

英法における免責約款の司法的規整 (I)

石 原 全

目 次

I 序 論——附 立法的規整及び行政的規整

II 同意原則による是正——約款の拘束性否定

(1) 約款の黙示的挿入

(i) 慣習 (Custom)

(ii) 具体的個別事案における特別事情——継続的取引関係

(以上 商学討究 23 卷 1 号)

(2) 約款の明示的挿入

企業家は、自己の申込は約款を基礎とするという意図を、契約交渉の際に約款を記載した書面を顧客に交付することによって、顧客に知らせることができるのであり、これによって、顧客が交付された書面には約款が存在することを認識した場合には、約款は申込の構成要素となる。⁽¹⁾問題は顧客が認識しなかった場合であるが、これについては、書面自体、つまり、書面が約款を通常含むような種類のものである場合、⁽²⁾及び、書面が約款を含むという事実につき合理的な認識手段 (notice) を尽しているような状況の下で交付された場合、⁽³⁾には、約款は相手方を拘束するものとされる。

(1) See, *Parker v. South Eastern Ry.* [1874~1880] All E. R. 166 (169, 172); *Harling v. Eddy*, [1951] 2 K. B. 739; Anson-Guest, *Principles of the English Law of Contract*, 22nd. ed. Oxford. 1964, p. 143; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, *Allgemein Geschäftsbedingungen in englischen Recht*. Marburg 1969. S. 8.

(2) Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Berlin 1968, S. 37 and id., 28 *RabelsZ* p. 647 (1964).

(3) Cheshire & Fifoot, *The Law of Contract*, 4th ed., London 1959, pp. 107~8; Chitty, *on Contracts*. Vol. 1. *General Principles*. 23rd ed., London 1968. Para. 590 (Guest).

(i) 契約文書の書面性 いかなる書面がこれに該当するかといえは、その当時の取引慣行による。例えば、1877年においては、鉄道の携帯品預り証は約款を含んでいるという一般的慣行は存在しないとされたが⁽⁴⁾、今日では、非常に多くの人々が通常約款を含んでいることを知っているのだから、このようなチケットは契約上の書面とみなされている⁽⁵⁾。その他、切符、船荷証券、手荷物預り所のチケット、受託者の発行した書面等は、これに該当するとされている⁽⁶⁾。逆に、契約上効力を生ずることを意図していない書面に記載された約款は契約に挿入されたことにはならぬ⁽⁷⁾。例えば、原告が3時間被告から海岸で安楽椅子を賃借し、料金を支払って、チケットを交付されたが、それを一瞥してポケットに入れてしまった。そこには、被告は、椅子の賃貸借から生ずる損害又は事故がいかなるものであれ、責任を負わぬという条項が存した。原告は通常の用法で椅子を海岸の平坦な部分に置いて座ったが、椅子が壊れ、キャンバスが落下し負傷した事案で、「チケットは単なる領収書(voucher or receipt)にすぎぬのであり、その目的は、原告が料金を支払ったこと、及び、椅子に座ってられる時間を示すことであるから、そこに記載された免責約款を援用しえぬ」とされた⁽⁸⁾。又、運行予定が記載されている案内書の裏面に約款が存した場合、この案内書は旅行に関する情報を記載したものにすぎず、契約上効力を有せずとされたし⁽⁹⁾、同様なことは、自動車道

(4) *Parker v. South Eastern Ry.* [1874-80] All E. R. 166 (170~171).

(5) *Alexander v. Railway Executive*, [1951] 2 K. B. 882 (886). See also, *McCutcheon v. David MacBrayne Ltd.*, [1964] 1 W. L. R. 125 (131); *Anglo-Continental Holidays v. Typaldos Lines, Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep 61 (66); Treitel, *The Law of Contract*, 3rd ed., London 1970. pp. 174~5.

(6) See *Charpelson v. Barry U. D. C.*, [1940] 1 K. B. 533 (539); *Parker v. South Eastern Ry.* [1874-80] All E. R. 166 (169); Sales, *Standard Form Contracts*, 16 M. L. R. p. 321 (1953); Prausnitz, *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law*, London 1937, pp. 65~8. Chitty *Supra*. Para. 587. 船荷証券の契約書面性につき、詳しくは、See, Carver-Colinvaux, *Carriage by Sea*, 11th ed., London 1963, pp. 49~62.

(7) Treitel, *Supra*. p. 174; Anson-Guest, *Supra*. pp. 146~7; Chitty, *Supra*. Para. 587.

(8) *Chapelton v. Barry U. D. C.*, [1940] 1 K. B. 533 (537, 539).

(9) *Anglo-Continental Holidays v. Typaldos Lines, Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep 61 (66). (尤も、本件では、約款はチケットにも記載されていたので拘束力ありとされた.)

路通行料金徴収所の発行するチケット⁽¹⁰⁾、大衆浴場で発行したチケット⁽¹¹⁾、カタログ⁽¹²⁾、注文書 (Order form)⁽¹³⁾ にも妥当するとされる。

(ii) 合理的認識手段 英法上、特に重要なのは、顧客に認識が与えられているかである。この場合、約款を援用する者は、相手方に認識するように現実に約款をもたらしただけを示す必要はなく、そうすることにつき合理的手段を採ったことを示せば十分とされ、それも、約款の内容につき認識を与えることは必要でなく、約款の存在につき認識を与えれば良いとされる⁽¹⁴⁾。で

(10) 言及した判例として、See, *Parker v. South Eastern Ry.* [1874-80] All. E.R. 166 (169).

(11) *Taylor v. Glasgow Corp.* (1952) S.C. 444 (cited in Kade, *Richterliche Kontrolle von formularmäßigen Haftungsfreizeichnungen im englischen Recht*, Bonn 1970, S. 38 Anm. 57). なお Vgl. Kade, a.a.O. S. 38.

