

慣習と約款との交渉

米谷隆三

目次

- はしがき
- 一 慣習の形成と性格
- 二 商慣習の形成から約款の形成
- 三 取引慣行による約款の把握
をばり

はしがき

慣習の問題といひ、約款の問題といひ、何れも深刻なる問題性を包蔵してゐることは、學界のひとしく知るところである。これらの問題性は色々の見地から、また、様々の仕方において提起されてゐる。殊に制定法と慣習法との關係は教科書的にも取り擧げられてゐるところである。今、われわれは慣習と約款との交渉を扱ふことに問題を限定せ、

んとするのである。

慣習の法學上の問題については、既に、ローマのコンスタンチン帝の時代より問題とするところである。即ち、制定法を主流とするローマ法においては、制定法の慣習法への優越性が承認されたのである。これに反して、ゲルマン法においては、一般的に、慣習法が制定法よりも、より高次の意義を有つたものである。詳言すれば、ローマにおいては既に十二表法 (*leges duodecim tabularum*) の時代より慣習法を修正する眞實の自覺的な制定法の形成を見、そこに自ら制定法と慣習法との效力の優劣に關する問題が關心となつたのである。ゲルマンにおいては成文法が現はれても、それは現存せる慣習法の表現形式と理解され、本質的には慣習法の單なる記録たることを通例としたのであるとされてゐる。だが、慣習乃至慣習法なる概念は

それ自ら民族的社會學的なものであり、歴史的には、一般に慣習法が法的規範の最も原型であることは、ローマ・ゲルマンを問はず何れの土地においても共通にいはいはれなければならぬのである。殊に、ドイツにおける歴史法學の下にあつては一切の法は慣習法と稱せられる仕方において發生するものとされるのである。たしかに、法の歴史性からいへば、一切の法の基底には慣習法がなければならぬのである。法の制定者と雖も、決して、社會的に行はれる事實を無視して法を制定するものではない。さればとて、また、法の制定者は決して社會に行はれる事實をそのまま無批判的にとりあげて法を制定するものでもない。制定法が形成される契機には、慣習を尊重し、單に、これを闡明するにとまることもあるが、また、社會的理念に従つて法を制定することもある。即ち、制定法には事實性をそのままとりあげることもあるし、また、合目的性をもつこともある。されば、一般的にいへば、慣習法と制定法との問題は、つまり、法における事實性に價値を置くか、又法における合理性に價値を置くか、といふところから解決されることである。今、われわれの問題とする慣習と約款との交渉も、

この慣習法と制定法、殊に、商慣習法と制定法との交渉に一つの問題を有つのである。蓋し、約款は既に制定的基礎を有つ契約内容たるところに制定法の一つと理解されるからである。

約款の法學上の問題は極めて近時に屬するのである。それは一應所謂契約自由の原則の副産物として、近代の集團的・多數取引處理の合理化運動の齎したところであり、契約内容の獨占的立法化による經濟力獲得の手段とされたところに、時代の關心を集めたのであつた。そして、約款そのものは法律行爲的なものから制定的基礎を有つところの法規的なものへと進み、主として商慣習を反省しながら漸次契約の様態から客觀法へと昇格してゐるのである。又、この約款が定型化・合理化と共に客觀法化されるに従つて、そこに、客觀的なものと主觀的なもの、即ち約款自體と約款による契約との區別が認識されるに至つたのである。そして、この約款による契約そのものにおいて、約款に附合乃至指定といふ約款に拘束力あるものとして、承認する行爲が認識されるのである。この附合乃至指定は、われわれにおいては約款の規範性に起發性を與へるのであり、そこ

に、最早意思表示を必要としない程度に何ものかが附合乃至指定を規制するのである。この學問的處理において、約款自體と離れて當事者の指定意思が取引慣習によつて規制されると理解するものがある。ここに約款への慣習の有つ意義の重要性が示される。このことは、例へば、保險、運送等の大企業の契約におけるが如く、約款の使用が取引上慣用と見られるやうに、板についてゐる約款にあつてはさやう理解されるとするのである。果して然らばここにも慣習と約款との交渉が認識されるのである。

