

Title	米谷隆三著 『約款法の理論』
Sub Title	R. Maitani : A study on the law of general clause
Author	米津, 昭子(Yonetsu, Teruko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.6 (1954. 6) ,p.67- 74
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540615-0067

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

米谷隆三著

『約款法の理論』

一

今や既成法典の外廓に新しい法律秩序がもたらされている。約款こそはその最先端を行くものであり、企業の大化と獨占化の傾向は、約款をして普遍的な現象たらしめている。而も約款こそは既成法學の確立した契約自由の原則——内容決定の自由と契約締結の自

紹介と批評

由——に眞正面から挑戦し、これを改變しようとするものである。即ち約款の特色は契約内容の一方的獨占的な定立と、相手方がかかる約款條項を知つてゐると否とを問はず約款の約束を受ける點にある。約款は自由意思を基調とした近代市民法の下に形成されながら、その極致においては自由な出發點を裏切つて、自由のない一個の組織と規制をもたらししたのであつて、それはもはや個人主義的な約款理論を以ては收拾し得ないのである。

このような約款の規範性は、既成法學における法律行為理論では説明することが出来ない。ここに従來の法律行為理論から解放された新たな約款理論の擡頭を見るに至つたのである。附合契約理論・規範契約理論・慣習理論・指定理論そして制度理論による約款の統一的把握がそれである。

約款法の課題は、正に約款の基本的性格、殊に前述の如き規範性の根據の解明にある。

本書は、かかる時代の反抗兒たる約款を、著者がその包懷する制度理論から體系づけた綜合的研究であり、前人未踏の境地を開拓された劃期的大作として高く評價されるべきものである。

二

凡そ約款の綜合的研究をなすには「先ず典型的な約款現象に向つてその生理的・基礎的研究として『約款法の性格』が探究されなければならぬ。しかしこの探求は約款の發生的研究として各種約款を綜合的に捉え、これを『約款法の形成』として前提的に扱わねばならぬ。また約款法の性格を把握することにより、その展開として

『約款法の解釋』における法解釋の原理が探求され、更に約款の病理現象を認識し、その社會的危險性を克服するための豫防法學的取扱、つまり『約款法の規整』が提示されなければならない(本書一一頁)。更に約款を制度理論である新たな理論によつて體系づけるならば「制度理論の構造」そのものを提示する必要がある。

よつて著者は本書において「約款の基本的性格に關する研究に主力をおき、その前提として約款法の形成を論じ、そしてまたその展開として、約款法の解釋原理と約款法の規整を取扱」い、これらを基礎づける制度理論の構造を提示されるのである。

本書は次の如く構成される。

緒言 約款研究の要請とその研究の動機

前論 約款法の形成

第一編 經濟の發展と約款の形成

第二編 約款の概念とその形成

本論 約款法の性格

第一編 約款をめぐる研究の動向

第二編 約款の性格把握への理論——法律行爲論以來の理論構成

第三編 制度理論による約款の把握

第四編 法秩序の構造と約款の地位

後論 約款法の解釋とその規整

第一編 約款法の解釋——約款解釋の原理——

第二編 約款法の規整——約款の病理とその克服——

附録 制度理論の構造

實に堂々六七五頁に及ぶ全編鑲玉の大著である。このような大著を、細部にわたり紹介することは本稿の企及するところではない。よつて約款法の中心課題であり、又著者の最も心血を注がれたであろう本論の「約款法の性格」の部分を中心として紹介し、その餘は一瞥するに止めたい。

既にこの部分は、前論の部分を含め「約款法の性格」と題して公刊をみており、二三の學者の紹介批評もあるが、本書は名實共に約款法理論の全體系を樹立されているので、紹介の筆を加えるのも意義あることと思う。

三

前論は第一編において經濟の發展に伴う約款の形成過程を論ぜられ、第二編において、かくして形成された約款に必要な概念要素と、その形成の態様を論ぜられる。

著者は約款の概念として、第一に契約締結に對する契約内容の先行(これを將來の契約内容という用語で表わされる)(八六頁)、第二にかかる契約内容の定型性(八七頁)、第三に制度的基礎をもつ書式性(八八頁)をあげ「約款とは、企業の理念實現のため制度的基礎の上に制定された定型性をもつ制度にして、これが將來締結せらるべき各個の後續契約要素としてその内容となるものである」(八九頁)と定義づけられる。そして著者は、營業的ということ、取引の簡易化敏速化ということ、私法的性格ということを約款の概念より排除される(九〇頁)のであるが、第三の私法的性格を約款概念より除かれることについては若干の疑義なしとしない。