(12) 未公刊判例である *Lee v. Gray* [1929] (cited in *Harling v. Eddy* [1951] 2 K.B. 739 (746)). なお, See, *Harling v. Eddy*, *ibid* at p. 749; Prausnitz, *Supra.* p. 47 et seqq. 尤も、カタログに添付された書面で注文をなすことが要求されている場合には、約款が適用される。See, Prausnitz, *ibid.* p. 48.

(13) *Webster v. Higgn* [1948] 2 All E.R. 127.

(14) *Olley v. Marlborough Court*, [1949] 1 K.B. 532; *Curtis v. Chemical Cleaning & Deying Co.*, [1951] 1 K.B. 805 (807); *Cockerton v. Naviera Aznar*, S.A. [1960] 2 Lloyd's Rep 450 (463); Treitel, *Supra.* p. 175; Anson-Guest, *Supra.* p. 144; Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, S. 37, Kade, a.a.O. S. 36 und S. 39; Chitty, *Supra.* Para. 590. 制定法としては See, S. 18 sub 1 and 3 of Hire-Purchase Act, 1965. これにつき, Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 10. なお S. 4 of Carriers Act は、公運人は掲示をなすこと (publication of notice) のみでは責任制限をなしえず、特別契約によることを要すとされる。Denning L.J. in *J. Spurling Ltd. v. Bradshaw*, [1956] 1 W.L.R. 461 (466) は、条項が不合理であればあるほど、notice が与えられねばならぬ度合は強まる。しかも、一定条項は、条項の存在を red hand で示している書面上で赤インクで印刷されていることも必要とされよう、としている。See, also, Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford 1961, p. 110. Chitty, *Supra.* Para. 595. は、しかし、契約締結前又は締結時に、容易にみることができ程度の顕著は一般的揭示 (prominent public notice) がなされているならば、恐らく十分であろう。契約において、約款の合理性とかその他のことが、要求される notice の基準に影響を及ぼすかは疑わしいとする。米法上、顧客の約款についての認識を容易化せん為に、「読み易さ」を要求しており、殊に、Virginia では約款による商品売買契約に関して一定の大きさの活字使用を要求している (See, Virginia, Code § 5562 a = Va. Gode Anm § 11~4 (1950)) し、保険契約につき同旨が定められている (See, N.Y. Insurance Law, § 164 (2)). See also, Note, 63 *Harv. L. Rev.* p. 499 (1950). Raiser, G., *Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe 1966, S. 16. この点 U.C.C. § 1-102 は、一定条項につき、条項が作用する者にとって、この者が合理的な者であれば、条項を知りうべきであったとされる様に書かれてなければならぬ。……約款中の文言か、他の文言よりも大きな文字又は浮き出だたせる様なタイプ又は色刷りされている場合には、「顕著」である、としている。なお、立証責任は企業家に存する。つまり、企業家は、相手方に約款につき認識をもたらしすために合理的に要求される全てのことをなしたことを示さねばならぬ。See, Prausnitz, *Supra.* pp. 76~7.

は、どの程度のものが合理的認識手段とされるであろうか。通常なされている「裏面参照」という文言については、*Parker v. South Eastern Ry. Co.* が存する。⁽¹⁵⁾ これは、原告が10ポンドを超える価値のあるバッグを被告経営の鉄道の手荷物預所に寄託して、料金2ペニーを支払って、paper ticket を受領したが、そこには、「裏面参照」という文言が存し、裏面には多数の条項が記載されており、それによると、超過料金を支払わねば10ポンド以上の価値ある手荷物につき責任を負わぬとされていた。更に、当該約款は手荷物預所に掲示されていた。原告は、掲示もチケットも読まなかったが、チケットには何か書かれていることは知っていた。バッグ紛失につき損害賠償を請求した事案で、「たとえ、原告は免責条項を読まなくとも、被告がその存在を認識するように合理的に十分な行為をなしている限り、約款に拘束される。」⁽¹⁶⁾ とした。この合理的認識手段の吟味は非常に客観的なものであり、特定の者か何等かの能力上欠陥を有していたとしても、例えば、英語を話せぬとか、盲目であるとか、無学であるとかといった事実は、notice がこの者が属する人々のクラスにとって合理的に十分なものであれば、問題とされな⁽¹⁷⁾ い。例えば、原告は無学で文盲だったが、姪が彼女の為に鉄道の主催する遊覧飛行のチケットを購入してやり、チケット表面には「約款につき裏面参照」という文言が記載され、しかも、会社の時刻表及び遊覧旅行に関する掲示を読むように言及されていたし、掲示は更に時刻表(代金6ペニー)に言及しており、時刻表には、「いかなる原因によるものであれ、全ての傷害そ

(15) [1874-80] All E. R. 166.

(16) Ibid at p. 170; See also, Plausnitz, Supra. pp. 71~2; *Renold v. Southern Railway*. [1931] 2 K. B. 103 (110). ticket が封筒に入れられていた場合はどうかというと、これには *Hood v. Anchor Line (Hendersons Bros.), Ltd.*, [1918] A. C. 837 が存する。この事案では、約款の記載された ticket が封筒に入れられていたが、封筒の表面に大文字で「乗客が同封された約款を読むように要求した notice がなされており、ticket の表には約款に服するという文言が示されており、ticket の下部には、大文字で「乗客は上記の契約を読むことが特に要求される」という文言が表示されていた、というほどで、これ以上の了知手段は考えられぬ、とされた。

(17) Anson-Guest, Supra. p. 144; Treitel, Supra. p. 177; Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, S. 37; Chitty, Supra. Para. 592.

