

フランチャイズ契約締結準備段階における 売上・利益予測情報の提供 (2)

—— オーストラリア法の考察を中心に ——

木 村 義 和

第1章 はじめに

第2章 オーストラリアにおけるフランチャイズシステムの発展とその規制

(以上 167 号)

第3章 取引慣行法 52 条

(以上本号)

第4章 判例分析

第5章 むすびにかえて

第3章 取引慣行法 52 条

フランチャイズ契約締結準備段階におけるフランチャイザーによる売上予測情報の提供に関する紛争では、取引慣行法 52 条が適用されることが多いことを鑑み、本章では、取引慣行法 52 条を分析する。

1 取引慣行法 (Trade Practices Act)

52 条は、次のような内容となっている。

52 条 誤解を与えるような行為または欺瞞的な行為 (misleading or

deceptive conduct)⁽¹⁾

- (1) 法人 (corporation) は、取引または商行為において、誤解を与える行為または欺瞞的な行為、または誤解を与えるおそれのある行為または欺瞞的となるおそれのある行為に従事してはならない。
- (2) この部分の規定を実行する際に、黙示の表示 (implication) だけからといって、(1) の規定が制限されるわけではない。

2 取引慣行法 52 条の適用要件

次に、取引慣行法 52 条の適用要件について述べる。52 条の適用要件であるが、次の 4 つが考えられる。

- ① 非難されるべき行為をした当事者が、規定に服する人かどうか。
- ② 行為⁽²⁾を取引または商行為の際に行ったかどうか。
- ③ 過ちを犯した当事者が、行為をしたか。
- ④ 非難されるべき行為をした当事者が、誤解を与えるまたは欺瞞的な行為、または誤解を与えるまたは欺瞞的となるおそれのある行為をしたかである⁽³⁾。

本稿で、検討せねばならないのは、④であろう。本稿では、フランチャイズ契約締結準備段階においてフランチャイザーが売上・利益情報を提供する場合に、その法的な基準は如何なるものであるのか検討することを目的としている。このため、フランチャイザーによる売上予測情報がどういった場合に、「誤解を与える行為または欺瞞的な行為、または誤解を与えるおそれのある行為または欺瞞的となるおそれのある行為」にあたるかを分析する必要があるといえるからである。よって、以下では、この「誤解を与える行為または欺瞞的な行為、または誤解を与えるおそれのある行為または欺瞞的となるおそれのある行為」に該当するのは如何なる行為であるのかについてその具体的な分類を中心に分析を進める。

3 誤解を与えるまたは欺瞞的な行為、または誤解を与えるまたは欺瞞的となるおそれのある行為

3-1 序論

それでは、「誤解を与えるまたは欺瞞的な行為、または誤解を与えるまたは欺瞞的となるおそれのある行為」とは、どういった行為のことをいうのかを検討をしていく。

誤解を与える (misleading) 行為と欺瞞的である (deceptive) 行為についての定義は、この取引慣行法において規定されていない。そこで、判例や学説で、誤解を与える (misleading) 行為と欺瞞的な (deceptive) 行為が如何に定義づけられているか、まず最初に簡単にふれたい。

「誤解を与えるまたは欺瞞的な行為、または誤解を与えるまたは欺瞞的となるおそれのある行為」を考える際に、欺瞞的である (deceptive) かどうかは大して意味がないとされている。それは、「欺瞞的である」は、不正直な (dishonest) または道徳的墮落 (moral turpitude) を提示することであるとされているからである。すなわち、欺瞞的である行為とは通常の取引で生じるような行為を意味しておらず、欺瞞的というのは実際にはそれほど重要ではない。52 条が問題となる事例において実際の判断は誤解を与える行為 (misleading) であるかどうかによだねられることになる⁽⁴⁾。その誤解を与える行為とは当初、錯誤 (error) に導くまたは錯誤を生じさせることと解されていたが、錯誤に導くおそれがあることだけで十分であると解されるようになった (判例通説)⁽⁵⁾。

以上の通り欺瞞的な行為についてはあまり意味がないため、誤解を与える行為とは何かについて分析をはじめるとする。

3-2 誤解を与える行為の分類

それでは、具体的な分類に入りたいのであるが、52 条でいう誤解を与える行為とは、次のような種類に分類される。

(1) 誇張 (exaggerations) と誇大 (product puffs ; puffery)

表示が文章的には正確であっても誤解を与える表示となる場合がある。しかし、コモン・ローにおいて、表示が単なる誇大 (puffs) と分類される場合には、その表示が契約条項として強制されること、または、その表示が不実表示 (misrepresentation) となり救済が認められることは否定されていた。取引慣行法においても、取引慣行法委員会は、行為ないし表示が誇張や誇大であると自明である場合には、取引慣行法 52 条の適用はないとしている⁽⁶⁾。具体的な例は以下で記すが、この単なる誇張や誇大の場合に救済が否定される理由は、文言が曖昧すぎて合理的に正確な意味を確定する事ができないからである⁽⁷⁾。すなわち、事実問題 (factual matter) の表示というよりは、誇張した推奨の意見 (opinion) であるからである⁽⁸⁾。

