

論説（招待論文）

標準契約における不公正契約条項の効力

筑波大学名誉教授 田島 裕

1 「標準契約」の意味

§1（1980年論文） 「過失責任の契約による免責—イギリス不公正契約条項法（1977年）の制定」と題する論文（注1）は、1980年に書いたものであるが、それから30年余りの年月が経っている。その論文では、普通契約約款の中で使われた「免責条項」をめぐっていくつかの重要な判例があり、これを理論的に整理するための立法に注目した（注2）。この立法は、一方でコモン・ローの契約法を存続させることを前提としながら、他方、上記の若干の重要判例の中に示された理論を修正するという、非常に困難な手術を目指したものであった。細かい注釈を付ける必要があるが、この立法の主たる考え方は、（1）故意による危害はもちろんのこと、「過失」により身体に危害を与えた場合、その責任を免除する契約条項は無効とする、また（2）その他の免責条項については、「合理性の判断基準」に従って、個々の免責条項を審査するとするものである。

§2（日本の消費者契約法） 日本でも同様の社会問題があったことから、2000年に消費者契約法が制定された、その翌年4月1日から実施されている。この立法はそれなりの意義をもってはいるが、「標準契約における不公正契約条項の効力」という観点から見ると、上記のイギリスの1977年法ほど明瞭な判断基準をしめしていない。また、日本の契約実務において、アメリカの慣行に従った取引（例えば、コンピュータ・ソフトウェアの売買契約）が多くあり、むしろアメリカ契約法の考え方を参考にすべきであると考えられる事例が少なからずある。筆者は、著作集を編纂しながらこれまでの研究を整理してきたが、ちょうどコモン・ロー（不法行為法・契約法）を整理する段階に差し掛かっており、主にアメリカ契約法の研究を追加しながら、表記の研究について、新たな論考をしておきたい。

§3（標準契約の定義） さて、旅客運送、保険、電気・ガス・水道などのユーティリティーなど、毎日多数の契約を扱う企業は、その契約を定型化し、単純なフォームに若干の文字を記載するだけで、処理できるように工夫した。鉄道の旅客運送契約では、切符を買うためにボタンを押すだけで、契約できるようにした。そして、契約についてトラブルが

生じたときには、別途用意された標準契約(standard contract; adhesion contract) (注3)によって解決が図られるようになった。このような仕組みは、客(消費者)にとっても便利であり、コストや時間の節約に資するところがあり、その意味で客(消費者)も利益を得ることになる。しかし、標準契約は企業の側で一方的に作成されるため、客(消費者)はそれを選択するしか選択権がない。この選択には選択者の真の意思に反するものが含まれており、その選択(不公正契約条項)にどのような法的効力を認めるべきかが、本研究の課題である。

§4 (不公正契約条項) 標準契約について特に問題になるのは、不公正条項の適用である。上述のように、毎日多数の契約を扱う鉄道の旅客運送契約では、ボタンを押すだけで契約を締結できるようになった(そもそも、契約ということばが使われていない)。そして、事故などのトラブルが生じたときには、別途用意された標準契約(standard contract; adhesion contract)によって解決が図られるが、その中に責任限度額を定める規定があり、鉄道側に過失があっても、死亡事故に対し10ポンドしか支払われないということがあった(注4)。普通の日常生活ではむしろ都合が良いと感じている契約が、事故が生じたとき、その標準契約の中に最高限度損害賠償額の規定があることが分かり、客(消費者)にとって不利益なものであることが顕在化する。

2 アメリカ判例法の解釈

(1) 契約理論

§5 (ルウェリンの理論) ルウェリン(1893-1962)(注5)はアメリカの代表的なリアリストであるが、その理論はアメリカ契約法にも大きな影響を与えているので、最初にその理論を見ておこう。ルウェリンは、その主要業績である『コモン・ローの伝統』(1960年)の中で、boilerplate型の契約条項[注(3)参照]について、個別的な同意(assent)は存在しないが、一般的な契約は成立しており、例えば、コンピュータ・ソフトウェアを購入したときに、「同意します」という枠をクリックしたとき、その同意を一律に無効とすることは客(消費者)の側でも著しく不都合である。そのコンピュータ・ソフトウェアを購入する契約意思は明確であるが、標準契約約款に含まれる一定の文言に対し同意していないと考えるべきであるという(注6)。この考え方は、アメリカ契約法で一般的に採られている。

§6 (契約成立の要件と契約の内容の確定) ルウェリンの理論は、具体的な事例に答えを出していないので、契約法の著作に示された説明を調べ直してみる必要に迫られる。アメリカ契約法は、リステートメントなどの法理論の整理が行われているとはいえ、基本的

にはコモン・ローである。従って、この領域では、イギリス法を直接継受しており、契約法理論の立て方も基本的にはイギリスのそれと同じである。契約の成立について、コモン・ローによれば、申込みの意思と承諾の意思が合致したとき、契約が成立するとされる。この契約が裁判による強制力を得るために、約因が必要とされる(注7)。本稿の読者には、これについての詳しい説明は不必要であると思われるので、次に契約の内容の確定が問題になる。どのような内容の契約が締結されたか、契約条件や保証をどのように検討するかが問題になる。契約違反があった場合、契約責任が生じるが、この責任を免責条項により逃れることができるかどうかが本稿の研究課題である。

§7 (明示的保証の判断基準) 普通契約約款も契約の条件について文章化したものであり、その作成者の側から見れば、明示的保証の内容を文章で表示した証拠である。まずこのような明示的な表示が、どのような効力をもつかについての判断基準を説明しよう。この点に関して、*Hawkins v. McGee*, 146 A. 641 (N.H. 1929)を見てみよう。この事件において、子供が火傷をして病院に担ぎ込まれたとき、父親が「治療にどれくらいかかりますか」という質問に対し、外科医は「せいぜい3, 4日の入院で済むでしょう。4日以上かかることはなく、その数日後には普通の生活ができますよ。」と答えた。さらに、「100%完全な手に戻ることを保証しましょう。」といった。しかし、後遺症が残り、父親は医療過誤および契約責任を主張した。裁判所は、*skin-grafting operation* をするのがよいという医師の意見を表現したに過ぎず(陪審による判断)、明示的保証ではなく、医師は責任を負わないと判示した(注8)。明示的保証として拘束力をもつことばは、反証可能な事実を述べたものでなければならない。

