

「基本的契約違反 (Fundamental Breach of Contract)」について

石 原 全

既に、我々は英法上免責約款の司法的規整手段として本法理が存し、しかも基本的条項違反と基本的違反とに分類しうることを指摘した⁽¹⁾。本稿は、そこで論じられなかった本法理の法律効果につき、2、3の問題に絞って論ずるものである。

(1) 追認の可能性 責なき当時者が違反を発見したにも拘らず契約関係の存続と一致する何等かの行為をなした場合、その行為は追認と看做され、相手方の基本的違反を主張しえぬのか。判例上追認により拘束され基本的違反があっても免責約款は適用されるとする立場と、拘束されず約款適用なしとする立場が存した。例えば、原告(船主)が被告と傭船契約を締結、約款上「船荷は適法かつ通常の商品であることを要し、酸・爆発物・武器…その他危険物は認められぬ」、「積荷が一定期間内に船積港で引渡されなかったか又は目的港で荷揚げされず一定の碇泊期間を超える場合には傭船者は一日当り£100の滞船料を支払わねばならぬ」とされ、更に、s. 4 (6) of United States Carriage of Goods by Sea Act, 1936 (危険物につき船長の処分権、これによる損害につき運送人は責任を負わず荷主負担)が挿入されていた。積荷の中に危険物であるテレピン油が含まれており、船長はその性質を認識しながら船積に同意したか、その際船積に関する船主の権利は何等放棄しなかったし、その点につき授權もされていなかった。荷揚港に到着して荷揚開始2日

(1) 拙稿「英法における免責約款の司法的規整 (IV)」商学討究第24巻2号参照。

(2) これが一般原則である。See, per Lord Upjohn in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 at pp. 419, 425.

後に、テレピン油の危険性により Port Emergency Committee より他の港での荷揚を命令された結果、荷揚げは6日遅延し、荷揚・船積に要した期間は予定の碇泊期間を22.5日超過した。そこで、船主が滞船料と損害賠償を請求した事実で、「傭船者は当該契約下で完全に適法な商品である船荷を行うという明示義務を負う。彼はこの義務に違反しており、これは契約の根幹に達する条件を意味し、その違反によって船主には解除権が与えられる。……滞船料条項は滞船から生ずる全損害を把握するものであり、……船主は基本的違反が生じているにも拘らず船長により追認しているのであるから、免責条項である本条項は適用される⁽³⁾」とされた。他方、被告が原告から中古車を割賦払契約で購入したが、約款上「当社は制定法により明示又は黙示になされたかを問わずいかなる条件、又は担保を伴うか、又は服する自動車を供給しない」、「もし購入者が割賦代金未払の場合には、契約を終了させる権利を有する」とされていた。引渡後に、後部車軸、タイヤ等に疵瑕が存し路上で使用できず運転も危険であると判明した。被告は、自身で修繕しようと考えたが、多額の出費と同時に月々の代金を支払う余裕がなかったので、原告に支払猶予を申し入れ3カ月の延期が合意された。一部の修繕着手後被告は病気で入院し、車は使用されずに被告の前庭に放置されていた。被告が運転したのは事実上2回にすぎなかった。割賦代金が全く未払だったので原告は約款により契約を終了させ、車を売却して損害賠償を請求した事案で、「後部車軸の瑕疵は非常に重大で危険なものである。購入者は割賦払で車を購入するのに同意したときでも、このような瑕疵が存し、修繕には多額の出費を要する車を希望したとは到底考えられぬ。……かかる車の引渡は全然契約の履行とはいえぬ。つまり、会社は契約による約束につき基本的条件違反（又は基本的違反）をなしている。……当事者が追認したか否かでこの理論の適用は異ならぬ⁽⁴⁾」とされた。したがって、取引能力対等の場合追認により拘束さ

(3) *Chandris v. Isbrandtsen-Moller Co. Inc.* [1951] 1 K. B. 240 (251~2). See also, *Hain Steamship Co. v. Tate & Lyle, Ltd.* [1936] 2 All E. R. 591.

(4) *Charter House Credit Co. Ltd. v. Tolly* [1963] 2 W. L. R. 1168 (1173, 1176; 1179, 1181; 1184) 尤も本判例につき疑問視するものとして. *Suisse Atlantique* *

れ、不平等の場合拘束されぬといえそうであるが、その後の判例で両者間を区別せずに追認により拘束されるとされた。このことは、当事者の社会的経済的状況を考慮に入れず契約自由を強く尊重することの現れであるといえよう。まず、取引能力平等（商人間取引）の場合につき、基本的違反理論上判例学説に大きな影響を及ぼした *Suisse Atlantique Case* ⁽⁵⁾ が存する。これは、上訴人所有の船が U. S. A から Europe に石炭運送の目的で2年間の連続航海備船契約により備船された。約款上「…約定期間を超えて碇泊する場合には1日当り \$ 1,000 の割合で滞船料を支払わねばならぬ」とされていた。備船者（被上訴人）は積込・荷揚に非常に手間どり、備船期間残17カ月間に碇泊期間は約定期間を150日も超過した。備船者は滞船料（\$ 150,000）を支払ったが、船主は150日間に航海したであろう場合に取得できた利益はそれ以上であったし、損害賠償（約 \$ 800,000）を請求。なお、契約の効力発生8カ月後に船主は備船者側の積込荷揚の遅延は契約の履行拒絶になると主張したが、備船者側はこれに同意せず、結局、契約続行が当時者間で合意された事案で、⁽⁶⁾ 「本件の滞船料条項は特定タイプの違反に対する確定損害賠償額である。条項が責任制限を意図するならば、上訴人は被った現実の損害を立証しなければならず、現実の損害が約定額以下であれば立証した損害のみを回復しうることになろう。本件では、当事者は日割で滞船料が支払われるべきだと合意したのであり、滞船による備船者の違反を証明して上訴人は結果として被った損害を立証せずに滞船料支払を請求しうるとされている。したがって、上訴人は条項の作用を拒否しえず、滞船につき合意した損害額以上のものを回復しえず⁽⁷⁾」とし、更に「基本的違反の存否を問わず、約款の文

* [1967] 1 A. C. 361 (395, 403~4, 428, 433) *Yeoman Credit v. Apps* [1962] 2 Q. B. 508 では追認により拘束される、とする。 Cf. also, *Reynolds*, 79 L. Q. R. p. 584; *U. G. S. Finance. Ltd. v. National Mortgage Bank of Greece* [1964] 1 Lloyd's Rep 446 (450).

