

英国における免責約款の司法的規整（I）

石 原 全

I 序 論

約款は現代法上法のの開拓者といわれ、法の硬直性に対するその柔軟性、そして、経済における大量生産・消費という状況において、企業にとっては、個別交渉という煩雑さを回避し契約の多量かつ迅速な締結をもたらし、他面、相手方たる顧客にとっても、時間と費用の節約をもたらすものとされ、その存在は当然のこととして首肯されている⁽¹⁾。しかし、契約自由乃至私的自治の錦の御旗の下に、経済的にも知的能力においても、優者の立場にある設定者（通常は企業）が弱者たる顧客（通常は消費者）に対して法律上顧客に保証されている法的地位を脆弱化乃至無力化（任意法の存在）⁽²⁾し、更に、顧客側の心理的弱みを利用して、一方的に自己に有利な約款を押しつけるという弊害も顕在化している⁽³⁾。かかる不当約款に対して国家的規整として行政的規整、立法的規整、司法的規整が存することは周知の通りであるが、近時、世界的傾向として司法的規整が脚光を浴びている⁽⁴⁾。これに反して、我国におい

(1) 例えば、Prausnitz, *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law*, London 1937, pp. 142-3.

(2) E. v. Hippel, "The Control of Exemption Clauses: A Comparative Study," 16, *I.C.L.Q.*, pp. 593-4 (1967); Sales, "Standard Form Contracts," 16, *M.L.R.* pp. 332-5; Raistr, L., in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, Berlin 1968, S. 123 und 127.

(3) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen Recht*, Marburg 1969, S. 49 f; Naenbrup, *Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld 1966, S. 59 f.

(4) Caemmerer (hrsg), *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berlin 1968 は、この問題につき是非参照されるべき文献である。これは、1967年9月27-30日にベルリンで開催された法比較学会のテーマとして、独、仏、英、伊、瑞西、スカンジナビア諸国の研究者が報告し、質疑応答がなされている。この他に、Raiser, G., *Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe 1966; Auer, *Die richterliche Korrektur von Standardverträgen*, Karlsruhe 1964, の二著も比較法的見地で司法的規整に焦点を絞って論じている。

では、米谷『約款法の理論』、石井『普通契約条款』により法的性格論はほぼ解明し尽くされたといわれ、しかも、判例・通説は約款の拘束性を安易に肯定しすぎている嫌いがある反面、不当約款からいかなる是正手段をもって有効かつ適切に顧客を保護するかという規整の面については未だ十分解明されているとはいえず、司法的規整の面でも、たかだか、良俗違反、信義則違反が問題とされているにすぎぬし、多くは、違反せずとされている。かかる現状に鑑みると、世界各国でいかなる是正手段が採用されているかを見ることも一つの重要な課題といえよう。本稿で英国における規整を論ずるのは、世界的規模での商取引の発展、昔日の面影を失ったとはいえ、その伝統の故に英国で作成された約款が海運上重要な地位を占めていること⁽⁵⁾、更に、我国への寄与という点からは疑問なしとはいえずが、我国の如き制定法体系とは異なる判例法体系の国において、いかなる是正手段が行使されているか⁽⁶⁾を見ることも、一つの研究対象に値すると考えられるからである。

論を進める前に、英国における他の規整手段につき略述して置こう。

立法的規整は、19世紀における *laissez-faire* 理論の影響により契約自由は尊重されるべきであり⁽⁷⁾、立法府の干渉は最小限であらねばならぬという思想

(5) 道田「スエズ閉鎖と傭船契約の解釈及び事情変更の原則に関するイギリスの仲裁と裁判」法学論叢 82巻2・3・4号 pp. 78~9.

(6) 我国においても、既に、田中(和)「英法における免責約款の効力」一橋論叢 47巻2号 p. 132以下、及び、谷口(知)「普通契約条款」(『注釈民法13』所収) p. 70以下において、英法につき簡潔に論述されている。

なお、引用文献に関して、単行本については最初にのみ原題を記載、雑誌論文も最初にのみ論題を示したが、以後は、掲載雑誌名、巻数、頁のみで略記した。

(7) See, Wilson, "Freedom of Contract and Adhesion Contracts," 14, *I.L.Q.R.* pp. 172~5 (1965). なお、判例は、契約自由を、一度締結された契約は法秩序によって是認され、いかなる場合にも実施されることを保障することであると解している。例えば、*Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, (1875) L.R. 19 Eq 462 (465) は、「公序 (Public Policy) が要求する以上のものが存在するとすれば、それは、成年者で十分な理解力を有する者は、契約を締結する自由を最大限に有するものであり、自由しかも任意に契約に入った場合には、契約は神聖と看做され、裁判所によって強行される、ということである」とする。なお、See, *Salt v. Marquis of Northampton*, (1892) A.C. 1 (18 et seq). したがって、裁判官は契約内容に拘束され、自己の裁量に基づき是正的に契約形成へと介入しえぬのであり、契約締結事情、両当事者による形成自由の問題は、関心の対象外とされる。契約自由の保障には形成自由も含まれるが、これは、法秩序*

が非常に強く、特定問題を解決するという目的で、限定された範囲、特に、消費者保護の分野で、なされている。⁽⁸⁾ 例えば、Hire-Purchase Act, 1965 は、一定の基本的権利を割賦払い購入契約の買主に保障するため、商品の所有権移転、記載事項に合致すること、品質につき、条件ないし担保するものであり⁽⁹⁾ (SS. 17~18)、これらの事項につき契約上別異に合意しても排除し得ぬし、更に、特定目的が当事者、そして、所有者又は売主の使用人又は代理人に認

