は、たとえば、「地震損害は火災保険契約では免責されますから、これについて保険会社が負担するた

改定推移一覧表

月 日			
1980. 7. 1	1982. 4. 1	1991. 4. 1	1994. 7. 1
左記の契約に, 原則自動付帯	同左	同左	同左
建物・生活用動産			
1,000万円 500万円			
30%~50%			
全損・分損		全損・分損・一部損	
億円	1兆5,000億円		1兆8,000億円

201頁

表(二)

地震保険制度

	改 定 年			
	1996. 6. 1	1972. 5. 1	1975. 4. 1	1978. 4. 1
付帯対象契約 および付帯方式	住宅総合保険、 店舗総合保険 (いずれも「月掛 保険」を含む)、 月掛住宅保険、 月掛商工保険の 各契約に自動付 帯	左記の他、長 期総合保険と 建物更新保険 の各契約に原 則自動付帯	左記の他、普 通火災保険、 住宅火災保険、 団地保険(い ずれも「月掛 保険」含む)、 簡易火災保険、 火災相互保険、 満期戻長期保 険の各契約に 任意付帯	同左
対 象 物 件	居住の用に供する			
引 受 限 度 額				
建 物	90万円	150万円	240万円	
家 財	60万円	120万円	150万円	
主契約に対す る付保割合	30%			
担 保 内 容	全損			
総支払限度額	3,000億円	4,000億円	8,000億円	1兆2,000

参照、東京海上火災保険(株)『損害保険実務講座 5 火災保険』有斐閣・1992年・200頁～

めには、火災保険契約に地震保険契約を付帯しなければなりません。お客様はいかがなさいますか？」とでも言うべきではなからうか。

(18) 約款条項はいずれも付随的合意部分にあたりと解する理論が存在するが(参照、河上・前掲書・二五一頁以下、同・前掲論文(二三)・三七頁、四一頁)、筆者は、保険約款に関する限り本文のように考える。なお、他の保険約款に関する検討は今後の課題としたい。

第三節 契約成立後の約款の採否

約款は契約において、原則としてその付随的合意部分であると位置づけられることから、契約本体と核心的合意部分に該当しない約款部分とは、別個独立したものであると解される。約款条項が契約の相手方を拘束するためには、約款条項のうち付随的合意部分に該当する部分をすでに成立している契約本体の中に取り入れる作業を必要とする。約款の拘束要件として、契約締結時における約款に関する当事者の意思の合致(取入れ要件)と、契約への取入れ後の約款内容の合理性に関する判断(内容コントロール)とが示されるが、この内容コントロールは具体的には裁判所による約款内容への介入である。これらはいずれも契約であることから抽出される要件であり、契約自由の原則を制限する結果を導く⁽¹⁾。なお、契約成立後の約款の採否を検討するに際しては、約款条項のうち付随的合意部分に該当する部分のみをその対象することで足りるので、本稿の論理構成上、以下に示す約款条項という文言は、原則として、付随的合意部分に該当する約款条項を意味する。

まず、約款の契約への取入れ要件を充足するためには、契約締結時に約款の開示を必要とする。保険の実務上、契約の締結にあたり、申込人に対して約款および「契約のしおり」が交付される。後者の中には、約款を含めた

当該保険契約の概要が記載されている。その限りにおいて、「契約のしおり」の提示を約款の適正な開示として評価することができる。ただし、筆者は、約款に示された各条項について開示の程度に差を設ける必要があると考える。これを取入れ要件の多元化として捉える。約款の成立あるいは態様が違うのであれば、その拘束力の考へ方も多元的になるのではなからうか。⁽²⁾ すなわち、約款は企業者の意思表示の一部であると捉えれば、顧客の期待に一致する場合とそうでない場合とがあり、約款全体について、顧客の期待と企業者の意思とが合致することはありえない。そこで、約款を原則として付随的合意部分として位置づけたことからして、約款条項のうち、顧客の期待に合致している部分および核心的合意部分に自動的に連動する部分については、通常の開示で足りよう。また、それらの部分は客観的にみれば相互にひとつの契約条件について意思が合致しているわけであるから、それらについて契約は成立していると考えられる。これに対し、顧客の期待に合致していない部分に関しては、通常の開示をもって相手方を拘束しようというには不十分である。この場合の期待とは、あきらかに当該取引における顧客圏の合理的期待を意味する。開示に関して消極的な見解がみられるが、⁽³⁾ 山下教授は消費者にとり理解可能な開示が必要であると解されている。すなわち、同教授は、開示が事前になされていることから、約款についての実質的同意を引き出すことには危険性があることは否定できない。しかし、消費者の常識から照らせば期待に反するが、取引全体のメカニズムとしては不合理とは言えない約款条項については、きわめてわかりやすい形での開示によりはじめて合意があったというように考えることは法律行為論上無理のない、妥当な結論である。この場合の開示要件は厳しく理解すべきであると主張される。⁽⁴⁾

