

約款概念について (二)

石原全

- 一 はじめに
- 二 米法(以上前号)
- 三 英法(本号)
- 四 独法
- 五 日本法
- 六 結語

三 英法

英国は、一七七〇年までには、それ以前の半封建的な農業国から、産業革命の開始と共に市場経済を伴う商業国家

へと変化していった。⁽¹⁾このような背景の下で、約款の原型は早くも一七、八世紀における海上保険、用船契約、船荷証券において見い出されている。⁽²⁾そして、一九世紀初頭に公運送人の免責条項に関して判例が頻出してきている。この状況は、経済成長に伴って必然的となった大型運送品のために運送手段がワゴンへと移行すると共に、銀行券のような高価品運送が増大したこと、さらに、訴求するに値する大規模な運送企業が出現したことに基因するといえよう。⁽³⁾元来、公運送人は不可抗力、敵国行為等の一定事由以外は免責されないとされていたが、特別契約 (special contract) によってこの厳格な責任を回避しうることは認められていた。⁽⁵⁾公運送人は前述の事態に対して、これを利用して、営業所内での掲示又はレシート等における通知 (notice)⁽⁶⁾をもって対抗し、それなりの成果を挙げた。例えば、五八ポンドの運送品が引渡されなかった事案につき、「運送品の受取に際して特別な留保をなす慣行は長期にわたり行われており、普及している。……しかも、運送人が特別契約によって自身の責任を制限するという権利は明示の判決によって未だ否定されていない。本件において、いかに濫用され、不都合を生じさせるものであっても、運送人のかかる権利を承認せざるをえない。弊害があり、かかる場合に救済を認めるのが適切と思われるならば、それは立法機関に委ねられるべきである。……運送人の通知における条項の効力を認めざるをえない」とされた。⁽⁷⁾通知に関しては、なされていれば足り、相手方に受領されていることを要しないとする判例も存するが、一般には、例えば営業所での掲示による通知は、相手方が読まないのは重過失であるといえるような大文字でなされていることを要するとされるように、相手方に通知の存在を納得せしめる (bring home) ものであることを要するとされた。⁽¹⁰⁾この要件が、今日における約款指定は合理的手段でなすことを要するという原則に連なるのであり、かつ、公運送人がその責任制限のために通知を利用したことに対する司法的対応がその後の法の発展に大きな影響を及ぼしたといえる。⁽¹¹⁾他方、その後における交通手段の発達 (特に鉄道の発展) により、運送対象が多様化 (特に、生動物及び旅客の運送) してくと共に、⁽¹²⁾

公運送人の損害額が増大してきた。これに対して、公運送人側は、通知の要件充足のためにチケット上での約款指定と共に、免責条項をより詳細に定めるといふ手段を採用した。⁽¹⁴⁾ 判例もこれを有効とした。例えば、馬の運送契約において、「本チケットは、いかなるものであるかを問わず輸送中の全ての危険は所有者が引受けるものとし、かつ、当社は運送中のいかなる種類の家畜に生じた（いかなる原因かを問わず）傷害又は損害につき責任を負わない」という条件の下で発行される」といふ条項が存し、運送人側の重過失で馬が死亡した事案で、「鉄道の導入によって、新たな種類の財産が運送されるようになったし、以前には一般に運送されていなかった多くの物品が今日ではある場所から他の場所へと運送されている。……本件は正にこの変化した事情の例であり、したがって、契約もこの新事態に対応してなされている。そして、運送人に、この者が近代においてさらされている新たな運送危険に対して自身を保護するための約定をなすことを許容すべきことは非常に合理的である。馬を鉄道で輸送することには必然的に多くの危険を伴うものである。……運送の客体に言及している本件契約を締結することによって、所有者は自身で全ての輸送危険を引受けている……。……輸送の客体の性質を考慮すると、この約定には不合理性は全く存しない。……当事者が契約を締結したことによって何らかの不都合が生ずるならば、それは裁判所が干渉すべき問題ではなく、立法者に委ねられねばならない。立法者は、好むならば、運送人が自己の責任を制限するために採用している本件のような方法をやめさせることができる。裁判所は使用された文言をその適切な意味に従って解釈することに限定される。」⁽¹⁵⁾として、公運送人は責任を負わないとした。かくて、かかる法状況を是正することを意図して、一八五四年鉄道・運河運送法が制定され、同法七条により運送人は滅失又は損害につき責任を負うが、契約をもってこれを排除することは許容されると共に、そのためには荷送人によって署名され、かつ、条項が正当かつ合理的 (just and reasonable) であることを要するとされた。⁽¹⁷⁾ この合理性の要件は非常に注目されるが、これ自体相対的なもので、当時は未だ判例の

多数は条項の合理性を肯定しているにとどまった。⁽¹⁹⁾ 特に、ある者が自己の名を署名した契約はこの者に関する合理的契約であり、これに拘束されるのであって、不満を主張する権利を有しないとか、両当事者によって任意に締結された契約は原則として正当かつ合理的なものとされるべきであり、これを否定する者が非正当かつ非合理的である旨を立証しなければならぬとする判例さえ存した。とまれ、本稿の関連でいえば、一九世紀後半までには、判例上、印刷された書面ないしフォームの存在、「条項 (term) 又は条件 (condition)」というようないかなる表現形態がとられているかは問題でなく、契約はこの小冊子からのみで構成されているとか、使用人は条項を変更する権限なく、異議を申立ててもそのまま運送を委ねたのは承諾となる⁽²⁴⁾とか、印刷されたフォームであって、その一部が当事者により記入されるものでも、多様の運送契約に関して使用することを意図されており、特定の契約のためではない⁽²⁵⁾とか、の指摘が存するのは注目値する。そして、約款における問題性も指摘されている。例えば、一八五四年鉄道・運河運送法七条に関して、大理石製の暖炉棚が運送人側の過失により損傷したが、約款上、当社は当該運送品の脆弱性に基づく大理石等に関する滅失又は損傷については、価額が申告され、その価額に関して付保されていない限り、責任を負わないとされていた。付保不可能と判明したが荷送人の要請で運送された事案において、本条項は正当かつ合理的とはいえないとされた⁽²⁶⁾が、同時に「明らかに、議会は制定法を承認する際に、一般原則として当事者に自身の契約を自由になすことを委ねることが最も重要であるとしたといえるが、しかし、その適用において非常に健全で一般的である原則でさえ、例外に服する。その例外の一つは、本件のように、契約当事者の一方が完全に相手方の支配下にある場合である。事実上、鉄道の導入は以前に存在した競争と運送人から荷送人が公正かつ合理的な条件を確保するという競争の効果とを破壊してしまったことは疑いない。多数の運送企業が存することはなんらかの競争が存するといえるが、しかし、多くの領域において、競争が実際に存するというのは根拠がない。他方、運送の迅速性が増大す

ると共に他の運送手段が不存在であることによって、物品の所有者は、少なくとも営業のために、鉄道運送に頼らざるをえなくなっている。かくて、この者は運送人のなすがままの状況におかれ、いかに不当で苛酷であろうとも運送人が課するのに適切と考えた条項に服する以外に選択の余地がない⁽²⁷⁾。「企業はその独占を通して、個々人に苛酷かつ不当な条項を常に課しており、個々人はこれに抵抗する力を有しているとは全くいえない。これらの条項は同意されない限り契約内容として効力を生じないのであるが、現在までのところ、明示又は黙示の同意によって適用されてきた⁽²⁸⁾」。「契約は相手方によって署名されなければ拘束しないものとされた理由は、この種の条項は、しばしば細字でレシート及びチケットの裏面に印刷されているので、駅で運送品を引渡す者が簡単に見落してしまうという事実に見出される⁽²⁹⁾」。「選択料金の下では選択しうる者に対しては合理的といえるが、そのためには顧客が実際に選択の余地があったことを要する。つまり、好むならば、通常料金で、かつ、責任に関する通常の条項で運送品を送ることができ、この選択権を行使して別の条件での運送を選択できる。しかし、本件ではかかる選択は存しない⁽³⁰⁾」旨指摘された。それにも拘らず、当時及びその後も契約自由の原則が強く尊重された⁽³¹⁾。この点を端的に示したのが、米法においても言及した一八七五年における一判決であり、そこでは、人は契約をなす最大限の自由を有し、自由かつ任意に締結された契約は裁判所によって神聖とみなされ、強行されねばならないとされた⁽³²⁾。したがって、「代金を支払った後に初めて手に入れ、しかも殆んど次の購入者によって購入場所から押し出されてしまうような状況において、購入したチケット上の小文字で印刷された条項に従って責任を負うとすることが實際上非常に厳格すぎると見えようとも、かかる状況で受取った条項に拘束されるべきとすることが非常に苛酷であると見えようとも、……条項の存するチケットを受取ったときは、この者はその内容を知っているものと推定され、かつ、条項に拘束されねばならない⁽³³⁾」し、「裁判官は当該契約を実施すること以外になすべきことはない。不都合か否かの判断者は、当該契約者であって、裁判官で

はない⁽³⁴⁾」こととなる。当時、一般に古典的契約法の時代と称される程発展を遂げていた英国の契約法において、裁判官の前述のような契約観を形成した要因には種々のものがあげられうる⁽³⁵⁾が、何よりも契約自由尊重であったことは疑いない。その背後には次の様な思想があったといえる。第一に、英国においては、早くから自由尊重の理念が強く支持されたことである。一七世紀には、英国では国王と国民との関係において国王の権力を制限することに成功したが、その一六八九年の名誉革命に理論的根拠を与えたのは社会契約 (social contract) 論であり、この理論は私法における契約法の発展への道をも開いた。つまり、社会契約も、私的契約も、相互の権利義務が創出される関係を含むものだからである。社会契約論は、人間を社会における個人主義者 (individualist) と解し、その社会では政治的共同体は個人々の自由な選択を通じてのみ存在しうるとされ、個人々が自己の仲間及び支配者との関係がいかなるものであるかを自由に選択しうる権利が強調された⁽³⁶⁾。特に、Locke によって、各人は少なくとも一個の財産、つまり、自身の身体を有しており、これについては彼自身以外の何人も全く権利を有しないと共に、各人の労働によって取得された財産はこの者自身のものである、ことが指摘された⁽³⁷⁾。しかも、一八世紀の自然法理論では、人は自己の財産につき不可侵な権利を有し、したがって、その財産処分は自身の配慮の下でなしえ、自身の契約を自身で形成しうるとされた⁽³⁸⁾。このような理論的背景と共に、政治的な要請も存した。元来、英国では支配者との闘いを通じて自由を獲得した沿革を有した関係で、個人の自由を強調する必要がある、これがスローガンとなると共に、契約はその法的先陣となった⁽³⁹⁾。その目的は、全ての市民に同量の自由を与えると共に、この自由を全ての人に確保することであり、法や慣習が個々の市民の自由な行動に課していた全ての不必要な拘束を打破することも含んでいた⁽⁴⁰⁾。かくて、工業化社会の拡大と共に、旧来の諸関係は大幅に意思自由という新しい哲学の経済的解釈によって契約に基づくものとされた⁽⁴¹⁾。そして、契約は合意であり、合意は意思の一致にあるとする意思理論が一九世紀に全盛となった。この意思理論自体は、