§8 (黙示的保証) イギリス契約法では、売買契約について、買主に注意させよ(*caveat emptor*)の原則があり、商品の欠陥等があっても、消費者がそのリスクを負担するのが原則であった(注9)。19世紀の判例では、公園の椅子が壊れていてこれに座って傷害を被った被害者が、「危険」という張り紙があったため救済されなかったり、市場で病気をもった家畜を購入した買主も自己責任を負わされた。列道事故で人身傷害が起こった事例でも、最低額(ときには10ポンド)の補償しか得られなかった。1893年の物品売買法は、商品性の保証と目的適合性の保証を明文で規定するようになり、現行法でもこの規定は維持されている。アメリカ法でも、UCC§2-314は黙示的保証について規定している。この規定は、基本的には、イギリスの物品売買法の法原理を継受したものである(注10)

§9 (免責条項の意義) 免責条項は、上記2節で言及した明示または黙示の保証の違反に対する免責を内容とした契約条項である。黙示的保証について、*Henningsen v. Bloomfield Motors*, 161 A.2d 69 (N.J. 1960)では、原告が新車を購入した後、原告の妻が運転したとき、ステアリングに欠陥があり、事故を起こして負傷したことに対する責任の免責が争われて

いる。原告が売主に損害賠償を求めたところ、売主は「注文書」の裏側に 8.5 ポイントの小さな字で印刷された文章を読み上げ、「保証の否認」を主張した。被害者は、イギリスのモン・ローによれば商品性（安全性）の保証は当然に認められると主張し、売主および製造者を相手に訴訟を提起した。裁判所は原告勝訴の判決を下した(注 11)。Ransburg v. Richards, 770 N.E.2d 393 (Ind. 2002)は、共同住宅の管理人が積雪後、駐車場まで行く共益部分の氷を取り除かなかったため、原告がすべて傷害を負った事件であるが、インディアナ州最高裁判所も、強制を拒絶した(注 12)。

(2) 個別的な免責条項の検討

§ 1 0 (コンピュータ・ソフトウェア) 免責条項は多方面で使われており、一般化するのが困難であるが、まずコンピュータ・ソフトウェアの使用許諾契約において使われる免責条項について検討しよう。同意または承諾を得る方式には click-wrap, shrink-wrap および browse-wrap があると言われている。Hill v. Gateway 2000, 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997)や Klocek v. Gateway, Inc., 104 F.Supp.2d 1332 (Kan. 2000) では、標準契約約款に含まれる、「仲裁条項」の効力が問題になっている。これらの訴訟では、主に「仲裁条項」の適用が争われており、結論は生命の事件のように申告ではなく、判決は分かれている。Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 (3rd Cir. 1991)では、コンピュータ関連業者の間で、コンピュータに組み込まれたソフトウェアの不具合が争われたが、この紛争の解決に梱包されていた説明書だけで解決することはできないと判決された。

§ 1 1 (保険約款の免責条項) 保険契約約款で使われる免責条項は、多くの法律家によって検討した後に作られており、自動車売買契約ほど独占的な約款ではない。盗難保険約款の visible marks 条項の解釈が問題になっている Furguson v. Phoenix Assurance Co., 370 P.2d 379 (Kansas 1962)を見てみよう。問題の契約書には、「鍵を壊した盗難」という表現が含まれており、本件の場合、泥棒が鍵を壊してはおらず、保険の対象とならないと主張した。カンサス州最高裁判所は、その文言は単なる証拠ルールを表現したにすぎないとして、免責を認めなかった。次に、Oakwood Mobile Homes, Inc. v. Barger, 773 So.2d 454 (Ala. 2000)でも、AAA の強制的仲裁条項が無効(void)と判決された。Harkrider v. Posey, 24 P.3d 821 (Okl. 2000)では、自動車事故保険契約の免責条項は voidable であると判決された。保険約款の免責条項が常に無効とされるわけでもない(注 13)。

§ 1 2 (確定額損害賠償条項)

アメリカ法には、日本法の手付けの制度はないが、不動産売買など高額の契約について、確定額損害賠償(liquidated damages)の制度が、それと類似した機能を果たしている。Vines v. Orchard Hills, Inc., 435 A.2d 1022 (Conn. 1980)では、原告が被告からコンドミニアムを購入す

る契約を締結し、7,880ドルを頭金として支払った。しかし、契約締結後まもなく、会社から転勤を命じられ、契約の解除を求めた。これに対し、被告はその頭金は確定額損害賠償であり、返済を拒絶した。コネクティカット州は、問題の契約条項は、被告が一方的に書いたものであり、本件では、原告に対する懲罰的性質をもっており、無効であるといわなければならないと判示した。この判決は、Corbin, *The Right of a Defaulting Vendee to the Restitution of Installments Paid*, 40 Yale L.J. 1013 (1931)をはじめ、アメリカの主要な学説をほとんどすべて検討し、契約代金の10%程度の手付けは認められるが、原則は原状回復(restitution)であると説明している。

§13 (不動産売買契約) Caplan v. Schroeder, 364 P.2d 321 (Cal. 1961)では、323,000ドルで不動産売買契約が行われ、15,000ドルの頭金(down payment)を支払い、その残金は毎月同額を指定口座に入金して弁済する約束が結ばれた。買主は、数回の月賦弁済の後、取引に疑問をもち、契約の解約を申し出た。被告不動産業者は、当該不動産を第三者に323,000ドルをはるかに超える金額で売却した。原告買主は、頭金を含む全弁済金の返済を求めたが、被告不動産業者は、15,000ドルの頭金(down payment)は確定額損害賠償金であることが契約書に明記されていることを理由として、返済を拒絶した。州最高裁判所(トレーナー裁判官)は、契約締結に実際にかかった事務手続の費用などを差し引くことは許したが、本件では被告側に損失はなく、損害賠償を認めることはできないと判決した(注14)。但し、この判決に対し、シャウワー裁判官が反対意見を付し、It is not a proper function of this court to remake the contract, amend it, or reevaluate the elements of consideration to respective parties.と批判している。

(3) 消費者保護の政策

§14 (非良心性の法理) アメリカ法では「不公正契約」という用語は、イギリス法とは違った意味で使われている(注15)。従って、アメリカでは「非良心性の法理」ということばが使われている。Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 F.2d 80 (3rd Cir. 1949)では、原告食品会社が被告農業経営者が収穫した人参を全部購入する契約を締結した。数年間、1トンにつき23ドルないし30ドルの価格で取引が行われていたが、市場価格が90ドルを超える価格に急騰し、被告は原告以外の購入者にも人参を売却しはじめた。原告は、これを禁止し、全部の人参を原告に売却することを強制(specific performance)することを求めた。第三連邦上訴裁判所は、契約条項の解釈としては原告の言う通りであり、契約は有効であるが、このような苛酷で非良心的な契約条項の強制をエクイティ裁判所(Chancellor)に求めることはできないと判示した。非良心性の法理はエクイティの法理であり、判断基準は必ずしも明瞭ではない(注16)。

