

新刊紹介

ハンスーレオ・ヴァイヤース著
『保険契約法』(3)の2

藤 岡 康 宏
新 山 一 範
藤 原 正 則

2. 普通保険約款

- 133 a) 普通保険約款は、保険業界の普通契約約款である。すなわち、普通保険約款とは、保険契約を締結する際に保険者から保険契約者に提示される、複数の契約を一括して予め用意しておいた契約の雛形である(AGBG 1条1項1文を参照)。普通保険約款に何が定められていなければならないのかについては、保険契約法10条に詳細な規定がある⁽⁸²⁾。少なくとも『万人の為の保険』の分野では、普通保険約款は個々の保険者ではなく保険産業分野の総てで同じものが使用されていたし(『団体規約』)、又現在もほとんどの場合に使用されている。かつ、このことは独禁法上も承認されている(参照, 上記 Rn. 84)。このような統一的な取扱いは、1994年7月24日までは監督官庁の慣行に由来する。というのは、監督官庁は保険業界と協働して『約款の範型』を考案し、しかる後に認可可能な普通保険約款の例としてこれを

(82) Bruck/Möller Anm. 47; Prölss/Martin, § 42 VVG Anm. 1. 詳しくは Sasse Vers Arch 54, 163 ff.

(83) 同様に保険の顧客にとって重要なのが、契約締結時に与えられる約款以外の情報である。これについては、後述 Rn. 170。

周知せしめ、これと同様の普通保険約款の認可申請には必ず認可を与えてきたからである。官庁の認可義務が廃止されれば『製品の多様性』つまり普通保険約款が多彩になるだろうと何人かの人は期待したが（上記 Rn. 84, 113 参照）、この期待が実現されるか否かは定かではない。しかし、いずれにせよ様々な保険分野で提示されていた普通保険約款の基本的部分は変らないだろうという、幾つかの徴候は見てとれる。恐らくは、全面的改訂の為に人的資源をそう簡単には投入しないような保険者は、拘束力はなくともサンプルとして保険業の団体が示しておいた約款の範形をそのまま受け入れるのではないか。それだけにとどまらず、業界団体推薦のモデルからの逸脱は、中心的でない部分や細部にとどまるであろう。

本書が様々な箇所で見出している約款の条項は、1995年以前に各業界で一元的に認可された普通保険約款乃至、この間で業界団体がモデルとして提示した約款のそれである。但し、現在では約款の改訂や更新は容易になっているから、個々のケースを検討する前にはその都度、合意された約款がモデルの保険約款と異なっていないか否かを精査しておく必要がある。今一度言うておくが、本書の目的はこういった約款を補充しようなどというのではなく、約款とどうつきあうのかを教示することである。冒頭の略語表及び Rn. 92に特に重要な普通保険約款は示しておいたし、その抜粋を幾つかは付録 II に挙げておいた。

- 134 ところで、『特別な保険契約条項』という表現をしばしば目にすることがある。その意味するところは、二様の可能性がある。まず第一は、専ら営業及び産業保険の分野に限られるが、個別交渉によって契約内容とされた『本当の意味での特別条項』、つまり個別契約の条項である。ところが今一つは、少々おかしな話だが、これが普通保険約款の条項である場合がある。一般の約款の条項とどこが違っているのかといえば、それが通常使用されている保険約款に、特別な種類の契約の為に付加したりそれを変更した条項だという点である（例：普通ひょう害保険約款（AHGag B94）の補充の『豆類の収穫へのひょう害に関するリスク引受の保険の為に付加条項』、VHB92の補充しての『家財保険での基本損害の拡大に対する保険の為に特別条項』（BEH））。

- 135 最前に、『事業計画の説明』についてはすでに言及しておいた（上記 Rn. 108）。問題となるのは、かつては監督庁が認可の要件としてその提出を求めた事業計画の中に含まれる保険者の将来の行動に関する約束である。しかし、現在では事業計画に記載されたこと以上の説明を連邦保険監督庁が求める権限はなくなっている。というのも、（『特に』）1994年7月21日以前の規

定の文言とは反対に、保険監督法の第5条3項が定める権限の限定は決定的であり、そこに規定されていない将来の行動に関する説明などはもはや存在する余地は皆無である⁽⁸⁴⁾。どころこんでも、この類の説明に将来の契約行動が入る可能性はない。もしそんなことが認められれば、それはとりもなおさず現在では禁止されてるい普通保険約款の事前コントロールと変らないことになってしまうだろう。

ところで、当今喧しい議論は、普通保険約款の認可が不要となった今日では法改正以前の『古い』説明がもはや保険者を監督官庁に対して義務づけることができないとしたら、事業計画の説明は私法上どのような効力を持つことになるのかという、かつて議論されていたことの焼き直しである。結論的には疑問を差しはさむ余地のないのが、事業計画の説明は『古い契約』の構成部分として保険契約者に対しては相変らず効力を持ち続けるというのである(特に、Rn. 108を参照)。