(5) *Suisse Atlantique Société D'Armement Maritime S. A. v. N. V. Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A. C. 361. 本稿では *Suisse Atlantique* と略記。

(6) 本件の経済的状況につき、See, Bischoff, *SUISSE ATLANTIQUE or a new doctrine?* Kent 1972, pp. 6~8.

(7) [1967] 1 A. C. 361 (395~6, 420~1)

言は本件に十分適用しうるものである。上訴人は現在滞船料としては不十分な金額であったというが、それに同意することを選択した。……たとえ、金額が不十分で、両当事者が契約締結時にそのことを知っていたとしても、条項を自然の意味 (natural meaning) に解するのが不合理だとか、契約の主たる目的に反するとか、他の何等かの理由によりその適用範囲を狭めうるとは思われない。基本的違反が存在するとしても、上訴人は契約存続を選択したし、本条項も存続することを知っていてそうしたのである⁽⁸⁾とされた。では、取引能力不平等の場合はどうか。被告は原告からディーラー経由でオートバイ新車を割賦払契約で購入したが、約款上「Hire Purchase Act により黙示的にも含まれるとされたものを除き、明示・黙示を問わず全ての条件、又、特定目的に適合するという条件を排除する」とされていた。オートバイは引渡当初から故障し、その後も瑕疵が続発し、使用危険となった。被告は、瑕疵発生毎に原告に修繕させていたが、後部チェーンやクランク・ケースが破損したので修繕させることを断念して、支払を止めるから車を回収するよう原告に通告し、原告が他人に売却した後損害賠償を請求した事案で、「いかなる瑕疵も事故の原因となりそうか、又は路上で車を危険な状態にするならば重大なものである。それは容易に修理しうるかもしれないが、修理されるまでは重大な瑕疵である。本件では、必然的に事故となるような瑕疵が存在する。……大事故にならなかったは幸運だったにすぎぬ。……違反は基本的で契約の根幹に達するものである。少くとも、被告が契約を追認していない限り原告は免責条項を援用しえぬ」とされた⁽⁹⁾。なお、追認を選択

(8) Ibid. at pp. 395; 407; 413~4; 419, 426; 436~8. See also, Chitty, *On Contracts. General Principles*. vol. 1, 23rd ed., London 1968. § 737. Coote, [1970] C. L. J. p. 236 は、追認自体はかかる効果を生ずるものではなく、かかる効果の発生は免責条項の規定如何による、とする。なお、本判決の射程距離は非常に問題。つまり、本件では設定者のみならず相手方にも有利な滞船料条項であり免責条項に関するものか否か疑問であるし、基本的違反についての判旨は傍論である。See, [1967] 1 A. C. 361 (420~1; 411, 395), Kade, *Richterlich Kontrolle von formularmäßigen Haftungsfreizeichnungen im englischen Recht*. Bonn 1970, S. 63 und Anm. 184; Jenkins, [1969] C. L. J. p. 251 Fn. 1; Bischoff, *supra*. pp. 29~30.

(9) *Farnworth Finance Facilities Ltd. v. Attryde* [1970] 1 W. L. R. 1053 *

するか否かは違反者に通知することを要する。これは、違反者が契約拘束から解放されるか否かを不確実なままにしておくのも不公平だからである。⁽¹⁰⁾ 又追認は契約全体につきなされるのであって約款適用なしとの主張は認められぬとされるが、この点については、追認後は契約は解除されたと看做することを主張できないにすぎず、解釈上、免責条項が違反をカバーするに足る程のものでない限り、違反に対する損害賠償は認められるとすべきであろう。⁽¹¹⁾

ところで、判例学説は基本的条項違反と基本的違反とは互換性ありとして両者を峻別していないから追認についても同様に処理しているが、実は追認しうるか否かは基本的条項違反の場合であることは既述のケースからも明らかであるし、更に、基本的条項違反が当事者自治に基くものであるから当事者が追認により自己の権利を放棄しうることは当然といえるし、⁽¹²⁾ 違反に該当しても瑕疵を認容するか又は追完可能又は代替履行の余地が存する場合に損害を受けた当事者に追認を認めるのはそれなりに理由があるといえる。⁽¹³⁾ では、基本的違反の場合はどうか。基本的違反の性質つまり、結果と行為態様による判定如何によるから、原則として、追認により瑕疵を補完しえぬといえよう。この点につき、*Harbutt's Plasticine v. Wayne Tank Co. Ltd.* にお

* (1059). 尤も、本件では、瑕疵を認識しながらも自己の行為により契約存続を選択した場合にのみ追認といえりとし、被告はこれに該当せず追認していず、(Ibid. p. 1059) とされているので、追認により拘束された判例とは厳密にいえぬが、判旨から追認あれば拘束されるといえよう。なお、別種の商品により違反が生じている場合、商品の保持は自動的に追認と看做されるべきではない。See, *Montrose*, [1964] C. L. J. p. 75. *Reynolds*, 79 L. Q. R. p. 550 も、一定行為による受領と沈黙による受領とは区別されるべき、とする。

(10) *Coote*, [1970] C. L. J. p. 225; Cf. also, *Car & Universal Finance Co. Ltd. v. Caldwell* [1965] 1 Q. B. 525; *Decro-Wall v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 2 All E. R. 216 (223, 228, 233).

