

1538年スペイン・ブルゴスの海上保険条例 (その2 - 完)

近 見 正 彦

目 次

- I 序
 - II 告知義務
 - III 保険料の前払い制度
 - IV 保険の目的
 - V 担保危険 (以上, 本誌第67巻第3号)
 - VI 免責危険
 - VII 保険期間
 - VIII 損害額の算定基準
 - IX 損害防止義務
 - X 委 付
 - XI 結 (以上, 本号)
- VI 免責危険

14・5世紀の時代に免責危険とされていた典型的危険の一つは、船長の非行である。バルセロナ条例が定められた時代では、1397年7月27日付け契約、1399年7月9日付け契約、同年10月1日付け契約、1402年の契約、1403年7月11日付け契約、同年8月23日付け契約、1459年4月3日付け契約、1460年4月8日付け契約等²⁵⁾、今日その内容を知り得る多くの契約で

25) Garcia i Sanz i Ferrer i Mallol, op. cit., pp. 426-27, 441-43, 449-50, 461-66, 569 y 578-79.

これが免責危険として掲げられている。しかしながら、すべての契約でこの危険が免責危険とされていたわけではなく、本危険が明示的には免責危険とされていなかったものとして、たとえば、バルセロナに関しては、1429年7月5日付け契約、同年8月29日付け契約および1485年ないし1486年の3契約²⁶⁾を挙げることができるし、さらに、それ以前においては、1401年5月9日付けのピサの契約および1401年5月9日付けのフィレンツェの契約²⁷⁾が存在した。

この危険が元来保険者の危険負担の範囲に含まれていたか、そしてこれについて保険者は責任を負わない旨を定めた条項により、保険者はこの危険に関して特に責任を免除されることになったのか、すなわち非行に関する条項がまさしく免責条項 (Gefahrausschluss または Gefahrumstand-ausschluss) であったのか、あるいはもともと保険者の危険負担の範囲に属さず、これについて保険者が責任を負わない旨の条項は保険者の危険負担範囲を明確にするため、念のために注意を促すべく掲げた消極的注意規定 (negative Klarstellung) であったのかは、すでに拙著²⁸⁾において考察した。それによれば、バルセロナ条例の時代には、同条項は消極的注意規定であり、当時絶対的包括責任主義が採られていたにもかかわらず、本危険は、当初より保険者の危険負担から除かれていたのであって、その点では、絶対的包括責任主義が採られていたといっても、それは不完全なそれであった。

それでは、ブルゴス条例においてどうであったかといえば、同条例の掲げた公式の保険証券様式においても、この危険については保険者が責任を負わない旨、定められている。すなわち、「……、我々は、海の、風の、

26) Garcia i Sanz i Ferrer i Mallol, op. cit., pp.501-2, 504-5 y 636-37.

27) Piattoli, L., L'assicurazione di schiavi imbarcati su navi ed i rischi di morte nel medioevo, Rivista del diritto commerciale, XXXII, parte I, 1934, pp.873-74, Melis, F., Origini e sviluppi delle assicurazioni in Italia, I, Roma, 1975, pp.193-94.

28) 前掲拙著, p.313.

火災の、王・候および共同体ならびに、いかなる身分または地位であると、その他のいかなる者の報復ならびに抑留の、味方および敵の、またはいかなる方法もしくは状況で生じ得ると、発生し得ると、生じ発生したと、その他のいかなる危険、事故もしくは事故の危険を引き受け、負担し、〔したがって〕すべての危険を引き受け、保険する。我々は、船長の非行を除き、同船舶が出航し、〔同航海を〕行うために、カディス市の港を最初に離れ、〔同港から〕出帆する日および時から、主の御心に従い、同船舶が無事リヴォルノ市の港に到達し、正しく荷降ろしするまで、危険を我々自身で引き受け、〔いかなる〕方法〔であると〕危険を負担する。……」（アンダーライン—筆者）と。また、Garcia de Quevedo y Concellonの掲げた1542年5月28日付け契約²⁹⁾においても全く異ならないから、ブルゴス条例の定められた時代にあっても、事情はそれ以前とほぼ同様であったと思われる。

さらに、非行危険と並んで、当時のもう一つの代表的免責危険は、性質危険である。我が国の商法第821条第1号は、海上保険における「保険ノ目的ノ性質若シクハ瑕疵、其ノ自然ノ消耗」により生ずる損害につき、保険者はてん補の責めに任じない旨を規定している。かかる損害をもたらす危険を一般に性質危険（Beschaffenheitsgefahr）という。

性質危険に対して保険者の責任を排除する規定は、1582年アントワープ条例第15条に見られ、同条は「保険者は、いかなる将来の外部的事故なしに、付保された財貨がそれ自ら悪化し、損傷したときには、何ら義務を負わない。」とし、性質危険に関して一般的・包括的な規定を置いた。かかる規定は、その後1598年アムステルダム条例第27条、そして1681年ルイⅩⅣ世の海事勅令第3編第6章第29条に継受されたが、14・5世紀の海上保険条例においては、どうであったか。

イタリア初期の条例およびバルセロナの条例には、そのような性質危険

29) Garcia de Quevedo y Concellon, op. cit., pp.236-40.

に関する一般的・包括的規定は存在しない。むしろ後者においては、性質危険を生じやすい物品につき、「小麦、大麦、からす麦およびバルセロナに到来する〔搬入される〕ぶどう酒は、本条例に含まれないことを宣言する。」(1435年条例第6条³⁰⁾。かかる規定はその後1458年条例第16条³¹⁾、1484年条例第18条³²⁾に継受されたが、1452年条例³³⁾には、そのような規定は置かれていない。)と、本条例の適用除外物品として、付保制限規定の適用を免れしめた。本規定は、もちろん性質危険に関する規定ではないが、上記のような性質危険を生じやすい物品につき、他の物品とは異なり、特別な配慮がなされていたのは興味深い。

Bensaは、性質危険が免責されていたことに触れるが、その具体的な条例および契約には言及していない。

しばしば性質危険免責の例として挙げられるのは、運送貨物たる奴隷の疾病あるいは自然死であるが、かかるものとして最も古いのは、1401年(ピサ暦で1402年)5月9日付け契約であり、そのような例としては、1428年9月16日付けバルセロナの契約も数えることができる。

一方、奴隷ではないまさしく有体物を保険の目的とした保険で、性質危険を免責危険とした例としては、これまであまり触れられていない1429年6月6日付けバルセロナの契約³⁴⁾があり、それでは、ぶどう酒の変質〔酸化〕(vici)が保険者の免責とされている。したがって、ブルゴスの条例が定められる以前において、性質危険が保険者の免責とされるケースが実際に存在したことは明らかであるが、条例上かかる性質危険に対する保険者の免責を初めて定めたのは、1538年ブルゴス条例第78条であった。同条は「さらに、今日までそうであったよりも、荷送人衆を〔保険契約によって〕広くかつ大きく保障するのが正当なことと我々には思われるので、保

30) 前掲拙著, p.152.

31) 前掲拙著, p.195.

32) 前掲拙著, p.222.

33) 前掲拙著, pp.161-177.

34) Garcia i Sanz i Ferrer i Mallol, *op. cit.*, pp.494-95.

険に付された商品が海上で危険または著しい暴風雨により被る一切の損害について、保険者衆は、荷送人衆に、同暴風雨によりその商品に海上で突然生じ、荷送人衆が被った一切の損害〔に対して保険金を〕支払う義務を負うことを命じ、命令する。ただし、以下のものは、〔上記〕商品に含まれないよう、これを除外する。すなわち、羊毛梱、塩、ぶどう酒、魚類、小麦、ライ麦、大麦、果実。これらの商品は、しばしば積み込まれる以前に損害を被っており、その後も暴風雨が生じることなく、長期間海上を積送されるためまたはその他の〔原因で〕損害を被ることを十分考慮して、我々は、これらを〔保険者の責任範囲から〕除き、除外する。しかし、生じ得る良心に関する争いおよびその他の支障〔ある事態〕を避けるために、上記のように、我々は除外するが、上記以外のその他のいかなる商品はすべて、一般に、既述のように、海上危険 (la mar con fortuna)、著しい暴風雨により、その他いかなる商品が被るあらゆる損害につき、保険者衆が荷送人衆に、規定されているように、〔保険金を〕支払う要件を満たすものとする。かかる損害がいかに海上危険および著しい暴風雨により生じたかを立証するために荷送人が提示した証明および情報が十分であるかどうかに関する裁定は、当時のプリオールおよびコンスル閣下衆がこれを決定し、判定する。かかる裁定および判定に関しては、かかる同プリオールおよびコンスル閣下衆が証拠からこれを決定〔しなければならない〕。同プリオールおよびコンスル閣下衆が証拠についてなしたかかる裁定〔に対しては〕、いかなる者も異議を申し立てることができず、その他の救済を〔求めることもできない。〕と規定する。

規定に掲げられた諸物品は、往々にして性質危険による損害を被りやすい貨物であり、かつまた規定が保険者免責の理由として「これらの商品は、しばしば積み込まれる以前に損害を被っており、その後も暴風雨が生じることなく、長期間海上を積送されるためまたはその他の〔原因で〕損害を被ることを十分考慮して、……」という文言を掲げていることからいって、上記規定はまさしく性質危険免責のそれである。それゆえ、性質危険免責

に関する規定は、本規定を嚆矢とする。

しかも、それだけではなく、保険者免責の理由に、船舶積載以前にしばしば損害を被っていること、長期間の船舶による積送によって損害が生じること等を挙げている点が注目されるのであって、しばしば船舶への積載以前に損害を被っているという理由はともかく、一時期性質危険免責の理由として、危険の本質的要件たる偶然性の欠如が強く主張されたことを思えば、上記規定ではそのような偶然性の欠如が免責理由として挙げられておらず、当初の性質危険免責理由は必ずしも偶然性を欠いているから保険者は免責されるのであるとは考えられていなかった点が興味深い。この点、今後の性質危険免責理由の論議に大きな影響を与えるであろう。