* が当事者に自己の契約形成に際し自由に行動しうることを認めているにすぎぬのであり、あくまでも、裁判官による契約是正を除外するにすぎぬ。この点、独のように、形成自由は、契約当事者相互の関係において内容規定をなすことを顧慮しているのとは異なる。Vgl. Kade, T., *Richterliche Kontrolle von formularmäßigen Haftungsfreizeichnungen im englischen Recht*, Bonn 1970, S. 29. 独については、Vgl. Raiser, L., "Vertragsfreiheit heute," *JZ* 1958, S. 1; Schmidt-Salzer, *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*, Berlin 1966, S. 39. したがって、独判例が、約款によって取得された企業家の法的地位を、契約自由を一方的に行使していることを指摘して批判的に評価しているのに対し、英判例は、契約自由には確かに平等な条件下で取引する余地乃至選択が含まれなければならぬとするが (Per Lord Reid in *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361 (406). 以下においては、当判例は *Suisse Atlantique* …… として引用.)、これに基づき約款の不当な作用を拒否する傾向にはない。これにつき、学説上、契約自由は、社会的理念であって、契約を締結する両当事者の平等が存在し、一般公衆の経済的利益が侵害されぬ限りにおいてのみ存在するのであり、一方当事者にとり契約に同意するか又は拒否するかの二者択一しか存在せぬ場合には無価値なものとなる、という反論が存する。これにつき、See, Anson-Guest, *Principles of The English Law of Contract*, 22nd ed., Oxford 1964, p. 3; Wilson, "Modern Problems of Consumer Protection in England," 28, *RabelsZ* 644 (1964). 中世における契約自由概念は、近代法においては、経済的社会的変化及び約款の発達により、非常に変容していることにつき、See, Wilson, *ibid.* pp. 643~6; Atiyah, *Introduction to the Law of Contract*, Oxford 1961, pp. 1~19 and pp. 231~2.

(8) 従来、英国においては、債務法は制定法化されていぬが、法の体系的発展と再構成を目的として、全ての法を再審査するために、1965年、議会は法律委員会とスコットランド法律委員会を組織したのであり、目下、両機関は、強力に作業を進めており、法典化の方向にあるといえよう。

(9) 同様な条項は、Sale of Goods Act, 1893, にも規定されているが、これは強行規定ではなく、全て契約によって排除しうる。これにつき、Molony 委員会は、所有権、記載事項及び品質のような一定条件は売買契約において強制されるべきであると勧告したが (Final Report of the Committee on Consumer Protection, (1962), Cmmd. 1781). いまなお、これに基づく立法化はなされていない。See, Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 34 f.

識されている場合には、商品はこの目的に合理的に適合するという黙示的条件が存するのであり、これを排除するには、所有者又は売主は、契約締結前にかかる条項につき買主又は借主に認識させ、その効果がこれらの者に対して明らかにされていたことを立証せねばならぬ (S. 18 (4))⁽¹⁰⁾と規定している。もっとも、(1) 価格 2,000 ポンド以上か又は買主に法人が含まれている割賦売買及びクレジット売買、(2) 割賦売買及びクレジット売買以外の消費者売買、(3) 商事売買、即ち、消費者に対する小売人の売買以外の売買、(4) 商事及び消費者レベルでの労務供給のための契約 (ただし、免責条項を採用し援用する供給者の自由が制限されている特定タイプの契約は除く。) の場合には、免責条項は許容される。^{(11) (12)} 上述の様に、Hire-Purchase 立法は、かなり包括的であるが、その他の法においては、範囲の点ではより制限的である。例えば、S. 43 (7) of the Transport Act, 1962 は、鉄道による旅客運送契約において旅客の死亡又は傷害につき運送人の責任を除外又は制限化を図る条項及びかかる

(10) Treitel, "Exclusion Clauses: Possible Reforms," *J.B.L.*, 1967, p. 208 は、この顕著性により書面性が要求されるとする。Atiyah, *Supra*, p. 233. も、一定条項は書面により契約に黙示的条件 (implied terms) として取り入れられるべきであり、明示的合意により排除しうる条項と、いかなる状況においても排除しえぬ条項という2つのカテゴリーに分類される。そして、この方法の利用は今後益々増大するであろう、としている。

伊民法 1341 条は、一定条項につき、書面により特別に同意されることを要すると規定しているが、Wilson, 14, *I.C.L.Q.* pp. 180~1 (1965), は認識を与えても顧客保護の効果を生ぜず、とするし、Lando, "Standard Contracts. A Proposal and a Perspective," 10, *Scandinavian Studies in Law*, 138 も、伊において多くの契約は顧客によって2度署名されているが、このことが伊人を他の国々の顧客よりもずっと注意深くしているとは思えぬし、代理人が不当約款に署名する必要性につき片手落ちな説明をした場合に、誰か代理人が言明したことを証明できるか、と批判的である。なお、伊における約款の司法的規整については、Vgl. Neumayer, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, S. 52 ff. 及び、See. Golra, "Standard Conditions and Form Contracts in Italian Law," 11, *Am. J.C.L.* 1 (1962).

(11) Martin, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, S. 46; Treitel, *Supra*, p. 824.

(12) 更に、冷却期間を設けて、消費者に契約条件を吟味し、それでも締結を欲するか否かを決定させるために、店舗内でなされなかった合意は、割賦払購入者に書類交付後4日間経過後でなければ拘束力を有せずとか、契約交渉時に販売業者がなした全ての表示につき融資会社は責任を負うべしとするよう提案されている。See, Wilson, 28, *RebelsZ.*, pp. 652~3 (1964).

