

英法における免責約款の司法的規整 (Ⅳ)

石原 全

V 基本的契約違反 (Fundamental Breach of Contract)

法理による是正

英法上、約款（殊に免責約款）に対する既述の是正手段はそれなりに効果的と評価しうるか、反面、種々の欠陥が存し、しかも間接的是正にすぎぬ。そこで、近時、かかる欠陥是正、そして、契約内容形成自由に対する一定の限界づけとして、基本的違反法理が登場し、免責約款是正の武器庫となっている。⁽¹⁾

沿革的には、本理論は19世紀における契約の全部違反 (Total breach of contract) に源を発する。全部違反とは、全契約を履行しないという意図が明白である場合には、当該契約の下で責なき一方当事者が自己の義務を履行するよう要求されるのは不当 (unjust) であることをいう。しかも、個々の違反でも、その併発によって全部違反となる。⁽²⁾ この全部違反が基本的違反と同義とされたのは、*The Albion* [1953] 1 W.L.R. 1026 を経て *Yeoman Credit Ltd. v. Apps* [1962] 2 Q.B. 508⁽³⁾ で確立された。⁽⁴⁾ しかし、不履行責任

(1) Coote, *Exceptional Clauses*. London 1964, p. 108; Anson-Guest, *Principles of the English Law of Contract*, 22nd ed., Oxford 1964, p. 152; Miller, *Negligence in Modern Law*, London 1967, p. 135.

(2) *Pollock & Co. v. Macrae* [1922] S.C. (H.L.) 192 (200) (referred in *Yeoman Credit Ltd. v. Apps* [1962] 2 Q.B. 508 (519)).

(3) 瑕疵は個々のみにみれば免責条項内に存するといえても、それが集積すれば全体として、不履行又は履行拒絶又は契約の根幹に達する違反を構成するものであり、免責条項に救いを求めることはできない。免責条項は、契約の根本的性質 (the whole essence of the Contract) と矛盾せず、かつ、破壊するものでないような違反にのみ保護を与えるものである (Ibid. per Holroyd Pearce L.J. at p. 520). 違反が契約の根幹に達するものであるか否かという基準は、全部違反と同様 (*Heymann v. Darwin's Ltd* [1942] A.C. 356 (373)). 基本的違反にも妥当するとされる (*Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis* [1956] 2 All E.R. 886 (869)).

(4) Montrose, *Some Problems About Fundamental Terms*. [1964] C.L.J. pp. 66~7.

は修正しえぬとは解されていないし、全部違反原規は免責条項の内容制限としてではなく解釈原則として適用されたのであり、したがって、不履行責任免責を阻止しえない⁽⁵⁾。次いで、決定的影響を及ぼしたのが離路及び「契約範囲内」法理 (four-corners-rule) である。海上運送法上、船舶は目的港へ最短で安全な航路を航行すべきであるということが一般的慣行とされており、この通常の航路の又は契約上合意された航路の保持は条件 (condition) とされ、航路の不当な変更 (離路) により離路開始の瞬間から運送人は免責約款を援用しえずとされる⁽⁶⁾。その根拠は、離路に必然的に伴う事実上の事情が変更された点に求められる。つまり、免責条項は、特定の事情とこれに結合した危険とを射的とするものであり、船が合意された航路を不法に放棄するならば、免責条項が有効とされるべき前提条件がもはや存在しえぬのであり、運送契約の内容と根本的に矛盾することとなる⁽⁷⁾。更に、保険との関係において、付保された貨物の荷主は離路により保険からの填補を失うからである⁽⁸⁾。

(5) Kade, *Richterliche Kontrolle von formularmäßigen Haftungsfreizeichnungen im englischen Recht*. Bonn 1970. S. 50; *The Cap Palos* [1921] All E.R. 249 (per Atkin L.J. at p. 254); See also, per Lord Wilberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at p. 432.

(6) Kade, a.a.O. S. 51; Coote, *supra*, pp. 80~1, 82~3; Chitty, *On Contracts. General Principles*. vol. 1. 23rd ed., London 1968. §742 (以下、本書は vol. 1 として引用); Legh-Jones & Pickering, *Fundamental Breach: The Aftermath of Harbutt's "Plasticine"*, 87 *L.Q.R.* 526~7; per Lord Reid in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at pp. 399~400; per Lord Upjohn *ibid.* at pp. 422~3; *Hain S.S. Co. Ltd. v. Tate & Lyle* [1938] 2 All E.R. 597 (本件において、離路を契約の基本的条件とみなし、しかも基本的条件という表現が判例上初めて現われた)。

なお、旧時は離路及び準離路開始の時点から免責条項が自動的に適用されず、相手方が追認するか否かの選択を要せずユニークなものとして解れたが、現在は、相手方が追認を選択しない限り、違反の瞬間から生ずるとされる。これは、自動的に終了させると違反者が自身で違反しているにも拘らず契約から免れることとなるからである。See, Guest, *Fundamental Breach of Contract*, 77 *L.Q.R.* 106; Coote, *The Effect of Discharge by Breach on Exceptions Clauses* [1970] *O.L.J.* 234~5.

(7) Coote *Supra*, pp. 87~9 and *id.*, *The Rise and Fall of Fundamental Breach*, 40 *Australian L.J.* 345~6.

(8) Treitel, *The Law of Contract*. 3rd. ed., London 1970, p. 185; *Hain S.S. Co. Ltd. v. Tate & Lyle* [1938] 2 All E.R. 597 (601, 607); Coote, *Supra*, p. 89; Chitty, vol. 1. §742.

離路が不当か否かは全ての状況を考慮して決定されるのであり、例えば、船のサイズやクラス、航海の性質、通常で慣行とされているコース、寄港地の性質、当該港の性質及び位置等が考慮されねばならぬのである。⁽⁹⁾ したがって、全ての離路が不当とされるのではなく、⁽¹⁰⁾ 当事者のコントロールしえぬ状況下でのルートの変更は是認される。例えば、木材をカナダから London 又は Hull 又は船が安全に入港しうる近辺の港へ運送すると船荷証券上なされておき、更に、約款によると「……ストライキによって……船が安全かつ遅滞なく荷揚港に入港し、通常の方法で荷揚げし出航することができぬと思われる場合には、船長は船積港又はその他の安全かつ便利な港で荷揚げしうる……」、「当該条項に基づく荷揚げは契約の履行と看做される」とされていた。ところが、London 及び Hull においてストライキが生じたため、Hamburg に入港し荷揚げした。原告 (London 及び Hull で荷揚げされる木材につき船荷証券の被裏書人) が離路による契約違反を訴求し、被告が上記約款条項を援用した事案で、「当事者が最初に選択した港での運送品荷揚げがストライキ等により不可能と思われる場合に、これに代替する荷揚地を合意するのは当事者の自由であり、当事者がかかる事件に際して船長が運送品を安全かつ便利な港に荷揚げすべきことを合意しえぬとする理由は存しない」、「船主が単にそうしうると選択したが故に契約の履行である航海を無制限に遅滞しうるとする離路条項と、当該条項のように、特定の緊急状況発生の場合にのみ適用され機能する条項間には実質的差異が存する……。文字通りに解釈すれば結果的に一方当事者が任意に契約を無価値としうる権限を与えられている場合と、当初の条件 (terms) にしたがった契約履行を阻止する事情発生をコントロールしえぬような障害が生じた場合に当事者の権利義務がいかなるものであるかを規定している特別条項とは区別される。成程、条項は特定事件の際には木材を London 及び Hull に運送し荷揚げすると

(9) *Morrison & Co Ltd. v. Shaw, Saville & Albion, Co. Ltd.* [1916] 2 K.B. 783 (794~5, 799, 800~1).

(10) Coote, *Supra*, pp. 96~7; Treitel, *Supra*, p. 191; Cf. *per Lord Atkin in Hain S.S. Co. Ltd. v. Tate & Lyle, Ltd* [1936] 2 All E.R. 597 at p. 601.