上記のように、羊毛梱について、保険者は損害てん補の責を免れていたが、羊毛は、ブルゴスにおける最も主要な付保物件であり；そのような羊毛を保険者の責任範囲から除外すれば、保険契約者・被保険者の不満を買い、勢い羊毛の輸出に関わる商人はブルゴス海上保険市場を離れ、他の地で保険を付すに至る。それは、ブルゴス市場の衰退を招くわけで、1538年ブルゴス条例は、そのような事態の発生を避けるべく政策的配慮をなすと同時に、羊毛は食料品に比し天候・風波等の影響を受ける可能性は低く、またその損害原因は羊毛それ自体の性質にあるわけではなく、むしろ外部的要因にあることを考慮して、「さらに、前規定により羊毛は除外商品に属するが、同羊毛はさほど〔損害発生の〕危険〔が高い商品〕でなく、多くの場合それ自体により損害を被るその他の除外された食糧用商品の損害はこれを被らず、そして羊毛には、〔海上危険および著しい暴風雨〕なしには同様の損害が生じないので、海上危険および著しい暴風雨による羊毛の損害については、荷送人が大きな損失を被らない〔ように扱う〕のが正当かつ合理的であるという理由で；我々は、著しい暴風雨により、同羊毛が損害を被る場合は、常に、荷送人が、保険者衆の関係する部分につき、かかる船舶にこうして積載された羊毛すべてを保険者衆に委付し得る権限を有する旨、命じ、命令する。ただし、委付は、羊毛すべてにつきなされ

なければならず、一部について委付することはできない。荷送人に損失が生じることのないようにすることが正当かつ合理的であるからである。しかし、本規定は、〔船舶が〕難破していない〔場合にも、これを適用する旨〕了解される。〔船舶の〕難破が生じるならば、上記規定が適用されなければならず、難破に関しては、上記規定がその効力を有し、有効であるものとする。」（第80条）と、羊毛を除外商品から除き、委付を通してではあったが、保険者の損害てん補の責任を肯定している。

ところで、往時の条例には、船舶の不堪航に関する規定は見当たらない。しかしながら、これに関係すると思われる規定が1538年のブルゴス条例第65条に置かれており、それによれば「さらに、我々は、フランドルまたはその他の地域に向けて、〔羊毛の〕梱包またはいかなる種類であれ、その他の〔同種の〕商品を積載して航行する船舶またはその他の船舶が、座礁せず、浸水沈没せず、滅失せず、他の船舶と衝突せず、破壊されることなく、しかしかかる船舶の甲板が海上危険によりまたはそれなくして浸水し、商品が損害を被り、全部または一部濡れ損を被る場合には、保険者は、上記原因によるいかなる損害に対しても、〔保険金を〕支払う責任を負わないことを命じ、命令する。かく、我々は命じ、命令する。」とされていた。座礁、浸水沈没、滅失、衝突、破壊といった事故が生ずることなく、甲板から海水が浸入するのは、積載船舶の不堪航の一種である。正確に言えば、Cargoworthinessの欠如の一種であろうが、これは船舶の不堪航の一ケースに他ならない。したがって、本規定は、甲板からの海水の浸入についてのみの規定であり、きわめて特殊・個別的ではあるが、船舶不堪航に関する規定と見て、あながち誤りとはいえない。かかる船舶不堪航に関する規定が初めて置かれたのも、このブルゴス条例であったのである。

VII 保険期間

保険期間とは、保険者の危険負担が開始して、それが終了するまでである。したがって、これは保険者の危険負担を時間的に限定するものであり、

契約当事者にとって最も重要な期間である。したがって、保険契約の存続期間である保険契約期間が形式的保険期間 (formelle Versicherungsdauer) といわれるのに対して、本期間は実質的保険期間 (materielle Versicherungsdauer) といわれている。

保険期間を暦日で定めた場合を期間保険 (time policy)、航海を単位として定めた場合を航海保険 (voyage policy) というが、かつてはほとんどが航海保険であった。しかも、ブルゴス条例では、前述のように、期間保険は禁止されていた。

ブルゴスは、当時羊毛の一大集散地であったものの、内陸の都市であったから、港湾を有さず、もちろん商船隊も有していなかった。したがって、ブルゴスで締結される海上保険契約の大多数は貨物保険に他ならなかった。かかるブルゴスにおける貨物保険の保険期間は仕出し港で船舶に貨物が積載された時点から仕向け港で貨物が荷降ろしのため船舶の欄干を越え外に荷降ろしされる時点までであり、同条例第73条は「さらに、今日まで、保険者衆は、〔保険を〕引き受けた船舶が出航した日および時から直接荷降ろし〔港に〕到達し、そして投錨後24時間経過するまでを別として、商品が港において積載され、航海を行うために〔船舶が〕出航するまでの一切の期間および同24時間が経過した後の、荷降ろしするための一切の期間は、非常に大きな冒険であり、荷送人の危険であるという方法で、荷送人は危険を負担させられている。〔しかしながら〕、船舶が出航する前に港〔内〕で滅失しあるいは敵および海賊に捕獲され、またあるいは火災を被ることが非常にしばしば観察され、そしてかかる場合およびかかる諸事故については、船舶が出航していない〔限り、保険者は〕荷送人に何も支払わず、さらにその積荷を失う損害はこれを除くとしても、保険者衆に支払った保険料さえ、定められた一定期間中に通知がなされなければ、これも〔荷送人は〕失うために、かかる事態は重大事で、同様な危険および災厄は〔船舶が荷降ろし港に〕到達した後にも生じ得るという理由で；我々は、今後、現在そうであり、将来もそうである本ユニベルスイダードの書記衆のいか

なる者の面前で同ユニベルシダドの商人衆の間において行われる一切の保険〔契約〕においては、すべての保険者衆は、いかなる種類である、商品が、かかる保険の付された〔商品を積載すべき〕船舶に〔同商品が〕積載された日および時から、かかる船舶がその航海を行い、完了し、そして同商品がかかる船舶から〔すなわち〕その欄干から外に荷降ろしされるまで、かかる危険および冒険を負担することが考慮され、宣言されるよう命じ、命令する。従来船舶の発航時から船舶が到達して24時間が経過するまでであったが、それでは、船舶発航前の、貨物が船舶に積載されてから該船舶が発航するまでの危険は保険契約者・被保険者たる荷送人の負担すべき危険であり、また船舶が仕向け港に到達し24時間が経過した後の、まだ貨物の荷降ろしが完了する前、したがって貨物が未だ船舶内に置かれている間の危険も保険契約者・被保険者たる荷送人の負担すべき危険であって、しかもこの間に船舶の滅失、敵・海賊による捕獲、火災等がしばしば生じ、保険契約者・被保険者たる荷送人が損害を被ったためであった。今日まで命令されていた、かかる措置に反する〔諸規定〕は、これを無効とするが、その他の諸規定は有効として、これを認める。我々は、かく命じ、命令する。」という。

このように定めたのは、同条例がいうように、従来の保険期間は、船舶の発航時から船舶が到達して24時間が経過するまでであったが、それでは、船舶発航前の、貨物が船舶に積載されてから該船舶が発航するまでの危険は保険契約者・被保険者たる荷送人の負担すべき危険であり、また船舶が仕向け港に到達し24時間が経過した後の、まだ貨物の荷降ろしが完了する前、したがって貨物が未だ船舶内に置かれている間の危険も保険契約者・被保険者たる荷送人の負担すべき危険であって、しかもこの間に船舶の滅失、敵・海賊による捕獲、火災等がしばしば生じ、保険契約者・被保険者たる荷送人が損害を被ったためであった。

しかしながら、同条例に掲げられた公式の保険証券様式では、「……同船舶が出航し、〔同航海を〕行うために、カディス市の港を最初に離れ、

〔同港から〕出帆する日および時から、主の御心に従い、同船舶が無事リヴォルノ市の港に到達し、正しく荷降ろしするまで、危険を我々自身で引き受け、〔いかなる〕方法〔であると〕危険を負担する。しかし、そこで投錨し24時間が経過した後は、本保険証券は失効し、何ら効力をおよび価値を有さず、我々は、同保険証券により、貴殿に何も支払い、履行する義務を負わない。……」とされ、上記条例第73条と矛盾する規定となっている。すなわち、第73条では、貨物が船舶に積載された時点から荷降ろしされる時点とされているにもかかわらず、その使用が強制された公式の保険証券様式では、積載船舶が発航した時点から到達して24時間が経過した時点までとされ、保険期間の始終期が異なっているのである。

なぜかかる矛盾が生じたのか。1538年ブルゴス条例の各規定が時を同じくして論議され、審議されて、文言化されれば、よほどのミスでもない限り、常識的にかかる事態は生じない。ということは、このような矛盾が生じたのは、同条例の諸規定が必ずしも時を同じくして論議され、審議されて、文言化されたわけではないであろうことを推測せしめる。

第73条の規定は、従来船舶の発航時から船舶が到達して24時間が経過するまでであった—奇しくも条例に掲げられた証券様式はまさしくそのような規定を置いている—が、それでは、船舶発航前の、貨物が船舶に積載されてから該船舶が発航するまでの危険は保険契約者・被保険者たる荷送人の負担すべき危険であり、また船舶が仕向け港に到達し24時間が経過した後の、まだ貨物の荷降ろしが完了する前、したがって貨物が未だ船舶内に置かれている間の危険も保険契約者・被保険者たる荷送人の負担すべき危険であって、しかもこの間に船舶の滅失、敵・海賊による捕獲、火災等がしばしば生じ、保険契約者・被保険者たる荷送人が損害を被ったから、従来の始終期を変更し、貨物が船舶に積み込まれてから荷降ろしされるまでとする。しかも、この変更は「……かかる措置に反する〔諸規定〕は、これを無効とする……」とし、強制していた。そうであるにもかかわらず、証券様式は、従来の始終期をそのまま掲げているのであるから、第73条を

適用すれば、証券様式の当該条項は無効とされざるを得ない。そこで、なぜそのような無効とされるべき条項を含んだ証券様式を公式の、使用を強制した様式として掲げたのかが、問題となるのである。

1538年ブルゴス条例は、海上保険関係諸規定の冒頭部分である第47条にあるように、「……保険〔契約〕に関する諸問題について、……今日まで行われている保険証券および条例を検討し、十分に考察し、そして〔保険契約の諸問題は〕きわめて重要な問題であることを考慮して、……数度にわたり〔保険契約に関する〕諸問題につき協議を重ねるべく会合した後、さらに……協議し、したがってすべてのことを十分に検討し、現状を考慮し、……我々の一切の知識と理解に基づいて、我々は〔以下の〕保険証券および条例を制定し、それらが、今後、同ユニベルスイグードの商人衆の間に施行され、〔彼らによって〕遵守されるよう命令する。……」として、定められたものである。あたかも、時を同じくして論議し、審議して、文言化されたかのようであるが、実は、論議、審議、文言化というその編纂の過程において、過去の条例の規定を全く文言の修正を施すことなくそのまま取り入れたり、あるいは若干の文言はこれを修正したものの、他の部分は修正することなく取り入れた、と思われる規定が少なからずあるのであって、その点では、ブルゴス条例は新旧の各種規定が縋い交ぜになっているのである。

そうであれば、さらに、なぜそのような縋い交ぜの諸規定が含まれている条例を定める必要があったのか、時間をかけて各規定間の矛盾、齟齬等をなくし、統一的、体系的で完成されたものになぜしなかったのか、が問題としてクローズ・アップされてくる。

この問題につき、Reatz³⁵⁾は明確である。すなわち、1520年1月3日勅許を得て、ブルゴスのプリオールおよびコンスル衆は商事に関する条例の編纂に着手したが、最初に手を付けたのが保険に関する諸規定で、それら

35) Reatz, a. a. O., SS.201-7.