われわれは慣習と約款との交渉を問題とするにあつて、その内的交渉としての慣習法と制定的約款との形成を取扱ひ、また、外的交渉としての約款指定の慣行性を中心としての約款指定の理論の素描的理解を試みよう。そしてわれわれの見解では、結局、企業における合理精神の展開においては、約款が慣習に代位し、また、約款指定が慣行に規制されると理解することの不充分性から、約款もその制定的基礎を有つものたる限り、約款制定者たる企業の理念の有つ權威に規制されることを簡單に結論づけようと思ふ。

ここに豫め、一言することは、われわれの理解では、慣

習と慣習法との同一性であるといふことである。慣習法が單なる慣習即ち所謂事實たる慣習と觀念的に區別される所以のものは慣習法が事實たる慣習よりも、ただ、その規範性たる性格において相對的に強度たるところになければならぬ。通説は同一性を否定するのであるが、近時進歩的學者は漸くこの同一性を肯定する傾向にあるのである。われわれはかやうな線の下に本論を取扱ふ。

(註1) 恒藤(恭)、羅馬法に於ける慣習法の歴史及理論、一九二四年 九四—九六頁。

(註) 田中(耕)、法律學概論二八二頁、西原教授は明白に、解釋學的にも民法第九十二條に所謂事實たる慣習も亦慣習法の一種に過ぎないとされるのである。西原、日本商法論第一卷二二—九頁。

Raiser も社會學的又解釋學的に取引慣習(Verkehrssitte)と慣習法(Gewohnheitsrecht)との同一性(Identität)を主張するものがある。この見解は既にDanzによつても主張されてゐる(Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3 Aufl., 1911, S. 118 ff.)。

一 慣習の形成と性格

われわれの課題としての慣習の形成とその性格とは、慣習をめぐる全的考察ではない。本題の前提として慣習の形成とその性格とを一應理解せんとするのである。

さて、慣習又は慣習法は一つの社會における立法者の制定にかかる法ではなく、その社會内において慣習の形式の下に形成される法である。されば、これはそれ自ら社會學的なものとしてある。慣習又は慣習法の形成される要件は、第一に、一定の事實が度々慣行されるといふ反復性を必要とすることである。

第二に、それが度々慣行されることの法的性格の内容たることを必要とする。この法的性格の内容、換言すれば、規範性には弱度なるものから強度なるものへの度合がある。ここにその度合により相對的に弱度なるものにおいて所謂事實たる慣習が把握され、強度なるものにおいて法たる慣習が把握されると理解しなければならぬ。

事實たる慣習もこれが法的性格の内容をもつには、これに反する行動が不正であると、一般に認識される程度に達

しなければならぬ。この程度に達した慣習が所謂事實たる慣習にして、當事者がこれに従ふ意思を有つ場合のみ、その效力をもつものとせられ（民法第九十二條）當事者の意思表示を補充し、その意思を明瞭にするのである。慣習の規範性が強度になると、そこに、所謂法的確信を伴ふに至るのである。そして、これに反する行動が違法性を顯示するところに所謂慣習法が形成されるのである。かくて、概言的には、慣習法ともなれば、最早各人が慣習に従ふことを法に従ふものと意識せることを敢て必要とせず、無意識的に慣行されることを以て十分とするのである。ともあれ、慣習又は慣習法は社會生活における人間の一定の事實が反復的慣行を通じて法的理性において形成されるものである。慣習法の形成は制定法の出現以來はその未だ發展せざるところに多く形成されるのである。このことは國際法の分野において現在も慣習法の形成が甚だ活潑であることによつて裏付けられるのである。また慣習法が顯著に形成される分野は商法の範圍においてである。この商法分野における慣習法の顯著なる形成には自ら別の事情がある。即ち、商法の規制する企業の機構と活動は極めて複雑性に富み又

發展性に富むために、よく制定法を以てしては規制し切れないものであるからである。しかも、經濟の實用はその擔手たる企業において、最もよく熟知してゐるために、いはば第三者的な國家の制定法を以てしては經濟の實用を無視する危険があるからである。

今、この商法分野に形成される慣習法即ち所謂商慣習の形成を見るに特異にして且つ興味あるものがある。それは一般慣習法と異なり半ば意識的に形成され又合理的に形成されるのである。従つて、慣習法の形成とはいふものの商慣習法の形成は、むしろ、制定法の形成に近似してゐるのである。されば、田中(耕)博士は「商慣習法は民族精神に非ずして二、三の天才の發明に出づることあり、この場合、その性質において政府立法と全く異なるものはない」とされるのである。