(11) *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 (395, 398, 413, 422, 426, 437); *Guest, Anson's Law of Contract*, 23rd ed., Oxford, 1969, p. 156. 尤も, *Davies, Contract*, 2nd ed. London 1973, p. 72. は all or nothing のいずれかである、とする。

(12) Cf. also, *Montrose*, [1964] C. L. J. pp. 67~70.

(13) *Coote*, [1970] C. L. J. p. 225; *Lekh-Jones & Pickering*, 86 L. Q. R. p. 518. Cf. *Baker*, 33 M. L. R. p. 444. 但し、以後の履行が文字通り不能となる場合には、選択の余地はない。See, *Joseph Constantine Line v. Imperial Smelting Corp.* [1942] A. C. 154 (191).

いて Lord Denning M. R. は、「基本的違反の結果を考慮すれば、依然として履行可能な基本的違反と契約を終了させる基本的違反とを区別する必要がある。前者の場合には、履行可能だから、責なき当事者は違反を知りえた後に契約を追認するか否かのいずれかを選択する権利を有する。追認を選択すれば両当事者にとって将来に対してのみ効力を生じ、各々が過去又は将来の違反に対して損害賠償請求権を有する。追認しなければ（即ち、基本的違反は契約を終了させると看做せば）その瞬間に終了する。将来にわたって存続しない。残存するのは、過去の違反又は基本的違反に対する請求権のみであり、将来の違反を訴求する権利は存しない。次に後者の場合には、基本的違反自体が契約を終了させるのであり、責なき当事者による選択の余地は存しない。本件は正にこの再型的場合である。……火災発生により契約は終了し、目的達成不能を生じた事態（frustrating event）により終了したのであり、当事者のいずれが存続を選択したかは問題とならぬ。単に当事者一方の過失か発見されたからという理由で復活しない。責なき当事者は違反をなした当事者を訴求しうるだけである」と言明している⁽¹⁴⁾。この言明における後者の場合は妥当と考えられるが、前者の場合もそういえるか。この点は、結果がそれほど重大でないが行為態様の瑕疵が重大である場合（故意又は故意的過失）が考えられる。しかし、基本的違反とされる従来判例を一瞥すれば明白なように追完不能と考えられるし、行為態様の点についても行為者が最早契約履行の意思がないことを示していると考えられる程であることを要する点からも、追認はなしえないと考えられる。したがって、基本的違反の場合、当然終了し、追認の余地はないとすべきであろう。

(2) 契約は自動的に終了するか、一部無効か全部無効か。基本的違反が存在する場合、違反者は自己にとって有利な免責条項を援用しえぬことは争い

(14) [1970] 1 All E. R. 225 at pp. 233~4. なお、Cross L. J. *ibid.* p. 242. も結果に着目して、責なき当事者である原告には選択の余地がないのであり、当然に契約は終了、とする。本件については、拙稿、商学討究第24巻2項113頁以下参照。本判決は行き過ぎとするものとして、See, Legh-Jones & Pickering, 86 L. Q. R. p. 518; Atiyah, *The Sale of Goods*, 4th ed. London 1971. p. 124.

ない。問題は契約が自動的に終了するかである。必ずしも自動的に終了しない。つまり、契約の終了はその成立の逆であるから、両当事者の意図が終了にあるのでなければ認められぬのが一般原則である。この原則は基本的違反(広義の)場合変容される。即ち、基本的条件違反の場合、違反者は自己の違法行為を奇貨として利益を享受するのは認められぬから契約を終了させるか否かにつき選択権を有せず、責なき当事者のみが選択権を有するし、⁽¹⁵⁾基本的違反の場合には契約は自動的に終了し選択の余地はないことになる。では、追認すれば契約は存続するが、追認しなかったか又は基本的違反の場合、契約終了は遡及効を有するかという点、英法上の原則として契約解除においては契約が将来に向って消滅し初めから存在しなかったことになるのではないとされ、⁽¹⁶⁾この一般原則がこの場合にも適用される。⁽¹⁷⁾

では、遡及効ないとしても、全部無効又は一部無効を生ずるか。⁽¹⁸⁾全契約が免責約款も含めて存在しなくなるのであり契約が存在しなくなった以後は責なき当事者が蒙った損害に対する訴えを排除するものとして条項は機能しえなくなるとする立場を存するが、⁽¹⁹⁾一般に当該条項のみが援用しえなくなるのであり一部無効と解されている。全部無効と解すべきでない根拠は、免責条項自体が契約解除とみなす権利の排除を狙うものであり、⁽²⁰⁾条項不存在ならば契約違反となりうるものが条項の作用により事実上違反りなりえぬこともあ

(15) Coote, 40 Australian L. J. p. 345 は、終了は自動的に生ぜず、常に責なき当事者側の選択による。この者は存続させるか否かにつき選択をなさねばならず、終了されたと看做すならば、その意図を相手方に伝達するか又は少くとも合理的努力をなして明示しなければならぬ、とする。See also, id., [1970] C. L. J. pp. 226~7, 231.

(16) 田中「英米契約法」(新版)昭和40年、292頁。

(17) Coote, 40 Australian L. J. p. 345.

(18) 独法上、一部無効に確定しているが、BGB § 139 の存在が障害となり、その理論づけに争いが存することにつき、拙稿「ドイツにおける約款の一部無効問題」一橋論叢64巻2号95頁以下。

(19) per Lord Reid in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 at p. 398; *Woolf v. Collis Removal Service* [1948] 1 K. B. 11.

(20) Cf. *Munro & Co. Ltd. v. Meyer* [1930] 2 K. B. 312; *Smeaton Hanscomb & Co. Ltd. v. Sasoon I. Setty, Son & Co. (No. 1)* [1953] 1 W. L. R. 1468.