- 136 b) 確かに普通保険約款は、普通契約約款以外の何物でもない。但し、普通契約約款は以前から常に保険部門では他の経済活動の分野でよりもずっと重要な役割を果たしてきた。その理由は、『保険』が対象とする**製品の特性**の故である(上記 Rn. 70を参照)。

当然のことながら、約款使用者は総て普通契約約款の使用によって利益を得ている。さもなくば、約款などは存在しなかったであろう。しかし、近代的形態での保険業にとっては約款はそれ以上の重要な意味を持っている。というのは、既に見てきた通り、保険技術の前提は、原則としてそのリスクに同一性がある集団の形成だからである。だから保険契約とはその都度引き受けたリスクを表現したものに他ならず、そうなるとあるリスク集団の契約も当然重要な部分では同質でなくてはならないのである。その為に必要とされる契約の雛形が普通保険約款である。ちなみに、同じことは、正確な数学的基礎によらずに仕事している保険部門にもあてはまる。経験や評価による推論も、(おそらく、却ってますます)リスクの同質性に依拠せざるを得ないだろう。

- 137 契約の総てに等しく普通保険約款を使用することと、既に言及した『優遇禁止』の原理(上記 Rn. 75参照)との間にも、ある種の相関関係がある。特定の保険契約者を有利に扱うのを禁止することは、プレミアの額の問題に限ってではなく、当然プレミアと填補の範囲との対価的關係にも及ぶ。同様に、同一プレミアでもある保険契約者にだけ有利な条件を示せば、それは優

(84) Rengier, VW 94, 802.

遇禁止の原理に抵触することになる。

- 138 c) 普通保険約款の法的性格からはそれが普通契約約款であり、従って普通保険約款に関する法的ルールの総てに服するのが原則ではあるが、そうはいってもやはり普通保険約款には幾つかの法的に特殊な性格を見てとることができる。

一般に普通契約約款は約款だから当然にというのではなく、当事者が約款の効力を合意してはじめて契約内容となる (§ 2 I 後段 AGBG)。普通保険約款でもその点は同じである。加えて保険監督法10条 a は保険監督法付則 D 1 条 1 項 b) と併せて、契約締結前に普通保険約款を呈示する公法上の義務を課している。私法上の効果としては、保険契約法の新法 5 条 a が、約款の不呈示の場合に保険契約者からの異議申し立ての権利を付与することで、その公法上の効力を補完している（これについては、後述 Rn. 172を参照）。

確かに約款法23条 3 項は、『認可を受けた』普通保険約款については同法 2 条の適用の例外と定めている。しかし、認可の要請が廃止されるとともに、1994年 7 月 29日以後締結された契約に関しては同項はその意味を失なった（参照、上記 Rn. 113）。

- 139 契約法では何時もそうだが、保険契約中の個別に交渉された取決めは普通保険約款に優先する (§ 4 AGBG)。ところが、平等扱いの原則が効力を持つ範囲では（この点は、上記 Rn. 137, 75）、平等扱いの要請は普通保険約款からの逸脱を禁じている。

もっともこの禁止は、私法上の効力に影響を及ぼさない。禁止に違反して普通保険約款から逸脱した条項も、有効に契約内容となる。本当の意味で個別合意と言える合意と、特別な保険分野についてだけ普通保険約款となっている『特別な保険約款』とは区別する必要がある点は、すでに詳述した（参照、上記 Rn. 134）。

- 140 約款法 3 条は、普通契約約款中の『不意打条項』は契約内容とはならない、と規定している。当然、普通保険約款は認可義務があるという前提の下で同条が、保険契約についてはどういう意味があるのかは、従前から争われていた⁽⁸⁵⁾。結局のところ、この問題は個別の普通保険約款の条項を検討してみないと結論が下せない。およそ一般的に、例えば『約款の範形』（上記 Rn. 133参照）に含まれていたり、旧法の下で監督庁の認可を受けていた条項は『普通でない』ことは有り得ない、などとは言えない。こういった考え

(85) 論争の状況については、P/M/Prölss, Vorbem. I 6Bc.

方は、あまりにも楽観的にすぎよう。反対に、とにかく経験的事実に依拠して、規範的に望ましくない約款のルールを排除する為に同条を事実上利用する⁽⁸⁶⁾ということになれば、それは約款法3条の濫用である。ほとんどの保険契約では、平均的な顧客は合意された保険保護の大雑把なイメージを持っているにすぎない。その保険保護の内容を単に厳格に記述した条項に、顧客が『不意打ち』されようはずはない。だから約款法3条の適用は、一般的に言って公衆が或いは個別の保険の顧客が特別に、呈示された保険保護の限界に関してすでにある程度キチンとしたイメージを形成しているにもかかわらず、具体的ケースで与えられる保険填補がこれと相違しているという場合に、限定さるべきである。明らかにそれにあたるケースとは、約款を見ると一見どんな場合にも保護が与えられるように見えるが、実はじつくり読むと重大なリスクが排除されているのがわかるという場合である⁽⁸⁷⁾。もしこういう考え方で押していけるなら、普通保険約款に認可が必要か否かは、約款法3条の適用にあたってさして重要な意味を持たないことになる。