以上の内容を踏まえながら、保険契約における約款の開示を検討する。開示は、契約締結時における約款使用者側による契約の内容説明であるから、ここでの検討の対象は、契約締結時の開示行為者、開示方法、開示内容

となろう。保険に関する締結または募集資格者は「保険募集の取締に関する法律」(以下、募取法とする)九条に規定されている⁽⁵⁾。さらに、同一四条および一五条には、締結または募集時に使用される文書等に関する規制内容が規定され、同一六条一項には、締結・募集に関する禁止行為が規定されている。とりわけ、同条項一号は、締結・募集権限者について、保険契約に関する重要な契約条項を説明する義務のあることを規定している。この限りにおいて、保険契約に関する開示行為者が確定されると同時に、原則的な開示内容もほぼ明確にされるが、同一六条一項一号の内容の検討が課題として残る。本号にいわれる重要な契約条項とは、申込人が保険契約の締結の際に合理的な判断をなすために必要な事項を意味するが、それが具体的に何かは、保険の種類ごとに、また、募集関係者の側で知りえた範囲で申込人ごとにも異なると解される⁽⁶⁾。かかる観点に立ちながら住宅火災保険約款を概観すると、その重要事項としては、免責条項の中で告知義務に関する規定(同七条)、保険契約の無効に関する規定(同九条)があげられる。これらはいずれも保険金が支払われないケースを規定する条項であるから、保険契約者等の期待に反するが、取引全体のメカニズムとしては不合理とは言えない約款条項であると解される。つぎに、「告げる」方法は、一般に口頭による必要はなく、保険申込書中に記載して申込人に知らせる等の方法でも、申込人が実際にそれによって認識しうる態様の方法によっておれば、それで足りると解されている⁽⁷⁾。実務では、契約申込時に約款に「契約のしおり」を添付して交付されることになっているが、締結・募集の際に約款および「契約のしおり」が交付されただけでつねに重要な事項を告げたことになるわけではないとも解されている⁽⁸⁾。そこで、筆者は、約款が原則として付随的合意部分にあたるとしても、重要な契約条項でありながら申込人の合理的期待に反する内容については、核心的合意部分の場合と同様に、保険会社側は約款および「契約のしおり」の交付等による約款条項の開示の他に、口頭による説明義務を要求する必要があると解する。募取法は保

險募集時における締結・募集権限者の行為を取り締まることを目的とする取締法規であるので（同法一条）、保険契約の締結という私法上の法律行為と募取法との関連が問題とされるが、約款の拘束力に関して募取法の内容をも併せて考慮することに無理はないと考える。保険契約の「投資商品」化が進行する現状において、保険会社に対し保険契約の内容を説明する義務を求める判決が下される傾向にある。⁽⁹⁾ 契約者保護の観点に立ちながら、この傾向にみられる立場をさらに進めることにより、投資商品と位置づけられる保険契約以外の保険契約についても、保険会社側に前述した内容の説明義務の履行を認めることは、果たして無理なことであろうか。⁽¹¹⁾ なお、通信販売による保険においては、保険会社は口頭による説明義務を履行できないが、この場合には、募取法の他に、無店舗販売法の解釈による準用可能性を考えれば、当該保険に関する契約締結上の規制は充足されよう。また、更新時には重要部分および変更部分について説明義務があると解する。⁽¹²⁾

とところで、保険会社の説明義務の履行を担保するために、保険の締結・募集権限者が申込人に対して口頭で説明したことを確認する書類の作成を提案したい。その場合、保険会社の営業コストが増加するおそれがある。しかし、保険会社は保険申込書に必要事項を記載する際に説明義務を履行すればよいと解する限り、確認書類の作成は、著しいコスト増をもたらさないのであろうと考える。残念ながら筆者は、コスト増の問題について検討する能力を持ちあわせていないが、もし増額コストに関するシュミレーションの結果が現行のコストレベルを著しく上回るというのであれば、保険会社について、現行制度における募取法九条あるいは一六条の遵守状況が疑われはしまいかと考える。

