

續・分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

——ロイド保險證券における Memorandum の沿革後編——

加藤 由作

一 Memorandum の生成および解説

本論前編においてロイド證券におけるいわゆる覺え書の先驅者たる地中海または中世關係諸約款の發生經過を述べたが、ここではさらに本覺え書の成立、内容の研究およびその近代的同種約款への發展の探究を行つてみたいと思ふのである。

ロイド證券における Memorandum の内容は次の通りである。

“Corn, fish, salt, fruit, flour, and seed are warranted free from average, unless general, or the ship be stranded-sugar, tobacco, hemp, flax, hides, and skins are warranted free from average, under five pounds per cent., and all other goods, also the ship and freight, are warranted free from average, under three pounds per cent., unless general, or the ship be stranded.” 「穀類、魚、鹽、果物、麥粉及び種子ニ就テハ分損ハ填補セス但ソレカ共同海損ナルカ又ハ船舶カ坐礁シタルトキハ此限に在ラス——砂糖、煙草、大麻、

亞麻、皮革及ヒ毛皮ニ就テハ五分以下、其他ノ商品更ニ又船舶及ヒ運賃ニ就テハ三分以下ノ分損ハ填補セス但ソレカ共同海損ナルカ又ハ船舶カ坐礁シタルトキハ此限ニ在ラス

英國證券における他の諸條項がすべてロイド珈琲店の發現以前に採用されたものであるに反し、Memorandumが同證券に挿入されたのはこれらに遅れ、同店がすでにロンドン海上保険取引の中心市場として特別の意義を有するに至つた時代のことである。^(註二)すなわち同條項は一七四九年に、恐らくは同珈琲店の全保険業者の賛成を得て、ロイド證券本文中の一項として採用されたものと思われる。^(註二)

、(註一) しかし未だ今日のロイド組合 (Lloyds Corporation) は組成されていなかった。

(註二) Wright and Fayle p. 145.

Memorandum を分解すると三條項になる。(一)は Corn, fish, salt, flour および seed はそれが共同海損であるか、また船舶が坐礁した場合の外は分損は全くこれを負擔しない特約であり、(二)は sugar, tobacco, hemp, wax, hides および skins は同様な例外の場合を除き、五分以下の小損害はこれを負擔しない特約であり、(三)その他の商品ならびに船舶、運賃はまた同様な例外の場合を除き、三分以下の小損害はこれを負擔しない特約である。さればまたこれ等を分類して(一)は分損不擔保の特約であり、(二)および(三)は小損害不擔保の特約となすことができる。而してかかる特約が海上保険の地中海時代の傳承であることはいうまでもない。ただこれが如何に英國に移入されたかは詳かでないが、最初に分損不擔保條項が傳わり、次に小損害不擔保條項が傳つたことは、英國學者の説くところである。^(註一)かくしていわゆる特別約款として必要に應じ個々にロイド證券に挿入されていたものが、先に

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

述べたように一七四九年に一條項に纏められて、覺書き (Memorandum) としてロイド證券本文の最後に追加挿入されるに至つたというのが本條項發生の由來であろう。^(註二) なお Stevens の説くところに従うと、この Memorandum

挿入當時におけるロイドの取引の慣習によれば、分損發生の場合、その五分または三分は常にこれを控除して支拂うこととなつていたとあるが、^(註三) これは事故發生の場合に損害に對して被保險者の關心を保たしめんとする一

政策的處置であつたと解される。^(註四) だが本條項が挿入されてからは、かかる不合理な慣行、すなわち絶對控除の慣行は廢止されるに至つた。^(註五) しかし現代にあつてもこの舊ロイドの慣習を繼承した特別約款、いわゆる Janson clause な

るものがあつて、^(註六) 船舶に生じた單獨海損については三分は如何なる事故に因る場合でもこれを負擔せず、且、船價の初(註七)の三分は無保險状態に置くことを船主に約束せしめることがある。

(註一) Stevens p. 220.

(註二) Gow, p. 178; Domas p. 520 の如きも同様な推測を下している。ただ Wright and Fayle p. 144 は Bristol 港 (この港は十七世紀における植民地貿易港として英國にて最も榮えた處である) に行われた證券、いわゆる Bristol policy (1746) 中のロイド證券の原型と思われれる Memorandum があると報じている。すなわち左の如きものである。"Memorandum, It is Agreed by and between the Assured and Assurers, That in Case of any Loss, there shall be an Abatement of [Two Pounds] per Cent. And that in Case of any Average Loss not exceeding Five Pounds per Cent. The Assurers by Agreement, are not to pay or allow any thing towards such Loss." 本條項中二ペーセントの控除 (これは絶對的控除) は手筆を以て書入ねらわれているから、その割合は一定していなかつたのである。而してこの場合 in case of any loss といっているから、全損のときでも、かかる控除が行われたと思われれるが、何故このような控除を行つたかは必しも明瞭でない。

かし恐らくは一部不擔保によつて損害の發生に對する被保險者の關心を強化せしめようとしたのであらう。けだし英對佛、西戦争（一七八二年）當時においても同趣旨からロンドンには常にニ、一セント控除の特別約款が一般に挿入されたことがあつたからである（Weskett, Theorie und Praxis der Assecuranzen 1782, p. 206）。それはともかくとして本條項が Memorandum の形式で規定されてゐること、および五分を超過しない（ロイイ證券の方は五分に達しない）分損は負擔しないといふ點においてロイイ證券の Memorandum とある程度吻合することは確かである。従つて本文において述べた通り、従來ロイイの保險取引において個別的に使用されていた分損不擔保および小損害不擔保の特約が十八世紀の中葉ロイイ證券本文中の一條項となるに際し、ある程度 Bristol Policy の同條項を参照してその原案が作成されたものと解して差支なからう。

(註三) “I have been informed by a gentleman of great experience, who was one of the subscribers to old Lloyds in Lombard Street,——that the intention of the memorandum, when first inserted was, that the £ 5 per cent. or £ 3 per cent. (according to the thing insured) on the amount of the interest, should in all cases be deducted from the average, the underwriter paying the balance; and that this was then the practice.” (Stevens, p. 227 f. n. (1))