いう船主の第1次的債務を制限するものであるが、船荷証券に挿入された約款による船主の第1次的義務の全ての制限は、そこに具体化された特定取引と矛盾するものを含み、したがって、修正されるか又は無視されるべきだとは思われぬ。……条項は船主が木材を London 又は Hull に運送するという第1次的債務に矛盾するとは思われぬ。それは、両当事者に合意されたものであり、船主に当初の条件の下での契約履行が合理的に期待しえないような両当事者のコントロールしえぬ状況に遭遇した場合の条項である……」⁽¹¹⁾とされた。更に、離路の効果として、免責約款援用許されずとされる以上に、損害が離路なしでも生じたものでなければ（立証は非常に困難）帰責事由がなくとも運送品に生じた全ての損害につき責任を負わされるのであり、離路責任は公運送人の保険者としての責任よりもずっと厳格かつ加重なものである。⁽¹²⁾しかし、離路免責の意図が明確かつ曖昧でない文言で表示されていれば、離路免責は肯定される。⁽¹³⁾

この離路法理の適用範囲は海上運送契約及び約定された運送経路の変更に限定されるが、⁽¹⁴⁾これが他の法領域に拡張され適用されたのが「契約範囲内」

(11) *G.H. Renton & Co. Ltd. v. Palmyra Trading Corp. of Panama* [1956] 1 Q.B. 462 (494, 502~3, 507). See also, *S.S. Istros v. F.W. Dahlstroem & Co.* [1931] 1 K.B. 247 (252).

(12) Cf. *Legh-Jones & Pickering*, 87 *L.Q.R.* p. 528.

(13) *Cunard S.S. Co. v. Buerger* [1927] 1 A.C. 1 (13); *Potter v. Burrell* [1897] 1 Q.B. 97 (104). だからこそ、主たる目的原則により広範囲にわたる離路自由条項を制限しようとする努力がなされたのである。See, Coote, *Supra.* pp. 96~8; Chitty, vol. 1. § 743; *G.H. Renton & Co. Ltd. v. Palmyra Trading Corp. of Panama* [1957] A.C. 149 (164, 173, 174).

(14) 陸上運送につき、*Mallet v. Great Eastern Ry. Co.* [1899] 1 Q.B. 309; 航空運送につき、*Rotterdamsche Bank N.V. v. B.O.A.C.* [1953] 1 W.L.R. 493 (502~3). しかし、適用領域は以上の領域に限定されたのではなく、他の領域にも拡張されているようである。See, *per Atkin L.J. in The Cap Palos* [1921] All E.R. 249 at p. 471 (全ての契約に共通な原則と思われるとする。但し、例示しているのは運送を含めた寄託と海上保険である); *Menderssohn v. Normand, Ltd.* [1969] 2 All E.R. 1215 (1218); Coote *Supra.* p. 83. 離路条項は一般契約原則の適用とする見解として、See, *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 (399~400); *Chandris v. Isbrandtsen-Moller Co. Inc.* [1951] 1 K.B. 240 (248~9). なお、Coote, [1970] *C.L.J.* 234 は、「準離路 (quasi-deviation)」という表現を採っているが、寄託に限定される、とする。

法理である。これは、契約条項 (term) にしたがった契約履行の過程に生じた (つまり、契約範囲内) 損害のみが免責約款によってカバーされるのであり、契約範囲を踏み出してなされた行為 (契約範囲外) に基づく損害に対しては免責約款を援用しえぬとするものである。この法理は既に傍論ながらも的確に *Gibaud v. Great Eastern Ry. Co.* における Scrutton L.J. により表明されている。即ち、「……もし、一定条項 (Conditions) の保護の下に一定の方法で行なうとか一定の場所に物を保管することを引受けておきながら、約定通り行なわぬとか、保管すると契約した場所に保管せぬことにより契約違反をなした場合には、……合意した方法で契約履行をなした場合にのみ保護することを意図している約款に頼ることはできぬ⁽¹⁵⁾」と。次いで、*Alderslade v. Hendon Laundry* において Lord Greene M.R. により、「……この種の制限条項は条項が効果を発揮する損害が契約の範囲内 (four corners of contract) で生じた場合にのみ適用される…… (自己の契約を踏み出している当事者は、契約の範囲外での履行 (operation) 中に損害が生じた場合には免責条項を援用しえぬ。というのは、その行為は契約が考慮している履行とは全然別物だからである)⁽¹⁶⁾」と明確に four-corners-rule が表明されている。そして、*Davies v. Collins* で直接この法理が適用されている。これは、洗濯屋が顧客からの制服を下請に出し返還不能となった事案だが、約款上「衣服の洗濯……はあらゆる注意をもってなされるが、全ての受領品は完全に所有者自身の危険の下で受領されるのであり、必要な処理中に生じた毀損、縮み……については責任を負わぬ。紛失に対する責任は洗濯代の 10 倍以内の金額に制限される」とされていた。原告が責任制限条項は下請にだしたことにより契約逸脱が存する場合には適用されぬとして制服代金額を訴求したのに対し、被告は下請は契約違反にならぬから条項が適用されると主張した。

(15) [1921] 2 K.B. 426 at p. 435.; See also, per Lord Hodson in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at p. 412. Cf. Guest, *Anson's Law of Contract*, 23rd ed., Oxford 1969, p. 165 et seq.

(16) [1945] 1 K.B. 187 at p. 192. 但し、() 内の文言は *ibid* では存在しないが、[1945] 1 All E.R. 244 at p. 245 では記載されている。

「……作業が下請人によりなされている場合には被告が洗濯……につき十分な注意をなすことは明らかに不可能であろう。成程、下請人選択には注意を払うことができるが、実際の作業においてはそれが下請人によりなされている限り、被告が注意を払うこともできぬし、その機会も存しないであろう。更に……下請にだすことは必要な処置に該当しない。それというのも、顧客の知る限り被告自身が行なうか又は一般使用人 (ordinary staff) にやらせるのを阻止するような事由は存在しないからである。……この種の責任制限条項の下で顧客が遭遇する危険は顧客が契約した者自身によってか又は下請契約者によってなされるかにより完全に異ってくる。……下請契約が認容されないならば、紛失につき顧客が遭遇する危険は紛失の機会が制限されているが故に非常に限定される。他方、下請契約が認められるならば、紛失の生じうる領域は明らかに非常に拡大される。つまり、第3者の過失が生じるし、下請人への品物の送付や下請人から元請求人への返還の際に偶発的にあらゆる危険が生じうるからである。制限条項が単に存在することからいって、契約者が下請契約をなす権利を契約上排除していることは明らかである。相手方がかかる危険拡大をも甘受すべきと意図するならば、この者にかかる危険が課されていることを明確にすべきである。……本事案におけるサービスは「契約者が処置した後に顧客に品物を返還するのに下請人を使用するといった種類の」副次的サービスではなくて、契約自体、つまり、洗濯屋と顧客間の契約の本質 (essence) である」とされた⁽¹⁷⁾。しかし、本法理も解釈原則にすぎず、その適用を当事者は明確な文言で免責条項を形成することにより排除しうる⁽¹⁸⁾。本法理と基本的違反法理との架橋は *Alexander v. Railway Executive* でなされた⁽¹⁹⁾。原告が駅の小荷物預所に荷物を寄託し通常料金を支払って預り証であるチケットを受取った。そこに記載されれ約款によると

(17) [1945] 1 All E.R. 247 (250~1) 但し、本文中の [] は筆者が附加した。

(18) *Kade, a.a.O.* S. 53; *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 (412); *London & North Western Ry. Co. v. Neilson* [1922] A.C. 263 (272). Cf. also, Coote, *Supra.* pp. 101~3.

(19) *Grunfeld, Reform in the law of contract*, 24 *M.L.R.* 62 (72).