このように、表示がこの誇張や誇大である場合には、誤解を与える行為または欺瞞的な行為にはならないのであるが、それでは、その両者の区別はどうなっているのだろうか。この点につき、取引慣行法委員会は、行為ないし表示に事実となる品質 (quality) や性質 (characteristic) を含んでいるか否かによって区別できるとする⁽⁹⁾。行為ないし表示に事実となる品質や性質を含んでおり、それが真実と異なっていれば、誤解を与える行為または欺瞞的な行為であり、行為ないし表示に事実となる品質や性質を含んでおらず、その行為ないし表示が真実と異なっていれば、誇張や誇大となる行為ないし表示になる。

具体的には、判例において次のように判断がなされている。Given v. Pryor (1979)⁽¹⁰⁾では、「生活するには大変素晴らしい土地です (a wonderful place to live)」という表示は、誇大な表示であるとされ、52 条違反すなわち誤解を与える行為とは認められなかった。Smolomgov v. O'Brien (1982)⁽¹¹⁾では、「良い牧草地 (a good grazing land)」という表示は、誇大な表示ではなく、事実とは異なり不実表示であると判断されている。こ

これらの判例から分かることは、「最も美味しい (the tastiest)」「最も楽しい (the most enjoyable)」「最も快適 (the most comfortable)」などの表現は、行為ないし表示に事実となる品質 (quality) や性質 (characteristic) が含まれていないので、それが真実と異なっていれば、誤解を与える行為ではなく、誇大な表示となる。すなわち、52 条違反とはならない。しかし、「最も経済的 (the most economical)」「最も軽い (lightest)」「最速 (the fastest)」「最も強力 (the powerful)」などの表現は行為ないし表示に事実となる品質 (quality) や性質 (characteristic) が含まれていないので、それが真実と異なっていれば誤解を与える表示となるのである⁽¹²⁾。

(2) 沈黙 (silence) と不開示 (lack of disclosure)

コモン・ローにおいて、売主や広告主は、一般的に、見込み客が情報に影響されることがあっても、彼らの製品またはサービスについて情報を開示する義務を負わないとされていた。そして、コモン・ローでは沈黙 (silence) が不実表示 (misrepresentation) になると判断されなかった事例が多かった。しかしながら、取引慣行法制定以降は、コモン・ローに従うと、不開示があったことを理由に不実表示で訴えることができない時でさえ、取引慣行法 52 条の誤解を与える行為または欺瞞的な行為にあたるとされた事例が増えてきている⁽¹³⁾。この点について、*Rhone-Poulenc Agrochimie SA v. UIM Chemical Services Pty Ltd* (1986)⁽¹⁴⁾では、52 条の適用は、コモン・ローやエクイティにおいて救済が認められた不開示に関する事例に限定されないとしている⁽¹⁵⁾。以下では、沈黙や不開示が 52 条違反になるとされた類例を紹介する。

(a) 一部正確な表示

52 条が適用されるこの沈黙や不開示の事例となるのは、一部正確な表示 (Half Truth) の事例である。これは、表示された意味が文字的には

正しいが、間違っただけの印象が生じる場合が典型的な事例となる。オペラに有名なプリマドンナが来場するとオペラの主催者は発表したか、実際には、主催者は同姓同名の有名ではない若い女性を同じ名前で出演させた。このことが誤解を与える行為であると判示された *Hornsby Building Information Centre v. Sydney Building Information Centre* (1978)⁽¹⁶⁾ がこの領域の代表例となる。

情報の一部を正確に表示し、残りの部分について表示をしなかったために誤った印象が生じてしまった場合もこの一部正確な表示にあたる⁽¹⁷⁾。この領域のリーディングケースとなるのは、*Collins Marrickville Pty Ltd v. Henjo Investments Pty Ltd* (1987) (以下、Henjo Investment とする)⁽¹⁸⁾である。この事例は次の通り—シドニー郊外のレストラン店舗を販売しようとした売主は、販売する際に、「このレストランは、39 のテーブルに 120 の客席を作る容量がある。」と表示をした。売主は、店舗の販売をするまで、39 のテーブルに 120 の客席数で営業をしていたのであるが、しかし、酒類販売許可局 (liquor Licensing Authorities) は、このレストランに対して 26 のテーブルに 84 の客席だけしか許可していなかった。そのため、買主は売主の表示は取引慣行法 52 条の誤解を与える行為であるとして訴えた。買主は、売主の表示は法的に許されたものであるとの印象を持ったと主張したが、売主は不実表示はないと反論した。売主によると、売主が客席数 120 とした表示は、物理的な意味であって、物理的に客席が 120 席おけると売主が判断したのであり、実際に表示の時点では物理的に 120 席をレストランにおくことは可能であったと売主は反論した。

Wilcox J. は、「法律の規定を無視したことによって得られる売上をもとに現在の収益が得られている場合において、事業に潜在する将来の収益を判断するにあたって現在の収益に依拠することは、間違っただけの理解を生む。……違法な取引によって影響された売上の分を加味せずに売上の情報を提供することは、誤解を与える行為になる。売上に関する表示が不完全で、潜在

