第6章 商品の観点から見た約款の問題

山下 純 司

1 問題状況

- (1) 約款各論の不在と困難性
- (2) 商品ごとに約款の検討をする意味
- (3) 検討対象、検討方法

2 保険

- (1) 約款の構成、位置づけ

①契約の特徴、約款の位置づけ

保険契約は「当事者の一方が一定の事由が生じたことを条件として財産上の給付を行うことを約し、相手方がこれに対して当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして保険料を支払うことを約する契約」である（保険法2条1項）。保険契約の当事者となる者は、保険者と保険契約者である。保険における約款は、保険者たる保険会社が、保険契約者たる顧客との関係を規律するために作成する⁽¹⁾。

保険契約では、保険金の給付を受ける者（損害保険契約にあっては被保険者、生命保険契約にあっては保険金受取人）が、保険契約者自身とは限られない。「第三者のためにする」保険契約が可能であり、その場合保険金の給付を受ける者は受益の意思表示なく権利を取得する（保険法8条・42条・71条）。しかし、保険契約者は、第三者の権利を変更、もしくは消滅させる権利を留保していると考えられる。すなわち、保険金請求権は保険事故の発生を停止条件とする権利に過ぎず、保険契約者は保険事故発生前に保険契約を任意解除できる（保険法27条・54条・

(1) 損害保険約款は、共同保険・再保険の必要から業界に共通の約款が用いられることがあるのに対して（保険業法101条1項2号イ）、生命保険約款は、各保険者で異なる（江頭憲治郎『商取引法 [第6版]』416頁（弘文堂・2010）。ただし、損害保険約款でも共通約款が使用される範囲が狭まっていること、生命保険契約でも生命保険協会においてモデル約款が作成されることがあることについて、山下友信『保険法』103-105頁（有斐閣・2005）。

83条)。したがって保険金の給付を受ける第三者の権利の内容は、保険契約当事者間の合意の内容に従って決定される。

②普通保険約款+特約条項

保険契約は、普通保険約款によって規律される部分と、特約条項によって規律される部分から成り立つ。前者は基本約款であり、後者は基本約款の保険保護の範囲を拡大あるいは縮小し、あるいは一部条項の適用除外を定める特約を定める約款である。保険契約者は特約条項を選択することができる限りにおいて、保険契約の内容を決定する自由を有する。しかし普通保険約款も、特約条項も、そこに記載される事項について保険者があらかじめ定めていることには違いがなく、約款であることには変わらない⁽²⁾。

③免許制、登録義務の存在

保険業を行うためには、内閣総理大臣の免許を受ける必要がある（保険業法3条1項）。免許申請手続きの際には、申請者は普通保険約款を免許申請書に添付する必要があるほか（保険業法4条2項3号）、特約条項の内容は事業方法書に明記の上やはり添付しなければならない（保険業法4条2項2号、保険業法施行規則8条1項6号）。免許審査に当たっては、保険契約の内容が、保険契約者等の保護に欠けるおそれのないものであるか、不当な差別的取扱いをするものではないか、公序良俗に反する行為を助長または誘発するものではないか、保険契約者にとって明確かつ平易といった基準から審査が行われる（保険業法5条1項3号）。また普通保険約款、特約条項の内容を変更しようとする場合にも、内閣総理大臣の認可が必要であり、同様の基準から審査が行われる（保険業法123条～125条）。

したがって、保険業において用いられる約款は、すべて行政による審査を経ていることが原則である⁽³⁾。

(2) 契約締結と約款

①契約締結前の説明義務と約款

保険契約締結前に、保険の募集を行う者は、保険契約者に対して約款を示す義務があるか。一般論としては、保険募集に当たって顧客に対して説明すべきとされている事項は限られてお

(2) 山下・前掲注(1) 110頁。

(3) ただし、審査を経ない約款により保険契約が締結されたとしても、私法上当然に無効になるものではない。

り（保険業法294条、保険業法施行規則227条の2）、保険契約の内容についての説明の義務は存在しない。

ただし、変額保険等リスクの高い投資型の保険については、保険会社は顧客に契約内容を説明すべき信義則上の義務があるとする裁判例が数多く存在し、金融商品販売法による民事上の説明義務が課されている。また、行政規制としても、保険業法による金融商品取引法の規定の準用により、契約締結前に書面交付義務が課されており、契約内容の概要を説明する義務がある（保険業法300条の2、金融商品取引法37条の3第3号）。