責任が強行しうる期間及び方法を規定する条項は無効で何等の効果も生じないとする。⁽¹³⁾ 以上の様に、立法的規整としては、一定条項は絶対的に無効とする強行法化と、契約相手方の注意を喚起するように一定の手段を取らねば変更不可能という手段が採られているといえるが、⁽¹⁴⁾ その他、取引は裁判所又は一定の行政機関の監督の下でなしうる (SS. 3, 33 (6), (7) of Housing Act, 1961)⁽¹⁵⁾ とか、裁判所に不合理を根拠として免責条項をコントロールする広い裁量を与えている例も存する (S. 7 of Railways and Canal Traffic Act, 1854; Transport Act, 1962)⁽¹⁶⁾。

- (13) 陸上旅客運送においても、同様な条項が存する。See. S. 151 of the Road Traffic Act, 1960. この規定を適用した判例として、*Gore v. Van der Lann* [1967] 2 Q.B. 31.

なお、乗客の死亡又は傷害に対する運送人の責任を排除又は制限する条項に関する現行法は均一ではない。道路及び鉄道による運送の場合、かかる責任を全く排除することはできぬ (S. 151 of Road Traffic Act, 1960; S. 43 (7) of Transport Act, 1962)。航空運送では、運送人が故意に相当すると認められる過失 (wilful misconduct) でない限り、運送人の責任は3,000ポンドに制限しうる (Carriage by Air Act, 1932, Sched. I, Art 22 (1); S. 1 1952 No. 158, Sched. III, Art 22 (1); S. 1. 1964 No. 639.)。海上運送では、契約によって排除しうる。この差異を正当とする根拠は何かにつき、Treitel, *J.B.L.*, 1967, p. 203 は、「航空事故は、しばしば不具よりも死をもたらすし、乗客は既になんらかの保険を掛けているのであり、しかも、旅行開始時に、より包括的な生命填補を考慮して、特別運賃を支払うよりも、自身で必要な保険を支払ったほうがずっと安上りであると考えらるであろう。一方、不具保険は生命保険ほどには普及していないし、道路又は鉄道による事故の場合には、死亡よりも、むしろ、不具をもたらしがちであり、更に、乗客は階層としては、航空乗客ほどには（死亡の場合においてさえ）私保険でカバーされていないといえよう。もし、このことが妥当するならば、これらの要素は、旅客運送につき航空と陸上との区別を正当化するものであるが、同時に、海上乗客の地位は、変則であり、歴史的残存物にすぎぬといえよう」とする。

- (14) Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen* S. 35; Treitel, *The Law of Contract*, 3rd ed., London 1970, pp. 201~2. and id., *J.B.L.* 1967, p. 339; Sales, *Supra.* 16, *M.L.R.* 327 (1953).
- (15) Treitel, *J.B.L.*, 1967, p. 345. は、これにつき、約款は非常に多種多様で、その結果、システムの費用と負担とは、その効用を抹殺してしまし、契約自由に大幅に介入するものでなかろうか、とする。
- (16) かかる規定は、なにを裁判所が合理的と看做すかを予見するのが非常に困難であるが故に、不安定性が内在しているし、必然的に裁判所が不十分な根拠に基づき判決を下すという危険が存する。かかる規定の下で、進んで免責条項を修正するかは将来の結果をみてみなければならぬが、少なくとも、当事者のために契約を形成することにつき伝統的に示されてきた嫌悪感を克服せねばならぬであろう。See. Treitel, *Supra.*, pp. 203~4 and id., *J.B.L.*, 1967, pp. 340~1.

しかし、制定法により上述のようにコントロールされた範囲外では、契約自由の原則が支配し、当事者はいかなる条項の下で契約しようとするそれは自由であり、更に、仲裁契約は制定法によって禁止されていず、取引界で広く使用されている。⁽¹⁷⁾ この故に、「裁判所からの逃避」を生じているが、これは、時間と費用の点で多大な出費を伴う訴訟を避け、仲裁裁判官によって迅速かつ安価な手続でなされることに基⁽¹⁸⁾づいている。このように、立法的規整にも多々問題は存するのであるが、近時、包括的タイプの立法による解決を待望する声も出ており、法律委員会が商工業界の代表者及び弁護士から構成された問題調査委員会を設立し、約款の全問題を考察し、立法機関に勧告をなそうという試みが目下進行中で、その審議結果が関心をもって待望されてい⁽²¹⁾る。

(17) 判例も仲裁条項の有効性を認めている。例えば、*Baker v. Yorkshire Fire & Life Assurance Co.*, [1892] 1 Q.B. 144 において、これは原告が被告会社と保険契約を締結し、保険金の支払を訴求したが、約款によると、最初に仲裁に委ねるべきで、その後には訴を提起しうるとされており、原告が仲裁を求めずに訴を提起した事案であるが、「原告は約款に基づき訴求しているのであり、訴提起により約款が自己の契約を構成することを確認しているのであって、自己が訴求している契約の正に一部を構成している条項を拒否できぬ。」とした。なお、仲裁条項については、See also Wilson, 14, *I.C.L.Q.* pp. 187~92 (1965).

(18) Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 36.