既に英国では一六世紀に萌芽していたが、一九世紀に最も発展したのは、大陸法の法学者 (Pothier (仏)、Savigny (独) 等) の影響によるものであった。⁽⁴²⁾ 特に、Pothier の影響が大きかったが、これはその方法論によるものであった。彼の「債務法」は一八〇六年に英訳されたが、彼は、契約は第一次的に当事者の意図に基礎を有する合意であり、法的債務を創出するのは当事者の意思であるとすると共に、その方法論は具体的事案によらず一般原則で処理するものであった。これは、当時、英国の法律家が特に求めていた契約法の一般原則を提供したばかりでなく、当時の政治経済学とも一致したし、自由市場にとっても適切なものといえた。⁽⁴³⁾ かくて、契約は当事者間の真の合意の結果であり、かかる意思の合致はそれ自体固有の尊重に値するものであるとされた。⁽⁴⁴⁾ それは、個々人の人間としての存在範囲を拡大し、この者の自由の増大に貢献し、社会における価値を高めるからである。⁽⁴⁵⁾ そこでは、当然に、契約当事者の各々は、自由でなければならず、かつ、債務を引受ける点において、各人は賢明で、自由で、自発的な行為者でなければならず、「契約は履行されねばならない」ことが要請される。⁽⁴⁶⁾ したがって、裁判所の役割は、手続上のフェアプレーを確保することであり、契約内容が公正であるか、当事者の一方が不当に相手方を利用したか、取引地位の優越性に基づいて不合理な条項を課したかの考慮は裁判所のなすべきことではなく、裁判所は契約において当事者が何を合意したかを明らかにし、錯誤、強迫又は違法性のない限り、これに効果を付与することにとどまった。⁽⁴⁸⁾ 第二に、自由放任の哲学の影響である。一八二五年から一八七五年までは自由放任が全盛を極めた時代とされることについては見解の対立があるが、⁽⁴⁹⁾ 契約自由尊重につき大きな影響を与えたことには疑問はない。⁽⁵⁰⁾ スミスによれば、人は理性的で快楽を追求する存在であり、その者自身の工夫に委ねておけば、自身の幸福を最大限にするように選択するものであり、その選択についての最善の判断者である。そこでは、各人は、放任しておけば、最終的には自身の真の利益のために確実に行為するものであり、公共の福祉はこれによって十分確保されると暗黙のうちに仮定された。⁽⁵¹⁾ 例えば、売主は

商品を所持しているよりも金銭を得るほうが自己にとって望ましい状態になると考えるが故に売るのであり、買主は逆に商品購入のほうを望ましいものとして選択するのであり、両当事者は共に以前の状態よりも売買によって「より良き (better off)」状態となる。しかも、社会の富は、その構成員の合計財産によって構成されているから、社会の富が改善されることになる。⁽⁵²⁾ 全ての者が何が自己にとって最良の利益であるかを即座に知ることができるとはいえないがこの者は自身の経験によってこれを知ることができる。そこでは、競争を通じて人間は自己の富と自身を改善するために戦い、そうすることによって全体としての社会の共同財産を高めるとされた。したがって、競争は道徳的価値であり、個々人にとって善であると共に、社会にとっても善であるとされた。⁽⁵³⁾ 国家は保護的立場をとらず、専ら外部の敵から社会を保護し、市民を暴力、抑圧等から保護し、裁判を行い、経費の面で個々人によっては提供できない公共事業や公共施設につき配慮することをその任務とすべきとされた。⁽⁵⁴⁾ 正義 (justice) は、フェアプレーのルールを確保し、競争の行われる枠組を整えて、競争の結果を強行することであるとされた。⁽⁵⁵⁾ このような自由放任の哲学が支持されたのは、いうまでもなく当時の世界的な貿易国で自由貿易と進歩を国の指導理念としていた英国の状況に合致したことが主たる理由といえるが、さらに次のことも付加できよう。⁽⁵⁶⁾ 一つは、政府の行政的機構、特に、中央政府に対する嫌悪感の存在があげられる。つまり、地方自治体はより民主的である (地方自治体は地域共同体そのものの自治である) が、中央政府はより疎遠で、かつ、専断的であるとされ、しかも、強い中央政府は圧制への道を開くものであるが、弱ければ英国人によって享受されてきた伝統的な市民的自由をもって説明できるとされた。⁽⁵⁷⁾ いま一つは、支配的階級ともいべき人々の間には、その生活の中心に確固とした宗教的信念が存し、福音主義者であると共に労働による救済を確信していた。そして、個人が自身のためになすべきことに対して国家が介入することは許されないと解された。實際上、いかに自由がどのような状態にあらうとも、個々人の本質的自由に国家が干渉することは

集産主義 (collectivism) として非難された⁽⁵⁸⁾ことがあげられる。以上の様な理由で支持された自由放任の哲学は、一九世紀の裁判官にとっては、法はできる限り国民に干渉すべきでないことを意味し、民事法 (civil law) の機能は消極的なもので、その主たる目的は人々が自身の意思を具体化することができるようにすることであった。つまり、人々のなすことをその進行に委ね、人々の生活を政府等の介入によって妨害されないようにすることであった⁽⁵⁹⁾。

主として、以上の様な理由から、契約自由の尊重が強調されたといえようが、より基本的にはそこに貫流しているのは個人主義の思想⁽⁶⁰⁾であつたといえよう。当時、社会は個々人の集合と解され、個々人にその自由な自己発展につき活動の場を許容することによって、それを通じて社会の進歩が実現すると解され、そのため経済的自由と私有財産の制度が必要であると共に、個々人は自己の能力の最善を尽して他人との競争でそれを発展させることが認められるべきだとされ、したがって、個人主義は、自由取引、競争、私的財産のシステムであつたといえる⁽⁶¹⁾。そして、個々人は当然かつ正當に私益によって動機づけられ、その利益の最適な判断者であつて、その判断尊重が強調されることとなる⁽⁶²⁾。そこで人間は、全知の人間という理想的人間像が想定されていた。つまり、経済的かつ身体的拘束から解放されて自由を享受する者は、取引をなすことにつき無制約な自由を行使することができ、かつ、各々の取引を完全に熟考する手段と時間を有するが故に、その契約は十分に自身の利益にかなうものであり、当事者間で公正であるとされる。同意が自由に与えられたことが推定されることから、契約の公正さを規制する根拠はないことになり、個人の自治の尊重から、裁判所はなされた選択を尊重し、合意の公正さの問題は拒否される⁽⁶⁴⁾。殊に、取引能力につき対等とされる⁽⁶⁵⁾から、取引能力不平等は問題とされないことになる。公正な競争は公正な取引と解されたし、仮に取引能力の優越性が生じたとしても市場が矯正すべきこととされた⁽⁶⁶⁾。

かくて、標準契約 (殊に、免責条項) の適用が、問題点が指摘されながらも、肯定されることになる。つまり、免

貴条項は契約の一部を構成することから、契約自由及び契約の神聖性の見解によってその強行が正当化された。特に、書面の受領者は、書面を読んだか否かを問わず、指定された条項で取引することに同意したものとされた。⁽⁶⁷⁾ 各人は、自身につき配慮する能力を有しており、たとえ苛酷な又は不利な契約を締結したとしても、契約自由が存し、かつ、当該契約とは別違の内容を有する契約を探し求めることができたのであるから、自身が非難されるべきである、と法的に仮定されたのである。⁽⁶⁸⁾ このような状況に対しては、既に一八五九年に「当事者は自身の流儀に従って契約を自由に締結することが当然にできるとするのが一般の見解であるが、私の判断では誤った見解である」⁽⁶⁹⁾と指摘されたし、さらに、標準契約そのものにつき一八八一年には「法が強行する契約の本質は、自由かつ賢明な同意である」とするとは立派な法原則であるが、これが妥当しない場合にはサンクションを付与する本質的エレメントが欠けることになる。しかし、我々は、実際は全く選択又は同意がなく、かつ、同意する意思が全くない場合にも、この自由な選択と同意が存在するとしば仮定する習慣がある。しかも、日常の法取引において、我々は契約内容を知らないか、知りえないし、仮りに知ったとしても自由になしえない⁽⁷⁰⁾と指摘されていた。しかし、これが大勢を占めるには至らなかった。一九世紀の当初の七五年間は古典的契約法の全盛時であり、英国経済は非常に競争的で、少くとも市場においてかなりの程度の選択の自由が存した⁽⁷¹⁾といえたからである。しかし、一九世紀の終わりには、状況が変化してきた。元来、一九世紀初頭において標準品の大量生産が発達し、これに効率的に対処するために企業は標準契約として知られる標準化された契約を使用し始めたが、一九世紀後半にはこの標準契約が広く普及したし、独占企業の出現⁽⁷²⁾、さらには契約相手方として消費者が前面に出てくることとなった⁽⁷³⁾。かくて、自由な選択の役割が減少してくるが、これは主として政治的価値の変化に基づくものであり、⁽⁷⁴⁾従来のシステムは受入れ難い不当な結果をもたらしたと広く感じられるようになり、⁽⁷⁵⁾国家の介入、さらに、弱者等の法による保護の必要性が認められてきた。⁽⁷⁶⁾ 契約自由の全盛時に確立