これら説明義務と約款の関係が問題となるが、金融商品取引法は適合性の原則により、業者に顧客の知識、経験、財産の状況等に応じた勧誘を行う義務を課しているから（金融商品取引法40条1号）、約款を交付しただけでは説明義務を果たしたことにはならず、逆に適切な説明があれば約款が提示されなくても勧誘の責任は生じない。民事上の説明義務についても、同様のことが言える。

いずれにしても、保険において約款の提示は現行法上は必須とはされていない。

②契約締結時の書面交付と約款

保険者は、保険契約を締結したときは、遅滞なく、保険契約者に対して、法定の事項を記載した書面を交付する義務がある（保険法6条・40条・69条）。いわゆる保険証券の交付を義務づけるものである。この書面は、保険契約の成立および内容に監視、保険契約者側の契約の成立および内容に関する証明を容易にするための証拠証券に過ぎないとされている⁽⁴⁾。したがって、これは約款そのものではない。保険法では、契約締結に際しての約款の提示をとくには義務づけていないことになる。

ただし、この契約締結時交付書面は契約内容に言及するものであるから、書面の記載と約款に定める契約内容に不一致が生じたような場合に、問題が生じる。この点は、書面に保険契約者に不利な内容の記載がある場合と、保険契約者に有利な内容の記載がある場合に分けて考えることができる。保険法制定前、保険証券に保険契約者に不利な内容の記載がある場合を念頭に、このような場合に保険契約者が異議を唱えなければ、保険証券の内容が契約内容となるとの立法論もあったが、前述の保険証券の法的性質を考えれば、少なくとも法律上の根拠無くそのような取扱いを行うことはできないと考えられる⁽⁵⁾。

問題は、契約締結時交付書面の内容が、約款記載の内容よりも保険契約者にとって有利な内

(4) 山下友信・米山高生編『保険法解説 生命保険・傷害疾病定額保険』229頁（有斐閣・2010）。

(5) 山下・米山・前掲注(4) 231頁。なお、立法例についてはドイツ保険契約法5条参照。

容である場合に、保険契約の内容が変更されるかという点である。この場合も、当該書面が約款そのものではなく、かつ契約締結後に「遅滞なく」交付されればよい書面であって、契約締結時に提示されているとは限らない点を考えると、書面の記載内容が一般論として当然に契約内容となると考えることには無理があるように思われる。神戸地裁平成9年6月17日判例タイムズ958号268頁は、地震保険約款が約款の規定に反する内容で締結されてしまった場合で、保険証券にも約款に反する記載がなされていたにもかかわらず、約款の内容を優先する解釈を行っている。この判決には学説から批判もあるが⁽⁶⁾、契約時交付書面の記載を信頼した保険契約者の期待が保護に値すると考えられる場合に、禁反言の法理により、保険者は信義則上書面と異なる約款の内容を主張できない場合があるといった解決も考えられるところであり、必ずしも契約内容化にこだわる必要はないようにも思われる。

③約款外合意の有効性

上記の問題は、保険者と保険契約者が、約款の内容とは異なる合意をした場合に、その合意は契約内容となるかという問題と関係してくる。この点について、さらに2つに分けて検討する必要がある。

第1は、保険者が約款と異なる内容の説明をして、保険契約者がそれを信じた場合である。この場合に、保険事業が支払保険金額と保険料が均衡を保つように設計されていることなどを重視し、保険契約者の期待よりも約款の客観的な解釈を優先させる裁判例が存在する（佐賀地判昭和58年4月22日判例時報1089号133頁、大阪高判昭和51年11月26日判例時報849号88頁）。

第2は、保険者（あるいはその代理人）と保険契約者が意図的に約款とは異なる内容を合意した場合である⁽⁷⁾。特に、保険契約者に有利な内容の合意をした場合に、契約内容となるかが問題となる（保険者に有利な内容の合意を約款外で行った場合、約款届出義務違反となり、民法90条、消費者契約法10条との関係で無効となる可能性が高いのではないか）。