「会社は価額 51 を超える荷物については、価格明告・超過料金支払がなされていぬ限り、紛失・遅滞 (detention)・引渡間違い (misdelivery) 又は毀損につき責任を負わぬ。会社はチケット呈示がなければ寄託物の引渡を拒みうるが、たとえ呈示がなくとも、所有権又は受領権限を有する証拠が示され、会社側で十分なものと認めうるに足る場合には、上述の権限を主張する者に荷物を引渡しうる。この場合、この者は会社の免責書 (form of indemnity) に署名しなければならぬ」とされていた。寄託の際、原告は友人と一緒にいた。数週間後に友人が被告の営業所に入りトランクから 2・3 個の品物を持ち去ったが、被告の使用人は入室許可を得ているという言を信じて何もなさなかった。その後も、原告より権限を与えられているという言を信じて、なんらチケット類呈示がなかったにも拘らず残余荷物をこの者に引渡し免責書に署名させた。結局、2・3 個の荷物だけが、しかも毀損状態で原告の元に返ったにすぎなかったため、原告が損害賠償を請求し、被告が上記条項を援用した事案であるが、「……契約違反が存することは否定しえぬ。明らかに、寄託品につき注意を払うこと、つまり、第 3 者による侵害から寄託品を安全に保護することは受寄者の義務である。したがって、会社使用人が、友人に預り所内に立ち入り……トランクを開けなかの品物に近づくのを許容したのは、寄託、そして、当事者間の契約に明らかに含まれている本質的条件 (essential term) 違反をなしている。これは、その後に生じたトランク全部の引渡は別としても 1 個の違反である。トランク全部が送付されたときに免責条項でカバーされる引渡間違いが存したかを決定するのは不必要である。というのも、送付前に、友人に預り所への入室を許したときに契約違反が存するからである。かかる違反の故に、被告は条項を援用して自己の行為を正当化しえぬ。……明らかに、注意をなすことは受寄者の義務の本質的部分であり、無権限な者が預り所内の品物に近づくのを認めぬことの重要性はいかに強調しても強調しすぎることはない。会社自身がそれをなしえることは、契約上寄託者自身ですら品物に近づく権利を与えられぬという特別条項からも明らかである。まして、第 3 者が品物に近づく権利を認められるべきでな

いことは当然である。更に、……ロックされたトランクを壊して開けることは基本的違反である……」⁽²⁰⁾とされた。かくして、1951年以後は、記述の諸法理から基本的違反法理へと転換した。本法理は沿革からも明らかなように比較的近時のものであり、しかも最近の *Suisse Atlantique Case* 以来解釈原則が法原則 (rule of law) かにつき争われているし、種々の問題点は未解決である。今後の判例の集積が待たれるが、しかし、その解明には、沿革、そして、衡平関係の非常に重大な障害は衡平に基づき是正されるべきであるという主張⁽²¹⁾の影響を受け約款内容是正手段として発展してきたことを看過すべきではないであろう。

本法理は、互換性を認めるのが支配的であるが⁽²²⁾、基本的条項違反 (breach of a fundamental term) と基本的違反 (fundamental breach) とに分類される⁽²³⁾。つまり、基本的条項違反とは、契約には一定の核心 (Core) が存しこ

(20) *Alexander v. Railway Executive* [1951] 2 K.B. 882 (887~9). See also, *Woolf v. Collis Removal Services* [1948] 1 K.B. 11 (14) (合意された場所に寄託されなかった事案); *Gunyon v. S.E. & Chatham Ry.* [1915] 2 K.B. 370 (合意された運送手段を使用しなかった事案); *Garnham, Harris & Elton, Ltd. v. Alfred W. Ellis (Transport), Ltd.* [1967] 2 All E.R. 940 (無権限者への引渡); *Guest*, 77 L.Q.R. 104; Vgl. auch, *Kade. a.a.O.* S. 57.

(21) *Chitty*, vol. 1, § 596.

(22) 判例上も同一事案につきある判事は基本的違反として、ある判事は基本的条項違反として論じているほどであるが、近時は基本的違反という用言に統一される傾向にあるといえる。学説上も多岐である。基本的違反説: *Devlin, The Treatment of Breach of Contract* [1966] *C.L.J.* 204; *Reynold, Warranty, Condition and Fundamental Term*, 79 *L.Q.R.* 546; *Cheshire & Fifoot, Law of Contract*, 8th ed., London 1972, p. 136. 基本的義務 (fundamental obligation) 違反説: *Meyer*, 50 *Virginia L.R.* 1188; *Cheshire & Fifoot, Law of Contracts*, 6th ed., London 1964, p. 155. 基本的条件説: *Hughes, Fundamental Breach and Exemption Clauses in Hire-Purchase*, (1962) *J.B.L.* 42. 条件違反説: *Chitty*, vol. 1, § 579; *Coote*, [1970] *C.L.J.* 237; See also. *Anson-Guest*, 23rd ed., p. 155.

(23) *Treitel*, *Supra*, p. 182 et seqq; *Anson-Guest*, *Supra*, 22nd ed., p. 152 et seqq (但し, *id*, *Supra*, 23rd ed., p. 155 では区別否定し, *ibid* Fn. 2 では基本的条項違反は条件違反を別異に表現したものにすぎぬとし, 基本的違反に統一する)。*Grunfeld*, 24 *M.L.R.* 78~9 は基本的違反とするが、それには2種存することを認め、違反された債務の性質によるものと義務違反の態様 (manner) に関するものとに区別しているし、*Reynolds*, 79 *L.Q.R.* 574. は、違反から生ずる結果 (event) と違反が行なわれた態様 (manner) とに区別するし、*Guest*, 77 *

れに違反することであり、基本的違反とは違反の結果及びその行為態様の評価であるといえる。では、なぜかかる相違が生ずるかという点、両法理の基調をなす政策 (policy) の差である。自由放任と自由企業の哲学に一致するものだが、約束は守られるべし (pacta sunt servanda)、つまり、当事者の合意は強行されるという道徳に基づく政策が存する。当事者は一般に自治能力を有すると考えられているが自身を拘束する規範を技術的に十分に起草する能力を有せぬかもしれぬので、法は当事者の意思が法的文言で表明されるカテゴリーを明確化する。この自治に基づく政策の効率化のために法原則 (rule of law) は、当事者の多様な欲求を実行するのに十分な一連の概念を具体化するよう枠組みされねばならぬ。当事者の意図は単に十分な概念上の枠組み及びそれに相応する術語が欠けているが故に効力を生じないとされるべきではない。当事者がなした特質は法的手続において承認され効果を生ずべきである。基本的条項違反の基調をなすのは、この当事者の自治能力である。したがって、当事者自身が、例えば商品売買契約におけるように商品にとって決定的であるとする基本的条項と、たとえ約束の条件として機能しようとも基本的性質を有しない条項とを区別するのであり、当事者が免責及び拒否条項に合意したならば、当該条項には当事者の意図に基づき効果が付与

* L.Q.R. 99 も、基本的違反とするも、全ての契約には必ず履行されねばならぬ「核心 (Core)」又は基本的義務が存し、これを履行していぬ当事者は免責約款の有無に拘らず契約違反をなしているものであり、更に、この原則と密接な血縁関係にあるが、当該契約を履行している間は免責約款によって保護されるが、契約逸脱が非難に値する行為でなされた (in a substantial manner) ときは保護されぬという別の原則が存する、とする。

なお、Coote, [1970] C.L.J. 224 は、違反された条項と違反自体という区分による基本的条項違反というラベルで免責にアプローチする方法は、*Suisse Atlantique Case* 以前は圧倒的支持を得ていたが、当判例以後はもはや正当化しえぬし、問題へのアプローチにはこの方法以外にも存するという事実を不明瞭にしてしまいがちである、として、このように両者を使用するのは望ましくないとする。しかし、*Suisse Atlantique Case* はそれ以前の判例を否定していぬし、当判例自体の射程距離も問題である。しかも、条件違反は免責可能とされる以上、基本的条項違反乃至基本的違反が発展した沿革からしても、両法理による是正手段の効用は否定しえぬ。問題は、むしろ、両法理が互換性ありとし、かつ、限界づけが曖昧であったが故に混乱を生じたのであり、両法理を峻別することによりその限界づけを確定することである。

されるべきことになる。⁽²⁴⁾ 他方、ある種の契約を強行できぬとか不法とか宣言する、つまり、当事者の意図は正義という高次の考慮に服すると宣言する別の政策が契約上機能する。これは、契約関係に入る行為に基づく不法といった理論に限定されず、契約関係に入った後における当事者の行為の結果の規整にも及ぶ。この他律的概念が基本的違反理論の基調をなし、裁判所は当事者の意図に効力を付与することはできぬ。契約当事者は違反よりもむしろ履行を考えているのであり、違反がいかなる結果を生ずるかは、勿論契約における諸事情及び当事者の意図が重要な要素をなすが、正義が要求するものは何かにつき裁判所自身が抱く見解により決定される。⁽²⁵⁾

(1) 基本的条項違反 これは既述のように当事者の自治に委わられているが故に、当事者の合意の面からみて、提供された給付が合意の給付と非常に異なっていて給付と看做されない場合で、それは基本的条項違反となり、免責約款援用しえずとされる。⁽²⁶⁾ つまり、基本的条項は履行されるべき義務に関する当事者の現実の合意から推論されるのであって、不履行の性格や効果に関する司法的評価から推論されるのではない。⁽²⁷⁾ 当事者自身で特定条項を最も基本的なものとして看做す結果、それなしには同一性という点で根本的に異なってくるとされる。したがって、商品の売買契約又は割賦払契約には、契約の本質を決定する一定の根本的特性に合致した商品を引渡し受領するという約束が含まれているのであり、この特質を有しない商品の引渡しは履行と看做し

(24) Montrose, Some Problems About Fundamental Terms, [1964] C.L.J. 264; See also, per Lord Upjohn in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at p. 422.

