

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 の沿革前編——

加藤 由 作

一 分損（單獨海損）不擔保の特約の起原

分損不擔保の特約の起原について Stevens, Wright 等の學者はこれを一五二六年の Firenze の法令に求めんとしているが、^(註一)俄に贊成できないと思う。すなわち同法令第一條によれば奴隸、果實、馬、穀物、葡萄酒、鹽肉、硫酸、

牧羊、明礬、寶石、油、鐵鑛、陶器、地金銀、加工もしくは鑄貨された金銀等の海上運送中損害を蒙り易い商品は具體的表示によつて保險を付することを要し、商品 (mercanzia) なる一般的名稱を以てすることを得ず、もしこれに反するときは契約は無効となり、しかも被保險者は保險料の返還を保險者に請求し得ずとされた。これはもし被保險者が豫めその品名を具體的に明示していたとすれば、^(註二)保險者はその保險の引受を全く拒否していたか、少くとも一層高率の保險料を要求してその引受をなし得た筈であつたからである。従つてこの規定は一定損害（例えば分損）に對する保險者の免責すなわち責任制限そのものを目的としていたのでなく、一定商品に關し契約上具體的表示を勵行せしめるためであるか、あるいはまた被保險者がかかる表示を怠つた場合における善後處置を定めてゐるに過ぎないので

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

2

(註三)(註四)

ある。場合によつては一定損害不擔保の特約は商品を一般的表示によつて保險に付することが認められるようになつたとき、そこに始めてその誕生を見るものであるといひ得よう。さればこれを以て分損不擔保の特約の前身をなすという見方には異存はないが、これを目して本特約そのものの發端をなすという説には反對である。乍ら Emerigon, Valin、村瀬博士等の學者は本特約の淵源として十七世紀末イタリーにおいて行われたものを擧げる。^(註五)それは Targa, Preponderazioni sopra la contrattazioni maritime 1692, Cap. 52, not 18, pag. 230; Casaregis, Discours legales de commercio. 1707, 47 の報するところによるものであるが、曾てシエーナにおいて日常近距離間を食料品の運搬に従事する小船において絶えず分損(單獨海損)が発生し、その原因が海上危險なりや、それとも積荷の性質にありやに關して當事者間に争が絶えなかつた結果、これを防止する目的を以て escluso getto & avaria (投荷および分損不擔保)なる特約が生れたという。しかし實際はそれより百五十年前の Sevilla の法令(一五五六年)中に既に今日における單獨海損不擔保の特約に當るものが規定されているのである。すなわちその第四十六條の

“Que ninguna mercaderia que se asegurare de vendita de Indias pueda aver averia de daño, ni falta que traiga la tal mercaderia. Y si algun daño, ó falta huviere, ha de ser á cargo del cargador, y no del asegurador, sino fuere solamente averia gruesa de echazon, que esta tal ha de ser á cargo de los aseguradores por su parte conforme á la ordenança de arriva num. 36.”

「印度ヨリ積送ラレタル商品ニ付テハ普通ノ分損ヲ填補セス。斯カル分損ガ發生シタルトキハ、荷主ノ負擔ニ歸ス、但シ投荷ニ因リテ生シタル共同海損ニ對シテハ保險者ハ本法令第三十六條ノ定ムルトコロニ從ヒ責ヲ負フ」^(註六)