§15 (業者間の契約約款) 不公正契約の問題を論じるとき、その問題は「消費者保護」のように、強者=弱者の関係で認められるものか、詐欺の場合のように契約法一般の問題なのか問題となる(注17)。英米法では、民法と商法の区別を余り意識しておらず、一般的には同じ法理が使われる。しかし、*Missouri Public Service Co. v. Peabody Coal Co.*, 583 S.W.2d 721 (Mo. 1979) (電力会社を買取を約束した石炭の価格が急騰した事例) ; *Laclede Gas Co. v. Amoco Oil Co.*, 522 F.2d 33 (8th Cir. 1975) (ガス製造会社と供給会社間の急騰した価格に関する訴訟)。*Hotel Services Ltd. v. Hilton International Hotels (UK) Ltd.* [2003] BLR 235 (C.A.)では、ヒルトン・ホテルの客室に設置されたウィスキーなどの自動販売機が故障を起こし、ホテルに一定の損失を負わせた。そこで、ホテル経営者が損害賠償を求めたところ、サービス会社は、標準契約約款の免責条項に基づいて免責を主張したが、控訴院はその主張を拒絶した(注18)。

3 イギリス不公正契約条項法の再検討

(1) 1977年の不公正契約条項法の制定

§16 (無効となる契約条項) ここで再びイギリス法の展開に目を移すことにしよう。冒頭で述べたように、イギリスにおいて1977年の法律が制定され、「免責条項による過失責任の否定」を内容とする契約条項が無効とされるようになった。この法律がアメリカ法にも影響を与えたことは明らかであるが、アメリカ法はリアリズムの影響を受け、リアリズムのアメリカ判例がイギリスのコモン・ローに逆に影響を与えた側面がある。§1で言及した論文では、(1) 故意による危害はもちろんのこと、「過失」により身体に危害を与えた場合、その責任を免責する契約条項は無効とする、また(2) その他の免責条項については、「合理性の判断基準」に従って、個々の免責条項を審査するとするものであることを示した。

§17 (レヴィソン事件) 1977年法の制定過程でとくに問題になった指導的判例はレヴィソン事件(注19)である。この事件では、原告が高価な中国製の絨毯をクリーニングに出したところ、被告の明白な過失によって紛失してしまった。しかし、原告が署名した紙片の裏側には、被告は「所有者の危険負担でクリーニングを引き受ける」こと及び責任限度額が印刷されており、被告はそれを理由として損失補償を拒否した。中古自動車の割賦販売契約に関するカーセールズ(ハロー)会社事件(注20)も、立法に際して検討された判例である。この事件では、原告は自分で中古自動車を運転して納得したうえでそれを買うことを決め、被告ディーラーと売買契約を締結した。しかし、ディーラーが実際にその自動車を原告に引き渡した時には、シリンダーの頭部が破壊されていて自動車としては使い物にならない

ものであった。そこで原告は、融資銀行への支払を停止し、被告ディーラーに対して契約の解除を求め、先の契約書の中にディーラーのための免責条項が含まれていたために、その効力が争われた。

§ 1 8 (「基本的違反の原則」) 上記の諸判決がくだされた後、貴族院は、*Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Koln Contrale*, [1967] A.C. 361 で、「基本的違反の原則」を再検討した。スイス・アトランティック事件は、傭船契約に関する事件である。この契約により、2年間、アメリカ合衆国のボルティモアまたはフィラデルフィアおよびベルギー、オランダまたはドイツ(北海)の間を往復し、石炭を輸送することになっていた。運送業者は8往復したが、原告船舶業者は、少なくとも14回、普通ならば18回往復できたはずであると主張し、故意による遅延から生じた損害の賠償を請求した。これに対し、被告運送業者は、違反を認めたが、責任限度額を普通契約約款が定める1日1000米ドルに制限することを主張した(注21)。貴族院は、被告の主張を認めたが、リード裁判官(Lord Reid)など数人の裁判官は、デニング裁判官やデヴリン裁判官の判決は、間違った判決であり、先例法として拘束力をもつ判決でないとして述べた(注22)。

§ 1 9 (ギレスピー・ブラザーズ株式会社事件) 批判されたデニング裁判官は、*Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transports Ltd.*, [1973] Q.B. 400 の中で弁明している。貴族院の判例準則が使われるとき、実際には、「契約が不公正または不合理なもの」か否かを判断しているのに、その事実を否定し、それ故に救済を与えないことが「全く非良心的(unconscionable)」と思われる場合であっても、救済ができないので、その準則は適切なものでない、と述べている(注23)。デニング裁判官は、リード裁判官が免責条項の不正は国会が解決すべき問題としているのに対し、国会がそんな問題に関心を示すことは期待できず、コモン・ロー裁判官は社会に適合する法規範を創造する義務を負うと考えているように思われる。

§ 2 0 (1977年の不公正契約条項法) 1977年の不公正契約条項法が制定されたこと背景には、上記のような、裁判官たちの激しい論争が背後にある。いずれにせよ、1977年の立法により、次のことが明瞭になった。

- (1) 死亡又は人身事故に関する責任の免責は無効である。
- (2) 権原(title)に関する黙示の保証を否定する契約条項は無効である。
- (3) 品質等の説明などの黙示の保証を否定する契約条項は無効である。
- (4) 製造物責任を否定する契約条項は無効である。

その他の条項については、判例法は、免責条項を直ちに無効とすることはないが、(1)詐欺などを行った者が免責条項を主張する場合(注24)、(2)脅迫に近い状況で免責条項(take it or leave it 型の契約条項)に合意させた場合、および(3)違法な取引制限など、公序(public policy)

に反する結果を生む場合、裁判所はその強制を拒絶する傾向がある(注 25)。その他の事例においても、「合理性の基準」による審査を行うことが少なくない。

§ 2 1 (1977 法の立法の意図) 1977 年法の内容が理解困難な部分を含んでいるのは、その立法を準備したロー・コミッションズの委員長であったダイヤモンド教授の「契約法の法典化」に対する深い思いが関係しているように思われる。同教授は、端的に言って、アメリカ統一商事法典の手法を利用しながら、一方では、イングランド法とスコットランド法との統合を図り、他方、ヨーロッパ法との調和点を見出そうと努力した。しかし、従来の法典化は判例法を明確にするために行われたことであるし、ダイヤモンド教授の理想は、いわば水と油と空気を混ぜ合わせて異質な混合体を作り出す実験のような側面もあり、議会はその楽観主義を批判するようになった。その結果、契約法全体の法典化は作業目標から削除されることになった(立法でなく、判例法による解決(司法的法創造)に任せられた)。それ以後、個別的に法典化が進められることになるが、1977 年の不公正契約条項法がその 1 つの個別的立法モデルであり、最初から複雑な限定が付されていた(注 26)。