この点、保険業法は、保険募集に際して、保険契約者または被保険者に対して、保険料の割引、割戻しその他の特別利益の提供を約すことを禁じている（保険業法300条1項5号）。保険会社が特定の顧客との間で、約款とは異なる内容の扱いを約すことは、この特別利益の提供に該当するおそれがある。

(6) 山下・前掲注(1) 114頁注54。

(7) 江頭・前掲注(1) 418頁注4。札幌地裁平成2年3月29日判例タイムズ730号224頁。木下孝治「ドイツ法における保険約款を変更する個別の合意の効力について」文研論集121号161頁。

そこで、この特別利益提供の禁止に違反した場合の、契約の効力が問題となる。この点は、特別利益の提供を約した場合でも、保険契約は私法上は有効であると解するのが一般的であるとされている。ただし、提供の約定については保険契約者が違法性を認識していれば無効であるとする説がある一方、提供の約定も原則としては無効とならず、ただその内容が保険契約に内在する保険契約者間の衡平を著しく害するような不合理なものであるときには、提供の約束が公序良俗に反して無効となるとする説もある⁽⁸⁾。

この問題は、保険者が保険契約者を平等に取扱うという原則が、保険法上実体的規範として存在しているかという問題に関わる。かつては、保険の社団性を強調し、上記の特別利益の提供禁止規定から、保険契約者の平等取扱に関する一般原則を導くという見解が唱えられていた。しかし現在の保険法学説ではこのような保険の社団性を強調する解釈論は支持されておらず、むしろ保険契約の個別契約性を強調する見解が有力である⁽⁹⁾。

(3) 契約変更と約款

約款の変更権留保条項（特約条項についてのみ変更）

約款の内容を、保険契約の継続中に一部変更する必要が生じる場合がある。約款が保険契約の内容を構成する以上は、本来なら改めて保険者、保険契約者間で新しい約款による旨の合意をする必要がある。しかし、そのような手続を日々踏むことは煩雑であるから、約款にあらかじめ変更権を留保する条項を挿入しておくことが考えられる。

ただし、わが国の普通保険約款には、変更権留保条項が置かれていないようであり、保険事故の発生率が著しく増加した場合に備えて保険料率の計算基礎に関して保険者による変更権が留保されている場合や、公的医療保険制度等の改正があった場合に備えての支払事由の変更権などが特約条項の中で定められている。

3 信託

(1) 約款の構成、位置づけ

信託業法は、運用型信託会社について免許制を採っている。しかし、免許申請の際の添付書類の中には、約款、契約書面の類は含まれていない。

①他益信託型

信託の設定が契約で為される場合には、委託者と受託者が契約の当事者である。信託におい

(8) 山下・前掲注(1) 176-177頁。

(9) 山下・前掲注(1) 62頁。

ても、第三者のためにする信託契約を締結することができる（他益信託）。その場合、委託者と受託者の間で交わされる約款により受益権を取得するのは、契約当事者でない第三者ということになる。

いわゆる投資信託のうち、委託者指図型投資信託は、委託者の指図に基づいて投資運用を行い、その受益権を分割して複数の者に取得させることを目的とする信託とされているため、他益信託である（投資信託及び投資法人に関する法律2条1項）。委託者指図型投資信託では、金融商品取引業者を委託者、信託会社等を受益者として信託契約（委託者指図型と委託者非指図型に分かれる）が締結されるが（同3条1項）、その際、信託約款が作成される。委託者となる金融商品取引業者が投資信託契約を締結しようとするときは、あらかじめ当該投資信託契約に係る信託約款の内容を内閣総理大臣に届け出る義務があり、かつその記載内容についても詳細な規定がある（同4条）。

②自益信託型

これに対して自益信託、すなわち委託者と受益者が同一の場合については、信託契約約款が直接に問題となる。信託銀行の約款を見ると、総合口座に関する取引約款を交わした上で、例えば指定金銭信託約款が交わされる。

貸付信託は、1個の信託約款に基づき、受託者が複数委託者との間で締結した信託契約により受け入れた金銭を、主として貸付、手形割引などの方法により合同運用する金銭信託であり、受益証券によって受益権が表示されるものとされており（貸付信託法2条）、自益信託型の商品類型である。この貸付信託については、信託約款の記載事項についても詳細な規定があり（同3条1項および2項）、かつ信託約款について内閣総理大臣の承認を受けることを要する（同4条）。信託約款の変更についても、内閣総理大臣の承認を必要とする（同5条）。