(註四) (註二) の説明参照。

(註五) Arnould s. 900. なお現在日（商八三〇條）、獨、佛法においても同様に解する (Ritter S. 577. Ripert n. 2767)。をフランシスの實際（船舶普通約款二三條）にあつては一定小損害割合は常に控除する主義を採つてゐるが（なお本論前編に掲げた昔の Rouen の慣習参照）、これは損害が一定小損害割合を超過する場合、その全額だけを填補することになれば、被保險者は發生した損害額が該小損害額に不足するとき、ことに僅かに不足するときはこれを増大して保險者の責任を生ぜしめようとする惧があるから、かかる不正行爲を防止せんがために採られた政策的處置である。de Courcy (Commentaire des Polices Françaises d' Assurance Maritime 1838, p. 126) は兩主義を比較してフランシス主義を優れりとしてゐるが、この主義はもとより上述の通り便宜的のものである。なおフランシスにおいてこの小損害割合を Franchise と稱しており、英國にお

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

いづれも時にこの文字を使用し、そして特にこれを絶対控除の場合のものとして解することがあるが(例えば Templeman (Greenacre) p. 194; Poole p. 144) フランスマにおいては必しも左様な限定した意味に解してゐないものである。例えば Ripert n. 2767, 2768 は Franchise を légal (結局控除を行わない場合のもの) と conventionnelle (結局控除を行うもの) とに分けて説明してゐる。Gov p. 201 の如きもフランスマ證券には損害が一定額を超過した場合、控除を行わないで填補する時には “remboursement integral, franchise une fois atteinte” なる文句を使用し、同様な場合控除して填補するときには “franchise toujours déduite” なる文句を使用するといつてゐる。ドイツの實際においても Franchise なる文字を使用するが、これは大體前述のような一定小損害額超過の場合、その全額支拂のものを意味する (Sieving, Das deutsche Seeversicherungsrecht S. 136; Ritter S. 577) なる Franchise なる文字を危険に關して使用すれば、これは負擔危険除外の意味を有する。例えば Franchise des risques de guerre (戦争危険除外) というものがあるが、これと異なる (Ripert n. 2661)。

(註六) Owen, Marine Insurance, Notes and Clause 3rd ed. 1890, p. 125. (註七) Arnould s. 882. f. n. (3).

Memorandum 設定の目的に於て Stevens は、これは人々が特に消耗、腐敗、その他航海中損害を蒙り易い物、または容積の割に高價な物を “goods” なる一般的名稱で保険に付することを得せしめるにありと云ふ、(註一) Benecke はある種商品の性質が必然的に保険者の責任を加重ならしめるから、かかる結果を除去し、また各種の商品を同一基準に置くため、各國商業界においては種々な約款、取極めが利用されるに至つたと述べてゐる。(註二) これらとともに保険者の免責と保険料率との均衡關係からする分損不擔保または小損害不擔保約款の意義を説いたものであるが、かかる約款の制定を必要ならしめる理由はこれに限らないことは本論前編においてこれらの特約の起原に關して述べた通りである。従つて當時の學者が Memorandum 發生の動機として右の理由を擧げたのは、當時はこれらの條項が生れ

た地中海時代よりも保険取引の方法が比較的進歩するに至つた時代であつたから、特にこの理由が痛切に感じられたためである。^(註三)

(註一) Stevens p. 219. これは一應分損不擔保、小損害不擔保の特約の目的は損害を蒙り易い物品を一般的名稱で、従つてまた比較的低率保険料で保険に付することを禁ずるにありといつてゐるようであるが、さらに一步進んで考えると、また取引毎にその物品の名稱を明かにすることは手数がかかり、時に營業上の秘密を漏洩する惧もある。そこで、かかる場合には特に“good”なる一般的名稱で保険に付することを得しめるとともに、損害が発生したときは、その品種の如何により保険者をしてその填補責任を制限せしめようとするために生れたものである所以をいつてゐるのである。なお本論前編における(四)附説参照。

(註二) Benecke, A treatise on the principle of indemnity in marine insurance 1824. p.465.

(註三) 事實地中海時代における法令、文獻、學說等であつて、保険料の均一化を以てかかる特約の目的となすものを見ないのである。もつともその先行的事實のあつたことは先に述べたところである。

今 Memorandum に掲げられた品目を見るに、分損不擔保の項に穀物、魚、鹽、果實、麥粉および種子があり、五分の小損害不擔保の項に砂糖、煙草、大麻、亞麻、皮革および毛皮がある。この中砂糖、煙草、皮革の類は當時盛んに西、荷の中南米屬領から輸入されたものであり、果實、(ラム酒)の如きは西班牙本國から輸入されたものである。^(註一)
當時 London Assurance, Royal Exchange の二會社およびロイド以外の Private underwriters が定めていた Memorandum 中の列舉品目および分類も以上と大同小異であつた。^(註二) なおこのロイドの Memorandum 中には流出し易い物、破損し易い物が擧げられていないのは、かかる品物については同所の慣習として船舶が坐礁してその積付けが

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

亂されたとの推定をなす理由のない限り、分損は負擔しないことになつていたからである。^(註三) いずれにしても經濟界の發展につれこれらの品目は少數に過ぎ、また各免責割合も妥當ということを得ず、従つて本條項設定の趣旨を十分に達することの不能なのは見易いところである。ここにおいてか、新にこれを訂正、補充をなす必要を感じたのであるが、一七七九年のロイド組合の決議により、以後同保險證券の本文としてはこれを改正しないことになつていたから、特別約款を以てこれをなす必要がある。これ後に述べるような W. a. T. P. a. T. L. O. 等の特別約款が案出された所以である。

(註一) *the Flota* によつて輸入されたものである (Westcott, p. 252.)。

(註二) 當時 London Assurance および Royal Exchange が使用していた保險證券の Memorandum を見るに、その品目において兩者とも rum を五分の小損害不擔保條項に加えていたのと(本文ロイドの舊慣習参照)、Royal Exchange の方には *hides* と *tobacco* とが分損不擔保條項の方へ加えられていたことの外はすべて、ロイド證券におけるものと同一である (Wright and Fayle p. 146)。なお兩會社とも船舶について三分の小損害不擔保を規定していたが、運賃については London Assurance の方が同様な免責を規定してゐた (Stevens p. 222, f. n.)。

(註三) Stevens p. 219.