- 141 契約中の普通契約約款の条項の解釈には特別なルールが適用されるのは、周知の通りである(以下で詳しく説明する)。こうしたルールを普通保険約款にも適用すべき、保険技術上の特別な理由もある。リスクの集団は原則として同質でなくてはならないという命題は、実は契約条項の内容についても決定してしまう契約条項の解釈にも一定の帰結をもたらす。普通保険約款の条項の意味は、契約毎で違ってはならない(これについては、上記 Rn. 70)。ずっと以前から確立された判例によると、普通保険約款は『客観的に』、個々の契約締結の際の特別な事情を顧慮することなく、解釈されてきた。確かに従前は部分的には法律の解釈に適用されるルール、例えば立法の事情も参照されていたが、今日では力点は圧倒的にキチンと事態をわかった平均的な保険契約者の理解のレベルに置かれている⁽⁸⁸⁾。

(86) 参照, Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl. 1993, Anh. § 9-11 Rn. 852, 855.

(87) 判例からの実例が, P/M/Prölss, Vorbem. I6Bc; さらには, Bach/Geiger VersR 1993, 659 ff., S. 665 ff.

(88) 参照, RGZ 171,43; BGH VersR 1976, 137; 1992, 350; 562; その他, 判例の概観が, P/M/Prölss, Vorbem. IIIA8. だから, 普通保険約款の規定の『保険経済上の目的』を持ち出して保険契約者を不利に扱うケルン高裁, VersR 1990, 615は疑問である。

142 以上の実体法上の原則は、訴訟法上の原則にも合致している。だからといって、普通保険約款がドイツの各地で多様に解釈されてよい訳のものではなく、普通保険約款がある高等裁判所の管轄より広い地域に及ぶときは、裁判所が普通保険約款の条項について下した解釈は、連邦通常裁判所に上告できる⁽⁸⁹⁾。そうはいっても、特に訴額 1 万マルク以下の訴訟等、総ての争訴が争われるということにはなかなかならない（すなわち、§§ 23 GVG, 545I, 511a, 546 ZPO 参照。さらに § 14 AGBG）。

143 努力をつくしても解釈が一義的な結論をみちびかない場合もある。だから、保険填補の可能性が複数考えられるときは、どれを出発点とすればよいのかという問題が持ちあがる。以前は全面的にではなくとも、この問題には不明確な部分があった。しかし、約款法の発効（1977）以来、同法 5 条の『不明確条項』によって答えが与えられることになった。すなわち、疑わしい場合は約款使用者（保険者）の負担となる。だから、約款は保険契約者の有利に解釈するという方向が基本とされるのである⁽⁹⁰⁾。

144 d) その社会的機能から言えば、普通保険約款は他の普通契約約款と同様、私的自治に委ねられた契約の意思表示と法規定によるルールとの中間形態とでも言うべきものである（『経済の自主法』⁽⁹¹⁾）。しかもこの理は、普通保険約款の監督官庁による事前の認可が不要とされた後も、変りはない。そのことは、例えば銀行部門等の保険以外の生活領域での経験からも見てとれる。保険顧客は『誰でもが利用する』保険分野では、契約締結の自由は持っている。自動車責任保険のように付保義務が法定されていなければ、付保するか否かは自由である。しかし、それには充分な理由があつてのことだが（参照、上記 Rn. 84）、依然として顧客はその業界で統一された契約条件を受け入れる他はない。消費者が選択できるのは、それも市場の状況がわかれぱの限りであるが、価格とそれ以外では（全く重要ではない）給付の梢末な

(89) RGZ113, 278 以来判例で争いがある。参照、BGH VersR 1988, 463; 加えて、Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl. 1994, § 5 Rn. 44.

(90) 通説。例えば、OLG Hamm, Vers R 1992, 734 参照。話が違うのが、普通契約約款総てでそうであるが、約款法 13 条の団体による使用差止めの訴の場合である。その場合は、『顧客に最も敵対的な』解釈を出発点にしなければならない、というのが通説である。参照、Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl. 1994, § 5 Rn. 41 f.

(91) Großmann/Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933 から借用。

条件(出張サービスの質, その他のサービスの供与等)にすぎない。しかしながら, これ等は契約の対象とはされていない。その文言が法規に似ていること, 客観的解釈, 変更可能性という意味で, 普通保険約款は限りなく客観的法に近い性質を持っている。

- 145 大体普通保険約款は純粹に私的自治によって形成された合意ではないことを結局明らかにするのが, 契約両当事者, 但し実際には保険契約者だけが, 自分が全くそれに影響力を持たない普通保険約款の内容改訂の可能性を覚悟しておかなければならないという事実である。