次で著者は、約款の形成には企業又は企業團體の一方的形成（一六一頁）、顧客圏を包含した双方的形成（一一九頁）、企業又は企業團體、顧客圏の何れにも属さない第三者による中立的形成（三二二頁）の三つがあるが、豫防法學的に第三の中立的形式を以て最も前進していると思われる。

四

本論として論ぜられる「約款法の性格」の部分は、既に指摘した様に約款法研究の土臺をなすものである。著者は「……約款をめぐる法學上の課題は、結局約款の基本的性格の解明が先決問題でなければならぬ。即ち約款が新しい時代的意義をもつものとして、學問上注目されねばならぬところは、約款の基本的性格殊にその規範性の問題である。……されば今や殊に約款の基本的性格という秘地を未開拓のままとして直ちに約款條項の中に没入し、その條項と法規や慣習法との適用關係を論ずるが如きはもはや許されなくなつたのである」（二三三頁）と喝破されている。

著者は第一編において約款をめぐる研究の動向と題し、佛獨伊及びわが國の約款研究を一瞥される。次で第二編約款の性格把握への理論において法律的行爲論以來の理論構成としての佛法の附合契約理論の理解と吟味を第一章において（一八九頁以下）、獨法における規範契約理論を第二章において（二二六頁以下）、獨伊の慣習法理論を第三章において（二八七頁以下）、そして第四章はライザーの指定理論を（三二二頁以下）それぞれ吟味し、これらの理論より新たな示唆を受けながら、遂にこれらの理論に懐らずフランスのオーリーユ

1によつてもたらされた制度理論による約款の把握を試みられた。第三編の制度理論による約款の把握がそれであり本書の主軸をなすものである。

五

一體約款は、契約の内容となるものではあるが、この「契約の内容容決定が、事前に豫め制定的基礎の上になされる」（一三四頁）とこゝろに新たな性格を生み出すのである。從來の法律行爲理論によれば「約款は契約の内容にして、法律行爲の所産である。されば約款はそれが一方的約款たると双方的約款たるを問わず、當事者の合意により、契約の内容として採用せられることによつて法律効果を生ずる」即ち約款は「單に意思表示の内容をなすに止り」従つて「相手方を拘束するには相手方がこれによる意思あることを要する」（一三七頁）としなければならぬ筈である。

企業約款は「企業の相手方乃至利用者の自由なる意志決定の代りに、事前制定にかかる定型的な法律關係を受動的に許容する。しかしこの定型的なる約款が、個別的に具體的に規範性を獲得するに當つては、約款に據る個別契約における主觀的なものに起發される。この主觀的なものは企業利用者圏への加入意思であり、一定の約款への準據意思である。この準據は自由な意思ではなく、何等かによつて規制されている意思である」（三八八頁）。即ちここでは「約款そのもの」と「約款に據る契約」とがその形成において時間的に遊離し、「約款に據る契約」は、その契約内容として時間的に先行する定型化契約内容、即ち事前に形成された約款を受け容れる

ことになつた(四二二頁)。ここに約款の客観的取扱が生じ、附合契約理論、規範契約理論、慣習理論、また指定理論、更に制度理論による約款理論の構成等新たな約款理論の據頭となつたのである。こ

れらの理論中附合契約理論は「約款そのもの」の把握のための理論の構成であるよりはむしろ「約款に據る契約」の理論構成としての意義を持ち(三九一頁)、規範契約理論は「約款そのもの」の把握のために有力な理論構成であつて、そこに採り上げられた準據契約、債權的規範契約及び法規的規範契約の三類型は「約款そのもの」の理解に大きな示唆を興えるものである(三八五頁)が、なおその實體にそぐわず、慣習理論は「約款そのもの」の面においては、經濟の進歩による約款の慣習への代位ということにおいて「約款に據る契約」の面においては、約款の使用が慣行化されている場合において、何れも有力な支柱を呈するが、かかる慣行を生ずるに至らない新規の約款につき説明に窮し(三八六頁)、指定理論は「約款そのもの」を個別契約の面から捉え、その交點において指定意思を問題にし、これを解釋により確認し、又は規制的な取引慣習により補充せんとするのであつて、附合契約理論の深化として理解される(三八〇頁)のであるが、なおその慣習理論の導入においてその脆弱化を免れない。かくて著者は「約款が企業をめぐつて進出する場合において、その所謂契約的地位への制度的地位の優越を承認することから、われわれが多年開拓して來た制度理論を以て約款の本體を把握」せんとする(一三九頁)のであり、制度理論による約款の把握は、約款への附合を制度への加入、即ち「既に形成された制度」又は「形成途上にある制度」への附合であり、それは各人を制度の