Memorandum 挿入の當時ロイドの慣習として流出し易い物品、破損し易い物品については、その積載船舶が坐礁してその積付が亂されたとの推定が行われ得ない限り分損は負擔しないという取扱があつたことを述べたが、かかる推定が行われた場合保險者はその發生した損害の全額を填補したか、それともその普通の航海に必然的なもの、所謂 *customary or trade leakage or breakage* はこれを控除して支拂つたかどうかについては直接の資料はない。が、

前述の通り當時すでに Memorandum に掲げられた商品について一定割合の絶対控除の慣習が存していたとすれば、特に損害を蒙り易いこの種の物品については一層この種の慣行の存在を推定せしめる理由がある。いずれにしても現在の英國學者または實務家はこの場合における絶対的控除を認めているが、^(註一)このことは既に Valin, Pothier, Emmergon 等の諸學者の唱えたところであり、理論上も正しい見解である。^(註二)なおこの普通の漏損または破損の割合は、商品の種類と航海の如何とにより必しも一定していないが、その決定が實際上困難であるから、一般諸國では豫めその割合額を定めている。例えば獨逸においてはその第八六條により金屬製容器に入れられた液體商品は三分まで、その他の容器に入れられたものは五分までを以て普通の損害と看做すとしている。しかし英國にあつてはかかる擬制は設けられていない。^(註三)

(註一) Poole p. 157; Templeman (Greenacre) p. 192. なお特約を以て漏損または破損を負擔せしめたときは、異常の性質を有しないこれらの損害でも保險者これを負擔するが、この場合その全額を填補するか、それとも customary or trade allowance はこれを控除して填補するかはその特約の内容如何に係り、例えば “including the risk of leakage” というときには後者の如く解し、“including the risk of leakage from whatever cause arising” というときは前者の如く解すべきものとせられる (Templeman. (Greenacre) p. 193)。

(註二) 本論前編参照。

(註三) Arnold 同上。もしも英國では “leakage in excess of……per cent” というような特約が入っている場合には、ここに定められた一定の小損害割合 (franchise) は trade allowance を含むものと解せられる (Poole 同上)。フランスにおいては一八八八年の貨物普通約款はこの種の損害について一定の擬制割合を定めていたが、一九一九年約款(一一條二號)、分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

一九二八年約款(一一條一號)においてはこれを實際の慣習に一任した。しかしアメリカにおいてはこれについて約款上定めがある(Arnold s. 779)。なお積荷の性質または瑕疵の危険に因る損害の中、この種の損害に限って一定の擬制損害割合を定め、または定めることが問題になるのは、これらの損害が最もこの點において恒常性を持つてゐるからである。

Memorandum は各商品について分損不擔保および五分または三分以下の小損害不擔保の定めをなすとともに、その各免責文句に引續き、“unless general, or the ship be stranded”なる文句を挿入している。而してこの場合 unless general なる文字は畢竟 except general の意味に解すべきであつて、共同海損の性質を有する場合を除き、分損は(その全部又は一部)を負擔しない意である。^(註一)このように本條項が全部または一部の分損不擔保の例外として先づそれが共同海損たる場合を擧げたのは、本條項發生の沿革およびその意義に照して當然のことである。^(註二)しかしフランスにおいては同種約款について、昔からかかる例外の場合を認めなかつたことは先に述べた。^(註三)次に船舶が坐礁した場合にはまた例外として損害が單獨海損または小損害であつてもこれを負擔する。この例外は地中海以來の同種約款において認められないところであり、^(註四)正に Memorandum において新機軸をなすものである。しかも次に述べるように爾來各國に於る海上保險約款に採り入れられ、世にこれをロンドン條項(London clause)と俗稱するに至つた。而してこの場合損害が船舶の坐礁に原因して生じたとき、原因せず生じたとき、またその坐礁前に生じたとき、坐礁後に生じたときを問わないのである(Cantillon v. London Assurance 1754, Burnett v. Kensington 1797, Rules for Construction of Policy 14)。このような例外が設けられるに至つた理由は、かかる場合にはその損害は保險の目的の性質からではなく、その外部的事情、すなわち坐礁に原因して生じた公算が大であるから、分損不擔保または

小損害不擔保の特約を設けた一理由、すなわち損害の原因に關する疑が大いに減却されるからである。^(註五) 曾てはこの例
外文句たる *unless the ship be stranded* を船舶の坐礁に原因した場合を除きの意、すなわち第一の例外の場合同
様 *exception* の意に解したこともあつたが、この種の解釋は、直きに覆された。^(註六) しかし現代諸國においてはむしろ
船舶の坐礁(その他これに準すべき事故)に因り損害を生じた時は、分損または一定小損害を填補すべき特約を使用
するのが普通である。^(註七) 損害が坐礁に原因したと否とを問わない英國主義は一面十分な内面的理由を持つことは前述の
通りであるが、他面保險者の立場からいつて聊か責任が加重となる不都合を免れ難い。英國にあつてもすでに *Memo-*
randum 制定後五年を経た一七五四年に發生した一事件に關して、本條項に於る第二の例外は損害と船舶の坐礁と
の間に因果關係が存在する与否とを問わず、苟も航海中船舶の坐礁が起ればその損害を填補すべき性質のものである
とさう判決が下されるや(前掲 *Cantillon v. London Ass.* 參照)、*London Assurance v. Royal Exchange* 〇11
會社は事の豫期に反するものとして、倉皇としてその使用してゐた *Memorandum* の中から “or the ship be stra-
nded” なる文句を削除したことがある。^(註八)

(註一) 會つ *Cantillon v. London Ass.* 1754 において、本文句を次の船舶坐礁の場合と同様、一の條件すなわち同時に共同
海損が發生した場合でなくば分損を負擔しないの意に解したことがあるが、これは後に *Lord Mansfield (Nilson v. Smith*
1764) により誤解であると斷せられ、本文のように確定された。結局 “free of average unless general or free of particu-
lar average (單獨海損不擔保)と同意義となす (*Lord Justice Fry, in Price v. Al Small Damage Association 1889*)”。