(25) Montrose, [1964] C.L.J. 264. なお, Montrose, *ibid.* は, 立法的行動の必要性を強調する。

(26) per Devlin J. in *Smeaton Hanscomb v. Sasson J., Setty, Son & Co.* [1953] 1 W.L.R. 1468 at p. 1470; per Denning J. in *Karsales Harrow, Ltd. v. Wallis* [1956] 1 W.L.R. 936 at p. 941 and per Parker L.J. *ibid.* at p. 943; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen Recht*, Marburg 1969, S. 36 und. S. 38.

(27) Cf. Wedderburn, Contract-Exception Clauses — Fundamental Breach — Main Objects of Contract, [1957] C.L.J. 20 (但し, 彼自身は基本的違反という用語を使用)。

えず、履行の範囲に属せぬものとされる。⁽²⁸⁾ この場合、基本的条項違反の量とか実質とかを吟味する必要はなく、ただ、要求された特質を有するか又は合致するかを吟味すればよい。例えば、東アフリカ産 Copra Cake の購入契約において約款上「商品が、制定法又は法原則 (rule of law) が別異に規定していようとも、合理的な検査によっても認識しえなかったような市場性を有しない瑕疵については、保証せず免責される」とされていた。給付された商品には非常に多量のトウゴマが混入し飼料としては不適であった事案につき、「契約したのとは全く異なった物が給付されたのであるから、免責条項は被告免責に機能しない」とされた。⁽²⁹⁾ 又、中古車購入につき融資会社(原告)と割賦払購入契約を締結し、契約書の署名交換後に売主が真夜中に被告の営業所に車を持参したが、その後被告が検査してみると車は非惨な状態で、部品は欠けたり、旧部品と取り換えられたり、エンジンにも瑕疵が存し稼動しなかった。被告は受領拒否をし、契約に基く支払も全然しなかった。約款上「自動車が走行しうるとか、耐用年数とか、一定の目的に適合するという条件又は担保を所有者は与えるものではないし、黙示的にも含まれていない」とされていた。原告の支払請求に対し、「今や、この種の免責約款はいかに広範囲に表現されていようとも当事者が契約上その本質的な点を履行している場合にのみ利用しうる。免責条項を利用して自己の不当な行為や無関心をカバーしたり、自己の義務をあえて無視するのは許されぬ。被告が申込書署名前に見たときは車は申し分のない状態で稼動したのに対し、引渡された車は同じ車であっても非惨な状態で稼動しなかった。かかる違反は契約

(28) Montrose, [1964] C.L.J. 67; Anson-Guest, *Supra*, 22nd ed., p. 152 and *id.*, *ibid.* 23rd ed. p. 161; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 30; See also, Jenkins, [1969] C.L.J. 254~5, 265; Cf. *Decro-Wall v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 2 All E.R. 216 (221, 232).

(29) *Pinnock Brothers v. Lewis and Peat, Ltd.* [1923] 1 K.B. 690. See also, Hughes, [1962] J.B.L. 44; per Lord Willberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at p. 433. なお, SS. 13~15 of the Sales of Goods Act, 1803 によると, 動産売買契約においては, 表示一致, 目的適合性, 市場性という黙示的条件が存するとされるが, これらは当事者の意図により排除しうる. See, Anson-Guest, *Supra*, 23rd ed., p. 161. Cf. *Hardwick Game Farm v. S.A.P.P.A., Ltd.* [1968] 1 Lloyd's Rep. 547.

の根幹に達するものであり、免責約款援用しえず⁽³⁰⁾とされた。結局、種類上別種な物の給付⁽³¹⁾、給付物の所有権が移転されなかつた場合⁽³²⁾、非常に瑕疵があつて意図された用途に適合しない商品の給付⁽³³⁾、が基本的条項違反とされる。

(30) *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis* [1956] 1 W.L.R. 936 (940~1, 943~4). See also, Montrose, Contract—Exemption Clauses—Description or Condition [1957] C.L.J. 12 et seq; Jenkins, [1969] C.L.J. 254~5; Guest, 77 L.Q.R. 103; *Yeoman Credit Ltd. v. Apps* [1962] 2 Q.B. 683; *Astley Industrial Trust Ltd. v. Grimley* [1963] 1 W.L.R. 584 (597~8); per Lord Willberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at p. 433.

(31) Hughes, (1962) J.B.L. 44; Guest, 77 L.Q.R. 101. 種類とは自然界に存在するものではなく、当事者が給付受領に合意している商品の種類にとって決定的な品質をいい、当事者の今意に依存するものである。つまり、売買契約においては当事者はいかなる品質をも決定的となしうる。See, Montrose, [1957] C.L.J. 15~6; Devlin, [1966] C.L.J. 211; *Munro & Co. Ltd. v. Meyer* [1930] 2 K.B. 312; *Wallis Son & Wells v. Pratt & Haynes* [1911] A.C. 394; *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 (404, 410, 427, 433); Coote, *Supra*, pp. 37~45; Chitty, vol. 1. § 741 and vol. 2. §§ 1490~3. §§ 1516~8.

なお、種類上別異なる物の給付を基本的(条項)違反とすることにつき、Coote, *Supra*, pp. 53~5. は契約には排除しえぬ核心が存するという概念は先例(*Rose & Frank v. Compton & Bros.* [1925] A.C. 445)に反するし、排除しえぬ核心をいかなる基準で決定するのか、更に重要なことは、この考えの背後には当事者が現に合意したことではなくて、合意すべきであつたという先験的見解に基づき当事者の権利を決定するという傾向が存する、とする。Cf. also, *id.*, 40 *Australian L.J.* p. 338; Reynolds, 79 *M.L.R.* 546~7.

又、per Lord Reid in *Suisse Atlantique* [1972] 1 A.C. 361 at p. 404 は、黙示的条件 (terms) 下での新契約の申込と解する、とするが、その不当なことにつき、See, Legh-Jones & Pickering, 87 L.Q.R. 525.

(32) *Rowland v. Divall* [1923] All E.R. 270 (272~3, 274, 275); Hughes, (1962) J.B.L. 43; Guest, 77 L.Q.R. 100, 102; *Butterworth v. Kingway Motors* [1954] 1 W.L.R. 1286; *Warman v. Southern Countries Car Finance Corp. Ltd.* [1949] 2 K.B. 576 (582~3); Anson-Guest, *Supra*, 23rd ed., p. 162; Chitty, vol. 2. § 1487 and vol. 1. § 740. 動産売買において所有権条項は約因の全面的不成就 (total failure of consideration) つまり、不履行 (failure of performance) になるし、S. 12 (1) of Sale of Goods Act, 1893 は、S. 1 (1) と衝突するとされる。これにつき Coote, *Supra*, pp. 63~9 esp. p. 67 et seqq は所有権を移転しえないことは必ずしも約因の滅失とはならぬ、とする。See also, *id.*, 40 *Australian L.J.* 338~9.

なお、所有権移転につき、S. 17 (1) a of Hire-Purchase Act, 1965 は黙示的条件とするが、これは common law 上黙示された (term) よりも狭い。これにつき、See, Chitty, vol. 2. § 913.