的に誤解を与えるものであると表示者に知識がある場合には、表示する義務がある。」と判断した。

この Henjo Investment に類似する事例としては、*McMahon v. Pomeray Pty Ltd (1991)*⁽¹⁹⁾がある。この事例は次の通り—売主 Y はバルメインでナイトクラブを経営していたが、このナイトクラブを売却することにした。そして、買主 X はこのナイトクラブを購入しようと考えて Y と契約の交渉を開始した。契約交渉の際に、Y は午前 2 時まで営業する許可を警察からもらっていると X に表示をした。しかし、そのナイトクラブは関係する行政の委員会から営業時間を午後 11 時までと規制されていたが、その事実を X に Y は告げることはなかった。このため、X は、委員会による営業時間の制限を開示しないことは取引慣行法 52 条の誤解を与える行為または欺瞞的な行為になるとして Y を訴えた。Y は委員会の制限については何も表示しておらず、警察の許可についてのみ表示をしただけで、その表示については間違っておらず 52 条違反にはならないと Y は反論した。

裁判所は、この事例における沈黙は不実表示になると判示した。開示されなかった事実があるために、その表示が一部正確な表示となる（事実の半分だけ表示される）場合には、すべての事実を活用できるようにするため重要な要素となる残りの事実を開示する義務が生じる。Y の不開示は X を錯誤におとしめた。そのような事情において委員会の営業時間の制限について不開示を Y が行ったことは誤解を与える行為または欺瞞的な行為となると判断した。

Makita (Australia) Pty Ltd v. Black & Decker (Australia) Pty Ltd (1990)⁽²⁰⁾は次の通りである。Black & Decker 製品のドリルと Makita 製品のドリルを比較したコマーシャルが放映された。そのフィルムの内容は、Black & Decker 製品のドリルと Makita 製品のドリルを競い合わせた場合、Black & Decker 製品のドリルの威力によって Makita 製品のドリル

の回転が反転してしまうことについて実演したものであった。そして、そのフィルムは、Black & Decker のドリルは同クラスの Makita のドリルよりパワフルであるという結論を視聴者に与えるものであった。しかしながら、そのフィルムは、Black & Decker のドリルが、テストの何回かで排煙を出し、エンストしていた事実を開示していなかった。また、フィルムにおいて（二つのドリルは同じように見えたのだけれども）Black & Decker のドリルは Makita のドリルより高馬力のドリルであったことが開示されておらず、そのため理論的にはよりパワーの劣る Makita のドリルで好勝負を期待できるものであった。よって、この実演フィルムを放映することは誤解を与える行為または欺瞞的な行為にあたり 52 条違反になると Makita が Black & Decker を訴えた。裁判所は、Makita の主張を認め、Black & Decker は誤解を与える行為を行ったと判示した。

Hoover (Australia) Pty Ltd v. Email (1991)⁽²¹⁾ は、次の通りタオル 2 枚と何枚かのシャツ、枕カバーを洗濯した場合の Email と Hoover の洗濯機の効果を実演したフィルムが上演された。このフィルムでは、Hoover の洗濯機はガタゴト動いたが、Email はそのようなことはなかった。しかしながら、実際には Hoover の洗濯機には、2 キロもの鉛の玉がおかれ、タオル 2 枚と何枚かのシャツ、枕カバーが入れられていたのではなくこの事は告げられていなかった。裁判の過程において、Hoover は 2 キロの鉛が入れられた場合に、洗濯機がガタゴト動くことは否定しなかった。しかし、Email がお互いの洗濯機に異なる洗濯物が入れていることを開示していなかったために、お互いの洗濯機を比較したフィルムが誤解を与える行為または欺瞞的な行為であるとの Hoover の主張は裁判所に認められた。このため、裁判所は次のように判示した。洗濯機の比較は同じ内容で行ったのではなかった。二つの機械に異なる洗濯物を入れたことは、洗濯物の重さが同じであっても、明確に重心が異なる。重心の違いは運転の違いを生じさせる。視聴者が気づくことのできない違いは一部正

確な表示を含んでおり、52 条違反となると裁判所は判示した。

(b) 表示がなされたときは正確な表示であったが、諸事情により後にその表示が不正確となってしまった場合

この沈黙と不開示の事例の二つ目は、表示がなされたときは正確な表示であったが、諸事情により後にその表示が不正確となってしまった場合である。

代表的な事例は、*Winterton Constructions Pty Ltd v. Hambros Australia Ltd* (1993)⁽⁴²⁾である。この事例では、不開示者の開示義務が否定されているが、これは裁判所において、一部正確な表示の事例と、表示がなされたときは正確な表示であったが諸事情により後にその表示が不正確となってしまった事例とを区別し、本件は後者に当たると判示されたためである。この事案は次の通り—金融業者である担保権者は (mortgagee) は、不動産開発業者 (被担保権者) が破産することを心配していた。不動産開発業者が破産手続に入ったことを担保権者が知り、不動産開発業者が建設業者になされた仕事の報酬を支払うことが不可能だと担保権者が知った後も、ビルの建設業者は、開発の仕事を続けた。そして報酬が受け取れないことを知ったビルの建設業者は、「このような場合において、開発業者が破産に直面し、報酬を支払うことができないことをビルの建設者に担保権者が開示しなければならないと 52 条は担保権者に義務づけている。」と主張した。すなわち担保権者には 52 条によって、不動産開発業者が破産したという情報を開示する義務があると建設業者は主張した。