保険者は, 幾つかの変更可能な部分について現在の契約に関しても改訂できる(参照, §§ 172, 178 g II, III VVG; 18 Abs. 1 MB/KK 94, これらについて詳しくは後述 Rn. 684 g)。普通自動車保険約款旧規定の9条 a 1項による契約内容変更の留保は, 独禁法上の理由で1994年の普通自動車保険約款には取り入れられなかった。但し, 同様の留保は他の保険や自動車保険の普通保険約款では見てとれる。しかし, このような変更の留保が法規で定めを置かれていないときは, とにかくも認可義務が廃止されたからには, 約款法10条4号の厳格なコントロールに服することとなる(この点は詳しくは, 後述 Rn. 146 ff.)。

他方, 監督官庁も自らのイニシアチブで, 被保険者の利益を守る為にそれが必要となれば, 現在の契約にも効力及ぼす形で事業計画を変更できる。その根拠は, 保険監督法81条 a 2文である⁽⁹²⁾。但し, 普通保険約款がもはや事業計画の一部ではなくなってからは, 同条の適用範囲は非常に限られたものとなってしまった。

3. 約款法による普通保険約款のコントロール

- 146 a) 普通保険約款に認可が必要なくなってからは, 裁判所による普通保険約款の『事後の』コントロールが従前よりずっと重要となったという点では見解が一致している。確かに事後の濫用の監視という形での連邦保険監督庁のコントロールは恐らく従前と同様に意味があるし, その為の行政命令による普通保険約款のコントロールにも可能であろう。しかし, そうした措置の相対的比重が軽くなるのも, 間違いないことである。だから, いずれは, 完全に非集権的な事後的コントロールのシステムの成果と従前の集権的な事前

(92) 参照, Schmidt/Frey, zu §81a VAG; P/M/Prölss, Vorbem. I2, I6 Be. 1940年の法令に由来するこれ以上の権限は, 1990年に廃棄された(BGBI. 1990 I S. 2866)。

コントロールのそれとを対比しての『システムの比較』も可能となろう。

これまで本書では、約款法は当然に普通保険約款に適用されるということから話を始めてきた。もちろん事実そうではある。しかし、約款法の立法時には、普通保険約款の監督官庁によるコントロールがある一方で、さらに約款法による司法的コントロールを加えるのは意味が有るのか、を問題とする余地はあった。そう言っている間にも、普通保険約款に約款法をその事前コントロールの段階で適用するというシステムが大分以前から一般的に承認され行われてきた (§§ 16 Nr. I, 23 II Nr. 6, 23 III AGBG の文言を参照)⁽⁹³⁾。いずれにせよ約款法 9 条以下の要件が備われば、普通保険約款は無効となる可能性がある。但し、約款法 23 条 1 項 6 号の例外及び 24 条による商人が顧客の場合の例外には常に注意されたい。以上総てが意味するのは、約款法の適用に関する問題は一般的に、普通保険約款でも同様に問題となるということである。しかし、この点についてはこれ以上深入りできない⁽⁹⁴⁾。

その他の例えば民法典でも多少とも詳しいルールが与えられている契約類型と違って、相当面倒な問題が保険契約では持ちあがってくる。つまり約款法 6 条 1 項である約款の条項が無効とされ同条 2 項に従って約款条項の代りとなる法規程を探しても、保険契約法ではその体系上の理由から（これについては、上記 Rn. 121）適用すべき規定が見つからないことが多い⁽⁹⁵⁾。約款法 6 条 3 項は多くの場合何の解決ももたらさない。同条は保険事故の場合だけでなく多くは被保険者にパンの代りに石を与えるものだからである。これが特にはっきりするのが、重要な疾病保険の幾つかのタイプである（これについては、後述 Rn. 684 d）。今日では少なくともこの点については、保険契約法 178 条 g 3 項 2 号（既に § 18 MB/KK 76 にあった、§ 181. b MB/KK 94 類似の）が、受託者の介在によるコントロールを受けての保険業者の調整権を定めたルールを規定している。加えて、争訟となれば裁判所は契約内容の形成の役割を果さなくてはならない。但し、それまでは、訴訟当事者のみならず一般的に法的不安定が生じていることになる。

1994 年秋のドイツの国内法化が待たれていた、ヨーロッパ連合の普通保険約款の濫用条項に関する指令が、保険契約法を大きく変えることになるのか否かは、現在の時点では最終的な判断ができないが、どうもそういうことはなさそうである⁽⁹⁶⁾。

(93) 参照, OLG Stuttgart VersR 1992, 1081 頁右側 Nr. 2.

(94) 保険法で重要なケースは, Hübner, Allgemeine Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1993 を参照.

(95) これについては, Römer, VersR 1994, 125.