(21) るし、更に、当事者の一方が契約から解放されたと看做すのを選択しても契約自体は必ずしも存在しなくなるのではなく、一定の目的、例えば、損害賠償額の評価又は仲裁条項の機能といった点で存続しうるといふ点に求められる。(22) 殊に、全部無効とすると、責なき当事者はどのようにして利益損失立証につき契約を援用しうるのか、その訴因 (cause of action) の性質は何か、という難問が存する。(23) この点、判例は解釈というアプローチに力点を置き、違反を当事者は考慮に入れていず、条項は当該事案に適用しうるように規定していないとし、当該条項のみの適用を否定しており、一部無効か全部無効かを巧みに回避しているといえる。(24) 但し、このことは基本的条項違反には妥当とするとしても、基本的違反ではどうか疑問なきとしない。つまり、基本的違反は当事者の意図よりも全法律関係を顧慮して判断される法原則であるから全部無効と解すべきと考えられるからである。しかし、この場合でも契約残余部分保持と全部無効とすることの利益較量により一部無効を採っても別段不当とは思われない。

(3) 挙証責任 負担者は設定者か顧客か。つまり、顧客は、設定者に免責の立証責任を課するためには、単に損害を生じうる原因として(広義の)基本

(21) Cf. *Charter Bank of India v. British Steam Navigation Co. Ltd.* [1909] A. C. 369; *Spurling (J) Ltd. v. Bradshaw* [1956] 1 W. L. R. 461; *Hollins v. J. Davy Ltd.* [1963] 1 Q. B. 844; *John Carter (Fine Worsteads) Ltd. v. Hanson, Haulage (Leeds) Ltd.* [1965] 2 Q. B. 495; *Astley Industrial Trust Ltd. v. Grimley* [1963] 1 W. L. R. 584; per Lord Wilberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 at p. 431.

(22) *LEP Air Services v. Rolloswin Investments Ltd.* [1971] 1 W. L. R. 934 (943~4); *Woolf v. Collis Service* [1948] 1 K. B. 11; Coote, *Exception Clauses*. London 1964, pp. 75~6 and id, [1970] C. L. J. pp. 230~1, 233; Legh-Jones & Pickering, 86 L. Q. R. p. 518; Baker, 33 M. L. R. pp. 442, 444~5; Guest, *Supra.* p. 157; Meyer, 50 Virginia L. R. p. 1197; Reynolds, 79 L. Q. R. pp. 551~5; Chitty, *Supra.* § 738; *Heymann v. Darwins, Ltd.* [1942] A. C. 356 (374).

(23) *Jenkins*, [1969] C. L. J. p. 264 Fn. 50; Legh-Jones & Pickering, 87 L. Q. R. p. 524.

(24) Wilson, in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berlin 1968, S. 42.

的違反を主張すれば足るのか、それ以上に滅失又は毀損を生じた事情を具体的に立証することを要するのか。一般原則は、原告は訴訟上主張した事実を立証しなければならず、最初に一応の証明 (Anschein) を提示するか又は自己に有利な推定を証明した場合にのみ立証責任は被告に移転する。したがって、原告は被告のいかなる行為が生じた損害の原因となっているかを立証しなければならぬ、とされる。この挙証責任を転換したのに *Woolmer v. Delmer Rrice Ltd.* が存する。これは、被告が原告の毛皮コートを「顧客の危険」で保管することに同意したが、紛失した。被告は、損害は単に物品返還不能ということよりも他の結果であるか又は契約でカバーされぬ場所に保管された結果生じたものであることにつき原告が立証責任を負うと主張し、原告は損害がいかに生じたかにつき被告が立証すべしと主張した事実で、「毛皮が保管の目的で……又は……売買のために手渡された場合には、被告は損害が被告側の過失によらぬ状態で生じたか又は原告側の過失により生じたかのいずれかを立証しなければ責任を免れぬ。……損害がいかに発生したかにつき十分な立証をなさず、しかも、損害が免責条項でカバーされぬ方法で生じたかも知れぬ場合には免責条項を被告は援用し⁽²⁵⁾えず」とした。ところが、*Hunt & Winterbotham (West of England) Ltd. V. B. R. S. (Parcels) Ltd.* では一般原則を適用している。これは、原告が London で被告 (公運人) に毛皮商品を Manchester まで運送するよう依頼したが、そのうち幾箱かが紛失した。原告は契約違反又は義務違反に基づき価額 £ 275 4s. 3d. を

(25) [1955] 1 Q. B. 291 (294). See also *J. Spurling Ltd. v. Bradshaw* [1956] 1 W. L. R. 461 (466) (但し、本件では損害は過失によるものであり、それ以外の何物でもないから免責条項を援用しうるとされた); *Cunard Steamship Co. Ltd. v. Buerger* [1927] A. C. 1 (9); 尤も, per Donovan L. J. in *Hunt & Winterbotham (West of England) Ltd. v. B. R. S. (parcels) Ltd.* [1962] 1 Q. B. 617 at p. 629 は、これらの判例は保管又は寄託に関するものにすぎぬ、とする。See also, Guest, 77 L. Q. R. pp. 115~6; Wedderburn, [1957] C. L. J. p. 18; *Houghland v. R. R. Low (Luxury Coaches), Ltd.* [1962] 2 All E. R. 159 (161, 162). なお、独法上、挙証責任を寄託者に課す条項の効力は、§ 315 BGB (公平なる裁量) の精神を考慮しつつも § 242 BGB (信義則) 違反としたものとして、Vgl. BGHZ, 41, 151 (154); BGH Urt vom 16. 10. 1963=NJW 1964, 33 (35f); Lukes, NJW 1963, 1897 ff.