(33) Montrose, [1964] C.L.J. 254~62, esp. p. 261; Hugh, (1962) J.B.L. 43~4; Chitty, vol. 1. § 741; *id.*, vol. 2. §§ 1516~8; *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 (404, 413, 433); *Beck & Co. v. Szymanowski & Co.* [1924] A.C. 43 (48). *

上述からみると、売買法及び割賦払契約に主として適用されているが、これらに限定されず他の契約にも適用されている。⁽³⁴⁾ 例えば、離路、⁽³⁵⁾ 寄託における、根本的に寄託の条件 (term) と一致しない受寄者の行為 (受寄物の売却・担保化又は売却の申し出)⁽³⁶⁾ 等である。

以上に反し、マホガニー材売買において品質及び数量の点で約定よりも低級品が引渡された場合、⁽³⁷⁾ 中古ジープを特定目的のために割賦払で購入したが再三再四瑕疵発見、修理が繰返えされ、結局当該目的に不適であると判明し

* なお、S. 14 of Sale of Goods Act, 1893 は Caveat emptor (買主をして警戒せしめよ) 原則により特定目的適合という担保又は条件は存しないが、特定目的を黙示又は明示に売主に認識せしめた場合には存するとする。だが、この場合、売主の技術と判断を信頼したこと、商品が売主の営業範囲内 (in the Course of seller's business) のものであることの立証を要する。これにつき、See, Chitty, vol. 2. §§ 1494~1502; *Kendall (Henry) & Sons v. William Lillico & Sons, Ltd* [1968] 2 All E.R. 444 (463~9, 473~8, 481, 484). Hire-Purchase Act, 1965 では表示の適合性、市場性保有は条件として排除しえぬが (ss. 17 (2) (3), 18 (3), 19 (1) (2), 29 (3)c), 市場性については商品が中古品か又は契約上瑕疵が明確に指摘されている場合には除外しうる (s. 18 (1) (2)). See, Chitty, vol. 2 §§ 917, 914~5. Cf. also, Atiyah, *The Sale of Goods*, 4th ed., London 1971, p. 126.

(34) Anson-Guest, *Supra*, 22nd ed., p. 153; Kade, a.a.O. S. 55. Cf. per Lord Green M.R. in *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.* [1945] K.B. 189 at p. 193.

(35) Guest, 77 *L.Q.R.* 106; per Lord Hodson in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 316 at p. 412; per Lord Upjohn, *ibid.* at pp. 422~3 (但し, per Viscount Dilhorne, *ibid.* at p. 394 は基本的違反とする。Cf. also, per Lord Wilberforce, *ibid.* at p. 434); Legh-Jones & Pickering, 87 *L.Q.R.* 527. See also, Treitel, *Supra*, pp. 186~7; Cheshire & Fifoot, *Supra*, 8th ed., p. 136. なお、不堪航性は基本的条項違反とされぬし、陸上運送の場合も同様。See, Coote, *Supra*, p. 101; *id.*, 40 *Australian L.J.* 338; Chitty, vol. 1. § 743; Grunfeld, 24 *M.L.R.* 69; *Charterd Bank v. British India Steam Navigation Co.* [1909] A.C. 369 (375); *Kish v Taylor* [1912] A.C. 604 (617); *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha* [1962] 2 K.B. 26 (57, 62, 64).

(36) *North Central Wagon & Finance Co. v. Graham* [1950] 2 K.B. 7 (15); *Alexander v. Railway Executive* [1951] 2 K.B. 882 (889); *Garnham, Harris & Elton, Ltd. v. Ellis (Transport), Ltd* [1967] 1 W.L.R. 940 (946); Hughes, (1962) *J.B.L.* 43; Chitty, vol. 1. § 745 and vol. 2. §§ 166, 174, 180 (Cf. *id.*, vol. 2. § 240); Guest, 77 *L.Q.R.* 104.

(37) *Smeaton Hanscomb & Co. Ltd. v. Sassoon I. Setty, Son & Co.* [1953] 1 W.L.R. 1468 (尤も、本件は商品引渡し後 14 日以内に異議申立をすべしという条項及び付仲裁条項が問題となった事案)。See, Jenkins, [1969] *C.L.J.* 269; Melville, *The Core of a Contract*, 19 *M.L.R.* 33~4. Cf. Coote, *Supra*, pp. 57~60.

⁽³⁸⁾た場合は基本的条項違反とされない。これは、商品の瑕疵の結果商品が取引上全く異なったカテゴリーのものになってしまうか否か、つまり、実質の変更か否かが決め手となるからである。⁽³⁹⁾したがって、観光旅行のために予約した船を船級・設備等が劣った船に変更し、主要観光地での滞在日数変更を生じた場合は、契約の実質的変更とされる。⁽⁴⁰⁾逆に、船の食堂でテーブルについていたところ、悪天候により船の激動で椅子から投げ出され、更に、転った椅子等により負傷したので（本件では、免責約款による免責該当事由、かつ、十分な合理的認識手段が採られていた）、調度品類につき十分固定する措置を採っていなかったし、荒天を知らながらも出航し、乗組員がその危険を十分乗客に周知させるのを怠ったのは基本的条項違反と原告が主張したのに対し、「食堂で飲食を楽しむのは原告が休日を過ごす上では明らかに重要であるが、調度品に関する瑕疵が航海の基礎を切断し契約の基本的違反に達するものとは思われぬ。船は船としては全く良好な状態にあったし、出航地から目的港へと航海しえたのである。それが航海の主たる目的である。……ある船室において些細なことに瑕疵が存在していたかもしれないという事実は、船が立派な船であったことを妨げるものではないし、契約の基本的条項違反に達するものでもない。さもないければ、荒海で船窓にぶかったり、又は、揺れ動くシャンデリアで頭を打って負傷した場合にも、基本的条項違反となると解せねばならなくなるであろう」とされた。⁽⁴¹⁾

以上、基本的条項違反につき略述したが、契約の基本的条項違反を構成するのは何かは今まで正確に定義されていないといえるのであり、基本的条項違反か、それとも、単なる条項違反が存するかを決定するのはかなり困難である。⁽⁴²⁾これについては、本質において異なる物の引渡しは基本的条件違反、

⁽³⁸⁾ *Astley Industrial Trust, Ltd. v. Grimley* [1963] 1 W.L.R. 584. See also, Anson-Guest, *Supra*, 23rd ed., p. 163.

⁽³⁹⁾ *Hughes*, (1962) *J.B.L.* 47; *Treitel, Supra*, p. 154; *Guest*, 77 *L.Q.R.* 102.

⁽⁴⁰⁾ *Anglo-Continental Holidays v. Typados Lines, Ltd.* [1967] 2 *Lloyd's Rep.* 61 (66, 67).

⁽⁴¹⁾ *Cockerton v. Naviera Aznar, S.A.* [1960] 2 *Lloyd's Rep.* 450 (465).

⁽⁴²⁾ 例えば、*Yeoman Credit Co. Ltd. v. Apps* [1962] 2 *Q.B.* 508 では、全ての

契約上表示された属性に合致しない物の引渡 (例えば、品質の劣ったマホガニー材) は担保又は条件違反とすることも考えられるが、⁽⁴³⁾ 当事者自身が一定の属性を契約上基本的とみなすこともあるし、両者の区別は言語上のものにすぎず、更に、基本的条項違反は瑕疵の集積によっても生ずる点で難点が存する。⁽⁴⁴⁾ 両者の限界づけは、全債務関係の範囲内において具体的契約義務の意義評価に求められるのであり、評価尺度は契約の履行か不履行かである。したがって、本質的契約規定は条件とみなされ、その違反があっても、たとえ瑕疵ある契約履行であろうと履行と叫ぶのに対し、基本的条項は本来の契約基礎であり、履行義務を直接構成するものであって、その結果全ての基本的条項違反は必然的に契約不履行 (Nichterfüllung) を生ずる。⁽⁴⁵⁾ 結局、基本的条項は、⁽⁴⁶⁾ 条件より狭く、⁽⁴⁷⁾ 契約の根幹に関するものであり、具体的事案に

* 判事が基本的条項を「基本的条件」としている。学説上、条件違反にはかならずとす説として、See, Coote, 40 *Australian L.J.* 337~8; *id.*, *Supra*, pp. 109~111; Jenkins, [1969] *C.L.J.* 262~3; Reynolds, 79 *L.Q.R.* 540~4. しかし、判例上、条件違反責任は契約により排除しえぬとした先例も存するが (*Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes* [1911] *A.C.* 394), 現在は排除しえるとされる (*Rowland v. Divall* [1923] *All E.R.* 270 (273); s. 54 of *Sale of Goods Act, 1893*). かくて、条件よりも狭い基本的条項を案出して免責約款はこの条項違反を含まずとした判例の努力は看過しえぬ。なお、Devlin, [1966] *C.L.J.* 205 は、約因の一部を構成する条項は条件、約因全体に関するものが基本的条項である、とする。Cf. also, *The Mihalis Angelos* [1970] 3 *All E.R.* 125 (138 et seqq).