(19) Plausnitz, *Supra*, p. 143 は、いかに入念に起草されたとしても、制定法は、全ての偶発性を考慮して対策を立てることはできぬ、とする。更に、Treitel, *Supra*, pp. 207~8. は、不当約款の弊害が、消費者側の無気力の故に、深酷なものとなってきたならば、行政手続、政府機関による差止命令、刑事罰をもって、制定法の不備は補完されねばならぬであろう。……刑事罰による強制は、そうする必要が緊急かつ明白である場合にのみなされるべきである。目下のところは、約款濫用は、かかる深酷な状態に達していないといえる、とする。なお、See Treitel, *J.B.L.*, 1967, pp. 339~40.

(20) 例えば、See. S. 3 of Misrepresentation Act, 1967. Vgl. Martin, A., in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 49 f. 米国における包括的タイプの規整手段としては、See. § 2-302 U.C.C. これにつき、See. Leff, "Unconscionability and the Code; The Emperor's New Clause," 115 *U. Pa. L. Rev.* 485 (1967); Ellinghaus, "In Defense of Unconscionability," 78 *Yale L.J.* 757 (1969); Spanogle, "Analyzing Unconscionability Problems," 117 *U. Pa. L. Rev.* 931 (1969). 石原「米国における約款の司法的規整——非良心性理論による是正——」一橋論叢 66巻3号 p. 70 以下。

(21) Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 43. 立法を待望する声は、判例自体にも現われている。例えば、Denning L.J., in *Adler v. Dickson & Anothers*, [1955] 1 Q.B. 158 (180) は、免責条項の苛酷さ、*

なお、付言すれば、世界的にも、この規整手段につき種々の立法化、提案がなされている。これにつき、概説すれば、(1)片面的強行規定、即ち、顧客の不利益に任意を変更しえぬ半強行規定⁽²²⁾の制定、(2)任意法の2分化、即ち、任意法規は個別契約によってのみ完全に又は部分的に修正又は排除するか又は約款によっても変更しうる、というように2種に区別しようとするもの⁽²³⁾、(3)一般条項の制定、即ち、任意法は、一般に変更しうるが、約款による場合は、変更は相手方の権利を不当に制限しえぬ、とする。例えば、BGB 157a として「当事者の一方にとって、個別合意を補充するために、個別合意と共に契約に取り入れられた規定(約款)は、それが相手方の権利を不当に制限する場合には無効とする。」という規定⁽²⁴⁾を設けることである。(4)約款に関する法律の制定、これには、全ての約款に関する単独立法、個々の法領域に関する(例えば、商品売買に関して)約款法、現行法中に総則的規定として約款につき一部門設ける等が考えられる。現に、イスラエルでは、商品売買⁽²⁵⁾につき約款法を制定しているし(Standard Contracts Law 5724-1964),

* 顧客の無力さを問題としつつも、立法による規整なき限り、不当約款も有効とせざるをえぬ、とするし、Donaldson J. in *Kenton, Son & Graven v. Baxter Hoare*, [1971] 2 All E.R. 708 (720) も、免責条項が取引能力の対等でない当事者間で約款上でなされている場合、それは社会的には非常に望ましくないことだが法的には有効である。かかる不均衡の是正及び不当約款からの救済は、裁判所よりも議会が処理すべき問題である、とする。See also Lord Reid, in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at 406.

(22) Möller, in *Verhandlungen des 41. DtJurTages*, 1955, II. E. 21; Raiser, L., ebenda E. 26; Mroch, *Zun Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen*, Karlsruhe 1960, S. 43.

(23) Weber, W., 1 *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine rechtliche Gesamtdarstellung. Sonderausgabe aus J.v. Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 11 Aufl. Bd. II, Teil 1 a. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1967, N. 387; Mroch, a.a.O., S. 43 f.

(24) Stoldt, in *Verhandlungen des 41. DtJurTages*, 1955, E. 15; Weber, W., a.a.O., N. 388., Mroch, a.a.O., S. 46 f. なお、Mroch, a.a.O., S. 48 は、約款と個別契約との区別を否定し、民法総則中に規定されるべき一般条項は、「約款中に存する、既存の法規定の変更は、関係当事者の特別関係によって是認される限りにおいてのみ有効」とすべし、と主張する。

(25) Yadin, U., in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 143 f, Comment, "Administrative Regulation of Adhesion Contracts in Israel," 66, *Col. L.R.* 1340 (1966); Note, "The Israeli Law of Standard Contracts, 1964," 81, *L.Q.R.* 31 (1965); Note, "The Israeli Standard Contracts Law, 5724-1964," 14 *I.C.L.Q.* 1410 (1965).

オランダにおいても、民法改正につき、約款に関して一部門設けるべしという主張がなされている。⁽²⁶⁾

行政的規整については、既述のように、国家は夜警国家の地位に留まるべしという理論から、特色ある規整は存在しない。⁽²⁷⁾ただ、立法的規整とも関連することだが、Restrictive Trade Practices Act, 1956 and 1968 により、特に価格、商品の市場取引 (marketing of goods)、販売条件に関する制限を含む取引契約 (Trading Contracts) は登録を要するとされ、一度登録されると、かかる合意は Restrictive Practices Court により審査され、公益 (Public interest) に反すると思われる場合には無効と宣言されるし、登録を要求される全ての制限は公益に反するものと推定され、推定を覆す責任はその強行を求める当事者に存する、とされている。この制定法は、明白に取引合意にかなりの影響を及ぼし、多くの製造業者は登録の要求を回避するために制限的慣行の修正を余儀なくされた。⁽²⁸⁾約款についても、かかる行政機関又は裁判所を設置すべきという主張が存するし、⁽²⁹⁾更には、行政機関の介入は最小限度たるべしという理論に真向から対立する強力な行政委員会の設置も主張されている。⁽³⁰⁾それによると、合理性の判断を裁判所に課することは十分な効果を生ぜぬし、特定条項の合理性は契約上なんらかの争いが生じた後よりも契約に挿入される以前に判断されるべきであるという見地から、法律家、

(26) Vgl. Westermann, "Objektivierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Umwandlung in Objektives Recht," *NJW* 1963, S. 1587 f. なお、立法的規整を特に強調するものとして、Vgl. Mroch, a.a.O., S. 37 f.