訴求し、被告は商品がどのようにして紛失したかについて立証できなかったが、約款上の「いかなる損害が生じようともトン当り £800」という制限条項を援用し £63 2s. 7d. しか責任なしと主張。原告は、約款を援用するならば、損害は契約の範囲内で生じたこと、つまり、少くとも蓋然性をもって損害は契約の範囲 (four corners) 外でなされた行為によるものではないことを被告が立証すべきとしたが基本的違反の主張はしなかったのに対し、被告は一般原則により原告が立証すべきと主張した事案で、「解釈の問題であり限り、条項が原告の主張するような挙証責任を課すものか否かを見るためには、条項に何等別のことを読み込まずに条項の文言自体を考察しなければならない。……条項文言はそのように規定されていない。……運送品は紛失し原告にはその状況は全く不明だし、被告は何等証明をなさずに単に運送品価格の一部を補償として支払うのを選択している。だが、このことは、基本的違反に関する挙証責任を転換し、一般原則に反して、消極的な立証をなす義務を運送人に課するには十分でない。……基本的違反が原告側から主張されているか又は訴答により明確に運送人に運送契約履行を証明させる場合には事情は全く異なる。……本件では、紛失原因として契約の基本的違反は主張されていないし、被告に運送契約を逸脱していないという立証を特に課す状況にはない。しかも、契約外から生じた紛失に対する損害賠償につき特別な請求もなされていない。……したがって、解釈問題としても一般原則の問題としても、被告はかかる違反をなさなかったことにつき立証責任を負うとはいえぬ……」⁽²⁶⁾とされた。かくて、寄託契約には立証責任の転換が認められるとしても運送契約では認められぬし、更に、個々の具体的事案によって決

(26) [1962] 1 Q. B. 617 (635~7)., See also, *A. C. Smith Ltd. v. Great Western Rail Co.* [1922] 1 A. C. 178 (188, 189); *Alexander & Alexander v. City Line Ltd.* [1964] 1 Lloyd's Rep 84 (93); *Bart v. British West Indian Air. Ltd.* [1967] 1 Lloyd's Rep. 239 (259); Chitty, *Supra.* vol. 1. § 748; Cheshire & Fifoot, *Law of Contract*, 8th ed. London 1972, p. 137; Cf. *Colverd & Co. Ltd. v. Anglo-Overseas Trans. Co. Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep 352; *Learoyd Bros. & Co. v. Pope & Sons Ltd.* [1966] 2 Lloyd's Rep 142; Guest, 77 L. Q. R. p. 116.

定されることになる。しかし、寄託と運送とで区別する必然性があるのか疑問⁽²⁷⁾だし、一般原則に固執して損害を蒙った顧客が立証責任を負うとすれば損害原因は顧客が閉めだされた領域に存するのであるから立証は実際上不可能である。⁽²⁸⁾判例は(広義の)基本的違反を解釈原則と解しているから一般原則で足るとするが、実は *Hunt & Winterbotham Case* は基本的違反を顧客側で主張しなかった事実であり、⁽²⁹⁾主張した場合についての先例ではない。したがって、顧客は損害が発生し、その原因が企業側の勢力範囲に属することを立証し、⁽³⁰⁾基本的違反の可能性を主張しなければならぬのに対し、企業側はこの非難を免れる立証責任を負い、立証に成功しない限り約款の保護を受けぬとする余地も存するし、⁽³¹⁾又、そうすべきであろう。なお、基本的違反を法原則と解すれば当然に企業側が立証責任を負うことになる。⁽³²⁾

(4) 法的性格 本法理につき、判例上、免責約款は契約の基本的違反をなしている当事者を保護するように機能しないという実質的法原則 (rule of substantive law)⁽³³⁾か、⁽³⁴⁾解釈原則であり当事者の推定された (presumed) 意図に基づくにすぎぬのか、という両説が対立していたのであり、どちらかと

(27) Aiken, 26 M. L. R. p. 100; Wedderburn, [1962] C. L. J. p. 19; Kade, a. a. O. S. 60.

(28) Kade, a. a. O. S. 59. Cf. also, Wilson, *Rabels* Z-28, 649.

(29) Treitel, *The Law of Contract*. 3rd ed., London 1970, p. 198.

(30) 尤も、単に過失の主張、基本的違反だけを主張するのでは不十分。See, Guest, 77 L. Q. R. p. 116; Treitel, *Supra*. p. 198.

(31) Kade, a. a. O. S. 60; Treitel, *Supra*. p. 198; Aiken, 26 M. L. R. p. 100; Grunfeld, 24 M. L. R. p. 78. Cf. also, Guest, 77 L. Q. R. p. 100; Wedderburn, [1962] C. L. J. p. 20 (判例の不十分性を論じ、立法による免責約款禁止の必要性を説く)。See also, *Munro, Brice & Co. v. War Risks Association Ltd.* [1918] 2 K. B. 78 (81, 88); *Alderslade v. Hendon Laundry Ltd.* [1945] 1 K. B. 189 (192); *J. Spurling Ltd. v. Bradshaw* [1956] 1 W. L. R. 461 (466).

(32) Melville, 116 New L. J. P. 1000; Cf. *Smith v. Taylor* [1966] 2 Lloyd's Rep 231 (234).

(33) *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis* [1956] 1 W. L. R. 936 (940, 943); *Yeoman Credit Ltd. v. Apps* [1962] 2 Q. B. 508 (517~8); *Charterhouse Credit Co. Ltd. v. Tolly* [1963] 2 W. L. R. 1168.

(34) *U. G. S. Finance Ltd. v. National Mortgage Bank of Greece* [1964] 1 Lloyd's Rep. 446 (453); Guest, 77 L. Q. R. pp. 100 et seqq. 108; Coote, *Supra*. p. *

いうと法原則と解するのが優勢であったといえよう。⁽³⁵⁾ところで、その差異は何かというと、法原則ならば当事者の意図に反するか否かを問わず適用され(公序が典型的例)、いかに免責条項が広く規定していようともその効力が基本的違反に該当する限り否定されるのに対し、解釈原則であれば当事者の意図を実施するものであり、免責条項がいかに広く規定していようと、それが明確かつ曖昧でない文言で表示されている限りその効力が認められることになる。⁽³⁶⁾この他、挙証責任、追認等につき差異が生ずる。