というのがそれである。當時如何にしてかかる特別の規定が必要とされたか、また如何なる理由で分損の中、共同海損に對して保険者は例外として責を負うことになつていたかは必ずしも明瞭ではないが、恐らくは當時の事情に照し損害の原因に關する當事者間の争を避けんためであり、また投荷に因つて生じた共同海損に對して保険者の例外的責任を規定したのは、この場合には損害の原因が自ら明かであつたからであらう。^(註七)その後に見われた同種約款としては前掲イタリーにおける *escluso getto & avaria* の特約を擧げなくてはならないが、これに對しては *Targa, Casaregis* によれば當時特殊の解釋が附せられていて、いわゆる重大でない分損および重大でない投荷 (*di modica avaria e di modico getto*) および危険の切迫しない中に行われた投荷に對しては本特約により保険者はその責を免れ得るが、重大な分損および重大な投荷、ならびに共同海損に對してはその責を免れ得ずとしていた。さらにまた半ば破船状態 (*demi-naufrage*) に陥つた場合の損害についても同様^(註八)に論じられた。すなわちこれによりイタリーにおける分損不擔保の特約は當時、實際上小損害不擔保の特約と同一内容を有していたことを知りうる。もとよりこれを純理からいえば分損不擔保の特約と小損害不擔保の特約とはその種類を異にし、その起原も常に同一と稱し得ないが、實際上は兩者は多分に共通の意義を有しているから、上掲のイタリーの分損不擔保の特約が實際上は小損害不擔保の特約と同様に解せられていたことは必ずしも不可解でなく、寧ろこのことは甚だ吾人の興味をそそるものがある。^(註九)

(註一) Stevens, *An essay on average*, 5th ed. 1835 p. 218; Wright and Fayle, *A History of Lloyd's*, 1928 參照。

なお前者はこれを一五三〇年のフローレンスの保險證券といつてゐるが、これは本文に掲げた通り、一五二六年の同市の法令の誤りである。

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

(註二) Pardessus, Collection de Lois Maritimes antérieures au XVIIIe Siècle, 1828—45, IV p. 602; Reatz, Geschichte des Europäischen Seeverversicherungsrechts (拙著譯「歐洲海上保險法史第二六節」)。なおロイヤル證券における被保険利益條項の解説参照。

(註三) なお四附説における所論参照。

(註四) これに類似の規定は一五三八年の Burgos の法令中にも見出される。同法令第一條は葡萄酒、乾葡萄、油、砂糖、糖蜜、鹽、柑橘類、穀物および梱に荷造された羊毛は個別的名稱を以つて保険に付することを要し、もしこれを怠れば保険者は責任額の三分の二に對してだけ責あるものとしていたが(すなわち三分の一の擔保)、これ畢竟正當に表示せられたならば保険料の三分の二を増徴し得た筈であつたからというにある。しかしこの場合も規定の本來の趣旨は保険者の責任制限にないから、その内容を以つて直ちに一定損害不擔保を定めたものとなすことを得ない(Pardessus 同上 VI p. 141; Reatz 同上第三五節)。しかしこの規定は同法第二九條により改訂され(同一法令において訂正規定と訂正された規定とが併存するのは奇異であるが、これは Burgos のこの法令の生成の特殊事情に基づくのである——Reatz 同上第二八節参照)、損傷し易い貨物、例えば菰包の羊毛(これは後に削除)、鹽、葡萄酒、魚類、小麥、裸麥、大麥および果實については損害原因に關する紛争を顧慮して一切損害填補の責を負わないものとした(Pardessus 同上 p. 181; Reatz 同上第三八節)。また一五五六年の Sevilla の法令第五九條も奴隸および動物はこれを明示して契約することを要し、これに反するときは保険者は損害填補の責を免れる旨を規定し(Reatz 同上 p. 89; Reatz 同上第五一節)。また Guido, Ch. II Art. IV (Clerac, Les Us et Coutume de la mer, Bourdeaux 2e éd. 1661, p. 224)によれば食料および果實は容器、包装の關係上漏損、目減、腐敗、發熱等を生じ易いため、保険契約上これを明示することを要すとし、且この明示を要すべき理由として一はこれにより保険者は保険料の増徴を計り得べく、他は保険者の負擔すべき損害についても各別の取極または取扱を行いうるからという事實を擧げている。そしてここにおいて各別の取極または取扱 (le règlement & l'observation des Avarie) が如何なる内容のものか判明しな

いが、もしこれが單獨海損不擔保の意味のものなればこの種の約款は當時既に行われていたとしなくてはならない。しかしこの點を明確ならしむべき資料は今のところ存しない。なお現行フランス商法第三五條は上掲の趣旨に則り、損傷を受け易い性質の積荷についてその品名の明示をなすべきを規定しているが、現在では各商品の保険料の平均化（および保險者の責任制限）のために、その實用は廢止されて了る（Ripert, Droit Maritime Tom III n. 2769）。なお四附説における所論參照。