147 b) さて、保険契約法では他の分野よりもずっとその解決の困難な区別の問題をここでとりあげなくてはならない。何といってもそのことで(始めて)保険業者の主たる給付の対象が確定されるのだから(上記 Rn. 82)、普通保険約款は他の普通契約約款よりもずっと『製品の記述』としての要素が強いことは、既に見てきた通りである。文言上はそのことは十分に表現されてはいないが(参照, § 8 AGBG)、約款法の前史からは、同法が契約上の(主たる)給付義務を定めることを目的としていないのは明らかである。だから約款法は、供給者はどういった給付を市場に提供するのかを定めてはいない。供給者の給付の法的枠組(瑕疵担保, 遅滞の効果等)に関しても、約款法で基準が与えられている。もちろん経済的には、給付と給付の枠組との区別はほとんど不可能であり、従って約款法のコンセプト自体にも不明確さがつきまとう。約款法のコンセプトは、『手にとることのできない』給付に対してだけ、特に強い作用を及ぼすことになる。

こういった事情で、保険契約では何が約款法のコントロールに服さぬ給付の記述で、何がコントロールに服す『付随的条件』なのか、という点が非常に争われている。その点は約款法で規定されているから (§ 8 AGBG)、保険契約法でルールが与えられている事項に関する普通保険約款についてだけ、約款法のコントロールが及ぶにすぎないという見解がある。又、ある見解は、保険者が引き受けようという危険の積極的な記述(これについては、後述 Rn. 485 ff.)一般をコントロールから除外する。多数説は、原則として普通保険約款の総ての部分に約款法のコントロールが及ぶと解している。もちろん同時に給付内容の記述の自由の原則は守られねばならないから、両者の区別の図式は大雑把には次のようなところに落ちつく。すなわち、保険者はどんなタイプのリスクを填補すると(『付保対象と付保される危険の一般的記述』)定義しようと自由だが、その細部はやはり約款法のコントロールに服する。つまりそのポイントは、保険と称するもの、保険者によるその内容の一般的記述、さらに保険者の宣伝から明らかになった内容等からは、何がその内容にふさわしい公衆の期待に合致した保険保護の範囲と言えるのかは、判定者(裁判官)の見解によるということを意味する。以上の理は判例の方針とも合致しており、かつ長期的に見れば他の選択は考えられないであろう⁽⁹⁷⁾。ヨーロッパ連合の用意している濫用的条項に関する指令が国内法

(96) 参照, Sieg, Vers R 1993, 1305.

(97) 議論の状況については, Baumann, VersR 1991, 490; Bach/Geiger, VersR

にとり込まれても、この理は変らないであろう⁽⁹⁸⁾

正しい態度としては、給付と給付の枠組とをはっきり区別するのは不可能だということを出発点に据えなくてはならない。保険者が何を給付するかは、約款の記述の中心であろう。だから、約款法の目的に照して問題を分けて考えなくてはならない。約款法10条と11条に挙げられている契約条項は、それがとりあえず『給付の記述』だと考えることができるにせよ、場合によってはそれを無効とすることが可能だという程度には疑念があると、立法者が考えているのは明らかである。もちろん、保険契約の条項ではこの点に関してはあまり問題は生じないが。その他のコントロールの基準としては、約款法9条2項2号がある。同条によると、保険者の提供する給付つまり契約の目的を、一般的な通告、見出し、始めの説明によって定義しておくのは、保険者の責任だということになる。その上で、その契約目的に照して個々の規定の妥当性が検討されることとなるのである。

4. 普通保険約款のコントロールにおける競合の問題

148 (保険) 契約の司法的コントロールと並んでどんな形であれ監督官庁による保険実務のコントロールを認めているシステムでは必ず、競合の問題を二つのレベルに分けて考えることができる。第一は、コントロールの基準の問題でその基準が複数あれば、誰がどの基準を適用しなくてはならないのか、である。第二が手続のレベルの問題で、誰が何時何に關して誰の責任について決定するのか、である。その上で、双方の交錯するケースでは、その適用の実践の段階で二つのレベルの問題がクロスすることになる。

149 コントロールの基準のレベルでは、保険契約法の強行規定及び片面的強行規定と約款法のそれとの関係、加えてそれが違った種類のものと解される限りで(参照、上述 Rn. 113)、保険監督法の行政規定との関係について、決定されなければならない。但し、それ等の基準は大体相互に無関係に適用可能であるから、この局面では比較的困難な問題は生じない。第一に普通保険約款の条項は保険契約法の(片面的)強行規定に抵触してはならないし、かつ同時に約款法の基準もクリアしていなくてはならない。

競合の問題が発生するのは、保険契約法の枠内では許される普通保険約款の条項が、約款法の規準に抵触するような場合どうするのかである(例えば、保険契約

1993, 667; Brander in: Ulmer/Brander/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl. 1993, § 8 Rn. 35 ff., Anh.

(98) これについては, Kieninger, ZEuP 1994, 277.