はとりあえず編纂され、実施されることになった。その諸規定は、当時実際に行われていた慣行を基礎に、論議され、審議されて、文言化の上編纂されたものであったが、その後、年を経るにつれ、規定の補充または修正の必要が生じ、そのために、保険に関する追加規定群が実施されるに至る。そして、1537年になって、他の商事に関する規定群が完成し、ここに保険関係諸規定を含めて、統一的な、今日風にいえば、商法典を公布することとなるのであるが、今一度当初の保険関係諸規定と同追加規定群を検討し、その統一化、体系化を図るべきかが問題となったのである。もし保険関係諸規定の統一化、体系化を図れば、さらに多くの時間を必要とし、いわゆる商法典の公布は遠い後のことになってしまう。そこで、保険関係諸規定は、1520年以後実施されてきた関係諸規定を年代順に置き、それらに基本的に修正を施すことはしなかったのである。それゆえ、ブルゴス条例の中には、矛盾する規定群が存在するのである、と。

おそらく Reatz の見方は正鵠を得ているというべきであろう。確かに、Reatz のように考えて、始めて理解し得る規定群が存在するのであり、上記の保険期間の始終期に関する規定はその例である。つまり、条例に掲げられた保険証券様式は、保険条例制定に着手した当初の規定群の中に掲げられたのに対し、1538年条例第73条の規定は、後の追加規定として定められた改正のための規定なのである。このように理解すれば、第73条の規定と証券様式の保険期間の始終期に関する矛盾はこれを解消し得るのであって、Reatz の見方は慧眼ということが出来る。

VIII 損害額の算定基準

担保危険が発生し、損害が生じれば、保険者は損害をてん補しなければならない。その際、生じた損害がどの程度の額に達するか、すなわち損害額がいくらであるかは、評価済み保険にあっては、全体に対する損害を被った部分の割合を把握して計算し、未評価保険にあっては、損害を被った部分を金額的に計算して損害額を算定する。陸上保険にあっては、その

ような計算は比較的容易であろうが、海上保険においては、多くの場合、損害が発生するのは海上であるため、いずれの地を基準に損害額を算定すべきかが問題となる。すなわち、貨物保険では、仕出し地ないし仕出し港における貨物の船積み価額を基準とするか、あるいは仕向け港ないし仕向け地において、無事到達したならば有したであろう到達価額を基準とするか等が問題となるのである。

かかる損害額算定基準の問題は、1538年のブルゴス条例が制定される以前にはさほどクローズ・アップされなかった。バルセロナ条例では、船舶の価額は長老衆の勧告をもってコンソル・デ・マールによって評価されることとされていたし（1435年条例第2条³⁶⁾、1452年条例第3条³⁷⁾、1458年条例第3条³⁸⁾、1484年条例第1条³⁹⁾）、貨物の価額は、「価額が証書または書面において不明で、保険される者〔被保険者〕が保険されるものの価額を保険につき作成される証書もしくは書面に記入することを望む、またはその価額について当事者間に相違が生ずることあるならば、保険されもしくは保険されるべきものの価額の評価または査定は、長老衆の勧告をもって同コンソルに委ねられる。」⁴⁰⁾とされ、コンソルが価額の査定に考慮したのは、基本的に仕出し地または仕出し港における船積み価額であった。

しかしながら、貨物保険にあつて、損害額算定の基準を船積み価額とすれば、荷送人は一定の利益を見積もった上で貨物を積送しているから、貨物が仕向け地あるいは仕向け港に無事到達したならば得られたであろう利益の分の損害はこれをてん補されない。かかる不利益に対し、多くの商人衆からてん補されるよう、要望が出されるのは必然の理である。とりわけ、羊毛の一大集散地であったブルゴスには、ヨーロッパ各地から羊毛の買い付けに多くの商人が訪れ、それらの商人はフランドル等へ羊毛を積送し、

36) 前掲拙著, pp.147-48.

37) 前掲拙著, p.163.

38) 前掲拙著, pp.181-82.

39) 前掲拙著, p.206.

40) 1435年バルセロナ条例第5条。前掲拙著, p.151.

利益を上げていたから、その要望は強かった。そこで、ブルゴス条例は、ある意味では合理的な、ただし若干機械的に過ぎる感がないわけではないが、次のような処理を行うこととした。同条例第63条は「さらに、我々は、いかなる船舶であると、リスボンからフランスのバイヨンヌ、同バイヨンヌからボルドーおよびラ・ロッシェル、ラ・ロッシェルからブルターニュの海岸ならびにウヘンテから本地域のいかなる港においてであると、フランドルに向けて積載されるいかなる商品も、羊毛またはその他のいかなる商品が投荷、盗難または捕獲を、ウヘンテから本地域までの〔地域〕被ったならば、かかる損害は、〔商品が船舶に〕積載された〔時の〕価額で計算され、同損害は同価額に応じて商品に割り当てられ、ウヘンテからその先で滅失した損害は、同船舶の商品が無事であれば有する価額に応じて商品に割り当てられることを命じ、命令する。かく、我々は命じ、命令する。」と定め、フランドル向けに積送される貨物については、ウヘンテを基準とし、それ以前の航海で損害が生じた場合には、算定の基準は船積み価額とし、それ以降の航海で生じた場合には、到達価額とした。

ウヘンテはブルターニュ半島に面する地域であり、そのブルターニュの沖合いは、ビスケー湾の内陸に沿って北上する海流とイギリス海峡を流れてくる海流とがぶつかりると同時に、西北からの強風が吹き荒れる海域であり、古くから海難事故の多く発生する場所であった。

ビスケー湾に面する港湾諸都市からフランドルに向けて積送される貨物にとって、この海域を無事に通過するか否かがその航海の成否を左右していた。そこで、ブルゴス条例は、つまるところかかる海域を基準に、それ以前に損害を被った場合には、船積み価額を基準とし、それ以降の場合には、到達価額としたのである。上記のように、難所を無事通過する以前では、その航海の成否は未だ不明である。それゆえ、損害額算定の基準はこれを船積み価額とした。しかしながら、難所を無事通過した場合には、その航海は成功する可能性が高いと考えられたから、損害額算定基準はこれを到達価額としたのであった。

また、地中海を積送する貨物については、「さらに、我々は、レバントおよびポニエンテからの一切の航海において、かかる船舶が航程の半分を航海する以前に滅失した〔積荷〕損害は、〔積荷が〕積載された時に有する価額に応じて計算され、航程の半分以上を超えて、そこで同荷卸しがなされた場合は、〔積荷が〕無事であれば有する価額に応じて計算されることを命じ、命令する。かく、我々は命じ、命令する。」（第64条）と定め、航海の1/2を基準に、前記と同様、それ以前の場合は船積み価額、それ以降の場合は到達価額とした。かかる処理は一見合理的であるが、若干機械的に過ぎる感がするのは、前に述べたとおりである。

損害額に関して争いが生じた場合は、「保険者1名およびそれと共に他の者1名を指名」（第68条）し、それらの者が査定するのが従来の慣習であったが、この「他の者」は必ずしも荷送人の立場に立つ者であったわけではなかったために、それでは損害を被った被保険者たる荷送人の利益が考慮されないとの判断および損害発生の場合に保険者が特段の理由なく損害の査定を遅延させる事態が生じているのを改善すべきであるとの判断から、「……、我々は、今後、……本ウニベルシティグードの衆から、生じたケースに応じて、熟練かつ十分な能力を有する2名の査定人を指名することを命じ、命令する。この件において公平性を保つために、1名は……保険者衆の内の1名とし、他の1名は荷送人の望む者とする。かかる2名の者は、慣習のように、かかる海損を査定し、かかる査定〔結果〕をプリアールおよびコンスル閣下衆に提示し、同閣下衆がこれを良き慣習に則り調べ、再審査し、最終判断をなし、そして正当と思われるところに従い、宣告するものとする。しかして、かかる査定人衆は、同指名を受け、閣下衆が指定した期限内にかかる海損を査定する義務を負う。〔違反した場合には〕、各人、同ウニベルシティグードの費用のために、同プリアールおよびコンスル閣下衆により、彼らに科せられたその他の罰金とは別に、2000マラベディスの罰金を科せられるものとする。……」（第68条）と、先の「他の者」はこれを「荷送人の望む者」とし、荷送人の利益が不当に侵害

されないよう、配慮を行った。

こうして査定された損害額は、プリアールおよびコンスル衆に提示された後、これらの衆が調べ、再審査し、最終判断をして、宣告することとされた。

なお、かかる損害の査定は、プリアールおよびコンスル衆の指定した期限内に行わなければならない、さもなければ、他の罰金とは別に、2000マラベディスという多額の罰金を科せられていた。

IX 損害防止義務

我が国商法第660条は「被保険者は損害ノ防止ヲカムルコトヲ要ス……」として、被保険者にいわゆる損害防止義務を課している。本義務の法的性質、義務者の範囲、義務の履行時期等について、各国間にある程度の相違はあるが、本義務を義務として定めている点は軌を一にしている。しかしながら、損害防止義務が義務として規定されるようになったのは比較的新しく、およそ17世紀頃までは、むしろ被保険者の権利として構成されていた。

拙著で検討したように、しばしば損害防止義務規定の沿革で言及されるのは、海事勅令第3編第6章第45条および同51条の規定であり、いずれも委付制度との関連で今日損害防止行為と解される行為につき定めているが、とりわけ前者の規定は「難破または座礁の場合には、……難破した財物の回収に努めることができる。」⁴¹⁾ (アンダーライン—筆者) としているのである。

今日では損害防止行為に該当すると解釈される一定の行為につき、その行為をなすことができるとして、その行為の実行を権利として規定したのは、かかる海事勅令のみではない。1538年ブルゴス条例が定められる以前、1430年9月27日付けバルセロナの契約は「……もし同ぶどう酒またはその

41) Pardessus, J. M., Collection de lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle, IV, Paris, 1837, p.376.