された「買主をして注意せしめよ (Caveat emptor)」の原則が支持されていた時代では、消費者保護はさほど重要視されなかった。元来、Caveat emptor は、強固な取引システムは資源の割当と所得分配に関する最終の結果が望ましいものであれば良いシステムであるという考えに由来したもので、この考えは、(i) 思慮の足りない者が自己の金銭を即座に手放したとしても、それは予測されうべきこと以外になものでもなく、正しい、とする価値判断の普及、(ii) 自由市場が最善の資源の利用をもたらすという主張、(iii) 契約は神聖であるとする考え、によって支持された。これは、正に、個々人の自由とその責任という見解と一致していた。しかし、Caveat emptor は貿易が殆んどなされず、村落共同体内で、独立独歩で売主・買主が共に対等に知識を有しているといえる農業生産物が対象となるような素朴な社会 (primitive society) では十分意味を有したといえるが、一九世紀後半以降、さらに二十世紀になると、消費者の生活状況は全く異なる世界となってきた。情報の非対等性、自由市場が少なくとも技術的には資源の最適な利用を必ずしももたらさないことが理解されてきたし、「早い者勝ち」に黙示された価値判断が広く支持されなくなつたのである。⁽⁷⁷⁾特に、標準契約においては、消費者を含めて契約相手方は、契約条項を読むことができなしいし、仮に読んだとしても理解しえない。さらに、理解したとしても、あるがままに契約を締結するか、もしくは別の企業を探すかのいずれかを要求されることになりがちで、契約交渉、さらに、契約内容変更はまず望みうべくもない。このような状況で、標準契約のコントロールが正当化されてくる。⁽⁷⁸⁾コントロール手段としての司法的規制には、従来の契約理論の枠内であるが、条項の合理的指定、⁽⁷⁹⁾解釈原則としての不明確原則、契約枠内原則 (four corner rule)、⁽⁸⁰⁾主要目的原則、制限的解釈が活用された。いずれも、契約自由の原則の下で標準契約に含まれる社会的に考慮すべき問題を裁判官が意識して契約相手方の有利へと解釈を武器として用いたものといえるが、⁽⁸¹⁾しかし、いずれも満足すべき手段でないことは指摘されていた。⁽⁸²⁾例えば、『裁判官は契約自由という偶像にひざまつき、崇拜しながらも、衣の下に秘

密の武器を隠し持って、契約の自由という偶像をこの武器を用いて背後から刺したのである。この武器は「契約の真の解釈 (true construction)」と呼ばれた⁽⁸³⁾といわれる。立法的規制についても、濫用がかなり社会的な脅威となった場合 (例えば、金貨業とか質屋業等) にのみ、手当がなされたにすぎなかった⁽⁸⁴⁾。しかし、一九五〇年代に入ると、付合契約性が顕著となり、標準契約は契約法の主要問題の一つとなった⁽⁸⁵⁾。そして、司法規制上、注目すべき法理が発展してきた。つまり、従来の、形式的又は隠れた規制手段も当然利用されていたが、より実質的なものとして、基本的違反法理が判例上発展してきた⁽⁸⁶⁾。基本的違反法理 (fundamental breach) は、当初、基本的条項違反 (Breach of a fundamental term) として展開されたが、種々の難点が存したため、これを包括するものとして擡頭してきた⁽⁸⁷⁾。つまり、この法理は、違反行為とその結果を考慮するもので、「免責条項は、いかに広く表現されていようとも、当事者が自己の契約をその本質的な点において履行した場合にのみ、この者に役立つのである。当事者は、免責条項をもって、無関心という不当な行為 (misconduct of indifference) をカバーするものとして利用するか、自己の債務につき見て見ぬ振りをするができるとするのは許されない。免責条項は当事者が契約の根幹に達するような違反につき有責である場合には、当事者に役立たない⁽⁸⁸⁾」とされる。そして、実質的法原則と解され⁽⁸⁹⁾、契約自体において表示されている当事者の第一次的債務とは密接な関連を有せず、裁判官は契約締結後の事情、違反が故意か又は不注意によって生じたか等を考慮できるとされた⁽⁹⁰⁾。正に、この点で、自由放任に基づく面での契約自由への介入がなされることとなり、疑問が出て来る。現に、本法理が活用された時期において、「基本的違反の問題に関しては、一般的に、契約における免責条項又は類似の条項は契約の基本的違反により生じた状況には適用されないと解釈されるべきであるという解釈の一原則であると思われる。これは、当事者の契約上の意図を無視して裁判所によって当事者⁽⁹²⁾にいやおうなく課される独立の法原則ではない。逆に、当事者の推定された意図に基礎づけられた解釈の一原則である」

と指摘されていた。次いで、この法理に決定的影響を及ぼしたのは、傍論ながら、貴族院における *Suisse Atlantique Case*⁽⁹³⁾ である。そこでは「法が基本的違反又は基本的条項違反についての責任を免責又は制限する条項を禁じ、かつ、無効とするというのは正しくないと思われる。かかる法原則は、契約自由への一種の制約を意味し、判例上その形跡を見つけることはできない。……全体としての契約解釈上、免責条項は基本的違反の結果からの免責を意図していないことは明らかであると思われる⁽⁹⁴⁾」とか、「本原則は全てのケースを同様に取扱っており、最近のケースにおいて裁判所が免責条項は全ての状況において公正であるか、苛酷かつ非良心的であるか、又は顧客によって自由に合意されたか、を顧慮したことを指示するようなものは存しない……。これは複雑な問題であり、多数の人々に直接的に影響を及ぼすもので、その解決策は議会に委ねられるべきものと思われる⁽⁹⁵⁾」とか、「本原則が契約上の意図に基礎づけられることは明らかである。したがって、当事者の契約上の意図の確認を通じて、免責条項は適用しないとすると、基本的違反の概念は十分に正当と認められるし、理解できる。免責条項に関して、これを超えて拡大する必要はないし根拠があるかといえ、それは否定される。契約上の意図を確認する——用いられた文言を正に文法的ではなく、商取引の関連で考慮することによって——という原則は確かに十分柔軟性を有し、付合契約が契約上の意図を確認するか又はその意図に帰せしめるのに特別な困難が生ずる（これが特別な解決策を要求するとしても）ことがいえるとしても、これらの困難を一般契約法へ持ち込めないしは一般契約の形をゆがめるのを認める必要はない⁽⁹⁶⁾」とされ、本法理は解釈原則とされた。その後の判例上、法原則と解したとされうるものも存するが、一九八〇年の貴族院判決で再度解釈原則とする立場を明示し、結着をみることとなった⁽⁹⁹⁾。

とまれ、*Suisse Atlantique Case* によって、立法的手当の必要性が指摘されたが、一九六〇年代以降には、標準契約の適用は広く承認された反面、その弊害も強く指摘された。ある判例によれば、「一般原則は、契約当事者は対

等な取引力を有し、署名するものを読み、かつ、理解することを基本的に仮定しているが、近代の状況の下では、多くの取引は、無知な者は取引に全く入らないか、もしくは相手によって作成され、實際上読まれないような細字で印刷された無数の条項を含み、仮りに読んだとしても理解しえないという標準契約に基いて取引に入る選択しか有しないという事実を無視している⁽¹⁰⁾とされるし、一九六二年 Moloney 委員会報告では「当事者の一方が作成し、それによって他方の有する権利が知らぬ間に限定され、又は失われることを内容とする約款による契約は意思自治の原則に反するが故に、その効力を否定されねばならぬ⁽¹¹⁾」旨指摘された。次いで、免責条項に関する法律委員会第二次報告書では「免責条項は、契約当事者が事後になってその存在又はその重要性を認識しうるような形態でとり入れられており、仮りにその存在を知ったとしても取引力が不十分であるが故に、交渉ないしその効果を十分に評価しうる立場になく、免責条項によって契約履行に関する危険は相手方に転嫁されており、又、免責条項によって履行の高い水準を維持するという経済的圧力が弱められる。明らかに、かかる条項の誤用は、正当と認められない⁽¹²⁾」とされた。かくて、古典的契約理論は、個人の判断を尊重し、単に正当な手続があるのみで、この手続の結果がいかなるものをもたらすものであれ尊重されねばならぬとされたが、もともと手続的公正さと実質的公正さとを区別するのは困難であるし、後者が今日ではより問題なのである⁽¹³⁾。又、情報の非対等性の存在は否定し難く、かつ、古典的契約理論は市場のルールが遵守され、強行されるならば法は中立的で公平であるべきとする前提に立脚していたが、市場のルールは決して中立的でないことが認識されてきたのである⁽¹⁴⁾。当事者の取引能力の不平等が顕著になると、契約自由は搾取か又は圧迫の自由となり、法によって対等でない者を対等に取扱うのは結果的に不正義となってしまう⁽¹⁵⁾。さらに、標準契約は私的立法である旨の指摘すら存する⁽¹⁶⁾。かくて、一九七七年に不正契約条項法が成立し、司法的規制に関する法的基礎が与えられることとなった。この間の状況の変化は、Lord Denning の次の言明によく示されている。「契約自由

が尊重された時代は、英国契約法の荒涼とした冬であった。一九六九年に氣候が変化し、冬から春に変わった(法律委員会第一次報告書に基づく動産供給(默示的条項)法がなされた)。ついで、一九七七年に春から夏に変わった(法律委員会第二次報告書に基づく不公正契約条項法の制定である⁽¹⁰⁾)。

この不公正契約条項法は、「民法法における現代の最も重要な改革の一つである」とされるが、種々の論点が存することはいうまでもない。例えば、司法的規制の基準である合理性に関して、消費者取引は別としても商人間取引において、非介入の見地で解釈するか介入を肯定する見地で解釈するかの対立があるし、契約自由に関して、近代の社会生活及び政策の発展の結果として、従来ほど広範囲ではないが依然として保持されているばかりでなく、近時、殊に一九八〇年代以降、契約の自由を再評価する動きも生じている。これは、自身で自由な選択をなす個々人の権利に関する強固な信念、競争システムをより活用すべきとする信念の増大、パターナリズムの必要性が減少したという認識、契約自由は経済的効率性の主要な手段であることの再認識、取引能力の不平等は純粹な競争市場が十分に機能すれば問題とならないし、契約内容が公正か否か、合理的か否かは実質的公正さの問題であり、法に求めるべき問題ではない⁽¹¹⁾、などの理由による。この再評価の動きは、司法的規制にも微妙な影響を及ぼすもので、今後の動向が注目される。とまれ、一般契約とは異なる法処理をなす必要性は肯定されているが、この約款現象を示す表現としては、一般には標準書式契約(Standard Form Contract)が使用されている。その概念内容については、不公正契約条項法の立場が注目されるが、規定はされていない。注目に値するのは、「商取引における書面化された標準条項(written standard terms of business)」(同法三一)と「標準書式契約(standard form contract)」(同法一七一)とこの文言である。前者はイングランド、ウェールズ及び北アイルランドに、後者はスコットランドに適用されるが、文言は異っても同義に解される⁽¹²⁾。しかし、いずれにおいても、同法上、概念規定は置かれていない。法律委員会では、