〔註五〕 Emerigon, Traité des Assurances et des Contrats à la grosse, 1783, Nouvelle éd. par Bourlay-Party 1827, II p. 8; Valin, Nouveau commentaire de l'Ordonnance de la marine du mois d'Août 1681, 1760; Nouvelle éd. par Becane 1840 (Des Assurances § 47)。海上保險講義要領（村瀬保險全集）四六七頁。

〔註六〕 Pardessus 同上 VI p. 85, not. (1) によれば本慣行はバロセロナの法令において暗黙に認められていたとのであるが、その根據については何も述べていない。なお Reate (同上第五一節) は本條を註釋して單に小額の損害は填補されないとだけいつているが (Kleinere Beschädigungen werden nicht ersetzt)。これでは説明が不十分である。

〔註七〕 このことは次に現われたイタリーの escluso scoto & avaria の特約發生の趣旨（本文前述參照）よりして推測し得よう。

〔註八〕 例外として半破船状態に陥つた場合に分損に對する保險者の責任を認むることは、後にロイド證券に現れた memorandum において分損または小損害不擔保の例外の場合として船舶の坐礁の場合を擧げるに至つたこととは、もとより直接または具體的關係は存しないが、やはりそこに共通な實際上の必要といつたものが働いているのではないかと推測せられる。なおかかる例外的解釋が生れた理由として Targa, Casaregis 等は、これは契約の性質上當然のことであるが、今一つは放置すれば全損を生ずべき遭難の場合でも船舶の救助が行われ、結局保險者の利益にもなるからという點を擧げている (Emerigon 同上 II p. 9)。

〔註九〕 今日英國海上保險法第七六條第二項の如きも小損害不擔保の特約を分損擔保 (with average) の例外と見ず、分損または分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

は單獨海損不擔保の特約の一種 (warranted free from particular average, either wholly or under a certain percentage) と見ていることは、發生的に論じても意義のあることである。

イタリーにおいて發生した分損不擔保條項は一方英國に傳わるとともにフランスにも移入されたが、今これを後者について見るにこれは "franc d'avarie" として分損の發生が頻繁であつた東印度、アメリカにおける佛領諸島へ、もしくは同所より積出の貨物、または近東、北阿より積出しの貨物について使用された。これに反して近東、北阿への積出の貨物、西、葡、伊、佛沿岸、西領「アメリカ」へ、または同所より積出の貨物については普通の條件、すなわち分損不擔保の條項によつて契約された。^(註一) ただし同國にあつてはイタリー約款におけるが如き特殊解釋、すなわち分損といえども重大損害または共同海損の性質を有するものは例外として負擔するという解釋は認められなかつた。これは約款の解釋はまずその字句を尊重してなすべしという理由から來ている。すなわち "franc d'avarie" の特約を以つてするとき、保險者は専ら全損および委付をなしうる場合の損害 (sinistres majeurs)^(註二) に對してだけ責を負ふこととなる。この事實は一七五〇年フランスの法廷において行われた一訴訟事件に關して、原告が Targa, Casaregis の所説を引用し、分損たる大損害の填補を要求したのに對して、同法廷において下された判決によつて認められる。^(註三)^(註四) この "franc d'avarie" の特約の効力に關しては當時の學者間に異論があり、Vain はかかる特約は (フランスにおける解釋によれば) 全損および委付の場合の損害だけしか負擔しないから、船舶遭難の際にはややもすれば船長はこれが救助に努力する熱を失ひ、全損の發生を希望する傾向を誘致する結果、公益に害があるものである。されば本條項は小航海の場合を除き、一般には無効であると解した。^(註五) これに反して Potier,^(註六) Emerigon はいづれも特にこれを

無効と解すべき理由なしとした。かくてイタリーより継受した分損不擔保條項ではあるが、フランスに入つてからはその解釋が嚴格となり、むしろ今日の「全損ノミ」擔保 (total loss only) の特約と變りないものになつた。しかし近年になつてこの“franc d'avaries”は“franc d'avaries particulières”に取つて代わられ、分損を蒙り易い積荷についても實際上共同海損たる損害はこれを負擔すべきものとするようになつた。^(註八)