§ 2 2 (不実表示との関係) 1977 年の不公正契約条項法に関して、従来の場合とは違って、法律の準備作業がロンドンとエディンバラの委員会の合同で行われたことに重要な意味がある。通常の場合、イングランド法に従って立法の準備がなされ、その最後の段階で、スコットランド法の十分な検討を行わないで、スコットランドへの準用規定を書き加えるだけということが多かった。1977 年法の場合には、合同で検討が行われたということに大きな意義がある。この準備作業は、英米法と大陸法の融合を意識している。ちなみに、大陸法による契約解釈の場合、*parole evidence* ルールはそれほど重要ではないが、§ 1 9 で説明したスイス・アトランティック事件の裁判の進め方は、大陸法的である(注 27)。イギリスでは、*L'Estrange v. F. Graucob Ltd.*, [1934] 2 K.B. 394 では、類似の議論が展開されたが、不実表示(*misrepresentation*)の訴えは、不発に終わった。

§ 2 3 (レストランジェ事件) レストランジェ事件では、原告はカフェの経営者であるが、被告のセールスマンが 2 人で店へやってきて、たばこの自動販売機を設置させてほしいと勧誘した。原告は、最終的には同意を与え、設置が終了したときに、被告に求められるまま書面に署名した。自動販売機は故障を起こして邪魔になり、取り除いてほしいと連絡したところ、被告に違約金を請求された。原告は、支払を拒絶し、むしろ被告に対し損害賠償を請求した。被告は先の書面に含まれていた免責条項を引用し、免責を主張した。この事件の裁判において、原告は不実表示を主張した。裁判所は、書面の署名の意味を問題にし、署名がある以上、この書面に合意したものと推定されると判決した。免責条項はその書面に含まれており、当然、原告はこれに同意したことになる(注 28)。

§ 2 4 (「合理性の基準」) 「合理性の基準」を説明するために、Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd., [1980] A.C. 827, [1980] 1 All ER 556 を読むことにしよう。この事件では、港湾地区の見回りをセキュリティ会社と契約していたが、現場監視員が夜の見回りのときに余りにも寒かったため火を起し、火災によりボートを焼失した。所有者がセキュリティ会社に損害賠償を求めたが、標準契約書の中に「従業員に起因する損失」に関する免責条項が含まれていたため、その支払を拒絶した。貴族院は、この免責条項の効力を認めたが、その理由として、次のように説明している。セキュリティ会社の契約代金は少額であり、職務上の過失でなく、従業員個人の違法行為による責任を排除したことは合理的である。また、このようなリスクに対する保険は、原告側で付保すべきであると判示した(注 29)。

(2) ジョージ・ミッチェル事件

§ 2 5 (ジョージ・ミッチェル判決) 上記の2つの判例において、理論上の問題点は「基本的違反」の原則が存続すべきか否かである。ロー・コミッションズが1977年の不公正契約法の立法準備作業を行ったが、その立法が出した答えは、曖昧さを残した玉虫色の解決であった。この点と関連して注目すべき判決は、George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd., [1983] 1 Q.B. 284, [1983] 2 A.C. 803 (H.L.)である(注 30)。この事件では、原告農民が大根の種を注文したが、被告種卸業者から送られてきた種が秋播きの種であったため、大根が商品として通用するものが育たなかった事件である。被告が送付した種の包装箱の中に印刷物(送り状)が入れられており、その印刷物の書面に免責条項が印刷されていた。被告はこの条項により免責を主張した。しかし、デニング裁判官は、Lewis Carroll, Alice in Wonderland (Russell 1978)(注 31)の文章を引用して、「大根だと思ったら人参が出てきた」事例であると認定し、免責条項の適用を否定した。

§ 2 6 (デニング裁判官の契約理論) ジョージ・ミッチェル事件はデニング裁判官ら3人で書かれた判決であるが、いろいろな意味で異常な判決である。第一に、判決の文章がLewis Carroll, Alice in Wonderland (Russell 1978)を真似ている。第二に、上に述べた判決をくだただけでなく、他の事件における最高裁判所の判決を批判している。

「この権力濫用に直面した一強者による弱者に対して一契約条件の印刷を8.5ポイントの読めないほどの小さな活字を使って一裁判官たちは、鎖をつけるためになし得ることをなした。それでも、裁判官たちの面前にはアイドル(偶像)、すなわち、契約の自由を置いていた。そのアイドルに跪いて崇拜しているが、法服の下に秘密の兵器を隠し持っている。裁判官たちは、その兵器を、アイドルを後から突き刺すために使う。この兵器は「契約の真の解釈」と呼んでいる。」(注 32)

§27 (神聖な契約の自由) デニング裁判官の「アイドル」および「武器」について、上記のことばに続けて具体的な判例を暗示し、貴族院裁判官の契約思想を批判している。批判された貴族院判決は、*Printing Numerical Registering Co. v. Simpson*, (1875) LR 19 EQ. 462 である。この判決で、神聖化された「契約の自由」の重要性を説明している(注33)。Jessel, MR は、まだ存在しない将来の発明物についても、原告会社は被告発明者に対し権利譲渡を強制することができ、そうすることが社会にとっても最大の利益を生むことになるので、私的自治による契約の自由は神聖なものと扱うべきであると判示した。しかし、このような「契約の自由」は、イギリスでは、大もうけの夢を買って全財産を失ってロンドンの公園やテムズ川ほとりでホームレス貧困者を生んだ。アメリカでも、「雇用契約の自由」を余りにも強く保護しすぎたため、一方で奴隷制を廃止しておきながら、すべての労働時間を安売りし、たこ部屋で奴隷的生活を送る「派遣雇用者」を生んだ。

§28 (契約解釈の諸原理) 「武器」とは裁判官による契約解釈を指している。デニング裁判官によれば、契約の自由が当事者自治を意味するものであるならば、契約条項が意味するもの、あるいは契約意思とは異なる、裁判官が正しいと信じる解釈を押しつけていると言う。例えば、*contra proferentem* の原則は、契約書を作成した者に適用する場合には、厳格に縮小解釈するという原則である(注34)。*Commission for New Towns v. Cooper (Great Britain) Ltd.*, [1995] Ch. 259 (C.A.)では、同じ契約を締結するに当たり、前回とは不利な条件の契約であることを隠すために、契約の文言はできる限り曖昧な、理解しがたいことばで書かれていた。一般人が理解できる限度で契約の効力が認められた。*G. McMeel, The Construction of Contracts* (2nd ed. 2011)は、このような契約解釈の技術を詳しく説明した本格的な研究書である。

(3) 消費者契約における不公正条項に関する規則(1999年)