イスラエルの一九六四年標準契約法を参照し、さらに、標準書式契約に特長的な事象を検討したが、最終的には、裁判所は商取引で使用される標準契約条項を他のものから区別しうるのに十分な能力を有するし、正確な定義づけをなすと、標準書式契約に明らかに含まれている条項が定義外となってしまう可能性を生ぜしめるとして、制定法上の定義は放棄された⁽¹⁸⁾。貴族院での法案審議においては、裁判所の能力に完全に依存するのは不十分で、特定契約がこれに該当するかについて必要な証拠を得るのが困難な状況も生じ、ひいてはある程度長期の、かつ、困難な訴訟をもたらすから、契約両当事者にとってある程度の確実性をもって該当するかを確信しうる必要性があるとして、「一方当事者により事前に確定され、相手方が特定か不特定かを問わず、標準書式の形で用いるために契約条件を構成するものとして提供される条項をいう」旨の提案がなされたが、結局、法律委員会と同旨の理由で、定義規定を置かないことに決した⁽¹⁹⁾。それにも拘わらず、前述の文言が採用されているのは、当然大企業にも適用されるが、相手方の標準条項に従って契約をなし営業をなす傾向にある小規模な商人を特に救済するためである⁽²⁰⁾。しかし、既に多くの論者によって、定義の不存在により判別困難な状況が生ずるのは避けられない、と指摘されている⁽²¹⁾。そうはいつても、この文言の概念化はある程度可能である。以下、不正契約条項法三条一項における「書面化された標準条項」に絞って検討する。そこでは、「書かれた (written)」及び「標準」の意味内容が問題となる。

第一に「書かれた」という文言の点であるが、この文言が採用されたのは、実際上は標準条項は書面化されているとはいえず、訪問販売の例にみられるように、理論的には口頭でも足りることは認められるが、消費者契約は既に本法で手当がなされているので、書面化されていない標準条項を規制する必要がないことによる⁽²²⁾。印刷された標準書式が該当することはいうまでもないが、必ずしも印刷されていることを要しない⁽²³⁾。又、しばしば、細字で印刷されたことがあげられるが、これも問わないことになる。もっとも、この場合は、読まれないか又は理解されない可能性が大き

く、情報の非対等性は高まるといえる。⁽¹²⁾ かつ、標準条項に手書き又はタイプ書きかを問わず、特別条項が付加された場合も、個別合意の結果と認められない限り、該当する。条項は合理性の基準に多くの場合合致するであろうから、カテゴリーを制限する必要はないからである。⁽¹³⁾ そして、条項が契約に組込まれた態様も問わない。つまり、一方当事者によって署名された書面上に存するか、チケットのように相手方に手交されたものに存するか、掲示された通知又は口頭で言及された書面に存するか、さらに、以前の取引過程により又は両当事者の共通の了解により黙示されたのか、⁽¹⁴⁾ も問わない。では、どの程度、契約は書かれていることを要するか。まず、契約条項の一部が書かれており、一部が口頭でなされた場合については、判別困難を生ずる旨の指摘が存するが、この場合も該当すると解される。これを消極に解すると、本条の範囲が非常に制限され、回避が容易となる。⁽¹⁵⁾ 次に、書かれた条項の範囲いかに、つまり、極く僅かの条項もしくは唯一個の条項のみが書かれている場合である。ここでは後者のみを検討すれば足りる。本条I項は条項 (terms) として単数形ではなく複数形をとっているため、否定すべきかとも考えられる。しかし、一九七八年解釈法六条C号は単数形の単語は複数形の単語を包含し、逆も妥当する旨明定しているし、単一条項は該当しないとする、本条はそれほど容易でないとしても単一条項を使用するか又はあらゆる事項を盛り込んだ単一条項を利用することに⁽¹⁶⁾より回避されてしまう。しかも、条項群と同様に単一条項も不当性を含みうる点ではさほど差異はない。したがって、条項数は問わないと解される。⁽¹⁷⁾ 法律委員会も、種々の内容を定めている多数条項の印刷された書面、カタログや価格表に存する条項、見積表、掲示及びチケットで定められているかもしくは指定されている条項を含むものとする。⁽¹⁸⁾

第二に、「標準 (standard)」の点であるが、当該契約で不変更で又は長期間にわたり使用されている場合のように、商議の機会を全く与えずに一方当事者により相手方に課されているという要素があれば、該当するといえる。⁽¹⁹⁾ し

かし、問題はそれ程単純ではない。まず、新たに営業を開始するか又は既存営業を拡大するかの際に、新しい標準条項をとり入れるか又は既存条項を改正したときでも、「標準」といえるかが問題となる。この点に関しては、取引過程 (a course of dealing) が成立しているか又は多数の場合に使用されたことを要するとする見解も存するが、そうなると、相手方が保護されるかはこの者がいつ契約をなしたかという偶然に左右されてしまう。むしろ、条項の性質及びそれが提供されている態様からみて、標準とする旨の意図が默示されているから、その通常の用語上、最初の使用時点で肯定されるとされる。しかし、事前に確定されれば足りると解すべきである。確かに、立法過程ではこれは否定されている。そこでは、ある意味では、契約を構成するか又は契約に組込まれる全ての書面は契約締結時点よりもそれ以前に存在しているといえるのであり、事前に確定された時点として契約締結以前のどの時点が選択するかは、それほど明確でないことを根拠とした。しかし、事前の確定という時点を明確に定める必要はない。英法上、約款による旨の指定は契約締結以前もしくは締結時に合理的方法でなされることを要するから、少くとも、それ以前に存することを要すると解すれば足りる。なお、一般的に又は不特定数の取引での使用を意図していることを要する⁽¹³⁸⁾かについては疑問が生ずるが、それほど厳密に解されず、極く少数の取引のために準備されたものであっても該当するとされる場合もありうるとされる。次に、条項の変異 (variation) の程度いかに、⁽¹³⁹⁾「標準」に影響を及ぼすかが問題となる。この問題は微妙である。というのは、ある条項が取引に関連して削除、修正又は付加されることが行われるからである。厳密に言えば、これをなすことによって該当しなくなるといえるが、問題がそれほど単純ならば本法の回避が容易になってしまふからである。つまり、消費者取引 (本法二二条、二五条一項) については、標準書式契約によるか否かを問わず適用されるから問題は無いとしても、商人間取引においては取引能力の不平等が存する場合には、妥当といえなくなる。反面、変更を全く認めないとするのも硬直的である。そこで、日付とか数量の変更は

許されるが、その他については変更が実質的か否かを基準とする見解が主張される⁽¹⁴⁾。しかし、この見解も、問題を実質的とは何かという解釈問題に代置するにすぎず、不確定であると共に、実質性いかんを決定する基準は何かという決定困難な問題を付加的に生じてしまう。むしろ、本条の政策は、標準条項の存在そのものが真の商議の欠缺を意味しており⁽¹⁵⁾、かつ、免責条項を合理性で判断するための先決条件として取扱おうとするものであるから、商議の性質、条項に関する変更の性質及び当該契約をなす際に許容された程度が商議の機会を真に生ぜしめているものであったか否かで決定すべきで、この見地の下で個別合意と評価されれば該当しないこととなる⁽¹⁶⁾。

なお、形成態様⁽¹⁴⁾も問題となる。標準書式契約には、広義で二種のタイプがあることは広く認められている。一つは、モデル契約、ひな型契約と称されるもので、両当事者の対立する利害を考慮に入れて、両者の代表組織によって作成されたものであり、もう一つは、一方当事者によって設定され、かつ、設定者の利益において契約に組込むことを意図された書式であるが、後者が特に問題であることは既に指摘されている⁽¹⁶⁾。そこで、一方的形成以外の態様、さらには、ひな型を単に利用するにすぎない場合も該当するか、が問題となる。例えば、両当事者を代表する組織により共同して作成された標準書式につき消極的に解する見解⁽¹⁷⁾、ひな型として利用する場合には作成段階に直接自己の見解を反映させていないから否定的に解すべきとする見解⁽¹⁸⁾が主張されている。これについては、標準書式が両当事者を代表する組織により設定されたか、いずれの当事者も代表しない独立の組織によるか、さらには標準書式を利用する側の専門的機関によるか、はいずれも問わないと解される。標準書式は明らかに一方当事者によって又はこの者のために用意されていることを必要としないし、標準書式概念の対象は個別的に商議されていない契約を同一視すべきものである⁽¹⁸⁾。

以上が、不正契約条項法三条一項に規定された「商取引における書面化された標準条項」の意味内容である。こ

れが、消費者取引も含めた概念として、英法上一般に使用されている標準書式契約⁽⁴⁾と一致するかは問題であるが、それほど差異はないと考えられる。つまり、一般に、標準書式契約とは、単純契約か捺印契約かを問わず、かつ、同一契約書上に存するか別の書面や掲示上に存するかを問わず、契約内容が一方当事者（企業）によって書式化され、同種取引につき全ての取引相手方との間に使用されるものであり、当事者の個性は無関係で、かつ、その内容変更は行われるとしても極く稀で、原則として認められないものである、とされる⁽⁵⁾。この表現は、前述の形成態様で言及した標準書式契約に関する二タイプのうち、一方当事者による作成の場合を色濃く反映したものであるといえ、この点で、標準書式契約はしばしば付合契約である⁽⁶⁾とされる。理論的には、標準書式契約は付合契約とは区別され、後者は一方当事者又はこの者の所属する団体により作成された場合をカバーするもので、特に、取引能力の不平等が問題となるとされるが、前者においても付合状態は生じうるとされている⁽⁷⁾。そうはいつても、付合契約概念はそれほど考察されていない。これは、付合概念は組込に関する現象を表現するものであるから、英国の実用主義的見地からみれば、その分析よりも、組込まれた以後の条項の効力いかんを検討するのが適していたことと、伝統的に、個々の免責条項の効力いかんが問題として意識されていたことによるといえよう。この面からみれば、標準書式契約そのものの分析も、四で検討する独法ほど展開されていないのも首肯できる。とまれ、標準書式契約につき個別契約とは異なる法処理と立法手当がなされている現在、一九七七年不公正契約条項法三条に関する判例の動向が注目されよう。

- (1) Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *The Common Law of Obligations*, London, Edinburgh 1989, p. 15. 当時の経済状況に「*just as*」¹ Aliyah, P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, pp. 24-35. 因みに、²「*just as*」³ ロストウによる⁴英国経済は、最初の紡績工場の建設と共に一七八二年に「離陸」が開始され、一八五一年には「成熟への前進」が完了し、一

九三〇年代に「高度大衆消費時代」へと発展したとされる。See, Woodard, C., *Reality and Social Reform: The Transition from Laissez-Faire to the Welfare State*, 77 Yale L. J. 285, 296 Fn. 16 (1962).