構成員とする統合的行爲であるとするのである(三九二頁)。

六

それでは約款は著者において如何に理解されているのであるか。

そも「約款は契約内容の定型性において進化して來たのである。即ち契約内容の定型化の進行は、企業活動の高度資本主義化の上に契約という法形式と呼稱を維持しつつ、その本質と作用との變化をもたらしした。今や單なる契約は多數取引に基づくその内容の合理化によつてその内容の定型化を要請し、それが定型性をいよいよ獲得すると共に、『約款そのもの』と『約款に據る契約』との分離をもたらししたのであつた。……そして高度資本主義下における企業自體の思想の發展は……企業自體が相手となつている約款を、もはや企業者とその相手方との單なる契約内容としてでなく、全く客観的な企業それ自體の理念の展開として理解せしめるに至つたのである」(四二九頁)。

而しかかる企業自體の理念は「……その企業自體を中核體としてその外廓秩序を形成する。そして先ず企業の理念は内包的にまた一括的に且つ恒常的に、この外廓團體の秩序形成として『約款そのもの』を先行せしめ、次で外延的に又個々の且つ時に繼續的な『約款に據る契約』を放出的に後續せしめるものと理解されるのである。即ち……企業自體の理念は、企業者乃至その相手方の主観的意思の所産たる契約という秩序形成から、一方その理念的所産たる客観的な『約款そのもの』を展開し、他方企業自體の客観的理念と相手方の主観的意思との合致の所産たる『約款に據る』契約を展開す

るのである。

……かかる企業自體の理念による企業の外廓秩序形成は、その後法社會學的基礎として企業を中核體とする外廓體を形成する（保險會社が、その外野に契約網を形成する如き）に至る。この企業の外廓體は制度秩序體に外ならぬ。この制度秩序體が、形式的に發現したものが約款關係である。そしてこの約款關係の體系の中に……企業者と所謂顧客圏とが企業の理念をめぐつて表見的に對立する（四三〇頁）のであるが、これら企業者と顧客圏とは相互に依存關係にあり、ひとしく企業自體の理念のために協力するに至るのである。「企業者が企業自體の維持發展という理念實現への意識的且積極的奉仕者であることはいうをまたないが、顧客圏も亦無意識的且消極的奉仕者と理解しなければならぬ」（四三一頁）のである。

かくて「企業自體の理念は、その外廓秩序形成として制度的基礎の上に、企業の生活秩序を合目的に、且つ定型的に『約款そのもの』として形成し、またこれと階層的に『約款に據る契約』を個々に形成するのである」（四三四頁）。即ち著者においては「契約そのもの」と「約款に據る契約」とが峻別される。

それでは著者はその兩者につき、如何に制度的性格を肯定されるのであるか。

七

制度とは「一定の生活體がその理念を展開したものであり、社會環境の法的定型化である」（四三五頁）。「ここに課題とする『約款そのもの』は、企業という生活體の外廓秩序形成として發現したものと

である」（四三五頁）から制度法に外ならない。それ故「そこに制度的正義が活躍する」（四三六頁）ものであり、「各顧客と企業者とは交換的正義の上に立たしめられるものではなく」（四三七頁）企業自體の制度的正義の上に立たなければならぬのである。

かくて「制度法としての約款は、生活秩序としての權威と協和とを權利義務の關係として發現する。約款はその權威のために法理論的には約款の規範性を……又法技術的には嚴格性と附合性とを展開する。更に約款はその協和のために信義性と協同性とを展開する」（四三七頁）。

ここに約款の規範性こそは約款の基本的性格をなすものであるが、著者はこれを如何に根據づけられるのであるか。

著者は從來、約款の規範性の把握が約款の形成態様であるその形成の在り方を分析することから始められ、約款の形成としての一方的形成並びに第三者形成の場合にはその規範性が承認されず、双方向的形成（協力的設定、團體的設定）の場合のみに規範性を承認しようとする傾向が濃厚であつたとその吟味に立ち向われる。