學者は一般に慣習法と制定法とを對比的に取扱ふことを常とする。さりながら、商慣習法は商制定法と同じく合理性を以て現實を歩むところに半ば意識的に形成されるのであるから、商事に關する慣習法と制定法とは少くとも、その形成と性格において對比さるべきではなく、商慣習法は

制定法と同一の線に形成されるものであり、しかも先驅的に形成されるのである。されば、商法の範圍においては慣習法は制定的基礎を缺く以外に商制定法とその形成及び性格において相異するところがないといはなければならぬ。換言すれば、商法分野に關する限り慣習法と制定法とは内容の明確性においてのみ、著しい相異を示すに過ぎないといへよう。商制定法は既に慣習を取り上げて形成されるものである。されば、それは慣習法的制定法である。商慣習法は既に意識的・合理的な制定的形成を有つ慣習法といふこともいへなくはない。

(註1) 慣習をめぐら法律史的・法理的・法律解釋學的・社會學的又法律社會學的・法律哲學的研究として橋本「慣習法の法源性」「社會法の研究」所收參照。

(註2) 田中(耕)、法律學概論二八一頁。

(註3) 一般の慣習又は慣習法は無意識的・自然的なる法として形成されるのであるから、慣習法の形成について社會構成員の默示的承認又は共同の法確信、更に、主權者の認許を必要としないといはなければならぬ。商慣習法についても、それが半ば意識的に形成されるものではあるが、自然發生的なる法たるこ

とに異なるから同様に理解すべきである。事實が慣習か慣習法かといふことは、結局裁判所の決定を俟つ外はないが、これは裁判所が慣習法の形成を確認するに外ならぬのである。近代においても、重要な役割を有つ英國慣習法の形成要件として、

- (一) 超記憶的古さ (immemorial antiquity)
 - (二) 繼續性 (continuity)
 - (三) 平穩性 (peaceable enjoyment)
 - (四) 合理性 (reasonableness)
 - (五) 確定性 (certainty)
 - (六) 拘束力 (obligatory force)
 - (七) 兩立性 (consistency)
 - (八) 合法性 (legality)
- 等が擧げられてゐる。高柳、法源理論一七二頁參照。

(註4) K. Tanaka, Fonction de la coutume en droit commercial, p. 10.

一般に慣習法の性格については、恰かも矛盾するが如き判定が下されてゐる。即ち、橋本博士の分析によれば、一つは慣習法が明確性を有つとせられるに對し、却つて慣習法は不明確性をその性格とする¹⁾とされることであり、二つは、慣習法が保守性を有つとせられるに對し、却つて慣習法は進歩性をその性格とする²⁾とされることである。成程、或種の慣習法は國民生活全體に長く固着し、廣く知られて

ゐるものがある。そこに保守性と明確性とを保有するものがある。又、或種の慣習法は不確定な人々の範圍に漠然と意識されてゐるにとまるために、その不明確性がその特質たるが如く把握され、又或種の慣習法は新事態への即應性を以て、その彈力的進歩的性格を保有するものがある。従つて、一般に慣習法の性格を把握するには、個々の具體的な慣習法内容について判定しなければならぬのである。即ち、個々の具體的な慣習法をとりあげて、その慣習法の評價をなすべきもので、一般的に慣習法の評價をなすべきものでない。されば、田中(耕)博士も慣習の傳統性非合理性と制定法の進歩性合理性の一應の對照をなされつつ、特に、商慣習法についての、その合理性と進歩性を認められてゐる³⁾。かくして、商慣習法についてはその形成は勿論、その性格においても制定法的であるといへる。このことは、制定法の立法者と同じく、否、制定法の立法者以上に、商慣習法の形成者たる經濟人が合理性と進歩性とを有つからに外ならぬのである。

尚、商慣習法に關する限り、その性格は最も原始的であり、且つ最も斬新的である。又、最も普遍的である。即ち、

現在において法典化されてゐる商事の各制定法は、嘗つて西歐において商慣習法として發達し來たりしものが、偶々法典編纂による國內統一に際して、成文化されたもの以外ならぬのである。又、極めて、古く法の制定史を見て、商事に關する限り、その制定の材料を慣習法に求めてゐたのである。従つて、商慣習法は原始的性格を有つものといふ。