(2) Prausnitz, O., *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law*, London 1937, pp. 10 ff. See also, Holdsworth, W., *A History of English Law*. Vol. 8 2nd ed., London 1937, pp. 255-6, 290-5.

(3) Adams, J. N., *The Carrier in Legal History*. In: Ives, E. W. & Manchester, A. H., ed., *Law, Litigants and the Legal Profession* (Royal Historical Society Studies in History Series, No. 36), London 1983, p. 39. なお「前記の後の後には英國の運送機關の発達史については」Bagwell, P. S., *The Transport Revolution*, London 1988 を参照せよ。

(4) Palmer, N. E., *Bailment*, Sydney · Melbourne · Brisbane · Perth 1979, pp. 558-570.

(5) *Southcote's Case* (1601) 4 Co. Rep. 83b.

(6) 例えば「注意せよ。引渡された運送品は、五ポンドを超えるものについては、かかるものとして締結され、かつ、額に応じて運送賃が支払われるという限り、責任を負わなければならない」とするものである。もっとも、かかる文言によって、全く責任を負わぬのか、それとも最少限五ポンドにつき責任を負うのかについては、判例の見解は分れて来た。

(7) *Nicholson v. Willan* (1804) 5 East 507, 513-4.

(8) *Clark v. Gray* (1802) 4 Esp. 177, 178.

(9) *Clayton v. Hunt* (1811) 3 Camp. 27, 28.

(10) 前記の状況については、註つて見よ。Jeremy, H., *The Law of Carriers*, Inn-Keepers, Warehousemen, London 1816, pp. 42-7; Adams, J. N., *The Standardization of Commercial Contracts, or the Contractualization of Standard Forms*, 7 Anglo-American L. Rev. 136, 142-3 (1978).

(11) Adams, J. N., 7 *Anglo-American L. Rev.* 136, 139 (1978).

(12) 当座における鉄道網の発展と、社会政策としての、註つて見よ。Bagwell, P. S., *op. cit.*, pp. 76-125.

(13) つれが有効であるについては、See, *Stewart v. London & North Western Rly. Co.* (1864) 3 H. & C. 135, 138-9;

- Zunz v. South Eastern Rly. Co. (1869) L. R. 4 Q. B. 539, 544; Van Toll v. South Eastern Rly. Co. (1862) 12 C. B. (N. S.) 75, 83, 88. 同し Henderson v. Stevenson (1875) 2 Sc. App. 470, 476-7 に類例がある。
- (74) 非正当性 See, Adams, J. N., 7 Anglo-American L. Rev. 136, 144-8 (1978).
- (75) Carr v. Lancashire and Yorkshire Rly. Co. (1852) 7 Ex 706, 712-4.
- (76) 不法利益の非正当性 See, Parliamentary Debates, vol. 133, cols. 594-611, 981-990; Peek v. North Staffordshire Rly. Co. (1862) 10 H. L. 473, 494-5, 556.
- (77) 条項が正當なる合理的であることの立証責任は運送人側にある。相手方が条項を非正當なる非合理的であることの立証をなすことを要しない。 Peek v. North Staffordshire Rly. Co. (1862) 10 H. L. C. 473, 572. Cf. also, Manchester Sheffield & Lincolnshire Rly. Co. v. Brown (1883) 8 App. Cas. 703, 717-9.
- (78) 本法制定以前に於て 判例上は合理性を言及せざりしを。 See ex. Chippendale v. Lancashire & Yorkshire Rly. Co. (1851) 21 L. J. Q. B. 22, 24.
- (79) Beal v. South Devon Rly. Co. (1864) 3 H. & C. 337, 342-3; Lewis v. Great Western Railway (1860) 5 H. & N. 867, 872-3, 874, 875.
- (80) Beal v. South Devon Rly. Co. (1860) 5 H. & N. 875, 884.
- (81) Manchester, Sheffield & Lincolnshire Rly. Co. v. Brown (1883) 8 App. Cas. 703, 717-9.
- (82) Cobden v. Bolton (1809) 2 Comp. 108, 109.
- (83) Burke v. South Eastern Rly. Co. (1879) 5 C. P. D. 1, 4.
- (84) Walker v. York & North Midland Railway (1853) 2 E. & B. 750, 760, 761-763.
- (85) Glynn v. Margetson & Co. [1893] A. C. 351, 354-355.
- (86) Peek v. North Staffordshire Rly. Co. (1862) 10 H. L. C. 473.
- (87) Supra, pp. 555-556.

- (28) *Supra*. p. 524.
- (29) *Supra*. p. 564.
- (30) *Supra*. pp. 511-512.
- (31) もっとも、一九世紀前半には、多くは、約束は守られるべし、の原則が適用されていたし、裁判官の役割も消極に解されていた。例えば、「我々は当事者のために新たな契約を作ってはならないのであり、契約自体が明示している条項を注視しなけばならぬ」と述べた。 See, *Gibbon v. Mendez* (1818) 2 B. & A. 17, 23.
- (32) *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson* (1875) L. R. 19 Eq. 462, 465 (per Lord Jessel).
- (33) *Zunz v. South Eastern Rly. Co.* (1869) L. R. 4 Q. B. 539, 544.
- (34) *Carr v. Lancashire & Yorkshire Rly. Co.* (1852) 7 Ex. 706, 716.
- (35) 例へば、Atiyah, P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, pp. 388-89 (以下、本書は *Freedom of Contract* と略記) は、「当時の政治経済学と市場経済の興隆と密接に関連して、形式主義 (Formalism) が発展して、これが当時の裁判官の契約観に大きな影響を及ぼした」として、Collins, H., *The Law of Contracts*, London 1986, pp. 8-9 は、「交換の正義 (Justice of exchange) であり、これは個々人の責任と国家の役割を制限的に限定することから成り立っていた」とする。
- (36) Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, p. 15.
- (37) Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, p. 16.
- (38) Atiyah, P. S., *An Introduction to the Law of Contracts*, 4th ed., Oxford 1989, P. 8 (以下、本書は *Law of Contracts* と略記)。
- (39) See also, Atiyah, P. S., *Essays on Contract*, Oxford 1990, P. 357.
- (40) Manchester, A. H., *Modern Legal History*, London 1980, p. 267. See also, Parry, D. H., *Economic Theories in English Case Law*, 47 L. Q. R. 183, 186 (1931). Anson-Guest, *Law of Contract*, 26th ed., Oxford 1984, p. 4 は、「個人主義社会の論者が、特権階級を保護して法的社会的制限を攻撃して、この争いに勝利すると、契約自由は勝利のトロフィーの一

してあった。とする。

- (41) Graveson, R. H., *The Movement from Status to Contract*, 4 M. L. R. 261, 265 (1941).
- (42) Manchester, A. H., *op. cit.*, p. 268; Cheshire, Fifoot & Furmston, *Law of Contract*, 11th ed. London 1986, pp. 17-8; Simpson, A. W. B., *Introduction in Nineteenth Century Contract Law*, 91 L. Q. R. 247, pp. 255-7 (1975); Atiyah, P. S., *Freedom*, pp. 406-7, 特記「一九世紀と異なる大陸法の影響を詳論したのと同じ」 See, Stein, P., *Continental Influences on English Legal Thought, 1600-1900*. In: *La Formazione Storica del Diritto Moderno in Europa*. Vol. III. Firenze 1977, p. 1105; Adams, J. & Brownsword, R., *Understanding Contract Law*. London 1988, pp. 38-43.
- (43) Atiyah, P. S., *Freedom*, pp. 399-400.
- (44) See, Collins, H., *op. cit.*, pp. 52-3. 勿論「純粹な形における意思理論を貫くことはできず、裁判所に契約締結時点の当事者が何を意図したかの決定が委ねられ、結局は「主観的意図よりも合意の外部的サインの存在が問題とされた」。 See, Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, p. 26.
- (45) Parry, D. H., *The Sanctity of Contracts in English Law*. London 1959, p. 16.
- (46) Farrer, T. H., *Freedom of Contract*, 29 *Fortnightly Rev.* 44, 53 (1891). の「同じ」契約は履行せねばならぬ」の原則是「契約自由そのもののイデオレ、自由市場経済の出現と連結しており、やがて「商業及び経済の成長・変化と密接に結合して、既行契約から未履行契約への移行にも大きく関連を有することだ」。 See, Atiyah, P. S., *Freedom*, p. 420.
- (47) Atiyah, P. S., *Freedom*, pp. 402-4; Graveson, R. H., 4 M. L. R. 261, 268 (1941); Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, p. 25.
- (48) Cheshire, Fifoot & Furmston, *op. cit.*, p. 13. 勿論「明示の契約内容から明らかたしえないときは、裁判所は黙示的条項の理論を採用した。 Cheshire, Fifoot & Furmston, *supra*, pp. 14-5. Manchester, A. H., *op. cit.*, p. 269 は「この理論は「商取引における効率性考慮の下でなされた」となる。
- (49) 例えば「積極な解決の場と同じ」 Crouch, R. L., *Laissez-Faire in Nineteenth Century Britain: Myth or Reality?* 35