一部に、神の望まないこと〔すなわち事故〕、その他の損害または災厄が生ずるならば、同 Jacme Bonet〔すなわち被保険者〕またはその代理人は、……保険者衆がなし、同 Jacme Bonet〔すなわち被保険者〕が同ぶどう酒の付保されていなかったならばなし得るように、正当に、対価を払ってまたはその他の方法で、手に入れ・回収するのに関与することができ、保険者衆は、なされるべき一切の対価、費用および経費を分担し、〔これに〕参加しなければならない。ただし、この分担については、〔保険者衆は〕保険する金額以上に義務づけられることはなく、……」⁴²⁾（アンダーライン—筆者）と定めていた。同様な条項は、1436年4月27日付け同契約⁴³⁾、1446年9月2日付け同契約⁴⁴⁾、1447年2月13日付け同契約⁴⁵⁾、1457年3月14日付け同契約⁴⁶⁾にも存在し、当時のバルセロナにおける海上保険契約には、上記のような損害防止条項が置かれ、そこでは、損害防止行為の範囲・程度に関する無保険者主義が謳われ、損害防止費用の保険者の負担はこれを保険金額までとしていたものの、今日との大きな違いは、義務ではなく、被保険者の権利として構成されていた点である。

この点に関しては、拙著⁴⁷⁾において分析し、当時においては保険者の危険負担が保険の目的との関連で直接的に理解されており、保険者が危険を負担することは、あたかも保険者自らが保険契約者・被保険者の地位に立ち、保険契約者・被保険者が消滅するかの如くこれに取って代わることであって、保険の目的は保険者の危険負担と同時にその所有・支配が保険者に移転するかのよう⁴⁸⁾に考えられていたのである。そうであれば、損害防止のために保険の目的を救助し、あるいはその占有を奪われた保険の目的を回収するのは、契約締結の時点であたかも保険者の危険負担と同時にその

42) Garcia i Sanz i Ferrer i Mallol, op.cit., pp.234 i 505.

43) Garcia i Sanz i Ferrer i Mallol, op.cit., pp.506-9.

44) Garcia i Sanz i Ferrer i Mallol, op.cit., pp.519-21.

45) Garcia i Sanz i Ferrer i Mallol, op.cit., pp.521-24.

46) Garcia i Sanz i Ferrer i Mallol, op.cit., pp.554-56.

47) 前掲拙著, pp.335-41.

所有・支配が移転した、保険契約者・被保険者の、その者の物ではない、むしろ保険者という、他人の物に対する不当な干渉であることになる。しかしながら、損害発生の際に、保険契約者・被保険者がただ成り行きに任せ、拱手傍観することは、保険者の利益に悖るので、保険者は保険契約者・被保険者に権利として損害防止の努力をなし得るものとしたのであって、ここにはきわめて中世的な保険契約観が窺えられるのである。

ところで、ブルゴスにあってはどうであったか。結論を先にしていえば、事情は全く同じである。すなわち、同条例に掲げられた公式の保険証券様式は「……神の望まないこと〔すなわち〕事故が、船舶およびそれに積載されている商品またはそれらの一部が滅失する危険にさらされている同船舶に生じ、そしてそれらの保存、救助および修理のために手段を講じることが必要な場合には、我々は、貴殿某または貴殿衆の内のいかなる者および貴殿の代理人に、貴殿の名において、我々に相談することなく、請求することなく、あたかも貴殿の財産であるかのように、それらを救助し、回復するまで、同商品に手段を講じ、それらを管理することができるよう、認可および権限を与えることとする。ただし、その後においては、我々保険者衆の大半の同意なしにそれらを処分することはできない。しかして、それについて生じた費用〔の内〕、我々が支払い得るそれらの金額は、たとえ同商品が回復されなかったとしても、我々は支払う義務を負う。……」（アンダーライン—筆者）と定めている。

このように、当時の実際においては、損害防止行為を行うのは保険契約者・被保険者の権利であるとされていたが、かつての条例にはそのような規定は見当たらない。そもそも損害防止に関する規定それ自体が存在しなかった。

しかしながら、ブルゴスの条例はそうではなかった。損害防止とは何ぞやといった規定こそ見当たらないものの、実は損害防止義務規定の沿革上重要な規定が存在するのである。それは同条例第81条と第62条であり、次のように規定する。

第81条「……滅失もしくは捕獲された船舶の商品を救助もしくは回収するために、または同船舶を救助し一切の危険を避けるために、またはその他の負担軽減および利益のために、または船舶が〔その航海の続行を〕妨げられないために、またはすべて善意と正確さをもって処理し、行うこととして、同様な〔船舶および積荷の〕保全につき、資格ある者に与えるのが常である多額の報酬〔の支払い〕のために、〔荷送人が〕支払いを決心し、〔保険者衆に〕請求した〔損害防止費用〕を、特に〔それが〕多額に上る場合には、しばしば保険者衆が荷送人衆に支払わないこと、および荷送人衆がもし保険に付されていなかったならば自らそうしたように〔その費用を〕支払った場合には、〔その支払いは〕荷送人衆のためであると同様に保険者衆のためであるにもかかわらず、保険者衆が〔その費用を支払うことは〕慣習でない旨をもしくはその他の免責を主張して、支払いを認めず、支払わないことを我々は知っており、そして上記の〔ような事態の発生を〕防止し、すべての者が危険を冒すのを軽減し、〔さらに〕荷送人衆が同処理を行って同費用を支出したことにつき感謝されず、〔保険者衆により同費用に関する保険金が〕支払われないことを知って、保険に付された商品の滅失および損害〔としてそれに対する保険金請求〕を選択すれば、保険者衆はそれにより〔かえって〕大きな損失を被るので、しかして本ユニベルスイダードに保険を付すために来訪する衆に同不利益および損失が生じないように、そしてまた、同衆が良識により〔損害防止行為につき〕支払った費用〔すなわち損害防止費用は〕荷送人衆と同様に保険者衆がこれを支払うのが正当であると思われるので；我々は、今後、上記の同様な事態に関するいかなる〔費用〕であると、生じる可能性があり、そして証明によりなされるその他の種類の〔費用〕であると、荷送人衆が保険者衆に〔これらを〕請求する場合は、常に、同保険者衆が、証拠および証明に関するかかる〔プリオールおよびコンスル閣下衆の〕裁定により、これを支払う義務を負うことを命じ、命令する。……」

第62条「……もし、多かれ少なかれ、商品の全部または一部が濡れ損に遭い、そして荷送人が自己のためにそれを保全することを望むならば、保険者は、海上からそれを引き揚げ、洗浄し、整え、乾かし、保管し、保護するための一切の費用および商品を良好で条件の整った状態に戻すまでの一切の費用ならびにかかる商品の回復、救助のためのその他の費用を支払わなければならない。また、この件に関して、商品が無事で滅失しなくとも荷送人が支払うべき費用以上の費用が〔実際に荷送人によって〕支払われるとしても、保険者は〔その費用を〕支払うこととする。……」

第81条には、まず、なぜ損害防止費用を保険者が負担すべき旨、定めるに至ったかの理由が示されている。損害防止費用を支出した保険契約者・被保険者がその費用の負担を保険者に請求しても、その費用の支出が保険者にとって利益であるにもかかわらず、保険者がとかくの理由を掲げて負担に応じようとしない事態が頻繁に生じていたこと、そのような事態が生ずれば、保険契約者・被保険者はかかる費用を貨物の損害額に上乗せして、てん補の請求を行い、それによって、かえって保険者は多額の損失を被る結果に陥ること、さらにブルゴスに来る商人衆の利益を考慮して、定めるとしている。

すでに述べたように、損害防止の行為を行うのは、保険契約者の権利である。権利を有する者が行為を行い、それによって費用が生じれば、当然のことながら、権利を有し、行為を行った者の負担となろう。しかしながら、上記ブルゴス条例第81条は、損害防止行為が保険者にとって利益となり、もしその費用を保険者が負担しなければ、保険契約者・被保険者は損害額に同費用を上乗せして保険金の請求をする事態をもたらす、それは詰まるところ保険者にとって損失となる、といった理由から、損害防止費用はこれを保険者が負担することとしたのであって、従来の損害防止は保険契約者・被保険者の権利→損害防止費用は権利ある保険契約者・被保険者

の負担という論理を破綻せしめたのである。それは、損害防止の利益が保険者にあることに着目した結果であったが、損害防止の利益が保険者にあることが条例上明らかにされたのも、この1538年ブルゴス条例が初めてであった。

そればかりではない。損害防止の利益が保険者にあるという点は、実は重大な影響を与えることとなるのである。つまり、今日義務として知られる損害防止義務は、かつては保険契約者・被保険者の権利として構成されていた。権利であれば、損害防止費用はこれを保険契約者・被保険者が負担するのは当然の理であろう。しかしながら、ブルゴス条例はこれを保険者の負担とした。理由は、損害防止の利益が保険者にあるからであったが、保険者に利益ある損害防止を保険契約者・被保険者が行うのは果たして権利であろうか、あるいは義務であろうかと問われれば、義務であると回答せざるを得ないこととなる。損害防止の利益が保険者にあるから、保険者が損害防止費用を負担するとしたのは、保険契約者・被保険者の権利たる損害防止を保険契約者・被保険者の義務として構成する門戸を開くこととなったのであり、それは保険契約に纏わり付いていた中世的契約観を払拭する契機ともなったのである。