かくて契約の基本的違反が免責約款の是正手段として活用されたのであるが、近時、既述の *Suisse Atlantique Case* ⁽³⁷⁾において House of Lords は傍論ながらも解釈原則の立場を打ち出した。即ち、「基本的条項違反又は基本的違反を法の実質的原則とした判例が存するが、それは主たる目的原則からも推論しうる解釈原則である。⁽³⁸⁾法原則とすれば、契約自由の制限を生ずる⁽³⁹⁾し、判例上もその跡付けは存しない。裁判所が新しい法を創造することは今日控え目になされるべきであり、問題の解決に満足すべき結果をもたらさない。⁽⁴⁰⁾しかも、免責条項を解釈原則よりも拡大する必要性は存しない。なるほど、附合契約上の意図確定又は推論には特別な困難を生じ、これには特別な解決を必要とするかもしれぬが、この困難性から一般契約法に移入したり又

* 111. なお, Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. Zu, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen Recht*. Marburg 1969. S. 37 及び per Lord Reid in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 at p. 440 は, *Smeaton v. Hanscomb Case* [1953] 1 W. L. R. 1468 において Devlin J. (ibid. at. p. 1470) は解釈原則としているが, これは実質的原則を適用している, とする.

(35) Cheshire & Fifoot, *Supra* p. 138.

(36) Chitty, *Supra*. vol. 1. § 735; Cheshire & Fifoot, *Supra*. pp. 137~8; Guest, *Supra*. p. 154.

(37) [1967] 1 A. C. 361.

(38) per Viscount Dilhorne, *ibid* at p. 392. Cf. per Lord Reid, *ibid* at pp. 398~9, 400, 401; per Lord Hodson, *ibid*. at pp. 410, 411; per Lord Upjohn, *ibid*. at p. 425.

(39) per Viscount Dilhorne, *ibid* at p. 392; per Lord Reid, *ibid* at p. 399; per Lord Hodson, *ibid* at p. 410; per Lord Upjohn, *ibid* at p. 426.

(40) per Lord Reid, *ibid* at p. 406.

は変形する必要性は存しない⁽⁴¹⁾。したがって、基本的契約違反という法原則は存せず、むしろ、不当約款には主たる目的原則等の解釈で十分であり、基本的契約違反からの免責も有効で、唯それには解釈により効力を否定されぬよう明確に作成すべきことになる。⁽⁴²⁾ *Suisse Atlantique Case* がこのように判断した背景には、国家権力介入による契約自由制限の懸念、本法理の多用に対する *pacta sunt servanda* の尊重が存するといえよう。更に、「免責約款内容の多様性、締結状況には非商人対商人の場合と対等な立場で約款が対価的 (*quid pro quo*) か又は何等かの理由で承諾される場合も存するが、法原則とすると全ての場合を同一に処理してしまう。最近の判例上、裁判所が全事情の下で公平だとか、苛酷だとか、非良心的だとか、又は顧客が自由意思の下で合意したかにつき顧慮したという徴候は存しない。しかも、自動車や他の商品の瑕疵が契約違反を基本的違反とするに十分であるかにつき同一の道を探らねばならぬとするのは満足すべきこととは思われぬ。瑕疵が正にそれに達する程でない場合には他の手段に訴えねばならぬのであり、この問題は非常に多くの者に影響を及ぼすものであるから、立法による解決が望ましい⁽⁴³⁾」とされる。しかし、本判決の射程距離につき、不明確原則の適用か、主たる目的原則の適用か、先例を否定していないので先例の拘束性如何、追認した場合にすぎぬのか、実質的法原則の可能性は全く存しないのか、という疑問が提起されているが、⁽⁴⁴⁾ 基本的契約違反法理は解釈原則と確定されたと

(41) per Lord Wilberforce, *ibid* at p. 434.

(42) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. 2u, a. a. O. S. 39; Treitel, *Supra*. pp. 189, 191; Guest, *Supra*. pp. 155~6; Coote, *Supra* p. 103 and *id.*, [1970] C. L. J. pp. 229~31; Atiyah, *Supra* pp. 123~4.

(43) per Lord Reid in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 at p. 406. Cf. also, Coote, 40 *Australian L. J.* p. 343.

(44) これらの批判につき, See, per Lord Wilberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 at p. 432; Wilson, in *Richterliche Kontrolle*, S. 41; Treitel, *Supra*. pp. 182, 189, 193, 196; Kade, a. a. O. S. 63~5; E. V. Hippel, [1967] 16 *I. C. L. Q.* p. 597; Chitty, *Supra* vol. 1, § 736; Legh-Jones & Pickering, 86 *L. Q. R.* p. 519. See also Guest, *Supra*. pp. 157~60; Davies, *Supra* p. 73. なお Bischoff, *Supra*. p. 23 は履行の程度の差であり、滞船料条項を利用する一方当事者の契約濫用の典型的事例とする。

いわれる。⁽⁴⁵⁾ 例えば、原告(旅行業者)は地中海遊覧のため被告の船 *Atlantica* 号(総トン数 13,803, 1931年建造)を予約したが、旅行開始10日前に被告は船が変更され *Angelika Atlantica* 号(総トン数 2,922, 1910年建造)が予約されたと通知した。原告が契約解除し損害賠償を請求したのに対し、被告は案内書の裏面に記載された「船舶、航海日、料金及び計画日程は事前通知なしに変更しうる」という条項を援用した事案で、「被告は取引の実質を変更するこの種の条項を援用しえぬ。……プール2その他多くの設備を有する *Atlantica* 号から小さな老朽船への変更は、それ自体、実質的逸脱である。しかも最も重大なことには、ハイファでの時間が短縮された。……顧客にとって本旅行のクライマックスはハイファでの2日間であるのに、僅か8時間しか滞在できぬことになった……被告は条項を援用しえぬ⁽⁴⁶⁾」とし、更に本条項が当事者間の契約を構成するのを承認して「それにも拘らず、そのような条項に対しては合理的解釈がなされねばならず、解釈問題としては被告は合意の実質を変更するのは許されぬ」とされた。又、原告が被告所存のガレージに駐車した車から荷物が盗まれた事案で、「当事者は自動車をロックしておく⁽⁴⁷⁾と合意したのに、ロックされなかったのであるから、被告は免責条項によって保護されず、これは契約履行の方法とは……全く異なった形で行われた。免責条項は、当事者が約定された方法で契約を履行した場合にのみ適用され、基本的な点につき違反しているときには適用されないと解釈される、という原則が該当する事案である⁽⁴⁸⁾」とされた。しかし、解釈原則とさ