投資信託のうち、委託者非指図型投資信託は1個の信託約款に基づき、受託者が複数委託者との間で締結した信託契約により受け入れた金銭を、委託者の指図に基づかずに主として特定資産に対する投資として合同運用する金銭信託であり（投資信託及び投資法人に関する法律2条2項）、かつ受益証券の取得は委託者の権利義務の承継原因とされるから（同51条）、委託者が受益者を兼ねる自益信託である。信託会社等がこの投資信託契約を締結する場合に作成する信託約款も、内閣総理大臣への届出を必要とし、その記載事項についての詳細な規定がある（同49条1項および2項）。

(2) 契約締結と約款

①契約締結の際の説明、書面交付義務

信託業法25条は信託契約の内容説明義務を課している。これは、信託会社の商号、信託目的、信託財産の管理処分の方法、受益権の譲渡手続に関する事項、受託者の公告の方法などについて説明をする義務であるが、その説明の内容、方法、程度については、委託者の知識・経験等に応じて、適合性の原則（信託業法24条2項）に従って行うことが求められている。したがって約款の内容をただ説明することでは済まされない。

信託業法26条は、信託会社が信託契約により信託の引受けを行ったときに、「遅滞なく」、同条に列挙される事項について明らかにした書面を交付する義務を課している。個々に列挙される事項の多くは、信託契約書・信託約款に記載される事項が多いため、これら書面の交付によって、義務が果たされたとみることができるが、逆に言えば信託業法上は、契約締結前の約款交付義務は存在しないことになる。

元本割れリスクがあり投資性の高い特定信託契約については、信託業法24条の2により金商法の準用を受けるため、損失を生ずるおそれなどについて特に説明をする義務があり、また契約締結前の書面交付義務が存在する（金融商品取引法37条の3）。ここでの書面交付義務の内容は、前述の26条の契約締結時交付書面と重複する部分も多い（信託業法施行規則30条の23）、同じ書面を二度交付することも考えられる⁽¹⁰⁾。

委託者指図型の投資信託においては、委託者たる金融商品取引業者が、当該投資信託契約に係る受益証券を取得しようとする者に対して、投資信託約款の内容等を記載した書面を交付する義務がある。ただし金融商品取引法2条10項に規定する目論見書に当該書面に記載すべき事項が記載されている場合などはこの限りでない（投資信託及び投資法人に関する法律5条1項）。

投資信託約款の内容を記載した書面の交付義務は、委託者非指図型の投資信託に準用される。この場合、受託者となる信託会社等が、委託者兼受益者に対して書面交付義務を負うことになる（同54条）。

②約款外合意の可能性について的一般論

契約締結前の説明、あるいは契約締結前に交付された書面が、信託約款と一致していない場合については、他益信託型の信託商品と、自益信託型の信託商品で分けて考える必要がある。

他益信託型の信託商品の場合、受益権の内容は委託者と受託者の間の契約で決まるのであ

(10) 小出卓哉『信託業法』125頁（清文社・2008）。

て、受益者に対して受益権購入契約の段階においていかなる説明が為されたかは、受益権の内容を左右しないと考えられる。特に、委託者指図型投資信託の受益権は受益権を平等に分割することを意図しており、信託の元本の償還及び収益の分配に関して、受益権の口数に応じて均等の権利を有するものとされる（投資信託及び投資法人に関する法律6条3項）。委託者たる金融商品取引業者の不適切な説明や書面交付は、不法行為説明責任を発生させる根拠とはなり得ても、受益権の内容に影響を及ぼすことは予定されていないと言わざるを得ない。

これに対して、自益信託型の信託商品の場合は、委託者が受益者を兼ねるから、信託約款とは一致しない契約内容の説明ないし書面交付があった場合に、信託契約がいかなる内容のものとして成立するかという問題が生じる。委託者非指図型の投資信託の受益証券については、受益者が均等の権利を有する旨の規定はない（投資信託及び投資法人に関する法律50条3項は、同法6条3項を準用していない）。ただし、この種の投資信託商品でも合同運用が為されるため、一部の受益者について異なる扱いをすることは実務上予定されていないことは確かである。