§29 (ヨーロッパ共同体指令) シュトラスブールに設置されたヨーロッパ会議(Council of Europe)は、もともと消費者保護に強い関心を持っていたが、標準契約の不公正条項の問題については、指令(Council Directive 93/13/EEC)を出し、加盟国に対し、保護規制を行うことを義務づけた。この規制に従ってイギリスで作られた法規が消費者契約における不公正条項に関する規則(1999年)(*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*)である。当然、本稿で注目した1977年法と重複する部分があり、ときには両者の論理的調整が必要となった。第一に、その指令では、免責条項だけでなく、すべての条項が規制対象であるが、指令の適用のある条項は、*core*(契約の核心部分)の条項だけである。第二に、契約法においては、損害賠償が普通の救済方法であるが、その指令では、差止命令が主たる救済方法であり、いわば予防を目的としていると言える。

§30 (EU法の判断基準) 公正な契約条項か不公正な契約条項かの判断基準は、「合理性の基準」である。この判断基準は、本稿で説明した基準と類似している。しかし、上記の規則が1977年法と併存していて、ある種の混乱が生じているのが現状であるが、法理論上の整理は不十分である。本稿では、規則による若干の判例の検討を末尾に付加する程度にとどめるが、改めて将来、本格的検討が必要になるであろう。EU法指令では、契約制定の状況、交渉力の相関関係、合意を得るための誘因、契約の主題の本質(性質)、売買契約の場合、買主の特別注文かどうか、関係する利害関係を公正・公平に扱っているか、などが検討されることになる。

4 契約責任と不法行為責任一過失責任の免責の禁止 (法律の内容)

(1) 「過失」の概念

§31 (1977年法の定義) 免責条項の問題点の1つは、契約責任に関係のない責任まで否定することであり、「過失責任」の概念が曖昧であることにある。1977年の法律は、次の定義(第1条(1)項)に該当する「過失(negligence)」を免責する契約条項を無効とすることを規定した。

(a) 契約の履行の際に相当の注意を払うこと又は相当の技術を用いることを義務づける明示もしくは黙示の契約条項から生じる義務の違反、

(b) 相当の注意を払うこと又は相当の技術を用いることを義務づけるコモン・ローの義務(但し、厳格責任を除く)の違反、

(c) 1957年の占有者責任法(Occupiers' Liability Act 1957)によって課せられる一般的注意義務の違反(注35)。

§32 (コモン・ローの再確認) この定義はロー・コミッションズの法案に従ったものであるが、これには2つの重要な問題点が含まれている。第一の問題点は、ロー・コミッションズは、契約法上の「過失」を不法行為法上の「過失」と区別し、法律が適用されるのは前者だけであると述べているが、その両者の関係が必ずしも明瞭でないということである(注36)。議会でも、この論点についての議論がなされているが、その定義は従来のイギリス法の一般的理解を変えるものではないということが結論であって、一般的理解そのものを議論することはしなかった。第二の問題点は、「過失」の概念の背後にはドノヒュー対スティヴンソン判決があると思われるのであるが、ロー・コミッションズは注意深くその判決にふれることを避けている(注37)。

§33 (ドノヒュー対スティヴンソン判決) ここでドノヒュー対スティヴンソン判決(注

38)を見ておこう。この事件は、我が国でもよく知られているように、原告の友人である訴外某氏が注文したジンジャー・エールを原告が飲んだ後、2杯目を注いだとき、そのビンの中から腐敗したかたつむりが出てきて、それを見た原告が大きな精神的衝撃を受け、重い病気にかかったという事例である。被告は、そのジンジャー・エールの製造者である。原告勝訴に終わったのであるが、貴族院判決は3対2に分かれているだけでなく、技術上困難な問題が含まれているので、それによって確立された準則を正確に述べることは難しい。しかし、アトキン裁判官が述べた次の部分が大体それに当たると言ってよかよう。すなわち、その判決は、「相当な注意を欠けば、その結果、消費者の生命又は財産に対する侵害が生じるであろうということを認識している場合には、製品の製造者は、消費者に対してその相当な注意を払う義務がある。」と判決した。

§ 3 4 (グリーンマン判決) Greenman v. Yuba Power Products, Inc., 59 Cal.2d 57, 377 P.2d 897 (1963)も、上記のドノヒュー判決の事例と類似した面をもつ消費者保護の事例である。この事件では、日曜大工用の電動ノコギリをクリスマス・プレゼントとしてもらった夫が目につけ、その製造者を相手に損害賠償を請求した事件である。スーパーでそれを買ったときに包装箱の中に免責条項が入っており、被告製造者は支払を拒絶した。カリフォルニア州最高裁判所は、この事件は不法行為の事件であり、身体の安全に対する責任は厳格責任であるから、契約条項によってその責任を逃れることはできないと判決した(注39)。この理論は、イギリスでは批判的に扱われたが、アメリカ諸州だけでなく、イギリス法にも影響を与えた。

(2) 厳格責任への免責条項の不適用

§ 3 5 (厳格責任) 1977年法第2条2項(b)の規定は、但し書きを置き、「厳格責任を除く」という規定を追加している。この厳格責任の説明のために引用される指導的判例は、ライランズ対フレッチャー判決(注40)である。この事件では、被告が自分の土地に貯水池を作るために訴外某を雇って工事を行った。しかし、この工事のために原告の土地に多量の水が浸透し、原告の建物に損害をもたらした。野獣の飼い主は厳格責任(結果責任)を負わされるが、大量の水を扱う者、原子力発電会社なども同様の責任を負う。免責条項は過失責任に関する条項であって、免責条項によって、違法行為または公序に反する行為を適法なものに変えるものではない。

§ 3 6 (過失責任の免責の禁止の意味) 不公正契約条項法第2条1項は、「人は、契約条項または一般人もしくは特定人に与えられた通知を利用し、過失から生じる死亡または傷害に対する責任を排除または制限することはできない」と定めている。これは死亡または傷害の結果を生んだ過失責任を免責する契約条項を無効とする規定である。その他の過

失責任の免責については、「合理性の基準」によってその効力が判断される（法律第2条（2）項参照）。死亡または傷害の結果を生んだ事例でなければ、「合理性の基準」により判断されるが、この判断がどのようになされるかは明瞭でない。同法第3条は、標準契約を作成した者に対しては、本人が契約に違反した場合に、免責条項により免責を主張することはできない。比較的最近の指導的判例を分析して見よう。