の他につき責任を負わぬ」という条項が存した。原告が会社側の過失により傷害を受け、損害賠償を請求した事案で、「無学というものは何らの効果も生ぜぬ。与えられた notice は遠回りであるが、原告の属するクラス、つまり、通常の旅行者にとっては合理的で十分である」とされた⁽¹⁸⁾。これに反して不十分とされるのは、チケットが折った状態で手渡され、中に記載されたものを開かなければ読めないとか、約款に十分注意を引くように明確な文言が書面上使用されていぬとか、⁽¹⁹⁾「約款につき裏面参照」という文言が日付スタンプで判読不可能となっているとか、⁽²⁰⁾約款が無数の広告中に埋没しているような場合であり、⁽²¹⁾このような場合には約款は契約に挿入されているとはされぬ。⁽²²⁾
⁽²³⁾

営業所における掲示の場合はどうであろうか。これについては、原告が被

(18) *Thompson v. London, Midland & Scottish Ry.* [1930] 1 K.B. 41; Treitel, *Supra.* p. 177; Prausnitz, *Supra.* p. 73. 相手方が無学であることを企業側で知っていた場につき言及したものとして、*Richardson, Spence & Co. v. Rowntree*, [1894] A.C. 217, この事案においては、原告は三等船客であり、このクラスの者は、その当時においては、細字で印刷された約款を読むことは期待しえぬ、としている。Treitel, *ibid.* は、今日では notice が与えられねばならぬ当事者が盲目とか英語の理解能力を有せぬことは既知のことであると考えるのが適切であろう、とする。なお、米法上、かかる個人的能力の欠陥も U.C.C. § 2-302 (Unconscionability) の下に考慮されている。例えば、少くとも通常の消費者取引分野においては最低限の教育しか受けていぬ者でも理解しうる文言を使用していぬ限り作成者は自己の危険で行為しているとされるし (*Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F. 2d. 445 (1965)), 買主の言語はスペイン語であり口頭の商議もこの言語でなされたが、約款は英語で書かれ翻訳も説明もなされなかった場合に、買主は取引環境及び不知の言語で書かれた契約の性質・文言につき知識を欠いていることによりハンディキャップをつけられており、取引のより誠実な経過 (honest course) というものは、消費者が英語の知識を欠いていると知っている場合には、契約の文言の翻訳 (又は少くとも説明) をなすことを含むとされる (*Frostifresch Corp. v. Reynoso*, 52 Misc. 2d. 267; 274 N.Y.S. 2d. 758~9 (1966)).

(19) *Richardson, Spence & Co. v. Rowntree* [1894] A.C. 217 (尤も、この場合は同時に赤インクのスタンプで部分的に読めなくなっていた)。

(20) *Henderson & Others v. Stevenson*, [1874-1880] All E.R. 436.

(21) *Sugar v. London, Midland & Scottish Ry.* [1941] 1 All E.R. 172.

(22) *Stephen v. International Sleeping Car Co., Ltd.*, (1903) 19 T.L.R. 620; Atiyah, *Supra.* p. 108.

(23) Chitty, *Supra.* Para. 591. 尤も、クーポン帳のカバーの裏面に印刷された約款は、合理的に乗客の notice をもたらしたとされた事案も存する。See, *Burke v. South Eastern Ry. Co.*, (1879) 5 C.P.D. 1 (Cited in Prausnitz, *Supra.* p. 70).

告の倉庫に四輪馬車を寄託し、被告から「掲示された約款に服する」という文言の記載された領収書 (receipt) を受取ったのであり、約款は被告の営業所でも人目を引く所に掲示されており、被告は全費用が支払われぬ場合には一ヶ月以内に寄託品を売却する権利を有するという条項が存し、被告がこの権利を行使した事案で、「原告に与えられた notice は状況からみて合理的で十分なものである」とした。⁽²⁴⁾ この場合は領収書が掲示に言及しているが、全然言及されていない場合はどうかという点、顧客には営業所に掲示された約款を読むことは期待できぬのであるから、約款を契約相手方に十分納得させることが必要で、単に約款を含む印刷された書面を掲示するだけでは不十分⁽²⁵⁾で、約款を援用する者はそれ以上に行為して、それが契約上の書面であり、⁽²⁶⁾かかるものとして相手方に受領されたことを明確に示さねばならぬ、とされる。

以上のように、企業家は約款の存在につき合理的に十分な notice をなすことが要求されるが、これは契約締結前又は締結時になされねばならぬ。⁽²⁷⁾ 例えば、原告が被告のホテルに宿泊するためにカウンターで記帳し、部屋に入って初めて、被告は、「紛失又は盗まれた物品について前もって安全に保管するため経営者側に寄託してなければ、責任を負わぬ」という約款が掲示されているのを見た場合には、契約は既に被告が原告を客として受け入れることに同意したカウンターでなされたのであり、寢室の掲示は締結後に知った⁽²⁸⁾のだから、契約に挿入されていず、免責条項は適用なしとされた。この法理

(24) *Watkins v. Rymill* [1883] 10 Q.B.D. 178; *Numan v. Southern Railway Co.* (2), [1923] 2 K.B. 703. Cf. Denning M.R. in *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, [1971] All E.R. 686 (689~90).

(25) *Olley v. Marlborough Court, Ltd.* [1949] 1 K.B. 532; Sayn-Wittgonstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 9; Anson-Guest, Supra. p. 146; *McCutscheon v. David MacBrayne, Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 125 (130); Kade, a.a.O. S. 39.

(26) *Harling v. Eddy*, [1951] 2 K.B. 736 (748); *Adams (Durham), Ltd. v. Trust Houses, Ltd.*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 380; Atiyah, Supra. p. 107.

(27) Anson-Guest, Supra. p. 142; Treitel, Supra. p. 178; Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, S. 37 and id., 28 *RabelsZ* p. 647 (1964); Kade, a.a.O. S. 39 f; Chitty-Guest, Supra. Para. 588.

(28) *Olley v. Marlborough Court, Ltd* [1949] 1 K.B. 532; *Fosbrooke-Hobbes v. Airwork, Ltd., and British-American Air Service, Ltd.*, [1937] 1 All E.R. 108.