(27) Treitel, *Supra*, p. 208.

(28) Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 33 f. なお、See also Wilson, 28, *RabelsZ*, pp. 645 et seq. 及び Treitel, *Supra*, p. 392.

(29) See, Atiyah, *Supra*, pp. 232~3. Atiyah, *ibid.* は、Restrictive Practices Court をモデルとして、Standard-form Contracts Court を創設し、約款中の一定タイプの条項は登録され、この裁判所が全ての関係当事者の利益、勿論、公益一般をも顧慮して、その有効性を宣言するのも一方法とする。Treitel, *J.B.L.* 1967, p. 345 も、かかる機関の設置により、不明確原則とか、契約文書と単なるレシート間の区別、基本的違反理論は殆んど不必要となるであろう、とする。

(30) Sales, 16, *M.L.R.* pp. 336~342.

企業者及び消費者代表の三者からなる行政委員会 (Tribunal or Committee) を設置し、これは、法律の形式をもって、一定の取引分野において使用される約款を制定する権限及び義務を有するものとし、この約款は制定法として具体化され、委員会がある条項を当事者が変更したり又は使用を任意にするのが適切であるとする場合を除いて、約款の使用が強制され⁽³¹⁾、しかも、約款は契約上明示的に言及されているか否かを問わず契約に挿入され、約款の変更・除外は無効かつ罰金 (Penalty) の対象とされるし、一方、委員会は、現行法で十分であり約款は不必要で、ただあるタイプの条項の使用を禁ずるのが必要と思われる場合には、立法という形式をもって、一定条項 (殊に、法律上の黙示的条件又は責任を除外する条項) の使用を禁ずる権限を有する、とされ⁽³²⁾る。しかし、このような広汎な権限を有する行政委員会の設置に対しては賛意を表する者はいず、むしろイスラエル型の行政委員会が広く賛同者を得ている。これは、既述の Standard Contracts Law に基づくもので、委員会

(31) Treitel, *J.B.L.* 1967, p. 343. も、Sales の主張には同意していないが、行政的規整は、契約者がそれを利用するように強制されるか又はそうするように刺激が与えられねば効力を発掘しえずとして、Transport Act, 1921 では、鉄道会社は運輸委員会に約款を提出する義務が課されていたが、委員会で承認された約款を利用するよう義務づけられていなかったため、実効なかった、としている。

(32) Sales, *ibid.* は、かかる委員会の設置は種々の欠陥を有するとはいえ、それにも勝る利点を有する。即ち、約款の公正さを確保して大企業と一般人間の全ての取引から疑惑を除去するし、法律の見地からいえば、同一取引につき全ての契約は全く同一ということになり、その結果、解釈をなすべき法律家及び裁判所にとって、非常に異なる契約の数は実質的に減少し、時間と労力の節約をもたらし、延いては訴訟の減少をもたらし、しかも、統一性を生ずる結果、企業家にとっても、多数の顧客に同一内容の契約を課しうること及び自己の契約内容を準備するという努力と弁護士に相談するために要する手数料の節約を生ずるし、一方、顧客にとっても、多くの企業家との契約内容が同一であることから、契約内容につきある程度の認識をえることができる。更に、委員会により制定された約款は不変性・永続性を有し、変更の場合も比較的簡単に処理でき柔軟性を有するし、委員会での成果は容易に公刊され、殊にルーズリーフ式にすればその後の成果も附加でき、素人でも容易にかかる刊行物を入手し、内容を読むことができる。かくて、契約理論に左右されずに、契約に入る者は全て約款に拘束されると法定しえ、「身分から契約へ」は現在では神話化しており、再び制度への復帰となるのであるが、これは新たなものであり、全ての者に以前には享受しえなかった「身分 (Status)」を与えることになる、とする。

は3名(司法大臣 Minister of Justice により任命された委員長又は委員長を務める裁判官のいずれか1名、残りの2名のうち、1名は少なくとも国家公務員であってはならぬ)で構成され、企業が約款の審査申請をなし、これにつき、委員会は Attorney General 又はその代表者、及び約款に関係する者に意見陳述の機会を与え、約款全体及び全ての状況を考慮して、約款が顧客に非常な不利益をもたらすか又は設定者に不公正な利益を附与するものかを判断し、約款の承認又は拒否を下す。委員会は、証人及び証拠調べにつき、民事裁判に関して裁判所が有すると同じ権限を有する。更に、承認された約款は5年間有効で、裁判所の干渉を受けぬし、申請者、関係者及び Attorney General は委員会の決定に対し60日以内に最高裁に上告しうる⁽³³⁾。このイスラエル型は、近時において設置されたのであり、申請件数は未だ極く少数であり、その成果については今後を待たねばならぬが、高く評価されている⁽³⁴⁾。

なお、Molony 委員会は、署名した文書を読むという労を厭う者を保護するのは非常に困難であることから、最終的解決策は消費者が自己の法的権利を完全に認識するように教育することであるとして、消費者の直面した問題を確認し再検討して救済手段を提案することを任務とする12名の中立的立場の者からなる消費者審議会(Consumer Council)の創設又は現行の市民相談所(Citizens Advice Bureaux)の拡大を提案している⁽³⁵⁾。