法6条とおりあう立証責任のルールが、約款法11条15号とはおりあわない場合を考えられよ)。約款法10条11条のリストに記載のある個別の条項の禁止が問題となったときは、保険契約法は約款法に優先する特別法と解すべきであろう。但し、それ自体としては保険契約法の許容するある普通保険約款の条項が、その約款の具体的コンテキストでは約款法9条の一般的規準をクリアしていない⁽⁹⁹⁾という場合、その故に無効とされる余地は当然あり得よう。

第二に、『被保険者の利益』(§ 81 I 2 VAG)が保険契約法と約款法の諸基準の遵守を要求していることは疑いもないことであり¹⁰⁰⁾、従ってそのことで他の要請が加わってくることは(これについては、上記 Rn. 112)、競合の問題ではない。

150 手続のレベルでの競合の問題は、少々状況が異なっている。連邦保険監督庁の実務との関係では、同庁は普通保険約款に一般的な認可の要請があった時代から、独自の判断で保険契約法と約款法の基準を遵守するよう要求しただけでなく、総ての保険者に原則として関係する最上級審の判決に合致した行動を将来とるよう求めている⁽¹⁰¹⁾(判決は訴訟法上のルールよると訴訟当事者だけを拘束するし、しかもそれは既判力の及ぶ限りであるが⁽¹⁰²⁾)。新法の下での濫用の監督でもこういった実務慣行を変えるべき理由は見あたらない。同庁の手続は、異議が申し立てられた条項が遅滞なく一般的に流通から引き上げられる、という大きな利点を持っている。但し、普通保険約款を一般的に事前呈示する義務がなくなってからは、事前呈示されたときにその実効性をあげることはできなくなってしまった。

従前問題となり、しかも妥当にも圧倒的に否定する見解の多かった、普通保険約款の条項を監督庁が認可したことで裁判所も例えば約款法9条の評価(参照、上記 Rn. 140)についてもそれに拘束されるのかという問題は、認可の要請がなくなってからは、もはやそれ自体が意味を失っている。

(99) Brander in: Ulmer/Brabder/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl. 1993, § Rn. 29.

(100) かつての法状況について, BVerwG VersR 1981, 223.

(101) 例えば基準に合致しない普通保険約款を許可しない方法である。参照 BVerwG VersR 1981, 221 及びその事例は, U. Hübner, Rn. 249 ff. それ以外の手続については, 特に上記 Rn. 135を見よ。詳細は, Schmidt/Frey, Vorbem. Rn. 54.

(102) この点に関しては, 特に, Baur/Grusky, Zivilprozeßrecht, 7. Aufl. 1991, § 17 III, IV. 約款法13条の手続は若干異なっているが, § 21 AGBG と, Hübner, Rn. 264参照。

- 151 最後に、いわゆる裏返しの競合問題というのがある。一般的な認可の要請のあった時代には、連邦保険監督庁の承認を受けていない普通保険約款の条項を保険会社が使用したとき、これを私法上どう評価すべきかが問題とされた。こういった契約条項は無効なのか。もちろん相当問題ではあるが、条項がそれだけで無効となることはないと解されていた⁽¹⁰³⁾。但し、保険監督法 81条 2 項 1 号による監督庁の介入だけがこれを治癒する⁽¹⁰⁴⁾。今日でもそれと大体同じことが問題となるのは、濫用の監督で禁止された条項をそれにもかかわらず保険者が使用し続けたときの効果は、というケース位である。前述したことと符節を合せるなら、同様に解するべきであろう。

V. 付保義務。保険契約法と私的自治

1. 付保義務

契約当事者が契約を締結するか否かかつ誰と契約するかを決定する自由というのは、債務法の出発点たる私的自治の一環である。但し、幾つかの保険契約の分野ではこの自由は制限を受けている。

- 153 a) **保険契約を締結すべき旨を定めた法律**をリストアップすると、相当に長大なリストができあがる⁽¹⁰⁵⁾。一番多いのは、危険な活動を始めたり（自動車や航空機の運行、狩猟、原子力施設の操業等）、特に責任の重い職業につく（公認会計士、公認会計士法 54 条；公証人、公証人法 19 条 a, 67 条 2 項 3 号、警備会社の経営者等）場合に、**責任保険**の付保義務が課されるケースである⁽¹⁰⁶⁾。今ひとつ付保義務があるグループとは、物や特定人の身体の完全性に特別な責任を持たされる者（航空輸送での搭乗者災害保険、医療試験の『被検者保険』、倉庫業者の火災保険付保義務等⁽¹⁰⁷⁾）が、**物乃至災害保険**の締結義務を課される場合である。多くは絶対主義の時代に由来する、以前は広く普及していた**建築物火災保険**の締結義務は、この間で付保義務と一体となった独占が廃止されるとともに、全部ではないが⁽¹⁰⁸⁾除かれるに至っ

(103) 判例の争いについては、Schmidt/Frey, § 10 VAG Rn. 13 の引証。

(104) Schmidt/Frey, Vorbem. Rn. 49, § 81 VAG Rn. 12.

(105) P/M/Prölss, Vorbem. IV のまとめを参照。

(106) 職業身分に関するルールも同様の影響を及ぼす、例えば、連邦弁護士会の指令 48 条。

(107) 参照, § 50 LuftVG; § 40 Arzneimittel G; § 20 Orderlagerschein VO.

(108) 各州の現状は自身であたられたい。一般的には, Uschkoreit, VP 1993, 201; Fahr; Vers R 92, 1044; Rengier, VersR 1993, 942.