は自動販売機の場合にも適用される。例えば、原告は被告所有の駐車場に自己の車を乗り入れた。掲示が場外になされており、それによると、料金と共に「全ての自動車は所有者自身の危険の下に駐車される」とされていた。原告が入口に車を乗りつけるとシグナルが赤で場内には誰もいなかった。車の中に入れるとシグナルが青に変わってチケットが自動販売機から出てきたので、原告はこれを受取って車を駐車場に入れた。原告は駐車できる時間をみるためにチケットを見、何か印刷された文言が存することは知ったが、読まなかった。文言によると、チケットは営業所に掲示された約款の下で発行されるとされていた。しかし、約款の掲示場所を見つけるには、原告は車を乗り入れてから、あちこち探し歩かねばならぬ程であったし、約款は冗長で、しかも、「駐車中における自動車に関する損害のみならず、原因の如何を問わず顧客の身体傷害のいかなるものに対しても被告は責任を負わぬ」という条項が存した。しばらくして、原告が車を取りに戻った時に事故が発生して、重傷を負い、損害賠償を請求したのに対し、被告が免責条項を援用した事案で、「... [*Parker v. South Eastern Ry. Co.* から *McCutcheon V. David MacBrayne Ltd.* に至るチケットケースは] 出札係が顧客にチケットを発行し顧客が読まずに立ち去ったものであり、鉄道、汽船及び携帯品預り所に関するものである。これらの事例においては、チケットの発行は会社による申込とみなされた。もし、顧客がチケットを受け取って何らの異議を申立てずに保持しているならば、彼の行為は承諾とみなされる。……これらのケースは、顧客は、チケットを手交されたときに受領を拒否して当該約款の下で契約関係に入ることを拒否するという理論に基づいていた。彼は代金の返還を請求しえた。勿論、この理論は擬制である。非常に多くの顧客は約款を読まぬし、もし、彼が立ち止まって読めば、列車又は船に乗り遅れてしまったであろう。

これらのケースのいずれも、自動販売機で発行されたチケットの場合には適用されぬ。顧客は代金を支払ってチケットを入手するが、拒否したり代金返還を請求できぬ。機械に文句をいってののしるかもしれぬが、機械は微動

だにしないであろう。彼は拘束され、もはや取り返しはつかない。機械に代金を入れた正にその瞬間に拘束され、契約は締結されたのである。……申込は、機械の所有者が代金受領を準備して機械を提供しているときになされている。承諾は、顧客が代金を機械に入れたときになされる。申込の条件は、代金に対し何が提供されるかを述べている機械上又はその近くに置かれた notice に含まれている。顧客はこれらの条件が前以って自己の認識に達するような処置が十分になされている場合にのみ拘束される。

チケットの条項が揭示と異なる場合には、これに拘束されぬ。それというのも、チケットは余りに遅くでてきたからである。契約は既に締結されてしまっている。チケットは支払われた代金の領収書にすぎぬのであり、契約はチケットの発行以前に申込まれ承諾されてしまっている。当事案においては、申込は料金及び「所有者の危険の下に」、つまり、車の損害に関する限り所有者の負担とするという入口における揭示に含まれており、原告が入口に乗り入れて、車の移動によってシグナルが赤から青に変わりチケットが顧客の手に押しつけられたときに承諾された。契約はその時に締結されたのであって、チケット自体に印刷された、いかなる文言によっても変更しえぬし、特に、会社側の過失に帰因する身体傷害に対する責任から会社を免責するというようには変更されぬ⁽²⁹⁾とした。

尤も、事後に約款につき明確な notice が与えられ、これに続いて、この約款が対象とする商品を受領した場合、この者は約款が適用されることに同意したとされ、当事者は印刷された約款を含む新たな契約に入ったとされる⁽³⁰⁾。

(iii) 署名 契約文書に署名した者は、たとえ読まなくとも、当該条項に拘束されるという原則は確立しており⁽³¹⁾、署名は免責約款をも含めた全契約に

(29) *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, [1971] 1 All E.R. 686 (689, 692, 693).

(30) *Smith v. Carson*, 1916 E.D.L. 26 (cited in Anson-Guest, *Supra.* p. 143).
See also *J. Spurling Ltd. v. Bradshaw*, [1956] 1 W.L.R. 461 (467); Vgl. Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 10 f.

(31) See, Anson-Guest, *Supra.* p. 142; Treitel, *Supra.* p. 173; Atiyah, *Supra.* p. 105; Cheshire & Fifoot, *Supra.* pp. 108~9; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, *

対して同意するという侵すことのできない証拠であるとされる⁽³²⁾。この原則については、有名な *L'Estrange v. F. Graucob Ltd.* が存する⁽³³⁾。喫茶店主（原告）が煙草自動販売機を被告から購入し、代金は割賦払いとした。契約書には非常に小さな字で記載された「担保又は条件違反に対しては免責する」という条項が存したが、原告は条項を読まずに署名した。しかし、機械は欠陥品であることが判明したので、原告は条件違反に基づき契約を解除したと主張した事案で、「契約が鉄道のチケットとかその他の署名されていない書面に含まれている場合には、相手方 (alleged party) が条件及び約款 (its terms and conditions) を知っていたか又は知りうべきであったと立証することを要する。これらのケースは、書面が署名されている場合には適用されぬ。契約上の条件 (terms) を含む書面が署名されている場合には、詐欺又は不真正表示が存在しないならば、署名している当事者は拘束されるのであり、書面を読んだか否かは全く問題とならぬ」とされた⁽³⁴⁾。

しかし、署名者が署名した文書の法的性格を誤認し、これが詐欺による場合には、「non est factum! (it is not my act!)」という抗弁を提起しえ、

* S.P. zu, a.a.O. S. 8 and Anm. 26; Kade, a.a.O. S. 37 f.; Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, S. 37; *Curtis v. Chemical Cleaning & Dyeing Co.*, [1951] 1 K.B. 805 (808); *Gore v. Van Der Lann*, [1967] 2 Q.B. 31 (41); Prausnitz, *Supra.* p. 41. なお、各国における署名した場合の効力につき、Prausnitz, *Supra.* p. 43~5; 証書を読まずに署名した場合におけるスイス、ドイツ、イギリス法上の取り扱いにつき、Vgl. Herrich, D., *Die Unterschrift unter einer nichtgelesenen Urkunde*, 35 *RabelsZ* S. 55 f (1971).