(33) イスラエル型につき、前注(25)の文献参照。なお、行政委員会による規整につき、Fischer, "Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen," BB 1957, S. 487 は、必然的に耐えられぬ官僚主義化及び望ましくない管理という結果を生ずる、とする。

(34) 例えば、Vgl. Merz, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 172; Lando, 10, *Scandinavian Studies in Law* pp. 137~9. 更に、Lando, *ibid.*, p. 142 は、イスラエル方式を採用することによって、立法者が人間の取引能力と適切な理解力に信を置かなくなり干渉の必要を感じてくれば、取引をなす者が自己の取引の全条件を知ることの重要性は消失し、この者は自己の利益を保護する公的權威を信ずれば良いことになる。しかも、程度の差はあれ、理解できぬ一連の条項を読むのに時間を浪費する必要もなくなるし、更に、乗車券の裏面とか保険約款を全然読まなかった点につき、深酷な心の痛みを感じることなくなるであろう、とする。

(35) See, Wilson, 28, *RabelsZ* p. 651 (1964).

上述の方法以外にも、下記の方法が他国において主張されている。(1) 認可・監督。世界的に行なわれているものであるが、全ての部門につきこれをなすのは、変遷極まりなき経済上の要求に迅速に適応していくためには巨大な行政組織を要し、到底実行不可能であるし、約款の公正及び経済的妥当性につき国家は責任を負いえないのであり、十分な認識もなしに容易に認可したり、更には、「国家によって認可された」という錦の御旗の下に顧客に約款は公正だという誤った観念を先天的に植えつけてしまうし、しかも、行政による立法、即ち、行政官庁は私法の隠れた立法者という弊害を生じ易い⁽³⁶⁾。したがって、普遍的に行なわれているとはいえ、余り高く評価されていない。その他の補助手段として、(i) ブラック・リストの作成、(ii) 記録簿の作成、(iii) 鑑定、(iv) 公証人による無危険証明等が提案されている⁽³⁷⁾。更には、行政的規整の範疇には入らぬが、不当約款に対する新聞等のマスコミを利用したキャンペーンによる世論の喚起⁽³⁸⁾、企業団体の自主コントロール等が挙げられる⁽³⁹⁾。

(36) Mroch, a.a.O., S. 29 und S. 31 f; Raiser, L., in *Verhandlungen des 41. DiJur-Tages*, 1955, E. 24 f. も全体的行政国家への畏怖をあげている。我国における認可の不十分性及び弊害につき、谷川「企業取引と法」(『現代法と企業』現代法9, 1966, 所収) p. 151 以下参照。

(37) 詳しくは、Vgl. Mroch, a.a.O., S. 34 f.

(38) Vgl. Mroch, a.a.O., S. 34; 英においても、その例が存する、これにつき、See. Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 33; Atiyah, *Supra*, p. 109.

(39) しかし、構成員が企業のみであること、更に、個々の企業が約款作成の場合には営業の伝統、企業の当面の世間的評価等に基づき、余りに苛酷な約款を設定し利用するにはある程度遠慮が存するのに対し、団体という匿名性、集团的無責任の下に、苛酷な約款の制定を団体に要求する危険が大であるし (Mroch, a.a.O., S. 32 f), 団体の客観的に正当な任務は、当該経済部門の保護に値する要求を主張することであり、当該経済部門と他の団体間の利益衡平をなすものではない (Fischer, *BB*, 1957, S. 487) が故に、かかる手段は余り実効なしといえよう。

Ⅱ 同意原則による是正——約款の拘束性否定

英法上、約款は契約に基づき効力を生ずる。⁽⁴⁰⁾ 契約は申込と承諾によって成立するが、申込(又は承諾)には契約要素となるべき全ての条項が含まれていなければならない。したがって、企業家は、自己の約款で契約締結をするつもりであるならば、自己の申込(又は承諾)に約款を挿入しておかなければならない。この申込(承諾の場合も同様)の内容がいかなるものかは、客観的見地に基づき決定される。この場合、文言及び個別事情における申込者の態度から、申込受領者が、法律的にいかなる意思を申込者が有していたかにつき合理的に推論しえたかによるのであって、主観的意思は問題とされない⁽⁴¹⁾のであり、したがって、顧客が、約款を挿入しようという企業家の意思を合理的

(40) Vgl. Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, a.a.O., S. 3. 米法上も同様であることにつき, Raiser, G., a.a.O., S. 8. しかし, *Bonsor v. Musicians' Union*, [1954] 1 All E.R. 822 (826) で, これはクローズドショップ制を採る産業労働組合の組合員除名規定の適用に関するものだが, Lord Denning は, 「これらの規定は, 事実上というよりもむしろ理論上契約である. 真の契約であるというには, 当事者が十分な知識をもって, しかも何ら強制されずに自由な意思をもってなすことが必要である. しかし, このことは当面の場合には適合しない. 組合はクローズドショップであり, 仕事をするためには, 署名して規定に合意すると表示せざるをえなかった. ……このような条件の下で強行された規定は, 我々が従来から理解しているような契約ではなく, むしろ少数の組合員によって設定され, 他の組合員に強制的に課される法典 (legislative code) であり, 契約というよりも, むしろ自治的法規 (byelaw) である……」としている. 純然たる約款の法的性格論には関しないが, このような主張も存することは注目に値する. 法規類似性に言及するものとして, See, *Amalgamated Building Contractors, Ltd. v. Waltham Holy Cross U.D.C.*, [1952] 2 All E.R. 452 (453); Unger, "The Doctrine of the Fundamental Term," (1957) *Bus. L.R.*, 30 (38). 因みに, 独でも, 通説は, 約款は個別契約に採り入れられるまでは将来の契約相手方との関係は単なる一枚の紙にすぎず, たかだか契約申込の基礎となるにすぎぬと解し, 契約説に立脚している. しかし, 近時は, 契約説に立つも標準契約説 (Auer), 連続契約説 (Schmidt-Salzer), 責務性理論 (Krause), 契約締結上の過失理論 (Meeske), 私的規範説 (Helm), 更には, 約款否定論 (Schreiber) と多彩であるし, 更に, 約款設定自体を法的評価の対象とする見解も有力で, これには, 単独法律行為説 (Lukes, Naendrup), 契約以前の契約形成説 (Diederichsen) とが存する.