（3）1977年法制定後の指導的判例

§ 3 7（免責条項に関する指導的判例1の検討） 免責条項の効力に関する理論は、まだ多く論じ尽くさなければならない。Schroeden Music Publishing Co. Ltd. v. Macauley, [1974] 1 W.L.R. 1308 では、標準契約約款を2類型に分類した。その判決の中で、ディプロップ裁判官は、第一の類型は、貨物証券、傭船契約、保険約款、先物取引契約などのように、長年にわたって使われており、利害関係人の間で十分な検証を経たうえで、社会的に受け入れられているので、一般的には効力は認められるという。第二の類型は、一方当事者が独占的な地位にあることから、一方的に作成された普通契約約款である。この類型の契約については、無効と考えるべきであるという。この事件では、音楽芸能会社とソング・ライターとの間で定型された take it or leave it 型の契約が締結されているが、Unfair Contract Terms Act 1977 については不明瞭であるが、Consumer Contracts Regulations 1999 が適用され、ソング・ライターは消費者として保護される(注 41)。

「

§ 3 8（免責条項に関する指導的判例2の検討） まず Lowe v. Lombank, [1960] 1 W.L.R. 196 (C.A.)の事件を説明しよう。この事件は、証拠による禁反言という新しい類型の禁反言法理を生んだ判例として、しばしば引用される。この事件の第一審判決では、中古自動車の売買契約において、「買主は自分で当該の自動車を検査し、商品に欠陥がないことを確認した」という文言が入っていたため、禁反言の法理により、中古自動車の欠陥を理由に代金の支払いを拒絶することはできないと判決された。しかし、控訴院は、問題の書面は中古自動車の引渡後に作成され、原告に渡されたものであるし、原告は検査などまったくしていないと認定した。最近の Springwell Navigation v. J.P. Morgan Chase, [2008] EWHC 1186 でも、Lowe 判決は強い支持を得た(注 42)。

§ 3 9（免責条項に関する指導的判例3の検討） Shell Chemicals UK Ltd. v. P & O Roadtanks [1995] 1 Lloyd's Rep. 297 (C.A.) では、化学製品の輸送タンクの運転手が、タンクを間違えて輸送し、この間違いが原因となって営業を一時停止され、清掃等事後処理に損失を生んだ。原告と被告の間で長期にわたって継続して取引が行われており、この取引が standard trading conditions に基づくものと了解されていた。この標準契約の中に indemnity clause が含まれており、これにより免責が認められた。EE Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Co.

Europe plc. [1994] 1 WLR 221, [1994] 1 WLR 1515 でも、石油採掘権者と石油プラットフォームで作業を行う請負業者の間で標準契約をもっており、その中に indemnity clause があり、これによる免責が認められた。しかし、HIH Casualty and General Insurance v. Chase Manhattan Bank, [2003] UKHL 6, [2003] 1 All ER 349 (HL)では、代理人(an agent)の詐欺行為(fraud)が問題となっており、過失責任の事例とは異なるとして、免責条項の適用が認められなかった(注43)。

§40 (免責条項に関する指導的判例4の検討) Warford Electronics Ltd. v. Sanderson CFL Ltd., [2001] EWCA Civ. 317, [2001] BLR 143 では、完全合意条項の解釈が問題になった。この事件で問題になっているのは、通信販売会社のビジネス処理を機械化するためにコンピュータ・ソフトウェアを作成する請負契約が締結されたが、10万ドルを超える代金を支払っても注文者が納得するシステムが完成しなかった。その契約書の中に misrepresentation, implied warranty and negligence に対する免責条項が含まれていた。免責されるのは「間接的・結果的」責任であるが、その責任は、「予見可能性」のある結果に限定されるとして Hadley v. Baxendale, (1854) 9 Exch. 341, 156 ER 145 を引用した(注44)。ソフトウェア会社は、契約代金の限度内で責任を負うと判示された。また、Commission for New Towns v. Cooper (Great Britain) Ltd., [1995] Ch. 259 (C.A.)では、わざと契約条項が曖昧に規定されたが、このような条項を有効とすることはできないと判決された。

5 判断基準—標準契約における不公正契約条項の効力

§41 (結論) §20において、1980年に発表した結論を要約した。今回の研究の結果を加え、次のような結論を追加すべきであると思う。

一方当事者が準備した契約であり、客(消費者)の側で不同意の意思表示がある場合には、企業側は同意が得られたことを証明する必要がある。例えば、印刷された契約書の文言が手書きで訂正されている場合。

(1) 特に消費者取引においては、厳格な縮小解釈が原則。例えば、上記§**の事例を見よ。

(2) 標準契約が、保険、労働協約、電気ガス等の公共契約、傭船契約などについては、時間をかけて利害調整がなされているので、一般的に法規に類似した扱いをする。

§42 (契約法における倫理的判断の性質とその限界) 本章で論じてきた免責条項の効力に関する議論は、契約文言の解釈の問題であり、英米法では、事実問題でなく、法律問題であると理解されている。裁判官が、契約を解釈する技術がこれと関係する。例えば、Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd., [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101において、ロン

ドンのワンズワース地区の開発事業に関する報酬規定の解釈が争われた。原告は土地の所有者であり、被告は開発業者である。問題の条項には、「付加的住宅支払」という表題が付けられており、「保証最低住宅ユニット代金を超えた完成された各住宅ユニットの代金の23.4%から費用およびインセンティブを減額した金額」と定義されていた。業界の慣行に従って計算すると£897,051になるが、被告は£4,000,400の支払を請求した。貴族院は、契約の文章が素人によって書かれているため、間違いに気付いていないが、業界の慣行に従うのが公正であると判決した(注45)。

§ 4 3 (公正原理：法と道徳) Suisse Atlantic, supra note at **, at 406において、リード裁判官は、裁判官にはエクイティの権能が与えられていることを認めながら、Shaw v. Director General of Public Prosecutions, [1962] A.C. 220で述べたように、sparinglyに使われるべきであると判示した。この表現は、デヴリン論争を想起させるのであるが、實際上、リード裁判官は、デヴリン裁判官の判決も批判している(注46)。リード裁判官は、分析法学の影響を受けており、社会的道徳の問題は、裁判官が関与すべき問題でなく、社会の中で自然に(民主的に)決められるべきであると考えている。これに対し、デヴリン裁判官やデニング裁判官は、現実の議会制民主主義は、社会的道徳の問題に公正な判断を下す能力をもっていないと考えている。この哲学的な対立は、公正原理の解釈について、手続的フェア・プレーに限定するか、実体的な道徳判断を含むかの違いとして判例の対立を生んでいる。