また、第61条には、我が国商法第660条のような、損害防止費用は保険金額を超過するときといえども保険者が負担しなければならないとしたかのような規定がなされている。「商品が無事で滅失なくとも荷送人が支払うべき費用以上の費用が〔実際に荷送人によって〕支払われるとしても、保険者は〔その費用を〕支払うこととする。」と。

さらに、ブルゴス条例には、委付との関係で、たとえ委付が無効であっても、損害防止費用はこれを保険者が負担する旨、定めた第60条の規定も存在する。第60条「……もし委付が無効であれば、かかる危険を負担した保険者衆は、かかる商品が今や被った損害の何ものも、大小にかかわらず、かかる荷送人に〔保険金〕を支払う必要はなく、支払う義務を負わない。ただし、かかる商品の救助および回復に支出された費用は、これを除く。

……」と。

X 委 付

我が国商法は、第833～841条において、委付につき詳細な定めを置いている。かかる委付は、船舶所有者が一定種類の債務について海産を債権者に委付して責任を免れる、いわゆる免責委付ではなく、海上保険において全損が生じたと推定される一定の場合に、被保険者が保険の目的を保険者に委付して、保険金額全額を請求することができる、講学上一般に保険委付と称される委付であり、海上保険においてのみ認められている制度である。

海上保険に限らず、損害保険においては、保険金の支払いを保険者に請求するに当たって、被保険者は損害が発生したことを証明しなければならない。これが原則である。しかしながら、海上保険においては、船舶が行方不明になった場合のように、損害が生じたのか、あるいは未だ生じていないのか不明であるため、被保険者が損害の発生を証明できずに保険者に対して保険金の支払いをいつまでも請求できない事態が生じ得る。このような事態は、被保険者にとってきわめて大きな不利益であるし、また保険者にとっても、契約関係が不安定なまま継続する点でやはり不利益となり得る。そこで、我が国商法第833条は、船舶が沈没したとき、船舶の行方が知れないとき、船舶が修繕不能になったとき、船舶または積荷が捕獲されたときおよび船舶または積荷が官の処分により押収され6ヶ月間開放されなかったときは、「被保険者ハ保険ノ目的ヲ保険者ニ委付シテ保険金額ノ全額ヲ請求スルコトヲ得」とした。

このように商法には、委付に関する規定が置かれているが、我が国の海上保険の実際においては、すでに委付はその姿を消している。各社が使用する約款にはそれぞれ違いがあろうが、損害保険事業総合研究所が損害保険基本講座用として発行している船舶保険普通保険約款第3条第4項および貨物海上保険普通保険約款第17条第4項は、それぞれ「この保険契約にお

いて、被保険者は、被保険船舶を当会社に委付して保険金の支払を請求することはできない。」または「この保険契約においては、被保険者は貨物を当会社に委付することはできません。」として、委付を認めていない。しかしながら、だからといって、委付が我が国で全く問題とならなくなったわけではなく、イギリス海上保険法には依然として委付に関する規定が置かれているし、旧英文海上保険証券、1963年 ICC 第 6 条、1982年 ICC (A)第13条にも、やはり委付に関する事項が定められている。したがって、外航貨物海上保険に関しては、今日でも委付制度は残っており、その重要性こそ従来に比べ減少したかもしれないが、これを研究する必要性には、今なお看過すべからざるものがあるのである。

被保険者による損害発生証明については、損害が実際に生じたことのみを証明すれば足りるのか、あるいは保険者の負担した危険によって損害が生じたことをも証明しなければならないのかといった点が、海上保険における包括責任主義または列挙責任主義との関連で論議されるが、これは被保険者の挙証責任の問題であり、直接委付と関係するわけではないので、ここでは論じない。

ところで、先に述べたように、委付は海上保険特有の制度である。烏賀陽博士⁴⁸⁾は「保険委付の制度は、被保険者に対し一般的利益を与ふる制度にして、特殊の例外的性質を有す。何をか一般的利益と謂ふや。被保険者が船舶、積荷等の上を受けたる損害を精算することなくして、換言すれば、現実の損害に対する填補額を確定することを待たずして、速やかに被保険物上の全保険金額を受領し得ることを指すものとす。」といわれる。

このような例外的被保険者救済手段が認められるに至ったのは、いわゆる純然たる立証主義の厳格さがもたらす衡平性の喪失である。保険契約においては、保険者は、引き受けた危険が現実化し、実際の損害が発生した場合に、そのてん補を被保険者に対してなす。被保険者の立場からいえば、

48) 烏賀陽『商法研究』第3巻，昭和11年，p.222.

現実に損害のてん補を受けようとするれば、単にその請求権があるとの主張のみではなく、その請求権が妥当に生じた保険者の負担すべき損害が発生したことを証明しなければならない。さもなければ、被保険者の損害てん補請求権は、生じない。つまり、被保険者の損害てん補請求権は、いわゆる立証主義に基づくのである。

しかしながら、かかる立証主義をあらゆる場合に、厳格に適用すれば、衡平を失うことがあり得るのであって、たとえば、船舶の行方不明の場合には、該船舶が実際に損害を被ったか否かは、全く不明であるといわざるを得ない。したがって、実際に船舶に損害が生じたか否かは、これを証明することができず、被保険者はただ空しく手を拱いて、損害てん補を請求し得ない状態に置かれ続けるのである。果たして、立証主義の厳格な適用によって、あらゆる場合に損害発生立証がなされなければ、保険者は損害てん補の請求を常に拒否しようというのが、衡平という観念に見合うであろうか。

また、立証された事実そのものが正当でなかった場合も考え得る。たとえば、滅失したと立証された保険の目的が後に見つかったような場合である。これは、立証の程度の問題にかかわるが、それはともかく、純然に滅失したものと立証されたにもかかわらず、予期し得ない事態の推移により、その保険の目的が発見された場合には、そこで貫徹された立証主義はどのようなものと理解すればいいのであろうか⁴⁹⁾。

損害てん補請求権発生の原因を被保険者が立証すべきであることは、当然であろう。しかしながら、立証主義を画一的にあらゆる場合に厳格に適用するのは、上記の例からも分かるように、往々にして衡平を失し、實際上、不適当な結果を招きがちである。そこで、古来一定の事実が生じたときには、現実の損害が生じたものと推定し、厳格な立証主義適用の弊害を排除したのであって、推定主義はその一例である。

49) 烏賀陽，前掲書，p.225.

推定主義は、一定の事実が生じた場合に、厳格な立証主義を排除し、損害の発生を推定するという点で、立証主義貫徹の弊害を除去することができる。しかしながら、一方で、推定主義によれば、保険者と保険契約者・被保険者との法律関係は消滅せず、保険者による保険金の支払いは一時的仮払的性質を帯びることになる。一定の事実が発生し、推定主義により保険の目的は滅失したものとされ、被保険者は保険者から保険金の支払いを受けることとなるが、もし後になって保険の目的の無事が判明すれば、保険者は被保険者に保険金の返還請求をなし、支払った保険金を回収することができる。すなわち、保険者と被保険者との法律関係は、推定主義に基づく保険者の保険金支払いで消滅するわけではなく、依然として継続しているのである。とすれば、被保険者は受領した保険金を全く自由に後顧の憂いなく運用するわけにはいかず、常に保険金の返還の事態が生じ得ることを考慮しておかなければならない。法律関係の継続により、被保険者は不安定な状態に置かれ続けるのであって、それでは、保険契約における保険金の支払い機能、つまり損害を補填機能は著しく縮減されることになる。それは、被保険者に大きな不利益である。

しかしながら、委付はそうではない。委付は、保険の目的に関し、消極的および積極的な二つの効力を有しているものであり、消極的効力としては、保険の目的に結び付けられた権利が被保険者から分離されること、積極的効力としては、保険の目的に結び付けられた権利が被保険者から保険者に移転されることを挙げ得る⁵⁰⁾。

委付の消極的効力により、保険の目的に結び付けられた権利は、被保険者から離脱し、その結果、被保険者には全損が生じ、保険者は保険金額の全額を支払わなければならない。保険者が保険金額の全額を支払えば、当該保険契約の法律関係は終了するのであって、推定主義のような法律関係の継続による当事者双方の不安定な状態は生じ得ない。

50) 烏賀陽，前掲書，pp.228-29.

また、委付の積極的効力により、保険者は、保険の目的の発見・回収等によって支払い保険金の一部を回収し得るのであり、それは、観念上委付の消極的効力に対する事後的精算とでもいい得ようか。つまり、消極的効力により、保険の目的に結び付けられた権利は被保険者から分離されるため、その分離された権利の帰属が問題となるのであって、その帰属を明らかにしておかなければ、保険の目的は無主物となってしまう。また、単に結果のみから見れば、たとえば一定期間の船舶の行方不明により被保険者が保険者に対し委付の通知を行って、保険金を取得した後、該船舶の無事が判明した場合を、結果だけで判断すれば、保険者は船舶が無事であったにもかかわらず、保険金額の全額を支払ったわけで、本来であれば支払う必要のなかった保険金を支払ったのであるから、それ相当額は保険者が回収し得て当然であろう。保険者がその分回収し得るのは、保険の目的に結び付けられた権利が保険者に帰属して始めて可能になるのであって、そうでなければ回収の道は閉ざされてしまう。したがって、被保険者から分離された保険の目的に関する権利は、保険者に移転することとなるのであり、それは、観念上委付の消極的効力による被保険者の保険金額全額の保険金を受領するという、被保険者の利益に対し、結果的に生じ得る保険者の不利益の事後的精算を顧慮した委付の効力といい得ると同時に、被保険者の利得防止の機能をも発揮する。

烏賀陽博士⁵¹⁾がいわれるように、委付によって被保険者には現実全損が生じるのであって、委付は擬制的全損の必然的結果ではなく、委付をなし得るいかなる場合にも、全損が擬制されるわけではない。保険契約を締結した目的からして、被保険者の被った損害を早期に精算して、その法律関係を終了させるために、現実全損を生ぜしめるのが委付であり、「委付は全損の原因にして其の結果に非ず。従来思想に於いて、委付は被保険物が全損せるものと考察せらるる場合に非ざれば、之を為すこと能わずと為

51) 烏賀陽, 前掲書, pp.229-31.