Hill J. は、ビルの建設業者の主張を退けた。その理由として、Hill J. は次のように述べている。52 条による開示義務が問題となる事例として、多くの場合は、一部正確な表示の事例である。すなわち、表示はされたが重要な部分についての表示がなかった場合があげられる。しかし、この事例は、表示されたときには事実であったが、その後、不正確となってしまいう事例である。この場合、開示義務が生じる、すなわち、表示が 52 条違

反となる誤解を与える行為または欺瞞的な行為となるには、最初の表示をした人が、表示した事実を開示する権限のあるときのみである。この事例では、担保権者が被担保権者のビジネス上の事情を第三者に開示すると期待する合理的な根拠はない。また、開示を強制すれば、金融業者に負担を強いることになる。金融業者に情報開示を強制すると、被担保権者の財政状況に関するアドバイスが不正確であった場合、被担保権者に対する誹謗中傷になりかねないからである。すなわち、52条違反となるには、表示の相手方が表示を期待したことが必要であり、かつその期待が生じることにつき合理性を有することが必要であると Hill J. は判示をした。

(c) 当事者の故意による不開示または沈黙により相手方が誤った認識をもってしまった場合

重要な事実を不開示者が知っており、それが開示されることを期待されているにもかかわらず沈黙していた場合には52条による誤解を与える行為となる⁽²³⁾。この例となるのは、*Demagogue Pty Ltd v. Ramenski* (1993)⁽²⁴⁾である。この事案は次の通り—公共用地に建設された私道を通行することによってのみ自動車での通行が可能になる住宅不動産を買主は購入した。この私道は、契約の時には、すでに官報で閉鎖されると公表されていた。売主はこの閉鎖の事実を知っていたが、この私道が閉鎖されるという事実を契約の時点で売主は何も買主に言わなかった。また、現地を見た際にも閉鎖の可能性について何も警告しなかった。買主はその公共用地に建設された私道を通行することを想定していた。

Black C. J. は、単なる沈黙と事実を開示すべき義務とを区別した。そして関連する (relevant) 事実が存在する場合には、既に開示された事実により、関連する事実も開示されることが期待されて当然である。よって、関連する事実を開示しないことは、誤解を与える行為または欺瞞的な行為につながると判示した⁽²⁵⁾。

(3) 約束 (promise) ・予想 (prediction) ・意見 (opinion)

(a) 将来の事実に関する表示と 52 条

誤解を与える表示または欺瞞的な表示は、現在または過去の事実に関する表示に限定されている⁽²⁶⁾。このため、約束が履行されない場合、または、予想や意見が不正確であると証明されたという事実に対しては 52 条違反とならないとされてきた⁽²⁷⁾。例えば、*Bill Acceptance Corporation Ltd v. G W A Ltd (1983)*⁽²⁸⁾では、表示が誤解を与える行為か否かは表示された時点で決定されるべきであるので、将来の事実に関する表示や意見を述べること (expression of opinions) は誤解を与える行為または欺瞞的な行為にならないと判示されており、長い間、将来の事実に関する表示は 52 条の対象外とされていたのである⁽²⁹⁾。

Thompson v. Mastertouch T. V. Service Pty Ltd (No.1) (1977)⁽³⁰⁾ (以下、Thompson 事件とする) では、「最低でも週 400 ドル稼ぐことができる」といった表示が 59 条による虚偽または誤解を与える表示であるかどうかで争われた。裁判所は、「将来の事実に関する表示または予想は単にそれが不正確またはその事実が生じなかったからといって虚偽または誤解を与える表示にはならない。虚偽または誤解を与える表示になるには、過去または現在の事実に関する表示であることが必要である。表示が真実であるのか間違っているのかは表示されたときに決定されるべきである。将来の事実に関する表示はそれができない。例外的に、表示者が表示の時にその事実を信じていなかった、またはその予想に無頓着であった場合には、虚偽または誤解を与える表示となる。」と判示した。そして、長い間、この 59 条や 52 条に関しては、すなわち、虚偽の表示・誤解を与える行為 (表示) ・欺瞞的な行為 (表示) に関しては、この Thompson 事件が先例とされてきたのである。将来の事実に関する表示は、それが後に結果的に事実と異なることが判明したとしても原則的に誤解を与える行為 (表示) ・欺瞞的な行為 (表示) とはならず、例外的に、将来の事実に関する表示は、