(41) Anson-Guest, *Supra*, p. 29; Kade, a.a.O., S. 35; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, a.a.O., S. 5. もっとも, 主観的契約理論に立った判例も存する. これにつき, Kade, a.a.O., S. 36 und Anm. 43 引用の判例参照. 米法につき, Raiser, G., a.a.O., S. 17 f.

に認識しなければならぬ場合には、約款は申込に含まれていることになる。

不当約款の是正手段として第1に挙げられるのが、この同意原則、即ち、約款は契約に挿入されているとはいえぬとする原則である。

(1) 約款の黙示的挿入 これには2種ある。

(i) 慣習 (Custom) 慣習に基づき、申込には、地域的又は商取引上慣行となつている約款が含まれることになるが、慣習と認められるには、特定性、周知性、合理性、適法性の要件が充足されていなければならない。⁽⁴²⁾しかし、約款には、企業家の不当は優遇と、それに応じて顧客の地位の劣悪化を生ずるのが通常で合理性の要件を充足しないし、更に、たとえ約款が一定の取引分野で長期間慣行的に使用されていても、約款自体長文で複雑であるから、具体的には一般公衆に知られているとはいえず、平均的顧客はその存在を知るもその内容は不知であつて、周知性が欠けている。⁽⁴³⁾したがって、英判例上、一般に約款は商慣習として承認されていない。⁽⁴⁴⁾

(42) In Contractibus, tacite insunt [venivnt], quae sunt moris et consuetudinis= In Contracts, matters of custom and usage are tacitly implied. A contract is understood to contain the customary clauses, although they are not expressed.

(43) Anson-Guest, *Supra*, p. 129.

(44) Prausnitz, *Supra*, p. 79; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu. a.a.O., S. 6 f.

(45) 銀行や運送営業では約款を慣習として認めている判例も存するが、これは、内容上も知られていたものであつたことに注意すべきである。See *Hutton v. Warren* (1836) 150 E. R. 517 (521); *Pike, Son & Co. v. Ongley & Thornton*, [1887] 18 Q. B. D. 708 (712); *Lord Eldon v. Hedley Brothers* [1935] 2 K. B. 1. 約款によるという慣行の存在を否定したものとして、*Thornton v. Shoe Lane Parking, Ltd.* [1971] All E. R. 686, Per Megaw L. J. at 692: Kade, a.a.O., S. 39 は、英法上、特別指示が要求されることから、約款の挿入は当該取引部門における商慣習に基づくことはできぬ、とする。しかし、特別指示の要求は明示的挿入の場合であり、黙示的挿入の場合の前提とするのは不当であらう。

因みに、独法上、約款自体が商慣習となりうることは承認されているが、我国の有力説たる「約款による」という事実たる商慣習乃至は商慣習法、即ち、白地商慣習乃至白地商慣習法説は、約款利用につき顧客側の同意が欠如していること、及び、約款利用は企業側にとってのみ慣行となつているにすぎぬ、という理由で反対説も有力である。Vgl. Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, a.a.O., S. 52 f; Helm, "Private Norm und staatliche Recht beim Massenvertrag," *Jus* 1965, S. 122 f.

(ii) 具体的個別事案における特別事情——継続的取引関係 一般に、契約において暗黙の了解とされ明示を要しないとされるのは、それが余りに明白で全く当然のこととなっている場合である。⁽⁴⁶⁾これによれば、約款に基づき取引関係が完了したという契約関係が企業者と顧客間に以前から存在する場合には、顧客にとって新たな契約関係も企業家の約款によって規整されるべきだと合理的に仮定しうるのであり、約款を特別に指示することは不必要となる。⁽⁴⁷⁾この点につき、判例は、一時、申込の受領者が分別のある者であっても、約款による契約が以前に締結されたことによって申込者は約款の使用を知ってはいるがその内容を正確に認識しているとはいえずとし、明示の指示を要求した。即ち、原告の代理人が、自動車運送契約を船会社と締結し、自動車を引渡し、運送料を支払って、領収書を受領した。ところが、運送中に、船会社の使用人の過失により船が沈没し、自動車も滅失したので、原告が損害賠償を請求したのに対し、被告会社は事務所に掲示してあった運送約款を援用して過失責任から免責されると主張した。運送品受領の際には、運送料領収書と risk note が荷送人に交付されるのが営業上の慣行であり、領収書には「乗客、乗客の手荷物及び家畜は、会社の運行表 (Sailing bills) に記載された約款、掲示、通告に基づき運送される」という文言が存し、risk note には約款が記載され、更に「上記の約款の下に」商品を運送することに同意して荷送人が署名するものとされていた。従前の同種の取引において、原告又は代理人は、時折 risk note に署名していたが、本事案においては、偶々 risk note は発行されず、署名もなされなかった。約款が適用されることについては原告及び代理人は知っていたが、両者ともその内容については不知であった。裁判所は、「当事者間に従前から取引関係があったとい

(46) See, *Shirlaw v. Southern Foundries, Ltd.*, [1939] 2 K. B. 206, Per Mackinnon L. J. at 227; *McClelland v. Northern Ireland General Health Service Board*, [1957] 1 W. L. R. 594.