申込人（保険契約者）または被保険者が、保険契約に関する重要な事項を告げられなかった結果、保険契約の内容を誤解した場合、保険会社に対して、自己の理解した内容の保険契約が締結されていると主張できる場合が

あるか。約款の拘束力について法規説的な見解をとれば、これをつねに否定すべきことになるが、⁽¹³⁾前述の契約理論によれば、告げられなかった重要な事項がどちらの合意部分の内容であるかによって結果が異なる。すなわち、その事項が前者に属するものであるならば、当該契約の成立は否定されるが、これに対して、もし後者の場合にはそれは肯定される可能性があるであろう。前者に関して合意が存在している場合には、当該契約は成立したものであると解されるからである。

ところで、筆者は付随的合意部分のすべてが核心的合意部分的に自動的に連動して、契約に取り入れられるものとは考えていない。すなわち、付随的合意部分に該当する部分であっても、それが当該顧客圏の合理的期待に反するものであるならば、保険会社による説明義務の履行を要求するものである。この結果、保険会社側に説明義務を課す一方で、契約者には契約内容を自分で判断し、その結果について自分で責任を負うという、両者に自己責任を要求することになる。

内容コントロール理論について触れておく。この理論は、たとえ約款全体が保険契約の中に取り入れられたとしても、たとえば任意法規から逸脱している条項は、当該顧客圏の期待に反する「不意打ち条項」と位置づけられることにより、当該条項について保険契約者に対して事前の説明がなされていない限り、本条項は契約の相手方を拘束することにはならないというものである。筆者は、前述の契約理論に基づき、火災保険約款を分析した場合、地震免責条項に関する内容コントロールは問題とされないと考える。すなわち、本条項は保険制度上妥当なものであると解されるゆえに、⁽¹⁴⁾核心的合意部分として位置づけられるので、保険会社が契約締結時にそれについて説明していなければ、保険契約は成立しない。その限りにおいて、本条項が不意打ち条項であることを理由に、事後的にその拘束力を否定するという論理は妥当しないと解するからである。

- (1) 原島「契約の拘束力」四七頁。原島教授は、企業の側でこの約款でいきたいと言いませぬ、約款も見せず、客の方でも、その約款で結構と答へもしないで、約款に関する限り、客が「自分で決めたことに責任を持つ」という実体が欠けている。さらに、約款の取入れ要件を充足しても、なお客の方で「自分で決めた」という実体を備えていない。私的自治が充分に働いていない。約款内容は企業によって都合のいいように一方的に決められるから、と指摘される。
- (2) 参照、谷川久「企業取引と法」『現代法と企業（現代法九）』岩波書店・一九六六年・一五六頁。
- (3) 谷川教授は、公示の機能として、通常の場合は、紛争を生じた場合において企業の側に、公示してあったのだから知らないとは言わせないと抗弁の根拠を与える役割が期待されるというところであとどうか、とされる（谷川・前掲論文・一五七頁～一五八頁）。河上教授も開示について積極的な姿勢をとられてはいない（河上・前掲書・一五五頁～一五六頁）。
- (4) 山下「取引条項の開示」『現代契約法大系 第四卷』有斐閣・昭和六〇年・一三〇頁 注(15)。山下教授は、開示を必要とする条項として地震免責条項を例示される。ただし、筆者は、地震免責条項は核心的合意部分であるから本条項は契約成立後の約款の採否の前提要件である開示の対象にはならないと解する。その限りにおいて、山下教授の使われる約款条項という言葉の意味は、筆者が本文でただした約款条項のそれとは異なるものであろう。
- (5) 奥尻訴訟において、原告側は、融資条件としての火災保険契約の締結に際し、被告保険会社側の締約・募集権限者とはまったく交渉していないと主張する。もしこれが事実であるならば、これは募取法九条に違反する疑いがある。なお、本条違反の募集によって契約が成立した場合にも、契約の私法上の効力が影響を受けることはないと解される（鴻常夫監修『保険募集の取締に関する法律 コンメンタール』（財）安田火災記念財団・平成五年・一三九頁以下（倉沢筆））。
- (6) 参照、鴻「募取法」二二三頁以下（江頭憲治郎筆）。なお、改正保険業法三〇〇条一項は、現行規定の内容に、誤解されるおそれのある比較、将来における配当等について確実であると誤解させるおそれのあることを告げる行為