た。

- 154 以上の私保険の締結義務と混同されてはならないのが、社会法でその成立が規律されている社会保険という様々な形式の保険関係である。本書では社会保険をとりあげないことは、既に予告しておいた(上記, Rn. 10)。社会保険の特徴は、被保険者の保護がその為の意思表示と無関係なことである。社会保険は、例えば雇用関係が結ばれる等の該当する要件が備われば、自動的に成立する(参照、『法律によって……付保される』社会法典4編2項1号、これについては社会法典5編5条1項1号)⁽¹⁰⁹⁾。立法者が社会的課題を克服する為にあるときは社会法により、又あるときは私法上の法形成という形式を選んだことは、以上とは別に論ずべき問題である。この点については、特に Rn. 160, Rn. 684 以下を参照されたい。

私保険契約の締結が一定の条件の下で強制されている場合というのは、それに相当する私保険契約を締結することで、公法上の(社会)保険への加入義務から免れる場合である(例えば、学生疾病保険)⁽¹¹⁰⁾。

- 155 以上の範囲内で保険契約を締結する者が持つ自由とは、わずかに保険企業を選択することだけである。ちなみにこういった自由が一般的に与えられたのは、古いラント法が認めていた独占が廃止されてからである(参照, 上記 Rn. 153, 93)。

- 156 b) 付保義務が法定されている場合の共通項は、もちろん以前から総ての保険でそうだというわけではなくなっているが⁽¹¹¹⁾、法が顧客が申込したときには保険者に保険契約の締結を義務づけていることである(契約の締結強制)。市民に保険の締結を強制するなら、国家はそれに応じる供給についても配慮しなくてはならない。責任保険法5条2項によれば、自動車責任保険者は通常の状況では法定保険締結の申込を拒絶できない。それどころか、沈黙は同意とみなされる(その全体については、例外及び細則も含めて自動車強制責任保険法5条3項以下を参照)。

- 157 一般的には、承諾義務が課されても特に問題はない。それどころか、保険者は新しい顧客の獲得に関心を持っている。話が違うのが『リスクが劣悪』な場合である。当然のことながら保険者は、平均以上のリスクを持ち込んでくる者と契約する際は、そのリスクに応じて高額のプレミアを受けることで身を守ろうとする。当然そのことは、保険をかけなくてはならない顧客の義

(109) 詳細は, Gitter, Sozialrecht, 3. Aufl. 1992, §§ 4 ff.

(110) 参照, § 8 Nr. 5 SGBV.

(111) 参照, Prolss/Martin, §3 Anm. 4VVG (その, § 5 II, IVPfIVG を見よ)。

務と衝突する。妥協点は、リスクのメルクマールが統計的に把握されそのリスクに応じて定義された人的範囲がプレミアムに反映されることで発見できる(例えば、初心免許取得者)。そのことで、『差別』という扇情的なネーミングから免れた区別の実質的な根拠が与えられる。自動車強制責任保険法が採用した法技術は、保険者の沈黙による契約の成立を妨げたいなら(上記)、保険を申請した当該のケースで証明可能な(!)何等かの高いリスクに応じた高額のプレミアムで保険を引き受けるという反対の申込をする負担を保険者に課すことであった (§ 5 III 1 a. E. PflVG)。

容易に差別や偏見の対象となるような分類(『……の国から来た外人』)を単純化の為にリスクのメルクマールの確定に用いるのは、保険法の問題というより政治文化のそれである⁽¹¹²⁾。国籍や人種による区別は、保険では法律で禁じられている (§ 81 e VAG)。もちろん、明らかに『劣悪なリスク』を一般の料金表で付保せよというなら、このリスクが他の保険契約者によって支払われなることになるのを覚悟しなくてはならない。そうすると、リスクとプレミアの均衡(上記 Rn. 64)という私保険の根本原理が、社会保険の支配原理たる連帯原則によって廃棄されたことになる。そして、このことはわが国の法、社会システムにおける私保険の地位如何という根本問題とかかわっており、この点については更に検討を要する(後述 Rn. 161 ff.)。

- 158 c) 付保義務は法定されているだけでなく、しばしば契約によって課されている。その例は本書の冒頭で既に紹介したように、銀行は与信に際して、その前提として顧客に(危険)生命保険の締結を求めることが稀ではない。それによって、顧客が死亡又は稼働能力を喪失しても貸金はキチンと回収できることになる。さらに、他でも契約で付保が義務づけられている例は多い。たとえば運送業におけるように、その都度契約で明示的な定めがされている場合も幾つかある。稀には、裁判所が事後的に、一方当事者は他方への保護・配慮義務の一環として付保すべきであった(例、賃借人又は賃貸人による賃借物の付保)⁽¹¹³⁾、とするケースもある。

(112) この点については, Beschlußkammer-Entscheidung von 3. 4, 1984 in VersR 1985, 653; Kaulbach の注釈を参照。さらに, Papier, ZVersWiss 1982, 461 ff. も参照。

(113) 乃至は, 買主の試験運転で発生した損害を填補すべく自動車所有者の為に車両保険をかけておくべき中古車販売業の義務。BGH VersR 1986, 492及び13 Nr. 7 IIIVOB/Bを参照。詳しくは, P/M/Prölss, Vorbem. IV 3.