(43) Anson-Guest, *Supra*, 22rd ed., p. 155. なお、Kade, a.a.O. S. 56 は、売買契約及び割賦払取引の場合には売主が合意された物を給付したか、それとも異種 (aliud) の給付をなしたか、による。この場合、単なる固有の性質と種類メルクマールは区別されねばならず、非本質的な属性 (unwesentliche Eigenschaft) は担保、本質的属性は条件、種類 (Gattung)メルクマールは基本的条項、とする。

(44) Anson-Guest, *Supra*, 22nd ed., p. 155.

(45) Kade, a.a.O. S. 55. Melville, 19 *M.L.R.* 28 は、程度と限界の問題関係とする。See also, Chitty, vol. 1. § 734; Montrose [1964] *C.L.J.* 75~82; *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd.* [1962] 2 *Q.B.* 26 (57).

(46) per Devlin J. in *Smeaton Hanscomb v. Sassoon I. Setty* [1953] 1 *W.L.R.* 1468 at p. 1470; *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 *Q.B.* 26 (63); Kade, a.a.O. S. 55; Anson-Guest, 22nd ed., p. 152; Treitel, *Supra*, p. 184. Cf. also, Coote, *Supra*, pp. 100~1.

(47) per Denning L.J. in *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis* [1956] 1 *W.L.R.* 936 at p. 940; Melville, 19 *M.L.R.* p. 26; Jenkins, [1969] *G.L.J.* p. 257 は中心的義務 (Central obligation) とする。See also, Devlin [1966] *C.L.J.* p. 214; Atiyah, *Supra*, p. 212.

において約定された給付の性質及び各当事者が相手方の意図を知っていると合理的に思料されうるという見地の下で、⁽⁴⁸⁾ 約定給付と提供された給付との相違が非常に大、つまり、実質的に履行なし (non-performance) と評価される場合、⁽⁴⁹⁾ 基本的条項違反となるといえよう。

なお、過失又は故意 (deliberate) により基本的条項違反が生じたか否かは問題にされず、基本的条項が客観的に充足されていないことで十分とされる。⁽⁵⁰⁾

(2) 基本的違反 これも前述の基本的条項違反と同様に中心的義務違反であるから、履行過程中に生じた全ての違反を包含するものではなく、契約違反が根本的に重要性を有することを要し、違反行為とその結果が射程距離である。⁽⁵¹⁾ したがって、正規の契約義務履行が開始されたか、履行過程で瑕疵が生じ、それが契約にとって決定的意義を帯びるものであると同時に、⁽⁵²⁾ 基本的条項違反とは対照的に単に義務違反の存在のみでは十分でなく (基本的条項違反のみが必然的に契約不履行をもたらすからである)、例えば、倉庫業者が受寄物を合意以外の場所に保管しただけでは基本的違反といえず、この義務違反に基づき受寄物に損害が生じた場合にのみ該当することとなる。⁽⁵³⁾ 例え

(48) Melville, 19 *M.L.R.* p. 35.

(49) Melville, 19 *M.L.R.* p. 37; per Upjohn L.J. in *Astley Industrial Trust Ltd. v. Grimley* [1963] 1 *W.L.R.* 584 at p. 598; per Lord Wilberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 *A.C.* 361 at pp. 432~3; Montrose, [1964] *C.L.J.* p. 67. See also. Grunfeld, 24 *M.L.R.* 78; Melville, 19 *M.L.R.* 33.

(50) Anson-Guest, *Supra*, 22nd ed., p. 156; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, a.a.O. S. 31; Guest, 77 *L.Q.R.* 112, 113, 114~5; per Lord Upjohn in *Suisse Atlantique* [1967] 1 *A.C.* 361 at p. 422; Smeath's *Leading Cases* (1929) 13th ed., p. 40 (Cited by Devlin J. in *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citari* [1957] 2 *Q.B.* 401 at p. 441). See also. Treitel, *Supra*, p. 187; Devlin, [1966] *C.L.J.* 208.

(51) per Diplock L.J. in *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd.* [1962] 2 *Q.B.* 26 at pp. 68~9; Kade, a.a.O. S. 57; per Lord Wilberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 *A.C.* 361 at p. 431; per Viscount Dilhorne, *ibid.* at p. 393; *Harstoke Fruiteres Ltd. v. L.M.S. Ry.* [1943] 1 *All E.R.* 470 (472, 473); Reynolds, 79 *M.L.R.* p. 546. Treitel, *Supra*, pp. 187~8 は、特定条項 (terms) 違反の態様 (manner) とする。

(52) Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S. P. zu, a.a.O. S. 33.

(53) Kade, a.a.O. S. 57; Guest, 77 *L.Q.R.* p. 115; この場合、義務違反が存し、義務はそれ自体基本的でなくても、その違反態様 (manner) が問題とされる。See, Grunfeld, 24 *M.L.R.* 79; Treitel, *Supra*, p. 187.

ば、被告は原告所有の古い建物である工場に、ステアリン酸(温度 120°F ~ 160°F)を液体状態で供給貯蔵する設備の設計施工契約を原告と締結した。被告は、この目的のためにプラスチック製の durapipe を指定し、このパイプには自動温度調節装置によりコントロールされた電気テープが巻かれ、それによって保温されることとされていた。しかし、durapape は、180°F 以上の温度で歪み、熱伝導率は低く、当該目的には不適であった。当事者は工事完成後翌日テストすることにした。当時は非常に寒かったので、ステアリン酸がテストの際流動態であるように、被告の使用人が工事完成日の夜、保温テープのスイッチを入れたが、夜間設備の監視には誰も配置されていなかった。テスト当日早朝、火災が発生し、工場も焼失した。約款 15 条によると「……(I) 当社又は当社の使用人の過失に帰因する貴社の財産又は使用人又は他人のものに対する直接の損害につき賠償をなすが、過失によらぬ場合は、財産損害の回復 (repair) 又は人身傷害の補償の限度で責任を負う。但し、損害又は傷害が貴下又はその他の者の作為又は不作為に帰因せぬか、又は損害等の全部又は一部がこれらから生じたものでないこと、又は、当社が合理的にコントロールしえぬ状況から生じたものでないこと、そして、全ての場合に、滅失、毀損又は傷害につき当社が負担する全責任は契約の総価額 (total value) を越えないことを条件とする。……」とされていた。原告が £146,581 を訴求し、被告は過失を否定したが、たとえ過失とされても責任は約款により制限されているとし £2,330 であると抗弁した。原告が、被告は基本的違反をなしており、制限条項を援用しえぬと主張した事案で、⁽⁵⁴⁾「durapipe はプラスチック製であり、熱伝導率は鉄製に較べて非常に低く、しかも熱で軟化し、180°F で歪る。このことは被告は製造者から知らされていた。更に、ステアリン酸はパイプを流れるためには 120°F から 160°F 間の温度が保持されていなければならぬのであり、危険限界は非常に小さい。電気による保温テープをプラスチックパイプに巻きつけたのも大きな間違い

(54) *Harbutt's Plasticine Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co. Ltd.* [1970] 1 All E.R. 225.

である。被告は金属パイプに保温テープを使用していたのであり、プラスチックパイプへの使用は従来皆無だったし、サーモスタットは金属パイプには効率的であるが durapipe には効率的でなく、サーモスタットの備置場所如何では温度の高低の差が激しく、パイプ内外の温度は一致するものではない。更に、スイッチを入れたまま監視人をつけなかったのは被告の誤りである。……約款 15 条は、引渡前の被告の過失免責を想定するものであり、建設という履行過程中に生じた事故又は損害、例えば、トラックが失走するか作業員が道具を落したとかといった場合に制限される。被告が負う唯一の責任は、このような事故及び損害が自身又はその使用人の過失に帰因する場合であり、下請契約者又は第 3 者の過失又は誰の過失もなしに生じた場合には責任を負わぬとするものである。15 条は、例えば、設計の誤りといった契約違反により生じた損害には適用されぬのであり、したがって、本件をカバーせず。しかし、私はかかる解釈を決して確信するものではない。……だが少なくとも 15 条は曖昧という解釈も可能。曖昧であれば、条項は被告に役立たぬ。被告は、この種の印刷された条項によって文言が明確で曖昧でない限り責任を排除したり制限しえぬ。⁽⁵⁵⁾……被告が契約の正に根幹に達するような状態 (way) で違反している場合には基本的違反となるが、それよりも程度の低い状態で違反している場合は違反は基本的でない。……基本的違反か否かの決定基準は違反の質 (quality) であり結果 (results) ではないといわれるが、この見解に同意しえぬ。基本的違反と評価しうるのは違反自体ではなくて、むしろ、違反から生じた結果 (event) による。重大な違反であっても僅少な結果を、些細な違反であっても重大な結果 (breach) を生じうる。本件についていえば、durapipe の指定は明らかに重大な違反であるが、適時に発見されステンレス鋼に取り換えられていれば、このような大きな損害は生じなかったであろう。だが、実際上の結果に基づけば、非常な損害を生じたのであり、結果は非常に重大なものであり契約を終了させるほどのもの