(註二) これについては本論前編における説明參照。
分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

一橋論叢 第二十八卷 第三號

(註三) しかし現在使用の同國船舶普通約款(二六條)、一九二八年の貨物普通約款(一一條四號——もつとも貨物が帆船に積載されたときは三分の franchise を控除する)は各國の例に倣い、ともに共同海損の場合には例外を設けている。

(註四) しかし地中海約款時代においても、分損不損保の特約に關して半破船狀態發生の場合に例外として分損を負擔することのあつた事實は先に述べた(本論前編参照)。

(註五) Lord Kenyon in Nesbitt v. Luskington (Arnould s. 386, f. n. (19))

(註六) すなわち Lord Mansfield が *Smith v. Smith* 1764 にきつて(註一)参照)この例外もまた共同海損に關する例外同様、exception の意に解すべしとしたが Lord Kenyon は *Burnett v. Kensington* (1797) にきつてこれに反對した(Marshall p. 170 f. n. (n))。かかる解釋はもとより文理上許されないとあるが、近年における英國同種特別約款には *no exception* の意、すなわち原因主義に基づいて規定するものを生じた。例えば *w. a. clause, Institute, time, voyage clauses, hulls* (後出) の如きもこれである。

(註七) 英 (*w. a. clause*——(註六)参照)、日 (貨物普通約款二五條および二六條)、獨 (一一四條 “*Frei von Beschädigung ausser im Strandungsfall*” (本約款の現代解釋として分損と坐礁との間には因果關係を必要とする。後説参照)、佛 (一九二八年貨物普通約款一〇條一號 “*franc d'avaries particulières sauf……*”) 等の同種約款にあつては、いずれも損害と坐礁(その他これに準ずべきもの)との間に因果關係の存在を必要とするとしている。このように分損不擔保または小損害不擔保の例外について損害と一定事故との間に因果關係を必要とすれば、これらの條項發生の本來の意義である損害が保險の目的の瑕疵に出でたか否かの確定の困難、またはその頻發による保險者の手數の繁雜の回避という理由は全く失われ、保險者の本來の損害填補責任範圍の制限という別個の理由が新に生れて來ることになる。上掲現代各國關係諸約款は正にこの新理由に基き存在意義を有することになつたのである。なお後説本文参照。

(註八) だがロイドの個人保險業者は客の意を迎えるために、從來通りの條項に據つた。

この第二の例外をなす船舶の坐礁の場合に對し一八六〇年頃には、さらに sunk と burnt とが一般的に Memorandum^(註一)に、又はこれに代わる f. p. a. clause (後出)に追加されるに至つた。續いて從來の帆船に代わつて汽船が海洋航行に活躍するにおよび、or in collision または the damage be caused by collision がこれらに附加された。^(註四)これら保險者の責任の擴大は、要するに被保險者の要求に押され、また保險者の競争または營業政策上の必要から自然と生じたものである。かくて現在の分損不擔保もしくは小損害不擔保條項または約款について保險者が免責されるのは、暴風雨、盜難その他特殊の危険事故だけに關してであつて、實際上損害の起り易い大部分の事故の場合には、保險者はその全損たると分損たるとを問はず、全損害額を支拂うべき責任を負う結果となつたのである。

(註一) これ有名な Glenlivet 號事件 (一八九三年) において Justice Barnes が述べたところにより知られ (Gow p. 185)。

(註二) この Glenlivet 號事件までは本條項における burnt なる文字は特に限られた意味に解されることなく、貨物保險の場合その積込船舶にさへ火災が起ればよいと解されていたものが、同事件において Barnes 判事がこの場合船舶全體として火災に罹つたことを要すとしたため、ここに實際界に一大衝動を與え、爾來この burnt に代えるに on fire なる文字を使用し、以て被保險者のためにかかる嚴格なる取扱を避けんとするものを生じた。なお火災は坐礁、沈没、衝突等の事故と異り、その性質上被保險貨物だけに發生しうるものであるが、Memorandum の規定形式によればかかる場合には保險者の責任の例外的發生は見ないであろう。そこで後に現われた一九一二年の f. p. a. clause (後掲参照) では特にかかる場合に生じた貨物の損害でも保險者これを負擔すべきよう追加規定されるに至つたが、この點我國貨物普通約款 (二五條)「……船舶其ノ他ノ輸送具ノ沈没……火災ニ因リテ生シタル分損」(獨逸普通約款一一四條二項は火災が船舶上に發生したるときといつてゐるか問題はない) についても問題があると思ふ。

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

一 橋論叢 第二十八卷 第三號

(註三) Lloyd's policy の本文としては變更し得ないことになっているから、これは例えば手筆を以て追加挿入されたのである。(註四) 而してこの中後者の方が一般的に使用されている。この事實はつまり英國においても本條項の例外事故に關して因果主義に據らんとする實際界の動向を示すものである。なお衝突事故が加つた年代に關しては明確な資料はないが、Goemaere (Assurances Maritimes, Conditions des Polices d'Anvers 1887) の附録 Examen des Polices de Paris, Londre etc.) p. 183 によれば、當時のロンドン市場における分損または小損害不擔保約款に於ては、本事故は坐礁、沈没、火災等と異り、特別の挿入によつて契約されたことであるから、(Owen, Marine Insurance, Notes and Clauses 1883, p. 26 における Collective F. P. A. の註を見よ) Reference to collision is not always made とし(てある)。その頃には一般的には未だ本事故の追加はなかつたようである。もつとも上掲の Goemaere にあつても佛、白、北米等の同種約款にあつては、すでに衝突も坐礁その他の重大事故とともに當然分損または小損害不擔保の例外の場合をなしていたのを見る。なお當時における collision に關する約款追加文句の經過の詳細については Gow p. 120 に叙述がある。