商慣習法の原始的性格は同時に斬新的な性格である。商慣習法の形成には、常に合目的反省を伴ひ、經濟の現實に即應して行くものである。このことは商慣習法が制定法の固定性に對して批判的に現はれ、時に、制定法を變更し、商制定法の改正を顯繁に促すところに見られるのである。従つて、商慣習法は一般慣習法の保守性に反して進歩的な斬新性を有つものといへる。

商慣習法の斬新的進歩的性格は更に普遍的性格として展開する。その存在は超國家的なものがある。これは一に、商慣習法の形成者たる經濟人が國際的に廣い舞臺に活動するものとして、合理的普遍的性格をもつところに反映するものと理解される。

まことに、商慣習法は慣習法とはいふものの、その性格は制定法に近似し、否、制定法たる民法よりも、より合理性を經濟の實用において發揮するのである。さればこそ、我が商法第一條の有名な宣示があるわけである。

商慣習法の大略の性格は以上の如くであるが、それは制定法に比し制定的基礎を缺くところに合理性が少いこととなり、その故に自らの病弱性を示すのである。Vivante は慣習の有つ病弱性 (*infermità della consuetudine*) なるものを指摘したることは吾々の嘗つて取扱つたところである。³⁾ この病弱性の顯著なるものは、その存在の認定における不明確性である。ここに商慣習法の病弱性を健全化する合理的方法として國家制定方式を眞似て企業自らが商慣習を制定的基礎の上に置くこととなる。われわれの課題とする約款形成の契機の一つはここにあるのである。

(註1) 橋本、上掲三四二頁参照。

(註2) 田中(耕)、上掲一八五頁以下。

(註3) 拙稿、「組合制における定型約款をめぐる課題」一橋論

叢十一卷四號五四頁参照。

二 商慣習の形成から約款の形成

既に一言したるが如く、ローマ法におけると又、ゲルマン法におけるとを問はず、いづこにあつても、慣習法が制定法に先行したものである。殊に、ゲルマンにおいては、慣習法の形成が制定法の形成よりも主流を行つたものである。しかし、このところにおいても經濟人の生活の場たる都市にあつては慣習法の外に意識的な法の定立が全面に進んでゐたものである。そこにおいては *Satzungen* といつた概念の下に、より高次の意思秩序として客觀法が形成されてゐたのである。このことは既に *Gierke* の指摘したところである。又、既に、十三世紀の初葉以來、私人の手による法文書の編纂を見たのである。しかも、その何れについても、多く、商慣習法を吸収したものであつた。この私的立法こそ今日の約款法の素朴な過去の姿であつたといへよう。まことに、商慣習法は公的立法においても、私的立法においても、商制定法の内容をそのまま大體提供して來たのである。しかし、ヨーロッパの中世から近代への法律生活の轉換への過程において、近代法典編纂の大運動と

關聯して國家制定法の壓倒的優越のために慣習法は殆んど全く無視せられるの情勢となつたのである。ところが成文法典の漸くにして固着するに至ると共に、再び慣習法に對する期待が刺戟せられ、殊に機構の複雑性と發展性に富む企業活動の分野においては商慣習法の存在は愈々重視されるに至つたのである。この時にあたつて企業取引處理の劃一化敏速化のため定型的なる約款も亦形成されて來たのである。ところが、商慣習法はその存在が明瞭でないところに、その存在の認定は困難でありここに、商慣習法の明確化といふ合理精神の端的な要請の下に商慣習の編纂 (*Die Kodifikation von Handelsbräuchen*) といふことが提唱され、制定的基礎の上に商慣習をそのまま實現するに至つたのである。ベルリンの商工會議所を主とする一連の獨逸商工會議所が所謂法典化商慣習 (*Kodifizierte Handelsbräuchen*) の形成に立入るに至つたことはこれである。この法典化商慣習の形成は主として原料品、卸賣商業の分野に見られた。即ち、商工會議所のそれぞれの地區内における經濟層の勸奨と協力のうち、各部門の取引のための商慣習を約款の形式で設定し、公告したのであつた。例へば、

ベルリン商工會議所の地區に例をとれば、ドイツ馬鈴薯約款 (Geschäftsbedingungen für den deutschen Kartoffelhandel)、ベルリン鶏卵取引約款 (Geschäftsbedingungen für den Berliner Eierhandel)、ベルリン果物蔬菜、穀物果實取引商慣習 (Handelsgebräuche des Berliner Ost-Gemüse- und Südfruchthandels) その他があつたのである。