- Manchester School 199 (1967) 契約と競争の主張を述べ、Brehner, *Laissez-Faire and State Intervention in Nineteenth Century Britain*, *J. Econ. His. Supp.* 8, 1948, p. 60.
- (9) James, P. S., *Introduction to English Law*, 11th ed., London 1985, p. 295; Treitel, G. H., *Outline of the Law of Contract* 3rd ed., London 1984, p. 3; Parry, D. H. 47 L. Q. R. 183, 195-202 (1931). Nash, G., *Freedom of Contract and the Right to Work*, 43 *Aust. L. J.* 300 (1969) 契約自由は自然法上の何かの原則にすぎなく、自由放任として知られている政治的経済学の理論は起源を有する。但し、Anson-Guest, *op. cit.*, p. 4は、契約自由は一九世紀の自由放任経済の礎石のうちのひとつである。自由放任の思想史的背景を述べらる。See, Viner, J., *The Intellectual History of Laissez Faire*, 3 *J. L. & Econ.* 45 (1960).
- (10) Dicey, A. V., *Lectures on the Relation between Law & Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, London 1952, p. 156. See also, Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, p. 19; Atiyah, P. S., *Freedom*, pp. 292-303.
- (28) Cf., Atiyah, P. S., *Law of Contract*, pp. 4, 301.
- (29) Atiyah, P. S., *Freedom*, p. 287.
- (30) Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, p. 20, 24は、当時、国家が特別な役割を果たしていた事実は広く認識され、したがって、自力独立 (self-reliance) の奨励は、必ずしも無制約なものではなかった。これを「べき」See, Manchester, A. H., *op. cit.*, p. 8; Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, p. 317.
- (35) Atiyah, P. S., *Freedom*, p. 288.
- (36) なお、ダーウィンの進化論による影響も考えられる。確かに、自由放任は、ダーウィンの進化論と容易に結びつけられた。つまり、「種の起源」から、人類の進歩は競争の自由依存し、そこでの成功は生存と繁栄に最適な者であることであると考えられた。See, Taylor, A. J., *Laissez-Faire and the State Intervention in Nineteenth-Century Britain*, 1972, p. 53; Graveson, R. H., 4 *M. L. R.* 261, 269 (1941). 現代、スペンサーによって、社会的ダーウィニズムが主張されたが、米國と異なり、英國では殊に生物学者であるハックスレイによって、社会的有機体と肉体的有機体間のスペンサーの類推は不合理であると

指摘されたため、強く支持されることとなり、終りをこわした。See, Atiyah, P. S., *Freedom*, pp. 285-6 and 323 Fn. 70. 1948
 英国における社会的ターヴァンニズムについて、*許しなむ Jones, G., Social Darwinism and English Thought*,
Sussex · New Jersey 1980.

(57) Atiyah, P. S., *Freedom*, p. 246.

(58) Stevens, R., *Law and Politics*, London 1978, pp. 105-6.

(59) Atiyah, P. S., *Law of Contract*, pp. 8-9. Stevens, op. cit., p. 139 Fn 47 によれば、自由放任理論の古典的言明は、本論
 文でも先に紹介した *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson*, (1875) L. R. 19 Eq. 462, 465 (per Jessel M. R.)
 に見られる、とする。なお、当時の裁判官は、公共財の管理人であると同時に個々人の私的権利の保護者であると自身みなし
 つじた。当時の理論では、この点について矛盾はなかった。経済学者は、私人の利益と公共財との間の神による調和 (divine
 harmony) を熱烈に支持してつじたからである。See, Parry, D. H., 47 L. Q. R. 183, 195 (1931). Atiyah, P. S., *Freedom*, p.
 303 も、スミスの基本的確信は、個々人の私的利益と公共の利益との間に自然的調和 (natural harmony) が存在するところ
 であることを述べている。

(60) Cooke, P. J. & Oughton, D. W., op. cit., p. 20; Cheshire, Fifoot & Furmston, op. cit., p. 18; Atiyah, P. S., *Law of Con-*
tract, p. 10. id., *Freedom*, p. 256. 自由放任の一般的エッセンスの効果は、ロビンソン・ロー上の個人主義を強化するものであ
 る。この点については、Parry, D. H., 47 L. Q. R. 183, 195 (1931); Potter-Kiraffy, *Historical Introduction to English*
Law and its Institutions, 4th ed., London 1962, p. 63, 個人主義の歴史、概念について、See, Lukes, S., *Individualism*,
Oxford 1973.

(61) See, Lukes, S., op. cit., p. 89; Robertson, H. M., *Aspects of the Rise of Economic Individualism*, Cambridge 1933, p.
 34. Jones, op. cit., p. 55 も、ターヴァンニズムの利用は、自由放任の資本主義における競争的個人主義の擁護にあつたとする。
 (62) この点については、19世紀初めの判例を説明するために、See, *North Western Salt Co., Ltd. v. Electrolytic Alkali Co.,*
Ltd. [1914] A. C. 461, 471 (per Viscount Haldane L. C.)

- (33) Taylor, A. J. op. cit., p. 36.
- (34) Collins, H. op. cit., p. 139. 公正の基準が拒否された理由としては、本文に述べたこと以外に、取引の公正さを判断すべき、客観的な価値基準が存在しないこと、自由市場への何らかの調整的侵害は不十分で、法の支配を破壊すること、があげられる。See, Collins, H., op. cit., pp. 138-9. Adams, J. & Brownsword, R., op. cit., p. 52 は、市場—個人主義 (Market-individualism) で説明する。つまり、これは市場哲学と個人主義哲学から構成され、前者は契約法の機能を競争による交換の促進にあると解するが、後者は、「契約の自由」及び「契約の神聖性」の原則を重く見て、裁判官は不利な取引から免れることを単に試みる当事者に援軍を提供すべきでない。というのは、自由に交渉された取引の合計高は全体としての社会の財であり、結果として、資源の経済的に効率的な利用を生ぜしめるからである、とする。
- (35) Collins, H., op. cit., p. 9. 参見 James, P. S., op. cit., p. 295 は対等な取引能力を有するとするのは、一九世紀の神話である。
- (36) Devlin, P., *The Enforcement of Morals*. London · New York · Toronto 1965, p. 47; Atiyah, P. S., *Freedom*, p. 404; Collins, H., op. cit., p. 9. 参見 Atiyah, P. S., *Law of Contract*, pp. 16-7 は、取引能力の不平等は、調整的正義 (corrective justice) とどうよりも、配分的正義 (distributive justice) に関する問題と考えられ、債務法は伝統的にこれを取り扱っていない。富及び資源の配分方法から生ずる社会に関する不平等は、本質的に政治的なもので、議会の取扱うべき問題とされたことをあしきる。
- (37) Sutton, R. & Shannon, N. P., *On Contracts*, 2nd ed., London 1937, pp. 33-9; Cooke, P. J. & Oughton, D. W., op. cit., p. 317; Denning, A., *The Road to Justice*, London 1955, p. 89; Anson-Guest, op. cit., pp. 6-7. See, Parker v. South Eastern Ry. (1877) 2 CPD 416, 427 (per Bramwell L. J. (dissenting)); Beal v. South Devon Ry. Co. (1860) 5 H. & N. 875, 884 (per Pollock C. B.), 参見後述。McCutcheon v. David MacBayne Ltd. [1964] 1 All E. R. 430, 437 (per Lord Devlin), 参見前記。書面を読まずに免責条項を含む該書面に署名した者は、免責条項の存在に合意したといえなくとも、署名したことにより拘束される、とされた。L'Esrange v. F. Graucob Ltd. [1934] 2

- K. B. 394. など、本件について、See, Spencer, J. R., *Signature, Consent and the Role in L'Estrange v. Graucob*. [1973] C. L. J. 104.
- (68) Atiyah, P. S., *Law of Contract*, p. 11; Treitel, G. H., *Law of Contract*, 7th ed., London 1987, p. 2. See also, *Manchester, Sheffield & Lincolnshire Ry. Co. v. Brown* (1883) 8 App. Cas. 703, 712-20 (per Lord Bramwell), もつて、書面化された契約の重要性、つまり、書面化されたものは、契約当事者のみならず、第三者によつても信頼されるから、書面外の外部的条件についても否定されるべきではないとされたこと、および、なる。See, Atiyah, P. S., *Freedom*, pp. 731-2; Devlin, P., *op. cit.*, p. 44.
- (69) *Mumford v. Getting* (1859) 7 C. B. (N. S.) 320, 325-6 (per Byles, J.).
- (70) *Farrer, T. H.*, 29 *Fortnightly Rev.* 44, 58 (1891).
- (71) Atiyah, P. S., *Law of Contract*, p. 17; *id.*, *Freedom*, pp. 226-9, 410, 596.
- (72) *Cooke, P. J. & Oughton, D. W.*, *op. cit.*, p. 318.
- (73) *Cheshire, Fifoot & Farnston*, *op. cit.*, p. 19; *Baker, J. H.*, *The Freedom to Contract without Liability*, 1971 *Curr. L. Problems* 60. See also, Atiyah, P. S., *Law of Contract*, pp. 21-2. など、Atiyah, P. S., *Freedom*, p. 597 は、一八八〇年又は一八九〇年頃に、合同及び合併の波が押し寄せ、より大規模な会社を生じさせた、旨指摘する。
- (74) Atiyah, P. S., *Law of Contract*, p. 18; *Cooke, P. J. & Oughton, D. W.*, *op. cit.*, p. 23.
- (75) 既に一九世紀に入ってから、個人主義に立脚して契約自由の重要性を強調していた功利主義の主唱者ベンタムによって、立法論が展開されていたし、功利主義者による古典的経済学への批判として、外部性、配分、独占、限界効用の諸問題が指摘された。See, *Cooke, P. J. & Oughton, D. W.*, *op. cit.*, pp. 21-2. Atiyah, P. S., *Freedom*, pp. 615-625 は、独占、市場の失敗、消極者の無知をあけて、詳論している。
- (76) Atiyah, P. S., *Law of Contract*, pp. 22-3; *id.*, *Freedom*, pp. 288, 633-5; *Graveson, R. H.*, 4 *M. L. R.* 261, 268 (1941). *Taylor, A. J.*, *op. cit.*, pp. 55-6 も、産業化と都市化という双生児的圧力によって生じた問題は、個人主義的手法では解決でき