表示者がその表示（約束や予想）を信じていない場合、またはその表示の正確性に無頓着であった場合に限り、52条違反となっていた。

しかしながら、将来の事実に関する表示や予測をした理由や根拠は、表示者の知識内（内心）にあるので、被表示者はそれを窺い知ることはできない場合が多い。したがって、表示者がその表示や予測が間違っていたと認めなければ、周辺事情から表示者が不誠実であった、すなわち、表示者が将来の事実に関する表示や予測を信じていなかったり、将来の表示の正確性に無頓着であったことを決定的に証明するのは困難であった。また、例えば、契約が結ばれた場合、契約の一方当事者にとってその契約の相手方が債務（約束）を履行する意思があったのか、または資力などの能力（ability）があったかどうかは契約が結ばれた時点では、曖昧であることが多い。すなわち、契約などの約束は、あくまで将来に関する事項なので、契約が結ばれた時点において、その約束が誤解を与える表示・欺瞞的な表示であったと証明するのは困難であり、また契約が結ばれた時点で、相手方が約束を履行する意思がなかったまたは資力などの能力がなかったと証明するのは困難である。

これらの問題を解決するため⁽³¹⁾、1986年に取引慣行法に51A条⁽³²⁾が規定として挿入され、将来の事実に関する表示⁽³³⁾は、表示されたときに合理的な根拠のない限り、51A条により、誤解を与える行為または欺瞞的な行為であるとされることになった。そして、将来の事実に関する表示は、合理的な根拠をあげない限り、合理性がないと推測され、この合理的根拠の証明は表示者が負うことになった。先ほどの契約の例では、相手方が契約をする意思と能力が無かったことを契約をした当事者が証明できなくても、相手方がその約束⁽³⁴⁾の合理的な根拠を示すことができない限り、その契約または約束が誤解を与える行為または欺瞞的な行為であることができるようになったのである。

そして、*Wheeler Grace and Pierucci Pty Ltd v. Wright* (1989)⁽³⁵⁾は、

以下のような判断基準が述べられている。この事案は次の通り—X は、Y から 1985 年 5 月に「カーボンゴールドユニットトラスト」という投資信託商品を購入した。Y の代理人は X に対して契約を締結する際に「信託 1 ユニットにつき 500 ドルを投資した投資家は、1985 年 10 月までに 1 ユニットにつき 499.99 ドルのプレミアが返ってくる。」と話をしていたが、この事業は失敗し、この表示どおりの利益を得ることができなかったため、X が Y を取引慣行法 52 条を根拠に訴えたという事案である。裁判の過程において、Y の代理人はその表示が正確であると信じていたために Y は取引慣行法 52 条の責任を負わないと主張した。しかし、裁判所は次のように判示している。Y の代理人はその表示を信じていたとはいえ、それを信じることを正当化できる根拠はなかった。そして Y の代理人の行為は、それが Y の代理人としての行為であるので Y 自身の行為とみなされる。よって、Y は 52 条の責任を負うと裁判所により判断された。

この判決では、約束や予想に関する表示に対して 52 条が適用できるかの判断基準について Lee J. は注目すべき発言をしている。それは、約束の履行や予想の実現可能性を約束者や表示者が信じていれば 52 条違反とはならないということについて、「約束や予想に関する誤解を与える行為であるか否かの判断基準を約束を履行する意思の不存在、または予想の実現可能性をまったく信じていなかった点に求めるのではなく、公正な取引（fair trading）実現のため約束が履行されない、または予想が実現されない可能性があることを開示しなかった点に求めている。会社が予想が実現すると信じていないまたは信じることに合理的な根拠がなかったという事実は行為が誤解を与える行為または欺瞞的な取引行為であるとする答えではない。誤解を与える行為または欺瞞的な取引は、約束または予想が不履行になる危険について開示しなかった点にもとめられる。」と述べている。

この約束を履行する意思や予想の実現可能性を信じることに 52 条の判

断基準を求めず危険について開示しなかった点に求めるという判断基準は、*Angelo Rousselis v. Aizeema (Australia) Pty Ltd; Hy-Jack Super-lifting Systems Pty Ltd; Dennis Buckland; Graeme Sawyer; John Maiurano and Ors No. NG552 of 1992 FED No. 957/93 Trade Practices (1992)* など多くの判例で支持されている⁽³⁶⁾。

4 本章のまとめ

以上、本章では「誤解を与える行為・欺瞞的な行為」とは何であるかについて検討するため、52条の適用事例の分類を紹介した。52条は従来、契約締結準備段階においてなされた表示に対して主に適用されてきた⁽³⁷⁾が、次第にその適用範囲は拡大し、様々な事例で適用されている。驚くべき事に約束を履行しなかった、すなわち、債務不履行の場面にも適用の範囲を拡大しているのである。約束者が約束をしたときに約束を履行する意思がなかったと被約束者が証明するのは困難である。しかしながら、51A条は証明責任が転換されており、契約的な約束違反があった場合、現実的には、誤解を与える行為であるとして訴えることができる可能性が出てきたのである。この52条規定の誤解を与える行為の問題については分析をさらに進めていきたいところではあるが、フランチャイズ契約締結交渉の際の売上予測を検討する事にした本稿の主題から離れかねないので、またの機会にゆだねることにし、ここでは簡単ではあるがこれで終わりにしたい。次章では、この52条がフランチャイズ契約に適用された判例を分析する。

注

(1) TRADE PRACTICES ACT 1974 - S.52

52 Misleading or deceptive conduct

(1) A corporation shall not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive or is likely to mislead or deceive.