⁽³²⁾ 約款には関しないが、保険証券の作成につき保険代理商が原告からの回答を聞き違えて誤記したが、原告が確認を求められて読みもせず誤りなしと答えて署名した場合につき、原告は代理商に損害賠償を請求できず、責められるべきは原告自身である、とされる。See, *O'Connor v. B.D.B. Kirby & Co. (a firm) & Another*. [1971] 2 All E.R. 1415.

⁽³³⁾ [1934] 2 K.B. 394.

⁽³⁴⁾ *Ibid.* p. 403; See also, *Parker v. South Eastern Rail. Co.* [1874-80] All E.R. 166 (168~9); *Blay v. Pollard & Morris* [1930] 1 K.B. 628. 米法上も同様であることにつき、Vgl. Raiser, G. a.a.O. S. 15 f; Kessler, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 *Col. L. Rev.* p. 630 Fn 3. (1943). なお、この原則は、英語を読めぬ外国人にも適用される。See. *Luna*. [1920] p. 22 (cited in *Treitel, Supra.* p. 174 and *Prausnitz, Supra.* p. 43 Fn. (a).)

署名は何ら効果を生じぬ。⁽³⁵⁾但し、書面の性格につき何等正確な観念も抱かずに単に書式 (form) にすぎぬと⁽³⁶⁾考えて署名した者は、これに拘束される。したがって、約款の場合について言えば、約款を含む全契約文書を契約交渉の際に相手方に提供して、これは契約書面ではなく、唯交渉された結果を確認するにすぎないものであると言明したとか、又は、他の方法で書面の法的性格を誤認させ署名させた場合には全契約が無効となるし、更に、署名のために交付された書面が全契約を含まず単に申込者の約款のみを含んでいるにすぎない場合に詐欺により署名させられた者は、この抗弁を提起しうるが、この場合は約款は署名により契約要素となりえず、一部無効を生ずる。⁽³⁷⁾

(iv) 錯誤, 不真正表示, 詐欺

(i) 錯誤 約款に関しては、(a) 企業家が約款に基づき契約を締結するつもりで、申込には約款が含まれていると信じたが、実際には含まれていなかった場合、(b) 企業家の申込は、約款を基礎としており、顧客は申込を承諾したが約款は含まれていないと信じたのであり、約款を含む申込ならば承諾するつもりがなかった場合、(c) 約款が申込に含まれていて、顧客もこのこ

(35) See, Anson-Guest, *Supra.* pp. 282~287; Treitel, *Supra.* pp. 264~270; Cheshire & Fifoot, *Supra.* pp. 204~210; Henrich, D, a. a. O. S. 39 f; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, a. a. O. S. 14. 尤も、詐欺の存在が不可欠の要素とはされていないようである。Byles, J. in *Foster v. MacKinnon* (1869) L. R. 4 C. P. 704 (711) は、詐欺が存在する場合に単に詐欺にもとづいてではなく、むしろ、署名者の意見が署名に伴っていないことに基づき無効とされる、とする。これにつき、See, Chitty, *Supra.* Para. 220. 流通証券の場合は、この抗弁を善意有償の第三取得者に対しては主張しえぬ。過失なき場合主張しうるとした判例として Cf. *Foster v. MacKinnon*, (1869) L. R. 4 C. D. 704; See, Chitty, *Supra.* Para. 224. なお、この抗弁の判例として、See, *Hasham v. Zenab*, [1960] A. C. 316; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 All E. R. 81; *Carlisle & Cumberland Banking Co. v. Bragg* [1911] 1 K. B. 489.

(36) Treitel, *Supra.* p. 265; Chitty, *Supra.* Paras. 220, 222. *Hunter v. Walters*, (1871) L. R. 7 Ch. App. 75; *Mercantile Credit Co. Ltd. v. Hamblin* [1965] 2 Q. B. 242.

(37) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu., a. a. O. S. 15. See also, Chitty, *Supra.* Paras. 757, 193, 220~4. 尤も、動産売買の場合、詐欺が存在しなければ、この抗弁は、買主 (又は売主) が取引の性格を不知であるのは極く稀であるから、實際上効果を生ぜぬ。See, Atiyah, *The Sale of Goods*. 4th ed. Lontan & Southampton 1971, pp. 117~8.

とを知っていたが、一定の条項、例えば、特別な免責条項は含まれていないと信じたのであり、したがって、このような条項を含む申込を承諾するつもりがなかった場合、⁽³⁸⁾が考えられる。しかし、英米法上、一方契約当事者の契約表示は、この者の真実の意思に相應することを要せぬ結果、錯誤して締結された契約は必ずしも全ての場合に無効となることはなく、契約締結にとって根本的な意義を有することについての錯誤で、しかも、相手方がこのことを知っていたか又は過失によって知らなかった場合にのみ無効となる。⁽³⁹⁾約款による契約の場合、相手方が錯誤を知っているということは、非個人的で迅速に、しかも、詳細は説明なしに契約締結がなされるが故に、一方当事者には容易に知りえぬし、たとえ、知ったとしても立証は困難である。したがって、⁽⁴⁰⁾錯誤に基づき、約款による契約を無効とした判例は存在しない。