著者によれば、從來の既成法學における一方的設定約款の規範性否定の根據は、一に私的立法權の否認の一事に盡きるし（四四二頁）、第三者設定約款の規範性否認の根據は、それが利用以前の契約定型案にすぎないことに求められ（四四四頁）、更に協力的設定約款乃至團體的設定約款の規範性承認の根據は、前者において双方當事者の設定契機にあり、後者において團體の制度性にある（四四四頁）とされるのである。

約款の規範性が國家法の規範性と同質のものであることは、著者

も承認されるところである(四四二頁)。而も一方的設定約款又は第三者設定約款の規範性承認の根據はどこにあるか。

著者によれば、約款の規範性という課題を約款形成の當事者を據点とするその形成態様の在り方に従つて取扱う既成法學的方法論そのものが反省されねばならないとされる。蓋し約款形成の設定契機は「約款使用の拘束乃至義務づけに意義をもつものであるが、約款の規範性という課題に直接答えるものではない」(四四六頁)し、又「協定により約款を設定し、これに準據することを當事者の合意を以てする場合の如きも、それは約款の使用に關することであり、約款の規範性に關することではない」(四五〇頁)からである。

著者によれば『約款そのもの』の規範性は、その設定契機に基かず、又いわゆる規範契約によつて把握されず、正に……制度理論の客觀的展開によつて把握しなければならぬ(四五〇頁)のである。「約款の規範性もまた約款の内在目的たる企業の理念的所産に外ならない」。従つて「企業自體の理念の實現を基礎づける法技術こそ、約款條項を限界づけるものであり」(四五二頁)、それが如何なる契機により設定されようとも、また如何なる條項を盛るといへども「苟くも企業の理念的所産と解される限り、約款そのものとしての合目的性をもつものであり、従つてそこに約款の規範性が認識されなければならぬ」(四五二頁)一面、「約款として合目的性を缺くものには、その限度において約款の規範性を否定せざるを得ないのである」(四五三頁)。それならばこの様にして把握される約款の規範性の程度は如何。「この約款法は、國家法にその權威と價值との同等を主張するものではない。即ち『約款そのもの』は、法秩序に

おける國家的法に對してその下位にあるために相對的な規範性を、また契約に對してその上位にあり、その内容となるために抽象的な規範性を持つという限りにおいて、企業の自成法としての客觀法である」(四五三頁)。この様な抽象的規範性が具體性を持つためには「約款に據る契約」を必要とする。

かくて著者は「約款に據る契約」の中に動因力を求め、「約款そのもの」を形相因として、企業理念を目的とする制度現象を企業約款法にとらえられるのである(四五四頁)。

八

次で「約款に據る契約」の制度的性格の在り方が吟味されなければならぬ。

著者は先ず「約款に據る契約」を、「約款そのもの」を「約款に據る契約」の内容とする提供と、これに附合する行爲——これを約款採用契約乃至附合行爲と名づけられる(四六九頁)——と、附合行爲によつて「約款そのもの」を自己契約の内容として受け容れる「約款に據る契約」を締結する個性的な給付契約——これを個性的契約と名づけられる(四六九頁)——との二つに分けられ、「約款に據る契約」の核心的課題は、この前段階にある契約内容たるべき約款の提供と附合との問題性であると指摘される(四六九頁)。

何故ならば「提供は『約款そのもの』の抽象的規範性を具體化するための客觀的要素であり、附合は主觀的要素であるに比べ、後段階の申込と承諾との問題は、個性的なる契約締結の問題として前段階との關連において問題性をもつに過ぎない」(四六九頁)からであ

る。

而し約款の提供は、提供された以上は、提供者より獨立し、提供者の意思如何を問わず非撤回性をもつということ、更に附合者の意思をも規制するということ、かかる提供の非撤回性及び規制性との根據及び要件が問題となるが、著者はかかる提供が客觀的な企業自體の理念を體現する制度法的行爲たる點にその根據を求められ（四七一頁）、かかる非撤回性及び規制性の形式的要件として「約款そのもの」の事前の開示という了解行爲が、相當なる方法を以て相手方に對し、約款の存在乃至内容につき了知し理解し得る可能状態におかれることを、實質的要件として提供される約款自體が、企業理念の展開としての合目的性を具備することを各要件とされるのである。