(註一) Emerigon 同十 II p. 10

(註二) 同上 p. 15

(註三) かかる解釋は現在のフランス商法第四〇九條においても採られている(拙著、海上損害論三二七頁)。なお十八世紀の終つておいては、この特約の變種として“franc d'avarie particulier”(單獨海損擔保、從つて共同海損は負擔する)なる特約も行われるに至つた(Emerigon 同十 II, p. 10)。

(註四) “franc d'avarie”の特約はその起原が前述の通りイタリー都市において發生した保險取引の慣習にあつたため、次に述べる小損害不擔保の特約と異り、Ordonnance de la marine 1681(本法令は Guidon の所説を繼承したものである)に取入れられることなく、現行商法(四〇九條)(Art. 409—La clause (franc d'avarie) affranchit les assureurs de toutes avaries, soit communes, soit particulières, excepté dans les cas qui donnent ouverture au délaissement, et, dans ces cas, les assurés ont l'option entre le délaissement et l'exercice d'action d'avarie.)^(註五)となつて初めて法典に規定されるに至つたものである。

(註五) Valin 同十 (Des Assurances § 47)

(註六) Pothier, Traité du contrat d'assurance, Nouvelle éd. par Estrangin 1810, n. 166

(註七) Emerigon 同十 II. p. 13

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

(註八) De Smet, *Les Assurances Maritimes* 1934, p. 419. 尙佛貨物普通約款(一九二八年)第一〇條第一號參照。

以上述べたところにより單獨海損不擔保の特約はいわゆる海上保險の地中海時代にその發生を見、貨物、ことにその初期においては食料その他の特に損害を蒙り易い商品について行われた事情を知り得たが、船舶、運賃の被保險利益については未だその跡を見ない。これらについては恐らくは漸く十六世紀以後海上保險取引の中心が地中海沿岸諸國から去つて、大西洋沿岸に移つてからこの種の約款が用いられるに至つたことと思われる。英國においても一七四九年にロイド證券に追加された Memorandum には始めから船舶、運賃の被保險利益については専ら小損害不擔保の特約(三分以下の單獨海損不擔保の特約)だけが規定されていたから、當時一般にはこれらの被保險利益については單獨海損不擔保の特約またはこれに代るべきものはまだ行われなかつたものと思われる。^(註九)

(註) つまり昔時は船舶の容積も小さく、従つて損害は全損に終ること多く、分損の發生は比較的稀であつたから特に保險者の責任を制限する必要を感じなかつたのであるが、船型が大きくなるにつれ、漸次その必要を感じ、始めは小損害不擔保の特約をなしていたものが、後には大小の分損が頻出するようになったためこれが擴大されて一般分損を擔保しない特約をなすに至つたのである。なお英國では船舶(運賃)の被保險利益については特殊な單獨海損不擔保約款 (Metalling clause) を除き、一般的にはこれに代えて total loss only の特約が行われていたように察せられる (McArthur, *Marine Insurance* 第一版 (1885) p. 272 以下參照)。そしてこれに關する判例は Adams v. Mackenzie (1863) が最初のものである。なおフランスでは既に一七一七年に franc d'avarie に關連した判例がある (Emerigon 同上 II, p. 10)。しかしこれは特殊の必要から生じた場合のものではないかと思われる。

二 小損害不擔保の特約の起原

小損害不擔保の特約の先驅は Guidon (推定 1556—84) Ch. XX Art. IX にあつてこれを見る。すなわち

“Ne pourra le Greffier dresser repartition d'aucunes avaries, si elle n'excede un pour cent en frais et victuailles, & quand l'avarie advient par tourmente si elle ne passe cinq pour cent”