以上は主として Memorandum における積荷に關する部分を説明したのであるが、同條項はさらに船舶および運賃について規定を設けている。すなわちそのいずれの保險の場合でも一般商品と同様三分以下の小損害を負擔しないが、該損害が共同海損であるか、または船舶が坐礁した場合には例外としてかかる損害を負擔すべきものとしている。従つてこれが解説は大體積荷に關して今迄述べ來つた所で盡ると思ふ。なお船舶および運賃に關する單獨海損または小損害不擔保の特約は地中海時代は無論のこと、英國でも本條項制定以前には見かけなかつたようである。この事實は先にも一言した通り昔時は船型は小さく、従つて分損の發生も後代における程頻繁でなかつたことに起因するのである。(註一) なる London Assurance と Royal Exchange の二社の Memorandum には初から運賃に關してはかかる

小損害不擔保の特約を設けていなかった。^(註二)

(註一) 本論前編における説明、および後出 total loss only の特約の説明参照。

(註二) Marshall p. 169. f. n. (r); Wright and Tale p. 147 参照。

一七四九年ロイド證券に追加挿入された Memorandum は一七八〇年代に至りハンブルグに傳わり、特に毀損し易い積荷は“frei von Beschädigung ausser in Strandungsfälle” (坐礁ノ場合ノ外、分損(單獨海損)不擔保)の條件で保険に付せられることになつた。^(註一)そしてその目的は損害發生の場合、その原因に關して當事者間における果てしない紛争を避けるにあつた。十九世紀の初には本約款の使用は未だ限られていたが、漸次これが擴大され、遂に一八六七年の同市の普通約款においては積荷は原則としてこの單獨海損不擔保の條件で保険に付せられたものと^(註二)し、特に保險者の責任の擴大されるべきものは新にその品目を約款中に列擧することになつた。^(註三)なおこの一八六七年の普通約款においては、當時制定された同國商法の規定と歩調を合せ、本條項の例外的場合として坐礁の外、さらに^(註三)顛覆、沈没、難波および火災を加えた。これも年代の關係からいつて英國における同種約款における追加事故に就つたものである。フランスにおいてもその特有の“franc d'avaries”の特約から“franc d'avaries particulières”の特約と進展し、これがさらに英國同種約款の影響を受けて“franc d'avaries particulières sauf……”(一定事故ニ因ルモノヲ除キ分損不擔保)^(註四)として現在同國の實際において分損を蒙り易い一定商品に關して使用されるようになったことは、既述した通りである。

(註一) 同國においても和蘭から傳わつた (Costumen der Stadt Antwerpen von 1609, Reitz 拙著、譯、前編第二章近世

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

一 稱論叢 第二十八卷 第三號

における海上保険法の發達、和蘭の項参照) “frei von Haveret”, “frei von Beschädigung” なる同種約款は昔から存在していたが、これとは別に本文のような船舶坐礁の場合に一定の例外を認める條項がロンドンから渡來したのである (Kieselbach, Die wirtschafts und rechtsgeschichtliche Entwicklung der Seevericherung in Hamburg 1901, p. 146)。なお本約款も初めは文字通り船舶坐礁のときは例外として分損に對する保険者の責任を認めていたが (Pohls, Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts, Assecuranzrecht 1ster Teil S. 329) 後にそれは分損と坐礁との間に因果關係の存在を必要とすると解するに至つた (Rittas S. 1293)。なお現行一九一九年普通約款第一一四條第一項第二號参照。

(註二) なお現行海上保険普通約款第八二條参照。

(註三) 現在の普通約款においては以上の外、他船との衝突、射撃、爆發が追加されている (一九一九年海上保険普通約款一一四條二項参照)。

(註四) ここにいづゆる一定事故は必要に應じて決定されるものであるが、貨物普通約款第一〇條第一號によれば火災、坐礁、難破、または海水が浸入した結果避難港に寄航して、尠くとも積荷の四分の三を積卸す必要を生じた場合を指し、さらに貨物が陸上に藏置され、または陸上もしくは河川運送中のときには地震、噴火、津浪、大潮、汽車の脱線、または衝突、橋梁または隧道の破壊が追加される。なおフランスにおいては船舶についてはこの種の約款は使用されないことである。その譯はかかる例外を認めるときには、船長は保険者より填補を得んがために、故意にかかると一定の事故の發生を促す惧があるからである (Ripert n. 2664)。この種の考え方は曾て Valin が franc d'avarie 約款そのものがすでに船長をして全損の發生を誘致する惧があるから、かかる特約は無効であると解したのと (前述参照) 一脈の關係があるように思われる。

II “with average”, “free from particular average”, “total loss only” の沿革

(一) 總説

Memorandum はその制定當時にあつては、極めて通商、貿易界の實情に適したものであつたが、何分分損不擔保または五分の小損害不擔保の特約が適用される品目が限定されているため、時代の變遷に應じてこれが改正を行う必要を生じた。ことに一般商品を通じて保險契約者は保險料の低廉を欲する關係から、分損不擔保の取極めの需要が激増したが、本條項自體(ロイド證券の本文)の改訂は行わないことになつていた結果、新に特別約款を作成してこれをロイド證券に挿入することにした。かかる特別約款に大別して三種類があり、いわゆる with average (w. a.) clause (分損または單獨海損擔保)、すなわち小損害不擔保)、free from particular average (f. p. a.) clause (分損または單獨海損不擔保)、total loss only (t. l. o.) clause (全損ノミ擔保)の特約これである。^{(註一)(註二)}この中 w. a. clause の變遷は大體 f. p. a. clause のそれに並行するものであり、その意義も Memorandum 發生當時におけると異り、その内容が兩者交錯して複雑となつた時代にあつては、その間に根本的差異はなくなり、兩者とも昔のように損害の原因に關する紛争の回避、小損害填補に關する手数の省略のための外、危険率の異なる物品に對する保險料の均等化、保險料の低減等の目的のためにも使用されるようになった。なおこの兩種約款とも、Memorandum 作成後暫らくして世に現れたようである。

(註一) これらにも各々種類がある。すなわち、w. a. clause に關しては普通のもの外、坐礁(膠沙)、沈没、火災、衝突等の事故發生の場合に、またはかかる事故に因り生じた損害が一定小損害額に達しまたは超過しないときは、保險者はその責を免れる。而してかかる損害が一定小損害割合額に達しまたは超過したときは、その全額またはその超過額につき責を負うもの。分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