(2) Nothing in the succeeding provisions of this Division shall be taken as

limiting by implication the generality of subsection 1.

- (2) 行為 (conduct) は、通常、表示行為 (representation) であるが、表示行為に限定されているわけではない。Heydon, *The Relevance of the Victim's level of Care in Misleading and Deceptive Conduct Actions*, 2 *Competition & Consumer Law Journal* 230 (1995)
- (3) Harland, *The Statutory Prohibition of Misleading or Deceptive Conduct in Australia and Its Impact on the Law of Contract*, 111 *L. Q. R.* 100 at 108 (1995)
- (4) Cornwall-Joes, *Breach of Contract and Misleading Conduct: A Storm in Teacup*, 24 *Melbourn University Law Review* 249 (2000).
- (5) *Henjo Investments Pty Ltd v. Collins Marrickville Pty Ltd.* (1988) 39 *FCR* 546 at 555 per Lockhart J.
- (6) Trade Practices Commission, *Advertising and Selling: A Business Guide to Consumer Protection under the Trade Practices Act* (Australian Government Publishing Service, 1991)
- (7) Harland, *supra* note 3 at 111-113
- (8) 不実表示による救済は現存の事実の言明 (statement of exsisting fact) についてのみ与えられる。現存の事実の言明に対置されるものは、意見の表明 (statement of opinion or belief), 将来の事柄についての言明 (statement as to the future) および法の言明 (statement of law) である。望月礼二郎『英米法』361頁 (青林書院, 改訂第二版, 1990年)
- (9) Trade Practices Commission, *supra* note 6
- (10) (1979) 39 *F. L. R.* 437
- (11) (1982) 67 *F. L. R.* 311
- (12) Pengilley, *Section 52 of the Trade Practices Act: A Plaintiff's New Exocet ?*, *A. B. L. R.* 247 at 257-258 (1987)
- (13) *Rhone-Poulenc agrochimie S.A. v. U. I. M. Chemical Services Pty Ltd* (1986) 68 *A. L. R.* 77; *Kabwand Pty Ltd v. National Australia Bank Ltd* (1989) *A. T. P. R.* 40-950
- (14) (1986) 12 *FCR* 477 at 489-490 per Bowen CJ
- (15) *Id.*, at 489-490 per Bowen C. J. その他, *Bank of Australian v. Mehta* (1991) 23 *N. S. W. L. R.* 84 st 88 も同旨。
- (16) (1978) 140 *C. L. R.* 216
- (17) See, *Winterton Constructions Pty Ltd v. Hambros Australia Ltd* (1993) 41 *A. T. P. R.* 205 per Hill J.
- (18) (1987) 40 *A. T. P. R.* 782

- (19) (1991) 41 A. T. P. R. 125
- (20) (1990) 40 A. T. P. R. 30
- (21) (1991) 41 A. T. P. R. 149
- (22) (1993) 41 A. T. P. R. 205
- (23) Spedley Securities Ltd v. Bank of New Zealand (1991) A. T. P. R. 41-143 ;
McWilliams'Wine Pty Ltd v. L. S. Booth Wine Trasport Pty Ltd (1992) 25 N.
S.W. L. R. 723; Lawson v. Ampol Ltd (1993) A. T. P. R. 41-204
- (24) (1993) A. T. P. R. 41-203
- (25) 同じく Gummow J. も、売主は故意にきわめて重要な (crucial) な事実について
沈黙していた。見込み買主は、購入する際に真実を聞く権限を有しているので、こ
れらの事実は開示されるべきであると判示した。
- (26) promise と異なり、representation とは、現在または過去に存する事実を表示す
るということである。よって、このことからしても誤解を与える表示または欺瞞的
な表示は、現在または過去に関する表示に限定されているといえる。
- (27) Pengilley, Misleading or Deceptive Conduct and Financial Institutions, 1 Bond
L.Rev. 157 at 160 (1989) ; Harland, supra note 3, at 113-115.
- (28) (1983) 78 F. L. R. 171
- (29) Pengilley, supra note27, at 160.
- (30) (1977) 29 F. L. R. 270
- (31) House of Representatives Explanatory Memorandum to the Trade Practices
Amendment Bill 1985 では、この 51A 条が1986 年に挿入される理由として次のも
のをあげている。

- ① 表示の周辺事情は表示者の知識内にある。被告が罪を認めることなしに周辺
事情から無謀 (reckless) を決定的に証明することは困難である。
- ② 表示が将来に関係することになる場合もあり、将来または現存する事実に関
する表示のみに限定すべきではない。
- ③ Thompson 事件の事例における将来の表示に関する無謀のテストは適切なも
のとは考えられない。

(32) TRADE PRACTICES ACT 1974 - S. 59
Interpretation

- (1) For the purposes of this Division, where a corporation makes a representa-
tion with respect to any future matter (including the doing of, or the refus-
ing to do, any act) and the corporation does not have reasonable grounds for
making the representation, the representation shall be taken to bemis-
leading.