「書記は費用および食料において損害が百分の一を超過しないときは、これが填補をなし得ない。損害が暴風雨に因つて生じた場合に五分を超過しないときまた同じ」

というのがこれである。オランダの法令 (Plakate von 1570—71) 第二五條もまた百分の一の小損害不擔保の規定を有して^(註1)いた。これらは叙上の如き小損害は航海中頻發し勝ちであるから、保險者としてはこれが填補に手数が煩しく、またかかる小損害填補に相應する保險料の徴收は實際上十分行い得ないので、かかる不都合に備えてこの種の定めをなしたのである。またこれらはいずれも單獨海損の場合だけでなく、共同海損の場合にも同様な免責を認めんとしている點に注意すべきである。而してこの Guidon の規定は當然 Ordonnance de la marine 1681 (Des Assurances) に引繼がれ、その第四七條に損害は百分の一を超えないときはこれが填補を請求し得ならず (On ne pourra faire……aucune demande d'avarie, si elle n'excede un pour cent) と規定されるに至つた。ただ本法令の下に於ては Guidon におけると異り、保險者の負担しない百分の一の小損害の計算に當つては、損害額請求に關する費用はこれを合算すべからずとされた。このことは本法令以前の學者 Loocenius (De jure maritimo et navali 1652,

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

Iv. 2, Cap. 5, n. 15), Kuricke (Jus maritimum hansaeicum etc. 1667, no. 8, p. 835) の既に唱えたところ

ある。^(註二) なおまたこの Ordinance の規定以前にあつては、フランスでは損害が百分の一以上に達したとき、保険者

はその全額を填補すべきか、それともこの百分の一を控除した残額だけを填補すべきかについては同國の慣習は必ずしも一定しておらず、例えば Rouen においてはその超過額に關する絶對的控除の慣習が存在してゐた。^(註三) だが一般的

にはかかる控除を不當の措置なりと解してゐた。いずれにしても Ordinance 第四七條が前掲の如く損害が百分の一を超過しないときはこれが填補の請求をなし得ず(超過すれば全額を填補する)と規定するに及び、これに反する慣習は一應消滅したことになつた。現行フランス商法第四〇八條またこれを繼承してゐる。^(註四)

(註一) Kracht, Die Rotterdammer Seevericherungs-Borse, Ihre Entwicklung, Bedeutung und Bedingungen 1922, S. 27.

(註二) 現代にあつてもまた然りである。例えばわが商法第六六八條參照。

(註三) またその割合も時に百分の三、百分の五等色々定められた (Valin 同上(Des Assurances § 47)。

(註四) しかし先に掲げた Rouen の慣習は商法の規定にも拘らず今日フランスの實際界において復活しているが、これは別に述べる通り同國では一定小損害額または割合 (franchise) を超過したとき、その全額を填補することとなれば、その發生した損害額が僅かに小損害に達しないときは、被保険者またはその代理人はその額の増大を望んで故意に損害額の擴大を計らんとすべからざるからである (Lureau et Olive, Commentaires des Polices françaises d'Assurances maritimes sur Corps de Navires, 1949, p. 160) である。また Ordinance もこれを繼承する現行商法(四〇八條)もともに單獨海損の場合たる共同海損の場合たるを問はず百分の一を超過しない損害を負担しないものとしてゐるが (Art. 408—Une demande pour avaries n'est point recevable si l'avarie commune n'exécède pas un pour cent de la valeur de la chose endommagée)

geo) の場合共同海損に關し例外を設けなかつたのは他の諸國の規定と其の趣を異にするところである。フランス商法がこのような特長ある規定を設けた理由は先に本文で述べたように主として小損害填補の手續、煩雜を回避せんとして設けられた Guidon の規定を引繼いだからである。しかし同國現在の實際はかかる商法の規定を排し、共同海損の場合には franchise の除外は行わなす Art. 23 § 7—Les avaries particulières ne seront remboursées que sous la retenue des franchises ci-après toujours prélevées sur la valeur agréée du navire:—Police française, sur corps, modifié 1946)。