したるが故に、此の前提の下に、委付は現実的全損に対して擬制的全損なる語を以て表明したる全損の必然的結果なりと為すにあれど、其の因果の論理を誤りたるものとす。」と考えられるのである。

擬制的全損あるいは解釈全損またあるいは推定全損というのは、委付の前提条件であって、それらは委付をなし得る場合をいっているものであり、これらのような全損であるがゆえに、被保険者が保険金額全額の保険金を請求し得るのではなく、委付をなしたがゆえに、その消極的効力によって、被保険者は保険金額全額の保険金を請求することができるのである。したがって、委付をなし得るのは、擬制的全損あるいは解釈全損またあるいは推定全損であるが、委付の通知を発することにより、あくまでも現実的全損が生じるのであって、それは決して擬制的全損あるいは解釈全損またあるいは推定全損ではなく、現実全損そのものなのである。

ところで、かかる委付はいつ頃から認められるようになったのであろうか。

推定制度から委付制度への進展は、上記のことから理解できるように、損害てん補機能の一段の充実を図った結果であり、そのような制度がいつ誕生したかは、損害保険契約の発達の歴史において特記すべき点である。

烏賀陽博士⁵²⁾によれば、証拠史料を明らかにされてはいないけれども、「保険委付の根本思想は海上運送契約と海上保険契約とを併せて締結したる運送業者の兼営的の経営方法に依り、培養せしめたることを見る。蓋し、被保険者の地位に在る荷受人は、航海上毀損を受けたる運送品の受領を拒絶し、運送業者をして保険者としての資格に於いて、保険金額の全額を支払はしめたるの事実を確認するを得ればなり。」とされる。そして、同博士⁵³⁾は、委付制度は、海上保険契約誕生の当初において、ただわずかにジェノヴァにおいて発見し得るにすぎないとされ、なぜ同市においてのみ委付制度が発達したかについて、次のように述べられている。少々長いが、

52) 烏賀陽，前掲書，p.235.

53) 烏賀陽，前掲書，pp.237-39.

引用すれば、「当時に於ける保険料保険は、決して現今に於けるが如き保険料保険としての明白なる特有の形式を備へたるものに非ずして、其の法律的構成に至りては、寧ろ消費貸借又は売買の形式を有せしめたるものなり。蓋し中世紀に於ける信用取引の饒多の契約は、寺院法に拠る利息禁止の思想に其の影響を受け、其の實質と相遠ざかれる奇異なる形式を採りたること、換言すれば常に擬制の形式を履みたること毫も怪しむに足らざればなり。詳言すれば、保険者と被保険者との間に於て擬制を設け、保険者は被保険者より先づ消費貸借を為すものと仮定し、被保険物が安着したる場合は此の仮定元本（保険金額）を返還するを要せざるも、若し安着せざる場合に於ては此の元本を被保険者に返還すべきことを約したるものなり。又売買の形式に付て謂えば、保険者は被保険者より被保険物を購求したるものと擬制し、被保険物が安着したるときは保険者は被保険者に代金を支払ふことを要せざるも、若し安着せざる場合に於ては代金（保険金）を支払ふべき旨を約したるものなり。実に保険者が擬制的に負担せる消費貸借又は売買上の債務は、隠れたる保険金額上の債務にして、被保険者に対して保険者の側面より一方的に利益を与へたるものと謂うべし。蓋し各保険証券中に、被保険者又は保険契約者が反対給付として支払ふべき保険料に付き何等の記載なきは勿論、航海上の危険は、暗黙の裡に常に被保険者の利益の爲めに推定せられたるものなればなり。之を立証の方面より論ずるときは、被保険者は保険証券の文言に付き形式的解釈を下し、被保険物が安着せざる場合、換言すれば何等かの災厄を生じたるときは、損害發生の有力なる推定を受くるに反し、保険者が損害なき状態に在ることを立証すべき責任を負ふの結果を生じ、所謂解除条件たる事実の成就せることを証明し以て保険証券が無効に帰したることを主張せざるべからず。若し此の反証の責任を盡すこと能はざる場合に於ては、保険者は保険金額の支払に付き其の責に任ずべきは勿論、証券の文言に従ひ、被保険物の買主として被保険物の譲渡を甘受せざるべからざる運命に立つものと論ずることを得たり。茲に於てか、形式的觀察は暫く措き實質的に論ずれば、委付の制度

は肯定せられたるものと謂ふも決して誇張には非ざるべし。」と。

博士の思想の根本は、ご自身が述べられるように、海上運送契約と海上保険契約とが融合した契約形態とジェノヴァにおける無利息消費貸借契約および売買契約を仮装した契約形態の存在にあった。それには、Bensa⁵⁴⁾の研究が大きな影響を与えたであろうと思われるが、しかしながら海上運送契約と海上保険契約が融合した契約形態はもちろん、無利息消費貸借契約を仮装したにせよ、あるいは売買契約を仮装したにせよ、いずれの契約形態も、真正の海上保険契約とは未だいえない。たとえ後の2者が、実質的には海上保険契約であろうとも、それらは仮装の面を脱いでいないわけで、真実の意味で、海上保険契約において委付制度が認められるに至るのは、さらに年を経てからのことであった。

このような意味でいえば、1400年頃のジェノヴァにあっても、まだ委付制度は成立していない。実際、博士がジェノヴァにおいて委付制度が存在していた根拠として挙げられる史料は、1588年のジェノヴァ条例にすぎない⁵⁵⁾。

ところで、委付制度が誕生するについては、その前身あるいは前段階たる制度として、推定制度が存在した。この推定制度がどのような制度であるかについては、すでに述べたが、かかる制度の史料の中で、最も古いものは、1380年4月13日付けのピサの海上保険契約⁵⁶⁾である。

本契約には、略奪された保険の目的を保険者が買い戻した場合には、それを事故発生後3ヵ月以内に被保険者に返還することができる旨の条項が挿入されている。この条項の意味するところは、保険の目的が略奪された場合において、保険者が保険金額の全額を保険金として支払い、そして後にその保険の目的を保険者が買い戻したときは、それを被保険者に返還し得ることであるから、保険者が保険の目的を被保険者に返還すれば、当然

54) Bensa, op.cit.

55) 烏賀陽, 前掲書, p.240.

56) Melis, op.cit., pp.26-28.

保険者は支払った保険金を回収することが可能となる。したがって、同条項は、保険の目的が略奪されたことは、全損が生じたものと推定されること、そして保険者が買い戻して保険の目的を被保険者に返還したときはすでに支払った保険金を回収することができることを主たる内容としていると考えられるわけで、そうであれば、同条項は、推定制度に関する規定であることとなる。

かかる条項は、これ以外にも、1383年4月24日付けピサの契約⁵⁷⁾、1384年7月11日付け同契約⁵⁸⁾、1401年5月9日付け同契約⁵⁹⁾、1395年10月22日付けヴェネツィアの契約⁶⁰⁾にも挿入されている。

また、保険の目的が行方不明の場合に、全損の発生を推定し、保険者は保険金額の全額を支払うが、その保険の目的が無事であったときは、被保険者は受領した保険金を返還しなければならない旨の条項が挿入された契約も存在している。たとえば、かかる契約として、1388年9月9日付けフィレンツェの契約⁶¹⁾、1397年7月10日付けの同契約⁶²⁾、1523年フィレンツェ条例付則⁶³⁾に掲げられた保険証券様式を挙げることができる。

翻って、海上保険条例を見ると、1435年バルセロナ条例⁶⁴⁾は、第12条において、保険者が損害をてん補すべき期限をバルセロナに情報が到達する

57) Cianelli, U., *Sulle orme di un primato*, Bollettino delle Assicurazioni Generali, 1955, n.2-3, p.45.

58) Bensa, *op.cit.*, pp.210-13.

59) Piattoli, *op.cit.*, pp.866-68.

60) Piattoli, L., *Ricerche intorno all'assicurazione nel medio evo:II*, Una scritta di sicurtà veneziana del 1395, *Assicurazioni*, 1939, I, pp. 358-59.

61) Melis, *op.cit.*, pp.29-31.

62) Bensa, *op.cit.*, pp.217-19.

63) Baldasseroni, A., *Delle assicurazioni maritime*, III, Firenze, 1786, pp.506-8.

64) 前掲拙著, pp.155-57. なお、烏賀陽博士は1435年バルセロナ条例について、純然たる立証主義が採られていたとされる(前掲書, p.243)とともに、かかる規定は、1458年条例で初めて設けられたとされるが、それは誤解である。

日数を考慮して3または4ヵ月とする一方、第15条において「……船舶または小船舶について、その事実が全く知られずに〔船舶が〕海上で滅失するように、いかなる情報も知られず、かつバルセロナでいかなる情報も知られずに6ヵ月が経過する場合が生ずるならば、かかる場合には、確かな情報が存在するものとして、……保険〔金〕は請求され得、〔同契約は〕履行され得る。」として、推定主義を定めている。同様な規定は、1452年条例第10条、1458年条例第22条および1484年条例第23条にも存在しており、バルセロナの一連の海上保険条例は、いずれも、行方不明につき、推定主義を採用しているのである。

これまで述べてきたところによれば、14・15世紀においては、個別の海上保険契約においても、また条例においても、委付制度ではなく、その前身たる推定制度が採られていた。したがって、当時には、未だ委付制度は成立していないとせざるを得ない。

一方、ブルゴスの1538年条例は、その第60条において「さらに、本ウニベルシダードにおいては、滅失したが後に全部または一部無事に存在する商品について荷送人がどのように、いかなる期間内に委付しなければならないかを明らかに定める規定を見出すことができず、〔したがって、この種の〕規定が存在しないために、かかる委付は、これまで荷送人衆の望む方法で望む時に行われ、そしてもし対処がなされ、売却がなされれば、商品の価値を維持し得たけれども、〔そうすることができなかつたために〕価値を一切失うことが生じるように、商品が損害を被った時に委付がなされず、〔したがって〕その損害に対処することなく、また商品を売却することなく時を費やすならば、腐敗し、滅失する商品が多く発生し、またこの滅失および損害の場合に、荷送人衆が、かかる商品をどのように売却し得るかを知らず自己にとって〔この商品の保全が〕有用であるかどうかを判明するよう、待機し、もし利益があるものと判明すれば〔手段を〕講じ、もし損害が生じるものと判明すれば保険者衆に委付する〔ということが一般に生じる〕ために、保険者衆に多大の損害および不利益を与えてお