2. 私的自治及び保険契約法の法体系上の地位について

159 保険者の本業の最大部分, つまり万人が締結する保険契約の中味が国家の監督下に置かれていることは, 既に見た通りである。しかも, その保険契約の多くは任意ではなく法定の義務によって締結されている。いくばくかは私的自治が支配している分野は, 以上の保険よりも経済的意味の少ない, 巨大産業と営業リスクの填補の為の保険である。

160 このような状況をもとに, 保険契約法の特色, わが国の法体系上の保険契約法の地位を推しはかることは可能である。もちろん, かくも広大な領域について確言することには, とりあえず躊躇を覚える。ここで見ていこうという土地は, 間違いなく多様な地形に分れているからである。しかもそれはこの土地のどの方向に進んでも同様であり, 加えてそれが相変らず私法の理論によってほとんど加工されていない状況だという点は, まず指摘しておく必要がある。

さて, 本書でも, それが債務法と十分に関係づけられていたかどうかは別として, 専ら個人間の交換取引の世界に由来する法的道具立てによって, 保険契約法を取扱ってきた。いずれにせよ, 契約当事者乃至は他の関係者(『危険共同体』)は, 社会的関係の干渉とは無縁で, 自由なイニシアチブに基づいて行動しているという想定の下で話を進めてきた。しかし, 事実, 万人が利用する保険のほとんどでは, どこにでもいき渡っている国家の生存保障と私保険業との関係を無視することはできない。大きな目で見れば, 私保険業界は国家の社会保障という大きな体系の中に統合されてしまったか, 或いは統合されつつある私経済の要素である。保険契約の締結が法定されている部門では, 保険者はもはや『封土された企業』⁽¹¹⁴⁾とあまり変らない地位を占めているにすぎない。その目につき易い兆候の一つとして, 保険契約者に対する自動車強制責任保険の保険者の求償をとりあげてみよう。保険契約者が事故をおこして損害賠償義務を負いながら, 例えば事故現場から逃走して保険の支払いに必要な事実の確認を困難にしたときは, 保険契約者は保険者が被害者に支払った額の少なくとも一部を補償しなければならない可能性がある(これにつき詳しくは, 後述 Rn. 340 ff., 731)。興味深いのは, 自動車強制責任法6条, 7条の定めるこの求償を AKB94の7条5項がどう具体化しているかである(付録I, II参照。§ 7 V 旧 AKBでも同様)。求償を

(114) この概念については, Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1994, § 23 Rn. 56 ff. を参照。

段階づけるのは、民事損害賠償法上のそれというより刑事法のカテゴリーである。だから、交通事故被害者の社会的保障という課題との関係では、保険者には刑事裁判官の役割が与えられていることになる。しかも保険者は私人だから、求償権の行使について何等拘束を受けず決定を下せる。その決定に服する者にとっては、決定は公法上の刑罰よりも重大な結果をもたらしかねない。

161 確かに強制保険の分野は印象深いが、問題はそれにとどまらない。例えば（付保義務のない）火災保険や私疾病保険等の保険契約が自発的に十分締結されているが故に、国家は強制保険（乃至は他の社会保障の措置）を命じていない（この点につき詳しくは、後述 Rn. 684 b）という、いわば強制保険の思想が戸口にまで来ているという局面でも、国家の大きな生存保障のシステムが構築されていると言える。生命保険や（保険企業の協力で組織されている）企業年金の私的又は半私的な老後保障も、あからさまに言えば全社会保障体系の基本的な柱であると理解されている。

162 強制保険が新たに導入されれば、一面では国家に保障された変動の少ない保険契約の需要が生まれ、保険者の安定した商売となる。しかし、他面では、国家は他の場合よりその商売を強く規制する正当性が与えられることになる。

163 こうした事情は、少なくとも付保義務が更に拡大されれば、長期的には保険契約法の適用の方法に間違いなく影響を与えるであろう。立法にとっては、このことは今日すでに自明の理である。責任保険法はずっと以前からもはや古典的な私法のカテゴリーでは整理できないものとなっている（詳しくは、後述 Rn. 739 ff.）。

VI・IV と V で銘記すべきこと

164 保険契約法の最も重要な法源は、保険契約法（VVG）である。そのなかでも特に重要なのが、保険契約法の発展の中で次第にはっきりしてきた保険契約者の保護の為の片面的強行規定である。但し、個々の保険契約類型の内容を定めるルールは、保険契約法よりも保険者の普通保険約款の中に存在する。普通保険約款は1994年7月29日以後連邦保険監督庁の事前の認可を必要とはしなくなったが、従前と同様にその監督に服していることは変わらない。加えて、普通保険約款も普通契約約款であるから、約款法の適用を受ける。

165 ちなみに、普通保険約款は法律のそれに近い効力を持っている。約款は平均的な保険契約者の理解に則して客観的に解釈さるべきであり、かつ訴訟で

は上告理由となる。

保険契約法は確かに債務法の一部ではある。しかし、その歴史的な特別な発展の経緯故に、そのルールは債務法のルールとは大分異なっている。