ここに約款の合目的性とは何か。如何なる約款が合目的性ある約款とされるのか。「合目的性をもつ約款とは結局企業自體の理念に奉仕するものである。そこには各利益群の抗爭が解消されておらなければならぬ」（四七六頁）と著者は答えられるのである。

よつて有効に提供された約款は、相手方は附合意思として約款に附合するか否かという最小限度の擇一的意思の自由を持つ筈である。従つて當事者間に特約又は明言なき場合、果して提供の相手方には、約款に據るといふ附合意思が存在したとすべきかどうかが問題とならねばならない。このことは如何なる場合に約款の提供が附合意思を規制するかの問題に他ならない。ところで何故約款の提供は附合意思を規制するのであるか。又如何なる約款の提供が附合意思を規制

するのであるか。即ち約款の提供の附合意思規制の根據は何かといふことが先ず問われねばならないのである。

「制度理論の立場からは附合意思を規制する權威は、法規慣習のみに限られるわけではない。約款の提供という多數の放出形相は、所謂可能態の制度として、それ自ら規制的な權威を包蔵するものといわなければならない。實に企業は、約款を整備すること、またそれを普遍的に放出することによりこれを制度化しているのである。さればかかる制度化された約款そのもの及びその提供の權威は約款使用の慣行を俟つまでもなく、既に述べた形式的及び實質的要件を具える限り十分附合意思を規制する資格をもつものである」と著者は断ぜられ（四八三頁）、更に如何なる場合に提供の相手方に約款に據る意思があつたとすべきかについて次の様に答えられる。「提供がなお附合意思を默示の場合に規制するには、企業が一定の約款を整備し、これを提供することを制度化していることを知り、又は知ることを得べきことを要する。即ちその制度の内容はともあれ、その制度の存在を知り又は知ることを得べきことを要し、殊に經營の性質及び範圍の上から専らなる約款の整備と提供とを期待せしめるものたることを要する」（四八三頁）。

九

以上が著者の制度理論による約款理論の體系である。實に約款法の性格を論ずる部分は本書の壓巻であり、前人未踏の境地を切り拓かれたものである。

本論は更に第四編法秩序の構造と約款の地位を包含するが、そこ

においては先ず制度現象としての法秩序を取扱い、カトリック法学の特色たる法秩序の階層原理こそ制度理論の支柱であることを理解し、法秩序における約款の地位づけを三章にわたり論述されている。

本書にはなお後論として、約款法の解釋とその規整が續く。

第一編約款法の解釋は、約款解釋原理の定立を論ぜられ、第二編約款法の規整は、約款が豫防法学の對象たるべく約款の形成契機からその内容、また採用更に仲裁裁判に至るまでの病理を探索し、その克服の手段を司法、立法、行政更に自治、中立にわたり説かれる。

なお附録として附された「制度理論の構造」は、著者の從來發表された制度理論に關する論文を整理加筆されて、先に本書の前身とも云うべき「約款法の性格」の紹介、批評の勞を執られた野津務教授への期待（法学新報五六卷四號）に應えられたものである。

一〇

本書についてはその中心をなす約款法の性格の部分について既に公刊を見、これに對する西原寛一教授の「商法学、經濟法学の回顧と展望」（法律文化四卷一號三七頁、私法一卷一〇二頁）における紹介、伊澤孝平教授の法学（一五卷四號）における紹介、並びに前記野津務教授の紹介、批評がなされている。

私がこれら諸教授の紹介、批評があるにも拘らず、版を改め約款理論の全體系を包容したとは云え、なお既刊「約款法の性格」の後身たる本書の紹介批評の筆を執つたのは、本書の高き學價を讀えたいがために他ならない。

非才にして著者の眞意を誤解し、或は誤り傳えたかも知れないことをおそれる。

最後に本書に對し、かつての西原教授の言葉の幾分を改めて、本書の讚辭とすることを許されたい。

「約款の解釋及び規整の問題を併せ、文字どおり、約款の綜合的研究である本書は、正にかのドイツにおけるこの方面の劃期的力作、ライザーの約款法論に比肩し、法理論的にこれを凌ぐ大作である」
（有斐閣發行、六七五頁、一、三〇〇圖）
（米津 昭子）