§ 4 4 (契約の自由の修正とその限界) 1977年の不公正契約条項法は、同法第14条(「定義」)の規定の中に「免責条項」ということばを定義していないため、個別的な契約条項がそれに当たるかどうかを判断しなければならない(注47)。ウィルヴァーフォース卿が述べているように、免責条項が有効かどうかは、契約全体を参考にしてなされる契約解釈の問題である(注48)。China Shipbuilding Corp. v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha (The Seta Maru, Saikyo and Suma), [2000] 1 Lloyd's Rep. 367では、ばら荷貨物運送用の大型船舶の建造請負契約第9編3条(「造船者の責任の範囲」)は、「保証期間が終了後発見された欠陥について、また本編1条に定めた欠陥以外のいかなる欠陥について、いかなる責任も負わない。」と規定されていた。しかし、この事件では、欠陥が意図的に隠されていたため保証期間が過ぎた後に発見された。両当事者が外国人(日本人と中国人)であるため、英語が正確に使われていないので、契約条件や免責条項ということばが、何を意味するか事実認定をしてから、その認定に基づいて判例法の基準を適用した。

§ 4 5 (公正取引局長の役割) 公正取引局長(General Director of Fair Trading)は、もともと消費者保護のために公益訴訟を提起することが期待されていたが、1999年にロー・コミッションズの強力を得てUnfair Terms in Consumer Contracts Regulationが制定されたことを受け、実際に公益訴訟を起こしている。Office of Fair Trading v. Abbey National plc. [2008] 2 All

ER 625 で bank charges の適法性が争われた。被告銀行は、手形の overdrafts に対し不渡りの措置をせず、決済をした後に違約金を取った。この慣行を差し止める訴えを起こした(注 49)。さらにまた、Office of Fair Trading v. Foxtons Ltd., [2009] 3 All ER 697 では、Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 第 7 条 reg. 12 に基づき、consumer lease における renewal commissions, sales commissions and third party renewal commissions が不公正なものであり、差止を求めた。判決は、Council Directive 93/13/EEC による「不公正」により、その慣行の差止を認めた(注 50)。

(脚注)

(注 1) 田島裕「過失責任の契約による免責」田中英夫編『英米法の諸相（伊藤正巳先生還暦記念）』（東京大学出版会、1980年）571-600頁。この論文では、Fifoot, Judge and Jurist in the Reign of Queen Victoria (1959)および Dicey, Law and Public Opinion in England (2nd ed. [Wade ed.] 1963)において、19世紀のイギリス判例法の進化を説明しており、この視点に立って1977年法を分析検討した。

(注 2) 免責条項とは、契約当事者に法律上責任があると思われる場合に、その責任を追及しないことを約束する契約の規定を意味する。

(注 3) 「附合契約(adhesion contract)」とは、当事者の一方が事前に契約条件を確定しており、相手方当事者は、それを承諾するか、契約を諦めるかの状態のもとで、そのまま全体(en bloc)の形で呑まされる契約をいう。この概念はフランス法を継受したものである。Amos and Walton, Introduction to French Law 149 (1935)。なお、この契約の問題点を論じた論文として、Kessler, Contracts of Adhesion—Some Thoughts about Freedom of Contract, 43 Colum.L.Rev. 629 (1943) ; Friedmann, Changing Functions of Contract in the Common Law, 9 U.Toronto L.J. 15 (1951)も見よ。このような契約は boilerplate 型の契約と呼ばれることがある。鉄の製品を作る場合、高熱で溶かした鉄を溶かして液体化し、鋳型に溶かし込むだけで製品ができる様子を模倣した表現である。

(注 4) Parker v. South Eastern Railway Co., (1877) 87 L.J.K.B. 416.

(注 5) イェール大学やコロンビア大学で契約法を教えながら、UCC の起草に中心的な役割を果たした。ちなみに、英米契約法の学説を形成した法学者については、E.A. Farnsworth, Contracts (4th ed. 2003) の末尾に説明されているが、コモン・ローの講義をしたブラックストーンやホームズは、余り貢献したものとは思われない。

(注 6) K. Llewellyn, The Common Law Tradition 370 (1960).

(注 7) これに加えて、Statute of Frauds および parole evidence rule について多少の説明が必要であるが、これについては、契約法に関する基本的な書籍を参照せよ。

(注 8) 病院は免責条項の印刷された書面を患者に渡していたが、病院側はそもそも責任がないという理論を展開した。

(注 9) Chandlor v. Lopus, Cro. Jac. 4, 1 Rolle Rep. 5, 5 Dyer 75a, および Note, 8 Harv. L. Rev. 282-4 (1894)を見よ。判決の記録は不完全で、事実の説明にも誤解(特に、ハーバード・ロー・レ

ビューの研究ノート)が含まれている。

(注 10) Sale of Goods Act 1979, s.14 が現行法であるが、この規定は 1893 年法の規定と同じである。See also, *id.* s.12 (権原の保証、品質の保証など)。

(注 11) 自動車販売に関する契約のすべてに瑕疵担保責任を免責する契約条項が含まれており、消費者には他の選択肢はない。Such control and limitation of his remedies are inimical to the public welfare and, at the very least, call for great care by the courts to avoid injustice through application of strict common-law principles of freedom of contract と判決した。自動車業界は連邦政府を動かすほど強力な政治力を持っており、不公正を法律で是正する能力はない。そもそも契約法は、判例法であり、それに欠陥があれば、裁判官が是正する義務を負うと言う。

(注 12) いわゆるマンション管理組合契約の免責条項の適用が争われており、§ 28 で言及する *contra proferentem* の原則を適用した判決である。

(注 13) § 20 で要約するように、身体に対する危害、違法な行為に対する責任、などを免責する契約条項は無効である。その他の条項については、「合理性の基準」に当てはめて、公正か否かが判断され、不公正であれば「取り消される」。

(注 14) residential lease の中に exculpatory clause があつた。裁判所は不正に手を貸して、それを強制することはできない、と判決した。

(注 15) 公正取引委員会による独占禁止法の規制の対象となる「不正契約」と区別し、「非良心的契約(unconscionable contract)」と呼ばれる。

(注 16) Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C.Cir. 1965). この事件で問題になった契約条項は、until entire debt for all items purchased was fully paid, any payments made would be spread “pro rata” over all outstanding accounts という文言である。月賦の返済が残っている限り、すべての購入商品に対し担保権が設定されたことを意味する。

(注 17) M. Chen-Wishart, Contract Law (2005)第 12 章で一覧表にして「ビジネス」と「消費者」が対比されている。ちなみに、UCC§2-509(3)のように、「商人」を一般的な個人と区別して規定されることもあるが、一般的には、英米法ではその区別を意識していない。

(注 18) Pioneer Shipping Ltd. v. BTP Tioxide Ltd. (The Nema) [1982] AC 724. 1991 年 9 月 11 日の比較法研究所の基調講演において、Lord Goff of Chieveley は、慣習法の重要性を強調し、それを安易に変更することの危険性を説明した。

(注 19) Levison v. Patent Steam Carpet Cleaning Co. Ltd., [1977] 3 All E.R. 498, [1977] 3 W.L.R. 90 (C.A.).