以上の Common Law 上の錯誤に対して、Equity 上、取消 (Rescission) が存する。これは、両者又は一方の契約当事者が錯誤した場合に、相手方が錯誤によって同意された債務を主張することが特別事情に基づき一方契約当事者にとって不公平であるならば、裁判所は取消 (rescission or rescission on terms) を命じうるとする理論だが、英法の錯誤理論上最も争われている分野で、⁽⁴¹⁾今ここで詳論する余裕はない。しかし、約款に関連して注目される判例が存する。これは、不動産が競売に附され「完全に無負担附 (absolute freehold reversion)」と広告されていたが、競売人によって読み上げられた売買約款によって、譲渡抵当 (mortgage) が三個附着していることが明らかにされた。原告は、聾者で、この発表を聞くことができず、無担保附と信じて、値をつりあげて、落札した事案で、「誤解を生じさせた広告に基づき、売主は原告が誤解していなかったことを立証する責任を負うが、原告の行為から、原告が買おうとしているものが何であるか知らなかったことは明らか

(38) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu., a.a.O. S. 13.

(39) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu., a.a.O. S. 14; Anson-Guest, *Supra.* p. 271; Treitel, *Supra.* pp. 239~41; Atiyah, *The Sale of Goods*, pp. 20~4. 米法上も、同様であることにつき、Vgl. Raiser, G., a.a.O. S. 16.

(40) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu., a.a.O. S. 14.

(41) Chitty, *Supra.* Paras. 252~257.

であり、契約は無効。……更に、rescission は、ある者が自己の得た法的利益を利用することが非良心的であると裁判所が考える場合には、常に利用しうる⁽⁴²⁾とした。一般に、このような場合、約款への指示は、申込者の客観的に誤った行為態様の故に不十分とみなされ、約款は申込に含まれず、契約要素とならぬとされよう⁽⁴³⁾。更に、Equity 上の錯誤として、証書訂正 (rectification) が存する。これは、口頭で締結された契約が存在し、これに関して書面が作成され、その際に、少くとも一方契約当事者の錯誤に基づき誤りが生じ、その結果、口頭の合意と契約書が一致しない場合には、口頭契約に一致するように契約書が是正される⁽⁴⁴⁾、という原則である。したがって、契約締結に際しての錯誤には適用されぬ。口頭で約款に基づき契約が締結された場合には通常書面による確定は生じないし、約款による書面が存在する場合には通例口頭による契約締結は先行していないので、この原則が約款に適用される余地は殆んどない⁽⁴⁵⁾。しかし、口頭で締結されたか、又は、約款に基づき締結するという意思が一方当事者から言及されなかったのに、契約書を作成して、十分認識しうる部分に「当該契約は当方の約款に服する」という文言が附加され、相手方がこの文書にざっと目を通して当該文言を見落して署名した場合、口頭で約款による契約を締結したが、合意を書面を以って確定する際に約款への指示がなされていず、確認もせずに署名した場合には適用が考えられるが、判例は存しない⁽⁴⁶⁾。それは、適用には、相互の錯誤が存することを要し、当事者の一方が自己の予想した契約とは異なるということを立証しただけでは不十分とされるし、更に、契約時における当事者の真の意図とは一致していぬことにつき、極めて明白かつ十分に立証されることを要するか

(42) *Torrance v. Bolton*, (1872) L.R. 8 Ch. App. 18 (cited in Anson-Guest, *Supra.* pp. 291~2). See also, Anson-Guest, *Supra.* p. 295.

(43) *Sayn-Wittgenstein-Berlebung*, S. P. zu., a. a. O. S. 17.

(44) Anson-Guest, *Supra.* p. 291; Treitel, *Supra.* p. 256; Cheshire & Fifoot, *Supra.* p. 184. See also, Bronley, L., *Rectification in Equity*. 87 *L.Q.R.* p. 532 et seqq (1971).

(45), (46) *Sayn-Wittgenstein-Berlebung*, S. P. zu., a. a. O. S. 16.

らである。⁽⁴⁷⁾

(ロ) 不真正表示 (Misrepresentation) 契約が相手方のなした事実に関する不真正な表示に基づいて締結されたものであるときは、これを取消することができるし、損害賠償を請求することもできる (S. 2 of Misrepresentation Act, 1967)⁽⁴⁸⁾。約款に関しては、約款の挿入に関する場合と申込に含まれた約款の内容に関するものとが考えられる。前者の場合は、契約を自己の約款に基づき締結しようとする者は、自己の申込の範囲内で十分誤解を生じないように約款を指示しなければならず、そうしなければ約款は申込の要素とならぬ。したがって、申込には約款につき明確な指示が存しても同時に相手方に約款は含まれていないという信頼を惹起した場合には、約款は申込に含まれず、契約要素とならぬから、問題にならぬ⁽⁴⁹⁾。後者については、判例が存する。原告が白サテンのドレスを被告の店に洗濯にだしたが、その際、「領収書 (receipt)」と表示された紙を交付され、店員から署名を求められた。原告が何故署名が要求されるのかと質問したので、店員は、被告は一定の特別な危険、つまり、ドレスについているビーズや金属製の装飾品によるか又はそれらについての毀損責任を負いたくないからであると答えた。だが、実は、「領収書」には、「洗濯屋は、いかなる損害に対しても責任を負わぬ」という条項が存した。ドレスが原告に返還されると、染みがついていたので損害賠償を求めた事案で、「いかなる行為も、言語又は行動であれ、免責条項

(47) Anson-Guest, *Supra.* pp. 289~91; Treitel, *Supra.* pp. 256~63; Cheshire & Fifoot, *Supra.* pp. 185~7; Bromley, *Supra.* p. 537 et seq; Ghitty, *Supra.* Paras. 234~5.

(48) Treitel, *Supra.* p. 272; 表示の意義につき, Treitel, *ibid.* p. 272 et seqq; Atiyah, *The Sales of Goods.* pp. 33~5.