この法典化商慣習の性格についてはドイツにおいて學問的な論議が行はれたのである。一體かかる法典化商慣習を果して商慣習として承認すべきや、又約款とみななければならぬかといふ問題は議論の存するところであらうからである。本来、約款の性格は商慣習に極めて類似するところがあるが、しかし、約款そのものは商慣習ではあるまい。しかるに、その類似性の故に直ちに、約款が屢々商慣習として特徴づけられ、或は上述の所謂ベルリンの手續 (Berliner Verfahren) によつて商慣習であると解釋せられ、又、約款が當該部門において慣行されてゐる以外の何ものでもない⁽²⁾とされたのである。更に、又約款が長い間排他的に用ひられてゐるがために、その使用とその内容が商慣習に壓

縮され、そのために約款獨特の性格が失はれたとするのである。⁽³⁾これに對してかかる法典化商慣習を商慣習として承認するには極めて慎重を要するとし、少くとも約款と見なければならぬとするものがある。又、約款を一定期間經過後商慣習として宣言することは出来ないものであり、法典化された商慣習は決して存在することの出来ない矛盾であるとする。⁽⁴⁾殊に、商工會議所のかかる活動に對してその階級性の故に激しい攻撃を加へ、これはむしろ法律によつて禁止するに如かずとするものがあつた。⁽⁵⁾

たしかに、約款と商慣習との間にある限界は所謂法典化慣習において抹殺される危険性がある。そして、この場合裁判所は一つの條項をその本質において、約款の構成部分として適用すべきか又商慣習として適用しなければならぬのかといふことは迷はなければならぬ。さりながら、兩者の區別の存する點は效力の基礎に認められよう。商慣習にあつてはその效力の基礎は法律がその解釋適用への基底をなして居り、約款にあつては、それが契約内容として援用される何等かの基礎に置かれてゐる。われわれはこの基礎を單なる當事者の意思に求めることなく、又推量される意

思に求めることなく、又擬制された意思に求めることなく、更に慣習に求めることなく、企業理念に基く權威に求める。この點は後に考察しよう。

ともあれ、所謂法典化商慣習は慣習より約款への過程を物語るところの注目すべき現象である。われわれの理解においては法典化商慣習は既に約款に變質したものと考へる。慣習が制定的に約款化されることは、商慣習法の進歩的合理性が、更に一步を進めて來たものであり、一方、慣習をして固定化せしめるが、他方、慣習をして永續化せしめるといはなければならぬ。この事情は商慣習法を吸収して形成された商制定法の場合と異るところがないのである。商慣習法はその永續性のために、そこに一般的同意が慣習法形成の要件ではないとしても一應これを推定せしめるものがある。しかしその一般的同意は暗黙的にして且つ無名的であり、慣習法そのものとしての不明確性はまぬかれない。今、商慣習法が約款といふ制定的基礎を有つものに典型的に取り上げられると、商慣習法の有つ病弱性たる不明確性は癒え、商慣習法よりも、より合理性に富み、取引の劃一化、敏速化に役立つに至り大なる價值を有つことに

なる。さればこそ、經濟活動において複雑なる機構を有つた企業は愈々合理精神を發現し、嘗つての商慣習依存に代へて約款を活躍せしめるのである。されば、大企業の出現は慣習をして過去のあはれな價值のみを有たしめ、約款がこれに代位して取引の現實的要請に従ひ經濟生活の現實性に最も粘着力を有ち、そしてそれは絶えず進展する現實そのものに即應して流動的彈力的性格を發揮してゐるのである。かやうな動向を直視してイタリヤ法曹は慣習の方面から約款が慣習に代位するものとの見解に傾くのである。

もとより、現時の經濟においても商慣習の約款を離れての形成を承認しなければならぬ。さりながら、こと、企業の大規模活動に至つてはよく慣習法その使命を果し得るものではない。

要するに、商慣習法の進歩的合理化の極致において、こと企業の大規模活動に關する限り、商慣習が約款に變移し、約款が商慣習法に代位し、商慣習法の權威を維持し、その技術的合理性を高度に發揮してゐるものである。今や、約款は近代の經濟生活においては缺くべからざる經濟的法的裝置であり、われわれは *Viribus* と共に慣習法の性格自

體が現代經濟の要請に即應しないことを認めねばを得ない(註6)。おこして、商慣習法はその大企業の活動に關する限り、既に過去の存在となつてしまつてゐるのである。

(註7) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II Bd, 1873, S. 683.