り、しかして、そのために、このきわめて大きな不利益を避け、今後、保険者衆がかかるとする損害を被らないように；我々は、今後、本ユニベルスイダードの書記衆の面前で保険を付す本市および本ユニベルスイダードの衆およびそれ以外の衆ならびに一切およびいかなる荷送人衆も、期限内に委付をなさなければならぬことを命じ、命令することとする。しかして、難破を含み、かかる危険のいかなる場合にも、積載されたかかる商品の委付を望む荷送人衆は、以下の期限内に委付をしなければならない。フランドル伯領またはイギリス王国で荷降ろしする船舶および積荷については、かかる船舶が同難破した日から起算して5ヵ月以内。フランス王国で荷降ろしする船舶については、同じようにかかる船舶が同難破した日から起算して4ヵ月以内。ポルトガル王国、ガリシアおよびアングルシアで荷降ろしする船舶については、同じようにかかる船舶が同難破した日から起算して3ヵ月以内。ビスカヤ湾の海岸、ギブスコアで荷降ろしする船舶については、同じようにかかる船舶が同難破した日から起算して2ヵ月以内。リヴォルノ、ピオレホおよびジェノヴァで荷降ろしする船舶については、同じようにかかる船舶が同難破した日から起算して5ヵ月以内とする。今後ただちに、行われ、そうしなければならない。しかして、定められたこれらの期限内に同委付を行わず、委付の権利を行使しないかかる荷送人衆は、委付を行うことはできない。もし委付が無効であれば、かかる危険を負担した保険者衆は、かかる商品が今や被った損害の何ものも、大小にかかわらず、かかる荷送人に〔保険金〕を支払う必要はなく、支払う義務を負わない。ただし、かかる商品の救助および回復に支出された費用は、これを除く。〔かかる費用について、保険者が負担すべきは〕危険を負担した各〔保険者〕につき、常に1リブラに対して1スエルドとする。また、かかる費用は、その1/10を常に荷送人の負担とし、その1/10を〔保険者衆が〕負担することはない。けだし、これは保険証券により、除外されているからである。〔したがって、費用の〕1/10は〔保険者の負担から〕控除され、それは荷送人がこれを負担しなければならない。我々が命じ、命令する一

切は、上記のように、本条例で宣言されたところに従いかつ宣言された方法で、同委付に関しても遵守され、履行されるものとし、〔違反の場合には〕上記罰金が科せられるものとする。』とし、明らかに委付について定め、その嚆矢を成している。

条例で初めて委付に関する規定を置いたのは、確かに1538年ブルゴス条例であるが、第60条の冒頭部分から明らかなように、これ以前に委付制度は存在していたらしい。ただし、委付の除斥期間が定められていなかったために、損害発生後、被保険者はいついかなる時においても委付することができたのであって、もし被保険者が損害発生後多くの時間を置いて委付をなせば、保険者は、委付された貨物を処分することで支払い保険金の一部を回収する機会を失うこととなり、損失を被ることとなる。これが、1538年ブルゴス条例第60条に委付規定を置いた理由であるが、除斥期間こそ定められていなかったものの、保険の目的を委付して、保険金額全額を取得し得る制度は存在していたのである。

除斥期間が定められていないという点で、果たしてこれが今日にいう委付制度かどうか、少々問題がないわけではないであろうが、それはともかくとして、この委付制度がより正確にいつ頃、どこで認められるようになったかについて、上記文言からは判断できない。烏賀陽博士のように、その根本的淵源的観念は、まだ真正の海上保険契約が誕生する以前、海上保険契約が運送契約に含まれていた時代、あるいは海上保険契約が売買契約を仮装していた時代にあったかもしれないが、真正な海上保険契約が誕生した後、いつ頃からどこで認められるようになったのかは判然としない。一応、これまで述べてきたところで、おそらく1500年頃であろうと思われるが、正確には、今後の史料の発見を待たなければならない。

さて、1538年ブルゴス条例第60条は、上記の理由で委付に関する規定を置いた。そこでの最も重要な問題は、すでに述べたように、従来の委付制度に除斥期間が定められていなかった点であった。そこで、同条は、貨物の荷卸し港毎に2ないし5ヵ月の除斥期間を置いたが、それは情報入手の

手間暇およびブルゴスで委付の通知を行う手間暇を考慮したためであった。ちなみに、イギリスの場合は5ヵ月、フランスの場合は4ヵ月、ポルトガル等の場合は3ヵ月、ビスカヤ湾の場合は2ヵ月、リヴォルノ等の場合は5ヵ月とされている。

委付を認める規定は、第60条だけではなく、第62条および第79条にも置かれており、それぞれ次のように規定している。

第62条「さらに、我々は、いかなる船舶も、羊毛またはその他のいかなる種類の商品を積んで捕獲され、海岸に乗り上げて滅失もしくはその他のいかなる方法で滅失しようとも、〔積荷の〕梱包または商品が海上で滅失すれば、保険者はその〔損害に対して保険金を〕支払う義務を負うことを命じ、命令するものとする。もし、多かれ少なかれ、商品の全部または一部が濡れ損に遭い、そして荷送人が自己のためにそれを保全することを望むならば、保険者は、海上からそれを引き揚げ、洗浄し、整え、乾かし、保管し、保護するための一切の費用および商品を良好で条件の整った状態に戻すまでの一切の費用ならびにかかる商品の回復、救助のためのその他の費用を支払わなければならない。また、この件に関して、商品が無事で滅失しなければ荷送人が支払うべき費用以上の費用が〔実際に荷送人によって〕支払われるとしても、保険者は〔その費用を〕支払うこととする。ただし、これらの洗浄により、同〔積荷の〕梱包または商品の価値が、分量においてであれ、数量においてであれ、下落し、減少するとしても、保険者はそれに対して〔保険金を支払う〕義務を負わない。〔積荷の〕梱包という場合には、いかなる種類であると、一切の商品を含むものとする。同様に、荷送人が、かかる滅失したまたは捕獲された船舶〔積載貨物〕の保険者衆に、商品を委付することを望むならば、本条例に従い、期限内に商品を委付することができ、同保険者衆は、〔各保険者に属す〕部分につき、引き受けた保険〔契約〕の〔保険金を〕荷送人に支払うこととする。ただし、同荷送人が乾いた

〔積荷の〕梱包またはその他の商品を保持する〔ことを望めば、そうすることができ〕、また濡れ損または損害を被った〔積荷の〕梱包またはその他の商品を保険者衆に委付することを望むならば、そうすることもでき、保険者衆は、それに関わる費用〔すなわち〕そのために支出し、支払った一切の費用およびその他〔の費用〕を支払わなければならない。かく、我々は命じ、命令する。」

第79条「さらに、我々は、荷送人衆が、同海上危険および著しい暴風雨により、羊毛、ぶどう酒、魚類、穀類、果実のような、除かれ、除外された上記〔商品〕以外の、保険に付された商品が被った損害を原因として、保険者衆に、損害を被り、除外されていない商品を委付しようとする場合は、常に、かかる船舶が積載し、運送する一切の商品について委付することを条件として、同保険者衆に関する部分につき、委付することができる旨を命じ、命令する。〔一部を〕除外してはならないし、すべてではなく一部を委付することもできない。その他の方法でも、委付することはできない。しかして、我々は、もしかかる荷送人が種々の種類の商品を積載し、その一部〔の種類の商品〕が損害を被ったけれども、他の〔種類の商品〕は損害を被っていないならば、こうして損害を被ったかかる〔種類の〕商品すべてを放棄して、〔これを〕委付することができる旨を、かく命じ、命令する。〔この場合には〕、損害を被っていないその他の種類の商品は、これを〔荷送人が〕保持〔することができる〕。」

委付は、すでに述べたように、保険の目的を保険者に委付して、保険金額全額の保険金を請求し得る特殊な被保険者救済制度である。したがって、保険の目的が全損を被ったと推定される一定の場合に、これを保険者に委付して保険金額全額の保険金を請求し得るのは当然であるにしても、逆に、保険の目的を保険者に委付しないで、同目的の権利を保持し、分損として損害てん補の請求をしたり、あるいは現実に全損が発生するまで待機する

ことも可能である。つまり、委付の通知を発するか否かは、被保険者の任意であり、この点を捉えて、委付の任意性という。1538年ブルゴス条例第62条は、「……荷送人が、かかる滅失したまたは捕獲された船舶〔積載貨物〕の保険者衆に、商品を委付することを望むならば、本条例に従い、期限内に商品を委付することができ、……同荷送人が乾いた〔積荷の〕梱包またはその他の商品を保持する〔ことを望めば、そうすることができ〕、……」と委付の任意性を明規している。

ところで、委付は、今日一般に形成権たる単独行為とされている。もっとも保険者の承諾を委付の効力発生要件とするイギリス海上保険法の立場もあるが、委付が条件または期限を付されることなく単純になされなければならない点については、共通している。けだし、「委付の目的は速かに当事者をして契約上の拘束関係より離脱せしめんとするに在るのであるから、之に条件又は期限を附することを得るものとせば、此の目的に背馳する結果となるからである。」⁶⁵⁾ これをもって、委付の単純性という。

保険の目的が分離可能な複数の部分から成り、その一部だけに委付事由が生じた場合に、果たしてその委付事由の生じた部分のみを委付することができるかは、問題である。これは委付の不可分性の問題であるが、分離可能な保険の目的が、全体として一個の保険の目的として付保されている場合に、その内の委付事由の生じた部分のみを被保険者が委付し、他の部分をそのまま被保険者が所有するとすれば、それは、委付制度の本旨に抵触することとなる。けだし、委付は、全損が生じたと推定される一定の場合に、保険の目的を保険者に委付して、全損が生じたと同じ処理をする制度であるからである。したがって、保険の目的の一部に委付事由が生じた場合に、そのような委付事由の生じた部分のみを委付することは許されない。商法第837条第2項の本文が「委付ハ保険ノ目的ノ全部ニ付テ之ヲ為スコトヲ要ス」としている通りである。委付の不可分性である。

65) 加藤『海上損害論』昭和10年、巖松堂、p.247.