(49) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu. a.a.O. S. 18. なお、約款には承諾条項、つまり、一方当事者は相手方の表示により契約関係に入るよう誘因されたのではないことを承認し同意するという条項、が挿入されている場合が多い。この場合、承認 (acknowledgement) をなした者は反対の主張を禁反言されるとされるが (*Lowe v. Lombank Ltd.* [1960] 1 W.L.R. 196), それには、承認が明確で曖昧でないこと、承認をなした者が相手方がこれに基づき行為することを意図していたか、又は、少くとも、その行為によって、相手方の立場に合理的な者があったならば、承認を真実とみなすか又はこれに基づき行為すべき意味であると信じたほどであること、更に、実際に相手方が真実と信じ、かかる信念に基づき行為したこと、の要件が必要とされる。判例は、かかる要件を充足していずとして、多くは禁反言を認めていない。See, Chitty, *Supra.* Para. 758.

の存在又は範囲につき相手方に誤解を生じさせるならば、不真正表示である。誤った印象をもたらすならば、それで十分である。誤った印象が故意に創造された場合は詐欺的表示 (fraudulent misrepresentation) であるし、無意識に創造される場合には善意不真正表示 (innocent misrepresentation) であるが、両者とも、かかる事情を創り出した者に免責約款援用を認めぬには十分である⁽⁵⁰⁾とした。したがって、免責表示の存在又は内容につき注意を惹起しなかった場合には、一定の状況の下では、不真正表示となりうる⁽⁵¹⁾。

(イ) 詐欺 詐欺に基づき約款の拘束性を否定した判例は存しないが、傍論として「条項が余りに異常で、尊敬すべき紳士ならば、このような条項を自己の約款中に挿入しようとは思いつかぬことであり、通常人にとっても、このような条項が約款中に存するとは夢想だにしないようであるならば、このような条項の合意は詐欺に等しいものであり、無効」としている例が存す⁽⁵²⁾。そこで例示されている条項というのは、寄託契約において、寄託物を5分以内に要求せねば返還請求権を失うというような条項である。これは傍論にすぎず、極端に不公正で不当な条項のみを詐欺とみなすにすぎず、是正手段としては不十分であることは明らかである⁽⁵³⁾。

なお、契約誘引における不真正表示に対する免責は、厳格に制限されているが (S. 3 of the Misrepresentation Act, 1967)、契約によって契約履行における詐欺に対する責任を免除しうるとすることには影響を及ぼさぬ。しかし、自身の詐欺に対する責任及び一般的文言により詐欺に対する責任は免責しえずとされている⁽⁵⁴⁾。

(50) *Curtis v. Chemical Cleaning & Dyeing Co.*, [1951] 1 K.B. 805 (808~9).

なお, See. Treitel, *Supra.* p. 198 Fn. 42.

(51) Treitel, *Supra.* p. 199; Denning J. in *Curtis v. Chemical Cleaning & Dyeing Co.* *Supra.* at p. 809; Chitty, *Supra.* Para. 757.

(52) *Gibaud v. Great Eastern Railway Co.* [1920] 1 K.B. 689 (699, 703).

(53) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 19 f.

(54) *S. Pearson & Son Ltd. v. Dublin Corp.*, [1907] A.C. 351 (353, 362); Treitel, *Supra.* pp. 199~200; Anson-Guest, *Supra.* p. 167; Chitty, *Supra.* Para. 756.

なお, 米法上, 「不当な不意打ち (unfair surprise)」という範疇の下に, U.C.C. § 2-302 が詐欺及び不当威圧をも把握しうることにつき, Raiser, G., a.a.O. S. 134 f. 特に, 後者について, 経済的窮乏又は知識・経験が劣ったり欠如しているのを利用するのは経済的強迫に該当するという主張も存し (Dawson, *Economic* *

以上、約款による契約の成立につき、契約書面性及び十分なる認識手段を尽すことが、英法上強く要求されていることを略述した。しかし、これらの要件は、結局、設定者側に一定の配慮をなすことを要求するにすぎず、⁽⁵⁵⁾ 約款内容の妥当性には及ばぬものであり、又、顧客に警告を与え契約締結を拒否する機会を与えることを目的とするものであろうが、実際には、提供される給付を必要とし、提供された条件の下で受領せぬばならぬから締結拒否は考えられぬのである。⁽⁵⁶⁾ 更に、約款についての認識というものは全く擬制であるといえるし、⁽⁵⁷⁾ たとえ、十分な認識が存したとしても、顧客は遵守するよう拘束される契約条件については全然知らぬ。したがって、これらの要件のみで約款の是正をなそうとするのが本来過大な要求であるといえるのであり、⁽⁵⁸⁾ 約款の根本的問題たる約款内容の合理性及び公正性如何による他の是正手段の

* *Duress-An Essay in Perspective*, 45 *Mich. L. Rev.* p. 289 (1947)), かかる見地も非良心性理論で把握しうる。Vgl. Raiser, G., a.a.O. S. 136 f. 英法上は、かかる経済的強迫は、認められぬことにつき, See, Treitel, *Supra.* p. 351.

(55) Kade, a.a.O. S. 66.

(56) Lando, *Standard Contracts; A Proposal and A Perspective*, 10 *Scandinavian Study in Law*, p. 137 は、我々顧客は余りに無力であるか又は不注意であって、肉太文字 (bold-face type) で印刷された条項から身を守ることはできぬし、どっちみち契約にサインするであろうと知っているから、しばしば条項を読むことすらしないし、不当条項が関連する不利な事件 (events) は恐らく決して生じないであろうと信ずるから、全く注意を払うこともない。更に、読んだとしても、多くの人々は、約款の意味を完全に把握できぬのであり、肉太活字による条項でさえ理解することは困難である、とする。See also Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 38. und id., 28 *RabelsZ* p. 647 (1964).