三 保險の目的の性質または瑕疵に因る損害不填補の原則の起原

上述せる保險者の損害填補責任の制限に關する二種類の特約、すなわち單獨海損不擔保および小損害不擔保の特約に關連して、一言附加して置きたいのは保險の目的、ことに積荷の性質または瑕疵 (vice-propre, inherent defect) に因る損害不擔保の原則の沿革である。^(註一) 抑も保險の目的の性質または瑕疵に因る損害に二種類あつて、一は全く外部的事情すなわち航海に關係なく生ずるものであり、例えば食料が腐敗または發熱し、動物が病死するが如きこれである。その二は當該航海に普通な事情と結合して、またはその影響を受けて、例えば一定航海に普通經驗する風波に因りまたはかかる航海に普通な分量の海水の浸入に因つて積荷が毀損を蒙るが如きこれである。^(註二)^(註三) ところが前者はたとえそれが偶發的のものであつても海上危險に因るものとは稱し得ないが、後者は當然海上危險に原因するものというる。しかし今日いずれの國の海上保險法にあつても一般に積荷の性質または瑕疵を免責危險とし、内部的性質のものについては無論のこと、外部的事情に影響されたものについても保險者にこれが填補の責なきものとしてゐるが、これは

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

主として沿革的理由によるものと思う。すなわち昔時にあつては——恐らくは海上保険制度に先行する冒険貸借の時代から——物の瑕疵に基く損害は不可抗力 (*Cas fortuité*) でなく、不可抗力に因らないものは保険者の責任 (冒険貸借の場合には貸主の不利益) に歸しないという考え方があり、^(註四)これが當時の約款または法律に規定されて現代に傳わつたものと稱し得よう。すなわちかの *Sevilla* の約款 (1556) がその危険條項におつて

“El qual seguro se entienda de mar, y viento, y fuego, y de enemigos, y otros qualquier caso que acaesca, ó acaescer pueda, excepto bateria de patron,……ó mancamiento de lo susodicho……”

「保險ノ海ノ危険、風、火災、敵及ビ味方其ノ他凡ニル不幸ヲ對象トス。但シ船員ノ非行、積荷ノ瑕疵……ハ之ヲ除ク」^(註五)

と規定し、*Guidon* 約款 (1556—84) 又

“ nous les Assesseurs ne ferons tenus à l'echauletire & pourriture desdits Dleds & fromens,……”

「吾々保險者ノ上記ノ小麥ノ發熱及ビ腐敗ニ對シテハ其ノ責ニ任ゼズ」

と規定し、*Guidon* の本文 Ch. V, Art. VIII 又

“ En grains, vin, sel, conserves, figues, raisins, oranges, melasses, harence, olives, & autres provisions de vivres : parce qu'il advient quelquesfois avant estre dechargées qu'elles sont empiées, ou se gardans dans le navire s'eschaussent, aigrissent, fondent, empuantissent, coulent, se gastent, l'une l'autre l'asseur-eur ne porte nulle telle sorte d'avaries ; mais si par tourmente ce que dessus fut advenu, par jet fait en

mer, pillerie ou depredation, l'assureur payera l'avarie si elle excède pour le regard desdites vivres cinq pour cent.

「穀類、酒、鹽、罐詰、無花果、乾葡萄、柑橘、糖蜜、燻製鰵、橄欖その他の食料品はしばしば陸揚前品質を損ない、あるいは船艙に積込中發熱し、酸味を帯び、熔解し、臭氣を發散し、流出し、變質することがあるから、保險者はかかる積荷の分損はこれを填補しない。しかしこれらの商品が暴風雨、投荷、盜難、略奪に因つて受けた損害であつて、五分を超過するものはこれを負擔する」^(註六)

と述べてゐる。なおこの Guidon の規定は 1681 年の Ordonnance de la marine 1681, Des Assurances §29 に引繼がれ、

“Les déchets, diminution et pertes qui arrivent par le vice propre de la chose, ne tomberont point sur les assureurs”

「物ノ性質ヨリ生ズル目減、減少、滅失ハ保險者ノ責ニ歸セス」^(註七)
と規定されるに至つたのである。

(註一) 船舶の性質または瑕疵の危険にもその自然の消耗と不堪航との二種類あるが(拙著、海上危険論二〇三頁以下参照)。この中後者に關する沿革的研究については拙稿、英國海上保險法における堪航擔保規定の沿革的研究、一、地中海時代における船舶不堪航に關する法令および慣習(現代商學の基本問題(昭和二十五年)二二〇頁以下冊)参照。