(2) For the purposes of the application of subsection (1) in relation to a proceeding concerning a representation made by a corporation with respect to any future matter, the corporation shall, unless it adduces evidence to the contrary, be deemed not to have had reasonable grounds for making the representation.

(3) Subsection (1) shall be deemed not to limit by implication the meaning of a reference in this Division to a misleading representation, a representation that is misleading in a material particular or conduct that is misleading or is likely or liable to mislead.

- 33 表示、特に契約締結準備段階においてなされた表示に対して適用されてきた 52 条ではあったが、51A 条が挿入されたこともあり、将来の事実に関する表示に対しても適用されることとなった。しかしながら、ここで注意しなければならない点がある。それは、51A 条はその適用を「約束 (promise)」ではなく「将来に関する事実の表示」としていることである。この「将来に関する事実の表示」とは「約束」のことであろうか。この両者の概念的な違いはどうなっているのか、この両者の違いや関係も問題となってくる。すなわち、51A 条のいう将来の事実に関する表示とは約束を含むものなのであるかという問題である。そして、約束の不履行 (債務不履行) が誤解を与える行為または欺瞞的な行為となるかである。Terry, *Consumer Protection for Business Interests: The application of Section 52 Trade Practices Act to Commercial Negotiations*, 10 U. N. S. W. L. J 260 at 261 (1987)

この点について *Wright v. TNT Management Pty. Ltd* (1989) 15 N. S. W. L. R. 679 では、「コモンローでは契約外の表示は現存または過去の事実に関するものである場合にのみ、法的な効果を生じる。将来の事実に関する契約的な約束は、法的な効果を生じさせない。しかし、第 5 章の目的のために、51A 条は、約束と将来の事実に関する表示の区別を廃止している。将来何かをするという約束は、その何かが履行されるとした表示に関するものである。従って、企業が約束をしたことに対する合理的な根拠が証明されなければ、誤解を与える行為であるとみなされる。」と判示している。すなわち、51A 条の「将来の事実に関する表示」には約束が含まれているが、約束と将来の事実に関する表示の区別はどうでも良い問題であるとの判決は判断しているとした。51A 条が重要視しているのは、約束をしたことに合理的根拠があるかどうかである。そして、約束をしたことの合理的根拠を見いだすことができれば、51A 条違反になるとこの判決において判示されたといえる。

- 34 本文で述べたとおり、51A 条が挿入されるまでは、原則的に契約法は約束に関する行為を対象としているのに対し、52 条は表示に関する行為を対象としているという区別がなされてきた。約束の不履行または約束の遵守違反は不実表示

(misrepresentation) とはならず、従って、誤解を与える行為または欺瞞的な行為とはならないと裁判所は判断してきたのであるが、51A 条により約束の不履行の事例でも、この約束違反が誤解を与える行為または欺瞞的な行為であるとする事例は増えてきている。それは、①契約的担保 (Contractual Warranties) と②将来の事実に関する契約的約束の場合である。以下、これらの場合について簡単に紹介する。Cornwall-Jones, *supra* note 4, at 249; L Grollo Dawin Management Pty Ltd v. Victor Plaster Products Pty Ltd (1978) ATPR 40-072; R G Steedman v. Golden Fleece Petroleum Ltd (1986) ATPR 40-660

① 契約的担保

契約条項は現存する事実の表示で構成されることもある。この契約条項に間違いがあり債務不履行となった場合には、51A 条または 52 条が適用されることがある。例えば、土地の売買契約において、「この土地は 10 メートル×30 メートルの広さである。」といった表示など現存する事実の契約的な確認 (affirmation) や保証 (guarantees) (これらを契約的担保という) がこの例にあたる。この例となるのが、Accounting Systems 2000 (Developments) Pty Ltd v. CCH Australia Ltd (1993) 114 A. L. R. 355 である。この事案は次の通り—上訴人である Accounting Systems 2000 (Developments) Pty Ltd (以下 AS2000 とする) はコンピューターのソフトウェアビジネスを運用する会社であった。AS2000 は、訴外 Focus Business Systems Pty Ltd (以下 Focus とする) からコンピュータープログラムを取得した。Focus との合意では、AS 2000 はコンピューターを使用する権利を取得していたが、著作権 (copyright) を譲渡する権利を取得したことにはなっていなかった。もっとも、このプログラムでは商品として市場に出すことは困難であったため、このプログラムをもとにして、AS2000 は、独自のコンピュータープログラムを開発した (the AS programs)。この著作権を譲渡したことにはなっていないとの合意条項があったにもかかわらず、AS 2000 は他社 Castle Douglas (以下、CD とする) にプログラムの著作権を譲渡し、CD はさらに他社 CCH にプログラムを使用する権利を譲渡した。AS 2000 と CD との契約において、AS 2000 は、CD に対して、「AS2000 は如何なる人の同意なしに著作権を譲渡する権限を有している」と CD に保証 (warrant) していた。契約が成立する以前の契約交渉中には著作権を譲渡する権限があると AS 2000 が表示していたとの証拠は全くなかった。しかしながら、CCH はその条項を信頼して AS2000 を使用する権限を CD から手に入れていた。そこで、この契約的担保は現存する事実の偽った言明となり、このことは 52 条に禁止された誤解を与える行為または欺瞞的な行為であるとして、CCH は、AS 2000 を訴えた。