(57) Atiyah, *Supra.* p. 233 は、当事者の意図に依存するといわれる問題の多くは、現実には、当事者の意図とは全然無関係な客観的尺度で決定されているのであり、契約法の発展は、この当事者意図の無視を承認する方向にむかうであろう。例えば、契約目的不到達の理論 (doctrine of frustration) にもこの方向が見られるし、契約の条件 (term) と単なる表示の区別は、近い将来、当事者の意図に依存せぬ要素に基づき承認されよう、とする。Lando, *Supra.* pp. 123~3 も、契約の形成に関する一般原則は、約款を伴う契約に適用されるべきでない。意思の合致に関する原則は、全ての条件 (terms) につき当事者間で完全な合意が存することを前提とする。このような合意は、即時 (quick-hand) 取引では不可能であるし、保険から運送・売買に到る契約の大部分は、即時的契約となっており、その度合は益々強められている。即時取引でない契約においてすら、約款につき個々の顧客が認識を有していることから、契約が存在しているか又は約款が拘束的であるか否かを決定できぬ、とする。

(58) See, Atiyah, *Supra.* pp. 108~110; Vgl. auch, Kade, a.a.O. S. 36 und 37; Raiser, G., a.a.O. S. 20.

補助的手段にすぎぬのである。

Ⅲ 約因理論による是正

周知の通り、英米法上、契約の成立要件として、単純契約の場合、約因 (Consideration) が要求される。そして、約因とは、約束と交換的になされる、約束者にとって何等かの利益か、又は、受約者にとって何等かの不利益である。⁽⁵⁹⁾ 約因が存在せぬならば、単純契約は、法的に拘束力なき裸の約束 (nudum pactum) である。約款に関しては、対価に対して物又は役務の給付交換が目的とされるのであって、契約法上の一方的拘束というものは通常存在しない。したがって、約因は存在するのであり、約因理論の適用は余り問題とならぬ。⁽⁶⁰⁾ 適用が考えられるのは、主たる契約の締結後に当事者が一方的免責を合意する場合であるが、この場合は、一方当事者の免責に対して相手方の反対給付がなされぬか又は約束されていぬ限り、この事後的免責表示は約因が欠けているが故に無効となる。⁽⁶¹⁾ 更に、Common Law 上、契約約束は相互の履行請求権を根拠づけるものではなく、当事者はその責任に関して契約上拘束されるのであるから、⁽⁶²⁾ 一方当事者が完全に自己の責任を除外し、同時に、自己の契約上の拘束を否定する場合には、一方当事者の給付拘束は

(59) *Currie v. Misa*, (1875) L.R. 10 Ex. 153 (162); Anson-Guest, *Supra.* p. 181. 何故、約因が要求されるかという点、19世紀以来、英国では、契約の一般法は、引受訴訟 (assumpsit) という訴訟上の救済手段を通じて発展してきたのであり、これは取引上の必要 (Commercial needs) に基づいていたし、この取引上の必要は、不可欠の要素として、売買契約 (bargain) という観念を含んでいたものであり、約因は取引が締結されたという証拠 (test) を提供するものであった。しかし、約因の必要性は近時疑問視されてきている。See, Ghloros, *The Doctrine of Consideration and The Reform of The Law of Contract*, 17, *I.C.L.Q.* p. 140, 147, 154~5, 158~64 (1968); Atiyah, *Supra.* pp. 74~6 and p. 233; Stoljar, *The Doctrine of Failure of Consideration*, 77 *L.Q.R.* p. 53 et seqq (1959); See also, Chitty, *Supra.* Paras. 107~111.

(60) *Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu*, a.a.O. S. 43; Kade, a.a.O. S. 72. 米法上、約因の存在を否定した判例として、*Calamita v. Trademans Nat. Bank*, 64 A 2d. 46 (1949); *Laitner Plumbing & Heating Co. v. McThomas*, 61 S.W. 2d. 270 (1933). なお、主として、鉄道及びその他の公益企業の免責表示に、この理論が適用されている。Vgl. Raiser, G., a.a.O. S. 50 f.

(61) Kade, a.a.O. S. 70. 尤も、このような事後的免責は實際上生ずるのは極めて稀であろう。

(62) Kade, a.a.O. S. 31 f. bes. S. 32.

相手方の拘束的反対給付約束と対立関係にたたず、したがって、契約は外見上相互に義務を負っているように見えるにすぎず、約因の不存在によって無効となる。⁽⁶³⁾しかし、判例は、約因理論を約款の是正手段として使用していない。⁽⁶⁴⁾たとえ、使用したとしても、約因の相当性及び契約の公平性如何につき裁判所は吟味しえず、⁽⁶⁵⁾しかも、約因無効の法効果は、契約の全部無効を生ずるのであって、顧客の意思は通常企業の免責条項のみの除外であるから、約款の是正手段となりえぬのは明らかである。⁽⁶⁶⁾

(1972. 7. 6)

(63) Kade, a.a.O. S. 72.

(64) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 43.

(65) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 43; Atiyah, Supra. p. 58; Raiser, G., a.a.O. S. 55; Kade, a.a.O. S. 71; Citty, Supra. Para. 119. and Para. 364.

(66) Raiser, G., a.a.O. S. 52; Kade, a.a.O. S. 73. なお、既述のような欠陥が存するにもかかわらず、米法上、約因理論による是正がなされている。特に、約因理論の特則である「債務の相互性 (mutuality of obligation) 理論が、主として、自動車ディーラーフランチャイズ (automobile dealer franchise) と呼ばれる自動車ディーラーと製造業者間の許可契約、生産高及び需要高契約 (output and requirement contracts)、成り行き条項に適用され、約款は適用なしとされる。これにつき、詳しくは、Raiser, G., a.a.O. S. 39 f; Auer, *Die richterliche Korrektur von Standardverträgen*, Karlsruhe 1964, S. 75 f.