(註二) 現代海上保險法の地中海法繼承に關する一研究(帝國學士院記事、昭和十九年三月)、一三四頁参照。
分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

(註三) これに反し異常なる航海事情に因りかかる損害(流出、破損の類)が生じたときは、最早積荷の性質または瑕疵に因るものと見ることを得ず、畢竟海難に因る損害として保険者にこれが填補の義務を生ずるのである(拙著、海上危険論二三七頁参照)。

(註四) Ordonnance de la marine 1681, Des Contrats, etc 12 は冒険貸借の事について “Ne sera réputé cas fortuit tout ce qui arrive par le vice propre de la chose……” と規定しているが、Valin はこの原則の發展したものが保険に關する章(後出本文、Ordonnance, の規定参照)における同種規定であるとする(On verra cette règle développée avec plus détail au titre des Des Assurances § 29 assurances) (Valin, 同上 Des Contrat, etc. § 12 not.)。

(註五) 現代海上保険法の地中海法繼承に關する一研究(同上二二六頁)参照。

(註六) 本文句の後の部分は小損害不擔保の特約に關するものであるが、これは同 Guidon Ch. XX. Art. IX における同原則の特殊の場合の文句(本文前出)に相應するものである。

(註七) 現行フランス商法第三五二條前半は殆んど文字寫にこれを踏襲している。

先にも述べた通り保險の目的の性質または瑕疵に因る損害を負擔しないのは、海上保險者は不可抗力に對してだけ責を負うという全く一種の理論的理由から生じたのであるが、實際問題として損害を受け易い種類の積荷にあつては(例えば食料)損害は果してその内部的事情(普通の航海事情)に因つて生じたものか、それとも外部的事情に因つて生じたものか決定困難なことがあり、當事者間に争を生じ易い。そこでかかる不都合を避けるために設けられるに至つた制度が單獨海損不擔保の特約であることは既述の通りである (clause getto & avaria の特約参照)。さらにまたさほど損害を受け易い物品でなくともその額の少い損害は兎角頻出して保險者の手数を煩わすことが多いから、これまたこの種の積荷について既述のように百分の一、百分の三、百分の五等の小損害不擔保の原則が生れた所以で

ある。

保険の目的の性質または瑕疵に因る損害の中、特に注意を要するのは、普通の航海事情において必然的に生ずべき一定額または割合の損害(普通 Ordinary leakage or breakage)にのみである。曾し Ordonnance de la marine 1681 の下において、これに關連して問題を生じたことがあつた。すなわち同法令(保険)第三一條によれば保險證券に特に「流出ノ惧アル物品」(des marchandises sujettes à coulage)なる表示をなしたときは、保險者はかかる積荷が暴風雨に因り蒙つた流出の損害または漏損を負擔することになるが、この場合保險者にかかる損害の全部を負擔するか、それとも通常の航海に必然避け得ない流出額(coulage ordinaire)だけは控除してなすべきかは明かになかつた。そこで一方には當時、かの小損害不擔保の原則におけると同様、一定割合額、すなわち航海に必然的な損害額を超過したときは、その全額を填補するという慣習もあつたが、學者、ことに Valin はかかる損害額は海難に因るものでないから常に控除すべしと主張^(註二)した。而して現代でもかかる必然的損害額(trade allowance)は franc-fris^(註三)と意義が異なるから絶對的に控除すべしというのが一般的慣習であるようであるが、これは理論的にも正しい見解であると思う。

(註一) §31 "Il sera fait désignation dans la police, des marchandises sujettes à coulage, sinon les assureurs ne répondent point des dommages qui leur pourront arriver par tempête, si ce n'est que l'assurance soit faite sur le retour des pays étranger" (保險が外國ヨリノ歸航ニ對スルモノタル場合ヲ除キ、流出ノ惧ナル商品ニ付サシ、之ヲ保險證券ニ表示セザル限り暴風雨ニ因リソレニ生ジタル損害ヲ填補セズ)。なき本規定の前身として、Guidon Ch. VII, Art. XI のおける文句を掲げると "...L'assesseur n'est tenu au coulage: Vray est que si par tourmente elles avoient esté tellement