原審では、AS 2000 は 52 条に反する行為をしていると判示された。O'Loughlin J. は次のように判示している。AS 2000 は、著作権譲渡合意における契約的担保が真実であると信じていたのだけれども、その契約的担保は偽りであった。このため契約的担保違反は 52 条に反する行為となると判示した。このため、AS 2000 は上訴した。連邦裁判所では Lockhart J. と Gummow J. は多数意見となった。「現存する事実に対する言明は、それが虚偽である場合、誤解を与える行為または欺瞞的な行為に従事したといえる」と Lockhart J. と Gummow J. は判示した。Lockhart J. と Gummow J. は、契約違反の場合でも 52 条の責任が生じることを認めたのである。この結論に達するために、Lockhart J. と Gummow J. は、Henjo Investments Pty Ltd v. Collins Marruckville Pty Ltd (1988) における Lockhart J. を引用しつつ次のように述べた。52 条に規定されるところの「行為に従事する (engaging in conduct)」とは、単なる契約締結以前の表示に限定されず、それ以上のものを含む概念であるとした上で、契約的担保と表示を区別する考えに反対した。すなわち、契約的担保には 52 条に規定された行為 (conduct) の概念に含まれるとしたのである。そして、契約的担保が契約締結以前に表示されず、それらが唯一契約条項で与えられたときでさえ、Lockhart J. と Gummow J. は、偽った事実の担保は、誤解を与える行為となるとした。

② 将来の事実に関する契約的約束

契約的担保と異なり、契約的な約束に対して 52 条の適用が難しいのは、契約的な約束は将来の事実に関することであり、それがなされた時点では偽りとならない可能性もあるという点である。Bill Acceptance Corporation Ltd v. G W A Ltd (1983) (本文参照) では、行為が誤解を与える行為または欺瞞的な行為であるか否かは、行為がなされた時点で決せられるべきであるとしている。よって、契約的な約束がそれ自身で誤解を与えることはできないといえる。しかしながら、次のような場合には、契約的な約束であった場合でも誤解を与える行為となり 52 条違反とする判決が現れた。それは、約束がなされたときに約束者が契約を履行する意思がないときである。そのような意思がない場合、約束者は現在の状態に反して偽った事実を言明しているのであり、したがって、誤解を与える表示となる。

この例となるものが、Futuretronics International Pty. Ltd v. Gadzhis (1992) である。この事案は以下の通り—ヴィクトリア州において土地の競売入札が行われ、被告である Gadzhis は、競売で適切な入札を行い、土地は彼が落札した。しかしながら落札後、被告は心変わりをして、競売の条件に従った契約書にサインをするのを拒絶した。ヴィクトリア州の法律的文書法 (Instruments

Act 1958) 126 条では、このような落札の結果、成立した口頭の合意は契約書が欠けているために強制することはできないとされていたので、被告の落札の結果、成立した口頭での合意を、競売人である原告 Futuretronics International Pty. Ltd は契約書が欠けているために強制できなかった。原告は公正取引法 11 条(取引慣行法 52 条と同一内容の規定)を根拠に訴訟を起こし口頭での契約に対する特定履行を求めた。

裁判においてとりわけ議論になったことは、入札によって、書式による契約を履行する意思があると黙示に表示したがどうかである。すなわち、受約者が約束を承諾したという事実(競落人 Gadzhis が口頭での合意に違反したという事実)だけで約束者により錯誤に陥らせられたということとはできず、競落人が契約書にサインをする意思がなかった、すなわち、契約を締結する意思がなかったことを証明しなければ、誤解を与える行為または欺瞞的な行為ということとはできないからである。Ormiston J. は、被告が黙示に契約にサインする意思があったということを認め、52 条違反であるとした。

35) (1989) ATPR 4-940

36) Worrell, Edwin & Lynda, Barbara v National Asset Planning Corporation Pty Ltd & Others [2002] QPAMDT 24; Neilson Investments (Qld) P/L & Ors v Spud Mulligan's P/L & Ors [2002] QSC 258 (29 August 2002); DARKER IAN vs. SYMINGTON RICHARD DAVID & CAROL ANNE C228-96 [1997] QBT 10 ; Australian Competition Consumer Commission v IMB Group Pty Ltd (ACN 050 411 946) (in liq) [2002] FCA 402 (5 April 2002) etc.

37) Terry, supra note 33, at 26.