す、國家による介入が不可欠な場合がある。

- (77) Oliver, J. M., *Law and Economics. An Introduction.* London・Boston・Sydney 1979, pp. 82-3. *Caveat Emptor* の原則を述べた Aiyah, P. S., *Freedom.* pp. 464-79.
- (78) Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, p. 318.
- (79) Sales, H. B., *The Standard Form Contracts.* 16 M. L. R. 318, 319-21 (1953); Tillotson, J., *Contract Law in Perspective.* London 1985, pp. 133-4.
- (80) 従来の現行法では「See, Anson-Guest, *Law of Contract.* 21st ed., Oxford 1959, pp. 146-64; Cooke, P. J. & Oughton, D. W., *op. cit.*, pp. 378-83.
- (81) Anson-Guest, *op. cit.*, 21st ed., pp. 147, 153.
- (82) Anson-Guest, *op. cit.*, 21st ed., p. 147. See also, *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1978] 1 W. L. R. 856, 863; Sealy, L. S., *The Rise and Decline of the Doctrine of Fundamental Breach in the English Law of Contract.* In: *The Cambridge-Tilburg Law Lectures.* 4th Series 1981, Antwerp・Boston・Frankfurt・London 1983, p. 55. (以下、本論文は「Cambridge-Tilburg Law Lectures」に引用)。
- (83) *Geo. Mitchell Ltd. v. Finney Seeds Ltd.* [1983] 3 W. L. R. 1036, 1043 (per Lord Denning M. R.). Tillotson, J., *op. cit.*, p. 132 の「葛口」の注に「ミッチェル」を参照。
- (84) Anson-Guest, *op. cit.*, 21st ed., p. 164. See also, Grunfeld, C., *Reform in the Law of Contract.* 24 M. L. R. 62, 64-5 (1961).
- (85) Atiyah, P. S., *Law of Contract.* p. 18; Manchester, A. H., *op. cit.*, p. 278. これ以前に、一九三〇年代に Plausnitz の著作があるが、英国ではそれほど当時はこの問題は認識されなかったようである。一九五〇年代に入ると、契約法に関する著作において、標準契約ならしめ免責条項の重要性を立てて検討を始めた。例えば、Salmond & Williams, *Principles of the Law of Contracts.* London 1945, Wilson, J. F., *Principles of the Law of Contract.* London 1957, Pollock & Winfield, Prin-

principles of Contract. 13th ed., London 1950 では、独立の項として未だ取り扱われていない。Cheshire-Fifoot, Law of Contract におおつても第三版（一九四九）には存せず、第四版（一九五六）において項立てがみられる（より詳細に取り扱われたのは第五版（一九六〇）からである）⁷⁹ Anson's Law of Contract でも第二〇版（一九五二）には存せず、第二二版（一九五九）において現れてくる。

(98) この法理の発展は、主として Lord Denning の功績である。See Atiyah, P. S., Contract and Tort. In: Jowell, J. L. & McAuslan (ed.), Lord Denning: The Judge and the Law. London 1984, p. 43（本誌文庫、Lord Denning のこと密記）⁸⁰ 基本的違反法理の沿革については、See Grunfeld, C., 24 M. L. R. 62 (1961); Coote, B., Rise and Fall of Fundamental Breach, 40 Aust. L. Rev. 336 (1967)

(99) 基本的条項違反については、See Smeaton Hamscomb & Co. Ltd. v. Sasoan I. Setty, Son & Co. [1953] 1 W. L. R. 1468, 1470 (per Devlin J.); Devlin, The Treatment of Breach of Contract [1966] C. L. J. 192, 205, の難解なところでは、Sealy, L. S., in: Cambridge-Tilbung Law Lectures, p. 58.

(88) Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis [1956] 1 W. L. R. 936, 940 (per Denning L. J.); Yeoman Credit Ltd. v. Apps [1962] 2 Q. B. 508, 520 (per Pierce L. J.), 524-5 (per Devies L. J.)

(89) 法原則が、解釈原則から區別される。See, Benjamin's Sale of Goods, 3rd ed., London 1987, paras 970-5 (Reynold)

(90) Sealy, L. S., in: Cambridge-Tilbung Law Lectures, p. 60.

(95) 当時における「法の政策は契約をなす自由を支持するにあり、その「標準契約」をこの指摘も存した。Esso Petroleum Co. v. Harper's Garage (Stourport), Ltd [1967] 1 All E. R. 699, 712 (per Lord Morris). この「標準契約」は、標準契約と普通契約との取扱だが、この法理は、三六〇度回転して標準契約の分析を伝統的契約に適用するものとみなすことができる。See, Gluck G., Standard Form Contracts: The Concept Theory Reconsidered, 28 Int. Comp. L. Q. 72, 76 (1979); Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. NV Rotterdamse Kolen Centrale [1967] 1 A. C. 361, 434 (per Lord Wilberforce). (以下、本誌、Susse Atlantique Case の密記)。

- (62) U. S. Finance, Ltd. v. National Mortgage Bank of Greece [1964] 1 Lloyd's Rep. 446, 453 (per Pearson L. J.).
- (63) [1967] 1 A. C. 361.
- (64) Supra. p. 392 (per Viscount Dilhorne).
- (65) Supra. p. 406 (per Lord Reid).
- (66) Supra. p. 434 (per Lord Wilberforce).
- (67) Atiyah, P. S., in: Lord Denning, pp. 43-4 は、それ以前の判例が実質的法原則としていたのは、その多くが割賦払購入契約に関するものであり、制定法手続がなされていなかった分野に関するものであって、それなりに有効な武器であったが、Swisse Atlantique Case の時点では、既に制定法上の手続がなされ、基本的違反法理の直接的な必要性が恐らくなくなったことが、解釈原則とされた背景にある旨指摘する。
- (68) Harbut's Plasticine Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co. Ltd. [1970] 1 Q. B. 447: Wathes (Western), Ltd. v. Austins (Menswear), Ltd. [1976] 1 Lloyd's Rep. 14.
- (69) Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd. [1980] A. C. 827, 842-3 (per Lord Wilberforce), 853 (per Lord Salmon). 以下、Geo. Mitchell Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd. [1983] 2 A. C. 803, 813 (per Lord Bridge of Harwich) によれば、法原則としての基本的違反法理を Photo Production Case, supra. に代って、そのの一撃を加えられた、とされる。
- (70) Lowe v. Lombank Ltd. [1960] 1 All E. R. 611, 613-4. See also, Swisse Atlantique Case [1967] 1 A. C. 361, 406 (per Lord Reid); Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd. [1971] 2 Q. B. 163, 169 (per Lord Denning M. R.). Devlin, P., op. cit., p. 49 は、社会状態及び法的な統一 (legal jargon) による旨指摘する。
- (71) Moloney Committee, Final Report of the Committee on Consumer Protection (Cmd. 1781) (未見、長尾・英国消費者私法の研究一〇九頁より引用)。
- (72) Second Report of the Law Commission on Exemption Clauses. (Law Comm. No. 89 Scots Law Comm. No. 39)

- (1975), para. 11. (以下「Second Report of Law Commission」を略記)
- (80) Collins, H., op. cit., pp. 13-4.
- (81) Atiyah, P. S., *Law of Contract*, pp. 301-7; Collins, H., op. cit., pp. 12, 15.
- (82) Tilloolson, J., op. cit., p. 42. Adams, J. & Brownword, R., op. cit., pp. 52-3 以下「消費者—福祉主義 (consumer-welfareism)」の論点「よりよい自由な市場競争を促進する取扱いは必要である」。取引力の不平等に関して「市場競争の発展が促進される」。See, Lloyds Bank Ltd. v. Bundy [1975] Q. B. 326, 339 (per Lord Denning M. R.); Nat. West. Bank Plc. v. Morgan [1985] 1 A. C. 686, 707 (per Lord Scarman); Collins H., op. cit., pp. 14 ff, 66 ff; Thal, S. N., *The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness*, 8 Ox. J. of Legal Studies 17 (1988).
- (83) Denning, A., op. cit., pp. 91, 93; Kahn-Freund, O., *The Law of Carriage by Inland Transport*, 4th ed., London 1965, pp. 214, 216.
- (84) 判例の流れ及び本法上の関係については、See, Tilloolson, J., *Exclusion Clauses, Consumer Protection and Reasonableness: The Unfair Contract Terms Act 1977*, 12 J. of Ass. of Law Teacher 11 (1978).
- (85) 規制の基礎として合理性があげられるが、ある判例による「裁判所は公然と合理性のテストを認めていないが、実は、この合理性は、多くの判決の背後に存在する推進力であった」といわれる。See, Gillespie Brothers Ltd. v. Roy Bowles Ltd. [1973] 1 All E. R. 193, 201 (per Lord Denning)。この合理性テストは「公正な」のテストと同じ意味に解される。英国の法律家は「道徳的提案を暗示する「公正な」という文言よりも、実践的な良識を示唆する「合理性」の文言を好むからである」。See, Atiyah, P. S., *Essays on Contract*, Oxford, Reprinted 1990, p. 364. (本書以下「Essays」を略記)
- (86) Geo. Mitchell Ltd. v. Finney Seeds Ltd. [1982] 3 W. L. R. 1036, 1043-4.
- (87) Parliamentary Debates, H. L. vol. 383 col. 119 (per Lord Denning).
- (88) Adams, J. & Brownword, R., op. cit., pp. 123-7. See also, Tilloolson, op. cit., p. 43.