(註8) Hodum, Die rechtliche Bedeutung der Geschäftsbedingungen, 1931, S. 24.

(註9) Mielke, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, 1933, S. 67.

(註10) Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 46.

(註11) Rühle, Lieferungsbedingungen im Recht der Marktordnungen, 1938, S. 63.

(註12) Schreiber, Handelsbräuche, 1922, S. 17.

(註13) 約款が慣習に代位する點をめぐる問題(ノイマリア法曹の論議)について、拙稿「組合制における定型約款をめぐる課題」一橋論叢十一卷六號五七頁以下参照。

Hodum は約款と慣習との交互關係を論じ、この兩者は共に經濟生活といふ地盤の、一方は古くからの現象であり、他方は極

めて新しい現象であるといふのである。Hodum, a. a. O. S. II ff. (註14) Vianale, Ancora del Contratto-tipo, Riv. Comm. arcio, 1931, 3—4, pag. 146.

三 取引慣行による約款の把握

約款は契約内容として法律行為的なものであつたのが、定型化されるに従ひ、漸次約款そのものとして客觀的存在となるのである。そして約款に準據する契約に法律行為の主力が移り、それが個別契約の各の下に所謂多數契約の一環として認識されるに至るのである。この場合、約款と個別契約との交點は佛法における附合 (adhesion) であり、獨法における服從 (Unterwerfung) 乃至指定 (Verweisung) であり、準據に外ならぬのである。この附合乃至指定をめぐつて約款の基礎理論が構成され、ここに主觀的な方面に重點を置くか、客觀的な方面に重點を置くか、とにかく主觀と客觀との接觸があるのである。そして、このところに眞摯な問題性を取り上げたのが佛法の附合契約論である。そこにおけるこの附合の性格についてはわれわれの多少の研究がある。即ち、主觀への重點の置きどころにより、

附合は全部的意思の合致と理解され、又包括的共同意思の合致たる包括承認と理解されるのである。しかるにツランスの Louis Lucas は附合を以て締約の利便及び慣行に即して附合者が意欲せるものと解し、主観が或る地點まで撤退するといふ理解をなすのである。ここに附合への慣行性を一部承認してゐるが如くである。ドイツの Hodum は約款と慣行との交互關係を認識し、一つは慣行が約款に吸收される場合、他は約款が取引上慣行されることにより一般取引慣習へと發展して行く場合ありとし、取引慣行としての基礎を得た約款はドイツ民法第五十七條及び商法第三百四十六條により法的に拘束性が基礎づけられるものとし、この取引慣習を認識手段として契約当事者が約款による意思ありしことが明かにされるものとする。³⁾

約款への個別契約による準據に慣行を以つて理解せんとすることは、たしかに主観的なるものへの客観的なるもの導入として示唆されるところがある。さりながら、これらはその約款の準據乃至使用そのものに分析を缺くところがある。ここに、Raiser は契約成立自體に關する意思表示と約款採用に關する意思表示を理論的に明確に分析し、

約款準據に當事者の指定意思を想定し、これが解釋により確認されるものと、取引慣習によつて規制されるものがあるとし、取引慣習の有つ重要性を認識するのである。そして、當事者の意思を一應尊重しつつ、取引慣習を以つて主観的なるものと客観的なるものとの調和を圖らうといふ行き方をとり、彼の指定理論を構成するのである。⁴⁾ Raiser は一般に法定の擬制の外に慣習法に基く擬制、一層正確にいへば規範的なる慣習としての取引慣習に基く擬制の存することを認め、相手方を約款に拘束するために、最早意思表示を必要としない程度に取引慣習が指定を規制してゐる場合があるとし、Raiser は取引所、運送、銀行、保險等の約款はこれが慣用が取引上自明のことと見られるやうに板についてゐる取引部門であるからこれらの約款に規制された取引慣習による指定の例とするのである。