そこで、合同運用の為される信託の受益者間で、異なる取扱が約された場合、どのような効果が生じるかという問題を考察する必要がある。この点、合同運用信託の受益者間の公平取扱義務は、信託法33条が規定する公平義務の問題ではなく、個々の信託関係における善管注意義務の問題であると整理されている⁽¹¹⁾。したがって、一部の受益者を特に有利に扱うことを約したような場合には、そのような合意は有効とし、他の受益者との関係で善管注意義務違反の問題として処理する可能性があることになる。

③投資信託における損失補てん合意の有効性

信託業法24条1項4号は、信託会社が委託者・受益者に元本補填を行うことを禁じている。これは信託会社を破綻のリスクから保護するためである。信託兼営金融機関については、十分な財産的基礎が認められることを理由に、一定の信託について元本補填等を行うことが認められている（金融機関の信託業務の兼営等に関する法律6条）。

そこで、この業法規制に反して元本補填契約を締結した場合の私法上の効果が問題になる。この点は証券取引についての、最判平成9年9月4日民集51巻8号3619頁が損失補償が証券取引秩序において許容されない反社会性の強い行為であるとの社会的認識の形成を根拠に、そのような契約を無効としており、信託取引についても同様の結論を導くことができよう⁽¹²⁾。

(11) もっとも、信託法33条の公平義務自体が受託者の善管注意義務の具体化と位置づけられていることについて、寺本昌弘『逐条解説 新しい信託法〔補訂版〕』135頁（商事法務・2008年）。

(12) 公序の判断時点について最判平成15年4月18日民集57巻4号366頁を参照。

(3) 契約変更と約款

①信託法における信託の変更

信託の変更に関する規律は信託法に規定がある（信託法149条以下）。原則は委託者、受託者、及び受益者の合意による（同149条1項）。受益者が複数いる場合、受益者の意思決定は全員一致によるのが原則であるが、信託行為に別段の定めをおくことができ（同105条）、また受益者集会を組織して多数決による意思決定を行うことも可能である（同106条以下）。なお、受益証券発行信託の場合、受益者集会における多数決による意思決定が原則となる（同214条）。

いずれにせよ、他益信託を利用した投資商品において、契約内容が変更される場合には、受益者が契約内容の変更にある程度関与することが可能である。なお、信託の変更に異議ある受益者は、受益権取得請求権を行使することで投下資本の回収を行うことができる（同103条）。

ただし、信託の変更に関する規律は任意規定であり、信託行為において変更の方法を定めることは可能である。したがって約款に変更権を留保することで、約款の内容を受益者の意思に反して変更することは可能である。

②貸付信託、投資信託の規律

貸付信託について信託約款の変更には内閣総理大臣の承認が必要であることは既に述べた（貸付信託法5条）。受託者は、信託約款の変更について承認を受けた後、直ちに、1か月以上の期間を定めて、変更の内容および変更について異議のある受益証券の権利者が異議を述べるよう公告する義務がある（同6条1項および2項）。受益証券の権利者が期間内に異議を述べなかった場合には、当該権利者はその変更を承諾したものとみなす（同3項）。異議を述べた受益証券の権利者は、受託者に対して受益証券の買い取りを請求できる（同4項）。

委託者指図型投資信託の信託約款の変更については信託約款の変更内容を内閣総理大臣に届出する義務がある（投資信託及び投資法人に関する法律16条）。この場合、投資信託約款の重要な内容を変更する場合、書面による決議が必要である（同17条、同法施行規則29条）。書面決議において当該重大な約款の変更に反対した受益者は、受託者に対して受益権買取請求権を行使できる（同18条）。これらの信託約款変更に関する規定は、委託者非指図型投資信託の場合に準用される（同54条）。

③信託の変更に関する規律の及ぶ範囲

上記のように、信託の変更の規律は、委託者もしくは受益者の関与を原則とし、受託者が変

更権を一方的に行使できるものとはされていない⁽¹³⁾。

そこで、信託約款に記載された事項について変更をする場合、常にこのような規律が及ぶと考えるべきなのかが問題となる。例えば、信託業法26条が記載を要求している受託者の公告の方法や信託財産に関する租税に関する事項などを信託契約書に記載して、契約締結時に交付した場合、広告方法や租税に関する事項を事後的に変更する場合に委託者の承諾等が必要かという私法上の問題が発生する⁽¹⁴⁾。