一橋論叢 第二十八卷 第三號

となすものがある（アントワープ普通約款一〇條、北米合衆國約款（Goemaere p. 209）¹）わが船舶保險特別約款第四種、Excess 10% or 20% P. A. 參照）。この種の W. a. 約款は普通の W. a. 約款に比しより保險者の立場は一層安全または有利となることは言を俟たない。次に F. P. a. clause に關しても普通のもの外（これを特に F. P. a. unless ということがある）分損（單獨海損）不擔保に例外を認めないもの——ただし全部または一部の共同海損はこれを負擔する——いわゆる F. P. a. absolutely なるもの（Institute Clauses, Time (12), Voyage (8), Hulls, わが船舶保險特別約款第三種參照）。この F. P. a. absolutely】は主として船舶保險に使用される。けだし船舶、ことに劣等船に關して坐礁その他一定事故發生の場合、または事故に因る分損に對して責任を認めることは、これらの事故が實際上主たる災害の場合をなす事實に鑑み、且、また船舶は積荷と異りかかる事故に因り分損を蒙ることが頗る多いため、保險者の責任が過重なることを恐れてのことである。また T. L. O. についても本來のものの變種として現實全損だけを負擔するもの、すなわち推定全損はこれを除くもの（against the risk of absolute total loss only (Arnould s. 902)）² 損害防止費用を負擔しないもの（T. L. O. no s/c——この no s/c は no salvage charges の略字であるが、これによりロイヤルの慣習上 no stuing and labouring charges を意味せしむる。なほこの種の特約は主として再保險の場合に使用する（Domas p. 463, 464, Chalmers p. f. n. (b)）³）積荷その他目的が當該船舶の全損に因り全損を蒙じた場合だけ填補するもの（Against total loss of the vessel only——Owen, Marine Insurance, Notes and Clauses 3rd ed. 1890, p. 42), (against total loss by total loss of vessel (杜瀬博士四六九頁)) 等がある。以上諸約款の内容および解説については拙著海上損害論二六七頁以下參照。

（註二）わが現行船舶特別約款には單獨海損不擔保三種類（第三種 F. P. A. absolutely including R. D. C., 第四種 Excess 10% or 20% P. A., 第五種 F. P. A. unless etc. R. D. C.）⁴ 全損不擔保二種類（第一種 T. L. O. 第二種 F. A. A. s/c）が定められてゐるが、この中後の種類は明治初年以來我國海上保險會社が英國の例に倣ひ、船舶保險の引受に使用した約款に由來し、前の種類は日露戰爭以後わが海上保險業の發展に伴つて生れた約款に基づく（東京海上火災保險株式會社六十年史三

○四頁参照)。なおこれらの約款の内容および解説については拙著海上損害論二六七頁以下参照。

(2)、“free from particular average”

f. p. a. clause の冒頭文句は Memorandum に於ける冒頭文句と變るところがなかった。すなわち、Warranted free from average unless general, or the ship stranded といふのであった。そしてこの文句を有する特別約款が Memorandum 中の分損不擔保の特約に掲げられていない品目の商品に適用された。次にまた Memorandum における同様、分損不擔保の例外を生ずる場合の事故として stranding の外に sunk と burnt とが加わり、また “average unless general” の意味を明瞭ならしめるため、particular average なる文字が使用されるに至り、本特約の内容は warranted free from particular average unless the ship be stranded sunk, or burnt といふた。やうに船舶だけになく解にいつても同様な例外の場合を認める必要を生じ、^(註一) 本特約は Warranted free from particular average unless the vessel or craft be stranded, sunk or burnt, each craft or lighter being deemed a separate insurance といふように改められた。船舶の衝突が重大海上事故の性質を帯びるに至るとともに、これを例外の場合の事故に追加することとなり、これにいつては in collision なる文字を用いたこともあるが、既述のように多^(註二)くは or the damage be caused by collision with any other ship or vessel またはこれに類する文句を挿入した。やうにまたいづゆる特別費用 (special or particular charges) の負擔に關し、^(註三) To pay warehousing, forwarding and other special charges if incurred なる文句 (forwarding clause) が加えられたが、本文句の最後の other special charges なる字句は廣義に失する點もあるし、保険者はこれにより普通の保険証券において負擔することを要す

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

る以外の費用をも負擔するよう解される惧があつたので、前掲の if incurred を削除し for which underwriters would otherwise be liable なる文字を置^(註二)いた。すなわち To pay any special charges for warehouse rent, re-shipping or forwarding, for which underwriters would otherwise be liable. とするのがその改正約款の内容である。さらに進んで積替中に積荷の各梱が海中に墜落し、その他事故に因り滅失することあるべきことを慮り、この各の全損(本來は分損である)をも本特約の下に負擔されるべきものとす。 To pay the insured value, of any package or packages which may be totally lost in transhipment とした。以上は結局 f. p. a. clause となる。保險者の責任の擴張の變遷であるが、最後にこれに對して保險者の責任の制限が行はれたことがあつた。それは Suez 運河における grounding (乗上げ) はこれを stranding と認めながら、しかし損害が該事故の原因して生じたことを證明したときは、如何なる損害でも支拂うとすのである。而してかかる特約を設けた理由は、メエズ運河の如き普通船舶の乗上げが積荷に損害を與えない場所にあつては、船舶坐礁の場合、積荷について發生した損害を直ちにこの坐礁の結果と推定することは不合理と思われるからである。かくて一八八三年にはロイド組合に集合せる英國海上保險業の總會はこれらの各文句を結集した次のような内容の f. p. a. clause を採用し、爾後反對の特約なき限り本約款はこれによるべきものとされた。

“Warranted free from particular average unless the vessel or craft be stranded, sunk, or burnt, each craft or lighter being deemed a separate insurance. Underwriters notwithstanding this warranty, to pay for any damage or loss caused by collision with any other ship or craft, and any special charges for

warehouse rent, reshipping, or forwarding, for which they would otherwise be liable. Also to pay the insured value of any package or packages which may be totally lost in transhipment. Grounding in the Suez Canal not to be deemed a strand, but underwriters to pay any damage or loss which may be proved to have directly resulted therefrom."