等を禁止行為として付け加えている。

(7) 東京高判昭和五七年一月三〇日判タ四九〇号一五二頁。

(8) 鴻『募取法』二二五頁(江頭筆)。

(9) 参照、第一章 注(5)。保険者の説明義務に関して、参照、石山卓磨「英国保険法における最高信義の義務」『現代保険法海商法の諸相』成文堂・平成二年・五六九頁。

(10) 変額保険について保険会社の説明義務を認める一連の判決は、変額部分の説明義務を怠ったことに起因して生じた損害賠償を不法行為上の責任として認めるものであるが、これらの理論は次のように解されよう。変額保険の生存保険金は変額給付である限りにおいて、投資信託商品の性質を内包するので(拙稿・前掲論文・一六二頁以下)、生存保障部分については、予想保険金の額を上回ることもおよび下回ることを説明する義務がある、と解されよう。さらに、本文で述べた約款の拘束力に関する理論によっても、同じ結論が導き出せる。すなわち、生存保障部分では、保険期間満了時に支払われる保険金が払込保険料の額を下回る可能性がある。これは保険金の額に関することであるから、保険契約における核心的合意部分にあたるので、保険会社側が契約締結時に申込人に対し、これについて説明していなければ、当該部分について適法な合意があったとは言えないので、そもそも保険契約は成立していないゆえに、保険会社は契約締結上の過失による、あるいは不法行為による損害賠償責任を負担する可能性があると解されよう。

(11) 参照、小林秀之「河村基子」レンダー・ライアビリティーをめぐる近時の動向と今後の展望(上)(下)「金融法務事情一四〇五号・一九九四年・六頁以下、一四〇六号・同年・三〇頁以下。なお、本年一〇月一日に施行された中国保険法一七条は、保険者に免責約款の明確な説明義務を課し、保険者がこれに違反した場合には、当該約款は効力を生じないと規定する(参照、清河雅孝「中国保険法の制定」文研論集一一二号・一九九五年・一〇頁―一一頁)。

(12) 参照、前掲 注(7)。

(13) 参照、鴻『募取法』二二六頁(江頭筆)。

(14) 免責約款は代価の大幅な減額に寄与しないとする論理があるが（参照、広瀬久和「約款規制への一視点―対価との関係―（上）」ジュリスト八二八号・一九八五年・一〇一頁）、これは地震免責条項には妥当しない。というのは、保険市場は完全市場ではないし、地震保険契約における保険料は高額であることから、保険会社は火災保険約款に地震免責条項を挿入することによって、低額の保険料に基づく火災保険契約を提供しているからである。

おわりに

これまでの内容をまとめると、次のようになろう。

① 「約款による契約」を分析する場合、それは契約であることから、一般的契約理論に基づいて行われなければならない。ただし、「約款」を使用する契約であるがゆえに、その理論に修正を施す必要がある。

② 契約の内容を核心的合意部分および付随的合意部分に分ける。前者は、契約成立への不可欠な要素であり、後者は、原則として、それに連動して契約内容になる従属的要素である。この分類基準には、契約当事者、給付の目的物、対価、契約の法性がある。

③ 保険契約における核心的合意部分とは、法律制度の観点からは、保険契約者（損害保険契約における被保険者も含む）、損害保険契約における保険の目的物・生命保険契約における被保険者、保険事故、保険金額、保険料、保険期間をいう。しかし、かかる分類にあたり、保険契約の場合には、保険技術上の観点からも考察する必要がある。その結果、前述の他に、火災保険約款における保険事故招致および異常危険に関する各免責条項もまた核心的合意部分に該当する。その限りにおいて、地震免責条項および地震保険契約の付帯方法もまたこれにあたり、地震保険契約については独自の核心的合意部分が存在する。これが保険契約の法性という基準に基づく分

類である。つぎに、保険会社が契約締結時にこれらについて口頭による明確な説明をしなければ、申込の誘引とはならず、申込人の申込と保険会社の承諾とは無効であり、当該契約は成立しない。なお、約款条項は、火災保険契約における免責条項の一部を除き、原則として付随的合意部分となる。

④付随的合意部分であって、当該顧客圏の合理的期待に反する重要な事項については、保険会社側が契約の締結にあたり、約款および「契約のしおり」の交付による開示の他に、口頭によって説明されなければ、契約の中に取り入れられる可能性はない。

⑤地震免責条項に「内容コントロール」理論は妥当しない。というのは、本条項は核心的合意部分であると解されるゆえに、それが保険会社によって契約締結時に説明されていなければ、契約は成立しないからである。したがって、本条項について、それが不意打ち条項であることを理由に、事後的にその拘束力を否定するという論理は妥当しない。¹⁾