(47) Wilsohn, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 37 f., Anson-Guest, *Supra*, p. 142, Prausnitz, *Supra*, pp. 50~1. 判例として, *The Kite* [1933] p. 154 (166); *Spurling Ltd. v. Bradshaw*, [1956] 1 W. L. R. 461 (467).

う単なる事実は、決して、被告を助けるものではない。ある者が99回(当事案における様な3, 4回の場合は勿論) 同一書式で契約をなしているという事実は、それ自体、書式が使用されなかった100回目の契約に影響を及ぼさぬ。以前の取引関係は推定でなく、事実上約款につき認識が存しそれに同意したことが立証された場合にのみ、重要となってくる。ある条項(a term)が契約上表示されていないならば、黙示によってのみ契約に挿入されることがある。しかし、黙示は、当事者の一方が条項を不知である場合には、この者の不利益になしえぬ。以前の取引関係から、99回の取引で条項を知っており同意したことが明らかである場合には、明示の言明がなくとも100回目の契約に当該条項が挿入されるとするのは理由がある。挿入が正当か否かは、個々の事情によるが、少なくとも、認識が立証されることが不可欠な要件である。認識がなければ無(nothing)である。」⁽⁴⁸⁾とした。しかし、近時、態度を変更し、約款による取引が継続的に長期にわたり、約款につきいずれかの段階で合理的な通知(notice)が与えられている場合には、現実に認識を有しなくても約款は適用されるとする。⁽⁴⁹⁾この合理的な通知の付与という要件は非常に厳格であり、例えば、以前から取引関係があっても約款の変更が以前に使用されていた小切手帳のカバーに記載されず新規の小切手帳カバーに記載されている場合には、相手方がカバーに印刷された文字が存することを知ったとしても、カバーは以前には約款記載の目的をもって使用されていなかった

(48) *McCutcheon v. David Macbrayne Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 125 (130, 131~2, 134, 138); *Wilson, ibid.*, S. 38; Marshall Evans, "Notes of Cases: Incorporation of Exemption Clauses in a contract; course of Dealing," 27, *M.L.R.* p. 354 (1964). なお, *Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, a.a.O.*, S. 56 f. は、明示の場合は約款利用を知っておれば良いとし、黙示の場合には内容認識を要求するのは不当で、継続的取引関係にある限り、特別指示はなくとも良いと解すべきで、当判例は否定されるべき、とする。

(49) *Hardwick Game Farm v. Suffolk Agricultural & Poultry Producers' Association*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 547 (571~2, 581~2, 587~8); *Britain & Overseas Trading (Bristles) v. Brooks Wharf & Bull Wharf*, [1967] 2 Lloyd's Rep 51; Wedderburn, "Contract-Exemption Clauses-Fundamental Breach-Main Objects of Contract," 1957, *C.L.J.* 17; Treitel, *supra*, p. 177. なお, *Plausnitz, supra*, pp. 52~3 は、この原則は商人間のみ妥当であるが商人対非商人間では不適當とする。

のであるから、そこには何ら約款は含まれていないと推論するのは十分理由がある。したがって、十分な認識手段を尽しているとはいえぬ、とされた。⁽⁵⁰⁾ 更に、既述の原則は、当該取引が継続的取引関係と同種のものでない場合には適用されぬ。⁽⁵¹⁾ 例えば、通常は給油のために給油所を利用していたが、当該取引においては車修理のために車庫に車を寄託したのであり、約款は事務所に掲示されていた。原告は、二、三度事務所に入ったことがあるが、約款の存在を知らなかったし、寄託の際も、車庫には入ったが事務所に入らなかった。修理中に自動車が発火して焼失し、原告の損害賠償請求に対し被害が免責約款を援用した事案で、「原告が以前から当該営業所を利用していたのは給油のためであり、修理のために利用するのは今回が初めてであり、事務所の窓に掲示された約款を知るべきであったとすることはできぬ。」とされた。⁽⁵²⁾

(未完)

(47. 4. 14)

(50) *Burnett v. Westminster Bank, Ltd.*, [1969] 3 W.L.R. 863 (874~5). Cf. *Mendelsohn v. Normand, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 1215. これは、約款は帳場に掲示されていたが、駐車のために車を車庫に入れたときには運転手には見えず、車を取りにきた時に初めて見える状態であった。窓には大文字で「御客様の車について、重要な注意事項」という掲示がなされていたが、約款は小文字で記載されていた。原告はたびたび帳場を訪れたが、掲示を見たとしても、それを読んだことは決してなかった。かかる掲示は不十分とされた (*ibid.*, at p. 1217). もっとも、当事案では、チケットにも約款が印刷されており、チケットの契約文書 (Contractual document) 性及びそれに異議を申立てずに受領したことに基つき、約款に拘束されるとされた (*ibid.*, at p. 1217).

(51) Treitel, *supra*, pp. 177~8.

(52) *Smith v. Taylor*, [1966] 2 Lloyd's Rep. 231 (235~6).