この問題は、信託法の適用を免れ得るかというレベルと、委託者と受託者の間の契約としての性質を免れ得るかというレベルに分けて議論する必要がある。前者については、これらの記載は信託約款に記載されていても、信託契約そのものの内容ではないと考えることは可能であると思われる（したがって、信託の変更に関する規律は及ばない）。そこで後者、すなわち信託契約とは別の、委託者と受託者の合意内容と見ることが可能であるかという問題が残る。この点は、解釈によると言わざるを得ない。

4 付記

ここでは、ここまでの検討を踏まえた上での最低限の指摘のみに留める。

(1) 預金約款との関係

預金契約は、基本的に銀行と預金者の二者間の契約であり、保険や他益信託の場合とは異なり、第三者が関与することは原則として生じない。預金約款では、普通預金、定期預金といった預金の種類ごとに約款が定められているのが普通であり、また顧客の選択によって、特約条項を付加する形になっていることが多い。銀行業自体は免許制が採られている（銀行法4条）が、保険のように、個別の約款について行政的な審査があるわけではない。

銀行法上の規定としては、12条の2第1項において、預金者等に対する情報の提供を定めており、「内閣府令で定めるところにより、預金等に係る契約の内容その他預金者等に参考となるべき情報の提供」が義務付けられる。具体的な情報提供の内容は、銀行法施行規則13条の3

(13) 実際の約款もそのようなつくりになっている。たとえば2010年11月現在使用されている住友信託銀行指定金銭信託約款19条1項には、「当社は、受益者の利益のために必要と認められるとき、またはやむを得ない事情が発生したときは、金融庁長官の認可を得て、または委託者及び受益者の承諾を得て、この信託約款を変更できるものとします。」と規定する。

(14) 小出卓哉『信託業法』129頁。こうした問題を避けるために、①信託契約と契約締結時交付書面とを別々に交付する方法や、②信託契約書に、当該記載事項については、委託者の承諾なしに変更される可能性がある旨を規定する方法を推奨する。

が定めているが、約款そのものの提示を要求しているわけではない。

契約内容の変更については、約款の中に銀行が変更内容等を公表するなどしかるべき手続を経れば、契約内容を変更できる旨の条項を置くのが一般的である。

(2) 債権法改正との関係

一般の債権法改正により定型約款に関する規定が置かれる予定である。上記で検討した保険約款、信託取引の約款、預金約款は、そこでの定型約款の定義である、「定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」に該当するものが多いと思われるため、これらの約款を各契約の内容とするためには、一定の要件をみたす必要がある（改正法案548条の2）。もっとも、ここにいう「定型取引」の定義である「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」の範囲については必ずしも明らかでなく、また契約内容化の要件についても条文文言からは不明な点が多い。

金融機関の用いるある契約条項が定型約款に該当する場合には、定型約款準備者である金融機関は、顧客の請求に応じて、当該定型約款の内容を表示する義務がある（改正法案548条の3）。同条の反対解釈として、顧客の請求がなければ約款を示す必要はなく、従来通り、約款の提示あるいは交付は必須ではないことになろう。また、この義務に違反した場合の効果については、条文上は明らかではない。

また、今回の改正によって定型約款の変更に関する規定が設けられ、一定の場合には、定型約款を変更することにより、相手方と個別の合意をすることなく契約内容を変更することが可能になった（改正法案548条の4）。ただし、どのような場合に定型約款の変更が認められるのかについては、条文上は必ずしも一義的に決まる文言にはなっていないように思われる。

(3) まとめ

一口に約款といっても、その商品特性に応じてその契約内容は様々であり、また規制についても個別の業法的な規制によって行われてきた。従来の約款論は保険約款を念頭において行われたものが多いが、保険約款の議論が他の商品にも当てはまるのかは慎重な検討を要する。債権法改正により定型約款に関する規定が置かれることにより、約款の契約内容化要件、約款提示義務、約款変更の領域においては、より一般的な議論が進展することが期待される。