我が國において、石井教授は未だ指定といふが如き明確な語を用ひられないが、又未だ Raiser の指定理論だけは紹介されてはゐないが、次の如き立言をなされてゐる。即ち或種の企業取引では一般に「普通契約條款による」といふ慣習（民法第九十二條）又は慣習法が成立してゐるとい

へるであらうといはれ、又、ここに條款によることが事實たる慣習として認められることは、取引上の慣行により、或種の企業取引をなす場合には個々の契約締結の裡に、當然に「普通契約條款による」意思を推論すること、即ち條款による旨の表示の規範化により、眞の意思を必要としない意味であり、——ここで *Raiser* の著書の一五九頁以下を他の文献と共に挙げられる。——一般に倉庫取引、運送取引、銀行取引、保険取引等の企業形態ではこれを認め得ようといはれるのである。

以上の諸論はその分析の深淺・有無はともあれ、約款そのものよりも、約款によることに重點を加へ、これによつて、約款そのものの性格に迫らんとする態度である。即ち約款の性格把握に當り、正面より約款自体に迫らず、約款を使用する契約の方面から取引慣行を援用することによつて、約款の性格に迫るものであり、約款の性格把握に極めて示唆に富む行き方といはなければならぬ。殊に、*Raiser* にあつては彼の有名なる約款法論 (*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935) の主力をこの課題に注いだものであり、實に、その書の三分の一に近い中

心部分はこの指定理論の構成とその具體的展開にあてられてゐるのである。われわれはその精緻極まる理論構成の一應の理解を改めて試みる機會を待つのである。

惟ふに、取引慣行による約款の把握は既成解釋學の立場をその傳統的契約論において、どれだけ約款といふ新法現象に展開が可能なるかの試みであり、そこに主觀的なるものを超えるところに擬制を採らざるを得ざるに至り、主觀的なるものへの、擬制における客觀的なるもの導入として取引慣習を拉し來たりたるものと理解される。さりながら、約款そのものの性格に契約の面から迫るにあたり慣習を取り入れることは再び慣習の病弱性の中に戻ることとなる。殊に新約款使用の最初において未だ慣行といふ時間的要素を缺くものにあつて、果して規制的なる慣習の導入が可能であらうか。約款の客觀性を承認するものの如くして、なほその拘束性の理解に主觀的把握をなさんとするところに法律思考の轉換の問題が示唆されるのである。たしかに約款なる新法現象の從來の解釋學的分析は、一應試みられなければならぬことである。されば、ここにおいて、われわれは *Raiser* の約款指定理論の構成に大いなる價値を

置くものである。

(註1) 拙稿「附合契約の構造と約款」特に、保険契約の場合として志田博士、喜壽記念保険論文集三二〇頁参照。

(註2) Louis-Jucas, Volonté et cause, 1918, p. 251 et suiv.

(註3) Hodung, a. a. O. S. 13, 20, 37.

(註4) Raiser, a. a. O. S. 147 ff.

(註5) 石井、「普通契約條款—特にその解釋について」法學協會雜誌五五卷一〇號一八五〇頁及び註二。

を は り

われわれは慣習と約款との交渉として先づ商慣習法の特異なる形成と性格とを知り、それが制定法近似のものであり、制定的基礎を有つ約款と更に類似するものであり、結局商慣習は古き經濟の實用を有ち、約款が代つて新しい經濟の實用に活躍してゐるものと理解した。そして、約款の客觀化に伴ふ約款による契約の面から約款準據に慣行性ありとする論議を一應不十分なから展望した。そして、そこに、商慣習の形成から約款の形成に注意すべき論議はイタ

リア法曹に見られ、約款準據の方面に擊に取組みたる佛法の附合契約論は獨逸約款論の大集成たる Raiser の著によつて深化され、取引慣行により約款の把握が理論的に展開されたことが知られたのである。さりながら慣習の病弱性はこれを健全化せんとせば約款化しなければならぬ。又、慣習による約款の把握は依然として慣習の病弱性による約款の把握となる。されば、ここに約款といふ新法現象の一應の把握は在來の契約論を徹底的に展開すべきであるとしても、われわれにあつてはそこに法律思考の轉換あるべきことの示唆を受け新たな視野を求め、新しい制度理論による新しい約款現象を徹底的に展開しなければならぬのである。舊い慣習に代位する約款なる新たな法現象は正に「契約より制度へ」の過渡的現象なのである。