しかながら、同項本文に続く但書は「但委付ノ原因カ其一部ニ付テ生シタルトキハ其部分ニ付テノミ之ヲ為スコトヲ得」とするから、問題が生じる。

この但書の解釈については、我が国の先学の間には、およそ三つの立場が存在する。一つは、松浪博士の立場で、同博士は「十個ノ荷物ヲ一個ノ保険契約ニテ保険ニ付シタルニ三個カ捕獲セラレタルトキニ其三個ヲ委付スルコトヲ得ルヤ否ヤハ其保険ハ不可分ナルヤ否ヤニヨリ定マリ可分ナルトキハ三個ノ委付ヲナスコトヲ得法ニ『委付ノ原因カ保険ノ目的ノ一部ニ付キテ生シタルトキハ其一部ニ付テノミ委付ヲ為スコトヲ得』トセルハ保険ノ可分ナル場合ニ適用アル……」⁶⁶⁾とされる。保険の目的の一部を委付し得るのは、その保険が可分であるか否かによる、という立場である。

この立場では、何をもって保険が可分であるか否かを判断するかが必ずしも明らかでない。単に保険の目的が可分であれば、それはすなわち保険も可分なのか、それとも被保険利益なり、分割評価がなされているかどうか、保険の目的以外に保険の可分性を判断する基準を必要とするのか、しないのか明確でない。

二つは、小町谷博士の立場で、同博士は「保険の目的物とその性質上、客観的に不可分な関係を有する場合には、比較的困難な問題を生じない。しかし、客観的に可分な物については、困難な問題を生ずる。而してこれを解決する方法は、当事者が、保険の目的物について、口分（区分）の方法により付保したかどうかを、標準とすることであり、各目的物につき、各個に協定価額を定めたかどうか、口分の最も明瞭な場合になる。」⁶⁷⁾とされる。

この立場は、いわば保険が可分であるかどうかの基準を区分に求めたわけで、第一の立場をより精緻化したものといえる。しかしながら、この立

66) 松浪『日本海商法』大正6年、有斐閣、p.1300.

67) 小町谷『海上保険法各論(四)』海商法要義下巻九、1968年、岩波書店、p.440.

場では、全体で100個の貨物につき、50個ずつ二口に区分され、それぞれに協定保険価額が定められた場合において、80個が何らかの理由で積み残される一方、20個が船積みされたとき、その20個に委付事由が生じたとしても、一口全体に委付事由が生じたわけではないため、20個を委付することはできない。委付制度は、現実に損害が生じたことを証明できないための便宜的制度であるから、本来危険にさらされた部分全体に委付事由が生じなければならないのであって、保険の目的を区分し、各区分に協定保険価額が定められたか否かは必ずしも重要ではない。もちろん、協定保険価額が定められた区分が全体として危険にさらされ、委付事由がその区分全体に生じれば、委付することができることを容易に説明し得る点で、この立場は有意義であるが、委付し得るか否かの基準を区分に求めるのは、法文の「保険ノ目的ノ一部」および「其一部」という文言に拘泥しすぎた感が無きにしも非ずである。

三つは、保険の目的が可分であり、委付事由発生の際、現実に危険にさらされている部分全体に委付事由が生じたのであれば、それが保険の目的の全体の一部であっても、委付し得る、という立場である。たとえば、100箱の貨物を保険に付して、その内、60箱が何らかの理由で積み残され、実際には40箱が船積みされた場合、または60箱が荷卸されて残りの40箱が運送された場合、その40箱に委付事由が生じたときは、その40箱について委付することができるのであって、船積みされて現実に危険にさらされた貨物100箱の内、40箱に委付事由が生じて、現実に危険にさらされたのは100箱であるから、委付事由の生じた40箱を委付することはできない、これは分損として処理されなければならない、とするのである。この立場では、「委付ノ原因カ其一部ニ付テ生シタルトキハ其部分ニ付テノミ之ヲ為スコトヲ得」とする「其一部」とは、それが危険にさらされた全部でなければならない、危険にさらされた全部の内の一部份であってはならない。上の例でいえば、40箱を委付し得るのは、その40箱が危険にさらされた全部

であるからである⁶⁸⁾。

この立場では、保険の目的が区分され、それぞれについて保険価額が協定されている、あるいは分割評価がなされている必要があるかどうかに関する記述はない。しかしながら、この立場を押し進めれば、このような必要条件が満たされた上に、その部分全体が危険にさらされている場合において、その一部に委付事由が発生したとき委付し得ると理解するのが妥当であろう。

とすれば、このような必要条件が満たされている上で、その部分全体が危険にさらされ、かつ委付事由が生じたのであれば、それが保険の目的の一部であっても委付し得る、というのは、裏返していえば、保険の目的が区分され、それぞれについて保険価額が協定されている、あるいは分割評価がなされているという必要条件はあるものの、本来委付の不可分性について、保険の目的に委付事由が生じたときには、危険にさらされていた保険の目的全部を委付しなければならない、というのと大差はない。であるならば、商法第837条第2項の但書は、本文に対する例外規定ではなく、「原則規定の適用の一つの場合の注意的規定である。」⁶⁹⁾ということになる。

1538年のブルゴス条例では、必ずしも委付の単純性は、明らかでない。しかしながら、第79条の「……委付することができる旨を命じ、命令する。〔一部を〕除外してはならないし、すべてではなく一部を委付することもできない。その他の方法でも、委付することはできない。……」（アンダーライン—筆者）という文言が、委付の単純性を示しているとも考えられるのであって、明確ではないが、ブルゴス条例でも委付の単純性が認められていた可能性はあり得る。

また、委付の不可分性は、明らかにブルゴス条例で定められている。同

68) 今村『海上保険契約論』下巻、1980年、損害保険事業研究所、pp.278-79
および葛城『新版講案海上保険契約論』1960年、早稲田大学出版部、p.392
を参照。

69) 今村、前掲書、p.279.

条例第79条が「……常に、かかる船舶が積載し、運送する一切の商品について委付することを条件として、……委付することができる旨を命じ、命令する。……」と明規している通りである。

さらに、保険の目的の一部に委付事由が生じた場合に、その部分を委付し得るかについて、ブルゴス条例は、どのような立場を採っているか、すなわち、保険の目的の一部に委付事由が生じても、あくまでも保険の目的全部ではないから、委付を認めなかったのか、あるいは、認めたとしても、どのような基準でその一部を判断していたのかは、きわめて興味深い問題である。しかしながら、この問題の解答を見出すのは容易である。

ブルゴス条例第79条は、明らかに「……しかして、我々は、もしかかる荷送人が種々の商品を積載し、その一部〔種類の商品〕が損害を被ったけれども、他の〔種類の商品〕は損害を被っていないならば、こうして損害を被ったかかる〔種類の〕商品すべてを放棄して、〔これを〕委付することができる旨を、かく命じ、命令する。〔この場合には〕、損害を被っていないその他の種類の商品は、これを〔荷送人が〕保持〔することができる〕。」と定め、保険の目的の一部に委付事由が生じた場合にも、その部分の委付を認めている。ただし、その部分というのは、複数の種類の商品が保険に付されている場合におけるその種類を基準に判断するとされており、今日のが国における基準よりも大雑把である。

複数の種類の貨物が一個の保険契約に付されており、その内の一つの種類の貨物に委付事由が生じた場合に、その種類の貨物すべてを委付して、保険金を請求し得るということは、一方では、実際にはそうではないとしても、種類ごとにあたかも分割評価がなされている、あるいは種類ごとに分割して保険が付されていると理解し得る余地があり、それなりの合理性を有していると思われるが、他方では、上記三の立場で取り上げたケースのような場合には、問題を解決することはできない。1538年という、未だ海上保険が誕生して1、2世紀しか経っていない時代であるから、今日のような洗練された理論的基準を求める方が、もともと過剰な期待である。と

はいえ、逆に、そのような時代にあつて、すでに今日的な問題が存在し、一応の解決基準を条例において明規していた点については、あらためてブルゴス条例の理論的發展を如実に示していること、明らかである。

14・5世紀におけるイタリアおよびバルセロナにおいては、委付という制度自体が存在していなかった。それに比べれば、ブルゴス条例は、海上保険理論の深化という点で、格段的發展を示しているわけで、その程度の大きさに驚愕せざるを得ない。

XI 結

我々は、これまで、1538年スペイン・ブルゴスの海上保険条例の規定内容について検討してきた。それは、海上保険の誕生から今日に至るまで、どのように海上保険理論が發展してきたかという、筆者にとってはあまりにも壮大な問題意識にそもそも端を発している。

壮大ではあるが、このような問題意識に立ち、少しずつ研究を進める中で、筆者は、以前の研究から、14・5世紀のイタリア諸都市およびスペイン・バルセロナの諸条例—地中海条例群—と16世紀の、地中海よりも大西洋により密接な関係を有するスペイン諸都市で定められた諸条例—大西洋条例群—の間には、その發展の段階を大きく異にするであろうと考えるに至ったのであつて、本誌第65巻第1・2号合併号および第67巻第3号に掲載した二つの小稿と本稿は、その予測を実証するためのものであつた。

幸い、前記2小稿と本稿において検討した各事項それぞれについて、ブルゴス条例はそれ以前の地中海条例よりも格段に進んだ規定内容を有していることを明らかにすることができたと思っている。再びそのような事項について述べることはしないが、委付のみを考えてみても、ブルゴス条例が海上保険理論上一段と進んだ内容を有していたことは明らかであろう。そこには、委付という制度が存在し、それに関する複数の規定が置かれており、今日におけると同じように、委付の任意性・不可分性が明規されていたからである。

このように、ブルゴス条例は、海上保険理論の一段の深化を示していた。しかしながら、中世スペインの主要な輸出品たる羊毛の一大集散地で、その輸出のためにビルバオ等のスペイン北部、ビスケー湾に面する諸港と深い関係を有していたブルゴス自体は、あくまでも内陸の都市であったから、その点で海上保険理論の深化には自ずと限りがあったのではないか。ブルゴス条例から20年ばかりの後には、1556年のセビーリャ海上保険条例、そして1560年にはビルバオ海上保険条例といった、ブルゴスよりも直接大西洋に関係する港湾都市で海上保険条例が定められるから、今後これらの海上保険条例に研究の歩を進めたいと思っている。 (完)

(筆者は一橋大学大学院商学研究科教授 博士(商学))