(註一) 辭の坐礁は Hoffman v. Marschall (1835) によりこの例外の場合に屬せずと判決せられた。

(註二) 被保險危險の必然的結果發生した unshipping, landing, warehousing, reshipping, forwarding 等の諸費用は今日
は當然 particular charges として保險者の負擔に歸すべきものと認められ (Arnould s. 869) 當時はこれらの費用が果して
particular charges の中に入るや否や不明とせられたため (Owen, Marine Insurance, Notes and Clauses, 1st. ed. 1883,
p. 22) 本文のような特約を設けたのである。

(註三) これは畢竟單獨海損擔保の條件の下に負擔されるべき諸費用を指すのである。本來ならば被保險積荷が船舶の坐礁その
他一定事故に因り損害を蒙る場合を除き、單獨海損を蒙る虞のある場合の費用は F. P. A. clause においては負擔しない筈で
あるが、實際問題として果して全損發生の虞があるか、分損發生の虞があるか、明かでないことがあるから、この點から生ず
る當事者の争を避けるためにかかる特殊規定を設けたのである。

なおこれに對して船舶(期間保險)については一八九〇年に次のような Institute (w. a.) clause (註) が定められた
が、積荷に關する同種約款と比照してその著しい特長と見られるのは、小損害不擔保の例外についてその重大事故中
に船舶の衝突を加えていないことと、これらの重大事故について單なる發生主義を採らず、原因主義を採っているこ
とである。かくして船舶保險にあつては積荷保險に比して保險者の責任を一層制限したことになるが、この點につい

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

つは先に述べたところを併せ参照するをべきである。

("Warranted free from particular average under 3 per cent, but nevertheless when the vessel shall have been stranded, sunk, or on fire underwriters to pay the damage occasioned thereby. No claim shall be allowed in respect of scraping or painting the vessel's bottom, whether she be stranded or not; but the expense of sighting the bottom after stranding shall be paid, if reasonably incurred, even if no damage be found.

Grounding in the Suez Canal, or in the Rivers Parana, Danube, Demerara, or Bilbao, or on Yenikale or Bilbao Bars, shall not be deemed to be stranding."

(註) 貨物約款の F. P. A. clause に當る船舶約款はもとより船舶の F. P. A. clause であるが、実際上は後者に代えて F. I. O. が行われているから、ここではこれに對應するものとして船舶約款の W. A. clause を採用したのである。なお本節 (二) "F. I. O." の項の説明参照。

上掲の貨物分損不擔保約款は一九一二年 Institute of London Underwriters がこの Institute Cargo Clauses を作成する際幾多の訂正を受けてこれに採用されたが、中でも主たるものは火災が発生した場合、これに因つて船舶が炎上したときに限らず、貨物だけが燃えたときでも保険者はこれが損害填補の責任がある旨が追加されたことと、一八八三年の約款にあつたスエズ運河における乗上げは坐礁と見ないという規定が削除されたことである。その後一九二四年には Muller v. l'Union Maritime de Paris 事件が起きて、一九二六年ならにこれに一部文句の追加が行

われた。すなわち同事件にならば House of Lords は Memorandum は専ら船積後の積荷に對してだけ適用され、積込、陸揚前の陸上危険に對しては（類推）適用なきことを明かにしたため、^(註一)これに代わる W. a. または F. P. a. の下にならば倉庫約款（Warehouse to Warehouse clause）が挿入された場合、これらの約款が倉入貨物に適用のなきことを屬し、This warranty shall operate during the whole period covered by the policy なる文句が追加されるに至るのである。かくして現在使用せられてゐる本約款は次の如き内容のものになつた。

Institute Cargo clause (F. P. A.) 5. F. P. A. clause.

Warranted free from Particular Average unless the vessel or craft be stranded, sunk, or burnt but notwithstanding this warranty the Underwriters are to pay the insured value of any package or packages which may be totally lost in loading, transhipment or discharge, also for any loss of or damage to the interest insured which may reasonably be attributed to fire, explosion, collision or contact of the vessel ^(註二) and/or craft and/or conveyance with any external substance (ice, included) other than water, or to discharge of cargo at port of distress, also to pay landing, warehousing, forwarding and special charges if incurred for which Underwriters would be liable under a policy covering Particular Average, This clause shall operate during the whole period covered by the policy.

(註一) これ Lloyds policy がその發生内容において固有の海上危険負擔證券たる性格を帯びているところから決せられたことであるが、多少形式的解釋たる議を免れ得ない。わが國を始め一被詰國においてはかかる場合、當然分損不擔保または小損分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

害不擔保の特約の陸上危険に對する類推適用が認めらるべきである。な[※] Hochgräber, Umlang unter der Deckung der englischen Warehouse to Warehouse Clause (Festgabe, Neumann's Zeitschrift für Versicherungswesen 1926, S. 48)

参照。

(註二) この文字は一九四六年附加された。

乍らに船舶に關する w. a. clause としては現在次の如きものがあるが、實質的には小損害不擔保の原則の例外に於いてその重大事故中に衝突が加わつたことと、船舶の乗上げをここにいわゆる坐礁と見ない特定場所として「運河その他が加わつたことの外は先行一八九〇年の同種約款における別段變りはないのである。」

Institute Time Clauses, Hulls 12,

“Warranted free from particular average under 3 per cent. but nevertheless, when, the Vessel shall have been stranded, sunk, on fire, or in collision with any other Ship or Vessel, Underwriters shall pay the damage occasioned thereby, and expense of sighting the bottom after stranding shall be paid if reasonably incurred, even if no damage be found.”

”

14,

“Grounding in the Panama Canal, Suez Canal or in the Manchester Ship Canal or its connections, or in the River Mersey above Rook Ferry Slip, or in the River Plate (above a line drawn from the North Basin Buenos Aires to the mouth of the San Pedro River) or its tributaries, or in the Danube, Demerara

Bilbao River or on the Yenikale or Bilbao Bar, shall not be deemed to be a stranding.”