分損不擔保および小損害不擔保の特約の起原

pressées qu'elles eussent jette les fonds hors, fussent abattus & enfondrez, pourvue qu'il n'y ait mauvais arrumage, la perte sera avarie sur les assureurs.....” (保險者は漏損を負担しない。ただし暴風雨のために上記の液體商品の容器が壓迫または破壊されて中味が流失したような場合には、その積付が不適當ならざりし限りその損害は保險者の負擔に歸する)

(註二) Valin (同上 Assurances § 31) の外、Pothier 同上 no. 66; Emerigon 同上 I, p. 390 も同様な説を稱えている。

(註三) Poole, The Marine Insurance of Goods 1928, p. 157; Ritter, Das Recht der Seeverversicherung 2 Bde, 1922—24, S. 1033. 参照。

四 附 說

われわれは以上検討したところによつて大體次のような結論を得た。すなわち分損不擔保の特約もまたは小損害不擔保の原則もともに海上保險の地中海時代にその起原を有するものであるが、その發生の理由は兩者同一ではない。すなわち前者については、これは食料の如き損害の發生し易い積荷であつて、實際その發生を見た場合、原因が海難であるかそれともその内部的事情、すなわちその性質または瑕疵に出たものであるか確定が困難である結果、當事者間に紛争が生ずる惧が多いから、これを回避せんためであつた。また後者にあつては保險の目的の性質上小損害が頻發してこれを填補することは保險者に煩しく、かかる保險經營上の不都合を除去する目的よりして發生したものであることを知り得た。而して現代にあつてはこの兩種の特約または特則はその後の商取引事情の發展に應じてその内容が益々複雑となるとともに(例えば損害が船舶の坐礁その他特定の原因によつて生じた場合に例外を認める)、この兩種特約間にも交錯的現象を生じ、今日行われているこれらの種類の約款の内面的意味もその理解は容易でなくな

り、現在ではこの兩種約款の間には性質上の差はなくなり、程度の相違だけが存在するといつて不可ない状態にある。なお分損不擔保の特約、小損害不擔保の原則維持の理由は本論文においてその起原として擧げたものの外、保険料率の平均化の企圖という事實も附加して置かなくてはならないと思う。それは本論文の後編に當る Memorandum の説明に當つて論ずべきことであるが、一七四九年本約款がロイド證券に追加挿入されるに至つた動機について 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” という一般的名稱で保険を付することを得ざらしめるにありといつてゐることに關係を持つ。^(註二) すなわちこれを本來からえば、分損の危険の多いもの、一定小損害を蒙り易いものについてはそれぞれそれに相應する高率保険料を徵收すればよい譯であるが、それがためには第一に取引毎にその目的の内容を明かにして保険を付せしめる要がある。しかしこれは手數が掛り、且、營業上の秘密漏洩の惧もあり、これを單に “goods” とその他の一般的名稱を以てするの簡易、且、周到なのに及ばないのである。かような次第で當時における取引の實情からいつて、始めから危険率に應じて高率保険料を取るよりも、平均的保険料を取つて損害發生の場合、^(註三) 保險者の責任制限を行つた方が得策と考えられるに至つた結果が、上掲の如き Memorandum における分損不擔保の特約または小損害不擔保の原則の取入れという事實を起した原因であり、今日この種の約款の行われている一理由でもある。が、しかし中世紀時代または海上保險の地中海時代における文獻または學說でこれらの特約または原則の起原として保険料の均一化を擧げているものを見ないの^(註三) であるから、このような事實または必要が起つたのは、餘程後になつてからのことではないかと推測せられる。

(註一) Stevens 同十 p. 219. *と Benecke (A treatise on the Principle of indemnity in marine insurance 1824, p.

一橋論叢 第二十七卷 第四號

その(一)もある種の商品はその性質上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る約款、取極が利用されるに至つたと述べている。

(註二) 商品の種類如何はもとよりこの時判明するから、それにより分損または一定割合の小損害額に對する保険者の免責を決定する。

(註三) その前身と見られべきものは當時から存在していたことは本論文の始めに述べた通りである。