(55) 但し、Widgery L.J. *ibid.*, p. 238; Cross L.J. *ibid.*, p. 241 は、免責条項内に入る、とする。

であった。したがって、違反のみならず違反の結果も見なければならぬ」とされた。⁽⁵⁶⁾この他、曳船が特定港に曳航されるべき船を放置した後、曳船業者の過失行為に基づき浅瀬で座礁した場合、⁽⁵⁷⁾運送中に使用人が食事の為に車を放置しておき車が盗まれ、後刻車が発見されたが運送品が引渡不能となった場合、⁽⁵⁸⁾引渡間違い、⁽⁵⁹⁾フットボール試合の懸賞金応募用紙が試合前の指定日時に到達しなかった場合、⁽⁶⁰⁾下請を認めないか又は下請契約者の人的範囲が限定されている場合に、それを無視して下請をなした場合、⁽⁶¹⁾契約上受寄物を保管するとされた以外の場所に保管するか又は契約上意図された危険とは全く異なった危険に受寄物をさらした場合、⁽⁶²⁾には基本的違反とされている。しかし、これらの事例に該当するだけでは足りず、更に行為者の行為態様如何が問題となる。例えば、引渡間違い自体は基本的違反に該当するものとして免責条項適用を阻止するものではなく、⁽⁶³⁾権限なきことを知っていたか又は知りうべきであった場合に基本的違反とされるのである。⁽⁶⁴⁾だからこそ、窃盗者が実

(56) Ibid. pp. 231~3; 235, 238~40, 241. 本判決批評として, See, Baker, *Suisse Atlantique Confounded?* 33 *M.L.R.* et seqq. なお, 本判決は違反の質は常に重要でないとはいっていないことに注意. See, Legh-Jones & Pickering, 86 *L.Q.R.* 515. Cf. also, *Eastman Chemical v. N.M.T. Trading Ltd.* [1972] 2 *Lloyd's Rep.* 25 (33).

(57) *The Cap Palos* [1921] *All E.R.* 249.

(58) *Bontex Knitting Works, Ltd. v. St. John Garage* [1943] 2 *All E.R.* 690; Guest, 77 *L.Q.R.* pp. 107~8.

(59) *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.* [1959] *A.C.* 576; *Alexander v. Railway Executive* [1951] 2 *K.B.* 882; *Suisse Atlantique* [1967] 1 *A.C.* 361 at pp. 401, 411, 434; Anson-Guest, *Supra.* 23rd ed., p. 159; Chitty, *Supra.* vol. 1. §744; Guest, 77 *L.Q.R.* pp. 104~5.

(60) *Bart v. British West Indian Airways, Ltd.* [1967] 1 *Lloyd's Rep.* 239

(61) *Davies v. Collins* [1945] 1 *All E.R.* 247; Chitty, vol. 1. §746; and vol. 2. §169; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.* [1962] *A.C.* 446 (474, 491~2); Kade, a.a.O. S. 57; Grunfeld 24 *M.L.R.* p. 71.

(62) *Suisse Atlantique* [1967] 1 *A.C.* 361. at pp. 392, 412, 424, 434; *Gibaud v. Great Eastern Railway Co.* [1921] 2 *K.B.* 426 (435); *Spuring (J.) Ltd. v. Bradshaw* [1956] 1 *W.L.R.* 461 (465); *Woolf v. Collis Removal Service* [1948] 1 *K.B.* 11; Coote, *Supra.* p. 99; Kade, a.a.O. S. 57; Chitty, *Supra.* vol. 1. §745; Grunfeld, 24 *M.L.R.* pp. 68~9; Guest, 77 *L.Q.R.* pp. 104~5.

(63) *Chartered Bank v. British India Steam Navigation Co.* [1909] *A.C.* 369; *Pringle of Scotland v. Continental Express* [1962] 2 *Lloyd's Rep.* 80; Chitty, *Supra.* vol. 1. §744 and vol. 2. §515.

(64) Chitty, *Supra.* vol. 1. §745; Kade, a.a.O. S. 57.

在しない運送会社の代表者と潜称して運送人を欺罔して下請契約を締結して運送品（銅線：これは窃盗者達にとって非常に魅力のあるものであった）を盗んだ場合に、この者の信用性につき調査しなかったのは基本的違反と⁽⁶⁵⁾されるのに対し、偽造証明書によりトラック運転者として窃盗者を雇用した場合に⁽⁶⁶⁾証明書をチェックしない点に存する運送人の過失の場合、使用人が受取人の受領権限を与えられているという虚偽の言明を善意だが誤って⁽⁶⁷⁾（honestly but mistakenly）信じて引渡した場合、等は基本的違反とされぬ。この結果と契約当事者の行為態様との相関関係を適切に示している近時の判例として、*Kenyon, Son & Craven Ltd. v. Baxter Hoare & Co. Ltd.*⁽⁶⁸⁾がある。これは、被告（倉庫業者）は1965年9月から翌年5月にかけて落花生約5,000袋を運送人から引渡され保管し、嗜好品として加工売却を業とする原告にその要求に応じて倉出しをしていた。被告が受取ったとき明らかに落花生は良好な状態にあった。落花生が保管されていた倉庫は建築材料も保管されていたが、落花生を保管するには構造上適したものであった。しかし、ドアを閉めるとドアの下部に隙間があったし床の状態からみてもネズミ防除は十分でなかった。保管中、被告はネズミやその排泄物を発見したが、ネズミは倉庫には一般にいるものだし、袋を修理したり、こぼれた落花生の山を再び積み重ねたり、排泄物を除外することの他に、保健所（local authority）に通知する以外にネズミを駆除する方法はないと考えた。そこで、被告は、これらの処理をなし、保健所は、1965年10月から翌年5月にかけて17回倉庫を訪れて、殺鼠剤を撒き、時折これを取り換えていたが翌月以降は訪れなかったし、被告も要求しなかった。同年12月迄には、倉庫にはネズミが非常に横行していたことは明らかであった。1967年1月原告

⁽⁶⁵⁾ *Garnham, Harris & Elton, Ltd. v. Alfred W. Ellis, Ltd* [1967] 2 Lloyd's Rep. 22.

⁽⁶⁶⁾ *John Carter (Fine Worsteads) Ltd. v. Hanson Haulage (Leeds) Ltd.* [1965] 2 Q.B. 495.

⁽⁶⁷⁾ *Hollins v. Davy, Ltd.* [1963] 1 All E.R. 371; See also *Ashby v. Tothurst* [1937] 2 K.B. 242.

⁽⁶⁸⁾ [1971] 2 All E.R. 708.

に落花生が引渡されてみると、ネズミが袋を喰い破り、汚染した結果、非常に毀損した状態にあった。原告は商品の保管場所及び倉庫の状況 (nature) については知っていた。約款によると「被告は、保管又はコントロール下にある商品の滅失又は毀損につき、それが被告又はその使用人の怠慢 (default) 又は不当な過失 (wrongful neglect) によるのでなければ責任を負わぬし、責任を負うとしても一定額 (トン当り £50) に制限する」とされていた。原告が損害賠償を請求したのに対し、被告が上記免責条項を援用した事案で、「原告の経験から落花生は損傷を受けずに長期間保管しうることを、1966年2月に原告が倉庫を訪れ、適切な保管場所であると承認したことは明白。他方、建物にはネズミ防除設備が調っていたとはいえず、構造上当然有すべき防除性があれば妥当と思われる程度以上にネズミ防除に強力な対策を要するものであったことも明らかである。被告が落花生の保管・保存につき合理的な処置と配慮をなさなかったのは明らかであろう。この判断が妥当とすれば、このような処置をなさなかったことは、重大で過失ある (gross and culpable) ものといえよう。仮りに被告が練達かつ注意深い人であるならば、義務を怠り故意にかかる処理を採ることを決定したと自身知っていたに違いないといえる。しかし、証言によれば、この結論は不当と思われる。被告は自身の判断に照して商品を管理したが、この判断は適切ではなかった。袋を修理したり……、これらは全く誤解の下になされたのである、つまり、これが採るべく期待された全てであると信じていたといえる。ネズミとの「果てなき戦い」には人を雇って行なう以外に残されていないと心から信じたのであり、それ以上に最善の方法はなしえないし、かつ、ありえないと信じたのであり、保健所が全ての必要な手段を採るだろうことは信頼できると考えた。……保健所側について言えば、1966年5月に作業を終了した時、その努力は成功したと考えたのは十分妥当であったといえよう。……被告の行為が故意かつ意識的に怠ったか (deliberate and conscious neglect) 又は懈怠 (default) でないとする、それは不注意であったかといえれば……被告は最善を尽したと当時考えたのであり、もしそうでないと知ったならば更に