- (112) Anson-Guest, *Law of Contract*, 26th ed., p. 6.
- (113) Atiyah, P. S., *Law of Contract*, pp. 30 f.; id., *Essays*, pp. 355-85. See also, *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1980] A. C. 827, 843 (per Lord Wilberforce), 848, 850-1 (per Lord Diplock), 853 (per Lord Salmon).
- (114) Jacobs, E. J., *Written Standard Terms of Business* [1983] *J. Bus. Law* 226, 231; *Lawson, R., Exclusion Clauses*, 2nd ed., London 1983, p. 98.
- (115) Second Report of Law Commission, paras. 151-7, esp. 157. See also, Forté, A. D. M., *Standard Form Contracts: A Difficult Problem*. [1981] *J. of Law Society of Scotland* 380, 382. 『』の字を強調する。
- (116) *Parliamentary Debates*, H. L. vol. 383 cols. 445-6.
- (117) Jacobs, E. J., [1983] *J. Buss. Law* 226, 227 Fn. 15-4の注用。
- (118) *Parliamentary Debates*, H. L. vol. 383 cols. 446-7. なお、以下に於ては、議会議事録及び法律委員会報告書も参照するが、その評価については注意を要する。英法上、制定法の解釈については議会議事録は援用できないとされており、又、法律委員会報告書も、制定法目的を確定するためには利用しうるが、制定法文言の解釈には殆んど重要性を有しない、とされてゐるものとされる。 See, Davis v. Johnson [1978] 2 W. L. R. 553, 563, 570-1, 578, 582.
- (119) Reynolds, F. M. B., *The Unfair Contract Terms Act 1977*, [1978] *Lloyd's M. C. L. Q.* 201, 204. See also, *Parliamentary Debates*, H. L. vol. 383, col. 1103; Second Report of Law Commission, para. 156.
- (120) 例として See, Rogers, W. V. H. & Clarke, M. G., *The Unfair Contract Terms Act 1977*, London 1978, General note to § 17.
- (121) Second Report of Law Commission, para. 154. なお、本法一七条では、「書かれた」という文言は存しないので、免責条項は書かれた条項の一つであることを必要としないし、書かれた条項は必ずしも全契約を包含することを要しないことになる。しかし、契約は条項のいわゆる集合であるから、免責条項が唯一の書かれた条項であっても、本条が適用される。

Jacobs, E. J., [1983] *J. Buss. Law* 226, 231.

- (122) Benjamin's Sale of Goods, 3rd ed., London 1987, para. 1006 (Reynolds). 一九七八年解釈法第一付則では「書面 (Writing) 44、タイプ印刷、石版印刷、写真及び視覚しうる形態で表示もしくは複写された文言その他の様式を含む…」と規定されている。
- (123) Tillotson, J., op. cit., pp. 111-2.
- (124) Benjamin's Sale of Goods, op. cit., para. 1006 (Reynolds).
- (125) Jacobs, E. J., [1983] J. Buss. Law 226, 229; Benjamin's Sale of Goods, 2nd ed., London 1981, para. 1024 (Reynolds); Chitty's On Contracts, 25th ed., London 1981, para. 917 (Guest); Anson-Guest, op. cit., 26th ed., p. 170; Yale, D., Exclusion Clauses in Contracts, 2nd ed., London 1982, p. 53; Yates, D. & Hawkins, A. J., Standard Business Contracts: Exclusions and Related Devices, London 1986, p. 4.
- (126) Reynolds, F. M. B., [1978] Lloyd's M. C. L. Q. 201, 204.
- (127) McCrone v. Boots Farm Sales Ltd. (1981) Scots L. T. 103, 105 (per Lord Dunpark) (以下、本件は McCrone Case とし、以下同) ; Cooke, P. J. & Oughton, D. W., op. cit., p. 393; Jacobs, E. J., [1983] J. Buss. Law 226, 228. See also, British Crane Hire Ltd. v. Ipswich Plant Hire Ltd. [1975] Q. B. 303.
- (128) McCrone Case (1981) Scots L. T. 103, 105 44、多数の確定された条項を有せ°。Cusine, D. J., What is a Standard Form Contract? (1981) Scots L. T. 241, 242 44、多数の条項が変更対象となれば、契約は全体として標準書式ではないと認められ、確定された条項が極く少数なものは開かるべきではないと認めらるゝこと、消極的解釈である。
- (129) Jacobs, E. J., [1983] J. Buss. Law 226, 230-1; Lawson, R., op. cit., p. 98. Chalmers's Sale of Goods, 18th ed., London 1981, p. 348 (Mark) 44、回収のよきなど、条項数は合理性基準の充足性を考慮する際、重要なノンマターとなるべきこと。
- (130) Second Report of Law Commission, op. cit., para. 152.
- (131) Jacobs, E. J., [1983] J. Buss. Law 226, 231; Thompson, R. K. J., Unfair Contract Terms Act 1977, London 1978, para. 125. See also, Broarder Harvesters Ltd. v. Edwards Engineering (Perth) Ltd. 132 Scots L. T. (Reports) 128, 131;

Tillotson, op. cit., p. 110.

(22) Cusine, D. J., [1981] Scots L. T. 241, 242.

(23) Jacobs, E. J., [1983] J. Buss. Law 226, 232.

(24) Jacobs, E. J., [1983] J. Buss. Law 226, 232; Yate, D. & Hawkins, A. J., op. cit., p. 4; Benjamin's Sale of Goods, op. cit. 3rd ed., para. 1006 (Reynolds).

(25) Second Report of Law Commission, para. 155; Parliamentary Debates, H. L. vol. 384 col. 447. See also, Forté, [1981] J. of Law Society of Scotland 380, 382; Lawson, R., op. cit., p. 99.

(26) Triebel, V., Das englische Gesetz über unbillige Vertragsklauseln von 1977, RIW 1978, 354 (5) 註「標準の文言による多数の契約のためは事前作成された場合にのみを指す」とあるが、これは「」

(27) Benjamin's Sale of Goods, 3rd ed., para. 1006 (Reynolds).

(28) Rogers, W. V. H. & Clarke, M. G., op. cit., Comm. to 83 sub(1). See also, Waddams, S. M., Legislation and Contract Law, 17 U. of Western Ontario L. Rev. 185, 196 (1979); Chitty on Contract, op. cit., para. 917 (Guest).

(29) Lawson, R. G., The Unfair Contract Terms Act: A Progress Report, 131 N. L. J. 933, 934 (1981).

(30) Mickelburgh, J., Consumer Protection, Oxon 1979, p. 331.

(31) McCrone Case, 1981 Scots L. T. 103, 105 (per Lord Duncpark) (但し傍論): Cusine, D. J., (1981) Scots L. T. 241, 242. Cooke, P. J. & Oughton, D. W., op. cit., p. 393 註「実質的変更がなければ、肯定は」

(32) Second Report of Law Commission, para. 156 註「商議の欠缺又は機会がなかつた」標準書式契約を他から區別するを指す」とあるが、これは「」

(33) Jacobs, E. J., [1983] J. Buss. Law 226, 232. See also, Chalmers Sale of Goods, op. cit., pp. 348, 355 (Mark); Yate, D. & Hawkins, A. J., op. cit., p. 4; Thompson, P. K. J., op. cit., para. 125; Triebel, V., RIW 1978, 353 (3). なお、契約が一方

当事者の「書かれた標準契約」によるものかどうかの判断責任は、その主張者側にある。Thompson, P. K. J., supra.

- (44) See, Reynolds, F. M. B., Formation of Standard Terms and Their Incorporation in Contracts, In: Standard Terms in Contracts. Proceedings of the English Colloque on European Law. Univ. of Neuchâtel, 6-8 June 1978, Strasbourg 1979, p. 17. (以下「Standard Terms in Contracts」以下略記)
- (45) Second Report of Law Commission, para. 152; Schroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay [1974] 1 W. L. R. 1308, 1316 (per Lord Diplock); Schmitthoff, C. M., The Unification of Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions, 17 Int. Comp. L. Q. 551, 551-3(1968); Cooke, P. J. & Oughton, D. W., op. cit., p. 318; Rogers, W. V. H. & Clarke, M. G., op. cit., Comm. to § 3 subs (1).
- (46) Beale, H., Unfair Contract Terms Act 1977, [1978] Br. J. Law and Society 114, 118.
- (47) Meckelburg'h, J., op. cit., p. 331; Cheshire, Fifoot & Furmston, p. 172.
- (48) Benjamin's Sale of Goods, 3rd ed., paras. 653 Fn. 11 (Guest), 1006 (Reynolds); Chitty's On Contract. op. cit., para. 917 (Guest); Cheshire, Fifoot & Furmston op. cit., p. 22; Second Report of Law Commission, para. 152. 實際上は「この問題点にはまだ解決困難である。たゞ広い解決をなす標準書式契約に該項の条項が「合理性」による効力を認めらるべきである」とある。 Cheshire, Fifoot & Furmston, op. cit., p. 172 Fn. 1; Tillotson, J., op. cit., p. 111. See also, Cooke, P. J. & Oughton, D. W., op. cit., p. 326.
- (49) Tillotson, J., op. cit., p. 111.
- (50) Sales, H. B., 16 M. L. R. 318, 318 (1953); Treitel, G. H., Law of Contract. 6th ed., p. 166; Anson-Guest, op. cit., pp. 137-8; Gluck, G., 28 Int. Comp. L. Q. 72, 73, 74 (1979); 以下「Reynold, F. M. B., In: Standard Terms in Contracts, p. 17 は (1)条項群、(2)契約上のものであること、(3)書かれてあること、(4)価格・重量等のちゃんな本質的要素を通常含入していること、(5)事前作成、(6)多数ならしは不特定数の取引のために作成されていること」を要する」とある。
- (51) Anson-Guest, op. cit., p. 138; Yates, D., op. cit., p. 2; Sales, H. B., 16 M. L. R. 318, 318-9 (1953); Atiyah, P. S., Law of Contract, p. 14; Sealy, L. S., in: Cambridge-Tilbung Law Lectures, pp. 47-8. 以下「該条項に「標準」の語が

受諾するかやめるか (take-it-or-leave-it) が用いられるが、「ホブソンの選択 (Hobson's choice)」ともいわれる。ホブソンは、一六〇〇年頃の有名なケンブリッジの運送兼貸馬業者で(後に市長にもなる)、馬のローテーションを厳守し、顧客に下アに最も近い馬を利用するか、さもなければ立去ることを要求し、選択を許さなかったことに由来する。Sealy, L. S., in: Cambridge-Tibung Law Lectures, supra. See also, Baker, 1971 *Curr. L. Problem* 61.

(28) Reynolds, F. M. B., in: Standard Terms in Contracts, p. 18. モテル契約も理論的には、標準書式契約ではなく、付合契約でもなく、状況は同様である。See, Reynolds, F. M. B., supra. cf. also, Schmitthoff, C. M., 17 *Int. Comp. L. Q.* 551, 552 (1968).