ところで、筆者は、阪神・淡路大震災からの復興の過程で、被災者が「火災保険契約における地震免責について知らなかった」と主張するアンケートの結果等から、法律の素人にも納得できる理論ならびに実務が必要ではないかと考えるに至った。すなわち、たとえば約款の拘束力に関するこれまでに理論に対して、「契約者は知らされなかったことにも従わなければならないか？」という疑問を感じざるを得ないのである。情報開示の必要性が叫ばれている中で、約款の拘束力に関して最高裁のとする理論は、果たして契約者を納得させうるであろうか。約款による契約という取引を行っている会社の従業員が、消費者の立場で他の約款による契約の当事者となった場合に、その者は果たして最高裁の理論に納得できるのであるか。とりわけ保険約款という典型約款を使用する保険会社は、契約内容の開示あるいは説明の義務を果たすことにより、契約者の理解を深める必要があると考

える。水島一也教授は保険募集の現状について、次のように述べられている。「保険経済においては、商品の品質・価格の妥当性に関して一般消費者が十分な判断能力をもつと前提することはあやまりである。この意味からすれば、規制緩和（自由化）のもとで、消費者保護の必要性はむしろ高まるものというべきだろう⁽²⁾」、と。さらに、同教授は保険に関する意識の低さについて、次のように指摘される。「日本の大都市における損害保険の普及率が低いという事実は、保険思想水準もさることながら、代理店を中心とした販売組織にも原因があるようである。同様なことは生命保険営業職員制度にも当てはまる。後者の場合には、いわゆる義理・無理募集による『売り過ぎ』の問題を抱えていると言えないこともない。いずれにせよ、募集制度の改善は現在の急務である。この場合、行政の指導と誘導が適切かつ強力に行われることが望まれる⁽³⁾」、と。契約社会である欧米では、市民の契約に関する知識は豊富であるから、契約締結上の問題は生じていないのに対して、契約意識の乏しいわが国⁽⁴⁾では、かかる問題は頻発しているという理解はできまい。両者における契約に関する認識の違いは、単に程度の違いにすぎないからである。また、「甘えの構造」の文化であるわが国では、契約の意識はこれまで以上に高まることはないであろうという考えもあろう。そうであるならば、今後もまた現状を維持していけば十分なのであろうが、しかし、阪神・淡路大震災はそのような姿勢では多くの問題が派生するということを示した。そこで、「保険契約」は約款による契約である限りにおいて、それについて契約という觀念に基づいた締結・募集方法にとられる必要がある。それには、契約者の信頼に応えるという保険会社の姿勢がつねに要求されよう。「保険」について、保険会社側および保険契約者側の双方が、これまで以上に自己責任の原則を求められる必要があると考える。

(1) 奥尻訴訟に関して、次のように考える。本件保険契約締結時における訴外融資担当者による締結・募集行為は募

取法九条に違反するが、訴外融資担当者が保険会社の締結・募集権限者の媒介代理人として本件保険契約の締結手続きを遂行したものの、締結時に、火災保険契約の核心的合意部分にあたる地震免責条項の内容をまったく説明していないゆえに、本件保険契約は成立していない。しかしながら、その後、保険会社は本件保険契約は成立したものと保険契約者から保険料を取受する等、保険契約の継続手続きを行っていたのであるから、保険契約が有効に成立していると確信していた保険契約者等に損害が発生していると考えられるので、保険会社はかかる保険契約者等に対して、契約締結上の過失による、または、募取法一条もしくは民法七一五条に基づいた不法行為による損害賠償責任を負担すべきである、と解すべきであろう。

(2) 水島一也『現代保険経済(第四版)』千倉書房・平成五年・一二六頁。

(3) 同・前掲書・一二八頁。

(4) 保険契約を文化の側面からとらえるものとして、参照、今井薫「日本人の法意識・契約観」『日本人と生命保険・その文化史的研究』生命保険文化センター・平成七年・二二頁以下。

(一九九五年一月一九日脱稿)

(追記) 本稿は「一九九五年度神戸学院大学共同研究助成金」の助成による研究である。なお、本稿作成にあたり、浅木慎一教授・大久保邦彦助教授(ともに本共同研究の構成員)、ならびに今井薫教授(京都産業大学)に有益なご教授を受けた。ここに記して謝辞を申し上げる。)