努力したであろうと思われる。その不注意 (carelessness) は運命論者や敗北主義者の不注意であった。それは、無能力者 (the incompetent) の不注意であり、不注意な過失 (a reckless carelessness) ⁽⁶⁹⁾ ではなかった。」「被告が保管に非常に不適切で契約の基礎を破壊するような倉庫に保管するならば、免責約款は適用しえぬことになろうが、本件はそういった事案ではない。完全でなく、したがって、ネズミの横行に対して特別な警戒を必要としたが、倉庫自体は不適切でなかったし、保管された他の物品も落花生に対する損害原因とはなっていない。更に、保管された場所は契約上承認されたものであり、勿論、原告はどこに保管されるか、倉庫の状態 (nature) につき熟知していたのであり、異議を唱えなかった。このことが上述の見解を確証するものだとか又は契約の追認と解されるかは重要でない。……本件は Lord Wilberforce の第2のカテゴリー⁽⁷⁰⁾ に該当し、約款が適用されるか否かは、その真の解釈による。上述の見解が誤っていて被告は基本的違反をなしていると仮定すれば、この違反は、被告がなさなかったことは何か、そして、被告がなさなかった期間から構成されねばならぬ。短期間駆除処理をなさなかったことのみでは不十分。十分といえるためには、長期間継続的になさなかったことが必要であろう。これが正しいとすると、いつ違反は基本的性格を帯びるのか、条項は他の場合には適用しえたのに基本的違反後に生じた損害に関してのみ適用されないのか、違反が承認された場合にのみ適用しうるのかという点につき解答は困難である。違反は1966年秋以前に生じたならば基本的となるのか、そして、かかるものとして違反は承認されたかは疑問である。本契約は確定した (fixed) 契約ではなかったし、原告がなしたことといえば、商品の回収であったが、これは、被告が基本的違反又は何等かの契約違反をなしているかを問わず、いつでもなしえたことであった。本件における問題は解釈問題として、条項が生じた結果 (event) につき被告保護に適用しうるか否かである。条項は被告又はその使用人の故意の過失又は懈怠によ

(69) Ibid at pp. 716~7.

(70) *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at p. 431.

らねば滅失又は毀損につき全然責任を負わぬという恐るべきものである。もし、当該条項が取引能力の不平等な当事者間における契約でなされているとしても、社会的には全く望ましくないが法的には有効といわざるをえない。かかる不均衡の是正及びその結果からの救済は裁判所よりも議会在が処理すべき問題であろう。しかし、本件では、当事者は勿論取引能力は平等である又はそう仮定すべきものであり、倉敷料は、事実はどうであれ、被告より提供される保護 (protection) を顧慮しているものといえよう。かかる状況下では、意図された履行から生ずる滅失又は毀損に対して保護を与えぬというように条項を解釈する根拠は存しないし、履行は原告が期待しえ、かつ、約定のものには遙かに達しないものだが、非常に欠陥があり契約の基礎を除去してしまうほどのものではないし、故意の過失又は懈怠のいずれも構成するものではない」とされた。⁽⁷¹⁾ この故意又は過失が要件か否かについては、判例は錯綜しているが、⁽⁷²⁾ いずれも決定的なものではない。⁽⁷³⁾ というのは、故意的違反は、それ自体、契約違反として「基本的」という性格を附与するものではな

(71) [1971] 2 All E.R. 708 (720~1); See also, *Mayfair Photographic Ltd. v. Baxter Hoare* [1972] 1 Lloyd's Rep 410 (416~7); *Colverd & Co. Ltd. v. Anglo Overseas Transport Co. Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep. 353 (363~4); *Alexander & Alexander v. City Line, Ltd.* [1964] 1 Lloyd's Rep. 84 (93).

(72) 故意 (wilful or deliberate) の場合に該当する説: *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co.* [1959] A.C. 579 (587~9), *Colverd & Co. Ltd. v. Anglo Overseas Transport Co. Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep 352 (363); *The Albion* [1953] 1 W.L.R. 1026 (1030); Grunfeld, 24 *M.L.R.* pp. 75, 79; *Bart v. British West Indian Airways, Ltd* [1967] 1 Lloyd's Rep 239 (292) Kade, a.a.O. S. 58. 過失の場合認める説: *Woolmer v. Delmer Price, Ltd.* [1955] 1 Q.B. (294~5); *Mallet v. Great Railway Co.* [1899] 1 Q.B. 309; *Gunyon v. South Eastern & Chatham Railway Companies' Managing Committee* [1915] 2 K.B. 370; *London & North Western Railway Co. v. Neilson* [1922] 2 A.C. 263; *Harbutt's Plasticine v. Wayne Tank Co. Ltd* [1970] 1 All E.R. 225 (241). Treitel, *Supra.* p. 188. 軽過失でも認める説; *London & North Western Railway Co. v. Neilson* [1922] 2 A.C. 263 (269); Guest, *Negligence and Fundamental Breach*, 26 *M.L.R.* p. 303; Coote, *Supra.* p. 110. 軽過失では不十分とするものとして, See, *John Carter (Fine Worsteds), Ltd. v. Hanson Haulage (Leeds), Ltd* [1965] 2 Q.B. 495 (527~9); *Bart v. British West Indian Airways, Ltd.* [1967] 1 Lloyd's Rep. 239 (274~5).

(73) Sayn-Wittgonstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 35; Treitel, *Supra.* pp. 193~4.

い。ある故意による違反は、損害賠償によって適切に制裁 (sanction) されうるほど軽微な性格であるかもしれぬし、あるものは解釈上免責約款の範囲内とされうるからである。尤も故意 (deliberateness) が重要な要素ではないとはいえぬ。つまり、違反をなしている当事者が「故意」にそうしたことに基づけば、当事者はそのような違反が免責又は制限されるとは決して願慮しないであろうといえよう。そして、故意の違反は、相手方の将来の履行に対する態度を示唆するものであるから、責なき当事者に履行を拒否する権利を与えうる。このことは何ら困難なしに一般原則と調和するものである。つまり、故意行為に対して特別な原則を創造することは不必要だし人を惑わすものであるといえる。⁽⁷⁴⁾ この点は、英法における判例の柔軟性を示すものといえるが、基本的違反か否かについては、全ての事情、したがって、契約違反の重要性、当事者の行為態様を総合的に考察し、しかも、当事者の意図にとらわれずに客観的に判断して不当と判断したならば、基本的違反として免責条項の適用を否定すべきであるから、故意又は故意ある過失の場合には、単なる過失よりも容易に基本的違反と看做されよう。⁽⁷⁶⁾

(1973. 7. 14)

(74) per Lord Wilberforce in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at p. 435. See also. Legh-Jones & Pickering, 86 *L.Q.R.* pp. 515~6.

(75) Cf. Anson-Guest, *Supra.* 22nd ed., p. 159; Sayn-Wittgenstein-Berlebung, S.P. zu, a.a.O. S. 35; Guest, 77 *L.Q.R.* p. 111 et seqq. esp. pp. 114~5. Jenkins, [1969] *C.L.J.* pp. 261~2; Devlin, [1966] *C.L.J.* p. 192; *Decro-Wall v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 2 All E.R. 216 (221~2; 232).

(76) per Lord Reid in *Suisse Atlantique* [1967] 1 A.C. 361 at p. 398; per Viscount Dilhorne, *ibid.* at pp. 394~5; per Lord Upjohn, *ibid.* at p. 429; *Bart v. British West Indian Airways, Ltd.* [1967] 1 Lloyd's Rep. 239 (274); *Spurling v. Bradshaw* [1956] 1 W.L.R. 461 (465); Grunfeld, 24 *M.L.R.* p. 69.