(註二) “total loss only”

船舶は比較的近年に至るまではその容積割合に小さく、海難に因る受損の程度、度合は特に普通の積載貨物と異なるを見なかつたが、十九世紀後半近代的船舶が航行に従事するまでは普通貨物と同様に三分の分損を不擔保とする Memorandum の規定、または一定の小損害割合を不擔保とする分損不擔保約款で事が足りていた。而して大型船舶の航海が盛になつた時代になつても、船舶保険は貨物保険におけるように F. P. A. の形式によるよりも保險者はこれを一層その責任を制限したものであるを便としたため、新に F. I. O. または F. A. A. (free from all average) ^(註一)なる特約が作成せられることになり、現在英國では損害を受け易い貨物について F. P. A. clause が使用されるに對して、老齡船舶は一般に F. I. O. で契約されることが多いのが實狀である。 ^(註二)

(註一) total loss only の特約は free from all average (F. A. A.) と同一視する學者もあるが (村瀬博士四六〇頁、なお本邦船舶保険特別約款第一種および第二種表題参照) McArthur p. 312 は任意救助料 (Salvage charges) の負擔に關し、兩者間に相違点があるであろうといつてゐる。すなわち前者においては該費用を負擔しないが、後者においてはこれを負擔するところである。

(註二) F. I. O. はこの外積荷再保險に關しても用いられる (Arnould, s. 902)。

65
F. I. O. による契約に關する訴訟事件として古くものは一八六三年の Adams v. Mackenzie である。しかし Geomaere (Assurances Maritimes, Conditions des Polices d'Anvers 1887) の附録 Examen des Polices de Pa-
分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

His, Londres, etc. はそのロンドン市場約款中には未だこれを擧げていないのであるから、英國では當時まだ一般的にはこの種の約款は行われていなかったのではないかと思われる^(註一)。本特約の下においては保険は現實全損 actual total loss) をよびこれに準ずべき解釋または推定全損 (constructive total loss) ならびに損害防止費用だけを負擔する^(註二)。従つてフランスにおける franc d'avaries の特約と一致するところが多い^(註三)。されば本特約は一應英國海運、貿易界の需要に應じ自からその發生を見たものとの解釋をなすことは誤りではないが、またフランスの上掲約款から示唆を受けてその作製を促がされた事實がないともいえないやうである。

(註一) Goemaere はアメリカ合衆國約款として free of general and particular average すなわち contre perte totale seulement なるものを掲げている (同書 p. 210)。なお村瀬博士四六八頁は「全損ノミ」擔保の契約は歐洲において十八世紀の末葉までは盛に行われたが、近時漸く減退するに至つたと説かれている。しかしこれはかの franc d'avarie の契約のことではないかと思われる ((一) Memorandum の生成および解説の項におけるフランス約款の説明参照)

(註二) もじとも franc d'avarie の方は損害防止費用をも負擔しない (同上参照)。

わが國現行の船舶特別約款「全損ノミ」擔保條項を仔細に觀察する者は次の諸項につき疑問を抱くであろう。(1) 第一種において保険者は専ら全損だけを負擔するに拘らず、英國の T. I. O. (全損の外、損害防止費用をも負擔する) なる慣用句を當徴めたこと、(2) 第二種において全損の外、約款にいわゆる救助費 (これは現行普通約款上損害防止費用、これに準ずべき費用および共同海損費用を含む) をも負擔する場合に英國の T. I. O. を當徴めないので T. a. P. S. C. を用いたこと、これである。

(註) これは例えは船舶が一應遭難するも大した損傷を受けることなくして安全港に入航したような場合の費用を指すのである。先づ(1)から述べれば先にも一言したように、本邦における「全損ノミ」擔保條項はわが國の保險會社が營業を開始して以來用いられたところであり、當時における英國の T. I. O. または F. A. P. の内容をわが國に引寫したものである。しかし當時は未だ(舊)商法も制定されおらず、またわが海上保險證券中には英國證券のように損害防止條項 (Sue and Labour clause) も存しなかつたので、損害防止費用はこれを負擔する義務がないものと解された。その結果は元來英國の當該特別約款に依りつつもその内容はこれと異り、損害防止費用を負擔しない、同種約款が生れたのである。(2)その後「全損ノミ」擔保で契約したときでも救助費(上掲参照)を負擔しないときは、船主は事故發生の際とかく損害防止を怠り、その結果は全損の發生を招き保險者の利益を害することが多い事實に鑑み、ここに新に「全損ノミ」救助費擔保という新約款が生ずるに至つた。而してこれを英文で表示する際、最早 T. I. O. を以てすることは前掲の沿革に照して不都合な事情があるため、これと同義語と解せられた H. A. P. を以てしたものの如くである。ただここに疑問となるのは、しからば何故さらにこれに S. O. を附加したかということであるが、本來ここに S. O. とするのには salvage charges すなわち任意救助料のことであつて(もつとも再保險における慣用句として特に S. O. の略字を以て) Sue and Labour charges を表示することはある)、英國ではこれを Sue and Labour Charges の中に入れていない結果、それを負擔する必要があるときは特にこれを附加することになるのである。わが國の場合には實はこの例に倣つたのであるが、本來 salvage charger は共同海損費用を含まないから、この追加だけでは本邦約款における救助費を蔽う譯には行かない。かくて本邦船舶特別約款における第二種の英文名たる H. A. P. S. O. は、

分損不擔保および小損害不擔保の特別約の起原

その内容たる全損および救助費擔保と完全に一致するものといひ得ないのである。ただ救助費擔保なる言葉はわが國では從來から使用していたものであるが、その意義または内容が曖昧であり、ただ漠然とこれを遭難の場合に支出されるべき諸費用のことと解していた有様であつたため、その當初はとにかく、遂に今日の如く共同海損を含めた廣汎な内容のものとして解する商慣習が生れたのである。さればこの特約はわが國獨得のものであつて、これと正確にその内容の合致する英國約款は見當らない譯である。

(註一) *F. a. p.* の意義に關しては前述参照。

(註二) なおわが國においては明治初年以來英國海上保險取引の慣行と、わが商法の規定とに挾まれて、「全損ノミ」擔保なる慣用句についてその解釋が如何なる變遷を見せたか、またそれに應じて「全損ノミ」救助費擔保または「全損ノミ」救助費不擔保なる慣習句が如何に交互錯綜して使用されたかに關しては、村瀬博士四六四頁を参照すべきである。