(45) E. V. Hippel, [1967] 16 I. C. L. Q. p. 597; Wilson, in *Richterliche Kontrolle*, S. 41; Baker, 33 M. L. R. p. 466; Legh-Jones & Pickering, 86 L. Q. R. pp. 520~1; Guest, *Supra*. pp. 155~6. 但し, Coote, *Supra* p. 114 は解釈原則とする限り不明確原則で十分, 本法理は不必要 (See also, *id.*, 40 Australian L. J. pp. 339, 341~2), Guest, 77 L. Q. R. pp. 110~1 も, 解釈原則であり, 理論的には本法理を駆逐するのは可能, とする。

(46) *Anglo-Continental Holidays v. Typaldos Lines, Ltd.* [1967] 2 Lloyd's Rep 61 (66).

(47) *Ibid.* at p. 67.

(48) *Mendelssohn v. Normand Ltd.* [1969] 2 All E. R. 1215 (1218). See also, *Farnworth Finance Facilities Ltd. v. Attryde* [1970] 1 W. L. R. 1053; *Harbutt's Plasticine Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co. Ltd.* [1970] 1 All E. R. 225; *

れた事案を再検討すれば、基本的条項違反と基本的違反との混同があり、*Suisse Atlantique Case* も強いて分類すれば基本的条項違反といえるし、^(48a) 本判例の本法理に関する判旨は傍論であるにも拘らず、その後の判例も解釈原則の立場を踏襲しているにすぎず、本法理を単一の原則で理解すること自体無理が存する。⁽⁴⁹⁾ 両者を峻別する立場からいえば、基本的条項違反では、当事者の合意に重点が存し、これが違反か否かの決め手となるから、解釈原則といえる。⁽⁵⁰⁾ しかし、旧来の解釈原則ではないことに注意すべきである。伝統的解釈原則とする限り、19世紀後半における設定者の約款改訂により司法的救済が無力となった⁽⁵¹⁾ 二の舞いを演ずることになる。要は、当事者が「基本的条項違反」に対する自己の責任を契約上排除しうるか、即ち、基本的義務を約款で縮減するのに成功しているか、ではなく、基本的義務範囲内での制限として免責表示に成功しているか、である。⁽⁵²⁾ つまり、解釈原則とはいえ、一定の基支的義務の存在が前提となる。だが、基本的条項自体は当事者の意図に依存するが故に、解釈原則とする限り、約款が明確かつ広範囲に表示してある場合には、基本的義務の確定はなしえないといえる。⁽⁵³⁾

* *Kenyon, Son and Craven Ltd. v. Baxter, Hoare & Co. Ltd.* [1971] 2 All E. R. 708; *Thomas National Transport Ltd. v. May & Baker Ltd.* [1966] 2 Lloyd's Rep. 347 (359).

(48a) Cf. Bischoff, *Supra* p. 24.

(49) 本法理を2分類する立場でも、解釈原則とするものとして、See, Treitel, *Supra* p. 188; Davies, *Supra*. p. 72.

(50) Montrase, [1964] C. L. J. pp. 67~8; Treitel, *Supra* pp. 182~3; Jenkins, [1969] C. L. J. p. 265; Legh-Jones & Pickering, 87 L. Q. R. pp. 518~9; Coote, *Supra* pp. 44~5. なお、Coote, *Supra* p. 114 は、当事者の宣言された意図に反し、特定の契約義務引受という基本的条項により約束が強要されるべきとするのは、「契約から身分へ」という逆転である、とする。

(51) See, *Woodgate v. Great Western Ry.* (1884) 51 L. J. Q. B. 826; *McCartan v. North-Eastern Ry.* (1885) 54 L. J. Q. B. 441.

(52) Wedderburn, [1957] C. L. J. p. 20.

(53) Wedderburn, *ibid.* 更に、Wedderburn はこの見地から立法で裁判官に不合理条項削除権を与えても、行使の余地は殆んどなく、契約自由という保守主義 (archaism) により我々にもたらされたのはこれなのか、とする。これに対し、Guest, 77 L. Q. R. pp. 110~1 は、企業の名声維持欲求と裁判上の敵愾心を評価し、裁判官は解釈原則の立場で満足せねばならぬとする。See also, Treitel, *Supra* pp. 196~7.

他方、基本的違反は、全契約事情を考察して結果と行為態様の相関関係の下で、基本的条項違反の場合よりも当事者の意図を低く評価しうる法原則である。⁽⁵⁴⁾つまり、「契約上、当事者は免責条項を非常に広範囲にし結果的に相手方が意図したことからその全ての契約上の効力を奪ってしまうように目論むことはできない、といっても誤りではない。そうでなければ契約は単なる意図の宣言になってしまう。この限度で、一定タイプの違反に免責条項の適用を拒否する法原則が存することは正当であろう。しかし、これに達しない場合は、特定の違反がカバーされるか否かは契約意図の問題である」⁽⁵⁵⁾。現に、判例上、免責条項内に違反は該当するも解釈としては違反に条項は及ばぬとする判例⁽⁵⁶⁾が存するが、これは正に擬制であり、積極的に法原則として処理すべきであろう。⁽⁵⁷⁾「免責約款の有効性又は範囲に関する Common Law 上唯一の吟味は、契約上に表示された当事者の意図でなければならず、当事者が条項を適用しうるとしたならばそうしなければならぬのであり、裁判所は契約上の権利義務をより合理的に転換しえぬ。それは取引を自身の条件 (terms) で形成するという当事者の自由を制限することになるからである。このことが全ての状況の下で満足すべきか否かは別問題——多くは立法の問題であろう」⁽⁵⁸⁾とする見解が強い英法において、基本的違反は正に法原則として一つの反省を促がすものであり、裁判官による契約改訂への流れを示唆するものといえる。

(54) Montrose, [1964] C. L. J. p. 65 and id., [1964] C. L. J. p. 264. なお, Coote, [1970] C. L. J. p. 238 は, 免責条項の効果はその適切な解釈に依存し, それしか存しないとして, 解釈原則として11分類するが疑問. これにつき, See, Cheshire & Fifoot, Supra. p. 140.