(注 20) Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis, [1956] 2 All E.R. 866. Andrews Brothers (Bournemouth) Ltd. v. Singer and Co. Ltd. [1934] 1 K.B. 17 (C.A.)でも、同じような免責条項があつたが、この契約は新車の売買契約であるのに、中古車が引き渡され、契約の核心部分に違反があると判決された。なお、Harbutt’s “Plasticine” Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co. Ltd., [1970] 1 Q.B. 447 も見よ。

(注 21) 運送業者は、第三者の荷物も余裕があるかぎり積み込むことが許されており、違約金を払ってでも、利益の得られる方を選択することは商人にとって合理性があるという。

(注 22) 批判されているのは、Karsales (Harrow) Ltd., *supra* note 20 および Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd., [1951] 1 Lloyd's Rep. 32 である。また、Alexander, *infra* note 47 も見よ。

(注 23) Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd., [1973] Q.B. 400, at 415-16.

(注 24) *See, e.g.*, Ludditt v. Ginger Coote Airways Ltd., [1947] A.C. 233 at 242 ; S. Pearson & Son Ltd. v. Dublin Corp., [1907] A.C. 351(詐欺); Lowe v. Lombank Ltd., [1960] 1 All ER 611.

(注 25) Internet Broadcasting Corp. Ltd. (t/a Nettv) v. Mar LLC (t/a Marhedge), [2009] 2 Lloyd's Rep. 295, [2010] 1 All ER (Comm) 112.

(注 26) Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973, s.3 は、不実表示の場合、代金の支払いを拒絶することを許している。また、Misrepresentation Act 1967, s.3 は、不実表示の責任を免責する条項に「合理性の基準」を適用することを定めている。ちなみに、ダイヤモンド教授は、1973 年の物品供給(黙示的条項)法の立法にも関わっている。

(注 28) 飲食店(バー)にたばこの自動販売機を設置したが、故障が続いたので、解約し、損害賠償を求めた。免責条項、不実表示。Glynn v. Margetson, [1893] A.C. 351 (HL).

(注 27) 英米法では、*parole evidence* の法理があるため、標準契約書以外の口頭証拠について審理することはないが、契約を締結した状況についても、詳しく調べている。

(注 28) J.R. Spencer, *Signature, Consent, and the Rule in L'Estrange v. Graucob*, [1973] 32 C.L.J. 104.

(注 29) この事件で問題となった免責条項には、*under no circumstances they shall be responsible for any injurious act or default by any employee . . . unless could be foreseen* と書かれていた。この効力の判断と関連して、Canada Steamship Lines Ltd. v. The King, [1952] A.C. 192 (P.C.)を先例として参照している。

(注 30) George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd., [1983] 1 Q.B. 284, [1983] 2 A.C. 803 (H.L.).

(注 31) L. Carroll は童話であるが、デニング裁判官の親友が原作者である。ちなみに、イギリスでは良い英文の書き方の教則本としてこの童話が推奨されている。

(注 32) George Mitchell, *supra* note 30, at 296-9.

(注 33) この事件で問題になったのは、*nemo dat quod non havet* の原則の適用である。まだ発明がなされているわけではなく、実体のないものを契約の対象物とすることは確実性を傷つける。もともと、一応、Slade's Case, 4 Co.Rep. 19a, Moore KB 433 が契約法の出発点となる判例であるとされているが、この判例自身、曖昧な者である。J.H. Baker, *New Light on Slade's Case*, 29 C.L.J. 51, 213 は、コークの判例集の記録が真実でないことを指摘している。

(注 34) Glynn v. Margetson & Co., [1893] A.C. 351 (HL)から Levison v. Patent Steam Carpet, *supra* note 18 に至るまでの多数の判例を引用している。

(注 35) 一般的注意義務については、訪問者に対する占有者の義務を契約により免除することを許している(Occupiers' Liability Act 1957, s.2(1))。しかし、Hawkins v. Coulsdon & Purely Urban District Council, [1954] 1 Q.B. 319; Slater v. Clay Cross Co., [1956] 2 Q.B. 204 を見よ。

(注 36) §7, §9, §10, §31 は、英米法では、いずれも契約法と不法行為法のいずれの訴権でも訴えることができた事例であり、いずれを選択するかによって、結果が異なる。

(注 37) 田島裕「わたくしが出会った外国の法律家たち」ジュリスト 700号(1979年9月15日)323-7頁で多少説明した。

(注 38) *M'Alister (or Donoghue) v. Stevenson*, [1932] A.C. 562.

(注 39) §9で説明した *Henningsen* 判決と同じ考えに従っているが、トレーナー裁判官は、さらに「法と経済学」の保険制度の利用を考慮しているように思われる(契約責任を否定)。

(注 40) *Rylands v. Fletcher*, (1868) L.R. 3 H.L. 330.

(注 42) ギリシャの船舶大富豪が、取引銀行の助言に従って、ロシア共和国の国債に投資をしたが、ソヴィエト連邦の崩壊により、多大の損失を被った。契約による禁反言(*estoppels*)を主張したが、裁判所は *estoppel* を認めなかった。 *Peekey Intermark Ltd. v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd.*, [2006] Lloyd's Rep. 511 (CA) (デリヴァティブ取引を不動産投資と説明した)も見よ。

(注 43) この判決は、前掲注 29 で引用した事件に類似している。

(注 44) 当事者が予見できないことについて免責を合意しても無効である。

(注 45) この判決は、§23のレストランジェ判決を否定しているように思われる。

(注 46) *Alexander v. Railway Executive*, [1951] 2 K.B. 882 at 886. リード裁判官は、このような判決が何百人もの利害に関係するので国会で審議されるべきであると述べているが、国会が関心をもたないというのがデブリン裁判官の考え方である。ちなみに、*S.C. Coval and J.C. Smith, Some Structural Properties of Legal Decisions*, [1973] 32 C.L.J. 81-103 は、Hart および Dworkin の分析法学の立場から、*rule* と *principle* を区別し、§9で説明した *Henningsen* 判決などを評価し、立法によらずに司法的裁量にかかっていることの利点を説明している。注(1)で引用した論文の中で説明したように、イギリス議会がダイヤモンド教授の「契約法の法典化」を禁止したことの背後にも、同じような考え方が働いているように思われる。

(注 47) *Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Koln Contrale*, [1967] A.C. 361 at 433-4.

(注 48) *Ailsa Craig Fishing Co. Ltd. v. Malvern Fishing Ltd.*, [1983] 1 W.L.R. 964, 966 (H.L.).

(注 49) この訴訟を通じて、*Director* に調査権があることが認められた。

(注 50) この EU 指令は、消費者訴訟を起こしても被害者が實際上満足の得られる救済はえられず、予防的な措置が必要である、ということを認識した上で作られている。