(55) per Lord Wilberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 at p. 432. See also, Guest, 77 L. Q. R. pp. 108~9; Meyer, 50 Virginia L. R. p. 1197.

(56) *Harbutt's Plasticine Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co. Ltd.* [1970] 1 All E. R. 225 (235~6). Cf. also, *Mendelssohn v. Normand* [1969] 2 All E. R. 1215 (1218).

(57) *Legh-Jones & Pickering*, 87 L. Q. R. pp. 523~4 は, *Harbutt's Plasticine Case* における原則は, 実は実質的法原則の復活である, とする.

(58) 例えば, See, Baker, 33 M. L. R. p. 445. Cf also, Bischoff, Supra. p. 25.

基本的契約違反に対しては、現在強い抵抗が存する。それは、契約自由の制限、不安定性、全ての事案に妥当せぬし、硬直的であると批判される。⁽⁵⁹⁾そこに、解釈原則とすることに多くの支持が存する訳である。確かに、これらの批判は的まずれとはいえぬが、本法理の歴史が浅く、更に判例の発展を待たねばならぬこと、基本的条項違反と基本的違反との混同が存することを無視している嫌いがある。判例を分析すれば、本法理を活用して裁判所が実質的裁量の下に免責約款の効力を否定しているといっても過言ではなからう。⁽⁶⁰⁾つまり、英法上、契約自由は非常に尊重されているが故に、先ず当事者の自治を最大限に顧慮し、そこに契約の主たる目的原則等の解釈原則を発動させて基本的条項違反とし、⁽⁶¹⁾他方、公平とか合理性という命題の下で規制した例はないとされているが、⁽⁶²⁾余りに苛酷で、しかも、契約自由の原則上契約に明確に規定されている限り解釈原則の発動しなかった領域、殊に取引能力不平

(59) Baker, 33 M. L. R. p. 446; Legh-Jones & Pickering, 87 L. Q. R. pp. 529~31; Wilson, in *Richterliche Kontrolle*, S. 41; id., *RabelsZ* 28, S. 649; id., I. C. L. Q. p. 177. Coote, *Supra*. pp. 115~6; ib., 40 *Australian L. J.* p. 344. なお, Coote, *ibid.* は, 基本的違反の一大欠点は, 消費者保護レベルに適する原則を全く異なった商取引の分野に適用することにある。後者の領域では免責条項は合理的期待に反するのではなく危険分配を目的とする。しかも, 商人よりも顧客側で付保するほうが容易かつ廉価になしうる。商人に付保を要求すれば保険料は明らかに料金の増額をもたらす, とする。又, 不安定性につき, Grunfeld, 24 M. L. R. pp. 73~4 は, 硬直的法は死法であり生ける法であるためには法は柔軟性を有しなければならず, この柔軟性は不安定性の機能である。不安定性はしばしば法的欠陥 (legal vice) であるといわれる。確かに, 不安定性が何ら慎重に考慮されていない場合は妥当するが, 司法的裁量定則の基礎となっているときには決してそうではない。法における不安定性は遺憾なことだが, それでも必要なものである。判例法発展上主要なステップはこれまで不安定性なしでは達成されていない, とする。See also, Treitel, *Supra* p. 197.

(60) Grunfeld, 24 M. L. R. p. 78. Cf., Sales, 16 M. L. R. p. 335; Guest, *Supra*. p. 160.

(61) Guest, *Supra* p. 160. Cf. *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q. B. 26 (63).

(62) Guest, *Supra*. p. 174; Chitty, *Supra* vol. 1. § 760; Sales, 16 M. L. R. pp. 325~6; per Lord Reid in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A. C. 361 at p. 406; *Thompson v. London, Midland & Scottish Ry.* [1930] 1 K. B. 41 (56); Treitel, *Supra* pp. 201~2. Cf. also. S. 3 of the Misrepresentation Act, 1967. これにつき詳しくは, Atiyah, *Supra*. pp. 127~30.

等の分野において、⁽⁶³⁾基本的違反という法理を法原則として約款是正がなされている、⁽⁶⁴⁾といえよう。

⁶³ Cf., *Thomas National Transport, Ltd. v. May & Baker Ltd.* [1966] 2 Lloyd's Rep 347 (358); *Kenyon, Son & Craven Ltd. v. Baxter Hoare & Co.* [1971] 2 All E. R. 708 (720); *Montrose*, [1964] C. L. J. p. 265; *Coote*, [1972] C. L. J. pp. 57~8. Cf. also, *Bischoff, Supra*. pp. 26~7.

⁶⁴ *Kade, a. a. O. S.* 68~70; *Guest*, 77 L. Q. R. p. 118; *Grunfeld*, 24 M. L. R. pp. 78, 79. なお, *Kade, a. a. O. S.* 62. は基本的違反に関する判例はは例外なく免責約款に関するものであり, 約款に関しては法原則, 個別契約に関しては解釈原則にとどまるとするのも可能とする. Vgl. auch, *ders, a. a. O. S.* 64f. なお, *Bischoff, Supra* p. 28 も Common law 上の欠陥の是正は立法よりも新原則の創造が唯一の手段である, とする.

* 本研究並びに商学討究に発表した英法に関する一連の研究は、「昭47年度科学研究費補助金, 奨励研究(A)」の成果の一部である.